



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

13 דצמבר 2022
י"ט כסלו תשפ"ג

אמיר אלשיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

אלי גרונר

פרופ' דוד וניצקי-סרטיס

חן ליכטנשטיין

מזל מועלם

שגיר לשעבר שלי מרידור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א

עו"ד אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבול, קנדה

אליזאברטס, ארה"ב

שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב

אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריי, ארה"ב

השופט סלים גזבראן, ישראל

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

ד"ר ישי ג'סיין, פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן [אורח]

פרופ' עמית כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' דניאל סטטמן

פרופ' בני פורת

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק כרמון

מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ [1920-2021]

לכבוד

יו"ר הוועדה הזמנית המיוחדת בעניין כשירותם של שרים בממשלה
חברי הוועדה הזמנית המיוחדת בעניין כשירותם של שרים בממשלה
שר המשפטים

היועצת המשפטית לכנסת

היועצת המשפטית לממשלה

בדוא"ל

הנדון: הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים)

ההצעה לתיקון חוק יסוד: הממשלה נועדה לתקן את סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה ובכך לשנות את תנאי הכשירות לכהונה של שרים.

• ההצעה לתיקון תנאי הכשירות

סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה עוסק בכשירותם של השרים. סעיף 6(ג)(1) עוסק בכשירות לכהונה של מי שהורשע בעבירה וקובע כי:

(ג) (1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון.

הצעת החוק מבקשת לתקן את חוק היסוד באופן שלסעיף 6(ג)(1) תיווסף המילה 'בפועל' לאחר המילים 'ונידון לעונש מאסר'; וכן למחוק את המילים 'מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר'. בכך, התיקון המוצע משנה את תנאי הכשירות הקבועים בסעיף באופן שלאחר קבלתו, מי שהורשע בעבירה ונדון לעונש מאסר שאינו מאסר בפועל, יהא כשיר להתמנות לשר לפי הוראות הסעיף. המדובר, אם כן, בתיקון המקל את תנאי הכשירות לכהונת שר: על פי נוסחו של חוק היסוד כיום - מועמד לשר שנידון למאסר על תנאי מנוע מלכהן כשר (אלא אם נקבע כי בעבירה אין קלון).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

ההבדל בנוסח שבין סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת לבין חוק יסוד: הממשלה מלמד כי כאשר המחוקק ביקש לייחד את אי הכשירות למאסר בפועל, הוא ידע לכתוב זאת במפורש.

• הרקע לתיקון המוצע

הצעת החוק הוגשה במועד שבין השבעת הכנסת לבין השבעת הממשלה והיא עתידה להיחקק בהליך בזק בועדה זמנית מיוחדת שהועדה המסדרת של הכנסת הקימה לצורך התיקון של סעיף 6(ג)(1).¹

ברקע הדברים, קבלת התיקון המוצע לחוק היסוד נועדה לאפשר לח"כ אריה דרעי, יו"ר סיעת ש"ס, לעמוד בתנאי הכשירות לכהונה כשר בממשלה הבאה, היות שבעת הנוכחית הוא אינו עומד בתנאי הכשירות, אלא אם יקבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית שאין בעבירה שבה הורשע משום קלון. בהחלטתו מיום 20 בספטמבר 2022 קבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25 כי חוק יסוד: הממשלה קובע מעין "חזקת קלון לפיה אדם שהורשע ונידון לעונש מאסר על פי התנאים בחוק היסוד לא יהיה כשיר לכהן כשר בממשלה ישראל, אלא אם כן קבע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית אין בעבירה שבה הורשע אותו אדם משום קלון".²

עד למועד כתיבת חוות דעת זו, לא פנה חבר הכנסת שעליו הוטל התפקיד להרכבת הממשלה ליו"ר ועדת הבחירות על מנת שזה יקבע שאין קלון בעבירות בהן הורשע ח"כ אריה דרעי. מיותר לציין כי זו "דרך המלך" לפתרון שאלת הכשירות של ח"כ דרעי, על פי הדין הנוהג כיום.

• טענת ה"הרמוניה החקיקתית"

בהתאם לדברי ההסבר להצעה, לשיטת המציעים המדובר בתיקון שמהווה הבהרה פרשנית, שמטרתה השגת הרמוניה חקיקתית עם סעיפי כשירות מקבילים.

