



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2412/23

בג"ץ 2466/23

לפני :

כבוד הנשיאה (בדימי) א' חיות
כבוד ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק ארז
כבוד השופטת (בדימי) ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

העותרת בבג"ץ 2412/23 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 2466/23 :

1. ח"כ עודד פורר
2. סיעת ישראל ביתנו בכנסת ה-25
3. מפלגת ישראל ביתנו

נ ג ד

המשיבים :

1. הכנסת
2. ראש הממשלה
3. היועצת המשפטית לממשלה

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ג בתשרי התשפ"ג (28.9.2023)

בשם העותרת בבג"ץ
2412/23 :

עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ; עו"ד הידי
נגב ; עו"ד סתיו לבנה להב

בשם העותרים בבג"ץ
2466/23 :

עו"ד אורי הברמן

בשם המשיבה 1 :

עו"ד יצחק ברט

בשם המשיב 2 :

עו"ד מיכאל ראבילו ; עו"ד רועי שכטר

פסק-דיןממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

עניינן של העתירות שלפנינו בחוקתיותו של חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון). במסגרת התיקון התווסף לחוק-יסוד: הממשלה סעיף 16(ב1) אשר מתקן את ההסדר שמתייחס לנבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו. תיקון זה הוא נקודת קיצון בתהליך ממושך של שחיקה במעמד של חוקי היסוד ובניצול הקלות שבה ניתן לתקנם לצרכים אישיים-נקודתיים. הוראות התיקון כוננו על מנת לשרת תכלית פרסונלית מובהקת, ועל כן אני סבור כי אין מנוס מן המסקנה שיש לדחות את מועד תחולתו, כך שייכנס לתוקפו בכנסת ה-26. והכל, כפי שיפורט להלן בהרחבה.

רקע:

א. נבצרות ראש ממשלה בישראל

1. המונח "נבצרות" מתייחס למצבים שונים שבהם נושא משרה אינו מסוגל למלא את תפקידו. בדין הישראלי קיימים הסדרי נבצרות רבים, שנבדלים זה מזה, בין היתר במדרג הנורמטיבי שבו הם מוסדרים (בחוקי יסוד, בחוקים או בחקיקת משנה); בעילות שמקימות נבצרות (לדוגמה, נבצרות שמוגבלת לטעמים רפואיים בלבד); במשכה של הנבצרות (זמנית או קבועה); ובמנגנוני ההכרזה על כך שנבצר מבעל התפקיד למלא את תפקידו (ראו למשל את הסדר הנבצרות ביחס לשרי הממשלה, שקבוע בסעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה; את הסדר הנבצרות ביחס למבקר המדינה, שקבוע בסעיפים 13-14 לחוק-יסוד: מבקר המדינה; ולשם ההדגמה גם את הסדר הנבצרות שקבוע ביחס לנציגי הציבור במועצת הרשות הממשלתית למים, בסעיף 124טז(ד)(2) לחוק המים, התשי"ט-1959 וביחס לחברי בית הדין המשמעתי לטוענים רבניים, בתקנה 20(ג) לתקנות הטוענים הרבניים, התשס"א-2001).

2. במוקד העתירות שלפנינו מצוי הסדר הנבצרות שמתייחס לראש הממשלה בישראל ועל כן נעמוד בקצרה על ההיסטוריה של הסדר זה. בשנת 1968 אישרה הכנסת את חוק-יסוד: הממשלה (בנוסחו המקורי), שבמסגרתו נקבעה הוראה תמציתית שלפיה "נעדר ראש הממשלה מן הארץ או שנבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, תקבע הממשלה שר אחר מבין השרים שהם חברי כנסת לכהן כממלא מקומו עד שישוב ארצה או יחזור למלא את תפקידו" (סעיף 19; ההדגשה הוספה – ע' פ'). כפי שניתן לראות, ההסדר שנקבע בחוק היסוד לא היה מפורט: הוא לא כלל התייחסות מפורשת לשאלה מהן עילות הנבצרות או לפרוצדורה שלפיה תיקבע נבצרות ראש הממשלה. בשנת 1984 תוקן חוק-יסוד: הממשלה, ונקבע, בין היתר כי אחד מן השרים יוכל לשמש כממלא מקומו של ראש הממשלה (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), ס"ח 1124, 220 (1984)). במסגרת אותו תיקון, תוקן אף הסדר הנבצרות ונקבע שממלא המקום ימלא את תפקידו של ראש ממשלה שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו. בשנת 1992 נחקק חוק-יסוד: הממשלה "השני" (שהסדיר את מנגנון הבחירה הישירה), ובמסגרתו נקבע הסדר נבצרות מפורט מעט יותר, בעיקר כדי לתת מענה למורכבויות שנובעות מאימוץ מנגנון הבחירה הישירה. כך, נקבע בתיקון, בין היתר, כי אם נפטר ראש הממשלה או נבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו ייערכו "בחירות מיוחדות" (בחירות נפרדות לראשות הממשלה; סעיף 28); כי בנסיבות שבהן נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו דרך קבע תקבע הממשלה כי אחד השרים שהוא חבר כנסת יכהן כראש הממשלה בפועל עד לכניסתו לכהונה של ראש הממשלה החדש (סעיף 29(א)); כי אם נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו אחד השרים שהוא חבר כנסת שראש הממשלה קבעו (ואם לא נקבע שר כאמור, בבחירת הממשלה; סעיף 30(ב)); וכי אם חלפו 100 ימים רצופים שבהם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו. הנה כי כן, אף הסדר זה הותיר עמימות בהיבטים רבים שנוגעים להסדר הנבצרות של ראש הממשלה.

3. בהמשך, בשנת 2001, בוטל מנגנון הבחירה הישירה לראשות הממשלה, ולכן נחקק חוק-יסוד: הממשלה בפעם השלישית. הסדר זה עמד על כנו עד לתיקון מס' 12, ולפיכך אביאו כלשוננו:

16. [...] חילוי מקומו של ראש הממשלה
- (ב) נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו.
20. [...] ראש הממשלה שנפטר או שנבצר ממנו דרך קבע למלא את התפקיד
- (ב) נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו.
30. [...] רציפות הממשלה
- (ג) [...] ; נפטר ראש הממשלה, נבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו או הופסקה כהונתו מחמת עבירה, תקבע הממשלה שר אחר שהוא חבר הכנסת וחבר סיעתו של ראש הממשלה, לכהן כראש הממשלה בפועל עד שתיכון הממשלה החדשה.

יוער למען שלמות התמונה כי בשנת 2020, עם חקיקת ההסדר "ממשלת החילופים", תוקן חוק היסוד פעם נוספת (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח 2795, 34 (2020)) ובמסגרתו נקבעו, בין היתר, הוראות לעניין חילופים בין ראש הממשלה לבין ראש הממשלה החלופי שלא במועד החילופים, לרבות במקרה של נבצרות. במסגרת אותו תיקון נקבע כי לא יראו את הממשלה כאילו התפטרה במקרה שבו "נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, מסיבות בריאותיות בלבד, וחלפו 100 ימים שבהם מכהן ממלא מקום במקומו, לפי סעיף 20(ב) (סעיף 43א(א)(4)).

4. הנה כי כן, מאז שכוון חוק-יסוד: הממשלה לראשונה ועד לתיקון נושא העתירות שלפנינו, משך למעלה מיובל שנים, הסדרי הנבצרות שאומצו לא כללו התייחסות לפרוצדורה שבמסגרתה ייקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את

תפקידו ולא כללו התייחסות לעילות שמאפשרות קביעה כאמור. עמימות זו הובילה לאורך השנים לצורך להידרש לתחולתו ולפרשנותו של ההסדר. כך, בשנת 1977 פנה ראש הממשלה דאז, יצחק רבין, ליועץ המשפטי לממשלה דאז, אהרן ברק, נוכח רצונו של הראשון לחדול מכהונתו כראש ממשלה בממשלת מעבר (יוער, כאמור לעיל, כי אותה עת הנבצרות בסעיף 19 לחוק היסוד הייתה "נבצרות זמנית"). היועץ המשפטי לממשלה השיב לראש הממשלה כדלקמן:

"השאלה העיקרית לעניננו היא, אימתי 'נבצר' מראש הממשלה 'זמנית למלא' את תפקידו. יהיו שיאמרו כי יש ליתן לביטוי זה פירוש מצמצם, לאמור: רק נסיבות השוללות באורח אובייקטיבי אפשרות של מילוי תפקידים עשויות לבוא בגדרי המושג 'נבצר'. לעומת אלה יאמרו אחרים שמבחן סובייקטיבי הוא שיכריע בשאלה אם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בין שני אלה עשויות להמצא דרכי ביניים שתדגשנה בהדגש שונה את המשקל היחסי של היסוד הסובייקטיבי או היסוד האובייקטיבי בשאלה אם נוצר מצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא זמנית את תפקידו. על כל אלה ניצבת ועומדת השאלה בדבר היחס הראוי והנאות, בנסיבות נתונות, בין סברתו של ראש הממשלה כי נבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, לבין עמדתה של הממשלה באותה שאלה, וכל זאת נוכח חובתה של הממשלה לקבוע ממלא מקום לראש הממשלה, בהתמלא התנאים האמורים בסעיף 19. התשובות לשאלות אלו כולן אינן חד משמעיות, וטרם זכו להארה בפסיקת בית המשפט העליון.

נקודת המוצא לבחינתו של סעיף 19 לחוק היסוד היא בחובת הממשלה לקבוע ממלא מקום לראש הממשלה, וחובה זו על הממשלה למלא תוך שהיא שוקלת שיקולים ענייניים וסבירים. לעניין שיקולים אלה נוטה אני לדעה שאין לתת פירוש מצמצם להוראת סעיף 19. כך, למשל, אין לשלול את היסוד הסובייקטיבי כאשר, בנסיבות הענין, מגיע ראש הממשלה לכלל מסקנה – העומדת במבחן הסבירות – כי נפגעת זמנית יכולתו לתפקד כראוי מראש ממשלה. בסופו של דבר נתון הדבר להכרעת הממשלה על פי נסיבותיו הספציפיות של כל ענין וענין, תוך בחינת הטעמים המועלים לתמיכה בטענה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו".

במכתב שקדם למכתב זה מאת היועץ המשפטי ברק לשר המשפטים דאז, חבר הכנסת חיים יוסף צדוק, צוין:

"השאלה היא: מה משמעות המילים 'נבצר ממנו'. מי שיטה לפרשן פירוש דווקני ומצמצם יטען שכוונתן רק למקרים של נסיבות השוללות את האפשרות של מלוי התפקידים אובייקטיבית ולחלוטין. פירוש כזה אינו נראה בעיני ולא נראה לי שכלל הוראות החוק, רקעו או מטרותיו מחייבים לאמצו. לי נראה פירוש המביא לידי מנוי של ממלא מקום גם בנסיבות פחות קיצוניות. אין זאת אומרת שהייתי גורס מנוי כזה בנסיבות סובייקטיביות גרידא שאליהן עשוי ראש ממשלה להקלע. אבל בנסיבות שיש בהן כדי ליטול ממנו את היכולת האופרטיבית לתפקד כראוי כראש ממשלה, או להגביל יכולת זו הגבלה של ממש, סבורני שגם אז ניתן לומר ש'נבצר' ממנו.
[...]

ההכרעה בשאלה אם נסיבות מסויימות עולות כדי 'ניבצרות' נתונה, מכוח סעיף 19, בידי הממשלה, בכפוף, כמובן, לבקרת בית המשפט הגבוה לצדק".

5. סוגיית נבצרות ראש הממשלה בישראל התעוררה פעם נוספת בשנת 2006. עת ראש הממשלה דאז, אריאל שרון, אושפז בעקבות אירוע מוחי ושקע בתרדמת. בהעדר פרוצדורה חוקית אחרת, הודיע היועץ המשפטי לממשלה דאז, מנחם (מני) מזוז, כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו וכי לעת עתה יחליפו, כממלא מקום ראש הממשלה, השר אהוד אולמרט (ראו בג"ץ 2655/06 נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 1 (27.3.2006); בג"ץ 369/06 פוקס נ' היועץ המשפטי לממשלה (31.1.2006)).

6. בהמשך, בשנת 2008, הוגשה לבית משפט זה עתירה שבמסגרתה התבקש בית המשפט להורות ליועץ המשפטי לממשלה להכריז "על נבצרותו הזמנית של [ראש הממשלה – ע' פ'] למלא את תפקידו, על מנת שניתן יהיה לחוקרו מדי יום בגדר החקירות התלויות ועומדות נגדו". כנטען בעתירה, התנהלותו של ראש הממשלה דאז, אהוד אולמרט, ביחס לחקירות שנוהלו נגדו לקתה בפגמים. במסגרת

תגובת היועץ המשפטי לממשלה דאז לעתירה, צוין בין היתר כי "הסיטואציה בה ראש הממשלה מכהן בשעה שמתנהלות נגדו מספר חקירות פליליות, עשויה להעלות שאלות באשר ליכולתו למלא את תפקידו" (שם, סעיף 4). עוד צוין כי הנבצרות הזמנית שמוסדרת בסעיף 16 לחוק-יסוד הממשלה "אינה מוגבלת לנבצרות מטעמי בריאות דווקא. המדובר בנבצרות מכל טעם שהוא – אובייקטיבי או סובייקטיבי, ובכלל זה בשל כך שמתנהלת נגד ראש הממשלה חקירה פלילית – שתוצאתו היא שאין בידי ראש הממשלה, זמנית, למלא את תפקידו" (שם, סעיף 8). כן צוין כי המונח נבצרות הוא בעיקרו שאלה שבעובדה, ואינו מתייחס אך למצב של מניעה אובייקטיבית, ויכול לכלול גם מצב שבו בגין טעמים אישיים-סובייקטיביים שונים (משפחתיים, ציבוריים או משפטיים) נושא המשרה סבור שאין בידו, באורח זמני, למלא את תפקידו באופן ראוי. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי נוכח מאפייניה ואופייה של הנבצרות, ההכרעה בדבר קיומה תהא מסורה בראש ובראשונה בידי נושא המשרה עצמו, וזאת הגם שלא נקבעו בחוק-יסוד: הממשלה (בנוסחו דאז) הוראות באשר לגורם ממלכתי זה או אחר שמוסמך לקבוע כי נבצר זמנית מראש הממשלה למלא את תפקידו, מקום שראש הממשלה עצמו לא עושה כן.

ביום 4.8.2008 דחה בית המשפט את העתירות, וקבע בין היתר כי:

"עינינו הרואות, כי [הוראת סעיף 16(ב) לחוק היסוד – ע' פ'] הנזכרת אינה קובעת באילו נסיבות ייחשב ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו וכן מי מוסמך להכריז על נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש הממשלה [...] עוד מניחים אנו, מבלי להכריע בדבר, כי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה. הכרזה כאמור אכן ארעה בעקבות השינוי הפתאומי במצב בריאותו של ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון [...]. אף אם כך הוא, הרי ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש

ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן. משעינו בעתירה ובתגובות לה הגענו לכלל מסקנה, כי לא קמה עילה להתערב בקביעתו של היועץ לפיה לעת הזו יש להותיר את סוגית נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה במישור הציבורי-פוליטי ואין מקום לקביעה משפטית מטעמו בסוגיה זו. אף לא ראינו לנכון להיענות לבקשת העותרים בעניין יומנו של ראש הממשלה. היועץ מציין כאמור, כי המשטרה נתקלה בקשיים לא מבוטלים בתאום מועדי חקירותיו של ראש הממשלה; אם יתברר בהמשך שהתנהלותו של ראש הממשלה אינה מאפשרת את עריכתן של החקירות הפליליות נגדו באופן ראוי, אפשר שיהא מקום להכרזה של היועץ המשפטי לממשלה בדבר נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. כאמור, משלא ראינו בשלב זה עילה להתערב בהחלטתו של היועץ, אין אנו נדרשים להכריע בשאלת היקף סמכותו מכוח סעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה" (בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 4 (4.8.2008)).

7. סוגיה דומה הובאה לפתחו של בית משפט זה בשנת 2021, במסגרת שתי עתירות שבהן התבקש בית המשפט לקבוע כי נבצר מראש הממשלה בנימין נתניהו (להלן: חבר הכנסת נתניהו, נתניהו או ראש הממשלה, לפי העניין) לשמש בתפקיד ראש הממשלה בשל ההליך הפלילי שמתנהל נגדו. בתגובת היועץ המשפטי לממשלה צוין כי הגם שלא ניתן לשלול באופן קטגורי את האפשרות שבנסיבות חריגות תקום עילת נבצרות תפקודית שנובעת מכך שראש ממשלה הינו נאשם בפלילים, מכלול הנסיבות הקיימות אינו מבסס לעת הזו עילה לקביעה שיפוטית שלפיה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בית המשפט דחה את העתירה ובפסק הדין צוין, בין היתר, כי הגם שקיים קושי בעצם המצב שבו ראש ממשלה נאשם בעבירות חמורות שנוגעות לטוהר המידות (הן בהיבט של יכולתו להקדיש מלוא מרצו וזמנו לתפקידו; הן בהיבט של פגיעה באמון הציבור), ואף אם נניח כי נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות – לא קמה עילה להתערב בקביעת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה בשלב זה לא בוססה עילה שבגינה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו (בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (22.4.2021) (להלן: העתירה משנת 2021)).

ב. הליכים פליליים נגד ראש הממשלה

8. ביום 28.1.2020, ובמקביל לכהונתו כראש ממשלה הוגש נגד חבר הכנסת בנימין נתניהו כתב אישום שמייחס לו עבירות שוחד ומרמה והפרת אמונים בשלוש פרשיות שונות. ביום 2.3.2020 התקיימו הבחירות לכנסת ה-23 שלאחריהן נחתם הסכם קואליציוני שלפיו חבר הכנסת נתניהו יכהן כראש ממשלה בממשלה ה-35. בהמשך לכך, הוגשו לבית משפט זה 8 עתירות אשר ביקשו למנוע את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת נתניהו; עתירות אלו נדונו בהרכב מורחב ונדחו פה אחד (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020 ו-27.5.2020) (להלן: עניין הטלת המנדט)). בפסק הדין צוין, בין היתר כי:

"רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (סעיפים 159-160 לכתב התשובה מטעמו) לפיה כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו אשר יקבע 'מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק'. בא כוחו של חה"כ נתניהו אישר את הדברים בטיעוניו הכתובים (סעיף 99 לכתב התשובה מטעמו) ובאי כוח הצדדים הנ"ל שבו והצהירו על כך גם במסגרת השלמת הטיעון בעל פה בפנינו" (שם, פסקה 19).

9. בהתאם לאמור, ביום 2.11.2020 גיבש היועץ המשפטי לממשלה דאז חוות דעת למניעת ניגוד עניינים של נתניהו בקשר להליך הפלילי שמתנהל נגדו (להלן: חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים או חוות הדעת). בחוות הדעת צוין כי על נתניהו להימנע מלעסוק "בכל עניין שיש לו זיקה מהותית למשפט או לאשר נדון בו", ובאופן קונקרטי, הצביעה חוות הדעת על מישורים שונים שבהם עלול להתעורר חשש לניגוד עניינים, ובכלל זאת, פעילות הוועדה לבחירת שופטים; חקיקה בעלת השפעה אפשרית על ההליך הפלילי בעניינו של ראש הממשלה; והחלטות שנוגעות למערכת אכיפת החוק: הייעוץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות ומשטרת ישראל. לאחר גיבושה של חוות הדעת כפר נתניהו בסמכות היועץ המשפטי לממשלה להטיל

עליו מגבלות מחייבות כאמור. במקביל, הוגשו עתירות לבית משפט זה בעניין מעמדו של הסדר ניגוד העניינים, וביום 25.3.2021 נפסק (מפי הנשיאה א' חיות ובהסכמת המשנה לנשיאה ח' מלצר והשופט נ' הנדל), בעיקרם של דברים, כי חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים נערכה בסמכות וכי האמור בה מחייב את ראש הממשלה (בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.2021) (להלן: עניין הסדר ניגוד העניינים)).

10. ביום 29.12.2022 הושבעה הממשלה ה-37 לפני כנסת ישראל. ביום 4.1.2023 הציג שר המשפטים יריב לוין תכנית שעניינה יוזמות חקיקה לשינויים במערכת המשפט. ביום 15.1.2023 שלחה היועצת המשפטית לממשלה מכתב לראש הממשלה נתניהו שעניינו ביישום המגבלות שהוטלו עליו במסגרת חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים (כפי שאושרו בפסק הדין בעניין הסדר ניגוד העניינים), ביחס ליוזמות לשינויים במערכת המשפט. במכתב נותחה השפעת מכלול יוזמות החקיקה על עניינו האישי של ראש הממשלה נתניהו, וצוין בו, בין היתר כי ראש הממשלה יהא מנוע ממעורבות ביוזמות המקודמות במסגרת המהלך שמכונה "הרפורמה המשפטית". ביום 19.2.2023 העביר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גיל לימון, מכתב לראש הסגל של ראש הממשלה שבמסגרתו צוין כי "התבטאויות פומביות של ראש הממשלה שעניינן שמירה על הסדר הציבורי והרגעת הרוחות בקרב הציבור, אינן בגדר התחומים עליהם חלות ההגבלות הקבועות בהסדר ניגוד העניינים".

11. במקביל, בשלהי שנת 2022 ובראשית שנת 2023 הוגשו לבית משפט זה מספר עתירות שבהן נטען כי חבר הכנסת נתניהו פעל בניגוד עניינים. כך, ביום 15.12.2022 הוגשה עתירה שכוונה לפעולותיו במהלך תקופת הרכבת הממשלה (עתירה זו נדחתה, בג"ץ 8643/22 כרמי נ' היועצת המשפטית לממשלה (14.2.2023)); וביום 1.1.2023 הוגשה עתירה שבגדרה התבקשה עריכת חוות דעת למניעת ניגוד עניינים בכהונתו של נתניהו כראש ממשלה, וזו נדחתה לאחר שהתייטרה (בג"ץ 44/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה (19.3.2023)). ביום 24.1.2023 הוגשה עתירה לבית משפט זה שבה

התבקשו הממשלה והיועצת המשפטית לממשלה לבוא ליתן טעם מדוע לא יקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו נוכח הפרת הסדר ניגוד העניינים שלו. העתירה נמחקה בחלוף יומיים מחמת אי מיצוי הליכים (בג"ץ 697/23 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' ממשלת ישראל ה-37 (26.1.2023) (להלן: בג"ץ 697/23)).

12. לאחר מיצוי הליכים, הוגשו בימים 9.2.2023 ו-12.2.2023 לבית משפט זה שתי עתירות שביקשו להורות על נבצרותו של ראש הממשלה (בג"ץ 1158/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה ובג"ץ 1214/23 התנועה הדמוקרטית האזרחית נ' ראש הממשלה (להלן ביחד: עתירות הנבצרות)). בעתירות נטען כי ראש הממשלה מפר את חובותיו שלא לפעול בניגוד עניינים מקום שבו חרף ההליך הפלילי שמתנהל נגדו הוא מעורב ביוזמות החקיקה שנוגעות למערכת המשפט. בימים 10.2.2023 ו-12.2.2023 הורה בית משפט זה (השופטות ד' ברק-ארז וע' ברון, בהתאמה) על הגשת תגובות לעתירות ולבקשות למתן צו ביניים תוך חודש ימים. ביום 11.2.2023 פורסמה הודעה מטעם ראשי מפלגות הקואליציה (מטעם הליכוד חתם שר המשפטים), שבמסגרתה נטען כי הדיון "הבלתי לגיטימי בבג"ץ בדבר 'נבצרות' ראש הממשלה" הוא ניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, ו"שליחת יד בדמוקרטיה הישראלית" (נוסח הדברים יובא במלואו בהמשך). כשבוע לאחר מכן, ביום 20.2.2023 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית מטעם 5 חברי כנסת מסיעות הקואליציה – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה), ה"ח הכנסת 952, היא הצעת חוק היסוד שלימים נחקקה כתיקון מס' 12 (להלן: הצעת חוק היסוד).

13. למען שלמות התמונה יוער כי ביום 11.5.2023 הוגשה עתירה שבמסגרתה נטען כי חבר הכנסת נתניהו מנוע מלהמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה, נוכח הפרת האיסורים וההגבלות שחלים עליו (בג"ץ 3618/23 חלוצ נ' היועצת המשפטית לממשלה (להלן: בג"ץ 3618/23)). הליך זה עודנו תלוי ועומד לפני בית משפט זה.

14. כאמור, הצעת חוק היסוד הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.2.2023, ובדברי ההסבר צוין, בין היתר, כי היא מבקשת להבהיר שנבצרות ראש הממשלה תקום רק בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; וכן להבהיר כי "לאור משמעותה של ההכרזה על נבצרות כהדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם, בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה וכי החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדרי תוקף". ביום 26.2.2023 החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לתמוך בהצעת חוק היסוד לדיון מוקדם; והיא אושרה בכנסת בקריאה טרומית ביום 1.3.2023. הדיונים בהצעת חוק היסוד להכנתה לקריאה ראשונה התקיימו בוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (ועדה שדנה, לצד תיקון מס' 12, גם בהצעת חוק יסוד נוספת שביקשה לקבוע הסדר שעניינו חסינות מינויי שרים מביקורת שיפוטית בעניין; להלן: הוועדה המיוחדת). לאורך הליך החקיקה הביעו גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה, כמו גם הייעוץ המשפטי לכנסת, את עמדתם כי הצעת חוק היסוד מעוררת קשיים בשורה של מישורים: ראשית, ביחס לעילות שיכולות להקים נבצרות; שנית, ביחס למנגנון לקביעת נבצרות; ושלישית, ביחס לעיתוי הצעת חוק היסוד, אשר מעורר קושי בהיבט של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. במישור אחרון זה, אציין כי הליך החקיקה כולו היה רווי בהתייחסויות לעניינו האישי של ראש הממשלה ולעתירות הנבצרות, והדברים יובאו ביתר פירוט בהמשך. יוער כי קושי נוסף הועלה ביחס לרכיב בהצעת חוק היסוד שביקש לשלול את סמכותן של ערכאות שיפוטיות מלדון "בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה". חלק זה בהצעת חוק היסוד הוסר במסגרת הליך החקיקה. ביום 13.3.2023 אושרה הצעת חוק היסוד בקריאה ראשונה.

15. בימים 19-21.3.2023 קיימה הוועדה המיוחדת שלושה ימי דיונים רצופים להכנת הצעת חוק היסוד לקריאה שניה ושלישית, ובסיומם היא אושרה בוועדה. בהמשך לכך, יו"ר הוועדה המיוחדת הגיש בקשה לקיצור תקופת ההנחה, וביום 22.3.2023 אושרה בקשתו. בו ביום דנה מליאת הכנסת בהצעת חוק היסוד בקריאה שניה ושלישית.

16. הצעת חוק היסוד אושרה בקריאה שלישית ביום 23.3.2023 וביום 27.3.2023 פורסם תיקון מס' 12 ברשומות. מפאת חשיבותו ומרכזיותו בדיון שלפנינו, אביא את הסעיף כלשונו:

16. [...] מילוי מקומו של ראש הממשלה
(ב1)(1) נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו כאמור בסעיף קטן (ב) תהיה בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד, ותיקבע באחד משני אלה בלבד:

(א) (1) אם ראש הממשלה הודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית וועדת הכנסת אישרה את הודעתו ברוב של שני שלישים מחבריה;
(2) הודיע ראש הממשלה כאמור בפסקת משנה (1), רשאי הוא להודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת על משך הנבצרות באותה הודעה או בהודעה נפרדת;
(3) יושב ראש הכנסת יודיע לכנסת על הודעות ראש הממשלה לפי פסקאות משנה (1) ו-(2);

(ב) (1) אם הממשלה החליטה, ברוב של שלושה רבעים מחבריה, כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית; ראש הממשלה יכנס את הממשלה לעניין זה לבקשת שלוש חמישיות מחברי הממשלה בתוך שלושה ימים ממועד הגשת הבקשה או במועד מאוחר יותר אם התבקש בבקשה לעשות כן; לא כונסה ישיבת הממשלה במועד כאמור, יכנס מזכיר הממשלה את הממשלה באופן מיידי וממלא מקום ראש הממשלה ינהל את הישיבה, וסעיף קטן (ג) יחול בשינויים המחויבים;

(2) החליטה הממשלה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו כאמור בפסקה (1), תעמוד ההחלטה בתוקפה שלושה ימים ותובא לאישור ועדת הכנסת; ועדת הכנסת תאשר את החלטת הממשלה ברוב של שני שלישים מחבריה, ואם החלטת הממשלה ניתנה מטעמי בריאות, תהיה החלטת ועדת הכנסת גם על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה על פי כללים שקבעה ועדת הכנסת; אישרה ועדת הכנסת את החלטת הממשלה, רשאית היא לקבוע שהנבצרות לא תימשך יותר משבעה ימים מיום החלטת הוועדה;

(3) לא הגיש ראש הממשלה חוות דעת רפואית בהתאם לכללים שקבעה ועדת הכנסת, יראו אותו כאילו הודיע על נבצרותו לפי פסקת משנה (א); הנבצרות לפי פסקה זו לא תימשך יותר משבעה ימים;

(4) הארכת הנבצרות מעבר לאמור בפסקאות (2) או (3) טעונה את החלטת הכנסת, על פי הצעת ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב של שמונים חברי הכנסת; הכנסת תהיה רשאית לקבוע שהנבצרות לא תימשך יותר מ-21 ימים בכל פעם, ובלבד שסך התקופות לא יעלה על האמור בסעיף קטן (ב);

(2) ועדת הכנסת רשאית לקבוע את סיום הנבצרות של ראש הממשלה שנקבעה לפי פסקה (1)(ב)(2) או (4) בהחלטה של רוב חברי הוועדה, ואם נקבעה הנבצרות מטעמי בריאות – על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה לפי כללים שקבעה הוועדה; יושב ראש ועדת הכנסת יודיע לכנסת על החלטת הוועדה; (3) הוראות סעיף 31 לחוק-יסוד: הכנסת או לפיו לא יחולו על המועדים הקבועים בסעיף קטן זה.

למען הנוחות אציג בתמצית את עיקרי ההסדר: נבצרות ראש הממשלה תהא בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית בלבד ותיקבע על ידי אחד משני אלה בלבד: (1) אם ראש הממשלה הודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית וועדת הכנסת אישרה את הודעתו ברוב של שני שלישים מחבריה או (2) הממשלה החליטה, ברוב של שלושה רבעים מחבריה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית. בכל הנוגע לחלופה השניה, נקבעו הסדרים לעניין כינוס הממשלה. עוד נקבע כי החלטת ממשלה כאמור תעמוד בתוקפה למשך שלושה ימים ותובא לאישור ועדת הכנסת; ועדת הכנסת תאשר את החלטת הממשלה ברוב של שני שלישים מחבריה ואם החלטת הממשלה ניתנה מטעמי בריאות, תהיה החלטת ועדת הכנסת גם על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה על פי כללים שקבעה ועדת הכנסת. עוד הוסמכה הכנסת במליאתה להאריך את תקופת הנבצרות על פי הצעת ועדת הכנסת וברוב של 80 חברי כנסת.

יוער למען שלמות התמונה כי ועדת הכנסת הייתה אמורה להתכנס על מנת לדון ולאשר כללים בעניין חוות דעת רפואית כאמור לעיל; וכן על מנת לדון ולאשר נוהל שמסדיר את התנהלותם של גורמים רלוונטיים במצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו (מזכיר הממשלה, יושב ראש הכנסת ויושב ראש ועדת הכנסת). ואולם, דיון כאמור לא נערך, ובשלב זה לא נקבע מועד לעריכתו (ראו הודעות עדכון מטעם הכנסת מן הימים 3.10.2023 ו-15.11.2023).

17. ביום שבו עבר התיקון בקריאה שניה ושלישית בכנסת (ועוד קודם לפרסומו ברשומות), נשא ראש הממשלה הצהרה מיוחדת ביחס ל"רפורמה המשפטית" ובמסגרתה ציין, בין היתר, את הדברים הבאים:

"עכשיו לצערי עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש ממשלה לנבצרות. דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. וזה דבר אבסורדי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. ולכן הערב אני מודיע לכם חבריי, ידידי, אזרחי ישראל – עד כאן, אני נכנס לאירוע. אני שם בצד כל שיקול אחר, ולמען העם שלנו, למען המדינה שלנו, אני אעשה כל מה שביכולתי כדי להגיע לפתרון. נפגשתי הערב עם שורה של שרים, ביניהם שר הביטחון. שמעתי את החששות שלו על ההשלכות של המצב על הביטחון הלאומי שלנו, אני לוקח הכל בחשבון. [...] אני אומר לכם ידידי, אני אעשה הכל, הכל, כדי להביא להרגעת הרוחות ולאיחוי הקרע בעם. כי אנשים אחים אנחנו. ובעזרת השם יחד נעשה ויחד נצליח".

18. מספר ימים מאוחר יותר, ביום 29.3.2023, הורה בית המשפט על מחיקת עתירות הנבצרות נוכח חקיקת תיקון מס' 12 – והשפעתו על התשתית העובדתית והמשפטית שניצבת בבסיס העתירות – שלא אפשר עוד דיון בעתירות במתכונת שבה הוגשו.

הגשת העתירות והתפתחויות לאחר מכן

19. נגד התיקון הוגשו שתי עתירות, הראשונה מטעם התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: התנועה לאיכות השלטון) והשנייה מטעם חבר הכנסת עודד פורר וכן סיעת ומפלגת ישראל ביתנו (להלן: עתירת ישראל ביתנו). במסגרת העתירות ביקשו העותרים כי ייקבע שהתיקון בטל מאחר שכנטען, בחקיקתו עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת; ולחלופין ביקשו העותרים שייקבע כי התיקון לא חל בתחולה מידית. בימים 23.3.2023 ו-26.3.2023 הורה השופט א' שטיין למשיבים להגיש תגובות מקדמיות לעתירות.

20. ימים בודדים לפני המועד שנקבע להגשת התגובות לעתירות, ביום 23.7.2023, הופעל המנגנון שקבוע בתיקון בפעם הראשונה. כך, במשאל טלפוני התקבלה החלטה 813 של הממשלה ה-27 "הודעה על נבצרות זמנית של ראש הממשלה לצורך ביצוע פרוצדורה רפואית והחלטה על קביעת ממלא מקום לראש הממשלה" (23.7.2023), שבמסגרתה הודיע ראש הממשלה על נבצרותו מיוזמתו (בהתאם לסעיף 16(ב1)(א1)(1) לחוק היסוד). ואולם, הוראת הסעיף קובעת במפורש כי הודעה כאמור טעונה אישור של ועדת הכנסת ברוב של שני שלישים מחבריה. הודעת ראש הממשלה ניתנה בשעת לילה מאוחרת, וועדת הכנסת לא כונסה ולא קיימה הצבעה בנושא משך כל תקופת נבצרותו. הוועדה כונסה לדון בנושא יומיים לאחר מכן, ביום 25.7.2023, על מנת לאשר בדיעבד את ההליך, אך בסופו של דבר לא קיימה בישיבה זו הצבעה והודעת ראש הממשלה לא אושרה על ידה.

21. בתגובתם המקדמית, טענו הכנסת וראש הממשלה, בתמצית, כי אין מקום להתערבות שיפוטית בתיקון מס' 12; ואילו היועצת המשפטית לממשלה טענה כי יש ליתן צו על תנאי שיורה לכנסת ולממשלה לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל התיקון בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

22. ביום 3.8.2023 קיימנו (בהרכב הנשיאה א' חיות, המשנה לנשיאה ע' פוגלמן והשופט י' עמית) דיון בעתירות וביום 6.8.2023 ניתן צו על תנאי שמורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי תיקון מס' 12 לא יחול בתחולה מידית. עוד באותה החלטה הורינו מכוח סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט על הרחבת ההרכב שידון בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט ל-11 שופטים.

23. ביום 28.9.2023 קיימנו דיון בהתנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט ובמסגרתו התייחסו הצדדים בהרחבה לסוגיה שלפנינו: האם נפל בתיקון מס' 12 פגם, ואם פגם זה מוליך למסקנה שאין להחיל את הוראות התיקון בתחולה מידית.

טענות הצדדים

24. התנועה לאיכות השלטון טוענת כי תיקון מס' 12 כונן על מנת לבצר בחוק יסוד את מעמדו של ראש הממשלה המכהן, וכי נפל בתיקון פגם פרסונלי חריג. לטענתה, התיקון אינו צולח את מבחני דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ועל בית המשפט לקבוע כי התיקון לא יחול על ראש הממשלה נתניהו. בעתירת ישראל ביתנו נטענו טענות דומות ובהן כי התיקון אינו צולח את המבחן הדו-שלבי שנקבע בפסיקת בית משפט זה, וכי דחיית תחולתו תיתן מענה מסוים לכשלים המרכזיים שבתיקון.

25. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי תיקון מס' 12 הוא מקרה קיצוני במיוחד שבו נוצלה הקלות שבהליך תיקון חוקי היסוד לצרכיו האישיים של ראש הממשלה. לטענתה, יישום המבחנים של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, מצביע על כך שמדובר במקרה שבו נחצה קו הגבול ונעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת באופן חמור במיוחד. לגישת היועצת המשפטית לממשלה, הסעד השיפוטי של דחיית תחולתו של התיקון יכול להיות מושתת הן על אדנים פרשניים, הן על אדנים חוקתיים.

26. לטענת ראש הממשלה, בית המשפט אינו מוסמך להתערב בשאלת תוקפם של חוקי יסוד – לא בדרך פרשנית; לא באמצעות דוקטרינת ה-reading in; ולא באמצעות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – והתערבות בתיקון משמעותה "רמיסת" ההכרעה בבחירות. לטענתו, תיקון מס' 12 נועד לתקן את ההסדר החוקי הלקוי שהיה קיים עובר לתיקון ולקבוע כי נבצרות תיקבע אך על ידי הממשלה והכנסת. ראש הממשלה מבהיר כי לשיטתו ההסדר שנקבע בתיקון מתאים למארג החוקתי הישראלי ולא שונה מהסדרים מקבילים בעולם; הוא כללי, כוללני ויציב; ולא נחקק כדי לשפר את מצבו של אדם אלא כדי למנוע "הרעת מצבו של העם" (סעיף 20 לתשובה). ראש הממשלה מוסיף וטוען כי התיקון לא נגוע בהיבטים רטרואקטיביים, והוא גובש בהליך מקיף, סדור וראוי. עוד הדגיש ראש הממשלה כי התיקון לא ביקש לשנות את מחויבותו להסדר ניגוד העניינים שלו.

27. הכנסת מציינת כי עמדתה העקבית היא שראוי לכונן חוקי יסוד שנוגעים ליחסים בין הרשויות בתחולה נדחית ומאחורי מסך בערות. עם זאת, לעמדתה, על פי הדין הקיים כינון חוקי יסוד יכול להיעשות בתחולה מידית, גם אם עומד בבסיסם מניע פוליטי ברור. לטענת הכנסת, התיקון אינו רטרוספקטיבי ואין לראות בו כזה שמשנה את כללי המשחק תוך כדי המשחק. לטענת הכנסת התיקון צולח את מבחני הפסיקה לזיהוי שימוש לרעה בסמכות המכוננת; וממילא כי תכליתו אינה "פרסונלית מובהקת". לדבריה, אמנם המניע לחקיקת החוק היה פרסונלי, אך תכליתו אינה כזו. לשיטת הכנסת, תכלית החוק היא להגדיר במפורש את עילות הנבצרות ולהסדיר את הליך ההכרזה עליה, ולמלא את הלקונה שהייתה קיימת בחוק היסוד בהקשר זה. עוד טוענת הכנסת כי התיקון אינו רטרוספקטיבי ועל כן אין לדחות גם בדרך פרשנית את מועד תחילתו.

יצוין כי עובר לדיון בעתירות הוגשה בקשה מטעם קבוצת אזרחים להצטרף להליך, אך בקשה זו נדחתה בהחלטתנו מיום 19.9.2023 בשים לב לשלב הדיוני שבו היו מצויות העתירות.

דיון והכרעה

28. במוקד ההליך שלפנינו ניצבת השאלה אם נפלו פגמים חוקתיים בתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, ושאלת נפקותם של פגמים אלה. אקדים אחרית לראשית ואציין כי לו תישמע דעתי, נקבע שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת בחקיקת תיקון מס' 12. תיקון זה כונן לצורך קידומה של תכלית פרסונלית מובהקת – למנוע אפשרות כי ייקבע שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו.

סדר הילוכנו יהא כדלקמן: לאחר שאציג את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אדון במשמעותם של פגמים פרסונליים בחקיקה בכלל ובחוקי היסוד בפרט. בתוך כך, אעמוד על סוגים שונים של פגמים פרסונליים, ועל האופן שבו ניתן לזהותם. בנתון לתשתית משפטית זו אבחן את תיקון מס' 12 ואם נפל פגם כאמור בכינונו. לאחר מכן, אדון בשאלת הסעד המתאים בנסיבות העניין.

29. קודם לדיון בסוגיה שלפנינו, דומני כי נדרשות שתי הערות מקדימות:

ראשית, יש לשוב ולהבהיר כי ההליך דנן נוגע אך לחוקתיותו של תיקון מס' 12. בניגוד לנטען על ידי ראש הממשלה, אין בהליך זה הכרעה בשאלה אם יש להורות כי נבצר מראש הממשלה נתניהו למלא את תפקידו (ואם קיימת עילה משפטית בדין הקיים להורות כן); ואף לא בסוגיית הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה נתניהו ודרכי אכיפתו – סוגיה שתלויה ועומדת לפני בית המשפט במסגרת בג"ץ 3618/23 שאוזכר לעיל.

שנית, דומה כי אין מחלוקת בין הצדדים כי הסדר הנבצרות שהיה קבוע בחוק-יסוד: הממשלה עובר לתיקונו היה הסדר עמום שעורר לא מעט שאלות בדבר יישומו (שאלות שמרביתן לא זכו לתשובה ממצה בפסיקת בית משפט זה). חרף האמור, אין בידי לקבל את הטענה שמשתמעת מעמדת חלק מהמשיבים שלפיה מאחר שההסדר שקבוע בתיקון מס' 12 ביאר את עמימות ההסדר הקודם אין מקום להידרש לחוקתיותו. טענה זו משמעותה, למעשה, כי כל אימת שהרשות המחוקקת (או המכוננת, במקרה דנן) תסדיר עמימות בחוק או בחוק יסוד – לא יהא מקום לבחון טענות שנוגעות לחוקתיות דבר החקיקה. לצד זאת, כפי שיובהר להלן, לעמימות זו יינתן משקל בשאלת הסעד המתאים בענייננו.

שימוש לרעה בסמכות המכוננת

30. במוקד ההליך דנן מצויה השאלה אם בכינונו של תיקון מס' 12 עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. במסגרת הדיון שקיימנו לפנינו, טענו באי כוחו של ראש הממשלה, ובמידת מה גם הכנסת (וראו הערת שוליים 20 לכתב התשובה מטעמה), כי אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. ואולם, כפי שיפורט להלן, הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד בגדר דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוכרה ויושמה זה מכבר בפסיקתנו (בג"ץ 2905/20

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 2 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקאות 28-35 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקאות כט-ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי); בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 301 (2011) (להלן: עניין בר-און); כן ראו: בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 42 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 406 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)). משכך, בגדרי הדיון נצעד בתלם החרוש שגובש בבית משפט זה משך למעלה מעשור שנים.

31. שורשיה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נטועים בעצם הסמכתה של הכנסת לכונן את חוקי היסוד (להרחבה ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, פסקאות 56-59 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') א' חיות (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות)). כידוע, חוקי היסוד בישראל הם תולדה של "החלטת הררי", שבמסגרתה הטילה הכנסת הראשונה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה, שתהיה בנויה "פרקים-פרקים", כך שכל אחד מהם יהווה "חוק יסודי" בפני עצמו, ובמידה שהוועדה תסיים את עבודתה, יתאגדו כל הפרקים לחוקת המדינה. הסמכות המכוננת הופקדה אפוא בידי הכנסת לקביעת הסדרים "קונסטיטוציוניים במהותם" (עניין שפיר, פסקה 29 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות; אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 119, 140-141 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, התש"ס) (להלן: המעמד המשפטי של חוקי-יסוד); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר רובינשטיין 1349, 1375 (2021)).

ואולם, לצד הפקדת סמכות זו בידי הכנסת, לא נקבעו כללים מיוחדים לאופן חקיקתם של פרקי החוקה המתגבשת. בהעדר כללים כאמור, נקבע בעניין בנק המזרחי מבחן צורני לזיהוי השימוש שעושה הכנסת בסמכותה המכוננת, אשר

מבחין בין חקיקה רגילה לחוקי יסוד (שם, בעמ' 403). לפי מבחן זה, הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת "כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)" (שם). מצב זה כשלעצמו, מאפשר, ביתר קלות, את חדירתן של נורמות שאינן חוקתיות לתוך החוקה המתגבשת (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 96 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 139-140). דוקטרינת השימוש לרעה נועדה ליתן מענה באותם מקרים שבהם מופרת ההנחה שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת, מקרים שבהם "לתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינן ממין העניין" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן; עניין שפיר, פסקה 30 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות).

32. דוקטרינת השימוש לרעה מתמקדת בזיהויה של הנורמה המשפטית כנורמה במדרג נורמטיבי מסוים. מוקד הבחינה אינו מצוי, אפוא, בביקורת על תוכנה המהותי של הנורמה, אלא בבחינת השאלה אם מדובר בנורמה שמתאימה להימנות בסדר הנורמות החוקתיות. בפסק הדין בעניין שפיר הניח בית משפט זה את התשתית לבחינת השאלה אם בחקיקת נורמה פלונית עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. כך, נקבע כי יש לבחון את הנורמה שנחקקה במבחן דו-שלבי: ראשית, בשלב הזיהוי יש לבחון אם חוק היסוד (או התיקון, כבענייננו) נושא מאפיינים צורניים וסימני היכר של נורמות חוקתיות. על מנת לענות על שאלה זו, ניתן לבחון – בבחינת רשימה שאינה סגורה – שלושה "מבחני עזר": מבחן היציבות, שעניינו בשאלה אם הנורמה נושאת אופי זמני או שלפנינו הסדר יציב צופה פני עתיד; מבחן הכלליות, שבמסגרתו יש לבחון אם הנורמה היא בעלת תחולה "מבנית-כללית" או שמא מדובר בנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים; ומבחן ההתאמה למארג החוקתי, שבו נבחנת השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של הנושאים שהוסדרו בחוקי יסוד אחרים או בחוק היסוד שאליו מתווסף התיקון. אם הנורמה אינה מקיימת את אחד או יותר מסימני ההיכר שנמנו בשלב הראשון, עוברים אנו אל השלב השני, הוא שלב הצידוק, שבמסגרתו יועבר הנטל

למשיבים להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק יסוד. אעיר כי בעניין שפיר הציעה השופטת ד' ברק-ארז שאת הנורמה שנחקקה יש לבחון במבחן חד שלבי (שלב הזיהוי בלבד) ואת מבחן ההתאמה למארג החוקתי יש להחליף במבחן המובחנות (שענינו בשאלה אם כינון חוק היסוד נעשה תוך פלישה מובהקת של הרשות המכוננת לתחומי סמכותה של רשות אחרת).

במוקד ההליך דנן ניצב מבחן העזר השני, הוא מבחן הכלליות – וזאת בשל הטענה כי תיקון מס' 12 נגוע בפגם פרסונלי חמור. משכך, אפנה לפרוס את התשתית המשפטית המתאימה לבחינת טענה זו.

פגם פרסונלי בחקיקה ובחקיקת יסוד

(1) עקרון הכלליות ו"מסך הבערות"

33. אך לאחרונה, בעניין התנועה לטוהר המידות, עמדתי על כך שאחד ממאפייניו של חוק במדינה דמוקרטית הוא תחולתו הכללית (שם, פסקה 58). דרישת הכלליות נובעת מעקרון שלטון החוק, והיא מהווה אחד היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 815 (2008)). דרישה זו משמיעה למחוקקים שאת סמכות החקיקה שהופקדה בידם יש להפעיל כך שהנורמות שייקבעו יבטאו עמדה עקרונית לדרך ההתנהגות הראויה, ולא יתבססו על זהותם של האנשים שאליהם הן מכוונות. כך, צוין בעבר כי:

"בבואו לחוקק חוק, על המחוקק להעמיד לנגד עיניו עיקרון המשרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי. אסור למחוקק לעצב את הנורמה כאשר טובתו של אדם ספציפי עומדת לנגד עיניו ולתפור אותה למידותיו. עשייה חקיקתית כזו דומה לסימון המטרה סביב החץ ואינה עושה צדק עם שאר האוכלוסייה חסרת הקשרים" (נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדריך למחוקק 63 (2015)).

34. דרישת הכלליות הומשגה, לא אחת, כדרישה של המחוקקים לחוקק "מאחורי מסך בערות" ("Behind a veil of ignorance"). מונח זה נטבע על ידי הפילוסוף ג'ון רולס, וזאת כחלק מתיאור ניסוי מחשבתי שבו נציגי העם נדרשים להסכים על כללי המשחק הדמוקרטיים מאחורי מסך כאמור – דהיינו מבלי שהם יודעים דבר על אודות האזרחים שאותם הם מייצגים. ניסוי מחשבתי זה מלמד, כך לפי רולס, כי מסך הבערות מבטיח קבלת החלטות נקיה מפניות, מאינטרסים אנוכיים ומדעות קדומות (JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 24-26 (1995); JOHN (RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 118-123 (revised ed. 1999)).

35. סטייה מעקרון זה, כך שנורמות משפטיות מתקבלות תוך ידיעה ברורה בדבר זהות נמעניהן ובמטרה להיטיב עמם או להזיק להם פוגעת בעקרון שלטון החוק. חקיקה כזו מעוררת חשש מהתנכלות לפרטים מסוימים או מהעדפה בלתי מוצדקת של פרטים אחרים, כתלות בקרבתם לשלטון ובהון הפוליטי שנתון להם. כפועל יוצא מכך, חקיקה שאינה כללית פוגעת באמון הציבור בחקיקה ובשלטון ומעוררת חשש שמא "החקיקה אינה תוצר של בחינת ההסדר הראוי והרצוי לאור שיקולים כלליים אלא נשענת על אינטרסים צרים ופרטיים" (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 58 לפסק דיני; רובינשטיין ומדינה, בעמ' 286-287). זאת ועוד, חקיקה פרסונלית עשויה לפתוח פתח לשחיתות שלטונית (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 41 לפסק הדין של השופט א' שטיין). יש אף שסוברים כי דרישת הכלליות מתחייבת גם מעקרון הפרדת הרשויות, מאחר שתפקידו של המחוקק הוא לקבוע נורמות כלליות, ולא לעסוק במקרים בודדים ומסוימים (עניין ממשלת החילופים, פסקה 140; ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 700-701 (1957); מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית" חוקים יב 173, 185 (2018) (להלן: טמיר); כן ראו את הגישה שמבססת את עקרון הכלליות על הזכות לשוויון: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 16 לפסק הדין של השופט נ' סולברג; אהרן ברק מידתיות במשפט 153 (2010)).

36. עקרון הכלליות נדון לא אחת בפסיקת בית משפט זה ביחס לחקיקה "רגילה" וכן ביחס לחוקי היסוד. כך, ביחס לחקיקה רגילה, בראשית שנות ה-

2000 נקבע כי על הכנסת מוטלת החובה לפעול בגדרי עקרון הכלליות, וצוין כי "מרכזי פעילותה של הכנסת הם בחקיקה ובפיקוח על פעולות הממשלה. אשר לחקיקה, בעיקרי הדברים אמורה הכנסת לקבוע נורמות התנהגות כלליות לכלל הציבור בישראל, ונורמות כלליות אלו מיועדות לקבוע את פניה של המדינה ואת דרכי התנהגותה של החברה בישראל" (בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 142 (2002)). עוד צוין שם כי הכנסת אינה "מחזיקה בסמכות לעשיית אקטים אינדיווידואליים או לקביעת נורמות ספציפיות" (שם, בעמ' 160). אמנם, טרם הונחה בפסיקתנו תשתית ממצה בשאלת נפקות הסטייה מעקרון הכלליות, ואולם נקבע כי יש לבחון טענה שמכוונת לחוקתיותו של חוק שנפל בו פגם פרסונלי ב"זכויות מגדלת" (ראו פסקה 61 לפסק דיני בעניין התנועה לטוהר המידות וההפניות שם). כך, לאחרונה קבענו כי עקרון הכלליות מטה את הכף לפרשנות שלפיה תחולתו של חוק לא תהא מידית – וזאת באופן שמאפשר להימנע מלדון בחוקתיותו (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקאות 32 ו-61). במקרה אחר בית המשפט היה מוכן להניח כי "ייתכנו מצבים שבהם חקיקת חוק ממניע פרסונאלי עשויה להוות פגיעה ב'עקרונות היסוד של השיטה' ולהצדיק את בטלותו של דבר החקיקה" (בבג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 16 (17.8.2016) (להלן: עניין הרפורמה ברשות החשמל)). לצד האמור יש להדגיש כי סטייה מעקרון הכלליות אינה מוליכה, בהכרח, לפסלותה של הנורמה ולא אחת נורמות שסטו מעקרון הכלליות צלחו את הליך הביקורת השיפוטית (ראו למשל בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית)). הפרשה דנן, שעניינה בפגם פרסונלי בחקיקת היסוד, לא מחייבת הכרעה כללית בשאלת נפקות הסטייה מעקרון הכלליות. די לנו בתיק דנן לצעוד בתלם הפסיקה שעניינה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. לכך אפנה כעת.

(2) פגם פרסונלי בחוק יסוד

37. הקושי שמתעורר ביחס לפגם פרסונלי נכון ביתר שאת כאשר עסקינן בנורמה הגבוהה ביותר בסולם הנורמות הפורמליות – חקיקת היסוד (איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה - חוקתיותו" הפרקליט מד(א) 151,

167 (1998) (להלן: גבאי)). זאת מאחר שחוקי היסוד אמורים כאמור לעיל לשמש "פרקים" בחוקה המתגבשת, ולכן עליהם להוות נורמות יציבות, כלליות ועל-זמניות (עניין שפיר, פסקה 3 לפסק הדין של השופט י' עמית). בהקשר דומה ציינו מדינה וויצמן במאמרם:

"נדרש שתחולתו של ההסדר תהיה רחבה וכללית, ולא פרסונלית, ושהוא יוחל באופן פרוספקטיבי — תוך קביעת הוראות-מעבר מתאימות — ולא באופן מידי. דרישות אלה מיועדות להבטיח שקביעת 'כללי המשחק' תיעשה במידה שתהא קרובה ככל האפשר להימצאות מאחורי 'מסך בערות', כלומר, בתנאים שבהם יש מידה מספקת של אי-ודאות באשר להשפעתו של ההסדר הנדון על אינטרסים אישיים או סיעתיים של חברי הכנסת" (ברק מדינה ועשור וויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ(2) 595, 645 (2017) (להלן: מדינה וויצמן); כן ראו: Adrian Vermeule, *Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, 111 YALE LAW JOURNAL 399, 413 (2001).

38. חקיקת חוקי יסוד פרסונליים חורגת — כמעט בהגדרתה — מסמכות כינון החוקה. חוקי היסוד אמורים לשקף את ערכי היסוד ואת העקרונות שנוהגים בחברה, וככאלה אין הם יכולים לשקף אינטרס פרטיקולרי של רוב מקרי כזה או אחר (המעמד המשפטי של חוקי-יסוד, בעמ' 164). לכך יש להוסיף כי תיקון פרסונלי של החוקה מגלם גם פגיעה ביציבותה ובנצחיותה מנקודת מבטו של האזרח. יש בתיקון כאמור כדי לשחוק את המעמד הציבורי של חוקי היסוד (ראו והשוו: עניין ממשלת החילופים, פסקה 16 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות). בנוסף לאמור, תיקון החוקה במטרה לשרת את האינטרסים של אדם או קבוצה מסוימת מוליך, מניה וביה, לסדיקת תפיסתה של החוקה כמסמך מכונן (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 169).

39. שאלת הפגם שנפל בחריגה מעקרון הכלליות בחוק יסוד נדונה לראשונה במישרין בבית משפט זה בעניין המדכו האקדמי. באותו עניין נדון תיקון לחוק-יסוד: משק המדינה שנעשה בהוראת שעה (ושבמסגרתו נקבע שתקציב המדינה לשנים

2017-2018 (יהא תקציב דו-שנתי). בפסק דינו, ציין השופט נ' הנדל כי "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות, הנתפסת על ידי מלומדים כתנאי להבטחת 'מוסריותו הפנימית' והחיצונית של המשפט, ואף כנגזרת של עקרון שלטון החוק המהותי" (שם, פסקה 6). השופט הנדל קבע באותו עניין כי חוק היסוד שנחקק בהוראת שעה מבקש לקבוע כי הוראת סעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה (שקובע, כאמור, אישור תקציב מדי שנה) לא תחול על שחקנים מוגדרים. בכך, נקבע, הוא מבקש לשנות את ההסדרה העקרונית של היחסים המוסדיים בין הכנסת לבין הממשלה באופן פרטני וקונקרטי, וככזה הוא עלול לפגוע בעקרון הכלליות. בהיעדר "צידוק מספק", נפסק, לא ניתן לעשות שימוש בהוראת שעה, ובפרט כאשר התכלית הממשית היחידה לחקיקתה הינה "נוחות פוליטית". עוד צוין:

"יש להכיר במעמד המיוחד של חוק יסוד. נורמה המיועדת והמאפשרת לשחקן A (קרי, הממשלה המכהנת) להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן B (ממשלה עתידית שלא תיהנה מהוראת השעה ותידרש להתמודד עם פיקוח פרלמנטרי מחמיר), נושאת, במובנים מסוימים, אופי פרסונאלי. משום כך, היא מעוררת קושי, ולא ניתן לייחס לה אופי ומעמד חוקתיים" (שם).

40. בהמשך, בפסק הדין בעניין שפיר, שבו כאמור פורטו מבחנים ליישומה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, קבעה הנשיאה א' חיות את מבחן הכלליות כאחד ממבחני העזר לבחינה אם חוק היסוד נושא מאפיינים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. בהקשר למבחן זה ציינה הנשיאה חיות:

"מבחן עזר נוסף בו ניתן לעשות שימוש הוא מבחן הכלליות. מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת [...]. חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד

ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם 'אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר' [...]. אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית. שם, פסקה 40).

עוד נפסק בשתי הפרשות שאוזכרו לעיל כי נורמה פרסונלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם מסוים (או לקבוצת אנשים), הן ל"פרסונה מוסדית", דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת (עניין שפיר, פסקה 40; עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק הדין של השופט הנדל).

41. מבחן הכלליות מבקש אפוא להבטיח כי לחוקה לא יחדרו נורמות שבמסגרתן ראו המחוקקים את ה"כאן ועכשיו" והעמידו במוקד הליך הכינון אינטרסים צרים ומידיים, להבדיל מראייה רחבה ועקרונית של האינטרס הציבורי (ראו והשוו: עניין שיינפלד, פסקה 7 לפסק הדין של השופטת י' וילנר).

(3) זיהוי פגם בכלליות

42. עד כה עמדנו על הקשיים שמעורר פגם פרסונלי בחקיקה, בפרט כאשר מדובר בפגם בכינון חוקי יסוד פרסונליים. ואולם, עולה השאלה כיצד ניתן לזהות חוק שלא מקיים את דרישת הכלליות, היינו "חוק פרסונלי".

43. זיהויה של נורמה בעלת ממד פרסונלי אינו תמיד פשוט, אך דומני כי ניתן לחלק פגמים פרסונליים לקטגוריות שונות (ראו והשוו לרשימת הדוגמאות שמנה השופט נ' סולברג בעניין התנועה לטוהר המידות, פסקאות 18-26). אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה בהכרח, אך יש בה כדי לשרטט בקווים כלליים מספר סוגים שונים של מופעים פרסונליים בדברי חקיקה.

בקבוצה ראשונה של מקרים, הפרסונליות "גלויה" בלשונה של הנורמה; היינו, בטקסט החקיקה מצוין במפורש כי תחולתו אינה מכוונת לציבור באופן

כללי. בתוך קבוצה זו ניתן למנות נורמות שמכוונות לפרסונה יחידה, או נורמות שמכוונות לקבוצה סגורה ומוגדרת של יחידים – בין אם אלה מפורטים בשמם ובין אם לאו. כך, דוגמה מובהקת לסוג המקרים הראשון היא חוק הנשיא חיים ויצמן (גמלה ועזבון), התשי"ג-1953, שעניינו בגמלה שתשולם באופן ספציפי לאלמנתו של הנשיא חיים ויצמן (ראו גם בסעיף 1 לחוק, שבו מצוינת אלמנתו בשמה). דוגמה לסוג המקרים השני היא חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, שעניינו בהפסקת הליכים פליליים ובמחיקת רישומים למי שעבר עבירות על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות (בתנאים שמפורטים בחוק שם). חוק זה שפורסם בשנת 2010 עסק באופן מוצהר וברור בקבוצה מוגדרת וידועה של אנשים, כעולה במפורש גם מלשונו (הגם שאנשים אלה אינם מנויים בשמם בחוק). עתירה אשר תקפה את חוקתיותו של חוק זה נדחתה, משנקבע כי החוק אמנם פוגע בזכות לשוויון, אך צולח את מבחני פסקת ההגבלה (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012)).

קבוצה שנייה של מקרים כוללת חקיקה שמלשונה לא ניתן כלל ללמוד כי היא מכוונת לפרסונה מסוימת, אך ניתן ללמוד מהוראות תחולת החוק כי הן "נתפרו" למידותיה של פרסונה זו בלבד. דוגמה למקרה בקבוצה זו היא סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 שכוון ל"חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי". חרף ניסוחה הכוללני של ההגדרה, היא כוונה, הלכה למעשה, רק לקבוצה ברורה ומוגדרת, שכללה חברה אחת, היא חברת איתנית מוצרי בניה בע"מ (עניין איתנית שאוזכר לעיל). תחימתה של הקבוצה והיקפה המוגדר והברור נובעים גם מכך שהגדרת החוק צופה פני עבר, היינו, מדובר במי שייצר, בעבר ועד ליום שנקבע בחיקוק, אסבסט בגליל המערבי. אפשר לחשוב, לצורך ההדגמה, על מצב שבו נוסח סעיף 74 האמור היה שונה, והיה מכוון ל"חברות שעסקו ושעוסקות בייצור אסבסט בגליל המערבי". לכאורה, במצב דברים זה ניתן היה לומר כי אין החוק חל, בהכרח, על איתנית בלבד ולכן הוא אינו פרסונלי. ואולם, דומני כי אף במצב דברים זה ניתן יהיה לומר כי החוק לוקה בפרסונליות מאחר שהוראות החוק "עוצבו" על מנת שיחולו על איתנית, אף אם ייתכן ש"יתפסו ברשת" גורמים נוספים בעתיד.

בקבוצה השלישית של המקרים ניתן למנות דברי חקיקה שאין בלשונם רמז לממד פרסונלי כלשהו. כעולה מלשון החוק תחולתם כללית ואין בה הוראות ש"תופרות" את התחולה לפרסונה זו או אחרת. עם זאת, בחינת דבר החקיקה מעלה כי הוא נועד לשרת תכלית פרסונלית. כלומר, ביצירת הנורמה, המחוקקים ביקשו להיטיב במישרין עם פלוני או להרע עם אלמוני, אך זאת באופן שלא הותיר "טביעת אצבע" בלשון הטקסט החוקי. כאשר עסקינן בנורמות המשתייכות לקבוצה זו, עשויה לשכון לצדה של התכלית הפרסונלית גם תכלית כללית ועקרונית – ולמצער תכלית שנחזית להיות כללית ועקרונית. ואולם, עצם קיומה של תכלית עקרונית לצד תכלית פרסונלית – אינה מספקת כדי להגיע למסקנה כי אין מדובר בנורמה שדבק בה פגם פרסונלי.

44. החלוקה לקבוצות לעיל נוגעת בעיני אך לאפשרות לזהות את הפגם הפרסונלי מלשוננו של דבר חקיקה. כך, כאשר ענייננו בהוראה שמשתייכת לקבוצה הראשונה, שבה הפרסונליות "נגלית על פניה", לא יתעורר קושי בקביעה כי מדובר בחיקוק פרסונלי; הוראות שעניינן נכלל בקבוצה השניה הן "חשודות" כפרסונליות, ועל כן אין די בלשונן כדי לגלות, מעבר לכל ספק, שמדובר בחיקוק פרסונלי; ואילו בקבוצה השלישית נכללות הוראות שבלשונן אין כדי להעיד שמדובר בחיקוק פרסונלי. אעיר כי מטבע הדברים עשויים להיות מקרי גבול, שסיווגם לקבוצה זו או אחרת לא יהא פשוט או ברור.

45. אדגיש: בניגוד למה שעשוי להשתמע מחלוקת הקבוצות לעיל, איני סבור כי מדובר במקשת (ספקטרום) מקרים שמלמדת על חומדת הפגם הפרסונלי. אכן, ניתן לטעון כי ככל שהפרסונליות של הנורמה גלויה על פני הטקסט החוקי (או החוקתי) עשויה הפגיעה באמון הציבור, שנלווית לנורמה הפרסונלית, להיות משמעותית יותר. עם זאת, אין לכחד כי לא אחת די בכך שהטקסט "תפור למידותיו" של פלוני (אף מבלי לציין בשמו) או בכך שמהליך החקיקה ברור שהכוונה היא להיטיב או להרע עם אלמוני כדי לפגוע בתכליות שעליהם נועד עקרון הכלליות להגן. אך חשוב מכך: הפגם המהותי שביצירת חוקים שאינם

כלליים, ובפרט חוקי יסוד, נעוץ בעצם הפגיעה בעקרון שלטון החוק. עיצוב ההסדרים החוקיים על מנת להיטיב עם זה או להרע עם אחר באופן פרסונלי – הוא ככלל פגום מן היסוד, בין אם נוסח כך ובין אם נוסח אחרת. אם לא כן, נימצא אומרים כי עוצמת הפגם הפרסונלי נעוץ בנסחות החקיקה ולא במהותה, ונורמה פרסונלית שהולבשה במחלצות "כלליות" תחמוק מביקורת שיפוטית בהקשר זה. כלל משפטי שתוחם את הביקורת השיפוטית על פגם פרסונלי בחוק יסוד לאותם המקרים שבהם הפגם בולט על פני החוק, עשוי לשמש תמריץ להגדלת היקף החקיקה הפרסונלית, תוך ניסוחה באופן שלא יאפשר לזהות את הפרסונליות על פני דבר החקיקה.

(4) הקבוצה השלישית – בין תכלית פרסונלית לבין מניע פרסונלי

46. במקרה שלפנינו, כפי שיפורט גם להלן, תיקון מס' 12 משתייך לקבוצה השלישית של המקרים, כך שמלשוננו לא ניתן להצביע על פרסונליות ההסדר. ואולם, כפי שכבר הובהר לעיל, "חקיקה יכולה להיות פרסונלית גם אם היא נחזית לבעלת תחולה כללית, בנסיבות שבהן המחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים שעליהם הוא יחול" (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 60 לפסק דיני; אהרן ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ד – הביקורת השיפוטית 1792 (יצחק זמיר עורך, 2023); טמיר, בעמ' 177; חיים גנז "על כלליות של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579, 580-583 (1991)). כלומר, במקרים מעין אלה מוסט המבט מלשונה של הנורמה אל עבר כוונת המחוקק, שאותה ניתן ללמוד מדברי המחוקקים עצמם, כמו גם מנסיבות אחרות שעשויות ללמד אותנו על התכלית הסובייקטיבית שניצבה בבסיס חקיקת הנורמה.

47. בהקשר זה יש להבחין בין מניע פרסונלי לבין תכלית פרסונלית. הבחנה זו, בין מניע לבין תכלית – הגם שהיא נשענת על תשתית רעיונית ברורה – לא זכתה לדיון ממצה בפסיקת בית משפט זה שעסקה בנורמות פרסונליות (ראו גם בעניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 61 לפסק דיני; פסקאות 23-31 לפסק הדין של השופט נ' סולברג). דומני כי המקרה דנן מחייבנו לחידוד הנורמטיבי הנדרש.

48. המניע לחקיקה עניינו באירוע שארע בעבר ואשר הניע את המחוקק לפעול – בבחינת "טריגר" נקודתי או ניצוץ שהצית את הליך החקיקה. במקרה הפרדיגמטי, לאחר אותו טריגר, הליך החקיקה והמחוקקים יתנתקו מאותו מקרה פרטני, והליך החקיקה יתמקד בפרטיו של ההסדר הכללי מתוך הסתכלות רחבה על המטריה הנדונה. זאת, במטרה לייצר הסדר מקיף וכוללני, שאינו קשור בעבותות לאותו מניע ראשוני. בשונה מהמניע, תכלית החקיקה עניינה באותן מטרות וערכים שביקש דבר החקיקה להגשים במבט צופה פני עתיד. תכלית פרסונלית מתקיימת אפוא מקום שבו המחוקק שם לו למטרה בחקיקת החוק דווקא להיטיב או להרע את מצבו של פלוני. ההבחנה בין מניע החקיקה לבין תכליתה אינה תמיד פשוטה, וזאת בין היתר מאחר שלא אחת מניע פרסונלי "יזלוג" אל תוך תכליתו של ההסדר החוקי.

49. בנתון להבחנה זו, דומני כי ככלל, מניע פרסונלי – כשלעצמו – לא יהא בו כדי להוליך למסקנה כי נפל בדבר חקיקה פגם פרסונלי. הצדדים טענו לפנינו שזוהי הלכת בית משפט זה מימים ימימה. בכך, הפנו הצדדים בעיקר להלכה הבאה, שעליה חזרנו לא אחת: "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); כן ראו, בין היתר: עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות; עניין המרכז האקדמי, פסקה 5 לפסק דיני). בפסקי הדין שבהם הוזכרה הלכה זו אמנם טרם הונחה התשתית להבחנה בין מניע פרסונלי לבין תכלית פרסונלית אך ייתכן שניתן לזהות ניצנים להבחנה זו בפסקי הדין שנגעו לתקציב הדו-שנתי (פסקי הדין בר-און והמרכז האקדמי). כך, הגם שצוין כי אין לבחון את מניעיהם של המחוקקים, בית המשפט בחן, הלכה למעשה, את תכלית השימוש בהוראת שעה. כך, בעניין בר-און הודגש כי השימוש בהוראת שעה נעשה בשל נסיבות שמצדיקות זאת ובמטרה לערוך "ניסוי" שיאפשר לקבל החלטה אם יש לעבור למשטר תקציבי דו-שנתי קבוע (שם, בעמ' 301); ואילו בעניין המרכז האקדמי, שבמסגרתו ניתנה התראת בטלות ביחס להסדרים מסוג זה, נקבע כי אין הצדקה לעשות שימוש בהוראת שעה "אך כדי

להתגבר על משוכות פוליטיות" (כן ראו את קביעתו כי "מנגנון ההתכנסות [...] אינו מצדיק לכשעצמו הוראת שעה נוספת", פסקה לג; וראו גם את פסק הדין של השופט י' דנציגר). לצד זאת, יודגש כי כאמור בשני פסקי הדין האמורים לא הומשגה ההנמקה בהבחנה שבין מניע לבין תכלית, והזרקור הושם על קיומה של "הצדקה" לתיקון חוק היסוד בדרך של הוראת שעה.

50. בשונה ממניע גרידא, תכליתו הפרסונלית של דבר חקיקה מותרת בו כתם פרסונלי. כתם שכזה ביחס לחוק יסוד משמעותו כי בחוקת המדינה המתגבשת הוטמעה נורמה שנועדה להיטיב עם פלוני – וזאת בניגוד לתפיסות היסוד החוקתיות. משכך, חוק יסוד שכונן מתוך תכלית פרסונלית עשוי להוליך למסקנה כי בכינונו עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. מכאן, שקיימת חשיבות רבה להבחנה בין מניע פרסונלי לתכלית פרסונלית, וכאמור שומה עלינו לנקוט זהירות רבה בהבחנה זו, מאחר ש"לעיתים הניסיון של מקרה מסוים מביא לעיגון לגיטימי של נורמה כללית" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק הדין של השופט נ' הנדל).

51. מהם המקורות שמהם ניתן ללמוד כי חוק יסוד כונן מתוך תכלית פרסונלית? לשיטתי, המקור העיקרי שממנו ניתן ללמוד על התכלית שביקש המחוקק לקדם הוא ההיסטוריה החקיקתית (ראו והשוו לעניין שיינפלד, פסקה 42 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות). אין הדבר שונה ממקרים רבים אחרים שבמסגרתם אנו עומדים על כוונת המחוקק כחלק מההליך הפרשני המקובל (ראו, מני רבים: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 35 לפסק דיני; בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 23 (3.7.2022)). אומנם, נטען לפנינו כי אין מקום להידרש לדבריו של חבר כנסת זה או אחר, מאחר שבית המשפט עוסק באנאליזה של החוק ולא בפסיכואנליזה של המחוקק (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 17 (1981)). אף שהלכה זו שגורה בפנינו (וראו למשל, רק מן העת האחרונה בג"ץ 8440/20 מובשוביץ נ' שר הביטחון, פסקה 9 לדעת המיעוט של השופט ד' מין (29.3.2023)), יש לעמוד על הקשר: הלכה זו עניינה במלאכת פרשנותו של דבר חקיקה, והיא נועדה להבהיר כי

פרשנותו של דבר חקיקה אינה מוכרעת על יסוד כוונת המחוקק, שכן תפקידו של בית המשפט נעוץ בניתוח (אנליזת) החוק, וכפי שצוין:

"כל דבר חקיקה מתפרש על-פי נוסחו ותכליתו, ולא כוונתם הסובייקטיבית של מחוקקיו [...] תקבע את פרשנותם הראויה. גם אם יכול שלהיסטוריה החקיקתית יהיה משקל ככלי עזר פרשני, בסופו של דבר, ההכרעה בפרשנותו של חוק היא 'על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק'" (בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3) 153, 158 (1995)).

ואולם, בבחינת קיומה של תכלית פרסונלית, אין אנו עומדים על "פרשנות" דבר החקיקה לפי הכללים הנקוטים עמנו – אלא על כוונת המחוקק. כוונה זו נבחנת גם במסגרת הליך הפרשנות, כחלק מן ה"תכלית הסובייקטיבית" של חקיקה "רגילה". בחינת קיומה של תכלית פרסונלית נשענת אפוא על תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה, היינו, הכוונה של "יוצר הטקסט". על כוונה זו עומד בית המשפט כדבר שבשגרה (ראו למשל מהעת האחרונה, עניין הסבירות, פסקה 108 לפסק הדין של השופט נ' סולברג; דנג"ץ 7335/21 שרת הפנים נ' מדינצ'בה, פסקה 19 לפסק דיני (13.11.2023); ע"א 3086/22 סבן נ' אייסוי, פסקה 62 (17.10.2023); בג"ץ 5794/22 זמטב נ' הוועדה לבחינת השעיית ראשי רשויות בשל הגשת כתבי אישום לפי חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975, פסקאות 27-28 (6.2.2023)). הטענה שלפיה קיים קושי לעמוד על קיומה של תכלית פרסונלית אינה עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה הנהוגה בבית משפט זה משך עשרות שנים שבמסגרתה עומד בית המשפט על תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה כחלק מהליך פרשנותו. המחלוקת לעניין המשקל שיש ליתן לתכלית הסובייקטיבית בעמידה על תכליתו של דבר חקיקה איננה מחלוקת שנוגעת לעצם האפשרות להידרש לכוונת המחוקק, שלגביה קיימת פרקטיקה נהוגה ומושרשת.

52. זאת ועוד, כפי שכבר ציינתי בעבר (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 61 לפסק דיני), ההבחנה בין מניע לבין תכלית עשויה להיות מורכבת, אך מורכבות זו

אינה מוליכה בעיני למסקנה שעלינו למשוך ידינו מהכרעה בכך. לכך יש להוסיף כי לא בכל מקרה יתעורר קושי להבחין בין מניע פרסונלי לבין תכלית פרסונלית. לשם ההדגמה בלבד, אפנה לחקיקת חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, שזכה לכינוי "חוק דרומי". בתמצית, התיקון לחוק הוסיף את ההגנה שקבועה כיום בסעיף 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("הגנת בית מגורים, בית עסק ומשק חקלאי מגודר"; להלן: חוק העונשין). דומה כי אין חולק שהמניע לחקיקת החוק היה הפרשה שמכונה "פרשת דרומי", שבמסגרתה ירה החקלאי שי דרומי בפורצים שחדרו למשקו החקלאי. משכך, לכאורה ולפי הטיעון לעיל, אמור היה להתעורר קושי בניתוק בין מניע זה לבין תכלית החקיקה. ואולם, עיון בהליך חקיקת תיקון זה מגלה כי עניינו הפרטני של שי דרומי מוזכר בשוליים, פעמים מעטות. הליך החקיקה, שנמשך למעלה משנה, עסק בין היתר בשאלת הנחיצות של הגנה כאמור במשפט הפלילי (ראו למשל פרוטוקול ישיבה 98 של הכנסת ה-17, 49-45 (14.2.2007); פרוטוקול ישיבה 256 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 20-14 (11.7.2007); פרוטוקול ישיבה 213 של הכנסת ה-17, 59-49 (26.2.2008)); בשאלת גבולותיה הראויים של ההגנה (ראו למשל פרוטוקול ישיבה 450 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 23-4 (12.2.2008); פרוטוקול ישיבה 516 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 17-3 (26.3.2008)); ובשאלת התאמתה לדין הפלילי הקיים (ראו למשל פרוטוקול ישיבה 561 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 12-10, 18-15 (11.6.2008); ופרוטוקול ישיבה 249 של הכנסת ה-17, 58, 62, 79-78 (24.6.2008)). ודוקו: בדוגמה זו אין אני מבקש להביע עמדה לגופו של התיקון האמור לחוק העונשין (וראו טמיר, בעמ' 180; יוער כי התיקון הוחל על עניינו של דרומי מכוח ההוראה הכללית שקבועה בסעיף 5 לחוק העונשין). הדגמה זו נועדה אך להבהיר מדוע לא כל אימת שהליך החקיקה הונע בעקבות מניע פרסונלי, הוא ייצבע כולו בגווני פרסונליים באופן שיקשה עלינו לקבוע אם גם תכליתו פרסונלית. כך, ייתכנו בהחלט מקרים שבהם הליך החקיקה ילמד כי "מניע הוא רק מניע", ולאחר התנעת הליך החקיקה, מסיים אותו מניע את תפקידו ההיסטורי ומפנה את הבמה להליך חקיקה שתכליותיו כלליות ואינן קשורות בקשר ישיר למקרה הקונקרטי.

