



## לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי בעקבות בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל

חגי קלעי\* וגיא רוה\*\*

1. פתח דבר.
2. תיאור פסק הדין. א. רקע. ב. סקירת פסק הדין.
3. המהפכה החוקתית הראשונה וכללי פסקת ההגבלה. 4. החוקה המוסדית ופסילת חוקים בגין פגמים בחקיקתם. 5. חלוקת סמכויות ההכרעה בין הרשויות. 6. לקראת המהפכה החוקתית השנייה. 7. סוף דבר.

### 1. פתח דבר

חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992 הייתה יריית הפתיחה של מה שכונה "המהפכה החוקתית". אמנם התקיימו נורמות חוקתיות קודם לכן. עם זאת, חקיקתם של שני חוקים אלו, ופסק דין בנק המזרחי,<sup>1</sup> שניתן על בסיסם, הגדירו מחדש את מערכת היחסים שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. בשלב זה בית המשפט קיבל כלים לבחינת הסבירות המהותית של החוק

\* עו"ד, BA (אוניברסיטת תל-אביב), LLB (אוניברסיטת תל-אביב) LLM (אוניברסיטת תל-אביב), LLM (NYU).

\*\* עו"ד, LLB (המרכז הבינתחומי הרצליה). חלק מההליכים הנדונים במאמר זה נדונו בפני בית המשפט העליון עת שימשתי בו כמתמחה. כל האמור במאמר משקף את דעתי האישית בלבד, ואינו משקף את עמדת בית המשפט או מי משופטיו.

תודתנו נתונה לפרופ' ארנה בן-נפתלי, פרופ' אמנון רובינשטיין, עו"ד נדיב מרדכי ועו"ד יוני לבני על הערותיהם המועילות לגרסאות מוקדמות יותר של מאמר זה.  
1 ע"א 6821/93 בנק מזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).



העומד לדיון. במסגרת זאת, על פי הפסיקה נקבע כי תנאי הסף למעבר מהמסדרון החוקתי להיכל הוא קיומה של פגיעה בזכות חוקתית אינדיבידואלית. במקרים שבהם מתקיים תנאי זה, יבחן בית המשפט את סבירות החוק על ידי ניתוחו באמצעות מבחני פסקת ההגבלה, ובעיקר, על ידי בחינת מידתיותו של החוק – התועלת הגלומה בו למול הפגיעה הנגרמת מכוחו לזכות אדם. יצוין, כי בפועל, עד כה בית המשפט הפעיל את הביקורת החוקתית בריסון ופסל חוק או הוראה בחוק בשלושה עשר מקרים בלבד.<sup>2</sup> זאת, נוכח העיקרון שעל פיו מתחם שיקול הדעת שניתן לרשות המחוקקת הוא רחב ביותר ורק במקרים קיצוניים של חריגה ממתחם החוקתיות, נכון היה בית המשפט להתערב. בפשטות, עיקרון שיקול הדעת הרחב של הכנסת מבטא את היותה ראשונה בין שוות, והיות הכנסת הגוף שמוסמך ומסוגל לבצע בצורה הטובה ביותר את האיזון בין אינטרסים ציבוריים וזכויות אדם ובין הזכויות לבין עצמם. סמכותה וראשוניותה של הכנסת, בהקשר זה, נובעים ממעמדה כרשות הנבחרת, ומסוגלותה נובעת מיכולתה לשמוע בצורה מפורטת את העמדה המקצועית של הרשות המבצעת ואת עמדת הציבור, ובסוף להכריע.

על רקע זה, פרשת **יצוא הגז**<sup>3</sup> מהווה נקודת מפנה בחשיבה החוקתית. עתירה זו, שנדונה בפני בית המשפט העליון ונדחתה בדעת רוב של חמישה שופטים מול שניים, לא הופנתה בעיקרה לשאלת הסבירות המהותית של החוק. השאלה שהתעוררה הייתה אם רשאית הרשות המבצעת לקבוע את ההסדר החולש על תחום יצוא הגז, או שמא מסורה הסמכות לרשות המחוקקת בלבד. זאת ועוד, בפרשה זו היו אלו חברי הכנסת עצמם, מהאופוזיציה ומהקואליציה, שפנו לבית המשפט בבקשה שיורה על הבאת הסוגיה לפתחה של הכנסת לשם הכרעה, זאת לאחר שנדחתה בקשתם של למעלה מ-60

<sup>2</sup> ראו להלן ה"ש 50–52 והדיון בצמוד.

<sup>3</sup> בג"ץ 4491/13 המרכז האקרמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2.7.2014) (להלן: "פרשת יצוא הגז").



חברי כנסת שפנו לממשלה בדרישה להביא את הסוגיה להכרעת הכנסת.<sup>4</sup> פרשת יצוא הגז היא הסנונית הראשונה בשורת הליכים שהתקיימו בשנים האחרונות בפני בית המשפט העליון, אשר רובם עדיין תלויים ועומדים שעניינם דרישה מבית המשפט להגן על יכולתה של הכנסת להכריע באשר לנורמות המשפטיות שיחולו במדינת ישראל.<sup>5</sup>

פרשת יצוא הגז מדגימה את התפיסה הרווחת בבית המשפט העליון, בכל הנוגע לסמכויות הכנסת. העיון בפסיקה משקף באופן שיטתי את עמדת בית המשפט העליון, הרואה בכנסת מעין חותמת גומי, המאשרת את החלטות הרשות המבצעת. משכך, קבע בית המשפט העליון סטנדרט נמוך ביותר שדי שהכנסת עומדת בו כדי שפעולתה תהא כשירה. למעשה, כל שנדרש על מנת להעביר חוק הוא רוב בשלוש הקריאות במליאה, אף אם ההליך לא אפשר בפועל לחברי הכנסת לקיים כל דיון סדור ורציני.<sup>6</sup> הטענה כי הרשות המבצעת מונעת פיקוח אפקטיבי של הכנסת על פעולתה מעולם לא התקבלה על ידי בית המשפט העליון. עמדה זו, אף שלא במפורש, אינה רואה תרומה משמעותית בהליך הפרלמנטרי, ולמעשה מאמצת תפיסה של שתי רשויות העומדות זו מול זו – המבצעת-מחוקקת ומולה השופטת.<sup>7</sup>

פסק הדין שניתן בפרשת יצוא הגז הוא נקודת העימות הראשונה, שבה נדונה שאלת מעמדה של הכנסת בהרחבה, והוצגו שתי הפיסות מתחרות – עמדת הרוב, בהובלת הנשיא אשר גרוניס, ועמדת המיעוט, בהובלת השופט סלים ג'ובראן. עמדת הרוב מבקשת ליצור זהות בין הליך הביקורת החוקתית המתקיים על ידי בית המשפט העליון לבין הליך הביקורת החוקתית המתקיים על ידי הכנסת. בקצרה, בפסק דינו ביקש הנשיא גרוניס להגביל את התערבות בית המשפט העליון ביחסי הרשות המבצעת והמחוקקת

<sup>4</sup> יצוין כי אף שהיקף מספרם של חברי הכנסת שהיו מעורבים בהליך הוא חריג, עצם קיום הפרקטיקה של ניהול הליך משפטי על ידי חברי כנסת נפוצה מזה שנים ארוכות ונעשה בה שימוש, לאורך השנים, על ידי חברי כנסת מכל קצוות הכנסת הפוליטית.

<sup>5</sup> ראו להלן ה"ש 90–94 והדיון בצמוד.

<sup>6</sup> ראו הדיון בפרק 3 למאמר.

<sup>7</sup> לדיון, בהקשר אחר, הנוגע לעצמה החריגה של הרשות המבצעת בשיטת המשפט הישראלית ראו יובל רוטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" **שערי משפט** 1, 293, 302–303 (2003).



למקרים שבהם היה בית המשפט עצמו בוחן את חוקתיותה של אותה הוראת חוק. במילים אחרות, עמדתו של הנשיא גרוניס היא כי יש להציב את אותם תנאי סף לבחינה חוקתית הקיימים בהליך המשפטי ומגבילים את כוחו של בית המשפט, גם מקום שבו מתבקשת בחינה חוקתית על ידי הכנסת. משכך, לגישתו, הכנסת רשאית לדרוש לקיים בחינה חוקתית של החלטת ממשלה רק אם הוכחה פגיעה בלת-מידתית בזכות אדם אינדיבידואלית. בשונה, השופט ג'ובראן הציע הליך חלופי ועמד על כך שכל הסדר רוחב ארוך טווח קופל בתוכו משמעויות רבות לזכויות אדם. לפיכך, אין זה ראוי לאמץ תנאי סף נוקשה מקום שבו הסעד המבוקש אינו התערבות בחוק על ידי בית המשפט העליון, אלא בחינת חוקתיותו של הסדר על ידי הכנסת עצמה. לכנסת הכלים והסמכות לבחון חלופות שונות אף אם כולן מצויות בתוך מתחם החוקתיות, וזהו לב תפקידה. אימוץ תנאי הסף הצר שנקבע על ידי הנשיא גרוניס, ימנע מהכנסת לבצע תפקידה נאמנה, ולמעשה יגביל אותה רק לאותם מקרים של חריגה ממתחם החוקתיות, אשר ממילא חשופים לביקורת חוקתית על ידי בית המשפט העליון, קרי, מקרים של חריגה ממתחם החוקתיות.

המאמר יבחן את שתי הגישות המתחרות המופיעות בפרשת יצוא הגז ויבקש לטעון כי יש לאמץ שני מבחנים נפרדים לבחינה חוקתית על ידי בית המשפט ולבחינה חוקתית על ידי הכנסת. מקום שבו מתעוררת סוגיית רוחב, שאינה נוגעת לזכות אדם נקודתית אלא למכלול שלם של הסדרים שיחולו על הציבור כולו, עולה קושי מסוים בבירור הסוגיה על ידי בית המשפט העליון. קושי זה יצדיק, למעט במקרים חריגים, את הותרת שיקול הדעת לרשות המחוקקת. בהמשך לכך, אף שבמקרים אלה לא נפגעות זכויות אדם, דווקא אז – לגישתנו – ראוי לדרוש כי הסדרת הסוגיה תיעשה על ידי המחוקקים, שלהם הכלים והמנדט לביצוע המלאכה.

במילים אחרות, ההצדקות להגבלת סוגי ההליכים שבהם לבית המשפט העליון סמכות ההכרעה, רק במקרים בהן מתקיים התנאי הכפול של פגיעה בזכות אדם אינדיבידואלית והיות הפגיעה פגיעה החורגת ממתחם החוקתיות, נכונות אולי בנוגע למתחם התערבותו של בית המשפט, אך אינן מצדיקות את צמצום סמכות ההכרעה של



הכנסת. נראה כי בקביעה אם סמכות ההכרעה בסוגיה זו או אחרת נתונה לכנסת או לממשלה, יש לשקול שיקולים אחרים, וכי יש לשוב ולהקנות לכנסת את מעמדה כראשונה בין שוות. קרי, הראשונה והבכירה שברשויות השלטון. על בסיס כל זאת, נבקש לזהות את השינוי הרצוי בדין, לגישתנו. ראשית, נקרא לצמצומה של הלכת מגדלי העופות,<sup>8</sup> ולקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכים פרלמנטריים. שנית, נקרא להשבת סמכות ההכרעה בהסדרים כלליים לידי הכנסת. מהלך משולב זה, אשר בסופו תהיה הכנסת גורם משמעותי בעשייה הציבורית והפוליטית, יכונה על ידינו "המהפכה החוקתית השנייה".

מבנה המאמר יהיה כמפורט להלן. בפרק הראשון נבחן בקצרה את הרקע לפרשת יצוא הגז ולאחר מכן נעמוד על עיקרי פסק הדין באותה הפרשה. בפרק השני נעמוד בקצרה בלבד על מאפייני של המהפכה החוקתית הראשונה, ובפרט, על השיקולים בבסיס הגבלת ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת של הכנסת, אשר יהוו את הבסיס להמשך הדיון. בהמשך לכך, בפרק השלישי נעמוד בקצרה על מעמדה של החוקה המוסדית בישראל, ועל האופן המצומצם שבו פירש בית המשפט את הוראותיה. בפרק הרביעי נזקק את השאלה המתעוררת בפרשת יצוא הגז. שאלה זו, כפי שאנו מבינים אותה, מבקשת לברר למי מהרשויות מוקנית סמכות ההכרעה האחרונה. על בסיס זאת, נבחן מתי ישנה הצדקה להעניק לבית המשפט את סמכות ההכרעה. נראה, כי השיקולים המצדיקים את הגבלת יכולת ההתערבות של בית המשפט אינם רלבנטיים להגבלת סמכותה של הכנסת. נראה כי פסק דינו של הנשיא גרוניס מחיל למעשה את אותה מערכת השיקולים על מניעת התערבות בית המשפט העליון בהחלטות הכנסת על המקרה הנדון, אף ששיקולים אלו אינם מתאימים לניתוח מערכת היחסים שבין הכנסת לבין הממשלה. על בסיס זה נראה כי פסק דינו של השופט גובראן, שנותר במיעוט,

<sup>8</sup> בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004); ראו דיון בפרק 4 למאמר זה הנוגע לאמת המידה המצומצמת שבית המשפט העליון החיל על עצמו בהקשר להתערבות בהליכים פנים פרלמנטריים.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

משקף בצורה טובה יותר את השיקולים הנורמטיביים הרלבנטיים. בפרק החמישי, על בסיס התובנות העקרוניות שגובשו בפרק הרביעי נתווה במכחול גס את השינויים ההכרחיים על מנת לקדם את המהפכה החוקתית השנייה. נטען כי יש לצמצם את הלכת מגדלי העופות ולקיים ביקורת שיפוטית על תקינות ההליך הפרלמנטרי (השונה מהותית מביקורת שיפוטית על תוצאת ההליך הפרלמנטרי). בהמשך לכך, נטען כי יש לפרש בצמצום את הלכת יצוא הגז, כמוגבלת לנסיבות שבהן ניתנה ובראשן היות ההחלטה זמנית בלבד והדחיפות הרבה שבמתן ההחלטה. בפרק השישי נסכם.

## 2. תיאור פסקי הדין

### א. רקע

פסק הדין בפרשת יצוא הגז הוא ייחודי מכמה סיבות.

**ראשית**, השיח הציבורי שהתנהל סביב הנושאים שנדונה בעתירה הוא חריג בהיקפו. מעטות הסוגיות שנדונו בזירה הציבורית והפוליטית באופן נרחב כל כך כסוגיית הגז הטבעי שנתגלה לחופיה של מדינת ישראל. עד היום קשה להעריך את משמעות הרוחב האדירות בכל הנוגע לחוסנה הכלכלי והאנרגטי של מדינת ישראל שגלומות בגילוי הגז הטבעי. מעצם כך, הסוגיה עוררה שיח ציבורי ופוליטי חריג בהיקפו. שני אירועים מרכזיים הגדירו את השיח המשפטי והפוליטי בנוגע לסוגיית הגז:

תחילה, נסוב הדיון סביב סוגיית מיסוי תגמולי החברות שגילו את מאגרי הגז הטבעי. נוכח ביקורת ציבורית על נטל המיסוי הנמוך שהוטל על חברות אלה, הוקמה ועדת ששינסקי, אשר המליצה על הגדלת נטל המיסוי באמצעות תשלום תמלוגים והיטל



רווחים פרוגרסיבי<sup>9</sup>. בעקבות מסקנותיה, חוקקה הכנסת את חוק מיסוי רווחי נפט, התשע"א-2011. בג"ץ אישר את חוקתיות החוק.<sup>10</sup>

לאחר מכן, נסוב הדיון סביב סוגיית היקף יצוא הגז. על מנת לגבש מדיניות ראויה בנוגע ליחס בין עתודות הגז שיוותרו בישראל לצורך המשק המקומי לבין כמות הגז שתאפשר ליצוא, הקימה הממשלה את ועדת צמח. במסגרת זאת, נדרשה ועדת צמח להגדיר את היקף הגז הקיים בישראל; כמה מהיקף הגז דרוש למשק הישראלי לתקופה מוגדרת של 25 שנים; וכפועל יוצא את כמות הגז שתותר ליצוא. לאחר הליך שכלל שמיעת התנגדויות וארגונים שונים, פרסמה ועדת צמח את מסקנותיה ביום ה-29.8.2012<sup>11</sup> יצוין כי דוח ועדת צמח התבסס על הנחת מוצא כי יש לאפשר יצוא של הגז בהיקף כלשהו, זאת על מנת לתמרץ את החברות בעלות החזקה במאגרי הגז להמשיך ולפתח את המאגרים. עוד קבע הדוח כי לטובת המשק הישראלי יש להותיר כמות גז טבעי של 450 BCM (= 1 BCM מיליארד מטרים מעוקבים) למשך 25 שנים, ואת היתר לאפשר לייצא.<sup>12</sup> עוד יצוין כי בדוח ועדת צמח קיימת דעת מיעוט של עו"ד

<sup>9</sup> ראו למשל "דו"ח ועדת ששינסקי הסופי" **The Marker** 3.1.2011 [www.themarker.com/markets/1.597802](http://www.themarker.com/markets/1.597802); עמירם ברכת "המאבק על תמלוגי הגז מתלהט לקראת פרסום מסקנות הביניים של ועדת ששינסקי: נובל בונה על סיוע מארה"ב" **גלובס** 21.8.2010 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=100058302621](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=100058302621); תקציר מנהלים **דו"ח ששינסקי** [mof.gov.il/BudgetSite/reform/Documents/managerBrief.pdf](http://mof.gov.il/BudgetSite/reform/Documents/managerBrief.pdf).

<sup>10</sup> בג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל** (פורסם בנוב, 15.8.2012).

<sup>11</sup> "המלצות הוועדה הבינמשרדית לבחינת מדיניות הממשלה בנושא משק הגז הטבעי בישראל" **משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים** 12.9.2012 [energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGCommitee.aspx](http://energy.gov.il/Subjects/NG/Pages/GxmsMniNGCommitee.aspx); איתי טרילניק "מסקנות ועדת צמח הסופיות: יצוא של לפחות 50% מהגז" **The Marker** 29.8.2012 [www.themarker.com/dynamo/1.1812313](http://www.themarker.com/dynamo/1.1812313).

<sup>12</sup> דוח ועדת צמח קבע המלצות נוספות בעניין משק הגז הישראלי וסוגיית היצוא (למשל, יצירת תמריצים לפיתוח מאגרי הגז הקטנים יותר, באמצעות הקלות בהיקף היצוא במאגרים הגדולים יותר), אולם הסוגיה העיקרית שבה עסק הדוח היא כאמור קביעת היקף הגז הקיים, הכמות הנדרשת ממנו לטובת המשק הישראלי ל-25 השנים הבאות, והיקף היצוא המתאפשר כנגזרת של שני אלה.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

אלונה שפר (קארו), מנכ"לית המשרד להגנת הסביבה, אשר התנגדה למסקנות הדוח. עו"ד שפר סברה כי התחשיבים עליהם התבסס הדוח בנוגע לכמות הגז הקיימת וצרכי המשק הישראלי, הם בגדר תחשיבים אופטימיים המבוססים על הנחות יסוד שגויות ומגמתיות. לשיטתה, הדוח ערוך באופן מגמתי, במטרה "להצדיק החלטה בלתי אחראית ובלתי מבוססת על יצוא נרחב של גז טבעי מישראל".<sup>13</sup>

הממשלה אישרה את מרבית המסקנות האופרטיביות של דוח ועדת צמח ביום 23.6.2013. הוחלט, בין היתר, שלטובת המשק המקומי, תישמר כמות גז טבעי של 540 BCM (ולא 450 כפי שהמליץ הדוח), למשך 29 שנים (ולא 25 שנים כפי שהמליץ הדוח).<sup>14</sup> כאמור, סביב עבודת ועדת צמח והמסקנות העולות מן הדוח, התחוללה סערה ציבורית נדירה בעצמתה. הטענה המרכזית בגנות אופן הסדרת יצוא הגז והיקפו הייתה כי ההליך שקיימה הרשות המבצעת אינו שקוף דיו, וקיים חשש ממשי כי המלצות ועדת צמח והחלטת הממשלה על בסיסו הושפעו מקבוצות אינטרסים זרות כדוגמת חברות הגז בעלות הזיכיונות. סופה של הסערה הציבורית הגיע בהגשת העתירה נשוא מאמר זה על ידי כמה עמותות ציבוריות, וכן על ידי ארבעה חברי כנסת: ראשת האופוזיציה דאז שלי יחימוביץ', וחברי הכנסת ראובן (רובי) ריבלין (נשיא המדינה דהיום), אבישי ברוורמן ומשה גפני.

**שנית**, מאפיין נוסף ייחודי לפרשת יצוא הגז הוא תגובת הכנסת לעתירה. יצוין כבר עתה כי טענת העותרים הייתה כי הסדרת יצוא הגז הטבעי מישראל, היא סוגיה ראשונה מהמעלה, ולפיכך – בהתאם לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים – אך ורק לכנסת סמכות

<sup>13</sup> "המלצות הוועדה לבחינת מדיניות ממשלתית במשק הגז הטבעי" (חוות דעתו של המשרד להגנת הסביבה, 12.9.2012) [energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGSviva.pdf](http://energy.gov.il/Subjects/NG/Documents/NGSviva.pdf)

<sup>14</sup> "הממשלה אישרה: ניתן לייצא 40% מהגז הטבעי" **Ynet** 23.6.2013; [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4395692,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4395692,00.html); אבי בראל ומוטי בסוק "הממשלה אישרה את יצוא הגז: 18 שרים תמכו; פרץ, ארדן וגרמן התנגדו" **The Marker Online** 23.6.2013 [www.themarker.com/dynamo/1.2052870](http://www.themarker.com/dynamo/1.2052870)





לקבלה.<sup>15</sup> דהיינו, טענתם המרכזית הייתה, כי את סוגיה דנא – אשר לה השפעה עצומה על הביטחון האנרגטי והמשק הכלכלי-ישראלי בכללותו – אין לרשות המבצעת סמכות להסדירה. עוד יצוין כי לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים קיים חריג שעל פיו אם הכנסת היא שהסמיכה את הרשות המבצעת בחקיקה ראשית להסדרת סוגיה שעולה לכדי הסדר ראשוני, אזי נקנית סמכות לאחרונה על אף ראשוניותו של ההסדר. שאלת גבולות היכולת של הכנסת להאציל סמכויות (איסור דלגציה) טרם נדונה בפסיקה בישראל וכפי שיוסבר להלן, אף לא התעוררה במישורין בהליך הנוכחי.<sup>16</sup>

הממשלה, באמצעות פרקליטות המדינה, התנגדה לעמדה זו. לשיטתה, אמנם סוגיית יצוא הגז עולה לכדי הסדר ראשוני,<sup>17</sup> אולם, נוכח ההסמכה בחוק הנפט, התשי"ב-1952, חל החריג לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים המאפשר לרשות המבצעת להסדיר תחום זה. הכנסת, מנגד, סברה אחרת. לשיטתה, בדומה לממשלה, סוגיית יצוא הגז עולה לכדי הסדר ראשוני. אולם, "ספק רב" אם חוק הנפט מהווה מפתח חוקי המאפשר לממשלה להסדיר בעצמה סוגיה זו. בנוסף, בכל הנוגע למישור הנורמטיבי, סברה הכנסת כי "נכון שסוגיה זו תוסדר במסגרת חקיקה ראשית מפורטת ומקיפה".<sup>18</sup> למיטב ידיעתנו, זוהי

<sup>15</sup> להסבר כללי בנוגע לדוקטרינת ההסדרים הראשוניים ראו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 400 (תשע"ב); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב(1) 5, 10-11 (2010); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

<sup>16</sup> רויטמן, לעיל ה"ש 8.

<sup>17</sup> פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 3, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; פס' 72 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>18</sup> "חוות דעת בשאלת הצורך בעיגון החלטת הממשלה בעניין משק הגז הטבעי בחקיקה ראשית" (ס' 32 לחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, 28.7.2013); [main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Documents/280713.pdf](http://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Documents/280713.pdf); וראו גם צבי זרחיה "ספק אם הממשלה יכולה להחליט על יצוא הגז ללא הכנסת" *The Marker* 28.7.2013; [www.themarker.com/news/1.2082911](http://www.themarker.com/news/1.2082911); לילך ויסמן "היועץ המשפטי לכנסת: נכון שעניין הגז יוכרע בכנסת" *גלובס* 28.7.2013; [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000865918](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000865918).



הפעם הראשונה שבה הרשות המחוקקת והמבצעת החזיקו בעמדות מנוגדות בבית המשפט.<sup>19</sup>

**שלישית**, מלבד תגובתה הרשמית של הכנסת שתוארה לעיל, פעלה הרשות המחוקקת בכמה אמצעים בניסיון להשפיע על הממשלה ולהעביר את ההכרעה בסוגיית יצוא הגז לפתחה. כך, למשל, פנו מחצית מחברי הכנסת במכתב לראש הממשלה, בדרישה כי הסוגיה תוסדר בחקיקה ראשית על ידם. במכתב צוין, בין היתר: "סוגייה כבדת משקל כזו, ראוי שתידון ובסופו של דבר גם תוכרע על ידי הכנסת, במסגרת דיון ציבורי ומקצועי, מקיף ושקוף. אנו, החתומים מטה, חברי כנסת מסייעות שונות, קוראים לך לפעול להבאתו של העניין בפני הכנסת במתכונת שתאפשר דיון והכרעה כאלה".<sup>20</sup> בנוסף, כאמור לעיל, העתירה לבג"ץ הוגשה, בין היתר, על ידי ארבעה ח"כים – מהקואליציה ומהאופוזיציה. לבסוף צוין כי חבר הכנסת אבישי ברוורמן, יו"ר ועדת הכלכלה (הוועדה אשר בה הייתה נדונה סוגיית הסדרת יצוא הגז, ככל והייתה מתקבלת כחוק), פנה לראש הממשלה והבטיח כי הוועדה תדאג לקיים הליך חקיקה מהיר על מנת לא לעכב יותר מהנדרש את הסדרת הסוגיה.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> יצוין כי בעבר התעוררו מקרים בהם חרף הסכמה עקרונית אופן הניתוח של הכנסת והממשלה כפי שהוצג לבית המשפט היה שונה. ראו לדוגמא: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012); ק"ג (ת"א) 9835-09 ברימה נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 5.6.2014).

<sup>20</sup> אריק בנדר "60 ח"כים לרה"מ: סוגיית ייצוא הגז לדיון בכנסת" **NRG** 24.4.2013 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/463/427.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/463/427.html); "60 ח"כים חתמו על מכתב לרה"מ: סוגיית יצוא הגז – להכרעת הכנסת" **כלכליסט** 24.4.2013 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3600845,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3600845,00.html)

<sup>21</sup> צבי זרחיה "ברוורמן לנתניהו: הכרעה על יצוא הגז צריכה להתקבל בכנסת" **The Marker** 22.6.2013 [www.themarker.com/dynamo/1.2052535](http://www.themarker.com/dynamo/1.2052535); ליאור גוטמן וכן פונדק "ברוורמן לנתניהו על יצוא הגז: 'החזר את הדיון על יצוא הגז למליאת הכנסת'" **כלכליסט** 24.6.2013 [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3605893,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3605893,00.html)



## ב. סקירת פסק הדין

ביום 21.10.2013, דחה הרכב מורחב של בית המשפט העליון את העתירה, ללא נימוקים.<sup>22</sup> התוצאה האופרטיבית של פסק הדין היא כי לממשלה יש את הסמכות להסדיר בעצמה את סוגיית יצוא הגז. ביום 2.7.2014 התפרסמו נימוקי ההכרעה האופרטיבית שניתנה כשמונה חודשים קודם לכן. יצוין כי המהלך החרגי בדבר קבלת החלטה ללא נימוקים, ופרסום הנימוקים תקופה ארוכה לאחר מכן, נעשה לבקשת המדינה, שטענה כי ייגרם נזק כלכלי משמעותי אם לא יינתן פסק דין מידי. זאת, אף שאין ספק כי לכל הפחות בדיעבד נראה שלא היה צורך בכך, מאחר שלא חלה כל התקדמות של ממש במשא ומתן ליצוא הגז גם לאחר פסק הדין, והנושא טרם הוסדר אף בימים אלו.

הנשיא גרוניס אשר כתב את חוות הדעת הראשית של דעת הרוב, קיבל באופן מלא את עמדת הממשלה, על פיה, אף שסוגיית יצוא הגז עולה לכדי הסדר ראשוני, חזקה זו נסתרה באמצעות הסמכת הרשות המבצעת להסדרת הסוגיה על ידי הרשות המחוקקת, לפי הקבוע בחוק הנפט. כדי לבחון את עמדת הנשיא גרוניס, מן הראוי לעמוד בקצרה על דוקטרינת ההסדרים הראשוניים.

על פי הדוקטרינה, "מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית, שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל".<sup>23</sup> הכלל מבוסס על שלוש הצדקות עיקריות, כאשר המרכזית שבהן מבוססת על עקרון הפרדת הרשויות. בהתאם לעיקרון זה, הכנסת היא הרשות הנבחרת בשלטון הדמוקרטי, בבחינת

<sup>22</sup> לביקורת על הפרקטיקה בדבר פרסום פסקי דין ללא נימוקים ראו גיא רוה "הנימוקים יינתנו בהמשך" [idclawreview.org/2013/01/13/blogpost-20130113-raveh](http://idclawreview.org/2013/01/13/blogpost-20130113-raveh) 13.1.2013 **ONLINE** **משפט ועסקים**

<sup>23</sup> בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 502.



"ראשונה בין שווים" אל מול הרשות המבצעת והשופטת. נוכח כך, מן הראוי כי את ההכרעות העקרוניות במדינה תקבל היא בעצמה. לכלל ההסדרים הראשוניים שתי משמעויות: האחת מהווה את "הכלל הבסיסי" שהוא הוא הדוקטרינה שהוצגה עתה. עם זאת, מקובלת ההנחה כי מבחינה פרקטית, הרשות המחוקקת אינה מסוגלת (או אף אינה צריכה במקרים מסוימים, משיקולי יעילות) לקבל את כלל ההכרעות העקרוניות העולות לכדי "הסדרים ראשוניים" בעצמה. לפיכך, קיימת משמעות שנייה, המגולמת ב"כלל הפרשני", שעל פיו, הרשות המבצעת מוסמכת אף היא להסדיר סוגיות שעולות לכדי הסדרים ראשוניים, בכפוף להסמכתה לעשות כן על ידי הרשות המחוקקת בחקיקה ראשית.<sup>24</sup>

הדיון בפסיקה בנוגע לכלל ההסדרים הראשוניים התמקד בשני מישורים: המישור הראשון נגע בכלל הבסיסי, ובשאלה אם ההסדר הספציפי, שנטען לגביו כי על הכנסת להסדירו, עולה לכדי הסדר ראשוני. סוגיה זו נדונה באופן מקיף בפרשת **ועדת המעקב**. המשנה לנשיא מישאל חשין, קבע כמה מבחני משנה, שמטרתם לקבוע אם הסדר פלוני הוא בגדר הסדר ראשוני או לאו. בין היתר נקבע כי יש לעמוד על העלות של ההסדר; האם מדובר בסוגיה שנויה במחלוקת ציבורית; מידת השפעת ההסדר על כלל הציבור בישראל; ועוד.<sup>25</sup> עם זאת, בפרשת **יצוא הגז** שררה תמימות דעים כי הסוגיה עולה לכדי הסדר ראשוני, ולכן ראשוניותו של ההסדר כמעט ולא נדונה אלא הייתה בגדר נתון.<sup>26</sup> יצוין כי בפועל, פעמים ספורות בלבד התקבלה הטענה לקיומו של הסדר ראשוני שיש להסדירו בחקיקה, מקום שבו התנגדה הממשלה לטענה זו. עם זאת, במספר לא מבוטל של מקרים הוסדרה סוגיה בחקיקה ראשית בזמן שהליך משפטי נגד הסדרת הסוגיה

<sup>24</sup> דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 400; ספיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 5; בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 15; בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסק דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006).

<sup>25</sup> שם, בפס' 38–39.

<sup>26</sup> רויטמן, לעיל ה"ש 8; ראו בחינת סוגיה זו בפרשת **יצוא הגז**, לעיל ה"ש 3, בפס' 78–83 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



בתקנות תלוי ועומד, ונוכח הערות בית המשפט בדבר היות הסוגיה הסדר ראשוני.<sup>27</sup> **המישור השני**, נוגע למידת ההסמכה הנדרשת בחקיקה הראשית לשם העברת סמכות הסדרת הסוגיה לרשות המבצעת.<sup>28</sup> במישור זה נכתב בעבר כך: "בית המשפט מתמקד בפרשנותה של ההסמכה שניתנה מן המחוקק לרשות המבצעת (או לגוף מנהלי אחר). במהלך פרשני זה עליו לקבוע אם אותה הסמכה מקנה לרשות המבצעת סמכות לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים, ואם כן – עליו לקבוע את מידתה. נקודת המוצא בעניין זה, היא של חזקה פרשנית, לפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הממשלה או השר לקבוע הסדרים ראשוניים".<sup>29</sup> זוהי הסוגיה שעמדה בלב המחלוקת בין שופטי הרוב למיעוט בפרשת יצוא הגז.

עתה נחזור לדעת הרוב שכתב הנשיא גרוניס אשר סבר, כאמור כי חוק הנפט מהווה הסמכה מספקת לממשלה כדי להסדיר את סוגיית יצוא הגז בעצמה. מסקנתו נתמכת בעיקרה על חזקה פרשנית, שעל פיה במקרים שבהם ההסדר המדובר אינו קופל בחובו פגיעה בזכויות אדם חוקתיות, לא נדרשת הסמכה מפורשת, ודי בהסמכה כללית.<sup>30</sup> במילים אחרות, לגישת הנשיא, "הכלל הפרשני" – מידת ההסמכה הנדרשת על מנת לסתור את הכלל הבסיסי שעל פיו הסדר ראשוני צריך להיות מוסדר על ידי הכנסת – חלשה במקרים שבהם ההסדר אינו פוגע בזכויות אדם אינדיבידואליות. לשיטתו:

"יש לייחס לכך משמעות לא מבוטלת, לעניין אופן בחינת דרישת ההסמכה המפורשת במקרה דנא. לדעתי, ככל שלא מועלית טענה כי הסדר מסוים

27 חגי קלעי "מעבר לאיזונים ובלמים – הדיאלוג בין הרשויות כבסיס לשינוי חברתי" (17.5.2014) [ssrn.com/abstract=2438200](https://ssrn.com/abstract=2438200)

28 ראו לעניין זה ספיר, לעיל ה"ש 15; דותן, לעיל ה"ש 15; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58 (2002); וראו גם עמדה כי מכוח הכלל הבסיסי ניתן לבטל באופן עקרוני את החקיקה המסמיכה: מדינה "הכלל החוקתי", לעיל ה"ש 35.

29 פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 3, פס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

30 שם, בפס' 27–28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.



שקבעה הרשות המבצעת מביא לפגיעה בזכויות יסוד, מתערערות לפחות חלק  
מזן ההצדקות (אך לא כולן כמובן), המחייבות את הרשות להצביע על הסמכה  
מפורשת לקביעת הסדרים ראשוניים<sup>31</sup>.

בנוסף, סבר הנשיא כי נוכח קביעת הממשלה, לפיה ניתן יהיה לבחון מחדש את כמות  
הגז הנדרשת למשק הישראלי לאחר כחמש שנים, יחד עם העובדה כי החלטת הממשלה  
קבעה מיצוי הדרגתי של המשאב ולא מיצוי כולל וחד-פעמי, מתרככת אף יותר דרישת  
ההסמכה המפורשת ומידתה<sup>32</sup>.

בהתבסס על חזקות אלה, פנה הנשיא גרוניס לבחון את החוק המסמיך. בהתאם  
לקביעות הפרשניות שהוצגו לעיל, לא התקשה הנשיא להגיע למסקנה כי חוק הנפט  
מהווה הסמכה מפורשת דיה להסמכת הרשות המבצעת להסדרת סוגיית יצוא הגז<sup>33</sup>. טרם  
חתם את פסק דינו, ציין הנשיא גרוניס כי הוא מוצא טעם לפגם בעובדה כי ארבעה חברי  
כנסת נמנים עם העותרים בפרשה זו. לשיטתו: "לא יהיה זה מופרך לטעון, כי עתירות  
ציבוריות של חברי כנסת מוגשות לעתים על חשבון דיון ציבורי מקיף בהליכים הפנים-  
פרלמנטריים, מה שגורר אחריו, לא אחת, פגיעה במעמדה של הכנסת"<sup>34</sup>.

את דעת המיעוט המרכזית כתב כאמור השופט ג'ובראן. לשיטתו, חוק הנפט אינו  
מקנה לממשלה הסמכה מפורשת דיה להסדרת סוגיית יצוא הגז. את עמדתו מבסס  
השופט ג'ובראן בעיקר על חזקה הקושרת בין עצמת ההסמכה הנדרשת על מנת לסתור  
את הכלל הבסיסי ולהסמיך את הרשות המבצעת להסדיר את הסוגיה לבין מידת  
ראשוניותו של ההסדר.

השופט ג'ובראן מסביר את הכלל הבסיסי כך:

31 שם, פס' 28 לפסק הדין המרכזי.

32 שם, פס' 34–35 לפסק הדין המרכזי.

33 שם, פס' 38–45 לפסק הדין המרכזי.

34 שם, בפס' 50 לפסק הדין המרכזי.



“אינו מתפקד אך כחזקה הניתנת להפרכה באופן בינארי. לשיטתי, ההסמכה לשר לקבוע בעצמו הסדר ראשוני היא נקודת המוצא להעברת סמכות ראשונית. אך תוכנה של סמכות ראשונית זו תחום למסגרת שמתווה אותה ההסמכה. כלומר, היקף ההסדר הראשוני שרשאי השר לעצב בעצמו, כפוף למידה שבה מתירה לו ההסמכה המפורשת בחקיקה ראשית לעשות כן.”<sup>35</sup>

לגישת השופט ג'ובראן, מידת הקפדנות של ההסמכה הנדרשת על מנת להתגבר על הכלל הבסיסי (שעל פיו, כאמור, הסדר ראשוני הוא עניין לכנסת בלבד) אינה נגזרת, כפי שסבור הנשיא גרוניס, מקיומה של פגיעה בזכויות אדם, אלא “ממידת ראשוניותו של ההסדר, ולא מסיווגו הצורני כ'זכות', כ'אינטרס' או כערך אחר.”<sup>36</sup> מידת ההקפדה על תוכן ההסמכה (במידה שתסמיך את הרשות המבצעת להסדיר את ההסדר הראשוני), אינה “בינארית” אלא “הקשרית.”<sup>37</sup> לשיטת השופט ג'ובראן, גישה זו, המתרכזת בעיקר בשאלה עד כמה ההסדר הוא אכן ראשוני, “מאפשרת בחינה עניינית וגמישה, המבחינה בין מקרים שונים על יסוד שיקולים קונקרטיים ורלבנטיים בנסיבות המקרה, כגון האופי החקיקתי של ההסמכה הראשית, הנסיבות שהביאו לקביעת ההסדר מכוחה, ובראש ובראשונה מידת חשיבותה ועקרוניותה של ההכרעה שמבקש ההסדר לאמץ.”<sup>38</sup>

על מנת לבסס טענה זו, מציג השופט ג'ובראן, בין היתר, את פסיקת בית המשפט העליון בהקשר דנא (ובכלל זה את פרשת המפקד הלאומי,<sup>39</sup> ואת הערכים הנפגעים כתוצאה מהסמכת הרשות המבצעת להסדיר תחומים שהם בגדר הסדרים ראשוניים (ובעיקר הפגיעה בעקרון השקיפות והפומביות).<sup>40</sup> השופט ג'ובראן מסביר מדוע לשיטתו, בניגוד לעמדת הנשיא גרוניס, מידת ההסמכה אינה נגזרת בעיקר משאלת

35 שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

36 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

37 שם, בפס' 42–43 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

38 שם, בפס' 42 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

39 בג"ץ 10203/03 “המפקד הלאומי” בע”מ נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד סב(4) 715 (2008).

40 פרשת יצוא הגז, לעיל ה”ש 3, בפס' 90–101 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

הפגיעה בזכויות אדם אלא, כאמור, ממידת ראשוניותו של ההסדר. השופט ג'ובראן מציין כי עמדה זו מעוגנת הן בפסיקה והן בספרות:<sup>41</sup> הדוקטרינה עוסקת בחריגה מסמכות, וסוגיית קיום הפגיעה בזכויות אדם היא שאלה עקיפה בהקשר זה. מעניינים במיוחד בהקשר זה דבריו של השופט ג'ובראן, בקשר להגנת יתר שחזקת הפגיעה בזכויות אדם תעניק לאותן הזכויות:

“משום שמקום שנפגעת זכות יסוד הקבועה בחוקי היסוד, ממילא עומדת לה הגנה ברמה חוקתית, מכוח פסקת ההגבלה. משכך, דומה כי תוספת ההגנה שעשויה להקנות דוקטרינה פסיקתית בדבר הסדרים ראשוניים, על פניו, אינה ממשית. יתרה מכך, דומה כי כלל ההסדרים הראשוניים מתפקד דווקא ככלל אשר משלים הגנה לערכים חיוניים אחרים שאינם כלולים בחוקי היסוד, ולכן דרישה קפדנית פחות של הסמכה מפורשת פוגעת בהגנה על ערכים אלה.”<sup>42</sup>

בהתבסס על הסימוכין מן הספרות והפסיקה, פנה השופט ג'ובראן לבחון את חוק הנפט והסיק ממנו כי נוכח ראשוניותו המובהקת של ההסדר, אין החוק מהווה הסמכה מפורשת דיה כדי להסמיך את הממשלה להסדיר את הסוגיה.

המשנה לנשיא מרים נאור, והשופטות מרים ארבל, אסתר חיות ונעם סולברג הצטרפו לפסק דינו של הנשיא גרוניס. ראוי לציין את חוות דעתו של השופט רובינשטיין, שהצטרף למסקנתו של השופט ג'ובראן. לשיטת השופט רובינשטיין, יש ליתן את הדעת במסגרת הדיון לעניין השחיקה במעמדה של הכנסת. לדידו, נוכח החשיבות הדמוקרטית בקביעת סוגיות עקרוניות על ידי בית הנבחרים, יש להקפיד באופן מיוחד על הגשמת הכלל הבסיסי כאשר מדובר בהסדרים עם השלכות רוחב

<sup>41</sup> שם, פס' 48-49 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; וראו דותן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 414; ספיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 22.

<sup>42</sup> פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 3, פס' 50 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.





נרחבות, כמו אלה המאפיינות את פרשת יצוא הגז.<sup>43</sup> עוד קובע השופט רובינשטיין בפסק דינו שיש להקפיד במיוחד על דרישת ההסמכה כאשר הסוגיה הדרושה הסדרה נוגעת לזכויות קולקטיביות. לשיטתו, אף שזכויות מעין אלה אינן בגדר "זכויות יסוד", הרי להסדרת הצריכה העצמית ויצוא משאב טבע כדוגמת הגז הטבעי, משמעויות גם לדורות הבאים. דהיינו, כאשר ההסדר האמור כרוך בסוגיות של צדק חלוקתי בין דורי, אזי שומה על הכנסת להסדרו בעצמה.<sup>44</sup> בכל הנוגע למחלוקת בין הנשיא גרוניס לבין השופט ג'ובראן בנוגע לחשיבות הפגיעה בזכויות, ביחס לדרישת ההקפדה על מידת ההסמכה, הצטרף השופט רובינשטיין לדעתו של השופט ג'ובראן:

"סבורני שבכל שלא נטען לפגיעה בזכות יסוד של הפרט או של מיעוט מסוים, אין כדי להוביל בהכרח לריכוך הדרישה להסמכה מפורשת של הממשלה לקבוע הסדרים ראשוניים. שאלת ריכוכה של הדרישה להסמכה מפורשת תלוי גם – אך לא רק – בזכות הנפגעת הנטענת. הוא תלוי גם בחשיבותו ובמהותיותו של ההסדר הנדון, כמו גם בשאלת היותו שנוי במחלוקת ציבורית".<sup>45</sup>

לבסוף, לעניין השחיקה במעמדה של הכנסת אל מול הממשלה, מציין השופט רובינשטיין:

"עמדתי היא, כאמור, כי החלטת הממשלה נשוא העתירות עלולה לשחוק עוד יותר מן הקיים את מעמדה של הכנסת ולערער את שיווי המשקל שבין הרשויות. ביסודה עומד הצורך שלא תהיה דחיקתה של הכנסת לשוליים בנושאים קרדינליים. ודוק – החלטת הממשלה אינה היוצא מן הכלל שאינו מעיד על הכלל; בעיניי הטיפול בסוגית ייצוא הגז הוא ביטוי נוסף, חלק ממגמה מתמשכת שאינה ראויה, של הקלת ראש בת שנים מצד הממשלה בתפקיד

<sup>43</sup> שם, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>44</sup> שם, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>45</sup> שם, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

הכנסת, משל היה כמעט מטרד, ורק כאשר בא הכרח – הכרח ממש – מביאים לכנסת. דוגמאות, למרבה הצער, לא חסרות: חוק ההסדרים מדגים זאת; כך גם התקציב הדו-שנתי. אוסיף: דברים שרואים מכאן לא רואים משם. שנים רבות – כמעט חמש עשרה שנה מצטברות, בשני רצפים ארוכים ובריבוי ישיבות מזדמנות, ישבתי ליד שולחן הממשלה, בעיקר כמזכיר הממשלה וכיועץ משפטי לממשלה, וגם באופן מזדמן בתפקידים אחרים, כעוזר שר החוץ וכיועץ משפטי למשרדי החוץ והביטחון. כל שיכלה הממשלה לעשות בעצמה, היתה שמחה, הנה מה טוב ומה נעים. זאת, גם כיון שבכנסת מצויה גם אופוזיציה המשתדלת להשמיע את קולה הביקורתי כתפקידה העקרוני והמובנה<sup>46</sup>.

על רקע זה, וכפי שיפורט להלן, נבקש לטעון כי דעת המיעוט משקפת בצורה טובה יותר את הדין הרצוי. במסגרת זאת, נבחן את הזיקה שבין שיח זכויות האדם כאשר הוא מתקיים במסגרת ההליך המשפטי למול שיח זכויות האדם כאשר הוא מתקיים במסגרת ההליך הפרלמנטרי. נטען כי בעוד שישנה הצדקה לצמצום היקף התערבותו של בית המשפט העליון בשיקול הדעת הפרלמנטרי ולקימו של מתחם שיקול דעת רחב לכנסת, אין כל הצדקה לצמצם את מרחב ההתערבות של הכנסת בפעילות הרשות המבצעת. נהפוך הוא – ישנה הצדקה להרחיבו. לשם כך, נפנה ראשית לבחינה ממעוף הציפור של מבנה הביקורת החוקתית השיפוטית, שתהווה את הרקע לדיונונו בביקורת החוקתית הפרלמנטרית.

### 3. המהפכה החוקתית הראשונה וכללי פסקת ההגבלה

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כוננו בשנת 1992. בפרשת בנק המזרחי, עוגן מעמדם החוקתי, ובעיקר כוחו של בית המשפט לבטל חקיקה ראשית

<sup>46</sup> שם, בפס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



אשר פוגעת בזכויות האדם המנויות בשני חוקי יסוד אלה באופן לא מידתי.<sup>47</sup> קצרה יריעה זו מלהפליג בתיאורי המהפכה החוקתית, חשיבותה, והמחלוקות שהיא מעוררת עד היום. עם זאת, למען מאמר זה, נבקש לעמוד על שניים מעקרונות היסוד של המהפכה החוקתית הראשונה, החשובים לענייננו:

**העיקרון הראשון**, נוגע לתנאי הסף לבחינה החוקתית של חוק על ידי בית המשפט. הסיפא של פסקת ההגבלה קובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה".<sup>48</sup> דהיינו, תנאי הסף למעבר מהמסדרון החוקתי להיכל בית המשפט העליון הוא בקיומה של פגיעה בזכות חוקתית אינדיבידואלית. במקרים שבהם מתקיים תנאי זה, יבחן בית המשפט את סבירותו המהותית של החוק על ידי ניתוחו באמצעות מבחני פסקת ההגבלה, ובעיקר, על ידי בחינת מידתיותו של החוק – התועלת הגלומה בו למול הפגיעה הנגרמת מכוחו לזכות אדם.<sup>49</sup>

**העיקרון השני**, נוגע לאמת המידה להתערבות שקבע בית המשפט העליון בבוחנו את חוקתיות חוקי הכנסת – "מתחם החוקתיות" (או: "מתחם המידתיות" או: "מרחב התמרון החקיקתי"). הסבר ממצה לרציונל שמאחורי אמת מידה מצמצמת זו להתערבות ניתן למצוא בפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת חסן:

"כידוע, זכויות האדם, האזרחיות והחברתיות, אינן זכויות מוחלטות ויש לאזן – בינן לבין עצמן ובינן לבין אינטרסים וערכים נוגדים. מלאכת האיזון שבין זכויות האדם השונות, ובין זכויות האדם לבין ערכים חברתיים אחרים, אינה

<sup>47</sup> ראו למשל אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ועסקים** יד 79 (2012); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **ספר יצחק זמיר** 227 (2005); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992); גדעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד** (2010).

<sup>49</sup> ראו ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל תכלית ראויה" **משפט ועסקים** טו (תשע"ב); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009); אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010).



פשוטה. מלאכת איזון זו עומדת, חדשות לבקרים, לפתחה של הרשות המחוקקת, המבצעת את תפקידה תוך שהיא מעמידה לנגד עיניה את כלל הנורמות החוקתיות הנוגעות לעניין, כמו גם את האינטרסים הציבוריים. הרשות המחוקקת היא בעלת היכולת לאסוף את הנתונים ולבחון את הסוגיה באופן נרחב ומעמיק, תוך התחשבות בכלל ההשפעות הישירות והעקיפות שיהיו להחלטתה, והיא הרשות המשקפת באופן הנאמן ביותר את רצונו של הציבור בנקודת זמן נתונה. במסגרת זו, אין זה תפקידו של בית המשפט להעמיד עצמו בנעליה של הרשות המחוקקת. תפקידו של בית המשפט צר הוא, וכל שמוטל לפתחו הוא הבחינה כי פעולת החקיקה נעשתה תוך כיבוד העקרונות החוקתיים של המשפט, המשקפים את תפיסת העולם הבסיסית של הציבור הישראלי.<sup>50</sup>

אמת מידה זו, הלכה למעשה, רואה בבית המחוקקים כשחקן החוקתי המרכזי בשיטת המשפט הישראלי. מתחם שיקול הדעת שניתן לרשות המחוקקת, "מתחם החוקתיות", נקבע להיות רחב ביותר. רק במקרים קיצוניים של חריגה ממתחם החוקתיות, נכון היה בית המשפט להתערב בדרך של פסילות של חוק או של הוראה בחוק.<sup>51</sup> הנטל המרכזי לבחינת חוקתיות של דבר חקיקה היה ונותר נטל המוטל לפתחה של הכנסת. היא זו אשר אמונה לבחון האם האמצעי שנבחר מגשים בצורה הטובה ביותר את תכלית החקיקה תוך

<sup>50</sup> בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 28.2.2012).

<sup>51</sup> ראו למשל בג"ץ 7956/10 גבאי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2012) ובכללו, דבריו של השופט פוגלמן בחוות דעתו: "המקרה שלפנינו מהווה המחשה נוספת לעיקרון שלפיו המחוקק מוסמך לבחור מבין מגוון של אמצעים מידתיים שונים את האמצעי המותאם להגשמת אותה תכלית – 'מתחם המידתיות' [...] הגם שהמחוקק היה מוסמך לבחור באמצעים נוספים המצויים בגדרו של המתחם, אין בידי לקבוע – נוכח הטעמים שעליהם עומד חברי – כי האמצעי שנבחר על-ידו חורג ממתחם המידתיות" (שם, פסק דינו של השופט פוגלמן); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 741, 729 (2004); בג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 63–65 לפסק דינה של השופטת איילה פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 6784/06 שלטינר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פס' 83–84 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 27 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 12.1.2011).



פגיעה מינימאלית בזכויות אדם מוגנות. לה היכולת המוסדית לקיים בדיקה שיטתית ומקיפה של האפשרויות השונות להסדרת תחום הדרוש הסדרה, להשוות ביניהן, לשמוע את עמדת הרשות המבצעת ואת עמדת הציבור ולהכריע.<sup>52</sup> נציין כבר עתה, כי לגישתנו יש לדחות את הטענה שישנו יתרון מוסדי מובנה לממשלה בבואה לקבל החלטות, מאחר שיכולת המחקר והפיקוח שלה גבוהות יותר משל הכנסת. אכן, ישנם קשיים של ממש בניהול הליך עצמאי על ידי הכנסת, נוכח היקפם המצומצם של גורמי המחקר בכנסת וסמכותן המוגבלת של ועדות הכנסת.<sup>53</sup> עם זאת, מקום שבו נדרשת הכרעה על בסיס תשתית ראייתית שממילא גובשה על ידי פקידי משרדי הממשלה השונים, אין סיבה להניח כי לממשלה יכולת טובה יותר להעריך את המידע ולשקול אותו מאשר זו הקיימת לכנסת.

#### 4. החוקה המוסדית ופסילת חוקים בגין פגמים בחקיקתם

בפרשת יצוא הגז, כאמור לעיל, סבר השופט רובינשטיין כי הסדרת סוגיה כל כך משמעותית כמדיניות האנרגיה של ישראל לשלושת העשורים הבאים על ידי הרשות המבצעת, היא חלק ממגמה רחבה – חולשתה של הכנסת אל מול הממשלה. לעמדתנו, פרשת יצוא הגז היא חלק ממגמה רחבה אף יותר – יחס הממשלה ובית המשפט העליון אל הרשות המחוקקת.

<sup>52</sup> וראו לעניין זה מאמרו החשוב של יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (2012).

<sup>53</sup> לבחינה ביקורתית בדבר יכולת הפיקוח של הכנסת ראו חן פרידברג **הפיקוח הפרלמנטרי על הרשות המבצעת בישראל – פוטנציאל ותפקוד** (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה" קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008) [shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JMS/001447476.pdf](http://shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JMS/001447476.pdf); חן פרידברג וראובן חזן **פיקוח הכנסת על הממשלה – תמונת מצב והצעה לרפורמה** (מחקר מדיניות 77, 2009); משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" **משפט ועסקים** יד 543 (2012).



כאמור, מתחם החוקתיות יוצא מנקודת הנחה כי השחקן החוקתי המרכזי הוא הכנסת. בעוד תפקידו של בית המשפט העליון הוא לבחון אם הכנסת חרגה ממתחם החוקתיות אם לאו, תפקיד הכנסת רחב שבעתיים. תפקידה הוא לבחור באמצעי שפוגע באופן המינימלי בזכויות האדם מחד גיסא, ומגשים באופן המקסימלי את תכלית החוק מאידך גיסא. זאת, בהתבסס על שתי הנחות המוצא: האחת, שלכנסת הכלים המתאימים ביותר לקבל את ההכרעה החוקתית הנכונה ביותר; השנייה, שמבחינה דמוקרטית, מן הראוי כי הכנסת עצמה תגבש את ההסדרים החוקתיים.<sup>54</sup> ברם, עיון בפסיקה מלמד כי באופן שיטתי, בית המשפט העליון אינו מייחס חשיבות של ממש להליך הפרלמנטרי. למעשה, נראה כי הלכה למעשה, בית המשפט העליון רואה בכנסת מעין "חותמת גומי", המאשררת החלטות של הרשות המבצעת.

טענה זו מסתמכת בעיקר על נטייתו המובהקת של בית המשפט העליון שלא להתערב בהליכים הפנים פרלמנטריים. אמת המידה שקבע בית המשפט העליון להתערבות בהליכים מעין אלה היא של פגיעה משמעותית "במירקם החיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי".<sup>55</sup> ודוק, מלבד מקרה אחד (שגם אז נראה שהטעון התקבל מטעמים חיצוניים), בית המשפט העליון מעולם לא התערב בהליך הפנים-פרלמנטרי.<sup>56</sup>

את הדוגמה הניצחת לאמור לעיל היא פרשת מגדלי העופות,<sup>57</sup> שבה נדונה חוקתיותו של חוק ההסדרים. בקצרה יצוין כי חוק ההסדרים הוא חוק המתקבל בכל שנה, יחד עם

<sup>54</sup> רזונאי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 205–214; אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339 (2000); בג"ץ 1601/90 **שליט נ' פרס**, פ"ד מד(3) 353 (1990); צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" **המשפט** א' 91 (1993).

<sup>55</sup> בג"ץ 652/81 **שריד נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לו(2) 197, 204 (1982).

<sup>56</sup> בג"ץ 742/84 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט(4) 85 (1985); לדיון כללי בסוגיה ראו סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחדש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" **מחקרי משפט** יט 721 (2003).

<sup>57</sup> פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 8.



חוק התקציב השנתי. טענת העותרים בפרשת מגדלי העופות הייתה כי חוק ההסדרים אינו מאפשר לכנסת לבצע תפקידה באופן מהותי, זאת בהסתמך על מאפייניו הייחודיים, וביניהם: העובדה שמדובר בחוק ארוך מאד (כ-170 עמודים בחוק שנתקף בעתירה); החוק מועבר במהירות רבה (תוך כחודש); מבלי שניתנת אפשרות אמיתית לחברי הכנסת לעיין בתוכנו או להשפיע עליו; החוק כולו נדון אך ורק בוועדת הכספים של הכנסת ולא בוועדות המתאימות בהתאם להסדרים הקבועים בו; נוכח כריכתו בחוק התקציב מופעלת על הליך קבלתו משמעת קואליציונית, ולא ניתנת לחברי הכנסת החברים בקואליציה אפשרות להצביע נגדו מבלי להצביע אי-אמון בממשלה; החוק קופל בחובו שינויי חקיקה רבים בנושאים מגוונים, אולם הוא מועבר כחוק אחד, ולכן לא ניתן לחבר כנסת להתנגד רק לחלק מההסדרים הקבועים בו מבלי להצביע אי-אמון בממשלה.<sup>58</sup>

בית המשפט העליון, מפי השופטת דורית ביניש, ביקר באופן חריף את חוק ההסדרים, באומרו:

“חוק ההסדרים הפך ל'מכשיר שלטוני ייחודי המסייע לממשלה לזרז הליכי חקיקה, להתגבר על מכשולים פרלמנטריים, ליזום ולהביא להשלמתן של פעולות חקיקה בלא דיון שיטתי, פיקוח ובקרה הולמים, תוך הסתמכות על הרוב הקואליציוני’ [...] ואמנם, מנגנון חקיקה זה המשמש את הממשלה כאמצעי 'להתגבר על מכשולים פרלמנטריים' (ובמילים אחרות, להימנע מביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על יוזמות החקיקה של הממשלה), עלול לפגוע באיזון הראוי, על-פי עקרון הפרדת הרשויות, בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת בהליך החקיקה. משטר דמוקרטי-פרלמנטרי אמיתי מחייב שחקיקה תיעשה הן להלכה והן למעשה בבית המחוקקים ועל ידי בית המחוקקים.”<sup>59</sup>

<sup>58</sup> שם, פס' 7-13-7 לפסק דינה של השופטת ביניש.

<sup>59</sup> שם, בפס' 9 לפסק דינה של השופטת ביניש.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

עם זאת, במבחן המעשה, בחר בית המשפט העליון שלא להתערב בחוק ההסדרים לגופו, והעניק סעד חוקתי לעותרים. זאת, בהתבסס על אמת המידה המוגבלת להתערבות שנקבעה בפרשת שריד שנדונה לעיל.<sup>60</sup> עמדה זו – טרוניה וביקורת בכל הנוגע להליך הפנים הפרלמנטרי ברמה התאורטית שאינה מתרגמת לסעד משפטי בסופו של דבר – שלובה כשתי וערב בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז ועד היום.<sup>61</sup> ניתן לסכם כי בעוד שבמקרים רבים הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ סוגיות המעוררות פגמים קשים בהליך הפרלמנטרי, בית המשפט העליון מסרב לגלות התערבות בהם. עמדה זו, אף שלא במפורש, דומה שאינה רואה בהליך הפרלמנטרי תרומה משמעותית, וממילא מאמצת תפיסה של שתי רשויות העומדות זו מול זו – המבצעת/מחוקקת והשופטת. דא עקא שהנחת המוצא היא שהכנסת היא החוקקת החוקתי המשמעותי, ושאחד מתפקידי הלכה שלה הוא לחוקק את החוקים החוקתיים ביותר, אשר פוגעים באופן מינימלי בזכויות אדם, תוך הגשמה מקסימלית של התכלית שלשמן חוקקו. נוכח הנחת מוצא זו, אי-נכונותו של בית המשפט העליון להגן על הליך החקיקה עצמו, בקובעו אמת מידת בלתי-אפקטיבית להתערבות, אמת מידה שאינה מאפשרת לו אף במקרים קיצוניים כדוגמת פרשת מגדלי העופות להעניק סעד חוקתי במטרה להגן על ההליך הפרלמנטארי עצמו, היא, למצער, תמוהה.

<sup>60</sup> מן הראוי לציין, כי מבחינה מעשית, העתירה כן נחלה הישגים. כיום, בהתאם לתגובת המדינה בפרשת **מגדלי העופות**, שם, נעשה שימוש מצומצם במנגנון חוק ההסדרים, ולרוב פרקי החוק אינם כוללים רפורמות שאינן קשורות באופן הדוק למטרתו המקורית – קיצוץ תקציבי במטרה לעמוד ביעדי התקציב השנתי. עם זאת, המנגנונים שפורטו לעיל, בכל הנוגע לאופן חקיקת החוק במובנו הפרוצדוראלי, עדיין שרירים ונפוצים מדי חוק תקציבי. דהיינו, בכל הנוגע לפגמים בהליך החקיקה המתקיים בכנסת בחוק ההסדרים, המצב כיום אינו שונה מהמצב החוקי שהיה בעת הדיון בפרשת מגדלי העופות.

<sup>61</sup> ראו, למשל, בגדר "טיפה בים": פרשת **יצוא הגז**, לעיל ה"ש 3, פס' יז–יט לפסק דינו של השופט רובינשטיין; בג"ץ 7557/13 **לשכת רואי חשבון בישראל נ' כנסת** (פורסם בנבו, 12.5.2014); בג"ץ 5131/03 **ליצמן נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נט(1) 577 (2004); בג"ץ 1139/06 **ח"כ ארדן נ' יו"ר ועדת הכספים** (פורסם בנבו, 12.12.2006); בג"ץ 2442/11 **עו"ד שטנגר נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 26.6.2013); בג"ץ 1111/12 **קם נ' יו"ר ועדת החוקה** (פורסם בנבו, 15.4.2012); בג"ץ 7604/14 **ח"כ שפיר נ' יו"ר הכנסת** (10.11.2014).





## 5. חלוקת סמכויות ההכרעה בין הרשויות

יחסי שלוש הרשויות ניתנים להמשגה בשני אופנים, כמעט הפוכים במהותם. ההמשגה המקובלת, שבה עשה שימוש נרחב הנשיא גרוניס בפסק דינו, היא ההמשגה של "איזונים ובלמים", והיא במהותה תפיסה של התנגשות בין הרשויות והגבלה הדדית של סמכויות. תפיסה זו מניחה כי ניתן לסווג את סמכויות השלטון כמשתייכות באופן מהותי לתחום אחריותה של רשות זו או אחרת, וכי לרשויות ישנם התמריצים לאזן זו את זו (משמע, הן משקפות סולם ערכים שונה). שתי הנחות אלו אינן משכנעות: הרשויות פועלות מדי יום ביומו בשיתוף פעולה בכל תחומי המשפט והמנהל, ומעטים הם המקרים שבהם פעולה של אחת הרשויות חסינה לחלוטין ממעורבות הרשויות האחרות. בהמשך לכך, אין כל סיבה להניח שהמכהנים בכל אחת מהרשויות מבטאים תפיסות ערכיות שונות ויפעלו לאזן האחד את השני.<sup>62</sup>

ההמשגה השנייה שדרכה ניתן להתבונן על עבודת הרשויות היא כאל תהליך של דיאלוג. אף שפעמים רבות היושבים בראשי כל אחת מהרשויות מחזיקים תפיסות עולם דומות (ולכל הפחות שאינן מנוגדות), מקיימת כל אחת מהרשויות הליך שונה בבואה להכריע, והיא מושפעת מגורמים שונים. קיומה של אוטונומיה יחסית לכל אחת מהרשויות מאפשר לדיאלוג ביניהן,<sup>63</sup> ובפרט לדיאלוג החוקתי, להיות עשיר ומורכב יותר, מאשר מצייאות שבה הייתה אחת הרשויות מקבלת את ההכרעות על דעת עצמה בלבד. כך לדוגמה, במקרים רבים קיומו של הליך משפטי מביא את המדינה לשוב

<sup>62</sup> לדין נרחב בכשל המגולם במודל האיזונים והבלמים, ובפרט בשתי הנחות אלו ראו: קלעי, לעיל ה"ש 27.

<sup>63</sup> לדין בטיבה של האוטונומיה היחסית של הרשויות השונות ראו הדר אבירם "האם המשפט משיג את מטרתו? תשובות מעולם המחקר האמפירי" **משפט חברה ותרבות – האם המשפט חשוב** 25, 49–51 (מנחם מאוטנר עורך הסדרה, דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010); קלעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 23–24.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

ולבחון את מדיניותה, אף אם לא נתקבלה כל הכרעה כנגד מדיניותה.<sup>64</sup> במקרים אחרים יכול הליך משפטי לסייע בהבטחת מימוש מדיניות הכנסת על ידי הרשויות המנהליות<sup>65</sup> או להביא להאחדת פעולות של רשויות מנהליות נפרדות.<sup>66</sup> בהמשך לכך, ברי כי המבנה המוסדי של הממשלה והכנסת מבטיח כי הרשות המבצעת תגבש חוות דעת סדורה בנוגע לכל דבר חקיקה המונח על שולחן הכנסת, וכי היא חלק פעיל מכל הליך חקיקה.<sup>67</sup> בדומה לכך, חובות הדיווח לכנסת המוטלות על הרשות המבצעת מבטיחות את יכולת הכנסת לבקר את פעילות הממשלה בזמן אמת.<sup>68</sup>

הנחת המוצא כי מערכת היחסים בין הרשויות דומה יותר לדיאלוג ומקיימת היזון חוזר (ולאו דווקא של איזונים ובלמים כמקובל) מאפשרת להבין את מרחבי ההתערבות של הרשויות, זו בפעולתה של זו. במאמר קודם נדונה בהרחבה המשמעויות של ההבנה הנוגעת לחובות המוטלות על כל אחת מהרשויות כשלעצמן בבואן להפעיל את סמכותן, וכן האופן שבו יכול הדיאלוג שבין הרשויות להרחיב את ההגנה על זכויות אדם ולהביא

<sup>64</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 9132/07 **אחמד נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 30.1.2008); בג"ץ 7521/11 **עזריה נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 16.10.2011). בשני המקרים, בית המשפט העליון עיגן ואשרר את מדיניותה הקיימת ממילא של הממשלה, ובכך נתן לה משנה תוקף. פרקטיקה זו, במסגרתה בית המשפט העליון מעגן מדיניות ממשלתית קיימת, תוך שהמדינה מתחייבת לעדכן את בית המשפט או את הצדדים האחרים ככל שתחול שינוי במדיניות תמורת סיום ההליך לטובת המדינה נהוגה ורווחת בבית המשפט העליון ובבתי המשפט לעניינים מנהליים.

<sup>65</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 8730/03 **שירותי בריאות כללית נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 21.6.2012). באותה פרשה, דובר על הליך שלישי שעסק בשאלת תקצוב קופות החולים. המדינה לא חלקה על כך שיש מקום לשנות את מודל התקצוב, אך הדבר לא נעשה בשל מחלוקת בין משרד האוצר ובין משרד הבריאות. בית המשפט העליון קבע מנגנון הכרעה בין שני המשרדים (הבאת ההחלטה לממשלה) וכן קבע פרקי זמן ליישום ההחלטה ופיקח על התקדמות ההליך.

<sup>66</sup> ראו ע"א 8588/00 **עיריית עפולה נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(3) 337 (2003); והשוו בג"ץ 1268/09 **זוהל נ' נציב שירות בתי הסוהר**, פס' 21–22 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 12–19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.8.2012).

<sup>67</sup> למעשה, מרבית הצעות החוק הממשלתיות, שסיכוייהן להתקבל גבוהים יותר, מגובשות מלכתחילה על ידי אגף ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, אשר עורך הליך של הצגת ההצעה לציבור וקבלת הערות טרם העברת ההצעה לכנסת.

<sup>68</sup> ראו למשל ס' 9 לחוק הממשלה, התשס"א-2001.



בכך לשינוי חברתי ולשיפור מצבן של קבוצות מוחלשות.<sup>69</sup> במסגרת זאת, נדונו חובות ההנמקה שראוי שיוטלו על כל אחת מהרשויות, המידע שראוי להציג בפני מקבלי החלטות בכל אחת מהרשויות בבואם לקבל החלטה והמגבלות הקיימות בדין הפוזיטיבי בפני קיום דיאלוג אפקטיבי בין הרשויות, דוגמת חזקת התקינות.<sup>70</sup>

מאמר זה אינו מבקש לדון באופן שבו יש להסדיר את הדיאלוג בין הרשויות, אלא מבקש להתמקד דווקא בסוגיה משלימה – כיצד יש לקבוע מי היא הרשות לה **סמכות ההכרעה האחרונה**. משמע, אף בהנחה שהתקיים הליך תקין בתוך כל אחת מהרשויות, והתקיים דיאלוג תקין בין הרשויות, כיצד ראוי לקבוע מי תהיה המכריעה האחרונה בסוגיה שעל הפרק (וזאת, במנותק מהשאלה אם יש מחלוקת בין הרשויות באשר לתוצאה הרצויה אם לאו, כפי שהתרחש בפרשת יצוא הגז, שם החזיקו הרשות המבצעת והמחוקקת בדעות מנוגדות).

במסגרת זאת, כפי שנדון לעיל, המהפכה החוקתית הראשונה הביאה המהפכה החוקתית הראשונה לשינוי ביחסים בין הרשויות: עד למהפכה החוקתית הראשונה, הייתה לבתי משפט סמכות להתערב בהחלטות של הרשות המבצעת, לרבות החלטות ממשלה במידת הצורך, מקום שבו נפל פגם פרוצדוראלי בהליך קבלת ההחלטה או שההחלטה עצמה עמדה בניגוד לחוק, חרגה ממתחם הסבירות או פגעה בזכויות אדם מוגנות.<sup>71</sup> לממשלה היה הכוח, בשל היותה בעלת הרוב בכנסת, להסדיר את הסוגיה בחקיקה. למעט במקרים חריגים, חקיקה זו הייתה ההכרעה הסופית בסוגיה, ללא תלות בתקינות הליך החקיקה, ומבלי שתתקיים ביקורת על תוכן החקיקה לגופו. התערבות בתי

<sup>69</sup> קלעי, לעיל ה"ש 27.

<sup>70</sup> שם, בעמ' 48–57.

<sup>71</sup> להבחנה בין סוג הביקורת השיפוטית על החלטה מקצועית של הרשות המבצעת להחלטה נורמטיבית של הרשות המבצעת ראו לדוגמה: בג"ץ 4646/08 **לביא נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 12.10.2008).



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

המשפט בהליך הפרלמנטרי (במובחן מההליך של הרשות המבצעת), הוגבל לפגמים פרוצדורליים מובהקים, כגון היעדר רוב נדרש בחקיקה וכדומה.<sup>72</sup>

המהפכה החוקתית הראשונה הקנתה לבית המשפט את הסמכות לבחון הן את הליך החקיקה, הן ובעיקר את תוכן החקיקה, על בסיס מבחני פסקת ההגבלה. כפי שפורט לעיל, בית המשפט העליון נמנע, ככלל מהתערבות בדבר חקיקה נוכח פגמים בחקיקה,<sup>73</sup> והגביל את התערבותו בתוכן החריגה למקרים של חריגה משמעותית ממתחם החוקתיות, ורק כשהוכחה פגיעה בזכויות אדם. במסגרת זאת, אימץ בית המשפט העליון את ההבחנה שבין אינטרסים ובין זכויות: על מנת שתתקיים בחינה חוקתית, על הטוען לפגיעה בזכויות אדם להוכיח פגיעה בזכויות בקרב אוכלוסייה מסוימת, אף שאין הכרח להמתין עד להתממשות הפגיעה,<sup>74</sup> ואין הכרח בהתייזבות הנפגע עצמו בהליך.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> ראו למשל בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983).

<sup>73</sup> פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 8.

<sup>74</sup> השאלה מהו השלב שבו הוכחה פגיעה פוטנציאלית בצורה מספקת על מנת לברר את העתירה (סוגיה הנדונה במסגרת עילת סף המכונה "בשלות"), עומדת במחלוקת חריפה בבית המשפט העליון. כך, בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009), נדחתה עמדת השופט אדמונד לוי שעל פיה יש להמתין עד להקמת בית כלא פרטי לשם בחינת הפגיעה בזכויות אדם. בשונה: בבג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 5.1.2012) ובפרט בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.14) הורחבה דוקטרינת אי הבשלות, הדורשת רף ראייתי גבוהה ביותר להוכחת קיומה של פגיעה בפועל על מנת לברר את ההליך. זאת, בניגוד לדעתם החולקת של שופטי המיעוט, בהובלת השופט ג'ובראן, אשר מצאה כי מקום שבו הוכחה פגיעה בכוח בעוצמה גבוהה אין להמתין להוכחת פגיעה בפועל, בפרט בנסיבות שבהן ישנו קושי של ממש להוכיח קיומה של פגיעה בכל מקרה פרטי; לדיון בדוקטרינת אי-הבשלות במשפט הישראלי והמשווה ראו ילנה צ'צקו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (2013); אדם שנער "החזרת עטרה ליושנה בעילות הסף של בג"ץ: מבט אחר על פסק הדין בעניין הנכבה" **הטרקלין** 6.1.2012 [hatraklin.org/2012/01/06](http://hatraklin.org/2012/01/06).

<sup>75</sup> ראו בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988); בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749 (1991). יצוין כי לאחרונה עורר הנשיא גרוניס מחדש את שאלת הצורך בהתייזבות פרטנית של הנפגע בהליכים עקרוניים בדנג"ץ 10007/09 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, 18.3.2013), עמדה אשר נדחתה על ידי כלל שופטי ההרכב, לרבות שופטי הרוב שהצטרפו לתוצאתו של הנשיא גרוניס.



לשני העקרונות האמורים לעיל היגיון רב ככל שמדובר בהתערבות בית המשפט העליון בהליך חקיקה. אף שניתן לדון בהיקף שני העקרונות, והעמדות חלוקות, שניהם משקפים התמודדות עם החולשות המוכנות של מערכת המשפט:

**ביחס למתחם החוקתיות**, ההליך המשפטי מעצם טיבו, מוגבל לנסיבות הפרטניות של המקרה הנידון בפניו. בית המשפט העליון, אף בהליכים הרחבים ביותר, בוחן תחום משפט ספציפי, ולא את מכלול ההסדרים החלים בסוגיה הנדונה. עקרון מתחם שיקול הדעת הרחב, מתחם החוקתיות, המסור לרשות המחוקקת, משקף מגבלה זו. הוא קשור בטבורו לנטל המוטל על הרשות המחוקקת לבחון באופן מקיף את כלל ההסדרים המשפטיים והחברתיים הנוגעים לסוגיה מסוימת, ולייצר הסדר כללי המגשים את התכליות הציבוריות בצורה המיטבית תוך פגיעה מינימאלית בזכויות אדם.

יש להוסיף כי **ההבחנה בין "אינטרסים" לבין "זכויות"**, וההגנה המשפטית-חוקתית שחלה רק במקרה של פגיעה בזכויות אדם, נובעת אף היא מהיגיון זה. ברי, כי לא ניתן לייצר הבחנה אנליטית מדויקת בין אינטרסים לזכויות. אינטרס אינו אלא אגד זכויות של ציבור בלתי מסוים. כך לדוגמה, ודאי שכל הסדר ביטחוני משקף את הזכות לחיים ולשלמות הגוף של כלל הנפגעים הפוטנציאליים.<sup>76</sup> ההבחנה, אם כן, בין "אינטרסים" לבין "זכויות" היא הבחנה פונקציונאלית התלויה בשאלה לאיזה צורך מבוצעת ההבחנה. במילים אחרות, אין זו ההבחנה בין שתי הקטגוריות שמובילה לתוצאה המשפטית

<sup>76</sup> למחלוקת בנוגע להבחנה בין זכות לאינטרס, ראו למשל את דעותיהם החולקות של המשנה לנשיא חשין והנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); וכן אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא(1) 97 (תשע"א); דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995). למורכבות שבהבחנה בין זכות לאינטרס, למשל מקום בו פגיעות מידתיות באינטרסים הופכות במיוחד לפגיעה בלתי-מידתית בזכות, ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בבקורת שיפוטית חוקתית" **משפטים** מד 569 (2014).



השונה, אלא השאלה אם התערבות בית המשפט העליון היא שמובילה להבחנה ולסיווג טענה פלונית כטענת פגיעה ב"אינטרס" וטענה אלמונית כטענת פגיעה ב"זכות".<sup>77</sup>

על דרך הכלל, מקום בו עסקינן באינטרס ציבורי של קבוצה בלתי מסוימת, הכנסת היא בעלת היכולת הטובה יותר להתבונן על מכלול ההסדרים ולשקול את מירב השיקולים הרלבנטיים. התערבותו של בית המשפט העליון מוצדקת, בהקשר זה, מקום בו עסקינן בהסדר הפוגע בקבוצה מבוררת. במצב זה, נוכח החשש מקיומו של דפיציט דמוקרטי,<sup>78</sup> ישנה הצדקה לבחון ביתר קפידה אם אכן בוצע איזון ראוי בין האינטרסים הציבוריים לבין האינטרסים של הקבוצה הנפגעת, וכן אם האינטרסים של האחרונים נתפסים כ"זכויות" אם לאו.<sup>79</sup> זהו הרציונל בעקבותיו בגינו בית המשפט העליון לא יתערב בתוכנה של חקיקה הפוגעת באינטרס, במובחן מזכויות.<sup>80</sup>

בתוך כך, לעתים הקבוצה המבוררת היא קבוצה בעלת מאפיינים משותפים רבים (כדוגמת מקרי הפליה על בסיס מגדר, מין, נטייה מינית, לאום וכדומה) וישנם מקרים שבהם הפגיעה באינטרס היא הגורם המשותף היחיד לקבוצה (לדוגמה, ההגנה על חופש

<sup>77</sup> לנפקותה של הבחנה זו, במסגרת הבחינה החוקתית, ראו למשל: פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 76; בג"ץ 1514/01 **גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נה(4) 267 (2001); בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 817 (1994).

<sup>78</sup> ליישום מודל הדפיציט הדמוקרטי בדין הישראלי ראו גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי "עיוני משפט" כז 432 (תשס"ג); ליישום המודל בפסיקה ראו תע"א 10029/09 **אלקאדר נ' סטאר נייט בע"מ** (פורסם בנבו, 20.7.2012).

<sup>79</sup> ההבחנה שבין אינטרסים לזכויות זכתה לתשומת לב רבה בספרות. ככלל, הכתיבה הריאליסטית בתורת המשפט מזהה זכויות כביטוי לאינטרס הזוכה להגנה מוגברת. ראו לדוגמה חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" **ספר דליה דורנר** 303, 360 (2009); Joseph Raz, *Rights, and Individual Well Being, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS* 44 (1994). ברי, כי אין ביכולתנו במסגרת הארת הפסיקה לעמוד על מלוא הדין בשאלה המושגית הסבוכה האמורה, ודי בדברים שצוינו בהקשר לצרכי הארה זו.

<sup>80</sup> יצוין, כי הבחנה זו בין זכויות לאינטרסים מעוגנת אף בלשון חוקי היסוד: פסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי "אין פוגעים בזכויות" (ההדגשה שלנו – ח.ק. וג.ר).



הביטוי של אלו המביעים עמדות לא פופולריות,<sup>81</sup> הגנה על זכויות קנייניות וכדומה). במצב דברים זה קונה, ובצדק, בית המשפט העליון את הסמכות להיות המכריע האחרון בסוגיה. עם זאת, אף הכרעתו זו מבוססת על עמדות הרשות המחוקקת והמבצעת המוצגות בפניו, והן שמנתחות את היקף האינטרס הציבורי הנפגע.<sup>82</sup>

הצדקות אלו, הן שעמדו, כפי שפורט לעיל, במוקד פסק דינו של הנשיא גרוניס בפרשת יצוא הגז. כאמור, על פי גישת הנשיא גרוניס, היכולת לסתור את היותה של סוגיית יצוא הגז הסדר ראשוני המחייב חוק, מתחזקת עד מאד נוכח העובדה שהסוגיה אינה פוגעת בזכות. כך הפך הנשיא גרוניס את הזיקה בין עקרון ההסדרים הראשוניים ובין פגיעה בזכויות אדם לשיקול היחיד הרלבנטי לזיהויו של הסדר ראשון (הקריטריון של השפעת ההסדר על זכויות אדם היווה מאז ומתמיד אחד הקריטריונים לזיהויו של הסדר ראשוני).<sup>83</sup> בהמשך לכך, באמצעות הכלל הפרשני (המאפשר לסתור את החזקה היסודית כי הכנסת היא הגוף המוסמך להסדרת סוגיות שהן הסדרים ראשוניים), יצר הנשיא גרוניס מתחם שיקול דעת רחב ביותר לרשות המבצעת, מקום שבו אין ההסדר פוגע בזכויות אדם. מרחב שיקול דעת זה הוא כה רחב עד שניתן לומר כי הוא כמעט הופך את נטל ההוכחה. במדינה המודרנית, שבה כמעט כל סוגיה מוסדרת באופן כלשהו, ולו בדרך העקיפין או בדרך ההיקש, יש בכך כדי להקנות לרשות המבצעת סמכות כמעט מוחלטת לקבוע כל הסדר, אף אם מדובר בהסדר ראשוני. בהקשר זה חשוב להדגיש כי לא יכולה להתקיים מחלוקת, שהרי מבחינה סובייקטיבית לא הייתה לכנסת בשנת 1952 כוונה להעניק לרשות המבצעת סמכות כה רחבה להחליט בנוגע למאגרי גז שיתגלו

<sup>81</sup> ראו למשל את הדיון בסוגיה בפרשת ניר, לעיל ה"ש 39 בנוגע לזכות לשוויון וחופש הביטוי והמחלוקת בין הנשיאה ביניש לשופט ג'ובראן.

<sup>82</sup> לדיון בהיקף הנטל על המדינה להוכיח פגיעה באינטרס ציבורי ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

<sup>83</sup> יצוין, כי מקורה של הכריכה בין עצמת ההסמכה הנדרשת על מנת לאפשר לרשות המבצעת להסדיר סוגיה העולה לכדי הסדר ראשוני לבין פגיעה בזכויות אדם, מקורה בפרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 15 ולא בחוות דעתו של הנשיא גרוניס בפרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 3 (וראו גם: פרשת המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 39).



לראשונה למעלה מ-50 שנה מאוחר יותר, וכי כל שופטי ההרכב בפרשת **יצוא הגז** (ואף הפרקליטות, שהציגה את עמדת הרשות המבצעת) הסכימו כי הסוגיה מהווה באופן מובהק הסדר ראשוני.

אלא, שההצדקות לתיחום המקרים שבהם תועבר לבית המשפט העליון זכות ההכרעה, אינן נוגעות כלל ועיקר למקרים שבהם מתבקש בית המשפט העליון להקנות את זכות ההכרעה לכנסת. משמע, אין כל הצדקה להגבלת סמכות ההכרעה של הכנסת למקרים הנוגעים לזכויות אדם אינדיבידואליות בלבד, ואין כל הצדקה להגבלת סמכותה של הכנסת למקרים שבהם חורגת הרשות המבצעת ממתחם החוקתיות.

כפי שציין השופט ג'ובראן בפסק דינו, עקרון ההסדרים הראשוניים אינו עיקרון הנגזר מחוקי היסוד, אלא מדובר בהסדר חוקתי משלים.<sup>84</sup> התבוננות בשני העקרונות מבעד לשאלת ההכרעה חושפת את ההבדל ביניהם: עקרון החוקתיות הקבוע בחוקי היסוד (ובפרט, בפסקת ההגבלה) נוגע להעברת סמכות ההכרעה הסופית לידי בית המשפט; בשונה מכך, עקרון ההסדרים הראשוניים נוגע להעברת סמכות ההכרעה הסופית לידי הכנסת.

על רקע זה יש להבין את פסק דינו של השופט ג'ובראן כמשקף את הדין הרצוי. זאת, שכן כפי שיפורט להלן, שתי ההצדקות הקיימות להגבלת התערבותו של בית המשפט העליון בפעילות הרשות המחוקקת והמבצעת אינן רלוונטיות כלל ועיקר להגבלת התערבותה של הכנסת בפעילות הרשות המבצעת. נפנה אם כן לבחינת כישלונן של ההצדקות האמורות כנימוק למתן סמכות הכרעה רחבה לרשות המבצעת. ויובהר, כי על פי גישתנו, אם ההצדקות בגינן ראוי לצמצם את התערבות בית המשפט העליון בתוכן חקיקה (ואשר היוו את הבסיס הרעיוני להכרעת דעת הרוב בפרשת יצוג הגז) אינן מצדיקות את צמצום התערבות בית המשפט העליון בהחלטות הרשות המבצעת, אזי נשמטת הקרקע תחת נכונותו של בית המשפט להותיר לרשות המבצעת את סמכות

<sup>84</sup> פרשת **יצוא הגז**, לעיל ה"ש 3, פס' 50 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.





ההכרעה בנוגע להסדרים ראשוניים שאינם פוגעים בזכויות אדם. לאחר מכן נפנה לדיון המשלים, אשר לא התעורר בפסק הדין, ומתמקד במקרים שבהם ראוי כי סמכות ההכרעה האחרונה תהיה בידי הכנסת ולא בידי הממשלה.

**הצדקה ראשונה – מתחם החוקתיות ונקודת המבט הרחבה של הכנסת:** בשונה מסמכויותיו של בית המשפט, לגישתנו, אין לכנסת חיסרון יחסי אמיתי ביחס לממשלה בבירור סוגיות רחב, והיא אינה מוגבלת לדיון פרטני זה או אחר. הכנסת יכולה להורות על הצגת מכלול הנתונים הנוגעים לסוגיה שעל הפרק, והיא יכולה לתקן במקשה אחת או בשורה ארוכה של תיקונים כל חוק הדורש תיקון והתאמה על מנת להגיע לתוצאה המיטבית תוך פגיעה מינימלית בזכויות אדם. בהקשר זה, במבנה השלטוני הקיים בישראל, שבו ממילא כל הליך בפני הכנסת מלווה באופן צמוד על ידי נציגי הרשות המבצעת, כלל המידע הרלוונטי מוצג בפני הכנסת, ואין כל סיבה להניח כי לממשלה יכולת טובה יותר לבחון את המידע מאשר לכנסת.<sup>85</sup> יודגש, אין בכוונתנו לטעון כי לכנסת קיימים היום כלים מספקים על מנת לקיים מחקר או פיקוח עצמאי על פעולת הממשלה, ואנו מסכימים לחלוטין כי ראוי לחזק ולהרחיב את סל הכלים העצמאיים העומדים לרשות הכנסת וחברי הכנסת לביצוע מחקר עצמאי. עם זאת, אין לכך כל נגיעה לשאלה הנוכחית. מרגע שבוצעה עבודת מטה מקיפה על ידי פקידי משרד ממשלתי זה או אחר, אין כל יתרון לממשלה על פני הכנסת בהכרעה אם לקבל את המלצות המשרד או לדחותן. בענייננו, אין הכוונה כי ראוי היה שהכנסת תקיים הליך חקיקה בנוגע ליצוא הגז במנותק מכל גורם ממשלתי, אלא שלאחר שגובשה התשתית העובדתית הנדרשת על ידי המשרדים הממשלתיים הרלוונטיים היא תוצג לכנסת אשר תכריע בה, ולא לממשלה בלבד.

**הצדקה שנייה – ההבחנה בין זכות לאינטרס:** בהמשך לכך, להבחנה בין "זכויות" לבין "אינטרסים", כפי שהיא נעשית בהליך המשפטי, אין כל משמעות בהליך

<sup>85</sup> ראו הדיון בה"ש 67 לעיל.



הפרלמנטרי. בשונה מנפקותה המשמעותית של ההבחנה בהקשרה השיפוטי, שני מונחים אלו נטענים במשמעות אחרת בהליך הפרלמנטרי: זכויות הן אינטרסים להן מוענק משקל נורמטיבי רב יותר. במסגרת זאת, ודאי שעל המחוקקים להיות מודעים להבחנה המשפטית בין זכויות לאינטרסים ועליהם לשקול את החשש מפני קיומו של דפיציט דמוקרטי, ולו מהטעם שבמצב שבו תתקבל הכרעה הפוגעת באינטרסים של קבוצה מבוררת, יקנה הדבר לבית המשפט סמכויות הכרעה. עם זאת, מקום שבו אין חשש לפגיעה בקבוצה מבוררת זו או אחרת, המובן המשפטי של האבחנה בין זכויות ואינטרסים הוא משמעותי פחות. הטעם לכך הוא שהכנסת היא המייצגת את רצון הציבור, וממילא היא המגלמת את האופן שבו שואף הציבור להכריע בין שיקולים נורמטיביים מתחרים.

מן האמור עולה שההצדקות, על בסיסן השתית הנשיא גרוניס את עמדתו, לא רק שאינן תומכות בהעדפת הקניית סמכות ההכרעה לממשלה, אלא שהן אף מובילות לתוצאה ההפוכה. כפי שמציינים שופטי המיעוט, השופט רובינשטיין ובעיקר השופט ג'ובראן, דרך הכלל צריכה להיות שהסדרים המשפיעים על חלקים נרחבים של הציבור (ובמקרה הנוכחי, הסדר המשפיע בצורה רחבה על הציבור כולו), יובאו להכרעת הכנסת הן משום שלכנסת יכולת טובה יותר מאשר לממשלה לברר את כלל השאלות העובדתיות והמקצועיות הנוגעות לעניין; הן משום שהכנסת היא הראשונה בין שווים. במילים אחרות, פסק דינו של הנשיא גרוניס מעמיד את הממשלה כראשונת הרשויות, וקובע בפועל כי על הכנסת, בדומה לבית המשפט העליון, להוכיח כי לה נתונה סמכות ההכרעה בסוגיה פלונית או אלמונית. פסק הדין של השופט ג'ובראן הוא תמונת הראי. הוא מעגן את סמכות הכנסת כראשונה בין שוות, וקובע כי על הרשות המבצעת להראות כי הוקנו לה הסמכויות לקבל את ההכרעה מבלי להביאה לפתחה של הכנסת. לשיטתנו, בדומה לעמדת המיעוט, סמכות ההכרעה צריכה להיות מסורה לכנסת כנגזרת של ראשוניות ההסדר. במסגרת זאת, נראה כי ההבחנה בין זכות לאינטרס, ונפקותה המכריעה לגישת דעת הרוב, ודאי בנוגע לסוגית רוחב בעלות משמעות אדירות כמו הגז הטבעי, נראית כמעט מלאכותית ובלתי-יישומית.



בהקשר זה, אין טענתנו כי בכל מצב יש להעדיף להקנות את סמכות ההכרעה לכנסת ולא לרשות המבצעת או לרשות השופטת. אלא שישנם מצבים מובנים שבהם ראוי שסמכות ההכרעה תילקח מידי הכנסת, והם למעשה, שעמדו בבסיס הקניית הסמכויות הראשוניות לרשות השופטת ולרשות המבצעת.

בראש ובראשונה, לכנסת אין סמכות הכרעה בעניינם של אנשים פרטניים או קבוצות ספציפיות של אנשים. עקרון היסוד החוקתי, שעל פיו על חוק להיות כללי, שולל את סמכותה של הכנסת להכריע במקרה פרטי זה או אחר, והסמכות מוקנית לרשות המבצעת (מקום בו עסקינן בהתנהלות הפרט מול רשויות המדינה) ולרשות השופטת (מקום בו עסקינן בהליך משפטי פלילי או אזרחי). אף שהשאלה מהו קו הגבול שממנו נהיה חוק לחוק "כללי" אינה ברורה דיה,<sup>86</sup> על דרך הכלל אין הכנסת רשאית לחוקק חוק בעל השלכות יישומיות על פרט ספציפי או קבוצת פרטים בלבד.

לצד זאת, אף שיקולי יעילות מהווים טעם מרכזי אשר מכוחו מוקנות סמכויות הכרעה לנציגי הרשות המבצעת. למעשה, זהו הטעם הבסיסי שביסוד כלל סמכויות העזר הנתונות לפקדי הממשלה ולממשלה עצמה, והחזקה הפרשנית של כלל ההסדרים הראשוניים.<sup>87</sup> יעילות זו אין משמעה כי ההליך בממשלה הוא זול יותר ולפיכך מסורה לממשלה סמכות ההכרעה. עניינה הוא במקרים שבהם התארכות ההליך הפרלמנטרי תוביל לפגיעה מהותית ביעילות ההסדר המוצא (לדוגמה, נוכח קיומה של לקונה בחוק בתקופת הביניים). ברי, כי הסדרים מסוג זה ראוי שיובאו להכרעת הכנסת, וכי החלטת

<sup>86</sup> חיים גז "על כלליותן של נורמות משפטיות" **עיוני משפט** טז 579 (2002); לדיון בסוגיה זו בפסיקה ראו את המחלוקת בין דעת הרב של הנשיאה ביניש ודעת המיעוט של השופט ג'ובראן בפרשת ניר, לעיל ה"ש 39.

<sup>87</sup> ראו דותן, לעיל ה"ש 15; יואב דותן **הנחיות מנהליות** (1996); פרשת **יצוא הגז**, לעיל ה"ש 3, פס' 70 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; יצחק זמיר "חקיקה מינהלית: מחיר היעילות" **משפטים** ד 62 (1972).



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

הרשות המבצעת תהיה זמנית עד להכרעה על ידי המחוקקים (ומצב בו ישנם הסדרים רוחביים ללא כל הסמכה בחקיקה ראשית שנים ארוכות אינו מצב ראוי).<sup>88</sup>

בהקשר זה, יש לדחות את הטענה כי ההצדקה להקניית סמכות ההכרעה לרשות המבצעת היא בכך שלרשות המבצעת "מומחיות מיוחדת" לקבלת ההחלטות הנדרשות, בעוד שהכנסת היא גוף "פוליטי" ומשכך חסר אחריות. זאת משני טעמים הנובעים משיטת המשטר הפרלמנטרית, כמפורט להלן.

הטעם הראשון הוא, כאמור, כי אין כל הבדל ממשי בין התשתית העובדתית הפרושה בפני הממשלה על ידי פקידי הרשות המבצעת בבואה להחליט החלטה, ובין זו הפרושה בפני חברי הכנסת. ברי, כי אין כל מניעה שהרשות המבצעת תבצע את הליך גיבוש התשתית העובדתית שעל בסיסה תכריע הכנסת בדבר ההסדר שנכון לחוקק (ונזכיר, כי לכנסת – הראשונה בין שווים – נקודת המבט המיטבית לקבלת הכרעות עקרוניות). להיפך, ההליך הפרלמנטרי מחייב פומביות ונותן פתחון פה לקולות רבים אשר אינם מסוגלים על דרך הכלל להשמיע עמדתם בפני הרשות המבצעת.<sup>89</sup> למעשה, ניתן להניח בביטחון כי הדופי הקיים כיום בהליך הפרלמנטרי אין מקורו בחוסר יכולת של הכנסת לקיים הליך תקין, אלא דווקא בהתנגדות העקבית של בית המשפט העליון וחוסר נכונותו לחייב קיום הליך תקין בכנסת, באמצעות אמת המידה החריגה להתערבות בהליך הפרלמנטרי (בשונה מנכונותו לדרוש הליך תקין מרשויות מנהליות).

הטעם השני, אף הוא נובע משיטת המשטר הפרלמנטרית. אכן, בשיטות משטר שבהן הרשות המבצעת נעדרת שליטה על הרשות המחוקקת, מתעורר החשש שהרשות המחוקקת תיצור התחייבויות שונות (דוגמת הוצאות כספיות) אשר הרשות המבצעת לא תוכל לעמוד בהן. במקרים כגון אלה, נדרשים כללים המקנים לרשות המבצעת את

<sup>88</sup> מקרה חריג וקיצוני מסוג זה הוא בכל הנוגע לקיומן של עסקאות טיעון בהליך הפלילי. עסקאות אלו נעדרות כל הסדרה ראשית, ונעשות אך ורק מכוח הסמכות המנהלית הכללית של רשויות אכיפת החוק, שאושרה על ידי בית המשפט בע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נז"ד (1) 577 (2002).

<sup>89</sup> ראו פרשת יצוא הגז, לעיל ה"ש 3, פס' 90–101 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



סמכות ההכרעה האחרונה ומאפשרים לה למנוע חריגות מסוג זה. דא עקא, את החשש של חוסר אחריות פרלמנטרית לא להסביר בשיטת משטר פרלמנטרית, שבה הממשלה היא שמחזיקה באופן מובנה רוב בקרב חברי הכנסת. במצב זה, ככל שהכנסת מגלה חוסר אחריות, אין זו אלא גילומה של חוסר האחריות של הממשלה עצמה, ואין סיבה להניח שההכרעות המתקבלות במסגרת הממשלה תהיינה אחראיות יותר מהכרעות המתקבלות על ידי הכנסת.

## 6. לקראת המהפכה החוקתית השנייה

פרשת יצוא הגז היא הסנונית הראשונה בשורת הליכים המתקיימים בימים אלו שעניינם חלוקת הסמכויות בין הרשות המבצעת והמחוקקת. כך, בפרשת שפיר נדונה שאלת גבולות סמכות הרשות המבצעת לערוך שינויים בתקציב המדינה ללא חקיקה ראשית בדרך של העברות תקציביות;<sup>90</sup> בפרשת מניב ראשון נדונה שאלת סמכויות קביעת מחיר וגביית תשלום עבור מים על ידי גופים ציבוריים ללא חקיקה מסמיכה;<sup>91</sup> בפרשת גורביץ נדונה, בין היתר, שאלת סמכותה של הכנסת להסדיר את יחסי העבודה במקום עבודה ספציפי באמצעות חוק<sup>92</sup> (ויצוין כי כבר בפרשת נסר,<sup>93</sup> נפסל חוק מהטעם שהוא מוחל על קבוצות אוכלוסייה שונות באופן שרירותי); ובפרשת וותד<sup>94</sup> נדונה השאלה אם יכולה הכנסת להתפרק מסמכותה להכריע בנוגע להסדר מדיני על ידי העברת ההכרעה למשאל עם. נדמה כי למגמה זו מקורות רבים, וביניהם: התייצבות ייעוץ משפטי חזק ומשמעותי לכנסת; עלייתה מחדש של המחאה הפוליטית והציבורית חלף מאבק משפטי צר בעקבות המחאה החברתית בקיץ 2011, והתרחבות מגמת ההפרטה והעברת שיקול הדעת השלטוני לידיים פרטיות.

<sup>90</sup> חגי קלעי, מכותבי המאמר, מייצג את העותרת בהליך בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר.

<sup>91</sup> בג"ץ 1195/10 מניב ראשון בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (פורסם בנבו, 13.11.2014).

<sup>92</sup> חגי קלעי, מכותבי המאמר, מייצג את העותרים בהליך בג"ץ 6133/14 גורביץ ואח' נ' הכנסת.

<sup>93</sup> בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012).

<sup>94</sup> בג"ץ 9149/10 ד"ר וותד נ' כנסת ישראל (צו על תנאי בהליך פורסם בנבו, 25.12.2011). יצוין כי העתירה נמחקה לימים נוכח העובדה שהכנסת כוננה את חוק יסוד: משאל עם.



אף שבית המשפט העליון נדרש, ועתיד להידרש, לסוגיות אלו, עד כה נותרו השופטים המבקשים לעגן את סמכות ההכרעה של הכנסת בדעת מיעוט. כפי שהוסבר לעיל, ההצדקות הנורמטיביות עליהן נשען בית המשפט העליון (אמת מידה מצומצמת מאד להתערבות בעניינים פנים-פרלמנטריים, ומתן אפשרות לממשלה להכריע בהסדרים ראשוניים שאינם נוגעים לזכויות אדם), ושעל בסיסן הוא מכריע לטובת הקניית הסמכות לממשלה, אינן משכנעות דיין. עם זאת, נדמה לנו כי בבסיס ההכרעה עומדת העמדה כי כיום ההליך בכנסת הוא כה פגום ולא שיטתי, עד שעדיף קיומו של הליך מנהלי תקין ברשות המבצעת על פני העברת ההכרעה לכנסת.<sup>95</sup> שיקול סמוי זה הוא בבחינת ביצה ותרנגולת – העדר נכונותו של בית המשפט העליון להבטיח קיום הליך תקין בכנסת, הוא שמאפשר קיום הליך לא סדור ולא תקין. הליך לקוי זה הוא המצדיק את שלילת הסמכות מהכנסת. ברי כי אם היה מחליט בית המשפט העליון למשוך את ידיו מביקורת מנהלית על רשויות הממשלה, היה נוצר מצב דומה. קרי, דרך המלך להתמודדות עם ההליך הפרלמנטרי הפגום אינה על ידי שלילת הסמכויות מהכנסת, כי אם על ידי הבטחת ההליך הפרלמנטרי התקין.

בהקשר זה יצוין כי באופן מובנה קיימת כיום תשתית חוקית להבטחת תקינותו של ההליך הפרלמנטרי, אף שכאמור כמעט ומעולם לא התערב בו בית המשפט מטעם זה. כך, למשל, מחויבת הכנסת בקיום פרוטוקול גלוי, הצעות חוק מועברות לעיון ולהערות הציבור, נדרשת חוות דעת חוקתית וכן חוות דעת מגדרית במקרים המתאימים לכל דבר חקיקה,<sup>96</sup> ועוד.

משכך, המהפכה החוקתית השנייה אינה אלא בבחינת השבת עטרה ליושנה, והכרה אמיתית במעמדה של הכנסת כראשונה בין שווים.

<sup>95</sup> כמי שנכחו בדיונים בחלק מהעיתירות הנדונות במאמר זה, נוכל להעיד כי תחושה זו הייתה נוכחת בבית המשפט, אשר התקשה להבין מדוע ישנה הצדקה להתערב בהחלטה מנהלית ולהעביר את החלטה לכנסת אם החלטה המנהלית אינה חורגת ממתחם הסבירות.

<sup>96</sup> ראו סעיף ג(2) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1981.



מבחינה מעשית, לשיטתנו, משמעות הדבר מתבטאת בצורך בשינוי יסודי ודו-ראשי.

**ראשית**, ראוי לבטל את הלכת **מגדלי העופות**, ולאפשר לבית המשפט העליון לבקר את הליך החקיקה. בדומה לביקורת על הפעולה המנהלית, לא יהיה בכל פגם שולי כדי להצדיק את ביטול ההליך.<sup>97</sup> אלא שיש לייצר מנגנונים פנים פרלמנטריים ומשפטיים שיאפשרו הליך פרלמנטרי תקין. אכן, דרך המלך לכך היא בחקיקת חוק יסוד: החקיקה, אך כל אימת שאין חוק זה בנמצא, ישנה שורה ארוכה של מקורות משפטיים, בראשם חוק הכנסת, התשנ"ד-1994 ותקנון הכנסת,<sup>98</sup> מכוחם ניתן לעגן את כללי הפרוצדורה הפרלמנטרית ולהעניק להם תוקף מחייב. בהמשך לכך, יש לפתח את הסעדים המתאימים. כך, לדוגמה, אין כל קושי בסעד מושהה, הקוצב את תוקפה של הפעולה המנהלית וקובע מסגרת זמנים לחקיקה (כפי שאף נעשה פעמים רבות בעבר).<sup>99</sup> בדומה, ניתן להעניק סעדים המחייבים את תיקון הפגם בהליך החקיקה על מנת שהחוק יעמוד בתוקפו, חלף ביטול החוק במלואו. כך לדוגמה, כאשר לא נתקיים דיון כנדרש בוועדת הכנסת (לדוגמה, אם לא הוגשה חוות דעת מגדרית כנדרש) ניתן לבטל רק את הקריאה השנייה והשלישית, ולהשיב את הליך החקיקה לוועדת הכנסת לשם השלמתו באופן ראוי. לצד זאת, ניתן לקבוע כללים הנוגעים לפרקי זמן סבירים להליך חקיקה, לקבוע את

<sup>97</sup> לשם כך, ניתן למשל לעשות שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית, אשר בבסיסה קיימת הפרדה בין קיומו של פגם בהליך לבין נפקותו. יצוין כי בפרשת **ליצמן**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 590 הוחלה באופן עקרוני דוקטרינה זו על הליכים פנים פרלמנטריים. בית המשפט העליון בחר שלא להתערב בהחלטה שלא לפסול הצבעה בכנסת בה חלק מחברי הכנסת הצביעו בשם חברי כנסת אחרים (הצבעות כפולות). זאת, בין היתר, נוכח העובדה כי לא היה בהצבעות הכפולות כדי לשנות באופן מעשי מתוצאות ההצבעה האמורה; להצעה דומה, בהקשר של חקיקה הנוגעת לזכויות ילדים; לדיון במורכבות הנדרשת במסגרת שינוי הלכת **מגדלי העופות**, ראו נדיב מרדכי, משה אוסטרובסקי ומרדכי קרמניצר **החובה לבחון את השפעת החקיקה על זכויות ילדים** 32-43 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2014).

<sup>98</sup> למעמד תקנון הכנסת ראו אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כב 571 (1993).

<sup>99</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 5087/94 **זכרו נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 17.7.1995). בעניין זה, בית המשפט את תקנות 11 ו-13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז-1987, אך קבע פרק זמן של חצי שנה על מנת להסדיר את הסוגיה בחקיקה.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

המעמד המשפטי של הצהרות הניתנות בפני ועדות הכנסת בהליך החקיקה וכדומה. בהליכי חקיקה ארוכים ומורכבים אף ראוי לשקול מתן סעדים בהליך החקיקה עצמו, על מנת למנוע מצב בו פגם בשלב ראשוני של הליך החקיקה יוביל לבטלות החוק הסופי (ולחילופין, "יתרפא" נוכח חלוף הזמן והמחיר הציבורי של פסילת החוק).

**שנית**, יש לפרש את ההלכה בפרשת **יצוא הגז** בצמצום. כפי שפורט לעיל, הפרשה עסקה בהחלטת ממשלה מוגבלת בזמן, אשר הייתה דחיפות מיוחדת להעבירה נוכח החשש מפני בריחת המשקיעים. שני טעמים אלו, ובעיקר, הבהילות בצורך להסדרת הנושא (שהיא אף הטעם שניתן באותה הפרשה פסק דין ללא נימוקים והנימוקים נתנו רק שמונה חודשים לאחר מכן) הם המצדיקים בנסיבות הייחודיות של המקרה את מתן סמכות ההכרעה לרשות המבצעת. במילים אחרות, יש להותיר את ההלכה בפרשת **יצוא הגז** בהיקפה הטבעי, כתוצאה הנובעת מקיומו של צורך דחוף, אשר עורר קושי בהעברת ההכרעה בסוגיה לכנסת.

## 7. סוף דבר

פרשת **יצוא הגז** עוררה לראשונה בעצמה גבוהה את שאלת המבנה הדמוקרטי בישראל בכל הנוגע ליחסי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. פרשה זו היא שיא נקודתי של מהלך ארוך שנים, במסגרתו פועלים חברי וחברות כנסת להגן על כוחה של הכנסת, ומנגד הממשלה ומשרדיה פועלים לצמצום כוחה של הכנסת. כך, התבססו מנגנונים, דוגמת מכון המידע והמחקר של הכנסת והייעוץ המשפטי לכנסת, המאפשרים לחברי הכנסת לפעול בצורה יעילה יותר, ובאותה העת ממש התעצבו מנגנונים עוקפי מליאה, דוגמת חוק ההסדרים, העברות תקציביות, הפרטות של פעילות ממשלתית לגופים שהכנסת אינה מפקחת עליהם וכדומה. מתח זה, הוא שהוביל לפרשת **יצוא הגז**, ונדמה כי מי שרואה בפרשה זו סוף פסוק, צפוי להיות מופתע, שכן כבר בימים אלו תלויים בבית המשפט העליון שורת הליכים אשר ממוקדים בשאלת היקף סמכותה של הכנסת.

הגם שכל אחד מההליכים התלויים ועומדים מושתת על בסיס דוקטרינרי שונה, דוגמת חוקי היסוד המוסדיים, כלל ההסדרים הראשונים, הרי שהמתח העומד בלבתם,





אשר צפוי להוות את הבסיס להכרעה בהם, הוא זהה. בכל אחד מהמקרים מתעוררת שאלת זהות הגוף המכריע.<sup>100</sup> זאת, שכן בכל אחד מהמקרים ישנה נורמה חוקתית, המקנה את סמכות ההכרעה לכנסת, וכלל פרטני, המקנה את סמכות ההכרעה לממשלה ולפקידיה. בית המשפט נדרש להכריע במצב זה באשר לעצמת הנורמה החוקתית, ולגבי היקף החריג לנורמה החוקתית.

הדרך שבה פסע הנשיא גרוניס בפרשת יצוא הגז הופכת, הלכה למעשה, את החריג לכלל ואת הכלל לחריג. הפרשנות הרחבה של הקניית סמכויות ההכרעה לממשלה מותירה לכנסת סמכות הכרעה מצומצמת, שמיושמת במקרים נדירים ביותר, אם בכלל. זאת שכן כמעט כל תחום מוסדר כיום, במישרין או בעקיפין, בדבר חקיקה כלשהו שלממשלה הסמכות לבצעו. אם דבר חקיקה שנחקק לפני למעלה מחמישים שנה טרם האירוע הנדון ומבלי שניתן היה לדמיין באותה העת הכרעות דוגמת ההכרעה הנדונה, יכול היה לשמש מקור סמכות המקנה לממשלה את סמכות ההכרעה, קשה לדמיין מצב שבו לא תהיה סמכות זו בידי הממשלה.

כפי שהראינו במאמר זה, הטעמים שבבסיס חוות דעתו של הנשיא גרוניס, להם יש הצדקה מסוימת בכל הנוגע להגבלת סמכות ההכרעה של בית המשפט העליון, אינם משכנעים כאשר עסקינן במתח שבין סמכות ההכרעה של הממשלה וסמכות ההכרעה של הכנסת. לצד זאת, הראינו כי הנשיא גרוניס לא עמד על השיקולים הרלבנטיים להכרעה בין סמכות הממשלה וסמכות הכנסת, וכי אלו מצאו ביטוי בחוות דעתו של השופט ג'וראן.

בהמשך לכך, עמדנו על הטעם הסמוי המצדיק את מתן סמכות ההכרעה לממשלה ולא לכנסת: היעדר הליך תקין בכנסת והיעדר ביקורת שיפוטית ממשית על תקינות ההליך. הראינו כי טעם זה הוא טעם מעגלי, שכן בית המשפט העליון עצמו הוא שהחליט שלא לפקח על טוהר ותקינות ההליך הפרלמנטרי, ללא הצדקה של ממש.

<sup>100</sup> ראו למשל פרשת מניב ראשון, לעיל ה"ש 91; פרשת גורביץ', לעיל ה"ש 92.



לקראת המהפכה החוקתית השנייה – תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי  
בעקבות בג"ץ 4491/13

על בסיס זה הצבענו על דרך המלך, לטעמנו, לפיתוח המשפט החוקתי המוסדי במדינת ישראל. טענו כי יש הצדקה להשיב לכנסת את סמכות ההכרעה, שכן לכנסת הכלים והסמכות להכריע באופן המיטבי בסוגיות רוחביות (בשונה מהכרעה בעניינם הפרטני של אדם זה או אחר). לצד זאת, טענו כי יש לבטל את הלכת **מגדלי העופות**, וכי יש לראות בפיקוח על טוהר ההליך הפרלמנטרי ותקינותו חלק בלתי נפרד מתפקידה של הרשות השופטת. שני מהלכים אלו, אשר אנו רואים בהם כמחויבי המציאות ומקווים כי יאומצו על ידי בית המשפט, כונו על ידינו "המהפכה החוקתית השנייה". בעוד שהמהפכה החוקתית הראשונה נסובה סביב שאלת היקף סמכות ההתערבות וההכרעה של בית המשפט, המהפכה החוקתית השנייה נסובה סביב היקף סמכותה של הכנסת. במובנים רבים, אם כן, המהפכה החוקתית השנייה אינה אלא השבת עטרה ליושנה, ויש בה כדי להגן על מעמדה של הכנסת כראשונה בין שוות.