



מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי
מר חן ליכטנשטיין
גב' מוזל מועלם
מר טלי מרידור
עו"ד אבי פיישר
מר אביעד פרידמן
ד"ר מיכל צור
מר יוסי קוצ'יק
מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
מר אליזט אברמס, ארה"ב
ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
גב' אן אפלכאוס, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה
השופטת דורית ביניש, ישראל
השופט סטיבן ברייר, ארה"ב
השופט סלים ג'ובראן, ישראל
ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה
פרופ' קרנית פלוג, מחקר
פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן
פרופ' מוסטפא כבהא
פרופ' עמית כהן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' עליה פיישר
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
פרופ' ידידיה צ' שטרן
פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

הנדון: חבר כנסת שגובש נגדו כתב אישום חמור: האם ניתן למנותו כראש ממשלה?

נייר קצר זה יבקש לתאר ולנתח את הדין הקיים בישראל בשתי שאלות התלויות ועומדות בימים אלה בפני בג"צ. ראשית, האם מועמד שתלוי ועומד נגדו כתב אישום חמור יכול להרכיב ממשלה? שנית, באילו תנאים על ראש ממשלה שתלוי ועומד נגדו כתב אישור חמור להתפטר או לצאת לנבצרות?

חוות דעת זו לא תתמקד בשאלת סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית ישירה על החלטה של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על ח"כ שנאשם בפלילים. הואיל וחוק יסוד: נשיא המדינה מגן על הנשיא מפני עתירה לבג"צ, לא ניתן לעתור נגדו. עם זאת, חסינותו של הנשיא אינה מפקיעה, את חובתו לנהוג בסבירות בכל מעשה שלטוני המופקד בידיו. העובדה שלא ניתן לתקוף חזיתית החלטה של הנשיא, אינה מונעת ביקורת עקיפה על השלכות מהלכיו, למשל בחינה של חוקיות כהונתו של ראש הממשלה. חוות הדעת גם לא תתייחס לשינויים המוצעים בחוק יסוד: הממשלה העוסקים בהחלת הכללים המתייחסים לראש ממשלה מכהן גם על ראש הממשלה החלופי לפי החוק המתוקן.

נקודת המוצא לדיון: חוק יסוד הממשלה ופרשנותו, לאור הלכת דרעי-פנסי.

חוק יסוד הממשלה קובע, כנקודת מוצא חוקתית, שני מצבים בהם פוקעת כהונתו של ראש הממשלה מחמת עבירה. אחת לפי סעיף 18(א), כאשר **לאחר הרשעה שיש עמה קלון הכנסת מחליטה להדיח את ראש הממשלה ברוב חבריה (61 ח"כים)**. השנייה לפי סעיף 18(ד), כאשר פסק הדין **הופך להיות פסק דין סופי**. החוק מבהיר, בכל מקרה, כי עם פקיעת הכהונה יראו את כל הממשלה "כאילו התפטרה".

יש לציין כי לראש הממשלה יש סמכות להתפטר בכול עת, לפי סעיף 19 לחוק היסוד. גם כאן, החוק מבהיר כי התפטרות ראש הממשלה כהתפטרות הממשלה.

יש לשים לב כי באשר לשרים, נקבע בחוק יסוד הממשלה הסדר שונה, לפיו כהונתו של שר **פוקעת עם הרשעה שיש עמה קלון**. אין ספק שזהו מועד מוקדם יותר מאשר האירוע שמפקיע את כהונתו של ראש ממשלה. בשני המקרים (שרים וראש הממשלה) החוק אינו קובע כי כהונתו של שר (וראש הממשלה, שהוא גם שר) פוקעת עם הגשת כתב אישום. האם שתיקת המחוקק היא הסדר שלילי?

התקדימים שמהווים את הבסיס לשאלה המשפטית שבפנינו מקורם בשתי הלכות בבית המשפט העליון, בהן הוטלה חובה על ראש הממשלה דאז (יצחק רבין) לפטר את השר דרעי וסגן השר פנחסי, בשל כתבי אישום חמורים שהוגשו נגדם.

בית המשפט פסק אז, בהלכה תקדימית, שאף על פי שהחוק לא מחייב שר להתפטר בשל כתב אישום חמור, על ראש הממשלה חלה חובה להפעיל את סמכותו לפטרו, ושהחלטתו של רבין שלא לעשות כן, אינה עומדת במבחן הסבירות. זאת, בשל חוסר סבירות קיצוני במשקל הנמוך שנתן ראש הממשלה לפגיעה באמינות השלטון, בשל המשך כהונתו כשר של מי שמואשם בעבירות חמורות של שחיתות שלטונית.

יש לציין כי בית המשפט, בקובעו את הלכות דרעי ופנחסי, היה מודע היטב לכך שחוק היסוד דאז לא חייב את השר להתפטר (בשום מקרה). אך קביעתו הייתה שאין מדובר ב"הסדר שלילי", לפיו אין מניעה חוקית ששר שהואשם בפלילים או הורשע בפלילים בעברות שיש עימן קלון ימשיך לכהן בתפקידו. לדעת בית המשפט, גם בהעדר קביעה מפורשת בחוק, מניעה כזו עלולה להיווצר, ועוד קודם להרשעה. כאשר היא נוצרת, חייב ראש הממשלה לפטר את השר. לפי הלכות אלה, על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו להדיח שר מתפקידו. הימנעות מהדחה נוכח הגשת כתב אישום ובו מיוחסות לשר עברות חמורות שיש עימן קלון לוקה, כאמור, בחוסר סבירות קיצוני. וזאת, גם אם מול השיקול האמור ניצב שיקול פוליטי של המשך קיום הקואליציה.

