



פורום המרצות | منتدى محاضرات
והמרצים למשפטים | ومحاضري القانون
למען הדמוקרטיה | من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 10 בנושא מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל

הפרק

הופץ ביום 12.2.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בהמשך לנייר עמדה מס' 9 של הפורום, בנייר עמדה זה אנו מוסיפים לבחון את השאלה האם קיימות מגבלות על כוחה של הכנסת לשנות חוקי יסוד ומתמקדים בשאלת מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק. מסקנת נייר העמדה היא שההצעות לשינוי חוק-יסוד השפיטה מהוות שימוש לרעה בסמכות מכוונת עקב ניגוד העניינים המובהק שבו מצוי הרוב הקואליציוני. משכך, אף מבלי לעסוק בשאלה האם השינויים המוצעים פוגעים בליבת הערכים של מדינת ישראל – ולדעתנו הם פוגעים – יש לכל הפחות לקבוע שהשינויים הללו ייכנסו לתוקף החל מהכנסת הבאה.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofsforum.wixsite.com/home>. לקבוצתנו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

נפרט על קצה המזלג: לשאלת המגבלות על הכוח לשנות חוקי יסוד שני היבטים מרכזיים. הראשון הוא התוכן של השינוי: האם השינוי סותר את הליבה של ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כפי שעוגנו במגילת העצמאות. בשפה משפטית, המסלול הזה בודק האם התיקון החוקתי בעצמו חוקתי. בכך עוסק [נייר עמדה מס' 9](#) של הפורום. ההיבט השני בוחן שתי שאלות: ראשית, האם הכנסת מחוקקת חוק יסוד באשר לנושאים שלא מתאימים לחקיקת יסוד, אלא לחקיקה רגילה, ואולי אפילו לחקיקת משנה? שנית, האם הכנסת רשאית לתקן חוק-יסוד שמשנה את כללי המשחק כך שהשינוי יכנס לתוקף מידי? או אולי התיקון חייב לחול רק מהכנסת הבאה, כדי למנוע מצב שבמסגרתו הכנסת ששינתה את הכללים היא גם הכנסת הראשונה שתשחק לפי הכללים החדשים? שתי שאלות אלו נשאלות תחת מסלול שנקרא "שימוש לרעה בסמכות מכוונת". לפי מסלול זה, ייתכנו מצבים שהכנסת משתמשת בסמכותה לחוקק חוקי יסוד באופן לא תקין.

נקודת המוצא לדיון היא שאחד הדברים הבסיסיים שכל הסדר חוקתי נועד להשיג הוא למנוע מצב שבו רוב מזדמן, או אקראי, משנה את כללי המשחק הבסיסיים, ואז, לאחר ששינה את הכללים, משתמש בכללים החדשים כדי להשתלט על מרכיבי יסוד בשיטה, או כדי לזכות ביתרון מובנה בכל התמודדות עתידית מול המיעוט. לפיכך, התובנה הבסיסית ביותר במשפט החוקתי נצבת על שני יסודות שמשלימים זה את זה: 1. שינוי מהותי של כללי המשחק מחייב הסכמה רחבה של חלקי הבית, לא רק הסכמה של הרוב הקואליציוני. 2. שינוי כללי משחק שרלבנטיים ליחסי רוב-מיעוט או להסרת מגבלות על כוחו של הרוב, יחול רק מהכנסת הבאה. ובשפה משפטית – **שינוי כאמור יחול בתחולה נדחית, החל מהבחירות הבאות.**

נייר עמדה זה מראה כי השינויים שכרגע מקודמים על ידי הקואליציה מהווים מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות מכוונת. אלו שינויים שמשנים מרכיבים בסיסיים בכללי המשחק – מרכיבים שנועדו להגביל את הרוב, וכעת, הרוב בכנסת מתיימר להסיר את המגבלות (ללא החלפתן במגבלות אחרות) ומיד להשתמש בכוחו הלא מרוסן כדי לקבוע עובדות בשטח לזמן רב. דרך אחרת לתאר זאת היא באמצעות הדגשת ניגוד העניינים המובנה שטמון בשינויים המוצעים: הרוב מתיימר להשתמש בכוחו לתקן חוקי יסוד, שאמורים להגביל את הרוב בבואו לחוקק חוקים רגילים, או בבואו להשתמש בסמכויות מכוח חוקים אלו. בשפה מוכרת, הרוב נתקל בבלימים שנועדו למנוע מהחוקק לאכול את השמנת ללא הגבלה. מה עושה הרוב? משתמש בכוחו להסיר את המגבלות ללא הסכמה רחבה, ואף, הוא עצמו, לאכול ככל שיחפוץ מהשמנת.

באופן ספציפי, הליך בחירת השופטים בישראל מושתת על הסכמה שהושגה עוד בשנת 1953, לפיה הרוב הקואליציוני לא יהנה משליטה אוטומטית בועדה לבחירת שופטים. הסכמה זו נשענה על התובנה הבסיסית, לפיה אם תהיה לרוב שליטה כזו, הוא ימנה שופטים כלבבו ולטעמו – שופטים מהמחנה שלו שלא יפריעו לו לשלוט. זאת, בניגוד לתפקיד הבסיסי של שופטים – לוודא שהשלטון עומד בדרישות החוק ובעקרונות היסוד, ולא פוגע בזכויות אדם מעבר לנדרש. באותו האופן, הרוב כעת מציע לקבוע שכל חוק יסוד יהיה פטור מביקורת שיפוטית באשר היא. זאת, מבלי לקבוע מגבלה כלשהי על קשת הנושאים שראוי שיכללו בחוקי יסוד, מבלי לקבוע דרישות להליך מיוחד לקבלת חוקי יסוד, ובכלל תוך השארת הנושא פרוץ להחלטת הרוב. המשמעות – הרוב הקואליציוני, לאחר שהסיר מגבלות שקיימות על חקיקת חוקי יסוד (כפי שפותחו בפסיקה) יוכל לחוקק חוקי יסוד ככל שחפצה נפשו, ובכך לעקוף כל מגבלה. גם כאן החתול מסיר מעצמו מגבלה, ויוכל בקלות לאכול מן השמנת – לחוקק כל חוק יסוד שירצה – באופן שעלול להשפיע על יחסי רוב מיעוט בצורה מובהקת. ובית המשפט, כך הרוב רוצה, לא יוכל לבצע ביקורת שיפוטית כלשהי. יודגש כי בעבר היה נהוג במדינת ישראל שחוקי

