

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2412/23
בג"ץ 2466/23

התנועה למען איכות השלטון בישראל
באמצעות ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ואח'
מרחי יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054, 9136001
טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076

ה ע ו ת ר ת
בבג"ץ 2412/23

1. חה"כ עודד פורר
2. סיעת ישראל ביתנו בכנסת ה-25
3. מפלגת ישראל ביתנו

באמצעות ב"כ עוה"ד איתן הברמן
שרקון בן עמי אשר ושות', עו"ד
רח' בר כוכבא 23, בני ברק 5126002 (בניין וי-טאוור קומה 6)
טלפון : 03-5662808 ; פקס : 03-5662801 ; סלולרי : 054-777690 ;
דואל : eitan.h@cbalaw.co.il

ה ע ו ת ר י ם
בבג"ץ 2466/23

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן גוריון ירושלים, 9195016
טלפון : 02-6408650 ; פקס : 02-6496801

2. ראש הממשלה

על ידי ב"כ עו"ד מיכאל ראבילו ואח'
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649 ; פקס : 02-6490659

3. היועצת המשפטית לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 073-3925511 ; פקס : 02-6467001

ה מ ש י ב י ם

כתב תשובה מטעם המשיבה 1

1. עניינן של העתירות שבכותרת, בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12) (להלן: **חוק היסוד המתקן**), שהתקבל בכנסת ביום 23.3.23 ופורסם ברשומות ביום 27.3.23.
2. ביום 6.8.23 ניתן צו על-תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק היסוד המתקן לא יחול בתחולה מיידית.
3. בהתאם להלכה הפסוקה, "משנמנע בית המשפט מלהוציא צו על-תנאי הנוגע ליתר רכיבי העתירה, משמעות הדבר שהעתירה ביחס לראשים אלה נדחתה, והדיון בעתירה המשיך להתנהל אך ורק

בגבולות הצו שניתן" (בג"ץ 2335/19 עמותת הקנאביס הרפואי נ' משרד הבריאות (16.11.21); בג"ץ 4916/20 עיריית יבנה נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (22.6.22). הצו על-תנאי שנתן בית המשפט הנכבד הוא צו על-תנאי חלקי, ומשמעותו אפוא **דחיית** שאר הסעדים המתבקשים בעתירות. על כן, כתב התשובה יעסוק רק בסוגיה שהוצא לגביה צו על-תנאי – קרי, בשאלת מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן בלבד.

4. בהתאם לסעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, הכנסת מתייצבת לפני בית המשפט הנכבד בהליכים שמתבררת בהם שאלת תוקפו של חוק כדי להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו. בהתאם לצו על-תנאי שיצא בהליכים דנן, שאלת תוקפו של חוק היסוד המתקן אינה נתונה עוד בספק, והסעד שיינתן בהליך מוגבל לכל היותר לדחיית מועד תחילתו. בנסיבות אלה, אין עוד צורך בטענות להוכחת תוקפו של חוק יסוד המתקן, וכתב התשובה שלהלן יביא לפני בית המשפט הנכבד את עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת ביחס לאפשרות לדחות את מועד תחילתו.

5. נקדים ונציין כי הסעד העיקרי שהתבקש בשתי העתירות היה הכרזה על בטלותו של חוק היסוד המתקן. בעתירה בבג"ץ 2412/23 היה זה הסעד היחיד שהתבקש, ואילו בעתירה בבג"ץ 2466/23 התבקש גם סעד של דחיית מועד תחולת החוק, אך ההנמקה לסעד זה הייתה מצומצמת ביותר. גם בתגובתה המקדמית של היועצת המשפטית לממשלה, ההתייחסות לסעד של דחיית מועד התחולה הייתה מצומצמת ביותר. על רקע זה, כתב התשובה דן מתייחס בעיקר לטענות שבכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, שהוגש ביום 18.9.23. אם בעיקרי הטענות מטעם העותרים או במהלך הדיון יעלו טענות נוספות, מתבקש בית המשפט הנכבד לאפשר לכנסת להגיב עליהן בכתב.

6. כל הפרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו במליאת הכנסת ובוועדות הכנסת, וכן נוסחי הצעת החוק שנדונו וחומרי הרקע, זמינים בדף חוק היסוד המתקן באתר מאגר החקיקה הלאומי, בכתובת: <https://did.li/BGZ-2412-23>. על מנת שלא להלאות, וכדי להימנע מהגשה חוזרת של מסמכים המצויים בתיק בית המשפט, ההפניות לנספחים להלן תהיינה לכרך הנספחים שצורף לתגובה המקדמית מטעם הכנסת לעתירה.

תוכן העניינים

א. המצב המשפטי ערב קבלת חוק היסוד המתקן	4
ב. הליכי החקיקה של חוק היסוד המתקן.....	8
ג. נבצרות ראש הממשלה מיום 23.7.23.....	33
ד. תוכנו של חוק היסוד המתקן.....	35
1. תוכנו של חוק היסוד המתקן אינו חריג ביחס לנבצרות נושאי משרה אחרים וביחס להצעות שהוצעו בעבר להסדרת נבצרות ראש הממשלה	39
2. נבצרות ראש הממשלה עקב ריבוי ניגודי עניינים.....	45
ה. אין בדין הקיים בסיס לפסילת חוק היסוד המתקן או לדחיית מועד תחילתו בגלל תחולתו המיידית	48
1. כינון חוקי יסוד משטריים בתחולה מיידית.....	48
2. תחולתו של חוק היסוד המתקן אינה רטרוספקטיבית.....	51
3. כינון חוק היסוד המתקן אינו פוגע בהסתמכות ואינו מהווה 'שינוי חוקי המשחק תוך כדי משחק'.....	52
ו. על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.....	55
ז. כינונו של חוק היסוד המתקן אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת בהתאם למבחנים שנקבעו לכך על ידי בית המשפט הנכבד.....	57
ח. תכליתו של חוק היסוד המתקן אינה פרסונלית מובהקת.....	59
1. חוק היסוד המתקן אינו חוק פרסונלי.....	60
2. בין מניע לבין תכלית.....	61
3. המניע לכינונו של חוק היסוד המתקן היה פרסונלי, אך תכליתו של חוק היסוד המתקן אינה פרסונלית.....	65
4. ניגוד העניינים המוסדי.....	69
5. חוק היסוד המתקן אינו 'עוקף' את ההליך בבג"ץ 1158/23.....	72
6. תיקון חוק היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים.....	74
ט. סיכום.....	76

א. המצב המשפטי ערב קבלת חוק היסוד המתקן

7. הצעת חוק-יסוד: הממשלה הונחה לראשונה על שולחן הכנסת ביום 31.8.1966. היה זה דבר החקיקה הראשון שנדון על ידי הכנסת במשכנה החדש, ועל משמעות עניין זה עמד יו"ר הכנסת דאז, חה"כ קדיש לוז, בדברים שנשא בפתיחת הישיבה:

"חברי הכנסת הנכבדים. זכות גדולה היא לי לפתוח את הישיבה הראשונה של הכנסת במשכנה החדש. [...]
היום השלמנו את מלאכת משכן הכנסת, המוסד הריבוני העליון במדינה, ותישמע שמחתנו מרחוק. למען ביצור חומת הפרלמנטריזם הישראלי נדון בישיבה חגיגית זו בחוק יסוד: הממשלה, שיצטרך אל חוק יסוד: הכנסת ואל חוק יסוד: הנשיא, לקיים את דברי הנביא: 'על חומותיך ירושלים הפקדתי שומרים'."

8. הצעת חוק היסוד דאז אושרה במליאת הכנסת שנתיים מאוחר יותר, ביום 13.8.1968 (ס"ח 540, 21.8.1968, עמ' 226) (להלן: **חוק היסוד משנת 1968**).

9. בתגובה המקדמית לעתירות הארכנו בתיאור התפתחות המצב המשפטי שקדם לכינון חוק היסוד המתקן. מאחר שהצו על-תנאי שהוציא בית המשפט הנכבד גדור לשאלת מועד תחילתו של החוק, וכדי שלא להאריך שלא לצורך בחזרה על התגובה המקדמית המונחת לפני שופטי בית המשפט הנכבד, נסכם בכמה נקודות את התשתית העובדתית העולה מתיאור זה:

א. מאז כינונו של חוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הראשון, בשנת 1968, נכללה בחוק היסוד התייחסות להשלכות הנובעות ממצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו (באופן זמני או בדרך קבע). לצד זאת, חוק היסוד נמנע מלהגדיר מהי 'נבצרות', מי מוסמך לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו ומהן העילות שבגינן עשוי ראש הממשלה להיקלע למצב שכזה.

ב. לאורך השנים הוצע לפרט בדרכים שונות חלק מהסעיפים המתייחסים לנבצרות ראש הממשלה, כדלהלן:

(1) בהצעת חוק-יסוד משנת 1990, שהובאה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: **ועדת החוקה**), ובהצעת חוק-יסוד שהעלה באותה שנה חה"כ פרופ' אמנון רובינשטיין, הוצע כי נבצרות קבועה של ראש הממשלה תהא "מטעמי בריאות בלבד". באותן הצעות גם הוצע כי החלטה על העברת ראש הממשלה מתפקידו בשל נבצרות תתקבל על ידי הכנסת ברוב חבריה, על פי הצעת ועדת הכנסת שנתקבלה ברוב של שני שלישים מחברי הוועדה, ועל יסוד חוות דעת רפואית (ראו: מש/1).

(2) בהצעת חוק-יסוד משנת 1990 מטעם חה"כ אוריאל לין, הוצע כי נבצרות קבועה של ראש הממשלה תהא "מכל סיבה שהיא".

(3) בהצעת חוק-יסוד משנת 1990 מטעם חה"כ יהואש צידון, הוצע כי העברת ראש הממשלה מתפקידו בשל נבצרות קבועה תהא "מטעמי בריאות", ותקבל על-ידי הכנסת ברוב של שבע עשיריות מחבריה, על פי הצעת ועדת הכנסת שהתקבלה ברוב של שני שלישים מחבריה ועל יסוד חוות דעת רפואית.

(4) מדיוני ועדת החוקה בהצעות אלה ובהצעות נוספות עולה שחברי הוועדה חששו מפני שימוש לרעה בסעיף זה – הן באמצעות העלאת הצעות חוזרות ונשנות מצד האופוזיציה להעביר את ראש הממשלה מתפקידו מטעמי בריאות כדי לבזותו, הן ביחס למצבים שבהם ראש הממשלה לא יוכל למלא את תפקידו אך הדיון יימנע מסיבות פוליטיות. בשנת 1992 שר המשפטים דן מרידור אף הגיש הסתייגות במליאת הכנסת להצעת חוק-היסוד שנדונה באותה עת וטען שיש קושי במצב שבו מועמד לראשות הממשלה לא נפטר, אינו מעוניין להתפטר, ו"מישהו יגיש עתירה לבית משפט אולי כדי לקבוע שהאיש הזה מטעמי בריאות לא יכול להיות ראש ממשלה". בתגובה לכך, חה"כ משה שחל השיב כי אין חשש שכזה שכן נבצרות היא "מפאת סיבה שהיא אובייקטיבית לחלוטין".

ג. בחוק-יסוד: הממשלה שאושר ביום 14.4.92 (להלן: **חוק היסוד משנת 1992**), ואשר כלל הסדר של בחירות ישירות לראשות הממשלה, נקבע כי נבצרות של **מועמד** לראשות הממשלה תהא "מטעמי בריאות", אך לא נקבעה הגבלה דומה על נבצרות של **ראש הממשלה הנבחר**. קשה להבין את ההיגיון העומד ביסוד פער זה, וככל הנראה מדובר בפער מקרי, הנובע מההיסטוריה החקיקתית השונה של שתי ההוראות: סביב המונח "נבצר" המתייחס ל**מועמד** לראשות הממשלה התקיים דיון ער בוועדת החוקה, והתקבלה הצעתו של חה"כ דוד ליבאי לכתוב במפורש: "נבצר מסיבות בריאות", שכן "אחרת אתה נותן לעקוף את החוק כהנה וכהנה". לעומת זאת, ביחס לראש הממשלה עצמו – אפשרות הנבצרות נוספה רק לאחר תום הדיונים בהצעת החוק על ידי צוות הניסוח, מבלי שנערך כל דיון בעניין זה בוועדה או במליאת הכנסת.¹

10. בשנת 2001 כונן חוק-יסוד: הממשלה העומד בתוקפו עד היום (להלן: **חוק היסוד**). סעיפים 16 ו-20 לחוק היסוד קובעים כי אם נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו – ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; ובחלוף 100 ימים של נבצרות זמנית, יראו את ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו ויראו את הממשלה כאילו התפטרה:

"16. מילוי מקומו של ראש הממשלה

(א) נעדר ראש הממשלה מן הארץ יזמן ממלא מקומו את ישיבות הממשלה וינהל אותן.

¹ ראו: פרוטוקול מיום 16.9.91, עמ' 19; פרוטוקול מיום 2.10.91, עמ' 21: "אלה שעסקו במלאכת הניסוח, שהיא מלאכה קשה מאד, עלו מפעם בפעם על כמה דברים שיש בהם אולי חוסר עקביות או משהו מעין זה ושיש צורך לתקנם. אני מוצא לנחוץ להביא לידיעת הוועדה כמה תיקונים שהוכנסו במהלך עבודת הניסוח. תיקונים אלה נראו לי כתיקונים נכונים, אבל אני חושב שמן הראוי שאביא אותם בפני הוועדה. בסעיף 24, המדבר על ראש ממשלה שנפטר בזמן כהונתו, היה צריך להוסיף את המלים "או שנבצר ממנו דרך קבע", ואז ייערכו הבחירות. לפי דעתי, זה תואם את ההוראות שלנו". לעניין זה נוסף כי טענת היועצת המשפטית לממשלה בסעיף 118 לכתב התשובה, כי "התיקונים השונים שנעשו עד היום בהסדר הנבצרות היו מעטים, ונעשו מתוך בחינה רחבה של הסוגיה, כפי שנדרש בהסדר תשתית ורגיש שכזה", נטענה בעלמא ולא הובאה לה כל ראיה.

(ב) נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו.

(ג) לא היה ממלא מקום לראש הממשלה או שנבצר ממלא מקום ראש הממשלה למלא את תפקידו לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ב), תקבע הממשלה שר אחר, שהוא חבר הכנסת, למלא תפקידים אלה.

...

20. ראש הממשלה שנפטר או שנבצר ממנו דרך קבע למלא את התפקיד

(א) נפטר ראש הממשלה, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום פטירתו.
 (ב) נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו.

11. את ההסדר הנוגע לנבצרות ראש הממשלה יש לבחון על רקע הסדרים אחרים הקבועים המתייחסים לנבצרות של נושאי משרה בכירים, כדלהלן:

הליך האישור	עילת הנבצרות	עיגון נורמטיבי	יזם הנבצרות	נושא המשרה	סוג הנבצרות
אישור ועדת הכנסת ברוב קולות	מכל סיבה ²	סעיף 22(א)(2) לחו"י: נשיא המדינה	נשיא המדינה	נשיא המדינה	נבצרות זמנית
אישור ועדת הכנסת	מכל סיבה ³	סעיף 20א(ב) לחו"י: הכנסת	יו"ר הכנסת	יו"ר הכנסת	נושא המשרה
החלטת ועדת הכנסת ברוב של שני שלישים מחבריה לתקופה של עד 6 חודשים; חו"ד רפואית; החלטת הכנסת ברוב חבריה לתקופות נוספות	מטעמי בריאות	סעיף 22(א)(3) לחו"י: נשיא המדינה	ועדת הכנסת	נשיא המדינה	נבצרות זמנית
לא נדרש הליך נוסף	מטעמי בריאות	סעיף 20א(ב) לחו"י: הכנסת	ועדת הכנסת	יו"ר הכנסת	ביוזמת גורם חיצוני
עד 6 חודשים	----	סעיף 29 לחוק מבקר המדינה ⁴	----	מבקר המדינה	

² ראו: חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 6); בג"ץ 7466/06 מרזל נ' נשיא המדינה (13.9.06).

³ ראו: חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 27).

⁴ חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (להלן: חוק מבקר המדינה).

סוג הנבצרות	נושא המשרה	יזם הנבצרות	עיגון נורמטיבי	עילת הנבצרות	הליך האישור
נבצרות קבועה ביוזמת גורם חיצוני	נשיא המדינה	ועדת הכנסת	סעיף 21 לחו"י: נשיא המדינה	טעמי בריאות	הצעת ועדת הכנסת ברוב של 2/3 מחבריה; חו"ד רפואית; החלטת הכנסת ברוב חבריה
	יו"ר הכנסת	ועדת הכנסת	סעיף 20א(ג) לחו"י: הכנסת	טעמי בריאות	לא נדרש הליך נוסף
	שופט	הוועדה למינוי שופטים	סעיף 13א(2) לחוק המשפט ⁵	מצב בריאותי	חו"ד רפואית
	מבקר המדינה	ועדת הכנסת	סעיף 13(1) לחו"י: מבקר המדינה; סעיף 8ב לחוק מבקר המדינה	טעמי בריאות	הצעת ועדת הכנסת ברוב של 2/3 מחבריה; חו"ד רפואית; החלטת הכנסת ברוב חבריה

12. מסקירה זו עולות כמה מסקנות:

א. ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה, ערב חוק היסוד המתקן, הייתה מוסדרת באופן **רזה במיוחד** בהשוואה להכרזה על נבצרות של נושאי משרה בכירים אחרים, ובפרט בהשוואה למנגנון הנבצרות הקבוע ביחס לנשיא המדינה ויו"ר הכנסת. חוק היסוד קובע את **התוצאה המעשית** של נבצרות ראש הממשלה, אך אינו מסדיר את **האופן שבו היא נקבעת**. חוק היסוד קובע אמנם כי אם נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו – ימלא את מקומו ממלא מקומו, ולאחר 100 ימים יראו אותו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו ויראו את הממשלה כאילו התפטרה, אולם הוא שותק ביחס לשאלות היסוד של ההליך: מי רשאי ליזום הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, מהן עילות הנבצרות וכיצד מתבצע ההליך.

ב. **במקרים שבהם מתייחס המחוקק או המכוון להכרזה של גורם חיצוני על נבצרות של נושא משרה בכיר, הנבצרות מוגבלת לטעמי בריאות בלבד**. לעומת זאת, כאשר נושא משרה בכיר מודיע בעצמו כי נבצר ממנו למלא את תפקידו, חוקי היסוד אינם מגבילים את העילות שבגינן רשאי נושא המשרה להודיע על נבצרותו.

13. נוכח הלקונה הקיימת ביחס לשאלות היסוד של נבצרות ראש הממשלה, התעוררה בעבר מספר פעמים השאלה מהן עילות הנבצרות, מי מוסמך לקבוע כי נבצר מראש הממשלה באופן זמני או קבוע למלא את תפקידו ומהו האופן שבו מתקבלת קביעה זו. ההליך המשפטי העיקרי שבו עלתה שאלה זו היה בג"ץ 6231/08 **יצחק נ' ראש הממשלה** (4.8.08) (להלן: **עניין יצחק**), שהתייחס לבקשה להכריז על נבצרותו של ראש הממשלה דאז, אהוד אולמרט, בעקבות פתיחת חקירה פלילית נגדו. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה זו הובאה בתגובת המדינה **לעניין יצחק** (שצורפה לכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה כנספח **מש/1**), כדלהלן:

⁵ חוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**).

ביחס לעילת הנבצרות – עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי סעיף 16 לחוק-יסוד הממשלה עוסק "בנבצרות מכל טעם שהוא – אובייקטיבי או סובייקטיבי", לרבות "מצב בו מטעמים אישיים-סובייקטיביים שונים – משפחתיים, ציבוריים או משפטיים – נושא המשרה סבור שאין בידו, באופן זמני, למלא את תפקידו באופן ראוי".

ביחס לאופן ההכרזה על נבצרות ולזהות האדם המוסמך לכך – עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי "ההכרזה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו (ה"נבצר"), למעט מקרים של מניעה אובייקטיבית (כגון כאשר מדובר במחלה המונעת מהנבצר מודעות למצבו) או כאשר הדין קבע במפורש את הגורם שבידיו לקבוע קיומה של נבצרות (בדרך כלל, הגורם הממונה על נושא המשרה בו מדובר)".

14. בפסק הדין בעניין **יצחק קבע** בית המשפט הנכבד כדלהלן:

"מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש הממשלה [...].
עוד מניחים אנו, מבלי להכריע בדבר, כי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה [...].
אף אם כך הוא, הרי ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן."

15. הנה כי כן, בשל הלקונה שהייתה קיימת בדבר זהות הגורם המוסמך להחליט כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, ובשל היעדר הסדרה חקיקתית להליך שבו יש לקבוע זאת, היה מוכן בית המשפט הנכבד להניח, מבלי להכריע בדבר, כי הסמכות לפרש את המונח "נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו" במקרים קונקרטיים נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה. זאת, ככל הנראה, מכוח היותו של היועץ המשפטי לממשלה הפרשן המוסמך של החוק עבור הרשות המבצעת.

ב. הליכי החקיקה של חוק היסוד המתקן

16. על אף שהצו על-תנאי אינו עוסק בהליכי הכינון של חוק היסוד המתקן, נפרט להלן את הליכי הכינון של חוק היסוד המתקן. פירוט זה יובא כדי להראות שהדיונים בהצעת חוק היסוד המתקן היו מקיפים, עלו בהם סוגיות רבות הנוגעות לתוכנו, וחברי הכנסת הפעילו שיקול דעת ביחס להיבטים שונים של ההסדר, לרבות לגבי מועד תחולתו.

17. ראשיתו של חוק היסוד המתקן, בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה), שאותה יזמה קבוצת חברי כנסת, הכוללת את יושבי ראש סיעות הקואליציה (פ/2560/25); להלן: **הנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד**). נוסחה המקורי של ההצעה הועלה למערכת 'סנהדרין' ביום

8.2.23 בשעות הערב,⁶ ביום 13.2.23 בשעות הערב הנוסח הוגש למזכירות הכנסת (לאחר שנחתם על ידי כל חברי הכנסת המציעים) והוא הועבר באותו הלילה ללשכה המשפטית. ביום 20.2.23 אושרה ההצעה על ידי נשיאות הכנסת והונחה על שולחן הכנסת.

18. בנוסח הצעת החוק הוצע להגדיר כי נבצרות ראש הממשלה היא "אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו, ועל בסיס אחד משני טעמים אלה בלבד"; להתוות הליך שבו תיקבע נבצרות ראש הממשלה; ולקבוע כי בית משפט, לרבות בג"ץ, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה וכי כל החלטה או צו בעניין זה יהיו "חסרי סמכות ונעדרי תוקף". בדברי ההסבר לנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד צוין בין השאר כדלהלן:

"חוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הנוכחי קובע בסעיף 16(ב) ו-16(ג) כללים למצב של נבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו, כלומר אי-מסוגלות ראש הממשלה למלא את תפקידו. נבצרות ראש הממשלה משמעה שכל סמכויותיו של ראש הממשלה ניטלות מידיו ומועברות לידי ממלא מקומו. נבצרות עלולה להוביל להפסקת כהונתו של ראש הממשלה ככל שהיא נמשכת מעל 100 ימים. לפיכך, בשל ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת. כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא בפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי.

על כן, תיקון זה נועד להבהיר שנבצרותו של ראש הממשלה מלמלא את תפקידו יכולה להתרחש אך ורק בשל אי-מסוגלות פיסית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו. כלומר, בשל מצב בריאותי קשה או בשל מצב קיצוני אחר (דוגמת ניתוק קשר ממושך או שבי), המגביל קיצוניות או מונע כליל, פיסית או נפשית, את יכולת התפקוד של ראש הממשלה.

בנוסף, תיקון זה נועד להדגיש כי הסמכות להכריז על נבצרות ראש הממשלה מלמלא את תפקידו, נתונה בידי ראש הממשלה עצמו ובמקומות שבהם ראש הממשלה אינו יכול לעשות כן בשל נבצרות פיסית או נפשית כאמור, ובמקרים אלו בלבד, תעשה זאת הממשלה, ברוב מיוחד של שלושה רבעים מחבריה. ככל שהחלטה כאמור התקבלה על ידי הממשלה בניגוד לדעתו של ראש הממשלה, תועבר הודעת הממשלה לאישור מליאת הכנסת שתיתן ברוב מיוחד של תשעים חברי הכנסת, ורק לאחר אישור הכנסת כאמור תיכנס נבצרות ראש הממשלה לתוקף. מובן שההחלטה על נבצרות לא מחליפה אי אמון קונסטרוקטיבי או אפשרות להקדמת בחירות בהצבעות של 61 חברי הכנסת.

כן מוצע להבהיר, כי לאור משמעותה של ההכרזה על נבצרות כהדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם, בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה וכי החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדרי תוקף.

בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת. כלומר, הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו."

⁶ 'סנהדרין' היא המערכת הממוחשבת המיועדת לניהול הפעילות הפרלמנטרית ולמעקב עליה. מערכת זו משמשת את חברי הכנסת להזנת הצעות חוק, להגשת הצעות לסדר היום, להעלאת שאילתות, להגשת הצעות אי-אמון ועוד.

הנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד צורף כנספח מש/2 לכרך הנספחים.

19. הצעת חוק היסוד באה על רקע שיח משפטי וציבורי המתקיים בשנים האחרונות, העוסק בשאלת היקף ניגוד העניינים של ראש הממשלה בנימין נתניהו, נוכח כתב האיטום שהוגש נגדו ביום 28.1.20 ובשל המשפט הפלילי המתנהל נגדו כיום. נציין להלן כמה מההליכים המשפטיים שעסקו בסוגיה זו:

א. **בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: עניין הטלת המנדט)** – עתירה זו (ועתירות נוספות שנדונו יחד עמה) הוגשה לאחר הבחירות לכנסת ה-23, בעקבות הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית בראשות חה"כ בנימין נתניהו. בעתירות נטען כי לא ניתן להטיל את הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו בשל כתב האיטום שהוגש נגדו.⁷ בית המשפט הנכבד דחה את העתירות וקבע כי אין עילה משפטית למנוע את הטלת הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו בנסיבות אלו. לצד זאת, בית המשפט רשם לפניו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (ואת אישורו של ב"כ ראש הממשלה לעניין) כי "כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שיערך עמו אשר יקבע 'מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק'".

ב. **בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה** – עתירה זו הוגשה בתום הליך הבחירות לכנסת ה-23, לאחר שחה"כ נתניהו הודיע לנשיא המדינה כי עלה בידו להקים ממשלה, ועניינה היה בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה באשר לנושאים שראש הממשלה מצוי בניגוד עניינים ביחס אליהם. בית המשפט הנכבד קבע כי "אחת מהנחות היסוד שעל בסיסן התאפשרה הרכבת הממשלה ה-35 על ידי חה"כ נתניהו, על אף כתב האיטום התלוי ועומד נגדו, הייתה כי ייערך לו הסדר ניגוד עניינים" ופסק כי חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה מחייבת את ראש הממשלה. כב' המשנה לנשיאה דאז, השופט מלצר, הוסיף בדעת יחיד כי "דומה כי לא יהיה מי שיחלוק שהסמכות לקבוע את הסדר ניגוד העניינים שבפנינו – נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה ולו כדי למנוע כניסה של רעה"מ למצב של נבצרות על פי סעיף 20 לחוק-יסוד: הממשלה. הכרזה כזו על נבצרות... מסורה בלעדית בידי היועמ"ש".

ג. **בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה** – בעתירה זו (ובעתירה נוספת שנדונה עמה) התבקש שוב בית המשפט הנכבד לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל ההליך הפלילי המתנהל נגדו. בית המשפט הנכבד דחה את העתירות ביום 22.4.21 וקבע כדלהלן:

"5. דין העתירות להידחות על הסף בהיעדר עילה להתערבותנו בעת הזו. אכן, כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי בעצם המצב שבו ראש ממשלה נאשם בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו לתפקידו והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור. אולם אף אם נניח כי נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית... לא קמה עילה

⁷ נציין כי עתירות קודמות בעניין זה נדחו על הסף בשל היותן מוקדמות – ראו למשל: בג"ץ 8149/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.1.20).

להתערב בקביעת היועץ המשפטי לממשלה כי בשלב זה לא התבססה עילה שבגינה נבצר מהמשיב למלא את תפקידו.

6. אין גם בסיס מספיק לטענות בדבר 'נבצרות מהותית' של המשיב. הגם שאין להקל ראש בטענות העותרים שמפנות להתנהלותו ולהתבטאויותיו, לא מצאנו כי אלה מבססות תשתית ראייתית מספקת לתימוכין בקביעה כי נבצר מהמשיב למלא את תפקידו בנקודת הזמן הנוכחית [...].

7. באותה מידה, אין מקום לטענת העותרים שנבצר מהמשיב באופן פיזי, או מנטאלי-נפשי למלא את תפקידו, בשל הצורך בהתייצבותו באולם הדיונים בבית המשפט המחוזי, לעת הזו [...].

8. יצוין כי בית משפט זה קבע זה מכבר כי הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב, כתנאי אשר נועד להפיג את החשש הנובע מהמצב החריג שבו מתנהל הליך פלילי נגד ראש ממשלה מכהן, מחייבו [...]. מקובלת עלינו עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין בהסדר ניגוד עניינים זה, אשר נועד כאמור להפיג את החשש לניגוד עניינים בנוגע למערכת אכיפת החוק, כדי להביא את המשיב למצב של נבצרות 'פונקציונאלית' או כי יש ביתר הנסיבות הקשורות להסדר ניגוד העניינים כדי להצדיק עתה הכרזה על נבצרות המשיב. לבסוף, יובהר בהקשר זה שככל שבפי העותרים טענה קונקרטית להפרה של הסדר ניגוד העניינים, רשאים הם לפנות בהליך מתאים, לאחר מיצוי הליכים כנדרש. כאמור, הכרעתנו ניתנת על בסיס התשתית שמונחת לפנינו בנקודת הזמן הנוכחית. טענות העותרים שמורות להם במקרה של שינוי מהותי בנסיבות.

ד. בג"ץ 1158/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה (להלן: **בג"ץ 1158/23**) – גם בעתירה זו (ובעתירה שנדונה יחד עמה) התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו נוכח ההליך הפלילי המתנהל נגדו. עתירה זו הוגשה ביום 9.2.23 (יום לאחר העלאת הנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד המתקן למערכת 'סנהדרין'), ולמחרת – ביום 10.2.23 – הורה בית המשפט הנכבד על הגשת תגובה מקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו ביניים. מהפרוטוקולים של הדיון בהצעת חוק היסוד המתקן מושא ענייננו עולה כי החלטה זו, על הגשת תגובה מקדמית לעתירה, עמדה ברקע קידום הצעת חוק היסוד המתקן מושא העתירה דנן. ביום 29.3.23, לאחר כינון חוק היסוד המתקן, נמחקה העתירה נוכח השינוי שחולל חוק היסוד המתקן במצב המשפטי.

20. ביום 1.3.23 נדונה הצעת חוק היסוד במליאת הכנסת בדיון המוקדם, וחה"כ אופיר כץ הציגה ועמד על תכליתה. חה"כ כץ ציין כי ההצעה הוגשה בשל רצון למנוע "ניצול לרעה" של מוסד הנבצרות באופן שימנע מראש הממשלה למלא את תפקידו בעל כורחו, חרף כשירותו הפיזית והנפשית. לשיטתו, הכרזה מעין זו משמעה "הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם":

"הצעת החוק הזאת מבהירה מה שכל אדם פשוט מבין: לא ייתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת. [...]

ההצעה שמונחת בפניכם, חבריי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות

הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי. לכן היא צריכה להילקח בשני תנאים בלבד: הראשון – כשמדובר במצב מובהק של אי-מסוגלות; והשני, כשנציגי העם מאשרים זאת. ההכרזה על נבצרות תיעשה על ידי ראש הממשלה או הממשלה ברוב של 75% מחבריה. במקרה נדיר שבו ההכרזה על נבצרות תהיה בניגוד לדעת ראש הממשלה, יושב-ראש הכנסת יעביר לאישור מליאת הכנסת את ההחלטה, וזאת תוכל לאשר את ההכרזה ברוב של 90 חברי כנסת. היום אנחנו שומרים ומגינים על הדמוקרטיה ועל הרצון של אזרחי ישראל; היום אנחנו שומרים ומגינים על הבחירה של אזרחי מדינת ישראל.”

21. שר החינוך יואב קיש הגיב להצעה בשם הממשלה וחזר על דברים דומים:

”אם אנחנו הולכים למקום שבו קורה שהמנהיג – בעצם הרי ברור לכולנו, הוא נבחר על ידי נציגי העם וזוכה לאמון הכנסת, ומתקבלת קביעה בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיזית ונפשית לתפקידו, זאת אומרת שיש פה אירוע של נבצרות לראש ממשלה, שמשמעותה בפועל ביטול תוצאות הבחירות, ביטול ההליך הדמוקרטי. ולכן בהצעת החוק הזו אנחנו רוצים להגדיר בצורה הכי ברורה שיכול להיות את מצב הנבצרות, שיחול אך ורק במקרה של אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש ממשלה למלא את תפקידו. לצורך העניין, בתקופת ראש הממשלה אריאל שרון, זכרו לברכה, מדינת ישראל עברה דרך האירוע הזה. ושם הרי לא היה ספק שהוא היה נבצר, ולא היה מסוגל למלא את תפקידו. לצורך העניין, זה האירוע שבו אכן מתאים להכריז על נבצרות. [...] בחוק הזה אנחנו מבהירים את הברור מאליו – לצערי, הגענו למצב הזה. **מקרים של נבצרות כמו שהיה לראש הממשלה אריאל שרון הם מקרים שאליהם התכוון המחוקק**; בכל מקרה אחר שבו רוצים לבטל את בחירת העם, אפשר לעשות זאת אך ורק דרך הבית הזה, דרך הנציגים של הבית הזה וברוב של הבית הזה – לא בשום דרך אחרת.” (ההדגשה בציטוט זה וההדגשות בציטוטים שלהלן נוספו ע”י הח”מ)

22. בתום הדיון התקיימה הצבעה במליאה, והנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד אושר בדיון המוקדם במליאת הכנסת. על פי החלטת ועדת הכנסת מיום 1.3.23, הועבר נוסח הצעת חוק היסוד לדיון בוועדה מיוחדת לתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: **הוועדה המיוחדת או הוועדה**).

23. בין הימים 2-13.3.23, קיימה הוועדה המיוחדת חמישה דיונים בהכנת הצעת חוק היסוד המתקן לקריאה הראשונה. הדיונים היו ארוכים ומפורטים ונדונו בהם כלל הסוגיות הרלוונטיות לעניין. נזכיר כמה מהן, ולגביהן נרחיב להלן:

- הגדרת המושג 'נבצרות' וצמצום עילות הנבצרות לאי-מסוגלות פיזית (לאו דווקא בריאותית) או נפשית בלבד;
- שאלת הרוב הדרוש בממשלה, בוועדת הכנסת ובמליאת הכנסת לקביעה כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו כראוי, כאשר לא ניתנה הסכמת ראש הממשלה עצמו לקביעה זו;
- הצורך באישור גורם חיצוני (כפי שנקבע בעניין נשיא המדינה) להודעת ראש הממשלה כי נבצר ממנו למלא את תפקידו;
- הסדרת מצב שבו ראש הממשלה לא מינה ממלא מקום;

- הדרך שבה תזומן ותנוהל ישיבת הממשלה לצורך קביעת נבצרות ראש הממשלה בלא הסכמתו ;
- הצורך בקבלת חוות דעת מקצועית לצורך קביעה כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו ;
- הסעיף המונע ביקורת שיפוטית על החלטה בעניין נבצרות ראש הממשלה ;
- הקושי הקיים בכינון חוק היסוד המתקן שלא מאחורי 'מסך בערות', מתוך מניע פרסונלי, על רקע החלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1158/23, ובתחולה מיידית.

24. לפני הוועדה המיוחדת הונח מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה, שבו צוין תחילה כי "חוק היסוד, בנוסחו כיום, אינו מתייחס לאופן בו מוכרזת נבצרות ראש הממשלה, לגורם המחליט על הנבצרות או לעילות המקימות את הנבצרות. גם עיון בדיוני ועדות הכנסת שעסקו בחוק היסוד אינו מלמד על כוונתם של המחוקקים ביחס לשאלות הללו". בהמשך, ניתנה במסמך התייחסות לחקיקה הקיימת בעניין נבצרות נושאי משרה אחרים – נשיא המדינה, יושב ראש הכנסת, נשיא בית המשפט ושופט ומבקר המדינה, ובהקשר זה נכתב כי "בכל מקום בחוק שבו הוסדר נושא הנבצרות הקבועה נקבע כי נבצרות כאמור תוכל להתקיים רק מטעמי בריאות ולא מכל טעם אחר. כך בנוגע לנשיא המדינה, ליו"ר הכנסת, למבקר המדינה ולשופט... [לעומת זאת], לגבי ראש הממשלה נקבע בחוק שייתכן מצב בו נבצר ממנו למלא את תפקידו דרך קבע, אך לא נקבע הסדר בדבר העילות או ההליך לכך". בהמשך, פורטו בו ההסדרים הקיימים ביחס להשעיה או להפסקת כהונה של נושאי משרה שונים מחמת התנהלות בלתי-הולמת, הגשת כתב אישום או הרשעה בפלילים.

25. אחר זאת, הוצגה במסמך ההכנה התייחסות לכל אחד מסעיפי הצעת חוק היסוד המתקן, תוך הצבעה על כך שההסדר המוצע קשיח ונוקשה ועלול לעורר קשיים במקרים שבהם ייבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, אך מסיבות פוליטיות לא ניתן יהיה לעמוד בהליך הקבוע בהסדר המוצע. בנוסף, הייעוץ המשפטי לוועדה הציע לאפשר ביקורת שיפוטית לפחות ביחס להיבטים מסוימים של הליך קביעת הנבצרות. עוד נכתב במסמך כדלהלן :

"43. יצוין תחילה כי אכן נכון להסדיר, באופן עקרוני, את סוגיית ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה, השיקולים והנימוקים המנחים בעניינה וההליך לביצוע הכרזה מעין זו שאינם מוסדרים כיום בחקיקה. זאת גם לנוכח קיומם של הסדרים ביחס לנושאי משרה אחרים שנסקרו לעיל. לצד זאת, יצוין כי בימים אלה תלויה ועומדת עתירה בעניין נבצרותו של ראש הממשלה [...] יש להסב את תשומת הלב לפסיקת בית המשפט העליון בעניין שפיר, שם עמד בית המשפט על נכונות להעביר ביקורת שיפוטית במקרים נדירים של שימוש לרעה בסמכות מכוונת. אמנם עמדתה המסורתית של הכנסת היא שהיא אינה מכירה בסמכות בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, אך מבלי להביע עמדה לגופו של עניין בשלב זה, נראה כי טענה מעין זו עלולה להיטען נגד חקיקת ההסדר המוצע."

