



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2592/20  
בג"ץ 2593/20  
בג"ץ 2594/20  
בג"ץ 2609/20  
בג"ץ 2612/20  
בג"ץ 2649/20  
בג"ץ 2675/20  
בג"ץ 2677/20

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ד' מינץ

העותרת בבג"ץ 2592/20  
ובבג"ץ 2677/20 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 2593/20 : ד"ר ארנה ברי ו-122 אח'

העותרות בבג"ץ 2594/20 : 1. עמותת "חוזה חדש"  
2. משמר הדמוקרטיה הישראלית

העותר בבג"ץ 2609/20 : עו"ד שפיק רפול

העותרת בבג"ץ 2612/20 : התנועה לטוהר המידות

העותרת בבג"ץ 2649/20 : סיעת יש עתיד-תל"ם

העותרת בבג"ץ 2675/20 : העמותה לדמוקרטיה מתקדמת

- המשיבים בבג"ץ 2592/20 :
1. היועץ המשפטי לממשלה
  2. ראש הממשלה בנימין נתניהו
  3. היועץ המשפטי לכנסת
  4. כנסת ישראל
  5. היועצת המשפטית לנשיא המדינה
  6. סיעת הליכוד
  7. סיעת כחול לבן
  8. סיעת יש עתיד-תל"ם
  9. סיעת הרשימה המשותפת
  10. סיעת ש"ס
  11. סיעת יהדות התורה
  12. סיעת ימינה
  13. סיעת גשר
  14. סיעת דרך ארץ
- המשיבים בבג"ץ 2593/20 :
1. היועץ המשפטי לממשלה
  2. ח"כ בנימין נתניהו – ראש ממשלת מעבר
  3. ח"כ בני גנץ – יו"ר כנסת ישראל
  4. סיעת הליכוד
  5. סיעת כחול לבן
- המשיבים בבג"ץ 2594/20 :
1. ח"כ בנימין נתניהו
  2. יו"ר הכנסת בני גנץ
  3. הכנסת ה-23
  4. היועץ המשפטי לממשלה
- המשיבים בבג"ץ 2609/20 :
1. ח"כ בנימין נתניהו
  2. היועץ המשפטי לממשלה
  3. הכנסת ה-23
  4. היועץ המשפטי לכנסת
  5. סיעת הליכוד
  6. סיעת כחול לבן
  7. סיעת יש עתיד-תל"ם
  8. סיעת הרשימה המשותפת
  9. סיעת ש"ס
  10. סיעת יהדות התורה
  11. סיעת ישראל ביתנו
  12. סיעת ימינה
  13. מפלגת גשר
- המשיבים בבג"ץ 2612/20 :
1. ח"כ בנימין נתניהו
  2. היועץ המשפטי לממשלה
  3. הליכוד תנועה לאומית ליברלית
  4. סיעת כחול לבן בכנסת ה-23
- המשיבים בבג"ץ 2649/20 :
1. סיעת הליכוד
  2. סיעת כחול לבן
  3. סיעת הרשימה המשותפת
  4. סיעת התאחדות ספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס
  5. סיעת יהדות התורה

6. סיעת ישראל ביתנו
7. סיעת ימינה
8. סיעת מרצ
9. סיעת העבודה הישראלית
10. סיעת דרך ארץ
11. סיעת גשר
12. היועץ המשפטי לכנסת
13. היועץ המשפטי לממשלה

- המשיבים בבג"ץ 2675/20 :
1. סיעת הליכוד בכנסת ה-23
  2. סיעת כחול לבן כנסת ה-23
  3. היועץ המשפטי לכנסת
  4. כנסת ישראל

- המשיבים בבג"ץ 2677/20 :
1. סיעת הליכוד
  2. סיעת כחול לבן
  3. היועץ המשפטי לממשלה
  4. ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת
  5. כנסת ישראל
  6. סיעת יש עתיד-תל"ם
  7. סיעת הרשימה המשותפת
  8. סיעת ש"ס
  9. סיעת יהדות התורה
  10. סיעת ישראל ביתנו
  11. סיעת ימינה
  12. סיעת העבודה
  13. סיעת מרצ
  14. סיעת גשר
  15. סיעת דרך ארץ

- המבקשים להצטרף לעתירות :
1. הפורום המשפטי למען ישראל
  2. תנועת גדר לחיים
  3. עו"ד עקיבא נוף

התנגדות למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות : ט' באייר התש"ף (3.5.2020)  
י' באייר התש"ף (4.5.2020)

בשם העותרת  
בבג"ץ 2592/20  
ובבג"ץ 2677/20 :  
עו"ד ד"ר אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ;  
עו"ד הידי נגב ; עו"ד אריאל ברזילי ;  
עו"ד שקד בן עמי ; עו"ד אביתר אילון

בשם העותרים  
בבג"ץ 2593/20 :  
עו"ד דפנה הולץ-לכנר

בשם העותרות בבג"ץ 2594/20	עו"ד יובל יועז; עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד דורון ברקת; עו"ד אוהד שפק
בשם העותר בבג"ץ 2609/20	בעצמו; עו"ד עביר חריש רפול
בשם העותרת בבג"ץ 2612/20	עו"ד אביה אלף; עו"ד בעז ארד
בשם העותרת בבג"ץ 2649/20 והמשיבה 8 בבג"ץ 2592/20	עו"ד עודד גזית; עו"ד אלירם בקל
בשם העותרת בבג"ץ 2675/20	עו"ד יפעת סולל
בשם המשיב 1 בבג"ץ 2592/20	עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג; עו"ד אבישי קראוס; עו"ד אודי איתן
בשם המשיב 2 בבג"ץ 2592/20	עו"ד מיכאל ראבילו; עו"ד אבי הלוי; עו"ד רועי שכטר; עו"ד אופק ברוק
בשם המשיבים 3 ו-4 בבג"ץ 2592/20	עו"ד אביטל סומפולינסקי
בשם המשיבה 5 בבג"ץ 2592/20	עו"ד אודית קורינלדי-סירקיס
בשם המשיבה 6 בבג"ץ 2592/20	עו"ד אבי הלוי; עו"ד מיכאל ראבילו; עו"ד ניבה הלוי
בשם המשיבה 7 בבג"ץ 2592/20, המשיב 3 בבג"ץ 2592/20, המשיבה 12 בבג"ץ 2677/20 והמשיבה 15 בבג"ץ 2677/20	עו"ד ערן מרינברג; עו"ד שמעון בראון; עו"ד עומרי שגב
בשם המשיבה 8 בבג"ץ 2649/20	עו"ד אורי הברמן
בשם המבקש להצטרף 1:	עו"ד נבון קצב; עו"ד יותם אייל
בשם המבקשת להצטרף 2:	עו"ד אילן ציאון
המבקש להצטרף 3:	בעצמו

## פסק-דין משלים

הנשיאה א' חיות:

ביום י"ב באייר התש"ף, 6.5.2020, ניתן על ידינו, פה אחד, פסק דין הדוחה את העתירות דנן. עתירות אלה נוגעות להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו העומד לדין בעבירות על טוהר המידות; וכן להסכם הקואליציוני שנחתם ביום 20.4.2020 בין סיעת הליכוד לסייעת כחול לבן, לגביו נטען כי הוא נוגד עקרונות חוקתיים וחוקיים וסותר את תקנת הציבור.

בשל סד הזמנים הדוחק פורטו בפסק הדין הנ"ל עיקר הנימוקים וכפי שצוין בסעיף 1 לפסק הדין הותרנו "למועד מאוחר יותר את מתן פסק הדין המשלים ובו הנימוקים המפורטים שייכתבו על ידי מי מאיתנו שימצא זאת לנכון, כל אחד וטעמיו". לפיכך, ניתן עתה פסק דין משלים אשר בו מפרטים חבריי להרכב את הטעמים שהובילו כל אחד ואחת מהם לתוצאה שאליה הגענו. טעמי שלי פורטו בפסק הדין מיום 6.5.2020 ולא ראיתי להוסיף עליהם. אני מצטרפת להערות של חלק מחבריי בדבר הצורך להסדיר לעתיד לבוא בחקיקה מתאימה את הסוגיה הנוגעת להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון. זאת, על מנת ליתן ביטוי ועיגון משפטי להיבטים הציבוריים והערכיים שמעלה סוגיה זו.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

אני מסכים לתוצאה ולנימוקים של חברתי, הנשיאה השופטת א' חיות, בפסק הדין מיום 6.5.2020, ומצאתי להשלים את הדברים ולהוסיף מילים מספר משל עצמי.

1. לאחר שלוש מערכות בחירות שתוצאותיהן משקפות את השסעים לאורכה ולרוחבה של החברה הישראלית, קלעה אותנו המציאות בישראל למערבולת חוקיות וחוקתיות. חלפו דקות ספורות מההכרזה על חתימת ההסכם הקואליציוני וכבר נזדרזו ובאו להן העתירות והניחו עצמן בשעת ערב מאוחרת על מפתנו של בית המשפט העליון.

2. כפי שציינה הנשיאה בפתח פסק דינה, שתיים הן השאלות העומדות לפתחנו, שאלות החופפות את הסעדים השונים והמגוונים שנתבקשו בעתירות השונות שהונחו לפתחנו.

האחת – האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו, בהינתן כי תלוי ועומד כנגדו כתב אישום חמור הכולל שלושה אישומים בעבירות שיש עמן קלון: שוחד, מרמה והפרת אמונים.

השניה – האם יש לפסול סעיפים שונים בהסכם הקואליציוני שנחתם ביום 20.4.2020 בין סיעת כחול לבן וסיעת הליכוד (להלן: ההסכם הקואליציוני) בהיותם מנוגדים לחוק או לתקנת הציבור.

שתי שאלות נפרדות, הקשורות ביניהן בעבותות, מאחר שההסכם הקואליציוני והשינויים בחוק יסוד: הממשלה שנתכנו בעקבותיו, "נתפרו" למידותיהם של הצדדים להסכם, שאין חולק כי רוח החשדנות ההדדית מרחפת מעליו. כל אחת משתי שאלות אלה, טומנת בחובה נושאים שונים, שחלקם נדונים לראשונה בהיסטוריה המשפטית של המדינה. מעולם לא כיהן בישראל ראש ממשלה שתלוי כנגדו כתב אישום. ח"כ בנימין נתניהו מכהן מזה כשנה וחצי כראש ממשלת מעבר, ממשלה שלא זכתה לאמון הציבור, כך שהשאלה אם ניתן להטיל עליו את מלאכת הרכבת ממשלה בישראל לא התעוררה וממילא לא נדונה עד עתה. עתירות שונות שהוגשו לבית משפט זה נדחו בשעתו בהיותן מוקדמות ותיאורטיות נוכח שלוש מערכות הבחירות שהתרגשו עלינו. אך כעת הגיעה שעת ההכרעה.

השאלה הראשונה – האם ניתן להטיל על נאשם בפלילים להרכיב ממשלה?

3. בניגוד לסברה שהושמעה, כביכול השאלה שלפנינו פשוטה להפליא ומעוגנת בחוק ברור ומפורש, אנסה להסביר להלן מדוע אין הדבר כך. לשם כך, נתמקד בשלשה טיעונים מרכזיים שניתן לזקק מתוכם מאות העמודים שהכבירו עלינו העותרים.

(1) הגיון ושכל ישר – מתפקיד זוטרי ברשות המקומית ועד לראשות הממשלה

4. נניח לרגע קט בצד את הוראות החוק ושלל הטיעונים המשפטיים, ונגולל את סיפורו של ראובן.

ראובן ביקש להתקבל לעבודה כקורא מוני מים במחלקת המים של רשות מקומית כלשהי. ברם, על אף כישוריו יוצאי הדופן, מועמדותו של ראובן לתפקיד נדחתה על הסף על ידי ראש המחלקה, לאחר שהתברר כי הוגש כנגדו כתב אישום בעבירה של שוחד. כפי שהסביר ראש המחלקה לראובן, לא יעלה על הדעת שלעבודה כה אחראית, יתקבל אדם שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירת שוחד.

ראובן המתין בסבלנות, וכעבור חודש, משנודע לו על פרישתו של מנהל מחלקת המים, התמודד במכרז על התפקיד, ולמותר לציין כי מנהל מחלקת המים חולש מתוקף תפקידו על כל קוראי מוני המים. ברם, ועדת המכרזים דחתה את מועמדותו של ראובן לתפקיד על הסף, לאחר שהתברר כי הוגש כנגדו כתב אישום בעבירה של שוחד. כפי שהוסבר לראובן, אפילו אם כתב האישום היה מוגש אחרי שהיה נכנס לתפקידו, מן הסתם היה מושעה עד לסיום המשפט. על אחת כמה וכמה שאין מקום לקבלו לתפקיד כל עוד כתב האישום תלוי ועומד.

ראובן החליט אפוא להתמודד בבחירות על ראשות הרשות המקומית, ולמותר לציין כי ראש הרשות חולש מתוקף תפקידו על מחלקת המים. דרכו של ראובן צלחה, והוא זכה ברוב מוחץ של התושבים ונבחר לראשות הרשות המקומית. ברם, לאור הלכת ראשי הערים (בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר, פ"ד סו(3) 135 (2013) (להלן: עניין ראשי הערים)), ועל אף היותו נבחר ציבור, מועצת העיר הפעילה את סמכותה לפי סעיף 22 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975, ולא אישרה את מינויו בשל כתב האישום שהוגש כנגדו.

זו הפעם, החליט ראובן ללכת בגדולות. הוא השתלב חיש-מהר בפוליטיקה הארצית, ותוך זמן קצר התמנה לשר הפנים. למותר לציין כי שר הפנים, חולש מתוקף תפקידו על מאות רשויות מקומיות, ובין היתר, אחראי על הקצאת מענקי איזון לרשות המקומית. ברם, לאור הלכת דרעי-פנחסי (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); ובג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993)), נאלץ ראש הממשלה לפטר את ראובן בשל כתב האישום שהוגש כנגדו בעבירת שוחד.

ראובן המשיך במירוץ לפסגה ונבחר לראשות הממשלה. למותר לציין כי ראש הממשלה חולש, מתוקף תפקידו, על שר הפנים, שחולש על ראש הרשות המקומית,

שחולש בתורו על ראש מחלקת המים בעיר, שחולש בתורו על קוראי מוני המים כמועצה, חד-גדיא.

5. וכעת, משעמדנו במילים פשוטות על סיפורו של ראובן, נקל להבין את טענתם של העותרים, שהצביעו על התוצאה האנומלית לפיה מי שאינו יכול לשמש בשורה של תפקידים במעלה הפירמידה, החל בתפקיד זוט וכלה בתפקיד של שר – יכול לכהן בראש הפירמידה בתפקיד ראש הממשלה. ואל יהא הדבר פשוט בעיני הקורא.

(2) כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד

6. אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברתי הנשיאה, כי הלכת דרעי-פנחסי עדיין חיה ובוועטת. מבלי להאריך בדברים, אציין את העובדה הפשוטה כי כיום, לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה, סעיף 22(ב) לחוק היסוד הקובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...]", "זהה בנוסחו לסעיף 21א(א) בחוק יסוד: הממשלה בשעה שניתן פסק הדין בעניין דרעי-פנחסי. חזקה על המחוקק-המכונן כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות.

7. סעיפים 17-18 לחוק יסוד: הממשלה קובעים כלהלן:

חקירת ראש הממשלה בתקופת כהונתו ואחריה, הגשת כתב אישום והרשעה

17. (א) לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש הממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

(ב) לא תיפתח חקירה פלילית נגד מי שכהן כראש הממשלה, בשל חשד לביצוע עבירה שנעברה בעת כהונתו או בשנה לאחר שחדל לכהן, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.

(ג) כתב אישום נגד ראש הממשלה יוגש בידי היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי בירושלים, שישב בהרכב של שלושה שופטים; הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל ראש הממשלה לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק.

(ד) בית המשפט שהרשיע את ראש הממשלה בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון.

הפסקת כהונה של ראש הממשלה מחמת עבירה

18. (א) הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון; החליטה



הכנסת כאמור, יראו את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת ההחלטה.

(ב) בתוך 30 ימים מיום מתן פסק הדין כאמור בסעיף קטן (א), תחליט ועדת הכנסת של הכנסת בדבר המלצתה לענין העברת ראש הממשלה מכהונתו ותביא את המלצתה בפני מליאת הכנסת; לא הביאה ועדת הכנסת את המלצתה בתוך המועד האמור, יעלה יושב ראש הכנסת את הענין לדיון במליאת הכנסת.

(ג) ועדת הכנסת והכנסת לא יחליטו בדבר העברת ראש הממשלה מכהונתו אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו.

(ד) לא הועבר ראש הממשלה מכהונתו לפי סעיף זה ופסק הדין כאמור בסעיף קטן (א) נעשה סופי, תיפסק כהונתו של ראש הממשלה ויראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי.

(ה) הוראות סעיפים 42 ו-42ב לחוק-יסוד: הכנסת, לא יחולו על ראש הממשלה.

סעיף 18 אינו חל בענייננו, מאחר שהוא מדבר בהפסקת כהונה של ראש ממשלה מכהן ואינו עוסק בנושא שבפנינו – הטלת מלאכת הרכבת ממשלה על חבר כנסת, אחד מני 120 חברי כנסת. העובדה שחה"כ בנימין נתניהו מכהן בפועל כראש ממשלה, אינה מכניסה אותו לגדרו של סעיף 18, באשר המדובר בממשלת מעבר, שבהיותה כזו, לא זכתה לאמון הציבור, ומכאן הצורך בבחירות ובהרכבת ממשלה. בהקשר זה ראו סעיף 30(ג) לחוק יסוד: הממשלה שעניינו בהפסקת כהונה של ראש ממשלת מעבר, הקובע כי אם "הופסקה כהונתו מחמת עבירה, תקבע הממשלה שר אחר שהוא חבר הכנסת וחבר סיעתו של ראש הממשלה, לכהן כראש הממשלה בפועל עד שתיכון הממשלה החדשה". לא למותר לציין את ההיגיון שבבסיס סעיף 18 לחוק, ולפיו התפטרות ראש הממשלה גוררת אחריה התפטרות הממשלה כולה. כאמור, ענייננו-שלנו בחבר-כנסת שאמור להקים ממשלה ולהתמנות לעמוד בראשה. מכאן, שיכולה להישמע הטענה כי מניעה מראש של כהונתו, בבחינת אין מכניסים ראש חולה למיטה בריאה, פגיעתה קשה פחות ממקרה של ראש ממשלה מכהן שנאלץ להתפטר מתפקידו ועמו הממשלה כולה.

8. סעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה חל בענייננו. סעיף זה מעיד על כך שהמחוקק צפה מצב שבו יוגש כתב אישום כנגד ראש ממשלה טרם כניסתו לתפקיד. בהמשך לסעיף זה נחקק סעיף 4 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, הקובע כלהלן:

הוראות לענין כתב אישום תלוי ועומד  
 4. הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה או שר בטרם החלו  
 לכהן בתפקידם יחולו הוראות אלה:

- (1) הוחל בגביית הראיות – ימשיך בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום במשפט;
- (2) טרם הוחל בגביית הראיות – יתקיים הדיון לפני בית המשפט המוסמך כאמור בסעיפים 17 או 23 לחוק היסוד, לפי הענין; הוגש כתב האישום לבית משפט שאינו בית המשפט המוסמך כאמור, יועבר הדיון לבית המשפט המוסמך;

יכול הטוען לטעון כי משהכיר המחוקק במצב בו הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה טרם החל לכהן בתפקידו, אין מקום לפרשנות, שהרי החוק ברור ומפורש.

9. בנקודה זו נכנס לפעולה הכלל שהותווה בעניין דרעי-פנחסני ולפיו "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". גם על פי הלכת דרעי-פנחסני, לא כל כתב אישום מצדיק פיטוריו של שר. שר שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום בגין סגירת מרפסת אינו כמו שר שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום בעבירה של שוחד. לא שר המואשם בתקיפה סתם, כשר המואשם בניסיון רצח, בגידה, אונס ושאר עבירות חמורות.

על פי מודל שיקול הדעת, מקום בו הוגש כתב אישום בגין עבירת שוחד טרם החל שר בתפקידו – יש לעצור את המינוי. על דרך של קל וחומר, הדברים יפים לכאורה גם לגבי ראש ממשלה טרם נכנס לתפקידו. זאת ועוד. בהיבט הפלילי, אמנם נמצא בחוק העונשין עבירות חמורות מעבירת השוחד. ברם, ענייננו אינו בהיבט הפלילי אלא בהיבט המינהלי-שלטוני. בהיבט זה, לעבירת השוחד יש זיקה מובהקת לתפקיד ציבורי-שלטוני בכיר כמו שר או ראש ממשלה. לדוגמה, שר המואשם בניסיון רצח של שכנו בשל סכסוך על חנייה, מעיד על עצמו שהוא חמום מוח, אך בהיבטים של עוצמת הפגיעה באמון הציבור, טוהר מידות, ניקיון כפיים, ושמירה על קופת הציבור – העננה מעל ראשו של שר הנאשם בשוחד גדולה אף יותר, בשל זיקת העבירה לתפקיד.

10. משהזכרנו את הדין הפלילי, ומשהזכירה הנשיאה את חזקת החפות שעומדת לחה"כ בנימין נתניהו, נאמר את המובן מאליו. חזקת החפות עומדת במלוא עוזה ותפארתה בהליך הפלילי, אך לא במישור המינהלי-ציבורי. בדין המינהלי, גם חשדות ומידע מודיעיני יכולים לשמש כראיה מינהלית. אלה משמשים אותנו מעשה של יום ביומו בנושאים שונים ומגוונים: "מתן אזרחות מכוח שבות או רשיון ישיבה, כניסה לארץ, רשיון נהיגה ורשיון נשק, רשיון עסק וכדומה – כל אלה מתקבלים בהחלטות מינהליות" (דברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בעניין ראשי הערים).

כתב אישום הוא ראייה מינהלית ברף גבוה, כאשר ההנחה היא שכתב האישום מגבש ראיות לכאורה:

"העקרונות הנזכרים לעיל חלים בעיקרם על הליך מינויים או הסרה מתפקיד של עובדי מדינה או נבחרי ציבור אשר הורשעו בפלילים, או כאשר קיימות ראיות מינהליות לכך שעברו עבירה פלילית חמורה. שיקולים אלה עשויים להתקיים באותה מידה גם כאשר הוגש כתב אישום נגד נבחר ציבור, המאשימו בעבירות חמורות (פרשת פנחסי, עמודים 467-468) כפי שנאמר שם:

'ענין לנו בפעולה שלטונית של הפסקת כהונה. לשם ביסוסה של פעולה זו, אין צורך בהרשעה פלילית. חזקת החפות – העומדת לכל נאשם – אינה מונעת הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית, ובלבד שבפני הרשות השלטונית המחליטה מצויה ראייה, אשר בשים לב לנסיבותיה, היא כזו אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה...'

קיומן של ראיות מינהליות בדבר מעורבות אדם בעבירות פליליות הנוגעות במישרין למשרה הציבורית ולאמון הציבור בנושא המשרה עשויות להיות בעלות משקל רב ביחס להמשך מימוש זכותו לכהן בתפקיד ציבורי כנבחר ציבור" (דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבש"פ 5816/09 מדינת ישראל נ' זגורי (9.9.2009), ההדגשות הוספו – י"ע).

רף הראייה המינהלית במקרה דנן גבוה במיוחד בהינתן שמדובר בחשדות שהתגבשו לכלל כתב אישום, ובהינתן שכתב האישום נבחן בעשרות עיניים של פרקליטים בכירים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה, נוכח הרגישות הציבורית וההשלכות הנובעות מכתב אישום המוגש כנגד ראש ממשלה.

(3) ההיבט הערכי

11. דומה כי גם המשיבים מסכימים כי מבחינה ציבורית אין זה ראוי ואין זה רצוי כי מעל ראשו של ראש ממשלה מכהן יהיה תלוי הליך פלילי. "אבן מקיר תזעק" (חבקוק ב, י"א) וגם השופט רובינשטיין כמו זעק בדבריו בפרשת ראשי הערים (שם, בעמ' 221):

"האם יתכן שראש רשות שעל ראשו עננה קודרת בדמות כתב אישום חמור, אם בעבירות הקשורות לתפקידו כמו שוחד ואם בעבירות חמורות מאוד אחרות, ימשיך כאילו עולם כמנהגו?"

בחנתי את כתבי התגובה של המשיבים המשתרעים על עמודים רבים, ולא מצאתי אמירה ערכית-נורמטיבית-מוסרית-ציבורית המצדדת בכך.

12. בהיבט הערכי-מוסרי-ציבורי-נורמטיבי למותר להכביר מילים. משרתי הציבור ונבחרי הציבור הם נאמני הציבור. טוהר המידות בשירות הציבורי ואמון הציבור שנגזר מתדמיתו של השירות הציבורי, הם שני אבני יסוד של שלטון החוק. העותרים הפנו לדברים שאמר ח"כ בנימין נתניהו, בהתייחסו לחשדות כנגד ראש הממשלה אהוד אולמרט, עוד טרם הגשת כתב אישום:

“ראש ממשלה ששקוע עד צוואר בחקירות, אין לו מנדט מוסרי וציבורי לקבוע דברים כל כך גורליים למדינת ישראל, כי קיים חשש אמיתי, ולא בלתי מבוסס שהוא כריע הכרעות על בסיס האינטרס האישי של ההישרדות הפוליטית שלו, ולא על בסיס האינטרס הלאומי.”

מכאן טענת העותרים כי הדברים יפים לענייננו על דרך של קל וחומר בן בנו של קל וחומר. שבענייננו אין מדובר בחקירות ובחשדות אלא בכתב אישום; שבענייננו העבירות המיוחסות בכתב האישום נעברו על פי הנטען בתקופת הכהונה כראש ממשלה; ושבענייננו, אין מדובר בראש ממשלה מכהן ובהפסקת כהונה אלא בחבר כנסת שטרם נכנס לתפקידו כראש ממשלה.

13. בימים של פעם, השאלה שאנו נאלצים לדון בה מן הסתם לא הייתה מגיעה לפתחנו. אלה היו הנורמות הציבוריות, נורמות של it is not done, כך, חלק ופשוט. אך נורמות ציבוריות ותרבות פוליטית של פעם, אינן כשל ימינו שלנו. צא ולמד על עומק השינוי שעבר על החברה הישראלית ועל התרבות השלטונית. בהלכת דרעי, הנשיא שמגר נימק את מסקנתו בכך שאי העברה של שר מהתפקיד בשל אירוע חמור כמו הגשת כתב אישום עלולה להשליך על אמון הציבור:

“אירוע חמור בו מעורב חבר הממשלה [...] משליך על מעמדה של הממשלה, על מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמה, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים, כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים שעליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכך [...] אם יכהן בממשלה שר שהוגש נגדו כתב-אישום המאשימו בלקיחת

שוחד במאות אלפי שקלים ובשימוש לרעה, באופנים אחרים, במשרות שלטוניות, תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו" (שם, עמ' 423-424).

אלא שעם שינוי העיתים והזמנים, היו שהצביעו על כך ש"אמירות כיבושין ציבוריות אין בהן די" ו"כנראה אין תועלת בדברי כיבושין ציבוריים" (דברי השופט רובינשטיין בעניין ראשי הערים, עמ' 221-222).

14. כבואנו להעביר את הסוגיה שבפנינו במנסרה (פריזמה), קיים קושי להפריד בין אורכי הגל והצבעים המשתייכים לשדה המשפטי "היבש", לבין אלה המשתייכים לשדה הערכי-ציבורי-מוסרי, שהרי המשפט טבול בערכים, במוסר, בהגינות ובצדק.

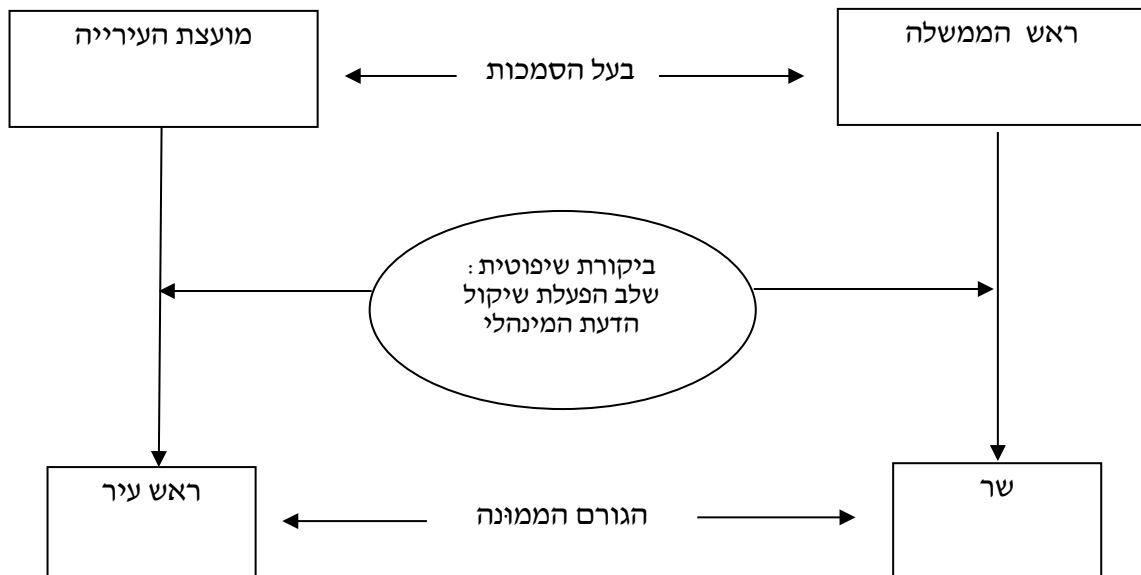
אם נעצור הילוכנו בנקודה זו, נבין אפוא כי לא מקרה פשוט עומד לפנינו אלא מקרה מורכב. לא חוק ברור ומפורש כשמש בצהרי היום, אלא ענני גשם כבדים ולא ענני נוצה, המסתירים את השמש. אלא שבנקודה זו אנו מגיעים ל"פתרון החידה", בדרך עליה עמדה הנשיאה בפסק דינה, ואשר יש בה כדי להסביר מדוע על אף השיקולים דלעיל הגענו לסופה של דרך, פה אחד, למסקנה כי דין העתירות להידחות.

מודל שיקול הדעת – שיקול הדעת של מי?

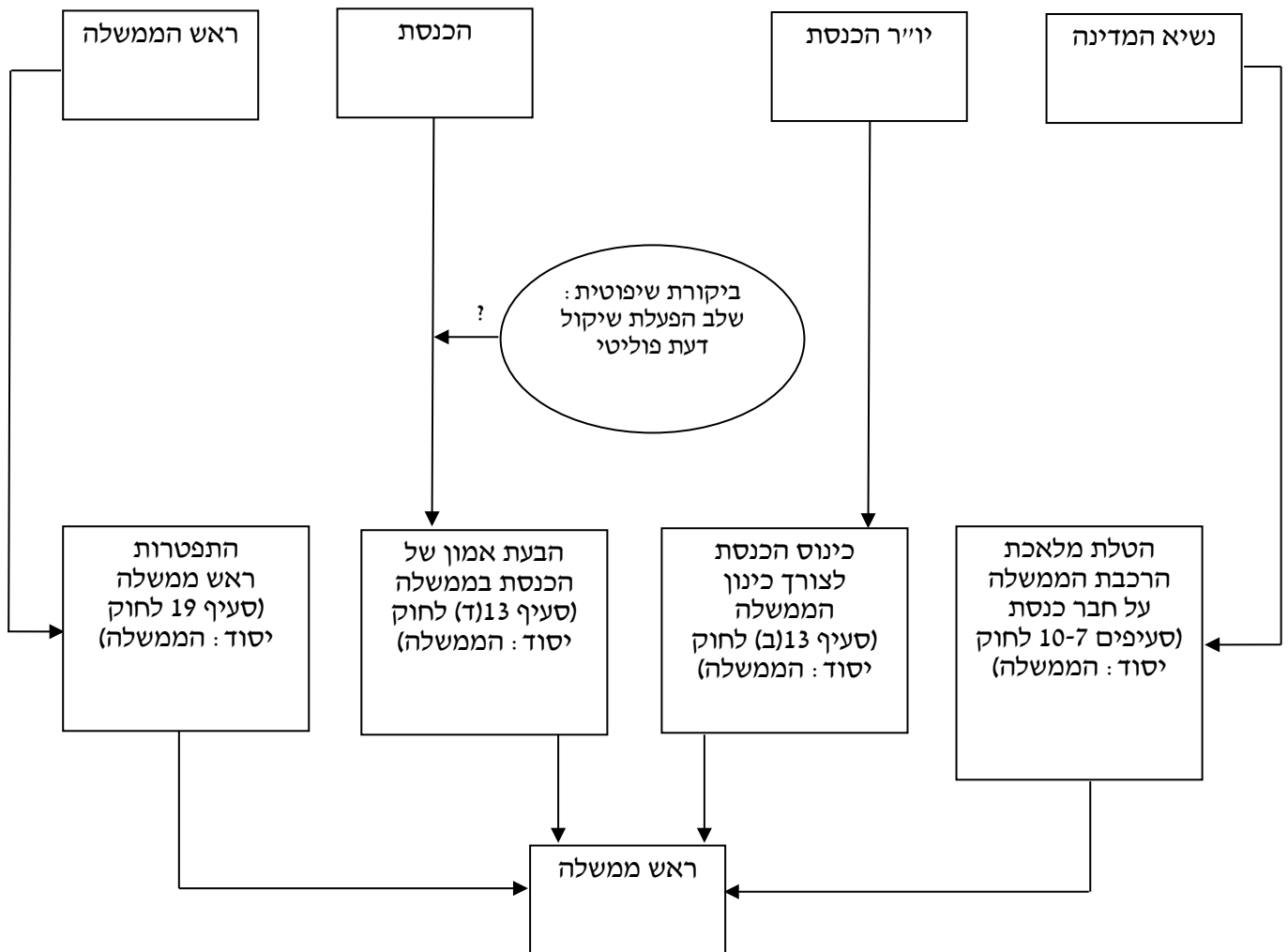
15. כנגד ארבעה סוגים של שיקול דעת דיברו העתירות, ובנקודה זו אתן לתרשים להלן לדבר בעד עצמו.

הלכת ראשי הערים

הלכת דרעי ופנחסי



הרכבת ממשלה וכינונה



התרשים מדגים את "סוגיית היישום", על פי הביטוי בו השתמשו העותרים בבג"ץ 2594/20. חברתי הנשיאה היטיבה להסביר מדוע אף אחד מארבעת סוגי שיקול הדעת לא יצליח לצור על פי צלוחית (פסקאות 11-18 לפסק דינה). אתמקד בבחירתם של חברי הכנסת, ובביקורת השיפוטית לגביה.

16. על פי כללי השיטה הפוליטית הנוהגת במדינה מאז הקמתה, ציבור הבוחרים מייפה את כוחם של חברי הכנסת ברשימות השונות לייצג אותו. מדובר בייפוי כוח בלתי חוזר, הגם שתוקפו מוגבל בזמן עד לבחירות הבאות. משנבחרו חברי הכנסת על פי רשימות המפלגות, קיימת חזקה חלוטה כי עמדותיהם ופעולותיהם מבטאות את רצון הבוחר. "הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון", כלשון סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה. השעה שבה למעלה מ-60 חברי כנסת מרימים את ידם בתמיכה ובמתן אמון

בממשלה שהורכבה זה-עתה, היא המועד הקובע שבו חברי הכנסת מבטאים את רצון רוב הבוחרים על-פי יפוי הכוח הבלתי חוזר שהופקד בידיהם. התערבות בית המשפט בנקודת זמן זו ובהליך דמוקרטי זה, כמוה כהתנגשות חזיתית עם רצון הבוחר כפי שבא לידי ביטוי בהצבעת נציגיו בכנסת. התערבות מעין זו מנוגדת לריסון שבית המשפט נוקט בהתערבות בהחלטות הכנסת, "ריסון הנובע ממעמדה המיוחד של הכנסת במשולש הרשויות" (עניין ראשי הערים, דברי המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בפסקה 41). התערבות מעין זו משמעה, הלכה למעשה, הדחה על ידי בית המשפט של מי שזכה להיבחר כראש ממשלה על פי רוב קולות חברי הכנסת, חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית (רבקה וייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" משפט וממשל כא (2020) (עתיד להתפרסם)).

יודגש כי החלטת חברי הכנסת על פי סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה אינה החלטה מינהלית או החלטה מעין שיפוטית או החלטה פרלמנטרית רגילה או החלטה הפוגעת בזכויות אדם או בזכויות מיעוט. המדובר בהחלטה בכובעה המקורי והראשוני של הכנסת, החלטה אשר מכוננת את הרשות המבצעת ואת העומד בראשה. החלטה פוליטית מובהקת הנובעת מתמהיל של שיקולים שחברי הכנסת העמידו מול עיניהם. החלטה שנמצאת בגרעין הליבה הלוהטת של הכור הפוליטי, ואשר בכוחה להכריע את הכף כנגד שלושת הטעמים והנימוקים כבדי המשקל עליהם עמדנו לעיל. כאן, בנקודה זו, לסוף מסע המסתיים ליד הכבשן הלוהט של אותה החלטה מכוננת-פוליטית של רוב חברי הכנסת, מונחת הכרעתנו בשאלה הראשונה.

ההסכם הקואליציוני

17. שאלת מהותו, כוחו וגבורתו של ההסכם הפוליטי, שנויה במחלוקת בפסיקה ובקרב מלומדי המשפט. קיימת משרעת של דעות בנושא, שאותן ניתן לקבץ לארבע קבוצות עיקריות כלהלן:

בקצה האחד של המשרעת, אנו מוצאים את הגישה לפיה אין לראות הסכמים פוליטיים כהסכמים מחייבים, לא במישור המשפט הפרטי, ואף לא במישור המשפט הציבורי. במישור המשפט הציבורי – משום שאין לערב את בתי המשפט בסכסוכים הנובעים מקיומם או אי קיומם של הסכמים אלו. במשפט הפרטי – היות שמדובר בתחום שאין בו שליטה לדיני החוזים ואינו יכול להיות נשוא לחוזה. לדיני החוזים אין מקום אלא כאשר מדובר בפעולה שהיא בעיקרה כלכלית, ומכאן שהסכם שהוראה על סנקציה כספית בשל הפרתו נחשבת כפסולה, אינו ראוי להיחשב כחוזה (דניאל פרידמן ונילי כהן

דיני חוזים כרך א 419-429 (מהדורה שניה, 2019)). לגישה דומה למהותו של ההסכם ראו גם D. Kretzmer במאמרו *Political Agreements – A Critical Introduction* 26 ISR. L. REV. 407 (1992), וכן עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995) (להלן: עניין ולנר) לפיה ההסכם הפוליטי אינו יכול להיות מקור לזכויות ולחובות במשפט בין הצדדים לו.

בקצה השני של המשרעת, אנו מוצאים את הגישה לפיה יש להחיל על הסכמים פוליטיים את דיני החוזים במלואם, כתחולה ישירה וראשונית; ובהמשך לכך, פיתוח דיני ההסכמים הפוליטיים יכול וצריך להיעשות מתוך דיני החוזים, באנלוגיה ל"דואליות הנורמטיבית" בחוזי-רשות (גבריאלה שלו "הסכמים פוליטיים" עיוני משפט טז 215 (תשנ"א); וראו גם אריאל בנדור "דינו של הסכם פוליטי" משפט וממשל ג 297, 318 (תשנ"ה) אשר מכיר בתוקף המשפטי של ההסכם הפוליטי, ואף סבור כי בהסכמים פוליטיים שבהם בתמורה להתחייבות של צד אחד, מתחייב הצד האחר להפעיל את סמכותו השלטונית, רשאי בית המשפט ליתן גם סעד של אכיפה).

בתווך, בין שתי דעות אלו, אנו מוצאים את הגישה לפיה יש לבחון את ההסכם הפוליטי בשני שלבים. בשלב הראשון, יש לבחון אם הייתה מלכתחילה כוונה ליצור יחסים משפטיים. רק אם התשובה חיובית, עוברים לשלב השני ומחילים את דיני החוזים לצד דיני המשפט הציבורי. דהיינו, ההסכם הפוליטי הוא חוזה מעורב הכפוף הן לדיני החוזים הרגילים והן לדינים המיוחדים להסכמים פוליטיים, אך "לעיתים קרובות, ואולי בדרך כלל, אכיפה באמצעות צו שיפוטי לא תהיה הולמת את המהות המיוחדת של החוזה הפוליטי" (יצחק זמיר "הסכמים פוליטיים" ספר לנדוי כרך ב 779, 808 (תשנ"ה); ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49 (1999) (להלן: עניין אלחג')). גישה נוספת, הובעה על ידי השופטים א' ברק ומ' אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991), ולפיה הסכם פוליטי אינו חוזה רגיל, וככזה, הוא לא נשלט במישרין על ידי דיני החוזים אלא על ידי המשפט הציבורי. דעה זו אומצה ונזכרה בעניין ולנר (לסקירת הגישות השונות והתפתחות ההלכה, ראו פסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה בעע"מ 5042/01 זיד נ' חורפיש, פ"ד נו(3) 865 (2002); על התערבות בית המשפט בהסכמים פוליטיים ראו דפנה ברק-ארז "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח 369, 372-375 (1999)).

18. הסכם פוליטי כשמו כן הוא, ומכאן הזהירות בה נוקט בית המשפט בכבואו לדרוך במגרש הפוליטי (עניין אלחג', בעמ' 58). עם זאת, נוכח הפן ההסכמי-חוזי של ההסכם הפוליטי, ההתערבות בהסכם כזה נדרשת, ולעיתים מתחייבת, מקום בו הוראות ההסכם



עומדות בסתירה לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, והדברים אמורים בעיקר לגבי תקנת הציבור.

19. ההסכם שבפנינו, כפי שהצהירו הצדדים עצמם, נולד מתוך חוסר אמון הדדי, כקיפודים המתנים אהבים – בחשדנות ובוזהירות של האחד מפני קוציו של משנהו. מפרי הבטן של שידוך זה נולד, אין לכחד, יצור חדש ויקרא שמו בישראל "ממשלה דו-ראשית" או "ממשלה דו-גושית" או "ממשלת חילופים". ממשלה יוצאת דופן זו הניכה תיקוני חקיקה בחוקי יסוד ובחוקים אחרים, ותיקונים אלה, שבאו לעולם לאחר שניתנה הכרעתנו, נופלים לקבוצה הראשונה והשנייה כאמור בסעיף 23 לפסק דינה של הנשיאה. ממילא אין לעסוק בהם במסגרת פסק דין זה.

20. אסתפק בשתי הערות "טלגרפיות" לגבי ההסכם הקואליציוני:

(-) ממשלה שטרם קמה, אינה אמורה לשתק את פעילות הכנסת, שהיא הרשות המחוקקת: "הממשלה היא שיונקת את חיותה מהכנסת, ולא להיפך. על אחת כמה וכמה, שממשלה שטרם באה לעולם אינה יכולה לשלוט על הכנסת ולהורות לה 'לדומם מנועים'..." (פסק דיני בבג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020)). לכן, טוב עשו הצדדים שהבהירו את כוונתם בהסכם.

(-) אנו מעמידים את הצדדים להסכם בחזקתם כי יפעלו על פי כל דין.

הערות לפני סיום

21. הטענה ל"דמוקרטיה מתגוננת" כפי שהועלתה על ידי העותרים בבג"ץ 2594/20, כבסיס לפסילתו של ח"כ בנימין נתניהו, נראית לי מרחיקת לכת (כך הוצע על ידי דניאל בן אוליאל במאמרו "העברת ראש ממשלה מכהן תחת כתב אישום מתפקידו" משפט וממשל כא (2020) (עתיד להתפרסם) (להלן: בן אוליאל)). את דוקטרינת ה"דמוקרטיה המתגוננת" ראוי לטעמי להשאיר בגבולותיה ובתחומיה, ואין מקום להרחיבה לתחומי טוהר המידות.

22. כל אחד מהצדדים הדגיש כי ככל שבית המשפט לא יפסוק על פי עמדתו, הדבר יגרור פגיעה באמון הציבור. טענה זו מביאה להרהור בשאלה מהו "אמון הציבור". יש שמבחינים בין שני סוגים של אמון הציבור – "אמון ציבור מסוים, הנוגע לסוגיה נדונה ואמון ציבור כללי, שהינו ארוך-טווח ורחב בהיקפו" (בן אוליאל, טכסט לה"ש 112-

111). לדידי, השאלה היא אם יש לראות את "אמון הציבור" כעניין אמפירי-עובדתי שניתן לבדוק ולמדוד אותו בסקרי דעת קהל, או כמונח נורמטיבי, כפיקציה משפטית, כמו "האדם הסביר". כך או כך, ככל שמדברים אנו באמון הציבור ברשות השופטת, הרי

– ש –

"אמון הציבור בהקשר זה אין פירושו רדיפת אמון הציבור באשר אמון הציבור הוא, משל היו בתי המשפט משרתים המבקשים לרצות את אדונם. [...] בית המשפט אסור הוא לעשות מעשה כדי לרצות את הציבור או חלקים בו. בה בעת לא יתעלם בית המשפט מהלכי רוח שבציבור. בית המשפט לא יכריע בדין – אסור הוא להכריע בדין – על פי הלכי רוח אלה, ואולם לא יהא זה לא אנושי ולא נכון אם נאמר לו להתעלם מהם כמו לא היו. [...] אמון הציבור נדרש הוא לבית המשפט, ובלבד שנדע ונזהיר עצמנו היטב-היטב כי מדברים אנו לא בהסכמה של הציבור להכרעות של בית המשפט אלא באמון הציבור בכך שבית המשפט שוקל בדעתו כל שיש צורך לשקול; כי בוחן הוא כל פתרונות אפשריים הראויים לבחינה; והכול, כמובן, באותם תחומים הניתנים לשיקול דעתו של בית המשפט ולמדיניות הכללית של הרשות השופטת במלאכת עשיית הצדק הראוי ובהשלטת המשפט על פני הרשע והשרירות" (מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 499 (2004)).

גם לעת הזו, בית המשפט "רואה את הקולות ואת הלפידים" (שמות כ, י"ד), אך הכרעתו בדין לעולם תיעשה על פי דין, ללא מורא וללא משוא פנים. בית המשפט לא יגור מפני אלו המבקשים לאיים על עצמאותו, ולא ייחת מפני רואי שחורות המתנבאים על "נפילת המבצר". כך בעבר, כך כעת, וכך לעתיד לבוא.

ש ו פ ט

השופט ד' מיןן:

כאמור בתמצית הנימוקים לפסק הדין שניתן ביום 6.5.2020, מצטרף אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה א' חיות, הן בסוגיית הטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים והן לגבי ההסתייגויות בעניין ההסכם הקואליציוני שהובא לפתחנו. באשר לשאלת התערבותנו בהסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול-לבן, אינני רואה מקום להוסיף על הדברים שנכתבו בתמצית פסק הדין. לצד זאת,

מצאתי להעיר הערות מספר באשר לשאלת כשירותו של חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום להרכיב ממשלה.

1. בניגוד לעמדת העותרים אשר גרסו כי עלינו לבחון את סבירות ההחלטה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו, סבורני כי הסוגיה הניצבת לפנינו היא אך ורק שאלה פרשנית חוקתית של חוק-יסוד: הממשלה. אבהיר.

2. ככל טקסט משפטי, גם טקסט חוקתי מצריך פרשנות. תורת הפרשנות של טקסטים חוקתיים אינה שונה משיטת הפרשנות הכללית הנהוגה במשפטנו, כאשר ככל פרשנות, עליה להיות מעוגנת בטקסט אותו מפרשים (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 83 (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית)). אולם פרשנותם של חוקי יסוד צריכה להתבצע בהתחשב באופיים המיוחד. יהא זה חוק-יסוד הקובע עקרונות משטריים או יהא זה חוק-יסוד הקובע את היקפן של זכויות אדם ואזרח. כך, "טקסט חוקתי העוסק במסגרות המוסדיות של רשויות השלטון יש לפרשו בהתחשב באופי של המוסד השלטוני" (ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 83). תפקידו של השופט-הפרשן, בבואו לפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביא את החוק לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה (ראו: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 596 (1986)). כמו כן, בהתאם להלכה הפסוקה, פרשנות חוקתית צריכה להיעשות מנקודת מבט "כוללת ורחבה". וכפי שהגדיר זאת השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985):

"הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב' ... ומתוך הבנה, כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים ... עניין לנו בניסיון אנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש באמצעות מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי ... הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי" (עמ' 306).

ודוק, נקודת מבט רחבה אין משמעה בהכרח פרשנות מרחיבה. יש שנקודת המבט הרחבה תוביל דווקא לפרשנות מצמצמת (ראו: בג"ץ 7510/19 עו"ד יוסי אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 11 (9.1.2020); ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 86). הכל בהתאם לנסיבות העניין (ראו גם: ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 443-442 (1962); בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470

(1994); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 674 (2006).

3. מכל מקום, נקודת המוצא לפרשנותו של הסדר חוקתי היא כמובן הלשון, ובגדרה יש לבחור את האפשרות הלשונית המגשימה את תכלית הנורמה בצורה הטובה ביותר. בתחום המשטרי, ללשון הטקסט החוקתי מעמד רם בהליך הפרשני. על כן, שומה על הפרשן ליתן משקל רב ללשונו של חוק היסוד הרלוונטי ולדרך המסוימת שבה עוצב ההסדר בידי הכנסת בכובעה כרשות המכוננת. אופן פירושו של ההוראות החוקתיות האמורות צריך להבטיח שמירה על תכונותיהם של כללי המשחק המשטריים – יציבות, בהירות וודאות. בהתאם לקנה המידה הפרשני האמור, בענייננו, לעמדתנו, בחינת לשון מכלול ההוראות החוקתיות הרלוונטיות, ובפרט הסעיפים בחוק-יסוד: הממשלה מובילה למסקנה אחת ויחידה – המחוקק-המכונן בחר שלא לקבוע כל הגבלה על האפשרות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים. אבהיר.

4. מהוראת סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה, הקובעת כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים", אנו למדים כי ראש הממשלה הוא "שר". אולם, ראש הממשלה אינו שר ככל השרים. הוא בבחינת "ראשון בין שווים" (בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, מר אריאל שרון, פ"ד נט (2) 461, 446 (2004); בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו, פסקה 2 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (9.6.2009)). בידי ראש הממשלה נתונה (מעבר לסמכויות המנהליות השוטפות שלו) הסמכות העיקרית בכל הנוגע להרכבת הממשלה, קביעת זהות השרים המכהנים בה והתפקידים בהם יישאו (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נז (6) 817, 833 (2003) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון)). עם זאת, לא נקבעו תנאי כשירות מיוחדים לכהונת ראש ממשלה, מלבד התנאי לפיו עליו להיות חבר כנסת (סעיף 5(ב) לחוק-יסוד: הממשלה).

5. תנאי הכשירות של חברי כנסת קבועים בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת. בסעיף זה נקבע כי מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון בשבע השנים שלפני הבחירות ונגזרו עליו לפחות שלושה חודשי מאסר בפועל, אינו רשאי להיכלל ברשימת המועמדים לכנסת. הפסקת כהונתו של חבר כנסת מחמת ביצוע עבירה הוסדרה בסעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת, בו נקבע כי חבר כנסת שהורשע בעבירה שיש עמה קלון, תיפסק חברותו ביום בו פסק הדין הפך לסופי. למן מועד ההרשעה ועד למועד שבו ניתן פסק דין סופי, חבר הכנסת מושעה באופן אוטומטי מכהונתו בכנסת, על פי סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת.

תנאי כשירותם של שרים נקבעו בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה וגם שם ישנן הוראות הדומות לאלו שנקבעו בחוק-יסוד: הכנסת בדבר הרשעתו של מי שמועמד להיות שר בעבירה שיש בה קלון בגינה נידון לעונש מאסר.

6. הנה כי כן, תנאי הכשירות שקבע המחוקק-המכוון לגבי כהונת חברי כנסת (וכהונת שרים בממשלה) אינם מכילים כל הוראה אשר נועדה למנוע מחבר כנסת לקבל על עצמו את מלאכת הרכבת הממשלה או לכהן בה כראש ממשלה, אם כתב אישום הוגש עובר לכהונתו או תוך כדי כהונתו. במובן זה, ההסדר שקבע המחוקק-המכוון הוא הסדר שלם, לפיו כל אחד מחברי הכנסת, שעומד גם בתנאי הכשירות הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה, כשיר לכהן כראש הממשלה וניתן להטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה.

7. מסקנה זו מתחזקת כאשר בוחנים, לצד תנאי הכשירות האמורים, את ההוראות השונות שקבע המחוקק-המכוון בעניין העמדתו לדין של ראש ממשלה. סעיף 17 לחוק-יסוד: הממשלה קובע הוראות שונות בדבר חקירת ראש הממשלה בתקופת כהונתו ולאחריה, הגשת כתב אישום נגדו והרשעתו. בסעיף 17(ג) אף נקבע כי הוראות בעניין כתב אישום שהוגש בטרם החל ראש הממשלה לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק (וכך אכן נקבע בסעיף 4 לחוק הממשלה, התשס"א-2001). ללמדך, כי המחוקק-המכוון העלה גם העלה בדעתו כי ראש ממשלה יכול לכהן בתפקידו, שעה שלפני הטלת מלאכת הרכבת הממשלה עליו ולפני השבעת הממשלה, הוגש נגדו כתב אישום. כך גם סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה קובע הוראות שונות בדבר הפסקת כהונתו של ראש ממשלה מחמת עבירה פלילית שהורשע בביצועה.

8. אם כן, הכנסת בשבתה כרשות המכוונת נמנעה במפורש מקביעה לפיה יש בעצם הגשת כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן כדי למנוע את המשך כהונתו בתפקיד. יתרה מכך, בחוק-יסוד: הממשלה נקבעו הסדרים פרטניים באשר לאופן העברת ראש ממשלה שהורשע בפלילים מתפקידו. אם בהתאם לחוק היסוד, רשאים חברי הכנסת לבחור שלא להעביר את ראש הממשלה מתפקידו ולאפשר לו להמשיך לכהן גם לאחר הרשעתו בפלילים – מקל וחומר, אין לומר כי קיימת מניעה מלכתחילה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים טרם הורשע בדין.

9. מכלל האמור עד כה עולה, כי למרות שלא נקבע בחוקי היסוד "ברחל בתך הקטנה" שניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים, חוק-יסוד: הממשלה קבע הסדר מקיף לגבי הנושא הנדון. במסגרת הסדר זה לא הוטלה

כל מגבלה על כהונה כאמור, ואין לקרוא לתוך חוקי היסוד תנאים ומגבלות שאינם נכללים בהם. בפרט, נוכח העובדה ששאלת כשירותו של חבר כנסת להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה היא סוגיה משטרית יסודית. החלפת השלטון בדרך של הרכבת ממשלה בעקבות תוצאות הבחירות היא אחד הרכיבים הבסיסיים והחיוניים ביותר של משטר דמוקרטי. לא לחינם ביקש המחוקק-המכונן לקבוע בחוק-יסוד: הממשלה מנגנונים מפורטים באשר לאופן בו מתורגם רצון הבוחר לכדי הרכבת הממשלה והבאתה בפני הכנסת לצורך קבלת אמונה. נוכח חשיבותה ורגישותה של הסוגיה הנדונה, יש חשיבות עליונה כי הכללים המשפטיים החלים על הליך הרכבת הממשלה, בדומה לכללים החלים על הליך הבחירות, יהיו כאמור ברורים, ודאיים וידועים מראש לכל השחקנים בשדה הפוליטי: הן לציבור הבוחרים והן לציבור הנבחרים.

ועתה לשאלה האם ניתן כלל לבחון את סבירות החלטתם של חברי הכנסת להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים.

10. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "משיש לכוון ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסייעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך". סעיף 10 לחוק היסוד, שהוא הסעיף הרלוונטי לענייננו, קובע כי לאחר שניסיונות הרכבת הממשלה לפי סעיפים 7-9 כשלו "רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר כנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב". או אז, יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה.

11. אני מסכים עם חברתי הנשיאה בקשר לכך שאין מקום לבחון את שיקול דעתם של נשיא המדינה, יושב ראש הכנסת וחבר הכנסת שמקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה. ואוסיף כי, לעמדתי, אין גם מקום לבחון את סבירות שיקול הדעת של חברי הכנסת המגישים בקשה לנשיא המדינה בהתאם לסעיף 10(א) לחוק-יסוד: הממשלה, להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני. בהתאם למעמדו המיוחד של ראש הממשלה, ונוכח ההסדרים החוקתיים שקבע המחוקק-המכונן בחוק-יסוד: הממשלה, העיקרון בדבר "כשירות לחוד, ושיקול דעת לחוד" (ראו: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין אמיתי)) אינו רלוונטי לשאלת כהונתו של ראש הממשלה. השאלה היחידה שעומדת לפנינו היא שאלת הכשירות ולא שאלת הסבירות.

12. אכן, "הביקורת השיפוטית משתרעת על כל רשויות השלטון, ובתוכן גם הכנסת" (בג"ץ 971/99 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002) (עניין שכר חברי הכנסת)). אולם, מעמדה של הכנסת כ"בית הנבחרים של המדינה" (סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת), מחייב כי בית המשפט יפעיל את ביקורתו השיפוטית כלפי החלטותיה בזהירות ובריסון. ככלל, בית המשפט יימנע מלהתערב בהחלטות הכנסת, ואמת המידה הבסיסית על פיה נקבע מרחב התערבותו נעוצה באופייה של ההחלטה מבחינת מידת הפגיעה הכרוכה בה בעקרונות המשטר המדיני, ובתפיסות הבסיסיות המונחות ביסודו (ראו: בג"ץ 325/85 חבר הכנסת מוחמד מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 195 (1985)). בהתאם לכך, "אין להפעיל לגבי החלטותיה ביקורת שיפוטית באותה צורה ובאותו אופן כמו לגבי רשות מינהלית. אין להתייחס להחלטות המתקבלות על ידי הפרלמנט, שנבחר על ידי כלל האזרחים, כפי שמתייחסים להחלטות של רשויות מינהליות, אפילו מדובר ברשויות בכירות ביותר" (בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט, פ"ד סב(3) 445, 516 (2007) (להלן: עניין רמון)).

13. כאמור, היקפה של הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת נקבע, בין היתר, על פי מהות ההחלטה ומאפייניה. "אין הרי התערבות בהחלטה שעניינה חקיקה, כהתערבות בהחלטה מעין שיפוטית או החלטה שעניינה ביקורת הכנסת על פעולות הממשלה" (בג"ץ 9070/00 חברת הכנסת לימור ליבנת נ' חבר הכנסת אמנון רובינשטיין – יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800 (2001) (עניין לבנת); עניין רמון, עמ' 481). ניתן לומר כי הפסיקה סיווגה את החלטות הכנסת העומדות לביקורת שיפוטית לשלוש קטגוריות עיקריות: מעשי חקיקה שהושלמו; הליכים פנים-פרלמנטריים; החלטות מעין-שיפוטיות (עניין שכר חברי הכנסת, עמ' 140-144). האם ניתן לשייך את הסמכות הנתקפת לאחת מהקטגוריות הנ"ל? לעמדתנו, התשובה לכך היא שלילית וממנה גם נגזר היקף הביקורת השיפוטית.

14. כפי שציינה הנשיאה בפסק דינה, הסמכות המוקנית לחברי הכנסת במסגרת סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, ובאופן כללי הסמכויות המוקנות להם במסגרת הליכי הטלת המנדט להרכבת הממשלה על מי מחברי הכנסת, הן סמכויות ייחודיות (פסקה 16 לחוות דעתה), בהן המרכיב הפוליטי הוא בעל משקל רב. מדובר בהחלטה המצויה בליבת המשטר הפרלמנטרי. כפי שנכתב בעבר, "ככל שהמרכיב הפוליטי בהחלטה הוא בעל משקל רב יותר, יידרש בית המשפט לריסון גדול יותר" (עניין רמון, עמ' 519). על כן,

בסוגיית היקף הביקורת השיפוטית על החלטת חברי הכנסת להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה קיימת זהות בין מתחם הסבירות של חברי הכנסת לבין תנאי הכשירות הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה. הווה אומר, התערבותו של בית המשפט בשאלת הטלת הרכבת הממשלה על מי מחברי הכנסת מוגבלת למקרים בהם אותו חבר כנסת אינו עומד בתנאי הכשירות, או במקרים בהם נפל פגם בהליך הטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת היורד לשורשו של עניין (והשוו: בג"ץ 5131/03 ח"כ יעקב ליצמן, יושב ראש סיעת יהדות התורה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004)).

15. ויודגש, קביעתי כי אין כל בסיס משפטי להתערבות בית המשפט בהחלטת חברי הכנסת להעביר לנשיא את שמו של חבר הכנסת בנימין נתניהו במסגרת הסמכות המוקנית להם בסעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, אינה בגדר מתן הכשר. בהשאלה מדברי השופט א' גרוניס בעניין רמון, דומני כי יש להותיר את השאלה בדבר כשירותו של נאשם בפלילים להרכיב ממשלה בספירה הציבורית. יש הסוברים, כדוגמת העותרים, כי הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על נאשם בפלילים אינה ראויה ומשקפת זלזול בשלטון החוק. אולם, אין בעמדה זו כדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט בהחלטה, שכן "חובה עלינו להפריד בין דעתנו כאזרחים לבין מחשבתנו כשופטים. אין בהכרח זהות בין משפט הציבור למשפט השופטים. טוב וראוי שכך" (עניין רמון, עמ' 526; ההדגשה הוספה – ד.מ.).

16. בענייננו, סיעת הליכוד והעומד בראשה, חבר הכנסת בנימין נתניהו, עמדו לבחירת הציבור שלוש פעמים במרוצת השנה האחרונה. כיום, לאחר מערכת הבחירות השלישית, רוב של חברי הכנסת, המייצגים את ציבור הבוחרים בשיטת המשטר הישראלית, בחר להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת נתניהו, אשר ממלא אחר תנאי הכשירות הקבועים בחוק לבחירה לכנסת ולכהונה כראש ממשלה. בנסיבות אלה, התערבותו של בית משפט זה, ללא עילה מבוררת בדין, אין לה מקום. במידה רבה, בחינת סבירות החלטת רוב של חברי הכנסת להעביר את שמו של חבר הכנסת נתניהו לנשיא המדינה על מנת שזה יטיל עליו את הרכבת הממשלה, כמוה, בשיטתנו המשטרית, כבחינת סבירות החלטתם של ציבור המצביעים, כאשר העובדה שנגד חבר הכנסת נתניהו הוגש כתב אישום הייתה גלויה לכל. יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים דבריה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, 557-558 (1998):

"אמנם, אפשר כי כהונתו של חבר-הכנסת שהורשע בעבירות שיש עמן קלון עשויה לפגוע באמון הציבור



בכנסת. ואולם, כנגד השמירה על אמון הציבור ברשויות השלטון עומד האינטרס בדבר הגשמת רצון הבוחרים, שהוא מיסודות המשטר הדמוקרטי. בין שניים אלה מאזן הדין. באיזון זה, שנעשה בחוק-יסוד: הכנסת, ניתנה עדיפות בולטת למימוש רצון הבוחרים".

הדברים נכונים אף באשר לחוק-יסוד: הממשלה והטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני. אל לו לבית משפט זה לשים עצמו בנעליהם של הבוחרים.

17. לעמדתו, שיקול נוסף ומרכזי בסוגיית התערבותו באשר ליכולתו של חבר הכנסת נתניהו להרכיב ממשלה ולכהן כראש ממשלה הוא העובדה שציבור הבוחרים, כאמור, הלך לקלפיות שלוש פעמים במהלך השנה האחרונה כאשר חבר הכנסת נתניהו, ראש הממשלה המכהן, עמד בראש סיעת הליכוד כאחד המועמדים המובילים להרכבת הממשלה לאחר הבחירות. הבחירות לכנסת ה-23, הכנסת הנוכחית, אף נערכו לאחר הגשת כתב האישום נגד חבר הכנסת נתניהו. למרות שענת החשדות הפליליים תלויה ועומדת נגדו לאורך תקופה ארוכה, כל העתירות שהוגשו נגד המשך כהונתו כראש הממשלה וכשירותו לקבל על עצמו את מלאכת הרכבת הממשלה נדחו בהיותן תיאורטיות או מוקדמות (ראו, בין היתר: בג"ץ 2848/19 ע"ד שחר בן מאיר נ' בנימין נתניהו, חבר הכנסת ה-21 (23.4.2019); בג"ץ 7928/19 ע"ד שפיק רפול נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל (12.12.2019); בג"ץ 8145/19 ד"ר ארנה ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.1.2020)). במצב דברים זה, יש ליתן משקל כבד להסתמכות של חלק נכבד מציבור הבוחרים על כך שלאחר הבחירות לא תוטל כל מגבלה על יכולתו של חבר הכנסת נתניהו להרכיב ממשלה. התערבותו בכגון דא, לאחר קיום הבחירות, תפגע באופן אנוש בהליך הדמוקרטי, ביציבות ובוודאות, שהן כאמור מאבני היסוד של כללי המשחק המשטריים, וכפועל יוצא באמון הציבור במוסדות השלטון בכלל ובבתי המשפט בפרט.

18. אין לכחד, על פניו התוצאה האמורה מעוררת אי נוחות מסוימת. זאת נוכח קיומה של הלכת דרעי-פנחסי (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); עניין אמיתי). זאת שכן, כתב אישום שאינו מהווה מכשול לכהונת ראש ממשלה, שעה שהוא מוגש נגדו, חלה חובה על ראש הממשלה לסיים את כהונת השר באותה ממשלה. אלא שבעניין זה, די לי להפנות לדברי חבריי, הנשיאה והשופט עמית.

19. אוסיף רק לקראת סיום. הגמרא (בבלי, יומא כב, ע"ב) אומרת:

"אמר רב יהודה אמר שמואל: מפני מה לא נמשכה מלכות בית שאול? מפני שלא היה בו שום דופי. דאמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יהוצדק: אין מעמידין פרנס על הציבור אלא אם כן קופה של שרצים תלויה לו מאחוריו, שאם תזוח דעתו עליו, אומרין לו: "חזור לאחוריך".

20. לכאורה אפוא, על פשטותם של דברים, מלכתחילה טוב דווקא שיימצא דופי במנהיגי הציבור. אדרבה, מי שנקי דעת, בעל מידות נעלות ואורחות חיים ללא דופי, אינו ראוי שמנהיגותו הציבורית תימשך לאורך זמן. אלא שהמעייין במפרשי התלמוד בסוגיה ימצא פרשנות אחרת לכתוב. המאירי על אתר מסביר:

"אין ראוי להעמיד פרנס על הציבור אלא מי שנודע במידותיו, עניו ושפל רוח וסבלן, מפני שהוא צריך להתנהג עם הבריות בדרכים משתנים לכמה גוונים, זה בכה וזה בכה, ולהתאהב עם כל אחד מהם כפי מידותיו. ואם הם במקום שאין מוצאים כך, ועל כל פנים צריכים למנות אבירי לב ועזי מצח, יזהרו שלא למנות אנשים תקיפים כל כך בכל עניין שיהו סבורים על אותו מינוי שיהא מוחזק בידם לעולם, ושהם הראויים לכך יותר על שכניהם מחמת תוקפם ... דרך צחות ודרך הפלגה אמרו: אין ממנין פרנס על הציבור אלא אם כן קופה של שרצים תלויה לאחוריו, כלומר אף על פי שהוא הגון בעצמו, שאם תזוח דעתו ויתגאה על הציבור שלא לשם שמים, אומרין לו: חזור לדון את עצמך והבט אל אחריך."

רוצה לומר כי אין להבין את הדברים כפשוטם. "דרך צחות ודרך הפלגה אמרו". זאת כדי למנוע גאווה יתרה. בעניינים מסוג זה שאין לגביהם כל מחלוקת בין מי מהצדדים, על הציבור ועל המחוקק-המכונן לתת את דעתו. לא בית המשפט.

ש ו פ ט

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' פ"ח, ומבקש להוסיף הערה בהתייחס להטלת הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו (כתוארו הרלוונטי במועד הדיון לעניין סוגיה אחרונה זו).

1. מקובל עליי מתווה ההכרעה של חברתי שלפיו בדיקתנו אינה מוגבלת אך לשאלת תנאי הכשירות הקבועים בחוק וכי בהינתן העיקרון של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", שיקול הדעת של הגורם הממנה נתון אף הוא לבחינה. כחברתי אף אני סבור כי הגורם היחיד שהפעיל שיקול דעת שאותו ניתן לבחון בהקשר זה הוא רוב חברי הכנסת. חברתי עמדה על אמות המידה לבחינת שיקול דעתם של רוב חברי הכנסת ומצאה כי לא קיימת עילה משפטית למנוע את הטלת הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו על ידם מתוקף סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה בנסיבות דנן. בצד האמור ציינה כי המסקנה המשפטית שאליה הגענו אין בה כדי להמעיט מחומרת האישומים התלויים ועומדים נגד ח"כ נתניהו בעבירות על טוהר המידות, ומהקושי הנגזר מכהונה של ראש ממשלה הנאשם בפלילים. אני מסכים גם לדבריה אלה ומבקש להדגיש את השקפתי בעניין זה.

2. בעניין דרעי ובעניין פנחסי פסק בית משפט זה כי כהונה של שר וסגן שר אשר לגביו קיימות ראיות שנמצאו מספיקות על ידי היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום בעבירות חמורות עלולה לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון. לפיכך, כאשר שוקל ראש הממשלה אם להפעיל את סמכות הפיטורין שהוקנתה לו בחוק-יסוד: הממשלה, עליו ליתן לשיקול זה משקל רב ונכבד, שכן יכולתו של השלטון לשלוט מבוססת על אמון הציבור במשרתיו (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421-424 (1993) (להלן: עניין דרעי); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 461 ו-469 (1993)). על נושאי משרה כה גבוהה, העומדים בראש משרד ממשלתי לשמש דוגמה ומופת לציבור, להבטיח מינהל תקין וטוהר שירות ולהיות ראויים לאמון שהעם נתן בהם (שם, בעמ' 470-471 ו-474; עניין דרעי, בעמ' 422 ו-427). בפרשות דרעי ופנחסי, נסבה הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית של ראש הממשלה לפי הוראות סעיפים 21א ו-36 לחוק-יסוד: הממשלה (דאז), לפי כללי המשפט המינהלי ובהם עילת הסבירות, ונפסק כי החלטת ראש הממשלה, שנמנע מפיטורי נושאי המשרה האמורים, חורגת ממתחם הסבירות משלא ניתן משקל מתאים לשיקול בדבר אמון הציבור. כפי שהסבירו חבריי, החלטות אלה עומדות בתקפן, במלוא פרישתן, בכל שאמור בהפעלת שיקול דעת מינהלי.

3. העקרונות שנקבעו בפסיקתנו האמורה, מקרינים גם על ענייננו. גם בהעדר תחולה ישירה של החלטות אלו, לא ניתן לכחד כי הטלת תפקיד של הרכבת ממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים פוגעת אף היא באמון הציבור במשרתיו, ואולי אף במידה חריפה יותר מזו עליה עמד בית משפט זה בפרשות דרעי ופנחסי בהינתן מעמדו הרם והמיוחד של ראש הממשלה, כמבואר על ידי חברתי הנשיאה בחוות דעתה.

4. דא עקא, בחירתם של רוב חברי הכנסת לבקש להטיל את הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו, בגדר סמכותם לפי סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, אינה החלטה מינהלית כי אם החלטה משטרית ייחודית שמצויה בלב השדה הפוליטי (ועל כך עמדו בצדק חברתי הנשיאה וחברי השופט י' עמית). כידוע, היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת, נלמד בין היתר מסוג ההחלטה העומדת לביקורת. כך למשל הבחינה הפסיקה, בין היתר, בין החלטות שהן מעשי חקיקה שהושלמו, ובין החלטות שעניינן בהליכים פנים-פרלמנטאריים או החלטות מעין שיפוטיות – והחילה בעניינן ביקורת שיפוטית לפי אמות מידה המותאמות למהות ההחלטה המבוקרת (ראו למשל בג"ץ 1111/12 קס נ' יושב-ראש ועדת החוק חוק ומשפט בכנסת, פסקה 6 (15.4.2012); בג"ץ 7993/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסקאות 6-7 (30.4.2009); בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 482-480 (2007); בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 809-810 (2001); בג"ץ 325/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 129-127 (1985); בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 200-202 (1982)). כפועל יוצא מאופייה הייחודי של ההחלטה נושא העתירות, המצויה בלב יחסי הגומלין בין הכנסת לבין הממשלה ומבטאת את עקרון היסוד שלפיו הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת, נהנית הכנסת – להבדיל מהקשרים אחרים – משיקול דעת רחב במיוחד. מכך נגזרת ביקורת שיפוטית מצומצמת על גופה של אותה בחירה פוליטית, שהיקפה שונה בתכלית מזו המופעלת על רשויות המינהל הציבורי.

5. בהינתן דפוסי הביקורת השיפוטית האמורים, מהותה הייחודית של ההחלטה, וההסדר החקיקתי במתכונתו הנוכחית, שכפי שהוסבר על ידי חבריי צפה אפשרות התפקיד של הרכבת הממשלה יוטל על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום (סעיף 17(ג) לחוק-יסוד: הממשלה וסעיף 4 לחוק הממשלה, התשס"א-2001), אף אני סבור כי אין עילה בדין המאפשרת להתערב בהחלטת רוב חברי הכנסת בענייננו להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת המואשם בפלילים, על אף השלכותיה. המפתח לשינוי

המגבלות הנורמטיביות, במבט צופה פני עתיד, נתון בידיה של הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת.

אשר על כן, על אף הקושי שעליו עמדנו, שאותו מדגישים העותרים בעתירותיהם, אינני סבור כי עלינו לחרוג מדפוסי הביקורת השיפוטית המקובלים עמנו.

בטרם חתימה מבקש אני לחזור על דברים שאמרתי בפסק הדין שניתן בעתירת התנועה למען איכות השלטון בישראל בעניין דרעי השני, היפים גם כאן, בשינויים המחויבים. תפקידו של בית המשפט, שאינו חלק מהליך המינוי, מוגבל לבחינת פעולת הרשות על פי עילות הביקורת השיפוטית הקבועות בדין. כאשר בית המשפט נמנע מלהתערב בהחלטת הרשות אין בית המשפט מתכוון לומר כי ההחלטה טובה וראויה. בית המשפט אומר רק זאת, שהחלטת הרשות אינה נוגדת את הדין (בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (13.8.2015)).

במקרה שלפנינו, כפי שהובהר, ההחלטה אינה נוגדת את הדין. גם אם בתחום המשפט לא נמצאה עילה להתערבות – ועל הקושי המתעורר עמדנו בקול גדול – יוכל הדיון בסוגיה זו להימשך בספירה הציבורית.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. כפי שנאמר לעיל, חוות דעתה הסדורה של חברתי הנשיאה א' חיות על נימוקיה ומסקנתה כי דין העתירות להידחות מקובלות עליי. כמצוין, שופט שופט על-פי שיקול דעתו יוסיף הדגשים משלו, ככל שהוא מוצא לנכון, וכך אנהג.

השאלה המרכזית שהונחה לפתחנו בעתירות היא האם נכון להוציא צו שיפוטי שימנע מחבר הכנסת בנימין נתניהו להרכיב את ממשלת ישראל הנכנסת ולעמוד בראשה, לנוכח כתב האישום שהוגש נגדו, המייחס לו עבירות של שוחד ושל מרמה והפרת אמונים.

הסוגיה רגישה עד מאוד. המסע להכרעה דורש בחינה של לשון החוק על הכתוב בו ועל הלא-כתוב בו, הכרה בהבחנה בין כשירות לשיקול דעת, מיקוד בגורם הממנה

ובטיב החלטתו, ושימת-לב לכובעו הנוכחי של המועמד לראשות הממשלה – חבר הכנסת נתניהו – ולאופי התפקיד המיועד לו.

טרם נפרוש את היריעה, נאמר בקיצור מספר הערות מקדמיות. ההבחנה בין כשירות לשיקול דעת של הגורם המכריע ביחס להטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת מקובלת אף על באת-כוח הכנסת. נראה כי זוהי תולדה של גישת המשפט הישראלי בבחינת מינויים ציבוריים (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין דרעי); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין פנחס)). זאת, הגם שיש לשים את הזרקור על המינוי המסוים ועל מהותו. הבדיקה לא מתמקדת בתפקיד שראש הממשלה נתניהו ממלא כעת אלא במינויו העתידי לתפקיד זה מנקודת היבחרותו לחבר כנסת בבחירות האחרונות. סעיף החוק הרלוונטי הוא סעיף 5(ב) לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי ראש הממשלה ייבחר מתוך חברי הכנסת. זהו תנאי הכשירות וחבר הכנסת נתניהו עומד בו. ואם נותרה סוגיית שיקול הדעת, קמה ומזדקרת השאלה: שיקול דעתו של מי?

2. במהלך הדיון בעל-פה הציגו באי-כוח העותרים ארבעה מועמדים אפשריים שהחלטתם או מעשיהם נתונים לביקורת שיפוטית ביחס לסוגיית הרכבת הממשלה על-ידי חבר הכנסת נתניהו: הכנסת; נשיא המדינה; יושב ראש הכנסת; והמועמד לראשות הממשלה עצמו – חבר הכנסת נתניהו. בעניין זה דעתי כדעת הנשיאה, שהגורם המפעיל שיקול דעת בענייננו הוא הכנסת, הפועלת בהתאם לסעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה. כדי לבאר דעתי זו, אתייחס תחילה בקצרה למועמדים האחרים.

חוק יסוד: הממשלה (להלן גם: החוק) מטיל אחריות ייחודית על נשיא המדינה בהרכבת הממשלה. הנשיא אחראי להטלת התפקיד להרכיב ממשלה. סמכותו מפורטת היטב בחוק המתייחס לשלושה מצבים: סעיף 7(א) קובע כי משעה שיש לכונן ממשלה, על נשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת שמסכים לכך. הסעיף מורה לנשיא להתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת וקוצב את לוח הזמנים לעשיית המלאכה – שבעה ימים מיום פרסום תוצאות הבחירות. עולה כי בנסיבות אלו, הנשיא מחויב להטיל את התפקיד האמור, וכי נתון לו שיקול דעת בבחירת חבר הכנסת המתאים – שהרי החוק אינו מתווה דרך הכרעה אלא רק דרך התייעצות טרם ההכרעה. סעיף 9 לחוק דן במצב שבו חבר הכנסת שנבחר על-ידי הנשיא לא הצליח להרכיב ממשלה, גם אם הנשיא נתן לו הארכות כפי שמתאפשר לפי סעיף 8. או-אז, הנשיא רשאי

להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת אחר, או להודיע ליושב ראש הכנסת כי אינו רואה אפשרות להרכבת ממשלה. סעיף 10(א) – והוא הרלוונטי לענייננו – קובע כי במצב שבו נשיא המדינה מודיע כי אינו רואה אפשרות להרכבת ממשלה, כדור ההכרעה עובר למגרש הכנסת. במצב זה, "רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב". סעיף 10(ב) לחוק קובע כי אם הוגשה בקשה כאמור, "יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה".

יושמו אל לב לשון החובה שנוקט החוק והתקופה המוגבלת שנקבעה להחלטה זו של הנשיא. מעבר לכך, רצוני להבליט את מה שלא כתוב בסעיף 10 לחוק. בניגוד לסעיף 9, אין התייחסות למצב שבו הנשיא אינו מטיל את התפקיד על חבר הכנסת שנבחר על-ידי רוב חברי הכנסת. במילים אחרות, החוק שמתווה את מסלול הפעולה של הנשיא אינו מתייחס לאפשרות כי הלה יסרב לבקשת רוב חברי הכנסת. המשמעות היא כי שיקול הדעת של הנשיא בשלב של סעיף 10 הוא מוגבל ולמעשה מותנה בעמדת חברי הכנסת. הגורם הפעיל שמחליט בפועל על מי שיישא בתפקיד הרכבת הממשלה הוא רוב חברי הכנסת. מכאן עולה כי אין מקום לביקורת שיפוטית על החלטת הנשיא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שלגביו ביקשו רוב חברי הכנסת כי יעשה כן. זאת, גם בדרך עקיפה לנוכח הוראת החסינות הקבועה בסעיף 13(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה.

לשון החוק כאמור אף מתיישבת עם תכלית החוק – לאפשר לכנסת יכולת הכרעה בלעדית בשאלה מי ירכיב את הממשלה ויעמוד בראשה, בשלב שמגיע לאחר שהרכבת ממשלה לא עלתה בידו של מי שהנשיא הטיל עליו את התפקיד לעשות כן. מדובר בשלב שהוא הישורת האחרונה לפני פיזור הכנסת וקביעת מועד לבחירות חדשות (ראו סעיף 11 לחוק).

ענייננו במצב מהסוג האחרון. ההכרעה הועברה לכנסת. זהו הגורם המחליט והממנה. אין מקום אפוא להפנות את הסוגיה המשפטית כלפי החלטת הנשיא. הוא הדין לגבי יושב ראש הכנסת, הפועל אף הוא בהתאם להחלטות רוב חברי הכנסת. אמנם יושב ראש הכנסת מהווה חוליה בשרשרת ההליך להטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת הנבחר, אך תפקידו מצומצם לקבלת הודעה מהנשיא כי אינו רואה אפשרות להגיע להרכבת הממשלה (סעיף 9 לחוק), או בשלב מאוחר יותר, לקבלת הודעה מהנשיא כי תפקיד הרכבת הממשלה הוטל על חבר הכנסת בהתאם לבקשת הכנסת, ולהודעה על כך לכנסת (סעיף 13 לחוק).

נותרה שאלת הביקורת לגבי החלטת חבר הכנסת עצמו – במקרה זה, חבר הכנסת נתניהו – לקבל את התפקיד. על-פי קו זה, הטלת התפקיד תלויה בהסכמתו, ועל כן הוא מפעיל שיקול דעת שחשוף לביקורת. נראה כי קונסטרוקציה זו מרחיקת לכת. עולה כי התכלית בדרישת ההסכמה מהמועמד היא למנוע מצב שבו רוב חברי הכנסת יכפו את דעתם על מועמד שאינו מעוניין בתפקיד. הפער קיים בין האוטונומיה לסרב לתפקיד לבין הפעלת ביקורת שיפוטית על ההחלטה לקבלו. זוהי החלטה אישית של המועמד בינו לבין עצמו אם לקבל את התפקיד להרכיב את הממשלה ולעמוד בראשה. כמובן, במסגרת החלטתו הוא רשאי להתייחס לעמדתו לגבי הגשת כתב האישום והעבירות המיוחסות לו, ואף יוזכר כי הוא נהנה מחזקת החפות. כך או כך המוקד הוא בגורם המחליט להעניק לו את התפקיד, ובענייננו הוא הכנסת ולא חבר הכנסת המקבל את התפקיד על-פי החלטתה. בהנחה כי יש מקום לשלול את בחירת חבר הכנסת המיועד, שורש הכשל הוא בפגם נורמטיבי שהיה על הכנסת להידרש אליו. משכך הניתוח נסוב סביב הכנסת. בשלילת הביקורת על הגורמים האחרים המעורבים בתהליך מינויו של חבר כנסת לתפקיד ראש ממשלה יש כדי להבליט את הדומיננטיות של חברי הכנסת במלאכה זו. מועמדים אחרים שהוזכרו אינם במרכז וייתכן כי הדבר מלמד על רוחב שיקול הדעת המוענק לכנסת בבחירת מועמד ועל הקושי לתקוף את החלטתה. לנושא זה אדרש עתה.

3. אותר הגורם הממנה ששיקול דעתו עומד בלב העניין – הוא הכנסת. העותרים למעשה תוקפים את שיקול הדעת של חברי הכנסת המבקשים להמליץ על חבר הכנסת נתניהו לכהן כראש ממשלה, ובהתאם להביע אמון בממשלה שתקום (סעיף 13(ד) לחוק). כדי לבחון את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות מטיב זה, נחזור לדברים שצוינו בתחילת חוות דעתי. השאלה ממזגת נקודות שונות שביחד מגדירות אותה. נציין את לשון החוק, את כובעו הנוכחי של מר נתניהו כחבר כנסת נבחר, את התפקיד המיועד לו – ראש ממשלה, ואת הגורם הממנה לתפקיד זה – הכנסת.

התבוננות על המסגרת החוקית מגלה כי אין בנמצא סעיף חוק המחייב את הכנסת להימנע מההחלטה להמליץ על חבר הכנסת נתניהו לכהן כראש ממשלה. בצורה יותר מדויקת, החוק רק קובע כי ראש ממשלה ייבחר מבין חברי הכנסת (סעיף 5(ב) לחוק יסוד: הממשלה). אין התייחסות לשיקולים שעל בסיסם יוכרע מי יהיה ראש ממשלה, לכאן או לכאן. החוק שותק באופן שמעלה אפשרויות שונות.



נציג את הדין המתייחס לאפשרות הפסקת כהונה של נבחר ציבור ביחס לשלושה – שר, ראש ממשלה וראש רשות מקומית. החוק קובע כי ראש ממשלה רשאי לפטר שר (סעיפים 22(ב) ו-26(3) לחוק); כי שר יועבר מתפקידו אם הורשע בעבירה שיש עימה קלון (סעיף 23(ב) לחוק); כי מועצה מקומית רשאית להעביר מתפקידו ראש רשות ה"מתנהג התנהגות שאינה הולמת מעמדו" (סעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"ה-1975); כי הכנסת רשאית להעביר מכהונה ראש ממשלה שהורשע בעבירה שיש עימה קלון (סעיף 18(א) לחוק); וכי ראש ממשלה שהורשע בעבירה שיש עימה קלון בפסק דין סופי – תיפסק כהונתו (סעיף 18(ד) לחוק). עוד יוזכר כי סעיף 17 לחוק דן בהיבטים שונים של חקירת ראש ממשלה בתקופת כהונתו ואחריה, ובהגשת כתב אישום נגדו.

באשר למועמדים לכנסת, החוק קובע כי מי שהורשע בעבירה שיש עימה קלון ונידון לעונש מאסר של מעל שלושה חודשים, לא יוכל להיבחר לכנסת בטרם עברו שבע שנים מהיום שבו סיים לרצות את עונשו (סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת). באשר לחברי כנסת מכהנים, החוק קובע כי מי שהורשע בעבירה שיש עימה קלון יושעה מתפקידו עד למתן פסק דין סופי בעניינו (סעיף 42ב לחוק יסוד: הכנסת), ולאחר מתן פסק דין סופי – תיפסק חברותו בכנסת (סעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת). עולה אפוא כי כאמור, אין בחוקים השונים התייחסות למצב של חבר כנסת ששואף לכהן כראש ממשלה והוגש נגדו כתב אישום אך הוא לא הורשע. כמובן, זהו סיווג מיוחד – אם תרצו, מיזוג מיוחד: לא ככל חבר כנסת אך לא ראש ממשלה. היעדר התייחסות מעלה, כאמור, אפשרויות פרשניות שונות. אולם עמדנו לעיל על ההבחנה, הרלוונטית לענייננו, בין כשירות לשיקול דעת. כאן עסקינן בהיקף שיקול הדעת של הכנסת וטבעו, וכנגזרת מכך, בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטתה זו.

יש הרוצים לקבוע כללים על סמך עיקרון של "קל וחומר": אם בהגשת כתב אישום נגד שר יש כדי להצדיק העברתו מתפקידו (עניין דרעי ועניין פנחס), קל וחומר לגבי ראש ממשלה – או מועמד לראשות ממשלה – מתוקף תפקידו. כך אפשר לטעון על-פי גישה ערכית-נורמטיבית. ואולם, מתברר כי העיקרון של "קל וחומר" פועל בשני הכיוונים. כאמור, ראש ממשלה מכהן יועבר מכהונתו רק אחרי הרשעה חלוטה, כאשר שר מכהן יועבר מכהונתו בשלב מוקדם יותר, כמצוין לעיל. נדמה כי אחד הטעמים לכך הוא כי הפסקת כהונתו של ראש ממשלה מובילה להתפטרות הממשלה, מה שאינו נכון לגבי שר. כך גם פסילת מועמד להרכבת ממשלה על-פי החלטת רוב חברי הכנסת יכולה להביא לבחירות נוספות. לפי גישה נוספת המקשה לקבוע "קל וחומר" בכיוון הראשון,

לנוכח הבכירות שבתפקידו של ראש הממשלה, והרגישות הכרוכה בו, יש להמעיט בהתערבות.

4. משעמדנו על כך שהגורם המכריע הוא הכנסת, ומשהצגנו את סעיפי החוק השונים, יש להידרש לשאלת היקף שיקול הדעת של הכנסת. וכאן יש לתת את הדעת על מיהותו ועל טיבו של הגורם שבו עסקינן. ההחלטה הנידונה של הכנסת אינה החלטה מנהלית. הרשות "הנבחרת-בוחרת" אינה הרשות המבצעת. שיקול הדעת של חברי הכנסת בבואם לבחור מועמד שעליו ימליצו להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה, וכן בבואם לתת אמון בממשלה בהתאם, הוא שיקול דעת רחב. זהו שיקול דעת פוליטי באופיו המורכב משיקולים רבים ומגוונים – קואליציוניים, אידיאולוגיים, ציבוריים, חברתיים, כלכליים ומעשיים. אמות המידה להתערבות בשיקול הדעת של גורם מנהלי אינן חלות עליו, לכל הפחות באופן זהה. פתח ההתערבות הוא צר.

החלטה של הרשות המחוקקת בעניין כגון דא, בניגוד להחלטה מנהלית של גורם מוסמך ברשות המבצעת, היא החלטה שבמהותה שְׁעוּנָה על יסוד דמוקרטי איתן. בבסיסה עומד העיקרון הדמוקרטי המרכזי שעליו מבוססת שיטת המשטר בישראל – דמוקרטיה ייצוגית שנציגיה הנבחרים מקבלים החלטות בשם ציבור בוחרים לפי הכרעת הרוב.

ברם, המיקוד אינו רק בגורם המחליט – הכנסת – אלא גם במהות ההחלטה. נדמה כי ההחלטה הנידונה היא בעלת מעמד מיוחד. כפי שהובהר לעיל, המדובר בישורת האחרונה בהליך הבחירות. לאחר שהנשיא לא הצליח לאתר מועמד שבכוחו להרכיב ממשלה, נותרה אפשרות נוספת אחת: הנשיא מעביר את ההכרעה לכנסת, כדי שחברי הכנסת יוכלו לגבש רוב ולבחור בעצמם על מי יוטל תפקיד הרכבת הממשלה. אי הצלחה במשימה מביאה לבחירות נוספות. היה ויוסכם על מועמד והתפקיד יוטל עליו – ישנם 14 יום להרכבת הממשלה (סעיף 10(ג) לחוק). הנה כי כן, הכנסת פועלת בתפקיד מכריע בהליך הבחירות – קביעת זהותו של מי שירכיב את הממשלה ויעמוד בראשה. הוא אשר אמרנו, עסקינן בשיקול דעת פרלמנטרי מובהק ביחס להחלטה שקושרת באופן ישיר בין הבוחר לבין תוצאות הבחירות. כך המצב, בין אם הכנסת מצליחה במלאכת הרכבת הממשלה, ובין אם לאו.

הפגיעה ברצון הבוחרים היא אפוא בלתי-מבוטלת. ההחלטה שבמוקד הדיון היא החלטה על הרכבת הממשלה. אין צורך להכביר במילים על חשיבותה של הכרעה זו לעיצוב פניה של המדינה ולחיייהם של הבוחרים. הכרעה זו נעשית בסמוך למועד הבחירות, ושלא כמו כל החלטה של הכנסת, היא נעשית בזיקה ישירה לתוצאותיהן. יוצא

כי היקף שיקול הדעת בהכרעה כגון דא רחב ביותר. זאת, הן בשל הגורם המחליט והן בשל טיב ההחלטה. החיבור בין השניים מעצים את כוחה הייחודי של ההכרעה בעניין זהותו של מי שירכיב את הממשלה ויעמוד בראשה. הפתח הצר להתערבות נעשה צר יותר.

5. ההתמקדות בשיקול דעתה של הכנסת – להבדיל משיקול דעתו של גורם מנהלי – חושפת הבדל מהותי בין מקרה דנן לבין המקרים שעליהם נסובו פסקי דין קודמים של בית משפט זה, שעסקו בהעברה מתפקיד של שר וסגן שר שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים בעבירות שחיתות (עניין דרעי ועניין פנחסי). אותן עתירות הוגשו כנגד הימנעות ראש הממשלה מהעברתם מתפקידם, חרף כתבי האישום האמורים. בית המשפט קיבל את העתירות בקבעו כי בנסיבות מקרים אלו, הימנעות ראש הממשלה מהעברת השר וסגן-השר מתפקידם היא בלתי-סבירה באופן קיצוני. הביקורת השיפוטית באותם מקרים הייתה אפוא על שיקול דעתו של ראש הממשלה – הגורם המוסמך להעביר שר מתפקידו, בהתאם לסעיפים 22(ב) ו-26(3) לחוק יסוד: הממשלה. שיקול דעתו של ראש הממשלה הוא אמנם רחב ביותר (עניין פנחסי, פס' 28) – הן ככלל, ביחס לגורמי מנהל אחרים, והן בפרט בעניין זה – אולם הוא כפוף לאמות המידה של המשפט המנהלי (שם, פס' 29). משכך הוא שונה במהותו משיקול דעתה של הכנסת שאינה רשות מנהלית.

דברים אלו יפים גם לעניין ההבחנה בין שיקול דעתה של הכנסת לבין שיקול דעתה של מועצה של רשות מקומית, שנידונה במקרים של ראשי עיריות שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים בעבירות שחיתות (בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר, פ"ד סו(3) 135 (2013) (להלן: עניין ראשי הערים)). ביחס למקרים אלו נקבע כי בנסיבותיהם, הגשת כתבי האישום החמורים נגד ראשי העיריות מחייבת את מועצות הרשויות המקומיות להפעיל את סמכותן הקבועה בסעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם) ולהעבירם מתפקידם. בפסק דינו עמד בית המשפט על כך שאמנם מועצת הרשות המקומית מכהנת לעניין חקיקת משנה כמו "רשות מחוקקת זוטא", אולם תפקידה העיקרי הוא כשל רשות מבצעת (שם, פס' 35 לפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור). על כן, אין מקום להפעיל את הריסון הרב שיש לנקוט כלפי החלטותיה של הכנסת גם על החלטותיה של מועצת הרשות המקומית, אלא יש להחיל את אמות המידה לביקורת שיפוטית שהוחלו בעניין דרעי ובעניין פנחסי גם על נבחרי ציבור ברשויות מקומיות (שם).

צוינו לעיל מרכיבים ייחודיים בהחלטת הכנסת הנידונה – מיהות הגורם המכריע ומהות ההחלטה. לצד שני מרכיבים אלו, ישנו מרכיב שלישי הנוגע להתייחסות המפורשת בחוק המסמיך. בעוד שישנם סעיפי חוק ספציפיים המסמיכים את המועצה המקומית להעביר מתפקידו ראש רשות ה"מתנהג התנהגות שאינה הולמת מעמדו" (סעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם)) ואת ראש הממשלה להעביר מתפקידו שר (סעיפים 22(ב) ו-26(3) לחוק יסוד: הממשלה) – אין סעיף חוק המתייחס לשאלת החלטתה של הכנסת בעניין העברה מכהונה של ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום, כל שכן בעניין הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום. זאת, בניגוד לסעיף חוק המתייחס באופן מפורש לשיקול הדעת של הכנסת להעביר מכהונתו ראש ממשלה שהורשע בעבירה שיש עימה קלון (סעיף 18(א) לחוק). אמנם כאמור, הכנסת בוודאי רשאית שלא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים מהטעם שהוגש נגדו כתב אישום, והיא אף רשאית בכל עת להביע אי-אמון בממשלה; אולם היעדר סעיף המתייחס למצב שבו אנו מצויים מקריין גם הוא על רוחב שיקול הדעת של הכנסת.

ומכאן כי שוב יש להצר את פתח ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתה של הכנסת בהחלטות כגון דא. צרות זו נובעת כאמור משלושה מרכיבים השלובים זה בזה: טיב הגורם המכריע, מהות ההחלטה הנידונה והיעדר התייחסות מפורשת בחוק. ניתן לומר כי פתח ההתערבות בשיקול הדעת של הכנסת הוא צר-שבצרים. אולם, לא הייתי קובע במסגרת תיק זה כי צר פירושו אפסי. דהיינו, מהנימוקים שפורטו, וכן לנוכח עמדת הכנסת עצמה והמסורת המשפטית של כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד, הנוגעת למגוון רחב של החלטות, לא הייתי שולל התערבות באופן מוחלט. כל נשכח כי גם הכנסת כפופה לביקורת שיפוטית (ראו: בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון נ' יושב ראש הכנסת, פס' 3 לפסק דינו של השופט י' עמית (23.3.2020) (להלן: עניין יושב ראש הכנסת)). אף אם יאמר מאן דהוא כי הפתח להתערבות הוא מבחינה מעשית כמעט תיאורטי, בכל זאת, המציאות יצירתית מאוד. פעמים רבות הניסיון מצביע על מגבלת היכולת של בן אנוש לדעת היום את מה שייוולד מחר. ואולם, יש להדגיש שלא די בחוסר סבירות אלא בהחלטה שפוגעת באופן יסודי ושורשי בערכי השיטה הדמוקרטית.

6. ומן הכלל בחזרה אל הפרט. לשיטת העותרים, החלטת הכנסת להמליץ על מי שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה, היא החלטה בלתי-סבירה באופן קיצוני במישור שיקול הדעת, ועל בית המשפט לחייבה להימנע מלעשות כן. בהתאם לאמור לעיל, לא ברור אם תיאור זה כשלעצמו די בו כדי להביא

לפסילת החלטת הכנסת. אך נדמה כי חשוב יותר לתאר את תוכן הטענה ולא רק את הכותרת המשפטית שהוענקה לה.

אין מחלוקת על כך שנגד חבר הכנסת נתניהו הוגש כתב אישום המכיל שלושה אישומים – אחד בעבירות שוחד ומרמה והפרת אמונים ושניים בעבירות מרמה והפרת אמונים. על-פי הנטען, העבירות בוצעו בזמן שחבר הכנסת נתניהו כיהן כראש ממשלה. נקודה זו אינה חסרת רלוונטיות. אכן, חבר הכנסת נתניהו נהנה מחזקת החפות. ההנחה היא שהוא לא ביצע את העבירות. ברם, הוגש כתב אישום לאחר שימוע ועולה כי לכל הפחות ישנן ראיות מנהליות לביצוע העבירות, ואף ניתן להניח כי ישנן ראיות לכאורה במישור הפלילי.

עבירות השוחד והפרת האמונים מופיעות בפרק של פגיעות בסדרי השלטון והמשפט בחוק העונשין, תשל"ז-1977. במעשים מעין אלו יש כדי לפגוע בערך הדמוקרטי של טוהר המידות, בדמות השלטון בישראל ובאמון הציבור ברשויות השלטון (עניין ראשי הערים, פסקה 37 לחוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור). בענייננו, כאמור, העבירות מיוחסות לחבר הכנסת נתניהו בגין מעשים שביצע לכאורה בעת מילוי תפקידו כראש ממשלה – התפקיד שבו הוא מתעתד לשוב ולכהן – ולכך חשיבות נוספת (ראו: בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 43 לחוות דעתו של השופט ס' גובראן, פס' 10 לחוות דעת). כבר נפסק כי אמנם עסקינן בתיק פלילי, שבו טרם הורשע הנאשם, אך אין בכך כדי לבטל את החומרה במישור הציבורי (ראו: עניין דרעי, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר; עניין פנחסי, פס' 35). עוד יצוין מעמדו הרם והמיוחד של ראש הממשלה, אשר כשמו כן הוא.

7. לצד זאת, חומרת העבירות אינה חזות הכל. אף בעניין דרעי ובעניין פנחסי, נקבע כי זה אינו השיקול היחיד שעל ראש הממשלה לקחת בחשבון בהחלטה בדבר העברה מתפקיד של שר שהוגש נגדו כתב אישום – "שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים יכול שיהיו לגיטימיים בנסיבות נתונות" (עניין דרעי, פס' 20(ד) לפסק דינו של הנשיא מ' שמגר. ראו גם: שם, פס' 15; עניין פנחסי, פס' 30). על כן, נכון לקחת בחשבון גם שיקולים פרלמנטריים ופוליטיים הנוגעים לנסיבות המקרה המסוים. אך בעניין זה הייתי מדגיש שהמשמעות אינה כי בית המשפט יבחן בעצמו שיקולים פרלמנטריים ופוליטיים ברמה הצרה והמעשית, אלא לבחינה במבט מופשט יותר, התואם את תפקידו של בית המשפט להכריע את הדין על-פי שיקולים משפטיים. ואם עסקינן בשיקול דעת הכולל שיקולים פרלמנטריים ופוליטיים, הוא גם מחייב שימת לב למכלול נסיבות השעה

הרלוונטיות. העתירות המונחות לפנינו – כמו כל עתירה – הן קונקרטיות ונשנעות על מסכת עובדתית ספציפית. אמנם הן מעוררות שאלה כללית אך היא לבושה בבגדים מסוימים. השאלה דורשת תשובה. ההכרעה עונה למקרה המסוים ולא לכל המקרים.

והנסיבות חריגות. התקיימו בחירות כלליות בתחילת חודש מרץ השנה. אמנם ניתן לומר כי קיומן של בחירות תואם את השלב שאנו נמצאים בו. ואולם ישנם נתונים שמלווים את המקרה שבעיניי יש להם משקל רב, ואינם בהכרח קיימים תמיד. כוונתי לכך שהבחירות התקיימו כאשר מר נתניהו עמד בראש רשימת הליכוד, ולאחר הגשת כתב האישום נגדו. לא מדובר באירוע שהתרחש אחרי הבחירות. אין עסקינן במידע שהמועמד הסתיר מהבוחר. הנתונים היו ידועים. אף אין טענה כי יש איסור מפורש בדין על האפשרות שיכהן ראש ממשלה שעומד נגדו כתב אישום. אזרחי ישראל יצאו לקלפי והצביעו אדם אדם על-פי מצפונם והבנתו. בחירות לכנסת אינן ניסוי בדמוקרטיה ואינו שיעור באזרחות. זהו אינו עוד סקר אלא הדבר האמיתי. מדובר באירוע שמטרתו להכריע: הקולות נספרים ומובילים לתוצאה.

ובאשר לתפקיד של ראש הממשלה, הריאליזם הפוליטי מחייב שנאמר זאת: הסקרים הדגישו כי ההתמודדות על מילוי תפקיד ראש הממשלה, בפועל, התקיימה בין שני מועמדים שאחד מהם היה מר נתניהו. ואם נתעלם מתוצאות סקר בשל היותו הערכה ולא עובדה – הרי, כידוע, אלו בחירות שלישיות בתוך תקופה של פחות משנה, והבחירות הקודמות נסובו גם סביב האפשרות שמר נתניהו יכהן כראש ממשלה, כפי שכהן בפועל אף במהלך התקופה שלפני הבחירות מכוח עיקרון הרציפות. הבחירות הן האירוע המכונן של הפוליטיקה היומיומית. הדמוקרטיה מעלה על נס את השוויון בין כל הבוחרים – קול אחד לכל אחד (ראו בהקשר זה: ע"א 4071/16 יוסי בכר – ראש עיריית בת ים נ' אלי יריב, פס' 23 לפסק דיני (20.2.2017) (להלן: עניין עיריית בת ים)). משכך, תוצאה שלפיה תישלל ממר נתניהו האפשרות לכהן כראש ממשלה בשלב זה מעוררת קושי עצום ועלולה לפגוע בעקרונות יסודיים בשיטה הדמוקרטית.

נתייחס לשתי טענות שניתן לטעון נגד השיקול האמור: הראשונה היא כי הוגשו עתירות בעניין זה עוד לפני הבחירות. אכן, הוגשו מספר עתירות קודמות בשנה האחרונה, בעיתויים שונים ביחס למועדי הבחירות לכנסת שנקבעו, אשר נדחו מבלי שיערך דיון לגופן (בג"ץ 7871/19 רפול נ' ראש ממשלת ישראל (12.12.2019)); בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.1.2020); בג"ץ 1648/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.3.2020); בג"ץ 1853/20 התנועה למען איכות השלטון נ'

היועץ המשפטי לממשלה (10.3.2020); בג"ץ 2033/20 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (16.3.2020); בג"ץ 2487/20 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.4.2020)). על-פי קו זה, ניתן היה להכריע בסוגיה לפני הבחירות כדי שהשאלה לא תתעורר לראשונה אחריהן, ומכאן שיש לתת משקל פחות לשיקול בדבר קיומן של בחירות.

שתי תשובות לכך. ראשית, אין בכך כדי לגרוע מהעובדה כי התקיימו בחירות לכנסת, על כל המשתמע מכך. שנית, בית המשפט דן בעובדות המובאות בפניו. אין הוא קובע את התוכן, את העיתוי ואת הנסיבות של העתירות המונחות בפניו. העתירות הקודמות שעסקו בסוגיית כהונתו של ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום נדחו מחמת היותן תיאורטיות ומוקדמות. בזמן שבו העתירות הוגשו, התמונה לא הייתה ברורה דיה והייתה היתכנות למספר לא מועט של תרחישים שונים. בית המשפט דן בחיי המעשה כפי שהם. לכן, לא היה נכון לדון בסוגיות מורכבות אלו טרם עת וטרם התברר מה הן העובדות ומה התרחש בפועל. דווקא בשל רגישות הנושא, אל לבית המשפט להכריע על-סמך הנחות עובדתיות שטרם באו לעולם. כשם שדחיית העתירות הקודמות בשל היותן מוקדמות ותיאורטיות, כמפורט בפסקי הדין השונים, הייתה נכונה לשעתה, כך מתן משקל לבחירות דמוקרטיות הוא נכון לשעה זו. ההבדל הוא כי כעת העתירה נידונה לגופה על-פי מלוא הנסיבות הקיימות. אלה כוללות את הבחירות שאין להתעלם מהן. הכוונה היא לעצם ההליך, על משמעותו ותוצאותיו.

טענה שנייה שניתן להעלות נגד הנימוק בדבר מתן משקל לקיומן של בחירות ומימוש רצון הבוחרים היא כי בהיעדר בחירות ישירות, אין לומר כי העם בחר במר נתניהו לתפקיד ראש הממשלה. לטעמי, טיעון זה אינו אוחד בעיקר. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית. הבחירות הן בליבת העניין. במדינות דמוקרטיות ישנן, כידוע, שיטות שונות: בחירת נשיא, ראש ממשלה או רשימת מועמדים, לעתים בדרך ישירה ולעתים על דרך הייצוג. אין מודל אחד ויחיד של דמוקרטיה וחלק מקיומה של דמוקרטיה הוא החופש להגדיר באופן עצמאי את שיטת הבחירות.

העיקרון הדמוקרטי המרכזי שעליו מבוססת שיטת המשטר בישראל הוא דמוקרטיה ייצוגית שנוציגיה הנבחרים מקבלים החלטות בשם ציבור בוחרים לפי הכרעת הרוב. התערבות בהחלטה כזו כרוכה אפוא בהכרח בפגיעה ברצון הבוחרים. במקרה זה הפגיעה ברצון הבוחרים היא ישירה וקשה, משום שההחלטה שבמוקד הדיון היא החלטה על מי שירכיב את הממשלה ויעמוד בראשה. ההחלטה חשובה בשל יכולתה להגדיר את המצב הפוליטי בממשלה ולהשפיע גם על משרדיה. אכן במדינת ישראל אין בחירות

ישירות לראשות הממשלה, וההצבעה היא לרשימת מועמדים, אולם הבוחר ברשימה מקנה לה את המנדט לתרגם את רצונו לכדי החלטות פוליטיות, שבראשן הרכבת ממשלה (ראו בעניין זה: עניין יושב ראש הכנסת, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות).

בעדשה של ריאליזם פוליטי, לא ניתן לומר כי השאלה מי יהיה ראש הממשלה לאחר הבחירות נעלמה מעינו של הבוחר. נהפוך הוא: שאלה זו עמדה במרכז. די להזכיר כי אפילו מפלגות שלא הציגו את עצמן כבעלות יכולת להציג מועמד לראשות הממשלה מבין חבריהן, הביעו עמדה לכאן או לכאן ביחס לשאלה זו. אמנם, ככלל, המשא-ומתן הקואליציוני משקף מציאות עצמאית לאחר תוצאות הבחירות והוא אף עשוי להוביל לתוצאות בלתי צפויות. אולם זהו חלק מהשיטה הדמוקרטית של מדינתנו. הבוחר מצביע עבור רשימת מועמדים וחברי הכנסת שנבחרו מרכיבים את הממשלה. יש לקבל ולכבד שיטה זו. זאת, גם אם בוחר מסוים – או אפילו מפלגה מסוימת – היו מעדיפים תוצאה אחרת. ההכרעה בדבר זהות המועמד להרכבת הממשלה מונעת משיקולים פוליטיים מובהקים ובית המשפט אינו מביע עמדה לגביהם. הרי אין זה חידוש כי "הפוליטיקה היא האמנות של האפשרי" ("Politics is the art of the possible"). בשורה התחתונה, קשה עד מאוד התוצאה המונעת מחבר כנסת את האפשרות להרכיב ממשלה, חרף הכרעת רוב חברי הכנסת להעניק לו תפקיד זה, על סמך נתון שהיה קיים ערב הבחירות. בהליך הבחירות אזרחי המדינה קיבלו הזדמנות לממש את זכותם לבחור ומיליוני אנשים עמדו מאחורי פרגוד הקלפי אחד אחד עם עצמו ועם בחירתו.

אגב נסיבות חריגות של המקרה, נזכיר שתיים נוספות. הראשונה היא המשבר המשטרי-פוליטי יוצא הדופן והתקדימי שמדינת ישראל מצויה בו: לאחר שלוש מערכות בחירות, לא עלה בידי נבחר הציבור להקים ממשלה קבועה, כך שהממשלה הנוכחית מכהנת כממשלת מעבר מכוח עיקרון הרציפות מזה מעל לשנה שלמה. מעבר לכך, החלטת רוב חברי הכנסת בדבר הטלת תפקיד הרכבת הממשלה היא הישורת האחרונה במנגנון הבחירות, ורק היא עומדת בין כינון ממשלה לבין עריכת בחירות רביעיות. הנסיבה החריגה השנייה היא מגפת הקורונה. מוקדם לסכם את טיב המגפה ותוצאותיה אך נראה כי היא אינה כמגפות אחרות. ידיה הארוכות הגיעו לכל פינה בעולם, תוך יצירת הרס רבתי לבריאות הציבור ולכלכלה. כך, מבלי להפלות בין מדינה למדינה ובין מקום למקום, וכך במדינת ישראל. נדרשים הכרעות וניהול מדיניות במישורים רבים כדי להתמודד עם המגפה.

נסיבות אלו הובאו כדי להדגיש שוב את חשיבותם של שיקולים פרלמנטריים ופוליטיים מובהקים בגדר החלטה המוטלת על הכנסת, ומדוע לא ראוי כי בית המשפט



יתערב או יביע עמדתו בנושאים אלו. שונים הדברים ביחס לקיומן של בחירות כאירוע שמצדיק בפני עצמו היעדר התערבות מהנימוקים שפורטו. על בית המשפט להעניק לשיקול זה את המקום הראוי בניתוח המשפטי. הבחירות התקיימו והכנסת פעלה במסגרתן כדי לבחור מועמד להרכבת הממשלה מבין חברי הכנסת שנבחרו בבחירות כאשר ידוע היה שנגד חבר הכנסת נתניהו הוגש כתב אישום ומה תוכנו. התערבות בשלב זה מהווה התערבות ישירה הפוגעת בתוצאות ההליך הדמוקרטי וזאת כאשר מוסכם כי אין איסור מפורש בדין המונע מחבר הכנסת נתניהו למלא את תפקיד ראש הממשלה. ויזכר כי היקף שיקול הדעת של הכנסת הוא רחב, והוא עומד ביחס הפוך לשיקול הדעת של בית משפט זה. לא בביקורת מנהלית עסקינן. המדובר בביקורת פרלמנטרית על החלטה פוליטית מובהקת. משכך, שקלול הנסיבות מלמד כי לא מונח לפנינו מקרה הנכנס בפתח ההתערבות הצר ומצדיק התערבותו של בית משפט זה.

8. לסיכום דעתי בסוגיה של מניעת האפשרות של הכנסת להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות של שוחד ושל מרמה והפרת אמונים, הייתי מדגיש שלוש נקודות: הראשונה היא היעדר הוראה מפורשת בדין – אף בדרך של אמת מידה – האוסרת על המצב האמור. לצד זאת, מהנימוקים שפורטו אין לשלול את הכלל של כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד ביחס להחלטה הנידונה. הנקודה השנייה היא שפתח ההתערבות הוא צר-שבצרים. כך, לנוכח מסגרת ההחלטה – רוב חברי כנסת שפועלים על-פי דין ומבקשים לתרגם את תוצאות הבחירות לכדי הרכבת ממשלה. זאת, בהמשך להודעה של נשיא המדינה ליושב ראש הכנסת כי אינו רואה אפשרות להרכבת הממשלה, כחלק מהשלב השני שלאחר הבחירות לכנסת (סעיף 10(א) לחוק). הנקודה השלישית היא קיומן של בחירות שבהן מר נתניהו היה מועמד לכהן כחבר כנסת בעוד שעובדת כתב האישום שהוגש נגדו, וכן תוכנו, פורסמו והיו ידועים. המכנה המשותף לשלוש נקודות אלו הוא קול הבוחר הבודד בבחירות תוך מימוש זכותו לבחור. המעניין הוא כי הבוחר וקהילת הבוחרים אינם צד להליך המשפטי אך מעמדם והשפעתם על התוצאה רבה ביותר. התערבות בשלב זה טומנת בחובה סוג של ביטול הבחירות – אף אם אין זו הכוונה. זהו גבול שבית המשפט חייב להיות זהיר מאוד שלא לחצות אותו שעה שהוראות הדין אינן מחייבות זאת. בל נשכח כי שיטת הבחירות – קול אחד לכל אחד – מבטאת בצורה הטובה ביותר את עיקרון השוויון בין כל אזרחי המדינה (עניין בן י, פס' 23 לפסק דיני). על בית המשפט להכיר באוטונומיה של הבוחר (שם, פס' 52). מתן ביטוי לקול הבוחר ורצון הבוחרים, וצמצום עד-מאוד של התערבות בית המשפט בהחלטות הכנסת הנובע מכך, משקפים אפוא את ליבת ההליך הדמוקרטי.

9. סוף דבר: אלו הדגשים שלי ונימוקי הנוספים. אני מצטרף כאמור לפסק דינה של חברתי הנשיאה.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם אין פסול בכך שחבר כנסת המועמד לתפקיד ראש הממשלה יהיה מי שהוגש נגדו כתב אישום חמור? העתירות שהוגשו בעניין זה נדחו. אכן, זוהי "השורה התחתונה" של פסק דיננו. אולם, לא רק היא חשובה. דחיית העתירות משקפת את התפקיד המצומצם של הביקורת השיפוטית על החלטות שמקבל הרוב הפרלמנטרי לצורך הקמת ממשלה. היא מבטאת את התפיסה כי לא כל נורמה ניתנת לאכיפה שיפוטית. אין בה משום "הכשר" נורמטיבי וערכי לתוכן של החלטות שעליהן נסבה העתירה.

2. ככל חבריי אני מסכימה לעיקרי פסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות. כמו כן, אני מצטרפת בהסכמה גם להערותיהם של חבריי השופט י' עמית והשופט ע' פוגלמן. עם זאת, אני מבקשת להוסיף דגשים הנראים לי חשובים, מתוך הכרה בחשיבות ההנמקה. ההנמקה השיפוטית היא תמיד חשובה עבור המתדיינים. אולם, היא גם חלק מן הדיאלוג החוקתי בין רשויות השלטון, וכמובן מקבלת משנה חשיבות כאשר הדיון שזור עד בלי הפרד בשאלות ערכיות המצויות במחלוקת בזירה הציבורית בישראל.

ההגנה על חזקת החפות – לא זו השאלה

3. אפתח במה שאמור להיות מובן מאליו: תפקידי מנהיגות, ולא כל שכן תפקיד ההנהגה שאין למעלה הימנו במדינה, מחייבים עמידה בדרישות גבוהות של דוגמה אישית וטוהר מידות. הגשת כתב אישום שבמרכזו עבירות על טוהר המידות מטילה, מעצם טיבה, צל. זאת, בשים לב לתנאים החלים בשיטתנו המשפטית על הגשת כתב אישום – דהיינו, ביודענו כי היועץ המשפטי לממשלה קבע כי על סמך חומר הראיות שבתיק קיים סיכוי סביר להרשעה. אכן, בין סיכוי סביר להרשעה לבין הרשעה רבה הדרך. לנאשם עומדת חזקת החפות, חזקה שהיא אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. אולם, כפי שהסביר חברי השופט עמית, חזקה זו מקומה בהליך הפלילי. לעומת זאת, במישור של המשפט הציבורי השלכותיו של כתב אישום בעינן עומדות, ואף נלווה לו צל המעיב על מילוי הכהונה הציבורית. אין לכחד: קיים קושי בכהונה בתפקיד ציבורי של מי שקיימות ראיות מינהליות ביחס לדופי שדבק, לכאורה, בהתנהגותו. מטעמים אלה,

כבר לפני שנים רבות קבע בית משפט זה כי ראש הממשלה חייב לפטר מי שהוגש נגדו כתב אישום חמור מכהונה כשר או כסגן שר בשני פסקי שניתנו בבג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) ובבג"ץ 4287/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993), ומוכרים כיום כהלכת דרעי-פנחסי.

4. מאז נקבעה, התפרסה מוטת הכנפיים של הלכת דרעי-פנחסי הרבה מעבר לכהונתם של שרים או סגני שרים שהואשמו בפלילים. כך למשל, הוחלו עקרונותיה בעניינם של ראשי ערים שהוגשו נגדם כתבי אישום (ראו למשל: בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013)). היא הוחלה אף בהקשרים שבהם הרכב שדבק במועמד למשרה לא התבטא בהגשת כתב אישום (ראו: בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008)), או לחלופין נבע מהרשעה בפלילים שכבר הושלמה (ראו: בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (13.8.2015)), שבו דחיית העתירה התבססה על יישום ההלכה בנסיבות המקרה, ולא על שלילתה). לענייננו, חשוב אף יותר שהכנסת עצמה גילתה דעתה בחקיקה מפורשת – לגבי עובדים בשירות הציבורי, להבדיל מאשר נבחר ציבור – כי הגשת כתב אישום היא עילה שעשויה להצדיק השעייה מהתפקיד (ראו למשל חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963). בכך נתנה הכנסת ביטוי לתפיסה כי הרחקה מכהונה ציבורית על רקע הגשת כתב אישום חמור אינה סותרת מנייה וביה את חזקת החפות, והיא אף ראויה.

ההסדר החלקי בחוק יסוד: הממשלה ופרשנותו

5. אם כן, לא חזקת החפות עמדה במרכז המחלוקת, אלא שאלת תחולתה של הלכת דרעי-פנחסי על מועמדותו לראשות הממשלה של מי שהוגשו נגדו כתבי אישום חמורים. שני הצדדים האוחזים במחלוקת יצאו מנקודת הנחה של "כולה שלי". העותרים סברו כי הלכת דרעי-פנחסי חלה בהכרח גם על מי שמועמד לכהן כראש ממשלה, ועל כן על בית המשפט להורות על כך שלא יוכל לכהן בתפקיד זה. המשיבים מצדם סברו כי הלכת דרעי-פנחסי מוגבלת לכל היותר לכהונתם של שרים וסגני שרים, ואינה מתאימה לחול על ענייניו של מועמד לראשות ממשלה. טעמם לכך היה כפול למעשה: ראשית, לשיטת המשיבים ההלכה מלכתחילה אינה אמורה לחול על התוצאה הישירה הנובעת מן הבחירות הדמוקרטיות – זהותו של המכהן בראשות הממשלה (גם אם הבחירה בו אינה "אישית" במישור הפורמאלי). שנית, הם סוברים כי מאז ניתנה הלכת דרעי-פנחסי חל שינוי רלוונטי במצב המשפטי, במובן זה שחוק יסוד: הממשלה בנוסחו העדכני משנת 2001, וליתר

דיוק, סעיפים 17 ו-18 לו שעניינם ההסדרים החלים על חקירה והגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה, מלמדים כי הגשת כתב אישום אינה מונעת כהונה כראש ממשלה.

6. לאמיתו של דבר, שני הצדדים לא דייקו בהצגת המצב המשפטי. העותרים הרחיקו לכת בטענתם שהלכת דרעי-פנחסני חלה באותו אופן בדיוק על כהונה בתפקיד של ראש ממשלה. המשיבים הרחיקו לכת בסברם שהלכת דרעי-פנחסני כלל אינה רלוונטית לדיון, וכי חוק יסוד: הממשלה מכריע את תוצאותיו.

7. אפתח בהתייחסות למשיבים. אלה חזרו ואחזו בסעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה המורה כי עם הרשעתו של ראש ממשלה בעבירה שיש עמה קלון תוכל הכנסת להחליט על סיום כהונתו, וכי הכהונה מסתיימת באופן החלטי רק כאשר ההרשעה הופכת לחלוטה. המשיבים ביקשו ללמוד מכך כי כתב אישום אינו מייצר מניעה לכהונה בראשות הממשלה. אולם מה באשר למועמד לכהן כראש ממשלה? סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה, כפי שמורה נוסחו בבירור, נסב על מצב דברים שבו מוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה בעת שהוא מכהן בתפקידו. השאלה המשטרית שאותה מיועד סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה להסדיר היא האם הגשת כתב אישום אמורה להוביל להפסקת כהונתו של ראש הממשלה – והוא משיב עליה בשלילה. בכך, מגביל חוק היסוד את היקף תחולתה של הלכת דרעי-פנחסני ביחס למצב של הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכהן. אין מוצא ממסקנה זו, ובכך שונה כהונה של ראשות ממשלה מתפקידים אחרים שבהם הופעלה ההלכה בעבר, חרף אי-הנוחות שמעורר הניגוד – שנראה לכאורה אבסורדי – בין רום התפקיד לבין הנכונות לכך שיכהן בו מי שאינו יכול למלא תפקידים פחותים בהרבה על רקע הגשתו של כתב אישום (כפי שהיטיב להראות חברי השופט עמית בפסק דינו). כמוסבר בהמשך, יש לראות בכך הסדר המבטא פשרה בין השיקולים הנוגעים לפן הערכי-נורמטיבי לבין שיקולים הנוגעים ליציבות השלטון, בהתחשב בתוצאות הכרוכות בסיום כהונה של ראש ממשלה – סיום כהונתה של הממשלה כולה.

8. אולם, וזהו הייחוד במקרה שבפנינו, סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה אינו חל על הסוגיה של מועמדות לכהונה כראש ממשלה – לא על מועמדות של מי שטרם כיהן בתפקיד ולא על מועמדות של מי שכבר כיהן בתפקיד ומבקש לקבל על עצמו תקופת כהונה נוספת. אסביר.

9. אפתח בלשונו של חוק היסוד – סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה עוסק בעניינו של ראש ממשלה. הוא אינו חל על מי שעדיין לא מכהן בתפקיד. על כן, כבר מן הבחינה הלשונית הפשוטה אין לו תחולה על מי שהוא אך מועמד לתפקיד. אכן, סעיף 17 לחוק

יסוד: הממשלה מתייחס גם למצב של כתב אישום שהוגש נגד ראש ממשלה עובר לראשית כהונתו. האם ניתן ללמוד מכך כי חוק היסוד מכיר באפשרות של מועמד לראשות ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות ובכל זאת החל לכהן בתפקיד? אינני סבורה כך. בהקשר זה נודעת חשיבות רבה להשוואה בין נוסחם של שני הסעיפים. סעיף 17 לחוק יסוד: הממשלה המתייחס כאמור לכתב אישום שהוגש נגד מועמד לראשות ממשלה עובר לתחילת כהונתו, נדרש באופן כללי לאפשרות של ניהול משפט פלילי שהחל לפני ראשית הכהונה של ראש הממשלה (ובעניין זה מפנה לפרטים שייקבעו בחוק, כפי שאכן נעשה בסעיף 4 לחוק הממשלה, התשס"א-2001). הוא אינו נדרש באופן ספציפי לאפשרות שיהיה זה כתב אישום שבמרכזו עבירות שיש עמן קלון. עובדה זו מתחדדת כאשר קוראים את נוסחו של סעיף 17 לחוק היסוד בהשוואה לסעיף 18 לחוק היסוד – אשר עוסק באופן ספציפי במצב של הגשת כתב אישום בגין עבירות שההרשעה בהן כרוכה בקלון. אינני מקבלת אפוא את הטענה שלשונו של סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה מכריעה במקרה הנדון. למעשה, אני סבורה שפרשנות לשונית גרידא של חוק יסוד: הממשלה מכוונת למסקנה כי הוא אינו נדרש במישרין למצב שהוצג בפנינו – מועמדותו של חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום חמור לראשות הממשלה. בעניין זה אפוא אינני רואה עין בעין עם חברי השופט ד' מין.

10. ומן הלשון – לתכלית. לשיטתי, במקרה זה הן עולות יפה בקנה אחד. ההכרה בכך שניהול משפט נגד ראש ממשלה מכהן, גם בעבירות חמורות, איננו עילה להפסקת כהונתו, מבטאת את ההשלכות המיוחדות הכרוכות בהגשת כתב אישום תוך כדי כהונתו של אדם כראש ממשלה. החלטה של הלכת דרעי-פנחסי על מי שכבר מכהן בתפקיד ראש הממשלה צפויה להשליך על היציבות השלטונית. היא אף משליכה במישרין על תוצאותיהן של בחירות שהתקיימו קודם להגשתו של כתב האישום. הפסקת כהונתו של ראש הממשלה מביאה להפסקת כהונתה של הממשלה כולה, ובכך יוצרת שינוי טקטוני בניהול המדינה ועשויה להוביל בסבירות גבוהה לבחירות כלליות. סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה ביקש למנוע זאת. האיזון בין שיקולים נורמטיביים לבין שיקולים של יציבות שלטונית מחייב אפוא לפרש את סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה כ"מחסן" את כהונתו של ראש הממשלה רק עד לסיום הכהונה באותה קדנציה, ככל שהוא בוחר להמשיך בתפקידו ונהנה מאמון הכנסת.

11. בהמשך לכך, האם מהיבט תחולתו של סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה יש משמעות לעובדה שהמועמד לראשות הממשלה הוא מי שכבר מכהן כראש הממשלה בפועל? אני סבורה שהתשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית. אם לא כן – התוצאה תהיה מתן עדיפות למי שכבר כיהן בעבר כראש ממשלה מול מתחרים פוליטיים הקוראים

תיגר על כהונתו, בהינתן מצב (עצוב, אך לא ניתן עוד לומר שבלתי אפשרי) שבו הוגשו כתבי אישום אף נגדם.

12. ועתה לטענותיהם של העותרים. אף אני סבורה כי עקרונות היסוד שעומדים בבסיסה של הלכת דרעי-פנחסי חלים גם חלים על מועמדות לכהונה בתפקיד של ראש ממשלה, ואף ביתר שאת. מוטת הכנפיים של הלכה זו התפרסה הרבה מעבר לדלת אמותיהם של מי שמשמשים כשרים (כאמור בפסקה 4 לעיל), והטעמים לכך ברורים. הערך של טוהר המידות בשירות הציבורי נכון ותקף ביחס למשרות כולן – בכירות כזוטרות. סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה קובע לכך חריג בעל גבולות מתוחמים, ביחס לראש ממשלה מכהן. כך, נותר מקום להמשך תחולתה של הלכת דרעי-פנחסי בכל הנוגע לכלל המקרים שלא נקבע ביחס אליהם הסדר אחר, ובהם מועמדות לכהונה בראשות הממשלה.

13. אם כן, היכן נפרדת דרכי מזו של העותרים? כפי שהסבירה חברתי הנשיאה, כאשר עסקינן במועמד לתפקיד ראש הממשלה, החלטה של הלכת דרעי-פנחסי חייבת להיעשות באופן שונה. כאשר מדובר בכהונה של שר או סגן שר ההחלטה העומדת לביקורת שיפוטית – אם למנותם לתפקידיהם או לפטרם מתפקידיהם אלה – היא החלטה של ראש הממשלה ה"ממונה" עליהם. לעומת זאת, בכל הנוגע למועמדות לתפקיד של ראש ממשלה ההחלטה העומדת לביקורת היא בראש ובראשונה החלטה של הכנסת לתת אמן בו ובממשלתו. כפי שציינה חברתי הנשיאה, מדובר בהחלטה חוקתית מובהקת של גוף קולגיאלי, המורכב מנציגיו של הציבור. זוהי החלטה בעלת אופי תשתיתי, כזו שמכוננת את ה"פלטפורמה" עצמה, כלומר יוצרת את הממשלה.

מתחם ההתערבות השיפוטית

14. בשים לב לאופייה של ההחלטה העומדת בפנינו, גבולות הביקורת השיפוטית ביחס אליה הם צרים במיוחד. כך מתחייב מעקרונות היסוד של משטרנו החוקתי, המבוסס על דמוקרטיה ייצוגית (ובהתאם הוותותה מתכונת התערבות מצומצמת בהחלטות הכנסת גם בהקשרים אחרים. ראו: בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982)). לא מיותר לציין – ודומה שהעותרים לא נדרשו לכך – כי בית משפט זה נמנע מלהתערב בבחירתו של רפאל פנחסי עצמו לתפקיד של יושב-ראש ועדת הכנסת אף לאחר שהורשע בדין, וזאת בעבירות שיש עמן קלון (ראו: בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547 (1998)). כלומר, חרף פסק הדין שהורה על פיטוריו של חבר הכנסת פנחסי מתפקיד של סגן שר, אשר ניתן עוד בטרם

הורשע, בית משפט זה קבע כי אין מקום להתערבות בהחלטה המתקבלת בתוככי הכנסת ביחס לכהונתו כיושב ראש ועדה מוועדותיה. זאת, אף שבינתיים הורשע בעבירה שיש עמה קלון, כך שחזקת החפות לא עמדה לו עוד.

15. הקושי להעמיד החלטה מסוג זה לביקורת שיפוטית אף מתחדד בזוכרנו את הנסיבות שאפפו את קבלתה: החלטתם של רוב חברי הכנסת לתמוך במועמד לראשות הממשלה התקבלה לאחר שלוש מערכות בחירות רצופות, שהתקיימו בתוך תקופה של כשנה, ועד כה לא הובילו להקמת ממשלה. היא התקבלה בעיצומה של התקופה שבה מתמודדת מדינת ישראל, כמו העולם כולו, עם מגפת הקורונה. האם שיקולים אלה היו צריכים להכריע את הכף? שאלה זו מנסרת בחלל האוויר. זוהי שאלה ראויה לדיון בשיח הציבורי בישראל, אך אין בה עילה להתערבות שיפוטית.

16. חשוב להדגיש: עצם העובדה שהנושא המובא בפני בית המשפט הוא בעל היבטים פוליטיים אינה טעם טוב שלא לעסוק בו אם יש לו היבטים משפטיים ברורים. אולם, כאן יש לתת את הדעת על שתי הבחנות חשובות. ראשית, הגנה מפני פגיעה בזכויות אדם מצויה תמיד בליבת תפקידו של בית המשפט. גם אם ההחלטה המחוללת פגיעה כזו היא בעלת תכלית או הקשר פוליטיים, אין בכך כדי למנוע התערבות בה אם אינה עומדת באמות מידה חוקתיות. בהקשר הנוכחי, השאלה שבה נדרשנו להכריע היא חשובה ביותר, אך אינה נוגעת במישרין להגנה על זכויות אדם. שנית, תהום פעורה בין החלטה חוקתית, המכוננת את הרשות המבצעת, לבין החלטה המתקבלת בגדרה כחלק מפעולתה השוטפת, אפילו היא נוגעת לכהונתו של שר.

חובת האמון של חברי הכנסת

17. לשיטתי, ההכרה במתחם ההתערבות הצר בהחלטתם של חברי הכנסת אינה מלמדת על כך שחברי הכנסת פועלים בחלל נורמטיבי. אכן, בחינת החלטתם של חברי הכנסת בעניין זה אינה יכולה להיעשות מן הפריזמה של הסבירות המינהלית, אך יש גם יש לבחון אותה לאורה של חובת האמון החוקתית שבה הם חייבים. ככל מי שמופקד על מילוי תפקיד ציבורי המקנה סמכות וכוח, גם חברי הכנסת חבים חובות שונות כלפי הציבור המיוצג על-ידם, ובהתאם לכך צריכים לשקול שיקולים שעניינם טובת הציבור, ובכלל זה טוהר המידות של כלל חברי הממשלה והעומד בראשה. חברי הכנסת הם למעשה נאמני הציבור, ויש להם חובות אמון כלפיו (ראו והשוו: סוזי נבות "חבר כנסת כ'נאמן הציבור'" משפטים לא 433 (2000); Lindsay Aagaard, *Fiduciary Duty and* ; (2008) 31 *Members of Parliament, CANADIAN PARLIAMENTARY REVIEW* 31 (2008)). כך

למשל, מכוח חובה זו, בין השאר, הם מנועים מלפעול בניגוד עניינים (כפי שמורה כלל 5 לכללי האתיקה לחברי הכנסת). בידיהם של חברי הכנסת אנו מפקידים את ההחלטות היקרות לנו ביותר, את גורל המדינה כמו גם את גורלנו האישי. הדבר מחייב.

18. החלטה על תמיכה במועמד לראשות הממשלה היא החלטה שלא ניתן להפריז בחשיבותה. מעבר לשיקולים הפוליטיים והאידיאולוגיים, בחינת התאמתו של מועמד לראשות הממשלה לתפקידו גם מן הבחינה הערכית והנורמטיבית היא חשובה ורלוונטית. היא מהווה מרכיב חשוב של ההתאמה לתפקיד – הן בפן הסמלי, מבחינת המסר לציבור בכל הנוגע לחשיבות הטמונה בשמירה על עקרון שלטון החוק, והן בפן המעשי, לנוכח ההשלכות האפשריות של התמודדות עם כתב אישום על הפניית תשומת הלב הנדרשת למילוי התפקיד, כמו גם הסכנה של היקלעות למצבים של ניגוד עניינים. הדברים נאמרים במישור העקרוני, ומבלי להתייחס למקרה שבפנינו, שבו כל אחד מן הצדדים טען לגופו של אדם, באופן שהעיב על הדיון. כשם שברי כי על חברי הכנסת לשקול כיצד יגנו על אזרחי ישראל מפני איומים שונים, ביטחוניים, בריאותיים ואחרים, כך מצופה מהם לשקול שיקולים שעניינם שלטון החוק. במובן זה, קיומם של כתבי אישום בעבירות חמורות, לבטח כאשר אלה נסבות על טוהר המידות, הוא בהחלט שיקול שחברי הכנסת צריכים להביא בחשבון כאשר הם ממליצים על מועמד להנהגת המדינה. ואולם, בהתחשב במתחם ההתערבות הצר שצוין לעיל, חובות – לחוד, וסעדים שיפוטיים – לחוד. ברוח זו, כבר נקבע בהקשרים אחרים כי מצען של מפלגות אינו ניתן לאכיפה (ראו: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח, פ"ד נט(2) 481, 566-567 (2005)).

ומה מעבר לכנסת?

19. אין לקבל אף את טענת העותרים שלפיה ניתן להגיע במקרה זה לתוצאה שונה תוך התמקדות בהחלטותיהם של נשיא המדינה או של המועמד עצמו.

20. כפי שהסבירה חברתי הנשיאה, הפניית הזרקור אל נשיא המדינה לא הייתה במקומה. מעבר לכך שמדובר בדרך עקיפין מלאכותית, אני סבורה שתפקידו הסמלי והא-פוליטי של הנשיא מחייב להותירו מחוץ לתחום ה"התגוששות" הפוליטית (ראו: חוק יסוד: נשיא המדינה, וכן: בג"ץ 2848/19 בן-מאיר נ' נתניהו, פסקה 9 (23.4.2019)).

21. באשר למועמד עצמו, אני נוטה לסבור, בשונה מחבריי, כי אף עליו מוטלת חובה לשקול אם הגשת כתב האישום משליכה על התאמתו לתפקיד. חובה זו – כמו חובתם של



חברי הכנסת – שייכת לתחום החוקתי ואינה יכולה להיבחן על-פי אמות מידה רגילות של סבירות. אולם, תמיכתם של חברי הכנסת אינה פוטרת את המועמד עצמו מהחלטה מקדמית אם ראוי שיקבל על עצמו כהונה על רקע "צלו" של כתב אישום חמור. זוהי ציפייה נורמטיבית חשובה, גם אם אינה אכיפה. האפשרות לקבל תפקיד אינה אמורה תמיד להכריע את הכף מבחינתו של המועמד, בכחינת "איזהו גיבור – הכובש את יצרו". בהמשך לכך, דחייתה של הצעה כזו אינה גורעת מזכותו של המועמד לעמוד על חפותו, אלא רק צפויה לבטא את הכרתו במחיר הגבוה הכרוך בכהונה של נאשם בפלילים בתפקיד הרם והנישא של ראש ממשלה, במישור הערכי כמו גם במישור המעשי. מנקודת מבטי, חשוב לומר כי החלטה של אדם לקבל על עצמו כהונה בתפקיד היא גם החלטה משפטית, ולא רק החלטה אישית – גם אם הביקורת עליה מצומצמת מאחר שאף היא שייכת לשלב התשתיתי של הקמת הממשלה. לשם השוואה, אף במישור המינהלי הרגיל, שאינו חל כאמור בענייננו אך ניתן ללמוד ממנו, כאשר אדם מחליט אם לקבל על עצמו תפקיד עליו לשקול אם הוא נגוע בניגוד עניינים. לא כל שכן כאשר מקבל החלטה כבר מכהן בתפקיד של חבר כנסת, כלומר הוא אינו "זר" לזירה הציבורית.

ומה הלאה?

22. לקראת סופו של הדיון, אני מבקשת לחזור לנקודת ההתחלה. דחייתה של עתירה לבג"ץ נגד החלטה שלטונית מתפרשת לא אחת כ"אישור" או "הכשר" להחלטה שהתקבלה. ולא היא. הדרך הנכונה להבין דחייתה של עתירה היא העדרה של עילה משפטית להתערבות בה. הא – ותו לא. כפי שציין הנשיא מ' שמגר לפני שנים רבות: "משנפלה ההכרעה השיפוטית.... עלולה להתגבש המסקנה, כי הכול שפיר, למרות שהחלטה לגופה רחוקה מכך" (ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 520 (1988)).

23. וכעת במבט הצופה פני עתיד. כפי שצינתי לעיל, מעל הדיון שבפנינו ריחף כל העת הצל הנוגע לכך שלכל המתדיינים הייתה לא רק עמדה עקרונית, אלא גם עמדה ביחס להקמת ממשלה בראשותו של מועמד מסוים. במצב כזה, לעולם קיימת סכנה שהדיון יתפרש שלא כהלכה ככזה שעוסק באדם, להבדיל מאשר בפן העקרוני של הדברים. על מנת למנוע הישנותה של בעיה מסוג זה בעתיד, וברוח דבריו של חברי השופט מ' יונן בסיפא של חוות דעתו, טוב יהא אם המצב המשפטי בסוגיה שבמחלוקת יובהר באמצעות תיקון מתאים לחוק יסוד: הממשלה. החלה של תיקון כזה באופן שצופה פני עתיד בלבד (למען ניקיון הדעת – שלא ביחס לכתבי אישום קיימים) – יכולה להעביר מסר ערכי חשוב מבלי שהדבר יהיה כרוך בהכרעה בגורלו של אדם מסוים או יתפרש כ"לקיחת צד"

בזירה הציבורית. מכל מקום, אף ללא תיקון כזה, ניתן לצפות ולקוות שחברי הכנסת יביאו בחשבון גם שיקולים ערכיים הנוגעים להתאמתו של מועמד לתפקיד ראש הממשלה. ההתחשבות בכך היא חלק ממערכת הערכים של המשפט הישראלי והחברה הישראלית כולה.

## ש ו פ ט ת

### השופט מ' מזוז:

כמצוין בתמצית הנימוקים לפסק דיננו מיום 6.5.2020, אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות. להלן אוסיף אך מספר הערות קצרות להבהרת עמדתי.

1. הסכמתי זו עם התוצאה אליה הגענו, כמפורט בתמצית הנימוקים, לא ניתנה בלב קל, אך אני שלם עמה. אכן, המציאות בה נאשם בפלילים בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות מקים ממשלה ועומד בראשה, מעוררת קושי ציבורי-מוסרי שקשה להפריז בעוצמתו. מציאות כזו משקפת משבר חברתי וכשל מוסרי של החברה ושל המערכת הפוליטית בישראל.

ואולם, בית המשפט אינו יכול להחליף את תפקיד הציבור והמערכת הפוליטית אל מול מציאות כזו.

2. בהזדמנויות שונות בעבר, בעת כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה, עמדתי על כך כי אין לראות במשפט את חזות הכל, וכי לצד המשפט יש מקום גם לנורמות חברתיות-ציבוריות-אתיות. חברה מתוקנת היא חברה המבוססת על מערכת רב-רבדית של נורמות ומערכות בקרה ותיקון. יש את המשפט, ויש את "משפט הציבור"; יש אתיקה ציבורית של "לא ייעשה כן במקומנו" (it isn't done), ויש פוליטיקה; ויש גם שיח ציבורי ותקשורתי - ולכל אחד מאלה תפקיד חשוב בעיצוב דמותה של הציבוריות הישראלית.

דומה שהכל יסכימו, כי עדיפה מציאות בה בני-החברה ופרנסיה פועלים על-פי נורמות של טוהר מידות ומינהל תקין, מתוך כיבוד נורמות ציבוריות-מוסריות ראויות, ולא מכוח אכיפה משפטית. החוק אינו המקור היחיד לספק לחברה כללי "עשה" ו- "אל תעשה". המערכת המשפטית והנורמות המשפטיות אינן יכולות להיות ואינן צריכות

להיות "שחקניות" בלעדיות בעיצוב הנורמות בחברה, ובעיקר נכון הדבר בתחום הנורמות של הזירה הציבורית. ל"משפטיזציה" של נורמות בזירה הציבורית יש מחירים לא מבוטלים.

3. מכל מקום, חשוב להבהיר ולהדגיש כי השאלה שעמדה להכרעתנו לא הייתה האם יש פגם ציבורי-ערכי בהרכבת ממשלה על ידי מי שהוגש נגדו כתב אישום חמור בעבירות על טוהר המידות, אלא האם החוק בישראל אוסר זאת, באופן שבידי בית המשפט למנוע מהלך כזה. והתשובה לה הגענו, פה אחד, כל שופטי ההרכב, היא שלילית.

4. ההסדר בחוק יסוד: הממשלה ובחוק יסוד: הכנסת לענין כשירות והפסקת כהונה של ראש הממשלה, וכשירות חבר כנסת להרכבת ממשלה, הוא ברור וממצה, ואינו מותיר חסר הטעון פרשנות או השלמה על ידי בית המשפט. עמדו על כך חבריי, ואיני רואה צורך לחזור ולפרט בענין זה.

מדובר בהסדר חוקתי-מוסדי קונקרטי, הקבוע בחוקי היסוד, ולא בענין הנתון לשיקול דעת בית המשפט. כאשר מדובר בהוראה חוקתית-מוסדית, מתחייבת פרשנות דווקנית של לשון החוק, ואין מקום לחרוג מההסדר שנקבע על ידי פרשנות מרחיבה, או לעריכת איזונים, כפי הנעשה בנוגע להוראות בחוקה שעניינן זכויות אדם, המנוסחות מטבע הדברים באופן כללי ומופשט.

"לשונו של הטקסט החוקתי, כמו כל טקסט משפטי אחר, קובעת את גבולות פרשנותו... הטעמים החוקתיים המגבילים את כוחו של שופט כפרשן פועלים במלוא עוצמתם כאשר השופט מפרש טקסט חוקתי. דווקא במצב דברים זה עליו לגלות זהירות מרובה שלא לחצות את גבול הלשון ושלא ליצור טקסט חוקתי חדש. כוחו וסמכותו של השופט הם במתן מובן לטקסט חוקתי קיים. יצירת הטקסט החוקתי היא הרשאה לפרשנותו. הרשאה זו מסתיימת במקום שלשון הטקסט החוקתי מסתיימת" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 710 (2004)). וראו גם: בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 623 (1996).

5. יש רגליים לסברה, כטענת היועץ המשפטי לממשלה, כי הכנסת, בכובעה המכונן, בחרה במודע, מטעמים שונים, שלא לשלול ממי שהוגש נגדו כתב אישום את

הכשירות להמשיך ולכהן כראש ממשלה או להרכיב ממשלה. אמנם יתכן כי הכנסת בחרה שלא לקבוע הוראת אי-כשירות כאמור מתוך הנחה שלא נגיע למצב כזה, או כי מצב כזה ייפתר במישור הפוליטי (כפי שאירע בשנת 2009 ערב הגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה דאז). ואולם, את שנמנעה הכנסת מלהורות אין בידינו להשלים, על דרך של פרשנות או חקיקה שיפוטית.

6. לפילוסוף הרומי בן המאה הרביעית והחמישית, מקרוביוס א' תאודוסיוס, מיוחסת האמירה כי "חוקים טובים מקורם בנהגי מוסר רעים" ( "Good laws have their origins in bad morals"). כוונת הדברים, כי מקום שבני החברה ומנהיגיה נוהגים על-פי אמות מידה מוסריות ראויות, לא מתעורר הצורך בחוקים (טובים) להסדיר כללי התנהגות אלה. דומה שאין כמו המציאות הישראלית כדי להדגים את תוקפה ואמיתותה של אמירה זו. הוראות חוק שונות (כמו גם הלכות של בית משפט זה) בתחום טוהר המידות ותקינות פעילות השלטון, נולדו על רקע התרחשותן של תופעות פסולות, שלא נצפו על ידי ראשונים, ואלמלא תופעות אלה - במציאות טובה ומתוקנת יותר - כלל לא היינו נזקקים ל"חוקים טובים" אלה.

הדוגמא המובהקת ביותר לכך היא התפתחות הוראות פסלות כהונה והפסקת כהונה בחוק יסוד: הממשלה לדורותיו. בעוד חוק יסוד: הממשלה המקורי מ-1968 לא כלל כל הוראה העוסקת בחקירה פלילית, העמדה לדין, הרשעה או הפסקת כהונה עקב אלה בנוגע לשר או לראש ממשלה, הרי שבחוק היסוד מ-1992 (חוק הבחירה הישירה) נכללו 3 סעיפים שעסקו בכך (סעיפים 16(ב), 25 ו-26), ואילו חוק יסוד: הממשלה הנוכחי מ-2001 כולל כבר הסדרה מפורטת ב-6 סעיפים שונים (סעיפים 6(ג), 17, 18, 23, 27 ו-30(ג)). והנה מסתבר כעת כי גם בכך אין כדי לענות על כל ה-"bad morals".

יש אפוא לקוות כי פרשה זו תוביל את הכנסת, בכובעה כרשות המכוונת, לשקול מחדש את הצורך בהסדרה בחוק של הסוגיה הנדונה.

7. כמפורט בתמצית הנימוקים על ידי הנשיאה, שאלת הביקורת השיפוטית מתמקדת בבחינת שיקול הדעת של חברי הכנסת בהמלצתם לנשיא להטיל על חבר הכנסת את מלאכת הרכבת הממשלה. שיקול הדעת של חברי הכנסת בהמלצה לנשיא לענין הרכבת ממשלה - כמו גם שיקול דעתם בהצבעת אמון, או בהצבעת אי-אמון בממשלה - עניינו בגרעין הקשה של תפקידם החוקתי-משטרי. שיקול דעת זה הוא פוליטי במהותו ומשקף את "רצון הבוחר", במובנו הבסיסי של מונח זה.

שיקול דעת כזה לא נתון, ככלל, לביקורת שיפוטית על פי כללי הביקורת של המשפט המינהלי, בהעדר הוראה בחוק לענין זה. ככגון דא חלה לדעתי דוקטרינת אי-השפיטות המוסדית (להבדיל מאי שפיטות נורמטיבית), כנגזרת של מבחן האופי הדומיננטי של הנושא, בהתאם לאמות המידה שהותוו על ידי הנשיא שמגר בענין רסלר (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 524-521 (1988), להלן: ענין רסלר). וכפי שהובהר שם, מבחן השפיטות המוסדית עשוי להביא את בית המשפט למסקנה -

"... כי אין זה נכון שבית המשפט ידון בסבירותו של עניין פלוני, למרות שניתן לסווגו בין העניינים היכולים להיבחן לפי מבחני השפיטות הנורמטיבית. מבחן השפיטות המוסדית נותן מקום להפעלתו של הריסון ביחסים בין רשויות השלטון לבין עצמן, ריסון המאפשר מסירתה של בעיה פוליטית להכרעתם של גורמים פוליטיים" (שם בעמ' 520).

לצד זאת הדגיש הנשיא שמגר כי –

ההכרה בקיומו של סייג השפיטות היכול להביא, בנסיבות ראויות, להימנעותו של בית המשפט מן הנכונות לדון בבעיה פוליטית, כלכלית או ציבורית אחרת, איננה מחלישה את עקרון הפיקוח והביקורת השיפוטיים אלא מחזקת אותו, כי היא קובעת לו גבולות סבירים" (שם בעמ' 520, 523)..

ודוק: הפעלת הדוקטרינה של אי-שפיטות מוסדית על החלטות מהסוג האמור אינה שוללת מבית המשפט את שיקול דעתו - באותם "מצבים חריגים ונדירים ביותר", כאמור בפסקה 17 לתמצית הנימוקים - מלהפעיל ביקורת שיפוטית, ככל שיגיע למסקנה שיש הצדקה לכך למרות כלל הריסון בין הרשויות.

8. הטיעון בו נקטו העותרים לגבי ביקורת שיקול הדעת של המועמד עצמו, הוא בעיני טיעון מלאכותי המעורר קושי במישורים שונים. מועמד המקבל על עצמו תפקיד או משרה, אינו מפעיל שיקול דעת בגדר סמכותו כרשות שלטונית, אלא מקבל החלטה אישית, כמועמד. אין זה גם ראוי להטיל על אדם ולצפות ממנו "לפסול את עצמו", כאשר ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על החלטת הגורם בעל סמכות המינוי (או הפיטורין). אין זה מקרה שהעותרים לא הציגו כל תקדים מהפסיקה העניפה של בית משפט זה בנושא ביקורת מינויים למשרות ציבוריות, בו מוקדה הביקורת השיפוטית בהחלטתו של המועמד עצמו.

9. והערה אחרונה בהקשר זה: השיקול בדבר "פגיעה באמון הציבור" כתוצאה ממעשים של פגיעה בטוהר המידות של פרנסי הציבור, עליו עמד בית משפט זה בפסיקה העניפה הנוגעת להפעלת שיקול דעת בקשר עם מינוי או הפסקת כהונה, אינו בגדר דברים בעלמא לתפארת המליצה. מדובר בשיקול כבד משקל -

"... ה'פגיעה באמון הציבור' אינה פראזה ערטילאית של משפטים, מדובר בדבר מאוד מוחשי - בערעור עצם הלגיטימיות של השלטון ושל החלטותיו בעיני הציבור ופגיעה ביכולת המשילות של מערכות השלטון. שלטון שאינו נהנה מאמון ציבורי, לא יכול לקבל החלטות קשות מתחייבות ולבצע אותן.

... המשטר הדמוקרטי מבוסס על 'אמנה חברתית' לפיה נבחרו העם הם 'משרתי הציבור', האמורים לפעול לטובת האינטרס הציבורי, ולא לטובתם הם ולטובת מקורביהם, ולשם כך מוענקות להם סמכויות נרחבות; זאת, להבדיל ממשטר אבסולוטי, בו העם הוא הנתין של השליט והמשרת את הצרכים והאינטרסים של השליט. מקום שהקוד האמור העומד ביסוד האמנה החברתית נשבר, והציבור חש שנבחריו פועלים לטובתם האישית ולא לטובת הציבור, נפרמים התפרים המחזיקים את האמנה החברתית, ומתערעת הלגיטימיות של השלטון בעיני הציבור...

ולבסוף - שחיתות שלטונית עלולה גם לשמש אמתלה לאי-כיבוד חוק על ידי הפרט, בכל תחומי החיים. כל אדם עשוי לעמוד בפני פיתוי שלא לכבד את החוק, כגון על ידי העלמת מס. במציאות של שחיתות שלטונית עשוי האזרח לומר לעצמו 'אם השלטון מושחת, זה בסדר שאני אעלים הכנסות ולא אשלם מסים, שהרי הכסף מגיע ממילא לכתובת הלא-נכונה' (רע"פ 15-3292 לחיאני נ' מדינת ישראל (17.11.2015), בפסקה 7 לפסק דיני).

על כן, השיקול של פגיעה באמון הציבור ברשויות השלטון הוא אפוא שיקול ראוי העשוי בנסיבות מתאימות לבסס כללים משפטיים והכרעות שיפוטיות. אך אין זה מצב הדברים בסוגיה דנן, כמפורט לעיל.

איני רואה צורך להתייחס לגישות השונות בפסיקה ובספרות המשפטית באשר לתוקפו של הסכם כזה כלפי הצדדים לו, והדין השולט על הסכם כזה (ראו סיכום הגישות השונות בע"מ 5042-01 ז"ד נ' פארס, פ"ד נו(3) 865, 872-876 (2002) והאסמכתאות הנזכרות שם). מכל מקום, ברי ואין חולק, כי אין בכוחו של הסכם פוליטי לשנות את הדין ולהתיר מעשה או מחדל בניגוד לדין -

"ההסכם הקואליציוני הינו מכשיר מקובל בישראל. הוא מהווה מסגרת להסכמה פוליטית בין המפלגות. אין הוא יכול, כשלעצמו, להפוך לחוקית, פעולה שבלעדיו אינה חוקית... בדומה, אין בעצם העובדה שפעולה מסוימת נכללת בהסכם קואליציוני כדי להפוך אותה פעולה לבלתי חוקית, אם לולא אותו הסכם הפעולה הינה חוקית... (ענין רסלר, שם בעמ' 507).

מטעם זה, העתירות לעניין זה הן ככלל מוקדמות, שהרי אין מדובר בהליך בין הצדדים להסכם, בו מבוקשים סעדים בנוגע לתוקפו או לאכיפתו של ההסכם, אלא מדובר בעתירות של מי שמבקשים למנוע קיום הוראות בהסכם בנימוק שהדבר נוגד את הדין. בנסיבות אלה, את שאלת חוקיות המעשה או המחדל בו עוסק ההסכם יש לבחון אל מול המעשה או המחדל עצמו, ולא אל מול ההוראות בהסכם הפוליטי העוסקות בכוונת הצדדים לבצעו. כך, חוקתיותו של תיקון לחוק שנחקק בעקבות הסכמה פוליטי צריכה להיבחן בתקיפה ישירה של אותה הוראה בחוק, על פי כללי הביקורת החוקתית, ולא דרך הפריזמה של ביקורת הוראה בהסכם.

על כן, למרות שמדובר בהסכם קואליציוני חריג, שחלק מהוראותיו מעורר קשיים לא מבוטלים, כאמור בתמצית הנימוקים, הגענו כאמור למסקנה כי טרם בשלה העת לבחון את השאלות שהוא מעורר, תוך שהובהר כי אין בעצם דחיית העתירות לענין זה משום מתן הכשר לפעולות שייעשו, מכוח ההסכם.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. אני מסכימה עם התוצאה שאליה הגיעה הנשיאה א' חיות בעתירות שלפנינו ועם דרך הילוכה בשתי הסוגיות שהובאו להכרעתנו. כפי שהבהירה בחוות דעתה, את הדיון בשאלת הטלת התפקיד של הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו (להלן: ח"ח"כ

נתניהו) יש לערוך בהתאם לעקרון המושרש של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד"; ובהקשר זה מקובלת על ידי הקביעה שלפיה הלכת דרעי-פנחסני, הנוגעת למינוי ולהעברת שרים מתפקידם, חיה ונושמת גם כיום ולאחר חקיקתו של חוק-יסוד: הממשלה החדש משנת 2001. עוד מקובל על ידי כי בכל הנוגע לתנאי הכשירות הסטטוטוריים, כתב האישום התלוי ועומד נגד חה"כ נתניהו אינו מונע את הטלת הרכבת הממשלה עליו; וכי במישור שיקול הדעת – מבין ארבעת הגורמים שציינו העותרים, הגורם היחיד שמפעיל שיקול דעת מהותי במינוי ראש הממשלה, בשלב שבו הכדור הועבר למגרשה של הכנסת מכוח סעיף 10(א) לחוק-יסוד: הממשלה, הוא "רוב חברי הכנסת" המבקשים להטיל מלאכה זו על חבר כנסת פלוני. כפי שהיטיבה הנשיאה לבאר, שיקול הדעת של חברי הכנסת אינו חסין מביקורת שיפוטית – ואולם התערבות בהחלטה שעניינה בקשתם להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, מוגבלת למצבים נדירים ולנסיבות קיצוניות בלבד. שמקרה זה אינו נמנה עימם.

אבאר בנקודה זו, כי עמדתי שלפיה נשיא המדינה אינו מפעיל שיקול דעת מהותי בבואו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת, מוגבלת ותחומה לנסיבותיו של סעיף 10(א) לחוק-יסוד: הממשלה. היינו: לשלב שבו לא צלחה הרכבת הממשלה בידי מי שהתפקיד הוטל עליו לכתחילה על ידי נשיא המדינה, שאז "רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב". ואינני מביעה דעה לעניין טיבו והיקפו של שיקול הדעת שמפעיל הנשיא במקרה של הטלת מלאכת הרכבת הממשלה לפי סעיפים 7 ו-9 לחוק היסוד, משהדבר אינו נדרש לענייננו.

2. ובחזרה לשיקול הדעת של חברי הכנסת כגורם הממנה את ראש הממשלה. אבקש למקד את המבט ולהוסיף מילים משלי בנוגע לטיבה של הביקורת השיפוטית שאנו מתבקשים להעביר על החלטתם של רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני. התערבות שיפוטית בעניין זה מהווה פגיעה בליבת המשטר הדמוקרטי הישראלי ובמקור שממנו יונק משטר זה את חיותו ואת זכות קיומו – הוא רצון הבוחר. כאשר אנו מתבקשים על ידי העותרים להעמיד את בקשת חברי הכנסת לביקורת שיפוטית, למעשה מתבקש מאיתנו להעמיד את שיקול דעתו של הבוחר לביקורת שיפוטית ולהחליפו בשיקול דעתנו.

וכאן המקום להבהיר: העובדה שהמפלגה שבראשה עומד חה"כ נתניהו לא זכתה במרבית קולות הבוחרים בבחירות, אינה גורעת מכך שמינויו לראש ממשלה הוא שמשקף את רצון הבוחר. 72 חברי כנסת פנו בבקשה לנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה



על זה"כ נתניהו, ובעשותם כן פעלו מכוח "ייפוי כוח בלתי חוזר" כלשונו של השופט י' עמית, שניתן להם בקלפי.

3. נגד זה"כ נתניהו תלוי ועומד כתב אישום חמור במיוחד. במהלך כהונתו הוא יתפוס את ספסל הנאשמים בבית המשפט המחוזי בירושלים ויעמוד לדין פלילי בעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים, שנעשו לפי הנטען בכתב האישום בזיקה לתפקידו הציבורי ותוך פגיעה מהותית באמון הציבור ובטוהר המידות. חרף האמור, עד לפרסומו של פסק דין זה כבר יושבע זה"כ נתניהו לתפקיד ראש הממשלה ויעמוד בראשה של הממשלה ה-35 של מדינת ישראל, וזאת בסיומה של תקופת בחירות סוערת שבה האישומים נגדו עמדו במרכז הבמה. זוהי פעם ראשונה בתולדות המדינה שבה אמון הציבור ניתן בבחירות למי שמתנהל נגדו הליך פלילי בשל השחתת טוהר המידות בשלטון. בנימין נתניהו עצמו אינו סבור שעצם הגשת כתב האישום נגדו מונעת ממנו לכהן כראש ממשלה; חברי המפלגה שבראשה הוא עומד אינם סבורים כי הגשת כתב האישום נגדו מונעת ממנו לכהן כראש ממשלה, וכך גם חברי המפלגות שחברו אליו בהסכמים קואליציוניים; תרגום תוצאות הבחירות לשפת המעשה מעיד על כך שאף ציבור הבוחרים אינו סבור כי הגשת כתב האישום מונעת מזה"כ נתניהו לכהן כראש ממשלה. העותרים מבקשים מאיתנו לפסוק אחרת.

4. על פי הלכת דרעי-פנחסי, הגשת כתב אישום חמור נגד שר או סגן שר מחייבת את ראש הממשלה להפעיל את הסמכות הנתונה לו ולהורות על פיטוריו של השר מן הממשלה (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4287/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין פנחסי); וראו גם: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נז(6) 817 (2003)). ביסוד הלכה זו ניצב הצורך בהגנה על אמון הציבור ברשויות השלטון:

"מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו. על כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה, עליה לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון, בין אם בעל הכהונה הוא נבחר (כגון חבר כנסת המכהן כסגן שר) ובין אם הוא עובד ציבור (כגון עובד מדינה ששר מוסמך לפטרו)". (דברי הנשיא א' ברק עניין פנחסי, עמ' 473).

כפי שהעמיקה השופטת ד' ברק-ארז בחוות דעתה, עקרונות יסוד אלה שרירים ותקפים לא רק כשמדובר במינוי שר או סגן שר לתפקיד בממשלה – אלא אף כשעל הפרק עומדת כהונתו של ראש הממשלה עצמו. הדבר מתבקש מקל וחומר, בהיותו של ראש הממשלה "ראשון בין שווים" ביחס לשאר השרים, וכמי שעומד בראשם של משרתי הציבור מבכיר ועד זוטור. אם בארזים נפלה שלהבת, מה יגידו אזובי הקיר? ובכל זאת, לא ניתן להחיל את הלכת דרעי-פנחסי כמות שהיא על מינויו של חבר כנסת לתפקיד ראש הממשלה; ואבאר.

5. בכל הנוגע למינוי שר – ראש הממשלה הוא הגורם הממנה. החלטה בדבר מינויו של שר היא החלטת רשות מינהלית, הגם שהיא כרוכה בשיקולים פוליטיים, וככזו היא כפופה לכללי המשפט המינהלי ובראשם מבחן הסבירות; ומכאן נגזר היקף הביקורת השיפוטית על החלטה זו. אשר למינוי ראש ממשלה – ראש הממשלה הוא אמנם שר מבין שרי הממשלה (סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה), ואולם מינויו שונה בתכלית ממינוי שר. זאת הן מבחינת זהותו של הגורם הממנה, הן מבחינת מהותה של החלטת המינוי, ומשכך גם מבחינת היקף הביקורת השיפוטית שיש להחיל על החלטת המינוי.

ראשיתו ואחריתו של מינוי ראש הממשלה הוא בהחלטת הבוחר המשלשל פתק לקלפי. תוצאות הבחירות מתורגמות באמצעות הסכמים קואליציוניים למציאות שלטונית קונקרטית ולכינונה של ממשלה. בתוך כך, כאשר רוב חברי הכנסת מבקשים את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, הם עושים כן כאמור מתוקף יפוי הכוח שניתן להם בקלפי מאת הבוחרים. תוצאות הבחירות אף מייפות את ידי הכנסת להצביע אמון בממשלה ובעומד בראשה. הנה כי כן, ההחלטה המתקבלת על ידי חברי הכנסת כגורם הממנה את ראש הממשלה היא החלטה משטרית במהותה, שביסודה שיקולים פוליטיים מובהקים, והיא מקפלת בתוכה את תמצית הגשמת רצון הבוחר.

בהינתן האמור, הביקורת השיפוטית על חברי הכנסת כגורם הממנה את ראש הממשלה שונה באופן מהותי ויסודי מביקורת שיפוטית על החלטה בדבר מינוי שר לממשלה. גבולותיה צרים במיוחד. כך מתחייב מן הריסון שבית משפט זה גוזר על עצמו בהתערבות בהחלטות הכנסת, בהתאם לעקרון הפרדת הרשויות; מאופייה המשטרי המובהק של החלטת המינוי; ומן הקשר הגורדי שבין החלטה זו ובין רצון הבוחר, עד כי התערבות בשיקול דעתם של חברי הכנסת מהווה התערבות ברצון הבוחר עצמו.

6. "רצון הבוחר" אינה סיסמה המופרחת לחלל האוויר. המשטר הדמוקרטי הישראלי הוא משטר ייצוגי, והליך הבחירות הוא היסוד שעליו מושתתת לגיטימיות

השלטון. העקרונות שלאורם נקבעו כללי המשחק של הליך הבחירות מעוגנים בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת:

הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת.

מדובר ב"הוראה מוסדית-משטרית, שתפקידה המרכזי הוא להתוות את מאפייניה העקרוניים של שיטת הבחירות בישראל" (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 18 (12.3.2015); להלן: עניין גוטמן). לענייננו, בסעיף 4 טמונה אחת מאבני היסוד של הדמוקרטיה – היא הזכות לבחור ולהיבחר. "הזכות לבחור ולהיות מועמד לבחירה היא זכות אדם יסודית בכל משטר דמוקרטי" (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 58 (1996)); "הגשמתן של זכויות אלה - לבחור ולהיבחר - מונחת ביסוד המבנה המדיני של מדינת ישראל. היא מהווה תכלית אשר את דיניה מבקשים להגשים" (בג"צ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 587 (1996)); "הזכות להתמודד בבחירות היא זכות יסוד מדינית, המבטאת את רעיון השוויון, חירות הביטוי וחופש ההתאגדות. מכאן, כי קיומה של זכות זו וההקפדה על שמירתה הם מן הסימנים המובהקים של חברה דמוקרטית" (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 185 (1988)).

המפלגות הן האמצעי שדרכו מוגשם עקרון הייצוג ובאמצעותו מתממשת הזכות לבחור ולהיבחר, שכן חברות ברשימה שהוגשה על ידי מפלגה היא תנאי להתמודדות בבחירות (עניין גוטמן, בפסקה 27). "בדמוקרטיה הייצוגית, המפלגות הן הצינור להעברת רצון האזרחים לשלטון" (א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי, פסקה 7 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (20.8.2013)). בהתאם למספר המנדטים שבו זכתה כל מפלגה על פי קולות הבוחרים, נקבע הרכבה של הכנסת.

7. שיעור ההצבעה הגבוה במיוחד שנרשם בשלוש מערכות הבחירות האחרונות שנערכו בישראל מעיד יותר מכל על ההכרה הציבורית בחשיבותה של ההשתתפות הפוליטית, בגודל השעה, ובהשפעה שיש לתוצאות הבחירות על האופן שבו תעוצב ותנוהל החברה הישראלית.

זאת ועוד. בשנה האחרונה נקלעה מדינת ישראל למשבר פוליטי חסר תקדים, שבו שתי מערכות בחירות הסתיימו ללא הכרעה. המפלגות שזכו במרבית קולות הבחור לא הצליחו להתקשר בהסכמים שיביאו להקמת ממשלה, חרף מגעים שהתנהלו, והדבר הוביל לפיזור של הכנסת פעם ועוד פעם. התוצאה היא שזה זמן ממושך עומדת בראשות

המדינה ממשלה זמנית, צרת סמכויות, באופן שמוביל לשיתוק הולך וגובר של משרדי הממשלה. סבך משטרי זה הוא תמונת ראי של הפילוג הפעור בחברה הישראלית, ויש בו כדי ללמד על עוצמת המאבק האידאולוגי המתנהל כמעט בכל חזית אפשרית של החיים הציבוריים – ובין היתר בזירה החברתית, המדינית והביטחונית. זוהי שעה קשה של קרע ופילוג; ואולם בעניין אחד אין חולק, והוא שהבחירות לכנסת הן הזירה המרכזית שבה יוכרעו המאבקים האידאולוגיים. על רקע האמור מתחדדת חשיבותה של ההגנה על רצון הבוחר, כפי שהוא משתקף בהרכבה של הכנסת ובכינונה של הממשלה.

8. אין לכחד שהקמת ממשלה בידי מי שתלוי ועומד נגדו כתב אישום חמור אינה מתיישבת עם עקרונות יסוד של הדמוקרטיה הישראלית – ובפרט חובת הנאמנות השלטונית, טוהר המידות בשלטון ואמון הציבור בו. עם זאת, התערבות שיפוטית בבקשתם של רוב חברי הכנסת להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, טומנת בחובה פגיעה אנושה בעקרון ריבונות הרוב המונח בליבת הדמוקרטיה. פגיעה בעקרון זה מעמידה בסכנה ממשית את הדמוקרטיה עצמה, ועל כן באיזון בין כוחות אלה – כיבוד רצון הרוב גובר. לא למותר לציין שדין הבוחר אינו גובר על דין המשפט, ואף הכרעת הרוב צריכה להתקבל בתוך מסגרת חוקית; ואולם כפי שכבר הוברר, על פי תנאי הכשירות הסטטוטוריים כתב האישום התלוי ועומד נגדו נתניהו אינו מונע ממנו להתמנות לראש ממשלה. במישור אחר, הוא מישור שיקול הדעת, הגם שעומדת לחה"כ נתניהו חזקת החפות, כתב האישום הרובץ על כתפיו הוא שיקול ראשון במעלה שהיה על חברי הכנסת לשקול בבואם לבקש מנשיא המדינה להטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה. ואולם מששקלו והגיעו להחלטה כפי שהגיעו, ובעשותם כן מימשו את המנדט שניתן להם מאת הבוחר, אין עילה שבדין להתערבותנו בהחלטתם.

העותרים ואחרים כמותם חשים תסכול מכך שבראש מדינת ישראל עומד מי שתלוי ועומד נגדו כתב אישום חמור. אכן מדובר במצב חריג בנוף הדמוקרטי, יש שיאמרו מסוכן. הגשת העתירות קידמה עד מאוד את הדין הציבורי המתבקש בנושא – ואולם הפתרון טמון בקלפי, לא באולם בית המשפט. דחיית העתירות אינה נותנת גושפנקא מוסרית או אחרת להחלטת חברי הכנסת לבקש כי הנשיא יטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה; מי שקורא את פסק הדין ככזה, יוצק לתוכו תוכן שאין בו. פסק הדין נותן את הבכורה להגנה על רצון הבוחר כתנאי בלתו אין לקיומה של דמוקרטיה בישראל ולאמון הציבור בשיטת הבחירות. וכאן המקום להדגיש את המובן מאליו: כיבוד רצון הרוב אינו מהווה הכשר לעריצות הרוב, ובמשטר דמוקרטי יש להגן מכל משמר אף על עקרונות יסוד של השיטה ועל זכויות אדם, ובהן זכויות המיעוט. אלא שבמוקד ענייננו עומד הליך הבחירות – שמעצם טיבו וטבעו מוכרע על ידי רצון הרוב. ובנסיבות המקרה

שלפנינו, רצון זה בא לידי ביטוי בכך ש-72 חברי כנסת ביקשו מנשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו.

## ש ו פ ט ת

### השופט ג' קרא:

אני מסכים לתוצאה ולנימוקים של חברתי הנשיאה א' חיות בפסק הדין מיום 6.5.2020. בעניין הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו, מי שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות של שוחד, מרמה והפרת אמונים, מצאתי להפנות לדברים שכתב הנשיא א' גרוניס בבג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (14.10.2013):

"אין זה ראוי, כי אדם שמעליו תלוי כתב אישום דוגמת אלו שהוגשו במקרים שלפנינו יכהן כראש רשות מקומית. ברם, נוכח הוראותיו של החוק החרות ולאור סמיכות הבחירות, אין בית המשפט רשאי, לשיטתי, להתערב. בנסיבות העניין, על בית המשפט להסיג דברו בפני הכרעת הבוחר כפי שתובא בגדרן של הבחירות הקרובות. אף אם הבחירה אינה מוצאת חן בעינינו, עלינו לכבדה, כל עוד החוק לא תוקן. מן הראוי שהחוק יתוקן, למשל, כך שייקבע כי ראש רשות מקומית שהוגש נגדו כתב אישום יושעה מתפקידו..." (שם, בפס' 16).

ובהשאלה לענייננו, חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות על טוהר המידות אינו ראוי מבחינה ציבורית כי יקבל לידי את המנדט להרכיב ממשלה ולכהן כראש ממשלה, וראוי, מההיבט הציבורי, שלא היה מציב את מועמדותו לתפקיד כלל. "בחברה דמוקרטית נאורה חייב איש ציבור, הנבחר על-ידי העם והזקוק לאמון העם, לקיים רמה מוסרית נאותה בהתנהגותו – בין הפרטית ובין הציבורית – על מנת שיוכל להמשיך לכהן במשרתו" (בג"ץ 251/88 עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד מב(4) 837, 839 (1988)). דברים אלה שנאמרו במישור הערכי והציבורי עולים בקנה אחד עם הדברים שהוזכרו בפסקה 10 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית מפיו של חבר הכנסת נתניהו: "ראש ממשלה ששקוע עד צוואר בחקירות, אין לו מנדט מוסרי וציבורי לקבוע דברים כל כך גורליים למדינת ישראל, כי קיים חשש אמיתי ולא בלתי מבוסס שהוא יכריע הכרעות על בסיס האינטרס האישי של ההישרדות הפוליטית שלו ולא על בסיס האינטרס הלאומי". בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 917-918 (2003) ובהתייחסו לתרבות השלטונית ובאשר

למה יעשה ומה לא יעשה מבחינת נורמת ההתנהגות הראויה, אמר השופט מ' חשין את הדברים הבאים:

"עומק התערבותו ותחומי התערבותו של בית-המשפט במעשי השלטון ייקבעו על-פי דרכי הנהגתו של השלטון. הנה-כי-כן, שלטון מנהג דרכיו – מכל מקום, אמור הוא לנהג דרכיו – בין השאר, בהישמעו לכלל המורה אותנו: 'it isn't done': כך לא ייעשה (או: לא ייעשה כן במקומנו) מושג ה-it isn't done מושג הוא השאוב מתחום תרבות השלטון, לא מתחום המשפט. פירושו הוא כי יש מעשים ששלטון לא יעשה באשר מעשים הם אשר לא ייעשו. כך מכתבות נורמות ההתנהגות הראויה בחברה, והעושה מעשה מאותם מעשים – מעשה אשר לא ייעשה – יגונה. וכך, ככל שתחום ה-it isn't done ירחב וילך, כן ייצר וילך תחום התערבותו של בית-המשפט, ולהפך: אשריה חברה שתרבות ה-it isn't done מוטמעת באורחות השלטון שבה. אשריו בית-משפט שלא הוטל עליו להכריע בנושאים שתרבות ה-it isn't done מכריעה בהם, ובעצם הכרעתה מרחיקה היא אותה מחצרו. וד"ל".

משההכרעה הובאה לפתחנו, הכרענו בה הכרעה משפטית וכל אשר קבענו הוא, שאין מניעה משפטית, כי הרכבת הממשלה תוטל על חבר הכנסת נתניהו. הא ותו לא; "דחייתה של עתירה אין בה בהכרח כדי להטביע בה חותם של 'כשרות' במישור הציבורי" (בג"ץ 6728/06 אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש הממשלה, בפס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (30.11.2006)).

## ש ו פ ט

### השופט נ' סולברג:

1. מסקנותיה של חברתי הנשיאה, א' חיות – נכונות. דינן של העתירות – לדחיה; ומשהסכמנו – כל חברי המותב – על התוצאה, דינו בכך וטוב שכך; אינני רואה יתרון בליטוש הנמקות, בחידוד הבדלים, ובהכרזות עתידיות.
2. על רקע השאלה המעיקה שבמוקד – האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות על טוהר המידות – אסתפק בהערה על התווך שבין פורמליזם למהות, בין האות הכתובה, דברו של המחוקק עלי ספר החוקים; לבין ערכי-יסוד נעלים, יושר, צדק ואמת.

3. רבות נכתב על פשר הכפילות "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). בהתבסס על פירושו של הרמב"ן, אמר הגרי"ד סולוביצ'יק זצ"ל (כך שמעתי מפי נכדו, הרב משה ליכטנשטיין), שיש צדק מוחלט, טהור, שמיימי; ויש צדק ארצי, אנושי. הצדק הראשון זורח בטהרתו, אינו מתחשב באילוצי שעת-דחק, חולשות אנושיות, פוליטיקה, כלכלה וחברה; זהו צדק מושלם. הצדק השני מוגבל באילוצי המציאות החומרית, כמגע עם העולם האנושי, ושלל צרכי גוף ונפש של היצור קצר-הימים ושבע-הרוגז; הצדק האנושי אנוס להסתפק בפחות.

4. הויכוח העז והייצרי בין "הליכוד" לבין "כחול לבן", עד אשר התכנסו הסיעות הללו לכדי הסכם קואליציוני – יוכיח: אי־דאָת המשפט בטהרתו נמצאת במרומים; המשפט האנושי נמצא על־י-ארץ. השקפת העולם האידיאולוגית-הפוליטית הקוטבית, תייבה פשרה על מנת להגשים את מאוויי בוחר המפלגות הללו כמידת האפשר; אם לא כן – מבווי סתום. ובמחלוקת המפלגת את הציבור בישראל כלפי ראש הממשלה, קוראים הללו "הוי דן את כל האדם לכף זכות", ו"בצדק תשפוט עמיתך"; והללו קוראים לעומתם "הרחק מן הכיעור ומן הדומה לו", "והייתם נקיים מה' ומישראל". בדבר הזה – כפי שהראתה חברתי הנשיאה – הדין במדינת ישראל אינו מונע את הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו, אשר רבים חפצים ביקרו ומרוצים בשלטונו, חרף עננה של חשדות אשר אופפת את התנהלותו; ובכורח הנסיבות התרגש עלינו אף תקדים מיוחד: שני מלכים המשמשים בכתר אחד.

5. "אמר רבי סימון: בשעה שבא הקדוש ברוך הוא לבראת את אדם הראשון, נעשו מלאכי השרת כתיים כתיים, ונחבורות תבורות. מהם אומרים אל יברא, ומהם אומרים יברא, הָדָא הוּא דְכְתִיב (תהלים פה, יא): 'תְּסֹד נְאֻמָּת נִפְגְּשׁוּ צְדָק וְשִׁלּוּם נְשָׁקוּ'. תְּסֹד אֹמֵר יִבְרָא, שֶׁהוּא גּוֹמֵל תְּסֹדִים. נְאֻמָּת אֹמֵר אֵל יִבְרָא, שֶׁכָּלוּ שְׁקָרִים. צְדָק אֹמֵר יִבְרָא, שֶׁהוּא עוֹשֶׂה צְדָקוֹת. שִׁלּוּם אֹמֵר אֵל יִבְרָא, דְּכֹלִיָּה קִטְטָה. מָה עֲשֶׂה הַקְּדוֹשׁ בְּרוּךְ הוּא? נִטֵּל אֲמַת וְהַשְׁלִיכוּ לְאַרְץ, הָדָא הוּא דְכְתִיב (דניאל ח, יב): 'וְתִשְׁלַךְ אֲמַת אֶרְצָה'. אֲמָרוּ מְלָאכֵי הַשְׁרָת לִפְנֵי הַקְּדוֹשׁ בְּרוּךְ הוּא, רַבּוֹן הָעוֹלָמִים מָה אַתָּה מְבַזֶּה תְּכַסִּים אֶלְטִיכְסִיָּה שְׁלָךְ, תַּעֲלֶה אֲמַת מִן הָאָרֶץ, הָדָא הוּא דְכְתִיב (תהלים פה, יב): 'אֲמַת מְאָרָץ תִּצְמַח' (בראשית רבה ח, ה; לדיון על המדרש הזה, על כוח הצמיחה הטבעי של האמת האנושית, ראו בספרו של אבי-מורי: שאול סולברג בין מדרש לפסיכולוגיה 31-34 (תשע"ו-2016)).

6. האמת השמיימית מציבה סטנדרט אבסולוטי שהאדם אינו עומד בו; החברה האנושית אינה מסוגלת לכלכל את דרכיה לפיו. איננו מלאכי-השרת. האמת הצומחת מן הארץ – אינה מושלמת. היא מבטאת את מידת האמת, אך זאת תוך התחשבות במציאות האנושית המתקיימת כאן, על הארץ, במגבלות הכרוכות בכך – כלכלה ופוליטיקה, חברה

ומשפט, ושאר אילוצי העולם הזה. חברה ללא צדק ויושר, היא חברה מושחתת; חברה ללא צדק ומשפט, מידרדרת אלי אנרכיה ופשע. לכן, הצדק מציל חברה זו. אך צדק אבסולוטי שאינו מתפשר, עלול לרסק את החברה מפני האמת הבלתי-גמישה. הדין בישראל, חקיקת-הכנסת, מתווים לנו את תוצאת פסק-הדין. הצדק המתחשב במציאות הארצית, והאמת הצומחת מן הארץ – הם ערכי האמת והצדק שעל-פיהם אנו פוסקים.

## ש ו פ ט

### המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה ולטעמים שהובאו ע"י חברתי, הנשיאה א' חיות בפסק דינה (תמצית נימוקים) מתאריך 06.05.2020, שהוא בבחינת: מעט המחזיק את המרובה, והכל בו.

בינתיים הגיעו לידי גם חוות הדעת של חברותי וחברי ונוכח חשיבות הדברים, ובשים לב לכך שבנושאים אחדים יש לי תובנות והדגשים משלי – אפרוס להלן את עמדתי.

2. התשובה לשאלה האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה מכח סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה על חבר הכנסת, אשר הוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות של: שוחד, מרמה והפרת אמונים – נגזרת, לדעתי, מהשוני שבין סעיף 10 הנ"ל לבין האמור בסעיפים 7 ו-9 לחוק-יסוד: הממשלה. עתה אפרט.

3. סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כדלקמן:

"משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך; הנשיא יטיל את התפקיד כאמור בתוך שבעה ימים מיום פרסום תוצאות הבחירות, או מיום היווצרות העילה לכינון ממשלה חדשה, ובמקרה של פטירת ראש הממשלה - בתוך 14 ימים מיום הפטירה."  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

סעיף 9 לחוק-יסוד: הממשלה מורה כהאי לישנא:



”(א) עברה התקופה לפי סעיף 8 וחבר הכנסת לא הודיע לנשיא המדינה שהרכיב ממשלה, או שהודיע לו לפני כן שאין בידו להרכיב ממשלה, או שהציג ממשלה והכנסת דחתה את הבקשה להביע בה אמון לפי סעיף 13(ד), יטיל הנשיא את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר אחר של הכנסת שהודיע לנשיא שהוא מוכן לקבל את התפקיד, או יודיע ליושב ראש הכנסת שאינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, והכל בתוך שלושה ימים מיום שעברה התקופה, או מיום הודעתו של חבר הכנסת שאין בידו להרכיב ממשלה, או מיום דחיית הבקשה להביע אמון בממשלה, לפי הענין.

(ב) לפני שיטיל את התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף זה, או לפני שיודיע ליושב ראש הכנסת שאינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, רשאי הנשיא לחזור ולהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת.

(ג) לחבר הכנסת שהתפקיד להרכיב ממשלה הוטל עליו לפי סעיף זה נתונה למילוי תפקידו תקופה של 28 ימים.” (ההדגשות שלי – מ”מ).

עיון בסעיפים האמורים ומשך הזמן שניתן לנשיא לשם קיום ההתייעצות טרם החלטה (7 ימים ו-14 ימים, בהתאמה לעילות השונות בסעיף 7(א) הנ”ל, ו-3 ימים מכח סעיף 9 הנ”ל) מלמדים כי החלטת הנשיא על מי להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה מבין חברי הכנסת נתונה, מכח הסעיפים הנ”ל, בידו והיא בשיקול דעתו הבלעדי של הנשיא (ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל (תשס”ה-2005), (להלן: רובינשטיין ומדינה), כרך ב’: רשויות השלטון ואזרחות, עמ’ 824-825). זו אף הסיבה לכך כי סעיף 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כי חתימתו של נשיא המדינה בהקשר זה של כינון הממשלה – איננה טעונה חתימת קיום (של ראש הממשלה, או של שר אחר שהחליטה עליו הממשלה).

כאשר נשיא המדינה מפעיל את סמכותו על פי הסעיפים הנ”ל הוא צפוי להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בעל מירב הסיכויים להצליח במשימה, ואולם במצבים מיוחדים מותר לו לשקול גם שיקולים נוספים מכח שיקול הדעת הרחב, המופקד בידי. זו היתה התפיסה שהציגה בפנינו בדיון שנערך בפנינו – היועצת המשפטית לנשיא, עו”ד אודית קורין-לדי-סירקיס, ואני סומך ידי עליה, מה גם שהיא תואמת את המקובל בבריטניה, ממנה שאבנו את ההסדר החוקתי בנושא זה.

עיינו:

O. HOOD PHILLIPS, PAUL JACKSON & PATRICIA LEOPOLD, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW, 360-364 (8<sup>th</sup> Edition-2001); A.W. BRADLEY, K.D EWING & C.J.S KNIGHT, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW, 242-245 (18<sup>th</sup> Edition-2014).

במסגרת השיקולים הנ"ל – הנשיא רשאי להביא בחשבון גם את העובדה שכנגד המועמד שהוצע לו (בגדר ההתייעצויות שערך) הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירות חמורות על טוהר המידות. לפיכך ככל שיש חבר כנסת אחר, שאף לו יש סיכוי להרכיב ממשלה ואין לו בעיה דומה – הנשיא יכול להעדיף אותו (השוו למערכת העקרונית והערכים, אותם מונה פרופ' דניאל בן אוליאל במאמרו: "העברת ראש הממשלה תחת כתב אישום מתפקידו", צפוי להתפרסם במשפט וממשל כ"א בשנת 2020 (להלן: בן אוליאל)).

4. זה המקום להעיר כי מה שנפסק ב-בג"ץ 2848/19 עו"ד שחר בן מאיר נ' חה"כ בנימין נתניהו (23.04.2020) יש לקוראו, לשיטתי, על רקע העובדה שבאותו השלב נמסר לחה"כ בנימין נתניהו כתב חשדות בלבד (ושונה המצב ביחס לשיקול דעתו של הנשיא, כאשר כנגד חבר הכנסת עומד כתב אישום). מכאן שכל אמירה בפסק הדין האמור (שדחה את העתירה שם על הסף – ללא דיון), ככל שיש בה משום הגבלת שיקול דעתו של נשיא המדינה מכח סעיפים 7 ו-9 לחוק-יסוד: הממשלה – ראוי לראותה כאוביטר בלבד (שאיננו מקובל עלי, ולמירב ניתן להחילו, בשינויים המחויבים, רק על סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, בו אדון מיד בסמוך).

5. סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, שהוא הסעיף שבמוקד העתירות שלפנינו, מורה כהאי לישנא:

"(א) הודיע נשיא המדינה ליושב ראש הכנסת, לפי סעיף 9(א), שאינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, או שהטיל את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת לפי אותו סעיף וחבר הכנסת לא הודיע לנשיא בתוך 28 ימים שהרכיב ממשלה או שהודיע לו לפני כן שאין בידו להרכיב ממשלה או שהציג ממשלה והכנסת דחתה את הבקשה להביע בה אמון לפי סעיף 13(ד), רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב, והכל בתוך 21 ימים מיום הודעת הנשיא, או מהיום שבו עברה התקופה לפי סעיף 9(ג), או מיום הודעתו של חבר הכנסת שאין בידו להרכיב ממשלה, או מיום דחיית הבקשה להביע אמון בממשלה, לפי הענין.

(ב) הוגשה לנשיא בקשה כאמור בסעיף קטן (א), יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה.

(ג) לחבר הכנסת שהתפקיד להרכיב ממשלה הוטל עליו לפי סעיף זה נתונה למילוי תפקידו תקופה של 14 ימים." (ההדגשות שלי – מ"ח).

עיון מעמיק בסעיף הנ"ל מלמד כי פה שיקול הדעת של הנשיא מצומצם מאוד, בהשוואה לדיסקרציה הרחבה הנתונה לו לפי סעיפים 7 ו-9 לחוק-יטוד: הממשלה. הדבר עולה מלשון החובה שבס"ק 10(ב) לחוק-יטוד: הממשלה הנ"ל, הקובע מנדטורית כי כאשר הוגשה לנשיא בקשה כאמור בס"ק 10(א) הנ"ל – הוא יטיל את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה. ובכל זאת הסעיף האמור מקנה לנשיא יומיים לצורך זה (בשונה, כאמור, משבעה, או ארבעה עשר יום (בהתאמה לעילה) לפי סעיף 7(א) לחוק-יטוד: הממשלה, ושלושה ימים לפי סעיף 9 לחוק-יטוד: הממשלה). נשאלת איפוא השאלה – אם הנשיא מחוייב לכאורה לבקשתם בכתב של רוב חברי הכנסת (61 ומעלה) להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת פלוני, כאשר חבר הכנסת המדובר נתן הסכמתו לכך בכתב – מה משמיעים לנו אותם יומיים. בהקשר זה נראית לי העמדה שהוצגה בדיון על ידי היועצת המשפטית לנשיא המדינה וכן גישתם של מנהל מחלקת הבג"צים, עו"ד ענר הלמן, ונציגת היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אביטל סומפולנינסקי, שהבהירו כי באותם יומיים נבדקת האותנטיות של החתימות של חברי הכנסת וכן ניתן לברר באותה תקופה, במקרה הצורך, איזו בקשה עדיפה, במקרה שמוגשות, למשל, שתי בקשות (מה שלא קרה כאן – ועיינו לעניין זה בחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, מתאריך 20.11.2019, והבהרה שלו מתאריך 01.12.2019).

יחד עם זאת הבדיקות הנ"ל – אינן "טכניות" בלבד, ועדיין נותר לנשיא שיקול דעת מצומצם מסוים, אם מתברר, למשל, כפי שהסביר לנו בדיון מנהל מחלקת הבג"צים, שחלק מ-61 החתימות התומכות בבקשה הושגו שלא כדין. דוגמה אפשרית לכך היא מקרים שבהם נמצא כי החתימה על הבקשה ניתנה אגב הפרת האיסורים שבסעיף 2 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, הקובע כך:

2. (א) מקום שעל פי חוק נתונה סמכות להעביר אדם מתפקידו בכנסת, בממשלה, בשירות המדינה, בתאגיד שהוקם בחוק, בחברה ממשלתית או בכל גוף ציבורי אחר – לא ייעשה הסכם ולא תינתן התחייבות בענין אי העברתו של אותו אדם מתפקידו.  
(ב) לא תינתן ערבות במישרין או בעקיפין, בכסף, בשווה כסף, בשירות או בכל טובת הנאה אחרת, להבטחת ביצועם של הסכם או של התחייבות כאמור בסעיף זה, ולא יהיה תוקף לערבות כאמור.

אחד מבאי-כח העותרות ב-בג"ץ 2594/20, עו"ד אביגדור פלדמן, ניסה לטעון כי ההסכמים הקואליציוניים שנחתמו בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול לבן ואחרים אכן

נופלים למסגרת הנ"ל, ואולם הדבר לא הוכח (להרחבה נוספת בסוגיות שעלו בעקבות ההסכמים הקואליציוניים שנחתמו – עיינו בפסקאות 11-15 שלהלן).

6. חלופות נוספות שהעלו העותרים – מעבר להחלטה של כב' הנשיא, שנידונה לעיל – כדי להצדיק התערבות שיפוטית אפשרית של בג"ץ בהליך הטלת התפקיד להרכבת הממשלה לפי בקשת רוב חברי הכנסת, מיקדו עצמן בשלושה מופעים: (א) בהתנהלות יו"ר הכנסת (שאמור, לשיטתם, שלא לקבוע ישיבה של מליאת הכנסת לצורך כינון הממשלה, כאשר המועמד לראשות הממשלה הוא מי שעומד נגדו כתב אישום).

(ב) בהסכמה של מועמד כזה (האמור, לתפיסתם, לסרב לקבל על עצמו את התפקיד).

(ג) בשלילה של חתימת חברי הכנסת החותמים על הבקשה (שאמורים, לגישתם, לבחור רק חבר הכנסת שאין עומד כתב אישום כנגדו).

להבנתי – אין לקבל אף אחת מהחלופות הנ"ל, והנימוקים לכך ינתנו להלן.

7. יו"ר הכנסת מכח סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה חייב להועיד ישיבה לצורך כינון הממשלה בתוך שבעה ימים מעת שהוא מסר לכנסת כי חבר הכנסת, שתפקיד הרכבת הממשלה הוטל עליו הודיע, לנשיא ולו, כי הצליח להרכיב ממשלה (עיינו: רובינשטיין ומדינה, כרך ב', עמ' 826, וכן: שמעון שיטרית, הממשלה: הרשות המבצעת, פירוש לחוק-יסוד: הממשלה במסגרת האסופה: פירוש לחוקי-היסוד בעריכת פרופ' יצחק זמיר, כרך א' בעמ' 373 (התשע"ח-2018) (להלן: שיטרית), שדן בקושיה האם יו"ר הכנסת רשאי להשהות את מסירת ההודעה לכנסת, שהוא קיבל כאמור (מאת מי שתפקיד הרכבת הממשלה הוטל עליו) – כך שתקופת שבעת הימים תורחב למעשה, ומגיע למסקנה שעל יו"ר הכנסת לעשות כן במהירות הראויה).

הנה כי כן – ליו"ר הכנסת אין שיקול דעת בנושא העומד בפנינו, מה גם שהיו"ר חייב לפעול לפי רצון רוב חברי הכנסת (השוו להלכה ב-בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (פסק דין חלקי מתאריך 23.03.2020, ופסק דין והחלטה מתאריך 25.03.2020); כן עיינו לגבי כוחו של הרוב: LIAV ORGAD, THE CULTURAL DEFENSE OF NATIONS: A LIBERAL THEORY OF MAJORITY RIGHTS (Oxford University Press, 2015).

ראוי עם זאת לציין פה, כי לשיטתי הודעת המיועד להרכיב את הממשלה על-פי סעיף 13(ב) לחוק-יטוד: הממשלה כי עלה בידו להרכיב ממשלה – צריכה להתבסס על המצב המשפטי הקיים. עם זאת, נראה שניתן להסכים – במסגרת ההסכמים הקואליציוניים – כי הצדדים להם יפעלו לשינוי התשתית הקונסטיטוציונית מיד בסמוך לאחר כינון הממשלה, ובלבד שזו תושבע, בשלב ראשון, בהתאם למצב החוקתי ששרר בעת מתן ההודעה (עיינו בחוות דעתי החולקת ב-בג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יושב-ראש הכנסת (09.07.2015) (להלן: עניין יש עתיד)). האמור סויג בעבר בכך שאם תיקון חוקי-היסוד הרלבנטיים אושר ברוב של חברי הכנסת בשלוש קריאות, כנדרש על-פי סעיף 44(א) לחוק-יטוד: הממשלה טרם ההשבעה, והממשלה (במתכונתה המורחבת) כוננה וקיבלה את אמון הכנסת על-פי סעיף 13 לחוק-יטוד: הממשלה – הליקוי האמור נרפא בדיעבד (ראו: עניין יש עתיד; דנג"ץ 5806/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (28.10.2015)), ואולם לגיشتי – אין לנהוג כך מלכתחילה.

8. בניגוד לדעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז (וממה שעשוי להשתמע ממאמרו של פרופ' דניאל בן אוליאל, הנזכר בפסקה 3 לעיל) – דומה עלי שאין להטיל חבות משפטית על מי שרוב חברי הכנסת מבקשים להטיל עליו את התפקיד של הרכבת הממשלה לטרב לקבל על עצמו את המינוי. הטעם לדבר מבוסס על הכלל שאין לבקש מאדם להשים עצמו רשע, ולכן המועמד, עליו רוצים להטיל את התפקיד, רשאי לכפור באישומים המוטחים בו ולהיאבק על חפותו. מכאן מתבקש שאם המיועד יסרב לקבל על עצמו את התפקיד המוצע לו בשל כתב האישום שהוגש נגדו, עלול יהיה מאן דהוא לראות בסירובו זה מעין הודאה, אף שאין זה כך. זו הסיבה שנפסק כי גם מי שהורשע יכול לבקש הפחתה בעונש, מבלי להודות בהכרח בעבירות שיוחסו לו והורשע בהן (ראו: בג"ץ 6067/11 הפרקליט הצבאי הראשי נ' הוועדה הצבאית לעיון בעונש (02.02.2012), והאסמכתאות המובאות שם).

9. אין מקום גם לשלול משפטית את התנהלותם של חברי הכנסת החתומים על בקשה מכוח סעיף 10 לחוק-יטוד: הממשלה, אפילו נקבו בבקשתם את שמו של חבר הכנסת, שתלוי ועומד נגדו כתב אישום. בנושא זה הנני מסכים עם תפיסתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז כי על חברי הכנסת חלה חובת אמון. המקורות אליהם היא מפנה בהקשר זה, ובמיוחד מאמרה של פרופ' סוזי נבות "חבר כנסת כ'נאמן הציבור" משפטים ל"א 433 (2000) – מקובלים עלי, וככל שהדבר תלוי בי, העיגון העיקרי לכך נעוץ בהצהרת האמונים של חבר הכנסת, הקוראת כך:

”חבר הכנסת יצהיר אמונים; ואלה דברי הצהרה:  
 ”אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא  
 באמונה את שליחותי בכנסת”  
 (ההדגשות שלי – ח”מ).

למשמעותה ולנפקותה של הצהרת אמונים – עיינו: חוות דעתי ב-בג”ץ 6706/14 ח”כ  
 חנין זועבי נ’ ועדת האתיקה של הכנסת (10.02.2015); סוזי נבות ”הצעת החוקה: שלוש  
 הערות על פרק הכנסת” משפט וממשל י’ 593, 624-633 (הפרק על מעמדה של הצהרת  
 האמונים (תשס”ז); יגאל מרזל ”על הצהרת האמונים של השופט” בתוך: ספר אור  
 (תשע”ג-2013), עמ’ 647; MATTHEW A. PAULSEY, I DO SOLMENLY SWEAR: THE  
 PRESIDENT’S CONSTITUTIONAL OATH: ITS MEANING AND IMPORTANCE IN THE  
 HISTORY OF OATHS (University Press of America, Inc. 1999).

על אף האמור עד הנה בתת פרק זה – אין חובת האמון הנזכרת יכולה להכיל  
 בתוכה את שלילת פעילותם הפרלמנטרית החופשית של חברי הכנסת, שהם בבחינת  
 ”יחידה חוקתית עצמאית” (בצד היותם חברי סיעה פרלמנטרית). עיינו: בג”ץ 5131/03  
 ליצמן נ’ יו”ר הכנסת, פ”ד נ”ט(1) 577, 588 (2004); בג”ץ 11225/03 בשארה נ’  
 היועמ”ש, פ”ד ס(4) 287, 300 (מפי השופטת א’ חיות (כתוארה אז)); בג”ץ 1262/06  
 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ סיעת ש”ס, פ”ד סא(1) 185 (2006); מתן אריאל  
 גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית, 114-116, חיבור  
 לשם קבלת התואר ”דוקטור לפילוסופיה” בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן  
 [אדר א’, תשע”ט].

מכאן יש להסיק כי עילות התקיפה המינהלית – אינן חלות על חברי הכנסת  
 בהתנהלותם מכוח סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, ולפיכך לא ניתן לאסור עליהם לחתום  
 על בקשה המציינת חבר הכנסת כמועמד להרכבת ממשלה, אף אם הוגש כנגדו כתב  
 אישום. לצורך זה יש צורך בחקיקה מפורשת, וכזו לא קיימת לעת הזו.  
 עיינו עוד: רבקה ווייל ”האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?“,  
 עתיד להתפרסם במשפט וממשל כ”א(1), ב-2020.

10. העולה מן האמור מלמד כי לא נמצא לנו עוגן משפטי המאפשר התערבות לצורך  
 הפיכת הצווים על-תנאי שהוצאו – למוחלטים כדי להביא לפסילת חבר הכנסת המועמד  
 לתפקיד ראש הממשלה, אף שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום חמור.

העותרים היו מודעים לקשיים אלה, אך ביקשו כי נפיק למעשה "חקיקה שיפוטית" נוכח הצורך באמירה ערכית בסוגיה. בנושא זה קצרה ידינו, בדיוק כפי שב- בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בהרכב מורחב של שבעה שופטים (הנשיא א' ברק והשופטים: ת' אור, א' מצא, מ' חשין, י' זמיר, ד' דורנר ו-י' אנגלרד), פ"ד נב(4) 547 (1998)), נפסק כי באין הוראה בדין המאפשרת את פסילתו של חבר הכנסת שהורשע מלכהן כיו"ר ועדה בכנסת (ואפילו כיו"ר ועדת הכנסת, שהיא מעין "כנסת זוטא") – בית משפט זה איננו יכול לצוות על כך. הדברים חלים מקל וחומר על ענייננו, שכן פה מדובר לגבי המועמד להרכבת הממשלה בשלב של כתב אישום.

**הנה כי כן, העותרים שהתריעו כנגד הימנעות מהתערבות במצב דברים זה – התעלמו מההלכה ב-בג"ץ 7367/97 הנ"ל.**

זה המקום לציין כי בהודו עלתה שאלה קרובה למה שעומד בפנינו – לגבי שר (ולא לגבי מועמד לראשות הממשלה), ואף שם בית המשפט החליט – באין הוראת הסמכה מפורשת, שלא להתערב שכן לא מצא לצורך זה עילה מוכרת לכך בדין (ראו: *MANOJ NARULA V. UNION OF INDIA* (27.08.2014); להלן גם: פסק הדין ההודי). בדחיית העתירה שם ראו שופטי בית המשפט העליון בהודו להביע דעתם כי היווצרות מצב שבו יכהנו בממשלה שרים שנחשדו בעבירות על טוהר המידות והועמדו לדין, עלולה לפגוע במשילות, "במוסריות הקונסטיטוציונית" ו"במסירות החוקתית", הנדרשות לממשל תקין. הערות אלו של בית המשפט העליון בהודו יפות אף לענייננו, באין לנו מקור הסמכה מפורש לפסילה כאן, ולפיכך התרופה המשפטית למצב שנוצר היא רק בתיקון חוקי-היסוד לעתיד, כפי שהציעו: חברתי, השופטת ד' ברק-ארז וחברי, השופט ד' מינץ, ולא בדרך של הוצאת צו כופה ב-בג"ץ.

לנוכח פסק הדין ההודי מתחייבות כאן עוד שתי הערות:

(א) אצלנו – בניגוד להודו – נמצא מקור הסמכות להעביר שרים מכהונתם בעת שמוגש נגדם כתב אישום, ועל רקע זה נפסקו ההלכות ב-בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ"ז(5) 404 (1993), ובבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מ"ז(5), 441 (1993) (להלן יחד: הלכות דרעי ופנחסין).

(ב) מאז הלכות דרעי ופנחסין נוצרה אצלנו פרקטיקה, שלפיה שרים, שהוגש נגדם כתב אישום, לא המתינו להעברתם מן התפקיד מכוח סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אלא בחרו להתפטר מכהונתם מיוזמתם, ולהתרכז במאמצים

לטיהור שמם בהליך המשפטי. הם חזרו לחיים הפוליטיים רק לאחר זיכויים, או לאחר שהתוצאה במשפט הפלילי איפשרה זאת. התנהלות זו עולה עתה כדי נוהג חוקתי מחייב. כך פעל בעבר גם ראש ממשלה מכהן, ואולם מאחר והיה זה מקרה חד פעמי, הרי שמדובר בהתנהלות אתית בלבד, ולא בחובה משפטית.

לגבי נוהג ומנהג במשפט החוקתי ותוקפם – עיינו: בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל (13.04.2016); בג"ץ 9029/16 עו"ד יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (01.02.2017) (להלן: עניין אבירם); Oren Tamir, *Constitutional Norm Entrepreneurship*, עתיד להתפרסם ב- MD. L. REV. 80 במהלך שנת 2021 [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3577781](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3577781).

11. כאשר לסוגיה השניה שעלתה בעתירות, הממוקדת בשאלה האם ההסכם שנחתם בתאריך 20.04.2020 בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול לבן (להלן: ההסכם הקואליציוני) נוגד עקרונות חוקתיים וחוקיים, והאם הוא, או חלקו, סותרים את תקנת הציבור כדי ביטולם – אני מסכים עם התוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה א' חיות ולעיקר נימוקיה, ואולם לתפיסתי יש שני עניינים לגביהם ראוי להוציא פה "מעין התראת בטלות", פן ההסדרים הללו, המפורטים בהסכם הקואליציוני, יתמשו. נושאים אלה הם: נושא הנהגת החוק הנורבגי המדלג ונושא כרסום הזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה. לגבי "התראת בטלות" עיינו: חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט א' רובינשטיין" ספר אליקים רובינשטיין (אהרן ברק, מרים ביטון-מרקוביץ', אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים, צפוי להתפרסם ב-2020).

אביא בתמצית להלן את גישתי בשני העניינים הנ"ל.

12. המבחנים לבחינת חוקיות של הסכמים פוליטיים נקבעו למעשה לראשונה ב- בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749 (1991) (להלן: עניין ז'רד'בסקי) ופורטו לאחר מכן בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו לדוגמה: בג"ץ 8921/07 מפלגת האיחוד הערבי נ' ח"כ עבאס זכור (28.05.2008) (להלן: עניין זכור), וההפניות לפסיקה ולספרות המובאות שם).

ב-בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995) (להלן: עניין ולנר) נפסק, בין היתר, כדלקמן:



"בית-משפט לא ידיר עצמו מדיון בהסכם פוליטי אך באשר הסכם פוליטי הוא, ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו – בין מפורש בין מכללא – כהסכם בלתי חוקי או כהסכם הנוגד את תקנת הציבור. לשון אחר: היותו של הסכם "פוליטי" לא יקנה לו להסכם "חסינות" מפני הבאתו לבית-משפט בנושא לדיון; בית-משפט יכול שיטפל בו כראוי לו, והוא במקום שעשוי הוא לפגום בעיקר מעיקרי החברה, או ביסוד מיסודי המשפט".

לאורך השנים, בית המשפט לא מצא לנכון לקבוע רשימה סגורה של עילות פסלות ביחס להסכמים פוליטיים, או לתנאי הסכם מסוג זה, אלא נתן בהן סימנים ואמות מידה להכרעה. בפסק הדין בעניין ולנר מנה בית המשפט, מפי כב' הנשיא שמגר, טעמים שונים לפסילת הסכם פוליטי, וכך קבע:

"פסלנו הסכם קואליציוני כאשר גילינו בו תניות שדבק בהן פסול היורד לשורשו של עניין, הנושא סממני שחיתות או השחתה, בעיקר בתחומי הממון וטוהר המידות, ועל הסכם זה הצהרנו כבטל (בג"ץ 1523/90, 1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל; פרשת ז'רז'בסקי). אין לראות בכך רשימה סגורה, וניתן להביא דוגמאות נוספות של פגיעה ערכית מהותית, היורדת לשורשו של העניין ומחייבת התערבות שיפוטית, כגון נסיבות בהן יש פגיעה מהותית בתקנת הציבור".

כב' השופט (כתוארו אז) חשין הוסיף בעניין ולנר כי מקום שעשוי הסכם פוליטי לפגום "בעיקר מעיקרי החברה, או ביסוד מיסודות המשפט" – דינו פסילה.

בפסק הדין בעניין ז'רז'בסקי פירט כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק – בדעת יחיד – את הטעמים שלשיטתו מצדיקים פסילת הסכם פוליטי:

"אותם עקרונות עצמם, הנותנים תוקף להסכם פוליטי, הם גם הקובעים כי ההסכם לא יתפוס, אם כריתתו, תוכנו, מטרתו או המשך ביצועו סותרים את תקנת הציבור. כוחו המחייב של ההסכם הפוליטי נשען על תקנת הציבור. משנופלת משענת זו, נופל עמה גם ההסכם הפוליטי. על כן, הסכם פוליטי שתוכנו נוגד את תקנת הציבור – בין במועד עריכתו ובין במועד שלאחר עריכתו – בטל הוא. כך, למשל, הסכם קואליציוני, שבו הובטחה תמיכתה של סיעה פרלמנטרית בממשלה תמורת הבטחה שלא לבצע חקירה משטרתית בעניין פלוני או שלא להעמיד לדין חשוד אלמוני או ליתן חנינה לשפוט פלמוני, הינו הסכם הנוגד את תקנת הציבור ועל-כן בטל".

ראו גם: שיטורית, כרך א', עמ' 377-385.

זה המקום להזכיר כי ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, מנהל מחלקת הבג"צים, עו"ד ענר הלמן הצהיר בעת הדיון שהתקיים בפנינו כי אכן יש דברים שעלולים להיכלל בהסכם קואליציוני, וראוי לפסול אותם אפילו טרם תחילת הליכי חקיקה, והזכיר כדוגמה מקרים שבהם צדדים להסכם פוליטי יסכימו על קידום חקיקה גזענית.

דומה עלי שלמצער ההסדר בדבר החוק הנורבגי המדלג, הקבוע בסעיף 17 להסכם הקואליציוני, וכן ההסדרים הכלולים בסעיף 22 להסכם הקואליציוני – נגועים לכאורה באי-חוקתיות, ולכן ראוי להוציא לגביהם "מעין התראת בטלות" – לבל ימומשו.

אבהיר הדברים לפי סדרם מיד בסמוך.

13. סעיף 17 להסכם הקואליציוני, המסדיר את מתכונת החוק הנורבגי המדלג, קובע כך:

א. יחוקק חוק נורבגי שיאפשר לשר או לסגן שר להתפטר מחברותו בכנסת לטובת הבא ברשימת סיעתו, ולחזור ולכהן בכנסת מיד עם התפטרותו מתפקידו המיניסטריאלי. במסגרת החוק ייקבע כי מרגע שחדל שר או סגן שר שהתפטר מן הכנסת במסגרת ההסדר הקבוע בחוק הנורבגי, מלכהן בתפקידו המיניסטריאלי, הוא ישוב באופן אוטומטי לכהן כחבר כנסת, ואחרון חברי הרשימה של סיעתו שמכהן בכנסת באותה עת, יחדל מלכהן בה.

ב. בחוק ייקבע כי לעניין רשימת מועמדים המורכבת מצירוף של מפלגות, ייראה כל מרכיב שלה לצרכי החוק הנורבגי כסיעה נפרדת, באופן שבמקום שר או סגן שר שיתפטר מן הכנסת, יבוא המועמד הראשון ברשימה שאינו חבר כנסת הנמנה עם מפלגתו של השר או סגן השר בהתאם לרישום שנעשה בעת אישור רשימת המועמדים לכנסת על ידי ועדת הבחירות המרכזית.

ג. מספר השרים וסגני השרים שיוכלו להתפטר מן הכנסת במסגרת ההסדר הקבוע בחוק הנורבגי לא יעלה על חמישה מכל סיעה בת פחות מ-20 חברי כנסת, אך לא יותר משליש סיעה או שני חברי כנסת הגבוה מביניהם ולא יעלה על 2 מכל סיעה בת יותר מ-20 חברי כנסת בעת ובעונה אחת.

ב"כ הסיעות וכן ב"כ של ראש הממשלה מסרו בהקשר זה, בהודעת העדכון שהגישו בתאריך 05.05.2020, כדלקמן:

"החוק הנורבגי – שמענו את הערות בית המשפט הנכבד וכידוע טרם הוגשה הצעת החוק הרלוונטית. בימים אלה אנו מגבשים את הצעת החוק. בכל מקרה, יובהר כי השבעת הממשלה אינה תלויה בקידום הצעת החוק".

אם לא היתה ניתנת ההצהרה הנ"ל, הייתי נוטה לדעה שנושא זה כלול באותם מקרים נדירים שכבר בשלב זה היה מקום להכריז על בטלותם, שכן רעיון ה"דילוג", הכלול בסעיף 17 הנ"ל להסכם הקואליציוני הוא בעייתי ביותר מבחינה חוקתית (אימוץ "ההסדר הנורבגי הרגיל" אף ללא "דילוג" – מעורר גם הוא קשיים חוקתיים לא מעטים, במיוחד אם הוא נעשה לאחר הבחירות, הכל כמוסבר אצל שיטרית, כרך א' בעמ' 324-325, ואולם בנושא זה לא אקבע עתה מסמרות כלשהן).

עם זאת, משניתנה ההצהרה הנ"ל – ראוי להסתפק, לשיטתי, רק ב"מעין התראת בטלות", ונימוקי לכך יפורשו להלן.

14. על מנת להכניס למבנה החוקתי שלנו את החוק הנורבגי המדלג יש צורך בתיקון סעיף 43(א) לחוק-יסוד: הכנסת, המורה כך:

"נתפנתה משרתו של חבר הכנסת, יבוא במקומו – מתוך רשימת המועמדים שכללה את שמו – המועמד ששמו נקוב ראשון אחרי שמו של אחרון הנבחרים".

שינוי הוראה זו על דרך של "דילוג" על פני מועמד ששמו נקוב ראשון אחרי שמו של אחרון הנבחרים מצדיק הוצאה של "מעין התראת בטלות", שכן תיקון שכזה יש בו ניסיון לשנות בדיעבד ובאופן פרסונלי – **לאחר הבחירות** – את תוצאות הבחירות, תוך כדי פגיעה מהותית בזכות לבחור ולהיבחר.

ניסיון דומה לשנות בדיעבד (לאחר הבחירות לכנסת) את יחידות המימון שהיו תקפות עובר לבחירות (ובכך להכשיר למפרע את מי שחרג מהוראות החוק) אגב פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר ובהוראת השוויון הכלולה בה – נפסל ב-בג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983).

ב"כ סיעת הליכוד, עו"ד אבי הלוי הצהיר בהקשר זה, בדיון שהתקיים בפנינו, כי אכן יש עקרונות-בסיס קונסטיטוציוניים (כמו: הזכות לבחור ולהיבחר, או מעמדן של כל

אחת משלושת הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת), שאין לפגוע בהם בחקיקה, או אפילו בתיקון של חוקי-יסוד.

השוו: יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" (עתיד להתפרסם בספר אליקים רובינשטיין); Suzie Navot and Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21(3) EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND REFORM, 403-423 (2019); Yaniv Roznai, *Who will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WILLIAM & MARY BILL RIGHTS J. (forthcoming 2020); Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Constitutional Unamendability in the Age of Populism*, L. & ETHICS HUMAN RIGHTS (Forthcoming 2020).

מכאן עולה שבמדינה דמוקרטית שינוי של תוצאות הבחירות לאחר הבחירות – אסור. ניתן לקבוע לפיכך כבר עתה שהרעיון העומד מאחורי החוק הנורבגי המדלג פסול מדיעקרא, ואם יובא בפני הכנסת בתפקידה המכונן ויתאשר, הוא צפוי להיות מוכרז כבטל הן בשל רטרואקטיביות פסולה והן בשל היותו לוקה בפרסונליות ובסלקטיביות שאינם מותרים. עיינו: מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" חוקים י"ב, 173 (2018).

15. דין דומה חל גם על הרעיון לכרסם בזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה (למשל בנושא חלוקת התפקידים של ראשי הוועדות בכנסת, כמוצע בסעיף 22 להסכם הקואליציוני).

רעיון זה עלול לגרוע, שלא כדין, ממעמדה של האופוזיציה בכנסת, שגם היא נדבך חשוב במשטר הדמוקרטי שלנו ומקומה מובטח ומעוגן בסעיפים 13, 14 ו-15 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 וכן בנוהל ובנוהג המקובלים בכנסת, שיש לפעול על פיהם מכוח סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת.

בהקשר זה ראוי לציין כי מהחוברת שהוכנה ע"י מרכז המחקר והמידע של הכנסת והוגשה לנו בתאריך 04.05.2020 (לגבי ההשתייכות של יו"ר הוועדות הקבועות של הכנסת לקואליציה ולאופוזיציה לתקופותיהם) עולה כי לפחות מאז 1992 היו בכנסות השונות לתקופותיהן – 3 יו"ר מהאופוזיציה לוועדות קבועות של הכנסת.

בהסכם הקואליציוני שהוצג לנו הוצע, למשל, כי יינתן לאופוזיציה רק יו"ר אחד של ועדה מוועדות הכנסת (יו"ר ועדת ביקורת המדינה). כרסום זה עלול לפגוע במרקם החיים הדמוקרטיים ולכן הוא אסור, ולפיכך יש להוציא גם לגביו, לשיטתי, "מעין התראת

בטלות". עיינו והשוו: עע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.08.2016); עניין אבירם; יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, 51(4) VERFASSUNG UND RECHT IN ÜBRIESEE, 415-436 (2018-2019).

16. לסיום – חברתי הנשיאה ציטטה בפסק דינה חלק מקטע שהבאתי בעניין זכור מתוך מאמר של השופט חיים ה' כהן ז"ל, כיצד מרקדין לפני הכלה (משפט וממשל ג' 321 (1995)). במאמר זה דימה השופט חיים ה' כהן את הטיפול המשפטי הראוי בהסכם פוליטי לדיון ההלכתי בסוגיה של: "כיצד מרקדין לפני הכלה", כאשר גדר ההתחבטות היא בין התערבות לבין אי-התערבות, וכך הוא אמר, בין היתר, שם:

"אלה אומרים, אין מתפקידנו או מסמכותנו לתחוב אפנו (תרתי משמע) לתוך רזי אהבה קואליציונית וקסמיה; ואלה אומרים, חובתנו היא להוקיע ולמנוע זיווגים המסכנים לא רק את שלומם של בני הזוג אלא, והוא העיקר, את שלטון המשפט...".

דומה עלי כי בשני הנושאים שנסקרו לעיל – לא היה צורך בהתערבות שלנו בשלב זה, ואולם גם הימנעות מהתערבות איננה מספקת. לכן הוצאת "מעין התראת בטלות" היא התרופה הראויה, לדעתי, והנני תקווה שלא יהיה צורך לממשה.

המשנה לנשיאה

מטעמים אלה הוחלט פה אחד, כאמור בפסק הדין מיום 6.5.2020, לדחות את העתירות, הן באשר להטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו והן באשר להסכם הקואליציוני.

ניתן היום, ד' בסיון התש"ף (27.5.2020).

ש ו פ ט	המשנה לנשיאה	ה נ ש י א ה
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט ת
	ש ו פ ט	ש ו פ ט