

1. ח"כ יוסף ג'בארין
2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או נדים שחאדה ו/או אח' מעדאלה – המרכז לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ת.ד. 94, חיפה טל': 04-9501610; סלולארי: 052-3973030; פקס': 04-9503140
דוא"ל: nadeem@adalah.org

וע"י ב"כ עוה"ד דן יקר ו/או גיל גן-מור ו/או דבי גילד חיו ו/או אח' מהאגודה לזכויות האזרח בישראל רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417 טל': 03-5608185; פקס': 03-5608165
דוא"ל: gil@acri.org.il

העותרים

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים, 9195016 טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495

2. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010 טל': 02-6466521; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבה 1

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 2.1.2016 ולהארכות המועד, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: **המשיבה**) להגיש את תגובתה המקדמית לעתירה, כדלקמן:

פתח דבר

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטולו של סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת (להלן: **חוק היסוד**), אשר נחקק במסגרת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) (להלן: **התיקון**), אשר פורסם ברשומות ביום 27.7.16. התיקון מאפשר לכנסת להפסיק את חברותו של חבר כנסת, אם מצאה כי הסית לגזענות או תמך במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כאמור בסעיף 7א(א)(2) ו-(3) לחוק יסוד: הכנסת. קבלת החלטה כאמור מותנית בקבלת הצעת ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב של $\frac{3}{4}$ **מחבריה**, על בסיס בקשה של **70 חברי כנסת** (ובניהם כ-10 חברי אופוזיציה), ואשר אושרה במליאת הכנסת ברוב של **90 חברי כנסת**, ובכפוף למגבלות נוספות. בהקשר זה יצוין כי יחד עם סעיף 42א(ג) לחוק היסוד, נחקק חוק הכנסת (תיקון מס' 43) התשע"ו-2016, אשר נקבעו בו הסדרים משלימים להפסקת חברותו של חבר כנסת כאמור.

2. העותרים טוענים כי התיקון משנה את האמור בסעיף 4 לחוק היסוד, הקובע כי: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת", לאור זאת, ובהתאם לאמור בסעיף 46 לחוק היסוד, העותרים טוענים כי על התיקון היה להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת בכל שלוש הקריאות, אולם התיקון לא עבר ברוב זה בקריאה הראשונה.

3. לחילופין, טוענים העותרים כי על בית המשפט הנכבד להחיל ביקורת שיפוטית על סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת, ולקבוע כי תכליתו מתנגשת עם עקרונות היסוד של השיטה, בכך שהוא פוגע ביחסי הרוב והמיעוט, ובעיקר במיעוט הערבי, בחופש הביטוי שלו, בזכותו לייצוג ולשוויון, וכן בהפרדת הרשויות הקיימת במדינת ישראל, באופן שיש בו משום חריגה מסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת.

4. העתירה נקבעה לדיון יחד עם עתירה נוספת (בג"ץ 5744/16 ע"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת) אשר תקפה גם היא את התיקון, בהתבסס על הטענה כי סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת "אינו חוקתי" משום שהוא מעביר כביכול סמכויות שיפוט מהרשות השופטת לרשות המחוקקת, תוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות.

5. המשיבה תטען כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה.

6. המשיבה תטען כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל היותה "בלתי בשלה" להכרעה במועד הנוכחי, בטרם הושלם הליך קונקרטי של הדחה בהתאם לתיקון, ונבחן אופן יישומו.

7. המשיבה תבקש להוסיף ולהדגיש כי התיקון אותו מבקשת העותרת לתקוף, אינו דבר חקיקה רגיל של הכנסת ב"כובעה" כרשות מחוקקת, אלא תיקון חוקתי של חוק-יסוד: הכנסת, אשר הכנסת קיבלה ב"כובעה" כרשות מכוננת. עד עתה בית המשפט הנכבד לא הכריע אם נתונה לו הסמכות להתערב בחקיקת יסוד של הכנסת, מכוח דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי", וברור כי החלת דוקטרינה זו מעוררת שאלות עקרוניות, היורדות לשורש היחסים שבין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת, וממילא אף מטעם זה ישנה חשיבות יתרה כי התיקון ייבחן לאור יישומו במקרה קונקרטי, ולא על בסיס טענות ספקולטיביות.

8. לגופו של עניין, ואף אם בית המשפט הנכבד יסבור, באופן עקרוני, כי יש מקום להחיל את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי", המשיבה תטען כי אין בתיקון הנדון כדי להצדיק התערבות חסרת תקדים מסוג זה בסמכות המכוננת של הכנסת, וכי התיקון אינו פוגע בעקרון הדמוקרטי שהרכב הכנסת ייקבע בבחירות, בזכות לבחור ולהיבחר, בזכותם של מיעוטים בישראל ובכלל זה המיעוט הערבי לשוויון, חופש ביטוי פוליטי וייצוג, ובעקרון הפרדת הרשויות.

9. המשיבה תוסיף ותטען, כי התיקון אינו משנה את הזכות המהותית לבחור ולהיבחר לכנסת, אלא מהווה בפועל הסדר משלים לזה הקבוע בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, היוצר הלימה בין העילות המונעות השתתפות בבחירות, לבין העילות הקונקרטיות המאפשרות הפסקת כהונה לאחר הבחירות, במהלך כהונת הכנסת. על כן, התיקון אינו משנה באופן מפורש או משתמע את האמור בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולא נדרש לאישורו רוב של 61 ח"כ בקריאה ראשונה, שניה ושלישית.

רקע עובדתי

10. תחילתו של התיקון הנדון, בהצעת חוק שגיבשה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: **ועדת החוקה או הוועדה**), וזאת מכוח הסמכות המוקנית לה בסעיף 80 לתקנון הכנסת, המסמיך את ועדת החוקה (לצד ועדת הכנסת והוועדה לענייני ביקורת המדינה) **'ליזום, בתחומי ענייניהן לפי תקנון זה, הצעות חוק בנושאים אלה ולהכינן לקריאה הראשונה: חוקי-יסוד, עניינים שמתחייבים מתיקון של חוק-יסוד ומוצעים לצדו, הכנסת, חברי הכנסת, הבחירות לכנסת, מפלגות, מימון מפלגות ומבקר המדינה'**.

הכנה לקריאה ראשונה

11. ביום 10.2.2016 קיימה ועדת החוקה דיון ראשוני ועקרוני בטיוטה לתיקון חוק-יסוד: הכנסת, בנוגע להשעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א. נוסח זה כלל הצעה לתיקון חוק יסוד: הכנסת ובו עיקרי ההסדר הרלוונטי, ונוסח משלים המתקן את חוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: **חוק הכנסת**), ובו פירוט נוסף הנוגע להליך להשעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.

12. ביום 15.2.2017, נשלח לחברי הוועדה טיוטה נוספת שגיבש יו"ר ועדת החוקה, חה"כ ניסן סלומינסקי, בעקבות הדיון, אשר כללה הן תיקון לחוק יסוד: הכנסת, והן תיקון לחוק הכנסת.

נוסח הטיוטה לדיון מצ"ב ומסומן **מש/1**.

13. כמו כן, הועבר ביום זה לחברי הוועדה מסמך הכנה של הייעוץ המשפטי לוועדה בו פורטו הסוגיות השונות המחייבות הכרעה ודיון (עמ' 1-4 למסמך ההכנה). במסמך הוצע לשקול מספר תיקונים להסדר המוצע, ביניהם קביעה שהבקשה לפתיחת הליך תוגש על ידי מספר חברי כנסת גדול יותר מרוב קואליציוני רגיל, קביעה שחלקם יימנה על סיעות האופוזיציה, וכן צמצום עילות ההשעיה המנויות בהסדר לכדי שתי עילות בלבד (הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל), תיקונים שכמפורט להלן, התקבלו בנוסחו הסופי של החוק.

מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדה מצ"ב ומסומן **מש/2**.

14. בישיבת הוועדה מיום 23.2.2016, השתתף גם היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, אשר הציג את הרקע הרלוונטי לעניין, והדגיש, בין היתר, כי:

'ברור שיש בעייתיות בכך שחברי כנסת, גם ברוב מיוחד, ידיחו או ישעו חברי כנסת אחרים על רקע אידיאולוגי. מצד שני, לא ניתן להתעלם מכך שהכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, קבעה כי יש מגבלות אידיאולוגיות על הזכות לכהן בכנסת. חוק הבחירות לכנסת אף מחייב כל מועמד לכנסת להצהיר בזו הלשון, ואני מצטט: 'אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת'. בנסיבות כאלה אני סבור שקשה לומר שלאכופ את ההתחייבות ואת העמידה בתנאי סעיף 7א תוך כדי הכהונה, מהווה פגם חוקתי.

כמובן שדברים אלה נכונים כל עוד שומרים מכל משמר על פרוצדורה ראויה, קרי רוב משמעותי הן לפתיחת ההליך והן לקביעת ההשעיה עצמה, כפי שמוצע כעת, רוב של 90 חברי כנסת; הצגת בסיס ראייתי מוצק שלא מסתמך על אמירה חד-פעמית של חבר כנסת; היצמדות לעילות שכבר נקבעו בסעיף 7א וקביעת מנגנון המאפשר בקרה של בית-המשפט

העליון, כפי שמוצע כעת. כך אפשר לראות את ההסדר המוצע כהסדר משלים להודאת סעיף 7א הקיימת כבר היום ולהתחייבות שעליה חותמים כל חברי הכנסת בשעה שמוגשים מועמדות לכנסת". (עמ' 8-10 לפרוטוקול הדיון. ההדגשות בתגובה זו אינן במקור, אלא אם צוין אחרת).

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת החוקה מיום 23.2.16 מצ"ב ומסומן מש/3.

15. לצד הצורך בצמצום עילות ההדחה, כמפורט במסמך ההכנה של היעוץ המשפטי לוועדת חוקה, התייחס היועץ המשפטי לכנסת לקושי בייחוד הצעת החוק רק לעילה שעניינה תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל וציין כי:

"הצעה אחרת שהועלתה ולפיה תושמט גם העילה שעניינה הסתה לגזענות, כך שתיוותר רק העילה שעניינה תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, היא בעייתית ביותר בעיני ועלולה אף לעורר טענות בדבר סוגיית התיקון החוקתי הלא חוקתי שהזכרתי קודם, שכן היא שוברת את המסגרת החוקתית שנקבעה ושלפיה לא ראוי לכהן בכנסת לא רק מי שחלה עליו העילה השלישית, אלא גם העילות האחרות.

בהקשר זה אדגיש כי כל השנים הכנסת מקפידה, בתחום של פסילת רשימות לכנסת או רשימות לרשימות המקומיות או כשהיא חוקקה הגבלות על הקמת מפלגות, על איזונים עדינים ועל חרגת מקרי הקיצון על כל סוגיהם.

אפילו כשמדובר בסמכותה של נשיאות הכנסת לפסול הצעות חוק, הנוסחה מאוזנת: ניתן לפסול להנחה רק הצעות או השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי או הצעות גזעניות במהותן.

צמצום מסוג זה גם חותר תחת ההיגיון הבסיסי, שהזכרתי קודם, ולפיו הסעיף מהווה הסדר משלים לסעיף 7א. אכן סברנו, כפי שצינתי, שניתן להשמיט את העילה שעניינה קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שכן היא, כאמור, עמומה מדי, אבל לא ניתן ללמוד מזה שניתן לצמצם את אחת משתי העילות האחרות שהן דומות באופיין – הן גם קונקרטיים יחסית ועלולות לעלות כדי עבירה פלילית, וגם, כאמור, מכסות את הקצוות הקיצוניים ביותר". (עמ' 10 לפרוטוקול)

16. בישיבה השנתית גם יו"ר הכנסת, חה"כ יולי (יואל) אדלשטיין, אשר סבר כי נוכח קיומו של סעיף 7א לחוק היסוד אין בהצעת החוק הנדונה משום שינוי מהותי למצב המשפטי הקיים, וכן התייחס לכך שראוי כי הרוב הדרוש לפתיחת הליך יהא לפחות 70 חברי-כנסת (עמ' 13-12 לפרוטוקול). מנגד, חברי כנסת שונים התנגדו לחקיקה. חה"כ זהבה גלאון טענה כי התיקון יפגע קשות בחופש הביטוי, בזכות לבחור ולהיבחר ובדמוקרטיה, וכמו כן טענה שמדובר בחוק פרסונלי הנותן הכשר לחיסולים פוליטיים ממוקדים (עמ' 20-21 לפרוטוקול).

בנוסף לחברי הכנסת, השתתפו בישיבה נציגי ארגונים שונים – המכון הישראלי לדמוקרטיה (עמ' 53-59 לפרוטוקול), האגודה לזכויות האזרח (עמ' 61-62 לפרוטוקול), ועמותת יוזמות קרן אברהם, העוסקת בקידום, שילוב ושוויון בין יהודים וערבים אזרחי ישראל (עמ' 65-63 לפרוטוקול), אשר הביעו את התנגדותם להצעת החוק.

17. ביום 29.2.2016 קיימה ועדת החוקה דיון נוסף בהצעת החוק. במסגרת הדיון, הציג עו"ד עמי ברקוביץ' ממשרד המשפטים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בדבריו הוא ציין כי:

"לא ניתן לומר שהצעת החוק... היא בלתי חוקתית. זאת, בהתחשב בכך שמדובר בהצעה לתיקון חוק יסוד, ובשים לב גם לאמירות בפסיקת בית המשפט העליון, באשר לתחולה בישראל של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, בשל פגיעה בעקרונות היסוד של

השיטה... מבלי לגרוע מן האמור, מובן כי חקיקתו של תיקון כזה המוצע, **מחייבת זהירות רבה נוכח הקשיים שהוא מעורר**. הכוונה בהקשר זה היא לקשיים המובנים שבקיומו של משפט עמיתים על בסיס אידיאולוגי, תוך הסמכת רוב פוליטי של חברי כנסת להחליט על הפסקת כהונה של חבר כנסת מכהן, אשר נבחר כדין. מובן גם כי בהסדר שכזה יש כדי לפתוח פתח להתנכלות של הרוב למיעוט, ולזכויות הייצוג שלו בכנסת, ולגרום לסיכול רצון הבוחרים שהצבעתם הביאה לבחירתו. ומכאן הזהירות הרבה נדרשת בגיבושו של ההסדר בהתאם לפרטים שייקבעו". (עמ' 55-56 לפרוטוקול הדיון).

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת החוקה מיום 29.2.16 מצ"ב ומסומן **מש/4**.

18. במהלך הישיבה הביעו חברי הכנסת בנימין זאב בגין ואורי מקלב הסתייגות מהצעת החוק. חה"כ מקלב התנגד לעצם חקיקת החוק מבחינה מהותית, בין היתר בטענה כי לחוק אין שום תועלת מעשית (עמ' 38-41 לפרוטוקול). חה"כ בגין תהה באשר לצורך בחקיקת החוק וטען כי בהכנת החוק לקריאה שניה ושלישית יידרש להוסיף לו בלמים ואיזונים נוספים (עמ' 32 לפרוטוקול).

19. בתום ישיבת ועדת החוקה מיום 29.2.2016, אישרה הוועדה לקריאה ראשונה נוסח הצעת חוק לתיקון חוק יסוד: הכנסת, ונוסח הצעת חוק משלימה המתקנת את חוק הכנסת. כמו כן, בהמשך היום נדחתה בקשה לדיון מחדש (רביזיה) בהצעת החוק, לאחר אישורה בוועדה.

20. שתי הצעות החוק פורסמו ברשומות והונחו על שולחן הכנסת ביום 2.3.2016, לשם אישורן בקריאה הראשונה (להלן: **הצעות החוק**).

נוסח הצעות החוק לקריאה הראשונה מצ"ב ומסומנות **מש/5**.

21. עובר למועד ההצבעה, ביום 28.3.2016, הוגשה ליו"ר הכנסת, והופצה על ידו ליתר הח"כים, חוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, הנוגעת לסוגיית הרוב הדרוש בהצבעה על הצעות החוק. בעניין זה הובהר בחוות דעת היועץ המשפטי לכנסת כדלקמן (סעיפים 5-6 לחוות הדעת, הדגשות במקור):

"עמדתנו היא כי הואיל והסעיף המוצע אינו עוסק בתקופת הבחירות או בזכות להיבחר, הרי שאין לראות בו שינוי משתמע של עקרון השוויון בבחירות שבו עוסק סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולכן הוראת הרוב המיוחד אינה חלה עליו. הדברים נכונים במיוחד משנקבע בהצעת החוק כי עילות ההשעיה הן אותן עילות הקבועות בסעיף 7א לחוק-יסוד, שכבר נחקקו ברוב הדרוש ומהוות חלק מהמשפט החוקתי שלנו.

עם זאת, יש להביא בחשבון שיכול ותיטען טענה כי השעיית חבר כנסת, היכולה להגיע אף כדי הדחתו מהכנסת, מהווה פגיעה עקיפה בעיקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לעניין הזכות לבחור ולהיבחר, ולכן יש להחיל על סעיף זה את דרישת הרוב המיוחד בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית.

כאמור איננו מחזיקים בעמדה זו. ואולם, אנו סבורים כי נוכח פסיקת בית המשפט העליון שפרשה בהרחבה את המקרים שבהם חקיקה פוגעת באופן משתמע בעקרונות סעיף 4 לחוק-היסוד, ונוכח חשיבותו החוקתית של התיקון המוצע, **רצוי** שאישור הצעת החוק יהיה ברוב של 61 חברי כנסת לפחות בקריאה הראשונה, השנייה והשלישית. אך כפי שצינו, לגישתנו אין חובה שהתיקון יתקבל ברוב זה".

מצ"ב חוות הדעת מטעם היועץ המשפטי לכנסת, ומסומנת **מש/6**.

22. ביום 28.3.2016 אושרה בקריאה הראשונה הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 45) (השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א), ברוב של 59 תומכים מול 52 מתנגדים וללא נמנעים.

כמו כן הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 44) (השעיית חבר הכנסת שהתקיים בו האמור בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת), התשע"ו-2016, אושרה ברוב של 59 תומכים מול 53 מתנגדים וללא נמנעים.

נוסח הצעת החוק שעבר בקריאה ראשונה

23. בנוסח הצעת החוק לתיקון חוק יסוד: הכנסת שאושרה בקריאה הראשונה, הוצע כי הכנסת תהיה רשאית **להשעות** חבר כנסת לתקופה שתקבע, לרבות עד תום כהונתה של אותה כנסת, אם קבעה כי התקיימה בחבר הכנסת, **לאחר היבחרה של אותה הכנסת**, אחת **משלוש** עילות הפסילה הקבועות בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת לגבי אותו מועמד.

עוד הוצע כי ההחלטה בעניין זה תתקבל לפי הצעת ועדת הכנסת שהתקבלה ברוב של **3/4 מחבריה**, על בסיס בקשה של **61 חברי כנסת**, ותאושר במליאת הכנסת ברוב של **90 חברי כנסת**.

24. עוד הוצע כי משרתו של חבר כנסת שחברותו בכנסת הושעתה לפי ההליך האמור, תתפנה כעבור עשרה ימים מיום החלטת הכנסת, ואולם בתקופה זו, הוא לא יהיה רשאי להשתתף בישיבות הכנסת או בישיבות ועדות הכנסת אלא לשם הצבעה בלבד.

25. ההצעה לתיקון חוק הכנסת, כללה הוראות הליכיות שונות הנוגעות להליך ההשעיה, שהוועדה סברה שאין מקום לכלול אותן בחוק-יסוד: הכנסת, אלא יש לעגן בחוק "רגיל".

26. בדברי ההסבר להצעת החוק הוסבר הגיונו של ההסדר והובהר כי הוא נועד לתת מענה לחבר כנסת הפועל בניגוד לעקרונות הקבועים בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת במהלך כהונתה של הכנסת. בדברי ההסבר מודגש כי:

*"כיום אין אפשרות לפעול נגד אדם שנבחר לכנסת הפועל בניגוד לעקרונות הקבועים בסעיף 7א האמור ולא מקבל עליו את הגבולות החיוניים של הפעילות הלגיטימית, אלא אם כן מעשהו מגיע לכדי עבירה פלילית, ויש להמתין ולראות אם יציג את מועמדותו לקראת הבחירות הבאות כדי לפעול כלפיו. יש בכך לא רק פגיעה חמורה בכנסת אלא גם הפרת התחייבות ברורה של אותו נבחר ציבור, שלפי הוראות הסעיף האמור, וסעיף 57(ט) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט – 1969, מצהיר בכתב ההסכמה שלו למועמדות" "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת". **מי שבאופן ברור מפר את העיקרים החיוניים שעליהם מושתתת המדינה, לפי המבחינים שנקבעו בבית המשפט העליון, אינו ראוי להיות חבר הכנסת, גם אם כבר נבחר לכנסת".***

27. בנוסף, הודגש בדברי ההסבר כי ייערכו תיקונים נוספים בהסדר לקראת הקריאה השנייה והשלישית, וצוין כי:

"ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ערה לרגישות הרבה של ההסדר המוצע ולצורך לתת ביטוי בהוראות חוק היסוד לאיזון המתחייב בין הערכים החשובים

המתנגשים ולזכויות החוקתיות המוטלות על הכף. לפיכך, בעת הכנת הצעת חוק היסוד לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תדון הוועדה בסוגיות שעלו בדיון בעת הכנתה לקריאה הראשונה, ובהן הרוב הדרוש לפתיחה בהליך ושיתוף האופוזיציה בו, הסוגיה של הדחת חבר הכנסת לעומת השעייתו, מידת המעורבות של בית המשפט בהליך והוראת תחילה לתיקון המוצע".

הכנה לקריאה שניה ושלישית

28. בעקבות אישור הצעות החוק בקריאה הראשונה במליאת הכנסת, קיימה הוועדה שלוש ישיבות נוספות שעסקו בהצעת החוק (בימים 31.5.2016, 7.6.2016, 21.6.2016), במהלכן הציעו חברי הכנסת שינויים רבים להצעת החוק. בין היתר דנה הוועדה בסוגיות הבאות:

- בעניין האפשרות שהתיקון יאפשר השעיה זמנית של חבר כנסת, חששו חברי הכנסת שמתן אפשרות להשעיה קצרת מועד, שלכאורה אינה כה דרמטית מבחינת חבר הכנסת, תוביל לשימוש יתר בכלי זה אף במקרים שבהם חבר הכנסת לא פעל באופן המגיע לרף שנקבע בפסיקה בעניין סעיף 7א לחוק היסוד (ראו למשל, עמ' 4 למסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לוועדה (מש/2); דברי חה"כ בנימין זאב בגין בעמ' 8 לפרוטוקול הדיון בוועדת החוקה מיום 31.5.2016).
- בעניין השמטת העילה הראשונה שעניינה "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עמדה התפיסה כי מדובר בעילה עמומה יחסית, שעלול להיות קשה יותר להפעילה בצורה שוויונית ועניינית. בעניין זה טענה למשל חה"כ יעל גרמן כי מדובר בעילה עמומה וכי יש להסתפק בשתי העילות הנותרות (עמ' 22 לפרוטוקול הישיבה שנערכה ביום 7.6.16).
- בעניין מניעת האפשרות לעשות שימוש בהסדר בתקופת בחירות, חברי הכנסת הביעו חשש משימוש לרעה בכלי מסוג זה בתקופת בחירות, לאור התגברות המניעים הפוליטיים בתקופה זו, וכן נוכח העובדה שבתקופת בחירות ממילא עומד חבר הכנסת בפני ביקורת מחודשת של ועדת הבחירות המרכזית ושל בית המשפט העליון, במסגרת סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת (ראו למשל, דברי חה"כ מיכל רוזין בעמ' 19-20 לפרוטוקול הדיון בוועדה מיום 7.6.2016 וכן דבריה של היועצת המשפטית לוועדה, עוה"ד סיגל קוגוט, עמ' 59 לפרוטוקול הדיון מיום 21.6.16)).
- בעניין הצבעה חשאית במליאה, הציע חה"כ בגין כי בהליך מסוג זה תתאפשר הצבעה חופשית של החברים בהתאם לדעותיהם האישיות, כך שתנטרל הצבעה קבוצתית (עמ' 8 לפרוטוקול הישיבה שנערכה ביום 31.5.16). מאידך הודגשה הבעייתיות שבהליך כזה, לאור אופיה של פעילות הכנסת בכלל ואופיין של ההצבעות במליאה בפרט, המתאפיינים בשקיפות רבה (עמ' 74 לפרוטוקול הישיבה מיום 21.6.16).
- בעניין הרוב הדרוש לפתיחת הליך והרכבו, הסכימו חברי הוועדה כי יש להציב דרישה לרוב מיוחס, גדול מ-61 חברי כנסת לשם פתיחת הליך, וכן לדרוש כי חלק מחברי הכנסת יימנו על חברי האופוזיציה, וזאת על מנת להבטיח כי ההליך יתקיים רק במקרי קיצון עליהם קיימת הסכמה רחבה מכל הקשת הפוליטית (ראה למשל הצעתה של חה"כ רחל עזריה בעמ' 41 לפרוטוקול הישיבה מיום 21.6.16).

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת החוקה מיום 31.5.2016 מצ"ב ומסומנים **מש/7**.

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת החוקה מיום 7.6.16 מצ"ב ומסומנים **מש/8**.

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול דיון ועדת החוקה מיום 21.6.16 מצ"ב ומסומנים **מש/9**.

29. בהמשך לדיונים ולהצעות הרבות לשינוי ההסדר, גיבש צוות הייעוץ המשפטי לוועדה ביום 3.7.2016 מסמך המפרט גרסאות שונות של התיקון והסתייגויות, בהתאם להצעות שעלו בוועדה.

מצ"ב מסמך הגרסאות, ומסומן **מש/10**.

30. בישיבה מיום 12.7.2016, הצביעה הוועדה על הגרסאות השונות שהוצעו, וגובש נוסח מעודכן של הצעת החוק.

31. ביום 18.7.2016 אישרה ועדת החוקה לקריאה שנייה ושלישית את הצעת החוק בנוסחה המעודכן, ברוב של 7 תומכים מול 6 מתנגדים וללא נמנעים. כמו כן באותו יום, דחתה ועדת החוקה בקשה לדיון מחדש (רביזיה) בהצעת החוק.

32. ביום 19.7.2016 אישרה מליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ברוב של 62 תומכים מול 47 מתנגדים וללא נמנעים ואת חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016, אשר אושר בקריאה שניה ברוב של 62 תומכים מול 46 מתנגדים ובקריאה שלישית ברוב של 62 תומכים מול 45 מתנגדים וללא נמנעים.

נוסח שני החוקים, כפי שפורסמו ברשומות, מצ"ב ומסומן **מש/11**.

עיקרי ההסדר שנתקבל והשינויים שנעשו בו

33. עיקרי השינויים בתיקון לחוק יסוד: הכנסת שנתקבלו בתום הליך החקיקה, הם כדלקמן:

ראשית, נשללה האפשרות **להשעות** חבר כנסת מכוח ההסדר לתקופה מוגבלת, ונקבע כי ניתן יהיה לעשות שימוש בכלי הנדון אך **לשם הפסקת חברותו של חבר הכנסת** (סעיף 42א(ג)(1) לחוק היסוד).

שנית, נקבע כי הפסקת כהונתו של חבר כנסת **תוגבל רק לשתיים מן העילות הקבועות בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת** – העילה שעניינה **"הסתה לגזענות"** והעילה שעניינה **"תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל"** (סעיף 42א(ג)(1) לחוק היסוד), וכי הפסקת הכהונה כאמור תתאפשר רק בגין פעולות שבוצעו **לאחר** הבחירות לכנסת (סעיף 42א(ג)(1) לחוק היסוד).

שלישית, נקבע כי לשם פתיחה בהליך להפסקת חברותו של חבר כנסת, יידרש **רוב של 70 חברי כנסת, הכולל לפחות 10 חברי כנסת מן האופוזיציה** (סעיף 42א(ג)(2) לחוק היסוד). בנוסף, נותרה בנוסח הסופי הדרישה כי החלטה על הפסקת כהונה תדרוש **רוב של 3/4 בוועדת הכנסת** (כיום 13 מתוך 17) ולאחר מכן, נדרש **רוב של 90 חברי כנסת במליאת הכנסת** (סעיף 42א(ג)(1) ו-(2) לחוק היסוד).

רביעית, נקבעה תקופה של 14 ימים ממועד קבלת ההחלטה על הפסקת חברותו של חבר הכנסת ועד שתתפנה משרתו (במקום עשרה ימים בנוסח המקורי), שבמהלכה יכול הוא לערער לבית המשפט העליון על ההחלטה (סעיף 42א(ג)(3) לחוק היסוד). כמו כן, **זכות הערעור עוגנה בחוק-יסוד: הכנסת במקום בחוק הכנסת** (כפי שהיה בנוסח המקורי של הצעת החוק) (סעיף 42א(ג)(4) לחוק היסוד).

חמישית, נקבע כי לא ניתן יהיה להפסיק את חברותו של חבר הכנסת **בתקופת בחירות** (סעיף 42א(ג)(5) לחוק היסוד; הגדרת התקופה נקבעה בסעיף 8א(ח) לחוק הכנסת).

34. בתיקון לחוק הכנסת נכללו שורה של הוראות הליכיות משלימות, שעיקרן במתן הזדמנות נאותה לחבר הכנסת להשמיע טענותיו ולהתגונן מפני הפסקת חברותו. עיקרי השינויים בחוק הכנסת שנתקבלו בתום הליך החקיקה, הם כדלקמן:

ראשית, נקבע כי ועדת הכנסת תוכל לקיים דיון בעניין רק אם הודיעו לחבר הכנסת (ולחברי הוועדה) על הדיון וההצבעה לפחות עשרה ימים מראש, ואף מליאת הכנסת תוכל לקיים דיון כאמור רק אם הודיע יו"ר הכנסת על הדיון וההצבעה לפחות עשרה ימים מראש (סעיף 8א(ד) לחוק הכנסת).

