



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

09 פברואר 2023
י"ח שבט תשפ"ג

לכבוד

יו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה, שר המשפטים, ח"כ יריב לוין

חברי ועדת השרים לענייני חקיקה

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' רד וניצקי-סרטי

חן ליכטנשטיין

מזל מועלם

שגור לשעבר שלי מרידור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלה'ג'א

עוזר אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבול, קנדה

אליזא אברמס, ארה"ב

שגור לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב

אן אפלבאום, 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' רוביט 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' קרית פלוג, מחקר

ד"ר ישי ג'סיס (פרס, אסטרטגיה)

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן (אורח)

פרופ' עמית כהן

פרופ' יתום מרגלית

פרופ' דניאל סטמון

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)

הנדון: הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ביקורת שיפוטית לעניין כשירות במינוי)

אנו מבקשים להתנגד נחרצות להצעת חוק היסוד. ההצעה היא פרסונלית במובן הקשה ביותר של המילה, היא מבקשת לאיין פסק דין קונקרטי של בית המשפט לגבי אדם ספציפי. מעבר לכך, היא פוגעת פגיעה קשה במאבק בשחיתות השלטונית, בכך שהיא תאפשר למנות לתפקיד שר כל אדם, כולל מי שחשוד או מי שהורשע בעבירות פליליות חמורות.

מהות ההצעה

- לפי ההצעה, יתווסף לחוק יסוד: הממשלה, סעיף לפיו "לא תהא ביקורת שיפוטית מטעם כל ערכאה שיפוטית לגבי כל ענין הקשור או נובע ממינוי של שר והעברתו מכהונה, למעט עמידת המינוי בתנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6(א) עד (ג) בלבד". מכאן, שבהתאם להצעה, לא ניתן יהיה לעתור לבית המשפט העליון באשר למינוי שרים, תהא הסיבה אשר תהא, ובעיקר לא ניתן יהיה לטעון כנגד **סבירות המינוי** או לטעון כל טענה **אחרת** הנוגעת או קשורה למינוי.

הרקע לתיקון

- בדברי ההסבר להצעה נכתב כי "מינוי שרים על ידי ראש הממשלה ובאישורה של הכנסת... הן פעולות והכרעות המצויות ב"ליבת הפעילות הדמוקרטית" ... ו"מוצע לתקן את חוק-יסוד הממשלה, כך שיובהר כי בית המשפט... לא מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על מינויים של שרים וזהותם, מכל עילה שהיא, למעט לענין תנאי הכשירות שקבע המכונן".
- בפועל, העילה לתיקון החוק היא הצורך לאפשר את מינויו של חבר הכנסת אריה דרעי לתפקיד שר. דרעי הורשע בפלילים בתחילת 2022, ונגזר עליו מאסר על תנאי, מה שיוצר מצב של "חזקת קלון"¹ לא נעשתה בעניינו פנייה ליו"ר ועדת הבחירות לקביעה שאין במעשיו קלון, ולפיכך ח"כ דרעי לא עמד בתנאי הכשירות של חוק יסוד הממשלה דאז. הדבר הביא לתיקון בחוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11 לחוק יסוד הממשלה), תיקון בעל אופי פרסונלי, המאפשר למי שלא נגזר עליו מאסר בפועל להתמנות לשר, וכך היה- דרעי מונה לשר הפנים ושר הבריאות.

¹ פ"מ 3/25 התנועה לאיכות השלטון נ' אריה דרעי (20.9.2022), פסקה 6 להחלטת השופט עמית.

בהמשך לעתירה כנגד המינוי, בית המשפט פסק (בג"צ 8949/22 שיינפלד נ' הכנסת (2022)) כי מינויו של דרעי בטל בין אם לאור העובדה שהמינוי אינו סביר באופן קיצוני ובין אם על בסיס הקביעה כי קיים השתק שיפוטי המקים מניעה אישית החוסמת את דרעי מלהתמנות לשר. גם השופט אלרון, בדעת יחיד, סבר כי כהונתו של דרעי אינה יכולה לעמוד והוא חייב לחזור אל יו"ר ועדת הבחירות שיקבע האם יש במעשיו קלון וזאת משום שתיקון חוק היסוד אינו חל למפרע. מכאן נולד הצורך בתיקון שבפנינו, שכל כולו נועד לאפשר את כהונתו של דרעי.

