

תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת-מעבר

רבקה ווייל*

ממשלת-מעבר הינה תופעה שכיחה בארץ, ומשך כהונתה הממוצע משמעותי. סוגיית סמכויותיה של ממשלת-מעבר הינה חשובה במיוחד על רקע התרבות השלטונית הבעייתית שהתפתחה בארץ בתחום זה, שבמסגרתה ממשלות-מעבר אינן נרתעות מליזום מבצעים צבאיים או מלעשות פעולות מדיניות או חברתיות הרות-גורל. במאמר נטען כי ממשלת-מעבר סובלת הן מלגיטימציה דמוקרטית חלשה והן מבעיית נציג מוגברת. לאחר-מכן נסקור את הפסיקה הקיימת, שממנה עולה כי אסור לממשלת-מעבר לערוך מינויים ציבוריים, אך מותר לה לנהל משא-ומתן לשלום. נציע הסברים אפשריים לתוצאות השונות של הפסיקה, ונחשוף את הבעייתיות הטמונה בנימוקים אלה. יתר על כן, נטען כי לעיתים הדין הקיים מתיר את שיש לאסור ואוסר את שיש להתיר. על רקע הקשיים הקיימים במציאות הפוליטית ובדין, נציע את הדין הרצוי בסוגיה חשובה זו.

מבוא. א. הבעייתיות בכהונתה של ממשלת-מעבר: 1. הגירעון הדמוקרטי; 2. בעיית הנציג. ב. תיאור הדין הקיים: 1. ועדת ברנזון – ההכרח ברציפות; 2. הלכת וייס – ניהול משא-

* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לחבריי אהרן ברק, רות זפרן, אסף יעקב, מרגית כהן, עמיר ליכט, נתן לרנר, משה פיינטוך, אוריאל פרוקצ'יה, אלון קלמנט, שרון רבין-מרגליות, אמנון רובינשטיין ויורם שחר על הערותיהם המועילות לטיוטות מוקדמות של מאמר זה. מאמר זה הוצג בסמינר המחלקתי של בית-ספר רדזינר למשפטים בנובמבר 2009, ואני מודה לכלל המשתתפים על הערותיהם, אשר העשירו מאמר זה. זו זכות מיוחדת להודות לאילן סבן, לפאדי ח'ורי, לחברי מערכת משפט וממשל ולקוראים האנונימיים על הערותיהם המאתגרות ועל העבודה היסודית שהושקעה במאמר זה. לבסוף, תודה ליונתן ברוורמן, ללי-היא גולדנברג ולעידן ריבה על עזרתם המסורה במחקר. חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמנהל) (תיקון), התשע"א–2010, ס"ח 58, התקבל בכנסת ב-22 בנובמבר 2010, לאחר שמאמר זה הוכן לדפוס. לכן, לא נידונות השלכותיו של חוק זה במאמר. כנגד חוקתיותו של חוק זה תלויה ועומדת עתירה לבג"ץ שהוגשה על ידי ד"ר מוחמד ס. ותד. ראו: גלעד גרוסמן "עתירה לבג"ץ: חוק משאל העם אינו חוקי ויש לבטלו" וואלה חדשות 13.12.2010 news.walla.co.il/?w=/1/1767132

ומתן לשלום; 3. יישומה של הלכת וייס בהלכות מאוחרות. ג. מדוע תוצאות הפסיקה שונות בקטגוריות השונות? 1. שאלת ההפיכות; 2. סוגיית המנדט: חשיבות ייצוג דעתו של העם; 3. סוגיית השפיטות; 4. קיומם של מנגנוני ביקורת חלופיים. ד. מתווה לדין הרצוי: 1. האם העילה ליצירת ממשלת-מעבר צריכה להשפיע על הדין החל? 2. פרשנות מחודשת של הדין הקיים; 3. האם דרושה חקיקה או די בשינוי הלכה? ה. סוף-דבר.

מבוא

לא רבים מודעים לכך, אך בית-המשפט הגבוה לצדק נדרש בחודשיים האחרונים שלפני הבחירות לכנסת השמונה-עשרה, בחודשים דצמבר וינואר 2008–2009, לכמה עתירות שעניינן חוקתיותן של החלטות שהתקבלו על-ידי ממשלת-המעבר בראשותו של אהוד אולמרט. העתירות נסברו על מגוון נושאים, החל בשחרור אסירים פלסטינים, המשך במינוי שופטים, באיחוד מועצות מקומיות ובקיום בחירות בהן, וכלה בשאלת ניהול משא-ומתן על רמת-הגולן עם סוריה ועל הסדר-קבע עם הפלסטינים בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר.¹ אף בית-הדין הארצי לעבודה נדרש לנושא בגין שאלת מינויו של מנהל הטלוויזיה בערבית.² אין תקדים לריבוי העתירות בנושא בהיסטוריה המשפטית הישראלית. בית-המשפט נתפס על-ידי העותרים פעם אחר פעם כמוסד החברתי הראוי להסדרת סמכויותיה של ממשלת-מעבר ולפיקוח עליה. בכל המקרים נדרש בית-המשפט לעתירה לגופה, ולא דחה אותה בטענת אי-שפיטות. חלק מהעתירות נדחו לגופו של עניין, ואחרות התקבלו. בכך ביטא בית-המשפט את עמדתו כי במצב הדברים המשפטי הקיים הוא אכן המוסד הראוי להסדרת סוגיה זו.

למאמר זה מטרת אחדות: ראשית, נציג את הבעייתיות הטמונה בפעולתה של ממשלת-מעבר. מחד גיסא, לממשלת-מעבר יש מנדט דמוקרטי מוגבל לכהונתה, ופעולותיה עלולות לבטא את התממשותה של בעיית הנציג. מאידך גיסא, אין בררה אלא לאפשר את רציפות פעולתה של הממשלה. שנית, על רקע מורכבות זו נבחן את הפסיקה, ונטען כי קיים חוסר אחידות באופן שבו בית-המשפט מיישם את ההלכה המרכזית בתחום, היא הלכת וייס. נטען כי ספק אם חוסר אחידות זה מוצדק. נוסף על כך נטען כי הדין הקיים מוביל לעיתים

1 בג"ץ 10357/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2008) (להלן: בג"ץ 10357/08 פורום משפטי); בג"ץ 9843/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים (פורסם בנבו, 8.1.2009) (להלן: בג"ץ 9843/08 פורום משפטי); בג"ץ 10466/08 אלחייני נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש (פורסם בנבו, 19.1.2009) (להלן: עניין אלחייני); בג"ץ 9202/08 ח"כ לבנת נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 4.12.2008) (להלן: הלכת לבנת או פרשת לבנת), בהתאמה. ראו גם בג"ץ 9627/08 סבר נ' שר המדע התרבות והספורט (פורסם בנבו, 18.2.2010).

2 ע"ע (ארצי) 672/08 רשות השידור – תבור (פורסם בנבו, 27.1.2009) (להלן: עניין רשות השידור).

לתוצאות שאינן רצויות, באוסרו את שיש להתיר ובהתירו את שראוי לאוסרו. יתר על כן, ספק אם הדין הקיים מוביל לתוצאות המקוות מבחינת התנהגותן של רשויות השלטון. דומה כי ממשלות-מעבר טרם הפנימו כי בתקופת בין השמשות אין לבצע "מחטפים פוליטיים"³. שלישית, על רקע הבעייתיות בדין ובמציאות הפוליטית הנוכחיים, נציע הסדר הולם יותר לסוגיה על בסיס עקרונות-יסוד של משטרנו החוקתי. הסדר זה יכלול פרשנות מחודשת להלכת וייס והצעה לשינוי חוקתי.

אין הגדרה בחוק-יסוד: הממשלה למהותה של ממשלת-מעבר. חוק-היסוד קובע רק כי קיימת רציפות שלטונית. לפיכך ממשלה קיימת ממשיכה בכהונתה עד לכינון ממשלה חדשה.⁴ במאמר זה נגדיר ממשלת-מעבר כממשלה המתפקדת לאחר בחירות ועד לכניסת ממשלה חדשה לתפקידה או ממשלה שכהונתה הסתיימה לפני תום ארבע השנים הקבועות בחוק לעריכת בחירות בישראל.⁵ הגדרה זו עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק-יסוד: הממשלה.⁶ העילות לסיום הכהונה בטרם עת כוללות קשת רחבה של מקרים, החל בהצבעת אי-אמון בממשלה בכנסת או אי-מעבר חוק תקציב, וכלה בהתפרקות הקואליציה בשל התפטרות או מוות של ראש הממשלה או הרשעתו בפלילים בפסק-דין סופי שיש עימו קלון.⁷

היינו מצפים שממשלות-מעבר לא תאפינה את שיטת המשטר בארץ. לכאורה, חוק-יסוד: הכנסת קובע כי תקופת כהונתה של הכנסת – וכנגזר מכך גם של הממשלה – היא ארבע שנים. אולם בפועל ממשלות ישראל אינן שורדות מעבר לתקופה של כעשרים ושניים חודשים בממוצע למן קום המדינה. בשמונה-עשרה הכנסות האחרונות התחלפו שלושים ושתיים ממשלות בישראל.⁸ ישראל סובלת אפוא שנים רבות מאי-יציבות שלטונית, הנובעת משילוב של שיטה פרלמנטרית עם שיטת בחירות יחסיות ואחוז חסימה נמוך של 2%. ראשי ממשלה אינם נהנים ממנדט משלהם מהעם, ונדרשים לבסס את ממשלתם על קואליציה מרובת מפלגות שמגבשת רוב בכנסת. אך בשל ריבוי החברות בקואליציה והעדר מנדט נפרד מהעם לראשי הממשלה, חברות קואליציה – גם כאלה המייצגות אחוז קטן מהציבור –

3 הביטוי "תקופת בין השמשות" לקוח מדבריה של השופטת דורנר בבג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל המפלגה הדתית לאומית המזרחי נ' יושב ראש הכנסת פ"ד נז(1) 710, 714 (2002) (להלן: פרשת סיעת המפד"ל). המושג "בין השמשות" מקורו במשפט העברי, ונועד לתאר זמן שבין יום לבין לילה. "כוכב אחד – יום, שנים – בין השמשות, שלשה – לילה" (בבלי, שבת לה, ע"ב).

4 ס' 30(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

5 ס' 8 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, קובע כי "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה".

6 ס' 30(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "עם בחירת כנסת חדשה או התפטרות הממשלה... תמשיך הממשלה היוצאת במילוי תפקידיה עד שתיכון הממשלה החדשה".

7 ס' 18–21, 28–29 לחוק-יסוד: הממשלה.

8 הנתונים מבוססים על אתר הכנסת: www.knesset.gov.il/govt/heb/GovtByNumber.asp

יכולות להביא לידי נפילת הממשלה ולכפות הליכה לבחירות. יתר על כן, אף לאחר הבחירות לא ברור תמיד מי מבין ראשי המפלגות הגדולות יצליח להרכיב ממשלה. עד להצלחת המועמד במלאכה הקשה של הרכבת הקואליציה – משימה העלולה להתפרש על-פני שבועות רבים – הממשלה היוצאת ממשיכה בתפקידה כממשלת-מעבר. תקופת המעבר בישראל עלולה להתפרש אפוא על-פני חודשים רבים: עד כמחצית השנה לפני הבחירות וחודשים אחדים לאחריהן.⁹

כך נולדה התופעה של ממשלות רבות בישראל הפועלות במשך תקופה משמעותית כממשלות-מעבר. הספרות ההשוואתית אכן מייחסת לשיטה הפרלמנטרית עם בחירות יחסיות הן ריבוי של ממשלות-מעבר והן משך כהונה ארוך שלהן.¹⁰ בשנת 1991 נטען כי 10% מהזמן מכהנת בישראל ממשלת-מעבר.¹¹ חישוב על-סמך נתונים המופיעים באתרי הכנסת והממשלה מעלה כי ממשלות-מעבר מכהנות בממוצע כ-80 יום (כ-11 שבועות). מכיוון שממשלות ישראל מכהנות בממוצע כ-22 חודשים, כ-13% מזמן כהונתן הן מתפקדות כממשלות-מעבר. ביתר פירוט, 11 ממשלות בישראל כיהנו בתקופת מעבר עד חודש ימים; 13 ממשלות כיהנו בתקופת מעבר בין חודש לבין 4 חודשים; 6 ממשלות כיהנו בתקופת מעבר בין 5 ל-6 חודשים; ו-2 ממשלות כיהנו בתקופת מעבר בין 8 ל-10 חודשים.¹²

לשם השוואה, בארצות-הברית רבים חשים אי-נוחות עם תקופת המעבר הארוכה – 11 שבועות (דומה לזמן הכהונה הממוצע של ממשלות-מעבר בארץ) – מזמן שהנשיא נבחר ועד שהוא נכנס לתפקידו. זאת, אף שכל נשיא נבחר באופן עצמאי מהקונגרס לתקופת כהונה מלאה של ארבע שנים, כך שלכאורה אף הנשיא הפורש נהנה ממנדט נפרד מהעם עד לסוף הכהונה שאליה נבחר.¹³ בבריטניה ממשלת-מעבר מכהנת תקופת קצרות בלבד, הנפרשות

9 הכנסת יכולה להחליט על התפזרותה לפני סיום כהונתה ועל הליכה לבחירות מוקדמות בדרך של חקיקת חוק. אר-או מוטלת על הכנסת החובה לקבוע בחירות בתוך חמישה חודשים (ס' 35 לחוק-יסוד: הכנסת). אם ראש הממשלה מתפטר, מת או הורשע בפלילים, נשיא המדינה עשוי להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על אחר. אולם אם לא צלחו הנסיונות להקים ממשלה חלופית במשך תקופה שעשויה להתפרש על-פני יותר מחודשיים, תתקיימה בחירות בתוך תשעים יום (ס' 11 ו-30 לחוק-יסוד: הממשלה). אף לאחר הבחירות ניתן להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על כמה מועמדים בשלושה סבבים, באופן שעלול להשתרע על-פני חודשים אחדים (ס' 8-10 לחוק-יסוד: הממשלה).

10 ראו, למשל: Jonathan Boston et al., *Caretaker Government and the Evolution of Caretaker Conventions in New Zealand*, 28 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 629, 631 (1998).

11 זאב סגל דמוקרטיה ישראלית 137 (1991).

12 ראו לעיל ה"ש 8; www.pmo.gov.il/PMO/History/Former+Governments;
13 Chris Smith, *Move On Up: The Case for Having the Inauguration Right After New Year's*, THE NEW REPUBLIC, Dec. 30, 2008; Sanford Levinson, *Presidential Elections and Constitutional Stupidities*, 12 CONST. COMMENT. 183 (1995).

בדרך-כלל על-פני כ-3 שבועות למן ההכרזה על בחירות ועד להיוודע תוצאות הבחירות, בשל שיטת הבחירות הרובית. עם זאת, התרחשו מקרים שבהם נפרש התהליך על-פני 5 עד 8 שבועות.¹⁴ בניו-זילנד, מאז שונתה שיטת הבחירות בשנת 1996 לשיטה של בחירות יחסיות מעורבות (Mixed Member Proportional), התקיימו מצבים שבהם כיהנה ממשלת-מעבר עד 9 שבועות לאחר בחירות.¹⁵ ישראל נמנית אם כן עם קבוצת המדינות שבהן משך כהונתן של ממשלות-מעבר הוא ארוך.

היועץ המשפטי לממשלה, ובעקבותיו בית-המשפט, נדרשו תכופות להכריע מהן סמכויותיה של ממשלת-מעבר.¹⁶ זאת, בשל העובדה שבמקרים רבים ביקשו ממשלות-מעבר לקבוע עובדות בשטח, בין בתחום המיניוויים ובין בתחום יחסי הפנים והחוץ, בטרם תאבדנה את מוסרות השלטון. כך, למשל, ראש הממשלה מנחם בגין הפציץ את הכור הגרעיני בעיראק ב-7 ביוני 1981, סמוך לבחירות שהתקיימו ב-30 באותו חודש. בגין עשה זאת בשל החשש כי השלטון יעבור לראשות המערך, ו"הממשלה בראשות פרס לא תהיה מסוגלת לקבל החלטה כזו ולבצע אותה".¹⁷ הדבר נעשה אף שהיה ידוע לבגין כי ראש האופוזיציה שמעון פרס מתנגד למהלך.¹⁸ באופן דומה ביקש ראש הממשלה בנימין נתניהו לסגור את האוריינט האוס ימים מספר לפני הבחירות, והממשלה בראשותו של אולמרט יצאה למבצע "עופרת יצוקה" בעזה בזמן כהונתה כממשלת-מעבר.¹⁹ החלטות שנויות במחלוקת עזה מבית ומחוץ בתחום ההתנחלות (או ההתיישבות) התקבלו פעם אחר פעם ימים אחדים לפני בחירות, כגון ההחלטה על חיבור מעלה-אדומים לירושלים או הצבת קרוונים בחברון.²⁰ אלה דוגמאות אחדות מני רבות לאופן פעולתן של ממשלות-מעבר בישראל. סוגיית סמכויותיה של ממשלת-מעבר הינה חשובה אפוא במיוחד על רקע התרבות השלטונית הבעייתית שהתפתחה בארץ בתחום זה.

במאמר זה נבחן את פסיקתו של בית-המשפט העליון בשאלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר. נחלק את פסיקתו של בית-המשפט לשלושה תחומים: מינויים ופעולות במגזר הציבורי; חלוקת טובין חומריים; וניהול משא-ומתן לשלום. נטען כי למרות השימוש במבחן עקרוני אחד בתחום סמכויותיה של ממשלת-מעבר, בפועל בית-המשפט פוסק

14 .RODNEY BRAZIER, CONSTITUTIONAL PRACTICE 44–45 (3rd ed. 1999).

15 Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 639.

16 ראו "מינויים בתקופת בחירות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 (התשנ"ט), מה-26.1.1999, ועדכון בהנחיה מנובמבר 2005, נגיש בכתובת www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/EFAE93AC-98F6-409C-B3DD-B5A501BC8D49/12491/C11501.pdf. תרגומן של הנחיות אלה לשפת הביצוע היווה נושא לרבים מפסקי-הדין הנדונים בפירוט במאמר זה.

17 שלמה נקדימון תמוז בלהבות: הפצצת הכור העיראקי – סיפור המבצע 209 (1993).

18 שם, בעמ' 192–229.

19 ראו דיון להלן בתת-פרק 2ג.

20 ראו אשר אריאן, דוד נחמיאס ודורון נבות מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו (2000).

אחרת בסוגיית ניהול המשא-ומתן לשלום. מחד גיסא, בתי-המשפט מתירים לממשלות-מעבר לנהל משא-ומתן לשלום, ומאידך גיסא, הם אוסרים עליהן למנות כמעט כל סוג של מינוי ציבורי. הספרות המשפטית הקיימת אינה דנה כלל בחוסר אחידות זה, בסיבותיו ובבעייתיות שבו. הספרות התמקדה בניתוח פסק-הדין העקרוני שהתווה את אמות-המידה לסמכויותיה של ממשלת-מעבר, הלכת וייס,²¹ אך זאת מבלי לדון בהלכה זו על רקע פסקי-הדין שניתנו בעקבותיה. מאמרו של פרופ' שטרית טוען להגבלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר, ואילו מאמרו של פרופ' מעוז טוען לאי-שפיטותה של הסוגיה כולה.²² במאמר זה נטען כי חוסר האחידות בפסיקה למן הלכת וייס עולה כדי חוסר עקביות. יתר על כן, לטענתנו, הדין הקיים מוביל לתוצאות לא-רצויות. על רקע קשיים אלה נציע פרשנות מחודשת להלכת וייס, אשר תקל את יישומה אך תותיר עדיין את סוגיית ממשלת-המעבר כסוגיה המשליכה על מתחם שיקול-הדעת של הממשלה, ולא על סמכותה. ראוי לציין גם כי בספרות ההשוואתית עמדו כותבים מרכזיים על כך שאין כמעט כתיבה בנושא סמכויותיה של ממשלת-מעבר.²³

פרק א מגדיר את הבעייתיות הטמונה בכהונתה של ממשלת-מעבר. פרק ב בוחן את הפסיקה הקיימת בכל אחד משלושת התחומים שהוגדרו לעיל. פרק ג מציע הסברים חלופיים לפסיקתו השונה של בית-המשפט בקטגוריות השונות. הסברים אלה כוללים את סוגיית הפיכותו של המעשה הנדון, את חשיבות ייצוג דעתו של העם בנושא הקונקרטי, את שאלת שפיטותה של הסוגיה וכן קיומם של סעדים חלופיים להתערבותו של בית-המשפט. נסביר מדוע לדעתנו כל אחד מנימוקים אלה אינו משכנע כבסיס להבחנה בתוצאות פסיקתו של בית-המשפט בקטגוריות השונות. לפיכך נטען כי חוסר האחידות בפסיקה עולה כדי חוסר עקביות. פרק ד מציע את המתווה לדין הרצוי בשאלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר. מתווה זה נועד להתמודד הן עם הגירעון הדמוקרטי של ממשלות-מעבר והן עם החשש כי פעולותיהן תתקבלנה על בסיס שיקולים זרים של בחירות או אובדן השלטון. דין זה משקף

21 בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001) (לעיל ולהלן: הלכת וייס או פרשת וייס).

22 ראו, למשל, שמעון שטרית "מגבלותיה של ממשלת מעבר" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 737 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); אשר מעוז "בג"צ ויחסי החוץ של המדינה" מאזני משפט ד 85 (2005). ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 831-834 (מהדורה שישית, 2005).

23 Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 630 (The international academic literature on) "Caretaker government is exceptionally thin" Michael Laver & Kenneth A. Shepsle, ; *Caretaker Government in Theoretical Perspective, in CABINET MINISTERS AND PARLIAMENTARY GOVERNMENT* 292 (Michael Laver & Kenneth A. Shepsle eds., 1994) ("Surprisingly, this is a matter that has been more or less totally ignored by the literature on government formation")

לדעתנו את האיזון הראוי בין ההכרח ברציפות שלטונית לבין הרצון להגן על אופיינו כחברה דמוקרטית. פרק ה מסכם בתמצית את קודמיו.

א. הבעייתיות בכהונתה של ממשלת-מעבר

אין חולק כי חייבת תמיד לפעול ממשלה בישראל. עם זאת, תקופת המעבר מתאפיינת בבעיות חוקתיות שייחודיות לה. הבעייתיות היא כפולה: ראשית, ממשלת-מעבר פועלת על בסיס לגיטימציה דמוקרטית חלשה; שנית, קיים חשש משמעותי שפעולותיה של ממשלת-מעבר תנבענה ממניעים פסולים. להלן נדון בכל אחת מבעיות אלה בפירוט.

1. הגירעון הדמוקרטי

בישראל נהוגה שיטה פרלמנטרית, שפירושה הוא שאנו בוחרים פרלמנט בלבד. אין בחירות נפרדות לרשות המבצעת, למעט הבחירות שהתקיימו בשנים 1996–2003, שבהן הונהגו בחירות ישירות לראשות הממשלה.²⁴ על-פי חוק-יסוד: הממשלה, "הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת".²⁵ ההפך אף הוא נכון. משאיבדה הממשלה את אמון הכנסת, דינה כדין ממשלה שהתפטרה.²⁶ המנדט של ממשלות ישראל מקורו בנבחרים העם, קרי בכנסת, ומותנה באמונם. אלה אבני-היסוד למשטר של דמוקרטיה, אחריות ציבורית (accountability) וייצוגיות בישראל.²⁷

אובדן אמון הכנסת יכול לנבוע מסיבות שונות, החל בקיומן של בחירות שהביאו לידי חלוקה מחדש של הכוח השלטוני (ועד שהממשלה החדשה נכנסת לתפקידה), המשך בהצבעת אי-אמון בממשלה בכנסת או אי-מעבר חוק תקציב, וכלה בהתפרקות הקואליציה בשל התפטרות או מוות של ראש הממשלה או הרשעתו בפלילים בפסק-דין סופי שיש עימו קלון. חשוב להדגיש כי אף אם ממשלת-מעבר נוצרת מסיבות שאינן מלמדות בהכרח על אי-אמון של הכנסת, כגון פטירת ראש הממשלה, משעה שהממשלה מכהנת כממשלת-מעבר אין עוד משמעות מעשית להבעת אי-אמון בה. סעיף 28 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי אם החליטה הכנסת להביע אי-אמון בממשלה, "רואים את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת

24 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 822–823.

25 ס' 3 לחוק-יסוד: הממשלה. ראו גם ס' 13(ד). ס' 4 קובע את עקרון האחריות המשותפת של הממשלה לכנסת.

26 ס' 28 לחוק-יסוד: הממשלה.

27 לעקרונות דומים בשיטה הפרלמנטרית הבריטית ראו: COLIN TURPIN & ADAM TOMKINS, BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION 565–571 (6th ed. 2007).

ההחלטה". הכנסת אינה יכולה לפטר ממשלת-מעבר, שהרי זו, מעצם הגדרתה, כבר סיימה את כהונתה. הפרקטיקה בישראל היא על-כן שאין מביעים אי-אמון בממשלת-מעבר.²⁸ יתר על כן, בכל אחד מהמקרים שצוינו לעיל כמובילים להפיכת ממשלה לממשלת-מעבר, חוק-היסוד קובע כי דין הממשלה כדין ממשלה שהתפטרה. אם חוק-יסוד: הממשלה דורש הקמת ממשלה מחדש באמצעות קבלת אמון הכנסת, משמע שחוק-היסוד עצמו מגדיר את הנסיבות ככאלה שבהן הממשלה הקיימת אינה נהנית עוד מאמון הכנסת. ודוק: מדובר בהקמת ממשלה חדשה במועד מוקדם יותר מהקבוע בחוק לבחירות. הטעם היחיד לדרוש הקמת ממשלה חדשה בשיטה פרלמנטרית הוא אם החוק אינו רואה את הממשלה הקיימת כנהנית מאמון הכנסת. לפיכך, מבחינת הניתוח העקרוני שלנו, דינה של כל ממשלת-מעבר הוא אחד, ומן הראוי להתייחס אליה כאל נעדרת אמון של הכנסת.²⁹ בסוגיה זו נרחיב גם בהתייחסנו לדין הרצוי.³⁰

מכיוון שאנו פועלים תחת שיטת משטר פרלמנטרית, שבה אנו בוחרים כאמור כנסת, ולא ממשלה, בהעדר אמון של הכנסת אין לממשלה מנדט משלה מהעם. לעומת זאת, בשיטה נשיאותית טהורה, הנשיא נבחר בבחירות ישירות, עצמאיות ובלתי-תלויות בגוף המחוקק לתקופה קצובה ומוגדרת. הנשיא נהנה ממנדט נפרד משלו מהעם, המתחרה ממנדט שקיבלו חברי בית-המחוקקים בבחירות. לעיתים הנשיא אפילו מזוהה עם מפלגה שאינה מחזיקה ברוב בבית-המחוקקים, אך אין הדבר מביא לידי פיטוריו. בית-המחוקקים אינו יכול להפיל נשיא באמצע כהונתו באמצעות הצבעת אי-אמון, ואף אינו יכול להביא לידי הקדמת הבחירות לנשיאות.³¹

מה משמעות האי-אמון של הפרלמנט בממשלה בשיטה פרלמנטרית? בעבר היה נהוג שאם ממשלה כשלה בפרלמנט בהעברת פריט מדיניות מרכזי, הדבר לימד על אי-אמון בה, והיא נפלה. לאחר-מכן התפתחה התובנה שממשלה עלולה להיכשל בהעברת פריט מדיניות מרכזי אך ייתכן שהפרלמנט חפץ עדיין בהמשך כהונתה. על-כן כיום מקובל שכדי להפיל ממשלה, יש לפעול באמצעות הליכים מוגדרים של אי-אמון (כולל אי-מעבר חוק תקציב

28 עם זאת, פרופ' קלינגהופר הציע כי יהיה אפשר להשתמש ב"אי-אמון" לצורך נזיפה אפילו כאשר מדובר בממשלת-מעבר. יצחק ה' קלינגהופר "על ממשלות מעבר בישראל" מבחר רשימות בנושאי דיומא 1970–1979, 64, 70 (התשל"ט). אך ספק אם החלטות של הכנסת יכולות להוות פיקוח פרלמנטרי יעיל על כל ממשלה, קל וחומר על ממשלת-מעבר. לדיון ראו להלן תת-פרק 4ג.

29 John Wilson, *The Status of the Caretaker Convention in Canada*, למשל: 18 CAN. PARL. REV. 12, 14, 16 (1995–1996).

30 ראו דיון להלן בתת-פרק ד 1.

31 ראו, למשל: Introduction, in PARLIAMENTARY VERSUS PRESIDENTIAL GOVERNMENT 2–5 (Arend Lijphart ed., Oxford University Press 1992).

שנת³²). עם זאת, משמעות האי-אמון נותרה זהה. אי-אמון פירושו שהפרלמנט אינו תומך במדיניות הממשלה בנושאים העיקריים שעל הפרק או אינו סומך על השרים שמנהלים את המדינה. אי-אמון הוא המכשיר שבאמצעותו מגינים על עקרון האחיות הציבורית של הממשלה לפני הפרלמנט, ובסופו של דבר לפני העם. על-כן בהעדר אמון של הפרלמנט, הלגיטימציה הדמוקרטית של הממשלה הינה חלשה ביותר.³³ הפילוסוף האנגלי John Stuart Mill וכן תקופתו Walter Bagehot הפליגו בשבחי השיטה הפרלמנטרית בהשוואה לנשיאותית מסיבה זו בדיוק. אנשים מתעניינים בדיוני הפרלמנט כי ביכולתו לגרום לנפילת ממשלות. כלומר, יש השלכות מעשיות לדיוניו.³⁴ כדאי גם לזכור כי אם לא קמה ממשלה חלופית, הפרלמנט כולו הולך לבחירות.³⁵ לכן חברי הפרלמנט משתמשים בסמכות זו במשורה, שהרי לא רק דינם של חברי הממשלה עלול להיחרץ בבחירות, אלא גם דינם-הם. ראוי להדגיש גם כי בשיטתנו הפרלמנטרית הדרך היחידה שבה הציבור "אומר את דברו" היא בבחירות. הבחירות מוכרעות על בסיס זהותם של הנציגים ועמדוניהם בנושאים החשובים בחיי האומה. ודוק: העם אינו מכריע בבחירות בענייני זוטות, אלא בנושאי מדיניות מרכזיים. זו תורת המנדט הבסיסית הכללית, שמקורה עוד במאה התשע-עשרה.³⁶

32 ראו, למשל: ANDREW HEARD, CANADIAN CONSTITUTIONAL CONVENTIONS: THE MARRIAGE OF LAW AND POLITICS 68-75 (1991) (הגורס כי ייתכן שאם הממשלה נכשלת בהעברת פריט מדיניות מרכזי בפרלמנט, עליה לבחון מפורשות אם נותר לה עדיין אמון הפרלמנט).

33 חשוב להבחין בין ממשלה שנפלה בהצבעת אי-אמון לבין ממשלת מיעוט. ממשלת מיעוט פירושה ממשלה שאינה נהנית מתמיכת רוב חברי-הכנסת מבחינת הרכבה הפנימי, אולם קיימים חברי-כנסת שתומכים בה "מבחוץ", מבלי להיות חברים בה, באופן המונע את נפילתה. ממשלה כזו נדרשת להגיע להסכמות אד-הוק בכל נושא ונושא כדי לא ליפול בכנסת. זו תופעה נדירה יחסית בישראל, והיא מתרחשת בדרך-כלל כתוצאה מפרישה של חלק מחברי הקואליציה במהלך כהונת הממשלה. ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה "ממשלות מיעוט: הכלל או היוצא מן הכלל?" פרלמנט 30, 1 (2000), נגיש בכתובת www.idi.org.il/Parliament/2000/Pages/2000_30/A_30/Parliament_Issue_30_A.aspx.

34 ג'ון ס' מיל ממשל של נציגים 101 (יוסף אור מתרגם, 1984); WALTER BAGEHOT, THE ENGLISH CONSTITUTION 72-73 (Oxford University Press 1963) (1826).

35 בארץ, בדומה לגרמניה, מוחלת הדרישה של אי-אמון קונסטרוקטיבי. כלומר, כדי להפיל ממשלה בהצבעת אי-אמון, חייב להיות רוב של 61 חברי-כנסת התומך במועמד חלופי להרכבת ממשלה (ס' 28 לחוק-יסוד: הממשלה). דרישה זו נועדה לחזק את יציבותן ומשילותן של ממשלות ישראל. בגרמניה אכן הביא מנגנון זה לידי צמצום התופעה של ממשלות-מעבר. Laver & Shepsle, לעיל ה"ש 23, בעמ' 292. אולם בארץ ניתן לעקוף את מנגנון האי-אמון הקונסטרוקטיבי באמצעות הפלת הממשלה, מחד גיסא, ואי-הצלחת המועמד החלופי להקים ממשלה אחרת, מאידך גיסא (ס' 28(1) לחוק-יסוד: הממשלה).

36 אין זו תורת המנדט המתוחכמת הספציפית יותר, אשר דורשת כי בנושאים חשובים יכריע העם באופן ספציפי, ולא באמצעות בחירות כלליות. על תורת המנדט הכללית ראו, למשל: C.S. EMDEN, THE PEOPLE AND THE CONSTITUTION (2nd ed. 1959).

בין בחירות לבחירות העם פועל רק באמצעות הגוף הייצוגי – הכנסת.³⁷ רק ברגעים חוקתיים ניתן לטעון כי העם פועל דרך מנגנונים שמחוץ לחוק או בניגוד לו.³⁸ על-כן לא תתקבל טענה כי ממשלת-מעבר מייצגת את העם טוב יותר מהפרלמנט. במשטר פרלמנטרי, בין בחירות לבחירות, בדרך-כלל רק בית-המחוקקים מביע את דעת העם. יקשה השואל: האם ממשלת-מעבר נהנית מלגיטימציה דמוקרטית שמקורה בשיקולים של יעילות ורציפות? לגיטימציה דמוקרטית במובן של הסכמת נשלטים לכוח שלטוני יכולה להיות מושגת על שלושה בסיסים עיקריים: ייצוגיות, מקצועיות ויעילות.³⁹ מבין שלושת הבסיסים הללו, סמכותה של הממשלה, שהינה בעלת החרב, נשענת בתיאוריה החוקתית דווקא על בסיס הייצוגיות. ידוע לכולנו כי בראש המדינה עומד גוף שאינו בהכרח המקצועי או היעיל ביותר, אך סמכותו השלטונית מקובלת על האזרחים משום שהוא גוף נבחר.⁴⁰ לעומת הרשות המבצעת, רשויות שלטוניות אחרות (דוגמת בית-המשפט) תורמות היבטים אחרים לגיטימציה הדמוקרטית של המשטר, דווקא בשל היותן גוף מקצועי שאינו נבחר ואשר הכרעותיו אינן עומדות לדין הבוחר. ממשלת-מעבר נהנית אפוא מלגיטימציה דמוקרטית מוגבלת ביותר, שעניינה הצורך למנוע חלל שלטוני ולהבטיח רציפות. האם היה אפשר להתגבר על בעיית הלגיטימציה בחקיקה? במילים אחרות, האם היה אפשר לחוקק בשיטה פרלמנטרית כי ממשלת-מעבר דינה ככל ממשלה רגילה, וכי היא נהנית מלגיטימציה דמוקרטית שמקורה בחוק? חקיקה כזאת, אילו התקבלה, הייתה נוגדת את כל מהות שיטתנו הפרלמנטרית. מקור הסמכות הדמוקרטי של ממשלה בשיטה זו הוא בחירות ואמון הכנסת. חקיקה מסמיכה אינה תחליף לאמון הפרלמנט, ממש כשם שחקיקה אינה יכולה להאציל סמכות חקיקה לגוף אחר או להאריך לאלתר את חיי כהונתו של פרלמנט אלא בנסיבות קיצוניות ביותר.⁴¹

אם כל ממשלת-מעבר סובלת מגירעון דמוקרטי, ממשלת-מעבר לאחר בחירות סובלת מהגירעון החמור ביותר. הבוחר כבר אמר את דברו, ואין לסכל את רצונו. גם מקום שדומה

37 זו ההבנה הקלאסית של ריבונות העם לפי דייסי. A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 27–28 (8th ed. 1915). לפרשנות אחרת ראו: Rivka Weill, *Dicey was not Diceyan*, 62 CAMBRIDGE L.J. 474 (2003).

38 ראו, למשל: BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991); BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).

39 ראו, למשל: ROBERT A. DAHL, AFTER THE REVOLUTION? (rev. ed., Yale University Press (1970); Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 633 (1999–2000).

40 שם. ראו גם: Alexander Hamilton, *The Real Character of the Executive*, in THE FEDERALIST 462 (Jacob E. Cooke ed., Wesleyan University Press 1961) (הספר להלן: THE FEDERALIST).

41 ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פד מט(4) 221, J.W. GOUGH, FUNDAMENTAL LAW (להלן: פרשת בנק המזרחי). ראו גם: J.W. GOUGH, FUNDAMENTAL LAW (1995) 545–544 (1955). IN ENGLISH CONSTITUTIONAL HISTORY 180–186 (photo. reprint 1961)

כי מפלגת השלטון נותרה זהה, אי-אפשר לדעת בוודאות את הרכב הממשלה ואת קווי-היסוד שלה עד היכנסה לתפקיד. על התקופה שלאחר הבחירות התבטא חבר הסנאט האמריקאי Sumners באומרו: "[F]or a person to continue to represent a constituency after his defeat, is contrary to the whole plan and philosophy of a representative system of government".⁴²

2. בעיית הנציג

בעיית הנציג (agency problem) מבטאת את הסכנה שקיים פער בין האינטרסים של הנציג לבין האינטרסים של המיוצג, ולכן הנציג עלול לקבל החלטות המקדמות את האינטרסים שלו על-חשבון אלה של המיוצג.⁴³ בעיה זו חריפה במיוחד בתקופת ממשלת-מעבר. החשש הוא שממשלות-מעבר תקבלנה החלטות ותעשנה מהלכים בשל שיקולים זרים, שאינם משקפים את טובת הכלל. להלן ננתח סכנות אלה תוך חלוקה לתקופה שלפני בחירות ולתקופה שלאחר בחירות.

לפני בחירות ממשלות-מעבר עלולות לנסות להאריך את משך כהונתן באמצעות קביעת תאריך בחירות מאוחר ככל האפשר. חשש זה ניתן לבדיקה באופן אמפירי. מצאנו כי ב-12 המקרים שבהם הוקדמו הבחירות, משך כהונתה של ממשלת-המעבר היה ארוך במיוחד, והשתרע על-פני כ-160 ימים, דהיינו, כפול מתקופת המעבר הממוצעת לכלל ממשלות ישראל. יתר על כן, כ-118 מתוך 160 הימים קדמו לבחירות, דהיינו, כ-74% ממשך כהונתה של ממשלת-המעבר התקיימו לפני בחירות. הממצאים מעידים כי החשש שממשלות-מעבר תבקשנה להחזיק במוסרות השלטון זמן ארוך ככל האפשר, על-אף המנדט הדמוקרטי החלש לכהונתן, מתממש בפועל בארץ.

נוסף על כך, ממשלות-מעבר עלולות לנקוט פעולות דרסטיות מתוך רצון להשפיע על תוצאות הבחירות עצמן. כך, למשל, הנשיא האמריקאי קלינטון הרבה להכריז על שמוורת-טבע בתקופת מסע הבחירות של אל גור, מתוך רצון לסייע לו בבחירות.⁴⁴ ככל שגדל החשש שמפלגת השלטון לא תיבחר שנית כן גדל גם הסיכון שממשלת-המעבר תנקוט מהלכים מסוכנים יותר, מתוך תקווה שאם תצליח, היא תקטוף את פירות הפעולה בבחירות. לעומת זאת, אם תיכשל, אין למפלגתה מה להפסיד, שכן ההנחה היא כי זו תפסיד ממילא בבחירות.

42 John Copeland Nagle, *The Lame Ducks of Marbury*, 20 CONST. COMMENT. 317, 332 (2003).

43 ראו אוריאל פרוקצ'יה דיני חברות חדשים לישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (מהדורה שנייה, 1993), 339–338.

44 Jack M. Beerermann, *Presidential Power in Transitions*, 83 B.U. L. REV. 947, 976–980 (2003).

החשש משיקולים זרים גבוה במיוחד מקום שברור כי ראש הממשלה או אישים מרכזיים בממשלה אינם יכולים להיבחר שוב על-ידי העם, אם בשל הרשעה בפלילים בעברות קלון ואם בשל מחלה או אפילו הגבלה חוקתית המונעת התמודדות מחדש לתפקיד (כפי שקיים, למשל, בארצות-הברית ביחס לנשיאים שניהנו שתי קדנציות).⁴⁵ חשש זה מתעצם מקום שראש הממשלה או אישים מרכזיים בממשלה אינם מעורבים מאוד במפלגתם ואינם חשים הזדהות עמוקה עימה, כך שהם אינם חפצים בהכרח, לפחות לא באופן עמוק, בנצחון יורשיהם במפלגה. דבר זה רלוונטי במיוחד בישראל, שבה יש תנודתיות רבה ומעברים של אישים מרכזיים בין מפלגות שלטון שונות. התובנה מתחום תורת המשחקים היא שכאשר מדובר בשחקן במשחק שאינו חוזר, הוא יבחר באסטרטגיה הטובה ביותר בעבורו אף אם היא אינה מיטבית מבחינה חברתית.⁴⁶ על אותם ראשי מדינה אשר ברור כי לא יזכו בתקופת כהונה נוספת כתב אלכסנדר המילטון, מן האבות המייסדים של החוקה האמריקאית:

Another ill effect of the exclusion would be the temptation to sordid views, to speculation, and, in some instances, to usurpation. An avaricious man, who might happen to fill the office, looking forward to a time when he must at all events yield up the emoluments he enjoyed, would feel a propensity, not easy to be resisted by such a man, to make the best use of the opportunity he enjoyed while it lasted, and might not scruple to have recourse to the most corrupt expedients to make the harvest as abundant as it was transitory; though the same man, probably, with a different prospect before him, might content himself with the regular perquisites of his situation, and might even be unwilling to risk the consequences of an abuse of his opportunities.⁴⁷

הוא הדין בתקופה שלאחר בחירות ומרגע שברור לממשלת-מעבר כי היא איבדה את השלטון. במצבים אלה ממשלות-מעבר עלולות להגיע להסדרים מבלי שהן חוששות מתוצאות מעשיהן, שכן מנגנוני הפיקוח הדמוקרטיים הרגילים, בדמות דין הבחור, אינם חלים עליהן עוד.⁴⁸ בארצות-הברית, למשל, נמצא כי נשיאים שהפסידו בבחירות נתנו

45 ראו ס' 6, 18 ו-21 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 6 לחוק-יסוד: הכנסת; U.S. CONST. amend. XXI. בעיה זו מכונה בספרות "בעיית הקדנציה האחרונה" או במינוח האנגלי – "last-term effects".

46 DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW 6–49 (1994).

47 THE FEDERALIST, לעיל ה"ש 40, בעמ' 488–489 (פדרליסט מס' 72).

48 John Copeland Nagle, A Twentieth Amendment Parable, 72 N.Y.U. L. REV. 470, 479 (1997).

חנינות שהיו שנויות במחלוקת עד כדי כך שספק אם היו ניתנות אלמלא ההפסד בבחירות.⁴⁹ לעיתים ממשלות ממתנות עד לאחר הבחירות כדי לעשות מהלכים שנויים במחלוקת כדי שמפגתם לא תינזק מדין הבוחר. יתר על כן, ממשלות-מעבר יודעות כי לא הן תצטרכנה להתמודד עם תוצאות מעשיהן, אלא השלטון הנכנס. חלק מפעולותיהן אף גורמות לבזבוז משאבים, מקום שברור כי הפעולות תבוטלנה לאלתר על-ידי השלטון החדש.⁵⁰

הידיעה כי השלטון בידן לתקופה קצובה קצרה בלבד עלולה אף להניע ממשלות-מעבר לשקול שיקולים שאינם ראויים. בלחץ הזמנים נעשות פעולות שזכו בארצות-הברית בכינוי "midnight actions" או "אפקט סינדרלה", קרי, פעולות שנעשות מתוך תחושה של ממשלת-מעבר כי עליה להספיק לסיים את פעולותיה עד חצות ביום כניסת הנשיא החדש לכהונתו.⁵¹ הזמן הדוחק עלול להביא ממשלות-מעבר לידי הכרעות מהסוג של "הכל או לא-כלום", כולל סיכון עתיד המדינה "כדי להצילה". לעיתים פעולתה של ממשלת-מעבר אף תנבע מפטרנליזם, שלפיו היא יודעת טוב יותר מהעם ומהממשלה הנבחרת מה טוב בעבור המדינה. כך, למשל, נכתב ביחס לתקופת הדמדומים שבין כהונתו של הנשיא אדמס לבין זו של הנשיא ג'פרסון: "A desire to save the nation from itself operated as the animating principle throughout the lame duck period."⁵² תחושת גודל הרגע או הרצון של קברניטי הממשלה להיכנס לספרי ההיסטוריה בכל מחיר ולהשאיר מורשת (legacy) עלולים לעלות במחיר משכונ עתידו של העם.⁵³

פעמים אחרות תבקש ממשלה לחלוש על עמדות השפעה מעבר לתקופת כהונתה באמצעות מינויים פוליטיים, או לנצל את תקופת הכהונה לצורך חלוקת שלל שעוד נותר.⁵⁴ החלטות עלולות אף להתקבל כדי לְרצות מגזרים ואינטרסים מסוימים שיכולים לסייע לאנשי השלטון עם יציאתם לאזרחות. חשש זה נוסח בקונגרס האמריקאי באופן הבא:

A Lame duck is a wild bird that has been hit with a bullet by a hunter and is brought down. It is not killed, merely lamed and wounded. It is usually tractable, docile, and is easily tamed. So it is with lame ducks in this House and probably in the other House. They have been hit with the shot

William G. Howell & Kenneth R. Mayer, *The Last One Hundred Days*, 35 49
PRESIDENTIAL STUD. Q. 533, 550 (2005).

Beermann, לעיל ה"ש 44, בעמ' 951–952. 50

שם, בעמ' 947–956. 51

Nagle, לעיל ה"ש 42, בעמ' 329. 52

Margaret Tseng, *Lame Duck Presidents and the Use of Unilateral Power*: ראו: 53

Examining Monument Proclamations, paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association (2003), available at www.allacademic.com/meta/p64764_index.html

Nagle, לעיל ה"ש 42, בעמ' 330–331. 54

of defeat by their constituents, and they have become very lame, docile, and tractable, and when they have jobs dangled before them they do the bidding of the Executive or those who may be in power.⁵⁵

יתר על כן, עצם עשיית הפעולות תחת סד זמנים מוגדר עלול להביא לידי קבלת החלטות ללא שיקול-דעת מעמיק.⁵⁶

אנו נוהגים לחשוב שאין דוגמה מובהקת יותר לחריגה מן המנדט ומעקרון הדמוקרטיה מאשר כנסת וממשלה המבקשות להאריך לאלתר את תקופת כהונתן מעבר לתקופה שאליה נבחרו.⁵⁷ אך כאשר ממשלות-מעבר מנסות לקבוע עובדות בנושאים הרי-גורל בידוען כי יש סיכויים משמעותיים שהן לא תיבחרנה שוב בבחירות הקרובות, או לאחר שהבחירות כבר הוכרעו נגדן, אף בכך יש ניסיון להכתיב מהלכים היסטוריים ללא מנדט, ולעיתים אף בניגוד למנדט שניתן להן.⁵⁸ יש בכך משום כבילת ידיהן של הממשלות הבאות אחריהן באופן לא-דמוקרטי. מכיוון שכוחן של ממשלות-מעבר בפרלמנט הוא מוגבל, הן נוטות לפעול באופן חד-צדדי תוך ניצול סמכויות שאינן מחייבות שיתוף-פעולה מצד הפרלמנט. בארצות-הברית, למשל, נשיאים נוטים לעשות שימוש נרחב יותר בסמכויותיהם לנהל מדיניות חוץ, להכריז על שמורות-טבע או להקים אנדרטות, להעביר רגולציה, לערוך מינויים או ליתן חנינות.⁵⁹ יתר על כן, המחקר בארצות-הברית מצא כי נשיאים מגבירים באופן משמעותי את פעילותם החד-צדדית אם הם הפסידו בבחירות ומועמד המפלגה היריבה נבחר לשלטון. כן נמצא כי הסיבה להתגברות הפעילות החד-צדדית בתקופה זו אכן ניתנת לייחוס לתקופת הדמדומים ולאובדן השלטון. דהיינו, מטרת הפעילות היא לכבול את ידי השלטון הנכנס, וקיום פעילות זו משקף גירעון דמוקרטי.⁶⁰

הדבר אף עלול לסכל את תוצאות הבחירות שכבר התקיימו, באמצעות עיקור הכרעות מסוימות מתוכן, מקום שהבחירות נסבו על נושאים מוגדרים וממשלת-המעבר הודחה באותן בחירות. הציבור עלול אף לחוש כי ערכן של הבחירות כמבטאות את עמדת העם נפגע.⁶¹ יתר על כן, לעיתים הפעולות נעשות רק כדי להקשות על השלטון החדש לממש את

55 Tseng, לעיל ה"ש 53.

56 שם.

57 Gough, לעיל ה"ש 41, בעמ' 180–186; פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 41. ראו גם ס' 9א לחוק-יסוד: הכנסת, המאפשר הארכה של כהונת הכנסת בחוק שהתקבל ברוב של 80 חברי-כנסת, ורק אם קיימות נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות במועד.

58 Beermann, לעיל ה"ש 44, בעמ' 951–952.

59 Tseng, לעיל ה"ש 53; David A. Crockett, "An Excess of Refinement": *Lame Duck Presidents in Constitutional and Historical Context*, 38 PRESIDENTIAL STUD. Q. 707 (2008).

60 Howell & Mayer, לעיל ה"ש 49; Beermann, לעיל ה"ש 44, בעמ' 951–952.

61 Nina A. Mendelson, *Agency Borrowing: Entrenching Policies and Personnel Before a New President Arrives*, 78 N.Y.U. L. REV. 557, 565 (2003).

סדר-היום שלמענו נבחר.⁶² הנשיא ג'פרסון האמריקאי אף ראה בפעולותיה של ממשלת-מעבר פעולות לא-הוגנות, לא-אדיבות ובניגוד לצדק.⁶³ כאשר החלטות בנושאים רגישים מתקבלות על-ידי ממשלות-מעבר, עלולה להיווצר אצל חלק מהציבור תחושה של "מחטף פוליטי", והדבר עלול לפגוע באמון הציבור בשלטון ואף לפגום באחדותו של העם. לנוכח הבעייתיות שנדונה לעיל בפעולתה של ממשלת-מעבר, רצוי שהדין המוחל על ממשלת-מעבר ימנע ככל האפשר את התממשות הסכנות של גירעון דמוקרטי ושיקולים זרים. בפרק הבא נבחן את הדין הקיים בארץ בסוגיה.

ב. תיאור הדין הקיים

מכיוון שחוק-יסוד: הממשלה לא הגדיר מפורשות מהן סמכויותיה של ממשלת-מעבר, אלא הסתפק בקביעה כי ממשלת-מעבר ממשיכה "במילוי תפקידיה עד שתיכון הממשלה החדשה",⁶⁴ התגלגלה הסוגיה לפתחו של בית-המשפט. פסק-הדין העקרוני בתחום ניתן בפרשת וייס בהקשר של משא-ומתן לשלום.⁶⁵ פסק-דין זה הושפע מדוח של ועדה ציבורית בראשות השופט ברנזון, שנכתב בשנות השבעים, ובו נקבע כי אין מנוס מלהכיר בסמכות מלאה לממשלת-מעבר כמו לכל ממשלה רגילה. להלן נביא את עיקריהם של דוח ועדת ברנזון ושל הלכת וייס. לאחר-מכן נדון בפסיקה שיישמה את הלכת וייס בשלושה תחומים: מינויים במגזר הציבורי, חלוקת טובין חומריים וניהול משא-ומתן לשלום. נטען כי הפסיקה יצרה רטוריקה אחידה המיישמת את הלכת וייס, אך ניתוח הפסיקה מלמד כי דין שונה מוחל בפועל בכל אחת מהקטגוריות.

1. ועדת ברנזון – ההכרח ברציפות

דווקא ברשות המבצעת אנו מבקשים להבטיח יציבות ויעילות. עמדו על כך האבות המייסדים של החוקה האמריקאית, בכותבם כי אנרגייה בגוף המבצע היא הכרחית לממשל טוב ולהגנת הקהילה מפני התקפות מבית ומחוץ.⁶⁶ מטעמים דומים המליצה ועדת ברנזון כי סמכויותיה של ממשלת-מעבר תהיינה כסמכויותיה של כל ממשלה רגילה. בלשון הוועדה:

62 Beermann, לעיל ה"ש 44, בעמ' 958–960; Nagle, לעיל ה"ש 42.

63 Nagle, לעיל ה"ש 42, בעמ' 317.

64 ס' 30(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

65 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21.

66 The FEDERALIST, לעיל ה"ש 40, בעמ' 471.

הועדה החליטה, מטעמים שבמעשה ולאור תנאיה המיוחדים של המדינה, כי הקטנת התחומים הפונקציונאליים שממשלת מעבר תהיה רשאית לפעול בהם תגרום למפנה דרסטי מדי ממשלה סדירה לממשלת מעבר, תפגום בתפקודו התקין של הממשל והיא עלולה לפגוע בפעילות החיונית של מוסדות המדינה במקרה של משבר פתאומי. נוסחאות ערטילאיות כמו "עניינים שוטפים" אין בהם כדי להבטיח את מידת הוודאות הדרושה לפעילות קונסטיטוציונית תקינה.⁶⁷

דברים אלה של ועדת ברנזון צוטטו בהסכמה בפרשת וייס.⁶⁸ עמדה זו מתחזקת לכאורה לנוכח תכיפות כהונתן של ממשלות-מעבר בישראל ומשך כהונתן הארוך. נימוקים נוספים שניתן להעלות כתמיכה בעמדה זו הם שקשה מאוד לזהות מתי פעולה של ממשלת-מעבר מונעת על-ידי שיקולים פסולים ומתי עניינה בפעילות שלטונית רגילה ולגיטימית. נוסף על כך, יש הטוענים ברוח אליטיסטית כי דווקא השחרור מדין הבוחר יכול לסייע לממשלה לקבל את ההחלטות הטובות ביותר בעבור העם, אף אם אין הן ההחלטות הפופולריות ביותר. כמו-כן יש לאפשר לממשלה לסיים "תיקים פתוחים" שהתנהלו לאורך הכהונה, ודווקא הלחץ של "הרגע האחרון" מהווה גורם חיובי שעשוי לעודדה לעשות זאת.⁶⁹ יתר על כן, נטען כי דווקא מינויים ורגולציה של ממשלת-מעבר יכולים, בתנאים מסוימים, לתרום להגברת הדיון הציבורי באמצעות העמדת קולות מתחרים בסדר-היום של השלטון הנכנס.⁷⁰

2. הלכת וייס – ניהול משא-ומתן לשלום

(א) רקע עובדתי

ציון-הדרך העיקרי שבא לאחר ועדת ברנזון בנושא סמכויותיה של ממשלת-מעבר הוא הלכת וייס. מדובר בתקופת כהונתה של ממשלת אהוד ברק. ממשלה זו נשלטה על-ידי הדין שנהג אז, שכלל בחירה ישירה של ראש הממשלה. ערב יציאתו של ברק לוועידת קמפ-

67 משרד המשפטים דו"ח הועדה בעניין ממשלת מעבר 6 (1977) (עותק מצוי בספריית משרד המשפטים ובידי המחברת). הוועדה מונתה כדי לדון בהקפאת הרכבה של ממשלת-מעבר בעקבות המשבר שנוצר בדצמבר 1976. באותה תקופה מנעו הוראות חוק-יסוד: הממשלה הן פיטורים או התפטרות של שרים והן מינוי שרים חדשים בזמן כהונתה של ממשלת-מעבר. לפסקי-הדין שדנו בפרשה ראו בג"ץ 623/76 מדינת ישראל נ' קול, פ"ד לא(2) 3 (1977); בג"ץ 621/76 סגל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לא(2) 8 (1977). מאז שונה חוק-היסוד, וכיום אין מניעה לשנות את הרכבה של ממשלת-מעבר.

68 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 466–467.

69 Beermann, לעיל ה"ש 44, בעמ' 952–954; Nagle, לעיל ה"ש 48, בעמ' 482–483.

70 Mendelson, לעיל ה"ש 61.

דייוויד, בתחילת יולי 2000, התפטרו שרי המפד"ל, ש"ס ו"ישראל בעליה" מהממשלה. ברק נהנה מתמיכה של פחות מ-30 חברי-כנסת.⁷¹ הצעת אי-אמון שהוגשה נגד ראש הממשלה על-ידי סיעת הליכוד, ב-10 ביולי 2000, זכתה ברוב של 54 חברי-כנסת מול 52 מתנגדים ו-7 נמנעים. אך מכיוון שלא תמכו בהצעה 61 חברי-כנסת, הממשלה לא נפלה. בספטמבר 2000 פרצה אינתיפאדת אל-אקצה.⁷²

על-פי פסק-הדין בפרשת וייס, ראש הממשלה ברק התפטר ב-10 בדצמבר 2000 בשל חוסר משילות על רקע העדר תמיכה בכנסת לפעולות הממשלה. בלשון פסק-הדין, "ניהול המשא ומתן [לשלום עם הרשות הפלסטינית] ותכניו שנויים במחלוקת חריפה בישראל. על רקע זה – ועל רקע ענייני פנים אחרים – התפטר ראש הממשלה מר אהוד ברק מתפקידו כראש ממשלה".⁷³ בחירות ישירות לראשות הממשלה נקבעו לתאריך 6 בפברואר 2001. על-אף ההתפטרות, המשיכה ממשלת ברק לנהל משא-ומתן לשלום עם הפלסטינים. מדובר במשא-ומתן שהתנהל חודשים רבים, ונמשך אף עד שנים-עשר יום לפני הבחירות, מתוך מטרה להגיע להסכם לפנייהן.

פרופ' הלל וייס עתר לבג"ץ בטענה כי אין זה סביר שממשלה אשר אינה נהנית מאמון הכנסת תנהל משא-ומתן כה עקרוני, הכרוך בווייתורים טריטוריאליים כואבים, בסמיכות קרובה לבחירות. במיוחד אין הדבר סביר בשעה שהכנסת אינה יכולה לפקח על פעילות הממשלה. באותו מועד הייתה הכנסת בפגרה, וממילא לא יכלה לפטר ממשלה שהינה כבר ממשלת-מעבר. נטען כי לממשלת-מעבר יש סמכות מוגבלת לטפל בעניינים "שוטפים" בלבד, ולא "בעניינים עקרוניים בעלי השלכות ארוכות טווח".⁷⁴ בית-המשפט התבקש להורות לממשלה להפסיק את ניהול המשא-ומתן עד לכינון ממשלה חדשה לאחר הבחירות. היועץ המשפטי לממשלה, בתשובתו בשם המדינה, טען לתחולתו של עקרון הרציפות בעבודת הממשלה. לדבריו, ממשלת-מעבר נהנית מאותן סמכויות כממשלה רגילה. כן נטען כי ההסכם, אם יושג, ממילא לא יחול בדין הפנימי כל עוד לא יתקבלו האישורים של הכנסת כנדרש בחוק לשם שינויים טריטוריאליים.⁷⁵ הובטח כי "כמקובל לגבי הסכמים מסוג זה,

71 Emanuele Ottolenghi, *Explaining Systemic Failure: The Direct Elections System and Israel's Special Elections of February 2001*, 8 ISR. AFF. 134 (2002)

72 ראו מעוז, לעיל ה"ש 22.

73 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 463.

74 שם, בעמ' 466.

75 ראו ס' 2 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, ס"ח 86, הקובע כי "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה", דהיינו, ההחלטה דורשת תמיכה של 61 חברי-כנסת. אילו נחקק בישראל חוק-יסוד: משאל עם, הייתה החלטה כאמור של הכנסת מחייבת גם הסכמה של רוב הקולות הכשרים המשתתפים במשאל. חשוב להדגיש כי חוק זה חל רק על שטחים שהוחלו עליהם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל, ועל-כן הוא אינו חל על יהודה ושומרון. ראו בג"ץ

ההסכם יובא אף לאישור הכנסת.⁷⁶ נוסף על כך צוין כי ההסכם עצמו יכלול תניה שלפיה הוא לא ייכנס לתוקף כל עוד לא יתקבלו כל ה"אישורים הנדרשים על פי הדין הפנימי".⁷⁷ לבסוף, צוין כי הפיקוח על פעולת הממשלה צריך להיות פוליטי-ציבורי, ולא משפטי. מעניין שבשום מקום בפסק-הדין בפרשת וייס לא נכתב כי אותו יועץ משפטי לממשלה, ד"ר אליקים רובינשטיין, חיווה את דעתו לממשלת ברק, כבר ב-26 בדצמבר 2000, כי אין זה ראוי שהיא תקיים משא-ומתן כה גורלי בזמן כהונתה כממשלת-מעבר.⁷⁸

בפסק-דין מפי הנשיא ברק דחה בג"ץ את העתירה, תוך שהוא מצר על משך הזמן הקצר שעמד לרשותו לצורך הכרעה בסוגיה כה עקרונית וחשובה.⁷⁹ נפסק, על דעת כל שופטי ההרכב, כי לממשלת-מעבר יש אותן סמכויות כמו לכל ממשלה רגילה. שישה מבין שבעת השופטים הוסיפו וקבעו לצד זה כי בבוא ממשלת-מעבר להפעיל את סמכויותיה, עומד לרשותה מתחם סבירות צר מזה העומד לרשות ממשלה רגילה, לפחות בעניינים מסוימים.⁸⁰ עם זאת, השופטים היו חלוקים הן באשר להנמקה והן באשר לתוצאת פסק-הדין. שישה מבין שבעת השופטים סברו כי יש לדחות את העתירה, אך רק ארבעה ביססו דחייה זו לגופו של עניין. שניים נוספים עשו זאת בשל עילות-סף, שניתן להגדירן כהעדר שפיטות, ובכך נמנעו ממתן לגיטימציה לפעולת הממשלה לגופה.⁸¹ שופט המיעוט טירקל הסכים להנמקה אך לא לתוצאת פסק-הדין. לדעתו ההנמקה חייבה דווקא את קבלת העתירה.

(ב) דעת הרוב

בדעת הרוב קבע הנשיא ברק כי חוק-יסוד: הממשלה מעגן את עקרון הרציפות, בקובעו כי הממשלה היוצאת ממשיכה במילוי תפקידה עד לכינון ממשלה חדשה.⁸² אין בחוק-היסוד לשון המגבילה את סמכויותיה של ממשלת-מעבר לעניינים שוטפים בלבד. כן ציין בית-המשפט כי ועדת ברנזון דחתה את הרעיון להגביל את סמכויותיה של ממשלת-מעבר הן

1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: פרשת חוף עזה). על-פי חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186, העברת סמכויות שלטוניות ב"ירושלים המאוחדת" מחייבת שינוי של חוק-היסוד בחוק-יסוד שיתקבל ברוב של 61 חברי-כנסת.

76 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 464.

77 שם.

78 אליקים רובינשטיין "הודעת אליקים רובינשטיין הכופר בסמכות הממשלה לנהל מו"מ גורלי עם הפלשתינים" News1 1.1.2001 www.news1.co.il/Archive/0019-D-60-00.html?tag=16 02-04.

79 השופטים אור, מצא ואנגלרד הסכימו לפסק-דינו של הנשיא ברק.

80 רק המשנה לנשיא שלמה לוין לא הביע דעה מפורשת בסוגיה זו.

81 המשנה לנשיא שלמה לוין והשופט זמיר.

82 פסק-הדין נשען אומנם על חוק-יסוד: הממשלה הישן, אך נוסח דומה מצוי בס' 30 לחוק-יסוד: הממשלה הנוכחי.

משום שהדבר אינו ישים והן משום שהגבלה כאמור לא תאפשר לממשלת-המעבר להתמודד כראוי עם משבר פתאומי.⁸³ על-כן, קבע בית-המשפט, הגבלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר מן הראוי שתיעשה בדרך של חקיקה, ולא על-דרך פסיקה.⁸⁴

עם זאת, בית-המשפט קבע כי אופייה של הממשלה כממשלת-מעבר יתבטא "בתחום פריסתו של מבחן הסבירות" בהפעלת שיקול-הדעת השלטוני.⁸⁵ בבוא ממשלת-מעבר להפעיל את סמכויותיה, עומד לרשותה מתחם סבירות צר מזה העומד לרשות ממשלה רגילה. במתח שבין יציבות והמשכיות לבין ארעיותה של הממשלה ומקור סמכותה הבעייתי, על ממשלת-מעבר לנהוג באיפוק בפעולותיה אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה".⁸⁶ יתר על כן, גם כאשר מתקיים צורך חיוני, עליה לפעול להגשמתו במידתיות. בית-המשפט הדגיש כי המבחן אינו אם הפעולה היא שוטפת או חריגה, אלא אם הנסיבות מחייבות עשייה או איפוק. חובת האיפוק גוברת במיוחד לאחר הבחירות ועד לכינונה של ממשלה חדשה.⁸⁷

ראוי לציין כי בית-המשפט ביקש להתמקד בצורה אחת של ממשלת-מעבר – זו הנוצרת בעקבות התפטרות של ראש הממשלה.⁸⁸ אולם בית-המשפט לא נימק מדוע העילה ליצירת ממשלת-מעבר עלולה להשליך, אם בכלל, על מתחם הסבירות של פעולתה של ממשלת-מעבר.⁸⁹

נקבע כי קיים "צורך ציבורי חיוני" בניהול משא-ומתן לשלום שנים-עשר יום לפני הבחירות, הגובר על המנדט המוגבל של הממשלה. בית-המשפט הדגיש את מהותה של הסוגיה – ניהול יחסי חוץ וביטחון – שהינה בסמכותה של הממשלה על-פי חוק-יסוד: הממשלה. אומנם, חוק-יסוד: הממשלה אינו מתייחס מפורשות לתחום יחסי החוץ, אך בית-המשפט קבע כי נושא זה הוא בסמכות הממשלה הן בשל היותה הרשות המבצעת של המדינה, הן בשל היותה בעלת הסמכות השיורית והן בשל היותה הגוף השלטוני המוסמך לפתוח במלחמה.⁹⁰ ניהול יחסי החוץ והביטחון של המדינה נתפס על-ידי בית-המשפט כנושא פוליטי מובהק, אשר כל ממשלה נהנית במסגרתו ממתחם שיקול-דעת רחב.⁹¹ על הכנסת והציבור – ולא על בית-המשפט – לפקח על פעולות הממשלה בתחום רגיש זה. לא נמצא כי הכנסת אינה יכולה לפקח על פעילותה של ממשלת-המעבר במקרה הנדון. עם זאת,

83 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 466.

84 שם, בעמ' 467.

85 שם, בעמ' 468.

86 שם, בעמ' 469.

87 שם.

88 שם.

89 לגישה אחרת ראו דיון להלן בתת-פרק ד 1.

90 ס' 1, 32 ו-40 לחוק-יסוד: הממשלה. סעיפים מקבילים היו קיימים גם בחוק-יסוד: הממשלה הישן.

91 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 471–472.

גם לדעת בית-המשפט, ניטל מהכנסת הכלי של פיטורים.⁹² בית-המשפט לא פירט אילו אמצעים אפקטיביים אחרים יש בידי הכנסת כדי לפקח על פעולותיה של ממשלת-מעבר.⁹³ בית-המשפט סבר כי אי-התערבותו עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת. בעבר נדחו עתירות בעניין ניהול משא-ומתן על הסכמי אוסלו, על רמת-הגולן או אף על שחרור מחבלים.⁹⁴ בית-המשפט לא ראה לנכון לנקוט מדיניות שונה רק משום שמדובר בפעולה של ממשלת-מעבר. יתר על כן, בית-המשפט ציין כי אפילו במדינות הקונטיננט, שבהן מקובלת גישת הסמכות המוגבלת של ממשלת-מעבר לעניינים שוטפים, אכיפת הדוקטרינה מסורה לביקורת פוליטית, ולא שיפוטית.⁹⁵ עם זאת, בית-המשפט הדגיש כי אי-התערבותו נשענת, בין היתר, על הצהרתו של היועץ המשפטי לממשלה כי אם ייחתם הסכם בין ישראל לרשות הפלסטינית, הוא יהא מותנה באישור הכנסת לשם תקפותו במישור הבין-לאומי.⁹⁶ מעניין שדעת הרוב העלתה נימוקים של שפיטות (כגון אופי הנושא, שהינו יחסי חוץ), אך בפועל דחתה את העתירה לגופו של עניין, ולא מטעמים של שפיטות. היא מצאה כי מתקיים "צורך ציבורי חיוני" בניהול המשא-ומתן המדיני כה סמוך לבחירות. זאת, אף שבית-המשפט לא דן כלל באופן מפורט בנסיבות הקונקרטיות של ניהול המשא-ומתן, ואם הן מצדיקות ניהול משא-ומתן לעת הזו. למעשה, אף היועץ המשפטי לממשלה, בתגובתו הראשונה על העתירה, לא הדגיש נסיבות מיוחדות המצדיקות ניהול משא-ומתן לעת הזו. רק בתגובתו המשלימה ציין היועץ המשפטי כי לדעת הממשלה קיים "חלון הזדמנויות נדיר ומחוייב המציאות בעת הזו".⁹⁷ דומה שבית-המשפט לא סבר כי מתפקידו להטיל ספק בהצהרה זו של הממשלה.

(ג) דעת המיעוט

השופט טירקל הסכים עם ההנמקה אך לא עם התוצאה של הכרעת הרוב. לדעתו, היה ראוי לקבל את העתירה, ולהורות לממשלה להימנע מניהול משא-ומתן עד לכינונה של ממשלה חדשה לאחר הבחירות. בעיקרון קיבל השופט טירקל את אמת-המידה של הנשיא ברק בדבר "צורך ציבורי חיוני" כתנאי לחריגה מאיפוק של ממשלת-מעבר. אולם בבואו ליישם מבחן זה על עובדות המקרה, הוא קבע כי הממשלה לא הוכיחה כלל צורך בניהול משא-ומתן שנים-עשר יום לפני בחירות. בלשונו של השופט טירקל:

92 שם, בעמ' 473.
 93 לדיון בכלים אפשריים ובמגבלותיהם ראו להלן תת-פרק 4.
 94 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 472.
 95 שם, בעמ' 472-473.
 96 שם, בעמ' 473.
 97 שם, בעמ' 472.

בעיניי השאלה שיש להכריע בה היא אם קיים צורך ציבורי חיוני – ולשיטתי, אם קיים צורך ציבורי חיוני ביותר – לנהל משא ומתן בתקופה זאת דווקא. באי כוחה של הממשלה שטחו טעמים רבים ושונים מדוע אין לכבול את ידיהם של ראש הממשלה המתפטר ושל שרי ממשלתו, אך לא הצביעו על צורך ציבורי חיוני – ובעצם, לא הראו טעם כלשהו – שיש בו כדי להצדיק ניהול משא ומתן כה חשוב וגורלי...⁹⁸

נוסף על כך, השופט טירקל העריך כי עצם ניהול המשא-ומתן, אף ללא הסכם, יש בו משום שינוי המציאות, והוא עלול לכבול את ידי הממשלה הבאה שתיבחר.

נותרו עדיין שתי שאלות: האחת, כיצד השופט טירקל מצדיק את התערבותו של בית-המשפט בענייני חוץ וביטחון? והאחרת, מדוע אין הוא מותיר את הפיקוח בידיה של הכנסת? באשר לשאלה הראשונה, קבע השופט טירקל כי אין הוא מתערב בתוכנו של המשא-ומתן, אלא רק מכריע בשאלה אם מועד ניהולו על-ידי ממשלת-מעבר מעיד על חוסר סבירות. באשר לשאלה השנייה, ציין השופט טירקל כי בפועל אין הכנסת מסוגלת לממש את סמכות הפיקוח שלה. כעדות לכך הוא רמז על השימוש שממשלת-המעבר עושה בשליטתה בוועדות הכנסת כדי לטרפד חקיקה המנסה להגביל את פעולותיה.⁹⁹ זאת, אף שטרפוד זה אינו מלמד בהכרח כי הרוב הפרלמנטרי בידיה.

מעניין שבבחירות לראשות הממשלה שהתקיימו ב-6 בפברואר 2001 זכה אריאל שרון ב-62.4% כנגד 37.6% לאהוד ברק. לדעת פרשנים סימלו תוצאות אלה הפסד לברק ולמדיניותו יותר מאשר ניצחון לשרון.¹⁰⁰

3. יישומה של הלכת וייס בהלכות מאוחרות

(א) ניהול משא-ומתן לשלום

אותה סוגיה שנדונה בפרשת וייס התעוררה מחדש בדצמבר 2008, בשעה שממשלת-המעבר בראשות אולמרט המשיכה בניהול משא-ומתן לשלום עם סוריה ועם הרשות הפלסטינית, ובכלל זה בנוגע לעתידן של רמת-הגולן וירושלים. המשא-ומתן התנהל אף שאולמרט התפטר מראשות הממשלה, ואף שמחליפתו של אולמרט מטעם מפלגתו, שרת החוץ ציפי לבני, כשלה בהרכבת ממשלה חדשה והתעורר הצורך ללכת לבחירות. בג"ץ דחה את עתירתה של חברת-הכנסת לימור לבנת נגד סבירותו של ניהול משא-ומתן לשלום בתנאים

98 שם, בעמ' 476 (ההדגשה במקור).

99 שם ("בפועל 'תקועה' ההצעה בנבכי הכנסת וועדותיה").

100 Ottolenghi, לעיל ה"ש 71.

אלה, תוך שהוא מסתמך ישירות על התקדים בפרשת וייס.¹⁰¹ פסיקה מאוחרת פירשה אפוא את הלכת וייס כמעניקה לגיטימציה כללית לניהול משא-ומתן לשלום על-ידי ממשלת-מעבר. יתר על כן, בפרשת לבנת לא התנה בית-המשפט את פסיקתו בכך שאם ייחתם הסכם הוא יהיה מותנה באישור הכנסת לשם תקפותו במשפט הבין-לאומי. כל שאמר בית-המשפט התייחס לתקפות ההסכם במישור הפנימי: "על פי חוק החלטות הממשלה בנוגע לשינוי במעמדן של רמת הגולן או של ירושלים מחייבות את אישור הכנסת ברוב חבריה..."¹⁰² באופן דומה, עתירה שהוגשה באותו חודש נגד שחרור אסירים פלסטינים, כמחווה לחג הקורבן וכחלק מניהול המשא-ומתן עם הפלסטינים, נדחתה אף היא על-ידי בית-המשפט ומאותו נימוק.¹⁰³

ניתן לסכם כי בעוד שבהלכת וייס טבע בית-המשפט את המבחן העקרוני כי ממשלת-מעבר חייבת באיפוק אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה", בפועל בית-המשפט מתייחס לנושאים של משא-ומתן מדיני כאל נושאים אשר מקיימים את דרישת הצורך החיוני ומצדיקים פעולה של ממשלת-מעבר אף בסמיכות של ימים אחדים לבחירות. לפיכך בית-המשפט אינו בוחן בפירוט את הנסיבות הקונקרטיות של כל משא-ומתן מדיני, ובוודאי אינו מעמיד בסימן שאלה את עמדת הממשלה כי יש לנהל משא-ומתן במועד נתון. אין שום אמירה עקרונית מצד בית-המשפט כי העיקרון הוא שמשא-ומתן מדיני בסמיכות לבחירות אינו סביר אך הוא שוכנע שהמקרה שלפניו הינו חריג לעיקרון כללי זה; אין גם שום אמירה מרוככת יותר של בית-המשפט כי באופן עקרוני לא סביר שממשלת-מעבר תנהל משא-ומתן מדיני אך הוא אינו רוצה להתערב או לא שוכנע בדבר הצורך בהתערבותו במקרה הקונקרטי. רטוריקה הדרגתית כזו נקט בית-המשפט במקרים אחרים, כגון בהתייחסו לגיוס בחורי הישיבות או לסוגיית הגיור.¹⁰⁴ בהעדר אמירה עקרונית כזו, פסיקתו של בית-המשפט מתפרשת כמתן לגיטימציה לניהול משא-ומתן מדיני מואץ בזמן ממשלות-מעבר, כפי שאכן קורה פעם אחר פעם בישראל.

101 הלכת לבנת, לעיל ה"ש 1.

102 שם, פס' 5.

103 בג"ץ 10357/08 פורום משפטי, לעיל ה"ש 1.

104 ראו, למשל, לעניין גיוס בחורי ישיבות: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פד מב(2) 441 (1988) (להלן: הלכת רסלר) (בג"ץ אינו מתערב בדחיית הגיוס, אך קובע כי הכמות עושה איכות, וכי זה רק עניין של זמן עד שהדחייה תיהפך ללא-חוקית); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן: פרשת רובינשטיין) (בג"ץ מחייב את הכנסת להסדיר את דחיית הגיוס לבחורי ישיבות בחוק, ולא בצו של שר הביטחון); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל) (בג"ץ אינו פוסל חוק לדחיית שירות בחורי ישיבות, אך מגביל את תחולת פסיקתו בזמן עד שיתברר אופן יישומו של החוק).

(ב) מינויים ופעולות במגזר הציבורי

שאלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר התעוררה בישראל אף בהקשר של מינויים במגזר הציבורי. נחלק את הדיון בתחום המינויים לשלוש קטגוריות: (1) מינויים ציבוריים שלגביהם אין לממשלה רוב בגוף הממנה; (2) מינויים שלגביהם אין לממשלה השפעה כלל; (3) מינויים שלגביהם יש לממשלה השפעה מכרעת. הפסיקה השתמשה ברטוריקה דומה בכל שלושת התחומים, והגיעה לתוצאות דומות בכולם: בית-המשפט אסר את כל המינויים בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר.

(1) מינויים ציבוריים שלגביהם אין לממשלה רוב בגוף הממנה

בית-המשפט נדרש לשאלת סמכותה של ממשלת-מעבר למנות הן רבנים ראשיים והן שופטים. בשני המקרים עוכבו המינויים עד לבחירתה של ממשלה חדשה, אף שבשני המצבים אין לממשלה רוב בגוף הממנה.

בסמיכות לפסק-הדין בפרשת וייס עתרה מפלגת המפד"ל נגד מינוי רבנים ראשיים ומינוי חברים למועצת הרבנות הראשית בזמן כהונתה של ממשלת-מעבר.¹⁰⁵ על-סמך הלכת וייס קבע בית-המשפט, מפי הרכב שופטים אחר, כי רק כאשר קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה" לא חלה חובת איפוק על ממשלה יוצאת. לכאורה אפוא נימק בית-המשפט את עמדתו באופן עקבי. עם זאת, הנמקה זו הובילה את בית-המשפט למסקנה שונה לחלוטין מזו שהתקבלה בפרשת וייס. הפעם נמצא כי מינוי רבנים ראשיים הינו סופי ולתקופה ארוכה של עשר שנים. על-כן, קבע בית-המשפט, ראוי שהגוף הממנה ייצג את הרכב הדעות העדכני בציבור.¹⁰⁶ בית-המשפט אף סבר כי חשוב יותר שלא ימונו רבנים ראשיים על-ידי ממשלת-מעבר מאשר לקיים על קוצו של יוד את הוראות החוק בדבר מועד בחירתם של הרבנים הראשיים. נוסף על כך הבחין בית-המשפט את המקרה שלפניו מן המקרה שנדון בפרשת וייס, בקובעו כי –

בחירת הרבנים על פי מהלך הדברים הרגיל אינה הפיכה, ויש לה אופי סופי. בכך שונה המצב מן הנסיבות שנדונו בבג"ץ וייס, שם הצהיר היועץ המשפטי לממשלה כי "אם ייחתם הסכם כלשהו [על ידי] נציגי הממשלה היוצאת... ייקבע בהסכם עצמו, כי תנאי לתוקפו של ההסכם במישור הבינלאומי הוא שההסכם... יאושר על ידי הממשלה ועל ידי הכנסת..."¹⁰⁷

סוגיה דומה התעוררה שוב בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר בראשות אולמרט. במהלך החודשים ספטמבר ואוקטובר 2008 ביקש שר המשפטים דניאל פרידמן למנות שופטים

105 פרשת סיעת המפד"ל, לעיל ה"ש 3.

106 שם, בעמ' 714.

107 שם, בעמ' 716.

לכתי-המשפט, הסובלים ממחסור חמור בכוח-אדם שיפוטי.¹⁰⁸ לכאורה התקיים אפוא "צורך ציבורי חיוני" במינוי. לשם כך ביקש השר לכנס את הוועדה לבחירת שופטים. הרכב הוועדה כולל מיעוט פוליטיקאים: מתוך תשעה חברים, שניים הינם שרים ושניים הינם חברי-כנסת; שאר החברים הינם מקצועיים – שלושה שופטים ושני נציגים של לשכת עורכי-הדין.¹⁰⁹ יתר על כן, בעקבות תיקון בחוק בתי-המשפט משנת 2008, כיום דרוש רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה לשם מינוי שופטים לבית-המשפט העליון.¹¹⁰ על-כן לחברי הוועדה המקצועיים יש יכולת לחסום כל מינוי שאינו ראוי בעיניהם. למרות הרכב זה של הוועדה לבחירת שופטים, הביעו נשיאת בית-המשפט העליון ושני שופטי עליון אחרים החברים בוועדה התנגדות לכינוס הוועדה, בטענה שאין למנות שופטים בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר. הנשיאה ביניש נקטה עמדה זו אף שהיא עצמה מונתה בתקופת ממשלת-מעבר, אם כי בתקופה שקדמה להלכת וייס.¹¹¹ עתירה לבג"ץ נגד הוועדה לבחירת שופטים והעומד בראשה, שר המשפטים, שנמנע מלכנס את הוועדה על-סמך עמדת חבריה, נדחתה. בית-המשפט קבע כי החלטת הוועדה הינה סבירה. אף שבית-המשפט הכיר בכך שיש צורך חיוני במינוי,¹¹² הוא נמנע מהתערבות לנוכח העובדה שמדובר באי-מינוי, להבדיל ממינוי, ולנוכח העובדה ש"סוגיית מינוי השופטים החדשים מצויה במרכז מחלוקת ציבורית-פוליטית".¹¹³

(2) מינויים שלגביהם אין לממשלה השפעה כלל

הקפדתו של בית-המשפט כי לא ייערכו מינויים במגזר הציבורי בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר מרחיקת-לכת עד כדי כך שהיא יושמה אף מקום שאין לממשלה כל השפעה על המינוי. כך, למשל, בעת כהונתה של ממשלת-המעבר בראשות אולמרט נדרש בית-הדין הארצי לעבודה לסוגיית מינויו של מנהל הטלוויזיה בערבית בתקופה זו. מינוי מנהל הטלוויזיה בערבית אינו נעשה על-ידי הממשלה, אלא נערך בדרך של מכרז, בדומה למינויים מקצועיים אחרים בשירות המדינה. אם כשל המכרז בהבאת מועמדים מתאימים, המינוי נעשה באמצעות ועדת איתור.¹¹⁴ באותו מקרה התעוררה בעיית ניגוד עניינים בהליכי

108 שני מזרחי "מועמדים לשפיטה? הציגו ציונים" מעריב חדשות 27.2.2007 www.nrg.co.il/online/1/ART1/549/844.html; "לאורך כל הדין [בוועדה לבחירת שופטים] לחצה בייניש למנות שופטים רבים בטענה כי 'המערכת קורסת בגלל מחסור בכח אדם'".
 109 ס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.
 110 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), ס"ח התשס"ח 813.
 111 על התנגדותם של השופטים לכינוס הוועדה ראו בג"ץ 9843/08 פורום משפטי, לעיל ה"ש 1, פס' 1; אביעד גליקמן "פרידמן תוקף: ביניש מונתה בזמן ממשלת מעבר" ידיעות אחרונות 22.9.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3600572,00.html.
 112 בג"ץ 9843/08 פורום משפטי, לעיל ה"ש 1, פס' 13.
 113 שם, פס' 12.
 114 עניין רשות השידור, לעיל ה"ש 2.

ועדת האיתור, אך לא מסיבה זו נפסל ההליך בבית-הדין לעבודה. פסילת מינויו של מנהל הטלוויזיה בערבית התבססה על עיתויו, קרי, על העובדה שהוא נערך בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר. ודוק: אף-על-פי שאין הממשלה מוסמכת למנות או להתערב בהליכי המינוי, נפסל המינוי כי הממשלה הינה ממשלת-מעבר. לא הובאו אף כל ראיות להשפעה או לנסיון השפעה של הממשלה על המינוי שנדון.¹¹⁵ מראית פני הצדק היא שמילאה כאן תפקיד מכריע בתוצאת העתירה, אף שלא ברור איזו מראית נפגעה, בהינתן שאין הממשלה מוסמכת להתערב באותו מינוי, בין בתקופת מעבר ובין בתקופת כהונה רגילה. יתר על כן, ספק אם פסיקה זו עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בית-המשפט העליון באותו עניין. בבג"ץ ח"כ אושעיה נדונה שאלת מינויים של מנהל הערוץ הראשון של רשות השידור ומנהל חטיבת החדשות בטלוויזיה בתקופת בחירות. נקבע כי "מדובר במינויים מקצועיים מובהקים" שיש צורך לעשותם אף בתקופת בחירות.¹¹⁶ כן נקבע כי "אפילו אם הממשלה מינתה – כאמור בחוק... חברים במליאת רשות השידור ובוועד המנהל, החברים ממילא גם בוועדת המכרזים, עדיין אין בכך כדי להצביע על אי תקינות הליכי המינוי בוועדה עצמה..."¹¹⁷ בית-המשפט דרש ראיות להוכחת התערבות פוליטית פסולה במינויים הספציפיים שנדונו, ואלה לא נמצאו.

(3) מינויים שלגביהם יש לממשלה השפעה מכרעת

בית-המשפט פסק באופן דומה לעניין מינוי חברים למועצות דתיות בתקופת ממשלת-מעבר. מכיוון שלממשלה יש שליטה ישירה במחצית הרכב המועצה כמעט, ואף על המחצית הנוותרת יש לה השפעה מכרעת, מצא בית-המשפט כי בתקופת ממשלת-מעבר עדיף להימנע ממינוי חברים למועצות דתיות.¹¹⁸ בית-המשפט קבע כי רב החשב ששיקולי הממשלה במינוי יהיו פסולים או לפחות יתפסו ככאלה על-ידי הציבור.¹¹⁹ דומה כי בעיני בית-המשפט היה חשוב להותיר את מינויים של חברי המועצה הדתית לממשלה המייצגת את דעתו העדכנית ביותר של הציבור. בפסק-דין מוקדם יותר, שניתן בספטמבר 1997, הובהר כי שיקולים פוליטיים הם לגיטימיים במינוי מועצות דתיות. בית-המשפט נתן גושפנקה

115 שם (בדעת רוב, מפי הנשיא אדלר, נדחה ערעור נגד פסיקת בית-הדין האזורי לעבודה).

116 בג"ץ 10134/02 ח"כ אושעיה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(2) 49, 53 (2003).

117 שם, בעמ' 54.

118 על-פי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, ס"ח 130, 45% מחברי המועצה מוצעים על-ידי שר הדתות; 45% – על-ידי הרשות המקומית; ו-10% – על-ידי הרבנות המקומית. בשלב השני כל רשות מחווה את דעתה על מועמדיהן של הרשויות האחרות. אם אין הסכמה, מכריעה בנושא ועדת שרים בראשות ראש הממשלה. בשלב האחרון רשאי שר משרי הממשלה לערער על החלטתה של ועדת השרים, ואז יובא הדבר להכרעת הממשלה כולה.

119 בג"ץ 8815/05 עו"ד לנדשטיין נ' עו"ד שפיגלר (פורסם בנבו, 26.12.2005).

לשינוי בהרכב המועצה כתוצאה מכך שחברים קיימים אינם מייצגים עוד את המפלגות שמהן באו.¹²⁰ עולה כי מינוי שלגביו לממשלה יש השפעה מכרעת ראוי להותיר לממשלה הנכנסת, ולהימנע ככל האפשר מלעשותו בתקופת מעבר.

מעניין שלא כל מינוי שנעשה על-ידי הממשלה או מי משריה ערב בחירות הוא פסול. כך, למשל, בפסק-דין שקדם להלכת וייס אישר בית-המשפט את מינוים של חברי מועצה מקומית ממונים בזרזיר, אף שהן הקמת המועצה והן מינוי חבריה נעשו יום לפני הבחירות לכנסת, ומחליפו של שר הפנים לאחר הבחירות ביקש לנקוט מדיניות אחרת. בית-המשפט ראה במעשהו של שר הפנים היוצא משום ביטוי לכבוד ראוי שהוא רוחש לרגשותיהם של תושבי המקום הברווים המשרתים בצה"ל, ולא ראה בכך מחטף פוליטי הנעשה סמוך לבחירות. פסיקה זו הסתמכה על הגנה על הציפיות הלגיטימיות של חברי המועצה שמונו. נוסף על כך התבססה פסיקה זו על העובדה ש"אין כל טענה שאלה מונו לתפקידם על ידי השר הקודם על סמך שיקולים זרים כלשהם – פוליטיים – מפלגתיים או אחרים".¹²¹

הגבלות משמעותיות על פעולתה של ממשלת-מעבר בתחום הציבורי באו לידי ביטוי גם בעתירה בנושא איחוד רשויות מקומיות ביהודה ושומרון.¹²² באמרת-אגב ציין בית-המשפט כי אין זה ראוי שמשרד הפנים – באמצעות ידו הארוכה, המפקד הצבאי ביהודה ושומרון – ישלים את הליך האיחוד של רשויות מקומיות בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר, וזאת אף שכל ההחלטות העקרוניות בנושא התקבלו בטרם נהפכה הממשלה לממשלת-מעבר.¹²³ המסר העולה מפסקי-הדין בתחום המינויים והעשייה במגזר הציבורי הוא ברור. אין למנות שופטים, רבנים ראשיים, חברי מועצות דתיות או מנהל טלוויזיה בערבית – ובהרחבה, מינויים משמעותיים ברשות השופטת, בשירות המדינה או ברשויות המקומיות – בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר. הטעמים לכך מרובים: בין משום שחשוב שהגוף

120 באותו מועד אף לא היה בית-המשפט נחרץ כי אין זה ראוי למנות למועצות דתיות בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר. אולם בית-המשפט סבר כי אם הדבר מוצדק, אזי ההסבר לכך הוא שראוי כי ההרכב ייצג ככל האפשר את דעת הציבור העדכנית כביטוייה בבחירות האחרונות לכנסת. בג"ץ 5621/96 ראש עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791 (1997).
121 בג"ץ 5240/96 ג'ועמים נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 300, 289 (1997). השוו בג"ץ 4065/09 עו"ד כהן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 20.7.2010), שבו נפסל מינוי הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים משום שהוא נעשה בתקופת מעבר. בית-המשפט קבע כי היה על הממשלה להשאיר את הממונה כממלא-מקום זמני, ולא למנותו במינוי-קבע עד לכינונה של ממשלה חדשה.

122 עניין אלחייני, לעיל ה"ש 1.

123 שם, פס' 24 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. באותו מקרה ביקש משרד הפנים לדחות בשלושה חודשים את מועד קיומן של בחירות למועצה אזורית ביהודה ושומרון. המשרד נימק כי הוא צופה שהמועצה תאוחד עם אחרת, ולפיכך הוא מבקש לקיים הליך בחירות משותף, שבו יוכלו להשתתף כלל התושבים המשתייכים לרשות האזורית המאוחדת. בית-המשפט קיבל את העתירה נגד דחיית מועד הבחירות בשל חשיבותה של הזכות לבחור ולהיבחר, ולנוכח ספקותיו שהליך האיחוד, שנפרש על-פני ארבע השנים האחרונות, אכן יסתיים במהרה.

הממנה ישקף את דעתו העדכנית של הציבור, בין משום שהמינוי עלול להיתפס בציבור כמונע על-ידי שיקולים פסולים, ובמיוחד משום שהמינוי נתפס בעיני בית-המשפט כעניין סופי שאין חזרה ממנו. בית-המשפט אדוק בגישתו זו עד כדי כך שהוא מיישם אותה אף מקום שהממשלה אינה ממלאת כל תפקיד במינויים או מהווה מיעוט בהרכב המחליט על המינוי. בשני מקרים אחרונים אלה גילה לכאורה המחוקק כי לדעתו אופיו של המינוי אינו פוליטי, אולם הפסיקה נקטה גישה אחרת.

(ג) חלוקת טובין חומריים לציבור

דומה כי פסק-הדין שעסק בשאלת סמכותה של ועדת סל התרופות להתכנס ערב הבחירות לכנסת עניינו בחלוקת טובין חומריים על-ידי השלטון בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר.¹²⁴ פסק-הדין תמוה לכאורה: נאסר על ועדת הסל להתכנס לפני הבחירות, אך הותר לה להתכנס מייד לאחריהן, ובטרם תיכון ממשלה חדשה. יתר על כן, הודגש בפסק-הדין כי מותר לממשלת-המעבר, לאחר הבחירות, לאמץ את החלטותיה של ועדת הסל בדרך של הרחבת סל התרופות.¹²⁵ הכיצד? הרי אם איסור התכנסותה של ועדת הסל נבע מזהותה של הממשלה כממשלת-מעבר, אזי זהות זו אינה משתנה אף לאחר הבחירות ועד שתיכון ממשלה חדשה. היינו מצפים אפוא כי מה שנאסר על ממשלת-מעבר לעשות לפני הבחירות ייאסר עליה אף ביתר שאת לאחר הבחירות.¹²⁶ מתחם הסבירות שממשלת-מעבר רשאית לפעול במסגרתו, בלשונו של הנשיא ברק בהלכת וייס, "נעשה צר יותר – והצורך באיפוק ובריסון נדרש יותר – לאחר הבחירות, ובטרם יחל ראש הממשלה הנבחר בכהונתו, והכול כפוף לצורכי הציבור החיוניים".¹²⁷ אך פסק-הדין בעניינו של סל התרופות מורנו אחרת. לפיכך דומה כי מה שעמד ביסוד החלטתו של בית-המשפט בנושא סל התרופות – אף שהדבר לא נאמר על-ידי מפורשות – הוא החשש שאם ועדת הסל, ובעקבותיה הממשלה, תחלטנה לפני הבחירות על הרחבת סל התרופות, יהווה הדבר מעין שוחד-בחירות וניסיון לחלק טובין חומריים בדמות תרופות, כדי לחזק את תמיכת העם בשלטון הקיים.¹²⁸ ייתכן

124 בג"ץ 2453/06 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 21.3.2006) (להלן: הלכת ההסתדרות הרפואית).

125 שם, פס' 3–4 לפסק-דינו של השופט גרוניס, ופס' 3 לפסק-דינה של השופטת נאור.

126 הדבר נכון אף אם דומה מתוצאות הבחירות כי מפלגת השלטון נותרה זהה. ראו דיון לעיל בתת-פרק 1א.

127 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 470.

128 ועדת סל התרופות ממונה על-ידי שרי הבריאות והאוצר. היא מייעצת לממשלה ולמועצת הבריאות בנוגע להרחבת סל הבריאות ולהרכב הסל. אין לה עיגון רשמי בחוק, אלא רק בהחלטת ממשלה. בבג"ץ 9370/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 29.12.2009) טענו העותרים כי מועצת הבריאות – אשר הרכבה וסמכותה מעוגנים בחוק

שלכך רומזת השופטת נאור בכותבה כי "המאבק האמיתי, הוא על כך שהחלטת ממשלה לה שואפים העותרים, תינתן עוד לפני הבחירות ובלחץ הבחירות ואז יגבר הסיכוי שהממשלה תקבל את המלצתה הצפויה של ועדת הסל".¹²⁹ מכיוון שמדובר בסכנה של חלוקת טובין חומריים כאמצעי להשפעה על תוצאות הבחירות, ראה בית-המשפט לנכון לאסור את הרחבת הסל לפני הבחירות, אך התיר זאת לאחר הבחירות, משנעלם החשש שהחלטה תהווה מעין שוחד-בחירות.

עצם ההחלטה להרחיב את סל התרופות – להבדיל מעיתויה – לא נתפסה על-ידי בית-המשפט כעניין המחייב איפוק על-ידי ממשלת-מעבר עד שתיוון ממשלה חדשה, משום שקיים "צורך ציבורי חיוני" בעשייה מצילת חיים. לגישה זו ניתן למצוא תימוכין גם בעובדה שההחלטה על הרחבת סל התרופות אינה מהווה חריגה של ממש מניהולה השוטף של המדינה. לפיכך, אף אם מדובר בחריגה מתקציב הסל המקורי שתוכנן לשנה, אין זו חריגה כה משמעותית המחייבת המתנה לממשלה חדשה.

פסק-דין נוסף שניתן אולי לסווגו כשייך לתחום זה של חלוקת טובין חומריים ערב בחירות עסק בהגשת מסקנותיהן של ועדות חקירה לשר הפנים בעניין חלוקת הכנסות ושינוי גבולות בין רשויות מקומיות. זאת, מכיוון שגם בעניין זה קבע בית-המשפט כי המלצותיהן של הוועדות לא תוגשנה עד לאחר הבחירות לרשויות המקומיות.¹³⁰ שוב, הדגש כאן הוא כנראה ברצון למנוע השפעה לא-הוגנת על הבחירות עצמן.

מצאנו אפוא כי מקום שבית-המשפט סבור כי קיים חשש שפעולה נעשית במגזר הציבורי ערב בחירות מתוך רצון להשפיע בעקיפין על תוצאות הבחירות באמצעות חלוקת טובין חומריים, הוא אוסר את עשיית הפעולה לפני הבחירות, אך מתיר אותה לאחריהן, ואף בטרם תקום ממשלה חדשה. כאן הדגש הוא בעיתוי הפעולה ערב בחירות, ולא בפעולה עצמה, אשר יכולה להיות מעיקרה עניין שבסמכותה השוטפת של הממשלה. ראוי שבית-המשפט ייטיב להסביר את הנמקתו, ויבהיר אם השיקולים המוצעים על-ידינו הם אכן אלה שעמדו ביסוד הכרעותיו בנושא רגיש זה.

נשאלת השאלה במה הסוגיה של חלוקת טובין חומריים שונה מסוגיית המינויים הציבוריים. לכאורה, בשני המקרים מדובר בחלוקת טובין ערב בחירות. התשובה היא שבמינוי ציבורי טובת-ההנאה היא אולי לממונה, אך ההשלכות על הציבור חורגות אל מעבר לתקופת הבחירות. המינוי הוא אמצעי להשפיע, לקבוע ולהכריע בסדר-יום ציבורי מעבר לתקופת המנדט. הממונה מוסמך להחליט לכל אורך כהונתו, והשפעתו אינה מצומצמת אפוא לתקופת המעבר, אלא נמשכת גם מעבר לה. לכן אין לראות במינוי ציבורי

ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 – היא שאמורה להחליט בנושאים שבהם דנה ועדת הסל. העתירה נדחתה.

129 הלכת ההסתדרות הרפואית, לעיל ה"ש 124, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת נאור.

130 בג"ץ 6413/08 מועצה אזורית חבל מודיעין נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 1.12.2008).

עניין של היגינה ציבורית גרידא. לעומת זאת, בחלוקת טובין חומריים, עצם החלוקה היא לציבור. היא משפיעה רק אם היא נעשית לפני הבחירות. לאחר הבחירות אין בחלוקה כדי להשפיע על בחירות שכבר הוכרעו. על-כן לאחר בחירות אין בחלוקה כדי להוות שוחד-בחירות. עמדה זו מתחזקת לנוכח העובדה שאנשים נוטים להעדיף שיקולים לטווח קצר על שיקולים לטווח ארוך, ועל-כן לא ברור כלל מה תהיה השפעתה של חלוקה לאחר בחירות על סיכוייה הפוליטיים של ממשלת-המעבר בעתיד. מכאן הדין השונה שחל בשתי הקטגוריות. במינויים ציבוריים יש להמתין עד שתיכון ממשלה חדשה, ואילו חלוקת טובין חומריים אי-אפשר לעשות לפני בחירות, אך ניתן לעשותה לאחר בחירות. התמונה העולה מהפסיקה בתחום סמכויותיה של ממשלת-מעבר היא אפוא שבית-המשפט אינו מהסס להגביל את ממשלת-המעבר מלפעול מקום שהוא סבור כי יש להמתין עם הפעולה עד לכינונה של ממשלה חדשה – למשל, בנושא של מינויים במגזר הציבורי. הקושי הגדול הוא להבין מדוע בית-המשפט סבור כי משא-ומתן לשלום ניתן לנהל בכל מועד, אך מינויים ציבוריים – לא. בפרק הבא נציע כמה הסברים אפשריים לגישתו של בית-המשפט, ונבקר אותם.

ג. מדוע תוצאות הפסיקה שונות בקטגוריות השונות?

מהפסיקה עולים כמה נימוקים להבחנה בין מינויים לבין משא-ומתן לשלום: סוגיית הפיכותה של ההחלטה, עד כמה חשוב שדעתו העדכנית של העם תיוצג, שאלת השפיות וסוגיית קיומם של מנגנוני ביקורת חלופיים. האם נימוקים אלה אכן תומכים בתוצאה שממשלת-מעבר רשאית לנהל משא-ומתן לשלום אך אסור לה, באופן גורף כמעט, למנות לתפקידים ציבוריים? לבחינת נימוקים אלה נעבור עתה.

1. שאלת ההפיכות

הפסיקה מבחינה בין המקרים, בין היתר, בנימוק שמינויים הינם סופיים, בעוד הסכם שלום ניתן להתנות באישור הכנסת והממשלה.¹³¹ האם גישה זו מעניקה לגיטימציה לפעולה של ממשלת-מעבר בתחום המשא-ומתן המדיני?

למעשה, בית-המשפט נסמך כאן על ההבחנה הרווחת כיום במשפט הבין-לאומי בין שלב החתימה לבין שלב האשרור של הסכמים בין-לאומיים. בעוד שבעבר היה די בחתימה, כיום ההנחה היא שדרוש אשרור כדי שהאמנה תחייב במשפט הבין-לאומי. הטעם לשינוי שחל בדין נובע במידה רבה מהתפתחות הדמוקרטיה ומעקרון הפרדת הרשויות. בעבר

131 פרשת סיעת המפד"ל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 716.

מנהלי המשא-ומתן היו נציגיו של השליט ועושי דברו. על-כן המשפט הבין-לאומי לא צפה פער בין עמדות השליט לבין עמדותיהם של חותמי ההסכם אלא אם כן הייתה חריגה מסמכות. לעומת זאת, בתקופה המודרנית התגבשה ההכרה כי הגוף הביצועי של המדינה, המנהל משא-ומתן מדיני, עלול לא לייצג את דעותיו של הגוף המחוקק. לפיכך הפער בין שלב החתימה לשלב האשרור נועד לוודא שההסכם זוכה באישורם של הגופים החוקתיים כגדרש בחוקותיהן של מדינות רבות.¹³² ראוי גם להדגיש כי פעמים רבות הן החתימה והן האשרור נעשים על-ידי הרשות המבצעת, אף מקום שהדין הפנימי מחייב את אישור בית-המחוקקים. אלא שבמקרה האחרון, קודם לאשרור על-ידי הרשות המבצעת לצורכי המשפט הבין-לאומי, הרשות המבצעת מבקשת את הסכמת בית-המחוקקים כמתחייב בדין הפנימי.¹³³

לכאורה, אפוא, אין משמעות רבה לשלב החתימה על הסכמים, שהרי ניתן להתנער מהתחייבויות בין-לאומיות על-ידי אי-אשרורן. קיימות אף דוגמאות אמפיריות רבות להסכמים שלא אושרו על-ידי מדינות שחתמו עליהם. אך לדעתנו יהא זה מוטעה להמעיט בחשיבותו של שלב החתימה על הסכם בין-לאומי מכמה סיבות. ראשית, ההבחנה בין שלב החתימה לשלב האשרור רלוונטית בעיקר לאמנות רב-צדדיות.¹³⁴ לגבי אמנות כאלה, מדינה היא רק שחקן אחד מני רבים, כוח המיקוח שלה קטן יותר (במיוחד אם היא אינה מדינה רבת-השפעה), וממילא ברור שעליה לחזור עם הנוסח המוצע למדינתה כדי לקבל את אישורי הגופים הפנימיים הרלוונטיים. לעומת זאת, באמנות דו-צדדיות ההבחנה בעייתית יותר. אם ההסכם אינו לרוחה של המדינה, הבררה בידה לא להצטרף אליו מלכתחילה. המשפט הבין-לאומי מכיר בחובת תום-הלב כחובה מרכזית, ואין זה ראוי שמדינה תחתום על הסכם בשעה שידוע לגוף המבצע כי אין לו תמיכה מבית-המחוקקים כדרוש בדין הפנימי לצורכי אשרור האמנה. כמובן, תמיד עומדת לממשלה האפשרות לקיים את חובת תום-הלב באמצעות יידוע הצד האחר כי היא פועלת בניגוד לעמדת הפרלמנט באותו עניין, וכי אישורו דרוש לצורך מתן תוקף מחייב להסכם. אך במצב זה ספק אם הצד האחר יאות לנהל משא-ומתן. יתר על כן, הדבר עלול לפגום במעמדה של הממשלה ולהחלישה במשאים-ומתנים עתידיים.

132 ראו, למשל: John Eugene Harley, *The Obligation to Ratify Treaties*, 13 AM. J. INT'L L. 389 (1919); Cuttis A. Bradley, *Unratified Treaties, Domestic Politics, and the U.S. Constitution*, 48 HARV. INT'L L.J. 307 (2007).

133 ע"פ קמיואר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 58, 123-120 (1968) (להלן: הלכת קמיואר).

134 ראו, למשל: Joanna Harrington, *Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament*, 50 MCGILL L.J. 465, 472 (2005); Edward T. Swaine, *Unsigning*, 55 STAN. L. REV. 2061 (2003).

שנית, שלב החתימה כשלעצמו יוצר התחייבויות-ביניים במשפט הבין-לאומי. על-פי אמנת וינה, שנחשבת בעלת מעמד של משפט בין-לאומי מנהגי, בשלב שבין החתימה לאשרור על המדינה להימנע מצעדים שעלולים לפגוע במטרת ההסכם. בלשון סעיף 18 לאמנת וינה: "A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty". אומנם, התחייבות זו קמה רק בשלב-הביניים, וניתן להתנות אחרת בהסכם עצמו. כמו-כן, התחייבות זו בטלה משהודיעה המדינה כי היא אינה מאשררת את האמנה. אך עצם מחויבות-ביניים זו מעניקה נפקות משפטית לאקט החתימה על הסכם בין-לאומי. כך, כדי להתנער ממחויבויות-ביניים אלה, נקט הנשיא בוש הבן צעד חסר תקדים של ביטול החתימה (unsigned) על אמנת רומא בדבר הקמת בית-המשפט הבין-לאומי הפלילי. מעניין שהנשיא קלינטון חתם על אמנת רומא בשלהי הקדנציה שלו, ואכן הוטחה נגדו ביקורת שלפיה לא היה ראוי שהוא יעשה כן בתקופת הדמדומים של ממשלו.¹³⁵

שלישית, שלב החתימה מגבש את נוסחו הסופי של ההסכם. לאחריו ההחלטה אם לאשררו היא בעיקרה בינרית, מהסוג של "הכל או לא-כלום", במיוחד בהסכמים דו-צדדיים. השלב העיקרי שבו ניתן אפוא להשפיע על תוכנו של ההסכם הוא שלב המשא-ומתן.¹³⁶ כמובן, אם ידוע לממשלה כי דרוש אישור של הפרלמנט לשם אשרור ההסכם, לכאורה עמדת הפרלמנט תשפיע כבר על ניסוח ההסכם. אך הנחה זו בעייתית ביותר לנוכח שני השיקולים הבאים.

רביעית, כאשר הפרלמנט מחליט לא לאשרר הסכם בין-לאומי שנחתם על-ידי הממשלה, הדבר גורר נזק למוניטין הבין-לאומי של המדינה וליכולתה לנהל משא-ומתן בעתיד. הדבר נכון במיוחד בהסכמים בין-לאומיים דו-צדדיים. על-כן, לעיתים יעדיף פרלמנט לאשרר הסכם בין-לאומי אף מקום שהעדפתו הראשונית הייתה שהוא לא ייחתם כלל.¹³⁷

חמישית, החלטת מדינה לא לאשרר הסכם בין-לאומי עלולה לעיתים להזיק למדינה אף מעבר לפגיעה במוניטין שלה. הדבר עלול לדרדר את יחסיה עם המדינות שעימן חתמה על ההסכם, ואף לגרום לנקיטת סנקציות פורמליות או לא-פורמליות נגדה מצד הקהילה הבין-

135 Swaine, שם.

136 אומנם, על-פי ס' 19 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות (נפתחה לחתימה ב-1969). untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (להלן: אמנת האמנות), מדינה יכולה להסתייג מחלק מההסכם בשלב האשרור. אך הסתייגות זו אפשרית רק אם הדבר לא נאסר באמנה, וההסתייגות אינה נוגדת את מהות האמנה ומטרתה. יתר על כן, אמנת וינה מוסיפה וקובעת מפורשות כי מקום שמדובר במספר מצומצם של מדינות מתקשרות, וברור ממהות האמנה ומטרתה כי תנאי להסכמת המדינות המתקשרות הוא שהאמנה תישם במלואה, יש להשיג את הסכמת הצד האחר כדי להסתייג מהאמנה (ס' 20(2) לאמנת האמנות).
137 לדיון בדינמיקה שבין הגוף המחוקק לבין הגוף המבצע בכריתת אמנות בין-לאומיות ראו: LISA L. MARTIN, DEMOCRATIC COMMITMENTS: LEGISLATURES AND INTERNATIONAL COOPERATION (2000).

לאומית. דברים אלה נכונים במיוחד במצב שבו החותמת היא מדינה קטנה ולהסכם יש השלכות משמעותיות על מדינות אחרות.

לא בכדי כותבים מרכזיים בתחום סמכויותיה של ממשלת-מעבר מציינים כי דווקא בתחום של ניהול יחסי החוץ על ממשלת-מעבר לנהוג בריסון.¹³⁸ דווקא בתחום זה על ממשלות לפעול בשיתוף-פעולה עם בית-המחוקקים, שכן זהו תחום שמחייב יציבות והמשכיות, ויכולת ההשפעה בו מוכתבת במידה רבה מהמוניטין של המדינה ומאמינותה. כך, למשל, כותבים בירמן ומרשל:

Midnight presidential action in foreign relations can be much more damaging to the interests of the United States and the principles of presidential succession than late term conduct in the domestic sphere. As a general matter, the ability of the United States to engage in foreign relations depends to a great extent on its reliability as an international partner. Abrupt changes in foreign policy can do great damage to the country's ability to advance its interests internationally. Because of this, once an outgoing administration makes a commitment, it may be very difficult for the incoming administration to reverse course... In our view, these special factors in the foreign relations context give rise to a duty on the part of an outgoing administration to refrain from engaging in avoidable significant foreign policy initiatives during the transition period and perhaps during the lead up to the election.¹³⁹

כדאי גם להדגיש כי קיים מתח מובנה בין המשפט הבין-לאומי לבין עקרונות בסיסיים של הדמוקרטיה. בעוד שלטון הרוב מחייב לאפשר לרוב לשנות את חוקיו, על-פי המשפט הבין-לאומי אין צד יכול לסגת מהתחייבויותיו באופן חד-צדדי, אף אם חלו חילופי שלטון במדינתו. על-כן חובה להקפיד שממשלת-המעבר לא תחרוג מסמכותה דווקא בתחום של ניהול יחסי החוץ, להבדיל מענייני הפנים. בעוד בענייני פנים עומדים לרשות ממשלה חדשה

138 Nagle, לעיל ה"ש 42, בעמ' 340; Nancy Amoury Combs, *Carter, Reagan, and Khomeini*; 52 HASTINGS L.J. 303 (2001); Ryan Patrick Phair, *The Lame Duck Presidency: A Case for Restraint on 'Midnight' Actions During the Transition Period* (2008), available at www.acslaw.org/files/Phair%20Issue%20Brief.pdf.

139 Jack M. Beerermann & William P. Marshall, *The Constitutional Law of Presidential Transitions*, 84 N.C. L. REV. 1253, 1281–1282 (2006).

כלים רבים לביטול החלטות אחרונות של ממשלת-מעבר, בתחום של ניהול ענייני החוץ עומדים לרשותה כלים מעטים בלבד.¹⁴⁰

כיצד שיקולים אלה באים לידי ביטוי בהקשר של חתימה אפשרית של מדינת-ישראל על הסכם שלום? הסכם השלום שנדון בפרשת וייס, אילו נחתם, היה בין שני צדדים: ישראל והרשות הפלסטינית. לכנסת ישראל היה קשה להתנער ממנו לאחר שנחתם, הן בשל הנזק למוניטין והן בשל העובדה שהדבר היה עלול לגרום סנקציות נגדה מצד הקהילה הבין-לאומית. כמו-כן היה הדבר עלול לדרדר את יחסיה עם הרשות הפלסטינית. על-כן ספק אם בהתניית אשור ההסכם באישור הכנסת היה כדי לפתור את בעיית העדר הלגיטימציה הנובעת מכך שממשלת-מעבר, אשר אינה נהנית מאמון הכנסת, היא שמנהלת משא-ומתן וחותמת על הסכם שלום.

נוסף על כך, במציאות של המשאים-ומתנים במזרח התיכון, פעמים רבות משא-ומתן נפתח מהנקודה שבה סיימו נושאים-ונותנים קודמים.¹⁴¹ כך, למשל, הזהיר היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין את ממשלת ברק, בתחילת 2001, כי אין זה ראוי שהיא תנהל משא-ומתן בתקופת מעבר. לדבריו, נסיונה של ישראל באשר להסכמות טנטטיביות במשא-ומתן הוא ש"הסכמה משוחררת לא תוחזר", קרי קשה מאוד לחזור ממה שהובן כויתור במו"מ".¹⁴² באופן דומה הבהיר לאחרונה נשיא ארצות-הברית ברק אובמה לראש הממשלה נתניהו כי "המשא ומתן לא יתחיל מנקודת האפס, לא נסכים לזרוק את הרקורד ההיסטורי לפח". לפי אותו מקור, "יש רקורד היסטורי של כל המשא ומתן שהתנהל בעבר".¹⁴³ על-כן חשוב שהנושאים-ונותנים בשם מדינת-ישראל ייהנו ממנדט מהעם.

יתר על כן, על-פי הדין הנוהג בישראל, משעה שממשלת ישראל חתמה ואישרה (או אררה) אמנה, זו מחייבת את מדינת-ישראל במשפט הבין-לאומי, אף אם הכנסת מתנגדת לאמנה.¹⁴⁴ זו אף ההצהרה בכתב שנתנה מדינת-ישראל בעניין זה לאו"ם:

The position can therefore be summarized in the following way: (A) the legal power to negotiate, sign and ratify international treaties on behalf of Israel is vested exclusively in the government of Israel and is in the charge of the minister for foreign affairs; (B) where the Knesseth has

140 לתימוכין ראו Combs, לעיל ה"ש 138, בעמ' 329–340.
 141 איתמר רבינוביץ חבלי שלום: ישראל והערבים (1948–2003) 138 (2004) ("ידעו הישראלים והפלסטינים כאחד, שמרגע שוויתור מסוים או רעיון כלשהו הונחו על שולחן המשא ומתן, אין עוד לבטל את רישומם, אף אם 'נמשכו' חזרה באורח פורמאלי").
 142 רובינשטיין, לעיל ה"ש 78.
 143 ברק רביד ונטשה מוזגוביה "אובמה לנתניהו ועבאס: אני מתחיל לאבד סבלנות" הארץ Online 23.9.2009 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1116331.html.
 144 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 914–924; הלכת קמיאר, לעיל ה"ש 133, בעמ' 97.

given its approval to the ratification of the treaty, the act of ratification is signed by the president of the state.¹⁴⁵

ודוק: חוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כי נשיא המדינה "יחתום על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על ידי הכנסת".¹⁴⁶ אך הממשלה, והפסיקה בעקבותיה, פירשו סעיף זה רק כמחייב חתימה של הנשיא על אמנה מקום שהכנסת אישרה אותה דה-פקטו. הסעיף לא פורש כמחייב את הסכמת הכנסת לשם אשרור אמנות. זה המצג שיצרה מדינת-ישראל כלפי מדינות אחרות שעומן היא מנהלת משא-ומתן.¹⁴⁷ אומנם, בספרות הועלתה הטענה כי קיים מנהג חוקתי שלפיו הסכמי שלום הכוללים שינויי טריטוריה מחייבים הסכמה של הכנסת,¹⁴⁸ אך מהלכת וייס עולה כי לא הוכח מנהג זה.¹⁴⁹ על-כן שינוי הדין הנוהג ביחס למשא-ומתן עם הרשות הפלסטינית, כך שנדרשת הסכמה של הכנסת כתנאי לתוקף ההסכם במישור הבין-לאומי, היה מחייב את ישראל להצהיר על כך מפורשות לצד האחר – ואולי אף למוסדות האו"ם – כבר בשלב המשא-ומתן. זאת, כדי לקיים את חובת תום-הלב בניהול משא-ומתן. אין די בהצהרה לפני בג"ץ כי ממשלת ישראל תתנה את תוקף ההסכם באישור הכנסת.¹⁵⁰

אך בית-המשפט בפרשת וייס לא דרש מהממשלה כי תיידע את הצד האחר ואת מוסדות האו"ם בדבר החובה להשיג את הסכמת הכנסת כתנאי לתקפות ההסכם במישור הבין-לאומי. בית-המשפט אף לא התנה את תוקף ההסכם, אילו נחתם, באישורן של הכנסת והממשלה הנכנסות לאחר הבחירות. לכן ניתן לדמיין מצב שבו לא רק שההסכם היה נחתם על-ידי ממשלת-מעבר, אלא אשרורו היה נעשה על-ידי כנסת וממשלה יוצאות, אשר המנדט לפעולתן חלש.¹⁵¹ יתר על כן, היועץ המשפטי לממשלה התחייב כאמור בפרשת וייס לכלול בהסכם תניה שלפיה תוקפו יהיה תלוי באישורים הנדרשים על-פי הדין הפנימי, אולם לא

145 הלכת קמיאר, לעיל ה"ש 133, בעמ' 104.
 146 ס' 11(א)(5) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118.
 147 הלכת קמיאר, לעיל ה"ש 133, בעמ' 96, 103–105. ראו גם גיל-עד נועם "כריתת אמנות בישראל: הדין המצוי" הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה 31 (2009) law.huji.ac.il/upload/Treaties.doc (המסמך כולו להלן: הסמכות לכרות אמנות).
 148 שמעון שטרית "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות" הפרקליט לו 349 (1985).
 149 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 468. ראו גם נועם, לעיל ה"ש 147; ברק מדינה ויובל שני "חלוקת סמכויות בהליך התקשרות המדינה באמנות בין-לאומיות: עקרונות יסוד" הסמכות לכרות אמנות, לעיל ה"ש 147, 5, בעמ' 10 ("טרם נפסקה הלכה חד-משמעית בשאלה האם הכנסת היא אמנם הגורם המוסמך, מבחינת המשפט החוקתי בישראל, לאשר את התקשרות המדינה באמנות בעלות חשיבות מדינית וציבורית").
 150 על החשיבות של יידוע הצד האחר ראו, למשל, Bradley, לעיל ה"ש 132; הלכת קמיאר, לעיל ה"ש 133, בעמ' 126–129; נועם, לעיל ה"ש 147.
 151 על ההבחנה בין כנסת נכנסת לבין כנסת יוצאת ראו דיון להלן בס' 2(ג).

ברור כלל מהם אותם אישורים הנדרשים על-פי הדין הפנימי.¹⁵² החוק מחייב אישור של הכנסת לשינויים טריטוריאליים, אך רק לגבי שטחים שהוחלו עליהם המשפט, השיפוט והמנהל, קרי, לא ביחס ליהודה ושומרון.¹⁵³ עם זאת, ככל שמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות של אזרחי ישראל שהתיישבו ביהודה ושומרון אכן תידרש חקיקה של הכנסת לשם תקפות ההסכם בדין הפנימי (להבדיל מהדין הבין-לאומי).¹⁵⁴ ברוח זו, בית-המשפט בהלכת לבנת לא פירש כלל את הלכת וייס כנשענת על התניית ההסכם באישור הכנסת.¹⁵⁵

נסכם כי ספק אם יש בהתניית תוקפו של הסכם שלום באישור הכנסת כדי לרפא את הפגם הבסיסי של ניהול משא-ומתן לשלום על-ידי ממשלת-מעבר שאינה נהנית מאמון הכנסת. לעצם ניהול המשא-ומתן ולחתימה על ההסכם יש השלכות כבדות-משקל על המוניטין של ישראל ועל יכולתה לנהל משא-ומתן בעתיד, על שאלת הטלתן של סנקציות בין-לאומיות אם לא יאושר ההסכם, על הצורך להצביע על ההסכם כמקשה אחת בכנסת בלי יכולת להשפיע על תוכנו, על קיום חובת תום-הלב בניהול משא-ומתן דו-צדדי, ועל חובות-הביניים הקמות במשפט הבין-לאומי מעצם החתימה על ההסכם.

2. סוגיית המנדט: חשיבות ייצוג דעתו של העם

מהפסיקה עולה כי דה-פקטו הקפיד בית-המשפט שדעתו העדכנית של העם תיוצג במינויים יותר מאשר בניהול משא-ומתן לשלום. להלן נבחן את חשיבותו של המנדט בכל אחת מקטגוריות אלה.

(א) משא-ומתן לשלום

באפיינו את הדמוקרטיה הישראלית, קבע בית-המשפט העליון כי "ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק".¹⁵⁶ דברים אלה נאמרו בהקשר של כלל ההסדרים הראשוניים, התוחם את סמכויות הממשלה באמצעות הדרישה כי בנושאים העולים כדי הסדרים ראשוניים תכריע הכנסת, ולא הממשלה. בית-המשפט אף

152 על הכרוסום שחל בגישה ה"דואליסטית", המבחינה בין תקפותו של הסכם במישור הבין-לאומי משא-ומתן על-ידי הממשלה לבין אי-תקפותו במישור הפנימי עד חקיקת הכנסת, ראו מדינה ושני, לעיל ה"ש 149; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 921-924.

153 ראו לעיל ה"ש 75.

154 ראו דיון להלן בס' 2ג(א).

155 ראו דיון לעיל בס' 3א(א).

156 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 104, בעמ' 508.

הדגיש כי גישה זו אינה ייחודית לכלל ההסדרים הראשוניים, אלא "רצון זה לשמור על מעמדה הרם של הכנסת הוא בעל תחולה כללית".¹⁵⁷

גישה זו מתחייבת ביתר שאת מקום שמדובר בהחלטות על שינויים טריטוריאליים. בחשיבה החוקתית, ויתור על סמכות שלטונית ושינויי טריטוריה נחשבים פעולות מכוננות, המחייבות הסכמה מיוחדת מהעם.¹⁵⁸ בישראל, לעומת זאת, לא אומץ עד כה הכלי של משאל-עם, והסכמה ישירה של העם אף אינה נתפסת על-ידי בית-המשפט כחיונית לשם שינוי טריטוריאלי.¹⁵⁹ יתר על כן, חלק-הארי של הטריטוריה מושא המשאים-ומתנים עם הפלסטינים לא סופח מעולם לשטחה של מדינת-ישראל, ואף לא הוחלו עליו המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה. על-כן דינו כדין שטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית", ולא כדין שטח המצוי בריבונותה של המדינה.¹⁶⁰ עם זאת, מכיוון שאזרחי ישראל התיישבו בחלק מהטריטוריה, תוך שיתוף-פעולה או העלמת-עין מצד ממשלות ישראל, נדרש שהכנסת תהיה שותפה מלאה למהלכים העלולים לפגוע בזכויות חוקתיות רבות של אזרחים.¹⁶¹ לפיכך הסמכת ממשלת-מעבר, אשר אפילו המנדט היומיומי שלה מוגבל, לנהל משאים-ומתנים בנושאים כאלה הינה בעייתית. קל וחומר כאשר מדובר בממשלה העושה מהלכים שביתת-המשפט עצמו, בפרשת וייס, תופס אותם כשנויים במחלוקת ציבורית קשה, ואשר גרמו לנפילתה של הממשלה ומהווים נושא מרכזי בבחירות.¹⁶²

לא רק שינויים טריטוריאליים זכו בהתייחסות מיוחדת של הכותבים בהקשר של מנדט, אלא גם ניהול יחסי החוץ בכלל. Bagehot, למשל, כתב כי אי-אמון בשיטה פרלמנטרית נועד להחליף ראש ממשלה, במיוחד כאשר אין מרוצים מהחלטותיו בתחום יחסי החוץ.¹⁶³ אפילו בארצות-הברית, שבה נהוגה שיטה נשיאותית, נכתב כי תהליך ההדחה (impeachment) צריך לשמש מקבילה לאי-אמון בשיטה הפרלמנטרית, ויש להשתמש בו דווקא כאשר הנשיא מפר באופן מהותי את עקרון הפרדת הרשויות והאיזונים והבלמים בתחום ניהול יחסי החוץ, באופן המונע מהקונגרס את האפשרות לפקח באופן אפקטיבי על ניהול יחסי החוץ.¹⁶⁴

157 שם, בעמ' 511.

158 A. V. DICEY, ENGLAND'S CASE AGAINST HOME RULE (photo. reprint 1973) (1886); A. V. DICEY, A LEAP IN THE DARK (1893); JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT the Second Treatise §141 (Peter Laslett ed., 1988); REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY (David Butler & Austin Ranney eds., 1994).

159 פרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 75, בעמ' 566.

160 שם, בעמ' 514-516. אך ראו את דעת המיעוט של השופט לוי, שם, בעמ' 774-778.

161 שם, בעמ' 560.

162 ראו דיון לעיל בתת-פרק ב2.

163 BAGEHOT, לעיל ה"ש 34, בעמ' 78-79.

164 Lori Fisler Damrosch, *Impeachment as a Technique of Parliamentary Control over Foreign Affairs in a Presidential System?* 70 U. COLO. L. REV. 1525 (1999).

חשוב גם להדגיש כי חובתן של ממשלות-מעבר לנהוג באיפוק אינה מוטה על-ידי אידיאולוגיה של ימין או שמאל. כך, למשל, הוגשה עתירה נגד החלטת ראש הממשלה נתניהו לסגור את האוריינט האוס סמוך לבחירות. בעתירה נטען כי ההחלטה התקבלה כדי להשפיע על תוצאות הבחירות, וכי היא עלולה לגרור שפכות-דמים. במקרה זה הוציא בית-המשפט צו-ביניים המונע למשך שבוע את סגירת האוריינט האוס, ובכך נתן למעשה לעותרים את הסעד הסופי שביקשו בעתירה, שכן באותו שבוע התקיימו בחירות.¹⁶⁵ ניתן אף לתהות אם תמונת-הראי של ניהול הסכם שלום היא ניהול מלחמה. בית-המשפט בהלכת וייס אכן גזר את סמכותה של הממשלה לנהל משא-ומתן לשלום, בין היתר, מסמכותה לנהל מלחמה.¹⁶⁶ לאחרונה היינו עדים לכך שממשלת-מעבר לא נרתעה מליזום את המבצע הצבאי בעזה שכונה "עופרת יצוקה".¹⁶⁷ לכאורה, סמכותה לעשות כן עולה בעקיפין מסמכותה, על-פי בית-המשפט, לנהל משא-ומתן לשלום. אנו רואים אם כן שממשלות-מעבר מנהלות משאים-ומתנים לשלום ובה-במידה יוצאות למבצעים צבאיים. אך אלה כאלה עלולים להיות בעייתיים בשעה שלממשלה יש מנדט מוגבל בלבד, לאחר שאיבדה את אמון הכנסת. נעיר כי גם אם מבצעים צבאיים אלה היו מחויבי-המציאות, לפחות היה על ממשלת-המעבר לשקול בכובד-ראש אם ראוי לה, כממשלת-מעבר, לצאת לפעולות כאלה. ספק אם הדבר נעשה, כפי שמעידים דבריו של בגין בתוקפו את הכור בשעתו, וכפי שמעיד העדרו של כל דיון ציבורי בנושא סמכותה של ממשלת-המעבר של אולמרט לצאת למבצע "עופרת יצוקה".¹⁶⁸ עם זאת, דומה כי מבצע "עופרת יצוקה" נעשה בהסכמתה של האופוזיציה ועל-כן לא היה שנוי במחלוקת ציבורית.¹⁶⁹ הסכמה על המבצע יש בה כדי למתן את הבעייתיות הטמונה בעצם ניהולו של מבצע כזה בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר, כפי שנטען ביתר הרחבה להלן בהגיענו לדין הרצוי.

כיצד אפוא ניתן להסביר את הלכת וייס? לדעתנו, היה אפשר להבחין את הלכת וייס מהלכת לבנת, אף ששתייהן עוסקות בניהול משא-ומתן מדיני בזמן כהונתה של ממשלת-מעבר, באופן הבא: הלכת וייס ניתנה ביחס לממשלת-מעבר שבראשה עמד ראש ממשלה

165 ראו מעוז, לעיל ה"ש 22. מעוז מבקר את התוצאות השונות שאליהן הגיע בית-המשפט במקרה האוריינט האוס (עתירה מצד שמאל של המפה שהתקבלה דה-פקטו) אל מול מקרה המשא-ומתן לשלום (עתירה מהצד הימני של המפה שנדחתה).

166 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 471.

167 ב-21 בספטמבר 2008 הגיש ראש הממשלה אולמרט את מכתב התפטרותו לנשיא המדינה. ראו רונן מדזיני "תם עידן: אולמרט הגיש מכתב התפטרות לנשיא" ידיעות אחרונות 21.9.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3599974,00.html. מבצע "עופרת יצוקה" נמשך בין ה-27 בדצמבר 2008 לבין ה-21 בינואר 2009. הבחירות לכנסת התקיימו רק ב-10 בפברואר 2009.

168 ראו לעיל את פרק המבוא.

169 רונן ליבוביץ' ורביב דרוקר "מפלגות הימין נגד הפסקת האש: הטילים יגיעו לתל אביב ולדימונה" **nana10** 17.1.2009 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=610288.

שנבחר בבחירות ישירות לראשות הממשלה. באותה תקופה הייתה שיטת המשטר שלנו מעורבת – מעין-פרלמנטרית ומעין-נשיאותית.¹⁷⁰ לפיכך נהנה ראש הממשלה ממנדט נפרד מהעם, אשר התחרה עם המנדט שקיבלה הכנסת בבחירות. לפיכך, אף שאיבדה הממשלה את אמון הכנסת, עדיין נהנה ראש הממשלה ממנדט נפרד מהעם, אשר אפשר לממשלתו להמשיך בניהול המשא-ומתן עם הפלסטינים למרות היותה ממשלת-מעבר, מה-גם שבאותו מועד טרם התקיימו בחירות שהיה בתוצאותיהן כדי לערער את המנדט הישיר שממנו נהנה ראש הממשלה ברק. באופן דומה, בארצות-הברית, שבה נהוגה שיטת משטר נשיאותית, נהוג לייחס לנשיא היוצא, אף לאחר שנבחר נשיא חדש ועד לתחילת כהונתו, את מכלול הסמכויות הנשיאותיות המלאות המצויות בידיו של כל נשיא. ידועה בהקשר זה אמירתם של נשיאים נכנסים כי "יש רק נשיא אחד בתפקיד", והוא הנשיא המכהן. הסיבה לגישה זו נעוצה בכך שנשיא אמריקאי נבחר על-ידי העם בנפרד, ונהנה ממנדט עצמאי לארבע שנים מלאות.¹⁷¹

מבחינה זו ייתכן שהלכת וייס הייתה נכונה לתקופתה – תקופת בחירות ישירות לראשות הממשלה – אף שהשופטים בפרשה זו לא ביססו את פסיקתם על אופי הבחירות לראשות הממשלה. לעומת זאת, הלכת לבנת ניתנה בדצמבר 2008, לאחר שבוטלו הבחירות הישירות לראשות הממשלה, ונותרנו עם שיטה פרלמנטרית טהורה. בשיטה זו, משאיבדה הממשלה את אמון הכנסת, אין לה מנדט נפרד מהעם. על-כן אין זה ראוי שהיא תנהל משא-ומתן שיש לו השלכות הרוט-גורל על עתיד העם. אך בית-המשפט בפרשת לבנת לא ערך הבחנה זו, ולא הגיע לתוצאה שונה מזו של הלכת וייס, אף שההבחנה המוצעת הייתה מובילה לתוצאות שונות בשני המקרים.

(ב) מינויים

דווקא בסוגיית המינויים דומה כי בית-המשפט הקפיד הקפדת-יותר, ומנע מינויים אף מקום שממילא אסור לממשלה להתערב במינוי. לדעתנו, שאלת עריכתו של המינוי בתקופת הדמדומים צריכה להיות תלויה במידת השפעתה של הממשלה על המינוי. מקום שבהרכב הגוף הממנה אין רוב לנציגי הרשויות הנבחרות, דומה כי המחוקק עצמו סבר שסוגיית הייצוגיות אינה המכרעת לצורך המינויים, אלא דרש שההכרעה תתקבל על בסיס ענייני ומקצועי, ולא פוליטי. במקרה כזה ספק אם ראוי לעצור את המינוי בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר.

170 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 688–689.

171 עם זאת, גם בשיטה האמריקאית נהוג שהנשיא היוצא אינו מחל ביוזמות חדשות שאין ביכולתו לסיים לפני כניסתו של הנשיא החדש לתפקידו. נוסף על כך, נשיאים יוצאים נוהגים להיוועץ עם נשיאים חדשים נבחרים בנושאים קריטיים שעל הפרק, ולתאם עמדות. ראו: Ivo H. Daalder & James M. Lindsay, *Lame-Duck Diplomacy*, 24 WASH. Q. 15 (2001).

כך, למשל, מועד מינוים של רבנים ראשיים מוכתב לכאורה מכוח הוראות חוק, ולא על-פי רצון שרירותי של ממשלה יוצאת. נוסף על כך, אין לרשויות הנבחרות – הכנסת והממשלה – רוב בגוף הממנה את הרבנים הראשיים. מתוך 150 חברים באספה הבוחרת רבנים ראשיים, 80 הינם רבנים ו-70 הינם נציגי ציבור. החוק קובע את זהותם של החברים באספה הבוחרת, ומותר בידי הממשלה והכנסת יכולת להשפיע על זהותם של 27 חברים בלבד.¹⁷² יתר על כן, 27 חברים אלה כוללים רק שני שרים וחמישה חברי-כנסת. לגבי שאר החברים, משמונו, אין לממשלה ולכנסת לכאורה השפעה על אופן הצבעתם, שכן זו מתקיימת בחשאי.¹⁷³ בכך לכאורה הביע המחוקק את דעתו כי ייצוג העם במינוי הרבנים אינו נעשה בעיקרו על-ידי הממשלה והכנסת, אלא על-ידי קשת רחבה של נציגי ציבור מסוגים שונים. ספק אפוא אם יש מניעה למנות רבנים ראשיים בתקופת כהונתה של ממשלת-מעבר, בניגוד לגישתו של בית-המשפט. עם זאת, אין להסתפק רק בלשון החוק. ככל שבפועל הדברים מתנהלים באופן שלממשלה ולכנסת יש בכל-זאת השפעה מכרעת על המינוי, יש להמתין עימו עד לאחר הבחירות.¹⁷⁴

באשר לאיסור מינוי שופטים על-ידי ממשלת-מעבר, מעניין שטענה דומה הועלתה בארצות-הברית בתקופת הקדנציה הראשונה של הנשיא ג'ורג' בוש הבן. פרופסורים בעלי-שם למשפט חוקתי טענו כי מכיוון שנותר ספק באשר לתוצאות הבחירות, ולנוכח עצירת הספירה החוזרת בפלורידה על-ידי בית-המשפט העליון האמריקאי, אין לנשיא בוש מנדט למנות שופטים לבית-המשפט העליון האמריקאי.¹⁷⁵ כאשר שיטת המינוי היא פוליטית, אכן יש בעייתיות במינוי שופטים בתקופת ממשלת-מעבר, כפי שמוכיח המקרה המפורסם של *Marbury v. Madison*.¹⁷⁶ לידתה של פרשת

172 ס' 7-8 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980, ס"ח 90. בקווים כלליים, הרבנים באספה הבוחרת כוללים 30 רבני עיר מן הערים הגדולות, 14 רבני עיר מהמועצות המקומיות הגדולות, 2 רבנים אזוריים מהמועצות האזוריות הגדולות, 8 רבנים מהמושבנים הגדולים, רב השכונה הוותיק מכל אחת מארבע הערים ירושלים, תל-אביב-יפו, חיפה ובאר-שבע, 10 הדיינים הוותיקים ביותר, הרב הצבאי הראשי וסגנו. נציגי הציבור כוללים את 25 ראשי הערים הגדולות, 6 ראשי המועצות המקומיות הגדולות, 4 ראשי המועצות האזוריות הגדולות, 14 ראשי המועצות הדתיות של הערים הגדולות, 4 ראשי המועצות הדתיות של המועצות המקומיות הגדולות. החוק אף קובע כי הגודל של עיר, מועצה או אזור ייקבע לפי מספר התושבים היהודיים.

173 27 החברים באספה הבוחרת שלממשלה ולכנסת יש השפעה על מינוים כוללים, נוסף על המצוין בטקסט, גם 10 רבנים ו-10 אנשי ציבור שימנה שר הדתות באישור הממשלה.

174 על הפער המצוי לעיתים בין לשון החוק לבין המציאות בפועל בכל הקשור להשפעה פוליטית על מינויים ראו, למשל, בג"ץ 6673/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר התחבורה, פד נו(1) 799, 815 (2001).

175 ראו, למשל: Bruce Ackerman, *The Court Packs Itself*, THE AMERICAN PROSPECT, Feb. 12, 2001, at 48.

176 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

Marbury בהחלטתו המפורסמת של הנשיא הנכנס ג'פרסון לבטל מינויים חפוזים אחרונים שנעשו על-ידי ממשלת-המעבר של קודמו אדמס מתוך רצון לחלוש על עמדות השפעה מעבר לתקופת המנדט שלו. לאחר שהפסיד בבחירות, העביר אדמס את ה־ Judiciary Act of 1801, ובאמצעותו יצר משרות שיפוטיות חדשות רבות, ואף אייש אותן. לגבי מספר קטן של מינויים התעוררה הבעיה הבאה. המינויים נערכו על-ידי הנשיא אדמס ואושרו בחותם על-ידי מזכיר המדינה, שהיה לא אחר מאשר נשיא בית-המשפט העליון ג'ון מרשל, שכינה בכפל תפקידים. אולם כתב המינוי לא נמסר לממונים בטרם נכנס ג'פרסון למשרתו. ג'פרסון ביטל מינויים אלה או סירב להכיר בהם כתקפים. בין הנפגעים היה מרבורי, אשר עתר בעקבות זאת בטענה כי קמה לו זכות קניינית למשרתו. אף שנשיא בית-המשפט העליון האמריקאי מרשל סבר כי אכן קמה למרבורי הזכות למשרתו, הוא נמנע מליתן לו סעד, ובכך נמנע מעימות ישיר עם הממשל החדש.¹⁷⁷ אין כל אזכור בהלכת *Marbury* לרקע הבעייתי של המינוי, שנעשה בדרך של מחטף בתקופת מעבר, ואף לא למעורבותו האישית של הנשיא מרשל במינוי.

בישראל התשובה לשאלה אם יש למנות שופטים בזמן כהונתה של ממשלת-מעבר צריכה להיגזר, בין היתר, מן האופן שבו אנו רואים את שיטת מינוי השופטים. ככל שלדעתנו מדובר בשיטת מינוי מקצועית, ולא פוליטית, אין צורך לעכב את המינוי.¹⁷⁸ לעומת זאת, ככל שהוועדה מונעת ומושפעת באופן מובהק מהפוליטיקאים היושבים בה, וככל ששיקוליה הם פוליטיים, יש להמתין עם המינוי עד לאחר הבחירות. מסקנתנו היא כי מבחינה דמוקרטית דומה שהשלכותיהם של הסכמי שלום על כל אורחות חיינו ובטחוננו עולות לאין שיעור על ההשלכות של מינוי רבנים ראשיים, ואף של מינוי שופטים לבית-המשפט העליון. לגבי הסכמי שלום, יותר מאשר לגבי מינויים, חשוב שפעולת הממשלה תייצג את דעת העם. יתר על כן, מקום שאין לכנסת ולממשלה השפעה מרעית על המינוי, ספק אם יש מקום לעכבו אף בתקופת ממשלת-מעבר.

3. סוגיית השפיטות

הסבר אפשרי אחר לפסיקה המבחינה בין ניהול משא-ומתן לשלום לבין מינויים פוליטיים הוא סוגיית השפיטות. על-פי הסבר זה, בית-המשפט מבקש להימנע מלהתערב בנושאי חוץ וביטחון, דוגמת ניהול משא-ומתן לשלום, ורואה סוגיות אלה כעניינים שבהם מסור לרשות

177 לרקע ההיסטורי של פסק-הדין ראו, למשל: James M. O'Fallon, *The Politics of Marbury*, in *MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY* 17 (Mark Graber & Michael Perman eds., 2002). כן ראו Nagle, לעיל ה"ש 42.

178 ראו, למשל, יצחק זמיר, אמנון רובינשטיין ויורם גיא-רון דין וחשבון הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים (2001) 08-58-57 (2001) news1.co.il/Archive/004-D-250-00.html?tag=08-58-57 (המכונה גם "דוח ועדת זמיר").

המבצעת מתחם רחב ביותר של סבירות ושיקול-דעת.¹⁷⁹ על-כן הוא יתקשה למצוא החלטה שתיפול מחוץ למתחם ותיחשב לא-סבירה. בית-המשפט אומנם אינו מאפיין סוגיות אלה כ"לא-שפיטות", בהתאם למגמה הכללית בפסיקה הישראלית לראות כמעט כל נושא כשפוט, אך תוצאות פסיקתו מלמדות על ריסון עצמי מרבי מהתערבות בסוגיות אלה.¹⁸⁰ אלה מאיתנו הנמנים עם מחנה הריאליזם המשפטי יסבירו כי תוצאות הפסיקה השונות במקרי מינויים בהשוואה למשאים-ומתנים לשלום נובעות מהרגישות הפוליטית ומהסיכון הטמון בהתערבות של בית-המשפט דווקא בנושא האחרון.

לדעתנו, ספק אם גישה זו מוצדקת. בית-המשפט בפרשות וייס ולבנת לא התבקש על-ידי העותרים לחוות דעה על תוכנו של המשא-ומתן, אלא רק על הסמכות לנהלו בשל עיתויו. שרטוט היקפה של הסמכות החוקתית של הרשויות האחרות מצוי בלב סמכותו של בית-המשפט. הנשיא ברק, שכתב את דעת הרוב בפרשת וייס, התייחס מפורשות לסוגיית השפיטות בפרשת רסלר המוקדמת יותר, שבה קבע כי "גם לעניין מלחמה ושלום יש לקבוע, מהו האורגן המוסמך לקבל ההחלטה, ומהו טיב שיקוליו (למשל, איסור שחיתות אישית). ניתן כמובן לקבוע – ושאלה זו פתוחה היא וקשה – כי שאר הלכות שיקול הדעת המנהלי אינן חלות".¹⁸¹

כדאי גם לזכור כי נושאים רבים שהוסדרו בעבר כעניינים פנימיים-חוקתיים של המדינה מוסדרים כיום באמצעות הסכמים בין-לאומיים. לפיכך קיים חשש ממשי שהרשות המבצעת תאדיר את כוחה על-חשבון הגוף המחוקק באמצעות הסדרת נושאים, שהיו בעבר מושא חקיקה, באופן בין-לאומי. אם הרשות המבצעת תפעל בתחומים אלה ללא אישורו של הגוף המחוקק, הדבר עלול ליצור "גירעון דמוקרטי" קשה.¹⁸² על-כן מומחים למשפט בין-לאומי מציעים כי בתי-המשפט לא יסלקו ידם מתחום הפיקוח על סמכויות הניהול של יחסי החוץ בכלל ועל העברת סמכויות ריבוניות בפרט.¹⁸³

179 בג"ץ 10357/08 פורום משפטי, לעיל ה"ש 1.

180 על מהפכת השפיטות הישראלית, שעל-פיה רבים עד-מאוד הנושאים שייחשבו שפיטים, ראו הלכת רסלר, לעיל ה"ש 104; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991). עם זאת, מופיעות במקביל "טכניקות הימנעות", אשר בית-המשפט משתמש בהן כדי לעקוף החלטות רגישות במיוחד. ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 65–68 (רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, 2000); דפנה ברק-ארו "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ(1) 3 (2008).

181 הלכת רסלר, לעיל ה"ש 104, בעמ' 488.

182 ראו, למשל, מדינה ושני, לעיל ה"ש 149; תומר ברודי "כריתת אמנות במדינת ישראל – הלכה למעשה", הסמכות לכרות אמנות, לעיל ה"ש 147, 48.

183 לסקירת הספרות בתחום ראו, למשל: 89 Jide Nzelibe, *The Uniqueness of Foreign Affairs*, Iowa L. Rev. 941 (2003–2004).

למה הדבר דומה? בעתירות בנושאים בטחוניים המעלות סוגיות של זכויות אדם אין בית-המשפט מדיר עצמו מהכרעה בהן בטענה שאין הוא מתערב בנושאים בטחוניים, אלא בוחן אם הפגיעה בזכויות האדם היא חוקתית. כך, למשל, התערב בית-המשפט בסוגיות הנוגעות באופן ניהול מלחמה, ובכלל זה בסוגיית "הסיכולים הממוקדים" ובסוגיית "נוהל שכן".¹⁸⁴ בעשותו כן, הסביר בית-המשפט, אין הוא מנהל את הצבא או את מדיניות הביטחון של ישראל, אלא רק מבטיח כי גם במסגרת מדיניות הביטחון של ישראל תכובדנה זכויות האדם. תפקיד דומה שמור לבית-המשפט בהבטחה כי רשויות השלטון אינן חורגות מסמכותן וכי פעולתן סבירה. קל וחומר שהתערבותו של בית-המשפט דרושה כאשר אין מדובר רק בתיחום הסמכויות השלטוניות החוקתיות בין הרשויות השונות, אלא בשמירה על לב ההליך הדמוקרטי – זכותו של העם לקבוע את הסדריו בנושאי שלום וביטחון. במקרים אחרים הדגיש בית-המשפט כי שמירת אופייה הדמוקרטי של המדינה נתפסת על-ידי כלב תפקידו וכעיקרון חשוב עד כדי כך שאפילו חוק-יסוד לא יסכון לבטל את הדמוקרטיה או לשנות שינוי מהותי בה.¹⁸⁵ יתר על כן, בעוד סמכותו של בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית מעוררת בתיאוריה החוקתית ויכוחים רבים לגבי אופייה האנטי-רובני (the counter-majoritarian difficulty), שמירת בית-המשפט על ההליך הדמוקרטי והגנתו על עקרון הכרעת הרוב נתפסות כמחזקות את הדמוקרטיה.¹⁸⁶

חשוב גם להדגיש: דעת הרוב בפרשת וייס לא קבעה כי הנושא אינו שפיט, אלא כי ניהול משא-ומתן לשלום שנים-עשר יום לפני בחירות – אף שהוא שנוי במחלוקת ציבורית עזה ואף שהממשלה נפלה בגין נושא זה וקיים חשש ממשי כי מוסרות השלטון תוחלפנה בבחירות (כפי שאכן קרה) – אינו חורג ממתחם הסבירות.¹⁸⁷ בכך בית-המשפט עלול להעניק מבלי משים לגיטימציה לתרבות שלטונית של פעולות חפוזות מצד ממשלות-מעבר בתחומים רגישים אשר שנויים במחלוקת פוליטית עזה. אם המסר מאחורי פסיקתו של בית-

184 ראו בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 14.12.2006); בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

185 ראו, למשל, בעניין גיוס בחורי הישיבות לצה"ל, עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 104, פס' 84 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי." לדברים אלה הסכים המשנה לנשיא חשין בדעת מיעוט, בכותבו כי "עיקרים אלה שבדמוקרטיה נעלים הם מחוקי יסוד... אין הכנסת מוסמכת לבטל את הדמוקרטיה או לשנות שינוי מהותי בה" (שם, פס' 28 לפסק-דינו).

186 JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980)

187 בית-המשפט לא סייג את פסק-דינו לשיטת הבחירות הישירה שנהגה בזמן ממשלת ברק. ראו דיון לעיל בס' 28(א).

המשפט הוא כי אין זה ראוי שהוא יתערב כלל בתחום ניהול יחסי החוץ, אזי היה על בית-המשפט לומר באופן ברור כי הנושא אינו שפיט.¹⁸⁸

במדינות רבות אכן נהוג להתייחס לנושא סמכויותיה של ממשלת-מעבר כאל נושא שאינו שפיט או כאל נושא שמסור מעיקרו למוסכמות חוקתיות שאינן נאכפות על-ידי בית-המשפט. אולם באותן מדינות נושא סמכויותיה של ממשלת-מעבר בכללותו, לרבות לעניין מינויים, אינו שפיט. יתר על כן, באותן מדינות לא בוטלה כמעט כליל דוקטרינת השפיטות, כפי שנעשה בישראל.¹⁸⁹ בישראל, שבה כמעט כל נושא נחשב שפיט, ספק אם יש הצדקה להוציא מכלל השפיטות דווקא את הנושא של ניהול משא-ומתן לשלום על-ידי ממשלת-מעבר. התפיסה כי כמעט הכל שפיט משפיעה על התנהגותן של רשויות השלטון, וההנחה היא שאם בית-המשפט אינו מתערב, משמע שההתנהגות ראויה. בלשונו של Thayer:

No doubt our doctrine of constitutional law has had a tendency to drive out questions of justice and right, and to fill the mind of legislators with thoughts of mere legality, of what the constitution allows. And moreover, even in the matter of legality, they have felt little responsibility; if we are wrong, they say, the courts will correct it.¹⁹⁰

דווקא בשל מציאות זו לא היסס בית-המשפט העליון הישראלי להכתיב במקרים אחרים לממשלה כיצד לנהוג כדי לקיים תרבות ציבורית ראויה בהעדר מעצורים טבעיים משל עצמה. כך, למשל, קבע בית-המשפט כי חובה על הממשלה והעומד בראשה לפטר שרים אם הוגשו נגדם כתבי אישום חמורים בפלילים.¹⁹¹ דומה כי דין דומה צריך לחול ביחס לסמכויותיה של ממשלת-מעבר.

מסקנתנו היא כי אי-אפשר לדון בסוגיית הביקורת השיפוטית על ממשלת-מעבר במנותק ממדיניות הביקורת השיפוטית בכללותה, שעל-פיה נושאים כה רבים נחשבים שפיטים בישראל. אי-אפשר לדון בה גם בהתעלם מהמציאות הבין-לאומית, המחייבת התערבות של

188 לטענה כי זו אכן הייתה צריכה להיות עמדתו של בית-המשפט בפרשת וייס ראו מעוז, לעיל ה"ש 22.

189 Beermann & Marshall, לעיל ה"ש 139, בעמ' 1270 (There are no cases addressing presidential duties and obligations with respect to transition, and even if a legal dispute developed, it is likely that a court would find it nonjusticiable") ראו גם: Glyn Davis et al., *Rethinking Caretaker Conventions for Australian Governments*, 60(3) AUST. J. PUBL. ADMIN. 11 (2001).

190 James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 155–156 (1893). עם זאת, Thayer טען זאת כסימוכין לכך שצריך לצמצם את מעורבותם של בתי-המשפט בפעולת המחוקק, להבדיל מטענתנו במאמר זה.

191 לסקירת הפסיקה בהקשר זה ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 839–845.

בתי-המשפט כדי להגן על אופייה הדמוקרטי של מדינתם מפני אובדן יכולת ההשפעה של העם ונציגיו הנבחרים מול התגברות כוחם של גופים ותהליכים בין-לאומיים.

4. קיומם של מנגנוני ביקורת חלופיים

בית-המשפט בהלכת וייס הדגיש כי אחת הסיבות המרכזיות לאי-התערבותו היא שהכנסת יכולה לפקח על פעולותיה של ממשלת-מעבר. שיקול זה מניע לעיתים בתי-משפט במדינות אחרות להכיר בסוגיה כלא-שפיטה. להלן נבחן את הדרכים העומדות לרשות הכנסת ואת מידת יעילותן.

המכשיר הראשוני והעיקרי של הכנסת לפיקוח על פעולות ממשלה הוא מכשיר האי-אמון.¹⁹² מכיוון שממשלה יודעת כי כהונתה מותנית באמון הכנסת, היא לא תעשה פעולות שתגרומנה לאובדן האמון בה, אם היא ממשלה חפצת-חיים. עם זאת, משעה שממשלה הינה ממשלת-מעבר, ממילא ניטל ממכשיר האי-אמון כל עוקצו. אי-אפשר להביא לידי סיום כהונתה של ממשלה שכהונתה כבר הסתיימה.

עם זאת, האם מכשיר האי-אמון כמכשיר נזיפה, או אפילו סתם החלטה של הכנסת לבקר את פעולת הממשלה, אין בהם כדי לשמש אמצעי פיקוח על פעולותיה של ממשלת-מעבר? הכנסת יכולה לחייב את הממשלה רק באמצעות חקיקת חוקים. החלטות של הכנסת או של ועדותיה אינן מחייבות נורמטיבית את הממשלה. הכנסת היא גוף מחוקק, ואין זה ראוי שהיא תפעל כגוף מבצע.¹⁹³ על-כן, אפילו תנוזף הכנסת בממשלה, נזיפה זו אינה מחייבת את הממשלה לפעול על-פי הוראות הכנסת.¹⁹⁴ שונה הדבר מקום שחוק קובע כי דרושה הסכמה של הכנסת בדרך של החלטה לשם מעשה ביצוע. או-אז מקור תוקפה הנורמטיבי של החלטת הכנסת בחוק.

בסוגיה של שינויים טריטוריאליים אכן נדרש אישור של הכנסת, אך רק לגבי שטחים שהוחלו עליהם המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל, דהיינו, לא ביחס ליהודה ושומרון. יתר על כן, החוק אינו מחייב אישור של הכנסת לפני חתימת ההסכם, אלא רק לפני יישומו.¹⁹⁵ הוא הדין מקום שמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות הנובעות מפינוי שטחים. אף

192 שם, בעמ' 745.

193 Roy Gregory, *Parliamentary Control and the Use of English*, 43(1) PARLIAMENT. AFF. 59 (1990).

194 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 747. ראו גם "המעמד המשפטי של החלטות ועדות הכנסת" (חוות-דעת של היועצת המשפטית של הכנסת, 19.3.2007) www.knesset.gov.il/LegalDept/heb/Publications3.pdf. לדעה אחרת ראו יורם דנציגר "חיזוק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד? (חלק א)" הפרקליט לד 212 (1982); יורם דנציגר "חיזוק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד? (חלק ב)" הפרקליט לד 413 (1982).

195 ראו לעיל ה"ש 75.

שהדבר מחייב חקיקה של הכנסת, חקיקה זו אינה דרושה לפני חתימת ההסכם.¹⁹⁶ לפיכך אין באלה כדי לפתור את הבעייתיות הטמונה בעצם חתימתו של הסכם שלום על-ידי ממשלת-מעבר, כפי שנדון לעיל.

אם כן, מה בדבר חקיקה שתגביל את פעולת הממשלה? ראשית, נציגי הממשלה שולטים בדרך-כלל בוועדות הכנסת החשובות, וביכולתם להקפיא או לעכב כל חקיקה שהינה למורת-רוחם למשך תקופה ממושכת.¹⁹⁷ דומה כי כך קרה ביחס להצעות החוק שביקשו להגביל את סמכותה של ממשלת-המעבר של ברק לנהל משא-ומתן לשלום.¹⁹⁸ שנית, חקיקה, מעצם מהותה, נועדה בדרך-כלל לטפל במקרה הכללי, ולא להסדיר מקרה קונקרטי.¹⁹⁹ על-כן מכשיר החקיקה אינו המכשיר הרצוי לפיקוח ולתגובה על פעולות ספציפיות של הממשלה. שלישית, דווקא כאשר מדובר בניהול משא-ומתן בין-לאומי, סמכות הפיקוח של הכנסת מוגבלת ממילא. קשה לכנסת לדעת מה מתרחש בחדרי המשא-ומתן אם הממשלה אינה מדווחת על כך לכנסת באופן יזום ופעיל. הכרחי אפוא שהממשלה המנהלת את המשא-ומתן תהא לפחות ממשלה הנהנית מאמון הכנסת, ולא ממשלת-מעבר. אף הטיעון "ישפוט הציבור" בבחירות הקרובות הוא בעייתי כנימוק המאפשר לממשלה לנהל משא-ומתן לשלום עד ימים ספורים לפני הבחירות.²⁰⁰ ראשית, בית-המשפט נדרש להכריע בשאלה אם מלכתחילה (*ex ante*) יש לממשלת-מעבר סמכות חוקתית להכריע בנושאי משא-ומתן לשלום. הכרעה בסוגיה זו הייתה מדריכה את התנהגות הממשלה מראש בתקופת כהונתה כממשלת-מעבר. שאלה נפרדת היא מה הדין שצריך לחול בדיעבד (*ex post*) אם ממשלת-המעבר כרתה הסכם שלום.²⁰¹ שנית, אפילו בחר הציבור בממשלה חלופית, מה דינו של הסכם שלום שכבר נחתם ואולי אף אושרר בתקופת ממשלת-מעבר? הסכם זה היה עדיין מחייב את מדינת-ישראל במישור הבין-לאומי, כפי שהוסבר לעיל. על-כן אין בדין הבוחר כדי לספק תרופה לחריגה מסמכותה של הממשלה.

מסקנתנו היא כי הנימוקים השונים שהוצעו על-ידי בית-המשפט לאי-התערבותו בנושאים של ניהול משא-ומתן לשלום, להבדיל ממינויים, על-ידי ממשלות-מעבר – שאלת הפיכותה של ההחלטה, חשיבות ייצוג דעתו של העם בעניין, סוגיית השפיטות ושאלת

196 פרשת חוף עזה, לעיל ה"ש 75.

197 בקווים כלליים, יושב-ראש ועדה קובע את סדר-יומה של הוועדה. רוב חברי הוועדה יכולים להוסיף נושא, אך הוא יידון רק לאחר הנושאים שקבע היושב-ראש (ס' 103 לתקנון הכנסת, "פ' התשכ"ח 590). אם עוכבה הצעת חוק שישה חודשים בוועדה, יושב-ראש הוועדה חייב במתן הסבר בכתב ליושב-ראש הכנסת (ס' 112 לתקנון הכנסת).

198 ראו דיון לעיל בתת-פרק ב2. ראו גם מעוז, לעיל ה"ש 22.

199 לדיון ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 284–296.

200 הלכת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 479 (השופט זמיר).

201 על ההבחנה בין השפעות *ex post* לבין השפעות *ex ante* של כללים ראו, למשל, אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75 (2007).

קיומם של מנגנוני ביקורת חלופיים – כל אלה מצביעים כי דווקא בתחום של ניהול משא-ומתן לשלום התערבותו של בית-המשפט דרושה יותר מאשר בשאלת המינויים, או לפחות נדרשת באותה מידה. חוסר האחידות בתוצאות פסיקתו של בית-המשפט עולה, לטענתנו, כדי חוסר עקביות. יתר על כן, הוא עלול לתרום לתרבות שלטונית אשר מאפשרת לממשלות-מעבר לפעול באין מפריע בתחומים הרי-גורל השנויים במחלוקת ציבורית עזה. בפרק הבא נדון במתווה לדין הרצוי בסוגיה.

ד. מתווה לדין הרצוי

בפרק זה נציע כי ראוי שדין אחד יחול על כל ממשלות-המעבר, ללא תלות בעילה ליצירתן. דין זה יכלול פרשנות מחודשת להלכת וייס באמצעות הצבת פרמטרים ליישומו של העיקרון כי על ממשלת-מעבר לנהוג באיפוק אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה". על פרמטרים אלה ניתן ללמוד על-דרך ההיקש מהלכת ההסדרים הראשוניים. בין הפרמטרים המרכזיים ליישומה של אמת-מידה זו יוצב עקרון הפעולות השוטפות, להבדיל מהגישה בהלכת וייס.

1. האם העילה ליצירת ממשלת-מעבר צריכה להשפיע על הדין החל?

בית-המשפט בהלכת וייס צמצם את תחולת פסק-דינו לאחת מצורותיה של ממשלת-מעבר – זו הנוצרת בעקבות התפטרות ראש הממשלה.²⁰² אך בית-המשפט לא הסביר במה ממשלת-מעבר הנוצרת בעקבות התפטרות ראש הממשלה שונה מממשלת-מעבר הנוצרת מעילות אחרות. יתר על כן, בפסיקה מאוחרת יותר יושמה הלכת וייס ללא כל בחינה של העילה ליצירת ממשלת-מעבר או התייחסות אליה.

לדעת המצדדים בהתניית היקף סמכויותיה של ממשלת-מעבר בעילה ליצירתה, היה מקום להמשיך לבחון מדוע התפטרה הממשלה בכל אחד מהמקרים העומדים לבחינה. לכאורה, דין שונה צריך להיות לראש ממשלה המתפטר מסיבות משפחתיות או בריאותיות לעומת ראש הממשלה המתפטר מסיבות של העדר קואליציה יציבה. אך בדיקה כזו היא בעייתית ביותר, וספקות רבים עולים: האם הבדיקה ישימה? האם ממצאה ניתנים להוכחה משפטית? האם היא רצויה לנוכח העובדה שהיא מחייבת את בית-המשפט לנקוט עמדה בשאלות פוליטיות מובהקות?

סיבה נוספת לעמדתנו כי אין להתנות את היקף סמכויותיה של ממשלת-מעבר בעילה ליצירתה היא שבמצב כזה היה קל מאוד לעשות מניפולציה. ממשלה הייתה יכולה להתפטר

202 ראו דיון לעיל בתת-פרק ב2.

כתרופה מקדימה לאי-אמון צפוי, ובכך להרחיב את סמכויותיה בתקופת המעבר. למעשה, פעמים רבות ממשלות אכן מקדימות "תרופה למכה" ונהפכות לממשלות-מעבר מיוזמתן כדי להימנע מהמחיר הפוליטי הכרוך בתפיסת הציבור כי הן אכן איבדו רשמית את אמון הכנסת.²⁰³ למעשה, רק בעקבות "התרגיל המסריח", שבמסגרתו הביא פרס לידי נפילתה של ממשלת אחדות לאומית מאחורי גבו של ראש הממשלה שמיר, הופלה ממשלה בישראל בהצבעת אי-אמון.²⁰⁴ באותו מקרה אף הצליח שמיר להרכיב ממשלה מחדש, שכיחנה שנתיים נוספות בטרם הלכו לבחירות.

האם דינה של ממשלת-מעבר שנוצרה בעקבות פטירה או נבצרות-קבע של ראש ממשלה צריך להיות שונה? לכאורה, אי-אפשר לעשות מניפולציה לגבי מועד פטירה או נבצרות-קבע של ראש ממשלה. מדובר באירוע אובייקטיבי וא-פוליטי שאינו אמור להשפיע על המשך כהונתה של הממשלה. אך חוק-יסוד: הממשלה קבע אחרת. על-פי חוק-היסוד, גם במקרים של פטירה או נבצרות-קבע של ראש ממשלה דין הממשלה כדין ממשלה מתפטרת.²⁰⁵ דומה כי הרציונל שביסוד עמדתו של חוק-היסוד הוא שזהותו של העומד בראשות הממשלה חשובה עד כדי כך שהחלפתו מחייבת הרכבת ממשלה מחדש וזכייה באמון מחדש של הכנסת. מכיוון שלא מובטח ליורשיו של ראש ממשלה שנפטר כי אכן יזכו באמון הכנסת, דינה של ממשלת-מעבר בתקופה זו כדין כל ממשלת-מעבר אחרת. זו כמו זו אינן נהנות מאמון הכנסת על-פי קביעותיו של חוק-יסוד: הממשלה.

מעניין שבמקרים של פטירה או נבצרות של ראשי ממשלה בישראל הוחלפו ראשי הממשלה באופן חלק וללא משבר על-ידי בכירים ממפלגתם.²⁰⁶ על-כן תקופת המעבר הייתה קצרה ביותר בכל אחד מהמקרים. עם זאת, ראוי גם לציין כי דה-פקטו בכל אחד ממקרים אלה התקיימו בחירות מחודשות לכנסת באותה שנה, בין משום שתאריך הבחירות היה קבוע מראש ובין משום שיורש ראש הממשלה לא זכה באמון יציב מצד הקואליציה במישרין ומצד הכנסת בעקיפין.

יתר על כן, הטיעון כי יש להשתמש בעילה ליצירת ממשלת-מעבר כדי להבחין בין סמכויותיהן של ממשלות-מעבר שונות נשען על ההנחה כי העילה משליכה על מידת

203 גד יעקבי הממשלה 113, 125–134, 147 (1980).

204 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 22, בעמ' 745. לפרטים על "התרגיל המסריח" ראו דני קורן זמן באפור: ממשלת האחדות הלאומית 1984–1990 (עמנואל לוטם עורך ומתרגם, 1994).

205 ס' 20 לחוק-יסוד: הממשלה. לעמדה אחרת ראו: Adam M. Dodek, *When Death Strikes the Nation: The Assassination of Prime Minister Rabin and the Problem of Succession*, 19 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 57 (1996). במקרה של פטירה, לדעת הכותב, ראוי שהחוק יגדיר יורש ברור לראש הממשלה, והממשלה לא תיהפך לממשלת-מעבר, וזאת על-מנת להבטיח יציבות לשיטה.

206 די להזכיר כי אולמרט תפס את מקומו של שרון בעקבות נבצרות-הקבע שלו; פרס נהפך לראש ממשלה בעקבות רצח רבין; וגולדה מאיר החליפה את לוי אשכול בעקבות פטירתו.

הלגיטימציה הדמוקרטית לכהונה. אך העילה אינה משליכה בהכרח על בעיית הנציג, הגלומה בכל ממשלת-מעבר.

לדעתנו אין זה ראוי אפוא ליצור דינים שונים לגבי סמכויותיהן של ממשלות-מעבר בהתאם לעילה ליצירתן.²⁰⁷ עם זאת, לעילה ליצירתה של ממשלת-מעבר עשויות להיות השלכות מעשיות על יכולתה של הממשלה לקבל את תמיכת הכנסת מראש למהלכים שונים שהיא מבקשת לעשות בתקופת המעבר, כפי שיובהר להלן.²⁰⁸

2. פרשנות מחודשת של הדין הקיים

הלכת וייס קבעה פה אחד כי סמכויותיה של ממשלת-מעבר כסמכויותיה של ממשלה רגילה. היא אף קבעה כי על ממשלת-מעבר לנהוג באיפוק אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה". עם זאת, כפי שהראינו, יישומו של מבחן וייס בפסק-הדין עצמו, כמו-גם בפסקי-דין מאוחרים יותר, מלמד כי המבחן אינו נותן כלים מנחים מספקים לממשלות-מעבר בפעולותיהן. כיצד אפוא ראוי לפרש את הדין הקיים?

(א) אמת-המידה של פעולות שוטפות

אף שהלכת וייס דחתה את מבחן הפעולות השוטפות, לדעתנו חיוני לאמץ אמת-מידה זו. הלכת וייס קבעה כי ממשלת-מעבר צריכה לנהוג באיפוק אלא אם כן קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה". אמת-המידה של פעולות שוטפות מאפשרת לקבוע מתי ממשלת-מעבר אינה נדרשת לנהוג באיפוק: היא אינה נדרשת לכך כאשר היא נוקטת פעולות שוטפות.²⁰⁹ מה ניתן להביא כתימוכין למבחן זה?

ראשית, המבחן הוכיח את עצמו כישים בשיטות משפט רבות ברחבי העולם. הגישה השכיחה בקרב שיטות משפט פרלמנטריות היא כי על ממשלת-מעבר לעסוק בנושאים שוטפים בלבד.²¹⁰ ממשלת-מעבר מכונה באותן שיטות "caretaker government", כדי להביע את מעמדה כממלאת-מקום וכשמרטפית בלבד עד להיכנסה של ממשלה נבחרת לתפקידה. בלשונו של פרופ' קליין:

207 גישתנו עולה בקנה אחד עם הגישה השכיחה במדינות מערב אירופה. ראו Laver & Shepsle, לעיל ה"ש 23, בעמ' 292.

208 לדיון ראו להלן תת-פרק ד2(ג).

209 השוו שטרית, לעיל ה"ש 22. פרופ' שטרית תומך בהגבלת סמכויותיה של ממשלת-מעבר לעניינים שוטפים בלבד, בכפוף לעקרון "הצורך החיוני" כמצדיק פעילות חריגה. שטרית תומך בהגבלת סמכות, בעוד מבחננו שלנו נשאר נאמן למבחן הסבירות שנקבע בפרשת וייס, ונותן תוכן קונקרטי למבחן זה.

210 Laver & Shepsle, לעיל ה"ש 23, בעמ' 292 (הכותבים כי זו הגישה השכיחה במדינות מערב אירופה הפרלמנטריות).

Thus, it would appear that the "expédiation des affaires courantes" is, under one form or another, the most accepted practice in parliamentary régimes, as regards the status and powers of a continuing government.²¹¹

יתר על כן, בתי-המשפט ברחבי העולם – כגון צרפת בתקופת הרפובליקה הרביעית ובלגיה – לא היססו ליצור דוקטרינה זו ולאכוף אותה בפסיקה, אף מקום שזו לא נקבעה בחוקתה הרשמית של המדינה. בתי-המשפט ראו במגבלת "הפעולות השוטפות" עיקרון טבוע הנובע מאופייה הפרלמנטרי של שיטת המשפט.²¹² בבריטניה מקובל שממשלת-מעבר מתעסקת רק בדברים שוטפים, עד כדי כך שנושא זה אינו נדון כלל, אלא מיושם כדבר מובן מאליו. פרופ' ברזייר היטיב לתאר זאת כך:

[A] Prime Minister whose authority is in question by virtue of a dissolution or his impending retirement (whether voluntary or otherwise) has been entirely able to preside over routine matters of government... [C]aretaker governments have worked well in Britain, although we have not tended to recognize caretaker governments as such, rather as Monsieur Jourdain spoke prose most of his life without knowing it.²¹³

באופן דומה, גם בקנדה, בניו-זילנד ובאוסטרליה על ממשלת-מעבר להתמקד בנושאים שוטפים בלבד. זה הדין החל הן על מינויים פוליטיים חשובים והן על חתימת הסכמים משמעותיים.²¹⁴

שנית, מבחן הפעולות השוטפות הוא מבחן רווח בעולם המשפט בתחומים שונים. למשל, בדיני חברות, בבוא בית-המשפט לקבוע אם נוצלה הזדמנות עסקית של החברה, הוא בוחן אם העסקה שביצע נושא-המשרה היא בתחום "מהלך העסקים הרגיל של החברה".²¹⁵ כמו-כן, מנכ"ל החברה חייב להודיע ליושב-ראש הדירקטוריון על כל "עניין חריג שהוא מהותי לחברה".²¹⁶ לבסוף, עסקה חריגה מוגדרת, בין היתר, "כעסקה שאינה במהלך

Claude Klein, *The Powers of the Caretaker Government: Are They Really Unlimited?* 12 211
ISR. L. REV. 271, 282 (1977).

שם, בעמ' 279–281. ראו גם קלינגהופר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 70–71. בצרפת, בתקופת הרפובליקה הרביעית, השתלט הפרלמנט על הממשל בתקופות מעבר. Laver & Shepsle, לעיל ה"ש 23, בעמ' 292. חולשת הממשלה אל מול עוצמת הפרלמנט שימשה סיבה מרכזית לכשלונה של הרפובליקה הרביעית. ANDREW KNAPP & VINCENT WRIGHT, *THE GOVERNMENT AND POLITICS OF FRANCE* 49 (4th ed. 2001).

BRAZIER, לעיל ה"ש 14, בעמ' 45.

Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 638.

ראו יהודית קורן "דוקטרינת ההזדמנות העסקית – אמצעי להגנת עסקיה של חברה" הפרקליט מה 350, 360 (2000–2001).

216 ס' 122 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189 (להלן: חוק החברות).

העסקים הרגיל של החברה".²¹⁷ עסקה כזו, אם היא נערכת בין נושא-משרה או בעל-שליטה לבין החברה, מחייבת הליכי אישור מיוחדים וקפדניים יותר כתנאי לביצועה.²¹⁸ בדיני קניין, סמכויות הרוב בניהול מקרקעין משותפים חלות על "כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם".²¹⁹ בדיני מיסים, לצורך הגדרת "הכנסה חייבת", בוחנים, בין היתר, אם ההכנסות שהופקו וההוצאות שהוצאו היו "במהלך הרגיל של ניהול העסק".²²⁰ עינינו הרואות אפוא כי למבחן זה יש השלכות מעשיות רחבות בתחומי משפט שונים, ובמיוחד בתחום של הגדרת סמכויות, בניגוד לטענה כי הוא אינו ישים. הפסיקה פיתחה מבחן זה ממקרה למקרה על-פי הנסיבות, ופעמים רבות התקיים לגביו הכלל כי אף אם הנושא קשה להגדרה, "I know it when I see it".²²¹

שלישית, מבחן הפעולות השוטפות או "מהלך העסקים הרגיל" אינו רק מבחן שכיח בתחומי המשפט השונים, אלא גם כלי לאבחון מצבים שבהם אנו חוששים לניצול לרעה של סמכות הנציג בניגוד לאינטרסים של המיוצגים. אלה המצבים שבהם אין מדובר בפעולות שוטפות. לפיכך דיני החברות קובעים כי אירועים מהותיים אורגניים בחיי החברה, כגון מיזוגים או מכירת עיקר נכסי החברה, מחייבים אישורים מיוחדים של האספה הכללית. הוא הדין בצורך בהליכי אישור מיוחדים לעסקות חריגות שאינן במהלך העסקים הרגיל.²²² עקרונות דומים חלים גם בדיני מקרקעין ובדיני פשיטת-רגל.²²³ לנוכח בעיית הנציג בתקופות של ממשלת-מעבר, כנדון לעיל, ראוי להחיל דין דומה גם על ממשלת-מעבר. רביעית, מבחן זה מתיישב עם התפיסה הדמוקרטית הישראלית, כביטוייה בפסיקה, שלפיה ההכרעות המהותיות בחיי האומה צריכות להתקבל על-ידי הגוף המחוקק הנבחר.²²⁴

(ב) מה אינו בגדר פעולות שוטפות?

כדי להבין מה אינו בגדר "פעולות שוטפות", ניתן להיעזר באמות-המידה שקבע בית-המשפט בהקשר של הסדרים ראשוניים. בית-המשפט דרש שנושאים העולים כדי הסדרים ראשוניים ייקבעו על-ידי הכנסת בדרך של חקיקה, ולא על-ידי הממשלה בדרך של חקיקת-

217 ס' 1 לחוק החברות.
 218 לפירוט ראו יוסף גרוס חוק החברות החדש 457–460 (מהדורה רביעית, 2007).
 219 ס' 30(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259.
 220 ראו אהרן נמדר דיני מיסים [מסי הכנסה]: מס הכנסה, מס חברות ומס רווחי הון חלק א 113–114, 253–254 (1993).
 221 אַמרה מפורסמת זו נאמרה ביחס לפרונוגרפיה, אשר קשה להגדירה אך ניתן לזהותה כאשר נתקלים בה. ראו: (1964) 378 U.S. 184, 197. *Jacobellis v. Ohio*.
 222 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 189–212.
 223 ראו, למשל, חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 339–343 (2005).
 224 פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 104, בעמ' 508.

משנה. 225 אם אמות-המידה של הסדרים ראשוניים מסייעות בתחימת סמכותה של ממשלה רגילה, לכאורה קל וחומר שיש בהן כדי לסייע בתיחום פעולתה של ממשלת-מעבר. אמות-מידה אלה הן כדלקמן:

כך, בין השאר, [1] נבחן את מידת השפעתו של ההסדר על הציבור בישראל, וברי כי אין דין פעולה שנועדה לתכלית מצומצמת ונקודתית – וקרובה היא על פי טיבה לסמכויות ביצוע – כדין פעולה שיש בה כדי להשפיע על מיגזר שלם – אפשר על החברה כולה – ומקרכת היא עצמה כך להסדר ראשוני על פי הגדרתו... [2] נבחן, למשל, את תכלית הפעולה, אם נועדה היא לתכלית שנויה במחלוקת בציבור – תכלית העלולה לעורר זעם ומירמור בקרב חלקים בעם – או שמא זוכה היא להסכמה ציבורית רחבה... [3] עלותה של הפעולה אף היא תשפיע על מהותה, וברי כי אין דין פעולה שהשלכותיה הכספיות מיזעריות כדין העברתם של עשרות מיליוני שקלים מקופת הציבור למיגזר פלוני... [4] מידת מעורבותו של המחוקק בפעולה והשפעתו עליה תשליך אף היא על השאלה אם מדובר בהסדר ראשוני או מישני... [5] נסיבות הענין תשפעה אף הן על טיבו של ההסדר. כך, למשל, לא נוכל להתעלם מן השלב בו הובא העניין לפני בית המשפט – אם לפני מעשה או לאחר מעשה – שכן לא הרי ביקורת והכוונה שלפני מעשה כהרי ביקורת והכוונה שלאחר מעשה... [6] ייבחן הצורך בדחיפותה של הפעילות – אם מדובר בפעולה דחופה שהממשלה נדרשת לעשותה בהיותה הרשות המבצעת של המדינה, או בקביעתה של מדיניות ארוכת טווח שהכנסת יכולה וצריכה להידרש לה... [7] יינתן משקל להסתמכות הציבור על הבטחת הממשלה, ועוד. רשימת השיקולים, למותר לומר, אין היא רשימה סגורה. ההכרעה נתונה, כאמור, לשכל הישר ולהיגיון...²²⁶

אמות-מידה דומות לפעולת ממשלת-מעבר יושמו במדינות שונות, לרבות קנדה, ניו-זילנד ואוסטרליה. בכולן מצפים שממשלת-מעבר תפעל רק בנושאים דחופים או שגרתיים, שאינם שנויים במחלוקת ואשר ההחלטה בהם הפיכה.²²⁷

225 שם; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 38–40 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (פורסם בנבו, 27.2.2006) (להלן: פרשת ועדת המעקב העליונה); בג"ץ 6061/08 ישראלי נ' משרד החקלאות, פס' 12–18 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.8.2009).

226 פרשת ועדת המעקב העליונה, שם, פס' 38–39 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין (המספרים הוספו – ר' ר').

227 Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 632.

יקשה השואל: אם ממשלת-מעבר מוגבלת להסדרים משניים בלבד, אזי במה דינה שונה מדין ממשלה רגילה? הרי זו כמו זו כפופות לכלל ההסדרים הראשוניים. תשובתנו היא כי ההיקש מהסדרים ראשוניים וגזירת אמות-מידה מתחום זה נועדו להגביל את ממשלת-המעבר לא רק בפעולתה בחקיקת-משנה, אלא גם בפעולתה הכוללת כרשות מבצעת. השימוש בהיקש גם לא נועד לחייב את הכנסת לחוקק בתחומים אלה כתנאי לפעולתה של ממשלת-מעבר, אלא ללמוד באילו נושאים ראוי שתכריע ממשלה רגילה, שאינה ממשלת-מעבר. ההיקש נועד לסייע במתן תוכן למונח "פעולות שוטפות" של ממשלה. על-כן הצעתנו שונה בתכליתיה מכלל ההסדרים הראשוניים. אף יישום אמות-המידה צריך להיות שונה בשני המקרים. יש להקפיד יותר עם ממשלת-מעבר מאשר עם ממשלה רגילה באשר לשאלת התממשותן של אמות-מידה אלה, לנוכח הלגיטימציה הדמוקרטית החלשה ובעיית הנציג של ממשלת-מעבר.²²⁸

מניתוח זה עולה כי מקום שמדובר בפעולה בעלת השלכות ארוכות-טווח, שמשליכה על מגזרים שלמים או אף על החברה בכללותה, שקיימת לגביה מחלוקת ציבורית עזה, שמשליכה על זכויות חוקתיות, שאינה הפיכה ואשר הכנסת הביעה את דעתה נגדה – אין מדובר בפעולה שוטפת. זה המצב בדרך-כלל במשאים-ומתנים לשלום הנערכים ערב בחירות. לעומת זאת, חלק מהמינויים הנעשים ערב בחירות הם דווקא בגדר "פעולות שוטפות". הדבר נכון במיוחד מקום שהמינויים אינם שנויים במחלוקת ולממשלה יש משקל מועט בלבד במינוי. קל וחומר כאשר אין לממשלה סמכות להתערב במינוי. במצבים אלה אין סיבה לשתק את המהלך הרגיל של ניהול ענייני המדינה.

(ג) מתי ניתן לפעול בנושאים שאינם שוטפים?

ממשלת-מעבר רשאית לפעול אף בעניינים שאינם שוטפים אם מדובר בצורך חיוני בעשייה או אם התקבל אישור מראש של הכנסת לפעולה חריגה.

228 ראוי לציין כי בארצות-הברית קיימת דוקטרינה מקבילה לכאורה לכלל ההסדרים הראשוניים (non-delegation doctrine) אשר אינה מיושמת כמעט. ההסברים שניתנו לכך הם, בין היתר, הצורך של בתי-המחוקקים להישען על מומחיותה של הרשות המבצעת והקושי ביישומו של כלל ההסדרים הראשוניים. עם זאת, השוואה זו לארצות-הברית עלולה להטעות. הדוקטרינה שאינה מיושמת כמעט בארצות-הברית היא שימוש בכלל ההסדרים הראשוניים כדי לבטל חקיקה ראשית המעניקה סמכות-יתר לרשות המבצעת. לעומת זאת, חלופות דוקטרינריות אחרות, בדמות כללים פרשניים המפרשים את סמכותה של הרשות המבצעת בצמצום ובכך מחייבים בעקיפין את בית-המחוקקים לחוקק מפורשות הסדרים ראשוניים, זוכות בהצלחה רבה יותר. Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315 (2000). מבחינה זו הדמיון לישראל הוא רב, שכן הן בפרשת רובינשטיין (לעיל ה"ש 104) והן בפרשת ועדת המעקב העליונה (לעיל ה"ש 225) ביטל בית-המשפט הסדרים משניים, ולא חקיקה ראשית, בשל כלל ההסדרים הראשוניים.

1. צורך חיוני בעשייה – מובן שבהתעורר צורך חירום ממשלת-מעבר מוסמכת להגיב בדיוק כמו ממשלה רגילה. זאת, בתנאי שפעולותיה מתייחסות למצב החירום ומתחייבות ממנו, דהיינו, בתנאי שיש קשר סיבתי בין מעשיה לבין מצב החירום.²²⁹ הממשלה מוסמכת לפעול אף במקרים הנופלים מחירום. אם על-פי שיקול-דעתה של הממשלה הכרחי לעשות פעולה שאינה שוטפת, עליה להיוועץ עם האופוזיציה ולעשות ככל האפשר פעולות בהסכמה. כך, למשל, במשבר הפיננסי הקשה שפקד את ניו-זילנד באמצע שנות השמונים, נכנעה ממשלת-המעבר לתכתיביה של הממשלה הנכנסת בנושא ניהולו של המשבר, וביצעה פיחות במטבע המדינה.²³⁰ משבר דומה אירע באוסטרליה באותה תקופה, ואף שם פעלה הממשלה היוצאת על-פי תכתיביה של הממשלה הנבחרת, אף שזו טרם נכנסה לתפקידה.²³¹ עם זאת, לדעתנו, מכיוון שהאחריות הסופית לפעולה היא על הממשלה המכהנת בלבד, חובה עליה להיוועץ אומנם עם האופוזיציה, אך אין היא מחויבת לקבל את תכתיביה, להבדיל מהניסיון בניו-זילנד ובאוסטרליה. בכל זמן נתון יש רק ממשלה מכהנת אחת בתפקיד.

כמור-כן, על ממשלת-מעבר לנסות ליצור סייגים להשלכות ארוכות-הטווח של מעשיה. כך, למשל, כדי למנוע את שיתוקה של המדינה, מדינות אחדות נוהגות להסמיך ממשלות-מעבר לערוך מינויים, אך לתקופה קצובה בלבד של עד שלושה חודשים, וכן להאריך מינויים וחוזים שתוקפם עומד לפוג, אולם גם כאן לתקופה קצרה בלבד.²³²

2. אישור מראש של הכנסת לפעולה חריגה – האם ממשלת-מעבר יכולה להתגבר על המנדט המוגבל ובעיית הנציג באמצעות בקשת אישורה של הכנסת לפעולה חריגה? מעניין שרעיון זה הועלה על-ידי חברי-הכנסת רשף חן בדיוני הכנסת באשר לניסוחה של חוקה בהסכמה רחבה.²³³ רעיון שונה מעט הועלה בעבר על-ידי פרופ' קליין במאמרו משנת 1977. פרופ' קליין סבר כי ממשלת-מעבר מוסמכת לפעול בכפוף להוראות מהכנסת

229 השו"ס 39(ה) לחוק-יסוד: הממשלה: "לא יותקנו תקנות שעת חירום... אלא במידה שמצב החירום מחייב זאת."

230 Geoffrey Palmer & Matthew Palmer, Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 634–644; Bridled Power: New Zealand's Constitution and Government 46 (4th ed. 2004). המחברים כותבים כי המוסכמה בניו-זילנד היא שממשלת-מעבר חייבת לפעול על-פי תכתיביה של הממשלה הנכנסת בנושאים הרי-גורל שאינם סובלים דיחוי.

231 Boston et al., לעיל ה"ש 10, בעמ' 636.

232 לפירוט ראו: Anne Tiernan & Jennifer Menzies, *Caretaker Conventions in Australasia*, available at epress.anu.edu.au/caretaker_citation.html, ראו גם Davis et al., לעיל ה"ש 189. באוסטרליה ובניו-זילנד יש נהלים כתובים המפרטים את ההגבלות החלות על סמכויותיה של ממשלת-מעבר. חלק מההגבלות מופיעות אף בכללי העבודה ובנוהלי העבודה של הקבינט.

233 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 75 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 27 (8.10.2003), נגיש בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2003-10-08.html. פרופ' אריאל בנדור תמך ברעיון זה.

האוסרות עליה לפעול בנושאים מסוימים, דהיינו, הכלל הוא שממשלת-מעבר מוסמכת לפעול, והחריג הוא מקום שהבהירה הכנסת באופן פעיל כי היא אינה תומכת במהלכי הממשלה. פרופ' קליין סבר כי כאשר מדובר בממשלה רגילה, הדרך היחידה של הכנסת ליתן לה הוראות היא באמצעות הצבעת אי-אמון. אך, מכיוון שממשלת-מעבר ממילא אינה נהנית עוד מאמון הכנסת, הדרך שנותרה לכנסת לפקח על פעילותה היא באמצעות הוראות האוסרות עליה לפעול בנושאים מסוימים. אם הוראות אלה לא תחייבנה את הממשלה, ייווצר, לדעת פרופ' קליין, מצב אבסורדי שבו סמכויותיה של ממשלת-מעבר רחבות מסמכויותיה של ממשלה רגילה, שכן הראשונה, להבדיל מהאחרונה, אינה תלויה עוד באמון הכנסת.²³⁴ בית-המשפט בפרשת וייס התייחס לעמדה זו של פרופ' קליין, אך סבר כי אי-אפשר לאמצה בדרך של פרשנות, אלא נדרש תיקון של החקיקה הקיימת לשם כך.²³⁵ ניתן להעלות קשיים נוספים ביחס להצעתו של פרופ' קליין. פרופ' קליין – על-פי הדוגמאות שהוא מביא – מתייחס למצבים שבהם ממשלת-המעבר פועלת, ורק בדיעבד הכנסת מורה לה כי היא אינה מאשרת את פעולתה. אך מצב דברים זה הוא בעייתי, שכן פעולת הממשלה כבר יצרה מצג כלפי צדדים שלישיים והסתמכות עליו, בין שמדובר באזרחים או בממשלות זרות. אין דומה חוסר פעולה מראש של הממשלה בשל העדר אישור מהכנסת לאי-מתן אישור בדיעבד על-ידי הכנסת לפעולת ממשלה שכבר נעשתה. יתר על כן, אף אם נפרש את כתיבתו של פרופ' קליין כמאפשרת לכנסת לאסור מראש על ממשלת-מעבר לפעול, עדיין, על-פי גישתו, ממשלת-מעבר מוסמכת לפעול אלא אם כן המחוקק מורה לה אחרת. אך הכנסת עשויה לא לאסור פעולה חריגה של ממשלת-מעבר מסיבות רבות שאינן מעידות בהכרח על הסכמתה לאותה פעולה – למשל, פגרה או שליטה של חברי-כנסת מהקואליציה בוועדות הכנסת מבלי שהם מייצגים רוב. לדעתנו, ראוי לאסור על ממשלת-מעבר לנקוט פעולות חריגות – קרי, שאינן שוטפות – אשר אינן מוצדקות מטעמים של "צורך ציבורי חיוני בעשייה", אלא אם כן הן אושרו מראש על-ידי המחוקק. ודוק: על-פי גישתנו, להבדיל מגישתו של קליין, הכלל הוא שפעולות חריגות של ממשלת-מעבר הן אסורות, והחריג הוא מקום שהתקבל אישורה של הכנסת מראש.

234 Klein, לעיל ה"ש 211, בעמ' 285–286. גם פרופ' רובינשטיין, במהדורה מוקדמת של ספרו הקלסי, סבר כי יש לכפוף ממשלת-מעבר, להבדיל מממשלה רגילה, להוראות הכנסת. עם זאת, אין הוא מפרט אם מדובר בהוראות מראש או בדיעבד של הכנסת לממשלה. ראו אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 310–311 (מהדורה שלישית, 1980). זו גם דעתו של דנציגר, לעיל ה"ש 194. לדעה חולקת ראו: ELIAHU S. LIKHOVSKI, ISRAEL'S PARLIAMENT: THE LAW OF THE KNESSET 138–139 (1971) (הטעם לכך הוא שאי-אפשר לפטר ממשלת-מעבר, ועל-כן אי-אפשר לכפות אותה ליישם החלטות של הכנסת).

235 פרשת וייס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 468.

אף בהנחה שיתבקש אישורה של הכנסת מראש לפעולתה של ממשלת-מעבר בעניינים שאינם שוטפים, יש מקום לשקול אם ראוי להבחין בין פעולתה של ממשלת-מעבר לפני בחירות לבין פעולתה לאחר בחירות. בשיטה פרלמנטרית, סמוך לפני בחירות גם חברי-הכנסת עצמם עומדים לבחירות. המנדט שלהם מצוי אם כן בסוף דרכו אף הוא, ועל-כן אולי אין זה ראוי שהם יאשרו פעולות חריגות.²³⁶ לאחר בחירות, ומשכוננה כנסת חדשה, יש משמעות לאישורה של כנסת נכנסת לפעולתה של ממשלת-מעבר. מכיוון שבשיטתנו הפרלמנטרית סמכותן של ממשלות תלויה באמון הכנסת, אישורה של כנסת נכנסת לפעולה מסוימת של ממשלת-מעבר כמוה כאמון של הכנסת בממשלה לצורך אותו עניין. סביר גם להניח שאם הכנסת הנכנסת מאשרת פעולה מסוימת, אזי הפעולה נעשית גם על דעת הממשלה הנכנסת, אשר תלויה אף היא באמון הכנסת ושולטת ברוב בכנסת. ניתן לסכם כי יש באישור מראש של הכנסת – במיוחד זו הנכנסת, להבדיל מזו היוצאת – כדי לאפשר לממשלת-מעבר לעשות פעולה חריגה.

(ד) דוגמה ליישום: עסקת שבויים

טלו, לדוגמה, את נסיונה של ממשלת-המעבר בראשותו של אולמרט, בימי הקדנציה האחרונים, באותו שבוע שבו הושבעה ממשלתו של נתניהו אמונים בכנסת, לסכם עסקת שבויים עם חמאס תמורת שחרור מאות אסירים בטחוניים כבדים. בשעה שרבים תומכים בשחרורו של חייל חטוף בכל מחיר, רבים אחרים טוענים כי שחרור מאות אסירים בטחוניים כבדים עלול לחולל שינוי אסטרטגי במצבה של ישראל ולהוביל לפיגועי טרור רבים נגד אזרחים וחיילים. חובתה המוסרית של ממשלת ישראל להביא לידי שחרורו של החייל החטוף גלעד שליט ברורה. עם זאת, מדובר בעסקת שבויים אשר שנויה במחלוקת ציבורית עזה.

הן לממשלת-המעבר והן לממשלה הנכנסת היה נוח שהעסקה תיסגר בימיה האחרונים של ממשלת אולמרט. מכיוון שרק ממשלה אחת מכהנת בתפקיד, ממשלת אולמרט הייתה נושאת באחריות הפורמלית לעסקה, אך מבחינה פוליטית לא נותר לה מה להפסיד, שכן הבחירות כבר הוכרעו נגדה. מאידך גיסא, ממשלת הימין של נתניהו לא הייתה נדרשת לשאת באחריות הציבורית לעסקה, שכן היא טרם כיהנה. יתר על כן, דומה שהמשא-ומתן

²³⁶ דוגמה מעניינת בהקשר זה היא The Parliament Act 1911 (U.K.). חוק זה יצר הבחנה ברורה בין מנדט טרי לבין מנדט ישן של בית-הנבחרים התחתון, והגביל את סמכות החקיקה של הבית התחתון בשנתיים האחרונות לכהונתו. ראו: Parliament Bill, 1947: Agreed Statement on Conclusion of Conference of Party Leaders February–April, 1948, Cmd. 7380. השוו: BRUCE ACKERMAN, THE CASE AGAINST LAMEDUCK IMPEACHMENT (1999) (שם קרא המחבר להחלטה מחדש של הבית התחתון הנבחר בנושא הדחתו של הנשיא קלינטון, מאחר שהחלטת ההדחה התקבלה על-ידי בית שאיבד את סמכותו בשל בחירות).

על עסקה זו הואץ לנוכח הידיעה כי ספק רב אם בממשלה הנכנסת יש רוב התומך בעסקה.²³⁷ במילים אחרות, גם אילו נערך תיאום עם האופוזיציה במקרה זה, ספק אם היה ראוי שהמהלך יושלם על-ידי הממשלה היוצאת בימיה האחרונים. מעשה כזה היה עלול ליצור מצב של חוסר תקינות דמוקרטית משווע, שבו איש לא היה נושא באחריות ציבורית לעסקת שבויים כה גורלית.

אילו חל באותו מועד שינוי בנסיבות שחייב את ביצוע העסקה ללא דיחוי, אזי היה אכן מקום לחרוג ולקיימה (בתיאום עם האופוזיציה), אולם לא נמסר כי אירוע חריג כזה אכן התקיים. למעשה, לא התנהל כלל דיון ציבורי בעובדה שמדובר במהלך של ממשלת-מעבר בימיה האחרונים. ללא תלות בעמדתנו באשר לטיבה של עסקת שבויים זו, הנכונות לעשותה באותו עיתוי ממחישה את הבעייתיות הגלומה בפעולתה של ממשלת-מעבר. העדר פיקוח עלול לסכל את העקרונות הבסיסיים ביותר של ייצוג, אחריות ציבורית ועקרון הרוב, המהווים את אבני-היסוד של הדמוקרטיה.²³⁸

3. האם דרושה חקיקה או די בשינוי הלכה?

פרשנות מחודשת זו של הלכת וייס מהווה איזון ראוי בין הצורך ברציפות שלטונית לבין החובה למנוע הכרעות גורליות ובלתי-הפיכות של ממשלת-מעבר בתקופה שבה המנדט שלה מוגבל והיא עלולה לפעול משיקולים זרים. אימוצה אינו מחייב שינוי של חוק-יסוד: הממשלה, שכן היא נשארת נאמנה להלכת וייס בדברה על אמות-מידה לבחינת סבירותה של פעולת ממשלת-המעבר, ולא על סמכות הפעולה שלה.

אך נוסף על פרשנות מחודשת של הדין, ולנוכח ממצאנו כי משך כהונתן הארוך ביותר של ממשלות-מעבר בישראל הוא דווקא במצבים של הקדמת בחירות ובתקופה הקודמת לבחירות,²³⁹ אנו מציעים אף לשנות את חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה, ולקבוע

²³⁷ "מהדורת מבט" רשות השידור – ערוץ 1 16.3.2009.

²³⁸ לשם השוואה, בינואר 1981, ביום האחרון לכהונתו, הגיע הנשיא קרטל להסכם בין-לאומי עם האיראנים לפתרון משבר בני-הערובה בקונסוליה האמריקאית באיראן. המשא-ומתן נוהל חודשים רבים, ובמערכת הבחירות התנגד רייגן למדיניותו של קרטל בנושא זה, תוך שהוא מצהיר כי לא ינהל משא-ומתן עם איראן, אלא יפעל בכוח. ייתכן שעמדת רייגן אף המריצה את האיראנים להגיע להסכם מחשש שרק עם קרטל יהיה אפשר לפתור משבר זה בהסכמה, ולא בכוח. ראו Combs, לעיל ה"ש 138. יש לזכור כי בארצות-הברית נשיא נבחר באופן בלתי-תלוי בקונגרס לארבע שנים מלאות, ואי-אפשר להקדים את הבחירות. על-כן לנשיא יש מנדט לפעול במשך כל תקופת כהונתו. עם זאת, אם אכן פעל קרטל באופן לא-מתואם עם רייגן, אזי קיימת בעייתיות רבה בסגירת ההסכם לפני חילופי השלטון. לעומת זאת, אם הדבר תואם עם רייגן, כפי שיש הטוענים, אזי ניתן לדמות את הסכמת רייגן להסכמתה של כנסת נכנסת, כמפורט לעיל.

²³⁹ ראו דיון בתת-פרק 2 לעיל.

כי מקום שהוחלט על הקדמת הבחירות, חובה לקיימן בתוך פרק-זמן קצוב וקצר של חודשיים.²⁴⁰ תיקון חוקי-היסוד ברוח זו יסייע בצמצום משמעותי של ממדי התופעה של ממשלות-מעבר, על הקשיים החוקתיים שהן מעוררות.

ה. סוף-דבר

סמכויותיה של ממשלת-מעבר נהפכו לנושא שכיח למדי בפסיקה לנוכח ריבוי ואורך כהונתן של ממשלות-מעבר. במאמר זה ביקשנו לעמוד על הבעייתיות הטמונה בכהונתן של ממשלות-מעבר הן מההיבט של תורת המנדט והן מההיבט של בעיית הנציג. סקרנו את הפסיקה לפי שלוש קטגוריות עיקריות, וטענו כי הפסיקה הקיימת חוטאת לשני הכיוונים: היא אוסרת את שניתן להתיר (מינויים שאינם מערבים את הממשלה או מערבים אותה במידה מועטה בלבד) ומתירה את שיש לאסור (ניהול משא-ומתן לשלום). הצענו כי הדין הרצוי צריך לכלול פרשנות מחודשת של הלכת וייס, באופן שיציב את מבחן הפעולות השוטפות כאמת-מידה מרכזית לסבירות פעולתן של ממשלות-מעבר. יתר על כן, טענו כי ניתן ללמוד על תוכנו של מבחן הפעולות השוטפות על-דרך היקש מן האופן שבו בית-המשפט מגדיר מהם הסדרים ראשוניים.

תחת מבחננו, על ממשלת-מעבר להימנע מלפעול בנושאים ששנויים במחלוקת ציבורית עזה, ובמיוחד להימנע מלנקוט בהם צעדים בלתי-הפיכים ובעלי השלכות ארוכות-טווח. החריגים צריכים להתייחס לצורך דחוף או להיות מותנים באישור מראש של הכנסת. בניגוד לאינטואיציה, רצוי דווקא אישור של הכנסת לאחר בחירות. לנוכח ממצאינו האמפיריים כי ממשלות-מעבר נוטות לנצל במיוחד את התקופה שקודמת לבחירות, מן הראוי אף לתקן את חוק-יסוד: הממשלה באופן שיחייב קביעת בחירות בתוך פרק-זמן מרבי של חודשיים מרגע שהוחלט על הקדמת הבחירות. בדמוקרטיה הפרלמנטריות ברחבי העולם מקובל להגביל את פעולותיה של ממשלת-מעבר לנושאים שוטפים או לענייני חירום. הגיע הזמן שנצטרף למנהגן, שכן הוא מגן על הערכים הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר של ייצוג, אחריות ציבורית ושלטון הרוב.

240 פרופ' קלינגהופר, למשל, הציע להגביל את משך כהונתה של ממשלת-מעבר לפני בחירות לחודשיים ימים. הוא אף סבר כי ראוי שדרישה זו תופיע מפורשות בחוק, ותשויין מפני שינוי ברוב רגיל. קלינגהופר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 68. הצעתו של פרופ' קלינגהופר, להבדיל מהצעתנו, לא נבעה משיקולים אמפיריים.