כאמור, הלכת דרעי-פנחסי נקבעה לפני שנחקקה בחוק יסוד הממשלה חובתו של השר להתפטר לאחר הרשעה בעברה שיש עימה קלון, המביאה להפסקת כהונתו. ניתן היה לטעון שחקיקה זו מבטלת את ההלכה שקדמה לה, -שכן בחוק היסוד נקבעה חובת התפטרות רק לאחר הרשעה; ומכאן שאין חובה כזו בשלב של הגשת כתב אישום. אולם הלכת דרעי-פנחסי, באשר לאבחנה בין כשרות סטטוטורית ובין ביקורת על שיקול הדעת המנהלי, אושררה בפסקי דין שהיו מאוחרים גם לתיקונים שנעשו לאחריה בחוק יסוד הממשלה (למשל בפסק הדין שעסק בעניינו של צחי הנגבי), ולכן היא משקפת את המצב לפי הדין הנוכחי. זו גם עמדת היועץ המשפטי לממשלה בכתב התשובה לעתירות נגד כהונת ח"כ נתניהו שהוגש לבית המשפט העליון בתאריך 30 לאפריל 2020. הדין מבחין בין "תנאי כשירות סטטוטורי" נוקשה שתוצאתו המשפטית הינה אוטומטית (גליוטינה) לבין תנאי התאמה לתפקיד במצבים אחרים, שמתחייבים מכוח הפעלת שיקול דעת מנהלי בנסבות משתנות. מכאן עולות שתי מסקנות. האחת, ספציפית, לפיה הלכת דרעי-פנחסי עדיין בתוקף (ואכן גם יושמה בפועל, למשל לאחרונה בעניינו של השר לשעבר כ"ץ, וקודם לכן בעניינו של ח"כ אביגדור ליברמן. גם רה"מ נתניהו התפטר מתפקידי השר בהם נשא לפני הגשת כתב האישום). והשנייה, החשובה והכללית יותר, שלפיה החובה להפסקת כהונה בשלב מאוחר יותר מכוח כלל משפטי ספציפי, אינה מפקיעה את החובה לבחון בשלב מוקדם יותר התאמה של נושאי משרות ציבוריות לתפקידיהם מכוח עקרונות של

המשפט החוקתי והמנהלי, לרבות הצורך בשמירה על טוהר המידות, האיסור על ניגוד עניינים והצורך לקיים את אמון הציבור בשלטון. לפי חובת בחינה זו, נדרשת הפעלה של שיקול דעת בסבירות בשלבים הקודמים לשלב זה (שעליו חל כלל משפטי ספציפי). קיומו של תנאי כשירות מסוים החל על שלב מאוחר אינו הסדר שלילי ביחס לשלבים הקודמים.

הגיון ההבחנה הזו נעוץ בכך שהמושג עברה שיש עמה קלון הוא רחב וחובק מעשים שונים מאד זה מזה. הוא תופס גם מעשים שמידת הקלון בהם היא מינימאלית (כגון עבירות מס מסוימות), כפי שהצביע המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהושע שופמן בדיון בכנסת בעת חקיקת סעיפים אלה בחוק יסוד הממשלה. לכן, פסילה שאין בצידה שיקול דעת מחייבת לפחות פסק דין סופי. אך בכך אין כדי להכריע כיצד יש לנהוג מבחינת הדין (ולא רק מבחינת הרוב בכנסת ששיקוליו הם פוליטיים במהותם) כאשר מתגבש כתב אישום בגין עברות שחומרתן גדולה מאד (לפי טיב האיסור ולפי הנסבות הקונקרטיות של העברה שנעברה) או במצבים בהם אין מדובר במעשה עברה יחיד אלא בפעילות עבריינית חוזרת ושיטתית. פרשנות לפיה רק כללי העדר הכשרות הסטטוטוריים חלים, ואין שום כללים משלימים של שיקול דעת, יכולה להנביע תוצאות אבסורדיות ביותר, כמו למשל האפשרות שראש הממשלה ימשיך לכהן גם לאחר שהורשע בעבירה חמורה כמו רצח, אינוס, או לקיחת שוחד ואף לאחר שנגזר עליו מאסר בפועל (שביצעו לא נדחה עד לערעור). מצבים כאלה לא נצפו על ידי מכונן חוקי היסוד ועל ידי המחוקק, וברור שלא ניתן לצפות כל מצב מראש ולקבוע לגביו כלל סטטוטורי מתאים.