יסוד, ובוודאי חוקי יסוד שעוסקים בהסדרים משטריים, מתקבלים בהסכמת חלקי הבית ולא נשענים רק על הרוב הקואליציוני. הרוב הנוכחי פועל אחרת, ובהליך מואץ. הדברים רלבנטיים גם לשני שינויים נוספים שהועלו: שינוי מעמד היועצים המשפטיים והליך בחירתם, ומתן כוח לרוב הקואליציוני לחוקק חוק הסותר חוק יסוד באמצעות פסקת ההתגברות (וברוב של 61 בלבד). היועצים המשפטיים מהווים אף הם חלק ממנגנון הבקרה על כוחו של הרוב, והפיכתם למינוי פוליטי ואת חוות דעתם לבלתי מחייבת, משמעה הסרת מחסום בין החתול לשמנת. גם מתן כוח לרוב להתגבר על קביעה שחוק לא חוקתי – או הענקת הכח לחסן חוק מראש מביקורת שיפוטית – באמצעות פסקת התגברות, משחררת את הרוב ממנגנון איזון חשוב. ככל שאין מדובר בפסקת התגברות נקודתית או מוגבלת, אלא בפסקת התגברות גורפת שמאפשרת השתחררות מכל מגבלה שמצויה בהסדרים החוקתיים, נותנת לחתול גישה חופשית לשמנת.

פירוט העמדה

1. מבוא

על הפרק ניצבות כידוע הצעות לשינוי המבנה המשטרי במדינת ישראל בכל האמור לדרכי בחירת השופטים בכל הערכאות והביקורת השיפוטית על חקיקה (לרבות חוקי יסוד). וכן הועלו הצעות לשינוי עילות הביקורת על רשויות השלטון (עילת הסבירות), דרכי מינוי היועצים המשפטיים, וכן מעמד חוות דעתם והאפשרות לייצוג פרטי. שני השינויים הראשונים מאוגדים תחת הצעה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה, אשר נדונה כעת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

הקו המחבר את כל ההצעות הינו הענקת כח מלא לרוב הקואליציוני בכל כנסת נתונה. זאת, בניגוד למנגנון המאזן הבסיסי בדמוקרטיה על פיו לרוב הנבחר יש כח להגשים את היעדים שלשם נבחר כל עוד קיים מנגנון בקרה שמוודא שהרוב לא חותר תחת המבנה הבסיסי של הדמוקרטיה או פוגע באופן לא מידתי בזכויות יסוד. משמעות השינויים המוצעים הינה החלשה משמעותית, אם לא ביטול, מנגנון הבקרה המשפטי-שיפוטי, אשר בישראל הינו המנגנון המבני המרכזי לאיזון כוחו של הרוב, בהנתן שליטתה של הקואליציה בממשלה ובכנסת, וכן העדרם של בית מחוקקים נוסף, משטר נשיאותי, מבנה פדראלי, כפיפות למשטרים על-מדינתיים (לרבות בתי משפט) או הטמעה ישירה של נורמות בינלאומיות.

כפי שהראינו [בנייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד](#)¹, אנו סבורים שהכנסת אינה מוסמכת לבצע תיקונים המשנים את אופיה של מדינת ישראל מן היסוד בניגוד לעקרונות מגילת העצמאות. ברמה הדוקטרינרית, סוגייה זו מסווגת תחת דוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי".

נייר עמדה זה מוסיף רובד לדיון, ועוסק, בלי קשר הכרחי לשאלת כוחה של הכנסת כמכוננת, בשאלת התחולה בזמן: **האם בכוחה של כנסת נוכחית להחיל תיקונים אלו באופן מידי?** נייר זה יתייחס לארבעה רכיבים מוצעים: שינוי בחירת השופטים בישראל באופן שמעניק לממשלה רוב אוטומטי, הענקת כח לשרים למנות את היועצים המשפטיים כמינוי פוליטי, ביטול עילת הסבירות, ושינוי המבנה החוקתי כך שהכנסת תוכל להתגבר על חוקי היסוד באמצעות רוב קואליציוני פשוט וכן תוכל לחסן כל חוק יסוד מביקורת שיפוטית כלשהי. ואם נדרש

¹ פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, [נייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד](#) (7.2.2023).

להתמקד בשינוי ליבתי אחד, הריהו שינוי המבנה של הוועדה לבחירת שופטים, שכן החלפת "תוכנית ההפעלה" של הליך מינוי השופטים יוביל לשינוי השיטה כולה, כפי שמעידים מהלכים דומים שבוצעו בהונגריה ובפולין.

על כל פנים, ארבעת השינויים שצוינו משליכים באופן ישיר על כוחה של הקואליציה ובאופן נגזר, על כוחה של האופוזיציה בכנסת מכהנת, ובה בעת הם עוסקים, ולא במקרה, בשלד הבסיסי של המנגנונים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני. משכך, חל לגביהם הכלל החוקתי הבסיסי, אשר נועד להגן מפני שינוי משטרי עמוק על ידי רוב (שאפשר שהוא מזדמן) באופן שמשחרר את הרוב ממגבלה על כוחו: על תיקון שכזה להתקבל מאחורי מסך בערות,² על מנת לנטרל את ניגוד העניינים המובנה בין שליטתו של הרוב בתהליך החוקתי, ובין כוחו ברובד הסטטוטורי או הביצועי ליישם את התיקון הנ"ל. כך עולה גם מהצעת היעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט כפי שהוגשה לוועדה.³

