

בג"ץ 2905/20
בג"ץ 2922/20
בג"ץ 2941/20

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרת בבג"ץ 2905/20 :
התנועה לאיכות השלטון בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ואח'
מרחוב יפו 208, ירושלים
ת.ד 4207 ירושלים 91043
טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076 ;

העותרת בבג"ץ 2922/20 :
סיעת מרצ
ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן
מרחוב הברזל 32 (בניין A, קומה 5) תל אביב
טל': 03-5602225 ; פקס : 03-5601755

העותרים בבג"ץ 2941/20 :
1. עו"ד אביגדור פלדמן
2. משמר הדמוקרטיה הישראלית
3. עמותת "חווה חדש"
ע"י ב"כ עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד אביגדור פלדמן
ו/או עו"ד דורון ברקת ו/או עו"ד אוהד שפק
שכתובתם לצורך הליך זה : משרד קרניאל ושות'
דרך אבא הלל 12 (מגדל חוגין) רמת גן 5250606
טל': 03-6961011 ; פקס : 03-6961021
דוא"ל : office@krnl.co.il

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2905/20 :
1. כנסת ישראל
2. ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת
שניהם על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
כנסת ישראל, ירושלים
טל': 02-6408636 ; פקס : 02-6753495
3. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עוה"ד מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס : 02-6467011
4. סיעת כחול לבן
ע"י עוה"ד ערן מרינברג ו/או שמעון בראון ואח'
רחוב אבא הלל 14, רמת גן, משרד מרינברג בראון ושות'
טל': 03-6135559 ; פקס : 03-6135558
5. סיעת הליכוד
על ידי בא כוחו עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר ו/או אופק ברוך
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649 ; פקס : 02-6490659

וכן על ידי עורכי הדין אבי הלוי היועץ המשפטי של תנועת הליכוד
ו/או ניבה הלוי
מכנרת (מושבה) ד.נ. עמק הירדן 15105
טל': 04-6709330, 052-4326312 ; פקס : 04-6709443
דוא"ל : avi.halevy@gmail.com

- המשיבים בבג"ץ 2922/29 :**
1. הכנסת
 2. היועץ המשפטי לממשלה
 3. ח"כ בנימין נתניהו, ראש ממשלת המעבר
- על ידי בא כוחו עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רוני שכטר ו/או אופק ברוק
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659

וכן על ידי עורכי הדין אבי הלוי היועץ המשפטי של תנועת הליכוד
ו/או ניבה הלוי

מכנרת (מושבה) ד.ג. עמק הירדן 15105
טל': 04-6709330, 052-4326312 פקס: 04-6709443

דוא"ל: avi.halevy@gmail.com

4. ח"כ בני גנץ, יו"ר כחול לבן
- ע"י עוה"ד ערן מרינברג ו/או שמעון בראון ואח'
רחוב אבא היל 14, רמת גן, משרד מרינברג בראון ושות'
טל': 03-6135559 פקס: 03-6135558

5. סיעת דרך ארץ

6. ח"כ יועז הנדל

7. ח"כ צבי האוזר

8. סיעת הליכוד

9. סיעת כחול לבן

- המשיבים בבג"ץ 2941/20 :**
1. ח"כ בנימין נתניהו
 2. ח"כ בני גנץ
 3. הכנסת ה-23
 4. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט

תגובה מקדמית מטעם סיעת הליכוד וראש הממשלה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד (החלטת כבוד השופט ג' קרא מיום 7.5.2020, החלטת כבוד השופט ד' מינץ מיום 10.5.2020 והחלטת כב' השופט ג' קרא מיום 8.6.2020), סיעת הליכוד בכנסת ה-23 וכן ראש הממשלה, ח"כ בנימין נתניהו, (להלן: "המשיבים") מתכבדים בזה להגיש את תגובתם המקדמית לעתירות שבכותרת.

בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את העתירות על הסף ולחלופין לגופן (כפי שיפורט בהרחבה בהשלמת הטיעון שיגישו המשיבים, כאמור להלן), הכל כפי שיבואר בתגובה מקדמית זו, כדלקמן.

יובהר, כי כל ההדגשות להלן אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת.

ואלה נימוקי התגובה:

1. **הליכוז וכחול לבן רואים חשיבות ביישום ההסכם הקואליציוני שהושג לאחר שלוש מערכות בחירות וגישר על פערים גדולים בין הצדדים. ההסכם הקואליציוני מורכב מאיזונים רבים כפי שהם מופיעים בהסכם הקואליציוני ועל כן הליכוז וכחול לבן רואים חשיבות באישור כלל סעיפי החקיקה וההסכם.**

2. **יודגש, כי הצדדים רואים חשיבות מיוחדת בהשארה על כנו של ההסדר בנושא ראש הממשלה החליפי.**

3. **הליכוז וכחול לבן מבקשים מבית המשפט הנכבד להכריע בענין במהירות האפשרית, כפי שאף התבקש בתגובת הכנסת.**

4. לאחר שלוש מערכות בחירות הצליחה המערכת הפוליטית – נבחרי העם – להגיע להסכמה שזכתה לתמיכת רוב חברי הכנסת, בדמות ממשלת אחדות; וזאת תחת תנאים שהתנו הצדדים, שהיה הכרח לעגנם בתיקוני חקיקה ובשינויים מסויימים בחוקי-יסוד משטריים. מדובר בהכרעה פוליטית מובהקת, המשקפת את סך הפשרות, האיזונים, הסיכונים וההסכמות שהצליחה המערכת הפוליטית להגיע אליה. רוב של חברי הכנסת תמך בהכרעה זו, והחליט להשתמש בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לתקן את חוקי היסוד כדי לאפשר את מימושה וכדי לעגנה. הסמכות המכוננת היא הסמכות העליונה בקביעת הנורמות בישראל. אין בילתה.

5. היענות לעתירות דנן היא קריאת תיגר על כל אלו – על עליונותה של הסמכות המכוננת הנתונה לנבחרי העם; על עליונותו של ההליך הדמוקרטי וההכרעות שהוא מביא עמו, במשטר של מדינה דמוקרטית; על עקרון ריבונות העם ושלטונו של החוק החקוק, שבלעדיהם אין משטר יכול לכוון עצמו 'דמוקרטי'.

6. היענות לעתירות דנן תביא קרוב לוודאי גם לפירוקן של ההסכמות, ההכרעות והפשרות הללו, ותאלץ את המערכת הפוליטית ללכת לבחירות נוספות.

א. טענות סף

7. בעתירות שהגישו העותרים, נתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווים הצהרתיים וצווים על תנאי המורים למשיבים ליתן טעם בנוגע לצווים שביקשו העותרים בהם ביקשו מבית המשפט הנכבד לקבוע כי **חקיקת יסוד** שקיבלה הכנסת ברוב חבריה בכובעה כרשות המכוננת, בטלה מיסודה.

8. כבר בראשית הדברים יציינו המשיבים כי סבורים הם, כי עם כל הכבוד הראוי לבית המשפט הנכבד, לבית המשפט הנכבד אין סמכות להיעתר לצווים המבוקשים על ידי המשיבים, למצער לא בשלב זה של מפעל חקיקת היסוד בישראל, ולחלופין כי יש לקבוע כי מדובר בסוגיה אשר כלל אינה שפיטה - מוסדית או נורמטיבית- ואשר אינה אמורה להיות נתונה לביקורתו של בית משפט נכבד זה. לכן, על בית המשפט הנכבד לדחות את העתירות על הסף.

