

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 5167/00

בג"ץ 9607/00

בג"ץ 84/01

בג"ץ 86/01

בג"ץ 147/01

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ש' לין  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט י' זמיר  
כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים בבג"ץ 5167/00: 1. פרופ' הלל וייס, עו"ד  
2. משה פייגלין, יו"ר ארגון "זו ארצנו"

העותרים בבג"ץ 9607/00: 1. יורם שפטל, עו"ד  
2. דורון בקרמן, עו"ד

העותרים בבג"ץ 84/01: 1. עקיבא נוף  
2. דב שילנסקי  
3. ד"ר יוסף פבר  
4. יחיאל חזן  
5. אסתר שטרנברג

העותרים בבג"ץ 86/01: 1. גבי בוטבול  
2. יוסי בן שחר

העותר בבג"ץ 147/01: יעקב אליאס

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 5167/00: 1. ראש הממשלה של מדינת ישראל  
2. ממשלת ישראל  
3. כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 9607/00: 1. אהוד ברק, ראש הממשלה  
2. ממשלת ישראל  
3. אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה

1. אהוד ברק, בתפקידו כראש ממשלת ישראל 2. ממשלת ישראל	המשיבים בבג"ץ: 84/01
1. ראש הממשלה ושר הבטחון - אהוד ברק 2. ממשלת ישראל 3. היועץ המשפטי לממשלה - אליקים רובינשטיין	המשיבים בבג"ץ: 86/01
1. ראש הממשלה, אהוד ברק 2. ממשלת ישראל	המשיבים בבג"ץ: 147/01
1. היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין 2. פרופ' דניאל פרידמן 3. פרופ' שמעון שיטרית 4. פרופ' שלמה אבינרי 5. משה נגבי, עו"ד	משיבים פורמליים בבג"ץ: 147/01

### עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ד בטבת התשס"א (19.01.2001)

בשם העותרים  
בבג"ץ 5167/00: עו"ד ד"ר חיים משגב; עו"ד הווארד גריף

בשם העותרים  
בבג"ץ 9607/00: עו"ד יורם שפטל

בשם העותרים  
בבג"ץ 84/01: עו"ד עקיבא נוף

בשם העותרים  
בבג"ץ 86/01: עו"ד שמואל לביא; עו"ד רן שלישי;  
עו"ד ערן צור

בשם העותר  
בבג"ץ 147/01: בעצמו

בשם המשיבים בבג"ץ  
5167/00, בבג"ץ 9607/00,  
בבג"ץ 84/01, בבג"ץ 86/01  
ובבג"ץ 147/01: עו"ד אסנת מנדל

בשם המשיב הפורמלי מס' 3  
בבג"ץ 147/01: עו"ד פרופ' שמעון שיטרית

## פסק-דין

### הנשיא א' ברק:

ראש הממשלה התפטר. הוא והשרים של הממשלה היוצאת ממשיכים במילוי תפקידם עד שייכנסו לכהונתם ראש הממשלה והשרים של הממשלה החדשה. במסגרת זו מנהלת הממשלה היוצאת משא ומתן להסדר מדיני עם הרשות הפלסטינית, מתוך שאיפה לחתום על הסכם בטרם הבחירות. מהו היקף סמכותה ומהו רוחב שיקול דעתה של הממשלה היוצאת? הרשאית היא לנהל את המשא והמתן המדיני ולחתום על ההסכם? מהו היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיה של הממשלה היוצאת? אלו הם עיקרי הבעיות שהתעוררו בפנינו בעתירות אלה. שאלות אלה נכבדות הן. במצב הדברים הרגיל נדרש זמן ניכר למתן פסק דין בעניינין. זמן ניכר זה אינו עומד לרשותנו, שכן חלוף הזמן יסכל את הטעם המונח ביסוד העתירות. עשינו כל שביכולתנו לשמוע את טענות העותרים ולתת תשובה להן במהירות האפשרית. עתה אנו נותנים את פסק דיננו. בוודאי קיצרנו במקום שמן הראוי היה להאריך. השתדלנו לעשות ככל יכולתנו בזמן הקצר שעמד לרשותנו.

### העתירות והתשובות להן

1. ממשלת ישראל מנהלת זה חודשים רבים משא ומתן עם הרשות הפלסטינית. על איפיונו של משא ומתן זה עמד היועץ המשפטי לממשלה בתזכיר (מיום 26.12.2000) שהעביר לראש הממשלה:

"ההסכם שעליו מנהלים משא ומתן עתה שונה מכל קודמיו מאז ומעולם, לכל כיוון, באשר לאתגר ובאשר לסיכונים. האתגר הוא סיום הסכסוך הקשה בין ישראל לפלסטינאים, שכולם חפצים בו; הסיכון הוא הניתוח הכירורגי הקשה מכל קשה שההסכם תובע".

ניהול המשא והמתן ותכניו שנויים במחלוקת חריפה בישראל. על רקע זה - ועל רקע ענייני פנים אחרים - התפטר ראש הממשלה, מר אהוד ברק, מתפקידו כראש ממשלה (בתוקף מיום 12.12.2000). בחירות מיוחדות לראש הממשלה נקבעו ליום 6.2.2001. המשא והמתן המדיני עם הרשות הפלסטינית ממשיך להתנהל גם לאחר התפטרות ראש הממשלה. על רקע זה הוגשו העתירות שלפנינו. העותרים הם אזרחים הטוענים כי הממשלה היוצאת אינה מוסמכת לנהל את המשא והמתן המדיני אותו היא מנהלת. מבקשים הם כי נורה לממשלה להפסיק את המשא והמתן המדיני עד לכינונה של ממשלה חדשה לאחר הבחירות המיוחדות.

ביסוד עתירות אלה מונחת התפישה כי הממשלה היוצאת היא "ממשלת מעבר" אשר סמכויותיה מסוייגות, במובן זה שהיא רשאית לטפל רק בעניינים שוטפים. סיוג זה מתבקש, לטענת העותרים, מפירושו של חוק-יסוד: הממשלה ומהמנהג החוקתי. כן נגזר סיוג זה של סמכות הממשלה היוצאת מעקרון הסבירות. בהקשרים אלה הוזכרו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999 וחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון), המחייבים, כאמור בהם, החלטות של הכנסת לשינויים טריטוריאליים. לממשלה היוצאת אין רוב בכנסת, ועל כן לא תוכל למלא דרישות אלה. אף בכך יש כדי לצמצם את כוחה של הממשלה היוצאת. לטענת העותרים, על בית משפט זה להפעיל את מלוא סמכותו בבחינת חוקתיות וחוקיות פעולות הממשלה. בעיקר כך, שעה שפיקוחה של הכנסת - המצויה בפגרה - על פעולות הממשלה, אינו מופעל הלכה למעשה.

2. בתשובתו (מיום 4.1.2001) מציין היועץ המשפטי לממשלה כי העקרון החוקתי הוא זה של "רציפות הממשלה". פירושו של חוק-יסוד: הממשלה, אינו מוביל להחלת סייגים על סמכותה של הממשלה היוצאת. אין בסיס לטענה בדבר קיומו של מנהג חוקתי המסייג את סמכותה של ממשלה כזאת. עם זאת, הפעלת סמכויות בתקופת בחירות מחייבת זהירות רבה. היועץ המשפטי הוסיף וציין, כי כל הסכם שיושג, אם יושג, טעון אישור הכנסת. כל החלטת ממשלה, לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו כיום, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה. כל החלטה בעניין העברת סמכויות בתחום ירושלים לגורם זר מחייבת חוק-יסוד שיתקבל ברוב של חברי הכנסת. בתגובה משלימה (מיום 17.1.2001) - אשר באה בעקבות שאלות ששאלנו תוך כדי הדיון בעתירות - הוסיף היועץ המשפטי לממשלה כי "מידת הזהירות אינה אמת מידה משפטית חדשה, בדומה לסבירות או מידתיות". לדעת היועץ המשפטי, "ההכרעה בשאלה אם נקטה הממשלה בזהירות הראויה מצויה... במישור הפרלמנטרי-ציבורי". עוד הוסיף היועץ המשפטי לממשלה במענה לשאלותינו, כי "אם ייחתם על ידי ראש הממשלה הסכם, בראשי תיבות, או בדרך אחרת, כניסתו לתוקף תהא מותנית באישורה של הממשלה, ובאישורים הנדרשים על פי הדין הפנימי, והדבר ייאמר בהסכם עצמו. כמקובל לגבי הסכמים מסוג זה, ההסכם יובא אף לאישור הכנסת".

#### המסגרת הנורמטיבית

3. עם התפטרותו של ראש הממשלה "יערכו בחירות מיוחדות" (סעיף 23(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). מהן הסמכויות של ראש הממשלה והשרים עם התפטרות ראש הממשלה ולקראת עריכתן של בחירות מיוחדות? על כך משיבים סעיפים 31 ו-32 לחוק-יסוד: הממשלה:

### "המשך כהונת ראש הממשלה והשרים"

31. (א) ראש הממשלה שהתפטר או שהכנסת הביעה בו אי-אמון, ימשיך במילוי תפקידו עד שייכנס לכהונתו ראש הממשלה החדש שנבחר.

(ב) נפטר ראש הממשלה, נבצר ממנו דרך קבע למלא תפקידו, התפטר, או הועבר מכהונתו, או שהכנסת הביעה בו אי-אמון - יוסיפו השרים לכהן בתפקידם עד שייכנס לתפקידו ראש הממשלה החדש שנבחר.

### רציפות הממשלה

32. נערכו בחירות לכנסת ולראש הממשלה או בחירות מיוחדות, ימשיכו ראש הממשלה והשרים של הממשלה היוצאת במילוי תפקידם עד שייכנסו לכהונתם ראש הממשלה והשרים של הממשלה החדשה".

הנה כי כן, חוק-יסוד: הממשלה קובע את עקרון רציפות הממשלה (סעיף 32). "ממשלות קמות ונופלות, אך הממשלה לעולם עומדת" (בג"ץ 5/86 סיעת ש"ס התאחדות הספרדים שומרי תורה בכנסת נ' שר הדתות, פ"ד מ(2) 742, 751; והשוו: סעיף 37 לחוק-יסוד: הכנסת וכן בג"ץ 4676/96 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5)15). ראש הממשלה המתפטר ממשיך במילוי תפקידו עד שראש הממשלה החדש שנבחר נכנס לתפקידו. עם התפטרותו, מוסיפים השרים לכהן בתפקידם עד לכניסתו לתפקיד של ראש הממשלה הנבחר (סעיף 31). ביסוד הוראה זו מונחת התפיסה כי עם התפטרות ראש הממשלה לא נוצר "חלל" שלטוני, וממשיכה להתקיים ממשלה המשמשת כרשות המבצעת של המדינה. בכך מובטחת ההמשכיות והיציבות. ודוק: במעשה ההתפטרות של ראש הממשלה, מחזיר הוא, למעשה, את האמון שניתן בו להחלטתו של העם, שהוא הריבון. במצב דברים זה, ממשיך הוא אמנם לכהן מכוח סעיף 31 לחוק-היסוד, כאשר הבסיס להמשך כהונתו הוא בהוראת החוק. כך, עד לכניסתו לתפקיד של ראש הממשלה הנבחר, שזכה בבחירות המיוחדות לאמון הציבור.

4. אכן, במקרה שבפנינו התפטר ראש הממשלה. הוא וחברי ממשלתו ממשיכים לכהן, מכוח סעיף 31 (וסעיף 32) לחוק-יסוד: הממשלה. כלום קיימת הגבלה פורמלית על סמכותם? התשובה היא בשלילה. אין דבר בחוק-יסוד: הממשלה המצמצם את סמכותו הפורמלית של ראש הממשלה המתפטר ואת סמכותם הפורמלית של השרים, לפעולות שוטפות בלבד. ביטוי לתפישה זו נתן השופט מ' חשין בצינו:

"עולם-של-משפט כמנהגו הוא נוהג וסמכויות להפעלה הן ניתנות, בין בימים שבין בחירות לבחירות ובין בימי בחירות. סמכותה של הממשלה עומדת לה כל ימות-השנה, ומשנה לשנה. הוא הדין בסמכויותיהם של חברי הממשלה" (בג"ץ 5621/96 הרמן - ראש עיריית אופקים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 791, 804).

5. העותרים טענו בפנינו כי אכן קיימת מגבלה על סמכותם של ראש ממשלה וממשלה יוצאת הממשיכים לכהן עד לאחר הבחירות המיוחדות. מגבלה זו מצמצמת את גדרי סמכותה של הממשלה רק לביצוען של "פעולות שוטפות" של שלטון, ולא להכרעה בעניינים עקרוניים בעלי השלכות ארוכות טווח. אכן, טענת הפעולות "השוטפות" (ה-*expedition des affaires courantes*) אינה חידוש של העותרים. גישה זו מקובלת היא במספר מדינות בהן נוהג משטר פרלמנטרי (ראו Klein, "The Powers of the Caretaker Government: Are They Really Unlimited", 12 *Isr. L. Rev.* 271 (1977); Boston, Levine, McLeay, Roberts and Schmidt, "Caretaker Government and the Evolution of Caretaker Convention in New Zealand", 28 *VUWLR* 629 (1998)). גישה זו נבחנה בישראל על ידי ועדה ציבורית (השופט צ' ברמזון (יושב-ראש), ש"ז אברמוב, ד"ר א' אנקוריון, פרופ' ב' אקצין, פרופ' י' דרור, פרופ' י' זמיר וד"ר א' ידון). ועדה זו עסקה בהיקף סמכויותיה של "ממשלת מעבר" (על פי חוק-יסוד: הממשלה הישן). היא בחנה את אימוצה של "תורת הפעולות השוטפות". היא החליטה שלא לאמצה. בדיון וחשבון של הוועדה נכתב:

"הוועדה שקלה את השאלה האם יש להגביל את סמכויותיה של ממשלת מעבר בדרך כלשהי, כגון: צימצום סמכויותיה לעניינים שוטפים או לעניינים שאינם סובלים דיחוי (בדומה לתורת העניינים השוטפים המקובלת בצרפת, באיטליה, בבלגיה ובעוד מארצות אירופה) או הגבלת פעולותיה בתחומים מסויימים בכפיפות לאישור הכנסת, או הגבלת סמכותה להגיש הצעות חוק בעניינים עקרוניים השנויים במחלוקת. הוועדה החליטה, מטעמים שבמעשה ולאור תנאיה המיוחדים של המדינה, כי הקטנת התחומים הפונקציונליים שממשלת מעבר תהיה רשאית לפעול בהם תגרום למפנה דרסטי מדי מממשלה 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 קונסטטוציונית תקינה. לאור נימוקים אלה לא ראתה הוועדה לנכון להמליץ אף על קביעת תקופה שלאחריה תהיה ממשלת מעבר מוגבלת בסמכויותיה או להמליץ על הבחנות לעניין הגבלת הסמכויות בין סוגי ממשלות מעבר שונות" (דו"ח הוועדה בעניין ממשלת מעבר, עמ' 6).

בהתייחסו למקרים בהם ממשלה חדלה לכהן על פי חוק-יסוד: הממשלה הישן, כותב פרופ' רובינשטיין:

"בכל המקרים האלה ממשיכה הממשלה היוצאת בתפקידיה כרגיל. סעיף 25 לחוק היסוד קובע, כי הנשיא יפתח בהליכים להרכבת ממשלה חדשה, אך 'הממשלה היוצאת תמשיך במילוי תפקידיה עד שתיכון הממשלה החדשה'. החוק אינו קוצב זמן לחייה של ממשלה כזו, שאינה נהנית מאמון הכנסת. בלשון פופולרית מכונה ממשלה כזו 'ממשלת מעבר', ומונח זה אכן מתאים לתיאור מצב הביניים שבין ממשלה אחת לאחרת. מבחינת סמכויותיה ותפקידיה אין ממשלת מעבר נבדלת מממשלה רגילה הנהנית מאמון הכנסת. נעשה ניסיון לתת משמעות מצומצמת לביטוי 'תמשיך בתפקידיה', אך הוא נכשל. הסדר דומה נוהג

באנגליה, שם ממשיכה הממשלה המתפטרת לכהן בתקופת הבחירות עד להקמת ממשלה חדשה לאחר הבחירות, אלא ששם תקופת המעבר קצרה יותר" (א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 536 (כרך שני, מהדורה רביעית מורחבת, 1991)).

בהתייחסו לדוקטרינה הקונטיננטלית בדבר סמכותה של ממשלה יוצאת לעסוק אך בעניינים שוטפים, ציין פרופ' קלינגהופר כי בישראל, "ממשלות המעבר ראו תמיד את עצמן רשאיות להשתמש במלוא הסמכויות של ממשלה רגילה. עמדתן לא סתרה הוראות מפורשות שבחוק החרות" (י. ה. קלינגהופר, מבחר רשימות בנושאי דיומא 1970-1979, 64, 71 (תשל"ט). בהתייחסו לטיבה של הדוקטרינה הקונטיננטלית בדבר סמכויות שוטפות של ממשלת מעבר ציין פרופ' קלינגהופר כי: "קיים ספק רב אם פורמולות ערטילאיות כגון זו המבוססת על המונח 'עניינים שוטפים', יש בהן להבטיח את מידת הוודאות הדרושה לחיים קונסטיטוציונים איתנים" (שם, עמ' 71).

6. זאת ועוד: עם כינונו של חוק-יסוד: הממשלה החדש החליטה הכנסת להמשיך בגישה המקובלת, ונמנעה מהכנסת שינוי פורמלי בסמכויותיה של הממשלה היוצאת. על רקע זה הננו סבורים כי אין זה ראוי עתה, בדרך פרשנית, להכניס לישראל את הדוקטרינה הקונטיננטלית בדבר הגבלת הסמכויות של ממשלה יוצאת (לגישה דומה בגרמניה, ראו Herzog, Maunz-Durig, Grundgesetz Kommentar, Art 69 III 46, (לגישה דומה בגרמניה, ראו Herzog, Maunz-Durig, Grundgesetz Kommentar, Art 69 III 46, כמובן, הכנסת כרשות מכוננת רשאית, תוך בחינת הסוגיה על כל היבטיה, לצמצם את סמכויותיה של ממשלה יוצאת, אם היא תימצא זאת לנכון (השוו סעיף 29(ב) לחוק-יסוד: הממשלה בדבר שלילת סמכותו של ראש ממשלה בפועל לפזר את הכנסת; השוו גם סעיף 27 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975). בעניין זה הוצעו רעיונות שונים לחקיקה, כגון כפיפות הממשלה - אשר שוב אינה נהנית, להלכה או למעשה, מאמון הכנסת - להחלטות הכנסת (ראו קליין, שם, עמ' 285; רובינשטיין, שם, עמ' 502, קלינגהופר, שם, עמ' 71).

7. נטען בפנינו, כי קיים מנהג חוקתי, לפיו ממשלה יוצאת מוגבלת בסמכויותיה לפעולות שוטפות (או פעולות "תחזוקה") בלבד. כן נטען, כי קיים מנהג חוקתי, לפיו אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת שישראל צד להן חייבות באשרורה של הכנסת. מנהג חוקתי זה, כך נטען בפנינו, אינו מוגבל אך לאישרור בדיעבד על ידי הכנסת אלא מחייב קבלת הסכמה מראש של הכנסת לפני חתימת הממשלה עליהן. טענות אלה לא נוכל לקבלן. שאלת תוקפו של המנהג החוקתי בישראל טרם נבחנה על ידי בית משפט זה. כשלעצמי, מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי המנהג החוקתי הוא מקור משפטי ליצירת דין חוקתי מחייב בישראל (ראו שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (בעריכת י' זמיר) 375 (1993); א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, 91 (כרך א', מהדורה חמישית (1996)). די

אם אומר, לצרכי העניין שלפנינו, שלא הוכח בפנינו, בדרכים המקובלות להוכחתם של מנהגים (חוקתיים), קיומו של מנהג חוקתי לפיו ממשלה יוצאת היא בעלת סמכויות שוטפות (או סמכויות "תחזוקה") בלבד. אשר לאישרורן של אמנות בינלאומיות בעלות חשיבות מיוחדת, מקובל על הממשלה (מפי היועץ המשפטי לממשלה בפנינו) כי כל הסכם שייערך בעניין זה יובא לאישרור הכנסת (ראו גם שטרית, "תפקיד הכנסת בכריתת אמנות", הפרקליט לו 349 (תשמ"ו); רובינשטיין שם, שם). לא הוכח בפנינו קיומו של מנהג חוקתי לפיו הסכמת הכנסת צריכה להינתן מראש.

8. עולה מהאמור, כי המשפט החוקתי הישראלי אינו מכיר בדוקטרינה מיוחדת לפיה עם התפטרותו של ראש הממשלה, סמכויותיו שלו וסמכויותיהם של השרים - ולענייננו נוכל לומר, סמכויותיה של הממשלה היוצאת - מצטמצמות לפעולות שוטפות (פעולות "תחזוקה") בלבד. עם זאת, על ממשלה יוצאת, כמו על כל ממשלה בישראל, לפעול בסבירות ובמידתיות, כאשר השוני בינה לבין ממשלה רגילה מתבטא בתחום פריסתו של מבחן הסבירות. אכן, העקרונות של סבירות ומידתיות הם עקרונות משפט כלליים, החלים על פעולותיה של כל ממשלה, לרבות ממשלה יוצאת. "מתחם הסבירות" הקובע את מרחב הפעולות שמעבר לו פעילותה של הממשלה אינה סבירה, חל גם לעניין פעולותיה של ממשלה יוצאת. כידוע, ממשלה יוצאת יכולה להיווצר בצורות שונות (כגון התפטרות ראש הממשלה, הבעת אי אמון הכנסת בראש הממשלה, פיזור הכנסת על ידי ראש הממשלה בהסכמת הנשיא, התפזרות הכנסת, ואף מצב רגיל של ממשלה הפועלת לאחר שנתקיימו בחירות במועדן). אנו עוסקים בעתירות שלפנינו באחת מצורותיה של הממשלה היוצאת, שעניינה התפטרות ראש הממשלה. המשך פסק דינו מכונן למצב דברים זה.

9. מה משמיעים לנו העקרונות של סבירות ומידתיות על פעולותיה של ממשלה יוצאת מקום שראש הממשלה התפטר? במתן תשובה לשאלה זו יש לחזור לתכלית המונחת ביסוד המשך כהונתם של ראש הממשלה והשרים, על אף התפטרותו של ראש הממשלה. תכלית זו הינה כפולה: מחד גיסא, היא נועדה למנוע "חלל" שלטוני ולהבטיח יציבות והמשכיות. מאידך גיסא, יש להתחשב במעמדו המיוחד של ראש הממשלה היוצא, אשר לכאורה עם התפטרותו אמור היה תפקידו להסתיים, אך הוא ממשיך להחזיק בו עד שייכנס לכהונתו ראש הממשלה שנבחר, וזאת מכוח הוראתו של חוק היסוד עצמו (השוו קליין, שם, עמ' 276). על רקע תכלית כפולה זו מתבקשת המסקנה הבאה: ראש הממשלה שהתפטר והשרים של ממשלתו צריכים לפעול מתוך מודעות לתכלית האמורה. מצד אחד, עליהם לנהוג באיפוק הראוי למעמד של ממשלה יוצאת. מצד שני, עליהם להבטיח יציבות והמשכיות. חובת האיפוק אינה קיימת מקום שקיים צורך ציבורי חיוני בעשייה. ברור מאליו, כי מקום שצורך חיוני זה קיים, עליה לעשות להגשתו, וזאת במידה הראויה. עניין לנו, איפוא, בגישה גמישה המאזנת בין איפוק לבין עשייה, על פי נסיבות העניין ובהתחשב במציאות המשתנה. השאלה שעקרונות



הסבירות והמידתיות מצביים אינה אם העשייה היא שוטפת או חריגה. השאלה הנכונה הינה, אם באיזון הכולל - המתחשב במכלול הנסיבות - נדרשים איפוק או עשייה.

10. לכל גוף הפועל על פי דין "מתחם של סבירות" המשקף את מגוון הפעולות החוקיות שאותו גוף רשאי לעשותן. היקפו של המתחם לעניין סוגיה נתונה תלוי במאפייניה של הסמכות. כותב השופט זמיר:

"השאלה אם החלטה מינהלית לוקה בחוסר סבירות קיצוני תלויה בגבולות של מיתחם הסבירות, הוא המיתחם שבו הרשות המינהלית רשאית להחליט לפי שיקול דעתה. מיתחם הסבירות של כל סמכות מינהלית תלוי במאפיינים של הסמכות: מה הלשון והתכלית של החוק המסמיך; מי הרשות המוסמכת; מהו העניין המוסדר על ידי הסמכות; האם הסמכות מופעלת בעיקר על יסוד מימצאים עובדתיים, על יסוד שיקולים של מדיניות, או על יסוד מבחנים מקצועיים, כגון: מבחנים רפואיים או הנדסיים; וכיצד באלה. בהתאם למאפיינים אלה משתנה מיתחם הסבירות: יש שהוא צר ויש שהוא רחב" (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נא(3) 46, 57).

וברוח דומה כתב השופט אור:

"מתחם הסבירות מתווה את התחום בו החלטת הרשות תהיה סבירה, במובן זה שלא קמה עילה להתערב בהחלטה. אך תחום פריסתו של מיתחם זה אינו אחיד. הוא עשוי להשתנות בהתאם לנסיבותיו של מקרה נתון. הוא נגזר מטיב העניין העומד לדיון. הוא נגזר מטיב הערכים הפועלים בעניין נתון" (בג"ץ 2534/97, 2535, 2541 ח"כ יחב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 1, בעמ' 58).

על רקע זה מתבקשת המסקנה, כי לעניין סוגיות נתונות, מתחם הסבירות של ראש ממשלה שהתפטר וחברי ממשלתו, צר ממתחם הסבירות של ראש ממשלה וממשלה המכהנים כרגיל. הטעם לכך הוא זה, שעל ראש ממשלה זה ועל ממשלה יוצאת זו לקחת בחשבון את הנתון המיוחד - נתון שממשלה ברגיל אינה צריכה להתחשב בו - והם תכלית קיומה ומקור סמכותה. זאת ועוד: "מתחם" הסבירות של ראש ממשלה וממשלה אלו משתנה ככל שמועד סיום כהונתו של ראש הממשלה הנבחר מתקרב והולך. על כן, "מתחם" זה נעשה צר יותר - והצורך באיפוק ובריסון נדרש יותר - לאחר הבחירות, ובטרם יחל ראש הממשלה הנבחר בכהונתו, והכל כפוף לצרכי הציבור החיוניים. כך, למשל, ככלל, ראוי הוא בגדרי מדיניות הפנים, כי ראש ממשלה יוצא וחברי ממשלתו לא יבצעו מינויים למשרות בכירות, וישאירו את מלאכת המינוי לראש הממשלה הנבחר ולממשלתו, אלא אם כן, בנסיבות העניין, דרישות התפקיד יוצרות צורך ציבורי חיוני לאייש את המשרה בלא להמתין לתחילת הפעילות של ראש הממשלה הנבחר, או שמדובר במינוי מקצועי כאשר לא נראה טעם מספיק לדחיית המינוי. הוא הדין

בניהולה של מדיניות חוץ או בטחון. איש אינו מעלה על הדעת כי ראש ממשלה יוצא וחברי ממשלתו אינם יכולים להגן על בטחון המדינה מפני מלחמה שפרצה רק משום שהימים הם ימיה האחרונים כממשלה יוצאת. הגנת המדינה מפני מלחמה מקימה בוודאי צורך ציבורי חיוני, שכל ראש ממשלה, לרבות ראש ממשלה יוצא, צריכים להתמודד עימו.

### ביקורת שיפוטית

11. מהו היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיהם של ראש ממשלה שהתפטר ושריו? התשובה הינה, כי ממשלה זו אינה נהנית ממעמד מיוחד לעניין הביקורת השיפוטית. כל ממשלה נתונה לביקורת שיפוטית, ואין ראש ממשלה שהתפטר ושרי ממשלתו נהנים מחסינות בפני ביקורת שיפוטית. על כן ישאל עצמו בית המשפט - במסגרת הביקורת השיפוטית על סבירות החלטותיה ומידתיותן של החלטות ממשלה - אם החלטתה של הממשלה היא החלטה שממשלה סבירה רשאית לקבלה. בית המשפט לא ישאל עצמו איזו החלטה היה הוא מקבל, אילו פעל הוא כממשלה. אמת מידה זו חלה כמובן גם לעניין הביקורת על פעולותיו של ראש ממשלה שהתפטר ושרי ממשלתו. בית המשפט ישאל עצמו אם האיזון שעשו ראש הממשלה ושריו בין הצורך באיפוק לבין הצורך בעשייה, הוא איזון שראש ממשלה יוצא סביר רשאי לקבלו (השוו Burdeau Hamon, Troper, Droit Constitutionnel (26e, ed. 1999) 633-634). בית המשפט לא ישאל עצמו, מהו האיזון אותו היה הוא עושה אילו פעל כראש ממשלה שהתפטר.

12. היקף הביקורת השיפוטית יושפע מהיקפה של הסמכות המינהלית. אף שעילות הביקורת אינן משתנות, היקפה של הסמכות קובע את גבולותיה של הביקורת השיפוטית. עמד על כך השופט זמיר בציינו:

"מהות הסמכות המינהלית משפיעה תמיד על היקף הביקורת השיפוטית. אמנם כללי הביקורת אינם משתנים מסמכות לסמכות: כל סמכות צריכה להיות מופעלת כדי לשרת את תכלית החוק, על יסוד שיקולים ענייניים, באופן סביר ובמידה הנדרשת, אולם תוכן הכללים משתנה מסמכות לסמכות. ולא רק תכלית החוק והשיקולים הענייניים משתנים לפי מהות הסמכות, אלא גם מיתחם הסבירות שבית המשפט מניח לשיקול הדעת של הרשות המוסמכת. מיתחם הסבירות עשוי להיות, לפי מהות הסמכות, רחב או צר. מהות הסמכות של ניהול בית סוהר, משום שהיא מורכבת כל כך, מחייבת את בית המשפט בזירות רבה, שלא יצמצם את מיתחם הסבירות של שירות בתי הסוהר באופן שימנע ניהול תקין של בית הסוהר" (עע"א 7440/97 (רע"ב 6172/97) מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נב(1) 1, בעמ' 8).

אם כך לעניין ניהול בתי סוהר, על אחת כמה וכמה כך לעניין הכרעות בשאלות עקרוניות של מדיניות. כך, למשל, בית המשפט לא יורה לראש ממשלה ולחברי ממשלתו אם לנקוט במדיניות של הפרטה או במדיניות של

הלאמה. במסגרת סמכותה של הממשלה, עניין הוא לראש הממשלה ולשריו, ולא לבית המשפט, להחליט בו. על ראש הממשלה ושריו מפקחת הכנסת, וביקורת על מדיניות הממשלה הפועלת במתחם הסבירות נתונה בידי הכנסת. כך לעניין ראש ממשלה וממשלה כרגיל; וכך גם לעניין ראש ממשלה שהתפטר ושרי ממשלתו.

#### מן הכלל אל הפרט

13. הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה). מכוחה זה, ומסמכויות נוספות הנתונות לה (ראו, למשל, סעיפים 40 ו-51 לחוק-יסוד: הממשלה) היא מוסמכת לנהל את מדיניות החוץ והבטחון של המדינה. כוחו של בעל הסמכות (הממשלה) ומהותה של הסוגיה (יחסי חוץ ובטחון; שלום או מלחמה) גורמים לכך שלממשלה מתחם סבירות רחב בסוג עניינים זה. בגדרי אותו מתחם לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתה של הממשלה בשיקול דעתו הוא. הפיקוח על הפעלת סמכויותיה של הממשלה בסוגיות אלה נתון בידי הכנסת. על כן, אילו הוגשו העתירות שלפנינו בטרם התפטר ראש הממשלה מתפקידו, היינו קרוב לוודאי דוחים אותן. לממשלה פלונית מדיניות אחת. לממשלה אלמונית מדיניות אחרת. זו כזו היא בסמכותה של ממשלה. הבחירה בין דרכי המדיניות היא עניין לממשלה והפיקוח על המדיניות הוא עניין מובהק לכנסת. הבחירה בגדרי מתחם הסבירות, אינה צריכה להיעשות על ידי בית המשפט. אכן, בשורה ארוכה של פסקי דין דחינו עתירות שעניינן מדיניות הממשלה לפתרון הסכסוך הישראלי-ערבי (בג"ץ 4354/92 נאמני הר הבית נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37 (ניהול משא ומתן עם סוריה בעניין רמת הגולן); בג"ץ 6057/99 מ.מ.ט. מטה מותקפי הטרור נ' ממשלת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 7307/98 פולק נ' ממשלת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 2455/94 ארגון "בצדק" נ' ממשלת ישראל (שחרור מחבלים במסגרת הסכם מדיני); בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (ניהול משא ומתן על הסכמי אוסלו).

14. האם המסקנה צריכה להיות שונה אך משום שעניין לנו בממשלה יוצאת? תשובתנו הינה בשלילה. ההכרעה בין הצורך באיפוק (כטענת העותרים) לבין הצורך לפעול (כעמדת הממשלה) רוויה כולה בשיקולי בטחון ושלום. בצדק ציין היועץ המשפטי לממשלה (בתגובתו המשלימה) כי:

"מנהלי המשא והמתן, רואים בו חלון הזדמנויות נדיר ומחוייב המציאות בעת הזו. מנגד, מעלים העותרים חששות כאלה ואחרים שמא עצם ניהול המשא והמתן בעת הזו, יסב נזקים בעתיד לבוא. הטענות מכאן ומכאן, במישור הפרלמנטרי והפוליטי מצויות הן. הכרעה בטענות הספציפיות, לכאן או לכאן, מציבה את בית המשפט בנעלי מקבלי ההכרעות המדיניות".

ובמכתבו של היועץ המשפטי לממשלה (מיום 26.12.2000) שהוצג בפנינו כתב היועץ:

"אני ער לסיכונים שאתה מתאר בממשלה, במקרה שלא יהיה הסכם - סיכונים כלפי המדינות השכנות מצרים וירדן - שכבר עשו שלום, סיכונים כלפי כלל העולם הערבי וכדומה. הדברים מובנים, אף שסיכונים יהיו גם אם יושג הסכם שלא ניתן יהיה לממשו, גם אם 'אשרי אדם מפחד תמיד', השאלה היא שכר כנגד הפסד, וזו החלטת מנהיגות".

אכן, על רקע דברים אלה, המובאים בדבריו של היועץ המשפטי לממשלה, ועל פי החומר שלפנינו, לא שוכנענו כי בסוגיה שלפנינו ניהול המשא והמתן על ידי ראש הממשלה היוצא וחברי ממשלתו חורג ממתחם הסבירות, וכי יד האיפוק או יד העשייה על העליונה. אך טבעי הוא כי מידת ההתערבות בכגון דא תהא במקרים חריגים. מעבר לכך, ההכרעה בשאלה זו - שמרכיביה הדומיננטיים הם פוליטיים, והמצויים במרכז המחלוקת החברתית בישראל - צריכה להיעשות בשיח הפוליטי בישראל, באמצעות האורגנים של הכנסת או הצבעת העם (בג"ץ 3125/98 עבד אלעזיז מוחמד עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון (טרם פורסם)). אכן, בספרות המשווה, בה מקובל לעתים מנהג חוקתי המצמצם את סמכויותיה של ממשלה יוצאת, הדגש מושם על הביקורת הפוליטית על החלטות הממשלה היוצאת ולא על ביקורת שיפוטית (ראו קליין, שם, עמ' 285; בוסטון ואח', שם, עמ' 641). ודוק: גישתנו אינה כי אין מקום לביקורת שיפוטית. גישתנו הינה, כי במסגרת הביקורת השיפוטית, ועל פי תפישותיה שלה, מן הראוי הוא, במצב הדברים כפי שהוא ניצב בפנינו, ועל פי מאפייניהן של השאלות המיוחדות הניצבות לפנינו, כי הביקורת על הכרעותיה של הממשלה היוצאת תעשה בכנסת.

15. נטען בפנינו כי הכנסת אינה יכולה לפעול, ועל כן "הסעד החילופי" הזה שוב אינו קיים. אין בידינו לקבל עמדה זו. הכנסת החמש-עשרה ממשיכה לכהן. היא ממשיכה במלאכת החקיקה. היא יכולה להמשיך בביקורתה על פעולותיה של הממשלה היוצאת. בידיה הכלים הדרושים לכך. נמסר לנו בהקשר זה כי הוגשה לכנסת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - סייג לחתימת הסכם) אשר לא קודמה בהליכי החקיקה. למותר לומר כי איננו נוקטים כל עמדה באשר להצעה זו או באשר לכלים האחרים העומדים לרשות הכנסת. אמת, משעה שהודיע ראש הממשלה על התפטרותו נחלשת האפקטיביות של הפיקוח על פעולתו, ככל שהמדובר ביכולת להביא לעריכתן של בחירות מיוחדות. בה בעת, אף כי ראש הממשלה נבחר בבחירות ישירות (סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: הממשלה), העקרון הפרלמנטרי של פיקוח הכנסת על ראש הממשלה והממשלה ממשיך להתקיים (ראו: בג"ץ 6924/00 שטנגר נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם)). אכן, "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת) והיא "בית המחוקקים" שלה (סעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט 1949-). למרות התפטרותו של ראש הממשלה קיימת בידי הכנסת סמכות רחבה של פיקוח על ראש הממשלה וממשלתו. כך לפי הדין הקיים, וכך אפשר גם אם ישונה הדין הקיים - דבר שהוא בסמכותה המכוננת והמחוקקת

של הכנסת. נמצא, כי בידיה היכולת, אם תמצא לנכון (ובכך אין אנו מביעים כל עמדה), להחליט אם פעולותיהם של ראש הממשלה המתפטר וחברי ממשלתו מתאימים הם לתכליתה ומקור סמכותה של ממשלה יוצאת.

16. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בגדרי העתירות שלפנינו, ועל פי מכלול הנתונים שהוצגו בפנינו, הביקורת על האיזון בין הצורך באיפוק ובריסון לבין הצורך בעשייה, הוא בידיה של הכנסת. מסקנה זו מבוססת, בין השאר, על הצהרתו של היועץ המשפטי לממשלה כי אם ייחתם הסכם כלשהו בין נציגי הממשלה היוצאת לבין נציגי הרשות הפלסטינית, ייקבע בהסכם עצמו, כי תנאי לתוקפו של ההסכם במישור הבינלאומי הוא שההסכם יקבל את האישורים הנדרשים על פי הדין הפנימי, ובכלל זה שהוא יאושר על ידי הממשלה ועל ידי הכנסת.

המסקנה היא, שאין יסוד משפטי לקבלת העתירות - לפיכך העתירות נדחות.

ה נ ש י א

#### השופט ת' אור:

אני מסכים.

ש ו פ ט

#### השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

#### השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא ש' לוי:

1. אני מסכים עם חברי הנכבד הנשיא שדין העתירות להידחות, אך דרכי להגיע לתוצאה זו שונה במידת מה משלו.

2. אני מסכים שהממשלה היוצאת לא חרגה מסמכותה הפורמלית בניהול המשא והמתן עם הרשות הפלשתינאית וגם מסכים אני שבכוחו של בית המשפט בעקרון להתערב בפעולתה לפי כללי המשפט הציבורי; לפי כללים אלה רשאי בית המשפט להתערב במעשה של ממשלה יוצאת החורג באופן משמעותי וחד-משמעי מתחום פעולתה המקובל של ממשלה יוצאת; אכן השאלה אם היתה חריגה כזו עשויה אף היא להיות שנויה במחלוקת ולעניינה קיים מתחם רחב ביותר של שיקול דעת שבית המשפט יטה שלא להתערב בו. מעבר למתחם זה עשוי בית המשפט להתערב. עם זאת אין זה הגורם היחיד העשוי להשפיע על נכונות בית משפט זה להתערב; בהיות נושא העתירה נתון למחלוקת פוליטית חריפה בציבור, עשוי בית המשפט, מכוח שיקול דעתו להימנע מלהתערב מקום שבכוחה של הכנסת להגביל במפורש את כוחה של ממשלה יוצאת לעשות מעשה שאין זה ראוי לעשותו. מהחומר שלפנינו לא שוכנעתי שאין בכוחה של הכנסת להתערב. היא אף עשתה כן בעבר; אלמלא שיקול זה היה עלי להחליט אם הונחה לפנינו תשתית המצדיקה קביעה שהממשלה היוצאת חרגה באופן משמעותי וחד-משמעי מתחום פעולתה של ממשלה יוצאת. לו קבעתי כך ואלמלא השיקול הדומה למעין קיומו של סעד חלופי, שהניעני להביא לדחיית העתירה הייתי הופך את הצווים על תנאי מוחלטים; לאור השיקול האמור שהוא בעיני בעל משמעות מכרעת איני נדרש לחוות דעה בדבר קיומה של תשתית עובדתית כאמור.

#### המשנה לנשיא

השופט י' טירקל:

1. אני מסכים לדרך הניתוח של חברי הנכבד, הנשיא א' ברק. אינני מסכים עם מסקנותיו: כי "לא שוכנענו כי בסוגיה שלפנינו, ניהול המשא והמתן על ידי ראש הממשלה היוצא וחברי ממשלתו, חורג ממתחם הסבירות וכי יד האיפוק או יד העשייה על העליונה"; וכי "בגדרי העתירות שלפנינו, ועל פי מכלול הנתונים שהוצגו בפנינו, הבקורת על האיזון בין הצורך באיפוק לבין הצורך בעשייה הוא בידיה של הכנסת". מחמת דוחק הזמן אנמק את עמדתי בתמצית שבתמצית.

2. סבורני כי, בדרך כלל, מתחם הסבירות של ראש ממשלה שהתפטר ושל שרי ממשלתו צר ממתחם הסבירות של ראש ממשלה ושרים המכהנים כרגיל. יתר על כן, מתחם זה נעשה צר יותר ויותר - וגם חובת האיפוק המוטלת עליהם גדלה והולכת - מיום ליום ומשעה לשעה לקראת סיום כהונתו של ראש הממשלה. בכך אני הולך - בשינוי קל של דגשים - בדרכו של הנשיא. אולם, לדעתי, נגזרת מכך גם המסקנה כי משקלו של הצורך הציבורי החיוני הנדרש לפי שיטתו של הנשיא - שגם לכך אני מסכים - כדי להצדיק עשייה של ראש הממשלה המתפטר ושל שרי ממשלתו בתקופת המעבר גדל והולך אף הוא. במלים אחרות, ככל שמתקרב

מועד סיום כהונתו של ראש הממשלה המתפטר לא די עוד שהצורך הציבורי יהיה **חיוני** גרידא, אלא שהצורך הציבורי חייב להיות **חיוני ביותר** על מנת שיהיה בו כדי לבטל את חובת האיפוק המוטלת על ראש הממשלה המתפטר ועל שרי ממשלתו בתקופת המעבר. ואולי ניתן גם לומר כי ככל שחולפים הימים אף "חובת ההוכחה" שראש ממשלה ושרי ממשלתו פועלים בתוך מתחם הסבירות, הולכת ועוברת אל שכמם. אם בתחילת התקופה מוטל **על המשיגים** על פעולותיהם להראות **שאינ צורך** ציבורי חיוני המצדיק עשיית פעולה מסוימת, הרי שלקראת תום התקופה **על ראש הממשלה והממשלה להראות שיש צורך** ציבורי חיוני ביותר המצדיק את עשייתה.

3. שוכנעתי כי ניהול המשא והמתן המדיני בין הממשלה לבין הרשות הפלסטינית **כשלעצמו** - שלא לדבר על הסכמים והבנות שאולי יושגו במהלכו - עלול לכבול את ידיהם של ראש הממשלה ושל הממשלה הבאה, אם ייבחר ראש ממשלה אחר. הבחירות המיוחדות לראש הממשלה ייערכו ביום 6.2.01; לאמור, בעוד שנים עשר ימים. השאלה העומדת, אפוא, להכרעה לפנינו איננה אם המשא והמתן שמנהלת הממשלה עם הרשות הפלסטינית - שהוא ללא ספק גורלי לעתידה של המדינה - מצוי במתחם הסבירות. השאלה היא אם **ניהול של המשא והמתן בתקופה סמוכה כל כך למועד הבחירות המיוחדות**, מצוי במתחם הסבירות. לענין זה אין אנו נדרשים להכרעה כלשהי שענינה תכנון של המשא והמתן, ההסדר המדיני הרצוי, שיקולי בטחון ושלום וכיוצא באלה. בעיני השאלה שיש להכריע בה היא אם קיים צורך ציבורי חיוני - ולשיטתי, אם קיים צורך ציבורי חיוני ביותר - לנהל את המשא והמתן **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 שהוא, כשלעצמו, עלול לכבול את ידיהם של ראש הממשלה שייבחר ושל שרי ממשלתו (אם לא ייבחר מחדש ראש הממשלה שהתפטר). בהעדר צורך ציבורי חיוני כזה יש לקבוע כי המשך ניהול המשא והמתן בתקופה הקצרה שנתרה עד לבחירות המיוחדות חורג ממתחם הסבירות וכי יש להפסיקו עד שייכנסו לתפקידיהם ראש הממשלה הנבחר ושרי ממשלתו.

4. מי אמור להחזיק בחרב הביקורת על מדיניותה ועל פעולותיה של הממשלה?

גם אני מסכים כי, בדרך כלל, הביקורת על מדיניות הממשלה הפועלת במתחם הסבירות ועל הפעלת סמכויותיה נתונה בידי הכנסת. אוסיף ואומר - ואף זאת בדרך כלל - כי מוטב לו לבית המשפט שידייר עצמו מהתערבות בנושאים כאלה. דא עקא שהפרשה שלפנינו היא חריגה ויוצאת דופן ומחייבת אותנו לצאת מגדרו של הכלל.

אכן, **להלכה** נתונים בידיה של הכנסת הכלים החוקיים הדרושים כדי לממש את סמכות הביקורת שלה; אולם, שוכנעתי **שלמעשה** לא כך הוא. כפי שמתברר לא עלה בידיהם של 61 חברי כנסת - על אף היותם רוב חברי הכנסת - לקדם את חקיקתה של הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון - סייג לחתימת הסכם), שמטרתה למנוע את התקדמותו של המשא והמתן המדיני. מבלי לחוות דעה על ההצעה לגופה ועל השאלה אם ניתן היה לקדמה בתקופה שחלפה מאז שהוגשה, הרי בפועל "תקועה" ההצעה בנבכי הכנסת וועדותיה. היום אין הכנסת מסוגלת, מטעם כזה או אחר, לממש את סמכות הביקורת שלה.

במצב דברים זה וכאשר השעה דוחקת נותרה, אפוא, חרב הביקורת רק בידי בית משפט זה. אין הוא רשאי לחשוך את עצמו מן הדין ולמשוך את ידיו מן ההכרעה. דומה שלמצב כזה יפים דבריו של משוררנו הלאומי ח"נ ביאליק:

"והשעה שעת תהו ובהו, שעת ערבוב התחומים  
של אחרית וראשית, של סתירה ובנין, של זקנה ועלומים.  
ואנחנו, ילידי בינים, ביודעים ובלא יודעים,  
לפני שתי הרשיות גם-יחד משתחווים ומודים;  
ותלויים באמצע בין שני המגניטים הללו  
כל רגשות לבנו הסתומים אז נ ב י א שאלו";  
(ח"נ ביאליק, "לאחד העם").

הגיעה שעתו של בית המשפט העליון להיות "הנביא" ולומר את דברו.

5. אילו נשמעה דעתי הייתי מקבל את העתירות במובן זה שיינתן צו המורה לראש הממשלה ולממשלה להימנע מלהגיע להסכמים, הסכמות או הבנות עם הרשות הפלסטינית, בין במסמך ובין בדרך אחרת, וכן לא ליצור מחויבויות בכל דרך שהיא, במשא ובמתן המתנהל עתה, העלולים לכבול את ידיהם של ראש הממשלה ושל הממשלה שייבחרו.

שׁוֹפֵט

**השופט י' זמיר:**

אני מסכים עם הנשיא ברק כי חוק-יסוד: הממשלה אינו אומר, לא במפורש ואף לא במשתמע, כי ממשלה יוצאת (שהוא, כשלעצמו, מושג מעורפל) מוגבלת בסמכויותיה יותר מאשר ממשלה רגילה. לפי החוק,



ממשלה היא ממשלה, והחוק אינו יוצר שני סוגים של ממשלות, או יותר. כך גם לאחר שראש הממשלה התפטר. החוק מקנה סמכות למוסד, היא הממשלה, והשינוי שחל באורגן של המוסד, הוא ראש הממשלה, אינו משנה את סמכויות המוסד עצמו.

אני מסכים גם עם הנשיא ברק שאין בישראל מנהג חוקתי המצמצם את הסמכויות של ממשלה יוצאת. מנהג חוקתי, ככל מנהג, צריך הוכחה. לא הובאה שום הוכחה לקיום מנהג כזה. ובית המשפט אינו אמור ליצור מנהג, יש מאין, בפסק דין.

לכן, השאלה במקרה הנדון אינה שאלה של סמכות, אלא שאלה של שיקול דעת. לשון אחר, לפי החוק, לממשלה כיום נתונה סמכות כמו לממשלה אתמול, לרבות סמכות לנהל משא-ומתן מדיני, אך שאלה היא אם שיקול הדעת של הממשלה, בניהול משא-ומתן כזה, הופעל כדין. האם נפל בשיקול הדעת של הממשלה פגם משפטי שיש בו כדי להצדיק התערבות של בית המשפט?

שיקול הדעת של הממשלה, כמו שיקול הדעת של כל שר בממשלה וכל רשות אחרת, מוגבל ומונחה על ידי כללים משפטיים, ובית המשפט מופקד על קיום כללים אלה. בין השאר, הממשלה חייבת להפעיל את סמכויותיה על פי שיקולים ענייניים, ולא על יסוד שיקולים זרים, במסגרת מתחם הסבירות ובאופן מידתי. כללים אלה חלים על כל ממשלה, לרבות ממשלה יוצאת, ועל פי כללים אלה בית המשפט מוסמך לבקר החלטות של כל ממשלה, לרבות ממשלה יוצאת.

כללים אלה אינם משתנים מרשות לרשות או מעניין לעניין. אולם היישום של הכללים עשוי להשתנות לפי הרשות ולפי העניין. בהתאם לכך, היישום של כלל הסבירות, לדוגמה, עשוי להשתנות כאשר ממשלה רגילה נעשית ממשלה יוצאת. בממשלה יוצאת מתחם הסבירות עשוי להיות, בעניינים מסויימים, צר יותר. כפועל יוצא, ההתערבות של בית המשפט בשיקול הדעת של ממשלה יוצאת עשויה להיות רחבה יותר. ממשלה יוצאת חייבת לקחת בחשבון, יום יום, שמתחם הסבירות העומד לה בהפעלת סמכויותיה עשוי להיות צר יותר, ולכלכל את צעדיה בהתאם. כך, לדוגמה, בנוגע למינוי עובדי ציבור למשרות בכירות או למתן טובות הנאה שאין להן טעם אלא טעם הבחירות הקרובות. אפשר לומר, בלשונו של הנשיא ברק, כי בעניינים מסויימים על ממשלה יוצאת לנהוג באיפוק יחסי.

זוהי הלכה חשובה. יש בה חידוש, שכן עד היום לא נזדמן לבית המשפט לומר כי מתחם הסבירות של ממשלה יוצאת יכול להיות צר יותר ממתחם הסבירות של ממשלה רגילה. ימים יגידו לאן תוביל אותנו הלכה זאת.

בעתירות אלה אין טענה שניהול משא-ומתן על-ידי הממשלה היוצאת עם הרשות הפלסטינית נובע משיקולים זרים, ואף אין תחולה, על פי מהות העניין, למבחן המידתיות. אולם העותרים טוענים כי בניהול המשא-ומתן חצתה הממשלה את הגבול של מתחם הסבירות. לפי הטענה, ניהול המשא-ומתן כיום, על ידי ממשלה יוצאת, זמן קצר לפני הבחירות, הינו בלתי-סביר באופן קיצוני. לכן מתבקש בית המשפט לפסוק כי ניהול המשא-ומתן, אף שנחשב חוקי בעיני כל עד לפני זמן קצר, נעשה בלתי-חוקי לאחר שראש הממשלה התפטר, ולהוציא צו האוסר על הממשלה להמשיך במשא-ומתן או, למצער, להצהיר כי המשא-ומתן אינו חוקי. האם ראוי לבית המשפט שימנע את המשא-ומתן?

עד שבית המשפט בא לבדוק את שיקול הדעת שהממשלה מפעילה בניהול המשא-ומתן, ולפסוק אם הוא בלתי-סביר ובלתי-חוקי, על בית המשפט להפעיל את שיקול הדעת שלו עצמו, ולהחליט אם ראוי לבית המשפט שיתערב בענין זה. כידוע, לבית משפט זה יש שיקול דעת, והוא מוסמך לדחות עתירה על הסף, בלי לדון בה לגוף העניין, לפי כללים מסויימים. כך, בין השאר, בית המשפט רשאי ואף נוהג, לפי שיקול דעתו, לדחות עתירה על הסף משום שהוגשה בשיהוי או משום שקיים סעד חלופי. וכך גם במקרה בו עתירה מעלה עניין בעל אופי פוליטי מובהק, מסוג העניינים המופקדים, על פי החוק ועל פי המהות, בידי הממשלה או בידי הכנסת. מקרה כזה דומה למקרה בו קיים סעד חלופי: יש מקרים בהם הסעד החלופי הוא תביעה בבית משפט אחר או ערר לבית דין מסויים; ויש מקרים בהם הסעד החלופי הוא טיפול בעניין הנדון בממשלה או בכנסת, לפי מהות העניין. בעניינים כאלה גוף אחר נחשב ראוי ומתאים יותר מבית המשפט לטיפול בעניין. יחסי החוץ של המדינה הם, מאז ומתמיד, דוגמה מובהקת לענין כזה. כך, ככל הידוע, בכל בית משפט ובכל מדינה. גם בישראל נתן בית משפט זה פסקי דין רבים בהם דחה עתירות על הסף בגלל המהות הפוליטית של העתירות, ובכל זה עתירות רבות שעסקו ביחסים בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית. ואין זה כך משום שלבית המשפט אין סמכות להתערב בעניין כזה. יש לו סמכות. אך הסמכות כרוכה בשיקול דעת. אכן, בית המשפט יכול להפעיל את שיקול הדעת שלו, במקרה מיוחד, אפילו כדי להתערב בעניין פוליטי מובהק. אך בכל מקרה על בית המשפט להפעיל את שיקול הדעת שלו ולהחליט אם ראוי, בנסיבות המקרה, שיתערב בעניין כזה. הווה אומר, שתי תחנות יש בדרכו של בית המשפט, בעתירות אלה כמו בכל עתירה אחרת: בתחנה הראשונה עליו להפעיל את שיקול הדעת שלו ולהחליט אם ראוי שיתערב בעתירה לגוף העניין; בתחנה השנייה, עליו לבדוק את שיקול

הדעת של הממשלה או של רשות אחרת, לפי העניין. על בית המשפט לעבור את התחנה הראשונה, לפני שהוא מגיע לתחנה השניה. בעתירות אלה עדיין בית המשפט מצוי, לדעתי, בתחנה הראשונה.

בית המשפט שאל את העותרים, במהלך הדיון, אם ידוע להם על מקרה אחד במדינה כלשהי, בזמן מן הזמנים, שבית משפט התערב במשא-ומתן מדיני המתנהל על ידי הממשלה ואסר עליה בצו את ניהול המשא-ומתן או הצהיר כי המשא-ומתן הינו בלתי-חוקי. תשובת העותרים היתה, כי הם חיפשו, אך לא מצאו. ואני מסתכן בהשערה שהם לא מצאו משום שאין. ככל הידוע, לא היה מקרה כזה אפילו באותן מדינות בהן קיימת דוקטרינה הקובעת כי לממשלה יוצאת יש רק סמכויות של ממשלת תחזוקה. ומדוע? משום שגם באותן מדינות מקובל כי הביקורת על ניהול משא-ומתן מדיני על ידי ממשלה יוצאת, גם כאשר מושמעת טענה כי המשא-ומתן בלתי מוצדק ואף בלתי-סביר, מופקדת בידי בית הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית המשפט. בדמוקרטיה יש לבית המשפט תפקיד חשוב מאד, אך תפקיד מוגבל, ואין הוא אמור או מסוגל לפתור כל תקלה ולהושיע בכל משבר.

העותרים ביקשו כי מציון תצא תורה. ואני משיב, לא תורה זאת, כי אין היא תורת אמת. בדרך כלל, לבית המשפט בישראל, כמו לבית משפט במדינות אחרות, אין כשירות להעריך אם משא-ומתן מדיני זה או אחר הינו סביר, או שמא הוא חוצה את הגבול של מתחם הסבירות, ואסור לבית המשפט לקחת על עצמו את האחריות הכרוכה במתן צו האוסר על משא-ומתן מדיני. צו של בית המשפט, האוסר או מפסיק משא-ומתן מדיני, הוא עצמו עשוי להיות בלתי-סביר ובלתי-אחראי.

איני רואה צורך לתת הסבר ארוך על המשמעות והנפקות של התערבות בית משפט במשא-ומתן מדיני, בין היתר מבחינת המעמד והתפקיד של בית המשפט בחברה. המבין יבין. עם זאת, כדי לסבר את האוזן, אתעכב מעט על הטענה המרכזית של העותרים, לפיה עצם ניהול המשא-ומתן על ידי ממשלה יוצאת, אף ללא חתימה על הסכם, הינו בלתי-חוקי. מדוע? משום שבמשא-ומתן כזה, הממשלה מציגה עמדות מדיניות, כגון, נכונות לוותר בעניין זה או אחר, ויש בכך כדי להכביד על הממשלה הבאה. אולם, אם כך, האם יהיה זה בלתי חוקי אם ראש הממשלה של ממשלה יוצאת יצהיר בפומבי, בלי לנהל-משא ומתן, למשל במערכת הבחירות, כי הממשלה מוכנה לויתורים מסויימים? והרי הצהרה כזאת, כלפי כל העולם, עשויה אף היא להכביד על הממשלה הבאה כמו הצגת עמדה במסגרת משא-ומתן מדיני. האם ראוי, אם כן, שבית המשפט יוציא צו האוסר על ראש הממשלה של ממשלה יוצאת להציג את המדיניות שלו בפני הציבור הרחב? גם לבית המשפט יש מתחם סבירות.

לסיכום, עתירות אלה עוסקות במשא-ומתן מדיני, בעל אופי פוליטי מובהק, המפלג את הציבור במחלוקת חריפה. בין אם ראוי לקיים משא-ומתן כזה ובין אם לאו, ובענין זה כל איש באמונתו יחיה, מכל מקום הממשלה הודיעה לבית המשפט כי אם המשא-ומתן יוביל להסכם, ייאמר בהסכם במפורש שלא יהיה לו תוקף אלא אם יאושר על ידי הממשלה, ולאחר מכן יאושר על ידי הכנסת, ואף יקיים את כל התנאים שנקבעו להסכם כזה בחוקי ישראל. במקרה כזה, הממשלה והכנסת ידונו בהסכם לגוף העניין לפני שיינתן לו תוקף. זאת ועוד. גם בשלב זה, בעוד המשא ומתן מתנהל, הכנסת יכולה להתערב במשא-ומתן ככל שתמצא לנכון. זאת סמכותה. לכן זאת גם אחריותה. משום כך זאת הדרך הנכונה ללכת בה. בנסיבות כאלה, ובהתחשב ביתר נסיבות המקרה, אני סבור כי שום בית משפט בעולם לא היה מקבל על עצמו להתערב ולהפסיק את המשא-ומתן בדרך של צו או הצהרה. בנסיבות אלה גם בית משפט זה אינו צריך לעשות זאת. לפיכך אני מסכים עם הנשיא ברק כי יש לדחות את העתירות.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק, כנגד דעתו החולקת של השופט י' טירקל.

ניתן היום, א' בשבט התשס"א (25.1.2001).

הנשיא	המשנה לנשיא	שופט	שופט
שופט	שופט	שופט	

העתק מתאים למקור  
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו בקובץ  
 פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.  
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
 /זד/A13.00051670