

עקרון "איה הנצחה" בשיטת המשטר הישראלית

רועי אשכנזי*

מבוא. פרק א: מהו עקרון איה הנצחה? **פרק ב:** תצורה פורמלית. **פרק ג:** תצורה בלתי פורמלית; (1) חילופי שלטון תקינים (פרוצדורליים); (2) ביקורת ופיקוח על פעולות הממשלה – אופוזיציה פרלמנטרית. **פרק ד:** היבטים מעשיים; (1) הכנסת והממשלה; (2) הייעוץ המשפטי; (3) בית המשפט העליון; א. שלב הזיהוי; ב. שלב הצדקת הביקורת השיפוטית; ג. שלב ההפעלה. **סיכום.**

מבוא

החשש מפני "הנצחה" שלטונית מלווה כל שיטת משטר דמוקרטית בעלת מבנה פרלמנטרי, ועשוי להתבטא בשני אופנים: הארכת תקופת הכהונה של השלטון המכהן באותה עת מעבר לתקופת הזמן המוגדרת בחקיקה הרלוונטית באותה המדינה, או בדרך של פגיעה ביכולת החלפת השלטון מבחינה מעשית (פגיעה ביכולת הפרוצדורלית-פרקטית לביצוע חילופי שלטון) ומבחינה מהותית (מניעת התמודדות אפקטיבית בין האופוזיציה לקואליציה). במילים אחרות, הנצחה עוסקת ברצון של השלטון הזמני המכהן לשמר ולבצר את כוחו ככזה. החשש מפני הנצחה מתעצם בישראל, בעיקר לנוכח מערכת היחסים המורכבת בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת, שבו המבצעת "שולטת" על המחוקקת.

התפיסה המסורתית היא שהנצחה עשויה להופיע בתצורות פורמליות, קרי בהסדרים חוקתיים או חקיקתיים, שעניינם מבנה של שיטת המשטר והממשל, או בהסדרים הנוגעים בבחירות. ברשימה זו אבקש להראות כי התפיסה המסורתית מציגה תמונה חלקית בלבד של הנצחה. למעשה, הנצחה יכולה להתרחש גם במסגרת הפעילות הפרלמנטרית במשכן הכנסת.¹ תצורה זו של הנצחה מכונה תצורה "בלתי פורמלית" מאחר שהיא אינה נעשית במסגרת חקיקתית אלא כחלק מהיוסיום הפרלמנטרי. טענה זו מתבססת על סקירה רחבה של פסקי דין שעוסקים בסוגיות שאותן אני מזהה ככאלה אשר מעלות שאלות של הנצחה.

בהיבט המעשי של הרשימה הזו אדון בשלושה בעלי תפקידים שבכוחם "לסכל" הנצחה, כמעין "מגיני הנצחה": חברי הכנסת ושרי הממשלה; היועץ המשפטי לכנסת והיועץ המשפטי לממשלה; ובית המשפט העליון. באשר לנבחרי הציבור אטען כי יש לעגן את עקרון איה הנצחה כ"עקרון על" בעבודתם השוטפת. כך, למשל, נדרש מהם להימנע מלבצע פעולות הנצחה ואף למנוע פעולות מנציחות. באשר לייעוץ המשפטי אטען כי עליהם לאתר ולמנוע פעולות מנציחות עוד בטרם

אזכור הרשימה: רועי אשכנזי "עקרון 'איה הנצחה' בשיטת המשפט הישראלית" אתר משפט ועסקים (13.2.2023) www.idclawreview.org/2023/02/13/ashkenazi

* סטודנט לתואר ראשון במשפטים (LL.B.) ותואר שני במנהל עסקים (M.B.A.) באוניברסיטה העברית בירושלים. תודה רבה לשופט ד"ר גרשון גונטובניק על הערות מועילות ומחכימות שתרמו לי רבות, לד"ר אדם שנער שהיה הראשון לקרוא את טיוטת הרשימה, לד"ר בל יוסף, לפרופ' נטע ברקיקרון ולאמוג בך במשה על הערותיהן החשובות על טיוטות מוקדמות. תודה גם לחברי מערכת כתב העת **משפט ועסקים** על עבודתם היסודית והמעמיקה.

1 ד"ר אדם שנער הוא בין הראשונים שכתבו ועסקו בעקרון "איה הנצחה", והוא התמקד בתחולת העיקרון לגבי מימון ביטויים על ידי הממשלה (ההיבט החיובי של הזכות לחופש הביטוי). בשונה ממנו, אני מבקש ברשימה זו ליצור תשתית נורמטיבית רחבה יותר על תצורותיו של עקרון "איה הנצחה" ואף לדון בשומרי הסף השונים. ראו אדם שנער "**חופש הביטוי, חופש המימון ועקרון איה הנצחה**" **משפטים על אתר** יב 29, 46–49 (2018). אף בבית המשפט העליון ניתן לראות ניצן ראשוני של התייחסות לעיקרון; ראו בג"ץ 7647/16 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט**, פס' 79 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (אר"ש 13.5.2020), שעסק בחוקתיות של הסדר חלוקת התמיכות הכספיות של משרד התרבות והספורט. המשנה לנשיאה מלצר הזכיר, שם, את העיקרון באומרו: "כמו כן, יש בסעיפי התיקון גם מה שד"ר שנער מכנה התעלמות מ'עקרון איה הנצחה', שדורש כי הממשלה, או שריה לא ינסו לבצר באמצעות 'חופש המימון', במישרין או בעקיפין, את תפיסת הגורמים הפוליטיים המרכיבים את הממשלה ולהבטיח את המשך שלטונם" (ההדגשה במקור).

יוצאות לפועל או בסמיכות לאחר עשייתן. ביחס לבית המשפט, אבקש ליצור מסגרת נורמטיבית מסודרת לדיונים שבהם נידונה פעולה החשודה כמנציחה במסגרת עקרון אייהנצחה. כאשר מתעוררת שאלה משפטית באשר לקיום היבט מנציח בפעולה שלטונית כלשהי, יש לפעול בשלושה שלבים נפרדים ועוקבים, כאשר עמידה בשלב אחד תוביל לשלב הבא: **שלב הזיהוי**, שבו מזוהה הפעולה כמנציחה; **שלב הצדקת הביקורת השיפוטית**, שבו נדרש לבחון אם התערבות שיפוטית תהיה צודקת בנסיבות העניין; **שלב ההפעלה**, שבו מפעילים את עקרון אייהנצחה ומסכלים את ההיבט המנציח בפעולה השלטונית, בהתאם לסוג הפעולה ובמינימום ההתערבות השיפוטית האפשרי.

פרק א: מהו עקרון אייהנצחה?

פעולת הנצחה היא פעולה שחותרת תחת אחד משני עקרונות היסוד של הדמוקרטיה. העיקרון הראשון קובע כי כהונה שלטונית תהיה מוגבלת לפרק זמן מסוים, ובסיומו נדרשים האזרחים לשוב אל הקלפיות ולבחור מחדש את נציגיהם. להגבלה זו חשיבות אינהרנטית לקיום הדמוקרטי ולמימוש רצון העם, אשר צריך לשוב להראות מהו אותו "רצון" בפרקי זמן מוגדרים מראש. ניתן להמשיל זאת ל"פעילות הלב" הדמוקרטי. העיקרון השני מתמקד ביכולת להחליף את השלטון.² בהיבט הפרוצדורלי, העיקרון מבקש לאפשר להחליף את השלטון באופן תקין מבחינה מעשית. חילופי נושאי משרות ובעלי תפקידים, דוגמת ראש ממשלה, שרים, ועוד. בהיבט המהותי, העיקרון מבקש לאפשר למפלגות השונות להתמודד באופן הוגנת ולמנוע את ריסוקן של מפלגות האופוזיציה או לפגוע בצורה לא הוגנת בהן ובכוחן הפוליטי.

עקרון אייהנצחה, כשמו כן הוא, מבקש אפוא להתמודד עם פעולות הנצחה. משמע, הוא מבקש להתמודד עם פגיעה ביסודות הדמוקרטיה. על כן, כפי שמציין ד"ר שנער, העיקרון הוא "עקרון חוקתי מבני הנגזר מתיאוריה דמוקרטית ולא מחוקה כזו או אחרת. הרציונל שבבסיסו הוא זה שבבסיס הדמוקרטיה כולה".³ וזאת מאחר שבדמוקרטיה, כל דמוקרטיה, אין להעניק לרוב פוליטי זמני את הכוח או את היכולת לחסן את עצמו מפני שינויים.⁴ ועל כן, עיקרון זה הוא בסיסי וראשוני, כמעין נורמת על בשיטות משטר דמוקרטיות. העיקרון מנביע את היסודות לקיום הדמוקרטי, אשר הפרתם, כאמור, עשויה להוביל להנצחה. משכך, ניתן לפרש הסדרים מבניים ופרוצדורליים רבים מנקודת המבט של החשש מפני הנצחה.

החשש מפני הנצחה אינו ייחודי כמובן למדינת ישראל. הוא מתקיים בשיטות דמוקרטיות שבהן חברי הממשלה מכהנים מכוח השיטה הרובנית (שיטות משטר בעלות מבנה פרלמנטרי). בדומה לישראל, האזרחים בכל מדינה בוחרים את נציגיהם לפרלמנט המקומי, ואלו בתורם בוחרים את חברי הממשלה ומביעים את אמונם בהם.⁵ בשיטות האלו קיים פיתוי לנציגים לפעול באופן אנטי רובני בשל שתי סיבות עיקריות. האחת היא רצונם של נבחרי הציבור להיבחר מחדש. מדובר בעצם על בעיית הנציג הרגילה, שבה נבחרי הציבור עשויים לפעול בדרכים הסותרות מצונותיהם של אלה שבחרו בהם מלכתחילה, וזאת כדי להישאר בשלטון ולהיבחר מחדש; הסיבה האחרת נובעת מהחשש שבעתיד אותו רוב פוליטי זמני לא יינה יותר מרוב, ולכן הוא ינסה בהווה לשריין את כוחו השלטוני. ברור כי גם היבט זה סוטה מרצון הבחור (לפחות העתידי).⁶

2 אשר אריאן, דוד נחמיאס ודורון נבות **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו** 13–14 (נייר עמדה 23, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2000); שמואל נ' איזנשטדט "יסודות הדמוקרטיה המודרנית ואתגריה" דרך ארץ, דת ומדינה: אסופת מאמרים והרצאות בנושא יהדות, שלטון וערכים דמוקרטיים 109, 110 (עמיחי ברהולץ עורך 2001); בנימין נויברגר **מהי דמוקרטיה ומהי דמוקרטיה יציבה?** 25 (מדעי החברה שכדאי לדעת, הפקולטה למדעי החברה, האוניברסיטה הפתוחה).

3 שנער, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50.

4 שם.

5 בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פס' 20 לפסק הדין של השופט לוי (2005).

6 Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO L.J. 491, 497–498, 501–502 (1997); שנער, לעיל ה"ש 1, בעמ' 49.

עם זאת, החשש בישראל גובר מאחר שבין הרשות המחוקקת ובין המבצעת בישראל אין כמעט הפרדה,⁷ כפי שנדרש בצורה מסוימת בשל עקרון הפרדת הרשויות,⁸ ורבים מחברי הממשלה מכהנים במקביל גם כחברי כנסת. לא אחת נטען בעבר כי "בישראל הפרדת הרשויות אינה חלה כפשוטה", וכי בין הרשות המחוקקת והמבצעת "מתקיים במידה רבה משטר של 'התכת רשויות'".⁹ יש לחפיפה זו כמה השלכות. תחילה, הכנסת מנועה מלמלא את תפקידה כמפקחת על פעולות הממשלה בצורה מלאה.¹⁰ כידוע, על הכנסת "להשגיח מטעם נבחרי העם שהממשלה מקיימת את האינטרס הציבורי, לתת פומבי לפעולותיה, לכפות עליה להסביר את מעשיה ולגנות אותה במקרי הצורך".¹¹ כאשר חלק נכבד מחברי הכנסת מכהן בממשלה או אפילו רק תומך בממשלה בצורה לא מסויגת, בשילוב נאמנותם של חברי מפלגות הקואליציה למנהיג מפלגתם, אשר סביר להניח שהוא חבר בממשלה, הם מנועים מלבצע ביקורת ממשית.¹²

לא רק יכולת הפיקוח נפגעת כתוצאה מחפיפת הגברי אלא גם יכולת הפעולה העצמאית של חברי הכנסת. למעשה, יש הטוענים שהכנסת אינה עצמאית כלל אלא ש"בדרך כלל 'שולטת' הממשלה בכנסת הלכה למעשה".¹³ בכלל זה, יכולה הממשלה להשיג מהכנסת סמכויות נוספות, לעיתים גורפות וקיצוניות, בקלות יחסית;¹⁴ הכנסת עשויה להפוך ל"חותמת גומי" של הממשלה;¹⁵ הממשלה מחייבת את הכנסת לתמוך בהצעות חוק מסוימות ולדחות אחרות,¹⁶ וישנם עניינים פרלמנטריים נוספים שבהם מחויבים חברי הקואליציה לפעול בצורה מסוימת בגלל ההסכמים הקואליציוניים בין המפלגות השונות שמרכיבות את הקואליציה.¹⁷ להמחשה, טוען פרופ' שטרית כי "הכנסת מעולם לא הצליחה לכפות את מדיניותה על הממשלה בנושא עקרוני".¹⁸ נוסף על כך, כפי שטוענת פרופ' ברקקורן, "העדות הכי טובה מהימים האלה לחולשתה של הכנסת היא הקלות שבה מתוקנים חוקי יסוד במדינת ישראל, ובפרט חוק יסוד: הממשלה, המוטל ללא קושי כל פעם שמוקמת קואליציה חדשה".¹⁹ למעשה, היכולת לשנות את חוקי היסוד ללא קושי משמעותי וללא תשומת הלב וההקפדה

- 7 ראו עמיחי כהן ויניב רוזאי "פופולזיס והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד 87, 116–124 (2021), אשר מונים הסדרים נוספים מעבר למה שמוזכר ברשימה זו בקצרה.
- 8 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 127 (מהדורה שישית 2005); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך א – המינהל הציבורי 94 (מהדורה שנייה מורחבת 2010). אדגיש שלא מדובר על הפרדה מוחלטת אלא על שיתוף פעולה מסוים, שעיקרו פיקוח ובקרה הדדיים בין הרשויות. הכינוי המקובל של תפיסה זו הוא מערכת של "איזונים ובלמים". ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, פס' 59 לפסק הדין של השופט זמיר (1998); בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושברדאש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, פס' 19 לפסק הדין של השופט ברק (1985).
- 9 יובל רוטמן הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה שערי משפט ו 293, 296 (2013). הכוונה במונח "התכת רשויות", כפי שמסביר רוטמן, היא הרשות המבצעת והמחוקקת "אינן נפרדות זו מזו, ותהליך קבלת ההחלטות בשתי הרשויות נשלט על ידי אותם בעלי תפקידים. בישראל, כאמור בגוף הטקסט, עיקר ההשפעה מסורה לראש הממשלה ולשרים המרכזיים, מנהיגי המפלגות העיקריות החברות בקואליציה" (שם, בה"ש 15).
- 10 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 94–95.
- 11 עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר ביוזר סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 78 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).
- 12 רוטמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 296–297.
- 13 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 39 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 6.8.2017).
- 14 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 96.
- 15 עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 63 לפסק הדין של השופט סולברג.
- 16 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל, פס' יד לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (אר"ש 6.9.2017). מעניין להזכיר בהקשר זה את ועדת השרים לענייני חקיקה. ועדה זו, למעשה, קובעת אילו חוקים נחקקים בישראל. בימי ראשון, במשרד ראש הממשלה, במעמד מספר שרים ובניהול שר המשפטים, מחליטה הוועדה אילו חוקים ידונו במליאת הכנסת באותו השבוע וכיצד עתידה להצביע הקואליציה בכל הצעת חוק. לא רק זאת, דיוני הוועדה חסויים כך שלא ניתן לדעת את השיקולים שהנחו את השרים בהצבעתם ואת הלך הרוח של הדיון. ראו חן פרידברג ודנה בלאנדר יצאת לאור – ועדת השרים לענייני חקיקה (מחקר מדיניות 169, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022). ומנגד ראו גיל ברינגר הממשלה המחוקקת: השילוח 18, 91 (2019). מכל מקום, אין מחלוקת בדבר מעורבותה המשמעותית של הממשלה בהצעות חוק. ראו גם בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פס' 32 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 23.5.2021).
- 17 הממשלה הקואליציונית אינה אמורה להפוך את חברי הקואליציה ל"בובות על חוט", אך מוסכם כי לכל הפחות לקואליציה ישנה מחויבות כלפי הממשלה (בהיבט שיתוף הפעולה ביניהם ולנוכח העובדה שקיימת חפיפה בזהות של החברים בה). ראו ג'ון לוק המסכת השנייה על הממשל המדיני 111 (יעקב גולמב עורך, יוסף אור מתרגם התשנ"ז). כמו כן, עצם קיומה של הקואליציה מהווה "מגן" על הממשלה. ראו יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 185, 197 (רות פלאטרשנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016). שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת כרך א 248 (פירושו לחוקי יסוד: הממשלה, יצחק זמיר עורך 2018).
- 18 נטע ברקקורן על הקוטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן 'מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד' פורום עיוני משפט מה 1, 4 (2021).

הראויה,²⁰ מאפשרת לרוב הזמני המכהן להתאים את ההסדרים המבניים הבסיסיים ביותר של שיטת המשטר הישראלית לצרכיו שלו "ולאינטרסים פוליטיים מידיים וקצרי טווח"²¹ כדי להמשיך את כהונתו. כך, למשל, קם לתחייה מוסד "ראש הממשלה החלופי" שכלל שינויים משמעותיים בחקיקת היסוד.

בשלב זה אבקש להעיר שתי הערות חשובות. ראשית, עקרון אי-ההנצחה אינו שולל בצורה מוחלטת קיום יחסים כלשהם בין הממשלה לכנסת. כורח המציאות וטעמים תפקודיים של הרשויות מחייבים קשר זה.²² בעזרת שיתוף הפעולה ביניהם ניתן להעביר רפורמות וחוקים, לקדם מדיניות ולמעשה לקיים את רצון הבוחר.²³ עם זאת, צריך לפקח על האפשרות שקו הגבול ביחסים אלה לא נחצה וכי הכנסת לא מוכפפת לרצון הממשלה.²⁴ שנית, חרף חוזקת הממשלה מול הכנסת, גם לממשלה ישנה חולשה מסוימת שמונעת ממנה לפעול בכל עת בצורה חלקה וחופשית.²⁵ מקור המורכבות לכך הוא הייצוגיות שמקבלת מקום מרכזי בשיטה הישראלית.²⁶ כך, למשל, כוללות ממשלות רבות מספר רב של מפלגות, חלקן קטנות במיוחד, וכל אחת מהן עשויה לנצל את כוחה היחסי כ"אצבע ה-61" – משמע כמפלגה שבלעדיה הקואליציה מתפרקת – בשביל להשיג רווחים פוליטיים,²⁷ ו"לסחוט" את יתר חברי הממשלה בתמורה להישארותן בקואליציה ובממשלה. לכן, לעיתים, הממשלה לא יכולה לפעול באופן ריכוזי, אחיד ואחוד כפי שהיא הייתה רוצה – או כפי שהעומד בראשה היה רוצה – והיא מוצאת את עצמה מתקשה להעביר חקיקה ולקדם מדיניות, חרף תמיכה של שיעור נכבד מבין חברי הממשלה והקואליציה, ואף של הציבור.²⁸

בנקודה זו חשוב להתייחס גם לסעיף 42 לחוק יסוד: הכנסת, הידוע בכינויו "החוק הנורווגי". לפי סעיף זה, חבר כנסת שמכהן בממשלה בתפקיד שר או סגן שר רשאי להפסיק את חברותו בכנסת ולהמשיך לכהן בתפקידו בממשלה. במקומו, נכנס לכהונה חבר הכנסת הבא ברשימת המפלגה. לאור זאת, אפשר לטעון כי בשל השימוש המוגבר במנגנון זה בממשלות ישראל בשנים האחרונות, החשש מפני שליטת הממשלה בכנסת פוחת וההבחנה ביניהן נעשית מעט ברורה יותר. זאת ועוד, יש שיטענו כי השימוש בחוק הנורווגי מגדיל את מספר חברי הכנסת הזמניים לביצוע עבודה פרלמנטרית, כך שיתכן שהביקורת והפיקוח על הממשלה דווקא יגברו כעת.²⁹

אני סבור שהטענות האלה שגויות. כחלק ממנגנון החוק הנורווגי, קובע סעיף 42(ג) לחוק יסוד: הכנסת כי השר או סגן השר שהתפטר מהכנסת יכול לשוב ולכהן כחבר כנסת.³⁰ לשם כך, עליו להתפטר מתפקיד השר ובאופן אוטומטי הוא חוזר לכהונה בכנסת. לאחר מכן, ניתן להעלות להצבעה את מינויו החוזר למשרת השר שלו.³¹ היכולת של השר לחזור לכנסת בצורה אוטומטית, לאחר שהתפטר מהממשלה, מעניקה בידיו כוח רב. כאשר השר מתפטר מכהונה בכנסת (בשלב הראשון),

20 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב 443, 445 (1994).

21 עניין שפיר, לעיל ה"ש 16, בפס' 3 לפסק הדין של השופט עמית.

22 שטרית, לעיל ה"ש 18, בעמ' 248.

23 ראו, למשל, את עמדתו של דניאל בן-אוליאל "העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו" משפט וממשל כא 7, 24 (2020), שסבור כי זהות חברי הקואליציה והממשלה הם תרגום ישיר של רצון הבוחר, והם שליחיו בכנסת ובממשלה.

24 דוגמה לחציית הגבול, כפי שאני רואה אותה, אפשר לראות בדבריה של ברק קורן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 8–9, לפיה "לא ניתן לקבל את שליטת הממשלה כשהכנסת מכוננת את פרקי החוקה של ישראל, או מתגברת עליהם". לשיטתה, יש לשחרר את הכנסת "מהמשמעת הקואליציונית בהחלטות חוקתיות שבהן היא פועלת כרשות מכוננת".

25 להרחבה ראו רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין ורנוולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט מד 321 (2021).

26 יש שיטענו שלא מרכזי מדי. ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 16 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (אר"ש 12.3.2015).

27 שם, בפס' ב לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

28 אמנון רובינשטיין "דמוקרטיה ומשילות" הפרקליט נ 315, 324 (2010).

29 הילה אלראישימיס "החוק הנורווגי – אמצעי לחיזוק הכנסת" המכון הישראלי לדמוקרטיה (10.2.2007); אסף שפירא "החוק הנורווגי: למרות החסרונות, הכנסת לא התפקד בלעדיו" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.11.2022).

30 כפי שקרה בכנסת ה-24 כאשר השר מתן כהנא התפטר מתפקיד שר הדתות וחזר לכהן כחבר כנסת במקומו של חבר הכנסת לשעבר יום טוב כלפון, וזאת בשל חשש כזה או אחר מעריכתו של האחרון למחנה הנגדי. ימים לאחר מכן, חזר השר כהנא לתפקידו הפעם במקביל להיותו חבר כנסת. ראו "הממשלה אישרה מחדש: מתן כהנא הוא השר וסגן השר לשיירות דת" כיפה (16.5.2022).

31 ס' 42(ה) לחוק יסוד: הכנסת. אציין כי כל שר יכול להשתמש במנגנון זה פעם אחת בלבד כך שהוא מוגבל בצורה מסוימת.

נכנס חבר כנסת אחר במקומו לכהונה. אותו חבר כנסת, המכונה לעיתים "חבר כנסת נורווגי", יודע היטב כי קיימת האפשרות שכרעם ביום בהיר הוא יפוטר מתפקידו ולא לתור. והכל על בסיס גחמה של השר בפרט והממשלה בכלל. לכן, נטען כי חברי כנסת נורווגים הם חברי כנסת "על תנאי"³². על כן, אם חבר הכנסת מחליט לפעול בניגוד להלך רוחה או לדרכה של מפלגתו או של הממשלה, או שהוא נוקב בביקורת חריפה נגד הממשלה, הוא ככל הנראה ימצא עצמו מחוץ לכנסת. לפיכך, חבר כנסת נורווגי לא יכול להתנהל בצורה חופשית ועצמאית בכנסת, "סביר להניח שיחשבו [חברי הכנסת הנורווגים] פעמיים לפני שינקטו קו עצמאי שיסכן את הממשלה, גם אם הוא לטובת הציבור"³³. משכך, הבעייתיות שיש בשליטת הממשלה על הקואליציה אינה נחלשת לנוכח החוק הנורווגי, אדרבא, ייתכן שהיא גוברת. חבר כנסת נורווגי עשוי לשמש כשלוחו של השר שבזכותו הוא מכהן, ולכל הפחות נראה כי הוא יימנע מלבקר את פעילותו.

פרק ב: תצורה פורמלית

כדי להמחיש מהי הנצחה, אציג כעת מספר הסדרים חוקתיים שמבקשים למנוע אותה, בהתאם לשני היסודות שעקרון אי-הנצחה מבקש להגן עליהם – משך הכהונה ויכולת החלפת שלטון.

ההסדר החוקתי העיקרי בעניין תקופת הכהונה הוא סעיף 8 לחוק־יסוד: הכנסת שקובע את תקופת הכהונה של הכנסת למשך ארבע שנים מיום היבחרה, יחד עם סעיף 9א(א) לחוק־יסוד: הכנסת שקובע את האפשרות החוקית להארכתה לתקופת זמן מוגבלת, במקרים חריגים של קיום נסיבות המונעות את עריכת הבחירות במועדן ובחוק שנחקק ברוב של שמונים חברי כנסת. סעיפים אלה קובעים תקופת כהונה מוגבלת ומבקשים למנוע מהרוב הזמני המכהן להאריך את תקופת כהונתו מעבר לגדרש, למעט במקרים חריגים במיוחד ותוך דרישה לעמידה בתנאים קפדניים. ניתן לחשוב על כמה וכמה תיקונים חוקתיים בהקשר זה שעשויים להיות מזוהים כמנציחים. למשל, שינוי סעיף 34 לחוק־יסוד: הכנסת באופן שיחייב רוב גדול במיוחד של חברי כנסת על מנת להוביל לפיזור (במקום רוב של 61 כקבוע היום); הארכת המועד לאישור תקציב, במקרים מסוימים, כך שכהונת הכנסת מוארכת אוטומטית בהתאם לסעיף 36 לחוק־יסוד: הכנסת (ליתר דיוק, הכנסת פשוט לא מתפזרת), כפי שנדון, למשל, בעניין שפיר³⁴.

בנוגע ליכולת החלפת השלטון, ההסדר החוקתי העיקרי מוצג בסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, וקובע את שיטת הבחירות לכנסת. לפיו "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". סעיף 4 מגן על שוויון הסיכויים – שוויון הזדמנויות – של כלל הרשימות להתמודדות ראויה בבחירות.³⁵ הוא קובע ש"כללי המשחק", הכללים שקובעים ומסדירים את צורת מערכת הבחירות, יחולו על רשימות המועמדים ועל המועמדים עצמם במידה זהה. כך, "כל מי שמתחרה על קולו של הבוחר חייב לפעול בתוך דל"ת אמות של כללי המותר והאסור"³⁶ ומבלי שרשימה או מועמד מסוים שנמצאים בעמדות כוח יזכו ביתרון בלתי הוגן. בין היתר, החוק מונע הקצאת משאבים לא שוויונית,³⁷ ומונע הטלת סנקציות או הגבלות רק על חלק מהמתמודדים.

32 יהודה טרואן **איסור כהונה כפולה בפרלמנט ובממשלה ושיטת חבר פרלמנט מחליף ("החוק הנורבגי") – היבטים של ההסדרה בארבעה פרלמנטים** 10 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2007).

33 דפנה ליאל **עושים פוליטיקה** 220 (יהודה שוחט עורך 2022).

34 בעניין שפיר, לעיל ה"ש 16, נידון תיקון לחוק־יסוד: הכנסת שהיה מוביל להארכת כהונת הכנסת בכמעט ארבעה חודשים.

35 בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1, 7 (1981); עניין **גוטמן**, לעיל ה"ש 26, בפס' 21 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

36 בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושבראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141, פס' 4 לפסק הדין של מ"מ הנשיא שמגר (1983).

37 ראו, למשל, בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969), שבו נידונה חוקתיותו של התיקון לחוק מימון מפלגות שהעניק מימון בחירות למפלגות שלהן נציגות בכנסת היוצאת ושלל כל מימון של רשימות מועמדים חדשות. ראו גם אמנון רובינשטיין ורענן הרזהב **חוק יסוד: הכנסת** 36 (יצחק זמיר עורך 1993).

נוכל לחשוב על דוגמה היפותטית שבה מתוקן סעיף 4 האמור (בתיקון לחוקי־יסוד) באופן שייקבע כי אזרחים המגדירים עצמם כחלק מהחברה החרדית – כשאניח לצורך הדוגמה בלבד שהחברה החרדית משתייכת באופן מובהק ועקבי לאופוזיציה, לא משנה הרכבה הפוליטי – מנועים מלהתמודד בבחירות או להצביע בהן. ההשלכה של תיקון כזה, לצד היותו אנטי דמוקרטי בעליל, היא שהוא פוגע בצורה חמורה ביכולת של קבוצת המיעוט להתאגד יחדיו לכדי כוח פוליטי חזק ולפעול למען החלפת השלטון. במילים אחרות, הוא מאפשר לקבוצת הרוב לשמר את כוחה ככזאת בצורה קלה יותר לעומת המצב טרם התיקון. על כן, נראה די בבירור כי חוק כזה יזוהה כמנצח. אבקש להדגיש כבר עתה כי שאלת הזיהוי היא שאלה נפרדת לחלוטין משאלת הצדקת הביקורת השיפוטית, גם אם היא מתקיימת בבירור בדוגמה ההיפותטית הזו.

נקודה נוספת שסעיף 4 מעורר נוגעת בגובה אחוז החסימה. פסק הדין המפורסם בעניין גוטמן עסק בתיקון סעיף 81(א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969, שהגדיל את אחוז החסימה בבחירות לכנסת ל-3.25% (במקום 2% שהיו נהוגים באותה תקופה).³⁸ העתירה אומנם נדחתה, אך השופט גרוניס דן בה כחשיבות הייצוגיות של קבוצות המיעוט בכנסת. לדבריו, העתירות שהוגשו "מעוררות שאלות נכבדות, הנוגעות למאפיינים הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל".³⁹ לשיטתו, המפלגות הן הצינור המרכזי המאפשר את הייצוגיות, ואילו כאשר אחוז החסימה עולה על סף מסוים נפגעת הייצוגיות של קבוצות המיעוט, והדבר עלול להוביל לעריצות הרוב השולט. על כן, אליבא דגרוניס "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".⁴⁰ השופט גרוניס מבטא בדברים אלה בעיקר את היסוד השני שעומד בבסיס עקרון איה הנצחה, והוא יכולת החלפת השלטון בהיבט המהותי (התמודדות הוגנת בין המפלגות ומניעת פגיעה באופוזיציה).

פרק ג: תצורה בלתי פורמלית

בפרק זה אבקש להציג מספר פסקי דין אשר מעלים שאלות בנוגע לקיום הנצחה, אלא שהם אינם עוסקים בחוקים או בחוקי־יסוד, ואף אינם עוסקים בעניינים מבניים של שיטת המשטר או של סדרי הבחירות. הדוגמאות שלהלן ימחישו את התצורה הבלתי פורמלית של עקרון איה הנצחה. כאמור, תצורה זו מתמקדת בעניינים פרלמנטריים הנעשים בכנסת. אדגיש כי כוונתי בכינוי תצורה בלתי פורמלית היא רק בכך שהם אינם חקיקתיים אלא עוסקים בשגרת היומיום בכנסת. אין בכך כדי לזלזל בחשיבותם לקיום משטר דמוקרטי תקין.

(1) חילופי שלטון תקינים (פרוצדורליים)

בהקשר של חילופי השלטון, ארון בפסק הדין בעניין אדלשטיין שניתן לאחר הבחירות לכנסת ה-23, והעלה חשש זה בצורה ממשית.⁴¹

טרם אגש לכך, אקדים בכמה מילים על תפקידו של יושב ראש הכנסת ועל הליך בחירתו. בסיום מערכת בחירות מושבעת לכהונה הכנסת החדשה. השבעת חברי הכנסת, הוותיקים והחדשים, מתחילה את שרשרת חילופי השלטון, שבמסגרתה, בשלב מאוחר יותר, אמורה לקום הממשלה שזכתה לאמון הכנסת. בכלל זה, אחד מהתפקידים הבכירים שעתיד לעבור

38 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 26.

39 שם, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיא גרוניס.

40 שם, בפס' 32 לפסק הדין של הנשיא גרוניס (ההדגשות הוספו).

41 בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (אר"ש 23.3.2020) (להלן: עניין אדלשטיין).

חילופים הוא תפקיד יושב ראש הכנסת, שלרוב ההצבעה על בחירתו נעשית בישיבת המליאה הראשונה. עד למועד ההצבעה הזו ממשיך לכהן בתפקידו יושב ראש הכנסת הקודמת שנוטר בתפקידו מכוח דין הרציפות השלטונית.⁴² בחירת יושב ראש חדש עשויה להיות קריטית לחילופי השלטון בשל סמכויותיו הרבות. בכלל זה, הוא מנהל את מליאת הכנסת ואת הנושאים שעולים לסדר היום, והוא גם בעל השפעה רבה על ככל ההליכים הפרלמנטריים המתקיימים במשכן הכנסת.⁴³ כך שאם יושב ראש הכנסת מעוניין לעכב הליך פוליטי או לקדם אחד אחר, יש לו את הכוח לעשות כן. עם זאת, חשוב להבהיר שיושב ראש אמור לכהן בתפקידו כאישיות ממלכתית וללא זיקה מפלגתית.⁴⁴ עליו לפעול "ללא משוא פנים, בהתאם לחוק, לנוהג ולנוהל שנתגבשו בכנסת".⁴⁵ מכאן שהוא נדרש לפעול בדרך המשרתת את האינטרס של הכנסת בכללותה, על כלל חבריה, ולשמור על עצמאותה כרשות שלטונית נפרדת. כאשר יושב ראש פועל בדרך אחרת, למשל על ידי העדפה לא הוגנת של הצד הפוליטי שאליו משתייכת מפלגתו, הוא חותר תחת תפקידו.

בחזרה לענייננו. תמצית עובדות פסק הדין בעניין **אדלשטיין** החשובות לדיון הן כדלהלן: לאחר הבחירות לכנסת ה-23 פנו 61 חברי כנסת ליושב ראש הכנסת דאז, ח"כ יואל (יולי) אדלשטיין, שכהן מכוח דין הרציפות, וביקשו ממנו לכלול בסדר היום של מליאת הכנסת את ההצבעה על בחירת יושב ראש כנסת חדש. בקשתם של חברי הכנסת, כאמור רוב מבין כלל החברים, סורבה. בכך מנע אדלשטיין כמו ידיו את ההצבעה על החלפתו או על השארתו בתפקידו. ניגוד העניינים בהחלטתו זעק לשמיים. אדלשטיין נימק את החלטתו בכך שצו השעה עבור מדינת ישראל היא ממשלת אחדות רחבה וכי "מהלכים פוליטיים חפוזים, כמו בחירת יו"ר כנסת קבוע והעברת חקיקה שנויה במחלוקת, מטרם לסתום את הגולל על האפשרות לאחדות שאותה העם רוצה".⁴⁶ דברים אלה אינם מתכתבים עם תפקידו השלטוני, הממלכתי והבלתי מפלגתי של יושב ראש הכנסת, ואף פוגעים במעמדה העצמאי של הכנסת, לנוכח הכפפת ההצבעה של חברי הכנסת לאינטרס הממשלה ונגד רצון רוב חברי הכנסת. בעקבות הדברים האלה הוגשו עתירות לבג"ץ שאוחדו לדיון אחד. בפסק הדין הורו השופטים לאדלשטיין להגשים את רצון חברי הכנסת ולקיים את ההצבעה בהקדם. אדלשטיין, לעומת זאת, החליט להתפטר מתפקידו.⁴⁷

על תגובתו של אדלשטיין לפסק הדין ניתן לדבר רבות אך לא בהיבט זה ברצוני להתמקד, אלא בהחלטתו הראשונה, קרי הסיור לבקשתם של רוב חברי הכנסת לקיים את ההצבעה על בחירת יושב ראש כנסת חדש. בפסק הדין תקפה הנשיאה חיות את ההחלטה והתייחסה אליה בחומרה רבה. לשיטתה, ובקצרה רבה, אדלשטיין סיכל את רצון הבוחר מאחר שהבקשה הוגשה מטעם רוב חברי הכנסת; פגע אנושות במעמדה של הכנסת כרשות עצמאית שאינה נתונה לשליטת הממשלה, ובייחוד כאשר זאת האחרונה טרם גובשה; פגע בהליך הדמוקרטי ובעקרונות דמוקרטיים נוספים שהעיקרי מבניהם הוא הפגיעה בהליך המעבר השלטוני הסדיר.⁴⁸ לכן, לדעת הנשיאה ובהסכמת יתר השופטים, פגע אדלשטיין במרקם החיים הפרלמנטריים בצורה שמצדיקה התערבות שיפוטית בהתאם למבחן שגובש בפסיקה. על דברים אלה, כמוכן, איני מבקש לחלוק. עם זאת, ארצה להסביר את הדברים תחת הפריזמה של עקרון אי-ההנצחה, כפי שהוא מוצג ברשימה זו.

42 ס' 20 (א) **לחוקי סדר הכנסת** קובע שיושב ראש הכנסת ובעלי תפקיד נוספים ממשכיים לכהן עד שייבחרו נושאי המשרה חדשים, בסיום מערכת הבחירות ולאחר הקמת ממשלה.

43 דב בךמאיר **מוסדות השלטון בישראל** 116 (ניר רייזלר עורך 2016); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 716–717 (מהדורה שישית 2005); עניין **אדלשטיין**, לעיל ה"ש 41, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיאה חיות. מבין ההליכים הפרלמנטריים ניתן למנות את העלאת הצעות חוק להצבעה במליאה, קביעת סדרן ותוצאותיהן; הסמכות להעניק רשות דיבור ולקבוע את סדר הנושאים במליאה (ולשלול את האפשרות בהתאמה, על ידי הערות לנאומים, קריאה לסדר ואף הרחקה מהאולם); קבלת שאילתות; הסמכות לקבל הצעות לסדר היום ולקבוע את סדר היום השבועי לשיבות בכנסת.

44 דנה בלאנדר **"מי יושב בראש הכנסת?" המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.3.2009).

45 רובינשטיין והרזבה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 80.

46 עניין **אדלשטיין**, לעיל ה"ש 41, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

47 צבי זרעיה, ענת רואה ותומר גנון **"אדלשטיין לבג"ץ: צו מצפוני לא מאפשר לי לקיים את פסק דינכם, לכן התפטרתי"** כלכליסט (25.3.2020).

48 עניין **אדלשטיין**, לעיל ה"ש 41, בפס' 10–11 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

באותה עת היה אדלשטיין אחד מבכירי מפלגת הליכוד ואף הוצב במקום גבוה במיוחד ברשימת המפלגה בבחירות לכנסת. החלטתו, כדבריו, נבעה מהרצון לקיים "ממשלת אחדות". אותה ממשלה עתידה הייתה – וכפי שאכן קרה בפועל – לכלול את מפלגת הליכוד, מפלגתו של אדלשטיין עצמו. לשיטתו, ההצבעה הייתה מובילה לקשיים פוליטיים שהיו מסכלים את הקמתה של ממשלה כזו, ואולי אף מונעים מהליכוד להמשיך לכהן בממשלה. כך, למעשה, ניסה אדלשטיין למנוע את הליכת הליכוד לעבר שורות האופוזיציה, וסירב בכוח ובאופן לא דמוקרטי לפנות את מקומו בניגוד לתוצאות הבחירות.⁴⁹ במילים אחרות, הוא ביקש להשאיר את הליכוד בשלטון. הוא העדיף את האינטרסים הצרים של מפלגתו ולדחות את רצון רוב חברי הכנסת באותה העת.⁵⁰ פעולה כזו שנעשת על ידי יושב ראש הכנסת פוגעת ביסודות הדמוקרטיים של חילופי השלטון התקנים. מלבד הבעייתיות בעצם הסירוב להצבעה על החלפת יושב ראש הכנסת עצמו, גם הנימוק המעשי בעייתי, והוא הרצון להאריך את כהונתה של הליכוד בשלטון.⁵¹ כך, אדלשטיין ביצע פעולה מנציחה.

נוסף לכך, אדלשטיין בנימוקו התייחס ל"העברת חקיקה שנויה במחלוקת". בפסק הדין התעלמו השופטים מאמירה זאת. ככל הנראה מדובר היה בחקיקה שביקשה למנוע מנאשם בפלילים, ח"כ בנימין נתניהו, להרכיב ממשלה.⁵² פרשנות זו מחזקת עוד את מסקנתי. אם אדלשטיין סיכל בצורה לא תקינה את העברתה של חקיקה הנוגעת באופן פרסונלי לנתניהו, ואף עשויה הייתה למנוע ממנו לכהן כראש ממשלה, וכך גם לפגוע בכוחה הפוליטי של מפלגת הליכוד, הוא פעל באופן מנציח.⁵³ אני סבור שהיה מקום להתייחס בפסק הדין להיבט המנציח ולפגיעה בדמוקרטיה שהוא גורם, וזאת כדי ליצור תשתית נורמטיבית בסיסית להמשך הדיון שכן התקיים בפסק הדין. זאת ועוד, המסגרת שאני מציע ברשימה זו מאפשרת ניתוח אנליטי וקהרנטי של המקרה. כפי שאציג בהמשך, בשלב הראשון נדרש היה לזהות את ההחלטה של אדלשטיין כמנציחה ולנמק מדוע היא כזו; בשלב השני יש לנמק ולהסביר מדוע ההתערבות השיפוטית במקרה זה נכונה וצודקת חרף המורכבות שבהתערבות בהחלטות של יושב ראש הכנסת, שהיא החלטה פנים-פרלמנטרית הנוגעת לתפקודה השוטף של הכנסת; בשלב השלישי לסכל את ההיבט המנציח ולהורות, למשל, על קיום ההצבעה בהקדם האפשרי. אומנם התוצאה השיפוטית אינה משתנה במסגרת זו, אך היא כוללת דיון בנדבך ההנצחה שהוא קריטי במקרה כזה ויוצרת מסגרת עבודה קבועה וברורה.

(2) ביקורת ופיקוח על פעולות הממשלה – אופוזיציה פרלמנטרית

כפי שנדון לעיל, בשל החפיפה בין חברי הקואליציה והממשלה, קיים קושי בקיום ביקורת מלאה מטעם הכנסת על פעולות הממשלה. לכן, מי שאמונה בפועל על ביקורת זו היא האופוזיציה הפרלמנטרית.⁵⁴ היא מתנגדת לפעולות הממשלה, מבקרת אותה, מהווה אלטרנטיבה שלטונית,⁵⁵ וממלאת תפקיד מרכזי בפיקוח על התנהלות הממשלה.⁵⁶ הדוגמאות שאציג כעת יעסקו בפגיעה בכוחה הפרלמנטרי, המצומצם גם כך, של האופוזיציה. אטען כי רמיסת האופוזיציה עשויה להוביל להנצחה שלטונית. בסיטואציה שבה אין התמודדות אמיתית בין השלטון המכהן לעומת מתנגדיו, התוצאה ידועה מראש – ניצחון

49 ווייל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 351; יובל נח הררי "כן, כך נראה ניסיון הפיכה" ynet (22.3.2020).

50 עניין אדלשטיין, לעיל ה"ש 41, בפס' 2 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

51 בהיבט הזה פסק הדין שונה ממובנו הרגיל של עקרון איה הנצחה. כאמור, העיקרון חל כלפי הרוב שרוצה לשמר את כוחו השלטוני, ובפסק הדין הזה, לכאורה, השתייך ח"כ אדלשטיין למיעוט. עם זאת, פסק הדין רלוונטי לענייננו משום שהוא מהווה דוגמה ליכולת הנצחה נוספת הקיימת בעניינים פרלמנטריים, שאכן התרחשה והאריכה את כהונת הליכוד בממשלה.

52 ווייל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 337. דברים אלה נאמרו גם אצל יונתן גרין "בג"ץ אדלשטיין – הערת פסיקה" משפטים על אתר יז 90, 129 (2021), אשר מבקר את פסק הדין. טענותיו העיקריות הן כי אדלשטיין פעל בהתאם להוראות של תקנון הכנסת ולכן לא הייתה הצדקה להתערבות שיפוטית; כי יתר חברי הכנסת יכלו לפעול בדרכים אחרות בתגובה לסירוב של אדלשטיין (להקים ממשלה למשל); וכי בית המשפט הפעיל את הדוקטרינה בצורה שגויה וערכב בין מושגים שונים במהלך הניתוח.

53 לבעייתיות שבחקיקה פרסונלית בהקשר כללי ובהקשר ממוקד לח"כ נתניהו לא אתייחס ברשימה זו.

54 יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217, 231 (2008).

55 שם, בעמ' 238.

56 בג"ץ 5258/21 ביטן נ' כנסת ישראל, פס' 16–17 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 25.10.2021).

מוחץ לשלטון המכהן.

מובן שאין פסול בכך שקבוצת הרוב זוכה בשלטון, אך גם להליך עצמו ולהתמודדות המקדימה בין הצדדים ישנה חשיבות מבחינה דמוקרטית. וכן, לאופוזיציה הפרלמנטרית ישנה חשיבות אינהרנטית גם לאחר הבחירות, לאורך כהונתה של הממשלה ושל הכנסת. לנוכח האמור, עקרון אייההנצחה יבקש לאפשר לאופוזיציה הפרלמנטרית "למלא את תפקידה החוקתי כמרכיב אפקטיבי בהפרדת הרשויות, כמפקחת על הממשלה וכמציבה אלטרנטיבה שלטונית אחרת".⁵⁷ ללא שמירה על העיקרון, "תהא זו מסקנה נאיבית להניח כי הרוב הפרלמנטרי ידאג למיעוט ולהבטחת זכויותיו ויכולתו לתפקד באין מפריע".⁵⁸

הזירה העיקרית שבה מתקיים הפיקוח השוטף על עבודת הממשלה היא בדיוני ועדות הכנסת הקבועות.⁵⁹ הוועדות הן כלי מוסדי חשוב ביותר מבחינת האופוזיציה לצורכי פיקוח ובקרה.⁶⁰ בוועדות יכולים חברי האופוזיציה "לדרוש, לחקור ולקבל הבהרות מן הגורמים הרלוונטיים בממשלה".⁶¹ זאת ועוד, לפחות רבע מהדיונים בכל ועדה בכל מושב של הכנסת אמור להיות מוקדש לפיקוח על עבודת הממשלה.⁶² על כן, מדובר בכלי חשוב למניעת הנצחה שלטונית. בעזרת הביקורת השוטפת יכולות הוועדות הן לזהות ולמנוע מעשי הנצחה והן לגרום לחברי הממשלה להימנע מראש מהנצחה (בהנחה שהם מודעים לכך שהוועדה עתידה לאיין את מעשיהם או לבקרם).

לכן, עקרון אייההנצחה דורש להבטיח ייצוג מתאים של חברי האופוזיציה בוועדות. אחרת, בהיבט זה, אין כל משמעות לכך שהוועדות קיימות. עם זאת, אבקש להבהיר כי ייצוגיות אינה מבטיחה אפקטיביות בכל מקרה ומקרה, למשל כאשר הייצוגיות מובילה לפערים גדולים בין שתי הקבוצות. לטעמי במצבים כאלה חשוב עוד יותר לעמוד על המשמר ולהבטיח ייצוגיות ואפקטיביות, מאחר שהסיכון בפעולות הנצחה עשוי לגדול. עקרון אייההנצחה מבקש גם לשמור על סדרי דיון שמאפשרים שיח אמיתי ומלא. כך, עקרון אייההנצחה כולל בתוכו הן את עקרון הייצוגיות,⁶³ שעוסק בהרכב הוועדות, והן את עקרון ההשתתפות,⁶⁴ שעוסק בדיוני הוועדות, ובכך הוא מבטיח קיום של אופוזיציה אפקטיבית.⁶⁵ כפי שאני מראה, עקרון אייההנצחה הוא עיקרון רחב ועמוק יותר מדוקטרינה כזו או אחרת. עם זאת, אבהיר כי אני מתנגד לעצם קיומו של רוב לקואליציה בוועדות. הרוב משקף את כוחם היחסי בכנסת בהתאם להכרעת הבוחר ורצונו.⁶⁶ הוא מאפשר לקבוצת הרוב לשלוט, לקדם תהליכים ומדיניות, לבצע רפורמות ולנהל את ענייני הפנים והחוץ. עם זאת, רוב גדול מדי, שמאפשר שליטה ביד רמה וללא "הפרעות" מצד האופוזיציה, אינו נדרש לתפקוד השוטף של הוועדות.

57 מרזל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 241.

58 שם, בעמ' 238.

59 בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פס' 25 לפסק הדין של הנשיאה נאור (אר"ש 13.8.2017); בן-מאיר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 118.

60 אור טוטנאור עור כנגדה: האופוזיציה בכנסת ישראל 11 (מחקר מדיניות 98, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2013).

61 בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 13 לפסק הדין של השופטת חיות (אר"ש 17.8.2016).

62 ס' 111(ב)(2) לתקנון הכנסת (15.11.2022). "מושב" מתקיים בשנה פרלמנטרית שלמה וכולל שני כנסים: כנס הקיץ וכנס החורף.

63 עקרון הייצוגיות מעגן את אפשרות המיעוט "להיות מיוצג ובכך להתנגד לרוב, להביע דעתו ולשכנע בצדקת דרכו". בהקשרו, הוא מחייב "ייצוג הולם ופרופורציוני גם למיעוט" (בג"ץ 1020/99 דואק נ' ראשעיריית קרית ביאליק, פ"ד נד(3) 396, פס' 6 לפסק הדין של השופטת ביניש (2000) (ההדגשות הוספו)). עוד קובע העיקרון כי "כל החלטה של הרשות צריכה להתקבל בהליך דמוקרטי, בו גם המיעוט מקבל את הזכות להיות שותף אקטיבי ולהשמיע את קולו, והחלטות המתקבלות שלא בהליך זה הן פסולות" (עע"ס 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 18.8.2016)).

64 לפיו, לכל חבר כנסת עומדת הזכות להיות חלק מהליך החקיקה. דרישה זו אינה טכנית אלא מהותית – "משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושפלת בסוגיה שעל הפרק". בפסק הדין קובע השופט סולברג כי בהתאם לעיקרון, "הליך החקיקה צריך לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מהותית, ולו באופן המצומצם ביותר, בנוגע להצעת החוק המונחת לפנייהם". ראו עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 52 ר' 59 (בהתאמה) לפסק הדין של השופט סולברג.

65 לפי שטרית, לעיל ה"ש 18, בעמ' 39, לשם קיומה של אופוזיציה אפקטיבית נדרש להבטיח ייצוג נאות לסיעות האופוזיציה בוועדות ובגופים הדמוקרטיים ברשות המחוקקת, ולהבטיח הליך תקין של דיונים במישור החקיקה ובמישור הפיקוח הפרלמנטרי על פעולותיה של הרשות המבצעת.

66 עניין ארלשטיין, לעיל ה"ש 41, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

בשנת 1999 התעוררה שאלת הייצוגיות בעניין דואק. בעניין זה לא הייתה נציגות לאופוזיציה של קריית ביאליק בוועדה לתכנון ובניה.⁶⁷ השופטת ביניש קיבלה את העתירה נגד הרכב הוועדה, והתמקדה בפסק דינה בחשיבות ההגנה על המיעוט והבטחת ייצוג בוועדה.⁶⁸ בעניין המועצה המקומית רמת השרון, שעסק במקרה עם עובדות דומות, המשיכה השופטת ביניש בדרכה. גם פסק דין זה עסק בעיקרו במיעוט ובחשיבות הייצוג של סיעת אופוזיציה מסוימת וזאת כדי לתת ביטוי למגוון הדעות השונות.⁶⁹ בעניין ציריית קריית אתא מנעה הקואליציה ייצוג של האופוזיציה בוועדת הכספים – שעל חשיבותה אין חולק⁷⁰ – במטרה למנוע התמודדות מצידה עם קשיים שהאופוזיציה עשויה להערים בדיוני התקציב.⁷¹ נימוק זה נשמע אומנם מופרך אך זה היה הטיעון – הרצון של הקואליציה להתנהל בצורה חופשית ומבלי שהאופוזיציה תעמוד בדרכה. השופטת פרוקצ'יה המשיכה את הקו הפסיקתי והתמקדה בפסק דינה בחשיבות שבייצוג המיעוט. נימוק הקואליציה נדחה על ידה באומרה "לאו טענה היא" שנימקה את הדברים בחשיבות ההליך הדמוקרטי בהקשר זה.⁷² לטעמי, הנימוק שהציגה הקואליציה חושף היבט מסוים של הנצחה ונדרש היה להרחיב בו. כידוע, לתקציב העירייה יש השפעה עצומה על התנהלותה והוא עשוי להטות את הכף בהמשך לטובת ראש העירייה וחברי הקואליציה. לכן, לא ברור מדוע פסק הדין לא עסק כלל בהשלכה השנייה של פעולת הקואליציה, מלבד הפגיעה במיעוט, והיא חיזוק הכוח האפשרי של הקואליציה.

עיון בפסקי דין נוספים ואחרים שעוסקים בהרכב הוועדות ברשויות המקומיות מוביל לאותה מסקנה.⁷³ כולם עוסקים במחצית התמונה – הפגיעה במיעוט ובעקרון הייצוג. בכלל זה, ההשפעה של פגיעה זו על הדמוקרטיה בהיבט של פגיעה ביכולת של המיעוט להשתתף בהליך או להשמיע את קולו. אף לא אחד מהם עוסק בהיבט של חיזוק הכוח השלטוני וביצורו על ידי הרוב. מכאן שלשיטתי פסקי דין אלה לוקים בחסר.

בית המשפט העליון קיבל גם עתירות שעסקו בהרכבן של ועדות הכנסת. אזכיר בהקשר זה שני פסקי דין מהעת האחרונה. בעניין ממשלת החילופים נידון ההסכם הקואליציוני בכנסת ה-23 בין מפלגת הליכוד ובין מפלגת כחול לבן, שאפשר את קיומה של ממשלת החילופים (שבה עתידים היו לכהן ראש ממשלה וראש ממשלה חלופי, כל אחד לפרק זמן מוגדר שבסיומו יתחלפו בתפקידים). ההסכם קבע, בין היתר, את זהותם של יושבי ראש ועדות הכנסת.⁷⁴ כך, עתידה הייתה האופוזיציה לקבל תפקיד אחד בלבד של יושב ראש ועדה, בניגוד לנוהג הקיים בכנסת שעומד על לפחות שלושה יושבי ראש לסיעות האופוזיציה.⁷⁵ הבעייתיות בנקודה זו נסבה על חשיבות תפקידו של יושב ראש ועדה בכנסת. בין סמכויותיו, הוא זה שמנהל את דיוני הוועדה בכל היבט שהוא, כך שלוהותו ולשיוכו המפלגתי ישנה חשיבות רבה.⁷⁶ העתירה נדחתה, אך הנשיאה חיות התייחסה לסעיף הזה בהסכם וסברה שיש בו "קושי לא מבוטל נוכח החשיבות שבשיתוף האופוזיציה בתהליך קבלת

67 עניין דואק, לעיל ה"ש 63. אציין כי יחס הפסיקה לוועדות של רשויות מקומיות ושל הכנסת זהה. ראו בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים, פס' 11 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 1.2.2017).

68 לפיה, הרכב הוועדה פגע "פגיעה הן בעקרון היחסיות והן בעקרון של מתן ייצוג לדעת המיעוט". וזאת, תוך "ניצול חולשתן של סיעות האופוזיציה". ראו עניין דואק, לעיל ה"ש 63, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת ביניש.

69 בעניין זה שלחה רמת השרון 16 נציגים לוועדת התכנון והבנייה: 13 חברי קואליציה (כלל חברי הקואליציה) ושלושה חברים מהאופוזיציה, למעט סיעת יחיד אחת. ראו ע"א 2663/99 שמגר נ' המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד נד (3) 456 (2000).

70 עניין ביטן, לעיל ה"ש 56, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם בג"ץ 8600/04 ראש המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פס' 4 לפסק הדין של השופט חשין (אר"ש 16.1.2005), אשר מכנה את ועדת הכספים "כנסת-זוטא לענייני כספים".

71 ע"מ 8070/04 ראש-עיריית קריית אתא נ' ראם, פ"ד נט (6) 481 (2005).

72 שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

73 ראו, למשל, עניין רוחמקין, לעיל ה"ש 63, שבו השופט הנדל דן ארוכות בחשיבות הייצוגיות והאופוזיציה; בג"ץ 3250/94 אורן נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד מט (5) 17 (1995); ע"מ 1562/15 קמיל נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה (אר"ש 7.3.2016). פסקי הדין האלה ואחרים לא היו משנים את המסקנה.

74 בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (אר"ש 27.5.2020) (להלן: עניין ממשלת החילופים).

75 אוריאה אלמסי ואהוד בקר השתייכות יושב-ראש הוועדות הקבועות של הכנסת לקואליציה ולאופוזיציה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 239. לשיטתי נוהג זה אינו ראוי ויש להגדיל את מספר תפקידי יושבי הראש שמקבלת האופוזיציה.

76 יושב הראש מנהל את הדיונים בוועדה ומחליט, למשל, אילו עניינים ידונו בה, מי ידבר, מתי ואת מי ניתן להוציא מהדין; הוא גם אמון על זימון נושאי המשרה. ראו רובינשטיין והרזהב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 87: "יושב ראש הוועדה הוא הקובע את סדר-היום לדיוני הוועדה. סמכות זו היא פרובלמטית, שכן היא מאפשרת לו שלא לדון בהצעות חוק, אף אם הרוב בכנסת מעוניין בהן, ובכך 'לקבור' את הצעת החוק".

ההחלטות לצורך הגשמה מלאה של הרעיון הדמוקרטי⁷⁷. המשנה לנשיאה מלצר טען ש"כרסום זה עלול לפגוע במרקם החיים הדמוקרטיים ולכן הוא אסור, ולפיכך יש להוציא גם לגביו, לשיטתי, מעין 'התראת בטלות'⁷⁸. אף כאן אנחנו רואים התייחסות לפגיעה במיעוט וברעיון הדמוקרטי או במרקם החיים הדמוקרטיים. הסתכלות על דברים אלה תחת עקרון אי-ההנצחה מאפשרת לטעון שהפגיעה בו היא זו שמובילה לפגיעה בדמוקרטיה. אני סבור שמסגור הטענה היה מוסיף נדבך תיאורטי חשוב לדיון ויוצר מסגרת דיונית קוהרנטית וברורה.

פסק דין נוסף שעסק בנושא הוא עניין ביטן⁷⁹. במקרה זה, העתירה הוגשה בעקבות הרכבן המיועד של הוועדות בכנסת ה-24 שכללו רוב גדול יותר לחברי הקואליציה, בצורה שלא משקפת את מאזן הכוחות האמיתי במשכן הכנסת. בהוראת בית המשפט, התקיימו במקביל לעתירה מגעים בין הקואליציה ובין האופוזיציה, שהסתיימו לבסוף ללא הסכמות אך הובילו לשינוי משמעותי בהרכב המוצע שהציגה הוועדה המסדרת⁸⁰ ולהסרת רוב הליקויים והקשיים שהיו בהצעה המקורית⁸¹. למעשה, גם הייעוץ המשפטי בכנסת התנגד להצעה המקורית⁸² עובדה שמעידה, בין היתר, על הבעייתיות הגלומה בה שזוהתה עוד ברגעים המוקדמים. לבסוף, דחתה הנשיאה חיות את העתירה בעקבות אותם שינויים והגדלת הייצוג האופוזיציוני. בפסק הדין, שלא במפתיע, ניתן למצוא שוב את האמירות המוכרות לנו מהעבר. ביניהן, חשיבות ייצוג המיעוט והאפשרות לתת לו להשמיע את קולו; חשיבות האופוזיציה; הגשמת הרעיון הדמוקרטי במלואו על ידי שיתוף המיעוט ומתן לגיטימציה להכרעות הרוב⁸³.

מסקנת הדברים לנוכח סקירת פסקי הדין האלה היא כי באופן עקבי נוטה בית המשפט לראות את הפגיעה בייצוג חברי האופוזיציה כפגיעה בייצוגיות המיעוט בלבד, וההשפעה של זה על ההליך הדמוקרטי בעיקר בהיבט של חשיבות שמיעת המיעוט והלגיטימיות של החלטות הרוב בעקבות זאת. אני סבור כאמור כי זוהי הצגה חלקית של הדברים, וכי הפגיעה בייצוגיות עשויה להוביל להנצחה שלטונית. הפגיעה במיעוט האופוזיציוני מאפשרת כאמור לקבוצת הרוב לחזק את כוחה ולשמר את שלטונה, ומנקודה זו נוטה הפסיקה להתעלם. כאשר מתרחשת פגיעה במיעוט האופוזיציוני, או בכל קבוצה פוליטית אחרת, אין להסתכל רק על ההשלכות של המעשים על אותה קבוצה נפגעת בלבד. אלא ואולי בעיקר, יש לבדוק מהן ההשלכות הנוגעות לקבוצת הרוב: האם, וכיצד, כוחה הפוליטי והשלטוני מתגבר בעקבות אותן פעולות ובאופן לא ראוי.

נושא נוסף שנידון בשנים האחרונות בבית המשפט העליון עסק בהתנהלותם של הדיונים בוועדות הכנסת. פסק הדין המוביל בהקשר זה הוא עניין קוונטינסקי⁸⁴, שבו נפסל לראשונה חוק בשל פגם בהליך החקיקה שהתבטא בפגיעה בעקרון

77 בג"ץ 2592/20 [התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה](#), פס' 25 (ב) לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 6.5.2020).

78 עניין [ממשלת החילופים](#), לעיל ה"ש 74, בפס' 15 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. משמעותה של התראת בטלות היא שביטול המשפט מודיע שיש כאן מצב משפטי בעייתי שעשוי להביא בעתיד לכדי הוראה על בטלות אך נמנע מלהורות על כך כעת. ראו, למשל, בל יוסף ["שבוע הערות קצרות על התראת הבטלות"](#) [ICON-S-IL Blog](#) (15.5.2018).

79 עניין [ביטן](#), לעיל ה"ש 56.

80 הוועדה המסדרת היא ועדה המוקמת לאחר הבחירות לכנסת, בטרם התגבשה קואליציה ברורה או הוקמה ממשלה, והיא זו שאמורה לנהל את ענייני הכנסת עד לבחירתן. בין יתר תפקידיה, מגישה הוועדה המסדרת למליאה את ההצעה להרכב המיועד של ועדת הכנסת שאמורה, לאחר מכן, לאשר את ההצעה.

81 בהקשר זה ראו אסף שפירא, חן פרידברג ועמיר פוקס ["יחסי קואליציה-אופוזיציה בכנסת – הצורך בחזרה לנורמליות"](#) [המכון הישראלי לדמוקרטיה](#) (12.1.2022).

82 עניין [ביטן](#), לעיל ה"ש 56, בפס' 2–3 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

83 שם, בפס' 16–17 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

84 עניין [קוונטינסקי](#), לעיל ה"ש 13. פסק הדין עסק בחוק מס דירה שלישית שנכלל בחוק ההסדרים (חוק שמאגד סעיפי חוק רבים שלכאורה אמורים לאפשר את השגת יעדי התקציב השנתי החדש. בפועל, חלק מההסדרים שמועברים במסגרתו אינם רלוונטיים לתקציב, אלא נכנסו בשל אילוצים פוליטיים או בשל הרצון לזרוז הליך של חקיקה מסוימת). החוק נידון בשעת לילה מאוחרת, לאחר ימים רבים של דיונים אחרים, מבלי שהיה לחברי הכנסת הזמן לקרוא את החוק ולהבינו. לקריאה נוספת על פסק הדין ראו, למשל, איתי ברסימן-טוב ["בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבת' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?"](#) [מחקרי משפט](#) לב 889 (2020).

ההשתתפות.⁸⁵ השופט סולברג הצדיק את פסילת החוק בכמה נימוקים: חשיבות הייצוגיות של חברי הכנסת כנציגי העם; חשש שחברי הכנסת יהפכו לחותמת גומי של הממשלה;⁸⁶ התועלת שצומחת מהדיון הפרלמנטרי בין הצדדים הפוליטיים שמביאה לחקיקה טובה ואיכותית יותר ("טיוב התוצר");⁸⁷ שקיפות הדיון וחשיבותו.⁸⁸ השופט סולברג הדגיש בפסק דינו כי הפעלת הביקורת השיפוטית על חוק זה אינה מבקשת לפגוע במעמדה של הכנסת אלא לחזקה. לדבריו, "בבואנו לבחון הליכי חקיקה של הכנסת, ולהעבירם תחת שבט הביקורת השיפוטית, שומה עלינו לגשת אל המלאכה בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד; בד בבד, עלינו לעמוד על המשמר, לבל תהיה הכנסת כאסקופה הנדרסת בגלגלי הממשלה".⁸⁹ על כן, הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה היא בעד הכנסת ומטרתה להבטיח "עצמאותה של הכנסת, רום-מעמדה ודרכי פעולתה".⁹⁰ השופט נאור סברה אף היא כי על בית המשפט:

"...לעמוד ביתר שאת על משמר עצמאותה של הכנסת מפני השפעת הממשלה... הרשות המחוקקת איננה משמשת כ'חותמת גומי' של הרשות המבצעת. לא הכול מותר בהליכי החקיקה ואין להפוך את היוצרות ולעשות את הרשות המבצעת למפקחת על הרשות המחוקקת, המכתיבה לה את קצב עבודתה. במקום שבו מתערעת ההפרדה בין רשויות השלטון, תפקידו של בית המשפט הוא 'לשמור על כך כי כל רשות תפעל אך במסגרתה שלה'... פסק דינו זה מגן על הכנסת ומחזיר לידיה את הסמכות, שהיא לעתים חובה, לומר: עד כאן".⁹¹

עניין קוונטיסקי ביקש, אם כן, "להחזיר לכנסת את מעמדה העליון בדמוקרטיה הישראלית כגוף מחוקק עצמאי וכמנגנון פיקוח ובקרה על עבודת הממשלה, ולמנוע מהממשלה לרוקן מתוכן את סמכויותיה ולנסך לעצמה".⁹² משמע, השופט סולברג והנשיאה נאור ניסו למגר את חיזוק הכוח השלטוני ולהחזיר את האיוון בין הממשלה לכנסת למתכונתו הראויה. דברים אלה מתכתבים עם עקרון אייההנצחה במובן זה שהעיקרון, בכללותו, מנסה למנוע הנצחה – קרי, מבקש למנוע את חיזוק הכוח השלטוני. עם זאת, פסק הדין הארוך לא עסק במונחים של "הנצחה", חרף העובדה שפרשנות הדברים, כאמור, עשויה ללמד על כוונה שכזו. כמו כן, חשוב להבהיר את המסגרת שבה נאמרו הדברים האלה: בעניין קוונטיסקי פסל לראשונה בית המשפט העליון חקיקה בשל פגם בהליך החקיקה. מדובר היה בהתערבות חריפה במיוחד ותקדימית בעניינים פנים-פרלמנטריים, שהצריכה בהתאם מבית המשפט להשתמש בטיעונים חזקים וחדשים.

פרק ז: היבטים מעשיים

כעת אבקש לדון בהיבטים המעשיים של עקרון אייההנצחה. פרק זה יחולק לשלושה חלקים שבהם אדון, בנפרד, ב"מגן הנצחה" אחר. אתחיל בחברי הכנסת והממשלה, אמשיך ליועץ המשפטי לכנסת והיועץ המשפטי לממשלה, ואסיים בבית המשפט העליון. כל אחד מהשלושה ממוקם ברובד שונה, כאשר חברי הכנסת והממשלה הם הרובד ה"עמוק", הבסיסי והקרוב ביותר לביצוע הנצחה או למניעתה. כפי שאסביר להלן.

85 ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט שלידה.
86 עניין קוונטיסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 60–66 לפסק הדין של השופט סולברג.
87 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט סולברג.
88 שם, בפס' 65 לפסק הדין של השופט סולברג.
89 שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופט סולברג.
90 שם, בפס' 40 לפסק הדין של השופט סולברג.
91 שם, בפס' 4–5 לפסק הדין של הנשיאה נאור.
92 גילה שופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" [ICON-S-IL Blog](https://www.idclawreview.org/blog/2018/03/25/icon-s-il) (25.3.2018).

(1) חברי הכנסת והממשלה

עקרון אי־ההנצחה נוגע בראש ובראשונה בחברי הקואליציה ובשרי הממשלה; הם שיכולים למנוע את ההנצחה מיסודה.⁹³ לטענתי, עקרון אי־ההנצחה צריך להנחות את חברי הקואליציה ואת השרים ולעמוד לנגד עיניהם כשהם פועלים. הוא אמור לשמש עקרון על מבחינתם הכולל שתי חובות: חובת א־לתעשה וחובת עשה.⁹⁴

חובת א־לתעשה (שמכונה ההיבט השלילי) קובעת כי על הקואליציה והממשלה להימנע מנקיטת פעולות שמנציחות את כוחן בשלטון או שיש בכוחן להחליש את המיעוט ולמנוע מיכולתו להפוך לרוב פוליטי בעתיד. למעשה, מרבית המקרים שיוזוהו כהנצחה הם הפרות של חובה זו. לדעתי, חברי הכנסת והשרים יכולים במידה מסוימת להבין מתי הפעולה או החקיקה שאותה הם מקדמים היא מנציחה, בעיקר לפי המניע שמוביל אותם. במקרים גבוליים, ייתכן שתהיה התלבטות מצידם אך במרבית המקרים, ולכל הפחות במקרים המובהקים שביניהם, הם יוכלו לזהות הנצחה.⁹⁵

החובה השנייה הנגזרת מעקרון אי־ההנצחה היא חובת עשה (שמכונה ההיבט החיובי). לפיה, קמה במקרים מסוימים חובת עשה פוזיטיבית כלפי חברי הקואליציה והממשלה לפעול לשם מניעת הנצחה. לעיתים, אין זה מספיק רק להימנע בצורה פסיבית מביצוע הנצחה אלא יש גם חובה למנוע אותה. ייתכן שהיבט זה אינטואיטיבי פחות מקודמו, בשל הדרישות שעשויות להיחזות כמגוחכות או כמנוגדות למטרתה של קבוצת הרוב שהיא – לשלוט. עם זאת, החשיבות שבמניעת הנצחה גוברת, לדעתי, על מטרה זו. נוסף לכך, ניתן לראות הכרה מסוימת בהיבט החיובי במספר הסדרים. כך, למשל, ההסדר הקובע כי צריך לבחור בנציג אופוזיציה לעמוד בראש ועדת ביקורת המדינה;⁹⁶ או ההסדר ברשויות מקומיות שקובע (במקרים מסוימים) כי אם עקרון הייצוג ההולם מוביל לכך שלא תהיה שום נציגות של האופוזיציה, יש לסטות ממנו ולהבטיח מקום לאופוזיציה.⁹⁷

באשר לחברי האופוזיציה, אבקש לטעון כי גם עליהם מוטלת החובה למנוע הנצחה בעזרת שימוש בכלים הציבוריים שעומדים לרשותם. כאשר חבר אופוזיציה סבור שהוא עומד מול פעולה מנציחה הננקטת מטעם קבוצת הרוב, עליו לפעול בכלים שעומדים לרשותו ולא לצפות בה מן הצד כצופה פסיבי. עליו להעלות את הנושא לסדר היום הציבורי – בדיוני המליאה, בדיוני ועדות הכנסת, בסיוע התקשורת או הרשתות החברתיות. עליו לנסות למנוע בעצמו, ככל שהדבר אפשרי, את ההיבט המנציח של הפעולה. כמו כן, הוא רשאי גם לפנות לגורמים משפטיים ולבתי המשפט, אך נדרש ממנו תחילה לנסות ולפעול באופן עצמאי.

(2) הייעוץ המשפטי

הגורם הרלוונטי הבא הוא הייעוץ המשפטי – היועץ המשפטי לכנסת והיועץ המשפטי לממשלה. אך לפני כן, חשוב לציין את השוני בין נפקות חוות דעת של היועצים השונים. בעוד שחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת אינה מחייבת מבחינה משפטית, חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת.⁹⁸ עליו נאמר כי "טלו מן היועץ המשפטי לממשלה את כוחו

93 אפשר לטעון שגם חברי האופוזיציה עשויים לפעול בצורה מנציחה במוכן זה שהם יפעלו כדי לשמור על מקומם בתפקיד שלטוני כלשהו שהם נושאים בו; אך זו אינה כוונתי. היבט ההנצחה במוכן זה נוגע להנצחת משרה אך לא להנצחת השלטון. לכן, איני סבור שהחלק הראשון של תתיפרק זה רלוונטי לגביהם. עם זאת, האופוזיציה אכן צריכה למנוע הנצחה, ראו לעיל בתחילת תתיפרק ג2.

94 לטיעון דומה ראו Adam Shinar, *Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment*, 69 *Am. J. Comp. L.* 335 (2021).

95 טיעון זה מבוסס על כך שחברי הכנסת והשרים יודעים את הכוונה ואת המטרה האמיתית שיש בהתנהגות הפרלמנטרית שבה הם בחרו לנקוט, או בחקיקה שהם מעוניינים לקדם.

96 ס' 106א(2) [לתקנון הכנסת](#).

97 ראו, למשל, ס' 19(1)(א)(ג) [לחוק התכנון והבניה](#), התשכ"ה-1965; ס' 150א [לפקודת העיריות \[נוסח חדש\]](#).

98 בג"ץ 1635/90 ז'רזובסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, פס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיא אלון (1991); ורד דשא [מערכת המשפט בישראל](#) 490 (2019).

המחייב במניעת הפעלה פסולה של שיקול-דעת שלטוני, ונטלתם מן התפקיד את עיקר מהותו".⁹⁹ מנגד, נראה כי "התעלמות מחוות דעת מפורשת ונחרצת של היועץ המשפטי לכנסת בהקשר של תקינות ההליך עשויה בהסתברות גבוהה להכריע את הכף לטובת ביטול החוק בידי בית המשפט".¹⁰⁰ ולכן, נראה כי בעניינים מסוימים חוות הדעת מקבלת מעמד מעין מחייב. כך, לדוגמה, בעניין **ביטן** התנגדה היועצת המשפטית לכנסת להרכב הוועדות המקורי, ונראה כי הייתה לעמדתה השפעה על דעת בית המשפט בעת ניהול ההליך.

בשנת 2000 קיבלה הכנסת את חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א–2000, שהקים את מוסד היועץ המשפטי לכנסת כמוסד עצמאי, היוצא דופן בנוף השירות המשפטי-ציבורי שהיה כפוף בעיקרו ועד לאותו מועד ליועץ המשפטי לממשלה.¹⁰¹ היועץ המשפטי לכנסת עומד בראש הלשכה המשפטית בכנסת והוא אחראי על הייעוץ המשפטי "ליושב ראש הכנסת; לנושאי התפקידים בה ולמוסדות הכנסת בכל עניני חוק ומשפט, הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם; ייעוץ לכנסת ולוועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ופעול להבטחת תקינותם; ייעוץ לחברי הכנסת בכל ענין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה; ייצג את הכנסת בערכאות".¹⁰²

לעומת היועץ המשפטי לכנסת, נחשב היועץ המשפטי לממשלה לאחד מנושאי המשרה בעלי הכוח הרב ביותר במדינה, ויש הטוענים כי הוא "האיש החזק ביותר במדינה".¹⁰³ היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש מערך הבירוקרטיה המשפטית של הרשות המבצעת.¹⁰⁴ היקף סמכויותיו, שאינן מעוגנות בחוק, זוכה לביקורות רבות ולדיון ציבורי ענף.¹⁰⁵ מבין סמכויותיו בפועל, היועץ המשפטי לממשלה מפקח על ניסוח הצעות חוק ותקנות (תחום החקיקה),¹⁰⁶ ומשתתף דרך קבע בישיבות הממשלה (תחום הייעוץ).¹⁰⁷ בתחום הייעוץ, שהוא המרכזי מבין תפקידיו, מייצע היועץ המשפטי לממשלה לרשויות השלטון, ובראשם לממשלה, באופן פרטי וחסוי או כללי ופומבי בשלל נושאים, ובמקרים מסוימים הוא אף מייצע גם לוועדות הממשלה.¹⁰⁸ למעשה, למרות קיומה של לשכה משפטית בכנסת שבראשה עומד היועץ המשפטי לכנסת, ממשיך היועץ המשפטי לממשלה לייצע גם לכנסת.¹⁰⁹ תפקיד זה משמעותי במיוחד מאחר שהוא עוסק ב"החלטות שיש להן השלכות ישירות ומיידיות על הפעולות של הרשות ועל החלטותיה".¹¹⁰ נוסף לכך, היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש התביעה הכללית ומוסמך, בין היתר, להורות על הגשת כתב אישום נגד ראש ממשלה, שרים וחברי כנסת.¹¹¹ בשל סמכות זו, יש שיטענו כי חוות הדעת מטעמו יכולו כדאי "לא להסתבך" עימו בעתיד וכדי שלא תיווצר איבה ויריבות כלפיו. אני רוצה להאמין כי להיבט זה אין קשר לכיבוד חוות הדעת מטעמו מחד גיסא, וכי היועץ המשפטי לממשלה מקבל החלטות ללא משוא פנים ובאובייקטיביות מוחלטת מאידך גיסא.

לאור תפקידיהם השונים והדומים של שני היועצים, ובשל העבודה הצמודה והשוטפת שלהם עם חברי הכנסת, הם

- 99 אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423, 437 (1999).
- 100 קרן הורוביץ ואיתי בריסמן טוב **"היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה"** עיוני משפט מד 267, 295 (2021).
- 101 שם, בעמ' 270.
- 102 ס' 17(ב)–(1)–17(ב) (4) **לחוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת)**, התשס"א–2000; ראו גם הורוביץ ובריסמן טוב, שם, בעמ' 271–272.
- 103 אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק** 210 (2009).
- 104 בג"ץ 4247/97 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998); גיא לוריא **היועץ הטוב: אמות מידה להערכת היועץ המשפטי לממשלה** 91 (מחקר מדיניות 108, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).
- 105 אך אין בכוונתי לעסוק בכך ברשימה זו. להרחבה ראו, לדוגמה, גיל ברינגר **"המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף' השילוח 11"**, 75 (2018).
- 106 דשא, לעיל ה"ש 98, בעמ' 479.
- 107 גד ברזילי **היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?** 30 (מחקר מדיניות 84, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010).
- 108 לוריא, לעיל ה"ש 104, בעמ' 91–92.
- 109 שם, בעמ' 93.
- 110 שם, בעמ' 94.
- 111 ברזילי, לעיל ה"ש 107, בעמ' 28–29.

יכולים להוות גורם משמעותי בזיהוי הנצחה ובמניעתה. היועצים המשפטיים נמצאים בנקודות קריטיות ומשמעותיות בעולמם הפרלמנטרי והמעשי של חברי הכנסת והשרים; הם מייעצים להם בנוגע להצעת חוק ונמצאים בדיונים לקראת ההצבעה; הם מייעצים בהחלטות שעשויות להיות בעייתיות או שנמצאות בקו האפור; והם מבקרים ומפקחים בצורה אקטיבית על עבודת חברי הכנסת והשרים במטרה למנוע מהם לעבור על החוק או לפעול בניגוד אליו.¹¹² גורמי הייעוץ המשפטי עשויים למנוע הנצחה במקרים כאלה משתי סיבות עיקריות. ראשית, לאור סמכויותיהם שפורטו לעיל; שנית, מעצם היותם נוכחים בתדירות גבוהה במשכן הכנסת ובמשרדי הממשלה. מכאן, שהם משמשים "בלם פנימי" המחייב לפעול במסגרת שלטון החוק.¹¹³ בשנים האחרונות התקבל לתיאור תפקידם המונח "שומרי סף".¹¹⁴ כך, היועץ המשפטי אינו רק מייעץ פסיבי אלא גם מפקח אקטיבי¹¹⁵ ומשמש עבורה "כ'כלב שמירה' של שלטון החוק".¹¹⁶

ישנה חשיבות רבה לייעוץ המשפטי בשאלת זיהוי ההנצחה שהיא שאלה קשה כאמור. ההבחנה בין פעולה לגיטימית ובין פעולה שאינה כזו היא דקה במיוחד, שאינה מאפשרת בכל מקרה ומקרה לחברי הכנסת ולשרים לזהותה. ללא הייעוץ המשפטי אנחנו עשויים לראות מקרים רבים יותר של פעולות שמזוהות כמנציחות מאחר שאין גורם נוסף שמבקר את פעולתם בטרם היא מתרחשת או בסמיכות רבה להתרחשותה. הנושא עתיד לחכות לגורם שיפנה לבית המשפט בבקשה לברר ולהכריע בכך. משכך, חשיבות הייעוץ המשפטי מתבטאת בכך שהוא נמצא שם, בדיונים בכנסת ובממשלה, ב"זמן אמת"; הוא יכול למנוע את ההיבט המנציח עוד בשלב המחשבה והתכנון של הפעולה השלטונית, גם אם יוזם הפעולה טרם הבין, ואף אם הוא לא יבין בהמשך, שמדובר בפעולה מנציחה.

על כן, ועל בסיס התפיסה שמדובר במשפטים מנוסים ומקצועיים במיוחד, שני היועצים צריכים להיות חלק מההתמודדות עם החששות מפני הנצחה. הם גורם חוץ-שיפוטי חשוב שיכול לסייע. כך, למשל, כאשר אחד מהיועצים (ונציגיהם) מזהים פעולה או הצעת חוק בעלת גוון מנציח, הם נדרשים להתריע על כך לגורמים הרלוונטיים ולמנוע מחברי הכנסת ומהשרים לסטות מהוראות הדין. בין היתר, עליהם ליזום שיחה עם הגורם הפועל ולדון בנושא. עליהם לחשוב יחדיו על פתרון שיאפשר להגשים את תכלית הפעולה, ככל הניתן, בלי הממד המנציח שקיים בה. שיתוף הפעולה בין היועץ ובין חבר הכנסת או השר חיוני להצלחת עבודתם. במקרים אחרים שבהם הייעוץ ייתקל בסירוב, יוכל היועץ הרלוונטי להפעיל את סמכויותיו ולמנוע את הפעולה, בין אם כהוראה מעין-מחייבת (היועץ המשפטי לכנסת) ובין אם כהוראה מחייבת (היועץ המשפטי לממשלה). מכל מקום, שני היועצים עשויים להוות גורם משמעותי כ"מגיני הנצחה".

(3) בית המשפט העליון

כדי להפעיל את עקרון "איההנצחה" ולאפשר לבית המשפט העליון (או לכל בית משפט מנהלי אחר שאליו יגיע הדיון בנושא) להשתמש בו, נדרשים לעבור קודם כל שתי משוכות. בראשונה יש לברר אם ה"דבר" (פעולה, חקיקה, תקנה ממשלתית וכדומה) אכן "מנציח" (שלב הזיהוי). בשנייה יש לבחון אם הביקורת השיפוטית בהקשר זה מוצדקת ואם קיימות שפיטות מוסדית (שלב הצדקת הביקורת השיפוטית).¹¹⁷ בהנחה שהפעולה תזוהה כמנציחה וייקבע כי ישנה הצדקה

112 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 106.

113 יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידן: מאמרים לזכרו כרך ב' 47, 54–55 (אהרון ברק וטנה שפיניץ עורכים 1990). הדברים נאמרו לגבי היועץ המשפטי לממשלה אך לדעתי הם יפים ורלוונטיים גם לייעוץ המשפטי לכנסת.

114 ישנה מחלוקת ענפה באשר לשימוש במונח זה אך אין בכוונתי לעסוק בכך ברשימה זו או להביע עמדה כלשהי בנידון.

115 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 106.

116 בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 48 לפסק הדין של השופטת ברון (אר"ש 14.11.2016).

117 הבסיס לביקורת השיפוטית הוא עקרון "איההנצחה". טיעון זה מבוסס על דבריו של השופט סולברג בעניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 109 לפסק הדין: "בשל העדרה של סמכות חוקתית על-חוקית מפורשת לבקר את הפן ההליכי של חקיקה ראשית, מתקשה חברי בסמכות

להתערבות שיפוטית, עוברים לשלב השלישי שבו מפעילים את עקרון אייההנצחה ומסכלים את אפשרות ההנצחה השלטונית (שלב ההפעלה). אפרט על כל שלב ושלב.

א. שלב הזיהוי

השלב הראשון הוא שלב הזיהוי, שבו על בית המשפט לזהות ולסווג את הפעולה שנגדה עותרים כ"מנציחה". פעולה כאמור משתרעת על היקף רחב של עניינים: חוקייסוד וחקיקה רגילה, תקנות משנה, הוראות שעה, פעולות שלטוניות, התנהלות פרלמנטרית ועוד. הנצחה, כפי שאני טוען, יכולה להתבטא בצורות שונות ומגוונות שלא ניתן לחזות את כולם מראש. לכן, יש לבחון את הפעולה בבחינה אובייקטיבית מבלי לתור אחר מניעיו של המבצע (אם כי הם יכולים לשמש ככלי עזר). הזיהוי הוא שאלה מהותית שבוחנת את עצם הפעולה.¹¹⁸ שלב זה הוא הקשה ביותר,¹¹⁹ והוא מחייב בחינה עדינה של קו הגבול בין פעולה שלטונית לגיטימית ומקובלת ובין פעולת הנצחה. משמע, בית המשפט נדרש לשאול את עצמו בשלב הזיהוי האם מדובר בפעולה שלטונית לגיטימית או בפעולה מנציחה? ברשימה זו ניסיתי להמחיש את קו הגבול. ניסיון זה אינו ממצה ומצריך להעמיק ולהמשיך ולחקור בו. לטעמי, נדרש יהיה לדרון בנושא בעתיד בצורה של דיון ופיתוח ממקרה למקרה עד לגיבוש קווים מנחים יותר. בטרם אמשיך לשלבים הבאים, ברצוני להעיר ארבע הערות קצרות על שלב הזיהוי.

ראשית, הנצחה אינה תבוצע בהכרח על ידי נציג של הממשלה. כך, לדוגמה, יושב ראש הכנסת שבתפקידו הוא דמות ממלכתית-ניטרלית עשוי להיות גורם מנציח (כפי שנידון בעניין **אדלשטיין**, כאמור), בשל סמכויותיו הרבות שמאפשרות לו לעשות כן ולשמר את כוחה השלטוני של המפלגה שאליה הוא משתייך.¹²⁰ על כן, אין חשיבות לזהותו של מבצע הפעולה המנציחה לצורך זיהוי הנצחה; שנית, פעולה מסוימת עשויה להיות מזוהה כמנציחה, אך אותה פעולה בנסיבות אחרות לא תזוהה ככזאת. נסיבות המקרה הייחודי משפיעות בצורה משמעותית על זיהוי הנצחה. כך, למשל, בעבר סירב יושב ראש הכנסת להניח על שולחן הכנסת הצעות חוק גזעניות שהוצעו על ידי חבר הכנסת מאיר כהנא.¹²¹ כאשר בוחנים את הסוגיה המשפטית כשלעצמה, בהתעלם מעובדות המקרה, כלומר בהתייחסות ממוקדת לסירוב של יושב הראש להעלות הצעות חוק של חבר כנסת, ייתכן שייקבע כי הפעולה מנציחה בשל המניעה מחברי האופוזיציה להגיש הצעות חוק ולהשתתף בהליך הדמוקרטי בפרלמנט. אך כאשר הבחינה מתייחסת גם לעובדות המקרה, קשה לומר שסירוב לדרון ולתת במה להצעות חוק גזעניות וקיצוניות,¹²² שהוגשו מטעם חבר כנסת אחד ויחיד, יזוהו כמנציחות.

הערה שלישית נוגעת בקיומו של סייג לשלב הזיהוי. לפי הסייג, אין לעתור ולתקוף חקיקה קיימת או נהלים והסדרים שהכנסת כבר פועלת לפיהם. אומנם ייתכן שאפשר לטעון כי חלקם מנציח, אך בשל שיקולי ודאות משפטית והבטחת פעולה חופשית של חברי הכנסת המבוססת על הסדרים קיימים והנהגים שהתפתחו בעבודה, יש להטות את הכף נגד עצם היכולת לבחון אם מדובר ב"דבר" מנציח, למעט בנסיבות חריגות במיוחד; רביעית, אדגיש כי שלב הזיהוי עשוי לזהות גם אי-עשייה של חברי כנסת או שרים כהנצחה. כאמור, עקרון אייההנצחה מטיל חובות עשה פוזיטיביות על חברי הכנסת ועל השרים.

הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה, להבדיל מביקורת שיפוטית על תוכנה. לכן אשיב בשניים: ראשית, הביקורת השיפוטית דכאן אינה קלוטה מן האוויר, כפי שעלול להשתמע מחוות דעתו של חברי בהרצותיו על 'פירמידת הנורמות' של הנס קלזן. את הביקורת השיפוטית עשינו על סמך עקרון יסוד מובהק של שיטת משפטנו: הפרדת הרשויות; ממנו משתלשלת זכות ההשתתפות, אשר באה לידי ביטוי באופן מעשי במתן האפשרות לכנסת לנהל הליכי חקיקה בהתאם לשיקול דעתה, ובחובתה של הרשות השופטת לפקח על כך שאפשרות זו אכן עמדה לה, לכנסת, ולא סוכלה". המקור לתפיסה זו, לדעתי, הוא פסק ע"ב 1/65 ירדור נ' יושבראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (3) 365, פס' 6 לפסק הדין של השופט זוסמן (1964): "כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב'דמוקרטיה מתגוננת' וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידני, גם אם לא מצאנום מפורטים בחוק הבחירות".

118 שנער, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51.

119 Shinar, לעיל ה"ש 94, בעמ' 374.

120 רובינשטיין והרזחב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 80.

121 בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985).

122 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט ברק.

כפי שהראיתי, מדובר על חובה מצומצמת, לנוכח הבעייתיות האניהרנטיות שיש בקיום חובה כזו והשאלות התיאורטיות והמעשיות שהיא מעלה, אך לעיתים אי־העשייה זועקת לחשש הנצחה. במצבים כאלה ונוספים, יכול בית המשפט לקבוע כי גם אי־העשייה הוא הנצחה.

ב. שלב הצדקת הביקורת השיפוטית

השלב השני להפעלת עקרון אי־הנצחה הוא שלב הצדקת הביקורת השיפוטית. לשלב זה ניתן להגיע רק אם נקבע כי שלב הזיהוי מתקיים, קרי שהפעולה מנציחה. כעת על בית המשפט לבחון אם התערבותו מוצדקת. לכאורה, ניתן לסבור שאם מתקיימת הנצחה יש מסקנה חד משמעית ויחידה שהיא התערבות שיפוטית, אך לא כך הדבר. יש לשקול בשלב זה בעיקר שיקולים מוסדיים הנוגעים במאזן היחסים והכוחות בין רשויות השלטון השונות – עקרון הפרדת הרשויות, עצמאות המחוקק והחשש מפני פוליטיזציה של השפיטה.

יש להבחין בין שני סוגים של ביקורת שיפוטית. האחד, נעשה כלפי דברי חקיקה (כולל חקיקת־יסוד) והאחר כלפי עניינים פנים־פרלמנטריים. בכל עניין, ואף בתוכם, נוקטת הפסיקה גישה שונה ולא בכל מקרה היא מחליטה על התערבות. על כן, כאשר זוהתה הפעולה כמנציחה, אך בבחינת נסיבות העניין הכוללת נראה כי ישנם גורמים המאזנים את הפעולה השלטונית ויכולים למנוע את הנצחה, בית המשפט יוכל למשוך ידיו מהתערבות. לא בכל מקרה שבו פעולה מזוהה כמנציחה תתקיים גם הצדקה להתערבות. עם זאת, אדגיש כי במקרים רבים יתקיים קשר בין זיהוי הנצחה ובין הצדקת הביקורת השיפוטית. מאחר שלא כל פעולה "פשוטה ושגרתית" של חבר כנסת תזוהה כמנציחה, אלא עליה לעמוד ברף כלשהו, היא עשויה לעמוד גם בדרישות להצדקת ההתערבות השיפוטית.¹²³ חרף האמור, מובן שישנו פער במקרים מסוימים והפיצול בין השלבים הכרחי, אך אין בכוחו של הפער הזה כדי לפרוץ פתח לניצול על ידי חברי כנסת ושרים, כך שהם יבחרו לפעול בחלופה שבה "רף החומרה" לא מצדיק התערבות שיפוטית (בהתאם להבחנה ברמות החומרה שידונו כעת).

אציג בתמצית את ההבדלים בין דרכי הביקורת השיפוטית: **ביטול חוקי־יסוד** על ידי בית המשפט עשוי להתרחש רק אם הוא פוגע פגיעה אנושה במאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית",¹²⁴ או אם הוא נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת.¹²⁵ אציין כי כידוע ביקורת שיפוטית על חוקי־יסוד נמצאת במחלוקת עזה בעולם המשפטי. **ביטול חוק רגיל** עשוי להתרחש אם הוא פוגע בחוק יסוד ואינו עומד בתנאי פסקת הגבלה (המהותית או הצורנית).¹²⁶ לחלופין, הוא עלול להיפסל אם נפל פגם בהליך חקיקתו.¹²⁷ בנוגע לעניינים פנים־פרלמנטריים, הלכה ידועה היא כי בית המשפט נדרש להתחשב "במידת הפגיעה הנטענת במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי. במצב דברים זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר, כשם שצורך זה גובר".¹²⁸ עליו לנקוט "גישה של איפוק, של ריסון, של כבוד לרשות המחוקקת".¹²⁹

123 ראו, למשל, עניין **ביטן**, לעיל ה"ש 56, בפס' 21 לפסק הדין של הנשיאה חיות, אשר סבורה שבית המשפט נכון יותר להתערב בעניינים פנים־פרלמנטריים כדי להבטיח את קיומם התקין של הליכים דמוקרטיים בכנסת. משמע, כאשר מתקיימת הנצחה, קרי ישנה פגיעה בעקרונות דמוקרטיים, בית־המשפט נוטה בהתאמה להתערב יותר בעניינים פנים־פרלמנטריים.

124 בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 20 ר' 23 לפסק הדין של הנשיאה חיות, פס' 4 לפסק הדין של השופט סולברג (אר"ש 8.7.2021).

125 ראו, לדוגמה, עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 16, בפס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

126 ס' 8 **לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו**; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 83–98 לפסק הדין של הנשיא ברק (1995); ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ"ד נו(3) 799, פס' 17 לפסק הדין של השופט מצא (2003).

127 ראו, למשל, עניין **קוטנינסקי**, לעיל ה"ש 13.

128 בג"ץ 652/81 **שריד נ' יושב־ראש הכנסת**, פ"ד לו(2) 197, פס' 9 לפסק הדין של השופט ברק (1982).

129 בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נו(6) 117, פס' 35 לפסק הדין של השופט חשין (2002).

אם כן, הדיון בשלב הצדקת הביקורת השיפוטית מותאם למדרג הנורמטיבי של העניין הנידון – חוקיסוד; חוק רגיל; עניינים פנים-פרלמנטריים – ולפי העקרונות הכלליים שנקבעו בפסיקה להפעלת ביקורת שיפוטית בכל נדבך. אפשר לטעון כי לאור זאת עקרון אייהנצחה אינו מוסף רבות, אם בכלל, על המצב המשפטי הקיים והוא מבוסס אך על דוקטרינות קיימות. אמת היא כי שלב ההצדקה מבוסס כל כולו על המצב המשפטי הקיים. איני מבקש לחדש, להפחית או להחמיר את התנאים הנורמטיביים שנקבעו בפסיקה להתערבות שיפוטית. עם זאת, כפי שציינתי, הדגש בהיבט זה הוא ביצירה מסגרת דוקטרינרית לסדר פעולה אחיד וקוהרנטי על ידי בית המשפט ולהוסיף נדבך תיאורטי חשוב לדיון בפסקי הדין. במסגרת שלושת השלבים נדרש בית המשפט להשתמש בצורה כזאת או אחרת בדוקטרינות קיימות שפותחו בפסיקה לאורך השנים.

ג. שלב ההפעלה

השלב השלישי והאופרטיבי, שאליו מגיעים רק אם התקיימו שני השלבים הקודמים, קובע שעל בית המשפט להפעיל ולהשתמש בעקרון אייהנצחה. המטרה בשלב זה היא אחת: סיכול ההיבט המנציח הקיים בחקיקה או בפעולה הפרלמנטרית תוך התערבות שיפוטית מינימלית-הכרחית. הסיכול יכול שיהיה באמצעות הוראת ביטול של החוק, בין אם בשל תוכנו ובין אם בשל הליך חקיקתו; בדרך של הוראה לרשות המחוקקת או למבצעת לפעול בצורה כזו או אחרת (להעלות נושא לדיון במליאת הכנסת, להבטיח ייצוג בוועדות הכנסת ועוד); בעזרת שימוש בעקרונות משפטיים אחרים, כמו עקרון ההשתתפות והייצוגיות; או בדרכים אחרות שבית המשפט רואה לנכון במטרה לסכל את ההנצחה. הנקודה החשובה בשלב זה היא שבסיומו בית המשפט יאיץ את ההיבט המנציח בנסיבות העניין הקונקרטי.

ואדיגש: גם בשלב זה ייתכן שיהיה צורך להשתמש בדוקטרינות ובעקרונות משפטיים מקובלים אך לא רק בהם. עקרון אייהנצחה רחב יותר לעומת עקרונות ספציפיים שפותחו בפסיקה, והוא כולל אותם בתוכו. המשך השימוש בהם, תחת עקרון אייהנצחה, הוא לשם הנוחות בלבד ובשל היתרון שיש במקרים מסוימים בשימוש בעקרונות ספציפיים, על אף שהם כפופים לדוקטרינה מקיפה יותר.

סיכום

עקרון אייהנצחה הוא עיקרון דמוקרטי בסיסי ביותר שלא זכה לדיון מעמיק בפסיקה ובספרות הישראלית. וזאת למרות חשיבותו המשמעותית לשמירה על משטר דמוקרטי תקין וקיפוז. העיקרון מבקש להגן על פגיעה בשני מאפיינים דמוקרטיים בסיסיים: תקופת כהונה מוגדרת מראש ויכולת חילופי שלטון מבחינה מהותית ומעשית. בימינו, כאשר היריבות בין הקואליציה לאופוזיציה מתרופה ממערכת בחירות אחת לאחרת, ומובילה כל צד פוליטי לנקוט אמצעים ולבצע פעולות פרלמנטריות קיצוניות יותר ויותר, פיתוח העיקרון חשוב במיוחד, ונראה כי ייעשה בו ובמסגרת הדוקטרינרית שהוצעה ברשימה קצרה זו שימוש במהרה. פסקי דין רבים שהצגתי וסקרתי, כמו גם כאלה שנותרו מחוץ לרשימה, ניתנו רק בתקופה האחרונה, וביניהם עניין אדלשטיין, עניין ממשלת החילופים ועניין ביטן.

ברשימה זו ביקשתי להעמיק את הדיון בעקרון אייהנצחה בכמה שלבים. פתחתי בדיון בבסיס העיקרון והוא ההנצחה. טענתי כי בישראל החשש מפני ניצול לרעה של הכוח הפוליטי על ידי הרוב הזמני המכהן גובר בשל כמה סיבות, כשהעיקרית ביניהן היא מערכת היחסים בין הממשלה לכנסת והעובדה שהראשונה שולטת באחרונה. לאחר מכן, הצגתי את המופעים המקובלים והמוכרים למניעת הנצחה. מופעים אלה נעשים בעיקר בדרך של חקיקה – של חוק יסוד או חוק רגיל – ועוסקים בהסדרים מבניים של שיטת המשטר והסדרי בחירות. כינתי את המופעים האלה כתצורה הפורמלית של העיקרון. בשלב הבא סקרתי פסקי דין מרכזיים וניסיתי להאיר אותם בעיניים של הנצחה. הסקירה הובילה למסקנה כי הנצחה יכולה להופיע

לא רק בדרך חקיקתית אלא גם בעניינים פרלמנטריים. כך, לדוגמה, במניעת האפשרות להצביע על החלפת יושב ראש הכנסת שפוגעת בחילופי השלטון התקינים; בחוסר ייצוג בוועדות הכנסת או בהשתתפות האופוזיציה ובהחלשתה עד כדי מניעת האפשרות שלה להשתתף במשחק הפוליטי וביכולת החלפת השלטון בהיבט המהותי. מופעים אלה כונו התצורה הבלתי פורמלית של העיקרון.

מכאן, דנתי בהיבט המעשי של עקרון אייההנצחה שכלל שלושה גורמים שיש בכוחם למנוע, מראש או בדיעבד, את ההיבטים המנציחים בפעולות השלטון. ראשית, חברי הכנסת והשרים אשר הם אלו שעשויים לבצע הנצחה מלכתחילה. טענתי כי ישנה חובה עליהם להימנע מהנצחה (היבט שלילי) ולמנוע הנצחה במקרים מסוימים (היבט חיובי). שנית, הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה. שני היועצים, כל אחד במסגרת תפקידו וסמכויותיו, מלווים את עבודתם השוטפת של נבחרי הציבור ונמצאים בנקודות קריטיות של קבלת החלטות. כך, הם יכולים לסייע בזיהוי הנצחה ומניעתה המוקדמת או סיכולה מיד לאחר המעשים. שלישית, בית המשפט העליון, שלגביו ביקשתי ליצור תוכנית עבודה סדורה ומקיפה להפעלת עקרון "איההנצחה". תוכנית זו כוללת שלושה שלבים: שלב הזיהוי, שבו מזהים את הפעולה כמנציחה, זיהוי שאינו חף מקשיים, כפי שדנתי בהם בתמציתיות; שלב הצדקת הביקורת השיפוטית, שמעלה שאלות בנוגע לביצוע ביקורת שיפוטית בהתאם לסוג הפעולה שנדונה; ושלב ההפעלה שהוא השלב האחרון והאופרטיבי, שבמסגרתו מסכלים את ההיבט המנציח בפעולה השלטונית, במינימום האפשרי של התערבות שיפוטית בנסיבות המקרה. במסגרת הבחינה, ניתן להשתמש בדוקטרינות ומבחנים שפותחו בפסיקה לאורך השנים בנוגע לעניינים ספציפיים ונקודתיים. אך זאת תחת קורת הגג של עקרון אייההנצחה.