1.א. סוגיות הסמכות והיעדר עילה

9. עיקר הטעם לדחיית העתירות הוא אפוא עילת הסף, עילת-עילות הסף: חוסר סמכות. אין לבית משפט בישראל סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד, ואף לא בתיקונם. בהיעדר סמכות לכל בית משפט לדון בתוקפו של חוק יסוד הרי שלפנינו גם עילת הסף של היעדר עילה. כפי שנבהיר להלן, התיקונים הנדונים הם תיקונים של חוקי יסוד ממש, אין הם תיקוני-חקיקה תחת כסות של חקיקת יסוד. אין מדובר אפוא ב'שימוש לרעה' בחקיקת יסוד, אלא בתיקון הוראותיהם המהותיות של חוקי יסוד לפי הכרעת הריבון, כדי לאפשר את מימוש הכרעת הריבון בקלפי.

להלן נציג את טענת חוסר הסמכות על רכיביה והיבטיה השונים:

10. **אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד מחמת עקרון שלטון החוק.**

"שלטון החוק" במובנו הראשוני והגרעיני פירושו שהחוק שולט, והכל כפופים לו. הכל – כל בני האדם וכל גופי השלטון. אין חריג. האזרח, הממשלה, הכנסת ובתי המשפט – כולם כפופים לחוק. לפי תאוריית הביקורת השיפוטית שאימץ בית המשפט הנכבד מאז פרשת "בנק המזרחי", חוקי היסוד מעמדם כשל חוקה, והם עליונים על חוק; ולפיכך ניתן לבקר חוק אם הוא סותר את חוקי היסוד. אך אם בית המשפט הנכבד יבקר חוקי יסוד, או ידון אותם לפי קריטריון חיצוני להם – הרי שאין הוא כפוף לכל חוק.

11. **אין לבית המשפט סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד משום שביית המשפט אינו עליון על מקור סמכותו.**

סמכותו של בית המשפט הנכבד מקורה בחוק-יסוד: השפיטה. חוק-יסוד השפיטה מונה את הערכאות שסמכות שפיטה נתונה בידיהן, וקובע את מרותו של הדין על מי שבידו סמכות שפיטה. הוא קובע את סמכויותיהן של ערכאות המשפט בישראל. חוק יסוד השפיטה נחקק על ידי כנסת ישראל, בשבתה כאסיפה מכוננת. במהלך השנים הכנסת גם תיקנה אותו. האם ייתכן שביית משפט נכבד זה או בית משפט אחר יבקר סעיף מסעיפיו? האם

ייתכן שבית משפט נכבד זה יחליט, דרך משל, כי סעיף פלוני המקנה או מגביל את סמכותו-שלו, יש לבטל או לשנות?

אם כן, נמצא בית המשפט זה מרים את עצמו בשערות ראשו. כשם שביקורת חוק-יסוד : השפיטה אינה אפשרית, כך ביקורת על כל חוק-יסוד אחר, ובוודאי חוק-יסוד משטרי, אינה אפשרית. בלא סמכות עליונה לחוקי היסוד שמחוקקת הכנסת, אין יסוד לסמכותו של בית משפט, אין יסוד לתוקפם של צווים מטעמו, ואין יסוד לחובה לציית להם.

12. אלמלא חוק יסוד השפיטה (והחקיקה שקדמה לו בטרם שודרגה הסמכת בית המשפט לחקיקת יסוד), לא היה כל תוקף עודף לעמדתו של בית המשפט הנכבד על עמדתו של חוקר באקדמיה או של אדם מן הרחוב. כאשר בית המשפט הנכבד מעמיד בסימן שאלה את חוק היסוד הרי שהוא כורת את הענף שעליו נשענת סמכותו שלו. בשולי הדברים יוער, כי ברור שכוונת (ונוסח) סעיף 15 האמור אינה כי לבית המשפט העליון תינתן סמכות עליונה גם מעל חוקי היסוד.

13. לעניין חוסר היכולת של בית המשפט לצאת נגד הנורמה שמסמיכה אותו, ראו John R. Vile, *The Case against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 191, 198–9 (Sanford Levinson ed., 1995).