53. עוד יצוין כי לעתים בידי המחקק מצוי כלי משפטי פשוט לניתוקו של המניע מהתכלית – והוא תחולת החקיקה במישור הזמן. במקרים מסוימים, תחולה מכאן ולהבא (כך שאינה חלה על אותו המקרה ש"הניע" את החקיקה) עשויה להסיר מעל החקיקה את ה"עננה הפרסונלית" ששכנה מעליה. בשונה, עמידה עקרונית על תחולה רטרואקטיבית (או רטרוספקטיבית) מעידה, למצער, כי לנגד עיניו של המחקק עומד באופן ספציפי גם הרצון להשפיע על המקרה הפרטני. עמידה עקרונית שכזו עשויה ללמד שהחקיקה לא נעשית מאחורי מסך בערות, מאחר שהיא מבקשת בצורה מפורשת להחיל עצמה – לכל הפחות – גם על קבוצת מקרים ידועה (ראו והשוו: עניין שיינפלד, פסקה 47 לפסק הדין של השופט ד' ברק-ארז). ודוק: כפי שכבר נפסק בעבר, תחולה מידית של חוק יסוד אין בה, כשלעצמה, כדי לקבוע כי מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת (ראו למשל עניין ממשלת החילופים, פסקה 18 לפסק הדין של השופט ד' ברק-ארז). ואולם כוונת המחקק ביחס למישור התחולה עשוי להעיד על התכלית שעמדה לפני המחקק בכינונו של חוק היסוד.

54. בנוסף לכל האמור לעיל, זיהויה של תכלית פרסונלית יכול להיעשות גם על סמך מכלול נסיבות החקיקה: בכלל זאת, חקיקה נמהרת וחפוזה עשויה להוות אינדיקציה לקיומה של תכלית פרסונלית (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 40 לפסק דיני; עניין שיינפלד, פסקה 12 לפסק הדין של השופט י' עמית); ועיתוי החקיקה אף הוא עשוי לעורר "חשד" פרסונלי (עניין ממשלת החילופים, פסקה 5 לפסק הדין של השופט ע' ברון). זאת ועוד, על תכלית פרסונלית ניתן ללמוד גם מתוכן ההסדר החקיקתי, בפרט ככל שזה "תפור למידותיו" של אדם מסוים (אשר לבחינת נתון זה בחקיקת יסוד, ראו פסקה 80 להלן). לצד זאת, ברי כי אין מדובר ב"רשימה סגורה" של אינדיקציות לקיומה של תכלית פרסונלית בדבר חקיקה.

מן הכלל אל הפרט: האם בתיקון מס' 12 נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת?

55. בנתון לתשתית המשפטית שהובאה לעיל, נפנה עתה לבחון אם בכינון תיקון מס' 12 עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. התשובה לשאלה זו נגזרת במקרה שלפנינו מהטענות לפגם פרסונלי – היינו, אי-עמידת התיקון במבחן העזר של הכלליות.

56. בפתח הדברים, יש לציין כי הטענה שלפיה חוק יסוד אינו מקיים את דרישת הכלליות חותרת תחת חזקת חוקתיותו ומשכך עליה להישען על תשתית איתנה וממשית (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 59; עניין הרפורמה ברשות החשמל, פסקה 16; בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 40 (1998)). כפי שיפורט להלן, תשתית שכזו קיימת במקרה דנן: שורה של אינדיקציות ברורות וחד-משמעיות מעידות על כך שתכליתו של תיקון מס' 12 הייתה פרסונלית – קרי, להבטיח שלא ייקבע כי נבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו, בין אם במסגרת העתירות שהוגשו בעניין זה או על ידי היועצת המשפטית לממשלה. משכך, כפי שיפורט להלן, איני סבור כי התיקון צולח את מבחן הכלליות וכפי שאראה בהמשך, גם את מבחן הצידוק.

57. על מנת להקל על הקורא, אזכיר בתמצית את השתלשלות העניינים עובר לתחילת הליך חקיקת תיקון מס' 12, שפורטה לעיל. בראשית שנת 2020 הוגש נגד ראש הממשלה נתניהו כתב אישום; סביב הקמת ממשלתו באותה שנה קבע בית משפט זה כי כהונתו תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שיערך עמו; במסגרת הסדר ניגוד העניינים נקבע, בתמצית, כי על נתניהו להימנע מלעסוק בכל עניין שיש לו זיקה מהותית למשפטו או לאשר נדון בו; בחודש דצמבר 2022 הושבעה ממשלת ישראל ה-37 בראשות נתניהו ומספר ימים לאחר מכן הציג שר המשפטים תכנית שעניינה יוזמות חקיקה לשינויים במערכת המשפט; בחודש ינואר 2023 הוגשה עתירה שביקשה להורות ליועצת המשפטית לממשלה לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו נוכח הפרת הסדר ניגוד העניינים שלו (העתירה נמחקה מחמת אי מיצוי הליכים); בימים 9.2.2023 ו-12.2.2023 הוגשו שתי עתירות, עתירות הנבצרות, שבהן נטען כי ראש הממשלה מפר את חובותיו שלא לפעול בניגוד עניינים נוכח מעורבותו ביוזמות החקיקה ביחס למערכת המשפט; בית

המשפט הורה להגיש תגובות מקדמיות לעתירות בתוך חודש ימים; וביום 20.2.2023 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק היסוד שלימים נחקקה כתיקון מס' 12.

אשוב ואבהיר כי אין בדברים האמורים כדי להביע עמדה בשאלת קיומה של אפשרות חוקית, ערב תיקון מס' 12, לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל התנהלותו ובשל הפרות נטענות של הסדר ניגוד העניינים שלו. כזכור, בעניין זה תלוי ועומד תיק נוסף בפני בית משפט זה. חשיבות הדברים בענייננו היא בשאלה מה חשבו חברי הכנסת עת כוננו את התיקון, והאם תכלית התיקון שעמדה לנגד עיניהם הייתה להשפיע על עניינו של ראש הממשלה.

(1) כוונת המחוקק כפי שעולה מהליך החקיקה

58. כפי שציינתי לעיל, דרך המלך לזיהויה של תכלית פרסונלית בחקיקה היא בהתחקות אחר כוונתו של המחוקק, כעולה מהליך החקיקה. בחינתו של הליך זה, כפי שאראה להלן, מלמדת כי בכל צעד ושעל בהליך החקיקה ראו המחוקקים לנגד עיניהם את עניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן: מצבו המשפטי; העתירות שהיו תלויות אותה העת לפני בית משפט זה; והאפשרות (לשיטת המחוקקים) כי ייקבע שנבצר ממנו למלא את תפקידו. במוקדו של הליך החקיקה ניצב יוזם הצעת החוק, חבר הכנסת אופיר כץ, שפעל במסגרת הדיונים לשוות לתיקון נופך כללי ועקרוני, ובהקשר זה יש לעמוד על כך שאף חל "ריכוך" מסוים בתוכן ההסדר בהשוואה להצעת חוק היסוד המקורית. ואולם, אף חבר הכנסת כץ הבהיר לא אחת את התכלית הפרסונלית שניצבת בבסיסו של התיקון. לכך יש להוסיף כי מעיון בכל פרוטוקולי הדיונים בהצעת חוק היסוד, דומה כי מרבית התייחסויותיהם של חברי הקואליציה לתיקון (להוציא חבר הכנסת כץ, כאמור) מלמדת על תכלית פרסונלית ברורה.

הדברים יובאו להלן בפירוט נרחב ועל פי הסדר הכרונולוגי של התרחשותם – זאת, בכדי לאפשר לקורא להתרשם בעצמו ממכלול ההתייחסויות לנושא במסגרת הליך החקיקה, ומשום שהם מהווים תשתית מרכזית לקביעה

שביסוד התיקון ניצבת תכלית פרסונלית. הדברים שאביא להלן יתייחסו ברובם לדבריהם של חברי הכנסת מן הקואליציה – המקור העיקרי לבחינת כוונת המחוקקים בעניינו של תיקון מס' 12. אך יובהר, על מנת שלא יחסר, כי גם דבריהם של חברי הכנסת מהאופוזיציה (שהתנגדו לתיקון) מלמדים בבירור על התכלית הפרסונלית שניצבה בבסיס התיקון.

59. ערב הגשת הצעת חוק היסוד, פרסמו ראשי מפלגות הקואליציה (מטעם הליכוד חתם שר המשפטים) הצהרה שהגיבה, בעיקרה, להחלטת בית משפט זה על הגשת תגובות מקדמיות בעתירות הנבצרות. וזו לשון ההצהרה:

"ראשי מפלגות הקואליציה דוחים בתוקף את הדיון הבלתי לגיטימי בבג"ץ בדבר 'נבצרות' ראש הממשלה. מדובר בניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, שאינו שונה מהפיכה צבאית. אין לאף גורם משפטי, כולל לבג"ץ, אפילו שבריר של הסמכה בחוק לפעולה שכזו. רק העם יבחר את ראש הממשלה. ורק העם, באמצעות נציגיו בכנסת, יחליט אם להפסיק את כהונתו. העם ונציגיו לא יקבלו לעולם דיון משפטי על אפשרות של הפיכה. הם לא יקבלו לעולם ביטול משפטי בלתי חוקי של הבחירות ושל ריבונות העם. שליחת יד בדמוקרטיה הישראלית היא מעשה שדגל שחור מתנוסס מעליו גם כשהיא נעשית בכסות של גלימות המשפט".

כשבוע ימים לאחר מכן, ביום 20.2.2023 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) – הצעת חוק יסוד פרטית מטעם 5 חברי כנסת מהקואליציה. הצעת חוק היסוד ביקשה "להבהיר", כך לפי דברי ההסבר, כי נבצרות יכולה להתרחש רק בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה וכי הגורם המוסמך לקבוע זאת הוא ראש הממשלה עצמו או הממשלה במליאתה. בדברי ההסבר להצעת חוק היסוד צוין בין היתר כי "בשל ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת.

כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא בפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי". עוד צוין בדברי ההסבר כי:

"מוצע להבהיר, כי לאור משמעותה של ההכרזה על נבצרות כהדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם, בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה וכי החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדרים תוקף. בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת".

עיון בהצהרת ראשי הקואליציה והשוואתה לדברי ההסבר להצעת חוק היסוד מלמדים על חפיפה מובהקת, ולא בכדי.

60. ביום 1.3.2023 נדונה הצעת חוק היסוד במליאה בדיון מוקדם. בפתח הדיון, הבהיר אחד ממציעי הצעת חוק היסוד, חבר הכנסת אופיר כץ מהליכוד, את תכליתו של התיקון:

"אני רוצה להבהיר לכל הגורמים הלא-נבחרים שמנסים לעשות כאן הפיכה שלטונית במעטה של סיסמה 'שלטון החוק': העם ונציגי העם הם שממנים את ראש הממשלה, ורק הם, אם ירצו, ישנו את בחירתם.

[...]

לא ייתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת. כיצד ייתכן – אתם זוכרים שכשיצא הדיווח הזה, באמת חיכיתי לראות שאם זה לא נכון, היועצת המשפטית תגיד באותה שנייה, מה פתאום, לא היה דיון כזה, לא חושבים על זה. ארבעה ימים לקח להם

להכחיש את הדיווח הזה – ארבעה ימים. נהנו מהעובדה שזה באוויר.

[...]

כולנו מבינים מה קורה פה. ההצעה שמונחת בפניכם, חבריי חברי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי" (פרוטוקול ישיבה 48 של הכנסת ה-25, 115-116 (1.3.2023)).

הנה, מפי מציע הצעת חוק היסוד, בבואו להציג מעל בימת הכנסת את הצעתו: הצעת חוק היסוד מבקשת למנוע מהיועצת המשפטית לממשלה הנוכחית לקבוע כי נבצר מראש הממשלה הנוכחי למלא את תפקידו (ראו גם דבריו של שר החינוך יואב קיש, שם, בעמ' 121; ודבריה של חברת הכנסת קטי שטרית, בעמ' 123). הצעת חוק היסוד התקבלה והועברה לוועדת הכנסת על מנת שזו תמנה את הוועדה המטפלת, וזו קבעה כי הצעת חוק היסוד תועבר לוועדה המיוחדת, בראשות חבר הכנסת אופיר כץ.

61. למחרת היום התקיים הדיון הראשון בוועדה המיוחדת. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גיל לימון, הביא לפני חברי הכנסת באופן מפורש את הקושי שמעוררת הצעת חוק היסוד במישור של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וציין כי ברקע להצעת התיקון ניצב הליך שיפוטי ספציפי תלוי ועומד (הכוונה לעתירות הנבצרות). גם במהלך הדיון הזה הבהירו חברי כנסת מהקואליציה מה הם רואים לנגד עיניהם במלאכת התיקון החוקתי:

"היו"ר אופיר כץ:

הבחירות הדמוקרטיות שהיו, הבחירה של אזרחי ישראל שהלכו לבחור ובחרו את ההנהגה אותה הם רוצים שתשב כאן בבית הזה, כאשר למעשה בחרו בראש הממשלה באמצעות הנציגים. אתם אומרים

אתם לא יכולים להתערב גם אם יש סיכון שאנחנו עכשיו בגלל משהו עמום בחוק או כל מיני אמירות שנאמרו במשפטים שהתקיימו בעבר וכן אפשרו את הפתח הזה, להסתמך על זה שיש אפשרות שתהיה כאן הדחה. זאת פשוט הדחה ולא פחות מכך, הדחה של ראש ממשלה. זה אומר לזרוק לפח את הזכות הדמוקרטית של אזרחי מדינת ישראל ולהזיז הצידה. לא קיים שום בסיס בחוק להחלטה מהסוג הזה.

משה ארבל (ש"ס):

לעצם הדיון, לעצם זה שבית המשפט פתח את הדלת ומקיים דיון בעתירה הזו בשם ערכים של צדק כביכול, סעיף 15 לחוק בתי המשפט, הדבר הזה הוא בלתי נתפס. הדבר הזה הוא בלתי מתקבל על הדעת. אנחנו נמצאים תקופה קצרה מאוד לאחר הבחירות, כאשר הכנסת והעם אמר את דברו בצורה מאוד מאוד ברורה. זה הכי קרוב לטנקים. זה הכי קרוב" (פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 12.2.2023).

השיח נמשך, ועסק בעיקרו בראש הממשלה המכהן, ובאפשרות שבית משפט זה יקבע כי נבצר ממנו למלא את תפקידו. במסגרת זו שב ומציין כץ: "לאור ההתנהלות של היועצת המשפטית לממשלה, ואנחנו רואים את ההתנהלות שלה, שזה הכול כאן נגד. מה אתם רוצים, שניקח סיכון, נהמר על זה שעכשיו היא תבוא והיא תגיד שהוא עבר על ניגוד עניינים והיא תפעל להדחת ראש ממשלה? זה לא משהו שאפשר לשחק בו. זה לא משהו שאפשר להקל בו ראש. זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה" (שם, בעמ' 12-14, 18 לפרוטוקול; כן ראו את חילופי הדברים בין חבר הכנסת משה ארבל לחברת הכנסת אורית פרקש הכהן, בעמ' 19-20; ההדגשה הוספה – ע' פ'). בסופה של ישיבה זו, על מנת להבהיר על מה נסבה החקיקה, ציין שוב חבר הכנסת ארבל כי לנגד עיניו עומד הצורך להשפיע על הליך תלוי ועומד בעניינו של ראש הממשלה המכהן:

"אני מבטא שוב את הדאגה הרבה שלי. בסופו של דבר אפשר לקרוא לחוק הזה חוק דפנה ברק ארז, היא זו שהביאה אותנו לכאן בהחלטתה השיפוטית לפתוח את דלתו של בית המשפט ולבקש תגובה על העתירה המופרכת וההזויה הזו. היא הביאה אותנו עד הלום. אם היו חברי כנסת בעבר שהיו חוקים על שמם, חוק

נהרי למשל, אז יש לנו גם היום שופט בבית המשפט העליון שחוק הנבצרות לדורות ייזכר כחוק ברק ארז" (שם, בעמ' 23).

חילופי דברים אלה מקשים מאוד לראות בעניינו האישי של ראש הממשלה "מניע גרידא".

62. הוועדה המיוחדת שבה והתכנסה לאחר סוף השבוע, ביום ראשון, 5.3.2023. אומנם, בפתח הדיון הוצג ההסדר כניסיון לפתור את ה"עמימות בכל מה שנוגע לנבצרות ראש הממשלה" (דבריו של חבר הכנסת אופיר כץ בפרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 3 (5.3.2023)), אך גם מדיון זה עולה בבירור התכלית הפרסונלית של החקיקה. כך, ציין חבר הכנסת חנוך דב מילביצקי מהליכוד:

"אנחנו נמצאים בסוג של מאבק פרלמנטרי, חוץ פרלמנטרי ומשפטי שסובב סביב נקודה אחת בלבד: האם מקבלים את ההכרעה המאוד ברורה של הבחירות האחרונות. סביב זה מסתובב הכל. יש קבוצה שבשום פנים ואופן לא מוכנה לקבל את העובדה שבנימין נתניהו נבחר פעם אחר פעם לראשות ממשלת ישראל. הייתה קואליציה סביב הדבר הזה שהצליחה באיזה טריק, באיזה מעשה הונאה שנמשך שנה וקצת להקים איזו שהיא קואליציית אנדרוגינוס שקרסה מהר מאוד כי לא היה לה שום דבר משותף חוץ מהשנאה לבנימין נתניהו. עכשיו מנסים דברים אחרים. [...]"

אנחנו רואים את כל ההתנהלות של היועצת המשפטית לממשלה סביב שאלת הנבצרות, הזמן שלקח לה להכחיש, העמידה המאוד עקרונית של הכתבים שאי אפשר להאשים שהם תומכי נתניהו שאמרו שכן היו דיונים סביב הדבר הזה, למרות שברור לחלוטין שאין שום עילה ושום סיבה. גם אם הייתה איזו שהיא הצעת חוק בעבר שלא התקבלה, ברור לחלוטין שדובר אך ורק, וזה כרגע המצב במדינת ישראל, על סיבות בריאותיות בלבד. אנחנו, ואני אומר את זה ללא כחל וסרק, צריכים לשמור שההכרעה הדמוקרטית של העם תכובד. אנחנו לא ניתן לכל מיני מניפולציות ולכל מיני תהליכים כאלה של אליטה מתגוננת

שרואה סוף סוף שהגיעו למוקד הכוח האמיתי" (שם, בעמ' 13-14; ההדגשה הוספה – ע' פ').

עוד במסגרת דיון זה נשמעו דבריהם של חברי כנסת מן האופוזיציה ומוזמנים שונים לוועדה ובהם אנשי אקדמיה וארגוני החברה האזרחית.

63. אף הדיון הבא בוועדה, ביום 9.3.2023, התאפיין בעיסוק בעניינו הפרטני של ראש הממשלה נתניהו (ראו למשל בפרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 9, 33 (9.3.2023)). ראו למשל את חילופי הדברים הבאים בין יו"ר הוועדה, חבר הכנסת אופיר כץ, לחבר הכנסת משה טור פז מהאופוזיציה, ביחס לטענה שהנבצרות היא כלי במערכת האיונים והבלמים בישראל:

"היו"ר אופיר כץ:
היא לא קיימת בשום מקום אבל.

משה טור פז (יש עתיד):
אני מבין, אבל גם לא קיים מצב שאין איונים ובלמים לרשויות.

היו"ר אופיר כץ:
אני אגיד לך איזה מצב לא קיים מבחינתכם, באף מדינה אין ביבי, אם היה ביבי במדינה אחרת, הייתם אומרים שגם שם צריך נבצרות.

משה טור פז (יש עתיד):
אופיר אתה שוב הולך לפרסונלי למרות שהכנסת פה.

[...]

משה טור פז (יש עתיד):
אני מדבר איתך לגופו של עניין, אני מדבר איתך לגופו של עניין, ואתה לוקח אותי לגופו של אדם, אתה מנסה לעקר כל יכולת שיפוט ובקרה על הרשות.

היו"ר אופיר כץ:
זה לא מפריע לכם ששלושה שופטים יגידו שהוא לא יהיה ראש ממשלה?" (שם, בעמ' 37-38; ההדגשה הוספה – ע' פ')

64. הוועדה שבה והתכנסה ביום ראשון ה-12.3.2023, ואף במסגרת הדיון הזה נשמעו התייחסויות חברי הכנסת להכרזה אפשרית על נבצרותו של ראש הממשלה נתניהו. חבר הכנסת אופיר כץ ציין: "בסדר פשוט תנסו להחליף את נתניהו בבחירות, ככה זה במדינות דמוקרטיות, יש פתקים, הרוב קובע מי יהיה בסוף, אז תמשיכו לנסות, עם היועצת המשפטית, היועצת הפוליטית שלכם גלי בהרב מיארה, לנסות את כל התכסיסים, אין מקום בעולם, רק פה מציאים את הדבר הזה, יש קלפי, יש דמוקרטיה, יש בחירות" (פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 7 (12.3.2023) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 12.3.2023)); ובהמשך הדברים הוסיף "אנחנו לא ניתן לכם לעשות הפיכה שלטונית באמצעות כל מיני פלפולים משפטיים, המצאות סטארט אפ משפטי רק למדינת ישראל" (שם; כן ראו את המשך חילופי הדברים בעמ' 8 ובעמ' 11-12). למחרת היום יוחד הדיון בוועדה, בעיקרו, לשמיעת חברי הכנסת מהאופוזיציה (אך ראו למשל את התייחסותו של חבר הכנסת חנוך דב מילביצקי, בפרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 25-26 (13.3.2023); ואת התייחסותו של חבר הכנסת אופיר כץ, שם בעמ' 33) ולהצבעה על הצעת חוק היסוד. לאחר אישורה בוועדה, הובאה ההצעה לדיון במליאת הכנסת. אף במסגרת דיון זה, הודגשה תכליתו הפרסונלית המובהקת של התיקון. כך, יוזם הצעת חוק היסוד, חבר הכנסת אופיר כץ:

"אופיר כץ (יו"ר הוועדה המיוחדת):
 [] ככל שהתגלתה האמת בוועדה, הבנו את האבסורד
 שקיים אך ורק במדינת ישראל. להוציא ראש ממשלה
 לנבצרות לא מטעמי בריאות - -
 [...]
 - - זה סטרטאפ משפטי ישראלי, שלא קיים בשום
 מדינה ובשום צורת משטר - -
 [...]
 - - לא בנשיאותי, לא בחצי-נשיאותי, לא בפרלמנטרי
 - רק בישראל.
 [...]
 למה? שיהיה לנו מנוף לאיים על בנימין נתניהו.
 [...]"

למה? כי אנחנו לא מצליחים לנצח אותו בקלפי. אנחנו
משתגעים מזה, אנחנו מתחרפנים מזה שבקלפי הוא
תמיד מנצח אותנו, אז מה נעשה?

[...]

יש לנו את השלטון שלנו, היועצת המשפטית, בג"ץ.

[...]

זה השלטון האמיתי ואנחנו ניעזר בו בדרכים לא
דמוקרטיות בשביל להזיז את נתניהו.

[...]

אבל אנחנו לא ניתן לכם, באמצעות החברים
המשפטיים שלכם, לבצע הפיכה במדינת ישראל"
(פרוטוקול ישיבה 51 של הכנסת ה-25, 91-93
13.3.2023).

עוד בהמשך דבריו מרחיב חבר הכנסת כץ ביחס לעתירות הנבצרות וביחס
להתנהלות היועצת המשפטית לממשלה (שם, בעמ' 95-96, 107-108, 112-115)
ואסתפק בהבאת רק מקצת מדבריו: "הבעיה היא לא רק אתם. יש לכם את
השותפים שלכם, יש לכם שותפה שהיא לא נבחרת ציבור, והיא חושבת שאפשר
למחוק פה בחירות ובחירה של 2.3 מיליון אזרחי מדינת ישראל, לאיים על ראש
הממשלה עם ניגוד עניינים" (שם, בעמ' 112). התייחסויות דומות ניתן למצוא גם
בדבריו של השר דוד אמסלם (בעמ' 165-168) ושל חבר הכנסת בועז ביסמוט
(בעמ' 222). גם חברת הכנסת טלי גוטליב מתייחסת לעתירות הנבצרות ולהחלטת
בית המשפט להורות על הגשת תגובות, ומציינת: "מה שחשוב כאן, שתבינו, גב'
מיארה הזכירה לנו שאנחנו צריכים להבהיר. זה לא חוק חדש, אנחנו מבהירים את
הפשיטא שבפשיטא: נבצרות היא תמיד רפואית, תמיד, ואם זה לא ברור לך, גברת
יועמ"שית, ואם זה לא ברור לך שאת צריכה לומר מייד – ואנחנו כבר יודעים,
תודה לך באמת [...] שנתניהו לא נבצר משום דבר. אתם תדברו אלינו, רבותיי –
כשאתם תחרגו מסמכויות, אתם תקבעו פסקי דין מוזרים, החלטות משפטיות
מוזרות, אנחנו נתכנס לשם מה שאנחנו מקבלים בשבילו משכורת, וזה לחוקק"
(שם, בעמ' 212-215). השר דוד אמסלם ציין בדבריו ביחס להצעת חוק היסוד
שמונחת על שולחן הכנסת:

"הרי איך זה עובד בית המשפט? התנועה להריסת
השלטון מקבלת טלפון מהשופט, מרימה את הקרן,

השופט נוגח, מזיז את השוער, נכנס שער. מה מר שרגא עושה בעתירה? מגיש אותה נגד ראש הממשלה, נגד הממשלה ונגד דוד אמסלם. אני המום, מה הקשר שלי לעתירה? אני יושב שלוש שעות אתמול, פותח את כל חוק-יסוד: הממשלה וקורא – המום.

עכשיו אני אספר לכם. רבותיי, סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה עוסק בראש הממשלה שעבר עבירה פלילית והוא בעצם, דרך אגב, הורשע בדין בעבירה שיש עימה קלון. עדיין הוא יכול לשמש ראש ממשלה, אלא אם כן הכנסת תעביר אותו מתפקידו. לאחר שהוא ערער ויש פסק דין חלוט, הוא צריך להתפטר. סעיף 20 מדבר על ראש ממשלה; סעיף 20(א) – שנפטר, סעיף 20(ב) מדבר על מי שנבצר ממנו לכהן. עכשיו, אם הוא עבר עבירה פלילית אז הוא נכנס לסעיף 18, זה יותר גרוע. אם ראש הממשלה, לשיטתם של הג'ינג'י והשופטת ברק דקל עבר, מה שנקרא, עבירה של ניגוד עניינים, זאת עבירה פלילית, אז הוא יושב סביב 18.

רבותיי, יש פה שקר. מה שבית המשפט העליון עושה היום, הוא הופך להיות השופל שעולה על השלטון. זה השופל שהורס את הדמוקרטיה. השופטת דפנה ארז ברק, למה קיבלה את העתירה? אני אספר לכם. היא לא תוציא אותו לנבצרות, היא יודעת, היא עוברת על החוק. היא פשוט נתנה 30 יום. דרך אגב, אני קיבלתי את העתירה ביום שישי, כשאנחנו צריכים לענות ביום ראשון – אתמול. ואז אני אומר, חבר'ה, מה עמדתה של הרועצת המשפטית? היא ביקשה עוד 15 יום, קרי 45 יום אנחנו על המנגל. בית המשפט העליון עלק שם לנו את החרב המתהפכת, לדאות איך אנחנו נתנהג עם הרפורמה. איך אמר אהרן ברק על שר המשפטים כשהוא בא להציג את הרפורמה, שבוע לפני פסק הדין של דרעי? אהרן ברק אומר: הוא איים על בית המשפט. שר המשפטים עבר עבירה פלילית. אומר הצדיק האדמו"ר, שלדעתי צריך לשבת במעצר היום, ובוודאי בחדרי החקירות, על הפיכה במדינה, בוודאי על הסתה להפיכה.

אז מה אני אומר לדפנה דלק ברק, על אותו היגיון? את הרי מאיימת על הכנסת. את עוברת עבירה פלילית בעצם קבלת העתירה וזה שאת לא דוחה אותה על הסף. רבותיי, ככה זה עובד כאן, זאת היא האמת"

(שם, בעמ' 237-238; ראו גם דבריו של השר שלמה קרעי, בעמ' 243-244; ההדגשות הוספו – ע' פ').

לפני העלאת הצעת חוק היסוד לקריאה ראשונה, ציין חבר הכנסת אופיר כץ כי "רק פה רואים שהעם רוצה ליכוד; העם רוצה את נתניהו כראש ממשלה – אז מנסים להפיל אותו בדרכים אחרות לנסות. לזה אנחנו לא מוכנים, ואת זה אנחנו לא ניתן". בהמשך, הבהיר חבר הכנסת כץ כי "גם כשהשמאל יהיה בשלטון ויהיה ראש ממשלה מהשמאל, הרעיון פה הוא שלא יהיה אף גורם פוליטי – לא בית המשפט ולא היועצת המשפטית, או אם זה יועץ משפטי – שיחליטו להדיח, להוציא ראש ממשלה לנבצרות" (שם, בעמ' 249-250).

65. הצעת חוק היסוד הובאה לדיון בוועדה המיוחדת ביום 19.3.2023 להכנתה לקריאה שניה ושלישית. בתחילת הדיון הבהיר חבר הכנסת משה ארבל כי ההסדר המוצע לא מתייחס רק לראש הממשלה הנוכחי (פרוטוקול ישיבה 12 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 14 (19.3.2023)), אך במהרה, שבו חברי הכנסת לדון בעניין הפרטני והמידי – קרי, עניינו של ראש הממשלה נתניהו ועתירות הנבצרות. כך למשל ציין חבר הכנסת משה ארבל: "נראה לך לגיטימי שברק ארז תקיים דיון על הדבר הזה?" (שם, בעמ' 18).

66. דיונים נוספים התקיימו בוועדה בימים 20.3.2023 ו-21.3.2023 וגם במסגרתם התבטאו המחוקקים באופן שמעיד שהתכלית אותה ביקשו לקדם הייתה מניעת האפשרות שיקבע שראש הממשלה הנוכחי נבצר, בין היתר בשים לב לעתירות הנבצרות שהיו תלויות ועומדות (ראו חילופי הדברים בין חבר הכנסת אופיר כץ והמשנה ליועצת המשפטית לממשלה עו"ד גיל לימון, בפרוטוקול ישיבה 13 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 39 (20.3.2023) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 20.3.2023); פרוטוקול ישיבה 14 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 265-266 (21.3.2023) (להלן: פרוטוקול הישיבה מיום 21.3.2023)). עוד יוער כי הפגם הפרסונלי שבו לוקה הצעת חוק היסוד לא נסתר מעיניהם של חברי הכנסת, והיועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת שבאו לפני הוועדה עמדו עליו לאורך כל הליך החקיקה (ראו למשל פרוטוקול הישיבה מיום 12.3.2023, בעמ' 54;

פרוטוקול הישיבה מיום 20.3.2023, בעמ' 39). היועצת המשפטית של הכנסת, עו"ד שגית אפיק, אף ציינה במפורש כי אין מדובר בחקיקה שנעשית מאחורי מסך בערות: "[...]שוב הרצון הוא באמת לייצר חוק תחת מסך בערות, ואם כבר אנחנו לא תחת מסך בערות, אז לכל הפחות לדעת שמכלול הסוגיות הוצגו בפניכם, ואני חושבת שזה תפקיד מאוד חשוב שגם אנחנו ניסינו למלא אותו ובוודאי שהייעוץ המשפטי לממשלה מילא אותו גם כן גם [ב]מקרה הזה" (פרוטוקול הישיבה מיום 20.3.2023, בעמ' 46).

67. הגם שהדיון מיום 21.3.2023 עסק בעיקרו בדיון בהסתייגויות שהוגשו, ראויים לציון חילופי הדברים בין חבר הכנסת משה סעדה (מהקואליציה) לבין חברת הכנסת אפרת רייטן (מהאופוזיציה). לשאלתה של האחרונה מדוע יש לתקן את חוק היסוד, עונה חבר הכנסת סעדה:

"אני אגיד לך למה, אני אגיד לך מה הסיבה, ובאמת לדעתי זה לא היה צריך לקרות, הסיבה היחידה, שהוגשה עתירה לשופטת דפנה ברק ארז להכריז על ראש ממשלה כנבצר, היא הייתה פונה לעותר להגיד לו: ידידי, קראתי את החוק, זה לא רלוונטי מה שאתה עותר, אני מתלבטת אם להטיל עליך הוצאות כי זו עתירה קנטרנית, וסוגרת את האירוע הזה. במקום זה היא הפנתה ליועמ"שית, כאשר על פניו היא מפרשת את החוק בניגוד מוחלט למה שכתוב בחוק" (פרוטוקול הישיבה מיום 21.3.2023, בעמ' 211).

ובהמשך:

"משה סעדה (הליכוד):
הוא חוק שבא להבהיר את מה שבעיניי היה ברור מאליו. אני אומר את זה, זה נכון.

אפרת רייטן מרום (העבודה):
אתה אמרת, אבל אני מסיימת. אני רוצה לסיים. לכן אני חושבת שהדברים שלך היו כל כך ברורים ובעצם העידו על הדבר, מה שנקרא הדבר העיד על עצמו, כי פה באמת ברגע שאתה אומר שהוגשה עתירה בעניין

בנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין נבצרות, והנה
כנסת ישראל משנה עכשיו את חוקי - - -

משה סעדה (הליכוד):
אפרת, זה פשיטה שבגלל זה חוקקנו. את צודקת, מה את
חושבת שחוקקנו כי סתם קמנו ואמרנו, וואו, החוק הזה לא
ברור? (שם, בעמ' 212; ההדגשה הוספה – ע' פ')

ובהמשך, לאחר שחבר הכנסת אריאל קלנר ציין ביחס לתיקון כי הוא
"ישרת את כולם", מבהיר חבר הכנסת סעדה:

"עשינו את זה בגלל האירוע של נתניהו" (שם, בעמ'
213).

בתום הדיון הצעת חוק היסוד אושרה לקריאה שניה ושלישית ולמחרת
היום, ביום 22.3.2023, הובאה לפני ועדת הכנסת על מנת להקדים את הדיון בה
בקריאה שניה. לאחר אישור זה הונחה הצעת חוק היסוד על שולחן הכנסת ובאותו
היום נדונה במליאה לאישורה בקריאה שניה ושלישית. עיון בפרוטוקול הדיון
בהצעת חוק היסוד במליאת הכנסת (אשר מחזיק מאות עמודים) מגלה כי לעתים
רחוקות מאוד נדונה הצעת חוק היסוד לגופה, ועיקרו של הדיון כלל לא עוסק בה
(לצד זאת, ראו את דבריו של חבר הכנסת אופיר כץ שם, בעמ' 507-508). הצעת
חוק היסוד אושרה בקריאה שניה ושלישית ביום 23.3.2023 והתיקון פורסם
ברשומות ביום 27.3.2023.

68. האמור לעיל הובא באריכות (יתרה) כדי להמחיש כי תכליתו הפרסונלית
של ההסדר שזורה לכל אורך הליך החקיקה. המניע הפרסונלי המובהק (שעליו
דומה שאין איש חולק) שהוביל להצעת חוק היסוד, זלג וצבע את הליך החקיקה
כולו, שעסק כאמור לעיל, פעם אחר פעם, בעניינו הפרטני של ראש הממשלה
המכהן. למעשה, קיים קושי לאתר התייחסויות של חברי כנסת מהקואליציה
(להוציא את חבר הכנסת אופיר כץ, כאמור) לתיקון מס' 12 לגופו במנותק
מהקשרו המידי – טיפול בעניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן במטרה להבטיח
כי לא ייקבע שנבצר ממנו למלא את תפקידו. זאת ועוד, התבטאויות רבות
מתייחסות באופן מפורש לעתירות הנבצרות שהיו אז תלויות ועומדות לפני בית

משפט זה, ולכך שלא נדחו על הסף מיד לאחר הגשתן. מדובר בהתייחסויות מובהקות לכך שיש לתקן את חוק-יסוד: הממשלה במטרה שלא תתקבל החלטה שאינה לרוחם של חברי הקואליציה בהליך שיפוטי מסוים. יש להדגיש: אין מדובר בהתבטאויות יחידות או ספורדיות ואין מדובר בהתבטאויות מרומזות או משתמעות. במקרה דנן תכלית החקיקה נלמדת "הן מהכמות, הן מהאיכות" – שמעידות על תכלית פרסונלית מובהקת.

69. לטענת הכנסת, עולה מהליך החקיקה כי במקרה שלפנינו הפרסונליות מוגבלת למניע החקיקה. כך, ביקשה הכנסת לבאר את מהלך העניינים המשווער באופן, שכלשונה, "מדגיש את ההבחנה בין המניע לכינון חוק היסוד המתקן לבין תכליתו":

"• לאחר שהוגשה העתירה בבג"ץ 1158/23, שבה התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, הופתעו חלק מחברי הכנסת לגלות כי עתירה זו – שנחזתה בעיניהם כעתירת סרק אינה נדחית על הסף.

• חברי הכנסת ביקשו אפוא לבחון את המצב המשפטי הרלוונטי לנבצרות ראש הממשלה, ותשומת לבם הוסבה ללקונה הקיימת בעניין זה בחוק-יסוד: הממשלה, שאינו קובע את עילות הנבצרות ואת הדרכים להכרזה עליה.

• בירור נוסף העלה כי חוק היסוד פוֹרֵש כמאפשר נבצרות של ראש הממשלה מכל סיבה שהיא, וכי בית המשפט הנכבד היה נכון להניח בעבר, נוכח הלקונה שבחוק היסוד, כי היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להכריז על נבצרות ראש הממשלה מבלי שנקבעו אמות מידה או כללים להכרזה בעלת משמעויות כה דרמטיות.

• חברי הכנסת סברו שמצב משפטי זה, הנובע מלקונה בחוק היסוד, אינו מצב משפטי ראוי. חברי הכנסת גם סברו שמצב משפטי זה אינו משקף את כוונותיהם של חברי הכנסת שכווננו את חוק-יסוד: הממשלה (או למצער, אין בהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד אינדיקציה כלשהי לכך שחברי הכנסת התכוונו בזמן

כלשהו בעבר להסמיך את היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות ראש הממשלה ולאפשר זאת מכל עילה שהיא). מסקנתם של חברי הכנסת הללו הייתה אפוא כי יש לתקן את חוק היסוד כדי להבהיר את כוונתו.

• על רקע זה גיבשו חברי הכנסת את הצעת חוק היסוד המתקן, שתכליתה למלא את הלקונה שבחוק היסוד ולקבוע את עילות הנבצרות ואת הדרך להכרזה עליה" (סעיף 185 לתשובה; כן ראו בסעיף 214 לתשובה).

ואולם, מהלך עניינים "משוער" זה לא מגובה באסמכתאות כלשהן (או בתצהיר), וממילא לא עולה בקנה אחד עם הליך החקיקה שתואר לעיל, שהיה טבול כל כולו בעניינו הפרטני של ראש הממשלה. זאת ועוד, תחילתו של מהלך העניינים המשוער שהביאה הכנסת היא ב"הפתעתם" של חברי הכנסת מעמימות הסדר הנבצרות הקיים. הפתעה נטענת זו לא עולה בקנה אחד עם העובדה שעמימות הסדר הנבצרות של ראש הממשלה התעוררה לא אחת בעבר ואף נעשו בעבר ניסיונות להסדירה (ראו פסקאות 5-6 לעיל; כן ראו סעיף 217 לתשובת ראש הממשלה). לא זו אף זו, סוגיה זו התעוררה גם בשנים האחרונות ממש, וביחס לראש הממשלה נתניהו, למשל בעתירה משנת 2021 (שאוזכרה לעיל). חלק מחברי הקואליציה היו חברי כנסת גם אז, לרבות חבר הכנסת אופיר כץ, "הרוח החיה" מאחורי התיקון. בשולי הדברים, אעיר שמהלך העניינים שמתארת הכנסת גם לא עולה בקנה אחד עם הטענה שהצעת החוק הועלתה למערכת "סנהדרין" (שהיא, כעולה מתשובת הכנסת, מערכת הממוחשבת המיועדת לניהול הפעילות הפרלמנטרית ולמעקב עליה) לפני החלטתה של השופטת ד' ברק-ארוז (ראו פסקה 72 להלן). מכאן שקיים קושי לקבל כפשוטו מהלך עניינים זה.

70. עוד יש להתייחס לטענת הכנסת ולטענת ראש הממשלה שלפיה מאחר שהחוק לא חל רק על ראש הממשלה המכהן הרי שאין הוא פרסונלי. אין בידי לקבל טענה זו, ולו מאחר שהיא מאפשרת, דה-פקטו, מסלול "חסין" לחקיקת ולכינון נורמות פרסונליות. משמעותה היא כי חקיקה שנועדה להיטיב או להרע עם אדם מסוים אינה פגומה, ובלבד שתחול גם על מקרים עתידיים. לכך יש להוסיף כי

כאשר מדובר בפגם מסוג תכלית פרסונלית, אין בתחולה העתידית על גורמים נוספים כדי לרפא את הפגיעה בשלטון החוק, נוכח הזיקה בין ההסדר לבין המקרה הפרטני שעליו ביקש המחוקק להשפיע. אין לכחד כי נורמות בעלות תחולה מידית בעניינו של ראש הממשלה עשויות להיות חשודות בפרסונליות מעצם טיבן, וזאת מאחר שמלכתחילה מדובר בהסדר שמכוון לאדם אחד שזהותו ידועה. אכן, כינון הסדרים ביחס לראש הממשלה בתחולה מידית לא נעשית מאחורי מסך בערות במלוא מובן המילה (ראו התייחסותי לסוגיה זו גם בפסקה 78 להלן). לצד זאת אבקש להעיר כי תחולה נדחית לרוב תסיר עננה פרסונלית שכזו, וממילא, ההכרעה בדבר קיומה של תכלית פרסונלית תלויה בנסיבות המקרה, ולא מן הנמנע כי הליך חקיקה אחר לא יגלה תכלית כאמור.

(2) עיתוי החקיקה

71. נסיבה נוספת שמלמדת בעיניי על תכליתו הפרסונלית המובהקת של התיקון היא עיתוי החקיקה. בהקשר זה אבקש לעמוד על שלוש נקודות בזמן: ראשית, המועד שבו הונחה הצעת חוק היסוד על שולחן הכנסת; שנית, המועד שבו אושרה הצעת חוק היסוד; ושלישית, התייחסותו המאוחרת של ראש הממשלה לתיקון.

72. נקודה ראשונה בזמן: הנחת הצעת חוק היסוד על שולחן הכנסת. כזכור, הצעת חוק היסוד הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.2.2023 – ימים ספורים לאחר הגשת עתירות הנבצרות ולאחר שבית המשפט הורה על הגשת תגובות מקדמיות. סמיכות זמנים זו אינה מקרית והיא מעידה בעיניי על הקשר שבין עתירות הנבצרות ועניינו הפרטי של ראש הממשלה לבין החקיקה.

ואולם, לטענת הכנסת וראש הממשלה, הצעת חוק היסוד הועלתה למערכת "סנהדרין" עוד קודם להגשת עתירות הנבצרות, ביום 8.2.2023. טענה זו ניצבה במוקד טענות ראש הממשלה ביחס לכלליות התיקון, בבחינת ראייה ניצחת לניתוק הקשר שבין יוזמת החקיקה לבין עתירות הנבצרות (ראו למשל בסעיף 21 לתשובה). טענה זו מתעלמת משתיים: ראשית, עתירות הנבצרות היו "סבב שני" שבו הועלתה הטענה כי נוכח התנהלותו של נתניהו יש להורות כי נבצר ממנו למלא

את תפקידו. עתירה קודמת (בג"ץ 697/23) נדחתה אך מספר ימים קודם לכן, ביום 26.1.2023, מחמת אי מיצוי הליכים. נתון זה מלמד כי אף בימים שקדמו להעלאת הצעת חוק היסוד למערכת "סנהדרין" – היה ברור שמדובר בסוגיה משפטית רלוונטית. שנית, וחשוב מכך – ימים לפני הגשת העתירות מיצו העותרות הליכים כנדרש בדין. כך, העותרת בבג"ץ 1158/23 פנתה ליועצת המשפטית לממשלה בנושא בימים 17.1.2023 ו-26.1.2023 וביום 28.1.2023 שלחה ליועצת המשפטית ולראש הממשלה נייר עמדה ציבורי בעניין זה. העותרים בבג"ץ 1214/23 פנו ליועצת המשפטית לממשלה (וכיתבו את ראש הממשלה) בעניין זה ביום 25.1.2023 ושלחו מכתב נוסף ביום 6.2.2023 – יומיים לפני המועד שבו הועלתה הצעת חוק היסוד למערכת "סנהדרין".

מכאן שאפילו אם הייתי קובע שיש ליתן משקל למועד העלאת הצעת חוק היסוד למערכת "סנהדרין", לא ניתן להסיק מכך את שראש הממשלה מבקש. גם במועד זה כבר היה ידוע לכל כי עתירות שיבקשו לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו עומדות על הפרק.

73. נקודה שניה בזמן: השלמת החקיקה. הצעת חוק היסוד אושרה לקריאה שניה ושלישית בוועדה ביום 21.3.2023 בשעה 21:30. למחרת היום התכנסה ועדת הכנסת על מנת להקדים את הדיון בקריאה השניה (בהתאם לסעיף 88(ב) לתקנון הכנסת) – וזאת במטרה לסיים ולאשרה עוד באותו היום. הצעת חוק היסוד אושרה בסופו של דבר ביום חמישי, 23.3.2023 (בישיבה שהחלה ביום 22.3.2023). לדחיפות שבהקדמת הקריאה השניה לא ניתן הסבר כלשהו, אף לא בדיון בנושא בוועדת הכנסת (וזאת חרף שאלת האופוזיציה, וראו פרוטוקול ישיבה מס' 33 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-25, 3 (22.3.2023)). דחיפות שכזו, שנעדרת טעם מבורר, מעלה תהיות (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 40 לפסק דיני). לא מן הנמנע כי סיבת הקדמת הדיון בקריאה שניה נעוצה במועד להגשת התגובות המקדמיות לעתירות הנבצרות שהיה קבוע ליום ראשון – 26.3.2023. נראה כי סמיכות זמנים זו אינה מקרית.

74. נקודה שלישית בזמן: לאחר החקיקה (אשר לאפשרות ללמוד על תכלית החקיקה מהתבטאות מאוחרת של המחקקים, ראו באופן כללי אצל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 393-395 (1993)). תיקון מס' 12 אושר, כאמור לעיל, ביום 23.3.2023 (בישיבת מליאת הכנסת שהחלה ביום 22.3.2023). כזכור, ראש הממשלה מנוע מלעסוק ביוזמות החקיקה לשינויים במערכת המשפט, וזאת בשל הסדר ניגוד העניינים שלו. שעות לאחר חקיקת התיקון נושא ראש הממשלה הצהרה ביחס ליוזמות החקיקה לשינויים במערכת המשפט ואומר את הדברים הבאים (שאזכרתי גם לעיל):

"עכשיו לצערי עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש ממשלה לנבצרות. דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. וזה דבר אבסורדי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. ולכן הערב אני מודיע לכם חבריי, ידידי, אזרחי ישראל – עד כאן, אני נכנס לאירוע. אני שם בצד כל שיקול אחר, ולמען העם שלנו, למען המדינה שלנו, אני אעשה כל מה שביכולתי כדי להגיע לפתרון. נפגשתי הערב עם שורה של שרים, ביניהם שר הביטחון. שמעתי את החששות שלו על ההשלכות של המצב על הביטחון הלאומי שלנו, אני לוקח הכל בחשבון. [...] אני אומר לכם ידידי, אני אעשה הכל, הכל, כדי להביא להרגעת הרוחות ולאיחוי הקרע בעם. כי אנשים אחים אנחנו. ובעזרת השם יחד נעשה ויחד נצליח".

אני סבור שדברים אלה מדברים בעד עצמם. העולה מהם הוא שראש הממשלה, שחשש שייקבע כי אם יעסוק ביוזמות השינויים במערכת המשפט הדבר יעלה לכדי הפרת הסדר ניגוד העניינים שעלול להוביל (לשיטתו) להכרזה עליו כנבצר – אינו חושש עוד. ובמילותיו, ידיו היו כבולות: היו כבולות ואינן עוד. סמיכות הזמנים, כמו גם תוכן הדברים לגופם, מלמדים על תכלית פרסונלית של שחרור ראש הממשלה מכבלי המגבלות המשפטיות שחלו עליו. בטיעוניו בהליך דנן ביחס להצהרה זו ביקש ראש הממשלה לשים את הדגש על סיפת דבריו, שלפיהם הוא פועל להרגעת הרוחות (וזאת, כאמור לעיל, כפי שהותר לו במפורש במכתב

מאת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, פסקה 10 לעיל). טענות אלו מתעלמות לחלוטין מהפסקה שקדמה לקריאה להרגעת הרוחות. למעשה, בטיעוניו לפנינו לא נתן ראש הממשלה פרשנות אחרת למילים "עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש ממשלה לנבצרות". אף לא נטען לפנינו כי אירע משהו אחר באותו היום שאליו יש לייחס התבטאות זו. משכך, לא ניתן לפרש משפט זה אלא בפרשנות המובנת מאליה: לשיטת ראש הממשלה, עם חקיקת תיקון מס' 12 "עננת הנבצרות" הוסרה מעל ראשו, וכעת הוא מרשה לעצמו להשתחרר מכבלי המגבלות שהטילה עליו היועצת המשפטית לממשלה. הגם שמדובר בעדות מאוחרת, יש בה כדי להקרין על כוונת המחוקק במהלך כולו.

75. הנה כי כן, בשלוש נקודות בזמן מעורר התיקון תהיות באשר לתכליתו: עם הנחת ההצעה, בסיום החקיקה, ובסמוך לאחר מכן. אפילו אם לא היה די באחת מנקודות הזמן האלו כדי להצביע על תכלית פרסונלית, הרי שהשתלבותן מעידה, בדומה להליך החקיקה, שהיא קודמה ונעשתה במישרין על מנת לטפל בעניינו של ראש הממשלה נתניהו, להסיר את עננת הנבצרות מעל ראשו ולוודא כי בית המשפט לא ידון בעתירות בסוגיה זו. בעיניי, סמיכות זמנים זו והדחיפות לסיים את הליך החקיקה מעידות בעליל על תכליתה הפרסונלית של החקיקה.

(3) תחולה ורטרופקטיביות

76. רובד נוסף שמלמד על תכליתו הפרסונלית של התיקון הוא תחולתו במישור הזמן. כידוע, המשפט מסתייג מנורמות בעלות תחולה למפרע: החוק נועד להכוונת התנהגות ולכן על פי טבעו הוא צופה פני עתיד (ראו למשל בג"ץ 687/15 ידיד נ' הכנסת, פסקה 30 (9.7.2015)). במקרה דנן, התיקון לא כולל הוראת תחולה מפורשת (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 33 לפסק דיני) או הוראת מעבר, וברי כי כוונת מחוקקיו הייתה שיחול מידית על ראש הממשלה נתניהו. זאת ועוד וכפי שציינתי לעיל, בהליך החקיקה עמדו המחוקקים על הצורך בכך שתחולת החוק תהא מידית – עמדה המדיפה, בנסיבות המקרה שלפנינו, "ניחות" של

פרסונליות (ראו את דחיית ההסתייגות שהוגשה בנושא; פרוטוקול הישיבה מיום 21.3.2023, בעמ' 92-93).

77. כפי שכבר ציינתי בעבר, קיימת זיקה בין תחולה רטרוספקטיבית (או רטרואקטיבית) לבין פרסונליות (ראו בעניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 61 לפסק דיני). זיקה זו באה לידי ביטוי גם במקרה שלפנינו. היבט מרכזי של רטרוספקטיביות נעוץ בעתירות הנבצרות שהיו תלויות ועומדות אז לפני בית המשפט. אין חולק שערב הדיון בעתירות הייתה עמימות בשאלה אם קיימת אפשרות להכריז על נבצרות תפקודית של ראש הממשלה. העותרים בעתירות הנבצרות ביקשו לטעון שמעשיו של ראש הממשלה ביחס ליוזמות החקיקה לשוניים במערכת המשפט, על אף הסדר ניגוד העניינים שמחייב אותו, מחייבים תוצאה משפטית זו. עוד אין חולק כי תיקון מס' 12 מנע כל אפשרות לקבוע כן. משכך, ברי כי לתיקון השפעה רטרוספקטיבית על מעשיו של ראש הממשלה שקדמו לתיקון. העמדה העקרונית שביטאו המחוקקים ביחס לתחולת התיקון על העתירות שתלויות ועומדות מלמדת אף היא על התכלית הפרסונלית.

אשוב ואדגיש: אין באמור משום הבעת עמדה בשאלה אם מעשיו של ראש הממשלה היו מוליכים (ערב תיקון מס' 12) לקביעה כי נבצר ממנו למלא את תפקידו; או בשאלה אם הייתה אפשרות חוקית להכריז על "נבצרות תפקודית" של ראש הממשלה.

78. לפנינו נטען כי יש לקבוע שבכינונו של תיקון מס' 12 ובתחולתו המידית יש לראות ניגוד עניינים מוסדי של הכנסת. סוגיה זו תוארה בפסק הדין של הנשיאה א' חיות בעניין ממשלת החילופים (שם, פסקה 15), שבו ציינה כי תחולה רטרוספקטיבית או אקטיבית של חוק יסוד עלולה לעורר קושי בגדר מבחן הכלליות "כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ'הטבות' מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, לבין אותם 'אינטרסים

פרטיקולריים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית" (שם; ההדגשה במקור – ע' פ'). מבלי לטעת מסמרות במסגורה של הסוגיה כ"ניגוד עניינים מוסדי", הרי שהמקרה שלפנינו הוא המחשה טובה לכך שחרף כינונה של נורמה שהיא על פני הדברים כללית, תחולתה המידית מעוררת קושי של ממש. כפי שראינו לעיל, "האיום" (כפי שנתפש על ידי חברי הכנסת) שמא יוכרז כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו הוליד את הקואליציה לתקן חוק יסוד במטרה למנוע זאת.

בטיעוניה, ביקשה הכנסת לטעון שמשמעותה של קביעה שלפיה במקרה דנן הכנסת הייתה מצויה ב"ניגוד עניינים מוסדי" היא שלא תהא לה סמכות לכונן חוקי יסוד ביחס לכנסת או ביחס לראש הממשלה (סעיף 198 לתצהיר התשובה). איני סבור שאלה הם פני הדברים. ראשית, ברי כי בידי הכנסת לערוך תיקונים בתחולה נדחית, תחולה שככלל מנתקת את הקשר בין הכנסת המכוננת לכנסת הנהנית מהסדר (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 61 לפסק דיני). שנית, יש לעמוד על כך שכאשר הקואליציה עושה שימוש בכוחה המכונן לשינוי חוקי יסוד בתחולה מידית ועל מנת להעניק לעצמה כוח (או במקרה דנן, לסייע לענייניו האישי של ראש הממשלה המכהן), הדבר אכן עשוי להעיד על קיומו של פגם פרסונלי. כאשר עסקינן בחוק יסוד שנוגע לראש הממשלה, תחולה מידית מעוררת, מניה וביה, חשד לפרסונליות, וזאת מאחר שמשמעות התחולה המידית היא תחולה על אדם אחד, שזהותו ידועה. דרך המלך היא אפוא שתיקונים מעין אלה יעשו בתחולה פרוספקטיבית ובכך תוסר מעליה "עננת" הפרסונליות. ואולם, ברי שאין בכך כדי לקבוע שכל הוראת תחולה מידית היא בהכרח פגומה, ובמצב דברים מעין זה יש לעמוד על תכלית חוק היסוד (או התיקון) ולבחון אם אכן נועד לשרת תכלית פרסונלית (ראו והשוו לעניין הסבירות, פסקה 46 לפסק הדין של השופט י' כשר).

79. דוגמה למקרה שבו חרף תחולתו המידית של תיקון לחוק יסוד נמצא כי לא נפל בו פגם של פרסונליות ניתן למצוא בעניין ממשלת החילופים. בפסק הדין נקבע כי תחולתו המידית של תיקון חוק-יסוד: הממשלה (שקבע את ההסדר המשטרי של ממשלת חילופים), כשלעצמה, לא מוליכה למסקנה כי נפל פגם בתיקון. ואכן, דומני שבאותו מקרה – ובשונה מענייננו – לא ניתן היה להצביע על תכלית

פרסונלית מובהקת. כך, למשל, הצביע השופט נ' הנדל כי שעה שמדובר בהסדר קבע שתכליתו ראויה, אין מקום ליטול מחוק יסוד את מעמדו החוקתי (שם, פסקאות 13-14) ואף הדגיש כי מסקנה זו מתחייבת "אלא אם דחיית התחולה מתחייבת מתכליתו" (שם, פסקה 18). בדומה, ציינה גם הנשיאה א' חיות כי "אף אם מקרה פרטי שימש תמריץ לחקיקת חוק היסוד, בענייננו ניכר כי תכלית ההסדר נוגעת לקושי כללי שעשוי להתעורר גם בעתיד – חוסר יציבות שלטונית והיעדר מנגנונים שיפיגו את חוסר האמון בין צדדים פוליטיים [...]. ההסדר שגובש קובע מנגנון משפטי אופציונאלי. הוא מרחיב את קשת האפשרויות הקיימות בכל הנוגע למבנה הממשלה, ובכך הוא עשוי להקל על תהליך הקמתה" (שם, פסקה 17). הבחנה זו, כפי שהראיתי לעיל, אינה קיימת בענייננו.

(4) הערה: ללמוד על תכלית התיקון מתוכן הסדריו

80. מקור נוסף שממנו ניתן ללמוד לעתים על תכלית פרסונלית של נורמה הוא תוכן הסדריה (ראו למשל, באופן כללי, עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 20 לפסק הדין של השופט נ' סולברג). ואולם כידוע, בגדר דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, בית המשפט לא נדרש לביקורת על ההסדרים המשפטיים לגופם. מכאן, שעל פני הדברים עשוי להתעורר מתח בבחינת הסדרי נורמה חוקתית לגופם על מנת לקבוע אם דבק בה פגם פרסונלי. ואולם, דומני כי עמידה על טיב ההסדר החוקתי במסגרת בחינת השאלה אם הוא "נתפר למידותיו" של אדם או של קבוצה מסוימת – ומבלי להביע עמדה בשאלה אם ההסדר ראוי לגופו – אינה בגדר נטע זר לדוקטרינת השימוש לרעה. זאת ועוד, במקרה שלפנינו ישנם טיעונים כבדי משקל שנוגעים לכך שהסדר הנבצרות נועד דה-פקטו למנוע הוצאה לנבצרות (וראו, למשל, את כשלונו של הסדר הנבצרות במבחן המציאות, פסקה 20 לעיל). אוסיף ואעיר שמסופקני אם דמיון בין ההסדר שכוון לבין הסדרי נבצרות של בעלי תפקידים אחרים מוליך למסקנה כי לא נפל פגם מהותי בהוראות תיקון מס' 12. זאת, בין היתר בשים לב לחשיבות עקרון הרציפות התפקודית ולכך שהדין הישראלי (למצער עד לתיקון מס' 12) לא אפשר "חלל" שלטוני בתפקיד ראש הממשלה (סעיף 30(ג) לחוק-יסוד: הממשלה; בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 465 (2001); שמעון שטרית הממשלה: הרשות

המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה 415 (2018)). לצד האמור, במקרה דנן, די לנו באינדיקציות הרבות שהובאו לעיל, כדי לקבוע כי בתיקון נפל פגם פרסונלי. על כן לא ראיתי לטעת מסמרות בשאלת בחינת תוכן ההסדר החוקתי במסגרת בחינת השאלה אם נפל פגם פרסונלי בכינונו של חוק יסוד.

(5) סיכום ביניים: השלב הראשון

81. דברינו עד כה לעיל מוליכים למסקנה כי במקרה דנן המניע לחקיקה, היינו מצבו המשפטי של ראש הממשלה והעתירות שהיו תלויות ועומדות ובמסגרתן התבקש בית המשפט להכריז על נבצרותו, לא נותר בגדר מניע בלבד. הליך החקיקה כולו נעשה כשמסך הבערות מורם, ומתוך מטרה ותכלית מוצהרות להיטיב עם אדם מסוים – ראש הממשלה המכהן. תיקון מס' 12, הגם שנחזה להיות כללי, משקף אינטרס מידי של הרוב בכנסת. בכל צעד ושעל בהליך החקיקה ניכרת תכליתו הפרסונלית של ההסדר החוקי, והיא מצטיירת באורח מובהק גם מעיתוי החקיקה ומתחולתו בזמן. חברי הכנסת לא הציבו לנגד עיניהם את הסדר הנבצרות הראוי, במנותק משיקולים של כאן ועכשיו, אלא את הסדר הנבצרות שיתיר את ידיו של ראש הממשלה הנוכחי מהמגבלות המשפטיות שחלו עליו. איני סבור שבהליך חקיקה זה פעלה הכנסת, כדרישת הפסיקה, "מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר" (עניין בר-און, בעמ' 306).

כל האמור לעיל מוליך למסקנה כי בגדר דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, תיקון מס' 12 לא צולח את מבחן הכלליות.

(6) מבחן הצידוק

82. נוכח מסקנתי לעיל כי תיקון מס' 12 לא ייצר נורמה כללית, לא כונן מאחורי מסך בערות, וביקש לשרת אינטרסים פרסונליים, יש לפנות לשלב השני של הבחינה בגדר דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת – שלב הצידוק. בשלב זה הנטל עובר למשיבים (במקרה דנן, לכנסת ולראש הממשלה) להצביע על

הצדקה לעיגונה של הנורמה בחוק יסוד – ונטל זה "מושפע במידה רבה מהפגמים שזוהו בשלב הראשון ומיחסי הגומלין בין פגמים אלה ובין הצידוק שמוצע להם. כך למשל, אם בשלב הראשון נמצא כי הנורמה הרלוונטית אכן מתאימה לעיגון בחוקה מבחינת נושאה ורמת ההפשטה שלה, אך היא עוגנה במסגרת הסדר זמני על דרך של הוראת שעה הפוגע באופייה החוקתי בהיבט זה, כי אז על המשיבים להצביע על קיומן של נסיבות המצדיקות את עיגונה בהסדר זמני כאמור" (עניין שפיר, פסקה 44 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות).

83. דומני כי אין חולק שהסדר הנבצרות מקומו בחוק יסוד – מדובר בהסדר שראוי מבחינת נושאו להסדירו בחוקה (והיה מוסדר בעבר בחוק היסוד, חרף עמימות ההסדר הקודם). בנתון לקביעה שהובאה לעיל בעניין שפיר, עלינו לבחון אם קיים צידוק לפגם, היינו, לפרסונליות שבתיקון. תשובת הכנסת וראש הממשלה נעדרו התייחסות של ממש לסוגיה זו (ראו סעיף 164 לתשובת הכנסת). למעשה, ההצדקות האפשריות במקרה דנן חופפות כולן להצדקות הסובייקטיביות שניצבות בבסיס ההסדר הפרסונלי – לחוקק מיד על מנת למנוע קביעה (שיפוטית או מצד היועצת המשפטית לממשלה) כי נבצר מראש הממשלה הנוכחי לכהן בתפקידו – קביעה שהתבקשה במסגרת עתירות שהיו תלויות ועומדות באותה העת. צידוק מעין זה אינו עולה כדי "טעם עקרוני אובייקטיבי להצדקת הפגיעה" (עניין שפיר, פסקה 62 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות).

משכך, אני סבור כי התיקון אינו צולח גם את השלב השני בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ואין מנוס מן המסקנה כי בכינונו של תיקון מס' 12 עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת.

84. בשולי הדברים אעיר בהקשר של מבחן הצידוק בנסיבות של פגם פרסונלי בחוק יסוד, כי בדעת היחיד שלה בעניין שפיר, התייחסה השופטת ד' ברק-ארז לקושי שעשוי להתעורר במציאת "צידוק" לפגם פרסונלי בחוק יסוד. לדבריה, קושי זה משמש כאחת ההצדקות לאימוץ המבחן החד שלבי שאותו הציע בפסק הדין שם (עניין שפיר, פסקה 27 לפסק דינה).

85. נוכח כל האמור, הגעתי למסקנה כי תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה אינו צולח את המבחן הדו-שלבי. למסקנה זו הגעתי בלא שהתעלמתי מכובד הסוגיה שמונחת לפנינו. לא בנקל נגיע למסקנה כי נפל בחוק יסוד פגם שמעיד על שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זאת, בראש ובראשונה בשל הריסון והאיפוק שנדרשים בעת הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בכלל, וביחס לדוקטרינה זו בפרט.

86. אפנה אפוא לבחון את שאלת הסעד המתאים בנסיבות העניין. כפי שכבר הובהר, בעתירה שלפנינו ניתן צו על תנאי שבמסגרתו הורינו למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי התיקון לא יחול בתחולה מידית. כידוע, הוצאת צו על תנאי תוחמת את גבולות הדיון בעתירה (בג"ץ 8544/20 חברת מוקד אנוש בע"מ נ' נציב קבילות הציבור למקצועות רפואיים במשרד הבריאות, פסקה 9 (16.11.2022); בג"ץ 1765/22 משרד תומר ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 16 (3.7.2022); בג"ץ 2335/19 עמותת הקנאביס הרפואי נ' משרד הבריאות, פסקה 18 (16.11.2021)). בהתאם לנוסחו של הצו על תנאי, בעת הזו, לא עומדת עוד להכרעתנו שאלת ביטול התיקון כולו, אלא שאלת המועד שבו ייכנס התיקון לתוקף. לצד זאת, גם בהעדרה של מגבלה זו, סבורני כי הסעד המתאים בנסיבות המקרה דנן הוא דחיית המועד שבו ייכנס תיקון מס' 12 לתוקף, כך שתוקפו יחל בתחילת כהונתה של הכנסת הבאה.

87. בבחינת הסעד החוקתי המתאים במקרה מסוים, יש ליתן את הדעת לפגם החוקתי הפרטיקולרי אותו הסעד נועד לרפא (ראו והשוו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 32-33 לפסק דיני (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס); אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 312-317 (2017) (להלן: ברק, על תורת הסעדים החוקתיים)). כאשר עסקינן בפגם פרסונלי בחקיקת יסוד, סבורני כי לא ניתן להצביע מראש על סעד שיהיה בו לרפא את הפגם בכל מקרה ומקרה. זאת מאחר שכפי שצוין לעיל, הפרסונליות אינה

עשויה מקשה אחת, והיא בעלת גוונים שונים ועוצמות שונות. כך, דומני כי לעתים פגם פרסונלי עשוי להכתיים את הנורמה בכללותה, באופן שלא ניתן לרפאו מבלי לקבוע את בטלותה; ובמקרים אחרים ייתכן שדי בהגבלת תחולתו במישור הזמן. משכך, לשיטתי, יש לבחון את הסעד המתאים בכל מקרה לגופו. הגם שאיני סבור שיש לאמץ בהקשר זה כלל נוקשה כאמור, אבקש להעיר תחילה מספר הערות כלליות בסוגיית הזיקה שבין פגם פרסונלי בחוק יסוד לבין סעד של תחולה נדחית.

88. לעמדתי, לסעד של תחולה נדחית עשויים להיות מספר יתרונות כאשר מדובר בפגם מסוג פרסונליות. בראש ובראשונה, קביעה שלפיה תוקפו של התיקון יידחה למועד המאוחר לאירוע הפרסונלי עשויה "להוציא את העוקץ" מהתכלית הפרסונלית הלא ראויה שעמדה ביסוד התיקון, באמצעות ניתוק הזיקה בין ההסדר החקיקתי לבין המקרה הפרטיקולרי אשר על תוצאותיו ביקש המחוקק להשפיע. בכך, ניתן מענה אפקטיבי לפגיעה בשלטון החוק, מאחר שהחשש לשימוש בסמכות החקיקתית להיטיב או להזיק לפרט מסוים ייחלש עד מאוד. בנוסף, הסעד מגשים את עיקרון הפרדת הרשויות, מאחר שהוא משמר את תפקידה של הרשות המחוקקת בהתוויית נורמות כלליות, חלף הכרעה במקרים פרטניים (הכרעה שכלל מצויה בתחום אחריותן של הרשות המבצעת והרשות השופטת). בנוסף לאמור, דומני כי לסעד של תחולה נדחית ישנה תרומה ניכרת גם במישור של הגנה על חוקי היסוד כפרקים בחוקתנו המתגבשת. זאת מאחר שבמבט צופה פני עתיד, קביעה שלפיה הסדרים חוקתיים מסוימים לא יחולו בתחולה מידית, יש בה כדי להפחית את התמריץ להשתמש בחקיקת יסוד כדי להשפיע על מקרה פרטני, להוביל לחקיקת חוקי היסוד מתוך ראייה רחבה ועקרונית של האינטרס הציבורי הכללי ולהגביר את אמון הציבור בחוקי היסוד (ראו והשוו: עניין ממשלת החילופים, פסקה 125; מדינה וויצמן, בעמ' 604). זאת ועוד, סעד של תחולה נדחית נותן ביטוי גם לכלל שלפיו כאשר קיים מתווה המרפא את היסוד הבלתי חוקתי, לא יורה בית המשפט על בטלות החוק כולו (עניין ארד-פנקס, פסקה 38 לפסק דיני); כלל זה מקבל משנה חשיבות כאשר מדובר בחקיקת יסוד.

89. לצד האמור, אין לכחד כי דחיית מועד התחולה לא נותנת מענה לכך שבסופו של יום, ייכנס לתוקפו ולספר החוקים הסדר חקיקתי שגובש תוך הפרת עקרון הכלליות, ושייתכן שהסדריו אינם מבטאים את עמדת המחוקק לגבי האינטרס הציבורי הרחב. אמנם, דחיית מועד התחולה "מנטרלת" את התמריץ הפרסונלי, אך ייתכנו מקרים שבהם הפגם הפרסונלי יהיה כה חריף ועוצמתי, שדחיית התחולה לא תרפא את הפגם שנובע מעצם חדירתה של הנורמה הפרסונלית לספר החוקים. בנוסף לאמור, ייתכנו מקרים נוספים שבהם דחיית מועד התחולה לא תיתן מענה הולם לפגם החוקתי: למשל, כאשר דחיית מועד התחולה תרוקן מתוכן את ההסדר החקיקתי, באופן שבו דחייה כאמור מקבילה למעשה להכרזה על בטלותו. כפי שצוין לעיל, לעמדתו שאלת הסעד המתאים בשל פגם של פרסונליות העולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת תיבחן ממקרה למקרה, והכל בשים לב למכלול נסיבות העניין. יש לקוות כי מקרים כאמור לא יתעוררו, והערוטי לעיל יישארו במישור העיוני, לא ידרשו פיתוח נוסף ולא יצריכו יישום בחיי המעשה.

90. ומהמישור העקרוני לסעד המתאים בענייננו. במקרה שלפנינו, דחיית המועד שבו ייכנס התיקון לתוקף תגשים במידה רבה את התכליות שעליהן עמדתו לעיל באמצעות "הרחקת" ההסדר מהיסוד הפרסונלי. כך, בתקופת הביניים, הסדר הנבצרות הקודם יעמוד בתוקפו והשימוש שנעשה בחוקי היסוד על מנת לקדם את עניינו הפרטני של ראש הממשלה יבוטל. בכך יינתן ביטוי הולם לעקרון שלטון החוק והפרדת הרשויות. יש לקוות כי מתן סעד מעין זה ימנע שימוש בחקיקת יסוד לשם הסדרת עניין פרטני וקונקרטי במקריים עתידיים, שלא מתוך התחשבות באינטרס הציבורי הרחב. זאת ועוד, דחיית התחולה (להבדיל מביטול חקיקת היסוד) נותנת ביטוי לכך שההסדר החוקי בתיקון מס' 12 ריפא חוסר בהירות ועמימות שבהם לקה הסדר הנבצרות עובר לתיקונו. כפי שכבר ציינתי לעיל, עובדה זו אינה יכולה להקנות לתיקון חסינות מביקורת שיפוטית, אבל יש בה כדי להשפיע על ברירת הסעד המתאים בנסיבות המקרה, בשים לב לאינטרס הציבורי שבממשל תקין ובוודאות חוקתית (ראו והשוו: ברק, על תורת הסעדים החוקתיים, בעמ' 326). שיקול אחרון זה מוליך גם למסקנה שאין לדחות את התחולה למועד

אחר רחוק יותר או לבטל את התיקון (סעד אחרון זה ממילא מצוי מחוץ לגדרי הצו על תנאי).

אכן, אין לכחד, סעד דחיית התחולה אינו מרפא עד תום את הפגם הפרסונלי, שנעוץ בכך שלמצער חלקה של הנורמה החוקתית כונן בראי עניינו האישי של ראש הממשלה. ואולם, דומני כי סעד זה מבטא איזון ראוי בין השיקולים השונים הנדרשים בהקשר זה.

91. בשולי הדברים אבהיר כי הסעד לעיל אינו מונע מהכנסת לכונן הסדר חוקתי אחר גם בתקופת כהונתה של הכנסת ה-25, ככל שתמצא לנכון לעשות כן. זאת ועוד, אינני נוקט עמדה בשאלת המשקל שיש ליתן לתיקון מס' 12 בפרשנות ההסדר החוקי הקודם, שיעמוד כאמור בתוקפו עד לתחילת כהונתה של הכנסת ה-26.

נוכח כל האמור לעיל, סבורני כי הסעד המתאים במקרה שלפנינו הוא סעד של דחיית המועד שבו ייכנס התיקון לתוקף עד לתחילת כהונתה של הכנסת ה-26.

הערה לפני סיום

92. בנקודה זו מצאתי להתייחס לפסק דינו שניתן לאחרונה בעניין הבחירות לרשויות המקומיות (עניין התנועה לטוהר המידות). באותה עניין ציינתי כי הידרשותו של בית המשפט לחוקתיותו של חוק תהיה בבחינת "מוצא אחרון", והדברים יפים בבחינת קל וחומר כשעסקינן בחוק יסוד. פסק הדין בעניין התנועה לטוהר המידות העלה סוגיה שיש בה מן ההשקה החלקית לענייננו, מאחר שאחד הקשיים המשמעותיים באותו הסדר שנדון שם היה נעוץ בתחולתו המידית. לשונו של התיקון באותו עניין לא כללה הוראת תחולה מפורשת, ועל כן, כפי שצינתי שם, התעוררה שאלה פרשנית באשר לתחולה במישור הזמן (שם, פסקה 33 לפסק דיני). תיקון מס' 12 שלפנינו אף הוא אינו כולל הוראת תחולה, ועל כן לשון ההסדר עשויה להעלות שאלה פרשנית דומה. ואולם, דומני כי במסלול הפרשני אין מענה לבעיה האמיתית שמעורר התיקון דנן והיא השימוש לרעה שנעשה בסמכות

המכוננת. אף אם המסלול הפרשני עשוי להוליך לאותה תוצאה במישור המעשי (ואיני משוכנע שאלה הם פני הדברים), לא יהיה בכך כדי ליתן ביטוי לעובדה שכינונו של תיקון מס' 12 הינו ביטוי נוסף במגמת השחיקה במעמד של חוקי היסוד. משכך, לפני סיום, אייחד הערה נוספת גם לסוגיה זו.

93. כאמור לעיל, בסוף מסענו המשפטי, הגעתי לתוצאה כי המקרה דנן נכנס לגדרי קבוצת המקרים החריגה והייחודית שמצדיקה את התערבותו של בית משפט זה בחוק יסוד. אכן, ראוי שגבולות הפעלת הסמכות המכוננת ישורטטו במסגרת חוק-יסוד: החקיקה. ואולם, כפי שכבר ציין בעבר המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

"בבואנו לבחון את תקינות עבודת החקיקה של הכנסת, כרשות מחוקקת ומכוננת כאחת, איננו יכולים להתעלם מפגמים מהותיים הנופלים בה. הפתרון הראוי הוא אם כן בכינון חוק יסוד: החקיקה, אולם עד שזה יזכה להגיע לאויר העולם, אין מנוס מקביעת כללים מנחים לשם שמירה על עקרונותיו הבסיסיים של המשטר הפרלמנטרי הישראלי, ועל-ידי כך לכבד את הכנסת – לכבד את עבודתה ואת תוצריה, לכבד את עקרונות המשטר החוקתי" (עניין המרכז האקדמי, פסקה לו).

והנה, פעם אחר פעם עמד משפט זה על הבעייתיות הרבה שמעוררת הקלות שבחקיקת חוקי היסוד ובשינויים; והקלות שבה משנים את ההסדרים שאמורים להיות תשתית החוקה הישראלית. העדרו של חוק-יסוד: החקיקה, אין משמעו כי די לה לכנסת לעשות שימוש בכותרת "חוק-יסוד" על מנת לייצר הסדרים שנטען כי הם חסינים מביקורת שיפוטית. בעבר כבר צוין ביחס להעדר ההסדרה של הליך החקיקה כי "אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט" – והדברים יפים גם בענייננו (בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 55 לפסק הדין של השופט נ' סולברג (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). וכך, רק בעשור האחרון כנסות ישראל כוננו ותיקנו את חוקי היסוד עשרות פעמים, לעתים בהליכים מזורזים שנשענים על קולות חברי הקואליציה בלבד, ותוך שימוש בפרקטיקות פרלמנטריות שונות כגון משמעת קואליציונית (להרחבה ראו בעניין הסבירות,

פסקאות 82-83 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') א' חיות). כדברי השופט י' עמית בעניין שפיר:

"חקיקת היסוד הפכה לחומר ביד היוצר, כמעין פלסטלינה שהמחוקק לש לצרכים ולאינטרסים פוליטיים מיידיים וקצרי טווח, שבינם לבין נורמה חוקתית המשקפת הכרעה חברתית-משטרית 'יסודית', יציבה, כללית ועל-זמנית, אין ולא כלום. הקלות הבלתי נסבלת של התיקונים החוקתיים מתאפשרת במצב החוקתי השורר כיום, בהינתן שבין כובעה של הכנסת כרשות מחוקקת לבין כובעה כרשות מכוננת מפריד מחסום צורני דק מן הדק בדמות הכותרת "חוק יסוד: ללא אזכור שנת החקיקה; ובהינתן שהכנסת אינה נדרשת לפרוצדורה חקיקתית מיוחדת ולרוב מיוחד (למען הדמוקרטיה בישראל הבו לנו כבר את חוק יסוד: החקיקה)" (שם, פסקה 3).

תכיפותם של תיקונים אלה מקרינה במישרין גם על ריסונו של בית המשפט בבואו לקיים ביקורת שיפוטית על תיקונים אלה (עניין שפיר, פסקה 4 לפסק הדין של השופט י' עמית; עניין המרכז האקדמי, פסקה לה). זאת ועוד, ביחס לשימוש החוזר ונשנה בחוקי היסוד לצרכים נקודתיים-פרטיים התרענו ושבנו והתרענו (ראו בעניין שיינפלד, פסקה 43 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות; עניין שפיר, פסקאות 56 ו-67 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות). התרענו – אך לא הורינו על ביטול הוראת חוק יסוד על סמך אותה התנהלות בלתי תקינה (ראו בעניין שפיר, פסקה 67 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות; עניין המרכז האקדמי, פסקה לד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין). כך, הפך מפעל כתיבתה של החוקה הישראלית המתגבשת למפעל כתיבה על לוח מחיק – כאשר כל רוב קואליציוני נתון משנה, באבחה, את הוראות היסוד של הדין הישראלי (ראו והשוו לעניין הסבירות, פסקה 5 לפסק דיני).

משכך, דומני כי המקרה דנן – נוכח אופיו של הפגם הפרסונלי והישנות השימוש לרעה – מחייב את הצבת קו הגבול. בדומה, ציינה בעבר הנשיאה מ' נאור ביחס לפגמים בהליך החקיקה והדברים יפים לענייננו:

"במקרים רבים הערנו על תקינות הליך החקיקה, אך נמנענו מהתערבות בחוק שהתקבל באותו הליך. כך היה בשל הריסון והאיפוק המתחייבים ביחסינו עם הכנסת. ייתכן שמנהגנו זה יצר תחושה כי 'הכל מותר', ולא היא. עמדתנו היא כי במקרה שלפנינו נחצו כל הקווים האדומים. הרשות המחוקקת איננה משמשת כ'חותמת גומי' של הרשות המבצעת. לא הכל מותר בהליכי החקיקה ואין להפוך את היוצרות ולעשות את הרשות המבצעת למפקחת על הרשות המחוקקת, המכתיבה לה את קצב עבודתה. במקום שבו מתערערת הפרדה בין רשויות השלטון, תפקידו של בית המשפט הוא 'לשמור על כך כי כל רשות תפעל אך במסגרתה שלה'" (עניין קוונטינסקי, פסקה 5 לפסק הדין של הנשיאה מ' נאור).

ואם נכונים הדברים ביחס להליך החקיקה, הרי שמקל וחומר – אין להלום מצב שבו רוב קואליציוני יעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

אחר הדברים האלה

94. לאחר כתיבת הדברים, ולאחר שעיינתי בחוות דעתם של חבריי מצאתי להתייחס למספר סוגיות שהובאו בחוות דעתם של חבריי השופטים נ' סולברג, ד' מינץ וי' וילנר.

95. ראשית, בכל הנוגע לעמדתם של חבריי סולברג ומינץ לפיה מקום שבו התקבלה טענה שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכות המכוננת כאשר כוננה חוק יסוד, התוצאה היא שלילת מעמדו כ"חוק יסוד" והפיכתו לחוק (פסקאות 8-9 לחוות דעתו של השופט סולברג; פסקאות 16-17 לחוות דעתו של השופט מינץ). עמדה זו מעוררת שורה של קשיים, שעל חלקם עמדו חבריי (פסקה 12 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') א' חיות; פסקה 30 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה 24 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף). אבקש להדגיש שלושה קשיים ביחס לסעד זה: קושי ראשון, רעיוני, נוגע לכך שב"שנמוך" חוק היסוד לדרגת חוק בית המשפט מכריע למעשה, בדיעבד, שפעולותיה של הכנסת לא נעשו בכובעה המכונן, אלא בכובעה המחוקק. סעד שכזה משמעותו כרסום נוסף בהפרדה

החלשה ממילא שבין סמכויותיה השונות של הכנסת – כרשות מכוננת וכרשות מחוקקת. קושי שני, מהותי: סעד זה למעשה מתיר לכנסת לעשות שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, מאחר ש"לכל היותר" תוצאת פעולה שכזו תהיה הפיכתו של חוק היסוד הפגום לחוק "רגיל". קושי שלישי, דיוני, נוגע לכך שלא הובאו לפנינו טענות מטעם הצדדים בהקשר זה.

96. הערה שניה נוגעת לאיתורה של תכלית פרסונלית בהליך החקיקה. כך, חברי השופט מינץ מציין בחוות דעתו כי "הלכה למעשה מגישתו של חברי מ"מ הנשיא עולה כי השאלה האם מדובר בחיקוק בעל תכלית פרסונלית תלויה במספר הפעמים שבהם הוזכר המקרה הפרטני שהניע את החיקוק במסגרת הליך החקיקה" (פסקה 44 לחוות דעתו; כן ראו פסקה 47 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג). עוד מציינים חבריי כי נקטתי בספירה כמותנית שכזו בעניין הליך חקיקת "חוק דרומי", שעליו עמדתי לעיל (פסקה 52 לחוות דעתו של השופט סולברג; פסקה 44 לחוות דעתו של השופט מינץ).

97. למותר לציין כי זו אינה גישתי, ולאחר ששבתי וקראתי את חוות דעתי, איני סבור כי הדבר משתמע ממנה. עיון בהליכי החקיקה משמש בשגרה את בית משפט זה בבחינת התכלית הסובייקטיבית ככלי לאיתור כוונת המחוקקים (ראו גם פסקה 51 לעיל וההפניות שם). במסגרת זו, אני סבור כי יש לברר האם העניין הפרטני-פרסונלי ניצב במוקד ההליך או בשוליו, ולבחון, בכל מקרה לגופו, אם "המניע נותר מניע" או שמא הצעת החוק והדיונים בו, כבענייננו, צבועים מכף רגל ועד ראש בעניין הפרטני שהניע את החקיקה.

באופן ספציפי, במקרה דנן לא ספרתי, ואיני מציע לספור, את כמות האזכורים של עניינו הפרטני של נתניהו במסגרת הליך כינונו של תיקון מס' 12. כפי שצינתי בחוות דעתי, המעיין בהליך ימצא שאין מדובר בעדות בודדת של חבר כנסת זה או אחר, אלא שבכל צעד ושעל בהליך זה ראו המכוננים לנגד עיניהם את עניינו הפרטי של נתניהו, ולא את השאלה מהו הסדר נבצרות ראוי. חברי השופט מינץ מציין בחוות דעתו, כפי שצינתי אף אני, שניתן למצוא בהליך החקיקה גם

התייחסויות כלליות להצעת חוק היסוד (פסקה 53 לחוות דעתו). ואולם, כאמור לעיל, מדובר בהתייחסות שולית ונקודתית, שלאחריה שבה לקדמת הבמה התכלית הפרסונלית המידית. המבקשים להכריע בין חוות דעתנו בהקשר זה, מוזמנים לעיין בעצמם בהליך החקיקה.

98. לא פחות חשוב מהאמור לעיל: כידוע, כוונת המחוקק נלמדת לא רק מן ההיסטוריה החקיקתית, כי אם ממכלול הנסיבות כולו, אשר גם בו ניתן למצוא אינדיקציות לכוונה זו (ע"מ 7825/19 יוניון מוטורס בע"מ נ' משרד התחבורה והבטיחות בדרכים, פסקה 26 (18.10.2020)). במקרה דנן, לצד ההיסטוריה החקיקתית ניצבות אינדיקציות משמעותיות נוספות שפורטו בהרחבה בחוות דעתי, ואשר מעידות אף הן בבירור על התכלית הסובייקטיבית של הליך החקיקה (ראו פסקאות 71-80 לעיל).

99. לפני סיום אוסיף ואעיר כי אני מוצא קושי גם בעמדתם העקרונית של חברי סולברג ומינץ ביחס לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. האפשרות כי הכנסת תעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת נזכרה עוד בעניין בנק המזרחי, והושארה שם בצריך עיון (שם, בעמ' 406). כבר לפני למעלה מעשור שנים עמד בית משפט זה הדוקטרינה בעניין בר-און (שם, בעמ' 301), ואך לאחרונה בעניין שפיר פותח המבחן הדו שלבי שנועד להנחות את בית המשפט בבחינת יישומה (פסקאות 36-45 לפסק הדין של הנשיאה א' חיות). לאחר פסק הדין בעניין שפיר, יושמה דוקטרינה זו בעניין ממשלת החילופים, בעניין שיינפלד ואף לפני ימים אחדים בעניין הסבירות. כלל פסקי הדין הנזכרים ניתנו בהרכבים מורחבים של בית משפט זה. איני רואה הצדקה עניינית לסטות מתקדימים אלה.

100. חברתי השופטת וילנר נשענת בחוות דעתה על האמור בעניין שפיר ביחס למבחן הכלליות, שלפיו יש לבחון את השאלה "אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים" (עניין שפיר, פסקה 37 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות; ההדגשה הוספה – ע' פ'). מכאן, מסיקה השופטת וילנר כי מבחן הכלליות "מתמצה בתחולתו של ההסדר" (פסקה 4 לחוות דעתה).

ואולם, כאמור, בעניין שפיר צוין מפורשות כי בגדר מבחן הכלליות יש לבחון אם מדובר בנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים. זאת ועוד, לגישת חברתי מפסיקת בית משפט זה מתחייבת המסקנה כי נורמה לא תסווג כנורמה כללית רק מקום שבו נמעני הנורמה הם פרסונה מובחנת (פסקה 5 לחוות דעתה). איני סבור כי אלה הם פני הדברים. כך למשל, בפסק דינה בעניין ממשלת החילופים, ציינה הנשיאה חיות במפורש כי קושי ביחס למבחן הכלליות עשוי להתעורר גם באותם מקרים שבהם נורמה מוחלת גם על הכנסת שמכוננת אותה וגם על כנסות עתידיות. וכלשונה: "העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות). כך גם, ובניגוד למשתמע מחוות דעתה של חברתי, בספרות המשפטית ובהגותם של מלומדי תורת המשפט אין זהות הכרחית בין דרישת הכלליות לבין הדרישה לתחולה כללית של נורמות (ראו למשל: Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 47 (1964)). ממילא, כפי שצוין בעניין שפיר, המבחנים שנקבעו שם אינם בגדר רשימה סגורה, ומטרתם לשמש מבחני עזר ביחס לשאלה אם מדובר בנורמה שיש לסווגה כנורמה חוקתית, אם לאו (שם, פסקה 58 לפסק הדין של הנשיאה חיות).

101. חברתי חולקת גם על ההבחנה המוצעת בחוות דעתי בין מניע לבין תכלית פרסונלית, ולדבריה הבחנה שכזו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית משפט זה בעבר (פסקה 11 לחוות דעתה). כפי שציינתי בחוות דעתי (ראו בפסקה 47), אכן, ההבחנה בין מניע לבין תכלית פרסונלית לא לובנה במלואה עד כה בפסיקתנו, אך התיק שלפנינו חייבנו לעשות כן.

סוף דבר

102. הימים במדינת ישראל אינם כתמול שלום. בראשית חודש אוקטובר 2023 נפתחה נגד מדינת ישראל מלחמה נפשעת. מאז, התהפכו חייהם של כל בית ישראל. גם בימים קשים אלה, עלינו לפעול כמצוות הדין, שמורנו כי שופט שהחל בדיון

ויצא לקיצבה, יהיה מוסמך לסיים את הדיון תוך שלושה חודשים מיום היציאה לקיצבה (סעיף 15 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). משכך, ונוכח התקרבות מועד פרישתן של חברותיי להרכב, הנשיאה (בדימ') א' חיות והשופטת (בדימ') ע' ברון מצווים אנו לסיים את המלאכה.

103. בחודש מרץ 2023 תיקנה הכנסת את חוק-יסוד: הממשלה ושינתה את הסדר הנבצרות שהיה קבוע עד אז במשפט הישראלי. שינויו של הסדר זה, בחלוף יובל שנים שבהם עמד ללא שינוי משמעותי, נעשה על מנת לשרת תכלית פרסונלית ברורה ומובהקת: לשחרר את ראש הממשלה ממגבלות שהוטלו עליו בהסדר ניגוד העניינים ולמנוע דיון בבית המשפט בשאלת נבצרותו. כוחה הרם ביותר של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת – לכוון את הסדרי החוקה הישראלית – גויס לצורך קידום עניינו האישי של ראש הממשלה. בהקשר דומה ציין בעבר יושב ראש האופוזיציה דאז, מנחם בגין:

"יחסים בין פרלמנט לבין ממשלה, בין המחוקק לבין המבצע, בין המחליט לבין העושה, בין המפקח לבין המבוקר, אינם פשוטים במדינה דמוקרטית; הם מורכבים, לעתים אף מסובכים. אך אוי לה לדימוקרטיה, אם הפרלמנט, אם בית הנבחרים והמחוקקים, מוותר, בגדולות כבקטנות, על סמכותו ועל מעמדו כלפי הרשות המבצעת לענפיה. אבדיקציה זו פירושה סוף, או ראשיתו, של החיים הדימוקרטיים" (מנחם בגין "המחוקק והמבצע" עיתון חרות (22.12.1961)).

המקרה שלפנינו מחייב להציב את הגבול לפרקטיקה המוקשית שבה הרוב הקואליציוני מתקן את פרקי החוקה הישראלית המתהווה לצרכים פרסונליים ופרטיים חלף תיקונים כלליים ויציבים. תיקונים כאלה פוגעים בתשתית הדמוקרטית וביציבות החוקתית הבסיסית של שיטת המשטר שלנו. משכך, אין מנוס מן הקביעה כי נפל פגם חמור בתיקון מס' 12. בנסיבות העניין, מצאתי להורות כי התיקון ייכנס לתוקפו בכנסת ה-26. אף שסעד זה לא ירפא במלואו את הפגם שנפל בכינון התיקון, אני סבור כי באיזון שבין השיקולים הצריכים לעניין,

דחיית תחולת ההסדר תרחיק אותו מן היסוד הפרסונלי שדבק בו והיא נותנת ביטוי לכך שההסדר ריפא עמימות שבה לקה ההסדר עובר לתיקונו.

סוף דבר: אציע כי נקבל את העתירות כאמור בפסקה 91 לעיל. בנסיבות העניין אציע שלא נעשה צו להוצאות.

מ"מ הנשיא

השופט נ' סולברג:

1. חוות דעתו של חברי, מ"מ הנשיא ע' פוגלמן, מפורטת ומנומקת; דעתי-שלי שונה.

על הפרק – חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון), שעניינו בקביעת הסדר בעל אופי קונסטיטוציוני מהמעלה הראשונה – העילות וההליך להוצאת ראש ממשלת ישראל לנבצרות.

על הדרך – שלב נוסף בהתפתחותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'.

2. חברי בא לכלל מסקנה, כי התיקון נועד לשרת תכלית פרסונלית מובהקת; על כן, התיקון אינו ממלא אחר 'מבחן הכלליות', שהוא אחד ממבחני הזיהוי במסגרת דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. כפועל יוצא ממסקנתו-זו, סבור חברי, כי יש לדחות את המועד שבו יכנס התיקון לתוקף עד לתחילת כהונתה של הכנסת ה-26; זאת על מנת ליטול את עוקצו הפרסונלי, ובכך לרפא את הפגם שנפל בו.

3. בפעם הקודמת שבה נדרשנו לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (להלן גם: הדוקטרינה), הבעתי דעתי כי "הגם שהקושי שהביא להורתה ולידתה של הדוקטרינה – ברור, התוצאה שנוצרה – עמומה ומעורפלת. דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' [...] רחוקה מלהיות בהירה, סדורה ומובנית. תהיות רבות מתעוררות

ביחס לאופייה והיקפה" (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 35 לפסק דיני (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים)).

4. כפי שאפרט להלן, קבלת עמדת חברי – שלפיה נדחה את תחולתו של תיקון מס' 12 מכוח הדוקטרינה, ועל יסוד קביעה כי התיקון הוא פרסונלי – תכביד עוד את הערפל האופף זה מכבר את הדוקטרינה ואת ישומה, ותרחיב עוד את שיקול הדעת השיפוטי הבלתי-גדור, בשאלת זיהויים של חוקי-יסוד.

5. בפעם הזו, ה'שער' דרכו הולכת הדוקטרינה ומתרחבת, הולכת ומתעמעמת, הוא זה של 'מבחן הכלליות'; מבחן זה, שנראה בתחילה כנער רזה, תמים וממושמע, החדיר עמו בתרמילו, כך מסתבר, חוסר ודאות, מבוכה וסימני-שאלה, האופפים את מושג ה'פרסונליות'. כפי שאראה, מבחן הכלליות, שפנה בתחילה לפרסונליות ברורה ומובהקת – שפתחו הצר כ'חודה של מחט', שימש לתיקונים המיועדים לפרסונה מוסדית בודדת – התברר כ'אולם' רחב, המבקש להכיל ולהגביל מגוון עשיר של תיקונים חוקתיים, תוך נגיסה זוחלת בסמכותה של הרשות המכוננת.

עוד אבקש להראות, כי לבד מהיקפה של הדוקטרינה, גם אופיה עודנו בלתי-יציב, עד כדי לעורר ספק, האמנם לפנינו דוקטרינה אחת, או למעשה יותר מכך.

6. על רקע העמימות הכרונית, ומגמת ההתפתחות המרחיבה, אציע לחברי לשוב לחוף מבטחים של המבחן הצורני, על בהירותו ואמינותו, שנקבע עוד בפסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי). מבחן זה, חרף חסרונותיו, "מבטיח פשטות הפעלה, בטחון, ודאות, יציבות" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 10 לפסק דיני), מעלות הרצויות תמיד, "וביתר שאת בכל הנוגע להתערבות שיפוטית בנושאים חוקתיים, עקרוניים, המייצגים את ערכי-היסוד של האומה, את אבני-הבניין המוסדיים של המדינה" (שם, פסקה 35).

7. דרך הילוכי תהא כך: בתחילה, "התקן עצמן בפרוזדור, כדי שתיכנס לטרקלין" (משנה אבות, ד, טז). אסביר מדוע אין צורך לבוא בטרקלין. אמשיך בתהיות לגבי

הסעד של דחיית תחולה, ולמידת התאמתו לימבחן הזיהוי בגדרה של הדוקטרינה; לאחר מכן, אדון במושג הפרסונליות – מספר הערות נורמטיביות קצרות, ולאחר מכן דיון הגדתי, במסגרתו אציג את ההגדרה 'הרזה' שסבורני כי מוטב לאמצה כדין רצוי; לאחר מכן, במישור הדין המצוי, אראה כי ההגדרה הרזה לפרסונליות היא זו שהיתה מקובלת עלינו, הן בהתייחסותנו לחקיקה רגילה, הן לחקיקת-יסוד; אמשך מן הכלל אל הפרט, ואבחן את מידת הפרסונליות של תיקון מס' 12; לבסוף – אעיר מספר הערות עקרוניות, בהמשך לאלו של חברי, מ"מ הנשיא, על התפתחות הדוקטרינה ברקע העדרו של חוק יסוד: החקיקה.

נפל התיקון לחוק-היסוד, נותר חוק רגיל

8. אתעכב תחילה קמעא בפרוזדור, מפיוון ששם, לכאורה, סוף הדרך, גם למי שדוגל בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ונושא אותה על נס. חברי, מ"מ הנשיא, מעמיק חקר, עד אשר הוא מגיע למסקנתו שלפיה נועד התיקון לשרת תכלית פרסונלית מובהקת. בהמשך אנמק בפירוט מדוע מסקנה זו אינה מקובלת עלי, אבל בהנחה שחברי צודק במסקנתו-זו, ואם יצא תיקון מס' 12 מגדר חוק-יסוד, עדיין מעמדו איתן ויציב כשל חוק רגיל. גם אם חוק-יסוד מזוהה על-ידי דוקטרינת ה'שימוש לרעה' ככזה ש'התחפש' לחוק-יסוד, אזי לכל היותר המשמעות היא כי לפנינו חוק רגיל. כדי לבטלו, או לדחות את תחולתו, צריך להראות שהוא סותר חוק-יסוד ואינו עומד בתנאי פסקת הגבלה (חקיקתית או שיפוטית). כזאת לא נעשה. אף אם ימצא תיקון מס' 12 פרסונלי למשעי, גם לשיטתו של חברי, עדיין אין הוא פסול בשל כך. הרי אילו נעשה התיקון בחוק הממשלה, התשס"א-2001 על מנת להבהיר סעיף כללי בחוק-יסוד: הממשלה, לא היינו דנים כלל בשאלה אם התיקון הוא חוקתי, אם לאו. דומני אפוא, שכאן, בפרוזדור, עלינו לעצור, ואין צורך להיכנס בטרקלין; הגענו לסוף הדרך.

9. אמנם, במקרים רבים, די ב'שנמוכו' של חוק-היסוד, כדי להוביל, דה-פקטו, לביטולו. כאשר מדובר בתיקון לחוק-יסוד, שבא לשנות מן המצב המשפטי הקיים (כמו למשל בעניין התקציב הדו-שנתי), התוצאה הנלווית להורדתו של התיקון בדרגה, תהיה גם בטלותו. ההסדר החדש, ה'משונמף', אשר ביקש לסטות מן ההסדר הקיים, 'ינגף' מפני ההוראה החוקתית הקיימת ערב התיקון, שעודנה נהנית ממעמד-

על. לא כן בענייננו. אין מחלוקת על כך שעובר לתיקון מס' 12 – שרר תִּסְר (לקונה) בשאלת דרכי ההוצאה לנבצרות. אין בנמצא אפוא כל הסדר חוקתי או חקיתתי בסוגיה, לבד מן התיקון שבו עסקינן. משאֵלו הם פני הדברים, סוף-סוף, גם אם 'נשנמך' את חוק-היסוד בעטיה של דוקטרינה כזו או אחרת, עדיין לפנינו חוק נבצרות 'רגיל' במעמד של חקיקה ראשית, ומעליו, לא נטען וממילא לא נקבע, כי קיימת נורמה חוקתית סותרת. די בכך, לדעתי, כדי לדחות את הסעד המצומצם שבא בגדרי הצו על תנאי שניתן בעתירות שלפנינו.

סעד של 'דחיית תחולה' בראי 'מבחן הזיהוי'

10. חרף האמור לעיל, ורק מפיוון שחברי נכנס לטרקלין, אלך לשם בעקבותיו. אתחיל מהסוף; מהחוליה החותמת את דרך הילוכו של חברי – הסעד שניתן. כמפורט בחוות דעתו (פסקה 22), בשים לב לגבולות הגזרה של הצו על תנאי שניתן ביום 6.8.2023, על הפרק עומד כעת אך ורק סעד של דחיית תחולתו של תיקון מס' 12. חברי, כאמור, בא לכלל מסקנה כי עלינו לתת, וזאת – על בסיס דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

11. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שהתגבשה בפסיקתנו עד כה, "עניינה בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות" (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 29 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (23.05.2021) (להלן: עניין שפיר) (ההדגשות כאן ולהלן אינן במקור, אלא אם צוין אחרת – נ' ט'). מלאכה של 'זיהוי', נושאת על-פי טיבה אופי פרשני-דקלרטיבי, שהוא לכאורה לחם-חוקו של בית המשפט; מכאן גם התשובה הפשוטה לכאורה, שניתנה לשאלת סמכותו של בית משפט זה ליישמה: "מרכז הכובד של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מצוי, כאמור, בשאלה אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד היא אכן נורמה המצויה במדרג חוקתי, על פי המבחנים הנוהגים עמנו לזיהוי הסדרים מסוג זה. משימת זיהוי של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט" (שם, פסקה 31). התשתית התיאורטית שבבסיס דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, קושרת אותה אפוא עם סמכותו של בית המשפט 'לזהות' את מעמדם הנורמטיבי של חיקוקים שונים.

12. על רקע זה, אני מתקשה לראות כיצד ניתן להעניק בגדרה של הדוקטרינה, סעד מסוג של 'דחיית תחולה'. על פני הדברים, ביישמו את 'מבחן הזיהוי', יכולים אנו לכל היותר 'לאבחן' כי לפנינו חוק רגיל, ולהצהיר על כך. דהיינו: ככל שנמצא כי התיקון נושא אופי פרסונלי, שאינו הולם נורמה חוקתית, אזי יש לקבוע, כמסקנה פרשנית, כי לפנינו חוק 'רגיל' בלבד.

13. לעומת זאת, סעד של 'דחיית תחולה', נושא אופי של ביקורת שיפוטית 'מתערבת', אקטיבית; כזו שאנו מפעילים במסגרת ביקורת חוקתית רגילה על חקיקה ראשית, או על החלטה מינהלית, מכוח נורמה גבוהה יותר – כזו הטומנת בחובה גם שיקול דעת, בגדרה של תורת 'הבטלות היחסית'. אכן, הדיון שמקיים חברי בשאלת הסעד המתאים בנסיבות העניין, מתאפיין ברטוריקה הלקוחה מהקשרים אלו: "בבחינת הסעד החוקתי המתאים במקרה מסוים, יש ליתן את הדעת לפגם החוקתי הפרטיקולרי אותו הסעד נועד לרפא [...] סבורני כי לא ניתן להצביע מראש על הסעד שיהיה בו לרפא את הפגם בכל מקרה ומקרה [...] יש לבחון את הסעד המתאים בכל מקרה לגופו" (פסקאות 85-91). בפסקאות אלו, ניכר כי חברי מוטרד בעיקר מהשאלה – שאף לה יש מקום – האמנם בכוחה של דחיית התחולה, ליטול את עוקצו הפרסונלי של התיקון? ואולם שאלתי כעת היא אחרת: כיצד סעד של דחיית תחולתו של התיקון, עולה בקנה אחד עם גישת 'מבחן הזיהוי'?

14. בפסק דיננו בעניין ממשלת החילופים, עמדתי על כך שחרף 'שיתוף השם', פסקי הדין שבהם נדרשנו לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת שיוו לה אופי שונה, המשפיע גם על היקפה. הראיתי כי בפסק הדין הראשון אשר יישם אותה, בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי) נשאה הדוקטרינה אופי מינהלי, על יסוד גישה לפיה כללי המשפט המינהלי חלים גם על הרשות המכוננת (ראו את דבריו המפורשים של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, שם, פסקה ל' לפסק דינו). ציינתי, "שעל-פי המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין, בבוחנו אם עשתה הרשות המכוננת 'שימוש לרעה בסמכותה', בית המשפט אינו עוסק במלאכת זיהוי, כי אם בביקורת שיפוטית, מעין-מנהלית, על מעשה החקיקה של כנסת ישראל בכובעה המכונן" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 19).

15. הפעם השנייה שבה יושמה הדוקטרינה, היא בפסק הדין בעניין שפיר, כאשר "בפעם הזאת נשתנה אופיה של הדוקטרינה מזו ששורטטה בעניין המרכז האקדמי; נשתנה גם היקפה" (שם, פסקה 22). בעניין שפיר, לא דובר עוד באפשרות להתערב בחקיקת-יסוד, במצבים חריגים ונדירים שבהם עולה חשש כי המכונן חרג מן הסמכות שהוענקה לו, ו'הוזיל' את חוקי-היסוד; הדוקטרינה שולבה כחלק אינטגרלי ממבחני הזיהוי המשמשים להבחנה בין חקיקת-יסוד לחוק רגיל, "שעיקרו בזיהוי מעמדו הנורמטיבי של מעשה החקיקה, ולא במקרים שבהם תתאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" (שם).

16. אוסיף, כי גוון תיאורטי נוסף לדוקטרינה, שלישי, מצוי בחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, שעיקרו בחוסר סמכותה של הרשות המכוננת לקבוע בחוקה נורמות שאינן כוללות תוכן חוקתי (עניין שפיר, פסקאות 15-16).

17. דומה, כי הסעד הניתן בחוות דעתו של חברי, והרטוריקה האופפת אותו, משיבים אותנו במידה רבה לשיפוט המעין-מינהלי כבעניין המרכז האקדמי, שנראה היה כי נזנח בפסקי דין מאוחרים יותר.

18. אמרתי את אשר אמרתי, על מנת להצביע על כך שהדוקטרינה עודנה סובלת מ'אי-היקבעות'; היא לוטה בערפל. הלכה למעשה, יתכן ולפנינו, לא דוקטרינה, אלא דוקטרינות שונות – כאשר אף אחת מהן לא הפתה שורשים אמיתיים במשפטנו. אלו, מלחכות את גלימת סמכותה של הרשות המכוננת וזורעות אי-ודאות בשדה הזקוק לביטחון ויציבות. אשוב לכך בדברים אחרים בסוף חוות דעתי.

כעת – לשאלת הפרסונליות.

פרסונליות – כללי

19. סוגיית 'החקיקה הפרסונלית', מזמינה דיון בשלושה מישורים לפחות: דיון ראשון, בעל אופי נורמטיבי-עקרוני, עניינו בנימוקים לחיוב ולשלילה של חקיקה בעלת אופי שאינו כללי, על רקע ערכים כמו שלטון החוק והפרדת רשויות; דיון שני, בעל אופי הגדרתי, עניינו בשאלה מהן אמות המידה לזיהוי נורמה כ-

'פרסונלית'; דיון שלישי, מתמקד בשאלת הנפקות המשפטית של הדבקת תווית הפרסונליות, לדבר חקיקה או לכל נורמה אחרת.

20. אין בכוונתי להרכיב את סוגיית הפרסונליות כולה, על גבו השפוף של תיקון מס' 12; עם זאת, דיון הולם בסוגיה זו, אינו מאפשר להימלט מכל אחד מהמישורים אותם מניתי, ודורש את התייחסותנו; אם ברב, אם במעט.

21. כפי שאפרט להלן, אינני סבור כי תיקון מס' 12 עונה להגדרה של חוק פרסונלי. אך עוד בטרם אגש לתיקון, אעיר הערות אחדות בהיבט העקרוני, הנורמטיבי, בעצם שאלת הלימתה של חקיקה פרסונלית, את עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות. חברי, מ"מ הנשיא, מציין "שאחד ממאפייניו של חוק במדינה דמוקרטית הוא תחולתו הכללית", וכי דרישת הכלליות "מהווה אחד מהיסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת" (פסקה 33). מדברים אלה משתמע, כי חקיקה בעלת אופי פרסונלי, לא יכירנה מקומה בחברה דמוקרטית המעלה על נס את עקרון שלטון החוק; הלגיטימיות שלה מוטלת בספק. ראש המדברים לטובת עיקרון הכלליות, המצוטט תדיר בהקשר זה, הוא המלומד לון פולר, אשר מנה את עיקרון הכלליות עם תנאי היסוד למוסריות הפנימית של החוק (LON .L. FULLER,) (THE MORALITY OF LAW (1969)). ואולם, התייחסות שלמה והגונה לתופעת החקיקה הפרסונלית, אינה יכולה להסתכם בכך; מן הראוי לציין, כעניין שבעובדה, שהדמוקרטיה הגדולות והוותיקות, ערש שלטון החוק במובנו המודרני והליברלי – אנגליה וארצות הברית של אמריקה – הכירו, ועודן מכירות, באפשרות לחוקק חקיקה פרסונלית. בעבר, ובטרם צמיחת המדינה המינהלית המודרנית במאה ה-20, היתה חקיקה פרסונלית בבתי הקונגרס האמריקאי, דבר שבשגרה. בעשורים האחרונים, חלה ירידה תלולה בשימוש בחקיקה מסוג זה; האפשרות לפעול בגדרה – צומצמה, אם כי לא נעלמה.

22. דומה כי אין צורך לשוב ולפרט את חולשותיה של חקיקה פרסונלית, ואת פוטנציאל הפגיעה הנשקף ממנה, לעקרונות של שוויון והפרדת רשויות; חברי עשה זאת (פסקה 35), ואף אני עצמי עשיתי כן בעניין התנועה לטוהר המידות (פסקה 16) (ראו והשוו שם לחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין (פסקאות 40-46)). בהקשר

האמריקאי ניתן להזכיר את האיסור החוקתי על Bill of Attainder, אם כי מדובר בסוג מסוים בלבד של חקיקה פרסונלית, בעלת אופי עונשי; הפגם החוקתי שבה אינו נובע מההיבט הפרסונלי לבדו. עם זאת, המציאות מורה כי מקומה של חקיקה פרסונלית לא נפקד בתוצרי החקיקה של בתי-מחוקקים במדינות שונות, מבלי שמעמדן הדמוקרטי ישלל, או אף יתערער. מתברר כי חרף חולשותיה של החקיקה הפרסונלית, שיטות משפט טובות והגונות מצאו בה גם תועלת. יתרונה של חקיקה פרסונלית, בהקשרים מסויימים, נעוץ ביכולתה ליתן מענה למקרים יחודיים או מקומיים, באופן שעשוי דווקא לתרום לעיקרון השוויון (Evan C. Zoldan, *Legislative Design and the Controllable Costs of Special Legislation*, 78 MD. L. REV. (2019) 415, 443-449). ברוח זו, יש שטענו למשל, כי חקיקה בעלת אופי פרסונלי, דווקא משום שהיא סוטה מעיקרון הכלליות, עשויה לשמש אמצעי מסוים להתמודדות עם 'שאלת היושר' העתיקה; שאלה אשר ביקשה מאז ומקדם להתמודד עם טיבו הנוקשה של החוק הכללי, שאינו שועה אל היחיד, על נסיבותיו החריגות (להרחבה בסוגיית 'היושר', ראו רמב"ם מורה נבוכים ג, לד; עמודים 542-541 (מיכאל שוורץ מתרגם, תשס"ג); יצחק אנגלרד "'על דרך הרוב' ובעיית היושר במשנתו של הרמב"ם" שנתון המשפט העברי יד-טו 31 (תשמ"ח-תשמ"ט)). נטען, כי בעוד סוגיית היושר נדונה בעיקר מפרספקטיבה של בתי משפט, המחילים את החוק הכללי, יהיה זה לא נכון לשלול את האפשרות לפנות אל החריג כבר ברמת החקיקה, כמרפא ל'דורסנותו' של החוק הכללי.

23. אמרתי את אשר אמרתי, לא על מנת לצדד בחקיקה פרסונלית; במבט כולל, דומה כי אכן פגיעה וחסרונותיה עולים על יתרונותיה. עם זאת, שעה שאנו נדרשים לטיבו של מוסד חקיקתי ותיק, מן הראוי 'לתת לו את יומו', ולפרוש את התמונה, גם אם לא במלואה, אזי במעט ממורכבותה.

24. מכל מקום, ענייננו אינו בחקיקה רגילה, אלא בתיקון לחוק-יסוד; המשך דיוני יתנהל מנקודת המוצא של דוקטרינת השימוש לדעה בסמכות המכוננת, כפי שעוצבה בפסק הדין בעניין שפיר, ולפיה "חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה חיות).

אעבור כעת לשאלת ההגדרה של נורמה פרסונלית.

כיצד מגדירין חוק פרסונלי?

25. השאלה מתי תסווג חקיקה כפרסונלית, אינה פשוטה כלל ועיקר. בעניין התנועה לטוהר המידות (פסקאות 17-23) ניסיתי לתת בהם סימנים, והצבעתי על גוונים שונים של פרסונליות, הניתנים לשרטוט על גבי מקשתת (ספקטרום) הנעה בין שני קטבים (חברי, מ"מ הנשיא נוקט בדרך דומה (פסקאות 42-45), בשינויים מסוימים עליהם אעמוד להלן).

26. ציינתי כי בקוטב אחד, ניתן להצביע על קבוצה ראשונה של חקיקה, בעלת אופי פרסונלי מובהק, הפונה, על-פי נוסחה ולשונה, לרשימה סגורה של נמענים. כאלו הם, למשל, חוק הנשיא חיים ויצמן (גמלה ועזבון), התשי"ג-1953, שכותרתו 'מסגירה' את העדר כלליותו; החוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011, אשר עמד במוקד הדיון בבג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בנייה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית), והטיל חובת תשלומים על "חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי", כאשר בפועל, רק חברה אחת ויחידה מילאה אחר הגדרה זו; וכן חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, שעסק במתן חנינה קבוצתית מוגבלת, לאחר מעשה, לקבוצת אנשים מסוימת – כאלו שביצעו עבירות מסוימות בתקופת ההתנתקות (ראו: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)). שלוש הדוגמאות הללו, ציינתי, מצביעות על חוקים הפונים לנמענים מסוימים הניתנים לזיהוי; ממילא, חוקים אלה אינם פונים לקבוצה כללית ובלתי-ידועה של פרטים, ועל כן ניתן להגדירם כבעלי אופי פרסונלי מובהק.

27. בהמשכה של המקשתת, הצבעתי על קבוצה שנייה של חקיקה אפשרית, שבה הפרסונליות מובהקת פחות, ועל-פי נוסחה היא פונה לקבוצה כללית של נמענים, שלא ניתן לזהותם ולהצביע עליהם, ואולם ניכר כי ההסדר שנקבע בה, 'תפור' בתפרים המיועדים למידותיו של גורם מסוים, באופן ש'טביעות האצבע' הפרסונליות ניכרות בה בנקל. ודוק: בקבוצה זו, אותם 'תפרים' פרסונליים קיבלו

ביטוי בלשון החוק עצמו; אין מדובר רק בכוונות חיצוניות, שלא באו לידי ביטוי בתוצר הסופי.

28. כך, למשל, הצעתי להבין את הערות חברי המותב בפסק הדין בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023). שם, נזכיר, נדרשו חלק משופטי ההרכב לשאלת הפרסונליות של חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4, אשר נכנס לתוקף ביום 27.12.2022 וקבע, בין היתר, כי ההוראה שבסעיף 6(ג)(1) לחוק-יסוד: הממשלה, לגבי כשירותם של שרים, תחול רק על מי שנדון לעונש 'מאסר בפועל' (חלף התיבה 'מאסר' בבדידותה, כבנוסח הקודם), וכי מועד תחולתו של התיקון יהא עם קבלתו בכנסת, ועוד בטרם פרסומו ברשומות, כמקובל. כפי שהסברתי, תיקון זה, על נוסחו הכללי, פנה לכאורה לקבוצה בלתי מסוימת של שרים, בהווה ובעתיד; ועם זאת, סברו חלק משופטי ההרכב, כי "ה[השפעה] נקודתית, שלא לומר 'כירורגית' של אותו תיקון על עניינו הספציפי של חבר הכנסת אריה דרעי, בשילוב עם הוראת התחולה החריגה שלו, אשר שרתה את עניינו הקונקרטי של דרעי, היקנו לתיקון מאפיינים פרסונליים (שם, פסקה 49 לפסק דינה של חברתי השופטת ד' ברק-אדוז; פסקה 12 לפסק דינו של חברי השופט י' עמית).

29. שתי הקבוצות עד כה, מתאפיינות בתווי היכר פרסונליים, הניבטים מתוצר החקיקה עצמו, ומנוסחו. זאת, "בין כשמדובר בחוק הפונה לקבוצה סגורה של נמענים ועל כן אינו כללי במובהק, בין כשמדובר בחוק שנוסחו כללי על פניו, אך ההסדר הגלום בו 'מעוצב' באופן בלתי-שגרתי ומחשיד, המשתלב בנתוני רקע, המלמדים כי נוסח החוק, הכללי לכאורה, נועד לשרת אדם פלוני" (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 22 לפסק דיני).

30. במאמר מוסגר אעיר, שהחלוקה שערכתי בין שתי הקבוצות הראשונות, שונה קמעא מזו של חברי; בחוות דעתו, הקבוצה השנייה כוללת חקיקה המתייחסת לפרט מסוים, בדומה לזו הראשונה, ואולם אינה נוקבת בשמו. לדידי, ניתן לכלול מקרים אלו כבר בקבוצה הראשונה, שהמאפיין העיקרי שלה הוא פנייתה לרשימה סגורה של פרטים ידועים, כאשר שאלת 'השם המפורש' אינה נראית לי עיקר; את

הקבוצה השנייה הקדשתי אפוא לחקיקה שפונה לפרטים שאינם מסוימים, אך בלשונה ובנוסחה, 'מסגירה' תכלית פרסונלית.

31. הקבוצה השלישית ניצבת בקוטב הנגדי לזה שבו עומדת חברתה הראשונה, ונמנים עליה הסדרים, שעל-פי נוסחם הם בעלי תחולה כללית, ואף אינם מתאפיינים ב'גבולות גזרה' שקראנו להם 'חשודים'; עם זאת, ניתן להצביע על מוטיבציות פרסונליות מחוץ ללשונם – בכוונת המחוקק שהביאם לעולם. כוונה פרסונלית זו, הדגשתי, לא תורגמה להסדר מסויג, ובעל תחולה שאינה כללית; היא לא באה לידי ביטוי בנוסח החוק, במישור התוצאה.

32. לדעתי, בשעה שאנו מתנתקים מהספקטרום התיאורטי, וניגשים ליתן נפקות משפטית להגדרתה של נורמה כ'פרסונלית', עלינו להימנע מהדבקת תווית של פרסונליות לנורמות הנמנות על הקבוצה השלישית אותה ציינתי; אלו בעלות התוכן הכללי והבלתי-מסויג, שהחשד הפרסונלי שדבק בהן, מצוי כל-כולו במישור כוונת המחוקק שהביאן לעולם (ראו גם עמדתי בעניין התנועה לטוהר המידות, פסקאות 27-32). לטעמי, אין בדינו הכלים לקבוע כי הנורמות הללו נגועות בתכלית פרסונלית פסולה.

33. לגישת חברי, גם דברי חקיקה הנכללים בקבוצה שלישית זו, ניתנים להגדרה כ'פרסונליים', שכן על אף "שאין בלשונם רמז למימד פרסונלי כלשהו", הרי שבחינת דבר החקיקה מאפשרת לקבוע, "כי הוא נועד לשרת תכלית פרסונלית" (פסקה 43). זאת, על סמך מכלול נסיבות החקיקה: בראש ובראשונה, ההיסטוריה החקיקתית, שאליה מצטרפים גם נתונים הנוגעים לעיתוי החקיקה, טיב הליך החקיקה, וכן גם תוכנה (פסקאות 51-54).

34. חברי מכיר בכך שפסיקה מושרשת של בית משפט זה, נמנעה מלייחס משקל למניע העומד מאחורי דבר חקיקה, אשר המריץ את המחוקק להביאו לעולם (פסקאות 49-50; וראו בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה נ' הנדל (12.7.2021); עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (6.9.2017)). ברם, חברי סבור כי חרף העובדה ש"ההבחנה בין מניע החקיקה לבין תכליתה אינה תמיד פשוטה"

(פסקה 48), ובכפוף לכך ש"עלינו לנקוט זהירות רבה בהבחנה זו" (פסקה 50) – הדבר נתון בידינו, ואפשר להבחין "בין טמא לטהור", בין 'תכלית פרסונלית' פסולה, לבין 'מניע פרסונלי' כשר, באשר אין בו רבב משפטי.

35. גישתי, כאמור, שונה; סבורני, כי כל עוד דבר חקיקה אינו נושא בלשונו רמז למימד פרסונלי המצוי בו, אין מקום לקטלג אותו כפרסונלי. גישתי זו, אינה מבטאת תפיסה הממעיטה בחשיבות מכלול נסיבות החקיקה, ובפרט כוונת המחוקק, במסגרת מלאכת הפרשנות (ראו למשל, דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל פסקאות 11-4 (12.9.2017)); היא נובעת ראשית, מנקודת המוצא הפרשנית המושרשת לפיה לא ניתן לייחס לדבר חקיקה תכלית, שאין לה עוגן בלשון החוק. קביעתי כי אין לייחס לדבר חקיקה תכלית משוערת שאינה באה לידי ביטוי בלשונו, נהוגה עמנו מימים ימימה: "להיסטוריה החקיקתית – כמו גם לעצם מושג התכלית – אין כל תחולה אם המשמעות המשפטית המגשימה אותו אינה במסגרת מגוון המשמעויות הלשוניות של דבר החקיקה [...] רק לשון 'מאפשרת' משמשת 'עיון' להיסטוריה החקיקתית" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 356-355 (תשנ"ג) (להלן: ברק, פרשנות חקיקה)). בהתאם, סבורני כי אין לייחס לדבר חקיקה תכלית פרסונלית, כשאינו בנמצא 'עוגן' לשוני, קרי – סימנים מזהים בנוסח החוק, המורים על מטרות ויעדים פרסונליים. אכן, ניתן לטעון, כי גם כאשר לשונו של דבר חקיקה מנוסחת באופן כללי, היא בהחלט 'סובלת' את המשמעות הפרסונלית המיוחסת לה, ולבטח אינה עומדת בסתירה לה, שכן לא מן הנמנע – במישור הלשוני – לייחס לנוסח כללי כוונות פרטיות; ואולם דעתי שונה: כפי שהדגמנו לעיל בדברי חקיקה הלקוחים מספר החוקים הישראלי, המחוקק יודע היטב להביע לשונית כוונות פרסונליות, ועל כן לשון כללית ובלתי-מסויגת, אינה יכולה לשמש אותו 'זיז' מיוחד, לתלות בו תכלית שמקורה בכוונת המחוקק: מטרות משוערות ויעדים נסתרים, שקיבלו הד בחדרי הפרלמנט ובפרוזדורים, אך לא מצאו את מקומם, ולו ברמז, בתוצר החוק הסופי.

36. שנית, סבורני כי היכולת ליטול היגד של המחוקק, בעל אופי שאינו עקרוני-כללי, ולהסיק ממנו אם לפנינו מניע פרסונלי או שמא תכלית פרסונלית, היא קשה ביותר. עמדתי זו, למותר לציין, אינה כופרת בהבחנה העיונית שבין מניע לתכלית; אכן, "המניע מקומו בעבר, והוא מספק את הרקע להולדת החוק, במישורים

הפסיכולוגיים והסוציולוגיים, הלכי-הרוח של המחוקק; תכלית, לעומת זאת, היא מושג הלקוח מעולם המשפט, צופה פני עתיד, והיא משקפת את המטרות, הערכים והמדיניות שדבר החקיקה נועד להגשים" (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 27 לפסק דיני). עם זאת, בהעדר עוגן לשוני, עמדתי היא שלא ניתן לקבוע כי המניע הפרסונלי 'זלג' אל תכלית דבר החקיקה; שעולמו הפנימי של המחוקק, הוטמע ב'מנגנון ההפעלה' הפנימי של החוק עצמו.

37. שיקול שלישי לגישתי, להישמר ממסקנה תכליתית על יסוד המימד הסובייקטיבי של המחוקק בלבד, נובע מתוצאתה של קביעה זו, אשר אינה מסתכמת אך במתן פרשנות תכליתית רגילה לדבר חקיקה, אלא מדביקה לה תווית של פרסונליות, על ההשלכות הנלוות לכך על עצם מעמדה.

'פרסונליות' בדברי חקיקה שעברו תחת שבט הביקורת השיפוטית

38. הדיון לעיל התמקד במישור הדין הרצוי, ובמסגרתו הסברתי מדוע אני סבור כי אין לזהות נורמה כפרסונלית, כל עוד לשונה היא כללית. בדברים שלהלן, שיתמקדו בדין המצוי, אנסה להראות כי בדרכי זו, אני צועד במידה רבה בעקבות קודמי וחברי, שופטי בית משפט זה; אלו, גם אם נמנעו עד כה ממתן הגדרה מקיפה וממצה ל'חקיקה פרסונלית', נדרשו לה במסגרת הליכים שונים, שנסובו על טענה כי נורמה פלונית סובלת מפגם של פרסונליות.

39. הבה נתבונן בחיקוקים ובפסיקה שנסקרו בחוות דעתו של חברי, מ"מ הנשיא: חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 (נדון בעניין ניר); החוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 (נדון בעניין איתנית); והחלטת גמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון (חברי הכנסת ושאייריהם) (הוראת שעה), תשנ"ט-1999 (נדונה בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (20.8.2002) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

40. בכל ההליכים המוזכרים, נקבע כי הנורמה הנבחנת נושאת תווי היכר פרסונליים (אתעלם כרגע משאלת הסעד שניתן בהם, שאינה מענייננו בשלב זה); ומהי אותה 'פרסונליות'? זו המאפיינת את הקבוצה הראשונה אותה ציינתי, הפונה

לקבוצה סגורה וידועה של פרטים. כך, חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 עסק בקבוצה סגורה וידועה של פרסונות שביצעו עבירות מסוימות בתקופת ההתנתקות; החוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011 חל הלכה למעשה על תאגיד אחד ויחיד; והחלטת גמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון (חברי הכנסת ושאיניהם) (הוראת שעה), תשנ"ט-1999 (אשר לה מעמד של חקיקת-משנה), עסקה ברשימה סגורה של חברי כנסת ידועים (חברי הכנסת ה-14 שלא נבחרו לכנסת ה-15, ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, פסקאות 32 ו-53).

41. על זו הדרך, ומן העבר השני, דברי חקיקה, אשר בנקל ניתן לכלול אותם בקבוצה השלישית, לא סווגו בפסיקתנו כבעלי תכלית פרסונלית, על אף שנטען לפנינו כי זהו טיבם. דוגמה מובהקת לכך, הוא חוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012 (הידוע בציבור גם כ-'חוק גרוניס'). חוק זה, ביטל את הוראת סעיף 8(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שזהו לשונה: "לא יתמנה לנשיא בית המשפט העליון או למשנה לנשיא בית המשפט העליון מי שלא יוכל לכהן בתפקיד זה במשך שלוש שנים לפחות"; בכך סלל תיקון זה את דרכו של השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס, לכהונת נשיא בית המשפט העליון. חוק זה נחקק מבלעדי 'מסך של בערות' – אפילו לא 'מחיצת לבוד' של בערות – כאשר שמו של השופט (כתוארו אז) גרוניס 'מכב' בדיוני ועדת חוקה חוק ומשפט (ראו פרוטוקולים מהימים 21.9.2011 ו-23.11.2011) ובמליאת הכנסת (ראו פרוטוקול דיון מיום 2.1.2012); זאת, כאשר ברקע נשמעת מחאת מתנגדי החוק לחקיקה הפרסונלית, לטענתם, המתהווה.

42. בעתירה שהוגשה נגד התיקון נטען כי דינו להיפסל מחמת היותו פרסונלי באופן הסותר את עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל (בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (16.1.2012)). העתירה נדחתה, ועיון בנימוקי הדחייה מלמד כי בית משפט זה, כלל לא ראה לייחס לחוק שהונח לפניו, תכלית פרסונלית: "בפועל, החזיר החוק המתקן עטרה ליושנה – מינוי הנשיאה ומינוי הנשיא, כמו מינוי המשנה לנשיאה ומינוי המשנה לנשיא על-פי בכירותם: ודאות הבאה למנוע פזילה אל עבר הלא-נודע – על כל מגרעותיה" (שם, פסקה 4). דומני, שגישה זו עולה בקנה אחד עם גישתי, אשר נוסחה בשעתו בתמצית ובבהירות על-ידי מ'

טמיר: "חוק גרוניס" אינו חוק סלקטיבי, שכן אף אם כוונת מחוקקי החוק הייתה לאפשר את מינויו של גרוניס, הרי שבמבחן התוצאה חוק זה יחול על כל נשיא עתיד" (מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 205-206 (2018)) (להלן: טמיר, חקיקה פרסונלית). אכן, חרף אזכורו הבולט של השופט גרוניס בהליך החקיקה; הטענות שהושמעו, כי פרסונה יחידה זו היא שניצבה לנגד עיני המחוקק; וההכרה הברורה כי התיקון עתיד לחול (בין היתר) עליו – דומה כי מבחן התוצאה הכללית הוא שהכריע.

43. (לשלמות התמונה אציין, כי תיתכן גם חקיקה המכוונת לפרטים מסוימים, בדומה לקבוצה הראשונה, ואף על-פי כן – לא תסווג כפרסונלית; ראו בג"ץ 8612/15 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (17.8.2016) שעסק בסעיפים 41(ג)(1) ו-41(ד)(1) לחוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2015 ו-2016), תשע"ו-2015).

44. דומני אפוא, כי הגישה שרווחה עד לאחרונה בבית משפט זה, היתה מוקפדת ומצמצמת, ויחדה את ה'תווית' הפרסונלית לאותם מקרים מובהקים המאפיינים את הקבוצה הראשונה אותה ציינתי – נורמות הפונות לרשימה סגורה, ידועה וניתנת לזיהוי של פרסונות; בני אדם או תאגידים.

45. מקרה מבחן מעניין מִזְמָן לנו חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, המכונה גם 'חוק דרומי'. חוק דרומי לא הועמד לביקורת לפני בית משפט זה; חברי, מ"מ הנשיא, מציין כי "אין חולק שהמניע לחקיקת החוק היה הפרשה שמכונה 'פרשת דרומי'", ואולם חברי סבור כי אותו מניע פרטני ששימש זרז לקידום החוק, לא 'זלג' לתכליתו, ועל כן אין מדובר בחוק הלוקה בפרסונליות. חברי מפנה לחוק דרומי, על מנת להראות כי ההבחנה שבין מניע לתכלית, היא בהישג יד, ועל כן אין להסתייג מלהכריע במקרים המתאימים, כי נורמה היא פרסונלית אך מחמת תכליתה, וחרף לשונה הכללית (פסקה 52 לחוות דעתו).

46. תמים-דעים אני עם חברי, כי 'חוק דרומי' איננו חוק פרסונלי כלל ועיקר, ואולם דרכי למסקנה זו – שונה. נאמן לשיטתי, סבורני כי 'חוק דרומי' אינו חוק פרסונלי, מהטעם הפשוט ש-"במבחן התוצאה הוא יחול על כל אדם הנמצא בסיטואציה

שבה עומדת לו הגנת 'ביתי הוא מבצרי' [...] הוא יוצר הגנה בעלת תחולה כללית" (טמיר, חקיקה פרסונלית, עמוד 180). ברם, לגישת חברי, השולל את 'מבחן התוצאה', תשובה זו אינה מספקת; לשיטתו, הטעם למסקנה כי חוק דרומי אינו פרסונלי, נובע מכך ש-"עיון בהליך חקיקת תיקון זה מגלה כי עניינו הפרטני של שי דרומי מוזכר בשוליים, פעמים מעטות" (פסקה 52).

47. מתודולוגיה זו של חברי – של ספירת אזכורים פרטניים – מוקשית בעיני. אכן, גישת חברי אינה מבקשת להסתפק רק בהיסטוריה החקיקתית; באמתחתו כלים נוספים, אך במפורש הוא רואה בה כלי עיקרי (פסקה 51), ובגדרה – היא נותנת משקל חשוב למניין האזכורים, ומידת היותם שוליים. ואולם, קשה שלא להבחין באי-הוודאות שגישה זו מחדירה לסוגיה הרגישה של 'חקיקה פרסונלית'. כך למשל, יגעתי ומצאתי וספרתי קרוב ל-30 אזכורים של מר דרומי בפרוטוקולים של הליכי החקיקה, בוועדת חוקה, חוק ומשפט ובמליאת הכנסת (ראו ההפניות בפסקה 52 לחוות הדעת של חברי). האמנם מדובר ב-'פעמים מועטות'? ככל הנראה קביעה זו של חברי מביאה בחשבון את הנפח הכולל של הפרוטוקולים, שאכן היה רב; ואולם, הדרא קושיא לדוכתא: היש בידנו נוסחה היועצת לחלק את מספר האזכורים בנפח הטקסט הכולל?

48. הקושי אינו מסתכם רק בכמות; הקושי נוגע אף באיכות. האתגר אינו מסתכם רק בזיהוי 'המסה הקריטית' במישור הכמותי, אלא נובע גם מהעדר קריטריונים בהירים לשקלול הנתונים. כפי שהערתי בעניין התנועה לטוהר המידות (פסקאות 31-32): "מי ינחנו דרך בין אמירות של ח"כ פלוני בעלות גוון פרסונלי, לבין התבטאויות בעלות נופך עקרוני, של ח"כ פלמוני? כיצד נסווג את כל שאר חברי הכנסת שלא התבטאו, אלא רק הצביעו? [...] האם עלינו להעמיק חקר בדברי חברי הכנסת בוועדות ובמליאה, או דווקא להעלות על נס את דברי ההסבר להצעת החוק [...] חוששני, כי חרף האזהרה הידועה, נגררים אנו להכרעה הנופלת 'על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק, ולא על-פי האנליזה של החוק' (כדברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 17 (1981)); זהו פח יקוש, ועלינו להישמר מכל משמר פן נילכד בו". אכן, מניין לנו לחרוץ דין, איזו התבטאות מהווה חלק מ-'חלון הראווה' של החוק, ואיזו אינה אלא התבטאות בלתי-משקפת? האם 'דברי ההסבר' לחוק נהנים ממשקל רב, או דווקא מועט, בשים לב לעובדה שהם לא נכתבים על-ידי חברי הכנסת, אלא

על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת? ומה משקלן של התבטאויות חברי הכנסת מתנגדי החוק? אלו האחרונים, המעוניינים בסיכול החקיקה, ביכולתם 'להציף' את פרוטוקול המליאה והוועדות בהערות שונות, אשר יצבעו את הדיון כולו בגוון פרסונלי.

49. אשוב ואבהיר: אינני מתכוון להמעט מחשיבותם של דברים הנאמרים בדיוני ועדות הכנסת ובמליאתה; אני מכיר בכך, שסימני השאלה אותם הצבתי, הם מנת חלקנו כל אימת שאנו ניגשים לבחון את תכליתו הסובייקטיבית של דבר-חקיקה, על סמך ההיסטוריה החקיקתית שלו. ואולם כאמור, פרקטיקה זו בעייתית ביותר, באשר כל-כולה מבקשת לערוך הבחנות, המתקיימות אך ורק בעולמם הפנימי של המחוקקים, ובו בלבד; זאת, כפי שהדגשתי, בהעדר כל עוגן ממשי להיאחז בו בלשון החוק, שהיא כללית; בשים לב להבדל, שהוא לעיתים דק-מן-הדק, שבין מניע פרסונלי כשר, לבין תכלית פרסונלית פסולה, ולקיומה של 'דליפה' מזה לזו; וכאשר תוצאת הניתוח העדין, אינה מסתכמת אך במתן פרשנות תכליתית רגילה, אלא מדביקה על החיקוק תווית של פרסונליות.

50. אם כן, חיפוש אחר תכלית פרסונלית חמקמקה, המסתתרת בינות לדבריהם של מחוקקים שונים ומגוונים; דברים הניתנים בנקל להתפרש כ'מניע' בלבד, נטול משקל פרשני לכל הדעות; בהעדר אמות מידה של כמות ואיכות; וכל זאת, בהעדר קולב לשוני לתלות בו את התכלית הפרסונלית המובהקת – דומני כי מדובר ב'שדה מוקשים' שטוב נעשה אם נרחיק עצמנו ממנו.

51. הדוגמאות שלעיל נלקחו ממדף החקיקה 'הרגילה', ושימשו אותי לסקירת ההגדרה הפרסונלית המצויה, ולהדגמת השיטה הדצויה; אבקש כעת, על זו הדרך, לבחון את טיבם של התיקונים החוקתיים שאופיינו בפסיקתנו כ'פרסונליים', בגדרו של 'מבחן הכלליות' המשרת את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

י'תקון פרסונלי' במסגרת ישום מבחן הכלליות

52. את הסתייגותי מדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, פרטתי בארוכה בפסק דיני בעניין ממשלת החילופים; אף הבעתי שם ספק בשאלת מעמדה כ'הלכה פסוקה' במשפטנו, בשים לב לעובדה שעד אותה שעה – ואף עד עתה –

בית משפט זה הורה במסגרתה לכל היותר על 'התראת בטלות', מבלי שניתן לעותרים סעד ממשי, כי אם במבט צופה פני עתיד (פסקה 32). לעיל הוספתי, כי הספק לגבי מעמדה ההלכתי, מתעצם גם על רקע המבוכה בשאלת התשתית העיונית של הדוקטרינה, והתהייה האמנם מדובר בדוקטרינה אחת.

53. הסתייגותי זו מהדוקטרינה – בעינה עומדת, ולכך אתייחס עוד להלן. עם זאת, בשים לב לעמדת חברי מ"מ הנשיא, לה שותפים עוד מחברי ומחברותי, אינני רואה עצמי פטור מבחינה של תיקון מס' 12, גם בראי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת; ובפרט – באספקלריית 'מבחן הכלליות' שבמוקד העתירות ועמדת היועצת המשפטית לממשלה, ואף במוקד חוות דעתו של חברי.

54. כפי שמציין חברי, בגדרו של מבחן הכלליות, המהווה חלק מ'שלב הזיהוי' של הדוקטרינה, "יש לבחון אם הנורמה היא בעלת תחולה 'מבנית-כללית' או שמא מדובר בנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים" (פסקה 32; וראו: עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה חיות; עניין שפיר, פסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות; עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל).

55. מהו אופיה של 'הפרסונליות', אשר עמדה לנגד עינינו, כאשר אומץ 'מבחן הכלליות'? כיצד הוגדרה, ומה היה טיבם של התיקונים שנדונו בשעתו?

בעניין שפיר, שבו שורטט לראשונה מבחן הכלליות, נקבע כי: "הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות [...] עמד על כך השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי בצינו "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" [...] ודוקו – נורמה פרסונאלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-'פרסונה' מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת". הגדרה זו לחוק פרסונלי, הלקוחה מפסק דינו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי (פסקה 6), אימצה למעשה את הגדרתה של מ' טמיר ממנה כבר ציטטתי לעיל; הגדרה זו, מצמצמת עצמה לחוק "שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול" (טמיר, חקיקה פרסונלית, 177); זוהי הקבוצה הראשונה שצינתי לעיל, הכוללת נורמות הפונות לרשימה סגורה וידועה של פרטים (גם אם כותרת הנורמה אינה נוקבת בשמותם).

56. אכן, בעניין שפיר נדון חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), אשר נכנס לתוקפו ביום 24.8.2020 וכלל הוראות ביחס לתקציב המדינה לשנת הכספים 2020. הוראות זמניות אלו, חלו אך ורק על הממשלה ה-35 והכנסת ה-23, ונקבע כי הן אינן עומדות במבחן הכלליות; וכפי שהבהירה חברתי, הנשיאה חיות, "מדובר בנורמה זמנית ופרסונלית במובן המוסדי, המכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת" (פסקה 48).

עולה אפוא, כי 'הפרסונליות' שעמדה לנגד עיני שופטי בית משפט זה, שעה שקבעו את מבחן הכלליות, היא זו במובנה הצר ביותר.

57. כפי שציינתי, תווי ההיכר של מבחן הכלליות, שורטטו כבר בפסק דינו של השופט הנדל בענין המרכז האקדמי. באותה פרשה נדון חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) אשר ביקש לתקן באופן זמני את חוק-יסוד: משק המדינה, כך שתקציב המדינה לשנים הללו – יחדיו – יאושר על-ידי הכנסת כתקציב דו-שנתי. חוק זה, הדגיש השופט הנדל, ביקש לחול "על שחקנים מוגדרים (גם אם לא בשמם) – קרי, הכנסת ה-20 והממשלה ה-34, המכהנות בשנים 2017 ו-2018". הנה כי כן, גם דבר חקיקה זה – אשר הוביל לסעד של התראת בטלות – התאפיין בפרסונליות במובנה הגרעיני ביותר, זה שבקצה המרשתת ששורטטה לעיל.

58. זמן קצר לאחר פסק הדין בעניין שפיר, נדרש בית משפט זה ליישם בשנית את מבחן הכלליות, בעניין ממשלת החילופים, כאשר על הפרק עמד חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) אשר הוסיף את סעיף 13א, שכונן את מוסד 'ממשלת החילופים'. בין היתר, נדונה טענת העותרים כי תיקון זה אינו עומד במבחן הכלליות, טענה שנתקבלה על-ידי המשנה לנשיאה ח' מלצר, אשר קבע כי התיקון בא לעולם על רקע שיקולים פוליטיים צרים, וכאשר "ברור אפוא מיהם הגורמים שהתיקון לחוקי-היסוד יטיב עימם, ומשכך הוא איננו עומד, ככזה, במבחן 'מסך הבערות'" (פסקה 143).

59. ברם, המשנה לנשיאה מלצר נותר בדעת מיעוט באותה פרשה; יתר שופטי ההרכב, דחו את הטענה כי מדובר בהסדר פרסונלי, הכושל במבחן הכלליות. כך

נימק את עמדתו השופט הנדל: "מדובר בהוראת קבע, שגם אם ניתן להעריך את השפעתה המיידית, אין לדעת האם הרוב הרגעי שכוון אותה יזכה ליהנות ממנה בטווח הארוך [...] היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגז הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק" (פסקאות 11-12).

60. כך סברה גם חברתי, הנשיאה חיות: "כפי שציינה חברתי, הסדר ממשלת החילופים לא נועד לשמש ממשלה מסוימת או כנסת מסוימת בלבד. אף לא מדובר בהסדר כופה שיחול מעתה ועד עולם, אלא באופציה העומדת לרשות חברי הכנסת בבואם לממש את המנדט שניתן להם ולהרכיב ממשלה. לפיכך, מדובר בהוראה הצולחת את מבחני הכלליות והיציבות"; אף חברתי, השופטת ע' ברון, אשר הכירה בכך שהתיקון האמור נועד לשרת בראשיתו ממשלה מסוימת, באה לכלל מסקנה, כי אין בכך כדי לשוות לו מעמד פרסונלי: "מוסד זה איפשר את הקמתה של הממשלה ה-35, דבר שהיה נראה חסר כל סיכוי עד סמוך לפני כינונה. מבחינה זו, תיקון מספר 8 אכן נושא גם אופי פרסונלי. ואולם לא זה העיקר [...] מבחן הזמן מלמד כבר כיום כי תיקון מס' 8 הוא בעל תחולה מבנית כללית, המתפרשת אל מעבר לממשלה ה-35" (פסקאות 6-7).

61. חברתי, השופטת ברק-אדז, סברה אף היא כי אין מדובר בתיקון פרסונלי, וחיותה דעתה כי "ככל שהסדר, אשר בבסיסו מעגן נורמה שהיא כשלעצמה כללית (בשונה מנורמה שהיא מלכתחילה פרטנית או אישית), לא נחקק כהוראת שעה, ניתן להניח לטובת מחוקקיו כי הוא אינו פרסונלי [...] במובן זה, לשיטתי, ניתן לומר כי מתקיימים יחסי הדדיות בין קריטריון היציבות לקריטריון הכלליות" (פסקאות 21-22).

62. התמונה ברורה: בדברנו עד כה על תיקון חוקתי בעל אופי פרסונלי, שאינו צולח את מבחן הכלליות, נסובו הדברים על חקיקה פרסונלית מובהקת, הנוגעת לפרטים – מוסדות – יחידים ומיוחדים; לעומת זאת, כאשר על הפרק ניצב תיקון, שבמפורש נועד במקורו לשרת את הקמתה של ממשלה ספציפית מתוך נבכי הסבך הפוליטי, ואולם מצודתו נפרשה גם על העתיד הבלתי-ידוע – נקבע על ידינו כי תיקון זה נושא אופי כללי, מחמת לשונו הכללית, הצופה פני עתיד. חברתי, השופטת ברק-אדז אף הוסיפה מעין 'חזקת תקינות' במישור הכלליות, ככל שהתיקון החוקתי אינו ניתן בדרך של הוראת שעה.

63. העולה מן המקובץ: בחינת ישומו של מבחן הכלליות עד כה, מלמד כי אומצו בגדרו אמות מידה 'מחמירות' ביחס לטענה כי תיקון חוקתי נושא אופי פרסונלי, במובן זה שאומץ מבחן 'צר' של פרסונליות, התואם את מאפייני הקבוצה הראשונה שצינתי לעיל.

64. כאמור, אני אוהז בגישה המסתייגת מאימוץ פסיקתי של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ובכלל זה, ממבחן הכלליות; ואולם גם לשיטת הנוקטים בדרישת הכלליות, סבורני כי ישומה ה'צר' והקפדני, תואם את 'תמרורי האזהרה' שהוצבו על-ידי חברי, בצידי הדרכים המוליכות בנתיבי הדוקטרינה.

65. אכן, בכל עת ובכל שעה, "הזהירות מתבקשת בהגדרת חוק פרסונאלי, שכן לעיתים הניסיון של מקרה מסוים מביא לעיגון לגיטימי של נורמה כללית – או שיש צידוק יוצא דופן לקביעת נורמה פרטנית" (ענין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק הדין של השופט הנדל); בדוננו בחוק-יסוד, הזהירות המתבקשת – כפולה ומכופלת. כפי שמציין חברי, מ"מ הנשיא, "הטענה שלפיה חוק יסוד אינו מקיים את דרישת הכלליות, חותרת תחת חזקת חוקתיותו ומשכך עליה להישען על תשתית איתנה וממשית" (פסקה 56). לטעמי, אך ורק הקפדה על פרסונליות מובהקת, הפונה לקבוצה סגורה וידועה של פרטים, בכוחה לממש את ההבטחה להישענות על 'תשתית איתנה וממשית'.

66. יתר על כן: חוות הדעת של חברי בפסק הדין בעניין שפיר, הדגישו את הצורך להבטיח כי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, תיושם באופן שיאפשר ודאות משפטית; במיוחד, כך נדמה, על רקע הנגיסה באותה ודאות קריטית, עם הוויתור על 'המבחן הצורני' לזיהוי של חוק-יסוד, מבחן אשר יתרונו העיקרי נעוץ בוודאות אשר הביא בכנפיו (עניין שפיר, פסקאות 13 ו-27 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, אשר אף העמידה מבחן חלופי למבחן הדו-שלבי של הנשיאה חיות, על רקע הצורך להגביר את הוודאות המשפטית; וכן פסקה 65 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

לכך ניתן להוסיף, באופן כללי, את "הריסון והאיפוק הרב הנדרשים מבית המשפט בעת הפעלת ביקורת שיפוטית בכלל, וביחס להפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה

בסמכות המכוננת בפרט" (עניין שפיר, פסקאות 61 ו-66 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

67. השיקולים בדבר הבטחת ודאות משפטית, ואימוץ גישה מרוסנת, מחייבים אף הם, אם כן, כי הנוקטים במבחן הכלליות, יוסיפו ללכת במשעול התחום והבטוח של הפרסונליות הצרה והמובהקת, זו הפונה ל"ממשלה מסוימת וכןסות מסוימת", כפי שאף נעשה עד כה.

68. לבסוף, סבורני כי שאלת הפרסונליות, מחייבת בחינה קפדנית במיוחד, כאשר בתיקון הנוגע לדאש הממשלה עסקינן. זהירות זו קשורה למישור ה'ראייתי', ולעובדה כי מוסד ראש הממשלה, ברגע נתון, כולל מיניה וביה פרסונה אחת ויחידה. ניתן לצפות, אפוא, כי במסגרת הליכי תיקון הנוגעים למוסד 'ראש הממשלה' – גם אם הם מתנהלים על טהרת הכלליות, כדת וכדין – זהותו של ראש הממשלה המכהן, מדרך הטבע, לא תיפקד; השערה זו נשענת על התובנה שעליה כבר עמדתי, כי תיקוני חוק וחוקה כמעט לעולם אינם נעשים בחלל ריק, אלא מספקים מענה לצורך אקטואלי שנתעורר. אזכורו של ראש הממשלה המכהן במסגרת הליכי תיקונו של חוק-יסוד: ראש הממשלה, הריהו מתבקש כדבר מובן מאליו, ולבטח אינו מלמד כשלעצמו על תכלית פרסונלית. יוצא אם כן, כי על הטוען לקיומה של תכלית פרסונלית, על יסוד הקשר פוליטי והיסטוריה חקיקתית, וללא עוגן לשוני – מוטל נטל ראייתי מוגבר, שעה שדנים בתיקון המתייחס לראש הממשלה.

ומן הכלל – אל הפרט.

תיקון מס' 12 – לשון כללית; תכלית פרסונלית?

69. תיקון מס' 12 קבע, לראשונה בשיטתנו המשפטית, הסדר מפורט של יציאת ראש ממשלה לנבצרות. הסדר זה מתייחס לשתי הפנים העיקריות של סוגיית הנבצרות: עילות היציאה לנבצרות, והליך ההוצאה לנבצרות. ההסדר נושא אופי עקרוני-כללי מובהק, אשר מילא את החסר ואת החלל שהיה פעור במשטרנו החוקתי, בסוגיה רגישה זו.

70. חברי, מ"מ הנשיא, מציין בצדק כי מלשוננו של התיקון "לא ניתן להצביע על פרסונליות ההסדר" (פסקה 46). התיקון, על-פי נוסחו, אינו חל על ראש ממשלה מסוים, ועל כן אינו נמנה על הקבוצה הפרסונלית הראשונה, המובהקת.

71. יתר על כן, התיקון גם אינו נמנה על הסוג החשוד שבקבוצה השנייה שצינתי לעיל: לא ניתן לאתר בו 'קווי פיסול' חריגים, או מלאכה 'כירורגית' בגופו של הסדר קיים, המעוררים חשד כי 'נתפר' למידותיו של פרט מסוים; אדרבה – התיקון בורא יש מאין, נוטל הסדר נבצרות לקוני וריק מתוכן, ויוצר ברייה חדשה, מפורטת וברורה.

72. מקובלנו, כי בנסיבות שבהן משטר נורמטיבי ישן מוחלף במשטר חדש, ניתן להפיק תובנות פרשניות בנוגע לחדש על יסוד התבוננות בזה הישן, והתחקות אחר טיבה של ההתפתחות שחלה בתוך (ברק, פרשנות חקיקה, 361-362; ע"א 74/57 רטנר נ' פלאוס בע"מ (בפירוק), פ"ד יב 1465, 1471 (5.10.1958)). בענייננו, מדובר כאמור במילוי חֶסֶר בנוגע להסדר משטרי חיוני, ולא ב'הטייה' חשודה של כיוון זרימתו של הסדר ותיק וישן; תיקון מס' 12 אינו מעורר אפוא, כשלעצמו, ניחוח פרסונלי כלשהו.

73. חברי מכיר כאמור, בלשוננו הכללית של התיקון, ואולם סבור כי "במקרים אלה מוטט המבט מלשונה של הנורמה אל עבר כוונת המחוקק" (פסקה 46); על כוונה זו, מבקש חברי ללמוד "מדברי המחוקקים עצמם, כמו גם מנסיבות אחרות שעשויות ללמד אותנו על התכלית הסובייקטיבית שניצבה בבסיס הנורמה" (שם). מסקנתו היא, שתיקון מס' 12 לוקה בתכלית פרסונלית, וכי הוא בא לעולם מתוך "מטרה ותכלית מוצהרות להיטיב עם אדם מסוים – ראש הממשלה המכהן" (פסקה 81). מסקנה זו, נשענת על בחינת ההיסטוריה החקיקתית של התיקון; עיתוי החקיקה; ותחולתו הרטרופקטיבית.

74. לגבי דידי, מן הדין היה לסיים את המסע הפרשני כבר בתחנה הראשונה, הלשונית, הנקייה מכל מימד של פרסונליות, ולקבוע כי לפנינו תיקון כללי, הצולח את מבחן הכלליות; ואולם, משעה שחברי ראה להמשיך במסעו הפרשני, אצטרף

אליו, ואעמוד על הקשיים הטמונים, לטעמי, בכל תחנה ותחנה שבדרך. קשיים אלו, מלמדים כי גם בראי הגישה המרחיבה, המוכנה לקבוע כי חיקוק הוא פרסונלי חרף נוסחו הכללי – אין לפנינו ראיות להסדר פרסונלי; ואולם חשוב יותר: העמימות המלווה את המסע, הערפל הסמיך ובוץ הדרכים הטובעני, מלמדים כולם על הצורך להימנע ממנו מלכתחילה.

75. אפרט. למקרא חוות דעתו של חברי, נראה כי כבר כעת, ניתן להסיר מהדרך את אחת התכליות הפרסונליות שיוחסו לתיקון, בעתירות ובתשובת היועצת המשפטית לממשלה – זו המייחסת לתיקון כוונה לפטור את ראש הממשלה מהחובות שהוטלו עליו בהסדר ניגוד העניינים (פסקאות 21, 62, 116-118 לתשובת היועצת המשפטית לממשלה; בנוגע להסדר ניגוד העניינים עצמו, ראו פסקה 9 לחוות דעתו של חברי). חברי אף הוא אינו קובע כי התיקון מבקש להגשים תכלית זו, ובצדק ציינה הכנסת בתשובתה, כי לתכלית זו "אין כל אינדיקציה בפרוטוקולים של הדיונים בהצעת חוק היסוד המתקן" (ה"ש 25 לתשובתה).

76. אכן, במכלול החומר שלפנינו, אין כל עדות לניסיון לפטור, באמצעות התיקון, את ראש הממשלה המכהן מהסדר ניגוד העניינים עליו חתם. למעשה, גם אם היה ניסיון כזה, הרי שהוא בגדר ניסיון 'לא צליח'; זאת, מהטעם שהתיקון מסדיר, כאמור, את סוגיית יציאתו או הוצאתו של ראש ממשלה בישראל לנבצרות, ועל כן פועל במישור שונה מזה שבו פועל הסדר ניגוד העניינים, המכתיב את האסור והמותר לראש הממשלה בעניינים המפורטים בו. יוצא אפוא, כי גם אם ניתן היה לייחס למי מהמחוקקים כוונה לפטור את ראש הממשלה מהסדר ניגוד העניינים באופן עקיף, על-ידי הסדרת סוגיית הנבצרות – קשה היה 'לתרגם' כוונה זו לתכלית, שמקורה למעשה בטעות משפטית.

77. על הפרק אפוא, תכלית פרסונלית אחרת – "למנוע קביעה (שיפוטית או מצד היועצת המשפטית לממשלה) כי נבצר מראש הממשלה הנוכחי לכהן בתפקידו" (פסקה 75 לחוות דעתו של חברי; וכן ראו פסקאות 56 ו-83).

כוונת המחוקק כפי שעולה מהליך החקיקה

78. חברי בוחן, כאמור, את כוונת המחוקק כפי שעולה מהליך החקיקה. קראתי שוב ושוב את הפרוטוקולים השונים, בכללם הציטוטים המודגשים בחוות דעתו של חברי; אומר זאת בבהירות: אינני מוצא כל דרך להסיק מהם באופן כלשהו – לא כל שכן, להניח באמצעותם 'תשתית איתנה וממשית' – לקיומה של תכלית פרסונלית, בשונה ממניע גרידא.

79. מפאת חשיבות הדברים, אשוב ואזכיר: הטענה כי התיקון 'נטען' בתכלית פרסונלית, פירושה כי כוונת המחוקקים היתה שהמטרה והיעדים של התיקון, יצטמצמו אך ורק לראש הממשלה הנוכחי; ושתחולת התיקון על ראשי ממשלה עתידיים, פועל יוצא של לשונו העקרונית, אינה אלא תוצר לוואי נלווה, שלא העסיק את המחוקקים, לא העלה ולא הוריד בעיניהם.

האמנם כך הוכח לפנינו ביחס לתיקון מס' 12?

80. ראשית, אין עוררין על כך שבדברי חברי הכנסת שלקחו חלק בהליך החקיקה, ניתן בהחלט למצוא, לכל הפחות, גם התבטאויות בעלות נופך עקרוני מובהק. כך למשל, דברי ההסבר שנלוו להצעת החוק לקראת הקריאה הטרונית, נושאים אופי עקרוני-כללי, החורג מעניינו של ראש הממשלה הנוכחי, ומתמקדים בשאלת הגורם הראוי לקבל החלטה בנוגע לנבצרותו של ראש הממשלה, בראי עקרונות של דמוקרטיה והפרדת רשויות:

"בשל ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת. כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא בפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי [...] בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת. כלומר, הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו".

81. לדברים אלו שבכתב, מצטרפים דברים שבעל-פה, שנשא יוזם החוק, חה"כ אופיר כץ, במליאת הכנסת ביום 1.3.2023, לקראת ההצבעה הטרומית. חברי ציטט מדבריו של חה"כ כץ באותה הזדמנות, דברים המלמדים לשיטתו על תכלית פרסונלית (פסקה 60); ואולם חלקים אחרים בנאומו, נושאים דווקא אופי עקרוני-כללי ברור:

"הצעת החוק הזאת מבהירה מה שכל אדם פשוט מבין: לא יתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת [...] ההצעה שמונחת בפניכם, חבריי חברי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי".

82. באותה ישיבת מליאה מיום 1.3.2023, נשא דברים גם חה"כ יואב קיש, המשמש בתפקיד השר המקשר בין הכנסת לממשלה; אף בדבריו, לא ניתן לאתר כוונה להחיל את הסדר הנבצרות המוצע, על ראש הממשלה הנוכחי בדווקא:

"אם אנחנו הולכים למקום שבו קורה שהמנהיג – בעצם הרי ברור לכולנו, הוא נבחר על ידי נציגי העם וזוכה לאמון הכנסת, ומתקבלת קביעה בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיזית ונפשית לתפקידו, זאת אומרת שיש פה אירוע של נבצרות לראש ממשלה, שמשמעותה בפועל ביטול תוצאות הבחירות, ביטול ההליך הדמוקרטי. ולכן בהצעת החוק הזו אנחנו רוצים להגדיר בצורה הכי ברורה שיכול להיות את

מצב הנבצרות, שיחול אך ורק במקרה של אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש ממשלה למלא את תפקידו.

83. ביום 5.3.2023 קיימה הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: הוועדה), ישיבה להכנת הצעת התיקון לקריאה ראשונה. גם בהזדמנות זו מציע התיקון, חה"כ כץ, שיווה ליוזמת החקיקה אופי כללי: "עד היום המחוקק לא הסדיר את העניין הזה, את העמימות בכל מה שנוגע לנבצרות ראש ממשלה. על הצורך להסדיר את זה יש הבנה והסכמה של כולם [...] הצעת החוק באה להסדיר תיקון שהיה צריך לעשות ממזמן - להעניק יציבות ותמונה ברורה ולא עמומה לראשי הממשלה של מדינת ישראל, בהווה ובעתיד".

84. ביום 13.3.2023 התקיים במליאת הכנסת דיון לקראת הצבעה בקריאה ראשונה. גם בהזדמנות זו, נשא יוזם התיקון, חה"כ כץ, דברים בעלי תוכן עקרוני, צופה פני עתיד: "אנחנו עושים פה תיקון חשוב. כלל הגורמים, כולל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, ציינו שצריך להסדיר את העניין הזה של נבצרות. זה בדיוק מה שאנחנו עושים. זה חוק לכל ראשי הממשלה של מדינת ישראל בעתיד [...] גם כשהשמאל יהיה בשלטון ויהיה ראש ממשלה מהשמאל, הרעיון פה הוא שלא יהיה אף גורם פוליטי – לא בית המשפט ולא היועצת המשפטית, או אם זה יועץ משפטי – שיחליטו להדיח, להוציא ראש ממשלה לנבצרות, ולא על בסיס בריאותי". על זו הדרך, גם בדיון בוועדת הכנסת מיום 19.3.2023, במסגרת הכנת התיקון לקריאה שנייה ושלישית, השיב חה"כ כץ לטענות כי התיקון נושא אופי פרסונלי: "ההסדר שאנו עושים פה ישרת את כלל חברי הכנסת בעתיד וראשי הממשלה בעתיד. זה לא חוק לאדם אחד".

85. הרי לפנינו התבטאויות המשקפות תודעה פרלמנטרית עקרונית, המבקשת להוציא תחת ידה חקיקה הפותרת בעיה כללית, לטובת 'תיקון עולם'.

86. בצד הדברים שלעיל, הנושאים כאמור נימה עקרונית, ניתן בנקל להצביע גם על אמירות של חברי כנסת, הכוללות התייחסות מפורשת ל'שחקנים' המוסדיים הנוכחיים: ראש הממשלה המכהן, היועצת המשפטית לממשלה הנוכחית, ואף שופטי בית משפט זה. חברי מצטט אמירות אלו למכביר; ואולם, עצם ההתייחסות לאירועים ול'שחקנים' אקטואליים, אין בה כדי ליתן מענה לשאלתנו העיקרית: האם לפנינו תיאור של אירועים המשמשים מניע, 'טריגר' או זרז, אשר העמיד את

המחוקק-המכונן על בעיה כללית, ודחף אותו לקידום תיקון כללי-עקרוני צופה פני עתיד; או שמא הליך החקיקה 'שועבד' כולו לפתרון הבעיה הקונקרטית שעל הפרק, על שחקניה הפרסונליים.

87. לאחר עיון חוזר ונשנה בציטוטים מפיהם של חברי הכנסת, המובאים בחוות דעתו של חברי, לא השתכנעתי כי בידניו הכלים לקבוע, האם לפנינו עדות לתכלית פרסונלית, או שלפנינו אך הצגתו של מניע לגיטימי.

88. לא אכביד בהתייחסות לכל ציטוט וציטוט; יקרא הקורא וישפוט. למען ההגינות, ולצורך הבהרת המבוכה, אתייחס רק לציטוט אחד, אשר דומה כי משמש בעיני היועצת המשפטית לממשלה (פסקה 37 לתשובתה), ואף לשיטת חברי (פסקה 67), עדות ניצחת – מעין 'אקדח מעשן' – לקיומה של 'זליגה' ממניע פרסונלי לתכלית פרסונלית: "את צודקת, מה את חושבת שחוקקנו כי סתם קמנו ואמרנו, וואו, החוק הזה לא ברור? [...] עשינו את זה בגלל האירוע של נתניהו" (דברי חה"כ משה סעדה בדיון בוועדה מיום 21.3.2023).

89. ובכן, מה רואות עינינו? האם לפנינו ראיה לכך שחה"כ סעדה, ביקש לייעד את התיקון לעניינו של ראש הממשלה המכהן, באופן העולה כדי חקיקה פרסונלית פסולה? או שמא לפנינו דיווח מכלי ראשון, של חבר כנסת המעיד על הידוע לנו, לכולנו, כי המחוקקים אינם פועלים בחלל ריק – 'סתם קמנו' – ופותרים בעיות מופשטות; חבר כנסת המצביע על המניע – האירוע הנקודתי – שהמריץ אותו ואת שותפיו להתכנס סביב שולחן הוועדה, ולקדם תיקון, החל בהווה, אך גם צופה פני עתיד?

90. הכנסת, בתשובתה, חיברה 'נרטיב' אלטרנטיבי לזה שהוצג בתשובת היועצת המשפטית לממשלה (סעיף 185 לתשובתה), ולפיו כלל האמירות המתייחסות לראש הממשלה המכהן, משקפות את המניע לחקיקה, אך אינן מבטאות את תכליתה. אכן, דומה כי הציטוט מפיו של חה"כ סעדה, משתבץ היטב במהלך הדברים ששרטטה הכנסת, ואינני רואה כיצד ניתן לשלול אותו; זאת, כאמור, בהעדר ביטוי פרסונלי בתוכן התיקון עצמו.

91. להסתייגות זו, הנוגעת ל'פשטם' של ציטוטים כאלו ואחרים, מצטרפים סימני השאלה שכבר הזכרתי, הנוגעים לשאלת המשקל והשקלול: נניח לצורך הדיון, שדבריו של חה"כ סעדה אכן משקפים תכלית פרסונלית; עדיין עולה מאליה השאלה: מה מקומם של אלו, אל מול דבריו הכלליים של חה"כ כץ, שהוא כזכור יוזם החוק? (אף חברי, מ"מ הנשיא, ראה לנכון לציין כי חה"כ כץ שיווה לא אחת נופך עקרוני-כללי לתיקון; ראו פסקה 58 לחוות דעתו). כמו כן, האם לדבריו של חה"כ סעדה, יש עמידה כנגד דברי ההסבר העקרוניים מהם הבאתי לעיל, שליוו את התיקון לקראת הקריאה הטרוםית?

92. דומה כי משקל מיוחד מייחסים העותרים והיועצת המשפטית לממשלה (פסקה 106(ט) לתשובתה), גם להצהרתו של ראש הממשלה המכהן מיום 23.3.2023, שעות לאחר אישור התיקון בכנסת, לפיה "עד היום, ידיי היו כבולות [...] הערב אני מודיע [...] אני נכנס לאירוע" (וראו פסקה 74 לחוות דעתו של חברי, מ"מ הנשיא).

93. לגישתי, לדברים אלו של ראש הממשלה, יש לייחס משקל נמוך ביותר, אם בכלל, וזאת משלושה טעמים עיקריים: ראשית, לפנינו מקרה של התבטאות מאוחרת של חבר כנסת, בנוגע לחקיקה מוגמרת. בכגון דא, הדברים מקבלים משקל פרשני-ראיתי נמוך: "לדעתי, יש רלבנטיות להתבטאות חברי הגוף המחוקק באשר לתכלית החקיקה לאחר סיום תהליך החקיקה. עם זאת, המשקל שהייתי מייחס להתבטאות זו הינו נמוך ביותר" (ברק, פרשנות החקיקה, עמוד 394). הטעמים לכך הם ששם סיומה של מלאכת החקיקה, קשה לדעת האם התבטאות כזו או אחרת, אכן משקפת את התכלית שעמדה בזמן אמת בחללו של כור המצרף החקיקתי; וכן כי "דרכם של חברי כנסת שהם מביעים דעתם באשר לרצוי בעתיד ולא באשר לתכלית של חקיקת העבר" (שם). עם זאת, מוכן אני להניח שבנסיבות דנן, הזמן הקצר שחלף ממועד אישור התיקון ועד לפרסומה של ההצהרה הנ"ל, מפחית במידת-מה ממשקלו של טעם זה; שנית, התבטאות ראש הממשלה כלל לא התיימרה להתייחס ישירות לתכלית החקיקה, אלא ליישומה; בהקשר זה, יפים דבריו של א' ברק, לפיהם "משקל-מה יינתן להתבטאות שעניינה תכלית החקיקה. לדעתי, אין ליתן כל משקל להתבטאות שעניינה פירוש של החוק או דרך הפעלתו במקרה קונקרטי" (שם, עמוד 395).

94. שלישית – וכאן עיקר – דבריו אלו של ראש הממשלה המכהן, משקפים מסקנה משפטית שגויה; לכולי עלמא, גם לעמדת חברי, הם אינם עולים בקנה אחד עם תכליתו של התיקון. הצהרת ראש הממשלה משקפת את ההנחה כי הוא 'שחרר' מכבלי הסדר ניגוד העניינים, הנחה שאינה נכונה, ואף חברי הכנסת שקידמו את התיקון אינם שותפים לה, ולא ניסו לקדמה, כפי שציינתי לעיל. אינני רואה אפוא כיצד ניתן לעשות שימוש בהצהרת ראש הממשלה, המניחה תכלית אחת, על מנת להוכיח קיומה של תכלית אחרת.

עיתוי החקיקה ורטרופקטיביות: כלום יש פסול בחקיקה בעוד הליך משפטי תלוי ועומד?
95. נסיבות נוספות, המלמדות לשיטת חברי, מ"מ הנשיא, על פרסונליות התיקון, שאובות מעיתוי החקיקה ומתחולתו הרטרופקטיבית.

גם בנוגע לאלו, חלוק אני על חברי; הן בהנחות היסוד, הן ביישומן.

96. לעיתים אנו מוצאים עצמנו נדרשים לשוב למושכלות יסוד, שעד זה מכבר היו כאמיתות המובנות מאליהן, אך דומה כי נטשטשו בסערת המחלוקת: בית המחוקקים הישראלי, בן חורין הוא לחוקק בכל עת. עקרון הפרדת הרשויות מכתוב לנו חלוקת עבודה משטרית, במסגרתה הכנסת משוחררת מכל מגבלה של תזמון ועיתוי במילוי מלאכתה – חובתה הנגזרת מתפקידה. איננו מכירים כל נסיבה המקימה חובה משפטית על הכנסת לעצור מלכת, לקפוא על השמרים (בשונה ממגבלות על תוכן החקיקה; בין במהותה, בין בצורתה).

97. בהתאם, ידיה של הרשות המחוקקת והמכוננת אף אינן כבולות מלתקן ולהסדיר עניינים ונושאים, התלויים ועומדים אותה עת בפני חברתה, הרשות השופטת. ובכך, "בא ונפשפש בהלכות, כדי שלא יעלו חלודה" (ספרי דברים שו, כא):

"ריבונות הכנסת לקבל הצעת חוק אינה נשללת עקב הגשת העתירה, כשם שאין בהליך השיפוטי כדי להצדיק הקפאת הליכי החקיקה [...] אפילו באה הצעת החוק במגמה להימנע מהתמודדות בבית המשפט על חוקיות הדין המצוי, אין בכך כדי לחסום את הדרך לשינויו של הדין ולהחלתו של הדין החדש, מראש או למפרע, שהרי ברור הוא, כי אין לאיש זכות קנויה לכך כי התחיקה לא תשונה, ומה לי אם

שונה הדין במהלך הדיון או לאחריו ועקב תוצאותיו? אין על-כן בידינו למנוע את חקיקת החוק, אם זה רצונה הריבוני של הכנסת" (בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273, 277 (1984)).

98. לא די שאין על כתפי הכנסת מוסרות חוקתיות, המגבילות אותה מלחוקק בנוגע לעניין התלוי ועומד בבית המשפט; אף אין מקום לטענה, כי מעשה כזה איננו ראוי במסגרת מערך היחסים והכבוד ההדדי שבין הרשויות. עמד על כך בבהירות א' ברק (אהרן ברק מבחר כתבים ד' – על בית המשפט ושופטיו 70 (2017)):

"לעתים המחוקק נוקט מהלך שנועד למנוע את פתיחתו של דיאלוג בינו לבין בית המשפט. כך הדבר מקום שמתקבל חוק המשמיט את הקרקע מתחת להליך תלוי ועומד בפני בית המשפט. האם חקיקה כזו ראויה היא? ברור שהכנסת רשאית לעשות כך כל עוד אין צו שימנע זאת ממנה. צו כזה בתי המשפט אינם נותנים, שכן הם אינם מתערבים בהליכי החקיקה [...] אך האם חקיקה כזו ראויה היא? האין זה ראוי להמתין עד שבית המשפט יפסוק את הדין? לדעתי, אין בחקיקה הנעשית תוך כדי הליך שיפוטי תלוי ועומד משום פגיעה בבתי המשפט ובכבוד הדדי שרשויות השלטון מחויבות בו. אם המחוקק הגיע למסקנה כי חוק אינו חוקתי, אין עליו להמתין עד שבית המשפט יפסוק בדבר. הוא הדין אם המחוקק מגיע למסקנה כי החקיקה הקיימת אינה ראויה ורצוי לשנותה. במצבים אלה ואחרים אין כל פגיעה בבית המשפט אם המחוקק מבקש לומר את דבריו ראשון, בלא להמתין להכרעה שיפוטית ובלא לפגוע בצד שעניינו נדון בבית המשפט".

99. על רקע הדברים האלה, אין בידי לקבל את הטענה, כי יש לראות את עיתויה של חקיקה בנושא מסוים, בסמוך להגשת עתירה באותו נושא – או סמוך להחלטה שיפוטית בגדרה – כנסיבה שיש לזקוף לחובתה של החקיקה; כזו המקימה כנגד החקיקה, ראיה 'מרשיעה' לקיומה של תכלית פרסונלית.

100. במילים אחרות: כפי שכבר ציינתי, מלאכת החקיקה, כדבר שבשגרה, איננה נעשית מאחורי 'מסך של בערות' במובנו הפשוט. המחוקק – בתוך עמו הוא יושב, ומגיב לנעשה סביבו. הרבה מניעים לו למחוקק; אחד מהם, הוא 'חדשות' המגיעות מבתי המשפט, על אודות עניינים תלויים ועומדים, פרשנויות ההולכות ונרקמות, החלטות העומדות להינתן – "במצבים אלה ואחרים, אין כל פגיעה בבית המשפט אם המחוקק מבקש לומר את דבריו ראשון" (שם). אותו 'דבר ראשון' של המחוקק, חזקה עליו שהוא נושא תכלית כללית, גם אם המניע לקידומו נעוץ במעשה דברים יחידני שהתקיים בין כותלי בית המשפט. דברים פשוטים אלה, ירוקנו מתוכן, אם נראה כל חקיקה המגיבה לנעשה בבית המשפט, ככזו הנגועה בפרסונליות, ומיועדת לחול רק על אותו אירוע פרטני שהיווה זרז לעשייתה.

101. מהכלל אל הפרט: תיקון מס' 12 קודם ואושר כאשר בבית משפט זה, היו תלויות ועומדות עתירות אשר ביקשו להורות על נבצרותו של ראש הממשלה המכהן (להלן: עתירות הנבצרות; ראו פסקה 12 לחוות דעתו של חברי), ועל יסוד ההסדר החוקתי שהיה קיים עובר לתיקון; המחוקק-המכונן סבר כי בית משפט זה, עשוי ליתן להסדר הישן – הלקוני, כזכור – פרשנות אשר תיצוק לתוכו תוכן שיעצב אותו כהסדר חוקתי לא ראוי ולא רצוי, מנקודת מבטו המשטרית; אשר על כן, הקדימה הכנסת, ניערה את תְּצָנָה, וקבעה הסדר חדש ומקיף. הסדר זה, ייתר את עתירות הנבצרות, ובית משפט זה הורה על מחיקתן.

102. בהתאם לאמור לעיל, אינני רואה יסוד לראות במהלך דברים זה, נסיבה העומדת לחובתו של התיקון, במובן זה שהוא מוחזק ככזה שנועד לשרת רק את עניינו של ראש הממשלה המכהן, ואך מהטעם שעניינו הקונקרטי הובא לפני בית המשפט. הורתו של התיקון – בקונקרטי; אך לידתו – בכללי, כפי שנלמד מלשונו הכללית החד-משמעית.

103. למעשה, מתשובתו של ראש הממשלה בהליך זה למדנו, כי התיקון החל לעשות דרכו לעולם, עוד לפני שהוגשו עתירות הנבצרות ביום 9.2.2023, ועם העלאת ההצעה למערכת 'סנהדרין' בכנסת ביום 8.2.2023. דהיינו, 'ציר הזמן' מורה כי התיקון כלל לא הוגש רק לאחר ובעקבות עתירות הנבצרות; חברי לא

רואה לייחס לכך משקל רב, שכן "במועד זה כבר היה ידוע לכל" כי עתירות הנבצרות "עומדות על הפרק" (פסקה 72 לחוות דעתו). קרי, חברי מקדים את תחילת פרק הזמן 'המחשיד' בפרסונליות, כבר לשלב מיצוי ההליכים שבו העתירות עוד לא באו לעולם, אך 'היו באוויר'. גישה זו מוקשית בעיני מכל הטעמים שלעיל, ואין בידי לקבלה.

104. עיתוי בואו לעולם של תיקון מס' 12, אין בו, אפוא, כדי להוות נסיבה עצמאית להוכחת טיבה הפרסונלי של תכליתו. ואולם, האם תחולתו והשפעתו המשפטית של התיקון, מעוררים חשד לתכלית פרסונלית? נטען לפנינו, כי התשובה לכך היא בחיוב, שכן לתיקון נודעת השפעה רטרואפקטיבית על מעשיו של ראש הממשלה.

105. בהתאם להגדרה המקובלת, "חקיקה היא רטרואפקטיבית אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים שנסתיימו או של פעולות או אירועים שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף" (ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 778 (1992)). חברי מציין קיומה של זיקה בין תחולה רטרואפקטיבית לבין פגם של פרסונליות, מאחר שתחולה רטרואפקטיבית מוליכה לכך שלפחות חלק מקבוצת נמעניו של החוק ידועה (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 61 לחוות דעתו).

האמנם לתיקון מס' 12 ישנה השפעה רטרואפקטיבית על מעשיו של ראש הממשלה?

106. תשובה חיובית לשאלתי היתה אפשרית, לו היה נקבע עובר לתיקון, כי מראש הממשלה המכהן נבצר למלא את תפקידו. אכן, לו זה היה סדר הדברים, ניתן היה להצביע על השפעה רטרואפקטיבית או רטרואקטיבית שהתיקון הביא בכנפיו, אם כי קביעה זו היתה מעוררת מאליה שאלות נוספות. למשל: מהו מעמדה של נבצרות שכבר הוכרזה, בשים לב לשינוי מאוחר בעילותיה ובהליך הכרזתה? ומהי ההשלכה המשפטית של התיקון הרטרואפקטיבי, שהרי חקיקה מעין זו, אזכיר, אינה פגומה כשלעצמה? (ראו למשל, בג"ץ 334/21 הסתדרות מדיצינית "הדסה" נ' הכנסת ואח', פסקה 42 (23.11.2021)).

107. שאלות אלו נחסכו מאיתנו, שכן כלל לא נקבע, טרם התיקון, כי נבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו. נציגי היועצת המשפטית לממשלה בוועדה אף הבהירו כי באותה נקודת זמן, לא היתה כל כוונה מצידה לקבוע זאת. הדברים רחוקים במיוחד, שכן אף לא ניתן לומר, כי ערב התיקון חלה נורמה משפטית ברורה, שצפויה היתה להוליך ברמת ודאות גבוהה להוצאת ראש הממשלה לנבצרות, לו התיקון לא היה בא לעולם (ואין בכך כדי לרמוז שטענה מעין זו אכן הולמת את המונח 'רטרוספקטיביות'; רחוק מכך); אף חברי מציין כי ערב הדיון בעתירות הנבצרות, המצב הנורמטיבי סבל מ"עמימות" (פסקה 77).

108. תיקון מס' 12 אינו משנה אפוא את "התוצאות המשפטיות של מצבים שנסתיימו או של פעולות או אירועים שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף"; על כן, תחולתו אינה רטרוספקטיבית, וממילא – אינה מעידה על מימד פרסונלי כלשהו.

הערות בשולי תגובות חברי

109. חברתי הנשיאה (בדימ') חולקת על עמדתי, שלפיה גם אם – כדעת הרוב – יצא תיקון מס' 12 מגדר חוק-יסוד; גם אם 'נשנמך' את התיקון בעטיה של דוקטרינה כזאת או אחרת, עדיין מעמדו איתן כשל חוק נבצרות 'רגיל' במעמד של חקיקה ראשית (פסקאות 8 ו-9 לעיל). לדעת חברתי, תוצאת עמדתי היא ש"לכל היותר 'הפיכתו' של אותו דבר חקיקה פגום לחוק רגיל, מקבעת את החולשות שבהם לוקה המפעל החוקתי הישראלי לכתחילה ואף מעודדת את המשך ניצולן לרעה. היא מעצימה את טשטוש הגבולות בין הסמכויות השונות של הכנסת ומקלה ראש בהקפדה היתרה הנדרשת מן הכנסת בבואה לקבוע נורמות חוקתיות המצויות במדרג הנורמטיבי העליון" (פסקה 12 לחוות דעתה). חרף דברי חברתי, עודני עומד על דעתי. ככל שאנו עוסקים בזיהוי הנורמה שלפנינו, כי אז השאלה היא אחת, והמענה הוא בינארי: האם מדובר בחוק-יסוד או בחוק רגיל? משקבעה חברתי כי התיקון שלפנינו איננו חוק-יסוד, המסקנה המתחייבת היא כי מדובר בחוק רגיל. לעומת זאת, קביעה שלפיה ככל שאין מדובר בחוק-יסוד, אזי החוק בטל ומבוטל, וגם איננו חוק רגיל, מפזרת את הערפל ומצביעה על 'מהותה' של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. תחת מבחן תמים של 'זיהוי', מופעלת ביקורת שיפוטית מהותית-תוכנית על חוקי-היסוד.

110. בהמשך דבריה, מעלה חברתי הנשיאה (בדימ') טענה נכבדה כלפי שיטתה-שלה: "ניתן לטעון כי די בכלים פרשניים על מנת להגיע למסקנה בדבר דחיית תחולתו של תיקון מס' 12 לכנסת הבאה" (פסקה 13 לחוות דעתה). חברתי משיבה ואומרת, כי על אף שאכן ניתן היה להגיע לאותה תוצאה במסלול הפרשני, קיים "צורך החלטי" במתן סעד חוקתי "לשם עצירת סחף הפגיעה התכופה, המתמשכת והמצטברת במפעל חוקי-היסוד תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת [...] בנסיבות אלה, לא ניתן להסתפק עוד באזהרות או בהותרת ההכרעה בשאלות החוקתיות לעתיד לבוא. [...] סעד חוקתי אשר ידחה את תחולתו של תיקון מס' 12 יפחית את התמריץ לנצל את הקלות שבחקיקת חוקי יסוד לצרכים פרטיים-צרים" (פסקאות 14-15). ברם, גם לאחר דברים אלה, עומדת בתוקפה טענתה הנ"ל של חברתי. בניגוד לסעד של "אזהרות או הותרת ההכרעה בשאלות החוקתיות לעתיד לבוא", סעד פרשני של דחיית תחולה, "יפחית את התמריץ" במידה זהה לסעד חוקתי של דחיית תחולה. זה כמו זה, מביאים לתוצאה זהה; ההבדל היחיד הוא בדרך אל התוצאה. ממילא אין בדבריה של חברתי תשובה מניחה את הדעת לשאלתה-שלה: מדוע חברי דעת הרוב פוסעים במסלול החוקתי, מפעילים את 'נשק יום-הדין', ומכריזים על דחיית תחולתו של חוק-היסוד מנימוקים חוקתיים, שעה שניתן להגיע לתוצאה זהה במסלול הפרשני? נמצאנו מבטלים הלכה למעשה חוק-יסוד, על חודו של קול, שעה שגם לשיטת הרוב ניתן היה להגיע לאותה תוצאה במישור הפרשני. לא יעשה כן במקומנו, שהרי כדברי חברתי, "בית משפט זה קבע לא אחת כי לא יידרש לשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם הדבר דרוש 'באופן החלטי' לצורך הכרעה בעניין" (פסקה 14).

111. חברי השופטים ברק-ארז ו-עמית העירו כי במקומות בהם סקרתי את פסיקתו של בית משפט זה, נדרשתי לצורך הוכחת דברי גם לחקיקה רגילה, וזאת חרף נקודת המוצא לפיה "אין דינה של פרסונליות בחקיקה רגילה כדינה של פרסונליות בחקיקת יסוד" (פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז, וראו הערה דומה בפסקה 10(ב) לחוות דעתו של השופט עמית). השופט עמית העיר גם ביחס לאחד מפסקי הדין אליהם הפניתי, כי הדוקטרינה טרם גובשה בשעה שניתן.

112. אשיב על כך את אשר הדגשתי בגוף הדברים, כי סקירת הפסיקה לה נדרשתי, נעשתה במסגרת הפרק העוסק בהגדרתה של נורמה פרסונלית, ולא בתוצאה המשפטית של הגדרתה ככזו (להבחנה בין המישורים השונים, ראו לעיל בפסקה 19). כאשר בדיון בעל אופי הגדתי עסקינן, ניתן בהחלט להקיש מדיון שנערך אגב בחינת נורמה מסוג של חקיקה רגילה, לדיון הנסוב על נורמה מדרגה גבוהה יותר, מסוג של חקיקת-יסוד. לפיכך גם אין רלבנטיות לשאלה, האם הדוקטרינה עצמה כבר גובשה בעת מתן פסקי-הדין אליהם הפניתי, אם לאו, שכן זו לא ביקשה לחדש דבר באשר לדרך זיהויה של נורמה כפרסונלית, אלא לקבוע את התוצאה המשפטית של הזיהוי, מקום בו בחקיקת-יסוד עסקינן. אינני רואה אפוא מניעה, במסגרת דיוננו בשאלה האם התיקון הוא פרסונלי, להידרש גם לדברים שנאמרו בסוגיה זו, אגב חקיקה רגילה.

113. באשר להערות חברי השופט ע' גרוסקופף (פסקה 20), אשיב כי תכלית סובייקטיבית כשלעצמה אינה מוגבלת אמנם ללשון, אך המבקש לזהות אותה עם תכליתו המגובשת של דבר החקיקה ידרש, ככלל, להצביע על עוגן לשוני (ברק, פרשנות חקיקה, 747-752). אכן, דומה כי חברי סבור שלצורך קביעה כי חקיקה היא פרסונלית, ניתן להסתפק בתכלית הסובייקטיבית לבדה (וכך גם חברי, מ"מ הנשיא, בפסקה 51 לחוות דעתו), ואולם גישה זו, הפוטרת עצמה מזיהוי המימד הפרסונלי בתוצאת החוק, קשיים רבים לה, עמדתי עליהם לעיל.

114. חברי מוסיף ומעיר כי גישתי היא "צורנית בלבד", ומצומצמת אך ל"פגיעה האסתטית הנגרמת לטקסט החוקתי"; ואולם, האם לא כך הוגדרה הדוקטרינה באופן מפורש בעניין שפיר? – "תפקידו של בית המשפט בהקשר זה הוא להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך" (פסקה 31) – קרי, 'ניפוי' החוקה מנורמות שאינן מצויות במדרג ההולם אותה, על-ידי מלאכה של 'זיהוי'. עמדת חברי, סוטה למעשה מגישה זו, ומבקשת להרחיב את מושג 'השימוש לרעה' גם למקרים בהם הנורמה שחדרה לחוקה המתגבשת, אמנם הולמת אותה כשלעצמה – 'שמה נאה לה והיא נאה לשמה' – אך ניתן לזהות כוונה פרסונלית (משוערת) בתודעתם של הגורמים שהחדירו אותה. גישה זו, לבד מן

הקשיים הראייתיים המלווים אותה, ביומרתה להבחין בין 'תכלית' ל'מוניע' (ראו פסקה 36 לעיל), גם מבשרת למעשה על מפנה דוקטרינרי – מהגנה על החוקה עצמה, לביקורת מעין-מינהלית על מעשי המכונן (וראו לעיל, בפסקאות 14-18 לחוות דעתי).

סוף דבר

115. תחילה וראש: גם בהנחה שתיקון מס' 12 יצא מגדר חוק-יסוד (כעמדתו של חברי, בניגוד לדעתי) מפאת 'פרסונליותו', עדיין מעמדו איתן ויציב כשל חוק רגיל, משלא הוראינו לדעת שהוא סותר חוק-יסוד ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. גם אם 'נשנמך' את התיקון לחוק-היסוד בעטיה של דוקטרינה כזו או אחרת, עדיין לפנינו חוק נבצרות 'רגיל' במעמד של חקיקה ראשית, ומעליו, לא נטען וממילא לא נקבע, כי קיימת נורמה חוקתית סותרת. דיינו בכך, לגבי ידי, כדי לדחות את העתירות.

116. נושא בעורפנו פרק נוסף בשלבי התפתחותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת', אך אינו מביא עמו ברכה. כקודמיו, עומד פרק זה בסימן "הַרְחִיבִי מְקוֹם אֶהְלֶה וְיִרְעוּת מִשְׁכָּנוֹתֶיךָ יָטוּ אֶל תַּחֲשׁוּכֶי, הָאֲרִיכִי מִיִּתְרֶיךָ" (ישעיהו נד, ב); אך לא בסימן "וְיִתְדֹתֶיךָ חֲזָקִי" (שם). היציבות הדוקטרינרית – איננה; הוודאות המשפטית – ממנה והלאה.

117. לשונו של תיקון מס' 12 היא כללית; ההסדר שנקבע בו, חל על ראש הממשלה המכהן וכן גם על כל ראשי הממשלה העתידיים; טענת העותרים ועמדת היועצת המשפטית לממשלה, כי התיקון נושא תכלית פרסונלית – לא הוכחה. הניסיון להסיק על תכליתו הפרסונלית מחוץ ללשונו, ובנסיבות חקיקתו, כרוך בהבחנה בלתי-משכנעת בין מניע לבין תכלית; בהצרה של סמכות הרשות המחוקקת והמכוננת, ביחס לעניינים התלויים ועומדים לפני בית המשפט; ובאימוץ הגדרה שגויה של תחולה רטרואקטיבית. התיקון משתלב היטב במארג החוקתי הקיים, והוא גם איננו גרוע כלל וכלל. מכל מקום, אינני סבור כי נתונה לנו סמכות להתערב בתיקון, גם כלי-מלאכה מתאימים אין בידינו, ובנסיבות העניין – גם לא הצדקה. אציע אפוא לדחות את העתירות.

118. אצרך אחרית לראשית, ואשוב על קריאתי לחברי, לחזור למבחן הצורני שנקבע בעניין בנק המזרחי. מבחן זה אינו נקי מחולשות, אך זניחתו לא הביאה עמה ברכה, אלא סחרור ומבוכה; זאת, במקביל להמשך קריאתנו לרשות המכוננת, לתת דעתה על חולשותיו של המבחן הצורני ולמחירים הכרוכים בו. לכך אקדיש את המילים הבאות.

חוק יסוד: החקיקה – "יום יבוא" או "הביאו את היום"?

119. כתבתי את אשר כתבתי על תכלית ועל מניע; על פרסונליות ועל רטרופקטיביות. ברם, במבט מפוכח, דומה לעתים כי לא תכלית עיקר ולא מניע יסוד; כל אלו אינם אלא קצף על פני המים החוקתיים הסוערים סביבותינו. דומני, כי 'קרני השור' של המחלוקת בדבר עצם קיומה, והיקפה, של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, מצויים בסוף חוות דעתו של חברי, מ"מ הנשיא: "אכן, ראוי שגבולות הפעלת הסמכות המכוננת ישורטטו במסגרת חוק יסוד: החקיקה [...] העדרו של חוק-יסוד: החקיקה, אין משמעותו כי די לה לכנסת לעשות שימוש בכותרת 'חוק-יסוד', על מנת לייצר הסדרים שנטען כי הם חסינים מביקורת [...] וכך, רק בעשור האחרון כנסות ישראל כוננו ותיקנו את חוקי היסוד עשרות פעמים, לעתים בהליכים מזורזים שנשענים על קולות חברי הקואליציה בלבד, ותוך שימוש בפרקטיקות פרלמנטריות שונות כגון משמעת קואליציונית [...] תכיפותם של תיקונים אלה מקרינה במישרין גם על ריסונו של בית המשפט בבואו לקיים ביקורת שיפוטית על תיקונים אלה" (פסקה 93).

120. נודה על האמת. הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד, איננה מרוסנת עוד כבעבר. הדבר איננו בגדר סוד, וחברי תולה זאת, בהתמהמהותו של המחוקק מלמלא חובתו, לשנס מותניו, ולכונן את חוק-יסוד: החקיקה, אשר ישריין ויבצר כדבעי את חוקי-היסוד, מפני שינויים תדירים בעקבות כל רוח מצויה. זה מכבר נדרשתי לכך בפסק הדין בעניין ממשלת החילופים, עמדתי שם על הקושי הגלום במעמד השחוק והנשחק של חוקי-היסוד: "אמת נכון הדבר, ריבוי של חקיקת-יסוד, שינויה לעיתים תכופות, קביעתה בהוראת-שעה ולא לדורות – פוגעים במעמד חקיקת-היסוד, מוזילים את הדרה של החוקה הנרקמת, מפיגים לעיתים מזומנות את טעמה. גם לא נעלם מעיני החשש, כי העמדת זיהוי חוק-יסוד על הבחינה הצורנית לבדה – יכולה להביא לכך שהמכונן יקשור את כתר 'חוק-היסוד', לראשן של הוראות שלפי טיבן וטבען, אינן ראויות לאותה מעלה ושבח" (פסקה 36). יחד עם זאת, סברתי, ועודני סבור, כי אין

זה מתפקידנו להחליץ חושים; אל לנו להניח על דעת עצמנו פיגומים, ולבנות את עמודי התווך והמפלסים החסרים בבנייננו החוקתי החסר: "על אף הקושי הגלום בחקיקת-יסוד העשויה טלאים-טלאים, המשתנה חדשים לבקרים – לא לבית המשפט פתרונים [...] העם בחר את נציגיו, והם בתורם מחוקקים-מכוננים את חוקי-היסוד, מגילות-מגילות, למען תיכון חוקה בישראל. חוקי-היסוד שנקבעים על-ידם הם שירכיבו בבוא היום את חוקתה של מדינת ישראל, הם שיעצבו את ערכיה היסודיים. אל לו לבית המשפט ליטול לעצמו סמכות כבירה זו, מבלי שניתנה לו. מוטב שיהיה חוק-היסוד כחומר ביד יוצרו-מכוננו, משיעשה כן בית המשפט, אשר לא נועד לכך, ולא זכה להסמכה הנדרשת" (פסקה 37).

121. לגישתי, 'אף על פי שיתמהמה, עם כל זה אחכה לו', למחוקק-המכונן; זאת מהטעם הפשוט – שאינני מכיר דרך דמוקרטית אחרת. אין קיצורי-דרך, לא מסילה שבה נעלה אל 'הארץ המובטחת', לא נתיב שיהא בכוחו להעניק למפעל החוקתי מעשה-ידינו, את הלגיטימציה החיונית לו כל כך, בלעדיה אין; את ההכשר הדמוקרטי. דחיקת הקץ החוקתית אינה אלא מקסם שווא; בניין חוקתי שנבנה בדרך זו – סופו להיסתר. כך תעיד, בין היתר, השנה המשטרית הקשה שחווינו בטרם פרוץ המלחמה הנוראה. אכן, צרות אחרונות, כואבות וקשות בהרבה, אך לא השכיחו צרות ראשונות.

122. אסתכן ואוסיף בזהירות: לא מן הנמנע, כי לפחות חלק מן ההסבר להשתהות המחוקק מלכונן את חוק-יסוד: החקיקה, נעוץ במעין 'מעגל שוטה': בית המשפט העליון נוקט בגישה ביקורתית מרחיבה, כמענה לחוסר המעש הפרלמנטרי; המחוקק מצידו, מתבונן בנעשה, נרתע לאחוריו, חושש להפקיד בידינו, השופטים, כלים חוקתיים נוספים – אשר תחילתם ידועה, וסופם מי יִשְׁוֹרְנוּ – ומתבצר בשתיקתו החוקתית; שתיקה רועמת זו, נענית בבית משפט זה בתרועה רמה, וחוזר חלילה.

123. ניטיב לעשות אם נתרום את חלקנו לשבירתו של 'המעגל השוטה', בדרך של אימוץ גישה מרוסנת, מאופקת, מעוררת אִמּוּן. בד בבד, הכנסת נקראת לעשות את המוטל עליה, לאלתר: לכונן את חוק-יסוד: החקיקה. אין מנוס. האזעקה נשמעת. בנפשנו הדבר.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. אני מצטרף למסקנתו של חברי, השופט נ' סולברג, ולעיקרי נימוקיו.
2. כפי שצוין על ידי בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקאות 39-52 לפסק דיני (26.10.2023) (להלן: בג"ץ טבריה), מענה לשאלה אם בפנינו חוק פרסונלי נגזר משלושת אלה: תוכן, תכלית ותוצאה.
3. תוכנו של חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: החוק נושא דיונו) אינו פרסונלי: מילותיו כלליות; משפטיו כלליים; ועל כך אין מחלוקת. דא עקא, גם כאשר מילותיו של החוק הן כלליות ומשפטיו כלליים לעילא ולעילא, אין זה סוף-פסוק. חוק יכול עדיין להיחשב לפרסונלי, ובשל כך להיפסל, אם לפי תכליתו ותוצאותיו הוא נועד להיטיב עם אדם ספציפי או, לחלופין, להרע את מצבו של אדם ספציפי (ראו: בג"ץ טבריה, פסקאות 39-45 לפסק דיני).
4. מכאן לתכלית החוק נושא דיונו. המסד העובדתי שנפרש לפנינו מראה כי תכליתו של חוק זה היא כפולה. החוק בא להגשים את תפישתם הערכית של יוזמיו, לפיה נבצרות של ראש הממשלה למלא את תפקידו, משמעה אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד – נתון עובדתי שבסופו של יום ייקבע, בזהירות ובהקפדה, על ידי הממשלה או על ידי ועדת הכנסת ברוב של שני שלישים מחבריהן (ראו: סעיף 1 לחוק נושא דיונו). הווה אומר: יוזמי החוק נושא דיונו סבורים כי "נבצרות נורמטיבית" מחמת אישומים פליליים וניגודי אינטרסים כאלה או אחרים – עליה דובר בבג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל (4.8.2008) (להלן: בג"ץ יצחק) – אין לה מקום במשפט החוקתי הישראלי. כך עולה בבירור מהדברים הברורים שהשמיע חה"כ אופיר כץ, אשר צוטטו על ידי חברי, השופט סולברג, בפסק דינו.

5. נראה, כי לצד התכלית העקרונית כאמור עמד רצונם של יוזמי החוק להגן על ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, מפני הכרזה בדבר נבצרותו הנורמטיבית, שהייתה עשויה להינתן על ידי היועצת המשפטית לממשלה על רקע ההליך הפלילי אשר מתנהל נגדו בבית המשפט המחוזי ירושלים וניגודי העניינים הקשורים – תרחיש אפשרי שעולה מהאמור בבג"ץ יצחק (ראו: שם, פסקה 4). רצון זה, אף הוא היה מונע על ידי תפישתם העקרונית של יוזמי החוק כי ראש הממשלה, המורם לתפקידו על ידי העם ונציגיו הנבחרים, אינו יכול להיות מודח מהתפקיד על ידי היועץ המשפטי לממשלה או גורם משפטי בלתי-נבחר אחר, בכיר ככל שיהיה. כך או אחרת, עמדתם העקרונית של יוזמי החוק באשר למהותה של נבצרות כמניעה גופנית או נפשית לבצע את תפקידיו של ראש הממשלה – נבצרות כעניין של "מה יש?", ולא כעניין של "מה ראוי?" – קובעת את מהותו של החוק כחוק כללי ולא כחוק פרסונלי.

6. באשר לתוצאה – החוק נושא דיונו משפיע, בעת הזאת, על מצבו של אדם אחד בלבד: ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו. לטעמי, תוצאה זו אינה הופכת את החוק לפרסונלי. זאת, מאחר שלממשלה אין שני ראשים: בראשה יכול לעמוד אדם אחד בלבד (ראו: סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה). החוק נושא דיונו חל אפוא על מר בנימין נתניהו בכושרו כראש הממשלה, ולא בשל היותו בנימין נתניהו. בכך שונה החוק נושא דיונו מהוראת החוק אשר נדונה ונפסלה בבג"ץ טבריה. אותה הוראה נחקקה כדי לחול על מר בועז יוסף בשל היותו בועז יוסף המקורב לשלטון, ולא בשל היותו אחד מראשי הוועדות הקרואות של רשות מקומית (ראו: בג"ץ טבריה, פסקאות 46-48 לפסק דיני).

7. טעמים אלו מוליכים למסקנה ברורה: העתירות שלפנינו תלויות על בלימה. איני נדרש אפוא לדון בסוגיה הסבוכה של "שימוש לרעה בסמכות מכוונת" – דוקטרינה פסיקתית שהיקפה ובסיסה החוקתי טרם התבררו עד תומם. אומר רק זאת: באמתחתי הסתייגויות כהנה וכהנה באשר לאופן שבו דוקטרינה זאת נוסחה ויושמה עד כה, ואלה תועלינה בעת מצוא.

8. בטרם אסיים את פסק דיני, אבקש לרשום את התנגדותי העקרונית לפרשנות המונח "נבצרות" כנבצרות נורמטיבית – נבצרות אשר נגזרת ממענה לשאלה "האם ראוי שראש הממשלה יוסיף למלא את תפקידו לנוכח נסיבות כאלה או אחרות?". לטעמי, מענה לשאלה "האם ראוי שראש הממשלה יוסיף למלא את תפקידו לנוכח נסיבות כאלה או אחרות?" יכול להינתן על ידי העם ונציגיו הנבחרים בלבד. נבצרות עליה מדבר סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה היא עניין של עובדה אמפירית, ולא עניין של "מה ראוי?"; והחוק נושא דיונו נותן תמיכה נוספת ומכרעת לפרשנות זו.

9. פרשנות זו נתמכת בהוראות החוקה האמריקנית באשר ליכולתו של נשיא ארצות-הברית למלא את תפקידו, ולעניין זה אדרש מייד. בטרם אעשה זאת, אעלה על הכתב את הסתייגותי הכללית ממהלכים פרשניים שהופכים את מילות החוק אשר מתארות מצב עובדתי מסוים למושג נורמטיבי אשר נשלט על ידי מפרשיו ונקבע בהתאם לתפישותיהם. מהלכים כאלה היו ונשארו חשודים בעיניי (ראו: פסק דיני בע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (9.11.2020)).

10. המשפט החוקתי האמריקני עושה הבחנה ברורה בין שני אלו: (1) נבצרותו של נשיא ארצות-הברית כעניין עובדתי של חוסר-יכולת למלא את תפקידו בשל מצב גופני או נפשי רעוע; וכן (2) הדחת הנשיא בשל מעשי עבירה חמורים שהלה עבר, אשר נעשית במסגרתו של הליך מעין-שיפוטי המנוהל על ידי הקונגרס בניצוחו של נשיא בית המשפט העליון. העניין הראשון, הוא "נבצרות" הנשיא מלמלא את תפקידו במובן של חוסר יכולת גופנית או נפשית – נבצרות עובדתית אשר הוסדרה בתיקון ה-25 לחוקת ארצות-הברית (ראו, ERWIN CHEMERINSKY, "The CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 13 (5th ed. 2015) (Twenty-Fifth Amendment deals with the problem of a disabled president" (להלן: שמרינסקי)). נבצרות כאמור יכול שתוצהר על ידי הנשיא עצמו או תיקבע באמצעות הליך מורכב בו נוטלים חלק סגן-הנשיא ושני בתי הנבחרים, אשר דורש את אישור הנבצרות ברוב של שני-שלישים מהמצביעים בשני הבתים (כמפורט בסעיפים 3 ו-4 לתיקון ה-25 לחוקה). העניין השני, הוא הדחת הנשיא שהסדרתה

באה בהוראות פרק 1, סעיף 3, ואלו שבפרק 2, סעיף 4, לחוקה (ראו: שמרינסקי, בעמ' 403-407).

11. במסגרת זו, היה מי שהעלה רעיון "לפרש" את מושג הנבצרות כ"נבצרות נורמטיבית" על-מנת לנסות להדיח נשיא מכהן בשל מעשיו והתבטאויותיו – שמן הסתם לא נשאו חן אצל הוגי הרעיון. מאמר שבחן רעיון זה הגדירו – בצדק רב – כבלתי חוקתי. ראו: Joshua Zeitz, *Why the 25th Amendment Doesn't Apply to Trump—No Matter What He Tweets*, POLITICO (January 10, 2018).

מאמר זה הבהיר כי "נבצרות" היא עניין עובדתי במובן של חוסר יכולת גופנית או נפשית למלא את תפקידי הנשיא, וסיכם את הנושא במילים הבאות:

"It's comforting to think that the 25th Amendment provides us reprieve from our own folly. But it doesn't, or at least, it probably shouldn't. Americans who "just couldn't vote for Clinton," who saw no difference between the two major parties, or who couldn't be bothered to vote at all are stuck with him. And so are the rest of us. Of course, there's another mechanism to remove a president. It's equally messy but much more clear cut. If Americans are really that determined to unseat the president, that's the one they should be focused on."

12. החוק נושא דיונו מבוסס על הבחנה זהה ועקרונות הדומים לאלו של הדין האמריקני באשר למושג "הנבצרות" (ראו: סעיפים 16(ב) ו-16(ב1) לחוק-יסוד: הממשלה). חוק זה מסיר את חוסר הוודאות אשר נוצרה בעקבות בג"ץ יצחק ומונע את הדחתו של ראש הממשלה על ידי גורם בלתי נבחר תחת אצטלה של "נבצרות". בין אם נסכים עם תוצאות אלה ובין אם לא נסכים עמן מההיבט הערכי-מוסרי – חוק כזה אינו יכול להיחשב לפרסונלי.

13. סוף דבר: דין העתירות להידחות.

הנשיאה (בדימ') א' חיות:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו המקיפה של חברי ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן. אף אני סבורה כי תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון) הוא תיקון פרסונאלי מובהק המהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וכי הדרך לרפא את הפגם החוקתי שנפל בו היא בדחיית תחולתו של התיקון כך שייכנס לתוקף במועד תחילת כהונת הכנסת הבאה (הכנסת ה-26). לכך ראיתי להוסיף, בתמצית, הערות אחדות בסוגיות המרכזיות שעלו בהליכים דנן.

תיקון מס' 12 מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת

2. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה בשנים האחרונות בפסיקה על רקע המגמה של שינויים משפטיים משמעותיים "המבוצעים אד-הוק, לעתים בדרך של הוראת שעה, בתחולה מיידית (ולעתים בלעדית) לכנסת שביצעה אותם" (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 11 לחוות דעתי (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים)). בשונה מעמדת חברי השופט נ' סולברג (בפסקה 52 לחוות דעתו), אני סבורה כי דוקטרינה זו מצאה את מקומה כהלכה בשיטתנו המשפטית: היא הוצגה כרעיון כללי בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און); הוכרה ויושמה לראשונה בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי); פותחה לכדי מבחנים קונקרטיים בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); ומאז נבחנו לאורה תיקונים חוקתיים נוספים (להרחבה ראו: בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 56-59 לחוות דעתי (1.1.2024) (להלן: עניין עילת הסבירות)). הדוקטרינה, שהתפתחה כאמור על רקע הזילות המצערת שבה נוהג המכונן בכותרת "חוק יסוד", משמיעה לנו כי אין להסתפק עוד ב"מבחן הצורני" שנקבע לפני כ-30 שנה בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) וכי עלינו להוסיף ולבחון אם נורמה

שנחקקה תחת הכותרת "חוק יסוד", היא אכן נורמה אשר מבחינת מאפייניה הפורמליים-פרוצדורליים מתאימה למדרג החוקתי (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 2 לחוות דעתי).

אחד מהמאפיינים הבסיסיים ביותר לזיהוי נורמה חוקתית הוא כלליותה של הנורמה, ובהקשר זה כבר צוין כי:

"מבחן [הכלליות] נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת [...] חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם 'אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר' [...] אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית" (עניין שפיר, בפסקה 40 לחוות דעתי).

קיימות אומנם דוגמאות בישראל וגם בשיטות משפט אחרות, לחקיקה שנושאת מאפיינים פרסונאליים. אך חקיקה כזו מעוררת קשיים אינהרנטיים במישור שלטון החוק, וזאת בפרט כאשר מדובר בנורמות במעמד חוקתי. לפיכך, על פי המבחנים שנקבעו בעניין שפיר, אם הוראה מסוימת שנחקקה על ידי הכנסת לוקה בפגם של פרסונאליות, לא ניתן יהיה להכיר בה כנורמה חוקתית מבלי שהוצג לכך צידוק מספק (ראו: שם, בפסקה 43 לחוות דעתי).

3. לאחרונה עמד בית משפט זה על כך ש"חקיקה יכולה להיות פרסונלית גם אם היא נחזית לבעלת תחולה כללית" (בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 60 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן (26.10.2023) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות)). ואכן, אופיו הפרסונאלי של התיקון נושא העתירות דנן אינו נלמד ישירות מלשונו – שמנוסחת על פני הדברים כנורמה

כללית – אלא מתכליתו הפרסונאלית. חברי ממלא מקום הנשיא עמד בהקשר זה על ההבחנה בין מניע פרסונאלי לתכלית פרסונאלית וציין כי בעוד שמניע נוגע לאירוע בעבר שהניע את המחוקק או המכונן לפעול, התכלית נוגעת ל"אותן מטרות וערכים שביקש דבר החקיקה להגשים במבט צופה פני עתיד" (פסקה 48 לחוות דעתו). הכנסת ציינה אף היא בטיעוניה כי "התכלית צופה פני עתיד ואילו המניע נובר במעשי העבר" (פסקה 183 לתצהיר התשובה מטעמה). הבחנה זו מקובלת עליי וחשיבותה נעוצה בכך שמניע פרסונאלי אינו מהווה, כשלעצמו, עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (ראו: עניין בר-און, בעמ' 295-296; עניין ממשלת החילופים, בפסקה 17 לחוות דעתי ובפסקה 12 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל), בעוד שתכלית פרסונאלית עשויה להכתים תיקון לחוק יסוד ב"כתם פרסונאלי" ולהוליך למסקנה כי לא ניתן לזהותו כנורמה חוקתית.

אף שבמקרים מסוימים ההבחנה האמורה בין מניע לתכלית עשויה לעורר קשיים לא מבוטלים, בענייננו – כפי שהיטיב חברי ממלא מקום הנשיא לבאר – בחינת מכלול הנסיבות מעידה כמאה עדים על כך שהתכלית העיקרית אשר לשמה נחקק התיקון, בראייה צופה פני עתיד, היא מתן מענה לסיכון משפטי קונקרטי (קביעה בדבר נבצרות) שאיים – לתפיסת מחוקקי התיקון – על ראש הממשלה המכהן. זאת, על רקע עתירות ספציפיות שבהן נתבקש בית המשפט להורות על נבצרותו של ראש הממשלה בשל ניגוד עניינים בין ההליך הפלילי המתנהל נגדו ובין מעורבותו ביוזמות לשינוי מערכת המשפט (בג"ץ 1158/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה; ובג"ץ 1214/23 התנועה הדמוקרטית האזרחית נ' ראש הממשלה; להלן יחד: עתירות הנבצרות). תחולתו המיידית של התיקון, האופן שבו הוצג על ידי יוזמיו ותומכיו, עיתוי הגשת הצעת התיקון, קצב השלמת חקיקתו וכן תוצאותיו הנורמטיביות – מלמדים בהצטברותם כי עניינו האישי של ראש הממשלה המכהן לא היה רק המניע ("הטריגר") לחקיקת התיקון, אלא גם ההצדקה הדומיננטית לחקיקתו במועד שבו הוא נחקק (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 1 לחוות דעתי).

4. בענייננו אין חולק שמקדמי התיקון ביקשו כי התיקון ייכנס לתוקפו באופן מיידי ויחול על ראש הממשלה המכהן, והסתייגויות שהועלו בהקשר זה במהלך דיוני הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: הוועדה המיוחדת), תוך ציון הקשיים הטמונים בכך בהיבט הפרסונאליות – נדחו כולן (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 4 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 9, 12, 14-15 (5.3.2023); פרוטוקול ישיבה 14 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 92, 142-145 (21.3.2023)). אכן, תחולה מיידית אינה שוללת כשלעצמה את זיהויה של נורמה כחוקתית, אך בנסיבות מסוימות היא עשויה לעורר קושי של ממש בכל הנוגע למבחן הכלליות ולהעיד על כך שבהליך החקיקה גברו אינטרסים פרטיקולריים של רוב פוליטי בכנסת על פני הצורך "לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן" (עניין ממשלת החילופים, בפסקה 15 לחוות דעתי; ראו גם: שם, בפסקה 18 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז). כפי שיפורט להלן, זהו המצב בענייננו, בהינתן שורה של אינדיקציות נוספות המעידות כי התכלית הדומיננטית שעמדה ביסוד התיקון נוגעת לענייני הפרטני של ראש הממשלה המכהן.

5. תכלית פרסונאלית זו נלמדת כבר מדבריו של יו"ר סיעת הליכוד בכנסת, ח"כ אופיר כץ (להלן: ח"כ כץ), בדיון המוקדם במליאה, בהציגו את הצעת התיקון:

"אדוני היושב-ראש, לפני כמעט ארבעה חודשים יצאו אזרחי מדינת ישראל ממטולה עד אילת ומימשו את זכותם האזרחית הבסיסית והצביעו בבחירות הכלליות. 2,304,964 אזרחי ישראל הצביעו למחנה הלאומי ברשות בנימין נתניהו; 2,304,964 אזרחי ישראל בחרו את בנימין נתניהו כקובע המדיניות: בחרו את הדרך שלו, בחרו את הניסיון שלו, בחרו במנהיגות שלו, בחרו בבנימין נתניהו כראש הממשלה של מדינת ישראל.

אני רוצה להבהיר לכל הגורמים הלא-נבחרים שמנסים לעשות כאן הפיכה שלטונית במעטה של סיסמה 'שלטון החוק': העם ונציגי העם הם שממנים את ראש הממשלה, ורק הם, אם ירצו, ישנו את בחירתם.

[...]

הצעת החוק הזאת מבהירה מה שכל אדם פשוט מבין: לא ייתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת.

כיצד ייתכן – אתם זוכרים שכשיצא הדיווח הזה, באמת חיכיתי לראות שאם זה לא נכון, היועצת המשפטית תגיד באותה שנייה, מה פתאום, לא היה דיון כזה, לא חושבים על זה. ארבעה ימים לקח להם להכחיש את הדיווח הזה – ארבעה ימים. נהנו מהעובדה שזה באוויר.

[...]

כולנו מבינים מה קורה פה. ההצעה שמונחת בפניכם, חברי חברי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי" (פרוטוקול ישיבה 48 של הכנסת ה-25, 115-116 (1.3.2023); ההדגשות הוספו).

הנה כי כן, תכליתו של התיקון, כפי שהיא משתקפת מדבריו של ח"כ כץ, הינה למנוע כאן ועכשיו "מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן", תוך התייחסות ברורה ומפורשת לראש הממשלה בנימין נתניהו. במהלך הדיונים בהצעת התיקון ואף בדברי ההסבר ניתן אומנם למצוא התייחסות לתיקון ככזה שנועד לטפל בבעיה עקרונית. עם זאת, התבטאויות נוספות של ח"כ כץ – שיזם את הצעת התיקון בשיתוף עם יתר ראשי סיעות הקואליציה ואף עמד בראשות הוועדה שדנה בה – מלמדות כי התיקון נועד בראש ובראשונה להסיר, בהסתכלות צופה פני עתיד, "איום" משפטי קונקרטי שריחף (לשיטת יוזמי התיקון) מעל ראש הממשלה המכהן. כך, לשם ההמחשה, בדיון הראשון בוועדה המיוחדת ציין ח"כ כץ: "מה אתם רוצים, שניקה סיכון, נהמר על זה שעכשיו היא [היועצת המשפטית לממשלה] תבוא והיא תגיד שהוא עבר על ניגוד עניינים והיא תפעל להדחת ראש

ממשלה? [...] זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה" (פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המיוחדת, הכנסת ה-25, 14 (2.3.2023)); ובמהלך הדיון במליאה טרם ההצבעה לאישור הצעת התיקון בקריאה ראשונה הוא הדגיש כי "העם רוצה את נתניהו כראש הממשלה – אז מנסים להפיל אותו בדרכים אחרות [...] לזה אנחנו לא מוכנים, ואת זה אנחנו לא ניתן" (פרוטוקול ישיבה 51 של הכנסת ה-25, 249 (13.3.2023)). התבטאויות אחרות של ח"כ כץ ושל חברי כנסת אחרים שתמכו בהצעת התיקון, אשר מעידות אף הן על תכליתו הפרסונאלית, הוצגו בהרחבה בחוות דעתו של חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן (בפסקאות 60-67), ולא ראיתי מקום לחזור עליהן.

6. עיתוי החקיקה, אף שאינו חזות הכל, עשוי גם הוא להעיד על כך שמדובר בהוראה שהינה פרסונאלית במהותה (ראו: עניין ממשלת החילופים, בפסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון). בתצהיר התשובה מטעם הכנסת, צוין כי הצעת התיקון הועלתה לראשונה למערכות הממוחשבות ביום 8.2.2023 והונחה על שולחן הכנסת ביום 20.2.2023 (פסקה 17 לתצהיר התשובה). קדם לכך מכתב מיום 23.1.2023 ששלחו ראשי מפלגות הקואליציה ליועצת המשפטית הממשלה (להלן: היועצת). המכתב נשלח, כפי שצוין בו, על רקע דיווחים בתקשורת בדבר קיום דיונים שבהם נשקלת הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, ונאמר בו כי הכרזה כזו תהווה "ניסיון בלתי חוקי בעליל להדיחו ולהפיל ממשלה נבחרת וחוקית, ללא שבריר של הסמכה בחוק" (המכתב מצורף כמס' 3 לתצהיר התשובה מטעם היועצת). יתרה מכך, כפי שציין חברי ממלא מקום הנשיא (בפסקה 72 לחוות דעתו), ביום 26.1.2023 – דהיינו קודם להעלאת הצעת התיקון למערכות הממוחשבות – נדחתה על הסף בשל אי-מיצוי הליכים, עתירה הנוגעת לסוגיית נבצרותו של ראש הממשלה המכהן מלמלא את תפקידו (בג"ץ 697/23 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' ממשלת ישראל ה-37). על רקע זה, נשלחו מכתבי מיצוי הליכים ליועצת ולראש הממשלה. הגשת עתירות נוספות לאחר מיצוי הליכים, הייתה אפוא צפויה וידועה, כפי שאף אירע.

האופן הבהול שבו קודמה הצעת התיקון ומועד השלמת הליך החקיקה, אף הם נותנים בתיקון סימנים כתיקון שנועד לתכלית פרסונאלית (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 40 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). מדובר בהצעת תיקון לחוק יסוד שנדונה בהליך מזורז שארך כחודש ימים. ההצעה אושרה בקריאה שנייה ושלישית ביום 23.3.2023 (לאחר הקדמת הדיון במליאה בהחלטת ועדת הכנסת), וזאת שלושה ימים בלבד לפני המועד שנקצב להגשת התגובות המקדמיות בעתירות הנבצרות. עוד קודם לכן, בעקבות ההחלטה שהורתה על הגשת תגובות מקדמיות אלה, פורסמה ביום 11.2.2023 הצהרה מטעם ראשי הקואליציה לפיה הם דוחים בתוקף את "הדיון הבלתי לגיטימי" בדבר נבצרות ראש הממשלה. אין אפוא מנוס מן המסקנה כי חקיקת התיקון נועדה לסכל את הדיון בעתירות הנבצרות, ואלה אכן נמחקו בעקבות שינוי המצב המשפטי שנוצר בעקבותיו.

חברי השופט סולברג מציין בחוות דעתו (בפסקאות 97-98) כי אין מניעה עקרונית שהכנסת תחוקק חוקים אשר משנים את התשתית הנורמטיבית הקיימת, וזאת אף אם יש בכך כדי להשליך על הליכים תלויים ועומדים. על כך אין חולק, אך כאשר הדבר נעשה במסגרת תיקון להוראה חוקתית-משטרית וכאשר תיקון כזה נועד להשפיע על עניינו האישי של גורם שלטוני ספציפי, יש בכך משום אינדיקציה ממשית לקיומה של תכלית פרסונאלית פסולה, שאינה עולה בקנה אחד עם הכלליות הנדרשת מנורמות חוקתיות.

7. הקשר הישיר בין התיקון ובין עניינו האישי של ראש הממשלה הובהר בלא כחל וסרק גם בדברים שהשמיע ראש הממשלה עצמו שעות ספורות לאחר שהתיקון התקבל. בהתייחסו למעורבותו בתכנית לשינוי מערכת המשפט אמר ראש הממשלה: "עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, דבר שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש הממשלה לנבצרות – דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. זה דבר אבסורדי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. לכן הערב, אני מודיע לכם, חבריי, ידידי, אזרחי ישראל. עד כאן. אני נכנס לאירוע" (ההדגשה הוספה).

חברי השופט סולברג סבור כי התבטאות זו "כלל לא התיימרה להתייחס ישירות לתכלית החקיקה, אלא ליישומה" (פסקה 93 לחוות דעתו). אינני שותפה להבחנה זו. בעיניי, הדברים שצוטטו לעיל – בפרט בעיתוי שבו נאמרו – מהווים אינדיקציה נוספת לכך שהתיקון נחקק לשם השפעה ישירה על מצבו של ראש הממשלה המכהן. חברי מוסיף ומציין כי ההתבטאות שצוטטה משקפת מסקנה משפטית שגויה לפיה התיקון משחרר את ראש הממשלה מכבלי הסדר ניגוד העניינים שלו (פסקה 94 לחוות דעתו של השופט סולברג). אלא שראש הממשלה התייחס בדבריו מפורשות ל"איום הנבצרות" שהוסר להשקפתו עם חקיקת התיקון. ומכל מקום, אפילו מדובר, כעמדת חברי, במסקנה שגויה באשר להסרת כבלי הסדר ניגוד העניינים, אין בכך כדי לשלול את האינדיקציה המובהקת הטמונה בדברי ראש הממשלה באשר לתכלית הפרסונאלית של התיקון.

8. חברי השופט סולברג מוסיף וקובע בחוות דעתו כי אין עסקינן בתיקון פרסונאלי משום שאין דבר בלשונו הכללית של התיקון המעיד על היותו פרסונאלי או על כך שהסדר שנקבע בו "נתפר" למידותיו של אדם מסוים. כפי שצוין לעיל, ובניגוד לעמדת חברי, כבר נפסק כי ייתכנו מצבים שבהם לשון ההוראה נוסחה באופן כללי, אך בפועל התכלית שלשמה נחקקה אותה הוראה היא פרסונאלית באופן מובהק.

כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם התוצאות הנורמטיביות הנובעות מחקיקתה של הוראה שהוכתרה כ"חוק יסוד" יהיו אינדיקציה לאופייה הפרסונאלי, וזאת למרות לשונה הכללית (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל; עניין ממשלת החילופים, בפסקה 20 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז; עניין עילת הסבירות, בפסקה 192 לחוות דעת). דוגמה הממחישה זאת ניתן למצוא בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה ששינה את המגבלה על מינוי שרים שנידונו לעונש מאסר, כך שהיא תחול רק על מי שנידון לעונש מאסר בפועל. תיקון זה נחקק זמן קצר בלבד טרם מינויו של ח"כ אריה דרעי (להלן: ח"כ דרעי) – שנידון לעונש מאסר על תנאי – לתפקיד שר ונדון בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת

(18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד). באותו עניין לא נדרשנו בסופו של דבר להכריע בשאלה האם התיקון האמור מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אך נוכח התוצאות הנורמטיביות של אותו התיקון צוין כי הוא "מדיף ריח חריף של פרסונליות" וכי "תנאי הכשירות לכהונת שר, כנוסחן בתיקון הנ"ל, נתפרו והוגמשו על מנת להלום את מידות עברו הפלילי של דרעי" (שם, בפסקה 42 לחוות דעתי ובפסקה 8 לחוות דעתה של השופטת י' וילנר).

בענייננו, התוצאה הנורמטיבית המיידית הנובעת מתיקון מס' 12, היא מניעת כל אפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה מטעמים "תפקודיים" (להבדיל מאי מסוגלות פיזית או נפשית). שלילת אפשרות זו מניה וביה, מיטיבה באופן ישיר עם ראש הממשלה המכהן, שכן עד לחקיקת התיקון האפשרות לקיומה של "נבצרות תפקודית" לא נשללה מפורשות (ראו: בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 4 (4.8.2008); בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (22.4.2021)). זאת, בזוכרנו כי העילה של נבצרות תפקודית היא שעמדה במוקד עתירות הנבצרות שהוגשו נגד ראש הממשלה, ומבלי לקבוע כל מסמרות באשר לדין החל בסוגיה זו טרם חקיקת התיקון. ויודגש – אילו נחקק התיקון בתקופת כהונתו של ראש ממשלה אחר, ייתכן כי לא ניתן היה לקבוע שיש בתוצאותיו הנורמטיביות מימד פרסונאלי. בענייננו, לעומת זאת, לא ניתן להתעלם מכך שבעת חקיקת התיקון מתנהל נגד ראש הממשלה המכהן הליך פלילי, וכן מן הטענות שהועלו נגדו בעתירות הנבצרות לקיומה של נבצרות תפקודית הנובעת, לטענת העותרים שם, מניגוד עניינים בין ההליך הפלילי ובין תפקודו כראש הממשלה. במצב דברים זה, ומבלי להביע דעה לגופן של הטענות, טביעות האצבע הפרסונאליות הנשקפות מן התיקון – ברורות וגלויות לעין.

9. הנה כי כן, תיקון מס' 12 נוגע לסוגיה משטרית חשובה שעניינה בהבטחת רציפות השלטון ותפקודו התקין של ראש הממשלה (להרחבה ראו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה 445-444 (יצחק זמיר עורך, 2018)), אך תחולתו המיידית, אופן הצגתו על ידי יוזמיו ותומכיו, העיתוי והליך

החקיקה הבהול, כמו גם תוצאתו הנורמטיבית – כל אלה מעידים כי הוא נחקק בראש ובראשונה על מנת לשרת תכלית פרסונאלית הנוגעת לעניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן. לא לכך נועד חוק יסוד, שאמור להיות חלק מן החוקה הישראלית המתגבשת. בשונה מקידום אינטרסים צרים של גורם כזה או אחר, נורמות חוקתיות אמורות לשקף "קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (עניין שפיר, בפסקה 40 לחוות דעתי; ראו גם: עניין המרכז האקדמי, בפסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל; עניין ממשלת החילופים, בפסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ברון).

מן הטעמים שפורטו לעיל, תיקון מס' 12 אינו עומד בדרישת הכלליות. הוא לוקה בפרסונאליות מובהקת ומשכך הוא אינו צולח את שלב "הזיהוי" כנורמה חוקתית.

10. האם הוצג על ידי הכנסת או ראש הממשלה צידוק המאפשר הכרה בתיקון כנורמה חוקתית, חרף היותו תיקון פרסונאלי (עניין שפיר, בפסקאות 43-44 לחוות דעתי)?

לטענת הכנסת וראש הממשלה, הנסיבות שמצדיקות את חקיקת התיקון ואת החלתו בתחולה מיידית נובעות מן הצורך להשלים את החסר (הלקונה) הקיים בדיני הנבצרות ולהסדיר הליך מפורט לקביעת נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. בבואנו לבחון את דבר קיומו של צידוק לעיגון התיקון בחוק יסוד עלינו "לקחת בחשבון הן את דבר 'קיומן של נסיבות חריגות' המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת, והן 'את מידת הפגיעה [...] בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות'" (שם, בפסקה 43 לחוות דעתי). היועצת המשפטית לממשלה טוענת בהקשר זה כי "הגם שהיה מקום במישור העקרוני להבהיר את הסדר הנבצרות בחוק-יסוד: הממשלה, אין בכך להצדיק את השימוש הקונקרטי שנעשה בחקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד כדי לספק מענה אישי, מידי וממוקד לראש הממשלה המכהן" (פסקה 139 לתצהיר התשובה מטעמה). עמדתה זו מקובלת עליי, בייחוד בשים לב לעוצמת הפגם שנפל בחקיקת התיקון, הפוגע קשות בעקרון שלטון החוק.

מסקנה זו נגזרת בראש ובראשונה מכך שהתיקון נועד להשפיע על עניינו האישי של ראש הממשלה המכהן, להבדיל משינויים משטריים אחרים שנכנסו לתוקף בתחולה מיידית (שאף הם אינם נקיים מקשיים), הנוגעים למבנה הממשלה ולאופן פעילותה (למשל, שינוי מספר השרים או קביעת המנגנון האופציונאלי שנדון בעניין ממשלת החילופים; ראו והשוו: עניין שיינפלד, בפסקה 48 לחוות דעתה של השופטת ברק-אדוז). אכן, מקום שבו הרוב הפוליטי ברשות המכוננת מתגייס לתקן חוק יסוד לצורך מתן מענה נקודתי לעניינו של אדם ספציפי, טמונה בכך חומרה מיוחדת (ראו והשוו: שם, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט ע' גרוסקופף ובפסקה 8 לחוות דעתה של השופטת וילנר), והדברים יפים מקל וחומר בהינתן העובדה שאותו אדם מכהן כראש הממשלה. זאת, נוכח מעמדו של ראש הממשלה כ"ראשון בין שווים": "הוא ראשה של הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים" (בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 461 (2004); ראו גם: בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 10 לחוות דעתי (6.5.2020); בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 37 לחוות דעתי (25.3.2021)). יתרה מכך, כאשר ראש הממשלה מסיים את תפקידו – לרבות כתוצאה מנבצרות ממושכת של למעלה מ-100 ימים (סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה) – רואים בכך התפטרות של הממשלה, והדבר עשוי להוביל גם להתפזרות הכנסת (סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: הממשלה), על כל המשמעויות הנובעות מכך לגבי הרוב הפוליטי בכנסת.

בתצהיר התשובה מטעם ראש הממשלה צוין בהקשר זה כי "הסדר הנבצרות אינו עוסק במר בנימין נתניהו, אלא עוסק בראש הממשלה נתניהו" (פסקה 211 לתצהיר התשובה מטעמו). לגישתי, אין בכך כדי להקהות את עוצמת הפגיעה בשלטון החוק הנובעת מאופיו הפרסונאלי של התיקון. השילוב בין מעמדו ויכולת השפעתו של ראש הממשלה; האינטרסים המונחים על הכף מבחינתו בכל הנוגע לסוגיית הנבצרות; וההשפעה הברורה של סוגיה זו על חברי הממשלה

והכנסת מטעם סיעות הקואליציה – מובילה למסקנה כי בפנינו תיקון פרסונאלי שיש בו משום פגיעה קשה וחריגה בהיקפה בעקרון לפיו כולם שווים בפני החוק.

11. לפיכך, כחברי ממלא מקום הנשיא, אף אני סבורה כי בחוקה את תיקון מס' 12 עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת וכי הסעד שיש בו כדי לרפא פגם זה במקרה דנן, הוא – דחיית תחולתו של התיקון לכנסת הבאה (הכנסת ה-26). סעד זה מותר אומנם על כנו, בחוק-יסוד: הממשלה, הסדר שנחקק לכתחילה לצורך הגשמת תכלית פרסונאלית. תוצאה זו אינה נקיים מקשיים, אך משהסעד החוקתי הדוחה את מועד תחולת התיקון נותן מענה לקושי העיקרי הנובע מן הפגם שנפל בחקיקתו, הוא מאפשר "לזהות" את התיקון כנורמה חוקתית העומדת בדרישת הכלליות, מבלי להורות על ביטול התיקון כולו.

12. בשולי הדברים אבקש להתייחס לעמדת חברי השופט סולברג לפיה – אפילו היה מוכן לאמץ את הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ממנה הוא מסתייג, ואפילו היה מגיע על פיה למסקנה שתיקון מס' 12 הוא תיקון פרסונאלי שאין מקומו בחוק יסוד, התוצאה הנובעת מכך לגישתו היא לכל היותר "שינוכו" של התיקון למעמד של חוק רגיל (פסקאות 8-9 לחוות דעתו). דרך הילוכו זו של חברי מוקשית מאוד בעיניי. מאז קום המדינה נבנה המפעל החוקתי הישראלי פרקים-פרקים על פי חוקי היסוד, אך בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, אין הבחנה חדה וברורה בין פועלה של הכנסת כמכוננת חוקי יסוד ובין פועלה כמחוקקת של חוקים "רגילים". זאת, הן מבחינת הרוב הדרוש והן מבחינת יתר הליכי החקיקה (ראו: עניין עילת הסבירות, בפסקה 75 לחוות דעתי). עמדת חברי לפיה מקום שבו כשלה הכנסת ועשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, התוצאה תהא לכל היותר "הפיכתו" של אותו דבר חקיקה פגום לחוק רגיל, מקבעת את החולשות שבהן לוקה המפעל החוקתי הישראלי לכתחילה ואף מעודדת את המשך ניצולן לרעה. היא מעצימה את טשטוש הגבולות בין הסמכויות השונות של הכנסת ומקלה ראש בהקפדה היתרה הנדרשת מן הכנסת בבואה לקבוע נורמות חוקתיות המצויות במדרג הנורמטיבי העליון. על כן, אני סבורה כי מקום שהכנסת עשתה שימוש לרעה בכובעה כרשות מכוננת, לא ניתן "לחבוש על ראשה" בדיעבד את כובעה

כמחוקקת של חוקים רגילים ובכך להפוך לחוק רגיל את מה שהוכתר על ידה באופן פגום כחוק יסוד או כתיקון לחוק יסוד.

בנוסף לקושי העקרוני שעליו עמדתי לעיל, עמדת חברי מעוררת קושי אחר. כך למשל, במקרה כמו זה שלפנינו מדובר בתיקון לחוק יסוד קיים, העוסק בהסדרת סוגיית נבצרות ראש הממשלה. סוגיה זו מקומה אכן במדרג החוקתי, ולא בחקיקה רגילה, וכפי שצוין לעיל, השימוש לרעה בסמכות המכוננת בא לידי ביטוי בתכלית הפרסונאלית שבה לוקה התיקון. אלמלא כך לא היה מקום להתערב בו. על כן, לא ניתן בעיניי להפוך תיקון כזה או הסדר בסוגיה כזו לחוק רגיל העומד לעצמו, במנותק מחוקי היסוד.

הערה לעניין המסלול הפרשני

13. על פני הדברים, ניתן לטעון כי די בכלים פרשניים על מנת להגיע למסקנה בדבר דחיית תחולתו של תיקון מס' 12 לכנסת הבאה. לשון החוק "שותקת" באשר לשאלת תחולת החוק. כמו כן, בהתנגשות שבין התכלית האובייקטיבית של שמירה על שלטון החוק מחד גיסא, ובין כוונת המכונן להחיל את התיקון באופן מיידי ולצידו הצורך בהבהרת הסדר הנבצרות מאידך גיסא – ניתן לטעון כי התכלית של שמירה על שלטון החוק גוברת, בהינתן חומרת הפגם הפרסונאלי בענייננו (ראו והשוו: עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 62 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). קביעה כזו אף עולה בקנה אחד עם הכלל לפיו יש לבכר שימוש בכלים פרשניים על פני מתן סעדים חוקתיים (ראו והשוו: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); עניין התנועה לטוהר המידות, בפסקה 31 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן).

14. עם זאת, נסיבותיו החריגות של המקרה דגן הובילו אותי להצטרף לקביעתו של חברי, ממלא מקום הנשיא, לפיה הסעד המתאים בענייננו הוא סעד חוקתי. בית משפט זה קבע לא אחת כי לא יידרש לשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם הדבר דרוש "באופן החלטי" לצורך הכרעה בעניין (ראו: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (27.5.2018); עניין התנועה לטוהר

המידות, בפסקה 31 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן. מקור ההשראה לכלל זה הוא פסק הדין האמריקני בעניין Ashwander v. Tennessee Valley Auth., (1936) 28 U.S. 297. צורך החלטי כזה אכן מתעורר בענייננו. הוא נדרש לשם עצירת סחף הפגיעה התכופה, המתמשכת והמצטברת במפעל חוקי היסוד תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולשם מניעת כרסום בלתי הפיך באופיו של מפעל זה ובמעמדן של הנורמות החוקתיות. כאמור לעיל, בעניין שיינפלד נדון תיקון לחוק-יסוד: הממשלה ששינה את תנאי הכשירות של שרים על מנת לסלול את הדרך למינויו של ח"כ דרעי לתפקיד שר. באותו עניין ציינתי כי:

"קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמד של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית" (שם, בפסקה 43 לחוות דעתי).

חרף דברים אלה שנאמרו ביחס לתיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה, נמנענו מהכרעה בשאלת תוקפו של התיקון, משנמצא כי באותו עניין נפלו פגמים במינויו של ח"כ דרעי לשר במישור המנהלי. והנה – חלפו אך חודשים ספורים מאז נחקק תיקון מס' 11, והצטרף אליו תיקון מס' 12 שנחקק לשם מתן מענה פרסונאלי לעניינו של ראש הממשלה המכהן, בסוגיה הרגישה של דיני הנבצרות. בנסיבות אלה, לא ניתן להסתפק עוד באזהרות או בהותרת ההכרעה בשאלות החוקתיות לעתיד לבוא, ועל בית המשפט למלא את תפקידו בהגנה על המפעל החוקתי וליתן סעד שיהלום את הפגם החוקתי שנפל בחקיקת התיקון (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 31 לחוות דעתי; עניין עילת הסבירות, בפסקה 86 לחוות דעתי).

15. הוראות חוקי היסוד "מעצבות את דמותה של החברה ואת שאיפותיה. הן קובעות את מסגרותיה הפוליטיות. הן מניחות את היסוד לערכיה החברתיים. הן קובעות את שאיפותיה, את מחויבותה ואת מגמותיה של החברה. הן נועדו לכוון התנהגות לתקופה ארוכה. הן קובעות את המסגרות לחקיקתם של חוקים

ולתנהלותו של הממשל" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004)). עם זאת, המבנה המוסדי החריג בישראל – שבו לממשלה שליטה מלאה על הליך כינון של הוראות חוקתיות – מעורר חשש כי "תכנון חוקתי ארוך טווח יוכתם באינטרסים פוליטיים קצרי טווח" (עניין עילת הסבירות, בפסקה 80 לחוות דעתי). חשש זה אכן התממש בענייננו. הצהרות השרים הבכירים בממשלה (ראשי מפלגות הקואליציה) בעניין האפשרות הקיימת (בעיניהם) להכרזה על נבצרותו של ראש הממשלה המכהן, תורגמו חיש מהר להצעת חוק שגובשה על ידי ראשי סיעות הקואליציה בכנסת; לשם הדיון בהצעה זו (ובהצעה נוספת לתיקון חוק-יסוד: הממשלה) הוקמה ועדה מיוחדת (על פרקטיקה זו ראו: שם, בפסקה 79 לחוות דעתי); וההצעה קודמה באופן מזורז מבלי שהוצגה כל הצדקה אובייקטיבית לכך. הליך זה – והתוצר הפרסונאלי שנחקק במסגרתו – ממחיש את ההכרח שבהענקת סעד חוקתי אשר ידחה את תחולתו של תיקון מס' 12, יפחית את התמריץ לנצל את הקלות שבחקיקת חוקי יסוד לצרכים פרטיים-צרים ויבלום את השחיקה החמורה במעמדו של המפעל החוקתי בכללותו (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 31 לחוות דעתי; עניין ממשלת החילופים, בפסקה 126 לדעת המיעוט של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר).

16. סיכומם של דברים: אני מצטרפת לעמדתו של חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן לפיה יש לדחות את תחולת תיקון מס' 12 כך שייכנס לתוקף במועד תחילת כהונת הכנסת ה-26.

הנשיאה (בדימ')

השופטת ד' ברק-ארז:

1. חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: התיקון או תיקון מס' 12) העוסק בהסדרים הנוגעים לנבצרותו של ראש הממשלה שינה מן המצב המשפטי שנהג קודם לכן. בכך לא יכול להיות ספק. התיקון כולל שני היבטים מרכזיים. היבט אחד שלו נסב על הגדרתן של העילות אשר בהתקיימן בלבד ניתן להכריז על נבצרות

של ראש הממשלה. היבט שני שלו נסב על המגנונים להכרזה על נבצרות כאמור. כמו כן, התיקון התקבל כך שיחול גם על ראש הממשלה המכהן. האם במצב דברים זה החלתו במתכונת מיידית היא פרסונלית? כמו חברי ממלא מקום הנשיא השופט ע' פוגלמן, אף אני סבורה כי אין מוצא מלהשיב על שאלה זו בחיוב. ואם כך – התוצאה הבלתי נמנעת, היא שחקיקת התיקון כך שיחול באופן מיידי מהווה שימוש לרעה בחוק יסוד.

2. לאחר שההיבטים הנורמטיביים המרכזיים של הנושא, וכן ההיסטוריה של הדיון בו, כבר פורטו על-ידי חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן, אסתפק בשלב זה בהתייחסות למספר נקודות בעלות חשיבות עקרונית מבחינתי.

שימוש לרעה בחוק יסוד: על שום מה?

3. במרכז המחלוקת שבפנינו ניצבת השאלה האם תחולתו המיידית של תיקון מס' 12 נגועה בפגם של פרסונליות. לפני שאפנה לדון בכך אבקש לציין כי אף לשיטתי, בנקודת זמן זו, ובעקבות פסק הדין המנחה שניתן בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר), הדרישה כי חוק יסוד יהיה בעל אופי "כללי" שוב אינה יכולה להיות שנויה במחלוקת. פסק הדין העיקרי נכתב באותו עניין על-ידי חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות, ובו היא קבעה "כללי זיהוי" לחקיקת חוק יסוד, ובהם מאפיין ה"כלליות" שלו (לצד המאפיינים של יציבות והתאמה למארג החוקתי). הגם שבאותו פסק דין הצגתי מבחנים שונים במידת מה מאלה שהציגה חברתי להחלתה של הדוקטרינה, השוני לא נסב על מאפיין הכלליות, שאף מבחינתי הוא "אבן ראשה" לבחינת השאלה אם מדובר בחוק יסוד. מטבע הדברים, חוקה נועדה לתת בסיס כללי לשיטה המשפטית, ולא פתרון קוניוקטורלי למצב אישי או פוליטי מסוים. אוסיף ואחדד, כי בהתאם לגישתי באותו עניין, ככל שחוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אינו עומד באותם כללי זיהוי, בין השאר בשל כך שאינו "כללי" – ממילא אין להכיר במעמדו החוקתי, ללא כל בחינה נוספת (כלומר, מבלי להתייחס לשאלה אם הוצג צידוק לכך).

4. לאמיתו של דבר, נקודת מבט אפשרית נוספת על הבעייתיות הכרוכה בתחולה פרסונלית של חוק יסוד נוגעת למאפיין הנוסף של "מובחנות" שאותו הצעתי בעניין שפיר, לצד המבחנים של כלליות ויציבות (שם, בפסקאות 21-23 לפסק דיני). מבחן זה נועד לשמור על העיקרון שלפיו הכנסת, בעת הפעלת סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידן של שלוש הרשויות האחרות (הרשות המבצעת, השופטת, והמחוקקת). בהתאם לכך, חוק יסוד אינו יכול "לפלוש", לתחומי סמכותה של אחת מן הרשויות האחרות. כאשר השימוש בסמכות המכוננת עוסק בפועל בעניינו של אדם מסוים יש בכך לא רק פגיעה במאפיין הכלליות שאמור להתקיים בחוק יסוד, אלא אף במאפיין המובחנות. זאת, משום שהכרעה בעניינו של אדם ספציפי משקפת את תחום העיסוק של הרשות המבצעת או השופטת, להבדיל מתפקידו של המחוקק, ולא כל שכן המכונן. לכן, החלתו המיידית של התיקון כך שישפיע על עניינו של ראש הממשלה הנוכחי עשויה להיחשב להסגת גבול של הרשות המכוננת אל תחומי פעילותן של הרשות השופטת או הרשות המבצעת.

5. חברי השופט נ' סולברג מותח ביקורת על כך שהדוקטרינה של "שימוש לרעה בחוק יסוד" אינה בהירה די צרכה, אלא עמומה. אינני מסכימה להערכתו זו. אכן, הדוקטרינה של שימוש לרעה בחקיקת יסוד התפתחה במהלך השנים בהתאם למקרים שהובאו לפתחו של בית משפט זה. אולם, זוהי דרכה של שיטתנו המשפטית, שבה תקדים נשזר בתקדים, וההלכות מתגבשות בדרך של "עקב בצד אגודל" ממקרה אחד למשנהו. ומכאן – לעניין שבפנינו עצמו.

נקודת המוצא לדיון: תיקון לחוק יסוד המכביד על הכרזת נבצרות

6. בהתאם לצו על-תנאי שניתן, הדיון שבפנינו אינו נסב על כלל הסדריו של תיקון מס' 12. על כן, לא אדרש בפירוט להסדרים אלה ולהשפעתם על האפשרות להכריז על נבצרות של ראש ממשלה, אלא אתמקד בעיקרו של דבר בהיבטים הנוגעים למועד תחולתו של התיקון. עם זאת, אציין, כי אין זה ברור כלל ועיקר שחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הקודם היה טעון תיקון, בשל כלליותו או עמימותו הנטענת. אכן, לפני תיקונו חוק-יסוד: הממשלה לא כלל הגדרה מדויקת של עילות

הנבצרות, או של ההליך להכרזה על נבצרות. יש הרואים בנורמה מסוג זה חיסרון, בשל חוסר הוודאות המסוים הטבוע בה. אולם, לניסוח כללי של נורמה משפטית ישנם גם יתרונות, בהתחשב בכך שמציאות החיים היא דינמית וקשה לעתים לחיזוי מראש. בדומה לכך, כידוע, אותו חוק יסוד – חוק-יסוד: הממשלה – מעגן את הסמכות להכריז על "מצב חירום" מבלי להגדיר את מהותו. גם בנושא זה, הייתה הימנעות ברורה של הכנסת מצמצום המונח "מצב חירום" לקטגוריות ספציפיות. ניתן לשער כי מצב החירום הטיפוסי שעמד נגד עיניה של הכנסת היה מצב חירום ביטחוני, אך חוק-יסוד: הממשלה אינו מגביל את ההכרזה לכך. היתרון של הגדרה כללית מעין זו הורגש בתקופת משבר הקורונה למשל, אשר זימנה לנו אך לאחרונה דוגמה בולטת לכך שקשה לחזות את המציאות בכל הנוגע למצבי חירום (ראו למשל: בג"ץ 2399/20 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' ראש הממשלה (16.8.2020)). יש אפוא יתרונות גם ל"שוליים פתוחים" בניסוחם של הסדרים המיועדים למצבי קיצון, ואף מצב של נבצרות עשוי להיות כזה. מכל מקום, תוכנו המהותי של ההסדר אינו עומד במרכז הדיון שבפנינו.

7. אפתח בהצגת התיקון. כאמור, הנושאים שבהם הוא מטפל נחלקים לשניים. ראשית, התיקון מגדיר את עילות הנבצרות באופן מתוחם, כך שהן מוגבלות לאי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו. שנית, התיקון קובע הליך מכביד במיוחד בכל הנוגע להכרזה על נבצרות. בהתאם להסדר שאומץ בגדרו של התיקון, קיימים שני נתיבים בלבד להכרזה על נבצרות, ושניהם תלויים במידה רבה בראש הממשלה עצמו. במסגרת הנתיב הראשון, ראש הממשלה יכול לפתוח בהליך של נבצרות בעצמו. במסגרת זו עליו להודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו למלא את תפקידו באופן זמני בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית, ולאחר מכן נדרש אישור של ועדת הכנסת (ברוב של שני שלישים). במסגרת הנתיב השני, הממשלה עשויה להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה. במקרה זה נדרש רוב של שלושה רבעים מחבריה, ומכל מקום, ראש הממשלה יהיה חייב לכנס ישיבת ממשלה בנושא רק על-פי דרישתם של שלוש חמישיות מן החברים בממשלה. לעומת זאת, בגדרו של המצב המשפטי הקודם, לכאורה הכרזה על נבצרות על-ידי הממשלה הייתה יכולה להיעשות גם בשל עילות נוספות (בשים

לב ללשונו הכללית של הסעיף). כמו כן, היא הייתה עשויה להיות מבוססת על החלטת ממשלה ברוב רגיל, כפי שנהוג בדרך כלל ביחס לקבלת החלטות בממשלה כאשר החקיקה אינה מורה אחרת. הגדרת העילות הבלעדיות המקימות מצב של נבצרות מצמצמת את קשת המצבים שבהם עשויה להתקיים נבצרות של ראש הממשלה. כמו כן, העלאת הדרישה לרוב מיוחד, הן לצורך ההכרזה על נבצרות והן לצורך כינוס ישיבת הממשלה בנושא, יוצרות משוכה גבוהה ומשמעותית להכרזה על נבצרותו של ראש הממשלה. זאת, במיוחד בנסיבות שבהן ראש הממשלה אינו יוזם בעצמו את ההכרזה על נבצרותו.

8. מבלי להידרש אפוא לכל פרטיו של תיקון מס' 12 שבפנינו, נקודת המוצא להמשך הדיון היא שהתיקון מייצר הכבדה משמעותית על האפשרות להכריז על נבצרות של ראש הממשלה, ובמיוחד בנסיבות שבהן הוא עצמו אינו עושה זאת. זוהי התשתית היסודית להמשך הדיון.

חקיקה פרסונלית וההבחנה בין חקיקה רגילה לחוקי יסוד

9. עמדת מוצא חשובה לדיון נוגעת להבחנה בין הקושי שמעוררת חקיקה רגילה בעלת מאפיינים פרסונליים לבין חוקי יסוד בעלי מאפיינים כאלה. זאת, מבלי לגרוע מכך שההסתייגות מהחלתם של הסדרים פרסונליים בחוקי יסוד קשורה בכך שאף חקיקה רגילה שכוללת הסדרים כאלה נחשבת "חשודה".

10. במקרה הרגיל, חקיקה פרטיקולרית המכוונת עצמה להיטיב עם אדם מסוים או אנשים מסוימים היא פרקטיקה פסולה. כפי שציינו גם חבריי, חקיקה מסוג זה, המכונה לעתים גם "חקיקה מיוחדת" (special legislation) מועדת להיות כרוכה באחת או יותר מן הבעיות הבאות: פגיעה בשוויון; שחיתות; איכות נמוכה של התוצר החקיקתי הסופי; וכן פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות (בהתחשב בכך שהחלטות אינדיוידואליות אמורות להתקבל על-ידי הרשות המינהלית או הרשות השופטת, לפי העניין) (להרחבה, ראו: Evan C. Zoldan, *Legislative Design and the Controllable Costs of Special Legislation*, 78 MAR. L. REV. 415, 426-443 (2019)). אף על פי כן, ככל שמדובר בחקיקה רגילה, לא ניתן לשלול לחלוטין את

האפשרות של חקיקה פרסונלית משיקולים ציבוריים. כפי שהובהר בפסיקתו של בית משפט זה, במקרים מסוימים, חקיקה כזו יכולה לנסות לתת מענה או פתרון לבעיות ספציפיות (ראו למשל: בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013)). אולם, כאשר ההסדר הפרטיקולרי כלול בחקיקה רגילה הוא כפוף לביקורת שיפוטית שמכוונת לבחון אם מדובר בחקיקה שעומדת במבחנים החוקתיים (ובעיקר, מבחן התכלית הראויה ומבחני המידתיות, כפי שניתן להדגים מבג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002), אשר פסל את ההסדר שהעניק בפועל עדיפות לתחנת הרדיו "ערוץ 7"). אף במדינות אחרות בעולם ניתן למצוא מעת לעת דוגמאות לחקיקה בעלת מאפיינים פרסונליים. אכן, יש מדינות שכוללות איסורים ספציפיים על חקיקה פרסונלית בחוקותיהן, אך לא כולן עושות כן (כך למשל, בארצות הברית יש הוראות האוסרות על חקיקה פרסונלית בחוקות מדינתיות רבות, אך לא בחוקה הפדרלית. ראו: Justin R. Long, *State Constitutional Prohibitions on Special Laws*, 60 CLEV. S. L. REV. 719 (2012); Anthony Schutz, *State Constitutional Restrictions on Special Legislation as Structural Restraints*, 40 J. LEGIS. 39 (2013)).

11. שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בחוקי יסוד. חוקי יסוד, בשונה מחוקים "מן השורה" אינם מיועדים לתת מענה לבעיות נקודתיות, אלא לקבוע את המסגרת החוקתית של המדינה (ראו: עניין שפיר, בפסקה 40 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') חיות, וכן בפסקה 17 לפסק דיני (23.5.2021)). כפי שכבר ציינתי (בפסקה 3 לעיל), בהתאם לגישתי בעניין שפיר, ככל שחוק יסוד אינו מקיים את מאפיין הכלליות (לצד המאפיינים של יציבות ומובחנות) אין לבחון את שאלת הצידוק לחריגה זו. על כן, גם בהקשר הנוכחי אין מקום לדיון המתואר ביחס ליתרונות שעשויים להיות נלווים לחקיקה פרסונלית, תוך שקילתם אל מול חסרונותיה.

12. חברי השופט סולבדג מתייחס לדוגמאות שנדונו בעבר בפסיקתו של בית משפט זה בהתאם למידת הפרסונליות שנפלה בהן. אולם, בעשותו כן הוא מפנה לסירוגין לדוגמאות מחקיקה רגילה ("חוק דרומי" ו"חוק גרוניס") ולדוגמאות שעניינן חקיקת יסוד (כמו "חוק דרעי"). בהמשך לכך, הוא מצביע על העובדה

שחלק מן הדוגמאות של חקיקה פרסונלית שנדונו בפסיקתו של בית משפט זה הוכרו כ"נסבלות" או למצער כאלה שהעתירות נגדן נדחו. כך גם הדוגמאות שהובאו מן המשפט ההשוואתי נסבו על מצבים של חקיקה רגילה. גישה זו מוקשית בעיני מן הטעם שאין דינה של פרסונליות בחקיקה רגילה כדינה של פרסונליות בחקיקת יסוד. "פרסונליות" בחוק רגיל, הגם שעל דרך הכלל היא פסולה, עשויה לעתים לעמוד במבחן הביקורת, בהתאם לכללים החלים על ביקורת שיפוטית. לעומת זאת, כאשר מדובר בחקיקת יסוד, אחד המאפיינים החיוניים שלה הוא מאפיין הכלליות. ככל שהיא נעדרת אותו, אין היא נורמה חוקתית.

13. במאמר מוסגר אציין כי אינני תמימת דעים עם חברי השופט סולברג אף באשר לאופן שבו יש להבין חלק מן המקרים שנדונו על-ידו. כך למשל, אני מבקשת להתייחס לחוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012 שפתח את הדלת למינוי נשיא של בית המשפט העליון גם במקרה שבו תקופת כהונתו הצפויה תפחת משלוש שנים ("חוק גרוניס"). תיקון זה נדון בבג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (16.1.2012). אמנם, העתירה נגד תיקון זה נדחתה לאחר שנקבע כי לא נפל בו פסול חוקתי. אולם, אין הנדון דומה לראיה. ראשית, כפי שכבר צוין, התיקון שנדון בפסק הדין היה חוק רגיל, ולא חוק יסוד. "פרסונליות" בחוק רגיל, הגם שבדרך כלל היא פסולה, עשויה לעתים לעמוד במבחן הביקורת, בהתאם לכללים החלים על ביקורת שיפוטית. בשונה מכך, בפנינו תיקון שנעשה בחוק יסוד, אשר ככזה נועד להיות חסין מפני אמות המידה לביקורת שיפוטית רגילה. שנית, ולגוף הדברים, ראוי לציין כי טעם מרכזי לדחיית העתירה נגד "חוק גרוניס" היה העובדה שזה ביטל תיקון קודם שהיה אף הוא פרסונלי (מבחינת האפקט שלו, גם אם לא מבחינת המניע שביסודו). הלכה למעשה, התיקון הקודם הציב משוכה של שלוש שנות כהונה לפחות למי שיכהן בתפקיד של נשיא בית המשפט העליון, בעת שהשפעתו על השופט (דאז) אשר גרוניס הייתה ידועה וברורה, ואילו התיקון המכונה "חוק גרוניס" אך הסיר משוכה זו.

מתי תחולה מיידית של חקיקת יסוד היא בעלת אופי פרסונלי?

14. לצורך קביעת אמות מידה לבחינת השאלה אם הסדר בחוק יסוד הוא פרסונלי, אלך בדרכם של חבריי ממלא מקום הנשיא פוגלמן והשופט סולברג המבחינים, כל אחד בדרכו, בין שלושה מצבים. אף אני סבורה שיש מקום להבחנה בין "דרגות" של פרסונליות, בשינוי מסוים. להשקפתי, אלו שלוש הקבוצות הרלוונטיות: חקיקה המתייחסת להסדר הנוקב באופן ספציפי בשם של אדם מסוים או אנשים מסוימים; חקיקה הכוללת הסדר שתוצאתו היא תחולה על אדם מסוים או קבוצה סגורה של אנשים; ולבסוף – חקיקה שתכליתה (וממילא גם המניע שביסודה) היא תחולה על אדם או אנשים מסוימים. אני סבורה כי במקרה שבפנינו תחולה מיידית של ההסדר היא פרסונלית ברמת התוצאה (הקטגוריה השנייה), ודי לנו בכך. במובן זה, עודני עומדת מאחורי דברים שכתבתי בעבר, ואליהם הפנתה חברתי השופטת י' וילנר: "תכונת הכלליות אינה מתקיימת בנורמה החלה על קבוצה מוגדרת שלא צפוי שינוי בזהותם של הנמנים עימה" (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 336 (2010)). במלים אחרות, לשיטתי המסקנה בדבר הפרסונליות של ההסדר אינה נדרשת לחיזוק מבחינת ההיסטוריה החקיקתית שלו או הכוונות שהנחו את מחוקקיו. במאמר מוסגר אוסיף כי חלוקה זו, ובעיקר הקטגוריה השנייה שעליה אני מצביעה, אינה מהווה חידוש בהשוואה להלכה הפסוקה גם בתחומים אחרים. כך, גם בתחום דיני המכרזים או חלוקת תמיכות הוכרה זה מכבר התופעה של "מכרז תפור" או "קריטריון תפור", כאשר תנאיהם נועדו להתאים למידותיו של גורם מסוים, למעשה, מבלי שיצוין בשמו (ראו למשל: ע"מ 5487/06 סופרמאטיק בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 12 (12.4.2009)). אכן, חוקי יסוד וחוקים רגילים אינם דומים לפעולות מינהל, אך ככל שמדובר בהגדרות שעניינן זיהוי נורמה פרסונלית יש בהחלט חשיבות לכך שנורמה עשויה להיות פרסונלית מבלי שתנקוב בשמו של אדם, אלא רק תותאם למידותיו כחליפה תפורה היטב.

15. על מנת להסביר את המסקנה שאליה הגעתי אפנה כעת לבחון את הדוגמאות שנדונו בעבר בפסיקתו של בית משפט זה בכל הנוגע לתיקונים בחוקי יסוד שלגביהם נטען כי היו בעלי ממד פרסונלי. אעשה כן, בהתאם לסדר הכרונולוגי שבו ניתנו פסקי הדין.

16. מקרה ראשון שבו תוקן חוק-יסוד: הממשלה באופן שנועד לשרת מינויים של הממשלה בטווח המידי, נסב על ביטול המגבלה שנקבעה בעבר ביחס למספר השרים בממשלה (במסגרת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9)). תיקון זה נדון בבג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999) (להלן: עניין מספר השרים), שבו נדחתה העתירה. בעיקרו של דבר, פסק הדין קבע כי "אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים" (שם, בפסקה 7). עם זאת, בית המשפט הוסיף וקבע כי ספק אם מניע כאמור, אף אם אינו ראוי, עשוי כשלעצמו לעלות כדי פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.

17. מקרה שני שבו נדונה סוגיה קרובה נסב על הסדר "ממשלת החילופים" (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה)), וזאת בפסק דינו בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים). באותו מקרה, התיקון הוחל גם על הקמת ממשלה בתקופת כהונתה של אותה הכנסת. שם סברתי כי הגם שהחלה מיידית של תיקון חוקתי היא פרקטיקה לא רצויה, היא אינה מהווה, כשלעצמה, בסיס מספיק לקביעה לפיה מדובר בשימוש לרעה בחוק יסוד.

18. המכנה המשותף לשני המקרים הללו הוא שהתיקונים אשר נדונו בהם נועדו לשרת גם תכליות פוליטיות ושבאופן מסתבר הם נועדו להיטיב עם גורמים פוליטיים מסוימים. עם זאת, בשני המקרים, קבלת התיקונים לא הבטיחה באופן חד-חד ערכי את תחולתם על אנשים מסוימים. בעניין מספר השרים תחולתו של התיקון לחוק היסוד על האנשים שיצאו נשכרים מקבלתו לא הייתה אוטומטית. כדי למנותם לתפקידי שרים נדרשה החלטה של ראש הממשלה, וההחלטה המחייבת על כך הייתה יכולה להתקבל רק לאחר שהתיקון לחוק היסוד נכנס לתוקפו. הוא הדין בעניין ממשלת החילופים. אכן, בתיקון שנדון שם נקבע כי הוא יחול גם על הכנסת ה-23, וזאת בעת שתוצאות הבחירות כבר היו ידועות. אולם, באותה עת הממשלה

טרם הוקמה, ולכן קבלתו של חוק היסוד נעשתה בתנאים מסוימים של חוסר ודאות. ניתן אמנם לומר שברמה של הערכה מעשית קבלתו של התיקון לחוק היסוד הייתה צפויה להיטיב עם גורמים פוליטיים מסוימים. אולם, לא הייתה ודאות מוחלטת ביחס לכך. גם לאחר קבלתו של התיקון לחוק היסוד באותו מקרה, לפחות במישור התיאורטי, הצבעת האמון בממשלה יכולה הייתה שלא לצאת אל הפועל בסופו של דבר. בשונה מכך, המקרה שבפנינו הוא מקרה שבו תחולת התיקון לחוק היסוד על אדם מסוים, ראש הממשלה, היא ברמת ודאות של מאה אחוז. במאמר מוסגר אעיר כי חלק נרחב מהדיון בעניין ממשלת החילופים נסב על מאפיין ה"ציבות" של חוק היסוד, בנוסף למאפיין ה"כלליות" (וזאת בשים לב לקשר שעשוי להתקיים בין שני מאפיינים אלה, כפי שצינתי באותו מקרה בעצמי (שם), בפסקאות 21-22 לפסק דיני)).

19. מקרה שלישי שיש להתייחס אליו, ואשר נבדל בבירור מן השניים שנדונו לעיל מהיבט הוודאות ביחס לתחולה הפרסונלית, נסב על חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), שנודע בציבור כ"חוק דרעי". תיקון זה נדון בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023)). בנסיבות אותו עניין, התיקון לחוק היסוד הוחל באופן מיידי כך שהיה "תפור" למידותיו של השר אריה דרעי. בנסיבות אלו, חיוויתי דעתי כי "התיקון לחוק היסוד והחלתו על דרעי באופן מיידי לא רק שינו סדרי עולם וממשל, אלא היו בעלי השפעה נקודתית, שלא לומר 'כירורגית'... זאת, כאשר מביאים בחשבון כי, הלכה למעשה, אין מחלוקת שדרעי היה המועמד היחיד לתפקיד שר ש'נהנה' ממהלך זה" (שם, בפסקה 49 לפסק דיני). עוד הבהרתי כי אין חולק על כך שהכנסת הייתה רשאית לתקן את חוק-יסוד: הממשלה בכל הנוגע לקביעת תנאי הסף של כשירות לכהונה בממשלה לאחר הרשעה בפלילים. על כן, בחנתי באותו עניין אך את ההיבטים הנוגעים להחלתו של התיקון באופן מיידי, ובפרט ביחס לשימוש שנעשה בתיקון לחוק היסוד כך שיתאים לנסיבותיו האישיות של דרעי. בתוך כך ציינתי כי התיקון לחוק היסוד עורר קושי של ממש וזאת "על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים" (שם, בפסקה 47 לפסק דיני). ניתן להיווכח

שמקרה זה שונה במאפייניו או ב"דרגת" הפרסונליות בהשוואה לשני קודמיו, ומנגד דומה עד זהה למקרה הנדון בפנינו כעת.

האם החלתו המיידית של תיקון מס' 12 מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת?

20. בשלב זה, ועל סמך הדוגמאות הקודמות שבהן נדונו תיקונים לחוקי יסוד, אני מבקשת להידרש למחלוקת הנוכחית: האם תיקון מס' 12 מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת? ככל שהתשובה לכך היא חיובית – יש לבחון מהן התוצאות הנובעות מכך. באופן קונקרטי, התשובה לשאלה זו נגזרת מהדיון בהיבט שכנגדו הוצא הצו על-תנאי – תחולתו המיידית של תיקון מס' 12 גם על תקופת כהונתה של הכנסת ה-25, וממילא על ראש הממשלה הנוכחי, להבדיל מהחלתו רק על כנסות עתידיות.

21. לשיטתי, בשים לב לכך שתיקון מס' 12 חל על ראש הממשלה, במועד שבו זהותו כבר ידועה – יש לקבוע כי התיקון הוא פרסונלי, כלומר אינו מקיים את מאפיין הכלליות, וממילא אינו יכול לחול בכנסת הנוכחית. הכול – כמפורט להלן.

22. בענייננו אין מדובר במקרה "רגיל" של תיקון לחוק יסוד הנוגע להסדרה מוסדית של פעילות הממשלה או לכהונתו של ראש הממשלה. המדובר בתיקון לחוק יסוד שתחולתו על ראש הממשלה היא בנושא שאין אישי ממנו – שאלת כשירותו – וזאת בנסיבות שבהן זהותו ידועה כבר במועד החקיקה, וכן ידוע הרכב הממשלה מבחינת זהותם של השרים שצפויים להחליט בשאלה של נבצרות ראש הממשלה, ככל שזו תעלה. כמו כן, התיקון נעשה לאחר שכבר מתנהל הליך פלילי בעניינו של ראש הממשלה, והיה גלוי וידוע כי ישנן עתירות תלויות ועומדות בנוגע להכרזה על נבצרותו. לכך יש להוסיף, כי סמכות הפיטורין של ראש הממשלה ביחס לשרי הממשלה היא רחבה ביותר (ראו: בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446 (2004)), כך שבאופן עקיף נתונה לו גם שליטה בגיבוש הרוב הנדרש בממשלה להחלטה או להעדרו. בנסיבות אלה, נוצר הרושם שההסדר שקובע התיקון נתפר במדויק למידותיו של ראש הממשלה המכהן והחלתו המיידית היא בעלת אופי פרסונלי. עוד יצוין בהקשר זה כי קביעה של כלל נבצרות חדש

בשלב שבו כבר הוקמה ממשלה, ובאופן שמצמצם את אפשרותה להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה, מהווה הלכה למעשה חיזוק של ראש הממשלה אף מול שרי הממשלה עצמם. זוהי סיבה נוספת לכך שתחולתו המיידית של תיקון מס' 12 היא בעלת אופי פרסונלי.

23. חשוב לשים לב, שקבלתו של תיקון מס' 12 חלה באופן מיידי על ראש הממשלה, מבלי שנלווה לתחולה זו כל יסוד של אי-ודאות ומבלי שנדרשת החלטה נוספת. אין כל צל של ספק באשר לתחולת התיקון לחוק היסוד על ראש הממשלה המכהן. זאת, בשונה משתי הדוגמאות הראשונות שנדונו לעיל. כפי שכבר הסברתי, כאשר בוטלה ההגבלה על מספר השרים בממשלה, עדיין לא הייתה ודאות משפטית (להבדיל מהערכה פוליטית) באשר למוטבים של אותו תיקון. הוא הדין במקרה של ממשלת החילופים. הערכות פוליטיות באשר לזהותם של המוטבים היו גם היו, אך לא ודאות משפטית.

24. דרך נוספת להשקיף על הדברים היא שבעת חקיקת התיקון מושא דיונו כל אחד ואחת מחברי הכנסת שהצביעו בעד תיקון מס' 12 ידעו כי תמיכה בו תפחית במידה משמעותית את הסיכון לנפילתה של הממשלה שבה הם תומכים וכבר קיבלה את אמון הכנסת. מסקנה זו נובעת מכך שלפי סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כאשר נבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו למעלה ממאה ימים, רואים את הממשלה כאילו התפטרה. נבצרות של קבע היא המשכה הישיר (על ציר הזמן) של נבצרות זמנית. החלת תיקון מס' 12 במתכונת של תחולה מיידית הינה אפוא עניין פרסונלי הנוגע לא רק לראש ממשלה מסוים, אלא עניין פרסונלי לא פחות מבחינת כל אחד ואחת מחברי הכנסת שתמכו בתיקון מס' 12 (בהינתן השלכותיו על צמצום האפשרות להכרזה על נבצרות).

25. אינני מקבלת את הטענה כי מטבע הדברים חקיקה הנוגעת לתפקיד ראש הממשלה היא בהכרח פרסונלית מאחר שקיים רק אדם אחד בתפקיד זה בכל רגע נתון. קיימים בעלי תפקידים רבים שהם "יחידים" – נגיד בנק ישראל, הרמטכ"ל, ראש השב"כ, מפכ"ל המשטרה ועוד היד נטויה. מקובל עלי שלא כל חקיקה

שתעסוק בהיקף סמכויותיהם של בעלי תפקידים אלה תיחשב פרסונלית רק משום שמכהן בהם אדם אחד בכל עת. אולם, יש הבדל בין קביעת הסדר חדש בעל אופי כללי לבין חקיקה שמבחינת תוכנה משליכה על ממלא התפקיד באופן שאין אישי ממנו – אופן ההכרעה בשאלת כשירותו למלא את התפקיד, במצב שבו כבר התנהל הליך פלילי והיה ידוע שהוגשו עתירות בנוגע להכרזה על נבצרותו. ניתן לשוב ולהזכיר כי ככל שמדובר בחקיקה רגילה החלה על בעל תפקיד נתון ומתעורר החשש שהיא פרסונלית במובנה השלילי, קיימת דרך להסיר את החשש: הליך של ביקורת שיפוטית הבוחן את ההצדקה להחלה המיידית של התיקון. אולם, בפנינו לא חקיקה רגילה בעלת אופי פרסונלי, אלא הסדר חוקתי בעל אופי פרסונלי, עובדה המעצימה את הקושי.

26. לא למותר לציין כי הבעיה של החלת תיקון לחוק יסוד במתכונת של "מעכשיו לעכשיו", באופן שפותח את הדלת לקביעת מועד תחולה על בסיס פרסונלי, קשורה בקושי רחב יותר שמאפיין את מפעל חוקי היסוד בישראל. על-פי הדין הנוהג, חקיקתו של חוק יסוד אינה כפופה לפרוצדורה מיוחדת או מורכבת מזו של חוק רגיל, בשונה מן הנורמה המקובלת לגבי תיקונים חוקתיים במדינות אחרות שכפופים לפרוצדורות מיוחדות (באופנים שונים) – המבוססות על תנאים כדוגמת רוב מיוחד, אישור של יותר מגוף חקיקתי אחד ועוד. ככל שהפרוצדורה לתיקון חוקתי היא מורכבת יותר, כך קבלתו בטווח מיידי הופכת מורכבת יותר. לא כך בישראל, וזוהי אחת הבעיות שלהן אמור לתת מענה חוק-יסוד: החקיקה, לכשייחקק.

27. אני מבקשת להטעים כי לשיטתי, את המסקנה לפיה תחולתו המיידית של חוק היסוד שבפנינו היא בעלת אופי פרסונלי ניתן לבסס במקרה זה אף מבלי להידרש לדברים שנאמרו בהליך החקיקה עצמו (במליאה, כמו גם בוועדות הכנסת) ושאליהם מפנה חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן בהרחבה. התחולה המיידית של תיקון מס' 12 מעניקה לראש הממשלה הנוכחי יתרון שלא יהיה לאף ראש ממשלה אחר מכוחו – הנאה מהליך נוקשה להכרזה על נבצרות לאחר שהממשלה הוקמה וקיבלה את אמון הכנסת על רקע מצב משפטי אחר, היינו על רקע המצב המשפטי

שהיה קיים עובר להקמת הממשלה. על כן, להבנתי, אף לפי הסיווג שערך חברי השופט סולברג בין שלוש הקבוצות השונות, מקרה זה אינו משתייך לקטגוריה השלישית שהוצעה על-ידו, אלא בבירור לקטגוריה השנייה שאותה הוא אפיין ככזו ה"פונה לקבוצה כללית של נמענים" וזאת כאשר "ניכר כי ההסדר שנקבע בה, 'תפור' בתפרים המיועדים למידותיו של גורם מסוים" (פסקה 27 לפסק דינו).

מהלכה למעשה: שאלת הסעד

28. מהי התוצאה המעשית הנגזרת מן האמור עד כאן? לנוכח גישתי בעניין שפיר, השוללת מכל וכול את האפשרות לחוקק חוקי יסוד פרסונליים אין כלל מקום להידרש לטענה כי בנסיבותיו של מקרה נתון עשויים להיות לחקיקת יסוד פרסונלית יתרונות או הצדקה. חברתי הנשיאה (בדימ') חיות הציגה בעניין שפיר מבחן דו-שלבי, הפותח פתח למתן תוקף לחוק יסוד כזה ככל שיש "צידוק" לכך. כשלעצמי, אני סבורה כי המקרה שבפנינו מבהיר שדבקות במבחן חד-שלבי לבחינת השאלה של שימוש לרעה בחוק יסוד היא עדיפה. לא לבית המשפט לקבוע מתי קיים צידוק לסטייה מכללי המשפט החוקתיים שאמורים לשמש כמסד לשיטתנו המשפטית. זאת ועוד, צידוק מסוג זה יהיה נטוע, במקרה הרגיל, במישור החיים הפוליטיים. ייתכן שמחוקקיו של התיקון שבפנינו סברו כי יש תועלת בחיזוק מעמדו של ראש הממשלה במתכונת שבה בחרו. הכנסת וראש הממשלה אף טענו שיש צידוק לחקיקת התיקון ולהחלתו המיידית בשל הצורך להשלים את הלקונה הקיימת לכאורה בדיני הנבצרות, על דרך אימוץ של הסדר מפורט בעניין זה. אינני נדרשת לטענות אלה (מעבר להערותיי בפסקה 3 לעיל). בהתאם לגישתי בעניין שפיר די לי בכך שההסדר שעוגן בחקיקת יסוד הוא פרסונלי, ועל כן אינו יכול למצוא את מקומו במסגרת המסד החוקתי של המדינה, במנותק משאלת הצידוק. בהקשר זה אבהיר, בהתייחס להערתו של חברי השופט ע' גרוסקופף, כי הסתייגותי שלי מהכללת הסדרים פרסונליים בחוק יסוד מבוססת על עמדה נורמטיבית ביחס לתפקידה של החוקה, אף מבלי להידרש לשאלת התכלית העומדת ביסודם של הסדרים אלה. לשיטתי, חוקה אינה אמורה לשמש כלי לפתרון בעיות נקודתיות ואינדיווידואליות, ועל כן ממילא אין צורך לבחון את שאלת הצידוק לכך שישולבו בה הסדרים שאלה תכליתם.

29. כך או אחרת, אף לשיטת מי שסוברים כי יש מקום לבחון את שאלת הצידוק, בחינה זו אמורה להיות מוגבלת להצדקה לפן הפרסונלי של התיקון, דהיינו החלתו המיידית. במובן זה, התייחסותם של חבריי לכך שחוק-יסוד: הממשלה היה טעון הבהרה בכל הנוגע להסדרים הנוגעים לנבצרותו של ראש הממשלה (עניין שאינני משוכנעת בו, כפי שפירטתי בפסקה 6 לעיל) אינה נותנת מענה לקושי שמעוררת תחולתו המיידית של ההסדר. השאלה אינה רק אם תיקונו של חוק היסוד היה נדרש, אלא אם היה נדרש לתקנו כך שיחול על ראש הממשלה המכהן בשעה שנפתחו בעניינו הליכים פליליים ושאלת נבצרותו כבר הועלתה לדיון במסגרת עתירות שהוגשו לבית משפט זה.

30. חברי השופט סולברג מציין כי כאשר נעשה שימוש לרעה בחוק יסוד התוצאה היא "שינוי" ההסדר לדרגת חוק רגיל. אינני רואה כך את הדברים. כאשר הסדר מסוים אינו ראוי להיחקק כחוק יסוד, התוצאה היא שהדרך פתוחה בעתיד לחקיקתו בדרך של חוק רגיל. אולם, אין משמעותם "שינוי" אוטומטי למעמד של חוק רגיל, שייעשה על-ידי בית המשפט הדין בעתירה שהוגשה כלפי החוק. אין זה תפקידו של בית המשפט, והדברים מתחייבים גם מעקרון הפרדת הרשויות. לאמיתו של דבר, תוצאה זו מתחייבת אף בשל החשיבות בהקפדה על הגבולות בין הסמכויות השונות של הכנסת כרשות מחוקקת וכרשות מכוננת (כפי שמציינת חברתי, הנשיאה (בדימ') חיות בפסקה 12 לפסק דינה כאן). המשמעות היא, על כן, כי במקרה זה על הכנסת לשקול אם היא מעוניינת לחוקק את ההסדר במתכונת של חוק רגיל, וככל שכך תעשה, יידרש דיון נפרד בשאלה אם ההסדר תקף. ניתן להדגים את הדברים מתוך המקרה שבפנינו: ככל שההוראות שנכללו בתיקון מס' 12 היו נחקקות כהוראות בחוק הממשלה, התשס"א-2001 היה נדרש דיון בשאלה אם הגבלת עילות הנבצרות היא פירוט של ההסדר הקבוע בחוק היסוד או סטייה ממנו, וכן באופי הדרישה לרוב מיוחד לצורך הכרזה על נבצרות של ראש הממשלה. ממילא אין מקום לערוך בחינה כאמור מקום בו הכנסת חוקקה את התיקון כתיקון חוקתי. התוצאה היא אפוא בטלות תחולתו המיידית של התיקון.

הערה לפני סיום: על כללי הדיון בבית המשפט הגבוה לצדק

31. במאמר מוסגר, אוסיף – בהתייחס לקריאה בדברי ימי החקיקה – הערה נוספת שיש לה חשיבות, לא רק בהקשר הנוכחי. עולה מדברי ימי החקיקה כי היוזמה לתיקונו של חוק היסוד התעוררה, בין היתר, על רקע החלטה שניתנה בעתירה שהוגשה בעת שניהנתי כשופטת תורנית – בה התבקש להורות ליועצת המשפטית לממשלה להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה בגדרו של המצב המשפטי שקדם לתיקון מס' 12 (בג"ץ 1158/23 התנועה למען איכות השלטון נ' היועצת המשפטית לממשלה). בהחלטתי מיום 10.2.2023 הוריתי למשיבים להגיש תגובה מקדמית לעתירה. בהמשך לכך, אף במסגרתה של עתירה נוספת שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 1214/23 התנועה הדמוקרטית האזרחית נ' ראש הממשלה) הורתה חברתי, השופטת ע' ברון על הגשת תגובה מקדמית. בסופו של דבר שתי העתירות נמחקו ביום 29.3.2023 (בפסק דין שניתן בהרכב שכלל אותי עם חבריי השופטת ברון והשופט א' שטיין). כפי שניתן להיווכח מהדיונים שהתקיימו בכנסת בנוגע לתיקון מס' 12, ההחלטה על קבלת תגובה התפרשה, שלא בצדק, כנקיטת עמדה בעתירה לגופה, ולמצער כנקיטת עמדה באשר לכך שהעתירות לא יידחו על הסף. היו שראו בה הצדקה ל"הנעה" של גלגלי החקיקה בכל הנוגע לתיקון. יש להצר על כך – לא בפן האישי, אלא בפן המוסדי הנוגע ליחסי הגומלין בין הרשויות. כמו כן, יש מקום להבהיר: כאשר מוגשת עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, חובתו של השופט התורן היא להחליט אם העתירה מצריכה תגובה מקדמית. החלטה המורה על קבלת תגובה מקדמית אינה מלמדת דבר על ההכרעה הצפויה בתיק, ואף אינה מלמדת על כך שהעתירה לא תידחה על הסף בסופו של דבר. כל משמעותה של החלטה על הוצאה לתגובה היא שהשופט או השופטת התורנים סבורים שהכרעת המותב שידון בעתירה באשר לטיפול בה תצא נשכרת מקבלת תגובתו של הצד השני. היא עשויה להוביל, ואף מובילה לא אחת, לדחייה של העתירה על הסף, כלומר ללא דיון באולם – אך זאת על בסיס קבלת תשתית עובדתית ומשפטית עשירה יותר שאינה נסמכת רק על טענותיו של צד אחד (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 437-439 (2017). לדוגמאות, ראו למשל: בג"ץ 3697/23 אגבאריה נ' יחב"מ – משטרת ישראל, פסקה 12 (19.11.2023); בג"ץ 4782/23 שר נ' שר הבריאות, פסקה 5 (20.11.2023);

בג"ץ 7753/23 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון לאומי, פסקה 20 (23.11.2023); בג"ץ 5392/23 עזבון המנוח ניסים צפירה נ' רשות המיסים – סגן הממונה לענייני גבייה, פסקה 15 (29.11.2023).

סוף דבר

32. הגעתי לקו הגמר. מסקנתי היא שתיקון מס' 12 נעדר תוקף ככל שהדבר נוגע לתחולתו המיידית בכנסת הנוכחית, ועל כן אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן. לפסק דיננו אין כל משמעות מעשית במישור המיידית. הוא אינו מכריע בכל עניין הנוגע לשאלת נבצרותו של ראש הממשלה. הוא רק מבהיר שכך אין לחוקק חוקי יסוד. פסק דיננו אף אינו נוקט עמדה לגופו של ההסדר הראוי בסוגיית הנבצרות. אולם, חקיקתו של חוק יסוד פרסונלי בנושא זה לא תיתכן, כפי שלא תיתכן לגישתי חקיקתו של חוק יסוד פרסונלי בכל נושא אחר.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

1. אני מצטרף לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא השופט ע' פוגלמן, ולתוצאה של דחיית תחולתו של תיקון מס' 12 לחוק יסוד: הממשלה (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון לחוק היסוד). סעד זה הוא בבחינת המינימום הנדרש, בהתאם לגדרו של הדיון כפי שנקבע בצו על תנאי שניתן על ידינו בעתירה זו.

2. היסודות לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת הונחו במספר פסקי דין של בית משפט זה, והדוקטרינה עוצבה ונפרטה למבחני משנה קונקרטיים בפסק דינה של הנשיאה חיות בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021). לדידי, המדובר בהלכה מחייבת שאין כיום מקום לחזור ולהרהר אחריה, וכפי שהבהיר המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 97 (12.7.2021): "דוקטרינה זו היא עתה גם בבחינת הלכה [...]".

חברי, השופט סולברג, קורא לנו במסגרת עתירה זו לחזור לחוף המבטחים של המבחן הצורני-טכני של הכותרת "חוק יסוד". קריאה זו משתלבת עם עמדתו בעניין עילת הסבירות (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין עילת הסבירות)), שלפיה אין לבית משפט זה סמכות לבקר חקיקת יסוד. אני נכון להיענות לקריאתו של חברי, מהסיבה הפשוטה שמשמעותה מתן כוח בלתי מוגבל לכנסת (ובמבנה המשטרי של מדינתנו גם לממשלה) בכובעה כרשות מכוונת, כאשר אין ניצבים מנגד מנגנוני איזונים ובלמים שיבטיחו הגנה על העקרונות הדמוקרטיים ועל זכויות הפרט. על כך עמדתי בהרחבה בעניין עילת הסבירות ולא אחזור על הדברים.

3. ענייננו מתמקד בבחינת יסוד הכלליות של התיקון לחוק היסוד, וזאת במסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת. נורמה משפטית חקיקתית אמורה להיות כללית, וכפי שנאמר בהקשר אחר: "חוק, מבחינה מהותית, קובע נורמה כללית" (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 356 (1999)). כך לגבי חקיקה רגילה, כך במיוחד לגבי נורמות חוקתיות (וראו את פסק דינו של השופט פוגלמן, בפסקאות 37-38).

הכלליות של הנורמה היא חלק משלטון החוק המהותי. "הכלליות היא אחד מן המאפיינים המרכזיים של הנורמה המשפטית, הקושרים אותה עם הערך של שלטון החוק" (חיים גנז "על כלליות של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579, 579 (1991)). יש הרואים את הכלליות של הנורמה כנובעת מעקרון הפרדת הרשויות, ויש שקושרים עקרון זה גם לשוויון המהותי (מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173 (2018) (להלן: טמיר, חקיקה פרסונלית)). ודוק: הגם שחקיקה פרסונלית אינה רצויה, היא אינה אסורה אך ורק בהיותה פרסונלית. בנקודה זו אני חולק על דעתו של חברי השופט שטיין שלפיה הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק פרסונלי, כפי שנקבע על ידו בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.10.2023). לדידי, הכנסת מוסמכת לחוקק חוק פרסונלי, אך ראוי כי הדבר ייעשה בנסיבות חריגות ומיוחדות. לכן, השאלה אם חוק מסוים הוא פרסונלי היא אך השלב הראשון, ובשלב השני יש לבחון את הצידוק לכך, ובהתאם, אם לפסול את החוק בשל היותו פרסונלי. מבלי לקבוע מסמרות, מקומה של חקיקה פרסונלית הוא כאשר השעה צריכה לכך, לנוכח צורך ציבורי-כללי דוחק, ולא כאמצעי לפתרון בעיה אישית מזדמנת.

4. חבריי, הנשיאה (בדימ') חיות וממלא מקום הנשיא השופט פוגלמן, היטיבו להראות מדוע התיקון לחוק הוא תיקון פרסונלי, ואילו לגישתו של חברי, השופט סולברג, "אין לזהות נורמה כפרסונלית, כל עוד לשונה היא כללית" מן הטעם ש"אין בידינו הכלים לקבוע כי הנורמות הללו נגועות בתכלית פרסונלית פסולה". גישה זו שוללת למעשה את האפשרות לסווג את הקטגוריה של קבוצת המקרים שבהם אין בלשון החוק רמז למימד פרסונלי. לפי שיטה זו, גם אם המכוננים יזעקו בקול גדול מעל כל גבעה ותחת כל עץ רענן כי תכלית החקיקה היא פרסונלית, גם אם ברי לכל בר בי רב דחד יומא כי התכלית היא פרסונלית – גם אז די יהיה לעטוף את החוק בלשון ניטרלית של נורמה כללית כדי להוציאו מכלל פרסונליות. לדוגמה, פלוני נדון לשנתיים מאסר בפועל שאותן סיים לרצות כשלוש שנים לפני הבחירות, אך הממשלה חפצה ביקרו, ולכן מתקנת הכנסת את סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה כך שייקבע כי "לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר העולה על שלוש שנים וביום מינויו טרם עברו שנתיים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר [...]". במקרה כזה, לשיטתו של חברי, העובדה שמדובר בנורמה כללית שתחול על כל השרים מכאן ולהבא, תכשיר חוק כזה מיניה וביה. תוצאה זו קשה לטעמי להלום.

לא בכדי הבאתי כדוגמה את סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה. בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין דרעי), נדון סעיף זה במסגרת תיקון מס' 11 לחוק יסוד: הממשלה. על אף שהתיקון לחוק היסוד נוסח כנורמה כללית, חלק מהשופטים הביעו את דעתם כי מדובר לכאורה בתיקון פרסונלי שנתפר למידותיו של חבר הכנסת דרעי, ואביא מקצת הדברים שם:

"הליך חקיקת תיקון מס' 11 אכן מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר" (פסקה 42 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

"דומה כי זו הפעם הראשונה של חקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר המידות, על מנת לתפור את חוק היסוד למידותיו של דרעי עוד טרם הקמת הממשלה. אף דומה כי זו הפעם הראשונה שחקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר מידות נעשית בבהילות כה רבה, כדי כך שנקבע באופן כמעט חסר תקדים, כי תחולתו של התיקון היא מיום קבלת התיקון בכנסת, חלף המועד של פרסום החוק ברשומות" (פסקה 12 לפסק דיני).

"תנאי הכשירות לכהונת שר, כנוסחן בתיקון הנ"ל, נתפרו והוגמשו על מנת להלום את מידות עברו הפלילי של דרעי" (פסקה 8 לפסק דינה של השופטת וילנר).

"סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד תוקן סמוך לאחר הבחירות תוך שנתפרה לדרעי 'חליפת כשירות' התואמת את מידותיו" (פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ברון).

"קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוננת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי – על מנת לעקוף את הדרישה לברר את השלכות ההליך הפלילי על כשירותו של ח"כ דרעי להתמנות לשר באמצעות המסגרת המשפטית שנקבעה לכך" (פסקה 4 לפסק דינו של השופט גרוסקופף).

הנה כי כן, על אף כלליותה של הנורמה בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, אנו מוצאים כי האפשרות שמדובר בחוק פרסונלי, לא רק שלא נשללה, אלא שהנטייה הייתה לסווג את התיקון לחוק היסוד כחוק פרסונלי (אזכיר כי בעניין דרעי ניתן היה להעניק סעד במישור המינהלי, כך שבית המשפט לא נדרש להשתמש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת).

5. ומהתם להכא.

את שרואה חברי, השופט טולברג, כערפל סמיך שנלווה למסע, אני רואה כאור שמש בהיר המאיר את דרכנו למסקנה הבלתי נמנעת כי לפנינו חוק פרסונלי. על דרך השלילה אומר כי אם במקרה הקיצוני דנן לא נגיע למסקנה זו, הרי שבכל מקרה המשותף לקטגוריה השלישית של מקרים, בהתאם לסיווג שערכו חברי השופטים פוגלמן וטולברג, ניתן יהיה לטעון כי בשל לשונו הניטרלית-כללית של החוק אין לראותו כחוק פרסונלי.

6. חוק שהורתו פרסונלית, מגיב לאירועים כמו חוק פרסונלי, משפיע מיידית על סביבתו כמו חוק פרסונלי, ומעיד על עצמו לכל אורך הליכי החקיקה שהוא חוק פרסונלי – הוא חוק פרסונלי. חברי, השופט פוגלמן, סקר עקב בצד אגודל את השתלשלות הדברים שהביאה אותנו עד הלום. לא אחזור על הדברים ואזכיר באופן כרונולוגי את אבני הדרך העיקריות:

(-) 4.1.2023 – נאום שר המשפטים בדבר ה"רפורמה המשפטית".

(-) 23.1.2023 – מכתב ראשי הקואליציה ליועצת המשפטית לפיו "ניסיון להכרזה או הכרזה על נבצרות של מנהיג מכהן, מהווים ניסיון בלתי חוקי בעליל להדיחו ולהפיל ממשלה נבחרת וחוקית".

(-) 23.1.2023 – מכתב התשובה של היועצת המשפטית לממשלה, במסגרתו הבהירה כי נושא הנבצרות כלל לא נדון על ידה.

(-) 1.2.2023 – מכתב היועצת המשפטית לממשלה בדבר יישום הסדר ניגוד העניינים על מרכיבים שונים של "הרפורמה המשפטית".

(-) 10.2.2023 – החלטת השופטת ד' ברק-ארז בשבתה כשופטת תורנית על הגשת תגובת הממשלה לעתירה שביקשה להורות על יציאתו לנבצרות של ראש הממשלה בשל הפרת האיסור להימצא בניגוד עניינים. החלטה דומה ניתנה גם ביום 12.2.2023 בעתירה נוספת (העתירות יכוננו להלן יחד: עתירות הנבצרות).

(-) 11.2.2023 – הודעת ראשי מפלגות הקואליציה אשר דוחה בתוקף את הדיון "הבלתי לגיטימי" בדבר נבצרות ראש הממשלה.

(-) 20.2.2023 – הנחת ההצעה לתיקון חוק היסוד על שולחן הכנסת.

(-) 27.2.2023 – הקמת "הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה" (להלן: הוועדה) לשם דיון בתיקון לחוק היסוד.

(-) 22.3.2023 – התיקון לחוק היסוד מתקבל בכנסת.

(-) 22.3.2023 - נאום ראש הממשלה על כך שהוא "נכנס לאירוע".

(-) 26.3.2023 – המועד האחרון להגשת תגובות בעתירות הנבצרות.

(-) 29.3.2023 – עתירות הנבצרות נמחקות.

7. על רקע לוח זמנים זה, קל לזהות את המרכיבים השונים שבהצטברותם מצביעים על כך שהתיקון לחוק היסוד טבול בפרסונליות מכף רגל ועד ראש, הן במניע והן בתכלית:

העיתוי: למעלה מחמישים שנה נותר על כנו הסדר הנבצרות בחוק יסוד: הממשלה. כנסת באה והלכה, ממשלות התחלפו, ראש ממשלה הוכרז כנבצר (אריק שרון), מספר עתירות הוגשו בנושא נבצרות ראש הממשלה – וכל אותה עת לא נעשה דבר לשינוי חוק היסוד. רק בעקבות החלטת השופטת ברק-ארז בעתירות הנבצרות (החלטה טכנית במהותה, שניתנת כדבר שבשגרה על ידי השופט התורן), נזעקו המכוננים לקבוע הסדר נבצרות חדש בהצעת חוק שהוגשה תוך עשרה ימים לאחר ההחלטה.

מסלול מיוחד ומהיר: כאמור, הוקמה ועדה מיוחדת לצורך תיקון חוק היסוד. הליכי התיקון הסתיימו תוך כחודש, וניתנה לו קדימות על פני תיקונים שנכללו ב"רפורמה המשפטית" כמו עילת הסבירות ושינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, דבר שמלמד על "הבהילות" שחש המכונן.

האפקט המיידי: התוצאה האופרטיבית של החלתו המיידית של התיקון לחוק היסוד הייתה מחיקת עתירות הנבצרות והסרת החשש מפני אפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה שלא מטעמי בריאות.

כוונת המכוננים: כפי שבאה לידי ביטוי בדברי חברי הוועדה – החל מאמירתו של ח"כ ארבל כי מדובר ב"חוק השופטת ברק-ארז", דרך שלל אמירות והתבטאויות, לרבות אלה של יו"ר הוועדה, וכלה בח"כ סעדה שהסביר לח"כ רייטן: "פשיטה שבגלל זה חוקקנו" – והכל כמפורט בהרחבה בפסקי דינם של חבריי.

האקדח המעשן: מסך הבערות הוסט מלוא רוחבו וקומתו שעות ספורות לאחר שהתקבל התיקון לחוק היסוד, כאשר ראש הממשלה, אשר מושפע באופן מיידי מהסדר הנבצרות, התייצב והכריז: "איימו להוציא אותי כראש הממשלה לנבצרות [...] עד כאן. אני נכנס לאירוע". אין מדובר בפרשנות שגויה של ראש הממשלה ולניסיון בלתי צליח להתגבר על ניגוד העניינים, אלא בהכנה נכונה של התוצאה הנורמטיבית הנובעת מהסדר הנבצרות החדש, שלפיו נשללו כל חשש וכל אפשרות להוצאתו לנבצרות מסיבות "תפקודיות".

תוכן התיקון: אקדים ואבהיר כי אין בדעתי לדון בתוקפו של התיקון לגופו, באשר הדבר חורג מגדרו של הצו על תנאי שעניינו אך בתחולתו של התיקון. אולם תוכנו של התיקון מעיד גם על אופיו הפרסונלי. אלמלא הוסט מסך הבערות לכל אורך

הליכי החקיקה, ספק אם היה מתקבל הסדר נבצרות כה נוקשה. ראשית, הסדר הנבצרות צומצם לנסיבות בריאותיות בלבד (אי-מסוגלות פיזית או נפשית), על אף שלא ניתן לחזות את כל המצבים האפשריים. שנית, ההסדר עוצב באופן שעלול לחתור תחת התכלית של רציפות שלטונית, תכלית שעומדת בבסיס ההסדר כולו. גם כאשר הסיבה לנבצרות היא קיומם של טעמים בריאותיים ברורים ואובייקטיביים, נדרשת החלטה של שלושה רבעים מחברי הממשלה, אשר תתקבל במסגרת דיון שיכונס תוך שלושה ימים לבקשת שלוש חמישיות מחברי הממשלה (מה שבאופן תיאורטי מאפשר לראש הממשלה לפטר עוד קודם לכן שרים "סוררים" שהתפטרום נכנסת לתוקף תוך יומיים); החלטת הממשלה תובא לאישור ועדת הכנסת, שתיתן החלטתה על יסוד חוות דעת רפואית וברוב של שני שלישי מחבריה; ולבסוף, הארכת הנבצרות טעונה החלטה של הכנסת, לפי הצעת ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב של שמונים חברי הכנסת (סעיפים 16(1)(ב), (1), (2) ו-(4) לחוק היסוד). צא ולמד: לצורך העברת ראש הממשלה מתפקידו מטעמים פוליטיים נדרש רוב של 61 חברי כנסת בהצעת אי אמון קונסטרוקטיבי, אך על מנת להאריך נבצרות של ראש ממשלה מתפקידו בשל טעמים בריאותיים נדרש רוב של 80 חברי כנסת, מה שמצריך גם שיתוף פעולה מצד האופוזיציה. הסדר נבצרות כה נוקשה, עוצב כאשר דמותו וצרכיו המידיים של ראש הממשלה הנוכחי עמדו נגד עיני המכוננים. לא מן הנמנע כי אילו הסדר הנבצרות היה מעוצב מאחורי מסך הבערות, מתוך ראייה משטרית רחבה ומרחיקת ראות, היה ההסדר מעוצב באופן נוקשה פחות. לא למותר לציין כי ההסדר החדש כשל בהזדמנות הראשונה שבה היה צורך להפעילו, לאחר שלא היה הרוב הנדרש של שני שלישי בוועדת הכנסת לאשר בדיעבד הוצאה לנבצרות של ראש הממשלה, בעקבות אשפוזו הקצר בבית חולים.

תחולת התיקון: על אף שמדובר בתיקון לחוק יסוד, על אף שהתיקון נעשה בתגובה לחשש שמא יוכרז על נבצרות ראש ממשלה מסוים, על אף שלכאורה לא היה מקום להחיל את התיקון ההסדר שעמד על מכונו כיובל שנים – על אף כל אלה, הכנסת לא דחתה את תחולתו של התיקון. אילו כך נעשה, ניתן היה לומר כי התכלית הופרדה מהמניע ואינה פרסונלית.

8. מכלול הנסיבות מעיד על כך שאין מדובר ב"עולמו הפנימי של המחוקק" שזלג אל תכלית החקיקה (פסקה 36 לפסק דינו של השופט סולברג), אלא מדובר בעולם חיצוני של המחוקק, שהניח את הדברים "על השולחן". בעוד הציבור שומע את הקולות ומבין היטב מדוע ולמה בא התיקון לחוק היסוד לעולם, דברים מפורשים הנאמרים על ידי המכוננים-המחוקקים מסווגים כחלק מ"עולמו הפנימי" של המחוקק.

בדיני ראיות מבקשים אנו לצמצם את הפער בין האמת המשפטית לאמת העובדתית: "שעתו היפה של השיפוט הינה כאשר 'האמת המשפטית' – זו האמת שבית המשפט קובע אותה כקיימת – מתקרבת במלוא האפשר אל 'האמת העובדתית' – זו האמת אשר קיימת במציאות כמות שהיא [...]" (אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז 11, 12 (1996)). בדומה, יש להיזהר שמא באמצעות דרכים משפטיות נתרחק מהעולם האמיתי.

9. הניסיון לטעון כי רק המניע-טריגר לתיקון חוק היסוד הוא פרסונלי, בעוד שתכלית התיקון היא כללית, נדמית בעיני כמשחק מילים גרידא. ניתן לומר כי הסדר הנבצרות עוצב מחדש עקב ובשל החשש להוצאת ראש הממשלה לנבצרות (מניע-טריגר), אך באותה מידה ניתן לומר כי "על מנת למנוע את הוצאת ראש הממשלה לנבצרות, עוצב מחדש הסדר הנבצרות" (תכלית). החלפת סדר המילים במשפט אינה משנה את מהות הדברים, ולפנינו תכלית פרסונלית מובהקת כפולה: למנוע את הדיון בעתירות הנבצרות ולאפשר לראש הממשלה לעסוק בענייני "הרפורמה המשפטית" מבלי לחשוש מפני הכרזת נבצרות (ללא קשר לשאלה אם מדובר בחשש ריאלי אם לאו). זו המטרה והתכלית הדומיננטית שביסוד התיקון, גם אם כתוצאה ממנו נקבע הסדר נבצרות כללי שתחולתו גם על ראשי הממשלה הבאים. אכן, העובדה שאירוע ספציפי או מקרה ספציפי יוצר תמריץ לחקיקה אינה הופכת את החוק לפרסונלי (טמיר, חקיקה פרסונלית, בעמ' 179-180). אם הכנסת, כרשות מכוונת, הייתה דוחה את תחולתו של התיקון לכנסת הבאה, אזי ידענו כולנו כי התיקון נעשה לשם שמייס, על מנת לכוון מנגנון חדש ושלם של נבצרות למען הדורות הבאים, אך לא כך נעשה בענייננו.

10. שתי הערות קצרות לפסק דינו של חברי, השופט סולברג:

א. חברי סבור כי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת היא עמומה וזורעת "אי-ודאות בשדה הזקוק לביטחון וליציבות". דומני כי אי היציבות מונחת כולה לפתחה של הרשות המכוונת, שמתקנת את חוקי היסוד חדשות לבקרים. המפתח ליציבות ולביטחון נמצא בידי הרשות המכוונת בדמות חוק יסוד: החקיקה ועל כך הרחבתי בעניין עילת הסבירות והקורא מוזמן לעיין שם.

ב. חברי הפנה לפסק הדין שדחה את העתירה כנגד התיקון לחוק בתי המשפט, [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, תיקון שאפשר את כהונתו של השופט גרוניס כנשיא בית המשפט העליון (בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (16.1.2012)). על כך אשיב בשלושה: ראשית, "פרסונלי יכה פרסונלי". התיקון נושא

אותה עתירה בא להשיב על כנו את המצב שהיה טרם נחקק חוק פרסונלי שנועד למנוע את מינויו של השופט גרוניס. הדבר נאמר במפורש בפסק הדין: "במלים אחרות: התיקון מ-2007 הוא 'חוק גרוניס' ולא דווקא החוק הנוכחי, שכן תוצאתו האחת הייתה – מניעת בחירתו של השופט גרוניס לכהונת נשיא [...] בפועל, החזיר החוק המתקן עטרה ליושנה – מינוי הנשיאה ומינוי הנשיא, כמו מינוי המשנה לנשיאה ומינוי המשנה לנשיא על-פי בכירותם: ודאות הבאה למנוע פזילה אל עבר הלא-נודע – על כל מגרעותיה". שנית, שם היה מדובר בחקיקה ראשית בעוד שענייננו בחוק יסוד, בחוקה העתידית של מדינת ישראל, ובעניין זה אני מפנה לדבריו של השופט פוגלמן, בפסקאות 37-38 לפסק דינו. שלישית, במועד שבו ניתן פסק הדין טרם גובשה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כך שכלי זה לא היה בידי בית המשפט.

12. סוף דבר, שתיקון מס' 12 נחקק שלא מאחורי מסך בערות, בגדר חקיקה פרסונלית תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. אני מצרף אפוא את קולי לפסק דינו של ממלא מקום הנשיא השופט פוגלמן, כי יש לדחות את תחולתו של התיקון לחוק היסוד למועד תחילת כהונת הכנסת הבאה.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לחוות דעתו המפורטת והמקיפה של חברי, ממלא מקום הנשיא, השופט עוזי פוגלמן. אבקש להוסיף מספר הערות משלימות.

סדר הדברים יהיה כדלקמן: תחילה, אציג את תפיסתי ביחס למהותה ותכליתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, וזאת ברוח הדברים שכתבתי באחרונה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקאות 30-32 לחוות דעתי (1.1.2024) (להלן: עניין עילת הסבירות). לאחר מכן, אעיר בנוגע להבחנה בין מניע לבין תכלית ואתייחס למבחן הדו-שלבי שנקבע בפסיקה תחת הדוקטרינה ולהחלתו על כינון חוק-יסוד בעל תכלית פרסונלית. לבסוף, אתייחס ליישום הדוקטרינה על המקרה שבפנינו, חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון), ולסעד הראוי בנסיבות העניין.

1. שורשיה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נטועים בחובת האמון הציבורית המוטלת על חברי הכנסת. חברי הכנסת הם שליחי ציבור – כך במכלול פעילותם בזירה הציבורית, ובכלל זה כאשר הם מחוקקים חוקים וכאשר הם מכוננים חוקי יסוד (ראו יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא 771, 788, 792-794 (2001)). מבחינה משפטית, משמעות הדבר היא שחברי הכנסת אינם מחזיקים את הכוחות העצומים שהופקדו בידיהם בעבור עצמם, אלא בנאמנות עבור הציבור. כפי שכבר נפסק, "נבחר הציבור מחזיק בסמכות ובשררה, ואולם אלה לא ניתנו בידי אלא לטובת הכלל [...]. חובת-אמון זו חלה על כל נבחר הציבור. היא חלה, למותר לומר, על חברי-הכנסת אף-הם" (בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 146 (2002) (להלן: עניין ועדת הכנסת)). מופע מובהק של חובת האמון המוטלת על חברי הכנסת הוא האיסור להשתמש בסמכויות שהופקדו בידיהם לקידום טובתם הכלכלית-האישית (שם, בעמ' 151 ו-171; בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 365 (1990)). מופע זה הוא למעשה יישום של ביטוי כללי יותר של חובת האמון, על פיו כל סמכות וסמכות המופקדת בידי חברי הכנסת, נדרשים הם להפעיל בהתאם לתכליות שלשמן הופקדה בידיהם, ולא על מנת לקדם תכליות זרות (השוו: עניין ועדת הכנסת, בעמ' 147). ומחובה זו נגזר האיסור: כאשר חברי הכנסת עושים בסמכות המופקדת בידיהם שימוש לתכלית זרה, דהיינו לתכלית שאיננה מסוג התכליות שלשמן ניתנה להם הסמכות האמורה, הם מפריים את חובת האמון הציבורית המוטלת עליהם (להרחבה ביחס לחובת האמון של חברי הכנסת ראו: סוזי נבות "חבר כנסת כ'נאמן הציבור'" משפטים לא 433 (2001); יגאל מרזל "ניגוד עניינים של חברי כנסת: בין הנאמנות למפלגה לנאמנות לציבור?" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 389 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכים, 2009). השוו: Robert G. Natelson, *The Constitution and the Public Trust*, 52 BUFF. L. REV. 1077, 1148-1156 (2004); D. Theodore Rave, *Politicians as Fiduciaries*, 126 HARV. L. REV. 671, 708-713 (2013); (FIDUCIARY GOVERNMENT (Evan J. Criddle et al. eds., 2018). ואכן, בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד) ציינתי את הדברים הבאים: "שימוש לרעה בסמכות (**Abuse of Authority**) הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות [האסמכתאות הושמטו]. כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעיה השונים" (פסקה 4 לחוות דעתי).

2. האיסור על שימוש לרעה בסמכות, דהיינו על ניצול הסמכות שלא למטרה שלשמה ניתנה, חל, כמובהר, ביחס לכל סמכות מסמכויותיה של הכנסת. אדגים איסור זה תחילה ביחס למגוון סמכויות שמופקדות בידי חברי הכנסת, ואחר כך אתמקד ביישומו ביחס לסמכות המכוננת.

בעניין ועדת הכנסת נדונה החלטת ועדת הכנסת של הכנסת ה-14, בה נקבע, כהוראת שעה, כי זכויות חברי הכנסת ה-14 לקצבה יחושבו כאילו כיהנה הכנסת את מלוא תקופת כהונתה, אף שהתפזרה כשנה לפני כן. בית המשפט ביטל החלטה זו, חרף הריסון השיפוטי שיש לנהוג ביחס להחלטות של ועדות הכנסת, בנמקו כי "חובת האמון משמיעה – ובקול גדול משמיעה היא – כי אסור הוא חבר-הכנסת להפוך את חברותו בכנסת מקור להפקת טובות הנאה אישיות או ליהנות מזכויות-יתר הניתנות לו למעלה מן המידה הדרושה. חבר-כנסת יעשה בזכויות ובזכויות-היתר המוענקות לו רק – ואך ורק – לצורך מילוי תפקידו, וככל שהאינטרס הציבורי תובע זאת" (השופט מישאל חשין, בעמ' 147). השופט אליעזר ריבלין אף הוסיף כי בהחלטתם חברי הכנסת לא השכילו "להתעלות מעל עניינם הצר" ונמנעו מלשקול את טובת הציבור (בעמ' 173).

בבג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הכנסת (23.3.2020) נדונה סמכותו של יו"ר הכנסת לקבוע את סדר יומה של מליאת הכנסת. באותו עניין סירב יו"ר הכנסת בפועל, חבר הכנסת יולי (יואל) אדלשטיין, לבקשה מטעם 61 חברי כנסת לדון בהצעה למינוי יו"ר כנסת קבוע, ונימק זאת בכך ש"צו השעה עבור מדינת ישראל היא ממשלת אחדות רחבה", והחלפתו ביושב ראש קבוע תסכל אפשרות זו (פסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה אסתר חיות). נפסק, כי החלטה זו "חותרנת" תחת יסודות התהליך הדמוקרטי ומקימה עילה להתערבות משפטית (פסקה 15 לחוות דעת הנשיאה חיות). בתוך כך, הנשיאה חיות הבהירה כי תמיכת יו"ר הכנסת בפועל בהקמת ממשלת אחדות "אינה יכולה להוות נימוק" להחלטה, שכן "שיקול פוליטי כזה אין לו מקום במתחם שיקול הדעת המסור לו בשאלה אם לכלול או שלא לכלול הצעות לסדר יום בדיוני מליאת הכנסת" (פסקה 11 לחוות דעתה. כן ראו פסקה 4 לחוות דעתו של השופט יצחק עמית).

האיסור על נקיטת פעולה בשל תכלית זרה נדון גם ביחס לסמכויות חברי הכנסת לפי חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995) נדונה החלטת הכנסת להסיר את חסינותו של חבר הכנסת רפאל פנחסי. בית משפט זה הבהיר כי על חברי הכנסת המכריעים בעניין מוטל לעשות זאת רק "על יסוד השיקולים שיש לקחתם בחשבון. אין

לקחת בחשבון שיקולים שהם זרים לעניין", אך דחה את טענת העותר כי חברי הכנסת הצביעו בעד הסרת חסינותו משיקולים פוליטיים זרים, בשל העובדה שלא הובא לטענה זו ביסוס מספיק בראיות (שם, בעמ' 708). גם בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 215 (1987) נקבע כי "נטילת זכויות בהליך שכזה חייבת להיעשות על בסיס של שיקולים ענייניים, הנבחנים באופן סביר תוך שהם מתייחסים לגופו של העניין הנדון" (כן ראו בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865, 896 (2005)).

ואלה רק דוגמאות ספורות, שאין בהן כדי למצות את מלוא היריעה.

3. מטבע הדברים, החובה לעשות שימוש בסמכויות שנמסרו לחברי הכנסת לתכליות שלשמן הופקדו בידיהם חלה גם, וביתר שאת, כאשר חברי הכנסת מפעילים את סמכותם כחברי הרשות המכוננת (ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') חנן מלצר (8.7.2021)). או אז, נדרשים חברי הכנסת לבכר "חשיבה חוקתית" רחבה על פני אינטרסים אישיים קצרי-מועד, שהרי "ביסודה של חוקה עומד הרצון להבטיח עקרונות יציבים וזהות חברתית וערכית שאינם ניתנים לשינוי בקלות, כדי שיעמדו מעל לארעי ולחולף" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 300 (2011) (להלן: עניין בר-און)). כן ראו: בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה כ"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') אליקים רובינשטיין (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי); עניין שיינפלד, פסקאות 7-8 לחוות דעתה של השופטת יעל וילנר; רות גביון "המהפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 65 (1997); אמנון רובינשטיין ויובל גבע "השימוש במשמעת פוליטית בעת כינון חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (25.3.2020)).

4. ואכן, בפסיקתו של בית משפט זה פורש שימוש לרעה בסמכות המכוננת כמצב בו "לתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינם ממין העניין" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') סלים ג'ובראן. כן ראו פסקה 31 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). במילים אחרות, זהו מקרה של שימוש בסמכות המכוננת לתכלית הזרה לתכליות שלשמן הוקנתה סמכות זו. המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין הגדיר זאת כך: "כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטייה ניתנה הסמכות" (עניין המרכז האקדמי, פסקה ל' לחוות דעתו. כן ראו פסקה 8 לחוות דעתו של השופט מלצר באותו עניין. השוו: עניין בר-און, בעמ' 306-307; בג"ץ

2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקאות 92-94 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (12.7.2021) (בדעת מייעוט לעניין התוצאה) (להלן: עניין ממשלת החילופים); ברק מדינה ועשור ויצמן, "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 645 (2017); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1376 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021)). ויובהר, אומנם, שיקול דעתם של חברי הכנסת, בפועלם כרשות המכוננת של מדינת ישראל, הוא רחב מאד, אך סמכותה המכוננת של הכנסת בכינון חוקי יסוד אינה משתרעת על מימוש כל תכלית שתעלה על דעתם של חברי הכנסת – "תכליתם של כל חוק יסוד או תיקון לו אמורה להיות תמיד קידומו של הפרויקט החוקתי" (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 17 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק-ארז (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); ההדגשה במקור. ראו גם: עניין עילת הסבירות, פסקה 35 לחוות דעת).

5. ומכלל השימוש הראוי בסמכות המכוננת נלמד גם מהו השימוש הפסול: במקרים החריגים בהם מתברר כי בבסיס חוק היסוד או תיקונו עמדה תכלית פרסונלית, או הסדרה של עניין זמני-נקודתי, להבדיל מהסדרה כללית וקבועה, נראה בכך, על דרך הכלל, כחריגה מחובת האמון הציבורי המוטלת על חברי הכנסת (עניין בר-און, בעמ' 316; עניין שפיר, פסקה 40 לחוות דעתה של הנשיאה חיות); והחקיקה עשויה להיפסל בשל כך מכוחה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (עניין המרכז האקדמי, פסקאות ל"ג-ל"ד לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; עניין שפיר, פסקה 57 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

6. ויובהר: לא ניתן ללמוד 'גזירה שווה', ודאי שלא 'קל וחומר', בין שימוש לרעה בסמכות המכוננת לבין שימוש לרעה בסמכות המחוקקת. הגם שבשני סוגי המקרים, החשש המרכזי הוא משימוש בסמכות שלא לתכלית שלשמה ניתנה, התכליות העומדות ביסוד הפקדת כל אחת מהסמכויות הללו בידי הכנסת הן שונות, וכנגזר מכך מתחייבת התייחסות מבדילה. ככלל, גדרי התכליות לשמן מסורה סמכות החקיקה לכנסת רחבים מיני ים, ולפיכך, נדירים עד מאד המצבים שיוכרו כשימוש לרעה בסמכות המחוקקת, ומתמצים כמעט אך ורק בחריג של שימוש לקידום תכלית כלכלית-אישית (השוו: בג"ץ 8311/21 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.12.2021)). שונים הם הדברים ביחס לסמכות המכוננת של הכנסת, אשר התכליות לשמן הוענקה מגודרות ומתוחמות לקביעת עקרונות היסוד של מדינת ישראל. ואכן, הפסיקה שדנה בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה גורסת כי הסדרים שייפסלו מכוחה

ייפסלו בהכרח אם ייקבעו בהסדר חקיקה רגיל (עניין שפיר, פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת ברק-אדל). חוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012, אשר זכה לכינוי "חוק גרוניס", עשוי לשמש דוגמה לכך – לו היה מדובר בתיקון חוק יסוד, הייתי נוטה לדעה כי מדובר בשימוש בסמכות המכוננת על מנת להתערב בזהות נשיא בית המשפט העליון באותה עת. עניין זה מעורר קושי ניכר. לעומת זאת, כשהדבר נקבע בחוק רגיל, יש לבחון האם יש להתערב בחקיקה פרסונלית על פי המבחנים הרגילים המקובלים לעניין זה – ועמדת בית משפט זה קבעה כי אין לעשות כן ביחס לתיקון האמור (ראו בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (16.1.2012)).

א.6. חברי, השופט דוד מין, רואה באימוץ דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, חריגה בלתי רצויה מהמבחן הצורני גרידא לזיהוי חוק-יסוד, אשר אומץ בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) – על פיו, "הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת במקרים שבהם היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה, באמצעות המילים 'חוק יסוד', ללא ציון שנת החקיקה" (פסקה 7 לחוות דעתו. להלן: המבחן הצורני גרידא) – וזאת, לטובת "מבחן הכולל אלמנטים מהותיים בזיהוי נורמה חוקתית" (פסקה 14 לחוות דעתו. וראו בכללי: פסקאות 7-18 לחוות דעתו). זוהי אומנם קריאה אפשרית של ההלכה בעניין זה, אולם, בראייתי, לא הקריאה המיטבית שלה (לכך שעלינו לשאוף לפרשנות פסיקת העבר באופן המציג אותה באור המיטבי ראו: (RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 400, 410-411) (1998); David Pannick, *A Note on Dworkin and Precedent*, 43 MOD. L. REV. (1980) 36, 36). חברי מניח כי תכליתה של הדוקטרינה היא זיהוי הנורמה החוקתית, וליתר דיוק – שלילת הסיווג של נורמה חוקתית במקרים מסוימים. לפי קריאתו זו, הדוקטרינה מסייגת את המבחן הצורני גרידא באמצעות תנאים מהותיים (דרישה כי הנורמה תהיה יציבה, כללית, מתאימה למארג החוקתי וכיו"ב). לגישתי, הדוקטרינה פועלת בצורה שונה. אין היא מסייגת את המבחן הצורני גרידא. תחת זאת, היא מבקשת לאתר את אותם מקרים בהם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, דהיינו שימוש בסמכות המכוננת שלא לתכליות שלשמן ניתנה, ולהעניק סעד הולם במצבים אלה (סעד שיכול שיהיה ביטול הנורמה, ויכול שיהיה, במקרים מתאימים גם סעד אחר, כגון מתן פרשנות מקיימת או דחיית תחולה). מכאן גם ששלב הזיהוי במבחן הדו-שלבי (אליו אתייחס בהמשך) אינו עוסק בשאלת זיהוי הנורמה כחוקתית (עניין המוכרע על פי המבחן הצורני גרידא), אלא בשאלת זיהוי נורמה חוקתית ככזו שיש חשש כי התקבלה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת (וראו פסקאות 11-18 להלן).

7. סיכומו של חלק זה: אחת מהמגבלות המוטלות על חברי הכנסת בהפעלת סמכויותיהם היא מגבלת האמון, הנובעת מחובת האמון הציבורי המוטלת עליהם מכוח היותם שליחי העם. בהתאם למגבלה זו, נדרשים חברי הכנסת להפעיל כל אחת מהסמכויות הציבוריות שהופקדו בידיהם, ובכלל זה הסמכות המכוננת, למען התכליות לשמן הוקנתה להם אותה סמכות, ולא לקידומן של תכליות זרות לסמכות בה מדובר. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת משקפת ואוכפת מגבלה זו כאשר עסקינן בהפעלת הסמכות המכוננת שבידי חברי הכנסת. על פי דוקטרינה זו, נדרש בית המשפט למנוע ניצול של הסמכות המכוננת שלא על מנת לשרת את התכליות אשר לשמן הוסמכה הכנסת לפעול כרשות מכוננת – דהיינו, עיצוב עקרונות היסוד של שיטת המשטר הישראלית, וביצורם כהסדרים קבועים וכלליים.

היחס בין תכלית (סובייקטיבית) וזה לבין מניע פסול

8. עניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוא, אם כן, ניצול הסמכות המכוננת לתכלית זרה – ויובהר, לתכלית (סובייקטיבית) זרה, וזאת להבדיל ממניע פסול. כפי שמסביר חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן, "מניע" הוא עניין עובדתי הצופה פני עבר. ניתן לזהות אותו באמצעות המענה לשאלה "מה הניע את פעולת הכנסת?" ("מה היה ה-trigger?"). לעומת זאת, ה"תכלית" בה מדובר היא "תכלית סובייקטיבית", אשר אף היא נבחנת כעניין עובדתי, ואולם כעניין עובדתי הצופה פני עתיד (וזאת להבדיל מהתכלית האובייקטיבית, שהיא קביעה משפטית, ולא עובדתית. השוו לעופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו 523, 536-539 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021)). ניתן לזהות את התכלית (הסובייקטיבית) באמצעות התשובה לשאלה "מהו היעד שהכנסת ביקשה להשיג בפעולתה?" ("מה היא ה-target?") (ראו בפסקאות 47-50 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן).

9. ודוק, היחס בין המניע לבין התכלית (הסובייקטיבית) הוא מורכב, ואף לכך התייחס חברי, ממלא מקום הנשיא פוגלמן. בלשון תורת הקבוצות, מדובר בשני מעגלים שיש ביניהם אזור חפיפה (חיתוך), אך גם אזורי שוני (הפרש).

יש שהתנעת התהליך (ה-trigger) והיעד שלו (ה-target) הם זהים. כך, לדוגמה חוק הנשיא חיים ויצמן (גמלה ועזבון), התשי"ג-1953 אשר הן המניע לחקיקתו והן תכליתו הסובייקטיבית, היו "להעניק לד"ר וירה ווייצמן, אלמנתו של נשיא המדינה

המנוח, גימלה במכסת משכורתו של שר" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הנשיא חיים ווייצמן (גימלה ועזבון), התשי"ג-1952, ה"ח הממשלה 30, 30. והשוו לסעיפים 1-2 לחוק האמור).

ואולם, ישנם גם מצבים בהם קיים שוני בין המניע לבין התכלית הסובייקטיבית. בחלק מהמקרים הללו, התכלית הסובייקטיבית עדיין תתייחס לאירוע שהתניע את התהליך, אך תהיה רחבה ומורכבת ממנו. זהו המקרה של חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, שכונה "חוק דרומי" (ראו בפסקה 52 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). דוגמה נוספת היא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 19), התשפ"א-2020. הצעת החוק בעניין זה "נולדה", לדברי מציעה, לאחר שנחשף למקרה של שירה איסקוב ול"עוול" הנגרם בשל העובדה שהורים המבצעים עבירות אלימות או מין חמורות בתוך המשפחה ממשיכים לשמש אפוטרופסים על הקטינים שבה. ההצעה הוחלה על אותו מקרה פרטני (וראו סעיף 4 לחוק המתקן), אך גובשה על מנת להתמודד גם עם מקרים עתידיים אחרים (פרוטוקול ישיבה 113 של הכנסת ה-23, 73-74 (14.12.2020)).

לבסוף, בחלק מהמקרים האירוע שהתניע את התהליך כלל לא יהיה חלק מקשת המצבים אותם מבקש החוק להסדיר בסופו של התהליך, בגדר "מנגד תראה את-האָרץ וְשָׁמָּה לֹא תָבֹא" (דברים לב 52). זהו המצב ברוב המקרים בהם פרשה ספציפית מניעה את חקיקתה של חקיקה פלילית מחמירה, וזאת נוכח הוראת סעיף 5(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לפיה ביחס לעבירות שטרם ניתן פסק-דין לגביהן יחול הדין המקל יותר עם הנאשם. כך לדוגמה, חוק העונשין (תיקון מס' 143 והוראת שעה), התשפ"ב-2022, מחמיר את הענישה על עבירות מסוימות שנעשו "בקטין או בחסר ישע הנמצא במסגרת חינוכית או טיפולית" בידי האחראי עליו, והוא נחקק ברקע מספר פרשות בהן התעוררו חשדות לעבירות מסוג זה (ראו פרוטוקול ישיבה 162 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-23, 3 (21.12.2020)). דברים דומים אמורים ביחס לחוק העונשין (תיקון מס' 96), התשס"ח-2008 אשר נחקק לאחר ש"החברה הישראלית [נחשפה] להתארגנות שאינה נופלת באופן מפורש בגדר ההתאגדויות האסורות, היא ההתאגדות הניאו-נאצית", ונועד להפליל התאגדויות מסוג זה (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 95) (התאגדות ניאו-נאצית), התשס"ח-2007, ה"ח הכנסת 5, 8).

10. פסיקת בית משפט זה הבהירה כי בעת הפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת, המניע אשר בעטיו עשתה הכנסת שימוש בסמכות המכוונת לא יהיה, בפני עצמו, עילה לביקורת שיפוטית (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון

בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); עניין בר-און, בעמ' 296-295; עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה חיות ופסקה 12 לחוות דעתו של השופט ניל הנדל). ואולם, מכלל זה לא נובע כי תכלית (במובן הסובייקטיבי) אינה עומדת ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. עמד על כך, חברי, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, שהטעים כי "בשונה ממניע גרידא, תכליתו הפרסונלית של דבר חקיקה מותירה בו כתם פרסונלי. כתם שכזה ביחס לחוק יסוד משמעותו כי בחוקת המדינה המתגבשת הוטמעה נורמה שנועדה להיטיב עם פלוני – וזאת בניגוד לתפיסות היסוד החוקתיות" (פסקה 50 לחוות דעתו).

המבחן הדו-שלבי לבחינת שימוש לרעה בסמכות המכוננת

11. בחינת השאלה מהי התכלית (הסובייקטיבית) אשר עמדה לנגד עיני הכנסת בהפעילה את סמכויותיה בכלל, ואת הסמכות המכוננת בפרט, מעוררת קושי. כך, משום שהכנסת היא גוף המורכב מ-120 חברים, וקשה עד מאד לעמוד על היעדים שהנחו כל אחת ואחד מהם. עם זאת, כפי שהדגיש חברי, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, למרות הקושי האמור נהג ונוהג בית משפט זה מזה שנים לקבוע ממצאים ביחס לתכלית (הסובייקטיבית) של דבר החקיקה, וזאת בהתבסס על מגוון מקורות, ובראשם לא רק לשון ההסדר, אלא גם ההיסטוריה החקיקתית שלו (פסקה 51 לחוות דעתו. כן ראו: בג"ץ 273/10 אלמזרק נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 14 (2.9.2011); בג"ץ 6637/16 לוונשטיין לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (18.4.2017); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 219-220 (1993)). כך, לדוגמה, נעשה לאחרונה בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (26.11.2023) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות). באותו מקרה, נבחנה התכלית הסובייקטיבית של חוק הרשויות המקומיות (בחירות) (תיקון מס' 53), התשפ"ג-2023, במסגרתו קוצרה תקופת הצינון של ראשי וחברי ועדות קרואות המבקשים להתמודד על תפקיד בבחירות המוניציפליות. המימד הפרסונלי שבחוק לא נזכר בלשונו, ואולם עלה באופן ברור מהליכי החקיקה – רבים מחברי הכנסת שהציעו את החוק, והשתתפו בדיונים עליו, חזרו והתייחסו לעניינו הפרטני של אחד מהנהנים ממנו, יושב ראש הוועדה הממונה בעיר טבריה, מר בועז יוסף; לדיונים הגיעו נציגים רבים המעורבים במערכת הבחירות בטבריה, ואלו עסקו בהרחבה בבחירות אלה, בעוד שנציגים של רשויות מקומיות אחרות בהן מכהנות ועדות קרואות לא השתתפו בהם; ולבסוף, התיקון קודם במהירות רבה, על מנת להחילו כבר בבחירות הקרובות לרשויות המקומיות (ראו שם, פסקאות 37-41 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). כפי שציין השופט עמית, "תיקון

החוק לא נעשה מאחורי 'מסך בערות' אלא מאחורי מסך שקוף לחלוטין עם משקפת לחידוד הראייה" (שם, פסקה 3 לחוות דעתו).

12. אכן כך. ואולם מעבר לעובדה שלרשות בית המשפט עומדים כלים מספקים לבחון את התכלית הסובייקטיבית של דבר החקיקה, סבורני שהמענה השלם לביקורת בהקשר בו עסקינן – הפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת – טמון במבחן שאומץ בפסיקה ליישומה. מבחן זה, אשר פותח בפסיקתה של הנשיאה חיות, ואשר מקובל עליי במלואו, מתמודד עם הקושי האמור, ומספק לו פתרון ראוי. אעמוד על הדברים.

13. המבחן שנקבע בפסיקת בית משפט זה להפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מבוסס על מהלך דו-שלבי: בשלב הראשון, שלב הזיהוי, נדרש בית המשפט לבחון האם חוק היסוד בו מדובר כולל מאפיין חשוד, דהיינו מאפיין המעלה חשד ביחס להתאמתו לשמש כנורמה חוקתית. מאפיין חשוד זה יכול להיות פגם מצורות שונות, כאשר הרשימה אינה סגורה. הנשיאה חיות הכירה בעניין שפיר בשלושה מאפיינים חשודים כאלה: העדר יציבות (זמניות); העדר כלליות (נורמה פרטנית או פרסונלית); העדר התאמה למארג החוקתי (שם, פסקאות 38-42 לחוות דעתה). השופטת ברק-ארז ביקשה להגדיר את המאפיין השלישי בצורה מעט שונה: מובחנות (פלישה מובהקת לתחום סמכותה של רשות אחרת; שם, פסקאות 23-24 לחוות דעתה). ככל שנמצא כי לחוק היסוד אחד מהמאפיינים הללו מתעורר חשש לשימוש לרעה בסמכות המכוננת, ועל כן הנטל עובר לכתפי המשיבים להסביר מדוע חשש זה אינו מבוסס. זאת, באפשרותם לעשות בשלב השני, שלב הצידוק, על ידי הצגת הסבר מניח את הדעת להפעלת הסמכות המכוננת במקרה הנדון, בגדר הסבר המלמד מדוע מצאו לנכון להעניק לנורמה מעמד חוקתי למרות המאפיין החשוד שדבק בה (שם, פסקה 43 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). בדרך זו ביכולתם להסיר את החשש לשימוש בסמכות המכוננת לתכלית זרה, באמצעות הצגת הסבר המלמד כי מדובר בחשש שווא.

בתוך כך, שתי תכונות רלוונטיות לבחינת הצידוק לשימוש בסמכות המכוננת למרות קיומו של מאפיין חשוד. ראשית, כפי שהדגישה הנשיאה חיות, בחינתו של הצידוק נעשית בשים לב להיקף הפגמים שנמצאו בשלב הראשון (שם, פסקה 44 לחוות דעתה של הנשיאה חיות; עניין ממשלת החילופים, פסקאות 149-150 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר). בהתאם, ניתן לומר, כי בין שלבי המבחן קיימת מעין

"מקבילית כוחות", המקשרת בין עוצמת הפגמים המחשידים שהתבררו בשלב הראשון ובין היקף הצידוק שיש להציג להם בשלב השני. היבט נוסף שיש להתחשב בו הוא גיבושו של הצידוק בזמן אמת, במסגרת הליך החקיקה (השוו: עניין בר-און, בעמ' 306-301). זאת, להבדיל מיצירת צידוק בדיעבד, במסגרת הליך משפטי (על החשדנות בה יש להשקיף על הנמקה הניתנת בדיעבד להחלטה ראו בג"ץ 8437/99 דשת גני חב"ד בארץ הקודש, עמותה רשומה נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69, 94 (2000)).

14. חברתי, השופטת ברק-ארז, סברה בעניין שפיר, בדעת יחיד, כי ניתן להסתפק בשלב הראשון בלבד, ועל עמדה זו היא חוזרת גם במסגרת הליך זה (ראו עניין שפיר, פסקה 14 לחוות דעתה; פסקה 3 לחוות דעתה בהליכים דכאן). דעתי בעניין זה שונה. הימצאותו של מאפיין חשוד אומנם מעלה חשש לשימוש בסמכות המכוונת לתכלית זרה, ואולם מטרתנו אינה לשלול באופן מוחלט את האפשרות לכלול ב"חוקה בהתהוות" הוראה שדבק בה מאפיין חשוד, אלא רק לוודא כי הכללת הוראה שכזו לא נעשתה לתכלית פסולה. במילים אחרות, לא טהרנות או קפדנות לשמה מנחה אותנו באיסור לכלול ב"חוקה בהתהוות" הוראה זמנית, פרטנית או זרה לנוף החוקתי. אין אנו "עורכים ספרותיים" המבקשים להבטיח כי בחוקה לא יימצאו סרחים עודפים שאין בהם צורך (והשוו לעניין עילת הסבירות, פסקה 80 לחוות דעתי). הרצון למנוע שימוש לרעה בסמכות המכוונת לשם קידום תכליות הזרות לאלה שלשמן הוכרה הסמכות הוא העומד לנגד עינינו, ומטעם זה נדרש לאפשר לכנסת ללמד הגנה על מעשי ידיה, ולשכנע כי למרות החריגות שיש בהוראה, מקומה יכירנה במסגרת "החוקה בהתהוות".

15. דוגמה ליישום מבחן דו-שלבי זה מצויה בעניין ממשלת החילופים. שם, נדון חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) (להלן: תיקון מס' 8), במסגרתו עוגן מוסד ממשלת החילופים, וזאת בתחולה מיידית על הכנסת ה-23 אשר כוננה אותו. בפסק הדין נדחו העתירות, בדעת רוב, בעוד המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר סבר בדעת יחיד כי יש לתת "התראת בטלות מרוככת", לפיה שינויים משמעותיים בחוקי יסוד מסוגו של תיקון מס' 8 לא יחולו בתחולה מיידית, אלא רק לאחר הבחירות הבאות לכנסת. ואכן, בדומה לענייננו, גם בעניין ממשלת החילופים תחולתו המיידית של התיקון הובילה לכך שהנהנים המיידים ממנו היו ידועים בעת שהוא אושר. יתרה מזאת, הליך החקיקה של תיקון מס' 8 נעשה בצילו של המקרה הקונקרטי אשר שימש כמניע לחקיקה (ראו פסקה 143 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בעניין ממשלת החילופים ודברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9 והוראת שעה) (ממשלת חילופים), ה"ח הכנסת 16, 16). עם זאת, וגם אם ניתן לקבוע מנתונים אלו כי בתיקון מס' 8 קיים

אלמנט פרסונלי חשוד, לא היה בכך די כדי להביא לפסילתו. בחינת התיקון במשקפי שלב הצידוק העלתה כי קיים "טעם עקרוני אובייקטיבי" (עניין שפיר, פסקה 62 לחוות דעתה של הנשיאה חיות) לכינון תיקון מס' 8 בחוק יסוד חרף הקשיים שנפלו בו – וזאת, בשל המשבר שגרמה מגפת הקורונה, והצורך ביציבות ממשלתית לאחר שמספר מערכות בחירות רצופות לא הובילו להקמת ממשלה (עניין ממשלת החילופים, פסקאות 148-151 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר). צידוק מסוג דומה נמצא גם בעניין בר-און, שם נדחתה עתירה נגד חוק-יסוד זמני, חוק-יסוד: תקציב המדינה (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה) (תיקון), אשר קבע כי תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 יהיה דו-שנתי, וזאת במטרה לאפשר קיום "פיילוט" בניהול תקציבים מסוג זה (שם, בעמ' 301). במהלך הליך החקיקה, עמד הדרג המקצועי על היתרונות הגלומים בתקציב דו-שנתי, ועל העדר האפשרות להשוות אותם לחסרונותיו שלא "במבחן המציאות" (שם, בעמ' 303-305). ניסוי כזה היה יכול להיעשות רק באמצעות תיקון לחוק יסוד, נוכח הכלל הקבוע בסעיף 3(א)(2) לחוק-יסוד: משק המדינה, ועל כן הייתה הצדקה להכללת תיקון זמני בחוק היסוד במקרה מיוחד זה.

16. המקרים בהם נמצא צידוק לחוק יסוד בעל תכונות חשודות, מתאפיינים, אם כך, בקיום בעיה אקוטית-פרקטית במישור המעשי, אשר הפתרון המוצע לה עומד בניגוד לחוק יסוד קיים, ומצריך לפיכך את תיקונו. אלה הנסיבות בהן נוצר "טעם עקרוני אובייקטיבי", בלשונה של הנשיאה חיות – הטעם הוא עקרוני, כאשר הפתרון המבוקש מחייב תיקון של "החוקה בהתהוות"; הטעם הוא אובייקטיבי כשהוא משקף בעיה אקוטית-פרקטית ממשית. מובן כי מקרים אלו מערבים, לא אחת, גם שיקולים פוליטיים. עצם קיומם של שיקולים מעין אלה אומנם אינו פסול, אך אין בהם, כשלעצמם, כדי להכריע לכאן או לכאן, האם קיים צידוק למהלך החריג (השוו: עניין ממשלת החילופים, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט הנדל ופסקה 8 לחוות דעתה של השופטת ענת ברוך): מחד גיסא, העובדה שנשקלו שיקולים פוליטיים אינה עילה לקביעה כי לא התקיים צידוק לכינון ההסדר בחוק היסוד; מאידך גיסא, שיקולים פוליטיים לבדם אינם יכולים להצדיק כל שינוי בחוקי היסוד.

הערה: חשוב לזכור לאורך הדיון בכלל, ובהקשר הקונקרטי בפרט, כי אנו עוסקים רק במגבלה אחת על הסמכות המכוננת של הכנסת, מגבלת האמון, ואין אנו דנים כלל בהליך הנוכחי בשתי המגבלות האחרות, מגבלת התקינות ומגבלת הסמכות. ממילא, המסקנה כי קיים צידוק לחוק יסוד בעל מאפיינים חשודים, קרי כי הכנסת לא חרגה ממגבלת האמון – אין בה כדי ללמד בהכרח כי הכנסת עמדה גם במגבלת התקינות ובמגבלת הסמכות. עניינים אלה, שאינם מתעוררים כלל במקרה דנן, צריכים

להיבחן בנפרד, לפי המבחנים הרלוונטיים להם (למכלול המגבלות המוטלות על הכנסת בפועלה כרשות מכוננת ראו עניין עילת הסבירות, פסקאות 28-51 לחוות דעת).

17. מהו תחום פרשנותו של אותו "טעם עקרוני אובייקטיבי"? דומני כי לא ניתן, בשלב הנוכחי של התפתחות הפסיקה, לספק הגדרה מדויקת לכך, מעבר להנחיות שנסקרו לעיל. עם זאת, לענייננו די בכך כי "טעם עקרוני אובייקטיבי" לא יתקיים במקרה הרגיל כאשר לשיקולים המוצגים כצידוק אופי אינדיווידואלי מובהק, קרי כזה שאינו מכוון לגוף מוסדי – כגון הממשלה או מפלגה כלשהי – אלא לענייני הפרטניים של פלוני, הנובעים מנסיבותיו האישיות. בפרט, קשה לתאר מקרה בו יתקיים "טעם עקרוני אובייקטיבי" מקום בו תכלית התיקון היא מתן אפשרות לאדם מסוים להתנער ממגבלה חוקתית הנובעת מ"החוקה בהתהוות" (השוו: עניין שפיר, פסקה 56 לחוות דעתה של הנשיאה חיות, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט עמית ופסקה 6 לחוות דעתה של השופט ג'ורג' קרא; עניין שיינפלד, פסקה 43 לחוות דעתה של הנשיאה חיות, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט עמית ופסקאות 48-50 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז). במילים אחרות, הצידוק בו מדובר נדרש להיות "צורך השעה" ברמה הלאומית (השוו: עניין בר-און, בעמ' 303). צורכי המדינה – ולא צורך היחיד.

18. המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר הביע בעניין ממשלת החילופים את הדעה כי לכנסת, כרשות המכוננת, אין סמכות להחיל "שינוי חוקתי מהותי" בתחולה אקטיבית (פסקה 126 לחוות דעתו). דהיינו, כי כל חוק יסוד חדש, וכל תיקון לחוק יסוד, אשר יוצרים שינוי מהותי, צריכים לחול מהכנסת הבאה. עמדה זו נראית בעיניי מרחיקת לכת יתר על המידה, והיא אכן לא התקבלה בפסיקה. הקושי הכרוך בכך הוא שגם כאשר קיים צידוק בהפעלה אקטיבית של הסמכות המכוננת על ידי הכנסת, אין גישתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר מאפשרת לה לקבל החלטה זו. כבילה כה נוקשה של ידי הכנסת אינה מוצדקת בראי חובת האמון הציבורית. זאת, שכן ייתכנו מצבים בהם שימוש בסמכות המכוננת נדרש על מנת לפתור לאלתר בעיה אקוטית, כפי שממחישה דוגמת ממשלת החילופים שנזכרה לעיל. עם זאת, סבורני כי החלה אקטיבית של שינוי חוקתי מהותי בעל השלכה פרסונלית מובהקת (להבדיל מהשלכה מוסדית גרידא) אכן מעוררת קושי וחשש. לפיכך, לשיטתי, הגם שאין לפסול כל החלה אקטיבית של חוק יסוד, נכון לקבוע חזקה לפיה החלה אקטיבית של שינוי מהותי בעל השלכה פרסונלית מובהקת מחייבת צידוק. חזקה זו ניתן לראות כקטגוריה נוספת של מאפיין חשוד, או כתת-קבוצה של מאפיין העדר הכלליות. למעשה, סבורני, כי עמדה ברוח זו עולה מבין השיטין גם מחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן, אשר הדגיש כי, אומנם, לא כל

הוראת תחולה מיידית תהיה בהכרח פגומה, אך "כאשר עסקינן בחוק יסוד שנוגע לראש הממשלה, תחולה מיידית מעוררת, מניה וביה, חשד לפרסונליות, וזאת מאחר שמשמעות התחולה המיידית היא תחולה על אדם אחד, שזהותו ידועה. דרך המלך היא אפוא שתיקונים מעין אלה יעשו בתחולה פרוספקטיבית ובכך תוסר מעליה 'עננת' הפרסונליות" (פסקה 78 לחוות דעתו).

חקיקה פרסונלית בראי המבחן הדו-שלבי

19. ניתן לסבור כי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נועדה למנוע מכל וכל חקיקת חוקי יסוד פרסונליים – ולא כן היא לשיטתי. כפי שמטיב להראות חברי, השופט נעם סולברג (ראו פסקה 22 לחוות דעתו), חקיקה פרסונלית היא אומנם בעייתית, אך אין לומר כי היא פסולה בהכרח. כך, כשמדובר בחקיקה רגילה וכך גם כשמדובר בחוק יסוד. זאת, שכן ייתכנו מצבים, גם אם חריגים, בהם הדרך היחידה לפתור בעיה אקוטית שנוצרה היא באמצעות חקיקה בעלת אופי פרסונלי – במקרים אלה, אין מקום לפסול את החקיקה (ראו והשוו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל, וכן השוו למקרים הנזכרים בפסקה 9 לעיל). ואכן, הכלל החל בשיטתנו אינו שולל את סמכות הכנסת לחוקק באופן פרסונלי, אלא רק מחייב ביקורת שיפוטית הדוקה יותר על חקיקה שכזו (עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 59 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן). דברים אלה נכונים, ואף ביתר שאת, ביחס לשימוש בסמכות המכוננת. מעצם טיבה וטבעה, תכליתה של סמכות זו היא לקבוע "עקרונות וערכי יסוד של מדינת ישראל" (עניין שפיר, פסקה 29 לחוות דעתה של הנשיאה חיות), שהם עקרונות כלליים ועל-זמניים באופיים, ועל כן המצבים בהם יש הצדקה לחוק יסוד פרסונלי, הנותן מענה למקרה ספציפי-נקודתי, הם נדירים ביותר. משום כך, חקיקת יסוד בעלת אופי פרסונלי היא חשודה, אך אין לשלול מכל וכל את האפשרות שתימצא לה הצדקה. במילים אחרות, חקיקה פרסונלית היא התסמין (סימפטום) העלול ללמד על המחלה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. תכלית האיסור היא לחסן מפני המחלה, כאשר התסמין רק משמש אמצעי לעמוד על קיומה.

20. בהמשך דבריו מציע חברי, השופט סולברג, לפרש בצורה צרה את המקורות מהם ניתן ללמוד כי התכלית שעמדה ביסוד החקיקה היא תכלית פרסונלית (פסקאות 31-35 לחוות דעתו). לשיטתו, "כל עוד דבר החקיקה אינו נושא בלשונו רמז למימד פרסונלי המצוי בו, אין מקום לקטלג אותו כפרסונלי" (פסקה 35 לחוות דעתו; ההדגשה במקור). תמיכה מרכזית לכך הוא מוצא ב"נקודת המוצא הפרשנית המושרשת לפיה לא ניתן לייחס לדבר חקיקה תכלית, שאין לה עוגן בלשון החוק" (שם; ההדגשות במקור).

דומה כי עמדתו זו אינה מקובלת, למצער על חלק מהשופטים התומכים אף הם בדחיית העתירות (ראו למשל עמדת חברי, השופט אלכס שטיין, בפסקה 3 לחוות דעתו). כשלעצמי, אני סבור כי צמצום זה אינו מוצדק, משילובם של מספר טעמים:

ראשית, התכלית בה עסקינן לצורך הפעלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת היא תכלית סובייקטיבית ולא תכלית אובייקטיבית (ראו פסקה 8 לעיל, וכן פסקה 49 לחוות דעתו של השופט סולברג). למיטב ידיעתי, מעולם לא הייתה מקובלת תפיסה משפטית לפיה יש להגביל את המקורות מהם ניתן ללמוד על תכלית סובייקטיבית של נורמה משפטית ללשון הטקסט בלבד (כך, למשל, על מנת לעמוד על קיום "טעות סופר" בטקסט, בוודאי שנדרש לחרוג מלשונו. ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 592-602 (1992)).

שנית, הכלל הפרשני עליו מתבסס חברי הוא הפוך בכיוונו – כעניין פרשני יש קושי לתת לדבר חקיקה פרשנות שאינה מעוגנת בלשון, גם אם זוהי תכליתו. לעומת זאת, לא קיימת בדיון הישראלי מניעה לייחס לדבר חקיקה תכלית שאינה מעוגנת בלשון.

שלישית, גישה פורמלית-מצמצמת, כדוגמת זו שמציע חברי, אומנם מגבירה את הוודאות, אך זאת במחיר של עיקור הדוקטרינה מליבת תועלתה. חזקה על מי שמעוניין לנצל סמכות שברשותו לתכליות זרות, כי אם יינתן לו פתח מילוט מביקורת שיפוטית – ידע לנצלו. אכן, "לא הניסוח קובע אלא המהות. ניסוח 'כללי' שמאחוריו מסתתרת הוראה המכוונת כלפי אדם מסוים וידוע מפר את דרישת הכלליות" (אהרן ברק חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד חופש העיסוק כרך ד – הביקורת השיפוטית 1792 (2023)). לפיכך, עיקר תועלתה של דוקטרינה המקפידה כי נוסח חוק יסוד לא יהיה פרסונלי, אך נמנעת מלבחון אם תכליתו פרסונלית, היא צורנית בלבד – מניעת הפגיעה האסתטית הנגרמת לטקסט החוקתי בשל הכללת הוראות שההיבט הפרסונלי בולט על פניהן. זאת, על חשבון תכליתה המהותית של המגבלה בה עסקינן – מניעת שימוש בסמכות המכוננת בצורה פסולה לצורך קידום תכליות זרות.

יישום הדוקטרינה ביחס לתיקון מס' 12

21. בענייננו, עומדות הכנסת והממשלה על דעתן כי יש לתת לתיקון מס' 12 תחולה אקטיבית, דהיינו תחולה מהכנסת הנוכחית. עובדה זו, בצירוף התכלית (הסובייקטיבית) של התיקון, שהיא פרסונלית בצורה מובהקת, כפי שמראה חברי,

ממלא מקום הנשיא פוגלמן, באופן משכנע, מחייבת לקבוע כי מבחינת שלב הזיהוי לפנינו נורמה המעלה חשד לשימוש לרעה בסמכות המכוננת. במצב דברים זה, ובהעדר הסבר של ממש מדוע נדרש היה לתקן את חוק היסוד בצורה זו, אף לשיטתי יש לקבוע כי מגבלת האמון הופרה, וכי השימוש בסמכות המכוננת נעשה לתכלית זרה. ודוק, בהגיעי למסקנה זו, אינני מביע, ואינני נדרש להביע, כל עמדה ביחס לתוכנו של תיקון חוק היסוד. גם תיקון חוק יסוד שהוא ראוי מבחינת תוכנו, הוא פסול אם נעשה לתכלית זרה.

22. בא-כוח הכנסת ביקש להסביר את התיקון, בין היתר, ברצון חברי הקואליציה להגן על יציבות הקואליציה, באמצעות שמירה על ראש הממשלה בנימין נתניהו מפני הסיכון של הדחה באמצעות הליך נבצרות (פרוטוקול הדיון מיום 28.9.2023, בעמ' 118). אלא, כפי שהעירה חברתי הנשיאה (בדימ') חיות במהלך הדיון בעתירות, דומה כי התיקון נדרש כיוון ש"החלומות [של העותרים] מתמזגים עם החרדות [של הממשלה]" (שם, בעמ' 32). וממה נפשך – אם הייתה עילה משפטית להכריז על ראש הממשלה בנימין נתניהו כנבצר, הרי שתיקון חוק יסוד במטרה להגן עליו הוא בוודאי פרסונלי ופסול; ואם לא הייתה עילה כזו, על שום מה ולמה נדרש היה לחוקק את התיקון בצורה נמהרת ולהפעילו באופן אקטיבי, ולא מהכנסת הבאה? אם כן, לפנינו מצב בו הכנסת הנוכחית בוחרת שלא להתמודד על פי כללי המשחק החוקתיים הקיימים, אלא לשנותם במהלך המשחק על מנת להתאימם לרצונותיה – ולכך לא ניתן להסכים. כפי שהערתי בעניין שיינפלד, זו דוגמה מובהקת לסוג המהלכים הפסולים אותם דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מבקשת למנוע (שם, פסקה 4 לחוות דעתי. כן ראו: עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל).

23. עדות נוספת לאופיו הפרסונלי של התיקון מצויה בדברי ראש הממשלה בנימין נתניהו עצמו. ראש הממשלה הצהיר, מספר שעות לאחר אישורו הסופי של התיקון בכנסת, כי עד לתיקון "ידין] היו כבולות" בשל הסדר ניגוד העניינים שנערך בעניינו ולאור הוראותיו של הסדר הנבצרות על פי הדין עובר לתיקון, וכי עתה כבילה זו הוסרה (ראו פסקה 74 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן ופסקה 7 לחוות דעתו של הנשיאה (בדימ') חיות). אם כן, גם לפי תפיסתו של ראש הממשלה, התיקון הסיר מעליו את החשש מפני השלכות אפשריות של הסדר ניגוד העניינים בעניינו. אף אם מסקנה זו הייתה שגויה מההיבט המשפטי, שהרי התיקון אינו משחרר כלל את ראש הממשלה מהסדר ניגוד העניינים, כפי שמציינים חבריי השופט סולברג (פסקה 94 לחוות דעתו) והשופט יוסף אלרון (פסקה 10 לחוות דעתו), יש בכך כדי להדגיש את עומק הפגם

הפרסונלי שנפל בתכלית הסובייקטיבית של התיקון: התיקון הוחל בתחולה מיידית, כאשר הגורם שעמו הוא אמור להטיב ידוע; התיקון ביקש לשנות נורמה כללית על מנת להתאימה לנסיבותיו האישיות של בעל תפקיד ספציפי; הצורך הפרסונלי שעמד בבסיס התיקון נבע מרצונו של ראש הממשלה להבטיח כי הוא פועל באופן שלא יאפשר את הוצאתו לנבצרות על פי הדין הקודם. זאת, לדוגמה, בניגוד לעניין ממשלת החילופים, שם תיקון חוק היסוד לא נבע מהרצון להתיר הפרה של הדין, אלא מהשאיפה לאפשר אלטרנטיבה נוספת למבנה שלטוני קיים (ראו עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לחוות דעתה של הנשיאה חיות).

שאלת הסעד

24. הסוגיה האחרונה אליה אבקש להתייחס היא שאלת הסעד. חברי, השופט סולברג (אשר אליו מצטרף חברי, השופט מין), סבור כי אפילו היה מקום להכיר בפסלותו של תיקון מס' 12 מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הסעד הנכון במקרה זה הוא שינוי הסטטוס של דבר החקיקה מחוק יסוד לחוק רגיל (פסקאות 9-8 לחוות דעתו. כן ראו פסקה 15 לחוות דעתו של השופט מין). אפשרות זו מעוררת קשיים ניכרים – דיוניים, פרקטיים ומהותיים. אעמוד עליהם בקצרה.

מבחינה דיונית, סעד זה חורג מגדר הצו על-תנאי, אשר הגביל את הדיון לסעד של דחיית תחולת התיקון (ראו: בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים (ע"ד) נ' כנסת ישראל, פסקה 64 לחוות דעתה של הנשיאה מרים נאור (29.9.2016); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 436 (2017)), ומטעם זה גם לא הוצג לפנינו על ידי מי מהצדדים טיעון סדור לגביו.

מבחינה פרקטית, מתעוררים קשיים בהענקת סעד זה הלכה למעשה: האם סטטוס תיקון מס' 12 ישונה ל"חוק רגיל" רק ביחס לכנסת הנוכחית, והוא יוכר כ"חוק יסוד" מהכנסת הבאה? היכן ישולב תיקון מס' 12 במארג החקיקתי, אם אין אפשרות לשלבו בחוק-יסוד: הממשלה? וכן הלאה.

מבחינה מהותית, כלל לא ברור כי שינוי סטטוס שכזה הוא אפשרי, שהרי משמעותו היא שהכנסת מוחזקת כמי שפועלת בשני כובעיה, כמחוקקת וכמכוננת, בו-זמנית, וספק אם זו תפיסה נכונה או ראויה (בעיקר בשל כך שהיא מחזקת בצורה משמעותית את בעיית ניגוד העניינים המוסדי) (וראו גם פסקה 12 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות). זאת ועוד, אף אם אניח כי אכן כך מבחינה קונספטואלית, לא

ברור כלל שלו היה תיקון מס' 12 נחקק כחוק רגיל הוא לא היה נפסל, בשל הסתירות שבינו ובין ההסדר הקיים בחוק היסוד. זוהי על כל פנים עמדתם של המשיבים. ראש הממשלה סבור כי "לא ניתן היה לעגן את התיקון החוקתי בכל דרך אחרת אלא אך ורק במסגרת חוק היסוד שקבע עוד קודם לכן את הסדרי הנבצרות כהוראה נורמטיבית חוקתית – אותה ניתן לשנות באמצעות תיקון באותו המדרג בלבד" (סעיף 180 לתצהיר התשובה מטעמו). גם לשיטת הכנסת, הוראות התיקון "מגבילות ומצמצמות את הוראת סעיף 16(ב) לחוק היסוד" ועיגונן בחוק רגיל היה "מעורר קשיים משפטיים משמעותיים" (סעיף 164 לתצהיר התשובה מטעמה. כן ראו סעיף 130 לתצהיר התשובה של היועצת המשפטית לממשלה). כך, לדוגמה, ומבלי לקבוע מסמרות לעניין פרשנות סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, עשויה להתעורר סתירה במקרה בו קיימת מניעה בריאותית מראש הממשלה למלא את תפקידו, אך הפרוצדורה להכרזה על נבצרות לפי התיקון לא הושלמה. מכל מקום, כאמור, בהיבט זה של הסעד הראוי לא הציגו הצדדים טיעון סדור, ואינני סבור כי ראוי שנכריע בו ללא טיעון.

25. כמשקל נגד להערותיו של חברי השופט סולברג בעניין הסעד, ומבלי לטען מסמרות בעניין, אציין כי נטייתי היא לסבור, שאילו היינו משוחררים ממגבלות הצו על-תנאי, הרי שהסעד ההולם את הנסיבות בהן עסקינן הוא דווקא הפוך מזה אותו מציע חברי – דהיינו, הכרזה על בטלות תיקון מס' 12. חוק יסוד שהתקבל תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת עלול להיות חוק יסוד ראוי או בלתי ראוי, כשם שפעולה שנעשתה בעקבות תשלום שוחד עשויה להיות פעולה רצויה או בלתי רצויה. אין באפשרותנו לדעת אם הכנסת הייתה מקבלת את התיקון, אילו התכלית שעמדה לנגד עיניה הייתה תכלית חוקתית "כשרה", ואין זה ראוי כי אנו נכריע בעניין במקומה. משום כך, לכאורה, הסעד הראוי בנסיבות אלה הוא ביטול תיקון מס' 12. אם כך היה נעשה, הרי שיתכן כי בצד הביטול היה מקום להבהיר כי אין מניעה שהכנסת תחוקק בעניין מחדש, בכל נוסח שתבחר, בין אם חוק יסוד שיופעל מהכנסת הבאה (במגבלות הסמכות המכוננת), ובין אם חוק רגיל, שיכול שיופעל גם בכנסת הנוכחית (במגבלות הסמכות המחוקקת, דהיינו בכפוף להסדר שבחוק-יסוד: הממשלה). עם זאת, בהינתן נוסח הצו על-תנאי, מקובל עליי כי סמכותנו בדיון זה מוגבלת לדחיית תחולת תיקון מס' 12, ולא מעבר לכך.

דברי סיום: תפקיד בית המשפט העליון בעידן "החוקה בהתהוות"

26. חברי, ממלא מקום הנשיא פוגלמן, מסיים את דבריו בקריאה לכנסת לכוון את חוק-יסוד: החקיקה. חברי, השופט סולברג, מצטרף לקריאה זו, ומביע בצידה את

עמדו כי בית משפט זה יטיב לעשות אם עד שהכנסת תעשה כן ינקוט גישה מרוסנת, ובכך יעודד את המחוקק להתקדם בהשלמת פרויקט החוקה. אני מצטרף לקריאה לכינון חוק-יסוד: החקיקה, ומקובל עליי גם הצורך להפגין רגישות וריסון שיפוטי בהקשרים אלה.

27. ואולם, זאת חשוב לזכור: המפתח להשלמת המלאכה אינו בידינו. מצב הביניים החוקתי בו מצויה מדינת ישראל מזה 75 שנה – "החוקה בהתהוות" – נוצר על ידי האסיפה המכוננת בראשית המדינה, והוא נמשך עד היום בשל הימנעות הכנסת לדורותיה מלהשלים את מפעל החוקה. הרשות השופטת אינה יכולה לסיים את המלאכה, מאחר שלא בידיה הסמכות לכונן את החוקה. בשלב "החוקה בהתהוות" בו אנו מצויים, תפקידו של בית המשפט העליון הוא למנוע חריגה מהמגבלות המוטלות על הכנסת בפועל כרשות המכוננת – ובענייננו, למנוע שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כשופטי בית המשפט העליון, אסור לנו להרפות מהמשמר, וזאת גם אם הדבר אינו נושא חן בעיני גורמים כאלה או אחרים. כך נהגנו בעבר – כך עלינו לנהוג גם בעתיד. תפקיד מרכזי של החוקה הישראלית, גם ובמיוחד בשלב היותה "חוקה בהתהוות", הוא לכבול את ידיו של הרוב המזדמן בכנסת (וראו עניין עילת הסבירות, פסקה 35 לחוות דעתי). העם בחר בכך כשבחר באסיפה המכוננת; כנסות ישראל לדורותיהן בחרו בכך כשחוקקו את חוקי היסוד; בית משפט זה לדורותיו סמך ידו על תפיסה זו בפסיקתו. אם למפעל החוקתי יש ערך, בית המשפט העליון אינו רשאי להניח ידיו ממנו, ולסמוך על הרוב המזדמן – כל רוב מזדמן – כי יכבדו. אכן, לא לנו להשלים את מלאכת כינון החוקה; הכנסת, בכובעה כרשות המכוננת, היא המופקדת על השלמת בניין החוקה, תוך מתן כבוד ראוי ל"חוקה בהתהוות" שיצרו קודמותיה. חובתנו, איפוא, היא לוודא כי בעשותה כן היא מקפידה על מגבלות התקינות, האמון והסמכות המוטלות עליה. מחובת זו חלילה לנו שנניח את ידינו.

ש ו פ ט

השופטת (בדימ') ע' ברון:

1. מאז שנחקק בישראל חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1968, הסדר נבצרות ראש הממשלה שנקבע בו עבר מספר "גלגולים" שלכולם מאפיין משותף. הסדרים אלה נעדרו הגדרה של אותה "נבצרות" שבעטיה ייקבע כי ראש הממשלה איננו

יכול למלא את תפקידו, והיא נותרה כרקמה פתוחה שעשויה להתאים למצבים השונים המתעוררים במציאות הישראלית הסוערת.

במשך 55 שנים עמדה אותה נבצרות גמישה על מכונה, עד להגשתן לאחרונה של שתי עתירות לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, שבהן נתבקש לקבוע כי נבצר מראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, מלמלא את תפקידו. כך, בשל הפרתו הנטענת של ההסדר למניעת ניגוד עניינים שנקבע לראש הממשלה על רקע ההליך הפלילי המתנהל נגדו (להלן: הסדר ניגוד העניינים). או אז ובתוך ימים ספורים לאחר הגשת העתירות, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שבמהרה הייתה לתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון, ו-חוק היסוד, בהתאמה). במסגרת התיקון הוחלפה הגדרת הנבצרות "הפתוחה" בהסדר "סגור", המורה כי "נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו [...] תהיה בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד" (סעיף 16(ב1)(1) לחוק היסוד). לראשונה אף נקבע מנגנון מיוחד ומכביד להוצאת ראש הממשלה לנבצרות (סעיפים 16(ב1)(1) ו-16(ב1)(2)).

כחלק מחבריי, אף אני סבורה כי דבק בתיקון מס' 12 פגם מובהק של פרסונליות, וכי בהתאם לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, החלתו באופן מיידי מהווה שימוש לרעה בחוק יסוד. אני מצטרפת אפוא לפסק דינו של חברי, ממלא מקום הנשיא עוזי פוגלמן ולתוצאה של דחיית תחולתו של התיקון כך שייכנס לתוקף עם תחילת כהונת הכנסת הבאה.

2. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה בפסיקת בית משפט זה על רקע הזילות הנוהגת בחקיקת היסוד; כ"אמצעי" שניתן לעצב ולהתאים לצרכים פוליטיים משתנים, וכפתרון למשברים מזדמנים מתוך ראייה צרה ואינטרסנטית. כפי שצינתי בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים): "במדינת ישראל ידו של המחוקק קלה על ההדק בתיקון חקיקת יסוד, לא פעם מתוך צורך השעה הפוליטי, והמגמה בהקשר זה יוצרת חשש אמיתי מפני זילות של הנורמות החוקתיות" (פסקה 8 לחוות דעת).

ביסוד הדוקטרינה טמונה ההבנה כי "המבחן הצורני" לזיהוי נורמה חוקתית שנקבע בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), דורש חשיבה מחודשת. מבחן זה, המתמחה בשאלה אם הנורמה נושאת את הכותרת "חוק-יסוד", מבוסס על הנחה שלפיה "המחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת, ויצמיד את הכותרת 'חוק יסוד' לחקיקה שאינה ראויה להיות חלק מן החוקה" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 294 (2011)). אלא שהנחה זו התבדתה זה מכבר, כאשר בשורה ארוכה של מקרים עשה המחוקק שימוש בתחפושת של חקיקת יסוד על מנת להחדיר למארג החוקתי נורמות שאינן מצויות במדרג חוקתי מבחינת מאפייניהן:

"...חקיקת היסוד הפכה לחומר ביד היוצר, כמעין פלסטלינה שהמחוקק לש לצרכים ולאינטרסים פוליטיים מידיים וקצרי טווח, שבינם לבין נורמה חוקתית המשקפת הכרעה חברתית-משטרית 'יסודית', יציבה, כללית ועל-זמנית, אין ולא כלום. הקלות הבלתי נסבלת של התיקונים החוקתיים מתאפשרת במצב החוקתי השורר כיום, בהינתן שבין כובעה של הכנסת כרשות מחוקקת לבין כובעה כרשות מכוננת מפריד מחסום צורני דק מן הדק בדמות הכותרת 'חוק יסוד': ללא אזכור שנת החקיקה; ובהינתן שהכנסת אינה נדרשת לפרוצדורה חקיקתית מיוחדת ולרוב מיוחדת..." (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021), להלן: עניין שפיר, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית).

3. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נתקבלה כהלכה מחייבת בפסק הדין בעניין שפיר שניתן בהרכב מורחב, שם גם התוותה הנשיאה אסתר חיות את המבחן הדו-שלבי ליישומה. בשלב הראשון של הבחינה – במסגרת מבחן הזיהוי – נבחנת השאלה אם חוק היסוד או התיקון לו נושאים את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. אם התשובה לכך היא בשלילה, הבחינה מתקדמת אל השלב השני של מבחן הצידוק, שבו הנטל עובר לכתפי המשיבים להוכיח כי קיים הסבר שמצדיק לעגן את הנורמה במסגרת חקיקת היסוד, חרף הכשלים שזוהו בשלב הראשון (ראו בעניין ממשלת החילופים, בפסקה 94 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') חנון מלצר).

בגדר השלב הראשון של יישום הדוקטרינה, אחד מסימני ההיכר הבולטים לנורמה חוקתית הוא כלליותה. נורמה כללית משקפת "קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (עניין שפיר, פסקה 40 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). לפיכך, הסדר שנושא מאפיינים פרסונליים או קונקרטיים אינו עולה בקנה אחד עם התחולה הכללית והבלתי מסוימת שמאפיינת נורמות משפטיות, לא כל שכן נורמות חוקתיות שמעמדן הנורמטיבי הרם מחייב עמידה בסטנדרטים מחמירים אף יותר (ראו עניין ממשלת החילופים, בפסקה 140 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר).

4. כלליותה של נורמה משפטית נבחנת לא רק על פי לשונה, כי אם גם על פי תכליתה. כבר הובהר כי "חקיקה יכולה להיות פרסונלית גם אם היא נחזית לבעלת תחולה כללית, בנסיבות שבהן המחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים שעליהם הוא יחול" (ראו: בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 60 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן (26.10.2023), והאסמכתאות שם). בהקשר זה, מקובלת ההבחנה בין מניע פרסונלי, שהוא "הטריגר" להליך חקיקה, הממריץ כינון נורמה המנותקת מהמקרה הפרטני שבהשראתו נוצרה; ובין תכלית פרסונלית, שהיא מטרה שהמחוקק מבקש להגשים ביחס לאדם או למוסד פלוני. בניגוד לתכלית הפרסונלית שהיא ככלל פסולה, המניע הפרסונלי נחשב כשר ולגביו נקבע כי "כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק" (עניין ממשלת החילופים, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט ניל הנדל).

בענייננו, הניסיון להתחקות אחר המניע והתכלית מוביל למסקנה ברורה כי השניים התמזגו במסגרת תיקון מס' 12 לכדי הסדר פרסונלי מובהק. כפי שיפורט להלן, התיקון נועד ליתן מענה לאדם ספציפי, בנסיבות הייחודיות לו, בעת שהוא מכהן בתפקיד ראש הממשלה.

5. ממלא מקום הנשיא פוגלמן סקר צעד אחר צעד את השתלשלות האירועים שהובילה לחקיקתו של תיקון מס' 12. לא אחזור על הדברים, אך אציין בקצרה כי

מאז שנת 2020 מתנהל הליך פלילי נגד ראש הממשלה המכהן. על רקע זה, גובש לראש הממשלה הסדר ניגוד העניינים, שמורה כי עליו להימנע מלעסוק בעניינים שלהם זיקה מהותית למשפט; ובתוך כך הובהר כי אל לו לעסוק בעניינים הקשורים בפעילות הוועדה לבחירת שופטים ובהחלטות שנוגעות למערכת המשפט. שלוש שנים לאחר הגשת כתב האישום נגד ראש הממשלה, ביום 4.1.2023, הציגה הממשלה בראשותו תוכנית שעניינה יוזמות חקיקה לביצוע שינויים נרחבים במערכת המשפט שכונתה "הרפורמה המשפטית".

בימים 9.2.2023 ו-12.2.2023 הוגשו לבית משפט זה עתירות שבהן נטען כי עיסוקו של ראש הממשלה בשינויים במערכת המשפט הוא בגדר הפרה של הסדר ניגוד העניינים; ומשכך יש להורות על נבצרותו "התפקודית" (בג"ץ 1158/23 ו-בג"ץ 1214/23, להלן: עתירות הנבצרות). עתירות הנבצרות התבססו על הסדר הנבצרות שהיה קבוע בחוק היסוד קודם לתיקון מס' 12, שהיה כאמור הסדר "פתוח" ולא הוגבל לעילות של אי-מסוגלות פיזית או נפשית. בית משפט זה הורה על הגשת תגובות לעתירות בהחלטות מימים 10.2.2023 ו-12.2.2023. החלטות אלה, שיצוין שיוצאות מלפני בית משפט זה כדבר שבשגרה (ראו בסעיף 31 לחוות דעתה של חברתי, השופטת דפנה ברק-ארז), הובילו לפרסום הודעה מטעם ראשי מפלגות הקואליציה שבה נכתב כי "הדיון הבלתי לגיטימי בבג"ץ בדבר 'נבצרות' ראש הממשלה" הוא "ניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, שאינו שונה מהפיכה צבאית", לשון ההודעה.

כבר ביום 20.2.2023 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) (להלן: הצעת החוק). לכל אורך הליך החקיקה, חברי הכנסת שקידמו את הצעת החוק שבו והבהירו כי היא נועדה למנוע את אותה "הפיכה" נטענת באמצעות הכרזה על נבצרות "תפקודית" של ראש הממשלה המכהן.

6. הנה כי כן, עתירות הנבצרות היו המניע לחקיקת התיקון ששינה את הסדר הנבצרות; סילוקן מהדרך במטרה להסיר את מה שנחזה כאיום על המשך שלטונו

של ראש הממשלה היה תכלית התיקון; ומחיקתן היא התוצאה – שהשאיפה להשיגה הייתה הקטר שהוביל את הליך החקיקה לכל אורך הדרך.

הניסיון להבחין בענייננו בין "מניע" ל"תכלית" הוא במידה רבה מעשה של להטוטנות. אותו מניע פרסונלי לא טפסף או זלג לתוך תכלית התיקון, אלא הציף והטביע אותה בשיטפון של פרסונליות עד שלא ניתן עוד להבחין היכן "מסתיים" המניע ו"מתחילה" התכלית. זאת להבדיל מחקיקה שנועדה, בעת שחוקקה, לקדם מטרות וערכים כאלה ואחרים בראייה צופה פני עתיד, ובה לחוק יש חיים משל עצמו במנותק מהמניע שהוביל לחקיקתו (בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 27 לפסק דינו של השופט נעם סולברג (26.10.2023)). התכלית הפרסונלית של תיקון מס' 12 נלמדת משורה של מאפיינים חיצוניים לתיקון וכאלה שבאים לידי ביטוי בתוככי ההסדר עצמו. אעמוד עליהם בקצרה.

7. תחילה לעיתוי. משהוגשו עתירות הנבצרות המחוקקים "נדרשו" – כך בהכנתם – לשמוט את השטיח מתחתן ללא דיחוי, על מנת למנוע את הדיון בהן. תפיסה זו היא שעמדה מאחורי הליך החקיקה הבהול, שהושלם כחודש לאחר הנחת הצעת החוק על שולחן הכנסת, כך שהקדים את המועד האחרון להגשת תגובות בעתירות הנבצרות. הליך החקיקה הושלם בזריזות יתרה באמצעות הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: הוועדה המיוחדת), שהכינה את הצעת החוק להצבעה במליאת הכנסת; ועקב הקדימות שניתנה לתיקון על פני הליכי חקיקה אחרים, בהם כאלה הקשורים ב"רפורמה המשפטית".

כעולה באופן ברור וצלול מדברי חברי הוועדה המיוחדת לאורך הליך החקיקה, התיקון נועד לטרפד את ההליך השיפוטי שהיה תלוי ועומד בעתירות הנבצרות. אין צורך "לקרוא" את מחשבותיהם של המחוקקים, שכן הדברים קיבלו ביטוי מופגן ומוצהר. ויודגש, החקיקה נועדה לסכל חזיתית את בירור עתירות הנבצרות, ולא לייתר את העתירות במובן הקונסטרוקטיבי של מתן מענה לקושי שעתירות כאלה או אחרות מציפות, כפי שקורה לעיתים במחוזותינו. למסקנה אחרת, שלפיה צבר ההתבטאויות בוועדה המיוחדת איננו מעיד על התכלית

הפרסונלית של התיקון, ניתן להגיע רק אם נעטה רטיות על עינינו ונאטום את אוזנינו (ראו בסעיף 8 לחוות דעתו של חברי, השופט יצחק עמית).

8. אשר לתוכנו של תיקון מס' 12, ועל אף שזה איננו עומד לבחינה בהתאם למתווה הדיון בצו על תנאי שניתן ביום 6.8.2023, הרי שגם בו יש כדי להעיד על תכליתו הפרסונלית. התיקון הגביל את האפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה למצבים של אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד, ובכך סגר את הדלת על כל עילה אחרת, ובכלל זה נבצרות "תפקודית" כנטען בעתירות הנבצרות. גידור עילות הנבצרות, בשילוב עם הדרישות המכבידות שנקבעו להוצאה לנבצרות – נועדו על מנת למנוע מבית המשפט להכריז על נבצרות "תפקודית" של ראש הממשלה. מדובר בראש הממשלה המסוים, זה המכהן, זה שמתנהל נגדו הליך פלילי, וזה שמחויב להסדר ניגוד העניינים – ולא של ראש ממשלת ישראל באשר הוא. ויובהר שאין באמור משום הבעת עמדה בשאלה אם ערב התיקון ניתן היה להכריז על ראש הממשלה כנבצר מבחינה "תפקודית".

האופי הפרסונלי של התיקון הכתים לא רק את המניע לתיקון ואת התכלית שביסודו. חותם הפרסונליות הסופי הוטבע אף במישור התוצאה, כאשר יומיים לאחר פרסום התיקון ברשומות נמחקו עתירות הנבצרות, מן הטעם שהשינוי במצב המשפטי והעובדתי שחל מאז הגשתן לא איפשר את המשך הדיון בהן במתכונת שבה הוגשו. ראש הממשלה, בנאום שנשא ביום שבו התיקון התקבל בכנסת, הכריז כי "לצערי עד היום, ידיי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה [הכוונה היא לעיסוק בשינויים במערכת המשפט-ע"ב], כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש ממשלה לנבצרות"; ואין זאת אלא שהוא עצמו סבר שעם חקיקתו של תיקון מס' 12 הוסר החשש שייקבע כי נבצר ממנו למלא את תפקידו. ואינני נוקטת עמדה בשאלה אם חשש זה היה לו על מה להישען.

9. לבסוף, התחולה המיידית של התיקון מצביעה אף היא על תכליתו הפרסונלית. אלמלא הרצון והחיפזון להסיר את "האיום" מפני הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, לא הייתה כל סיבה להורות כי התיקון יחול באופן מידי. כך כאשר עשרות שנים, וגם כאשר עמדו על הפרק שאלות של נבצרות ביחס לראשי ממשלה

קודמים, חוק היסוד לא שונה. משכך, ובהתאם למסגרת הדיון כפי שתוחם בצו על תנאי, סוגיית החלתו המיידית של התיקון עומדת במוקד "מבחן הצידוק", בגדר השלב השני של יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

ויובהר, מבחן הצידוק מתמקד בשאלה אם בנסיבות המקרה יש מקום לעגן את ההוראה הנבחנת בחקיקת יסוד, חרף העובדה כי עיגון כזה יוביל לשחיקה במעמד של חוקי היסוד. עוד יש לציין כי קיימים יחסי גומלין בין הפגם שאותר בשלב הראשון במסגרת מבחן הזיהוי, ובין הצידוק שיש לאתר במסגרת השלב השני (ראו בעניין שפיר, פסקאות 43-44 לחוות דעתה של הנשיאה חיות). משמעות הדברים בענייננו היא כי לא את הרצון להבהיר את ההסדר שעמד בתוקף ערב התיקון נדרש "להצדיק", כי אם את הדחיפות והבהילות לעשות כן תכף ומיד, מעכשיו לעכשיו.

10. דומה כי אין בנמצא כל הצדקה עניינית להחלה מיידית של התיקון, ולמתן מענה ממוקד התפור באופן מוצהר למידותיו של ראש הממשלה המכהן. כאמור לעיל, התחולה המיידית נועדה אך ורק על מנת לקדם את עניינו האישי של ראש הממשלה; בעוד כפי שציין חברי השופט עמית, ניתן להצדיק חקיקה פרסונלית מקום שישנו צורך ציבורי-כללי דוחק, ולא כפתרון לבעיה אישית (ראו בסעיף 3 לחוות דעתו, וכן בסעיף 19 לחוות דעתו של חברי השופט עופר גרוסקופף). כך, בעניין ממשלת החילופים, חקיקת היסוד שנדונה נשאה אמנם אופי פרסונלי; אך מדובר היה בהסדר שנועד לחלץ את ישראל ממשבר פוליטי מתמשך של חוסר הכרעה בבחירות, ולאפשר הקמת ממשלת אחדות – הסדר משטרי שלא היה חדש בנוף הפוליטי בישראל (ראו שם, בפסקה 6 לחוות דעתי).

11. בענייננו, העובדה כי הסדר הנבצרות החדש נחקק כך שיחול על כל ראשי ממשלות ישראל לעתיד הייתה, בתוצאה המיידית של התיקון ובראיתם המוצהרת של המחוקקים, אך "תוצר לוואי" של התכלית העיקרית מאחורי תיקון מס' 12 – ביצור שלטונו של ראש הממשלה המכהן (ראו גם בסעיף 10 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') חיות). תיקון הסדר הנבצרות לא היה המטרה, כי אם

האמצעי; כאשר יוזמי התיקון סברו כי משעה שמדובר בתיקון לחוק יסוד הוא חסין מפני ביקורת שיפוטית, ובכך ירכוש גם ראש הממשלה המכהן חסינות. כזאת לא ניתן.

אחר כל האמור, ועל אף שאין בסעד של דחיית תחולתו של תיקון מס' 12 כדי לרפא את מלוא הקשיים שנפלו בו ובהליך שבו נחקק – דומני כי דחיית התחולה למועד תחילת כהונת הכנסת הבאה נוטלת את העוקץ מהקושי העיקרי שדבק בו בדמות אופיו הפרסונלי. דחיית התחולה מנתקת את המניע הפרסונלי הכשר מהתכלית הפרסונלית הפגומה, וממקמת את התיקון במארג החוקתי ככזה שבא להסדיר את סוגיית נבצרות ראשי ממשלות ישראל לעתיד, ולא רק כפתרון פרטני עבור ראש הממשלה המכהן.

12. סוף דבר כאמור בראשיתו. תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה נושא תכלית פרסונלית מובהקת, ונחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת. אשר על כן, אני מצטרפת לפסק דינו של חברי ממלא מקום הנשיא פוגלמן, המורה כי יש לדחות את תחולתו של התיקון למועד תחילת כהונת הכנסת הבאה.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט ד' מינץ:

אין בידי להצטרף לעמדתו של חברי מ"מ הנשיא ע' פוגלמן. לדעתי אין מקום להורות על תחולתו הנדחית של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה שאושר בכנסת ביום 23.3.2023 (להלן: התיקון ו-חוק היסוד, בהתאמה) ודין העתירות להידחות.

אקדמת מילין

1. את השקפתי בנוגע להתערבות בית משפט זה בחוקי יסוד של הכנסת פרשתי לא אחת (בין היתר בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן:

עניין שפיר); בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021) (להלן: עניין חוק הלאום); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (21.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין זדע); ובימים אלו ממש בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות), ולא אחזור על הדברים באכסניה זו. אדגיש רק זאת: בית משפט זה, ככל רשות מינהלית וככל גוף הממלא תפקיד שיפוטי, אינו רשאי לפעול אלא בדל"ת אמותיה של הסמכות הנתונה לו על פי חוק. ברם מקור המקנה לבית משפט זה סמכות לבקר חוקי יסוד – אין בנמצא. לו בשל כך דין העתירות להידחות, והדברים האמורים להלן הם בבחינת למעלה מהצורך בלבד.

2. הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בהיעדר מקור סמכות אינה רק פגומה מעצם טבעה, היא גם כורתת את הענף עליו נשענת הסמכות לבקר חוקים רגילים בהתאם לתיאוריה שאומצה בעניין בנק המזרחי (בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: בנק המזרחי)). בהיעדר מקור סמכות ברור, וכפועל יוצא מכך, בהיעדר קווי מתאר ברורים באשר לגבולות סמכותה של הרשות השופטת עצמה, הדוקטרינות שנוצרות בהקשר זה הלכה למעשה משוחררות מכל הגבלה מהותית ופותרות פתח רחב לפרשנות, להחדרת תפיסות ערכיות ולבחינת תבונתו של המחוקק. הדברים יפים לא רק בקשר לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי או לדוקטרינה שעניינה חריגת הרשות המכוננת מסמכותה שעמדו במוקד הדיון בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין הסבירות, שם באה לידי ביטוי באופן מוחשי ביותר הסכנה במתיחת הגבולות עד בלי די; הם גם רלוונטיים לדוקטרינה שעניינה ב"זיהוי" נורמה חוקתית. ועל כך להלן.

“שימוש לרעה בסמכות מכוננת”

3. נקודת המוצא בחוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא היא כי ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד באמצעות דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, היא בגדר "תלם חרוש" (פסקה 30 לחוות דעתו). כך גם סבורים חבריי הנשיאה (בדימ') א'

חיות (פסקה 2 לחוות דעתה), השופטת ד' ברק-ארז (פסקה 5 לחוות דעתה) והשופט י' עמית (פסקה 2 לחוות דעתו). אינני משוכנע שכך הם פני הדברים.

4. יסודותיה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת באופן שבו הותוותה בעניין שפיר, לא היו יציבים ומבוררים. שני פסקי הדין היחידים שקדמו לעניין שפיר בהם נדונה באופן מפורש דוקטרינה זו – בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און) ובג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי) – עסקו באופן ספציפי בתיקונים לחוק יסוד: תקציב המדינה שנחקקו בדרך של הוראת שעה. רק באחד משני המקרים, בעניין המרכז האקדמי, ניתנה מכוח דוקטרינה זו "התראת בטלות" "בלבד", וזאת לגבי הוראת חוק יסוד שהוארכה כהוראת שעה בפעם החמישית בניגוד לעמדת גורמי המקצוע (עניין שפיר, פסקה 3 לחוות דעתי; וראו: אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605, 653-654 (2017)). על אף שבמוקד עניין שפיר עמדה גם כן הוראת שעה שעסקה בסוגיות תקציביות, הורחבו גדריה של הדוקטרינה לעבר כל נורמה שהוכתרה על ידי הכנסת כחוק יסוד, אף אם מדובר בהוראה קבועה. בהתאמה לכך גם הורחבו ההיבטים בהם מתמקדת הביקורת השיפוטית מכוח הדוקטרינה, כך שזמניות ההסדר שעמדה בלב עניין בר-און ועניין המרכז האקדמי לא נותרה לבדה. לצדה התווספו מאפיינים נוספים של "כלליות" הנורמה ו"התאמתה למארג החוקתי", כרשימה שאינה סגורה (פסקה 58 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')), תוך הטלת הנטל על המשיבים להצביע על "צידוק" לקביעת הסדר שאינו עומד באותם מאפיינים.

5. כפי שכבר הזדמן לי להעיר בעבר, דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת באופן שבו פותחה בעניין שפיר – דוקטרינה הקשורה בטבורה לשאלות יסוד העומדות בליבת המשפט החוקתי – מעוררת סוגיות מורכבות ולבטים לא מעטים. אולם התהיות והקשיים עליהם הצבעתי אני, ועליהם הצביעו חלק מחבריי, טרם הביאו לדיון מעמיק וממצה, בוודאי לא לחרישה עמוקה בתלם. כעת, מכוח אותה דוקטרינה שיסודותיה ורכיביה טעונים עוד ליבון, מבוקש לדאשונה להתערב

בחוק יסוד של הכנסת, וזאת בהתייחס להוראת קבע אשר אין חולק על התאמתה מבחינת נושאה ל"חוקה". הסעד העומד על הפרק – דחיית מועד תחולה, גם הוא בבחינת חידוש בהקשרה של דוקטרינה זו ואינו מובן מאליו. מדובר אפוא ב"קפיצת מדרגה" נוספת המחייבת לשוב אל היסוד, ולהידרש לעניין כולו בהרחבה. על כן, מחויב אני להתייחס תחילה לעניין זה כבר בראשית חוות דעתי.

6. ואבהיר, לא נעלמה מעיני העובדה שלגישת מרבית חברי הוספתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת שפותחה בעניין שפיר לסל הכלים הנתונים לבית משפט זה בהפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, היא בגדר עובדה מוגמרת. ברם אין בכך כדי להפוך אותה לכלי שלם וברור בעל יסודות איתנים. גם אין בכך כדי לחייב אותנו לעצום את עינינו ולהתעלם מקשיים הטמונים בו. מה גם שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ולא מאוחר לשנות "מוסכמות" אף אם אלו "התקבעו" בפסיקתנו. כמאמר חז"ל: "שערי תשובה לעולם פתוחים" (דברים רבה, ב י"ב). זאת בפרט שעה שמדובר בדוקטרינה שנוצרה אך לאחרונה, שהיא עצמה הביאה לשינוי הלכה מושרשת קודמת (כפי שיפורט להלן), שאף בעניין שפיר צוין כאמור כי מבחני ה"זיהוי" שהוצעו אינם בגדר רשימה סגורה ושגם בעת הזו קיימות מחלוקות בנוגע לאופן יישומה (וראו בעניין זה את חוות דעתה של חברתי השופטת ברק-אדל).

7. אתחיל אפוא מבראשית. כידוע, עד לפסק הדין בעניין שפיר משל בכיפה המבחן הצורני שאומץ בעניין בנק המזרחי. על פי מבחן זה, הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוונת במקרים שבהם היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה, באמצעות המילים "חוק יסוד", ללא ציון שנת החקיקה (עניין בנק המזרחי, עמ' 403; ראו גם: עניין שפיר, פסקה 30 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 93 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). ביסוד העדפתו של המבחן הצורני על פני מבחן המתמקד בתוכנה של החקיקה, עמדה התפישה כי מדובר במבחן "פשוט להפעלה" שמעניק ביטחון וודאות באשר לחוקים שמעמדם הנורמטיבי הוא על-חוקי (עניין בנק המזרחי, עמ' 403-406; בג"ץ 4908/10 ח"כ

רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 292 (2011) (להלן: עניין בר-און)). היציבות והביטחון שנדרשו לצורך זיהוי חוקי יסוד לא נועדו להגשים מטרה "טכנית" בלבד. מדובר בשיקולים שעמדו בבסיס ההצדקה להכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת בעניין בנק המזרחי (וראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 332 (התשס"ג) (להלן: החוקה של מדינת ישראל)). כפי שצינתי בעבר, הבחירה במבחן הצורני לא הייתה בחירה מובנת מאליה, אך היא הייתה הכרחית לצורך ההכרה בסמכות המכוננת כמקור סמכות לחקיקת חוקי יסוד ובעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד (ראו גם: קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 353 (1997)).

8. המבחן הדו-שלבי אותו התוותה חברתי הנשיאה (בדימ') בעניין שפיר סוטה מההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי בכל הנוגע לאופן זיהויה של נורמה במדרג חוקתי, וזונה את המבחן הצורני, הפשוט והברור (ויצוין בעניין זה כי בניגוד לעמדת חברי השופט ע' גרוסקופף בפסקה 6א לחוות דעתו, חברתי הנשיאה (בדימ') בעצמה ציינה בעניין שפיר כי המבחן הדו-שלבי "מרחיב" את המבחן הצורני "אל מעבר להיבט הטכני הצר של השימוש בכותרת 'חוק יסוד'" (שם, פסקה 59 לחוות דעתה)). אמנם גם בעניין שפיר תואר השלב הראשון בדוקטרינה, "שלב הזיהוי", כשלב המתמקד במאפיינים "הצורניים" וב"סימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (שם, פסקה 36 לחוות דעתה של חברתי) וכן בשאלה האם מדובר בנורמה המתאימה "לשמש כנושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים" (שם, פסקה 45 לחוות דעתה של חברתי). אך בפועל, יש בו משום "זליגה" מן האלמנטים הצורניים הברורים לאלמנטים מהותיים שאינם חד-משמעיים. בהקשר זה, חוסר הוודאות הכרוך באימוץ מבחן שהוא קרוב יותר למבחן "מהותי" לזיהוי חוק יסוד מאשר מבחן "צורני", בוודאי מבחן "צורני" "טהור" – לא רק שהוא חותר כאמור תחת ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת, אלא הוא מעורר גם קושי בלתי מבוטל נוסף הנוגע למישור היחסים בין הרשויות.

9. הלכה למעשה, משמעותו של מבחן החורג מבחינה צורנית גרידא היא כי חקיקה שהוכתרה כ"חוק יסוד" על ידי הכנסת אינה זוכה למעמד של נורמה חוקתית עד אשר בית משפט זה "יזהה" אותה ככזו (וראו בהקשר זה: עניין בר-און, עמ' 293; אהרון ברק 'המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות' משפט וממשל א 9, 20 (1993) (להלן: ברק, המהפכה החוקתית)). בכך נוצר קושי מהותי ביותר הנוגע "לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)" (כלשונו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, עמ' 406). עצם העברת הזיהוי לפתחו של בית המשפט הופכת אותו לשלב נוסף בחקיקה, בבחינת "קריאה רביעית", ומעבירה לידי את ההכרעה בשאלה האם דבר חקיקה ראוי להיות מסווג כנורמה חוקתית (ראו גם: עניין שפיר, פסקה 27 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג). בכך, מבחן הזיהוי עשוי בקלות יתרה לשמש צינור להחדרת עקרונות ותפיסות נורמטיביות המשקפות לא את עמדת יוצר החוק, כי אם את עמדת בית המשפט (וראו בהקשר זה גם את ביקורתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז בעניין שפיר, פסקה 13 לחוות דעתה).

10. אין צריך לומר כי מלאכת עריכת החוקה שמורה באופן בלעדי לכנסת, וממילא גם הסמכות לקבוע אם דבר חקיקה מתאים מבחינת תוכנו להיכלל באותה חוקה – קביעה שמעצם טבעה כוללת בחובה היבטים ערכיים. חדירתם של כללי זיהוי מהותיים פוגעת להשקפתי בהפרדה ההכרחית בין הרשויות ומביאה את בית המשפט לעסוק בעניינים לא לו, וכך גם הצבת בית המשפט כמי שאמון על זיהויין של הנורמות ומעמדם. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין כבר בעניין בנק המזרחי:

"לו נתנה האסיפה המכוננת חוקה לישראל, כי אז ידענו חוקת ישראל מהי על דרך עיון במסמך החוקה. ואולם עתה, שחוקה לא ניתנה לנו, כיצד נדע מה נושאים 'ראוי' להם להיות בחוקה ומה נושאים אין זה ראוי לחוקה כי תכלול אותם (והכללתם בחוקה או בחוק יסוד יהווה 'שימוש לרעה' בסמכות)? הכרעה בשאלה זו חשובה עד למאוד, שכן אם תאמר הכנסת לשריין חוק שאינו חוק חוקה – או שתקרא שם של 'חוק יסוד' על חוק שאינו 'ראוי' לכך – אפשר, על-פי

הנטען, כי תחרוג במעשה זה סמכותה, ובית המשפט יוכל להכריז על אותו מעשה כבטל מעיקרו. ואולם: היעלה על הדעת כי בית המשפט הוא שיתווה מסגרות ל'חוקה ראויה', וכי על-פי אותן מסגרות יחליט איזה שריון חוקי הוא ואיזה שריון אינו חוקי?

הנה הוא, בתורת משל, אותו חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים. אכן, חוק זה – על-פי מהותו – אין כוללים אותו בדרך כלל בחוקה. ואולם, האומנם נאמר כי בית-משפט הוא שיקבע מה ראוי לה לחוקה שתכלול – ומה אין ראוי לה לחוקה שתכלול – ומתוך שחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא 'ראוי' שייכלל בחוקה, יוסיף בית המשפט ויקבע כי שריונו נעשה שלא כדין ובחריגה מסמכות אך מטעם זה בלבד? איסור שתיית משקאות אלכוהוליים (Prohibition) נכלל בתיקון לחוקת ארצות-הברית. כך ביקש 'מחוקק החוקה' לעשות – וכרצונו עשה. חוק זה, אליבא דכולי עלמא, אין הוא ממשפחת חוקי חוקה. האם נאמר כי מתקן החוקה חרג מסמכותו? הגנה על נכסי הציבור, בימינו ובמקומנו, כיצד ניתן לומר עליה כי מקומה הוא אל מחוץ לחוקה? ומכל מקום: האומנם בית המשפט הוא שיקבע את גדרי החוקה? אכן, האמירה כי לעניינה של חקיקת חוקה מוגבלת הכנסת בסמכותה ל'נושאי חוקה' וכנגזרת מכך: כי בית המשפט הוא שיקבע איזה חוק יבוא בגן החוקה ואיזה חוק יתדפק על שער ואין פותח – ואם נכנס כי אז נגרשנו מן הגן; אמירה זו, כשהיא לעצמה, יש בה כדי להצביע לא על סמכותה המוגבלת של הכנסת אלא על חולשתה של תורת שני הכתרים" (שם, עמ' 516; ראו גם: עניין בר-און, עמ' 293; עניין ממשלת החילופים, פסקה 6 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג).

לא למותר לציין כי ביסוד תשובתו של הנשיא ברק לביקורת זו של השופט חשין עמדה ההבחנה הצורנית הברורה והפשוטה בין דבר חקיקה לדבר "חוקה" (וראו שם, עמ' 394; ראו גם עניין שפיר, פסקה 11 לחוות דעתי; עניין הסבירות, פסקה 28 לחוות דעתי). ההבחנה הצורנית היא זו שאפשרה כאמור את ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת כמקור סמכות לחקיקת חוקי יסוד ולביטול חוקי יסוד מכוחה. ביטול המבחן הצורני מעלה מחדש את התמיהה כיצד בית משפט זה הוא שיקבע מהו החוק ש"יבוא בגן החוקה", מבלי שניתן מענה לקושי ראשוני זה.