מסמך ההכנה מאת הייעוץ המשפטי לוועדה המיוחדת מופיע כנספח מש/3 לדרך הנספחים.

26. בנוסף, הועברה ליו"ר הוועדה סקירה ראשונית מטעם מרכז המידע והמחקר של הכנסת, שנכתבה בעקבות פנייה של שתיים מחברות הכנסת לייעוץ המשפטי לוועדה. בראשית סקירה זו הובהר כי "קיימת הבחנה בין נבצרות – ככלל, אי-כשירות למלא את התפקיד מסיבות בריאותיות (physical or mental

(incapacity) – לבין הדחה על סמך אישום בהתנהגות בלתי הולמת חמורה, שחיתות או הפרות של החוק או החוקה (impeachment). דברינו כאן מתייחסים רק לסוגיית הנבצרות ולא להליכי הדחה". לגופו של עניין צוין, "בכל הנוגע להכרזה על נבצרות של מי שעומד בראש הרשות המבצעת (ראש ממשלה או נשיא, בהתאם לסוג המשטר)", כי "נהוג להבחין בין משטרים פרלמנטריים למשטרים נשיאותיים (או חצי-נשיאותיים)". במשטרים פרלמנטריים, דרך המלך להעברת ראש הרשות המבצעת מתפקידו היא בהליכים פנימיים של מפלגתם או בהצבעת אי-אמון בפרלמנט. לעומת זאת, במשטרים נשיאותיים נדרש עיגון של פתרון חוקתי למצב שבו הנשיא אינו כשיר באופן פתאומי לבצע את תפקידו, אך לצד זאת יש לעגן גם הסדרים שיבטיחו כי נבחר ציבור לא יודחו מתפקידם על סמך טענות לא מבוססות בדבר אי-כשירות גופנית או נפשית, הנובעות ממניעים פוליטיים. מהסקירה האמורה עולה כי במרבית המדינות שנכללו בה נהוג הסדר הכולל מעורבות של גוף פוליטי, של אנשי מקצוע מתחום הרפואה ושל גורם משפטי אובייקטיבי כדי לקבוע כי נבצר מראש המדינה למלא את תפקידו.

סקירת מרכז המידע והמחקר של הכנסת מופיעה כנספח מש/4 לדרך הנספחים.⁸

27. מסמך נוסף שהוצג לפני הוועדה המיוחדת הוא חוות דעת מאת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי). בחוות דעת זו נכתב כדלהלן:

"בתמצית, לעמדתנו, בשים לב לעמימות הקיימת בהסדר הנוכחי, קיימת הצדקה לכך שבמסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה והמנגנון שבאמצעותו ייקבע מצב של נבצרות. אולם פרטי ההסדרים הכלולים בהצעה מעוררים קשיים משפטיים ומעשיים, המחייבים התייחסות והשלמה. ראשית, קיים קושי בצמצום מצבי הנבצרות אך ורק להיעדר מסוגלות פיסית או נפשית, תוך שינוי מהדין הקיים המכיר במצבים נוספים אפשריים, בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ועל בסיס תשתית ראייתית כבדת משקל. שנית, השילוב בין מרכיביה השונים של ההצעה עלול להביא למצבים בהם על אף שמבחינה אובייקטיבית ראש הממשלה לא יוכל לבצע את תפקידו, למשל, מסיבות בריאותיות, הוא ימשיך לכהן בתפקיד בשל אילוצים פוליטיים שימנעו את הכרזתו כנבצר, ללא אפשרות לסעד משפטי, באופן שפוגע בתכלית הרציפות התפקודית העומדת בבסיס ההסדר. ולבסוף, אנו סבורים כי יש מקום להתנגד לקביעה הגורפת והתקדימית בהצעת החוק המונעת כל בחינה שיפוטית ביחס להליכים אלה, ובכך יוצרת 'חור שחור' שאיננו נתון לביקורת שיפוטית."

חוות דעת הייעוץ המשפטי לממשלה מופיעה כנספח מש/5 לדרך הנספחים.

28. בדיוני הוועדה המיוחדת השתתפו, לצד חברי כנסת רבים, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ונציגים נוספים של הייעוץ המשפטי לממשלה, מומחים במשפט חוקתי ונציגים של ארגוני החברה האזרחית.

⁸ נציין כאן בקצרה, כי אף במשפט העברי מצאנו התייחסות לנבצרות של נושא משרה מטעמים שונים, והראשונה שבהן – המשנה הפותחת את מסכת יומא, הקובעת כי שבעה ימים לפני יום הכיפורים היו מתקינים ממלא מקום לכהן הגדול, "שמה יארע בו פסול". הח"מ לא מצא דיון ביחס לעילות שביגין ממלא מקום הכהן הגדול משמש במקום הכהן הגדול ביום הכיפורים, וכן לא נמצא דיון בשאלת זהות הגורם המוסמך לקבוע כי נבצר מהכהן הגדול למלא את תפקידו. הדוגמאות המובאות בספרות ההלכתית למקרים שבהם נבצר מהכהן הגדול למלא את תפקידו הם כהן גדול שחלה, כהן גדול שנטמא (ועל כן אינו ראוי להיכנס לבית המקדש), כהן גדול שרצח בשוגג וגלה לעיר מקלט, וכהן גדול שנשבה על ידי נכרים. לפירוט, ראו: **אנציקלופדיה תלמודית**, ערך: כהן גדול, אות ט.

היועץ המשפטי לוועדה המיוחדת והיועצת המשפטית לכנסת הביעו אף הם את דעתם ביחס לסוגיות שהתעוררו וסייעו לחברי הכנסת לטייב את ההסדר שבהצעת חוק היסוד המתקן. **חשוב לציין כבר עתה, כי הדעות הרבות שנשמעו – הן בדיוני הוועדה המיוחדת לקראת הקריאה הראשונה, הן בדיוניה לקראת הקריאות השנייה והשלישית – הובילו לשינויים משמעותיים ביותר בהצעת החוק המתקן.** בין השאר, הושמט סעיף שמרבית הדוברים ראו אותו כסעיף הבעייתי ביותר בהצעת חוק היסוד המתקן המקורית – זה המונע ביקורת שיפוטית על קביעת נבצרות; הובהרו עניינים פרוצדורליים שונים בהליך קביעת הנבצרות; ושיעור הרוב הדרוש במליאת הכנסת לקביעה כי נבצר מראש הממשלה לבצע את תפקידו הופחת מ-90 חברי כנסת ל-80 חברים. בנוסף, חברי הכנסת השונים, מהקואליציה ומהאופוזיציה, נטלו חלק פעיל בדיוני הוועדה המיוחדת, שאלו שאלות על אודות ההסדר ופרטיו, הציעו הצעות לתיקון הנוסח וקיבלו מענה מקיף מהיועץ המשפטי לוועדה, מיוזמי ההצעה וכן ממוזמנים אחרים שהתייצבו לדיון.

29. בפתח הדיון הראשון, שהתקיים ביום 2.3.23, הציג יו"ר הוועדה ואחד מיוזמי הצעת חוק היסוד, חה"כ אופיר כץ, את תכלית ההצעה. לדבריו, ההצעה נועדה להגדיר כי נבצרות ראש הממשלה תחול רק במצב מובהק של אי-מסוגלות למלא את התפקיד ורק באישורם של נציגי העם. זאת, כדי שניתן יהיה להימנע מחשש ל"ניצול לרעה של הדין הקיים ולהשתמש בה לסיכול רצון הבוחר".

30. מכיוון שנציגי האופוזיציה סירבו לדון בהצעת החוק באותו שלב, עד להמצאת חוות דעת משפטית מטעם היועץ המשפטי לוועדה, פנה יו"ר הוועדה לנציגי היועץ המשפטי לממשלה וביקש כי ישמיעו עמדתם ביחס להצעה.

31. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), עו"ד ד"ר גיל לימון, שהגיע לדיון, עמד על כך שאכן ראוי כי הכנסת תידרש "להבהרת הנסיבות בהן נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו והמנגנון שבאמצעותו ייקבע מצב של נבצרות", אך עמד על מספר "קשיים משפטיים ומעשיים" לדבריו, הקיימים במנגנון שהוצע בהצעת החוק. בתוך כך, התייחס המשנה ליועצת המשפטית לממשלה לתחומת העילות העשויות להקים נבצרות בנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד לנסיבות פיזיות או נפשיות בלבד; לקביעת מנגנון קשיח ומורכב להכרזה על נבצרות ולשאלת היחס בינו לבין עילות הנבצרות; ולשאלת התשתית העובדתית הנדרשת להכרזה על נבצרות. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הדגיש במיוחד את הקושי המהותי שבמניעת ביקורת שיפוטית על הכרזה על נבצרות, סוגיה שאותה כינה "חור שחור נורמטיבי", וטען כי הדבר עלול להביא לתוצאות מעשיות בעייתיות (פרוטוקול הדיון מיום 2.3.23, בעמ' 8-10).

32. כמו כן, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה העלה חשש, ביחס להצעת חוק היסוד המתקן ולהצעת חוק יסוד שנדונה במקביל ושעסקה בתנאי הכשירות לכהונת שר, מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת (פרוטוקול הדיון מיום 2.3.23, עמ' 10):

"לבסוף אני מבקש להתייחס לסוגייה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת [...]. קיים דמיון בין שתי הצעות החוק שנדונות בפני הוועדה הזאת במוכן זה שגם ההצעה הנוכחית שנוגעת לנבצרות, גם ביחס אליה הרקע לתיקון חוק היסוד הוא הליך שיפוטי ספציפי תלוי ועומד, במסגרתו ביקשו העותרים שבית המשפט יכריז שנבצר מראש

הממשלה למלא את תפקידו בשל ההליך הפלילי שמתנהל כנגדו ולאור פסקי דין קודמים שניתנו באותו עניין. גם במקרה הנוכחי, עיתוי הצעת החוק מעורר חשש להתערבות שיפוטית בהיבט של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. [...]

הצעת החוק הנוכחית מבקשת כאמור לבטל את האפשרות להכריז על ראש הממשלה כנבצר אלא בנסיבות בריאותיות וכן ליצור חור שחור בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על החלטות מהסוג הזה. בכך התוצאה של הצעת החוק היא ביטול הקשר בין הדברים כפי שנקבע בפסקי הדין שהזכרתי ולייתר את הטענות והעתירות הספציפיות.

משה ארבל (ש"ס): בהליך פלילי במקרה של שי דרומי הכנסת התכנסה – בהליך פלילי, לא בהליך בג"צי – וקיבל החלטה והיא השפיעה על ההליך הפלילי ועל תוצאותיו. לא זכורה לי עמדת המדינה שהתנגדה לקידום הליך החקיקה בחוק שי דרומי.

גיל לימון: קודם כל, אני מודה שאני לא בקי בנסיבות של שי דרומי. כמו שאמרתי, יש כאן עניין בוודאי של עיתוי שיכול לעורר חשש להתערבות שיפוטית בגין שימוש לרעה, בטענה של שימוש לרעה של הסמכות המכוננת.

משה ארבל (ש"ס): מה פסול בזה? נראה שהתאהבתם בהגדרה הזאת. כל דבר אתם מכניסים שימוש לרעה.

היו"ר אופיר כץ: גם חור שחור.

אורית פרקש הכהן (המחנה הממלכתי): אולי אתם התאהבתם בשימוש לרעה. חוקים פרסונליים."

33. שאלת היחס בין המניע לכינון חוק היסוד המתקן לבין תוכן הצעת חוק היסוד עלתה לאורך הדיונים מספר פעמים. כך, בדיון שנערך ביום 12.3.23 הביע עו"ד הידי נגב, ב"כ העותרת בבג"ץ 2412/23, את עמדתו כי כינון חוק היסוד המתקן עשוי לעלות כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. גם היועצת המשפטית לכנסת הזכירה חשש זה (ביחס להצעת פרופ' יואב דותן, להחליף את חוק היסוד המתקן בחוק יסוד שיקבע כי ראש ממשלה לא ייחשב כנבצר בשל ניגוד עניינים):

"שגיית אפיק: החשש הוא העיתוי, החשש הוא העיתוי, החשש הוא העיתוי, והנה אני רואה כבר את הידי נגב מרים יד לומר, שהחשש הוא העיתוי. החשש הוא משימוש לרעה בסמכות המכוננת, מכיוון שמדובר בעניין טרי שכרגע תלוי ועומד."

34. מנגד, יו"ר הוועדה טען כי הצעת חוק היסוד המתקן נועדה להסדיר את עילות הנבצרות ואת הליך קביעת הנבצרות, כאשר הסדרה זו נדרשת ללא קשר למצבו של ראש הממשלה הנוכחי (פרוטוקול הדיון מיום 12.3.23, עמ' 62):

"אני רק רוצה להגיד שדווקא ההערות שלכם על כל מיני מצבי קיצון, כן מחזקים את הטענה שצריך לעשות סוף סוף הסדר למצב של נבצרות. הנה דברים שלא חשבו ואנחנו כן מעלים פה, זה רק מוכיח שכן צריך סוף סוף להסדיר את העניין הזה, גם הייעוץ המשפטי לממשלה גיל לימון במסמך שהוא העביר לנו, גם הוא כתב את העובדה שבאמת צריך להסדיר את זה.

ולהסדיר את זה, מי שאמור להסדיר את זה אנחנו חברי הכנסת בחקיקה, אין דרך אחרת ואני חושב שזה המסלול הכי הכי נכון לעשות את זה, ואנחנו רואים את זה כאן בדיון, וזה מה שאנחנו באמת עושים, זה לא שימוש לרעה, אנחנו עושים את מה מתבקש ולפי דעתי כבר היה צריך להיעשות מזמן."

35. לצד זאת, ראוי לציין כי לא הייתה מחלוקת בוועדה על כך שברקע הצעת חוק היסוד המתקן עומד השיח המשפטי והציבורי שתואר לעיל בעניינו של ראש הממשלה נתניהו. כך אמר – כפי שציטטנו לעיל – יו"ר הוועדה בדיון שנערך ביום 1.3.23, וכך אמר גם חה"כ ארבל בדיון שהתקיים ביום 2.3.23 (עמ' 12-13 לפרוטוקול):

"לעצם הדיון, לעצם זה שבית המשפט פתח את הדלת ומקיים דיון בעתירה הזו בשם ערכים של צדק כביכול, סעיף 15 לחוק בתי המשפט, הדבר הזה הוא בלתי נתפס. הדבר הזה הוא בלתי מתקבל על הדעת. אנחנו נמצאים תקופה קצרה מאוד לאחר הבחירות, כאשר הכנסת והעם אמר את דברו בצורה מאוד מאוד ברורה. זה הכי קרוב לטנגים. זה הכי קרוב [...] סמכותו של בית המשפט לדחות עתירה. יש מקרים שהתבונה גוברת. אם התבונה לא גוברת, אנחנו חייבים לחוקק. [...]

בסופו של דבר אפשר לקרוא לחוק הזה חוק דפנה ברק ארז, היא זו שהביאה אותנו לכאן בהחלטתה השיפוטית לפתוח את דלתו של בית המשפט ולבקש תגובה על העתירה המופרכת וההזויה הזו. היא הביאה אותנו עד הלום. אם היו חברי כנסת בעבר שהיו חוקים על שמם, חוק נהרי למשל, אז יש לנו גם היום שופט בבית המשפט העליון שחוק הנבצרות לדורות ייזכר כחוק ברק ארז."

וראו גם דברי חה"כ אפרת רייטן מרום, פרוטוקול הדיון מיום 5.3.23, עמ' 8-9; דברי חה"כ חנוך דב מלביצקי, שם, עמ' 13-14; דברי חה"כ אורנה ברביבאי, שם, עמ' 15-16; דברי פרופ' טליה איינהורן, פרוטוקול הדיון מיום 9.3.23, עמ' 10-12; דברי חה"כ אורית פרקש הכהן, פרוטוקול הדיון מיום 13.3.23, עמ' 21; דברי חה"כ מטי צרפתי הרכבי, שם, עמ' 30; חילופי הדברים בין חה"כ פרקש הכהן ובין חה"כ סעדה, פרוטוקול הדיון מיום 21.3.23, עמ' 207-213; ועוד.

36. בהמשך הדיון, נוכח טענותיו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) ביחס לתוכנה של הצעת חוק היסוד המתקן, התפתח דיון באשר לאפיקים המשפטיים האפשריים במקרה של הפרת הסדר ניגוד עניינים (עמ' 14 לפרוטוקול):

"גיל לימון: הנושא של נבצרות ראש ממשלה, זה אולי המצב הכי קיצוני שיכול להיות כי בסופו של דבר ראש ממשלה נבחר בבחירות דמוקרטיות ומי שהקים את הממשלה זו הכנסת ברוב חבריה. אנחנו ממש לא מקלים ראש בנושא הזה. [...]

היו"ר אופיר כץ: לאור ההתנהלות של היועצת המשפטית לממשלה, ואנחנו רואים את ההתנהלות שלה, שזה הכול כאן נגד. מה אתם רוצים, שניקח סיכון, נהמר על זה שעכשיו היא תבוא והיא תגיד שהוא עבר על ניגוד עניינים והיא תפעל להדחת ראש ממשלה? זה לא משהו שאפשר לשחק בו. זה לא משהו שאפשר להקל בו ראש. זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה.

משה ארבל (ש"ס): גם אם הוא עובר על הסדר ניגוד עניינים, עומדת בפניכם האפשרות להעמיד אותו לדין על עבירת הפרת אמונים. עבירת הפרת האמונים היא תוצאה של ביטול הסדר ניגוד עניינים."

37. בהמשך, פירטה חה"כ פרקש הכהן את חששותיה מהיבטים שונים בנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד המתקן, לצד הסכמתה לכך שהסוגיה כשלעצמה ראויה להסדרה, וביקשה את התייחסות הייעוץ המשפטי. כך, אמרה בין היתר חה"כ פרקש הכהן (עמ' 20 לפרוטוקול):

"אני רוצה להגיד שבעצם מבחינתי הסוגייה היא מאוד מאוד לגיטימית אבל השאלה האמיתית היא שאם היא לא הייתה תפורה למידותיו של אדם אחד, היינו חושבים על חלופות אמיתיות ולעשות חוק יסוד נורמלי בעניין הזה. חוסר השפיות לא היה עומד במוקד החקיקה הזאת כי זאת לא חוקה וזה בטח לא חוק יסוד, ובמקום זה היינו מתמקדים איך עושים את המנגנון הזה."

38. ד"ר עמיר פוקס, מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, שב גם הוא על החשש שהביע המשנה ליועצת המשפטית לממשלה מפני חקיקה פרסונלית במסגרת חוק היסוד המתקן, והעלה שורה של היבטים שעליהם נדרש לתת את הדעת. בין היתר התייחס ד"ר פוקס להצעה לחייב קבלת חוות דעת רפואית, לצורך בתיקון מבעד למסך בערות, ולחשש מפני הכרזה או אי-הכרזה על נבצרות רק בשל אינטרס פוליטי של הממשלה (עמ' 22 לפרוטוקול).

39. בדיון נוסף שקיימה הוועדה ביום 5.3.23, הציג היועץ המשפטי לוועדה המיוחדת את עיקרי חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לכנסת, אשר הונחה לפני חברי הכנסת. במענה לשאלות חברי הכנסת, וביחס לרצון לקבוע כי לא ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית על קביעות הנוגעות לנבצרות, ציין היועץ המשפטי לוועדה כי עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא "שצריך לאפשר ביקורת שיפוטית על ההליך עצמו וניהולו כדין, כמו במקרים שבהם יכולה להיווצר נבצרות אובייקטיבית או במקרים שיכול להתעורר חשש לניצול לרעה של שימוש בסמכות להכרזה מעין זו" (פרוטוקול הדיון מיום 5.3.23, עמ' 4), והדגיש כי מדובר בסוגיה המונחת לפתחה של הוועדה.

40. במהלך הדיון הביעו חלק מחברי הכנסת התנגדות עקרונית להצעת חוק היסוד המתקן, תוך התייחסות לנסיבות הנחתו על שולחן הכנסת וקידומו בוועדה המיוחדת, ודרשו כי החוק יחול רק מהכנסת הבאה ואילך, או מכהונתו של ראש הממשלה הבא. כך למשל אמרה חה"כ רייטן-מרום (עמ' 9 לפרוטוקול):

"אני חושבת שלשבת עכשיו ולשאל האם זה צריך להיות 90, אולי 80, אולי 70, אלו שאלות טובות, צריך להסתכל עליהן, אבל אני חושבת שאי אפשר לנתק את החוק הזה מהמהלך הכולל של הרפורמה והמשפט של נתניהו. אם יש לכם באמת איזו שהיא אחריות אמיתית, אז קודם כל ברור שזה לא צריך לחול בכנסת הזאת, זה צריך לחול מהכנסת הבאה, כי אנחנו רואים שכל פעם כשמדברים על הרפורמות האלו הייעוץ המשפטי של הכנסת אומר שאלה הדברים שצריכים לעשות. אני מבקשת שתקחו את כל הדברים האלה לתשומת ליבכם."

41. חברי הכנסת העלו מספר סוגיות שלא זכו לשיטתם למענה מספיק בנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד, וקיימו דיון על נוסח זה, על מקרים הכלולים בו, על פרטי המנגנון המוצע, ועל ההבחנה בין עילות הנבצרות המוצעות לראש הממשלה לבין עילות נבצרות הקבועות בעניינם של בעלי תפקידים אחרים (עמ' 5 לפרוטוקול). בנוסף ביקשו חברי הכנסת לקבל סקירה משפטית משווה בתחום הנבצרות.

42. חה"כ ולדימיר בליאק הצביע על הקושי שבקבלת החלטת ממשלה על נבצרות ראש הממשלה כאשר מי שרשאי לכנס את הממשלה הוא ראש הממשלה עצמו. יו"ר הוועדה המיוחדת הסכים כי יש צורך

לחדד סוגיה זו (עמ' 5 לפרוטוקול). חה"כ משה טור פז העלה גם הוא חשש פן המנגנון המוצע בנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד ינוצל לרעה, או שלא יושג הרוב הדרוש להוצאתו לנבצרות של ראש הממשלה, והדגיש את החשיבות שבהותרת היכולת בידי מערכת המשפט להתערב בסוגיית ההכרזה על נבצרות (עמ' 12 לפרוטוקול). חה"כ אלון שוסטר העלה את הצורך ב"התייחסות עניינית לגבי מצב של חוסר תפקוד שהוא לא רק מטעמי רפואה ומצב נפשי" (עמ' 15 לפרוטוקול); חה"כ אורנה ברביבאי הדגישה את החשש מפני משמעות האמירה הציבורית שבביטול הביקורת השיפוטית בעניין הכרזה על נבצרות (עמ' 16 לפרוטוקול); חה"כ מלינובסקי הביעה גם היא חשש כי דרישת רוב של 90 חברי כנסת להכרזה על נבצרות תאיין את האפשרות לעשות שימוש בכלי הנבצרות כאשר יש בכך צורך (עמ' 20-21 לפרוטוקול); וחה"כ אלעזר שטרן ציין כי לעמדתו, נדרש היה להגיש את הצעת חוק היסוד המתקן בידי הממשלה (עמ' 21-22 לפרוטוקול).

43. מוזמנים נוספים שהגיעו לדיון הביעו דעתם על המנגנון המוצע בנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד. ד"ר שוקי שגב, למשל, ציין בדבריו את היחס בין הכרזה על נבצרות לבין דרכים אחרות להפסקת כהונתו של ראש ממשלה (עמ' 16-17 לפרוטוקול):

"דרך המלך שיכולה להביא לסיום כהונה של הממשלה זה אי אמן קונסטרוקטיבי, ההחלטה על הליכה לבחירות ברוב של 61, או מצב מיוחד – הוא אמור להיות יחסית נדיר – של אי מסוגלות פיזית או נפשית. החשיבות היא להבין שהשימוש במסלול הנבצרות עשוי להוות או עלול להיות ניצול לרעה או עקיפה של ההליך הדמוקרטי, פגיעה בהסדר החוקתי המהווה את דרך המלך. מאוד חשוב שההליך של הנבצרות יישמר כהליך שיורי, לא לאפשר ניצול לרעה של ההליך הזה. [...]

חשוב להבין שהתמריץ הפוליטי להשתמש בנבצרות, כמו שאנחנו רואים גם בשנים האחרונות, הוא מאוד גבוה, כשהחשש הוא מפני ניצול לרעה של ההליך הזה. אם אתה לא קובע רוב מיוחד להפעלת מסלול הנבצרות, אתה בעצם מאפשר ניצול לרעה של המסלול הזה. [...]

המנגנונים הדמוקרטיים העממיים בישראל הם חלשים, לכן מנגנון ציבורי ופוליטי שיבצע את ההליך של הנבצרות שבסופו של דבר צריך לעמוד למשפט הציבור ולהליכים דמוקרטיים עדיף על ההליך המשפטי הקיים."

44. במענה לשאלת חה"כ אלון שוסטר, שהביע חשש מפני הותרת ההכרזה על נבצרות למערכת הפוליטית גם ב"מצבי קיצון שבהם ראש הממשלה יהיה נגוע בחשדות מיידים וברורים", ענה ד"ר שגב: "יש הסדר לגבי ראש ממשלה שחשוד בביצוע מעשים פליליים, יש סעיף קיים. אם רוצים לתקן את הסעיפים האלה, לשנות אותם במשהו, צריך לעבוד שם". (עמ' 18 לפרוטוקול)

45. ד"ר אביעד בקשי, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת, שקיבל את רשות הדיבור לאחר מכן, הדגיש את החשיבות הקיימת לשיטתו בקביעת עילת נבצרות שעניינה אובדן יכולת תפקוד, בדרישת רוב המייצג הסכמה רחבה בדבר הצורך להכריז על נבצרות, ובקביעה כי הסמכות להכריע בסוגיה זו תהא נתונה בידי גורם פוליטי. ד"ר בקשי התייחס לדרישת חלק מחברי הכנסת כי חוק היסוד המתקן יחול רק מהכנסת הבאה ואילך, וציין בהקשר זה: "גם במצב החוקי הקיים בישראל אנחנו לא מדברים על הדחה של ראש ממשלה על בסיס הכרעה של פרקליט ביחס לתפקודו הנורמטיבי. זה לא המצב היום, והחוק הזה בסך הכל לא נועד להגדיר את זה. לא מדובר כאן בתיקון חוקתי שיש מקום להמליץ על כך שהוא יחול

רק מהכנסת הבאה ואילך" (עמ' 18 לפרוטוקול). בשאלת היחס בין המנגנונים השונים להפסקת כהונתו של ראש הממשלה הביע ד"ר בקשי דעתו כי "זה בדיוק נועד להבהיר שהמסלול של נבצרות איננו מסלול של אי אמון, איננו מסלול של אי נחת. אם רוצים 61 חברי כנסת להחליף ראש ממשלה, הם מוזמנים ויכולים לעשות את זה במסגרת אי אמון ולא יכולים לטעון טענת סרק כלפי הציבור שזה חוסר תפקוד, כי נבצרות נועדה אך ורק למצב של כשל תפקודי ואובייקטיבי" (עמ' 19 לפרוטוקול).

46. פרופ' אלן דרשוביץ, שהצטרף לדיון בהיוועדות חזותית, הביע התנגדות לחלק מהחוקים שעמדו על סדר היום הציבורי באותה עת אך ציין (עמ' 22 לפרוטוקול):

"אני חושב שהסוגיות האלו צריכות להיות לגמרי בידי הכנסת ובידי הממשלה, לא בידי מערכת המשפט. אני חושב שהחוק הזה שמציעים, שמתבסס על התיקון ה-25 לחוקת ארצות הברית, אומר שההחלטה אם ראש הממשלה יכול להמשיך בכהונתו צריכה להיות החלטה של ראש הממשלה. גם בארצות הברית ככה המצב – הנשיא אצלנו עושה את ההחלטה שלו בנוגע לנבצרות, לאחר מכן הפרלמנט או הכנסת יכולים לעשות את ההחלטה השנייה במקרים בהם ראש הממשלה או הנשיא לא יכול לעשות את ההחלטה בעצמו, למשל אם הוא נמצא בתרדמת או במצב מורכב אחר, ואז זה מתקבל על ידי הרוב המיוחס. גם במדינות אחרות אנחנו רואים פרקטיקות דומות. במדינות עם משפט חוקתי בתי המשפט לא צריכים לשחק כל תפקיד בנוגע להחלטה האם ראש הממשלה יכול להמשיך לכהן."

47. בדיון שנערך בהמשך אותו היום, בעניינו של תיקון אחר לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון שעסק בכשירות שרים, ובסופו של יום לא קודם), התייחס היועץ המשפטי לוועדה לחלק מהסוגיות שעלו בדיון (פרוטוקול ישיבה מס' 5 של הוועדה המיוחדת מיום 5.3.23, עמ' 5):

"נאמר גם על ידי המוזמנים שהנבצרות היא הסדר משלים לאי אמון מטעם הכנסת. זה לא הסדר משלים, זה הסדר נפרד, מקביל. זה לא בא להחליף את האי אמון, זו סיטואציה שונה לגמרי. הייתה הערה לגבי מושגי השסתום, כמו נבצרות אובייקטיבית. אני מבין את החשש שהועלה שמא זה יפתח פתחים שרוצים אולי לסתום, אבל העניין הוא שבמהלך החיים שלנו אנחנו מגלים כל פעם שהמציאות עולה על כל דמיון, שהיא חזקה. החוק, ככל שננסח אותו יותר ויותר, לא בהכרח יאפשר לנו לצפות את כל המקרים שעלולים להיות מקרים שבהם החוק לא יסדיר ועדיין מבחינת השכל הישר כן אפשר יהיה לבוא ולראות מקרה של נבצרות."

48. בדיון המשך שנערך ביום 9.3.23, ציין יו"ר הוועדה בפתח דבריו כי על פי התרשמותו "כל מה שאני הצלחתי לקרוא עד עכשיו, ולא משנה סוג המשטר פרלמנטרי, נשיאותי, חצי נשיאותי, אין דבר כזה, אין מונח כזה, אין, אין שום אפשרות כזו של פקיד או של בית המשפט להוציא לנבצרות ראש ממשלה [...] אין אפשרות כזאת להוציא לנבצרות את הנשיא או את ראש הממשלה, שלא מטעמי בריאות" (פרוטוקול הדיון מיום 9.3.23, עמ' 9-8).

49. פרופ' טליה איינהורן, שהופיעה לפני הוועדה המיוחדת, עמדה על נסיבות הנחתה של הצעת חוק היסוד המתקן אך הדגישה כי למרות זאת, "לא מדובר בחוק פרסונלי, התיקון רלוונטי לכל ראש ממשלה וכבר היו דברים מעולם [...] סעיף 16(ב) לא היה אמור להניח יסוד להליך של הדחה, מה שמכונה בלעז

אימפיצ'מנט, בדלת האחורית. כשהסמכות עומדת לכאורה בידי היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט, דבר אשר כפי שאני אציין להלן, אין לו אח ורע באף דמוקרטיה מערבית" (עמ' 11 לפרוטוקול). לאחר מכן סקרה פרופ' איינהורן הסדרים שונים במשפט המשווה, שמהם עולה לעמדתה כי הפרשנות שניתנה להסדר הנבצרות עובר להגשת הצעת חוק היסוד המתקן חריגה ביחס למדינות אחרות.

50. פרופ' חני לרנר, ראש בית הספר למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים וראש מכון הרטוך לממשל באוניברסיטת ת"א, הביעה דעתה כי משמעות הנוסח המקורי של הצעת חוק היסוד המתקן, שכלל סעיף ביטול ביקורת שיפוטית, "היא בעצם ביטול של הצ'ק, כן של הבלם היחיד שקיים על ראש הרשות המבצעת, ופגיעה במערכת האיזונים והבלמים היחסית רופפים ממילא שקיימים בישראל, שוב בהשוואה לדמוקרטיה בעולם" (עמ' 15 לפרוטוקול) פרופ' לרנר גם העלתה את החשש מפני החלשת ראש הממשלה עצמו באמצעות יצירת תלות בשרי הממשלה, וכן את היחס בין חוק היסוד המתקן לבין חוקים אחרים שנדונו באותה עת (עמ' 16 לפרוטוקול).

51. פרופ' אסנת עקירב, סגנית נשיא האגודה הישראלית למדע המדינה ומומחית בתחום פרלמנטים, עמדה גם היא על השלכות הצעת חוק היסוד המתקן על רקע התפיסה בדבר חולשתה של הרשות המחוקקת מול זו המבצעת, והדגישה את החשיבות שבקבלת החלטות בהסכמה בעניינים משטריים (עמ' 22-23 לפרוטוקול)

52. עו"ד מרדכי שנבל, נציג עמותת אומ"ץ, הדגיש בדבריו את הצורך להגדיר באופן ברור מהי נבצרות, כדי שניתן יהיה להבחין כדבעי בינה לבין הדחה או הפסקת כהונה. עו"ד שנבל טען כי יש לאפשר לראש ממשלה לצאת לנבצרות על פי הודעתו, ללא מנגנון ביקורת נוסף (עמ' 49-50 לפרוטוקול).

53. במהלך הדיון שבו חברי הכנסת והביעו עמדתם בעניין החוק בכללותו, לרבות בעניין נסיבות קידומו בצל ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה (דברי חה"כ ברביבאי בעמ' 33 לפרוטוקול; דברי חה"כ רייטן-מרום בעמ' 44 לפרוטוקול), וכן התייחסו להחלשת הרשות השופטת באמצעות ביטול הביקורת השיפוטית על הכרזה על נבצרות (דברי חה"כ משה טור פז בעמ' 36-38 לפרוטוקול). חברי הכנסת עמדו על ההבחנה בהקשר זה בין משטר נשיאותי לבין משטר פרלמנטרי ועל ההתאמות הנדרשות בתחום הנבצרות מכוח הבחנה זו. נביא למשל את דברי חה"כ רייטן-מרום בעמ' 42-43 לפרוטוקול:

"אם זה כל כך חשוב וכל כך רוחבי וכל כך עקרוני, אז בואו תתחילו מהכנסת הבאה, ואז אתם לא תחשדו, כאילו אתם עושים פה משהו עבור בן אדם מסוים, שלא אנחנו לא נסתכל עליכם בעין עקומה.

מציעים לכם, אומרים לכם אוקיי, בואו נמצא כאן את השיטה, מוכנים אפילו לשבת אתכם, לדבר על עניין עקרון הנבצרות, שעד היום אולי לא מוסדר עד הסוף, בואו נשב, ביחד ונעשה את זה בצורה מסודרת בלי שיהיה אפילו מבחינת הנראות, שלא תחשדו אני יודעת מה בכל מיני אינטרסים זרים.

אתם הרי לא מוכנים, אתם רוצים להפעיל את זה עכשיו [...]."

54. לקראת תום הדיון, כנהוג בדיונים להכנת הצעות חוק על ידי הוועדה, ביקש יו"ר הוועדה מנציג הייעוץ המשפטי לממשלה, עו"ד איל זנדברג, להציע הערות פרטניות לנוסח הצעת חוק היסוד המתקן, כמו גם הצעות לשיפורו (עמ' 53-56 לפרוטוקול):

"איל זנדברג: נדמה לי שהצעת החוק הדיון כאן עוסק ברבדים עקרוניים יותר, ולא לפחות ממה שאנחנו שמענו, הגיעו לשלבים של הפרטים.

היו"ר אופיר כץ: למה? כן דיברנו על הפרטים, למשל מי מחליף אותו? דיברנו מה קורה בשבעה ימים, דיברנו מה קורה אם הממשלה רוצה, אגב שזה מה שאני מבקש מהייעוץ המשפטי של הכנסת, שכן לדיון הבא לתקן את זה, שאם הממשלה רוצה להכריז על נבצרות, בעצם העלה פה חבר כנסת, ולדימיר בליאק, שרק ראש הממשלה הוא זה שמורה על ישיבת ממשלה.

אז אם מבקשים דיון של נבצרות ב-75%, אז עדיין הדיון הזה צריך להתקיים, גם אם ראש הממשלה כן, בדיוק כי ראש הממשלה הוא מכנס דיון את הממשלה והוא מתנגד. אז במקרה כזה שכן יתקיים דיון, תראו איזה נוסח שאתם רוצים, אבל זה הרעיון שאני רוצה לשנות.

איל זנדברג: נראה לי שיותר קל, כיוון שזו הצעת חוק פרטית, יהיה לנו יותר קל אחרי שתהיה התייחסות כמקובל לייעוץ המשפטי של הוועדה עם שיפורים או שינויים על ההצעה המקורית נוכל להתייחס. [...]

צריך להפריד בין שני הדברים, יש את סוגיית הנבצרות עצמה, איך לעצב בעצם הסדר של נבצרות שיהיה יותר ברור, אולי מהיום וכדומה, ויש את שאלת הביקורת השיפוטית לגבי הביקורת השיפוטית, נדמה לי שד"ר לימון התייחס בצורה מאוד ברורה. לגבי עיצוב ההסדרים עצמם, הצבענו על כך למשל, שהעילות צריכים לברר כאן והאם העילות המאוד מצומצמות שנקבעות, מכסות את כל המצבים האפשריים והאם רצוי שהם יהיו מצומצמים עד כדי כך? זה הצעה, זאת אומרת זו סוגיה ששמנו אותה על השולחן, למשל שאלת הרוב בכנסת – שמענו שהרוב הנדרש פה 90 חברי כנסת, אולי הוא מופרז ויכול להוביל לכל מיני בעיות מעשיות. [...]

היו"ר אופיר כץ: אין לכם עמדה רק להצביע על הוזה, אין לכם עמדה? מה שאתם רואים ש-90 זה מופרז איזה מספר הוא לא מופרז? אז בגלל זה אתם צריכים לחשוב על הדברים האלה לא רק להעלות את הבעיות, תביאו גם דברים שנראה לכם שהם הגיוניים, ככה אני מכיר את העבודה מולכם בוועדות אחרות."