“...if the Supreme Court, created by, and owing its authority and existence to the Constitution, should assume the power to consider the validity or invalidity of a constitutional amendment ... it would be assuming the power to nullify and destroy itself, of its own force, a power which no artificial creation can conceivably possess.”

14. **אין לבית המשפט סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד לפי שיטתו שלו בביקורת השיפוטית.**

נזכיר כי היה זה בית המשפט הנכבד שקבע, כי חוקי היסוד עליונים על חוקי הכנסת, ומעצם עליונותם נובע מקור סמכותו של בית המשפט הנכבד לבקר חקיקה רגילה של הכנסת. שוב ושוב הדגיש בית משפט נכבד זה, כי לא הוא אשר גובר על חוקי הכנסת, כי אם חוקי היסוד הם אשר גוברים, ובית משפט נכבד זה רק משמש שליחו של הריבון-העם, רק ידו הארוכה ליישום הוראותיהם של חוקי היסוד כמגבילים את החקיקה הרגילה. על כך בנה בית המשפט את כל יסוד

סמכותו לביקורת שיפוטית בישראל. אם יאמץ לעצמו בית משפט נכבד זה סמכות לבקר את חוקי היסוד, יישמט הבסיס שבנה הוא לביקורת חוקתית.

15. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד מחמת הפרדת רשויות.

עצם הכניסה לדיון משפטי אם חוק-יסוד מסוים ראוי או בלתי ראוי, הריהו חילול סמכותה המכוננת של הכנסת, עקרון ריבונות העם ועקרון שלטון החוק. קודש הקודשים של הדמוקרטיה היא קביעת נורמות העל החלות על הכל. הרשות היחידה שיכולה לקבוע זאת היא זו המייצגת את הריבון. התערבות בפעולה זו היא ניתוח הפרדת הרשויות.

16. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בתוקפם של חוקי יסוד, ואין זהו הוויכוח הישן על אקטיביזם שיפוטי.

בוויכוח ה"ישן" על האקטיביזם השיפוטי – תמיד הקפיד בית משפט נכבד זה להדגיש, כי הריבונות מסורה בסופו של דבר לריבון, לעם. עילת חוסר הסבירות שקבע בית משפט נכבד זה נומקה בריבונות העם – המחוקק לא העניק לממשלה סמכות לפעול בחוסר סבירות קיצוני. עילת הסמכות לביקורת חקיקה נומקה בריבונות העם – העם העניק באמצעות החוקה (חוקי היסוד) סמכות לבית המשפט הנכבד לפעול בשמו לריסון הכנסת כמחוקק. אם יש את רצונכם – השיב בית המשפט למחוקקים – התכבדו נא ושנו את חוקי היסוד. בית משפט נכבד זה הקפיד לנקוט רטוריקה המותירה את הסמכות האחרונה בידי העם. התערבות שיפוטית בחוק יסוד כמוה כניתוק חבל הטבור שבין הריבון ובין יכולתו להשפיע על גורלו. אין משמעות הדברים כי נבחר הציבור אינם כפופים לביקורת שיפוטית; אדרבה, החוק מחייב כי רשויות המינהל יצייתו לו, ובית המשפט הנכבד יכול לפסוק על פי החוק אם נהגו כדן. החוקה מחייבת כי הכנסת תציית לה, ודמוקרטיה מסמיכות בתי משפט לפסוק על פי החוקה האם לא חרג הפרלמנט מסמכותו. אך בסוף כל הסופים, דמוקרטיה מעניקה את זכות המילה האחרונה למנגנון החוקתי. על כך יש לעמוד ולשמור מכל משמר.

17. אין לבית המשפט הנכבד סמכות לדון בחוק יסוד, ואין לטעות ברטוריקת "שימוש לרעה בסמכות מכוננת".

בפסק הדין בעניין התקציב הדו שנתי (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל, (להלן: "עניין התקציב הדו-שנתי")) נשען בית המשפט הנכבד על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, היינו רתימת ה'כותרת' של חוק יסוד לפעולה שבמהותה איננה חוקתית. המשיבים סבורים, עם כל הכבוד, כי אין הנדון דומה לראיה. אם נעתיק את השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה לכל מקום שבו מאן-דהוא אינו שבע רצון מהסדר חוקתי חדש, הרי שביטלנו כליל את כוחה של הסמכות המכוננת.

יש לשמור על הבחנה ברורה בין דוקטרינת הביקורת השיפוטית על חוקה לבין דוקטרינת השימוש לרעה. הדוקטרינה הראשונה ('תיקון חוקתי שאינו חוקתי') מעולם לא הוכרה בישראל. כפי שנפרט בהשלמת הטיעון שתוגש מטעם המשיבים, דוקטרינה כזו הנשענת על שיקולי צדק טבעי ו"עקרונות יסוד של השיטה" לא הוכרה בשום מדינה דמוקרטית מתוקנת כפי שמבוקש להחילה כאן. מצאנו מדינות בודדות שמאפשרות ביקורת על סעיפי חוקה לנוכח פסקת נצחיות בחוקה שאיננה קיימת בישראל ועוד מספר מדינות כדוגמת הודו, בנגלדש ופקיסטן שמאפשרות ביקורת כזו לנוכח תיאוריית "המבנה הבסיסי" של החוקה, שכפי שציינה הנשיאה חיות בפרשת חוק ההדחה, אף היא אינה רלוונטית למפעל החוקה הישראלי שטרם הושלם.

הדוקטרינה השנייה, של השימוש לרעה, (שאף היא חריגה מאוד במבט משווה), מקומה רק במצבים שבהם באופן מובהק השתמש הפרלמנט בסמכותו המכוננת לחקיקה שאינה שייכת לחקיקת יסוד. היא אינה עוסקת בביקורת ערכית על תוכן חוק היסוד אלא בשימוש בכותרת "חוק יסוד" לנורמה שאין מקומה בחוק יסוד.

בעניין דנן, אילו טענו העותרים שהסדרת ממשלת חילופים אינה עניין לחוק יסוד, אזי הטיעון שלהם יכול היה להישען, לשיטתם, על מודל השימוש לרעה בסמכות מכוננת. אך הסדרת מבנה השלטון בישראל היא בוודאי עניין לנורמה חוקתית. העותרים עצמם מדברים ביד אחת על כך שחוק היסוד משנה את יסודות המשטר בישראל וביד שנייה מבקשים להיבנות מעילת השימוש לרעה שעניינה הכללה בחוק יסוד של נושאים שעניינם אינו מתאים לחקיקת יסוד. אלו תרתי דסתר.

בעניין דנן כל הוראות החוק הן הוראות המשקפות הכרעה משטרית של מחוקקי-היסוד בדבר חלופה קבועה של ממשלת חילופים. גם רכיביה המעטים שנקבעו בהוראת שעה משקפים הכרעה חוקתית-משטרית לפתרון בעיות חסרות תקדים של משבר פוליטי חריג. זהו שימוש לגיטימי ורצוי בחקיקת יסוד לצורך תכליתה של חקיקת יסוד משטרית.

אם חלילה רכיבי הוראת השעה המעטים שבחקיקת יסוד דנן, יחוקקו כהוראות שעה בחמש קדנציות ברציפות, בדומה לעניין התקציב הדו שנתי, ניתן יהיה לבחון השוואה בין פרשות אלו. גם אז ההשוואה תהיה רחוקה מלשכנע אך לא נרחיב בתרחיש תיאורטי זה.

18. מחמת כל האמור עד כה, אין לבית המשפט הנכבד סמכות ליתן סעד בדבר תוקפו או אי-תוקפו או התליתו או מחיקתו לשיעורין של חוק יסוד.

2.א. סוגיית השפיטות

19. כידוע לכל, במדינת ישראל כבכל מדינה דמוקרטית ישנה הפרדת רשויות - דהיינו, קיים עיקרון שלטוני לפיו יש לפצל את סמכויות השלטון לרשויות נפרדות ועצמאיות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) כאשר כל רשות מאזנת ובוולמת את הרשויות האחרות. כידוע, הכנסת היא הרשות

המכוננת של מדינת ישראל, היא האמונה על מפעל חוקי היסוד ולה נתונה הפררוגטיבה הרחבה בכל הקשור לסמכות כינון החוקה בישראל. (ראו אהרן ברק, **מבחר כתבים ג - עיונים חוקתיים** (2017) וגם אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד** כרך א (78 מהדורה שישית, 2005) וכן ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221 (1995) (לעיל ולהלן: "**פרשת בנק המזרחי**")). (להרחבה על עקרון הפרדת הרשויות במדינה הדמוקרטית ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 910/86 **רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 12.6.88, (פסקה 9 לפסק דינו) וכן את דבריו של כב' השופט סולברג בכנס העמותה למשפט ציבורי (נעם סולברג "שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו", **ניוז 1** 6.12.19) זמין לצפייה באתר ניוז 1)).

20. הלכה למעשה, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייטול את סמכותה המכוננת (והבלעדית) שניתנה לכנסת ויקבע כי חקיקת היסוד בטלה. **האם יעלה על הדעת, כי בית המשפט הנכבד יכניס עצמו לנעלי הרשות המכוננת? ברי כי התשובה לכך שלילית. הבה נדמיין את המצב ההפוך, לפיו, הכנסת הייתה מכניסה את עצמה לנעלי הרשות השופטת ונוטלת לעצמה את סמכויות השיפוט, האם הייתה נשמעת הטענה כי הדבר הוא אך נחוץ לצורך האיזונים והבלמים בין הרשויות? שוב, ברי כי התשובה לכך שלילית.**

21. אם לא די באמור, הרי שבית המשפט הנכבד קבע זה מכבר כי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי אינה ישימה במשפט הישראלי, בין היתר, משום שהננו מצויים בעיצומו של הליך כינון החוקה בישראל – ומשכך, מן הבחינה המוסדית, אל לו לבית המשפט הנכבד להתערב במפעל חוקי היסוד בטרם זה בא לסיומו. (ראו אהרן ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **מבחר כתבים ג - עיונים חוקתיים** (2017) (להלן: "**ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי**") וגם **עניין התקציב הדו-שנתי**, לעיל).²

22. בכל הקשור להליכים הפנים-פרלמנטריים בכנסת ובכלל זה להליך החקיקה, הרי שעל אף, "זניחתה החגיגית של דוקטרינת השפיטות המסורתית" של השופט ברק (ראו **ברק-ארז, מהפכת השפיטות**, עמ' 5) הפסיקה חזרה ליישומה של דוקטרינת השפיטות המוסדית. כך כותבת פרופ' ברק ארז במאמרה (**ברק-ארז, מהפכת השפיטות**, עמ' 19):

"...בתחומים מסוימים, אם כי מוגבלים, התפתחה נכונות שיפוטית מחודשת לפנות לשיקולים של שפיטות מוסדית גם באופן פורמלי.

¹ זמין לצפייה באתר ניוז 1: news1.co.il/Archive/004-D-138004-00.html

² בהקשר לדבריו של ברק בספרו **ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי** נציין באמרת אנב כי מעניין שדווקא פרופ' ברק הידוע בתור "... המחולל והמנהיג של התפיסה שלפיה דוקטרינת השפיטות המסורתית מגבילה באופן לא ראוי ולא נחוץ את התחומים שבהם בית המשפט עוסק." (ראו פרופ' דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" **הפרקליט נ (תשס"ח)** (להלן: "**ברק-ארז, מהפכת השפיטות**", עמ' 1) ראה לנכון להגביל את סמכותו של בית המשפט הנכבד בהפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקת היסוד.

הדוגמה הבולטת ביותר לפנייה מודעת לשיקולים של שפיטות מוסדית היא הפסיקה שנסבה על ביקורת של הליכים פרלמנטריים.

[...]

עם זאת, בסופו של דבר, גם בהקשר זה נסוג בית המשפט "חצי צעד לאחור", והתערבותו בעניינים שאינם נוגעים לתחום החסינות (חסינות חברי כנסת, הח"מ) היא מצומצמת ביותר. בית המשפט חוזר ודוחה עתירות שבהן הוא מתבקש להתערב בסדרי הצבעות בכנסת (בעניין מעמדה של הצבעה כהצבעת אי-אמון בממשלה; בעניין המועד לדיון בהצעות חוק לפיזור הכנסת; בעניין הכרעתו של יושב ראש הכנסת בנוגע לתוצאות ההצבעה על חוק; ועוד). מגמה זו הודגשה אף ביתר שאת בכל הנוגע להתערבות בהליכי החקיקה של הכנסת.

מעניין לראות כי בתחום זה גם השופט ברק, שהסתייג בעבר מן התפיסה של אי-שפיטות מוסדית, חזר להרים אותה על נס, וכתב "אכן אנו מכירים באי-שפיטות - מוסדית; אנו מכירים בכך שלא כל סכסוך שבית-המשפט מוסמך להכריע בו ראוי לו לבית המשפט להכריע בו". באחד מפסקי הדין האחרונים, חזר השופט ברק ודחה עתירה נגד החלטה שהתקבלה בוועדת הכספים של הכנסת בהליך בלתי תקין (שבו קוימה הצבעה חשובה לפני המועד הפורמלי שנקבע לתחילת הישיבה). במקרה זה השופט ברק לא השתמש במונח שפיטות אך נתן לו ביטוי בהסבירו כי "יש להעדיף את עקרון עצמאות הרשות המחוקקת, ולהימנע מהתערבות בהליכים פנים פרלמנטריים..."

23. אך לאחרונה קבע כב' השופט מזוז בבג"ץ הטלת המנדט (בבג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.5.2020) (להלן: "בג"ץ הטלת המנדט")) כי בעניין דומה (סמכותה החוקתית של הכנסת ברוב חבריה) שיקול הדעת אינו נתון לביקורתו של בית משפט נכבד זה (אלא ב-"מצבים חריגים ונדירים ביותר", אשר אינם מענייננו) בכותבו:

" שיקול דעת כזה לא נתון, ככלל, לביקורת שיפוטית על פי כללי הביקורת של המשפט המינהלי, בהעדר הוראה בחוק לענין זה. בכגון דא חלה לדעתי דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית (להבדיל מאי שפיטות נורמטיבית), כנגזרת של מבחן האופי הדומיננטי של הנושא, בהתאם לאמות המידה שהותוו על ידי הנשיא שמגר בענין רסלר (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 524-521

(1988), להלן: ענין רסלר). וכפי שהובהר שם, מבחן השפיטות המוסדית עשוי להביא את בית המשפט למסקנה -

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

לצד זאת הדגיש הנשיא שמגר כי –

ההכרה בקיומו של סייג השפיטות היכול להביא, בנסיבות ראויות, להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעיה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה מחלישה את עקרון הפיקוח והביקורת השיפוטיים אלא מחזקת אותן, כי היא קובעת לו גבולות סבירים” (שם בעמ' 520, 523).

24. יתר על כן, נוכח מעמדה העליון של החוקה, בית המשפט הנכבד נעדר את הכלים לבחון את חוקיותה של החוקה ואת הכרעת הריבון כנציג העם. אחרת, יעלה הדבר לכדי “...התנגשות חזיתית עם רצון הבוחר...” או “...חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית” (פסקה 16 לפסק דינו של כב' השופט עמית בבג”ץ הטלת המנדט).