צידה השני של טענת ניגוד העניינים מתמקד ברכיב הפרסונאלי המוטמע בתחולה מיידית: התיקונים המוצעים מעניקים לנושאי משרה ידועים כח לאייש משרות המשמשות כשומרי סף עליהם עצמם. באופן מובהק, השר יריב לוי ויו"ר הוועדה שמחה רוטמן "מחוקקים לעצמם" במובן זה שהם אלו שמובילים מהלך, שיעניק להם עצמם כח רב במינוי שופטים. באופן דומה, כל אחד מהשרים האחרים המכהנים כיום הוא זה שיוסמך, כאן ועכשיו, להעביר מתפקידו את היעוץ המשפטי המכהן ולבחור במקומו יועץ משפטי שנושא חן בעיניו. ובאשר לפסקת ההתגברות – הרוב הקואליציוני בכנסת הנוכחית הוא זה שמתיר לעצמו לפעול באופן נדרף על אף האמור בחוקי היסוד, אשר תכליתם היא למנוע מרוב מזדמן לשנות את כללי המשחק או לפגוע באופן מדתי בזכויות יסוד באופן לא מדתי. ולבסוף, הענקת כח בלתי מוגבל לכנסת לקבוע ללא דרישה הליכית מיוחדת או דרישת רוב כלשהי, כל הסדר שהוא בחוק יסוד, משמעה כי הרוב רשאי בכל עת לשנות את כללי המשחק הבסיסיים ולקבוע לעצמו פטור מביקורת שיפוטית לגבי כל הסדר באמצעות שימוש בדיבר "חוק יסוד".

מכאן עולה השאלה במלוא עוזו: מה עמדת הדין בישראל באשר לתחולה בזמן של שינוי ארבעה מרכיבים אלו, עקב השלכתם ארוכת הטווח ובהינתן ניגוד העניינים המובנה שבתוכו פועלים הכוחות המובילים את השינוי, אשר מסירים מעצמם מגבלות חוקתיות ובכך מעניקים לעצמם כח?

2. דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת"

שאלת התחולה בזמן של השינויים המשטריים המוצעים מסווגת מבחינה דוקטרינית תחת דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת". ניתוח הפסיקה והתכליות שבאה להגשים מעלה כי יישום מבחני הדוקטרינה מוביל לתמיכה בדרך הניתוח של היעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט שהוזכרה קודם לכן: יש לקבוע כי תחולת התיקונים, אף אם ייקבע שאינם עולים כדי תיקון חוקתי לא-חוקתי, ואף אם יעודנו במהלך הליך

² על החשיבות של הקפדה על כך ששינוי משטרי שמשנה יחסי רוב-מייעוט יתקבל מאחורי מסך בערות עמד המשנה לנשיאה מלצר בפרשת ממשלת החלופים - בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (מיום 12.7.2021) (להלן: פרשת ממשלת החלופים). לשיטתו של המשנה לנשיאה, מבחן זה, אשר נדרש על מנת לבסס לגיטימציה חוקתית, שכן הוא אמור להבטיח את התנאים לשיתוף פעולה בין אזרחים חופשיים ושווים [לרבות בין הקואליציה והאופוזיציה בכנסת אשר האזרחים החופשיים והשווים יהיו מוכנים להסכים עליהם תחת תנאים הוגנים]. ראו פסקאות 122-123 לפסק דינו.

³ היעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט, מסמך הכנה כללי בעניין טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות) (27.1.2023) ("ככל שהוועדה תבקש לאשר את ההסדרים האמורים, נציע להחיל אותם במבט צופה פני עתיד החל מן הכנסת הבאה ולא להחילם באופן מיידי כדי לחזק את כוחן של ממשלה וקואליציה נתונה).

החקיקה כך שפגיעתם לא תהיה עד כדי כך בוטה בעקרון הפרדת הרשויות – יחולו מהכנסת הבאה והלאה. זהו מקרה מובהק שבו הרציונאל שניצב בבסיס הרעיון החוקתי מחייב תחולה נדחית, כך שהחלשת המגבלות על כוחו של הרוב – בהנחה שהיא חוקתית כשלעצמה – תחול ממועד השבעתה של הכנסת העוקבת.

דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת" מפתחת את "כלל הזיהוי" בשיטת המשפט הישראלית, אשר נועד לקבוע האם נוצרה נורמה חוקתית תקפה, או שמא לפנינו נורמה שמעמדה בפירמידה הנורמטיבית נמוך יותר. ככל שנוצרה נורמה במעמד נמוך יותר, המתיימרת להיות נורמה חוקתית אך אינה כזו, נדרשת קביעה באשר לתוקפה של נורמה זו, ככל שהיא אינה עולה בקנה אחד עם נורמה עליונה לה. התשתית לדוקטרינה זו הונחה ראשית בפרשת "בנק המזרחי", ולאחר מכן פותחה במספר פסקי דין בבית המשפט העליון. לאחרונה, העניין נדון בשלוש פרשיות: פרשת **שפיר** בנושא העברת תיקון תקציבי כחוק יסוד; ⁴ פרשת **ממשלת החלופים**; ⁵ ופרשת **מינוי דרעי**.⁶

בפרשת **שפיר** עסק בית המשפט בתיקון לחוק-יסוד משק המדינה על דרך הוראת שעה, אשר העביר באופן ישיר סך של 11 מיליארד שקלים לידי הממשלה לממן את הוצאותיה שלא באמצעות תקציב מדינה מפורט העומד בכללי חוק-סודות התקציב והוראות חוק יסוד משק המדינה כפי שעמדו בתוקפן בטרם התיקון. בית המשפט הגיע למסקנה כי לא מדובר בנורמה חוקתית תקפה, אף על פי שהכנסת התיימרה לתקן את חוק היסוד עצמו.

הנשיאה חיות הציבה שלושה מבחנים לזיהוי נורמה המתיימרת להיות חוקתית אך אינה כזו (ולפיכך מהווה שימוש לרעה בסמכות מכוונת): מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי. הנשיאה הוסיפה מבחן נוסף, אשר נועד להכשיר נורמות אשר על פניו אינן נורמות חוקתיות מבחינה מהותית, והוא מבחן הצידוק – מבחן הבודק האם ישנה סיבה של ממש לשימוש באופן החקיקה שנבחר, על אף אי חריגותו.