בהקשר זה יש להבחין היטב בין חזקת החפות שהיא כלל המוצא **במשפט הפלילי**, המונע סנקציות כלפי הנאשם במישור הפלילי (וגם כאן, בכפוף לחריגים) ובין השאלה של מינוי לתפקידים בכירים. עמדה על כך השופטת ארבל בפרשת **ראשי הערים**:

"חזקת החפות היא עקרון יסוד של שיטתנו, שמטרתה להבטיח כי הפרט הנאשם לא יישא לשווא בפגיעה הקשה בזכויותיו – בחירותו, בקניינו, בשמו הטוב – הנגזרת מהרשעה בפלילים, כל עוד לא הוכחה אשמתו ... מעמדה של חזקת החפות איתן הוא. ברם, העתירות שלפנינו עניינן במשמעויות הנגזרות מהגשת כתב אישום נגד ראש רשות מקומית במישור הציבורי. להשקפתי, העובדה שההליך הפלילי טרם הסתיים אינה מאפשרת התעלמות ממנו במישור הציבורי, ואינה מאפשרת התייחסות אל הנאשם כנקי מכל רבב, כאשר נבחנת מועמדותו למשרה ציבורית, או כאשר נבחן המשך כהונתו במשרה ציבורית בה הוא אווז."

אין לאדם זכות קנויה להתמנות למשרה ציבורית או להמשיך לכהן בה, וחזקת החפות אינה מכריעה לעניין זה. אם יש נגד אדם ראיות מנהליות משמעותיות (וכתב אישום הוא גיבוש של ראיות כאלה). לגיטימי, ולעתים אף מתחייב, להסיק מסקנות לגבי התאמתו לתפקיד בהסתמך על ראיות אלה.

חשוב גם להדגיש כי המושג "אמון הציבור" בו עושה שימוש בית המשפט אינו חופף למושג "פופולריות ציבוריות", "תמיכה ציבורית" או אפילו תמיכה של רוב גדול של חברי הכנסת, אלא הוא מתייחס לשאלה האם ממלא התפקיד ראוי לשמש כנאמן של הציבור. במילים אחרות, זהו ביטוי נורמטיבי (כמו סבירות או חשש למשוא פנים) ולא ביטוי המשקף את היקף התמיכה הפוליטית במועמד הלכה למעשה. על פניו, נבחר ציבור המועמד למשרה הציבורית אשר נאשם בהפרת אמונים בקשר לתפקיד ציבורי, יתקשה מאד להמשיך וליהנות מאמון הציבור, שכן לאור הראיות המנהליות שהצטברו נגדו ולאור עמדתן של הרשויות המפקדות על ההגנה על האינטרס הציבורי – של מי שהצביע בעדו ושל מי שלא הצביע בעדו, אין זה סביר לצפות כי הציבור בכללותו יראה אותו כמתאים לשמש כנאמן שלו.

פסק דין רונברגר (בג"ץ 4921/13)

פסק דין זה עסק בראשי ערים, הנבחרים בבחירה ישירה, שהוגשו נגדם כתבי אישום בעברות של שחיתות שלטונית. בית המשפט התערב, במספר מקרים, בשיקול דעתה של מועצת עירייה, שהחליטה שלא להעביר את ראש הרשות מתפקידו, בהעדר כלל משפטי המחייב התפטרות או פיטורין, אך מעניק סמכות לפטר במקרה של התנהגות בלתי הולמת, על יסוד קביעה לפיה החלטת המועצה (להשאיר את ראש המועצה על כנו) לוקה, לאור חומרת העבירות ומשך הזמן בהן התבצעו, בחוסר סבירות קיצוני. בית המשפט התייחס, בין השאר, גם לזכות להיבחר שעלולה להיפגע עקב הכרעתו. הוא קבע כי זכות זו אינה עומדת מעל החובה לשמור על שלטון החוק, אמון הציבור בשלטון וטוהר המידות: "דין הבוחר אינו בא במקום דין המשפט ואין הוא יכול להחליפו ... חשיבות הזכות לבחור ולהיבחר יכולה לבוא לידי ביטוי באופן הפעלת שיקול הדעת ובשקלול הזכויות והאינטרסים המתנגשים". יש לציין כי מדובר היה בימים ספורים לפני הבחירות לרשויות המקומיות. בג"צ קבע כי לא ניתן למנוע מאותם ראשי ערים להתמודד שוב בבחירות, אך שמר לעצמו, נאמן לגישתו העקרונית, את הסמכות להעבירם מתפקידם שוב, גם אם יתמודדו ויזכו בבחירות. תוצאה משפטית זו חלה גם על מקרים דומים לענייננו, בהם כתב האישום היה עוד טרם המינוי וקבלת האמון הפוטנציאלי מהציבור, (בניגוד למקרה של דרעי ופנחסי) קביעה נוספת בפסק הדין היתה שיש לשקול גם את "הזיקה בין העברות שבהן הואשם ראש הרשות לבין סמכויותיו ומעמדו כראש הרשות" – מכאן, ששיקול לחומרה ולהתערבות הוא כאשר העבירות לא בוצעו טרם התפקיד אלא מכוח התפקיד ובמהלכו. אמנם יש הבדל בין חברי מועצת עיר לבין חברי הכנסת שנבחרו על ידי כלל ציבור הבוחרים. אך מצד שני, ציבור הבוחרים לכנסת בוחר רשימה ולא אדם מסוים, ואילו ראש הערים נבחרים בבחירה אישית. ראו לעניין זה את החלטתה של הנשיאה חיות בבג"צ 8145/19 ברי נ' היועמ"ש שם נקבע כי בית המשפט לא צריך לדון לפני הבחירות בכשירותו של ח"כ נתניהו להרכיב ממשלה, שכן "על פי שיטת הבחירות הנוהגת בישראל, ההצבעה היא לרשימות מפלגתיות ולא בחירה ישירה במועמדים לראשות הממשלה".

שאלת תחולת הלכת דרעי-פנחסי והלכת ראשי הערים כלפי ראש ממשלה

בהבדל משר, בעניינו של ראש הממשלה אין מי שמוסמך "לפטרו". הביקורת על שיקול הדעת היא, לכן, ביקורת על המלצת הכנסת להעניק את המנדט לחבר הכנסת הנאשם בפלילים, או הבהרת הדין שתיעשה על ידי בית המשפט לפני החלטת הנשיא לקבל את המלצת הכנסת. יתר על כן, ובעיקר – מדובר בביקורת על הפעלת שיקול דעתו של ראש הממשלה עצמו בעת הסכמתו להמלצה עליו/או בעת הפעלת או אי הפעלת סמכותו להתפטר לפי סעיף 19 לחוק.

ניתן להצביע על שיקולים סותרים בהקשר זה של הפעלת ההלכה כלפי ראש ממשלה.

מחד, ישנו טיעון של "מקל וחומר". שכן, ככל שמדובר בנושא משרה רם ונישא יותר, הפגיעה באמון הציבור הנגרמת מהמשך כהונתו כאשר תלוי נגדו כתב אישום חמור הינה קשה יותר. מכאן שהחובה שהוטלה, ועדיין קיימת, על שרים, להתפטר, בשל פגיעה בחובת הנאמנות לציבור ובאמון הציבור, גוברת כאשר מדובר בראש הממשלה, וההלכה חלה במשנה תוקף על ראש הממשלה.

ניתן גם לטעון כי אבסורד הוא שראש הממשלה שאמור להדיח שר המסרב להתפטר כאשר הוא מואשם בעברות שיש עימן קלון, עלול להיות מי שהוא עצמו מואשם בעברות דומות וממשיך לכהן (ואפשר אפילו שהשניים שותפים לאותן עברות). אבסורד דומה נוצר עת ראש הממשלה מחויב להתפטר ממשרות השרים בהן הוא מחזיק, כפי שמתחייב מן ההלכה הפסוקה. מי שאינו כשיר לכהן כשר, כשיר לשמש ראש ממשלה? אשר לתחולת הלכת ראשי הערים - מובן שאין מדובר בתקדים זהה שכן אין מדובר בראש ממשלה, אך בהחלט ניתן להקיש בין המקרים, ואף "מקל וחומר". מדובר בראשי ערים שנבחרו ישירות ומכאן שהפגיעה ב"רצון הבוחר" היא קשה אף יותר מהפגיעה במקרה של ראש ממשלה. ובפסק דינו, בית המשפט אף השווה בין מקרה העיריות למצב בו ראש הממשלה נבחר בבחירה ישירה. ("יש דמיון בין ראשי הרשויות המקומיות לבין ראש הממשלה, בתקופה בה נבחר ראש הממשלה בבחירה ישירה").

מנגד - במצב בו מוגש כתב אישום במהלך כהונת הממשלה, שאיננו המקרה שלפנינו - התפטרות ראש הממשלה נושאת עמה השלכות שונות מאד מאלה הכרוכות בהתפטרות של שר. התפטרות ראש הממשלה כמוה כהתפטרות הממשלה כולה. יש בה לכאורה לסכל את בחירתו הדמוקרטית של הריבון - הוא העם, באמצעות נציגותו שהיא הכנסת שהביעה אמון באותה ממשלה. זה, כנראה, הטעם שבגללו קבע מכוון חוק יסוד: הממשלה שסיום כהונת ראש הממשלה יבוא רק לאחר הרשעה סופית בעברה שיש עמה קלון (אלא אם כן הודח קודם על ידי רוב חברי הכנסת). על כפות המאזניים מונח במקרה זה משקל כבד יותר נגד הפסקת הכהונה משיקולים משטריים ופוליטיים מאשר במקרה של שר. זאת

ועוד, ראש ממשלה שכהונתו הופסקה יוכל לחזור לכהן לאחר זיכוי רק אם ייבחר מחדש או שבעקבות התפטרות הממשלה יוטל עליו להרכיב והדבר יעלה בידו. לא כך המצב ביחס לשר, שחזרתו לתפקיד אחרי התפטרותו קלה יותר, כמו שהיה במקרים של יעקב נאמן ואביגדור ליברמן. חשוב להבהיר עם זאת כי התפטרות הממשלה אינה כרוכה בפיזור הכנסת, וכי ניתן, והדבר קרה בישראל מספר פעמים, להרכיב ממשלה במקום זו שהתפטרה. כאשר מוקמת ממשלה כזו וזוכה באמון הכנסת נרפא במידה רבה הפגם הדמוקרטי שתואר לעיל.

ניתן לסכם חלק זה בקביעה שמדובר בשאלה משפטית קשה, שיש לה פנים לכאן ולכאן. מול הפגיעה בבחירת הציבור וביציבות השלטונית, צריך להצטבר על הכף הנגדית משקל ניכר מאד. נוסף לשיקולים של אמון הציבור, יש גם שיקולים נוספים. בין השאר, המסר השלילי לעניין החשיבות שבשמירה על טוהר המידות לגבי משמעותן וחומרתן של עברות השחיתות השלטונית כאשר עוברים לסדר היום עם מצב בו תלויים אישומים בדבר מעשי שחיתות חמורים כנגד העומד בראש הרשות המבצעת, הקושי הפרקטי בתפקוד כאשר ראש הממשלה או שר יושב על כיסא הנאשם, הפגיעה בתדמית המדינה, ניגוד העניינים המובנה בין טובת הציבור לבין האינטרסים של ראש הממשלה כנחקר, חשוד ונאשם, ושיקולים הנובעים מחשש לסיכול ההליך הפלילי משום מעמדו של ראש הממשלה. שיקול רלבנטי בהקשר זה הוא מידת חומרתם של האישומים והיקפם. האם מדובר בעברה יחידה העשויה להצביע על כישלון חד פעמי או במסכת של עברות המעידה על אורח התנהלות מושחת, שיש מקום לחשוש מפני המשך שלו.

ככלל, אנו סבורים שטוב היה לו המחוקק עצמו ידרש לסוגיה ויסדיר, באופן ספציפי את שאלת מעמדו של ראש ממשלה ושרים בשלבי החקירה והאישום - כאשר מדובר בעברות חמורות - לאור הלכת דרעי ופנחסי. הואיל והדבר לא קרה עד כה, יש צורך להכריע בנושא סמכותו של ח"כ נתניהו להרכיב ממשלה, שהיא כאמור שאלה שונה, לאור הדין הקיים - קרי, נוסחו הנוכחי של חוק היסוד, כפי שהוא התפרש בפסיקה.

יש לשים לב, בהקשר זה, כי חוק יסוד: הממשלה אינו מסדיר במישרין את שאלת הזכאות של ח"כ הנאשם בפלילים להרכיב ממשלה (קרי, אין הסדרה של תחילת כהונה להבדיל

משל הפסקת כהונה¹), וכי יש למלא לקונה זו על דרך היקש מההסדר שנקבע ביחס להפסקת כהונה, ולפי עקרונות המשפט המנהלי שהתפתחו בפסיקתו של בית המשפט העליון. כזכור, בית המשפט החיל בעבר עקרונות מתחום המשפט המנהלי המסדירים כשירות לכהונה ציבורית ביחס למצבים עליהם חלים הסדרים סטטוטוריים בדבר הפסקת הכהונה והגיע לתוצאה כי בנסיבות מסוימות מתגבשת חובת התפטרות מכוח המשפט המנהלי גם כאשר תנאי הפסקת הכהונה הסטטוטוריים לא מתמלאים. ברור כי יש מקום להחיל את אותם עקרונות של המשפט המנהלי מכוח קל וחומר על מצבים שאינם מכוסים כלל על-ידי ההסדר הסטטוטורי.

האם במקרה הנוכחי ח"כ נתניהו יכול להרכיב ממשלה ולכהן כראש הממשלה?

במקרה הנוכחי, סעיפי העבירה בהן מואשם ח"כ נתניהו מצויים בקצה מדרג החומרה של עבירות טוהר המידות, הן כוללות אישומים בשוחד, מרמה והפרת אמונים. אישומים כאלה אינם מתיישבים, כמעט כעניין של הגדרה, עם הצורך להבטיח כי ממלא תפקיד ציבורי יהיה ראוי לשמש כנאמן של הציבור. השלמה עם כהונתו של נבחר ציבור שהואשם בעבירות כה חמורות, תגרום לנזק של ממש ליכולת לקדם את טוהר המידות בשירות הציבורי ותייצר פער עצום בין הסטנדרטים החלים על ראש הממשלה לבין הסטנדרטים החלים על עובדי

¹ אכן, בחוק היסוד (סע' 17ג) סיפא) ובחוק הממשלה (סע' 4) מצויים הסדרים טכניים באשר להמשך הטיפול בכתב אישום שהיה קיים לפני שראש הממשלה נכנס לתפקידו – דבר המעיד על האפשרות להטיל את הרכבת הממשלה על נאשם בפלילים. אולם, אין בכך כדי להעיד על הסדר משתמע לגבי מצב בו מוגש כנגד נבחר ציבור כתב אישום חמור – מצב דברים שלא עמד לנגד עיני המחוקק אשר ביקש ליצור הסדר טכני לגבי הליכים תלויים ועומדים נגד שר או ראש ממשלה שאינם מובילים בהכרח להפסקת הכהונה (מבלי להבחין ביניהם). ראו למשל. את ההבהרות בנושא של הייעוצים המשפטיים של הכנסת ומשרד המשפטים בדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה. **פרוטוקול מס' 273 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט** (יום שלישי, י"א באדר התשס"א (6 במרץ 2001), שעה 10:00): עו"ד יהושע שופמן: את הסיפא של סעיף 23(א) – שאם יש כתב אישום תלוי ועומד יהיו הוראות בחוק – ביקשנו להוסיף לסעיף 17 שעניינו ראש הממשלה. שלמה שהם: זה מקובל. **ההצעה היא שההוראות לגבי שר יהיו אותו הדבר לגבי ראש ממשלה בסעיף 17**. מי בעד?

יש לציין גם, כי מסקנה זו מתחזקת לאור העובדה כי בעת הדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה הדגיש הייעוץ המשפטי של הכנסת כי אין בהסדרים הסטטוטוריים שיקבע החוק לבטל את הלכות דרעי ופנחסי. ראו למשל: **פרוטוקול מס' 272, משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט** (יום שני, י' באדר התשס"א (5 מרץ 2001), שעה 10:00): יוסף לפיד: כרגע אנחנו מביאים לדוגמה את פרשת דרעי. ההנחיות של היועץ המשפטי הן, שנפסקת כהונה של שר כאשר היועץ המשפטי לממשלה מגיש נגדו כתב אישום. זה נכון? סיגל קוגוט: תלוי באיזו עבירה. יוסף לפיד: עכשיו אנחנו באים פה להקל. סיגל קוגוט: **המטרה היא, שזה יהיה תנאי מינימום. ההלכות של בית-המשפט העליון ממשיכות לעמוד בעינן**. גם כשנדון בפניו התיק לא היה כתוב על הליכים, ובית-המשפט אמר: מה שכתוב בחוק, זה מינימום, אבל אני גם דן מה קורה כשיש הליכים תלויים ועומדים.

ציבור אחרים (שאינם יכולים, בדרך כלל, לכהן בפועל לאחר שהוגש נגדם כתב אישום²), באופן שאינו מתיישב עם עקרון השוויון בפני החוק. החרגת ראש הממשלה, ראש הפירמידה, מדרישות אלמנטריות של טוהר מידות, תכרסם תחת הבסיס העקרוני והמוסרי של ההלכות שנקבעו ביחס למי שנמצאים מתחתיו בפירמידה ותפגע קשות במאבק בשחיתות השלטונית.

יתר על כן, ההתנהגות העבריינית המיוחסת לח"כ נתניהו התבצעה בעת כהונתו כראש ממשלה ובזיקה לסמכויותיו כראש ממשלה. גם שיקול זה תומך בהרחקתו של ח"כ נתניהו "מזירת הפשע" בו הוא מואשם, שכן קיים חשש ממשי שהמשך הכהונה יוביל למקרים נוספים בהם יהיה חשש לניצול כוח שלטוני לרעה על-ידו או מטעמו.

לבסוף, התייחסותו של ח"כ נתניהו לכתבי האישום, ולחוקרים ולפרקליטים שחקרו והאשימו אותו (ובראשם הקריאה לחקור את החוקרים) מבליטה את ניגוד עניינים חריף בין מעמדו כראש הרשות המבצעת, האחראי על המערכת שבתוכה פועלים גורמי אכיפת החוק, לבין מעמדו כנאשם בפלילים. גם אם ניתן לכאורה לפתור את סוגיית מעורבותו של ח"כ נתניהו בהחלטות ספציפיות לגביהן הוא מצוי בניגוד עניינים, באמצעות הסדר ניגוד עניינים, קשה שלא לפקפק ביעילותם של הסדרי ניגוד עניינים בכגון דא וביכולת לצפות מראש את מלוא ההקשרים בהם ניגוד העניינים יבוא לידי ביטוי. מכול מקום, לא ניתן לשלול את האפשרות כי שרים וגורמים אחרים הכפופים מבחינה ניהולית לראש הממשלה והתלויים בו מבחינת עתידם הפוליטי יפעלו בצורה שתקדם את האינטרסים שלו כנאשם או לפחות תראה ככזו כך שתיווצר מראית עין של ניגוד עניינים. מראית כזו תפגע באמון הציבור בשלטון החוק.

אשר כל כן, אנו סבורים שהנימוקים כבדי המשקל שהביאו את בית המשפט לפסוק בהלכת דרעי-פנחסי ובפרשת ראשי הערים כפי שפסק, חלים במלוא עוצמתם במצב הנוכחי. יש לציין כי המצב הנוכחי שונה ממצב בו אנו נמצאים בעיצומה של כהונה של ראש ממשלה, כאשר קביעה על ראש הממשלה להתפטר, תביא להתפטרות הממשלה כולה. הואיל ואנו נמצאים בשלב שבו טרם הוקמה הממשלה, ושוב הכנסת טרם הביעה אמון בממשלה, אין צורך להתערב בהחלטת הכנסת שכבר נתנה בו אמון. קביעה של בית המשפט כי ראש הממשלה אינו ראשי להסכים לקבל על עצמו את המשימה של הרכבת הממשלה תייתר את הצורך לבקר ביקורת שיפוטית את החלטת הכנסת. יש לציין כי לשיטתנו, ובניגוד לאמור בכתב התשובה של היועץ המשפטי לממשלה (מתאריך 30 לאפריל 2020), לא ניתן להסתמך על פסק הדין (התמציתי ביותר) בעניין 2848/19 בן מאיר נ' נתניהו בכדי לקבוע כי נוצרה שם הלכה לפיה אין שום ביקורת על שיקול הדעת הנשיא או של המועמד לקבל את התפקיד להקמת הממשלה. בית המשפט עסק שם אך ורק בשיקול דעתו של הנשיא,

² על כל עובדי שירות המדינה חל חוק שירות המדינה (משמעת), סע' 47, לפיו ראשי נציב שירות המדינה להשעות מתפקידו עובד עוד בשלב פתיחת החקירה הפלילית כאשר לדעתו יש בכתב האישום קלון (גם עוד לפני הגשת כתב אישום). על אחת כמה וכמה, כאשר מוגש כתב אישום, ובעבירה כגון שוחד, שאין ספק כי יש עמה קלון.

הצביע על כך שאכן התערבות בשיקול דעת זה היא חריגה וקיצונית, וכן הצביע על שוני מהותי בין המצב בעניינם של דרעי ופנחסי ובין עניין זה, כאשר יש לשער כי השוני הוא בכך שנתניהו, בעת העתירה, היה עוד בגדר חשוד ולא בגדר מי שהוגש נגדו כתב אישום. בית המשפט לא שלל כי יהיו מקרים (חריג שבחריגים) בהם, אפילו ניתן לשיקול התערבות שיפוטית בהחלטת נשיא המדינה (סע' 10 לפסק הדין).

כזכור, בית המשפט קבע בהלכת דרעי-פנחסי שהשיקולים "לטובת" הפסקת הכהונה (שעיקרם אמינות ציבורית של נושאי משרה בכירים) עולים במשקלם באופן ניכר על פני השיקול הפוליטי של יציבות שלטונית (המשך קיומה של קואליציה). שיקול אחרון זה, אינו שיקול זר, אך משקלו במדינת חוק אינו רב. ודוק, אין כל מניעה חוקית או מעשית כי ח"כ אחר מסיעת הליכוד או מסיעה אחרת יגבש רוב פוליטי להקמת ממשלה. יתר על כן, העמדה לפיה הפתרון היחידי למשבר הפוליטי היא זניחת הלכות בית המשפט בנושא הפסקת כהונה של ממלאי תפקידים ציבוריים הנאשמים בפלילים מכפיף למעשה את עקרונ שלטון החוק לשיקולים פוליטיים משתנים ומזמין הפעלת לחצים ואיומים פוליטיים על בית המשפט.

באשר לטענה כי המשבר הפוליטי ומשבר הקורונה מגבירים בעת הזו את חשיבותו של שיקול היציבות על פני השיקולים הנוגעים לטוהר המידות, לניגוד עניינים ולאמון הציבור, אנו בדעה כי את חוק היסוד יש לפרש לאור שיקולים ארוכי טווח הנוגעים לאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית המכבדת את שלטון החוק, וכי דווקא בעת משבר, מקבל אמון הציבור, במשמעותו הנורמטיבית, חשיבות מיוחדת. בנוסף, לבית המשפט כלים שיפוטיים מגוונים, כגון השעיית מועד הכניסה לתוקף של החלטותיו, המאפשרים לו להעניק למערכת הפוליטית את הזמן הדרוש לה על מנת לייצב את עצמה ולצלוח את משבר הקורונה, מבלי ליצור תקדים שלילי אשר עלול לגרום נזק בלתי הפיך לנורמות הציבוריות בתחום המאבק בשחיתות השלטונית ולהסיג לאחור את המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי העוסק בנושא.

שאלת הנבצרות

נתייחס בקצרה גם לשאלת הנבצרות, אליה התייחס גם היועץ בכתב התשובה שלו לעתירה נגד כהונת רה"מ. אכן, התנאים להתקיימות נבצרות לפי סעיף 16(ב) לחוק יסוד הממשלה אינם כתובים בחוק, וגם לא התגבשו די צרכם בפסיקה. כפי שכתב היועץ, לשון החוק מכוונת לנסיבות, סובייקטיביות או אובייקטיביות, השוללות באופן מעשי את המשך תפקודו של ראש הממשלה.

בעתירה 6231/08 יצחק נ' אולמרט, שביקשה לקבוע כי על היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרותו של אולמרט בשל החקירות המתנהלות נגדו, אכן לא התערב בית המשפט בשיקול הדעת של היועמ"ש. עם זאת, בית המשפט ציין (השופט גרוניס):

"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 הממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן". בהמשך פסק הדין קבע כי "אם יתברר בהמשך שהתנהלותו של ראש הממשלה אינה מאפשרת את עריכתן של החקירות הפליליות באופן ראוי, אפשר שיהא מקום להכרזה של היועץ המשפטי לממשלה בדבר נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה".

משמע, שבית המשפט מניח שמקרים של חקירה פלילית עשויים להצדיק הכרזה על נבצרות, וכן שהתנהלות ראש הממשלה שפוגעת באפשרות לערוך חקירה ראויה יכולה להוות עילה להכרזה על נבצרותו. יש להזכיר שוב שאנו איננו נמצאים עוד בשלב החקירה אלא בשלב האישום, לאחר הליך של שימוע. והשאלה היא האם בפנינו מקרה חריג ונדיר כאמור.

אנו סבורים כי ככל שיוחלט שאין על ראש הממשלה חובה להתפטר, שאלת הנבצרות בהחלט מתעוררת, ובשני הקשרים- ראשית, שאלת המסוגלות לנהל את ענייני המדינה המורכבים הדורשים הקדשת זמן מלאה ותשומת לב מוחלטת של מי שחלק לא קטן מעיתותיו חובש את ספסל הנאשמים במשך תקופה ארוכה, ודעתו טרודה כול העת במשפט המתנהל (המשתרע על פרשיות שונות המתאפיינות ברמת מורכבות גדולה) ובגורלו המשפטי. שנית, והוא עיקר: ניגוד עניינים חריף ומובהק בין תפקידו של ראש הממשלה כאחראי על מערכת אכיפת החוק לבין היותו נאשם בפלילים, בעבירה חמורה של שחיתות. הנקודה מתחדדת, משום שמדובר בעבירות המיוחסות לו, במעשיו בתוקף תפקידו כראש הממשלה (בניגוד לראש הממשלה אולמרט). בכך יש חומרה מיוחדת; וגובר החשש לכך שניגוד העניינים עלול לפגוע ביכולתו לתפקד כנאמן הציבור. ראוי להזכיר בהקשר זה את קביעת בית המשפט העליון בפרשת ראשי הערים על המשקל שיש לייחס ל"זיקה בין העברות שבהן הואשם ראש הרשות לבין סמכויותיו ומעמדו כראש הרשות".

אין מדובר בהערכה של סוגיה תיאורטית אלא בהתבוננות במציאות: ראש הממשלה מחריף במעשיו ובדבריו את ניגוד העניינים בו הוא נמצא. הוא משתלח ותוקף את רשויות התביעה, המשטרה, הפרקליטות, קורא "לחקור את החוקרים" ומכנה את מעשיהם "הפיכה שלטונית", תוך פעילות הנחזית להיראות שימוש במשאביו כראש ממשלה, לרבות במינויים במשרדי הממשלה השונים, כדי להילחם בגופי התביעה, להלך עליהם אימים ולפורר את אמון הציבור בהם. זהו מצב חסר תקדים, המוכיח את הפגיעה בתפקודו של ראש הממשלה כשליח ציבור וביכולתו לקיים את הדואליות של היותו ראש הממשלה מצד אחד והיותו נאשם מצד שני. אנו סבורים כי בהחלט ניתן לקבוע שהמבחן שיעד בית המשפט העליון ל"מקרים נדירים וחמורים" מתקיים בענייננו כבר היום.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

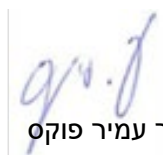
גם אם מאמצים את עמדת היועץ כפי שפורסמה, כי "בעת הזאת" אין מקום לקבוע כי נבצר מראש הממשלה לקיים את תפקידו – חשוב להבהיר כי התנהלותו של ראש הממשלה, בצורה שמסכנת הלכה למעשה את קיום האמון של האזרחים במערכת המשפט, היא בהחלט עילה, ככל שזו תמשיך ותתעצם, להכריז על נבצרותו.

סיכום

נקודת המוצא לענייננו היא חוק יסוד הממשלה והלכת דרעי-פנחסי. אף על פי שחוק יסוד הממשלה תוקן אחרי שנקבעה ההלכה, בתי המשפט אשררו אותה. אף שאין לה בסיס בחוק הכתוב, היא שרירה וקיימת. פסק הדין בעניין ראשי הערים החיל את ההלכה על מי שנבחרו ישירות על ידי הציבור, ובנסיבות דומות, בהן אין כלל סטטוטורי המחייב התפטרות של נבכרי הציבור. השאלה אם הלכות אלה חלות בענייניו של ראש ממשלה מכהן (שאינו ראש ממשלת מעבר) ולטעמנו התשובה היא חיובית, לאור חומרת האישומים, זיקתם לתפקיד ראש הממשלה וניגוד העניינים החרף שנוצר בגללם. מקל וחומר שהן חלות על הסוגיה הנדונה. מדובר בענייננו בהסכמת חבר כנסת לקבל על עצמו את התפקיד של הרכבת ממשלה ובהחלטת הנשיא להטיל עליו את התפקיד בעקבות המלצה של רוב חברי הכנסת. מכוח העיקרון שנקבע בהלכות האלה, והוא חלק מהדין החוקתי והמנהלי בישראל, חלה חובה על חבר כנסת כזה שלא לקבל על עצמו את התפקיד, ואין הוא כשיר למשימה של כינון ממשלה ועמידה בראשה.

במידה ולא יקבע כי ראש הממשלה מנוע מלכהן או כי עליו להתפטר, אנו סבורים שחומרת האישומים והתנהלותו של ראש הממשלה לאחר פרסומם מקימות חובה על היועץ המשפטי לממשלה להכריז כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. גם אם גורסים, לפי שיטת היועץ, כי היא לא קמה כבר, היא עלולה להתגבש בעתיד, ככול שההתקפה של ראש הממשלה על מערכת אכיפת החוק, והדה-לגיטימציה שהוא עושה לה, יימשכו.

על החתום,



ד"ר אמיר פוקוס



פרופ' יובל שני



פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה