

בהודעה על לבג"ץ הבהירה היועמ"ש שית אינה יוש לפסול את התיקון לחוק. לדבריה, תיקון חוק הנבצרות הוא מקרה קיצוני במיוחד של תופעת תיקוני חוק לצרכים פוליטיים נקודתיים, וזילות מסוכנת במעמד של חוקי יסוד. "מתעורר אפוא חשש כבד", כתבה היועמ"שית, "כי חוק היסוד תוקן כדי לאפשר לראש הממשלה לעסוק בצבר היוזמות לשינויים במערכת המשפט המכונה 'הרפורמה המשפטית'".

ולמרות טענותיה כנגד החוק, היועמ"שית אינה סבורה כי יש להוציא את נתניהו לנבצרות, ובשיחות סגורות אמרה כי "עצם הפרת הסדר ניגוד העניינים על ידי נתניהו לא מהווה הצדקה להוצאת נתניהו לנבצרות, כפי שכתב אישום על עבירת שוחד לא מהווה עילה להוצאתו לנבצרות". לדבריה, "דיון על נבצרות יהיה רלוונטי רק בתרחישי קיצון אם נתניהו ישתמש בכוחו השלטוני באופן ישיר כדי להשפיע על משפטו, לדוגמה כדי לאיים על עדים".

פסק דין מכריע

הדיון על חוק הנבצרות התקיים ביום חמישי שעבר בפני שלושה שופטים – הנשיאה אסתר חיות, המשנה לנשיאה עוזי פוגלמן והשופט יצחק עמית.

במהלך הדיון סיפק המשנה לנשיאת בית המשפט העליון השופט עוזי פוגלמן הצצה לעמדת בית המשפט בנוגע לשאלה העקרונית האם ביכולתו של בג"ץ לפסול חוק יסוד. לדבריו, בית המשפט מוסמך לבקר חוקי יסוד בהרכב מורחב. "מבחינת המשפט הפוזיטיבי, בית משפט מוסמך לבקר חוקי יסוד – גם אם מבקשים לשנות את זה". ואילו השופט יצחק עמית אמר: "בית המשפט מרסן את עצמו כשמדובר בחוקי יסוד, אבל הדחיפות וה'פלטסלינה' שעושים בהם, מאששים את הטענה שהייתב להיות ביקורת שיפוטית".

בתחילת השבוע הוציא בג"ץ צו על תנאי בו הודיע כי יקיים דיון מורחב בהרכב של 11 שופטים על חוק הנבצרות, כאשר השופטים הורו לכנסת לנמק מדוע לא להחיל את החוק רק מהכנסת הבאה כדי להימנע מהחשש שהוא פרסונלי. כלומר בג"ץ הולך לכיוון של אישור החוק רק מהכנסת הבאה, ומנטרל את אפקט החוק הפרסונלי על נתניהו. היינו, בג"ץ מנסה לא להתערב בחוק יסוד, אבל מראה שישנה אפשרות שהוא לא יחול כרגע.

אנקדוטה הזויה המראה על ניתוק מהמציאות נרשמה כאשר נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות אמרה בריון: "על זה שאנחנו לא יורדים למגרש הפוליטי חטפנו הרבה ביקורת, בכל פעם שפסקנו פסיקה שלא תואמת לעמדת צד אחד או אחר. אנחנו מתעקשים להיות א'פוליטיים".

בנוסף קבע בג"ץ דיון בהרכב חסר תקדים של 15 שופטים על העתירות כנגד ביטול עילת הסבירות ב־12 לספטמבר, היינו כחודש לפני יציאתה לגמלאות של הנשיאה חיות הפורשת ב־16 באוקטובר. לכל שופט שפורש יש שלושה חודשים לכתוב פסקי דין לאחר פרישתו, כך שפסק הדין יכול להינתן עד ינואר 2024. הבג"ץ לא עיכב את כניסת החוק לתוקף ולכן אין לחץ בהיבט זה, אולם ההיסטוריה מוכיחה שהפסיקה האחרונה ששופט מוציא תחת ידו היא משמעותית עבורו, בה הוא מבקש להותיר חותם בעולם המשפט, ולכן לרעת רבים תבקש חיות לקבוע בפסיקתה שניתן לבטל את צמצום עילת הסבירות למרות שמדובר בחוק יסוד.

...

ניסיון ההתערבות של בג"ץ בחוקי היסוד הביאו את ראשי הקואליציה לצאת כנגד הבג"ץ. בהודעה שהוציאו ראשי מפלגות הקואליציה כתבו: "אין לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד ואין לו סמכות לקבוע שחוק היסוד ייכנס לתוקף בתקופה מאוחרת. אין גם לאף בית משפט סמכות לבטל את



יניב רוזנאי, סופר למושפטים:
"בעבר, הכנסת חוקה כ־2.15 חוקי יסוד או תיקונים לחוק יסוד בשנה. ב־8 שנים האחרונות זינק מספר חוקי היסוד שנחקקו למוצע של 4.75 חוקים בשנה. עם השנים קלט הבג"ץ את הקונץ של שימוש יתר בחוקי יסוד והתחיל לטעון שיש בכך שימוש לרעה. נושא זה של שימוש לרעה בחוקי היסוד עלה כבר בשנת 95 בפסק בנק המזרחי המפורסם, בו אהרון ברק מתייחס לשאלה מה יקרה אם הכנסת תשתמש לרעה בחוקי היסוד, אך ברק לא נתן מענה לבעיה זו. בשנת 2017, בעתירה כנגד תקציב הרו שנת, בג"ץ נכנס לאירוע ואמר לכנסת: 'אתם לא יכולים לשנות את חוקי היסוד מתי שנוח לכם', היות ומדובר בשימוש לרעה שלא בתום לב. גם בממשלת האחדות נתניהו־רגנץ. כאשר הוגשה עתירה כנגד פשרת האזור לדחיית העברת תקציב המדינה, טען הבג"ץ יש כאן שימוש לרעה בחוקי היסוד, אך עדיין לא ביטל את החוק.

רוזנאי הוא מהקולות הבולטים כנגד הרפורמה המשפטית ואף היה שותף לדיונים בבית הנשיא על מתווה פשרה בנושא הרפורמה.

מזהיכן לזקח הבג"ץ את הסמכות לפסול חוקים שנחקקו על ידי המחוקק שהוא הכנסת?

"לפני 30 שנה הטילה הכנסת על עצמה מגבלות, כאשר חוקקה את חוק כבוד האדם וחירותו. דיינו הכנסת הגבילה את עצמה ואמרה שהיא לא יכולה לחוקק חוק שיש בו פגיעה בכויות אדם. מכוח מגבלה זו פסל בית המשפט מאז 23 חוקים מתוך כ־4000 חוקים שעברו בכנסת".

אם הכנסת הטילה הגבלה על עצמה, מדוע אהרון ברק בינה את זה מהפיכה חוקתית?

"הביטוי מהפיכה חוקתית נבע מכך שיש כאן שינוי מהפכני בחוקי מדינת ישראל. זאת לא הפיכה שבית המשפט עשה, אלא הכנסת חוקקה חוק שהוא מהפכני. עד לחוק כבוד האדם וחירותו לא היו מגבלות על חוקי הכנסת, ומאז ישנן מגבלות, אותן כינה ברק 'מהפכה חוקתית' – לא שלו אלא של הכנסת".

מזהם חוקי יסוד?
"עם קום המדינה ביקשה הכנסת הראשונה בשבתה כאספה מכוננת לקבוע חוקה למדינת ישראל, אולם



הכנסת לא הגיעה או להסכמה על חוקה, ובמקומה קבעו שעם השנים תחוקק הכנסת חוקים שיצמדו במקום חוקה. אם כך, הסמכות לחוקק חוקי יסוד היא מכוח האסיפה המכוננת של אז. זאת אומרת שלכנסת יש שני תפקידים: לחוקק חוקים רגילים ולכתוב פרקים בחוקה מכוח האספה המכוננת".

מה השתנה בשנים האחרונות?
"עד לאחרונה, כדי לחוקק חוק יסוד היה די לכתוב על החוק בכותרתו שהוא חוק יסוד. בממוצע, הכנסת חוקקה כ־2.15 חוקי יסוד או תיקונים לחוק יסוד בשנה. ב־8 שנים האחרונות זינק מספר חוקי היסוד שנחקקו למוצע של 4.75 חוקים בשנה. הכנסת למדה את הפטנט שכדי שבג"ץ לא יפסול את החוק היא קוראת לו חוק יסוד.

"עם השנים קלט הבג"ץ את הקונץ של שימוש יתר בחוקי יסוד והתחיל לטעון שיש בכך שימוש לרעה. נושא זה של שימוש לרעה בחוקי היסוד עלה כבר בשנת 95 בפסק בנק המזרחי המפורסם, בו אהרון ברק מתייחס לשאלה מה יקרה אם הכנסת תשתמש לרעה בחוקי היסוד, אך ברק לא נתן מענה לבעיה זו. בשנת 2017, בעתירה כנגד תקציב הרו שנת, בג"ץ נכנס לאירוע ואמר לכנסת: 'אתם לא יכולים לשנות את חוקי היסוד מתי שנוח לכם', היות ומדובר בשימוש לרעה שלא בתום לב. גם בממשלת האחדות נתניהו־רגנץ. כאשר הוגשה עתירה כנגד פשרת האזור לדחיית העברת תקציב המדינה, טען הבג"ץ יש כאן שימוש לרעה בחוקי היסוד, אך עדיין לא ביטל את החוק.

"בנידון שלפנינו, בתיקון לחוק הנבצרות שנתפר למידותיו של ראש הממשלה, לכולם היה ברור שהחוק מדבר על נבצרות רפואית ופזיזית, אולם מחשש שמא יוציאו את נתניהו לנבצרות, הקואליציה תיקנה את החוק והכניסה מנגנון שמקשה עד בלתי אפשרי להוציא ראש ממשלה לנבצרות. מדובר במנגנון חוקי מורכב שלא מתאים לשיטת הממשל בישראל. רק לאחרונה נכנס נתניהו לגיתוח, ולמעשה לא הוכרו קודם לכן על ידי עצמו או על ידי ועדת הכנסת כנבצר, ושלא כחוראת תיקון החוק שהעבירו".

סבירות תמורת הקפאה

האם יש לבג"ץ סמכות לבטל חוקי יסוד?
"ביהמ"ש קבע בחוק הלאום, שהכנסת לא יכולה לשלול את מאפייני הליבה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אבל לא הכריע האם יש לו סמכות לפסול חוק יסוד.

"מאידך, חוק השפיטה נותן לבג"ץ סמכות לדרון בכל עניין שהוא רואה בו צורך לתת סעד למען הצדק. כתוב מפורש בחוק שיש סמכות לבג"ץ לתת צווים לרשויות המדינה. בנוסף יש לבג"ץ סמכות לוודא שהכנסת לא חורגת מסמכותה. בנוסף החוק נותן לביהמ"ש סמכות לבדוק מה הנורמה המשפטית המונחת לפניו.

"לרעתי, אין כזה דבר שחוקיקת חוקי יסוד בלתי ניתנת לשיפוט. תיקונים לחוקה לא יכולים לשלול את ערכי היסוד של המדינה".

"מה הסכנה הגדולה לדמוקרטיה בביטול עילת הכבירות?

"הסכנה הגדולה היא שבפעם הראשונה המחוקק מגביל את שיקול הרעת של בית המשפט. אם הממשלה הייתה מחזירה את הסבירות לימים שטרם אהרון ברק ניהא, אבל הם לא חזרו לימים ההם, אלא ביטלו לגמרי את העילה.

"עילת הסבירות כיום היא הכלי העיקרי בו הרשות השופטת משתמשת כמעט בכל דבר לבידור מהם השיקולים שעמדו לפני ההחלטה. שאר העילות הן הרבה יותר מורכבות, למשל אם שר קובע משהו מטעמים פוליטיים והוא מוכר לציבור סיבה אחרת למעשיו, כדי להוכיח שההחלטה נובעת משיקולים זרים צריך הוכחה. אבל בעילת הסבירות, ביהמ"ש