שנית, נקבע כי חבר הכנסת רשאי להיות מיוצג בדיון בפני הוועדה על ידי עורך דין, וכי לפני קבלת החלטה תינתן לחבר הכנסת, ליועץ המשפטי לכנסת וליועץ המשפטי לממשלה, הזדמנות להביע את דעתם בעניין (סעיף 8א(ג) לחוק הכנסת). (לעניין חשיבות עמדת הייעוץ המשפטי בהליכים המבוססים על העילות של סעיף 7א לחוק היסוד, בדגש על הסיוע בהבאת תשתית עובדתית רלוונטית, ראו פס' 84 לפסק דינו של הנשיא ברק, בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי**, נז(4) 1 (2003) (להלן: **עניין חה"כ טיבי**)).

שלישית, רק מי שהשתתף בכל הישיבות שעסקו בנושא רשאי להשתתף בהצבעה, ולעניין זה רואים "השתתפות" כנוכחות בלפחות מחצית ממשכה של ישיבה (סעיף 8א(ו) לחוק הכנסת, המפנה לסעיף 116(ד) לתקנון הכנסת).

רביעית, כדי למנוע הימשכות יתר של ההליך, ועננה שתפגע בעבודתו של חה"כ הנידון, נקבע כי הדיון בוועדת הכנסת יתקיים בתוך שלושה שבועות מהיום שהבקשה הגיעה לידיה, וכי בדומה גם הדיון במליאת הכנסת יתקיים בתוך שלושה שבועות מיום החלטת ועדת הכנסת (סעיף 8א(ה) לחוק הכנסת).

חמישית, החלטה של ועדת הכנסת לא להציע להפסיק את חברותו של חבר כנסת היא סופית, ולא ניתן לפתוח בהליך בגין אותו מעשה בשנית (8א(ב) לחוק הכנסת), זאת על מנת למנוע שימוש בכלי זה כאמצעי "להטריד" חבר כנסת ולהקשות עליו בביצוע פעילותו השוטפת.

35. **שישית**, בעניין הליך הערעור, סעיף 8א(ו) לחוק הכנסת מורה כי ערעור לבית המשפט העליון יוגש תוך יומיים מיום החלטת הכנסת, ויחולו הוראות סעיף 64(ב1) לחוק הבחירות לכנסת. סעיף זה עוסק בערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר או לסרב לאשר השתתפות של רשימת מועמדים בבחירות לכנסת לפי הוראות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ונקבע בו כי בית המשפט העליון ידון בערעור כאמור בהרכב של **תשעה שופטים** או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שיורה נשיא בית המשפט העליון.

36. מן המקובץ עולה כי המחוקק נתן דעתו, במסגרת הליך חקיקה, לחשיבות הערכים והזכויות החוקתיות המוטלים על הכף, בשים לב לחשיבות הזכויות לבחור ולהיבחר, ולגבולות ההגנה של הדמוקרטיה מפני מי שמנסה לעשות שימוש בכלים הדמוקרטיים במטרה להסית לגזענות או לתמוך במאבק מזוין נגד המדינה.

לעמדת המשיבה, ההליך כפי שגובש, הוא הליך הוגן, ראוי וזהיר, מנומק ומבוסס עובדות, המצריך רוב מוצק ועקבי. בנוסף, ההליך כולל באופן מובנה ביקורת שיפוטית, מאזן בין הצורך לקיים את ההליך במהירות ויעילות, ומאידיך לא מתנהל מיד בעקבות האירוע בגינו הוצע להפסיק את כהונתו של חבר הכנסת, ובכך מאפשר דיון ענייני.

37. נוכח האמור, ההסדר שנקבע בתיקון נועד לשימוש למעשה **רק במקרים נדירים וקיצוניים**, בהם תהיה הסכמה רחבה מאוד בקרב חברי הכנסת, כי חבר כנסת חרג מהעקרונות הקבועים בסעיף 7א, תוך חריגה רבתי מגבולות הפעילות הפוליטית הלגיטימית, באופן הפוגע בכנסת ובאמון הציבור בכנסת, ובניגוד להתחייבות הברורה עליה חותם כל חבר כנסת בעת הגשת מועמדותו לכנסת (בהתאם לסעיף 57(ט1) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969): "להימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת".

התפתחויות לאחר הגשת העתירה בעניין חה"כ באסל גטאס

38. להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי בתאריך 14.3.17, לבקשת 70 חברי כנסת, התקיים דיון בפני ועדת הכנסת בבקשה להפסיק את כהונתו בכנסת של חה"כ באסל גטאס, בשל מעשים שיש בהם לכאורה משום תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, אחרי שנתפס מעביר טלפונים סלולריים לאסיר ביטחוני בכלא קציעות.

39. במסגרת הדיון שהתקיים בפני ועדת הכנסת פרס היועץ המשפטי לכנסת את מסגרת הדיון ואת הסוגיות המרכזיות הרלבנטיות לעניין הבקשה, בנוסף הוא ציין כי בקשה קודמת של 70 חברי כנסת לקיים דיון בבקשה להפסקת חברותו של חה"כ גטאס נדחתה על ידו לאור מחסור בתשתית עובדתית כנדרש בתיקון (עמ' 13 פרוטוקול הדיון של ועדת הכנסת מיום 14.3.2017).

40. בסופו של יום, התייתר הצורך שוועדת הכנסת תקבל החלטה בבקשה, והסוגיה לא עברה (ברוב של 3/4 מתברי הוועדה) להכרעת מליאת הכנסת (שם כאמור נדרש רוב של תשעים ח"כים), מאחר שח"כ גטאס התפטר מהכנסת, בעקבות הסדר טיעון שנחתם עמו.

הטיעון המשפטי

1. דין העתירה להידחות על הסף בשל חוסר בשלות

41. העתירה דן מבקשת לתקוף תיקון של חוק-יסוד בצורה תיאורטית ומופשטת, ובלא שהוצבה בפני בית המשפט הנכבד תשתית קונקרטית בדבר אופן הפעלתו ויישומו של התיקון במקרה ספציפי בו הופסקה כהונתו של חבר כנסת מכהן. **בנסיבות אלה, המשיבה תטען כי דינה של העתירה להידחות על הסף בשל חוסר בשלות.**

42. אף העותרים מתייחסים לשאלת בשלות העתירה ומודעים לכך שטרם נעשה שימוש בחוק, אך לטענתם אין צורך להמתין למקרה ספציפי ליישום התיקון, וזאת בין היתר משום שלשיטתם מדובר בחוק בעל אפקט מצנן מובהק על ביטויים פוליטיים מעצם קיומו ובטרם הפעלתו, ומאחר שלטענתם מדובר בסוגיות משפטיות שאינן מצריכות תשתית עובדתית קונקרטית, וכי בכל מקרה אין שום יישום עתידי אפשרי שיכשיר הליך המונע משיקולים פוליטיים צרים, שתוצאותיו ידועות מראש (סעיפים 14-16 לעתירה).

43. לעמדת המשיבה יש לדחות את טענתם האפרוירית מרחיקת הלכת של העותרים, לפיה עצם קיום הסמכות הנתונה לכנסת להפסקת כהונה צריכה להיחשב "תיקון חוקתי לא חוקתי", לאור החשש כי ייעשה בה שימוש כנגד מיעוטים ולאור קיומו הנתען של אפקט מצנן, באופן תיאורטי המנותק מבחינה של אופן יישום הסמכות, וכפי שיפורט להלן.

44. על-פי ההלכה הפסוקה, הכרעה שיפוטית בסוגיה חוקתית תיעשה רק מקום בו הונחה בידי בית המשפט הנכבד תשתית עובדתית "קונקרטית, ברורה ושלמה" היכולה לבסס הכרעה שיפוטית עקרונית בעניינו של החוק הנתקף. כב' השופטת (כתוארה אז) נאור הסבירה בעניין זה בבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 18.1.2006) (להלן: עניין לובל) כי:

"לדעתי קיים טעם נוסף לדחיית העתירה על הסף, והוא כי העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה, עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית [...]. על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתיות. בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות. הרי, אירוע מאוחר עשוי לחדד את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסוימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתיות. לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל" (שם, פס' 3 ו-6 לפסק דינה).

45. מאז פסק הדין בעניין לובל, עשה בית המשפט הנכבד שימוש בדוקטרינה זו בשורה של מקרים נוספים (ראו למשל, בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014) (דעת רוב); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2015) (דעת רוב השופטים)).

46. דומה כי פסק הדין הרלוונטי ביותר לעניינו בהקשר זה הוא בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012) בו נדונה עתירה שתקפה את חוקתיותו של חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, המסמיך את שר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים, במקום בו נמצא, בין היתר, כי הגוף הוציא הוצאה שהיא במהותה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.

באותו מקרה, בית המשפט הנכבד דחה את העתירה על הסף בשל חוסר בשלות בהסבירו כי:

"סעיפי החוק שאת ביטולם מבקשים העותרים טרם הופעלו על ידי שר האוצר ואין לדעת אם, מתי ובאילו נסיבות יעשה השר שימוש בסמכות שהוענקה לו בחוק. מן המנגנון הקבוע בחוק, נלמד כי עובר לקבלת החלטה אשר תטיל את הסנקציה הכספית, ייבחן העניין במספר שלבים,

והחלטת השר לא תצא לפועל אלא בתיאום ולאחר קבלת עמדת הגורמים השונים. כך למשל קובע החוק כי לצורך הפעלת הסנקציה הכספית תידרש הסכמת השר הממונה על סעיף התקציב שלפיו מתוקצב או נתמך אותו גוף. בנוסף, נדרש לערוך שימוע לגוף המתוקצב או הנתמך ממנו מבקשים להפחית את הכספים. זאת ועוד, על פי סעיף קטן ד' לחוק, החלטת שר האוצר תתקבל רק לאחר קבלת חוות דעת של היועץ המשפטי למשרד האוצר ולאחר שהועברה אליו המלצת צוות מקצועי. [...] הנה כי כן, דרך ארוכה יש לעבור על פי המנגנון שקובע החוק בטרם תיכנס לתוקפה הסנקציה הקבועה בו. איני מביעה כל עמדה בשלב זה לגבי המנגנון שנקבע בחוק, או לגבי חוקתיות החוק. אולם, בשלב זה בו טרם הופעל החוק וטרם הופעל המנגנון הקבוע בו אין לדעתי לעסוק בהשערות וספקולציות לגבי אופן יישומו של החוק. כפי שציינתי בעניין לובל על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיים העולות מהמקרה שלפני בית המשפט, זאת גם במקום בו מתעוררת שאלה חוקתית" (פסי' 28-29 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור).

47. גם בענייננו, "דרך ארוכה יש לעבור על פי המנגנון שקובע החוק בטרם תיכנס לתוקפה הסנקציה הקבועה בו". כאמור, לשם הפעלת המנגנון שנקבע בתיקון דנן יש צורך בהגשת בקשה בידי 70 חברי כנסת, מתוכם לפחות 10 חברי אופוזיציה; נדרש רוב של שלושה רבעים מחברי ועדת הכנסת, וזאת לאחר שתינתן בוועדה זכות טיעון לחבר הכנסת ויישמעו עמדותיהם של היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת; נדרש רוב של 90 חברי כנסת במליאת הכנסת; ולבסוף, נתונה לחבר הכנסת זכות ערעור לבית המשפט הנכבד, במסגרתה יכול הוא להעלות גם טענות נגד ההסדר על רקע הנסיבות הקונקרטיים של עניינו.

48. בהקשר זה יודגש כי אין בבקשה בעניין חבר הכנסת גטאס, כמתואר לעיל, ללמדנו באופן מושכל על אופן יישומו של החוק, מאחר שהבקשה צלחה רק את המסננת הראשונה במנגנון שנקבע בחוק היסוד, ולאחר מכן התייתר הצורך להמשיך ולדון בה, כאמור לעיל, בעקבות התפטרותו מהכנסת.

49. בנוסף על האמור לעיל, המשיבה תוסיף ותטען כי במקרה הנדון אנו עוסקים בתקיפה בלתי בשלה של תיקון חוקתי על בסיס "עקרונות יסוד של השיטה" שאינם כתובים עלי ספר, דבר שמעורר קשיים רבים בפני עצמו, כפי שיפורט בהמשך. קרי, בית המשפט הנכבד נדרש לבחון תיקון לחוקה של מדינת ישראל שעה שהתיקון טרם יושם במלואו, ואין לדעת באיזה אופן הוא יופעל, וודאי שאין שום דרך לדעת כי הפעלתו בהכרח תגרוור פגיעה בעקרונות יסוד של השיטה כאמור.

50. באשר לטענות כי אין להחיל את דוקטרינת הבשלות בשל אפקט "הצינון", נדון בכך בהמשך (ראו סעיפים 87-93 להלן).

2. דין העתירה להידחות אף לגופה

א. התיקון לא נדרש לעמוד בדרישות השריון הקבועות בסעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת

51. העותרים טוענים כי התיקון משנה או פוגע בהסדר הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ועל כן היה צריך להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת בכל אחת משלוש הקריאות, בהתאם להוראות סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת, אשר לפיו "שינויי" לעניין סעיף 4 הוא שינוי מפורש או משתמע. ואולם, בקריאה הראשונה אושר התיקון לחוק היסוד ברוב של 59 תומכים בלבד (הן בקריאה השניה והן בקריאה השלישית תמכו בהצעת החוק 62 חברי כנסת) ולטענתם יש בכך כדי להוביל לביטולו. לטענת העותרים, התיקון משנה את עקרון השוויון בשיטת הבחירות בכך שהוא מאפשר לרוב בכנסת להדיח חבר כנסת שנבחר על ידי הציבור הרחב,

ולשנות את הרכב הרשימה שנבחרה בבחירות והוא פוגע בזכות הבחירה של הציבור ובעקרון הציפיות בבחירות. בנוסף התיקון פוגע, לטענתם, בזכות להיבחר, הן של היחיד שנבחר, לאור שלילת זכותו לכהן לתפקיד אליו נבחר, והן בזכות של רשימות להיבחר, בכך שהוא מתערב בהרכב הרשימה.

52. סעיף 4 לחוק היסוד שכותרתו "שיטת הבחירות" קובע כי: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

53. ואולם, בענייננו, התיקון אינו עוסק בתקופת בחירות או בהגבלות על זכות הבחירה של יחיד או רשימה לכנסת (כפי שקיים בסעיף 7א לחוק היסוד שחוקק ברוב הדרוש בשלוש קריאות), אלא על הגבלות שיחולו על חבר כנסת לאחר בחירתו לכנסת. (בעניין המקרים בהם בית המשפט הנכבד נדרש לסעיף 4 לחוק היסוד ראו, בין היתר, בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 **ח"כ רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983)).

54. ראשית, העותרים לא מבססים למה יש פה פגיעה בשוויון. מעבר לכך, כפי שתואר לעיל בהרחבה, עובר להצבעה בקריאה ראשונה, בחן היועץ המשפטי לכנסת את השאלה האם יש בהצעת החוק משום שינוי משתמע של העקרונות הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד, ובפרט עקרון השוויון בבחירות, בשים לב לפסיקה אשר החילה את הדרישה לרוב מיוחד הקבועה בסעיף 46 לא רק במקרים של שינוי סעיף 4 עצמו, אלא גם בנוגע לכל חקיקה שיש בה, במפורש או במשתמע, שינוי או פגיעה באחד העקרונות הקבועים בסעיף, וקבע "שאין לראות בו שינוי משתמע של עקרון השוויון בבחירות שבו עסק סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולכן הוראת הרוב המיוחד אינה חלה עליו" (מש/5).

55. יודגש כי משמעות קבלת טענת העותרים לפיה השריון הצורני המגן על סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת כולל בתוכו דרישה מהותית שלא יעשה כל שינוי **בחובותיהם** של חברי כנסת **בעת כהונתם**, מוביל למסקנה לא סבירה לפיה גם שינוי בכללי האתיקה המאפשר, לדוגמא, החמרה של סנקציות המוטלות על חברי הכנסת, צריך להיות מאושר בחקיקה ראשית ברוב של 61 חברי כנסת בשלוש קריאות. ברי כי אין זה המצב הנוהג, ואף אין הצדקה להרחבה כה משמעותית לשריון הצורני המגן על סעיף 4 לחוק היסוד.

56. להמחשה, סעיף 1א(1) לחוק החסינות אשר קבע כי לחברי כנסת לא תהיה חסינות בגין ביצוע מעשים המנויים בסעיף 7א לחוק היסוד, אשר תוקן במסגרת חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 29), התשס"ב-2002 עבר בקריאה שלישית ברוב של 37 תומכים מול 34 מתנגדים, **וזאת לאור ההבנה כי החוק לא קבע איסור נורמטיבי חדש, אלא התבסס על הנורמה שנקבעה בסעיף 7א לחוק היסוד** (לעניין הקשר בין הסעיפים ראו פסקה ב' לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין בג"ץ 6706/14 **ח"כ חנין זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת** (פורסם בנבו, 10.02.2015) "סעיף 1א(1) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א – 1951 הוא מעין תמונת – ראי לסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שנתקבל זמן קצר לפניו, המגדיר אימתי תימנע השתתפות של רשימה או מועמד בבחירות לכנסת").

57. בנוסף, כפי שיפרוט להלן בהרחבה, (ראו סעיפים 86-73 לתגובה זו) **ההגבלות שיחולו על חבר כנסת לאחר בחירתו לכנסת בהתאם לתיקון**, הן אותן הגבלות שקבועות כבר בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת ושחלות

עליו גם במהלך כהונתו. במלים אחרות, התיקון אינו קובע הגבלות חדשות על חבר כנסת מכהן, אלא קובע מנגנון אכיפה כלפי חבר כנסת בנוגע לפעולות של הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין נגד ישראל, האסורות עליו ממילא.

58. נוכח האמור לעיל, המשיבה תטען כי דין טענות אלו להידחות.

ב. התערבות שיפוטית בחקיקת יסוד תיתכן, אם בכלל, רק במצבים קיצוניים במיוחד

59. העתירה דן מבקשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד בתיקון לחוק-יסוד: הכנסת שחוקקה הכנסת ב"כובעה" כרשות מכוונת. לטענת העותרים, מדובר במקרה חריג שיש בו פגיעה ביסודות בסיסיים של הדמוקרטיה, תוך שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת כרשות מכוונת, אשר נועד לפגוע בייצוג המיעוט הערבי בכנסת. לעמדת המשיבה יש לדחות את הטענה, ואין כל עילה להתערבות במקרה דנן, כפי שיפורט להלן.

60. עד היום מעולם לא הכיר בית המשפט הנכבד בקיומה של סמכות לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות-על של השיטה (מה שמכונה "דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי"). מעבר לכך, בית המשפט חזר והדגיש כי גם אם הסמכות קיימת, הרי שהיא תיוחד למקרים חריגים וקיצוניים במיוחד.

61. כך, בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין לאו"ר), הבהיר כב' השופט (כתוארו אז) ברק כי 'על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו' וכי 'אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית' (שם, בעמ' 555). בהמשך, בית המשפט הנכבד ציין כי השאלה אם ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על יסוד 'עקרונות היסוד של השיטה' היא 'שאלה לא פשוטה, לא לעניין חוק ירג'ילי שאין מעליו חוקה, ולא לעניין תיקון בחוקה עצמה, מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה' (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 804 (1995)).

62. בפסק דין מאוחר יותר, בעניין חוק טל (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)), הדגיש כב' הנשיא ברק (בהסכמת רוב חבריו להרכב) כי ההסתיוגויות שהובעו בעניין לאו"ר מן השימוש ב"עקרונות היסוד" של השיטה כמקור לביקורת חוקתית, מקבלים משנה תוקף בעידן החוקתי שבו אנו מצויים, כאשר בית המשפט יכול להפעיל ביקורת חוקתית מכוח חוקי היסוד הקיימים. כב' הנשיא ברק הוסיף כי:

"גם אם קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקתיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד [...] במקום אחר עמדתני על הגבלה המוטלת על הכוח לשנות חוקה (בעניין השינוי החוקתי הלא חוקתי), תוך שציינתי: 'הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי' [...] יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (עניין חוק טל, פס' 74 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

63. גישה זהירה זו קיבלה ביטוי גם בדבריה של כבי השופטת חיות בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר), שם הבהירה כי "גם על פי הגישה שאינה מוציאה מכלל אפשרות כי בית משפט זה יכריז במקרה ראוי על בטלותו של חוק הפוגע בעקרונות היסוד של השיטה שאינם מעוגנים בחוקי היסוד, מדובר במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הספים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" (שם, בעמ' 655). אף כבי השופטת (כתוארה אז) נאור, ציינה באותו מקרה, כי ביקורת חוקתית המבוססת על עקרונות היסוד של השיטה (או על האמנה החברתית) היא "בבחינת מוצא אחרון" וכי יש להשתמש בה בזהירות ובריסון רב" (שם, בעמ' 682).

64. הזהירות הרבה שבה התייחס בית המשפט הנכבד לאפשרות להתערבות שיפוטית בחוק, ועוד יותר מכך בחוק יסוד, מכוח "עקרונות היסוד של השיטה" נובעת מן הקושי הדמוקרטי הניכר הטמון בצעד מסוג זה. אכן, כפי שבית המשפט הנכבד הבהיר בפרשת בנק המזרחי (בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)), כאשר בית המשפט מבקש לבטל חקיקה ראשית של הכנסת, הוא עושה כן כדי ליישם את דברה של הכנסת עצמה בכובעה כ"רשות מכווננת", והכרעתו מבוססת על הלגיטימציה שניתנה לכנסת על-ידי העם-הריבון לחוקק חוקי יסוד. כפי שהסביר כבי הנשיא ברק:

"אכן, הריבונות במדינה דמוקרטית היא של העם. הריבונות אינה של הכנסת, אינה של הממשלה ואינה של בתי-המשפט. הריבונות היא של העם. עליו מונח המבנה החברתי והמשפטי כולו. החוקה וחוקי היסוד, ראשית צמיחתם מהעם והם נשענים על העם, והעם רשאי לשנותם. הסמכות המכווננת של הכנסת צמחה מהעם, הוכרה על-ידי העם, ולא הופעלה מאחורי גבו" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 399).

"כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה. אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכווננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במידרג הנורמאטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק" (שם, בעמ' 420).

65. בדומה, הסביר כבי הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 387 (1997) כי "בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבע".

66. בפסק הדין המרכזי שבו נדון עניין זה במפורש - פסק הדין בעניין התקציב הדו-שנתי (בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011)) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי), ציין בית המשפט הנכבד כי "השאלה אם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות-על של שיטתנו, היא שאלה סבוכה היוצרת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכווננת לקבל הסדרים חוקתיים המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכווננת" (שם, פס' 33 לפסק דינה של כבי הנשיאה ביניש).

67. בית המשפט הנכבד הוסיף וציין כי ייתכן ובסיטואציה מסוימת בית המשפט יוכל לבחון תיקונים בחוק היסוד לאור עקרונות יסוד של השיטה, אך הדגיש כי "במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכווננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, פס' 34 לפסק דינה של כבי הנשיאה ביניש). ואולם, מכיוון

שבאותו מקרה נקבע כי הפגיעה הנגרמת לכנסת כתוצאה מן המעבר לתקציב דו-שנתי אינה עולה כדי פגיעה בעקרונות העל של השיטה, **נמנע בית המשפט הנכבד מהכרעה בשאלת תחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" בישראל** (שם, פס' 35 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש).

68. יצוין עוד כי באותו עניין נתן בית המשפט הנכבד משקל לרצינות הליך החקיקה בעת בחינת חוקתיות החוק וקבע כדלקמן: **"הבאנו בהרחבה את הדברים שהושמעו בפני הוועדה המשותפת משום שלגישתנו, יש בדיון המקצועי והמפורט שנערך הוועדה המשותפת כדי להצביע על כך שחקיקת חוק היסוד בדרך של הוראת שעה הייתה מודעת, והליך החקיקה התקיים דיון רציני וניתנה תשומת הלב לשאלת האפשרות לחוק את חוק היסוד כהוראת שעה. יש להביא נתון זה בחשבון בעת בחינת חוקתיות החוק, שכן יש בו כדי ללמד על כך שהכנסת פעלה מתוך הבנה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת תוך התייחסות למורכבות הכרוכה בדבר"**.

69. כפי שתואר בהרחבה לעיל, אף בענייננו בנוסח הסופי של התיקון נערכו שינויים של ממש לעומת הצעת החוק המקורית, לאחר שלובנו ההיבטים הדרושים בנסיבות העניין, שנועדו להבטיח, נוכח רגישות הסוגיה והזכויות העומדות על הפרק מחד, לעומת גבולות ההגנה של הדמוקרטיה מאידך, קיומו של הליך נאות, שייתן ביטוי מלא לחשיבות הערכים המתנגשים והזכויות החוקתיות המוטלים על הכף, מתוך הכרה, כאמור, בקשיים העולים מהתיקון.

70. המשיבה תטען, כי גם אם תאומץ גישה עקרונית המתירה התערבות בחקיקת יסוד של הכנסת במצבים קיצוניים וחריגים, הרי, כמפורט להלן, התיקון הנדון כלל אינו מתקרב לאותו רף פוטנציאלי שהוזכר בפסיקה בהקשר זה, ועל כן אין כל מקום להתערבות במקרה שלפנינו.

ג. התיקון אינו פוגע בעקרונות יסוד על חוקתיים

71. לטענת העותרים, התיקון פוגע בעקרונות יסוד על חוקתיים ובזכויות יסוד חוקתיות, ובכלל זה בעקרון הדמוקרטי שהרכב הכנסת ייקבע בבחירות (ס' 60-61 לעתירה), בזכות לבחור ולהיבחר (ס' 62-69 לעתירה), בחופש הביטוי הפוליטי (ס' 70-73 לעתירה), בשוויון (ס' 74-83 לעתירה), ובהפרדת הרשויות (ס' 84-90 לעתירה). המשיבה תטען כי אין יסוד לטענות אלה.

72. להלן נסקור את ההגבלות שקיימות בחקיקה הנוגעים לענייננו עובר לתיקון, ובכלל זה ההסדר הקבוע בסעיף 7 לחוק היסוד, אשר התיקון מהווה הסדר משלים לו, בעל מגבלות ואיזונים משמעותיים, שנועדו להחילו במקרים קיצוניים ונדירים, ונתייחס לטענות הפרטניות של העותרים, כפי שיפורט להלן.

ההגבלות הקיימות על הזכות לבחור ולהיבחר

73. הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר היא מהזכויות החשובות ביותר במדינה דמוקרטית ועל כך אין חולק. הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר מממשת את זכות הציבור להיות מיוצג באמצעות נציגו בבית הנבחרים, כשותף בשיח הפוליטי לעיצוב המדיניות. יחד עם זאת, כפי שעולה מסקירת המצב המשפטי הנוהג וכפי שנפסק לא אחת: **"כמובן, אין זו זכות מוחלטת, וככל זכות אחרת היא ניתנת להגבלה. עם זאת, ההגבלות המוטלות על זכות זו צריכות להיות מינימאליות, ועליהן להגן על אינטרסים חיוניים**

ביותר (קיום המדינה, אופיה הדמוקרטי, מניעת הסתה לגזענות) ". (בג"ץ 4364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 801 (1995)).

74. בשיטת הבחירות הנוהגת בישראל, על מנת שיחיד יוכל להתמודד לבחירות בכנסת עליו להקים רשימה או להיכלל ברשימה קיימת, ורק במסגרתה הוא יהיה בעל זכות להיבחר. בבואו להקים רשימה עליו לצלוח את סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992 (להלן: **חוק המפלגות**) הקובע סייגים לרישום מפלגה, כדלקמן:

"5. לא תירשם מפלגה אם יש במטרה ממטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחת מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (א2) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;
- (3) יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעולות בלתי חוקיות".

75. בנוסף, הכנסת קבעה בחוק יסוד: הכנסת מגבלות אישיות על מועמדים ואף על חברי כנסת מכהנים, במטרה לשמור על נורמות שלטוניות ועל אמון הציבור בנבחריהם. כך, סעיפים 7 ו-42 לחוק היסוד, אוסרים על הצגת מועמדות לכנסת תוך כדי כהונה במשרה בכירה במדינה או על כהונה כפולה בכנסת ובמשרה כזו, סעיף 6 מגביל את הזכות להיבחר בנסיבות של הרשעה בעבירה פלילית שיש עמה קלון, וסעיפים 42 ו-42ב קובעים הדחה והשעיה מהכנסת בשל הרשעה בעבירה פלילית שיש עמה קלון.

76. בצד המגבלות הנזכרות לעיל, קבעה הכנסת, בסעיף 7א לחוק היסוד, את זכותה של הדמוקרטיה להגן על עצמה מפני מי שמנסה לעשות שימוש בכלים הדמוקרטיים במטרה לשלול את קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית, להסית לגזענות או לתמוך במאבק מזוין נגד המדינה (השוו לסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965 הקובע הגבלות זהות אף בבחירות לרשויות מקומיות).

סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שכותרתו "מניעת השתתפות בבחירות", מורה כדלקמן:

"(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל.

(א1) לענין סעיף זה, יראו מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין בשבע השנים שקדמו למועד הגשת רשימת המועמדים כמי שיש במעשיו משום תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, כל עוד לא הוכיח אחרת.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

(ג) מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה.

(ד) פרטים לענין הדיון בוועדת הבחירות המרכזית ובבית המשפט העליון ולענין הצהרה לפי סעיף קטן (ג), ייקבעו בחוק".

77. ההגבלה מכוח סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, חלות על חברי הכנסת **אף בתקופת כהונתם**, זאת בהתאם לס' 7א(ג) לחוק היסוד הקובע כי **יכל מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה**" וסעיף 57(ט) לחוק הבחירות הקובע כי **בכתב ההסכמה שמגיש כל מועמד לוועדת הבחירות המרכזית, עליו להצהיר כי**

יאני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת".

78. לצד ההוראות האמורות, סעיף 1(א) לחוק החסינות, קובע כי "מעשה לרבות התבטאות, שאינם אקראיים" של חבר כנסת, הדומים לאלה הנכללים בעילות של סעיף 7א הנ"ל, "אין רואים אותם, לענין סעיף זה, כהבעת דעה או כמעשה הנעשים במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר הכנסת", ובהתאם לכך, לא תחול עליהם החסינות המהותית.

79. חובתו של חבר הכנסת לנהוג אף בתקופת כהונתו בהתאם למגבלות המצוינות בסעיף 7א לחוק היסוד מעוגנות אף בפסיקה, בהקשר זה יפים דבריו של כבוד השופט מלצר (בדעת הרוב) בא"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי (פורסם בנבו, 10.12.2015):

"מעבר לכל האמור לעיל רואה אני להדגיש כי גם מי שמועמדותו/ה – לא נפסלה ונבחרה לכנסת, עדיין מחוייב/בת להתנהל בעת כהונתו/ה בבית הנבחרים כך שלא תהיה גלישה מצידו/ה לאחת מעילות הפסלות, שאם לא כן ניתן יהיה לנקוט כנגדו/ה, במקרים המתאימים, באמצעים משמעותיים-אתיים (ראו: בג"צ זועבי) ואפילו פליליים, במידת הצורך והאפשר (עיינו: פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס בענין זועבי ופסקה 75 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור כאן), או לשלול את מועמדותו/ה בבחירות לכנסת הבאה".

80. מהסקירה לעיל עולה כי התיקון לא יצר מגבלה נוספת על הזכות להיבחר, ואין לראות בו שינוי משתמע של עקרון השוויון בבחירות, שכן מה שלא היה לגיטימי בעת הקמת מפלגה בהתאם לסעיף 5 לחוק המפלגות, אסור גם לפני הבחירות בהתאם למגבלות המהותיות הנכללות בסעיף 7א לחוק היסוד, אינו נכלל בחסינות המהותית של חברי כנסת אף לאחר היבחרם בהתאם לסעיף 1(א) לחוק החסינות, ואינו מעשה לגיטימי גם אחרי הבחירות.

81. בהתאם, התיקון, אשר מאפשר להפסיק כהונה של חבר כנסת בגין מעשה של הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין שביצע לאחר הבחירות לכנסת (סעיף 42א(ג)1 לחוק היסוד), כאשר פעולה זו היא בגדר פעולה אסורה בהתאם להגבלות הקבועות בדי על הזכות לבחור ולהיבחר כמפורט לעיל, ומהווה הפרה של התחייבותו של המועמד בטרם היבחרו לכנסת (מכוח סעיף 57(ט)1)) לחוק הבחירות), הוא בגדר מיצוי הדין עם חבר כנסת שהפר את דרישת החוק, הקובע מהן גבולות הזכות לבחור ולהיבחר, ולא הגבלה נוספת על זכות זו.

82. בהקשר זה יודגש כי התיקון אינו מונע מחבר כנסת שכהונתו הופסקה להתמודד בשנית בבחירות כלליות, כאשר ציבור הבוחרים מודע לפעולותיו, ורשאי להחליט לבחור בו בשנית (פסילת התמודדות דורשת הליך נוסף במסגרת סעיף 7א לחוק היסוד); התיקון נשען על אותם "כללי משחק" מהותיים שהגבילו את הזכות להיבחר קודם התיקון, ורק יצרו מנגנון אכיפה נוסף עבורם.

83. זאת ועוד, בשיטת הבחירות הנוהגת בישראל, בה רשימה שמורכבת ממספר מועמדים עומדת לבחירות, אין בתיקון שמאפשר להפסיק כהונה של חבר כנסת לאור התנהלות אישית פסולה שלו, שהתרחשה לאחר מועד הבחירות, כדי לפגוע בזכותה של הרשימה להיבחר.

84. יודגש, בשיטת הבחירות הנוהגת בישראל, לא נערכות בחירות ישירות לכל מושב בכנסת, אלא לרשימה של מועמדים. בהתאם, לאחר מועד הבחירות יכול מועמד שנבחר ברשימה לכנסת להפסיק את כהונתו

ממספר רב של סיבות, ואף אחת מהן אינה גוררת בחירות מחודשות. כך חבר הכנסת יכול להחליט וולונטארית להתפטר מהכנסת. כך במידה שחבר כנסת מורשע על ידי בית המשפט (סעיף 42 לחוק היסוד), או לחילופין מתמנה לתפקיד בכיר (סעיף 42 לחוק היסוד) הוא מחויב על פי חוק להפסיק את כהונתו. בכל המצבים הללו יכנס במקומו המועמד הבא בתור ברשימתו.

85. כהשלמה לטיעון זה יש להוסיף כי התיקון אינו משנה את חלוקת המנדטים בין הרשימות שמרכיבות את בית המחוקקים, ואינו מאפשר (בשונה מסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת) להדיח רשימה של חברי כנסת. במילים אחרות עצם פסילת מועמד בגין הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין, בניגוד לחובתו ערב הבחירות, אינו משנה את כוחה הפרלמנטארי של הרשימה כפי שבא לידי ביטוי בבחירות. בהתאם לכך, אף אין בהדחה משום הדרה של עמדה אידיאולוגית מסוימת מהזירה הפוליטית.

86. לאור כל האמור לעיל, לעמדה המשיבה יש לדחות את טענות העותרים כי התיקון משווה שינוי של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ופוגע בעקרון הדמוקרטי שהרכב הכנסת ייקבע בבחירות, ובזכות לבחור ולהיבחר.

התיקון אינו פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, ואינו גורם לאפקט של "צינון" של השיח הפוליטי

87. מכל הטעמים שפורטו לעיל, יש גם לדחות את הטענה שיש בתיקון כדי לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי או ליצור "אפקט מצנן" על השיח הפוליטי. כאמור, התיקון לא יצר מגבלה מהותית נוספת על הביטויים הפוליטיים האסורים על חברי הכנסת (ראו לעיל דבריו של היועץ המשפטי לכנסת "ברור שיש בעייתיות בכך שחברי כנסת, גם ברוב מיוחד, ידיחו או ישעו חברי כנסת אחרים על רקע אידיאולוגי. מצד שני, לא ניתן להתעלם מכך שהכנסת, בנובעה כרשות מכוונת, קבעה כי יש מגבלות אידיאולוגיות על הזכות לכהן בכנסת"). בנוסף הפרוצדורה שנדרשת להפסקת הכהונה של חבר כנסת מכהן, היא פרוצדורה מורכבת, יסודית ומתמשכת (יותר מזו הקיימת למשל בסעיף 7א לחוק היסוד) שמונעת בפני עצמה שימוש בלתי מבוקר של רוב מזדמן כלפי יריבים פוליטיים (בהקשר זה ראו לעיל סעיפים 27-23).

88. כמו כן, הדחתו של חבר כנסת מוגבלת על פי התיקון רק לשתיים מן העילות הקבועות בסעיף 7א(א) לחוק-יסוד: הכנסת – העילה שעניינה "הסתה לגזענות" והעילה שעניינה "תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל" (סעיף 42א(ג)(1) לחוק היסוד). אין כאן אפוא תמונת ראי מלאה למכלול העילות בסעיף 7א. ביסוד השמטת העילה הראשונה שעניינה "שליחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" נעוץ החשש, כפי שעולה מתיאור הליך החקיקה לעיל, כי מדובר בעילה עמומה יחסית, אשר דווקא פרשנותה עלולה אכן לעורר מחלוקות ערכיות שונות ואולי "אפקט מצנן" בין חברי הכנסת והכנסת תתקשה להפעילה, להבדיל משתי העילות האחרות, הקונקרטיות יותר (ראו בעניין זה את פסק דינו של השופט אנגלרד בדעת הרוב בעניין חה"כ טיבי).

89. בהקשר זה יודגש, כי ככל שבעקבות התיקון חברי הכנסת נמנעים מ-"הסתה לגזענות" או "תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל" התיקון אינו יוצר "אפקט מצנן" אלא מונע מחברי הכנסת לעבור על חובתם על פי חוק ועל ההתחייבות שעליה חתמו. "אפקט מצנן" גורם להימנעות מביטויים שהם נמצאים בתפר בין פעולות אסורות למותרות, אשר יש חשיבות רבה לאפשר לחברי הכנסת לבטא אותם, כחלק מהיותם נציגי ציבור, ומייצגים של ציבור בוחרים.

90. אולם, אם ממילא מועמדותו של חבר כנסת בבחירות הבאות עלולה להיחסם בגין ביצוע פעולות האסורות על פי התיקון, על פי החלטת ועדת הבחירות, בהתאם להוראות סעיף 7א לחוק היסוד, והוא אינו נהנה מחסינות מהותית בעניינם, לא נראה שיש בתיקון המאפשר לבחון את מעשיו במהלך כהונתו כדי ליצור "אפקט מצנן".

91. בנוסף, לעמדת המשיבה, מקומו המרכזי של בית המשפט הנכבד בהליך הדחתו של חבר כנסת מכהן, מקרינה על ה"אפקט המצנן" של התיקון.

92. בהתאם לתיקון, על ההחלטה להפסיק את חברותו של חבר כנסת, **רשאי הוא לערער בזכות לבית המשפט העליון**. הערעור **מובנה בהליך בחוק היסוד** (סעיף 42א(ג)(4) לחוק היסוד) ולשם השלמתו מושהית ההחלטה על הפסקת חברותו של חבר הכנסת למשך 14 ימים (סעיף 42א(ג)(3) לחוק היסוד). בנוסף, בחוק הכנסת נקבע כי הדיון בערעור בבית המשפט הנכבד ייעשה **בהרכב מורחב של 9 שופטים** (או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שיורה נשיא בית המשפט העליון) (סעיף 8א(ז) לחוק הכנסת וסעיף 64(ב1) לחוק הבחירות לכנסת).

93. נוכח זכויות היסוד החוקתיות כבודות המשקל בהן מדובר, יש להניח כי הביקורת השיפוטית במסגרת ערעור על החלטה מכוח התיקון הנדון, תבחן בצורה יסודית אם אכן יש הצדקה להפסיק את כהונתו של חבר כנסת מכהן במקרה הנידון.

אין שחר לטענת העותרים כי התיקון מהווה "פגיעה בעיקרון הפרדת הרשויות"

94. ראשית, גם במדינות נוספות מעוגנת אפשרות ההדחה (expulsion) של חבר פרלמנט בידי עמיתיו, בחוקה או במשפט המקובל באותה מדינה. כך למשל, **בארה"ב**, פסקה 5(2) לסעיף 1 **לחוקה האמריקאית** מעגנת את סמכות הסנאט ובית הנבחרים להעביר מכהונתו את אחד מחבריהן; בדומה, **בבריטניה**, המשפט המקובל (ה-common law) מעגן את סמכות הפרלמנט (House of Commons) להדיח חבר פרלמנט מכהן – ראו, Information Office, שניתן למצוא ב-

<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN06487/SN06487.pdf>; **בקנדה** לפי סעיף 18 ל-1867 Constitution Act (חלק **מהחוקה הקנדית**), לבית הנבחרים הפדראלי הקנדי הוענקו הסמכויות שמהן נהנה בית הנבחרים הבריטי. ואף **בפינלנד**, הפרלמנט מוסמך להדיח את אחד מחבריו (סעיף 28 **לחוקה של פינלנד**).

95. למרות שישנם הבדלים בין התיקון הנדון ובין סמכות ההדחה במדינות השונות (ראו בעניין זה סקירה משווה של תחום חקיקה ומחקר משפטי בלשכה המשפטית של הכנסת, נספח ע/5 לעתירה), ברי כי עצם מתן סמכות לחברי הכנסת להטיל את הסנקציה החמורה ביותר של הדחה מהכנסת, אינה חריגה וקיימת

בחוקות של דמוקרטיה מערבית אחרות, וכבר בכך יש כדי ללמד כי אין בכך כדי להוות פגיעה בהפרדת הרשויות.

96. שנית, **בידי הכנסת (או ועדותיה) נתונה שורה של סמכויות מעין-שיפוטיות** הקשורות בחברי הכנסת, אשר על אף פוטנציאל השפעתה על יכולת חברי הכנסת לייצג את עמדות בוחרים, אין בה משום "פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות" או משום חריגה כלשהי מהמבנה החוקתי-פרלמנטארי הנוהג בישראל, בניגוד לטענות העותרים.

97. כך, עוד לפני התיקון, היו נתונות בידי הכנסת (או ועדותיה) שורה של סמכויות מעין-שיפוטיות הקשורות בחברי הכנסת שעשויות להשפיע על יכולתם לייצג נאמנה את קהל בוחריהם, בכלל זה:

- הכנסת **רשאית** לקבוע כי תהיה לחבר הכנסת **חסינות בפני דין פלילי**, על יסוד שורה של עילות המחייבות דיון מעין-שיפוטי בוועדת הכנסת ואישור מליאת הכנסת (סעיפים 4(א) ו-13 לחוק החסינות);
- הכנסת **רשאית ליטול חסינות** אחרת או זכות יתר המוענקת לחבר הכנסת מכוח חוק החסינות בהליך מעין-שיפוטי בוועדת הכנסת ובאישור מליאת הכנסת (סעיף 13 לחוק החסינות);
- לוועדת האתיקה סמכות להטיל סנקציות שונות במישור האתי על חברי כנסת אשר הפרו את כללי האתיקה, או ביצעו מעשים שונים המפורטים בחוק (סעיף 13ד לחוק החסינות), שנועדו לשמור על כבוד הכנסת ועל אמון הציבור בה. במסגרת זו ניתן, בין היתר, להטיל סנקציות על חבר כנסת אשר התבטא בצורה שעלולה להתפרש כמעודדת אלימות כלפי אזרחים (ראו בג"ץ 6706/14 ח"כ חנין זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פס' 28 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 10.2.2015));
- הכנסת **רשאית לקבל החלטה בדבר שלילת שכר ותשלומים אחרים** (לרבות גמלאות) מחבר כנסת (או חבר כנסת לשעבר) אשר ביצע עבירה חמורה בעת ששימש כחבר כנסת ולא התייצב לחקירה, למשפט או לריצוי עונשו, וזאת בתום הליך מעין-שיפוטי בוועדת הכנסת ובאישור מליאת הכנסת (חוק שלילת תשלומים מחבר הכנסת ומחבר הכנסת לשעבר בשל עבירה, התשע"א-2011);
- ועדת הכנסת רשאית לקבוע, במסגרת הליך מעין-שיפוטי, כי **חבר כנסת פרש מסיעתו**, וזאת "לאחר שבדקה את העובדות הנוגעות לפרישתו" ולאחר שנתנה לו הזדמנות להשמיע את טענותיו, והדבר גורר סנקציות שונות, **בפרט על יכולתו להתמודד בבחירות לכנסת שלאחר מכן** (סעיף 61 לחוק הכנסת).

98. בהתאם, גם ההליך הקבוע בתיקון דנן, הוא הליך דו-שלבי הכולל חסמים פרוצדוראליים משמעותיים, בנוסף לערעור בזכות בפני בית המשפט הנכבד, אשר ככלל אינו נוהג לשבת כערכאה ראשונה. מדובר בהסדר מאוזן, הדומה באופיו לאופן שבו הכנסת מפעילה סמכויות "מעין שיפוטיות" אחרות, ועניינו באכיפת הגבלות מהותיות שקיימות ממילא כבר למעלה מ-30 שנה, ולפיכך אין לראות בו "שינוי של כללי המשחק הדמוקרטיים" הנהוגים במדינת ישראל.

99. בכל מקרה, בניגוד לטענות העותר, אין בהענקת הסמכות לכנסת להחליט בדבר הפסקת חברותו של חבר כנסת כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט הנכבד לבקר החלטה זו. אכן, בתיקון הנדון לא נקבע

כי החלטה בדבר הפסקת חברותו של חבר כנסת טעונה **אישור** של בית המשפט הנכבד, כמו שנקבע ביחס לפסילת מועמד מהתמודדות בבחירות על-ידי ועדת הבחירות המרכזית, אלא, בדומה להליך פסילת רשימה, הוענקה **זכות ערעור** על החלטת הכנסת. ואולם, חשוב להבחין כי בהסדר דנן, מדובר בהחלטה של **הרשות המחוקקת עצמה** ולא של גוף דוגמת ועדת הבחירות המרכזית. מעבר לכך, כאמור, נקבעו גם מנגנוני איזון נוספים, ובכלל זה דרישות לרוב מיוחס בכל שלבי ההליך, שכלל אינן קיימות כאשר מדובר בפסילת מועמד על-ידי ועדת הבחירות המרכזית. כזכור, לשם הגשת בקשה להפסקת חברותו של חבר כנסת נדרשת בקשה המוגשת על-ידי **70 חברי כנסת, מתוכם לפחות 10 מחברי האופוזיציה**; ההחלטה צריכה להתקבל **ברוב של 3/4** בוועדת הכנסת; ולשם אישורה הסופי נדרש רוב מיוחס של **90 חברי כנסת** במליאת הכנסת.

100. נוכח כל האמור, המשיבה תטען כי השילוב בין הדרישות המחמירות לרוב מיוחס בכל שלבי ההליך, ובין קביעת מנגנון מובנה של ערעור בזכות לבית המשפט הנכבד, מקיים את האיזון הנדרש בין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת בסוגיה רגישה זו. בהתאם לכך, יש לדחות את טענות העותרים כאילו יש בתיקון משום "ביטול הפרדת הרשויות" בישראל, או כי יש בו משום פגיעה ב"עקרונות היסוד" של המשטר בישראל, היכולה להצדיק התערבות **חסרת תקדים** בחקיקת יסוד של הכנסת.

טענת העותרים בדבר הפגיעה בזכות הייצוג של המיעוט הערבי במדינת ישראל

101. באשר לטענה כי "בהינתן העובדה שייצוג האוכלוסייה הערבית בישראל נעשה מתוך האופוזיציה, וזאת נוכח השתייכותם למיעוט חברתי ופוליטי, שהיסטורית מצויים באופוזיציה, יצא כי חלקם הארי של הנטלים שחוק ההדחה מטיל, ייפול על שכמם של מייצגי אוכלוסייה זו באופן שיגרום לפגיעה בייצוגה ובמייצגיה" (סי' 79 לעתירה)

102. עמדת המשיבה היא כי מדובר בטענה ספקולטיבית, חסרת ביסוס ובלתי בשלה. כפי שפורט לעיל בהרחבה הליך הפסקת כהונתו של חברת כנסת מכהן הוא רב שלבי, מתמשך ומתכתב עם ההגבלות הקיימות כיום על חברי הכנסת, בהתאם לעמדת המשיבה בחינת הפגיעה בזכות הייצוג של המיעוט הערבי חייבת להיות בכפוף למקרה קונקרטי (להמחשה, למרות שהדבר הובא בפני בית המשפט הנכבד במספר הזדמנויות, מעולם לא נפסל מועמד הנמנה עם הציבור הערבי בישראל מלהתמודד בבחירות על פי סעיף 7א לחוק היסוד).

סיכום

103. עד עתה בית המשפט הנכבד מעולם לא הכיר בתחולתה של דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" בישראל או באפשרות לעשות שימוש ב"עקרונות היסוד של השיטה" כבסיס להפעלת ביקורת חוקתית על חקיקת הכנסת, ובוודאי על **חקיקת יסוד** של הכנסת ב"כובעה" כרשות מכוננת. גם במקרים שבהם בית המשפט ציין שיתכן וקיימת אפשרות כי יעשה שימוש בסמכות זו, הוא חזר והדגיש כי הדבר ייעשה אך במקרה חריג וקיצוני, אשר "מוטב אם לא יתרחש לעולם" (עניין **התקציב הדו-שנתי**, פס' 34 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש) שבו חוק מבקש לפגוע ב"יסודות הבסיסיים" של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, ו"מזעזע את אמות הספים של המבנה הדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" (עניין **הפרטת בתי הסוהר**, בעמ' 655).


104. נוכח כל האמור לעיל, תטען המשיבה כי ההסדר הנדון, על המגבלות והאיזונים השונים שנקבעו במסגרתו, אינו יכול להצדיק התערבות שיפוטית בכלל, ובוודאי כאשר מדובר בהתערבות חסרת תקדים בחקיקת יסוד של הכנסת, שנחקקה ב"כובעה" כרשות מכוננת.

105. אשר על כן, נוכח כל האמור לעיל, עמדת המשיבה היא כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה, תוך חיוב העותרים בהוצאות המשיבה.

היום: ט"ו אייר, תשע"ז
11 מאי, 2017



צביאל גנן, עו"ד
ב"כ הכנסת



קרן דהרי – בן-נון, עו"ד
ב"כ הכנסת