55. בדיון נוסף שקיימה הוועדה, ביום 12.3.23, נערך דיון פרטני בסעיפי החוק נוכח ההערות שעלו בדיונים קודמים, ובשים לב גם להערות הייעוץ המשפטי לוועדה, והוצגו שינויים שנערכו בנוסח הצעת חוק היסוד המתקן.

56. בראשית דיון זה נדרשה היועצת המשפטית לכנסת לשאלת חה"כ יוראי להב-הרצנו בדבר הסעדים שניתן לדרוש במקרה של הפרת הסכם ניגוד עניינים על ידי ראש הממשלה (עמ' 6-7 לפרוטוקול):

"יוראי להב הרצנו (יש עתיד): אם אתה רוצה לסיים את הקריאה אז אין בעיה להמתין, אני פשוט רוצה להבין מה קורה אגב ברגע שהצעת החוק הזאת עוברת, אם ראש ממשלה כלשהו, נגיד זה חתום על הסכם שנוכל אותו בניגוד עניינים והוא מפר את ניגוד העניינים שלו באופן תיאורטי או ספציפית זה, איזה כלים, איזה סעד יש למערכות לפעול כנגדו, אם הוא פועל בניגוד לניגוד העניינים שעליו הוא חתם מול בית המשפט? אני אשמח אם היועצת המשפטית, אם יש איזשהו סעד? לצורך העניין, אם ראש ממשלה חתום על הסכם ניגוד עניינים פועל בניגוד אליו, מה הסעד? אין סעד נכון?"

שגית אפיק: אני לא יודעת אם אין סעד, אני לא בטוחה גם מה הסעד הנכון במצב כזה, אבל מי שעשתה את ניגוד העניינים היא היועצת המשפטית לממשלה, ואני מניחה שככל גורם אחר שחתום על הסכם ניגוד עניינים, ככל כמו כל נושא משרה אחרת שחתום על הסכם ניגוד עניינים, אם הוא מפר אותו, יש סעדים מתחום המשפט המינהלי, לאו דווקא סעדים שצריכים להגיע מהכיוון הזה, בוודאי במקרה של ראש ממשלה, יש צעדים גם מהתחום הפוליטי והתחום הציבורי. זה חד משמעית.

גם היום זה נכון שההצעה הזו, יש רגליים לדבר וגם את זה כתבנו במסמך שלנו, זה נכון שעיתוי ההצעה מעורר שאלות, אין ויכוח על זה, מצד שני זה נכון גם שאין היום הליך מוסדר ביחס לנבצרות.

יוראי להב הרצנו (יש עתיד): מה זה סעדים בתחום המנהלי חוץ מהוצאה לנבצרות? כלומר, אם עכשיו ראש הממשלה יעמוד במרגלות בית המשפט, אגב הכרעת הדין בעניינו וייקרא להמונים להסתער על בית המשפט, איזה סעדים?

שגית אפיק: נדמה לי שפה זה מהתחום הפלילי יגיע כבר במצב הזה, בדוגמה שנתת. [...] אז אני אומרת שביחס לראש ממשלה, יש שורה של סעדים ככל שהיועצת המשפטית לממשלה עשתה הסכם ניגוד עניינים והיא תמצא לנכון שהוא הופר, אני מניחה שהיא תדע לפעול מולו ביחס לאותה הפרה, תלוי בהפרה.

בנוסף, מכיוון שמדובר בראש ממשלה, יש סעדים מתחום המשפט הציבורי פוליטי, וביחס לאמון ציבור.

57. בהמשך נדון בהרחבה המנגנון שהוצע לקביעת דיון בממשלה בעניין נבצרותו של ראש הממשלה, וזאת נוכח הערת חה"כ ולדימיר בליאק בדיון מיום 5.3.23, שהוזכרה לעיל. כך, נדונה בהרחבה שאלת הגורם המוסמך להורות על כינוס ישיבת הממשלה ועל ניהולה; השאלה מהו הרוב הדרוש מבין שרי הממשלה לשם כינוס מעין זה; ונבחן גם פרק הזמן שהוצע לקבוע מרגע הגשת בקשה לכינוס הממשלה ועד לכינוסה בפועל.

58. היועצת המשפטית לכנסת הציגה את עמדתה העקרונית ביחס למנגנון הכרזת הממשלה על נבצרות ראש הממשלה (פרוטוקול הדיון מיום 12.3.23, עמ' 3):

"אני חושבת שאחת הבעיות בפסקה הספציפית הזאת, היא הרוב הגבוה במיוחד שיש לממשלה, זה מתבטא גם לדעתי בהמשך, אבל הממשלה יש לה סוג של עיסוק של בעלת עניין בנושא הזה, משום שכאשר הממשלה היא זו שמניעה את התהליך והיא זו שמתחילה אותו, אז היא גם שוקלת שיקולים שקשורים בממשלה עצמה, כמי שבסופו של דבר עלולה לסיים את תפקידה ככל שראש הממשלה יסיים את תפקידו. מצד שני, וכתבנו את זה גם במסמך שהוציא היועץ המשפטי לוועדה, יש הגיון שהממשלה תהיה זו שמתחילה ומתניעה את התהליך, אך יש גם אולי הגיון לחשוב על מנגנון אחר שהוא מעט פחות מסורבל מהמנגנון שמוצע כאן."

59. חברי הכנסת דנו בהרחבה, בסיוע הייעוץ המשפטי לוועדה, בהיבטים שונים של מנגנון ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה וערכו דיון מעמיק בפרוצדורה לקיומה של הכרזה מעין זו. בין הסוגיות שנדונו היו היחס להתנגדות ראש הממשלה להכרזה זו (עמ' 16-17 לפרוטוקול); הרוב הדרוש להכרזה, שעמד באותו שלב על שלושה רבעים מחברי הממשלה, ואשר נטען לגביו כי הוא גבוה ביחס להסדרי נבצרות לבעלי תפקידים אחרים, כמו גם ביחס לאינטרס של הממשלה עצמה (עמ' 17-20 לפרוטוקול); משך זמן ההכרזה על נבצרות (עמ' 21 לפרוטוקול); שאלת הצורך בחוות דעת רפואית (עמ' 21-23; 31-33 לפרוטוקול); והעילות להכרזה על נבצרות (עמ' 41-43 לפרוטוקול). בהמשך דנו

חברי הכנסת בשאלת הצורך לקצוב את תקופת הנבצרות כך שתתאפשר בחינה עיתית של ההכרזה, וחה"כ להב הרצנו אף העיר כי אין בנוסח המצוי לפני הוועדה התייחסות למצב שבו ראש הממשלה מבקש לחזור לתפקידו בתום אירוע הנבצרות (עמ' 46 לפרוטוקול). בין היתר, עמדה היועצת המשפטית לכנסת על כך שהכרזה על נבצרות ברוב של 90 חברי הכנסת "זה גבוה מידי, זה גובל בבלתי אפשרי" (עמ' 24 לפרוטוקול); כן נדונה שאלת קיום דיון בהכרזה על נבצרות במהלך הפגרה (עמ' 26 לפרוטוקול).

60. בשלב מסוים ציין יו"ר הוועדה כי כלל ההערות יישקלו (עמ' 29-30 לפרוטוקול):

"נכון, לא אני אומר, זה לא שאנחנו, הועלו טענות, יש לי גם עוד מציעים שהם איתי, אנחנו מדברים על הדברים, נדבר על הדברים, ומה שנמצא לנכון באמת בהתאם לדברים שהועלו. אפרת רייטן מרום (העבודה): אנחנו מצביעים מעבר אתה יודע להתנגדות הגורפת, אבל אנחנו מצביעים גם על בעיות, אבל אנחנו מצביעים גם על בעיות אינהרנטיות עקרוניות ובסיסיות.

היו"ר אופיר כץ: ועובדה שולדימיר בליאק העלה הערה, והיא נכנסת ואנחנו נצביע על ההערה שלו.

אפרת רייטן מרום (העבודה): שוב, אנחנו מצביעים על הבעיות שאנחנו רואים."

61. חה"כ להב הרצנו עמד על ההשלכות הנובעות מקביעת מנגנון מסורבל יחסית להכרזה על נבצרות (עמ' 30 לפרוטוקול):

"יוראי להב הרצנו (יש עתיד): אני רוצה להצטרף ולהצביע על עוד נקודה שלא נאמרה על ידי אפרת ואני רוצה להצטרף אליה, ההליך הזה מאוד מאוד מורכב ובעיני הוא נבנה כך שלעולם לא יעשו בו שימוש, כאשר לצורך העניין היפותטית, אם יריב לזין רוצה להוציא את נתניהו לנבצרות היפותטית, הוא לא ילך למסלול הזה, הוא ילך למסלול של 61 והקמת קואליציה או ממשלה באי אמון קונסטרוקטיבי, כשהוא עמד בראשה, לא צריך את כל האירוע הזה.

היו"ר אופיר כץ: בסדר אבל זה לא שחור לבן, יכול להיות הליך שהוא באמצע, שכן יש ויכוח האם הוא יכול או לא יכול, בגלל זה מדובר פה על נבצרות ולא על הדחה."

62. עו"ד הידי נגב, נציג העותרת בבג"ץ 2412/23, הדגיש כי תיקון חוק היסוד באופן המוצע עלול לעלות כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בין היתר בשל ביטול הביקורת השיפוטית ובשל ניגוד העניינים המוסדי של הכנסת.

63. בהקשר זה עמדה גם היועצת המשפטית לכנסת על הקושי הנובע מן הסעיף שעניינו היעדר ביקורת שיפוטית, וכן ציינה כי סעיף זה יוצר את מרבית הקשיים המשפטיים העולים מן ההסדר המוצע (עמ' 36 לפרוטוקול):

"שגית אפיך: אני חושבת, החור השחור אגב, הידי שדיברת עליו בחוות הדעת של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, התייחס אך ורק לסעיף הזה להבנתי, והוא לא התייחס ביחס לכל ההסדר שלגביו גם המשנה חשב, ציין במסמך, שנכון לעשות אסדרה ביחס לנבצרות, כמו שגם אנחנו חושבים. לא בטוח אם ההצעה הזאת היא האסדרה הנכונה ביותר, ועל זה

עוד צריך לדבר על הפרטים, אבל גם אני חושבת שהסעיף הזה של היעדר ביקורת שיפוטית, הוא סעיף מאוד בעייתי משלוש סיבות.

הסיבה הראשונה, אני חושבת שאם מסדירים פה את המהלך הזה של נבצרות, אז נכון היה לקבוע אותו, לקבוע את כלל הפרטים שלו, ובדומה ליתר הסעיפים בחקיקה שמסדירים היום כבר את עניין הנבצרות, אין צורך בהקשחה נוספת ובהוצאה של ביקורת שיפוטית באופן גורף.

יש פה גם כל מיני פרטים שבוודאי נכון שתהיה ביחס אליהם ביקורת שיפוטית, כמו התהליך עצמו, עניינים פרוצדורליים שחשוב שתהיה ביחס אליהם ביקורת שיפוטית, גם אם סבורים שבסופו של דבר יש פה עניין שהוא מעט יותר פוליטי של כנסת-ממשלה, ועדיין אני חושבת שאין מקום לסעיף הזה, וזה סעיף, חבר הכנסת אופיר כץ, שאני חושבת שהוא מבין אלה שנכון יהיה שתשקלו אותו שנית.

אני, אני באמת חושבת שאם נצליח, אם תצליחו להסדיר את התהליך של הנבצרות בצורה נכונה ומסודרת, אין צורך בהיעדר ביקורת שיפוטית בעניין הזה.

הסיבה השנייה היא שבימים האלה באמת מתקיימים דיונים בהצעת חוק שעוסקת בשאלות היקף הביקורת השיפוטית, המתאים הנכון, ולכן נראה לי שאין צורך לעשות סעיפים פרטניים נוספים בהצעת חוק מהסוג הזה. [...]

והסיבה השלישית שלדעתי הסעיף הזה הוא לא דרוש, הזכיר הידי את העניין של שימוש לרעה ושימוש בכוחה של הקואליציה, שימוש יתר, אני חושבת שבין היתר, על מנת שתוכלו לדחות גם את הטענות האלה ולהראות שמדובר בסופו של דבר בהליך שכן אתם מוצאים לנכון להסדיר אותו למרות העיתוי הנוכחי, אלא בין היתר משום שלדעתם יש איזושהי איזושהו חוסר בהסדר הזה בזמן הזה, אז בעיניי לא נכון, שייכלל סעיף מהסוג הזה, בשעה שישנה גם עתירה תלויה ועומדת בדיוק בעניין הזה, זה נראה לי סעיף לא דרוש, לא ראוי ולא נכון להצעה הזאת.

64. במענה לשאלת חה"כ רייטן-מרום, הצהיר יו"ר הוועדה כך (עמ' 37 לפרוטוקול):

"היו"ר אופיר כץ: אני אומר לך, בתחילת הדרך שהגענו לפה עם הצעת החוק, ואמרו לי שהסעיף הזה הוא בעייתי, אני לא כל כך, לא אגיד שלא התייחסתי אבל לא קיבלתי את זה, היום אחרי דיונים והחוות דעת שאני כן שומע, אני לא אומר לך שאני הולך להוריד את זה, אבל אני כן נמצא במקום אחר מאיפה שהייתי בהתחלה.

אפרת רייטן מרום (העבודה): כמו שאומרים עברת כבר תהליך.

היו"ר אופיר כץ: כן עברתי כבר תהליך בדיוק, אז באמת אנחנו שוקלים את זה בכובד ראש ואנחנו נחליט לקראת השנייה והשלישית. [...]

אני באמת מתלבט, באמת מתייעץ ועדיין העניין הזה עוד לא, אנחנו מתלבטים אני לא לבד.

65. במהלך הדיונים ציינה חה"כ רייטן-מרום (עמ' 47 לפרוטוקול):

"אפרופו מה שאתה אומר אופיר, אדוני היו"ר, אני חושבת שיש חשיבות שיש חשיבות גדולה מאוד לדיונים האלה בכנסת, גם אם אנחנו מתנגדים ותכף אני שוב אביע את התנגדותי העקרונית לחוק הזה.

אבל אי אפשר לנתק את הדעות השונות שהן נשמעות כאן בנחת לעומת ועדות אחרות, טענות ענייניות. אי אפשר יהיה לבוא אלינו אחר כך בטענות שדיברנו לא לעניין ועשינו קרקסים וכל מיני שטויות כאלה ואחרות. לא, הטענות שלנו והטיעונים שלנו הם מאוד ענייניים כמו שאתה רואה, והם באים כדי להצביע על ליקויים לטעמנו שנמצאים היום במנגנון בנוסח שלכם."

66. לקראת סוף הדיון הציג פרופ' יואב דותן את עמדתו העקרונית בעניין הכרזה על נבצרות:

"הפסילה של ראש הממשלה מכהונה – פה לא מדובר פה באיזה עניין של פגיעה בזכויות של מיעוט נרדף, או באיזה כשל מובנה במנגנוני הבחירות, או דבר מהסוג הזה, ולכן לדעתי מלכתחילה אין מקום להפעלה, בטח לא להתערבות אינטנסיבית של מנגנון של בית המשפט.

עכשיו זה לא אומר שבמקטעים מסוימים אם ראש הממשלה למשל מפר הסכם של ניגוד עניינים שבו התחייב בפני בית המשפט, או אם יש הסכם, אם יש הוראה של ניגוד עניינים שקבועה בחוק או היא קבועה בפסיקה של בית המשפט, זאת פסיקה שהיא לא מהיום ולא מאתמול ולא מ-1980. אגב, הפסיקה של בית המשפט העליון בענייני ניגוד עניינים, היא פסיקה שגובשה החל משנות ה-50, שנות ה-60, היא פסיקה עתיקת ימים ומוכרת, היא פותחה, אני לא אלאה את השומעים כאן בכל הדקדוקים, אז לכן במצבים כאלה, ייתכן שבית המשפט יכול להתערב."

67. לצד זאת ציין פרופ' דותן, כי אף שלא התעמק בפרטי ההסדר המוצע (עמ' 52 לפרוטוקול):

"לי נראה שכאן יורים בתותח כדי להרוג איזה סוג של זכוב שאולי טורדני, כי ספק בעיני אם ההסדר הזה שמוצע הוא הסדר נכון לעניין נבצרות של ראש ממשלה, יש שם יותר מדי לכאורה, אני שוב אני לא עיינתי בזה ביסודיות ואין לי הסדר אלטרנטיבי ערוך מן המוכן. אבל אם כל הבעיה זה לפתור, אם כל השאיפה זה לפתור את הבעיה הזאת, אז עושים הסדר כללי שאין שום ביקורת של המנגנון השיפוטי, דורשים שם איזה רוב מאוד מאוד יוצא דופן של הכנסת כדי לאשר את זה, מגבילים את זה רק לעניינים רפואיים. אני, אני אתן דוגמא, אני אתן דוגמא, מה קורה למשל, אם חלילה וחס כן, אבל ראש הממשלה נחטף? למשל חלילה וחס, אבל קורה כזה דבר, מה, איזה פתרון ההצעה הזאת מציעה לעניין הזה? כלומר נראה לי שהייתה כאן כוונה לפתור איזה בעיה קונקרטי, וניסחו הצעת חוק מאוד מאוד גורפת בלי לחשוב.

עכשיו, אגב, כשאנחנו מדברים עליו נבצרות, אנחנו תמיד צריכים לחשוב על נסיבות מאוד מאוד קיצוניות ודמיוניות כאלה שאנחנו רואים בסרטים בסדרות או דברים האלה, אין לנו ברירה, אנחנו צריכים לחשוב בנבצרות, אנחנו כן צריכים לחשוב על הדברים שהם כאילו לא יעלו על הדעת.

וכאן אני לא בטוח שבהצעת החוק הזאת נעשו נעשתה כל החשיבה, כל האיזונים, נדונו כל המקרים, לכן אני כן חושב שיש כאן, שהצעת החוק הזאת, היא רחוקה מלהיות הצעת חוק, נקרא לזה מאוד מאוד יסודית ומסודרת כדי לפתור את הבעיה הזו."

68. בתוך כך, פרופ' דותן הצביע על הקושי בצמצום עילות הנבצרות רק לנסיבות רפואיות:

"יואב דותן: אז אני אומר כך, יש יכולות להיות הרבה סיטואציות שראש ממשלה נמצא בנבצרות, וזה נבצרות שהיא לא קשורה לסיבות רפואיות. נתתי את הדוגמא אחת הבאמת אפוקליפטית נקרא לזה, של שראש הממשלה נחטף, אז ההצעה, אני לא רואה איך ההצעה הזאת מטפלת בזה. אז אתה יכול להגיד דיה לצרה בשעתה או משהו מהסוג הזה.

היו"ר אופיר כץ: אין בעיה בסדר, לא לא בסדר, בגלל זה הנקודות האלה מועלות בוועדה, ואנחנו כן לומדים וכן מתקנים גם תוך כדי תנועה, אבל נראה לי שבגלל שיש כל כך הרבה מגוון של דעות לגבי איך להתייחס לזה, רק מוכיח כמה באמת המצב הוא לא כזה ברור וכן צריך להסדיר את זה, וכן, הגיע הזמן להסדיר את זה.

יואב דותן: תראה, אם הייתי צריך לתת שוב, אני מודה אני עושה את זה בשליפה, אבל אם הייתי רוצה לפתור את הבעיה הקונקרטי הזאת, אז עדיף, מה שאתם עושים פה, אתם

אומרים אין נבצרות, חוץ מעילות רפואיות, כאשר למעשה הייתה הכוונה שלך זה למנוע נבצרות מעילות משפטיות, אבל אתה משאיר שטח אפור גדול מאוד באמצע, שהוא לא עילות משפטיות, ולא עילות רפואיות, אז לדעתי היה יותר נכון מבחינה כאסטרטגיה חקיקתית, לא לפסול את כל עילות הנבצרות, אלא לפסול את אותה עילת נבצרות שנראית לכם לטעמי בצדק, בעייתית."

69. על כך השיבה היועצת המשפטית לכנסת :

"החשש הוא העיתוי, החשש הוא העיתוי, החשש הוא העיתוי, והנה אני רואה כבר את הידי נגב מרים יד לומר, שהחשש הוא העיתוי. החשש הוא משימוש לרעה בסמכות המכוננת, מכיוון שמדובר בעניין טרי שכרגע תלוי ועומד."

70. בסופו של הדיון שבו חלק מחברי הכנסת והזכירו את הקשיים הקיימים לשיטתם בהצעת חוק היסוד כנוסחה דאז: הסעיף השולל את הביקורת השיפוטית; הצורך בחוות דעת רפואית; הרוב הגדול הדרוש בכנסת להכרזה על נבצרות; צמצום עילות הנבצרות; והמנגנון המסורבל המוצע לשם הכרזה על נבצרות. יו"ר הוועדה המיוחדת סיכם את הדיון כך :

"אני רק רוצה להגיד שדווקא ההערות שלכם על כל מיני מצבי קיצון, כן מחזקים את הטענה שצריך לעשות סוף סוף הסדר למצב של נבצרות. הנה דברים שלא חשבו ואנחנו כן מעלים פה, זה רק מוכיח שכן צריך סוף סוף להסדיר את העניין הזה, גם הייעוץ המשפטי לממשלה גיל לימון במסמך שהוא העביר לנו, גם הוא כתב את העובדה שבאמת צריך להסדיר את זה.

ולהסדיר את זה, מי שאמור להסדיר את זה אנחנו חברי הכנסת בחקיקה, אין דרך אחרת ואני חושב שזה המסלול הכי הכי נכון לעשות את זה, ואנחנו רואים את זה כאן בדיון, וזה מה שאנחנו באמת עושים, זה לא שימוש לרעה, אנחנו עושים את מה מתבקש ולפי דעתי כבר היה צריך להיעשות מזמן."

71. ביום 13.3.23 קיימה הוועדה דיון חמישי בהצעת החוק, לקראת הבאתו למליאת הכנסת בקריאה הראשונה. במהלך הדיון הוצגו תיקונים שנערכו בנוסח הצעת חוק היסוד המתקן, נוכח ההערות שעלו בדיונים הקודמים, בהם למשל אופן עריכת הדיון בישיבת הממשלה להכרזה על נבצרות ראש הממשלה. חלק מחברי הכנסת חזרו על הטענה כי מדובר ב"חוק-יסוד פרסונלי, תפור למידותיו של בנימין נתניהו" (פרוטוקול הדיון מיום 13.3.23, עמ' 18), והציגו היבטים נוספים שלשיטתם יש לתקן בחוק, לרבות אופן החזרה מהנבצרות, הרוב הדרוש להכרזה על נבצרות והצורך בחוות דעת רפואית, וכן הצביעו על קיומן של לקונות בפרוצדורה של הכרזת הנבצרות. כן הובעה התנגדות לסעיף הקובע כי הליך הנבצרות נעדר ביקורת שיפוטית.

72. בתום הדיון אישרה הוועדה את הצעת חוק היסוד המתקן לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. ביום 13.3.23 אישרה הכנסת את ההצעה בקריאה ראשונה (ברוב של 61 תומכים מול 51 מתנגדים), וזו הוחזרה לוועדה המיוחדת להכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

73. בימים 19-21.3.23 קיימה הוועדה המיוחדת דיונים ארוכים ומקיפים בהצעת חוק היסוד המתקן לקראת הקריאה השנייה והשלישית. גם בדיונים אלה הוצפו סוגיות שונות הנוגעות להצעת חוק היסוד המתקן, ובעקבות זאת נערכו בהצעה מספר שינויים משמעותיים נוספים.

74. בפתח הדיון שהתקיים ביום 19.3.23 אמר יו"ר הוועדה המיוחדת:

"ההצעה הזו באה מתוך כך שהחקיקה היום לגבי נבצרות זמנית של ראש הממשלה כללית מאוד וחסרים בה הסדרים פרטניים ברורים. זה עלה גם בעמדה שהגיש ד"ר גיל לימון לוועדת שרים וגם שם הומלץ על הסדרת הנושא. זה מה שההצעה הזו באה לעשות. היא מייצרת הסדרה שמטרתה להבהיר את המצב הקיים ולקבוע הסדר סדור לכל ההליך של נבצרות זמנית. בהמשך להערות של בעיות שעלו בדיונים קיימנו שיח בין המציעים ביחד גם עם הייעוץ המשפטי לכנסת, ומתוך ניסיון למצוא פתרונות לרוב הבעיות. נעבור על הסעיפים ואציג את התיקונים שביקשתי שהייעוץ המשפטי ינסח ויביאו בדיון או היום או מחר – נראה איך נתקדם. שוב, השינויים שאנחנו הולכים לעשות הם דברים [...] שאתם העליתם. חלקם הוטמעו, חלקם ביקשתי עכשיו שייכנסו לנוסח, חלקם הועלו על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת וגם על ידי הייעוץ המשפטי של הממשלה, ולכיוון שאנו הולכים, אנחנו הולכים לענות פה על רוב ההערות שהועלו."

75. על פי נוסח הצעת חוק היסוד המתקן, נקבעו שני מסלולים לנבצרות – האחד, על פי הודעה של ראש הממשלה; והשני על פי החלטת ממשלה. כן נקבעו עילות הנבצרות ל"אי מסוגלות פיזית או נפשית", ובנוסף נקבעו תהליך להכרזה על נבצרות ראש ממשלה מטעם הממשלה, הרוב הדרוש לכך, זהות הגורם המוסמך לנהל את ישיבת הממשלה, ולוחות זמנים לכינוס ישיבת ממשלה כאמור (בתוך שלושה ימים). בנוסף, הופחת הרוב הדרוש בכנסת לאישור הכרזה על נבצרות מ-90 חברי כנסת ל-80; ונקבע כי נדרשת חוות דעת רפואית לשם הכרזת הממשלה על נבצרות מטעמים רפואיים. בהקשר זה אמר חה"כ עידן רול: "יש הרבה דברים שתכננו להשלים אותם, קרה משהו ולא הושלמו. אם אנו שמים כזה כובד משקל בנושא הנבצרות על חוות דעת רפואית זה צריך לקרות במקביל, שלא נמצא עצמנו אחרי זה מאלף סיבות – זה לא הושלם, היה פקק חקיקה, היה סדר עדיפויות אחר, ונשארו בלי נהלים ברורים לחוות דעת רפואית. זה לא אחראי מבחינתנו לגעת בנושא הכה אקוטי של נבצרות ולהשאיר את הדבר הזה פתוח". לכך השיב יו"ר הוועדה: "לא משאירים אותו" (עמ' 21 לפרוטוקול). כך או כך, השינוי החשוב ביותר בשלב זה היה הסרת הסעיף שעניינו היעדר ביקורת שיפוטית על הכרזה על נבצרות – הסעיף שעורר מבחינת הייעוץ המשפטי לממשלה, הייעוץ המשפטי לכנסת, חלק מחברי הכנסת והגורמים שהופיעו לפני הוועדה את הקושי העיקרי בהסדר המקורי.

76. החשש מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת עלה גם בדיונים אלו, והיועצת המשפטית לכנסת התייחסה לכך למשל בדיון שקיימה הוועדה ביום 19.3.23, שבו הופיעה לפני פרופ' איינהורן:

"טליה איינהורן: בכל אופן, לא עולה על הדעת, שמעבירים את הסמכות לדון בשאלה שהיא בהחלט לא שיפוטית. הרפורמה באה לתקן את המצב שבית המשפט דן בשאלות שאינן שיפוטיות... כל הצעת החוק באה כדי לפתור את הבעיה שבית המשפט נטל לעצמו סמכות שלא קיימת בשום דמוקרטיה פרלמנטרית להרחיב את מושג הנבצרות ולהחילו על הדחה.

שגית אפיק: ממתי בית המשפט קבע נבצרות?

טליה איינהורן: את זה באה הצעת החוק לתקן. אחרת לא היינו נדרשים בכלל להצעת החוק הזו. נדמה לי שאת המפה הזאת כולנו מבינים. אלמלא החלטה של כבוד השופטת דפנה ברק ארז לא היינו פה בדיון הזה...

שגית אפיק: אני רוצה להשיב. כשאנו עושים הצעת חוק, בדרך כלל המחוקק אמור להימנע מלפתור בעיות ספציפיות, פרסונליות שתלויות ועומדות בעת החקיקה, אלא להתבונן על ההסדר באופן רוחבי וכללי ככל האפשר. ודאי שקשה יותר לעשות את זה כשיש עניינים תלויים ועומדים. אני לכל הפחות הבנתי, שההצעה הזו לא נועדה להיות בצורה כה פרסונלית כי אז אני חושבת שהדבר מעורר בעיות שבין היתר הן שימוש לרעה בסמכות בקביעת חוקי יסוד שאני חושבת שאין לזה מקום.

היו"ר אופיר כץ: ההסדר שאנו עושים פה ישרת את כלל חברי הכנסת בעתיד וראשי הממשלה בעתיד. זה לא חוק לאדם אחד.

77. בסוף הדיון הקשה חה"כ אלעזר שטרן על כך שהכנסת החליטה לקדם את הצעת החוק, חרף קיומו של הליך תלוי ועומד בבית המשפט (עמ' 27-28 לפרוטוקול):

"אופיר, שאלה גם אליך וגם לייעוץ המשפטי. בעיניי יש פה סוג של מרוץ סמכויות ואני לא יודע אם היה דבר כזה. מרוץ סמכויות לקוח מנישואין וגירושין, למי אתה הולך קודם – לבית הדין הרבני או לבית המשפט לענייני משפחה. האם אנו מכירים בחקיקה ובפסיקה נושא שבית המשפט העליון קבע דיון, והכנסת לפני שהתקיים הדיון רצה לקבוע חוק כדי לעקר את הדיון או לבטלו? [...]"

שגית אפיק: למחוקק יש אפשרויות מכוח ריבונותו, זה ברור. אני מניחה שלא אחת מתוך שיח עם בית המשפט הכנסת כן חוקקה.

[...] יש מקרים שהדבר הזה קורה. השאלה שלך היא מכיוון הפוך – האם קיומה של עתירה יכול למנוע חקיקה. זה מכניס אותנו יותר לשאלות של עד כמה ההסדר הוא אכן פרסונלי ולא כללי ובמקרה הזה יש פה לפחות להבנתי ניסיון לייצר הסדר שהוא יחסית כללי."

78. בדיון שנערך ביום 20.3.23 התקיים דיון ממושך על נוסח הצעת חוק היסוד המתקן ועל מכלול פרטיו והסדריו. בין היתר דנו חברי הכנסת בשיעור הרוב הדרוש בוועדת הכנסת לאישור הודעתו של ראש הממשלה, והובהר כי במקרה שבו ועדת הכנסת לא תאשר את הודעת ראש הממשלה כי נבצר ממנו למלא את תפקידו, תוכל הממשלה להחליט על נבצרות כאמור. כן נדונו בקצרה היבטים שניתן יהיה להסדירים בכללי המשך, בין היתר ביחס לחוות הדעת הרפואית, וכן נדון ההסדר הנוגע לסיום תקופת ההכרזה על נבצרות. הייעוץ המשפטי לוועדה והיועצת המשפטית לכנסת ליוו את הדיונים וענו לשאלות חברי הכנסת בנוגע לרציונלים העומדים ביסוד פרטי ההסדרים השונים.

79. לצד זאת, חלק מחברי הכנסת המשיכו להדגיש את המניע של הצעת חוק היסוד המתקן ואת היחס שבין הצעה זו לבין הצעות חוק אחרות שנדונו באותה עת בכנסת (פרוטוקול הדיון מיום 20.3.23, עמ' 12). חלק מחברי הכנסת הציעו להרחיב את עילות הנבצרות ביחס להודעת ראש הממשלה ולחייב הצגת חוות דעת רפואית כבר בעת שמתקבלת החלטת הממשלה על נבצרותו של ראש הממשלה – הצעות שלא נתקבלו בסופו של דבר.

80. בתום הדיונים בהצעת החוק המתקן, שב והזכיר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה את החשש כי כינון חוק היסוד המתקן עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת (עמ' 39 לפרוטוקול):

"גיל לימון: [...] בדברים שלי, בדברים שאמרתי בוועדה שעם תחילת הדיונים בהצעה הנדונה, עמדתי על כך שההסדר החוקי שקיים ביחס לנבצרות של ראש הממשלה הוא הסדר עמום, הוא הסדר שהיישום שלו מעורר שאלות, בפרט מהם סוגי המקרים שיכולים להקים מצב של נבצרות? ומי הגורם המוסמך לקבוע שראש הממשלה נמצא במצב של נבצרות? וציינתי שראוי שהכנסת תידרש לנושא.

אבל ההסדרים מהסוג הזה שעוסקים בסוגיות חוקתיות משטריות מובהקות ורגישות, ראוי להסדיר אותם מתוך ראייה רחבה, על זמנית, ומאחורי מסך בערות זה בטח לא עובר לנסיבות קונקרטיות.

בדיונים שהתקיימו בפני הוועדה בשבועיים האחרונים חלו שינויים משמעותיים בהצעת החוק, בן היתר מוצע כעת למחוק את הסעיף שקבע שלא תתקיים ביקורת שיפוטית על נושא הנבצרות שאנחנו ראינו בו גם חמור, אנחנו מברכים על השינוי הזה.

יחד עם זאת, וגם הדיון היום מראה, שבכל השינויים שנעשו אין כדי לרפא את הקשיים המהותיים שגלומים בהסדר, ובפרט מה שמפריע לנו, זה החשש שהצעת החוק נועדה לשנות את המצב המשפטי הקיים לקראת הליך שיפוטי ספציפי תלוי ועומד, שבמסגרתו מבקשים העותרים שבית המשפט יכריז שנבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל ההליך הפלילי שמתנהל כנגדו, ועל רקע פסקי דין שדחו עתירות קודמות באותו עניין. [...] בנסיבות האלה נראה שהצעת החוק מבקשת לא רק להתמודד עם פסיקה אפשרית של בג"צ בנושא הנבצרות, אלא גם להתגבר על פסיקת בג"צ בהיבט של ניגודי העניינים של ראש הממשלה.

בהקשר הזה חשוב לי להדגיש, הגם שאין מקום לעסוק בהיבטים פרטניים של ראש הממשלה במסגרת דיון עקרוני וכללי בעניין הסדר הנבצרות בחוק היסוד, שהדברים שבו ועלו במהלך הדיונים על ידי חברי הכנסת, כולל על ידי אדוני היושב ראש, חשוב לי להדגיש שבניגוד לנטען בוועדה, היועצת המשפטית לממשלה לא מבקשת, לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה. עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה היא שהסדר ניגוד העניינים שנערך לראש הממשלה, וכן חוות הדעת שגובשה לאחרונה, ששניהם נועדו למנוע את המעורבות שלו ומרכיבים שונים של המהלך שמכונה הרפורמה המשפטית, שיש בה כדי להיטיב עם מצבו במשפט הפלילי, מקיימים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא. לפיכך, גם הצעת החוק הזאת היא לוקה בפרסונאליות מובהקת, היא חקיקה שלא נערכה מאחורי מסך בערות, והדבר מעלה חשש לשימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, הניסיון לעצב את מוסד הנבצרות שמהווה חלק מהוראות חוק חוקתיות משטריות רגישות, שנועדו להבטיח יציבות שלטונית, כדי להתמודד עם נסיבות קונקרטיות, בין אם כדי להתמודד עם חשש תיאורטי של הכרזה על נבצרות, ובין אם כדי להקל על הסדר ניגוד עניינים קונקרטי, רחוק ביותר מהאופן שבו לעמדתנו יש לעצב חוקי יסוד.

מטבע הדברים וכמו שאמרתי נעשו פה שינויים משמעותיים בהצעת החוק, אבל הנוסח המוצע והשינויים הללו לא נותנים מענה לקושי המהותי והעקרוני הזה, שבא לידי ביטוי גם בדחיפות שבה הצעת החוק הזאת מטופלת, אל מול לוח הזמנים לעתירה שתלויה ועומדת. לשיטתנו חשוב לראות את הדברים במבט רחב ולהסתכל במגוון הליכי החקיקה שמקודמים בימים אלה בכנסת, שרובם ככולם יכולים לקדם את עניינו האישי של אדם. בהקשר הזה אני מתייחס לחוק הנבצרות שאנחנו עוסקים כעת, לחוק המתנות שיש בו כדי להכשיר קבלת כספים למטרות משפטיות, בהצעת החוק שגם נדונה בוועדה הזאת, כדי למנוע ביקורת שיפוטית על מינוי שרים שמקדמת את עניינו האישי של חבר הכנסת אריה דרעי.

מה שאנחנו רואים לנגד עינינו, הוא צבר של דברי חקיקה מטרידים ביותר, שמקודמים כולם במהירות רבה עד תום המושב הנוכחי של הכנסת, רובם תוך שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת, שלא למטרות שלשמה סמכות זו נועדה, אבל שיש בהן כדי להיטיב עם עניינו האישי של אדם, בקשר לתוצאות שנובעות מההליכים המשפטיים בעניינו.

ולאור האמור, על אף המענה שניתן לחלק מהקשיים שהעלינו, ההתנגדות העקרונית שלנו להצעת החוק הזאת היא עומדת בעינה."

81. על דברים אלו הגיב יו"ר הוועדה המיוחדת (שם, עמ' 43):

"אנחנו לא ניתן בשום מצב לבצע פה הפיכה של פקידה בכירה ככל שתהיה, יחד עם זאת אני לא רואה שרשום פה הוראת שעה לנתניהו שהוא בשלטון, ההסדר הזה שאנחנו עושים פה הוא ייכנס לספר החוקים של מדינת ישראל, והוא יהיה הסדר עבור כל ראשי הממשלה גם אחרי נתניהו, זאת אומרת אני לא רואה פה איזה משהו שהוא ספציפי לבנימין נתניהו, גם ראש הממשלה אחריו יהיה לו את אותו חוק, והמנגנונים יהיו גם כלפיו בדיוק אותו דבר. [...]"

גיל לימון: [...] עכשיו הצעת החוק הזאתי מתי היא עלתה? אחרי ששופטת בית המשפט נתנה החלטת ביניים, החלטת ביניים הכי פשוטה, לבקש תגובת המשיבים לעתירה, ואז קמה זעקה והגיעה הצעת החוק, אז מה? הצעת החוק הזאת, היא לא נועדה לתת מענה לעתירה לבג"צ?