11. ויודגש, כפי שציינתי בעניין שפיר, אין חולק כי המבחן הצורני אינו חף מקשיים ועל כן נמתחה עליו ביקורת לאורך השנים. בכלל זה נטען כי הוא מאפשר חזרתן של נורמות שמקומן הטבעי בחוק "רגיל" לתוך ה"חוקה", ומנגד מונע כניסתן של נורמות המתאימות להיכלל ב"חוקה" אך בשל כותרתן (ראו שם, פסקה 6 לחוות דעתי; כן ראו רובינשטיין ומדינה, עמ' 96; החוקה של מדינת ישראל, עמ' 332). אין ספק כי מדובר במבחן פשטני במידה מסוימת. עם זאת, חסרוננו זה הוא מעלתו, והפשטות והוודאות שהוא מעניק באיתור נורמה חוקתית הם שעמדו כאמור בבסיס בחירתו בעניין בנק המזרחי (שם, עמ' 406). בהיעדר הבחנה ברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה, נשמטת כאמור ההצדקה הבסיסית להכרה בכך שנורמות שיצאו תחת ידי הרשות המכוננת עשויות להגביל את הרשות המחוקקת. בשים לב לכל האמור, הכנסתם של אלמנטים מהותיים למבחן שעניינו ב"זיהוי" חוק יסוד, מבלי לתת את הדעת לאובדן היתרונות הגלומים במבחן הצורני המתאימים באבחה אחת; מבלי לתת את הדעת לקשיים שיתעוררו כתוצאה מכך; ומבלי לתת את הדעת לפריצת הגבולות ההכרחיים בין הרשויות השונות הנובעת מכך – מוקשית מאוד בעיני.

12. בעניין זה יוער כי אחת מההצדקות המשמעותיות שבאו לידי ביטוי בעמדותיהם של חבריי, בעבר ובהווה, להפניית העורף למבחן הצורני שנקבע בעניין בנק המזרחי, הייתה "הקלות הבלתי נסבלת" של חקיקת חוקי היסוד ותיקונם (עניין שפיר, פסקה 35 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'), פסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט עמית ופסקה 2 לחוות דעתה של חברתי השופטת (בדימ') ע' ברוך; פסקה 2 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') בענייננו). אלא שכפי שציינתי בעניין שפיר, לא רק שהעובדה שניתן לחוקק חוקי יסוד ולתקנם ברוב רגיל ואין כל הליך מיוחד לחקיקתם מהווה מאפיין של המבנה החוקתי של שיטת משפטנו; אלא שהקלות שבה ניתן לתקן חוקי יסוד שימשה כנימוק התומך בבסיס ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת בעניין בנק המזרחי. וכך ציינתי:

"העובדה שחוקי היסוד ניתנים לשינוי בקלות יחסית, כי ניתן לשנותם ברוב רגיל ואף לבטלם בהינף הליך

חקיקה רגיל, וכי אין הליך מיוחד לחקיקתם וממילא לתיקונם, איננה בגדר חידוש. מדובר במצב אשר ניתן לומר כי הוא מאפיין את המבנה החוקתי של שיטת משפטנו. אדרבה, הקלות והפשטות שבהן ניתן לתקן את חוקי היסוד, אף שימשו כטיעון תומך בעניין בנק המזרחי, להכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת (ראו גם: אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט לז' 509, 552 (2016) (להלן: אהרונסון)). כפי שהסביר שם הנשיא ברק:

'לסיום ההיבט הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית, יש לציין כי כל חוקה קובעת דרכים לשנותה. ככל שדרכים אלו אינן נוקשות, הן מאפשרות לרוב של היום להגשים את שאיפותיו. דרכי השינוי של החוקה משקפות אפוא את האיזון שהחברה מבקשת לקיים בין עבר להווה, בין ערכים ארוכי טווח לבין שאיפות קצרות טווח, בין ערכים למדיניות. דרכי השינוי נקבעות בחוקה עצמה, והן מעוצבות על-ידי הכוחות הפוליטיים. עד כמה שדרכי שינוי אלה אינן קשות במיוחד, הן מאפשרות לרוב של היום לתת ביטוי לתפיסותיו, ובכך מקהות את חריפותו של הטיעון הסומך עצמו על תפיסה פורמאלית של דמוקרטיה. (שם, עמ' 424; ההדגשות אינן במקור – ד.מ.).

כיצד אפוא הפכה העובדה, כי ניתן לחוקק חוקי יסוד ולשנותם בקלות (בהיעדר חוק יסוד: החקיקה ומשאין בנמצא 'חוקה' קשיחה כדוגמת זו המצויה בארצות הברית אליה השווה חברי השופט עמית בחוות דעתו), לסממן המעמיד סימני שאלה חריפים בקשר לזיהויה של נורמה כנורמה חוקתית? אינני מוצא לכך תשובה. לדעתי, שאלת תכיפות התיקונים בחוק יסוד אינה מהווה כשלעצמה נתון רלוונטי לעניין בחינתה של נורמה חוקתית באשר היא" (שם, פסקה 16 לחוות דעתי; ראו גם עניין הסבירות, פסקה 34 לחוות דעתי).

13. אין בידי אפוא להסכים עם עמדתה של חברתי הנשיאה (בדימ') כי "משימת זיהויה של נורמה כנורמה משפטית במדרג נורמטיבי מסוים, לרבות המדרג החוקתי, מצויה בליבת תפקידו של בית המשפט" (עניין שפיר, פסקה 31). ההכרעה בדבר מעמדה של הנורמה טומנת בחובה שאלות ערכיות, והיא נטועה בלב ליבה של

הסמכות הנתונה לרשות המחוקקת-מכוננת. אין זה תפקידו של בית המשפט, ואל לו לפרוץ את הגדר ולהכריע בשאלות שכאלה. וכפי שהתבטא בהקשר זה השופט ברק: "אין זה ראוי ליצור חוסר ודאות באשר לעצם זיהוין של ההוראות החוקתיות, ואין זה ראוי להטיל תפקיד זה על הרשות השופטת" (ברק, המהפכה החוקתית, עמ' 20).

14. מעבר לקשיים הטמונים בעצם המעבר ממבחן צורני פשוט וודאי למבחן הכולל אלמנטים מהותיים בזיהוי נורמה חוקתית, סבורני כי המבחן הדו-שלבי שפותח בעניין שפיר מעורר קשיים נוספים. כך למשל, על פי גישתה של חברתי הנשיאה (בדימ'), בחינת התאמתן של נורמות חדשות למארג החוקתי מתבצעת על רקע המארג החוקתי הקיים. ברם המארג החוקתי הקיים כולל הוראות מתחומים שונים והקשרים שונים, תוך נקיטה ברמת פירוט שונה. עצם הניסיון להתבונן עליו כמארג אחיד שניתן לבחון האם נורמה כזו או אחרת תואמת אותו, הוא מוקשה. לכך יש להוסיף כי מבחן זה הלכה למעשה מעניק "העדפה" לחוקי היסוד שנחקקו זה מכבר על פני חוקי יסוד חדשים. לא רק שחוקי היסוד ה"ישנים" לא נדרשים לעמוד במבחן "זיהוי" הכולל אלמנטים מהותיים אלא במבחן צורני בלבד, הם אף משמשים כ"נורמת הבסיס" לבחינת "המארג החוקתי". חוקי היסוד ה"חדשים" נבחנים על פי מידת ההתאמה לאותם חוקי יסוד "ישנים", מבלי שניתנה כל הצדקה למעמד העודף שניתן להם.

וכך גם למשל, לגבי מבחן הצידוק, בו נבחנת שאלת קיומו של "טעם עקרוני אובייקטיבי" לעיגון הוראה במסגרת חוק יסוד "חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם של חוקי היסוד" (שם, פסקאות 43 ו-62 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). אף מבלי להידרש לקושי העקרוני הטמון בכך שהכנסת צריכה לספק "צידוק" לדברי חקיקה, קשה לעמוד על גבולותיו של אותו טעם "עקרוני" ו"אובייקטיבי" שיהווה צידוק מספק. כמו כן, כפי שגם ציינה חברתי השופטת ברק-ארוז, במקרים רבים ה"צידוק" לחקיקת חוק מסוים נעוץ במישור החיים הפוליטיים. הדרישה לקיומו של צידוק מכניסה את בית המשפט לזירה הפוליטית שכן הוא יידרש להכריע האם שיקול פוליטי כזה או אחר מהווה "צידוק" מספק לסטייה מהמאפיינים שנכללו במבחן הדו-שלבי. ויובהר כי

אין בכך כדי לבטא הסכמה לגישתה של חברתי השופטת ברק-ארז לפיה די בכך שחוק שהוכתר כ"חוק יסוד" אינו עומד במבחני הזיהוי כדי להביא לבטלותו, אלא אך כדי להדגיש את הקושי שבניסיון לאתר צידוק שכזה.

15. נקודה נוספת עליה יש לעמוד בהקשר זה היא, כי חרף העובדה שדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מתמקדת ב"זיהוי" מעמדה הנורמטיבי של הנורמה, לא ברור כלל מדוע לא נקבע כי התוצאה הטבעית של קבלת טענה ל"שימוש לרעה" כאמור תהא מתן סעד בדמות "הנמכת קומתו" של דבר החקיקה לכדי דבר חקיקה רגיל. כפי שצינתי בעניין שפיר, וכפי שגם ציין חברי השופט סולברג בחוות דעתו, אם חוק יסוד אינו עומד במבחני ה"זיהוי" כנורמה חוקתית, לכל הפחות מדובר בחוק "רגיל", אף אם מסיבה מסוימת "יופחת" מעמדו ויורד כתר "היסוד" שעטר אותו. בהינתן שכל תכליתה של הדוקטרינה הוא כאמור "לחשוף" את מעמדה האמיתי של הנורמה, לא ברור לי כלל מדוע לא ניתן להסתפק בכך שדבר החקיקה ימשיך לעמוד מבלי שימנה על סדר הנורמות החוקתיות. וראו בהקשר זה את דבריו של אהרן ברק בספרו פירוש לחוקי-היסוד – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך א (2023) אשר עמד גם הוא על תוצאה זו של "הנמכת" חוק היסוד כמהלך מתבקש:

"מטרתה של הדוקטרינה בעניין השימוש לרעה בחוק היסוד אינה להביא לפגיעה בתוקפו של חוק היסוד. מטרתה היא לבחון אם אין מקום להסיר מחוק היסוד את 'התחפוש החוקתית'. החיפוש אחר החוק המתחפש אינו יכול להסתפק בחזותו החיצונית של החוק. יש לרדת לתוכנו. יש לבחון אם תוכנו כבד. במסגרת חיפוש זה 'ענייננו אינו בשאלת חוקתיותה של הנורמה מבחינת תוכנה, אלא בשאלה אם סוג הנורמה, מבחינת מאפייניה, עולה בקנה אחד עם עיגונה בחוקה'. משנקבע כי השימוש בדיבור 'חוק יסוד' היה שימוש לרעה, אין בכך כדי למנוע הכרה בו כחוק רגיל של המחוקק. חוק רגיל זה נהנה מחזקת תוקף. על כן, הסעד החוקתי המתאים במקרים שבהם נקבע שימוש לרעה בדיבור 'חוק יסוד' אינו צריך להיות בהכרזה כי חוק היסוד אינו חוקתי. הסעד החוקתי הראוי הוא בביטול הדיבור 'חוק יסוד' המוצמד שלא כדין לחוק. התוצאה היא שדבר החקיקה

ממשיך לעמוד בתוקפו ככל חוק אחר של המחוקק"
(שם, עמ' 267).

סומך אני את שתי ידיי על הדברים האמורים. אדרבה, הדבר אך מתבקש נוכח גישתו הנחרצת של בית משפט זה לאורך השנים לפיה ביטול חוק (אף חוק "רגיל") הוא בבחינת "נשק יום הדין" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 286 (2005)) שיש לפנות אליו רק כ"מוצא אחרון" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 550, 500 (2010)), לאחר ש"כלו כל הקיצין" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 56 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (15.4.2015)). על כן התוצאה לפיה אי-עמידה במבחנים לזיהוי נורמה כנורמה חוקתית משמעותה על דרך הכלל ביטול הנורמה, מעמידה בסימן שאלה את פנות המהלך המבקש למקם דוקטרינה זו בגדרי "זיהוי" נורמה "בלבד" בהתייחס למידת התאמתה לנורמה חוקתית "מבחינת מאפייניה הפורמליים-פרוצדורליים" (למשל, בפסקה 2 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). אגב כך יש גם לתהות הכיצד מבחן שעניינו ב"זיהוי" הנורמה החוקתית מוביל כבענייננו לקבלת סעד שמשמעותו דחיית תחולתה של הנורמה (וראו בהקשר זה גם פסקאות 11-13 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג).

16. בהקשר זה, חברתי הנשיאה (בדימ') מציינת בחוות דעתה כי העמדה לפיה יש לראות חוק יסוד שאינו עומד במבחן הדו-שלבי כחוק "רגיל", מוקשית בעיניה. לגישה, עמדה זו "מקבעת את החולשות שבהן לוקה המפעל החוקתי הישראלי לכתחילה ואף מעודדת את המשך ניצולן לרעה. היא מעצימה את טשטוש הגבולות בין הסמכויות השונות של הכנסת ומקלה ראש בהקפדה היתרה הנדרשת מן הכנסת בבואה לקבוע נורמות" (פסקה 12 לחוות דעתה). לפיכך, לגישה, מקום שבו עושה הכנסת שימוש לרעה בכובעה כרשות מכוננת, לא ניתן "לחבוש על ראשה" בדיעבד את כובעה כמחוקקת חוקים.

17. לעניות דעתי, ביקורת זו דווקא מחדדת חולשה נוספת הטמונה בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת כפי שפותחה. חבריי מקפידים להדגיש כאמור כי עניינה של דוקטרינה זו ב"זיהוי" הנורמה – היינו בשאלה מה מעמדה של הנורמה

שחוקקה הכנסת. הנחת המוצא של גישה זו היא אפוא כי רק לאחר הפעלת מבחני הדוקטרינה, הכוללים כאמור אלמנטים מהותיים, ניתן לחשוף אם מדובר בחוק יסוד, אם לאו. אולם, בביקורתה נגד אפשרות "הנמכת" חוק היסוד מניחה חברתי הנחה הפוכה, לפיה התיקון העומד לביקורת הוא אכן "חוק יסוד", עקב מאפייניו הצורניים – ומטעם זה עצמו אין מקום להקנות לו כעת (לאחר ה"זיהוי") מעמד של חוק "רגיל". רוצה לומר, פעם הכתרתו של החוק בכותרת "חוק יסוד" על ידי המחוקק – רלוונטית, ופעם – לא. פעם האופן שבו ראה המחוקק את מעמדו של החוק כחוק יסוד איננה בעלת משקל ממשי לעניין "זיהוי" לפי המבחנים שנקבעו; ופעם אחרת עובדה זו רלוונטית ביותר ואף מונעת "הנמכת" מעמדו לחוק רגיל.

18. לאמור לעיל יש להוסיף כי מגישתה של חברתי הנשיאה (בדימ') משתמעת כי הסיבה שבגינה אין מקום לסווג חוק יסוד שאינו עומד במבחן הדו-שלבי כחוק רגיל, היא כדי להעביר מעין "מסר חינוכי" שימנע את "המשך ניצולן לרעה" של "החולשות של המפעל החוקתי הישראלי". לטעמי אין בכוחם של שיקולים מעין אלו כדי להביא להעדפת סעד חריג וקיצוני של ביטול חוק יסוד (או את דחיית תחולתו, שפירושה במובן מסוים ביטול "זמני") על פני הותרתו בתוקף כחוק "רגיל". כמו כן, מוקשה בעיניי כי הנימוק שהועלה גם על ידי חברתי השופטת ברק-ארוך, שעניינו בחשש מפני העמקת "טשטוש הגבולות בין הסמכויות השונות של הכנסת", מוצא את דרכו כנימוק המצדיק עשיית שימוש בדוקטרינה עד כדי אפשרות של מתן סעד קיצוני של ביטול חוק יסוד. כאמור לעיל, בעניין בנק המזרחי בו אומצה תורת "שני הכובעים", התשובה שניתנה לקושי להבחין בין הסמכויות השונות של הכנסת הייתה באמצעות המבחן הצורני, הברור והפשוט. לעומת זאת דווקא מבחן זיהוי הכולל אלמנטים מהותיים כפי שהתוותה חברתי הנשיאה (בדימ') הוא זה שמביא לטשטוש ההבחנה הפשוטה והברורה בין חוק "רגיל" לבין "חוק יסוד" והוא זה אשר מביא לטשטוש הגבולות לגבי זיהוי השימוש ב"כובעיה" השונים של הכנסת.

19. קשיים רבים טמונים אפוא בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. קשיים אלה, שעל חלקם הצבעתי בעבר ועל חלקם הצביעו אחדים מחבריי, לא זכו

להתייחסות בפסקי הדין שבהם פותחה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ויש להצר על כך. זאת בפרט על רקע כובד משקלה והשלכותיה, כולל בעניין זה שלפנינו.

20. הואיל ובמוקד ענייננו הנוכחי ניצב "מבחן הכלליות", אסתפק בדברים האמורים לעיל בנוגע לדוקטרינה בכללותה, ואוסיף מספר מילים על הקשיים הטמונים במבחן הכלליות באופן ספציפי.

מבחן הכלליות

21. לדעתי, האופן שבו מתפרש "מבחן הכלליות", בעיקר בהתייחס לסוגיית מעמדה של נורמה בעלת מאפיינים "פרסונליים", איננו מובן מאליו. בעיני הוא לא מובן כלל.

22. אכן, התפישה המקובלת היא כי אחד המאפיינים הבסיסיים של חוק הוא היותו בעל תחולה כללית, במובן זה שהוא מתייחס לקבוצה בלתי מסוימת של אנשים (בג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת, פסקה 58 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן ופסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג (26.10.2023) (להלן: עניין טבריה); עניין ממשלת החילופים, פסקה 140; בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (2.4.2013) (להלן: עניין איתנית)). ברם, לא מדובר בחזות הכל. קיומה של תפישה מעין זו אין פירושה כי חוק שאינו עומד בדרישת הכלליות, לאו חוק הוא; ומקל וחומר אין פירושה כי חוק יסוד שאינו עומד בדרישת הכלליות, לאו חוק יסוד הוא. וארחיב.

23. אף כי מקובל לחשוב על נורמה חקיקתית כמתאפיינת בכך שהיא כללית במהותה במובן זה שאינה מכוונת למצבים ספציפיים-קונקרטיים, אין חולק כי בספר החוקים נחקקו לאורך השנים נורמות שונות בעלות מאפיינים פרסונליים ואינדיבידואליים, לעיתים מובהקים וגלויים לעין. לצד ההכרה בכך שהיבט הכלליות מהווה אחד ממאפייניו של דבר חקיקה, הובהר בפסיקה כי "מצב מיוחד דורש חוק מיוחד, ואף עשוי להצדיק חוק בעל מאפיינים פרסונאליים" (עניין איתנית, פסקה 35). ההנחה היא כי לעיתים, חקיקה בעלת מאפיינים פרסונאליים היא

מחויבת המציאות. צורך שכזה יכול לנבוע מנסיבות העניין הספציפי העומד לפתחו של המחוקק.

בין הדוגמאות הבולטות למצבים כאלה, שחלקן הוזכרו על ידי חבריי, ניתן למנות את חוק הנשיא חיים ווייצמן (גימלה ועזבון), התשי"ג-1953 אשר קבע כי אלמנתו של הנשיא המנוח חיים ויצמן (תוך ציון שמה בסעיף 1 לחוק) תזכה לגימלה מאוצר המדינה למשך כל ימי חייה; חוק החברה לישראל בע"מ, התשכ"ט-1969 אשר העניק לחברה לישראל פטור ממס הכנסה וממס על ריווח הון למשך 30 שנה; חוק המניות הבנקאיות שבהסדר (הוראת שעה), התשנ"ד-1993, אשר עסק בהליכי הלאמה והפרטה של ארבעת הבנקים הגדולים באותה תקופה; החוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 אשר קבע הסדרים מקלים שונים בעניינם של מתנגדי תוכנית ההתנתקות שמעשיהם עלו כדי מעשים פליליים (עתירה שהוגשה נגד חוקתיות החוק – נדחתה) (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012) (להלן: עניין ניר)); והחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950.

24. אף בית משפט זה הדגיש לא אחת כי פרסונליות החקיקה כשלעצמה אינה מהווה עילה לפסילת הנורמה. כך למשל, במסגרת בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (16.1.2012) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון) בו נדון תיקון לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 שהוזכר גם על ידי חברי השופט סולברג ואשר ביטל את תקופת הכהונה המינימלית שהייתה קבועה למשך כהונת נשיא בבית משפט זה (תיקון שכונה, ולא בכדי, "חוק גרוניס"), דחה בית משפט זה טענות לפיהן מדובר ב"חקיקה פרסונאלית" הסותרת את עקרונות היסוד של השיטה"; ונקבע כי על מנת להצדיק את ביטול החוק, לא ניתן להסתפק בהצבעה על מאפייניו הפרסונליים של החוק והיה על העותרים להצביע על פגיעה בזכויות אדם או בערכים בסיסיים המוגנים בחוקי היסוד. לגבי דבר חקיקה זה, אשר כפי שציין חברי השופט סולברג, בפרוטוקולי הדיונים בכנסת שקדמו להעברתו חזר ונשנה אזכור שמו של השופט (כתוארו אז) גרוניס, נקבע כי הוא אינו יוצא מידי "חזקת כשרות חוקתית" (שם, פסקה 3).

25. דוגמה נוספת מצויה בעניין איתנית שגם הוא הוזכר על ידי חבריי, שם הופנתה העתירה נגד תוקפו של סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011, אשר הכריז על פרויקט לפינוי אסבסט מהגליל המערבי, ואשר כתוצאה ממנו חויבה חברה אחת בלבד – איתנית מוצרי בנייה בע"מ – לשאת במחצית מעלויות הפרויקט. באותו עניין נדחתה טענתה של איתנית לפיה הפגיעה בזכויותיה לא נעשתה מכוח "חוק" משעה שמדובר בנורמה שאינה כללית, ונקבע כי אין בכך כדי לפגוע במעמדו של החוק ככזה. צוין כי הסעיף נועד לתת מענה למצב הייחודי שנוצר – מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גיאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי, והייחודיות של איתנית אינה "פרי החקיקה אלא פרי המציאות".

26. למעשה, בית משפט זה לא הורה על בטלותו של דבר חקיקה אך מחמת היותו בעל מאפיינים פרסונליים. לכל אורך השנים הנטייה הייתה לכבד דבר חקיקה בעל מאפיינים פרסונליים תוך מתן גיבוי ליצירת הסדר ייחודי בשל כורח המציאות (כך למשל: עניין איתנית; עניין ניר; עניין התנועה למען איכות השלטון). הודגש כי אין בכוחם של "העקרונות השוללים חקיקה פרסונאלית" כדי להביא לביטול חקיקה ראשית (עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). היבטים פרסונליים בחוקים אובחנו לכל היותר כ"מניע" אשר אינו מהווה כשלעצמו עילה לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת (וראו למשל: בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999) (להלן: עניין מספר השרים); עניין בר-און, עמ' 295-296; עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ')). וגם במקרה שבו הועלתה האפשרות כי באופן תאורטי ו"לצורך הדיון" בלבד "מניע" פרסונלי יצדיק ביטול דבר חקיקה בשל "פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה" (בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 16 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') (17.8.2016) (להלן: עניין הרפורמה ברשות החשמל)), הובהר כי אין בכך כדי להביא לביטול חוק בהיעדר תשתית להוכחת "תכלית" פרסונלית ("טענות אלה [...] אינן מוכיחות תשתית ממשית [...] לכך שביסוד

הסעיפים [...] ניצבת תכלית פרסונאלית" (שם)). למותר לציין כי גם חברי השופט עמית התומך בגישתו של חברי מ"מ הנשיא, סבור כי "הגם שחקיקה פרסונלית אינה רצויה, היא אינה אסורה אך ורק בהיותה פרסונלית" (פסקה 3 לחוות דעתו).

27. לנוכח כל המפורט לעיל, תמוהה בעיני העובדה שבמסגרת המבחן הדו-שלבי מועלית על נס הסלידה מחקיקה פרסונלית, וזו מאפשרת התערבות של בית משפט זה בחוק יסוד בהתבסס על עיקרון שכאמור לא שימש כשלעצמו בסיס להתערבות בחוק "רגיל".

28. חברתי השופטת ברק-ארוז סבורה כי יש הצדקה להבחין בהקשר זה בין חקיקה רגילה לבין חוקי יסוד, והיא טמונה בכך שחוקי היסוד אינם מיועדים לתת מענה לבעיות נקודתיות אלא לקבוע את המסגרת החוקתית של המדינה (דברים דומים נאמרו גם על ידי חברי השופט עמית בפסקה 10.ב לחוות דעתו). ברם התפישת עליה התבססה דרישת הכלליות בדוקטרינת השימוש לרעה היא תפישת פילוסופית-כללית באשר לאופן שבו אמורה נורמה להיות מנוסחת – כל נורמה באשר היא (ראו את פסקאות 33-36 לחוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא; ראו גם בעניין שפיר, פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). היא אינה נגזרת ממעמדה הנורמטיבי של הנורמה, אלא מעקרונות רחבים וכלליים כגון עקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות (אליהם עוד אתייחס בהמשך), שהפגיעה בהם עשויה להיווצר הן על ידי חקיקה "רגילה" והן על ידי חוקי יסוד (ולא בכדי גם חברי מ"מ הנשיא התייחס בחוות דעתו לפגמים פרסונליים בחקיקה "רגילה" ובחוקי יסוד בערבוביה). נאמנות לגישה לפיה נורמה – כל נורמה – צריכה לעמוד בדרישת הכלליות הייתה אפוא אמורה להביא למסקנה כי יש להחיל סטנדרט אחיד על כל סוגי הנורמות.

29. לא זו אף זו, הלכה למעשה גישתם זו של חבריי מביאה לתוצאה של קביעת סטנדרט ביקורת שיפוטית מחמיר יותר לגבי חוקי יסוד מאשר חוקים "רגילים". תוצאה זו עומדת בסתירה להלכה עליה עמד בית משפט זה מימים ימימה לפיה ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת מחייבת נקיטת משנה זהירות, איפוק

וריסון – הלכה שאף לפי הגישה כי קיימת סמכות להתערב בחוקי יסוד, חלה ביתר שאת, מקל וחומר ועל אחת כמה וכמה ביחס לחוקים אלה (וראו: בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 3-5 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (27.5.2018) (להלן: עניין בן מאיר); עניין שפיר, פסקה 61 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') א' חיות ופסקה 4 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית; עניין ממשלת החילופים, פסקה 20 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-אזוז ופסקה 7 לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג; עניין חוק הלאום, פסקה 4 לפסק דינו של חברי השופט ע' פוגלמן).

30. יתרה מכך, שעה שאי-עמידה של חוק יסוד במבחן הכלליות עשויה להביא לכך שהוא אינו יכול עוד לעמוד בתוקפו (בין אם באופן קבוע ובין אם באופן זמני), נוצר מצב בעייתי שדווקא חוק יסוד – שבשל כותרתו אמור היה להיות מזוהה כפרק מפרקי החוקה ולסמן לנו את הנתיב שבו עלינו לפסוע – אינו נהנה מ"חזקת החוקיות" ממנה נהנה כל חוק שנחקק על ידי הכנסת (ראו למשל: ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 558 (2002); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 (7.8.2012); בג"ץ 7307/16 טורנר נ' כנסת ישראל, פסקה 3 (25.9.2016); וראו גם את ביקורתה של רבקה ווייל, "שאלת תוקפו של חוק יסוד במלאות שלוש שנים שנה להלכת דרעי-פנחסי" פורום עיוני משפט מז – תגובות (2023)). יוער בהקשר זה כי אין בשלב השני של המבחן הדו-שלבי שעניינו ב"צידוק" (שחברתי השופטת ברק-אזוז אף מבקשת לזנוח אותו) אפילו נחמה פורתא. זאת שכן הנחת המוצא ממנה יוצא מבחן זה היא כי אי-עמידה בשלב הראשון – שלב "הזיהוי" – פירושה מעין חזקת אי-תקינות של חוק היסוד.

31. בהקשר זה אוסיף כי גם עמדתו של חברי מ"מ הנשיא כי "חוקי היסוד אמורים לשקף את ערכי היסוד ואת העקרונות שנוהגים בחברה, וככאלה אין הם יכולים לשקף אינטרס פרטיקולרי של רוב מקרי כזה או אחר" (פסקה 38 לחוות דעתו) כהצדקה להחיל סטנדרט מחמיר על חוקי יסוד, מעוררת קושי בעיני. כאמור, אין חולק כי ניתן לחוקק ולשנות חוקי יסוד בכל רוב בכנסת (בכפוף לסעיפי שריון). העובדה כי הצבעה של רוב בכנסת משקפת פעמים רבות רוב פוליטי, היא

פועל יוצא מכך שהרשות מחוקקת והרשות המכוננת בשיטתנו חד הם. אין בה כשלעצמה כדי לעמעם את תוקפם של חוקי היסוד. אדרבה, העובדה שדרכי שינויים של חוקי היסוד אינן קשיחות ואף "מאפשרות לרוב של היום לתת ביטוי לתפיסותיו" (עניין בנק המזרחי, עמ' 424) עמדה גם היא בבסיס התפישה המכירה בחוקי היסוד, בשיטת משפטנו, כ"חוקה" מכוחה קיימת סמכות לבטל חוקים. קשה בעיניי אפוא כי העובדה שהצבעה העומדת ברוב הנדרש בהתאם לכללי שריון וללא פגיעה בהם מתויגת כ"רוב מקרי".

32. נוסף על הקשיים העקרוניים שאותם מעורר מבחן הכלליות כמפורט לעיל, אי-הוודאות והעמימות המאפיינים את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, באים לידי ביטוי במלוא עוצמתם ביחס למבחן זה.

33. בפסיקה ובספרות הובעו עמדות שונות בנוגע למקורה של דרישת הכלליות. כפי שהזכרתי לעיל בתמצית, קיימת גישה רווחת הרואה את דרישת הכלליות של החוק כנגזרת מעקרון שלטון החוק (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 815 (2008); עניין ממשלת החילופים, פסקה 140; עניין שפיר, פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 490 (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית); חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז(3) 579, 587-588 (1991) (להלן: גנז); מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 177 (2018) (להלן: טמיר); רובינשטיין ומדינה, עמ' 286-287). לצד זאת יש הסבורים כי דרישת הכלליות מתחייבת מעיקרון הפרדת הרשויות, שכן חקיקה פרסונלית מהווה "גלישה" של הרשות המחוקקת לתחומה של הרשות המבצעת, שהיא זו המיישמת נורמה כללית על מקרים פרטניים; ולעיתים אף לתחומה של הרשות השופטת (עניין ממשלת החילופים, פסקה 140; ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 700 (1957) (להלן: עניין אלכסנדרוביץ); טמיר, עמ' 185). ויש אף המבססים את דרישת הכלליות על הזכות לשוויון (אהרן ברק מידתיות במשפט 153 (2010)

(להלן: ברק, מידתיות במשפט); עניין טבריה, פסקה 58 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן).

34. במבט ראשון ניתן לסבור כי פערים אלה בין התפיסות השונות הם רעיוניים בלבד, ואין להם השלכה כלשהי בחיי המעשה, וממילא אין מקום להתעכב עליהם (כך סבר גם חברי מ"מ הנשיא בפסקה 58 לחוות דעתו בעניין טבריה). אך השוני בין העמדות השונות עשוי במקרים מסוימים להשפיע על האופן שבו תסווג חקיקה – אם כחקיקה פרסונלית אם לאו. שכן כל אחת מגישות אלה מבססת הנמקות נפרדות לדרישת הכלליות, ולכל הנמקה כזו עשוי להיות "תרגום" שונה בעולם המעשה. כפי שציין ברק בספרו מידתיות במשפט:

"ההסברים השונים שביסוד דרישת הכלליות מובילים ברוב המקרים לתוצאה פרשנית זהה של המושג 'כלליות' – ברוב המקרים אך לא בכולם. כך, למשל, אם הבסיס העיקרי המונח ביסוד ה'כלליות' הוא הבטחת השוויון, כי אז הדין החל על אדם מיוחד עשוי בתנאים מסוימים שלא לפגוע בשוויון. זאת, כשיש טעמים ראויים, על פי דיני השוויון, לטיפול משפטי שונה באותו אדם ביחס לשאר העולם. לא כן אם הטעם המונח ביסודה של דרישת הכלליות מעוגן בעקרונות של הפרדת רשויות או שלטון החוק" (שם, עמ' 153).

מובן אפוא כי מקום שבו קיימות גישות שונות בנוגע להצדקה הרעיונית שעומדת מאחורי דרישת הכלליות, יישומו של מבחן הכלליות יהיה פתוח לגמישות ונתון לחוסר וודאות, דבר שאינו הולם מבחן העוסק בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

35. דברים אלה מתחדדים על רקע העובדה שאף השאלה מהי נורמה פרסונלית כלל אינה זוכה לתשובה אחידה, וניתן למצוא גישות רבות ומגוונות בעניין זה. מבלי למצות את הדבר, יש שאמרו למשל, כי חוק בעל תחולה כללית הוא חוק המופנה "אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסויים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המוענים" אליהם הוא מכוון (עניין אלכסנדרוביץ (עמ' 701) שם

אמנם נאמרו הדברים בהתייחס לתקנה בת פועל תחיקתי אולם הם יפים גם לחקיקה). מנגד יש שאמרו שמדובר בהגדרה חלקית בלבד, שכן עולה ממנה שנורמה פרסונלית היא כזו הנוקבת בשמו של הממוען, כאשר גם נורמה המצביעה על אלה שעליהם נועדה לחול באמצעות תיאור מידע הייחודי להם היא נורמה שאינה עומדת בדרישת הכלליות (גנו, עמ' 580-581). בדומה לכך יש שאמרו כי "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" (עניין שפיר, פסקה 40 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); ראו גם עניין המרכז האקדמי, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל; ברק, מידתיות במשפט, עמ' 153). ויש כאלה שסברו כי יש לנקוט במבחן משולב של כוונה ותוצאה, במובן זה שחוק יסווג כפרסונלי כאשר "כוונת המחוקק היא שהחוק יחול על פרטים מסוימים, ותוצאתו היא תחולה על אותם גורמים באופן שיש בו אף רטרואקטיביות" (טמיר, עמ' 182 ו-200; ראו גם עניין טבריה, פסקה 28 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג). העובדה שגם עתה אין בנמצא גישה אחידה ביחס להגדרתה של נורמה כפרסונלית, בולטת במיוחד מחוות דעתם השונות של חבריי.

36. בהקשר זה, חברי מ"מ הנשיא מבקש להתמודד בחוות דעתו עם אי-הוודאות בנוגע להגדרתה של נורמה פרסונלית, באמצעות חלוקה לשלוש קטגוריות של פגמים פרסונליים בדברי חקיקה: האחת, מקרים שבהם בטקסט החקיקה מצוין במפורש כי תחולתו אינה מכוונת לציבור באופן כללי; השנייה, דברי חקיקה שמלשונם לא ניתן ללמוד כי הם מכוונים לפרסונה מסוימת, אך ניתן ללמוד מהוראות תחולתם כי אלה "נתפרו" למידותיה של פרסונה זו בלבד; השלישית, דברי חקיקה שאין בלשונם רמז לממד פרסונלי כלשהו, אולם בחינתם מעלה כי הם נועדו לשרת תכלית פרסונלית. הואיל והקטגוריה השלישית המוצעת על ידי חברי (נורמות שנועדו ל"תכלית פרסונלית") היא זו העומדת במוקד חוות דעתו, אמקד את הדברים להלן בה בלבד מבלי להביע עמדה בנוגע לקטגוריות השונות המוצעות ולהבחנה המעשית ביניהן.

37. ראשית ייאמר, כי אינני משוכנע שאיתור התכלית מאחורי החקיקה מקום שבו מדובר בחקיקה כללית וקבועה, עולה בקנה אחד עם הכוונה המקורית בעיצוב דוקטרינת השימוש לרעה שנדמה כי התמקדה ב"כלליות" במובן הצר ביותר, היינו בקטגוריה הראשונה (וראו את הסקירה שערך חברי השופט סולברג בפסקאות 63-55 לחוות דעתו). שנית, וחשוב מכך, עצם הניסיון לאתר את התכלית העומדת מאחורי דבר החקיקה מעורר אף הוא קשיים בלתי מבוטלים. ואסביר.

38. נקודת המוצא עליה חזר בית משפט זה לא פעם ולא פעמיים, היא כאמור כי מניע לחקיקת חוק יסוד אינו משמש כשלעצמו עילה לביקורת שיפוטית (עניין מספור השרים, עמ' 96; עניין בר-און, 295-296; עניין הרפורמה ברשות החשמל, פסקה 16 לפסק לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'); עניין המרכז האקדמי, פסקה 5 לחוות דעתו של חברי מ"מ הנשיא; עניין ממשלת החילופים, פסקאות 12-13 לחוות דעתו של השופט הנדל, פסקה 8 לחוות דעתה של חברתי השופטת (בדימ') ברון, פסקה 15 לחוות דעתי, פסקה 17 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ') ופסקה 43 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג); עניין דרעי, פסקה 43 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ'), פסקה 17 לחוות דעתה של חברתי השופטת וילנר ופסקה 9 לחוות דעתי (18.1.2023)). הטעם לכך ברור. באופן טבעי, המחוקק ער למתרחש מחוץ לכותלי הכנסת ומטה אוזן לצרכים המתעוררים בהסדרה חקיקתית של נושא מסוים, ואלה מניעים אותו לפעול ולקדמה. מניעים אלה, אף אם הם נעוצים באירוע קונקרטי, אין בהם כדי לפסול את דבר החקיקה. דברים אלה נכונים גם כאשר מדובר במניעים פוליטיים. כפי שציינה הכנסת בתשובתה, חברי הכנסת הם פוליטיקאים. הפוליטיקה היא עיסוקם ומלאכתם, והדעת נותנת שגם חלק מהצעות החוק המועלות על ידם, אם לא חלק נכבד מהן, מוגשות מטעמים פוליטיים. עמד על כך גם השופט הנדל בעניין ממשלת החילופים:

"אני נכון להניח כי הנסיבות הפוליטיות ששררו ערב הקמת הממשלה ה-35 הניעו את גלגלי תיקון 8, שסעיף 43 לחוק יסוד: הממשלה נמנה על הוראותיו, ולמצער השפיעו על תוכנו. ברם, הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית,

ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגון הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק [...]. חשוב מכך, הדין הנוהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת "חוק יסוד". [...] גישתה זו של הפסיקה, המכירה במעמד החוקתי של הסדרי קבע כלליים שנוצרו גם על רקע אילוצים פוליטיים, מעוגנת היטב בחוקה המשטרית הישראלית, כפי שהתפתחה בפועל" (שם, פסקאות 12-13).

39. חברי מ"מ הנשיא אינו חולק על כך, אולם הוא סבור כי יש להבחין בין המניע לחקיקה ("אירוע שארע בעבר ואשר הניע את המחוקק לפעול – בבחינת 'טריגר' נקודתי או ניצוץ שהצית את הליך החקיקה"), לבין תכלית החקיקה ("אותן מטרות וערכים שביקש דבר החקיקה להגשים במבט צופה פני עתיד"). לגישתו, "בשונה ממניע גרידא, תכליתו הפרסונלית של דבר חקיקה מותירה בו כתם פרסונלי. כתם שכזה ביחס לחוק יסוד משמעותו כי בחוקת המדינה המתגבשת הוטמעה נורמה שנועדה להיטיב עם פלוני – וזאת בניגוד לתפיסות היסוד החוקתיות" (פסקה 50 לחוות דעתו). תכלית פרסונלית, על פי שיטתו, תימצא מקום שבו המחוקק שם לו למטרה בחקיקת החוק דווקא להיטיב או להרע את מצבו של פרט.

40. ברם האופן שבו מבחין חברי בין מניע לתכלית אינו נקי מספקות לטעמי. ההבחנה בין אירוע שהתרחש בעבר לבין אירוע שדבר החקיקה נועד להגשים בעתיד היא עניין שבמידה רבה תלוי בניסוח. ניתן לומר למשל, כי הסדר אי-האמון שעוגן במסגרת התיקון מושא עניין ממשלת החילופים, נחקק בעקבות אי-אמון ששרר בין הסייעות השונות, אך גם ניתן לומר שהוא נועד למנוע מצב עתידי שבו ראש הממשלה או ראש הממשלה החלופי יחליפו זה את זה במקרה עתידי של הבעת אי-אמון מצד הכנסת בממשלה (ויוזכר כי דעת הרוב באותו עניין אכן סברה שמדובר בתיקון העומד במבחן הכלליות). כמו כן, גם העמדה לפיה מקום שבו המחוקק שם לו למטרה לשנות את מצבו של אדם או גורם מסוים מוליכה למסקנה

כי מדובר בתכלית פרסונלית, אף היא אינה נקייה מספקות. חברי מציין בחוות דעתו את חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, שנחקק בעקבות עניינו של מר שי דרומי, כדוגמה לחיקוק בעל מניע פרסונלי אך לא תכלית פרסונלית. אולם אין מקום לספק כי באותו מקרה המחוקק ביקש להיטיב את מצבו של דרומי. אכן, לצד זאת עמדה גם תכלית כללית הנוגעת להעמדה לדין במצבים כגון זה שאליו נקלע דרומי, אולם על פי גישתו של חברי עצמו "אין בתחולה העתידית על גורמים נוספים כדי לרפא את הפגיעה בשלטון החוק, נוכח הזיקה בין ההסדר לבין המקרה הפרטני שעליו ביקש המחוקק להשפיע" (פסקה 70 לחוות דעתו). ויודגש, אין בדברים אלה כדי לרמוז כי התיקון לחוק שנעשה בעקבות עניינו של שי דרומי הוא בעל תכלית פרסונלית; אלא אך כדי להמחיש את הקושי בהבחנות שמציע חברי.

41. זאת ועוד, במישור המעשי של איתור התכלית, לגישת חברי בחינת קיומה של תכלית פרסונלית צריכה להתבסס על ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה, כפי שהיא משתקפת מדבריהם של חברי הכנסת. לתפיסתו, בבחינת קיומה של תכלית פרסונלית לא עומדים על פרשנותו של דבר החקיקה, ועל כן אין מקום להידרש לכללי הפרשנות הנקוטים מימים ימימה. גישה זו מוקשית מאוד לטעמי.

42. ראשית, גם במקרים אחרים שבהם נבחנת תכלית החקיקה שלא לצרכי פרשנות, מתחשב בית המשפט בתכליתה האובייקטיבית בנוסף על תכליתה הסובייקטיבית. הדוגמה הבולטת ביותר והרלוונטית במיוחד לענייננו היא בחינת תכליתו של חוק בעת הפעלת מבחני פסקת ההגבלה. כאשר בוחן בית המשפט את תכליתו של החיקוק לצורך מענה לשאלה האם הוא נועד לתכלית ראויה, הוא בהחלט נדרש לתכליתו האובייקטיבית (ראו למשל: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 265 (2003) (להלן: עניין מנחם); בג"ץ 6792/10 ד"ר.בי.אס שרותי לווי (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל, פסקה 61 (20.7.2014)). מעניין לציין בהקשר זה את דבריו של ברק בספרו פרשנות חוקתית:

"דבר חקיקה הפוגע או מגביל זכות אדם מוגנת עובר את הבחינה החוקתית, אם הוא נועד 'לתכלית ראויה'."

תכלית זו, האם משמעותה התכלית (הסובייקטיבית) שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת חקיקת החוק, או שמא זו התכלית (האובייקטיבית) כפי שהיא מובנת לקורא החוק בעת פירושו? כשהתעוררה שאלה זו בקנדה הוחלט, כי התכלית הקובעת היא התכלית (הסובייקטיבית) שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת החקיקה. [...] ספק בעיני אם גישה זו מתאימה להסדר הישראלי. חוק היסוד מפנה 'לתכלית' החקיקה ולא לכוונת המחוקק. 'תכלית החקיקה' אינו מונח סובייקטיבי כי אם מונח נורמטיבי. תכלית זו אינה עובדה היסטורית או פסיכולוגית, אלא קונסטרוקציה משפטית. בגיבושה של תכלית החקיקה, יש להתחשב בתכליות הסובייקטיביות ובתכליות האובייקטיביות גם יחד" (שם, עמ' 528-529).

43. שנית, צודק חברי כי כחלק מהליך פרשנותו של חוק עומד בית המשפט כדבר שבשגרה על תכליתו הסובייקטיבית. ברם בחינת התכלית הסובייקטיבית אינה מתמצה בדברי חברי הכנסת בדיוני הוועדות השונות ובמליאת הכנסת. אדרבה, בית משפט זה עמד לא פעם על כך שלדברים הנאמרים בדיונים כגון אלה, הכוללים מספר רב של משתתפים, יש להתייחס בזהירות רבה בהיבט של שיקוף כוונת המחוקק. זאת נוכח הקושי לייחס ל"מחוקק" את כוונותיהם של אלה שבחרו להביע את דעתם (וראו מיני רבים: רע"א 10011/17 מ"טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, פסקה 40 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (19.8.2019) (להלן: עניין מ"טל); עניין בנק המזרחי, עמ' 313-317; רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 563, 606-607 (2012); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (12.9.2017); בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 57 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (8.7.2021); דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (26.10.2017); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 34 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (13.9.2017); בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 47 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); עניין חוק הלאום, פסקה 76 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')). לא למותר לציין כי גם חברתי השופטת ברק-ארז סברה בעניין ממשלת

החילופים כי אין מקום לשים את הדגש על כוונותיהם הסובייקטיביות של חברי הכנסת, וכי "הבחינה אמורה להתמקד בתוצאה הנורמטיבית של ההסדר שעומד לדיון, ובשאלה האם, ועד כמה, הוא נושא מאפיינים פרסונליים או פרטניים" (שם, פסקה 20 לחוות דעתה).

44. ושלישית, כפי שגם הצביע חברי השופט סולברג, הלכה למעשה מגישתו של חברי מ"מ הנשיא עולה כי השאלה האם מדובר בחיקוק בעל תכלית פרסונלית תלויה במספר הפעמים שבהם הוזכר המקרה הפרטני שהניע את החיקוק במסגרת הליך החקיקה (וראו למשל את דבריו של חברי בפסקה 52 לחוות דעתו בהתייחס לעניינו של שי דרומי, שכאמור מהווה לגישתו מקרה פשוט של חיקוק ממניע פרסונלי שאינו בעל תכלית פרסונלית). האמנם ראוי שתוכרע שאלת תכליתו הפרסונלית של החיקוק על בסיס מספר הפעמים שהמקרה הפרטני הוזכר בהליך החקיקה? וכיצד עמדה זו מתיישבת עם עמדתו של חברי לפיה פרסונליות גלויה אינה חמורה יותר מפרסונליות "סמויה", שכן הדבר יפתח פתח לחקיקה פרסונלית תוך ניסוח שלא יאפשר לזהותה על פני החקיקה? שהרי באותה מידה, עמדה השמה דגש על כמות האזכורים של הגורם "החשוד" במהלך דיוני החקיקה תפתח פתח למניפולציה ולקיום דיונים שבהם הפרסונליות לא תועלה באופן גלוי; ולחלופין תפתח פתח לאלה המעוניינים לסכל את החקיקה, לשוות לה נופך פרסונלי בכוונת מכוון. לא למותר להזכיר כי בבסיס של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת עומדת בין היתר התפישה כי זו נועדה ליתן מענה ל"ניצול אפשרי של 'פרצה חוקתית' [...] שאותה מותיר המבחן הצורני" (עניין המרכז האקדמי, פסקה 7 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; עניין שפיר, פסקה 35 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')), אולם "הבחינה הכמותית" המוצעת על ידי חברי פותחת פתח ל"ניצול" מכיוון אחר.

45. מכל מקום, אף אם היה מקום ליתן משקל למספר האזכורים של עניין מסוים בהליך החקיקה, למצער היה מקום להתחשב בשאלה מה היה תוכן ההתייחסות לעניין הפרטני שהצית את הליך החקיקה ולהקשר הדברים שבו הוזכר (וראו בהקשר זה גם את דבריו של חברי השופט סולברג בפסקה 48 לחוות דעתו).

אולי גם למשל, היה מקום להבחין בין מקרים שבהם מדובר בנורמה שיכולה לחול מעצם טבעה על מגוון של אנשים (כגון נשיאה באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש להדיפת פורץ בכוונה לבצע עבירה), לבין נורמה שמטבעה חלה על גורם אחד מוגדר (כגון ראש ממשלה מכהן). מטבע הדברים במקרים שבהם מדובר בנורמה שחלה על גורם אחד, סביר כי עניינו או שמו יעלו לדיון בתדירות גבוהה יותר (וראו גם בהקשר זה את דבריו של חברי השופט טולברג בפסקה 68 לחוות דעתו).

46. אציין כי גם המבחן החלופי שהוצע על ידי חברתי השופטת ברק-ארז, המתמקד ב"וודאות" שהנורמה תחול על אנשים מסוימים, אינו נקי מספקות לטעמי. אף לגבי התיקון שנדון בעניין ממשלת החילופים, שצלה לגישתה את מבחן הכלליות, היה ברור לחלוטין כי הוא יחול על הגורמים הספציפיים שכהונתם עמדה על הפרק. אמנם לא הוקמה ממשלה במועד התיקון שכן התיקון נועד לאפשר את הקמתה, אולם הקמת ממשלה לאחריו באמצעות מנגנון של ראש ממשלה וראש ממשלה חליפי הייתה מוחלטת וודאית, ואכן התרחשה בפועל. חברתי מבקשת להבחין בעניין זה בין "וודאות משפטית" לבין "הערכה פוליטית", אולם אין לי אלא להפנות לדבריו של חברי השופט עמית כי "יש להיזהר שמא באמצעות דרכים משפטיות נתרחק מהעולם האמיתי" (פסקה 8 לחוות דעתו). לא למותר גם לציין כי בעניין ממשלת החילופים ביסוד עמדתה של חברתי לפיה אין מקום להתערב בתיקון, לא ניצבה שאלת הוודאות שהתיקון יחול על הממשלה הבאה אלא העובדה שדובר בהסדר המעגן נורמה משטרית כללית וקבועה החלה לטווח רחוק.

47. המבחנים שהוצעו על ידי חבריי לאיתור הרכיב הפרסונלי בדבר חקיקה מעוררים אפוא קשיים רבים. אציין, בשולי הדברים, לצד עמדתי העקרונית בדבר היעדר סמכותו של בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, כי לא רק שאינני סבור כי "פרסונליות" ניתנת להיבחן באמצעות ההבחנה בין "מניע" לבין "תכלית", אלא שלעמדתי עיקר הדברים צריך להיבחן במישור התוצאה. השאלה הרלוונטית היא אם במבחן התוצאה מדובר בחקיקה החלה רק על הגורם שאת עניינו ביקש המחוקק להסדיר, אם לאו (והשוו למשל למשקל שיש ליתן לתוצאתו

של הסדר בקשר לסוגיית הפלייה: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006); עע"מ 1930/22 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות (ע"ר) נ' עיריית ירושלים, פסקה 32 (11.10.2023); וראו גם את דבריו של ברק בספרו מידתיות במשפט המצוטטים (פסקה 34 לעיל). יוער כי מבחן שכזה מתיישב עם השיקול לו ניתן בעניין ממשלת החילופים משקל משמעותי בקביעה כי מדובר בתיקון שאינו פרסונלי, והוא כי התיקון חל בפועל גם על ממשלה נוספת (וראו למשל פסקה 7 לחוות דעתה של חברתי השופטת ברון; ופסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט עמית; פסקה 17 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה (בדימ')).

48. עד כאן במישור העקרוני, ומכאן – לתיקון מושא ענייננו.

תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה

49. גם לגישה (המוקשית עד מאוד בעיניי כאמור) לפיה קיימת סמכות להתערב בחוקי יסוד, מתקשה אני עד מאוד להבין כיצד יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת על התיקון לחוק היסוד העומד במוקד העתירות שלפנינו מביא לתוצאה אליה הגיעו חבריי. נקודת המוצא לדיון בענייננו צריכה להיות זו: מדובר בתיקון קבוע, שחל על כל ראש ממשלה מכהן או שיכהן לעתיד לבוא, שנוגע לסוגיה שהתעוררה בעבר (למשל בענייניו של ראש הממשלה אריאל שרון ואף בענייניו של ראש הממשלה בנימין נתניהו) העשויה להתעורר גם בעתיד, שלגביה קיים חסר בחוק היסוד. לטעמי, די בכך כדי להביא למסקנה שלא מדובר בענייננו בתיקון פרסונלי. למעשה, אף על פי גישתם של חבריי השופטים ברון, ברק-ארוז, עמית והנשיאה (בדימ') בעניין ממשלת החילופים, התיקון לכל הפחות אמור ליהנות מחזקה לפיה הוא עומד במבחן הכלליות. חברתי השופטת ברק-ארוז אף אמרה בהקשר זה דברים ברורים ונחרצים אשר כאילו נכתבו לענייננו, לפיהם: "ככל שהסדר, אשר בבסיסו מעגן נורמה שהיא כשלעצמה כללית (בשונה מנורמה שהיא מלכתחילה פרטנית או אישית), לא נחקק כהוראת שעה, ניתן להניח לטובת מחוקקיו כי הוא אינו פרסונלי" (שם, פסקה 21 לחוות דעתה).

50. חרף מאפיינים אלה חבריי סבורים כי מדובר בתיקון בעל תכלית פרסונלית. בהתאם לגישתו המפורטת לעיל, חברי מ"מ הנשיא סוקר בחוות דעתו בהרחבה התייחסויות שונות בהליך החקיקה של התיקון המלמדות לשיטתו כי המחוקק ראה לנגד עיניו את עניינו הפרטי של ראש הממשלה המכהן, מצבו המשפטי, העתירות שהיו תלויות אותה עת לפני בית משפט זה והאפשרות שייקבע כי נבצר ממנו למלא את תפקידו. דעתי שונה. לא רק שכאמור קשה בעיני כי סיווג התכלית יכריע את הכף, אלא שגם על פי שיטתו של חברי מסקנתו הנחרצת בדבר תכליתו הפרסונלית של התיקון אינה חפה מקשיים.

51. ראשית, חברי מפנה בסקירתו להצהרה שפרסמו ראשי מפלגות הקואליציה עובר להנחת הצעת החוק לתיקון חוק היסוד על שולחן הכנסת. ספק רב בעיני אם הצהרה שכזו יכולה להילקח בחשבון בעת בחינת ההיסטוריה החקיקתית של התיקון. הוא הדין גם לגבי דברים שנשמעו מפי חברי האופוזיציה – שכלל לא תמכו בתיקון ושתפקידם הוא בהגדרה לאתגר את הקואליציה. גם דברים אלה אינם יכולים לשקף את התכלית אליה כיוון המחוקק. ולבסוף, גם לגבי דבריו של ראש הממשלה נתניהו בנוגע לתוצאת התיקון שהתקבל, אינני סבור כי יש בהם כדי ללמד על תכליתו (וראו את טעמיו של חברי השופט סולברג בפסקאות 93-94 אליהם אני מצטרף בפה מלא). ודאי שלא מדובר בדברים המלמדים על "אינדיקציה מובהקת" באשר לתכלית הפרסונלית של התיקון כדברי חברתי הנשיאה (בדימ') (פסקה 7 לחוות דעתה).

52. שנית, אינני משוכנע כלל כי הדברים שהובאו על ידי חברי בחוות דעתו מצביעים על תכלית פרסונלית, להבדיל ממניע שאינו מהווה כאמור עילה לביקורת שיפוטית. חברי השופט סולברג עמד על הדברים בפסקאות 87-90 לחוות דעתו ודעתי בעניין זה כדעתו. הוא הדין גם בנוגע לציטוט שהובא על ידי חברתי הנשיאה (בדימ') בחוות דעתה (פסקה 5), אשר לא רק שאיני רואה בו אלא מניע פרסונלי; התכלית הכללית והעקרונית שנועד התיקון לשרת, עליה אעמוד להלן, נשקפת ממנו באופן ברור.

53. שלישית, וכאן העיקר – מעיון בפרוטוקולי הדיונים השונים ניכר כי לצד האמירות הנוגעות למצבו הפרטני של ראש הממשלה המכהן, קיימות אמירות רבות אחרות המצביעות על כך שהתיקון נועד לתכליות כלליות ורחבות הרבה יותר, ביניהן מילוי התסר שהיה בחוק היסוד בנוגע לאופן הוצאתו לנבצרות של ראש ממשלה בישראל. זאת מתוך תפישה עקרונית ברורה לפיה אין לאפשר מצב שבו גורם שאינו נבחר על ידי הציבור יביא להפסקת כהונתו של ראש ממשלה שנבחר בהליך דמוקרטי – כל ראש ממשלה במשמע. כפי שאף מציין חברי מ"מ הנשיא, ביטוי בולט לכך ניתן למצוא בדבריו של חבר הכנסת אופיר כץ לאורך הליך החקיקה, כמו גם של חברי כנסת אחרים.

54. בטרם יובאו הדברים (שחלקם צוינו בחוות דעתו של חברי השופט סולברג אך למען שלמות התמונה הם יובאו להלן בשנית), יוזכר כי חבר הכנסת כץ היה מיוזמי הצעת החוק ומי ששימש כיו"ר הוועדה המיוחדת שהוקמה לצורך הדיון בה. על כן לטעמי, ככל שנעשה ניסיון להתחקות אחר כוונתו של המחוקק באמצעות דבריהם של חברי הכנסת בוועדות, לא ניתן להתעלם מהאופן שבו הוא הציג את התיקון ואת תכליתו (למקרים בהם במסגרת התכלית הסובייקטיבית ניתן משקל לדבריו של יו"ר הוועדה ולאופן הצגת הצעת החוק על ידו, כמו גם לדבריו של יוזם הצעת החוק, ראו למשל: בג"ץ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 765 (1993); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 337, 202 (2006); ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625, 649-648 (1999); בג"ץ 869/92 זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 705 (1992)). נפנה אפוא לדברים.

55. בדיון מוקדם בנוגע להצעת החוק לתיקון שהתקיים ביום 1.3.2023 במליאת הכנסת, הציג חבר הכנסת אופיר כץ את התיקון באופן הבא:

"הצעת החוק הזאת מבהירה מה שכל אדם פשוט מבין: לא ייתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע

מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת. [...] ההצעה שמונחת בפניכם, חבריי חברי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי. לכן היא צריכה להילקח בשני תנאים בלבד: הראשון, כשמדובר במצב מובהק של אי-מסוגלות; והשני, כשנציגי העם מאשרים זאת. [...] היום אנחנו שומרים ומגינים על הבחירה של אזרחי מדינת ישראל" (פרוטוקול ישיבה 48 של הכנסת ה-25, 118-119 (1.3.2023)).

גם מדבריו של חבר הכנסת יואב קיש באותו דיון עולים דברים דומים:

"המשמעות היא כי קביעת נבצרות של ראש ממשלה, משמעותה הדחה של המנהיג. עכשיו, אם אנחנו הולכים למקום שבו קורה שהמנהיג – בעצם הרי ברור לכולנו, הוא נבחר על ידי נציגי העם וזוכה לאמון הכנסת, ומתקבלת קביעה בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיזית ונפשית לתפקידו, זאת אומרת שיש פה אירוע של נבצרות לראש ממשלה, שמשמעותה בפועל ביטול תוצאות הבחירות, ביטול ההליך הדמוקרטי. ולכן בהצעת החוק הזו אנחנו רוצים להגדיר בצורה הכי ברורה שיכול להיות את מצב הנבצרות, שיחול אך ורק במקרה של אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש ממשלה למלא את תפקידו" (שם, עמ' 123).

56. גם בדיוני הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה (להלן: הוועדה המיוחדת) אופן הצגת הצעת החוק על ידי חבר הכנסת אופיר כץ, שכיהן כאמור כיושב ראש הוועדה, מעלה דברים דומים. כך נאמר בדיון שהתקיים ביום 2.3.2023:

"ההצעה שמונחת בפניכם באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ולהשתמש בה לסיכול רצון הבוחר. חוק יסוד: הממשלה בנוסחו הנוכחי קובע בסעיף כללים למצב של נבצרות ראש ממשלה מלמלא את תפקידו. נבצרות ראש הממשלה, משמע שכל סמכויותיו של ראש הממשלה ניטלות מידי ומועברות לידי ממלא מקומו. [...] ראיתי את ההתנגדויות של הגורמים הלא נבחרים ואני רוצה להגיד שלא יתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך שווה ערך להפיכה. קולות הבוחרים, כפי שאמרתי בדיון הקודם וכפי שאמרתי אתמול במליאה, הם שווים. כל קול בבחירות הוא שווה ואת אותם קולות של אנשים שהשקיעו ורצו והצביעו למי שהם רוצים שיהיה בכנסת ולמי שהם רוצים שיהיה ראש הממשלה, אי אפשר לבטל דבר כזה בהחלטה של גורם שגם לא מוסמך וגם לא יכול לעשות דבר כזה. [...] אנחנו מבהירים את מה שכל אדם הגיוני מבין לבדו ביחס לדין הקיים: העם ונציגיו ממנים את ראש הממשלה ורק העם ונציגיו, אם ירצו, הם שיכולים לשנות את בחירתם" (פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המיוחדת, 2.3.2023).

כך נפתח על ידו הדיון השני בוועדה מיום 5.3.2023:

"עד היום המחוקק לא הסדיר את העניין הזה, את העמימות בכל מה שנוגע לנבצרות ראש ממשלה. על הצורך להסדיר את זה יש הבנה והסכמה של כולם, גם של הייעוץ המשפטי לממשלה, ואמר את זה גיל לימון. גם הסקירה של הייעוץ של הכנסת הוכיחה שלנושאי משרה אחרים יש מענה, רק לראש ממשלה אין. הצעת החוק באה להסדיר תיקון שהיה צריך לעשות ממזמן – להעניק יציבות ותמונה ברורה ולא עמומה לראשי הממשלה של מדינת ישראל, בהווה ובעתיד. ההסדר המוצע בחוק דומה מאוד להסדרים הקיימים לגבי נושאי משרה נוספים. כמובן, לפי דעתי, לנבצרות של ראש ממשלה יש משמעות רחבה יותר וגדולה יותר על מדינת ישראל, על אזרחי מדינת ישראל, כי זה עלול לקחת אותנו לממשלה חדשה או לבחירות, מה שבאמת משנה את כל התמונה ומשפיע יותר מכל נושא משרה אחר, לכן המנגנונים איפה

שזה לא דומה אמורים להיות קשיחים יותר. אני חושב שהחוק נדרש ונחוצ" (פרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המיוחדת, 3 (5.3.2023)).

וכך גם נפתח על ידו הדיון השלישי מיום 9.3.2023:

"[...] דיון נוסף על חוק הנבצרות, וככל שמעמיקים בנושא וקוראים מה קורה בעולם, אז מבינים שיש פה שנבצרות היא לא בגין הליך רפואי כלשהו, אז אנחנו מבינים שיש פה סטארט אפ משפטי ישראלי שרק אצלנו, יש פה כוונה רצון או פתיחת דלת, להוציא ראש ממשלה מכהן לנבצרות, מסיבות שלא כמובן לא בריאותיות.

כל מה שאני הצלחתי לקרוא עד עכשיו, ולא משנה סוג המשטר פרלמנטרי, נשיאותי, חצי נשיאותי, אין דבר כזה, אין מונח כזה, אין, אין שום אפשרות כזו של פקיד או של בית המשפט להוציא לנבצרות ראש ממשלה, מאוד מעניין למה דווקא אצלנו יש כוונה כזה רצון כזה, ושאני אומר כוונה ורצון, זה אותו מה שאנחנו רואים עכשיו, שבעצם בית המשפט פתח את הדלת לאפשרות כזאת, וזה באמת דבר מטורף, שאפילו במדינות באפריקה ובאסיה ראיתי כל מיני מדינות, אני לא מדבר על המערביות, ששם כמובן אין את זה, גם במדינות כאלה אין דבר כזה, אין אפשרות כזאת להוציא לנבצרות את הנשיא או את ראש הממשלה, שלא מטעמי בריאות, ואחרי זה מתפללים שאנחנו באמת משתמשים במונחים.

כי לעשות דבר כזה זה פשוט לשים לפגוע בדמוקרטיה הישראלית, לא לקבל את תוצאות הבחירות, וזה פשוט לעשות הפיכה על ידי, במקרה כזה כן, על ידי בית המשפט, על ידי היועצת המשפטית, אי אפשר להגדיר את זה אחרת" (פרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המיוחדת, 8-9 (9.3.2023)).

57. גם בעת הדיון שנערך במליאת הכנסת לקראת ההצבעה על התיקון בקריאה ראשונה ביום 13.3.2023 נאמרו מפיו של חבר הכנסת אופיר כץ דברים המצביעים על התכלית הכללית של התיקון ועל חשיבות התיקון במישור העקרוני, כתיקון שבא להסדיר סוגיה הטעונה הסדרה:

"אנחנו עושים פה תיקון חשוב. כלל הגורמים, כולל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, ציינו שצריך להסדיר את העניין הזה של נבצרות. זה בדיוק מה שאנחנו עושים. זה חוק לכל ראשי הממשלה של מדינת ישראל בעתיד. [...] גם כשהשמאל יהיה בשלטון ויהיה ראש ממשלה מהשמאל, הרעיון פה הוא שלא יהיה אף גורם פוליטי – לא בית המשפט ולא היועצת המשפטית, או אם זה יועץ משפטי – שיחליטו להדיח, להוציא ראש ממשלה לנבצרות, ולא על בסיס בריאותי. כן, גלעד, אם לא היית מפוזיציה, אתה היית תומך בחוק הזה. כולם אמרו, כולם ציינו, שצריך להסדיר את הסוגיה הזאת, שלא יכול להיות שנשאיר את זה באוויר. [...] בסקירה שקיבלנו, ראינו שזה לא קיים בשום מקום, ואנחנו לא נאפשר שזה יקרה גם כאן. אנחנו מדינה דמוקרטית, נכון? אתם צועקים: דמוקרטיה. זו הדמוקרטיה. החוק הזה שאנחנו עושים פה הוא מחזק את הדמוקרטיה" (פרוטוקול ישיבה 51 של הכנסת ה-25, 257 (13.3.2023)).

58. זאת ועוד, גם בדיוני הוועדה המיוחדת שנערכו כהכנה לקריאה השנייה והשלישית שזורות אמירות המלמדות על כך שהתיקון מגיע על רקע תפישה עקרונית כללית בדבר האופן שבו ניתן להוציא ראש ממשלה לנבצרות, יהא אשר יהא.

כך למשל אמר חבר הכנסת משה ארבל בדיון הראשון מיום 19.3.2023:

"יש דמוקרטיה פרלמנטרית שבה יש אפשרות להדיח ראש ממשלה שלא באמצעות הצעת אי אמון? מדלגים לכם על האי אמון. יש לכם כלי פה בכנסת שנקרא אי אמון. הולך בית המשפט העליון ומקיים דיון על סמכות הכנסת. לוקח לכם אותה – לכם כאופוזיציה יש כלי שנקרא אי אמון" (פרוטוקול ישיבה 12 של הוועדה המיוחדת, 19 (19.3.2023)).

וכך גם ציין חבר הכנסת כץ באותו דיון:

"גם הסדרים טובים שרוצים לעשות פה – אתם לא מסוגלים להיות אובייקטיביים. הראייה שלכם היא סובייקטיבית. אתם כל דבר – כן ביבי, לא ביבי. ישרת את ביבי, לא ישרת את ביבי. אנחנו עושים פה משהו אובייקטיבי וטוב ומסדרים משהו שכל מי שהיה בחדר הזה אמר שצריך לסדר אותו. בגלל שהראש שלכם חושב רק כן ביבי, לא ביבי. אתם לא יכולים שנייה להיות אובייקטיביים ולהיכנס לדיון רציני כי יש לכם כל היום ביבי, ביבי בראש [...] ההסדר שאנו עושים פה ישרת את כלל חברי הכנסת בעתיד וראשי הממשלה בעתיד. זה לא חוק לאדם אחד" (שם, עמ' 18 ו-25).

59. ולבסוף, גם בדיון שהתקיים במליאת הכנסת ביום 22.3.2023 לקראת הקריאה השנייה והשלישית הוצגו הדברים על ידי חבר הכנסת כץ באופן דומה:

"חבריי חברי וחברות הכנסת, אני מתכבד להציג בפניכם את הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) לקריאה השנייה והשלישית. [...] כיום ישנו חלל מהותי בהסדר הנבצרות הזמנית של ראש הממשלה בחקיקה הנוכחית. מטרת ההצעה לקבוע הליך מסודר שמבטיח ודאות והמשכיות במצבים שבהם לא מסוגל ראש הממשלה למלא את תפקידו באופן זמני מבחינה נפשית או פיזית. בכך תתאפשר יציבות שלטונית גם בסיטואציות רגישות ומקרי קצה. רבים מכם בוודאי זוכרים שהיעדרו של הסדר מעין זה בחוק-היסוד גרם לחוסר בהירות באשר לאופן שבו ניתן להכריז על נבצרות, לדוגמה בעניינו של ראש הממשלה המנוח אריאל שרון, זיכרונו לברכה" (פרוטוקול ישיבה 56 של הכנסת ה-25, 383 (22.3.2023)).

ובהמשך:

"[...] החוק הזה מחזק את הדמוקרטיה. ולמה הוא מחזק את הדמוקרטיה? כי בדמוקרטיה העם בוחר את נציגיו, והנציגים אצלנו בוחרים את הממשלה ואת ראש הממשלה.

אני יודע שאתם לא כל כך מתים על הדבר הזה, והייתם רוצים שתהיה איזה התערבות חיצונית

שתשנה את תוצאות הבחירות, אבל יכול להיות במצב כזה שלא מסדירים את החוק – ואגב, ההסדרה של החוק הזה הייתה מתבקשת לא רק על ידינו, היוזמים, אלא גם על ידי הייעוץ המשפטי של הכנסת וגם על ידי הייעוץ המשפטי של הממשלה. הם אמרו שהחוק היום עמום ולא ברור, והגיע הזמן להסדיר אותו, וזה בדיוק מה שאנחנו עושים. בדיוק לשם כך חוקקנו את החוק.

לפי מה שלמדנו תוך כדי הדיונים וגם לפניהם, בכל המדינות בעולם אין מדינה אחת – ולא רק במדינות המערביות – אין מדינה אחת בעולם שבה אפשר להוציא ראש ממשלה לנבצרות, ולא מטעמי בריאות. הסוגיה הזאת שעלתה כאן, להוציא ראש ממשלה מטעמי בריאות, היא סטרטאפ משפטי ישראלי. זה לא קיים בשום מדינה. כשעלה הנושא הזה לאוויר, כסוג של איום, לא ראינו שדוחים את זה; שאומרים שהדיון הזה לא היה; שהדיון הזה לא קרה. לא ראינו. יש כאלה שנהנו לראות שזה באוויר, אולי שיהיה סוג של איום כלשהו.

את המצב הזה אנחנו משנים. ומה אנחנו עושים פה? מתאימים את עצמנו לכל המדינות. כל המדינות ולא משנה איזה משטר, נשיאותי, חצי נשיאותי, פרלמנטרי. בכל המדינות האלה נבצרות היא אך ורק מטעמי בריאות. זה מה שאנחנו עושים היום: מטעמי בריאות ויכולת פיזית.

תארו לכם מצב שבו אזרחי מדינת ישראל – או אזרחי כל מדינה, אתם יודעים מה? לא אקח את הדוגמה פה – יוצאים להצביע, בוחרים את הנבחרים שלהם מקימים ממשלה ובוחרים ראש ממשלה, ראש ממשלה שזכה לתמיכה של רוב העם, דמוקרטיה, הדבר הכי חשוב. אז יבוא איזשהו גורם, יכול להיות גורם משפטי, שיכול להגיד שהוא רואה ניגוד עניינים, גם לא מטעמי בריאות, כי החוק לא ברור ואפשר לפרש אותו שאפשר להוציא ראש ממשלה לנבצרות לא רק מטעמי בריאות, אלא גם בגלל ניגוד עניינים. אז זה נקרא לחזק את הדמוקרטיה? זה לפגוע בדמוקרטיה, זה לעשות פיגוע בדמוקרטיה.

מי שיהיה בראשות הממשלה זה מי שהעם בחר ולא יכול להיות שיבוא יועץ או יועצת ויהפכו את החלטת העם. זה יכול לקרות בכל מדינה, אבל מה עשו

במדינות אחרות? הם קבעו את החוק, שרון. נבצרות מטעמי בריאות בלבד. כל המדינות בעולם. רק פה יש פרשנויות מרחיקות לכת, מעניין למה" (שם, עמ' 521-522).

60. הנה כי כן, במסגרת שלל דיונים שנערכו, הן במליאת הכנסת והן בוועדה המיוחדת בנוגע לתיקון, עולה מאופן הצגתו, בפרט על ידי מי ששימש כיו"ר הוועדה המיוחדת והיה מיוזמי ההצעה – כי מדובר בתיקון שנועד לקבע עיקרון כללי בדבר אופן הוצאתו של ראש ממשלה לנבצרות. אכן, אין לחדד, דיונים פרטניים בעניינו של ראש הממשלה היו-גם-היו, ואין כל עוררין על כך שעניינו הוא זה שהניע את גלגלי התיקון. ברם כפי שניתן לראות, בכל דיון שנערך בתיקון הובהרה גם התכלית הכללית-עקרונית העומדת בבסיסו. על רקע זה, מוקשית מאוד בעיני מסקנתו של חברי המבקש להסתמך על הדברים שנאמרו בדיונים, לפיה הליך החקיקה כולו נסוב על עניינו של ראש הממשלה וכי מדובר בתיקון שנועד לתכלית פרסונלית ולכך בלבד.

61. מקור נוסף שמקובל בפסיקתנו ליתן לו משקל בבחינת התכלית הסובייקטיבית של החוק, ולטעמי לא ניתן לו דגש מספק על ידי חברי מ"מ הנשיא, הוא דברי ההסבר להצעת חוק (וראו למשל את דבריו של חברי בבג"ץ 1765/22 משרד תומך ורשה עורכי דין נ' שרת הפנים, פסקה 23 (3.7.2022); כן ראו, למשל: עניין מי-טל, פסקה 33). בנוסחה המקורית של הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) צוין שהתיקון נועד להבהיר מי הם הגורמים שרשאים להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה ומאילו טעמים ניתן לעשות כן. וכך נאמרו הדברים:

"חוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הנוכחי קובע בסעיף 16(ב) ו-16(ג) כללים למצב של נבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו, כלומר אי-מסוגלות ראש הממשלה למלא את תפקידו. נבצרות ראש הממשלה משמעה שכל סמכויותיו של ראש הממשלה ניטלות מידי ומועברות לידי ממלא מקומו. נבצרות עלולה להוביל להפסקת כהונתו של ראש הממשלה ככל שהיא נמשכת מעל 100 ימים. לפיכך, בשל

ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת. כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא בפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי.

על כן, תיקון זה נועד להבהיר שנבצרותו של ראש הממשלה מלמלא את תפקידו יכולה להתרחש אך ורק בשל אי-מסוגלות פיסית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו. כלומר, בשל מצב בריאותי קשה או בשל מצב קיצוני אחר (דוגמת ניתוק קשר ממושך או שבי), המגביל קיצונית או מונע כליל, פיסית או נפשית, את יכולת התפקוד של ראש הממשלה.

בנוסף, תיקון זה נועד להדגיש כי הסמכות להכריז על נבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו, נתונה בידי ראש הממשלה עצמו ובמקומות שבהם ראש הממשלה אינו יכול לעשות כן בשל נבצרות פיסית או נפשית כאמור, ובמקרים אלו בלבד, תעשה זאת הממשלה, ברוב מיוחד של שלושה רבעים מחבריה. ככל שהחלטה כאמור התקבלה על ידי הממשלה בניגוד לדעתו של ראש הממשלה, תועבר הודעת הממשלה לאישור מליאת הכנסת שתינתן ברוב מיוחד של תשעים חברי הכנסת, ורק לאחר אישור הכנסת כאמור תיכנס נבצרות ראש הממשלה לתוקף. מובן שההחלטה על נבצרות לא מחליפה אי אמון קונסטרוקטיבי או אפשרות להקדמת בחירות בהצבעות של 61 חברי הכנסת. כן מוצע להבהיר, כי לאור משמעותה של ההכרזה על נבצרות כהדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם, בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה וכי החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדר תוקף. בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת. כלומר, הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו".

62. כמו כן, גם בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 15) (נבצרות ראש הממשלה) מיום 13.3.2023 אין אזכור של עניינו הפרטי של ראש הממשלה נתניהו, והובהר בהם העיקרון הכללי שעומד מאחורי התיקון:

"סעיף 16 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן – חוק היסוד) עניינו מילוי מקומו של ראש הממשלה, ובכלל זה מילוי מקומו אם נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו. הסעיף אינו מפרט את המקרים או את הדרך שבהם נקבעת הנבצרות, ובמקרה המוכר שבו נקבעה נבצרות ראש הממשלה צעד זה ננקט מטעמי בריאות – נבצרות ראש הממשלה אריאל שרון ז"ל. לפי הסעיף הזמן המרבי שבו נבצרות של ראש הממשלה יכולה לחול הוא מאה ימים, ואחריהם חלות הוראות סעיף 20 (ב) לחוק היסוד ורואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקומו.

אף שבית המשפט העליון לא דן בשאלת היקף סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה, הוא היה מוכן להניח, בלי להכריע בדבר, כי 'בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של הממשלה' (בג"ץ

6231/08 יואב יצחק נ' ראש ממשלת ישראל, ניתן ביום ג' באב התשס"ח (4.8.2008)). בית המשפט גם עמד על העובדה שחוק היסוד שותק בעניין העילות שמובילות להכרזה על נבצרות ראש הממשלה, והיה נכון להניח כי יש בכך כדי ללמד כי נבצרות אינה נקבעת מטעמי בריאות בלבד, אלא 'עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש הממשלה' (שם), ובהמשך הדגיש כי 'ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש הממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים יוצאי דופן' (שם). באמרת אגב בבג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום י"ב בניסן התשפ"א (25.3.2021)) ציין כב' השופט מלצר כי בדומה לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לקבוע הסדרי ניגוד עניינים, גם 'הכרזה כזו על נבצרות (כמו הסמכות להגיש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכוח סעיף 17(ג) לחוק-יסוד: הממשלה) – מסורה בלעדית בידי היועמ"ש'.

בחוק-יסוד: נשיא המדינה ובחוק-יסוד: הכנסת נקבע שנשיא המדינה או יושב ראש הכנסת יכול להודיע על הימצאותו בנבצרות זמנית מכל עילה שהיא. לגבי נשיא המדינה ועדת הכנסת יכולה לקבוע כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בהחלטה ברוב של שני שלישים מחבריה על יסוד חוות דעת רפואית, ולגבי יושב ראש הכנסת ועדת הכנסת יכולה לקבוע זאת מטעמי בריאות.

בהצעת חוק יסוד זו מוצע לתקן את סעיף 16 לחוק היסוד ולקבוע כי נבצרות זמנית של ראש הממשלה תהיה אפשרית מטעמי בריאות בלבד (אי-מסוגלות פיזית או נפשית) וכי את ההודעה על הנבצרות יכולים להודיע רק ראש הממשלה עצמו או הממשלה. אם הממשלה היא המבקשת להתכנס ולקבוע כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, היא תתכנס בהקדם האפשרי בנסיבות העניין, לפי בקשה של רוב מחבריה לפחות; את ישיבת הממשלה ינהל ממלא מקום ראש הממשלה, והוראות סעיף 16(ג) לחוק היסוד בדבר מינוי ממלא מקום לראש הממשלה שהוא חבר הכנסת יחולו בשינויים המחויבים) אם לא היה ממלא מקום לראש הממשלה עד לישיבה זו או שנבצר ממנו למלא את תפקידו כממלא מקום ראש הממשלה). החלטת הממשלה כי נבצר זמנית מראש הממשלה למלא את תפקידו תתקבל רק ברוב של לפחות שלושה רבעים מחבריה. אם ראש הממשלה יתנגד להחלטת הממשלה להחליט על נבצרותו, הוא יהיה רשאי

להודיע על כך ליושב ראש הכנסת, ועל יושב ראש הכנסת

יהיה לקבוע ישיבה של הכנסת לעניין זה בתוך שבעה ימים מיום הודעתו של ראש הממשלה בדבר התנגדותו ונבצרותו של ראש הממשלה לפי החלטת הממשלה תיכנס

לתוקף רק אם תתקבל בהחלטה של הכנסת ברוב של תשעים חברי הכנסת. עוד מוצע לקבוע כי נושא ההכרזה על נבצרות או אישורה לא יהיו נתונים לביקורתו של בית משפט, ובכלל זה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק".

אכן הדעת נותנת שיזמי התיקון לא יסכלו את חקיקתו על ידי הדגשת עניינו הפרסונלי של העומד מאחורי התיקון. על כך נאמר כי: "פתי יאמין לכל דבר וערום

יבין לאשרו" (משלי, יד 15). עם כל זאת, כפי שניתן לראות, עניינו הפרטני של ראש הממשלה אינו מוזכר בדברי ההסבר אף לא ברמז. דברי ההסבר מתארים את העיקרון הכללי שנועד התיקון להסדיר, בהתייחס לחסר שאותו הוא בא למלא.

63. ויודגש, אין עוררין על כך שהסדר הנבצרות שנכלל בחוק היסוד עובר לתיקון היה הסדר ששתק בנוגע לסוגיות בסיסיות הקשורות בנבצרות ראש הממשלה והדבר היה טעון תיקון והסבר. כל שנאמר בו הוא כי "נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו". בכך לא ניתן כל מענה לשאלות מרכזיות הנוגעות לעניין, כגון מהן העילות המקימות נבצרות; מיהו הגורם המוסמך ליזום הליך להכרזה על ראש ממשלה כנבצר; ומהו מנגנון האישור הקובע כי ראש הממשלה נבצר מלמלא את תפקידו – שאלות אשר כן מקבלות ביטוי בהסדרי נבצרות הנוגעים לנושאי משרה ציבורית בכירה אחרים (וראו למשל, את הסדר הנבצרות של נשיא המדינה (סעיפים 21-22 לחוק יסוד: נשיא המדינה), יושב ראש הכנסת (סעיף 20א לחוק יסוד: הכנסת), מבקר המדינה (סעיפים 8ב ו-29 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958; סעיפים 13(1) ו-14 לחוק יסוד: מבקר המדינה) ושופט (סעיף 13(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984)).

64. לא למותר לציין גם כי תשובות לשאלות האמורות אף לא נמצאו בפסיקה. בבג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (4.8.2008) (להלן: עניין יצחק) בית משפט זה היה מוכן להניח כי הוראת הנבצרות אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, וכי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה, אולם לא הכריע בדבר (שם, פסקה 4). בהמשך צוין בדעת יחיד כי הסמכות להכריז על נבצרות נתונה ליועץ המשפטי לממשלה (בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (25.3.2021)), אולם הדבר נאמר בהתבסס על עניין

יצחק, שם כאמור הנושא כלל לא הוכרע, ומכל מקום לא רואים בכך משום הלכה ברורה ומחייבת. בדיון שלפנינו אף טען בא-כוח היועצת המשפטית לממשלה כי "מאז ומעולם ליועצת המשפטית לממשלה, לא הייתה סמכות להכריז על ראש ממשלה כנבצר... מי שלמעשה קובע וקבע תמיד שראש ממשלה נבצר ממנו לשמש בתפקידו, זה הממשלה". עובדה זו בדבר עמימות ההסדר (שגם עלתה לא אחת במסגרת הליכי החקיקה, גם על ידי גורמי הייעוץ המשפטי, כעולה מהאמור בין היתר בפסקאות 24-25, 31, 80 ו-97 לתשובת הכנסת), לה לא ניתן משקל בחוות דעתו של חברי מחזקת את הצורך הכללי עליו הצביעו חברי הכנסת בדיונים ובמליאה כמפורט לעיל.

65. על רקע כל האמור, אף אם הייתי מסכים עם חברי מ"מ הנשיא כי ניתן לאתר תכלית פרסונלית לתיקון (להבדיל ממניע, שעליו אין חולק), כלל לא ברור מדוע היא מכריעה את דינו תוך התעלמות מהתכלית העקרונית הכללית העולה מהסקירה שלעיל. לעניין זה ניתן לקבל השראה גם כן מהאופן שבו נבחנת התכלית לעניין תנאי פסקת ההגבלה. בהקשר זה, מקובלת בפסיקה העמדה לפיה במקרים שבהם ניתן לאתר יותר מתכלית אחת, יש לאתר את התכלית הדומיננטית (עניין מנחם, עמ' 264; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 35 (2006-2007); בג"ץ 8665/14 דסטא נ' הכנסת, פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015)). היו אף שסברו כי די בתכלית דומיננטית אחת ראוייה מתוך כמה תכליות דומיננטיות (וראו דיון בעניין: בג"ץ 1030/99 חבר-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת חבר-הכנסת דן תיכון, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002); בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 85 (9.6.2020); ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 531-532). בכל מקרה, אף לשיטה החותרת לאיתור התכלית אין מקום "לעצור" את הבחינה לאחר שאותרת תכלית פרסונלית ולאפשר לה לצבוע את כל התמונה כולה. קשה להלום התעלמות מהתכליות הנוספות הניצבות ביסוד החיקוק גם בעת יישום מבחן הכלליות.

66. נוסף על הליך החקיקה, חברי תומך את מסקנתו בדבר התכלית הפרסונלית של התיקון גם בעיתוי החקיקה ובתחולת התיקון במישור הזמן. גם בהקשר זה חלוק אני עמו.

67. באשר לעיתוי החקיקה, גישתו של חברי נסובה על סמיכות הזמנים שבין התקדמות הליך החקיקה, לבין התקדמות העתירות שהוגשו לבית משפט זה בהן התבקש להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה (בג"ץ 1158/23 ובג"ץ 1214/23; להלן: עתירות הנבצרות). בהקשר זה מדגיש חברי את העובדה שהצעת התיקון הונחה על שולחן הכנסת ימים ספורים לאחר הגשת עתירות הנבצרות ולאחר שבית משפט זה הורה על הגשת תגובות מקדמיות; את העובדה שהשלמת החקיקה נעשתה ימים ספורים לפני המועד להגשת התגובות המקדמיות לעתירות הנבצרות; ואת דבריו של ראש הממשלה לאחר התיקון, לפיהם ידיו היו כבולות מלעסוק ביוזמות החקיקה לשינויים במערכת המשפט ואינן עוד. אלא שכפי שציינה הכנסת בתשובתה, לא פעם כאשר הליך משפטי חושף לאקונה או קושי מסוים בדין הקיים, המדינה פועלת להבהרת ותיקון הדברים ופוטרת את בית המשפט מהצורך להכריע בהליך. מדובר בחזון נפרץ במחוזותינו. כך היה כאמור בעניינו של שי דרומי, וכך גם היה במקרים רבים אחרים (וראו לשם הדוגמה: ת"צ (מרכז) 54977-01-15 פומרנץ נ' מדינת ישראל – רשות המיסים (14.4.2017), שם התקבלה הצעת חוק שהונחה על שולחן הכנסת תוך כדי ההליך המשפטי ותיקנה את המצב המשפטי שחל על העניין. בעקבות התיקון בית המשפט המחוזי דחה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. ערעור על פסק הדין נמחק בהמלצת בית משפט זה, וכך גם עתירה שתקפה באופן ישיר את התיקון האמור (בג"ץ 4564/17 פומרנץ נ' מדינת ישראל – רשות המיסים (9.5.2018)); כן ראו: אהרן ברק מבחר כתבים ד' – על בית המשפט ושופטיו 70 (2017)).

68. מהטעמים האמורים גם איני סבור כי העובדה שמדובר בתיקון בעל תחולה מיידית מעוררת קושי. לא למותר לציין כי גם שי דרומי "נהנה" מהתיקון שנערך בחוק בעקבות האירוע בו היה מעורב, וחרף זאת כמו גם יתר המאפיינים שציינו לעיל, סבור חברי כי מדובר בתיקון בעל מניע פרסונלי אך תכליתו אינה כזו. חברי מזכיר בהקשר זה גם את עניין ממשלת החילופים כדוגמה למקרה שבו חרף תחולתו המיידית של התיקון שנדון באותו מקרה לא נמצא כי נפל בו פגם של פרסונליות. אודה על האמת, איני מבין את ההבחנה בין המקרים. גם שם כמו כאן עומד לדיון

תוקפו של הסדר קבוע בעל תחולה כללית; גם שם כמו כאן, ברור לחלוטין כי מקרה פרטני עמד ברקע לתיקון; וגם שם כמו כאן התעורר קושי שעשוי להתעורר גם בעתיד. נוכח כל אלה, הקביעה כי תחולתו המיידית של התיקון בענייננו תומכת במסקנה בדבר קיומה של תכלית פרסונלית, מוקשית בעיני עד מאוד. דברים אלה נכונים בפרט שעה שבמועד התיקון לחוק כלל לא הוכרז כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו (וראו בהקשר זה את דבריו של חברי השופט סולובג בפסקה 106 לחוות דעתו; כן ראו את בג"ץ 1406/02 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 603 (2003) שם נדחתה עתירה נגד תיקון חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 אשר קבע הוראות הנוגעות להמלצת ועדת השחרורים לגבי קציבת עונשו של אסיר ש"הורשע ברצח ראש הממשלה" ו"פעל ממניע פוליטי-אידיאולוגי". העתירה נדחתה בין היתר מהטעם ש"שאלת קציבת עונשו של יגאל עמיר טרם הגיעה לדיון בפני ועדת השחרורים המיוחדת או בפני נשיא המדינה").

69. לנוכח כל האמור דעתי היא אפוא כי בנסיבות העניין לא ניתן לומר כי מדובר בתיקון בעל "תכלית פרסונלית" כגישתו של חברי מ"מ הנשיא.

70. בשולי הדברים אעיר כי גם האופן שבו ניתח חברי השופט עמית את פרסונליות התיקון שבנדון מעורר קשיים. מעבר להתייחסויות בנוגע ל"כוונת המכוננים" ולתחולת התיקון שקיבלו ביטוי לעיל אוסיף, ומבלי למצות, כי הגם שכאמור לשיטתו חקיקה פרסונלית אינה אסורה אך יש לבחון את הצידוק לחקיקתה, אין בחוות דעתו התייחסות לצידוק שכזה; וכי הוא תומך את עמדתו בכך שהסדר הנבצרות צומצם לנסיבות בריאותיות בלבד, שעה שהתיקון נוקב במילים "אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד" וניתן להעלות על הדעת מקרים של אי-מסוגלות פיזית שאינם נוגעים למצבו הבריאותי של אדם (כפי שאף ציינה הכנסת בתשובתה, למשל בפסקאות 23 ו-103).

71. סיכומו של דבר, דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בכללותה מעוררת קשיים רבים, וכך גם מבחן הכלליות העומד ביסוד עמדתם של חבריי הסבורים כי יש לדחות את תחולתו של התיקון מושא ענייננו. לגופו של עניין,

לטעמי מאפייניו של התיקון מוליכים למסקנה כי לא מדובר בתיקון פרסונלי, ואף הניסיון להתחקות אחר קיומה של תכלית פרסונלית מוקשה ומתעלם מקיומה של תכלית עקרונית ברורה שהוא נועד לקדם. בנסיבות אלו אפוא, אם דעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את העתירות על ראשן, קרבן וכרעיהן.

לבסוף אציין כי שותף אני לקריאתו של חברי השופט סולברג לכנסת לפעול לכינון חוק יסוד: החקיקה. בכך יבואו לא מעט סוגיות השנויות במחלוקת לידי פתרון. ברם עד שתעשה כן, אל לנו להיכנס בנעליה.

ש ו פ ט

השופט י' אלדון:

1. קראתי בעיון רב את חוות דעתו המפורטת והמנומקת של חברי ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן ודעתי שונה. לגישתי, דין העתירות להידחות.

2. חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: תיקון מס' 12 או התיקון), הסדיר את העילות שבגינן ניתן להוציא ראש ממשלה לנבצרות ואת ההליכים שבהם יש לנקוט על-מנת לעשות כן. דומני כי מי שיעיין בלשון תיקון מס' 12, במנותק מכל הקשר, יתקשה למצוא בו פגם של ממש, ודאי שלא פגם המצדיק התערבות שיפוטית בנוסחו של חוק יסוד. גם אם ייתכן שניתן לשקול מנגנונים טובים מזה שעוגנו בו, אני מוצא שהוא טוב בהרבה מאשר ההסדר החסר שהיה נהוג עד אז, ואשר פרשנותו לא הובהרה במהלך השנים גם בפסיקת בית משפט זה.

משכך, הסוגיה המונחת לפנינו היא האם בכל זאת הרקע לתיקון מס' 12, המניע לכינונו, או ה"תכלית" שלשמה נועד, כביכול, פגומים באופן המצדיק סעד דרסטי של דחיית תחולתו, באופן המשיב את הערפל החוקתי הקודם במהלך תקופת הדחייה? תשובתי לכך שלילית.

3. לשיטת חברי, ממלא מקום הנשיא, בכינון תיקון מס' 12 הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, הואיל והתיקון נועד לשרת תכלית פרסונלית מובהקת. איני שותף לעמדה זו בשני מישורים: הראשון – בכך שעודני סבור כי אין מקום להחלת דוקטרינות רחבות היקף, אשר מבקשות להקנות לבית משפט זה סמכות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ואף להורות על ביטולם, תיקונם או שינויים. אף אם קיימת סמכות מעין זו, הרי שהיא שמורה, לטעמי, למקרים חריגים וקיצוניים שבהם יש פגיעה בזכויות הפרט וכמוצא אחרון בלבד; השני – בכך שאף לפי שיטת התומכים בדוקטרינות אלו, איני סבור שתכלית התיקון היא פרסונלית באופן מובהק – כך שממילא אין מקום ליישמן בנסיבות המקרה. זאת, בין היתר, מאחר שהסדר ניגוד העניינים שחל על ראש הממשלה, על השלכותיו המשפטיות, ממשיך לחול במלוא עוזו; מכיוון שהתיקון לא שינה באופן רטרופקטיבי את תוצאתם של הליכים משפטיים שהיו תלויים ועומדים נגד ראש הממשלה עובר לכינונו; וכן לנוכח ההבחנה שיש לבצע בין תכלית משפטית לבין מניע.

4. בטרם ארחיב בדבר עמדתי זו, אציין כי האפשרות להורות על בטלותו של תיקון מס' 12 ירדה למעשה מהפרק. משהוצא צו על תנאי בהחלטה מיום 6.8.2023, המחלוקת שבין הצדדים נתחמה לגבולות שהתווה הצו (ראו: בג"ץ 474/21 מחאמיד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 7 לחוות דעתי (4.12.2022) (להלן: עניין מחאמיד); בג"ץ 7841/19 ארגון עמק שווה ו-22 נוספים נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 (15.5.2022)), ועל כן הצדדים טענו ביחס לסוגיית מועד תחולתו של התיקון בלבד. טענותיהם נסקרו בהרחבה בחוות דעתו של חברי ממלא מקום הנשיא ואין צורך לפרטן בשנית.

סמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

5. בפתחם של דברים, אין לי אלא לשוב ולעמוד על עמדתי העקרונית כפי שזו הובעה על ידי בעבר, ובכלל זה אך לאחרונה ב-בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות).

לגישתי, המנדט הנתון לבית משפט זה לבחינת ההצדקה שבבסיס החלטות חברי הכנסת עת זו פועלת בכובעה כרשות מכוננת – הוא מוגבל עד מאוד. הדברים אמורים ביתר שאת בהינתן החסר החוקתי שבו מצויה חוקתנו המתגבשת. שכן, מצד אחד, חוקי היסוד אינם כוללים קביעה כלשהי בדבר האופן שבו הכנסת רשאית להפעיל את סמכויותיה לכינון חוקי יסוד; מצד אחר, העיגון היחיד לדוקטרינות ה"שימוש לרעה בסמכות המכוננת" וה"תיקון החוקתי הלא חוקתי" מצוי בפסיקתו של בית משפט זה. בהעדר נורמה מפורשת המגבילה את סמכות הכנסת לכינון חוקי יסוד, או הקובעת כיצד יש להפעילה, הרי שבהמשך פיתוח דוקטרינות אלו בדרך פסיקתית, יש משום היפוך היוצרות, רוצה לומר – בית המשפט הוא שמתווה את גבולות סמכות כינון החוקה, במקום שהמכונן יתווה את גבולות סמכות השיפוט (ראו עניין הסבירות, פסקה 4 לחוות דעתי; בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 9 לחוות דעתי (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)).

עתירות מעין העתירה דנן מבקשות מאיתנו, הלכה למעשה, להשלים את הקֶסֶר היכן שהמכונן טרם גיבש הסדר חוקתי יציר כפיו. ואולם, גישתי העקבית בסוגיה זו היא שעל הכרעה כה חשובה ויסודית להתקבל על ידי הציבור באמצעות נציגיו הנבחרים. את המילה האחרונה ביחס להכללת תיקון חוקתי מסוים בחוקתנו המתגבשת – יש להותיר למכונן ולו לבדו. אני מתקשה לקבל אפוא את הגישה החולקת, אשר מבקשת כי בית משפט זה ייטול לעצמו את הסמכות לבקר את ההצדקות לכינון חוקי יסוד, באופן שמותיר את אותה מילה אחרונה לא בידי המכונן, אלא בידי בית המשפט (ראו עניין שפיר, פסקה 9 לחוות דעתי).

גם אם המכונן עושה שימוש יתר בסמכותו לתקן חוקי יסוד, דבר אשר חלק מחבריי מכנים "זילות" – אין בכך כדי להקנות לבית משפט זה סמכות לבקר את ההצדקות לכינון חוקי יסוד, סמכות אשר יש לקבלה על פי חקיקת יסוד מפורשת. אף אין להניח כי המענה לכל קושי או קֶסֶר במבנה החוקתי של מדינת ישראל מצוי בהרחבת סמכותו של בית המשפט.

6. יש להוסיף, כי בהתבוננות ארוכת טווח, גישה המבקשת להוסיף לבית המשפט סמכויות מסמכויות שונות, מובילה לטשטוש הגבולות המגדירים את כוחו ולפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. טשטוש זה עשוי בהחלט להביא לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט. לא למותר להזכיר מושכלות ראשונים, לפיהן אמון הציבור הוא משאב חיוני אשר מעניק תוקף מעשי לבית המשפט ולפסיקותיו (ראו למשל דבריו של הנשיא מ' שמגר ב-בג"ץ 433/87 רכטמן נ' לשכת עורכי הדין, מחוז תל-אביב-יפו, פ"ד מא(4) 606, 610 (1987); כן ראו משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י 196, 200 (התש"ם)), ובהעדרו, קצרה הדרך להחרפת השחיקה בציות להכרעותיו (ראו עניין שפיר, פסקה 9 לחוות דעתי; ראו גם אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" משפטים נג 44–47 (צפוי להתפרסם ב-2024)).

7. זאת ועוד. כפי שכתבתי גם בעניין הסבירות – אף אם במקרים מסוימים ניתן לקבוע כי הכנסת השתמשה לרעה בסמכותה המכוננת – הרי שלטעמי מדובר בחריג צר, אשר יש להותירו למקרים חריגים וקיצוניים במיוחד שבהם הדבר עלול לפגוע בזכויות היסוד של הפרט, וכמוצא אחרון בלבד (שם, בפסקה 4 לחוות דעתי; עניין שפיר, פסקה 10 לחוות דעתי), ולא כך בענייננו; תיקון מס' 12 אינו פוגע בזכויות יסוד של הפרט, ועל כן ודאי שאינו בא בגדר המקרים החריגים אשר מצדיקים קביעה שכזו או התערבות שיפוטית כה דרמטית.

8. יודגש, כי עמדתי זו תקפה גם במקרה דנן, חרף העובדה שהסעד מושא הצו על תנאי הוא דחיית תחולתו של התיקון ולא בטלותו. חברי ממלא מקום הנשיא מדגיש בחוות דעתו כי האדנים שעליהם נסמך הסעד הם אדנים חוקתיים ולא פרשניים (פסקה 92 לחוות דעתו). הסעד, לשיטתו, מוענק מכוחה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת". כלומר, לא מונחת לפנינו סוגיה פרשנית בלבד, ומשמעותו המעשית של מתן הסעד המבוקש בשלב זה היא בטלות התיקון, גם אם לפרק זמן מוגבל. על כן, ומאחר שעמדתי העקרונית היא כאמור שאין מקום לעשות שימוש בדוקטרינות "השימוש לרעה" ו"התיקון החוקתי הלא חוקתי" כפי שהן עוצבו בפסיקה – דין העתירות להידחות.

הגם שניתן היה להסתפק באמור עד כה, ראיתי לנכון להרחיב מעט את היריעה. בדבריי הבאים אבהיר שגם אם הולכים בתלם שחברי מבקש להתוות, ניתן להיווכח כי העתירות דנן אינן מגלות כל עילה להתערבותנו.

תכלית תיקון מס' 12

9. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, אשר הצטרפה בהליך דנן לעיקר עמדת העותרים, תיקון מס' 12 נושא עמו תכלית כפולה: האחת, לפטור את ראש הממשלה ממגבלות בתחום של טוהר המידות ומההשלכות שלגישתו ולגישת מקדמי התיקון היו עלולות לנבוע מהפרת החובה שלא לפעול בניגוד עניינים; השנייה, למנוע מבית המשפט מלהכריע בעתירות שהיו תלויות ועומדות במועד הכינון.

10. אשר לתכלית הראשונה לה טוענת היועצת המשפטית לממשלה:

תחילה, יש להדגיש כי אין מחלוקת שהתיקון אינו פוטר את ראש הממשלה מעצם החובה שלא לפעול בניגוד עניינים, בהתאם להסדר שנערך לו בקשר להליך הפלילי שמתנהל נגדו – הסדר אשר תוקפו אושר במסגרת ההליך שהתנהל ב-בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.2021). אזכיר כי גם בא-כוחו של ראש הממשלה הודה בכך במפורש במסגרת הדיון שנערך בפנינו (עמ' 53 לפרוטוקול הדיון מיום 28.9.2023 (להלן: פרוטוקול הדיון)).

נוסף על כך, ההשלכות המשפטיות של הפרת החובה שרובצת על ראש הממשלה לפעול בהתאם להסדר ניגוד העניינים – בעינן עומדות. יודגש, כי להפרת הכלל בדבר ניגוד עניינים השלכות רבות במישורים שונים. כך, בנסיבות מסוימות, הפרה של הכלל עלולה לגבש את יסודותיה של עבירה פלילית דוגמת העבירה של מרמה והפרת אמונים (ראו: יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225, 332–337 (דפנה

ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים (2009) (להלן: זמיר "ניגוד עניינים").

לצד המישור הפלילי, סנקציות וסעדים מתחום המשפט המנהלי הם כלי מרכזי להתמודדות עם הפרת הכלל (ראו: טנה שפניץ ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה 546–548 (2013); כן ראו שם על מישורים נוספים שבהם ניתן מענה להפרות הכלל).

מנגנון חשוב לא פחות הוא הביקורת הציבורית. אחת מתכליותיו המרכזיות של הכלל בדבר ניגוד עניינים הוא שמירה על אמון הציבור בשירות הציבורי (ראו זמיר "ניגוד עניינים", בעמ' 233). ברי אפוא כי פעולה בניגוד עניינים מלווה בנטילת סיכון מצד איש הציבור גם לכך שפעולותיו תעבורנה ביקורת ציבורית.

יצוין, כי גם היועצת המשפטית לכנסת עמדה על קיומן של השלכות מגוונות להפרת החובה שלא לפעול בניגוד עניינים בפני הוועדה שדנה בתיקון (פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המיוחדת לתיקונים לחוק יסוד: הממשלה, הכנסת ה-25, 6–7 (12.3.2023) (להלן: פרוטוקול 12.3.2023)).

הנה כי כן, בניגוד לתמונה שעלולה להצטייר מהעתירות – הדין לא נותר בלא דיין. ההשלכות המשפטיות של הפרת הסדר ניגוד העניינים שרירות וקיימות גם ביום שלאחר כינון תיקון מס' 12. יצוין, כי אין באמור כדי לחוות כל עמדה על האפשרות שבמקרה זה אכן הופרה החובה לפעול שלא בניגוד עניינים או בדבר השלכותיה של הפרה כזו; בדבריי אלו אין אלא להצביע על כך שבין החובה שלא לפעול בניגוד עניינים לבין הוראות חוק היסוד בדבר נבצרות – אין ולא היה קשר מעולם. קביעה בדבר נבצרות ראש ממשלה כהשלכה אפשרית של הפרת הסדר ניגוד העניינים לפי הדין שקדם לתיקון, היא מרחיקת לכת ביותר, שלא לומר מופרכת, ובית משפט זה לא הכיר באפשרות זו כעניין של דין מצוי (ראו: בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (22.4.2021) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת

ישראל אהוד אולמרט (4.8.2008) (להלן: עניין יצחק); ולעניין זה תלויה ועומדת עתירה, בג"ץ 3618/23 חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה).

יתרה מכך, גם היועצת המשפטית לממשלה התקשתה לטעון בפה מלא כי "סעד" מעין זה אפשרי. כך, בטיעוניו בפנינו, בא-כוחה אמר מפורשות שלא זו בלבד שאין ליועצת המשפטית לממשלה הסמכות להכריז על נבצרות, אלא גם שהפרת הסדר ניגוד עניינים אינה מובילה לנבצרות (עמ' 56 לפרוטוקול הדיון). רק בחלקו השני של טיעונו, בו השיב לטענות יתר המשיבים, סייג את דבריו הקודמים באומרו כי "לא ניתן לשלול באופן קטגורי את האפשרות כי בנסיבות קונקרטיות חריגות תקום עילת נבצרות תפקודית, הנובעת מכך שראש הממשלה נאשם בפלילים" (שם, בעמ' 106).

11. מכל מקום, אין כל ספק שחובתו של ראש הממשלה שלא לפעול בניגוד עניינים בעודה עומדת גם לאחר כינון התיקון. ההשלכות השונות לפעולה המנוגדת לחובה זו, שרירות וקיימות אף הן. אם כן, התיקון לא הטיב בהיבט זה את מצבו של ראש הממשלה, ודבריו בסמוך לאחר כינונו אינם משנים זאת. משכך, קביעה משפטית, תכלית התיקון אינה יכולה להיות הסרת מגבלות בתחום של טוהר המידות ושחרור מההשלכות האפשריות של הפרת החובה שלא לפעול בניגוד עניינים.

12. נדמה כי אף היועצת המשפטית לממשלה מכירה בקושי שבייחוס תכלית מעין זו לדבר חקיקה של הכנסת, לא כל שכן חקיקת יסוד. כך אולי מסתמן מהאופן שבו נוסחה עמדתה, בין היתר בסעיף 21 לתשובתה, בציינה כי התכלית האמורה היא פטור "מההשלכות המשפטיות שלדעתו [קרי: דעת ראש הממשלה – י' א'], ולדעת מקדמי התיקון, היו עלולות לנבוע מהפרת החובה שלא לפעול בניגוד עניינים" (ההדגשות במקור – י' א').

חברתי, הנשיאה (בדימ') א' חיות, מדגישה אף היא כי "התכלית העיקרית [...] היא מתן מענה לסיכון משפטי קונקרטי (קביעה בדבר נבצרות) שאיים –

לתפיסת מחוקקי התיקון – על ראש הממשלה המכהן" (פסקה 3 לחוות דעתה; ההדגשה הראשונה הוספה – י' א'). התרשמות דומה עולה מחוות דעתו של חברי, ממלא מקום הנשיא (פסקה 74 לחוות דעתו).

ואולם, בנקודה זו אני סבור כי יש להבחין בין תכלית לבין מניע. לעניין זה, מקובלים עלי עמדתו וטעמיו של חברי, השופט נ' סולברג. משמע, היועצת המשפטית לממשלה, מצביעה, לכל היותר, על מניעים של חלק ממכונני התיקון, אך כלל לא על תכליתו.

13. מכאן לתכלית הנטענת השנייה – כי התיקון נועד, כביכול, למנוע את הדיון בעתירות שביקשו להורות על נבצרותו של ראש הממשלה עקב הפרה של החובה שלא לפעול בניגוד עניינים (בג"ץ 1158/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה ו- בג"ץ 1214/23 התנועה הדמוקרטית האזרחית נ' ראש הממשלה).

14. כלל מושרש הוא כי פיה של הכנסת אינו חסום מלהביע את עמדתה מעצם העובדה שהוגשה עתירה בעניין פלוני או אלמוני (ב"ש 166/84 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273, 277 (1984); כן ראו והשוו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1826–1827 (2014)). יתרה מכך, ההידברות בין הרשויות היא עניין שבשגרה, אשר אף זוכה על פי רוב ליחס חיובי מצד בית משפט זה. כאשר הליך משפטי חושף הסדר שמגולמים בו קשיים – אך טבעי הוא כי המדינה תפעל לריפוי קשיים אלה באופן שייתר את הצורך בהתערבות שיפוטית. יפים לעניין זה דבריו של השופט נ' הנדל בעניין ממשלת החילופים:

"[...] הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגז הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על

שולחנו של המחוקק [...] " (בג"ץ 2905/20 התנועה
למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקה 12
לפסק דינו 12.7.2021)

15. גישה שתגרוס אחרת ותטען כי בעצם פתיחתו של הליך שיפוטי יש כדי להשתיק את הכנסת, עלולה להוליך להשלכות משטריות חמורות אשר אף תפגענה בעיקרון הפרדת הרשויות. יישום עמדה מעין זו, נוטל מהכנסת כוח רב הנוגע ללב סמכותה החקיקתית ומעבירו לבית המשפט. ויודגש, כי הדברים אומנם רלוונטיים להליכים חוקתיים ומנהליים (ביחס לרשות המבצעת) כאחד, אך אין ספק שהקושי גובר עשרת מונים משמדובר בסמכותה של הרשות המכוננת (ראו והשוו: עניין שפיר, פסקה 6 לחוות דעתי).

16. במקרה דנן, המציאות הפוליטית הקרתה לכנסת בכובעה כרשות מכוננת "מפגש" עם הקסר החוקתי שבהסדר הנבצרות עובר לכינון תיקון מס' 12. עמימותו של אותו הסדר אינה שנויה במחלוקת – ההסדר לא פירש מהן עילות ההוצאה לנבצרות; מהו הליך ההוצאה לנבצרות; ומיהו הגורם שמוסמך להניע את ההליך. אמרות אגב של בית משפט זה בהליכים קודמים לא הפיגו את העמימות האמורה; אולי אף הובילו להגברתה (ראו: עניין התנועה למען איכות השלטון, פסקה 5; עניין יצחק, פסקה 4; כן ראו פסקה 4 לחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין). לצד האמור, ניצבת העובדה כי לסוגיות אלה חשיבות משטרית ברורה שאין צורך לפרט על אודותיה. אם כן, איני רואה לזקוף לחובת מנסחיו של תיקון מס' 12 את עיתוי כינונו. במידה רבה, לא התוכן שנכלל בהסדר הנבצרות הקודם הוא שעמד מאחורי עיתוי התיקון, אלא דווקא התוכן שנפקד ממנו, והערפל החוקתי שהיה צורך להסירו.

17. זאת ועוד. היועצת המשפטית לממשלה חוותה דעתה באופן עקבי, וכך גם בדיון שנערך בפנינו, כי עובר לכינון התיקון לא התגבשה עילת הוצאה לנבצרות של ראש הממשלה, אף אם מניחים כי אפשרות זו מצויה בדין (עמ' 107 לפרוטוקול הדיון). יוצא אפוא, כי היועצת אינה גורסת שאותן עתירות תלויות ועומדות מגלות עילה מגובשת המצדיקה את מתן הסעד המבוקש בשלב זה. במילים

אחרות, לשיטת היועצת – בפועל תיקון מס' 12 לא השפיע לטובה על מצבו המשפטי של ראש הממשלה באופן רטרופקטיבי (להגדרה של רטרופקטיביות ראו: ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 777 (1992); כן ראו חוות דעתי ב-בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין דרעי)).

18. סיכומי של חלק זה: לא ניתן ליחס לתיקון את שתי התכליות הפרסונליות שאותן מתבקש כי נשווה לו. על כן, גם לשיטה הסוברת כי יש תחולה לדוקטרינת "השימוש לרעה" במקרים מעין המקרה דנן – לא מתעוררת, לטעמי, עילה להענקת הסעד המבוקש בענייננו – לא במישור החוקתי ולא במישור הפרשני.

אמת המידה לזיהוי פרסונליות

19. כפי שציינתי לעיל, אני מצטרף לעמדתו של חברי השופט סולברג לעניין ההבחנה בין תכלית למניע. כן מסכים אני עמו ביחס לסוגיית אמת המידה לזיהוי פרסונליות. משכך, אוסיף בסוגיה זו רק מעט משלי. בטרם אעשה כן, אפנה לדבריו הברורים של חבר הכנסת כץ באשר למטרותיו של תיקון מס' 12, כמצוטט בפסקאות 80–82 לחוות דעתו של חברי השופט סולברג, ושאליהם מפנה גם חברי השופט שטיין בחוות דעתו.

חברי, ממלא מקום הנשיא, מבחין בחוות דעתו בין שלוש קטגוריות של חקיקה או כינון פרסונליים (פסקאות 43–45 לחוות דעתו). בקבוצת המקרים הראשונה, הפרסונליות נלמדת ישירות מלשון הנורמה; בקבוצה השנייה, הפרסונליות אומנם לא נלמדת מהלשון, אך ברור מהוראות תחולת החוק כי הללו "נתפרו למידותיו" של גורם ספציפי; בקבוצה השלישית והאחרונה, אשר מעוררת לטעמי את הקושי העיקרי, נכללות נורמות שעל פניהן אינן פרסונליות כלל ועיקר: "עם זאת, בחינת דבר החקיקה מעלה כי הוא נועד לשרת תכלית פרסונלית. כלומר, ביצירת הנורמה, המחוקקים ביקשו להיטיב במישרין עם פלוני או להרע עם אלמוני, אך זאת באופן שלא הותיר 'טביעת אצבע' בלשון הטקסט החוקי" (שם, בפסקה 43).

לטעמי, גישה שיפוטית מעין זו תובילנו לנבירה חסרת תכלית או תוחלת במניעיהם של חברי הכנסת. על הקושי שבהתחקות אחר מניעיהם של חברי הכנסת, בפרט בהקשר הספציפי של חקיקת יסוד ושל דוקטרינת "השימוש לרעה", עמדתי זה מכבר בעניין שפיר:

"[...] אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה'צידוק' לכך – וזאת מכמה טעמים.

בחינת מניעיהם של חברי הכנסת לחוקק דבר חוק – ובכלל זה חוק-יסוד – מחייבת את בית המשפט להיכנס לעומק 'המגרש הפוליטי' ולנבכי הפשרות שנרקחו בין חברי הכנסת, ולהכריע אם אלו ראויות בעיניו. זאת, על אף הקושי המעשי לעמוד בצורה מדויקת על מניעיהם של חברי הכנסת; תוך התערבות נרחבת בשיקול דעתם, הגורעת לטעמי מהאחריותות אותה הם חבים כלפי בוחריהם; וללא כל בסיס חוקי לכך.

אשר לקושי המעשי לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת, ועל הצידוק להחלטותיהם, אעיר כי ספק רב בעיניי אם אכן ניתן לחלץ מדבריהם בדיוני הוועדות ובאמצעי התקשורת מסקנה חד משמעית באשר לסיבות המשותפות לתמיכתם בחוק, [...] מבלי לפקפק בכנות דבריו של חבר כנסת אחד, הרי שאין הם משקפים בהכרח את מניעיו של חבר כנסת אחר.

מטעם זה, אף קיים לשיטתי קושי של ממש לבחון את הבחירה בין חלופות שונות שעמדו בפני חברי הכנסת עת החליטו על דרך חקיקת נורמה מסוימת. הסדר אשר מהווה פשרה עבור חבר כנסת עשוי להיות ההסדר המיטבי בעיניו של חבר כנסת אחר. על פני הדברים, דומה כי אף עומדת לזכות חברי הכנסת חזקת תקינות שלפיה החלטותיהם לחוקק דבר חוק מסוים נועד לשרת את טובת הציבור, ואין להסתפק באמרותיהם של חברי כנסת אלו או אחרים כבסיס להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת. לגישתי, טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעיהם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת. " (שם, בפסקאות 7–8 לחוות דעתי; ההדגשות הוספו – י' א')

20. המקרה דנן הוא דוגמה מוחשית וברורה לתוקפם של דברים אלה. בעתירות שלפנינו מבוקש כי ננתח נאומים פוליטיים; כי נראה באמירות כאלו ואחרות

כראיות למניעי המכונן; וכי על בסיס זה נחליט בדבר גורלו של תיקון חוקתי. כל זאת על אף שאמירות פוליטיות מטבען לא נועדו להיבחן במשקפיים משפטיות.

בהיבט זה, אף אין טעם או הצדקה לנתח פרוטוקולים של דיוני ועדות שונות בכנסת ולמנות הפניות או אזכורים כאלו ואחרים (ראו: פסקאות 60–67 לחוות דעתו של ממלא מקום הנשיא פוגלמן; פסקאות 47–48 לחוות דעתו של השופט סולברג). שיקולים רבים יש לחברי כנסת, ביניהם גם שיקולים תקשורתיים, פוליטיים וכיוצא באלו, אולמות דיוני הוועדות ואולם מליאת הכנסת אינם כאולמות בית המשפט.

כמו כן, קיים קושי רב לתור אחר מניע אחד של המחוקק (או המכונן) ולו לנוכח היותו גוף קולגיאלי והאפשרות שחברי הכנסת בוחרים לתמוך בחקיקה מטעמים שונים ומגוונים (לעניין זה ראו גם דבריו של השופט א' גרוניס ב-בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 445, 523 (2007)). הווה אומר: גם אם חבר כנסת כזה או אחר יזם דבר חקיקה והצביע בעדו ממניע מסוים, כיצד ביכולתנו לייחס מניע זה לכל יתר חברי הכנסת שתמכו באותו דבר חקיקה?

אדגיש – בדברים אלו איני שולל את ההסתמכות על דבריהם של חברי כנסת במקרים המתאימים, כל עוד מדובר בהצהרות רשמיות אגב דיון בחקיקה, וזאת עת אנו מבקשים להתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה ובמסגרת מלאכת פרשנותו (ראו: עניין מחאמיד, פסקה 15 לחוות דעתי; ע"פ 578/21 אבו סדארי נ' מדינת ישראל, פסקאות 41–47 (16.2.2023)). לא כפי שנעשה במקרה זה, על-מנת לקבוע אם המניעים של חברי הכנסת טהורים דיים כדי שדבר חקיקת היסוד יוותר על כנו. נבירה שכזו במניעים של חברי הכנסת, תוך קביעה כי מניע מסוים הוא תקין ומניע אחר פגום, משמעותה כניסת בית המשפט ללב הזירה הפוליטית, דבר אשר, לגישתי, יש להקפיד להישמר ממנו.

משכך, גם במישור זה, איני רואה לאמץ את ההרחבה הניכרת לאמת המידה לזיהוי תכלית כפרסונלית כפי שמציג חברי, ממלא מקום הנשיא; הרחבה המובילה להגדלת היקף תחולתה של דוקטרינת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" ולצד זאת גם להגברת עמימותה.

סוף דבר

21. תכליתו של ההסדר שאותו מבקש תיקון מס' 12 לעגן אינה פרסונלית והשפעתו אינה רטרואקטיבית. הסדר זה בא להסיר ערפל חוקתי, ובמכלול הנסיבות, הוא עדיף על קודמו. משכך, התערבותנו בהסדר לא תהא אלא "סנקציה" לרשות המכוננת בדמות דחיית תחולתו; סנקציה אשר לא תקדם בענייננו את האינטרס הציבורי כלל ועיקר.

22. הן במקרה דנן והן בעניין הסבירות, חלק מחבריי וחברותיי הוסיפו ופיתחו את דוקטרינות הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד. אלה הולכות ומסתעפות להן מעתירה לעתירה. במתכונת זו, לא רק שחוקתנו המתגבשת לאיטה מאז החלטת הררי ועד לימינו, נבנית לה טלאי על טלאי; גם פסיקותיו של בית משפט זה מתפתחות להן טלאי על טלאי, באופן אשר רק מחריף את חוסר הוודאות החוקתי הקיים.

23. זאת ועוד: פעם נוספת התבקשנו להתערב בכינונו של חוק יסודי; פעם נוספת נדרשנו לקיים דיון משפטי מקיף, בהרכב מורחב, שהשלכותיו המעשיות מוטלות בספק; ופעם נוספת הוצגה לפנינו עתירה המבקשת לטלטל בעוצמה את עמודי התווך שעליהם ניצב המבנה החוקתי של משפטנו. עתירות מסוג זה, הדוחקות את בית המשפט לליבת הזירה הפוליטית, אינן נטולות מחיר. על מחיר זה עמדתי בחוות דעת זו ובפרשיות קודמות (ראו: עניין הסבירות, פסקה 4 לחוות דעתי; עניין דרעי, פסקה 31 לחוות דעתי; עניין שפיר, פסקה 9 לחוות דעתי).

במצב הדברים שנוצר, אין לי אלא להצטרף לקריאה לכינונו של חוק יסוד: החקיקה. אולם, עד שזה יכונן, שומה עלינו לנהוג בריסון ואיפוק מתוך הכרה במגבלות סמכויותינו. כשלעצמי, איני מוכן לוותר על התקווה שאזרחי מדינת ישראל, באמצעות נבחריהם, יעצבו בכנסת חוקה ראויה שבה נוכל להתגאות בלב שלם ואשר תשקף באופן הולם את כלל חלקי החברה הישראלית; עליהם מוטלת המלאכה – ולא על בית משפט זה.

24. דין העתירות להידחות אפוא.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. השאלה הניצבת לפתחנו היא אם תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: התיקון), שבמסגרתו התווסף סעיף 16(ב) שעניינו בנבצרות ראש הממשלה – יחול בתחולה מיידית. במוקד ההליך דנן עומד "מבחן הכלליות" שבדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, לנוכח טענת העותרים שלפיה התיקון אינו עומד במבחן זה בשל היותו "פרסונלי".

דעתי היא, כי אין מקום להתערב בחוק היסוד באמצעות דחיית תחולת התיקון. אני מצטרפת, אפוא, למסקנתו של חברי השופט נ' סולברג, ולעיקרי נימוקיו, הגם שדרך הילוכי למסקנה זו שונה בהיבטים מסוימים.

2. כפי שיפורט להלן, אני סבורה כי דרישת הכלליות עוסקת בתחולתה של הנורמה, ולא בשיקולים פרסונליים שעמדו לנגד עיני חברי כנסת – כאלה או אחרים – אשר תמכו בכינונה. מסקנה זו, עולה בבירור מפסיקתו של בית משפט זה באשר למבחן הכלליות שבדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת; ממהותה של הדוקטרינה ככזו שעוסקת בזיהוי הנורמה ומצויה ב"שדה הצורני"; מהפסיקה ומהספרות, ביחס לסיווג חוק ככללי או כפרסונלי אף בהקשרים אחרים; ומהתפיסה היסודית שלפיה במסגרת ביקורת שיפוטית חוקתית, מרכז הכובד אינו מצוי, ככלל, בשיקולי המחוקק. זאת,

בשונה מהמשפט המינהלי, שבו מוכרת עילת השיקולים הזרים, שעניינה שיקולי הרשות המינהלית.

בהתאם לכך, יישום מבחן הכלליות בענייננו, מלמד כי התיקון צולח את מבחן הכלליות, שכן תחולתו כללית: הוא חל על כל ראשי הממשלה (ובכללם על ראש הממשלה המכהן), ממועד כניסת התיקון לתוקף ואילך, ללא מגבלת זמן כלשהי או מאפיינים מיוחדים אחרים. לגישתי, כאמור, אף אם לנגד עיני חברי הכנסת עמדו שיקולים פרסונליים בכינון התיקון – אין בכך כדי לשנות ממסקנה זו.

כך בתמצית, וכעת ארחיב ואפרט.

על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

3. הדיון בענייננו מתקיים בגדרה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. דוקטרינה זו עוסקת בזיהוי הנורמה המשפטית העומדת לדיון "כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות", קרי, מסוג ההסדרים שהם "קונסטיטוציוניים במהותם" (בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 29 לפסק-דינה של הנשיאה א' חיות (23.5.2021)). השלב הראשון בדוקטרינה הוא "שלב הזיהוי", אשר במסגרתו בוחן בית המשפט אם הנורמה הנבחנת נושאת את "המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות" (שם, בפס' 36; ההדגשה במקור). בתוך כך, "יש לבחון את המאטריה אותה מסדיר חוק היסוד" (שם, בפס' 37; בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 301 (2011)). לצורך הקביעה מהי אותה "מאטריה חוקתית", עוצבו שלושה מבחני-עזר: מבחן היציבות; מבחן הכלליות; ומבחן ההתאמה למארג החוקתי (עניין שפיר, בפס' 37 לפסק-דינה של הנשיאה חיות). לענייננו רלוונטי, כאמור, מבחן הכלליות – ועל אודותיו ארחיב להלן.

כלליותה של נורמה נגזרת מתחולתה בלבד

4. מבחן הכלליות, עניינו בבחינת השאלה "אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים" (שם; ההדגשה הוספה). דהיינו, מבחן הכלליות מתמצה בתחולתו של ההסדר. כך, הסדר שחל על "רשימה סגורה" וידועה מראש של נמענים (דה-יורה או דה-פקטו) – הוא הסדר פרסונלי; והסדר שתחולתו כללית – כשמו כן הוא – הסדר כללי.

כפי שיפורט להלן, מסקנה זו עולה בבירור מפסיקתו העקבית של בית משפט זה (ולעניין זה ראו גם פס' 55-63 לחוות-דעתו של השופט סולברג).

5. בעניין שפיר נקבע, כי כדי לצלוח את מבחן הכלליות הנורמה צריכה להיות "בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת" (שם, בפס' 40; ההדגשות הוספו). על דרך השלילה, נקבע כי "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' 6 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (6.9.2017); להלן: עניין המרכז האקדמי). עוד נפסק, כי אותם "נמענים" יכולים להיות בני-אדם ספציפיים או "פרסונה מוסדית" מובחנת, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת (ראו: עניין שפיר, בפס' 40 לפסק-דינה של הנשיאה חיות). כמו כן, הנשיאה חיות קבעה בעניין ממשלת החילופים (אשר עסק בתיקון קבוע לחוק-יסוד: הממשלה שחל בתחולה מיידית על הממשלה ה-35 וכן על הממשלות הבאות, ללא מגבלת זמן), כי התיקון הנדון צולח את מבחן הכלליות, בין היתר, משום שהוא "לא נועד לשמש ממשלה מסוימת או כנסת מסוימת בלבד" (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 8 לפסק-דינה (12.7.2021); ההדגשה הוספה). הוזה אומר: כאשר נמעני הנורמה לא היו אך ורק פרסונה מובחנת, הנורמה סווגה ככללית. ואכן, שני המקרים הבודדים שבהם ניתנה "התראת בטלות" מכוח הדוקטרינה, עסקו בתיקונים חוקתיים שכווננו בדרך של הוראת-שעה אשר הוגבלה בזמן ל"פרסונה" מוסדית מסוימת בלבד – כך, שתחולתם של התיקונים היא שהביאה לסיווגם כ"לא-כלליים" (ראו: עניין שפיר; עניין המרכז האקדמי).

6. יובהר, כי ייתכנו מקרים, שבהם נסיבות המקרה בכללותן מלמדות בבירור כי הגם שנורמה נוסחה בצורה כללית במישור הלשוני, הרי שהיא "נתפרה" למידותיו של גורם מסוים, כך שלמעשה היא חלה ותחול (בהערכה סבירה של מצב הדברים הרגיל) אך ורק עליו. כך למשל, אותה "תפירה" עשויה להתבצע "באמצעות רשימה מסורבלת של תכונות, שצירופן מיוחד לאותו פרט או פרטים" (חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579, 584 (התשנ"ב)). בנסיבות כאלו, ניתן יהיה לקבוע, בזהירות המתבקשת, שמדובר בנורמה שתחולתה פרסונלית (בכך, מצטמצם החשש שהעלו חבריי; ראו בפס' 4 לחוות-דעתו של השופט ע' עמית ובפס' 20 לחוות-דעתו של השופט ע' גרוסקופף).

7. הנה כי כן, על-פי פסיקתו של בית משפט זה, הכלליות שבמסגרת דוקטרינת השימוש לרעה עניינה בתחולתו של ההסדר בלבד. כפי שנראה להלן, זוהי מהותה של דרישת הכלליות גם בהקשר רחב יותר.

8. כידוע, דרישת הכלליות אינה שמורה רק לחוקי היסוד, והיא נחשבת לאחד מן המאפיינים הבסיסיים של דבר חקיקה באשר הוא (ראו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (20.8.2008); נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדריך למחוקק 60 (2015)). הרחבת נקודת המבט, מעבר לדוקטרינת השימוש לרעה, אל עבר הפסיקה שעסקה בסיווג חוקים רגילים, מלמדת כי סיווג דבר חקיקה ככללי או כפרסונלי נעשה על בסיס תחולתו של ההסדר. ויודגש, הגם שנפקות הסיווג האמור עשויה להיות שונה בין חוק רגיל לחוק-יסוד, הרי שלעניין אופן הסיווג – אין מקום להבחין בין השניים. כך למשל, בבג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013), נקבע כי תכונת הכלליות "לרוב באה לידי ביטוי בהתייחסות לקבוצה בלתי מסוימת של נתינים (אליהם ממוען החוק)" (שם, בפס' 35).

9. מסקנה זו, שלפיה סיווג דבר חקיקה ככללי או כפרסונלי הוא נגזרת של תחולתו, עולה גם מהכתיבה האקדמית בנדון. כך, פרופ' מיכל טמיר מגדירה חקיקה פרסונלית כ"חקיקה אשר פונה לאדם או לאנשים מסוימים באמצעות שם או אפיון מיוחד" (מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים יב 173, 175 (2018)). נורמה כללית לעומת זאת, מוגדרת על-ידי טמיר ככזו אשר חלה על קבוצה לא מסוימת של אנשים (שם, בעמ' 177). פרופ' חיים גנז מציע הגדרה מצמצמת אף יותר של חוק פרסונלי. לגישתו, "שאלה על פרטיותה או כלליותה של נורמה תהיה בדרך-כלל שאלה לא על הכוונות הקונקרטיות של מי שהורה אותה ולא שאלה על תחום התחולה הריאלי שלה, אלא על לשונה: האם נעשה בה שימוש בשמות פרטיים או בקונוונציות יידוע אחרות (הצבעה או תיאור מידע יחידאי) המכוונות לזהות פרטים?" (גנז, בעמ' 581). המלומד Alf Ross מתייחס אף הוא לנורמה פרסונלית ככזו אשר חלה על קבוצה סגורה, קרי, קבוצה שהחברות בה אינה יכולה להשתנות באופן רציונלי עם הזמן. קבוצה כזו מתאפיינת, ככלל, בשימוש בשמות ספציפיים של נמעני הנורמה (כפי שנעשה בחוק הנשיא חיים ויצמן (גמלה ועיזבון), התשי"ג-1953), או בתיאור שלהם המלווה במאפיין זמני (כפי שנעשה בחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011, אשר הגדיר "חברות אסבסט" כ"חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי") (ראו: Alf Ross, Directives and Norms 109 (1968)).

השופטת ד' ברק-ארז בכתיבתה האקדמית עומדת אף היא על כך שנורמה כללית היא נורמה שחלה "על קבוצה שהנמנים עימה משתנים באופן דינמי. לעומת זאת, תכונת הכלליות אינה מתקיימת בנורמה החלה על קבוצה מוגדרת שלא צפוי שינוי בזהותם של הנמנים עימה" (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 336 (2010)). גם במדריך למחוקק, חקיקה פרסונלית מוגדרת ככזו אשר "עוסקת בפרט מסוים או במקרה ייחודי" (עמ' 66; וראו גם שם, בעמ' 112).

10. עולה אפוא, כי דרישת הכלליות – הן בהקשר של דוקטרינת השימוש לרעה, הן בהקשרים אחרים – מתמצה בבחינת תחולתה של הנורמה.

מ"מ הנשיא ע' פוגלמן מציע לבחון היבט נוסף בגדרו של מבחן הכלליות, אשר נוגע ל"תכליתה" של הנורמה. גישה זו מוקשה בעיני, ולהלן אבהיר עמדתי זו.

כלליותה של נורמה אינה נגזרת משיקולים שעמדו בבסיס תחיקתה

11. כאמור, לדעת מ"מ הנשיא, במסגרת מבחן הכלליות אין להסתפק בבחינת תחולתה של הנורמה; ויש לבחון אף את תכליתה. כלומר, גם נורמה שתחולתה כללית, עשויה להיחשב פרסונלית – אם תכליתה היא פרסונלית. לעניין זה, חברי מתייחס, למעשה, לשלושה מונחים שונים, ומגדירים כך:

- "מניע" – "עניינו באירוע שארע בעבר ואשר הניע את המחוקק לפעול – בבחינת 'טריגר' נקודתי או ניצוץ שהצית את הליך החקיקה".
- "תכלית" – "עניינה באותן מטרות וערכים שביקש דבר החקיקה להגשים במבט צופה פני עתיד".
- "תכלית פרסונלית" – מתקיימת "מקום שבו המחוקק שם לו למטרה בחקיקת החוק דווקא להיטיב או להרע את מצבו של פלוני". (ראו: פס' 48 לחוות-דעתו).

חברי מוסף ומציין, כי בעוד מניע פרסונלי (כלומר, "טריגר" פרסונלי – לגישתו) אינו משליך על סיווג חוק ככללי או פרסונלי, תכלית פרסונלית "מותירה בו כתם פרסונלי" (פס' 49-50 לחוות-דעתו). להבנתי, "התכלית הפרסונלית", כפי שחברי מגדיר אותה, מתייחסת למעשה לשיקולים פרסונליים שעמדו לנגד עיני המחוקק בעת חקיקת החוק (ואכן, התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה, מורכבת מהשיקולים

שעמדו לנגד עיניו של המחוקק בעת תחיקתו). ואולם, ביחס לשיקולים מסוג זה, כבר נקבע בפסיקה כי הם אינם רלוונטיים לצורך סיווג חקיקה כפרסונלית או כללית.

כך למשל, בעניין בר-און טענו העותרים כי שיקולים שעניינם "נוחות והישרדות הממשלה" (כלומר שיקולים פרסונליים במובן המוסדי), הם שעמדו ביסוד הוראת השעה שנדונה שם. הנשיאה ביניש מצאה אמנם כי "הנסיבות הייחודיות שהובילו לרצון להתנסות בניהול תקציב דו-שנתי" הן אלו שעמדו ביסוד הוראת השעה; ולצד זאת, הוסיפה וקבעה כי "גם אילו סברנו כי שיקולים נוספים היו ביסוד החקיקה שלפנינו, הרי שגם בכך אין די כדי להקים עילת התערבות בחקיקה, ולא כל שכן בחקיקת יסוד" (שם, בפס' 28 לפסק-דינה; ההדגשה הוספה). דהיינו, לגישתה של הנשיאה ביניש, אף אם הייתה מקבלת את הטענה בדבר קיומם של שיקולים פרסונליים, לא היה בכך כדי להצדיק התערבות בחוק היסוד.

בדומה לכך, בעניין המרכז האקדמי, ציין השופט פוגלמן, כי "גם אם אכן שיקולים פוליטיים, ובפרט – רצונה של הממשלה להקל על המורכבות הכרוכה באישור שנתי של תקציב המדינה, הם אלה שהובילו לתיקון שלפנינו, היבט זה כשלעצמו לא מצדיק לדעתי התערבות שיפוטית מן הסוג המבוקש במקרה דנא" (פס' 5 לפסק-דינו; ההדגשה שבקו תחתון הוספה). יודגש, כי "השיקולים הפוליטיים" הנ"ל הם למעשה שיקולים פרסונליים מובהקים (במובן המוסדי), שכן ההסדר הנדון שם היה הוראת שעה, אשר חלה רק על אותה כנסת שכוננה אותה ושנהנתה מההקלה שניתנה במסגרתה.

בהמשך, בעניין ממשלת החילופים, ציטט השופט הנדל את דבריו אלו של השופט פוגלמן, והבהיר כי "בהכרעתנו בעניין שפיר אין כדי לשנות את התמונה, שכן המבחן שהציעה חברתי הנשיאה מתייחס להיבט הכלליות במובן זה שנורמה 'המכוונת כל כולה לפתרון קשיים ספציפיים של ממשלה מסוימת וכנסת מסוימת' כושלת במבחן הזהוי [...] מכאן ועד לקביעה גורפת כי חוק יסוד שבא לעולם משיקולים פוליטיים, אינו ראוי למעמד חוקתי, ארוכה הדרך – ולטעמי, בלתי עבירה" (בפס' 12 לפסק-דינו; ההדגשה הוספה).

12. מהאמור עולה, כי אין ב"תכלית הפרסונלית" – שעניינה כאמור "השיקולים הפרסונליים" ששקל המחוקק במסגרת כינון ההוראה החוקתית – כדי להביא לסיווג של נורמה כפרסונלית.

13. זאת ועוד: אין חולק כי בהתאם לפסיקה מושרשת של בית משפט זה – "המניע" של המחוקק, אינו רלוונטי לסיווג דבר החקיקה כפרסונלי או כללי (ראו פס' 49 לחוות-דעתו של חברי). כך למשל, בעניין התנועה למען איכות השלטון, מצאה השופטת ד' דורנר כי התיקון לחוק היסוד שנדון שם, "נועד לתת מענה לרצונם של התומכים בממשלה שהוקמה לאחרונה להרחיב את שורותיה"; אך עם זאת, קבעה כי "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להיות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); (ההדגשה הוספה).

כמו כן, בעניין ממשלת החילופים, הדגישה השופטת ברק-ארז כי "מרכז הכובד" בעת בחינת קריטריון הכלליות, אינו צריך להיות "המניעים הסובייקטיביים של חברי הכנסת בעת חקיקתו של חוק היסוד או התיקון לו". תחת זאת, חברתי ציינה שם כי "הבחינה אמורה להתמקד בתוצאה הנורמטיבית של ההסדר שעומד לדיון, ובשאלה האם, ועד כמה, הוא נושא מאפיינים פרסונליים או פרטניים" (עניין ממשלת החילופים, בפס' 20 לפסק-דינה; ההדגשות הוספו).

נשאלת אפוא השאלה, מהו טיבו של המונח "מניע" בהקשר הנדון. כאמור, מ"מ הנשיא סבור, כי מונח זה מתייחס ל"טריגר" של דבר החקיקה. אלא, שעיון בפסיקה האמורה מלמד כי ה"מניע" הנזכר בגדרה, אינו מתייחס ל"טריגר" שהניע את הליך החקיקה גרידא, כי אם לשיקולים פרסונליים של חברי הכנסת במבט צופה פני עתיד. זאת, שכן התיקונים נועדו לחול על הכנסת (והממשלה) שכוננה אותם וכן לסייע בהסרת חסמים שעמדו בדרכן – חסמים הנוגעים למבנה הממשלה בעניין ממשלת החילופים; וחסמים הנוגעים לגודלה המרבי של הממשלה בעניין התנועה למען איכות השלטון. ואכן, תיקונים אלו חלו בתחולה מיידית, ושימשו בפועל להסרת חסמים אלו. לא ניתן אפוא לומר ביחס למקרים הנ"ל, כי החסמים האמורים שימשו רק "טריגר" וכי לאחריו הליך החקיקה התנתק "מאותו מקרה פרטני" (כלשונו של חברי בפס' 48 לחוות-דעתו). עניינו הרואות, כי הפסיקה הנזכרת לעיל השתמשה במונח "מניעים" בהתייחסה למעשה ל"שיקולים פרסונליים".

14. לסיכום נקודה זו – איני סבורה כי יש מקום לסווג נורמה שתחולתה כללית כנורמה פרסונלית, בשל "תכליתה הפרסונלית". כאמור, "תכלית פרסונלית" אינה אלא "שיקולים פרסונליים" (אשר כונו לעיתים בפסיקה גם "מניעים") – ואלו אינם רלוונטיים לצורך סיווג דבר חקיקה כפרסונלי או כללי.

הקשיים הנעוצים בהתחשבות בשיקולי המכונן

15. מעבר לעובדה שהתחשבות בשיקולי המכונן במסגרת מבחן הכלליות אינה מתיישבת עם הדרך שבה עוצב ויושם המבחן בפסיקתנו; אני סבורה כי התחשבות כאמור, אף חותרת תחת מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה ככזו שעוסקת אך בזיהוי מעמדה של הנורמה הנבחנת.

שורשיה של דוקטרינה זו נטועים בפסק הדין שניתן בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), שבו נקבע המבחן הצורני לזיהוי חוקי-יסוד על-פי כותרתם. כאמור, במרוצת השנים, אומץ בפסיקתנו מבחן זיהוי שונה – תוך שהודגש כי אף הוא "ממוקם בשדה הצורני, אך מרחיב אותו אל מעבר להיבט הטכני הצר של השימוש בכותרת 'חוק יסוד'" (עניין שפיר, בפס' 59 לפסק-דינה של הנשיאה חיות). עוד הודגש, כי הבחינה הנערכת במסגרת הדוקטרינה אינה עוסקת "בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה" (שם, בפס' 58).

ברי, כי שיקולים שעמדו לנגד עיני חברי הכנסת אינם חלק מאותם מאפיינים פורמליים-פרוצדורליים של נורמה משפטית; וכי ההתחשבות בהם לצורך זיהוי הנורמה – חורגת הרבה מעבר ל"שדה הצורני" שבו, כאמור, מצויה הדוקטרינה.

זאת ועוד, שימוש בדוקטרינה באופן זה מערער אף את ההצדקות המוסדיות שעמדו בבסיסה מלכתחילה, אשר נעוצות בתפקידו הקלאסי של בית המשפט בזיהוי נורמות וסיווגן למדרג הנורמטיבי שאליו הן שייכות (ראו: עניין שפיר, בפס' 31 לפסק-דינה של הנשיאה חיות).

16. לא זו אף זו: אני סבורה כי סיווג דבר חקיקה כפרסונלי או כללי, על בסיס תחולתו ולא על בסיס שיקולים אשר עמדו בבסיס תחיקתו, מתחייב אף מהתפיסה העקרונית שלפיה שיקולים כאמור אינם מצדיקים התערבות של בית המשפט במישור החוקתי (ראו, למשל: בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 5 לפסק-דינו של השופט מלצר (17.9.2014)). זאת, להבדיל מהמישור המינהלי, שבו עילת השיקולים הזרים היא עילה מוכרת לביקורת שיפוטית על מעשי המינהל (להרחבה על עילת השיקולים הזרים, ראו משפט מינהלי, בעמ' 635-672).

בית משפט זה, כבר עמד על כך שביקורת שיפוטית על בסיס שיקוליו של המחוקק, אינה מתאימה למשפט החוקתי, וראו לעניין זה דבריה של השופטת ביניש:

”עיקר טיעונם של העותרים כנגד תכליתה של הוראת סעיף 14 לפקודה היה כי המחוקק שימש בעניין זה כלי לביצוע של מדיניות משרד התחבורה המונעת משיקולים זרים של הגנה על בעלי ‘המספרים הירוקים’ מפני חשיפתם לתחרות. למעשה, תקפו העותרים את הוראת החוק האמורה על-פי אמות-מידה המתייחסות למעשי מינהל ולחקיקת משנה ולא לחקיקה ראשית של הכנסת” (בג”ץ 4769/95 מנחם נ’ שר התחבורה פ”ד נז(1) 235, 265 (2002); ההדגשות הוספו).

תפיסה זו, נובעת מאופייה של הכנסת כגוף קולקטיבי, אשר מקשה על ייחוס שיקולים כאלה או אחרים לכלל חבריה. מטבע הדברים, חברי כנסת שונים שוקלים שיקולים שונים, ואף מעניקים להם משקל שונה; וראו לעניין זה דבריו של השופט א’ גרוניס:

”כאשר מדובר בהחלטה המתקבלת על ידי גוף המורכב ממספר חברים קשה לבחון את השיקולים שנלקחו בחשבון. אף אם כל אחד מחברי הגוף פירט בפומבי את מערכת שיקוליו, הרי בלתי אפשרי, ולמצער קשה מאד, לקבוע מהו המשקל היחסי שניתן לכל שיקול ושיקול בדרך לתוצאה הסופית, שהינה החלטה קולקטיבית. זו הסיבה שחובת ההנמקה, החלה בדרך כלל על רשויות מינהל ורשויות אחרות, לא הוחלה, בוודאי לא באופן מלא, לגבי רשויות כאלה שהן בבחינת גופים קולגיאליים” (בג”ץ 5853/07 אמונה תנועת האישא הדתית לאומית נ’ ראש הממשלה, פס’ 10 (6.12.2007); ההדגשה הוספה).

17. יתר על כן, אף אם בהליך חקיקה מסוים, הקולות שהשמיעו חברי הכנסת מלמדים באופן חד-משמעי על שיקוליהם (ואף במנותק מהקושי המובנה הנ”ל ביחס למשקלם של השיקולים השונים), הרי שלא ניתן לקבוע כי אלה הם השיקולים שהנחו גם את חברי הכנסת שלא התבטאו במסגרת הליך החקיקה; כדבריו של המלומד דבורקין (כפי שהובאו בע”א 280/09 סלופארק טכנולוגיות בע”מ נ’ מילגם חניה סולארית בע”מ, פס’ 6 לפסק-דינו של השופט נ’ הנדל (22.2.2011)): “ונניח ששלושה מחוקקים מתבטאים בצורה מסוימת, ייתכן שישנם בנמצא שבעה מחוקקים נוספים אשר בוחרים שלא להביע את עמדתם באותו שלב”.

18. יודגש, כי לגישתי, התפיסה הנ"ל, שלפיה שיקולי הח"כים אינם מצדיקים התערבות של בית המשפט במישור החוקתי, אינה נטועה במישור הראיתי-מעשי גרידא; ויש לה שורשים אף במישור המוסדי-מהותי, הנוגע לאופייה של הכנסת כמוסד פוליטי, אשר נבחר על-ידי הציבור ויונק ממנו באופן ישיר את הלגיטימציה הדמוקרטית שלו. מאפיין זה של הרשות המחוקקת-מכוננת משליך באופן ישיר ומשמעותי על אופי הביקורת השיפוטית כלפי תוצריה ועל ההצדקה לבחון את שיקוליה במסגרת ביקורת זו; וזאת, כאמור, בשונה מרשויות מינהליות (ראו והשוו: יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 60-62 (2002)). לעניין זה, ראו אף דבריה של היועצת המשפטית לממשלה בעמדתה בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) אשר הובאו בכתב התשובה מטעם הכנסת בהליך שלפנינו: "לאורך השנים נחקקו הסדרים רבים לצרכים קואליציוניים ופוליטיים, וחלק נכבד מההסדרים המשטריים נחקקו בסמוך לבחירות הכלליות, עם תחולה מיידית, באופן אשר שירת בטווח הקצר קואליציה מסוימת. קביעת מדרג בין המקרים השונים ובין 'המניעים הפוליטיים' השונים, עלולה להכניס את בית המשפט הנכבד, בעל כורחו, עמוק לתוך הזירה הפוליטית" (סעיף 135 לכתב התשובה).

19. הנה כי כן, בחינת שיקולים שעמדו לנגד עיני חברי הכנסת בעת כינון חוק יסוד, אינה מתאימה לדוקטרינת השימוש לרעה שעניינה בזיהוי נורמות. מעבר לכך, התחשבות בשיקולים כאמור זרה היא למשפט החוקתי בכלל – וזאת, בשים לב לאופייה של הכנסת כגוף קולקטיבי נבחר.

20. אף אם הייתי מקבלת את הגישה שלפיה אין להסתפק בבחינת תחולת ההסדר; ויש לבחון אף את תכליתו, הרי שבמסגרת זו, הבחינה אינה יכולה להתמצות אך בכוונת המחוקק – קרי, בתכלית הסובייקטיבית, כפי שעשו חלק מחבריי (ראו למשל, בפס' 51 לחוות-דעתו של מ"מ הנשיא). בהתאם להלכה המושרשת – "ככלל, בדיקת תכליתו של דבר חקיקה על-פי פיסקת ההגבלה אינה מתמקדת בבדיקת מניעי המחוקק, הגם שקיימת לכאורה חפיפה מסוימת בין התכלית לבין המניע, אלא מתמקדת היא בתכלית האובייקטיבית של החוק" (עניין מנחם, בפס' 15 לחוות-דעתה של השופטת ביניש; ההדגשה הוספה). דברים אלה מתייחסים לביקורת שיפוטית על חקיקה "רגילה", והם רלוונטיים ביתר-שאת ביחס לחוקי-יסוד (ראו לעניין זה גם בפס' 42 לחוות-דעתו של חברי, השופט ד' מין).

עולה אפוא, כי בעוד שבמלאכת פרשנות של חוק, כוונת המחוקק איננה, ככלל, סוף פסוק, ויש לבחון גם את תכליתו האובייקטיבית; ובעוד שבמלאכת בדיקת חוקתיות

של חוק, שאלת התכלית הראויה אינה מתמצה בכוונת המחוקק, אלא מתמקדת בתכלית האובייקטיבית; דווקא במלאכת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, מסתפקים חלק מחבריי בכוונת המכונן – לצורך התערבות בחוק היסוד. דרך זו מוקשה מאוד בעיני.

מן הכלל אל הפרט – התיקון עומד במבחן הכלליות

21. בפתחו של פרק זה, ובטרם אדרש באופן קונקרטי ליישום מבחן הכלליות בענייננו, נעמיד שוב לנגד עינינו את מהותה של דוקטרינת השימוש לרעה. כפי שפורט לעיל, עניינה של דוקטרינה זו "בזיהוי הנורמה העומדת לדיון כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות"; והיא נועדה למנוע "חדירתן של נורמות שאינן מצויות במדרג מתאים לתוך החוקה המתגבשת" (עניין שפיר, פס' 29-30 לפסק-דין של הנשיאה חיות). אם כן, מבחני העזר, כשמם כן הם, נועדו לסייע בזיהוי הנורמה שלפנינו – האם מדובר בנורמה חוקתית "אמיתית", או שמא נורמה ה"מחופשת" לחוק-יסוד, אשר ניסתה להתגנב למתחם לא-לה.

מהו המדרג הנורמטיבי שאליו שייך התיקון מושא ענייננו, לגישתם של חבריי? מ"מ הנשיא מציין כי "אין חולק שהסדר הנבצרות מקומו בחוק יסוד – מדובר בהסדר שראוי מבחינת נושאו להסדירו בחוקה" (פס' 83 לחוות-דעתו); כך קובעת גם חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, באומרה כי "סוגיה זו מקומה אכן במדרג החוקתי ולא בחקיקה רגילה" (פס' 12 לחוות-דעתה). לגישתי, המסקנה המתבקשת מכך, היא שההתערבות השיפוטית שמציעים חבריי ביחס לתיקון אינה נובעת מ"זיהוי" של הנורמה, ואינה ניתנת להצדקה מכוח דוקטרינת השימוש לרעה. זאת ועוד: הסעד שניתן על-ידי חבריי, התערבות במועד התחולה של התיקון, מלמד אף הוא, כי אין ענייננו בנורמה ש"התחפשה" לחוק יסוד.

22. ועתה – למבחן הכלליות. כפי שפורט לעיל, מבחן זה עוסק בתחולתה של הנורמה. בענייננו, תחולתו של התיקון היא כללית. התיקון חל על כל ראשי הממשלה ממועד כניסתו לתוקף ואילך, ללא מגבלת זמן כלשהי; והוא אינו כולל פרטים אחרים שיש בכוחם לצמצם את תחולתו לראש הממשלה המכהן בלבד. אמנם בהווה חל החוק רק על ראש הממשלה המכהן; אולם, הדבר נובע מהעובדה הפשוטה כי החוק עניינו במוסד ראש הממשלה, שאותו מאייש רק איש אחד בזמן נתון. וממילא כאמור, חוק פרסונלי אינו חוק שחל רק על גורם ספציפי בפרק זמן מסוים; אלא חוק שחל ויחול רק על גורם ספציפי לאורך כל תקופת תוקפו של החוק (ראו לעיל, בפס' 5).

די בכל האמור, כדי להוביל לדחיית העתירות.

23. ניתן היה לסיים כאן, ואולם, אני רואה חשיבות להוסיף את הדברים הבאים. כאמור לעיל, אף אם הייתי מקבלת את הגישה שלפיה יש לבחון לא רק את תחולת הנורמה, אלא גם את תכליתה – הרי שבמסגרת זאת עלינו להידרש אף לתכלית האובייקטיבית. בחינת תכלית זו בענייננו מעלה כי התיקון נועד להפיג את העמימות הרבה שממנה סבל ההסדר הקודם. הסדר קודם זה, הותר לכאורה מקום, למצער במישור הלשוני, לפרשנות שלפיה ניתן להכריז על נבצרות ראש ממשלה בשל רשימה פתוחה של עילות וללא כל התייחסות להליך ההכרזה. כידוע, להכרזה על נבצרות ראש ממשלה ישנה משמעות דרמטית ביותר עבור הציבור בכללותו, הממשלה והכנסת. קביעת הליך מפורט וסדור להכרזה על נבצרות ראש הממשלה, ותחימה של עילות הנבצרות, הן אפוא תכליות אובייקטיביות שקשה להפריז בחשיבותן.

24. הרבה למעלה מן הצורך, יצוין כי לגישתי, אף בחינה של התכלית הסובייקטיבית בלבד, אינה מבססת את המסקנה שלפיה רק עניינו של ראש הממשלה המכהן עמד לנגד עיניהם של חברי הכנסת. חבריי, השופטים סולברג ומינץ, הפנו לחלקים ניכרים מהליך החקיקה אשר מלמדים כי התכליות העקרוניות הנזכרות לעיל עמדו לנגד עיניהם של המחוקקים; ואף דברי ההסבר תומכים בכך בבירור (ראו: פס' 80-85 לחוות-דעתו של השופט סולברג; ופס' 53-62 לחוות-דעתו של השופט מינץ). חברתי, הנשיאה (בדימ') חיות, סבורה כי עניינו האישי של ראש הממשלה המכהן היה "ההצדקה הדומיננטית לחקיקתו במועד שבו הוא נחקק" (ראו בפס' 3 לחוות-דעתה; ההדגשה הוספה). אלא, שכאמור, הקשיים המְבִּיְנִים בהתחקות אחר כוונת המכוון בהקשר זה, אינם נוגעים רק לעצם איתור השיקולים, כי אם גם, ואולי אף בעיקר, לשאלת הדומיננטיות של כל שיקול ושיקול בתודעתם של חברי הכנסת השונים.

ואכן, עצם קיומם של שיקולים עקרוניים שעמדו לנגד עיני המחוקק, לצד שיקולים פרסונליים; והמחלוקת הכנה ביחס למשקלם, חוזרים אפוא ומדגישים את הקשיים הנעוצים בהתערבות שיפוטית בחוקי-יסוד על בסיס שיקוליהם של חברי הכנסת.

25. מבחן הכלליות שבדוקטרינת השימוש לרעה, נעוץ בתחולתה של הנורמה; ולא ב"תכלית פרסונלית" המיוחסת לה, אשר למעשה אינה אלא "שיקולים פרסונליים" שעמדו לנגד עיני חברי-כנסת בעת כינונה (ואשר כונו לעיתים בפסיקה גם "מניעים"). שיקולים כאמור, אינם רלוונטיים לצורך בחינת כלליותה של הנורמה. התחשבות בשיקולים כאמור, חורגת מהדרך שבה עוצב מבחן-עזר זה במסגרתה של הדוקטרינה; חותרת תחת מהותה; ומנוגדת לתפיסה שלפיה, ככלל, שיקולי המכונן אינם מצדיקים ביקורת שיפוטית במישור החוקתי. הלכה למעשה, התחשבות בשיקולים כאמור, בהקשר הנדון, היא בבחינת "פלישה" של עילת השיקולים הזרים מהמשפט המינהלי אל היכל ההתערבות בחוקי היסוד. בענייננו, כאמור, יישום מבחן הכלליות בדרך זו מעלה כי התיקון עומד במבחן זה; ועל כן, אינו עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

26. לבסוף, יש לזכור: דחיית מועד התחולה של התיקון אינו עניין של מה בכך. מדובר בהתערבות שיפוטית בחוק-יסוד, שמשמעותה הותרה על כנו של הסדר עמום – היוצר חוסר ודאות בתחום ציבורי חשוב ורגיש ביותר – בניגוד לכוונת המכונן שראה להבהירו לאלתר.

27. סוף דבר: עמדתי היא, כי דין העתירות להידחות.

הוחלט ברוב דעות (הנשיאה (בדימ') א' חיות, מ"מ הנשיא ע' פוגלמן, השופט י' עמית, השופטת ד' ברק-ארז, השופטת (בדימ') ע' ברוך והשופט ע' גרוסקופף), כנגד דעתם החולקת של השופט נ' סולברג, השופט ד' מין, השופט י' אלרון, השופטת י' וילנר והשופט א' שטיין, כאמור בפסק דינו של מ"מ הנשיא.

ניתן היום, כ"ב בטבת התשפ"ד (3.1.2024).

ה נ ש י א ה (בדימ') מ"מ הנשיא ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט (בדימ') ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט

ש ו פ ט ש ו פ ט