חוק יסוד: הכנסת קובע הסדר שונה בעניין הכשירות לכהן כחבר כנסת, לפיו מניעת הכשירות היא על מי "שנידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על

¹ דיון בועדה המסדרת מיום 6.12.2022, י"ב כסליו תשפ"ג (אתר הכנסת, נצפה ביום 7.12.2022).
² פ"מ 3/25 **התנועה לאיכות השלטון נ' אריה דרעי** (20.9.2022), בפס' 6 להחלטת השופט עמית.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל³.

בהתאם לדברי ההסבר, מטרת התיקון היא ליצור הרמוניה חקיקתית עם ההסדר שבחוק יסוד: הכנסת; קרי, שתנאי הכשירות של שר וחבר כנסת יהיו זהים: מי שיכול לכהן כחבר כנסת, יכול לכהן גם כשר.

גם אם טענה זו עשויה על פניה לתת הסבר הגיוני לתיקון החוקתי, הרי שכלל נסיבות ההצעה בעייתיות במיוחד:

- ניתן למצוא הצדקה לאבחנה בין כשירותם של שרים ושל חברי כנסת

ראשית, ההגבלה על הזכות לבחור ולהיבחר על חבר כנסת חמורה בהרבה מאשר ההגבלה על כשירות כשר. הזכות הבסיסית ביותר היא לבחור ולהיבחר **לכנסת**, ולכן כל פגיעה בה זקוקה להצדקה משמעותית במיוחד. הזכות להיות שר לא נמצאת באותה מדרגה.

שנית, מובן כי הסכנות הנובעות מחזרתו של אדם שהורשע בפלילים לחיים הפוליטיים חמורות יותר בתפקיד שר מאשר בתפקידו כחבר כנסת. אפשרויות ההשפעה וסמכויותיו של השר נרחבות יותר ומכאן שהן המסר לציבור, הן הפגיעה באמון הציבור והכבוד להליך הפלילי, ככל שמדובר בחזרה לתפקיד בכיר יותר, מתעצמים: לא הרי מי שחוזר לתפקיד חבר כנסת כמי שחוזר לתפקיד של שר, מבחינת המסר הנשלח לציבור. מצב דברים לפיו יתמנה לשר מי שהורשע זה מקרוב בעברה שיש עמה קלון הינו תקלה חמורה. ההסדר הקיים בחוק, החל גם על מאסר על תנאי מבטיח בצורה טובה ומלאה יותר שתקלה כזו לא תתרחש. ולכן הוא עדיף בברור על פני ההסדר המוצע. התיקון המוצע לא רק שאינו מקדם את המאבק החיוני בשחיתות השלטונית, הוא פוגע בו. המסר העולה ממנו הוא מסר של זילות בטוהר המידות של שרי הממשלה.

- הקשיים העולים מן ההצעה לתיקון תנאי הכשירות

(1) **תיקון פרסונלי** – על פניו, התיקון קובע הוראה הנחזית ככללית, אשר מקלה את תנאי הכשירות שבחוק היסוד הקיים. הוראה זו נדמית ככזו שחלה על כשירותם של המועמדים לתפקיד שר כולם. עם זאת, הנסיבות סביב התיקון

³ חוק יסוד: הכנסת, בסעיף 6(א).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

מקיימות מאפיינים פרסונליים. ראשית, על פניו, מדובר במסלול משפטי שמטרתו לעקוף את הדרישה שבחוק היסוד לפיה יש לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית בשאלת חזקת הקלון. שנית, התיקון המוצע הוא בעל מאפיינים פרסונלי בשני מובנים: הן מוסדי והן אישי. ברמה המוסדית, הוא מקדם "את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני".⁴ בנוסף התיקון בעל מאפיין פרסונלי גם במובן ה'אישי'. הוא נורמה המשקפת 'חקיקה פרטית', שנועדה לאפשר לאדם נתון לעמוד בתנאי הכשירות, למרות שאינו עומד בהם בעת הנוכחית.

(2) **התיקון המוצע מהווה 'מסלול עוקף' חוק יסוד** – כעולה מהנסיבות לתיקון, בפני חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה עומדת האפשרות לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית על מנת שזה ייקבע כי בנסיבות המקרה, חזקת הקלון תיסתר. הדבר לא נעשה ובמקומו, הוחלט לקדם את תיקון חוק היסוד. בכך, התיקון מהווה "כביש עוקף חוק יסוד" למסלול שהציב המכון לבחינת כשירות למינוי של שר.

(3) **הליך התיקון** – קושי בולט נוסף עולה מהליך הבזק שבו נבחר להעביר את התיקון, אשר הפוך במהותו מן ההליך הראוי לחקיקה חוקתית. התיקון נחקק באופן נמהר ובתנאים שאינם ראויים לתיקון חוקתי, טרם הרכבת ממשלה, שעה שלצורך העברתו כונסה ועדה זמנית מיוחדת על ידי הועדה המסדרת ולא בועדה קבועה, ובלוחות זמנים מואצים של כמה ימים בודדים. אפילו בראי הקלות של שינוי חוקי היסוד בישראל, המדובר בהליך בזק שאינו מתאים ואינו ראוי לחקיקה חוקתית, אשר במהותה אמורה לקיים דרישות הליכיות כמעט הפוכות לנסיבות שבפנינו.

• שימוש לרעה בסמכות המכוננת

הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה במשפטנו בשני העשורים האחרונים ועוסקת במצבים נדירים שבהם יכול שיקבע שהכנסת עשתה שימוש לרעה

⁴ בג"ץ 2905/20 התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן – 'עניין התנועה'), פסקה 143 לפסק הדין של השופט מלצר.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בסמכותה המכוננת. בחינת השימוש לרעה בחוק יסוד על ידי בית המשפט מהווה סוג של איזון לכך שבישראל נוהג הליך שינוי חוקתי גמיש ביותר, מהגמישים בעולם, אשר לפיו, כל כנסת משמשת גם כרשות מכוננת וגם כרשות מחוקקת, באופן שיכול להעלות התנגשות בין שני תפקידיה אלה. ההצדקה לבחינה זו חשובה גם לאור העובדה שבעשורים האחרונים בפועל, גבר מאוד השימוש של הכנסת בסמכות המכוננת, באופן שמחייב את הצורך בבחינה של אופן השימוש בסמכות זו. בהתאם לדוקטרינת השימוש לרעה, עשויים להיות מקרים נדירים שבהם ייקבע כי תיקון או כינון של חוק יסוד – אף שהוא מקיים את המבחן הצורני ונושא כותרת של 'חוק יסוד', אינו מקיים את המאפיינים של נורמה חוקתית, באופן שניתן לקבוע שהעברתו על ידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת היווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.⁵

בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת יש לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון, יש להוכיח כי הנורמה שעוגנה בחוק-היסוד אינה מתאימה לשמש כנושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים. לשם זיהויה של הנורמה החוקתית קיימים שלשה מבחני משנה:

מבחן **היציבות** של הנורמה, על פיו נבחרת השאלה האם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא לפנינו הסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד. השני, מבחן **הכלליות**, על פיו נבחנת השאלה אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונאליים. השלישי, **מבחן המארג החוקתי** שבו משתלבת הנורמה, על פיו נבחרת השאלה אם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוד-היסוד שאליו מתווסף התיקון.

התיקון שלפנינו מעורר קושי בכל הנוגע למבחן הכלליות, שכן על פניו, יש בהסדר מאפיינים פרסונאליים. אף כי התיקון המוצע מתאים באופיו למארג החוקתי ואף אם הוא מנוסח כנורמה כללית הצופה גם פני עתיד, הרי שהוא בעל מאפיינים פרסונאליים. ניתוח מפוקח של התיקון בראי הנסיבות להצעתו מעלה כי המדובר, למעשה, בנורמה פרסונלית אשר הלכה למעשה מיועדת לשיפור מצבו של אדם אחד.

ראוי לציין עוד כי במסגרת הדוקטרינה, יכולה הכנסת להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק את התיקון, גם אם הוא אינו מקיים את המאפיינים של נורמה חוקתית. קרי-אם לא מתקיים אחד מסימני ההיכר של נורמה חוקתית, הנטל עובר למציעי התיקון

⁵ בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (06.09.2017); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

להצדיקו: האם מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות חקיקת יסוד שלא עומדת בתנאי הזיהוי.

לסיכום, אנו סבורים שמדובר בהצעה בלתי ראויה, המדגימה את ה"קלות הבלתי נסבלת" שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד. חוקי היסוד הם נורמות חוקתיות שמסדירות את כללי המשטר בישראל. כינון של חוק יסוד אשר משנה את כללי הכשירות של שרים, עוד בטרם הרכבת הממשלה, ותוך כדי עקיפת הליך הכשירות הקיים, יש בו משום ביזוי של הליך החקיקה החוקתית.

בברכה,

ד"ר עמיר פוקס

ד"ר נדיב מרדכי