

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 נדים שחאדה ו/או
סוהאד בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או מייסאנה מוראני ו/או
מונא חדאד ו/או מוחמד בסאם

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 94, חיפה; טל: 04-9501610; סלולארי: 052-3973030;
פקס: 04-9503140; דוא"ל: nadeem@adalah.org

וכן באמצעות ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או גיל גן-מור ו/או דבי גילד
חיו ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסרין
עליאן ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה אליהו חי
ו/או אן סוציו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רעות כהן ו/או רוני פלי
ו/או סנא אבן ברי ו/או שדא עאמר ו/או אורי סבח

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

העותרים

נגד

הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה בה מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה נגד המשיבה והמורה לה לבוא ולנמק מדוע לא ייקבע כי סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת בטל.

בקשה לאיחוד הדיון

עתירה נוספת נגד החוק (בג"ץ 5744/16) קבועה לדיון ליום 2.1.16. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע גם עתירה זו לדיון באותו המועד.

ואלה נימוקי העתירה:

פתח דבר ותמצית טיעוני העתירה

1. ביום 27.7.16 פורסם ברשומות חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), המקנה לכנסת סמכות להדיח חבר כנסת מכהן (להלן: "חוק ההדחה" או "החוק"), ולצדו חוק הכנסת (תיקון מס' 43), התשע"ו-2016, בו הוראות משלימות (להלן: "החוק המשלים"). חוק ההדחה מתקן את סעיף 42א לחוק יסוד: הכנסת (להלן: "חוק היסוד") ומוסיף סעיף קטן (ג) אשר עיקריו הינם כדלקמן: הכנסת תוכל להדיח חברי כנסת אם התקיימו בהם תנאי סעיף 7א(א)(2) או 7א(א)(3) לחוק היסוד, היינו, אם יש במעשיהם, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל.

2. כפי שיפורט בהמשך, ובניגוד להוראות חוק יסוד: הכנסת, חוק ההדחה לא עבר ברוב הדרוש על פי סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת, ועל אף מאמצי הקואליציה לא עלה בידה לגייס 61 חברי הכנסת בכל אחת משלוש הקריאות. החוק עבר בקריאה הראשונה ברוב של 59 תומכים מול 52 מתנגדים בלבד.

3. על פי החוק, הליך ההדחה ייעשה באמצעות הגשת בקשה מטעם 70 ח"כים לפחות, מתוכם 10 ח"כים לפחות מבין סיעות שאינן חברות פורמאליות בקואליציה; ועדת הכנסת תוכל, לאחר דיון, לאשר את ההדחה ברוב של שלושה רבעים מחבריה; המליאה תאשר את ההדחה ברוב של 90 ח"כים לפחות; הליך הדחה לא יוכל להיעשות בתקופת בחירות.

4. בחוק המשלים נקבעו הפרטים לעניין הגשת הבקשה, הדיון בה וההשגה על ההחלטה, שעיקרם כדלקמן: הדיון בוועדת הכנסת יתקיים בתוך שלושה שבועות מהגשת הבקשה; לחבר הכנסת תהא זכות להשמיע דברו ולהיות מיוצג; הדיון במליאה ובוועדה יתקיימו לאחר מתן התראה של 10 ימים; ההליך בוועדה יהא זהה להליך שנקבע לעניין הסרת חסינות של חבר כנסת; חבר הכנסת זכאי להגיש בתוך יומיים ערעור על ההחלטה לבימ"ש העליון.

העתק חוק ההדחה והחוק המשלים מצורף ומסומן ע/1.

5. על אף שהיועץ המשפטי לממשלה לא הביע התנגדות נחרצת לחוק ההדחה הוא ציין את הקשיים שהוא מעורר ואשר יורדים לשורשו של ההליך הדמוקרטי בכך שחוק זה מייצר "משפט עמיתים" על רקע אידיאולוגי ופוליטי, משנה את "כללי המשחק" על ידי מתן אפשרות לפגוע בזכות הייצוג, ברצון הבוחרים ובציפיותם ופותח פתח להתנכלות של הרוב למיעוט, ובלשונו:

"מבלי לגרוע מן האמור מובן כי חקיקתו של תיקון כזה המוצע מחייבת זהירות רבה נוכח הקשיים שהוא מעורר. כוונת הדברים בהקשר זה היא לקשיים המובנים שבקיומו של "משפט עמיתים" על בסיס אידיאולוגי תוך הסמכת רוב פוליטי של חברי כנסת להחליט על הפסקת כהונתו של חבר כנסת מכהן אשר נבחר כדין. מובן גם כי בהסדר שכזה יש גם כדי לפתוח פתח להתנכלות של הרוב למיעוט ולזכויות הייצוג שלו בכנסת ואף לגרום לסיכול רצון הבוחרים אשר הצבעתם הביאה לבחירתו. מכאן הזהירות הרבה הנדרשת בגיבושו על פרטיו".

העתק מכתב היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.5.16 למרכז עדאלה מצורף ומסומן ע/2.

6. לא במקרה, אפוא, שאין לחוק ההדחה אח ורע באף מדינה דמוקרטית שבאמצעותו הפרלמנט מפר את עקרון הפרדת הרשויות ומחליף את תפקידה של הרשות השופטת על ידי עריכת "משפט עמיתים" על רקע אידיאולוגי-פוליטי מובהק ו/או פוגע בעקרון הזכות ולבחור ולהיבחר, לרבות עקרון הציפיות של הבוחרים על ידי הדחת חבר פרלמנט שנבחר. במדינות הרבות שאת משפטן נסקור בהמשך עולה כי התפקיד השיפוטי והיחיד שפרלמנט מוסמך לבצע הוא תפקיד שמוענק כמעט לכל המוסדות ושאינו מהווה הפרה של עקרונות אלו והוא השיפוט המשמעותי בגין עבירות אתיות ומשמעת. בחלק קטן מן המדינות בהן ניתן להדיח חבר פרלמנט בגין עבירות משמעת, החוק מחייב עריכת בחירות מיידיות על מנת לשמור על ההליך הדמוקרטי ובחלקן מתאפשר לחבר הפרלמנט המודח לשוב לפרלמנט אם ייבחר מחדש.

7. גם הרציונלים של פסיקתו של בית המשפט העליון בכל הקשור למניעת מועמד מלהתמודד לבחירות לכנסת לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת יעידו על שלילת האפשרות המצדיקה עצם קיומו של חוק ההדחה שאינו רק חסר תועלת ציבורית אלא שהנוק אותו הוא גורם להליך הדמוקרטי, במיוחד כאשר הוא מתעקש על קיומו של משפט-עמיתים פוליטי ללא מתן משקל כלשהו לחלופות השיפוטיות הקיימות, עולה עשרות מונים. אכן מאחר שהחסינות של חברי הכנסת אינה חלה על שלוש העילות המנויות בחוק ההדחה (סעיף 1א לחוק חסינות חברי הכנסת), הרי שהמסלול הפלילי נותן מענה הולם בעת הצורך, על ידי פתיחה בחקירה ועירוב הערכאות השיפוטיות בתהליך תוך שמירה מירבית על האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות הנבחר ואינטרס בוחריו. זאת ועוד, התבטאויות ופעולות שאינן חוצות את הרף הפלילי אך מעוררות לעמדת חברי הכנסת קושי, עשויות לקבל מענה במסגרת הליכי המשמעת בכנסת וועדת האתיקה של הכנסת מוסמכת להשעות חבר הכנסת. בנוסף, סעיף 42א לחוק יסוד: הכנסת קובע שלילת כהותנו של חבר כנסת שהורשע בפסק דין בעבירה שיש עמה קלון. בהקשר זה, דבריה של הנשיאה נאור בעניין פסילת מועמדים שהובאו בא"ב 1095/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי** (טרם פורסם, 10.12.2015) (להלן: **עניין פסילת זועבי 2015**) יפים כפליים לגבי חוק ההדחה, ובלשונה:

"במשטר דמוקרטי נהוגים גם כלים אחרים, מלבד פסילה מלהשתתף בבחירות, אשר נועדו להתמודדות עם מקרים שלא חצו את הגבול הקבוע בסעיף 7א, אך מאיימים לפגוע בדמוקרטיה מבפנים: 'עצם העובדה שמועמד רשאי להתמודד בבחירות לכנסת אין משמעה כי משעה שנבחר רשאי הוא לעשות ככל העולה על רוחו. עדיין עומדת האפשרות לשלול חסינותו של חבר כנסת במקרים מסוימים, להעמידו לדין אם נמצא כי עבר עבירה פלילית, ולשלול את המשך כהונתו בכנסת אם הורשע בדין בעבירה שיש עמה קלון' (שם, בפסקה 35 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

[...] העובדה כי בעניינה של זועבי החליטה ועדת האתיקה, על בסיס חלק מהראיות העומדות לפנינו עתה, להשעות את זועבי למשך התקופה המקסימאלית של שישה חודשים, וכן העובדה שהוגש כתב אישום על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, מעידים לעמדת דווקא כי אמצעים אלו אכן מהווים תחליף מתאים במצבים בהם לא הגיעו המעשים לרף המצדיק פסילה, אך היו קרובים אליו. יש לתת הזדמנות למנגנונים חלופיים אלו לפעול את פעולתם במקרים בהם מתעורר ספק לעניין התקיימותן של העילות שבסעיף 7א לחוק. רף הפעולה של מנגנונים חלופיים אלה הוא פעמים נמוך יותר (והשוו: לפסק הדין בעניין ועדת האתיקה), והשימוש בהם מאפשר להגן על הזכות לבחור ולהיבחר, שהיא אחד מעקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של

המשטר הדמוקרטי. (עניין **פסילת זועבי 2015**, פס' 75-76 לפסק דינה של הנשיאה נאור).

8. חוק ההדחה משנה כליל את "כללי המשחק" של ההליך הדמוקרטי ומוביל לשינוי ופגיעה רצינית בנורמות על מוסדיות וחוקתיות. הוא פוגע בעיקרון שהרכב הכנסת נקבע בבחירות ולא על ידי הפוליטיקאים; הוא משנה את עקרון השוויון בשיטת הבחירות על ידי כך שהוא מאפשר לרוב לשנות בדיעבד את הרכב הרשימה שהתמודדה בבחירות על ידי הדחת חברה לאחר היבחרותם; פוגע בזכותם של אזרחים לבחור את המועמדים שייצגו אותם ובכך פוגע בעקרון הציפיות בבחירות; הוא שולל את זכותו של הנבחר באופן אבסולוטי על ידי הדחתו כליל מהפרלמנט, דבר המנוגד לעצם מעמדו של חבר כנסת "כיחידה חוקתית" שווה (כלשון הנשיא (דאז) ברק בבג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' הכנסת**, פ"ד מט(1) 661 (1995)). כל אלה, ללא כל תכלית ראויה שיש בה כדי להצדיק את הותרתו של חוק ההדחה על כנו. על חשיבותו של ההליך הדמוקרטי על בסיס עקרון השוויון בבחירות אמר הנשיא שמגר:

"הזכות להתמודד בבחירות היא זכות יסוד מדינית, המבטאת את רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות. מכאן, כי קיומה של זכות זו וההקפדה על שמירתה הם מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית" (ע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה**, פ"ד מב(4) 177, 185 (1988) (להלן: **עניין ניימן השני**)).

9. חוק ההדחה מפר ופוגע בעקרון הפרדת הרשויות בניגוד לחוק יסוד: השפיטה על ידי הסמכת הכנסת לערוך דיון ולשפוט חבר נבחר. הכנסת יושבת במקרה זה כערכאה ראשונה וסופית במובן הזה שמיד עם הכרעתה יודח החבר הנבחר. חוק זה אף לא דורש את אישורו של בית המשפט למהלך ההדחה כפי שהדבר נעשה בעניין פסילת מועמדותו של יחיד מלהשתתף בבחירות לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, אשר לא השאיר את ההחלטה לכנסת על בסיס הכרעה פוליטית אלא מחייב את אישורו של בית המשפט העליון. כפי שציין הנשיא ברק בא"ב 11288/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) (להלן: **עניין טיבי**):

"שוני זה בין אישור בחירות מזה לבין ערעור בחירות מזה אינו מקרי. הכנסת נתנה דעתה לעניין זה ועסקה בו רבות בעת דיוני הוועדה... נתן לכך ביטוי יושב-ראש הוועדה, ח"כ אופיר פינס-פז... ואלה דבריו: 'הוספנו את הסעיף החשוב ביותר. אם ועדת הבחירות המרכזית בכל זאת מחליטה לפסול, אזי הפסילה חייבת לקבל אישור של בית המשפט העליון. כך אנחנו יכולים להיות בטוחים שההכרעה לא תהיה הכרעה פוליטית, חברי הכנסת, אלא ההכרעה תהיה הכרעה משפטית מובהקת, חד משמעית. בית המשפט העליון, לא כערכאת ערעור, אלא בהחלטה, יצטרך לקבל החלטה. אני חושב שיצרנו כאן מנגנון נכון מאוד, מאוזן מאוד, אחראי מאוד, שיתן תוצאה נכונה" (עניין **טיבי**, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק).

10. **עתירה זו מעלה שני טיעונים מרכזיים בדבר בטלותו של חוק ההדחה.** הטעון הראשון הוא שהתיקון לחוק יסוד: הכנסת אינו תקף משום שהוא נחקק בניגוד לסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת. תיקון חוק היסוד, שנקרא בעתירה זו חוק ההדחה, היה אמור לעבור ברוב מיוחד של 61 קולות של חברי הכנסת ובשלוש הקריאות. סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת מורה כי, "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת". סעיף 46 קובע כי "הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי סעיפים 4 ... יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה

הראשונה, בקריאה השניה ובקריאה השלישית; לענין סעיף זה 'שינוי' - בין מפורש ובין משתמע".

11. מאז בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: **עניין ברגמן**), ובשורה של פסקי דין שביטלו חוקים שלא עמדו בתנאי סעיף 4 הנ"ל כולל חקיקת יסוד שלא עברה ברוב מיוחד בשלוש הקריאות נקבע, כי כל שינוי בכללי השוויון בבחירות לכנסת במובנו המהותי הכולל שינוי בזכויות היסוד לבחור ולהיבחר חייב להתקבל ברוב מיוחד ובשלוש הקריאות ללא קשר באם השינוי הינו כלשון סעיף 46 הנ"ל "מפורש או משתמע".

12. בענייננו משנה חוק ההדחה את העיקרון הבסיסי לפיו הרכב הכנסת ייקבע בבחירות, שכן הוא מסמיך את חברי הכנסת להדיח חבר כנסת מכהן ולשנות את הרכב הכנסת, תוך הפיכת רצון ציבור הבוחרים. כמו כן החוק פוגע בעקרון הבחירות השוות. כפי שנפרט בהמשך, פסיקת בית המשפט הנכבד דחתה בכל פסקי הדין שניתנו את הטענה כי הכוונה בבחירות שוות הינה "קול אחד לכל אחד" והיא גם דחתה יותר מפעם את הטענה כי השוויון בבחירות לפי סעיף 4 הנ"ל חל רק על ההתמודדות של הרשימות לבחירות. הפסיקה קבעה, בין היתר, כי שינוי בשיטת הבחירות הגורע מן הזכות לבחור או להיבחר הינו בבחינת שינוי לעקרון הבחירות השוות וכי גם שינויים בדיעבד לאחר הבחירות ואשר פוגעים בעקרון הציפיות של הבוחרים והנבחרים ו/או פוגעים ברשימות שנבחרו מהווים שינוי "כללי המשחק" שמחייב החלת הסיפא של סעיף 4 הנ"ל. כך, למשל, נקבע בעניין **ניימן השני** כי התיקון שהוסיף את סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בעניין פסילת רשימות חלה עליו הסיפא של סעיף 4 הנ"ל וכך גם נקבע בע"ב 92/03 **מופז נ' ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003) (להלן: **עניין מופז**), לעניין תיקון מספר 33 לאותו חוק יסוד בעניין קביעת תקופת צינון למועמדים.

13. הטיעון המרכזי השני הוא טיעון חלופי המבקש מבית המשפט הנכבד להעביר ביקורת שיפוטית לגופו של חוק ההדחה, לבחון את תכליתו ולקבוע כי תכליתו מתנגשת עם עקרונות היסוד של השיטה באופן המלמד על שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת כרשות מכוונת. הפגיעה שחוק ההדחה מחולל בנורמות מוסדיות ובזכויות חוקתיות הנוגעות לגרעינים המיינמליים המכוונים את ההליכים והערכים הדמוקרטיים מצדיקים את התערבותו של בית משפט נכבד זה, וזאת בהתאם לדברי הנשיאה ביניש בבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' הכנסת**, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**), לפיהם במקרים חריגים בהם ישנה פגיעה ביסודות בסיסיים של הדמוקרטיה מוצדק לבחון אם הכנסת חרגה מסמכותה המכוונת. כפי שיפורט להלן, הפגיעה ביסודות אלה היא בסיסית וקיצונית ביותר ובמיוחד על רקע ההיסטוריה החקיקתית של חוק ההדחה, המראה כי הכנסת לא פעלה לפי הכללים החלים על רשות מכוונת בעת שקילתה תיקון חוקתי אלא ביקשה בתיקון חוק היסוד לפגוע בכללי המשחק הבסיסיים, במיוחד ביחסי רוב ומיעוט בכנסת ובעיקר באפיק ייצוגי של המיעוט הערבי בכנסת.

14. **לעניין בשלותה של העתירה**: אמנם טרם נעשה שימוש בחוק ההדחה, אך דיון בעתירה זו אינו מצריך המתנה למקרה ספציפי של יישום. לעניין זה, נציין את העקרונות עליהם עמדו כמה מבין השופטים בבג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 12.3.2015). כך העיר הנשיא גרוניס כדלקמן:

המבחן להערכת בשלותה של עתירה חוקתית לדיון כולל שני שלבים. בשלב הראשון, על בית המשפט להכריע אם השאלה המרכזית הנדונה בעתירה היא שאלה משפטית בעיקרה, שמענה לה אינו מחייב מסכת עובדתית מפורטת, או שמא נדרש יישום של החוק הנבחן כדי להשיב על השאלה. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם קיימים טעמים לדון בעתירה על אף שטרם התבררו השלכות החוק הנבחן. טעמים אלה עשויים להיות, למשל, השפעה מצננת של החוק, חשש שדחיית הביקורת השיפוטית תוביל לקביעת עובדות בלתי הפיכות בשטח, או קיומו של אינטרס ציבורי משמעותי בבירור העתירה אף לפני שיושם החוק (ראו עניין סבח, בפסקה 16 לפסק דיני). יודגש, כי בעתירות חוקתיות, על מנת להכריע בשאלת הבשלות נדרש בית המשפט לבחון – ולו ברמה ראשונית – את החוק הנדון בעתירה, ואת מהותם של הזכויות או העקרונות החוקתיים שבהם נטען כי הוא פוגע. במילים אחרות, לא די בעצם העובדה כי החוק טרם יושם כדי לקבוע כי שאלת חוקתיותו אינה בשלה להכרעה, אלא דרושה הערכה מהותית של הסוגיות המתעוררות בעתירה" (עניין גוטמן, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

אף השופט דנציגר התייחס לסוגייה זו, בזו הלשון:

"עשויים להיות מקרים שבהם הגם שאיסופה של תשתית עובדתית תתרום להכרעה שבמחלוקת, הרי שיש להכריע בשאלות החוקתיות כבר בעת שבה הוגשה העתירה, מן הטעם שהשאלה המרכזית המתעוררת בה היא שאלה משפטית בעיקרה, ולצורך המענה עליה אין בית המשפט נדרש למסכת עובדתית מפורטת. כך למשל, במקרים שבהם השתכנע בית המשפט כי כל יישום עתידי של השאלה החוקתית שבמחלוקת יוביל לפגיעה בזכות חוקתית או כאשר הנזק העתידי מן החקיקה הוא ודאי [...]. מקרים נוספים שבהם ידון בית המשפט בעתירה הגם שטרם התבררו השלכותיה של החקיקה שבמחלוקת, עשויים להיות כאשר קיים חשש שמא דחיית הביקורת השיפוטית תייתר את העתירה עקב יישומו הבלתי הפיך של דבר החקיקה, או כאשר קיים אינטרס ציבורי משמעותי בבירור העתירה אף בטרם יושם החוק, או כאשר החוק הנבחן עלול לגרום לאפקט מצנן הפוגע בזכות המוגנת" (עניין גוטמן, פסק דינו של השופט דנציגר; ההדגשות במקור).

15. על יסוד האמור, ייטען כי קיימים חמישה טעמים מרכזיים שמצדיקים את הדיון בעתירה זו ללא המתנה לייזום הליכי הדחה כלשהם:

ראשית, חוק ההדחה כתיקון לחוק יסוד: הכנסת אינו תקף כי הוא לא נחקק בהתאם לתנאים הפרוצדורליים המעוגנים בסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת.

שנית, מדובר בתיקון לחוק יסוד: הכנסת, קרי, תיקון לחוקה הנוגע לעקרונות יסוד, דבר המצדיק, ואף מחייב, דיון בהוראות באופן מופשט ומאחורי "מסך בערות", ולו בשל האינטרס הציבורי העצום העומד על הפרק. ולכן, להבדיל ממקרים של חקיקה רגילה, ההמתנה ליישום פרטני וקונקרטי בעתירה זו עלול כשלעצמו לפגוע בדיון המתחייב מאופיו של תיקון חוקה (בג"ץ 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 313 (1995)).

שלישית, גם לגבי חקיקה רגילה נפסק כי דוקטרינת הבשלות אינה חלה כאשר הדיון בסוגיות המשפטיות אינו מצריך תשתית עובדתית קונקרטית ואכן עתירה זו מעלה סוגיות משפטיות מסוג זה.

רביעית, חוק ההדחה הוא מסוג החוקים שמייצר **אפקט מצנן** מובהק מעצם קיומו על ביטויים פוליטיים, גם בטרם הפעלתו, כפי שנבהיר זאת בהמשך. כאן המקום לציין כי גם

היועץ המשפטי לכנסת הזהיר את חברי הכנסת בחוות דעתו, כי החוק יביא לצינון יתר וכדבריו על הכנסת להיות "ערה לכך שעיצוב ההסדר יכול שיפגע ביכולת התפקוד הלגיטימית של חבר הכנסת (שבדרך כלל ימצא בקצה פוליטי כלשהו), ולהביא לצינון יתר של פעילותו למען הציבור שאותו הוא מייצג".

העתק חוות דעת היועץ המשפטי מצורף ומסומן ע/3.

לעניין זה נפנה את בית המשפט **לתצהירו של ח"כ ג'בארין**, העותר 1, המצורף לעתירה זו ובו הוא מפרט כיצד החוק מייצר אפקט מצנן, מעצם קיומו: "התיקון הנ"ל יוצר מצב של אי בהירות בנוגע למרווח חופש הביטוי של חברי הכנסת בכלל, וחברי הכנסת הערבים בפרט. כך, חוסר הבהירות מביא לריסון יתר המונע מאתנו לפעול באופן חופשי, לייצג באופן ראוי את בוחרינו ולתרום את תרומתנו לשיח הציבורי בכל הנוגע למצוקתו של המיעוט אותו אנו מייצגים, וכן לנושאים השנויים במחלוקת. לכן, ומכיוון שאין כל דרך לדעת "מה מותר" ו"מה אסור", ח"כ המבקש לעמוד בקביעות החוק יצטרך להשתמש בשיח אנמי וכללי, לא יוכל להעביר את המסרים שלו, או פשוט לשתוק. האיום המתמשך שכל פעולה או ביטוי לא פופולרי וכל הבעת עמדה שאינה מנת חלקו של הרוב יכולים להוביל לפתיחת הליך הדחה, מרוקן מתוכן את החסינות של חברי הכנסת, שהינה חיונית במיוחד לנציגי המיעוט בהיותה מונעת התנכלות ממוקדת של הרוב השולט בנציגי המיעוט. מציאות כזו סותרת את תפקיד הכנסת כבית המחוקקים לספק במה לנציגי המיעוט כדי להעלות על סדר היום עניינים הנוגעים לקבוצה שאנו מייצגים ולמעשה מגבילה את מרווח הפעילות הפוליטית שלנו בבית המחוקקים".

חמישית, הטענה הבסיסית של העותרים הינה כי משפט עמיתים בו חברי הכנסת הם המחליטים על פתיחה בהליכי הדחה של יריב פוליטי, והם השופטים את יריביהם הפוליטיים אינו חוקתי על פניו, ולכן אין יישום עתידי אפשרי שיכשיר אותו. לא מדובר בהליך מעין שיפוטי אלא בפארסה – בהליך פוליטי לחלוטין שתוצאותיו פעמים רבות ידועות מראש, ונקבעות קודם לכל לפי שיקולים פוליטיים צרים. חברי הכנסת מצויים בניגוד אינטרסים אינהרנטי ואינם מסוגלים לבצע שיפוט שאפילו מתיימר להיראות ניטרלי או מבוסס עובדות. ביטול החוזר והנשנה של החלטות ועדת הבחירות מכוח סעיף 7א לחוק היסוד, תוך שבית המשפט מותח שוב ושוב ביקורת על הפוליטיזציה של הדיון, מעידות על כך.

16. לאור האמור העתירה בשלה להכרעה.

הרקע העובדתי

א. תיקון חוק היסוד לא עבר ברוב מיוחד

17. כאמור לעיל, חוק ההדחה לא עבר ברוב של 61 חברי כנסת בשלוש הקריאות. הצעת החוק אושרה במליאה בקריאה הראשונה ביום 28.3.2016 ברוב של 59 חברי כנסת מול 53. ביום

19.7.16 עברה ההצעה את הקריאה השנייה והשלישית ברוב של 62 תומכים מול 47 מתנגדים. אף חבר כנסת מהאופוזיציה לא תמך בחוק.

18. עמדת היועץ המשפטי לכנסת לפני ההצבעה הייתה כי אין צורך ברוב של 61 חברי כנסת אך שאם החוק יעבור ברוב רגיל עלול הדבר להביא לפסילתו על ידי בג"ץ. בעיתון הארץ נכתב כי היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, המליץ לקואליציה לגייס רוב של 61 חברי כנסת לפחות לאישור הצעת החוק בכל אחת משלוש הקריאות הנדרשות לו שכן הוא אינו יכול לשלול את האפשרות כי אישורו של חוק ההדחה עשוי להיחשב לפגיעה בעקרון השוויון בבחירות. לפי חוות דעתו של מר ינון שדווחה בתקשורת, כדי לשנות יסודות אלה יש לגייס תמיכה של 61 חברי כנסת בכל שלוש הקריאות (ראו: יהונתן ליס "החוק להדחת חברי כנסת אושר בקריאה ראשונה ברוב של 59 ח"כים" **הארץ** (28.3.16), <http://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.2896901>).

19. במהלך הדיון במליאה ציטט יו"ר הכנסת, ח"כ יולי אדלשטיין, חלק מחוות הדעת: "אכן קיבלתי חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לכנסת, שאין לי אלא לפעול לפי הנחיותיו בתחומים המשפטיים הרלוונטיים. אני לא אקרא את כל חוות הדעת, אבל סעיף 5 בה אומר: עמדתנו היא כי הואיל והסעיף המוצע אינו עוסק בתקופת בחירות או בזכות להיבחר, הרי שאין לראות בו – אין לראות בו – שינוי משתמע על עקרון שוויון בבחירות שבו עוסק סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולכן הוראת הרוב המיוחד אינה חלה עליו. אומנם צודק חבר הכנסת יוסף ג'בארין, שכותב בהמשך חוות הדעת היועץ המשפטי לכנסת, עורך-דין איל ינון: רצוי שאישור הצעת החוק יהיה ברוב של 61 חברי כנסת לפחות בקריאה ראשונה, שנייה ושלישית, אך כפי שצינו – הוא ממשך – גישתנו היא שאין חובה שהתיקון יתקבל ברוב זה".

20. בחלק המשפטי נפרט כי לפי הפסיקה של בית המשפט העליון תיקון חוק יסוד: הכנסת המשנה את שיטת הבחירות, המשנה ו/או פוגע בשוויון לבחור ולהיבחר מחייב רוב מיוחד בין אם השינוי היה מפורש או משתמע כמצוות הסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת.

ב. ההיסטוריה החקיקתית מעידה על שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת

1.ב. הרלבנטיות של ההיסטוריה החקיקתית בתיקון חוקי יסוד

21. הלכה פסוקה היא שסמכותה של הכנסת לתקן חוק יסוד אינה מוחלטת והיא אינה רשאית לכוון כל תיקון שיעלה על רוחה אך ורק משום שהתיקון נעשה בחוק יסוד במובנו הצורני. תיקון הוראות מהותיות של חוק יסוד הינו בבחינת תיקון לחוקה שצריך להיעשות מתוך ראייה של הכנסת את עצמה כרשות מכוננת העוסקת בסוגיות חוקתיות המתאפיינות במידה רבה של מופשטות ועליהם להיעשות מאחורי "מסך של בערות" ולא מתוך שיקולים פוליטיים צרים, או במטרה לפגוע בציבור מסוים או בייצוג של אוכלוסייה מסוימת. כך, למשל, ציינה השופטת דורנר כי "אין זה רצוי שחוקי-יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי-שעה קואליציוניים" (בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת**, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999)). פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ברק מדינה מציינים, כי גם מניע קואליציוני שמטרתו לפגוע באפקטיביות

הייצוג של "קבוצה מסוימת בחברה – למשל, המגזר הערבי" עלול להוביל למסקנה שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המצדיק ביקורת שיפוטית (אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד** 113 (2005) ובמיוחד הערת השוליים מספר 215 שם). אמנם בעניין **בראון** ציינה הנשיאה ביניש שמניע קואליציוני לבדו אינו מספיק לביטול של תיקון לחוק יסוד אך פרשה זו עסקה בתיקון חוק יסוד בדרך הוראת שעה שנוגעת לתקציב דו-שנתי ולא נגעה לסוגיות הליבה של יחסי רוב-מיעוט וכדברי השופטת (כתוארה אז) נאור "אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים." (עניין **בראון**, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור).

22. בבחינת סוגיית השימוש לרעה בסמכותה של הכנסת בוחן בית המשפט העליון את ההיסטוריה החוקתית של תיקון חוקי היסוד או את התכלית של התיקון. כך עשה, למשל, בעניין **בראון** שבמסגרתו השתיתה הנשיאה את פסק דינה על ההיסטוריה החוקתית של התיקון כדי לבחון אם התיקון נעשה מטעמים קואליציוניים מיידיים או מטעמים ענייניים. בעניין **מופז** בחן בית המשפט העליון את התכלית של החקיקה כאשר עלה החשש שהתיקון לא נעשה מתוך מסך הבערות אלא כדי ליתן פתרון מידי המכוון נגד מועמדותו האישית של אדם.

23. מהטעמים האלה, העתירה תסקור כאן את ההיסטוריה החוקתית של חוק ההדחה על מנת להראות כי הכנסת אכן השתמשה לרעה בסמכותה כרשות מכוננת בהקשרים הבאים: (1) תיקון חוק היסוד הנדון נעשה בעקבות אירוע פוליטי מיידי שהיה במחלוקת פוליטית בין נציגי הממשלה לחברי כנסת ערבים; (2) הוא נעשה במטרה לפגוע בייצוג האפקטיבי של חברי הכנסת הערבים; (3) הוא נעשה תוך גילויי אדישות לעקרון הפרדת הרשויות ומתוך מוטיבציה לצמצם את מעורבותו של בית המשפט העליון בהחלטות פוליטיות של הכנסת כפי שאלה התבטאו בפסיקותיו בעניין פסילת מועמדותם של נבחרים ערבים על מנת לספק כוח לרוב בכנסת לעקוף את ההליכים השיפוטיים, ולערוך, כלשון היועץ המשפטי לממשלה, "משפט-עמיתים" נגד נציגי המיעוט על רקע פוליטי מובהק.

2.ב. ההקשר הפוליטי הקואליציוני המיידי של חוק ההדחה

24. הצעות להדחת חברי כנסת הועלו על ידי חברי כנסת מספר פעמים בשנים האחרונות כאקט להדחת חברי הכנסת הערבים מהכנסת וכחלק מגל של הצעות חוק שמטרתן צמצום המרחב הדמוקרטי בכלל ושל המיעוט הערבי בפרט. כבר בשנת 2008 ח"כ אסתר רינה טרממן ואחרים הניחו הצ"ח שבדומה לחוק ההדחה נועדה לקבוע הסדר להדחת חברי כנסת (הצ"ח פ/1623/17); הצ"ח דומה קודמה בשנת 2009 גם ע"י ח"כ דני דנון (הצ"ח פ/1725/18) ובשנת 2013 ע"י ח"כ איילת שקד, כיום שרת המשפטים (הצ"ח פ/1543/19). החוק מותג כ"חוק חנין זועבי". כחברת כנסת, הציעה שקד שהחלטה על הדחה תהיה טעונה אישור של בית המשפט העליון בהרכב של 7 שופטים. עם ההקצנה בשיח הציבורי נגד חברי הכנסת הערבים צברה ההצעה תמיכה.

25. אין ספק כי חקיקת חוק ההדחה נעשתה על מנת להשתמש בו נגד חברי הכנסת הערבים והדבר מתגלה מההקשר המיידי שלו. האירוע הספציפי שהוביל לקידום חוק ההדחה היה פגישתם

של חברי הכנסת מסיעת בל"ד ביום 3.2.2016 עם קרובי משפחה של פלסטינים תושבי מזרח ירושלים שביצעו פיגועים בישראל. קיומה של הפגישה נחשף בכלי התקשורת והוצג על ידם כביקור תנחומים וכתמיכה בטרור. בכלי תקשורת שונים נטען כי חברי הכנסת עמדו דקת דומיה כהזדהות עם הפיגוע.

חברי הכנסת הכחישו את המיוחס להם והסבירו כי מדובר בפעילות הומניטארית להחזרת הגופות שאינה קשורה להזדהות עם המעשה עצמו. חברי הכנסת ציינו בפני ועדת האתיקה של הכנסת שדנה בנושא כי מטרתה הבלעדית של הפגישה עם המשפחות הייתה לפעול להחזרת גופות בניין לצורך קבורה כמצוות דתם. היוזמה לפגישה זו באה מכיוונם של נציגי המשפחות אשר פניותיהם החוזרות ונשנות לרשויות הישראליות, בעניין זה, לא נענו לאורך חודשים ארוכים. חברי הכנסת הוסיפו כי עובר לפגישה זו וגם לאחריה עשו מאמצים רבים לשחרור גופותיהם של ההרוגים הפלסטינים תוך הידברות והתכתבות עם השר לביטחון פנים, מר גלעד ארדן, דבר אשר מוכיח את מניעיהם הענייניים וההומניטריים.

עוד הוסיפו חברי הכנסת בפני ועדת האתיקה, כי פגישה זו הייתה פגישת עבודה שנערכה במועדון תרבות במזרח ירושלים, ולא בבית פרטי או ב"סוכת אבליים", כך שלא היה בה כל אלמנט של ביקור תנחומים או הזדהות עם מעשי טרור. לעניין "דקת הדומייה" ציינו שלושת חברי הכנסת כי "מנהג זה הינו מקובל כמעט בכל האירועים שמקיימים הפלסטינים והיא דקת דומיה וקריאת "סורת אלפאתחה" מהקוראן, לכלל ההרוגים הפלסטינים בכל הדורות אשר נפלו בסכסוך הישראלי-פלסטיני, והיא התבקשה כהרגלו של מנהג זה, על ידי המארחים. עוד ציינו חברי הכנסת כי הם מדגישים את עמדתם העקרונית והמוסרית המתנגדת לפגיעה בחפים מפשע באשר הם.

לבסוף ציינו חברי הכנסת כי ההשתלחות שלוחת הרסן נגדם מקוממת במיוחד לאור העובדה כי באותה עת ממש נפגשה שרת המשפטים, איילת שקד, עם משפחתו של אחד העצורים בפרשת דומא, וזאת לאחר שאותו חשוד הודה במעורבותו בשורה של פעולות על רקע לאומני. אותו ביקור לא עורר קולות מחאה או גינוי, לא כל שכן לא הביא לפתיחת הליך אתי נגד השרה, דבר אשר מוכיח כי המניעים מאחורי הגשת הקובלנות הינם מניעים זרים ומפלים המבקשים מוועדת האתיקה לנקוט במדיניות איפה ואיפה בהתייחסותה לפועלם הפרלמנטרי של חברי הכנסת. החלטת ועדת המשמעת בכנסת:

http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Ethics/Decisions20/hachlatot20_13.pdf

26. דברים אלו מלמדים על ההבדלים התהומיים בהשקפות העולם ונקודות המבט של הצדדים על אותם אירועים שהובילו מיידית לחקיקת חוק ההדחה. מה שנתפס ע"י הרוב בכנסת כמעשה שמקדם טרור ומצדיק סילוק חברי כנסת מהכנסת, נתפס ע"י אותם חברי כנסת כמעשה הומניטארי, וכחלק מפעילות לגיטימית. השיפוט הערכי ביחס לאירועים אלה הוא תולדה של עמדות מפתח אידיאולוגיות. תוצאות שיפוט זה, שדוחה מכל וכל את התנהלות חברי הכנסת הערבים ומקבלת התנהלויות דומות כשהן מתרחשות בעברו השני של המתרגם הפוליטי-אידיאולוגי, זכו במסגרת חוק ההדחה לעיגון חוקתי, ולו בשל מאזן הכוח הפוליטי הפועל לטובת הימין.

27. במקום להסתפק בהבהרה של חברי הכנסת, או לברר העובדות בדרך המקובלת, נטל הרוב לעצמו את הסמכות לערוך משפט שדה מהיר בזירה הציבורית והפוליטית. מבחינת המערכת הפוליטית לא היה כל מקום לספק בדבר "אשמתם", ונמצאה ההזדמנות לקדם את חוק ההדחה, שהיה כבר על השולחן זמן רב קודם לכן.

28. בעקבות הביקור אמר ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, כי "ח"כים שהולכים לנחם משפחות מחבלים רוצחי ישראלים אינם ראויים לכהן בכנסת ישראל". הוא הוסיף, כי פנה באותו הערב ליו"ר הכנסת "כדי לבחון אילו צעדים ניתן להפעיל נגדם" (הדברים צוטטו, למשל, בישראל היום, <http://www.israelhayom.co.il/article/353799>). הביקור עורר ביקורת ותגובות רבות בקרב חברי כנסת נוספים, שחלקם הביעו עמדה לפיה יש להדיח את הח"כים של בל"ד מהכנסת.

29. ביום 7.2.2016 פורסם, כי מאז הביקור "פועל ראש הממשלה בנימין נתניהו בדרכים שונות כדי להרחיק את הח"כים המדוברים מהכנסת". בישיבת ראשי סיעות הקואליציה באותו יום הוצגה תכניתו לקדם חקיקה לפיה ניתן יהיה להרחיק חברי כנסת בגלל התנהגות לא הולמת ברב של 90 ח"כים, ובפתח ישיבת הממשלה השבועית באותו היום אמר: "אני שוחחתי עם היועץ המשפטי לממשלה וביקשתי ממנו לבחון נקיטת צעדים משפטיים נגד חברי הכנסת הללו. אני אבקש לבחון שינויי חקיקה חדשים ומחוזקים שיאפשרו לנו לגרום לכך שמי שפועל בכיוון זה – לא יכהן בכנסת ישראל" (ברק רביד, הארץ 7.2.2016, <http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.2844327>).

30. יצוין כי ביום 9.2.2016 החליטה ועדת האתיקה של הכנסת על עונשי השעיה לחברי הכנסת מבל"ד. הוועדה קיבלה את טענתם של חברי הכנסת כי הפגישה נועדה לצורך תיווך בין משפחות המפגעים לבין רשויות המדינה בסוגיית השבת גופות בני משפחתם, אולם רוב חבריה סברו כי היה על חברי הכנסת להימנע מלעמוד בדקת הדומייה ומשלא עשו זאת הפרו את תקנון האתיקה והם הושעו לתקופות של בין חודשיים לארבעה חודשים.

31. המוטיבציה המיידית של החוק, שהתקבל מתוך שיקולים פוליטיים צרים וכוון נגד נציגי המיעוט הערבי, בלטה גם במהלך הדיונים שמלמדים על הקשרו האתני ויחסו אל נציגי המיעוט הערבי. במהלך הדיונים התברר שוב ושוב כי אף שהחוק מנוסח באופן ניטרלי כביכול, הוא מכון ומיועד "לטפל" בחברי הכנסת הערבים, שפעילותם או אמירותיהם אינן נושאות חן בעיני הרוב הפוליטי בכנסת. אלו מהווים מזה זמן יעד תקיפה פופוליסטי, שלצדו רווח פוליטי בקרב בוחרים יהודים.

32. להלן חלק קטן מהאמירות שנאמרו בהקשר זה להמחשה: בדיון ביום 16.2.2016 אמר יו"ר הוועדה, ח"כ ניסן סלומיאנסקי, כי "...המצוקה האמתית של העם שישנם חברי בית שהולכים ותומכים בטרור ומזדהים עם הטרור, זאת המצוקה האמתית"; וח"כ מיקי מכלוף זוהר אמר: "מה, כשחברי כנסת ערבים ידברו ככה ויעשו פעולות נגד המדינה, לא כדאי שנשעה אותם?" ח"כ אורן חזן אמר: "לזרוק תומכים בטרור מהכנסת...".

33. בדיון הוועדה ביום 23.2.2016 אמר ח"כ אלעזר שטרן, בהתייחס לדברי יו"ר הכנסת, כי "ברור מדבריו שהחוק בא לטפל בחכים של בל"ד...", ובדיון הוועדה ביום 29.2.2016 אמרה ח"כ

רויטל סויד: "עד כמה העיוורון כנגד ערבים יכול לסמא את עיני חברי הכנסת? עד כמה זה הופך אותנו לאטומים, השנאה הזאת כלפי ערבים? עם כל הכבוד, אלמלא המעשה המגונה של חברי הכנסת של בל"ד לא היינו פה".

34. בדיון ביום 29.2.2016 ביטא ח"כ אחמד טיבי את הדברים הבאים: "מי גילה את הנוסחה הזאת של העליהם על חברי הכנסת הערבים או על ערבים? ראש הממשלה נתניהו. הוא גילה את זה ביום הבחירות, אמר שהערבים נוהרים לקלפי, וגילה שיש דיוויזנד פוליטי. הוא הרוויח שניים-שלושה מושבים תוך כמה שעות. גילה כי טוב, והמשיך בנאום הנורא, הגזעני, המתלהם, בדיזנגוף. והתקיף את כל הציבור הערבי. גילה כי טוב, והתנפל על שלושת חברי מסיעת בל"ד, שאתם יכולים להסכים, לא להסכים, לאהוב, לא לאהוב את מה שהם עשו. כפי שאתם לא אמורים לאהוב או להסכים עם כל מה שאנחנו עושים. אבל העליהם וההתקפה והניסיון להדיר אותם – אתם יודעים מה התוצאה של לזרוק שלושה מחברינו מהכנסת. אתם עלולים להוביל – או עשויים מבחינתכם – להתפטרות כל הרשימה המשותפת. ואז אתם תהיו עם כנסת טהורה לנצח. כנסת יהודית. כנסת ליהודים בלבד... מיקי [ח"כ מיקי רוזנטל] אמר שהחוק הזה הוא חוק 'ערבים החוצה'. אני רוצה לחדד. החוק הזה, חוק ההשעיה, הוא התרגום הפרלמנטרי של הקריאה 'מוות לערבים'. יש מי שרוצה להדיר אותנו מהכנסת. יש מי שרוצה לבטל את האזרחות של כלל הערבים, בעיקר של תושבי ואדי עארה. זה התרגום של הדרה מלאה, של טרנספר אזרחי לציבור הערבי "

35. ח"כ אורי מקלב אמר באותו הדיון בעניין זה: "...הרי אין מי שמוסיף מנדטים לליכוד יותר מחברי בל"ד. כמה מנדטים מוסיפה חנין זועבי לליכוד? אנחנו יודעים גם באמירה האחרונה, בבחירות, הנה הם באים. מה הליכוד רוצה? אתם הרי לאומנים, אתם רוצים לפתח את הרגשות הלאומניים. איך אתם מפתחים את זה? שאתם מביעים מה רוצה לאום אחר שיש פה. אתם מציפים את זה החוצה..."

36. גם נציג הממשלה, השר זאב אלקין, חשף בדבריו את העובדה הפשוטה כי החוק נולד מתוך רצון "לטפל" בחברי הכנסת הערבים ונועד עבור מטרות זאת. כך אמר בדיון לקראת ההצבעה בקריאה הראשונה במליאה ביום 28.3.2016: "... אני חושב שכל מדינה חפצת חיים, אם קיימים בה חברי פרלמנט כאלה, חייבת להגן על עצמה. והדרך להגן על עצמה, חברי חברי הכנסת, היא לא לציץ בטוויטר ולפרסם פוסט בפייסבוק איך אנחנו מגנים את חברת הכנסת זועבי או חברי כנסת מבלי"ד, או חברי כנסת מחד"ש ובל"ד, כשהם מתייצבים לימין ה"חיזבאללה"..."

37. בדיון בוועדה ביום 31.5.16 אמר ח"כ טיבי: "מדובר בחוק מיותר לחלוטין. אבל אם אשים את עצמי במקומו של ראש הממשלה, מתברר, שההסתה יש לה דיבידנד פוליטי". וח"כ קארין אלהרר הגיבה: "30 מנדטים". באותו דיון אמר ח"כ אלעזר שטרן: "לעצם הדיונים האלה, חוץ מבזבוז הזמן, זמן של אופוזיציה, לקואליציה אין זמן לשטויות האלה, היא לא באה. אמרתי לך, מכונת הצבעה. אתה לוקח אותנו לסיטואציה, שכל מה שנגזר עלינו, זה בגלל פופוליזם ותחרות של מה שהוגדר פה מי שונא יותר ערבים".

38. הנה כי כן חוק ההדחה נחקק על רקע מחלוקת שבעיקרה פוליטית בין הרוב ונציגים של המיעוט הערבי. הקשר זה אינו מעיד כי הכנסת כסמכות מכוננת ביקשה לעצב מוסד חוקתי חדש או להחיל כלל חדש בעניין הדחתו של חבר כנסת על בסיס תפיסה חוקתית עניינית ואובייקטיבית המעניקה משקל ראוי לכלל האוכלוסייה, אלא ביקשה למעשה להגביר את כוחו של הרוב תוך מתן גושפנקא חוקתית לעיקרון דורסנות הרוב, המנוגד למהותו של הרעיון הדמוקרטי הבסיסי ביותר.

39. הקשרו המידי וההיסטוריה החקיקתית של חוק ההדחה מעידים על קיומם של שיקולים אתניים מובהקים המעורבים בשיקולים פוליטיים צרים שאין בינם לבין תיקון חוקה על בסיס ערכים דמוקרטים ניטרליים ולא כלום.

3.ב. ההתנגדות לשילוב בית המשפט בהליך ההדחה

40. העתירה תבקש כאן להבליט את רצונו של המחוקק, במסגרת ישיבתו כרשות מכוננת, כפי שהדבר התבטא בהיסטוריה החקיקתית, לפגוע בעיקרון הפרדת הרשויות שבו הכנסת נוטלת לעצמה תפקיד שיפוטי מובהק, ולהקנות לעצמה סמכות חסרת תקדים לערוך "משפט עמיתים" הנושא בצידו עונש כבד, כדי לעשות שימוש בסמכות זאת להדיח חברי כנסת ערבים, אשר חברי הרוב הפרלמנטרי כבר חזרו ואמרו כי מקומם אינו בכנסת.

41. ברקע הדברים עומדת ביקורת מרכזית שנמתחה על החוק, בין היתר על ידי היועץ המשפטי לכנסת, על כך שהליך ההדחה נעשה על ידי חברי הכנסת ולא על ידי בית המשפט. בחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 15.2.16 הודגש כי "יש קושי אינהרנטי לנהל בכנסת הליך מעין שיפוטי, לבחון ראיות בדקדקנות ולערוך איזונים עדינים. באופן טבעי, בדיון בכנסת יש משקל לשיקולים מפלגתיים. נימוק זה נכון הן לניהול ההליך והן לפתיחת ההליך".

42. בדיון ביום 29.2.16 ציינה היועצת המשפטית של הוועדה, סיגל קוגוט: "אני רוצה שיהיה מישהו שיבדוק את הזכות לבחור ולהיבחר באספקלריא של הראיות בצורה שהיא לא צורה קואליציונית ולא צורה של משמעת סיעתית. ולכן עירוב של בית המשפט פה, למרות הזרות בבקרה על הכנסת, זה הליך שצריכים לשקול אותו... דעתי היא שאם יש בעיה עם 7 צריכים לטפל ב-7 ולא לעשות משפט חברים בכנסת". גב' קוגוט הוסיפה והסבירה כי "הבעיה של הכנסת היא בהיותה גוף שהליך מעין שיפוטי אינו הולם אותה. נאווה בוקר בדיון הקודם הביעה עלבון מהאמירות האלה במסמך שלנו. אין לנו אלא כבוד כלפי הכנסת, אבל היא גוף שמייצג את הציבור ופועל לפי משמעת קואליציונית. הוא לא יכול לפעול אחרת. לא אכנס פה לדיונים חוקתיים על היחס בין המצפון האישי של חבר הכנסת והיותו חבר מפלגה ונבחר ציבור שצריך גם לשאת במשמעת קואליציונית. אבל ברור שבלי משמעת קואליציונית הבניין הזה לא מתפקד, וברור שחבר הכנסת, כשהוא פועל בכנסת, הוא פועל מתוך תוקף שליחותו כנציג ציבור. כל התכונות האלה, שהן פשוט אינהרנטיות ומאפיינות את הבית הזה, וטוב שכך, אינן הולמות הליך מעין שיפוטי. לכן עד היום כשהיו הליכים מעין שיפוטיים בכנסת הם היו מוגבלים בכל מיני צורות..."

43. בדיון ביום 31.5.16 הסבירה גב' קוגוט עוד, כי "זה מכלול המצב המשפטי מול חברי הכנסת. יש פה איזונים מאוד עדינים בגלל שזה ה-DNA של חברי הכנסת, זה לא משהו לרעה, זה ה-DNA שלהם שהם לא עם אופי של שופטים... אי אפשר להתעלם מה-DNA של חבר כנסת, הוא נותן דין וחשבון לבוחרים שלו, יש לו שיקולים פוליטיים, חייבים להיות לו כאלה ויש לו מחויבויות קואליציוניות... וה-DNA של המקום הזה, שאדם פעם אחת פעל בניגוד למה שהמפלגה שלו חשבה, וחשב באמת ובתמים שעומדת למישהו החסינות המהותית והצביע ככה, הוא לא היה אחר כך בכנסת שמונה שנים. זה מה שהוא העיד וזה מה שחברי הכנסת יודעים, הם לא יכולים להתעלם מהשיקול הזה. כשאתה בונה חוק, כשאתה בונה חוקה, אתה חייב לקחת את זה בחשבון, אתה לא יכול להתעלם מזה".

44. בדיון ביום 29.2.16 הקריא נציג היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד עמי ברקוביץ, את עמדת היועץ, ובן היתר ציין: "... מובן כי חקיקתו של תיקון כזה המוצע, מחייבת זהירות רבה נוכח הקשיים שהוא מעורר. הכוונה בהקשר זה היא לקשיים המובנים שבקימו של משפט עמיתים על בסיס אידאולוגי, 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 הנדרשת בגיבושו של ההסדר בהתאם לפרטים שייקבעו".

45. לא ניתן לומר כי חברי הכנסת לא הוזהרו כי משפט עמיתים בכנסת מעורר קושי חוקתי של ממש וכי מוטב להותיר את הסמכות לבית המשפט. אולם בחינה של הליך החקיקה מלמדת כי הכנסת בחרה להתעלם מכך, בניגוד לעמדת היועצים המשפטיים, בשל חוסר שביעות הרצון של חברי הכנסת מכך שבית המשפט הנכבד לא ממנהר לאשר פסילת רשימות ומועמדים בהליכים לפי סעיף 7א לחוק היסוד. הכנסת ביקשה לעקוף את המנגנונים הקיימים כיום בחוק, המחייבים אישור בית המשפט העליון לפסילת מועמד מהתמודדות בבחירות, משום שפירושו הדווקני של בית משפט נכבד זה לפסילת מועמדים מכוח סעיף 7א לחוק היסוד, והיצמדותו לבחינה של העובדות ולא של השקפות, לא נשא חן בעיניהם. לכן המנגנון בו בחרה הממשלה נותן את הסמכות להדיח ח"כ לוועדה פוליטית ולחברי הכנסת עצמם. דבר זה לא נעשה במקרה אלא באופן מכוון, והוא מהווה פגיעה קשה ביותר בשלטון החוק ובעיקרון הפרדת הרשויות, הנמנים על עקרונות העל החשובים ביותר במשטר דמוקרטי.

46. ביום 28.3.2016, בתשובתו כנציג הממשלה על הצעת אי אמון שעסקה בחוק ההדחה, השיב השר יריב לוין: "... אני חושב שקודם כול יש לנו היום בחקיקה חוק מאוד ברור, שלפיו היה צריך למנוע מחלק מחברי הכנסת של הרשימה המשותפת בכלל להתמודד לכנסת, מכיוון שהם לא עומדים בתנאי הסף שנקבעו בחוק-היסוד כדי להתמודד, משום שחלקם, לצערי הרב, תומכים בטרור ומסייעים לאויב במקום לייצג את אזרחי ישראל. אבל בית-המשפט העליון, פעם אחר פעם, אף שוועדת הבחירות המרכזית פעלה בדיוק על-פי החוק ופסלה אותם... אני אומר עוד פעם, ישבו בבית-המשפט העליון, שוב, לצערי הרב, שופטים, כתבו פסק-דין, פעם אחר פעם, שאישר את ההתמודדות של חברי כנסת כאלה אף שהם נפסלו, בניגוד מוחלט להוראות החוק, והביאו עלינו את המציאות הזאת שאנחנו צריכים להתמודד אתה עכשיו;

מציאות בלתי סבירה ובלתי מתקבלת על הדעת, ומתוך מציאות כזאת גם נולדים צעדים שהם צעדים לא פשוטים, וחבל שצריך לנקוט אותם."

47. באותו היום, בדיון לאישור הצעת חוק ההדחה לקריאה הראשונה אמרה סגנית שר החוץ ציפי חוטובלי דברים דומים: "אני חושבת שזאת בושה וחרפה שהמחוקק אמר את דברו באופן מובהק בחוק-יסוד: הכנסת, וקבע שמי שתומך באופן אקטיבי בארגון טרור או במאבק מזוין נגד מדינת ישראל לא יוכל לכהן בבית-המחוקקים הזה, ובית-המשפט העליון בחר פעם אחר פעם אחר פעם להתעלם מהאמירה המפורשת הזאת של המחוקק. ככה הגענו לחוק הזה. אם בית-המשפט העליון היה נאמן למורשת הזאת, למורשת הקלאסית ההיסטורית הזאת, של אותה דמוקרטיה ששומרת על הזכות שלה, לא היינו מגיעים ליום הזה, ויכולנו להיעזר בדבר המחוקק המפורש ב-7א".

48. הנה כי כן, חוק ההדחה נועד להעניק סמכות "שפיטה" לרוב של הכנסת להדיח חברי כנסת על ידי גוף פוליטי וממניעים פוליטיים-אידיאולוגיים. הרוב בכנסת אינו מסתפק בחסמים המשפטיים הקיימים שלפיהם ניתן לפסול מועמד מלהתמודד בבחירות בהליך המבקש אישורו של ביהמ"ש העליון, והם לא מסתפקים באמור בסעיף 42א(א)-(ב) ובסעיף 42ב המאפשרים את השעייתו של חבר כנסת או הפסקת כהונתו לאחר הליך שיפוטי וגם לא מסתפקים בסנקציות שניתן להטיל באמצעות ועדת האתיקה. הרוב דרש לקבל סמכות להיות גם התובע, גם השופט וגם התליין של יריביו הפוליטיים מהמיעוט.

טבלה ובה קישור לכל ישיבות ועדת חוקה, חוק ומשפט ומליאת הכנסת מצורפת ומסומנת 4/ע.

ג. חוק ההדחה בפרספקטיבה בינלאומית

49. מסקירה השוואתית שביצעה הלשכה המשפטית של הכנסת, ואשר הוצגה בפני חברי הכנסת, עולה כי אין אח ורע בכל מדינות העולם הדמוקרטיות לחוק דוגמת חוק ההדחה.

העתק הסקירה ההשוואתית מצורף ומסומן 5/ע.

50. מהסקירה עולה כי **ברוב רובן של המדינות, כדוגמת אוסטרליה, בלגיה, אירלנד, גרמניה, דנמרק, נורבגיה, יוון, צרפת, שוודיה ושווייץ, אין פרלמנט סמכות להדיח את חבריו בכלל.** במקצת מהמדינות האחרות שאליהן נתייחס כעת, יש, או הייתה, סמכות הדחה כזאת או אחרת, אך בעילות שונות במהות מאלה שיש בחוק ההדחה הישראלי. עילות אלו הן לרוב לענייני משמעת והפרת קוד התנהגות או כשמדובר בביצוע עבירות פליליות ולאחר העמדה לדין של אותו חבר פרלמנט. כמובן שלעילות האלה יש פרוצדורות קיימות בחוק הישראלי ואינן רלוונטיות לחוק ההדחה.

51. **בבריטניה, אמנם הדחה היא העונש המשמעותי החמור ביותר שבית הנבחרים מוסמך להטיל על חבר בפרלמנט, בעבר הרחוק הודחו חברי פרלמנט בגין עבירות כמו זיוף, עדות שקר, מרמה ושחיתות, אך היא מובילה מידית לבחירות.** במאה העשרים לא נעשה שימוש בהליך זה חוץ משני מקרים, הראשון היה הדחה של חבר פרלמנט שהורשע במעילה ונדון למאסר בפועל (1922), והשני היה על עבירות משמעת חמורות ביותר (1947). הדחת חבר פרלמנט בבריטניה

גוררת עמה את פינוי מושבו וכן עריכת בחירות מיוחדות למושב זה במחוז הבחירה של אותו חבר מודח (House of Commons (Library) [Background Paper: Disciplinary and Penal Powers of the House of Commons](#). Standard Note: SN/PC/06487 Last updated: 27 November 2012 Author: Oonagh Gay, pp. 4-5 המועמדים המפלגתית בדומה למה שאמור לקרות בהליך הישראלי. ראו: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06487>

52. **קנדה:** המצב דומה לבריטניה, שכן סעיף 18 ל Constitution Act 1867 העניק לבית המשפט הקנדי את אותן סמכויות כמו לבית הנבחרים הבריטי, וגם שם התוצאה של ההדחה מובילה לבחירות. היינו, יש לבית הנבחרים הסמכות לנקוט בהליכים משמעתיים, כולל הליכי הדחה, נגד חבר בפרלמנט בגין התנהגות בלתי הולמת או ביזוי הפרלמנט. גם בקנדה במידה ומוחלט על הדחה של חבר פרלמנט מכהן, ייערכו בחירות חדשות לאותו מושב, כאשר אותו חבר מודח אינו מנוע מלהשתתף באותן בחירות. עד כה נעשה שימוש בסמכות בארבעה מקרים בלבד, בהקשר של עבירות פליליות ומקרה אחד של ביזוי סמכות הפרלמנט.

53. **בארצות הברית של אמריקה:** לשני הבתים בקונגרס יש סמכות להדיח חברים, סמכות המעוגנת בחוקה האמריקאית. שני הבתים יכולים להעניש בגין התנהגות לא נאותה של מי מהחברים ושיש בה משום הפרת סדר. משתמשים בהליך זה לא רק כדי להעניש את אותו חבר אלא גם בכדי לשמור על הכבוד והיושרה של הקונגרס, על הלך פעולותיו ועל שמו הטוב. בנוסף לכך, אפשר כמובן לנקוט בסנקציות משמעתיות כאשר יש נקיטה בהליכים פליליים או אזרחיים נגד חבר קונגרס מסוים. לעניין זה ראו: CRS Report for Congress RL31382, Summary and p. 1. הרוב הדרוש להדחת חבר הסנאט הוא שני שלישי מחברי הבית, ולאור שיטת הבחירות האמריקאית, הדו מפלגתית, מדובר ברף המבטיח כי הסמכות תופעל רק במקרים קיצוניים במיוחד. ואכן השימוש בסמכות נעשה במקרים ספורים בלבד בהיסטוריה, לרוב בהקשרים של עבירות פליליות כמו שוחד, מעשי מרמה וכיו"ב.

54. **באוסטרליה,** אמנם בעבר הייתה סמכות הדחה לפרלמנט אך היא בוטלה כשהתברר שהיא נעשית מטעמים פוליטיים נגד מתנגדי מדיניות. עד לשנת 1987 הייתה לפרלמנט הפדראלי הסמכות להדיח חבר פרלמנט מכהן והיה בה שימוש רק פעם אחת בהיסטוריה, בשנת 1920 כאשר לפי בקשת ראש הממשלה דאז, הודח חבר פרלמנט בגין ביטויי הסתה וחוסר נאמנות שהשמיע מחוץ לפרלמנט במסגרת אסיפה פומבית בעיר מלבורן שבה מתח ביקורת על המדיניות הבריטית באירלנד וקרא להפיכת אוסטרליה לרפובליקה. לעניין זה ראו: Inter-Parliamentary Union, Association of Secretaries General of Parliaments. **Contribution from Mr. Ian Harris, Clerk of the House of Representatives of the Parliament of Australia to the general debate on Parliamentary Procedures for the Expulsion and Disciplining of Members**, Geneva Session, October 2007, p. 2.

55. בשנת 1984 ועדה משותפת של שני הבתים שבפרלמנט האוסטרלי בחנה את סוגיית החסינות הפרלמנטרית באוסטרליה והתייחסה בין היתר לפרשה לעיל. הוועדה ציינה שהחלטת ההדחה התקבלה על פי קווי שיוך מפלגתיים ובכך המחישה את הניצול לרעה של סמכות ההדחה

כאשר היא מסורה לפרלמנט עצמו. הוועדה גם הדגישה את העיקרון הדמוקרטי שלפיו ציבור הבוחרים הוא זה שמחליט על הרכב הפרלמנט ואין להותיר את אותה החלטה בידי הפרלמנט עצמו. ראו: [Report of the Select Committee into the Appropriateness of Powers and Penalties for Breaches of Parliamentary Privilege and Contempts of Parliament](#), May 2009, p. 25.

56. בעקבות המלצות הועדה, בוטלה הסמכות להדיח חברי פרלמנט בידי הפרלמנט עצמו וזאת באמצעות ה- Parliamentary Privileges Act שנחקק ב-1987. סעיף 8 של החוק קובע באופן מפורש כי אין לאף אחד משני הבתים שבפרלמנט הסמכות להדיח חבר פרלמנט מכהן.

57. כאמור לעיל, ברובן הגדול של המדינות הדמוקרטיות בעולם אין בכלל הליך הדחה של חבר פרלמנט מכהן, ובאוסטרליה הסמכות בוטלה. יתרה מזאת, גם באותן מדינות מועטות שיש בהן הליך של הדחה של הפרלמנט עצמו, עילות ההדחה תחומות בעיקר להתנהגות בתוך הפרלמנט או התנהגות אישית ולא לגבי עמדות פוליטיות שנמצאות במחלוקת פוליטית. כמו כן, משום שההדחה היא מהלך קיצוני היא מובילה לבחירות אזוריות משום שהיא מהווה התערבות בזכות לבחור להיבחר (כמו בבריטניה ובקנדה). כפי שראינו בפירוט לעיל, הדחת חבר פרלמנט מכהן נחשבת לצעד המשמעותי הקיצוני ביותר שפרלמנט יכול להשתמש בו וזאת רק בעילות הנוגעות לענייני משמעת והפרת קוד התנהגות או כשמדובר בביצוע עבירות פליליות והעמדה לדין של חבר הפרלמנט, וגם כשמשתמשים בהליך הדחה בגין אחת מהעילות הנ"ל ומדיחים חבר, בחלק מהמקרים מילוי מקומו מתבצע בבחירות מיוחדות לאותו מושב ולחבר המודח יש את האפשרות להתמודד באותן בחירות, כל זה כדי לא לפגוע בעיקרון הדמוקרטי החשוב מכל - שהרכב בית הנבחרים נקבע על ידי העם באמצעות בחירות.

הטעון המשפטי

58. בפרק זה נפרט תחילה את העקרונות וזכויות היסוד שחוק ההדחה משנה ופוגע בהם; לאחר מכן ועל בסיס כך נטען כי חוק ההדחה אינו תקף משום שלא מילא אחר הוראות הסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת מאחר שלא עבר ברוב המיוחד הדרוש בשלוש הקריאות; לחלופין נטען בחלק האחרון כי לאור הפגיעה החמורה בעקרונות היסוד וזכויות יסוד, קמה לבית המשפט הנכבד הסמכות להתערב בו, והוא אכן מתבקש לקבוע כי הוא חוק לא חוקתי.

א. העקרונות והזכויות אותם משנה ובהם פוגע חוק ההדחה

59. חוק ההדחה פוגע בעקרונות יסוד על-חוקתיים וזכויות יסוד חוקתיות. פגיעות אלה, שיפורטו בחלק זה, אף אם הן נגרמות על ידי נורמה חוקתית, אינן משרתות אף תכלית ראויה שיכולה לשמש להן להצדקה. בין היתר, החוק פוגע בעיקרון שהרכב הכנסת ייקבע בבחירות, בזכות לבחור ולהיבחר, ובמיוחד בשוויון ביחס לזכויות אלה בין קבוצות אוכלוסייה שונות ובייצוגן הפוליטי. כן פוגע החוק בעיקרון הפרדת הרשויות, מכונן מנגנון בלתי לגיטימי של שיפוט פוליטי ומכרסם באושיות המשטר הדמוקרטי. פגיעות אלה כל אחת בפני עצמה וביתר שאת

בהצטרבותן מחייבות את המסקנה שישנה כאן פגיעה בעיקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ועל כן דרוש רוב מיוחד שלא התקיים כאן, ולחלופין, כי החוק הינו תולדה של שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת.

60. **העיקרון הדמוקרטי שהרכב הכנסת ייקבע בבחירות**: סעיף 4 קובע את העיקרון החוקתי לפיו הציבור, והוא בלבד, בוחר את הרכב הכנסת, וכי שינוי הרכב הכנסת נעשה רק בבחירות. סעיף 4 קובע כי הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ואילו חוק ההדחה קובע כי לחברי הכנסת סמכות להדיח חבר כנסת שנבחר בבחירות כלליות וכך לשנות את הרכב הכנסת.

61. בהליכי החקיקה עלתה הטענה כי אם הכנסת גם מוסמכת להדיח נשיא מכהן, מדוע שלא תהיה מוסמכת להדיח חבר כנסת? אלא שאת הנשיא בוחרת הכנסת ולכן היא מוסמכת להדיחו ואילו את חברי הכנסת בוחר הציבור, ולכן רק הציבור הוא זה שאמור להדיחם, בבחירות. לכן מדובר בשינוי דרמטי של כללי המשחק הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד.

62. **הזכות לבחור ולהיבחר**: זכויות אלו שמשלעצמן נהנות ממעמד חוקתי, ומהוות למעשה חלק מעקרונות היסוד שעליהן נשען כל משטר דמוקרטי. זכותו של אזרח להיבחר לבית הנבחרים הינה אחת מהזכויות החוקתיות הבסיסיות ביותר במשטר דמוקרטי (ראו עניין **זועבי 2015**, פס' 5 לפסה"ד של הנשיאה והפסיקה המוזכרת שם).

63. הגבלת הזכות להיבחר, בין מראש ובין בדיעבד, באמצעות הדחה, היא הגבלה לא רק של הזכות להיבחר אלא גם של הזכות לבחור, שכן הזכות לבחור נפגעת אם רצון הבוחר אינו ממומש ואם מעניקים ליריבים פוליטיים הנמנים על הרוב את הכוח והסמכות להדיח את נבחר הציבור מקרב המיעוט על יסוד השקפת עולם, ולא על פי רצון בוחריו כפי שזה מקבל ביטוי בבחירות (לעניין זה ראו: ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 263 (1985) (להלן - עניין **ניימן הראשון**)).

64. סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת מעגן את הזכות החוקתית של כל אזרח ישראלי מעל גיל 21 להיבחר **אלא אם בית משפט שלל אותה על פי חוק**. למעט סעיף 7א לחוק היסוד, העילה היחידה למנוע מאדם להשתתף בבחירות הינה שהמועמד נידון בפס"ד סופי לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון.

65. לגבי חבר כנסת מכהן, סעיף 42(א) קובע כי תופסק כהונתו של חבר כנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון. קודם לחקיקת חוק ההדחה, היה זה ההסדר היחיד להפסקת כהונתו של חבר כנסת מכהן, לצד סעיף 42 שמורה על הפסקת כהונה עם מינוי לתפקידים מסוימים.

66. חוק ההדחה עומד בסתירה לזכות לבחור ולהיבחר שכן הוא מאפשר לכנסת, גוף פוליטי, להתגבר על רצונו של הבוחר ולהדיח ח"כ, וזאת אף ללא כל מעורבות של בית המשפט.

67. בהליכי החקיקה נטען כי חוק ההדחה אינו אלא המשך טבעי של סמכות ועדת הבחירות למנוע התמודדות מועמד מכוח סעיף 7א לחוק היסוד. אולם הפגיעה של חוק ההדחה בעקרונות יסוד דמוקרטיים ובעבודת חברי הכנסת תהא קשה עשרות מונים מזה שנגרמת על ידי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת. סעיף 7א שהוא בעייתי כשלעצמו מתייחס רק לבחירות עתידיות, כך שאינו משפיע ישירות על עבודת חבר הכנסת. כאשר מדובר בהליך פסילת מועמד לבחירות דרוש אישור של בית המשפט העליון. חוק ההדחה, לעומת זאת, אינו תחום בזמן, ויכול שיופעל בכל רגע נתון של מתיחות ומחלוקות פוליטיות עזות. ואכן, רגעים כאלו במציאות הישראלית קיימים בשפע, ולא אחת אמירות בלתי מקובלות מלבנות את היצרים ומובילות לאיומים בפעולה עונשית. ברוב המקרים, ועם חלוף הזמן, הרוחות נרגעות והשחקנים עוברים להתעסק בדבר הבא. ואולם חוק ההדחה קובע מסלול להוצאת קיטור פוליטי במשכן על ידי רוב "זועם" נגד מיעוט "סורר" ומאפשר לחברי הכנסת להתכנס ולשפוט את עמיתיהם, כאשר החלטתם סופית ואינה טעונה אישור של בית המשפט.

68. החוק המשלים אף קבע הסדרים שמעודדים שיפוט מהיר, תוך שלושה שבועות, כאשר פרק הזמן שיש לחבר הכנסת שאת הדחתו מבקשים לפני שהדיון מובא לוועדה הוא קצר ביותר – 10 ימים בלבד. הסדרים אלו משמעם שחוק ההדחה עלול להפוך להליך הדחת בזק.

69. הליכי ההדחה אף פוגעים בזכות להיבחר, בין שהם מסתיימים בהדחה ובין שלא. לעניין זה עמדת העותרים היא כי הזכות החוקתית להיבחר הינה הזכות של חבר הכנסת, משעה שנבחר, למלא את התפקיד לפי צו מצפוננו ללא האפקט המצנן שמלווה את מה שניתן לתאר כהליך שמיועד לרדיפה ולהגבלה.

70. **הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי**: חוק ההדחה פוגע בחופש הביטוי הפוליטי שמהווה כלי העבודה העיקרי עבור חברי כנסת, ועליו נשענת עצמאותו של הנציג בחברה בדמוקרטית כמו גם יכולתו לייצג נאמנה את בוחריו.

71. חוק ההדחה מבקש להיאבק בחברי כנסת המבטאים השקפות פוליטיות, הגם שאינן מהוות עבירה על החוק הפלילי, אשר מה שמאפיין אותן הוא העובדה שהשקפות אלו אינן לטעמו של הרוב. בכך מבקש החוק להשתיק קולות אופוזיציוניים אך ורק משום שהם נתפסים כ"קיצוניים" על ידי ההגמוניה. פגיעתו של החוק בחופש הביטוי הפוליטי של נציגי המיעוט אינה מתקיימת רק בעת שמופעל המנגנון הקבוע בו לקראת הדחתו של חבר כנסת מסוים, אלא הוא מייצר **אפקט מצנן** – המועצם לנוכח אופיו הפוליטי של מנגנון השיפוט הקבוע בחוק – שמאלץ את הנתונים לו להנהיג משטר של צנזורה עצמית ומראש לבל ייפלו ברשתו.

72. יתר על כן, הפגיעה בחופש הביטוי והאפקט המצנן הנוצר בנסיבות דגן חמורים הם במיוחד, שכן כאשר מנגנון השיפוט הוא פוליטי, ונתון לגחמות הרוב בכל רגע נתון, אין למעשה דרך לדעת מראש מה הגבול המשפטי המותר.

73. העמימות והשיפוט בידי פוליטיקאים יביאו להצרת חופש הביטוי הפרלמנטארי ולתחימתו לפי השקפה שהרוב קובע כלגיטימית, בעוד שביטויים ומעשים שעל פי השקפת המיעוט יש בהם משום גזענות למשל, כאשר הם נאמרים ונעשים על ידי חבר כנסת מקרב הרוב, לא

יוכפפו למנגנון חוק ההדחה, וזאת לנוכח מאזן הכוח הפוליטי שפועל ללא יוצא מן הכלל לרעתו. יוצא אפוא, שהחוק יכול לשמש אך ורק את הרוב החזק פוליטית בכפיית השקפותיו על המיעוט החלש פוליטית.

74. **השוויון וזכות הייצוג של המיעוט הערבי**: חוק ההדחה, כפי שנראה להלן, פוגע בזכות הייצוג של האוכלוסייה הערבית בישראל וזאת בשני מישוריים עיקריים. המישור הראשון נוגע לייצוגה (הפיזי) של האוכלוסייה הערבית. בהקשר זה, החוק מעניק לבית הנבחרים את הסמכות לבטל את תוצאות הבחירות, בהן מימשו הבוחרים והנבחרים את זכויותיהם החוקתיות ויצרו את מערכת היחסים שבמסגרתה הנבחר מייצג את האינטרסים הפוליטיים של בוחריו. המישור השני של הפגיעה בייצוג האוכלוסייה הערבית נוגע למערך האחראיות (accountability) אותו מייצר חוק ההדחה והמכפיף את חברי הכנסת הערבים בראש ובראשונה להשקפות ולעמדות העקרוניות של הרוב בכנסת, וזאת תוך החלפת המודל הדמוקרטי המסורתי לפיו אחריותם של הנבחרים הינה בראש ובראשונה כלפי בוחריהם.

75. מעיקרון הייצוג יש לגזור את החובה לקיים שיטה שתאפשר את ייצוגו של המיעוט, לעניין זה יפים הם דבריו של הנשיא גרוניס בעניין **גוטמן**:

"לעומת זאת, כיום ניתן לטעמי לגרוס כי מעיקרון הייצוג נגזרת חובה עקרונית לקיים שיטת בחירות שתאפשר ייצוג של מיעוטים בכנסת. חשיבות ייצוגם של מיעוטים בבית הנבחרים נטועה בצורך ביצירת חסמים מפני עריצות הרוב הנמצא בשלטון" (עניין **גוטמן**, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

76. הרציונל העומד בבסיס גישה זו של הייצוגיות מושתת על ההכרה בקולו הייחודי של המיעוט, וזאת גם אם עולים בו תכנים הצורמים לאזני הרוב. כאשר רגלי המיעוט מודרות מבית הנבחרים, קולו עלול שלא להישמע במוסדות השלטון ועל כן קל יותר לפגוע בזכויות היסוד ובאינטרסים שלו (לעניין זה ראו עניין **גוטמן**, שם, וכן ראו: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 801-804 (2006) (להלן: **עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל**)).

77. מעמדה של האוכלוסייה הערבית בישראל ייחודי הוא, וזאת לנוכח גודלה וכן לנוכח ההיסטוריה ומורכבות היחסים בינה לבין הרוב היהודי במדינה (לעניין חשיבות ייצוגו של המיעוט הערבי ראו עניין **גוטמן**, פס' 33 לפסק דינו של הנשיא גרוניס וכן פסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; ולסקירה כללית של ייחודו של המיעוט הערבי בישראל ראו: בג"ץ 4112/99 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב – יפו**, פ"ד נו(5) 393, 417-418 (2002); בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, 27-28 (2001)). ייחוד זה מחייב הקפדה יתרה על הייצוג של המיעוט הערבי במוסדות המדינה, על אחת כמה וכמה, כאשר ייצוג זה הינו פרי ההליך הדמוקרטי המתבטא במערכת הבחירות.

78. מעצם קיומו של ההליך הקבוע בחוק ההדחה תיגרם פגיעה אנושה לייצוג האוכלוסייה הערבית בכנסת. כפי שנאמר לעיל וכפי שהובא בתצהירו של ח"כ ד"ר יוסף ג'בארין, הליך ההדחה יפגע בטיב הייצוג של המיעוט הערבי, שכן האיום בשימוש בו כשלעצמו יגרום

להרתעת חברי הכנסת הערבים מביצוע תפקידם נאמנה. אכן, החשש העיקרי כאן נטוע בעובדה שמטרת החוק היא להכווין את ההתנהגות הפרלמנטרית של המיעוט על פי תפישת הרוב, שקנה לעצמו סמכות להפעיל סנקציה חריפה בדמות הדחתה של חברת כנסת על רקע מעשים וביטויים בעלי אופי אידיאולוגי, שאינם בהכרח, עולים כדי עבירה פלילית. **אין המדובר במנגנון אוטומטי שאליו כפופים כל חברי הכנסת, אלא ייזומו של ההליך ותוצאותיו תלויים אך ורק בהשקפותיהם הפוליטיות של המעורבים בו.** הסנקציה שבחוק ההדחה, למעשה, יכולה להיות מופעלת בהכרח רק נגד מי שנמצא באופוזיציה, שכן לא סביר לצפות שהקואליציה תפעיל אותה נגד מי מחבריה. לעניין זה דווקא הרוב המיוחד שנקבע יש בו להבטיח הלכה למעשה כי ניתן יהיה להפעיל את החוק רק כלפי חברי הכנסת הערבים, אשר הם בבחינת מיעוט מבודד בכנסת.

79. תוצאת הדברים היא, ובהינתן העובדה שייצוג האוכלוסייה הערבית בישראל נעשה מתוך האופוזיציה, וזאת לנוכח 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.

80. חוק ההדחה, עוד בטרם יושם, פוגע ביכולתם של חברי הכנסת הערבים למלא את שליחותם הציבורית כנבחרים ציבור. הם נאלצים לבצע את תפקידם תוך חישוב מתמיד של האופן בו פעולותיהם נתפשות על ידי הרוב היהודי. כך יוצא, שחוק ההדחה יוצר מנגנון אחראיות (accountability) של חברי הכנסת הערבים כלפי חברי הכנסת היהודים, וזאת תחת הגישה הדמוקרטית הקלאסית, לפיה חברי הכנסת אחראים כלפי בוחריהם. יתרה מזאת, הליכי ההדחה מעסיקים את חברי הכנסת הערבים בהתגוננות מתמדת מפני הרוב המבקש להדיחם. לעניין זה ציין אף היועץ המשפטי לכנסת בחוות דעתו כי "אף אם ההליך לא יוביל בסופו של דבר להשעיה, הוא יכול להביא לפגיעה של ממש ביכולת התפקוד של חבר הכנסת, ויכול להיעשות באופן חוזר ונשנה. עצם התקיימותו של הליך מהסוג שבו מדובר, מביא לטרדה, השקעת אמצעים, השבתה מפעילות פרלמנטרית, ולכן ראוי שגם פתיחת ההליך תתקיים רק במקרים שבהם יש הסכמה רחבה שהם ראויים לבירור כזה".

81. אכן, אף שבית המשפט הנכבד פירש בצורה דווקנית את סעיף 7א ובלם החלטות למנוע ממועמדים להשתתף בבחירות, אין ספק כי הליך הפסילה הפך למשתלם למדי כשהוא ננקט כלפי יריבים פוליטיים ממפלגות שאין סיכוי שיהיו חלק מהקואליציה. לחברי כנסת מהרוב מתאפשר להשיג נקודות זכות בקרב בוחריהם, להצטייר כמי שדואגים לערכים לאומיים, והכל – מבלי לשלם על כך מחיר פוליטי כלשהו (מקומי או בזירה הבינלאומית), שכן בית המשפט נכנס לתמונה בדיעבד ומתקן את הטעון תיקון. לא נפריז אם נתאר את דיוני הפסילה שמתקיימים עובר לכל מערכת בחירות בחמש עשרה השנים האחרונות כהליך תיאטרלי שהפך לכלי דרכו מציג הרוב בפני בוחריו מצג פוליטי לעומתי על חשבון האוכלוסייה הערבית ונציגיה. הנחמה היחידה בקשר להליכי הפסילה הינה בתחימתם הזמנית לתקופת הבחירות. הליכי ההדחה לעומתם יהפכו את משכן הכנסת לבמה שמעליה הרוב צובר נקודות בקרב בוחריהם על ידי העלאת "הצגות הדחה", שגם אם לא יבשילו לכדי תוצאתם המיועדת, יגרמו לנזקים מעצם קיומם.

82. **הפגיעה בזכות השוויון:** חוק ההדחה פוגע, כפי שצוין לעיל, בעיקרון השוויון ביחס לזכות לבחור ולהיבחר. סביר לצפות שהחוק ישפיע בעיקר על חברי הכנסת הנמנים על סיעות חלשות פוליטית, ובמיוחד חברי הכנסת הערבים. זאת משני טעמים עיקריים: ראשית, חברי הכנסת הערבים יושבים תדיר כגוף אופוזיציוני אף בתוך האופוזיציה עצמה, וניתן בקלות יחסית לגייס חברי כנסת אחרים מתוך האופוזיציה לתמיכה בהליכי הדחת מי מהם. שנית, לא פעם מאותגרת הלגיטימציה של כהונת חברי הכנסת הערבים לנוכח ביטויים או מעשים שאינם לרוחם של המקטרגים, באופן שמגביר את החשש כי במרבית המקרים חוק ההדחה יופעל ביחס לנציגי האוכלוסייה הערבית (וההיסטוריה החקיקתית של חוק ההדחה מלמדת על כך). יוצא אפוא, שהחשש לגבי הפעלת החוק ביחס לחברי הכנסת הנמנים על הקואליציה, או חברי הכנסת מתוך הסיעות הגדולות שבאופוזיציה, רובם ככולם יהודים, הוא נמוך משמעותית מהחשש של הפעלת החוק ביחס לחברי הכנסת הערבים. ההיסטוריה של הפעלת הליכי הפסילה, שכאמור בניגוד להליכי ההדחה תחומים הם בזמן, מובילה למסקנה שעיקר פועלו של חוק זה יופנה כלפי האוכלוסייה הערבית ונציגיה.

83. הנה כי כן, חוק ההדחה פוגע קשות בזכות להיבחר של חברי הכנסת, בין אם הליכי ההדחה יבשילו בין אם לאו. הוא פוגע ביכולתם לתפקד ולבצע את שליחותם תחת אימת הפעלתו המתמדת, פוגע בשוויון בין חברי הכנסת ובחופש הביטוי הפוליטי שמהווה לחם חוקם. ובסופו של יום חוק ההדחה שומט את הקרקע מתחת לעיקרון השמירה על המיעוט ומעצים את דורסנותו של הרוב.

ב. הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות

84. חוק ההדחה מנוגד לעקרון הפרדת הרשויות ובעיקר לחוק יסוד: השפיטה שממנו מתחייב כי משפטו של אדם ייעשה על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת, ולעיקרון הדמוקרטי הבסיסי כי שיפוט ייעשה בידי ערכאה אובייקטיבית ונטולת פניות.

85. חוק ההדחה מהווה מנגנון שיפוט פוליטי ומוטה, שבמסגרתו חברי הכנסת מחליטים את מי ישפטו, ולאחר מכן יושבים כערכאה שיפוטית לכל דבר לצורך ההכרעה בשאלת המשך כהונת מי מהם, וזאת עקב מעשים או ביטויים שאינם נושאים חן בעיניהם, אף אם הם אינם מהווים עבירה על שום חוק. לעניין זה עמד בית המשפט העליון על הקשיים הקיימים ביחס לסעיף 7א, המועצמים בהקשר של חוק ההדחה מהסיבות שנמנו לעיל, בין היתר, בשל אופיו הפוליטי:

"... יש מקום לשקול אם ההסדר הקיים, בו ההחלטה הראשונית באשר למניעת השתתפותן של רשימות מועמדים או מועמדים היא בידי ועדת הבחירות המרכזית, הוא הסדר ראוי. האין לחשוש כי החלטותיה של ועדת הבחירות יוכתבו על ידי ההרכב הפוליטי שלה – למעט העומד בראשה – ויושפעו משיקולים פוליטיים, במקום השיקולים העניינים עליהם עמדנו? כבר בפרשת ירדור ציין השופט זוסמן כי מתן שיקול דעת לוועדת הבחירות למנוע השתתפותה של רשימת מועמדים 'אינו עולה בקנה אחד עם הרכב הוועדה שהוא גוף המורכב על טהרת עקרונות פוליטיים, לפי מתכונת הכנסת היוצאת, פרט ליושב ראש הוועדה שהוא שופט בית המשפט העליון' (שם, עמ' 389). בפרשת ניימן הראשונה היפנה השופט מ' אלון את תשומת הלב לחוסר הרצון 'למסור הסמכות לפסילת רשימה על פי נימוקים של תוכן ומהות לגוף, המורכב ברובו המכריע – פרט ליושב-ראש – מנציגים, המייצגים גופים פוליטיים,

וששיקוליהם עשויים להיות אידיאולוגיים – פוליטיים" (שם, עמ' 289). בפרשת ניימן השניה היפנה הנשיא שמגר את תשומת הלב לבעיה של הפקדת סמכות אישור הרשימות בידי גוף פוליטי" (שם, עמ' 194). אכן, מן הראוי הוא כי הכנסת תשוב ותיתן דעתה ותבחן אם אין זה ראוי להפקיד את הדיון בסוגיה זו, שאין חולק באשר למשמעותה לשם שמירה על הדמוקרטיה, התחרות החופשית והפלורליזם, בידי גוף נייטרלי במהותו אשר ישקול שיקולים משפטיים ענייניים בלבד. יצוין כי במדינות דמוקרטיות בהן מצויה הוראה בחוקה המאפשרת מניעת השתתפותן של רשימות בבחירות, ההחלטה בשאלה זו נעשית על ידי בית המשפט בלבד, בלא שוועדה כדוגמת ועדת הבחירות שלנו – על מאפייניה הפוליטיים – תיטול חלק בהחלטה זו (כגון סעיף 21(2) לחוקה הגרמנית; סעיף 223(e) לחוקת פורטוגל). אכן, האם מן הראוי הוא שגוף פוליטי ("כנסת זוטא") יפעל כגוף מעין שיפוטי? האם מן הראוי הוא שמי שנאבק על קולו של הבוחר יקבע גם מי יוכל להתמודד עימו במאבק זה? האין להסתפק בכוחה של הכנסת לקבוע את אמות המידה הראויות להשתתפות בבחירות, בלא להעניק לה את הסמכות להכרעה האינדיבידואלית? מודעים אנו לכך שהתשובה על שאלות אלה אינה פשוטה. מן הראוי שהדבר יישקל מחדש, לאור הנסיון שהצטבר במשך השנים, בישראל ובמשפט המשווה" (עניין **טיבי**, פס' 84 לפסק דינו של הנשיא ברק).

86. בית המשפט העליון דחה כאמור את כל ניסיונות הפסילה נגד מועמדים ערבים ונגד הרשימות הערביות עד עתה והתבטא יותר מפעם אחת נגד החלטות ועדת הבחירות המרכזית, בכך שהיא גוף פוליטי ושיקוליה הינם שיקולים פוליטיים גרידא. לעניין זה יפים דבריה של הנשיאה ביניש בע"ב 561/09 **בל"ד** – **המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18** (לא פורסם, 7.3.2011), בפסקה 16 (להלן: **עניין בל"ד** : (2011).

"הדיון שהתקיים בוועדה לקה בכך שלא הייתה בו התמודדות ראווה עם מלוא מורכבותה של הסוגיה, לא נתקיים דיון מעמיק בראיות שהוצגו ולא נבחנו אמות המידה כפי שגובשו בפסיקתו של בית משפט זה. כן לא מצאנו כי במסגרת הדיון שנערך בוועדה נדרשו חבריה לטיעונו של בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, והדיון התנהל במתכונת של סיסמאות ללא הנחת תשתית עובדתית מספקת כמתחייב מכובד העניין. היבט זה מחליש, מטבע הדברים, ממשקלן של החלטות הפסילה נשוא הערעור שלפנינו. כמו כן, וכפי שכבר ציינו בפסיקה קודמת של בית משפט זה, הוועדה הינה גוף פוליטי על-פי הרכבה, ושיקוליה הינם פוליטיים במובהק. נתון זה משפיע - ולו פוטנציאלית - על מידת האובייקטיביות והרצינות של הדיון המתקיים במסגרתה. בנסיבות העניין שלפנינו נראה כי הפוטנציאל מומש, שכן גם כאן ניכר שלא ניתנה הדעת להנחיות ולאמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך נקיטה בצעד מרחיק הלכת של פסילת רשימות מלהתמודד בבחירות."

ראו גם: עניין **טיבי**; א"ב 9255/12 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי**, (טרם פורסם, 20.8.2013) (עניין **זועבי** 2013); עניין **זועבי** (2015).

87. ואכן, ההיסטוריה של הפעלת סמכות הפסילה לרשימות המעוגנת בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת על ידי "כנסת זוטא", כלשון בית המשפט, והפער בין ההחלטות המתקבלות שם לבין ההכרעות השיפוטיות שהתקבלו בעקבותיהן, ועל יסוד אמות מידה משפטיות, מלמדים על מידת הפוליטיזציה של אותן החלטות והיקף השיקולים הפוליטיים שעומדים בבסיסן. שוב ושוב ראינו ביחס לוועדת הבחירות בהליכים מכוח סעיף 7א, כי אותם פוליטיקאים שמגישים בקשת הפסילה מצהירים על התוצאה ועל אופן הצבעתם עוד לפני שנשמע המועמד וכי הליכים אלו הינם לא יותר מהצגה ומראית עין של הליך מעין שיפוטי. עתה, לא בכנסת זוטא

עסקינן, אלא במשכן כולו, ואין אלא להסיק שהליכי ההדחה יידבקו באותה פתולוגיה שפשתה בהליכי הפסילה, ואף תישא אופי קיצוני ומסוכן הרבה יותר.

88. למעשה, חוק ההדחה מאפשר לחבר הכנסת המודח לערער על ההחלטה להדיחו לבית המשפט העליון, מה שיכול להחשיב את הכנסת, בדרך עקיפה, כערכאה שיפוטית ראשונה שעליה אפשר לערער בזכות לערכאה גבוהה יותר. פרופסור אהרן ברק מביא בספרו "שופט בחברה דמוקרטית" דוגמא מצוינת מדרום אפריקה שבה המחוקק נוטל מהרשות השופטת סמכות שהוענקה לה בחוקה ומעניק אותה למחוקק. בדוגמא, חוקק חוק מחדש ובו נקבע כי להחלטת בית המשפט בעניין חוקתיותו של חוק יש ערעור לפרלמנט עצמו. נקבע שם כי חוק זה אינו חוקתי שכן הוא פוגע בסמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים (אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 112 (2004)).

89. יודגש בהקשר זה, כי גם אם יחליט בית המשפט לבחון ערעור המוגש לפניו על החלטת הכנסת להדיח מי מחבריה בהתאם לאמות המידה שנקבעו לעניין אופן בחינת החלטות הפסילה על פי סעיף 7א, הרי שאין בכך משום תרופה לרוב הקשיים שמעורר החוק. כאמור, לעומת סמכות הפסילה, סמכות ההדחה אינה תחומה בזמן, והיא יכולה להיות מופעלת בכל עת, ולמעשה מייצרת אפקט מצנן שחולש על כל תקופת הכהונה של אותם חברי הכנסת העלולים להיות נתונים תחת איומה המתמיד של סנקציית ההדחה. כל אלה מצטרפים לקשיים שהצבענו עליהם לעיל, ועצם קיומו של הליך הערעור אין בו כדי למגרם.

90. הנה כי כן, התיקון הנדון מפר בצורה חמורה את עיקרון הפרדת הרשויות, בכך שהוא נותן סמכות שיפוט כערכאה ראשונה לכנסת, שיושבת ושופטת שלא על פי עקרונות משפטיים אובייקטיביים אלא על פי השקפת עולם פוליטית-אידאולוגית, ומעליה יושב בית המשפט העליון כערכאת ערעור בלבד. פגמים אלו יורדים לשורש העניין שלפנינו, ומחייבים את המסקנה בדבר בטלותו של חוק ההדחה.

ג. החוק חסר תוקף לנוכח אי עמידה בדרישות השריון

91. כאמור לעיל, תיקון חוק יסוד: הכנסת (חוק ההדחה) לא עבר ברוב מיוחד בכל שלוש הקריאות ובניגוד להוראות סעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת. סעיף 4 קובע כי "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". וכמצוות סעיף 46 לאותו חוק יסוד, כל שינוי בשיטת הבחירות **במפורש או במשתמע**, חייב לעבור בשלוש הקריאות ברוב של חברי הכנסת.

92. הפגיעה והשינוי שחוק ההדחה מייצר הוא בעיקר במימוש הזכות השווה לבחור ולהיבחר, בשוויון בייצוג בין האוכלוסיות כפי שפורטו לעיל. הוא פוגע בזכות הבוחרים על ידי כך שהרוב בכנסת מדיח מועמד שבחרו בו וגם משנה את הרכב הרשימה שבחרו בה; הוא גם פוגע בנבחר שהוא חבר כנסת על ידי כך שרוב בכנסת מחליט על הדחתו ובכך שולל שלילה טוטאלית את זכותו כיחיד שווה בין שווים והוא גם פוגע בזכותה השווה של הרשימה להיבחר על ידי כך שהוא מתערב בהרכבה.

93. לכן חוק ההדחה גם פוגע ומשנה את הדרישה שהבחירות יהיו כלליות. אכן יש סתירה ברורה בין חוק ההדחה לבין העיקרון הבסיסי של סעיף 4 הנ"ל לפיו הכנסת תיבחר בבחירות שוות וכלליות. סעיף 4 קובע את העיקרון החוקתי לפיו הציבור, והוא בלבד, בוחר את הרכב הכנסת, וכי שינוי הרכב הכנסת צריך להיעשות אך ורק בבחירות שוות וכלליות.

94. בשנת 1969 נקבע בעניין **ברגמן** כי כל שינוי בשיטת הבחירות המשנה את הזכות לבחור ולהיבחר הינו שינוי של עקרון השוויון בבחירות המחייב את הכנסת שתעשה את השינוי במודע על ידי רוב מיוחד בשלוש הקריאות. הלכה זו דחתה את הפרשנות הצרה לפיה השוויון בבחירות תחום אך ורק לשוויון במובן "קול אחד לכל אחד" ובמקום זאת קבעה מפורשות שהפרשנות למילה "שוות" הינה רחבה ומכוונת בעיקר לשתי הזכויות לבחור ולהיבחר. יפים לעניין זה דבריו של השופט לנדוי:

"אין אנו מקבלים את הטענה שסעיף 4 של חוק היסוד קובע רק הוראות טכניות ביחס לביצוע הבחירות. מוכנים אנו להניח שמחוקקי הסעיף הזה ראו לנגד עיניהם בראש ובראשונה את העיקרון של 'קול אחד לכל אחד', שעה שקבעו כי הבחירות תהיינה 'שוות'. אבל אין אנו סבורים שבכך מתמצית משמעותה המלאה של הקביעה הפרוגרמטית הזאת המופיעה בחוק היסוד. לכל אחד משמות התואר 'כלליות', 'ארציות', 'ישירות', 'יחסיות' שתי פנים: הן מכוונות גם לזכות לבחור וגם לזכות להיבחר, ואין טעם שלא לתת גם למלה 'שוות' אותה משמעות רחבה. על כך מעיד סדר הסעיפים: הסעיף 4 בראש, עם משמעותו הכללית, ואחריו ההוראות הספציפיות יותר שבסעיף 5 – ביחס לזכות לבחור, ובסעיף 6 – ביחס לזכות להיבחר; שאם לא כן, ואילו התייחסה המילה 'שוות' רק לזכות לבחור, יותר טבעי היה לכלול את הרעיון של 'קול אחד לכל אחד' בסעיף 5 דווקא" (עניין **ברגמן**, בעמ' 698)

95. הלכת **ברגמן** החילה את עקרון השוויון בבחירות גם על הקשר בין הזכות לבחור השייכת לבוחרים לבין המועמד הבודד שנבחר ברשימה:

"הרי לפי שיטת הבחירות שלנו מתחברים מועמדים לבחירות ברשימות מועמדים המוגשות אם עלידי סיעה של הכנסת היוצאת ואם – במקרה של רשימה חדשה – עלידי 750 בוחרים (סעיף 4 של חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969). בדרך זו שואף המועמד הבודד אל מטרתו הנכספת, ובאותה דרך מתגשם רצונו גם של הבוחר הבודד המצביע בעד הרשימה" (שם, שם).

96. סיכום פסקי הדין הרלבנטיים מאז עניין **ברגמן** ועד היום מלמד כי כל שינוי או פגיעה בשיטת הבחירות הנוגעים לזכות לבחור ולהיבחר צריכים לעמוד בדרישות הסיפא של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ולעבור ברוב חברי הכנסת. בהקשר זה, יפים דבריו של פרופ' אהרן ברק:

"סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת אינו קובע אך הסדר 'מוסדי' באשר לבחירות. הוא אכן מעניק את הזכות החוקתית לבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות. גם סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת דן בהשתתפות בבחירות כזכות. אכן ההוראה בדבר השוויון בבחירות שעמדה במרכז של כמה פסקי דין של בית המשפט העליון, עניינה גם בזכות לבחור ולהיבחר הנתונה לכל אדם בישראל" (אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 182 (2010)).

97. בעניין **גוטמן** שדן לאחרונה בהעלאת אחוז החסימה מציין הנשיא גרוניס כי:

"בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**... הבהיר השופט מ' לנדוי, כי העקרונות שבסעיף 4 לחוק היסוד מבטאים אף הם את הזכות לבחור ולהיבחר במובנה הכללי. ההוראות הספציפיות, כך ציין שם, מסבירות ומפרטות מהם התנאים הקונקרטיים למימוש זכויות אלה" (עניין **גוטמן**, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

98. הדוגמאות שהחילו את סעיף 4 הנ"ל הן רבות. כך, למשל, קבע מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) כי חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת משנה את שיטת הבחירות, וכי היא מסוג התיקונים שחייבים להיעשות לפי מצוות הוראות סעיף 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת וכי התיקון במקרה זה הינו תקף משום שהוא עבר ברוב מיוחס בשלוש הקריאות:

"סעיף 4 קובע את עקרונותיה של שיטת הבחירות הנוהגת בישראל, והוא מורה, בין היתר, כי הבחירות תהיינה שוות [...] יחד עם זאת, מורה סעיף 4 גופו על הדרך אשר בה ניתן לחוקק אף בסטייה מן העקרונות הקבועים בו. [...] בדרך זו של הצבעה ברוב מיוחס נקבעו הוראות שונות בחוקי הבחירות, אשר יש בהן משום סטייה מן הנורמה של השוויון. [...] יתרה מזו, סעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת גם נותן גושפנקא מפורשת לחקיקה סותרת, שהיא בגדר שינוי של סעיף 4 במשתמע... לא למותר להוסיף, כי במערכת הנסיבות החקיקתיות שלפנינו, המדובר בחקיקה שנעשתה במפורש במגמה לסייג את העיקרון הנ"ל שבסעיף 4 (במקביל להוראותיו של סעיף 6א) לחוק-יסוד: הכנסת: הרי אנו דנים בתיקונו הישיר של החוק בתוך אותה מסגרת חקיקתית, על-ידי שילוב הוראה נוספת לתוך חוק היסוד, לצדו של סעיף 4, כאשר ההשלכה על סעיף 4 גלויה וברורה לכולי עלמא" (עניין **ניימן השני**, בעמ' 183-184)

99. בעניין **מופז** התייחס בית המשפט הנכבד לשינויי חקיקה שפוגעים במועמדותם של מתמודדים בודדים או סוג מסוים של מתמודדים ולפיו, סוג זה של שינוי הוא בבחינת שינוי לזכות להיבחר שחובה לבצעו ברוב מיוחד בשלוש הקריאות. דובר אז בתוקפו של חוק שהאריך את תקופת הצינון למי שכיהן כרמטכ"ל מ-100 ימים לחצי שנה. משהתקבל החוק בקריאה הראשונה ברוב רגיל ולא ברוב של 61 (בדומה למקרה שלפנינו), נטען על ידי העותר כי דין החוק להתבטל. באותו עניין בית המשפט קבע כי היה מקום לקבל את הטענה כי לתיקון אין תוקף בשל היעדר הרוב הדרוש, ואולם תיקון מאוחר יותר לחוק יסוד: הכנסת, שהסמיך את הכנסת לקבוע תקופת צינון, ריפא את הפגם. היינו תיקון חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 33) שנגע לתקופת הצינון של מועמדים נעשה ברוב מיוחד בשלוש הקריאות, ולכן לא מצא בית המשפט עילה להתערב בתקופת הצינון מטעם זה (ראו עניין **מופז**, בעמ' 804).

100. בבג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990) נקבע, ברוב של שניים מול אחד, כי אף במהלך ההצבעה הטרומית על הצעה שכוללת שינויים בשיטת הבחירות הנוגעים לזכות להיבחר ולבחור חייבת הצעת החוק לעבור ברוב חברי הכנסת.

101. חשוב לציין לצורך חוק ההדחה כי הוראות הסעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד: הכנסת אינן חלות אך ורק בעת ההתמודדות. פסיקת בית המשפט הנכבד שללה את הטענה 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" וכפי שקבע השופט שלמה לויין בבג"ץ 141/82 ח"כ רובינשטיין
נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141 (1983) (להלן: עניין רובינשטיין):

"הגעתי לכלל מסקנה, שהוראות החוק המתקן, אשר שינו באופן רטרופקטיבי את כללי המשחק, כפי שנקבעו בנורמות שבחוק המקורי, פגעו בציפיות לגיטימיות של העותרים, הראויות להגנה, ופגיעה זו היא פגיעה של ממש, עד שהיא מחייבת התערבות של בית-משפט זה. לפי מיטב שיפוטי, דין העתירה להתקבל. לאור מסקנה זו אני נמנע מלחוות דעה לגבי טענתם הנוספת רבת המשקל של העותרים, בדבר היותו של החוק המתקן בעל תוצאה מפלה מתמשכת, גם לגבי הבחירות הבאות" (בעמ' 152).

ובאותו פסק דין קובע מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) כי הפרשנות של השוויון בבחירות אינה חלה רק על רגע ההתמודדות אלא היא חלה לאחר מכן ועל כן וכדבריו:

"יש בתיקון הרטרואקטיבי משום פגיעה בשוויון, ואם החוק המתקן לא נתקבל ברוב הדרוש, הקבוע בסעיף 4 לחוק היסוד, אין לו ממילא תוקף" (בעמ' 162).

102. ושוב, בבג"ץ 2060/91 כהן נגד יו"ר הכנסת, פ"ד מו(4) 319 (1992) (להלן: עניין כהן) 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 ההיבחרות. בית המשפט קבע כי השוויון בסיכויים הוא גם שוויון בסיכונים שחל גם לאחר הבחירות, וכדבריו השופט גולדברג:

"מכאן, שגם ההחלטה שלפנינו שינתה למפרע את 'כללי המשחק', מאחר שפגיעה בציפיות הלגיטימיות של חלק מן הרשימות, כי מה שנקבע כיחידת מימון הוא שיהיה, בעוד האחרות זוכות עתה לביסוס ציפיותיהן, כי בנטילת ההתחייבויות אין משום סיכון רב. אין מנוס, לפיכך, מלקבוע, כי דין החלטת ועדת הכספים להיבטל, שכן עניין לנו בהחלטה שיש בה כדי לפגוע בהוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שאין לשנותה אף במשתמע, אלא בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (עניין כהן, בעמ' 328-329).

103. חשוב לציין כי אם בשורה של פסקי דין פסל בית המשפט הנכבד שינויים בחקיקה לאחר הבחירות ואשר עולה מהם פגיעה בעיקרון הציפיות של הבוחרים והנבחרים בתחום הכלכלי (מימון המפלגות) כמשנים "כללי המשחק", הוא הדין בענייננו, בבחינת קל וחומר, היכן שהשינוי בדיעבד הינו במישור הזכויות הפוליטיות שמבקש לעצב מחדש את הרכבה של רשימת המועמדים על ידי הפסקת כהונתו של חבר כנסת נבחר לאחר הבחירות. בהקשר זה יפים דבריו של השופט שלמה לויין בעניין רובינשטיין:

"אי-שוויון כלכלי בין הסיעות השונות יוצר אי-שוויון בזכויות הפוליטיות. אי-שוויון בזכויות הפוליטיות גרוע לא פחות – ואולי יותר – מאי-שוויון בהקשריו האחרים" (עניין רובינשטיין, בעמ' 153).

104. הנה כי כן, "כללי המשחק" הנוגעים לעיקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת חלים גם על ההתמודדות בבחירות וגם על המתרחש לאחריהם; גם על השוויון בסיכויים וגם על השוויון בסיכונים לאחר ההיבחרות. המסקנה היא, אפוא, כי השוויון בזכות לבחור ולהיבחר אינו מתמצה עם סיום ההתמודדות ביום הבחירות.

105. למען הזהירות נבקש להעיר כי היום אין מחלוקת בפסיקה העליונה כי השוויון בבחירות חל הן על הרשימות והן על מועמדים באופן זהה ודומה. בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ'

הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996) (להלן: **עניין מרכז השלטון המקומי**) התעוררה מחלוקת בין שופטי הרוב (גולדברג וזמיר) לבין שופט המיעוט של השופט חשין בשאלה אם הוראת סעיף 4 להנ"ל חלה על רשימות בלבד או גם על מועמדים בבחירות מקדמיות של המפלגות (פריימריס). השופט חשין היה בדעה שהוראה זו חלה גם על מועמדים. אכן היום אין מחלוקת על כך שהזכות להיבחר חלה על שני המקרים כמקרים זהים. לא רק שעניין **מופז** שניתן לאחר מכן ובהרכב מורחב התייחס לתחולת סעיף 4 הנ"ל על מועמדים, אלא כל פסיקת בית המשפט הנכבד שניתנה מאז פס"ד **טיבי** בעניין פסילת מועמדים להתמודד בבחירות לפי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מתייחסת לפגיעה הן במועמד הבודד והן ברשימה כזוהים לצורך מימוש הזכות להיבחר. על כן, דבריו של השופט חשין בעניין מרכז השלטון המקומי רלבנטיים היום יותר מאי-פעם:

"עקרון השוויון שבסעיף 4 יזרום הן בדמה של הזכות לבחור והן בדמה של הזכות להיבחר. ואלה דברים אמרם השופט לנדוי בפרשת ברגמן...הרי לפי שיטת הבחירות שלנו מתחברים מועמדים לבחירות ברשימות מועמדים... בדרך זו שואף המועמד הבודד אל מטרתו הנכספת, ובאותה דרך מתגשם גם רצונו של הבוחר הבודד המצביע בעד הרשימה. פרשנות המלמדת גם זאת מהוראות השוויון שבסעיף 4 עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק...אם הבינותי נכונה את דברי השופט לנדוי, אומר הוא לנו כך: בראשית ובתחילה הוא עקרון השוויון, ועיקרון זה חל על הזכות להיבחר כשם שהוא חל על הזכות לבחור. הזכות להיבחר עניינה הוא במועמד הבודד דווקא - בו, ולא ברשימות מועמדים." (עניין מרכז השלטון המקומי, פסקה 12 לפסק דינו של השופט (בדימוס) חשין).

106. לסיכום עניין זה: חוק ההדחה משנה באופן קיצוני את "כללי המשחק" בבחירות נוכח פגיעתו בעיקרון שהרכב הכנסת נקבע בבחירות, בזכות לבחור, להיבחר, בשוויון ובייצוג כפי שפורט, ולכן היה עליו כתנאי ראשון, לעבור ברוב המיוחד בהתאם להוראות סעיפים 4 ו-46 לחוק יסוד הכנסת. משלא עבר ברוב מיוחד בשלוש הקריאות, שכן בקריאה הראשונה עבר ברוב של 59 חברי כנסת, הוא נעדר כל תקפות. דבריו של היועץ המשפטי לממשלה שהובאו בפתח עתירה זו אודות השינוי שחוק ההדחה מבצע, הינם אולי הדברים החדים והרלבנטיים ביותר לעניין זה אשר לפיהם חוק ההדחה פוגע בבחורים ובציפיותיהם, משנה את כללי המשחק ביחסים בין רוב ומיעוט ועורך הדחה לנבחרים על בסיס "משפט-עמיתים" על רקע אידיאולוגי.

ד. חוק ההדחה הינו בלתי חוקתי

107. לחילופין, העותרים טוענים כי חוק ההדחה הינו בלתי חוקתי. הענקת הסמכות על ידי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת לעצמה בכובעה כרשות מחוקקת (כבית הנבחרים), עולה כדי הפרה קיצונית של עקרונות יסוד דמוקרטיים, לרבות עיקרון הפרדת הרשויות ועיקרון הייצוג, ולנוכח תכליתה הפסולה מהווה היא שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, וזאת בדרגת חומרה המצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד, הכל כפי שיבואר להלן.

ג. סמכות ההתערבות של בית המשפט לגופו של עניין לנוכח תכליתו הפסולה של החוק

108. העותרים יטענו כי מקרה זה מצדיק את התערבותו של בית המשפט. בבג"ץ 4908/10 **בר-און נ' הכנסת**, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**), בו נתבקש ביטול תיקון לחוק יסוד: משק המדינה בו נעשה מעבר ממודל של תקציב שמתקבל אחת לשנה, למודל דו שנתי. הדיון

המהותי שהתקיים בעניין **בר-און**, כך ייטען, מוביל בענייננו למסקנה כי דין עתירה זו להתקבל.

109. חוק ההדחה נחקק כתיקון לחוק יסוד: הכנסת. המבחן העקרוני לזיהוי נורמה חוקתית צוין בעניין **בר-און** כמבחן הצורני ואולם, שם נידונה שאלת הצורך בקיומו של מבחן משולב, צורני ומהותי, לזיהוי נורמה חוקתית, וזאת לנוכח החשש מהכללת "סעיפים והוראות בחוקי היסוד שספק אם הם מסוג ההוראות שראויות להימצא בחוקה" (פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). שאלה זו, הנוגעת לטיב המבחן שעל יסודו תיבחנה נורמות חוקתיות נותרה בצריך עיון, ואולם הדיון בעניין **בר-און** לגופן של טענות העותרים מלמד על הכרתו של בית המשפט בסמכותו העקרונית להתערב, במקרה הצורך, בתוצרים המתקבלים מהפעלת הסמכות המכוננת של הכנסת ככל שיש בהם משום פגיעה בעקרונות יסוד. לעניין זה, יפים דבריה של הנשיאה (דאז) ביניש:

"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).

110. השאלה העומדת ביסוד העתירה דן הינה השימוש בסמכות המכוננת על ידי הכנסת לפגיעה בעקרונות יסוד מרכזיים ולהגשמת תכלית בלתי ראויה. האם קבלתה כנורמה חוקתית (חוק ההדחה) גורמת להפרה בוטה של עקרונות יסוד דמוקרטיים, שינוי קיצוני ל"כללי המשחק" שהפכו זה מכבר לחלק ממערך העקרונות שמרכיבים את התשתית הבסיסית למבנה החוקתי, באופן שמלמד על שימוש לרעה בסמכות הכנסת ביושבה כרשות מכוננת?

111. לעניין זה ראוי להבחין בין מקרה העתירה זו לבין ההכרעות הנקודתיות שעלו בעניין **בר-און**. שם, נקבע כי סוגיית המעבר מתקציב שנתי לתקציב דו-שנתי אינה נופלת במסגרת אותם מקרים בהם מתרחשת פגיעה בזכויות אדם ו/או בעקרונות יסוד כדי שתהיה הצדקה להתערבות בית המשפט בתיקון לחוק היסוד. אולם בענייננו, קביעת סמכות הדחה של חבר כנסת פוגעת באופן קיצוני הן בזכויות האדם ובעיקר במעמדו של מיעוט לאומי ובזכות הייצוג שלו והן בערכי יסוד אינהרנטיים לדמוקרטיה-הייצוגית. יתרה מזאת, חוק ההדחה גורם לפגיעה אנושה בעיקרון הפרדת הרשויות שהופך את הכנסת לבית משפט של עמיתים על רקע פוליטי. פגיעות אלה, כאמור, נועדו למען הגשמת תכלית בלתי ראויה ועל כן עולות כדי שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת.

112. חוק ההדחה בא "לפתור בעיה" עבור הרוב ביחס להמשך כהונת חברי הכנסת מטעם המיעוט המשמיעים עמדות ועושים מעשים, שהינם חוקיים, אך אינם לשביעות רצון הרוב. כך למעשה, מטיל הרוב את אימתו על המיעוט, והופך את עיקרון דורסנות הרוב לעיקרון עם לגיטימציה חוקתית פורמאלית.

113. הגישה שלפיה מותר לרוב לצמצם את קשת ההשקפות הפוליטיות הלגיטימיות בעבור המיעוט מתנגשת עם המאפיינים המינימאליים של הדמוקרטיה החוקתית. בהקשר זה, מנה הנשיא

ברק בא"ב 11288/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) (להלן: **עניין טיבי**) את המאפיינים הגרעיניים של המדינה הדמוקרטית, ובהקשר שלנו, יפים מאפיינים אקסיומטיים אלה לצורך קביעת גבולותיה של הסמכות המכוננת עצמה. לדבריו, המאפיינים הגרעיניים והמינימאליים של מדינה דמוקרטית:

"מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית."

114. ובהקשר אחר, עמד השופט לוי על תפקידו הייחודי של בית המשפט במקרים כגון המקרה שלפנינו, שיש בו אלמנט חזק במיוחד של פגיעה בדמוקרטיה ככל שהיא נוגעת למיעוט:

"טול מאדם או מקבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית שהם גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו. אכן, מגבלות מסוג זה מתקבלות בתרעומת על-ידי אוהדיו של המשטר הדמוקרטי, אולם נדמה לעתים כי עוצמתה של ההתנגדות לאותן מגבלות קטנה כאשר הפגיעה המסתמנת מהן מופנית כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסיה. הכוונה בעיקר לאותם מקרים שבהם מתגבשת מראש הסכמה רחבה שלפיה אין לאפשר למיעוט ייצוג במוסדות השלטון, הואיל ועל-פי השקפת הרוב, כלולות במצעו של המיעוט מטרות שתכליתן לקעקע את אושיותיו של המשטר הדמוקרטי. עקב כך, ובעוד רוממות זכויות היסוד בפיו, שולל הרוב מהמיעוט את הזכות להתמודד בכלי הדמוקרטי המובהק ביותר (הבחירות), ומכאן ועד לפנייתו של המיעוט לתור אחר דרכי ביטוי והשפעה אחרות, אף אם הן גולשות לתחום ההתנהגות האסורה, המרחק קצר. כדי למנוע את כל אלה חייב המחוקק לכלכל את צעדיו בתבונה, כדי שלא יימצא מנצח את שלטון הרוב בדרכים פסולות, מחד, ומונע את יכולת המיעוט להיאבק על דעותיו, מאידך. בתחום זה שמור לבית-המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח על חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר ולבקרם כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי" (השופט לוי בג"ץ 11243/02 **פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות**, פ"ד נז(4) 145, 156 (2003)).

115. חוק ההדחה מבקש לעקוף את ההכרעות השיפוטיות ביחס להפעלת סמכות הפסילה שבסעיף 7א וליצור מסלול נוסף, שאינו תחום בזמן, להדחת חברי כנסת, והפעם לאחר היבחרם. התעקשותו של בית המשפט על בחינה אובייקטיבית ומשפטית בכל הנוגע לסמכות הפסילה, לעומת האופי הפוליטי של הליך קבלת ההחלטה הראשונית על ידי חברי ועדת הבחירות, חשובה היא לאין ערוך ומתקנת תדיר את העיוותים שמסלול הפסילה מייצר. אין מקום לאפשר עקיפה של מסלול זה על ידי התוויית מסלול חדש כפי שמאפשר חוק ההדחה.

116. הנה כי כן, תכליתו של חוק ההדחה מתנגשת עם הגרעינים המינימאליים של דמוקרטיה – חוקתית שבה תפקידה העיקרי של החוקה, בצד הבטחת הפרדת הרשויות, היא השמירה על המיעוט מדורסנותו של כוח רובני. לא רק שהמחוקק לא נתן משקל ראוי ומאוזן ליחסי רוב – מיעוט, אלא וכפי שההיסטוריה החקיקתית של חוק ההדחה מעידה מטרתו הדומיננטית של תיקון חוק היסוד הייתה לפגוע ביחסים אלה ובכך הכנסת חרגה מסמכותה כרשות מכוננת והשתמשה לרעה בסמכות זו.

117. לא זו בלבד. חוק ההדחה אינו מצמיח תועלת כלשהי למשטר החוקתי ולאינטרסים חוקתיים חיוניים שיש בה כדי להצדיק את כרסום היסודות הדמוקרטיים והפגיעות שנמנו לעיל.

118. בחוק הקיים, ישנן דרכים להפסיק את כהונתו של חבר כנסת בנסיבות קיצוניות. נסיבות אלה אינן תולדה של השקפת עולם פוליטית-אידיאולוגית של מאן דהוא; הן תוצאה של מעשים שנעשו על ידי חבר הכנסת שעברו את המסננת של ההליך הפלילי ונבחנו תוך הקפדה על הליך הוגן. ואכן, דרך המלך להפסקת כהונתו של חבר כנסת היא להעמידו לדין, אם וכאשר נמצאו ראיות לכך שעבר על החוק, לרבות בעבירה של הסתה לגזענות (סעיף 144ב לחוק העונשין) או בעבירות מכוח חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (מבלי להביע עמדה לגופו של חוק זה). על פי חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, החסינות לא חלה על הסתה לגזענות או על תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או ערבים, בארץ או בחוץ לארץ.

119. כמו כן, התניית הפסקת כהונת חבר כנסת בתוצאות ההליך הפלילי ובקביעה כי יש בו קלון מייצרת מנגנון הדחה ניטרלי, שמבטיח לא רק שמירה על אמון הציבור בכנסת, אלא גם שוויון בין חברי הכנסת. בין אם בח"כ מן הרוב או מן המיעוט עסקינן, הרשעה בפסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון תביא להפסקת כהונתו, ואין במאזני הכוח הפוליטיים המתקיימים במשכן כדי לשנות מכך, לטוב ולרע.

120. גם כאשר מדובר באותם מקרים "בתחום האפור", שנוגעים להתבטאויות נקודתיות למשל, או להתבטאויות שמשתמעות לשני פנים, הכלים הקיימים נותנים מענה. בראש ובראשונה – באמצעות ועדת האתיקה. העותרים סבורים כי ועדת האתיקה אינה בעלת סמכות להטיל סנקציות על חברי כנסת בשל התבטאויות פוליטיות שנויות במחלוקת, אולם עמדה זו נדחתה, כידוע, ברוב קולות בפרשת **זועבי**. בית המשפט הנכבד פסק כי התבטאויות שלעמדת ועדת האתיקה אינה עולה בקנה אחד עם טובת המדינה, ויש בהן משום פגיעה חמורה באמון הציבור בכנסת ובתדמיתה היא עילה להשתת סנקציות על חבר הכנסת, לרבות סנקציות חמורות כמו הרחקה לחצי שנה משיבות מליאת הכנסת וועדות הכנסת, תוך הבטחת הזכות להצביע (בג"ץ 6706/14 ח"כ חנין זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת (10.2.2015), בפסקה 32).

121. בפרשת **זועבי 2015** ציינה הנשיאה נאור כי יש להעדיף כלים מתונים יותר על פני פסילת התמודדות מועמד מכוח סעיף 7א לחוק היסוד, וכדבריה: "אמצעים אלו אכן מהווים תחליף מתאים במצבים בהם לא הגיעו המעשים לרף המצדיק פסילה, אך היו קרובים אליו. יש לתת הזדמנות למנגנונים חלופיים אלו לפעול את פעולתם במקרים בהם מתעורר ספק לעניין התקיימותן של העילות שבסעיף 7א לחוק. רף הפעולה של מנגנונים חלופיים אלה הוא פעמים נמוך יותר והשימוש בהם מאפשר להגן על הזכות לבחור ולהיבחר, שהיא אחד מעקרונות היסוד הבסיסיים ביותר של המשטר הדמוקרטי" (שם, בפסקה 76). הגיון זה חל גם על הדחה. אלא שלחברי הכנסת אצה הדרך לחוקק את חוק ההדחה.

122. גם אם נניח לצורך הדיון שקיימת תועלת מסוימת מחוק ההדחה, התועלת הטמונה בהסדר החדש אינה מתיישבת עם הנזק החברתי והפוליטי שהתיקון עלול להוביל אליו. התועלת הנוספת האמורה הנובעת מחוק ההדחה עומדת מול נזק ברור לדמוקרטיה, ליכולת של חברי

כנסת במיעוט לתפקד ולייצג את בוחריהם, בהטלת אפקט מצנן משמעותי על חופש הביטוי הפוליטי של חברי הכנסת ובסכנה של התפתחות משפטי שדה פוליטיים של פוליטיקאים המבקשים להדיח את יריביהם הפוליטיים, ולו משום שהדבר פופוליסטי ומשתלם מבחינה אלקטוראלית. לא מן הנמנע כי הליכי ההדחה יובילו גם למשבר חוקתי חריף, למשל – שלא יהיה מי שמוכן להיכנס לכנסת ברשימתו של חבר הכנסת המודח, כי השימוש בהליכי ההדחה יהווה פלטפורמה להסתה ולפירור האמון שעוד קיים בקרב הציבור הערבי כלפי המערכת הפוליטית, עד להחרמת הבחירות על ידי חלקים ממנו.

123. לא רק שחוק ההדחה מקדם תכליות פסולות, אלא שאין בצידוק שום תועלת שיש בה להצדיקו. על כן, דין החוק בטלות.

ה. סיכום

124. חוק ההדחה הינו תולדה של הפעלה פסולה של הסמכות המכוננת של הכנסת. במסגרתו, הרוב בכנסת נטל לעצמו סמכויות המושגות על עיקרון שמתנגש חזיתית עם עקרונות יסוד על-חוקתיים שעליהם שבלעדיהם מתרוקן המשטר הדמוקרטי מכל תוכן, והלא הוא עיקרון מניעת דורסנות הרוב. בחברה שבה קיים מיעוט כרוני, נדרשת הגנה מיוחדת לשמירה על יכולתו לבוא בדין ודברים עם הרוב בבית הנבחרים ולייצג נאמנה את בוחריו, וזאת מבלי לחשוש מפעולות תגמול רובניות, כדוגמת הפסקת כהונה על יסוד מחלוקת אידיאולוגית, עזה ככל שתהיה, שמצטרפת לפערי כוח פוליטיים מובנים.

125. החוק משנה את העקרונות הקבועים בסעיף 4 לחוק היסוד, אך הוא עבר בכנסת בניגוד להוראות השריון הקבועות בו. משעבר בקריאה הראשונה ברוב של 59 חברי כנסת בלבד, וזאת חלף הדרישה לרוב חברי הבית, דהיינו 61 חברי כנסת, מן הדין להכריז על בטלות החוק.

126. המקרה מושא עתירה זו בהחלט מצדיק התערבות שיפוטית כאמור. חוק ההדחה מפר את דרישת התכלית הראויה כמתנגשת עם הגרעינים המינימאליים של דמוקרטיה ובמיוחד הקשרה לעקרונות בסיסיים של זכויות אדם ובראשם הגנה על נציגי מיעוט לאומי מדורסנותו של הרוב ולכן הוא מהווה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת.

127. הפרה זו, המשנה למעשה את העקרונות הבסיסיים ביותר במשטר דמוקרטי, ובמיוחד לנוכח השפעתה הייחודית על ייצוג המיעוט הערבי בכנסת, מחייבת את בית המשפט הנכבד לתפקד ככוח מרסן ולהכריז על בטלותו של חוק ההדחה, לבל יהפכו הליכי ההדחה להליכי רדיפה של הרוב את המיעוט.

על יסוד האמור לעיל בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו, ולאחר קבלת עמדת המשיבים להופכו למוחלט.

דן יקיר, עו"ד

נדים שחאדה, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

גיל גן-מור, עו"ד

דבי גילד-חיו, עו"ד

ב"כ העותרים