הבעיות שבתיקון המוצע

4. **גם אם התיקון נחזה להיות הוראה כללית, החלה על כל השרים כולם, הנסיבות סביב התיקון מקיימות מאפיינים פרסונליים.** מדובר בתיקון שכל מהותו היא לנסות ולשנות את תוצאת פסק הדין הקודם של בית המשפט העליון. ומכאן, שזהו תיקון לחוק יסוד פרסונלי שנועד בעצם "לבטל" פסק דין קונקרטי באשר לאדם מסוים. החוק הוא פרסונלי גם במובן המוסדי. הוא מקדם "את האינטרסים הפוליטיים קצרי-המועד של מי שהתקשרו בהסכם הקואליציוני".²
5. גם ללא קשר להיבט הפרסונלי של התיקון, מדובר בתיקון לא ראוי ובעל תוצאה מזיקה. הוא מבטל בפועל את הלכת דרעי-פנחסי לפיה לא ניתן למנות לתפקיד שר את מי שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות. הלכה זו, שהיא חלק מן הדין, השתרשה וכובדה במשך עשורים, בידי ממשלות שונות. היא מבטאת כבוד לערך השוויון בפני החוק (עובדי ציבור לא יכולים להישאר בתפקידם כשהם נאשמים בעבירות חמורות) ומבססת את חשיבות המאבק בשחיתות השלטונית ואת הדרישה לשמירה על היושרה הציבורית.
6. הניסיון להיאחז "בתנאי הכשירות" שבחוק יסוד: הממשלה הוא אינו אלא היתממות: שכן חוק יסוד: הממשלה לא כולל כמעט "תנאי כשירות". לאור העובדה שניתן למנות לתפקיד שר גם מי שאינו חבר הכנסת, שתנאי הכשירות לכהונה כחבר כנסת אינם רלוונטיים. בהתאם לחוק יסוד: הממשלה, תנאי כשירות ראשון הוא שמדובר באזרח ותושב ישראלי והתנאי השני הוא, שעברו 7 שנים מאז שסיים לרצות את עונשו (אם הורשע בפלילים). הא ותו לא. אין בחוק היסוד אף לא מגבלת גיל מינימלית (!). אין בו כל תנאי מהותי. יכול להתמנות לשר מי שנאשם בעבירות חמורות, למשל רצח או אונס. יכול להתמנות גם מי שבעבר הורשע בעבירות חמורות, ועברו 7 שנים מאז סיים לרצות את עונשו. יש לציין עוד שלאור התקדים בו שונו תנאי הכשירות בכדי להכשיר את כהונתו של דרעי, מובן שגם אותו תנאי של 7 שנים הוא חלש וגם אותו ניתן לשנות בהתאם לרצון הפוליטי של 61 חברי כנסת בכך. מכאן שכיום, המגבלה היחידה מפני מינויים הפוגעים באופן חמור באמון הציבור בשלטון ובשלטון החוק, היא

² 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

הביקורת השיפוטית. יהיה זה מעשה בלתי ראוי באופן קיצוני להחזיר את הגלגל לאחור ולאפשר לנאשמים בפלילים לכהן כשרים בממשלה.

7. המסר שהתיקון משדר לציבור הוא של מתן לגיטימציה לשחיתות שלטונית וכי **נבחר הציבור הם מעל לחוק**. אף אדם אחר לא יכול, לאחר שהתקבל בעניינו פסק דין של בית המשפט העליון, לשנות את חוקי היסוד, את כללי המשחק במדינה, בשביל "לבטל" את פסק הדין: זוהי סיטואציה המשדרת זלזול בחוק ובמערכת המשפט, ומסר זה יחלחל לאזרחי המדינה.

שימוש לרעה בחוק יסוד

8. הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת התפתחה במשפט הישראלי בשני העשורים האחרונים ועוסקת במצבים נדירים שבהם יכול שיקבע שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. בחינת השימוש לרעה בחוק יסוד על ידי בית המשפט מהווה סוג של איזון לכך שב ישראל נוהג הליך שינוי חוקתי גמיש ביותר, מהגמישים בעולם. ההצדקה לבחינה זו חשובה גם לאור העובדה שבעשורים האחרונים, 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.³

9. 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 שלושה 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 בחוק-היסוד שאליו מתווסף התיקון.

10. התיקון המוצע אינו עומד במבחן הכלליות, שכן כאמור לעיל, מדובר בתיקון פרסונלי מובהק. הוא לא רק מועיל לאדם מסוים, אלא הוא מבטל פסק דין קונקרטי וסופי בעניינו. גם אם הניסוח הוא כללי, הכוונה מאחוריו ברורה ופרסונלית ולא ניתן להתעלם ממנה. כפי שציינה הנשיאה חיות בבג"צ שיינפלד,

³ 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

שעסק בתיקון 11 לחוק יסוד: הממשלה (ששאלת השימוש לרעה לגבי הושרה בצריך עיון): "יאף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ... 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. בפרט, יש להצר על כך שהשינוי בו עסקינן נועד להנמכת רף הכשירות הנדרש לכהונת שרים בהיבטים הנוגעים לטוהר המידות ... אכן, הקשיים שעליהם הצביעו העותרים ביחס לתיקון לחוק היסוד אינם עניין של מה בכך והם מכתימים את התיקון בכתם פרסונלי מובהק".

11. כמו כן, מדובר בחוק בעל מאפיינים רטרואקטיביים: הוא נועד לשנות הכרעה של בית המשפט העליון – גם באשר לסבירות המינוי, אבל גם באשר לעניין ההשתק השיפוטי. נראה כי החלה מיידית של התיקון המוצע באופן שיחול על הממשלה המכהנת תחזק מאוד את הטענה שמדובר בשימוש לרעה בחוק היסוד.⁴

לסיכום, אנו סבורים שמדובר בהצעה בלתי ראויה באופן קיצוני, המשדרת מסר של זילות כלפי החוק וחוקי היסוד, כלפי פסיקה סופית של בית המשפט העליון, כלפי המאבק בשחיתות וכלפי שלטון החוק, ערכים השלובים גם הם "בליבת הפעילות הדמוקרטית" אותה לכאורה מבקשים בדברי ההסבר להצעת החוק לחזק. לדעתנו לא ראוי לקדם הצעה זו.

בברכה,

ד"ר עמיר פוקס

חוקר בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה

⁴ בג"ץ 2905/20 התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן – 'עניין התנועה'), פסקאות 139-143 לפסק הדין של השופט מלצר.