

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית המשפט הגבוה 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

העותרת בבג"ץ 2592/20 :
התנועה לאיכות השלטון בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד אליעד שרגא ואח'
מרחוב יפו 208, ירושלים
ת.ד. 4207 ירושלים 91043
טלפון : 02-5000073 ; פקס : 02-5000076 ;

העותרת בבג"ץ 2593/20 :
ד"ר ארנה ברי ו- 122 אחרים
ע"י עו"ד דפנה הולץ-לכנר
רח' המעפילים 2, רמת השרון
טל : 077-2040881, פקס : 077-2040882

העותרות בבג"ץ 2594/20 :
1. עמותת "חווה חדש"
2. משמר הדמוקרטיה
על ידי עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד דורון ברקת
ממשרד קרניאל ושות'
דרך אבא הילל 12, רמת גן

העותרת בבג"ץ 2609/20 :
עו"ד שפיק רפול
מרחוב רד"ק 22, חיפה
טלפון : 077-4408928 ; פקס : 077-4408927

העותרת בבג"ץ 2612/20 :
התנועה לטוהר המידות
אצל עו"ד בועד ארד, רמב"ן 32, ירושלים
ע"י ב"כ עוה"ד בועז ארד ו/או אביה אלף
מרחוב רמב"ן 32, ירושלים
טלפון : 02-5662211 ; פקס : 02-5662222

העותרת בבג"ץ 2649/20 :
סיעת יש עתיד-תל"ם
באמצעות גזית-בקל, עורכי דין
מרח' מנחם בגין 7 (בית גיבור ספורט, קומה 21) רמת-גן
טל : 03-6733331 ; פקס : 03-6733338

העותרת בבג"ץ 2675/20 :
העמותה לדמוקרטיה מתקדמת

העותרת בבג"ץ 2677/20 :
התנועה לאיכות השלטון בישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 2592/20 :
1. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עוה"ד מפרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טלפון : 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

2. ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו

בית המשפט העליון
מזכירות (6)

2 8 -04- 2020

נתקבל / נבדק

חתימה

ע"י עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר ו/או אופק ברוק
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659

וכן על ידי בא כוחו עורכי הדין אבי הלוי היועץ המשפטי של
תנועת הליכוד ו/או ניבה הלוי
מכנרת (מושבה) ד.ג. עמק הירדן 15105
טלפון: 04-6709330, 052-4326312 פקס: 04-6709443
דוא"ל: avi.halevy@gmail.com

3. היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון
4. כנסת ישראל

שניהם על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
טלפון: 02-6408786 ;
כנסת ישראל, ירושלים

5. היועצת המשפטית לנשיא המדינה, עו"ד אודית
קורינלדי- סירקיס

בית הנשיא, רח' הנשיא 3, ירושלים
טלפון: 02-6707211 ; פקס: 02-5887225

6. סיעת הליכוד

על ידי בא כוחו עורכי הדין אבי הלוי היועץ המשפטי של
תנועת הליכוד ו/או ניבה הלוי
מכנרת (מושבה) ד.ג. עמק הירדן 15105
טלפון: 04-6709330, 052-4326312 פקס: 04-6709443
דוא"ל: avi.halevy@gmail.com

וכן ע"י עוה"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר ו/או אופק ברוק
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659

7. סיעת כחול לבן

ע"י עוה"ד ערן מרינברג ו/או שמעון בראון ואח'
רחוב אבא היל 14, רמת גן, ממשד מרינברג בראון ושות'
טלפון: 03-6135559 פקס: 03-6135558

8. סיעת יש עתיד -תלם

9. סיעת הרשימה המשותפת

ע"י ב"כ עוה"ד מנצור דהאמשה
כפר כנא ת.ד 407
04-8889492 פקס: 050-5330948

10. סיעת ש"ס

ע"י ב"כ עוה"ד ישראל באך
מרחוב עם ועולמו 3, ירושלים
טלפון: 02-5405456 ; פקס: 02-650545

11. סיעת ישראל ביתנו

ע"י ב"כ עוה"ד איתן הברמן ו/או מישל נגר
ממשד שרקון בן עמי אשר ושות'
מרחוב בר כוכבא 23, בני ברק

טלפון : 03-5662808 ; פקס : 03-5662801

12. סיעת יהדות התורה

ע"י ב"כ עוה"ד משה מורגנשטרן
מרחוב חנה סנש 8, בני ברק
טלפון : 03-6167073 ; פקס : 03-6160742

13. סיעת ימינה

ע"י עוה"ד אלי שמואלין
רחוב משה רחמילביץ 149/4, ירושלים
טלפון : 02-5838383 ; פקס : 02-7283616

14. סיעת העבודה – מר"צ

סיעת העבודה ע"י ב"כ עוה"ד עומרי שגב
מרחוב יגאל אלון 53, תל אביב
טלפון : 03-7283606 ; פקס : 03-7283616

סיעת מרץ ע"י עוה"ד אורי הברמן
ממשרד שרקון בן עמי אשר ושות'
רח' בר כוכבא 23 בני ברק
טל' : 03-5662808 ; פקס' : 03-7283616

15. סיעת גשר

ע"י עוה"ד יאיר אוחנה
רחוב האירוס 42, ראש פינה
טלפון : 04-6802008 פקס : 04-6931333

16. סיעת דרך ארץ

ע"י חה"כ יועז הנדל
משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים 9195016
טל' : 02-6408031 דוא"ל yhendel@knesset.gov.il

המשיבים בג"ץ 2593/20 :

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. ח"כ בנימין נתניהו - ראש ממשלת מעבר
3. ח"כ בני גנץ – יו"ר כנסת ישראל
4. סיעת הליכוד
5. סיעת כחול לבן

המשיבים בבג"ץ 2594/20 :

1. ח"כ בנימין נתניהו
2. יו"ר הכנסת בני גנץ
- על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
טלפון : 02-6408786 ;
3. הכנסת ה- 23
4. היועץ המשפטי לממשלה ד"ר אביחי מנדלבליט

המשיבים בבג"ץ : 2609/20

1. ח"כ בנימין נתניהו
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. הכנסת ה- 23
4. היועץ המשפטי לכנסת
5. סיעת הליכוד
6. סיעת כחול לבן
7. סיעת יש עתיד – תל"ם
8. סיעת הרשימה המשותפת

9. סיעת ש"ס
10. סיעת יהדות התורה
11. סיעת העבודה – מרצ
12. סיעת ישראל ביתנו
13. סיעת ימינה
14. מפלגת גשר

1. חבר הכנסת ה-23, בנימין נתניהו
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. הליכוד תנועה לאומית ליברלית
4. סיעת כחול לבן בכנסת ה-23

המשיבים בבג"ץ 2612/20 :

1. סיעת הליכוד
2. סיעת כחול לבן
3. סיעת הרשימה המשותפת
4. סיעת התאחדות ספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס
5. סיעת יהדות התורה
6. סיעת ישראל ביתנו
7. סיעת ימינה
8. סיעת מרץ
9. סיעת העבודה הישראלית
10. סיעת דרך ארץ
11. סיעת גשר
12. היועץ המשפטי לכנסת
13. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 2649/20 :

1. סיעת הליכוד בכנסת ה-23
2. סיעת כחול לבן בכנסת ה-23
3. היועץ המשפטי לכנסת
4. כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 2675/20 :

1. סיעת הליכוד
2. סיעת כחול לבן
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. ממלאת מקום היועץ המשפטי לכנסת
ע"י ב"כ מהלשכה המשפטית בכנסת
משכן הכנסת – קרית בן גוריון, ירושלים
טלפון : 02-6753132 ; פקס : 02-6753495 ;
5. כנסת ישראל
6. סיעת יש עתיד-תל"ם
7. סיעת הרשימה המשותפת
8. סיעת ש"ס
9. סיעת יהדות התורה
10. סיעת ישראל ביתנו
11. סיעת ימינה
12. סיעת העבודה
13. סיעת מרצ
14. סיעת גשר
15. סיעת דרך ארץ

המשיבים בבג"ץ 2677/20 :

תגובת ראש הממשלה בנימין נתניהו

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.12.2019, ראש הממשלה ויו"ר תנועת הליכוד מר בנימין נתניהו (להלן: "ראש הממשלה" או "המשיב") מתכבד בזאת להגיש את תגובתו לעתירות.

בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את העתירות על הסף ולחלופין לגופן, הכל כפי שיבואר בתגובה זו, כדלקמן.

מן הנימוקים הרבים אשר יפורטו להלן בגוף התגובה, ובהם גם הנימוקים לפיהם יש לדחות את העתירות על הסף, המשיב מתנגד לאפשרות לפיה העתירות שבכותרת יידונו כאילו כבר ניתן צו על תנאי.

ואלה נימוקי התגובה:

א. אקדמות מילין

1. דמוקרטיה היא שלטון העם, על ידי העם, למען העם (אברהם לינקולן בנאום גטיסבורג). **בדמוקרטיה מי שמחליט מי ינהיג את העם – זה העם.** משטר שבו ההנהגה איננה נבחרת על ידי העם איננו משטר דמוקרטי (השוו א' ברק, "הפרלמנט ובית המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה (5) (2000) 75).

2. ביום 2.3.2020 הלכו מיליוני אזרחי ישראל לממש את זכותם ולהצביע בבחירות דמוקרטיות. רבבות קשישים מופלגים, חולים ונכים לא ויתרו על זכותם להצביע. כלות וחתינים התעקשו להגיע לקלפי ביום שמחת ליבם. בוחרים שהיו בבידוד בשל וירוס הקורונה, המתינו שעות ארוכות בתורים מיוחדים כדי לממש את זכות ההצבעה.

לאחר שהסתיימה ספירת הקולות, התברר שלרשימת "הליכוד בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה" הצביעו **1,349,171 בוחרים. מדובר במספר הבוחרים הרב ביותר שלו זכתה רשימת מועמדים מקום המדינה. כלל הבוחרים שהצביעו לרשימות שהודיעו שיתמכו במשיב לראשות הממשלה עמד על 2,235,010 בוחרים.**

3. העותרים מבקשים מבית משפט נכבד זה, לרמוס ברגל גסה את הכרעתם של רבבות אזרחי ישראל. הם מבקשים לקבוע ללא כל סמכות בדין, שמיליוני אזרחים טרחו לשווא למימוש זכות ההצבעה. לדידם, הצבעתם של הבוחרים איננה נחשבת, משום שנשיאי אוניברסיטאות, מדענים בכירים, יזמי היי טייק, משפטנים שונים ועמותות סבורים שהצבעה איננה ראויה.

4. העותרים מבקשים להפוך את בית המשפט הנכבד ל"שחקן" נוסף בבחירות הדמוקרטיות. תחילה הם ניסו לשכנע את הבוחר בצדקת עמדתם. משלא עלה הדבר בידם, הם דוחקים בבית המשפט הנכבד

להפר את עקרון הפרדת הרשויות, לבטל את רצון הבוחרים, ולהביא לבחירה אחרת, שמנוגדת לרצונם הברור של מיליוני אזרחים.

5. העותרים, אינם מסתפקים בדרישתם חסרת הבסיס, ובהתנשאות שאין כדוגמתה ומתוך התעלמות מחזקת החפות העומדת לכל אדם, הם מעזים לטעון, שהצבעת הבוחר איננה משקפת את רצונו האמיתי וכי יש לתת משמעות משפטית לכך שההצבעה איננה מבטאת רצון חופשי (ראו סעיף 76 בבג"ץ 2593/20). **עם כל הכבוד לאזרחים ה"בכירים", במדינת ישראל לא התקבל שלטון האליטות של אפלטון וקולו של כל אחד מהם בבחירות שווה לקולו של כל אזרח אחר**, שהבין בדיוק עבור מי ועבור מה הוא מצביע.

6. למרבה הצער, העתירות מהוות ניסיון לגרור את בית המשפט הנכבד לפגיעה בקודש הקודשים של יסודות משטרנו החוקתי. לפגיעה בזכות הציבור לבחור בעצמו מי ינהיג אותו. עם כל הכבוד, לבית המשפט הנכבד אין כל סמכות בדיון לפסול את ראש הממשלה נתניהו, כאשר חוק יסוד הממשלה וחוק הממשלה לא מעניקים לבית המשפט הנכבד סמכות כזו אלא קובעים את ההפך הגמור.

7. התערבות בוטה כל כך בהכרעת הבוחר, היתה יכולה לבוא, אם בכלל, רק אם היה סעיף חוק מפורש שנותן סמכות מעין זו. בית משפט נכבד זה קבע, בענין פסילת חבר כנסת, שאין מקום לפסילה ללא הוראת חוק ברורה. על אחת כמה וכמה שאין מקום לפסילת ראש ממשלה כשהחוק קובע את ההפך הגמור. יפים לענין זה דברי כב' השופט חשין:

"...בבחירות יוצרות קשר ישיר ובלתי אמצעי בין קהל הבוחרים לבין חבר הכנסת הנבחר... קשר ישיר ובלתי אמצעי זה שנקשר בין העם לבין חברי הכנסת, ... מחייב מעצמו קביעת הסדרים מיוחדים ומפורשים הן באשר לפסילתם של חברי הכנסת... אין מקום ללימוד כוונה מכללא, אין מקום ללימוד היקש, אין מקום ללימוד קל וחומר. כל דרכי פרשנות אלו אין הן במקומן ואין הן ראויות ותאימות לענייננו כאן. נצפה להנחיות מפורשות של המחוקק, שכן רק הנחיות מפורשות יהיה בהן כדי לנתק קשר שנקשר בין בוחר לבין נבחר או בין בוחר לבין מי שהיה ברשימת מועמדים..." (בבג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, ח"כ פרופ' שבח וייס (פורסם בנבו, 1.4.96, להלן: "פסק דין ארד"), פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט חשין (1996)).

8. לא למותר להזכיר, כי רק לפני מספר שבועות, נתן בית משפט נכבד זה צו על תנאי, שהורה ליו"ר הכנסת לכנס את הכנסת לבחירת יו"ר כנסת בתוך 48 שעות משום ש – 61 ח"כים ביקשו זאת, באומרו:

”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 הבחור. ” (בג”ץ 2144/20 התנועה לאיכות השלטון ואח’ נ’ יור הכנסת ואח’).

אם כך הוא הדין לגבי מינוי יו”ר כנסת על ידי הכנסת (ענין שלא היה נושא במערכת הבחירות), על אחת כמה וכמה שיש לאפשר לכנסת לממש את לב ליבו של התהליך הדמוקרטי ולקבוע ללא התערבות של בית משפט נכבד זה, מי יזכה לאמון הכנסת כראש הממשלה של מדינת ישראל (ענין שעמד במרכזה של מערכת הבחירות לכל הדעות).

9. ודוק: דיון בעתירות ינפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עיקרון הפרדת הרשויות ומערכת האיזונים והבלמים במדינה דמוקרטית. אין כל מקום לתת לבית המשפט הנכבד, ויהיה מכובד ככל שיהיה, לבוא במקום ציבור הבוחרים ולדון בסוגיות מעין אלה. מדובר בסוגיה פוליטית לחלוטין שצריכה להיות מוכרעת אך ורק על ידי הציבור ונציגיו בכנסת.

10. קבלת עתירת העותרים תגרום למצב בו פקיד ציבור בודד (היועץ המשפטי לממשלה) - רם דרג ככל שיהיה - יקבע במקום הציבור הרחב מי יכול לנהל את המדינה ומי לא.

11. המחוקק היה ער לבעיה נפיצה זו והעניק מעמד מיוחד לראש ממשלה **בחוק יסוד מפורש** הקובע שראש ממשלה יכול לכהן עד שיורשע בפסק דין **תלוט** בעבירה שנקבע שיש עימה קלון. המחוקק הוסיף וקבע מפורשות שחבר כנסת יכול להתמנות לראש ממשלה גם לאחר שמשפט פלילי בעניינו מתנהל. אין כל מקום לסטות מעיקרון חוקתי זה שנקבע בחוק יסוד ובחוק מפורש ולחפש השלמות חקיקתיות במקום בו הן כלל אינן נדרשות, רק משום שראש ממשלה ספציפי לא נראה מתאים לעותרים.

12. ודוק. בית משפט נכבד זה אמר בהחלטתו הנ”ל, מפי כב’ הנשיאה, כי:

”...אזרחי ישראל מייחלים לכך שסוף סוף תקום ממשלה בישראל
לאחר שלוש מערכות בחירות. דברים אלה בוודאי מבטאים נכונה את

התחושה בציבור כי מן הראוי שהקברניטים יתעשתו ויחלצו את "הספינה השלטונית" מן המבוי הסתום שבו היא כלואה וכי זהו אכן צו השעה וביתר שאת בימי הקורונה שהתרגשו עלינו לאחרונה. אך תקווה זו – המשותפת לכולנו – אינה יכולה להוות נימוק לסירובו של יו"ר הכנסת להביא להצבעה בחירה של יו"ר כנסת קבוע...". (בג"ץ 2144/20 התנועה לאיכות השלטון ואח' נ' יור הכנסת ואח').

ראש הממשלה מר בנימין נתניהו ויו"ר כחול לבן מר בני גנץ, התעלו מעל המחלוקות שביניהם והגיעו להסכמה בדבר הקמת ממשלת חירום ואחדות לאומית, והנה באים להם העותרים ומנסים למנוע את הקמת הממשלה, תוך העמקת המשבר שהמדינה מצויה בו וגרירת אזרחי המדינה לבחירות רביעיות בתוך תקופה קצרה.

13. כאמור, ציבור עצום בישראל קיבל את ההחלטה, כי הוא רוצה במינויו של מר בנימין נתניהו לראשות הממשלה. לפי ההסכמים הקואליציוניים המסתמנים, כ- 78 ח"כים יבקשו מנשיא המדינה להטיל על מר בנימין נתניהו את הרכבת הממשלה. לאור המצב הפוליטי בו אנו מצויים, הרי שמתן הסעדים המבוקשים בעתירות על ידי בית המשפט הנכבד משמעותו אחת ויחידה - **בחירות רביעיות** תוך תקופה קצרה מאוד. מן הראוי לדחות את העתירות על הסף, ולאפשר לקברניטים שנבחרו "לחלץ את הספינה השלטונית מן המבוי הסתום" שהיתה כלואה בו ולהקים סוף כל סוף ממשלת חירום ואחדות לאומית בראשותו של מר בנימין נתניהו.

14. העתירות נגד כהונת ראש הממשלה נתניהו, ההסכמים הקואליציוניים וחוק יסוד ממשלת החילופים – מבקשות מבית משפט נכבד זה, לשבור את כל הכלים ולנפץ את כל שיאי האקטיביזם עד עתה. **העותרים מבקשים למעשה את ביטול בחירת הציבור, פסיקה מנוגדת לחוק יסוד, הכפפת בחירת הציבור ליועץ המשפטי לממשלה, שפיטות של סוגיה פוליטית מובהקת, החלת עילת הסבירות על רשויות חוקתיות ועל החלטות אישיות וניסיון לשיתוק שיפוטי של המערכת הפוליטית באמצעות התערבות כבר בשלב ההסכמים הקואליציוניים.** בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות על הסף נסיונות לא ראויים אלה לערב אותו בלב ליבו של ההליך הפוליטי.

15. יובהר, כי כל ההדגשות להלן אינן במקור, אלא אם נכתב אחרת.

ב. טענות סף

16. בעתירות שהגישו העותרים, נתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צווים על תנאי המורים למשיבים ליתן טעם בנוגע לצווים שביקשו העותרים ביחס להטלת הרכבת הממשלה על המשיב (ולקבלת חוות דעת בעניין מהמשיבים הרלבנטיים). המשיב סבור, כי לבית המשפט הנכבד אין סמכות להיעתר לצווים המבוקשים על ידי המשיבים ולכן על בית המשפט לדחות את העתירה על הסף.

17. כידוע, על פי סעיפים שונים בחוק יסוד: הממשלה, ההחלטה על איזה חבר כנסת יש להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה, מונחת לפתחו של נשיא מדינת ישראל, וזאת לאחר שהיא התייעץ עם נציגי הסיעות השונות שנבחרו לכנסת הרלבנטית, או לאחר שקיבל בקשה מפורשת לכך מרובם של חברי הכנסת. למען הנוחות, נצטט את הסעיפים הרלבנטיים:

סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, קובע:

"משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך..."

סעיפים 9(א) ו-9(ב) לחוק יסוד: הממשלה, קובעים:

"... יטיל הנשיא את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר אחר של הכנסת שהודיע לנשיא שהוא מוכן לקבל את התפקיד... לפני שיטיל את התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף זה, או לפני שיוודיע ליושב ראש הכנסת שאינו רואה אפשרות להגיע להרכבת ממשלה, רשאי הנשיא לחזור ולהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת."

סעיפים 10(א) ו-10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, קובעים:

"רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב... הוגשה לנשיא בקשה כאמור בסעיף קטן (א), יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה."

18. מהסעיפים הנ"ל עולה התמונה הברורה. **אם 61 חברי כנסת פונים לנשיא המדינה בבקשה להטיל את הרכבת הממשלה על מועמד פלוני אין לו כל שיקול דעת עצמאי.** גם נשיא המדינה אינו נמצא מעל לריבון – שהוא העם. פעולת הנשיא חייבת לשקף את רצונם של רוב חברי הכנסת במינויו של חבר כנסת פלוני לראשות הממשלה, כאשר רצונם של רוב חברי הכנסת משקף הלכה למעשה את רצונו של רוב העם, אשר בחר את נציגיו לכנסת בבחירות. (השוו למשל לפסקה 7 לפסק דינו של השופט גרוסקופף בבג"ץ 2848/19 עו"ד שחר בן-מאיר נ' בנימין נתניהו, חבר הכנסת ה-21 (פורסם בנבו, 23.4.19), (להלן: "פסק דין בן-מאיר")); כך גם נכתב בספרות המקיפה שנכתבה בעניין, כפי שיפורט להלן).

19. יתר על כן, העותרים מבקשים מבית משפט נכבד זה לחרוג למעשה מסמכותו ולהתערב בהכרעה של העם ושל חברי הכנסת בניגוד מוחלט לחוקי היסוד. היעדרות לבקשתם לא יכולה להיחשב "אקטיביזם שיפוטי" אלא למרבה הצער פסק דין "לא לגיטימי". יפים לענין זה דברי פרופ' ברק בספרו:

"שופט פוסק בניגוד לדין, כי המהירות המותרת בכביש בין-עירוני פלוני היא מאה קילומטר לשעה, למרות שעל פי דיני התעבורה מותרת באותו הכביש רק מהירות עד לתשעים קילומטר לשעה. פסק דין כזה אין לאפיין כפסק דין שיש בו אקטיביזם או ריסון עצמי. זהו פסק דין לא לגיטימי. אקטיביזם או ריסון עצמי אינם מצדיקים פסיקה בניגוד לדין... (א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 391).

אם כך הוא הדין בנוגע לתמרור על אחת כמה וכמה שכך הוא הדין בנוגע לשבירת כל הכלים במשטרנו החוקתי.

אם לא די באמור, הרי שכבי' הנשיא ברק קובע שאין לשנות בפסיקה מסורת של פעילות שלטונית שאינה קשורה לזכויות אדם, גם אם היא נראית לנו בלתי ראויה, משום שהשינוי עלול ליצור אנדרלמוסיה בלתי סבירה. לאור האמור, הוא אומר שלנשיא המדינה יש סמכות ליתן חנינה גם בלא שהוגש כתב אישום נגד מקבל החנינה ובית המשפט מנוע מלשנות הלכה זו, למרות שלדעתו היא בלתי ראויה (ראו א' ברק **פרשנות במשפט** (חלק שלישי, 1994) בעמ' 256). **אם קיים חשש מאנדרלמוסיה בלתי סבירה משינוי הלכות החנינה, על אחת כמה וכמה שאין כל מקום להיענות לעתירות העותרים ולהתערב ברגל גסה בהכרעה הברורה של ציבור הבוחרים. ודאי שאין מקום שבית משפט נכבד זה יפסוק בניגוד לחוקי היסוד ויגרור את מדינת ישראל לאנדרלמוסיה מוחלטת בצורת בחירות רביעיות ברציפות.**

20. כידוע, דמוקרטיה הינה שיטת ממשל בה מפעיל העם את ריבונותו באמצעות נציגים הפועלים בשמו. הנציגים פועלים על מנת לייצג את בוחריהם, ולממש את רצון הבוחרים ודעתם. לאור האמור, ברור, שהתערבות של בית המשפט הנכבד בהחלטה זו של הנשיא או בהחלטת חברי הכנסת, והגבלתה בהתאם לצווים שנתבקשו בעתירות השונות, תהווה התערבות בוטה בשיקוף ומימוש של רצון בוחרים, ובכך תיצור פגיעה קשה בעקרונות הממשל הדמוקרטי. כך קבעה כב' השופטת דורנר בבג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין** (פורסם בנבו, 19.10.98, להלן: "פסק דין פנחסי השני"), בפסקה 7 לפסק דינה:

"...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...

21. בדמוקרטיה העם הוא הריבון. הוא שבוחר את נציגיו והוא שבוחר את ראש הממשלה (לאור בחירתם של רוב נציגי הבוחרים בכנסת). לאור האמור, אם יחליטו רובם של נציגי הכנסת ה-23 שמר נתניהו הוא חבר הכנסת שעליו תוטל מלאכת הרכבת הממשלה, הרי שהמשיב יהיה בפשטות חבר הכנסת אותו רובו המוחלט של העם בחר לראשות הממשלה. כל התערבות של בית המשפט הנכבד בהליך זה, והגבלת האפשרות של הנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב (בניגוד מפורש לקבוע החוק היסוד וללא הסמכה מפורשת לכך בחוק, כפי שיפורט להלן) תהווה התערבות בהליך הדמוקרטי עליו יש לשמור מכל משמר ותעלה לכדי פגיעה קשה בפעילותה הרגילה של הכנסת. מדובר יהיה בפגיעה קשה בליבת ובנשמת אפה של הדמוקרטיה בישראל.

22. אמנם, בית המשפט הנכבד קבע בעתירה הקודמת שהוגשה על ידי חלק מהעותרים (בג"ץ 8145/19 ד"ר ארנה ברי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 2.1.20, להלן "בג"ץ ברי"), כי אין ממש בטענה שהסוגיה אינה שפיטה, אולם לדעתנו, מן הראוי שבית המשפט הנכבד יתן על כך שוב את דעתו, ויתכן שאף בהרכב מורחב, לאור האופי הפוליטי הכה דומיננטי ואולי אף חסר תקדים של סוגיה זו. וכמאמרו של כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 910/86 רס"ן (מיל.). יהודה רסלר נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.6.88, פסקה 6 לפסק דינו)¹:

"...יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זווית. היסודות בעלי המשמעות המשפטית (כגון שאלת הסמכות) מסורים, כמובן, לעולם לביקורתו של בית המשפט; אך אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא ייטה בית המשפט לעסוק בה..."

וכן בפסקה 10 לפסק דינו :

"...אולם, בחינת הסבירות במסגרת השפיטות הנורמטיבית מדגישה, כאמור, ביתר שאת את חשיבות קיומו של מבחן השפיטות המצטבר הנוסף, הוא מבחן השפיטות המוסדית, היכול להביא למסקנה, כי אין זה נכון שבית המשפט ידון בסבירותו של

¹ יובהר, כי כב' המשנה לנשיא ברק הציג גישה שונה בסוגיית השפיטות, כאשר כב' המשנה לנשיא לשעבר בן-פורת השאירה זאת בצריך עיון, אם כי ציינה כי נטתה לעמדתו של כב' הנשיא שמגר.

עניין פלוני, למרות שניתן לסווגו בין העניינים היכולים להיבחן לפי מבחני השפיטות הנורמטיבית. מבחן השפיטות המוסדית נותן מקום להפעלתו של הריסון ביחסים בין רשויות השלטון לבין עצמן, ריסון המאפשר מסירתה של בעיה פוליטית להכרעתם של גורמים פוליטיים...”

וכן בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה (פורסם בבנו, 25.2.91), פסקה 13 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא אלוף²):

”... לדעתי, חשיבות יתרה נודעת לעקרון חוסר השפיטות - כאשר נעשה בו שימוש בנושא הראוי - לטובתן של הרשות השיפוטית והרשות הפוליטית גם יחד ולטובתו של הנושא גופו שלגביו ייקבע שאינו שפיט, הכול כמבואר בדברינו לעיל. ועל כגון דא אמרתי, מעניין לעניין באותו עניין, בהעברת לשון: ”שפטת מרובה לא שפטת...”

23. אף אם יש מקום להבחנה בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית, הרי שישנו ספק רב אם הסוגיות העולות בעתירות דנן הינן ”שפיטות” אף מן הפן הנורמטיבי (האם ניתן בכלל להכריע בהן בכלים משפטיים), אולם לאור האמור ברור, כי הם אינם ”שפיטים” מן הפן המוסדי, כלומר שאין זה ראוי שביט משפט נכבד זה יכריע בהם, כאשר הם כוללים שאלות בעלות אופי פוליטי כה דומיננטי.

24. משכך הם פני הדברים, אין מנוס מקביעה שעניינים מסוג זה כלל אינם ”שפיטים”, אינם צריכים לעמוד להכרעתו של בית המשפט הנכבד אלא להכרעתו של הבוחר, ומשכך יש לדחות את העתירות על הסף.

25. לא זו אף זו: כידוע, גם במדינת ישראל כבכל מדינה דמוקרטית ישנה הפרדת רשויות- דהיינו, קיים עיקרון שלטוני לפיו יש לפצל את סמכויות השלטון לרשויות נפרדות ועצמאיות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) כאשר כל רשות מאזנת ובלמת את הרשויות האחרות. בהתאם לכל האמור לעיל, והחשיבות של בחירת נציג העם לראש הרשות המבצעת על ידי רובה של הרשות המחוקקת, לא יתכן שהרשות השופטת תתערב באופן כה בוטה במהלך התנהלותה של הרשות המחוקקת ותאסור על נציגי העם (הריבון) לבחור את אחד הנבחרים של הרשות המחוקקת לראש הרשות המבצעת או להצביע אמון בממשלה שהוקמה על ידו בהתאם לסעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה, כדרישת העותרים. התערבות מעין זו, תנפץ לרסיסים את הגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות.

² יובהר, כי כב' השופט ברק הציג גישה שונה בסוגיית השפיטות, כאשר כב' השופט גולדברג לא הביע דעתו בסוגיה זו בפסק דינו.

26. אין צורך להכביר במילים על החשיבות העצומה של עקרון הפרדת הרשויות, וכדברי כב' הנשיא שמגר בפסק דין רסלר (פסקה 9 לפסק דינו):

”...הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, דהיינו על ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו...”

27. לא למותר להזכיר, כי רק לאחרונה אמר כבוד השופט סולברג בכנס העמותה למשפט ציבורי, כי אין להשתמש לצורך ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות המהותית, כאשר מדובר בהחלטות של דרג נבחר, שכן ביקורת כזו פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות, ונעדרים ממנה היסודות החשובים של מומחיות והכשר דמוקרטי (ראו נעם סולברג “שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו”, ניוז 1 (6.12.19) זמין לצפייה באתר ניוז 1³). על אחת כמה וכמה, שאין להתערב בצורה כלשהי בהחלטות של כלל ציבור הבוחרים בבחירות לכנסת ובהחלטות חברי הכנסת לבחור במי שבחרו בוחריהם.

28. יתר על כן, על בית משפט נכבד זה לשמור מכל משמר על אמון הציבור במערכת המשפט, וכדברי כב' הנשיא ברק (אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 51 (2004):

”...אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זהו אמון הציבור בו...”

(ר' גם בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 5.2.2012)

וכן בפסק דין ארד, פסקה 18 לפסק דינו של כב' השופט חשין:

”...פסילת מועמדים (או חברי-כנסת) מכללא יש בה התערבות בלתי ראויה של הרשות השופטת בתוככי הרשות המחוקקת...”

³ news1.co.il/Archive/004-D-138004-00.html

ובנושא זה ראוי כי נבקש למצוא, בראש ובראשונה, הוראות חוק מפורשות ומפורטות. שיקול-דעתו של בית המשפט - על דרך הפירוש - ראוי שיהיה מצומצם, שהרי מדברים אנו בהתערבותה של הרשות השופטת בחייה של הרשות העליונה, הרשות המחוקקת..."

התערבות גסה מצד הרשות השופטת בעקרון הפרדת הרשויות עלולה ליצור פגיעה קשה באמון הציבור במערכת המשפט, להכניס את בית המשפט הנכבד ללב המחלוקת הפוליטית וליצור שבר עצום בדמוקרטיה הישראלית, אשר סופו מי ישרנו.

29. לפיכך, ומשכך הם פני הדברים, אין מנוס מקביעה שעניינים מסוג זה כלל אינם "שפיטים", אינם בסמכותו של בית המשפט הנכבד והם לא צריכים לעמוד להכרעתו של בית המשפט הנכבד אלא להכרעתו של הבוחר. משכך יש לדחות את העתירות על הסף.

30. מבלי לגרוע מהאמור לעיל נציין, הרי שיש לדחות על הסף גם את עתירת העותרים לפיה היועץ המשפטי לממשלה יחווה דעתו בעניין כשירותו של המשיב. אין זה מתקבל על הדעת, שפקיד ציבור אחד (היועץ המשפטי לממשלה) - רם דרג ככל שיהיה - יקבע במקום הציבור הרחב ונציגיו ברשות המחוקקת מי יכול לנהל את המדינה ומי לא. התערבות כזו מהווה פגיעה קשה ביסודות עליהם נשענת שיטת ממשל דמוקרטית ומהווה סכנה לדמוקרטיה. בשלטון דמוקרטי העם הוא הריבון והוא זה שקובע מי הגורם אשר ינהל את המדינה, ולא אף גורם אחר:

"...היועץ המשפטי לממשלה אינו מחליף את הרשויות המוסמכות להחליט, אלא מקפיד שהן יפעלו במסגרת אילוצים חוקיים ומסייע להם לקדם את מטרותיהן במסגרת זו..."

וכן בבג"ץ 3301/15 ח"כ זהבה גלאון נ' סיעת הליכוד בכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 29.6.15), פסקה ט"ז לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין:

"...מעורבותו של היועץ המשפטי נדרשת לא כדי להיאבק באינטרס פוליטי כזה או אחר או למנוע חקיקה; לא זה תפקידו. תפקידו להבטיח שמדיניות שעליה מחליטה הממשלה תיושם כדין ועל פי דין, ואף שהממשלה לא תתפרק במהות מסמכויותיה..."

31. אם לא די באמור, הרי שקיים חוק יסוד מפורש הקובע שראש ממשלה יכול לכהן עד להרשעתו בפסק דין חלוט שנקבע בו שיש קלון בעבירה, וזאת בשל הרצון להבטיח את העיקרון הנ"ל של שמירה על קדושת קיום רצון הבוחרים, בכך שהנציג שנבחר על ידי נציגי העם להיות ראש הממשלה יוכל לכהן

בתפקידו בצורה מלאה, עד שהדבר לא יהיה אפשרי באופן **וודאי** מבחינה חוקית. עד אז ראש הממשלה יכול להמשיך ולכהן בתפקידו. הדברים מעידים בעד עצמם.

32. לא זו אף זו: העותרים מבקשים סעדים הצהרתיים מן הגורן ומן היקב. כפי שיובהר להלן, אין למעשה כל גורם אשר יכול לבקר את ההחלטות החוקתיות של נשיא המדינה והכנסת, לפיכך אין לעותרים כל עילה לפנייה אל גורמים אלה, ואין לאפשר להם לעקוף את עקרונות היסוד של השיטה באמצעות בית המשפט הנכבד. לפיכך, בצר להם, הם פונים לבית המשפט הנכבד בבקשה לספק להם סעדים הצהרתיים לפיהם הנשיא אינו יכול להטיל על ראש הממשלה נתניהו את תפקיד הרכבת הממשלה וכיו"ב. לאור האמור, אל לו לבית המשפט לסייע לעותרים בהתגברות על מכשול זה, ולפיכך יש לדחות את העתירות גם בשל היעדר עילה. גם בשל כך יש לדחות את העתירות על הסף.

ג. טענות לגופו של עניין

33. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, המשיב יטען, כי יש לדחות את העתירות גם לגופן.

1.ג. הכשירות לכהן כראש ממשלה

34. בסעיף 5(ב) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי "**ראש הממשלה יהיה מבין חברי הכנסת**". מכאן, שעל הכשירות לכהן בתפקיד ראש הממשלה חלים למעשה תנאי הכשירות לחברות בכנסת, ככל חבר כנסת מן השורה.

35. מבחינת ההיבט הפלילי נקבעו בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת שלושה תנאים מצטברים לפסילת מועמדות לכנסת: סופיות פסק-הדין שבו המועמד הורשע, הטלת מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים, וקביעה של בית-המשפט (או של יושב-ראש ועדת הבחירות) כי יש עם העבירה, בנסיבות העניין, משום קלון.

36. להוציא לעניין קביעת הקלון בידי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית או בית-המשפט, סעיפים אלה, או כל הוראה רלבנטית אחרת, אינם מעניקים כל שיקול-דעת למאן דהוא- לכנסת, לוועדת הבחירות המרכזית, לבית-המשפט, או לכל גורם אחר, בכל הנוגע לכשירות למועמדות לכנסת על רקע מעשים פליליים המיוחסים לאותם אזרחים המבקשים להציג את מועמדותם לכנסת (ר' שוב את פסקה 7 לפסק דינה של כב' השופטת דורנר בפסק דין פנחסי השני, וכן עמ' 432-433 בפסק דינו של כב' השופט גולדברג בבג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 8.9.93, להלן: "**פסק-דין דרעי**").

37. ברור אם כן, כי הגשת כתבי אישום כנגד מועמד פלוני לכנסת, אינה מהווה בשום אופן עילה לפסילת מועמדותו/או היבחרותו לכנסת וכידוע לאורך השנים נבחרו מועמדים לכנסת שהוגש כנגדם כתב אישום והתמודדותם לא נמנעה. על פי אותו היגיון, לא יתכן שהגשת כתב אישום כן תהווה עילה

לפסילת מועמדותו של חבר כנסת דווקא מלקבל מנשיא המדינה את מלאכת הרכבת הממשלה, או בדומה לכך מלקבל או להתמנות לכל תפקיד אחר אליו יכול חבר הכנסת להיבחר באופן חוקי (והשווה לעניין זה את דבריה של כבי השופטת דורנר בפסק דין פנחסי השני, פסקה 8). כל עוד החוק אינו קובע אחרת, אלה שיקולים ציבוריים, שצריכים לעמוד למבחנו של הציבור.

38. יתירה מזאת: ראש הממשלה, אף כי מקובל להציגו כ"ראשון בין שווים", הוא האישיה השלטונית המרכזית בישראל. הוא רשאי לפטר שרים; התפטרותו מהווה התפטרות של כל הממשלה (סעיף 19 לחוק יסוד: הממשלה) על כל הנסיבות הפוליטיות המשתמעות מכך; אם חלילה הוא נפטר רואים את הממשלה כאילו התפטרה (סעיף 20(א) לחוק יסוד: הממשלה); אם נבצר ממנו למלא את תפקידו דרך קבע רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: הממשלה) וכיוב'. -

"ראש הממשלה הוא ראש הרשות המבצעת במשטר פרלמנטרי ומוביל ומנחה את הקואליציה המבטיחה את הרוב בכנסת התומך בממשלה. הוא פוסק ובורר במחלוקות שרים וקובע בענייני סדר יום וסדרי עבודה של הממשלה ושל ועדות השרים. השרים אחראים כלפי ראש הממשלה למילוי תפקידיהם". (שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת פירוש לחוק-יסוד: הממשלה כרך ב 323 (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר, 2018, 407, להלן: "שטרית").

במקרים רבים, הבוחרים מצביעים עבור רשימת מועמדים מסויימת בשל רצונם שמועמד פלוני יבחר לתפקיד ראש הממשלה וכאמור לעיל, בפתק הבוחרים של תנועת הליכוד נכתב במפורש "בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה".

39. מחשיבותו ומייחודיותו של תפקיד ראש הממשלה נובעות גם ההוראות המיוחדות שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה בדבר הכשירות לתפקיד ראש הממשלה, השונות בחלקן מההוראות שנקבעו בקשר לשרים האחרים. ייחודו של תפקיד ראש הממשלה התבטא בהוראות המיוחדות החלות על העמדתו לדין של ראש הממשלה ועל העברתו מתפקידו בשל הרשעתו בפלילים, בשונה מהשרים.

40. באשר לשרים – מלבד ראש הממשלה – נקבע בסעיף 23 לחוק-יסוד הממשלה הסדר תמציתי זה:

"(א) כתב אישום נגד שר, למעט בעבירות שייקבעו בחוק, יוגש ויתברר בבית משפט מחוזי; הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל השר לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק.

(ב) בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין.
(ג) סעיף זה לא יחול על ראש הממשלה."

לעומת זאת, באשר לראש הממשלה נקבע בחוק-יסוד: הממשלה הסדר מפורט ודווקני:

"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.

18. (א) הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון; החליטה הכנסת כאמור, יראו את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת ההחלטה.
(ב) בתוך 30 ימים מיום מתן פסק הדין כאמור בסעיף קטן (א), תחליט ועדת הכנסת של הכנסת בדבר המלצתה לענין העברת ראש הממשלה מכהונתו ותביא את המלצתה בפני מליאת הכנסת; לא הביאה ועדת הכנסת את המלצתה בתוך המועד האמור, יעלה יושב ראש הכנסת את הענין לדיון במליאת הכנסת.
(ג) ועדת הכנסת והכנסת לא יחליטו בדבר העברת ראש הממשלה מכהונתו אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות לטעון את טענותיו לפניו.
(ד) לא הועבר ראש הממשלה מכהונתו לפי סעיף זה ופסק הדין כאמור בסעיף קטן (א) נעשה סופי, תיפסק כהונתו של ראש הממשלה ויראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי.

(ה) הוראות סעיפים 42א ו-42ב לחוק-יסוד: הכנסת [המסדירות את ההעברה מתפקיד או ההשעיה של חברי הכנסת שהורשעו בעבירות שיש עימן קלון], לא יחולו על ראש הממשלה".

41. ויובהר: על אף טענת העותרים כי מדובר בחוסר חקיקתי, ענייננו אינו עוסק בלקונה חוקתית או בחוסר חקיקתי. הכנסת, בכובעה כרשות מכוונת, התכוונה ליצור מצב בו תנאי הכשירות לתפקיד ראש הממשלה אינם זהים בהכרח לכשירות השרים, מתוך מחשבה כי חברי הכנסת ובכללם גם ראש הממשלה, הינם בהכרח נבחרים ציבור. מנגד, חוק-יסוד: הממשלה שתק בתנאי הכשירות הנדרשים לכהונתו של שר (להבדיל מכהונת ראש ממשלה, בתור חבר כנסת) ואף קבע מפורשות כי "שר אחר יכול שיהיה שלא מבין חברי הכנסת".

וראו לעניין זה את דברי כב' הנשיא גרוניס בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (פורסם בנבו, 12.02.2015, להלן: "פסק דין איכות השלטון"), הישימים לעניין שבפנינו:

"יש לזכור, כי ההלכות הראשונות שניתנו בסוגיה [דרעי פנחסי", הח"מ] נתקבלו על רקע חוסר חקיקתי בחוקי-היסוד. נוכח חלל חקיקתי זה, נקבע כי חוקי-היסוד אינם מהווים "הסדר שלילי" המונע ביקורת שיפוטית על סבירות ההחלטה שלא להפסיק את כהונתו של השר או של סגן השר"
[...] אולם בענייננו לא קיים חלל חקיקתי. חוק-יסוד: הממשלה וחוק-יסוד: הכנסת כוללים הוראות המתייחסות במישרין למינוי ולהפסקת כהונה של שר, סגן שר וחבר כנסת שהורשעו בדיון. לפיכך, ספק רב אם ניתן לראות במקרים שאינם נופלים לגדר ההסדר הקבוע בהוראות אלו כ"לקונה" בחוקי-היסוד".

42. מלשון החוק עולה תמונה ברורה, לפיה לא זו בלבד שסעיף 17 לחוק-היסוד מאפשר לקיים הליכים פליליים נגד ראש הממשלה בעודו מכהן בתפקיד, ולא זו בלבד שסעיף 18 אינו מחייב להעביר את ראש הממשלה מתפקידו אם הורשע בעבירה שיש עימה קלון כשפסק-הדין אינו סופי, אלא החוק אף מסמיך את הכנסת להעבירו במקרה כזה מתפקידו בהליך מורכב ואך ורק בתמיכתם של רוב חברי הכנסת. בנוסף לכך, ראש הממשלה מועבר מתפקידו בלא החלטה של הכנסת, רק אם הורשע בפסק-דין סופי בעבירה שבית-המשפט קבע שיש עימה קלון. אומנם, העתירות דן עניינן הוא בהטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת ולא בהפסקת כהונתו, ואולם, ההסדר החוקי משקף את המעמד החוקתי המיוחד של ראש הממשלה בישראל, כמי שנבחר למעשה על-ידי הכנסת – בית הנבחרים של המדינה (כאמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת), ובכך יש כדי להשליך גם על הטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני-אין כל מקום להתערב גם בכך, ללא כל מקור חוקי מפורש. כל עוד אין פסק דין

סופי כנגד חבר כנסת בעבירה שיש עימה קלון, אין כל אפשרות למנוע מאותו חבר כנסת לקבל את מלאכת הרכבת הממשלה, היה והוא זה שיקבל את המלצת רוב חברי הכנסת, כאמור בחוק.

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, נציין במאמר מוסגר שמר נתניהו מכהן כידוע בפועל כראש הממשלה ולכן מניעת התפקיד ממנו מחדש, מהווה למעשה גם את הפסקת כהונתו בניגוד גמור לקבוע בחוק.

43. לא זו אף זו: אף אם מדובר במינוי מחדש, הרי שסעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה קובע במפורש, כי:

”... הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל ראש הממשלה לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק.”

ואומנם, ישנו חוק אשר קבע הוראות אלו, וזהו חוק הממשלה, תשס”א-2001, אשר בסעיף 4 קובע כדלקמן:

”הוראות לענין כתב אישום תלוי ועומד

4. הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה או שר בטרם החלו לכהן

בתפקידם יחולו הוראות אלה:

(1) הוחל בגביית הראיות – ימשיך בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום במשפט;

(2) טרם הוחל בגביית הראיות – יתקיים הדיון לפני בית המשפט

המוסמך כאמור בסעיפים 17 או 23 לחוק היסוד, לפי הענין; הוגש

כתב האישום לבית משפט שאינו בית המשפט המוסמך כאמור,

יועבר הדיון לבית המשפט המוסמך.”

אם כן, עינינו הרואות, כי אין כל חסר חקיקתי הדורש השלמה באמצעות “נורמה שיפוטית” או “טקסט חוקתי” כטענת העותרים- המחוקק אכן קבע הוראות לגבי ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום לפני שהתחיל לכהן בתפקידו. לא רק שאין כל הוראה בחוק זה ביחס לכך שאדם שהוגש נגדו כתב אישום אינו יכול להתמנות לראש הממשלה (בבחינת הסדר שלילי), אלא ההיפך הוא הנכון- מעצם הקביעות הברורות בחוק ביחס לשאלה היכן ימשיך להתנהל ההליך, מובן מאליו כי **החוק קובע אף קובע שאותו אדם שהוגש נגדו כתב אישום בטרם התמנה לראשות הממשלה יכול להתמנות לתפקיד ואין עליו כל מגבלה**. לו רצה המחוקק לומר אחרת, היה יכול בסעיף זה לקבוע מפורשות, כי אם הוגש כתב אישום בטרם התמנה חבר הכנסת לראשות הממשלה הרי שהוא חייב להסיר את מועמדותו לראשות הממשלה, או אף לכתוב במפורש שנישא המדינה אינו רשאי להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אותו חבר כנסת. ולא כך!! אין כל ספק שהמחוקק קבע **במפורש** שאותו אדם יוכל להתמודד לראשות הממשלה, ואף להתמנות לתפקיד. אין כל ספק שרצון המחוקק הברור הוא שהעם הוא שיכריע לגבי אותו אדם, ולא אף גורם אחר. כך שאף אם יש הסבורים כי על

בית המשפט הנכבד להתערב לעיתים גם בבחירה דמוקרטית של רוב העם בשל "שיקולים ערכיים" (וכאמור לעיל, המשיב מתנגד לכך נחרצות), הרי שבמקרה דנן אין לכך כל מקום לאור ההוראות הברורות בחוק המאפשרות במפורש ובכוונת מכוון את הבחירה הדמוקרטית הברורה שבוצעה כאן, כך שגם אין כל צורך בהתערבות כזו.

44. אם לא די באמור, הרי במסגרת הדיונים בוועדת חוקה חוק ומשפט בהכנות לכינון חוק-יסוד: הממשלה, הכנסת דווקא נתנה דעתה למצב דומה לזה שבפנינו, כך שלשון החוק נכתבה בכוונת מכוון, כאשר היה ברור לחברי הכנסת שהגשת כתב אישום בלבד אינה מהווה סיבה מספקת להפסקת כהונתו של ראש ממשלה. כידוע וכפי שסקרנו לעיל, מסקנתה הסופית הייתה כי יש למנוע כהונתו של ראש ממשלה אך ורק אם הורשע בפסק דין חלוט בעבירה שיש עמה קלון, כך לדידה של הכנסת יתקבל האיזון הראוי. (ראו פרוטוקול מס' 266 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת החמש-עשרה (26 בפברואר 2001), זמין גם בנבו⁴), ובפרט את דבריו של חבר הכנסת (דאז) ראובן ריבלין:

"... אם אתה בא ואומר שיחידים שלא נבחרו, שלא עמדו למבחן הבחור, שהעם לא רצה בהם, יכולים לבוא ולומר "האיש הזה לא יהיה", אחרי זה תתברר צדקתו או לא תתברר, ובינתיים יקרה דבר איום ונורא לאדם שנבחר בדמוקרטיה..."

45. בנוסף לכך, יוער, כי סעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי ההוראות הנ"ל ייקבעו "בחוק", ולא בתקנות, ואף מכך ניתן להבין את המשמעות הנורמטיבית הגבוהה שהמחוקק בחר להעניק להוראות אלה, ואת חוסר הרצון שלו בהתערבות של בית המשפט הנכבד בהוראות אלה או ב"השלמתן" (ודוק: על אף שחלפו שנים רבות המחוקק לא שינה הוראות אלה שנקבעו אחרי הלכת דרעי והלכת פנחסי-שנקבעה בבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.93, להלן: "פסק-דין פנחסי").

46. אף אם יקבע בית משפט נכבד זה כי ראוי שיתערב וינסה לפרש את חוק היסוד, הלכה פסוקה היא כי פרשנות חוקי – היסוד תיעשה בזהירות ובמשורה. בבג"ץ 2257/04 סיעת חז"ש – תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17 (פורסם בנבו, 08.08.2004, ואשר ניתן בהסכמה פה אחד בהרכב מורחב של שבעה שופטים), קבע כב' הנשיא ברק כי, אל לו לבית המשפט הנכבד להפליג בפרשנות הוראות חוקתיות, ובפרט בתפיסות היסוד החוקתיות, וכי בבואו לפרש הוראות חוקתיות עליו להיצמד לשון החוקה. כך כתב כב' הנשיא ברק בפסק דינו:

"טקסט חוקתי אינו כחומר בידי המפרש, העושה בו כרצונו. חוקה אינה מטאפורה (ראו Schauer, "An Essay on Constitutional

⁴ nevo.co.il/law_html/law103/huka2001-02-26.htm

”Language”, 29 U.C.L.A.W. L. Rev. 797, 801 (1982);
 ברק, שם, עמ' 441). הטעמים החוקתיים המגבילים את כוחו של שופט כפרשן פועלים במלוא עוצמתם כאשר השופט מפרש טקסט חוקתי. דווקא במצב דברים זה עליו לגלות זהירות מרובה שלא לחצות את גבול הלשון, ושלא ליצור טקסט חוקתי חדש. כוחו וסמכותו של השופט הוא במתן מובן לטקסט חוקתי קיים. יצירת הטקסט החוקתי היא הרשאה לפרשנותו. הרשאה זו מסתיימת במקום שלשון הטקסט החוקתי מסתיימת.”

ובהמשך כתב:

”המוסמך שופט להשלים חסר בחוקה או בחוקי-יסוד? התשובה לשאלה זו מורכבת היא (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט 110 (2003)). כשלעצמי, ספק בעיניי אם סמכות זו מוענקת לשופט בישראל.”

והדברים יפים גם לענייננו.

חזקת החפות

47. עיון בטענותיהם של כלל העותרים מעלה, כי מעניקים הם משקל רב לכתבי האישום שהוגשו נגד המשיב, כהצדקה והנמקה מוחלטת למעשה להענקת הסעדים המבוקשים במסגרת העתירות. כה רב מבטחם של העותרים בכתבי האישום, עד שנדמה כי שכחו הם מחזקת החפות שעומדת לזכותו של המשיב, אף אם הם מזכירים אותה מפעם לפעם מהשפה ולחוץ.

48. בשיטת משפט המקדשת את זכויות הפרט כמו בישראל, לא ניתן להפליג בחשיבותה של חזקת החפות. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט (כתוארו דאז) מלצר, בבש"פ 4206/16 מדינת ישראל נ' טחימר (פורסם בנבו, 3.11.2016), בפסקה 46 לפסק דינו:

”לצד החירות, עומדת גם חזקת החפות, המהווה כיום עיקרון יסודי במשפט הפלילי והחוקתי כאחד, והיא מקובלת כמובנת מאליה בכל המדינות הדמוקרטיות, ואף במרבית ארצות תבל... הוא הדין במשפטנו, שבגדרו נקבע כי לכל אדם עומדת חזקת החפות כל עוד לא הורשע בדין. על חשיבותה המרכזית של חזקת החפות במשפטנו אין צורך להכביר מילים. חזקת החפות היא מהעקרונות הבסיסיים של דיני העונשין. היא מהווה חלק מזכותו של נאשם להליך הוגן, וקשורה במישרין לעקרונות של: הוגנות, צדק וחירות”

ראויים לציון בעניין זה גם דבריה החשובים של כבי' השופטת שטרסברג-כהן, בפסקה 13 לפסק דינה בבג"ץ 96/6972 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(2) 757 (1997):

"חזקת החפות העומדת לנאשם כל עוד לא הורשע בדין, נגזרת גם היא מזכות היסוד של האדם לכבוד ולחירות..."

49. בהתייחסו לחזקת החפות העומדת לזכותו של כל אדם, פסק גם כבי' הנשיא בדימוס ברק:

"אכן, מי שלא הורשע ייחנה מחזקת החפות. מעמדו המשפטי אינו יכול להשתנות בלא פסק-דין מרשיע" [בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986), בפסקה 29 לפסק דינו].

50. עיון בעתירות דנן מגלה, כי העותרים למעשה כבר חרצו את דינו של המשיב, כאשר הם מפרטים בארוכות את המשמעויות והתוצאות המשפטיות שלדעתם נגזרות מהעבירות כביכול שתוארו בכתבי האישום כנגדו, על אף שאלה כלל לא הוכחו ולא נקבעו כעובדות מוגמרות, והמשיב כופר בהן מכל וכל. בניגוד לקביעתו של כבי' הנשיא ברק לעיל, העותרים למעשה מנסים דווקא לשנות את מעמדו המשפטי של המשיב 2 ללא שהוכחה אשמתו, ללא שיש נגדו פסק דין מרשיע, ללא שיש לכך כל הסמכה מפורשת בחוק כלשהו, וכאשר יהיו לכך השלכות חסרות תקדים. לעניין זה יפים גם דבריו של כבי' השופט (כתוארו דאז) חשין בע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 337, 1999, בפס' 37 לפסק דינו:

"יוצאים אנו אל-הדרך – זו הנחת היסוד – וחזקת-החפות עמנו. אדם – כל אדם – הינו בחזקת חף-מעוון-מפשע-ומחטאָה כל עוד לא הוכח אחרת... חזקת-החפות לא תופרך אלא אם הוכחה אשמתו של אדם מעבר לספק סביר."

51. יש לזכור, כי מצויים אנו בשלב בו כתבי האישום רק הוגשו, ומשפטו של המשיב אף טרם החל. המשיב בטוח בחפותו. העותרים מתעלמים למעשה מאפשרות זו, ובונים תילי תילים על כתבי אישום בלבד. כיצד יוכלו העותרים להסתכל בעיניהם של מיליוני הבוחרים שבחרו במשיב, לאחר שהמשיב יזוכה בסופו של ההליך מכל האשמות נגדו, אולם הוא כבר לא יהיה ראש הממשלה שלהם? האם אותם מיליוני בוחרים לא ירגישו בצדק כי בחירתם למעשה נלקחה מהם בשלב מוקדם מדי? מאחר שלזכותו של המשיב עומדת חזקת החפות, שומה עלינו להיזהר מלילך בדרכם של העותרים, שנדמה שכבר חרצו את דינו של המשיב, טרם נפתח אפילו משפטו. לאור מעמדו של המשיב 2, מיליוני האזרחים אותם הוא מייצג והמספר העצום של חברי כנסת התומכים בו, יש להקפיד שבעתיים בשמירה על חזקת החפות שלו, למען אמון הציבור.

ג.2. הטלת מלאכת הרכבת הממשלה

52. כאמור לעיל, סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה קובע, כי:

"משיש לכוון ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך".

ובהמשך לכך קובע החוק, כי ככל שאותו חבר הכנסת לא יצליח להרכיב ממשלה, יטיל הנשיא את התפקיד על חבר כנסת אחר שהודיע לנשיא שהוא מוכן לקבל את התפקיד (סעיף 9(א)). ככל שלא הורכבה ממשלה לפי סעיף 7(א) או לפי סעיף 9(א) לחוק-היסוד, רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה להטיל את התפקיד על חבר הכנסת שהסכים לכך, **ואם הוגשה לנשיא בקשה כאמור – כפי שאמור להיות במקרה דנן - יטיל הנשיא את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה** (סעיפים 10(א) ו-10(ב)). וזו הסיטואציה בה אנו מצויים כיום.

53. על אף טענותיהם של העותרים בעניין, ברור מעל כל ספק, כי כלל הסעיפים הנ"ל (ובייחוד סעיפים 10(א) ו-10(ב)) מנוסחים באופן ברור **כסמכות חובה של נשיא המדינה**, ולא סמכות רשות, ולא ניתן לשנות את פני הדברים. כלל הסעיפים קובעים באופן ברור על איזה חבר כנסת הנשיא אמור להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה, ובשום מקום החוק לא מציין כל שיקול "חיצוני" אשר על הנשיא לקחת בחשבון בעל הטלת התפקיד.

54. למען הסדר הטוב, נביא שוב את לשונו הברורה של סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה:

" הטלת התפקיד לפי בקשת רוב חברי הכנסת

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 העניין.

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

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

על אף כל טענותיהם של העותרים בעניין, ברור לכל בר דעת שקורא את לשונו הברורה של סעיף 10, כי למעשה במצב בו אנו מצויים כיום ולפיו רוב עצום של חברי הכנסת עומדים לפנות אל נשיא המדינה ולבקש ממנו להטיל את תפקיד מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב, הרי שעל פי סעיף קטן ב', לנשיא המדינה אין כל שיקול דעת בעניין והוא מחוייב להטיל בתוך יומיים את התפקיד על מי שרוב חברי הכנסת ציינו בבקשתם, דהיינו על המשיב ("יטיל הנשיא"). הא ותו לא. אף האפשרות שהוזכרה בסעיפים האחרים האמורים לעיל בדבר התייעצות של נשיא המדינה עם נציגי הסיעות השונות, אף היא כלל אינה מוזכרת כאשר נכנס בשעריו של סעיף 10 האמור.

55. על היעדר שיקול דעת נשיא המדינה בהטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת לפי בקשת רוב חברי הכנסת (סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה החל כיום, סעיף 9 לחוק-יסוד: הממשלה המקורי) עמד שר המשפטים י.ש. שפירא בדיון להכנת חוק-יסוד: הממשלה המקורי (ס"ח 540, 21.8.1968) לקריאה שנית-שלישית בוועדת החוקה, חוק ומשפט, באומרו:

"אצביע על כך – בניגוד לדעתו של חבר-הכנסת אונא – שאצלנו אין משטר הקובע שהנשיא בוחר את ראש הממשלה. נניח ששתי מפלגות שיש להן רוב הסכימו ביניהן שראובן יהיה ראש ממשלה, והנשיא אומר שהוא לא יקרא לראובן למרות שיש לו תמיכה של רוב. סכנה בזאת אינה קיימת למעשה, כי ישנו סעיף 9(א) [סעיף 10 היום, הח"מ]." (פרוטוקול מס' 211 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת השישית (29.7.1968) עמ' 5)

56. כן ראו בעניין זה את הדברים הנכוחים שנכתבו באמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 579 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: "רובינשטיין ומדינה"), לעניין מקרה של הרכבת הממשלה לפי בקשה של רוב חברי הכנסת לפי סעיף 10 לחוק-היסוד:

"...אין לנשיא למעשה כל שיקול דעת בעניין, והוא מחוייב להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת כאמור..."

ר' גם שטרית, בעמ' 367:

”...סעיף קטן (ב) מטיל חובה על נשיא המדינה... להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה... כשלנשיא למעשה אין מסור שיקול דעת בעניין זה...”.

57. אם לא די באמור, לאחרונה אף נקבע מפורשות בפסק-דין בן-מאיר מאיר בהתייחסות להחלטות נשיא המדינה בשלבי הרכבת הממשלה הראשוניים (פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף), כי :

”... 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 סיכוייו של אותו חבר כנסת להרכיב ממשלה, לאור תוצאות הבחירות...”

וכך גם נאמר ברובינשטיין ומדינה, עמ' 825 :

”...עליו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת, לו הסיכויים הגבוהים ביותר להצליח בכך... מתוקף מעמדו של נשיא המדינה ומכוח ההקשר הפוליטי של הסוגיה, תוכן הכרעותיו של נשיא המדינה בהקשר זה אינו נתון לביקורת שיפוטית...”

58. לאור האמור לעיל, הרי שעל פי חוק יסוד: הממשלה, על נשיא המדינה לבחור מבין חברי הכנסת ולאחר היוועצות עימם את חבר הכנסת עליו תוטל מלאכת הרכבת הממשלה, בהתאם להערכת הנשיא בדבר הסיכויים של אותו חבר כנסת להרכיב את הממשלה, הא ותו לא. במקרה בו אנו מצויים כאשר הנשיא צפוי לפעול על פי סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה- אף אין אפשרות להיוועצות כלשהי ואין כל מקום לשום שיקול דעת כגון הערכת סיכויים, אלא קיימת החובה הפשוטה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת אותו ציינו רוב חברי הכנסת בבקשתם לנשיא המדינה. אין כאן כל מקום לשיקולים זרים (כגון הגשת כתב אישום או כל דבר אחר) אשר המחוקק לא קבע אותם כשיקולים לגיטימיים. את השיקולים של מידת ההתאמה של כל חבר כנסת לראשות הממשלה עשו ויעשו הבוחרים ונציגיהם חברי הכנסת. סמכות זו איננה בשיקול דעתם של כבוד נשיא המדינה ולא של בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד הראוי.

59. לעניין זה ראה גם את דבריו הנכוחים של פרופסור אריאל בנדור, מומחה למשפט חוקתי, בחוות דעתו המלומדת בעניין נשוא העתירות, ובפרט בסעיפים 9 ו-14. חוות הדעת מצורפת כנספח 1 לתגובה לעתירות ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

60. לאור האמור, גם טענותיהם של העותרים ביחס לפסילת החלטותיהן של הסיעות השונות לבקש את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב מנימוקים של אי קיום "חובת התייעצות" או חוסר סבירות ופגיעה באמון הציבור וכיוב', **ומסקנתם המופרכת, כי בשל כך יש אף לפסול את החלטת הנשיא והכנסת בעניין**, יש לדחות. כפי שפורט לעיל, אנו מצויים בשלב בו (לפי ההסכמים הקואליציוניים המסתמנים) 78 חברי כנסת צפויים לפנות לנשיא המדינה ולבקש ממנו להטיל את הרכבת הממשלה על המשיב, בהתאם לסעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה. בסעיף זה אין לנשיא כל חובת התייעצות והוא למעשה מחוייב להטיל את התפקיד על מי שחברי הכנסת ביקשו ממנו, כך שאין לטענות העותרים בעניין זה כל בסיס.

למעלה מהצורך נשוב ונזכיר כי אף חובת ההתייעצות המוזכרת באפשרויות האחרות בחוק יסוד: הממשלה מדברת על חובת התייעצות של הנשיא עם הסיעות בכנסת כדי לבחון אך ורק את סיכויי כל מועמד להרכיב ממשלה (כאמור לעיל) ולא שיקולים אחרים המחייבת התייעצות עם גורמים משפטיים, ובוודאי שבשום מקום אין כל אזכור להיקף חובת ההתייעצות של הסיעות עצמן, ואף לא על עצם חובת התייעצות! ניתן להניח שכל סיעה שקלה את שיקוליה והתייעצה עם מי שמצאה לנכון, בטרם תמליץ על חבר כנסת מסויים, אך בוודאי שאין עליה כל חובה בחוק להתייעץ דווקא עם היועץ המשפטי של נשיא המדינה או היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לכנסת, והעותרים אף לא הצביעו על כל מקור לחובה זו. אף פסק הדין שניתן בבג"ץ 5933/98 **פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה** (פורסם בנבו, 22.8.00) ואשר עליו מנסים להסתמך חלק מן העותרים אינו ממין העניין, ולו בשל העובדה הפשוטה שפסק דין זה עסק בחוק רשות השידור תשכ"ה-1965, בו היה סעיף מפורש שקבע את חובת ההתייעצות ואת זהות הגורמים עמם חייבים להתייעץ. ברי שאין זה המצב בענייננו. על הנשיא לשקול את סיכויי המועמד לאחר התייעצות עם נציגי הסיעות, ובמקרה של סעיף 10(ב) הוא לא אמור לשקול דבר. הוא הדין באשר לסיעות בכנסת. אין כל התייחסות לגבי ההתייעצות שעליהן לקיים, ובוודאי שהן לא אמורות להתייעץ עם הגורמים המשפטיים האמורים, מכובדים ככל שיהיו.

בנוסף, כאמור לעיל, ממילא לא יכולה להיות כל ביקורת לבחינת "סבירות" ההחלטה של הרשויות בעלות סמכות חוקתית כגון הנשיא והכנסת ללא הסמכה מפורשת בחוק, כך שבוודאי לא ניתן להשתמש בסיבה של אי קבלת חוות דעת מיועץ משפטי מכובד ככל שיהיה, כדי לתקוף את ההחלטות שקיבלו רשויות אלה.

61. ודוק: לא למותר להזכיר, כי במקרה דנן כתב האישום שהוגש על ידי היועץ המשפטי לממשלה נגד ראש הממשלה, גלוי וידוע בפני כל העם. ענייניו המשפטיים של המשיב נפרשים בהרחבה בכל כלי התקשורת האפשריים מדי יום ביומו ובמשך תקופה ארוכה, כך שכל בוחר יודע היטב מה עומד על הפרק וכאשר הוא בוחר את נציגו לכנסת הוא יודע היטב האם בחירה זו עשויה להוביל לכך שמלאכת הטלת הרכבת הממשלה תוטל בסופו של דבר על המשיב. אין מקום לשקול שיקולים משפטיים טהורים במקרה זה, ולפיכך אין כל עדיפות לעמדתו של שופט נכבד כזה או אחר בשאלה "מי ראוי" להיות ראש ממשלה, על פני עמדתו של כל בוחר ובוחר, ואף לא על עמדתו של חבר כנסת. זוהי מהות הדמוקרטיה.

וכך כתב כב' השופט זמיר בעש"מ 4123/95 יוסף אור נ' מדינת ישראל - נציב שירות המדינה, מט(5) 184 (1996), (פסק דין עליו ניסו להסתמך העותרים):

"במקרה של בחירה לכהונה ציבורית, אין להתעלם מכך שאותו אדם נבחר על-ידי הציבור לייצג אותו, אולי אפילו תוך מודעות לעבירה שבה הורשע. פסילתו, לאחר שנבחר, יש בה משום פגיעה בזכות לבחור, נוסף לפגיעה קשה בזכות להיבחר. זוהי תוצאה חדה וחמורה. לכן היא מחייבת זהירות יתרה. על בית המשפט לתת דעתו, בין השאר, גם למציאות החיים, הגורמת לכך שלעתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם שאינו מופת להליכות נאות".

ובענייננו, חובה להזכיר זאת שוב ושוב, למשיב עומדת חזקת החפות, הוא מהמנהיגים הגדולים שעמדו לעמנו ואין למנוע מהעם לאפשר לו להמשיך ולהנהיגו.

62. זאת ועוד, בניגוד לרוב המוחלט של ראשי המפלגות האחרות, המשיב העמיד את עצמו לבחירות פנימיות במפלגתו לפני הבחירות האחרונות וזכה לרוב מוחץ. ובכך הפך באופן רשמי למועמד מטעמה ומטעם הציבור העצום התומך בה לראשות הממשלה, שכן על פי סעיף 85 לחוקת הליכוד, "יו"ר הליכוד הוא מועמד הליכוד לכהונת ראש ממשלת ישראל". אף בבחירות האחרונות, אשר נערכו לאחר שהוגש כתב אישום כנגד המשיב והעניין אף היה נושא מרכזי לכל אורך מערכת הבחירות לכנסת ה-23 כידוע לכל, היה המשיב גם כן מועמדה של תנועת הליכוד לראשות הממשלה. פתק ההצבעה של הליכוד כלל את המילים: "מחל הליכוד בהנהגת בנימין נתניהו לראשות הממשלה", וכאמור, למעלה ממיליון ו-300 אלף אזרחים בחרו בו כמועמדם לראשות הממשלה, וציבור בגודל דומה נוסף עשה זאת באמצעות מפלגות אחרות שהביעו אף הן תמיכה במועמדותו של מר נתניהו לראשות הממשלה, כך שבסה"כ למעלה משני מיליון ומאתיים אלף (!) אזרחים ואזרחיות הצביעו למפלגות שהצהירו מעל כל במה אפשרית כי הן תומכות בבחירתו של המשיב לראשות הממשלה. לא זו אף זו- הליכוד בראשותו של המשיב קיבלה את מספר הקולות הרב ביותר מכל המפלגות בבחירות לכנסת ה-23 כאמור לעיל אשר מהווה 36 מנדטים בכנסת הנוכחית, וכיום, במצב הפוליטי הנוכחי, חברי הכנסת הצפויים להיות חברים בקואליציה (בהתאם להסכמים הקואליציוניים המסתמנים) התומכת בבחירת המשיב לראשות הממשלה צפויים להוות לא פחות מ-78 מנדטים. (ראו ילקוט הפרסומים מס' 8736 הודעה בדבר תוצאות הבחירות לכנסת ה-23 (10.3.2020) עמ' 4896 (פורסם בנבו); וגם באתר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23⁵) חברי כנסת אלה מייצגים למעשה ציבור בוחרים ובחורות של למעלה משלושה מיליון איש!! מדובר ברוב עצום של אזרחי ישראל

⁵ votes23.bechirof.gov.il/

(באמצעות נציגיהם בכנסת) התומך למעשה במינויו של המשיב לראשות הממשלה (הסקרים שהתפרסמו לאחרונה מצביעים על תמונה דומה). לא יתכן שבית המשפט הנכבד יאמר לאותם מיליוני אזרחים רבים שבחירתם אינה אפשרית, ללא כל מקור חוקי ובניגוד גמור לחוק יסוד הממשלה ולחוק הממשלה.

קבלת עתירת העותרים תוביל אותנו בהכרח למדרון חלקלק. אם לשיטתם ניתן לפסול מועמד לראשות הממשלה, או את החלטתם של חברי הכנסת לבקש להטיל עליו את הרכבת הממשלה בהתאם לסעיף 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, בשל כתב אישום כזה או אחר, מדוע שלא נעביר לפתחו של בית המשפט הנכבד את השאלה האם מועמד פלוני מקצועי מספיק לתפקיד; האם הוא מנוסה מספיק; האם הוא כשיר; האם סביר לבחור בו, הן ביחס לציבור הבוחרים והן ביחס לחברי הכנסת בבקשתם מהנשיא? שאלות מסוג זה נבחנות במשרות בכירות הרבה פחות, מדוע שלא נבחן אותן כאשר מדובר בראש הממשלה?

יש לקוות שאיש אינו סבור שאלה השאלות שעל בית משפט נכבד זה לבחון, ובאותה המידה אין מקום לקבל את העתירות שהגישו העותרים. הציבור וחברי הכנסת מטעמו הם זה שאמורים לקבל את ההחלטות הללו ובית המשפט הנכבד לא מוסמך להתערב בבחירתם זו.

63. בהערת אגב יוער, כי טענתם של העותרים לפיה כלל לא בטוח שכל מצביעי הליכוד (לאור תוצאות הפריימריז) או כל מצביעי גוש הימין (משיקולים כאלה ואחרים) רוצים את המשך כהותנו של ראש הממשלה נתניהו, עדיף היה לה שלא תיטען. אל לו לבית המשפט הנכבד לבחון את השיקולים שעמדו או לא עמדו מאחורי בחירה ברורה של כל בוחר ובוחר. מעבר לנדרש, יובהר, כי אף אם חלק קטן ביותר מבחורי הליכוד הצביעו בפריימריז עבור מועמד אחר, הרי שכאשר המשיב זכה ברוב מוחץ בפריימריז והפך למועמד תנועת הליכוד לראשות הממשלה, ברור כי כל מי שהצביע לאחר מכן לתנועת הליכוד בבחירות הכלליות לכנסת ה-23 הצביע עבור המשיב לראשות הממשלה, ולא "קיווה" לכל מיני סיטואציות דימיוניות פרי מוחם של העותרים. הדברים נכונים גם לגבי מצביעי גוש הימין, לאור הצהרותיהם החוזרות ונשנות של ראשי מפלגות גוש הימין בדבר תמיכתם הברורה במועמדותו של המשיב לראשות הממשלה. ניתן לטעון כי דווקא ההיפך הוא הנכון- לולא הצהרותיהם של ראשי מפלגות גוש הימין בדבר תמיכתם במשיב, סביר להניח שמפלגות אלו היו מקבלות הרבה פחות מנדטים ומצביעיהם היו מצביעים ישירות לתנועת הליכוד. אלו טיעונים שאסור לבית המשפט הנכבד להידרש להם. שנית, קשה לקבל ברצינות טענה זו של העותרים, כאשר מיד לאחר מכן הם טוענים שלמעשה רוב הציבור בישראל הצביע נגד מועמדותו של המשיב לראשות הממשלה (היות ובגוש הנגדי לגוש הימין היו בזמנו 61 מנדטים). דווקא בגוש זה מפלגת ישראל ביתנו רצתה ממשלת אחדות ללא המפלגות החרדיות (כשמבחינתה גם המשיב יכול היה לכהן כראש ממשלה). לאור טענת העותרים עצמם כאמור לעיל, הרי שבאותה מידה ניתן לומר להם כי גם בגוש הזה חלק גדול מהמצביעים כן רצו בממשלת אחדות, ולפיכך גם הם למעשה תומכים במשיב לתפקיד ראש הממשלה.

מכל מקום, **לאור המצב הפוליטי הנוכחי, בו הגוש התומך במועמדות המשיב לראש הממשלה בעת הזו מונה 78 מנדטים, הרי שלטענה זו כלל אין בסיס במציאות, ומוטב היה לה שלא תיטען.**

64. לאור העובדה שציבור עצום של מיליוני אזרחים בחר במשיב לראשות הממשלה, ולאור העובדה שבהתאם לכך רובם המוחלט של חברי הכנסת צפוי לבקש מנשיא המדינה להטיל על המשיב את הרכבת הממשלה, גם לא ניתן לקבל את טענות העותרים ביחס לפגיעה באמון הציבור במקרה כזה, ובוודאי לא את הטענות כי החלטות אלו אינן סבירות וכו'. ההיפך הוא הנכון. אמון הציבור יפגע אנושות אם יהפכו את בחירתו לריקה מכל תוכן. הציבור וחברי הכנסת מטעמו הוכיחו גם הוכיחו אחרת מעמדת העותרים, ולפיכך אין גם כל מקום (ואף אין כל צורך) בהתערבות של בית המשפט הנכבד.

65. בעניין סמכות הנשיא להטלת הרכבת הממשלה האם היא סמכות שברשות או בחובה, מנסים חלק מהעותרים להסתמך על בג"ץ 1605/94 טלסינימה בע"מ נ' שרת התקשורת, נב(3) 803 (1998). שם דובר על סעיף שנקט באופן מפורש במילה "רשאי" אך נטען כי מדובר בסמכות חובה, ובית המשפט הנכבד בכל זאת פירש את סמכות הרשות, **שכן אף סמכות רשות לעיתים עשויה להתפרש כסמכות חובה** (ר' פסקה 14 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

ואולם, ענייננו עוסק במצב ההפוך, בו החוק קובע במפורש סמכות חובה לנשיא המדינה, ובמקרה כזה - **סמכות חובה היא סמכות חובה**. בפסק הדין האמור הסתמך בית המשפט הנכבד גם על עמדתו של פרופ' זמיר בספרו (יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (מהדורה ראשונה) (תשנ"ו). נדמה, שאין אלא להביא את הדברים המפורשים שנכתבו שם ביחס לסמכות חובה (בעמ' 222):

"ככל שהחוק המסמיך מפרט בלשונו, ומוסיף תנאים להפעלת הסמכות, מצטמצם והולך מתחם הסמכות. יתכן שהפירוט יהיה רב ומדוייק כל כך, שבמצב מסויים, בו התקיימו התנאים שפורטו בחוק, מתחם הסמכות הצטמצם עד שנותרה בפני הרשות רק דרך אחת ללכת בה, למשל, לתת קיצבה לפלוני. במצב כזה, המחוקק עשוי להשלים את המלאכה ולנקוט לשון מפורשת של חובה, להבדיל מלשון של רשות, המבהירה כי הרשות חייבת לעשות מעשה מסויים. הוא יאמר כי המוסד לביטוח לאומי "יתן" (ולא, להבדיל, "רשאי לתת") קיצבת זיקנה כשעור שנקבע בחוק למבוטח שהגיע לגיל ששים וחמש ויש לו תקופת הכשרה של חמש שנים. סמכות כזאת מכונה בדרך כלל בשם סמכות חובה (בלע"ז: סמכות מנדטורית או סמכות מיניסטרילית). החובה עומדת כנגד שיקול הדעת. מקובל לומר כי בסמכות חובה אין לרשות שיקול דעת אם לעשות את המעשה, אותו הוסמכה לעשות, אלא חובה עליה לקום ולעשותו."

מלשון הסעיף הברורה, עולה כי אין למעשה כל ספק, שחבות הנשיא להטיל את הרכבת הממשלה על מי שחברי הכנסת שפנו אליו ביקשו, היא סמכות שבחובה.

ג.3. מעמדו הייחודי של נשיא המדינה

66. כאן המקום להזכיר, כי מעמדו הייחודי של נשיא המדינה נקבע, בין היתר, בסעיף 1 לחוק יסוד: נשיא המדינה הקובע, כי "בראש המדינה עומד נשיא". על מעמד מיוחד זה גם עמד בית משפט נכבד זה בשורה ארוכה של פסקי דין בקובעו, כי הנשיא "מגלם באישיותו את המדינה" (דברי כבי השופט ח' כהן בד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז (1962) 430 465 (1)); כי הנשיא "מסמל את המדינה, ואת ערכיה המוסריים והדמוקרטיים. הוא עומד נישא מעל למאבקי הכוח במדינה, ומייצג ערכים של מוסר חברתי שאינם שנויים במחלוקת פוליטית" (בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) פסקה 1 לפסק דינה של כבי השופטת א' פרוקצ'יה); וכך קבע כבי הנשיא שמגר, במסגרת השאלה החוקתית העקרונית בדבר הפרדת הרשויות, כי:

"אין אני חושש כל עיקר מפני פגיעה, כביכול, בסמכות השפיטה והענישה של בית-המשפט, במידה ויש סמכות בידי נשיא המדינה לשנות ולבטל תוצאת שפיטתם זו. יכלתי לראות שמץ חשש וטעם לפגם, אילו הסמכות הנדונה היתה בידי הממשלה או אחת מרשויותיה, או אפילו אילו היתה בידי הכנסת: כי אז אולי היה בכך משום ערבוב התחומים שבין הרשות השיפוטית מכאן והרשות המבצעת או המחוקקת מכאן. אבל נשיא המדינה עומד מעל לכל שלוש הרשויות האלו. הוא מגלם באישיותו את המדינה עצמה...." (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986))

ואכן, בניגוד מוחלט לטענות העותרים בעניין זה, במקרה דנן, בו 78 ח"כים (בהתאם להסכמים הקואליציוניים המסתמנים) עומדים לבקש מהנשיא להטיל את הרכבת הממשלה על המשיב, גם כאן על הנשיא להיענות בפשטות לבקשתם המשקפת את רצונם של רוב עצום מאזרחי המדינה, ולא להיכנס לכל מחלוקת פוליטית. ובהתאמה, לאחר שיתן החלטה כזו מצידו, אסור שתהיה התערבות שיפוטית בהחלטתו, או בהחלטת חברי הכנסת לבקש מהנשיא להטיל על המשיב את התפקיד.

67. ואכן, בהקשר זה העיר כבי מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) י' כהן בבג"ץ 306/81 שמואל פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118 (1981), כי המוסד היחיד המחוסן בפני בתי המשפט בישראל הינו נשיא המדינה, לרבות מפני ביקורת שיפוטית על פעולותיו, כדלקמן:

"הכלל במדינה הוא, שהכל שווים לפני החוק מלבד במקרה, בו מורה המחוקק במפורש אחרת. (ההדגשות במקור - י' כ'). המוסד היחידי המחוסן בפני בתי המשפט הינו נשיא המדינה וזה מוסדר בחוק (אשר לחסינות חברי הכנסת היא מסויגת ואף היא מוסדרת בחוק).

[...]

אכן, ישנם מקרים, שהמחוקק העניק במפורש חסינות מפני ביקורת שיפוטית, כגון בסעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, ובסעיף 13 לחוק-יסוד: נשיא המדינה..."

68. לא זו אף זו: ההלכה הפסוקה קובעת, כי ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתו של הנשיא בנוגע למילוי תפקידיו הינה מצומצמת ביותר (ועל פי סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה, הנשיא אף חסין בפני כל פעולה משפטית הקשורה בתפקידיו או בסמכויותיו). כך, בבג"ץ 65/51 ערי ז'בוטינסקי נ' פרופ' ד"ר חיים ד. וייצמן, נשיא מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.7.51), נתבקש בית המשפט הנכבד להורות לנשיא המדינה דאז להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת הראשונה (לאחר שזו התפטרה). בית המשפט הנכבד דחה את העתירה פה אחד, בקובעו, כי

"מסקנתנו היא, כי אין לפנינו ענין הניתן להכרעה ולהחלטה שיפוטית... השאלה שהובאה בפנינו נוגעת לסמכויותיו האקסקוטיביות והפוליטיות של הנשיא ואינה בתחום הרשות השופטת". (עמ' 814-815 לפסק דינו של כב' הנשיא זמורה)

והדברים יפים ונכונים גם למקרה דנן, בייחוד במצב בו הנשיא מפעיל את סמכויותיו בתחום הפוליטי על פי סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה, הכל כאמור לעיל ביחס ללשונו הברורה והחד-משמעית של הסעיף.

69. יתר על כן, הטלת התפקיד להרכבת הממשלה מוסדרת **בדינים חוקתיים מיוחדים** (בחוק יסוד: הממשלה), וכפי שפורט לעיל, בהליך זה מעורבים **הן נשיא המדינה והן הכנסת**. אין עסקין ב-"החלטה מנהלית" רגילה (כמו מתן חנינה לנידון), אלא מדובר **בסמכות יסוד חוקתית** ראשונה במעלה **המתווה את המשטר החוקתי-דמוקרטי של מדינתנו**. כמו כן, בגוף ההליך עצמו הסדיר המחוקק מנגנון בקרה ראוי ומאוזן (בדמות המלצות חברי הכנסת או בקשתם להטלת המנדט על חבר כנסת מסוים, וכן הבעת אמון בממשלה הנכנסת, כפי שעוד יפורט להלן), כך שגם בשל פיקוח פרלמנטרי זה ראוי כי הביקורת השיפוטית תהיה מצומצמת ביותר (לעניין זה ר' גם בג"ץ 5167/00 פרופ' הלל וייס עו"ד נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, נה(2) 455 (2001).

70. יש לזכור, כי משמצויים אנו כיום במצב תקדימי, לאחר שלוש מערכות בחירות ובפני מערכת בחירות רביעית אשר תהא בלתי נמנעת ככל שיתקבלו הסעדים המבוקשים בעתירות, יפים ליישום בענייננו גם דברי כב' השופט מצא בבג"ץ 4668/01 ח"כ יוסי שריד יושב-ראש האופוזיציה נ' ראש-הממשלה אריאל שרון, נו(2) 265 (2001):

"לבסוף, חיוניותו של המועמד למשרה ציבורית למלא אותה משרה צריכה גם היא להילקח בחשבון. לא הרי מועמד שרבים כמותו כהרי מועמד יחיד סגולה, שרק הוא עשוי, בנסיבות מסוימות וחריגות, למלא את המשרה. כמו כן יש להתחשב בשאלה, אם קיים מצב אמיתי של חירום, המחייב גיוס כל הכוחות, לרבות אלה בעלי עבר פלילי [ולהבדיל: מר נתניהו כמובן אינו בעל עבר פלילי ועומדת לזכותו חזקת החפות, הח"מ], או שמא עניין לנו בפעילות הרגילה של המינהל הציבורי, אשר צריך לשאוב את מעייניו מעובדים ישרי דרך".

71. עוד יצוין כי דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' ניר זוהר, סד(2) 421 (2010) (להלן: "פסק דין זוהר") אשר עליו מנסים להסתמך העותרים, אינו עוסק כלל ועיקר בסמכותו של בית משפט נכבד זה להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות ומעשי נשיא המדינה, אלא עוסק בכך "שעקרונות היסוד של המשטר בישראל מחייבים קיומם של הליכי בקרה על הפעלת סמכות החנינה של נשיא המדינה המוצאים ביטויים בחתימת הקיום של שר המשפטים". הלכה למעשה, בית משפט נכבד זה קבע בפסק דין זוהר כי הביקורת הפרלמנטרית היא זו המאזנת את פעולות נשיא המדינה (בעניין החסינות, נעשית הביקורת באמצעות חתימת הקיום של שר המשפטים), ומשכך התייתרה למעשה הביקורת השיפוטית לגופו של עניין על ידי בית המשפט העליון (בפסק דין זוהר בית משפט נכבד זה לא הורה על בטלות החלטת הנשיא, אלא אך הצהיר על מעמדו וסמכותו של שר המשפטים בחתימת הקיום במסגרת מתן חנינה). כאמור, הליכי בקרה פרלמנטריים שכאלה, כפי שנקבעו כהכרחיים בפסק דין זוהר, מוצאים ביטוי בענייננו, ואף ביתר שאת, במסגרת סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה, המותנה בבקשת רוב חברי הכנסת מנשיא המדינה, וכן במסגרת קבלת אמון הכנסת לפי סעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה. בנוסף, כאמור לעיל, פסק דין זוהר עסק בעניין הפעלת סמכותו המנהלית של נשיא המדינה למתן חנינה, ומובן שלא ניתן כלל להשוות זאת להפעלת סמכותו החוקתית של נשיא המדינה בהטלת מלאכת הרכבת הממשלה לפי בקשת רובה המוחלט של הכנסת.

72. זאת ועוד, בג"ץ 706/94 שפרה רונן נ' פרופ' אמנון רובינשטיין שר החינוך והתרבות, נג(5) 389 (1999) (להלן: "פסק דין רונן"), אשר גם עליו מנסים להסתמך העותרים, עסק "אך בנושא אחד בלבד, והוא: הטעייתם של הנשיא ושל השר רובינשטיין באשר למצב בריאותו של שניסי, והשפעתה של הטעיה זו על מעשה ההקלה בעונש". יישום נסיבות ענייננו על פסק דין רונן דווקא מעלה את המסקנה ההפוכה לפיה, עם כל הכבוד הראוי, אין מקום להתערבות בית המשפט הנכבד בהחלטת

נשיא המדינה. בענייננו, בפני נשיא המדינה, בבואו לקבל את החלטתו להטלת המנדט להרכבת הממשלה עליה נסובות העתירות דנן, כמובן שעמדו לפניו כל העובדות הרלוונטיות הנחוצות לצורך קבלת החלטתו זו. באמרת אגב יצוין כי, כידוע לכל, עובדות אלו אף עמדו בפני ציבור הבוחרים טרם הבחירות לכנסת, וכן בפני הרוב העצום של חברי הכנסת בטרם הגשת בקשתם לנשיא המדינה מכוח סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה. מן האמור לעיל עולה המסקנה, כי כלל אין להקיש לענייננו מהצהרת בית המשפט בפסק דין רוני בדבר בטלות החלטת הנשיא לאור הטעייתו, ההיפך הוא הנכון – בהיעדר הטעייה כאמור, או נסיבות דומות, יש להורות על דחיית העתירות דנן (גם יתר פסקי הדין אותם העותרים מציינים בעניין זה, אינם מסייעים להם כלל וכלל).

73. כאן המקום להזכיר, כאמור לעיל, כי אף אם יקבע בית משפט נכבד זה שראוי שיתערב בפעולת נשיא המדינה, הלכה פסוקה היא כי פרשנות חוקי – היסוד תיעשה בזהירות ובמשורה, ולאור כל האמור לעיל, ברי, כי זה איננו המקום לסטות מהלכה פסוקה זו.

74. יוער, כי אף אם תתקבלנה טענות העותרים ויימנע מהנשיא להטיל את מלאכת הרכבת ממשלה על מועמד תחת כתב אישום אפילו לפי סעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה, הרי שממילא פתוחה הדרך בפני 61 חברי כנסת החפצים בכך להקים ממשלה בראשות מועמד כזה, מבלי לבקש זאת מהנשיא. ניתן להקים ממשלה בראשותו של חבר כנסת אחר, ומיד לאחר מכן להביע אי אמון בממשלתו ולהקים ממשלה חדשה בראשותו של המועמד המקורי לפי סעיף 28(ב) לחוק היסוד כפי שתוקן בשנת 2014. זאת, ללא כל מעורבות של נשיא המדינה וממילא ללא כל רלוונטיות להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של הנשיא. אפשרות זו, מחייבת אף היא את המסקנה, שלא ניתן לקבל את עתירות העותרים, היות שממילא 61 חברי כנסת החפצים בכך יכולים להעמיד בראשות הממשלה את המועמד שהעותרים מבקשים לסכל את מינויו. ברור, כי על שיטת המשפט בישראל להיות קוהרנטית ולהתאים עצמה למציאות, כך שגם סעיף 28(ב) הנ"ל מצביע על כך שאין בסיס לעמדת העותרים.

4.ג. הלכות דרעי ופנחסי

75. כאן המקום לציין, כי אף אם פסקי הדין דרעי ופנחסי עליהם מסתמכים העותרים נותרו על כנם על אף לשון חוק יסוד: הממשלה אשר חוקק לאחר מתן פסקי הדין האלו, דבר הנתון בספק, לאור התיקונים שהתקבלו בחוק, עדיין ברור כי ההלכות שנקבעו בפסקי הדין אינן רלבנטיות לענייננו, כפי שפורט לעיל ויפורט להלן. בשולי הדברים יוער, כי אין כל בסיס לטענות העותרים כאילו כאשר התפטר המשיב מתפקידו כשר הוא הודה כי הלכות דרעי ופנחסי שרירות וקיימות, ועדיף היה שלא היו נטענות. בתגובה שהגיש המשיב לבית משפט נכבד זה לעתירה שהוגשה בעניין זה (בג"ץ 7928/19 עו"ד שפיק רפול נ' בנימין נתניהו ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.19)), ציין המשיב במפורש, כי לטעמו ההלכות האמורות נפסקו לפני שנחקקה הוראה מפורשת בעניין בחוק יסוד הממשלה ומכל מקום הן אינן רלוונטיות לענייננו מכמה סיבות, וכי התפטרותו מתפקידו כשר הינה מבלי לפגוע בטענות שפורטו בתגובתו. אם לא די באמור, הרי שבהמשך להודעת המשיב, אף בית

משפט נכבד זה בפסק דינו כתב גם הוא במפורש, כי **"מיותר לציין כי טענות הצדדים באשר לכך שמורות להן"**. ודי בכך.

76. זאת ועוד, העתירות שבפנינו מבוססות על אדנים משפטיים שגויים, אשר הועלו ונדחו אך לא מזמן על ידי בית משפט נכבד זה: אף אם ההלכות הידועות כ"**הלכת דרעי**" ו"**הלכת פנחסי**", עליהן הסתמכו העותרים, נותרו על כן למרות לשון חוק יסוד: הממשלה אשר חוקק לאחר קביעת הלכות אלו, ולמרות לשונו המפורשת של חוק הממשלה תשס"א – 2001 - **דבר שהמשיב וסיעת הליכוד מתנגדים לו מכל וכל**- הרי שהן כלל אינן חלות בענייננו- הן על פי ההלכה הפסוקה שקבע בית משפט נכבד זה עצמו (בג"ץ 2848/19 עו"ד שחר בן-מאיר נ' בנימין נתניהו, חבר הכנסת ה-21 (פורסם בנבו, 23.4.19), והן על פי לשון החוק הברורה, כאמור לעיל.

ודוק: על אף טענת העותרים כי יש להבחין בין הדחה מתפקיד לבין הטלת התפקיד, הרי שאך לפני כשנה, בפסק-הדין בן-מאיר, דחה בית-המשפט העליון, אף מבלי לבקש תגובה מהמשיבים, עתירה לבטל את החלטתו של נשיא המדינה **להטיל** את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו ולהורות לנתניהו שלא לקבל על עצמו את התפקיד. העותרים טענו אז, כי על אף שנגד נתניהו טרם הוגש באותה עת כתב אישום, הרי שכתב החשדות שגובש נגדו הוא בגדר "ראיה מינהלית" לביצוע העבירות שיוחסו לו, שדי בה לצורך הפעלתה של סמכות מינהלית. ואכן, בפסק-דין דרעי ופנחסי נקבע כי גיבוש כתב אישום נגדם מעיד על תשתית ראייתית מספיקה לצורך הפעלת סמכות ההעברה מתפקיד, בהיותו אינדיקציה מספיקה לקיום ראיות מינהליות לביצוע העבירות. כך גם בבג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 15.6.97), ציין השופט תיאודור אור (פסקה 4 לפסק דינו), כי ההלכה העולה מפסק-דין דרעי ומפסק-דין פנחסי הראשון, הינה כי:

"...רק במקרים קיצוניים ביותר יחייב בית-המשפט את ראש-הממשלה לעשות שימוש בסמכות זו [להעביר שרים וסגני שרים מתפקידם]. המדובר הוא במקרים שקיימת בהם ראיה מינהלית לביצוע של עבירות פליליות חמורות" (ר' גם 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה (פורסם בנבו, 9.10.03), פסקה 8 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא אור, להלן: **"פרשת שרון"**).

77. והנה, בדחותו את העתירה בפסק-דין בן-מאיר, בית-המשפט העליון לא התבסס על קביעה כי אין בכתב חשדות כדי להוות אינדיקציה מספיקה לקיום ראיות מינהליות לביצוע עבירות. נימוקיו היו שונים לחלוטין. וכך כתב כב' השופט גרוסקופף (על דעתם של כל שלושת חברי ההרכב) בפסקה 9 לפסק-הדין:

”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”.

78. הנה כי כן, בפסק-דין בן-מאיר העתירה נדחתה לא משום שבאותה עת לא התקיימו ראיות מספיקות לכך שמר נתניהו ביצע (כביכול) את העבירות המיוחסות לו, ואז כעת ניתן היה לטעון שהמצב שונה. **העתירה נדחתה משום שפסקי-הדין שעליהם הסתמכו העותרים (פסק-דין דרעי ופנחסי, עליהם מסתמכים גם העותרים דנן, ופסקי דין נוספים, ובהם פסק דין רוכברגר), היו “אסמכתאות... שונות באופן מהותי מן הנושא שלפנינו ומן השיקולים הרלוונטיים להכרעה בו”**, כלומר, בלשונו של כבי השופט גרוסקופף, **”עירוב מין בשאינו מינו”**.

79. אם כן, מסתבר אפוא כי בית-המשפט העליון השיב זה לא מכבר על השאלה נשוא העירה דנן, ועשה זאת באמצעות תשובה שאינה מתבססת על ההבחנה בין כתב חשדות לכתב אישום. והתשובה האחת היא, כי הכללים החלים בדרך כלל על מינוים ועל העברתם מתפקיד של אישי ציבור, כללים אשר שוללים כהונה בתפקידים ציבוריים בכירים ברשות המבצעת ובשלטון המקומי של מי שקיימות **ראיות מינהליות** לכך שביצעו עבירות פליליות חמורות, אינם חלים באשר להטלת התפקיד להרכיב ממשלה ועל הכהונה כראש הממשלה. בהתאם לכך, אף אם קיים “נוהג חוקתי” כלשהו ביחס לאישי ציבור ושרים כטענת העותרים (והמשיב אינו מאשר זאת), הרי שהוא ממילא אינו חל כלל וכלל על תפקיד ראש הממשלה.

80. למעלה מהצורך ייאמר, ביחס להלכות דרעי ופנחסי, ולמעלה מן הצורך ייאמר, כי בענייננו מדובר בכתבי אישום הכוללים אישומים שונים לחלוטין מהאישומים בהם נגעו הלכות דרעי ופנחסי. בענייננו כתבי האישום (אשר המשיב כופר בהם מכל וכל ועומדת לו הזכות להוכיח את חפותו בהתאם לקבוע

בדין) כוללים אישומים תקדימיים הנוגעים ליחסי התקשורת עם הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, תוך אכיפה בררנית, התעלמות מהמצב הקיים ביחסי התקשורת עם הרשויות האמורות וגורמים נוספים במשך עשרות שנים והתעלמות מהמצב השונה הקיים בענין זה במדינות העולם המערבי. חלק מהאישומים המרכזיים מייחסים למשיב עבירות שנעברו במילוי תפקידו ולמען מילוי תפקידו.

יתר על כן, בפרשות פנחסי ודרעי דובר באישומים בעובדות שלא היה חולק על כך שאם הן תוכחנה הדבר יוביל להרשעה. הספק היחיד שנותר לברר בין שלב ההחלטה על הגשת כתב אישום לבין שלב ההרשעה היה הספק העובדתי. לעומת זאת, במקרה דנן, קיימת מחלוקת, גם בהינתן העובדות הנטענות, אם יש בכך כדי להביא להרשעה.

81. אם לא די באמור, הרי שגם בהתעלם מפסק דין בן-מאיר, העקרונות העולים הן מהפסיקה הרלבנטית לעניין והן מלשון חוק יסוד: הממשלה, מצביעים על כך שהחלטת נשיא המדינה על הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת פלוני הינה עניין שונה לחלוטין מהחלטה על העברת שרים מתפקידם, ובהתאמה- גם השיקולים שנקלטים בה שונים לחלוטין, ואין ב"ראיות מנהליות" כאלו או אחרות כדי להוות שיקול כלשהו בהחלטה זו.

82. בפסקי הדין ופנחסי נקבע שככלל, על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו להעביר שרים מתפקידם כנגד שרים שכנגדם גובש כתב-אישום המייחס להם עבירות פליליות חמורות. זאת, משום שבנסיבות כאלה הימנעות מהפעלת הסמכות תהווה הפעלה בלתי סבירה של שיקול-הדעת של ראש הממשלה, שתגלם מתן משקל חסר לשיקול של הבטחת אמון הציבור בשלטון, העלול להיפגע באופן מהותי אם בממשלה יכהנו שרים שנגדם יש ראיות של ממש, שהביאו לגיבוש כתב אישום, המייחס להם ביצוע עבירות חמורות.

83. אולם, בית משפט נכבד זה גילה גישה זהירה במיוחד מקום שבו מינוי שר טעון אישור של הכנסת. בשונה מהסמכות הנ"ל של ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם, שהיא סמכות הנתפסת על-ידי הפסיקה כסמכות מעין-מינהלית, הרי שמינוי כשר טעון אישור של הכנסת, בית-הנבחרים של המדינה, ואינו נתון לשיקול-דעתו הבלעדי של אדם יחיד. ואכן, בבג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, סב(3) 445 (2007) (להלן: "פסק דין אמונה"), ייחס בית-המשפט העליון, בדעת רוב, משקל כבד, ובמידה רבה אף מכריע, לכך שמינוי אדם לתפקיד שר אושר על-ידי הכנסת. וכך כתב כב' השופט גרוניס בפסקה 13 לפסק-דינו:

"בעתירה שבפנינו מועלית טענה של חוסר סבירות לגבי החלטה של מליאת הכנסת, שנתנה את אישורה להחלטה של ראש הממשלה והממשלה לצרף שר לממשלה הקיימת... האם על בית משפט זה לקבוע כי החלטתה של הכנסת באישור המינוי הינה

בלתי סבירה? עונה אני בשלילה לשאלה זו. הגוף שקיבל את ההחלטה שהשלימה את הליך המינוי הינו בית הנבחרים. ההחלטה לאשר את המינוי הינה בעלת אופי פוליטי מובהק. כמובן, שעל חברי הכנסת חובה הייתה להתחשב אף בעובדה שהשר החדש הורשע בדין, ובעבירת מין. אין בידינו לומר כיצד עמד שיקול זה מול שיקולים רלוונטיים אחרים. הפגם שדבק בהחלטה, על פי הנטען, אינו זה של חוסר סמכות. הפגם עליו סומכים העותרים אינו נוגע לִפְשָׁל דיוני בהליך בו קיבלה הכנסת את החלטתה. אף אין מדובר בשאלה של פרשנות חוק. גם אין עסקינן בהחלטה שהפרה זכות קיימת של מיעוט אופוזיציוני. הטענה היא שההחלטה לצרף את חבר הכנסת רמון היא בלתי סבירה. כאמור, עילה זו הינה אמורפית ביותר, בשל רמת ההפשטה הגבוהה שלה. בהקשר המסוים בו מדובר, אין לבית המשפט יתרון על פני כל אזרח במדינה בשאלת סבירותה של ההחלטה. אין עסקינן בסוגיה בה דרושה מומחיות משפטית. על יסוד כל האמור מסקנתי היא שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בהחלטה".

אף כב' השופטת פרוקצ'יה (בפסקה 25 לפסק דינה) – שתמכה גם היא בדחיית העתירה – הטעימה את הריסון המיוחד הנדרש בהטלת מגבלות על הכנסת באשרה צירוף שרים לממשלה:

"צירוף שר לממשלה... טעון הודעה לכנסת ואישור הכנסת. מהלך זה מעמיד למבחן ציבורי – פוליטי ופרלמנטרי את החלטת ראש הממשלה והממשלה בעניין צירוף שר לממשלה, ואת זהותו של השר המתמנה. החלטת הכנסת מתקבלת לאחר דיון, והיא ניתנת במסגרת מעמדה של הכנסת כמפקחת על פעולות הממשלה. אישורה של הכנסת להחלטת הממשלה בדבר צירופו של שר לממשלה משקף אישור פרלמנטרי של הגוף הנבחר להחלטת מינוי שנתקבלה על ידי הרשות המבצעת... הביקורת השיפוטית משתרעת על כל רשויות השלטון, ובתוכן גם הכנסת... אולם מעמדה של הכנסת כרשות הנבחרת, כפי שעוגן בחוק היסוד, וכעולה ממבנה המשטר הדמוקרטי, מחייב כי בית המשפט יפעיל את ביקורתו השיפוטית כלפי החלטותיה בזהירות ובריסון. ככלל, בית המשפט יימנע מלהתערב בהחלטות הכנסת, ואמת המידה הבסיסית על פיה נקבע מרחב התערבותו נעוצה באופייה של ההחלטה מבחינת מידת הפגיעה הכרוכה בה בעקרונות המשטר המדיני, ובתפיסות הבסיסיות המונחות ביסודו.

84. לאישורה של הכנסת נתונה משמעות משפטית כבדת משקל לא רק בהקשר של מינוי שרים. כך, למשל, ההנחה היא כי תקנות שהכנסת אישרה משקפות את רצונה של הרשות המחוקקת הנבחרת. (ר' למשל, דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 324-325 (2010)). אם כן, ברור שכאשר חברי הכנסת מחליטים להמליץ לנשיא על חבר כנסת פלוני למלאכת הרכבת הממשלה (או אף פונים לנשיא המדינה בכתב ברוב של 61 חברי הכנסת), יש להחלטה זו משמעות משפטית כבדת משקל, אשר למעשה לא ניתן להתעלם ממנה, ואין לנשיא או לכל גוף אחר (ובכלל זה, בית המשפט) הסמכות להחליט כי אישור הכנסת בעניין זה חסר תוקף.

85. כפי שפורט לעיל, הטלת התפקיד להרכיב את הממשלה נשלטת על-ידי דינים חוקתיים מיוחדים, שבהם מעורבים נשיא המדינה והכנסת – שחבריה נבחרו על-ידי אזרחי המדינה. **אין מדובר בסמכות החלטה "מעין-מינהלית" כמו העברת שר מתפקידו**, ואף לא בהחלטה של הממשלה כמו צירוף שר, הטעונה אישור פרלמנטרי, אלא **סמכות יסוד חוקתית** – שאינה נופלת בחשיבותה מסמכות החקיקה – של נשיא המדינה ושל הכנסת. שיקוף של המהות החוקתית המיוחדת של בחירת ראש הממשלה יש בכך, שבניגוד ללשון החוק ביחס להעברת שרים מתפקידם, הרי שכל עוד פסק דין שבו הורשע ראש הממשלה בעבירה שיש עימה קלון אינו סופי, העברתו מתפקידו על-ידי הכנסת טעונה, כאמור בסעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה, הליך מורכב ותמיכה של רוב חברי הכנסת. ראש הממשלה מועבר מתפקידו בלא החלטה של הכנסת רק אם הורשע בפסק-דן סופי בעבירה שבית-המשפט קבע שיש עימה קלון. מכאן אי-ההתאמה של ההלכה שנקבעה בפסקי הדין **דרעי ופנחסי** באשר לראש הממשלה – הן באשר למינויו והן באשר להעברתו מתפקידו, וכך גם ביחס לביקורת השיפוטית שאין להפעיל בעניין זה. וכדבריהם של רובינשטיין ומדינה, בעמ' 847-848:

"העברה מכהונה של ראש הממשלה מביאה להתפטרות הממשלה, ומחייבת לפתוח בהליכים לכינון ממשלה חדשה. משום כך המשמעות הפוליטית של הפסקת כהונתו של ראש הממשלה היא חמורה בהרבה מזו הנובעת להפסקת כהונתו של שר, והיא עלולה להיות בלתי הפיכה. בנוסף, בעוד שביחס לשר קיימת לגורם שלטוני – ראש הממשלה – סמכות מפורשת להעבירו מתפקידו, ולפיכך המדובר בבחינת הסבירות של אופן הפעלת הסמכות – הרי שביחס לראש הממשלה עצמו אין מוקנית בחוק סמכות לגורם כלשהו להעבירו מתפקידו (אלא לכנסת, בהליך של הבעת אי-אמון בממשלה). משום כך נראה כי אם מוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה, וזה בוחר שלא להתפטר מתפקידו, תיוותר הביקורת במישור הפרלמנטרי-הציבורי, וקשה להניח כי בית המשפט יחייב את ראש הממשלה להתפטר מתפקידו בטרם הרשעה.

וראו לעניין זה גם את דברי כב' הנשיא גרוניס בפסק דין התנועה לאיכות השלטון שהובאו לעיל, ולפיהם המצב כיום שונה מהמצב בו ניתנו הלכות דרעי ופנחסי, היות ואין לקונה אמיתית.

86. העותרים מעלים טענה נוספת, ומבקשים מבית המשפט הנכבד לבצע ביקורת ובחינה של סבירות של החלטת המועמד עצמו לקבל על עצמו את מלאכת הרכבת הממשלה ו/או את החלטת ראש הממשלה שלא להתפטר מתפקידו. אולם, בניגוד לכהונת שר שלראש הממשלה יש סמכות מינהלית להדיחו כאמור לעיל, הרי שבמקרים הנ"ל כלל לא מדובר בפעולה מינהלית של רשות מינהלית, אלא בהחלטה אישית של אדם האם לממש את זכותו להיבחר או לפרוש מתפקידו. ברור כי אנו לא רוצים לחיות במדינה בה יחילו את מבחני הסבירות המינהליים על החלטות אישיות של יחידים. במדינה חופשית אנשים פרטיים בהחלטותיהם לא כפופים לחובה לפעול בסבירות ולעקרון חוקיות המינהל. להיפך, עקרון החוקיות (כל דבר מותר, למעט מה שנאסר בחוק) - העיקרון ההפוך מחוקיות המינהל) הוא זה שעומד להם.

87. יתר על כן, גם אילו היה ניתן לראות את סמכותו של נשיא המדינה להטיל לאחר הבחירות על אחד מחברי הכנסת בכל זאת כסמכות בעלת אופי "מינהלי", וגם אם ניתן היה להתעלם מהקביעה בפסק דין בן-מאיר (אשר לה שותפים כאמור החוקרים רובינשטיין, מדינה ושטרית), כי "סמכות הנשיא בה עסקינן מהווה חלק מהליך הבחירות הדמוקרטי, שתכליתו מימוש רצון הבוחר... כי השיקול המרכזי האמור להנחות את הנשיא הוא סיכוייו של אותו חבר כנסת להרכיב ממשלה, לאור תוצאות הבחירות" בסעיף 6 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף), הרי שלא ניתן להתעלם מכך ש"המילה האחרונה" בהטלת הרכבת הממשלה היא של חברי הכנסת עצמם. הדעת נותנת, כי ככל שבכנסת יש רוב למועמד מסוים, וכידוע למשיב יש בשעה זו רוב עצום בכנסת לאור העובדה ש-78 חברי כנסת (בהתאם להסכמים הקואליציוניים המסתמנים) יפנו לנשיא המדינה ויבקשו ממנו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב בהתאם לסעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, ממילא הטלתה של הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה על מועמדים אחרים לא תצלח.

88. למעשה, לאור האמור לעיל ולאור ההסכם הקואליציוני שנחתם בין הליכוד לכחול לבן (ראו נספח א' לבקשה להוספת סעדים לעתירה בג"ץ 2593/20 ד"ר ארנה ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה). כל התערבות של בית המשפט הנכבד ברצון הבוחרים וברצון רובה המוחלט של הכנסת וקביעה כי המשיב אינו יכול להרכיב את הממשלה הבאה, תוביל לתוצאה אחת ואין בלתה והיא בחירות חדשות נוספות, רביעיות בתקופה של קצת למעלה משנה, ובתקופה בה לצערנו מגפת הקורונה מציבה את מדינת ישראל בפני משבר בריאותי וכלכלי מהגדולים בתולדותיה, בייחוד כאשר מספר עצום של חברי כנסת (והציבור העצום של מיליוני אזרחים ואזרחיות אותו הם מייצגים) הגיע לפיתרון פוליטי אשר מונע לחלוטין בחירות נוספות בעת הזו. ברור לכל, שבייחוד בתקופה כזו, מדינת ישראל זקוקה בדחיפות לממשלה יציבה שתוכל לנהל את המשבר האמור בצורה המיטבית.

89. כפי שנקבע בפסק דין פנחסי השני, (כאמור לעיל) כאשר הסמכות למינוי היא בידי הכנסת, וכל עוד לא הורתה הכנסת עצמה אחרת בחוק-יסוד או בחוק (וכשלא נפגעות זכויות האדם או זכויות המיעוט), **הכלל הוא כי גובר רצון הבוחרים ואין מקום להתערב בכך**. ויוזכר, כי בפסק דין פנחסי השני מדובר היה בכשירות מינוי של חבר כנסת שכבר הורשע בעבירה שיש עימה קלון לכהן כיו"ר ועדת הכנסת, ובכל זאת בית המשפט הנכבד קבע שאין להתערב בכך. קל וחומר בענייננו, מקרה בו חבר הכנסת כלל לא הורשע. בהיעדר הוראה חקוקה, אין בסיס בדין הקיים לשלול מרוב חברי הכנסת, המייצגים את רוב הבוחרים, לבחור בראש הממשלה הראוי בעיניהם.

90. עילת הסבירות, לפי השקפת העותרים, מתיימרת ליישם את רצון המחוקק – שהרי ישנה חזקה פרשנית, לפיה כאשר המחוקק הסמיך את הרשות המינהלית, הוא התכוון שתעשה זאת בסבירות. אולם, הדבר כלל אינו רלוונטי כאשר מדובר ברשויות חוקתיות ולא מינהליות כגון נשיא המדינה והכנסת, שאינן כפופות לעקרון חוקיות המינהל (כמו הרשות המבצעת), וסמכותן היא סמכות מקורית ולא משנית, כלומר ששיקול דעתן של הרשויות החוקתיות אינו כפוף להכוונות של רשות מסמיכה מקורית אחרת, אלא כפוף אך ורק למגבלות המפורשות בחוק. והדבר נכון לגבי החלטות הנשיא בהרכבת ממשלה, לגבי החלטות ח"כים בבקשה להטיל הרכבת ממשלה על חבר כנסת מסויים, והצבעת אמון בממשלה על ידי חברי הכנסת. התערבות באצטלה של שיקולי סבירות של גורמים אלה, משמעה הלכה למעשה הפעלת ביקורת של סבירות על הכרעת הבוחר, שמשמעותה הינה שלילת הריבונות מהריבון והעברתה לבחינה של יחידים, וזאת ללא הוראה מפורשת בחוק.

91. למעלה מן הצורך נתייחס גם לטענה הנשמעת, כי ניתן ללמוד לענייננו מפסק-דין **רוכברגר**, שבו פסל בית-המשפט מכהונה שני ראשי רשויות מקומיות שהוגש נגדם כתב אישום בעבירת שחיתות, אף שכתב האישום הוגש לפני בחירתם בבחירות ישירות וציבור הבוחרים היה מודע לכתבי האישום ולתוכנם. ואולם, ההיקש מפסק-דין **רוכברגר** אינו משכנע, ולא בכדי נקבע בפסק דין בן-מאיר כי לא ניתן להקיש ממנו לעניין דנן, כלומר הטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום, ובלשון בית המשפט הנכבד:

"האסמכתאות שהובאו על-ידי העותרים שונות באופן מהותי מן הנושא שלפנינו ומן השיקולים הרלוונטיים להכרעה בו".

ודי בכך.

אולם אף אם ירצה מאן דהוא להניח את ההנחה הקלושה, לפיה ניתן להקביל בין נשיא המדינה והכנסת, בית הנבחרים של המדינה, לבין מועצה של רשות מקומית, שבית-המשפט העליון קבע ברוב דעות כי מוטלת עליה חובה להעביר מתפקידו ראש רשות שהוגש נגדו כתב אישום חמור (וישנו ספק רב בכך), הרי שפסק דין **רוכברגר** התבסס על הוראת חוק מפורשת – סעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"א-1973 – שבה נקבע, כי **"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", כך שקשה לראות דימיון כלשהו בין נסיבות אלה לבין ענייננו, בהן אין כל הוראה כזו, ואכן כך נקבע בפסק דין בן-מאיר. ראייה נוספת לעניין זה ניתן לראות מהקלות היחסית שבה המחוקק מאפשר את הפקעת השליטה בעיריה מידי נבחר הציבור לידיה של ועדה קרואה. לעניין זה ראו גם שטרית, בעמ' 352 :

"נראה כי מרכז הכובד של הסדרת המשך כהונתו של ראש ממשלה שמתנהלת נגדו חקירה צריך להיות ברמה של הפעולה והתגובה הציבורית, הן של הציבור בכללו והן של מנהיגי הציבור המכהנים בכנסת או בממשלה בעת שהסוגיה מתעוררת.... בהענקת מעמד משפטי לפרקטיקה הציבורית האמורה יש כדי להעניק כוח רב מדי לפקידי רשויות האכיפה, ובראשם הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה, אשר יכולים להשפיע באמצעות פתיחת חקירה גרידא על כשירותו של נבחר ציבור לכהן כשר.

כמו כן יש מקום לתת לציבור להכריע בשאלת מינויה של הדמות הנחקרת לתפקיד חבר ממשלה. ודאי נכון הדבר כאשר החקירה נפתחה עוד טרם הבחירות, והציבור הביע דעתו בכל זאת באחוזי תמיכה רחבים בעד אותו האדם. נוסף על זה נראה שקביעת בית המשפט באמרת אגב בעניין ראשי הערים כי יעביר אותם מתפקידם על אף עמדת הציבור יש משום העדפת עמדת השופטים על פני ההליך הדמוקרטי. אם במסגרת התהליך הדמוקרטי ביטא הציבור את עמדתו שיש לתת אמון בראשי הערים חרף כתבי האישום העומדים ותלויים, הרי שעל בית המשפט לכבד את תוצאת ההליך הדמוקרטי ולא להתערב אלא במקרי קיצון חריגים ביותר..."

92. לאור כל האמור ברור, כי אין בסיס בדין וגם אין זה ראוי, לשלול מציבור הבוחרים העצום את זכות הבחירה במי שליבם חפץ, ומרובם המוחלט של חברי הכנסת את זכותם להמליץ או לבקש על מי להטיל את הרכבת הממשלה. משכך, אין כל עילה שבדין להיעתר לבקשות העותרים בעתירות שבפנינו ואין מקום ליתן את הצווים המבוקשים בהן.

5.ג. משפט משווה

93. מעבר לצורך נזכיר, כי הפרשנות המתבקשת בעתירות דנן תחטא, לא רק לחוקי היסוד הישראליים, לדין הישראלי כלשונו וככתבו (ותכליתו) ולעקרונות היסוד של המשפט החוקתי הישראליים, כאמור לעיל, אלא אף לדיני החוקה הנהוגים במדינות העולם. נבחן להלן בקצרה את המצב הנורמטיבי החל במשטרים דמוקרטיים ברחבי העולם בראי העניין שבפנינו.

94. הלשכה המשפטית של הכנסת ערכה אך לאחרונה סקירה משווה בנושא ההשלכות המשפטיות של ניהול הליכים פליליים נגד ראש ממשלה (ראו ד"ר ירון אונגר, מעמדו של ראש ממשלה שמתנהלים נגדו הליכים פליליים - סקירה משווה-, 8 במאי 2018, גם ב- <http://din-online.info/pdf/kn221.pdf>). הסקירה התמקדה בשאלות, האם ההליך הפלילי מחייב או מאפשר הדחה של ראש הממשלה מתפקידו, והאם הליך כאמור מחייב או מאפשר הגבלה של הסמכויות שהוא מחזיק בידיו, תוך התמקדות במספר מדינות שבהן נהוגה שיטת משטר של דמוקרטיה פרלמנטרית, בדומה לדמוקרטיה הישראלית, ובהן **בריטניה, קנדה, איטליה, גרמניה ויוון**, תוך השוואתן לדין החל במדינת ישראל. מבלי להלאות את בית המשפט הנכבד בפרטים, נציין ונדגיש את הממצא העיקרי שהעלתה הסקירה המשווה:

"בכל המדינות שנסקרו, ניתן לקיים הליך פלילי נגד ראש הממשלה, אך פתיחתה של החקירה או אפילו הגשת כתב אישום, אינם מהווים עילה אוטומטית לסיום כהונתו, להשעייתו או לצמצום סמכויותיו."

95. מסקנה דומה ניתן למצוא בסקירה משווה של הדינים המסדירים את כשירותו של חבר פרלמנט ברחבי העולם והתנאים להפסקת כהונת חבר פרלמנט לאור הרשעה פלילית, תוך בחינת הדין החל על חברי פרלמנט במדינות **גרמניה, ספרד, איטליה, צרפת, דנמרק, הולנד, בריטניה, אוסטרליה, קנדה וארה"ב**. המסקנה העיקרית הנוגעת לענייננו היא כי:

"במרבית המדינות שנבחנו, תנאי הפסקת כהונה כוללים התייחסות ישירה או עקיפה להרשעה פלילית. התייחסות ישירה פירושה, הגדרה מפורשת כי הרשעה פלילית, בדרך כלל בהתקיים תנאים נוספים, תוביל להפסקת כהונה. התנאים הנוספים כוללים לעיתים הגדרה מפורשת של גזר דין קבוע (לדוג': גרמניה ובריטניה – שנת מאסר אחת), הגדרת עבירות מסוימות (לדוג': צרפת ואוסטרליה – עבירה על חוקי הבחירות), או קביעה שיפוטית מפורשות של אי-התאמה לכהונה ציבורית (לדוג': ספרד) (בית עליון), דנמרק, איטליה."

(ראו גילי יהודית, מסמך רקע לדיון בנושא: הפסקת כהונת חבר פרלמנט, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 20.6.2001)

⁶fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/3f0b51cc-9032-e811-80de-00155d0a0235/2_3f0b51cc-9032-e811-80de-00155d0a0235_11_7573.pdf

96. דהיינו, במדינות רבות וטובות בעולם, לא די אף בפסק דין מרשיע בכדי לשלול מחבר פרלמנט את כשירותו לכהונה בתפקידו, אלא נלווים לכך תנאים נוספים. מכוח קל מחומר, המסקנה המתבקשת אפוא היא, כי בוודאי שאין די בכתב אישום כשלעצמו, בכדי להשפיע על תנאי הכשירות של חבר הפרלמנט.

97. הנה כי כן, אף באספקלריה של המשפט המשווה (ובהתאם לדין הישראלי כפי שנסקר בהרחבה לעיל), המשיב, בין אם בכובעו כראש ממשלה נבחר ובין אם בכובעו כחבר כנסת, אינו מנוע אפוא בשום צורה מלכוון ממשלה בראשותו.

ג.6. הטענות ביחס לניגודי העניינים

98. העותרים בעתירות השונות מעלים טענות רבות ביחס לניגוד העניינים בו לכאורה מצוי המשיב, וזאת הן ביחס לניגוד עניינים "נורמטיבי" (לפיו המשיב אינו ראוי להיות ראש הממשלה), הן בשל נבצרות טכנית (המשיב אינו פנוי להיות ראש הממשלה בשל ניהול משפטו) והן בשל נבצרות "מנטלית" (המשיב אינו פנוי נפשית לתפקד כראש ממשלה בשל ניהול משפטו). טענות אלה יש לדחות על הסף.

99. ראשית, כידוע, הסדרי ניגודי עניינים נעשים חדשות לבקרים כלפי בעלי תפקידים שונים בשירות הציבורי, ובכלל זה ביחס למשיב עצמו. למעלה מן הצורך יובהר, כי ככל שיתעורר חשש לניגוד עניינים ספציפי ביחס למשפטו של המשיב, הרי שהוא יפעל בהתאם להסדר ניגוד עניינים, כפי שפעל עד היום.

100. שנית, לא יעלה על הדעת לפסול ראש ממשלה אשר נבחר ברוב עצום של הצבור וחברי הכנסת רק בשל חשש אמורפי לניגוד עניינים. ראש הממשלה עוסק מדי יום ביומו באלפי פעולות וקבלת החלטות לטובת אזרחי ישראל, ובנושאים רבים ומגוונים, ובכלל זה אף במערכת המשפט, אשר גם בה ישנם נושאים רבים ושונים. לא יתכן שבשל חשש לניגוד עניינים שאולי יתעורר בעניין ספציפי של משפטו של ראש הממשלה, הוא לא יוכל כלל לכהן בתפקיד אליו נבחר, או לא יוכל לקבל החלטות באופן גורף. זה פשוט אבסורד.

101. שלישית, 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. היעלה על הדעת לפסול את אותו ראש ממשלה מעיסוק בעניינים שונים שנושקים לתחום המשפט רק בשל משפט ספציפי של בן משפחתו? הרי אין לדבר סוף. בבחינה שכזו, הרי שניתן לומר כי כמעט כל אזרח ישראל מנוע אם כן מלכהן כראש ממשלה.

102. רביעית, מבחינת הטענה לניגוד עניינים של שרים אחרים או בעלי תפקידים בכירים אחרים (כגון יועץ המשפט לממשלה או מפכ"ל המשטרה) שתלויים בראש הממשלה היות ומונו על ידו, הרי שמעולם לא נקבע סטנדרט כזה של ניגוד עניינים. ניגוד עניינים אינו ולא יכול להיות "משורשר" שמעולם לא נקבע סטנדרט כזה של ניגוד עניינים.

מלמטה למעלה, שאם לא תאמר כן, לעולם לא ניתן יהיה לפתור בעיות של ניגוד עניינים. כך לדוגמה, האם נפסול שופטת שלבן זוגה יש משרד עורכי דין מלכהן כנשיאת בית משפט? לפי ההיגיון של העותרים לא ניתן יהיה להסתפק בהעברת התיקים של בן זוגה לשופטים אחרים, שהרי השופטים האחרים "תלויים" כביכול בנשיאה, כמו השרים "התלויים" כביכול בראש הממשלה? האם יועץ משפטי לממשלה אשר מתקיימת נגדו חקירה, לא יוכל לכהן יותר בתפקידו, שהרי הפרקליט שיטפל בחקירה "תלוי" בו ולא יוכל לבצעה כראוי? ברור שזהו כלל אינו סטנדרט מעשי שניתן לעמוד בו, וכך גם בענייננו. ראש הממשלה הוא ראש הממשלה, והשרים הם השרים, והם אינם "תלויים" בו באופן שפוסל אותו.

103. חמישית, ביחס לטענות בדבר נבצרות טכנית או מנטלית, הרי שעדיף היה שטענות אלה כלל לא היו נטענות על ידי העותרים. הטענות הללו נטענו במערכת הבחירות והבוחר אמר את דברו בצורה נחרצת. אין צורך לומר, כי ישנם אין ספור נושאים אחרים אשר יכולים להטריד כל בן אדם נפשית ולהעמיס על סדר יומו, בכל תפקיד אותו ימלא. האם לטענת העותרים, אמא לילדים קטנים מנועה מלכהן כראש ממשלה, היות והיא אינה פנויה טכנית ומנטלית למילוי התפקיד כמו אדם ללא ילדים? ומה עם אדם שיש לו קרוב משפחה חולה? ומה עם אדם אשר זקוק לשעות שינה מרובות מהרגיל, האם גם הוא פסול לתפקיד? או שאולי לטעמם של העותרים יש לדרוש מכל מועמד לראשות הממשלה לעבור מבחנים פיזיים ומנטליים כדי להוכיח את "כשרותו" לתפקיד, וכמה משימות הוא מסוגל לבצע בשעה אל מול יריבו? ברור שהרעיון מגוחך, מה גם שניסיונו הרב של ראש הממשלה ותכונותיו מאפשרים לו להתמודד עם המשימה ללא כל קושי, כפי שהתמודד עם החקירות וההדלפות. ודוק: כל השיקולים הנ"ל הינם שיקולים שעל הבוחר לקחת או לא לקחת בחשבון, וכך גם חברי הכנסת כאשר הם מחליטים להמליץ על מועמד כלשהו או להצביע אמון בממשלתו-ובוודאי הם אינם שיקולים שבית המשפט הנכבד צריך לבחון ולשקול. אין אפשר לעותרים להכניס תחת כותרת הסרק של "ניגוד עניינים", שיקולים אשר כלל אינן ממין העניין, אשר באים למעשה להחליף את שיקול הדעת הרגיל והמקובל של הבוחר בשיקול הדעת השיפוטי.

104. אם לא די באמור לעיל, הלכה פסוקה היא כי הסעד המבוקש בעתירות דן והוא- הכרזה על פסלותו של המשיב מכהונה כראש הממשלה- יינקט אך במקרים חריגים והקיצוניים ביותר והינו בבחינת המוצא האחרון לצורך התמודדות עם ניגוד עניינים (ככל שייקבע שקיים). פסילת מועמד מלכהן בתפקיד ציבורי בשל החשש התיאורטי לניגוד עניינים איננה אוטומטית כלל ועיקר, לעניין זה ראו את דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6983/94 שמעון פחימה נ' מיכאל פרץ (פורסם בנבו, 5.1.98), בפסקה 7 לפסק דינה:

"...מובן, שכל אימת שקיים ניגוד עניינים, יש לעשות למניעתו. עם זאת, יש ליישם את הכלל בצורה זהירה ואחראית, משום ששימוש בו בצורה קיצונית ובלתי מאוזנת עלול להרחיק אנשים טובים ומוכשרים מתפקידים שאותם מתאימים הם למלא, בלי שקיים

חשש של ממש לפגיעה בטוהר המידות. לפיכך, פותחו בפסיקה כללים לתחימת מיתחם הפסלות. הפסלות איננה אוטומטית (בג"ץ 358/65 אדרי נ' דנינו, ראש המועצה המקומית חצור ואח' [6]). הדרך למנוע ניגוד עניינים ולהימנע ממנו אינה בהכרח כזו שנושא המשרה ייאלץ למשוך ידו כליל משני העיסוקים היוצרים את חשש ניגוד העניינים (בג"ץ 6641/93 הנ"ל [4]). הנטייה היא בדרך-כלל להכשיר ולא לפסול (בג"ץ 170/67 דבי נ' יו"ר המועצה המקומית מברשת ציון ואח' [7])...

ואכן, הכללים שפותחו בפסיקה בחנו אמצעים אחרים במידרג משתנה, כאשר אך מובן הוא שפסילה מוחלטת של נבחר ציבור בשל חשש לניגוד עניינים הינה האמצעי האחרון שיש לנקוט בו. כך נקבע בבג"ץ 595/89 משה שמעון נ' שלום דנינו, הממונה על מחוז דרום במשרד הפנים (פורסם בנבו, 1.2.90) בפסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט ברק:

"אכן, התמונה אינה זו של "שחור-לבן". התוצאות הנובעות מהימצאו במצב של ניגוד ענייני אינן רק של פסלות מלשרת בכהונה. בין תפקיד מלא בכהונה לבין פסלות מכהונה קיימים אמצעים נוספים בדירוג משתנה, שניתן להשתמש בהם. אכן, פסלות מכהונה אינה צריכה להיות האמצעי הראשון, אלא האמצעי האחרון שיש לנקוט. בטרם תיבחר אפשרות אחרונה זו של פסילה יש לבחון, אם אמצעים אחרים, חריפים פחות, אין בהם כדי להגשים את הטעמים העומדים ביסוד דיני האיסור על ניגוד עניינים. אכן, אין להחמיר עם עובדי הציבור לשם החמרה בלבד.

יש לקחת תמיד בחשבון את השיקול, כי עובד ציבור מוכשר ויעיל הוא גם עובד ציבור, המעורה בחיי קהילתו והמפתח לעתים פעולות כדן מחוץ לתפקידו כעובד הציבור. יש גם לקחת בחשבון את העובדה, כי חלק מעובדי הציבור הם נבחרים, כאשר בחירתם באה לעתים דווקא בשל קרבתם לאינטרסים האחרים עליהם הם מופקדים. הדינים על איסור ניגוד עניינים אינם עומדים בסתירה למציאות מורכבת זו. נהפוך הוא: הדינים הללו משתלבים יפה במציאות זו, ולוקחים אותה בחשבון. על-כן, מקום שקיים ניגוד עניינים בין שני תפקידים ציבוריים, יש לבחון, בראש ובראשונה, אם אין לאפשר המשך התפקיד בשני התפקידים, תוך "ניטרול" הניגוד על-ידי הימנעות מהשתתפות והצבעה בעניין המצוי בתחום הניגוד. רק כאשר "ניטרול" הניגוד הוא גם "ניטרול" לפעילות

**משמעותית בתפקיד, יש מקום לפסול את עובד הציבור מעצם כהונתו
הציבורית..."**

כך גם נקבע בבג"ץ 6641/93 סיעת "צעירים למען חיפה" בערית חיפה נ' מועצת העיר חיפה (פורסם בנבו, 12.6.94 בפסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט אור:

**"...אך בנסיבות מתאימות ייתכנו גם פתרונות אחרים, פחות
קיצוניים, שיהא בהם להקהות את חודו של ניגוד העניינים. פתרונות
כאלה יכולים להיות, לדוגמה, הצרת סמכויותיו של נושא התפקיד או
הטלת איסור עליו ליטול חלק בעניינים מסוימים, אשר ברגיל הם
במסגרת תפקידו..."**

ברור אם כן, שאין כל מקום לפסילה מוחלטת וקטגורית רק בשל חשש תיאורטי עתידי לניגוד עניינים שעשוי להתעורר (וסביר יותר שלא יתעורר) בעניין ספציפי הנוגע למשפטו של המשיב, אלא ככל שהדבר יהיה רלוונטי ניתן יהיה להימנע באופן ספציפי מטיפול בעיסוק בעניין המעורר קשיים של ניגוד עניינים.

ד. ההסכם הקואליציוני

105. "נוכח המשבר ההיסטורי שאליו נקלעה מדינת ישראל עקב התפשטות נגיף הקורונה, ועקב המשבר החוקתי שאליו מדינת ישראל נקלעה מאז קבלת החוק להתפזרות הכנסת ה-20 ביום י"ח בטבת התשע"ט (26 בדצמבר 2018), שהוביל לשלוש מערכות בחירות רצופות, נחתם הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית.
כדי לאפשר הקמת ממשלה, ולמנוע ולקצר משברים דומים לעתיד, מוצע לערוך שינויים שונים בחוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: הכנסת וחוק הממשלה, התשס"א-2001." (הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) (פ/23/280).

106. ביום 16.4.2020 נחתם הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית ((להלן: "ההסכם הקואליציוני"), אשר בעיקרו נקבעה "ממשלת חילופים" (רוטציה), וכי הממשלה שתכונן תהא ממשלה פריטטית דו-גושית. (ראו נספח א' לבקשה להוספת סעדים לעתירה בג"ץ 2593/20 ד"ר ארנה ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה).

107. ביום 23.4.2020, פעלו המשיבים בהתאם להוראות סעיף 1 לחוק הממשלה, התשס"א עת הניחו בפני הכנסת את ההסכם הקואליציוני החתום וזאת במסגרת הזמנים המוקנים להם על פי הדין. בד בבד, הונחה בפני שולחן הכנסת גם הצעת חוק יסוד: הממשלה (ממשלת חילופים). בכך, למעשה

המשיבים מילאו את חובתם שבדין וזכות הציבור לדעת בהקשר זה, מומשה אם כן כדין. משכך, דין הסעדים המבוקשים בעניין זה להידחות.

במאמר מוסגר יצויין, כי האמור לעיל אך מעלה את המסקנה כי בכל הקשור להסכם הקואליציוני, מדובר בעתירה תיאורטית ומוקדמת, אשר דינה להידחות על הסף.

108. במסגרת העתירות שבכותרת (בג"ץ 2593/20, בג"ץ 2594/20, בג"ץ 2649/20 וכן בג"ץ 2677/20), טענו העותרים כנגד תוקפו של ההסכם הקואליציוני. לדידם סעיפים אחדים בהסכם עומדים בניגוד לתקנת הציבור והם אף מפליגים בטענותיהם כי מספר סעיפים עומדים בסתירה לעקרונות יסוד ולחוקי מדינת ישראל. הסעיפים העומדים במרכז העתירות כנגד ההסכם הקואליציוני נוגעים להיות הממשלה פריטטית (ייצוגיות בוועדת שרים לחקיקה, בוועדה לבחירת שופטים, בחלוקת מינוי בכירים בשירות הציבורי, וסמכות ראש הממשלה למינוי ופיטורי שרים, וכן הימנעות לעשות כן), לחקיקת חוקי יסוד, לפגיעה נטענת בריבונות הכנסת ולקיזוז בין הגושים.

109. נזכיר, כי ההסכם הקואליציוני מהווה למעשה הסכם לכינון ממשלת חירום וממשלת אחדות לאומית. לאורך ההיסטוריה החוקתית במדינת ישראל כוננו מספר מצומצם של ממשלות אחדות לאומיות. לאור התקדימיות בכינון של ממשלות אחדות, נפנה עתה לסקירה קצרה של ההסכמים הקואליציוניים אשר כינון ממשלות אחדות והשוואתם להסכם הקואליציוני נשוא עתירה זו.

110. נבחן ראשית את ההסכם הקואליציוני בין סיעת המערך לבין סיעת הליכוד אשר היווה בסיס להקמת ממשלת אחדות ורוטציה בין ראשי הממשלה (הממשלה ה-21 בראשות שמעון פרס והממשלה ה-22 בראשות יצחק שמיר (בין השנים 1984 – 1988) (זמין לצפייה באתר הכנסת⁷). בין יתר הוראותיו, נקבעו עיקריו כדלקמן:

- א. **שוויון במספר השרים בין המערך לבין הליכוד.**
- ב. במשך המחצית הראשונה לכהונה נקבע כי בראשות הממשלה יעמוד שמעון פרס וכי יצחק שמיר יכהן כממלא מקום ראש הממשלה וכשר החוץ, ולהיפך במחצית השנייה של הכהונה. לצורך כך, נקבע כי יתוקן חוק-יסוד: הממשלה.
- ג. נקבע כי ראש הממשלה לא ישתמש בסמכותו להעברת שרים מתפקידם, אלא בהסכמת ממלא מקום ראש הממשלה, למעט אם אותו שר נמנה במחנהו של ראש הממשלה. כן נקבע כי ראש הממשלה יפעיל סמכותו להעברת שרים לפי בקשת ממלא מקומו.
- ד. נקבע כי חלוקת המושבים בקבינט הביטחוני תהיה שווה וכן כי מקום בו הקבינט נחלק בדעותיו, לא תועבר ההחלטה למליאת הכנסת, אלא בהסכמה משותפת של ראש הממשלה וממלא מקומו.

⁷ main.knesset.gov.il/mk/government/documents/CoalWork1984.pdf

111. מקרה בוחן נוסף ניתן למצוא בכינונה של הממשלה העשרים ותשע בראשותו של ראש הממשלה אריאל שרון, ובה לסיעת ישראל אחת ניתן **מעמד מיוחד בממשלה בתור גוש** בממשלת האחדות הלאומית שכוננה בזמנו. בין יתר הוראות ההסכם הקואליציוני (מיום 6.3.2001) (זמין לצפייה באתר הכנסת⁸) שכונן את ממשלת האחדות, נקבע כדלקמן:
- א. לסיעת ישראל אחת יוקנה **מעמד מיוחד בממשלה**.
- ב. **יתוקן חוק-יסוד: הממשלה** אשר איפשר לממשלה שימוש בתקציב המדינה בתקופת ביניים.
- ג. **לא יעשה שינוי בסמכויות המוקנות לשרים ולמשרדיהם** אלא לאחר **התייעצות** עם נציג מטעם סיעת ישראל אחר ("השר המייצג").

(ראו קווי יסוד והסכמים קואליציוניים, אתר הכנסת⁹)

112. מהשוואת ההסכמים עולה בבירור דמיון, החל מהקביעה כי תכונן ממשלה **פריטטית**- ובה חלוקת תפקידים **שוויונית**, קבלת החלטות **בהסכמה** **והגבלת סמכויות** ראש הממשלה, וכלה **בחקיקת יסוד** לצורך הקמת הממשלה.

113. בהשוואת ההסכם הקואליציוני שבפנינו להסכמים תקדימיים קודמים, עולה המסקנה הברורה, כי ההסכם שבפנינו לא היווה משום חידוש משמעותי בעקרונות היסוד של המשפט החוקתי והמנהלי הנהוג בישראל. איפכא מסתברא, ההסכם מבוסס בעיקרו על עקרונות מקובלים אשר הונהגו, בממשלות אחדות (אך לא רק) אשר קדמו לחתימת ההסכם הקואליציוני. כפי שיפורט עוד להלן, חלק נכבד מסעיפי ההסכם הקואליציוני, המהווים בסיס לעתירה שבפנינו, מושתתים על המנהג החוקתי התקדימי אשר הונהג בממשלות האחדות הלאומית הקודמות.

1.ד. העתירות כנגד סעיפי ההסכם הקואליציוני הינן עתירות מוקדמות ותאורטיות

114. כבר עתה, ובטרם נצלול לגופן של טענות, נביא את דבריה של כבי הנשיאה א' חיות בגלולה הקודם של העתירה שבפנינו בבג"ץ ברי עת דחתה את העתירה בשל היותה מוקדמת ותאורטית:

"...ככלל, עתירה המוגשת לבית המשפט לפני שהרשות המוסמכת קיבלה החלטה סופית לגוף העניין היא עתירה מוקדמת שבית המשפט לא יידרש לה (ראו, למשל, בג"ץ 3057/93 דיאמנט נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מז(3) 525 (1993); בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח תקווה, פ"ד מח(5) 630, 644 (1994); בג"ץ

⁸ main.knesset.gov.il/mk/government/documents/coal2001oneis.pdf

⁹ main.knesset.gov.il/mk/government/Pages/CoalitionAgreements.aspx

5709/09 אבו זעיתר נ' שר הפנים, [פורסם בנבו] פסקה 4 (17.1.2010); יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כ 93, 95 (1996)). כמו כן, ככלל אין בית המשפט נוהג לדון בעתירות בעלות אופי תיאורטי. עתירה תיאורטית הוגדרה בפסיקה כ"עתירה אשר אינה נדרשת לפתרון סכסוך בר-קיימא בעת העיסוק בה. היא אינה מתבססת על מערכת עובדות ספציפית, ואינה כרוכה בבקשת סעד קונקרטי, אלא מעלה שאלה משפטיות, בעלת אופי כללי, ללא קשר הדוק לנסיבות מקרה מסוים" (בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, [פורסם בנבו] פסקה 30 (28.4.2011) (להלן: עניין בר אילן); כן ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 249 (1999) (להלן: עניין צמח); ע"א 6426/13 קבוצת עזריאלי בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים [פורסם בנבו] (25.8.2014); בג"ץ 1853/02 נאוי נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות [פורסם בנבו] (8.10.2003) (להלן: עניין נאוי); להרחבה ראו יצחק זמיר "ביקורת שיפוטית בעניינים תיאורטיים" ספר סטיב אדלר 583 (2016) (להלן: זמיר)). כך הוא המצב למשל כאשר בית המשפט מתבקש להכריע בעניין כלשהו על בסיס עובדות מסוימות, אך אלו עובדות בכוח, כלומר עובדות משוערות (היפותטיות), שאין כל ביטחון כי יתרחשו, וייתכן שיתרחשו בצורה שונה (ראו זמיר, בעמ' 592; בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 33 (5.1.2012))...

115. במסגרת העתירות שלפנינו, חלק בלתי מבוטל מן הטענות והסעדים, עוסק איפוא בשאלות ספקולטיביות עתידיות המבוססות על "עובדות" (בלתי מבוססות) והנוגעות לפעולות עתידיות (או הימנעות מעשייתן, במבט צופה פני עתיד) של הרשות השלטונית. העותרים הציגו תיזות שונות אשר על בסיסן מבקשים הם לבקר פעולות בדבר חקיקה שטרם בשלה, סמכותה העתידית של הכנסת להתפזר, "הגבלת שיקול דעת" הרשות בקשר לפעולות עתידיות כגון פיטורי והימנעות מפיטורי שרים, מינויים של בכירים לשירות המדינה וכן תחיקה (או העדרה) במצב חירום. מובן כי רשימה זו אינה רשימה ממצה אלא באה לשם ההמחשה בלבד. המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא כי, לכל הפחות בכל הנוגע לסעדים ולעילות שפורטו (אך לא רק), דין העתירה להידחות על הסף מן הטעם שמדובר בעתירה מוקדמת מעל כל צל של ספק.

116. האמור לעיל נכון ביתר שאת בפרט בכל הקשור בהליכי חקיקה (חקיקת יסוד, חקיקה רגילה וכן התקנת תקנות). בית משפט נכבד זה קבע לא אחת, כי לא ייעתר לבחינתן של הליכי חקיקה בטרם יגיעו לסיומם וכי דין עתירות שכאלה להידחות. הלכה פסוקה היא כי בית משפט נכבד זה אינו נוהג

להתערב בהליכי חקיקה בטרם התגבשו הם לידי דברי חקיקה. עמדה על כך כב' הנשיאה ביניש בפסקה 3 לפסק דינה בבג"ץ 4302/09 לשכת עורכי הדין בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009):

"...הלכה ידועה היא כי למעט בנסיבות חריגות ביותר לא ייטה בית משפט זה להתערב בהליך החקיקה בכנסת בטרם השלמתו; וזאת על בסיס עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות, ומתוך תפיסה כי השלב הראוי לבחון את חוקתיותו של חוק מסוים ואת תקינות ההליך בו הוא נחקק הוא לאחר השלמת הליך החקיקה בכנסת..."

117. דברים דומים השמיע כב' השופט מזוז בבג"ץ 9327/17 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 10.12.2017), בפסקה 5 לפסק דינו:

"...הלכה פסוקה היא, עליה חזר בית משפט זה פעמים לא מעטות, כי ככלל בית משפט זה יימנע מלהתערב בהליכי חקיקה של הכנסת בעודם בעיצומם, ויבחן טענות נגד דבר חקיקה, לרבות באשר להליכי החקיקה, רק לאחר השלמת הליך החקיקה..."

118. הלכה זו מתחייבת מעקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות, ואף מההיגיון הבריא, שכן הניסיון מלמד כי הצעות חוק עוברות שינויים רבים לאורך הליכי החקיקה וכן לאור הצורך במיצוי הליך החקיקה והשימוש בכלים הדמוקרטיים בטרם הפניה הנמהרת לבית המשפט הגבוה לצדק. משכך, ביקורת שיפוטית מוקדמת ונמהרת עלולה לחבל בתהליך עיבודו הטבעי של החוק במסגרת הליך החקיקה, ולפגוע בעקרון הפרדת הרשויות, ולו רק כדי שלאחר מעשה יתברר שכלל לא היה צורך בדבר.

119. לעניין זה קבע כב' השופט מינץ, בפסקה 8 לפסק דינו בבג"ץ 491/18 עו"ד גיורא עפגין נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 8.4.2018):

"...אין כל הכרח כי נוסח תזכיר הצעת החוק במתכונתו הנוכחית הוא זה שיאומץ בסוף הליך החקיקה ויעוגן בספר החוקים. אדרבה, המדובר בשלב ראשוני בלבד, עוד בטרם קבלת הערות הציבור, קיום הדיונים בכנסת ובוועדותיה וכיוצא באלה. יש אפוא רגליים לסברה, כי נוסח התזכיר עשוי להשתנות עד להשלמת ההליך הפרלמנטרי. מטעמים אלה ולנוכח עיקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות, הרי שהשלב המתאים לבחון את חוקתיותו של חוק הוא לאחר השלמת הליך חקיקתו..."

120. טעמים אלו מבהירים היטב מדוע אל לו לבית המשפט הנכבד להתערב בהליכי חקיקה המצויים בחיתוליהם; קל וחומר, לעניין ההסכמות שקובעו בהסכם נשוא דנן, שבטרם יבשה הדיו מעליהן ואין הן אלא הליכי חקיקה בחיתוליהם שטרם מוצו לגביהם הליכי החקיקה.

121. אף בסוגיה הנדונה בפנינו, קבע כב' השופט י' עמית במסגרת החלטתו לדחות צו ביניים (בג"ץ 2594/20 החלטה מיום 23.04.2020) כי **"הצעת החוק עניינה בחקיקת יסוד. לגבי חקיקה רגילה הלכה פסוקה היא כי "ככלל, בית משפט זה אינו מתערב בהליכי חקיקה בעודם בעיצומם..."** אשר על כן, באותה החלטה דחה כב' השופט עמית את הבקשה למתן צו ביניים על הסף וללא הצורך בתגובה. הוא הדין בענייננו – דהיינו, דחיית הסעדים הנוגעים להליכי חקיקה על הסף.

להרחבה על עניין זה ראו גם: בג"ץ 761/86 **מיעארי נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מב(4) 868, פסקה 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק (1989); בג"ץ 7116/97 **יו"ר הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הכנסת**, פסקה 2 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.12.1997); בג"ץ 10270/07 **האגודה לזכויות החולה נ' הכנסת**, פסקה 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) מלצר (פורסם בנבו, 26.12.2007); בג"ץ 3863/13 **לב נ' ראש הממשלה**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 3.7.2013); בג"ץ 5744/19 **בן מאיר נ' ממשלת ישראל**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.9.2019).

122. לאור האמור לעיל, דין הטענות בדבר הוראות ההסכם הקואליציוני להידחות על הסף, בפרט בכל הקשור לטענות העותרים בדבר הליכי החקיקה והמינויים. מדובר אפוא בעתירה מוקדמת שנגקטה עוד בטרם מיצוי ההליכים, ובעת קיומם של סעדים חלופיים שונים לרשות העותרים. על כן, דין העתירות להידחות על הסף.

123. יתר על כן, כפי שנפרט להלן, דין טענות העותרים בדבר אי חוקיות ההסכם הקואליציוני להידחות גם לגופן.

2.ד היקף הביקורת השיפוטית בעניין הסכמים פוליטיים

124. מושכלות ראשוניים הם, כי היקף הביקורת השיפוטית שנוהג להפעיל בית משפט נכבד זה בעניינם של הסכמים פוליטיים הינו מצומצם ביותר. ראוי להזכיר בהקשר זה את עמדתו ההיסטורית של בית המשפט הנכבד, שראתה במחלוקות בעניין הסכמים פוליטיים **מחלוקות שאינן שפיטות כלל**. עמד על כך כב' השופט ויתקון בבג"ץ 313/67 **אברהם אקסלרוד, סגן ראש עיריית ירושלים נ' שר הדתות**, פ"ד כב(1) 80, 82 (1968):

"...בלאו הכי אין הסכם פוליטי כזה שפיט, וכל הרבותא שבו - ולכן גם עיקר נזקו אם הוא פסול - הוא בכוחו להשפיע על הרשות המקבלת ממנו את השראתה..."

125. על אף שהלכה זו השתנתה לימים בהלכות מאוחרות שיצאו לפני בית משפט נכבד זה, הרי שעדיין יש מקום להזכירה, בכדי לעמוד על מידת הזהירות הראויה בה יש לנהוג בהפעלת ביקורת שיפוטית על הסכמים פוליטיים, ותאמר - ההלכה השתנתה, אך השיקולים שעמדו ביסודה עודם בעלי משקל, ולא ניתן להתעלם מהם.

126. יפים לעניין זה דברי כב' המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749 (1991) ((להלן: "פרשת שמיר"), בפס' 6 לפסק דינו:

"...גם לדעתי אין להעלות בענייננו טענת חוסר שפיטות במובנה הגורף, אך ראוי הוא להזכיר השקפה "היסטורית" זו בדבר חוסר שפיטות בסוגיה דנן, משום שהמניעים שביסודה של השקפה זו עניין רב יש - גם כיום - לענות בהם, כפי שנעמוד על כך להלן..."

ובאותו מעמד צוין כי:

"...הטיפול המונע" שבחובת גילוי ההסכמים הפוליטיים ובחשיפתם של אלה למשפט הציבורי יש בו משום הכוונה ושיקול נכבד בקביעת הנורמות מתחום המשפט הציבורי, שעל בית המשפט ליישם, ובקביעת טיבן של נורמות אלה בבואו להיזקק להסכם הפוליטי ולדון בו. וכן יש בה בחובת פירסום זו כדי לאפשר לבית המשפט, במידה ניכרת, להימנע מדיון במאטריה שהיא פוליטית במהותה ובאופיה, דיון שאין בית המשפט שש לעסוק בו מפאת סיבות וגורמים שונים..."

127. ואכן, על אף שינוי ההלכה המוזכר, המשיך בית משפט נכבד זה, בפסיקותיו השונות, להתייחס בדחילו ורחימו להסכמים פוליטיים שסכסוכים בעניינם הובאו לפתחו, ולהפעיל כלפיהם ביקורת שיפוטית מצומצמת השמורה אך ורק למקרים קיצוניים ביותר.

128. כך למשל בבג"ץ 306/05 סיעת המפד"ל בכנסת נ' ממשלת ישראל – ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 21.8.2005), קבעה כבוד השופטת (כתוארה דאז) ביניש, בפס' 11-12 לפסק דינה, 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..." (ההדגשה אינה במקור, הח"מ).

(דברים דומים השמיעה כבוד השופטת פרוקצ'יה, בפס' 42 לפסק דינה בע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2010))

129. ודוק, כי לדברים האמורים אחיזה איתנה בעקרונות הפרדת הרשויות וחופש הפעולה הפוליטי, והשמירה עליהם מתחייבת מכוח כיבוד תפיסות היסוד של משטרנו החוקתי. לעניין זה קבע כב' הנשיא שמגר, בפס' 14 לפסק דינו בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995) (להלן: "עניין ולנר"):

"...בחינתו וניתוחו של ההסכם מחייבים שקילה של הערכים המתנגשים ושל השלכות אשר להסכם על מירקם החיים החוקתיים ועל הגשמת תפיסות היסוד החוקתיות. הוא הדין, ולא פחות מכך, בהכרעה בעניין התערבותו של בית המשפט. המענה לשאלה זו מחייב אף הוא מתן הדעת, מראש, למשמעות הדבר מבחינת כיבוד תפיסות היסוד של משטרנו החוקתי, אשר ביניהן כלולים גם, ראשית, קיום ושמירה של חופש הפעולה הפוליטי שהוא חלק אינטגרלי וחיוני בכל משטר דמוקרטי, ושנית, קיום הלכה למעשה של הפרדת הרשויות. הבאה בחשבון של כל הערכים והתפיסות שהן תכונות יסוד של חברה דמוקרטית, מחייבת לא רק יצירת בסיס לפעולה עצמאית ובלתי תלויה של בית המשפט, אלא גם איזון נכון בין הרשויות ומתן אפשרות לפעולתם החופשית של כוחות פוליטיים, המקדמים מטרותיהם, לעתים אף לפי תפיסות שאינן מקובלות על מי ששוקד על הגשמת ערכים דמוקרטיים מושלמים. חופש הפעולה הפוליטי הוא חלק חיוני של תפיסות המשטר שלנו, ושליחתו הבלתי זהירה עלולה לשנות מאופייה של הדמוקרטיה..."

130. המשיב יטען כי הסכמות הצדדים במסגרת ההסכם נשוא העתירות דנן, אינן כאלו שראוי לפגוע בהן בדרך של ביקורת שיפוטית. פגיעה כאמור תהווה סטייה חדה ולא מוצדקת במקרה זה מן

העקרונות שגובשו בפסיקה, שיש בה משום אי-כיבוד ניכר של תפיסות היסוד של משטרנו החוקתי. כאמור לעיל – את ההכרעה בעניין זה יש להותיר לתהליכים ולכוחות הפוליטיים בישראל, כדבריו של כב' הנשיא שמגר:

“...יש להותיר לחופש הפעולה המפלגתי-הפוליטי בדמוקרטיה את ההכרעה ואת הסקת המסקנות מהשפעתם של מצע או הסכם פוליטיים על תקינות הממשל, כל עוד אין בכך משום שחיתות המידות או עיוות מוסרי, או פגיעה מהותית בתקנת הציבור או בשלומן, וכל עוד אינם חלים הסייגים הערכיים האחרים שצוינו בסעיף 15 לעיל...”

לא בית המשפט הוא שצריך לחרוץ את הדין בכגון דא. בדמוקרטיה יש תהליכים אחרים שבהם מובעת הדעה על אופייה, מהותה ומטרתה של פעולה פוליטית...” [עניין ולנר, פס' 15-16 לפסק דינו של הנשיא שמגר].

131. מסקנה זו מתחייבת אף מאמות המידה לביקורת המצומצמת שהותנו בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, כפי שיוצגו להלן.

132. **בעניין ולנר** שהוזכר לעיל, בפס' 15-16 לפסק דינו, קבע כב' הנשיא שמגר כי לדידו, ראוי שהתערבות בית המשפט בהסכם פוליטי תיעשה על פי אמות המידה אשר נקבעו להתערבות בית המשפט במצע פוליטי, בהתאם לפגמים ולאיסורים הקבועים בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת “ואלו הם: (א) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (ב) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (ג) הסתה לגזענות.” כד לדבריו של כב' הנשיא שמגר:

“...במקרה כגון זה שלפנינו, שבו מדובר על הסכם בדבר קווי פעולה מתוכננים לעתיד של שתי מפלגות, המבחן אשר ראוי היה, לטעמי, שישמש קו מנחה לבית המשפט בבואו לשקול התערבותו הוא, אם רשימה, שהייתה מצהירה במצע הבחירות על מטרתה המדינית בנוסח ההסכם נושא דיונו, הייתה נפסלת על-פי הדין החל בכגון דא...”

133. עינינו הרואות, אפוא, כי בית המשפט הנכבד יימנע בדרך כלל מהפעלת ביקורת שיפוטית על הסכמים פוליטיים, תוך כיבוד עקרון הפרדת הרשויות ומתן חופש פעילות לזירה הפוליטית, אשר היא האמונה על בחינת הסכמים כאלה והביקורת עליהם. הימנעות זו מהתערבות, אמורה לחול במיוחד במקרה דנן, בו ההסכם בין הליכוד לכחול לבן, מהווה למעשה הסכם שמקים ממשלת אחדות בת 78

ח"כים (בהתאם להסכמים הקואליציוניים המסתמנים) לאחר משבר פוליטי חסר תקדים. התערבותו של בית המשפט הנכבד בהסכמים פוליטיים תיעשה אם כן אך ורק במצבי קיצון בהם ההסכם נוגד את עקרונות היסוד החוקתיים בישראל או סותר נחרצות את תקנת הציבור באופן מהותי. ברי, וכך גם יובהר באופן פרטני להלן, כי ההסכם הקואליציוני שהושם בביקורת בעתירות דנן, אינו מצדיק את התערבות בית המשפט הנכבד משאינו נוגד את עקרונות היסוד של המשפט החוקתי (אף אם פועל לשינויים), ואף לא סותר את תקנת הציבור במידה המצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד. גם שימוש בסיבות כגון "סותר את תקנת הציבור" ללא הנמקות אמיתיות, אין בהן כדי לאפשר את הפרת העיקרון החשוב של הפרדת הרשויות.

134. לחלופין, אף אם בית משפט נכבד זה יראה לנכון להתערב בתוכנו של ההסכם הקואליציוני, דבר שהמשיב מתנגד לו, עמדת המשיב הינה כי ההסכם הקואליציוני וכל תוכנו עומדים במתחם הסבירות. כידוע הביקורת השיפוטית היא משפטית, בית המשפט הנכבד אינו מחליף את שיקול דעת הרשות השלטונית, אלא שואל עצמו שמא מדובר בהחלטה חוקית הנופלת בגדרי מתחם הסבירות. (ראו בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** [25 עמ'], נא(3) 46 (1997) וכן יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך א - המינהל הציבורי (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) עמ' 138 וההפניות שם).

135. זאת ועוד, בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן את דעתו לכך, כי ההסכם הקואליציוני נשוא עתירה זו מהווה את הפתרון היחיד והבלעדי ליציאה מהמשבר הפוליטי הקשה והממושך אליו נקלעה מדינת ישראל בשנה האחרונה, ומן הראוי יהא לפרשו בדרך האפשרית המורה על קיומו מאשר זו המביא לבטלותו. כפי שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת שמיר:

"...פירוש זה ראוי הוא, שכן מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור בפירוש המקיים את ההסכם הפוליטי, תוך זחיית פירוש המביא לביטולו..."

3.ד. חוקיות הסעיפים בהסכם הקואליציוני

136. כאמור, עמדת המשיב היא כי ההסכם הקואליציוני על כל סעיפיו ונספחיו עומד בקנה אחד עם עקרונות היסוד של מדינת ישראל וכי אל לו לבית המשפט הנכבד להכניס עצמו אל הזירה הפוליטית ולהתערב בשיקול הדעת שהפעילה הרשות בנסיבות העניין. יחד עם זאת, ולמען הזהירות נפנה כעת להצגת תגובות פרטניות לטענות הספציפיות של העותרים כנגד סעיפי ההסכם הקואליציוני, כדלקמן.

טענות בדבר חקיקת יסוד (סעיפים 4, 12, 13, 17 ו-30)

137. העותרים טוענים כי בחקיקת תיקונים לחוקי היסוד, ההסכם הופך את סדרי השלטון במדינה וכי מדובר לשיטתם בפגיעה חוקתית. כפי שנראה להלן, טענה זו אינה מבוססת על אדנים משפטיים ודינה להידחות מכל וכל.

138. הלכה פסוקה היא במשפט הציבורי בישראל כי פגיעה חוקתית מתקיימת כאשר רשות ציבורית פועלת בניגוד לחקיקת היסוד. מנגד, שינויו של חוק יסוד אינו בגדר פגיעה חוקתית ואינו פסול לכשעצמו. יתר על כן, עקרון בסיס בשיטת משפטנו וכפי שקבע בית משפט נכבד זה, הוא כי אין פסול בשינוי הסדר חוקתי קיים בהסדר חוקתי חלופי, וזהו חלק מהמנדט אותו קיבלו נבחרי הציבור מבחוריהם. וראו בעניין זה את דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.05.2012):

"...הדיון המרכזי בכללים הנוגעים לשינוי או לפגיעה בחוקי היסוד נערך בפסק הדין בבג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי), בעיקר בחוות הדעת של הנשיא (בדימ') מ' שמגר והנשיא א' ברק. כידוע, בפרשה זו הכיר בית המשפט במדרג הנורמטיבי של החקיקה בישראל, במסגרתו מצויים חוקי היסוד במדרגה העליונה ביותר באותו מדרג. כנגזרת של ההכרה במעמדם העל-חוקי של חוקי היסוד, נקבע לראשונה בפרשת בנק המזרחי כי "ניתן לנקוט מעתה ואילך אמת מידה חקיקתית אחידה, אשר לפיה אין עוד שינוי של חוק יסוד כלשהו אלא בחוק יסוד" (שם, עמ' 272; הנשיא (בדימ') מ' שמגר). מאז מקובלת במשפטנו התפיסה לפיה שינוי של חוק יסוד יכול שיעשה רק בחוק יסוד אחר. שינוי של חוק יסוד משמעו "צמצומה או הרחבה, הוספה עליה או ביטולה" של זכות המוגנת בחוק היסוד (שם, עמ' 274; הנשיא (בדימ') שמגר). חוק משנה את חוק היסוד כשהוא סוטה מהותית ממנו בעניין מרכזי, עד כי נאמר שהחוק מכוון לשנות מעיקרו את ההסדר החוקתי. שינוי של חוק יסוד הוא למעשה קביעה של הסדר חדש תחת ההסדר הקבוע בחוק היסוד עצמו. לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר מקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים..."

139. יתר על כן, הרי שדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" טרם יושמה במשפט הישראלי, וברי, כי גם אין כל בסיס ליישמה בעתירה שבפנינו. פרופ' אהרון ברק כתב במאמרו (אהרון ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **מבחר כתבים ג - עיונים חוקתיים** (2017) עמ' 147), כי אין מקום ליישומה של הדוקטרינה במשפט הישראלי משטרם הושלם הליך כינון החוקה, וכי כל עוד לא הושלם ההליך, דוקטרינה זו תופעל במסגרת צרה יותר מהמקובל במשפט המשווה.

140. לא למותר לציין כי שינוי בהסדרים חוקתיים עם כינון הממשלה אינו פסול כשלעצמו, וכן אינו תקדימי וייחודי להסכם הקואליציוני המונח בפנינו. כך פועלים נבחרי הציבור, וכך פעלו ממשלות שונות במרוצת הזמן: לצורך ההמחשה, במסגרת ההסכם הקואליציוני לכינון הממשלה העשרים ותשע בראשות אריאל שרון הוסכם כי יתוקן חוק יסוד: הממשלה בעניין תקציב המדינה;¹⁰ בדומה, במסגרת ההסכם הקואליציוני לכינון הממשלה השלושים ואחת בראשותו של אהוד אולמרט נקבע כי יתוקן חוק-יסוד: הכנסת כך שיועלה אחוז החסימה;¹¹ ורבות הן הדוגמאות לשינויים חוקתיים במסגרת הסכמים קואליציוניים לקראת כינון ממשלה. כדוגמה לעניין זה ראו למשל פסיקתו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 09.07.2015), שם דחה בית המשפט הנכבד עתירה של מפלגת יש עתיד כנגד הרחבת הרכב הממשלה במסגרת כינון הממשלה.

141. טענה נוספת אותה מעלים העותרים נוגעת להליך החקיקה, המהווה לשיטתם כבילת הכנסת בלוחות הזמנים, לדידם לא יתאפשר דיון רציני ובפרט בשים לב כי מדובר בחוק יסוד. דין טענה זו להידחות. טענה זו נדונה זה מכבר בעיקרה בפני בית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 09.07.2015), על עניין זה בדיוק עמדה כב' הנשיא מ' נאור בפסק דינה:

"דומני כי המחלוקת האמיתית בין הצדדים נעוצה בפרק הזמן הקצר שבמסגרתו עבר התיקון. העותרת טענה נגד בהילות ההליך החקיקתי. אין חולק כי התיקון נחקק בהליך מזוהז, אשר ככלל אינו רצוי, ובפרט כאשר מדובר בחוק-יסוד. המשיבים טוענים כי הקצב המהיר שבו הושלם ההליך נבע מרצונו של ראש הממשלה המיועד להציג את ממשלתו על כל שריה בבואו לקבל את אמונה של הכנסת, וזאת בהינתן סד הזמנים הקבוע להצגת הממשלה בפני הכנסת. ביום 11.5.2015 הודיע יושב-ראש הכנסת לכנסת כי עלה בידי ראש הממשלה המיועד להרכיב ממשלה. משכך, היה על ראש הממשלה המיועד להציג את ממשלתו בפני הכנסת עד ליום 18.5.2015 לצורך כינונה (ראו: סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה).

¹⁰ main.knesset.gov.il/mk/government/documents/coal2001oneis.pdf

¹¹ main.knesset.gov.il/mk/government/documents/Coal2006avoda.pdf

היות וראש הממשלה המיועד ביקש לקבל את אמון הכנסת לממשלה המונה 21 שרים (ולא 19 שרים, כהוראת תיקון מס' 1), התעורר צורך דחוף כי התיקון מושא העתירה יאושר בכנסת טרם הצגת הממשלה וכינונה. לאחר עיון בטענות הצדדים, איני סבורה כי במקרה שלפנינו המהירות שבה נחקק התיקון מהווה פגם היורש לשורשו של הליך.

אכן, מעמדם של חוקי היסוד מחייב את "מירב שיקול הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם" (בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004)), אך יש לתת את הדעת גם לאילוצי חוסר הזמן האמורים ואין זה ברור כלל כי הצגת ממשלה חלקית לאמון הכנסת הייתה עדיפה בענייננו. לא זו אף זו: בתגובת המשיבים 1-3 פורט בהרחבה הליך החקיקה שעבר התיקון, וצורפו הפרוטוקולים הרלוונטיים. עיון בהם מלמד כי חרף פרק הזמן הקצר, התנהלו לגבי התיקון – הכולל שני הסעיפים – דיונים ערים וארוכים בוועדה המסדרת, בוועדה המיוחדת ובמליאת הכנסת. במסגרת דיונים אלה נשמעו עמדותיהם של חברי הכנסת שהתנגדו לתיקון, כמו גם עמדותיהם של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט ושל הייעוץ המשפטי לכנסת. לא ניתן לומר כי בענייננו לא הייתה לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת התיקון (ראו והשוו: עניין ארגון מגדלי העופות, עמוד 50; עניין לשכת רואי החשבון, פסקה 9 לפסק דיני). ואחרי ככלות הכל – אין המדובר בדבר חקיקה מורכב וסבוך."

142. כפי שסקרנו לעיל, כך גם פעלה ממשלת האחדות בראשות שמעון פרס ויצחק שמיר בשנות השמונים עת שינתה את ההסדר החוקתי הקיים לצורך כינונה של ממשלת אחדות פריטטית (או "דו-ראשית" כלשון העותרים). וראו בעניין זה את דבריו של שמעון שטרית בספרו (שמעון שטרית, הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה (כרכים א-ב, מסדרת פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, 2018, עמ' 330):

"...סעיף 5 (ד) הוכנס לחוק היסוד מתשכ"ח, בתיקון שנחקק ב-1984 (התשמ"ד). מטרת התיקון לא הייתה קונסטיטוציונית אלא פוליטית. ערב הרכבת ממשלת האחדות והסכם הרוטציה ביקשו שמעון פרס, יו"ר המערך, ויצחק שמיר, יו"ר הליכוד, ליצור מוסד של ממלא מקום ראש הממשלה שיאוּש בידי שמיר כאשר פרס יהיה ראש הממשלה, ובידי פרס, כאשר שמיר יהיה. בדברי

ההסבר נאמר שהמצב הקיים בחוק היסוד הוא שיש סגני ראש 62 ראש הממשלה. הממשלה, אך אין להם סמכות מתוקף תפקיד זה, והוספת התפקיד של ממלא מקום ראש הממשלה תאפשר להסמיך שר למלא את תפקידי ראש הממשלה אם הוא נעדר מהארץ או, זמנית ש נבצר ממנו למלא את תפקידו..."

וכך הציג שר המשפטים דאז מ' נסים את הצעת חוק-יסוד: הממשלה בפני מליאת הכנסת:

"...תוקפה היום הוא כפול ומכופל משום שהיא באה כעת שאנחנו עומדים לכוון, ברצות השם, ממשלת אחדות לאומית, המבוססת על שוויון ואיזון בין שני המחנות הגדולים במדינת ישראל. לכן ראוי לתת ביטוי למעמד של שני האישים העומדים בראש המחנות הללו האחד ראש הממשלה והאחד ממלא מקום ראש הממשלה ולתת בידיהם סמכויות נאותות..."

ודוק: הלכה למעשה, ראש הממשלה החלופי במקרה דנן קיבל חיזוק נוסף ומשמעותי על מעמד ממלא מקום ראש הממשלה בממשלת האחדות דאז. דור דור וההסכם שמלווה אותו.

143. לממלא מקום ראש הממשלה בממשלת האחדות בראשות פרס ושמיר ניתנו סמכויות רחבות ביותר במסגרת ההסכם הקואליציוני דאז, וזאת על ידי הדרישה לקבלת הסכמת ממלא מקום ראש הממשלה לצורך הפעלת סמכויות שונות המצויות בידי ראש הממשלה, וביניהן:

א. הסכמת ממלא מקום ראש הממשלה נדרשה לצורך העברת שר מכהונתו (יוער כי, מכוח קל וחומר, הלה חל גם על העברת ממלא מקום ראש הממשלה עצמו מכהונתו), ומנגד נקבע כי ראש הממשלה "ישתמש בסמכותו" להעברת שר עת נתבקש לעשות כן על ידי ממלא מקומו.

ב. כמו כן, נדרשה הסכמת ממלא מקום ראש הממשלה אף לצורך ניהול עניינים שוטפים הקשורים למדיניות, התיישבות וביטחון.

ההסכם הקואליציוני דאז קבע, כי יוקם קבינט אשר ידון בנושאים המדיניים, ההתיישבותיים והביטחוניים המופיעים בקווי היסוד של הממשלה, עת הסמכות לקבלת החלטות בקבינט ניתנה במקביל לראש הממשלה ולמלא מקומו כדלקמן:

נקבע כי "תידרש גם הסכמת ממלא מקום ראש הממשלה בנוסף לראש הממשלה" לצורך קבלת החלטה בקבינט וכי "ראש הממשלה יהיה רשאי להביא את הנושא לדיון בממשלה רק בהסכמת ממלא-מקומו", כן נקבע כי "לא יועבר הנושא להכרעת מליאת הממשלה, אלא בהסכמה משותפת של ראש-הממשלה וממלא-מקומו".

עוד נקבע באופן ספציפי בקווי היסוד של הממשלה, כי "במשך תקופת כהונתה של ממשלת האחדות לא יחול שינוי בריבונות ביהודה, בשומרון ובחבל-עזה, אלא בהסכמת המערך והליכוד".

144. אם כן, בענייננו, הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – ממשלת חילופים) (280/23/פ) מבקשת להסמיך את ראש הממשלה החלופי להפעלת סמכויות שונות המצויות בידי ראש הממשלה כגון סמכויות להעברת שרים בעלי זיקה לראש הממשלה החלופי, התקנת תקנות שעת חירום ופיזור הכנסת. כן מוצע לקבע את מעמדו של ראש הממשלה החלופי ככזה ובכך לשוות מעמדו לראש הממשלה ולא לשר חלופי. רוצה לומר: סיעות הליכוד וכחול לבן, מבקשות לקבוע בחוק יסוד הסדרים שיקלו על כינון ממשלת אחדות רוטציונית בעתיד.

145. טענה נוספת של העותרים בעניין חקיקת חוק יסוד: הממשלה הינה, כי שריון חוק-יסוד: הממשלה ברוב של 75 חברי כנסת עולה לכדי כבילת שיקול דעת הכנסת. ברי כי אין בסיס לטענה זו. לכנסת בכובעה כרשות מכוונת הסמכות לשריין את חקיקת היסוד ורבות הן הדוגמאות לחוקי יסוד משוריינים. מדובר בהחלטת הריבון, הכנסת כרשות מכוונת, ואין להתערב בהחלטה זו.

146. מובן אם כן, כי שינוי בהסדר החוקתי במסגרת חקיקת יסוד הינו אקט חוקתי העומד לחלוטין בתקנת הציבור. יצוין, מעבר לצורך, כי בנסיבות העניין, התיקון המבוקש בחוק-יסוד: הממשלה אף מהווה הסדר חוקתי סביר וראוי, ומכל מקום הוא בגדר סמכותם המלאה של חברי הכנסת ואין כל מקום להתערבות בענין זה.

147. עוד טוענים העותרים (במסגרת בג"ץ 2594/20) כנגד סעיף 30 להסכם הקובע, כי הממשלה תביא לאישור הכנסת תקציב דו-שנתי. לשיטתם, סעיף זה הינו בניגוד לחוק-יסוד: הממשלה ובניגוד לבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017, להלן: "בג"ץ המרכז האקדמי"). דין טענה זו להידחות ממספר טעמים, כדלקמן:

ראשית, יוער, כי העתירה בבג"ץ המרכז האקדמי כלל לא עסקה בנושא זה לגופו של עניין. שנית, העמדה העקרונית שהביע בית המשפט הנכבד שם הייתה כי אין מקום לשלול אפריורית מעבר לתקציב דו-שנתי. כך לדברי כבי' השופט נ' הנדל:

"...עם זאת, בניגוד לדרישה הבסיסית כי התקציב ייקבע בחוק – עליה נאמר שהיא "מבטאת עקרונות יסוד במשטרנו הדמוקרטי – עקרון הפרדת הרשויות והצורך בפיקוח של הכנסת על פעילות הממשלה" (בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 22 (13.8.2017) (להלן: עניין שפיר)), קביעת תקציב שנתי אינה תולדה הכרחית של עקרונות יסוד אלה – ויש לזכור כי "הכלל, אפילו ששורשיו טמונים בהיגיון, עדיין יצמיח שוליים של שרירות, שאין מנוס מהם" (כלשונו של חברי המשנה

לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] פסקה 6 (1.4.2007)). גם אם אין להסכין עם מעבר לתקציב ארבע-שנתי – ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה – וגם אם גיבוש תקציב שנתי מעוגן בחיי המשק ובחיי הפרט, אינני סבור כי עתירה זו הניחה בסיס לשלילת האפשרות של מעבר לתקציב דו-שנתי. לשון אחר, לא זו הנקודה בעתירה זו...

שלישית, בנסיבות המשבר הכלכלי יוצא הדופן שפקד ופקד את מדינתנו אך לאחרונה, מדובר בתיקון ראוי ונדרש (בין אם מדובר בתיקון באמצעות חקיקת יסוד ובין אם באמצעות הוראת שעה), העומד בקנה אחד עם עמדת בית משפט נכבד זה, כפי שהובעה בבג"ץ המרכז האקדמי. וראו לעניין זה את דברי כב' השופט י' דנציגר:

"...בד בבד, ברצוני להציע ולחדד כי אם ייווצר (פעם נוספת) מצב שבו – יוחלט שלא יתוקן חוק יסוד: משק המדינה ועם זאת, יחול - חלילה - נסיבות חריגות (מלחמה, משבר כלכלי חריף או בחירות פתאומיות), ייתכן ויהא מקום לקבוע כי התראת הבטלות לא תחול על הוראת שעה כאמור, ככל שתחוקק. אין בדבריי אלה כדי לרמוז כי מן הראוי יהיה לחוקק הוראת שעה כאמור בכל אחד מן המצבים דלעיל, אלא כל כוונתי לכך שבנסיבות חריגות, אשר ייתכן ויצדיקו הוראת שעה, להבדיל מתיקון של קבע, לא תיכנס התראת הבטלות לתוקף. הא ותו לאו. זאת, על מנת שלא לכבול את יכולתה של הרשות המכוננת להתמודד עם מצב דברים בלתי צפוי בטרם היה סיפק בידה לתקן את חוק יסוד: משק המדינה (ככל שתחפוץ בכך) וכן, על מנת שלא לכבול את ידיו של בית משפט זה, בהרכב עתידי כלשהו, היה ותובא בפניו עתירה התוקפת הוראת שעה היפותטית כאמור..."

148. טענה נוספת אותה מעלים העותרים (במסגרת בג"ץ 2594/20) מופנית כנגד סעיפים 12 ו-13 להסכם ובהם הסכמות הצדדים בדבר מספר השרים וסגני השרים שיתמנו בממשלת החירום והאחדות הלאומית. ראשית כל יש לציין כי מלבד אמרה סתמית כי "הוראת סעיפים 12 ו-13 (א) להסכם, הקובעות מספר גבוה ביותר של שרים וסגני שרים שיכהנו בממשלה, תוך פגיעה ביחס שבין - הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, בעבודת הממשלה ובעבודת הכנסת גם יחד." דינן בטלות, העתירה בעניין זה אינה מבוססת על אדנים משפטיים.

149. סעיף 5 (ו) לחוק-יסוד: הממשלה המגביל את הרכב הממשלה לתשעה עשר חברים קובע מפורשות כי בסמכות הכנסת להגדיל את הרכב הממשלה (אף מעבר לתשעה עשר חברים כאמור) ברוב של שבעים חברי הכנסת. כידוע, שבעים ושמונה חברי כנסת צפויים (לפי ההסכמים הקואליציוניים המסתמנים) לתמוך בהקמת ממשלת האחדות על פי ההסכם הקואליציוני וצפויים להביע אמון בממשלה הנכנסת. כבר עתה עולה אם כן מסקנה כפולה: ראשית, כי מדובר בעתירה מוקדמת; ושנית, כי אין כל מניעה חוקתית להרחיב את הרכב הממשלה בתמיכתם של שבעים חברי כנסת, ואף יותר. הצדדים מעוניינים פשוט להסיר את המגבלה האמורה כבר בחוק היסוד משום שהיא מערערת את היציבות השלטונית.

150. בחינת ההיסטוריה החקיקתית מעלה את המסקנה הזוהה, לפיה הכנסת בכובעה כרשות המכוננת ביקשה לאפשר לקואליציה כה רחבה (המונה לפחות שבעים חברי כנסת) גמישות בעניין הרכב הממשלה וכך שזו תוכל להגדיל את מספר חברי הממשלה. ביום 22.06.2013 הוגשה לשולחן הכנסת הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות), אשר ביקשה להגביל את מספרי חברי הממשלה לתשעה עשר, בנוסחו כדלקמן: "בסעיף קטן (א), בסופו יבוא "מספר חברי הממשלה, לרבות ראש הממשלה, לא יעלה על 19"; יחד עם זאת, במהלך הליך החקיקה, הוחלט לאפשר לקואליציה (גדולה במיוחד) להחליט על הגדלת הרכב הממשלה, כך שנוסחה הסופי של ההצעה שהובאה לאישור הכנסת ביום 10.3.2014 כלל את הוספת הסיפא של סעיף 5 (ו) כדלקמן: "מספר חברי הממשלה, ובכלל זה ראש הממשלה, לא יעלה על 19 אלא אם כן הביעה הכנסת אמון בממשלה או החליטה לאשר צירוף שרים לממשלה, ברוב של שבעים חברי הכנסת לפחות."

וכך הציג זאת בפני מליאת הכנסת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז ח"כ דוד רותם (פרוטוקול דברי הכנסת הישיבה המאה-ועשרים-וחמש, הכנסת התשע-עשרה (10 במרס 2014):

"...נתנו את דעתנו לשיקולים קואליציוניים וקיבלנו את הטיעון שכשהקואליציה גדולה במיוחד צריך לאפשר גמישות רבה יותר לגבי הרכב הממשלה. לכן ההצעה קובעת שאם הממשלה מאושרת או שהשרים מצורפים ברוב של 70 חברי הכנסת לפחות, תוסר ההגבלה וניתן יהיה למנות שרים רבים יותר. אנו מקווים שההרגל של ממשלה קטנה ישפיע לטובה גם כשהקואליציה גדלה, ולא תהיה הגזמה בעניין זה..."

ודוק: מקום בו החוק מסמיך את הכנסת לפעול כן במפורש (והייתה זו כוונתו המפורשת של המכונן), הכיצד ניתן לטעון כי מדובר בסעיף בלתי חוקי הנוגד את עקרונות היסוד? יתר על כן, מדובר על תיקון שנערך רק לפני מספר שנים ולא נהגו לפיו. האם העובדה שלא נהגו לפיו ותיקנו אותו מידי הקמת ממשלה אין משמעו שיש לתקן את חוק היסוד (שתוקן אף הוא בזמנו לפי דרישה קואליציונית?).

151. יתר על כן, בית משפט נכבד זה **דחה עתירה דומה בעיקרה** אך לאחרונה במסגרת בג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 09.07.2015), בית משפט נכבד זה דחה את העתירה בעניין חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3 והוראת שעה לכנסת ה-20), אשר הסיר את המגבלה על מספר השרים וסגני השרים בממשלה והרחיב למעשה את הרכב הממשלה וכן השיב את הסמכות למנות שר בלי תיק. בית המשפט הנכבד פסק, כי בהליך חקיקת התיקון לא נפלו פגמים המצדיקים התערבות שיפוטית. בפסק דינה עמדה כב' הנשיאה (בדימ') מ' נאור כי בנסיבות העניין, לאור הצורך הדחוף להציג את הממשלה בפני הכנסת עלה אף הצורך בתיקון דחוף לחוק-יסוד: הממשלה, כך לדברי הנשיאה:

"...ביום 11.5.2015 הודיע יושב-ראש הכנסת לכנסת כי עלה בידי ראש הממשלה המיועד להרכיב ממשלה. משכך, היה על ראש הממשלה המיועד להציג את ממשלתו בפני הכנסת עד ליום 18.5.2015 לצורך כינונה (ראו: סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה). היות וראש הממשלה המיועד ביקש לקבל את אמון הכנסת לממשלה המונה 21 שרים (ולא 19 שרים, כהוראת תיקון מס' 1), התעורר צורך דחוף כי התיקון מושא העתירה יאושר בכנסת טרם הצגת הממשלה וכינונה. לאחר עיון בטענות הצדדים, איני סבורה כי במקרה שלפנינו המהירות שבה נחקק התיקון מהווה פגם היורש לשורשו של ההליך..."

152. וכן, לגופו של עניין העירה כב' הנשיאה כי שינוי בהרכב הממשלה אינו עולה לכדי פגיעה חוקתית בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי או בזכויות אדם, בזו הלשון:

"...איני סבורה כי המקרה שלפנינו נמנה עם אותם מקרים המצדיקים התערבות בחקיקת-יסוד. הוראת השעה בענייננו נוגעת לסוגיה שעיקר השלכותיה תקציביות-מינהליות – מספרם המירבי של שרים וסגני שרים בממשלה. אין מדובר בפגיעה בזכויות אדם. אף לא מדובר, לדעתי, בפגיעה בעקרון יסוד של משטרנו הדמוקרטי"....

153. האמור לעיל בהקשר של תיקון חוקתי וקביעת הסדר חדש תחתיו, חל אף על סעיפים 17א ו-17ב להסכם הקואליציוני. הסדר חוקתי זה הידוע בכינוי "החוק הנורבגי" הונהג בשיטת משפטנו בשנים האחרונות (והיה בתוקף, בשינויים, ערב הבחירות לכנסת העשרים ואחת). ביום 30.7.15 התקבל בכנסת "החוק הנורבגי הקטן" (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 42 והוראת שעה)), הקובע כי שר או סגן שר יוכלו להפסיק את חברותם בכנסת, וכי חברותם תתחדש, בין היתר, אם יחדלו מתפקידם

המיניסטרטריאלי, או כאשר השר או סגן השר וחבר הכנסת שנכנס במקום יודיעו יחד ליושב ראש הכנסת על חידוש חברותו של השר או סגן השר והפסקת חברותו של חבר הכנסת האחר. על אף טענות העותרים, "החוק הנורבגי" אותו מבקש ההסכם הקואליציוני להעביר בחקיקת יסוד, מהווה הסדר חוקתי נאות הבא להיטיב עם בית המחוקקים, כאשר בין מטרותיו העיקריות של החוק הינה מחד, לאפשר לשרי הממשלה להתמקד בעבודתם בתור שרים, ומאידך, לאפשר לחברי הכנסת עצמאות מרבית וייצוגיות הולמת בבית המחוקקים. (ראו דברי הסבר ה"ח הממשלה תשע"ה מס' 940 עמ' 884; וראו גם פרוטוקול מס' 78 של ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה בהסכמה רחבה, הכנסת השש-עשרה מושב שני (22.10.2003) ובפרט דבריו של פרופ' דן אבנון). הלכה למעשה, ההצעה עומדת בעקרונות היסוד החוקתיים של משפטנו, עת מוצע כי המועמד שיהיה לחבר הכנסת, במקום שר שהתפטר מחברותו בכנסת, יהיה מבין חברי רשימת המועמדים, שאושרה על ידי וועדת הבחירות המרכזית שבמסגרתה התמודד אתו השר שהתפטר מחברותו בכנסת. המנגנון המוצע מבקש אפוא לשמור על יחסי הכוחות בין רשימות הכנסת בעת הגשת הרשימות ואישורה על ידי וועדת הבחירות לכנסת, זאת עת המועמד אשר יהא זכאי להתמנות כחבר כנסת במקומו של השר יהיה חבר הכנסת ברשימת המפלגה של אותו שר, שבמסגרתה הוא נכלל ברשימה בכנסת. הצורך בכינון מנגנון שכזה עלה לאור השינויים הסיעתיים שאירעו בסיעות הכנסת.

154. טענות העותרים כנגד סעיף 8 להסכם הקובע הוראות בדבר פיזור הכנסת, לפיהם יש בסעיף משום "הטלת מורא על בית משפט נכבד זה", הינן טענות מופרכות ומשוללות כל יסוד, הן בעובדה והן במשפט. כל מטרותיה ומהותה של ההוראה הקבועה בסעיף 8 מונעת משיקולים פוליטיים וקואליציוניים ו"מחיריהם" של אותם שיקולים, הנוגעים ליחסי הכוחות של הצדדים להסכם. האם במקרה בו בהסכם למכירת דירה בין ראובן לשמעון, הוכנס תנאי לפיו במקרה שבית המשפט לא יאשר את המכירה ההסכם בטל, גם יאמרו העותרים כי מטרת הסעיף הינה להטיל מורא על בית המשפט?!

מעבר לכך, הסעיף אינו נוגד את הדין החוקתי. כפי שקבע בית משפט זה אך בחודש יוני האחרון (בג"ץ 3747/19 עו"ד יצחק אבירם נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 18.06.2019)), סמכות הכנסת מכוח סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת הינה סמכות חוקתית מפורשת ומוחלטת, אשר אינה מוגבלת בשיקול דעתה על הנסיבות או העילות לפיזור. לכנסת הסמכות החוקתית הרחבה והגורפת לפזר עצמה בכל עת ומכל סיבה, "לרבות בעיצומם של הליכים להקמת ממשלה חדשה". יצוין כי, כפי שפירט זאת כב' השופט עמית בפסק דינו, פרשנות זו עומדת בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית, תכלית חוקי היסוד וכוונת הכנסת בתור רשות המכוננת. וכפי שסיכם כב' השופט עמית בפסק דינו:

"...ניתן לסכם ולומר כי החוק לפיזור הכנסת, שעבר ברוב של 74

חברי כנסת, התקבל בהתאם להוראות חוק יסוד: הממשלה וחוק

יסוד: הכנסת. לפיכך, בהעדר כל אחיזה, ולו מינימאלית, לטענה כי

לפנינו דבר חקיקה הסותר הוראה בחוק יסוד, נשמט הבסיס תחת

טענת העותרים כי החוק בלתי חוקתי וכי דינו להתבטל..."

והוא הדין בענייננו.

155. מעבר לאמור לעיל בדבר סמכות הכנסת לפיזורה, מעלים העותרים טענות בדבר הארכת כהונת הממשלה. כידוע חוק יסוד: הכנסת קובע בסעיף 8 כי "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה." בהתאם לכך, ובהנחה כי הממשלה מקבלת את אמון הכנסת, המנדט שניתן לממשלה הינו למשך תקופה של ארבע שנים. בסעיף 1(ב) ו-1(ג) להסכם הקואליציוני נקבע כי "הבחירות לכנסת ה-24 תתקיימנה ביום שלישי הראשון שלאחר תום 36 חודשים מיום כינון הממשלה" כמו כן נקבע, כי במידה ויחליטו הצדדים להשאיר את תאריך התפזרותה החוקי של הכנסת ה-23, כפי שהוא קבוע בחוק על כנו, יוכלו עד תום שנתיים וחצי ממועד השבעת הממשלה ה-35 להאריך את תוקפו של הסכם זה בהסכמה ולתקופה, **שלא תעלה על המועד הקבוע** בחוק כמועד התפזרותה של הכנסת ה-23, ברוב של 75 חברי כנסת". **הארכת כהונת הממשלה כאמור נעשית בגדרי המנדט הניתן לה על פי עקרונות היסוד החוקתיים ומשכך אין באמור משום סטייה מהדין.**

טענות כנגד ממשלה דו גושית (סעיפים 4, 21, 22, 26 ו-31)

156. ההסכם הקואליציוני, כחלק מהסכמות הצדדים לפעול למען ממשלת אחדות, קובע כי הממשלה תהיה ממשלה פריטטית. העותרים טוענים כנגד חוקיותם של מספר סעיפים הקובעים חלוקה פריטטית בין הגושים בממשלה בטענתם כי מדובר בפגיעה חוקתית וכן פגיעה בתקנת הציבור. בין היתר, טוענים העותרים כי שיטת ממשל זו מגבילה את שיקול דעת הממשלה ואת סמכותה שלא כדין וכן יש בה בכדי להגביל את ריבונות הכנסת. (העותרים מפנים טענותיהם בעניין זה כנגד הסעיפים הבאים: סעיף 21 העוסק בחלוקה בוועדת שרים לחקיקה; סעיף 26 להסכם המבטא הסכמת הצדדים למינוי שני חברי כנסת לוועדה למינוי שופטים; סעיף 31 המחלק את סמכויות הגושים למינוי בכירים בשירות הציבורי; וסעיף 4(ד) העוסק במינויים ופיטורים של שרים).

157. ראשית לכל, יטען המשיב כי ההסכם הקואליציוני אינו מגביל את ריבונותה וסמכויותיה של הכנסת כלל ועיקר. באופן זהה, הוראות ההסכם אינן פוגעת במעמדה של האופוזיציה בכנסת וברשותה כלים פרלמנטריים רבים להפעלת סמכויותיה ותפקידיה שבדין, ולרבות הפיקוח על הממשלה הנכנסת. בין הכלים הפרלמנטריים, אשר על אף טענות העותרים עודם מצויים ברשות האופוזיציה, נמצאים **הצעות חוק פרטיות, שאילתות, הצעות לסדר היום, נאומים בני דקה, הצעת אי אמון בממשלה ועוד.**

158. כידוע, ההסכם הינו "הסכם קואליציוני" וככזה, כל עיקרו הוא הסכמה קואליציונית, בין הצדדים, לפעול תוך שיתוף פעולה מלא ביניהם. המוסד הקואליציוני, ובכלל זה המשמעת הקואליציונית, הינם חלק בלתי נפרד משיטת הדמוקרטיה הפרלמנטרית הנהוגה במדינת ישראל:

"בהתאם לשיטתנו הפרלמנטרית הממשלה מוקמת אך לאחר שהכנסת הביעה בה אמון (סעיף 13 (ד) לחוק יסוד: הממשלה), וכן מסורה לכנסת האפשרות להביע אי-אמון בממשלה, ברוב חבריה, באופן שיוביל לכינונה של ממשלה אחרת (סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה); מכאן, כי באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פחותה, ובמיוחד נוכח הנוהג שהשתרש של "משמעת קואליציונית", במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 746; וראו גם בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה [פורסם בנבו] (2016), פסקה ק"כ לפסק דיני). הדבר מעוגן בהסכמים קואליציוניים, וככל שאין החרגה מחויבים בהם חברי הכנסת."

(בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 06.09.2017)

159. מנגנון המשמעת הקואליציונית קיים בממשלות ישראל עוד משנותיה הראשונות של מדינתנו, בשמו דאז "אחריות משותפת". כך למשל כבר בהסכם הקואליציוני לכינון הממשלה התשיעית בראשות דוד בן גוריון נקבע כי "האחריות המשותפת תחייב כל חברי הממשלה והסיעות הקואליציוניות להצביע בכנסת בעד כל החלטות הממשלה והחוקים שיוצעו על ידה לכנסת. כך נקבע גם בהסכמים הקואליציוניים לכינון הממשלות החמש עשרה ושש עשרה בראשות גולדה מאיר, הממשלה השבע עשרה בראשות יצחק רבין, ולמעשה, **בכל ממשלה**. (ראו קווי יסוד והסכמים קואליציוניים, אתר הכנסת¹²).

160. הנה כי כן, אין בהסכם הקואליציוני משום הגבלת ריבונותה או סמכויותיה של הכנסת שלא כדין.

161. בית משפט נכבד זה קבע זה מכבר בפרשת שמיר כי הסכם קואליציוני המגביל שימוש עתידי בסמכות שלטונית כלשהי **אינו בטל ואינו פסול לכשעצמו**, וראו דברי בית המשפט הנכבד שם:

¹² main.knesset.gov.il/mk/government/Pages/CoalitionAgreements.aspx

"...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..."

162. כן קבע בית המשפט הנכבד בפסיקתו כי השאלה שצריכה להישאל בעניין זה הינה: "האם יהא זה שיקול ענייני שעה שתופעל הסמכות בעתיד, אם הממשלה וראש הממשלה יקחו בחשבון שיקוליהם את ההתחייבויות שהם נטלו על עצמם או שסיעות נטלו על עצמן, והכלולות בהסכם הפוליטי?".

בהקשר זה ראו דברי כב' השופט (כתוארו דאז) ברק בפרשת שמיר:

"...כוחו ותוקפו של ההסכם הפוליטי אין משמעותם שהם באים להחליף את מערכת השיקולים שבעל הסמכות חייב לקחתם בחשבון במסגרת החוק המסמיך. מסקנה כזו נוגדת את הוראותיו של החוק המסמיך וסותרת את חובתו של בעל הסמכות השלטונית לפעול במסגרת דל"ת אמנות 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 מיגוון השיקולים, שהוא לוקח בחשבון בעת הפעלת הסמכות. המשקל אשר יינתן לשיקול ההסכמי נקבע על-פי מטרת החקיקה שיצרה את הסמכות השלטונית ועל-פי תכליתה שלה..."

163. בעניין זה, לא ניתן אלא לחזור שנית על עיקריו של ההסכם הקואליציוני התקדימי לכינונה של ממשלת האחדות בראשות שמעון פרס ויצחק שמיר, אשר קבע דה פקטו כינונה של ממשלה פריטטית. בין יתר הוראות ההסכם, נקבע כי יהיה שוויון במספר השרים בין המערך לבין הליכוד; נקבע כי ראש הממשלה לא ישתמש בסמכותו להעברת שרים מתפקידם, אלא בהסכמת ממלא מקום ראש הממשלה, למעט אם אותו שר נמנה במחנהו של ראש הממשלה. כן נקבע כי ראש הממשלה יפעיל סמכותו להעברת שרים לפי בקשת ממלא מקומו (בדומה לסעיף 4(ג) להסכם דנן); וכן נקבע כי חלוקת המושבים בקבינט הביטחוני תהיה שווה וכן כי מקום בו הקבינט נחלק בדעותיו, לא תועבר ההחלטה למליאת הכנסת, אלא בהסכמה משותפת של ראש הממשלה וממלא מקומו (בדומה לסעיף 21 להסכם דנן). כמו כן, במהלך תקופת כהונת ממשלת האחדות בחרה הכנסת בשני חברי כנסת מטעם הקואליציה כנציגים בוועדה לבחירת שופטים (בדומה לסעיף 26 להסכם דנן).

164. סעיף 21 להסכם הקואליציוני קובע, כי יו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה ימונה מטעם גוש כחול לבן וממלא מקומו ימונה מטעם גוש הליכוד, כן קובע הסעיף כי סדר יום הוועדה ייקבע בהסכמת הגושים. על אף טענת העותרים, אין בהוראות הסעיף משום פסול וברי כי אין לפסולו, בהיותו סביר וראוי. כפי שציינו לעיל, הסדר שכזה הוא הסדר שהונהג לא אחת בממשלות העבר בקונסטלציות שונות, כאשר נקבע כי גוף פלוני ינוהל בהסכמתם המשותפת של שני גופים (ראשי סיעות או גושים). כך למשל הראינו, כי כך קבע אף ההסכם הקואליציוני שכונן את ממשלת האחדות הלאומית בשנות השמונים בהנהגת פרס ושמיר – שם חולקו הן המושבים והן הסמכות להעברת החלטה למליאת הכנסת בהסכמתם המשותפת של הגושים. סיכום זהה היה גם בממשלה האחרונה, עת שרת המשפטים איילת שקד היתה יו"ר ועדת השרים לחקיקה וממלא מקומה היה שר התיירות יריב לוין. יתר על כן, כפי שנסקר לעיל, הלה עולה בקנה אחד עם פסיקתו הנרחבת של בית המשפט העליון בדבר הגבלת סמכויות הממשלה בגדר הסכמים קואליציוניים אשר קבעה, כי הגבלה כאמור אינה פסולה לכשעצמה וכי אין להורות על בטלותה (ראו בהרחבה לעיל). לאור האמור לעיל, ובפרט משום שהאמור עומד בפסיקת בית משפט נכבד זה, עמדת המשיב הינה כי מדובר בסעיף חוקי וראוי וכי אין לקבוע שסעיף זה נגוע באי חוקיות.

165. סעיף 26 להסכם המבטא הסכמת הצדדים למינוי שני חברי כנסת לוועדה למינוי שופטים, אחד מכל גוש, עומד בקנה אחד עם תקנת הציבור ובוודאי עם הוראות חוק-יסוד: השפיטה הקובע כי הכנסת תמנה שני חברי כנסת, חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 הקובע כי "הכנסת תבחר בבחירה חשאית את שני חברי הכנסת שיכהנו כחברי הוועדה; ...".

166. אכן, במרוצת השנים, חברי האופוזיציה בכנסת ניסו לייצר "מנהג חוקתי" ואף פעלו לתיקון החקיקה, כך שיובטח מקומם כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. כך הונחו על שולחן הכנסת העשרים הצעות חוק שונות בעניין זה: על ידי חבר הכנסת עיסאווי פריגי וקבוצת חברי הכנסת (פ/4071/20 וכן פ/3074/20), על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון (פ/3467/20), על ידי חברת הכנסת ציפי לבני (פ/3469/20); ועל ידי חבר הכנסת מיקי רוזנטל (פ/3932/20); על ידי חבר הכנסת יוסף ג'בארין (פ/4197/20); על ידי חברת הכנסת מיכל רוזין (פ/4940/20) וכן על ידי חברי הכנסת מיכל רוזין, מוסי רז וקארין אלהרר (פ/5014/20). לא למותר לציין כי אף אחת מהצעות החוק הנ"ל לא בשלה לכדי דבר חקיקה מחייב. ההיפך הוא הנכון, ניתן לסבור בכך כי המחוקק "אמר את דברו" בעניין זה.

167. ובכן, לא ניתן אלא לתהות מדוע הכנסת לא עיגנה "מנהג חוקתי" זה כדבר חקיקה, עת תיקנה את הוראות חוק בתי המשפט הן בשנת 1998 (ס"ח תשנ"ח מס' 1663 מיום 31.3.1998 עמ' 182), בשנת 2004 (ס"ח תשס"ד מס' 1932 מיום 21.3.2004 עמ' 329) והן בשנת 2014 (ס"ח תשע"ד מס' 2430 מיום 27.1.2014). לא זו אף זו, במסגרת תיקון מס' 39 משנת 2004, הכנסת תיקנה את חוק בתי המשפט באופן המבטיח את עצמאות שיקול הדעת של חברי הוועדה וזאת במטרה למנוע שיקולים פוליטיים כחלק מהליך המינוי, בקובעה "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות

הגוף שמטעמו הוא חבר בועדה". (מפרוטוקול דיוני הוועדה, בין ההסתייגויות עלה, כי "מבחינה עקרונית זה למנוע גיבוש של החלטות סיעתיות. ששני חברי הכנסת או שני חברי הממשלה בועדה לא יגבשו החלטה משותפת, כל אחד יפעל באופן עצמאי." –דברי היועצת המשפטית של הוועדה עו"ד תמי סלע הכנסת השש עשרה, פרוטוקול מס' 182 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת השש עשרה (1.3.04)).

ודוק: לשון החוק (חוק-יסוד השפיטה וכן חוק בתי המשפט) אינה בבחינת לקונה או חסר חקיקתי. הכנסת, בכובעה כראשות מכוננת וכן כרשות מחוקקת, בחרה את לשונה בקפידה תום מתן משקל לשיקולים הרלוונטיים ולרבות לעצמאות הרשות השופטת. הכנסת ראתה את האיזון ואי התלות של הרשות השופטים בהרכבה המגוון של הוועדה המייצג את הרשויות. יתר על כן, הכנסת נתנה דעתה גם באופן ספציפי לשאלת חלוקת נציגות הכנסת בוועדה לבחירת שופטים בין הקואליציה והאופוזיציה, ואולם הצעה זו נדחתה לחלוטין ולא ראתה אור יום.

חברת הכנסת שלומית אלוני, מטעם ועדת החוקה חוק ומשפט, עמדה על כך עת הציגה במליאת הכנסת את הצעת חוק-יסוד: השפיטה והצעת חוק השפיטה (הוראות מעבר), התשמ"ד – 1984 לקראת הקריאה השנייה והשלישית (פרוטוקול דברי הכנסת, הישיבה המאה ותשעים ואחת, הכנסת העשירית (28.2.1984) עמ' 1735) :

"...הדבר החשוב שקבענו בחוק יסוד זה ושחשוב שהציבור ידע אותו הוא אי תלות בית המשפט לא רק בשיטת מינוי השופטים ולא רק בשיטת פיטוריהם או התפטרותם, אם יש צורך בכך בשל נסיבות אובייקטיביות.

[...]

מדינת ישראל גאה בכך שיש לה ועדת מינויים בלתי תלויה. שחבריה הם: שני חברי הכנסת, שני חברי הממשלה. שני חברי לשכת עורכי הדין ושלושה שופטים.

[...]

היתה הצעה שהנבחרים מהכנסת יהיו חבר כנסת אחד מהקואליציה וחבר כנסת אחד מהאופוזיציה, וגם הצעה זו לא

נתקבלה..."

168. יוער בעניין זה כי אין להקיש מגזרי הפסיקה בבג"ץ 5364/94 זאב ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, מט(1) 758 (1995) אליהם מפנה העותרת התנועה לאיכות השלטון, בהקשר של הפגיעה בעצמאות הרשות השופטת, זאת מן הטעם הפשוט, כי בג"ץ ולנר עסק ביחסי הכוחות שבין הכנסת לבין בית המשפט במישרין. שם, העתירה נסובה על תיקוני חקיקה על פסיקת בית המשפט העליון להחזרת הסטטוס קוו לקדמותו טרם פסיקת בית המשפט. אם לא די בכך, העתירות נדחו.

169. עוד יוער כי אין בהסכמת הצדדים על הבעת תמיכה משותפת במועמדים לוועדה משום פגיעה בעקרון לפיו על הבחירה להיות חשאית. אכן, ההצבעה במליאה תתבצע על פי הוראות כל דין ובאופן חשאי. למותר לציין כי אין בהוראות ההסכם הקואליציוני בכדי לכבול את ידה או את שיקול דעתה של האופוזיציה בהצעת מועמדים ובהצבעה.

170. טענה נוספת אותה מעלים העותרים באצטלה של פגיעה בריבונות הכנסת ובמעמד האופוזיציה, מופנית כנגד סעיף 22 להסכם הקובע את הסכמת הצדדים למינוי יושבי ראש לוועדות הכנסת השונות, בין הגושים באופן שוויוני. עוד קובע ההסכם הקואליציוני הוסכם "...כי ייצוג הסיעות השונות החברות בקואליציה בוועדות הכנסת יהא על פי גודלן כמתחייב מאופן חלוקת המקומות בוועדות הכנסת על פי כללי העבודה של הכנסת" משמעות הדבר, העומד בקנה אחד עם הוראות 102(א) לתקנון הכנסת, היא כי האופוזיציה תיוצג בוועדות הכנסת על פי מפתח סיעתי ובהתאם לכוחה האלקטורלי – בהתאם לשיטת הדמוקרטיה הפרלמנטרית הנהוגה במדינת ישראל.

171. סעיף 21 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "הכנסת תבחר מבין חבריה ועדות קבועות, והיא רשאית לבחור מבין חבריה גם ועדות לעניינים מסויימים;....". ההוראות אשר לקביעת יושבי ראש הוועדות נקבעו בסעיף 106 לתקנון הכנסת הקובע כי "ועדה קבועה תבחר יושב ראש מבין חבריה, לפי המלצת ועדת הכנסת." כמו כן קובע סעיף 106(ב) כי יושב ראש הוועדה לביקורת המדינה יתמנה חבר אופוזיציה. ודוק: סעיף 22 להסכם עומד אפוא בהוראות חוקי היסוד, עקרונות המשטר בשיטת משפטנו, בקנה אחד עם תקנת הציבור וכן לפי הנוהג המקובל בממשלות אחדות לאומיות.

172. העתירות בהקשר לסעיפים 22 ו-26 הנ"ל, מבוססת לכאורה על "מנהג חוקתי" או "נוהג" הקיים בכנסת מזה שנים רבות, כך טוענים העותרים. **נקדים ונציין כי שיטת משפטנו טרם הכירה במנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב** (ראו בג"ץ 3747/19 עו"ד יצחק אבירם נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 18.06.2019).

173. העותרת בבג"ץ 2677/20 ((להלן: "התנועה לאיכות השלטון"), הפנתה אותנו אל בג"ץ 9029/16 עו"ד יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם באתר הרשו השופטת, 1.2.2017) בציינה כי המבחן לקיומו של מנהג חוקתי ייבחן בשלושה שלבים. הראשון, על פי בחינה אמפירית היסטורית בדבר קיומו של המנהג החוקתי (מבחן אובייקטיבי). משצלח המנהג החוקתי את השלב הראשון, יש לעבור אל השלב השני אשר יבחן האם הצדדים אכן פועלים באופן האמפירי משום קיומו של נוהג שכזה (מבחן סובייקטיבי). לבסוף, יש לפנות למבחן השלישי, אשר הוא בחינה נורמטיבית של הרציונל לקיומו של הנוהג.

174. יישום המבחנים שלעיל על "המנהג החוקתי" עליו מתבססים העותרים בעניין מינוי חברי כנסת מטעם האופוזיציה כנציגים בוועדה לבחירת שופטים, מעלה את המסקנה הברורה, כי האמור אינו

עונה על מבחני הפסיקה, ובפרט המבחן האובייקטיבי (אמפירי) והסובייקטיבי. ראשית, אין המדובר במנהג חוקתי משאינו הנוהג המוחלט לפיו פעלה הכנסת לאורך שנותיה (גם לא החל משנות ה-90). ראוי לציין כי בשנות כהונת **ממשלות אחדות לאומיות** (אך לא רק) אשר חולקו לשני גושים או מחנות, **הונהג דווקא מנהג הפוך - למנות שני נציגי קואליציה (אחד מכל גוש)**. כך למשל נציגי חברי הכנסת בוועדה למינוי שופטים, בממשלה האחדות הראשונה (1984-1988) היו דוד ליבאי (מערך) ודב שילנסקי (ליכוד), שניהם מהקואליציה. בממשלת האחדות השניה (1988 - 1990) - דוד ליבאי (מערך) ויגאל ביבי (מפד"ל), שניהם מהקואליציה.

באופן דומה כך היה המצב, כפי שמציינת סיעת יש עתיד, בכנסת העשרים אשר במסגרתה כיהנו בוועדה שני נציגי הקואליציה. מנגד, בכנסת התשע עשרה, בחרה הכנסת שני נציגי אופוזיציה כחברים בוועדה. משכך, עולה כי אין במינוי חבר כנסת אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה, משום מנהג חוקתי כפי שטוענת העותרת. אם לא די בכך, הרי כפי שהראינו לעיל, הצעות חוק שונות בכנסת לא הבשילו לכדי דברי חקיקה, ולא בכדי- מדובר בהבעת דעה ברורה של המחוקק לפיה אין הוא סבור כי מדובר במנהג חוקתי מחייב. על כן, המנהג החוקתי אינו עומד אפוא אף בבחינת המבחן הסובייקטיבי שהותווה בפסיקה.

175. האמור לעיל בדבר היעדרו של כל "מנהג חוקתי" חל גם על סעיף 22 להסכם. נציין, כי התנועה לאיכות השלטון מציינת במסגרת עתירתה כי "הנוהג" לו טוענת בעניין זה, אינו עומד במבחני הפסיקה בתור "מנהג חוקתי" (ובפרט האובייקטיבי-אמפירי), עת היא מזכירה, כי מצבים דומים (למצב כנגדו היא עותרת) התרחשו בכינון ממשלות העבר וביניהן גם **בממשלות אחדות לאומיות קודמות** – כך התנועה לאיכות השלטון מציינת כי מצב זהה בחלוקת הועדות שרר בכנסת השביעית, בכנסת האחת עשר ובכנסת השנים עשר וכן מצב דומה בחלוקת הועדות התקיים בכנסת הששית.

176. הנה כי כן, הראינו כי סעיפים 22 ו-26 להסכם הקואליציוני אינם סותרים את הוראות חוקי היסוד עליהן הסעיפים מושתתים וכן כי אינם נוגדים "מנהג חוקתי", משמנהג שכזה אינו קיים למעשה. יתר על כן, אין בסעיפים משום סטייה מגדר הסביר המצדיקה את התערבותו של בית משפט נכבד זה ובטח שלא כזו המצדיקה הכרזה על בטלות הסעיפים.

177. לחלופין, אף אם יקבע מדובר במנהג חוקתי – בניגוד לעמדת המשיב, בנסיבות העניין, כלל אין להקיש ממנהג חוקתי זה, אלא **מהמנהג החוקתי המקובל בממשלות אחדות** מעין זו שבפנינו. כמשל מן המשפט הפרטי, נפנה אל מושכלות היסוד בדיני החוזים לפיהן נוהג **ספציפי** גובר על נוהג כללי וכי בהשלמת חוזה יש לבחון את הנוהג המקובל בחוזים **מאותו סוג** (סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). על כן, יש להחיל על ההסכם הקואליציוני את המנהגים החוקתיים אשר הותוו בממשלות הדומות בעיקרן ובמהותן לממשלת האחדות הלאומית שבמרכז העתירה דן.

178. עוד נציין כי, בנסיבות העניין, בכינון ממשלה המורכבת למעשה משני גושים המצויים למעשה בשני קטבי המפה הפוליטית, אלמנט הייצוגיות בכנסת וכן בוועדה לבחירת שופטים אינו נפגע משום שמדובר בממשלה פריטטית המבטיחה ייצוגיות שווה לכל גוש.

179. העותרים, מנסים "לצבוע" את סעיף 31 להסכם הקואליציוני ככזה הקובע "מינויים פוליטיים", זאת על אף כי זהות הממונים (ובטח שהשקפתם הפוליטית) כלל אינה ידועה, העותרים מנסים למעשה לחזות את העתיד ומסתמכים בעיקר על "גזרי עיתון" ודעות קדומות, עת מנסים הם לקבוע נחרצות כי בבוא כל אחד מן הגושים למנות בכירים לשירות המדינה, הם בהכרח ישקלו שיקולים פוליטיים וכן שיקולים זרים ובלתי ענייניים. ברי, כי טענה זו נעדרת כל יסוד עובדתי או משפטי ועדיף שלא הייתה נטענת.

180. במאמר מוסגר יצוין, כי האמור לעיל אך מדגיש כי מדובר בעתירה מוקדמת (וספקולטיבית אשר מניחה הנחות שגויות) ודינה להידחות על הסף מטעם זה, וכפי שיובהר להלן דין הטענה גם להידחות לגופו של עניין משאינה מבוססת על אדנים משפטיים (או עובדתיים).

181. הוא הדין בקשר לסעיף 3(ד) להסכם בכל הקשור לקביעת כללים לביצוע מינויים בכירים בשירות הציבור. אין מחלוקת בין הצדדים כי "זכותן של סיעות הקואליציה לפעול לשינוי אותם כללים" (סעיף 43 לעתירת יש עתיד). הלכה למעשה, העותרים תוקפים סעיף ריק מתוכו, אשר אך ורק קובע את שיתוף הפעולה בין הצדדים בכל הקשור לעניין קביעת הכללים (אשר זכותם לעשות כן אינה מוטלת בספק).

182. יתר על כן, ובטרם נתייחס לגופה של הטענה, יוער כי בהסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד – ישראל ביתנו ובין סיעת יש עתיד בראשות יאיר לפיד (הרי היא העותרת כנגד סעיף זה בבג"ץ 2649/20 (מיום 15 במרס 2013, הממשלה ה-33) (להלן: "הסכם יש עתיד") נקבע מפורשות, כי:

"58. הדירקטורים בחברות הממשלתיות ימונו ע"י ראש הממשלה, שר האוצר [יו"ר סיעת יש עתיד, הח"מ] והשר הממונה כמשמעותו בחוק החברות הממשלתיות בחלקים שווים."

183. האמור מעלה את המסקנה החד משמעית כי, מחד גיסא מדובר בסעיף מקובל בהסכמים קואליציוניים המהווה מנהג חוקתי ראוי, וכי, מאידך גיסא, סיעת יש עתיד מנועה מלטעון כנגד חוקיותו של הסעיף.

184. לגופו של עניין, הסעיף אינו נגוע באי חוקיות ועומד בקנה אחד עם תקנת הציבור. לשון הסעיף קובעת כי עצם קבלת ההחלטה בדבר מינוי פלוני תתחלק בין הגושים, וקובעת למעשה את זהות הממנה (להבדיל מהממונה). יחד עם זאת, בניגוד לשיטת העותרים, הסעיף כלל אינו "צובע" את המינויים כמינויים פוליטיים והוא אף אינו מתייחס לשיקולים אותם על הממנה לשקול בעת קבלת החלטתו בדבר המינוי. להיפך, ההסכם דווקא קובע ברחל בתך הקטנה כי "אין בכך כדי לגרוע מכללי המינוי והכשירות הקיימים". וברי כי האמור נוגע, בין היתר, גם לחובתו של הממנה לשקול שיקולים ענייניים בלבד וכן לקיומם של הליכי הפיקוח הנדרשים על פי כל דין. **סעיף זה עומד בחוק ואין בו משום פגיעה בהליכי מינוי הבכירים בשירות הציבורי.**

185. יש לדחות את טענת העותרים בעניין השפעתה של ממשלה פריטטית על המינויים, אשר לשיטתם, יוצרת מצב חסר תקדים לפיו לא ניתן להעלות בממשלה מינוי שלא על דעתו של ראש הממשלה. הוא הדין בממשלה רגילה. הסעיף אינו משנה למעשה את השפעתו של ראש הממשלה על המינויים, בין אם מדובר בממשלה רגילה ובין אם בממשלה פריטטית לראש הממשלה הסמכות לקבוע את סדר יום עבודת הממשלה. אם כבר, ההיפך הוא הנכון- עצם העובדה כי מדובר בממשלה פריטטית דווקא מחזק את הפיקוח ומחליש מכוחו של ראש הממשלה על המינויים (כך גם בעניינם של המינויים מטעם גוש הליכוד, התלויים בהסכמתו של ח"כ גנץ).

186. אשר לטענה בדבר אי חוקיות הסיפא שבסעיף 4(ד) להסכם הקואליציוני שם נקבע כי פיטורי שרים מכל גוש ייעשו רק על ידי העומד בראש כל גוש (ראש הממשלה או ממלא מקום ראש הממשלה, בהתאמה), אשר לטענת העותרים מגביל שלא כדין את כוחו של ראש ממשלה בחלוקת תפקידי הממשלה, יובהר כבר עתה כי מדובר בהסדר קואליציוני מקובל בשיטת משפטנו. עליו בית משפט נכבד זה נתן את דעתו ואישרר הסדר זה בשורה ארוכה של פסקי דין כפי שיובהר להלן.

187. זאת ועוד, יוער כי העותרת עצמה, סיעת יש עתיד, עשתה שימוש בסעיף זה במסגרת הסכם יש עתיד, אשר הכיל הגבלה דומה על ראש הממשלה בכל הקשור להעברת שרים מתפקידם. כך נקבע מפורשות בהסכם יש עתיד:

"55. ראש הממשלה לא ישתמש בסמכותו על פי סעיף 22ב' לחוק יסוד: הממשלה, ובסמכותו על פי סעיף 26(3) לחוק יסוד: הממשלה ככל שמדובר בשר עם סיעת יש עתיד, אלא לאחר התייעצות עם יו"ר יש עתיד וקבלת הסכמתו.

56. התבקש ראש הממשלה על ידי יו"ר יש עתיד, להפסיק את כהונתו של שר הנמנה עם סיעת יש עתיד ו/או למנות שר במקומו, יפעל ראש הממשלה בהתאם לבקשה זו ועל פי הסמכות המוקנית לו בחוק."

ללמדך כי, ראשית, המדובר בנוהג חוקתי מקובל במשטר החוקתי של מדינת ישראל ואין בו כל פסול או אי חוקיות. שנית, כי סיעת יש עתיד מנועה מלהעלות כל טענה כנגד חוקיות הסעיף.

188. יתר על כן, לגופו של עניין, הסעיף הינו סעיף חוקתי וחוקי, הוא עומד בקנה אחד עם תקנת הציבור ואין בו משום פסול. הסעיף אף עומד בהלכות בית משפט נכבד זה אשר נתן גושפנקה למעשה להסדר מעין זה. כאמור לעיל, ההלכה הפסוקה קבעה כי אין להורות אפרוריות על בטלות או על אי חוקיות של סעיף המגביל את סמכויות השלטון. יתר על כן, כפי שיפורט להלן, בית משפט נכבד זה נתן דעתו באופן ספציפי להגבלת סמכות ראש הממשלה בהקשר של מינויי ופיטורי שרים וקבע, כי גם בעניין זה אין שום פסול ומובן כי אין לקבוע כי הסכם קואליציוני נגוע באי חוקיות לאור הוראה שכזו.

189. בפרשת שמיר קבע בית משפט נכבד זה כי תניות בדבר חלוקת תפקידים במסגרת הסכמים קואליציוניים הינן מקובלות ו"טבעיות" וכי אין פסול בהגבלת סמכויות ראש הממשלה הקבועות בחוק-יסוד: הממשלה בכל הקשור להרכבה של הממשלה:

"...אין פסול בעצם ההתחייבות באשר לשימוש בעתיד בסמכויות הסטטוטוריות הקבועות בסעיפים 117-21 לחוק-יסוד: הממשלה [שינוי בחלוקת תפקידים ופקיעת כהונתו של שר, בהתאמה, בחוק-יסוד הממשלה משנת 1965, הח"מ]. הסכם פוליטי, מעצם מהותו, כולל הוא פשרה בין הגורמים הפוליטיים השונים. עניין מרכזי בו הוא הקמת הרשות המבצעת, ומטבע הדברים נכללות בו, בין היתר, תניות בדבר חלוקת תפקידי השלטון השונים..."

עוד נקבע בפרשת שמיר כי:

"...שינוי בחלוקת התפקידים בממשלה ופיטוריו של שר הם מהלכים פוליטיים. שיקול הדעת הנתון לממשלה ולראש הממשלה הוא רחב ביותר. הבטחה פוליטית, המעוגנת בהסכם פוליטי, נראית לי כתואמת את האופי המיוחד של הסמכויות האמורות. השיקול העיקרי בהפעלת הסמכויות של הממשלה וראש הממשלה הוא האינטרס הציבורי. במסגרת אינטרס זה יש מקום להתחשב בהבטחות שניתנו בעבר. קיומן של הבטחות אלה אף הוא בגדר אינטרס ציבורי שיש לקחתו בחשבון. טול, למשל, החלטה של ראש הממשלה לפטר שר פלוני בעקבות הסכם פוליטי שעשה ראש הממשלה עם סיעה אחרת, ואשר בו נקבע כי אחד מחבריה ישמש

בתפקיד אותו שר. אם ההתחשבות בהסכם החדש מותרת, מדוע לא ניתן יהיה להתחשב בהסכם הישן? כמובן, השאלה המכרעת הינה, מהו המשקל שעל הממשלה וראש הממשלה ליתן, שעה שהם יפעילו בעתיד את סמכויותיהם (או יימנעו מכך), להתחייבות אותה נטלו הצדדים להסכם על עצמם בהסכם הפוליטי. על שאלה זו אין ליתן תשובה מראש. הדבר תלוי במערכת הנסיבות אשר תתקיים בעת הפעלת הסמכות...".

190. זאת ועוד, בפרשה מאוחרת יותר (פרשת שרון, כהגדרתה לעיל) קבע בית משפט נכבד זה, כי לראש הממשלה סמכות רחבה בכל הקשור למינוי ופיטורי שרים. כך על פי לשונו של השופט א' ריבלין, בקובעו כי:

"...ראש-הממשלה הוא אפוא בעל הסמכות בעניין קביעת הרכב ממשלתו – כך לפי הדין (ראו בעיקר סעיפים 7, 13 ו-22 לחוק היסוד) וכך לפי טבעם של דברים. הסמכות למנות שרים או להעבירם מכהונתם היא סמכות שבשיקול-דעת, ומדובר בשיקול-דעת רחב, המקפל בתוכו שיקולים מגוונים ונופך פוליטי לא מבוטל. זהו שיקול-דעת שלגביו מכיר בית-המשפט ב"מיתחם כיבוד" רחב...".

191. בפרשת שרון אף נקבע, כי במגוון השיקולים אותם רשאי ראש הממשלה לשקול בעניין זה, רשאי הוא לשקול שיקולים פוליטיים וקואליציוניים וכי אלו יהיו שיקולים עיקריים בכינון הממשלה. (ראו דברי השופט חשין, שם בפרשת שרון). כמו כן, בפרשת שרון אף צוטטו בהסכמה דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל [25 עמ'], נא(3) 46 (1997) אשר קבע כי:

"...בדומה לכך, גם החלטה של ראש-הממשלה שלא להעביר שר זה מן הכהונה, אף היא תימצא, בדרך-כלל, בתוך מיתחם הסבירות. אם כך, בית-המשפט לא יתערב אף בהחלטה זאת. 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...".

וכן הובאו בהסכמה דבריו של כב' הנשיא ברק בפרשת פנחסי, אשר הביע דעתו בדבר הכללת השיקולים הפוליטיים במינויים להבטחת המשך כהונת הממשלה, כדלקמן:

“...שיקול הדעת המוענק בחוק-יסוד: הממשלה להפסיק כהונתו של סגן שר הוא רחב ביותר. בין שאר השיקולים, רשאי וחייב בעל הסמכות לשקול את תיפקודו של סגן השר ואת הצלחתו בתפקיד. שיקולים 'פוליטיים' – אשר בהקשרים אחרים עשויים להיות פסולים (ראה בג"צ 4566/90 הנ"ל) – הם שיקולים ראויים בהקשר של הפסקת כהונתו של סגן שר. הצורך לקיים קואליציה ולהבטיח המשך אמונה של הכנסת הוא בוודאי שיקול ענייני...”

192. בדומה, נקבע בבג"ץ 5261/04 עו"ד יוסי פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון, נט(2) 446 (2004), כי הגבלת שיקול דעת ראש הממשלה בבחירת שרי הממשלה ובחירתם על ידי מפלגות הקואליציה הינה פרקטיקה מקובלת וראויה, בקובעו שיש:

“[...] לפרש את סמכותו של ראש-הממשלה באופן כזה שייתן ביטוי לתפקידה של הממשלה כולה על חבריה השונים, לעובדה שמינוי השר זכה לאמון הכנסת או לאישורה וכן למבנה הקואליציוני הנוהג בישראל הלכה למעשה, שבו השרים – בייחוד אלו שאינם ממפלגתו של ראש-הממשלה – נבחרים על-ידי מפלגותיהם ולא על-ידי ראש-הממשלה. טבעי הוא כי "שעה שהוא נדרש להפעיל את שיקול-דעתו, יכול ראש הממשלה ליתן דעתו גם להיבטים פרלמנטריים-פוליטיים...” (השופט ד' לוי בג"ץ 3094/93 הנ"ל [7], בעמ' 427)...”

טענות בדבר פעולות הממשלה בתקופת חירום (סעיף 3)

193. ביום 17.2.2020 הכריזה הכנסת על מצב חירום לתקופה שמיום 17.2.2020 ועד ליום 17.6.2020, זאת על פי סמכותה החוקתית מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה (ראו ילקוט הפרסומים 8714 27.2.2020). חוק יסוד: הממשלה מסמיך את הממשלה לנקוט בצעדים לצורך הגנה על המדינה ועל ביטחון הציבור, כך שהוראות סעיף 3 להסכם הקואליציוני עומדות בקנה אחד עם תפקידה של הממשלה להגן על המדינה בתקופת החירום דנן.

194. הסכמות הצדדים במסגרת ההסכם הקואליציוני כי תוגבל החקיקה במהלך תקופת החירום נוגעת אפוא לסדר עדיפות לאומי חדש המתבקש לאור המשבר הפוקד את מדינתנו. סדר עדיפות זה מהווה

גם את קווי היסוד של ממשלת החירום שהוקמה, ולפיהם, במהלך תקופת החירום, משאבי המדינה יוקצו, בראש ובראשונה, לצורך שמירה על ביטחון המדינה, ביטחון הציבור, ובריאות תושביה ולהחזרת הכלכלה לסדרה.

ויפים לעניינינו דברי כב' השופטת ע' ברון בבג"ץ 2491/20 המנהל הקהילתי רמון אלון נ' ממשלת ישראל (14.4.2020):

"...כפי שציין חברי השופט י' עמית בפסק הדין בעתירת בני ברק, בימים של שגרה לא ניתן היה להסכין עם פגיעה חמורה כזו בזכויות חוקתיות כדוגמת חופש התנועה והזכות לפרטיות, לקניין ולחופש העיסוק. אך הימים הם "ימי קורונה", והסכנות הגלומות בהתפשטותה של מגפה זו הן מיידיות ומוחשיות. מגפה זו כבר גבתה את חייהם של רבבות בני אדם ברחבי העולם, ומספרם של החולים והמתים עודנו מאמיר בקצב מסחרר. באימה ופחד אנו צופים בקריסתן זו אחר זו של מערכות הבריאות במדינות המערב, שאינן עומדות בנטל החולים המונשמים. הדאגה לשלום החולים והחרדה לגורל המדינה חוצות מגזרים וכולנו שותפים לה, והסוף מי ישורנו. בנסיבות חריגות אלה וחרף המחיר הכבד שהדבר גובה מן האוכלוסייה בישראל, ממי יותר וממי פחות, ניכר כי אין מנוס מהירתמות חברתית כוללת למאבק בהתפשטות הנגיף – כל אחד ב-
ד' אמותיו..."

195. ודוק: אין בהסכמות קואליציוניות אלו בכדי לכבול את ידיו של המחוקק, אין בכך בכדי להפקיע מסמכויות הכנסת או לפגוע במעמדה של האופוזיציה. יתר על כן, כפי שפורט לעיל, אף במהלכה של תקופת החירום, ברשות האופוזיציה כלים פרלמנטריים לצורך ביצוע תפקידה- פיקוח על הממשלה וקידום חקיקה בכנסת.

196. זה המקום לציין, כי סקירה משווה שערך מרכז המחקר והמידע של הכנסת העלתה את המסקנה, כי רוב מדינות העולם אשר נפגעו מנגיף הקורונה, פעלו לשם צמצום פעילות הפרלמנט באופן אשר הפעילות המתנהלת בו קשורה בטבורה להתמודדות עם מצב החירום והתאוששות המדינה מהנגיף. נעמוד על כך בקיצור נמרץ כי במדינות רבות וביניהן נמנות אוסטרליה, אסטוניה, בלגיה, דנמרק, נורבגיה, סלובניה, איטליה ואירלנד נקבע כי לאור מצב החירום במדינה פעילות הפרלמנט תצומצם באופן שבו הפרלמנט יעסוק (בחקיקה ופיקוח) בנושאים דחופים בלבד. עוד ראוי לציין בפרט את בלגיה, בה עובר להתפרצות הנגיף, שרר מצב שלטוני הדומה לזה הקיים כיום בישראל (ממשלת מעבר) ועקב נגיף הקורונה, הושבעה בבלגיה ממשלת חירום למשך תקופה מוגבלת של מספר חודשים בודדים וסדר יום הפרלמנט הוגבל לענייני חקיקה דחופים הקשורים לנגיף וכן בעניינים

הקשורים לכינון ממשלת החירום. (ראו אורלי אלמגור לוטן ודינה צדוק מרכז המחקר והמידע "פעילות פרלמנטרית בעת התפרצות נגיף קורונה – עדכון מספר 1" (22.3.2020) וגם אורלי אלמגור לוטן ודינה צדוק מרכז המחקר והמידע "פעילות פרלמנטרית בעת התפרצות נגיף קורונה – עדכון מספר 2" (30.3.2020).

197. אשר לסעיף 3(ג) בו הסכימו הצדדים כי בתקופת החירום לא יבצעו מינוי בכירים לשירות הציבורי, על אף טענות העותרים בעניין זה, חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן: "חוק שירות המדינה") דווקא מכיר בקיומן של "נסיבות מיוחדות המצדיקות" לעיתים את הצורך בהארכת תקופת הטלת התפקיד באופן זמני. סעיף 23א(ג) קובע מפורשות בזו הלשון:

"... (ג) השר רשאי, לאחר התייעצות עם נציב השירות, להאריך את התקופה האמורה בסעיף קטן (ב) בתקופות נוספות, ובלבד שסך כל תקופת הטלת התפקיד באופן זמני לא תעלה על שישה חודשים; ואולם רשאי השר, בהסכמת נציב השירות והיועץ המשפטי לממשלה, להודיע לממשלה על הארכת תקופת הטלת התפקיד באופן זמני מעבר לשישה חודשים כאמור, בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, וכל עוד מתקיימות נסיבות מיוחדות כאמור..."

ויובהר: המחוקק התכוון בדיוק למצבים כגון זה בו אנו מצויים כיום, אשר לא היו צפויים מראש. כך עולה בבירור מעיון בהיסטוריה החקיקתית של הסעיף, מדברי הכנסת ומפרוטוקול דיוני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, מהם עולה בבירור, כי המחוקק ביקש להסמיך את הממשלה להאריך תקופות מינוי זמניות בנסיבות כגון קיומו של הליך משפטי כנגד המינוי ותקופת בחירות ומצבי חירום אחרים. ראו למשל:

"...יש סוגים של נסיבות שאפשר להגיד שמינוי של קבע לא תמיד יתבצע בתוך שלושה חודשים או אפילו בפחות. אפשר לתת כמה דוגמאות, למשל, כשהליך המינוי נתקף בתקיפה משפטית – היו מעולם עתירות לבג"ץ, בג"ץ הוציא צו מניעה שמנע מהמשרד להשלים את המינוי או הליך המינוי, ובתקופה הזאת, כל עוד שצו המניעה בתוקף, צריך מילוי מקום.

נסיבות מיוחדות אחרות, לדוגמה, תקופת הבחירות. כידוע ברגע שהכנסת מעבירה חוק להתפזרות הכנסת, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה קובעות ככלל שלא מבצעים מינויים של קבע בתקופה

הזאת ועד להרכבת הממשלה החדשה.” (דברי יועמ”ש נציבות שירות המדינה, רון דול פרוטוקול מס’ 245 מישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת השמונה עשרה, (11 באוקטובר 2010)) וראו גם פרוטוקול דברי הכנסת, הישיבה המאה-ושישים-וארבע, הכנסת השמונה-עשרה (18.10.2010)

198. בעניין שבפנינו, נכפו על מדינת ישראל שלוש מערכות בחירות בזו אחר זו, כאשר במהלכן לא התאפשרו למעשה מינויי בכירים לשירות הציבורי מזה מספר חודשים. אם לא די בכך, כידוע לכל, מדינת ישראל מצויה בימים אלה במשבר היסטורי ובמצב חירום לאור התפשטות נגיף הקורונה המשפיע על התנהלות המשק כולו, ובין היתר, גם על עבודת הממשלה ומשרדיה. נדמה אפוא, כי בתיקון לחוק שירות המדינה, תוך הרחבת שיקול דעת הממשלה להאריך מינויים זמניים כאמור, המחוקק התכוון בדיוק למצב החירום הנוכחי אליו נקלעה ממשלת ישראל (המלווה בשלוש מערכות בחירות רצופות). משכך, אין לקבוע כי סעיף 3(ג) להסכם הקואליציוני בטל.

199. אשר לטענות העותרים כנגד עיקרון “הקיצוץ” הקבוע בסעיף 10(ג) להסכם הינו נוהג מקובל וראוי הנעשה בו שימוש תדיר בשיטת משפטנו. ראו בעניין זה **החלטות ועדת האתיקה של הכנסת**, המהווה **חלק בלתי נפרד מתקנון הכנסת** (תקנון הכנסת החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה עמ’ 233) (החלטה מס’ 47/18 של ועדת האתיקה בעניין הפרת הסכם קיצוץ מיום 22.2.2011) בקובעה:

”...חבר הכנסת נדרש לא פעם להימצא מחוץ לכנסת בשעות פעילות מליאת הכנסת, והוא מסכם עם חבר כנסת מסיעה אחרת (על פי רוב קואליציה מול אופוזיציה) כי שניהם ייעדרו מההצבעה, וכך היעדרותם לא תשפיע על תוצאות ההצבעה. הבנות אלה, המכונות “הסכמי קיצוץ”, נעשות בכנסת כדבר שבשגרה וניתן לראותן כנוהג בכנסת...”

בעניין זה, דין ישיבות הממשלה כדין ישיבות המליאה, ואין לקבוע כי פעולה על סעיף הקובע “הסכם קיצוץ”, אשר הוא נוהג בכנסת, נוגד את הדין או את תקנת הציבור.

200. אשר לטענות העותרים בדבר הצגת קווי היסוד של הממשלה, ברור שהממשלה תושבע על בסיס קווי יסוד כמתחייב בחוק עם מתן דגש בענין וירוס הקורונה. כן יובהר כי מדובר בעתירה מוקדמת משהממשלה טרם הוצגה בפני הכנסת.

201. מעבר לכל האמור לעיל, המשיב מצטרף לתגובת הליכוד בעניין הוראות ההסכם הקואליציוני ובפרט בנוגע לסעיפים 8, 11, 24, 30 ו-37.

ה. סוף דבר

202. העובדות המפורטות בתגובה זו נתמכות בתצהירה של עו"ד ניבה הלוי.

203. תגובה זו מבוססת גם על חוות דעתו המלומדת של פרופסור אריאל בנדור, מומחה למשפט חוקתי, בעניין נשוא העתירות. חוות הדעת מצורפת כנספח 1 לתגובה לעתירות ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

לנוכח המפורט בגוף תגובה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את העתירות על הסף או לגופן מכל וכל, ולחייב את העותרים בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.



ניבה הלוי, עו"ד

אבי הלוי, עו"ד
היועץ המשפטי של תנועת הליכוד



אבי הלוי, עו"ד



רועי שכטר, עו"ד

מיכאל ראבילו, עו"ד



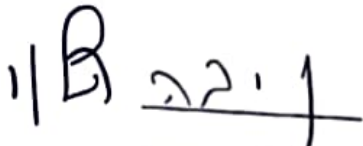
מיכאל ראבילו, עו"ד

ירושלים, 28 באפריל 2020

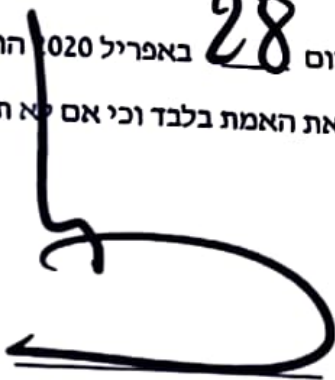
תצהיר

אני הח"מ, עו"ד ניבה הלוי, נושאת ת.ז. 057374621 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזאת בכתב כדלקמן:

1. הנני משמשת כעורכת דין במשרדו של היועץ המשפטי של מפלגת הליכוד.
2. אני עושה תצהירי זה בתמיכה לתגובת יו"ר תנועת הליכוד וראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, בבג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', בבג"ץ 2593/20 ד"ר ברי, בבג"ץ 2594/20 עמותת חוזה חדש, בבג"ץ 2609/20 שפיק, בבג"ץ 2612/20 התנועה לטוהר המידות ובבג"ץ 2649/20 סיעת יש עתיד – תל"ם, בג"ץ 2675/20 ובג"ץ 2677/20.
3. העובדות המפורטות בתגובה הינן נכונות לפי מיטב ידיעתי.
4. זהו שמי וזאת חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


ניבה הלוי, עו"ד

אני הח"מ, עו"ד אבי הלוי, בעל רישיון מס' אישור 15092 מאשר בזאת כי ביום 28 באפריל 2020 הופיעה בפני עו"ד ניבה הלוי, המוכרת לי אישית ולאחר שהוזהרתי, כי עליה להצהיר את האמת בלבד וכי אם לא תעשה כן, תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק, חתמה בפני על תצהיר זה.



אבי הלוי, עו"ד

נספח 1

חוות דעת משפטית
פרופסור אריאל בנדור, מומחה
למשפט חוקתי

פרופ' אריאל בנדור, עו"ד
רח' ויצמן 2, מגדל אמות השקעות
תל אביב 6423902
טלפון: 03-6833010; נייד: 054-2766600; פקס: 03-6833011
ariel.bendor@biu.ac.il

כ"ז בכסלו תש"פ
25 בדצמבר 2019

לכבוד
עו"ד אבי הלוי
היועץ המשפטי
הליכוד תנועה לאומית ליברלית

לעו"ד הלוי שלום רב,

**הנדון: הסמכות ושיקול-הדעת בהטלת התפקיד להרכיב ממשלה על מועמד שהוגש נגדו כתב אישום
והכשרות של מועמד כזה לכהן כראש הממשלה**

לבית-המשפט הגבוה לצדק הוגשה עתירה (בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה), שבה בית-
המשפט מתבקש, בין היתר, להוציא צו הצהרתי המורה כי "בהתאם לדין אין להטיל את תפקיד הרכבת
הממשלה, בין אם לפי סעיף 7(א), 9(א) או 10(ב) לחוק יסוד: הממשלה, על חבר כנסת אשר הוחלט להגיש
נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון".

בעקבות הגשת העתירה ביקשת ממני לחוות את דעתי בעניין הסמכות ושיקול-הדעת בהטלת התפקיד להרכיב
ממשלה על מועמד שהוגש נגדו כתב אישום והכשרות של מועמד כזה לכהן כראש הממשלה.

להלן תמצית השכלתי וניסיוני המקצועי:

- חוקר ומרצה במשפט חוקתי, במשפט מינהלי, ובתחומי ההשקה ביניהם לענפי משפט אחרים

- בעל תואר ראשון (1988, בהצטיינות) ותואר שלישי (1994) במשפטים – האוניברסיטה העברית בירושלים
 - פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן (2008 עד היום)
 - דיקן בית-הספר ללימודים מתקדמים, אוניברסיטת בר-אילן (2016 עד היום)
 - פרופסור חבר, דיקן הפקולטה למשפטים, דיקן הסטודנטים וחבר הוועד המנהל, אוניברסיטת חיפה (1992-2008)
 - פרופסור או חוקר אורח בבתי-הספר למשפטים של אוניברסיטאות ייל, מרילנד, יורק (אוסגוד הול) וסיינה
 - עורך ראשי של כתבי-העת **משפטים** (1988-1989) ו**משפט וממשל** (1998-1999); של הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה (1999-2000); ושל פרסומי הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן (2008 עד היום)
 - חבר לשכת עורכי הדין (1989 עד היום)
- פרסומים מקצועיים
- כתיבת שלושה ספרים ועריכת שני ספרים
 - פרסום כ-85 מאמרים אקדמיים בכתבי-עת ובספרים משפטיים מחקריים בישראל ובחו"ל
- תפקידים ציבוריים
- יושב-ראש העמותה למשפט ציבורי בישראל (2009-2012)
 - יושב-ראש וחבר במספר רב של ועדות ציבוריות

להלן חוות-דעתי.

אפתח בסיכום: לדעתי, הדין אינו מונע את הטלתה של הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום, אף אם העבירות המיוחסות לו נכנסות לגדר מבחני הפסילה שנקבעו על-ידי בית-המשפט העליון באשר לשרים ולאיש ציבור אחרים.

הערות מקדמיות

א. חוות-הדעת עוסקת בשאלות הנוגעות לגבולות **המשפטיים** של הסמכות ושיקול-הדעת בהטלת התפקיד להרכיב ממשלה והכשרות לכהן בתפקיד. היא אינה נוגעת לשיקולים **הציבוריים** בעניין.

ב. חוות-הדעת יוצאת מתוך הנחה משפטית, מבלי להכריע, כי על המעשים נושא כתב האישום חל מבחן הפסילה שנקבע על-ידי בית-המשפט העליון בבג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז (5) 404 (1993) (להלן: פסק-דין דרעי), ובבג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז (5) 441 (1993) (להלן: פסק-דין פנחסי הראשון). בכך אין כדי לגרוע מהזכות לטעון בפני הרשויות המוסמכות כי מבחן זה אינו חל על מעשים אלה.

ג. חוות-הדעת מבוססת על החזקה כי כתב האישום הוגש כדין, משיקולים ענייניים, ועל-פי המבחנים שנקבעו לכך בחוק ובהלכה הפסוקה. בכך אין כדי לגרוע מהזכות לטעון בפני הרשויות המוסמכות כל טענה נגד כתב האישום.

פסק-דין בן-מאיר

1. לפני כשמונה חודשים, בפסק-הדין בבג"ץ 2848/19 **בן-מאיר נ' נתניהו** (23.4.2019) (להלן: פסק-דין **בן-מאיר**), דחה בית-המשפט העליון, מבלי לבקש תגובה מהמשיבים, עתירה לבטל את החלטתו של נשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו ולהורות לנתניהו שלא לקבל על עצמו את התפקיד. העותרים טענו כי אף כי נגד נתניהו טרם הוגש באותה עת כתב אישום, הרי שכתב החשדות שגובש נגדו הוא בגדר "ראיה מינהלית" לביצוע העבירות שיוחסו לו בכתב החשדות שנמסר לו, שדי בהן לצורך הפעלתה של סמכות מינהלית. ואכן, אמת ניתנת להיאמר כי בית-המשפט העליון, כאשר דן בשורה ארוכה של פסקי-דין בהיקף שיקול-דעתו של ראש הממשלה להעביר שרים וסגני שרים מתפקידם, קבע כי גיבוש כתב אישום נגדם מעיד על תשתית ראייתית מספיקה לצורך הפעלת סמכות ההעברה מתפקיד, בהיותו אינדיקציה מספיקה לקיום ראיות מינהליות לביצוע העבירות. לדוגמה, בפסק-דין **פנחסי הראשון**, בנסיבות שבהן אף שהיועץ המשפטי גיבש כתב אישום נגד סגן השר ח"כ רפאל פנחסי כתב האישום לא הוגש משום שלפנחסי ניתנה חסינות דיונית, כתב השופט אהרן ברק כי יש להתחשב "בזמן הניכר שהוא [פנחסי] עשוי לשמש בתפקידו **'כשראיות מינהליות'** מספיקות מבססות את אשמתו" (שם, בעמ' 473; ההדגשה הוספה). בבג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא (3) 46, 68 (1997), ציין השופט תיאודור אור כי מפסק-דין **דרעי** ומפסק-דין **פנחסי הראשון** "[...] עולה הלכה שלפיה רק במקרים קיצוניים ביותר יחייב בית-המשפט את ראש-הממשלה לעשות שימוש בסמכות זו [להעביר שרים וסגני שרים מתפקידם]. המדובר הוא במקרים שקיימת בהם **ראיה מינהלית** לביצוען של עבירות פליליות חמורות" (ההדגשה הוספה).

ובבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 871 (2003), כתב השופט אור כי "במסגרת השיקולים אשר על רשות מינהלית, ובכלל זה ראש-הממשלה, להביא בחשבון בבואם להחליט על מינוי מועמד למשרה ציבורית נכלל גם עברו הפלילי של המועמד. כמו כן אין חולק שלא בהכרח נדרש פסק-דין פלילי מרשיע על-מנת לבסס החלטה שלפיה אין למנותו לתפקיד. לצורך כך די בראיות מינהליות משכנעות לביצוען של עבירות חמורות" (ההדגשה הוספה).

2. והנה, בדחותו את העתירה בפסק-דין בן-מאיר בית-המשפט העליון לא התבסס על קביעה כי אין בכתב חשדות כדי להוות אינדיקציה מספיקה לקיום ראיות מינהליות לביצוע עבירות. נימוקיו היו שונים לחלוטין. וכך כתב השופט עופר גרוסקופף (על דעתם של כל שלושת חברי ההרכב, שבו השתתפו גם השופטת דפנה ברק-ארז והשופט יוסף אלרון) בפסקה 9 לפסק-הדין:

"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".

[ההדגשות הוספו.]

הנה כי כן, בפסק-דין בן-מאיר העתירה נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון לא משום שבאותה עת לא התקיימו ראיות מספיקות לכך שמר נתניהו ביצע את העבירות המיוחסות לו. העתירה נדחתה משום שפסקי-הדין שעליהם הסתמכו העותרים, שעסקו בשיקול-דעתו של ראש הממשלה להעביר שרים וסגני שרים מתפקידם (פסק-דין דרעי ופסק-דין פנחס הראשון), כמו גם בשיקול-דעתן של מועצות של רשויות מקומיות להעביר מתפקידו את ראש הרשות (בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (14.10.2013) (להלן: פסק-דין רוכברגר)) ובשיקול-דעתה של הממשלה במינוי מנהל כללי של משרד ממשלה (בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי

והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993)), היו "אסמכתאות [...] שונות באופן מהותי מן הנושא שלפנינו ומן השיקולים הרלוונטיים להכרעה בו", כלומר, בלשונו של השופט גרוסקופף, "עירוב מין בשאינו מינו".

3. מקריאה זהירה של פסק-דין **בן-מאיר** מסתבר אפוא כי בית-המשפט העליון השיב זה לא מכבר על השאלה נושא חוות-דעתי – תשובה שאינה מתבססת על ההבחנה בין כתב חשדות לכתב אישום. והתשובה היא כי הכללים החלים בדרך כלל על מינוים ועל העברתם מתפקיד של אישי ציבור, כללים אשר שוללים כהונה בתפקידים ציבוריים בכירים ברשות המבצעת ובשלטון המקומי של מי שקיימות ראיות מינהליות לכך שביצעו עבירות פליליות חמורות, אינם חלים באשר להטלת התפקיד להרכיב ממשלה ועל הכהונה כראש הממשלה. ובכל זאת, כדי להסיר ספק ולנוכח חשיבות הנושא לא אסתפק במענה שנתן לשאלה בית-המשפט העליון בפסק-דין **בן-מאיר**, אלא אדון במכלול חקיקת היסוד והפסיקה הרלבנטיים.

עיקרי ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד בדבר הכשירות לכהן כראש הממשלה

4. בסעיף 5(ב) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי "ראש הממשלה יהיה מבין חברי הכנסת". ראו שמעון שטרית **הממשלה: הרשות המבצעת** פירוש לחוק-יסוד: הממשלה כרך ב 323 (פירוש לחוק-היסוד בעריכת יצחק זמיר, 2018) (להלן: שטרית). מכאן שעל הכשירות לכהן בתפקיד ראש הממשלה חלים תנאי הכשירות לחברות בכנסת, לרבות תנאים למועמדות לכנסת ומקרים שבהם החברות בכנסת נפסקת או ניתנת להפסקה. לתנאים אלה ראו סעיפים 6, 7, 7א ו-42 לחוק-יסוד: הכנסת. לעומת זאת, עילות הפסקת החברות בכנסת עקב הרשעה במשפט פלילי בפסק-דין סופי בעבירה שיש עמה קלון והשעיית חבר הכנסת שהורשע בעבירה כזאת, הקבועות בסעיפים 42א ו-42ב לחוק-יסוד: הכנסת, אינן חלות על ראש הממשלה. ראו חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 18(ה). עילות אי-הכשירות והפסילה הן מוגדרות ומתפרשות בדווקנות ובצמצום. ראו, למשל, א"ב 1806/19 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף**, פס' 11 לפסק-דינה של הנשיאה אסתר חיות (18.7.2019); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 579 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה).

5. בהיבט הפלילי נקבעו בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת שלושה תנאים מצטברים לפסילת מועמדות לכנסת: סופיות פסק-הדין שבו המועמד הורשע, שנית, הטלת מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים, ושלישית, קביעה של בית-המשפט (או של יושב-ראש ועדת הבחירות) כי יש עם העבירה, בנסיבות

העניין, משום קלון. הסדר דומה נקבע בסעיף 42א לעניין הפסקת חברותם של חברי הכנסת שהורשעו בפסק-דין סופי בעבירה פלילית בעבירה שנקבע שיש עימה קלון, אך במקרה כזה אין נדרשת כתנאי לפסילה הטלת עונש מאסר על חבר הכנסת שהורשע.

6. להוציא לעניין קביעת הקלון בידי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית או בית-המשפט, סעיפים אלה, או כל הוראה רלבנטית אחרת, אינם מעניקים שיקול-דעת לכנסת, לוועדת הבחירות המרכזית, לבית-המשפט, או לכל גורם אחר, בכל הנוגע לכשירות למועמדות לכנסת על רקע מעשים פליליים המיוחסים לאזרחים המבקשים להציג את מועמדותם לכנסת או לחברי הכנסת. ראו, למשל, בג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(4) 547, דברי השופט דליה דורנר בעמ' 555-557 (1998) (להלן: פסק-דין **פנחסי השני**). ראו גם פסק-דין **דרעי**, דברי השופט אליעזר גולדברג בעמ' 428-429.

7. ראש הממשלה, אף כי מקובל להציגו כ"ראשון בין שווים" (ראו רובינשטיין ומדינה, בעמ' 834-835), הוא האישיות השלטונית המרכזית בישראל. כדבריו של שטרית, בעמ' 407, "ראש הממשלה הוא ראש הרשות המבצעת במשטר פרלמנטרי ומוביל ומנחה את הקואליציה המבטיחה את הרוב בכנסת התומך בממשלה. הוא פוסק ובורר במחלוקות שרים וקובע בענייני סדר יום וסדרי עבודה של הממשלה ושל ועדות השרים. השרים אחראים כלפי ראש הממשלה למילוי תפקידיהם". מחשיבותו ומייחודיותו של תפקיד ראש הממשלה נובעות גם ההוראות המיוחדות שנקבעו בחוק-היסוד בדבר הכשירות לתפקיד ראש הממשלה, השונות בחלקן מההוראות שנקבעו בקשר לשרים האחרים. ייחודו של תפקיד ראש הממשלה התבטא בהוראות המיוחדות החלות על העמדתו לדין של ראש הממשלה ועל העברתו מתפקידו בשל הרשעתו בפלילים.

8. קיימים מספר הבדלים מהותיים בין התנאים להעברה מתפקיד עקב הרשעה בפלילים וההסדרים הנוגעים לחקירה ולהעמדה לדין החלים על שרים לאלה החלים על ראש הממשלה. באשר לשרים – מלבד ראש הממשלה – נקבע בסעיף 23 לחוק-יסוד הממשלה הסדר תמציתי זה:

- "(א) כתב אישום נגד שר, למעט בעבירות שייקבעו בחוק, יוגש ויתברר בבית משפט מחוזי; הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל השר לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק.
- (ב) בית המשפט שהרשיע שר בעבירה, יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון; קבע בית המשפט כאמור, תיפסק כהונתו של השר ביום מתן פסק הדין.
- (ג) סעיף זה לא יחול על ראש הממשלה."

לעומת זאת, באשר לראש הממשלה נקבע בחוק-יסוד: הממשלה הסדר מפורט ודווקני:

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.

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 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.
(ה) הוראות סעיפים 42 א ו-42 ב לחוק-יסוד: הכנסת [המסדירות את ההעברה מתפקיד או ההשעיה של חברי הכנסת שהורשעו בעבירות שיש עימן קלון], לא יחולו על ראש הממשלה".

לא זו בלבד שסעיף 17 לחוק-היסוד מאפשר לקיים הליכים פליליים נגד ראש הממשלה בעודו מכהן בתפקיד, אלא שסעיף 18 אינו מחייב להעביר את ראש הממשלה מתפקידו אם הורשע בעבירה שיש עימה קלון כשפסק-הדין אינו סופי, אלא מסמיך את הכנסת להעבירו במקרה כזה מתפקידו בהליך מורכב ואך ורק בתמיכתם של רוב חברי הכנסת. ראש הממשלה מועבר מתפקידו בלא החלטה של הכנסת רק אם הורשע בפסק-דן סופי בעבירה שבית-המשפט קבע שיש עימה קלון. אומנם, הסדרים אלה אינם חלים באופן ישיר בנושא חוות-דעתי, שעניינה הוא בהטלת התפקיד להרכיב ממשלה ובמינוי כראש הממשלה. ואולם, ההסדר משקף את המעמד החוקתי המיוחד של ראש הממשלה בישראל, כמי שנבחר

למעשה על-ידי הכנסת – בית הנבחרים של המדינה (כאמור בסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת). הסדרים חוקתיים אלה משליכים גם על פרשנות ההסדרים בדבר הרכבת הממשלה.

הטלת התפקיד להרכיב ממשלה

9. בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי "משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך". הסעיף מנוסח כסמכות חובה, ואינו מתייחס לאפשרות, שבתקופה זאת אינה דימונית למרבה הצער, כי בעקבות ההתייעצות עם נציגי הסיעות הנשיא יסבור כי איש מבין חברי הכנסת לא יוכל להרכיב ממשלה שתזכה לאמון הכנסת (וגם לא לאפשרות ההיפותטית יותר כי לא ימצא חבר הכנסת שיסכים ליטול על עצמו את הרכבת הממשלה). ככל שאותו חבר הכנסת לא יצליח להרכיב ממשלה, "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" (סעיף 9(א) לחוק-יסוד: הממשלה). ככל שלא הורכבה ממשלה לפי סעיף 7(א) או לפי סעיף 9(א) לחוק-היסוד, "רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה [...] להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך [...]". [...] הוגשה לנשיא בקשה כאמור [...], יטיל הנשיא [...] את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה" (סעיפים 10(א) ו-10(ב) לחוק-יסוד: הממשלה. כפי שמציינים רובינשטיין ומדינה בעמ' 825, במקרה של הרכבת הממשלה לפי בקשה של רוב חברי הכנסת לפי סעיף 10 לחוק-היסוד, "אין לנשיא למעשה כל שיקול דעת בעניין, והוא מחויב להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת כאמור". ראו גם שטרית, בעמ' 367 ("סעיף קטן (ב) מטיל חובה על נשיא המדינה [...] להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה, [...] כשנשיא מעשה אין מסור שיקול דעת בעניין זה"). אך כפי שגם נקבע לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דין **בן-מאיר**, אף כשהנשיא מפעיל מידה של שיקול-דעת בהטלת התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיפים 7 או 9 לחוק-יסוד: הממשלה, "עליו להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת, לו הסיכויים הגבוהים ביותר להצליח בכך [...]" (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 825). רובינשטיין ומדינה, שם, מציינים כי "מתוקף מעמדו של נשיא המדינה ומכוח ההקשר הפוליטי של הסוגיה, תוכן הכרעותיו של נשיא המדינה בהקשר זה אינו נתון לביקורת שיפוטית".

הטלת התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום

10. באשר לשרים – הפסיקה של בית-המשפט העליון מבחינה בין שאלת הכשירות לכהן כשר בממשלה לבין השאלה של חוקיות שיקול-הדעת בהחלטות בעניין מינוי שרים או העברתם מתפקידם. כדי שאדם יוכל לכהן כשר בממשלה עליו למלא את תנאי הכשירות שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה, ושיקול-הדעת בהחלטה בעניין מינויו ובעניין העברתו מתפקידו צריך להיות מופעל לפי דיני שיקול-הדעת של המשפט המינהלי, בעיקר במובן זה שההחלטה תתבסס על מכלול השיקולים הרלבנטיים ותגלם איזון סביר ביניהם. ראו, למשל, פסק-דין **פנתסי הראשון**, דברי השופט ברק בעמ' 457-459; בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, סעיף 13 לפסק-הדין של השופטת אילה פרוקצ'יה (6.12.2007) (להלן: פסק-דין **אמונה**). הבחנה זאת בין כשירות לשיקול-דעת היא בוודאי במקומה במקרים שבהם מתעוררת טענה כי נשקלו שיקולים זרים ופסולים בעליל, כגון שיקולים כספיים מושחתים. השוו בג"צ 1523/90 **לוי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מד(2) 213 (1990). הוא הדין כשהכהונה מציבה שר במצב חמור של ניגוד עניינים. כך, למשל, נקבע כי איש ציבור מסוים לא היה יכול לכהן כשר לביטחון הפנים בעת שבה התקיימה נגדו חקירת משטרה. ראו בג"ץ 3192/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט(3) 145 (2004).

11. עם זאת, אלה אינן המגבלות העיקריות שהוטלו מכוח פסיקתו של בית-המשפט העליון על הפעלת שיקול-הדעת במינוי כשרים, ובמיוחד בהעברה מתפקידם של שרים שבהם מתקיימים תנאי הכשירות שנקבעו בחוק-יסוד: הממשלה. בפסק-דין **דרעי** ובפסק-דין **פנתסי הראשון** נקבע שכלל, על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו להעביר שרים מתפקידם כנגד שרים שכנגדם גובש כתב-אישום המייחס להם עבירות פליליות חמורות. זאת משום שבנסיבות כאלה הימנעות מהפעלת הסמכות תהווה הפעלה בלתי סבירה של שיקול-הדעת של ראש הממשלה, שתגלם מתן משקל חסר לשיקול של הבטחת אמון הציבור בשלטון, העלול להיפגע באופן מהותי אם בממשלה יכהנו שרים שנגדם יש ראיות של ממש, שהביאו לגיבוש כתב אישום, המייחס להם ביצוע עבירות חמורות. בית-המשפט גם לא הוציא מכלל חשבון את האפשרות כי ראש הממשלה יהויב להעביר מתפקידם שרים שכנגדם לא גובש כתב אישום כזה או כי יחול איסור על מינוי כשרים גם של אזרחים שהורשעו בפלילים אך לא מתקיימים בעניינם התנאים השוללים את כשירותם. עם זאת, אפשרות אחרונה זאת נשארה היפותטית, ועד כה בית-המשפט העליון לא חייב העברה של שרים מתפקידם (או הימנעות ממינוים) אלא בנסיבות כמו אלה שהתקיימו בפסק-דין **דרעי** ובפסק-דין **פנתסי הראשון**. לסקירת הפסיקה ולניתוחה ראו רובינשטיין ומדינה, בעמ' 839-847.

12. לא אכחד כי ההלכה שנקבעה בפסק-דין **דרעי** ובפסק-דין **פנהסי** הראשון מעוררת לדעתי – למרות יישומן המצומצם והדווקני – קשיים משפטיים, שעליהם עמדתי בעבר בכתיבה מחקרית. ראו אריאל בנדור "עבר פלילי ללא הרשעה" **משפט וצבא** 16 95 (2002); אריאל בנדור ומיכל טמיר "מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה" **משפט ועסקים** יז 409, 414-416 (2014). אף אם ניתן לקבל את גישתו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817 (2003) (להלן: פסק-דין **הנגבי**), כי ההסדר התמציתי שנקבע לאחר מתן שני פסקי-הדין (ראו לעיל, סעיף 8) אינו הסדר שלילי, הרי שיש קושי בחיוב העברה מתפקיד של שרים שגובש נגדם כתב-אישום אך לא הורשעו, וזאת בלא קביעה כזאת בחוק-יסוד: הממשלה או בחוק. גם אם התפיסה שהעברה מתפקיד שר של אדם בשל עבירות חמורות המיוחסות לו היא מוצדקת, הרי שנורמה משפטית כזאת נראית כפוגעת בכבוד האדם – זכות חוקתית, שפגיעה בה מותרת, כאמור בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, רק "בחוק [...] או [...] לפי חוק [...] מכוח הסמכה מפורשת בו". לדרישת החוקיות לפגיעה בזכויות ולטעמיה ראו ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 144-156 (2016). אומנם קיימת גישה המכירה גם ב"משפט מקובל" שבהלכה הפסוקה כ"חוק" שמכוחו ניתן לפגוע בזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 163-166 (2010). אך גישה זאת לא הוזכרה על-ידי בית-המשפט העליון כמקור לפסיקתו האמורה, ומכל מקום היא מעוררת קושי מיוחד בענייננו, שאינו מוסדר על-ידי משפט מקובל אלא על-ידי חקיקה, ואף חקיקת-יסוד חוקתית. ואכן, היבטים של ענייננו הנוגעים לחוקי-היסוד על זכויות האדם לא הועלו עד כה בפני בית-המשפט העליון, ועדיין לא הייתה לו הזדמנות לדון בהם. ראו אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק** 168 (2009). חוות-דעת זאת מבוססת כמובן על היות ההלכה חלק של הדין המחייב הקיים בישראל.

13. מכל מקום, בית-המשפט העליון גילה גישה זהירה במיוחד מקום שבו מינוי שר טעון אישור של הכנסת. בשונה מסמכותו של ראש הממשלה להעביר שרים מתפקידם, שהיא סמכות הנתפסת על-ידי הפסיקה כסמכות מעין-מינהלית, הרי שמינוי כשר טעון אישור של הכנסת, בית-הנבחרים של המדינה, ואינו נתון לשיקול-דעתו הבלעדי של אדם יחיד. ואכן, בפסק-דין **אמונה** ייחס בית-המשפט העליון, בדעת רוב, משקל כבד, ובמידה רבה אף מכריע, לכך שמינוי אדם לתפקיד שר אושר על-ידי הכנסת. וכך כתב השופט אשר גרוניס בסעיף 13 לפסק-דינו:

"בעתירה שבפנינו מועלית טענה של חוסר סבירות לגבי החלטה של מליאת הכנסת, שנתנה את אישורה להחלטה של ראש הממשלה והממשלה לצרף שר לממשלה הקיימת. השר החדש הוא חבר הכנסת רמון, אשר הורשע לפני מספר חודשים בעבירת מין. דינו של חבר הכנסת רמון נגזר. [...] תנאי הכשירות הקבועים בחוק לא הופרו עם המינוי. [...] האם על בית משפט זה לקבוע כי החלטתה של הכנסת באישור המינוי הינה בלתי סבירה? עונה אני בשלילה לשאלה זו. הגוף שקיבל את החלטה שהשלימה את הליך המינוי הינו בית הנבחרים. ההחלטה לאשר את המינוי הינה בעלת אופי פוליטי מובהק. כמובן, שעל חברי הכנסת חובה הייתה להתחשב אף בעובדה שהשר החדש הורשע בדין, ובעבירת מין. אין בידינו לומר כיצד עמד שיקול זה מול שיקולים רלוונטיים אחרים. הפגם שדבק בהחלטה, על פי הנטען, אינו זה של חוסר סמכות. הפגם עליו סומכים העותרים אינו נוגע לקשור דיוני בהליך בו קיבלה הכנסת את החלטתה. אף אין מדובר בשאלה של פרשנות חוק. גם אין עסקינן בהחלטה שהפרה זכות קיימת של מיעוט אופוזיציוני. הטענה היא שהחלטה לצרף את חבר הכנסת רמון היא בלתי סבירה. כאמור, עילה זו הינה אמורפית ביותר, בשל רמת ההפשטה הגבוהה שלה. בהקשר המסוים בו מדובר, אין לבית המשפט יתרון על פני כל אזרח במדינה בשאלת סבירותה של החלטה. אין עסקינן בסוגיה בה דרושה מומחיות משפטית. על יסוד כל האמור מסקנתי היא שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בהחלטה".

אף השופטת פרוקצ'יה – שתמכה גם היא בדחיית העתירה – למרות שהסתייגה מנימוקיו העקרוניים של השופט גרוניס הטעימה את הריסון המיוחד הנדרש בהטלת מגבלות על הכנסת באשרה צירוף שרים לממשלה:

"צירוף שר לממשלה [...] טעון הודעה לכנסת ואישור הכנסת. מהלך זה מעמיד למבחן ציבורי – פוליטי ופרלמנטרי את החלטת ראש הממשלה והממשלה בעניין צירוף שר לממשלה, ואת זהותו של השר המתמנה. החלטת הכנסת מתקבלת לאחר דיון, והיא ניתנת במסגרת מעמדה של הכנסת כמפקחת על פעולות הממשלה. אישורה של הכנסת להחלטת הממשלה בדבר צירופו של שר לממשלה משקף אישור פרלמנטרי של הגוף הנבחר להחלטת מינוי שנתקבלה על ידי הרשות המבצעת. [...] הביקורת השיפוטית משתרעת על כל רשויות השלטון, ובתוכן גם הכנסת. [...] אולם מעמדה של הכנסת כרשות הנבחרת, כפי שעוגן בחוק היסוד, וכעולה ממבנה המשטר הדמוקרטי, מחייב כי בית המשפט יפעיל את ביקורתו השיפוטית כלפי החלטותיה בזירות ובריסון. ככלל, בית המשפט יימנע מלהתערב בהחלטות הכנסת, ואמת המידה הבסיסית על פיה נקבע מרחב התערבותו נעוצה באופייה של החלטה מבחינת מידת הפגיעה הכרוכה בה בעקרונות המשטר המדיני, ובתפיסות הבסיסיות המונחות ביסודו. [שם, בסעיף 25 לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה]

לאישורה של הכנסת נתונה משמעות משפטית כבדת משקל לא רק בהקשר של מינוי שרים. כך, למשל, ההנחה היא כי תקנות שהכנסת אישרה משקפות את רצונה של הרשות המחוקקת הנבחרת. ראו, למשל,

דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 324-325 (2010). אכן, אם לעניין שיקול-הדעת של ראש הממשלה בהעברת שרים שהוגש נגדם כתב אישום מתפקידם "גבולות הכשירות שתחמה הרשות המכוננת אינם בלתי רלוונטיים" (פסק-דין **הנגבי**, דברי השופט אליעזר ריבלין בעמ' 834). הרי שכך, על אחת כמה וכמה, כשהחלטה מתאשרת על-ידי הכנסת.

14. כפי שפורט לעיל, הטלת התפקיד להרכיב את הממשלה נשלטת על-ידי דינים חוקתיים מיוחדים, שבהם מעורבים נשיא המדינה והכנסת – שחבריה נבחרו על-ידי אזרחי המדינה. אין מדובר בסמכות החלטה "מעין-מינהלית" כמו העברת שר מתפקידו, ואף לא בהחלטה של הממשלה כמו צירוף שר, הטעונה אישור פרלמנטרי, אלא סמכות יסוד חוקתית – שאינה נופלת בחשיבותה מסמכות החקיקה – של נשיא המדינה ושל הכנסת. שיקוף של המהות החוקתית המיוחדת של בחירת ראש הממשלה יש בכך שכל עוד פסק-דין שבו הורשע ראש הממשלה בעבירה שיש עימה קלון אינו סופי, העברתו מתפקידו על-ידי הכנסת טעונה, כאמור בסעיף 18 לחוק-יסוד: הממשלה, הליך מורכב ותמיכה של רוב חברי הכנסת. ראש הממשלה מועבר מתפקידו בלא החלטה של הכנסת רק אם הורשע בפסק-דן סופי בעבירה שבית-המשפט קבע שיש עימה קלון. מכאן אי-ההתאמה של ההלכה שנקבעה בפסק-דין **דרעי** ובפסק-דין **פנחסי** הראשון לחול באשר לראש הממשלה – הן באשר למינויו והן באשר להעברתו מתפקידו. כדבריהם של רובינשטיין ומדינה, בעמ' 847-848:

"העברה מכהונה של ראש הממשלה מביאה להתפטרות הממשלה, ומחייבת לפתוח בהליכים לכינון ממשלה חדשה. משום כך המשמעות הפוליטית של הפסקת כהונתו של ראש הממשלה היא חמורה בהרבה מזו הנובעת להפסקת כהונתו של שר, והיא עלולה להיות בלתי הפיכה. בנוסף, בעוד שביחס לשר קיימת לגורם שלטוני – ראש הממשלה – סמכות מפורשת להעבירו מתפקידו, ולפיכך המדובר בבחינת הסבירות של אופן הפעלת הסמכות – הרי שביחס לראש הממשלה עצמו אין מוקנית בחוק סמכות לגורם כלשהו להעבירו מתפקידו (אלא לכנסת, בהליך של הבעת אי-אמון בממשלה). משום כך נראה כי אם מוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה, וזה בוחר שלא להתפטר מתפקידו, תיוותר הביקורת במישור הפרלמנטרי-הציבורי, וקשה להניח כי בית

המשפט יחייב את ראש הממשלה להתפטר מתפקידו בטרם הרשעה.

[ההדגשה הוספה]

יתר על כן. גם אילו היה ניתן לראות את סמכותו של נשיא המדינה להטיל לאחר הבחירות על אחד מחברי הכנסת כסמכות בעלת אופי "מינהלי", וגם אם ניתן היה להתעלם מהקביעה בפסק-דין **בן-מאיר**, אשר לה שותפים כאמור החוקרים רובינשטיין, מדינה ושטרית, כי "סמכות הנשיא בה עסקינן מהווה חלק מהליך הבחירות הדמוקרטי, שתכליתו מימוש רצון הבוחר [...] [וכי השיקול המרכזי

האמור להנחות את הנשיא הוא סיכוייו של אותו חבר כנסת להרכיב ממשלה, לאור תוצאות הבחירות" (בסעיף 6 לפסק-הדין), הרי שלא ניתן להתעלם מכך ש"המילה האחרונה" בהטלת הרכבת הממשלה היא של חברי הכנסת עצמם. הדעת נותנת כי ככל שבכנסת יש רוב למועמד מסוים, הטלתה של הרכבת הממשלה על-ידי נשיא המדינה על מועמדים אחרים לא תצלח, ובסופו של דבר חברי הכנסת יבקשו מהנשיא, כאמור בסעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, להטיל את התפקיד על המועמד שבו הם תומכים ובכך יחייבו אותו להטיל על מועמד זה את התפקיד.

15. אכן, כשהסמכות היא בידי הכנסת, וכל עוד לא הורתה הכנסת עצמה אחרת בחוק-יסוד או בחוק וכשלא נפגעות זכויות האדם או זכויות המיעוט, הכלל הוא כי גובר רצון הבוחרים. עמד על כך בית-המשפט העליון בהרכב מורחב, בפסק-דין פנחסי השני שניתן פה אחד:

"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. [פסק-דין פנחסי השני, דברי השופט דורנר בעמ' 556-557; ההדגשות הוספו.]

בית-המשפט העליון הוסיף וקבע, שם, בעמ' 558, בעניין החלטתה של הכנסת לבחור לתפקיד יושב-ראש ועדת הכנסת חבר הכנסת שהורשע – ולא רק הוגש נגדו כתב אישום – בעבירה שיש עימה קלון:

"חברות בכנסת אינה תואר גרידא. לחברי הכנסת שורה של תפקידים, שמילויים הוא ממהות כהונתם. [...] בהיעדר הוראה חרוטה מפורשת אין להפריד בין כשירותו הבסיסית של אדם לכהן כחבר כנסת – הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת – לבין כשירותו לבצע את תפקידיו של חבר כנסת. [...] אין להבחין בין כשירותו של המשיב לכהן כחבר כנסת מן השורה או כחבר ועדה כלשהי מוועדות הכנסת – כשירות שעליה, כאמור, אין חולקים – לבין כשירותו לשמש כיושב-ראש ועדה מוועדות הכנסת (ובכלל זה ועדת הכנסת). המשיב, בהיותו חבר כנסת, כשיר למלא את מכלול התפקידים המוטלים על חברי הכנסת, ובתוך זה כהונה כיושב-ראש של ועדת הכנסת. לא ניתן אפוא לומר כי ועדת הכנסת פעלה שלא כדין בהחלטתה למנות את המשיב כיושב-ראש הוועדה. אכן, עשוי להיות מקום לביקורת על הטעם שבבחירת המשיב, שהורשע בעבירות שיש עמן קלון, לתפקיד יושב-ראש ועדה שלה סמכויות בעלות אופי שיפוטי. אפשר שבחירה זו נושאת מסר סמלי שאינו רצוי, אך זהו עניין של טעם, הנתון לשיקול-דעתה של ועדת הכנסת, ושיעמוד, מן הסתם, למבחנו של הציבור בבוא העת".

אכן, בהיעדר הוראה חקוקה, אין בסיס בדין הקיים לשלול מרוב חברי הכנסת, המייצגים את רוב הבוחרים, לבחור בראש הממשלה הראוי בעיניהם.

16. נשמעת טענה כי ניתן ללמוד לענייננו מפסק-דין **רוכברגר**, שבו פסל בית-המשפט מכהונה שני ראשי רשויות מקומיות שהוגש נגדם כתב אישום בעבירת שחיתות, אף שכתב האישום הוגש לפני בחירתם בבחירות ישירות וציבור הבוחרים היה מודע לכתבי האישום ולתוכנם. ראו, למשל, מרדכי קרמניצר "אם נתניהו יאסוף 61 המלצות, הנשיא יצטרך למנוע ממנו את הרכבת הממשלה" **הארץ** (4.12.2019), <https://www.haaretz.co.il/news/elections/.premium-1.8220550>. ואולם, ההיקש מפסק-דין **רוכברגר** אינו משכנע. אף בהנחה שניתן להקביל בין נשיא המדינה והכנסת, בית הנבחרים של המדינה, לבין מועצה של רשות מקומית, שבית-המשפט העליון קבע ברוב דעות כי מוטלת עליה חובה להעביר מתפקידו ראש רשות שהוגש נגדו כתב אישום חמור, הרי שפסק-הדין התבסס על הוראת חוק מפורשת – סעיף 22(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), תשל"א-1973 – שבה נקבע כי "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". אכן, בית-המשפט קבע ברוב דעות כי בהוראת סעיף 20 לחוק, שעניינה השעייתם ואף הפסקת כהונתם של ראשי רשויות מקומיות שהורשעו בעבירה שיש עימה קלון, אין הסדר שלילי המונע שימוש במקרים המתאימים בהוראה בדבר "התנהגות שאינה הולמת" ואף הטלת חיוב על המועצה להעביר מכוח סעיף זה מתפקידם ראשי רשויות שהועמדו לדין בעבירות חמורות, אך קשה לראות דימיון בין נסיבות אלה לבין ענייננו. יתר על כן, בהיעדר הוראה בחוק בדבר פסילת מועמדות של מי שהוגש נגדו כתב אישום בית-המשפט העליון לא ראה אפשרות למנוע את התמודדותם של שני ראשי הרשויות בבחירות המקומיות, למרות שהביע אי-נחת מתוצאה זאת.

סיכום

17. בפסק-דין **בן-מאיר**, שניתן אך לאחרונה, קבע בית-המשפט העליון שאין בסיס בדין למנוע מנשיא המדינה למלא את חובתו להטיל את הרכבת הממשלה על המועמד בעל הסיכויים הגבוהים ביותר להצליח במשימה, וכי מניעה כזאת הייתה פוגעת בשורה של ערכים ומוסדות חוקתיים בסיסיים, וביניהם אופיו הממלכתי של מוסד הנשיאות, תפקידו של נשיא המדינה בהליכי הקמת הממשלה, והליך הבחירות הדמוקרטי. ואכן, כפי שפירטתי בחוות-הדעת, האסמכתאות והתקדימים שעליהם מתבססת הטענה כי נשיא המדינה, ובפועל הכנסת, אינם רשאים להטיל את הרכבת הממשלה על מועמד, יהיו סיכויי הצלחתו

אשר יהיו, אשר הוגש נגדו כתב אישום שהיה מחייב העברת שר מתפקידו, הם, כפי שנכתב בפסק-הדין, "בגדר עירוב מין בשאינו מינו".

18. אכן, בנושא קיימת מחלוקת ציבורית. מחלוקת זאת תוכל לעמוד להכרעת הציבור בבחירות הקרובות. כדבריו של שטרית, בעמ' 352:

"נראה כי מרכז הכובד של הסדרת המשך כהונתו של ראש ממשלה שמתנהלת נגדו חקירה צריך להיות ברמה של הפעולה והתגובה הציבורית, הן של הציבור בכללו והן של מנהיגי הציבור המכהנים בכנסת או בממשלה בעת שהסוגיה מתעוררת".

אין בסיס בדין, וגם אין זה ראוי, לשלול מהציבור את זכות הבחירה.

בכבוד רב,



פרופ' אריאל בנדור, עו"ד