

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

התנועה למען איכות השלטון בישראל
על ידי עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים
טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076

העותרת בבג"ץ 2592/20

ד"ר ארנה ברי ואח'

על-ידי עו"ד דפנה הולץ-לכנר
רח' המעפילים 2, רמת השרון

טל': 077-2040881 ; פקס : 077-2040882 ; Lechner@publiclaw.co.il

העותרים בבג"ץ 2593/20

עמותת חוזה חדש ואח'

על ידי ב"כ עו"ד יובל יועז ואח'
דרך אבא הלל 12 (מגדל חוגי), רמת גן

טלפון : 03-6961011 ; פקס : 03-6961021 דוא"ל : office@krm.co.il

העותרות בבג"ץ 2594/20

התנועה לטוהר המידות

על ידי ב"כ עוה"ד בעז ארד או אביה אלף
רחוב רמב"ן 32, ירושלים

טלפון : 02-5662211 ; פקס' : 02-5662222 ; דוא"ל : office@tmm.org.il

העותרת בבג"ץ 2612/20

עו"ד שפיק רפול

רח' רד"ק 22 חיפה

טל : 077-4408928 ; פקס : 077-4408927 ; דוא"ל : shafik@rafoul-law.com

העותר בבג"ץ 2609/20

סיעת יש עתיד תל"ם

ע"י ב"כ עו"ד עודד גזית ואח'

רח' אבא הלל 7, רמת גן

טל' : 036733331 ; פקס : 03-6733338

העותרת בבג"ץ 2649/20

העמותה לדמוקרטיה מתקדמת

ע"י ב"כ עו"ד יפעת סולל

סמטת יליג 4, תל אביב

טל : 050-3777723 ; דוא"ל : Yifat.solel@gmail.com

העותרת בבג"ץ 2675/20

התנועה למען איכות השלטון בישראל

על ידי עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'

רח' יפו 208, ירושלים

טל': 02-5000073 ; פקס : 02-5000076

העותרת בבג"ץ 2677/20

ד ג ד

1. היועץ המשפטי לממשלה

על-ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל' : 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

2. ח"כ בנימין נתניהו

על ידי ב"כ עוה"ד מיכאל ראבילו ואח',
שמרון, מלכו, משרד עו"ד, הגן הטכנולוגי מנחת,
בניין מס' 1, ירושלים
טלפון: 02-6490649; פקס: 02-6490659

3. היועץ המשפטי לכנסת**4. כנסת ישראל**

על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת
כנסת ישראל, ירושלים
טל: 02-6408638; פקס: 02-6753495

5. היועצת המשפטית לנשיא המדינה

בית הנשיא, רח' הנשיא 3, ירושלים
טל': 02-670211; פקס: 02-5887225

6. סיעת הליכוד

על ידי ב"כ עוה"ד אבי הלוי,
המושבה כנרת, ד"נ עמק הירדן 11015
טלפון: 04-6709330; פקס: 04-6709443

7. סיעות כחול לבן, העבודה ודרך ארץ

על ידי משרד עוה"ד מרינברג בראון
בית עוז, אבא הלל 14, רמת גן
טלפון: 03-6135559; פקס: 03-6135558; דוא"ל: mblaws@gmail.com

8. סיעת יש עתיד תל"ם

ע"י ב"כ עו"ד עודד גזית ואח'
רח' אבא הלל 7, רמת גן
טל': 036733331; פקס: 03-6733338

9. סיעת הרשימה המשותפת

ע"י ב"כ עו"ד מנצור דהאמשה
כפר כנא, ת"ד 407
טל': 050-5330948; פקס: 04-8889492

10. סיעת ש"ס

ע"י ב"כ עו"ד ישראל באך
רח' עם ועולמו 3 ירושלים
טל': 02-5405456; פקס: 026505457

11. סיעת יהדות התורה

ע"י ב"כ עו"ד משה מורגנשטרן
רח' חנה סנש 8, בני ברק
טל': 03-6167073; פקס: 03-6160742

12. סיעת ימינה

ע"י ב"כ עו"ד אלי שמואליאן
רח' רחמילביץ' 149/4, ירושלים
טל': 02-5838383; פקס: 02-5838383

13. סיעת גשר

ע"י ב"כ עו"ד יאיר אוחנה,

רח' האירוס 42, ראש פינה

טל': 04-6802008; פקס: 04-6931333

המשיבים בבג"ץ 2592/20**המשיבים בבג"ץ 2593/20****היועץ המשפטי לממשלה ואח'****המשיבים בבג"ץ 2594/20****ח"כ בנימין נתניהו ואח'****המשיבים בבג"ץ 2609/20****ח"כ בנימין נתניהו ואח'****המשיבים בבג"ץ 2612/20****חה"כ ה-23, בנימין נתניהו ואח'****המשיבים בבג"ץ 2649/20****סיעת הליכוד ואח'****המשיבים בבג"ץ 2677/20****סיעת הליכוד ואח'****כתב תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה**

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מוגש בזאת כתב תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה לעתירות שבכותרת.

2. עניינן של העתירות – בתמצית, בשים לב לסעדים הרבים שהתבקשו – בבקשת העותרים למתן צווים של בית המשפט הנכבד אשר ימנעו את הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 בבג"ץ 2592/20 (להלן: **המשיב 2**), וימנעו מהמשיב 2 מלהרכיב את הממשלה ולעמוד בראשה, וזאת לנוכח כתב האישום שהוגש נגד המשיב 2 בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים. בימים 21.4.20 ו-22.4.20 נעתר כבי' השופט עמית לבקשת העותרים בבג"ץ 2593/20 ובבג"ץ 2594/20 להוספת סעדים נוספים לעתירותיהם, וקבע כי יתווספו לעתירות אלה סעדים המבקשים להורות על בטלות ההסכם הקואליציוני מיום 20.4.20, או על בטלות סעיפים מסוימים בהסכם.

זמן קצר לאחר מכן הוגשו עתירות נוספות שביקשו מבית המשפט הנכבד להורות על בטלות ההסכם הקואליציוני, או על בטלות סעיפים ממנו (בג"ץ 2649/20 **סיעת יש עתיד-תל"ם נ' סיעת הליכוד**; בג"ץ 2675/20 **העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-23**) (אשר הוגשה מבלי לכלול את היועץ המשפטי לממשלה כמשיב לעתירה); ובג"ץ 2677/19 **התנועה למען איכות השלטון נ' סיעת הליכוד**).

3. בצד בקשת העותרים למתן צווים-על-תנאי, וגם זאת נציין בתמצית, ביקשו חלק מהעותרים כי בית המשפט הנכבד יוציא צווים ארעיים וצווי-ביניים אשר יקפיאו את ההליך להרכבת ממשלה על-ידי המשיב 2. בהמשך אף התבקשו צווי-ביניים אשר ימנעו את קידום הליכי החקיקה עליהם הוסכם בהסכם, באמצעות הטלת איסור על מזכיר הכנסת ויו"ר הכנסת מלקדם הליכים אלו.

ביום 23.4.20 דחה בית המשפט הנכבד (כב' השופט עמית) את הבקשה האמורה לצווי-ביניים, ללא צורך בקבלת תגובה מטעם המשיבים, תוך שנקבע כי "השלב הראוי לבחינת חוקתיותו של חוק מסוים ואת תקינות ההליך בו הוא נחקק הוא לאחר השלמת הליך החקיקה".

4. לאחר שהדיון בכלל העתירות אוחד, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש את כתב התשובה לעתירות שבכותרת.

פתח דבר

5. העתירות שבכותרת מעוררות סוגיה חוקתית-משטרית תקדימית, רגישה וכבדת משקל – האם רשאי נשיא המדינה להטיל על חבר הכנסת שנגדו הוגש כתב אישום חמור להרכיב ממשלה חדשה בישראל; או מזווית אחרת – האם כשיר חבר הכנסת כאמור לקבל על עצמו להרכיב ממשלה חדשה ולעמוד בראשה.

6. חוק-יסוד: הממשלה, אינו כולל הוראה לפיה הגשת כתב אישום נגד חבר כנסת מונעת מנשיא המדינה מלהטיל עליו להרכיב ממשלה חדשה בישראל. ההיסטוריה החקיקתית אף מצביעה על כך שבמסגרת הליכי החקיקה של חוק-יסוד: הממשלה הנוכחי, סברה הכנסת בסוגייה משיקה, אם כי לא זהה – הפסקת כהונה של ראש ממשלה מכהן בשל הליכים פליליים – כי רק הרשעה חלוטה בפלילים צריכה להביא אוטומטית להפסקת כהונתו של ראש ממשלה מכהן, והדבר עוגן בסעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה.

סעיף זה אף מקנה סמכות לכנסת להעביר את ראש הממשלה מתפקידו בשלב שבו פסק הדין המרשיע בעבירה שיש עמה קלון אינו סופי. עיון בהוראות חוק היסוד מלמד כי מצב דברים עובדתי שבו ראש הממשלה מואשם בפלילים לא נעלם מעיני הכנסת בחוקקה את חוק היסוד, ולמעשה היבט זה זכה להתייחסות לא מצומצמת.

7. מנגד, פסיקתו של בית המשפט הנכבד בשלושת העשורים האחרונים בסוגיות משיקות – ביחס לכהונת שרים וביחס לכהונת ראשי רשויות מקומיות שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים, שגם ביחס אליהן לא נקבע בחוק כי הגשת כתב אישום מונעת מהם מלכהן בתפקידם – הבחינה, הבחן היטב, בין תנאי הכשירות הפורמליים לכהונה ציבורית שנקבעו בדין, לבין סבירות המשך הכהונה לאחר הגשת כתב אישום חמור. עם זאת, הפסיקה גם הדגישה כי הגשת כתב האישום, כשלעצמה, אינה השיקול הרלוונטי היחיד, וכי בכל מקרה פרטני יש לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים, וליתן לכל אחד מהשיקולים את משקלו היחסי הראוי.

בהקשר זה ראוי לציין כבר כעת כי קיים הבדל מהותי וממשי בין הפסקת כהונה של שר לבין הפסקת כהונה של ראש ממשלה, על כל המשמעויות הנגזרות מכך.

8. על כפות המאזניים מונחים שיקולים נכבדים וכבדי משקל מזה ומזה, עקרונית יסוד בשיטתנו המשטרית. ההכרעה בעניין אינה פשוטה, אולם המצב התקדימי בו אנו מצויים מחייב זאת.
9. מן העבר האחד ניצב העיקרון הדמוקרטי הבסיסי ביותר של כיבוד רצון הרוב – ובמידה מסוימת גם הזכות החוקתית לבחור – תוך מימוש תוצאות הבחירות הכלליות לכנסת ה-23, כפי שהן באות לידי ביטוי באמצעות חברי הכנסת נבחרו הציבור.
- לעניין זה, אין צורך להכביר מילים על הקושי הרב הטמון בקביעה שיפוטית לפיה מי שרוב חברי הכנסת מבקשים כי ירכיב את ממשלת ישראל, יהא מנוע מלעשות כן. זאת, במיוחד בהיעדר הוראת חוק כלשהי הקובעת כי קיימת מניעה להטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום, ויתרה מכך, בהינתן הוראות חוק מהן עולה אחרת.
10. מן העבר השני ניצב עקרון טוהר המידות בשירות הציבורי בכלל, ובקרב נבחרו הציבור בפרט; עקרון שעל משמעותו וחשיבותו העמוקה והמהותית מבחינה ציבורית ומשפטית אין צורך להכביר מילים; כמו גם על הקושי הציבורי, המשפטי והמעשי הטמון בכהונה של נאשם בפלילים בתפקיד הרם של העומד בראש הרשות המבצעת, על מלוא השלכותיו.
11. ואם בהתנגשות חזיתית זו לא די, הרי שההכרעה בעניין הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 מתבקשת בשעת חירום לאומית חסרת תקדים – הן בשל המצב הפוליטי חסר התקדים בו אנו מצויים מזה כשנה וחמישה חודשים, לאחר שלוש מערכות בחירות לכנסת; והן בשל מצב החירום הלאומי בו מצויה המדינה, בהתמודדות עם מגפת הקורונה, על כלל הקשיים הכרוכים בכך.
12. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת אשר הוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, כמו גם עמידתו בראשות הממשלה, אכן מעוררת קשיים משמעותיים, במישורים שונים. פסיקת בית המשפט הנכבד שבה והדגישה, לאורך שנים ארוכות, את חשיבות ההקפדה על טוהר המידות בקרב נבחרו הציבור. כתב האישום שהוגש נגד המשיב 2 חמור ביותר, ומייחס לו עבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים, שאותן עבר, לכאורה, בעת שכיהן כראש ממשלת ישראל.
- עמידתו של נאשם בפלילים בראשות הממשלה, אשר בין היתר נדרשת למנות בעלי תפקידים מרכזיים במערכת אכיפת החוק וברשות השופטת, מעצימה קשיים אלו. זאת בפרט לנוכח התבטאויות חריפות של המשיב 2 נגד מערכת אכיפת החוק, תוך הטלת דופי אישי בגורמים שונים הפועלים במסגרתה, ובשים לב להשלכות האפשריות של התבטאויות שכאלה – מצדו של הגורם הבכיר ביותר בהירארכיה השלטונית – על אמון הציבור במערכות החוק והמשפט.

13. עם זאת, במכלול השיקולים הצריכים לעניין, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בקשיים המשמעותיים הקיימים כדי להקים עילה להתערבות שיפוטית, שמשמעותה היא כי רוב חברי הכנסת יהיו מנועים מליזום הקמת ממשלה חדשה בישראל שהמשיב 2 יעמוד בראשה.

כל זאת, מבלי לגרוע כהוא זה מחומרת כתב האישום שהוגש נגד המשיב 2, ומבלי לכרסם בפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד בעניין ההקפדה הנדרשת על טוהר המידות בקרב נבחרי הציבור.

14. ביתר פירוט, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי העתירה אינה מגלה עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של נשיא המדינה, במקרה בו יטיל נשיא המדינה על המשיב 2 להרכיב את הממשלה הבאה, אם תוגש לו בקשה בעניין זה של רוב חברי הכנסת.

כידוע, נשיא המדינה חסין מפני הליך משפטי, כקבוע בסעיף 13 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, ולפיכך הוא אינו משיב בעתירות ואף לא ניתן היה לצרפו כמשיב. תקיפת החלטותיו של נשיא המדינה אפשרית רק בדרך של "תקיפה עקיפה". טיעונים שונים וסעדים שהתבקשו והופנו כלפי החלטתו של הנשיא בעניין, הגם שהוצגו כ"תקיפה עקיפה", מבטאים למעשה "תקיפה ישירה" של החלטת הנשיא (וליתר דיוק, החלטה אפשרית של הנשיא, שטרם התקבלה נכון לעת זו). מכל מקום, אף בנתיב "התקיפה העקיפה", מידת ההתערבות השיפוטית בהחלטותיו של נשיא המדינה מצומצמת ביותר.

כפי שיפורט בהמשך, אך בשנה שעברה דחה בית המשפט הנכבד – על הסף, מבלי שהתבקשה תגובה – עתירה שביקשה לבטל את החלטת הנשיא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 (בג"ץ 2848/19 בן-מאיר נ' נתניהו) (ניתן ביום 23.4.19, להלן: **עניין בן-מאיר**), תוך שמנה נימוקים לכך שאין להיעתר לבקשה לקבוע כי המשיב 2 פסול מלשמש כראש ממשלה בשל הדופי, לכאורה, שנפל במעשיו (באותה העת היה תלוי נגד המשיב 2 כתב חשדות).

15. לעניין היקף שיקול דעתו של נשיא המדינה על מי מבין חברי הכנסת להטיל את הרכבת הממשלה, חשוב להדגיש שאיננו נמצאים עוד, מבחינה משטרית, בנקודת הזמן שבה מפעיל נשיא המדינה את סמכותו להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בהתאם לסעיפים 7 או 9 לחוק-יסוד: הממשלה, שכן נשיא המדינה כבר הודיע ליו"ר הכנסת ביום 16.4.20, בהתאם להוראת סעיף 9(א) לחוק היסוד, "שאינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה".

אם תוטל הרכבת הממשלה על המשיב 2, בהתאם להסכם הקואליציוני, ייעשה הדבר אפוא בהתאם להוראת סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה. כפי שיפורט להלן, לשונו של סעיף 10(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ברורה, חד-משמעית ומפורשת, ולפיה לאחר הגשת בקשה כתובה של רוב חברי הכנסת להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהסכים לכך, 'יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה'.

16. כפי שיובהר להלן, קיימת בדין אפשרות ל"תקיפה עקיפה" של החלטת נשיא המדינה להטיל על חבר כנסת את תפקיד הרכבת הממשלה, וזאת למשל באמצעות צו המכוון כלפי כלפי המשיב 2 עצמו, כמו גם כלפי חברי הכנסת החתומים על בקשה לפי סעיף 10.

לעניין אפשרות התקיפה העקיפה יוצגו שני מודלים משפטיים אפשריים.

17. **המודל הראשון, הנותן מעמד בכורה ללשון החוק (להלן: מודל לשון החוק)** נוטע את יתדותיו בלשון הוראת סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה – היא הוראת החוק המתייחסת להיבטי כשירות כהונת ראש הממשלה הקרובה ביותר לעניינו – בפרשנותה, ובאופיים הייחודי של ההסדרים הנוגעים לחילופי שלטון.

לפי מודל זה, **העובדה כי המחוקק לא קבע הוראה מפורשת ביחס למצב דברים שבו הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה מלמדת על בחירה מודעת, כי בכוחו של ראש ממשלה להמשיך ולכהן בתפקידו, וזאת עד להרשעתו בפסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון** (אלא אם תחליט הכנסת על העברתו מכהונתו קודם לכן, לאחר הרשעתו ועוד בטרם הפך פסק הדין לחלוט). כפי שיפורט בהמשך, תימוכין להעדפת מודל זה ניתן למצוא, בין היתר, בדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט בשעתו, בעת חקיקת ההסדר הקיים.

מדובר בהכרעה פרשנית קטגורית, לפיה הוראות הדין אינן מונעות מלהטיל על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום חמור להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה, והן אף אינן מחייבות את התפטרותו לאחר הרכבת הממשלה. זאת בשים לב ללשון הברורה ולהגיונה של הוראת סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה; בשים לב לכללי הפרשנות הראויים בקשר לכללים החוקתיים המסדירים את החלפת השלטון, אשר צריכים להבטיח ודאות ובהירות על יסוד לשון החוק; ולנוכח שיקולים אחרים (שיפורטו בהמשך), ובראשם העיקרון הדמוקרטי היסודי של כיבוד רצון הבוחר כפי שהוא משתקף על ידי נבחריו וזכותו להשפיע על דמות הממשלה והעומד בראשה.

18. **המודל השני, הוא מודל שיקול הדעת (להלן: מודל שיקול הדעת)**, אשר אינו 'נעצר' בהוראת סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה, ובהתאם לפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד – במקרים שאינם זהים לענייננו, כפי שיפורט בהמשך – בוחן את השאלה המשפטית שלפנינו מבעד לדוקטרינת ה"כשירות לחוד, ושיקול דעת לחוד".

בהתאם למודל זה, **סעיף 18 לחוק היסוד אינו יוצר הסדר שלילי ממצה**, ותחת זאת יש לבחון את סבירות ההחלטה של ח"כ נאשם בפלילים לקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה מידי נשיא המדינה.

לפי גישה זו, על חבר הכנסת להביא בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, והיא ממשיכה את פסיקת בית המשפט הנכבד ביחס לקידום טוהר המידות בשירות הציבורי, המשתקף בפרט בפסיקה **בעניין הנגבי ובעניין אמונה**, שניתנה לאחר שכבר הוספו לחוק-יסוד: הממשלה הוראות בדבר הפסקת כהונתם של ראש ממשלה, שר וסגן שר בשל הליכים פליליים. זאת, הגם שבמקרה דנן לא נבחן שיקול הדעת של בעל הסמכות למנות או להעביר אדם מכהונה, כפי שיפורט בהמשך.

19. בנסיבות העניין הפרטניות, היועץ המשפטי לממשלה סבור שאין הכרח להכריע במקרה דנן בין שני המודלים, שכן הם מביאים לאותה תוצאה. אולם, ככל שבית המשפט הנכבד סבור שההכרעה בין המודלים נדרשת, היועץ המשפטי לממשלה סבור שמודל לשון החוק הוא שמשקף נכונה את הפרשנות הלשונית והתכליתית של הדין.

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לפי שתי הגישות כאמור, וחרף הקשיים המשמעותיים הקיימים בהטלת הרכבת הממשלה על המשיב 2, הרי שבנסיבות העניין אין עילה להתערבות שיפוטית – אף לא בדרך של "תקיפה עקיפה" – בהטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב בהתאם לסעיף 10 לחוק היסוד.

20. ביחס לטענות השונות שהועלו **בנוגע להסכם הקואליציוני**, נוסיף כי היועץ המשפטי לממשלה סבור כי על-פני הדברים, הסדרים מסוימים שנקבעו בהסכם הקואליציוני מעוררים קשיים משמעותיים.

עם זאת, לדעת היועץ המשפטי לממשלה לא קמה בעת הנוכחית עילה לפסילת ההסכם הקואליציוני גופו, בשלב בו אנו מצויים כעת; ובהינתן שאין – וכאן העיקר – בכוח הוראותיו לגבור על הוראות הדין החרות ועל הוראות המשפט הציבורי המהותי, עת יבוא ההסכם לכלל מימוש. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש לדחות גם את הסעדים המבקשים להביא לביטול ההסכם, או לביטול חלק מסעיפיו.

21. ההדגשות בציטוטים בכתב תשובה זה הוספו, אלא אם כן צוין אחרת.

תוכן עניינים

10 רקע תמציתי	
12 רקע נורמטיבי	
17 עמדת היועץ המשפטי לממשלה	
18 שלטון החוק, טוהר המידות ואמון הציבור	
21 היעדר עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של נשיא המדינה	
21 נקודת מוצא ראשונה – התערבות שיפוטית מצומצמת ועקיפה בהחלטות נשיא המדינה	
24 נקודת מוצא שניה – פסק הדין בעניין בן-מאיר	
25 נקודת מוצא שלישית, והיא עיקר – הוראתו המפורשת של סעיף 10(ב) לחוק יסוד : הממשלה	
28 התערבות שיפוטית בדרך של "תקיפה עקיפה"	
31 תקיפה עקיפה – שני מודלים לבחינה	
34 מודל לשון החוק	
39 אבחנה מהלכת דרעי-פנחסי	
44 הבחנה מהלכת ראשי הערים	
48 מודל שיקול הדעת - כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד	
53 שיקול דעת	
61 איזון	
63 נבצרות	
66 ניגוד עניינים	
70 דחיית הבקשה למתן צו ביניים בעתירות הרכבת הממשלה	
71 העתירות והסעדים שנוספו לביטול ההסכם הקואליציוני	
71 מפת התמצאות במשעולי העתירות	
73 תמצית התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין	
76 ההסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת כחול לבן בכנסת ה-23	
80 טענות העותרים ביחס לסעיפי ההסכם הקואליציוני	
95 סיכום בחינת תנאי ההסכם הקואליציוני	
98 סיכום העמדה בכללותה	

רקע תמציתי

22. ביום 21.11.19 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על החלטתו להגיש כתב אישום נגד המשיב 2 בגין עבירות של לקיחת שוחד, מרמה והפרת אמונים בפרשת "4000", ובגין עבירות של מרמה והפרת אמונים בפרשות "1000" ו-"2000", שאותן ביצע לכאורה במהלך כהונתו כראש הממשלה וכשר התקשורת.
- בהמשך נידרש ביתר פירוט והרחבה לכתב האישום, על האישומים החמורים בו.
23. ביום 2.12.19 הועבר עותק של כתב אישום מתוקן ליו"ר הכנסת, בהתאם לקבוע בסעיף 4 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951 (להלן: **חוק החסינות**), על מנת שיתאפשר למשיב 2 להודיע לכנסת, בתוך 30 יום, האם הוא מעוניין לבקש שתעמוד לו חסינות מפני העמדתו לדין פלילי.
24. ביום 12.12.19 התקבל על-ידי הכנסת ופורסם ברשומות חוק התפזרות הכנסת העשרים ושתיים והקדמת הבחירות, התש"ף-2019, אשר במסגרתו נקבע כי הכנסת העשרים ושתיים תתפזר לפני גמר כהונתה, וכי הבחירות לכנסת ה-23 יתקיימו ביום 2.3.20.
25. ביום 1.1.20 הגיש המשיב 2 בקשה למתן חסינות, לפי סעיף 4(א)(3) לחוק החסינות. לאחר השלמת המהלכים הפרלמנטריים שנדרשו לכך, הוקמה ועדת הכנסת שהתעתדה בין היתר לקיים דיונים בבקשת החסינות של המשיב 2. עם זאת, ביום 28.1.20 חזר בו המשיב 2 מבקשת החסינות. בהמשך היום הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב האישום נגד המשיב 2 (ת"פ 67104-01-20 **מדינת ישראל נ' נתניהו ואח'**).
26. ביני לביני, מאז ועד עתה – לפני הבחירות לכנסת ה-23, ולאחריהן – הוגשו לבית המשפט הנכבד עתירות אשר במסגרתן התבקשו סעדים שונים בנוגע לאי-כשירותו של המשיב 2 לקבל את תפקיד הרכבת הממשלה ולכהן כראש ממשלת ישראל (בג"ץ 7871/19 **רפול נ' ראש ממשלת ישראל**; בג"ץ 7928/19 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**; בג"ץ 8145/19 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (להלן: **עניין ברי הראשון**); בג"ץ 1648/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה**; בג"ץ 1853/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה**; בג"ץ 2033/20 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה**; ובג"ץ 2487/20 **ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה**). כלל העתירות נמחקו או נדחו על-הסף, תוך שנקבע, בתמצית, כי טרם בשלה העת לרון בסוגיות אלו.
27. ביום 16.3.20 החליט נשיא המדינה, מתוקף סמכותו לפי סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה, להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 3 בבג"ץ 2593/20 (להלן: **המשיב 3**).

28. ביום 11.4.20 פנה המשיב 3 לנשיא המדינה בבקשה להאריך את התקופה שניתנה לו להרכבת הממשלה (בהתאם להוראת סעיף 8 לחוק-יסוד: הממשלה). ביום 12.4.20 הודיע נשיא המדינה, כי בנסיבות הקיימות לא תתאפשר הארכת תקופת מלאכת הרכבת הממשלה, וכי תקופה זו תסתיים ביום 13.4.20 בחצות. עוד הודיע נשיא המדינה כי אם עד ליום 13.4.20 בחצות לא יחתמו המשיבים 2 ו-3 על הסכם, ולא תשתנה תמונת הממליצים, ישוב המנדט לכנסת ותחל תקופת 21 הימים בהם יוכלו חברי הכנסת לגבש רוב להמלצה על מועמד מוסכם (בהתאם להוראת סעיפים 9(א) ו-10(א) לחוק-יסוד: הממשלה). נשיא המדינה הוסיף כי אם עד ליום 13.4.20 בחצות ישתנו הנסיבות והצדדים יפנו לנשיא בבקשה להארכת התקופה כדי לסייע בידם להגיע להסכם, ישקול זאת הנשיא שנית.
29. ביום 13.4.20, בסמוך למועד פקיעת המנדט שניתן למשיב 3, פנו המשיבים 2 ו-3 לנשיא המדינה בבקשה להארכת תקופת מלאכת הרכבת הממשלה. נשיא המדינה נעתר לבקשה והורה על מתן ארכה של יומיים, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: הממשלה, עד ליום 15.4.20 בחצות.
30. ביום 15.4.20 בחצות הסתיימה התקופה שניתנה למשיב 3 להרכבת הממשלה, וביום 16.4.20 הודיע נשיא המדינה ליו"ר הכנסת – הוא המשיב 3 – כי אינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, בהתאם להוראת סעיף 9(א) לחוק-יסוד: הממשלה. בהתאם לכך, סעיף 10(א) לחוק-יסוד: הממשלה, קובע כי תוך 21 ימים רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב. אם לא תוגש בקשה כאמור עד לתום 21 הימים – בהתאם לסעיף 11 לחוק-יסוד: הממשלה, הכנסת ה-23 תתפזר באופן אוטומטי, ויתקיימו בחירות לכנסת ה-24.
- בהתאם לכך, ביום 7.5.20 בשעה 59:23 תסתיים תקופת 21 הימים.
31. ביום 20.4.20 נחתם 'הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית', בין סיעת הליכוד בכנסת ה-23 לבין סיעת כחול לבן בכנסת ה-23 (להלן: **ההסכם הקואליציוני** או **ההסכם**). במסגרת הסכם זה נקבע בין היתר כי **לאחר** סיום הליכי החקיקה האמורים בהסכם, ולפני שתחלוף התקופה הקבועה בסעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה, יחתמו כל חברי גוש הליכוד וגוש כחול לבן על פניה לנשיא המדינה, בבקשה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 (סעיף 37 להסכם).
- יודגש כי בהסכם הקואליציוני סיכמו הצדדים, בין היתר, על ביצוע תיקונים רחבים ושונים בחקיקת היסוד, וזאת על מנת לעגן בדין רכיבים שונים מן ההסכם. מטבע הדברים, לשינויים אלה יכול שתהא השפעה מהותית על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין. העולה מן האמור הוא כי יכול שיידרש תיקון של העתירות, וממילא היועץ המשפטי לממשלה מבקש לשמור לעצמו את הזכות להגיש טיעון משלים, בראי האמור, במידת הצורך.

נוסף על האמור, נעיר כבר כעת, בזהירות המתחייבת, כי קיימים רכיבים בהסכם הקואליציוני המעוררים קשיים משפטיים. בד בבד, יודגש כבר עתה, כי בעת יישום ההסכם הקואליציוני, מחויבים המשיבים כולם לנהוג בהתאם להוראות הדין הכללי הרלוונטיות, הגוברות מטבע הדברים על הסכמות פוליטיות כאלו ואחרות.

32. זמן קצר ביותר לאחר שנודע דבר חתימת ההסכם הקואליציוני הוגשו העתירות שבכותרת.

33. לאחר האמור, נמקד מבטנו בלב הסוגיה העומדת על הפרק, הטלת תפקיד ראש הממשלה על נאשם בפלילים. ראש לכל נפנה פנינו לתמצית המסגרת הנורמטיבית כאמור.

רקע נורמטיבי

סמכויות נשיא המדינה בהליך הרכבת ממשלה

34. סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, קובע את סמכותו של נשיא המדינה להטיל את התפקיד להרכבת ממשלה על חבר כנסת, כדלקמן:

7. (א) 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."

מקורה של הוראה זו בסעיף 9 לחוק המעבר, התש"ט-1949, לפיו:

"לאחר התייעצות עם נציגי סיעות בכנסת יטיל נשיא המדינה על אחד מחברי הכנסת את התפקיד להרכיב את הממשלה."

35. נוסף על כך, סעיף 9 לחוק יסוד: הממשלה, קובע את סמכותו של נשיא המדינה להטיל מחדש את התפקיד להרכבת ממשלה, כדלקמן:

9. (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."

סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה, קובע את סמכותו של נשיא המדינה להטיל את התפקיד להרכבת ממשלה לפי בקשת רוב חברי הכנסת, כדלקמן:

10. (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."

בענייננו, כאמור לעיל, ביום 16.4.20 הודיע נשיא המדינה ליו"ר הכנסת כי אינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, בהתאם להוראת סעיף 9(א) לחוק יסוד: הממשלה. על כן, בהתאם להוראת סעיף 10(א) לחוק היסוד, באותו היום החלה תקופת 21 הימים – אשר תסתיים כאמור ביום 7.5.20 – להגשת בקשה לנשיא המדינה מצד רוב חברי הכנסת.

36. להשלמת פרק זה, ובטרם נידרש לענייננו, יצוין כי סעיף 13(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה, קובע כי לנשיא המדינה נתונה חסינות במילוי תפקידו, כדלקמן:

"לא יתן נשיא המדינה את הדין לפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידו או בסמכויותיו, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל דבר כזה."

לפיכך, על-פי ההלכה הפסוקה, לא ניתן לעתור לבית משפט נכבד זה נגד נשיא המדינה או לצרפו כמשיב לעתירה, אלא ניתן לתקוף החלטותיו רק בדרך של "תקיפה עקיפה". ראו, מבין רבים, בג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה (14.4.08); בג"ץ 2848/19 בן מאיר נ' נתניהו (19.4.20).

הוראות חוק יסוד: הממשלה ביחס לכשירות אדם לכהונת ראש ממשלה

37. ראש הממשלה הוא "שר", בהתאם לסעיף 5(א) לחוק: יסוד הממשלה, הקובע כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים **אחרים**". עם זאת, למותר יהיה לציין שבשיטת המשטר הישראלית מעמדו של ראש הממשלה אינו כשל השרים האחרים, והוא "ראשון בין שווים" ואף חוק היסוד קובע הסדרים מסוימים שונים לראש הממשלה ולשרים אחרים.

38. סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה קובע את תנאי כשירותם של שרים, כדלקמן:

"6. (א) לא יתמנה לשר מי שאינו אזרח ישראלי ותושב ישראל.

(ב) לא יתמנה לשר מי שמכהן במשרה או בתפקיד המפורטים בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, אלא אם כן חדל לכהן באותה משרה או באותו תפקיד עובר למינויו או במועד מוקדם יותר, כפי שייקבע בחוק.

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

(2) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון.

(ד) לא יתמנה לשר מי שהוא בעל אזרחות שאינה ישראלית, אם דיני המדינה שהוא אזרח שלה מאפשרים את שחרורו מאזרחות זו, אלא לאחר שעשה את כל הדרוש מצדו לשם שחרורו ממנה.

(ה) חבר הכנסת שפרש מסיעתו ולא התפטר מכהונתו סמוך לפרישתו, לא יהיה לשר בתקופת כהונתה של אותה כנסת; הוראה זו לא תחול על התפלגות סיעה בתנאים שנקבעו בחוק; לענין סעיף קטן זה, "פרישה מסיעה" - כהגדרתה בסעיף 6א לחוק-יסוד: הכנסת."

39. חוק יסוד: הממשלה, אינו קובע תנאי כשירות מסוימים לשם קבלת תפקיד הרכבת הממשלה, מלבד זאת שהטלת התפקיד תהיה על חבר כנסת. בהתאם לכך, חוק היסוד קובע כי ראש הממשלה יהיה מבין חברי הכנסת (סעיף 5(ב) לחוק), וזאת בשונה משרים אחרים בממשלה.

40. חוק היסוד מוסיף וקובע הוראות בדבר הפסקת כהונה של ח"כ כראש הממשלה בשל הליכים פליליים נגדו. לענין זה, החוק קובע הוראות ביחס לניהול משפט נגד ראש ממשלה מכהן, ובין היתר קובע כי הרשעה בפסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון תביא להפסקת כהונת ראש הממשלה – ולהתפטרות הממשלה – באופן מיידי.

לעניין זה ראו את הוראות סעיפים 17 ו-18 לחוק יסוד: הממשלה – אשר אליהן נשוב ונידרש בהמשך – כדלקמן:

"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 שכיהן 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 לפניהן.

(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.

41. יצוין כי תנאי הפסקת כהונה של **ראש הממשלה** בשל הליכים פליליים שונים מהתנאים שנקבעו בסעיף 23 לחוק יסוד: הממשלה להפסקה אוטומטית של כהונתו של **שר** (קרי, הרשעתו של השר בעבירה שנקבע על-ידי בית המשפט שיש עמה קלון (סעיף 23(ג) לחוק היסוד)).

כידוע, על-פי הפסיקה שניתנה גם לאחר חקיקתו של חוק היסוד הנוכחי – אשר אליה נידרש ביתר פירוט בהמשך – ולמרות שהדבר אינו קבוע בחוק היסוד, ככלל, על ראש הממשלה מוטל להעביר מתפקידו שר שהוגש נגדו כתב אישום חמור, ככל שהוא אינו מתפטר בעצמו בנסיבות אלה. זאת מכוח סמכותו לפי סעיף 22 לחוק יסוד: הממשלה.

42. להשלמת פרק זה יצוין כי חוק הממשלה, התשס"א-2001 (להלן: **חוק הממשלה**), קובע אף הוא הוראות לעניין ניהול משפט נגד ראש ממשלה מכהן. כך קובע החוק:

"הוראות לעניין 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.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

43. העתירות שבכותרת מבקשות לקבוע כאמור כי קיימת מניעה משפטית להטלת הרכבת ממשלה על המשיב 2 ולכהונתו כראש הממשלה חדשה שתוקם, וזאת לנוכח כתב האישום החמור שהוגש נגד המשיב 2; ולטענת העותרים, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין הפסקת כהונתם של נבחרים ציבור לאחר שהוגש נגדם כתב אישום.

44. כפי שציין בית המשפט הנכבד **בעניין ברי הראשון**, בפסיקה שאליה מפנים העותרים – אשר אליה נידרש כאמור בפירוט בהמשך – דן בית המשפט הנכבד בעתירות שנגעו להחלטות קונקרטיות של רשויות שהוסמכו לכך מתוקף הוראת חוק, ושנגעו להמשך כהונתם של נושאי משרה בתפקיד לאחר שהוגש נגדם כתב אישום. עד עתה לא הייתה החלטה קונקרטית להטיל על המשיב 2 את הרכבת הממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב האישום, ובהתאם לכך קבע בית המשפט הנכבד כי לא היה מקום לקיים ביקורת שיפוטית בסוגיה.

45. לא למותר לציין, כי טרם הוגשה לנשיא המדינה בקשה של רוב חברי כנסת להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, בהסכמתו, בהתאם להוראת סעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה; ובהתאם לכך אף טרם ניתנה הסכמה רשמית של המשיב 2 לבקשה זו. ממילא **נשיא המדינה טרם הורה על הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2**, מכוח הסמכות המסורה לו לפי סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה.