תראה הדברים בסופו של דבר צריך גם להרים את המסכות ולראות את המציאות, אז הצעת החוק הזאת, היא נועדה לתת מענה לעתירה לבג"צ, עכשיו זה הכל דברים שהם קשורים בצורה אינהרנטית להליכים משפטיים של אנשים ספציפיים היו"ר אופיר כץ: לא הבנתי, אבל גם מי שלא יעתרו נגדו בעתיד, עדיין יהיה בתוך החוק הזה?

גיל לימון: נכון.

היו"ר אופיר כץ: אז איך אפשר להגיד שזה ספציפית?

גיל לימון: יכול להיות שאם היה מסך בערות, היינו עכשיו יושבים בוועדה הזאת מבלי שהייתה עתירה הזאת ברקע או בוועדה אחרת, היינו מדברים על זה, אז בהחלט יש פה בסיס טוב [...] גם שתבינו שאנחנו מאוד ענייניים בעניין הזה, יש פה התקדמות משמעותית ויש פה קשב להערות, לא לכל הדברים, אבל בסופו של דבר ברור שאותן פינות שהיה חשש שחלילה אולי בית המשפט יכול על בסיסם לבחון האם מצב שראש ממשלה – לא ראש ממשלה נוכחי, ראש ממשלה תיאורטי עתידי שהוא נאשם בפלילים ומשתמש בכוח השלטוני שלו כדי לשנות את מערכת אכיפת החוק להיטיב עם מצבו – האם זו שאלה של נבצרות?

עכשיו יכול להיות שהיינו מקיימים דיון כזה תיאורטי לגמרי, והיינו מגיעים למסקנות ולתוצאות ביחד, אבל יש פה משהו וזה המסר שאמרת, שמזהם את העניין הזה, או שמפריע או שמלכלך, והסיפור הזה בדיוק כמו שהצעת החוק שמונעת ביקורת שיפוטית על מינוי שרים, היא ברורה שהיא על רקע פסק הדין בעניינו של דרעי וברור שכמו שחוק המתנות, אני אומר את זה בצער, כי זה לא זה לא דבר שמשמח אותי במצב הזה, אבל שחוק המתנות הוא נועד לתת מענה לאיזשהו פסק דין שצריך לשלם סכום, וגם החוק הזה, ברור שההצעה שלו והבהילות והדחיפות של זה נועד לתת מענה לעתירה מסוימת.

ולכן אנחנו כיעוץ משפטי לממשלה, ואני אומר את זה בצער, כי ה-DNA שלנו זה לעבוד ביחד עם הייעוץ המשפטי של הכנסת ולעבוד ביחד אתכם ולמצוא פתרונות... אבל הנסיבות של החוק הזה, אנחנו צריכים להגיד את האמת, הנסיבות של החוק הזה אנחנו לא יכולים להסכים להצעה הזאתי על הרקע שבו היא מגובשת. [...]"

היו"ר אופיר כץ: [...] אתה אמרת שצריך להסדיר את העניין של הנבצרות, וזה הסדר כואב וזה הסדר כולל, וראית את הרצינות שאנחנו עשינו פה את החקיקה שאנחנו נצביע עליה.

גיל לימון: תצביעו, זה התפקיד שלכם להצביע.

82. גם היועצת המשפטית לכנסת הצביעה על הבעייתיות שבקידום הצעת חוק יסוד שנועדה לפתור סוגיה פרסונלית, אך לצד זאת ציינה, כי לאור השינויים המהותיים שנערכו בהצעת חוק היסוד המתקן, ההסדר המוצע טוב מההסדר שנקבע בחוק היסוד שעמד בתוקף ערב כינונו של חוק היסוד המתקן:

”שגית אפיק: אז אני גם אתייחס גיל. גם אנחנו ראינו, אני אתחיל בחיזוק ידיה של היועצת המשפטית לממשלה, אני לא מקבלת את כל האמירות שנאמרות כאן ביחס לעבודתם, מי כמוני יודעת את העבודה המסורה שאתם עושים, ואת הרצון שלכם לשפר את תוצרי החקיקה [...]”.

ואת העמידה שלכם על העקרונות שאתם רואים לנכון, אני מכבדת את זה מאוד. גם אנחנו ראינו קושי עם עיתוי הצעת החוק הזאת, אני גם העליתי את השאלה עד כמה היא אכן נחוצה בלי קשר לעיתוי, ועם זאת כמו שגם אתה אמרת, נוסח החוק הקיים, לא מייצר פירוט של ההסדרים ביחס לנבצרות זמנית של ראש הממשלה, וודאי שאולי היה נכון יותר, ראוי יותר לעשות את הדיונים האלה מאחורי מסך בערות, ובהיעדר הליכים כאלה ואחרים, גם אם אין להם היתכנות או גם אם עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, הם לא דרושים ואין להם מקום בעיתוי הזה.

אני מסכימה גם עם האמירה שהמכלול פה הוא זה שמייצר קושי גבוה יותר מאשר התבוננות אך ורק בהצעת החוק הזאת, וכמובן שישנו קושי כאשר, הכנסת לכאורה מחוקקת עבור עצמה, הסדרים כאלה ואחרים.

ועם זאת ולצד זאת ולאחר שבאמת בתור הייעוץ המשפטי לכנסת, הצפנו את הבעיות האלה ובהן גם הבעיות של חקיקה דווקא בעיתוי הזה, אנחנו השתדלנו מאוד בכל זאת לייצר פה מנגנון שיהיה סביר ככל העניין, ויתייחס באופן פרטני ככל האפשר, למכלול של מצבים שייתכן שיתעוררו.

אני חושבת שהמציעים פעלו נכון בכך שהוסר הסעיף של היעדר ביקורת שיפוטית שהוא לא היה דרוש כאן, וכתוצאה מזה בסופו של דבר השתדלנו לייצר התאמה בנסיבות, להסדרים אחרים שקיימים היום בחקיקה, בין ביחס לנשיא, בין ביחס לגורמים אחרים בעניין נבצרות זמנית והפסקה זמנית בעבודת, במילוי התפקיד. עשינו את זה מתוך הבנה גם של הקשיים שהעלו מציעי הצעת החוק ויושב ראש הוועדה, ומתוך רצון למצוא פתרונות לקשיים האלה.

אני חושבת שבסופו של דבר המנגנון שנבנה כאן הוא אולי לא מושלם, ולא ברור באיזה נסיבות בסופו של דבר הוא יופעל, אבל הוא בהחלט נותן מענה והסדרה מוצלחת יותר, מזו שישנה היום בחקיקה הקיימת, והוא נותן מענה לרבות מהטענות וההערות שהושמעו כאן, על ידי חברי הוועדה ועל ידי הייעוץ המשפטי לממשלה וגם על ידינו, שניסינו באמת לבנות איזושהו מנגנון סדור, שעיקרו יהיה דווקא בעניין הנבצרות, ותוך איזושהו שיתוף של הכנסת בוועדת הכנסת, באופן שגם הם יוכלו לפקח על התהליך הזה, ולייצר אסדרה שיש בה גם מעט שקיפות וגילוי בתהליך.

אם בסופו של דבר אנחנו לא מסתכלים על המכלול, אלא מסתכלים על הצעת החוק הזאת כשהיא עומדת בפני עצמה, ומסדירה בסך הכול בסופו של דבר נושא שהוא יחסית היום לא היה מוסדר באופן כזה, אני חושבת שהנוסח שהוועדה הגיעה אליו בסופו של דבר, הוא כזה שמייצר מנגנון שנראה לי שניתן יהיה ליישום ברוב המקרים, בהינתן גם בהשגות הנוספות שהערכנו ביחס אליהן לאורך הדיונים. [...]

כשמנתחים תהליך של חקיקה, חשוב לדעת גם באמת מה לא בסדר ומה לא יעבוד ומה יהיה לא ישים, כי שוב הרצון הוא באמת לייצר חוק תחת מסך בערות, ואם כבר אנחנו לא תחת מסך בערות, אז לכל הפחות לדעת שמכלול הסוגיות הוצגו בפניכם, ואני חושבת שזה תפקיד מאוד חשוב שגם אנחנו ניסינו למלא אותו ובוודאי שהייעוץ המשפטי לממשלה מילא אותו גם כן גם המקרה הזה.”

83. אחר הדברים האלה, ביום 21.3.23 קיימה הוועדה המיוחדת דיון ארוך בהסתייגויות שהעלו חברי הכנסת. בתוך שלל ההסתייגויות הועלו גם הצעות שנדונו במהלך הדיונים ולא התקבלו, דוגמת: שינוי מנגנון ההכרזה על נבצרות; העילות להכרזה; פרקי הזמן שנקבעו במנגנון; הרוב הדרוש

לאישור הנבצרות; ועוד. לאחר שנדחו ההסתייגויות שהוגשו לנוסח הצעת חוק היסוד המתקן, אישרה הוועדה המיוחדת את הצעת חוק היסוד המתקן לקריאה שנייה ושלישית.

84. ביום 22.3.23 דנה ועדת הכנסת בבקשה יו"ר הוועדה המיוחדת, חה"כ אופיר כץ (המשמש גם כיו"ר ועדת הכנסת), להקדמת הדיון בהצעת חוק היסוד המתקן. הבקשה אושרה בהסכמת האופוזיציה, לאחר שהושגו הסכמות באשר לסדרי הדיון במליאה ולמשך הזמן שבו תידון הצעת חוק היסוד המתקן. הצעת חוק היסוד המתקן עלתה אפוא לדיון במליאת הכנסת. בהמשך לכך, ביום 23.3.23 כוננה הכנסת את חוק היסוד המתקן בקריאה שלישית (ברוב של 61 תומכים, מול 47 מתנגדים), וזה פורסם ברשומות ביום 27.3.23.

ג. נבצרות ראש הממשלה מיום 23.7.23

85. ביום 23.7.23, בסביבות השעה 15:15 בלילה, נדרש ראש הממשלה לעבור פרוצדורה רפואית בטטוש באופן מיידי. מזכיר הממשלה הודיע בשם ראש הממשלה לממשלה וליושב ראש הכנסת על הצורך בקיום הפרוצדורה הרפואית ועל כך שנבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו באופן זמני. בשל הדחיפות, הממשלה קיימה משאל טלפוני, ובסיומו קבעה כי השר יריב לוין ימלא את מקומו של ראש הממשלה. לאחר כשעתיים, בתום הפרוצדורה הרפואית, הודיע ראש הממשלה על סיום מצב הנבצרות. ההחלטות על תחילת הנבצרות הזמנית ועל סיומה קיבלו ביטוי בהחלטת הממשלה מס' 813, מיום 23.7.23, שעניינה "הודעה על נבצרות זמנית של ראש הממשלה לצורך ביצוע פרוצדורה רפואית והחלטה על קביעת ממלא מקום לראש הממשלה".

86. בהמשך אותו יום, ובעקבות שיח בין היועצת המשפטית לכנסת לבין יו"ר ועדת הכנסת, שבו היא עמדה על כך שיש לקיים את הוראות סעיף 16 לחוק-יסוד: הממשלה ולהביא את העניין לוועדת הכנסת, שלח מזכיר הממשלה ליו"ר ועדת הכנסת מכתב שבו פירט את השתלשלות האירועים. במכתב זה הודגש בין היתר כי לא הייתה שום היתכנות מעשית להמתין עם ביצוע הפרוצדורה הרפואית עד לאחר כינוס ועדת הכנסת.

87. ביום 25.7.23, התכנסה ועדת הכנסת לצורך אישור הודעת ראש הממשלה, כשעל סדר היום עמד גם אישור הכללים הנוגעים לחוות הדעת הרפואית המוגשת לצורך הכרזה על נבצרות נשיא המדינה וראש הממשלה (להלן: **כללי חוות הדעת הרפואית**).⁹ יו"ר ועדת הכנסת הדגיש כי בין אם תחליט הוועדה לאשר את ההודעה ובין אם לאו, אין לכך משמעות מעשית בנסיבות העניין דאז, כפי שתוארו לעיל.

88. במהלך הדיון, חברי הכנסת עמדו על כך שהיה צורך לעדכן את יו"ר ועדת הכנסת על נבצרות ראש הממשלה בזמן אמת, ומשלא נעשה כך, לא היה בידם להשלים את הליך ההכרזה על נבצרות כפי

⁹ בהתאם לסעיף 21 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, הכנסת רשאית לקבוע כי מטעמי בריאות נבצר מנשיא המדינה דרך קבע למלא תפקידו. החלטה זו תתקבל ברוב חברי הכנסת, לפי הצעת ועדת הכנסת שנתקבלה ברוב של שני שלישים מחבריה, ועל יסוד חוות דעת רפואית שניתנה על פי כללים שקבעה הוועדה. הסדר דומה קבוע ביחס לנבצרות זמנית מטעמי בריאות בסעיף 22 לאותו חוק יסוד. סעיף זה נקבע בשנת 1964 אך בפועל כללים אלו מעולם לא נקבעו.

שנקבע בחוק היסוד המתקן. חברי הכנסת הביעו את מחאתם על ההתנהלות סביב נבצרותו של ראש הממשלה, וסירבו להשלים עם כך שנדרש מהם לשמש "עלה תאנה" בדיעבד בשל התנהלות הממשלה. חלקם אף רמזו כי הגם שאינם חברי קואליציה, לא היו מתנגדים להכרזה על נבצרות אם היה ההליך מתנהל כסדרו, בהתאם להוראות חוק היסוד המתקן, ואם היו מקבלים הודעה בעניין מיושב ראש הוועדה זמן קצר לאחר שגם הוא היה מקבל את ההודעה על נבצרותו של ראש הממשלה בנסיבות שתוארו לעיל.

89. במהלך הדיון התייחסה היועצת המשפטית לכנסת למנגנון ההכרזה על הנבצרות ולפרטים שנקבעו בו :

"ההסדר עצמו, במהות שלו, מועתק מחוק-יסוד: נשיא המדינה. הרוב הוא בסוף שאלה יותר טכנית, מידתיות. ההסדר עצמו מועתק מחוק-יסוד: נשיא המדינה וזה אותו הסדר, ולכן לא נמצא לנכון לעשות כאן שינוי ביחס אליו. אגב, התיקון לחוק-יסוד: נשיא המדינה, שקבע את אישור ועדת הכנסת לנבצרותו של הנשיא בא בעקבות בקשה של נשיא המדינה דאז, הנשיא קצב, שביקש לקבוע אפשרות להודעה שלו באישור ועדת כנסת לנבצרות זמנית למספר ימים. ההנחה של החקיקה, כפי שנחקקה גם ביחס לנשיא המדינה וגם ביחס לראש הממשלה, הייתה שנבצרות זמנית מחמת טעמים רפואיים, ההנחה הייתה שידובר ויתופעל ביחס להליכים שיתמשכו למספר ימים ולא לשעה-שעתיים. זו הייתה ההנחה גם כשנחקק חוק-יסוד: נשיא המדינה, וזו הייתה ההנחה גם בדיונים בוועדה הזאת. נדמה לי, חבר הכנסת אלקין, שההתייחסות לכך שהסעיפים הם בעייתיים, גם מטעמך ואולי גם מטעם חברים אחרים ואולי אפילו גם מטעם הייעוץ המשפטי לכנסת, היו דווקא ביחס לסרבול של המסלול השני ולא ביחס למסלול הזה שעומד כרגע בפניכם, כי ההנחה לגבי המסלול הזה הייתה שהוא דומה מאוד למסלול קיים ולכן ההתעסקות ביחס אליו הייתה פחותה יותר. נכון שיש סעיף נוסף בחוק היסוד שמתייחס למילוי מקומו של ראש הממשלה. עד היום, טרם חקיקת חוק היסוד, ניתן היה להפעיל את פרוצדורת מילוי המקום מבלי להגיע לכנסת או לוועדת הכנסת. העניין הזה תוקן. אני חושבת שדווקא כאן ההנחה הייתה שזה מחזק את יכולת הפיקוח של הכנסת במצבים של מילוי מקום מטעמים רפואיים. [...]

במהלך הדיונים הצענו הצעות שונות, ביניהם גם לייצר אולי איזשהו קשר בין מילוי המקום לבין המסלול הזה, אבל בסופו של דבר נחקק מה שנחקק, בין היתר כדי להיות מותאמים בניסוחים לניסוחים קודמים."

90. בהתייחס לאירוע הנבצרות הספציפי שבו דנה הוועדה, ציינה היועצת המשפטית לכנסת כך :

"נכון שההליך שאנחנו עושים כאן הוא בדיעבד, נכון גם שבזמן הפרוצדורה הרפואית, בעת שמונה ממלא-המקום לאותן שעותיים בהן ראש הממשלה נבצר באופן זמני בהתאם לחוק, ממלא-מקומו לא ביצע שום פעולה. לכן למעשה, בין אם הנבצרות תאושר היום על-ידי ועדת הכנסת ובין אם היא לא תאושר, אין נפקות מעשית, מכיוון שלא נעשו פעולות בשעת הנבצרות.

זה נכון שלאחר התיקון – ואני מניחה שמכאן גם נבעה הטעות במשרד ראש הממשלה או במזכירות הממשלה – יש שאלה מה היחס בין מינוי ממלא-מקום גם אם לפרוצדורה רפואית קצרה לבין המסלול שקבוע בחוק, לפיו ראש הממשלה מחיל על עצמו – מודיע ביחס לעצמו שהוא נבצר באופן זמני. זה אולי דבר שניתן יהיה לשקול אותו בעתיד ולחשוב אם רוצים לעשות איזושהי הסדרה אחרת. [...]

כיוון שזה קיים גם ביחס לנשיא המדינה. ההנחה הייתה שכשראש ממשלה או כשבעל תפקיד אחר מודיע שהוא נבצר בין לכמה שעות ובין לכמה ימים, לא תאמר לו ועדת

הכנסת: אינך נבצר זמנית בנסיבות אלה. ההנחה הייתה שבנסיבות האלה ועדת הכנסת תקבל את הודעתו של ראש הממשלה. בכל אופן, זה עניין שאפשר לשקול אותו בדיעבד. אני מניחה שגם מזכירות הממשלה – ולכן הם פעלו כפי שהם פעלו – הניחו שהם לא נכנסים אפילו לגדר הנבצרות, אלא שמכיוון שמדובר בפרוצדורה רפואית של שעתים בלבד, שהם נמצאים באזור שמאפשר להם למנות ממלא-מקום. [...]

אני רוצה לומר עוד משהו. עצם זה שביקשתי שיתקיים כאן הדיון, גם בדיעבד, זה לא דווקא כדי לומר שצריך לאשר או לא צריך לאשר, אלא מעצם זה שצריך גם לקיים את התהליך הפרוצדורלי הקבוע בחוק, וזה דבר שאני רואה בו חשיבות.

91. בסופו של דבר, בנסיבות העניין, הוועדה לא קיימה הצבעה על נבצרותו של ראש הממשלה. הוחלט כי יקודם נוהל שיבהיר את יחסי העבודה בין ועדת הכנסת למזכירות הממשלה, אם יתעורר צורך שכזה בעתיד. בנוסף, מכיוון שנציגי משרדי הממשלה הדרושים לא הגיעו לדיון, ולבקשת נציגת בית הנשיא, נדחה הדיון שנקבע ביחס לטיטוט כללי חוות הדעת הרפואית.

92. מאז ועד היום גובשה טיטוט כללי נבצרות נשיא המדינה וראש הממשלה (חוות דעת רפואית), התשפ"ג-2023 על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת, בשיתוף עם בית הנשיא, משרד ראש הממשלה, משרד הבריאות ומשרד המשפטים והיא מצויה בשלבי עבודה מתקדמים. כמו כן, גובש נוהל עבודה פנימי למזכירות הממשלה, יושב ראש הכנסת ויושב ראש ועדת הכנסת שעניינו בהודעה כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. נוהל זה נשלח ביום 13.9.23 למזכיר הממשלה לקראת הסדרתו והפעלתו בעתיד. בכוונת יו"ר ועדת הכנסת להביא את טיטוט הכללים והנוהל לדיון בוועדת הכנסת בשבועות הקרובים.

ד. תוכנו של חוק היסוד המתקן

93. כאמור לעיל, הטענה העיקרית בעתירות היא כי בכינון חוק היסוד המתקן עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. טענה זו אינה עוסקת **בתוכנו** של חוק היסוד המתקן, אלא **באופן** שבו כונן. לצד זאת, בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי תוכנו של חוק היסוד מעורר קשיים מהותיים של ממש וחותר תחת תכליתו של סעיף 16 לחוק היסוד – הבטחת רציפות שלטונית במקרה שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. על כן, נקדיש פרק זה לתוכנו של חוק היסוד המתקן.

94. כזכור, סעיף 16(ב) לחוק היסוד קובע כדלהלן:

“נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו.”

95. סעיף 16(ב) לחוק היסוד, שלא נערך בו כל שינוי, קובע אפוא כי אם נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו – ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה. אם חלפו 100 ימים רצופים שבהם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו – יראו אותו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את

תפקידו, ובהתאם לסעיף 20(ב) לחוק היסוד – יראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 לנבצרות.

96. קל לראות כי חוק היסוד טרם תיקונו מתייחס רק לתוצאות המשפטיות של מצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו.

חוק היסוד טרם תיקונו שתק באשר לאופן שבו ייקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בפועל הייתה קיימת לקונה חקיקתית בעניין זה, וכפי שפסק בית המשפט הנכבד בעניין יצחק – נדרשה פרשנות משפטית של היועץ המשפטי לממשלה כדי ליישם סעיף זה במקרים קונקרטיים.

מעבר לכך, חוק היסוד טרם תיקונו שתק גם באשר לעילות שבגינן ניתן לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. משום כך היה בית המשפט הנכבד נכון לקבל, מבלי לדון בעניין לגופו, את הפרשנות הקובעת כי נבצרות ראש הממשלה יכולה להיות מכל עילה שהיא.

97. אין חולק על כך שחוק היסוד טרם תיקונו היה חסר ופגום. כפי שפורט לעיל, כך אמר למשל עו"ד גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, בדיון שנערך בוועדה ביום 2.3.23, בטרם הצביע על הקשיים המשפטיים המצויים לדעתו בהצעת החוק (עמ' 15 לפרוטוקול): "לאור המשמעויות כבדות המשקל של הכרזה על כך שנבצר מראש ממשלה למלא את תפקידו, אכן נראה כי ראוייה הידרשות הכנסת להבהרת הנסיבות בהן נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו והמנגנון שבאמצעותו ייקבע מצב של נבצרות". המשנה ליועצת המשפטית לממשלה חזר על הדברים בדיון שנערך ביום 20.3.23, והזכיר: "בדברים שאמרת בוועדה עם תחילת הדיונים בהצעה הנדונה, עמדתי על כך שההסדר החוקי שקיים ביחס לנבצרות של ראש הממשלה הוא הסדר עמום, הוא הסדר שהיישום שלו מעורר שאלות, בפרט מהם סוגי המקרים שיכולים להקים מצב של נבצרות? ומי הגורם המוסמך לקבוע שראש הממשלה נמצא במצב של נבצרות? וציינתי שראוי שהכנסת תידרש לנושא". גם בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נכתב כי "ההסדר החוקתי שהתקיים ערב חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד – ביחס לנבצרות ראש הממשלה – לקה בעמימות אשר יש מקום להבהירה".

98. נדגיש כי ככלל, לא הייתה מחלוקת על כך שקיים צורך בתיקון חוק היסוד כדי להסיר את הלקונות החקיקתיות האמורות. חברי הכנסת היו תמימי דעים בעניין זה לכל אורך הדיונים, כפי שפורט לעיל. גם היועץ המשפטי לוועדה והמשנה ליועצת המשפטית לממשלה סברו כי ההסדר שהיה קיים בטרם כינון חוק היסוד המתקן – אינו מלא, וכי יש צורך בהבהרת הפרטים הנוגעים אליו ואופן יישומו.

99. כיוון שחוק היסוד טרם תיקונו כלל לקונות, הן ביחס לעילות הנבצרות והן ביחס לאופן קביעתה, נדרשה כאמור פרשנות של היועץ המשפטי לממשלה ושל בית המשפט הנכבד כדי למלא לקונות אלה וכדי לאפשר את יישום סעיף הנבצרות הלכה למעשה. פרשנות זו יצרה חוסר קוהרנטיות לעומת הסדרים העוסקים בנבצרות נושאי משרה אחרים ולעומת הסדרים הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה, כדלהלן:

- הקביעה כי לכאורה היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להכריז כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו – אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר שנקבע ביחס לנושאי משרה בכירים אחרים. כפי שעולה מהסקירה שהבאנו לעיל, הגורם המוסמך לזום הכרזה על נבצרות של נשיא המדינה ויושב ראש הכנסת הוא גורם פוליטי – ועדת הכנסת, ובדרך כלל נדרש לכך רוב מיוחד. מרבית חברי הכנסת סברו שיש לקבוע הסדר דומה גם ביחס לראש הממשלה.
- הקביעה כי נבצרות ראש הממשלה יכולה להיות מכל סיבה שהיא – אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר שנקבע ביחס לנושאי משרה בכירים אחרים. כפי שעולה מהסקירה שהבאנו לעיל, נבצרות של נשיא המדינה, יושב ראש הכנסת, שופט ומבקר המדינה יכולה להיות מוכרות מטעמי בריאות בלבד. מרבית חברי הכנסת סברו שיש לקבוע הסדר דומה גם ביחס לראש הממשלה.¹⁰
- הקביעה כי נבצרות ראש הממשלה יכולה להיות מכל סיבה שהיא – יוצרת חוסר בהירות גם ביחס לפרשנות חוק היסוד עצמו, בכל הנוגע לממשלת חילופים. חוק היסוד קובע כאמור כי אם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקומו לתקופה של עד 100 ימים, ולאחר מכן יראו את הממשלה כאילו התפטרה. לצד זאת, סעיף 43 לחוק היסוד קובע כי בממשלת חילופים, אם נבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו "מסיבות בריאותיות בלבד", ראש הממשלה החלופי ימלא את מקומו. לא ברור מה ההיגיון בייחוד הוראה זו לטעמי בריאות בלבד, ומדוע ראש הממשלה החלופי לא ימלא את מקומו של ראש הממשלה בכל מקרה של נבצרות, וזאת גם אם נבצר ממנו למלא את תפקידו מסיבות שאינן בריאותיות. יצוין כי חלק מהדוברים בדיוני הוועדה עמדו על חוסר בהירות זו ועל השלכתה לגבי פרשנותו של סעיף 16(ב) לחוק היסוד גם בטרם כינונו של חוק היסוד המתקן (ראו למשל דבריו של ד"ר עמיר פוקס בוועדה המיוחדת בדיון מיום 2.3.23, עמ' 21-22).

100. בפועל, אין חולק כי תשומת לבם של חברי הכנסת ניתנה ללקונות אלה על רקע ההליכים המשפטיים שתוארו לעיל, הנוגעים לאפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה המכהן עקב ריבוי ניגודי עניינים בשל ההליך הפלילי המתנהל נגדו. הליכים אלו התבססו כאמור על הפרשנות הלשונית של חוק היסוד ביחס לעילות הנבצרות של ראש הממשלה ועל הלקונה הקיימת בחוק היסוד ביחס לאופן ההכרזה על נבצרותו. מרבית חברי הכנסת סברו כי הליכים אלו ממחישים את הקושי הקיים בחוק היסוד נוכח הלקונות הקיימות בו, והחליטו לפעול לתיקון חוק היסוד כדי למלאן.

101. בהקשר זה יוער כי הצעות חוק רבות נולדות כתוצאה מאירועים המתרחשים בחיי היום יום ובפרט בעקבות הליכים משפטיים. הלשכה המשפטית של הכנסת מטפלת מדי יום בפניות של חברי הכנסת לתיקוני חקיקה בשל רצונם לקבוע הסדר בעניינים שמצויים על סדר היום הציבורי או בעניין לקונה שנודע להם עליה. לעיתים דווקא כאשר עניין מסוים אינו על סדר היום, עלול הדבר שיישכח, דוגמת

¹⁰ בנקודה זו אכן קיימת הבחנה בין נבצרות נשיא המדינה ויו"ר הכנסת לבין נבצרות ראש הממשלה כפי שהוסדרה בחוק היסוד המתקן: חוק-יסוד: נשיא המדינה וחוק-יסוד: הכנסת אינם מגבילים את עילות הנבצרות בכל הנוגע להודעה של **נושא המשרה עצמו** כי נבצר ממנו למלא את תפקידו, ואילו חוק היסוד המתקן מגביל את עילות הנבצרות גם ביחס להודעה של ראש הממשלה עצמו כי נבצר ממנו למלא את תפקידו.

כללי חוות הדעת הרפואית לעניין נבצרות נשיא המדינה, שלא הותקנו מאז שנת 1964 ועד היום בשל חוסר תשומת לב.

102. תכליתו של חוק היסוד המתקן היא אפוא למלא את הלקונות שבחוק היסוד. לשם כך, חוק היסוד המתקן הוסיף לחוק היסוד את סעיף 16(ב), הקובע כי נבצרות ראש הממשלה לפי סעיף 16(ב) לחוק היסוד תהא אך בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית, ולא מכל סיבה שהיא. בנוסף, סעיף 16(ב) לחוק היסוד מתווה את ההליך שבו תיקבע נבצרות זמנית כאמור, כדלהלן:

“(1) נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו כאמור בסעיף קטן (ב) תהיה בשל אי-

מסוגלות פיזית או נפשית בלבד, ותיקבע באחד משני אלה בלבד:

(א) (1) אם ראש הממשלה הודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו זמנית

למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית וועדת הכנסת אישרה

את הודעתו ברוב של שני שלישים מחבריה;

(2) הודיע ראש הממשלה כאמור בפסקת משנה (1), רשאי הוא להודיע לממשלה

וליושב ראש הכנסת על משך הנבצרות באותה הודעה או בהודעה נפרדת;

(3) יושב ראש הכנסת יודיע לכנסת על הודעות ראש הממשלה לפי פסקאות

משנה (1) ו-2);

(ב) (1) אם הממשלה החליטה, ברוב של שלושה רבעים מחבריה, כי נבצר מראש

הממשלה זמנית למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית; ראש

הממשלה יכנס את הממשלה לעניין זה לבקשת שלוש חמישיות מחברי

הממשלה בתוך שלושה ימים ממועד הגשת הבקשה או במועד מאוחר יותר

אם התבקש בבקשה לעשות כן; לא כונסה ישיבת הממשלה במועד כאמור,

יכנס מזכיר הממשלה את הממשלה באופן מיידי וממלא מקום ראש

הממשלה ינהל את הישיבה, וסעיף קטן (ג) יחול בשינויים המחויבים;

(2) החליטה הממשלה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו כאמור

בפסקה (1), תעמוד ההחלטה בתוקפה שלושה ימים ותובא לאישור ועדת

הכנסת; ועדת הכנסת תאשר את החלטת הממשלה ברוב של שני שלישים

מחבריה, ואם החלטת הממשלה ניתנה מטעמי בריאות, תהיה החלטת ועדת

הכנסת גם על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה על פי כללים שקבעה ועדת

הכנסת; אישרה ועדת הכנסת את החלטת הממשלה, רשאית היא לקבוע

שהנבצרות לא תימשך יותר משבעה ימים מיום החלטת הוועדה;

(3) לא הגיש ראש הממשלה חוות דעת רפואית בהתאם לכללים שקבעה ועדת

הכנסת, יראו אותו כאילו הודיע על נבצרותו לפי פסקת משנה (א); הנבצרות

לפי פסקה זו לא תימשך יותר משבעה ימים;

(4) הארכת הנבצרות מעבר לאמור בפסקאות (2) או (3) טעונה את החלטת

הכנסת, על פי הצעת ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב של שמונים חברי

הכנסת; הכנסת תהיה רשאית לקבוע שהנבצרות לא תימשך יותר מ-21 ימים

בכל פעם, ובלבד שסך התקופות לא יעלה על האמור בסעיף קטן (ב);

(2) ועדת הכנסת רשאית לקבוע את סיום הנבצרות של ראש הממשלה שנקבעה לפי

פסקה (1)(ב)(2) או (4) בהחלטה של רוב חברי הוועדה, ואם נקבעה הנבצרות

מטעמי בריאות – על יסוד חוות דעת רפואית שניתנה לפי כללים שקבעה

הוועדה; יושב ראש ועדת הכנסת יודיע לכנסת על החלטת הוועדה;

(3) הוראות סעיף 31 לחוק-יסוד: הכנסת או לפיו לא יחולו על המועדים הקבועים

בסעיף קטן זה.”

103. בהתאם לסעיף זה, נבצרות ראש הממשלה לפי סעיף 16(ב) לחוק היסוד תהא מחמת אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד. כפי שהראינו לעיל, בכך צועד סעיף זה בעקבות חיקוקים אחרים המתייחסים לנבצרות נושאי משרה, שהסדירו קביעת נבצרות על-ידי גורמים חיצוניים מטעמי בריאות בלבד (כך ביחס לנבצרות זמנית של נשיא המדינה ויו"ר הכנסת, וכך ביחס לנבצרות קבועה של נשיא המדינה, שופט ומבקר המדינה). עם זאת, חוק היסוד נבדל מהסדרים אלה בכך שביחס לראש הממשלה – גם כאשר הוא עצמו מודיע כי נבצר ממנו למלא את תפקידו, סעיף 16(ב) חל רק כאשר נבצרות זו נובעת מאי-מסוגלות פיזית (ולאו דווקא בריאותית) או נפשית בלבד.

104. סעיף 16(ב) לחוק היסוד, כפי שתוקן בחוק היסוד המתקן, מתווה שני מסלולים שבהם יחול סעיף 16(ב) לחוק היסוד – כלומר, שני מקרים שבהם יראו את ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו למלא את תפקידו בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית, שאז ממלא מקום ראש הממשלה ימלא את מקומו לתקופה של עד 100 ימים, ולאחר מכן יראו את ראש הממשלה כאילו נבצר ממנו למלא את תפקידו דרך קבע ויראו את הממשלה כאילו התפטרה:

המסלול הראשון – על פי הודעת ראש הממשלה עצמו. הודעת ראש הממשלה תימסר לממשלה וליו"ר הכנסת, והיא טעונה אישור של ועדת הכנסת ברוב של 2/3 מחבריה.

המסלול השני – על פי החלטת הממשלה, ועדת הכנסת והכנסת. הממשלה רשאית להחליט, ברוב של 3/4 מחבריה, כי נבצר מראש הממשלה למלא תפקידו לתקופה של עד 3 ימים (בסעיף 16(ב)(1)(1)(1) לחוק היסוד נקבעו הוראות בדבר אופן כינוס הממשלה לצורך זה). החלטת הממשלה טעונה אישור של ועדת הכנסת ברוב של 2/3 מחבריה, שתתקבל על יסוד חוות דעת רפואית (אם הנבצרות היא מטעמים רפואיים). ועדת הכנסת רשאית גם להאריך את הנבצרות לתקופה של עד 7 ימים ממועד החלטתה. מליאת הכנסת רשאית, ברוב של 80 מחבריה ועל פי הצעת ועדת הכנסת, להאריך את תקופת הנבצרות הזמנית לתקופות נוספות שאורך כל אחת מהן לא יעלה על 21 ימים, ובלבד שסך התקופות לא יעלה על 100 ימים. סעיף 16(ב)(3) לחוק היסוד קובע כי לצורך הכרזה על נבצרות, הכנסת וועדת הכנסת יתכנסו גם במועדי הפגרה.

1.ד. תוכנו של חוק היסוד המתקן אינו חריג ביחס לנבצרות נושאי משרה אחרים וביחס להצעות שהוצעו בעבר להסדרת נבצרות ראש הממשלה

105. בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי תוכנו של חוק היסוד המתקן "טומן בחובו קשיים מהותיים" (סעיף 122 לכתב התשובה) וכי "ההסדר המשטרי שעוצב אינו נותן מענה הולם לתכליות של מוסד הנבצרות". לטענת היועצת המשפטית לממשלה, הקשיים שבחוק היסוד המתקן הם "שליטת עצם האפשרות לשקול עילות נבצרות אובייקטיביות שאינן תחומות רק לטעמים בריאותיים" ו"עיצוב המנגנון ודרישות הרוב החריגות שהוגדרו בממשלה, בוועדות הכנסת ובמליאתה". על פי הנטען בכתב התשובה, פגמים אלו מהווים אינדיקציה לכך שחוק היסוד המתקן נועד לשפר את ענייני הפרטיים של ראש הממשלה המכהן ולתכלית פרסונלית בלבד, ועל כן יש לדחות את מועד תחולתו כדי לאפשר לכנסת לשקול את תיקונו.

106. להלן נתייחס בהרחבה לטענה כי תכלית חוק היסוד המתקן היא פרסונלית בלבד. לעת הזו נבקש להתייחס רק לטענות הנוגעות לתוכנו של חוק היסוד המתקן.

107. אין לכחד כי ההסדר שנקבע בחוק היסוד המתקן כולל מאפיינים מסוימים שעלולים להקשות על הכרזה על נבצרות ראש הממשלה בחיי המעשה, במקרים שבהם הדבר נדרש. הייעוץ המשפטי לכנסת השתדל לעמוד במהלך הדיונים על מאפיינים אלו ולהמליץ לרכך מגבלות שהיו קשיחות מדי. לצד זאת, היועץ המשפטי לוועדה גם ציין במענה לשאלות חברי הכנסת שקשה לצפות מראש את כל המקרים, את כל המצבים ואת כל האירועים וכי הסדר חקיקתי לא תמיד יכול לכסות את מלוא הסיטואציות האפשריות ולתת מענה לכל תרחיש שמעלים חברי הכנסת. קושי זה מלווה את הכנסת לא אחת בהסדרת הליכים פרוצדורליים הנוגעים להסדרים פוליטיים-משטריים, ולעיתים קרובות קיים מתח בין הרצון לייצר הסדר 'מושלם', שיתייחס לכל התרחישים האפשריים, לבין אילוצים פוליטיים של הצורך בהסכמת מרבית חברי הכנסת להסדר ושל המשמעות הציבורית-פוליטית שיש להתייחסות לתרחישים מסוימים. בשונה מפסק דין או מחוות דעת, חקיקה (וודאי חקיקת יסוד) מנוסחת בתמציתיות, מתוך הנחה שאם יתעורר קושי ביישומה או יידרשו הסדרים משלימים – ניתן יהיה להשלים את החסר באמצעות חקיקה, חקיקת משנה, הנחיות של הייעוץ המשפטי לממשלה או פרשנות של בתי המשפט. בענייננו, האירוע מיום 23.7.23 חשף את אי-הבהירות הקיימת בחוק היסוד המתקן באשר לאופן יישומו של חוק היסוד המתקן כאשר נבצר מראש הממשלה מסיבות רפואיות למלא את תפקידו לזמן קצר בשעות הלילה ובאופן פתאומי. כהפקת לקחים מאירוע זה, גובשה כאמור לאחרונה טיוטת נוהל המסדיר את התנהלות כלל הגורמים הרלוונטיים לתהליך (מזכיר הממשלה, יו"ר הכנסת ויו"ר ועדת הכנסת). טיוטת הנוהל הועברה למזכיר הממשלה ותובא לעיונם של חברי ועדת הכנסת בימים הקרובים, ויש לקוות שאישור הנוהל ימנע בעתיד קשיים יישומיים מעין אלו שהתרחשו.

108. מכל מקום, עמדת היועצת המשפטית לכנסת בהליכי החקיקה הייתה כי בנסיבות העניין ההסדר כפי שגובש על ידי חברי הוועדה, על אף החוסרים המסוימים הקיימים בו, עדיף על הלקונה שהייתה בחוק היסוד קודם לכן.

109. עמדת היועצת המשפטית לממשלה, שלפיה בחוק היסוד יש פגמים מהותיים הנובעים מ"הפרסונליות שהניעה את הליך החקיקה מלכתחילה [ש]דבקה גם בצופן הגנטי של ההסדר החוקתי גופו, תוך שהיא פוגמת בו פגמים של ממש" (סעיף 122), מתעלמת מהדמיון הקיים בין חוק היסוד המתקן לבין הסדרים מקבילים אחרים, מהמשפט המשווה ומההיסטוריה החקיקתית של חוק-יסוד: הממשלה. עמדה זו מתעלמת גם מהחשש שהביעו חברי הכנסת לאורך כנסות רבות מפני ניצול לרעה של הליך הנבצרות. ונבאר.

110. **באשר לעילות הנבצרות** – כבר ציינו כי ככלל, נבצרות של נושאי משרה בכירים במדינת ישראל יכולה להיקבע מטעמים בריאותיים בלבד (למעט מקרים שבהם נושא המשרה עצמו מודיע על נבצרותו). כך קובע חוק-יסוד: נשיא המדינה ביחס לנשיא המדינה, כך קובע חוק-יסוד: הכנסת ביחס ליושב ראש הכנסת, כך קובע חוק-יסוד: מבקר המדינה ביחס למבקר המדינה וכך קובע חוק בתי המשפט ביחס לשופטים. הזכרנו גם כי חוק היסוד עצמו מגביל את נבצרות ראש הממשלה

בממשלת חילופים לנבצרות מטעמי בריאות בלבד. חוק היסוד טרם תיקונו, בשל הלקונה שבו, החריג אפוא את ראש הממשלה לעומת נושאי משרה בכירים אחרים, בכך שניתנה סמכות לגורם חיצוני להכריז על נבצרותו מכל טעם שהוא, ולא מטעמי בריאות בלבד.

111. כפי שהזכרנו לעיל, בהצעות חוקי יסוד שהועלו לאורך השנים הוצע לא-אחת לקבוע כי נבצרות ראש הממשלה תהיה מטעמי בריאות בלבד. כך הציעה בעבר ועדת החוקה, כך הציע חה"כ פרופ' אמנון רובינשטיין וכך הציע חה"כ יהואש צידון.¹¹ באופן כללי, מהפרוטוקולים של הוועדות שדנו בהצעות חוקי היסוד בעניין זה עולה כי חברי כנסת סברו שיש להגביל בדרכים שונות את עילות ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה, וזאת מחשש לניצול לרעה של אפשרות זו בדרך שתעקוף את הוראות חוק-יסוד: הממשלה המתוות את דרך המלך להדחת ראש ממשלה.

112. לפני הוועדה עמד כזכור גם מסמך מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת שכלל השוואה מסוימת להסדרים הנהוגים במדינות זרות. ממסמך זה עולה בבירור כי במרבית המדינות הכרזה על נבצרות ראש הממשלה או הנשיא יכולה להיעשות מסיבות בריאותיות בלבד (או במדינות אחרות – מסיבות פיזיות או נפשיות בלבד). יוזכר גם כי חלק מהדוברים בוועדה המיוחדת סברו כי גם במקרה דנן יש להגביל את עילות הנבצרות לעילות בריאותיות בלבד – גישה שלא התקבלה בסופו של דבר בנוסח חוק היסוד המתקן. השוואת ההסדר להסדרים הקיימים במדינות זרות הייתה בין הסיבות שהובילו את הכנסת להגביל את העילות לנבצרות ראש הממשלה. כעולה מדברי יו"ר הוועדה (פרוטוקול מיום 22.3.23, עמ' 507):

“לפי מה שלמדנו תוך כדי הדיונים וגם לפנייהם, בכל המדינות בעולם אין מדינה אחת – ולא רק במדינות המערביות – אין מדינה אחת בעולם שבה אפשר להוציא ראש ממשלה לנבצרות ולא מטעמי בריאות. הסוגיה הזאת שעלתה כאן, להוציא ראש ממשלה מטעמי בריאות, היא סטרטאפ משפטי ישראלי. זה לא קיים בשום מדינה. כשעלה הנושא הזה לאוויר, כסוג של איום, לא ראינו שדוחים את זה; שאומרים שהדיון הזה לא היה; שהדיון הזה לא קרה. לא ראינו. יש כאלה שנהנו לראות שזה באוויר. אולי שיהיה סוג של איום כלשהו. את המצב הזה אנחנו משנים. ומה אנחנו עושים פה? מתאימים את עצמנו לכל המדינות. כל המדינות ולא משנה איזה משטר, נשיאותי, חצי נשיאותי, פרלמנטרי. בכל המדינות האלה נבצרות היא אך ורק מטעמי בריאות. זה מה שאנחנו עושים היום: מטעמי בריאות ויכולת פיזית.”

113. ניתן לחשוב על טעמים להבחנה בין ראש הממשלה לבין נושאי משרה בכירים אחרים, וניתן לסבור כי בניגוד אליהם – נבצרות ראש הממשלה צריכה להיות מכל סיבה שהיא. ואולם, ברי כי יש טעם גם בעמדה שלפיה אין הצדקה להבחין בין ראש הממשלה לבין נשיא המדינה, יושב ראש הכנסת ונושאי משרה בכירים אחרים, ונבצרות ראש הממשלה צריכה להיות מטעמי בריאות בלבד כפי שנהוג במרבית המדינות האחרות. ההכרעה בעניין זה נתונה לרשות המכוננת, האמונה על כינון חוק-

¹¹ כאינדיקציה נוספת לכך שצמצום עילות הנבצרות אינו חסר היגיון נציין כי בהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה ל"חוקה בהסכמה", שגובשה בהנהגת כב' הנשיא (בדימוי) מאיר שמגר, הוצע לקבוע כי נבצרות ראש הממשלה תהיה "מטעמים הקבועים בחוק" (סעיף 90 להצעה). בדברי החסבר נאמר: "מוצע לפרט בחוק את הטעמים שבגינם רשאים הממשלה לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא זמנית את תפקידו" – דהיינו, הכוונה הייתה לקבוע בחוק רשימה סגורה של עילות לנבצרות ראש הממשלה.

יסוד: הממשלה. הטענה כי הגבלת נבצרות ראש הממשלה לנבצרות מטעמים פסיים או נפשיים בלבד היא 'גם מהותי בצופן הגנטי של חוק היסוד המתקן' – אינה לוקחת בחשבון את ההשוואה לנבצרות נושאי משרה אחרים, את ההשוואה להסדרים הנהוגים במדינות זרות ואת ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף המסדיר את נבצרות ראש הממשלה.

114. **באשר להליך ההכרזה על נבצרות** – בעתירות נטען כי ההליך שנקבע להכרזה על נבצרות ראש הממשלה הוא הליך סבוך, הדורש רוב שכמעט בלתי-אפשרי מבחינה פוליטית להשיגו. גם בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי הרוב החריג הדרוש לצורך הכרזה על נבצרות ראש הממשלה חותר תחת התכלית של הבטחת רציפות שלטונית ועלול להוביל למצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, אך מסיבות פוליטיות לא ניתן לגבש את הרוב הדרוש להכרזה על נבצרותו. היועצת המשפטית לממשלה ראתה גם הסדר זה כאינדיקציה לכך שתכליתו של חוק היסוד המתקן היא פרסונלית בלבד.

115. הטענה בדבר הקושי בהשגת הרוב הדרוש להכרזה על נבצרות ראש הממשלה, אם יתעורר צורך בכך, עלתה גם בדיונים שנערכו לקראת כינון חוק היסוד המתקן. בשל טענות אלה, החליטה הוועדה לשנות את הצעת חוק היסוד המתקן ולהוריד את שיעור הרוב הדרוש במליאת הכנסת מ-90 חברי כנסת ל-80. לצד זאת, חברי הכנסת שתמכו בהצעת חוק היסוד הבהירו כי הליך זה נקבע כך בכוונה תחילה, בשל בכירותו של ראש הממשלה, בהיותו הדרג הביצועי הבכיר במדינת ישראל, ולנוכח השפעות היבטים אלו על החשש המוגבר משימוש לרעה בהליך הנבצרות כדי לעקוף את הוראות חוקי היסוד בדבר הדרך לפיזור הכנסת ולהבעת אי-אמון בממשלה. על מאפייניו הייחודיים של ראש הממשלה, כעומד בראש הרשות המבצעת, עמד בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה, פ"י נט(2) 446 (2004):

"ראש-הממשלה הוא שר (סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה). כל דין הנגזר ממעמד של שר נגזר גם ממעמד ראש-הממשלה, עם זאת ראש-הממשלה הוא שר מיוחד במינו. הוא ראש וראשון לשרים. כך הדבר בשל הוראות אחדות שבחוק-יסוד: הממשלה: ראשית, ראש-הממשלה הוא המרכיב את הממשלה. נשיא המדינה מטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר-כנסת (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה). משהורכבה הממשלה על-ידי אותו חבר-כנסת הופך הוא לראש-הממשלה (סעיף 13(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). "...בידי ראש-הממשלה נתונה הסמכות העיקרית בנוגע להרכבת הממשלה, קביעת זהות השרים המכהנים בה והתפקידים שהם נושאים בהם..." (השופט ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, בעמ' 833). שנית, הממשלה אחראית אחריות משותפת בפני הכנסת, אולם השרים עצמם אחראים בפני ראש-הממשלה על התפקידים שעליהם הם ממונים (סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה). זוהי אחריות אישית של כל שר ושר כלפי ראש-הממשלה באשר למילוי תפקידו כשר. שלישית, ראש-הממשלה הוא המנהל את ישיבות הממשלה (ראו והשוו סעיף 16(א) לחוק-יסוד: הממשלה). רביעית, התפטרותו, או פטירתו, של ראש-הממשלה דינה כהתפטרות הממשלה כולה (סעיפים 19 ו-20 לחוק-יסוד: הממשלה). זאת ועוד, בידי ראש-הממשלה מצויה הסמכות להביא בנסיבות מסוימות ובהסכמת נשיא המדינה לפיזור הכנסת כולה (סעיף 29(א) לחוק-יסוד: הממשלה). לבסוף, אם חדל שר לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ממלא את מקומו ראש-הממשלה או שר אחר שקבעה הממשלה (סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה). הנה-כי-כן, ראש-הממשלה הוא אמנם חבר בממשלה, אך מעמדו הוא מעמד מיוחד. הוא ראשה של

הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילותיה ואת יעדיה העיקריים.

116. נוכח תפקידו הרם של ראש הממשלה, ובשל המשמעות הדרמטית הנובעת מהפסקת כהונתו (החורגת ממידת ההשפעה של הפסקת כהונתו של כל נושא משרה אחר), סברו חברי הכנסת כי יש לנהוג זהירות רבה בקביעה כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. אם ראש הממשלה נפטר או התפטר – אין מנוס מהפסקת כהונתו; ואם הכנסת החליטה להתפזר או להביע אי אמון בממשלה – אין עוד הצדקה דמוקרטית להמשך כהונת הממשלה וראש הממשלה; אולם בכל מקרה אחר – הקביעה כי "נבצר מראש הממשלה למלא תפקידו" (בפרט כאשר הוא עצמו סבור כי ביכולתו להמשיך בתפקידו) היא קביעה בעלת השלכות נרחבות, הדומה במידה מסוימת להדחת ראש ממשלה, ועל כן מצדיקה הליך מורכב, הנשען על רוב המבטא הסכמה רחבה בדבר חוסר יכולתו של ראש הממשלה למלא את תפקידו ובדבר הוצאתו לנבצרות מבלי לפרק את הממשלה. ההליך המורכב מבטיח כי סעיף זה ימומש רק במקרים קיצוניים ונדירים שבהם אכן נבצר מראש הממשלה באופן מובהק וחד-משמעי למלא את תפקידו, כאשר בשאר המקרים יוכלו חברי הכנסת לעשות שימוש בכלים הפרלמנטריים המקובלים האחרים שצוינו לעיל.

117. בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי דרישת הרוב הריג חסרת היגיון משתי סיבות: **הראשונה** – בשל הצורך בחוות דעת רפואית, וכדבריה: "מקום בו קיימת חוות דעת רפואית הקובעת אי-מסוגלות תפקודית של ראש הממשלה, לא ברור מדוע ממילא יש צורך בגיוס רוב פוליטי – קל וחומר רוב חריג – בממשלה או בוועדת הכנסת ולאחר מכן במליאתה, לשם הכרזה על נבצרותו" (סעיף 141 לכתב התשובה). והשנייה – נוכח ההשוואה להסדרים של הדחת ראש ממשלה: "קביעת הרוב של 80 חברי כנסת ביחס לנבצרות זמנית של ראש הממשלה אף אינה משרתת את הרציפות השלטונית והיא חסרת היגיון במבנה משטרי שבו רוב של 61 חברי כנסת יכול להחליף ראש ממשלה (באמצעות מנגנון אי האמון הקונסטרוקטיבי) או להביא לפיזור הכנסת. קשה להלום מדוע דווקא במצב שבו ראש הממשלה מצוי במצב אובייקטיבי רפואי שמונע ממנו לכהן כראש ממשלה, נדרש לגייס רוב הרבה יותר גדול ממה שנדרש כדי להעביר אותו מתפקידו מטעמים פוליטיים" (סעיף 144 לכתב התשובה).

118. בכל הכבוד, טענות אלה אינן ברורות כלל ועיקר. התמיהה שהועלתה ביחס לצורך בגיוס רוב פוליטי לשם הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, כאשר קיימת חוות דעת רפואית הקובעת אי-מסוגלות תפקודית שלו, אינה תמיהה כלל ועיקר. חוות דעת רפואית אינה תורה למשה מסיני, ורופאים שונים עשויים להגיע למסקנות שונות ביחס למצבו הרפואי של אדם. הסדר המקנה לרופא את הכוח להכריע בשאלת כהונתו של ראש ממשלה ללא בקרה חיצונית ועל בסיס חוות דעת רפואית בלבד הוא הסדר שאינו נהוג באף מדינה בעולם. אין לתמוה אפוא מדוע חברי הכנסת החליטו כי בנוסף לחוות דעת רפואית יידרש גם רוב חריג במליאת הכנסת לשם הכרזה על נבצרות ראש הממשלה – רוב שימנע שימוש לא ראוי בסמכות להכריז על נבצרות ראש הממשלה (וראו דבריו של חה"כ קלינגהופר בשנת 1963, ביחס לנבצרות נשיא המדינה, שיובאו להלן בסעיף 121).

119. בדומה, גם טענתה השנייה של היועצת המשפטית לממשלה אינה ברורה. חוק היסוד קובע הסדרים שונים להבעת אי-אמון בראש הממשלה ובממשלה, שכולם משקפים איזון עדין בין הצורך באמון הכנסת בממשלה לבין החשש מפני חוסר יציבות פוליטית. איזון זה מתבטא בין השאר בכך שהבעת

אי-אמון בממשלה נדרשת להיות קונסטרוקטיבית ולכלול הבעת אמון בממשלה אחרת (סעיף 28(ב) לחוק היסוד). בניגוד לכך, הכרזה על נבצרות ראש הממשלה אינה כוללת איזון דומה ואינה צריכה להיות קונסטרוקטיבית. על כן, אך הגיוני הוא שלצורך הכרזה על נבצרות ראש הממשלה יידרש רוב גדול יותר מהרוב הנדרש להבעת אי-אמון, שכן אחרת עלול להיווצר מצב שבו הכרזה על נבצרות ראש הממשלה תשמש כדרך להבעת אי-אמון בממשלה מבלי להביע אמון בממשלה אחרת, וזאת בניגוד לכוונת המכונן.

בדומה לכך, הכנסת אכן יכולה להחליט על התפזרותה בדרך של קבלת חוק לעניין זה ברוב חברי הכנסת (סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת), אולם התוצאה של חוק זה היא התפזרות הכנסת ובחירות חדשות. הסדר זה – שאינו מאפשר לכנסת 'לפטור' את הממשלה – אף הוא משקף איזון בין הרצון לאפשר לכנסת להתפזר אם מרבית חברי הכנסת חפצים בכך לבין החשש מפני חוסר יציבות פוליטית. אם ניתן היה להכריז על נבצרות ראש הממשלה ברוב רגיל, עלול היה להיווצר חשש שהכרזה על נבצרות ראש הממשלה תשמש כדרך לפירוק הממשלה מבלי להזדקק לקבלת חוק בשלוש קריאות, מבלי לפזר את הכנסת ומבלי לקיים בחירות חדשות, וכאמור היה בכך כדי לרוקן מתוכן את תכליתו של אי האמון הקונסטרוקטיבי.

120. ואכן, בתיקוני חוק יסוד שהועלו בעבר, הוצע לא-אחת לדרוש רוב חריג וגדול במיוחד לצורך הכרזה על נבצרות ראש הממשלה. עוד בשנת 1990, בהצעת חוק-יסוד: הממשלה מטעם ועדת החוקה ובהצעה שהציע חה"כ פרופ' אמנון רובינשטיין, הוצע לדרוש החלטה של הכנסת ברוב חבריה על פי הצעת ועדת הכנסת שהתקבלה ברוב של שני שלישים מחבריה. בהצעתו של חה"כ יהואש צידון מאותה שנה נדרש רוב של שבע עשיריות מחברי הכנסת (84 חברי כנסת) על פי הצעת ועדת הכנסת שהתקבלה ברוב של שני שלישים מחבריה. באופן כללי, מהפרוטוקולים של הוועדות שדנו בהצעות חוקי היסוד בעניין זה עולה כי חברי כנסת סברו שיש לדרוש רוב גדול במיוחד לצורך הכרזה על נבצרות ראש הממשלה, וזאת נוכח החשש מפני ניצול לרעה של אפשרות זו. דרישה זו עלתה לפני כ- 30 שנים, ומובן שאין לה כל קשר למצבו של ראש הממשלה המכהן.

121. לעניין זה נוסף כי החשש מפני ניצול לרעה של הליך הנבצרות אינו ייחודי לראש הממשלה. גם כאשר דנו בהסדר הנוגע לנבצרות נשיא המדינה, עמדו חברי הכנסת על הצורך שבקביעת רוב גדול מהרגיל על מנת למנוע את ניצול הליך הנבצרות לרעה. כך למשל אמר חה"כ קלינגהופר בעת הדיונים בחוק-יסוד: נשיא המדינה (פרוטוקול הדיון מיום 27.11.63, עמ' 3):

“בעד רוב גדול יותר מהרגיל. עלינו להביא בחשבון גם את האפשרות אפילו אם הסיכויים לכך קטנים מאוד, אפשרות שיש למנוע אותה, שהרוב הדרוש ינוצל לרעה מטעמים פוליטיים. לא הרופאים הם אלה שקובעים סופית, אלא הכנסת. יש למנוע את האפשרות שבהערכה של הכנסת יסתגן שיקול זר לענין הזה. על מנת להבטיח זאת, טוב שיהיה רוב מיוחד.”

122. גם ביחס לשיעור הרוב הדרוש להכרזה על נבצרות ראש הממשלה נשוב על דברינו לעיל. ניתן לחשוב על טעמים לכך שניתן יהיה להכריז על נבצרות ראש הממשלה ברוב חברי הכנסת, או אף ברוב מקרי. אך ברי כי יש טעם גם בעמדה שלפיה הכרזה על נבצרות ראש הממשלה לא תיעשה אלא ברוב מיוחד,

שניתן יהיה להשיגו רק במקרים קיצוניים וחריגים שבהם קיימות נסיבות אובייקטיביות מובהקות וחד-משמעיות המלמדות כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. ההכרעה בעניין זה נתונה לרשות המכוננת, האמונה על כינון חוק-יסוד: הממשלה. משכך, טענת היועצת המשפטית לממשלה, כי ההסדר שנקבע להכרזה על נבצרות ראש הממשלה הוא 'פגם מהותי בצופן הגנטי של חוק היסוד המתקן' – נראית על פניה כמופרזת.

123. בסעיף 142 לכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי חוק היסוד המתקן מאפשר למעשה לראש הממשלה לסכל את הוצאתו לנבצרות באמצעות פיטורי השרים המבקשים ליזום את המהלך. טענה זו עלתה בדיוני הוועדה – הן בדיון שנערך ביום 12.3.23, הן בדיון שנערך ביום 20.3.23. כפי שעולה בבירור מדיוני הוועדה, חברי הכנסת שתמכו בהצעת חוק היסוד המתקן סברו כי מצב של נבצרות הוא מצב פיזי או נפשי אובייקטיבי שבו ראש הממשלה אינו יכול למלא את תפקידו, והסיבות הפיזיות או הנפשיות האמורות מונעות ממנו גם את הפעלת סמכותו לפטר שרים. בכל מקרה, חוק היסוד המתקן אינו מונע מרוב חברי הכנסת להביע אמון בממשלה אחרת או לאשר חוק להתפזרות הכנסת, ובכך להביא להחלפת הממשלה או לבחירות חדשות. ההליך של הכרזה על נבצרות ראש הממשלה הוא הליך ייחודי, שלא נועד לשרת צרכים פוליטיים (שלהם מייחד חוק היסוד הליכים אחרים), ושצריך להישמר למצבים אובייקטיביים וברורים שבהם ניכר על פניו כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו.

124. בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי לצד תוכן חוק היסוד המתקן, המעיד על פי הנטען על חציית הגבול לעניין השימוש לרעה בסמכות המכוננת, גם הליך החקיקה נעשה באופן מואץ. סקרנו בהרחבה את הליך החקיקה, ולעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת – שנציגו נכחו בכל הדיונים – קשה לראותו כהליך מואץ באופן חריג. יו"ר הוועדה היה קשוב למכלול ההערות שעלו, חברי הכנסת השתתפו באופן פעיל, הציעו הצעות רבות והעלו סוגיות שונות שעלולות להתעורר, והדיון אף נשא פרי ונוסח הצעת חוק היסוד המתקן שונה במידה רבה. חברי הכנסת עצמם, לרבות מסיעות האופוזיציה, ציינו את תחושתם כי הוועדה קשובה להערות קונקרטיות שמטרתן טיוב ההסדר. כל הדיונים התקיימו אמנם בפרק זמן מצומצם יחסית, אולם יש לזכור כי קביעת סדר היום של הוועדה הוא פררוגטיבה של יו"ר הוועדה. עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי הדיונים בהצעת החוק המתקן לא התנהלו באופן מואץ באופן חריג יחסית להצעות חוק אחרות, ודין טענה זו להידחות.

2.ד. נבצרות ראש הממשלה עקב ריבוי ניגודי עניינים

125. בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי הגבלת הנבצרות לעילות של אי-מסוגלות פיזית או נפשית עלולה להותיר לקונה באשר למקרים אחרים, שאינם עונים על הגדרות אלה. בכתב התשובה לא הובאה דוגמה למקרה שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו מסיבות אחרות, ואכן – מלבד סוגיית ניגוד העניינים, קשה לחשוב על מקרה נוסף שבו נבצר מראש הממשלה למלא

את תפקידו מסיבה שאינה פיזית או נפשית.¹² בכתב התשובה נטען אפוא כי תכלית צמצום עילות הנבצרות לעילות פיזיות ונפשיות הייתה לאפשר לראש הממשלה לפעול בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד שאישר את כהונתו בכפוף לקיומו של הסדר ניגוד עניינים.

126. באופן כללי נעיר כי כינון חוק היסוד המתקן אכן חולל שינוי בכל הנוגע לעילות האפשריות לנבצרות ראש הממשלה לפי סעיף 16(ב) לחוק היסוד. בעבר, אם התרחש מצב שבו ראש הממשלה לא יכול היה למלא את תפקידו מסיבה שאינה פיזית או נפשית (אם אכן קיים מצב שכזה) – חל סעיף 16(ב) לחוק היסוד; ואילו לאחר כינון חוק היסוד המתקן – סעיף זה לא יחול. בדומה, כינון חוק היסוד המתקן חולל שינוי גם בכל הנוגע להליך ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה. בעבר, לכאורה, די היה בכך שהיועץ המשפטי לממשלה יודיע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, ומייד חל ההסדר הקבוע בסעיף 16(ב) לחוק היסוד. כיום, אם ראש הממשלה אינו יכול למלא את תפקידו, אך לא הושג הרוב הדרוש להכרזה על נבצרותו (לדוגמה: אם ועדת הכנסת תסרב לאשר את הודעת ראש הממשלה על נבצרותו) – ההסדר הקבוע בסעיף 16(ב) לחוק היסוד לא יחול. במקרים אלו, ראש הממשלה לא יוכרז כמי שנבצר ממנו למלא את תפקידו, ויוסיף לכהן כראש ממשלה.

127. כיצד תפעל המדינה אם ראש הממשלה אינו יכול למלא את תפקידו אך סעיף 16(ב) לחוק היסוד אינו חל (בין אם מפני שנבצרות ראש הממשלה אינה נובעת מסיבה פיזית או נפשית, ובין אם מפני שלא הושג הרוב הדרוש להכרזה על נבצרותו)?¹³ נראה שהמענה לשאלה זו צריך להינתן במישור הפוליטי. מכל מקום, חברי הכנסת שהצביעו בעד חוק היסוד המתקן הוטרדו יותר משאלה אחרת: כיצד ניתן יהיה להבטיח שלא ייעשה שימוש לרעה בסעיף 16(ב) לחוק היסוד אם עילות הנבצרות לא יוגבלו ואם די יהיה ברוב דחוק כדי לאשר את נבצרות ראש הממשלה. חברי הכנסת ביקשו לייחד את סעיף 16(ב) לחוק היסוד למצב אובייקטיבי ברור ומובהק שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, וסברו שבמצב חריג שכזה – ניתן יהיה לגשר על פערים פוליטיים ולהשיג את הרוב הדרוש להכרזה על נבצרות ראש הממשלה. נראה שעמדה זו עמדה לנגד עיני המחוקק גם בכנסות קודמות, כאשר הוצעו הסדרים לקביעת נבצרות ראש הממשלה המחייבים הליך מורכב. החשש מפני מצב שבו ראש הממשלה מאושפז חסר הכרה בבית החולים, וחברי הכנסת מסרבים מסיבות פוליטיות להכריז על נבצרותו, משקף חוסר אמון מוחלט ובלתי-ראוי בניציגי הציבור. חזקה על חברי הכנסת שלא יאפשרו מצב של היעדר ראש ממשלה. ובכל מקרה – במצב מעין זה עומדים לכנסת מסלולים אחרים, המצריכים רוב דחוק יותר, דוגמת הצעת אי-אמון או פיזור הכנסת.

¹² בדיונים הוזכרו מצבים היפותטיים שבהם ראש הממשלה נפל בשבי או נעלם, אולם נראה שהכוונה הייתה כי מצבים אלה ייחשבו כאי-מסוגלות פיזית. מצב אפשרי נוסף (שאולי התרחש בעבר) הוא של ראש ממשלה המודיע שאינו יכול עוד למלא את תפקידו, אך אינו מתפטר באותה עת מתפקידו; וייתכן שמצב זה מהווה אי-מסוגלות נפשית. בדיונים הוזכר גם מצב שבו ראש הממשלה מודיע כי הוא אינו מסוגל למלא את תפקידו מסיבות משפחתיות, אך ייתכן שחברי הכנסת סברו שמצב זה אינו מצדיק את נבצרות ראש הממשלה, ועליו להחליט אם להמשיך לכהן בתפקידו או להתפטר.

¹³ בהקשרים אחרים קיימים מקרים שבהם נושא תפקיד בכיר אינו יכול למלא את תפקידו אך הדין אינו כולל הוראות לגבי הכרזה על נבצרותו. כך למשל, הרמטכ"ל הוא "הדרג הפיקודי העליון בצבא" (סעיף 3(א) לחוק-יסוד: הצבא), אך אין הסדרה סטטוטורית למצב שבו נבצר מהרמטכ"ל למלא את תפקידו (ראו: דו"ח מבקר המדינה מחודש אלול התש"ע (אוגוסט 2010) בעניין תהליכי המינוי של הקצונה הבכירה בצה"ל, מעמ' 54). דוגמה אחרת היא חבר כנסת, שאף לגביו הדין אינו כולל הליך של נבצרות. להיעדר ההסדרה בחוק של נבצרות חבר כנסת עשויות להיות השלכות דרמטיות אם חבר כנסת נופל למשכב ואצבעו נדרשת לאישור חוק חשוב או לאישור תקציב המדינה.

128. בפועל, הטענה לקיומה של לקונה הועלתה על רקע העתירות שהוזכרו לעיל, שבהן נטען כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו מסיבות משפטיות, בשל ריבוי ניגודי עניינים בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו.¹⁴ הכנסת אינה צד לעתירות הללו, ומובן שאין לכנסת עמדה בשאלות הנוגעות ליישום חוק היסוד. נסתפק באמירה המובנת מאליה, כי דיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה אינם מעוגנים בחוק-יסוד: הממשלה, וממילא – כפי שציינה גם היועצת המשפטית לממשלה בכתב התשובה מטעמה – חוק היסוד המתקן לא חולל שינוי כלשהו בדיני ניגוד העניינים בכלל ובדיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה בפרט. גם הפתרונות האפשריים למצב של ניגוד עניינים אינם מעוגנים בחוק-יסוד: הממשלה, אלא ניתן למוצאם בפסיקת בית המשפט הנכבד והם עוגנו בין השאר בהנחיות היועצת המשפטית לממשלה.¹⁵ ולבסוף, גם התוצאות הנובעות מפעולתו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים אינן קבועות בחוק-יסוד: הממשלה, כי אם בדין הפלילי¹⁶ ובמקרים המתאימים גם בדין המשמעתי. ממילא, נראה שבכל ההיבטים הללו, של האיסור לפעול בניגוד עניינים, לא חל שינוי כלשהו בעקבות כינון חוק היסוד המתקן. אם ייקבע כי ראש הממשלה אינו יכול למלא את תפקידו בשל ריבוי ניגודי עניינים בשלל נושאים – אזי בין אם סעיף 16(ב) לחוק היסוד יחול ובין אם לאו, הוא לא יוכל למלא את תפקידו.

129. ואכן, בסעיף 51 לתגובת היועצת המשפטית לממשלה לבקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט, שהוגשה ביום 3.4.23 במסגרת בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, נאמר במפורש ביחס לקביעת בית המשפט הנכבד כי ראש הממשלה חייב לפעול בהתאם להסדר ניגוד העניינים שנקבע לו, כי "תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה אינו משפיע בדרך כלשהי על קביעה נורמטיבית מחייבת זו של בית המשפט הנכבד". גם בסעיף 133 לכתב העתירה בבג"ץ 3618/23 חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה, שבו מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי ראש הממשלה מנוע מלכהן בתפקידו בשל הפרת הסדר ניגוד העניינים שנקבע לו, צוין כי "סוגיית פסילת כהונתו של המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה בשל מצב ניגוד העניינים, אשר, לטענת העותרים, מתחייבת כעת, משלא מתאפשרת עוד הכהונה תוך הגבלתה באופן חלקי, כפי שהתיר בית משפט נכבד זה למשיב 1 לכהן עד כה, אין לה דבר וחצי דבר עם סוגיית הנבצרות הקבועה בסעיף 16 לחוק-יסוד: הממשלה, לא בעבר ולא לאחר התיקון הנוכחי, כפי שהדגישה המשיבה 1 בסעיף 51 לתגובתה, כאמור". הנה כי אף לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, כינון חוק היסוד המתקן לא חולל שינוי כלשהו בכל ההיבטים של דיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה, ועתירה כנגד יישום דינים אלו על ראש הממשלה הוגשה אף לאחר כינונו של חוק היסוד המתקן.

130. מכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה עולה לכאורה כי גם אם בפועל חוק היסוד המתקן לא שינה את דיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה, די בכך שחברי הכנסת שהצביעו בעדו סברו שהוא משנה דינים אלו כדי לקבוע כי כינונו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

¹⁴ כפי שנפסק בעניין הטלת המנדט, עצם הגשת כתב אישום נגד חבר כנסת אינה מונעת ממנו לכהן כראש ממשלה. השיח הציבורי שהוזכר למעלה עסק בשאלה האם ייתכן מצב שבו ראש ממשלה יימצא בניגוד עניינים ביחס להיקף רחב מאוד של עניינים, עקב הגשת כתב אישום נגדו, כך שבפועל ייבצר ממנו למלא את תפקידו.

¹⁵ ראו למשל: הנחיית היועצת המשפטית לממשלה מס' 1.1555, שעודכנה לאחרונה בדצמבר 2021, שעניינה "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות הציבורי".

¹⁶ ראו: דני"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004).

עמדה זו מעניקה בכורה, ביישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, למחשבות הסובייקטיביות של חברי הכנסת על פני הפרשנות המשפטית האובייקטיבית של החוק; ליפסיכואנליזה של המחוקק' על פני האנליזה של החוק'. עולה ממנה כי חוק יסוד שכוון כדת וכדין עשוי להיפסל בגלל פגם בכוונתם הסובייקטיבית של מכוניו – אף אם כוונה זו הייתה שגויה מבחינה מעשית. עמדה זו מרחיבה באופן משמעותי את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ומעניקה בהליך הביקורת השיפוטית משקל ניכר לשיקולים שנחשבו עד היום כזרים למלאכת הביקורת השיפוטית, דוגמת מניעים פנימיים וכוונות סובייקטיביות. הייעוץ המשפטי לכנסת סבור שאין מקום לנטוש את האופן שבו יישם בית המשפט הנכבד את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עד כה – על בסיס בחינה אובייקטיבית של מאפייני חוק היסוד. אם מתקיים מקרה תיאורטי שבו חברי כנסת מנסים להשתמש לרעה בסמכותם המכוננת, אך ניסיונם לא צלח וההסדר אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת על פי המבחנים שנקבעו לעניין זה בפסיקה, אין מקום לפסילת חוק היסוד (כשם שאין מקום לפסילת חוק 'רגיל' במקרה דומה). ודאי שבענייננו – כאשר הסעד של פסילת חוק היסוד המתקן כבר נדחה, והצו על-תנאי עוסק בדחיית מועד תחולתו בלבד, אין מקום להפיכת הצו על-תנאי למוחלט על בסיס הנחה כי היו לחברי הכנסת כוונות או רצונות שלא הצליחו להגיע לידי מעשה. אם חוק היסוד המתקן לא חולל שינוי כלשהו בדיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה, אין כל היגיון בדחיית מועד תחולתו רק בגלל שחלק מחברי הכנסת שהצביעו בעדו אולי סברו בטעות כי הוא מאפשר לראש הממשלה לפעול בניגוד עניינים.

131. נסכם את דברינו בפרק זה. הייעוץ המשפטי לכנסת עמד בהליכי החקיקה על הצורך בעיצוב הליך ההכרזה על נבצרות כך שייתן מענה לחששות חברי הכנסת אך גם יהיה ישים במבחן המציאות. חברי הכנסת פעלו לטיוב ההסדר החקיקתי, והערות רבות שעלו בדיונים התקבלו ושולבו בנוסח החוק. ייתכן שהחוק אינו נותן מענה מקיף למכלול הסיטואציות האפשריות, ויש לקוות שהנוהל המגובש וכללי חוות הדעת הרפואית ישלימו חלק מהעניינים. בכל מקרה - הסדרה עדיפה על לקונה, ואישור חוק היסוד המתקן עדיף על המצב ששרר קודם לכינונו. ההסדרים שבחוק היסוד המתקן אינם חריגים ביחס למקובל בעולם וביחס להצעות שהוצעו לפני למעלה מ-30 שנים, והם משקפים את עמדת חברי הכנסת כי קביעה שלפיה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו צריכה להתקבל רק במקרים חריגים וקיצוניים שבהם קיימת מניעה אובייקטיבית לראש הממשלה ממילוי תפקידו. בניגוד לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הייעוץ המשפטי לכנסת סבור שההסדרים שבחוק היסוד המתקן אינם מהווים אינדיקציה לכך שהוא נועד לתכלית פסולה.

132. לאחר שעמדנו על תוכנו של חוק היסוד המתקן, נתייחס לטענות הנוגעות לתחולתו ולהליך כינונו.

ה. אין בדין הקיים בסיס לפסילת חוק היסוד המתקן או לדחיית מועד תחילתו בגלל תחולתו המיידית

ה.1. כינון חוקי יסוד משטריים בתחולה מיידית

133. קודם שנתייחס לטענות העותרים לגופן, נקדים הקדמה חשובה. **עמדתה העקבית של היועצת המשפטית לכנסת היא כי הדרך הראויה לכינון חוקי יסוד הנוגעים ליחסים בין הרשויות היא**

בתחולה נדחית ומאחורי מסך בערות. עמדה זו הובאה לפני חברי הכנסת בהליכי הכינון של חוקי יסוד בעבר, ואף בהליכי הכינון של חוק היסוד המתקן דנן. כינון חוקי יסוד ממניעים פוליטיים קצרי מועד הוא תופעה בעייתית, שעלולה להוביל לעיגון הסדרים פגומים שישתרו בחוקה המתגבשת של מדינת ישראל. לכשתחליט הכנסת לכוון את חוק-יסוד: החקיקה, ולקבוע בו הוראות לגבי האופן שבו יש לכוון חוקי יסוד, ראוי יהיה לתת את הדעת גם לשאלת עיתוי תחולתם.

134. יחד עם זאת, אין כיום כל מגבלה חוקית על מועד תחילתם של חוקי יסוד משטריים, ובפועל תיקונים רבים לחוקי יסוד כוננו בתחולה מיידית. כאשר סוגיה זו הועלתה לפני בית המשפט הנכבד בעבר, הפסיקה העקבית הייתה כי ניתן לכוון חוקי יסוד גם בתחולה מיידית, גם כאשר עומד בבסיסם מניע פוליטי ברור:

- כך היה ביחס לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9), שאושר ביום 1.8.1999, וביטל את המגבלות שהיו קבועות בחוק היסוד קודם לכן על מספר שרי הממשלה, על מספר סגני השרים ועל מספר חברי ועדת השרים לביטחון לאומי (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999));

- כך היה ביחס לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), משנת 2015, שאפשר מינוי שרים בלי תיק וביטל את מגבלת מספר השרים וסגני השרים (בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד נ' יו"ר הכנסת, (9.7.15); להלן: **עניין יש עתיד**);

- כך היה ביחס לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), משנת 2018, אשר אפשר אצילת סמכויות סטטוטוריות הנתונות לשר לידי סגן שר שהשר הממונה עליו הוא ראש הממשלה (בג"ץ 3345/18 התנועה לטוהר המידות נ' שר הבריאות (27.4.18))¹⁷;

- כך היה ביחס לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), משנת 2020, אשר עיגן בחוק היסוד את מוסד ממשלת החילופים (**עניין ממשלת החילופים**).

135. סוגיה זו התעוררה פעם נוספת ביחס לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ששינה בין השאר את תנאי הכשירות לכהונת שרים, וביטל את ההגבלה על מינוי אדם שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר על-תנאי. חוק יסוד זה נועד לאפשר את מינויו של חה"כ אריה דרעי כשר בממשלה מבלי שיזדקק לקביעת יו"ר ועדת הבחירות המרכזיות בשאלת קיומו של קלון. נגד חוקיות תיקון זה הוגשה העתירה **בעניין שיינפלד**, ועמדת היועצת המשפטית לממשלה באותו עניין הייתה כי על אף הקשיים המשמעותיים שבאותו חוק יסוד, הזהירות שבה יש לנקוט ביישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מובילה למסקנה כי אין בסיס להתערבות שיפוטית באותו חוק יסוד:

"140. בתוך כך, על אף הקשיים המהותיים האמורים, נדמה כי תיקון זה אינו עולה לכדי 'ניגוד עניינים מוסדי', כפי שהתווה עד כה בפסיקה. התיקון לחוק היסוד אינו מקנה יתרון

¹⁷ עתירה זו נמשכה על ידי העותרת לאחר הדיון.

בלתי הוגן לשחקן פוליטי בכנסת הנוכחית על פני משנהו. כמו כן, אין המדובר בתיקון המשנה 'סדרי בראשית'. בתחולתו המיידית או בתוכנו של התיקון – אין אפוא כדי לפגוע באופן מהותי וקשה בעקרונות היסוד של השיטה או ביחסים שבין הרוב והמיעוט בכנסת הנוכחית.

141. עוד יש לזכור, כי לאורך השנים נחקקו הסדרים רבים לצרכים קואליציוניים ופוליטיים, וחלק נכבד מההסדרים המשטריים נחקקו בסמוך לבחירות הכלליות, עם תחולה מיידית, באופן אשר שירת בטווח הקצר קואליציה מסוימת. קביעת מדרג בין המקרים השונים ובין 'המניעים הפוליטיים' השונים, עלולה להכניס את בית המשפט הנכבד, בעל כורחו, עמוק לתוך הזירה הפוליטית [...] בהתאם לכך, הפסיקה קבעה כי הפעלת ביקורת שיפוטית חריגה שכזו יכולה להיות מוצדקת במצבים קיצוניים המעלים קושי דמוקרטי מהותי (כגון מצבים שבהם הכנסת מאריכה את כהונתה שלה).

142. בהתאם לכל האמור לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה התיקון לחוק עומד במבחני הזיהוי כפי שהותוו עד היום בפסיקה [...].”

136. כזכור, בפסק הדין **בעניין שיינפלד** לא הוכרעה שאלת חוקתיותו של חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), משלא נמצא צורך בכך, נוכח הפגמים המינהליים שנפלו במינויו של ח"כ דרעי לשר. יחד עם זאת, כאמור, עמדת היועצת המשפטית לממשלה באותה עת הייתה כי כינונו של חוק יסוד זה ממניע פוליטי ברור ובתחולה מיידית אינו צריך להביא לביטולו. זאת, אף על פי שתיקון מס' 11 שינה את ההסדר שקדם לו, שכונן מאחורי מסך בערות, ובמובן זה הפגם שבתיקון מס' 11 משמעותי יותר מהפגם הקיים לדעת היועצת המשפטית לממשלה בחוק היסוד המתקן דנן, שקבע הסדר חדש ומילא לקונה שהייתה קיימת בחוק היסוד.

137. הלכה זו, שלפיה ניתן לכונן חוקי יסוד משטריים גם בתחולה מיידית, היא כמעט מחויבת המציאות במדינת ישראל. ההיסטוריה של מערכות הבחירות האחרונות מלמדת שהמערכת הפוליטית הישראלית מורכבת, וכינון ממשלה יציבה דורש פתרונות יצירתיים 'מחוץ לקופסה'. במקביל, חוק-יסוד: הממשלה, כחוק-יסוד משטרי ובדומה לחוק-יסוד: הכנסת, הוא מפורט יחסית ואינו כולל רק עקרונות-על. אילו היה בית המשפט הנכבד קובע כי כינון חוקי יסוד משטריים צריך להיעשות במבט צופה פני עתיד ומאחורי מסך בערות – היה הדבר מערים קושי משמעותי על הקמת ממשלה ומערער את יציבותן של קואליציות. כנראה שאף תופעה זו היא חלק מהתוצאות של 'החלטת הררי', של חוקה הנכתבת פרקים-פרקים ושל היעדר חוקה מגובשת למדינת ישראל. כמו כן, חברי הכנסת נוטים לחוקק הסדרים או לתקן לקונות כאשר מופנית תשומת לבם אליהם, במיוחד כשבהסדרים אלו כרוכות שאלות פוליטיות מובהקות.

138. ההלכה העולה מפסקי הדין דלעיל היא אפוא כי כינון חוקי יסוד יכול להיעשות גם בתחולה מיידית, וזאת גם אם בבסיסם עומד מניע פוליטי ברור. בנסיבות אלה, חרף עמדתה העקרונית שתוארה לעיל, היועצת המשפטית לכנסת סבורה כי במצב הנורמטיבי הנוכחי אין עילה משפטית לביטול חוקי יסוד שכוננו בתחולה מיידית. הדברים יפים גם לחוק היסוד המתקן דנן – אמנם ראוי היה לקבוע את ההסדרים הנוגעים לנבצרות ראש הממשלה בחקיקת יסוד שתחולתה עתידית ושאינה מונעת ממניע פוליטי ופרסונלי, אך עמדת היועצת המשפטית לכנסת היא כי אין בדין הקיים עילה משפטית לדחיית מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן.

ה.2. תחולתו של חוק היסוד המתקן אינה רטרוספקטיבית

139. לטענת חלק מהעותרים, דינו של חוק היסוד המתקן להיפסל, או למצער יש לדחות את מועד תחילתו, מכיוון שתחולתו לטענתם היא רטרוספקטיבית. לטענתם, חוק היסוד המתקן משפיע על המשמעות המשפטית של ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה המכהן, וממילא משנה את המשמעות המשפטית של אירועים שאירעו בעבר.

140. לטענה זו שתי תשובות, כדלהלן:

א. חוק היסוד המתקן אינו משפיע על המשמעות המשפטית של ההליך הפלילי המתנהל נגד

ראש הממשלה. כפי שכבר ציינו לעיל, חוק היסוד המתקן לא חולל שינוי כלשהו בדיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה – הן ביחס להגדרת מצב מסוים כניגוד עניינים, הן ביחס לתוצאות המשפטיות של מצב זה, הן ביחס להשלכות המשפטיות הנובעות מפעולת ראש הממשלה במצב של ניגוד עניינים. כל ההיבטים הללו של איסור ניגוד העניינים אינם נוגעים לסעיף 16 לחוק-יסוד: הממשלה, וממילא אין בתיקון סעיף זה כדי לשנות דבר ביחס אליהם.

ב. תחולתו של חוק היסוד המתקן אינה רטרוספקטיבית אלא פרוספקטיבית או אקטיבית.

ההבחנה בין תחולה רטרואקטיבית, רטרוספקטיבית, אקטיבית ופרוספקטיבית – ידועה. "חוק רטרואקטיבי משנה כלפי עבר את מעמדה המשפטי של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק רטרוספקטיבי משנה כלפי עתיד את ההשלכות המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני כניסת החיקוק לתוקף. חוק פרוספקטיבי משנה כלפי עתיד את מעמדה המשפטי של פעולה שתיעשה אחרי כניסת החיקוק לתוקף... סיווג נוסף שעשוי להתאים לענייננו הוא חקיקה אקטיבית: דבר חקיקה אשר משנה כלפי עתיד את תוצאותיו המשפטיות של מצב אשר היה כבר קיים ביום כניסת החיקוק לתוקף" (עניין איתנית; וראו גם: ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992)).

העותרים טוענים כי חוק היסוד המתקן משנה את המשמעות המשפטית של מצב שבו יבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל ריבוי ניגודי עניינים עקב ההליך הפלילי המתנהל נגדו. אולם מצב זה טרם אירע, שכן מעולם לא נקבע על ידי רשות מינהלית מוסמכת או על ידי ערכאה שיפוטית כלשהי כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. ההפך הוא הנכון: בדיונים שנערכו בוועדה המיוחדת הבהיר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי "בניגוד לנטען בוועדה, היועצת המשפטית לממשלה לא מבקשת, לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה, עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה היא שהסדר ניגוד העניינים שנערך לראש הממשלה, וכן חוות הדעת שגובשה לאחרונה, ששניהם נועדו למנוע את המעורבות שלו ומרכיבים שונים של המהלך שמכונה הרפורמה המשפטית, שיש בה כדי להיטיב עם מצבו במשפט הפלילי, מקיימים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא". גם כיום, היועצת המשפטית לממשלה מעולם לא הודיעה לראש הממשלה כי עמדתה המשפטית היא שנבצר ממנו למלא את תפקידו. שינוי המשמעות המשפטית של נבצרות היפותטית זו אינו שינוי רטרוספקטיבי של אירוע שאירע בעבר, אלא שינוי אקטיבי ופרוספקטיבי של הדין החל על מצב שעשוי להתרחש בעתיד. חוק היסוד המתקן חל ממועד

כינונו ואילך, הוא אינו משנה את המשמעות המשפטית של אירועים שאירעו בטרם כינונו. על כן, תחולתו היא פרוספקטיבית ולא רטרוספקטיבית.

במילים אחרות: "לפנינו מקרה נפוץ למדי, שבו חלק מהנתונים העובדתיים המגבשים אחריות (או מעמד) מתרחשים לפני חקיקתו של חוק, וחלק מהנתונים העובדתיים המגבשים אחריות (או מעמד) מתרחשים לאחר חקיקתו של החוק ומשכללים את האחריות (או המעמד). במצב דברים זה אין לומר כי שכלול האחריות (או המעמד) פועל באופן רטרוספקטיבי. עניין לנו בפעולה אקטיבית של החוק" (ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור, פ"ד נד(3) 749 (2000)). כתב האישום נגד ראש הממשלה אמנם הוגש לפני זמן רב, אולם בעת כינונו של חוק היסוד המתקן (וכנראה גם כיום) עמדת היועצת המשפטית לממשלה הייתה כי ראש הממשלה יכול למלא את תפקידו. שינוי המשמעות המשפטית של נבצרות עתידית אינו שינוי רטרוספקטיבי, אלא אקטיבי או פרוספקטיבי (ראו גם: ע"א 295/76 מושליו נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד ט 38 (1977); בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65 (2012)).

141. המסקנה היא אפוא כי חוק היסוד המתקן אינו רטרוספקטיבי, ותחולתו אקטיבית ופרוספקטיבית. ממילא, גם אם דחיית מועד התחילה של חוק בדרך פרשנית עשויה להוות תרופה במקרים מסוימים לאי-חוקיות הנובעת מהסדר רטרואקטיבי או רטרוספקטיבי, אין מקום לכך במקרה דנן.

142. נוסף על האמור נעיר, כי גם אילו חוק היסוד המתקן היה רטרוספקטיבי, לא היה בכך בהכרח כדי להביא לפסילתו או לדחיית מועד תחילתו, שכן תחולתם של חוקים בזמן אינה מהווה עילה עצמאית לפסילתם או לפרשנותם בדרך שאינה תואמת את לשונם. "אפילו אם מדובר היה בחוק רטרואקטיבי לעילא - וכך ודאי לא המצב כאן - אין פירושו של דבר שהוא נפסל אוטומטית" (עניין איתנית). כך באשר לחוק 'רגיל', וכך באשר לחוקי יסוד. בעניין ממשלת החילופים עסק בית המשפט הנכבד בחוק יסוד שתחולתו הייתה מיידית, כך שהוא חל על הכנסת שכינה באותה עת, ובהקשר זה קבע כי תחולה שכזו אינה בהכרח פסולה. כבי' הנשיאה חיות ציינה בפסק דינה כי "במקרים חריגים" ייתכן שהחלה מיידית של חוק יסוד תביא לאי-עמידה במבחן הכלליות, והזכירה כדוגמה מצב שבו הכנסת מקטינה את מספר חבריה או מאריכה את תקופת כהונתה שלה עצמה מ-4 שנים ל-8 שנים. מובן שמצב הדברים בענייננו רחוק מאוד מהדוגמאות התיאורטיות שהובאו שם, ואין כל מקום להשוות בין שינוי מספר חברי הכנסת או הארכת תקופת כהונתה של הכנסת לבין קביעת פרטי ההסדר המאפשר להכריז על ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו למלא את תפקידו לעניין סעיף 16(ב) לחוק היסוד, כאשר נזכיר שוב שאין מחלוקת על הלקונה שהייתה בנוסח חוק היסוד ערב תיקונו בעניין זה. על כן, גם אילו תחולתו של חוק היסוד המתקן הייתה רטרוספקטיבית (וכאמור, אין כך הדבר), לא היה בכך כדי להביא לפסילתו.

ה.3. כינון חוק היסוד המתקן אינו פוגע בהסתמכות ואינו מהווה שינוי חוקי המשחק תוך כדי משחק'

143. בעבר, בית המשפט הנכבד דחה באמצעות פרשנות מרחיבה את מועד התחולה של חוקים מסוימים (אך לא של חוקי יסוד!) בשל קושי שנבע ממועד תחולתם.

כך אירע בפסק הדין בבג"ץ 10043/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004) (להלן: **בעניין גניס**), ביחס לחוק שביטל הטבה המגיעה לזכאים שרכשו דירה בירושלים, ואשר נקבע בו כי תחולתו תהא רטרואקטיבית והוא יחול אף על זכאים שרכשו דירה בירושלים שישה שבועות טרם קבלת החוק. בית המשפט הנכבד צמצם בדרך פרשנית את הוראת התחולה, וקבע כי החוק יחול באופן רטרואקטיבי רק על מי שלא הסתמך על הוראות החוק שקדם לו.

דוגמה נוספת היא פסק הדין בבג"ץ 7159/02 מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד ס(3) 317 (2005), שבו נקבע כי יש לפרש סעיף שביטל הטבה כספית מסוימת כבעל תחולה אקטיבית ופרוספקטיבית.

בפסק הדין בבג"ץ 5846/11 קעדאן נ' מדינת ישראל (26.9.11), ננקטה פרשנות דומה ביחס לחוק שקבע תקופת צינון למנכ"ל מועצה מקומית המבקש להתמודד בבחירות לרשות המקומית שבה כיהן כמנכ"ל, כדי להגן על מנכ"לים שהתפטרו קודם לכניסת החוק לתוקף ושינו את מצבם לרעה בהסתמך על מצב הדברים שקדם לאותו חוק.¹⁸

144. **בכל המקרים הללו, הפרשנות המרחיבה שעניינה תחולה נדחית ננקטה כדי למנוע שינוי כללי**

המשחק תוך כדי המשחק' וכדי להגן על אינטרס ההסתמכות של האזרח. כקביעת בית המשפט הנכבד: "בית המשפט היה נכון להגן במקרים המתאימים מפני תחולה למפרע המובילה לפגיעה בהסתמכות ובוודאות המשפטית" (בג"ץ 4406/15 איגוד הבנקים נ' כנסת ישראל (29.9.16)). **בעניין גניס**, תחולתו הרטרואקטיבית של החוק הובילה לפגיעה בלתי-מידתית בזכות לקניין ובהסתמכות של אנשים שכלכלו מעשיהם בהתאם להסדר החוקי הקיים, רכשו דירות בירושלים בשעה שהיו זכאים להטבה כספית, והחוק שלל מהם את ההטבה באופן רטרואקטיבי. **בעניין קעדאן** תחולתו האקטיבית של החוק הובילה לפגיעה בלתי-מידתית בזכות להיבחר ובהסתמכות של מנכ"לים שהתפטרו ממשרתם כדי להתמודד בבחירות לרשויות המקומיות, והחוק שלל את זכותם להיבחר לאחר שהם כבר שינו את מצבם לרעה על בסיס ההסדר הנורמטיבי שהיה תקף באותה עת. בכל המקרים הללו, ההסדר החוקי החדש שינה לרעה את מצבם של אנשים שהסתמכו על המצב החוקי הישן וכבר החלו לפעול בהתאם לו. דחיית מועד התחילה של החוקים, באותם מקרים, ריפאה את הפגם החוקתי שהיה בהם, בכך שהיא מנעה את הפגיעה בהסתמכות של מי שכלכל את מעשיו על בסיס ההסדר החוקי הישן.

145. בענייננו – אין מדובר בשינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק. תחולתו של חוק היסוד המתקן היא אקטיבית ופרוספקטיבית – הוא חל רק ממועד חקיקתו ואילך ואינו משנה את התוצאה המשפטית של אירועים שהתגבשו טרם חקיקתו. מעולם לא נקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, וממילא חוק היסוד המתקן אינו פוגע ב'הסתמכות' של גורם כלשהו על נבצרות ראש הממשלה. על כן, מצבו של חוק היסוד המתקן שונה בתכלית ממצבם של החוקים שנדונו בעתירות האמורות, ואין מקום 'להזריק' לו הוראת תחולה נדחית בדרך פרשנית מרחיבה.

¹⁸ לאחרונה נקט לכאורה בית המשפט הנכבד פרשנות דומה, בפסק דינו בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (30.7.23). במקרה זה דובר בחוק ששינה את דיני הבחירות לאחר תחילת מערכת הבחירות, כך שניתן לומר כי שינה את כללי המשחק תוך כדי משחק' ופגע בציפיות של צדדים שלישיים. נימוקי פסק הדין טרם פורסמו, ועל כן הדברים נאמרים בזהירות הראויה.

146. זאת ועוד; במקרים שבהם נקט בית המשפט הנכבד פרשנות מרחיבה כדי לדחות את מועד תחילתם של חוקים מסוימים, דובר בחוקים שפגיעתם בזכויות יסוד (הזכות לבחור ולהיבחר או הזכות לקניין) **נבעה מתחולתם המיידית**. באותם מקרים, כאשר בית המשפט הנכבד פירש את החוקים הללו כבעלי תחולה עתידית – נמנעה או צומצמה במידה ניכרת פגיעתם בזכויות יסוד. בענייננו, לעומת זאת, היועצת המשפטית לממשלה טוענת, בין היתר, **שבתוכנו** של חוק היסוד המתקן קיימים ליקויים היורדים לשורשו של עניין, וזאת ללא קשר למועד תחילתו. גם מסיבה זו, אין להשוות בין החוקים שהוזכרו לעיל לבין חוק היסוד המתקן.

147. עוד נוסף, כי שאלת מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן עלתה בדיוני הוועדה וחברי הכנסת דנו בה מפורשות והחליטו לכוון אותו כבעל תחולה אקטיבית מיידית. גם מסיבה זו, אין מקום לקביעה פרשנית שלפיה תחילתו של חוק היסוד המתקן היא עתידית בניגוד ללשונו ולכוונת המחוקק.

148. כאמור, בית המשפט הנכבד היה נכון להעניק סעד פרשני נרחב כאשר תחולתם המיידית של חוקים פגעה באינטרס ההסתמכות. בענייננו, העותרים טוענים שתחולה מיידית של חוק היסוד המתקן פוגעת בצפיית הבוחרים, שהלכו לקלפי מתוך הנחה שסעיף 16(ב) לחוק היסוד יחול על ראש הממשלה גם אם יבצר ממנו למלא את תפקידו מסיבות שאינן פיזיות או נפשיות. טענה זו שגויה שכן דיני הנבצרות אינם מצויים בגרעין דיני הבחירות, אלא לכל היותר בשוליהם, וממילא קשה לראותם כחלק מ'ציפיות' הבוחרים.

פרופ' איל גבאי, במאמרו "שינוי רטרוספקטיבי בחוק יסוד: הממשלה", **הפרקליט** מד, חוברת א (עמ' 164) (להלן: **גבאי**), מציין כי חקיקת יסוד המשנה את ההסדר במקרה של פטירת ראש הממשלה אינה נחשבת לחקיקה רטרוספקטיבית שכן "דומה כי שינוי שכזה אינו מהותי, אינו מסדיר את לב-לבו של המשטר הפוליטי והחוקתי-מדיני, ולפיכך הינו לגיטימי". כך גם נפסק **בעניין ממשלת החילופים**: "שינויים חוקתיים בעלי זיקה ישירה וברורה להצבעה בבחירות, אשר שומטים את הקרקע מתחת לכללי המסגרת החוקתיים שעל בסיסם מימש הבוחר את זכות הצבעתו – דוגמת שינוי בדיעבד של אחוז החסימה ביחס לבחירות שכבר נערכו – אכן מהווים שינויים רטרוספקטיביים העלולים לעורר קשיים משמעותיים בכל הנוגע למבחן היציבות [...] לעומת זאת, הטענה כי שינוי ההוראות הנוגעות למבנה הממשלה – אשר מוקמת בהתבסס על תוצאות הבחירות כפי שבאו לידי ביטוי בהרכב הסיעות לכנסת – הוא שינוי רטרוספקטיבי, היא בעיניי טענה מוקשת". אף בעמדת היועצת המשפטית לממשלה **בעניין שיינפלד** – שדן כאמור בחוק יסוד המשנה את כללי הכשירות לכהונת שרים - נטען כי "אין המדובר בתיקון המשנה 'סדרי בראשית'".

הדברים יפים מקל וחומר לענייננו, שאף בהם – ההסדר החל במקרה שבו נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו אינו "לב-לבו של המשטר הפוליטי והחוקתי-מדיני" ואינו בעל "זיקה ישירה וברורה להצבעה בבחירות".¹⁹

¹⁹ **גבאי** מבחין במאמרו בין חיקוקים שונים לפי תכליתם: לא הרי חוקים שנועדו לשנות את התוצאה המשפטית של הבחירות לכנסת כהרי חוקים שנועדו למלא לקונה, להסדיר עניינים שלא היו מוסדרים באופן ראוי או להגשים עקרונות ומטרות שלא היו מונחים בפני הבוחרים (**גבאי**, עמ' 163). כפי שנרחיב להסביר להלן, חוק היסוד המתקן בענייננו נועד למלא לקונה ולהסדיר את הליך הנבצרות שלא היה מוסדר באופן ראוי, וגם מבחינה זו אין מדובר בחקיקה רטרוספקטיבית.

149. במקרים בעבר שבהם נדונה הצעת חוק שביקשה 'לשנות את כללי המשחק תוך כדי המשחק' ולפגוע באינטרס ההסתמכות של צדדים שלישיים, עמד על כך הייעוץ המשפטי לכנסת בצורה ברורה והסב את תשומת לבם של חברי הכנסת. כך אירע למשל ביחס לחוק הרשויות המקומיות (בחירות) (תיקון מס' 53), התשפ"ג-2023, שביקש לאפשר לחברי ועדה ממונה להתמודד בבחירות לרשות המקומית שבה הם מכהנים לאחר תקופת צינון, וזאת בניגוד לחוק ששרר קודם לו. חוק זה נחקק בתחולה מיידית כחודש לאחר תחילת מערכת הבחירות, והייעוץ המשפטי לכנסת הזהיר בהליכי החקיקה כי יש בכך פגם משמעותי. לעומת זאת, במקרה דנן הייעוץ המשפטי לכנסת חיווה דעתו כי למרות העדיפות העקרונית הקיימת לכינון חוקי יסוד בתחולה עתידית ומאחורי מסך בערות, כיוון שחוק היסוד המתקן אינו פוגע בהסתמכות ואינו משנה כללי משחק לאחר תחילת המשחק, הדין הקיים מאפשר גם את כינונו בתחולה מיידית (אף כי הדבר אינו רצוי). זו הייתה עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת בהליכי הכינון, וזו אפוא גם עמדתו כיום.

150. בשולי הדברים נציין כי אין כל צורך בדחיית מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן כדי לאפשר לכנסת להידרש מחדש להוראותיו (ראו: סעיף 164 לכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה). אם תוגש הצעת חוק-יסוד ממשלתית או פרטית לתיקון ההסדר שנקבע בחוק היסוד המתקן, בין אם בתקופת כהונתה של כנסת זו ובין אם בעתיד, הצעה זו תידון בהתאם לתקנון. אם יורה בית המשפט הנכבד לכנסת לקיים דיון ולשקול את תיקון ההסדר, תפעל הכנסת בהתאם להוראה זו ותקיים דיון בעניין. ואם הייעוץ המשפטי לכנסת יסבור שיישומו של רכיב מסוים בחוק היסוד המתקן מעורר קושי מעשי שלא היה צפוי בעת כינונו – הוא ימליץ לחברי הכנסת על תיקון ההסדר. דחיית מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן כשלעצמה לא תוביל לשקילה מחדש של הוראותיו, ומבחינה זו סעד זה אינו משרת את תכליתו.

ו. על דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

151. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, שעליה מבוססות במידה רבה שתי העתירות שבכותרת, הוזכרה לראשונה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**), שעסק בחוק יסוד שכוון כהוראת שעה הקובעת כי תקציב המדינה לשנים 2009-2010 יהא תקציב דר-שנתי. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה אך קבע כי "במקרים מסוימים, שאין ניתן לקבוע מהם מראש, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי 'שימוש לרעה' בכותרת 'חוק יסוד'". פעם נוספת הוזכרה דוקטרינה זו, בהקשר דומה וביחס לתקציב המדינה לשנים 2017-2018, בפסק הדין בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.17) (להלן: **עניין המרכז האקדמי**). באותו עניין נפסק כי "תיקון חוק יסוד באמצעות הוראת שעה, פעם אחר פעם ובנסיבותינו הקונקריות" עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ועל כן החליט בית המשפט הנכבד להוציא "התראת בטלות מובהקת" המכוונת למקרה שבו תבקש הרשות המכוננת לסטות מהמתכונת של תקציב חד-שנתי בדרך של חוק יסוד הוראת שעה.

152. דוקטרינה זו, של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, פותחה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.21) (להלן: **עניין שפיר**). בפסק דין זה נקבע כי הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת לצורך קביעת הסדרים קונסטיטוציוניים במהותם, ובית המשפט הנכבד מוסמך

להכריז על בטלותו של חוק יסוד אם יראה כי הכנסת עשתה שימוש לא ראוי בסמכותה המכוננת. בפסק הדין **בעניין שפיר** התגלעה מחלוקת בין שופטי בית המשפט הנכבד ביחס לדוקטרינה זו ולשימוש בה. בתוך כך, שופטי הרוב קבעו מבחנים מנחים לשימוש בדוקטרינה זו (למבחנים אלה נתייחס להלן). לענייננו חשוב להזכיר כי **בעניין שפיר**, כמו **בעניין בר-און** ו**בעניין המרכז האקדמי**, יושמה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לגבי חוק יסוד שכונן כהוראת שעה.

153. פיתוח נוסף של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת נעשה בפסק הדין בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (12.7.21) (להלן: **עניין ממשלת החילופים**), שעסק בחוק יסוד שאפשר הקמת ממשלת חילופים. בית המשפט הנכבד דחה את העתירות, ואף בפסק דין זה התגלעה אותה מחלוקת בין שופטי הרוב: חלק משופטי הרוב פסקו שאין מקום לשימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ומרביתם פסקו כי בנסיבות אותו עניין, ואף שיש מקום לשימוש בדוקטרינה זו – כינון חוק היסוד מושא אותה עתירה אינו עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

154. ולבסוף, אך לאחרונה נזכרה שוב דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והפעם ביחס לחוק יסוד שתיקן את תנאי הכשירות לכהונת שרים (בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.23); להלן: **עניין שיינפלד**). נוכח קביעות בית המשפט הנכבד באותו עניין במישור המינהלי, של מינוי חה"כ אריה דרעי לשר, התייתר הצורך בבחינת התיקון שנעשה באותו עניין במשקפי השימוש לרעה בסמכות המכוננת. בית המשפט הנכבד ציין באותו מקרה כי "קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמד של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית", אך נמנע מלקבוע מסמרות נוספים בעניין דוקטרינה זו.

155. בעתירות שלפנינו ביקשו העותרים כי בית המשפט הנכבד יקבע כי כינון חוק היסוד המתקן מושא העתירה מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, על פי המבחנים שנקבעו בפסק הדין **בעניין שפיר** ו**בעניין ממשלת החילופים**. מבחנים אלו שימשו את בית המשפט הנכבד בפסקי הדין שזכרו לעיל כדי לבחון את טענת העותרים באותן עתירות כי יש להכריז על בטלותם של חוקי היסוד שנדונו בהן.²⁰ בענייננו, כפי שצינו לעיל, לעת הזו הסעד הרלוונטי בעתירות דנן **אינו** הכרזה על בטלותו של חוק היסוד המתקן, אלא לכל היותר דחיית מועד תחילתו. נבחן אפוא את טענות העותרים, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסקי הדין דלעיל, בפרספקטיבה של הסעד שהוזכר בצו על-תנאי שיצא בעתירות דנן.

²⁰ בתגובה המקדמית הוזכרה עמדתה המסורתית של הכנסת, שלפיה בהיעדר מקור סמכות מפורש בחוק או בחוק-יסוד, אין מקום לעריכת ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד אשר התקבלה על ידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. עמדה זו התייתרה לכאורה נוכח נוסח הצו על-תנאי שיצא בעתירות דנן, ובהנחה שסעד זה הוא פרשני.

ז. כינונו של חוק היסוד המתקן אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת בהתאם למבחנים שנקבעו לכך על ידי בית המשפט הנכבד

156. בהתאם לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות **בעניין שפיר**, בחינת טענה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת תיעשה בשני שלבים:

בשלב הראשון – **שלב הזיהוי** – יש לבחון האם חוק היסוד נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות. בית המשפט הנכבד קבע כי נקודת המוצא של בחינה זו היא המבחן הצורני שנקבע בפסק הדין **בעניין בנק מזרחי**, ומעבר לביטוי חיצוני הכרחי זה – הבחינה תיעשה תוך שימוש בשלושה מבחני עזר: מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי.

לשלב השני – **שלב הצידוק** – יש לעבור אם חוק היסוד אינו עומד במבחני שלב הזיהוי. בשלב זה עובר הנטל למשיבים להצביע על הצדקה לעיגון בחקיקת יסוד של הסדר שאינו חוקתי באופיו.

157. לשיטת כב' השופטת ברק-ארז, בחוות דעתה בפסק הדין **בעניין שפיר**, בחינת טענה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת תיעשה באמצעות מבחן חד-שלבי המבוסס על שלב הזיהוי בלבד, כאשר את מבחן ההתאמה למארג החוקתי יש להחליף ב"מבחן המובחנות", הבוחר האם כינון חוק היסוד נעשה תוך גלישה של הרשות המכוננת לתחומי סמכותה של רשות אחרת.

158. נבחן אפוא את השימוש שעשתה הכנסת בסמכות המכוננת לצורך כינון חוק היסוד המתקן בהתאם למבחנים אלו. בפתח הדברים נדגיש שוב את שהדגישה הנשיאה חיות בדעת הרוב **בעניין שפיר** – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת היא עקרון ש"אינו עוסק בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא במאפיינים הפורמליים-פרוצדורליים שלה, ובהם: כלליות, יציבות, היעדר סתירה ועקביות לאורך זמן". נצעד במשעול זה ונבחן את התאמת חוק היסוד המתקן לשמש כחלק מהחוקה המתהווה של מדינת ישראל מצד מאפייניו הפורמליים-פרוצדורליים.

159. נקודת המוצא של שלב הזיהוי היא המבחן הצורני שנקבע בפסק הדין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**). חוק היסוד המתקן עומד ללא ספק במבחן זה: כותרתו מעידה עליו כי הוא 'חוק יסודי', בדומה לחוקי יסוד אחרים – שנת כינונו אינה נזכרת בכותרתו, ובניגוד לחוקי היסוד שנדונו **בעניין שפיר ובעניין המרכז האקדמי**, אין מדובר בהוראת שעה.

160. מבחן המשנה הראשון – **מבחן היציבות** – בוחן את השאלה "אם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד". בעניינו, חוק היסוד המתקן אינו הוראת שעה, כי אם הסדר קבוע ויציב הצופה פני עתיד. כך אכן נפסק **בעניין ממשלת החילופים**, שחוק יסוד שאינו הוראת שעה (גם אם הוא נחקק לצורך פוליטי קונקרטי, וגם אם תחולתו בזמן היא מיידידת) – צולח את מבחן היציבות. בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה נטען כי הפרסונליות של חוק היסוד המתקן מערערת את יציבותו, ונתייחס לכך להלן.

161. מבחן המשנה השני – **מבחן הכלליות** – משקף את העיקרון שלפיו "נורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת". בענייננו, חוק היסוד המתקן קובע תנאים כלליים לתחולת סעיף 16(ב) לחוק היסוד, ועל כן עומד במבחן זה. חוק היסוד המתקן עוסק כמובן באדם אחד – בראש הממשלה, אולם זהו טיבם של סעיפי חוק-יסוד: הממשלה העוסקים בראש הממשלה. חוק היסוד המתקן אינו מצמצם עצמו לראש ממשלה מסוים, לכנסת מסוימת או לממשלה מסוימת, שכן תחולתו כללית, מופשטת ונצחית: בכל פעם שייטען כי נבצר מראש ממשלה מסוים למלא את תפקידו, וכי סעיף 16(ב) לחוק היסוד חל – יש לבחון טענה זו בהתאם למבחנים הקבועים בחוק היסוד המתקן. מדובר אפוא "בהוראת קבע, שגם אם ניתן להעריך את השפעתה המיידית, אין לדעת האם הרוב הרגעי שכוון אותה יזכה ליהנות ממנה בטווח הארוך" (**עניין ממשלת החילופים**, פסקה 11 לפס"ד של כב' השופט הנדל).

162. נעיר כי בפסק הדין בעניין ממשלת החילופים הוזכרו שני מצבים שעלולים לעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות (או אולי ביחס למבחן היציבות): האחד – תחולתה הרטרופסקטיבית או האקטיבית של הוראה חוקתית; והשני – מצב של "ניגוד עניינים מוסדי" בין פעולותיה של הכנסת כרשות מכוונת לבין אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת בכנסת הספציפית. לסוגיות אלה נתייחס בהמשך דברינו בנפרד.

163. מבחן המשנה השלישי – **מבחן ההתאמה למארג החוקתי** – תפקידו לוודא שחוקי היסוד מכילים נורמות המסדירות "עניינים הנוגעים לליבת המשטר החוקתי של מדינת ישראל", ולא "עניינים של יומיום". בית המשפט הנכבד הדגיש כי מבחן זה אינו מבחן תוכני; "השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?". בענייננו – הוראות המסדירות את האופן שבו ייקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו הן ללא ספק הוראות המתאימות להיכלל בחוק יסוד, כחלק מההוראות החלות על כהונת ראש הממשלה. ספק רב אם ניתן בכלל לקבוע הוראות אלה בחוק 'רגיל', שאין בכוחו לצמצם את תחולתו של חוק יסוד; הוראות דומות בעניינם של נושאי משרה אחרים נקבעו בחוקי-יסוד; וגם הוראות דומות במדינות זרות נקבעו בחוקה ולא בחוקים 'רגילים'. משכך, המקום המתאים ביותר להוראות אלה הוא חקיקת היסוד.

164. כיוון שחוק היסוד המתקן עומד בכל מבחני "שלב הזיהוי", מובן שכינונו אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוונת, ולכן אין כל צורך לעבור לשלב הבחינה השני – **"שלב הצידוק"**. למעלה מן הצורך נציין כי מתקיים צידוק ברור וחד-משמעי לכינון חוק היסוד המתקן כחוק יסוד דווקא: הוראות חוק היסוד המתקן מגבילות ומצמצמות את הוראת סעיף 16(ב) לחוק היסוד, ועל כן אילו הייתה הכנסת מעוניינת לקבוע אותן בחוק 'רגיל' היה הדבר מעורר קשיים משפטיים משמעותיים. כפי שהעירה כב' השופטת ברק-ארז בפסק דינה **בעניין שפיר** (פסקה 10), דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת לא נועדה למנוע מהכנסת להסדיר עניין בדרך מסוימת, שכן "במקרים שבהם חלה הדוקטרינה של שימוש לרעה בחוק יסוד – עומדים בפני הכנסת ערוצי פעולה אחרים לחקיקתו המחודשת של ההסדר [...] החלטה של דוקטרינת השימוש לרעה בחוק יסוד יוצרת רק הכוונה לפעולה בערוץ הנכון. היא מחייבת את הכנסת ל'לקחת ברצינות' את ההליך של חקיקת חוקי יסוד". בענייננו, מאחר שיש יסוד לדעה כי לא קיים ערוץ אחר שניתן

לקבוע בו את הוראות חוק היסוד המתקן, מובן שהכנסת עשתה שימוש הולם בסמכותה המכוננת כאשר החליטה לכוון את חוק היסוד המתקן כחוק יסוד דווקא.

165. לשיטת כב' השופטת ברק-ארז יש לנקוט כאמור במבחן חד-שלבי הזהה בעיקרו ל"שלב הזיהוי", אולם את מבחן ההתאמה למארג החוקי יש להחליף לשיטתה במבחן אחר – **מבחן המובחנות**, אשר נועד לוודא כי הרשות המכוננת לא 'פולשת' באופן מובהק לתחומיה של אחת מהרשויות האחרות. בענייננו, כפי שציינו לעיל, השאלה אם אפשר היה לקבוע את ההסדר בחוק היסוד המתקן כחוק 'רגיל' כרוכה בקשיים משפטיים משמעותיים. הוא אינו נוגע ל'ניהול השוטף' של ענייני המדינה ולא 'פולש' לתחום פרלמנטרי אופרטיבי. חוק היסוד המתקן מצוי אפוא באופן מובהק בתחומה של הרשות המכוננת, וצולח בנקל אף מבחן זה.

166. נמצא, כי חוק היסוד המתקן עומד בכל המבחנים שנקבעו בפסק הדין **בעניין שפיר**, וממילא כינונו אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

167. לסיום פרק זה נזכיר את ההלכה הפסוקה שלפיה **השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת צריך להיעשות בצמצום ולהישמר למקרים קיצוניים ביותר בלבד**. כפי שבית המשפט הנכבד ציין בלא מעט מקרים בעבר, הוא אינו מחליף את שיקול דעתה של רשות מינהלית שהוסמכה בחוק לקבל החלטה מסוימת; הוא אינו מחליף את שיקול דעתה של הכנסת כרשות מחוקקת; וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שהוא אינו מחליף את שיקול דעתה של הכנסת כרשות מכוננת, שרק לה – כנציגתה הנבחרת של העם – נתונה לגיטימציה דמוקרטית לקבוע את כללי המשחק ואת עקרונות היסוד של המשפט בישראל. יש להישמר מפני מצב שבו הרחבת השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת תהפוך אותה בידי עותרים "לצינור קסמים להזרמת עקרונות החוקה הראויה" (ראו **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט ד' מינץ ופסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

168. כאמור לעיל, מעבר לשלושת המבחנים העקרוניים שנקבעו בפסק הדין **בעניין שפיר**, הוזכרו בפסק הדין **בעניין ממשלת החילופים** שלושה מצבים שבהם עלול להתעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות: חוק יסוד שתחולתו רטרוספקטיבית או אקטיבית, חוק יסוד שהוא פרסונלי, וחוק יסוד שכינונו נגוע ב"ניגוד עניינים מוסדי". לתחולתו של חוק היסוד המתקן – שהיא אקטיבית או רטרוספקטיבית, אך לא רטרוספקטיבית ולא רטרואקטיבית – התייחסנו לעיל, וביארנו גם במה שונה עניינו של חוק היסוד המתקן מחוקים אחרים שבית המשפט הנכבד היה נכון לדחות את מועד תחילתם בדרך פרשנית. להלן נתייחס לטענה בדבר הפרסונליות של חוק היסוד המתקן ולטענה שכינונו לוקה בניגוד עניינים מוסדי.

ח. תכליתו של חוק היסוד המתקן אינה פרסונלית מובהקת

169. במוקד טענות העותרים, ובמוקד עמדת היועצת המשפטית לממשלה בכתב התשובה מטעמה, עומדת הטענה כי תכליתו של חוק היסוד המתקן היא פרסונלית, ועל כן כינונו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. פרסונליות זו מתבטאת בכך שחוק היסוד המתקן נועד – לטענת העותרים והיועצת

המשפטית לממשלה – לאפשר לראש הממשלה לפעול בניגוד להסדר ניגוד העניינים שנערך לו. נפנה אפוא כעת לבחינת טענה זו.

ח.1. חוק היסוד המתקן אינו חוק פרסונלי

170. פרופ' מיכל טמיר, במאמרה "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?", **חוקים** יב 2018, מעמ' 173 (להלן: **טמיר**), מגדירה את המונח "חוק פרסונלי" (או "חוק סלקטיבי") כך: "חוק שלפי ניסוחו המחוקק יכול לזהות מראש מי האדם או האנשים שעליהם הוא יחול, בין משום שהחוק פונה לאדם או לאנשים מסוימים באמצעות שמם ובין שהדבר נעשה באמצעות הצבעה עליהם או שימוש באפיון המייחד אותם". על פי **טמיר**, זיהוי חקיקה פרסונלית צריך להיעשות "על פי מבחן משולב של כוונה ותוצאה: כוונתן של נורמות אלה לחול על גורמים מסוימים, וזו אף התוצאה של תחולתן". כדוגמאות לחוקים פרסונליים (או סלקטיביים) מביאה טמיר את החוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע-2010, שחוקתיותו אושרה על ידי בית המשפט הנכבד (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.12)); את חוק הנשיא חיים ויצמן (גמלה ועיזבון), התשי"ג-1953, שקבע כי לאלמנת הנשיא חיים ויצמן תשולם גמלה כל ימי חייה; ואת חוק החברה לישראל בע"מ, התשכ"ט-1969, שהעניק לחברה זו פטור ממס לתקופה של 30 שנים. חוקים אלו מכוונים כלפי אדם מסוים, תאגיד מסוים או קבוצת אנשים מסוימת, ששם או מאפייניהם נקובים במפורש בחוק, ועל כן הם חוקים פרסונליים.²¹

171. על הקושי שבחקיקת חוקים פרסונליים אין צורך להרחיב. אחד מהיבטיו של עקרון שלטון החוק המהותי הוא ש"נורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת" (עניין שפיר). הקושי שבהגדרת חוק פרסונלי כחוק עולה גם מכך שתחולתה הכללית היא המבחן להיותה של חקיקת משנה "תקנה בעלת פועל תחיקתי", שכן "תפקיד המחוקק הוא לקבוע נורמות כלליות, ולא לעסוק במקרים בודדים ומסוימים, אשר הטיפול בהם מסור לרשות המבצעת" (ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957)). חקיקה פרסונלית פוגעת בעקרון שלטון החוק, פוגעת לעיתים בהפרדת הרשויות ואף עשויה לפגוע בשוויון המהותי אם היא מייחדת דין שונה לאנשים שמצבם זהה (ראו: ד"ר חיים גנו, "על כלליותן של נורמות משפטיות", **עיוני משפט טז(3)** (1991) 579). כל הליקויים האלה עשויים להיות קיימים בחוק שאיננו כללי – קרי, חוק המופנה רק לאדם מסוים או לקבוצת אנשים מסוימת.

172. לפי הגדרה זו, אין ספק שחוק היסוד המתקן אינו חוק פרסונלי. כפי שצינו לעיל, תחולתו של חוק היסוד המתקן היא כללית ונצחית, הוא חל על כל ראשי הממשלה מכאן ולהבא, והוא אינו חל רק על ראש ממשלה מסוים. הבעיות שהוזכרו ביחס לחוק פרסונלי אינן מתעוררות ביחס לחוק היסוד המתקן, ואין לקשור בין הדברים.

²¹ דוגמה נוספת לחקיקה מסוג זה היא סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011, שכותרתו "פינוי אסבסט מהגליל המערבי". סעיף זה חל לכאורה על קבוצה בלתי-מסוימת של "חברות אסבסט" – קרי, "חברות שעסקו במועד שקדם ליום התחילה בייצור אסבסט בגליל המערבי"; אולם בפועל הוא חל על חברה אחת בלבד (ראו: בג"ץ 6971/11 איתנית נ' מדינת ישראל (12.4.13)).

173. שאלות נפרדות הן שאלת תכליתו של חוק היסוד המתקן ושאלת המניע לכינונו, שבהן נעסוק להלן.

ח.2. בין מניע לבין תכלית

174. חלק מאומנותו של שופט הוא זיהוי תכליתו של החוק. זיהוי התכלית נדרש לפרשנות החוק – שהרי "מבין המשמעויות הלשוניות שדיבור שבחוק סובל, יש לבחור באותה משמעות, המגשימה את תכלית החקיקה" (בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728 (1989)); הוא נדרש כדי לבחון אם הרשות המינהלית חרגה מהוראות החוק – שהרי יישומו של חוק צריך להיעשות לאור תכליתו (ראו למשל: בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40 (1956)); והוא נדרש גם כדי לבחון אם יש מקום לבטל את החוק – שהרי תכלית שאינה ראויה היא עילה לביטולו של חוק הפוגע בזכויות מוגנות (ראו למשל: סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

175. מהי תכליתו של חוק? על ניסיונות להשיב לשאלה זו נשברו קולמוסים רבים, ונוכיר את דברי כב' השופט ברק בפסק דינו בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (1993), שלפיהם "תכלית החקיקה היא המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר חקיקה נועד להגשימם":

"תכלית החקיקה היא המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים, אשר דבר חקיקה נועד להגשימם. תכלית החקיקה הינה מושג נורמטיבי. היא מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה ומתכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו. זו "כוונת המחוקק". תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. זו 'מטרת החקיקה' [...]. על תכלית החקיקה (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) למד הפרשן, בראש ובראשונה, מלשון החקיקה. מתוך לשונו של דבר החקיקה, מסוגו ומטיפוס הסדריו ניתן לעמוד בצורה אינה על כוונתו של המחוקק ועל המטרות שהוא נועד להסדירן בחברה. ההיסטוריה של החקיקה מלמדת על תכליתה. עקרונות היסוד של השיטה וזכויות היסוד של האדם קובעים את תכליתו של דבר החקיקה. חזקה היא, כי תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה."

176. תורת המשפט מלמדת אותנו כי לכל חוק יש תכלית שלשמה הוא נחקק. לצד זאת, מדע ההיסטוריה מלמד אותנו כי לכל חוק יש גם מניע לחקיקתו. חוק אינו בא לעולם כבת קול משמיים. חוק נחקק בכנסת כתוצאה מעבודה פוליטית של חברי כנסת שפעלו לחקיקתו, וחברי הכנסת הללו מכלכלים את צעדיהם ממניעים שונים.

177. פסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד היא כי **בניגוד לתכלית – שיש לה משמעות משפטית כבירה, כאמור לעיל – המניע לחקיקתם של חוקים בכלל ושל חוקי-יסוד בפרט הוא נטול ערך משפטי**. בפרשנות חוק, "ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (בג"ץ 246/81 דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981)), ואף בשאלות הנוגעות לחוקתיותו של החוק – בית המשפט אינו מעביר תחת שבט ביקורתו את מניעי המחוקק ואת כוונותיו (ראו: בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.14); להלן: **עניין סבח**, פסקה 26 לפסה"ד). "אין

לחפש אחרי המניעים שהניעו את חברי הגוף המחוקק להצביע בעד החוק. יש להתמקד במטרות הכלליות שהם ביקשו להשיג" (א' ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, עמ' 179). כפי שקבע בית המשפט הנכבד בעבר, "האפשרות לפיה חוק הנחזה להיות בעל תחולה כללית נחקק לאמיתו של דבר ממניעים פרסונאליים, היא אפשרות קיימת ואין לשלול אותה [...] עם זאת, ספק אם המניעים לחקיקת חוק – אף שאינם ראויים – מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת" (בג"ץ 8612/15 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (17.8.16)).²²

178. ההתעלמות מהמניע אינה ייחודית לעולם המשפט החוקתי. גם הפיסיקאי, כאשר הוא עוסק בכוחות הפועלים על חפצים בכדור הארץ, אינו מייחס חשיבות לתפוח שנפל על ראשו של אייזיק ניוטון והוביל אותו, על פי האגדה האורבנית, לניסוח עיקרון כוח הכבידה. בני אדם מונעים משאיפות, רצונות, דחפים ותחושות, ולכולם יש משמעות רבה בעולם הפסיכולוגיה, ההיסטוריה והסוציולוגיה. אך כאשר דחפים אלו מניעים את בני האדם ליצור יצירה שהיא חיצונית להם – ויהא זה בניין פיסי, משוואה מתמטית או חוק משפטי – אזי קיימת הבחנה ברורה בין תחומי הידע הבוחנים את היצירה לאור המניע שהוביל ליצירתה, לבין תחומי ידע כדוגמת עולם המשפט, המתמטיקה וההנדסה המנתקים את היצירה מהמניע שקדם לה ובוחנים אותה כשלעצמה.

179. בעולם המשפט החוקתי, ההתעלמות מהמניע אינה רק חלק מהכללים שעל פיהם פועל המשפטן, אלא גם ביטוי לעקרון שלטון החוק, שמשמעותו כי בראש פירמידת הנורמות לא עומד המחוקק – אדם בשר ודם שיש לו רצונות ומניעים, כי אם דבר החקיקה המופשט, לאחר שניתק מידי מחוקקו. בנוסף, ההתעלמות מהמניע מאפשרת את השגת התכלית החשובה של עיצוב משפט חוקתי אובייקטיבי המנותק מהפוליטיקה. חוק הוא יצור כלאיים: הורתו ולידתו בשדה הפוליטי, אך לאחר יצירתו הוא חלק מעולם המשפט. כאשר השופט עורך ביקורת שיפוטית לחוק, הוא אינו בוחן את החוק בהתאם למניעיו הפוליטיים – כלי לשימור הקשר בין חבר הכנסת לבוחריו, אמצעי להשגת תשומת לב תקשורתית, דרך להשגת שיתוף פעולה בין מפלגות שונות ועוד. השופט מתעלם מכל המניעים הפוליטיים הללו, שכל היסטוריון היה מקדיש להם פרקים רבים אילו היה כותב ספר על תולדות החוק, ומתמקד בתכלית המשפטית של החוק בלבד. כך מתאפשר קיומה של ביקורת שיפוטית משפטית אובייקטיבית על חוק שהוא פרי מלאכה פוליטית.

180. ההלכה האמורה, שלפיה הביקורת השיפוטית מתמקדת בתוכן ההחלטה או החיקוק, ולא במניעים לקביעתה, יושמה אף ביחס לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. **כמעט כל שופטי בית המשפט הנכבד** פסקו במפורש כי 'שימוש לרעה' אינו נבחן על פי מניעי חברי הכנסת שהצביעו בעד חוק היסוד, כי אם על פי מבחנים אובייקטיביים. אין מקום לגרור את בית המשפט הנכבד לזירה הפוליטית בדרך של עריכת ביקורת שיפוטית על מניעי המחוקק. כלשונה של כב' השופטת ד' דורנר, "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם

²² ניתן להשוות הלכה זו להלכה החלה בתחומי משפט אחרים. כך למשל, מניע כלכלי העומד בבסיס בבקשה לאישור תובענה ייצוגית אינו עילה לדחייתה (ראו: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (4.9.14); רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה (6.9.17)).

משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999)). נבקש לציין מספר דוגמאות שנמצאו בפסיקה לעמדה זו:

"גם אם מוכנה הייתי להניח כי המניע לחקיקת החוק היה, כטענת העותרים, רצון של הקואליציה להימנע מהצורך לאשר את חוק התקציב אחת לשנה, אין בנימוק זה כשלעצמו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית; בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות של חוק יסוד"

(עניין בר-און, פסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש)
"כלל נקוט עמנו ועליו עמד גם המשנה לנשיאה (בדימ') בחוות דעתו, שהמניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד."

(עניין ממשלת החילופים, פסקה 17 לפסק דינו של כב' הנשיאה חיות)
"גם אם אכן שיקולים פוליטיים, ובפרט – רצונה של הממשלה להקל על המורכבות הכרוכה באישור שנתי של תקציב המדינה, הם אלה שהובילו לתיקון שלפנינו, היבט זה כשלעצמו לא מצדיק לדעתי התערבות שיפוטית מן הסוג המבוקש במקרה דנא."
(עניין המרכז האקדמי, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)
"הדין הנוהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת 'חוק יסוד'"

(עניין ממשלת החילופים, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל)
"אין בית המשפט נדרש לבחון את מניעיהם הגלויים או הנסתרים של המחוקקים."
(עניין שפיר, פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט עמית)
"בית המשפט גם אינו רשאי לעמוד על מניעי המחוקק והמכונן, וספק אם בכוחו לעשות כן."

(עניין ממשלת החילופים, פסקה 43 לפסק דינו של כב' השופט סולברג)
"מהיבטה של מערכת היחסים בין הרשויות – אני חוששת שדיון בשאלת הצידוק עלול לגרור את בית המשפט לזירת המחלוקת הפוליטית. נשווה בדעתנו מצב שבו ייחקק חוק יסוד פרסונלי. האם רצוי שבית המשפט ידון בשאלת ההצדקה למהלך פרסונלי כזה? ועל-פי אלו אמות מידה יעשה כן? [...] לשיטתי, בית המשפט לא יידרש כלל לשאלת הצידוק לחקיקתו של חוק היסוד."

(עניין שפיר, פסקה 27 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז)
"מרכז הכובד בעת בחינתו של קריטריון הכלליות אינו צריך להיות המניעים הסובייקטיביים של חברי הכנסת בעת חקיקתו של חוק היסוד או התיקון לו."

(עניין ממשלת החילופים, פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז)
"דוקטרינת ה'שימוש לרעה' אינה בוחנת מניעים, כוונות, או את תום לבו של המחוקק."
(עניין שפיר, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט קרא)
"אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד – וגם לא על ה'צידוק' לכך [...]. טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעיהם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת"

(עניין שפיר, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט אלרון)

181. הרציונל שבבסיס הלכה זו, שלפיה לא ניתן לבסס טענה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת על מניעים, רצונות, שאיפות ושיקולים – ברור. קשה מאוד לעמוד על המניע של גוף קולגיאלי דוגמת הכנסת, שהחלטותיו מבוססות לעיתים קרובות על הסכמות שהתגבשו לאורך הדיונים, ורק פעמים נדירות מתקבלות בו החלטות 'פה אחד'. המצוי במליאת הכנסת ובוועדותיה יודע היטב כי המניעים של חברי הכנסת בעבודת החקיקה הם רבים ומורכבים, משתנים באופן תדיר, וכרוכים במגוון שיקולים

בעלי אופי פוליטי מובהק. הניסיון לחלץ את מניעיו של חבר כנסת מהדברים שאמר בוועדה נדון לכישלון שכן יש דברים הנאמרים לצרכים תקשורתיים בלבד, יש דברים המיועדים לאוזניים מסוימות, ויש דברים שנועדו להשיג פירות פוליטיים מחוץ לכותלי הוועדה (וזאת מבלי לזלזל בחשיבות של הדברים שנאמרים בוועדות לזיהוי תכליתו הסובייקטיבית של החוק). אילו ניתן היה לבחון את כליותיו של חבר הכנסת ואת לבו (וכמובן שבני אנוש אינם בוחני כליות ולב), מתגלה היה מכלול שיקולים, טעמים ואינטרסים העומד ברקע החלטתו להצביע בעד הצעת חוק מסוימת או נגדה; וכמובן שאם 64 חברי כנסת הצביעו בעד הסדר מסוים ו-56 חברי כנסת הצביעו נגדו, נגלה 120 קבוצות שונות של מניעים העומדים ברקע ההצבעה.

182. מסיבה זו, ההלכה קובעת כי לאחר שחיקוק פורסם ברשומות, הריהו עומד ברשות עצמו. פרשנותו נערכת על פי לשונו ותכליתו בלבד (וזאת מבלי להתעלם מהמקום החשוב השמור לדברי הכנסת בזיהוי תכלית החוק), ואף בחינת חוקתיותו אינה נעשית בהתבסס על המניע ההיסטורי שבגינינו נוצר. יתרה מזאת – פסילת חוק יסוד בשל השיקולים שהניעו את חברי הרשות המכוננת תוביל לכך שבאופן פרדוקסלי, חוק יסוד יהיה חשוף לביקורת שיפוטית מעבר למידת החשיפה של חוק 'רגיל', שכן פסילת חוק 'רגיל' יכולה להיעשות רק אם הוא פוגע באופן בלתי-מידתי בזכות חוקתית מוגנת, ולא ייתכן שפסילת חוק-יסוד תיעשה רק על בסיס המניעים שעמדו ברקע כינונו.

183. אם התכלית כה חשובה, בעוד שהמניע נטול חשיבות משפטית, כיצד נבחין בין שניהם? ההבחנה בין שני המושגים הללו – המניע והתכלית – עשויה להיות מורכבת, אך נתונה לה חשיבות רבה. באופן כללי נציין כי –

- התכלית צופה פני עתיד ואילו המניע נובר במעשי העבר;²³
- התכלית נטועה בשדה המשפט בעוד שהמניע מצוי 'בחיים עצמם';
- איתור התכלית נעשה בכלים משפטיים והוא מלאכתו של המשפטן, בעוד שזיהוי המניע הוא תפקידו של ההיסטוריון או של הפרשן הפוליטי.²⁴

184. מצוידיים בתובנות אלה, נפנה לבחון את תכליתו של חוק היסוד המתקן.

²³ מן הראוי להזכיר את דברי הרב שמשון רפאל הירש (1808-1888), גדול רבני גרמניה בדורות האחרונים, שהבחין בפירושו לתורה בין מניע לבין תכלית. בפירושו לפסוק "וישב משה אל ה' ויאמר – אֲדֹנָי לְמָה הִרְעַתָּה לְעַם הַזֶּה, לְמָה זֶה שְׁלַחְתָּנִי" (שמות, פרק ה, פסוק כב), מבחין רש"י הירש בין המילים "לְמָה" במלעיל ו"לְמָה" במלרע: "שתי שאלות שאל: מה הַתְּכַלִּית, למענה הבאת על העם הזה [...] אסון חדש [...] ומה הַסִּיבָה ששלחתני, אותי, אשר מראש חשתי בחוסר כשרוני [...]". רש"י הירש חוזר על הדברים בפירושו לדברי משה לה' לאחר חטא העגל: "לְמָה ה' יִחַרָה אַפָּךְ בְּעַמְּךָ... לְמָה יֵאמְרוּ מִצְרַיִם לְאֹמֶר בְּרָעָה הוֹצִיאָם לְהִרְג אֶתְּם כְּהָרִים וּלְכַלְתֶּם מֵעַל פְּנֵי הָאָרֶץ" (שמות לב, יב): "במקרה הראשון מוטעמת ההברה 'מה', והשאלה היא: לְ-מָה, לשם איזו תכלית? [...] במקרה השני מוטעמת ההברה 'ל' [...] השאלה היא על הסיבה: מדוע?".

²⁴ בסעיף 117 לכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה מופיעה ההגדרה הבאה: מניע הוא "מוטיבציה פנימית של חבר הכנסת לפעולה", ואילו תכלית היא "המטרות שלשמן תוקן חוק היסוד ככלי פרשני להבנת כלליות או פרסונליות הנורמה". הגדרה זו אינה מדויקת, שכן נראה שאין חולק על כך שמניע אינו חייב להיות פנימי, והוא יכול גם לבוא לידי ביטוי בהצהרות פומביות. נדמה שההבחנות שהוצעו למעלה מדויקות יותר.

ח.3. המניע לכינונו של חוק היסוד המתקן היה פרסונלי, אך תכליתו של חוק היסוד המתקן אינה פרסונלית

"אנחנו עושים פה תיקון חשוב. כלל הגורמים, כולל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, ציינו שצריך להסדיר את העניין הזה של נבצרות. זה בדיוק מה שאנחנו עושים. זה חוק לכל ראשי הממשלה של מדינת ישראל בעתיד."

(יו"ר הוועדה, חה"כ אופיר כץ,
פרוטוקול הדיון מיום 13.3.23, עמ' 164)

185. מהפרוטוקולים של הדיונים שנערכו בוועדה המיוחדת עולה **שהמניע ההיסטורי** המרכזי הישיר לכינון חוק היסוד המתקן היה מניע פרסונלי: השיח הציבורי בעניין האפשרות שייקבע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו – שיח שהתבטא גם בעתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד. המניע לכינונו של חוק היסוד המתקן אכן היה פרסונלי, אולם תכליתו אינה פרסונלית. נבאר את מהלך העניינים המשוער באופן המדגיש את ההבחנה בין המניע לכינון חוק היסוד המתקן לבין תכליתו:

- לאחר שהוגשה העתירה בבג"ץ 1153/23, שבה התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, הופתעו חלק מחברי הכנסת לגלות כי עתירה זו – שנחזתה בעיניהם כעתירת סרק – אינה נדחית על הסף.
- חברי הכנסת ביקשו אפוא לבחון את המצב המשפטי הרלוונטי לנבצרות ראש הממשלה, ותשומת לבם הוסבה ללקונה הקיימת בעניין זה בחוק-יסוד: הממשלה, שאינו קובע את עילות הנבצרות ואת הדרכים להכרזה עליה.
- בירור נוסף העלה כי חוק היסוד פוֹרֵש כמאפשר נבצרות של ראש הממשלה מכל סיבה שהיא, וכי בית המשפט הנכבד היה נכון להניח בעבר, נוכח הלקונה שבחוק היסוד, כי היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להכריז על נבצרות ראש הממשלה מבלי שנקבעו אמות מידה או כללים להכרזה בעלת משמעויות כה דרמטיות.
- חברי הכנסת סברו שמצב משפטי זה, הנובע מלקונה בחוק היסוד, אינו מצב משפטי ראוי. חברי הכנסת גם סברו שמצב משפטי זה אינו משקף את כוונותיהם של חברי הכנסת שכוננו את חוק-יסוד: הממשלה (או למצער, אין בהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד אינדיקציה כלשהי לכך שחברי הכנסת התכוונו בזמן כלשהו בעבר להסמיך את היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות ראש הממשלה ולאפשר זאת מכל עילה שהיא). מסקנתם של חברי הכנסת הללו הייתה אפוא כי יש לתקן את חוק היסוד כדי להבהיר את כוונתו.
- על רקע זה גיבשו חברי הכנסת את הצעת חוק היסוד המתקן, שתכליתה למלא את הלקונה שבחוק היסוד ולקבוע את עילות הנבצרות ואת הדרך להכרזה עליה.

186. הצגה זו של הדברים ממחישה היטב כי המניע ההיסטורי להצעת חוק היסוד המתקן הוא פרסונלי ופוליטי: השיח הציבורי על אודות האפשרות כי ראש הממשלה יוכרז כמי שנבצר ממנו למלא את תפקידו למרות שמבחינה פיזית ונפשית הוא מסוגל בהחלט למלא את תפקידו. השיקולים שהניעו את חברי הכנסת ליזום את הצעת חוק היסוד המתקן היו בין השאר שיקולים פוליטיים ופרסונליים. אולם תכליתו של חוק היסוד המתקן היא תכלית משפטית: למלא את הלקונה הקיימת בחוק-יסוד: הממשלה, ולהבהיר את הכללים החלים על נבצרות ראש הממשלה. ונזכיר שוב כי אף היועצת המשפטית לממשלה סבורה שההסדר שנכלל בחוק היסוד טרם תיקונו היה הסדר חסר אשר נדרש לתקנו.

187. ההבחנה בין המניע והתכלית, שעמדנו עליה לעיל, אינה מוחלטת. לעיתים המניע הפוליטי של החוק משפיע על תוכנו ובכך משפיע גם על תכליתו המשפטית, ולעיתים קיים נתק בין שניהם. בהתאם, גם חוק אינו בהכרח פרסונלי לחלוטין או כללי בתכלית, וייתכנו מצבי ביניים. כאשר המניע לחקיקת חוק הוא פרסונלי, אזי ככל שהחוק כללי יותר ומנותק מהנסיבות הספציפיות של הבעיה שהניעה את חקיקתו, כך תכליתו רחוקה יותר מהמניע הפרסונלי וכך יש לראותו כפרסונלי במידה פחותה. ולהפך: ככל שהפיתרון שמעניק החוק לבעיה פרסונלית הוא ממוקד יותר וככל שההסדר החקיקתי מצומצם לנסיבות הפרטניות של הפרסונה שבגללה הוא נוצר, כך התכלית והמניע מתקרבים זה לזה וכך החוק הוא יותר פרסונלי. בקצרה, עמד על כך כב' השופט הנדל בפסק דינו **בעניין ממשלת החילופים**: "הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגז הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק".

188. בענייננו, כאמור, המניע לכינון חוק היסוד המתקן היה הקושי שראו חברי הכנסת בכך שהיועצת המשפטית לממשלה מוסמכת לקבוע כי נבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו בשל ריבוי ניגודי עניינים. ניתן היה לפתור קושי זה בדרכי חקיקה מגוונות, וככל שחוק-היסוד המתגבש רחב יותר וכללי יותר – כך תכליתו מתרחקת מהמניע שהוביל לכינונו. הכנסת לא קבעה הוראת שעה שתחול רק על ראש הממשלה הנוכחי, לא קבעה שנבצרות ראש הממשלה לא תהא שפיטה ולא קבעה הסדר מצומצם שיחול רק על נבצרות הנובעת מריבוי ניגודי עניינים, כפי שאכן הוצע לחברי הכנסת על ידי חלק מהמוזמנים במהלך דיוני הוועדה. חלף זאת, הכנסת החליטה לקבוע הסדר פרוצדורלי שיחול על הכרזת נבצרות ראש הממשלה, וכבר עמדנו לעיל על כך שהסדר זה אינו שונה באופן מהותי מהסדרים שהוצעו בעבר ומהסדרים הנהוגים במדינות זרות. חוק היסוד המתקן עוצב כהסדר כללי, מרוחק מהמניע הפוליטי והפרסונלי שהוביל לכינונו, ועל מידת הפרסונליות שלו פחותה. ניתן לומר עליו את דבריו של כב' השופט הנדל שצוטטו לעיל – "כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק".

189. על רקע זה יש לדחות את הניתוח המשפטי המופיע בכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה, שלפיו לחוק היסוד המתקן היו שתי תכליות בלבד: לשחרר את ראש הממשלה ממגבלות מתחום טוהר המידות, ולמנוע מבית המשפט הנכבד מלהכריע בעתירות שהיו תלויות ועומדות באותה עת. הצגה זו של הדברים מתמקדת במסדרון הפוליטי והפרסונלי הצר ומתעלמת מהטרקלין

המשפטי: מהעובדה שההסדר החקיקתי היה לקוי וחסר ומכך שחברי הכנסת ביקשו לתקן את חוק היסוד כדי לשנות את האופן שבו הוא פורש. חוק היסוד המתקן אינו שונה מחוקים ומחוקי יסוד אחרים, שנחקקו כדי למלא לקונה שאירוע מסוים הסב את תשומת הלב הציבורית אליה. תכליתו העיקרית של חוק היסוד המתקן, במשקפיים חוקתיים, היא למלא את הלקונה שבחוק היסוד, ותכלית זו מקהה את עוצמת הפרסונליות שלו.²⁵

190. דבריו של כב' השופט הנדל שצוטטו לעיל – "חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות" – אמורה גם ביחס לחוקי היסוד של מדינת ישראל. ואכן, ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מלאה בדוגמאות לחוקי יסוד שכוננו על רקע משבר פוליטי קונקרטי.²⁶ כב' השופט הנדל הביא בסעיף 13 לפסק דינו **בעניין ממשלת החילופים** כמה דוגמאות לכך. נבקש להזכיר חלק מהן ולהוסיף כמה דוגמאות נוספות:

- חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 2), משנת 1979, אשר אפשר למנות שני סגנים לראש הממשלה, כונן על רקע צרכים קואליציוניים והיה בעל תחולה מיידית;
- חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), משנת 1984, אשר עיגן את מעמדו של "ממלא מקום ראש הממשלה", כונן על רקע הקמת ממשלת הרוטציה;
- חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 17), משנת 1994, אשר קבע כי חברי כנסת שהתפלגו מסיעתם אינם מנועים מלשמש כשרים בממשלה, וכי לא תחול לגביהם המגבלה החלה על מי שפרש מסיעתו, כונן על רקע קשיים קואליציוניים שהתגלעו באותה עת;
- תיקון חוק-יסוד: הממשלה, משנת 2000, אשר קבע כי ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה לא רק על חבר כנסת מכהן אלא גם על מי שמפלגה המיוצגת בכנסת הציבה אותו כמועמד לראשות הממשלה, הוחל באופן מיידית בעת הליכים להרכבת ממשלה;

²⁵ נוסף כי לתכלית הנטענת הראשונה – "לשחרר את ראש הממשלה ממגבלות מתחום טוהר המידות" – אין כל אינדיקציה בפרוטוקולים של הדיונים בהצעת חוק היסוד המתקן. איש מחברי הכנסת לא אמר שתכלית הצעת חוק היסוד המתקן היא לאפשר לראש הממשלה לפעול בניגוד עניינים. תכלית זו עולה, לטענת היועצת המשפטית לממשלה, ממכלול נסיבות האירוע, והדבר רק ממחיש כיצד ירידה לנבכי המניעים של חברי הכנסת שהצביעו בעד חוק או נגדו מחייב את בית המשפט הנכבד לנטוש את השדה המשפטי, לרדת לשדה הפוליטי ולהתבסס על השערות הנשענות על סמיכות זמנים ועל מחשבות לכאוריות של חברי הכנסת.

²⁶ הבאנו למעלה דוגמאות לחוקי יסוד, ונוסיף כי מטבע הדברים הצעות חוק פרטיות רבות נולדו כתוצאה מאירועים חדשתיים ומהליכים משפטיים. כדוגמאות עדכניות להצעות חוק פרטיות נזכיר את החקיקה העוסקת בפתרונות למצבים של התעלות בקטינים על ידי מטפלות; את החקיקה המעניקה פטור ממס לספורטאים אולימפיים על פרסים שזכו בהם (חקיקה זו הועברה בעקבות פרסומים עיתונאיים על ספורטאים באולימפיאדה האחרונה, והיא הוחלה רטרואקטיבית גם על ספורטאים אלו); את החקיקה העוסקת בהארכת תקופת ההתיישנות לתביעות ביטוח בריאות מסוימות; ועוד. בכל המקרים הללו, המניע לחקיקה היה גילוי של אי-צדק או של לקונה כתוצאה מאירוע שקיבל הד תקשורתי, והם לא נחקקו מאחורי מסך בערות. בית המשפט הנכבד עמד על תופעה זו ביחס לחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), שהסמיך את הכנסת להפסיק את חברותו של חבר כנסת שיש במעשיו משום הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל – ראו: **עניין ממשלת החילופים**, פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט הנדל.

- חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), משנת 2015, שאפשר מינוי שרים בלי תיק וביטל את מגבלת מספר השרים וסגני השרים, כונן קודם להקמת הממשלה, ונועד לאפשר את הקמתה. עתירה שהוגשה נגד חוק יסוד זה – נדחתה (**עניין יש עתיד**);
- חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה), משנת 2015, אשר במסגרתו נוסד 'החוק הנורווגי הקטן', כונן בסמוך למועד הקמת הממשלה;
- חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), משנת 2018, אשר אפשר אצילת סמכויות סטטוטוריות הנתונות לשר לידי סגן שר שהשר הממונה עליו הוא ראש הממשלה, כונן גם הוא כדי לאפשר הקמת ממשלה. עתירה שהוגשה נגד חוק יסוד זה – נמשכה על ידי העותרת בתום הדיון בה (בג"ץ 3345/18 התנועה לטוהר המידות נ' שר הבריאות (27.4.18));
- ולבסוף – חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), משנת 2020, אשר עיגן את מוסד ממשלת החילופים בחוק היסוד, כונן אף הוא כדי לאפשר הקמת ממשלה. עתירות שהוגשו נגד חוק יסוד זה – נדחו על ידי בית המשפט הנכבד בפסק דינו **בעניין ממשלת החילופים**.

191. הנה כי כן; "הדין הנוהג אינו רואה במניעיו הפוליטיים של המחוקק עילה לשלילת מעמדה החוקתי של נורמה שהרשות המכוננת עיטרה בכותרת חוק יסוד" (**עניין ממשלת החילופים**, פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). אין חולק על כך שכינון חוק יסוד – רצוי שיעשה מאחורי 'מסך בערות'; אולם ההיסטוריה של כינון חוקי היסוד של מדינת ישראל, כמו גם פסיקות בית המשפט הנכבד, מלמדים כי כינון חוק יסוד לצרכים קואליציוניים, שלא מאחורי 'מסך בערות', אינו עילה לביטולו ואף אינו עילה לדחיית מועד תחילתו.

192. דוגמאות נוספות לחוקי יסוד שכוננו ממניע פרסונלי, הקשורות במישרין לענייננו, ניתן להביא מסוגיית הנבצרות שבה אנו עוסקים. כאשר יו"ר הכנסת הראשון נפטר בעת מילוי תפקידו, וחוק-יסוד: הכנסת לא הסדיר באותה עת כיצד יש לנהוג במצב שכזה, כוננה הכנסת את חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 4), שקבע כיצד יש לנהוג אם נפטר יו"ר הכנסת. וכאשר הנשיא עזר ויצמן ביקש להודיע כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בשל חקירה פלילית שהתנהלה נגדו, אך חוק-יסוד: הנשיא אפשר נבצרות זמנית מטעמי בריאות בלבד, כוננה הכנסת את חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 6), שקבע כי נשיא המדינה יכול להודיע כי נבצר ממנו למלא את תפקידו מכל סיבה שהיא. חקיקת חוקים וכינון חוקי יסוד כתגובה לאירועים המתרחשים במציאות היא חזון נפרץ. לגבי חוקים אלה קובעת טמיר: "העובדה כי אירוע ספציפי או מקרה ספציפי יוצר תמריץ לחקיקה אינו הופך את החוק לפרסונלי". קביעה זו עולה בקנה אחד עם ההלכה שכבר הזכרנו לעיל – שלפיה בית המשפט הנכבד אינו מעביר תחת ביקורתו את מניעי המחוקק, אלא את תוכן החיקוק. כדבריה של כב' השופטת ברק-ארז **בעניין ממשלת החילופים** (פסקה 20): "מרכז הכובד בעת בחינתו של קריטריון הכלליות אינו צריך להיות המניעים הסובייקטיביים של חברי הכנסת בעת חקיקתו של חוק היסוד או התיקון לו. חלף זאת, הבחינה אמורה להתמקד בתוצאה הנורמטיבית של ההסדר שעומד לדיון, ובשאלה האם, ועד כמה, הוא נושא מאפיינים פרסונליים או פרטניים". בענייננו, חוק היסוד המתקן חל מרגע כינונו והלאה על כל ראשי הממשלה, ואף שהוא חל גם על ראש הממשלה המכהן – אין לראותו כחוק פרסונלי מובהק.

ח.4. ניגוד העניינים המוסדי

193. כפי שצינו לעיל, בפסק הדין בעניין **ממשלת החילופים** הוזכר הקושי הנובע מכך שהוראה חוקתית "מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ'הטבות' מיוחדת בשל אימוץ הנורמה". כב' הנשיאה חיות ציינה כי מצבים אלה "מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם 'אינטרסים פרטיקוליים' של חברי הכנסת בכנסת הספציפית". כדוגמאות למצבים מעין אלו הזכירה כב' הנשיאה חיות (בעקבות פסק דינו של כב' השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**) "מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים"; מצב שבו הכנסת מצמצמת את מספר חבריה ל-90 חברים ומסלקת לאלתר 30 מחבריה; וכן "הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרוספקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר". לשיטת כב' המשנה לנשיאה מלצר באותו פסק דין (בדעת יחיד), מצבים אלה מעוררים קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות, ואילו כב' הנשיאה חיות סברה כי מצבים אלה מעוררים קושי בכל הנוגע למבחן היציבות.

194. חוק היסוד המתקן בעניינו אכן חל באופן מיידי, אולם ברי כי אין להשוותו לאותם חוקים תיאורטיים שהוזכרו בחוות דעתה של כב' הנשיאה חיות. כנסת המסדירה את הדרך שבה ייקבע כי נבצר מראש ממשלה למלא את תפקידו אינה דומה, אף לא בקירוב, לכנסת המאריכה את תקופת כהונתה שלה עצמה או לכנסת המשנה את מספר חבריה (ראו: יואב דותן, "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון, **משפטים לא(4)** תשס"א, 771). כבר ציינו כי הפרסונליות של חוק היסוד המתקן – מוגבלת, כי תחולתו אינה רטרוספקטיבית אלא פרוספקטיבית, וכי הוא אינו מוגבל לראש הממשלה המכהן כיום, שכן תחולתו תהא על כל ראשי הממשלה מכאן ולהבא. אלה בדיוק הסיבות שהובילו את כב' הנשיאה חיות לקבוע כי חוק היסוד שנדון בעניין **ממשלת החילופים** צולח את מבחני הכלליות והיציבות:

"17... אף אם התיקון שבמוקד העתירות נחקק בשל מניעים הנוגעים לחוסר אמון בין הצדדים להסכם הקואליציוני, כלל נקוט עמנו ועליו עמד גם המשנה לנשיאה (בדימ') בחוות דעתו, שהמניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד [...]"

אף אם מקרה פרטי שימש תמריץ לחקיקת חוק היסוד, בעניינו ניכר כי תכלית ההסדר נוגעת לקושי כללי שעשוי להתעורר גם בעתיד... הנה כי כן, בהינתן העובדה שמרבית ההסדרים שנקבעו בתיקון לא יוחדו לתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 בלבד, ומשלא ניתן להצביע על ניגוד עניינים מובהק מן הסוג שתואר לעיל, אני סבורה כי תיקון מס' 8 צולח את מבחן הכלליות.

18. אשר למבחן היציבות: [...] תחולתו של תיקון מס' 8 איננה רטרוספקטיבית, אלא אקטיבית, ולמסקנה זו השפעה ניכרת על שאלת עמידת התיקון במבחן היציבות... בשיטת הבחירות הנוהגת בישראל מצביע הבוחר לאחת מן המפלגות המתמודדות בבחירות לכנסת. כפי שצינה חברתי השופטת ברון, מלאכתו של הבוחר מסתיימת עם ההצבעה בקלפי (בפסקה 7 לחוות דעתה). מטרת ההצבעה היא להשפיע על הרכב הסיעות בכנסת; וחברי הכנסת בתורם, כנציגי ציבור הבוחרים, הם שמופקדים על הבעת האמון בממשלה. לפיכך, שינויים חוקתיים בעלי זיקה ישירה וברורה להצבעה בבחירות, אשר שומטים את הקרקע מתחת לכללי המסגרת החוקתיים שעל בסיסם מימש הבוחר את זכות הצבעתו – דוגמת

שינוי בדיעבד של אחוז החסימה ביחס לבחירות שכבר נערכו – אכן מהווים שינויים רטרוספקטיביים העלולים לעורר קשיים משמעותיים בכל הנוגע למבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 164, 175-176). לעומת זאת, הטענה כי שינוי ההוראות הנוגעות למבנה הממשלה – אשר מוקמת בהתבסס על תוצאות הבחירות כפי שבאו לידי ביטוי בהרכב הסיעות לכנסת – הוא שינוי רטרוספקטיבי, היא בעיניי טענה מוקשית [...] אף אם קיימים היבטים רטרוספקטיביים כאלה ואחרים בתחולתו המיידית של תיקון מס' 8, הם אינם משמעותיים דיים עד כי לא ניתן לזהות את ההסדרים הקבועים בו כנורמות חוקתיות בשל מועד תחולתם.”

195. הדברים שנאמרו על ידי כב' הנשיאה חיות בפסק דינה **בעניין ממשלת החילופים** יפים ככתבם אף לענייננו, ואף בדרך של קל וחומר. דומה שתיקון מס' 8 לחוק היסוד, שנדון **בעניין ממשלת החילופים**, וכן תיקון מס' 11 לחוק היסוד, שנדון **בעניין שיינפלד**, הם דרמטיים הרבה יותר מבחינת ההשפעה שלהם על המשפט החוקתי של מדינת ישראל ביחס לחוק היסוד המתקן דנן. חוקי יסוד אלו הסדירו כינון ממשלה ואת תנאי הכשירות לכהונת שרים – אירועים שכיחים הרבה יותר מנבצרות של ראש ממשלה. מסיבה זו, ועל בסיס הטיעונים שהורחבו לעיל – חוק היסוד המתקן צולח את מבחני הכלליות והיציבות שנקבעו בפסק הדין **בעניין שפיר**.

196. היבט נוסף של טענת ניגוד העניינים המוסדי נעוץ בעצם העובדה שהכנסת, כרשות מכוונת, קובעת הסדרים הנוגעים למעמדו של ראש הממשלה. ברי כי עובדה זו כשלעצמה אינה מהווה 'ניגוד עניינים מוסדי'. הכנסת כידוע חובשת על ראשה שלושה כובעים הקשורים לשלוש מארבע רשויות השלטון: הכנסת היא הרשות המכוונת האמונה על כינון חוקי היסוד; הכנסת היא גם הרשות המחוקקת המוסמכת לחוקק חוקים 'רגילים'; ובנוסף, הכנסת היא הגוף המפקח על עבודת הממשלה – הרשות המבצעת – ואמונה נדרש להקמתה ולקיומה של הממשלה. המבנה המשטרי של מדינת ישראל נארג כך שהממשלה יכולה לפעול רק אם ניתן לה אמונם של חברי הכנסת המרכיבים את הרשות המכוונת ואת הרשות המחוקקת. העובדה שלחברי הכנסת יש אינטרס מובנה בחיזוק הממשלה ובשימור קיומה, היא למעשה התשתית המהותית של המבנה המשטרי הפרלמנטרי של מדינת ישראל, המבוסס על כך שהממשלה נהנית מאמון הכנסת.

197. בית המשפט הנכבד עמד בעבר על כך שמצב שכיח הוא שאדם המכהן בתפקיד ציבורי מחויב לאינטרסים שונים הנובעים באופן אינהרנטי מתפקידו, וקבע כי אין לראות מצב זה כניגוד עניינים מוסדי. כך נקבע למשל בפסק הדין בבג"ץ 1893/22 לביא נ' היועצת המשפטית לממשלה (22.3.23), כאשר נטען שהיועצת המשפטית לממשלה מנועה ממעורבות בהצעות חוק הנוגעות לסמכותה שלה:

“כאשר במסגרת תפקידו נדרש עובד ציבור לטפל בסוגיה הנוגעת לכובעו הציבורי, ואפילו תהיה זו שאלה נכבדה אשר תשליך על אופי ואופן תפקודו בעתיד, אין לפנינו כלל ניגוד עניינים. כך, למשל, הרמטכ"ל איננו מנוע מלעסוק בהצעות המשפיעות על תפקוד הצבא, ובכלל זה הצעות הנוגעות להיקף סמכויותיו או לתנאי השירות של המשרתים בצה"ל; נגיד בנק ישראל אינו חסום מלעסוק בסוגיות הנוגעות לתפקידיו וסמכויותיו של בנק ישראל, לתקציבו או לתנאי העבודה של עובדיו; וכן הלאה. נהפוך הוא, חובתו של משרת הציבור לעסוק בנושאים אלה, ולהציג את עמדתו המקצועית לגביהם – לחייב, לשלול או להותיר לשיקול דעת.

כך, למשל, הרמטכ"ל אינו רשאי להדיר עצמו מהדיון בהצעה להעביר סמכות מסוימת מצה"ל לגורם ביטחוני אחר, ונגיד בנק ישראל נדרש להתייחס לשאלה אם קביעת הריבית צריכה להיות נתונה בסמכות בנק ישראל או להיקבע על ידי גורם אחר. פשיטא כי עיסוקם של הרמטכ"ל והנגיד בסוגיות אלה אינו נגוע בכל ניגוד עניינים – הוא משקף את סמכותם וחובתם לעסוק בנושאים המקצועיים המצויים בתחום אחריותם. העובדה שלהחלטה שתתקבל יש, או עשויה להיות, השלכה על האופן בו ידרשו בעתיד למלא את תפקידם, לא רק שאינה יוצרת ניגוד עניינים, אלא שהיא העומדת בליבת חובתם להביע את עמדתם המקצועית בנושא – להתריע כשנדרש; לתמוך כשרצוי; להיות נטראלי כשצריך וכשמתאפשר.

198. גם בענייננו – לחברי הקואליציה יש אינטרס מובנה בקיום ההסכמים הקואליציוניים, בחיזוק מעמדה של הממשלה ובשימור הממשלה הקיימת, כשם שלחברי האופוזיציה יש עניין ברור מאליו בערעור יסודות הממשלה ובחיזוק הגורמים המבקרים אותה. ואף על פי כן, אין לנו כנסת אחרת, ולא רשות מכוונת אחרת. כאשר קבעה הכנסת הראשונה את 'החלטת הררי' וחוקי המעבר, וכאשר נקבע בחוק-יסוד: הממשלה כי הממשלה נהנית מאמון הכנסת, פירושו של דבר הוא שחוקי היסוד יכוננו על ידי גורם שיש לו עניין בקיומה של הממשלה או בכישלונה. הטענה כי הכנסת לוקה בניגוד עניינים מוסדי כאשר היא מכוונת חוקי יסוד הנוגעים לממשלה או לראש הממשלה תביא לתוצאה אבסורדית שלפיה הכנסת אינה רשאית לכונן כלל הסדרים וחוקי יסוד הנוגעים לממשלה או לכנסת. כפי שנקבע **בעניין לביא**, כאשר נוצרת התנגשות בין אינטרסים שונים שמרכיבים אינהרנטית את תפקידו של עובד ציבור – אין מדובר בניגוד עניינים, בכפוף לקביעה המובנת מאליה שלפיה "בכל פעולה שמבצע נושא משרה ציבורית, גם בפעולה המערבת שאלות מהסוג האמור, עליו להיות מונע תמיד משיקולים ענייניים הנוגעים לטובת הציבור עבורו הוא משמש נאמן".²⁷

199. אכן, מבנה הרשות המחוקקת בישראל אינו זהה למבנה הרשות המחוקקת במדינות דמוקרטיות אחרות. יש מדינות שהפרלמנט שלהן מורכב משני בתים, יש מדינות שהמשטר בהן הוא נשיאותי, יש מדינות שהבחירות בהן אזוריות, ובמרבית המדינות קיימת חוקה המסדירה דרך מורכבת לכינון תיקון חוקתי. לכל אחד מהמרכיבים הללו יש השלכה על עוצמת הקשר שבין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. המשטר בישראל הוא פרלמנטרי, הבחירות הן יחסיות וארציות, הכנסת היא הרשות המחוקקת היחידה במדינה, היא מכהנת בעת ובעונה אחת גם כרשות המכוונת, ובהיעדר חוק-יסוד: חקיקה – הדרך לכינון חוקי יסוד פשוטה יחסית. מבנה משטרי זה מעניק לכנסת בישראל כוח עצום, שהרי היא מוסמכת לשנות חוקי יסוד בקלות, והממשלה אינה יכולה לשרוד בלא אמונה אפילו שעה אחת.

200. דא עקא, מקור כוחה של הכנסת הוא גם מקור חולשתה, שכן כל עוד הממשלה נהנית מאמון הכנסת – יש לה גם רוב טבעי בין חברי הכנסת, וממילא הקואליציה יכולה במידה רבה לשלוט בה. על יתרונותיה של שיטת המשטר בישראל ועל חסרונותיה נשתברו קולמוסים רבים, שאינם עניין לכתב

²⁷ בשולי הדברים ראוי להזכיר כי דיני ניגוד העניינים החלים על חברי הכנסת שונים מהותית מדיני ניגוד העניינים החלים על עובדי ציבור. "מצבו של חבר הכנסת מצב מוכנה הוא של ניגוד עניינים [...] אלא שעם ניגודי עניינים אלה למדנו להשלים. מוכנים הם בתפקידי של חבר הכנסת" (בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002); וראו גם: בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.21), פסקה 44 לפסק הדין). גם מסיבה זו, אין מקום להתייחס ליחסים המורכבים שבין הרשות המכוונת והרשות המבצעת בפרספקטיבה של דיני ניגוד העניינים.

התשובה דנן. לענייננו רק נציין שבמבנה המשטרי בישראל, המציאות היא שלממשלה אכן יש רוב טבעי בכנסת, אך הטענה שעקב כך הכנסת מנועה מלכוון חוקי יסוד הקשורים לראש הממשלה – לוקה בכשל לוגי ולמעשה שומטת את הבסיס שעליו ניצב המבנה החוקתי של המדינה. כל חוקי היסוד של מדינת ישראל – ובכללם חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: השפיטה – כוננו על ידי הכנסת, ומן הסתם תוכנם מושפע מכך שלממשלה היה רוב טבעי בכנסת בעת כינונם. חוקי היסוד המעגנים את זכויות האדם ומגבילים את עבודת הממשלה – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כוננו אף הם על ידי הכנסת, וייתכן שדמותם הייתה שונה אלמלא לממשלה היה רוב טבעי בכנסת שכוננה אותם. הכנסת היא אחת, ואין בלתה, והטענה שיש קושי בכך שהיא מכוננת חוקי יסוד הקשורים ברשות המבצעת ובראש הרשות המבצעת – קושי שאף עולה כדי 'ניגוד עניינים מוסדי' – פירושה חתירה תחת המבנה המשטרי והחוקתי הבסיסי ביותר של מדינת ישראל.

ח. 5. חוק היסוד המתקן אינו 'עוקף' את ההליך בבג"ץ 1158/23

201. טענה נוספת שנטענה נגד אופן כינונו של חוק היסוד המתקן נוגעת ליחס בינו לבין ההליך בבג"ץ 1158/23. על פי הטענה, כינון חוק יסוד כדי למנוע דיון בעתירה הוא שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ומכיוון שחוק היסוד המתקן כונן לאחר שהוגשה העתירה בבג"ץ 1158/23, ולאחר שבית המשפט הנכבד הורה על הגשת תגובה לעתירה זו, הרי שיש לראות את כינונו כשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

202. דין טענה זו להידחות. כאשר הליך משפטי חושף לאור השמש לקונה או הסדר לא-מוצדק, חזיון נפוץ הוא שהמדינה פועלת לתיקון המעוות ופוטרת את בית המשפט מהצורך להכריע בהליך. כך כאשר ההליך המשפטי חושף בעיה בחוק, וכך כאשר הוא חושף בעיה בנוהל או בהחלטה מינהלית.

כדוגמה לכך נביא את ההליך שהתנהל בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בת"צ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס"ד מיום 27.2.20. במקרה זה, בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד המדינה, ותוך כדי ההליך הניחה הממשלה על שולחן הכנסת הצעת חוק שבאה לתקן את המצב המשפטי שחל על העניין. הצעת חוק זו אושרה, וכך נחקק חוק המאשר רטרואקטיבית את הגבייה מושא אותו הליך – חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) (תיקון מס' 81 והוראת שעה), התשע"ה-2015. חקיקת חוק זה אינה מהווה שימוש לרעה בסמכות המחוקקת, כי אם הסדרה חוקית רטרואקטיבית שמנעה את הצורך בהכרעה משפטית.²⁸

²⁸ לעיתים בית המשפט עצמו משהה את החלטתו כדי לאפשר לכנסת להידרש לעניין ולתקן את המעוות מבלי להזדקק להכרעה פסיקתית. ראו למשל: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס"ד מיום 27.2.20. במקרה זה, לאחר שהמדינה הודיעה כי "בעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה בסוגיה הנדונה", ניתן ביום 11.7.21 פסק דין סופי בהליך. אילו הייתה המדינה מתקנת את החוק תוך כדי ההליך, לא היה זה שימוש לרעה בסמכות המחוקקת, אלא הסדרה בחסות בית המשפט הנכבד של קושי חקיקתי שנחשף בעקבות ההליך המשפטי.

נביא דוגמה נוספת. ביום 31.5.1999 החליטה ועדת הכנסת לקבל הוראת שעה שלפיה חברי כנסת שלא כיהנו את מלוא תקופת כהונתה של הכנסת ה-14 יהיו זכאים למענק הסתגלות. ביום 3.6.99 הוגשה עתירה כנגד החלטה זו – בג"ץ 3706/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת. למחרת, ביום 4.6.99 הוציא בית המשפט הנכבד צו על-תנאי המורה למשיבים לנמק מדוע לא יבטלו את ההחלטה. המדינה הודיעה כי בכוונת ועדת הכנסת לתקן את ההחלטה מושא העתירה, ולצורך כך הוגשו הודעות מעדכנות מעת לעת. כפי שעולה מפסק הדין שניתן ביום 3.9.00, בסופו של דבר ביום 11.7.00 החליטה ועדת הכנסת לבטל את החלטתה הראשונה, ובית המשפט הנכבד קבע: "בהחלטה זו קיבלה העותרת את שביקשה לקבל בעתירתה, וממילא דין העתירה מחיקה". אין לומר כי במקרה זה ועדת הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכויותיה, ואין לומר כי תכלית החלטתה הייתה 'למנוע מבית המשפט הנכבד לדון בעניין'. הגשת העתירה חשפה פגם המצוי בהחלטה, ועדת הכנסת נחלצה לתקן את הפגם, ולאחר שהתשתית העובדתית השתנתה – לא היה עוד צורך לדון בעתירה.

דוגמה נוספת ניתן להביא מבג"ץ 5775/21 רגבים נ' שר הביטחון (2.3.22). באותו מקרה הוגשה עתירה נגד נוהל ועדת המשנה לפיקוח מחודש יוני 2016, והמדינה עדכנה כי "לאחר שנערכה עבודת מטה לעדכון הנוהל, ביום 5.1.2022 פורסם נוהל 'ועדת המשנה לפיקוח' – עדכון מס' 1... [שבין היתר] הוסרו ההוראות שנתקפו בעתירה". בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת המדינה ומחק את העתירה בשל מיצוייה נוכח שינוי המסד העובדתי העומד בבסיס העתירה. גם במקרה זה – תיקון הנוהל לא היה 'שימוש לרעה בסמכות המבצעת' ואין לראותו כניסיון למנוע מבית המשפט לומר את דברו על המצב הנורמטיבי ששרר בעת הגשת העתירה.

כללו של דבר: תפקידו של המחוקק הוא לחוקק, ואם הוא סבור שמצב מסוים שהתגלה בעקבות הגשת עתירה מחייב תיקון חקיקה, תפקידו הוא לתקנה. אין שום טעם בהנצחת מצב נורמטיבי פגום רק כדי לאפשר לבית המשפט 'לומר את דברו' באשר למצב הנורמטיבי הפגום, שהרי "ככלל, אין בית משפט זה נדרש לעתירה עיונית-תאורטית בין שהיתה כזו מטבע בריאתה, ובין שהפכה עיונית-תאורטית לאחר שהמקרה שנדון בה נפתר" (בג"ץ 4380/07 ההסתדרות הרפואית נ' משרד הבריאות (30.8.09)).

לדוגמאות נוספות למקרים שבהם המדינה הודיעה על שינוי החלטה או נוהל עקב הגשת עתירה, וכתוצאה מכך העתירה התייתרה, ראו: בג"ץ 3095/05 אביחיל נ' הוועדה לתשתיות לאומיות (6.3.08); בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (7.7.11).

203. אף בענייננו: לאחר שהוגש בג"ץ 1158/23, התברר כי קיימת לקונה בחוק היסוד, שכן זה אינו קובע את גדרי הליך ההכרזה על נבצרות ראש הממשלה ואינו מסדיר בבירור את העילות לכך. המחוקק (או במקרה זה – המכונן) נחלץ להבהיר את העניין, ואישר את חוק היסוד המתקן. אין מדובר במקרה שבו המחוקק משנה רטרואקטיבית את תוצאתו של הליך משפטי (דוגמת תיקון מס' 11 לחוק היסוד: שנדון בפסק הדין בעניין שיינפלד), אלא במצב שבו הגשת הליך משפטי חשפה לקונה שיש לתקנה. כפי שהוזכר לעיל, גיבושו הראשוני של חוק היסוד המתקן החל עוד טרם תחילת ההליך המשפטי, וכינונו נעשה בשלב מוקדם מאוד של ההליך המשפטי, ואף מבחינה זו אין מדובר במקרה

שבו החקיקה מסכלת משאבים רבים שהושקעו בהליך שיפוטי.²⁹ תיקון חוק היסוד כדי למלא לקונה שהתגלתה בעקבות הגשת הליך משפטי אינו מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת ואינו מצדיק את דחיית מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן.

ח.6. תיקון חוק היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים

204. ניתן היה לסיים את כתב התשובה בנקודה זו. המניע הישיר לכינונו של חוק היסוד המתקן אכן פרסונלי ופוליטי, אולם "מניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד" (עניין שיינפלד). אין מדובר בהוראת שעה, חוק היסוד המתקן עוסק בנושא המוסדר בחוקי היסוד ותכליתו נוגעת לקושי שעלול להתעורר גם בעתיד. מבחינות אלה, מדובר בחוק יסוד כללי ויציב, המתאים למארג החוקתי. באשר לתוכנו של חוק היסוד המתקן – דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה עוסקת בתוכן אלא בצורה, וכבר הראינו כי תוכנו אינו חריג ביחס למקובל בעולם, ביחס להסדרים הקבועים לגבי נושאי משרות ציבוריות בכירות אחרות וביחס להצעות שהוצעו בעבר להסדרת נבצרות ראש הממשלה.

205. ועדיין, כתב התשובה לא יהא שלם אם לא נתייחס בגדרו גם לדברים שנאמרו בעניין ממשלת החילופים ובעניין שיינפלד, העומדים במוקד עמדת היועצת המשפטית לממשלה, על אודות הבעייתיות בכך ש"חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים", ובכך "גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמדם של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית" (פסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין שיינפלד). היועצת המשפטית לממשלה עמדה בכתב התשובה מטעמה על הקושי בכך שהסמכות המכוננת מנוצלת לפתרון בעיה קונקרטי פרסונלית ופוליטית, וכבר ציינו לעיל כי היועצת המשפטית לכנסת סבורה שהדרך הראויה לכוון חוקי יסוד היא במבט צופה פני עתיד ומאחורי מסך בערות, וזאת גם אם בפסיקת בית המשפט הנכבד נקבע כי אין לפסול חוקי יסוד שכונו בתחולה מיידית וממניעים פוליטיים.

206. נושא זה עלה כאמור בפסק הדין בעניין ממשלת החילופים – כאשר הכנסת כוננה את חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) ושינתה עקרונות יסוד הנוגעים למבנה המשטר בישראל כדי לפתור קושי פוליטי נקודתי. נושא זה עלה פעם נוספת בפסק הדין בעניין שיינפלד, שעסק בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) שריכך את תנאי הכשירות לכהונת שרים לצורך פוליטי נקודתי. היועצת המשפטית לממשלה כורכת בכתב התשובה מטעמה את חוק היסוד המתקן דן עם תיקון מס' 11 שנדון בעניין שיינפלד, ומסבירה מדוע שני חוקי היסוד חולקים קשיים זהים.³⁰ לאמתו של דבר, הבעייתיות שבחוק היסוד המתקן מצומצמת יותר מזו של חוקי היסוד המתקנים שנדונו בעניין ממשלת החילופים ובעניין שיינפלד, וזאת מהסיבות הבאות:

²⁹ ראו: ע"מ 10089/07 אירוס הגלבוש נ' ברוך (5.4.11), פסקה 3 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה; דנ"מ 4753/19 עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדורך (6.5.21), פסקה 71 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן.

³⁰ נוכח עמדה זו, לא ברור מדוע בכתב התשובה בעניין שיינפלד נטען כי "לעמדת היועצת המשפטית לממשלה התיקון לחוק עומד במבחני הזיהוי כפי שהותוו עד היום בפסיקה", ואילו בעניינו עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי "תיקון מס' 12 הוא מקרה קיצון של שימוש לרעה בסמכות המכוננת".

א. חוק היסוד המתקן דגן מתקן לקונה אמתית שהייתה קיימת בחוק היסוד. לעומת זאת, תיקון מס' 8 ותיקון מס' 11 לא תיקנו לקונה כלשהי, והם קבעו הסדרים מסוימים חלף הסדרים אחרים, למצער טובים לא-פחות ואולי אף טובים יותר, שהיו קבועים בחוק היסוד קודם לכן.

ב. תיקון מס' 8 ותיקון מס' 11 שינו הסדרים שנקבעו בכונה תחילה ותאמו את כוונת מכוננם. לו היינו עורכים משאל לחברי הכנסת שהצביעו על חוק-יסוד: הממשלה בשנת 2001, ושואלים אותם האם ממשלת חילופים תואמת את האופן שבו הם רואים בחזונם את דמותה של הממשלה, ללא ספק התשובה הייתה שלילית. לו היינו שואלים אותם האם חבר כנסת שהורשע בעבירה ונידון למאסר על-תנאי יכול לכהן כשר – מן הסתם הם היו מפנים להסדר הקבוע בסעיף 6(ג) לחוק היסוד ודורשים ממנו לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית כדי לקבוע אם יש עם אותה עבירה קלון. לעומת זאת, מההיסטוריה החקיקתית שנפרשה לעיל עולה כי חברי הכנסת מאז ומתמיד חששו מעשיית שימוש לרעה בנבצרות ראש הממשלה, וייתכן שהסדרת הליך זה וקביעת מסמרות בדבר האופן שבו תיקבע הנבצרות ובדבר עילותיה עולות בקנה אחד עם כוונתם.

ג. תיקון מס' 11 היה בעל תחולה רטרוספקטיבית – חה"כ דרעי לא יכול היה להתמנות לשר בממשלת ישראל, ותיקון מס' 11 אפשר את כהונתו. לעומת זאת, חוק היסוד המתקן דגן הוא בעל תחולה אקטיבית – גם לפני אישורו וגם לאחר מכן לא הייתה מניעה על כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה.

ד. כבר עמדנו על כך שחוק היסוד המתקן לא חולל שינוי כלשהו בדיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה, ומבחינה זו – אם חוק יסוד זה נועד לפתור בעיה פרסונלית, הרי שהוא לא השיג את מטרתו (בניגוד לתיקון מס' 8 ולתיקון מס' 11, שפתרו את הבעיה הפוליטית והפרסונלית שלשמה הם כוננו).

מסיבות אלה, הבעייתיות שבחוק היסוד המתקן מצומצמת יותר מזו של תיקון מס' 8, וודאי שהיא מצומצמת יותר מזו של תיקון מס' 11.

207. כך או כך, הבעייתיות שבכינון חוק יסוד מתוך מניע פוליטי ופרסונלי ברורה מאליה. אולם הרציונלים העומדים בבסיס ההלכה שלפיה המניע אינו מהווה עילה לפסילת חוק יסוד ואינו יכול להוות עילה לדחיית תחילתו – אף הם ברורים מאליהם. קשה לעמוד על המניעים שהובילו כל אחד מחברי הכנסת שהצביעו בעד חוק מסוים או נגדו, הדברים שנאמרו על ידי חברי הכנסת אינם יכולים לשמש כראיה מוחלטת שכן הם משמשים לעיתים לסיקור תקשורתי, להתרסה וכד', ודאי שאין בהם משום אינדיקציה למניעים שהובילו חברי כנסת אחרים, וסביר להניח שחברי כנסת שונים הצביעו בעניין אותו החוק ממניעים שונים. מעבר לכך, הניסיון לברר את המניעים של חברי הכנסת יוביל את בית המשפט הנכבד, דרך שבילי הספקולציות וההשערות, היישר לביצת הפוליטיקה. כאשר התעורר בוועדה הקושי שבפרסונליות של חוק היסוד, הוזכרו חוקים אחרים שחקיקתם נבעה ממניע פרסונלי – דוגמת חוק דרומי – שנראה שהמניע הפרסונלי שבבסיסם אינו מכתים אותם. "כך מנהגו של הדין. הוא מאותגר על ידי המציאות המשתנה, אשר דורשת מהמחוקק למצוא פיתרון לסוגיות שמאיימות בדרך כזו או

אחרת על החברה. כדי להשיג מטרה זו, לעיתים יש צורך לעצב חקיקה שנשענת על ראייה חדשה של עקרונות המשפט" (עניין איתניית). חוסר צדק, או פער בין המשפט הרצוי לבין יישומו במציאות, עשויים להניע תהליך שיוביל בסופו לשינוי חקיקתי. מחוקקים הם גם נציגי ציבור ופוליטיקאים, אוזניהם כרויות למתרחש מחוץ לכותלי הכנסת, ולעיתים קרובות אירועים מסוימים מסבים את תשומת לבם להסדרה חקיקתית שהם סבורים שהיא בלתי-מספיקה או בלתי-צודקת, וכתוצאה מכך מוגשת הצעת חוק או הצעת חוק יסוד לתיקונה. משום כך נפסק כזכור בעניין ממשלת החילופים: "הרקע לחקיקה אינו פוסל אותה. חקיקה נועדה, בין היתר, לפתור בעיות שהתרחשו במציאות. היכולת להגיב בצורה דינמית, ולתקן באופן מיידי כשלים שנחשפו, מצויה בארגז הכלים של המחוקק. כל עוד החקיקה מציעה פתרון כללי לבעיה כללית, אין פסול בכך שאירוע ספציפי הוא שהעלה את הבעיה על שולחנו של המחוקק" (פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

208. בנסיבות אלה, ועל רקע פסק הדין בעניין ממשלת החילופים, היועצת המשפטית לכנסת סבורה כי חוק היסוד המתקן דן אינו חוצה את 'קו הגבול' מבחינת רמת הפרסונליות שלו. חוק היסוד המתקן אינו מהווה 'שינוי כללי המשחק תוך כדי משחק' ואינו פוגע בהסתמכות של גורמים שלישיים, ועל כן אינו נופל בגדרי המקרים שבהם נכון היה בית המשפט הנכבד לדחות את מועד תחילתו של חוק בדרך פרשנית. אין בדין הקיים בסיס לקביעה כי חוק יסוד שכוון בתחולה מיידי – פסול, או שיש לדחות את מועד תחילתו, וזאת גם אם המניעים שעמדו בבסיסו הם בעיקר פוליטיים ופרסונליים.

ט. סיכום

209. בהתאם לצו על-תנאי שיצא בעתירות אלה, הבהיר הייעוץ המשפטי לכנסת את עמדתו כי אין מקום לדחיית מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן בדרך פרשנית.

210. כפי שצינו לעיל, עמדתה העקבית של היועצת המשפטית לכנסת היא כי הדרך הראויה לכוון חוקי יסוד הנוגעים ליחסים בין הרשויות היא בתחולה נרחבת ומאחורי מסך בערות. עמדה זו הובאה בפני חברי הכנסת בהליך הכינון של חוק היסוד המתקן דן כמו גם בהליכים אחרים. יחד עם זאת, הדין הקיים אינו מגביל את תחולתם של חוקי יסוד משטריים, תיקונים רבים בחוקי היסוד נערכו על רקע פוליטי מובהק וכדי לאפשר הקמת ממשלות, ובית המשפט הנכבד פסק פעמים רבות כי ניתן לכוון חוקי יסוד גם בתחולה מיידי וגם כאשר עומד בבסיסם מניע פוליטי ברור. על רקע זה, הייעוץ המשפטי לכנסת חיווה דעתו בהליכי הכינון של חוק היסוד המתקן דן, כי על אף הקושי שבכינון חוקי יסוד שלא מאחורי מסך בערות, במצב הנורמטיבי הנוכחי אין עילה משפטית לאסור על כך.

211. כפי שהוסבר לעיל, תוכנו של חוק היסוד המתקן אינו חריג על רקע ניסיונות שנערכו בעבר להסדיר את נושא נבצרות ראש הממשלה, על רקע ההסדרים הנוגעים לנבצרות נושאי משרה בכירים אחרים ועל רקע הסדרים הנהוגים במדינות זרות. צמצום עילות הנבצרות לעילות פיזיות ונפשיות בלבד וקביעת הליך מורכב במיוחד להכרזה על נבצרות ראש הממשלה ללא הסכמתו משקפים את החשש מפני שימוש לרעה בהליך זה, ונועדו להבטיח שהכרזה על נבצרות ראש הממשלה לא תשמש לעקיפת האיזונים שנקבעו בחוקי היסוד ביחס להצבעת אי-אמון ולפיזור הכנסת.

212. חוק היסוד המתקן כונן בהליך סדור ומקיף, שעלו בו כל הסוגיות הרלוונטיות. למעשה לא הייתה מחלוקת על כך שההסדר שהיה קיים בחוק היסוד טרם כינונו של חוק היסוד המתקן היה הסדר חסר, שהותיר לקונה בסוגיה משטרית חשובה, ושיש מקום לתקנו. המחלוקת בין חברי הכנסת נגעה לתוכן חוק היסוד המתקן, ובעיקר למועד כינונו ולקשר בין ההסדר המוצע לבין מצבו של ראש הממשלה הנוכחי (היבטים שהתייחסו אליהם בהרחבה ושנזכיר להלן כי אין בהם בנסיבות עניינינו כדי להביא להתערבות שיפוטית בחוק היסוד המתקן או במועד תחולתו). חברי הכנסת וגורמים נוספים שהוזמנו השתתפו באופן פעיל בהליך, והערותיהם הובילו לשינויים משמעותיים בנוסח הראשוני של הצעת חוק היסוד.

213. בחינת חוק היסוד המתקן בהתאם למבחנים שנקבעו בעניין שפיר ובפסקי הדין שבעקבותיו מובילה למסקנה כי כינונו לא נעשה תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת. חוק היסוד המתקן הוא יציב (ואינו הוראת שעה), הוא כללי (ותחולתו אינה מוגבלת בזמן או לאדם מסוים), והוא מתאים מבחינת הנושא שהוא עוסק בו למארג החוקתי המתגבש של מדינת ישראל.

214. הסברנו בהרחבה את ההבדל בין מניע לבין תכלית, וביארנו מדוע על אף המניע הפוליטי והפרסונלי שהוביל לכינון חוק היסוד המתקן, אין לראותו כבעל תכלית פרסונלית. העתירות שבהן התבקש בית המשפט הנכבד להכריז על נבצרות ראש הממשלה חשפו בפני חברי הכנסת את העובדה שהמצב הנורמטיבי שהיה קיים באותה עת מאפשר הכרזה על נבצרות ראש הממשלה ללא הליך סדור, מכל סיבה שהיא, וכאשר ראש הממשלה עצמו טוען שהוא מסוגל למלא את תפקידו. חברי הכנסת גילו גם שמצב נורמטיבי זה אינו נובע מהסדרה מפורשת בחוק היסוד, אלא מלקונה הקיימת בו. חברי הכנסת סברו שמצב זה אינו ראוי ואינו תואם את תכליתו של הליך הנבצרות, ועל כן החליטו לכונן את חוק היסוד המתקן, להגדיר במפורש את עילות הנבצרות ולהסדיר את הליך ההכרזה עליה, ולמלא בכך את הלקונה שהייתה קיימת בחוק היסוד בעניין זה. חוק היסוד המתקן לא כונן כחוק יסוד פרסונלי, המצומצם לראש הממשלה המכהן או לנסיבות שהובילו לשיח הציבורי על האפשרות להכריז על נבצרותו, אלא כחוק יסוד כללי המסדיר באופן צופה פני עתיד את הליך קביעת הנבצרות. לאחר שנחתם ופורסם בספר החוקים, חוק היסוד המתקן ניתק מהמניעים שהובילו לכינונו, ופרשנותו והביקורת השיפוטית עליו צריכות להיעשות בהתאם לתוכנו ולתכליתו המשפטית: למלא את הלקונה שהייתה קיימת בחוק היסוד ביחס להליך קביעת נבצרות של ראש הממשלה וביחס לעילות הנבצרות.


215. כפי שציינו, חוק היסוד המתקן אינו משנה את דיני ניגוד העניינים החלים על ראש הממשלה על כל היבטיהם, אינו מתיר לו לעסוק בעניינים שאסור לו לעסוק בהם ואף אינו משנה את ההשלכות המשפטיות מתחום המשפט המינהלי של מצב שבו ראש הממשלה פועל בניגוד עניינים. דיני ניגוד העניינים אינם נובעים מהוראות סעיף 16 לחוק היסוד, ואין בתיקונו של סעיף זה כדי להשפיע עליהם.

216. בעבר, בית המשפט הנכבד היה נכון לדחות בדרך פרשנית את תחולתם של חוקים מסוימים כאשר תחולתם המיידית פגעה בהסתמכות של צדדים שלישיים והיוותה שינוי כללי המשחק תוך כדי משחקי. כפי שהסברנו, חוק היסוד המתקן שונה מחוקים אלו – תחולתו אינה רטרוספקטיבית אלא

אקטיבית ופרוספקטיבית, הוא אינו משנה את המשמעות המשפטית של אירוע שאירע בעבר, הוא אינו פוגע בהסתמכות או בציפייה ראויה להגנה משפטית של צדדים שלישיים, ותחולתו המיידית אינה פוגעת בזכויות יסוד או בעקרונות משטריים בסיסיים. על כן, אין מקום לדחות בדרך פרשנית את מועד תחילתו של חוק היסוד המתקן ולסטות בכך מכוונתם הברורה של חברי הכנסת, שקיבלה ביטוי מפורש בדיונים שנערכו בעניין זה ממש בוועדה המיוחדת.

217. מכל הסיבות האמורות, עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת היא כי אין מקום לדחיית מועד התחולה של חוק היסוד המתקן בדרך פרשנית וכי דין הצו על-תנאי שהוצא בעתירות – להתבטל.

היום, יום שישי ז' תשרי התשפ"ד (22/9/23)



יצחק ברט

ממונה (בפועל) על ייצוג הכנסת בערכאות