

1-67. 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

נ ג ד

1. היועץ המשפטי לממשלה

על-ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

2. ראש הממשלה

תגובה מקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת תגובה מקדמית מטעם היועץ המשפטי לממשלה לעתירה שבכותרת.

2. עניינה של העתירה, בתמצית, בבקשת העותרים למתן צו הצהרתי של בית המשפט הנכבד, לפיו אין להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת אשר הוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון.

נוסף על כך, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יצהיר כי החלטת היועץ המשפטי שלא להעניק בעת הזו חוות דעת משפטית בסוגיה שלעיל נגועה בחוסר סבירות קיצונית ודינה להתבטל.

לחלופין, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יורה ליועץ המשפטי לממשלה לתת את חוות דעתו בסוגיה דנן לאלתר.

3. ביום 9.12.19 הורה כב' השופט גרוסקופף למשיבים להגיב לעתירה, ובין היתר הורה כדלקמן:

"במסגרת התגובה המקדמית, וככל שיוחלט עד למועד האמור על הקדמת הבחירות לכנסת ה-23, מתבקשים המשיבים להתייחס, בין השאר, גם לשאלות הבאות:

(1) מהי עמדתם ביחס לטענת העותרים כי על המשיב 1 ליתן חוות דעתו בשאלת האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה בהתאם לסעיפים 7(א) ו-9(א) לחוק-יסוד: הממשלה קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23?

ככל שהמשיב 1 סבור כי עליו לתת חוות דעת כאמור, יפרט במסגרת התגובה המקדמית מהו לוח הזמנים הצפוי למתן חוות דעת כאמור.

(2) מהי עמדתם ביחס לטענת העותרים כי על בית המשפט להכריע בשאלת האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה בהתאם לסעיפים 7(א) ו-9(א) לחוק-יסוד: הממשלה קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23?"

4. אשר לשאלתו הראשונה של כב' השופט גרוסקופף, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי לנוכח מכלול השיקולים הצריכים לעניין – ובתוכם הרגישות המתחייבת מכך שאנו מצויים בתקופת בחירות – ככל שבית המשפט הנכבד לא ימצא לנכון לדון ולהכריע בשאלות העולות בעתירה בעת הזו, אין גם מקום למתן חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה דנן.

זאת מאחר שגילוי דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, תהא אשר תהא, בסוגיה בעת הזו – על רגישותה הברורה, שאליה נידרש בהמשך – לא יגביר את הוודאות המשפטית שבשמה מתבקשת חוות הדעת, כל עוד בית המשפט הנכבד לא יכריע בסוגיה.

5. אשר לשאלתו השנייה של כב' השופט גרוסקופף, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה בטענת העותרים לפיה על בית המשפט הנכבד להכריע קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23 בסוגיית האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה. כפי שיפורט להלן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיימים שיקולים לכאן ולכאן בסוגיה זו, וההכרעה בעניין מצויה בלב שיקול הדעת השיפוטי של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

בד בבד, אם בית המשפט הנכבד יחליט לדון בסוגיה המשטרית-חוקתית כבדת המשקל דנן – ויש להניח שאם כך יוחלט, אזי הדיון יתקיים בפני הרכב מורחב של שופטי בית המשפט הנכבד, כפי שנעשה בסוגיות דומות בעבר – היועץ המשפטי לממשלה יבקש להגיש את עמדתו בסוגיה עובר למועד הדיון שייקבע לפני ההרכב שיכריע בעתירה. הכול כפי שיפורט להלן.

רקע תמציתי

6. ביום 21.11.19 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על החלטתו להגיש כתב אישום נגד ראש הממשלה, ח"כ בנימין נתניהו, 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.

7. ביום 25.11.19 קיים היועץ המשפטי לממשלה דיון בנושא המשמעויות המינהליות-חוקתיות של ההחלטה להגיש כתב אישום נגד המשיב 2, בעודו מכהן בראש "ממשלת מעבר". זאת, על רקע פניות שונות שהתקבלו בעקבות ההחלטה והסוגיות המשפטיות התקדימיות שהיא מעוררת. בדיון זה השתתפו פרקליט המדינה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), מנהל מחלקת הבג"צים, וכן נציגים נוספים ממחלקות אלה.

סיכום הדיון התייחס בין היתר לסוגיות התפטרות ראש הממשלה, יציאתו לנבצרות והמשך כהונתו בתפקידים מיניסטריאליים נוספים – סוגיות שאינן במוקד העתירה שבכותרת – ובמסגרתו צוין בין היתר כי הדיון לא עסק באפשרות הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה על חבר כנסת שהוחלט להגיש נגדו כתב אישום, הואיל ומדובר בסוגיה שהייתה תיאורטית באותה עת (וכעת ידוע, שהיא אכן לא התממשה).

צילום סיכום הדיון מיום 25.11.19 בנושא "משמעויות מינהליות-חוקתיות להחלטה על הגשת כתב אישום נגד ראש ממשלה בעודו מכהן ב"ממשלת מעבר" מצורף ומסומן מש/1.

8. 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, על מנת שיתאפשר לראש הממשלה להודיע לכנסת, בתוך 30 יום, האם הוא מעוניין לבקש שתעמיד לו חסינות מפני העמדתו לדין פלילי.

9. ביום 27.11.19 וביום 28.11.19 הוגשו לבית המשפט הנכבד שתי עתירות אשר ביקשו, בתמצית, כי בית המשפט הנכבד יורה כי בנסיבות הקיימות, המשיב 2 אינו יכול לכהן עוד כראש ממשלת ישראל (בג"ץ 7871/19 ובג"ץ 7928/19). בין היתר, העותר בבג"ץ 7871/19 ביקש להורות ליועץ המשפטי לממשלה ליתן חוות דעת בשאלה האם המשיב 2 יכול או ראוי לקבל מנשיא המדינה כתב מינוי להרכבת ממשלה חדשה, לפי סעיפים 7,9 או 10 לחוק-יסוד: הממשלה.

ביום 6.12.19 הגיש היועץ המשפטי לממשלה את תגובתו לעתירות, ולפיה דין העתירות להידחות על-הסף ולגופן. בכל הנוגע לדרישת העותר בבג"ץ 7871/19 כי היועץ המשפטי לממשלה ייתן חוות דעת בדבר האפשרות להעניק למשיב 2 כתב מינוי להרכבת ממשלה, היועץ המשפטי לממשלה טען כי דין הסעד להידחות על-הסף, שכן מדובר בסעד תיאורטי שאינו נדרש להכרעה משפטית; וממילא אף לא להכרעה שיפוטית. לשלמות התמונה יצוין כי לאחר הגשת התגובה המקדמית אושר בכנסת החוק להתפזרות הכנסת ה-22, אשר במסגרתו נקבע כי הבחירות לכנסת ה-23 יתקיימו ביום 2.3.20.

צילום תגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 6.12.19 לעתירות בבג"ץ 7871/19 ובבג"ץ 7928/19 מצורף ומסומן מש/2.

10. בהמשך לכך, ביום 12.12.19 דחה בית המשפט הנכבד את שתי העתירות שלעיל על הסף, הן בגין אי-מיצוי הליכים כנדרש והן בשל כך שעניינן בסוגיות שאינן מצריכות הכרעה שיפוטית לעת הזו. בין היתר, כך נקבע בפסק הדין:

"13. זאת ועוד, מקובלת עליי גם טענת המשיב 3, לפיה בנקודת הזמן בה אנו עומדים, לא נדרשת הכרעה שיפוטית בסוגיות המשפטיות שמעוררות העתירות.

כידוע, אמש אושרה בקריאה שניה ושלישית בכנסת הצעת החוק להתפזרות הכנסת העשרים ושתיים והקדמת הבחירות, התש"ף – 2019, ובעקבות זאת הודע לציבור על עריכת בחירות חדשות לכנסת העשרים ושלוש בעוד כחודשיים ומחצה.

בנסיבות אלה, לנוכח עריכתן של בחירות חדשות במועד קרוב, שתוצאתן אינה ידועה, מתייחר הצורך כי בית המשפט יכריע כעת בסוגיות שמעוררות העתירות דנן (ראו והשוו: בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (4.8.2008)). [ההדגשות בציטוטים במסמך זה הוספו, אלא אם צויין אחרת – הח"מ]

11. ביני לביני, ביום 2.12.19 – ועוד בטרם הוחלט כאמור על פיזור הכנסת ה-22 – פנו העותרים ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה למתן עמדה 'בסוגיית סמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון'. במסגרת מכתבם ציינו העותרים, בין היתר, כי לעמדתם 'על פי הדין אין סמכות להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון' (סעיף 14 למכתב). העותרים ביקשו מענה תוך 72 שעות כדי שיוכלו למצות את זכויותיהם המשפטיות ולשקול פנייה לבית המשפט הנכבד, וזאת במקרה שהיועץ המשפטי לממשלה לא ייענה לבקשתם למתן חוות דעת דחופה 'לפיה אין זה בסמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות עם קלון' (סעיף 20 למכתב).

צילום פניית העותרים מיום 2.12.19 **צורף כנספח א' לעתירה**.

12. ביום 6.12.19 השיב עוזרו הבכיר של היועץ המשפטי לממשלה לפניית העותרים. במסגרת המענה הובאה עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לבקשה למתן חוות דעת בשאלה האם המשיב 2 בעתירה שבכותרת, יכול או ראוי לקבל מנשיא המדינה כתב מינוי להרכבת ממשלה חדשה. זאת, כפי שהוצג לבית המשפט הנכבד במסגרת תגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירות בבג"ץ 7871/19 ובבג"ץ 7928/19 (ראו סעיף 9 שלעיל).

צילום המענה לעותרים מיום 6.12.19 **צורף כנספח ב' לעתירה**.

13. ביום 8.12.19 הגישו העותרים את עתירתם לבית המשפט הנכבד, וביום 9.12.19 ניתנה החלטתו של כב' השופט גרוסקופף, כאמור בסעיף 3 שלעיל.

14. ביום 12.12.19, לפנות בוקר, התפזרה כאמור הכנסת העשרים ושתיים, תוך שחוקקה את חוק התפזרות הכנסת העשרים ושתיים והקדמת הבחירות, התש"ף-2019, אשר במסגרתו נקבע כי הבחירות לכנסת ה-23 יתקיימו ביום 2.3.20.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

15. כאמור בפתח הדברים, ובהתייחס להחלטת כב' השופט גרוסקופף מיום 9.12.19, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לנוכח מכלול השיקולים הצריכים לעניין – ובתוכם הרגישות המתחייבת מכך שאנו מצויים בתקופת בחירות, מהותו של בעל הסמכות שעל שיקול דעתו נסובה העתירה, ואופי הסמכות – **ככל שבית המשפט הנכבד לא ימצא לנוכח לדון ולהכריע בשאלות העולות בעתירה בעת הזו, אין מקום למתן חוות דעת מטעמו בסוגיה דנו.**

נוסף על כך, וכאמור לעיל, **היועץ המשפטי לממשלה יבקש להותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה בטענה כי על בית המשפט הנכבד להכריע קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23 בסוגיית האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה.** בד בבד, אם בית המשפט הנכבד יחליט לדון בסוגיה המשטרית-חוקתית כבדת המשקל שהעותרים מבקשים לעורר, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להגיש את עמדתו – אשר תגובש, בין היתר, לאחר שיח עם היועץ המשפטי לכנסת והיועצת המשפטית לנשיא – עובר למועד הדיון.

16. **ראשית,** לעניין השאלה הראשונה של כב' השופט גרוסקופף, יצוין כי העתירה שבכותרת מעלה סוגיות מורכבות וכבדות משקל, הנוגעות לסמכות להטיל את התפקיד להרכבת ממשלה על חבר הכנסת אשר הוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות.

אמנם, בית המשפט הנכבד הכריע לפני חודשים אחדים בעתירה דומה שנגעה לסמכות נשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב 2 בשלב שעמד נגדו כתב חשדות, וקבע כי בנסיבות ההן לא נפל פגם בהפעלת הסמכות בידי כבוד הנשיא (בג"ץ 2848/19 בן-מאיר נ' נתניהו (ניתן ביום 23.4.19) (להלן: **עניין בן-מאיר**)).

כך קבע כב' השופט גרוסקופף בפסק הדין **בעניין בן-מאיר** :

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.

ואולם, ניתן לומר כי הסוגיה טרם לובנה כל צרכה בפסיקת בית המשפט הנכבד, ולנוכח מהותה ומורכבותה ניתן להניח כי הכרעה בה תצריך פסק דין של מותב מורחב.

17. בהמשך לכך, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גילוי דעתו בעניין בעת הזו – על רגישותה ומורכבותה הרבה – לא יגביר את הוודאות המשפטית שבשמה מתבקשת חוות הדעת.

שכן, אף אם היה היועץ המשפטי לממשלה מפרסם את חוות דעתו כפי שמבקשים העותרים, הרי שמטבע הדברים אפשר שבית המשפט הנכבד היה מכריע בסוגיה באופן שאינו תואם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ואפשר גם שבית המשפט הנכבד היה בוחר שלא להכריע כלל בסוגיה דן.

18. חשוב להדגיש כי בשונה ממעמדן המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה כלפי ממשלת ישראל ויתר רשויות המדינה, כל עוד בית משפט נכבד זה לא פסק אחרת – הרי שחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לבדה אינה מחייבת את המפלגות והמועמדים בשלבים שונים של הליך הבחירות לכנסת, ואף אינה מחייבת את נשיא המדינה בשלב הטלת מלאכת הרכבת הממשלה.

באותו האופן, היועץ המשפטי לממשלה אינו מחווה דעתו ביחס לפעילותן של המפלגות או הסיעות בכנסת, אינו מייעץ למועמדים פוליטיים בדבר הדין הנוהג, ואינו נוהג להתייחס ביוזמתו לאופן הפעלת סמכויותיו של נשיא המדינה, קל וחומר סמכותו הייחודית לפי סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה.

19. על כן, הימנעותו של היועץ המשפטי לממשלה ממתן חוות דעת בנושא הנדון בעת הזו, אינה בלתי סבירה כנטען בעתירה, אלא משקפת כראוי את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ואת הנסיבות המיוחדות של הסוגיה הנדונה.

עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון לדון ולהכריע בעת הזו בשאלות העולות בעתירה – ובשים לב לכך שעסקינן בסוגיה חוקתית תקדימית, רגישה וכבדת משקל – יהיה מקום גם למתן חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה דנן במסגרת ההליך השיפוטי.

20. עוד יוזכר, כי נשיא המדינה הוא הגורם המשטרי המטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מבין 120 חברי הכנסת שקיבלו את אמון הציבור בבחירות שנערכו (ראו והשוו למשל לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין בן-מאיר).

בשלב זה, מן הסתם, לא ידוע עדיין מי יהיו המתמודדים לכנסת ה-23, מה יהיו תוצאות הבחירות, ומה יעלה בהתייעצויות שאותן יקיים נשיא המדינה עם נציגי הסיעות בכנסת לאחר הבחירות.

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי גם בכך יש כדי לתמוך בעמדה לפיה אין מקום בעת הנוכחית לפרסם חוות דעת משפטית מטעמו בעניין סמכות הנשיא לפי סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה, ללא שהתבקש לעשות כן על-ידי בית המשפט הנכבד לצורך הכרעתו של בית המשפט בסוגיה.

21. **שנית**, לעניין השאלה השנייה של כב' השופט גרוסקופף, ובהמשך לאמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה יבקש להותיר לשיקול דעת בית המשפט הנכבד את ההכרעה בטענת העותרים לפיה על בית המשפט הנכבד להכריע קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23 בסוגיית האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה.

היועץ המשפטי לממשלה סבור כי קיימים שיקולים לכאן ולכאן בשאלה אם על בית המשפט הנכבד להכריע כבר עתה בסוגיה כבדת המשקל שעל הפרק; או שמא יש להותיר את ההכרעה בשאלה לעתיד, ככל ששאלת הטלת הרכבת הממשלה על המשיב 2 תהפוך לקונקרטית. להלן נתייחס לעיקרי שיקולים אלה.

שיקולים התומכים בהימנעות מהכרעה שיפוטית בעת הזו

22. בכל הנוגע לשיקולים התומכים בכך שאין מקום שבית המשפט הנכבד יידרש לסוגיה דנן בעת הזו – אלא רק אם יתעורר צורך בעתיד, אחרי הבחירות לכנסת ה-23 – יצוין תחילה כי אך בימים האחרונים דחה בית המשפט הנכבד על-הסף את העתירות בבג"ץ 7871/19 ובבג"ץ 7928/19, אשר במסגרתן ביקשו העותרים, בין היתר, להורות ליועץ המשפטי לממשלה לפרסם חוות דעת בסוגיה דנן, בקבעו בין היתר כדלקמן:

בנסיבות אלה, לנוכח עריכתן של בחירות חדשות במועד קרוב, שתוצאתן אינה ידועה, מתייחר הצורך כי בית המשפט יכריע כעת בסוגיות שמעוררות העתירות דנן (ראו והשוו: בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (4.8.2008)).

23. נוסף על כך, בית המשפט הנכבד עמד בעבר על כך שהסמיכות למועד הבחירות היא שיקול רלוונטי שיש לשקול לצורך הבחינה אם יש מקום בהכרעה שיפוטית בסוגיות רגישות, תוך שהבהיר כי מדובר בשיקול אחד מבין שיקולים אחרים.

לעניין זה, ראו והשוו, בשינויים המחויבים לענייננו, לדבריו של כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין בפסק הדין בבג"ץ 1400/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה** (ניתן ביום 6.3.06) – בעתירה שביקשה להעביר מתפקידו כשר ללא תיק את חה"כ הנגבי, לאור הודעת היועץ המשפטי לממשלה דאז על כוונה להגשת כתב אישום בכפוף לשימוע – כדלקמן:

17. **הבחירות עומדות בפתח.** לכך שלוש נפקויות בכל הנוגע למתחם הסבירות של החלטת המשיב 1 נשוא ענייננו: ראשית, בתוך שבועות ספורים תסתיים מאליה כהונת המשיב 3. אמנם, לא אחת נדרש בית המשפט ליתן סעד מהיר גם בהינתן אופק של שינוי נסיבות; אולם בהקשר הנוכחי, בו מדובר, מחד גיסא, בביקורת שיפוטית על החלטה של ראש הממשלה בדבר העברת שר מכהונתו – על כל המשתמע מכך כאמור לעיל – ומאידך גיסא, בתהליך שלא נסתיים בדבר גיבוש כתב-אישום, רואים אנו חשיבות לעובדה שבמועד קרוב תסתיים כך או אחרת כהונתו של המשיב 3 כשר; שנית, **סבורים אנו, כי דווקא בעת הזו, של ערב בחירות, ראוי גם בית המשפט שינהג באיפוק ובריסון. מדובר בתקופה רגישה מבחינה פוליטית, ועל בית המשפט לבחון היטב את ההשלכות האפשריות של פסיקתו על הלכי רוח בציבור.** שלישית, והדברים קשורים זה בזה, בחירתו של ממלא מקום ראש הממשלה, שלא להעביר את המשיב 3 מכהונתו, תעמוד בתוך זמן קצר למבחן הציבור. אכן, כדברי השופט י' זמיר:

האחריות להחלטה זאת או זאת הופקדה לפי החוק בידי ראש-הממשלה, ולא בידי בית-המשפט, וראש-הממשלה נושא באחריות להחלטה כלפי הכנסת וכלפי הציבור, והם יגיבו, אם ירצו להגיב, בדרכים שהחוק פותח בפניהם.

...

ובבג"צ 1993/03 הוספנו אנו:

לא כל שרואות עיננו מניח את דעתנו. אולם - זאת נזכור היטב - גם עינו של הציבור פקוחה. עניינו של המשיב 3, והחלטותיו של ראש הממשלה בעניינו של המשיב 3, עומדים לביקורת הציבור, והציבור יאמר את דברו, לפי ראות עיניו.

18. **העותרת מטילה ספק ביכולתו של הציבור להביא לידי ביטוי את עמדתו באשר להשתלשלות העניינים הנוגעת למשיב 3. לפיכך, סבורה היא כי ראוי שבית המשפט יאמר את דברו, כבר היום. איננו שותפים לעמדתה.** אין ספק, שבעת בחירות, מגוון של שיקולים משפיעים על כל בוחר ובוחר הבא לשלשל פתק בקלפי. השיקול בדבר חוסר-תקינות בהתנהלותו של חבר מפלגה כזו או אחרת, ובדבר תגובת ראש המפלגה לחוסר-תקינות זה, עשוי להיתפס כמרכזי אצל בוחר פלוני וכשולי אצל בוחר אלמוני. וכבר נאמר, כי "על בית המשפט לתת דעתו, בין השאר, גם למציאות החיים, הגורמת לכך שלעתים הציבור מבקש

להיות מיוצג על-ידי אדם שאינו מופת להליכות נאות" (עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל - נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 190). ואולם זהו, אל נכון, מבחנו של הציבור, וזוהי, אל נכון, מהותה של הדמוקרטיה. העם בוחר את נציגיו, ולשיטתי, מועד הבחירות הקרב ובא מהווה שיקול חשוב שלא לערב את בית המשפט בקלחת."

בד בבד, ראו והשוו, ואף זאת בשינויים המחויבים לענייננו, לדבריה של כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בפסק הדין (נימוקים) בבג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון (ניתן ביום 14.10.13) (להלן: עניין ראשי הערים), אשר קבעה כדלקמן:

"38. שיקול נוסף שיש לו נגיעה לענייננו, עליו אבקש להרחיב קמעא, הוא סמיכות מועד הבחירות למועד ההחלטה אם להעביר או לא להעביר ראש רשות מכהונתו. בפרשת הנגבי השלישית נפסק, כי כאשר נשקלת השאלה אם להעביר נבחר ציבור מכהונתו, יש לייחס משקל גם לכך שמועד הבחירות קרוב, כך שממילא כהונתו הנוכחית של אותו נבחר ציבור עומדת להסתיים. ציטטו בפנינו את דברי השופט א' ריבלין שקבע שם "סבורים אנו, כי דווקא בעת הזו, של ערב בחירות, ראוי גם בית המשפט שינהג באיפוק ובריסון. מדובר בתקופה רגישה מבחינה פוליטית, ועל בית המשפט לבחון היטב את ההשלכות האפשרויות של פסיקתו על הלכי רוח בציבור" (בפסקה 17). יצוין כי בפרשת הנגבי השלישית שיקול הקרבה לבחירות לא היווה השיקול המרכזי, שכן באותו ענין טרם הוגש כתב אישום נגד השר הנגבי. מכל מקום, לדעתי, השיקול בענין קרבה לבחירות הוא שיקול רלוונטי, אך המשקל שיש לייחס לו תלוי בנסיבותיו של המקרה הנדון. בנסיבות שבהן אכן קמה עילה להעביר נבחר ציבור מכהונתו נוכח כתב אישום שהוגש נגדו בתחילת כהונתו או במהלכה – כאשר נותר זמן בלתי מבוטל עד הבחירות הבאות – השיקולים המצדיקים את ההעברה מכהונה מחייבים שהכהונה תיפסק, שכן לא ניתן להסכין עם הפגיעה הקשה בהם לאורך זמן. אם הסוגיה של העברה מכהונה מתעוררת לקראת מערכת בחירות, יש לדעתי משקל רב לשאלה אם בכוונת נבחר הציבור להתמודד בבחירות הקרובות כמועמד. אם אין בכוונתו להתמודד, וניתנת בענין זה הצהרה מחייבת, המשמעות המעשית של הפסקת הכהונה זמן קצר בלבד לפני הבחירות, בהן כאמור לא ישתתף נבחר הציבור – פוחתת, שכן הבחירות ממילא קרובות, כך שהקרבה לבחירות עשויה להטות את הכף לכיוון של אי הפעלת הסמכות של העברה מכהונה. לעומת זאת, אם נבחר הציבור מתכוון להשתתף בבחירות, או לפחות אינו מצהיר כי לא ייעשה כן אז, בדומה למצב בתחילת כהונה או באמצעה, יש לייחס משקל פחות לקרבה לבחירות. יש להביא בחשבון, בין השאר, גם את אורך הכהונה הפוטנציאלי של נבחר הציבור, שלא בהכרח הוא זהה לתקופה שנותרה עד הבחירות. ...

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.

24. עוד יצוין כי הסעד העיקרי המבוקש בעתירה – צו הצהרתי של בית המשפט הנכבד המבהיר את הדין – אינו מסוג הסעדים שבית המשפט הנכבד נוהג לתת. לעניין זה ראו את דבריו של כב' השופט לוי בבג"ץ 4808/09 **התאחדות הפוקר בישראל נ' משטרת ישראל** (ניתן ביום 23.6.09), כדלקמן:

1. **העותרת מבקשת ליתן צו הצהרתי** לפיו היא רשאית לקיים טורניר בו ישחקו המשתתפים במשחק קלפים המכונה "טקסס הולדם". ...

2. לאחר שעיינו בעתירה ונספחיה והאזנו לטעוני הצדדים, לא מצאנו כי בידי העותרת עילה לקבלתו של אף לא אחד מן הסעדים להם עתרה. **למעשה, היא מבקשת כי המשיבה או בית המשפט יציידו אותה בחוות דעת משפטית ויתנו הכשר מראש לטורניר, ולכך אין בידנו להיעתר.**

...
(ב) נוכח לשונו של סעיף 230 ולאור השקפתה של העותרת כי עריכת הטורניר אינה כרוכה בעבירה, אין היא צריכה לבקש או לקבל מהמשיבה היתר או רישיון מכוח הוראותיו של חוק העונשין. אפשר, כמובן, כי ברבות הימים יהיו גורמי אכיפת החוק סבורים כי הטורניר אינו נכנס לגדרו של סעיף 230, וככל שיוחלט לנקוט נגד העותרת בהליכים על פי דין, תינתן לה האפשרות להוכיח כי פרשנותה את סעיף 230 היתה נכונה.

3. הנה כי כן, עתירת סרק היא זו המונחת בפנינו, ולפיכך, בצד דחייתה של העתירה אנו מחייבים את העותרת לשלם למשיבה הוצאות בסכום של 25,000 ש"ח.

25. כן יצוין כי ההלכה הפסוקה היא כי בית המשפט הנכבד אינו נדרש, ככלל, להכרעה בעניין המתבסס על מסכת עובדתית שטרם באה לעולם. כמאמר הפסיקה – **"אם עתירה כלשהי מתבססת על קרות אירועים עתידיים – שאולי לא יתרחשו על פי המצופה, או לא יתרחשו כלל – היא, ככלל, ובכפוף לחריגים, אינה מתאימה לדיון"** (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (ניתן ביום 17.9.14), פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס).

כן נפנה דבריה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור בפסק דינה בבג"ץ 7190/05 **לובל נ' ממשלת ישראל** (ניתן ביום 18.1.06), אשר עסק בשאלת חוקתיותם של סעיפים מסוימים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, כדלקמן:

6. ... על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה... בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות.

הרן, אירוע מאוחר עשוי לחדד את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסויימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתית.

26. מעבר לכך, ומאחר שהעותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד ייתן צו הצהרתי שעניינו בשיקול דעתו של נשיא המדינה, יצוין כי ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתו של הנשיא בכל הנוגע למילוי תפקידיו היא מצומצמת ביותר, וכך יוזכר כי נשיא המדינה חסין בפני כל פעולה משפטית הקשורה בתפקידיו או בסמכויותיו (סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה).

בהקשר לכך יצוין כי בבג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' נשיא המדינה, פ"ד ה 801 (1951), דן בית המשפט הנכבד בעתירה שדרשה להורות לנשיא המדינה דאז (חיים ויצמן) להטיל את התפקיד להרכיב 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'.

27. העיקרון המשטרי הבסיסי בדבר מעמדו המיוחד של נשיא המדינה – בין היתר בסוגיה הנוגעת להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת – עודו שריר וקיים גם בימינו אנו. בהקשר לכך, ראו והשוו למשל לפסק דינו של בית המשפט הנכבד מהשנה האחרונה **בעניין בן-מאיר**, שם נקבע בין היתר כדלקמן:

5. נקודת המוצא להכרעתנו היא שעל ההתערבות בשיקול דעתו של הנשיא במילוי תפקידיו 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).

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 סיכויו 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, שתהנה 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).

שיקולים התומכים בהכרעה שיפוטית בעת הזו

28. לעומת זאת, וכאמור לעיל, קיימים גם שיקולים נוגדים, התומכים בעמדה לפיה יש מקום

כי בית המשפט הנכבד יכריע בסוגיה זמן כבר בעת הזו ויבהיר את הדין, טרם עריכת הבחירות לכנסת ה-23. להלן נתייחס לשיקולים אלה, אשר מטבע הדברים עולים בקנה אחד עם הטענות המועלות בעתירה.

29. ראשית יצוין כי קיימת חשיבות ציבורית ומעשית להבהרת הדין הנוהג כבר עתה על ידי בית המשפט הנכבד. שכן, ציבור המצביעים וציבור המועמדים זכאים לדעת מראש מהו הדין הנוהג ולכלכל את התנהגותם בהתאם.

ההחלטה על העמדתו של פלוני בראש רשימת מועמדים מושפעת מטבע הדברים גם מן הידיעה כי אין מניעה משפטית עקרונית, שעל פלוני תוטל מלאכת הרכבת הממשלה לאחר הבחירות. על בסיס הגיון זה מככללים את צעדיהם שחקנים רבים במערכת הפוליטית: מועמדים לראשות הרשימה, שעשויים להחליט אם להתמודד על התפקיד; מצביעים בבחירות המקדימות במפלגה, שלא היו רוצים לתמוך במי שלא יהיה בידו להוביל את המפלגה בראשות הממשלה; בוחרים, ששואפים כי עמדתם הפוליטית תזכה למימוש ולהשפעה, ועל כן יעדיפו לתמוך במפלגה שתוכל להיות מפלגת השלטון ושהעומד בראש הרשימה יוכל לכהן כראש הממשלה; מנהיגי המפלגה, אשר מכוונים את אופי קמפיין הבחירות ומשקיעים את משאבי המפלגה בהתאם לזהות המועמד; ואף חברי הכנסת וראשי מפלגות אחרות, אשר מחשבים חיבורים פוליטיים מבעוד מועד בהתאם לטיב המתחרים בזירה.

על רקע זה, אם יתברר רק לאחר הבחירות שחבר כנסת מסוים מנוע מלקבל על עצמו את תפקיד הרכבת הממשלה, עלולה להיפגע האפשרות הממשית של בוחרים ומועמדים כאחד לממש באופן אמיתי את זכויותיהם לבחור ולהיבחר. ההכרעה המשפטית המאוחרת עלולה להרבות אי ודאות ולהקשות על הרכבתה של ממשלה יציבה בזמן קצר. יובהר, למען הסר ספק, כי אין בכך כדי להביע כל עמדה לגופם של דברים בסוגיה דנן.

30. הנה כי כן, עצם הידיעה אם מבחינה משפטית המשיב 2 יהיה כשיר או לא יהיה כשיר להרכיב את הממשלה הבאה עשויה להשפיע באופן מעשי כבר היום על התנהלותם של מצביעים, מועמדים ומפלגות, ולא רק על אלה הקשורים במפלגתו של המשיב 2.

בהקשר לכך, ראו והשוו לדבריה של כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור בנימוקי פסק הדין **בעניין ראשי הערים**, אשר בין היתר התייחסה לחשיבות הקיימת בכך שבית המשפט הנכבד ישקף את הדין הנוהג גם בתקופת בחירות, וזאת כדי שהגורמים הרלוונטיים יידעו לכלכל את צעדיהם בהתאם. לאחר שעמדה בפסק דינה על כך שככלל נכון היה להותיר בידי המועמדים והבוחרים את ההכרעה לגבי טיב המנהיגים שהוא בוחר לו, כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור העירה מספר הערות מבהירות לגבי הדין הנוגע לשאלת הכשירות מהסוג הנדון באותה פרשה, ובין היתר הבהירה כי 'הערות אלו נועדות לאפשר למועמדים עתידיים לראשות רשויות מקומיות – לכלכל את צעדיהם' (ראו סעיף 58 לפסק דינה של כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור). עוד יצוין כי באותו המקרה עמדת המדינה הייתה כי יש להכריע בסוגיה קודם למועד הבחירות (ראו סעיף 26 לפסק הדין).

31. מעבר לכך, פרשנות הדין היא חשיפתו של הדין הנוהג באמצעים משפטיים, מתוך לשון החוק. אין מדובר ביישום הדין על מערכת של עובדות שאינה ידועה, אלא בפרשנות של היקף הסמכות הנתונה לנשיא המדינה לפי סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה. השאלה אם נתונה לנשיא המדינה הסמכות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת שנגדו הוגש כתב אישום, לכאורה ניתנת לבירור כבר עתה. ובמקרה זה – בשל הרגישות, המורכבות ומידת ההשפעה על התהליכים העתידיים הנסמכים על הפרשנות (כגון הגשת רשימות המועמדים לכנסת) – ייתכן שנדרשת הכרעה של בית המשפט הנכבד כדי לחשוף את הדין בצורה ודאית, ולהוציאו לאור לידיעת הרבים, בשלב המוקדם למועד יישומו המשפטי.

בהקשר לכך נדמה כי על פני הדברים, הבסיס העובדתי והשיקולים הצריכים לעניין מוכרים כבר עתה, ובמובן זה לא מדובר בהכרעה שעתידה להתבסס על נסיבות חדשות ובלתי צפויות שאינן גלויות בפני בית המשפט בעת הזו.

32. יתר על כן, יצוין כי ככל שהבהרת הדין מתאחרת וההליכים הדמוקרטיים מתקדמים, מצטמצמות דרגות אפשרותם של הגופים הפוליטיים לתקן ולעדכן את החלטותיהם בהתאם לדין. כך למשל, לאחר הגשת רשימות המועמדים לוועדת הבחירות המרכזית לא ניתן עוד לתקן.

לפיכך, ההסתמכות מצד חברי המפלגות, ראשיהן וציבור הבוחרים בכלל, צפויה להתעצם ככל שחולפים שלבים נוספים בסדר היום הדמוקרטי עד למועד הבחירות. בהתאם לכך, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור שיש מקום להכריע בסוגיה טרם הבחירות, הרי שלאור האמור לעיל יש עדיפות לעשות כן במועד מוקדם ככל הניתן.

33. הנה כי כן, קיימים שיקולים לכאן ולכאן. כלומר, שתי הגישות השונות שהובעו לעיל – זו שלפיה אין מקום להכרעה שיפוטית בסוגיה כבדת המשקל עתה, בשים לב לכך שכלל לא ידוע כיצד יתפתחו הדברים והאם השאלה תהיה אקטואלית לאחר הבחירות לכנסת ה-23; וזו שלפיה עקרון הוודאות של הדין והרצון לאפשר לכלל הגורמים לכלכל את צעדיהם ולממש את זכויותיהם במסגרת מערכת הבחירות, מצדיקים מתן הכרעה מוסמכת של בית המשפט הנכבד עוד לפני הבחירות – אפשריות ובנות ביסוס.

משכך הדבר, ובשים לב למורכבות הדברים ורגישותם, ובשים לב לכך שהחלטה אם להכריע בעניין משטרי-חוקתי מצויה בלב שיקול הדעת השיפוטי של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק – היועץ המשפטי לממשלה יבקש להותיר את השאלה השנייה שהציג כב' השופט גרוסקופף בהחלטתו מיום 9.12.19 לשיקול דעתו של בית המשפט הנכבד.

סיכום

34. סיכומם של דברים, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי לנוכח מכלול השיקולים הצריכים לעניין – ובתוכם הרגישות המתחייבת מכך שאנו מצויים בתקופת בחירות – ככל שבית המשפט הנכבד לא ימצא לנכון לדון ולהכריע בשאלות העולות בעתירה בעת הזו, אין מקום למתן חוות דעת גם מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה דנן.

35. בכל הנוגע לשאלה אם על בית המשפט הנכבד להכריע בעתירה קודם למועד הבחירות לכנסת ה-23 בסוגיית האפשרות להטיל על המשיב 2 את תפקיד הרכבת הממשלה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה קיימים שיקולים לכאן ולכאן, וההכרעה בעניין מצויה בלב שיקול דעתו השיפוטי של בית המשפט הנכבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

כאמור, אם בית המשפט הנכבד יחליט לדון ולהכריע עתה בסוגיה המשטרית-חוקתית כבדת המשקל דנן – ויש להניח שאם כך יוחלט, אזי הדיון יתקיים בהרכב מורחב ובזמן קרוב, כפי שנעשה בסוגיות דומות בעבר – אזי יבקש היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו בסוגיה. זאת, לאחר שתגובש, בין היתר, בשיח עם גורמי הייעוץ המשפטי לכנסת ולבית הנשיא, עובר למועד הדיון שייקבע לפני ההרכב שיכריע בעתירה.

היום, כ"ב בכסלו, תש"ף

20 בדצמבר, 2019


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


רון ריבלין, עו"ד
סגן בכיר במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


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