יתרה מכך, וכאמור לעיל, הצדדים להסכם הקואליציוני סיכמו כי הבקשה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 תוגש לנשיא המדינה רק **לאחר סיום הליכי החקיקה** האמורים בהסכם (סעיף 37 להסכם). נכון לעת הזו, הליכי חקיקה אלה טרם הושלמו.

46. **עם זאת, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, לאור ההסכם הקואליציוני החתום, ולנוכח לוח הזמנים הקצר שנותר להגשת בקשה לנשיא המדינה לפי סעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה, נראה כי בשלה העת להידרש לסוגיית הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 ולאפשרות כהונתו כראש הממשלה ה-35, ולהכריע בסוגיות המשטריות ובשאלות המשפטיות המורכבות שעל הפרק לגופן.**

זאת בשים לב לכך שמרבית הנעלמים במשוואה העובדתית – אשר אליהם התייחס בית המשפט הנכבד **בעניין ברי הראשון** – כבר ידועים בעת הזו; ומאחר שנראה כי ההסכם הקואליציוני אכן מקרב עד מאד את הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, בשים לב ללוחות הזמנים הקבועים בדין למלאכת הרכבת הממשלה; בשים לב להיקף שיקול הדעת המצומצם, ככל שקיים, של נשיא המדינה לפי סעיף 10 לחוק היסוד (כפי שיפורט בהרחבה בהמשך); ובשים לב לצורך הברור, בשלב זה, בהבהרת הדין בסוגיה.

47. בהקשר לכך יוער כי **בעניין ברי הראשון** ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הימנעותו ממתן חוות דעת בנושא הנדון באותה העת שיקפה כראוי את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ואת הנסיבות המיוחדות של הסוגיה הנדונה. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון לדון ולהכריע בשאלות שעלו בעתירה – ובשים לב לכך שעסקינן בסוגיה חוקתית תקדימית, רגישה וכבדת משקל – יהיה מקום גם למתן חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה במסגרת ההליך השיפוטי.

עתה, כאמור, נראה כי בשלה העת למתן עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה המשטרית העקרונית.

48. טרם שנידרש באופן קונקרטי לסוגיה דנן, נידרש בפתח הדברים לחשיבותם של עקרונות שלטון החוק, טוהר המידות בשירות הציבורי, ואמון הציבור ברשויות השלטון, באשר הדברים ודאי רלוונטיים לענייננו, אף אם עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בסיכומם של דברים, העתירות אינן מגלות עילת התערבות.

שלטון החוק, טוהר המידות ואמון הציבור

49. כבר בראש הדברים מוצא היועץ המשפטי לממשלה להדגיש את חשיבותם הרבה של ערכי טוהר המידות בשירות הציבורי. דומה, כי אין צורך להכביר מילים בעניין זה. המדובר באחת מאבני היסוד של שלטון חוק, בעוד המאבק המתמשך, בן עשרות השנים, להקפדה יתירה על קיומו של שירות ציבורי נקי כפיים וחרף משחיתות, שזור כחוט השני בדברי ימיה של מערכת המשפט הישראלית.

היועץ המשפטי לממשלה, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה ומערכת אכיפת החוק הכפופים לו, עושים כל שלא ידם על מנת לבצר את טוהר המידות בשירות הציבורי, ודומה כי המקרה שבפנינו מדבר בעניין זה בעד עצמו. בתוך כך, אף במציאות המורכבת המשתקפת מן ההתבוננות והניתוח המשפטי של הסוגיה בה עסקינן, ממשיכות מערכות אלו לפעול ללא מורא במסגרת המאבק בשחיתות ולקידום טוהר המידות.

כך היה. כך הווה. כך יהיה.

50. בית המשפט הנכבד שב ועמד בפסיקתו על חשיבותם של שיקולי שלטון החוק, טוהר המידות ואמון הציבור, כמו-גם על כך שנבחרי הציבור צריכים לשמש מופת לציבור ולהיות ראויים לאמון שקיבלו.

כך למשל, ראו את דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים
למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 8.9.93), כדלקמן:

29" אכן, הממשלה, ראש הממשלה וכל שר הם נאמני הציבור. משלהם אין להם ולא כלום. כל שיש להם, למען הציבור יש להם ... עמד על כך השופט ח' כהן בציינו:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" ...

מחובת נאמנות זו נגזרת ההלכה - הלכה כללית, החלה על כל רשות שלטונית, לרבות ממשלה, ראש ממשלה ושרים - כי שיקול-דעת המוענק לרשות ציבורית חייב להיות מופעל בהגינות, ביושר, מתוך שיקולים ענייניים בלבד ובסבירות. עמד על כך המשנה לנשיא, השופט אלון, בציינו:

"רשות ציבורית, הממנה עובד בשירות הציבורי, פועלת כנאמן הציבור, וכלל גדול בידינו, שנאמנות זו צריך ותופעל בהגינות, ביושר, ללא שיקולים זרים, ולטובת הציבור, שמכוחו ולמענו מסורה סמכות המינוי בידי הרשות הממנה" ...

ואף אני עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגינות" ...

וכן ראו למשל את דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 3.11.96), כדלקמן:

24" נבחר הציבור הינו שליח הציבור, וכאותו שליח ציבור האומר להיות פה לקהל ומציג עצמו כעני ממעש, נרעש ונפחד, כן הוא נבחר הציבור: משלו אין לו ולא כלום וכל אשר ברשותו ובהחזקתו - משל הקהל והקהילה הוא. הגינות, יושר לבב וטוהר המידות הינם סימני היכר מובהקים שניתן בנבחר ציבור ראוי לשמו, ותכונות נפש אלו הן עמוד האש ועמוד הענן שיוליכו את נבחר הציבור הדרך. רק כך יוכל פרנס לנהג כראוי קהילה שבחרה בו לנהגה, ורק כך יזכה נבחר הציבור באמון הקהל. וכולנו ידענו כי באין אמון של הקהילה במנהיגיה, ייפרע עם ותאבד ממלכה. וככל שנעלה במעלה המנהיגות כן נתבע ממנהיגי הקהילה ביתר כי יקרנו יושר ואמת."

כוחם של דברים נכוחים אלה יפה, כאז כן היום.

51. זאת אמרנו גם בשים לב לחומרת כתב האישום שהוגש נגד המשיב 2, אשר כולל אישומים חמורים בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים. העבירות בהן מואשם המשיב 2 מבטאות פגיעה חמורה בטוהר המידות בשירות הציבורי, והפרת האיסור על עובדי ציבור לנצל את משרתם ומעמדם לשם הפקת טובות הנאה אישיות.

כתב האישום הוגש לאחר שכלל הראיות נבחנו באופן מקצועי ומעמיק ביותר – כל אחת בפני עצמה, וכולן יחד כמכלול – תוך השקעת כל המאמצים להגיע לעומקם של דברים ולקבל את ההחלטה המדויקת ביותר והנכונה ביותר, בהתבסס על חומר הראיות ועל הדין. הכל, מתוך מחויבות עמוקה לשלטון החוק ולערכי השוויון בפני החוק, ותוך אכיפת החוק באופן שוויוני כלפי כל אדם, ללא קשר לתפקיד אותו הוא ממלא או למעמדו.

במדינת ישראל אין אדם מעל החוק, וחשדות למעשי שחיתות נבדקים ונחקרים בה, למען גילוי האמת ומיצוי הדין.

52. על אף הקשיים כבדי המשקל המתוארים, כפי שיפורט להלן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי העתירות שבכותרת אינן מגלות עילה שבדין להתערבותו של בית המשפט הנכבד בשאלת הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 ובכהונתו כראש ממשלה, אם רוב של 61 חברי הכנסת ה-23 יתמכו באפשרות זו.

עתה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לגופם של דברים. תחילה, נבחן אם קיימת עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של **נשיא המדינה** אם להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, לפי סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה.

בהמשך נבחן אם קיימת עילה להתערבות שיפוטית בהחלטת נשיא המדינה בדרך של "**תקיפה עקיפה**", וזאת לפי שני המודלים שצוינו בפתח הדברים – מודל לשון החוק ומודל שיקול הדעת.

לאחר מכן נידרש להסכם הקואליציוני דגן ולהוראותיו השונות, ונבחן האם בעת הזו קיימת עילה להתערבות שיפוטית בעניין.

היעדר עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של נשיא המדינה

53. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בסיס להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של נשיא המדינה בעניין הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, מכוח סמכותו לפי סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה (ככל שרוב חברי הכנסת אכן יבקשו מנשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על המשיב 2).

זאת בשים לב למעמדו הייחודי של נשיא המדינה ולמידת ההתערבות השיפוטית המצומצמת ביותר בהחלטותיו, ובשים לב לכך שהחלטת הנשיא – ככל שיטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב 2, לאחר שתוגש בקשה מתאימה מצד רוב חברי הכנסת – תואמת את הוראות חוק-יסוד: הממשלה, ספק רב אם בכלל מאפשרות לנשיא המדינה לנהוג אחרת בנסיבות שכאלה.

נוסף על האמור, החלטה כאמור אף תעלה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט הנכבד בסוגיה דומה **בעניין בן-מאיר**. לפיכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בסיס בדיון לחייב את נשיא המדינה שלא לפעול בהתאם לבקשתם של רוב חברי הכנסת ולא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2.

הכל כפי שיפורט להלן.

נקודת מוצא ראשונה – התערבות שיפוטית מצומצמת ועקיפה בהחלטות נשיא המדינה

54. העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייתן צו הצהרתי שעניינו בשיקול דעתו של נשיא המדינה. בשים לב לכך, נציין כי לנוכח מעמדו הייחודי של נשיא המדינה, ולנוכח החסינות המוקנית כאמור לנשיא המדינה מכוח סעיף 13(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה, הרי שהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא הקשורות במילוי תפקידו מצומצם ביותר.

55. בהקשר לכך נקבע בפסיקה כי בעוד שנשיא המדינה זוכה לחסינות, מעשיו של הנשיא נתונים לביקורת שיפוטית. זאת, תוך שבית המשפט הנכבד מוסמך לבחון את הדברים בדרך של "תקיפה עקיפה", ותוך שהיקף הביקורת מצומצם כאמור.

לעניין זה ראו למשל את שנקבע בפסק הדין בבג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה (ניתן ביום 14.4.08):

"ביקורת שיפוטית על החלטות הנשיא

14. החסינות המוקנית לנשיא, עליה עמדנו לעיל, חלה על תקיפה ישירה של פעולותיו. ברם, כפי שנפסק, אין מניעה לתקוף את חוקיות פעולותיו של הנשיא באופן עקיף. אכן, "בית-משפט לא קנה סמכות על הנשיא בנושא 'הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו', וכמתבקש מכך אין ניתן לתקוף במישרין מעשה חנינה או הקלה בעונש.

ואולם, החוק הורנו כי הנשיא זוכה לחסינות; החוק לא הורנו כי מעשיו של הנשיא זוכים לחסינות. ואמנם, מעשי הנשיא בתחום המשפט הם – לא מעל למשפט ולא חוצה-למשפט – ומכאן שנתונים הם לביקורת שיפוטית של בתי-המשפט. הביקורת לא תיעשה בהתקפת-מישרין נגד הנשיא ונגד פעולתו אלא בהתקפת-עקיפין נגד המעשה גופו: התקפת המעשה להבדילה מהתקפת העושה" ...

15. ככלל, היקפה של הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט הגבוה לצדק נגזר מזהות הרשות המפעילה את הסמכות, כמו גם מאופייה של הסמכות (בג"צ 2624/97 רונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71, 78 (1997)). כך גם בענייננו, היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא נגזר ממעמדו ומאופייה המיוחד של הסמכות בה עסקין.

...
זה המקום להזכיר, כי נשיא המדינה הוא בעל מעמד ייחודי. סעיף 1 לחוק יסוד: נשיא המדינה קובע כי "בראש המדינה עומד נשיא". הנשיא "מגלם באישיותו את המדינה" ... בית משפט זה הדגיש לא פעם את הסמליות המיוחדת הגלומה במוסד הנשיאות ובעומד בראשו. "הנשיא" כך נקבע, "מסמל את המדינה, ואת ערכיה המוסריים והדמוקרטיים. הוא עומד נישא מעל למאבקי הכוח במדינה, ומייצג ערכים של מוסר חברתי שאינם שנויים במחלוקת פוליטית" ...

...
סיכומם של דברים, לבית משפט זה קנויה הסמכות לבחון את חוקיות פעולותיו של הנשיא בדרך של תקיפה עקיפה, אלא שנוכח מעמדו של הנשיא ואופייה הייחודי של הסמכות הנתונה לו, "מושג 'החוקיות' בעניין זה הינו מצומצם בתחום התפרשותו ממושג החוקיות המוחל לביקורת על פעולותיהן של רשויות ממשל ומנהל אחרות" (עניין שנסי, בעמ' 415). ואכן, במבחן המעשה, עד לנקודת הזמן הנוכחית הצהיר בית משפט זה על בטלותה של החלטת הנשיא בעניין חנינה פעם אחת בלבד, וזאת בפרשת שנסי, שלעובדותיה המיוחדות נשוב עוד בהמשך הדברים."

וכן ראו למשל את שנקבע בפסק הדין בעניין **בן-מאיר** – אשר אליו נשוב ונידרש בהמשך – כדלקמן:

5. נקודת המוצא להכרעתנו היא שעל ההתערבות בשיקול דעתו של הנשיא במילוי תפקידו להיות מצומצמת מאד, על רקע מעמדו הייחודי והסמליות המיוחדת הגלומה במוסד הנשיאות והעומד בראשו כידוע –

"תפקידו של נשיא המדינה משתייך בעיקר לתחום הייצוג הטקסי והסמלי. לנשיא סמכויות מעטות ביותר. פרט לתפקידים טקסיים במהותם, יש לנשיא רק שלוש סמכויות, הכרוכות במידה מסוימת של שיקול דעת: מתן חנינות והפחתת עונשים; הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת; והסכמה לפיזור הכנסת והקדמת הבחירות, לפי בקשת ראש הממשלה. בצד סמכויות אלה נהנה הנשיא ממעמד ציבורי מיוחד [...]" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 1051).

56. נוסף על האמור לעיל, ראו את שנקבע עוד בבג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא המדינה, פ"ד ה 801 (1951), שם דן בית המשפט הנכבד בעתירה שדרשה להורות לנשיא המדינה דאז (חיים ויצמן) להטיל את התפקיד להרכבת ממשלה חדשה על אחד ממאה ועשרים חברי הכנסת הראשונה; וזאת, לאחר שהכנסת הראשונה הביעה אי-אמון בממשלה בראשותו של דוד בן-גוריון, והממשלה הגישה לנשיא את התפטרותה.

הרכב מורחב של חמישה שופטים – בראשות כב' הנשיא זמורה – דחה את העתירה, פה אחד, בפסקו כי 'השאלה שהובאה לפנינו נוגעת לסמכויותיו האקסקוטיביות והפוליטיות של הנשיא ואינה בתחום הרשות השופטת'.

למותר לציין כי העיקרון המשטרי הבסיסי בדבר מעמדו המיוחד של נשיא המדינה – בין היתר בסוגיה הנוגעת להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת – שריר וקיים גם בימינו אנו.

57. עוד לעניין שיקול דעתו של נשיא המדינה בסוגיה דנן, נציין כי סעיף 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, קובע כי **ככלל סמכויותיו של הנשיא מסויגות בדרישה לחתימת הקיום של ראש הממשלה או של שר אחר, וזאת למעט כאשר מדובר בסמכויות הקשורות להרכבת הממשלה או לפיזור הכנסת**. לפיכך, בהחלטתו בדבר הטלת תפקיד הרכבת הממשלה מסור לנשיא המדינה שיקול דעת מלא, וזאת לנוכח האופי הפוליטי של ההחלטה.

בהקשר לכך ראו את דבריה של כב' הנשיאה ביניש בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר (ניתן ביום 29.11.10), כדלקמן:

"16. תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא גם בשני המסמכים לגביהם אין נדרשת חתימת קיום: מסמכים הקשורים בכינון הממשלה ומסמך התפטרות של הנשיא מתפקידו. אין חולק כי בשני תחומים אלה פועל הנשיא לבדו ומסור לו שיקול דעת מלא. אין גם חולק כי בשני תחומים אלה אין צורך, ואף ישנה מניעה, ליתן שיקול דעת לשר או לממשלה בדמותה של חתימת קיום. שהרי, אין זה רצוי להעביר לממשלה או לאחד משריה שיקול דעת באופן שיש בו כדי להשפיע על החלטת הנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת."

58. עוד יוער כי על-פי ההלכה הפסוקה – ולנוכח החסינות המוקנית לו כאמור – אין מקום לצרף את נשיא המדינה כמשיב לעתירה, ובמידת הצורך יש להורות על הסרתו מרשימת המשיבים לעתירה (ראו למשל את שנקבע בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986)).

נקודת מוצא שניה – פסק הדין בעניין בן-מאיר

59. סוגיית הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 – מכוח סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, בשונה מענייננו – הונחה לפתחו של בית המשפט הנכבד בשנה שעברה במסגרת העתירה **בעניין בן-מאיר**.

באותה עתירה ביקשו העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטול החלטת נשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2; וכן ביקשו כי ייקבע כי הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 אינה חוקתית ופוגעת בגרעין הקשה של שלטון החוק במדינה ישראל, וכי בית המשפט הנכבד יורה למשיב 2 שלא לקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה. יצוין כי באותה העת טרם החליט היועץ המשפטי לממשלה על הגשת כתב האישום נגד המשיב 2, כמפורט לעיל.

60. ביום 23.4.19 ניתן פסק הדין בעתירה, אשר הורה על דחיית העתירה על-הסף ללא שהתבקשה תגובת המשיבים לעתירה, תוך שבפסק הדין נקבע בין היתר כדלקמן:

7. סמכות הנשיא בה עסקינן מהווה חלק מהליך הבחירות הדמוקרטי, שתכליתו מימוש רצון הבוחר. סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה אומנם אינו מגדיר מהם הקריטריונים לפיהם יחליט נשיא המדינה על מי להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה, אך עצם החובה להתייעץ עם נציגי הסיעות מלמדת כי השיקול המרכזי האמור להנחות את הנשיא הוא סיכויי של אותו חבר כנסת להרכיב ממשלה, לאור תוצאות הבחירות. כפי שהוסבר בעניין זה –

”כינון הממשלה נעשה על ידי אחד מחברי הכנסת, עליו הוטלה המשימה על ידי נשיא המדינה. הנשיא מטיל את התפקיד על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך לאחר היוועצות עם נציגי הסיעות בכנסת, וזאת בתוך שבעה ימים מיום פרסום תוצאות הבחירות או מיום היווצרות העילה לכינון ממשלה חדשה [...]. על הנשיא להפעיל את שיקול הדעת שלו בהקשרים האמורים – בחירת חבר הכנסת, עליו יוטל להרכיב ממשלה; ההחלטה אם להאריך את פרק הזמן העומד לרשותו של חבר הכנסת לעשות כן; וההחלטה אם להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת אחר או להימנע מכך – בסבירות ומתוך שאיפה להביא לכינון ממשלה, שתיהנה מאמון הכנסת במהירות הרבה ביותר האפשרית. לכן עליו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת, לו הסיכויים הגבוהים ביותר להצליח בכך, ועליו להעריך אם קיים סיכוי כלשהו להרכבת ממשלה” (רובינשטיין ומדינה, עמודים 824-825).

8. בשים לב לאופי הסמכות בה עסקינן, העתירה שלפנינו אינה מגלה כל עילה להתערב בהחלטתו של נשיא המדינה. אין חולק כי הנשיא קיים אחר הוראות החוק, נפגש עם ראשי הסיעות, הפעיל את שיקול דעתו, והטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שסבר כי סיכויי להרכיב את הממשלה הם הגבוהים ביותר. בכך מימש כהלכה את הסמכות שניתנה לו, ולא ראינו לא טעם ולא סיבה כי נתערב בה.

9. הלכה למעשה, עמדת העותרים היא שעל נשיא המדינה הייתה מוטלת חובה להתעלם מתוצאות הבחירות, ומהמלצות ראשי הסיעות, ולקבוע כי מר בנימין נתניהו פסול מלשמש כראש ממשלה בשל כתב החשדות החמור התלוי נגדו. עמדה זו של העותרים לא ניתן לקבל: היא אינה תואמת את אופיו של מוסד הנשיאות (שהוא ממלכתי וא-פוליטי במהותו); היא אינה מתיישבת עם תפקידו של נשיא המדינה בהליך הרכבת הממשלה (המתמקד באיתור חבר הכנסת שהוא בעל הסיכויים הגבוהים ביותר להרכבת ממשלה); היא אינה עולה בקנה אחד עם המידע על פיו נדרש נשיא המדינה לגבש את הכרעתו (עמדות הסיעות השונות ביחס למועמד עליו הן ממליצות לשמש כראש הממשלה); היא אינה מתיישבת עם הליך הבחירות הדמוקרטי אשר סמכות הנשיא מהווה חלק אינטגרלי ממנו (במסגרתו נבחרו חברי הכנסת ה-21, ובכללם מר בנימין נתניהו). בקיצור – היא בגדר עירוב מין בשאינו מינו. בשל כך, האסמכתאות שהובאו על-ידי העותרים שונות באופן מהותי מן הנושא שלפנינו ומן השיקולים הרלוונטיים להכרעה בו.

10. סיכומו של דבר, אין זהו מקרה חריג שבחריגים בו יתכן כי ניתן לשקול התערבות שיפוטית בהחלטה של נשיא המדינה. לפיכך, דין העתירה שלפנינו להידחות כבר מטעם זה, מבלי שהתבקשה התייחסות המשיבים לטיעונים השונים שמעלה העתירה לגופו של עניין. משלא התבקשה תשובה ובמכלול הנסיבות אין צו להוצאות.

61. יצוין כי פסק הדין **בעניין בן-מאיר** התייחס למסכת עובדתית שבה נגד המשיב 2 עמד "כתב חשדות", ואילו עתה כבר הוגש כאמור כתב אישום חמור נגד המשיב 2. ואולם, כפי שניתן להיווכח, ההנמקה בפסק הדין **בעניין בן-מאיר** נסמכה בעיקרה על מאפייני הסמכות הנתונה לנשיא המדינה מכוח חוק יסוד: הממשלה (כשבבעניינינו מדובר בשיקול דעת מצומצם יותר, כפי שיפורט בהמשך), בהתייחס לאותה פרשה המונחת גם במוקד העתירה דן, ומבלי לעסוק כלל בשלב בו נמצא ההליך הפלילי.

על כן, הרציונאלים שעליהם התבסס פסק הדין **בעניין בן-מאיר** מהווים בסיס משפטי למסקנה כי אף כתב אישום בפלילים אינו מונע מנשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת הנאשם בפלילים.

נקודת מוצא שלישית, והיא עיקר – הוראתו המפורשת של סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה

62. במוקד העתירות שבכותרת מצויות טענות העותרים בנוגע לשימוש נשיא המדינה בסמכות המסורה לו מכוח חוק יסוד: הממשלה, להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה, ולשיקול הדעת המסור לו לשם כך. לשיטת העותרים, בית המשפט הנכבד נדרש לקבוע כי נשיא המדינה אינו רשאי להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, לנוכח כתב האישום החמור שהוגש נגדו.

בכל הכבוד, טענות אלה מוקשות, עד מאד, לנוכח הוראותיו המפורשות של חוק יסוד: הממשלה, כפי שפורטו לעיל, ביחס לשלב בו אנו מצויים כעת.

63. כפי שפורט לעיל, ביום 15.4.20 בחצות הסתיימה התקופה שניתנה למשיב 3 להרכבת הממשלה, וביום 16.4.20 הודיע נשיא המדינה ליו"ר הכנסת – הוא המשיב 3 – כי אינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, בהתאם להוראת סעיף 9(א) לחוק יסוד: הממשלה.

בהתאם לכך, סעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה, קובע כי תוך 21 ימים רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב.

לעומת סעיפים 7, ו-9 לחוק היסוד, אשר קובעים בין היתר הוראות בנוגע להיוועצות עם נציגי הסיעות טרם הפעלת סמכותו, הרי שביחס למצב הדברים בפנינו חלה הוראתו הקטגורית של סעיף 10(ב) לחוק היסוד, הקובעת מפורשת כי:

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

64. ודוק – הוראה ברורה זו קובעת, באופן מפורש, כי לו תוגש לנשיא המדינה בקשה של לפחות 61 מחברי הכנסת להטיל את הרכבת הממשלה על מי מהם, אזי "יטיל הנשיא", לשון ציון, את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת.

בכך נבדלת הוראת סעיף 10(ב) לחוק מהוראות סעיפים 7(א) ו-9(א) לחוק, באשר היא מתווה באופן ברור עוד יותר את אופן הפעלת סמכות נשיא המדינה, בלשון מפורשת, חד-משמעית וברורה, וזאת בהינתן תכלית הוראת חוק היסוד המטילה את כובד ההכרעה בדבר זהות חבר הכנסת שיקבל את תפקיד הרכבת הממשלה על המערכת הפוליטית ויכולתה להתכנס להכרעת רוב חברי הכנסת, וזאת חלף התפזרות הכנסת וקיום בחירות חדשות.

65. עוד יצוין כי על רקע העובדה שסעיפים אחרים בחוק יסוד: הממשלה, קובעים סמכויות שברשות – למשל, סמכות הנשיא להאריך את התקופה להרכבת ממשלה (סעיף 8 לחוק); או סמכות הנשיא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה מחדש, או להודיע ליו"ר הכנסת כי אינו רואה אפשרות להרכבת ממשלה, או לחזור ולהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת (סעיף 9 לחוק) - מתחדדת ומתבהרת לשון החובה בה נוקט סעיף 10(ב) לחוק. קרי, במקרה של בקשה חתומה על-ידי רוב חברי הכנסת, לאחר שניסיונות להרכבת ממשלה לא צלחו, וטרם פיזרו הכנסת, המחוקק ביקש לצמצם את שיקול הדעת המסור לנשיא המדינה בעניין וספק רב אם בכלל ניתן לו שיקול דעת שלא להטיל את הרכבת הממשלה על אותו חבר הכנסת.

לעניין ההבחנה בין סמכות שבחובה לסמכות שברשות באותו דבר חקיקה, יפים דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בבג"ץ 4540/00 עפאש נ' שר הבריאות (ניתן ביום 14.5.06), כדלקמן:

"ו. ... (3) ... (ב) פשיטא, שדרך המלך היתה ותהי, כי רשות היא רשות וחובה היא חובה; ולדעתי, אין נסיבות המקרה שלפנינו מביאות לפירושה של סמכות רשות זו להתקנת כללים כסמכות חובה.

...
4. (א) דברים אלה מתחזקים בעיון בחוק ביטוח בריאות ממלכתי עצמו. חוק זה זרוע סמכויות שאותן "רשאי" שר הבריאות (או רשאים נושאי משרה אחרים) להפעיל; והנה הן בעיקרן - ושמה נעלמה מעיני, ואבקש מראש מחילה, סמכות פלונית או אלמונית: הוא גם כולל ביטויים אחרים, שמשמעם הלשוני הפשוט הוא חובה. גיוון זה אומר דרשני."

עוד לעניין ההבחנה בין סמכות שבחובה לסמכות שברשות, ראו למשל את שנקבע בפסק הדין בבג"ץ 8735/13 שטנגר נ' שרת המשפטים (ניתן ביום 14.12.17), סעיף 13 לפסק הדין.

66. העולה מהוראת החוק, בבירור, הוא כי ספק רב אם יש לנשיא המדינה שיקול דעת בבואו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה לפי סעיף 10(ב) לחוק היסוד.

67. בהתאם לכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי גם פרשנות תכליתית של הסמכות המסורה לנשיא המדינה מכוח סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה – אשר אותה יש לקרוא כמכלול, יחד עם סעיפים 7-13 לחוק היסוד שעניינם בהליכים להרכבת ממשלה חדשה – תומכת בדחיית עמדתם של העותרים.

לשיטת העותרים, גם לאחר שלא עלה בידי מועמד או מועמדים שקיבלו את התפקיד מנשיא המדינה להרכיב ממשלה; וגם לאחר שרוב חברי הכנסת הגישו לנשיא המדינה בקשה להטיל את התפקיד על חבר כנסת; על נשיא המדינה לסרב לבקשתם.

ואולם, פרשנות תכליתית של ההסדר הקבוע בסעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, מלמדת כי הוא נועד להביא לכך שבמצב הדברים הקיים – לאחר שלא עלה בידי מאן דהוא להגיע להרכבת ממשלה, בהתאם להוראות המפורטות בחוק; ובטרם תפוזר הכנסת – יטיל נשיא המדינה את התפקיד להרכבת הממשלה על המועמד אשר ביחס אליו הוגשה לו בקשה חתומה על-ידי רוב חברי הכנסת.

לפיכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי תכליתן החקיקתית של הוראות החוק דן עולה בקנה אחד עם בחינתן הלשונית של ההוראות, כפי שהובהרה לעיל.

68. בהתאם לכך, בעוד שלשיטת העותרים קיים 'חסר חקיקתי' בהוראות חוק יסוד: הממשלה, אשר מצריך את התערבות בית המשפט הנכבד בעניין 'לצורך התוויית מתחם שיקול הדעת שבגדרי סמכותו של נשיא המדינה על פי הוראות הדין' (סעיף 95 לעתירה בבג"ץ 2593/20), היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בעניין דנן לא קיים כל חסר חקיקתי, וכי הוראת סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ברורה, חד-משמעית ומפורשת ביותר.

69. על רקע כלל האמור, ובסיכומו של עניין זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין כל בסיס להתערב במימוש הוראות הדין הברורות על ידי הנשיא, ככל שתוגש לו בקשה מתאימה על ידי רוב חברי הכנסת, וממילא דין כלל טענות העותרים בעניין זה להידחות.

70. משאמרנו כל זאת, נפנה עתה לבחון אם קיימת עילה להתערבות שיפוטית בעניין שלא באמצעות התערבות בשיקול דעתו של נשיא המדינה. נקדים ונציין כבר עתה, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, בנסיבות העניין התשובה לכך אף היא בשלילה.

התערבות שיפוטית בדרך של "תקיפה עקיפה"

71. כפי שצוין לעיל, בית המשפט הנכבד עמד על כך שהגם שלא ניתן לתקוף במישרין את החלטות נשיא המדינה, ניתן לעשות כן בדרך של "תקיפה עקיפה". בהקשר לכך יצוין כי בפסק הדין בבג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס (ניתן ביום 5.3.06) (להלן: עניין אבידן), נדרש בית המשפט הנכבד לשאלה אם קיימת מניעה משפטית לכהונה בוועדת הבחירות המרכזית של מי שהורשע בעבירה של הפרת אמונים. בין היתר, נקבע כי השיקולים שהיו צריכים להביא לביטול המינוי לוועדה, חלים גם על הסיעה שמיתנה אותו לנציגה וגם על חבר הוועדה עצמו, והיו צריכים להביאו להתפטרות מהוועדה. כך נקבע בפסק הדין:

32. המשיבה 1 (סיעת ש"ס) לא מצאה לנכון לבטל את מינויו של המשיב כנציגה בוועדת הבחירות. בכך היא הפעילה את שיקול דעתה שלא כדין. היא חרגה, בגישתה זו, מעבר למיתחם הסבירות. אמת, מיתחם זה – ככל שהוא נוגע לסיעה בכנסת – רחב הוא. אך הוא אינו חסר גבולות. במקרה שלפנינו נחצה הגבול. על כן דין המינוי להתבטל.

33. המסקנה הינה, איפוא, כי בחירתו של המשיב כחבר בוועדת הבחירות מתבטלת. ממילא מתבטל גם מינויו כסגן יושבת-ראש ועדת הבחירות. אוסיף, עם זאת, כי לדעתי שגתה ועדת הבחירות שלא ביטלה את בחירתו של המשיב כסגן יושבת-ראש הוועדה. השיקולים עליהם עמדנו, ושהכריעו את הכף מנקודת מבטה של המשיבה 1 (סיעת ש"ס) היו צריכים להכריע את הכף, מקל וחומר, גם אצל המשיבה 2 (ועדת הבחירות המרכזית). אציין, כי היה עליהם גם להכריע את הכף מנקודת מבטו של המשיב (מר אבידן). החובות השונות עליהן עמדנו – והצורך לאזן ביניהן בנקודת ההכרעה – חלות גם לעניין שיקוליו שלו, אם להמשיך בתפקידו כנציג סיעה בוועדת הבחירות, אם לאו. היה עליו להתפטר מחברותו בוועדת הבחירות עם הרשעתו בדין. משלא עשה כן, אין מנוס מלהכריז על ביטול מינוי. נציין כי אין בביטול המינוי כדי להשפיע על פעולות שנעשו בוועדה ובנשיאות בטרם בוטל המינוי (ביום 23.02.2006)."

72. בשים לב לכך, נציין כי בעתירות שבכותרת התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, בין היתר, בדרך של "תקיפה עקיפה", כי קיימת מניעה מלהמליץ לנשיא המדינה כי המשיב 2 ירכיב את הממשלה, כי המשיב 2 מנוע מלקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה, וכי יו"ר הכנסת מנוע מלקבוע ישיבה לכינון ממשלה בראשותו של המשיב 2, וזאת מחמת חוסר סבירות קיצונית.

אכן, אין מניעה לבחון בדרך של "תקיפה עקיפה" את הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת לפי סעיף 10(א) לחוק היסוד, ודאי ביחס להחלטת חבר הכנסת עצמו שצריך לתת את הסכמתו לבקשה, שכן תפקיד הרכבת הממשלה הוא בגדר "**מילוי תפקיד ציבורי על-פי דין**", כמשמעותו בסעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה. על כן בחינת שיקול הדעת של חבר הכנסת "המקבל" כביכול מתאימה יותר בנסיבות, הגם שאף היא מהווה הרחבה של ההלכות הקיימות.

עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בהתחשב באופייה של הסוגיה דנן – הטלת תפקיד הטלת הממשלה על חבר כנסת, תוך מימוש רצון הבוחר כפי שבא לידי ביטוי במערכת הפוליטית – הרי שהיקף שיקול הדעת הניתן לחברי הכנסת בעניין זה הוא רחב ביותר, ומתחם ההתערבות של בית המשפט בהחלטות אלה הוא צר מאד, ונתון למקרים קיצוניים ביותר. כאמור, אף בחינת שיקול הדעת של חבר הכנסת "המקבל" מהווה הרחבה של ההלכות הקיימות, שכן המדובר בלב ליבה של הכרעת רצון הבוחר, כמשתקף מהמלצת חברי הכנסת. לפיכך, לא ניתן לקבוע כי בנסיבות העניין מתקיימת עילה להתערבות שיפוטית של בית המשפט הנכבד, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

73. גם בהקשר זה נזכיר את הפסיקה לפיה היקף הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט הנכבד נגזר מזהות הרשות המפעילה את הסמכות, ומאופייה של הסמכות. כך למשל, בית המשפט הנכבד עמד על כך כי ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת תיעשה בזהירות ובריסון, תוך התערבות במקרים חריגים וקיצוניים (ראו למשל את דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה** (ניתן ביום 9.10.03) (להלן: **עניין הנגבי**), סעיף 11 לפסק הדין); וכן ראו למשל את דבריו של כב' הנשיאה ביניש בפסק הדין בבג"ץ 2704/07 **התנועה להגיונות שלטונית נ' ועדת הכנסת** (ניתן ביום 28.1.08), סעיפים 6-7 לפסק הדין).

74. נוסף על כך, אף ביחס לרשות המבצעת, בית המשפט הנכבד עמד על מתחם שיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בעניינים הנוגעים להרכבת ממשלה, אשר מצריכים התחשבות בשיקולים פרלמנטריים, פוליטיים ומפלגתיים. בד בבד, בית המשפט הנכבד קבע כי במקרה בו מעורב מימד ערכי-נורמטיבי – הקשור לדופי אשר נפל במעשיו של מועמד לשר בממשלה – תידרש ביקורת שיפוטית מעמיקה יותר.

לעניין זה ראו והשוו לדבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 5853/07 **אמונה נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 6.12.07) (להלן: **עניין אמונה**) – שם דובר במינוי שר שהורשע בפלילים – כדלקמן:

"מרחב שיקול הדעת בעניינים של הרכבת ממשלה ומינוי שרים"

22. ככלל, למתחם שיקול הדעת של ראש הממשלה בהרכבת הממשלה ושל הממשלה בצירוף שרים לממשלה שני פנים: מצד אחד, שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה בהרכבת ממשלתו ובהחלטתו מי ומי יימנו על חבריה הוא שיקול דעת רחב. כך הוא גם שיקול דעתה של הממשלה בהחלטתה לצרף שר נוסף לממשלה. מצד שני, שיקול דעת זה נתון לביקורת שיפוטית ואינו חסין באופן מוחלט מפניה, שכן "ראש הממשלה הוא חלק מן הרשות המינהלית, והעקרונות החלים על הרשות המינהלית ועובדיה חלים גם על ראש הממשלה. מכאן, שכל איש ציבור, שיקול דעתו אינו מוחלט. עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו לשיקול שיקולים ענייניים בלבד; עליו לנהוג ללא משוא פנים או שרירות; עליו לפעול בתום לב ובשוויון" ...

שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה ולממשלה בענין הרכבת ממשלה, מינוי שרים והחלפתם, וצירוף שר לממשלה הוא רחב בשל אופייה המיוחד של סמכות המינוי כסמכות "מיוחדת במינה, הן בשל המעמד של ראש הממשלה בנוגע להרכב הממשלה והן בשל האופי הפוליטי של הממשלה. היא חובקת מגוון רב של שיקולים, ומשתרעת על מיתחם רחב של סבירות" סמכותו המיוחדת של ראש הממשלה בנוגע למינוי שרים והפסקת כהונתם נועדה להבטיח את יכולת התיפקוד והביצוע של הממשלה, והיא קשורה קשר הדוק למהלכים הפוליטיים המובנים בתשתית המשטר הדמוקרטי, שאותם ממעט בית המשפט להעמיד במבחן הביקורת השיפוטית **מיתחם הסבירות המאפיין את ממשלתו ומינוי השרים הוא רחב מאד, ועל שיקוליו נימנים שיקולים פרלמנטריים, פוליטיים ומפלגתיים.** מיתחם רחב זה נועד לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות מבצעת של המדינה, ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה (פרשת פוקס, פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא ברק). **ביסוד שיקול הדעת הרחב עומד האינטרס הציבורי להבטיח את יציבותה של הממשלה ואת יכולתה לעמוד במשימותיה.**

...
מרחב שיקול הדעת של ראש הממשלה והממשלה בהליכי מינוי שרים, רחב ככל שיהא מעצם טיבו, משתנה בהתאם לטיב השיקולים הנוגדים שעליהם לשיקול בהליך המינוי. **אין דומה שיקול דעת שכל כולו נעוץ בבחינת הכשירות המקצועית לתפקיד, או בשיקולים ציבוריים-פוליטיים טהורים כאלה ואחרים, למצב בו שיקול הדעת המופעל מחייב התמודדות עם שיקולים ערכיים-נורמטיביים הכרוכים בעבר פלילי של מועמד, או דופי אחר אשר נפל במעשיו, המשפיעים על מעמדו בחברה ובציבור, ואשר יש להם זיקה להתאמתו לשמש בתפקיד. המימד הערכי-נורמטיבי הבא בגדרו של שיקול הדעת המינהלי עשוי להשפיע על מרחב התפרשותו בהקשר מיוחד זה, ולהביא לשרטוט מסגרת שיקול הדעת בקווים צרים יותר, המביא עימו ביקורת שיפוטית מעמיקה יותר.**

75. עוד לעניין היקף הביקורת השיפוטית בסוגיה דנן, נציין כי במסגרת פסק הדין **בעניין ברי הראשון** נקבע בין היתר כי 'אכן, הסוגיה המועילית בעתירה שלפנינו היא סוגיה עקרונית וחשובה. היא נוגעת לעקרון שלטון החוק, לטוהר המידות של נבחרי הציבור ולאמון הציבור במוסדות השלטון. משכך היא נוגעת לליבת ערכי היסוד שעליהם מושתתת שיטת המשפט שלנו ועל כן אין ממש בטענת המשיב והמשיבה כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה' (סעיף 12 לפסק הדין).

תקיפה עקיפה – שני מודלים לבחינה

76. הגם שלא ניתן לתקוף במישרין את החלטות נשיא המדינה, נמצאנו למדים כי ניתן לעשות כן בדרך של "תקיפה עקיפה", ובענייננו באמצעות בחינת חוקיות תוצאות אפשרות הרכבתה של ממשלה על-ידי חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום. בחינה כאמור מחייבת לשוב ולהידרש להוראות חוק יסוד: הממשלה, המסדירות מצב דברים בו מנוהלים הליכים פליליים נגד ראש ממשלה מכהן, ובאופן ממוקד את נפקות הרשעתו בפלילים.

77. כאמור לעיל, בהתאם להוראת סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה, לא ימונה לתפקיד "שר" – וראש הממשלה הוא "שר" – מי שהורשע בעבירה שנקבע שיש עמה קלון, נידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר.

78. סעיף 17 לחוק-יסוד: הממשלה, קובע הוראות שונות בדבר חקירת ראש הממשלה בתקופת כהונתו ואחריה, הגשת כתב אישום והרשעה; ואילו סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה, קובע הוראות שונות בדבר הפסקת כהונה של ראש הממשלה מחמת עבירה. מפאת חשיבות הדברים, נביא להלן את הוראת סעיף 18 בשלמותה בשנית:

"(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 לדין במליאת הכנסת.

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

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...".

79. עיון בהוראת סעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה מלמדנו כי המחוקק המכוון נמנע מקביעה לפיה יש בעצם הגשת כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן כדי למנוע את המשך כהונתו בתפקיד, והוא אף לא מצא לקבוע הוראה דומה ביחס ליכולתו של חבר הכנסת לקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה, כאמור בסעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה. יתרה מכך, המחוקק המכוון קבע הסדרים פרטניים באשר לאופן העברתו מתפקיד של ראש ממשלה שהורשע, כך שניתן בהחלט להסיק – והדברים אף עולים מדיוני הכנסת – כי ראש ממשלה יוכל לכהן גם כאשר הוגש נגדו כתב אישום.

חלף זאת, ניכר כי המחוקק המכוון ביקש לקבוע בגדרי סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה הבחנה בין שני שלבים שונים במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש ממשלה, שאינם נוגעים לשאלת הגשת כתב האישום, אלא להבחנה בין הרשעתו **בפסק דין חלוט** שיש עמו קלון לבין הרשעתו **בערכאה הדיונית**.

כך, בעוד שהרשעת ראש ממשלה בפסק דין חלוט בעבירה שיש עמה קלון מביאה **לפקיעת כהונתו באופן אוטומטי**, הרי שהרשעתו בפסק דין של ערכאה דיונית אינה מובילה לפקיעה אוטומטית של הכהונה, אלא מותירה בידי הכנסת את ההכרעה האם מדובר בהרשעה המצדיקה את העברת ראש הממשלה מכהונתו, אם לאו.

80. עוד לעניין זה, נשוב ונזכיר כי סעיף 4 לחוק הממשלה קובע **הוראות ביחס למצב עובדתי בו הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה בטרם החל לכהן בתפקידו**, וזאת בין היתר למצב בו טרם הוחל בגביית הראיות. הנה כי כן, המחוקק נתן דעתו לסיטואציה של כהונת ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום בטרם החל לכהן, וברי כי גם לכך השפעה על הפרשנות בענייננו.

81. משאלו הם פני הדין הפוזיטיבי, מתחדדת השאלה המשפטית האם קיים הסדר חוקתי שלם וממצה ביחס לאפשרות הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום, וביחס לכהונתו כראש ממשלה לאחר מכן; או שמא מביטים אנו על חסר חוקתי שניתן להשלימו על יסוד פסיקתו של בית המשפט הנכבד ביחס להפסקת כהונת שרים וראשי ערים בשל הגשת כתב אישום נגדם.

82. באופן סכמטי ניתן להתבונן על שאלה זו מבעד לשני מודלים משפטיים אפשריים.

המודל הראשון – מודל לשון החוק, כפי שהוגדר לעיל – נוטע את יתדותיו בלשון הוראת סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה ובפרשנותה. על-פי מודל זה, הוראת סעיף 18 לחוק היסוד, אשר בין היתר קובעת אפשרות להעברה מכהונה לאחר הרשעה בערכאה הדיונית, מלמדת על בחירה מודעת כי בכוחו של ראש הממשלה להמשיך ולכהן גם לאחר שהוגש נגדו כתב אישום, וזאת עד להרשעתו החלוטה בעבירה שיש עמה קלון.

בהינתן נקודת איזון ארכימדית זו, המציבה את ההרשעה בפלילים כמוקד להפעלת שיקול הדעת לסיום כהונתו של ראש ממשלה – ולא את עצם הגשת כתב האישום כמועד הרלוונטי להכרעה – לא ניתן לומר כי קיימת מניעה משפטית על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום לפעול להרכבתה של ממשלה בהתאם להוראות סעיף 10 לחוק היסוד (אם 61 חברי הכנסת בחרו לבקש מנשיא המדינה להטיל עליו את התפקיד והנשיא עשה כן); שכן אם יצליח במלאכה, יעמוד הוא בראשות הממשלה עד אשר יורשע, אם יורשע, בהתאם לשתי החלופות שנקבעו בסעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה.

המודל השני – מודל שיקול הדעת – אינו נעצר בהוראת סעיף 18 לחוק היסוד הממשלה, והוא נוטע יתדותיו בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד, לפיה ניתן להתבונן על השאלה המשפטית שלפנינו מבעד לדוקטרינת ה"כשירות לחוד, ושיקול דעת לחוד". מודל זה מניח כי סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה – אשר אינו מוסב על השאלות הכרוכות בהטלת הרכבת הממשלה על מי מבין חברי הכנסת – אינו יוצר הסדר שלילי ממצה. לפיכך, על-פי מודל זה, סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה אינו משמיע את היותו "סוף פסוק", כך שיש לבחון את סבירות ההחלטה של חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום חמור לקבל על עצמו את משימת הרכבת הממשלה.

83. על רקע שני מודלים אלו, דומה כי העותרים אוחזים במודל השני, ועל בסיסו מבקשים הם כי בית המשפט הנכבד יקבע שלא ניתן להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, לא כל שכן לאפשר למשיב 2 לכהן כראש ממשלה, מאחר שלשיטתם ההסדר החוקי אינו ממצה והדברים אינם עולים בקנה אחד עם פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי ופנחסי ובעניין ראשי הערים**.

84. כאמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור שאין הכרח להכריע במקרה דנן בין שני המודלים, שכן הם מביאים לאותה תוצאה. אולם, כאמור, ככל שבית המשפט הנכבד סבור שההכרעה בין המודלים נדרשת, היועץ המשפטי לממשלה סבור שמודל לשון החוק הוא שמשקף נכונה את הפרשנות הלשונית והתכליתית של הדין.

נעמוד אפוא ביתר פירוט על כל אחד משני המודלים – דבר דבור על אופניו.

מודל לשון החוק

85. שאלת כשירותו של חבר הכנסת להרכיב את הממשלה ולעמוד בראשה היא סוגיה משטרית יסודית ורגישה עד מאד. החלפת השלטון בדרך של הרכבת ממשלה בעקבות תוצאות הבחירות היא אחד הרכיבים החיוניים ביותר של משטר דמוקרטי. לא בכדי ביקש חוק יסוד: הממשלה לקבוע מנגנונים מפורטים באשר לאופן בו מתורגם רצון הבוחר לכדי הרכבת הממשלה והבאתה בפני הכנסת לצורך קבלת אמונה. על רקע זה נאמר כבר עתה, כי קיים לדעת היועץ המשפטי לממשלה פער משמעותי ביותר בין ההסדר החוקתי בעניין הרכבת הממשלה וכשירות ראש הממשלה, לבין ההסדר הנוגע לכהונת שרים בממשלה.

בהביננו זאת, מובן כי יש חשיבות עליונה שהכללים המשפטיים החלים על הליך הרכבת הממשלה, בדומה לכללים החלים על הליך הבחירות, יהיו ברורים, ודאיים וידועים מראש לכל השחקנים בשדה הפוליטי: בוחרים ונבחרים כאחד. יישום הכללים צריך שייעשה בזהירות ובקפדנות. כמו בכל הסדר חוקתי אחר, ההכרעה בו נתונה ראשית לכל להכרעתו וקביעתו של המחוקק-המכוון. לפיכך, לפי מודל זה, הפרק החוקתי הנוגע לכללי החלפת השלטון, ובכלל זה ההוראות הקובעות את תנאי הכשירות לתפקיד ראש הממשלה, צריך שיהיה מפורט וברור לכל.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תפיסה זו משליכה גם על אופן ביקורתו השיפוטית של בית המשפט הנכבד, עת נדרש הוא להכריע במחלוקת בעניין הנוגע להטלת התפקיד להרכבת הממשלה, ועת הוא בא לפרש את ההוראות בחוק היסוד שזה עניין. כידוע, כל מעשה פרשני תחילתו בלשון החוק, ובגדרה יש לבחור את הפרשנות הלשונית המגשימה את תכלית הנורמה בצורה הטובה ביותר. בתחום המשפטי שבו עסקינן, 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 המכוונת. אופן פירושן של ההוראות החוקתיות האמורות צריך להבטיח שמירה על תכונותיהם של כללי המשחק המשפטיים – יציבות, בהירות וודאות; בעוד שספק אם אמת מידה של סבירות עומדת במאפיינים האמורים.

86. יש לזכור, כי מנגנון הרכבת הממשלה הקבוע בסעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה מוסב על החלטת רוב חברי הכנסת להמליץ בפני נשיא המדינה על חבר כנסת פלוני כמי שיקבל את מנדט הרכבת הממשלה; כמו-גם החלטת חבר הכנסת לקבל על עצמו את התפקיד. פעולות אלו הן פוליטיות מובהקות, ועל-פי מודל לשון החוק, הן אינן פעולות שנמדדות בכלים "רגילים" של משפט מינהלי. אופיין הפוליטי הייחודי בולט ונבדל אף בהשוואה להחלטה של ראש ממשלה מכהן לפטר שר בממשלתו בהתאם לסמכותו לעשות כן לפי חוק היסוד.

בענייננו, כפי שכבר הראנו מעלה בסקירת הוראות חוק היסוד, סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה, ולמעשה חוק יסוד: הממשלה בכללותו, קובעים הסדר דו-שלבי שלם, לפיו בתחילה – עם הרשעתו של ראש ממשלה בפלילים בערכאה ראשונה, תפעיל הכנסת שיקול דעתה ותחליט האם להפסיק את כהונתו; ולאחר מכן – אם יהפוך פסק הדין לחלוט, תיפסק כהונתו של ראש הממשלה אוטומטית. לעומת זאת, סעיפי חוק יסוד: הממשלה, אינם כוללים כל הוראה כמו זו שהעותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לקבוע; קרי – הוראה לפיה הגשת כתב אישום נגד חבר כנסת פוסלת את כשירותו ויכולתו המשפטית מלקבל על עצמו את מנדט הרכבת הממשלה, או מונעת הימנו את יכולתו לעמוד בראשות הממשלה, היה וקיבל את המנדט לידי.

עיון בהוראות חוק היסוד מלמד כי מצב עובדתי שבו ראש הממשלה מואשם בפלילים לא נעלם מעיני הכנסת בחוקקה את חוק היסוד, ולמעשה היבט זה זכה להתייחסות לא מצומצמת – ראו בעיקר סעיפים 17 ו-18 המפורטים עד מאד לגבי ראש הממשלה ובדומה סעיפים 23 ו-27 לגבי שרים וסגני שרים (בהתאמה) וכן סעיף 6(ג) לגבי כשירות שר (ונוכח כי ראש הממשלה הוא "שר").

מלים רבות הקדישה הכנסת להסדרת דינו של ראש ממשלה הנתון בהליך פלילי, ואף שמרה לעצמה את שיקול הדעת להפסיק כהונתו במקרה של הרשעה בפלילים, אך בקשר להטלת התפקיד להרכיב את הממשלה בחר המחוקק לשתוק.

87. על רקע טיבם המיוחד של ההסדרים החוקתיים הנוגעים להחלפת השלטון ולהרכבת הממשלה לאחר הבחירות כמוסבר לעיל, שתיקה זו של הכנסת בחוק היסוד ביחס לתנאי הכשירות של חבר הכנסת המרכיב את הממשלה צריכה להתפרש, לפי מודל לשון החוק, כשתיקה מכוונת ומשמעותה הסדר שלם וממצה. בהקשר זה נשוב ונציין את הוראת סעיף 4 לחוק הממשלה – שעניינה בערכאה שתדון בכתב אישום שהוגש נגד ראש ממשלה או שר מכהן, טרם כניסתם לתפקיד – אשר עוסקת במפורש בסיטואציה בה הוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה בטרם החל לכהן

על-פי מודל זה, קביעת מגבלה החוסמת את כוחו של הרוב בכנסת לתרגם את תוצאות הבחירות לכדי כינון ממשלה לפי רצונו, קרי רצון רוב הבוחרים, מחייבת עיגון מפורש בחוק היסוד. משאין קביעה מפורשת כאמור, משמעות הדבר שגם אין מניעה כאמור.

88. תימוכין משמעותיים נוספים למסקנה הפרשנית שביסוד מודל לשון החוק ניתן למצוא בהיסטוריה החקיקתית של תיקון חוק יסוד: הממשלה. כך, למשל, עיון בפרוטוקולי הדיונים שהתקיימו בשנת 1998 בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהצעת החוק לתיקון חוק-יסוד: הממשלה, שהתקיים כמה שנים לאחר שניתנו הלכות **דרעי ופנחסי**, מסייע בלימוד כוונת המחוקק ורוח הדברים מאחורי ההסדרים שנקבעו בענייניו של ראש ממשלה מכהן שהוגש נגדו כתב אישום, כמו גם בסוגיית העברת ראש ממשלה מכהן מתפקידו בגין הרשעה בפלילים¹.

¹ פרוטוקול מס' 266 מיישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 26.2.01.

לעניין זה, הוועדה נדרשה לכך שכתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן יוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים, אשר יישב בהרכב של שלושה שופטים (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון), תוך שהביאה בחשבון מצב בו יוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן.

89. מעבר לכך, התקיים דיון ער ונרחב בוועדה בהוראת סעיף 18 לחוק היסוד, שעניינה כאמור בהפסקת כהונה של ראש ממשלה מכהן מחמת עבירה (עמ' 14-30 לפרוטוקול).

בין היתר דנו חברי הכנסת ונציגי משרד המשפטים בסמכות הכנסת להעביר מתפקידו ראש ממשלה מכהן שהורשע בעבירה שיש עמה קלון; ובאפשרות לקבוע 'מנגנון אוטומטי' אשר לפיו פסק דין מרשיע וחלוט בעבירה שיש עמה קלון יביא להעברת ראש ממשלה מכהן מתפקידו, ללא צורך באישור של הכנסת לכך. כך למשל, ראו את הדברים הבאים מהדיון בוועדה (עמ' 18 לפרוטוקול):

" יוסף לפיד:

למה לתת לכנסת סמכות להשאיר בכהונתו אדם שהורשע בפלילים?

הי"ר אמנון רובינשטיין:

זה לא פסק דין סופי.

שלמה שהם:

אנחנו רוצים לקבוע כאן נורמה. אנחנו רוצים שראש ממשלה, שהורשע בעבירה פלילית, לא יהיה ראש ממשלה, ולא עשינו זאת. לא עשינו זאת, משום שאנחנו לא אומרים בחוק שזו אפשרות. דרך אגב, הערתי לאמנון רובינשטיין קודם שיש פסק דין שיש עמו קלון, פסק דין חלוט, לא כמו פה, אלא אחרי שגם נדחה הערעור, כך לדעתי היה צריך לומר. זאת אומרת, אם אנחנו רוצים להחיל את הנורמה הזאת, ברגע שיש פסק-דין חלוט, היינו, כשכבר היה ערעור ואדם מורשע ונגמר הסיפור, היה צריך לומר שהוא לא יכול להיות ראש ממשלה, נקודה. אנחנו לא אומרים את זה. באנו לתקן ונמצאנו מקלקלים. יכול להיות מצב שאולי היה עדיף שלא יהיה כתוב שום דבר מאשר לכתוב את זה בצורה הזאת, כי ל-61 בלאו הכי יש הכוח.

דלית דרור:

אתה רוצה שמי שיורשע בערכאה אחת במחוזי יכהן כראש ממשלה?

שלמה שהם:

לא, אני רוצה שהוא לא יכהן בכל מקרה, גם אם 61 תומכים בו.

הי"ר אמנון רובינשטיין:

שלמה שהם, ההבדל הוא שהכנסת, תוכל להעביר אותו, לפי השיטה הישנה, בכל מקרה.

שלמה שהם:

אתה לא קובע נורמה ואומר: הוא לא יכול לכהן, נקודה.

סיגל קוגוט:

יש אפשרות לעשות זאת, אבל יוצא שבית-משפט הוא זה שמעביר את ראש הממשלה מכהונתו, ולא רצינו את זה. זו הסיבה שלא כתבנו זאת. יוצא ששופט שמחליט אם יש קלון או אין קלון, יודע שהוא מדיח ראש ממשלה.

עוזי לנדאו:

אני לא רוצה את זה בשום אופן."

ראו את הדברים שלהלן (עמ' 23-24 לפרוטוקול):

"ציפי לבני:

בעיקרון, חשוב שהכנסת תהיה ריבונית להעביר ראש ממשלה מכהונתו אם בית-משפט מחוזי קבע שהוא הורשע בעבירה שיש עמה קלון, וההחלטה כפי שכתוב כאן.

השאלה הנוספת שאלה אני מגיעה היא השאלה, אם התהליך הזה הוא תהליך אוטומטי. תהליך אוטומטי יכול להיות רק כשיש פסק-דין סופי, שעבר את כל הערכאות, כולל ערכאת הערעור. האם על זה יש הסכמה?

הי"ר אמנון רובינשטיין:

לא, אין הסכמה על שום דבר.

ציפי לבני:

יש טיעון שאומר שגם אם בערכאה הראשונה של בית-המשפט המחוזי הוא ילך אוטומטית?

הי"ר אמנון רובינשטיין:

אין הצעה כזאת.

הי"ר אמנון רובינשטיין:

ההצעה היא שאם יש פסק-דין חלוט זה לא יהיה תלוי בכנסת, ולזה היו התנגדויות.

ציפי לבני:

אם היה פסק-דין חלוט כזה לפני שהוא נבחר, זה היה פוגם בכשירות שלו, הוא יכול היה להיבחר? לא. זאת אומרת, שיש כאן מצב שמבחינת המכלול, אם פסק-הדין מתקבל תוך כדי או ביום שאחרי, לדעתי, ההשלכה שלו על הכהונה צריכה להיות כאילו הוא התקבל לפני, זאת אומרת, שזה כן פוגע בכהונה. אבל יש לי בעיה אחרת עם התוצאות של זה, ולא ברור לי אם רואים את הממשלה כמתפטרת. יש כמה קומבינציות בחוק הזה."

וכן ראו את הדברים שלהלן (עמ' 30 לפרוטוקול):

"ראובן ריבלין:

לכן אני מציע להיצמד להצעה של משרד המשפטים, כי בהחלט זה לא מבחן הרע במיעוטו, אלא זה הגרעין של המחשבה הדמוקרטית במדינה דמוקרטית.

יהושע שופמן:

רציתי להעיר שההצעה שלנו באה לא בגלל החשש שמערכת משפטית מתנכלת, או, חלילה, מושחתת, אלא בין השאר להגן על המערכת המשפטית. יש מצבים גבוליים, יש עבירות מס, כן קלות לא קלות. אני לא רוצה להטיל על השופט המרשיע, שופט השלום, או שופט בית-המשפט המחוזי, החלטה אם אדם יהיה ראש ממשלה או לא יהיה.

ראובן ריבלין:

יכול להיות שההחלטה שלו פגומה.

יהושע שופמן:

לגבי העניין של פסק-דין חלוט או לא חלוט, כיוון שאנחנו לא קובעים את זה אוטומטית, ולא בית-המשפט מחליט אם ראש הממשלה יודח או לא, חשבנו שיש מצבים שבהם אדם שהורשע על-ידי בית-משפט, גם אם יש אפשרות לערעור, הכנסת באה ואומרת "הוא לא יכול להמשיך בתפקידו".

הי"ר אמנון רובינשטיין:

לא היית כאן כשסיכמתי. ברור שלגבי ההצעה של פיטורים אוטומטיים, זה רק על פסק-דין חלוט, ואני תומך בה."

90. בתמצית, מעיון בפרוטוקול הדיון נראה כי חלק מהמשתתפים ביקשו לקבוע כי הרשעה בעבירה שיש עמה קלון בפסק דין חלוט תביא להפסקה אוטומטית של כהונת ראש הממשלה, ואילו אחרים ביקשו לקבוע כי גם במקרה של הרשעה, הפסקת הכהונה תהיה טעונה את אישור הכנסת. דומה כי מדיונים אלה אף עולה כי חברי הכנסת סברו שנכון כי הגורם שיכריע בדבר הפסקת כהונת ראש ממשלה, תהא הכנסת עצמה ולא בית המשפט הפלילי.

לא למותר לציין בהקשר זה, כי הטיעון שנשמע הן מפי חברי כנסת והן מפי נציגי משרד המשפטים, לפיו בעייתי שבית משפט הפלילי יכריע על הפסקת כהונת ראש ממשלה, מתחדד שבעתיים כאשר מתבקש לקבוע כי הגשת כתב אישום תאפשר הדחת ראש ממשלה, כך שהדבר ייקבע למעשה בהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה, אף עוד בטרם משפט והכרעה, כאשר חזקת החפות בעינה עומדת.

עוד עולה מן ההיסטוריה החקיקתית, כי לא נדונה במישרין נפקות הגשת כתב אישום כתנאי כשירות לכהונתו של ראש ממשלה, אך דומה כי לאור קביעת המחוקק שאפילו בשלב של הרשעה בערכאה דיונית, רק הכנסת תוכל להפסיק את כהונת ראש הממשלה, אין לשער כלל כי חברי הכנסת היו נכונים להניח שכהונתו תופסק בשל כך, עוד בשלב מוקדם יותר של ההליך הפלילי. נזכיר, כי סעיף 6 לחוק היסוד קובע את כשירותם של השרים. ראש הממשלה הוא שר (סעיף 5(א)) ומכאן שתנאי הכשירות לכהונתו מוסדרים בסעיף 6 ואין מדובר בחסר גם בהיבט זה. אף באמור בסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת לעניין תנאי הכשירות של חברי כנסת אין כדי לשנות ממסקנה זו.

עוד יש מקום לשוב ולהזכיר את סעיף 4 לחוק הממשלה, אשר על אף היותו הוראה פרוצדורלית, ניתן בהחלט ללמוד ממנו כי הכנסת ראתה לנגד עיניה מצב שבו חבר כנסת ייכנס לתפקיד ראש הממשלה, בעיצומו של ההליך פלילי המתנהל נגדו.

91. אל מול הטעמים התומכים כאמור באימוץ מודל לשון החוק, מבקשים העותרים לטעון כי ההלכות בעניין דרעי ופנחסי וראשי הערים² שומטות את הקרקע תחת מודל זה.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לקבל טענה זו. טעם הדבר נעוץ בכך שישנן מספר אבחנות משמעותיות בין הלכות אלו לבין השאלה אם חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום יכול לקבל על עצמו את מנדט הרכבת הממשלה לפי סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה, ולאחר מכן לעמוד בראשה כנאשם בפלילים.

ברם, ועוד בטרם נעמוד על ההבחנות האמורות, יובהר ויודגש פעם נוספת, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, משקלם וחשיבותם של שיקולי טוהר המידות של נבחרי הציבור ואמון הציבור ברשויות השלטון – אשר עמדו במוקד פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי ובעניין פנחסי** – עודם עומדים בעינם, וקביעות בית המשפט הנכבד בעניין יפות גם בעת הזו, והן בבחינת המסד למודל שיקול הדעת עליו יפורט בהמשך. עם זאת, בכל הנוגע להליך הרכבת הממשלה מיד לאחר בחירות לפי רצון של רוב חברי הכנסת שזה עתה נבחרו, אמון הציבור מקבל משמעות נוספת.

אבחנה מהלכת דרעי-פנחסי

92. כידוע, ובתמצית, בית המשפט הנכבד קבע **בעניין דרעי ובעניין פנחסי** כי לנוכח כתבי אישום חמורים שהוגשו נגד השר דרעי ונגד סגן השר פנחסי, אי-העברתם מתפקידם על-ידי ראש הממשלה – מכוח הסמכות המסורה לו לפי חוק יסוד: הממשלה – הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני.

² בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום 8.9.93) (להלן: **עניין דרעי**), בבג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 8.9.93) (להלן **עניין פנחסי**), ובבג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון (להלן: **עניין ראשי הערים**)

כך למשל סיכם כב' הנשיא שמגר את פסק דינו בעניין דרעי :

"20. ניתן עתה לסכם דעתי בסוגיה שלפנינו:

(א) הסמכות לפי סעיף 21א הנ"ל היא סמכות שבשיקול-דעת.

(ב) הבטחה שלטונית שלא להשתמש בסמכות להעביר נושא משרה מן התפקיד - אין לה תוקף.

(ג) על בעל הסמכות לשקול את הפעלת הסמכות כאשר הדבר נדרש או מתחייב, וזאת בצורה מסודרת ושיטתית תוך שימוש בסמכות למטרתה והימנעות משיקולים זרים.

(ד) שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים יכול שיהיו לגיטימיים בנסיבות נתונות, אך יש לבחון אותם תוך איזון נאות עם יתר השיקולים; כאשר בין יתר השיקולים כלולה העובדה שיש ראיות לכאורה כי בוצעה עבירה על-ידי חבר בממשלה, יש רלוואנטיות לחומרתה של העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר, פוחת משקלם של כל השיקולים האחרים.

(ה) על מי שמפעיל את שיקול הדעת לשוות נגד עיניו את כל המרכיבים ואת כל הגורמים המשפיעים הרלוואנטיים, ולייחס להם משקל סביר ביניהם לבין עצמם. ייחוס משקל בלתי פרופורציוני למרכיב זה או אחר עלול לפסול את ההחלטה.

(ו) יש נסיבות שבהן הופכת הפעלת סמכות שבשיקול-דעת להפעלה שבחובה. אי הפעלתה של הסמכות בנסיבות מעין אלה יכולה להיחשב כבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין.

(ז) מקרה פסול בעבר מחייב תיקון של מה שעוות או התנערות ממנו, ולא חיקויו. אין ללמוד היתר מכישלון שבעבר.

(ח) העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי-הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצוני. ההישענות בעניין זה על התחייבות, הנוגדת את הוראותיו של סעיף 13א לחוק היסוד, אינה במקומה.

הפגיעה באמינות השלטון עקב אי העברה מהתפקיד של מי שמואשם בעבירות חמורות של שחיתות, היא חמורה בהרבה מן הפגיעה באמינות עקב אי קיום הבטחה שהחוק אסר מעיקרו את נתינתה. כמבואר, איננו דנים כאן בשאלת האמינות כנורמה מוסרית, אלא בהוראות הדין המתייחסות לסבירותה של הימנעות מהפעלת הסמכות.

21. אשר-על-כן דעתי היא כי יש להצהיר שמן הדין שראש הממשלה יפעיל סמכותו לפי סעיף 21א לחוק-יסוד: הממשלה ויעביר את השר דרעי מכהונתו. במובן זה יהפוך הצו להחלטי.

93. יובהר ויודגש פעם נוספת, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, משקלם וחשיבותם של שיקולי טוהר המידות של נבחרי הציבור ואמון הציבור ברשויות השלטון – אשר עמדו במוקד פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי ובעניין פנחסי** – עודם עומדים בעינם, וקביעות בית המשפט הנכבד בעניין יפות גם בעת הזו.

בד בבד, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה קיימים הבדלים מהותיים ומשמעותיים בין עניינינו לבין **עניין דרעי ופנחסי**, ואליהם נידרש להלן.

94. **ראשית** יצוין כי בעוד **שבעניין דרעי ופנחסי** מדובר היה כאמור בהעברת שר וסגן שר מתפקידם על-ידי ראש הממשלה, בעניינינו עסקינן בהטלת התפקיד להרכבת ממשלה או בכהונה כראש ממשלה לאחר מכן. כידוע, **מעמדו של ראש הממשלה הוא מעמד מיוחד, השונה ממעמדם של שרים וסגני שרים**; משמעות התפטרותו שונה ותוצאותיה מרחיקות לכת, וכפיית התפטרותו מהווה התערבות משמעותית הרבה יותר בהליך הדמוקרטי מזו הנובעת מפטורי שר. בין היתר, בכך טמון שוני מהותי בין הסוגיות.

לעניין זה ראו למשל את פסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 26.10.04), כדלקמן:

"מעמדו של ראש הממשלה"

18. ראש הממשלה הוא שר (סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה). כל דין הנגזר ממעמד של שר, נגזר גם ממעמד ראש הממשלה. עם זאת, **ראש הממשלה הוא שר מיוחד במינו. הוא ראש וראשון לשרים**. כך הדבר, בשל מספר הוראות שבחוק-יסוד: הממשלה. **ראשית, ראש הממשלה הוא המרכיב את הממשלה**. נשיא המדינה מטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה). משהורכבה הממשלה על ידי אותו חבר כנסת הופך הוא לראש הממשלה (סעיף 13(ג) לחוק-יסוד: הממשלה). "בידי ראש הממשלה נתונה הסמכות העיקרית בנוגע להרכבת ממשלה, קביעת זהות השרים המכהנים בה והתפקידים בהם הם נושאים" (השופט א' ריבלין בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 833). **שנית, הממשלה אחראית אחריות משותפת בפני הכנסת, אולם השרים עצמם אחראים בפני ראש הממשלה על התפקידים שעליהם הם ממונים** (סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה). זוהי אחריות אישית של כל שר ושר כלפי ראש הממשלה באשר למילוי תפקידו כשר. **שלישית, ראש הממשלה הוא המנהל את ישיבות הממשלה** (ראו והשוו סעיף 16(א) לחוק-יסוד: הממשלה). **רביעית, התפטרותו או פטירתו של ראש הממשלה דינה כהתפטרות הממשלה כולה** (סעיפים 19 ו-20 לחוק-יסוד: הממשלה). **זאת ועוד: מצויה בידי ראש הממשלה הסמכות להביא בנסיבות מסוימות, ובהסכמת נשיא המדינה, לפיזור הכנסת כולה** (סעיף 29(א) לחוק-יסוד: הממשלה). **לבסוף, אם חדל שר לכהן או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו ממלא את מקומו ראש**

הממשלה או שר אחר שקבעה הממשלה (סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה). הנה כי כן, ראש הממשלה הוא אמנם חבר בממשלה אך מעמדו הוא מעמד מיוחד. הוא ראשה של הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה וחלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילויותיה ויעדיה העיקריים."

95. הגם שאין חולק שענייננו שונה גם ממצב של הפסקת כהונה של ראש ממשלה מכהן, והוא אינו עוסק בהפסקת כהונתו של המשיב 2 כראש ממשלת מעבר (אשר מכהן מכוח רציפות הממשלה ועד שתיכון הממשלה החדשה, בהתאם להוראות סעיף 30 לחוק יסוד: הממשלה), הרי שלנוכח השוני המהותי בין מעמדו של שר לבין מעמדו של ראש ממשלה, קיים שוני מהותי בין העברת שר מתפקידו לבין הטלה על חבר כנסת של תפקיד להרכבת ממשלה או כהונה עתידית שלו בראשות הממשלה.

על שוני זה ניתן ללמוד גם מההסדרים החוקיים הקבועים בחוק היסוד. בעוד שבחוק יסוד: הממשלה, נקבע כאמור כי כהונת ראש ממשלה תופסק באופן מידי לאחר הרשעתו בפסק דין **סופי** בעבירה שיש עמה קלון (סעיף 18(ד) לחוק); הרי שהפסקת כהונתו של שר מחמת עבירה תהיה ביום הרשעתו בפסק דין (**אף אם אינו סופי**) בעבירה שיש עמה קלון, תוך שבחוק נקבע מפורשות כי 'סעיף זה לא יחול על ראש הממשלה' (סעיף 23(ג) לחוק היסוד). בנוסף, הוראות חוק היסוד קובעות תוצאות שונות בתכלית כאשר עסקינן בהפסקת כהונת ראש ממשלה, לעומת הפסקת כהונת שר.

96. **שנית**, בעוד **שבעניין דרעי ופנחסי** קבע בית המשפט הנכבד כי אי-הפעלת הסמכות להעברת שר או סגן מתפקידו הייתה בלתי סבירה באופן קיצוני, וכי סמכות הרשות שבחוק יסוד: הממשלה (בנוסחו דאז) הפכה לסמכות שבחובה, ברי כי בענייננו מבנה ההסדרים המשפטיים שונה בתכלית.

97. לעניין זה, יצוין כי **בעניין דרעי ופנחסי** הייתה **הוראה מפורשת בדיון** – בסעיפים 21א ו-36א לחוק יסוד: הממשלה דאז, אשר הקנתה לראש הממשלה סמכות להעביר שר וסגן שר מתפקידם, ואשר לאורה בחן בית המשפט הנכבד את סבירות שיקול דעתו של ראש הממשלה בהפעלת סמכותו. לעומת זאת, הוראה מקבילה ומפורשת שכזו אינה קיימת בענייננו. הווה אומר, בענייננו אין הוראת חוק המעניקה סמכות לגורם א', שבצידה שיקול דעת, להורות על הפסקת כהונתו או פיטוריו של בעל תפקיד ב'. ההוראה הקרובה ביותר בענייננו לכך היא הוראת סעיף 18 לחוק יסוד הממשלה, המעניקה לכנסת את שיקול הדעת להורות על הפסקת כהונתו של ראש ממשלה, אבל זאת **לאחר שהורשע בערכאה דיונית בעבירה שיש עמה קלון**.

בהתאם לכך, **בעניין דרעי** קבע כב' הנשיא שמגר כי 'סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את **אי-הפעלתה של הסמכות** לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין' (סעיף 17 לפסק הדין).

בדומה לכך, **בעניין פנחסי** קבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק כי 'שיקול הדעת הרחב הניתן לראש הממשלה ולשריה לפטר סגן שר הופך, בנסיבות המקרה שלפנינו, לחובה' (סעיף 36 לפסק הדין). **בעניין דרעי** אף התייחס כב' הנשיא שמגר להתחייבות ראש הממשלה שלא להעביר את השר דרעי מתפקידו (עד להתממשות התנאים שנקבעו בהתחייבות השר), וקבע כי ההתחייבות להגביל מראש את סמכות ראש הממשלה נוגדת את הוראות חוק יסוד: הממשלה, כמו גם את העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי (סעיפים 9-10 לפסק הדין); וקבע כי 'בלתי חוקי הוא שבעל סמכות ימשוך ידיו מהפעלתה של סמכות ההעברה מן התפקיד' (סעיף 11 לפסק הדין).

ברי, כי מצב הדברים בענייננו שונה בתכלית.

98. **שלישית**, כאמור, חוק היסוד קובע כי הכנסת מוסמכת להביא להפסקת כהונת ראש ממשלה לאחר שהורשע בעבירה שיש עמה קלון, בהחלטת רוב חבריה, וזאת עוד בטרם הפסק הדין לחלוט (סעיף 18(א) לחוק). מכאן, שלשון הסעיף עצמה משמיעה את המסקנה כי שיקול הדעת בעניין הפסקת כהונת ראש ממשלה לאחר שהורשע בעבירה שיש עמה קלון, מסור לחברי הכנסת. משכך, בהתאם למודל לשון החוק, בניגוד לפרשות **דרעי**, **פנחסי** או **הנגבי**, בענייננו שיקול הדעת הרלוונטי של הגורם המוסמך להעביר מכהונה – קרי, הכנסת – טרם נדרש לכלל הפעלה, שכן טרם התגבשו התנאים לכך בסעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה מפאת העובדה כי אין בפנינו פסק דין מרשיע של ערכאה דיונית בעבירה שיש עמה קלון. על כן, בחינה של שיקול הדעת באופן מינהלי עוד קודם לשלב ההרשעה היא לכאורה מוקדמת ועלולה לייתר את שיקול הדעת אשר ביקש המחוקק לייחד לכנסת עצמה על פי סדר הדברים הקבוע בהוראות סעיף 18 לחוק.

99. לצד האמור לעיל, יצוין כי הן **בעניין דרעי** ו**פנחסי** והן בענייננו עולות שאלות כבדות משקל הנוגעות לעקרון שלטון החוק, לטוהר המידות של נבחרי הציבור ולאמון הציבור במוסדות השלטון. כפי שציין בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"ץ 8145/19 מדובר בסוגיות הנוגעות 'לליבת ערכי היסוד שעליהם מושתתת שיטת המשפט שלנו' (סעיף 12 לפסק הדין).

כך, בהלכה שנפסקה **בעניין דרעי** ו**פנחסי** יישם בית המשפט הנכבד אמת מידה מהותית שנועדה להבטיח את אמון הציבור וטוהר המידות בקרב חברי הממשלה בהקשר לחשדות בפלילים, תוך שיצק לתוך המבנה המשפטי שהוסדר בחוק – קרי, סמכותו של ראש הממשלה לפטר שר או סגן שר – את אמת המידה המהותית. כידוע, אמת מידה זו עודה עומדת בתוקפה גם כיום, והיועץ המשפטי לממשלה אף מבהיר זאת במידת הצורך, מעת לעת.

בהקשר לכך יצוין כי לאחר הודעת היועץ המשפטי לממשלה על הגשת כתב האישום נגד המשיב 2, ביום 12.12.20 הודיע המשיב 2 – במסגרת תגובתו לעתירות בבג"ץ 7871/19 ובבג"ץ 7928/19 שלעיל – כי יחדל לכהן כ"שר" עד ליום 1.1.20 ותחתיו ימונו שרים אחרים.

מודל לשון החוק אינו בא לגרוע מחשיבות אמון הציבור אלא שהוא מניח כי בעצבה את הוראות חוק-יסוד: הממשלה בכל הנוגע לכשירות ראש הממשלה ופסילתו לכהונה עקב הליך פלילי, נתנה הכנסת את דעתה לאיזון הנכון בין מגוון השיקולים הנוגעים בעניין ובהם גם אמון הציבור וטוהר המידות. על כן, אין צורך ואין זה נכון לפי מודל זה, להוסיף בחינה פרשנית חיצונית של שיקול אמון הציבור על גבי החלת הוראות החוק עצמן.

100. יתר על כן, אמון הציבור הוא בעל משמעות נוספת ומרכזית, כאשר עסקינן בהרכבת ממשלה לאחר הבחירות לפי דרישה של 61 חברי הכנסת, כאמור בסעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה; והוא נושא בחובו גם את אמון הציבור בשיטה הפרלמנטרית-דמוקרטית עצמה, לפיה שיקוף רצון הבוחר נעשה על-פי נציגיו בכנסת. יפים לעניין זה גם דברי כב' השופטת דורנר שנאמרו בהקשר דומה בבג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 19.10.1998) לגבי כהונתו של ח"כ פנחסי כיו"ר ועדת הכספים של הכנסת, לאחר שהורשע בעבירות שיש עמן קלון:

7. 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."

מובן, כי לשיקול זה יש לתת משקל נכבד בענייננו.

101. אשר על כן, מבלי לגרוע מכל האמור בדבר עמידת היועץ המשפטי לממשלה על עקרונות שלטון החוק וטוהר המידות בשירות הציבורי – תוך חיזוק אמון הציבור ברשויות השלטון – במקרה דנן המסגרת הנורמטיבית החוקתית ונסיבות המקרה שונות ועל כן מביאות לתוצאה שונה; אף שאין לכחד כי לכהונת ראש ממשלה תחת כתב אישום יש משמעות כבדה ביותר בכל הנוגע לתפיסות שורשיות של טוהר המידות בשירות הציבורי, ובכלל.

102. על רקע כלל האמור, ובראש הדברים היות המסגרת הנורמטיבית בענייניו של ראש הממשלה שונה בתכלית, היועץ המשפטי לממשלה סבור כאמור כי עמדתו בעניין – כפי שתפורט בהמשך – אינה סותרת את פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין זרעי ופנחסי**, ובהתאם לכך אף אין בעמדתו במקרה דנן כדי לכרסם **בהלכת זרעי ופנחסי**.

הבחנה מהלכת ראשי הערים

103. טענה נוספת אשר מעלים העותרים בעתירתם היא כי התערבותו של בית המשפט הנכבד בעניין נדרשת אף לאור הפסיקה **בעניין ראשי הערים**.

104. כידוע, ובתמצית, בית המשפט הנכבד קבע **בעניין ראשי הערים** כי לנוכח כתבי אישום חמורים שהוגשו נגד ראש עיריית רמת השרון וראש עיריית נצרת עילית, מועצות הרשויות היו חייבות להורות על העברת ראשי העיריות מכהונתם, בהתאם לסמכות המסורה להן בסעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש עיר וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975.

בהמשך לאמור לעיל, נעמוד להלן גם על ההבדלים המהותיים הקיימים בין ענייננו לבין **עניין ראשי הערים**.

105. **ראשית, היקף הביקורת השיפוטית** שונה בתכלית בשני המקרים. בשים לב לכך שהיקפה של הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט הנכבד נגזר כאמור מזהות הרשות המפעילה את הסמכות ומאופייה של הסמכות, ברי כי היקף הביקורת השיפוטית בענייננו שונה מהותית מהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מועצת העירייה. לעניין זה ראו והשוו לדבריה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין **בעניין ראשי הערים**, כדלקמן:

35" ... ההבדל המהותי בין הכנסת לבין מועצה של רשות מקומית בא לידי ביטוי גם לענין היקף הביקורת השיפוטית: **בעוד בית המשפט נוקט בריסון רב בהתערבות בהחלטות הכנסת, ריסון הנובע ממעמדה המיוחד של הכנסת במשולש הרשויות, ריסון עצמי זה מיוחד הוא לכנסת ואין להחילו על גורמים שלטוניים אחרים כגון מועצת עיריה ...** בסופו של יום, עצם העובדה שראש הרשות המקומית הוא נבחר ציבור, אין בה כדי למנוע מבית המשפט להתערב בהחלטה שלא להעבירו מכהונתו כראש הרשות המקומית.

36. **בענייננו, לא מדובר בשרים בממשלה אלא בראשי רשות מקומית. הוראות הכשירות לא נקבעו בחוקי יסוד, אלא בחקיקה "רגילה" ...**

על כן, ומשמעמדו של ראש הממשלה בשיטת המשטר הישראלית שונה ממעמדם של שרים אחרים, ברי כי מדרך של קל וחומר קיים שוני אף בין **עניין ראשי הערים** לענייננו.

106. **שנית, בדומה לאמור לעיל בעניין דרעי ופנחסי**, יצוין כי גם **בעניין ראשי הערים** הייתה **הוראה מפורשת בדין** – בסעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות – אשר הקנתה סמכות למועצת הרשות המקומית להעביר את ראש הרשות מכהונתו מחמת התנהגותו, ואשר לאורה בחן בית המשפט הנכבד את סבירות שיקול דעתה של המועצה ואת ההליך שקיימה בעניין. לעומת זאת, כאמור לעיל, הוראה מקבילה ומפורשת שכזו אינה קיימת בענייננו.

לעניין זה ראו את התייחסותה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין, כדלקמן:

30" ... ההוראות שפורטו לעיל קובעות אפוא את המועד בו פוקעת אוטומאטית כהונתו של ראש רשות מקומית בגין מעורבות בפלילים. כהונתם של שני ראשי העיריות נגדם הוגשו כתבי האישום כאמור לא פקעה מכוח ההוראות

שצוטטו. אולם, אין זה סוף פסוק. למועצת הרשות הוענקה סמכות, לדון ולהחליט אם נוכח נסיבות שונות ובהן גם, להשקפתי הגשת כתב אישום יש מקום להעביר את ראש הרשות מכהונתו. סמכות זו מעוגנת בסעיף 22 לחוק בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם. נחזור ונצטט אותו:

22. (א) נוכחה המועצה כי ראש הרשות מתנהג התנהגות שאינה הולמת מעמדו של ראש רשות וסבורה היא שעל כן אין הוא ראוי לכהונתו, רשאית היא, לאחר שנתנה לו הזדמנות להשמיע דברו, להעבירו מכהונתו."

34. ... ביסודו של סעיף 22 לחוק בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם עומד הרצון להבטיח את קיומם של "ההיגיינה הציבורית", אמון הציבור, שלטון החוק וטוהר המידות מחד, ושמירה על מעמדו של ראש רשות הנבחר בבחירות אישיות, הזכות לבחור ולהיבחר ופעולתו התקינה של השלטון המקומי מאידך.

35. ... לענין ראשי עיריות ישנה סמכות שבשיקול דעת (המצויה בסעיף 22 הנזכר), הכפופה לביקורת שיפוטית, להעברה של ראשי עיריות מכהונתם בשל התנהגות שאינה הולמת. כאמור, סמכות זו אינה בלתי מוגבלת, אולם נוכח לשונה ותכליתה היא יכולה לשמש אכסניה להעברת ראש רשות מכהונתו עקב כתב אישום חמור התלוי ועומד כנגדו. הוראה מקבילה אינה בנמצא לגבי חברי כנסת או ראשי וועדות הכנסת."

107. עוד יצוין כי כב' השופט הנדל התייחס בפסק הדין **בעניין ראשי הערים** לכך שהנורמה הכללית הקבועה בסעיף 22 לחוק הרשויות המקומיות 'דורשת לצקת לה תוכן', והוסיף כי בהתאם לכך וללשון סעיף 22 לחוק נקבע בפסק הדין כי הנסיבות שהתקיימו באותו עניין אכן עלו כדי "התנהגות שאינה הולמת מעמדו של ראש רשות" (סעיף 3 לפסק דינו של כב' השופט הנדל). בהמשך לכך נוסף כי כב' השופט (כתוארו אז) רובינשטיין ציין בפסק הדין **בעניין ראשי הערים** כי הביטוי "התנהגות בלתי הולמת" הוא 'עמום ובעל רקמה פתוחה' (סעיף ו' לפסק דינו).

ברי, כי אלו אינם פני הדין בענייננו, ולא עלה בידי העותרים להצביע על הוראה רלוונטית לענייננו בחוק יסוד: הממשלה, אשר אינה ברורה דיה ומצריכה 'יציקת תוכן' נורמטיבי. דומה, בכל הכבוד, כי תמונת הדברים הפוכה.

יתרה מכך, נזכיר כי **בעניין בן מאיר** קבע בית המשפט הנכבד כי ניסיון דומה של העותרים דשם – להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של נשיא המדינה בהטלת תפקיד הרכבת הממשלה – הוא בגדר 'עירוב מין בשאינו מינו'.

108. **שלישית**, ובהמשך לאמור לעיל, נוסף כי **השיקולים הדומיננטיים** שאותם יש לשקול שונים אף הם בשני המקרים. בעוד שפירטנו בהרחבה לעיל כי סעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, נוקט לשון ברורה בעניין הטלת הרכבת הממשלה על מועמד של רוב חברי הכנסת; הרי **שבעניין ראשי הערים** נקבע מפורשות כי **אין מדובר בהחלטה פוליטית בעיקרה**, כי אם בהחלטה שלה אספקטים 'מוסריים' ומשפטיים מובהקים', וזאת בהתאם לסעיף המסמיך שמכוחו פעלה מועצת הרשות המקומית.

לעניין זה ראו את דבריה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין, כדלקמן:

"42. לבסוף, מועצת הרשות המקומית היא גוף קולגיאלי-פוליטי. ככלל, רשאית מועצת הרשות המקומית לשקול שיקולים פוליטיים וקואליציוניים בהחלטותיה כאשר טיב ההחלטה הנבחנת הוא פוליטי בעיקרו, ינהג בית המשפט במשנה זהירות, תוך מתן משקל להיות מועצת העיריה גוף קולגיאלי-פוליטי **אולם, להשקפתי, ההחלטה על העברת ראש רשות מכהונתו מכוח סעיף 22 אינה החלטה פוליטית בעיקרה, ואף אין זה רצוי כי יינתן בגדרה משקל גבוה לאינטרסים פוליטיים או קואליציוניים. כזכור, למועצת הרשות מוקנית סמכות להעביר את ראש הרשות מכהונתו רק אם התנהגותו אינה הולמת. במסגרת זו, השיקולים הדומיננטיים שעל מועצת הרשות לשקול הם השיקולים של טוהר המידות, שלטון החוק ואמון הציבור אותם הזכרנו קודם לכן. בנסיבות אלה, הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטת מועצת הרשות המקומית אינה בגדר התערבות ב"משחק פוליטי", כי אם התערבות בהחלטה לה אספקטים מוסריים ומשפטיים מובהקים. בהפעלת ביקורת שיפוטית על החלטה מעין זו אין לומר, לדעתי, כי על בית המשפט לנקוט ריסון מיוחד ... "**

109. משאלה הם פני הדברים, ברי כי ההוראות הרלוונטיות לענייננו בחוק יסוד: הממשלה מהוות מקור נורמטיבי השונה בתכלית מסעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות, וזאת בשים לב לזהותו של הגורם המוסמך, לשיקולים שאותם עליו לשקול בהפעילו את סמכותו, ולתכלית העומדת בבסיס הסמכות.

110. אשר על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש באמור לעיל כדי ללמד על הבדלים מהותיים בין ענייננו לבין **עניין ראשי הערים**, באופן המוביל לדחיית העתירות בהתאם למודל לשון החוק.

מודל לשון החוק מציב אפוא בקדמת המלאכה הפרשנית את הוראותיו המפורטות של חוק יסוד: הממשלה ביחס למצב דברים שבו הורשע ראש ממשלה בעבירה שיש עמה קלון, תוך שהוא מעניק משקל רב לשתיקתו של המחוקק המכוון להשלכת הגשת כתב אישום בעניינו של ראש ממשלה, ואף לפני כן בעניינו של חבר כנסת המקבל לידי את מנדט הרכבת הממשלה.

111. בד בבד, וכפי שצוין לעיל ביחס לפסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי ופנחסי**, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי עמדתו בעתירות דן תואמת אף את פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין ראשי הערים** ובחינת מכלול הנסיבות על-פי מודל שיקול הדעת מובילה לתוצאה זהה. נפנה אפוא למודל זה.

מודל שיקול הדעת - כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד

112. כאמור לעיל, מודל שיקול הדעת אינו רואה בהוראות סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה משום הסדר שלילי ממצה לשאלה שפנינו. חלף זאת, מודל שיקול הדעת מבקש לבחון, על יסוד שילוב הלכת **אבידן** והלכות **דרעי ופנחסי** ובנותיהן, את שאלת סבירות החלטתו של המשיב 2 לקבל על עצמו לפעול להרכבת ממשלה, שעה שהוגש נגדו כתב אישום חמור.

113. מודל זה מאפשר להביא בחשבון מכלול נסיבות רחב, הואיל והוא אינו עוצר 'בקומה הראשונה' בלבד. ניתן לומר כי מודל זה ממשיך את התלם שנחרש כבר בפסיקותיו של בית המשפט הנכבד, ובפרט הפסיקה **בעניין הנגבי ובעניין אמונה**, שניתנה לאחר שכבר הוספו לחוק יסוד הממשלה הוראות בדבר הפסקת כהונתם של ראש ממשלה, שר וסגן שר בשל הליכים פליליים.

114. עוד יש לתת את הדעת לכך, כי למרות שיש חפיפה משמעותית ביותר בין השיקולים הצריכים להפסקת כהונתו של ראש ממשלה מכהן (כאמור בסעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה) – על התוצאות הנלוות לכך, קרי, התפזרות הממשלה כולה; ועל כל התוצאות הציבוריות, הפוליטיות והתפקודיות הנלוות לכך – לבין אי-מינוי של חבר כנסת מלכתחילה להרכיב ממשלה חדשה, הרי שאין זהות מוחלטת בין שתי הסיטואציות.

115. בית המשפט הנכבד שב ועמד בעבר בהקשרים אחרים, על הפער שבין תנאי כשירות לכהונה אל מול שיקול דעת בהעברה מכהונה, תוך שקבע כי ההוראות המפורטות בחקיקה בדבר עילות הפסילה לכהונה של נבחר ציבורי אינן בגדר 'רשימה סגורה', ואין בהן כדי לייתר את הפעלת שיקול הדעת בדבר הסמכות להעביר נושא משרה מתפקידו.

שנאמר – 'כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד'³.

³ יוער כי בפסק הדין בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (ניתן ביום 12.2.15) – שעניינו היה במינוי חה"כ הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ – הביע כב' הנשיא (בדימ') גרוניס ספק בתחולת ההלכה שלעיל, אולם לא הכריע בעניין, ואילו כב' הנשיאה נאור, כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, כב' השופטת (כתוארה אז) חיות וכב' השופט עמית הביעו עמדה שונה בעניין, תוך שהצטרפו לתוצאה הסופית בדבר דחיית העתירה.

לעניין זה ראו למשל את סיכומה של כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין **בעניין ראשי הערים**, כדלקמן:

”33. ... החשוב הוא, שגם כאשר לא התערב בית משפט זה בהחלטה אם להעביר או לא להעביר נושא משרה מכהונתו במקרים הנזכרים לעיל, הוא נמנע מלסטות מן ההבחנה שבין דיני הכשרות הסטטוטוריים לבין הפעלת שיקול הדעת המוקנה לגורם המוסמך. כלומר, **נקודת המוצא לפסקי הדין אלה הייתה כי דיני הפסלות הסטטוטוריים אינם בגדר רשימה סגורה, וכי בנסיבות המתאימות גם מקרים החורגים מתנאי הפסלות הסטטוטוריים יחייבו את הפסקת כהונתו של נושא המשרה הציבורית.** אי לכך, פסקי הדין הנזכרים לעיל עשויים להיות רלוונטיים לשאלה אם יש להתערב בהפעלת שיקול הדעת במקרה הפרטני אם לאו, אך לא לעצם קיומו של שיקול הדעת או לעצם הסמכות להעביר נושא משרה מכהונתו על אף שהוא מקיים את תנאי הכשירות.

לסיכום דברים אלה: דומה כי היטיבה לתאר את ההלכה כפי שהתגבשה בדבר הבחנה בין דיני הפסלות הסטטוטוריים לבין שיקול דעת בשאלה אם להעביר נושא משרה מכהונתו השופטת א' פרוקצ'יה בפסק דינה (בדן יחיד) ב-בש"פ 5816/09 מדינת ישראל נ' זגורי (9.9.2009) (להלן: ענין זגורי). וכך קבעה:

”התפיסה לפיה יש לראות ברשימת פסליות לכהונה של נבחר ציבור, המפורטת בדבר חקיקה, משום רשימה סגורה שאין בלתה, לא נתקבלה בהלכה הפסוקה. **בשורה של פסקי דין בהקשרים שונים נקבע, כי עילות פסילה לכהונה של נבחר ציבור, המפורטות במעשי חקיקה, אינן ממצות, ועשויים להתקיים תנאים ונסיבות, החורגים מעילות הפסילה הסטטוטוריות, שבהתקיימם, המשך כהונתו של נבחר ציבור בתפקידו הנבחר עשוי לעמוד בסתירה לעקרונות המשפט הציבורי, ולחייב את סיום כהונתו.** פסילת אדם לכהונה מכח עילות כלליות של המשפט הציבורי עשויה להישען על עקרונות הסבירות, ההגיונות, וחובת ההגנה על אמון הציבור בנבחריו. עקרונות אלה עשויים להצדיק במקרים ספציפיים הפסקת כהונתו של נבחר ציבור, הנאשם בפלילים, גם אם טרם הורשע, ובטרם נקבע כי העבירה שעבר נגועה בקלון.

...
אי פסילת המועמד מבחינת כשירותו אינה מולידה בהכרח את הכשרת מינויו לתפקיד, המותנית בשימוש בשיקול דעת מינהלי של הגורם הממנה.

...
גישה זו, לפיה תנאי הפסילה הסטטוטוריים אינם מהווים רשימת תנאים סגורה, הוחלה ביחס למינויים למשרות ציבוריות ולכהונות נבחרות כאחד ... ; גם בהעדר מניעות סף סטטוטורית כלשהי, על בעל סמכות המינוי להפעיל שיקול דעת שבמסגרתו העבר הפלילי של האדם, ואופיו של עבר זה מהווים שיקולים רלבנטיים חשובים. **עם זאת, לתנאי הכשירות הסטטוטוריים הקרנה מסוימת על אמות המידה המכוונות את סף הכניסה הערכי של אדם לתפקיד, או את המשך כהונתו בתפקיד** (בג"צ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 851 (2003)).

...

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 ראיה, 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."

וכן ראו את דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ברק בעניין פנחסי, אשר קבע את ההלכה בעניין, כדלקמן:

"כשירות ושיקול-דעת"

24. נראה לי כי העמדה בדבר "הסדר שלילי" אינה רגישה דייה להבחנה הבסיסית בין דינים הקובעים חוסר כשירות לכהונה או להמשך כהונה לבין דינים הקובעים את שיקול הדעת במינוי לכהונה או בהפסקתה. אכן, מקובל עליי כי שתיתקו של חוק יסוד: הממשלה בענייננו משמעותה, כי גיבושו של כתב אישום בעבירה שיש עמה קלון או אף הרשעה בעבירה שיש עמה קלון אינם שוללים, כשלעצמם, את כשירותו של סגן השר להמשיך בתפקידו. לא קיימת, בעניין זה, "מניעת סף". בהיעדר הוראות מפורשות בעניין היעדר כשירות, אין מקום לגיבושו של "משפט מקובל" בעניין זה. "... בהיעדר תנאי כשירות סטטוטוריים אין לקבוע תנאי כשירות הלכתיים..." . אך היעדרן של הוראות "כשירות" אינו שולל (בבחינת "הסדר שלילי") את שיקול הדעת הנתון לרשויות השלטון בגיבוש עמדתן באשר למינוי לכהונה או הפסקת כהונה. כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד. היעדרה של הוראה בדבר אי כשירות לכהן במשרה בתנאים מסוימים (קיום חקירה, הגשת כתב-אישום, הרשעה) אינו שולל את הסמכות והחובה להתחשב בתנאים אלה (חקירה, הגשת כתב-אישום, הרשעה) בגדר שיקול הדעת של הרשות בעלת הסמכות למנות לכהונה או להפסיק המינוי."

116. יצוין כי בעת שניתן פסק הדין בעניין פנחסי, לא הייתה קיימת בחוק יסוד: הממשלה, הוראה מפורשת בדבר הפסקת כהונתו של שר או סגן שר מחמת עבירה. הוראות אלו, כמו גם ההוראה בדבר הפסקת כהונתו של ראש הממשלה מחמת עבירה, נוספו לחוק היסוד רק לאחר פסיקות בית המשפט הנכבד בעניין דרעי ובעניין פנחסי.

בד בבד, יצוין כי בפסק הדין **בעניין הנגבי** – שניתן על-ידי הרכב מורחב בשנת 2003, לאחר שנוספו לחוק יסוד: הממשלה ההוראות שלעיל בדבר הפסקת כהונתם של שר, סגן שר וראש ממשלה – **נקבע כי הלכת דרעי-פנחסי עומדת על מכונה גם לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה**. כך קבע כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין בפסק הדין:

23" וכאן ראוי להדגיש: כפי שפירטנו לעיל, מתווה חוק-יסוד: הממשלה, בסעיפים 6(ג) ו-23(ב) שבו, את תנאי הכשירות בכל הנוגע למינויו של שר ולהפסקת כהונתו. סעיפים אלה קובעים במפורש מה הן ההשלכות המתלוות להרשעת שר בעבירה. **בשעה שנפסקו ההלכות בפרשות דרעי ופנחסי – שהתייחסו, כפי שראינו, להפסקת כהונה – לא הייתה בחוק היסוד (משנת תשנ"ב) הוראה המחייבת העברת שר מכהונתו אם הורשע בעבירה שיש עמה קלון, לפיכך פעל בית-המשפט, בקובעו הלכות אלה, בלא שנתקיימה אמת מידה סטטוטורית מחייבת כזו הקיימת היום** (אם כי כאמור הייתה בחוק היסוד, כנוסחו אז, הוראה בדבר סף הכשירות למינוי). **אכן, סעיפים 6(ג) ו-23(ב) לחוק היסוד (משנת תשס"א) נוגעים לכשירות לכהן כשר, ואין בהם כדי לשלול את האפשרות להעמיד תחת שבט הביקורת השיפוטית את שיקול-הדעת של ראש-הממשלה גם במקרים שאינם באים בגדר אותם סעיפים, על-כן עומדת על מכונה ההלכה שנקבעה בפרשות דרעי ופנחסי. הלכה זו מסרטטת מקרים מובהקים נוספים – המתווספים לאלה הנקובים בחוק היסוד – שבהם לא תוכל לעמוד החלטת ראש-הממשלה למנות אדם לתפקיד שר (או סגן שר) או להימנע מהעברתו מתפקידו. בכך התוותה הפסיקה איזון עדין בין חובת הכיבוד המתחייבת בכגון דא לבין השיקולים האחרים שבית-המשפט מופקד עליהם. אולם ככל ש"מתרחקים" אנו מתנאי הסף הסטטוטוריים, כך נתקשה, על-פי ההלכה הקיימת, לראות במינוי שר (או באי-הפסקת כהונתו) מעשה החורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות. ההפסד הכרוך בפריצת גבולות ההלכה שיצאה מבית-משפט זה עלול להיות גדול מן הרווח.**"

וכן ראו את דברי כב' השופט (כתוארו אז) חשין בפסק הדין **בעניין הנגבי** – אשר בדעת מיעוט סבר כי יש לחייב את ראש הממשלה להעביר את השר הנגבי מתפקידו – כדלקמן:

21" ... **לעניין זה הבחין בית-המשפט בין היעדר כשירות לכהונה פלונית לבין שיקול-דעת במינוי לכהונה או להפסקתה של כהונה. הוראות הסעיפים 6(ג) ו-23(ב) לחוק היסוד מסיבות עצמן על "כשירות", כך נפסק, ואין בהוראות החוק על היעדר כשירות כדי לחסר משיקול-הדעת לאי-מינויו של פלוני – או להפסקת כהונתו של אלמוני – לכהונה.**

...
אכן, הלכה זו נקבעה לפני היות סעיף 23(ב) שלחוק-יסוד: הממשלה (תשס"א), אך לא זו בלבד שהוראת-חוק זו אינה נוגעת כלל בשיקול-הדעת – כדבר החוק, הפסקת הכהונה באה מאליה בהתקיים נסיבות מסוימות – אלא שהגיון ההלכה פורש עצמו על עניינינו-שלנו אף-הוא.

22. כללם של דברים: כוחו של ראש-הממשלה עמו שלא להביא למינויו של פלוני להיותו חבר ממשלה, או להפסיק כהונתו של פלמוני מהיותו חבר ממשלה, גם אם לא נתקיימו במקרה האחד או במקרה האחר התנאים המחמירים הקבועים בחוק באורח מפורש להפסקת כהונתו של שר בממשלה. ומשקנה ראש-הממשלה סמכות להעביר שר מכהונתו, ממילא – ועל דרך העיקרון – נתונה אותה סמכות לביקורתו של בית- המשפט הגבוה לצדק."

הנה כי כן, בהתאם לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין כהונה של שרים, קיומה של הוראה בדבר הפסקת כהונתו של ראש ממשלה אינה שוללת מניה וביה את אפשרות בחינת הפעלת שיקול הדעת במינוי ראש הממשלה או בהפסקת כהונתו.

117. בד בבד, כפי שנקבע כאמור לעיל, ככל 'שמתרחקים' מהתנאים שקבע המחוקק להפסקת הכהונה, כן 'מתרחקת' הקביעה לפיה המינוי או אי-הפסקת הכהונה חורגים באופן קיצוני ממתחם הסבירות. בהקשר לכך קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין אמונה כי 'למגבלות הסטטוטוריות למינוי ישנה הקרנה על אמות המידה הערכיות הנדרשות בעיני המחוקק לצורך מינוי, והקרנה זו משפיעה בכיוון להרחבת שיקול דעת הגורם הממנה מקום שהמועמד מקיים את תנאי הסף הסטטוטוריים למינוי' (סעיף 24 לפסק הדין).

118. כאמור, בהיקש מפסיקת בית המשפט הנכבד ביחס להפסקת כהונתו של שר בעניין הנגבי, ובעניין אבידן ביחס לחובתו של אדם להתפטר מכהונתו הציבורית בנסיבות מסוימות, נראה שאין בהסדרים הקבועים בסעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה אלה כדי לשלול את בחינת הפעלת שיקול הדעת במינוי ראש הממשלה או באי הפסקת כהונתו (בדרך של התפטרותו מתפקידו לפי סעיף 19 לחוק היסוד). ברם, ודאי שיש בהסדרים האמורים כדי להשליך על בחינת היקף שיקול הדעת. הווה אומר, ככל 'שמתרחקים' מהתנאים שנקבעו להפסקת הכהונה, כן 'מתרחקת' הקביעה כי המינוי או אי-הפסקת הכהונה חורגים באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

119. להשלמת הדברים יצוין כי חוק יסוד: הכנסת, קובע תנאי כשירות לכהונתו של חבר כנסת. כך, סעיף 6 לחוק היסוד מצמצם את הזכות להיבחר במקרים מסוימים בהם הורשע אדם בעבירה שיש עמה קלון ופסק הדין הפך לסופי, ואילו בסעיף 42א(א) לחוק נקבע כי תופסק אוטומטית כהונתו של חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית שיש עמה קלון.

על כן, יש הלימה בין הוראת סעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת, לבין הוראת סעיף 18(ד) לחוק יסוד: הממשלה – כפי שכהונתו של חבר כנסת מופסקת אוטומטית עם הרשעתו בפסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון, כך מופסקת גם כהונתו כראש ממשלה.

120. בשים לב לכלל האמור לעיל, נבחן להלן אם יש עילה להתערבות שיפוטית בעניין, בדרך של "תקיפה עקיפה", תוך בחינה אם קיימת מניעה משפטית בעניין, מחמת אי-סבירות קיצונית.

שיקול דעת

121. בפתח הדברים יצוין כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קביעותיו של בית המשפט הנכבד **בעניין בן מאיר** – בדבר הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המועמד בעל הסיכויים הגבוהים ביותר להרכבת ממשלה, ובדבר כיבוד תוצאות הבחירות – יפות גם לעניין בחינת העילה להתערבות שיפוטית במקרה דנן, בדרך של "תקיפה עקיפה" כאמור.

122. נשוב ונציין כי פסק הדין **בעניין בן-מאיר** התייחס למסכת עובדתית שבה נגד המשיב 2 עמד "כתב חשדות", ובד בבד נשוב ונוסיף כי ההנמקה בפסק הדין **בעניין בן-מאיר** אינה נסמכת על השלב המוקדם בהליך הפלילי או על עוצמת החשדות לביצוע עבירות.

על כן, בהתאם לקביעת בית המשפט הנכבד **בעניין בן-מאיר** כי השיקול המרכזי אשר אמור להנחות את נשיא המדינה בעניין דנן הוא סיכוייו של חה"כ להרכיב ממשלה, ובהתאם לנימוקי פסק הדין שפורטו לעיל בדבר היעדר העילה להתערבות שיפוטית בעניין, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי קביעות בית המשפט הנכבד הן רלוונטיות גם לעניין קיום ביקורת שיפוטית בדרך של "תקיפה עקיפה". יוער כי גם **בעניין בן-מאיר** הסכים המשיב 2 לקבל את תפקיד הרכבת הממשלה, אולם בית המשפט הנכבד לא מצא עילה להתערב בדבר.

בשים לב לכך, נידרש עתה לשיקולים השונים הרלוונטיים לעניינו, לצורך בחינה אם קיימת עילה להתערבות שיפוטית בעניין, מחמת חוסר סבירות קיצונית.

123. השיקול הראשון והמרכזי הרלוונטי לעניינו הוא **כיבוד רצון הבוחר וזכותו להשפיע על דמות הממשלה והעומד בראשה, כפי שזה בא לידי ביטוי בהחלטתם של רוב חברי הכנסת.**

אמנם, בשיטה הנוהגת בישראל ההצבעה היא כידוע לרשימות מועמדים ולא למועמדים לראשות הממשלה⁴, וזאת מאז תיקון חוק יסוד: הממשלה, בשנת 2001 (לאחר שלוש מערכות בחירות בהן הונהגה בחירה ישירה לראשות הממשלה)⁵. בד בבד, בשיטה הקיימת, לאחר שהעם אומר את דברו, פועלים נבחרי הציבור כדי 'לתרגם' את רצון העם – כפי שהוא משתקף בתוצאות הבחירות – לכדי השפעה פוליטית, ובראש ובראשונה לצורך הקמת ממשלה חדשה. כמו כן, למרות שאין בחירות ישירות בישראל, נראה כי המשמעות של התערבות ברצון הבוחר ביחס לכהונת ראש ממשלה היא דרמטית ושונה מזו שבהפסקת כהונת שר, ולכן גם התוצאות השונות מבחינה חוקית (כפי שצוינו לעיל).

⁴ בית המשפט הנכבד אף התייחס לכך בפסק הדין בבג"ץ 8145/19, בסעיף 12 לפסק הדין.

⁵ כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור ציינה **בעניין ראשי הערים** כי 'ראשי רשויות מקומיות הם, אמנם, נבחרי ציבור שנבחרו בבחירה ישירה, אך אין דינם כדין חברי כנסת. יש דמיון בין ראשי הרשויות המקומיות לבין ראש ממשלה, בתקופה בה נבחר ראש הממשלה בבחירה ישירה' (סעיף 35 לפסק הדין).

יודגש, כי שיקול כיבוד רצון הבוחר, ודאי לאור הוראת סעיף 18 לחוק היסוד החלה בסיטואציה דומה אם כי לא זהה, הוא השיקול המרכזי שיש לשיקול כאשר באים לבחון האם קיימת מניעה משפטית להטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת, ועל כהונה של חבר הכנסת כראש הממשלה החדשה.

124. בענייננו, לאחר ניסיונות ממושכים, עלה בידיהן של המשיבות 6-7 בבג"ץ 2592/20 להגיע להסכמה על הרכבת ממשלה, ובהתאם לכך סוכם כי תוגש בקשה מצד רוב חברי הכנסת לנשיא המדינה, להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2. בהתאם לכך, למשיב 2 תהא נתונה תקופה של 14 ימים להרכבת ממשלה, ולאחר שיודיע על כך לנשיא המדינה וליו"ר הכנסת, הממשלה תתייצב לפני הכנסת ותבקש את אמונה (סעיפים 10(ג), 13(ב) ו-13(ד) לחוק יסוד: הממשלה). קרי, בסופו של יום, נראה כי קרב הרגע שבו יעלה בידה של המערכת הפוליטית 'לתרגם' את רצון הבוחר – באמצעות החלטה של רוב מובהק של חברי הכנסת – לכדי כינון ממשלה חדשה בישראל.

על כן, כיבוד רצון הבוחר, תוך אי-התערבות ב'תרגום' תוצאות הבחירות לכדי השפעה פוליטית, ותוך מתן אפשרות לרוב לממש את עמדותיו ורצונותיו, הוא שיקול משמעותי וכבד משקל ביותר, המצוי בבסיסו של המשטר הדמוקרטי בישראל.

בהקשר לכך ראו והשוו לדברי כב' הנשיאה חיות מהעת האחרונה בפסק הדין בבג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת** (ניתן ביום 23.3.20) – שם נקבע כי מדובר היה באחד מאותם מקרים חריגים שבהם נדרשת התערבותו של בית המשפט הנכבד על מנת למנוע פגיעה בשיטת המשטר הפרלמנטרית – אשר קבעה כדלקמן:

10". הפגם בהתנהלות זו טמון בראש ובראשונה בחשש כי מדובר בסיכול רצונו של הבוחר. כידוע, "הבחירות לכנסת מהוות יישום של כלל ההכרעה היסודי במשטר הדמוקרטי – הכרעה על פי עמדת הרוב" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 557). לב ליבו של התהליך הדמוקרטי הוא האפשרות לתרגם את הקולות שקיבלו חברי הכנסת, כנציגיו הנבחרים של העם, לכדי השפעה פוליטית. בענייננו, מבקשות סיעות הבית, המונות 61 חברי כנסת, להשתמש בכוחן הפוליטי כדי לנסות ולמנות יו"ר קבוע לכנסת ה-23, תפקיד שעל חשיבותו ומרכזיותו בניהול ענייניה של הכנסת אין צורך להכביר מילים (ראו סעיף 6 לתקנון הכנסת). לפיכך, התערבות במאמץ זה של רוב חברי הכנסת יש בה משום פגיעה בהכרעת הבוחר."

כאן המקום להעיר, כי בעוד שבבג"ץ 2144/20 ביקשה העותרת מבית המשפט הנכבד ליתן צו שיאפשר לרוב הפרלמנטרי באותה עת לממש את השפעתו הפוליטית בכנסת בעניין בחירות יו"ר הכנסת, ובכך להביא לידי ביטוי את הכרעת הבוחר; הרי שכאן מבקשים העותרים, לרבות העותרת בבג"ץ 2144/20, כי בית המשפט הנכבד יפעל על מנת לסכל את הכרעתם הפרלמנטרית המסתמנת של רוב חברי הכנסת אשר נבחרו על ידי הציבור בבחירות דמוקרטיות.

125. נזכיר כי **בעניין בן-מאיר** ציין בית המשפט הנכבד כי הלכה למעשה עמדת העותרים הייתה כי על נשיא המדינה הייתה מוטלת חובה להתעלם מתוצאות הבחירות, והוסיף כי עמדתם אינה מתיישבת עם הליך הבחירות הדמוקרטי. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אף בכך יש כדי לתמוך באמור לעיל, בדבר משקלו המרכזי של השיקול הנוגע לכיבוד רצון הבוחר בענייננו.

למען הסר ספק, רצון הבוחר אינו מהווה 'שיקול-על' הגובר בהכרח תמיד על יתר השיקולים⁶, והוא אינו הופך את נבחר ציבור – אשר עומד לדין הבוחר בעת הבחירות – 'לחסין מדין המשפטי' לאחר בחירתו⁷. תחת זאת, כאמור, מדובר בשיקול המרכזי והמשמעותי ביותר לשם הכרעה בעניין.

126. עוד יצוין כי החלטה של רוב חברי הכנסת להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2, כמו גם החלטה של המשיב 2 לקבל את תפקיד הרכבת הממשלה, קשורות **בשיקולים פוליטיים-קואליציוניים מובהקים**, המצויים בלב מהותו של 'המשחק הפוליטי', שסופו בהכרעה בדבר הגורם שיעמוד בראש הראשות המבצעת.

כאמור, **בעניין דרעי ופנחסי** בית המשפט הנכבד קבע כי שיקולים פוליטיים, אשר בהקשרים אחרים עשויים להיות פסולים, הם בוודאי שיקולים ענייניים בשאלת המשך כהונתו של שר או סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום. גם בענייננו, ברי כי מדובר בשיקולים ענייניים ורלוונטיים ביותר, וברי כי לא מדובר בשיקולים זרים לעניין. בהתאם לכך הפנינו לפסיקת בית המשפט הנכבד בנוגע למעמדה המיוחד של כנסת ישראל וחבריה, ובנוגע לשקילת שיקולים פוליטיים-קואליציוניים, אשר בהתאם לה התערבות שיפוטית תהיה רק במקרים נדירים, במצב קיצוני של פגיעה חמורה ביסודות המשטר החוקתי.

127. ואם דברים אלה – בדבר כיבוד רצון הבוחר ואי-התערבות במהלכים פוליטיים מובהקים – יפים בשגרה, הרי **שהדברים יפים ביתר שאת במציאות הפוליטית הנוכחית**.

לא בכדי נקבע בפסק הדין **בעניין ברי הראשון** כי מבחינה פוליטית אנו מצויים בתקופה רגישה ומורכבת ביותר – 'תקופה אשר אין לה אח ורע בהיסטוריה השלטונית שלנו' (סעיף 12 לפסק הדין).

128. הקשיים במצב הפוליטי המתמשך ברורים וגלויים לכל, והצורך בממשלה נבחרת שתכהן מכוח אמון הכנסת ברור וגלוי אף הוא. מערכות הבחירות ארוכות ויקרות, עניינים שונים אינם מוכרעים או מטופלים לנוכח האירוסון והנדרשים מממשלת מעבר ומשריה, ומטבען של מערכות הבחירות הוא שהן מחדדות את המחלוקות בין הצדדים בזירה הציבורית והפוליטית. לכל אלה השלכות רבות משקל, אשר ניכרות לעיני כל. שיקולים אלה אף עולים במובהק מתגובות הצדדים להסכם.

⁶ **עניין ראשי הערים**, סעיף 57 לפסק הדין של כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.
⁷ **עניין פנחסי**, סעיף 38 לפסק הדין.

על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי **הכרעה בסוגיה זנן מחייבת להביא בחשבון גם את המצב הפוליטי חסר התקדים במדינה**, ואת העובדה שלאחר ניסיונות ארוכים וממושכים ביותר, נראה כי קרב הרגע שבו יעלה לבסוף בידה של המערכת הפוליטית להביא להצגת ממשלה שתזכה לאמון הכנסת, שתוכל להתחיל לפעול תוך זמן קצר, ותידרש לאתגרים הגדולים המונחים לפתחה.

129. בהמשך ישיר לכך, יצוין כי **שיקול רלוונטי נוסף לענייננו** – אשר גם אותו מצאו הצדדים להסכם הקואליציוני לציין בראשו, כמו גם בתגובותיהם לבית המשפט הנכבד – **הוא הצורך להתמודד באופן מיטבי עם נגיף הקורונה והשלכותיו השונות**. גם בעניין זה, הדברים מוכרים וידועים, ודומה כי אין צורך להכביר מילים בעניין. בהקשר לכך, ראו למשל את דבריו של כב' השופט עמית בפסק הדין מהימים האחרונים בבג"ץ 2435/20 **לוונטהל נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 7.4.20) (להלן: **עניין לוונטהל**), כדלקמן:

1. מגפת הקורונה מותירה את חותמה בכל תחומי החיים. מאז התפרצה המגיפה בדצמבר 2019, מתמודדות מדינות העולם עם הנגיף המתפשט במהירות, שהותיר אחריו נכון להיום שובל ארוך של למעלה ממיליון חולים ורבבות מתים. מקומה של ישראל במאבק זה לא נפקד, ולמרבה הצער, נכון לכתיבת שורות אלה, בישראל ישנם כבר למעלה מ-9,000 חולים מאובחנים ועשרות נפטרים.

בהיבט המשפטי, המגפה מוליכה אותנו בארץ לא זרועה, במחוזות ובמשעולים חוקיים וחוקתיים שלא שיערו ראשונים ולא חזו גם רואי השחורות. זכויות חוקתיות בסיסיות כמו הזכות לפרטיות, לקניין, לחופש העיסוק ולחופש התנועה בתוך ישראל נאלמות דום מול מונחים כמו סגר והסגר, כתר, מחסומי דרכים, איכון טלפונים על ידי השב"כ, ריחוק חברתי ועוד. כל אלה חולפים בסך לפנינו כמו חלום בלהה דיסטופי במדינה דמוקרטית שחירויות האזרח הן בבסיס קיומה. בימים של שגרה, אמצעים אלה היו נפסלים על אתר כבלתי חוקיים בעליל, אך הימים אינם ימים רגילים ומפני "שהשעה צריכה לכך" (יבמות צ, ע"ב, סנהדרין מו ע"א), אין מנוס אלא מלהלקות את הציבור, הגם שלא חטא ואינו ראוי ללקות.

130. המצב הקיים מזמן למדינת ישראל אתגרים משמעותיים ביותר, והצורך בהקמת ממשלה שתזכה לאמון הכנסת, ותוכל לממש את מלוא הסמכויות הנתונות לה בדין כדי להתמודד עם נגיף הקורונה בכל החזיתות, ברור וגלוי.

בנוסף, ולא פחות חשוב מכך, יצוין כי לו תגיע המערכת הפוליטית לכדי קיום בחירות נוספות, רביעיות במספר, וזו הפעם תחת מגפת הקורונה, הרי שקיום מערכת בחירות שכזו, בהינתן המגבלות הנדרשות כדי להתמודד עם התפשטות מגפת הקורונה, מעורר שאלות כבדות משקל – יישומיות, משפטיות, בריאותיות ועוד.

131. על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי יש ליתן משקל גם לכך שהממשלה שעתידה לקום – כך לפי הצהרות הצדדים הנוגעים בדבר – תקום גם על רקע הצורך הלאומי בהתמודדות מיטבית עם נגיף הקורונה ובהשלכותיו הרבות.

132. מטבע הדברים, את השיקולים שנמנו לעיל יש להביא בחשבון אל מול שיקולים רלוונטיים אחרים, אשר מונחים מצדן השני של כפות המאזניים.

בין שיקולים אלה נמנים השיקולים של שמירה על אמון הציבור ועל טוהר המידות בשירות הציבורי, כפי שיפורט להלן.

133. אמנם, בענייננו, דומה כי לא ניתן להתעלם מכך שהשיקול של אמון הציבור הוא רב פנים. כך, בעוד שבבסיס אמון הציבור במערכות השלטון עומד כאמור טוהר המידות השלטוני, כפי שיפורט להלן, הרי שבמידה רבה דווקא במסגרת שיקול זה יש ליתן משקל משמעותי ביותר לאמון הציבור במובנו הפשוט – מתן האמון הציבורי למשיב 2 לכהן כראש הממשלה, במסגרת יצירת רוב קואליציוני, כנדרש בשיטתנו בהתאם לתוצאות מערכת הבחירות, על התוצאות האפשריות של התערבות באמון זה שניתן. דומה, כי בחינת אמון הציבור במובנו זה מכוונת פניה דווקא לשיקול של כיבוד רצון הבוחר עליו עמדנו לעיל.

134. כאמור, **שמירת אמון הציבור ברשויות השלטון, בראי טוהר המידות בשירות הציבורי, הוא אינטרס רם מעלה**, שבחשיבותו לא ניתן להפריז, שכן הוא הבסיס לגיטימיות פעולותיו של השלטון. בית המשפט הנכבד עמד על כך בשורה ארוכה של פסקי דין, תוך ציין כי נבחר ציבור מחויב ברמת התנהגות קפדנית יותר ואתית יותר מעובד ציבור מהשורה, באשר עליו לשמש מופת לעם, להיות נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו.

כך למשל, ראו, בין רבים, את שנקבע בפסק הדין **בעניין פנחסי** :

34. **במסגרת האיזון בין השיקולים השונים יש ליתן משקל רב לשיקול בדבר אמון הציבור במערכת השלטון.** עמדתי על כך בפרשת גנוסר [1], בעמ' 266:

"אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים המשותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון-כפיים. אכן, טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו..."

זהו שיקול מרכזי, שיש ליתן לו משקל נכבד באיזון הכולל, המבסס את החלטה הסבירה..."

כמובן, שיקול זה מקבל משקל שונה בהקשרים השונים. כך, למשל, לא הרי משקלו של שיקול זה לעניין תפקיד או משרה שהציבור, כולו או מקצתו, בוחר אדם למלאו (כגון חברי-כנסת), כהרי משקלו של שיקול זה בתפקיד שבא במינוי מטעם נושאי משרה אחרים (כגון סגן שר). אכן, את הלכת גנוסר [1] יש להפעיל מתוך רגישות רבה למהות התפקיד, לאיפיונו ולתכונותיו. בפרשה שלפנינו עניין לנו בתפקיד ביצוע בגדרי הרשות המבצעת. זהו תפקיד ביצוע בכיר ביותר.

העבירות המיוחסות לנושא המשרה הן חמורות. הן פוגעות באושיות המבנה השלטוני. הן משבשות כל אפשרות של מתן דוגמה ומופת לעובדי המדינה ולציבור הרחב, להגינות וליושר. הן מקשות על סגן השר לדרוש מזולתו את שהוא עצמו חשוד שלא קיים: "הוא יתקשה להקרין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה ('אינטגרטיבי') כלפי הציבור הרחב. כל אלה עשויים להשפיע, במידת ודאות רבה, על מעמד השירות הציבורי, תיפקודו ומקומו בחברה דמוקרטית" (שם).

135. גם בחשיבות השמירה על טוהר מידותיהן של רשויות השלטון – לרבות נבחרי הציבור –

לא ניתן להפריז. היושרה האישית היא אחד מעמודי התווך עליהם מבוסס חוסנו של השירות הציבורי ושל רשויות השלטון. מבלי להתיימר למצות, החשש לפגיעה קשה באמון הציבור וטוהר המידות של השירות הציבורי ורשויות השלטון קם בייחוד, כאשר החשדות המיוחסים לנבחר הציבור בכתב האישום קשורים קשר הדוק לתפקידו הציבורי, עד כי ניתן לדמות את המשרה הציבורית, אליה נבחר, ככלי לביצוע העבירה.

במצב דברים זה מופרת הנורמה הבסיסית של השירות הציבורי לפיו משרתי הציבור – לרבות נבחרי הציבור – נטולי אינטרס עצמי וכי הכוח הופקד בידם בנאמנות לטובת הציבור. השימוש במשרה הציבורית לשם ביצוע עבירות מפר נורמה בסיסית זו, ולכן הפגיעה הטמונה בו לאמון הציבור לטוהר המידות רבה.

136. מניעת פגיעה קשה זו בערכיותם של השירות הציבורי ורשויות השלטון, כמו גם בנורמה הבסיסית החולשת על מתן כוח לנבחרי הציבור – היא בוודאי שיקול רלוונטי וכבד במשקל בשאלה אם ניתן להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על מי שהוגש נגדו כתב אישום חמור בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות.

בהקשר לכך, ראו למשל את דבריה של כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בעניין ראשי הערים, כדלקמן:

"42. ... לסיכום הדברים יודגש: גם פוליטיקאים צריכים לשיקול שיקולים ענייניים. פוליטיקאי חייב לשאול את עצמו אם בהעדר כל אינטרס פוליטי לכאן או לכאן הוא, כאזרח הממלא תפקיד ציבורי, היה מסכים שאדם שנהג כפי המיוחס בכתב אישום למועמד מסיעתו – יישאר במשרתו. אם התשובה היא בשלילה – עליו לתמוך בהעברתו מכהונה. המוסר וטוהר המידות אינם ניתנים לחלוקה על פי שיקולים פוליטיים. עלינו לשאוף לכך שהצבעות, גם של פוליטיקאים, תהיינה הצבעות "נקיות" שלא יביישו את המצביע."

137. בענייננו, כאמור לעיל, כתב האישום שהוגש נגד המשיב 2 כולל אישומים חמורים בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים, בתקופה שבה כיהן המשיב 2 כראש ממשלת ישראל.

כך, בתמצית האישום בפרשת 4000 צוין בין היתר כדלקמן:

20. במסגרת מערכת יחסי "תן וקח" שנרקמה בין הנאשם נתניהו לבין בני הזוג אלוביץ', הפעיל הנאשם נתניהו את כוחו ואת סמכויותיו כעובד ציבור כדי לקדם נושאים שהנאשם אלוביץ' היה מעוניין בקידומם – בעבורו, בעבור בזק או בעבור חברות שונות ביורוקום. בתוך כך, ובמקביל לדרישות שהפנה לנאשם אלוביץ', עסק הנאשם נתניהו מתוקף תפקידו הציבוריים במספר מקרים בענייניו הרגולטוריים של הנאשם אלוביץ', וביצע פעולות שקידמו אינטרסים עסקיים משמעותיים שלו, שהיקפם נאמד בסכומי עתק. הנאשם נתניהו עשה פעולות שונות לטובת הנאשם אלוביץ' בתמורה לטובות ההנאה שלקח מבני הזוג אלוביץ' בתחום הסיקור כאמור, תוך שנהג במשוא פנים והעמיד עצמו בניגוד עניינים בין תפקידו הציבוריים לבין ענייניו הפרטיים ותוך סטייה מן השורה.

21. הנאשם נתניהו הסתיר את מערכת היחסים בינו לבין בני זוג אלוביץ' באופן שיטתי ועקבי מפני שורה של גורמים רשמיים, להם מסר מידע חלקי ומטעה על אודות טיב יחסיו עם אלוביץ'.

בתמצית האישום בפרשת 2000 צוין בין היתר כדלקמן:

28. במעשיו אלה עשה הנאשם נתניהו מעשה הפרת אמונים הפוגע פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחרי ובוטוהר המידות של האחרונים. בכך שניצל את מעמדו ואת כוח המשרה על מנת לקבל טובת הנאה אישית ובכך שבהיותו נבחר הציבור הבכיר ביותר העביר מסר לפיו הצעות שוחד הן כלי שניתן לעשות בו שימוש לשם קידום אינטרסים הדדיים של עובדי ציבור בכירים ואנשי עסקים וכי אין פסול בעסקאות שוחד.

ואילו בתמצית האישום בפרשת 1000 צוין כדלקמן:

32. במעשיו אלה עשה הנאשם נתניהו מעשי הפרת אמונים הפוגעים פגיעה מהותית באמון הציבור ובטוהר המידות. זאת, בכך שקיים במשך שנים מערכת יחסים פסולה עם מילצ'ן ופאקר במסגרתה קיבלו מהם הנאשם נתניהו ורעייתו טובות הנאה בהיקפים גבוהים מאוד, בזיקה לתפקידו הציבוריים של הנאשם נתניהו ולמעמדו כראש ממשלת ישראל. כן עשה הנאשם נתניהו מעשי הפרת אמונים הפוגעים פגיעה מהותית באמון הציבור, בטוהר המידות ובתקינות המעשה המינהלי בכך שפעל במילוי תפקידו הציבוריים בניגוד עניינים חריף ומתמשך בין מחויבותו האישית למילצ'ן לבין מחויבותו לציבור.

כתב האישום מדבר בעד עצמו, חומרת האישומים גלויה וברורה, וכל המוסיף גורע.

138. בהקשר לכך נוסף כי שיקול רלוונטי נוסף שנקבע בפסיקה נוגע לזיקה שבין העבירות בהן מואשם נבחר הציבור לבין סמכויותיו, מעמדו ותפקידו⁸. בעניינו, ברי כי קיימת זיקה 'ברורה וישירה' בין העבירות המיוחסות למשיב 2 לבין כהונתו כשר וכראש הממשלה, והדברים מפורטים בכתב האישום.

139. למותר לציין כי חזקת החפות עומדת למשיב 2 גם בעת הזו, ואין באמור לעיל כדי לכרסם בחזקת החפות או להחלישה בגדרי המשפט הפלילי. מדובר בשיקול הרלוונטי להכרעה בעניינו. בהתאם לכך, נשוב ונציין כי בפסיקה נקבע כי ככל 'שמתרחקים' מהתנאים שקבע המחוקק להפסקת הכהונה – ובעניינו מדובר 'במרחק' הגשת כתב האישום נגד המשיב 2 לבין הרשעתו בפסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון – כן 'מתרחקת' הקביעה לפיה המינוי או אי-הפסקת הכהונה חורגים באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

בד בבד, כתב האישום החמור שהוגש נגד המשיב 2 מהווה ראיה מינהלית – בעלת משקל משמעותי – כי קיימות ראיות לכאורה המבססות את החשד נגד המשיב 2. בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, חזקת החפות אינה מונעת בהכרח את הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית, בהתבסס על ראיה מינהלית למעשים הפליליים של נושא המשרה, והכל תוך בחינה של נסיבות המקרה הקונקרטי. לענין זה ראו למשל את דבריה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור **בעניין ראשי הערים**, כדלקמן:

”38. שיקול אחר הוא השיקול בדבר חזקת החפות: לכל אדם עומדת חזקת החפות כל עוד לא הורשע בדין. על הנהנה מחזקת החפות אין להטיל סנקציות פליליות. אין ספק בעיני, כי העברה מכהונה פוגעת בראש רשות מקומית מכהן או בראש רשות מקומית שנבחר מחדש, הטוען לחפותו. ואולם, ככלל, באיזון עם השיקולים האחרים של טוהר המידות, שלטון החוק וחובת ההגנה על אמון הציבור, מקבלת חזקת החפות משקל פחות כשעוסקים במינוי לכהונה ובהעברה מכהונה.

...

עינינו הרואות כי **לפי פסיקת בית משפט זה מימים ימימה אין כל סתירה בין חזקת החפות במשפט הפלילי לבין קביעה מינהלית, על בסיס ראיות מינהליות, לפיה אדם היה מעורב בפלילים**. ראיה מינהלית אינה בגדר הרשעה. היא אינה הופכת אדם שהינו בחזקת חף מפשע למי שהורשע בדין. אולם, **מראיה כזו עשויה להתחייב, בנסיבות המתאימות, מסקנה במישור המינהלי כנגד המשך כהונתו של נבחר ציבור**.

הגשת כתב אישום מהווה ראיה מינהלית למעשים הפליליים המיוחסים לראש העיריה. גם ענין זה כבר נקבע בפרשת פנחסי הראשונה כמבואר, **הגשת כתב אישום אינה מביאה אוטומאטית לפסלות מכהונה. יתכנו מקרים בהם הגשת כתב אישום לא תחייב העברת שר מכהונתו, והדבר תלוי תמיד במכלול נסיבות הענין** ... ”

⁸ פסק הדין **בעניין ראשי הערים**, סעיף 37 לפסק דינה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

140. בהמשך הדברים נייחד פרק להסכם הקואליציוני שנחתם בין הצדדים. ההסכם האמור יכול להוות שיקול מסוים אף באספקלריה זו, אלא שלאור אשר יפורט להלן בעניין ההסכם הרי שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה אין בו כדי להשפיע על ההכרעה בשאלה המרכזית הניצבת להכרעה כאן.

איזון

141. בשים לב לכלל האמור לעיל, יש לאזן בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ולבחון האם יש עילה להתערבות שיפוטית בעניין מחמת חוסר סבירות קיצונית.

142. כאמור, השיקול המרכזי הצריך לעניין הוא כיבוד הכרעת הבוחר וזכותו להשפיע על דמות הממשלה והעומד בראשה, כפי שבאה לידי ביטוי ברצונם הפוליטי של רוב חברי הכנסת שנבחרו על ידו. בנוסף, נזכיר כי סעיף 18(ד) לחוק יסוד: הממשלה, קובע כי כהונתו של ראש ממשלה תופסק באופן מידי רק לאחר פסק דין סופי בעבירה שיש עמה קלון. כן נזכיר, כי בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, ככל 'שמתרחקים' מהתנאים שקבע המחוקק להפסקת כהונה, כן 'מתרחקת' הקביעה לפיה המינוי או אי-הפסקת הכהונה חורגים באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

143. בענייננו ברי כי קיימים שיקולים כבדי משקל הנוגעים לכיבוד רצון הבוחר ולאי-התערבות בתרגום תוצאות הבחירות לכדי השפעה פוליטית ולהקמת ממשלה, המצויים בלב ליבו של ההליך הדמוקרטי. בין אלה מצויים גם שיקולים פוליטיים-קואליציוניים מובהקים. כאמור לעיל, שיקולים אלה תואמים את השיקול המרכזי המנחה את נשיא המדינה בבואו להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה – איתור המועמד בעל הסיכויים הטובים ביותר להרכבת הממשלה.

144. מנגד, בהתאם למפורט לעיל, על כף המאזניים השנייה מצויים שיקולים כבדי משקל של שמירה על טוהר המידות של נבחרי הציבור ועל אמון הציבור במוסדות השלטון.

לפי שיקולים אלה, מצב בו המשיב 2 יקבל את תפקיד הרכבת הממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב אישום חמור ביותר בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים, אשר אותן ביצע לכאורה בעת שכיהן כראש ממשלת ישראל, לאורך תקופה ארוכה וממושכת, ובאופן תדיר ואינטנסיבי לעיתים – מוקשה מאד. כאמור, כתב האישום נגד המשיב 2 מדבר בעד עצמו, וחומרנו הרבה ברורה וגלויה.

בהקשר לכך, לא למותר לציין את דבריה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור **בעניין ראשי הערים**, אשר עמדה על משקלה הכבד ביותר של שחיתות לכאורה, כדלקמן:

39. מניתי רשימת שיקולים שהאיזון ביניהם בנסיבות המקרה הנדון מביא להכרעה אם יש לחייב את העברתו של ראש רשות מקומית מכהונתו. כאמור, אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים. הסוגיה של העברת ראש

רשות מקומית מכהונתו מצויה עדיין בשלבים של התהוות ופיתוח. מתחייבת בחינת מכלול הנסיבות של כל מקרה ומקרה. בחינה כזו, במקרים אחרים בעתיד, עשויה להוביל למסקנה כי ישנם שיקולים נוספים המכריעים את הכף לכאן או לכאן. דווקא מפני שמדובר בהפעלת שיקול דעת, יש תמיד ליתן את הדעת למכלול הנסיבות הענין העומד על הפרק. עם זאת – יש לומר ברורות: לשחיתות לכאורה יש בעיני משקל כבד, משקל העשוי להעמיד בצל את כל יתר השיקולים."

145. אין לכחד, ההכרעה לאן נוטות כפות המאזניים אינה פשוטה או מובהקת. על כל כף מונחים שיקולים משמעותיים וכבדי משקל, וניתן למצוא טעם בטענות של הצדדים מכאן ומכאן. בד בבד, וכידוע, עניין לנו במשפט המינהלי, ולפיכך אמת המידה הרלוונטית לענייננו אינה של מאזן הסתברויות, כי אם של חוסר סבירות קיצוני.

146. בהתאם לכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, וחרף הקשיים המשמעותיים הטמונים בכך שמי שהוגש נגדו כתב אישום חמור בעבירות הנוגעות לטוהר המידות יקבל את תפקיד הרכבת הממשלה, ולאור היקף ההתערבות השיפוטית המצומצם ביותר שראוי להיות בעניין דנן, בנסיבות הקיימות לא ניתן לקבוע כי נדרשת התערבות שיפוטית מחמת חוסר סבירות קיצונית.

147. מסקנה זו מתיישבת גם עם העובדה שבמדינת ישראל מכהנת ממשלת מעבר מזה כ-16 חודשים; כאשר המערכת הפוליטית בדרכה להביא להקמת ממשלה 'בדקה התשעים' לפני פיזור הכנסת ה-23 ויציאה למערכת בחירות רביעיות, על כל הכרוך בכך; בעיצומה של ההתמודדות עם נגיף הקורונה, על השלכותיו רחבות ההיקף; ובעוד הקמת ממשלה עתידה לשקף את הכרעת הבוחר הברורה באמצעות נציגיו בהתאם לשיטתנו המשטרית. לאור כלל האמור, מתחזקת המסקנה כי על אף הקשיים המשמעותיים הכרוכים בדבר, לא ניתן לקבוע כי הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 תהא בלתי סבירה באופן קיצוני.

148. יובהר ויודגש פעם נוספת כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין בכך כדי לכרסם או לגרוע מפסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט הנכבד בענייני טוהר המידות בקרב נבחרי הציבור, וזאת בין היתר בפסקי הדין **בעניין דרעי**, **בעניין פנחסי** ו**בעניין ראשי הערים** אשר הוזכרו בהרחבה לעיל. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הלכות אלה עודן עומדות ויעמדו על מכונן, תוך שחשיבותן לשמירה על טוהר המידות בשירות הציבורי ועל אמון הציבור בנבחרי ברורה, עודה שרירה וקיימת.

פירטנו בהרחבה לעיל את מסגרת הדין הייחודית שנקבעה ביחס להפסקת כהונת ראש הממשלה הנאשם בפלילים על משמעותה לענייננו; פירטנו במה נבדל ענייננו מהנסיבות שהתקיימו **בעניין דרעי**, **בעניין פנחסי** ו**בעניין ראשי הערים**, והראינו כי הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית מדובר בעניינים אשר שונים ומובחנים זה מזה.

נוכח מכלול ההבדלים בין ענייננו לבין **עניין דרעי**, **עניין פנחסי ועניין ראשי הערים**, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בפסיקת בית המשפט הנכבד במקרים דנן כדי לבסס את טענות העותרים בענייננו, וכאמור אף אין בדחיית טענות העותרים בענייננו כדי לכרסם בפסיקת בית המשפט הנכבד. בהקשר לכך נזכיר כי **בעניין בן מאיר** – אשר גם בו ביקשו העותרים להסתמך על פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי**, **פנחסי וראשי הערים** לשם ביסוס טענותיהם – קבע בית המשפט הנכבד כי 'האסמכתאות שהובאו על-ידי העותרים שונות באופן מהותי מן הנושא שלפנינו ומן השיקולים הרלוונטיים להכרעה בו'.

149. יצוין כי **בעניין דרעי** קבע כב' הנשיא שמגר כי 'כל עוד ניתן לכל מרכיב משקלו הנכון והסביר בנסיבות העניין, אין מלינים. אולם, כאשר נתון פלוני מועדף על אחר, למרות שמשקלו, חומרתו או מהותו של השיקול הנדחה היו מחייבים באופן ברור וגלוי את העדפתו או את הטיית כפות המאזניים לכיוונו, הרי לוקה ההחלטה בחוסר סבירות' (סעיף 15 לפסק הדין).

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בהתאם לקביעה זו, במקרה דנן גם על-פי מודל שיקול הדעת אין עילה להתערבות שיפוטית, וזאת בהתאם לבחינת מכלול השיקולים הצריכים לעניין כמפורט לעיל, ובשים לב למעמדה הייחודי של כנסת ישראל וחבריה, אשר ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתם שמורה במקרים חריגים וקיצוניים ביותר, ולכך שמדובר בסופו של יום בקיום רצון הבוחר, כפי שהוא מתורגם בשיטת המשטר הפרלמנטרית לפעולה באמצעות רוב חברי הכנסת (ובענייננו, על-פני הדברים, רוב מובהק). נסיבות ענייננו אכן חריגות וקיצוניות, אלא שבחינת המכלול תומכת באי-התערבות שיפוטית בסוגיה.

נבצרות

150. נוסף על כל האמור לעיל, בעתירות הועלו טענות בדבר נבצרותו של המשיב 2 מלקבל עליו את תפקיד הרכבת ממשלת ישראל הבאה בשל מצבו המשפטי. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי בנסיבות העניין, גם טענות אלה אינן מגלות לעת הזו עילה להתערבות שיפוטית.

151. כך קובע סעיף 16(ב) לחוק-היסוד, בעניין נבצרות זמנית של ראש ממשלה:

"נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו."

152. נוסף על כך, סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, מתייחס לנבצרות קבע של ראש הממשלה, כדלקמן:

"נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו."

בהתאם להוראת סעיף 30(ג) לחוק-היסוד, אם נבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו, הממשלה תקבע שר אחר – שהוא חבר הכנסת וחבר סיעתו של ראש הממשלה – לכהן כראש הממשלה בפועל, עד שתיכון הממשלה החדשה.

153. יצוין כי בחיקוקים רבים, בחקיקה הראשית ובחקיקות המשנה, מצויות הוראות 'נבצרות' – מהן נבצרות זמנית ומהן נבצרות דרך קבע, מהן הוראות נבצרות המוגבלות לטעמי בריאות ומהן הוראות נבצרות כלליות.

ראו למשל: סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה; סעיף 20א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיפים 21(א) ו-22(א) לחוק-יסוד: נשיא המדינה; סעיף 13 לחוק-יסוד: מבקר המדינה; סעיף 13(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשט"ו-1955; סעיף 19 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980; סעיף 4 לחוק נציבות תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002; סעיף 6(א) לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968; סעיף 16א לחוק הדיינים, התשט"ו-1955.

154. סוגיית נבצרותו של ראש ממשלה מלמלא את תפקידו הובאה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת העתירה בבג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 4.8.08). באותה עתירה ביקש העותר, בין היתר, כי בית המשפט הנכבד יורה ליועץ המשפטי לממשלה 'להכריז על נבצרותו של המשיב 1 מלכהן כראש ממשלת ישראל, לתקופה קצובה, במהלכה יחקר המשיב 1, מיום ליום, בכל אחת מהחקירות בהן נדרשת עדותו'.

ביום 24.7.08 הוגשה תגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירה בבג"ץ 6231/08, ובמסגרתה צוין בין היתר כדלקמן:

4. אכן הסיטואציה בה ראש הממשלה מכהן בשעה שמתנהלות נגדו מספר חקירות פליליות, עשויה להעלות שאלות באשר ליכולתו למלא את תפקידו – הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו בנסיבות אלה לתפקידו התובעני, והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור.
ברם, בשלב זה לפחות, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי שאלת "נבצרות" ראש הממשלה מלהמשיך בכהונתו, אינה עניין להכרעה משפטית, אלא עניין לראש הממשלה ולמערכת הפוליטית והציבורית לענות בו.

8. **הוראת סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה עניינה בנבצרות זמנית, אך היא אינה מוגבלת לנבצרות מטעמי בריאות דווקא.**
 המדובר בנבצרות מכל טעם שהוא – אובייקטיבי או סובייקטיבי, ובכלל זה בשל כך שמתנהלת נגד ראש הממשלה חקירה פלילית – שתוצאתו היא שאין בידי ראש הממשלה, זמנית, למלא את תפקידו.

המונח נבצרות בהקשר זה הוא, בעיקרו של דבר, שאלה שבעובדה, כלומר – האם נבצר מנושא המשרה, באופן זמני, למלא את תפקידו.

יש שהתשובה היא ברורה וגלויה לעין, כאשר המניעה היא מוחלטת (כגון בעניינו של ראש הממשלה דאז, א' שרון), אך "נבצרות" אינה מתייחסת בהכרח למצב של מניעה

**אובייקטיבית, ויכול שתתייחס גם למצב בו מטעמים אישיים-
סובייקטיביים שונים – משפחתיים, ציבוריים או משפטיים –
נושא המשרה סבור שאין בידו, באורח זמני, למלא את תפקידו
באופן ראוי.**

9. נציין, כי בהיסטוריה של הממשלות בישראל זכורים ארבעה מקרים בהם נעשה שימוש ב"נבצרות זמנית": מקרה אחד – כאשר שר פלוני ביקש להשתחרר באופן זמני מתפקידו בשל רצונו לסעוד בן משפחה חולה; שני מקרים בהם שר ביקש לצאת לחופשה בגדר "נבצרות זמנית" בגין חקירה שנפתחה נגדו; המקרה הרביעי הוא נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה אריאל שרון מטעמי בריאות.

10. **נוכח אופייה ומאפייניה של הנבצרות כאמור, ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו (ה"נבצר"), למעט מצבים של מניעה אובייקטיבית (כגון כאשר מדובר במחלה המונעת מהנבצר מודעות למצבו), או כאשר הדין קבע במפורש את הגורם שבידו לקבוע קיומה של נבצרות (בדרך כלל, הגורם הממונה על נושא המשרה בו מדובר).**

11. מקום בו מדובר בנושא משרה שלטוני-פוליטי, לרוב ההכרעה בדבר קיום נבצרות מסורה לגורם ממלכתי-פוליטי (ראו למשל: סעיף 20א'ב) לחוק יסוד: הכנסת; סעיפים 21א) ו-22א) לחוק יסוד: נשיא המדינה וסעיף 13(1) לחוק יסוד: מבקר המדינה).

בניגוד להסדרים בחוקי היסוד האחרים שנזכרו לעיל, הרי שבחוק יסוד: הממשלה לא נקבעו הוראות באשר לגורם ממלכתי זה או אחר המוסמך לקבוע כי נבצר זמנית מראש הממשלה למלא את תפקידו, מקום שראש הממשלה לא עשה כן מיוזמתו.

יוער כי במסגרת תגובתו לעתירה שלעיל, היועץ המשפטי לממשלה התייחס לכך שביום 23.7.08 אישרה הכנסת, בקריאה טרומית, הצעת חוק פרטית (של חברי הכנסת זבולון אורלב ויוסי ביילין) לפיה תוסמך הכנסת, בהחלטת רוב חבריה, לקבוע כי נבצר זמנית מראש ממשלה למלא את תפקידו, בין היתר בשל ניהול חקירה פלילית נגדו. הצעת חוק פרטית זו – שכותרתה 'הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון - הכרזת נבצרות ראש הממשלה)' – הועברה בהמשך לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אולם לא הביאה בסופו של יום לתיקון הוראות חוק-היסוד.

צילום תגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.7.08 בבג"ץ 6231/08 מצורף ומסומן **מש/1**.

155. ביום 4.8.08 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6231/08, אשר הורה על דחיית העתירה, **מבלי לקבוע מסמרות** בסוגיה דנן. כך נקבע בפסק הדין:

"4. ... עינינו הרואות, כי ההוראה הנזכרת אינה קובעת באילו נסיבות ייחשב ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו וכן מי מוסמך להכריז על נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של

חקירות פליליות נגד ראש הממשלה עוד מניחים אנו, מבלי להכריע בדבר, כי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה. הכרזה כאמור אכן ארעה בעקבות השינוי הפתאומי במצב בריאותו של ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון אף אם כך הוא, הרי ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן. משעינו בעתירה ובתגובות לה הגענו לכלל מסקנה, כי לא קמה עילה להתערב בקביעתו של היועץ לפיה לעת הזו יש להותיר את סוגית נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה במישור הציבורי-פוליטי ואין מקום לקביעה משפטית מטעמו בסוגיה זו. אף לא ראינו לנכון להיענות לבקשת העותרים בעניין יומנו של ראש הממשלה. היועץ מציין כאמור, כי המשטרה נתקלה בקשיים לא מבוטלים בתאום מועדי חקירותיו של ראש הממשלה; אם יתברר בהמשך שהתנהלותו של ראש הממשלה אינה מאפשרת את עריכתן של החקירות הפליליות נגדו באופן ראוי, אפשר שיהא מקום להכרזה של היועץ המשפטי לממשלה בדבר נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. כאמור, משלא ראינו בשלב זה עילה להתערב בהחלטתו של היועץ, אין אנו נדרשים להכריע בשאלת היקף סמכותו מכוח סעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה. נוסף עוד, כי לא ראינו מקום להיעתר אף לסעד החלופי המבוקש. חזקה על היועץ ועל רשויות אכיפת החוק שיקבעו את מועדי חקירתו של ראש הממשלה בהתאם לצורכי החקירה וליתר השיקולים הנוגעים לעניין, וביניהם האילוצים הייחודיים הנובעים מהתפקיד. ברי, כי ליועץ המשפטי לממשלה הכוח והסמכות גם בנושא מועדי החקירה וכי על ראש הממשלה לשתף פעולה עם גורמי החקירה ולפעול כמתחייב בנסיבות המורכבות.

156. יוער כי במקרה אחר, בית המשפט הנכבד דחה על-הסף עתירה שביקשה להורות על מינוי ראש ממשלה בפועל, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הכריז לפי סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה כי נבצר מראש הממשלה שרון למלא את תפקידו, בגין מצבו הרפואי (בג"ץ 2655/06 לאור נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 27.3.06)).

ניגוד עניינים

157. העותרים בבג"ץ 2593/20 טוענים כי כהונת המשיב 2 כראש הממשלה תעמיד אותו בניגוד עניינים "אינהרנטי ובלתי נמנע". לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, טענות אלו אינן מגלות עילה להתערבות שיפוטית בהטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 ובמינויו לתפקיד ראש הממשלה, ואולם יש מקום לתת את הדעת להשלכות השונות שעשויות להיות לניגוד עניינים כאמור, ועל כך נעמוד להלן.

158. כידוע, בית המשפט הנכבד שב וקבע כי פסילת אדם ממינוי לתפקיד מסוים היא האמצעי החמור ביותר הקיים, וכי תחת זאת יש להעדיף תחילה אמצעי מידתי יותר, שיהיה בכוחו לנטרל את פוטנציאל ניגוד העניינים, דוגמת עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים.

לעניין זה נפנה לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2074/95 **אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות**, פ"ד נג (3) 451, 464 (1999);

"אמנם יש לפעול כדי למנוע את ניגוד העניינים, אך יש לפעול לצורך זה באופן מידתי. המידתיות, המחייבת כל רשות מינהלית בכל עניין, מחייבת גם את מנכ"ל המשרד לפעול כדי למנוע ניגוד עניינים באופן שהפגיעה בטכנאי השיניים או במרפאת התאגיד לא תהיה במידה העולה על הנדרש. אכן, פתרון קיצוני עשוי להיות יעיל יותר, אך פתרון מידתי, אם הוא יעיל מספיק, יהיה צודק יותר. המידתיות היא איזון ראוי בין היעילות לבין הצדק. השופט בך נתן לכך ביטוי בבג"ץ 1100/95 הנ"ל [2], בעמ' 699. וכך אמר: 'כל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. הפתרון הפשוט, אך הקיצוני, הוא שהאדם הנוגע בדבר יחדל כליל מלעסוק באחד משני העיסוקים... אך בנסיבות מתאימות ייתכנו גם פתרונות אחרים, קיצוניים פחות... אם ניתן למצוא בדרך השנייה פתרון, אשר אין בו משום פגיעה באינטרס הציבורי, הרי יש להעדיפו...'. בהתאם לכך יש לברר אם ניתן למנוע ניגוד עניינים במקרה של שליטה על-ידי טכנאי שיניים במרפאת תאגיד, לא בדרך של סירוב לתת רישיון לתאגיד כזה, אלא בדרך קיצונית פחות".

וראו גם ע"מ 7080/10 **מ.ג.ע.ר. - מרכז גבייה ממוחשבת בע"מ נ' המועצה המקומית פרדס חנה-כרכור**, סעיף 14 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2012):

"14. משמצאנו כי מתקיים חשש לכאורי לניגוד עניינים בעניינה של המערערת, שומה עלינו לבחון מה נפקות הדבר. בעת בחינה זו יש ליתן את הדעת לנסיבותיו המיוחדות של המקרה, להיקף הניגוד, לתדירותו ולעוצמתו. עוד יש לזכור, כי על-פי פסיקתו העקבית של בית משפט זה, יישומו של כלל ניגוד העניינים כפוף לעקרון המידתיות (בג"ץ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נג (3) 451, 464 (1999)); וכבר נאמר שיש ליישמו בצורה זהירה ואחראית, כך שפסילת מועמד מכהונה תהא האמצעי האחרון להתמודדות עם ניגוד העניינים (ע"א 6983/94 פחימה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, 854 (1998))."

159. אם כן, הטענה שאיסור ניגוד העניינים מהווה בנסיבות העניין כלל של כשירות ופוסל את המשיב 2 מלכהן כראש ממשלה – אינה מבוססת כהלכה. פסילה של בעל תפקיד ציבורי בעילה של ניגוד עניינים מחייבת בחינה של היקף העניינים שבהם הוא יהיה מנוע, למול מכלול תחומי האחריות המסורים לו מכוח תפקידו. העותרים בבג"ץ 2593/20 הצביעו על הקשרים שונים שבהם ניגוד העניינים יכול להתעורר, אשר המכנה המשותף שלהם הוא ההשפעה הפוטנציאלית על מערכת אכיפה החוק, אשר מתוקף תפקידו כראש הממשלה יש לו אחריות עליה בין יתר תחומי הפעילות של הממשלה.

בהקשר זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי הגם שכהונת המשיב 2 כראש הממשלה אינה פסולה כשלעצמה, היא תהיה כפופה למגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק. עמידתו של המשיב 2 לדין היא עניין אישי מובהק, שעלול להשפיע, למצער למראית עין, על שיקול דעתו ככל שיידרש לטפל בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק, ובכלל זה בהחלטות בנוגע למינויים של בעלי תפקידים במערכת אכיפת החוק, ובהחלטות כלליות אחרות בנוגע למערכת אכיפת החוק.

בהקשר לכך ניתן להזכיר התבטאויות חריפות של המשיב 2 נגד מערכת אכיפת החוק, אשר תומכות בצורך הקיים ממילא בהסכם ניגוד עניינים ברור בעניין זה.⁹

160. יוער, כי ישנו קושי לצפות מראש את כל הסיטואציות שבהן יכול להתעורר חשש לניגוד עניינים, שכן היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון לא נדרשו עד עתה לכהונה של חבר ממשלה בד בבד עם משפט פלילי המתנהל נגדו. כיוון שמדובר בראש הממשלה, מורכבות העניין היא בבחינת קל וחומר. עניינים אלו ואחרים יבואו כמובן לידי ביטוי בחוות דעת שתיתן מטעם היועץ המשפטי לממשלה, אשר תיערך כמקובל בהתאם לכלל 7 לכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים (י"פ התשס"ג, 1136).

בהקשר לכך יצוין כי בתגובת המשיב 2 לעתירות צוין בין היתר כי 'מבחינת ניגוד עניינים, אין למעשה כל הבדל בין ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום לבין ראש ממשלה שיש לבן משפחתו תביעה אזרחית כנגד המדינה בנושא כלשהו אצל שופט כלשהו' (סעיף 101 לתגובה). למותר לציין כי היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה את הדברים באותו האופן, וחוות הדעת שתיתן בעניין מטעם היועץ המשפטי לממשלה, כאמור לעיל, תשקף את הדברים כהווייתם.

161. להשלמת התמונה, יצוין כי אין זו הפעם הראשונה שבה נדרש בית המשפט העליון לבעיית ניגוד העניינים המתעוררת כאשר מתנהלים הליכים פליליים נגד חבר ממשלה, בד בבד עם השאלות אודות היקף התחולה של הלכת דרעי ופנחס. סיטואציה משיקה נדונה בעבר בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 ובבג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145, אשר עסקו בכשירותו של צחי הנגבי למלא את תפקיד השר לביטחון הפנים, בשתי הזדמנויות שונות, נוכח חקירות משטרה שהתקיימו בעניינו.

⁹ לא למותר להעיר כי בבג"ץ 1993/03, החשש שהשר ינטור טינה למערכת אכיפת החוק נדון אף באופן ספציפי. השופט אור, למשל, אף שנמנה על שופטי הרוב שדחו את החשש לניגוד עניינים באותן נסיבות, ציין בפסק דינו את הדברים הבאים: "מובן לפני הדברים עשויים להיות שונים כאשר לחקירה מסוימת בעבר של מי שעומד להיות שר לביטחון פנים מתלוות נסיבות שעולה מהן כי הנחקר פיתח רגשי חשדנות ואיבה כלפי חוקריו. כך לדוגמה מקום שהנחקר טוען במהלך החקירה או אחריה כי החוקרים נהגו בו שלא כחוק, או שהם "נטפלו" אליו באופן אישי וכיוצא באלה טענות. בנסיבות אלה, אותו חשש לניגוד עניינים עלול להיות ממשי יותר, ויש לשקול פתרונות שונים למצב זה, כולל אפשרות – אם ניתן הדבר – לנטרל את החשש האמור..." (עמ' 880-881 לפסק הדין).

162. אולם בעוד פסקי הדין שעסקו בצחי הנגבי נסובו על ניגוד עניינים בגין פעילות מערכת אכיפת החוק בעבר (בבג"ץ 1993/03), או בניגוד עניינים שהיה צפוי להתקיים לאחר סיום החקירה (בבג"ץ 8192/04), במקרה שלפנינו הנסיבות העומדות על הפרק מתקיימות בהווה – כהונה של המשיב 2 כראש ממשלה במקביל למשפט פלילי שאותו מנהלת נגדו מערכת אכיפת החוק.

163. בסיטואציה חסרת תקדים זו על מלוא מורכבותה והקשיים שהיא עלולה לעורר, הגם שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה כאמור לעיל יוכל המשיב 2 לכהן כראש הממשלה, הרי שפעולתו במסגרת כהונה זו תהיה מוגבלת במצבים של ניגוד עניינים, וכאמור לעיל, מן ההכרח לתת את הדעת מראש, במידת האפשר, למצבים אלו.

164. אחר שאמרנו כל זאת, נידרש עתה לבקשת העותרים למתן צו ביניים.

דחיית הבקשה למתן צו ביניים בעתירות הרכבת הממשלה

165. יצוין תחילה כי בהקשר זה, מן הראוי לציין את לוח הזמנים הקשיח שקובע חוק יסוד: הממשלה, להרכבת ממשלה לפי בקשת רוב חברי הכנסת – 21 ימים להגשת בקשה מטעם רוב חברי הכנסת (סעיף 10(א) לחוק); יומיים נוספים להטלת תפקיד הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה בהתאם לבקשת רוב חברי הכנסת (סעיף 10(ב) לחוק); 14 ימים להרכבת ממשלה והודעה על כך לנשיא המדינה וליו"ר הכנסת (סעיפים 10(ג) ו-13(ב) לחוק); 7 ימים לקביעת ישיבת הכנסת לצורך כינון הממשלה (סעיף 13(ב) לחוק). למותר לציין, כי מובן שאין חובה למצות פרקי הזמן שנקבעו בד"ן.
166. נוסף על האמור לעיל, כאן המקום לציין כי בהתאם להוראת סעיף 37 להסכם הקואליציוני, הגשת הבקשה לנשיא המדינה להטיל על המשיב 2 את מלאכת הרכבת הממשלה תיעשה רק לאחר השלמת הליכי החקיקה על בסיסם הסכימו הסיעות על הקמתה של ממשלת החירום הלאומית.
167. בשים לב לכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי דין הבקשה למתן צו-ביניים אשר ימנע את הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 להידחות.
168. לעניין זה, די בשלב זה להתייחס לשיקולי מאזן הנוחות. כידוע, בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, שיקול זה הוא השיקול המרכזי בהכרעה המתייחסת לבקשת סעד זמני, אולם ככל שסיכויי העתירה גבוהים יותר, כך ניתן למעט בדרישת מאזן הנוחות (ולהיפך).
169. בהינתן לוחות הזמנים הקצרים יחסית שפורטו מעלה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אי-מתן צווי הביניים בעת הזו יאפשר למערכת הפוליטית להמשיך בהליך הרכבת הממשלה בהתאם להוראות חוק יסוד: הממשלה, ובד בבד לא ימנע מבית המשפט הנכבד לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית בעניין. לענין זה יצוין כי המשך הליך הרכבת הממשלה אף עשוי להביא לשינוי נסיבות רלוונטי, אשר עשוי יהיה להשפיע גם על הכרעת בית המשפט הנכבד, במידה כזו או אחרת.
170. נוסף על כך, ומטבע הדברים, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא עילה להתערבות שיפוטית בעניין – והיועץ המשפטי לממשלה סבור כאמור כי העתירות אינן מגלות עילה שכזאת, והוא אף סבור כי סיכויי קבלת העתירה אינם גבוהים לאור כל האמור לעיל במסגרת תגובה זאת – הרי שניתן יהיה להעניק סעדים מתאימים ורלוונטיים, וגם בכך יש כדי ללמד כי הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2 אינה בגדר מצב בלתי הפיך אשר מחייב מתן סעד זמני.
171. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מתווה זה – של קיום ביקורת שיפוטית מהירה ואפקטיבית, לצד אי-מניעת המשך ההליך להרכבת הממשלה – מהווה איזון הולם בנסיבות העניין, ומשקף את הכיבוד ההדדי הראוי והנדרש בין רשויות המדינה.

נוסיף, כי ברור וגלוי שכלל הגורמים הנוגעים בדבר מודעים לכך כי קיימת אפשרות להתערבות שיפוטית בעניין, ומכלכלים את צעדיהם בהתאם.

172. אשר על כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין מקום למתן צווי ביניים שיזנו למניעת הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2.

העתירות והסעדים שנוספו לביטול ההסכם הקואליציוני

מפת התמצאות במשעולי העתירות

173. כאמור לעיל, ביום 20.4.20 נחתם 'הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית', בין סיעת הליכוד בכנסת ה-23 לבין סיעת כחול לבן בכנסת ה-23, וסמוך לאחר מכן הוא פורסם באמצעי התקשורת. כעולה מתגובות הצדדים ההסכם הונח על שולחן הכנסת בהתאם להוראת סעיף 1(א) לחוק הממשלה (ראו לדוגמא סעיף 107 לתגובת ראש הממשלה נתניהו).

174. זמן קצר לאחר חתימת ההסכם הוגשו לבית המשפט הנכבד העתירות בבג"ץ 2592/20, 2593/20 ו-2594/20. בימים 21.4.20 ו-22.4.20 נעתר כב' השופט עמית לבקשת העותרים בבג"ץ 2593/20 ובבג"ץ 2594/20 להוספת סעדים נוספים לעתירותיהם, וקבע כי יתווספו לעתירות אלה סעדים המבקשים להורות על בטלות ההסכם הקואליציוני, או על בטלות סעיפים מסוימים בהסכם.

זמן קצר לאחר מכן הוגשו עתירות נוספות שביקשו מבית המשפט הנכבד להורות על בטלות ההסכם הקואליציוני, או על בטלות סעיפים ממנו (בג"ץ 2649/20 **סיעת יש עתיד-תל"ם נ' סיעת הליכוד**; בג"ץ 2675/20 **העמותה לדמוקרטיה מתקדמת נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-23** (אשר הוגשה מבלי לכלול את היועץ המשפטי לממשלה כמשיב לעתירה); ובג"ץ 2677/19 **התנועה למען איכות השלטון נ' סיעת הליכוד**).

175. למקרא העתירות האמורות, עולה כי ניתן לחלק את טענותיהן נגד הוראות ההסכם הקואליציוני למספר קטגוריות: הקטגוריה הראשונה נוגעת ליחסי הכוחות בתוך הכנסת, בין סיעות הקואליציה לבין סיעות האופוזיציה; הקטגוריה השנייה של הטענות נוגעת לשינויים המשטריים העתידיים להיות מעוגנים בחקיקת יסוד לצורך הסדרת מתכונת פעולתה של הממשלה – תוך יצירת מוסד משטרי חדש בדמות "ראש ממשלה חלופי" ושילובו בדרכי עבודתה – ולהסדרת יחסי הכוחות בין הממשלה לבין הכנסת; קטגוריית הטענות השלישית מוסבת על הוראות בהסכם הקובעות את אופן הפעלתן העתידית של סמכויות סטטוטוריות המסורות לממשלה ולשריה, לרבות ביחס למינויים בכירים בשירות הציבורי.

העתירות האמורות שונות אמנם בניסוחיהן ובדגשים שהושמו בהן, אולם הלכה למעשה חולקות הן אדנים משפטיים דומים וקרובים זה לזה. בנסיבות האמורות, ועל מנת לייעל את הדיון המשפטי, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להשיב לכלל טענות העותרים במאוחד, בהתאם לכל אחת מהוראת ההסכם הקואליציוני שביטולן התבקש.

176. טרם נפנה אל מהלך הטיעון נבקש להדגיש כבר בפתח הדברים, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו נדרש, ככלל, לנקוט עמדה ביחס לסעיפים בהסכמים הקואליציוניים בין סיעות פוליטיות, **שכן מדובר בהסכם פוליטי שאינו כובל את שיקול הדעת של הרשות המינהלית ואינו גובר על חובותיה על פי כללי המשפט המינהלי וכל הוראות הדיון, בעת שהרשות מפעילה את סמכויותיה.**

ברגיל, נדרש היועץ המשפטי לממשלה לטענות בעת הפעלת הסמכות השלטונית עצמה, או במסגרת קידום הליכי חקיקה רלוונטיים, אם וכאשר יחליטו הרשויות המוסמכות לפעול בהתאם להוראה בהסכם פוליטי, וזאת בשים לב לנסיבות הפרטניות של העניין.

בדומה לתחום הצר להתערבות בהסכמים פוליטיים אותו גדר לעצמו בית המשפט הנכבד, הרי שרק במקרים חריגים וקיצוניים עשוי היועץ המשפטי לממשלה לראות לנכון להציג את עמדתו בעניין הסכם פוליטי, ולהתייחס לסעיפים אותם מצא כבלתי חוקיים כבטלים ובלתי מחייבים, אף בטרם הוקמה ממשלה ואף בטרם הגיע מועד הפעלתם, זאת במסגרת תפקידו כאמון על האינטרס הציבורי ושמירת שלטון החוק.

177. במקרה דנן נראה כי אין חולק כי ההסכם הקואליציוני דנן הוא הסכם יוצא דופן – הן על רקע הנסיבות החריגות שבהן נחתם, הן בשים לב לתוכנו. המדובר בהסכם פוליטי אשר, כפי שמתואר בפתח ההסכם, משרטט את קווי המתאר לפעולתה של ממשלה חדשה, מיוחדת, שהקמתה מחייבת שינוי בחקיקת יסוד. הסכם זה נועד לאפשר הקמת ממשלה בישראל לאחר שלוש מערכות בחירות במהלך שנה אחת, בתקופת משבר בריאותי-כלכלי חמור, על החשיבות הרבה הנודעת לכך. בד בבד, אין לכחד כי רכיבים שונים בהסכם מעוררים – על פני הדברים – קשיים משפטיים ניכרים.

בשים לב לנסיבות חריגות אלו וייחודו של הסכם זה, וכן בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד לפיהן היועץ המשפטי לממשלה ימסור תשובתו לעתירות ולבקשות להוספת סעדים המתייחסות להסכם, יידרש היועץ המשפטי לממשלה להוראות ההסכם לגופן, בראי העתירות, בשלב זה.

הכל כפי שיפורט להלן.

178. מהלך הטיעון בחלק זה של התגובה יעשה כדלקמן. תחילה, נעמוד על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניינו; לאחר מכן, נבחן את הקשיים שמעורר ההסכם הקואליציוני כמכלול; לאחר מכן, נעמוד ביתר פירוט על טענות העותרים, בהתאם לסעיפים שביטולם התבקש, ונציג את עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס אליהם. לבסוף, ועל יסוד הנדבכים הקודמים, יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על סיכום עמדתו בעניין.

תמצית התשתית הנורמטיבית הצריכה לעניין

179. בפתח סקירת הדין, ולמען הסר ספק, יובהר כי מטבע הדברים אין ליועץ המשפטי לממשלה כל נגיעה להסכמים הקואליציוניים, שהם הסכמים פוליטיים אשר נחתמו בין סיעות הכנסת במטרה להרכיב את הממשלה ה-35. היועץ המשפטי לממשלה מנחה, מבחינה משפטית, את רשויות הממשלה השונות במהלך עבודתן, ואלה ממילא כפופות לחובותיהן על פי כללי המשפט המינהלי והחוקתי, בעת הפעלת סמכויותיהן על-פי דין, כאמור, יהא אשר יהא תוכנו של ההסכם הקואליציוני שנחתם עובר להקמת הממשלה.

180. כפי שיפורט בסמוך, קיימת הסכמה רחבה בהלכה הפסוקה לפיה הסכמים פוליטיים – והסכמים קואליציוניים בכללם – אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית. בצד האמור, ניכרת בפסיקות בית המשפט הנכבד המגמה בדבר היקף ההתערבות המצומצם והאיפוק השיפוטי בעניינים אלה, שהם פועל יוצא של עיקרון כיבוד הרשויות, וכן של רצונו של בית המשפט הנכבד להימנע מגלישה אל השדה הפוליטי.

181. המבחנים המהותיים לבחינת חוקיותם של הסכמים פוליטיים נקבעו תחילה בבג"ץ ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1)(749) (להלן: **פסק דין ז'רז'בסקי**), ולאחר מכן בשורה נוספת של פסקי דין. עיקרם של דברים הוא כי הפסיקה הכירה בכך שהסכמים פוליטיים, והסכמים קואליציוניים בפרט, הם תוצר לוואי טבעי, ואף חיוני, של צורת המשטר הנהוג אצלנו – המשטר הרב-מפלגתי. מהותו ואופיו של ההסכם הקואליציוני אמנם משתנה מעניין לעניין, אולם באופן כללי ניתן לומר כי ההסכם הקואליציוני קובע, בדרך כלל, מהם קווי המדיניות המשותפים המקובלים על הצדדים להסכם, ומהן הדרכים בהן יופעלו הסמכויות השלטוניות לצורך הגשמת מדיניות זו. כמו כן, אפשר שהסכם קואליציוני יסדיר עניינים הקשורים בחלוקת תיקים בממשלה בין הצדדים להסכם, מינויים ועניינים אחרים הקשורים במדיניות ניהול השלטון ועוד (ראו, בין היתר: **פסק דין ז'רז'בסקי**, בעמוד 836).

182. לאורך השנים נדונו שאלות שונות סביב מעמד המשפטי של הסכמים פוליטיים, ובהן שאלות הקשורות בדין החל על הסכמים אלה, שאלות הנוגעות לשפיטות הסכמים אלה, ושאלות בנוגע להיקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בביקורתו על אותם הסכמים. עיקר המחלוקת סב סביב השאלה מהו הדין שראוי להחיל על הסכמים פוליטיים, וכן האם ומתי ייזקק בית המשפט הנכבד לשאלות הנוגעות להפרה או לאכיפה של הסכמים מעין אלה.

באשר לשאלות אלה הסתמנו במהלך השנים גישות שונות, אולם נראה כי מוסכם שהסכמים קואליציוניים כפופים לביקורת שיפוטית (ראו בין היתר, בג"ץ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, מד(2) 213).

כך, הפסיקה עמדה באופן ברור על כך שבית המשפט הנכבד מוסמך לבטל הסכם פוליטי כאשר נמצא כי ההסכם הוא בלתי-חוקי או שהוא סותר את תקנת הציבור. במסגרת פסק הדין בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, מט(1) 758 (1995) (להלן: עניין ולנר) נקבע, בין היתר, כי "בית-משפט לא ידיר עצמו מדיון בהסכם פוליטי אך כאשר הסכם פוליטי הוא, ובהקשר המתאים יוכל שיכריז עליו - בין במפורש 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 כנושא לדיון; בית-משפט יכול שיטפל בו כראוי לו, והוא במקום שעשוי הוא לפגום בעיקר מעיקרי החברה או ביסוד מיסודי המשפט".

183. לאורך השנים, בית המשפט הנכבד 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 הנכבד, מפי כב' הנשיא שמגר, טעמים 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"צ 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 והמחייבת התערבות שיפוטית, כגון נסיבות בהן יש פגיעה מהותית בתקנת הציבור."

בפסק דין ז'רז'בסקי מנה כב' השופט (כתוארו אז) ברק את הטעמים שלשיטתו מצדיקים פסילת הסכם פוליטי:

"אותם עקרונות עצמם, הנותנים תוקף להסכם הפוליטי, 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."

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

ואילו כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש קבעה בפסק הדין בבג"ץ 306/05 ח"כ זבולון אורלב נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום 21.8.05) (להלן: **עניין סיעת המפד"ל**) כי "כאשר מדובר בהסכם הנגוע באי-חוקיות או בהסכם הסותר את תקנת הציבור, בית המשפט לא ירתע מלהצהיר על ביטולו. כדי להכריע בשאלת הפסול נבחן אם הפגמים שנפלו בהסכם נוגעים להוראות מהותיות באותו הסכם ואם הם מן הסוג שיש בו כדי לגרום לפגיעה בערכים מהותיים של שיטת המשטר שלנו, לפגיעה בעקרונות הנוגעים במבנה החוקתי של שיטתנו הדמוקרטית או, אם פוגעים הם בערכי היסוד העומדים בבסיס השיטה המשפטית שלנו. כך גם נבחן אם נגוע ההסכם בסממני שחיתות או בהשחתת המשטר. אף בכל אלה אין כדי למצות את עילות הפסילה שכן המציאות בתחום הפוליטי היא דינמית וקשה לחיזוי מראש" (סעיף 13 לפסק הדין) (וראו גם: בג"ץ 3294/05 **עמותת בצדק נ' ראש הממשלה**) (ניתן ביום 28.9.05).

184. הנה כי כן, אין המדובר – כאמור – ברשימה סגורה של פגמים, ובכל מקרה יבחן בית המשפט הנכבד אם כתוצאה מההסכם עלולה להיגרם פגיעה בחוק, בתקנת הציבור, או בערכי היסוד של השיטה ובעקרונותיה החוקתיים, עד כי מצדיק הדבר התערבות שיפוטית, על אף הצורך בכיבוד הרשויות ובהימנעות מגלישה לשדה הפוליטי.

185. לצד האמור, יש להדגיש כי בית המשפט הנכבד קבע כי ינהג איפוק רב בבואו לבחון הסכם פוליטי, ויימנע מהתערבות העלולה לגרום לפגיעה בחופש הפעולה הפוליטי ובעיקרון היסודי של שיטתנו בדבר הפרדת הרשויות, אלא במקרים חריגים וקיצוניים כאמור.

גם לעניין זה נפנה לדבריה של כב' השופטת (כתוארה דאז) ביניש בפסק הדין בעניין **סיעת המפד"ל**:

12. על האמור לעיל יש להוסיף כי בית המשפט ינהג איפוק רב בבואו לבחון הסכם פוליטי. בית המשפט יימנע מהתערבות העלולה לגרום לפגיעה בחופש הפעולה הפוליטי ובעיקרון היסודי של שיטתנו בדבר הפרדת הרשויות אלא, אם מדובר בהסכם הנוגד את החוק או את תקנת הציבור. מטעמים אלה נפסק כי התערבותו של בית המשפט בהסכמים פוליטיים תצומצם לאותם מקרים חריגים וקיצוניים, בהם ההסכם לוקה בפגם חמור המגיע כדי אי-חוקתיות, אי-חוקיות או כדי פגיעה בתקנת הציבור."

186. אלה הם אם כן, בתמצית רבה, המבחנים המהותיים, המצמצמים, שנקבעו בפסיקה בבואו לבחון הסכמים פוליטיים.

187. לאחר שאמרנו דברים אלו, ובטרם נתייחס לסעיפים הקונקרטיים הנתקפים בעתירות, נקדים עוד ונבהיר, כי אין בעמדה המובאת להלן משום ניתוח ממצה של כלל הוראות ההסכם הקואליציוני; אשר בהיבטים שונים שלו מעורר קשיים משפטיים משמעותיים. חלק מקשיים משפטיים אלו יתברר, ונכון כי יתברר, בשלב יישומו של ההסכם, אשר מטבע הדברים אינו יכול לפטור את הצדדים לו – ואף לא את הממשלה שמתעתדת לקום לאחר חתימתו – מכללי המשפט הציבורי: החוקתי והמינהלי כאחד.

כפי שנקבע בפסק דין ז'רז'בסקי :

15. השיקולים המדריכים את בעל הסמכות צריך שיהיו השיקולים העומדים ביסוד החקיקה ממנה יונקת הסמכות (...). מכאן, שאין בעל סמכות שלטונית יכול להצדיק את השימוש או אי השימוש בסמכות שלטונית אך מהטעם שהדבר מתבקש מהסכם אותו עשה עם זולתו. אם הטעמים העומדים ביסוד הפעלת הסמכות (או המנעות מהפעלתה) אינם עולים בקנה אחד עם הטעמים העומדים ביסוד קיום הסכם, יד הסמכות על העליונה. הסכם אינו יכול להגביל סמכות שלטונית... ודוק – הקביעה כי ההסכם תופס אין משמעותה כי הרשות השלטונית חייבת לקבל בעתיד החלטה על פי ההתחייבות שהיא נטלה על עצמה באותו הסכם. הקביעה כי ההסכם תופס משמעותה היא אך זו כי על בעל הסמכות להתחשב במסגרת מגוון השיקולים בעליו לקחת בחשבון בעת הפעלת הסמכות, גם בשיקול שהוא נטל על עצמו התחייבות לפעול (או שלא לפעול) בדרך מסויימת. כוחו ותוקפו של ההסכם הפוליטי אין משמעותם שהם באים להחליף את מערכת השיקולים שבעל הסמכות חייב לקחת בחשבון במסגרת החוק המסמיך. מסקנה כזו נוגדת את הוראותיו של החוק המסמיך וסותרת את חובתו של בעל הסמכות השלטונית לפעול במסגרת דל"ת אמות החוק המסמיך. כוחו ותוקפו של ההסכם הפוליטי משמעותם אך זו, כי בעל הסמכות נטל על עצמו התחייבות, וכי התחייבות זו תופסת, ועל-כן עליו להתחשב בה - זאת ותו לא - כאחד השיקולים מתוך מגוון השיקולים, שהוא לוקח בחשבון בעת הפעלת הסמכות.

16. ... ניתן לקבוע כבר עתה, כי יהיו הנסיבות בעתיד אשר יהיו הממשלה וראש הממשלה לא יהיו כבולים, בעת הפעלת שיקול-דעתם, אך בהוראות ההסכם. היא משקלה של ההתחייבות הכלולה בהסכם הפוליטי נושא העתירה אשר יהיה, משקל זה אינו מגיע לידי כבילה גמורה. אין הוא בבחינת משקל של "מאה אחוזים". תמיד יהיה צורך לקחת בחשבון בצד ההתחייבות את האינטרס הציבורי הכללי, תוך עימות בין השיקולים ואיזון ביניהם על פי תכליתה של החקיקה המקימה את הסמכות השלטונית."

מצוידים בהערת אזהרה זו, נפנה פנינו אל עבר ההסכם הקואליציוני דנן.

ההסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת כחול לבן בכנסת ה-23

188. השאלות החוקתיות שמעורר ההסכם הקואליציוני עשויות להתעורר בשלבים שונים, ובהם – (1) בדיון בעתירות דנן; (2) במהלך יישום הוראות ההסכם - בין בכנסת ישראל, בין באמצעות החלטה מינהלית; (3) וכן במסגרת ביקורת שיפוטית אפשרית על אופן יישומו בעתיד.

הבחנות אלו חשובות הן טרם "נצלול" אל נבכי ההסכם, שכן הן משמיעות לנו כי אף מעבר למתחם ההתערבות המצומצם עד מאוד בהסכמים פוליטיים עליו עמדנו לעיל, הרי שיש לתת את הדעת – בכובד ראש – לעיתוי הנכון, המתאים והראוי להכרעה ביחס לרכיבי השונים של ההסכם.

189. בטרם נתייחס לשיקולים השונים שעל הפרק, נשוב ונציין כי עסקינן בהסכם קואליציוני בלתי שגרתי, אשר המאפיין המרכזי שלו איננו הצגה של קווי מדיניות משותפים המקובלים על הצדדים והדרכים שיופעלו להגשמתם, אלא יצירת פלטפורמה להקמת ממשלה "דו-גושית", כאשר כל אחת מן המפלגות החברות בממשלה נדרשות להשתייך לאחד משני הגושים ולהיות מחויבות לכל הוראות ההסכם הנובעות מן החלוקה לגושים כאמור.
190. בכל הנוגע לעיתוי הנכון להכרעה ביחס לרכיביו השונים של ההסכם יצוין, מן העבר האחד, כי ההסכם שבפנינו, מטבעו, צופה פני עתיד ומכוון להסדיר את אופן פעולת הממשלה ה-35 במהלך כהונתה, בהקשרים שונים. משכך, בבואנו לבוחנו קיים "מתח" אינהרנטי בין בחינת סעיפיו "כיציר עצמאי" בנקודת הזמן הנוכחית, טרם הוצאתו מהכוח אל הפועל; אל מול האפשרות – הנכונה ככלל – להימנע מבחינת סעיפי ההסכם כשלעצמם, ותחת זאת להפנות פנינו לבחינה קונקרטית של ההסדרים הרלוונטיים בעתיד, ככל שיתעוררו שאלות בעניין אגב סוגיות פרטניות, תוך שהדברים יבואו לידי ביטוי ממשי "ואפוי כל צרכו" בעולם המעשה.
191. כאן המקום לעמוד על כך כי ההסכם כולו מכוון, ותלוי, בחקיקת שינויים משמעותיים ביותר בשיטה המשטרית הנוהגת בישראל, בין היתר, באמצעות תיקונים שונים לחקיקת יסוד על מלוא משקלה; תיקונים שעתידיים לעבור הליך חקיקתי (אמנם מהיר ביותר, בשים לב ללוחות הזמנים הקבועים בדין); אך בו צפויות להיות מלובנות הסוגיות לגופן באופן שיכול וישנה את התשתית העובדתית והמשפטית שניצבת בפני בית המשפט הנכבד בשלב זה.
- מטבע הדברים, פרטיהם של הסדרים חקיקתיים אלה אינם ברורים כל צרכם בשלב זה. ברי, כי אין להיבנות מטיוטות שונות אותן מבקשות הסיעות לקדם המצויות בשיג ושיח, וברי כי הן בנות שינוי תכוף, בשלב זה, על ידי "השחקנים" השונים בזירה הפוליטית פרלמנטרית.
192. זאת ועוד, מטבע הדברים, הזירה המתאימה לדיון בהצעות חקיקה היא הכנסת, ואילו מקומם של דיון והכרעה של בית המשפט הנכבד בחוקתיותה של חקיקה יהיה רק לאחר השלמת הליך החקיקה בכנסת, ובהתאם לאמות המידה החוקתיות. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחוקי יסוד, אשר עצם קיומה של ביקורת שיפוטית עליהם טרם הוכרע (תוך שנראה כי גם לשיטתם של אלה הסבורים כי יש מקום לביקורת שיפוטית על חקיקת חוקי יסוד, יש מקום כי הדבר ייעשה במקרים חריגים ביותר, כאשר חקיקת היסוד עומדת בניגוד קיצוני לערכי היסוד הבסיסיים ביותר של שיטת המשטר הדמוקרטית).
193. הדברים נכונים כמובן אף ביחס להחלטות מינהליות שונות, או הימנעות מקבלת החלטות שונות. אלה גם אלה ניתנות לבחינה אל מול מציאות קונקרטית נתונה, באופן שיתחם ויחדד את הסוגיות הרלוונטיות שתעמודנה על הפרק אותה העת.

ברי, כי חוקיותו של כל מעשה מינהלי הנעשה בידי הממשלה, ראש הממשלה או אחד משריה, נבחנת במועד ביצועו לפי הנסיבות הפרטניות והדין החל באותו מועד. ממילא, וכאן העיקר, אין בהוראות הסכם זה או אחר להתנות או לגבור, כאמור לעיל, על כל הוראות הדין.

194. **מן העבר השני**, יש לתת את הדעת, כבר במסגרת זו, לקשיים משפטיים שונים, בחלקם ניכרים, העולים מן ההסכם; כמו-גם להצטברותם האפשרית, על מנת לבחון נכוחה - כפי הנדרש - האם מי מרכיבי ההסכם, או ההסכם בכללותו, אכן באים בגדר אותם מקרים חריגים וקיצוניים, הלוקים בפגם חמור המגיע כדי אי-חוקתיות, אי-חוקיות או כדי פגיעה בתקנת הציבור.

195. אין לכחד, הוראות ההסכם כמכלול כוללות אגד משמעותי של שינויים חוקתיים מוקשים, ובתוכם מודלים תקדימיים לפעילות הממשלה, הרכבה ויחסיה עם הכנסת.

196. קושי בסיסי – עוד טרם בחינת תכני ההסדרים עליהם סוכם בהסכם – הוא עצם השימוש בחוקי היסוד ובכובעה המכונן של הכנסת כמצע לעיגונו של הסכם פוליטי מסוים, למצער בהיקף החריג עליו סוכם בהסכם דנן אל מול הסכמי עבר. ברי, כי חוק היסוד אמור לשקף את ערכי היסוד, ועקרונות משטריים קבועים שהם התשתית היציבה לפעילותן של רשויות המדינה. שינוי חוקי היסוד, לפי צרכים פוליטיים פרטניים וממוקדים, והפיכתם של אלה להסדר נורמטיבי כללי במסגרת חקיקת יסוד (בין אם בהוראת שעה על הקושי הטמון בחקיקת יסוד באופן זה, בין בהסדר קבע), עלול להשליך על איתנות המבנה החוקתי של ישראל (ראו והשוו לדבריו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין בפסק הדין בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (ניתן ביום 6.9.17), פסקאות יט-כה לפסק הדין) (להלן: **עניין התקציב הדו-שנתי**).

אף אם אין בכך כדי להביא להתערבות א-פריורית בכוונה לחוקק הסדר מעין זה, נראה כי לא ניתן להתעלם מכך.

197. קושי מובהק נוסף העולה מבחינת ההסכם כמכלול הוא המשמעות של התיקונים החוקתיים המוצעים במיוחד בכל הנוגע להשפעה המצטברת על כוחה של הכנסת לפקח על הממשלה, וכן על מעמדה ועצמאותה. זאת, בין היתר, בשים לב להוראות ההסדר המאפשרות קידום חקיקה רק ביחס להתמודדות עם משבר הקורונה על כל היבטיו, אלא אם הדבר יעשה בהסכמת ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי (סעיף 3 להסכם), וכן על כוחם של חברי הכנסת מן האופוזיציה לבצע את תפקידם באופן המתחייב מעקרונות המשטר הנוהג בישראל. ההסכם הנדון מכרסם בכוח זה בהקשרים שונים – למשל בקשר לאפשרות לבחור ראש ממשלה מחליף בהצבעת אי אמון (סעיף 8 להסכם), בהחלפת ראשי ממשלה ללא הבעת אמון מחודשת (בהתאם לסעיף 7 להסכם), בהסכמה בדבר אי בחירת חברי אופוזיציה לכהונה בוועדה לבחירת שופטים (סעיף 26 להסכם), בהקצאת ועדה אחת

בלבד בראשה יעמוד חבר אופוזיציה (כעולה מהוראת סעיף 22 להסכם), או בהארכה אפשרית של תקופת כהונת הממשלה חרף אי קבלת חוק התקציב (סעיף 30 להסכם).

אף יצירתו של מוסד חדש בדמות "ראש ממשלה חלופי" תוך עיגונו בחוק יסוד: הממשלה, וחלוקתה הבינארית של הממשלה לשני "גושים" הנותנים דין וחשבון לראשים שונים (המכהן והחלופי, בהתאם למועד), אינה טבעית לשיטתנו המשטרית ומקימה קשיים. בתוך כך, מתעוררות שאלות שונות אל מול אחריותה המשותפת של הממשלה בפני הכנסת, ולאחריות השרים בפני ראש הממשלה בהתאם להוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה.

198. קושי אחרון עליו נעמוד בתמצית רבה בשלב זה של הטיעון, הוא הוראות ההסכם הנוגעות למינויים בשירות הציבורי, וכן לעבודתה של הוועדה למינוי שופטים. המורכבות הנעוצה בהוראות ההסכם בעניין זה היא העדר טעם מבורר, על פני הדברים, להקפאת מינויים אלה על חשיבותם, והדחיפות באיושם בהקדם ככל הניתן, ויתר על כן – סתירת הוראות הדין הכללי. לא למותר להזכיר בהקשר זה את האינטרס האישי של המשיב 2 בזהותם של חלק מבעלי התפקידים בהם עוסק הסעיף.

בתוך כך, אף סעיף ההסכם המתייחס למינויים הטעונים אישור ממשלה בתאגידים ובמועצות – אשר ייעשה על בסיס שוויוני בין "גושים", אשר ההסכם רואה לנגד עיניו – על-פני הדברים עלול לסתור את הוראות הדין בעניין הליכי מינויים במגזר הציבורי.

199. הצגנו אפוא, במעין "מבט-על", את שני צידי "המשוואה" על מנת להעמיד המורכבות במלואה בפני בית המשפט הנכבד.

200. לצד זאת, עם סיום תת-פרק זה יודגש, כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי **בסופו של יום, אין מקום לקבוע כי דין ההסכם או מי מסעיפיו להיפסל**. המקום לבחינת הדברים יכול שיתקיים במסגרת הבחינה החוקתית, או המינהלית הנדרשת בבוא העת, ובמידת הצורך. זאת, הן בשים לב להלכה המחייבת בדבר התערבותו המצומצמת עד מאוד של בית המשפט הנכבד בהסכמים פוליטיים; הן בשל היות הטענות השונות נגד חלק משמעותי מרכיבי ההסכם **מוקדמות במהותן**, שכן אופן היישום – בין בחקיקה, בין בהחלטות מינהליות – הוא שיקבע; והן משום שעל אף הקושי המצטבר העולה מבחינת סעיפי ההסכם כמפורט לעיל, הרי שבחינת רכיביו לגופם, כל אחד לעצמו, אינה מעלה כי הם נגועים באי חוקיות עולים כדי סתירה שלתקנת הציבור, ולפיכך נכון יהיה לבחון את יישומם המעשי בבוא העת.

201. ברם, ביחס לסעיפים שונים עליהם יורחב בהמשך, אשר על-פני הדברים ייתכן שאינם עולים בקנה אחד עם הדין הכללי המחייב בעת הזו, מוצא לנכון היועץ המשפטי לממשלה להדגיש כבר עתה כי ממילא דבר לא יוכל להיעשות בניגוד להוראות הדין המחייבות את הממשלה ושריה.

כך בפרט, ביחס לסעיפי ההסכם הנוגעים "להקפאת" מינויים המחייבים אישור ממשלה בשירות הציבורי, סוגיית המינויים במועצות ובתאגידים שאינם חברות הממשלתיות, וכך גם ביחס להסדר שנקבע ביחס לוועדה לבחירת שופטים.

ושוב יודגש, כי עמדתו המובנת מאליה של היועץ המשפטי לממשלה היא כי סעיפים שאינם עולים בקנה אחד עם חובות הנגזרות מן הדין, לא יהיו ברי יישום על ידי הממשלה בבוא העת.

וכעת לבחינת טענות העותרים ביחס לרכיבי ההסכם השונים.

טענות העותרים ביחס לסעיפי ההסכם הקואליציוני

סעיפים 1(ב) ו-1(ג) להסכם הקואליציוני

202. בחלק מהעתירות הועלו טענות לבטלות הוראות סעיפים 1(ב) ו-1(ג) להסכם הקואליציוני, בטענה כי אלו משנות באופן שרירותי את מועד עריכת הבחירות לכנסת ה-24, באופן המשנה את "כללי המשחק" ללא כל הצדקה משטרית; תוך הותרת האפשרות להאריך את תקופת כהונת הכנסת ה-23 בשנה נוספת ברוב של 75 חברי כנסת.

203. מטבע הדברים, הסדר כאמור מחייב תיקון חקיקת יסוד, אשר פרטיו הסופיים לא ברורים עדיין. בימים אלה מקודמת בכנסת הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) [280/23/פ]. מדובר בהצעת חוק פרטית ונציגי היועץ המשפטי לממשלה נוטלים חלק ומביעים עמדתם במסגרת דיוני החקיקה. משכך לא בשלה העת שהיועץ המשפטי לממשלה ינקוט עמדה ביחס לחקיקה שטרם באה לעולם. בצד זאת, ייאמר כבר עתה שיש לתת את הדעת לקושי המשפטי הגלום בהסדר חקיקתי, שמבקש לקבוע כי משך כהונתה של כנסת מסוימת יהיה קצוב ויקבע כהוראת שעה בחוק יסוד, וזאת רק לצרכי קיום ההסכם קואליציוני.

בד בבד, יש לשים לב שאין מדובר בהארכה של תקופת כהונת הכנסת מעבר למסגרת ארבע השנים, הנוהגת לפי חוק-היסוד הנוכחי, אלא בקיצור תקופת כהונתה, והכל גם בשים לב למשבר המשטרי הקשה בו מצויה המדינה מזה כשנה ומחצה.

סעיף 3 להסכם הקואליציוני

204. הסעיף הבא שביטולו התבקש על-ידי מי מהעותרים הוא סעיף 3 להסכם הקואליציוני. על-פי הנתען, סעיפים 3(ב) ו-3(ג) להסכם כובלים באופן מוחלט את סמכויות הכנסת, כריבון העם, מלבצע את התפקידים הנובעים מעצם היותה הרשות המחוקקת.

205. אין לחדד, סעיף 3(ג) להסכם מעורר שאלות משפטיות מהותיות בדבר עקרון הפרדת הרשויות ויחסי הכוחות המשטריים בין הממשלה לבין הכנסת, כמו גם בין כל אחד משרי הממשלה לחברי הממשלה ולראשי כל אחד מ"הגושים" מושא ההסכם. זאת, הואיל וסעיף זה מורה כי בתקופה המוגדרת לפי ההסכם כתקופת חירום (6 חודשים שניתנים להארכה בהסכמה של ראשי שני "הגושים", לפרקי זמן נוספים של 3 חודשים בכל פעם) לא תקודם חקיקה ראשית או משנית, אלא כזו הקשורה להתמודדות עם נגיף הקורונה או בהסכמת ראשי שני "הגושים" כאמור.

בהקשר לכך, ראו והשוו לפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין מתווה הגז בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 27.3.16), שם קבע בין היתר כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין כדלקמן:

"קכ. יתרה מכך, סבורני כי יש ממש בטענת העותרות שהוראות המתווה כובלות לא רק את ידיה של הממשלה – ושל הממשלות העתידות לבוא – אלא גם את ידיה של הרשות המחוקקת. הוראות המתווה קובעות, כאמור, כי הממשלה תתנגד לכל הצעת חוק פרטית שתועלה בכנסת, וכן תיזום הצעת חוק נגדית במקרה שהצעת החוק הפרטית תעבור. מדובר בהגבלה ממשית של יכולתה של הרשות המחוקקת לחוקק – ראשית, במציאות הפוליטית הישראלית, הצעת חוק אשר נתקלת בהתנגדות ועדת השרים לענייני חקיקה, דהיינו התנגדות הממשלה, סיכוייה לעבור אינם גבוהים; משהמתווה נשוא ענייננו קובע מראש, מבלי בחינתן של הצעות החוק לגופן, כי הממשלה תתנגד להצעות החוק הללו, יש בכך, בפועל, כדי לכבול במהות את שיקול דעתה של הכנסת נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות, במיוחד כאשר מדובר בנושאים רגישים מבחינה פוליטית. יאמר האומר, הלא הכנסת ריבונית ותוכל לחוקק חרף ההתחייבות; להלכה כן, אך למעשה – כאמור – ההגבלה קיימת בעליל."

206. על כן, סעיף זה אכן מקים קושי ממשי, הן לעיצומו; הן בשים לב לכך שהכנסת מצויה לאחר שלוש מערכות בחירות רצופות בהן מלאכת החקיקה אינה מתנהלת בסדר הדברים הרגיל, והן בשים לב למכלול הוראות ההסכם המעצבות את יחסי הכנסת עם הממשלה, ואת האפשרות של כל שר לפעול לקידום חקיקת משנה במשרד שעליו הוא אמון. הוראות אלו משנות, על פני הדברים, מן האיזונים הקיימים והנהוגים עד עתה בין הרשויות ובתוכן; והקושי בהוראות אלו מתעצם בשים לב לכך שלצורך הארכת תקופת החירום המונעת חקיקה כאמור לפי ההסכם, כל שנדרש הוא הסכמה של ראשי שני "הגושים".

207. לצד זאת, יש לזכור כי אכן נתונה לממשלה האפשרות, בכפוף לכל הוראות הדין, להגביל קידומה של חקיקה ממשלתית (או את תמיכת הממשלה בחקיקה פרטית), בהתאם לשיטת המשטר הישראלית הנוהגת. התנהלות מעין זו כשלעצמה אינה מעוררת קשיים חוקתיים, ככל שזו מתקיימת באופן המקובל של בחינת הצעות לגופן, במידת הצורך.

על כן, בבחינת פרשנות מקיימת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי כך ראוי לפרש את הוראות ההסכם הקואליציוני האמורה, וזאת גם בשים לב לכך שבהתאם לפסיקה רבת שנים, בית המשפט הנכבד לא יכוף את הממשלה ליזום הליכי חקיקה (ראו והשוו: בג"ץ

5677/04 עמותת "אלערפאן" נ' שר האוצר (ניתן ביום 16.3.05), בעוד אכן ברי כי על הממשלה, באמצעות ועדת השרים לחקיקה, לדון בהצעות חקיקה בהתאם לסדרי עבודתה.

כך או כך, ובהמשך לאשר פורט לעיל, יש להדגיש כי ברי שאין בכוחה של הסכמה זו כדי לגבור על מחויבות להתקין תקנות בעניין ספציפי, ואף לא על שיקול הדעת הנתון לבעל הסמכות לחוקק – במידה שהדבר נדרש – וזאת בהתאם להלכה המקובלת בהתייחס לכבילת שיקול הדעת המינהלי על-ידי הסכם קואליציוני. כך, למשל, הימנעות מקידום חקיקה, ובפרט חקיקת משנה, לפרק זמן כה ממושך מטעמים שונים, עלולה לעלות כדי התנהלות בלתי סבירה כאשר הנסיבות מחייבות נקיטת פעולה.

לסיכומו של עניין זה, ובכפוף לכלל האמור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי על אף הקשיים שעל פני הדברים הסעיף מעורר, לא ניתן לומר בעת הנוכחית כי גלומה בסעיף זה אי-חוקיות המחייבת את התערבותו של בית המשפט הנכבד כעת, **ככל שהמנגנון המאפשר קידום חקיקה גם בעת הזו אכן יפורש על ידי הצדדים בפועל בהתאם לאמור מעלה, ובאופן המאפשר את קיומו**. כל זאת בשים לב לנסיבות התקופה; לעובדה כי ממשלת האחדות שהצדדים להסכם מבקשים להקימה מוגדרת כממשלת חירום לאומית, על רקע ההתמודדות הנדרשת עם התפשטות נגיף הקורונה; משנקבע בהסכם עצמו מנגנון המאפשר קידום חקיקה ראשית או משנית, וזאת על יסוד הסכמת ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי; ולאור הפרשנות המוצעת לעיל.

208. היבט נוסף, עליו סוכם במסגרת סעיף 3 להסכם, המובא לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הנכבד מוסב על ההוראות הנוגעות בסעיף 3(ג) להקפאת המינויים במהלך תקופת החירום מושא סעיף 3(ב).

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, סעיף זה אכן מעורר קשיים ממשיים ביותר, שכן משמעותו המעשית היא הקפאת מינוי ואיוש משרות בכירות, אשר חלקן לא מאויש כבר היום תקופה ארוכה, חלקן מאויש בדרך של מילוי מקום, וחלקן יתפנה בתוך תקופת החירום שבהסכם (רק לשם הדוגמא נזכיר כי בראש משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר מכהנים מזה כשנה וחצי ממלאי מקום, ולדוגמא רלוונטית נוספת נפנה מיד להלן).

מטבע הדברים, הקפאה כאמור עלולה לגרום עמה פגיעה ממשית ביציבות ובוודאות הדרושה לתפקודו התקין של השירות הציבורי. כך ברגיל, וכך ביתר שאת במצב הדברים דהיום, בו עם הקמת הממשלה תבוא לסיומה תקופת כהונה של ממשלה המכהנת במשך כשנה וחצי כממשלה יוצאת או כממשלת מעבר, על כל המשתמע מכך לעניין מגבלות האופוק והריסון החלות בין היתר לעניין עריכת מינויים בתקופה זו. משמע, מדובר בקיבוע משרות של בעלי תפקידים זמניים לתקופה משמעותית נוספת, הניתנת להארכה בהתאם להסכם, אשר מלכתחילה אוישו – במקרים רבים על-ידי ממלאי מקום זמניים ולא בהליכי המינוי המלאים – על ידי ממשלת מעבר ולא על ידי ממשלה המכהנת מכוח אמונה של הכנסת.

209. קשיים אלה מתעצמים במיוחד כאשר עסקינן באיוש תפקידים המאופיינים בעצמאות שיקול דעת, אכיפת דין, והפעלת סמכויות סטטוטוריות – ובפרט ראשי מערכת אכיפת החוק, שכידוע ביניהם אינם מאוישים כיום במינוי קבע - תפקיד פרקליט המדינה ותפקיד המפקח הכללי של משטרת ישראל.

דומה, כי אין צורך להכביר מילים על חשיבות איושן של משרות אלה, כמו גם על חשיבות העצמאות ואי התלות המתחייבת ביחס אליהן. כך ככלל, כך בפרט בימים אלה בהם ראש הממשלה המכהן עומד לדין. מובן, כי יש חשיבות רבה ואינטרס ציבורי ממשי ודחוק למינוי לתקופה קבועה, הן לטובת הגופים השלטוניים עצמם על מנת להבטיח פעולתם באופן מיטבי, והן על מנת להבטיח אי תלות, ובכלל זה אף מראית עין של אי תלות, בין נושאי משרה בכירים אלה לבין הממשלה האמונה על מינויים.

210. דברים אלה מתחדדים במיוחד למקרא הוראות סעיפים 3(ב) ו-3(ג) להסכם הקואליציוני הקובעים את מנגנון הארכת תקופת החירום אליה מתייחס ההסכם כולו. מנגנון זה אינו כפוף לקיומן של נסיבות חירום ממשיות כהצדקה לאפשרות הארכתו. כל שדרוש להארכת תקופת החירום הוא הסכמת ראשי שני "הגושים". בכך מאפשר הסעיף לכאורה הארכת בלתי מוגבלת, ללא מנגנוני פיקוח חיצוניים כל שהם, ותוך סטייה מתמשכת מדרכי המינוי שיוחדו לתפקידים אלה, אשר הותוו כפי שהותוו, בין היתר, בשים לב להיותם תפקידים של אכיפת דין ושמירת סף. בענייננו, בהקשר "הקפאת" המינויים בו עסקינן, הארכת תקופת מילוי המקום ללא מינוי בעל תפקיד קבוע, בתקופה קצרה בכל פעם, וללא נקודת סיום ודאית כרוכה אף היא בפגיעה בעצמאות שיקול דעתם של הנושאים במשרות הבכירות בדרך של מילוי מקום. זאת, בשים לב לצורך בהחלטה עיתית תכופה בדבר הארכות חוזרות ונשנות לתקופות משתנות. דברים אלה הנכונים תמיד, נכונים אף יותר – כאמור – במצב הדברים זהיום בו לא מכהן מפכ"ל משטרה או פרקליט מדינה קבוע תקופות שאינן מבוטלות (במשטרת ישראל מזה כשנה וחצי כאמור, ובפרקליטות המדינה קרוב לחצי שנה).

211. כאן המקום להתייחס בתמצית גם לאשר עולה בהקשר זה מהוראת **סעיף 3(ד) להסכם הקואליציוני**. בהוראה זו נדונים קווי היסוד של הממשלה ולכך נתייחס בהמשך הדברים, אלא שנוסף לכך קובע הסעיף, בין היתר ובענייננו, כי צוות שיוקם לגיבוש קווי היסוד של הממשלה מעבר לתקופת החירום, יידרש אף לגבש "בהסכמה [...], כללים לביצוע מינויים בכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור ממשלה לתקופה שלאחר תקופת החירום. הרכב הצוות יהיה שוויוני בין הגושים [...]. כל החלטה שתתקבל בוועדה [ההסכם נוקט פעם לשון צוות, פעם לשון ועדה – הערת הח"מ] טעונה הסכמה של שני ראשי הוועדה משני הגושים".

לסעיף זה נפקות בענייננו שכן למעשה הוא משמיע, על פני הדברים, כי מינויי הבכירים הטעונים אישור ממשלה "יוקפאו" עד לגיבוש כללים מוסכמים תחת אלה הנוהגים כיום, בהתאם לדין. משמעות הדבר היא כי העיכוב במינוי לתפקידים בכירים – חלקם או כולם - עלול להתארך עד לגיבוש מתווה מוסכם בידי הצוות שיוקם, במיוחד בשים לב לזכות הווטו ההדדית לשני הגושים בצוות.

לעניין זה גם נזכיר כי במהלך כהונתה המתוכננת של הממשלה החדשה צפויה להסתיים גם כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה הנוכחי, וזאת בחודש פברואר 2022.

212. נמצאנו למדים כי קושי ראשון נעוץ בעצם "הקפאת" המינויים, בעוד קושי שני נעוץ בכך שלמעשה אין המדובר בתקופה תחומה, או הכפופה לנסיבות חירום, וכי מנגנון הארכתה נעדר איזון חיצוני כל שהוא מעבר להסכמתם של ראש הממשלה המכהן – שביחס לחלק מהמינויים הקשורים בתחום אכיפת החוק נמצא בניגוד עניינים אישי – ושל ראש הממשלה החליפי. יתרה מכך, מעיון בהסכם, וחרף האמור בתגובות הצדדים בעניין זה, כלל לא ברורה הזיקה הקושרת לכאורה בין הצורך הברור בהתמודדות עם נגיף הקורונה, על כל הכרוך בכך; לבין הצורך לכאורה בהקפאת המינויים הבכירים בשירות הציבורי. יצוין כי אף אם הייתה מתבררת זיקה שכזו, הדבר היה מעורר שאלות בנוגע לאי-הקפאת מינויי מנכ"לים במשרדי הממשלה בתקופה האמורה (לעומת מינויים בכירים כאמור).

213. ואם בכך לא די, הרי שעל שני הקשיים המשפטיים המשמעותיים שנסקרו מעלה, יבקש היועץ המשפטי לממשלה לעמוד על קושי נוסף, בדמות סתירה לכאורית של הוראת ההסכם את הוראות סעיף 23א לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959.

הסדר זה קובע מנגנון הטלת תפקיד באופן זמני, על-פיו יש להיוועץ בנציב שירות המדינה עם הטלת התפקיד, ולשוב על כך בהארכת מילוי המקום כל 3 חודשים, ולאחר 6 חודשים אף לקבל את הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה לצורך המשך הטלת התפקיד באופן זמני, בכפוף לקיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. יצוין כי לשון סעיף 23א לחוק, המועדים הקבועים בו, תכליתו והגיונו, מלמדים על הצורך לקצר ככל הניתן את תקופות מילוי המקום.

בכך, יש גם כדי לסתור, על פני הדברים, את סעיף 2(א) לחוק הממשלה, התשס"א-2001, לפיו מקום שנתונה בחוק סמכות להעביר אדם מתפקידו, לרבות בממשלה ובכנסת, "לא ייעשה הסכם ולא תינתן התחייבות בענין אי העברתו של אותו אדם מתפקידו".

214. יש לשוב ולהדגיש – ולכך חשיבות רבה בענייננו – כי על-פי ההלכה הפסוקה, אין בהוראות ההסכמים קואליציוניים, כשלעצמן, כדי לאצור מטען נורמטיבי שבכוחו למנוע או להגביל הפעלת סמכות שלטונית, שניתנה בדיון, בידי של בעל התפקיד. מטבע הדברים, **הסכם קואליציוני אף אינו יכול לעמוד בניגוד להוראת דין קיימת**. לפיכך, הורתה הפסיקה, כי בצד ההתחשבות באמור בהסכם הקואליציוני, בעל הסמכות רשאי – ובנסיבות מסוימות אף חייב – להשתחרר מההסכם, אם צורכי ציבור חיוניים יצדיקו זאת.

ובלשונו של כבי' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"די מא(1) 73, 81 (1987):

11. ממשיך מר רובין וטוען, כי ההסכמים פסולים, שכן יש בהם כדי להגביל בעתיד את שיקול הדעת שיש לנושאי משרה במוסדות הלשכה במילוי תפקידם בלשכה. אין לי צורך לבחון טענה זו לגופה. אפילו מגביל ההסכם שימוש עתידי בסמכות שלטונית, אין בכך כדי להביא לפסילתו בהווה של ההסכם. הגישה המקובלת בעניין זה בישראל היא, כי הסכמים המגבילים סמכות שלטונית אינם בטלים כשלעצמם (ראה בג"צ 311/60 [9] ה"ל). עם זאת, שעה שיבוא מועד הפעלת הסמכות השלטונית, יוכל בעל הסמכות להשתחרר מההסכם, אם צורכי ציבור חיוניים יצדיקו זאת ... על-כן, אם בעתיד יעמדו הצדדים לחוזה לפני הצורך להגשימו, ואם הגשמה זו תעמוד בניגוד לשיקולים הראויים במסגרת שיקול הדעת הסטוטורי הנוגע בדבר, כי אז ניתן יהא לשחרר את בעל ההסכם מהתחייבותו, ובלבד שיתמלאו הדרישות הנוגעות להשתחררות זו. אין כל צידוק, כי נקדים את המאוחר, וכי נכריז כבר עתה על השתחררות מההסכם. לשון אחר: איש ציבור שבחר לתפקיד סטוטורי מטעם גוף ציבורי, חב אמון לאותו גוף ציבורי וחב נאמנות לתפקידו הסטוטורי, וכפי שאמר חברי, השופט גולדברג, בהתנגשות החזיתית בין שני אלה, יד התפקיד הסטוטורי על העליונה, וזאת כחלק מעקרון עליונות החוק. אך כל עוד אין התנגשות שכזו, עליו לקיים את שתי הנאמנויות הללו. זו המשמעות של הפסיקה, כי "חוזה מגביל סמכות" אינו בטל כשלעצמו, ורק אם הגשמתו נוגדת אינטרס ציבורי חיוני, ניתן להשתחרר ממנו. כאמור, לא בשלו התנאים להכרזה על השתחררות שכזו בעניין שלפנינו".

דברים אלה ודאי יפים אף בעניין הוראות "הקפאת" המינויים בהסכם שבפנינו.

215. טרם נפנה פנינו מסוגייה זו, לא ניתן שלא לשוב ולציין בתמצית כי ככל שראש הממשלה הבא אכן יהיה המשיב 2, הרי שהתנהלותו תהא כפופה להסדר ניגוד עניינים מפורט, כמקובל, שיכלול מטבע הדברים אף התייחסות לסוגיות אלה. ברי, כי כהונתו בראשות הממשלה תהיה כפופה למגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק, ובכלל זאת יבואו גם החלטות בעניין מינויים של בעלי תפקידים במערכת אכיפת החוק, כמו גם ביחס להחלטות כלליות אחרות בנוגע לאופן המינוי והפסקת הכהונה, מעמדם, תפקידם ותפקודם. בין היתר, המשיב 2 לא יוכל להיות מעורב בדרך כלשהי בהחלטות הנוגעות למינויים של בעלי תפקידים במערכת אכיפת החוק וברשות השופטת שיכולים להשפיע על עניינו האישי. עניינים אלה ואחרים יבואו לידי ביטוי בחוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה, אשר תיערך בהתאם לכלל 7 לכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים (י"פ התשס"ג, 1136). אשר על כן, ואף בהקשר זה, לא יכול ההסדר הקואליציוני להתגבר על עקרון היסוד המבוסס על כללי הצדק הטבעי שעוגן לאורך השנים גם בפסיקתו הענפה של בית המשפט הנכבד ביחס להפעלת סמכות שלטונית במצב של ניגוד עניינים על כל משמעויותיהן.

216. כאן מקום לציין כי דומה שבתגובת "גוש כחול לבן" (ובפרט בסעיפים 94-95 לתגובה) ניתנה הבהרה בעניין רכיב זה בהסכם לפיה, בכל הנוגע לצד זה, אין מחלוקת כי ההסכם כפוף לדין, ובפרט להוראות חוק שירות המדינה (מינויים), שהוזכר לעיל, בעוד ניתן להבין אף מן התגובה שהוגשה מטעמו של ראש הממשלה נתניהו (סעיף 197 בפרט), כי הארכת המינויים כפופה להוראות חוק זה, כפי הנדרש.

217. לאחר כל האמור, בנקודת הזמן הנוכחית, ולנוכח אמות המידה שנקבעו בפסיקה לעניין זה, אין בידי היועץ המשפטי לממשלה לומר כי הקשיים המשפטיים עליהם עמדנו לעיל, מצדיקים את בטלותם של סעיפים 3(ב) ו-3(ג) להסכם הקואליציוני. נכון הוא כי גם חוקיות יישומו של רכיב זה בהסכם תיבחן בעתיד, על יסוד תשתית עובדתית קונקרטית. כך, למשל, במועד פקיעת כהונת מכהן במשרה או ממלא מקום במשרה בכירה כאמור, יהיה על השר הנכנס לקבל החלטה על פי מיטב שיקול דעתו, תוך שקילת מכלול השיקולים הצריכים לעניין, וכאשר לפניו ניצב האינטרס הציבורי. סבירות ההחלטה המינהלית, כמו גם מיהות בעלי התפקיד שהיו מעורבים בקבלתה, תיבחן בבוא העת – בהתאם לכל הוראות הדין – כאשר ברי שאין בכוח ההסכם הקואליציוני לסתור חקיקה ראשית או הלכה פסוקה, הכול כמפורט לעיל.

218. עוד טוענים, חלק מן העותרים, כנגד הוראת **סעיף 3(ד) להסכם הקואליציוני**, המורה כי הממשלה אשר תושבע לראשונה לפי ההסכם תציג קווי יסוד רק בנושא המאבק בנגיף הקורונה, ולא קווי יסוד מלאים לפעולתה כנדרש לפי סעיף 13(ד) לחוק-יסוד: הממשלה. קווי יסוד מלאים כנדרש יגובשו - בהתאם להוראה זו בהסכם - על ידי צוות שהרכבו יהיה שוויוני בין הגושים, עד לתום תקופת החירום.

וזו הוראת סעיף 13(ד) לחוק-יסוד: הממשלה:

"משהורכה הממשלה, תתייצב לפני הכנסת, תודיע על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים, ותבקש הבעת אמון".

כידוע, קווי היסוד של הממשלה משקפים את מהותה ואופייה של הממשלה החדשה, ומשכך הם מהווים בסיס משמעותי בהבעת האמון של הכנסת בממשלה. הכנסת לא רק מאשרת את הרכב השרים הראשוני אלא, לפי לשון הסעיף 13(ד), מביעה אמון בממשלה לאחר שראש הממשלה המיועד הציג בפניה את ההרכב וקווי היסוד גם יחד.

נשוב ונציין, כי האמור בהסכם אינו גובר על הוראות הדין, ודאי לא על הוראת חוק היסוד, אשר בהתאם לה תיגדרש הממשלה שתוקם להתייצב לפני הכנסת ולהודיע בין היתר על קווי היסוד של מדיניותה. מההסכם אף לא עולה כי בכוונת הצדדים לתקן את הוראת חוק היסוד האמורה, ולפיכך ברי כי הוראה זו תחייב גם את הממשלה שתקום.

למיטב ההבנה כך אף עולה מתגובת גוש "כחול לבן" לפיה ניתן להבין כי כוונתם היא להביא בפני הכנסת את קווי היסוד של הממשלה (סעיף 98 לתגובת "גוש" כחול לבן). דומה, כי אף מתגובת מפלגת הליכוד עולה כי זו אינה מתכחשת לחובה להביא בפני הכנסת קווי יסוד מלאים, אלא שהיא מבהירה מדוע היא סבורה כי ההסכם שהונח על שולחן הכנסת מקיף נושאים אף מעבר לנושא הקורונה (תקופת החירום), וממילא קווי היסוד טרם הונחו.

בהקשר זה יש לזכור, כי חוק היסוד אינו קובע כללים נוקשים באשר לתוכנם של קווי היסוד ולמידת הפירוט שלהם. מכל מקום, ברי כי הוראת חוק יסוד מחייבת את הצדדים להסכם שנראה – על פני הדברים – כי הם אינם מתכחשים לה.

סעיפים 4, ו-20 להסכם הקואליציוני

219. בנוגע לטענות שהעלו חלק מן העותרים, לפיהן הוראות סעיפים 4, ג', ד' ו-20 להסכם מהוות הפיכה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל למדינה "דו-ראשית".

אמנם, דומה כי אכן המדובר בשינוי משטרי משמעותי מזה אשר נהג עד הנה. אלא שבמסגרת סעיפים אלה סיכמו הצדדים על עריכת תיקוני חקיקה מתאימים לפני השבעת הממשלה. בימים אלה מקודמת בכנסת הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) – ממשלת חילופים) [280/23/פ]. מדובר בהצעת חוק פרטית ונציגי היועץ המשפטי לממשלה נוטלים חלק ומביעים עמדתם במסגרת דיוני החקיקה. תיקוני חקיקה אלה יהיו נתונים אף הם בתורם לביקורת שיפוטית לאחר השלמתם, ככל שהעותרים יסברו כי בידם עילה בדין להגשת עתירה, בשים לב לכך שמדובר בתיקון של חוקי יסוד.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ובהתאם להלכה הפסוקה, בנקודת הזמן הנוכחית אין מקום או עילה להתערב, כבר עתה, בהסכמה הפוליטית שהתגבשה בין הצדדים להסכם הקואליציוני לערוך תיקוני חקיקה, לרבות בחקיקת יסוד. משכך, אף לא עלה בידי העותרים להצביע על עילה משפטית כלשהי שמכוחה יש למנוע מן הכנסת לקדם את הליך החקיקה באמצעות מוסדות הכנסת וחבריה (וראו בעניין זה, בין היתר, החלטתו של כב' השופט עמית, מיום 23.4.20, בדבר דחיית הבקשה למתן צו ביניים למנוע המשך קידומו של הליך החקיקה שהחל מכוחו של ההסכם שהתבקש בבג"ץ 2594/20, וההפניות שם).

220. עוד יצויין בעניינו של סעיף 20 להסכם, כי הוא עוסק באופני קביעת סדר היום לממשלה ולדרכי העבודה בין ראש הממשלה לראש הממשלה החלופי, בהקשרים שונים פנים ממשלתיים. הסדרים בעניין זה, הנוגעים לניהולה הפנימי של הממשלה ייבחנו בשלב היישום, בשים לב לכך שתקנון הממשלה מאושר בהחלטת ממשלה ועל כן הוא נבחן אף בחינה משפטית עובר לאישורו.

221. בנוגע לטענה כי הוראות **סעיפים 4(ד) ו-10א' להסכם** מחייבות בטלות מאחר שלשיטת העותרים הן סותרות לכאורה את פסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי ובעניין פנחסי** (סעיף 4 לבקשה), נשוב ונפנה תחילה לכך שעניינו של סעיף 4(ד) הוא בתיקוני חקיקה הנדונים כעת בכנסת, ולכך התייחסנו לעיל. מעבר לכך, סעיף 10א' קובע כי פיטורי שרים וממלא מקום ראש הממשלה יהיו מותנים בהסכמות מתאימות מצד ראש הממשלה או ראש הממשלה החלופי, כל אחד לגבי רשימת השרים הנמנית על "הגוש" שלו.

222. בהקשר לכך, נשוב ונציין כי בסעיף 2א' לחוק הממשלה נקבע כי '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'.

יצוין כי הוראה זו הייתה קבועה בסעיף 13א' (ב) לחוק יסוד: הממשלה, בנוסחו הקודם, והיא אף זכתה להתייחסות נרחבת בפסק דינו של בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי**, שם קבע כב' הנשיא שמגר כי 'בהיווצר נסיבות המחייבות, לאור מכלול הנתונים, הפעלת סמכות בדבר העברה מן התפקיד... **בלתי חוקי הוא שבעל סמכות ימשוך ידיו מהפעלתה של סמכות ההעברה מן התפקיד, בשל כך שהבטיח מראש כי לא יפעיל את סמכותו האמורה למרות שהנסיבות יחייבו הפעלת הסמכות**' (סעיף 11(ה) לפסק הדין).

וכן נפנה לדבריה של פרופ' ברק-ארז בספרה משפט מינהלי כרך א' 201 (2010), כדלקמן:

"החובה המתמדת להפעיל שיקול דעת – כאשר מוענקת לרשות מינהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמדת ומתמשכת לשיקול את הצורך בהפעלתה. המשמעות המעשית העיקרית של חובה זו היא שעל הרשות לשיקול את הצורך בהפעלת הסמכות ואסור לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה של הסמכות (וכך לפטור עצמה מבחינה נוספת של העניין). הרשות אינה יכולה להחליט כבר בתחילת הדרך מה תהא עמדתה בנושא בהמשך."

על כן, מטבע הדברים, היה ותגיע העת שתצריך לשיקול העברת שר מכהונתו, הרי שבחינת שיקול דעתם של הגורמים הרלוונטיים תיעשה בהתאם להוראות הדין, בראש ובראשונה בהתאם לחקיקה שתהיה תקפה באותה העת, כמו גם בהתאם לכללי המשפט המינהלי ובהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד. מובן, כי ההסכם אינו יכול לעמוד בניגוד לחקיקה קיימת וממילא אינו מתיימר להתנות על הוראת דין בהעדר תיקון חקיקה מתאים; ובבוא העת, ככל שיחוקק, ובמידת הצורך, ניתן יהיה להעמיד הסדר זה לבחינה חוקתית.

סעיף 7 להסכם הקואליציוני

223. בנוגע לטענה כי יש להורות על ביטול הוראת **סעיף 7 להסכם**, לפיה בין היתר יחוקקו הוראות שיקבעו 'כי הממשלה תכהן לכל אורך תקופת כהונתה ללא מגבלות כממשלה מכהנת', הרי שגם לעניין זה יפים הדברים שלעיל בעניין בחינת הדברים במסגרת הליך החקיקה ולאחריו.

בד בבד, וככל שזו אכן כוונת הדברים ונעיר כי נראה שהצדדים לא התייחסו לעניין זה בתגובותיהם, הרי שלא למותר לציין כבר עתה כי בפסיקתו ארוכת השנים של בית המשפט הנכבד נקבע כי יחולו מגבלות איפוק וריסון על ממשלה המכהנת כממשלה יוצאת (לפני בחירות) או כממשלת מעבר (אחרי בחירות), וזאת בין היתר מטעמים של חשש לפגיעה באמון הציבור, חשש למינויים משיקולים לא ענייניים, וחשש שממשלה הפועלת אך ורק על סמך עקרון הרציפות תכבול את שיקול דעתה של הממשלה שתקום ותפעל מכוח אמון הציבור והכנסת (ראו למשל את פסק הדין בבג"ץ 1004/15 **התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לבטחון פנים** (ניתן ביום 1.4.15)).

הלכה זו עומדת על מכונה והגיונה בצידה, וההסכם הקואליציוני אינו יכול להתנות עליה.

ממילא, טעמים אלה יהיו רלוונטיים, כאמור, ככל שאכן יוצעו תיקוני חקיקה גם במישור זה ויתקיים דיון בעניין בכנסת ובוועדותיה. או אז, תבוא העת להביע עמדה משפטית בעניין ביחס להסדר חקיקתי קונקרטי שיוצע, ולהעמידו במבחן הביקורת השיפוטית. בהעדרו של הסדר חוקי חדש – הוראות הדין הקיים מחייבות וגוברות על הוראות ההסכם, כפי שכבר פורט. ברי, כי ככל שלא ישתנה הדין, מצופה יהיה כי הממשלה תפעל בהתאם להוראות הדין הקיים, וברי כי ניתן יהיה להפעיל בעתיד ביקורת שיפוטית על פעילותה כממשלת מעבר או כממשלה יוצאת, אם יהיה צורך בכך.

הוראת סעיף 8 להסכם הקואליציוני

224. עוד טוענים העותרים כי יש להורות על ביטול **הוראת סעיף 8 להסכם**. הסעיף האמור קובע, בתמצית, כי הצדדים להסכם יפעלו במשותף להביא את הכנסת לפיזור, אם יתהווה מניעה נוכחית או עתידית למינוי חה"כ נתניהו או גנץ. לשיטתם, האמור בסעיף 8 להסכם טומן בחובו פגיעות קשות בעקרונות יסוד משטריים בסיסיים, ותכליתו המיוחדת – הטלת מורא על בית המשפט הנכבד – פסולה היא.

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין בהוראת סעיף 8 להסכם כדי לפגוע באופן כלשהו בקיום ביקורת שיפוטית אפקטיבית בסוגיית הרכבת הממשלה על-ידי המשיב 2.

מטבע הדברים, בית המשפט הנכבד יכריע בסוגיה שלעיל בהתאם לדין ובהתאם לשיקול דעתו השיפוטי, וברי כי אין בהוראה כזו או אחרת בהסכם קואליציוני כדי לשנות מכך.

הסכמת הצדדים על פיזור הכנסת בנסיבות מסוימות מונחת אך ורק לפתחם, היא אינה מהווה שיקול רלוונטי לצורך הכרעה בעתירות דנן או בהכרעות שיפוטיות עתידיות, ולא בכדי היועץ המשפטי לממשלה לא מנה לעיל את העניין כאחד השיקולים הרלוונטיים הצריכים לעניין.

סעיף 17 להסכם הקואליציוני

225. בנוגע לטענות העותרים ביחס להוראות סעיפים 17'א' ו-17'ב' להסכם, שעניינם בסיכום בדבר חקיקת מה שמכונה "חוק נורווגי מדלג" (קרי התפטרות שרים או סגני שרים לטובת המועמד הבא מסיעתם, להבדיל מן החוק הנורווגי הרגיל הקובע כי הבא להיכנס במקרה של התפטרות כאמור הוא הבא ברשימת המועמדים לכנסת במפלגת "כחול לבן" כפי שזו התמודדה בבחירות).

גם במסגרת סעיפים אלה מדובר על תיקוני חקיקה מתוכננים, ולפיכך גם לעניין זה יפים הדברים האמורים לעיל, בדבר היעדר עילה להתערבות שיפוטית, בשלב מוקדם זה.

לצד זאת, יצוין כי על-פני הדברים, אכן נראה שלפחות חלק מההסדרים החקיקתיים המתוארים בסעיפים אלה מעוררים קשיים חוקתיים מהותיים, ומטבע הדברים היועץ המשפטי לממשלה יציג את עמדתו המלאה בעניין במסגרת הליך החקיקה בכנסת, ככל שתבקש לקדם חקיקת הסדר זה.

זאת ועוד, כפי שפורט, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה זמנה של הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקה צריך להיות רק אל מול טקסט חקיקתי שנצרך בכור ההיתוך של הליכי החקיקה בכנסת, נדון בוועדותיה ואושר בתום שלוש קריאות. בחינת השאלות החוקתיות בעת הזו, עוד בטרם הונחה הצעת חוק על שולחנה של הכנסת, כבקשת העותרים, הוא בוסרי ומאופיין, בכל הכבוד, במידה רבה של ספקולטיביות.

בהקשר זה לא למותר לציין, כי עד למועד זה לא נכללה הצעה בעניין זה במסגרת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - ממשלת חילופים) - הצעת חוק פרטית 280 כפי שאושרה לקריאה ראשונה.

סעיף 21 להסכם הקואליציוני ואילך

226. בנוגע לטענה כי סעיף 21 להסכם הופך את ועדת השרים לענייני חקיקה לגוף שיוביל להקפאת פעילותה של הרשות המחוקקת, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי העותרים לא הצביעו על כל טעם משפטי מדוע לשיטתם סעיף זה בא בגדרי החרך הצר שהועידה הפסיקה לביקורת שיפוטית על הסכמים קואליציוניים.

סעיף 21 להסכם מבטא הסכמה פוליטית בדבר אופן הפעלתה של ועדת השרים לענייני חקיקה במסגרת ממשלת האחדות שההסכם מבקש לקדם, ואין במנגנון האמור בו משום שתירה לתקנת הציבור.

227. בנוגע לטענות בנוגע לסעיף 22 להסכם, שעניינו 'בחלוקת' ועדות הכנסת – באופן שעל-פני הדברים מותר בידי האופוזיציה רק ראשות של ועדה קבועה אחת, היא הוועדה לענייני ביקורת המדינה – הרי שעניין זה מונח בראש ובראשונה לפתחה של הכנסת ולגורמים הרלוונטיים בה, ואלה ממילא יציגו את עמדתם בעניין בפני בית המשפט הנכבד. בעניין זה יוער כי על-פני הדברים יש מקום להמתין ולראות כיצד תתבצע החלוקה הלכה למעשה, והאם אכן יהיה בכך כדי לפגוע באופן משמעותי בכוחה של האופוזיציה, בראי מכלול היחסים שיגובשו בין הכנסת לממשלה, ככל שאכן כלל ההסכמות דגן יגיעו לכלל מימוש.

בהקשר לכך ראו והשוו לדברי כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 2704/07 התנועה להגיונות שלטונית נ' ועדת הכנסת (ניתן ביום 28.1.08), כדלקמן:

6. הקביעה כי ועדת הכספים הייתה מוסמכת להעביר את חבר הכנסת ליצמן מתפקידו כיושב-ראש הוועדה, מותרת את הדיון בשאלה האם נפל פגם בשיקול דעתה של ועדת הכספים, שיש בו כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטתה. נקודת המוצא בבחינת סוגיה זו היא בהלכה המבוססת במשפטנו החוקתי, לפיה נוכח מעמדה של הכנסת לא ייטה בית משפט זה להתערב בהליכים הפנימיים בכנסת ובהחלטותיה הפנימי-פרלמנטריות, אלא אם הם מביאים לפגיעה ניכרת במרקם החיים הפרלמנטריים או ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי ... במקרה דגן אין חולק כי השיקול עליו התבססו החלטות ועדת הכנסת וועדת הכספים בעניין נשוא העתירה הוא השיקול הפוליטי-קואליציוני, היינו העובדה שסיעת "יהדות התורה" אליה משתייך חבר הכנסת ליצמן אינה נמנית עם סיעות הקואליציה. אף לשיטת העותרים שיקולים פוליטיים וקואליציוניים אינם שיקולים זרים בבחירת יושבי הראש של ועדות הכנסת השונות."

228. בנוגע לטענה כי הוראת סעיף 24 להסכם "מעבירה את כל סמכויות ההסדרה הראשונית בנושאי חקיקת הגיוס לידי הרשות המבצעת", הרי שגם כאן מבקשים העותרים לרתום את העגלה לפני הסוסים ולבקש לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית על הסדר חקיקתי שטרם נחקק. בהקשר זה, דומה כי ההיסטוריה החקיקתית בנושא גיוס בחורי ישיבות ממחישה באופן הברור ביותר כי שעתה של הביקורת השיפוטית על תיקוני החקיקה בנושא גיוס בחורי הישיבות עוד תגיע, לאחר השלמת הליכי החקיקה, כפי שעשה בית המשפט הנכבד אגב עתירות חוקתיות קודמות שנדונו בנושא בפני מותבים מורחבים.

229. בנוגע לטענה כי הוראת סעיף 26 להסכם מבטלת את חברותם של חברי כנסת מן האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, באופן החורג מן הנוהג הקיים. יצוין תחילה כי בהתאם לתקנון הכנסת בחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נעשית בהצבעה חשאית, וכי בהתאם לתקנון כל חבר כנסת שאינו שר או סגן שר יכול להציג מועמדותו לתפקיד. ההסכם אינו מתנה על כך.

כאן המקום לציין, כי נושא דומה במהותו כבר נדון בפני בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים** (ניתן ביום 1.2.17).

בסוגיה זו, אשר אכן מעוררת קשיים, דומה כי האכסניה הדיונית והמהותית לבחינת טענות העותרים צריכה להיות באמצעות קיום ביקורת שיפוטית לאחר בחירת הכנסת את נציגיה בוועדה למינוי שופטים, או-אז תתלבן הסוגיה עד תום.

בהקשר זה נעיר כי על הצדדים לשים נגד עיניהם את דברי כב' השופט הנדל, בסיכום פסק הדין האמור, עת קבע - בין היתר - כך :

"נאמר שבמבט צופה פני עתיד ומבחינת הממשל הרצוי – ויתכן שאף מעבר לכך – נכון לשמור על הנוהג לפיו סיעות האופוזיציה מיוצגות בוועדה לבחירת שופטים. נאמר זאת בצורה ברורה: אין אנו מתערבים במקרה הנוכחי. עם זאת, היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה – תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית. זאת ועוד, ניתן לסבור כי טוב תעשה הכנסת אם תיתן דעתה לגיבוש הכלל העמום לכדי כלל ברור. כך או אחרת, היה ויחלט לסטות מנוהג זה, טענות הצדדים שמורות להם".

230. מעבר לאמור, קושי נוסף העולה מהוראת ההסכם בעניין זה הוא שעל פי הסיכום בין הצדדים, נציגת גוש הליכוד תהיה מי אשר משובצת במקום ה-38 ברשימת הליכוד, גב' אסנת הילה מארק. על פי תוצאות הבחירות האחרונות למפלגת הליכוד 36 מנדטים בלבד. משמעות הדברים היא כי גב' מארק תזכה לכהן כחברת כנסת רק ככל שלפחות שני חברי כנסת מטעם הליכוד יתפטרו מן הכנסת מסיבה זו או אחרת. ככל הנראה כוונת מחברי ההסכם היא כי בהתאם להוראות החוק הנורווגי אליו התייחסנו לעיל, תיכנס הגב' מארק לכנסת ואזי ניתן יהיה לבחור בה לכהונה כחברת הוועדה למינוי שופטים. עניין זה מעורר קשיים ניכרים. בחירת ח"כ שניתן להחליט כי הוא מסיים את כהונתו בכנסת וכפועל יוצא פוקעת חברותו בוועדה, במצב דברים בו שרים או סגני שרים יתפטרו מתפקידם ויחזרו לכהן, מעמיד את ח"כ חבר הוועדה במצב בעייתי אשר עלול לפגוע בעקרונות של עצמאות ואי-תלות, כמתחייב מחבר הוועדה. ברי, אם כן, כי יש ליתן את הדעת אף לעניין זה המעוגן במסגרת ההסכם.

החיוניות של עצמאותם וחוסר תלותם של חברי הכנסת החברים בוועדה לבחירת שופטים בהפעלת שיקול דעתם באה לידי ביטוי, בין היתר, בהוראת סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לפיה "הכנסת תבחר בבחירה חשאית את שני חברי הכנסת שיכהנו כחברי הוועדה; הם יכהנו כל עוד הם חברי הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת - עד שהכנסת החדשה תבחר חברים אחרים במקומם והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת, התשנ"ד-1994".

הדברים יפים ככלל, וביתר שאת במצב הדברים בו מי אשר עומד בראש "הגוש" מטעמו נועדה גב' מארק לשבת בוועדה עומד מי אשר קמה לו האפשרות הבלעדית למנות ולפטר שרים וסגני שרים מן הגוש בראשו הוא עומד, בעוד הוא עצמו עומד לדין פלילי.

231. אולם, לאחר כל האמור, עניין זה מוקדם אף הוא במהותו. זאת, שכן כלל אין זה ברור האם סעיף זה יצא סופו של יום אל הפועל (וכאמור החוק הנורווגי אינו מקודם, **בשלב זה**), ומובן כי ניתן יהיה להעמידו לביקורת במידת הצורך בבוא העת. או אז, יעלה הצורך ויהיה מקום לבחון עניין זה לגופו, בין היתר בראי השיקולים שפורטו לעיל.

232. בנוגע לטענות בנוגע **לסעיף 30 להסכם**, שעניינו באישור תקציב המדינה, יוער תחילה כי הוראת הסעיף אינה ברורה עד תום בכל הנוגע למנגנון שעשוי להביא לחילופי ראשי הממשלה, בהתאם 'לאשמת' הצד שיכשיל את העברת התקציב.

מעבר לכך, וכידוע, אישור חוק התקציב השנתי הוא אחד מהכלים אשר באמצעותם שולטת הכנסת בפעולות הממשלה, ואי אישור של תקציב מדינה בתוך שלושה חודשים מיום תחילתה של שנת הכספים מביא לפירוק המערכת הפוליטית מכוח החוק ומחייב קיום בחירות חדשות לכנסת (סעיף 36 לחוק יסוד: הממשלה).

על רקע זה, נראה כי יש קושי בכך שהמנגנון המפורט בסעיף 30 להסכם מביא בחשבון מצב בו המדינה תתנהל במשך 6 חודשים ללא תקציב מאושר, בטרם תפוזר. מעבר למשמעויות הכלכליות הכרוכות בכך, הדבר גם משקף פגיעה בכוחה של הכנסת אל מול הממשלה, ומכאן פגיעה בכוחו של הריבון – העם, באמצעות נציגיו – להחליט על חלוקת המשאבים הציבוריים המשותפים.

233. נוסף על כך, בסעיף 30 להסכם נקבע כי התקציב לשנים 2020-2021 יהיה דו שנתי, וכי תקבע הוראת חוק 'המאפשרת הגשת תקציב דו שנתי ועדכנו מידי שנה לשנתיים הבאות'. בהקשר לכך יוזכר כי בית המשפט הנכבד קבע בפסק הדין **בעניין התקציב הדו-שנתי** כי 'אין עוד מקום לתקן את חוק היסוד ולכוון תקציב שאינו חד-שנתי על דרך הוראת שעה; וככל שכך ייעשה, צפוי הוא לביטול על פי התראה זו' (פסקה ל"ד לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין).

234. מכל מקום, בשים לב לכך שלפי ההסכם גם בעניין זה מתקיימים בימים אלה בכנסת הליכי חקיקה, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי במסגרת ההליכים דגן אין מקום להידרש לסוגיות השונות העולות מהמנגנון שפורט בסעיף 30 להסכם, ומקומה של הביקורת השיפוטית בעניין – ככל שיהיה צורך בדבר – יהיה לאחר שהליכי החקיקה יושלמו.

235. בנוגע לטענות באשר **לסעיף 31 להסכם** – לפיו 'כל המינויים למועצות ולתאגידים (שאינם חברות ממשלתיות) הטעונים אישור בממשלה ימונו ע"י הממשלה על בסיס שוויוני בין הגושים. אין בכך כדי לגרוע מכללי המינוי והכשירות הקיימים" – יצוין תחילה כי הסעיף אינו מבהיר במדויק מהי הכוונה למינוי על בסיס שוויוני בין הגושים, או מה משמעות הדבר ביחס להפעלת שיקול הדעת בנוגע לכל מינוי ומינוי.

נוסח הסעיף מעלה חשש משמעותי לעירוב שיקולים פוליטיים במינויים למועצות ותאגידים; שיקולים שאינם ממין העניין במסגרת שיקול דעתו של השר האחראי, באופן שאינו מתיישב עם הוראות הדין. הצדדים התייחסו לעניין זה בתגובותיהם, אך זאת באופן שבשלב זה אינו מבהיר את הדברים באופן מספק.

כך, בתגובות שהוגשו מטעם המפלגות נטען כי אין בהסכם כדי להוביל לכך שימונו מועמדים שאינם ראויים, ואולם הסעיף בהסכם והתגובות מותירים חשש כי למעשה, השיקולים שיישקלו במסגרת המינויים האמורים, הם שיקולים פוליטיים. זאת ועוד, מהסעיף ומההסבר שניתן לו בתגובת המשיבים עולה אפשרות כי השרים האחראים על מינויים למועצות ולתאגידים ציבוריים, יידרשו לפעול למינוי מועמדים שזהותם תיקבע על ידי שרים אחרים, ממפלגות אחרות, גם אם אין לאותם השרים כל מעמד בחוק המסמך כאשר הסייג לכך הוא עמידתו של המועמד שיוצע בתנאי הכשירות הקבועים בחוק הרלבנטי.

מפסיקותיו הרבות של בית המשפט העליון עולה בבירור כי השר האחראי על מינוי נציגים למועצה או לתאגיד ציבורי, נדרש לשקול שיקולים ענייניים בלבד, וכי שיקולים פוליטיים מהווים שיקולים זרים הפוסלים את המינוי (ראו בג"ץ 4566/90 **זוד דקל נ' שר האוצר**, פ"ד מח (1) 28 (להלן – פרשת דקל); בג"ץ 154/98 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(5) 111). כך למשל נקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד כי: "די ביצירת ספק מהותי, שיסודו בחשד סביר וממשי בדבר קיומו של מניע פוליטי-מפלגתי פסול במינוי. משהוכח ספק מהותי כזה, עובר נטל הראיה על בעל המינוי, ועליו להוכיח שאין במינויו משום מינוי פוליטי פסול (**פרשת דקל**, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; וראו לעניין חשיבות שמירת השירות הציבורי כשירות מקצועי א-פוליטי, את דבריה של כב' הנשיאה חיות בבג"ץ 7908/17 **התנועה לטוהר המידות נ' ממשלת ישראל** (ניתן ביום 1.11.18))

חשוב לציין כי בפסק דין ז'רז'בסקי, עמד בית המשפט באופן מפורש על כך שהסכם לעריכת מינויים פוליטיים נוגד את תקנת הציבור. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ברק:

"מינוי פוליטי פסול הוא, והסכם למינוי פוליטי פסול הוא. לעתים ניתן לבסס את הפסילה על חריגה בדל"ת אמותיו של חוק. לעתים נעשה המינוי שלא מכוח הסמכה חוקית מפורשת (כגון מינוי דירקטור בחברה שיש בה למדינה מניות, ושאינה חברה ממשלתית). מינויים אלה נפסלים משום שהם נוגדים את עקרונות המשפט הציבורי. מינויים אלה נפסלים משום שניגוד זה לעקרונות המשפט המינהלי הוא גם ניגוד לתקנת הציבור..." (עמ' 866 לפסק הדין).

האיסור האמור על שקילת שיקולים פוליטיים שאינם ממין העניין ביחס למינויים, הוא כמובן גם בין אותם "כללי המינוי והכשירות" מהם ציין ההסכם כי אין בכוונתו לגרוע. משכך, דומה כי נכון יהיה שהצדדים להסכם יבהירו כיצד מתיישבים שני חלקים אלה בלשון הסעיף, קרי – חלוקת מינויים על פי זהות פוליטית מחד גיסא, ועמידה בכללי המינויים לרבות האיסור על עירוב שיקולים פוליטיים זרים במינויים מאידך גיסא.

בהקשר זה יובהר, כי ככל ששיקולים פוליטיים ישפיעו על מינויים שייערכו לפי ההסכם, עמידה על תנאי הכשירות ואף דרישה לכשירות מיוחדת כשלעצמם, לא ירפאו את הפגם במינויים אלה, כיוון שעצם שקילת השיקול הפוליטי, או החלוקה השוויונית בין הגושים הפוליטיים, במסגרת המינוי מהווה שיקול זר, כאמור לעיל.

אמנם, כאמור, אין בכוחו של הסכם פוליטי כזה או אחר לגבור על הוראות הדין בהקשר זה, אשר כמובן גם ייבחנו בהתאם לצורך ביחס לכל מינוי. אלא שבצד זאת, יצוין כי כפי שצוין גם בפסיקה בעבר, לא אחת מתעורר קושי מובנה באיתור וזיהוי של השיקולים אשר עמדו בבסיס החלטה ספציפית.

אם כן, הגם שכאמור אין בהסכם כדי לגבור על הוראות הדין המחייבות, והגם שבמידת הצורך מובן כי ניתן יהיה להעמידם אף לביקורת שיפוטית, הרי שעל רקע העולה מן המכלול סבור היועץ המשפטי לממשלה כי **על הצדדים להבהיר עמדתם בעניין זה באופן מפורט טרם הכרעה בעניין זה.**

236. בנוגע לטענות שהועלו כנגד הוראת **סעיף 37 להסכם**, לפיה עם השלמת הליכי החקיקה, יחתמו כל חברי הכנסת מ"גוש הליכוד" ומ"גוש כחול-לבן" על המלצה בפני נשיא המדינה לצורך הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת נתניהו, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להפנות לכלל האמור בתגובה זו בנוגע לסוגיית הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על המשיב 2.

סיכום בחינת תנאי ההסכם הקואליציוני

237. כפי שבואר ונותח מעלה, ההסכם העומד לביקורתו השיפוטית של בית המשפט הנכבד טומן בחובו הסכמה לקידום שינויים חוקתיים משמעותיים, ובכלל זה יצירת מודל משטרי חדש שאינו טבעי לשיטת המשטר בישראל.

בתוך כך, ההסכם אף כולל, בין היתר, סעיפים שמבקשים לשנות מיחסי הכוחות שבין הממשלה לבין הכנסת, כמו גם שינויים שונים במארג יחסי הכוחות שבין סיעות האופוזיציה לבין סיעות הקואליציה בתוך הכנסת פנימה. ההסכם הקואליציוני אף קובע כי בתקופת החירום שהוגדרה בו יוקפאו מינויים ואיוש תפקידים בשירות הציבורי, לרבות מינויים לתפקידים בכירים ביותר, הכוללים גם מינויים במערכת אכיפת החוק. על כך ביקש ההסכם להוסיף הוראות, הנוגעות לזהות חברי הכנסת שיכהנו בוועדה לבחירת שופטים.

238. ברי, כי ההסדרים הפרטניים יחייבו בתורם בחינה קפדנית, בין במעלה הליך החקיקה, בין ברמה מינהלית, כדי לוודא שהקשיים המשמעותיים הניכרים כבר על פני השטח, ואשר הוצגו לעיל, ואלה שעוד יתגלו במעלה הדרך, יקבלו מענה כנדרש. מכל מקום כאמור לעיל, ההכרעה הסופית בדבר חוקיותם וחוקיותותם של ההסדרים הפרטניים, צריכה להיבחן רק לאחר שהליכי החקיקה יושלמו, ועל רקע הפעלתם המעשית של הוראות ההסכם.
239. הקשיים המשפטיים השונים עליהם עמד היועץ המשפטי לממשלה, לא כל שכן שעה שאלו מצטברים האחד על גבי משנהו, מצביעים על קושי משמעותי שקיים בהוראות שונות בהסכם. משום כך, ביקש היועץ המשפטי לממשלה לעיין בעמדות הצדדים להסכם טרם מתן עמדתו. מכל מקום, כפי שפורט לעיל, היועץ המשפטי לממשלה מצא להציב תמרורי אזהרה ברורים ביחס לחלק מהוראות ההסכם וליישומו בהמשך הדרך, אף אם לעמדתו אין מקום לפסילת ההסכם כולו או פסילת חלק מהוראותיו.
240. זאת, בפרט לאור ההלכה המצמצמת בענייננו, ונוכח כלל היסוד הנקוט בשיטתנו המשפטית לפיו ההסכם אינו מחייב ואינו יכול לחייב באופן מוחלט את בעלי הסמכות לפעול על פיו. ביטוי של ההסכם בא במסגרת הפעלת סמכויותיה השלטוניות כדין, וכחלק ממגוון השיקולים הנוגעים להפעלת סמכויותיה כאמור.
241. בכפוף לכלל האמור לעיל סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי בחינת חוקיות הסדריו השונים של ההסכם הקואליציוני – הן ביחס להסדרים הנתועים בשדות המשפט החוקתי, הן ביחס להסדרים הנתועים בשדות המשפט המינהלי – עדיף ונכון שתיעשה בשים לב להתפתחויות ובמידת הצורך, **לא אגב העתירות הנוכחיות אלא בשלב הוצאתו של ההסכם מן הכוח אל הפועל**; ושוב יודגש בעניין זה כי ההסכם אינו יכול לגבור כמובן על כלל הוראות הדין.
242. טרם סיום פרק זה, נבקש להפנות לאשר נכתב בפסק דין ז'רזבסקי על ידי כב' המשנה לנשיא דאז, השופט אלון, עת עמד על שיקול נוסף, כבד משקל, שבית המשפט הנכבד ישים נגד עיניו בבואו לבחון הסכמים פוליטיים. דבריו נכתבו ביחס לבחינת הסכמים פוליטיים ככלל, אך דומה כי דבריו יפים כלשונם, וביתר שאת, ביחס להסכם שעומד להכרעה בפנינו כעת - בתום שלוש מערכות בחירות; בעיצומו של משבר חברתי כלכלי חמור; ובמצב דברים בו רוב מובהק של חברי הכנסת תומך בהקמת הממשלה בהתאם להסכם זה:
- ”מבחינתו של בית המשפט אורבת גם הסכנה, שעוד נתייחס אליה בהמשכם של דברים, של ”פוליטיזציה” של השיפוט ושל פגיעה באמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית. דומה, שמתוך כל המקרים שבהם עלתה סכנה זו ונדונה בפסיקתו של בית-משפט זה, נושא העתירה שלפנינו הינו בעל ההשפעה הגדולה והמיידיית ביותר על הרכב השלטון ועל הליכים בדרך להקמתו, וכל הכרעה של בית-משפט זה בנושא כגון זה שלפנינו חודרת לתוך תוכם של הליכים ומעשה מרכבה אלה.”

243. זאת יש לזכור, ההסכם הקואליציוני דגן הוא תוצאת שלוש מערכות הבחירות שהתנהלו בשנה החולפת. פניו מורכבות. מטבעו כהסכם לכינון ממשלת אחדות לאומית הוא נועד לייצר מעין איזון פנימי על דרך של ממשלה שוויונית, דו-ראשית. ממשלה זו מחייבת אמנם יצירת הסדרים חוקתיים וחוקיים מורכבים, אולם – על פני הדברים ובהירות המתחייבת – דומה כי תכליתם היא חתירה ליצירת מנגנון "בלמים ואיזונים", בין הצדדים שבחרו לחבור להקמת הממשלה, במסגרת פעולות הממשלה בעתיד. יש ליתן את הדעת, כמו גם להעניק משקל מתאים לעניין זה בבואנו לבחון את ההסכם בין הצדדים.

244. הסכם זה אף גובש בלב תקופת התפשטות נגיף הקורונה, וממילא הוא מבקש להתמודד, למצער בחלקו, עם אתגר לאומי משמעותי זה בהקמת ממשלת "חירום".

245. בפנינו אם כן, ברמת המאקרו, תוצר הכרעתו של הבוחר כפי שהוא משתקף על ידי רוב מובהק של חברי הכנסת ה-23. אין משמעות הדבר כי ניתן להפוך ולהפוך בערכי היסוד של שיטתנו המשפטית עד כדי הפיכת הוראות הדין לפלסטר, ברמת המיקרו. אולם, כפי שנסקר בהרחבה לעיל תמונת הדברים בבואנו לבחון את ההסכם עצמו, במנותק מאופן יישומו, היא חלקית במידה רבה; היא עלולה להביא לתוצאות שגויות אל מול יישום חוקי כמתחייב והתנהלות מאוזנת יותר בהמשך הדרך, אותה ממילא ניתן יהיה להעמיד בעתיד במבחן הביקורת השיפוטית; ואף אין להתעלם מהשלכותיה המעשיות, על האפשרות להקים ממשלה בכנסת הנוכחית שנבחרה לא מכבר.

246. שיקולים אלה מצטרפים אף הם לכל אשר פורט לעיל ביחס לטעמי דחיית טענות העותרים ביחס לכל אחד מסעיפי ההסכם אשר העותרים ביקשו פסילתם.

247. אשר על כן, ובהינתן שאין – וכאן העיקר – בכוח הוראותיו לגבור על הוראות הדין החרות ועל הוראות המשפט הציבורי המהותי עת יבוא ההסכם לכלל מימוש, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש לדחות את הסעדים המבקשים להביא לביטול ההסכם, או לביטול חלק מסעיפיו.

והדברים ייבחנו בעיתם, במידת הצורך.

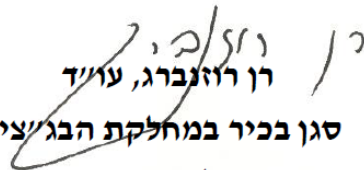
סיכום העמדה בכללותה


248. לאור כל האמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי דינן של הטענות ביחס לכשירותו של המשיב 2 לקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה – להידחות. הוא הדין באשר לסעדים המבקשים את ביטול ההסכם הקואליציוני, או את ביטולם של חלק מסעיפיו.


249. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי דין הבקשות לצווי-ביניים – להידחות.


היום, ו' באייר, תש"ף

30 באפריל, 2020


 רן רוזנברג, עו"ד
 סגן בכיר במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה


 אודי איתן, עו"ד
 סגן בכיר במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה


 ענר הלמן, עו"ד
 מנהל מחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה


 אבישי קראוס, עו"ד
 סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים
 בפרקליטות המדינה

תוכן עניינים נספחים

שם הנספח	נספח
צילום תגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.7.08 בבג"ץ 6231/08	מ/ש 1

מש/1

צילום תגובת היועץ המשפטי
לממשלה מיום 24.7.08 בבג"ץ

6231/08

בג"ץ 6231/08

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

העותרים

1. יואב יצחק
2. עגל הזהב עיתונות בע"מ

נגד

המשיבים

1. ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט
2. היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז
המשיב 2 על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטת כב' השופט גרוניס מיום 13.7.08 מוגשת בזאת תגובת היועץ המשפטי לממשלה (להלן – היועץ) לעתירה.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותר כי בית המשפט הנכבד יורה ליועץ המשפטי לממשלה "להכריז על נבצרותו של המשיב 1 מלכהן כראש ממשלת ישראל, לתקופה קצובה, במהלכה ייחקר המשיב 1, מיום ליום, בכל אחת מהחקירות בהן נדרשת עדותו".
במקביל ואו לחלופין, מבקש העותר, כי בית המשפט הנכבד יורה ליועץ המשפטי לממשלה "לחייב את אולמרט להתייצב, תוך התראה קצרה, לכל חקירה שלה יידרש, ולמשך הזמן ככל שיידרש".

א. "נבצרות" ראש הממשלה

3. כידוע, החקירות נגד ראש הממשלה, בפרשות השונות, מצויות בעיצומן – בשלבים מתקדמים – וטרם הסתיימו, וממילא בשלב זה טרם התקבלו כל החלטות ואף לא ניתן עדיין לקבוע אם אכן נתגבש תשתית ראייתית מספקת להגשת כתבי אישום, באיזו מן הפרשות, וככל שיוחלט על הגשת אישומים – מהן העבירות שיכללו בהם.

לעת הזאת, מערכת האכיפה מופקדת על ניהולה המהיר והיעיל של החקירה, ועל ההליכים הכרוכים בכך. נוכח הרגישות הציבורית הרבה הכרוכה בסיטואציה זו, נעשה מאמץ עילאי, על-ידי כל העוסקים בכך, לזרז את הליכי החקירה וההחלטה בנושא.

4. אכן הסיטואציה בה ראש הממשלה מכהן בשעה שמתנהלות נגדו מספר חקירות פליליות, עשויה להעלות שאלות באשר ליכולתו למלא את תפקידו – הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו בנסיבות אלה לתפקידו התובעני, והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור.

ברם, בשלב זה לפחות, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי שאלת "נבצרות" ראש הממשלה מלהמשיך בכהונתו, אינה עניין להכרעה משפטית, אלא עניין לראש הממשלה ולמערכת הפוליטית והציבורית לענות בו.

5. לעמדה זו של היועץ המשפטי ניתן פומבי, זה מכבר, בין היתר במכתב מטעמו מיום 5.6.08 (שצורף כנספת 5 לעתירה).

6. סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה קובע כדלקמן:

"16. מילוי מקום ראש הממשלה

(א)

(ב) נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו."

7. בחקוקים רבים, בחקיקה הראשית ובחקיקת המשנה, מצויות הוראות "נבצרות" – מהן נבצרות זמנית ומהן נבצרות דרך קבע, מהן הוראות נבצרות המוגבלות לטעמי בריאות ומהן הוראות נבצרות כלליות.

ראו למשל: סעי' 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה; סעי' 20א(ב) לחוק יסוד: הכנסת; סעיפים 21(א) ו-22(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה; סעיף 13(1) לחוק יסוד: מבקר המדינה; סעי' 13(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשט"ו-1955; סעי' 19 לחוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980; סעי' 4 לחוק נציבות תלונות הציבור על שופטים, תשמ"ב-2002; סעי' 6(א) לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968; סעי' 16(2) לחוק הדיינים, תשט"ו-1955.

8. הוראת סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה עניינה בנבצרות זמנית, אך היא אינה מוגבלת לנבצרות מטעמי בריאות דווקא. המדובר בנבצרות מכל טעם שהוא – אובייקטיבי או סובייקטיבי, ובכלל זה בשל כך שמתנהלת נגד ראש הממשלה חקירה פלילית – שתוצאתה היא שאין בידי ראש הממשלה, זמנית, למלא את תפקידו.

המונח נבצרות בהקשר זה הוא, בעיקרו של דבר, שאלה שבעובדה, כלומר – האם נבצר מנושא המשרה, באופן זמני, למלא את תפקידו.

יש שהתשובה היא ברורה וגלויה לעין, כאשר המניעה היא מוחלטת (כגון בעניינו של ראש הממשלה דאז, א' שרון), אך "נבצרות" אינה מתייחסת בהכרח למצב של מניעה אובייקטיבית, ויכול שתתייחס גם למצב בו מטעמים אישיים-סובייקטיביים שונים – משפחתיים, ציבוריים או משפטיים – נושא המשרה סבור שאין בידו, באורח זמני, למלא את תפקידו באופן ראוי.

9. נציין, כי בהיסטוריה של הממשלות בישראל זכורים ארבעה מקרים בהם נעשה שימוש ב"נבצרות זמנית": מקרה אחד – כאשר שר פלוני ביקש להשתחרר באופן זמני מתפקידו בשל רצונו לסעוד בן משפחה חולה; שני מקרים בהם שר ביקש לצאת לחופשה בגדר "נבצרות זמנית" בגין חקירה שנפתחה נגדו; המקרה הרביעי הוא נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה אריאל שרון מטעמי בריאות.

10. נוכח אופייה ומאפייניה של הנבצרות כאמור, ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו (ה"נבצר"), למעט מצבים של מניעה אובייקטיבית (כגון כאשר מדובר במחלה המונעת מהנבצר מודעות למצבו), או כאשר הזדן קבע במפורש את הגורם שבידו לקבוע קיומה של נבצרות (בדרך כלל, הגורם הממונה על נושא המשרה בו מדובר).

11. מקום בו מדובר בנושא משרה שלטוני-פוליטי, לרוב ההכרעה בדבר קיום נבצרות מסורה לגורם ממלכתי-פוליטי (ראו למשל: סעיף 20א' (ב) לחוק יסוד: הכנסת; סעיפים 21א) ו-22א) לחוק יסוד: נשיא המדינה וסעיף 13(1) לחוק יסוד: מבקר המדינה).

בניגוד להסדרים בחוקי היסוד האחרים שזכרו לעיל, הרי שבחוק יסוד: הממשלה לא נקבעו הוראות באשר לגורם ממלכתי זה או אחר המוסמך לקבוע כי נבצר זמנית מראש הממשלה למלא את תפקידו, מקום שראש הממשלה לא עשה כן מיוזמתו.

יצוין בהקשר זה, כי ביום 23.7.08 אישרה הכנסת, בקריאה טרומית, הצעת חוק פרטית לפיה תוסמך הכנסת, בהחלטת רוב חבריה, לקבוע כי נבצר זמנית מראש ממשלה למלא את תפקידו, בין היתר בשל ניהול חקירה פלילית נגדו.

ב. התייבנות ראש הממשלה לחקירות

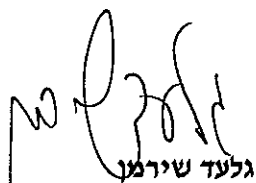
12. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי על ראש הממשלה להעמיד עצמו לרשות גורמי החקירה, כאשר הוא מתבקש לעשות כן, בהתאם לצרכי החקירה, בתוך זמן סביר.

13. צרכי החקירה, כמו גם עיתויה ומשכה, נקבעים על-ידי גורמי החקירה המוסמכים, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, כפי הנדרש. אכן יש וצרכי מדינה דחופים, שבסמכות ואחריות ראש הממשלה, עשויים להקשות על תיאום מועדי חקירה. עם זאת, על ראש הממשלה מוטלת החובה לעשות כל שאל ידו במגבלות אלה על מנת להיענות לצרכי החקירה.


14. בפועל, כמפורט בעתירה, המשטרה אכן נתקלת בקשיים לא מבוטלים בתיאום מועדי חקירות עם ראש הממשלה, כמו גם בקביעת משכן, קשיים בהם לא נתקלה המשטרה בחקירות של אנשי ציבור אחרים, לרבות ראשי ממשלה קודמים.

היום, כ"א בתמוז תשס"ח

24 ביולי 2008



גלעד שירמן
עוזר ראשי לפרקליט המדינה



אסנת מנדל
מנהלת מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה