

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**

בג"ץ 5744/16
בג"ץ 10214/16
קבוע ליום 21.11.17
בפני הרכב מורחב בראשות הנשיאה א' חיות

עו"ד שחר בן מאיר
מרח' אבא הלל 12 רמת גן
טל': 03-6127878 ; פקס: 03-6127979

העותר בבג"ץ 5744/16

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

באמצעות ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או פאדי ח'ורי ו/או מונא
חדאד ו/או סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או מאיסאנה
מוראני ו/או מוחמד בסאם

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140;
דוא"ל: muna@adalah.org

וכן באמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75 תל אביב 6515417
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165; דוא"ל: gil@acri.org.il

העותרים בבג"ץ 10214/16

נגד

1. הכנסת
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, משכן בן גוריון, ירושלים 9195016
טל: 02-6408636; פקס: 02-67534995
2. היועץ המשפטי לממשלה
באמצעות מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה
רח' צלח-א-אדין 29, ירושלים 91010
טל: 02-6466521; פקס: 02-6467011

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרים בבג"ץ 10214/16

העותרים בבג"ץ 10214/16 מתכבדים להגיש בזאת עיקרי הטיעון מטעמם כדלקמן:

1. העתירה על כל חלקיה מהווה חלק בלתי נפרד מעיקרי טיעון אלה ואין בעיקרי טיעון אלה בכדי לגרוע או לצמצם את הטיעונים אשר הועלו על ידי העותרים בעתירה מטעמים. מטרתם של עיקרי הטיעון היא להגיב בקצרה על הטיעונים העיקריים של המשיבים ולהרחיב בנושא דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.
2. בעתירתם מבקשים העותרים כי בית המשפט יורה על בטלותו של סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת, אשר נחקק במסגרת חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) והמקנה לחברי הכנסת סמכות להדיח חבר כנסת (להלן: "**חוק ההדחה**" ו/או "**התיקון**").
3. עתירתם של העותרים עמדה על שני טיעונים מרכזיים. הטיעון הראשון הוא שהתיקון לחוק יסוד: הכנסת אינו תקף משום שהוא נחקק בניגוד לסעיפים 4 ו-64 של חוק יסוד: הכנסת. הטיעון השני הוא כי תכליתו של חוק ההדחה מתנגשת עם עקרונות היסוד באופן קיצוני ביותר וכי הכנסת השתמשה לרעה בסמכותה המכוננת. העותרים פירטו בעתירתם את עקרונות היסוד וזכויות היסוד החוקתיים שחוק ההדחה משנה ופוגע בהם: העיקרון לפיו הרכב הכנסת ייקבע בבחירות (פיסקה 60 לעתירה); הזכות החוקתית לבחור ולהיבחר (פיסקאות 69-62); הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי (פיסקאות 70-73); הפגיעה בזכות לשוויון וזכות הייצוג של המיעוט הערבי (פיסקאות 83-74), הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות (פיסקאות 90-84). פגיעות חמורות אלה מחייבות התערבות שיפוטית המובילה להכרזה כי מדובר בתיקון לא חוקתי.

טענת הבשלות

4. ראשית כל יודגש, כי היועץ המשפטי לממשלה (המשיב מס' 2) מסכים בעיקרי הטיעון מטעמו כי העתירה הינה בשלה באשר לרוב הנדרש לתיקון כפי שצוין על ידו בפיסקה סעיף 16 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה. ואולם הוא טוען להעדר בשלות העתירה אודות הטיעון השני של העתירה, שלפיו בית המשפט מתבקש להתערב ולקבוע כי התיקון הנדון הינו גם בלתי חוקתי. מנגד, הכנסת בתגובתה המקדמית טוענת כי העתירה לא בשלה לגבי שני טיעונים.
5. עמדת המשיבים לפיה לא יהיה ניתן לדון באי חוקתיות התיקון קודם ליישומו והחלתו על מקרה קונקרטי הינה עמדה קיצונית ביותר הפוגעת בזכות העמידה וזכות הגישה לערכאות. לפי עמדה זו, אין משמעות לשאלה האם התיקון פוגע בזכויות חוקתיות ובעקרונות יסוד, האם התיקון מייצר אפקט מצנן, והאם קיימת אי בהירות ביחס לתיקון המונע דיון בשאלות המשפטיות שמעלה התיקון; די בעצם אי יישומו המלא על מקרה קונקרטי בכדי לדחות את העתירה מטעם העדר בשלות. אין לקבל עמדה זו. המשיבים עצמם אינם טוענים כי התיקון הנדון כולל הוראות לא ברורות ועמומות המחייבות המתנה למקרה קונקרטי כמו שהיה, למשל, בעניין "חוק הנכבה" ששם המונח: "ציון יום העצמאות כיום אבל" לא היה ברור (בג"ץ 3492/11 **בוגרי התיכון ערבי האורתודוקסי נ' שר האוצר** (מיום 5.1.2012)). המשיבים גם לא טוענים שיש הוראות סותרות בחוק המחייבות המתנה ליישום פרטני, בדומה לעמדת הרוב בעניין ועדות הקבלה (בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (מיום 17.9.2014)) (להלן: "**עניין ועדות הקבלה**"). מבחינת המשיבים מעצם העובדה שהתיקון טרם יושם, אין מקום להתערבות שיפוטית.

6. העותרים פירטו בעתירתם חמישה טעמים מרכזיים שמצדיקים את הדיון בעתירה (פסקאות 14-16 לעתירה): התיקון נחקק בניגוד לתנאים הפרוצדורליים המעוגנים בסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת, ומכאן העתירה בשלה משום שהושלמה חקיקת החוק הנדון; מדובר בסוגיה משפטית אשר אינה מצריכה תשתית עובדתית קונקרטית, שכן השאלות המשפטיות הינן ברורות דיין. מדובר בתיקון המשנה את כללי השיטה הדמוקרטית, פוגע בעקרונות יסוד וזכויות חוקתיות ראשונות במעלתן, ומשנה משמעותית את המצב אשר היה קיים בטרם חקיקתו של חוק ההדחה. המדובר ביצירת מנגנון פוליטי בעל משמעות רבות שכתוצאה מיצירתו מתעוררת "שאלה משפטית בעיקרה, ולצורך מענה עליה אין בית המשפט נדרש למסכת עובדתית מפורשת" (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 12.3.2015) (להלן: "**עניין גוטמן**")). זאת ועוד, כבר נקבע כי חובה לדון בחוקתיותו של חוק אף בטרם יושם בקיומו של אפקט מצנן, אפקט הקיים בצורה מובהקת בעניינה של עתירה זו וכפי שנקבע, "הכוונה היא למצבים בה הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרום להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם. במקרים כאלה, עצם קיומה של הסמכות בחוק עשוי לפגוע בזכויות חוקתיות, ולפיכך, ביקורתו של בית המשפט נדרשת אף טרם יושם החוק (עניין **ועדות הקבלה**, בפס' 16). לעניין זה העותר 1, ח"כ ג'בארין, הצביע בתצהירו על אפקט מצנן כלפי פעילותו הפוליטית כנבחר ציבור.

7. העותרים עוד הדגישו כי דווקא כאשר מדובר בתיקון חוקה הנוגע לעקרונות יסוד, הדבר מחייב דיון בהוראות אלה מאחורי "מסך בערות" ולא להמתין למקרה קונקרטי ספציפי. דווקא בחינת תיקון חוקתי על רקע מקרה קונקרטי הינה בעייתית ביותר שכן נסיבות המקרה הקונקרטי ישפיעו לרעה על האפשרות לקיים דיון ברמת ההפשטה הנדרשת לבחינת תיקון חוקתי, שאמור לשקף עקרונות יסוד. זאת ועוד, ההסדר החדש נשוא העתירה המאפשר **משפט עמיתים** בו חברי הכנסת הם השופטים והגוזרים דינם של יריביהם הפוליטיים אינו חוקתי על פניו ומשכך אין ליישמו או להתחיל ביישומו. דווקא יישומו יוביל כשלעצמו לפגיעה קשה בזכות להליך הוגן ולזכות להישפט בידי גורם ניטרלי וחסר פניות. מכל מקום, הפגיעה הכרוכה בסמכות להדיח חבר כנסת נבחר הינה מסוג הפגיעות אשר "מצדיק התערבותו של בית המשפט עוד בשלב שלפני ההכרעה" (בג"ץ 3492/11 בוגרי התיכון ערבי האורתודוקסי נ' שר האוצר (מיום 5.1.2012), בפסקה 31 לפסק דינה של השופטת נאור).

התיקון הנדרש לא עומד בדרישות השריון הקבועות בסעיף 4 ו-46 לחוק יסוד הכנסת

8. העותרים טענו בעתירתם כי חוק ההדחה, המאפשר לחברי כנסת להדיח חברי כנסת, משנה מעקרונות היסוד הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד: הכנסת ועל כן היה חייב לעבור ברוב של חברי הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית בהתאם לקבוע בסעיפים 4 ו-46 לחוק היסוד. בענייננו, התיקון עבר בקריאה ראשונה ברוב של 59 תומכים בלבד מול 52 מתנגדים, ומשכך, חוק ההדחה בטל. העותרים הדגישו כי חוק ההדחה משנה כליל את "כללי המשחק" של ההליך הדמוקרטי ואת שיטת הבחירות הקבועה בסעיף 4 לחוק היסוד, מהטעמים להלן: הוא משנה את העיקרון לפיו הרכב הכנסת נקבע בבחירות ולא על ידי פוליטיקאים; הוא משנה את העיקרון לפיו הכנסת תיבחר בבחירות כלליות; והוא משנה את עקרון השוויון בשיטת הבחירות. יצוין כי סעיף 46 מתייחס לשינוי "במפורש או במשתמע".

9. טענת המשיבים לפיה הוראות סעיף 4 לחוק היסוד חלות אך ורק על רגע ביצוע הבחירות וההתמודדות בבחירות ולא לאחר קיום הבחירות, הינה תפיסה צרה של "קול אחד לכל אחד" אשר נשללה בפסיקת בית המשפט הנכבד. כבר בפסק הדין בעניין **ברגמן** קבע השופט לנדוי בבירור כי "**אין אנו מקבלים את הטענה שסעיף 4 של חוק היסוד קובע רק הוראות טכניות ביחס לביצוע הבחירות**" (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969) (להלן: "**עניין ברגמן**")). השופט לנדוי הסביר בפרוטרוט כי באם הייתה כוונת המחוקק מתייחסת אך ורק לביצוע הבחירות או לרגע ההתמודדות ההוראה הייתה מורה כי הבחירות יתקיימו לפי עקרון "לכל אחד קול אחד" אך ההוראה הינה מקיפה יותר והיא מתייחסת לבחירות כלליות ושוות המקיימות את הוראות הסעיפים 5, 6 לחוק יסוד: הכנסת בדבר הזכות לבחור והזכות להיבחר, ולכן הפסיקה העקבית בנושא זה קבעה כי כל שינוי בשיטת הבחירות, במפורש או במשתמע, חייב לקיים את תנאי סעיף 46 לחוק היסוד.

10. פסיקת בית המשפט הנכבד שללה בבירור גם את הטענות ששינויים בדיעבד שיובילו לפגיעה אינם נופלים תחת האצטלה של עקרון השוויון בבחירות. כך למשל, נקבע כי שוויון בסיכויים אינו נעצר רק בעת ההתמודדות בבחירות אלא הוא מייצר ציפייה שהרשימה לא תיפגע גם לאחר הבחירות וכי שינוי בציפיות של הבוחרים והנבחרים לאחר הבחירות היא בגדר שינוי ב"כללי המשחק". בבג"ץ 2060/91 **כהן נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מו(4) 319 (1992) דחה בית המשפט הנכבד את הטענה כי השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת חל אך ורק על שוויון בסיכויים במועד ההתמודדות ולא חל לאחר מכן (שם, בעמ' 329-328; ור' גם בג"ץ 141/82 **ח"כ רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לו(3) 141, 152 (1983) (להלן: "**עניין רובינשטיין**")).

עמדת המדינה אף אינה קוהרנטית, שכן גם לעמדתה התיקון משנה את שיטת הבחירות כי "במקרה בו ייושם התיקון ותופסק כהונתו של חבר כנסת מכהן, יהיה בכך כדי לשנות את הרכב הכנסת בפועל" (סעיף 34 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה). המדינה אף מודה בפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר אך לגישה "בענייננו, על מנת לצמצם את הפגיעות בזכויות, קובע התיקון מנגנון המצמצם את אפשרות יישומו למקרים חריגים בלבד" (סעיף 35 לעיקרי הטיעון מטעם המדינה). אם כך הרי שללא קשר לחוקתיות התיקון, ברור שהתיקון צריך היה לעבור ברוב חברי הכנסת ולא ברוב רגיל.

11. ודוק: בניגוד לטענותיהם של המשיבים, היום אין מחלוקת בפסיקה העליונה כי עקרונות סעיף 4 לחוק היסוד חלים הן על רשימות והן על מועמדים יחידים באופן זהה (ראו ע"ב 92/03 **מופז נ' ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003)). למותר לציין כי כל פסיקת בית המשפט הנכבד הדנה בפסילת מועמדים מכוח סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מדגישה כי הזכות לבחור ולהיבחר שבחוק יסוד: הכנסת חלה הן על מועמדים והן על רשימות באופן אחיד ושווה.

12. יתרה מזאת, המשיבים טוענים דבר והיפוכו. מצד אחד, הם מבקשים לנתק כל קשר בין חוק ההדחה לבין סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת (ר' לדוגמא סעיף 55 לתגובת הכנסת וסעיף 35 לתגובת המדינה). מהצד השני, הם מבקשים לראות בו כהמשכו של סעיף 7א לחוק היסוד, הנוגע לליבה של הזכות לבחור ולהיבחר ולעקרונות הכלליות והשוויוניות של הבחירות, ואשר כדברי השופט שמגר בפרשת **ניימן** עבר ברוב מיוחד מתוך הכרה כי הוא משנה מעקרונות יסוד אלה הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד (ראו פסקה 98 לכתב העתירה). מצד אחד, המשיבים מבקשים לטעון כי "התיקון אינו עוסק בתקופת הבחירות או בהגבלות על זכות הבחירה של יחיד או רשימה לכנסת (כפי שקיים בסעיף 7א לחוק היסוד שחוקק ברוב הדרוש בשלוש קריאות)" (סעיף 53 תגובת הכנסת, ור' סעיף 31 לתגובת המדינה). מהצד

השני הם מכירים בכך שהתיקון וסעיף 7א חולקים את אותם העקרונות ובעלי השפעה על הזכות לבחור ולהיבחר: "התיקון נשען על אותם 'כללי משחק' מהותיים שהגבילו את הזכות להיבחר קודם התיקון, ורק יצרו מנגנון אכיפה נוסף עבורם" (סעיפים 52 ו-82 לתגובת הכנסת). אם כן, ומשמדובר בסעיפים המבוססים על אותם עקרונות, המשיבים נכשלים בלספק כל הסבר מדוע סעיף 7א לחוק היסוד אכן נדרש לעבור ברוב של 61 תומכים בעוד שחוק ההדחה, המשנה אף הוא את "כללי המשחק" ועקרונות השיטה, לא נדרש לרוב מיוחד זה.

13. מכל האמור, מדובר במקרה מובהק שבו חייב התיקון לעמוד בהוראת השריון, ומשלא הושג הרוב הנדרש, התיקון בטל.

פסילתו של החוק בהיותו בלתי חוקתי

התכליות והצידוקים הנטענים על ידי המשיבים

14. המשיבים מציגים שתי תכליות שונות לצורך הצדקת חקיקתו של חוק ההדחה. התכלית הראשונה הוצגה על ידי המדינה והיא נשענת על עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת". התכלית השנייה הוצגה על ידי הכנסת אשר לגישתה התיקון מהווה המשכו של סעיף 7א לחוק היסוד או "תמונת הראי" שלו, וחלק מהצהרת האמונים של חבר כנסת (סעיף 57 ו-80 לתגובת הכנסת).

15. יש לדחות את התכלית של דמוקרטיה מתגוננת. הרעיון מאחורי הדוקטרינה של הדמוקרטיה המתגוננת הוא כי "דמוקרטיה רשאית להגן על עצמה מפני כוחות לא דמוקרטיים המבקשים לעשות שימוש בדרכים דמוקרטיות לשם שלילת הדמוקרטיה" (ר' רע"א 7504/95 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ"ד נ(2) 45 (1996)). הרעיון הזה מקורו בגרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה שלפיו הדמוקרטיה חייבת להגן על עצמה מפני "המקרה הפשיסטי" לפיו כוחות פוליטיים עלולים להוות רוב בפרלמנט כתוצאה מכניסתם על בסיס בחירות דמוקרטיות כדי לאחר מכן להכריז על מקרה חירום, לפגוע בהפרדת הרשויות, עצמאות השפיטה, עיקרון ריבוי המפלגות ובמעמד של מיעוטים אתניים (ראו בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) (להלן: "**עניין טיבי**") עמ' 15, וראו מרדכי קרמניצר **פסילת רשימות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005)).

16. חוק ההדחה לא יאפשר את הדחתו של חבר כנסת העונה על "המקרה הפשיסטי" (למשל – מסנגר להכרזה על משטר חירום, פגיעה בעצמאות השפיטה, בהפרדת הרשויות או פגיעה בבחירות בהיותן בחירות כלליות ושוות). לעומת זאת הוא כן יאפשר להדיח חבר כנסת אך ורק בגלל מעשה בודד, ואף התבטאות, שלפי פרשנותם הפוליטית והסובייקטיבית של רוב חברי הכנסת מבטא תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור, כאשר המשפט הפלילי יכול לתת מענה למקרה חריג כזה. גם אם יתגלה מקרה חריג כזה של חבר כנסת התומך במאבק מזוין נגד המדינה לא יהיה בכך איום על הדמוקרטיה. הדמוקרטיה מאוימת ממי שיש סכנה ממשית שיצבור כוח ויהפוך לרוב באופן דמוקרטי כדי לפגוע בדמוקרטיה. חוק ההדחה נבנה כך שאין סיכוי של ממש להדיח באמצעותו גורם רב השפעה אלא רק את מי שהוא מיעוט מבודד וחסר כוח פוליטי משמעותי.

17. יש לדחות את התכלית השנייה. כפי שנכתב בתגובת הכנסת, באחת מהצעות החוק המקוריות נכללה רק עילת התמיכה במאבק מזוין. היועץ המשפטי לכנסת ציין כי הצעה כזו "היא בעייתית ביותר... 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 עילות אחרות" (סעיף 15 לתגובת הכנסת). אם כך, נשאלת השאלה מדוע לא נכללה גם ההתניה בדבר "מדינה יהודית ודמוקרטית"? תשובת המשיבים היא שעילה זו היא עמומה. אך הפסיקה קבעה בפירוש מהם הגרעינים המינימליים המכוננים את הערכים של המדינה כיהודית ודמוקרטית (עניין טיבי, עמ' 19). אם עילת "מדינה יהודית ודמוקרטית" הינה עמומה, הרי שהטענה שהחוק הנדון הינו משלים לסעיף 7א(א) הינה מעיקרה בעייתית כי היא נשענת על חקיקה עמומה שלא מקיימת את עקרון שלטון החוק.

18. יודגש כי העותרים אינם טוענים כי הוספת כל עילות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת עושה את החוק לחוקתי ולמידתי יותר, אלא הם מבקשים להצביע על העדר העקביות בטיעוני המשיבים המוביל למסקנה כי המטרה של החוק הינה נפסדת, שרירותית בהיותה פוליטית גרידא, פרסונאלית, ומתמקדת בחברי הכנסת הערבים. שכן, לפי חוק ההדחה, ניתן לפי שיקול דעתו המוחלט של הרוב בכנסת להדיח חבר כנסת ערבי בטענה כי הוא השתתף במחאה פוליטית נגד הכיבוש, פעל להשיב גופות או סירב להשתמש במונח "טרוריסטים". זאת בעוד שחבר כנסת הפועל לכינון מדינת הלכה או חבר כנסת העונה על "המקרה הפשיסטי" יהיו כשירים להמשך כהונה.

19. העובדה שחברי הכנסת סברו כי מועמד שהצהיר אמונים יכול לפעול נגד קיומה של המדינה כמדינה דמוקרטית, למשל, אך לא לתמוך במאבק מזוין נגד המדינה מעידה כשלעצמה על השרירות וההפליה שהחוק הנדון מייצר (על תכליות לא עקביות והמייצרות מצב שרירותי ומפלה ראו בג"ץ 8300/02 **גדבאן נסר נ' ממשלת ישראל** (פורסם במאגריס, 22.5.2012)), והיא מחזקת את טיעוני העותרים שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה כרשות מכוננת כדי לפגוע בחברי הכנסת הערבים, ולא דאגה לעקרונות חוקתיים מאחורי "מסך הבערות".

20. זאת ועוד, יש לדחות גם את התכלית לגופה בשל ההבדל המהותי בין פסילה מוגבלת בזמן של מועמד לפני הבחירות באישור בית המשפט לבין הדחה המתאפשרת בכל רגע נתון של נבחר ציבור בידי יריביו הפוליטיים ללא מעורבות של גורם שיפוטי ניטראלי (ר' סעיפים 7 ו-67 לעתירה). חוק ההדחה חמור ופוגעני מסעיף 7א ומחייב הצדקה מיוחדת ולא די בכך שהוא המשכו של סעיף 7א.

התערבות שיפוטית בתיקוני חוקי יסוד

21. בנוסף לתכליתו הפסולה של החוק כפי שפורטו לעיל, העותרים הדגישו בעתירתם כי חוק ההדחה הינו בלתי חוקתי באופן קיצוני המחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד גם באם מדובר בתיקון לחוק יסוד (סעיפים 107-123). העותרים פירטו את העקרונות וזכויות היסוד הנפגעים בצורה חמורה והמחייבים את ביטולו של התיקון (סעיפים 90-59 לעתירה). העותרים הדגישו את העובדה שחוק ההדחה מאפשר לרוב לשנות בדיעבד את הרכב הרשימה שהתמודדה בבחירות ואת חברי הכנסת אשר נבחרו לייצג את הבוחרים בכנסת; הוא פוגע בזכותם של אזרחים לבחור מועמדים שייצגו אותם ובכך

פוגע בעקרון הציפיות בבחירות; הוא פוגע בזכותו של הנבחר על ידי הדחתו מהכנסת, כאשר פגיעה זו הינה חמורה ביותר שכן היא נעשית לפי רצונם של חברי כנסת אחרים, משיקוליהם הפוליטיים והאידיאולוגיים, שלא מרצונו וללא שהתנהל משפט כנגדו (סעיפים 8-12 ו-17-48).

22. מדובר במקרה שבו התערבותו של בית המשפט מתחייבת שכן מדובר בפגיעה בכל המאפיינים הגרעיניים המינימאליים המאפיינים את "ערכי המדינה כדמוקרטיה". מאפיינים אלה הוגדרו על ידי הנשיא ברק בעניין **טיבי**: הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית.

23. המקרה הנדון פוגע בכל המרכיבים של הגרעינים המינימליים הנ"ל: הדחת חבר כנסת על ידי הכנסת פוגעת בריבונותם של האזרחים המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות, פוגעת בגרעין של זכויות האדם, בכבוד ושוויון ובהפרדת הרשויות המתבטאת בקיומו של משפט העמיתים בכנסת.

24. בית המשפט הנכבד הצדיק בעבר, למשל – בפרשת **בנק המזרחי**, שימוש בגרעינים המינימליים האלה לצורך ביקורת שיפוטית על חקיקה, גם בהעדר קיומה של הוראה מפורשת בחוקי היסוד. בפרשת **בר-און** שהעתירה התייחסה אליה (פיסקה 109) ציינה כב' השופטת נאור כי מאחר ותיקון חוק היסוד אינו נוגע לזכויות אדם, לא היה מקום להתערבות והנשיאה השופטת ביניש ציינה:

"אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין **בר-און**, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

25. למען שלמות התמונה, העותרים מצרפים לעיקרי הטענות סקירה רוחבית קצרה המציגה את התפתחותה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בהתבסס על ספרו של ד"ר יניב רוזנאי, תוך התמקדות במדינות בהן הוכרה סמכותה של הרשות השופטת לבטל נורמות חוקתיות מתוקף מגבלות משתמעות על סמכות התיקון החוקתי הנובעים מעקרונות יסוד על-חוקתיים הרלבנטיים אף במשפט הישראלי.

== סקירה מהמשפט המשווה על התפתחות דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי מצורפת ומסומנת כנספת א.

26. בנוסף לטענה שהתיקון אינו חוקתי, הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת, ודי בכך כדי לפסול התיקון. כתב העתירה מצביע בפרוטרוט בחלק העובדתי על הרקע הפוליטי שהוביל לחקיקת חוק ההדחה. רקע זה מצביע בבירור כי הסמכות המכוננת לא הופעלה לשם צורך חוקתי מופשט המבקש לבסס עקרון חוקתי חדש הנותן משקל ראוי לזכויות חוקתיות, והוא לא חוקק מאחורי "מסך הבערות" אלא מתוך מניע פוליטי צר ופרסונאלי, שביקש להתמקד בחברי הכנסת מטעם מפלגת בל"ד ולאפשר את סילוקם מהכנסת.

27. כמו כן, ומדברי הכנסת וכפי שפירטו העותרים עולה בבירור כי אחת מתכליותיו של החוק היא להתגבר על הצורך להתבסס על ראיות ועל שיפוט אובייקטיבי הנדרש בהדחה של מי שהורשע בפלילים

מחד גיסא, ובהליכים מכוח סעיף 7א מאידך גיסא. חברי הכנסת אמרו בריש גלי כי המטרה שלהם היא לנטרל את השפעתו של בית המשפט העליון, שכן חורה להם שבית המשפט בהליכים מכוח סעיף 7א בוחן ראיות ולא השקפות, ואף מעביר ביקורת על הפוליטיזציה שפשתה בהליכים מכוח סעיף 7א, וכי הם, חברי הכנסת, מעוניינים לבצע משפט עמיתים בו הם התובעים, השופטים והתליינים. כמו כן, דברי הכנסת מצביעים כי תכלית נוספת היא להפר את מאזן הכוחות בין הרוב למיעוט באמצעות ניפוף מתמיד ב-"שוט" נגד חברי הכנסת הערבים.

28. שימוש של הרוב בסמכות המכוננת למען קידום אינטרס פוליטי צר נגד קבוצה מסוימת, וכדי להשתיק יריבים פוליטיים ולגרום להם לחשוש לפעול בחופשיות לייצוג נבחריהם תוך מתן כוח אדיר לכנסת ללא התחשבות בעקרון הפרדת הרשויות הוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת (ר' יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית" **משפטים** 771, 794 (2001)).

29. השימוש לרעה בסמכות המכוננת נלמד גם מכך שחוק ההדחה הינו אחד משורה של חוקים ופעולות שמטרתם לצמצם את זכות הייצוג של המיעוט הערבי ואולי אף להביא להפסקת השתתפות המיעוט הערבי במערכת הפוליטית. אלו כוללים תמיכה פומבית בסילוקם של חברי כנסת ערבים מהכנסת; שימוש חוזר בסמכות הפסילה מכוח סעיף 7א נגד חברי הכנסת הערבים (על השימוש בסעיף ר' א"ב 1095/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי** (מיום 10.12.15), בפסקה 9); העלאת אחוז החסימה (ראו עניין **גוטמן**); והטלת עונשים כבדים בוועדת האתיקה על חברי הכנסת הערבים. לאלו מצטרפות יוזמות להקלה בפסילת מועמדים לפני הבחירות (ר' למשל הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון) – שלילת סמכותו של בית המשפט העליון מלהתערב בהחלטת ועדת הבחירות המרכזית לעניין אישור או פסילת מועמד או רשימה מלהשתתף בבחירות) (2172/20/פ); ולהתניית הכהונה בכנסת בהצהרת אמונים לערכים ציוניים (ר' למשל הצעת חוק-יסוד: הכנסת (תיקון) – הצהרת אמונים) (3922/20/פ). האפקט המצטבר של כל אלו מעצים את הפגיעה הקשה של חוק ההדחה ואת התכליות הפסולות והפרסונאליות שלו (על שימוש לרעה בסמכות המכוננת לצמצום המרחב הדמוקרטי ראו (2013) 47 UCDL REV. 189 (David Landau, *Abusive Constitutionalism*)).

30. לאחרונה פסק בית המשפט הנכבד בהרכב מורחב כי תיקון חוקתי שאיפשר לממשלה, כהוראת שעה, לאשר תקציב לשנתיים במקום אחת לשנה אינו חוקתי, שכן הדבר מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וכי אין מקום לקבוע לאורך זמן הסדרים חוקתיים באמצעות הוראת שעה. בית המשפט נמנע מלהורות על סעד של ביטול התיקון אלא קבע סעד הצהרתי של התרעת בטלות, תוך מתן הזדמנות לכנסת לקבוע את ההסדר החוקתי בחוק יסוד קבוע (בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם במאגרים, 6.9.2017) (להלן: עניין **התקציב הדו שנתי**). בית המשפט באותו מקרה בחן אם מאחורי ההארכה של התקציב הדו שנתי בהוראות שעה עומד שיקול פוליטי צר כמו הרצון להקל על הממשלה הנוכחית לשרוד, או עקרון רחב יותר, מקצועי, נטול פניות, שישירת את האינטרס הציבורי הרחב, תהא הממשלה אשר תהא. על בסיס זה פסק בית המשפט כי תיקון חוקתי שמטרתו לאפשר לממשלה לאשר תקציב רק אחת לשנתיים ולא אחת לשנה, ואשר נעשה באמצעות הוראת שעה המתחדשת שוב ושוב, הינו שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שאם תימשך דינה להתבטל.

31. בעניין **התקציב הדו שנתי** הכיר בית המשפט בכך שקיימת סכנה שהסמכות המכוננת תופעל בידי הכנסת מטעמים שאינם ממין העניין. השופט הנדל ציין כי הליך כינון החוקה, אינו רק מפגש בין

אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים (שם, בפיסקה 5 לפסק דינו). כך למשל, השופט הנדל הדגיש, בין היתר, את הפסול בשימוש בסמכות המכוננת לצרכי חקיקה פרסונאלית, שמטרתה לסייע לממשלה מסויימת (שם, בפיסקה 6).

32. ואכן, הקלות הבלתי נסבלת שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד, והפיתוי הרב של הרוב, בעל הכוח, להשתמש בסמכות המכוננת לטובתו, מחייבים את בית המשפט לעמוד על המשמר שמא ינוצל לרעה הכוח הרב הטמון בסמכות המכוננת. בבחינת השימוש לרעה של הסמכות המכוננת, יש מקום לביקורת שיפוטית הדוקה. לעניין זה, העובדה שמדובר בחוקה בהתהוות יש בה להגביר את מידת הביקורת השיפוטית, שכן קיימת סכנה מוחשית וברורה כי בהיעדר הסדרים ברורים של תיקון חוקתי, ובהיעדר דרישות רוב נוקשות לתיקון חוקתי, עלול רוב מקרי, אפילו רוב קטן, לנצל את סמכותו המכוננת כדי להחליש את האופוזיציה, את שומרי הסף, את המיעוט, לשריין נושאים שנויים במחלוקת, לעשות שימוש מופרז ולא ענייני בסמכותו וכדומה. שלטון הרוב עלול להפוך על נקלה לעריצות הרוב (ר' דבריו של פרופ' יצחק זמיר על הסכנה הטמונה בעריצות הרוב במאמרו "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 397 (1993)).

המקרה של ח"כ באסל ג'טאס מעיד על שימוש לרעה בסמכות

33. המשיבים מפנים למקרה של ח"כ באסל ג'טאס בו לבקשת 70 חברי כנסת, התקיים דיון בפני ועדת הכנסת בבקשה להפסקת כהונתו בכנסת, כאשר בסופו של יום התייתר הצורך שוועדת הכנסת תקבל החלטה בבקשה, שכן ח"כ ג'טאס התפטר מרצונו מהכנסת (סעיפים 38-40 לתגובת הכנסת). העותרים ידגישו כי דווקא מקרה זה ממחיש את הבעייתיות שבחוק ההדחה ובפגיעתו בעקרונות היסוד, בראשם עקרון הפרדת הרשויות.

34. באותו עניין חברי הכנסת החלו בהליכי הדחה תוך העלאת טענות על תמיכתו של חבר הכנסת במאבק מזוין של ארגון טרור כאילו היו עובדה מוגמרת. הנחות אלו עמדו בניגוד מוחלט להחלטות השיפוטיות שניתנו הן על ידי בית משפט השלום והן על ידי בית המשפט המחוזי כערכאות ערעור בעניין הארכת מעצרו של ח"כ באותו עניין. הערכאות המשפטיות דחו את בקשת הארכת מעצרו של ח"כ ג'טאס בגין מסוכנותו לביטחון המדינה ותמיכה בארגון טרור, זאת גם לאחר שהוצגו בפניהם חומר חקירה חסוי. זאת כאשר מול חברי הכנסת לא עמדה כל ראיה לצורך קיום הדיון בהליך ההדחה למעט טיוטת כתב אישום אשר אף הוא עבר שינויים לאחר הגשת אותה בקשה.

== העתק ממכתב אשר נשלח ליו"ר ועדת הכנסת ביום 13.3.17 בשמו של ח"כ ג'טאס בבקשה לדחיית הבקשה להפסקת כהונתו, מצורף ומסומן **כנסת ב**.

35. מקרה זה ממחיש את הבעייתיות שביצירת מנגנון של משפט עמיתים פוליטי הפוגע הן בעקרון הפרדת הרשויות והן בקיומו של הליך פלילי הוגן. באותו מקרה הבקשה להפסקת כהונתו של ח"כ ג'טאס התבססה אך ורק על פרשנותם ורצונם של חברי הכנסת לראות במעשיו כתמיכה במאבק מזוין כאשר הטענה שהוא תומך במאבק מזוין של ארגון טרור נשללה באותם ימים על ידי הערכאות השיפוטיות שדנו בהארכת מעצרו ועל בסיס ראיות שהוצגו בפניהן. כמו כן, הבקשה של ההדחה לא התבססה על

ראיות כלשהן וגם לא הייתה מאפשרת לחה"כ ג'טאס להציג ראיות או לקיים חקירת עדים בגין קיומה של העילה. חשוב מהכל שבקשת ההדחה נעשתה באותם רגעים שההליך הפלילי היה בעיצומו.

36. חרף היעדר הראיות, הלחץ הפוליטי להדחתו המיידית והמהירה היה עצום, וכתוצאה מכך גם חברי כנסת מהאופוזיציה, שהתנגדו לחוק ההדחה, תמכו בהדחתו. חברים מהקואליציה ייצרו אווירה פוליטית לפיה מי שיתנגד להדחה הוא בבחינת תומך במעשיו של חבר הכנסת. ההליך היה לקוי וסבל מפוליטיזציה מוחלטת, כאשר חברי הכנסת כבר הכריזו על התוצאה הסופית של ההליך מיד עם יזימתו.

37. לכן מקרהו של חה"כ ג'טאס הוא דוגמא חיה לטענות לפיהן חוק ההדחה הוא חוק פרסונאלי מסוכן, שאינו לתכלית ראויה, פוגע בזכות לבחור ולהיבחר, פוגע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שמשפט יעשה בידי גורם ניטראלי ונטול פניות, אינו מאפשר הליך הוגן וכי הוא ינוצל בידי הרוב למטרותיו הפוליטיות. כמו כן, המקרה מראה כי החלופה הפלילית היא הנותנת מענה במקרה הצורך.

לאור האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

פאדי ח'ורי, עו"ד

מונא חדאד, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

גיל גן-מור, עו"ד

דן יקיר, עו"ד

ב"כ העותרים

17 בנובמבר 2017