על פי מבחן העזר הראשון, התיקונים המוצעים כעת הינם יציבים במובן זה שאין מדובר בהוראת שעה. כפי שצויין, יש חשש של ממש שמדובר בתיקונים שאם יצלחו את המשוכה החוקתית יהפכו לבלתי הפיכים מבחינה פוליטית.

על פי מבחן העזר השני, ההצעה אינה מתיישבת עם דרישת הכלליות. לכאורה, הנורמה חלה על כל כנסת מעתה והלאה. אולם תחולה מיידית של החוק על הכנסת הנוכחית מעוררת בעיית פרסונאליות חריפה. כפי שמציינת הנשיאה חיות: "נורמה פרסונאלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל'פרסונה' מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת". הנשיאה מפנה לכתיבתו של יואב דותן⁷ וכן למאמרו של איל גבאי.⁸ כמו-כן מפנה הנשיאה לפסיקתו של השופט הנדל בעניין **המרכז האקדמי**, אשר ציין 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, לדרשת הכלליות".⁹

אמנם, ההצעות שכעת על הפרק לא יחולו, על פי לשונן, רק על הרוב הקואליציוני הנוכחי. אולם, בגלל אופי החקיקה – הסרת מנגנוני בקרה שנועדו לרסן את הרוב – ובגלל תלות כיוונית (Path Dependency), החלה

⁴ בג"ץ 5960/20 שפיר נ' הכנסת (מיום 23.5.2021).

⁵ פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2.

⁶ בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (מיום 18.1.2023).

⁷ יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (התשס"א).

⁸ איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק-יסוד: הממשלה: חוקתיותו" **הפרקליט** מד 151 (1998).

⁹ בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל** (מיום 6.9.2017), פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

מידית של הנורמה על הרוב הקואליציוני המחוקק אותה עולה כדי חקיקה פרסונאלית: הרוב הקואליציוני מסמיך את עצמו לבצע שינויים מרחיקי לכת, וליישם אותם באופן מידי, אשר ישנה את פני המערכת. שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה מסמיכים את עצמם למנות שופטים לכל הערכאות, לרבות לבית המשפט העליון ובכלל זה, על פי אחת ההצעות, לנשיאות בית המשפט, ללא צורך בשכנוע גורם כלשהו שמצוי מחוץ לרוב הקואליציוני. בכך מתירה הקואליציה לעצמה לשנות את אופי הרשות השופטת לעתיד הנראה לעין. הדברים נכונים גם באשר לפסקת ההתגברות הגורפת, אשר מתירה לרוב הקואליציוני הנוכחי לפעול ללא מגבלה חוקתית אפקטיבית (בשונה מחקיקת פסקת התגברות באשר לזכות ספציפית בודדת). אמנם, רוב עתידי יוכל לבטל את פסקת ההתגברות, ואמנם, לחוקים שמתקבלים באמצעות פסקת התגברות יש תאריך תפוגה, אך שימוש גורף בחוקים המתגברים על זכויות אדם מוגנות או על הסדרים משפטיים כל עוד פסקת ההתגברות בתוקף, עלול לייצר השלכות ארוכות טווח. באופן דומה, הענקת הכח לכל אחד מהשרים, כאמור, למנות לעצמו יועץ משפטי כאן ועכשיו, תאלץ כל קואליציה עתידית להתמודד עם יועצים משפטיים שמונו פוליטית, משל היו מנכ"לי משרדים. ולבסוף, הסרת כל מגבלה מחקיקת חוקי יסוד מאפשרת לרוב הנוכחי לשנות את מבנה שיטת המשטר בישראל באופן נרחב ועמוק, וללא בקרה אפקטיבית.¹⁰

לפי תפיסה זו, שימוש כדין בסמכות המכוננת הוא לשם קביעת "כללי משחק" (ותוך כיבוד המגבלות המהותיות, כאמור בנייר עמדה מס' 9 של הפורום), ובכלל זה שינוי פרוספקטיבי שלהם; בעוד שימוש לרעה הוא מהלך שעיקרו התאמת כללי המשחק לאינטרסים של רוב מזדמן. בהתאם לכך, שאלה הכרחית שיש לברר ביחס לתיקון הנדון היא מהי התכלית הדומיננטית שלו: שינוי עקרוני של המבנה החוקתי או פטור לרוב הנוכחי מתחולתן של מגבלות חוקתיות שמוטלות עליו. כל עוד אין מדובר בשינוי שהתקבל בהסכמה רחבה, הדרך היחידה לוודא שאכן מדובר בשינוי שתכליתו הדומיננטית אינה סיפוק האינטרסים של הרוב המזדמן על ידי הסרת מגבלות עליו, היא לדחות את תחולת השינוי. רק כך נוכל לוודא שאכן רוב מזדמן אינו משתלט על מערכת המשפט.

משכך, אין תימה שבפרשת **ממשלת החלופים** פיתח המשנה לנשיאה מלצר את מבחן הכלליות גם במימד הזמן, כאשר הראה שתחולה מידית של תיקון משטרי עלולה לעלות כדי תיקון פרסונאלי. לשיטתו, זה אכן היה פועלו של התיקון לחוק יסוד הממשלה שכוון את ממשלת החלופים, ובכך היה בדעת יחיד. עם זאת, שופטי הרוב הסכימו עם נקודת המוצא של המשנה לנשיאה מלצר, לפיה יתכנו מצבים שבהם תחולה מידית תהווה חקיקה פרסונאלית ולכן תכשל במבחן הכלליות. הנשיאה חיות קובעת שכך יקרה כאשר הוראה מוחלטת **גם** על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. "מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת בכנסת הספציפית".¹¹ הנשיאה מתייחסת לדוגמא של הארכת תקופת הבחירות מ-4 שנים ל-8 שנים, וקובעת ש"העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי".¹² אם כך לגבי בחירות לכנסת, כך גם לגבי בחירות שבוחרת הכנסת,

¹⁰ יודגש שמשמעות התיקונים הנדונים כאן חורגת מתקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית. השופטים שימונו יכהנו עד לפרישה. כל ממשלה עתידית תהא חשופה ללחץ "לאזן" את השופטים שתמנה כעת הממשלה תחת משטר נעדר מגבלות, מהלך שיגביר את הפוליטיזציה במינויים. שאלה היא אם תמצא דרך בעתיד לשיתוף פעולה בין חלקי הבית, שיאפשר תיקון המצב. זוהי דוגמה למרוץ לתחתית שעלול להתפתח, אשר נובע מפעולה חד צדדית של רוב קואליציוני בניגוד לקונבנציה שלא לפעול ללא הסכמה רחבה בשינוי כללי המשחק.

¹¹ פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2, בפסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹² שם.

ובראשן שינוי מנגנון בחירת השופטים באופן שמעניק לרוב שליטה בגוף הבחור. ניגוד העניינים כאמור חריף, שכן הרוב הקואליציוני מחוקק לעצמו, וחקיקה זו אינה על דרך הטלת מגבלה על כוחו של הרוב, או יצירת איזון בין כוחו של הרוב לכח אחר, אלא כאמור באמצעות שחרור הרוב ממגבלה שמוטלת עליו. גם השופט הנדל הסכים עם המשנה לנשיאה מלצר כאשר הכיר בכך שגם חקיקת קבע אינה חסינה מפני הטיות פרסונאליות. לשיטתו, ניתן לחשוב על הסדרים המשרתים במובהק את אינטרס המחוקק העכשווי – למשל באמצעו העדפה לא מידתית של רשימות מכהנות בכנסת המחוקקת בכל הקשור למימון מפלגות או שידורי תעמולה.¹³ מבחינה מהותית, תחולה מידתית של ההצעות שנצבות בפנינו כעת משרתת במובהק את הרוב בכנסת המחוקקת אף יותר מאשר העדפת במימון מפלגות או בשידורי תעמולה, שכן כאמור היא נותנת בידי הרוב הן את הכח לשנות את ההסדר החוקתי אף ללא הסכמה של חלקי הבית, והן את הכוח ליישם את השינוי (על ידי מינוי שופטים ועל ידי חקיקת חוקים תחת פסקת התגברות או חוקי יסוד ללא כל ביקורת). שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק באופן זה מאפשר הטיית המשחק לשניים קדימה.

כאמור, דעת הרוב בפרשת ממשלת החלופים לא חלקה באופן ישיר על חשיבות התחולה העתידית בשינויים משטריים מהותיים המשנים יחסי רוב-מיעוט, אלא הדגישה שבמקרה שנדון שם, אין המדובר בקליטה של הסדר חדש לחלוטין שאינו מתיישב עם מרכיבים אחרים בסביבה החוקתית, אלא בעיגון הסדר שמקובל להשיגו כחלק, או באמצעות, הסכמים קואליציוניים. אכן, עיגונו בחוק היסוד משנה את שיטת המשטר במובן זה שאינו תלוי בהסכם קואליציוני, אך אין בכך סטייה של ממש מהמבנה המשטרי. או בלשונו הציורית של השופט הנדל: "גם אם הווארינט של הממשלה הפריטטית מהווה חידוש, הוא אינו כזה השולל תחולה מידתית. תיקון 8 אינו עוסק בשינוי המשטר, ואין להקיש לגביו מחוקי היסוד שהמירו את המודל הפרלמנטרי בבחירה ישירה ולהפך".¹⁴

אלא שלא אלו פני הדברים באשר למינוי שופטים, חיסון חוקי יסוד מפני כל ביקורת שיפוטית, או החלת פסקת ההתגברות ברוב קואליציוני על כלל ההסדרים החוקתיים: השינוי המוצע לפנינו סוטה סטייה של ממש מההסדרים המצויים בשיטתנו באופן שמחליש מנגנוני בקרה. כפי שצוין, הפיכת מינוי השופטים למינוי פוליטי התלוי אך ורק ברוב הקואליציוני מהווה שינוי דרמטי. אמנם, בית המשפט הראשון בישראל מונה שלא באמצעות הוועדה לבחירת שופטים אלא על ידי הגורמים הפוליטיים, אולם מדובר אך בתקופת מעבר, שאם ניתן ללמוד ממנה דבר מה – בהנתן שבעת ההיא נעדרו הסדרים מבניים רבים – אין זאת אלא כי שיטה זו נדחתה על ידי הכנסת. בשנת 1951 הוצעה הצעת חוק השופטים, אשר התקבלה בשנת 1953. מכאן, החל מרגע שהכנסת חוקקה חוק בעניין, דרך בחירת השופטים כללה מנגנון איזון שמעניק כוח של ממש לגורמים המקצועיים, ובכל מקרה לא מעניק רוב אוטומטי לנציגי הקואליציה. זאת כדי לרסן את תאוות השלטון, כדברי יו"ר ועדת החוקה דאז בעת קבלת החוק. כפועל יוצא, ההצעות שלפנינו מהוות סטייה רדיקלית מהמקובל בשיטתנו, ובוודאי שלא ניתן להשיגן אך באמצעות הסכמים קואליציוניים (כפי שניתן היה להשיג רוטציה בפרשת ממשלת החלופים). הדברים נכונים גם באשר למתן פטור לחוק-יסוד מביקורת שיפוטית באשר היא: בפרשת **בנק המזרחי** הועלתה על ידי יותר משופט אחד האפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד – תזכר כאן ההתייחסות של הנשיא שמגר, הנשיא ברק, השופט חשין והשופט בדן. סוגיית הביקורת על חוקתיות חוקי יסוד או תיקונים להם הועלתה לאחר מכן.¹⁵ מבחינה עיונית, האפשרות לקבוע כל הסדר כחוק יסוד באופן שמחסן אותו מביקורת לא רק שאינה

¹³ שם, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁴ שם, בפסקה 18 לפסק דינו.

¹⁵ ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד עלתה בהקשרי התיקון החוקתי שאינו חוקתי, למשל בפרשת חסון (בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון נגד הכנסת (מיום 8.7.2021), שעסקה בחוקתיות חוק הלאום (ראו דיון בנייר עמדה מס' 9). מבחינה

מתיישבת עם הגיונה של הפירמידה הנורמטיבית – ולעניין זה ראו נייר עמדה מס' 4 בנושא ההצעות הנוגעות לביקורת שיפוטית¹⁶ – אלא מעניקה לרוב שטר פתוח לחמוק מביקורת שיפוטית¹⁷ כל אימת שיחפוץ (אלא אם ייעצר באמצעות דוקטרינות פרי פיתוח בית המשפט).

על חשיבות היבט זה ניתן ללמוד מפסק דינה של השופטת ברון בפרשת **ממשלת החלופים**. השופטת ברון מדגישה את נקודת המוצא לניתוח: **חוקת יסוד אמורה לשקף קונצנזוס חברתי רחב**, להבדיל מהאינטרסים הייחודיים לקבוצת רוב כזו או אחרת (ומפנה לעניין **שפיר**, וכן למאמרו של אריאל בנדור).¹⁸ מכאן היא מכירה בכך שעצם העיתוי של חקיקת תיקון ממשלת החלופים מעורר את החשד כי מדובר בהוראה פרסונלית במהותה, שהוחלה באופן רטרוספקטיבי, ולכן אינה ראויה למעמד של נורמה החוקתית. אלא שהשופטת ברון מצאה שהחידוש המרכזי בממשלת החלופים אינו בשינוי שיטת המשטר, אלא בעיגון הסדר קיים – ממשלת רוטציה – בחוק יסוד. כמו כן השופטת מדגישה שמדובר שם בהסדר אופציונאלי שאינו כופה. לעומת זאת, בתיקונים המוצעים כעת, לא רק שאין מדובר בהסדר אופציונאלי, ולא רק שמדובר בשינוי משטרי מהותי ומשמעותי שמעדיף את הרוב, אלא שהעיתוי מחריף את הקושי: חשוב לממשלה שזה עתה נבחרה לשנות את חוק היסוד בהקדם האפשרי – והיא אף נוקטת הליך מואץ ביותר לחקיקתו – וכל כך למה? אין זאת אלא שהעיתוי נועד להותיר בידי הרוב הקואליציוני בכנסת הנוכחית את מלא הזמן האפשרי לקבוע עובדות בשטח על ידי מינוי שופטים לטעמו. לצד זאת, עצם ייסוד האפשרות לחקיקת פסקת התגברות על כלל ההסדרים החוקתיים (שניתנת להפעלה ברוב קואליציוני רגיל) תשדר מסר מצנן ברור לבית המשפט שאין טעם של ממש לטרוח ולהפעיל ביקורת שיפוטית; מה גם שהרוב העכשווי יוכל לחסן כל חקיקה מביקורת שיפוטית באמצעות שימוש בפסקת התגברות כאמור, וכן לחסן חקיקת חוק יסוד מביקורת שיפוטית כלשהי. סוגיה אחרונה זו אף מעלה כאמור קושי מעולם התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

מבחן העזר השלישי הוא מבחן ההתאמה למארג החוקתי. במסגרתו, יש לבדוק את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד; את ההגיון הפנימי שלהם ותכליתם ואת השינויים שנערכו בהם בעבר. יודגש שהשאלה אינה האם התיקונים ראויים מבחינת תוכנם, אלא את התאמתם לסביבה החוקתית. סוגיית המנגנון לבחירת השופטים, הינה בגדר סוגיה חוקתית, אם כי לא ברור שרמת הפירוט של הסוגיות המוגדרות בחוק-היסוד אכן מקומן שם, גם אם בכך אין כדי לסתור את מבחן ההתאמה למארג החוקתי באופן ניכר. באשר למעמד היעוץ המשפטי, מתעוררת שאלה האם מן הראוי לעגן מעמד זה בחוק יסוד, ואת פרטיו בחוק, או שמא מעמד היעוץ המשפטי לממשלה ראוי לעיגון כמעמד היעוץ המשפטי לכנסת, המצוי בחוק בלבד. מעבר לכך, נראה שסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד מקומה בחוק-יסוד השפיטה, ולא בחוק יסוד-החקיקה, והדברים יפים גם לעניין פסקת ההתגברות. עניין זה אינו אך אסתטי אלא משליך על חוסנו של

עקרונית נראה שהביקורת שבית המשפט מפעיל על הליכי חקיקה, שנועדה לוודא שההליכים עומדים בעקרונות הליכיים בסיסיים אשר מאפשרים לחברי הכנסת השתתפות שווה ואפקטיבית (ראו בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' הכנסת** (מיום 16.8.2017)), רלבנטית גם לחקיקת חוקי יסוד.

¹⁶ פורים המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, **נייר עמדה מס' 4 בנושא הצעות החוק האחרונות בדבר תיקון חוק יסוד: השפיטה – ביקורת שיפוטית והתגברות** (20.1.2023).

¹⁷ זאת, בהנחה שמשמעות החיסון שוללת את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, נשוא נייר עמדה זה. במאמר מוסגר יאמר שאין זה ברור שבכוחה של הכנסת לשלול מבין המשפט את חובתו להפעיל את כלל הזיהוי הבסיסי במערכת המשפט, הוא הכלל שמזהה נורמה חוקתית באשר היא, אולם אין אנו דנים בנושא זה בנייר עמדה זה.

¹⁸ פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת ברון; המפנה לאריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד **ספר ברנזון** כרך שני 119 (התש"ס).

המבנה, שכן חוק-יסוד החקיקה אמור להסדיר את מעמדם של חוקי יסוד, וכן לקבוע הליך לקבלתם ותנאי תוכן כלשהם, הנעדרים מחוק-יסוד השפיטה. הבחירה שלא לפתח את חוק-יסוד החקיקה אלא למקם את התיקון באשר להעדר ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד בחוק-יסוד החקיקה דווקא, עלולה לעלות כדי אי התאמה.

בנוסף, ניתן לגזור מפרשת ממשלת החלופים גם תובנה לעניין מימד הזמן כחלק ממבחן ההתאמה למארג החוקתי. לפי גישה זו על שינוי משטרי משמעותי לחול רק החל מהכנסת העוקבת לא רק כנגזרת של מבחן הכלליות, אלא גם כנגזרת של מבחן ההתאמה. זאת משום ששינוי משטרי משמעותי מידי אינו מתאים לאופן שבו סוג עניינים אלו הוסדר בישראל. בעוד שסוג עניינים מסויים הוסדרו בתחולה מיידית בישראל – למשל: מספר שרים או סגני שרים – אלו לא עניינים העולים כדי שינוי משטרי שיש בו כדי לשנות את מנגנוני הבקרה המרכזיים של השיטה, או מוסד ממוסדותיה.

כפי שציין הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, ההיסטוריה החוקתית בישראל מראה ששינויים בהסדרים החוקתיים שמגדירים יחסי קואליציה-אופוזיציה (או רוב-מיעוט) לא הוחלו מיידית אלא החל מהכנסת העוקבת, וזאת כדי להבטיח חקיקה מאחורי מסך בערות (ובמקביל, כדי להעניק לכנסת העוקבת אפשרות לתקן את החוק עם כניסתו לתוקף). כך באשר לבחירה הישירה לראשות הממשלה (תיקון משנת 1992 שהוחל רק החל מהבחירות העוקבות, בשנת 1996), כך גם ביטול המהלך, שנעשה בשנת 2001 והוחל רק על הבחירות שלאחר מכן שנערכו בשנת 2003, וכך גם באשר לאי האמון הקונסטרוקטיבי, אשר נחקק בכנסת ה-19 והוחל החל מהכנסת ה-20.

לכך חשיבות רבה, בעיקר בהיעדר הסכמה בין הרוב למיעוט בכנסת באשר לשינויים המבניים המשמעותיים, ובעיקר כאשר השינוי המבני מסיר מגבלה על כוחה של הקואליציה מבלי שזו תוחלף במגבלה אחרת. אין להמעיט בחשיבותה של נקודה זו: שינוי מבני חוקתי שמתקבל ללא הסכמת האופוזיציה וחל באופן מידי מייצר תלות כיוונית (path dependency). לרוב, ולו לרוב מקרי, ניתן הכוח לסלול שביל חדש באמצעות שינוי כללי המשחק באופן שיטיב עם הרוב מכאן ולהבא ויפגע ביכולת הריאלית להשיג חילופי שלטון בעתיד.¹⁹ ובכך, כפי שנאמר בראשית הדברים, מסוכלת התכלית הבסיסית ביותר של נורמה חוקתית: להגן מפני כוחו של רוב מזדמן להסיר מעליו מגבלות ולפעול על אתר ללא מגבלות אלו.

ובעניינו, כאשר הקואליציה קובעת בחוק יסוד הסדר המחסן חוקי יסוד מפני ביקורת שיפוטית, הרי שהיא מעניקה לעצמה כח מידי לשנות את כללי המשחק מכאן ולהבא באמצעות חקיקת חוקי יסוד. כח כזה יכול לשמש בידי הקואליציה העכשווית להעניק לעצמה העדפות מסוגים כולל מתן יתרונות בבחירות עתידיות, תוך שלילת הכלים המעשיים מידי בית המשפט לבקר הטיה כאמור שתוכנס לחוקי היסוד. כך גם באשר לבחירת השופטים: הרוב הקואליציוני יוכל לדאוג למינוי שופטים מטעמו, לרבות נשיא בית המשפט העליון, באופן שיעקר את יכולתו של בית המשפט כמוסד ביקורת לוודא שהרוב לא מנצל כוחו לרעה, כפי שמראות הדוגמאות מהונגריה, פולין ורוסיה. הדברים נכונים, בעיקרם, גם באשר לאימוץ הסדר התגברות גורף שפוטר את הקואליציה העכשווית מביקורת שיפוטית על כל פגיעה לא מיידית בזכות או בגין כל שינוי משטרי (אלא אם בית המשפט פסל את החוק הסותר פה אחד או ברוב של 12 מתוך ה-15, אירוע נדיר מאד). ההטבה המיידית

¹⁹ בכך מובחן השינוי שמקודם כעת מהשינוי שנקבע ברובד הסטטוטורי בשנת 2008, אשר קבע רוב של שבעה מתוך תשעה חברי הוועדה לעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון. לשלושת השופטים ניתנה זכות וטו ועימם לרוב הקואליציוני (ואפשר שאף לנציגי הלשכה שבאפשרותם לחבור לחבר הכנסת הנוסף ככל שהוא מהאופוזיציה). מהלך זה לא הסיר מגבלה מהרוב, אלא איזן את הכוחות השונים בועדה על ידי הוספת חישוק. כמו-כן, הוא נעשה ללא התנגדות אקטיבית של האופוזיציה, ואף לא היתה בו פגיעה ביחסי רוב-מיעוט. משכך, לא התעוררה בעיית התחולה בזמן.

שמוענקת לקואליציה, באמצעות הכח להתגבר על מחסום הביקורת השיפוטית, נותנת בידיה כוח לחוקק חוקים אשר אף אם תוקפם יפקע בעתיד, או אף אם מנגנון ההתגברות יוסר על ידי רוב עתידי, עלולים להותיר עקבות משפטיים וחברתיים לזמן רב.

לצד הדברים יוזכר כי חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות האדם – חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד : חופש העיסוק, אשר זכו להסכמה רחבה, נקטו אף הם במהלך של הסדר נדחה, אף אם לא בצורה מפורשת. חוקי היסוד הללו התקבלו בשלהי כהונתה של הכנסת, והיה ברור לכל שפועלם יחל החל מהכנסת הבאה, עם השבעתה. ואכן, הכנסת העוקבת עסקה בסוגיה, וקבלה תיקון לשני חוקי היסוד, באופן שהבהיר כי הכנסת העוקבת אשר בה התחלפו רוב ומיעוט, מקבלת על עצמה את פועלה של הכנסת הקודמת.²⁰ גם שינוי הקדנציות של נשיא המדינה נעשה בתחולה נדחית.

משנקבע כי התיקון אינו עומד בשניים ממבחני העזר, משום האלמנט הפרסונאלי שבו ומשום שהוא אינו מתיישב עם המבנה החוקתי הקיים במובן זה שסוג שינויים זה מצריך חקיקה נדחית, שתחול מהכנסת העוקבת והלאה, יש לבחון, לפי הנשיאה חיות, האם יש צידוק בכל זאת להכשיר את הנורמה כנורמה חוקתית תקפה.

בפרשות **שפיר וממשלת החלופים** נקבע שאין מדובר בבחינת המניע הספציפי, אלא יש לבחון את העניין במשקפיים תכליתיות: אילו כשלים בא התיקון לרפא? ככל שקיים צורך ציבורי של ממש למצוא פתרון לבעיה חוקתית שנוצרה, ניתן להכיר בנורמה שאינה עומדת במבחן ההתאמה כנורמה חוקתית בכל זאת. בפרשת **שפיר**, לא מצא בית המשפט כל צורך ציבורי שכזה. בפרשת **ממשלת החלופים** ניתן היה לסבור שהתחולה המידית נקבעה על מנת להתמודד עם המשבר החוקתי-פוליטי שנוצר בהעדר הכרעה בשלוש מערכות בחירות, ובהנתן הצורך האקוטי לשוב לפעילות סדירה של הכנסת, בהתחשב בפגיעה הנרחבת בזכויות האדם כחלק מהמאבק בקורונה. אך כאמור, לא היה בכך צורך שכן השינוי המשטרי שם לא היה משמעותי דיו.

בעת הזו, לא נראה שקיים בנמצא צידוק לגיטימי לתחולה מידית של השינוי המשטרי שמוצע כעת. הרצון הנטען להגשים את רצון הבוחר כמובן חשוב (בהנחה שאכן זהו אכן רצון הבוחר שהצביע למפלגות הקואליציה). אך בכך לא די – יש להראות צידוק להגשמת רצון הרוב באופן מידתי, לאור החריגה ממבחני העזר. צידוק שכזה אין.

מסקנה זו מתיישבת גם מן העולה בפרשת **דרעי** שהוכרעה לאחרונה.²¹ שם, הגיע בית המשפט למסקנה כי לא נדרש עיסוק ישיר בסוגיית השימוש לרעה בסמכות מכוונת, אולם הסוגיה עלתה בדיון, וזכתה להתייחסות במספר חוות דעת. כך, למשל, ציינה השופטת דפנה ברק-ארז כי תחולה מיידית של תיקון נורמה חוקתית עלולה לעלות כדי תיקון פרסונאלי בעל מאפיינים רטרואקטיביים (בהנתן שמשמעות התיקון שנדון שם רלבנטית למועמד אחד בלבד, אשר פסק דין בעניינו כבר ניתן). אמנם, לא זה המצב בעניינו, אך ההיקש ברור: התחולה

²⁰ בהקשר זה יוזכר גם הסדר שמירת הדינים הזמני שנכלל בחוק יסוד חופש העיסוק, אשר נועד לאפשר לכנסת העוקבת לעדכן את החקיקה כדי לעמוד בדרישות חוק היסוד. כידוע, הסדר זה הוארך. שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קבועה.

²¹ לעיל ה"ש 6. לשיטתה של השופטת ברק-ארז, אין לבחון את הצידוק לשינוי ממבחן ההתאמה, ואף ביחס למבחן ההתאמה למארג החוקתי דעתה לא נחה. לשיטתה יש להסתפק במבחן חד-שלבי. תחת מבחן ההתאמה יש לבחון באיזו מידה משמרת הנורמה שמתיימרת להיות נורמה חוקתית "מובחנות" במובן זה שהסדר שבאה לכוון אינו פולש לתחומן של רשויות אחרות. בפרשת **שפיר**, מצאה השופטת ברק-ארז שתיקון חוק היסוד עוקף את מנגנון התקצוב ומטשטש את מובחנותה של הרשות המבצעת (אשר אמורה להציע תקציב מפורט בחוק התקציב) ואף של הכנסת כרשות מחוקקת (אשר אמורה לדון ולהצביע על חוק התקציב במגבלות חוק-יסוד משק המדינה וחוק יסודות התקציב). בעניינו, הרוב הקואליציוני, השולט בממשלה ובכנסת, ופועל על פי הלוגיקה של הפוליטיקה, פולש לתחומה של הועדה לבחירת שופטים אשר הגיונה, במבנה הישראלי, אמור להיות אחר.

המיידיית וההתעקשות על חקיקת בזק מלמדים על ניצול כוחו של הרוב בכנסת לשינוי ההסדר החוקתי והחוקי כאחד: הן ברמת חוק היסוד (חוק-יסוד השפיטה), והן ברמת החוק (חוק-בתי המשפט), וכל זאת כאשר משמעות התיקון הנה הקניית הכח לאותו רוב בדיוק בועדה לבחירת שופטים (ובוועדת החוקה, לחקיקת חוק-יסוד ללא מגבלות).

3. סיכום

אנו סבורים כי קביעת תחולה מידית לכל אחד מאלה ולכל אלא יחדיו:

- 1) שינוי השיטה לבחירת השופטים באופן שמעניק לרוב הקואליציוני המחוקק את השינוי כח בלתי מוגבל;
- 2) חיסון חוקי היסוד מביקורת שיפוטית כלשהי, ובפרט בלי התייחסות לכלל הזיהוי;
- 3) קביעת פסקת התגברות גורפת על כלל ההסדרים החוקתיים שניתנת להפעלה ברוב קואליציוני;
- 4) שינוי דרכי מינוי היועצים המשפטיים על ידי הפיכתם למינוי פוליטי והפיכת מעמד חוות דעתם להמלצה בלבד –

מהווה שימוש רעה בסמכות מכוננת ולכן היא חורגת מסמכותה של הכנסת. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בהעדר הסכמה רחבה בין חלקי הכנסת. עקב כך, לפי המצב המשפטי הקיים, חוק-יסוד כזה אינו תקף, ולכל הפחות ייקבע שתחולתו תידחה עד למועד תחילת כהונתה של הכנסת הבאה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה
ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית