

25 ביולי 2023

לכבוד
מר יצחק הרצוג
נשיא המדינה

א.ג.,

הנדון: חוות דעת משפטית לעניין סמכות נשיא המדינה לחתום ולהמנע מלחתום על חוקי
מדינת ישראל – שלב היישום

בהמשך לחוות הדעת שנשלחה אליך ביום 18 בינואר 2023 ולתשובה שנתקבלה מהלשכה המשפטית מיום 5 בפברואר 2023, לפיה היה זה מוקדם מדי לדון בסוגייה כאמור, באשר בעת ההיא בחר בית הנשיא להוביל נסיונות הידברות, אני פונה אליך היום באשר הגיעה העת לעשות מעשה.

במכתבנו דאז קראנו לכבוד הנשיא להודיע, כי לא יחתום על חוקים שמשמעם שינוי שיטת המשטר, ופירטנו את ההצדקה המשפטית, ולמעשה את הדרישה המשפטית מנשיא המדינה, להמנע מלחתום על חוקים המשנים את שיטת המשטר, שביסודה איזון בין רשויות השלטון, לשיטה טוטליטרית, לפיה הרשות המבצעת מכפיפה את הרשות המחוקקת ואת הרשות השופטת לרצונותיה ולצרכיה הפוליטיים המשתנים.

אמנם, נהוג היה לראות בחתימת נשיא המדינה על חוקי מדינת ישראל, כאקט פורמלי, אולם כפי שניתן לראות מחוות הדעת המקוצרת המצורפת להלן, מעולם לא נקבעה מעמדה של חתימת הנשיא ומפסיקה שעסקה בסמכויות הנשיא ובמעמדה של חתימת הקיום, עולה, באופן ברור, כי אין חתימה שהיא אוטומטית וכי כל רשות שלטונית ולעניין זה מוסד נשיא המדינה הינו רשות שלטונית, חייבת להפעיל שיקול דעת, בכל פעולה מפעולותיה.

יתירה מזאת, בפסק דין ברזילי, אשר ניתן בעניין החנינה שנתן הנשיא הרצוג הראשון, קבע הנשיא שמגר כי "חוק הוא יצור החי בסביבתו" ... ו"סביבתו" של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט."

הנשיאה בייניש, קבעה בדנג'יץ זוהר, כי הקביעה כי בראש המדינה עומד נשיא עיקרה סמלי, ויש בה כדי להדגיש את אופיה הפרלמנטרי של מדינת ישראל, להבדיל ממדינות שמשטרן נשיאותי ובהן עומד הנשיא בראש הרשות המבצעת" וכן קבעה כי "כדי לשמור על העיקרון הבסיסי של "איונים ובלמים" המקובל בשלטון הדמוקרטי, עבודת רשות אחת נתונה לרמות שונות של בקרה המופעלת על ידי הרשויות האחרות. על כן, עמדה הגורסת כי נשיא המדינה, בהפעילו את סמכות החנינה, אינו כפוף לאמצעי בקרה, עומדת בניגוד ללשונו ולרוחו של חוק היסוד ובניגוד

לאופיו הפרלמנטרי של המשטר הישראלי, שהוא "משטר המכיר בהפרדה אורגנית בין הרשויות אך תומך בשיחוף פעולה הדוק ביניהן" ... עמדה כזו חותרת תחת עיקרון הפרדת הרשויות העומד ביסוד המשטר בישראל ואשר מנתיב מחד, חלוקת סמכויות בין הרשויות השונות, ומאידך, פיקוח הדדי ביניהן. בבסיס הרעיון של הפרדת הרשויות אין עומדת "דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה"; אלא דווקא "איוון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים".

העמותה לדמוקרטיה מתקדמת פועלת מזה שנים רבות, בנסיון לשפר את ההתנהלות הדמוקרטית בישראל. אולם בימים אלה, אנו נקראים (ולא בפעם הראשונה) להגן על עצם קיומו של המודל הדמוקרטי, אשר אחד מביטויי היסודיים הינו הפרדת הרשויות. בשנים האחרונות נאלצנו שוב ושוב להגן על הרשות המחוקקת, אשר נרמסה תחת רגליה הגסות של הרשות המבצעת. שוב ושוב ראינו את בית המחוקקים פועל בידיים קשורות, אל מול מנגנונים של ועדות שרים לענייני חקיקה, אשר קובעות אילו חוקים יעלו לדין ואילו יגנוזו ומחוייב במשמעת קואליציונית, במקרים רבים, בניגוד לדעת רבים מהנדרשים לה. ראינו את בית המחוקקים פוגע בזכויות המיעוט בו, מבטל נוהג אחר נוהג, המקנה זכויות לאופוזיציה והכל בשם "המשילות".

הגורם היחיד, שיכול היה להגן על הרשות המחוקקת, היה בית המשפט העליון. עקרון הפרדת הרשויות אינו עניין טכני או בירוקרטי, הוא שמגדיר את משטר המדינה. ביטול עילת הסבירות, משמעה מתן אפשרות בלתי מוגבלת לרשות המבצעת ולרשויות המינהליות השונות, לקבל החלטות מבלי לתת דין וחשבון. משמעה מתן לגיטימציה להחלטות שרירותיות, לשחיתות ולפגיעה הן במינהל התקין והן בזכויות האדם.

סמכויות נשיא המדינה, כמו גם המיגבלות הנהוגות לגביהן, הן פועל יוצא של האיזון בין רשויות השלטון. חוק אינו מתפרסם אלא עם חתימתו של נשיא המדינה (למעט חוקים שעניינם נשיא המדינה). חוק שאינו מתפרסם בהתאם לדין, אינו בתוקף. אשר על כן, חתימתו של נשיא המדינה, הינה אקט הכרחי לשם כניסתו לתוקף של חוק בישראל.

אנו קוראים לך, כאדם וכרשות שלטונית, להתעלות מהרצון לאזן בין מבקשי החרבת הדמוקרטיה הישראלית למשמריה, לקחת אחריות, להתייצב באופן ברור לצד הדמוקרטיה ולהודיע כי לא תחתום על החוק המבטל את עילת הסבירות, אשר הינו שלב ראשון וחמור במהלך שינוי המשטר הישראלי מדמוקרטי למשטר טוטליטרי בו הממשלה רשאית לעשות כל שתחפוץ. זו חובתך החוקית ומחוייבותך המוסרית כלפי אזרחי ישראל.

רצ"ב שוב החלק העיקרי בחוות הדעת שנשלחה בינאר.

בכבוד רב,



יפעת סולל, יועצת משפטית
העמותה לדמוקרטיה מתקדמת

חוות דעת - מעמדה של חתימת נשיא המדינה על חוקי ישראל

תפקידים וסמכויות של נשיא המדינה

שאלת מעמדו, סמכויותיו ותפקידיו של נשיא המדינה מתחלקות למספר היבטים, שיפורטו להלן: 1. העדר פרשנות מפורטת באשר למשמעות חתימת הנשיא על חוקי מדינת ישראל; 2. הקביעה המשפטית, כי כל פעולה שלטונית אינה אוטומטית ומחייבת מידה כלשהי של שיקול דעת; 3. מידת שיקול הדעת הנתון הינו פועל יוצא של כלל מוסדות המדינה, מעמדם וסמכויותיהם.

1. מעמדה של חתימת נשיא המדינה על חוקי ישראל

סמכויות נשיא המדינה מפורטות בסעיף 11 לחוק יסוד: נשיא המדינה. בסעיף 11(א) נקבע כי:
"נשיא המדינה –

1. יחתום על כל חוק חוץ מחוקים הנוגעים לסמכויותיו."

בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נגד ניר זוהר, כתב השופט אליקים רובינשטיין:

"כי שאלה שעמדה לנגד עיני בזמן כתיבת פסק הדין המקורי, ושוב עם כתיבת דברים אלה, היא האם ניתן, והאם ראוי, להבחין בין חתימות "קיום" שונות? בפרט עמד לנגד עיני סעיף 11(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה. האם נאמר, שאותו שיקול דעת אשר מפעיל שר המשפטים בבואו לקיים חנינה נשיאותית, רשאי (ואולי חייב) הנשיא להפעיל בבואו לחתום על חוקי הכנסת, או "על אמנות עם מדינות-חוק שאושרו על ידי הכנסת"? ועוד, היש מקום להבחין בין שיקול דעתו של שר המשפטים לקיים כתב חנינה, לבין שיקול הדעת שעל שרים להפעיל בבואם לקיים מסמכים אחרים שיצאו מתחת ידי הנשיא? שאלה זו לא נצרכה לצורך הכרעה בעניין שלפנינו, והיא לא נדונה מפורשות בפסק הדין המקורי..."

כפי שכתב כבוד השופט אליקים רובינשטיין, שאלת משמעותה של חתימת נשיא המדינה על חוקי ישראל, מעולם לא נבחנה ואין לעניין זה פסיקה מחייבת. הנוהג, הוא כי נשיא המדינה אינו מפעיל שיקול דעת בעת חתימה על חוקי ישראל, אולם כפי שנראה להלן, כל חתימה היא בגדר פעולה שלטונית, אשר מחייבת רמה מסויימת של הפעלת שיקול דעת וכל תפקיד וסמכות שהוגדרו לאחת מרשויות השלטון – במובן הרחב של המושג – היא פועל יוצא של האיזון בין כלל סמכויות הרשויות השונות.

נזכיר לעניין זה, כי בבג"צ 428/86 פרשת ברזילי, נקבע, כי ניתן להרחיב את סמכויות נשיא המדינה, גם מעבר ללשון החוק. בעניין הנדון, נבחנה סוגיית סמכותו של נשיא המדינה לחון את אנשי השב"כ שהיו מעורבים בהריגתם של המחבלים בקו 300. באותה פרשה קבע בית המשפט, כי "הוראות יסוד יש לפרש מתוך מבט רחב" כך אפשר לנשיא לתת חנינה למי שכלל לא הוגש נגדם כתב אישום וזאת בניגוד ללשון החוק המפורשת, הקובעת כי לנשיא נתונה סמכות לחון "עבריינים" בלבד.

2. כל חתימה מחייבת הפעלת שיקול דעת

בעוד שאלת מהותה של חתימה על חוקים נותרה בצריך עיון, הרי שמשמעותה של חתימת הקיום של שר, על החלטת נשיא המדינה ליתן חנינה, פורשה בהרחבה בדנג"ץ זוהר לעיל. המחלוקת שעמדה בבסיס פסקי הדין

עסקה בהיקף שיקול הדעת ובשאלה האם על שר, טרם חתימת קיום, להפעיל שיקול הדעת לגבי עצם מתן החתימה או באשר לפעולה המינהלית של יישומה.

כתבה לעניין זה הנשיאה בייניש: "על כך שיש מקום, בנסיבות מתאימות, לקיים הליך בקרה על החלטות הנשיא מסכימים כל השופטים בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. אלא, המחלוקת העיקרית נסבה על השאלה אם מנגנון הבקרה העיקרי מצוי בחתימת הקיום – כעמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין – או שמנגנון הביקורת מצוי, כפי שקבעו חברי, השופט לוי והשופט דנציגר, בביקורת על פעולות המינהל הנעשות (או על סירוב לעשותן) לאחר קבלת החלטת החנינה."

על היקף הסמכות ומיגבלותיה, עמד הנשיא ברק, בפרשת ברזילי, לעיל, בכותבו: "בתקופת האבסולוטיזם, כאשר סמכות החנינה נתונה לריבון עצמו, אין חשיבות רבה לבחינתה של זו על רקע מבנה המערכות השלמוניות. השליט שולט על כל המערכות הללו, וממילא הוא גם רשאי ליתן חנינה (כללית או אינדיווידואלית) כאשר יחפוץ ... לא כן במשטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני. במשטר כזה הריבון הוא העם. השליט אינו כל-יכול. השלטון מתחלק בין רשויות שונות, אשר כל אחת מהן חייבת לפעול בתחומה שלה, תוך סינכרוניזציה בין הסמכויות השונות ותוך איזון ובקרה ביניהן. אין זה עולה בקנה אחד עם משטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני כי בידי מאן-דהוא, ולו נשיא המדינה, יהיו סמכויות-על, שיאפשרו לו לשנות את כל החלטותיהן של כל הרשויות האחרות, שעה שאלה פועלות בתחומן שלהן במסגרת ההליך הפוליטי. כוח-על שכזה יפה הוא לשליט-עליון, המעניק חסד לנתיניו. כוח-על שכזה זר הוא לנושא משרה נכבד, המשרת את אזרחיו". (בע' 601).

הנשיאה בייניש נותנת דעתה לעניין היקף סמכות החנינה וכותבת כי "על אף היקפה הרחב של סמכות החנינה יש לראותה על רקע שיטת המשטר ועיקרון הפרדת הרשויות בישראל. בהתאם לכך, על הפעלת סמכות החנינה יש, וראוי שיהא, הליך של בקרה המוצא ביטוי בחתימת הקיום של שר המשפטים".

וכן: "על רקע האמור יש לראות את תכליתה של חתימת הקיום. היא מבטאת את העיקרון לפיו "אין במדינה מעשה שאין עליו אחריות (פוליטית או משפטית)".

יפים הדברים גם לעניין החתימה על חוקים. את היקפו המצומצם של שיקול הדעת של הנשיא לעניין החתימה על חוקים, יש לראות על רקע שיטת המשטר ועיקרון הפרדת הרשויות בישראל.

כאשר מובא בפניו נוסח חוק, אשר משנה את שיטת המשטר ומבטל את עיקרון הפרדת הרשויות בישראל, קמה לנשיא המדינה סמכות מורחבת, ויש שיאמרו, חובה חוקית, למנוע כניסתו לתוקף של דבר חקיקה כאמור. באשר החוק קובע, כי חוק יחתם על ידי נשיא המדינה, טרם פרסומו, הרי שבהעדר פרשנות אחרת, המנועות מחתימה כאמור, מונעת את פרסומו ואת כניסתו לתוקף.

3. חובת הנשיא להמנע מחתימה על ביטול עקרון הפרדת הרשויות

באשר מדובר בחקיקה, המשנה את שיטת המשטר ומבטלת את עיקרון האיזונים ובלמים של המשטר הדמוקרטי, באמצעות ביטול סמכויותיה של הרשות השופטת, ולאחר החלשתה של הרשות המחוקקת, חייב מי שנושא בתפקיד במערכת הדמוקרטית להגן על קיומה.

"בדרך כלל, כדי לשמור על העיקרון הבסיסי של "איזונים ובלמים" המקובל בשלטון הדמוקרטי, עבודת רשות אחת נתונה לרמות שונות של בקרה המופעלת על ידי הרשויות האחרות. על כן, עמדה הגורסת כי

נשיא המדינה, בהפעילו את סמכות החנינה, אינו כפוף לאמצעי בקרה, עומדת בניגוד ללשונו ולרוחו של חוק היסוד ובניגוד לאופיו הפרלמנטרי של המשטר הישראלי, שהוא "משטר המכיר בהפרדה אורגנית בין הרשויות אך תומך בשיתוף פעולה הדוק ביניהן" (קלוד קליין, על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריות הישראלית, משפטים ה' 308, 316 (תשל"ג-תשל"ד)). עמדה כזו חותרת תחת עיקרון הפרדת הרשויות העומד ביסוד המשטר בישראל ואשר מכתוב מחד, חלוקת סמכויות בין הרשויות השונות, ומאידך, פיקוח הדדי ביניהן (ראו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 127-128). בבסיס הרעיון של הפרדת הרשויות אין עומדת "דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה"; אלא דווקא "איוון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (בג"פ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט' (3) 141, 158 (1985); השופט (כתוארו אז) א' ברק). קביעה לפיה נשיא המדינה מפעיל את סמכות החנינה באופן בלתי תלוי שאינו כפוף לביקורת ממשית שעיקרה, לגישתי, בשיקול הדעת הניתן לשר המשפטים במסגרת חתימת הקיום, חותרת תחת אחד מעיקרי המשטר הישראלי וסופה להפוך את סמכות החנינה לסמכות אבסולוטית שאין לה מקום במשטר דמוקרטי. בהקשר דומה הביא השופט (כתוארו אז) א' ברק את דברי השופט W. Douglas, כי סמכויות מוחלטות הן "תחילת סופה של החירות" (פרשת ברזילי, עמ' 588). כפי שציין הנשיא מ' שמגר בפרשת ברזילי, "כל הענקת סמכות והפעלתה יכולות וצריכות להיות מלוות גם בבקרה וגם בביקורת" (שם, עמ' 562). רציונל זה נכון לגבי סמכויות שלטוניות במשטר דמוקרטי בכלל והוא נכון גם לגבי סמכות שנמסרה לנשיא המדינה – על אף, ודווקא בשל, מעמדו הרם במדינתנו.

השופטת ארבל ניסחה את עמדתה לעניין הפעלת שיקול דעת בעת חתימת קיום כאמור: "מתן שיקול דעת לשר המשפטים להימנע מחתימת קיום הינו מתחייב ובלתי נמנע. עם זאת, הפעלת שיקול דעת זה שמורה לו על מנת שיעשה בו שימוש בזהירות ובנסיבות חריגות. חברתי הנשיאה סבורה כי יש לייחד את התערבותו של שר המשפטים למקרים שבהם "השר משוכנע כי החלטת הנשיא הושפעה משיקולים זרים או שהיא לוקה בחוסר סבירות קיצוני". עמדה זו מקובלת עליי, כאשר ברי כי גם במצב זה יידרשו ריסון ואיפוק מוגברים."

כך נכון להתייחס גם לסמכותו של נשיא המדינה, בהפעילו שיקול דעת לעניין חתימה על חוקים. החובה להפעיל שיקול דעת, אינה חד-צדדית. חובה זו קמה גם בכיוון הנגדי, קרי, כאשר מונח בפני נשיא המדינה דבר חקיקה, שכל כולו מערער על יסודותיה הדמוקרטיים של המדינה, דבר חקיקה שיסודו בניגוד עניינים מובהק של נאשם בפלילים, אשר מבקש לבטל את סמכויות הרשות השופטת כדי להמנע מדין וגורר לשם כך את הממשלה לכפות עמדתה על כנסת חלשה, אשר חבריה מחוייבים במשמעת קואליציונית.

לא למותר להזכיר, כי מדובר בכנסת אשר כבר חוקקה חוקים הפוגעים בזכות לייצוג, העלתה את אחוז החסימה, כדי למנוע ייצוג הולם של קבוצות שונות בחברה הישראלית והפכה בשל כך, למייצגת באופן חסר את הציבור הישראלי. החלטת הממשלה לנצל רוב מקרי, שמקורו בייצוג חסר, כדי לכפות שינוי משטרי, אינה חלק ממשטר דמוקרטי, היא דרך פעולה אנטי-דמוקרטית ובהתאם מתחייב כי יוצבו מולה כל האמצעים האפשריים ובראשם האמצעים החוקתיים הקיימים בדין.

על השאלה, האם רשאי נשיא המדינה להמנע מחתימה על נוסח חוק, בנסיבות האמורות, או אם חייב הוא לעשות כן, יכול ליתן מענה מוחלט רק בית המשפט העליון, כפי שקבע כבוד השופט חשין: "החוק הורנו כי הנשיא זוכה לחסינות; החוק לא הורנו כי מעשיו של הנשיא זוכים לחסינות. ואמנם, מעשי הנשיא בתחום המשפט הם – לא מעל למשפט ולא חוצה-למשפט – ומכאן שנחזוים הם לביקורת שיפוטית של בתי-המשפט" (פדשת 7011, עמ' 412).

לסיכום

לנשיא המדינה נתונה הסמכות הייחודית לחתימה על חוקי מדינת ישראל. בלא חתימתו, אין ולא יכול להכנס לתוקף חוק המדינה (למעט חוקים שעניינם סמכויות הנשיא, לגביהם החוק קובע סייג מפורש). הנוהג, שהנשיא מפעיל סמכותו זו בלא הפעלת שיקול דעת הוא פועל יוצא של תפקידו של נשיא המדינה, כחלק מהמארג של המשטר החוקתי, שיסודו במשטר פרלמנטרי, בו איזונים המופעלים על ידי שלוש רשויות השלטון.

באשר מבקשת הרשות המבצעת, באמצעות הרשות המחוקקת, לגדוע את הרגל השיפוטית, או לפגוע בתפקודה, מופר האיזון. באשר מבקשים למוטט את רגל המשפט, חובה על כל מוסד ממוסדות המדינה לפעול בהתאם ולמנוע את השינוי המשטרי. נשיא המדינה, כמוסד וכאדם, אשר מונחים בפניו חוקים כאמור, חייב, מכוח מחויבותו החוקתית, שלא לחתום עליהם ולמנוע כניסתם לתוקף, כאמור. אנו קוראים לכבוד הנשיא, לפעול, בהתאם למחויבותו החוקתית ולא לחתום על חיסול המשטר הדמוקרטי בישראל.

בכבוד רב,



יפעת סולל, עו"ד
יועצת משפטית