25. מן הטעמים שפורטו לעיל, עמדת המשיבים הינה כי מן הבחינה המוסדית, לא יתכן שהרשות השופטת תתערב באופן כה בוטה בהתנהלותה ובסמכותה, הייחודית והבלעדית, של הרשות המכוננת ותאסור דה פקטו על נציגי העם (הריבון) לכוון את חוקתה של המדינה. התערבות מעין זו, קשה היא, תקדימית ומסוכנת ועשויה לנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות.

26. לאור האמור, בשים לב כי עסקינן בסוגיה חוקתית ופוליטית רגישה, דין העתירות שבפנינו להידחות מחמת חוסר שפיטות.

א.3. דחיית הסעדים הנוגעים לחוק מימון מפלגות


27. בין יתר הסעדים, בית המשפט הנכבד נתבקש על ידי העותרים ליתן סעדים הנוגעים לתיקון לחוק מימון מפלגות. בהקשר זה, המשיבים מצטרפים לעמדת היועץ המשפטי לממשלה והכנסת, לפיה עמדתם היא כי דין העתירות בקשר עם התיקון לחוק מימון מפלגות **להידחות על הסף**.
28. העתירה שבפנינו עוסקת בסוגיות חוקתיות מן המעלה הראשונה, לפיכך אין לכרוך יחד עם הסוגיה **המרכזית** שלפנינו את העתירות כנגד התיקון לחוק מימון מפלגות, המהווה תיקון לחקיקה ראשית. לא יכולה להיות מחלוקת כי התיקון לחוק מימון מפלגות הינו חקיקה עצמאית אשר אינה תלויה בתיקוני החקיקה לחקיקת היסוד, עסקינן אפוא בסוגיה עצמאית, הוא הדין אף בבחינת המטאריה המשפטית המסדירה את התערבות בית המשפט הנכבד בדבר החקיקה. משכך, עמדת המשיבים היא כי בחינה משולבת של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד לצד חקיקה ראשית "רגילה" – תהא עירוב מין בשאינו מינו.
29. משכך, עמדת המשיבים היא כי דין העתירה, לכל הפחות, בקשר לתיקון לחוק מימון מפלגות – להידחות על הסף.

ב. סוף דבר

30. מבלי לפגוע באמור לעיל אשר לדחייה על הסף, דין העתירות בעניין זה להידחות גם בבחינת גופן של הטענות, כפי שיפורט בהרחבה בהשלמת הטיעון מטעם המשיבים.
31. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 8.6.20, ישלימו המשיבים את טיעוניהם ויביאו טיעונים מפורטים עשרה ימים לפני הדיון שיקבע. בטיעונים אלה יבהירו המשיבים בנוסף על הטענות העקרוניים לדחיית העתירות על הסף, גם כי התיקונים האמורים לחוקי היסוד עומדים בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, ואף מטעם זה אין כל עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. כך יטענו המשיבים, כי אין להיעתר לטענות העותרים בדבר "פגמים" בהליך החקיקה או בפסלות החקיקה לאור היותה "פרסונלית" או "רטרוספקטיבית" ויבהירו כי לאור חקיקת חוקי היסוד גם חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום יכול לשמש כראש ממשלה חלופי.
32. **המשיבים שבים ומבקשים מבית המשפט הנכבד, כי הדיון בעתירה יתקיים בהקדם.**

33. לנוכח המפורט לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את העתירות על הסף ולחייב את העותרים בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

אבי הלוי, עו"ד
היועץ המשפטי של תנועת הליכוד



אבי הלוי, עו"ד



אופק ברוק, עו"ד



רועי שכטר, עו"ד



מיכאל ראבילו, עו"ד

ירושלים, 9 ביוני 2020