

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו

בראי בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה פ"ד מז(5) 441

מאת:

דניאל בן-אוליאל*

1. מבוא 2. העברת ראש ממשלה מתפקידו: דיני האיזון א. מסגרת הדין ב. ההיבט הפורמלי: חסר משפטי ביחס לפיטורי ראש ממשלה 1) המסד הנורמטיבי 2) התפטרות ראש ממשלה ג. ההיבט המהותי: הפגיעה האנטי-רובנית בדמוקרטיה מידתית 1) מרחב ההתערבות בשיקול הדעת 2) הערך המוגן א) העקרון הדמוקרטי ב) חזקת החפות 3) צידוק הפגיעה א) מהות העבירה ב) דמוקרטיה מתגוננת כנגד השחתתה כנורמה על-חוקתית 3. סיכום

1. מבוא

חוק יסוד: הממשלה, תשס"א-2001, המגדיר את אופן הרכבת הממשלה, תפקידיה וסמכויותיה ופסיקת בית המשפט העליון מכוחו, כנטען, אינו מסדיר שיוויון את הדין החל ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו לאחר הגשת כתב אישום נגדו טרם הרשעתו.¹ המאמר דן בסוגייה בהישענו בחלקו האחד על גזירה לא שווה להלכות שנקבעו בעניין העברת נבחר ציבור מכהונתם בהינתן ייחוד תפקיד ראש הממשלה. המאמר נשען בחלקו השני על פיתוח רעיונות תורת-משפטיים שטרם עוגנו בהלכות העוסקות בסוגיות אלה ובהם הרחבת דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת בפני שחיתות וניתוח מידת אנטי-חברתיות עבירת נבחר הציבור בהתבסס על כלי ניתוח של המשפט הפילי.

נקודת המוצא בענייננו בהלכת דרעי-פנחסי בה קבע בית המשפט העליון כי הגשת כתב אישום כנגד שר בעבירה שיש עמה קלון מחייבת את ראש הממשלה להעבירו מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו. בפוסקו כן, פירש בית המשפט את סעיף 22(ב) לחוק היסוד בנוסחו הנוכחי הקובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו". ההלכה מבחינה בין תנאי

* מרצה בכיר, אוניברסיטת חיפה הפקולטה למשפטים. המחבר מודה לברק מדינה, סוזי נבות, דניאל פרידמן, גד בראזיל, אמנון רייכמן, יניב רוזנאי, דותן אוליאל וגיאל לוריא על הערותיהם המועילות. תודה נתונה גם לעוזר המחקר מתן קדוש.

¹ ר' ברק מדינה, חזקת החפות לעומת חזקת הכשירות, הארץ, (9.3.2019); גד בראזיל, הכף נוטה להדחת ראש הממשלה, גלובס (4.3.2019); מוחמד וותד, בג"ץ כבר פסק בענין נתניהו, הארץ (11.3.2019); גיא לוריא ועופר קניג, ראש ממשלה בהליך פלילי, המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.1.2019), בכתובת: www.idi.org.il/articles/17566. ר' מנגד, אלכסנדר קדר ואח', ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר, דין ודברים א 15 (תשס"ה), עמ' 27. ר' דין להלן.

הדיון נמשך במקביל ברשות המחוקקת. הצעות חוק נוגדות הונחו על שולחן הכנסת בעניין ואולם אף לא אחת מהן התקבלה. מחד, הצעת חוק המחייבת את ראש הממשלה להתפטר עם הגשת כתב אישום כנגדו. ר' הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – התפטרות ראש הממשלה או שר עקב הגשת כתב אישום). מאידך, הצעת חוק שתכליתה מניעת פתיחת הליכים פליליים נגד ראש ממשלה מכהן (ההצעה מונחת עדיין על שולחן הכנסת). הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – איסור על חקירה פלילית נגד ראש הממשלה במהלך תקופת כהונתו), התשע"ז-2017.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הכשירות לתפקיד ובין סבירות שיקול הדעת הנלווה להחלטה המנהלית אם למנות או להעביר שר וסגן שר מתפקידו.

הדין בעניינו של ראש ממשלה, כנטען במאמר, אינו ממצה הן ביחס להעברה מתפקידו של ראש ממשלה במסגרת סמכותו להתפטר מכוח סעיף 19 לחוק היסוד², וכן במסגרת סמכותו של ראש הממשלה לפטר כל שר בממשלה כולל אותו עצמו בהיותו שר מכוח סעיף 22(ב) לחוק היסוד³. גם סעיף 18(ד) לחוק המבהיר כי כהונתו של ראש ממשלה תופסק מידיית לאחר הרשעתו בעבירה שיש עמה קלון בפסק דין חלוט בהליך הצבעת אי אמון בכנסת, אינו מהווה הסדר שלילי לעניינו⁴. לכאורה, גם אם הורשע ראש ממשלה בבית משפט מחוזי בעבירה שיש עמה קלון, סעיף 18 אינו מונע את הישארותו בתפקיד כדי לערער על פסק דינו לבית המשפט העליון. מאידך, חוק יסוד: הממשלה אינו מגדיר שיורית את הדין החל ביחס להעברה מתפקיד של ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום מכל סוג טרם הרשעתו, ובפרט בכתב אישום חמור דיו אף אם אינו נושא קלון. בתוך כך חוק היסוד אינו מסיג את סמכות ראש הממשלה להתפטר מכוח סעיפים 19 ו-22(ב) לחוק היסוד גם בטרם הרשעתו בניסבות המתאימות. הטענה במאמר זה הינה כי הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה חמורה דיה, שאינה בהכרח נושאת קלון, עשויה לחייב בצוק העתים את העברתו מתפקידו מתוך סמכות שבחובת התפטרותו טרם הרשעתו. זאת, בגזירה לא שווה מהלכות דרעי-פנחסי ובהתייחס לייחוד תפקיד ראש הממשלה.

הילוך טיעון זה אינו נקי מקשיים. מבקרי צידוק ההדחה השיפוטית של נבחרי ציבור ובראשם ראש ממשלה בטרם הרשעתם מתבססים על שלוש קבוצות טענות מרכזיות שיידונו⁵. אלו מתמקדות בהיעדר הביסוס בדין המהותי, החלשת אמון הציבור והפגיעה בחזקת התפוח, כלהלן. ראשית, ניצבת הטענה כי הדחה שיפוטית של נבחרי ציבור נשענת על בסיס נורמטיבי רעוע⁶. זאת, כנטען, ביחס לשלושה מובנים. לפי הראשון, הדחה שיפוטית מכוח חוק יסוד: הממשלה אינה מפורשת בחוק או בנוסחה חוקתית⁷. לא זו אף זו, הדחה שיפוטית מכוח חוק יסוד: הממשלה, כנטען, מתנגשת עם הוראות בחוק יסוד: הממשלה

² ס' 19 לחוק יסוד: הממשלה, תשס"א-2001 מורה: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להתפטר על ידי הגשת כתב התפטרות לנשיא המדינה; התפטרות ראש הממשלה - כהתפטרות הממשלה."
³ ס' 22(ב) רישא לחוק יסוד: הממשלה קובע: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו."

לעניין מעמדו של ראש ממשלה כשר מכוח סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה המבהיר כי "הממשלה מורכבת מראש ממשלה ומשרים אחרים", ר' עמדת בית המשפט לפיה "ראש-הממשלה הוא שר" בבג"ץ 5261/04 עו"ד יוסי פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון, נט (2) 446, פסק-דין עליון 26/10/04 (להלן, אריאל שרון), בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק. כמו כן בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נגד ראש ממשלת ישראל ואח', בפס' 16 לדברי הנשיאה נאור. ר' גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית - כרך א' המנהל הציבורי 439 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) ("ראש הממשלה הוא שר בין שרים") עמ' 439 וכן רובינשטיין ומדינה (המגדירים ראש ממשלה כ"ראשון בין שוים" ביחס לשרים בממשלה). ר' אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך ב', 2005) עמ' 834.
ודוק, ר' עמדתו של השופט חנן מלצר, בעמדת מיעוט, אשר גורס בפרשו את סעיף 5(א) לעיל כי "השרים הם שונים (אחרים) מראש הממשלה, ואילו האחרון מתייחד בכך שהוא יחיד ומיוחד (Sui Generis)" ומשכך אין לראות בו שר באופן קבוע לעניין חלוקת המשרדים בממשלה. ר', יש עתיד, לעיל, בפס' 10(ד) לפסק דינו של מלצר.
⁴ ס' 18(ד) לחוק יסוד: הממשלה קובע: "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".

⁵ ר' ביקורת ביחס לסוגיית הדחה שיפוטית של נבחרי ציבור Yoav Dotan, Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances, 19 Theoretical Inquiries L. 705 (2018); אריאל בנדור ומיכל טמיר, מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה, משפט ועסקים טז, תשע"ג 2 (אפריל 2013); דניאל פרידמן, קץ התמימות: משפט ושלטון בישראל (2019), עמ' 507-508.

⁶ Dotan, Id., at 726-728.

⁷ Id., at 727.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

המהווים הסדרים סותרים, כדוגמת הסדר סעיף 6(ג)(2) ביחס להדחת שרים שהורשעו בפסק דין חלוט;⁸ או סעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה המהווה כנטען הסדר שלילי ביחס להדחת נבחר ציבור.⁹ על רקע זה, מוצע כי יעשה שימוש בהדחה שיפוטית רק במקרי קיצון שיוסדרו בהליך דינוי מעוגן חוקתית או למצער על בסיס חקיקה ראשית מפורשת.¹⁰

הדין המהותי חסר במובן שני כדעת המבקרים. המשפט, כנטען, מרחיב ללא הסמכה מפורשת בחוק את תחולתו לתחומי האתיקה במסגרת שיקול הדעת השיפוטי ולצד זאת, כפי שמוסיפים בנדור וטמיר,¹¹ גם דיאלקטיקת השיח האתי התרחבה באופן מופרז כך ששיקולים אתיים מאפילים על שיקולים מקצועיים ופוליטיים ביחס לכהונת נבחר ציבור.¹² כל זאת, תוך פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות בדרך התערבות בית המשפט בשיקולי כהונת נבחר ציבור בכנסת ובממשלה.¹³ בתוך כך, עוד נטען כי חסרה מערכת מוסדית מוסדרת לבדיקת ההיבטים האתיים כך שזו נעשית לעיתים קרובות באופן מאולתר ובהיעדר מומחיות משפטית.¹⁴ בנדור וטמיר לבסוף מציעים כי מגבלות אתיות ייקבעו בחוק כמגבלות כשירות.¹⁵ הרשויות הבוחרות לא יידרשו אפוא לערוך איזון, אלא יורשו לבחור מלכתחילה אך ורק מועמדים המקיימים את תנאי הכשירות.¹⁶ בהיבט המוסדי, השניים טוענים כי פתרון מלא לבעייתיות ימצא רק אם בידי גוף ייעודי יופקדו הסמכויות לעריכת בירור עובדתי גם בעניינים שבהם לא מתעורר חשש לביצוע עברה פלילית או הפרת משמעת.¹⁷ ביקורת הדין המהותי כוללת טענה שלישית. לפיה, הדחה שיפוטית פוגעת באופן קיצוני בעקרון הרובני ללא הסמכה מפורשת שהיא בבסיס זכות האדם לבחור נבחר ציבור.¹⁸

מבקרי ההדחה השיפוטית מעלים שתי טענות יסוד נוספות. השנייה נסובה סביב הפגיעה באמון הציבור כערך יסוד דמוקרטי. בתוך כך, מבססים המבקרים את עמדתם על שתי טענות משנה. ראשית, כנטען, אין בסיס אמפירי לטענה כי אמון הציבור נותר על כנו כתוצאה מהדחה שיפוטית.¹⁹ שנית, גם השיפוט הערכי בבסיס הערכת אמון הציבור בראי הדחה שיפוטית אינו מבוסס בחקיקה ראשית.²⁰ הביקורת המושמעת כנגד הדחה שיפוטית של נבחר ציבור נסובה גם סביב ביקורת שלישית. לפיה, הדחה שיפוטית פוגעת מהותית בחזקת החפות.²¹ כל זאת, תוך שימת דגש על הלחץ הציבורי המופעל על התביעה להרשיע נבחר ציבור למעלה מן הצורך.²² הטיעון במאמר נסוב בעיקר סביב תחולת הדין

⁸ Id.

⁹ פרידמן, ה"ש 5 לעיל, עמ' 508.

¹⁰ Dotan, supra note 5, at 727.

¹¹ ר' בנדור וטמיר, ה"ש 5 לעיל (המחברים מבקרים את מה שמכונה 'הבולענות ההדדית של האתיקה והמשפט בראי משפט של האתיקה לצד מוסרנות של המשפט).

¹² שם, עמ' 2; דניאל פרידמן, ה"ש 5 לעיל, עמ' 507.

¹³ פרידמן, שם; זאב סגל, צללים מרחפים על שלטון החוק - עם פרשת בר-און ובעקבותיה, משפט וממשל ד' (2) 587 (על קשיי המעבר מהתחום האתי לתחום הפלילי), עמ' 614-619.

¹⁴ בנדור וטמיר, ה"ש 5 לעיל, עמ' 2.

¹⁵ שם, עמ' 4.

¹⁶ שם, עמ' 3-4.

¹⁷ שם, עמ' 36.

¹⁸ Dotan, supra note 5, at 728.

¹⁹ שם, עמ' 730; פרידמן, ה"ש 5 לעיל, עמ' 507.

²⁰ Dotan, supra note 5, at 730.

²¹ שם, עמ' 734-736; פרידמן, ה"ש 5 לעיל, (פרידמן מסכם כי "הדעת נותנת שהכנסת ביקשה בכך לבטל את הלכות דרעי ופנחס, ולהעדיף על פניהן את חזקת החפות") עמ' 508; מנחם מאוטנר, מה קרה כאן למן שנות השבעים? ביקורת ספרים: דניאל פרידמן, הארנק והחרב - המהפכה המשפטית ושברה (ידיעות אחרונות וספרי חמד, 2013), 631 עמודים, עיוני משפט לח (תשע"ו) 125, עמ' 127-129.

²² Dotan, supra note 5, at 738.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

המהותי ביחס להדחה שיפוטית של ראש ממשלה תחת כתב אישום בטרם הרשעתו ודן בביקורת שהוצגה בהקשרו. כנטען, נקודת-המבט הביקורתית בהקשר זה אינה מאיינת לכשעצמה את הצידוק הדוקטרינרי להדחה שיפוטית המובא במאמר, ובחינה זו ממילא חיונית כדי לאמוד את חשיבותם המשנית של הטענות המועלים מנגד. לצד זאת, נותר צורך בדיון משלים בסוגיות מטא-משפטיות הכרוכות ביחסי הגומלין שבין משפט וחברה בישראל בהקשר ההדחה השיפוטית, וכן בהיבטי השפיטות והיקף זכות העמידה, וכן תוצאות ההדחה השיפוטית של ראש ממשלה ובפרט סוגיית הנבצרות הקבועה והיבטים מוסדיים שאינם נדונים במאמר.

2. העברת ראש ממשלה מתפקידו: דיני האיזון

א. מסגרת הדין

נוסחת האיזון לבחינת שיקולי העברתו מתפקיד של נבחר ציבור, בכל מקרה ומקרה, כעולה מהלכת דרעי-פנחסי אינה טכנית אלא מהותית.²³ משכך, זו תלויה לא רק בהגשת כתב-אישום ואף לא רק במהות העבירה אלא גם בנסיבות נוספות.²⁴ מנגד, אפילו כתב-אישום בעבירה חמורה, כשלעצמו, לא בהכרח יצדיק סיום כהונה. אי סבירות קיצונית שתאפשר לנבחר ציבור להמשיך ככהונתו יכולה להימצא במגוון מצבים ובחינתה תהא כפופה בכל מקרה ומקרה לשיקולים השונים שיבחנו לגופם.²⁵ בעניין סמכותו של ראש ממשלה בהעברת חבר ממשלה מתפקידו, נשקלים שיקולים ציבוריים אך גם משילותיים-פוליטיים. לענייננו, בית המשפט שב ופסק כי יש לשקול, בין היתר, את ייחוד תפקיד ראש הממשלה שהוא ראש וראשון לחברי הממשלה, בהיותו שר בה מכוח סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה המבהיר כי "הממשלה מורכבת מראש ממשלה ומשרים אחרים" ובראי עמדת בית המשפט המגדירה ראש ממשלה כשר.²⁶ זאת ועוד, בין שיקולים אלו נמנו הצורך בשימורה של הקואליציה והבטחת אמון הכנסת תוך התחשבות בשיקולים פוליטיים,²⁷ תרומתו הפוטנציאלית של ראש הממשלה הנבחר לתפקיד,²⁸ ויעילות תיפקודה של הממשלה.²⁹ פסיקת בג"ץ שקלה גם את כישוריהם המיוחדים של נבחרי הציבור והתועלת ששירותם עשוי להביא לקידום האינטרס הציבורי הרחב.³⁰ כמו כן, נבחנו עוצמת החשדות, ומשך הזמן שחלף מאז בוצעו המעשים; האם דובר במעשה חד-פעמי או במעשה מתמשך,³¹ וכן בפרט האם היה "קלון" במעשים.³²

²³ בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה פ"ד מז(5) 441 (להלן, פנחסי), עמ' 474. ר' דיון להלן.

²⁴ שם, שם.

²⁵ שם.

²⁶ ר' דיון בה"ש 3, לעיל.

²⁷ אריאל שרון, ה"ש 3 לעיל, פס' 22; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (להלן, דרעי), בדברי השופט לוי בעמ' 427. ר' גם פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 30.

²⁸ בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פד"י לה(1) 421, 445 (1980); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי פד"י מד(2) 513, 485 (1990).

²⁹ שם.

³⁰ שם.

³¹ בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993), עמ' 262; בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יו"ר הכנסת, פד"י לו(2) 197, 280 (1982).

³² על"ע 11744/04 עו"ד מאיר זיו נ' ועד מחוזי של לשכת עורכי הדין, (8.8.05); עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל, פד"י מט(5) 184, 189 (1996); ר' רות גבזון, עבירה שיש עימה קלון כפסול לכהונה ציבורית, משפטים א' (1968) 176, עמ' 180; ור'

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

והוא העיקר, נוסחת האיזון ביחס להפסקת כהונת שר מכוח חוק יסוד: הממשלה ראוייה לחול בשינויים המחוייבים מייחוד מעמדו של ראש ממשלה גם ביחס אליו. לא מן הנמנע ליישמה תוך החלת סמכות שבחובה על ראש ממשלה להתפטר בנסיבות מתאימות במסגרת מרחב שיקול הדעת בנושא. תחולת סמכות החובה להתפטר חולשת הן על שיקול דעתו להתפטר מכוח ס' 19 לחוק היסוד, והן ביחס להעברה מתפקיד של כל אחד מחברי הממשלה כולל הוא עצמו מכוח סמכות ראש הממשלה כבסעיף 22(ב) לחוק היסוד, כפי שיידון בהמשך.

הבחינה הנדרשת כוללת שני רכיבים. הראשון, ההיבט הפורמלי שעוסק בנפקות שתיקת המחוקק בחוק יסוד: הממשלה בהקשרים שיידונו ביחס לדין החל לגבי העברתו מתפקיד של ראש ממשלה. השני, ההיבט המהותי הנסוב סביב דיני האיזון תוך התאמתם לייחוד מעמדו של ראש הממשלה.

ב. ההיבט הפורמלי: חסר משפטי ביחס לפיטורי ראש ממשלה

(1) המסד הנורמטיבי

חוק יסוד: הממשלה, תשס"א-2001 ופסיקת בית המשפט העליון מכוחו, כנטען, אינם מפורשים ביחס להעברה מתפקידו של ראש ממשלה לאחר הגשת כתב אישום נגדו טרם הרשעתו. באקדמה לעיקר הדיון בסמכות ראש הממשלה להתפטר מכוח סעיפים 19 ו-22(ב), עולה הצורך לעמוד על נפקות סעיפים 23(ב) ו-18(א) לחוק היסוד שעניינם הפסקת כהונת שר וראש ממשלה, בהתאמה, שהורשעו בכתב אישום נושא קלון בפסק דין חלוט.³³ זאת, ביחס לאפשרות כי יש בהסדרים כדי למצות את הדין החל ולחייב העברת ראש ממשלה מתפקידו רק בנסיבות אלה. שאלת קיומו של הסדר שלילי בנדון מתחדדת בפרט ביחס לשלושה תרחישי משנה. הראשון, במקרה בו ראש ממשלה טרם מורשע בכתב אישום חמור דיו (בין בכתב אישום נושא קלון ובין שלא). השני, במקרה בו ראש ממשלה מורשע בפסק דין שאינו חלוט בכתב אישום חמור דיו. התרחיש השלישי מתקיים כאשר ראש ממשלה מורשע בפסק דין חלוט בכתב אישום שאינו נושא קלון והינו חמור דיו וחרף זאת עדיין עשוי להצדיק העברתו מתפקידו.³⁴

בנסותנו לעמוד על הדין הראוי בראי פסיקת בית המשפט, יצויין בפתח הדברים, כי מרחב שיקול הדעת השיפוטי בהעדר הוראות מפורשות בעניין העדר כשירות לא מצדיק בהכרח את גיבושם של תנאי כשירות שיפוטיים. בג"ץ פנחסי מבהיר כי העדרן של הוראות "כשירות" ביחס לנבחרי ציבור, מאידך, אינו שולל מדעיקרו את שיקול הדעת הנתון לרשויות השלטון בגיבוש עמדתן באשר למינוי לכהונה מסוימת או הפסקתה.³⁵ בית המשפט ממאן משכך לראות בדיני הכשירות הסטטוטוריים

בכללות בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, סב (3) 445 פסק-דין עליון 06/12/07, פס' 14.

³³ ס' 23(ב) רישא לח"י הממשלה קובע: "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". ס' 18, שם, קובע: "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".

³⁴ לדין בהשלכות הנובעות מתרחיש בו לא מוגש כתב אישום, ר' בג"ץ 1993/03 (להלן, פרשת הנגבי השנייה), ור' דיון בחזקת החפות להלן.

³⁵ פנחסי, ה"ש 5 לעיל, פס' 23 בהסתמך על בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 491; פרשת או"מץ בעמ' 27. ור' דיון להלן.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

כממצים. לגישתו, יש להימנע מלאבחן דינים אלו מחובת שיקול הדעת המוטלת על הרשות.³⁶ בית המשפט נקט עמדה זאת גם במצבים בהם החליט לבסוף שלא להתערב בשיקול הדעת של הגורם המוסמך להעביר נבחר ציבור מתפקידו.³⁷ בלשון השופטת פרוקצ'יה בדין יחיד בעניין זגורי "התפיסה לפיה יש לראות ברשימת פסליות לכהונה של נבחר ציבור [...] משום רשימה סגורה [...] לא נתקבלה בהלכה הפסוקה. בשורה של פסקי דין בהקשרים שונים נקבע, כי עילות פסילה [...] אינן ממצות, ועשויים להתקיים תנאים ונסיבות, החורגים מעילות הפסילה הסטטוטוריות, שבהתקיימם, המשך כהונתו של נבחר ציבור בתפקידו הנבחר עשוי לעמוד בסתירה לעקרונות המשפט הציבורי, ולחייב את סיום כהונתו".³⁸

בפתח הדין, נעמוד על נפקות סעיף 23(ב) לחוק היסוד, וזאת ביחס לשלושת תרחישי המשנה שאוזכרו. סעיף 23 עוסק בהפסקת כהונתו של שר מחמת עבירה. סעיף 23(ב) לחוק היסוד קובע כי "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". סעיף קטן (ג) מסייג בקובעו כי "סעיף זה לא יחול על ראש הממשלה". ודוק, בחינה מדוקדקת של הוראות הסעיף מעלה כי אינו מהווה הסדר שלילי ביחס לדין החל על העברתו מתפקיד של ראש ממשלה. שלוש הנמקות ניצבות בראי מסקנת בית המשפט בהלכות דרעי-פנחסי לפיה בשתיקת המחוקק לא נמצא הסדר שלילי בשאלת העברה מתפקידם של נבחר ציבור שהם שרים וסגני שרים, ואשר יש בכוחה להשליך בשינויים המחוייבים גם לענייני העברתו מתפקיד של ראש ממשלה בטרם הרשעתו.

ראשית, בית המשפט קובע שהוראות חוק יסוד: הממשלה אינן נסמכות על 'שתיקה מדעת' מצד המחוקק. מכאן מוסיף וקובע בית המשפט כי שתיקת חוק היסוד נוגעת גם לעניין השימוש בשיקול הדעת לעניין הפסקת כהונתו של סגן שר על ידי השר הממנה אותו או ראש הממשלה.³⁹ על ההצדקה לקביעתו, מוסיף בית המשפט בהלכת פנחסי בהפנותו לקביעת הנשיא שמגר בפרשת דרעי. זאת, בהחריגו את חוק יסוד: הממשלה ביחס להעברה מתפקיד של שר או סגן שר בבחינת מכלל ההן שומעים את הלאו, בציינו "אכן, יש חוקים המכילים פירוט הנסיבות המתירות או מחייבות העברה מתפקיד", אלא שחוק יסוד: הממשלה אינו נמנה על חוקים אלו. ממילא, בפוסקו כן התייחס בית המשפט לשתיקת המחוקק רק לעניין העברתם מתפקיד של שרים וסגני שרים מכוח סעיפים 36 ו-36(3) וס' 21א(א) לחוק היסוד.⁴⁰ יובהר, סעיף 21א(א) לחוק היסוד הסדיר את סמכות ראש הממשלה להעביר שר מתפקיד. סעיף 21א(א) לחוק היסוד (תיקון 3) המופיע כיום כסעיף 22(ב) לחוק היסוד, מותיר על כנה את ההנמקה העקרונית, כנטען במאמר זה. זאת, גם ביחס להעברה מכהונה של ראש ממשלה שהעברתו מתפקידו

³⁶ בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר (פורסם בנבו, 14.10.2013) (להלן: פרשת אומ"ץ), בעמ' 28; בג"ץ 5816/09 בפס' 25 לפרוקצ'יה

³⁷ שם, אומ"ץ, בעמ' 28; כמו כן ראו: בג"ץ 2533/97 (הנגבי 1); פרשת הנגבי השנייה, ה"ש 34 לעיל, בג"ץ 1400/06.

³⁸ בש"פ 5816/09 מדינת ישראל נ' זגורי (9.9.2009), דברי השופטת פרוקצ'יה בפס' 25.

³⁹ ר' דברי השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר נ. "ניב" בע"מ בפירוק, פ"ד יד 1549, 1545; פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 23 בהסתמך גם על על"ע 663/90 פלוני נ' ועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו (טרם פורסם). סעיפים 36 ו-36 לחוק היסוד בנוסחו לשנת 1968 עת נפסקו הלכות דרעי ופנחסי עוסקים בהעברה מתפקידם של סגני שרים. קרי, סעיף 36 הסמיך שר ממונה להעבירו מתפקידו ואילו סעיף 36 (תיקון 7) הסמיך ראש ממשלה להעביר סגן שר מתפקידו. סעיפים אלה הוחלפו בס' 26 לחוק היסוד עובר לתיקון (תיקון מס' 4) תשע"ה-2015.

⁴⁰ ר' בהתאמה: ס' 36 לח"י: הממשלה התשכ"ח ס"ח 226 (תיקון מס' 7); ס' 36(3) לח"י: הממשלה התשכ"ח ס"ח 226; ס' 21א(א) לח"י: הממשלה התשכ"ח 226 (תיקון מס' 3). ס' 26 לחוק היסוד מאגד כיום (עובר לתיקון מס' 4, תשע"ה-2015) את ס' 36 ו-36(3) בנוסחם בעת בפרשת דרעי-פנחסי שענייני העברה מתפקיד של סגן שר בהתירו פיטורי סגן שר במקרה בו "ראש הממשלה, הממשלה או השר שמינה את סגן השר החליטו להפסיק את כהונתו". תיקון דומה ביחס לפיטורי שרים נעשה קודם לכן בחוק היסוד בס' 21א(א) שהוחלף בסעיף 22(ב) בנוסחו כיום (עובר לתיקון מס' 2, תשע"ד-2014) ואשר קובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו...".

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

נושאת שתיקה דומה בקובעה בסעיף 22(ב) באופן לא ממצה כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו...". פשיטא, הסעיף חולש גם על תרחיש התפטרות ראש הממשלה עצמו בהיותו שר וחבר ממשלה.⁴¹ לצד זאת, הנמקתו העקרונית של בית המשפט בהלכת דרעי-פנחסי נותרת על כנה גם ביחס לפרשנות סעיף 19 רישא לחוק היסוד. הסעיף המעניק סמכות ברשות לראש הממשלה לפיה: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להתפטר על ידי הגשת כתב התפטרות לנשיא המדינה". בהנגדה למבנה ההסדר הלא ממצה, כנטען ביחס לסמכות שברשות של ראש ממשלה להתפטר, ניצבים דברי חקיקה הכוללים הוראות מפורשות בדבר העברתם מתפקיד של חברי כנסת ונבחרי רשויות מקומיות. זאת, כאשר תלוי ועומד נגדם כתב אישום נושא קלון או כאשר הורשעו בפסק דין סופי. בהסדרים אלו לא מתקיימת שתיקת המחוקק מדעת, כבענייננו. על הסדרים אלו נמנים סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת וכן סעיף 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם) התשל"ה-1975, בהתאמה.

בתוך כך, ראוי להקיש גם מההסדר החל ביחס לסמכות נשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת ממשלה, שהיא אחת משלושת סמכויותו העיקריות. זאת, משום שכנטען גם הסדר זה נעדר 'שתיקה מדעת' בדומה לענייננו. בפרט, כינון ממשלה, כקבוע בסעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, יעשה על ידי נשיא המדינה באמצעות הטלת התפקיד על חבר כנסת לשיקול דעת הנשיא. חוק היסוד מציין "משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה [...] את התפקיד להרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך".⁴² סמכותו של הנשיא, כמובן, אינה מחייבת אותו רק מבחינת דיני הכשירות הסטוטוריים, ובתוך כך כשירות המועמד להרכבת הממשלה. לצד דינים אלו מניח חוק היסוד רכיב שיקול דעת משלים. לצד כשירותו הסטוטורית של כל חבר כנסת, על הנשיא לשקול, למשל, למי מבין חברי הכנסת הסיכוי הגדול ביותר להרכיב ממשלה.⁴³ פשיטא, הכשירות הסטוטורית היא תנאי הכרחי אך לא די בו. היא הנותנת גם לעניין מינוים של נבחרי ציבור כבענייננו, בבחינת הלכת דרעי-פנחסי בדבר "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".⁴⁴ משכך, סמכות נשיא המדינה לשקול את התאמתו הערכית-מוסרית של חבר כנסת תחת כתב אישום להרכיב ממשלה, מקישה על קיום שיקול דעת המתוסף לדיני הכשירות הסטוטוריים בשאלת סמכות העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו.

הנמקה שניה ניצבת בבסיס מסקנת בית המשפט לפיה בשתיקת המחוקק לא נמצא הסדר שלילי בשאלת העברה מתפקידם של נבחרי ציבור ובהם חברי ממשלה. חוק יסוד: הממשלה, כנטען, לא מציג עמדה סדורה בשאלת הפסקת כהונת ראש ממשלה בנסיבות האמורות. יוסף כן, גם מערכות נורמטיביות אחרות ביחס לסמכות ההעברה מכהונה הנתונה לממשלה, לראש הממשלה, ולשר הממונה בסעיפים 36, 33(1) ו-21(א) לחוק-יסוד: הממשלה כנוסחם במועד פסיקת הלכת דרעי-פנחסי, אינן מסייעות במישרין להבהרת העניין.⁴⁵ במסגרת פסקי הדין בעניין פנחסי-דרעי טענו העותרים כי ההסדר האמור

⁴¹ ס' 22(ב) רישא לחוק יסוד: הממשלה.

⁴² ס' 7(א) לחוק יסוד: הממשלה.

⁴³ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 824-825.

⁴⁴ ר' פנחסי, ה"ש 23 לעיל, עמ' 457; ר' בכללות בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעירית פתח-תקוה נ' מועצת עירית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566; בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409, 413; בג"ץ 1935/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752; בג"ץ 194/93 שגב נ' שר החוץ, פ"ד מט(5) 57; בג"ץ 7193/97 עבד נ' השר לענייני דתות ויושב-ראש ועדת מינויי קאדים, פ"ד נב(5) 365; פרשת הנגבי השניה, ה"ש 34 לעיל.

⁴⁵ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 22. ההלכה בעניינם של פנחסי ודרעי נפסקה ביחס לסעיפים 21(א) ו-36 לחוק יסוד: הממשלה התשכ"ח ס"ח 226. הסעיפים מגדירים את סמכותו של ראש הממשלה להעביר מכהונתם שרים וסגני שרים,

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

בסעיפים 21א(א) ו-36א לחוק היסוד מהווה "הסדר שלילי" לעניין העברתם של חברי ממשלה המצויים תחת חקירה פלילית או שהוגשו כנגדם כתבי אישום חמורים. כך, משום שניתן ללמוד על האמור מהוראות החוק השונות,⁴⁶ ואשר בהן בחר המחוקק להביע את כוונתו להעביר מתפקיד נבחר ציבור שאינם נוהגים בדרך הישר ובתנאים שקבועים בדין.⁴⁷ בשני פסקי הדין דחה בית המשפט את הטענה. כך, בלשון בית המשפט בפוסקו "היעדר הוראות מפורטות [ביחס לשרים] מתיר העברה מתפקיד [שר] במגוון רחב יותר של מקרים מאשר אלו המפורטים בחוקים הדנים בנבחר ציבור אחרים או בנושאי משרה ממונים".⁴⁸ בנוסחו העדכני של חוק יסוד הממשלה עת נוספו הסעיפים 23(ב) ו-27 נקבע כי בהינתן פסק דין מרשיע בעבירה שיש בצידה קלון, תופסק מיד כהונתם של השר או סגן השר, בהתאמה.⁴⁹ הנה כי כן, לאחר התיקון לחוק היסוד והוספת סעיפים אלה – ואשר נחקקו בעקבות פסק הדין בעניין דרעי – מצטמצמת לכאורה ההלכה שנקבעה לעניין העברתם של חברי ממשלה מתפקיד. וכך למעשה, ניתן כעת לטעון להסדר שלילי, שהרי בתיקון חוק היסוד נקבעו הוראות מפורטות גם לעניינם של שרים וסגני שרים.⁵⁰

אולם בכך לא סגי. לגישתו של בית המשפט, אין בחקיקת סעיף 23(ב) לחוק היסוד משום ביטול ההלכה הכללית שנקבעה בעניינם של פנחסי-דרעי בהתבסס על סעיף 21א(א) לחוק היסוד דאז (שהוא כמוסבר מקבילו של סעיף 22(ב) לנוסח העדכני של חוק היסוד).⁵¹ לשון אחרת, הוספתה של תניית פסלות סטוטורית בדמות סעיף 23(ב) לחוק היסוד אינה משליכה לעניין חובתה של הרשות לבחון במונחים של סבירות את מינויו של נבחר ציבור. בכך, העניק בית המשפט ביטוי להלכה הידועה מכבר, והיא כי אין לראות בדיני הכשירות הסטוטוריים כממציים.⁵² להשלמת הטיעון, מגישת בית המשפט ניתן עוד להסיק כי על מנת לטעון כנגד ההלכה הכללית כגון זו שנקבעה בעניינם של פנחסי-דרעי, על ההוראות המפורטות והספציפיות בעניין לנקוט לשון ברורה ומפורשת.⁵³ ודוק, ההוראה האמורה נקבעה בשנת 1992 בחוק היסוד, כשנה לפני שבית המשפט פסק שבצוק העתים גם החלטה על הגשת כתב אישום תספיק כדי לאיין את כשירותו של שר לכהן בממשלה. והנה, הימנעות הכנסת מתיקון החוק, חרף פסיקת בג"ץ מחזקת את המסקנה שההסדר שנקבע בחוק אינו ממצה.⁵⁴

בהתאמה. עובר לתיקון חוק היסוד, סעיף 21א(א) שונה לסעיף 22(ב) ולפיו: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...] ואילו סעיף 36 (וגם סעיף 33) מעוגן בנוסח החוק הנוכחי בסעיף 26(3) אשר כותרתו "פקיעת כהונתו של סגן שר" ואשר קובע ש"כהונתו של סגן שר נפסקת בכל אחת מאלה: [...] ראש הממשלה, הממשלה או השר שמינה את סגן השר החליטו להפסיק כהונתו [...]".

⁴⁶ כגון אלו ר' למשל ס' 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם); ס' 42 לח"י הכנסת; ס' 6 לח"י: הממשלה; ס' 9 לחוק הממשלה, התשס"א-2001; ס' 120 לפקודת העיריות; ס' 100 ו-101א לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950; ס' 4 לחוק הרשויות המקומיות (מהנדס רשות מקומית), התשנ"ב-1991; ס' 20 לצו איגוד ערים (הוראות אחידות), התשט"ו-1995; ס' 7א ו-18 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; ס' 6 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; ס' 11א-19 לחוק בתי הדין הדתיים הדרושים, התשכ"ג-1962; ס' 1 ו-2 לחוק בעלי תפקידים שיפוטיים (תקופת כהונה), התשנ"א-1991; ס' 187א, 192 ו-533 לחוק השיפוטי הצבאי, התשט"ו-1955; ס' 14 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ו-1992; ס' 10 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"א-1985; ס' 76 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, ועוד רבים אחרים.

⁴⁷ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 22 לדברי השופט ברק.

⁴⁸ דרעי, ה"ש 27 לעיל, בפס' 16 לנשיא שמגר; רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 845.

⁴⁹ ס' 27 לח"י הממשלה רישא קובע: "בית המשפט שהרשיע סגן שר בעבירה יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה

משום קלון".

⁵⁰ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, עמ' 845.

⁵¹ שם, עמ' 817, 833-835, 897-899 (2003); אומ"ץ, ה"ש 36 לעיל, עמ' 31.

⁵² אומ"ץ, ה"ש 36 לעיל, עמ' 31.

⁵³ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, עמ' 846.

⁵⁴ ברק מדינה, חזקת החפות לעומת חזקת הכשירות, הארץ, (9.3.2019).

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

משכך, הכלל שיש לאמץ, למשל לגישתם של רובינשטיין ומדינה, הוא כי מקום שחבר הממשלה הורשע בעבירה שיש בצדה קלון, כהונתו תופסק באופן מיידי; בעוד שבמקרה של הגשת כתב אישום כנגד חבר ממשלה בגין עבירות חמורות ובטרם הרשעה, ההלכה הכללית תמשיך לחול. במקרה כאמור, הפסקת כהונתו של השר או סגן השר לא תיפסל מיידי, ולכן גם לא בהכרח תימשך, ותיבחן לאור הנסיבות וחומרת המעשה המתואר בכתב האישום.⁵⁵

שלישית, גם הדין החל ביחס להעברתם מתפקיד של נציגי ציבור אינו מחייב מסקנה אחרת. בפרשת גינוסר, לעניין מינויו למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, נקבע כי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 לא הכיל כל הוראה הפוסלת מינוי ציבורי כנגד מי שיש לו עבר פלילי או שעבר עבירה שיש בצדה קלון.⁵⁶ לכאורה, ניתן היה לטעון להסדר שלילי לעניין המינוי של גינוסר,⁵⁷ ואולם, בית המשפט קבע כי לצד סמכותה של הממשלה למנות לתפקיד אדם בעל עבר פלילי, עליה לבחון את הכשירות לתפקיד גם במרחב סבירות שיקול הדעת המנהלי הנתון לה ואשר יידון גם בהמשך.⁵⁸

עולה מן המקובץ, המחוקק נמנע מלהסדיר מפורשות ובאופן ממצה את עניינו של ראש ממשלה תחת כתב אישום חמור, בין שיש או אין עמו קלון ובטרם הורשע. תרחישים אלו יידונו, ביחס לסמכות ראש הממשלה להתפטר כמשמעה בסעיף 19 לחוק היסוד, והן ביחס לסמכותו של ראש הממשלה לפטר כל שר בממשלה, ובתוך כך אותו עצמו, מכוח סעיף 22(ב) לחוק היסוד. בנוסף, הסמכות שברשות של ראש ממשלה להתפטר ושיקול דעת בית המשפט להורות להפעלה כסמכות שבחובה עולה כמוסבר מסעיף 23 לחוק היסוד לעניינו בראי הלכת דרעי-פנחס.

מבלי לפגוע באמור, ובהתייחס לעמדת המצדדים בדבר היות הדחה פרלמנטרית המוצא המועדף לפי ההקשר, ישנו צורך לדון בתחולת ההסדר בחוק יסוד: הממשלה המסמיך את הכנסת לדון בהעברת ראש ממשלה מתפקידו מחמת הרשעה בעבירה בהליך הצבעת אי אמון. סעיף 18(א) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "הכנסת רשאית, בהחלטת רוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון [...]". נקודת המוצא לבחינת ביקורת הכנסת על שיקול דעת ראש ממשלה, קודמת לביקורת שיפוטית על ראש הממשלה והינה הדין השיוּרי. זאת, כנובע משיטת הממשל הפרלמנטרית שבישראל, לפיה הביקורת על פעולות הממשלה וראש הממשלה מצויה בידיה של הכנסת המביעה בממשלה אמון, ושכוחה גם להביע בה אי-אמון.⁵⁹ משמעות העניין כפולה. ראשית, ביקורת שיפוטית ביחס לאפשרות העברת ראש ממשלה מתפקידו תתקיים רק במקרה ולא תמוצה בחינה כזו בידי הרשות המחוקקת ותעשה כמוצא אחרון. שנית, הפעלת מנגנון ביקורת הכנסת והמערכת הפוליטית כולה על ראש הממשלה תשפיע לצמצום היקף שיקול-הדעת של ראש-הממשלה וממילא על מידת ההתערבות השיפוטית בעניינו שתידון בהמשך.⁶⁰

לגוף הטיעון, מצב הדברים ביחס לסמכות הכנסת בהחלטת רוב חבריה להעביר מכהונתו ראש ממשלה עם כתב אישום טרם הרשעתו אף הוא אינו חף מקשיים. סעיף 18(ד) לחוק מבהיר כי רק לאחר הרשעת ראש ממשלה בפסק דין חלוט בעבירה שיש עמה קלון, כהונתו תופסק ויראו את

⁵⁵ שם.

⁵⁶ אייזנברג, לעיל ה"ש 31. ר' גם נבות, מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול-דעת, המשפט, גיליון 9, אפריל 1999, בעמ' 91.

⁵⁷ נבות, שם.

⁵⁸ שם, בעמ' 91-92. ור' דיון מקיף בשאלת מרחב ההתערבות בשיקול הדעת, בחלק 1.ג.2, להלן.

⁵⁹ אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 29 בהסתמכו על בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 ובג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800.

⁶⁰ שם, שם.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי.⁶¹ משכך, אם הורשע ראש ממשלה בבית משפט בפסק דין שאינו חלוט בעבירה שיש עמה קלון, סעיף 18 אינו מונע לכאורה את הישארותו בתפקיד כדי לערער על פסק דינו לבית המשפט העליון. אלא שסמכות הכנסת כמשמעה בסעיף 18 דורשת התייחסות לשני מצבי קצה שאינם מפורשים אף לא בו. ראשית, כאשר ישנו כתב אישום בטרם הרשעה חלוטה וזאת ביחס לעבירה עם קלון או בהיעדרו, כל מקום שכתב האישום מבוסס על עבירה חמורה דיה המגולמת ב"מעשי שחיתות המפליגים בחומרתם";⁶² זאת אף מעבר לתשתית העובדתית שנקבעה בהלכת דרעי-פנחסי.⁶³ מקרה קצה שני מתקיים ביחס לשאלת בחינת סבירותה של סמכות הכנסת להעביר ראש ממשלה מתפקידו מקום בו מורשע ראש ממשלה בפסק דין חלוט בכתב אישום בעבירה חמורה שאינה נושאת קלון. בשני המקרים האמורים עמדת המחוקק בסעיף 18 לחוק היסוד אינה ממצה לגופו כמוסבר. ממילא, עמדת המחוקק בסעיף 18 אף אינה מהווה הסדר שלילי ביחס לסמכות התפטרות ראש ממשלה כעולה מסעיפים 19 ו-22(ב) העוסקים בסמכותו ברשות ובחובה של ראש ממשלה להתפטר רק על בסיס כתב אישום חמור דיו בטרם הרשעה.

2) התפטרות ראש ממשלה

התפטרות ראש ממשלה מוסדרת כנטען במסגרת שני סעיפים לחוק יסוד: הממשלה. הראשון, התפטרות ראש ממשלה מכוח סעיף 19 רישא לחוק היסוד אשר טרם נדונה בפסיקת בתי המשפט. סעיף 19 אינו מגדר את שיקול דעתו בנוגע להחלטה האם להתפטר אם לאו. תחת זאת, הסעיף קובע בהרחבה "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להתפטר על ידי הגשת כתב התפטרות לנשיא המדינה." במידה וראש הממשלה לא הפעיל סמכותו שברשות להתפטר בצוק העתים, שומה יהא על בית המשפט לשקול הדחה שיפוטית בנסיבות בהם יקבע כי סמכות הרשות בידי ראש הממשלה מקימה גם סמכות שבחובה להתפטר. במקרה זה, אין מניעה לפרש את סעיף 19 כשם שפירש בית המשפט את סעיף 22(ב) בעניין פנחסי-דרעי, כפי שידון להלן.⁶⁴ התפטרות ראש ממשלה מוסדרת בהסדר נוסף. וזאת כמשמעה של התפטרות כאמור בסעיף 22(ב) לענין מעמדו כשר כהתפטרות חבר ממשלה שהוא שר כמשמעו בחוק היסוד ופסיקת בית המשפט מכוחו.⁶⁵ בית המשפט בהלכת דרעי-פנחסי קבע כי הגשת כתב אישום בעבירה חמורה שיש עמה קלון בטרם הרשעה, מחייבת את ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו.⁶⁶ בפוסקו כן, פירש בג"ץ את סמכותו של ראש הממשלה לעשות כן כנטען לפי סעיף 22(ב) לחוק היסוד בקובעו כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו" כסמכות חובה. נשאלת השאלה: מה נסיק משתיקת המחוקק בסעיף 22(ב) על נפקות הגשת כתב אישום כנגד שר, ובתוך כך ראש ממשלה? עמדת בית המשפט הינה כי אין בהגשת כתב האישום כשלעצמו כדי ליצור

⁶¹ חוק יסוד הממשלה, ס' 18(א).

⁶² פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 41. בפסק הדין בעניינו של השר דרעי (בג"ץ 3094/93) ציין הנשיא שמגר כי "כתב האישום מכיל טענות בדבר מעשי שחיתות המפליגים בחומרתם." ואולם, כנדון לעיל, ישנן עבירות חמורות מאלו שנדונו בהלכות הנוגעות לנבחרי ציבור עד היום, אך טרם נפסק לגביהן ביחס לסמכות ההעברה מתפקידם של נבחרי ציבור מכוח חוק יסוד הממשלה, כנדון בהמשכו של חיבור זה.

⁶³ שם, שם.

⁶⁴ לעניין ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד בנוסחו בהלכת דרעי-פנחסי ועובר לתיקונו, ר' ה"ש 20, לעיל.

⁶⁵ ר' ה"ש 3, לעיל.

⁶⁶ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 29.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

"הסדר שלילי" המחייב העברתו מתפקיד, ובתוך כך צמצום ההלכה שנקבעה בעניינם של פנחסי-דרעי.⁶⁷ שנית, בהתייחס לחומרת כתב האישום במסגרת בחינת מרחב שיקול דעתו של ראש ממשלה (ביחס לחברי ממשלה אחרים הימנו) מחוייב ראש הממשלה להפעיל את סמכותו החוקית מכוח חוק היסוד לשם העברת שר או סגנו מכהונתם אם העבירה העולה מכתב האישום חמורה. נסיבות אלה הופכות את סמכות ה"רשות" שבידי ראש הממשלה לסמכות "חובה" שעליו להפעילה.⁶⁸ העבירות שדובר בהן בפרשות פנחסי-דרעי היו שוחד (בעניין דרעי) ומתן הצהרה כוזבת למבקר המדינה (בעניין פנחסי). פשיטא, מידת חומרת העבירות, ההופכות את "סמכות הרשות" ל"סמכות חובה" עשויה לשמש כהוראה פרשנית גם להפעלת שיקול דעת מחייב בעניין התפטרות ראש ממשלה עצמו בהינתן כתב אישום בעבירה חמורה דיה אפילו אם אינה נושאת קלון.

לשון קיצור, הוראת סעיף 22(ב) מחילה סמכות ברשות ובחובה ביחס להתפטרות ראש-הממשלה כמוסבר, אך אינה מגדרת את שיקול-דעתו הייחודי ואשר יידון בהמשך.⁶⁹ בית המשפט התייחס לסוגיה זו בעבר. בפרט, ההלכה היא כי ראש הממשלה כמו יתר חברי הממשלה הם נאמני הציבור.⁷⁰ בתוך כך, השיקול העיקרי בהפעלת הסמכויות של הממשלה וראש הממשלה הוא האינטרס הציבורי.⁷¹ מחובת נאמנות זו נגזרת ההלכה החלה גם על ראש הממשלה לפיה שיקול-דעתו יוגבל למתחם סבירות, כבפעולת כל רשות שלטונית וזאת בהגינות, ביושר ומתוך שיקולים ענייניים בלבד, תוך שקילת שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים סבירים המייחדים את ראש הממשלה.⁷² חובת הנאמנות בהוראת סעיף 22(ב) מקרינה, בתוך כך, גם על מרחב שיקול דעתו מחוץ לגדרי סעיף 22. כך בפרט, ביחס לשיקולי פסילת כל חברי הממשלה וראש הממשלה בכללם, כמשמעם בסעיף 19 המהווה ההסדר הראשי בענייננו.

במקרה ותידרש התערבות שיפוטית לעניין חומרת העבירות, בית המשפט יקבע את מהות העבירות ואת אופי הנסיבות המחייבות ראש ממשלה להתפטר או להיות מועבר מתפקידו בהכרעה שיפוטית. במסגרת זו, גם הימנעותו של ראש הממשלה מהפעלת סמכותו להתפטר עשויה כנטען להיחשב לחוסר סבירות קיצוני המחייבת התערבות שיפוטית.⁷³ מן הכלל אל הפרט, במקרה של סירוב ראש ממשלה לפעול בהינתן נסיבות חמורות דיין שידונו בהמשך, יתקיים הבסיס העיוני שיאפשר לבית המשפט להעביר את ראש הממשלה מתפקידו גם בטרם הרשעתו בפסק דין חלוט.⁷⁴ מסקנה זו מחייבת התייחסות למתח העיוני בין כתב אישום עם קלון ובין עבירות חמורות ללא קלון, במסגרת דיני האיזון המייחדים את שאלת העברתו מתפקידו של ראש ממשלה.

⁶⁷ אומ"ץ, ה"ש 36 לעיל, עמ' 31.

⁶⁸ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 23.

⁶⁹ בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, דברי השופט חשין, עמ' 682; אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 15.

⁷⁰ חובת נאמנותו של ראש-הממשלה למלא באמונה את תפקידו קבועה בהצהרת האמונים שהוא נותן. דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 1 לפסק דינו של השופט גולדברג.

⁷¹ שם, בפסק דינו של השופט גולדברג בעמ' 65; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, עמ' 848.

⁷² פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 34 לפסק דינו של השופט ברק; יקותיאל, עמ' 682; אריאל שרון, ה"ש 3 לעיל, פס' 15; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ. ממשלת ישראל פ"ד לה(3) 729, 745-746; בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, עמ' 33. לעניין השיקולים הפוליטיים המותרים, ר' אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 22; דרעי, לעיל ה"ש 27, בדברי השופט לוי בעמ' 427.

⁷³ ר' זאב סגל, משפט ואתיקה - בין תרבות שלטון לשלטון המשפט, הפרקליט מח (תשס"ה) 244, עמ' 251; חיים כהן, כשרותם של משרתי ציבור, משפט וממשל ב (תשנ"ד) 265, עמ' 279-280.

⁷⁴ זאב סגל, שם.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

ג. ההיבט המהותי: הפגיעה האנטי-רובנית בדמוקרטיה מידתית

1) מרחב ההתערבות בשיקול הדעת

חוק יסוד: הממשלה קובע שכשירות נבחר ציבור לתפקיד שר נשללת לאחר הרשעה בהליך פלילי. דוק, החוק אינו קובע במפורש כי יש בכך כדי למצות את התנאים להפרכת תנאי הכשירות לכהונתו של נבחר ציבור לתפקיד ציבורי.⁷⁵ לשון החוק מורה, משכך, כי הרשעה בפלילים היא רק אחת הדרכים אשר יש בהן כדי לפגום בכשירותו של אדם לכהן כחבר ממשלה. זאת, כשם שדין הכשירות הסטטוטורי המעוגן בסעיף 23(ב) לחוק היסוד נוסף על סעיף 22(ב) לחוק היסוד ואינו בא במקומו.⁷⁶ עמדת בית המשפט העליון כפי שהתקבעה לאורך שנים הינה שהסדרים בעניין הכשירות אינם מהווים "הסדר שלילי" באשר לשיקול הדעת בבחינת "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".⁷⁷ הכוונה היא שיש מבחן פורמלי אבל יש גם שיקולים ערכיים-מוסריים שיש לשקלם בטרם מינויו של נאשם או מורשע לתפקיד ציבורי. וזאת, בשים לב לכך ש"ככל שמתרחקים אנו מן הגבולות הסטטוטוריים, כך נתקשה למצוא טעם וצידוק להתערב בשיקול דעתו של ראש-הממשלה במסגרת סמכותו". קרי, ככל שנתרחק מלשונו של החוק ומההגבלות של המחוקק המשתקפות בו, לא בנקל תהא התערבות שיפוטית בשיקול הדעת בדבר המינוי או הפסקתו.⁷⁸ הוא הדין, בפרט כאשר הסוגיה היא חובת התפטרות ראש הממשלה עצמו, לאור סעיפים 19 ו-22(ב) לחוק היסוד המתירים כנטען סמכות שבחובה ולא רק ברשות. במקרים אלו, ברי כי יקשה במיוחד למצוא טעם וצידוק להתערב "בשיקול-דעתו של ראש-הממשלה במסגרת סמכותו".⁷⁹ בעניין ראש הממשלה, הזכות להיבחר מקבלת משנה תוקף, אך זכות זו אינה מחסום מפני העברתו של ראש ממשלה מתפקידו עקב כתב אישום חמור דיו התלוי ועומד כנגדו גם בטרם הרשעתו. זאת ועוד, בשוקלו את מכלול השיקולים במקרה כזה, על בית המשפט לתת דעתו לחשש שמא ראש הממשלה יעשה שימוש לרעה במעמדו לאור ההליך המשפטי נגדו. כך זאת, תוך חשש מפגיעת ראש ממשלה במערכת אכיפת החוק הפועלת נגדו. החשש לניצול מעמדו היחודי לרעה עשוי להתעצם לאור כך שראש הממשלה אף אינו מוגבל למשרד ממשלתי מסוים, תוך צורך להחמיר עם תנאי הכשירות לכהן בתפקיד ראש ממשלה, לאחר הגשת כתב אישום נגדו.

תנאי הפסלות שבבסיס שיקול הדעת הערכי-מוסרי בדבר פסילת נבחר ציבור מראש או בדיעבד על סמך כתב אישום טרם הרשעה התבססו ברבות השנים כדין נוהג.⁸⁰ עקרון זה התפתח בארבעה רבדים. ראשית, בית המשפט הכיר באפשרות לפסול מכהונה ציבורית אנשים אשר הוחלט להעמידם לדין פלילי, עוד בשלב שטרם הוכחה אשמתם. עובר בפרשת גולד משנות השישים,⁸¹ נדונה השאלה אם

⁷⁵ בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה (6.3.2006) (להלן, פרשת התנועה לאיכות השלטון) ("גבולות הכשירות שתחמה הרשות המכוננת אינם בלתי רלבנטיים לבחינת שיקול-דעתו של ראש-הממשלה"), דברי השופט א' ריבלין בפס' 8.

⁷⁶ ר' רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, עמ' 846.

⁷⁷ ר' פנחסי, ה"ש 23 לעיל, עמ' 457; ר' בכללות בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566; בג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 413, 409; בג"ץ 1935/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752; בג"ץ 194/93 שגב נ' שר החוץ, פ"ד מט(5) 57; בג"ץ 7193/97 עבד נ' השר לענייני דתות ויושב-ראש ועדת מינויי קאדים, פ"ד נב(5) 365; פרשת הנגבי השנייה.

⁷⁸ התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 75.

⁷⁹ שם.

⁸⁰ ר' חיים כהן, לעיל ה"ש 73, עמ' 280.

⁸¹ בג"ץ 94/62 מרוין לי גולד נ' שר-הפנים, פ"ד טז 1846 (01/12/1962).

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

שר הפנים רשאי לסרב לתת תעודת-עולה בשל "עבר פלילי" לאדם שהואשם, אך טרם הורשע בדין. השופט זוסמן, הביע עמדתו בעניין בחיוב, בקובעו כי כלל "עיקרון ידוע מדיני הראיות... ותו לא", אינו מונע רשות מינהלית "החייבת להשתכנע בעברו של אדם", מלקבוע שיש לו לאדם עבר פלילי אף אם לא הורשע בדין.⁸² עמדה זו התקבעה בידי הנשיא שמגר בפוסקו בהלכת דרעי כי "כתב-אישום אינו פסק-דין; אבל יש לדעתו "נסיבות בהן יש משמעות מבחינת סבירות הפעולה, לא רק להכרעה שיפוטית חלוטה, אלא גם לאופי המעשים המיוחסים לפלוני כפי שהולבשו בלבוש הרשמי של אישום המוכן להגשה לערכאות."⁸³ לימים, אימץ השופט ברק את עמדת השופט זוסמן,⁸⁴ בפוסקו ברוח זו בפרשת פנחסי כי "אין צורך בהרשעה פלילית" לביסוס פעולה שלטונית של הפסקת כהונה.⁸⁵ זאת כד, ובלבד שלפני הרשות השלטונית הפועלת מכוח הוראות חוק יסוד: הממשלה קיימת ראיה, "אשר בשים לב לנסיבות היא כזו אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה".⁸⁶ ביטוי מרחיב שני להלכה נפסק ביחס לפסילתם לכהונה ציבורית לא רק של מי שהורשעו בפלילים, אלא גם של מי שהודו בביצוע מעשים פליליים אף שלא התנהל כנגדם משפט פלילי. כך נפסק בעניינם של יוסי גינוסר ז"ל ואהוד יתום המעורבים בפרשת קו אוטובוס 300. שלישית, העיקרון הוחל בהרחבה לגבי אנשי ציבור שנפתחה בעניינם חקירה פלילית אך הוחלט לאחר מכן שלא להעמידם לדין. כך, למשל, בעניין החקירות הפליליות בפרשת השר צחי הנגבי שלא נתגבשו לכדי הגשת כתב אישום.⁸⁷ רביעית, באופן המרחיב ביותר, בחינת ערכיותו ומוסריותו של נציג ציבור נשקלים בנוסחת האיזון, גם כל אימת שלא הוחל בחקירה פלילית או משמעתית כנגד המועמד בגין התנהגות המעלה חשד לחריגה מן החוק.⁸⁸ לשון קיצור, במישור העקרוני הלכה היא כי התנהגות של נבחר ציבור שנפל בה דופי, אפילו כאשר היא אינה עולה כדי עבירה פלילית, עשויה להיות חמורה דיה (עניין שיידון בהמשך) עד שיהא זה בלתי סביר באופן קיצוני לאפשר לו להמשיך בכהונתו הציבורית או למנותו לתפקיד ציבורי קודם לכן.⁸⁹

לבד מהנטל הרובץ על הפוגע בערך המוגן, על בית המשפט להיצמד אך לאותה מטרה ראויה לשמה בבחינת השמירה על אמון הציבור במערכת השלטון, וכן עליו לבחון מהי מידת הנחיצות של אותה מטרה.⁹⁰ דהיינו, מטרה, ראויה ככל שתהא, אל לה לשמש כאמצעי לפגיעה בערך מוגן מקום שבו אינה נחוצה או שנחיצותה אינה עניין שבדחיפות. השופט ברק מציג שלוש רמות של נחיצות, והן: נחיצות ברף הגבוה ("מטרה חיונית"), ברף הבינוני ("מטרה חשובה") וברף הנמוך ("מטרה לגיטימית").⁹¹ כך למשל, לא הרי נחיצותה של מטרה להתמודדות עם "גירעון תקציבי קיצוני" שהיא מטרה חשובה או חיונית, כהרי נחיצותה של מטרה שבבסיסה חיסכון סטנדרטי שהיא לכל היותר מטרה חשובה.⁹² אין לכחד כי אפשרות העברתו של ראש ממשלה מתפקידו על בסיס כתב אישום בטרם הרשעתו מהווה

⁸² שם, עמ' 1856.

⁸³ דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 18.

⁸⁴ אייזנברג, לעיל ה"ש 31, פס' 57; פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 35.

⁸⁵ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 35.

⁸⁶ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, עמ' 467-468; אביגדור קלנסבלד, תפקיד ציבורי, "עבר פלילי" וראיה מנהלית, המשפט ב 93

(1994), עמ' 94.

⁸⁷ פרשת הנגבי השניה, ה"ש 34 לעיל, עמ' 851; ור' בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה,

אהוד אולמרט, סב (3) 445 פסק-דין עליון 06/12/07, פס' 17.

⁸⁸ בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פד"י נא(3) 46, 65 (1997) (להלן: פרשת בר-און).

⁸⁹ שם; ר' בהסכמה בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, סב (3) 445

פסק-דין עליון 06/12/07, פס' 17.

⁹⁰ אהרן ברק מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים (2017) (להלן: ברק, מבחר כתבים ג) עמ' 108.

⁹¹ שם, עמ' 91.

⁹² מרדכי קרמיצר, מידתיות במבט ביקורתי ומשווה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016), עמ' 261.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

פגיעה בעיקרון הדמוקרטי הנשען על האינטרס הרובני וכן פגיעה בחזקת החפות העומדת לו כמו לכל אדם. אלא שלא בכל תרחיש שבו ראש ממשלה מואשם בעבירה חמורה דיה תהא הפגיעה בערכים המוגנים מוצדקת. התשובה טמונה, בין היתר ברף הנחיצות שבצידוק הפגיעה. הנשיא גרוניס, בדעת מיעוט, בפסק הדין בעניין אומ"ץ בדיון בבג"ץ שנערך כשבעה ימים טרם מועד הבחירות לרשויות המקומיות, קבע כי יש להמתין לפסק דינו של הבוחר ורק אז ראוי יהא לבחון את אמון הציבור בהליך הבחירות עצמן.⁹³ הנה כי כן, לא הרי נחיצות פעולה הנדרשת כנגד ראש ממשלה תחת כתב אישום בסמוך למועד בחירות לכנסת, כהרי הנחיצות הנדרשת לאחר בחירות לכנסת ובראשית כהונתו כראש ממשלה ובטרם הוגש כתב אישום כאמור. בתוך כך, תיבחן מידת הפגיעה בעקרון הרובני בהתייחס גם להסתמכות הציבור על חזקת הכשירות והחפות מצד נבחריו. בפרט, במקרה בו הסתמכות ציבור הבוחרים בהליך הבחירות יניח שלא תלוי ועומד כתב אישום כנגד מי מנבחריו, תהא הפגיעה בעקרון הרובני פחותה באם בדיעבד יוגש כתב אישום כנגד נבחר ציבור שימונה אז לראש ממשלה. פגיעה חמורה יותר בעקרון הרובני תתרחש מקום בו הווה יהא ידוע לציבור הבוחרים כי כנגד מי מנבחריו תלוי ועומד כתב אישום לקראת הליך הבחירות לכנסת ותרחיש קיצון זה עשוי לצמצם מהותית את מרחב שיקול הדעת במסגרת דיני האיזון לבחינת חזקת הכשירות. ודוק, גם תרחיש זה כשלעצמו אינו צריך לאיין מדעיקרו הדחה שיפוטית וזו ממילא תיבחן בראי הערך המוגן במכלול הנסיבות, כלהלן.

(2) הערך המוגן

ישנם שני ערכים מוגנים מרכזיים אשר פגיעה בהם עשויה להיות מוצדקת במסגרת החלטה להעביר ראש ממשלה מתפקידו על רקע כתב אישום בטרם הורשע. הראשון, עוסק באינטרס הציבורי המוגשם ברצון הרוב כעולה מהליך הבחירה הדמוקרטי בנבחריו לרשות המחוקקת. השני, עוסק בראש הממשלה עצמו בראי חזקת חפותו עוד בטרם הורשע בפסק דין חלוט. צידוק הפגיעה בערכים המוגנים ימצא רק כאשר אי הפסקת הכהונה, תחשב לא-סבירה קיצונית עד-כדי הצורך בהתערבות בית-המשפט.⁹⁴ בלשון הנשיא שמגר בהלכת דרעי, פגיעה בערכים אלו תוצדק שכן "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצונית".⁹⁵ בנסיבות כאמור, כל שיקול אחר כולל ההתחשבות בראש הממשלה באופן שהיה אולי מחייב המשכת כהונתו, חייב להידחות מפני הצורך להפסיק כהונתו.

(א) העקרון הדמוקרטי

רצונו של הרוב אשר מקפל בחובו את העיקרון הדמוקרטי מהווה עיקרון יסוד בשיטת המשפט בישראל. לפי עקרון זה, כל התערבות ברצונו של הבוחר, למשל על ידי הדחתו של נבחר הציבור על סמך המיוחס לו בכתב אישום, כמוה כפגיעה בעיקרון הייצוגיות, שמטרתו לאפשר לציבור להיות מיוצג לפי בחירתו.⁹⁶ בית המשפט אף הכיר בכך שלעתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם "שאינו

⁹³ אומ"ץ, לעיל ה"ש 36, פס' 10 לדברי השופט גרוניס.

⁹⁴ חיים כהן, לעיל ה"ש 57, עמ' 279-280.

⁹⁵ דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 20(ח).

⁹⁶ ממשלות בישראל הן לרוב קואליציות של סיעות שונות המייצגות כמה מפלגות שהתמודדו בבחירות לכנסת במסגרת שיטת הבחירות היחסית בישראל כנקבע בס' 4, חוק יסוד: הכנסת. ר' בכללות בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

מופת להליכות נאות".⁹⁷ העקרון הדמוקרטי קובע במקרה זה כי הציבור אחראי לאתיקה של הרשות המינהלית, כמו האחריות ליעילות ולתבונה של ההחלטה המינהלית, אך האחריות לחוקיות מופקדת בידי בית המשפט.⁹⁸ נבחר ציבור, בתוך כך, כשמו כן הוא, הינו מי שנבחר בהליך דמוקרטי על ידי הציבור במטרה לייצגו. נבחר הציבור חב נאמנות לבחוריו, וכל עוד אלה חוזרים ובחורים בו וכך מביעים בו את אמונם, נקבע כי בעקרון אין לסכל את רצון הבחורים וידו של רצון הבחור תהא על העליונה.⁹⁹ ביסוד הסמכות הנתונה להעביר נבחר ציבור מכהונתו ניצב השיקול של הבטחת אמון הציבור בממשלה ובשלטון הנבחר.¹⁰⁰ ככל שהמשרה רמה יותר, קבע בית המשפט, כך כבד יותר משקלו של שיקול אמון הציבור בנציגו בשלטון.¹⁰¹ מנגד, ככל שמשרת איש הציבור רמה יותר, גם הפגיעה בערך המוגן חמורה יותר באם יועבר מתפקידו.¹⁰² הנשיא (כתוארו אז) גרוניס בפרשת אומ"ץ נתן הד לקושי זה. על רקע סמיכות מועד הבחירות לרשויות המקומיות העדיף לבסוף הנשיא גרוניס את העקרון הדמוקרטי ונמנע מלהורות על העברת ראשי הערים מתפקידם.¹⁰³ בית המשפט, בעניין זה, העניק חשיבות מכרעת לעצם העובדה שמדובר בנבחר ציבור, שנבחר למשרתו במישרין.¹⁰⁴

בפסקי הדין שעסקו בחובתו של ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולפטר חברי ממשלה שהואשמו בעבירות חמורות שיש עמן קלון, נימק בית המשפט את החובה האמורה על כך כי "אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית".¹⁰⁵ בית משפט קבע עוד כי אמון הציבור במערכת השלטון הוא "עיקר העיקרים".¹⁰⁶ בהתאמה, המונח 'אמון הציבור' נאמר בנשימה אחת עם המונח "האמנה החברתית", היא הבסיס לחיים המשותפים לפי בית המשפט. היינו לגישתו של בית המשפט, האמנה החברתית הינה הקבלה לאמון הציבור במערכת השלטונית. משאבד האמון במערכת השלטון, אין עוד אמון באמנה החברתית.¹⁰⁷

ודוק, סוגיית הערכת אמון הציבור מצויה בבסיס הביקורת על גישת בית המשפט ביחס לצידוק ההדחה השיפוטית של נבחר ציבור, כמוסבר.¹⁰⁸ מנגד, ישנן בקליפת אגוז, מספר דרכי מענה לביקורת זו. ראשית, יושם אל לב כי התיאוריה החוקתית מציעה חלוקה בין שני סוגי אמון ציבור ושכוחה של חלוקה זו להפיג הביקורת ולו באופן חלקי. בתוך כך, שני סוגי אמון הציבור המתקיימים בצוותא חדא

⁹⁷ עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, בעמ' 190. ר' גם דרעי, לעיל ה"ש 27, דברי השופט גולדברג, בעמ' 428.

⁹⁸ ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 71, דברי השופט אלון בעמ' 764; פנחס, ה"ש 23 לעיל, עמ' 698-699; בר-און, ה"ש 88, פס' 15. ר' בכללות יצחק זמיר, אתיקה בפוליטיקה, משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 250.

⁹⁹ אומ"ץ, ה"ש 36 לעיל, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; חיים כהן, לעיל ה"ש 57, עמ' 276. ר' בכללות, סוזי נבות, חבר הכנסת כנאמן הציבור, משפטים לא(2) 433, (2000) (להלן: נבות "חבר הכנסת כ"נאמן הציבור").

¹⁰⁰ פנחס, ה"ש 23 לעיל, פס' 28.

¹⁰¹ שם, עמ' 471.

¹⁰² ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496. פסק-הדין ניתן ביתן ביום (30.1.03) (להלן: "ערעור שבס"), פס' 53.

¹⁰³ שם, שם.

¹⁰⁴ אומ"ץ, ה"ש 83 לעיל, בפס' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

¹⁰⁵ אייזנברג, לעיל ה"ש 31.

¹⁰⁶ דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

¹⁰⁷ בג"ץ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 193 (1996). השופט חיים כהן מציין בדומה כי אמון הציבור אינו אלא מטאפורה שתכליתה כלום מלבד השאיפה לרמה נאותה של מוסר, דמוקרטיה ושלטון החוק. כהן, לעיל ה"ש 57, עמ' 416.

¹⁰⁸ ר' למשל, Yoav Dotan, ה"ש 5 לעיל, עמ' 730; פרידמן, ה"ש 5 לעיל, עמ' 507.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הם אמון ציבור מסוים, הנוגע לסוגיה נדונה,¹⁰⁹ ואמון ציבור כללי, שהינו ארוך-טווח ורחב בהיקפו.¹¹⁰ במענה לביקורת, חשיבות אמון הציבור גלומה בעיקר בביסוס אמון הציבור מהסוג הכללי, וזאת משני טעמים. ראשית, ככל שאמון הציבור המסוים עשוי להיחלש הרי שאמון הציבור הכללי עשוי להמשיך להתקיים, במקרה בו אמון הציבור בכללותו בבית המשפט יגבר על פגיעות נקודתיות באמון הציבור המסויים.¹¹¹ לשון אחרת, ירידה באמון ציבור מסוים ביחס לעניינים תלויים ועומדים מעיבה על היכולת למדוד אמון ציבור כללי ומשכך קיים קושי להעריך סיבתיות גם ביחס לירידה באמון ציבור כללי.¹¹² שנית, סקרי אמון ציבור, בתוך כך, סובלים ככלל מקשיי מינוח ומסגור וסוגי הטיות נוספים גם במישור המדעי.¹¹³ ביטוי לקושי בהערכת אמון ציבור ושאלת סיבתיותו עולה מהיסק שמציע פרידמן ביחס להדחתו השיפוטית של השר דרעי לפיו "הפלתו של דרעי, לא רק שלא חיזקה את אמון הציבור בשלטון, אלא גררה פגיעה אנושה באמון הציבור בבתי המשפט ובמערכת המשפט."¹¹⁴ על רקע זה מוסיף ומסיק פרידמן כי "ביטוי אחר למחיר הזה היה פוליטי: התחזקות דרמטית של הימין."¹¹⁵ בראי הימנעות בית המשפט מלהתערב בשיקוליים קואליציוניים ברקע אישור הסכם אוסלו בכנסת בפרט, או אתגרי תהליך השלום הישראלי-פלסטיני בציבוריות הישראלית המקוטבת עובר להלכת דרעי-פנחסי, עולה ספק ביחס להיסקים סיבתיים מסויימים כגון זה. תחת זאת, מתחדד דווקא הצורך בהירות הנדרשת בהערכת אמון ציבור מהסוג הכללי בבית המשפט וכן כל ניסיון להצדיק דיאלקטיקת ריסון שיפוטי בעטיו. לצד הנימוק שנדון במענה לטענה הביקורתית בדבר מגבלת היכולת למדוד אמון ציבור מסוים כבעניין הדחתו השיפוטית של נבחר ציבור, ניצבת הנמקה שניה. זו עוסקת בייחודו המוסדי של בית המשפט לסייע בהכלת ירידת אמון הציבור המסויים עקב הדחתו השיפוטית של נבחר ציבור גם טרם הרשעתו. תמצית הטעון הינו כי ייחודו של בית המשפט כדעת קאס סנסטין (Cass R. Sunstein),¹¹⁶ ואחרים,¹¹⁷ נמדד בעדיפותו המוסדית לליבון והטמעת עקרונות היסוד החוקתיים בהחלטותיו. זאת, בהיותו מושפע פחות בהשוואה לרשויות אחרות מלחצים קצרי-טווח ובהינתן יכולתו האנליטית העדיפה למשימה זו. אלכסנדר ביקל (Alexander Bickel) מציין ברוח זו את ייחודו המוסדי של בית המשפט כך: "Courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and

¹⁰⁹ James L. Gibson, Gregory A. Caldeira and Lester Kenyatta Spence, Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court, 47 *am. J. Pol. Sci.* 354 (2003), at 356; James L. Gibson and Gregory A. Caldeira, Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support, 54 *J. Pol.* 1120 (1992), at 1126; Gregory A. Caldeira and James L. Gibson, The Etiology of Public Support for the Supreme Court, 36 *am. J. Pol. Sci.* 635 (1992), at 637.

¹¹⁰ James L. Gibson, Public Images and Understandings of Courts, in: *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* 828 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010), at 837.

¹¹¹ Caldeira and Gibson, *supra* note 109, at 636-638; Barry Friedman, Mediated Popular Constitutionalism, 101 *Mich. L. Rev.* 2596 (2003), at 2614-2617.

¹¹² Caldeira and Gibson, *Id.*, at 637; Gibson, Caldeira and Kenyatta Spence, *supra* note 109, at 354-357, 361, 363-364.

¹¹³ Robert H. Durr, Andrew D. Martin, & Christina Wolbrecht, Ideological Divergence and Public Support, *ם*, 44 *Am. J. Pol. Sci.* 768 (2000); Jeffery J. Mondak and Shannon I. Smithey, Dynamics of Public Support for the Supreme Court, 57(4) *J. Pol.* 1114 (1997).

¹¹⁴ See, e.g., George F. Bishop, The Illusion of Public Opinion (2005), at 8-17, 58-89, 138-148.
¹¹⁵ פרידמן, ה"ש 5 לעיל, עמ' 511. פרופ' פרידמן מציין ברוח זו "המשפט גרר ניכור חריף של ציבור גדול, שאיבד את האמון במערכת המשפט, וחיזק את התחושה שקיימת בה אפליה כנגד מנהיגי עדות המזרח." שם, עמ' 511-510.
¹¹⁶ שם, עמ' 511.

¹¹⁶ Cass R. Sunstein, A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before (Princeton University Press, 2009), at 128.

¹¹⁷ Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (Yale University Press, 2nd Ed., 1986), at 25-26, 69.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

"Judges have, or should have, the leisure, the *executives do not possess*".¹¹⁸ "training, and the insulation to follow the ways of the scholar"¹¹⁹ ברוח זו, מציין בנדור כי בבואה לתקן את חוקי יסוד שבה הכנסת ופגעה בעקרונות היציבות החוקתית תוך התמקדות קצרת-רואי בשיקולים הפוליטיים שגולמו בתיקוניה אלו. כך בפרט, תוקן בדרך זו גם חוק יסוד: הממשלה בשנת 1992 ומאז תוקן ברוח זו במספר הזדמנויות נוספות.¹²⁰ משכך, ייחודו המוסדי של בית המשפט מתקיים גם כאשר אינו תואם ברציפות את אמון הציבור המסוים, אלא נסמך על אימון ציבור כללי בעל אמון ציבור כללי ארוך-טווח ורחב-היקף.¹²¹ משמעות הדבר, כל אימת שהנמקת בית המשפט בפוסקו בזכות הדחה שיפוטית של נבחר ציבור ואף ראש ממשלה יעשה תוך בחינת שיקולים ארוכי-טווח ורחבי-היקף המייחדים את ההליך השיפוטי, כך יהא בכוחם של שיקולים אלה להפחית ואף לבטל ברבות הימים את הביקורת הציבורית שתוטל לפתחו בסמוך להחלטתו תוך השבת אמון הציבור הכללי לקדמותו. שלישית, במענה לביקורת על הפגיעה באמון הציבור כבעניינינו יוסף כי, הלגיטימיות המוסדית הנובעת מאמון הציבור בבתי המשפט ראויה להישען על מומחיותם המשפטית של שופטים ולא על עקרון ההסכמה הציבורי המתבטא דווקא באמון הציבור.¹²² בתוך כך, הדין המהותי בראי הלכת דרעי-פנחסי מצדיק את בחינת סמכות ראש הממשלה ברשות לצד סמכותו בחובה להעביר שרים מתפקידם, כולל אותו עצמו, בטרם הרשעתם כנטען במאמר זה. לשון אחרת, עצם החשש מפגיעה באמון הציבור כשלעצמו אינו צריך לעלות או להוריד ממסקנה זו. ניתוח חוקתי השוואתי אמריקני מעיד, ברוח זו, כי ריכוז כוח שיפוטי כשלעצמו בידי מערכת המשפט לא הובילה תמיד לתגובת נגד מצד הרשות המבצעת.¹²³ תומס מרשל,¹²⁴ וחוקרים אחרים,¹²⁵ מוסיפים כי שימוש מאוזן בכוח השיפוטי מצד בית המשפט העליון האמריקני לאורכה של המאה העשרים הצליח כמכלול לשקף נאמנה את דעת הקהל האמריקני, אם כי גם לא היה זה שיקוף מצב הדברים במקרים רבים כדעת חוקרים ביקורתיים לממצאים אלו ואפילו לדעת מרשל בממצאיו הבלתי אחידים.¹²⁶ פשיטא, הניסיון לאמוד אמפירית את מידת אמון

¹¹⁸ Id., at 25.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ ר', אריאל בנדור, פגמים בחקיקת חוקי-היסוד, משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443, עמ' 446; אליקים רובינשטיין, חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה, נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 79, 91-86 (פורסם במקור במשפט וממשל ג' (תשנ"ו) 571).

¹²¹ לדין בתיאוריות חוקתיות בדבר משקלה הנמוך יחסית של דעת הקהל בפסיקת בתי המשפט בדין האמריקני, ר' Alexander Bickel, supra note 117; Sunstein, supra note 116, at 125-140; (לדין ביקורתי בתיאוריות של ביקל וגונטר) Or Bassok and Yoav Dotan, Solving the Counter-majoritarian Difficulty? 11 Int'l J. Const. L. 13 (2013), at 15 referring to David M. Estlund, Democratic Authority (2008), at 3-4; Christopher L. Eisgruber, Constitutional Self-Government (2001), at 1-3.

¹²² Yoav Dotan, supra note 5, at 706-707 & Fn. 3-6 and sources therein. But see, Mark Ramseyer, The Puzzling (In) Dependence of Courts: A Comparative Approach, 23 J. Legal Stud. 721 (1994)

¹²⁴ Thomas R. Marshall, Public Opinion and The Rehnquist Court (OUP, 2008); Thomas R. Marshall, Public Opinion and The Supreme Court (Unwin Hyman, 1989). But see, Thomas R. Marshall, Public Opinion, Representation, and the Modern Supreme Court, American Politics Research 15(1):147-168 (1987) (Accounting for evidence for nationwide public opinion in the US Supreme Court in nearly three-fifths of its decisions).

¹²⁵ See, e.g., Michael C. Dorf, The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making, 13 U. PA. J. Const. L. 283, 283 (2010); David Adamany and Stephen Meinhold, Robert Dahl, Democracy, Judicial Review, and the Study of Law and Courts, In the Pioneers of Judicial Behavior 361 (Nancy Maveety ed., 2003).

¹²⁶ For critique on Marshall's empirical finding, see, e.g., Charles H. Franklin and Liane C. Kosaki, Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion, American Political Science Review 83.3 (1989) 751 (for more nuanced findings, showing that Roe v. Wade polarized opinion among abortion opponents and proponents); Timothy R. Johnson and Andrew D. Martin, The Public's Conditional Response to Supreme Court Decisions, Am. Pol. Sci. Rev. 92(2) (1998) 299 (finding that for progeny cases of landmark rulings the public confidence

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הציבור בבית המשפט העליון האמריקני מעלה בבירור את הצורך בדבר זהירות ביחס לממצאים אחידים או חד משמעיים שאינם בנמצא. כך, בעת שביחס לבית המשפט העליון הפדרלי בארה"ב מהדהדת אמרתו המוכרת של ג'רלד גונת'ר (Gerald Gunther) לפיה על בית המשפט "the 100 percent insistence on principle, 20 percent of the time"¹²⁷, הרי שלענין המאבק בשחיתות השלטונית מצד נבחרי ציבור וההתנגדות העקרונית להדחה שיפוטית מצד מבקריה, ספק אם הסתייגותו של גונת'ר מעשית או מועילה בהקשר הנדון בענייננו הנסוב סביב הדחתם השיפוטית של נבחרי ציבור ובפרט ראש ממשלה במה שבבסיסו מהווה ענין לאמון ציבור מסויים שאינו בהכרח כללי. יושם אל לב, חוסר האחידות בממצאים האמפיריים ביחס לאמון הציבור בבית המשפט העליון הפדרלי האמריקני, ממילא נשענת על המשטר הדמוקרטי נשיאותי במדינה זו, בה הנשיא עתיר הסמכויות נבחר ישירות על ידי העם, באופן המקשה להקיש הימנו על נחיצות התערבותו של בית המשפט בענייננו.

משכך, חרף הקושי הכרוך בפגיעה באמון הציבור בהעמדתם לדין של נבחרי ציבור, דיני האיזון מחייבים, מנגד, כי עשויות להיווצר נסיבות בהן עיקרון שלטון החוק וטוהר המידות יטו את הכף לטובת הכרעה שיפוטית. כך, כאשר רצונו של הבוחר, או נציגיו בפרלמנט, פוגעים באופן חמור בזכויות יסוד, זכויות מיעוטים או בכללי המשחק הדמוקרטי, ואז העקרון הדמוקרטי המגולם בהגשמת רצון הרוב ייסוג.¹²⁸ זאת, במסגרת דלת אמות עקרון שלטון החוק וטוהר המידות והמאבק העיקש בשחיתות שלטונית בישראל. היסודות הדמוקרטיים כוללים במתווה זה לא רק היבט פורמאלי בדבר קיום בחירות ושלטון הרוב הנבחר בבחירות, אלא גם יסודות דמוקרטיה מהותית שעניינה הגנה על ערכי יסוד וזכויות אדם ואזרח.¹²⁹ דמוקרטיה, כדברי השופט ברק, מקפלת בתוכה "איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב".¹³⁰ שהרי, לצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית.¹³¹ משמעות הדברים בכך שהיבטי דמוקרטיה פורמלית הינם תנאי הכרחי, אך לא מספק. בית המשפט שב ופסק כי ביקורת שיפוטית אינה מוגבלת רק לשמירת עקרון הייצוגיות והשוויון בהשתתפות בדמוקרטיה ייצוגית, בהיות הדמוקרטיה "גם הליך וגם תוכן".¹³²

הגשמת רצון הרוב שבבסיס העקרון הדמוקרטי, הוא כאמור, הערך המוגן המרכזי בשאלת העברת ראש ממשלה מתפקידו, על אף שאינו נבחר בבחירה ישירה. תחת זאת, בבחירות לשלטון המרכזי קובע חוק יסוד: הממשלה כי את הממשלה ירכיב חבר כנסת אשר עליו הוטלה משימת הרכבת הממשלה

diminishes); Brandon L. Bartels and Diana C. Mutz, Explaining Processes of Institutional Opinion Leadership, *J. of Pol.* 71(1) (2009) 249. For findings supporting backlash against the US Supreme Court, see, e.g. Joseph Daniel Ura, Backlash and Legitimation: Macro Political Responses to Supreme Court Decisions, *Am. J. of Pol. Sci.* 58.1 (2014) 110; David Fontana and Donald Braman, Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence from a National Experiment, *Columbia L. Rev.* 112(4) (2012) 731.

¹²⁷ Gerald Gunther, The Subtle Vices of the "passive Virtues" – A Comment on Principle and expediency in *Judicial Review*, 64 *Colum. L. Rev.* 1 (1964), at 3.

¹²⁸ ר' איתי בר-סימן טוב, ג'ון הארט גרוניס: פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התיאוריה החוקתית של אילן, דין ודברים ט 67, 80 (2015).

¹²⁹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פסק דינו של הנשיא ברק בעמ' 423.

¹³⁰ שם, בעמ' 423.

¹³¹ שם; ר' בג"ץ 5131/03 יושב-ראש סיעת יהדות התורה, ח"כ יעקב ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, נט (1) 577, פסק-דין עליון 17/08/04, סע' 13; ור' גם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), בעמ' 90; בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, נט (5) 865, פסק-דין עליון 23/02/05, פס' 17.

¹³² בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619 (2006), פס' 77 לפסק דינו של השופט ברק; אייזנברג, לעיל ה"ש 31, פס' 46 לדעת המיעוט של השופט ברק.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

על ידי נשיא המדינה.¹³³ לשון החוק אינה מרחיבה, אולם הפרשנות המקובלת היא לראות בסעיף כמסמיך את חבר הכנסת לו מירב הסיכויים להרכיב ממשלה.¹³⁴ משנתגבשה ממשלה, העומד בראש המפלגה הגדולה הוא המנהל אותה. ואולם בכך לא סגי. שכן, הפגיעה בערך המוגן הייחודי לראש ממשלה נבדלת באזנה הן את העקרון הדמוקרטי והן את עקרון שלטון החוק. מחד, בבחינת העקרון הדמוקרטי, משנבצר מהעומד בראשות הממשלה מלמלא את תפקידו עשויה הממשלה כולה להראות כמי שהתפרקה.¹³⁵ שהרי, לגישת המחוקק אין לממשלה קיום בלא העומד בראשה.¹³⁶ משכך, במובחן מבעניינם של נבחרים ובהם שרים וסגניהם, הרי העברה של ראש ממשלה מתפקידו, ובעקבותיה התפרקות הממשלה, כמוה כהתערבות חריגה ברצונו של הבוחר.¹³⁷ מאידך, בראי עקרון שלטון החוק, הרי בעוד שאובדן אמון הציבור בכללותו בטוהר המידות של חברי ממשלה בצילו של הליך אתי או פלילי מהווה כשגרה רקע לבחינת פסילתם בידי העומד בראשה, הרי אובדן אמון ציבורי בראש ממשלה כשקופת שרצים תלויה מאחוריו יבחן ביסודו של דבר בהכרעת הרוב לבוחרו.¹³⁸ עולה כי כן, העקרון הדמוקרטי הינו עקרון מוגן ייחודי ובעל משקל רב ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו. בהיפוכם של דברים, בלא התערבות שיפוטית, ככול שמתחזק האינטרס הרובני וראש הממשלה במרכזו, כך עלול להיחלש הפיקוח השלטוני הימנו.

ב) חזקת החפות

חזקת החפות נועדה בעיקרה להליך פלילי, המיועד לבירור חפות או אשמה. החזקה מהווה חיוני ערכי-משפטי מקדמי על אדם המואשם בביצוע עבירה פלילית וקובעת כי גם נבחר ציבור הוא בגדר זכאי כל עוד לא הוכחה אשמתו בהרשעה בדין.¹³⁹ חזקה זו מהווה זכות אדם יסודית בשיטתנו המשפטית.¹⁴⁰ ככזו, היא מהווה ערך מוגן מרכזי נוסף ביחס לסוגיית העברה מתפקידו של ראש ממשלה בטרם הרשעתו. לבד מותכליתה של חזקת החפות למנוע ענישה בטרם הרשעה, ובכלל זה מניעת תחושת עוול, רדיפה וחוסר עונים,¹⁴¹ חזקת החפות מגינה מפני פגיעה ורמיסת כבודו של אדם ושמו הטוב.¹⁴² הגנה זאת מושגת באמצעות החיוב של גורמי אכיפת החוק מכוח חזקת החפות להתייחס לחשוד או נאשם כאל חף מפשע, אף אם משקל הראיות מצביע אחרת,¹⁴³ וזאת עד לאחר הרשעה בדין.¹⁴⁴ אלא שסוגיית העברתו מתפקידו של נבחר ציבור, ובפרט ראש ממשלה, מקיפה יותר מאשר חזקת החפות בדין הפלילי הנשענת על גמול והרתעה. היא מבטאת גם את דרישת הכשירות הערכית-מוסרית

¹³³ ס' 7(א) לחוק יסוד הממשלה.

¹³⁴ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, עמ' 824-825; ר' בכללות, תהליך הרכבת הממשלה, הפרלמנט 40 (2003) www.idi.org.il/parliaments/11266/11274.

¹³⁵ ר' ס' 16, 18(ג) ו-20(ב) לחוק יסוד: הממשלה; רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 847.

¹³⁶ שי בירן ותומר לוטן, מקורות הסמכות של ראשי ממשלה בישראל (עבודת גמר בתכנית המנהלים למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל אביב, 2009) (להלן: בירן ולוטן), עמ' 8.

¹³⁷ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, עמ' 847-848.

¹³⁸ השווה: חיים כהן, לעיל ה"ש 57, עמ' 279.

¹³⁹ ע"פ 339/80, עדיקה נ' מ"י, פ"ד לד(2) 106, עמ' 112. ר' בכללות דן בין, ההגנה החוקתית על חזקת החפות, עיוני משפט כ"ב 11, 12; חיים כהן מבחר כתבים, קציר עשור הגבורות 407 (תשס"א).

¹⁴⁰ שם, בעמ' 408; רינת קיטאי סנג'רו, המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין (2011), עמ' 33.

¹⁴¹ רינת קיטאי, פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית, עלי משפט ב 107, 118 (תשס"ב) (להלן: קיטאי, פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי).

¹⁴² גולד, לעיל ה"ש 81, עמ' 1851.

¹⁴³ קיטאי סנג'רו, לעיל ה"ש 39, עמ' 53.

¹⁴⁴ שם, עמ' 54.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א (1) (2019) (התקבל לפרסום)

לכהן במשרה שלטונית.¹⁴⁵ לתנאי הכשירות מצידם תכלית כפולה. ראשית, מניעת ניגוד עניינים כאשר נבחר ציבור חשוד בעבירות חמורות שבוצעו בזיקה ישירה להפעלת סמכויותיו השלטוניות. שנית, הבטחת אמון הציבור בשלטון, אלא אם בשל קיומו של מצב חירום ממשי ודוחק יש הכרח למנותו בהיותו מועמד חסר תחליף.¹⁴⁶ משכך, מחוץ להליך הפלילי השפעת חזקת החפות מוגבלת. במסגרת זו, רמת הדרישות מראיות מנהליות נמוכה יותר מאשר רמת הדרישות מראיות בפלילים. במישור המינהלי, הרשות עשויה להסיק מסקנות על סמך ראיות שאינן מספיקות כדי לסתור את חזקת החפות בהליך פלילי. בהקשר המנהלי, בית המשפט העניק משקל ניכר לאמון הציבור במערכת השלטון, וקבע כי על פיו יישק דבר.¹⁴⁷ לגישתו של בית המשפט, אמון הציבור במערכת השלטונית הוא "עיקר העיקרים",¹⁴⁸ שהרי אם לא כן, תתפורר "האמנה החברתית".¹⁴⁹ אמת המידה להערכת עוצמת הפגיעה בשלטון החוק אשר בצדה פעולה מנהלית כגון הפסקת כהונתו של נבחר ציבור, הוא "כלל הראיה המנהלית"; ואשר לפיו – על אף חזקת החפות, רשות ראשית להפסיק כהונתו של נבחר ציבור על סמך ראיה, אשר "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה".¹⁵⁰

שומה אם כן על בית המשפט לאזן בין הערך המוגן של חזקת החפות ובין שיקול אמון הציבור בשלטון החוק בבסיס תנאי הכשירות. נוסחת איזון זה אינה קלה כלל ועיקר. מחד, פגיעה במשרתו של כל אדם כתוצאה מהליכי חקירה או האשמה קשה מנשוא. היא לעיתים הרסנית יותר מאשר ענישה פלילית.¹⁵¹ פגיעה כזו יוצרת כלפי הנאשם סטיגמה של עברייני בעיני הציבור, ופגיעתה בבעל משרה ציבורית יכולה "להמריץ את תהליכי השפיטה המוקדמת".¹⁵² אפיונו של אדם כאמור לעיל מתחולל מעצם קיומו של ההליך, ומתעצם לאור התהודה התקשורתית.¹⁵³ כאשר המדובר בנבחר ציבור עלול הדימוי השלילי להתעצם.¹⁵⁴ ההנחה בדבר חפותו של אדם עשויה להקשות היישוב של עצם פעולת החקירה או הגשת כתב אישום כנגדו.¹⁵⁵ בהקשר של נבחר ציבור, קושי זה מקבל משנה תוקף. כך בעניינו של ראש ממשלה. ביטוי לכך, ניתן בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ויינשטיין בדבר "בדיקה מקדימה".¹⁵⁶ לפיכך, יש להקדים בדיקה לחקירה מקום שבו הנילון מאייש תפקיד ציבורי ואשר עצם החקירה כנגדו מהווה צעד רב משמעות והשלכות ביחס למערכת התפקודית עליה הוא נמנה.¹⁵⁷ מן הכלל אל הפרט, בעניין התנועה למען איכות השלטון,¹⁵⁸ הדגיש בית המשפט כי לא רק סביר להניח שהגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה תביא לשינוי בסדרי השלטון במדינה תוך השפעה דרמטית על

¹⁴⁵ ר' בג"ץ 4668/01 ח"כ שריד נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (פרשת קו 300), עמ' 280.

¹⁴⁶ שם.

¹⁴⁷ פנחסי, לעיל ה"ש 5, בפס' 34 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁴⁸ דרעי, לעיל ה"ש 27, בפס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

¹⁴⁹ בג"ץ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 193 (1996).

¹⁵⁰ בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, בעמ' 339; קלגסבלד, ה"ש 86 לעיל, עמ' 94.

¹⁵¹ בעז אוקון ועודד שחם, הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו (הערת אגב הצעת חוק החברות החדש), המשפט ד 329, 330 (תשנ"ט) (להלן: אוקון ושחם).

¹⁵² שם.

¹⁵³ שם, בעמ' 329.

¹⁵⁴ בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 49, 74 (2003). בית המשפט מדגיש את הפגיעה בנילון כאיש ציבור, כתוצאה מפתחות חקירה פלילית כנגדו.

¹⁵⁵ קיטאי סג"ר המעצר, לעיל ה"ש 104, עמ' 48; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 855 (1995).

¹⁵⁶ הנחיית יועץ בעניין "בדיקה מקדימה", מספר הנחיה 4.2204 (31.12.2015).

¹⁵⁷ שם, בעמ' 3-4, בהסתמך על בג"צ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' פ"ד נו(6) 49 וכן בג"ץ 10665/05

עו"ד חיים שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 16.7.06).

¹⁵⁸ בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004), פס' 31.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

עניינים מדיניים; אלא ייפגע בתוך כך הצדק כערך מושגי-חברתי.¹⁵⁹ ועל כן, בית המשפט הדגיש כי הדרשות היועץ המשפטי לממשלה להליכי בדיקה מקדמיים מוצדקת,¹⁶⁰ תוך ביצור חזקת החפות, הלכה למעשה, כלפי נבחר ציבור.¹⁶¹

ואולם, הדין בישראל קובע כי חזקת החפות אינה מונעת נקיטת צעדים מנהליים, אף כאלה שהם בלתי הפיכים, נגד חשוד בפשע. זאת, בשורת הקשרים, ובהם מעצר, ובפרט מעצר עד תום ההליכים ומעצר מנהלי, הריסת ביתו של מחבל,¹⁶² ביטול רישיון חופש של אסיר וחנינת "עבריינים",¹⁶³ השעיית עובד מדינה מתפקידו,¹⁶⁴ וכן השעיית ראש רשות מקומית מכהונתו.¹⁶⁵ כך גם אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית.¹⁶⁶ כך, כנפסק למשל בעניין שמירה על ביטחון הציבור ממי שנטען לביו שביצע רצח על רקע לאומני אך לא נפתח בעניינו הליך משפטי.¹⁶⁷

מן הכלל אל הפרט, בית המשפט הבחין בין חזקת החפות במישור הפלילי-אזרחי ובין חזקת החפות במישור המנהלי. בעוד שבמישור הפלילי, חזקת החפות מונעת ענישה בטרם הרשעה ולכן הפרכתה תדרוש התבססות על ראיות קבילות לפי הדין, לא כך הוא במישור המנהלי מקום בו מבחן הראיה המנהלית מתיר שיקול דעת רחב.¹⁶⁸ כך כהלכת בית המשפט בפרשת הנגבי השניה בעתירה להעברת השר צחי הנגבי מכהונתו כשר לביטחון פנים, מקום שהיועץ המשפטי לממשלה החליט שלא להגיש כנגדו כתב אישום. בית המשפט עמד על גמישותו של המבחן בהבהירו כי הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-המשפט, כגון עדות שמיעה.¹⁶⁹ הטעים השופט חשין בפוסקו "שומה עלינו להבחין הבחן-היטב בין המשיב כפרט, כיחיד, כאדם מן-היישוב, לבין המשיב כחבר ממשלה [...] חזקת החפות – כמוה כזכות השתיקה – זכות היא העומדת לו לאדם כפרט וכיחיד. פירושה הוא שכל עוד לא הוכחה אשמתו של פלוני למעלה מספק סביר ובהליך משפטי הולם, מוחזק הוא אותו פלוני כחף מפשע, ואין להטיל עליו סנקציה עונשית. ואולם מה בין הליך פלילי – הליך שיעודו ענישה – לבין מינויו של פלוני פרנס על הציבור? וכי אי-העמדתו של אדם לדין [...] די בה כדי "להכשירו" להיות שר וקצין על הקהל? וכי לא נדרוש, מבחינה משפטית, יותר מכך? [...] לענייננו-שלנו אין צורך בהצטברות ראיות למעלה מספק סביר כדי לפסול את פלוני לכהונת שר בממשלה".¹⁷⁰ עולה

¹⁵⁹ שם.

¹⁶⁰ שם. השופטת א' פרוקצ'יה מוסיפה ביחס לעלות החברתית הכרוכה בטעות בניהול הליך פלילי נגד נבחר ציבור, בפרשת קצב בבג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן, פרשת קצב) ("מהלך נפל בהליך פלילי כנגד איש ציבור, העומד בראש מערכת שלטונית, עלול להביא לזעזוע חברתי כבד, ולאי-יציבות בהסדרי המשטר; הוא עלול להשפיע השפעה משמעותית על ניהול מוסדות המדינה, ועל תהליכים חברתיים ומשטריים שונים; הוא עלול להביא לפגיעה עמוקה במעמד המשרה והכהונה שאותן אישיות בכירה מייצגת"), פסקה 38 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

¹⁶¹ שם; סגל, ה"ש 13 לעיל, עמ' 647-645.

¹⁶² תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום). ר' בג"ץ 4597/14 מוחמד חסאן חליל עואודה ואחרים נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, ניתן ב-31 בדצמבר 2014; בג"ץ 4177/18 נסרין קבהא ואחרים נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, ניתן ב-7 ביוני 2018.

¹⁶³ בג"ץ 1227/98 בעמ' 716-718.

¹⁶⁴ חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, מעניק לנציב שירות המדינה הסמכות להשעות מתפקידו עובד מדינה שהוגשה נגדו קובלנה על עבירת משמעת או שנפתחה נגדו חקירה פלילית.

¹⁶⁵ סעיף 19 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגני וכהונתם), תשל"ה-1975.

¹⁶⁶ בג"ץ 1227/98 בעמ' 718.

¹⁶⁷ בג"ץ 1227/98 בעמ' 717.

¹⁶⁸ פרשת הנגבי השניה, ה"ש 34 לעיל, פס' 38 לפסק דינו של השופט חשין.

¹⁶⁹ שם, פרשת הנגבי השניה, שם; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בעמ' נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, עמ' 13.

¹⁷⁰ שם, פרשת הנגבי השניה, בפס' 40 לדברי השופט חשין.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א (1) (2019) (התקבל לפרסום)

אם כן, כי בהעברת חבר ממשלה מתפקידו נשללת לו חזקת החפות המנהלית, גם אם נותרת זו הפלילית.¹⁷¹

יצוין כי אמצעים מנהליים לעניין חברי ממשלה שהוגש נגדם כתב אישום בטרם הרשעה הוצעו זה מכבר אך טרם הוסדרו. ראשית, ישנה הצעת הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי ממשלה,¹⁷² המציעה כי על חבר הממשלה, לרבות העומד בראשה, להשעות עצמו מתפקידו כאשר מיוחסים לו האשמות בעבירות חמורות ואשר יש בהם כדי לפגוע באמון הציבור בממשלה.¹⁷³ שנית, תצוין הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה במסגרת תכניתו למאבק בשחיתות שלטונית.¹⁷⁴ לפיה, חוק יסוד הממשלה יתוקן באופן כזה שכלל שיוגש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכהן, המייחס לו עבירות אשר יש בצדן קלון, "יראוהו כמי שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו".¹⁷⁵ הדו"ח אף מציע, כי במצב של פתיחת חקירה כנגד ראש ממשלה בעבירות חמורות אשר יש בצדן קלון, תוקם ועדת חקירה אשר תבחן את השעייתו של ראש הממשלה.¹⁷⁶

תחת זאת, בפרשות דרעי ופנחסי נקבע בכללות כי שר וסגן השר אינם יכולים להמשיך ולכהן כאשר הוגש נגדם כתב אישום. כשם שמעצר מטעמים של בטחון הציבור יכול להתקיים לצד חזקת החפות, חזקת החפות אינה מונעת, הלכה למעשה, הפסקת כהונתם של שר או סגן שר רק על סמך האשמות כנגדם בטרם ניתן פסק דין חלוט.¹⁷⁷ כך בצוק העתים עשוי שיהא זה מצב הדברים גם ביחס לפסילת כהונת ראש ממשלה בטרם הרשעתו.

בפרשת גינוסר,¹⁷⁸ התמקד פסק הדין בהערכת עבר פלילי לצרכים מנהליים לעומת עבר פלילי לצרכי ענישה פלילית.¹⁷⁹ גינוסר לא הורשע בפלילים, אך הודה בעבירות שונות אשר יוחסו לו בקשר לפרשת קו 300 במסגרת עסקת חנינה עוד בטרם הרשעה. חרף זאת מינוי נפסל. ודוק, ספק אם ראוי לקבוע כי נעשתה פגיעה בעניינו בחזקת החפות, ואגב כך, פגיעה בזכותו להליך הוגן. בעניינו של גינוסר נמנע הליך פלילי ומשכך, הלכה למעשה, נמנעה האפשרות לברר את חפותו או אשמתו. לשון אחרת, חזקת החפות עומדת לאדם אשר מבקש להוכיח את חפותו. אך הימנעות מההליך, כמוה "כהסתלקות חזקת החפות".¹⁸⁰ במקרה קצה, כל אימת שתופסק כהונתו של ראש ממשלה בלא הרשעה, אפילו לאחר הגשת כתב אישום, ספק באם עוצמת הפגיעה בערך מוגן זה תהא בלתי סבירה במאזן השיקולים.

¹⁷¹ שם, בפס' 1 לדברי השופט דורנר.

¹⁷² מאיר שמגר "הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי ממשלה" דין וחשבון (ירושלים, 2008) (להלן: שמגר) mishkenot.org.il/Hebrew/docs/ethics/code%20ethics-sarim.pdf.

¹⁷³ שם, בעמ' 57.

¹⁷⁴ דורון נבות, יובל פלדמן, מרדכי קרמיניצר ואח', תכנית למאבק בשחיתות השלטונית בישראל, (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: נבות, פלדמן, קרמיניצר ואח') www.idi.org.il/media/3935/a_plan_to_combat_political_corruption_in_israel_book.pdf.

¹⁷⁵ שם, בעמ' 21.

¹⁷⁶ שם, ודוק, דיני הנבצרות, כפי שהם מעוגנים כיום בחוק יסוד: הממשלה, מוגבלים למאה ימים כנקבע בסעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה. הסעיף ממשיך וקובע כי לאחר פרק זמן זה, בו נבצר מראש הממשלה לכהן, נראה בו כמי "שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו". בתוך כך, מורה סעיף 20(ב) כי מקום שנבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו נראה את הממשלה כמתפרקת ביומה ה-101. כל תוצאה אחרת שעניינה נבצרות ארוכת טווח או אף נבצרות קבועה מחייבת את תיקונו של חוק היסוד, כך שיינתן מענה לסוגיות הנוגעות למהות ההשעיה, חובת מינוי ממלא מקום וכו', שספק באם מקומן בחוק יסוד: הממשלה במתכונתו הנוכחית.

¹⁷⁷ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, עמ' 469.

¹⁷⁸ אייזנברג, לעיל ה"ש 31.

¹⁷⁹ קלגסבלד, לעיל ה"ש 86, עמ' 93-94.

¹⁸⁰ אוקון ושחם, לעיל ה"ש 150, עמ' 345.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

בעניין פנחסי, הנסוב סביב כתב אישום בגין עבירות חמורות אשר הוגשו כנגד סגן השר, לא התקיים הליך פלילי משום הזכות לחסינות פרלמנטרית.¹⁸¹ האם נפגעה חזקת חפותו בשונה מעניין גינוסר? ספק אם אלו פני הדברים. בית המשפט נתן דעתו לדברים בקובעו כי יש לראות בחוסר היכולת לברר את ההאשמות כנגד סגן השר כשיקול התומך במכלול הדברים דווקא בהעברתו מתפקידו.¹⁸²

בפרשת דרעי, לעומת זאת, המקרה מורכב יותר. בעניינו של השר דרעי הוגש כתב אישום, ומבחינה פורמלית הדרך של בירור ההליך בבית המשפט הייתה פתוחה לגמרי. ועם זאת, השר דרעי עמד ממושכות על זכותו לשתוק במשפט ובכך למעשה האריך את ההליכים בעניינו.¹⁸³ זכות השתיקה עומדת גם, ואף ביתר שאת, לנבחר ציבור, ואין בה כדי לפגוע בחזקת חפותו.¹⁸⁴ ואולם, האם בכך סגי? חבר כנסת, ומקל וחומר, חבר ממשלה, חב חובת אמון כלפי הציבור בכללותו, ולמעשה מהווה "נאמן הציבור".¹⁸⁵ חוק הנאמנות מטיל על הנאמן את החובה למסור מידע לנהנים.¹⁸⁶ זאת ועוד, במסגרת הנאמנות, ראוי להטיל על חבר הכנסת את החובה לתת דין וחשבון על פעולותיו לציבור,¹⁸⁷ ואכן בית המשפט יצק מכבר את האפשרות להטלת חובה כאמור.¹⁸⁸ פשיטא, יש מקום להחיל נורמות גילוי גם על נבחרי ציבור.¹⁸⁹ בתוך כך, השר דרעי לא יכול לשמש כנאמן הציבור מחד, ולמנוע מהציבור מידע אודות שירותו, בדמות עמידה על זכות השתיקה, כנאמן הציבור מאידך;¹⁹⁰ ואם יחליט לעשות כן – יכול ותהווה שתיקתו שיקול להפסקת כהונתו במשרה הציבורית.¹⁹¹ לאור כך, ספק באם נפגעה זכות היסוד של דרעי להליך הוגן, זכות המקפלת בחובה את חזקת החפות.¹⁹² בצוק העתים, יש לראות בחוסר היכולת לברר את ההאשמות כנגד נבחר הציבור הפוגע דיונית בבירור ההליך כשיקול שעשוי לתמוך בהעברתו מתפקידו. הוא הדין גם במצב שבו נבחר הציבור מגביל את יכולתו וזכותו של הציבור לגלות האם יש ממש בהאשמות כנגדו.¹⁹³ מסקנה זאת אף מתיישבת עם חובת הנאמנות אשר חב נבחר הציבור כלפי כלל הציבור.¹⁹⁴ גם במצב דברים שכזה, ראוי שיהא ניתן להחליט בעניינו של נבחר הציבור על סמך ראיה מנהלית בהיתן סך השיקולים.¹⁹⁵

¹⁸¹ אוקון ושחם, שם.

¹⁸² שם.

¹⁸³ שם, בעמ' 346.

¹⁸⁴ שם.

¹⁸⁵ פרשת הנגבי השניה, ה"ש 34 לעיל, בפס' 27 לפסק דינו של השופט חשין; נבות, חבר הכנסת כנאמן הציבור, ה"ש 99 לעיל, עמ' 486, 494, 508-507; קיטאי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 115; כהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 403-404; יצחק זמיר הסמכות המנהלית – כרך א המינהל הציבורי 590 (מהדורה שנייה, 2010).

¹⁸⁶ ס' 7(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979.

¹⁸⁷ נבות, חבר הכנסת כנאמן הציבור, לעיל ה"ש 99, בעמ' 505.

¹⁸⁸ שם, בעמ' 506.

¹⁸⁹ אוקון ושחם, לעיל ה"ש 150, בעמ' 346.

¹⁹⁰ ביטוי לכך ניתן למצוא בהמלצות הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי הממשלה, ואשר לפיהן יש לאמץ הוראה אתית שאוסרת על חברת ממשלה להשתמש בזכות השתיקה. ר' מאיר שמגר, הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי ממשלה – דין וחשבון בעמ' 26, 57 (ירושלים, 2008) (להלן: שמגר) זמין בכתובת: mishkenot.org.il/Hebrew/docs/ethics/code%20ethics-sarim.pdf.

¹⁹¹ שם.

¹⁹² השווה: קיטאי, פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי, לעיל ה"ש 141, עמ' 109-110.

¹⁹³ אוקון ועודד שחם, לעיל ה"ש 150, עמ' 346.

¹⁹⁴ שם.

¹⁹⁵ קלגסבלד, לעיל ה"ש 86, עמ' 94.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו
משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

3 צידוק הפגיעה

הפגיעה בערך המוגן תעשה בהינתן קיומו של צידוק מידתי לפגיעה זו. בתוך כך, ישנם שני צידוקים עיקריים להפסקת כהונת ראש ממשלה כבענייננו, והם קשורים ביחוד העבירה מבחינת חומריתה ומידת אנטי-החברתיות הכרוך בה. צידוק הפגיעה כנטען עשוי להתקיים מקום שהפגיעה בעקרון שלטון החוק יורד לשורשו של עניין ובצוק העתים מאיים להשחית המערכת השלטונית באופן מבני-מערכתי, תוך הצדקת הרחבתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת במקרי קיצון כנגד השחתת המשטר הדמוקרטי באופן נרחב ויסודי.

א) מהות העבירה

1א) חומרית העבירה

ההלכה בנוגע להעברת שר או סגן שר מתפקידו על יסוד המיחוס לו בכתב אישום, מצומצמת אך לאותם מקרים בהם מיחוסות לנאשם עבירות חמורות.¹⁹⁶ חומרית העבירה, כמו גם השאלה האם יש בצדה קלון אם לאו, נקבעת בהתאם לנסיבות ועשויה להשתנות ממקרה למקרה.¹⁹⁷ העבירות המיחוסות לנושא המשרה חמורות מסיבה כפולה. ראשית, משום שהן פוגעות ביכולת מתן דוגמא לעובדי הציבור ולציבור הרחב להגנות וליושר.¹⁹⁸ שנית, נבחר הציבור יתקשה להקרין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה, מה שיפגע במעמדו ותפקודו בחברה דמוקרטית.¹⁹⁹ בהלכות דרעי ופנחסי נקבע כי יש לראות בעבירות להלן כעבירות חמורות: קבלת שוחד, שימוש לרעה במשרה שלטונית – הפרת אמונים של עובד ציבור, קבלת וניסיון קבלה של דבר במרמה בנסיבות מחמירות, רישום כוזב במסמכי תאגיד, וגניבה בידי מנהל.²⁰⁰

בהלכת דרעי,²⁰¹ פירש בית המשפט את סמכות הרשות של ראש ממשלה להעביר שר מתפקידו כסמכות חובה, מקום בו הוגש כנגד שר כתב אישום שיש בצדו קלון.²⁰² במקרה אחר צויינה באמרת אגב האפשרות לעשות כן כאשר מדובר אך בחשד כאמור.²⁰³ משמעות הענין הינה כי הקלון יכול שיהא אף בצד מעשה, עוד בטרם סווג כעבירה, אם בכלל. קלון הוא דופי מוסרי הדבק במעשה, הפוגם ביכולתו של נאשם לשאת באחריות הנדרשת במילוי התפקיד אף מעבר להרשעה.²⁰⁴ קלון, משכך, מצדיק

¹⁹⁶ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא שמגר; נבות, לעיל ה"ש 13, עמ' 91-92; חיים כהן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 405.

¹⁹⁷ נבות, לעיל ה"ש 39, בעמ' 104.

¹⁹⁸ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, עמ' 493; אייזנברג, ה"ש 31 לעיל, עמ' 266.

¹⁹⁹ שם.

²⁰⁰ דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא שמגר; פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 30 לפסק דינו של השופט ברק.

²⁰¹ דרעי, לעיל ה"ש 27, פס' ב' לפסק דינו של השופט לוי (1993).

²⁰² חיים כהן מבוחר כתבים, לעיל ה"ש 103.

²⁰³ פרשת בר-און, לעיל ה"ש 88, עמ' 63.

²⁰⁴ ר', בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות, פ"ד (4) 45, 162 (2003) צוין בהסכמה בפרשת קצב, ה"ש 159, פס' 30 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הגבלת כשירותו של אדם לכהן במשרה ציבורית. זאת, הן בשל הפגיעה במעמדו הערכי והן עקב הפגיעה הצפויה באמון הציבור במשרה ובנושא המשרה, ואף במערכת הציבורית כולה.²⁰⁵ ישנו קושי בכך שהמונח "קלון" מופיע במספר דברי חקיקה, ואולם אף לא אחד מהם מגדיר או מפרש אותו.²⁰⁶ לגישתה של פרופ' רות גביון, בצירוף "עבירה שיש עמה קלון" חבויים שני רכיבים. הראשון, מתמקד ביסוד הפלילי. הרכיב השני, מתמקד בפסול שאופף את המעשה.²⁰⁷ בהקשר זה, לא כל מעשה אשר יש בצדו קלון מהווה עבירה, ולא כל עבירה יש בצדה קלון.²⁰⁸ ניתן לומר, אם כן, כי ההחלטה בדבר הפסקת כהונה של עובד ציבור נוגעת לשאלת הפסול, ולא לשאלת הפלילות.²⁰⁹ אותו פסול, לגישתה של גביון, "אינו שאוב מתחום המשפט, אלא מתחום המוסר", ובכך הוא משתנה ממקום למקום ומאדם לאדם,²¹⁰ ועל פי השקפות החברה המשתנות.²¹¹ כאמור, לא מדובר בשאלה משפטית כי אם בהגדרה מוסרית,²¹² אשר שמה לה במטרה לחסום את כל אלה שהלכו "בדרכים עקלקלות" מפני שירות במגזר הציבורי.²¹³

בית המשפט פסק כי הקביעה האם במעשה מסוים יש קלון או לא תלויה במידה רבה, בין היתר, במיחות האדם. קרי, לא הרי מי שמוביל כמי שמובל, או מי שמשרתו בכירה כמי שמשרתו זוטרה.²¹⁴ זו גם ההצדקה לכך שלעבירות נושאות "קלון" קיימות סנקציות המגבילות בזמן את הזכות והיכולת לכהן במשרה ציבורית. בין סנקציות ייעודיות אלה נמנות הזכות להיבחר לכנסת;²¹⁵ היכולת לכהן כשר בממשלת ישראל;²¹⁶ היכולת לכהן כשופט;²¹⁷ והגבלתן של כהונות אחרות.²¹⁸ העקרון הדמוקרטי כערך מוגן אינו פוסח על נבחרי ציבור בהליך פלילי בראי עבירות עם קלון. גם במקרים אלו, נטען לא אחת כי אין לסכל את רצון הבוחר שבחר בנציגו על אף שתלויים כנגדם האשמות בעבירות אשר יש עמן קלון.²¹⁹ טענה זאת ממחישה את המתח שבין המשפט והדמוקרטיה, בכל הנוגע לפסילת כהונתו של נבחר ציבור.²²⁰ משכך, הגשת כתב אישום אשר עולות ממנו נסיבות עובדתיות שיש בהן משום פגיעה "באושיות המבנה השלטוני" והמשבשות כל אפשרות "לשמש דוגמה ומופת לעובדי המדינה ולציבור הרחב, להגינות וליושר", מחייבת את בעל הסמכות להפעילה, גם אם

²⁰⁵ פרשת אור, 189; בג"ץ 4523/03 בונפיל נ' כבוד שופטת בית המשפט העליון דליה דורנר, פד"י נז(4) 849, 854 (2003); בג"ץ 436/66 בן אהרן נ' ר' מועצה מקומית פרדסיה, פד"י כא(1) 561 (1967), עמ' 564.

²⁰⁶ גביון, ה"ש 32 לעיל, עמ' 176.

²⁰⁷ שם.

²⁰⁸ קלגסבלד, לעיל ה"ש 86, עמ' 95.

²⁰⁹ שם.

²¹⁰ גביון, לעיל ה"ש 32, עמ' 176-177.

²¹¹ בג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 309, 326 (1996) (להלן: פרשת כהן).

²¹² גביון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 176-177.

²¹³ עמנואל גרוס, הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות, עלי משפט יא 7 (2014), עמ' 8.

²¹⁴ סוזי נבות, מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול דעת, המשפט ה 85 (2000) (להלן: נבות, מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול דעת), עמ' 104; פרשת כהן, לעיל ה"ש 174.

²¹⁵ ס' 6(א) לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

²¹⁶ ס' 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

²¹⁷ ס' 7(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

²¹⁸ ס' 9 לחוק הממשלה, התשס"א-2001; ס' 56' לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; ס' 101 ו-101א' לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950; ס' 66' לחוק המועצות האזוריות (בחירת ראש המועצה), התשמ"ח-1988; ס' 18 לחוק בתי המשפט; ס' 6א' לחוק הדיינים, התשט"ן-1955; ס' 187א' ו-192ד' לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, סב (3) 445 פסק-דין עליון 06/12/07, סע' 15.

²¹⁹ חיים כהן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 402.

²²⁰ פרשת הנגבי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 63.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

אין בצדה חובה לעשות כן.²²¹ יצויין, היועץ המשפטי לממשלה הציע, ובית המשפט קיבל, כי יש להבחין בין האשמות אשר יש בהן כדי לפגוע "באושיות המבנה השלטוני" ובין חשדות כאמור.²²² היינו, בעוד שכתב אישום בגין האשמות אלה יחייב הפעלת הסמכות והפסקת כהונת חבר הממשלה, אין הדבר כאשר מדובר בחשדות גרידא. בהקשר זה נאמר כי מדובר בהבחנה מלאכותית, שהרי לציבור שנחשף למידע אודות חקירת חבר ממשלה בעבירות מהחמורות ביותר, אין נפקא מינה מהו השלב המשפטי בו נמצא העניין.²²³ בית המשפט נתן מכבר את דעתו לנושא באמרת אגב, בצינו, כי לעיתים די יהיה בחשד בלבד לצורך הפסקת כהונה של נבחר ציבור.²²⁴

בכל הנוגע למקרה החריג בדבר העברתו של ראש ממשלה מתפקידו, יש לנקוט באמת מידה זהירה במיוחד, באיזון בין העקרון הדמוקרטי והאינטרס הרובני מחד, ובין אמון הציבור בשלטון. עמדה זאת מתיישבת עם הזהירות הנוהגת טרם החלטה על הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכהן, בין אם על ידי בחינה מדוקדקת של הראיות,²²⁵ ובין אם באמצעות הדרישה לקבל את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה.²²⁶ אמת מידה כאמור, תימצא מקום בו מוגש כתב אישום כנגד ראש ממשלה המייחס לו עבירות בעלות "חומרה יתרה". אלא שישנו קושי מושגי בקביעת רף חומרתן של עבירות בראי ההשלכות האפשריות על נבחר ציבור וראש ממשלה מכהן בפרט.

שיטת אומדנא אחת לעניינם של נבחר ציבור תעשה במדידת חומרתה של עבירה פלונית באמצעות עמידה על מידת היקף הנזק שנגרם מעבירה פלונית באופן שיעיד על מידת אשמתו של המזיק.²²⁷ מדידת הנזק כמוצע תעשה לפי מדד חומרת עבירות המכונה "רמת החיים" (The standard of living).²²⁸ פרמטר זה מכיל ארבע רמות, והן: פגיעה באפשרות לקיום עצמו, פגיעה באפשרות לקיום מינימלי, פגיעה באפשרות לקיום הוגן, ובאפשרות לקיום טוב ומשופר.²²⁹ שומה עלינו לעמוד בכל מקרה ומקרה על האינטרס שנפגע כתוצאה מכל עבירה. במודל המקור, יש ארבע קבוצות אינטרסים, ובהן: שלמות פיזית, חומריות ושלווה, חופש מהשפלה ופרטיות.²³⁰ מוצע, תוך התאמה, לבחון הדברים גם בראי עבירות נבחר ציבור והשלכותיהן האנטי-חברתיות בהקשר פגיעה באינטרס הקיומי של המדינה, הן כישות פיזית והן כישות מדינית,²³¹ ועובר בפגיעה עקיפה הנגזרת בדרגות הפגיעה באמון הציבור בשלטון.

כל אינטרס כאמור יכול להתבטא בפגיעה במידה שונה ב"רמת החיים" הציבורית של הרשות. סולם רמת חיים ציבוריים יוכל לשקף בהדבק הדברים גם אם המבצע הוא נבחר ציבור. רצח פוליטי, במקרה קיצון, יתאפיין בפגיעה בשלמות מרקם החיים הפוליטי-פיזי ויפגע באפשרות לקיום פוליטי עצמו

²²¹ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, פס' 34 לפסק דינו של השופט ברק; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבוניס בישראל נ. ממשלת ישראל פ"ד לה" 3(3) 729, 745-746; בג"ץ 4566/90 דקל נ. שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 33.

²²² חיים כהן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 406.

²²³ שם; קיטאי, פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי, לעיל ה"ש 141, עמ' 117.

²²⁴ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, בפס' 43 לפסק דינו של השופט ברק; פרשת הנגבי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 63.

²²⁵ בג"ץ 2534/97 חה"כ יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (1997) (להלן: פרשת יהב).

²²⁶ ס' 17(א) לחוק יסוד: הממשלה.

²²⁷ Andrew V. Hirsch & Nils Jareborg, Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, 11 OXFORD J. LEGAL STUD. 1, 2 (1991) (להלן: Hirsch & Jareborg). ר' אורן גזל-אייל ורות קנאי, כיצד קובעים עונשי מוצא, חוקים ג 155, (2011), עמ' 164-165.

²²⁸ שם, Hirsch & Jareborg, בעמ' 7.

²²⁹ שם, בעמ' 17.

²³⁰ שם, בעמ' 19.

²³¹ חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר, עברות נגד המשטר (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008) (להלן: גנאים וקרמניצר), עמ' 17.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

בסולם רמת חיים זו.²³² נבחר ציבור שיאשם בהסתה לרצח פוליטי ייראה בהתאמה כמי שפוגע באושיות השלטון ומכאן שהעבירה תסווג כעבירה בעלת החומרה הגבוהה ביותר.²³³ זאת, גם כשמדובר בעבירת נבחר ציבור. לחלופין, ההשפעה על רמת החיים הציבורית תוכל שתהא עקיפה. כך למשל, עבירת מס אינה פוגעת באדם או באמון הציבור בשלטון במישרין, הגם שיש בה משום פגיעה בשירותים אותם מספקת המדינה.²³⁴ סיווגה של עבירה בעלת "חומרה יתרה" יתקיים מקום שבו מדובר בעבירה הפוגעת באפשרות לקיום אמון הציבור במישרין. הווה אומר, כתב אישום המייחס לראש ממשלה הסתה לרצח פוליטי, יהא בו כשלעצמו לחייב העברתו של ראש הממשלה מתפקידו בטרם הרשעתו. כך, גם אישום בעבירות נגד ביטחון המדינה, ובהן עבירת בגידה במדינה וריגול שייחשבו עבירות הפוגעות בקיומיות הציבורית, תוך פגיעה ישירה נוספת באמון הציבור בשלטון.²³⁵ פרופ' בועז סנג'רו, מוסיף ברוח המוצע, כי בעבירות חמורות כגון בגידה במדינה, אך גם רצח או אונס, רצוי שיחול חריג לפיו אין להמתין עם פתיחת חקירה כנגד ראש ממשלה מכהן עד לאחר כהונתו, בשונה מהכלל המוצע לגבי יתר סוגי העבירות מצד ראש ממשלה מכהן.²³⁶ שיקולי אומדנא נוספים כוללים את הזיקה בין העבירה לתפקיד בו נושא נבחר הציבור. וכך, לצד מקרים בהם מתקיימת הזיקה וכן מקרי עבירות קלות בהן היא אינה מתקיימת, תתכנה בתווד עבירות חמורות כגון רצח שאינו פוליטי או אונס בהן גם בהעדר זיקה לתפקיד תופסק כהונת נבחר הציבור בטרם יורשע. לא נדרשת משכך זיקה הכרחית בין התפקיד לבין ההחלטה להעביר מכהונה.²³⁷ שיקול חלופי מתמקד בהערכת חומרתה של עבירה, בהתאם למידת העונש המוטל בגינה.²³⁸ כך למשל, מאסר עולם חובה בגין רצח, או מאסר עשרים שנה בשל הריגה מעניקים ביטוי נורמטיבי משלים למידת האנטי-חברתיות הגלומה בכל אחד מהעבירות.²³⁹ עבירות חמורות, כמוסבר, יצדיקו במקרי קיצון אלה את העברתו מתפקיד של נבחר ציבור בטרם הרשעתו, בין שיש או אין עמן קלון, ומרחב שיקול הדעת המשפטי יצדיק פגיעה בערך המוגן בדבר העקרון הדמוקרטי גם בעניינו של ראש ממשלה.

2א) אנטי-חברתיות העבירה

לצד בחינת חומרתן של עבירות מצד נבחר ציבור אשר יצדיקו פגיעה בעקרון המוגן בדבר ריבונות הרוב, מוצע לשקול גם את מימד אנטי-חברתיות העבירות המעצימות את העקרון הדמוקרטי הוא הערך המוגן הייחודי בעניינם של נבחר ציבור. משכך, הפגיעה הכרוכה בהעברה מתפקידו של ראש ממשלה תיחשב מוצדקת כאשר לצד חומרת העבירה תיבחן גם מידת פגיעתה האנטי-חברתית בערך המוגן. על העבירות שפגיעתן אנטי-חברתית במובחן נמנות העבירות המורכבות, עבירות השרשרת וריבוי העבירות. טול למשל את עבירת השוחד. זו כשלעצמה, מהווה עבירה חמורה אם כי אין בה בהכרח להגיע כדי רמת חומרה יתרה כמשמעה במדד רמת החיים לעיל.²⁴⁰ ואולם, מצב דברים בו ראש ממשלה

²³² שם, עמ' 24.

²³³ שם, עמ' 29.

²³⁴ שם, עמ' 34.

²³⁵ מנחם הופונג, ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק (תשס"א), עמ' 109.

²³⁶ אלה לוי-יניריב "הפרקליטות סוחטת נאשמים; השופטים שכחו מה זה זיכוי" גלובס 21.7.2012.

www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000767306

²³⁷ אומ"ץ, לעיל ה"ש 83, פס' 37.

²³⁸ גביון, לעיל ה"ש 32, עמ' 177.

²³⁹ ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ג' 9 (תשנ"ב) (להלן: פלר).

²⁴⁰ שם.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

מקבל שוחד ממספר בעלי הון ואגב כך מעניק הטבות שלטוניות חמור הימנו בהינתן אנטי-חברתיות העבירה. כך לחלופין, הוא מצב הדברים כאשר נבחר ציבור מואשם במספר מקרי שוחד מאותו בעל הון, עד כדי השחתת המערכת השלטונית באופן מקיף ושיטתי.

נבחן את שלוש העבירות לפי מימד אנטי-החברתיות שלהן כלהלן. ראשית, ראוי לשקול את מורכבותן של העבירות. עבירות מורכבות הן אותן עבירות אשר מכילות מספר יסודות, כשכל יסוד יש בו משום עבירה כשלעצמו וכל היסודות מתמזגים לכדי עבירה אחת חמורה יותר.²⁴¹ עבירה זו תהא בעלת מימד אנטי חברתי אחוד נפרד.²⁴² זאת, בשונה מנסיבה מתמירה אשר אין בה, כשלעצמה, משום איסור פלילי.²⁴³ כך למשל, היא עבירת השוד.²⁴⁴ העבירה פותחת במילים "הגונב דבר", ומותנית בכך שאותו אדם מבצע או מאיים לבצע "מעשה אלימות באדם או בנכס" כדי לממש את מטרתו. ואולם, לא מדובר בריבוי עבירות – הן של גניבה והן של מעשה אלימות – אם כי בתרכובת של שני אלמנטים היוצרת עבירה בעלת תדמית אנטי-חברתית חמורה ונפרדת. ביטוי לכך, למעשה, ניתן למצוא בעונש המוטל בגין עבירת השוד, לעומת העונש המוטל, אף במצטבר, בגין העבירות המרכיבות את עבירת השוד.²⁴⁵ הוא הדין לגבי עבירת הפריצה,²⁴⁶ ועבירת הרצח.²⁴⁷ עבירת נבחר ציבור תוכל להיחשב מורכבת כאשר, למשל, עבירת קבלת שוחד מצד בעלים של עיתון שהוא בעל תפוצה רחבה תעשה בשילוב עם פרסום שקרי בעיתון כנגד יריב פוליטי.

שנית, עבירות תחשבנה אנטי-חברתיות כאשר הן עבירות שמוותנות במשך זמן. עבירות אלו ניתן לחלק לשלוש קבוצות, והן: העבירות הנמשכות, עבירות הרגל, וכן עבירות השרשרת. בעבירת השרשרת, כל חוליה כשלעצמה מקיימת את היסודות להתהוותה של עבירה הדומה לזו שבחוליה סמוכה אליה. ככל שהשרשרת מתארכת, כך מתעצם היסוד השלילי שבעבירה, בין אם חומרת העברה ובין אם היסוד האנטי חברתי הגלום בה. בהקשר זה, יש לראות בשרשרת כעבירה אחת, עד כדי כך שהיא מהווה את היעד אליו מכוון עובר העברה להגיע בסופו של דבר.²⁴⁸ תכלית זו, היא האלמנט המנטאלי שבעבירת השרשרת, והמתברת את החוליות שבה, בינן לבין עצמן.²⁴⁹

שלישית, אנטי-חברתיות ניכרת מתקיימת במקרה ריבוי עבירות. מדובר באירועים עבריינים נפרדים להבדיל מיחידים, בעלי נפקות משפטית המייחדת אותם. המשותף לאירועים אלה הוא הגורם האנושי, קרי שמבצע העברות הנפרדות הינו אותו נאשם. הרכיב האנושי המקשר בין אותן עבירות הוא זה אשר מייצר משקל אנטי חברתי מיוחד, הנבדל מאותו פסול מוסרי המיוחס לכל עבירה כשלעצמה, והמצדיק טיפול עונשי חמור יותר.²⁵⁰ ואולם, המונח ריבוי עבירות אינו מוגבל אך לאותם מצבים המוכרים בחקיקה, ואף אינו מוגבל למקרים בהם ניתן הדין בעד ההתנהגות האסורה. הוא הדין במצב שבו ריבוי העבירות מתאפיין ברכיב התנהגותי משותף. למשל, נהיגה ברכב במהירות מופרזת (המצמיחה עבירה אחת), עקיפה מימין (עבירה שניה) ודריסת הולך רגל (עבירה שלישית).²⁵¹ כך בגזירה שווה הוא

²⁴¹ ש.ם.

²⁴² ש.ם, בעמ' 79.

²⁴³ ש.ם, בעמ' 86.

²⁴⁴ רות קנאי, הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג, מחקרי משפט טו 147

(תשנ"ט-תש"ס), עמ' 181.

²⁴⁵ פלר, לעיל ה"ש 202, בעמ' 80.

²⁴⁶ ש.ם.

²⁴⁷ ש.ם, בעמ' 81.

²⁴⁸ ש.ם, בעמ' 224.

²⁴⁹ ש"ז פלר, "עבירות – השרשרת", מהותה, משפטים כט 529, 538 (תשנ"ח-תשנ"ט).

²⁵⁰ פלר, לעיל ה"ש 202, עמ' 291. דוגמא לכך מצוייה בס' 52(ב) לחוק העונשין ביחס למאסר על תנאי. ש.ם, עמ' 290.

²⁵¹ ש.ם, פלר, עמ' 294-295.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

התרחיש של נבחר ציבור הנאשם בריבוי עבירות שוחד, או למשל התרחיש בו נבחר ציבור נאשם במתן שוחד לשם ביצוע עבירת מס.

המאפיין את קבוצות המקרים שלעיל, הוא שלמעשה העבירה מתווסף רכיב מיוחד ומחריף את מימד האנטי-חברתיות הגלום בהם. הוא הדין לגבי עבירה מורכבת שהרכיב המוסרי שבה מחריף לאור מנעד העבירות המגלמות אותה. כך גם לגבי עבירת השרשרת, שבבסיסה מייחל הנאשם להגדיל ולבצע מספר עבירות דומות שאינן ניתנות להפרדה, ואשר כל אחת מהן היא אך שלב בדרך לביצוע העבירה הבאה, תוך העצמת ההשלכות השליליות המאפיינות כל חוליה כשלעצמה.

ב) דמוקרטיה מתגוננת כנגד השחתתה כנורמה על-חוקתית

פגיעה חמורה בשלטון החוק עשויה להוות פגיעה במסד הדמוקרטי עצמו. כלי הדמוקרטיה המתגוננת ישמש אז כמוצא האחרון בהגנה על קיום הדמוקרטיה. זאת, רק כשמדובר בסכנה ממשית לערכי הדמוקרטיה ואשר פגיעתם רחבה ומבנית באופן שורש ערכי היסוד של השיטה.²⁵² ברי כי, הממשלה היא מוקד הכוח במדינה, ויש בכך כדי להשליך על מעמדו של העומד בראשותה.²⁵³ היטיב לתאר זאת השופט חשין באומרו כי "[...] סמכותו של ראש הממשלה פורשת עצמה על פני מרחבים רבים והיא מאופק אל אופק. סמכותו כה רחבה היא [...], עד שנדמית היא ל"חור שחור" שכמעט כל שיקולים יבלעו בה".²⁵⁴ סמכויותיו הנרחבות של ראש ממשלה מפוזרות בחוקים שונים, דבר המאפשר לו תמרון בין הוראות אלה, באופן אשר מעמיק ומרחיב עוד את סמכויותיו להלכה ולמעשה.²⁵⁵ בכך, טמון חשש מובנה כי מעשי שחיתות המיוחסים לראש ממשלה ישחיתו המערכת השלטונית מיסודה.²⁵⁶ יוזכר כי, אין הגדרה אחידה למונח "שחיתות שלטונית",²⁵⁷ שכנגדה בצוק העתים ניתן היה לבקש להתגונן כנגד השחתת הדמוקרטיה. מקובל אם זאת, לראות שחיתות שלטונית בכללות כניצול כוחם של נציגי ונבחר ציבור על מנת לספק אינטרסים אישיים של אישים אלה או של קרוביהם.²⁵⁸ התנהגות פלונית תעלה כדי התנהגות מושחתת מקום שבו מתווסף פסול מוסרי מעבר לניצול המעמד האישי לצרכים אישיים.²⁵⁹ בשחיתות השלטונית נכללים אם כן לא רק את הגרעין "הקשה" של ההתנהגות הפלילית אלא גם את אותם מעשים הפוגעים בכללי המנהל התקין ואשר נועדו לקדם אינטרסים

²⁵² ר' למשל, רבקה ווייל, עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת, דין ודברים י 345, (2017) (ווייל מתריעה על החשש לפיו מכלי מניעתי של מוצא אחרון עולה שימוש חדש של השופטים בכלי הדמוקרטיה המתגוננת ככלי עונשי-תגמולי), עמ' 348.

²⁵³ השווה: יצחק זמיר הסמכות המנהלית (מהדורה ראשונה, תשנ"ו), עמ' 328-329.

²⁵⁴ אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, עמ' 473.

²⁵⁵ בירן ולוטן, לעיל 100, בעמ' 17.

²⁵⁶ יצחק זמיר, על הסכנה בשחיתות שלטונית, עיונים בביטחון לאומי: שחיתות שלטונית בישראל (פנחס יחזקאלי ואיל גובר, עורכים, 2008), עמ' 8-9.

²⁵⁷ ר' למשל, דפנה ברק ארז, המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית, משפטים לז 667 (תשס"ז), עמ' 669 (להלן: ברק ארז). ר' בכללות גם תיאוריה פוליטית של שחיתות שלטונית, Dennis F. Thompson, Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption, Washington: The Brookings Institution (1995); Mark Philp, Political Conduct, Cambridge, MA and London: Harvard University (2007); Mark Philp, Defining Political Corruption, Political Studies (1997) 436 (3) 45, וכך ראה דיון להלן.

²⁵⁸ דורון נבות, חושפי שחיתויות: מה חושף סבלם על הניצול לרעה של עוצמה בארגון ועל מבנה הכוח בחברה; משפט ועסקים כא 229 (2018), עמ' 233.

²⁵⁹ שם, בעמ' 234.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

אישיים מצד נציגי ציבור.²⁶⁰ ביתר שאת, כאשר היקף השחיתות רחב ומקיף, מציין פטריק דובל (Patrick Dobel) "שיש להבין את השחיתות הפוליטית לאור המשמעות הטמונה במובן השורשי של המילה הלטינית *Corruptio* שהוא "התנפצות לרסיסים".²⁶¹ שחיתות פוליטית, לדברי דובל משמעה התנפצות לרסיסים של נאמנות האזרחים והעתקה מן המסגרת המדינית אל מסגרות פרטיקולריסטיות. ההתנפצות לרסיסים של נאמנות האזרחים היא בעלת השלכות על יציבותה של המערכת הפוליטית, שכן ככל שהיא מתרחבת כך גוברת הסכנה לעצם הישרדותה של המערכת הפוליטית.²⁶² מן הכלל אל הפרט, פגיעתה של שחיתות שלטונית ככלל, סופה שתעיב על ערכיה השיטה הדמוקרטית עצמה. פיליפ היימן (Philip Heymann) סובר כי דמוקרטיה מטבעה עלולה להיות חשופה יותר לפגעי שחיתות שלטונית מאשר צורות ממשל אחרות משתי סיבות שראויות לבחינה זהירה.²⁶³ ראשית, חופש הדיבור, העיתונות ואתגר ההיבחרות הדמוקרטי מאפשרים למתנגדי ממשל מושחתים לבסס ביתר שאת את מנגנוני ההשחתה שיופעלו על ידם. ממשל צבאי או ממשלת משטר קומוניסטי או טוטליטרי, מנגד, נוטים לצמצם את יכולת ניצולם של דרכי ניצול אלו להשחתת השיטה הפוליטית.²⁶⁴ שנית, משטרים דמוקרטיים מאופיינים בקשיי מימון פעילויות פוליטיות יקרות. בתוך כך, כל אימת שלא עומדת לזכות נבחרי הציבור דרכי מימון חלופיות מהכנסות אישיות, יגבר התמריץ לממן פעילותם הפוליטית בדרכים משחיתות הנסמכות על הבטחות שלטוניות פסולות מצד המועמדים לתומכיהם.²⁶⁵ בהעריכנו את פגעי השחתתה של השיטה הדמוקרטית, כדברי השופט ג'ובראן "נדמה שאין צורך להכביר מילים על הסכנות הטמונות בשחיתות ובהשחתת המידות הציבורית. מטבעם של נגעים אלו לכרסם באמון הציבור בשלטון החוק ולערער את יסודותיה של המדינה כמדינה דמוקרטית.²⁶⁶ דניס תומפסון (Dennis Thompson), שסיפק את המסגרת התיאורטית העיקרית להשחתת המשטר הדמוקרטי, מייחד שיטת ממשל זו בציינו כי "אינטרסים פרטיים מזהמים מטרות ציבוריות בדמוקרטיה כאשר הם משפיעים על הממשלה ללא צורך בתהליך הדמוקרטי.²⁶⁷ בתוך כך, שחיתות מערערת את החוקיות והלגיטימיות של הממשל ושל ערכים דמוקרטיים כגון נאמנות וסובלנות.²⁶⁸ במצב קיצון אף עלול מנהיג פוליטי להשתמש במנגנונים המושחתים לשם המשך שרידותו בדרך שתחרף הפגיעה בעקרונות הדמוקרטי. עליה במפלס השחיתות השלטונית, יוסף, עלולה לפגוע אפילו ברמת הביטחון הלאומי של מדינות דמוקרטיות.²⁶⁹ לשון קיצור, שחיתות שלטונית מצמצמת את אופקיהן של פעולות קולקטיביות

²⁶⁰ ברק ארז, לעיל ה"ש 256.

²⁶¹ Patrick J. Dobel, *The Corruption of a State*, *Am. Pol. Sci. Rev.*, 72(03), 958 (2016), at 964.

²⁶² ר' שם, שם, וכן בעמ' 968; לדיון בעמדת דובל ר' גם יחזקאל שלום, שחיתות פוליטית: הגדרות, גישות ודרכי התמודדות, מדינה וחברה, 51(5) 507, 531.

²⁶³ Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, *Fordham Int'l L. J.* Vol. 20(2) 323 (1996), at 328.

היימן מוסיף כי פגיעתה של שחיתות שלטונית במשטרים דמוקרטיים חמורה במיוחד במדינות המוגדרות בתחום מדע המדינה כ"דמוקרטיות שבירות" (*fragile democracies*) המצויות בשלבים ראשונים של הליכי דמוקרטיזציה. שם, עמ' 327.

²⁶⁴ *Id.*, at 328.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ ד"ר 10/71901 מ"י נ' ברק כהן, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ר' גם זמיר, ה"ש 256 לעיל, עמ' 7-8.
²⁶⁷ ר' 28, *supra* note 257, at 28. Thompson. ר' גם, Mark E. Warren, *What Does Corruption Mean in a Democracy?*, *American Journal of Political Science*, Vol. 48(2) 328 (2004), at 32 Heymann, *supra* note 262, at 328.

²⁶⁸ ר' זמיר, ה"ש 256 לעיל, עמ' 9; 329, *Id.*, Warren, at 329.
²⁶⁹ ר' פנחס יחזקאלי, שחיתות שלטונית וביטחון לאומי, תל אביב: משרד הביטחון (2010), עמ' 38-39; זמיר, ה"ש 256 לעיל, עמ' 10-13.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

ובכך מכווצת את תחום הדמוקרטיה בתוך ומחוץ לגדר המשפט, ויש בכוחה לאיים אף על עצם קיומה.²⁷⁰

משכך, במקרי פגיעה המאיימת על אושיות הדמוקרטיה לא צריכה להיות מניעה להיעזר בדוקטרינת ה"דמוקרטיה המתגוננת" במשפט הציבורי כצידוק משלים לפגיעה בערך המוגן. הדוקטרינה שמה לה למטרה להגן, עובר להיום, על ערכים מסויימים והם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, איסור על מאבק מזוין נגד המדינה ואיסור על הסתה לגזענות.²⁷¹ הכלל המשפטי השתשרש בהלכת ירדור בעניין שלילת קיומה של המדינה בהשתתפות בהליך בחירות לכנסת,²⁷² ומאוחר יותר בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת שאימץ את ההלכה.²⁷³ בית המשפט בפרשת ירדור, התמקד בשאלה האם ניתן לאפשר למפלגה אשר שוללת את עצם קיומה של המדינה להשתתף בהליך הבחירות.²⁷⁴ סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת שאימץ ההלכה ראה בה "מגן קדמי" מהתממשות הסכנות שלשמו נחקק הסעיף.²⁷⁵

בכך לא סגי בית המשפט יצר גם "מגן אחורי" באמצעות דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" שיוכל לשמש בדיעבד בצוק העתים. זאת, בקובעו כי "הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי".²⁷⁶ כך בפרט, במקרה בו מפלגה משנה מצעה לשלילת קיומה של המדינה לאחר שנבחרו נציגיה לכנסת בדמותה של דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" לאחר שנפסלה במקור.²⁷⁷ במישור העקרוני, ככול שלא תצלח מניעת כניסתה של מפלגה כאמור לכנסת, והמפלגה שנבחרה לכנסת תצליח להביא ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי", תיוותר האפשרות להתמודד עם הסכנה למפרע באמצעות דוקטרינה זו.²⁷⁸ לאיזון הדברים, פרופ' ברק מציין כי לדידו אין מקום לדוקטרינה במובנה המקיף שכן "השלם טרם הושלם, וממילא התיקון טרם הבשיל".²⁷⁹ במילים אחרות, לגישתו, במצב החוקתי הקיים בישראל בטרם הסתיים מפעל חוקי היסוד, דוקטרינה זו מצומצמת לגבולות צרים יותר ביחס למקובל במשפט המשווה, וזו גם עמדת בית המשפט כיום שטרם יישמה.²⁸⁰ משמעות

²⁷⁰ ר' Warren, ה"ש 267 לעיל, עמ' 329. צבי זרחה, אליעזר גולדברג: השחיתות גורמת לקריסת מערכות שלטון חיוניות; במדינה יש שחיתות מדאיגה, הארץ 1.7.2005.

²⁷¹ ווייל, ה"ש 252 לעיל, עמ' 347; אהרן ברק, מידתיות במשפט (נבו, 2010), עמ' 329; ברק, מבחר כתבים ג, ה"ש 90 לעיל, עמ' 89. ר' בכללות גם, Suzie Navot, Fighting Terrorism in the Political Arena: The Banning of Political Parties, Party, Gur Bligh, Defending Democracy: A New Understanding of the Party-Banning Phenomenon, Politics, vol. 14(6) 745 (2013). 46 Vand. J. Transnat'l L. 1321

²⁷² ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390 (1965).

²⁷³ אהרון ברק, מידתיות במשפט (2010), עמ' 329.

²⁷⁴ ברק, מבחר כתבים ג, ה"ש 90 לעיל, עמ' 89.

²⁷⁵ ווייל, ה"ש 251 לעיל, עמ' 354.

²⁷⁶ ר' בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (פרשת חוק הגיוס) בעמ' 717 לפסק דינו של הנשיא ברק וכן פרשת בר און, עמ' 311-312 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ר' בכללות, Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments (OUP, 2017).

²⁷⁷ ר' למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), בעמ' 394, 408; בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, (1996), עמ' 28; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

²⁷⁸ ראו למשל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), בעמ' 394, 408; בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל (פורסם נבו, 2011), בפסקאות 31-34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

²⁷⁹ ר' אהרון ברק, תיקון של חוקה שאינו חוקתי, ספר גבריאל בך 361 (2012), עמ' 379.

²⁸⁰ ר' שם; בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם נבו) קובע השופט א' רובינשטיין בפס' כח לפסק דינו כי מדובר ב"דוקטרינה שבדרך" בגדרי המשפט הישראלי; בג"ץ 5744/16 בן שחר ואח' נ' הכנסת ואח' פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("אכן, הדוקטרינה שאותה יש ליישם בהקשר זה במשפט הישראלי מן הראוי כי תקבע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכלל חוקה מלאה"), שם.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

הדבר, מגנים אלו ממחישים את "הפרדוכס הדמוקרטי", ואשר לפיו מותר להגביל את זכויותיו של מי שמבקש לפגוע בדמוקרטיה בשם הדמוקרטיה.²⁸¹

משמעות העניין הינה כי התערבות בית המשפט בדיעבד בחסות דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי מרוסנת יותר מגישתו המרחיבה עקרונית של בית המשפט לצידוק הדמוקרטיה מתגוננת שישוּם מראש בחסות ה'מגן הקדמי' כאמור.²⁸² צא ולמד, בהיבט המושגי אין מניעה להרחיב את עילות התגוננותה של הדמוקרטיה במסגרת זו. בפרט, אין מניעה למנוע את פריצתו של המגן הקדמי גם בהקשרי עבירות נבחרים ציבור ובהם ראש ממשלה מטעמי מאבק בשחיתות רחבת היקף וחמורה דיה. זאת, משעה שיוגש כנגד ראש ממשלה מכהן כתב אישום המייחס לו עבירת שחיתות שלטונית אשר יש בה משום פגיעה באושיות המשטר הדמוקרטי באופן גורף זה.

לשם הדחה שיפוטית של נבחרים ציבור ובדגש על ראש ממשלה מוצע לבחון את צידוק הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה במבחן סבירות מצטבר במובנו החוקי תוך התייחסות מפורשת לחוק ולא רק במובנו המוסרי או אתי. זאת, לאור השלכותיה מרחיקות הלכת של הדוקטרינה על המשך כהונת נבחרים ציבור כולל ראש ממשלה.²⁸³ בתוך כך, יבחנו אופיה, היקפה והצורך המוסדי בדוקטרינה, בבחינת היות ההדחה השיפוטית מוצא אחרון. ראשית, מוצע לבחון את אופיה של השחיתות. דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה תיבחן מכלול הנסיבות הכרוכות באופיה של השחיתות ובהן מטרתה, אי-חוקיותה ומאורגנותה של השחיתות. שחיתות הפוגעת בערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית לפי מטרתה תפגע בהליך הדמוקרטי תוך פגיעה ביכולת השתתפותם של אזרחים בהליך הדמוקרטי הייצוגי. זאת, תוך קידום עניינים באופן העוקף את ההליך הדמוקרטי או פוגע בו, בין שאפשר להצביע על פגיעה באינטרס הציבורי מעבר לכך ובין שלא. לפיכך, שחיתות בהליך הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות שמטרתו הינה פגיעה ישירה בהשתתפות אזרחים בהליך הדמוקרטי תצדיק ביתר שאת את הפעלת הדוקטרינה האמורה לעומת שחיתות במנהל הציבורי שפגיעתה עקיפה בהינתן מטרתה להביא לידי אספקה לא הוגנת ולא יעילה של טובין ציבוריים. כך לדוגמא, שחיתות תיחשב לפוגעת בהליך הדמוקרטי במקרה אישום בהפללת ראש מפלגה מתחרה ערב בחירות תוך פגיעה מהותית בטוהר הליך הבחירות לכנסת. דוגמא נוספת יהווה אישום בקבלת שוחד שבגינו מפעיל ראש הממשלה את סמכויותיו על מנת לסגור עיתון יומי משיקולים זרים פוליטיים. זאת, תוך פגיעה שירודת לשורש זכות הציבור לדעת. מנגד, שחיתות שמטרתה פגיעה באיכות שירותי ותשתיות הממשלה, או הגברת הלחץ התקציבי על הממשלה, וכן זלזול והתעלמות מנהלים, תיחשב לפי אופיה כשורה בעקיפין בשחיתות הפוגעת בהליך הדמוקרטי באופן המצדיק הפעלתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה.

רכיב נוסף לבחינת אופיה של השחיתות השלטונית נוגע במידת אי חוקיותה. ברי כי, ישנם מעשים בלתי חוקיים אשר גם אם הם נעשים בידי עובד ציבור, אינם בהכרח מושחתים. משכך, קבלת החלטות שלטוניות לגיטימיות ממניעים זרים או נפטיזם במוסדות ציבור שאינו מפר חוק אך נחשב ללא אתי לא יחשיבו השחיתות לפי אופיה לבלתי חוקית. כך לדוגמא, תעדוף בסיוע לקבלת טיפול רפואי מצד

²⁸¹ בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת פס' 30 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.4.2015); ואולם, לגישתו של השופט ברק כלל לא מדובר בפרדוכס אם כי בשאלה של מידתיות ויחסיות. הוזה אומר, זכויות האדם הן יחסיות וניתן לפגוע בהן בצורה מידתית. ר' ברק מבחר כתבים ג, ה"ש 90 לעיל, עמ' 106-107. ר' גם, Gregory H. Fox & George Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 Harv. Int'l L. J. 1 4 (1995), at 14.

²⁸² ר' ווייל, ה"ש 252 לעיל, עמ' 359-360. יובהר, גם בלם קדמי זה אינו חסין בעצמו מתיקון חוקתי.
²⁸³ לדיון בהבחנה בין משטר אתיקה שלטונית ובין שחיתות בלתי חוקית, ר' למשל יואב פלד וגרשון שפיר, מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת (תל אביב: רמות, 2005), עמ' 20. ר' גם, יחזקאל שלום, ה"ש 262 לעיל, עמ' 531.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

נבחר ציבור לקרוב משפחתו במטרה להציל חיים.²⁸⁴ שחיתות תיחשב בלתי חוקית, מנגד, בהתקיים רף הפליליות בעבירות המאפיינות נבחרי ציבור כגון שוחד וגנבה, הטיית מכרזים, מעילה, קבלת מתנות אסורות, שימוש במידע פנים, מינויים פסולים והעדפת מקורבים, הפרת אמונים ופעולה בניגוד עניינים, עבירה חמורה על חוק המפלגות, מתן עדות שקר, שיבוש הליכי משפט וכדומה. שלישית, שחיתות שלטונית לפי אופיה תיבחן לפי מידת מאורגנותה. שחיתות שלטונית מאורגנת בידי קבוצת יחידים ועד כדי פועלה כארגון פשע בתוך מוסד ציבורי או ממשלתי תיחשב לפי אופיה מצדיקה את תחולת דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה. מנגד, שחיתות שלטונית שהינה יוזמת יחיד או יחידים תצמצם את הצדקת הדוקטרינה.

שנית, הדחה שיפוטית בהתבסס על צידוק דמוקרטיה מתגוננת כנגד השחתתה תבחן לאור היקף השחיתות. זאת, כך שהצידוק להדחה שיפוטית יוגבל בחומרתו למקרה של שחיתות מבנית (Systemic, or endemic corruption). תיאוריית השחיתות השלטונית מלמדת כי היקף השחיתות נע משימוש שולי ועד לשוחד ממוסד. שיאה של שחיתות שלטונית היא קלפטוקרטיה (Kleptocracy) שבה זנחת אפילו העמדת פנים חיצונית של טוהר מידות.²⁸⁵ היקף השחיתות המיוחסת לנבחר הציבור בראי אפשרות הדחתו השיפוטית תחת כתב אישום בטרם הרשעתו תיבחן לאור שיקולי בכירות מעמדו של נבחר הציבור, השלכותיה ומשך פגיעתה. שחיתות בהיקף מצומצם הקשורה בעניין פרטי או מסוים, שנזקה תחום או מוגבל להיבט זמני או מצומצם אחרת, לא תצדיק הדחה שיפוטית בראי דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה. זו תשמש רק במקרי השחתה רחבי-היקף שהשפעתם חורגת בהשפעתו של מעשה שחיתות מסויים או זמני בהיקפו.

התנאי השלישי לקיום המבחן שיצדיק הדחה שיפוטית בצידוק דמוקרטיה מתגוננת כנגד השחתתה יתקיים בתנאי בו הדחה שיפוטית תהווה מוצא מוסדי אחרון. זאת, במקרה בו יוכח כי סיכויי מיגורה של השחיתות השלטונית, באמצעות הדחת נבחר ציבור וראש ממשלה בפרט בידי הכנסת או הממשלה, אינה צפויה. סיכויי הצלחת מיגורה של השחיתות השלטונית בידי הרשויות יבחן בין השאר לאור הרצון והיכולת הפוליטית והמוסדית למגרה לפי חוק. זאת בכפוף לסמכותן של הכנסת והממשלה במסגרת סמכותן בהתאם לחוקי יסוד הכנסת והממשלה בהתאמה, כנדון לעיל. זאת, בהינתן שהמאבק למיגור השחיתות הפוליטית נושא השלכות פוליטיות שיש בכוחן להשפיע במישרין על הרכב הממשלה והעומד בראשה. לאור זאת, עשויה הכנסת והממשלה להימנע מפעולת העברתו מתפקידו של נבחר ציבור חרף הנזק הציבורי הכרוך במחדלם זה. במקרה כאמור, עשוי להתקיים הצידוק להפעלת דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת במסגרת הדחה שיפוטית כמוצא אחרון.

משכך, משעה שראש ממשלה מואשם בפגיעה בהשחתת הדמוקרטיה באופן נרחב וחמור דיו, ראוי להצדיק פגיעה בערך המוגן הוא האינטרס הרובני בשם הגנה על הדמוקרטיה עצמה. במכלול השיקולים עשויה הצדקה זו להוביל להעברת ראש ממשלה מתפקידו אף בטרם הרשעתו, תוך הרחבת דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת להתגוננות כנגד השחתת הדמוקרטיה מיסודה. זאת, בהתקיים וודאות קרובה לפגיעה כתוצאה מעבירת שחיתות שלטונית שתיחשב חמורה דיה. בצוק העתים יהא בכך כדי להצדיק הפגיעה בעקרון המוגן כאינטרס הרובני באמצעות הפגיעה במימוש זכותו של הרוב לבחור את נציגיו

²⁸⁴ ר' דורון נבות, שחיתות פוליטית בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015), עמ' 38; רות גביון, מרדכי קרמיניצר ואייל דותן, אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (2000), עמ' 141-143.

²⁸⁵ לדין על תיאוריות למידול שחיתות ר' למשל, John G. Peters & Susan Welch, Political Corruption in America: A Search for Definitions and a Theory, 72 Am. Pol. Sci. Rev. 974 (1978).
ר' גם, Herschel I. Grossman and Suk Jae Noh, A Theory of Kleptocracy with Probabilistic survival and Reputation, Economics and Politics, Vol. 2(2) (1990) 157 and sources therein.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

לכנסת, תוך העברת נבחריו מתפקידם כולל במקרה של העברת ראש ממשלה מתפקידו בהינתן כתב אישום ואף בטרם הרשעתו.

3 סיכום

הדין החל ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו לאחר הגשת כתב אישום נגדו טרם הרשעתו לא הובהר דיו. בית המשפט העליון בהלכת דרעי-פנחסי קבע כי הגשת כתב אישום בעבירה שיש עמה קלון מחייבת את ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו. בפוסקו כן, הבחין בית המשפט בין תנאי הכשירות לתפקיד ובין סבירות שיקול הדעת הנלווה להחלטה אם להעביר שר מתפקידו, או אם למנותו מלכתחילה. תחולת הלכה זו אינה מפורשת וממצה ביחס לשאלת העברת ראש הממשלה עצמו מתפקידו. בית המשפט אף טרם הכריע לגבי סמכות הכנסת בנושא כמשמעה בחוק יסוד: הממשלה. הטענה במאמר זה הינה כי הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה חמורה דיה הנלווה לה מימד אנטי-חברתי ניכר, אף שאינה בהכרח עבירה נושאת קלון, עשויה בצוק העתים לחייב את העברתו של ראש הממשלה מתפקידו בטרם הרשעתו בראי הלכות דרעי-פנחסי בשינויים המחוייבים הנגזרים מייחוד מעמד ראש הממשלה.

ישאל השואל: התיתכן בפועל הדחה שיפוטית של ראש ממשלה? רובינשטיין ומדינה, יצוין, סוברים כי ההיתכנות שבית המשפט יפעיל סמכותו ויעביר ראש ממשלה מתפקידו על יסוד המיזח לו בכתב האישום, מבלי שהכנסת נקטה פעולה בנדון או מבלי שראש הממשלה הפעיל סמכותו להתפטר, הינה קלושה. משכך, לגישתם, "תיוותר הביקורת במישור הפרלמנטרי-ציבורי".²⁸⁶ מנקודת מבט מעשית, הדחה שיפוטית מוגבלת בשני מישורים. ראשית, במישור המעשי הצר, החשש לפי רובינשטיין ומדינה, הוא מפני אי קיום צו בית המשפט, אשר בצוק העתים עשוי להורות על ראש ממשלה להתפטר מתפקידו בנסיבות מסוימות.²⁸⁷ שנית, במישור העקרוני הרחב, החשש הוא מפני משבר חוקתי.²⁸⁸ משבר חוקתי נובע מן הפער שבין "כוונתם של האבות המייסדים" ובין "צרכיו של בן החברה הדמוקרטית המודרנית".²⁸⁹ לשון אחרת, משבר זה נסוב סביב הפער שבין התכלית החוקתית הסובייקטיבית המוסקת מכוונת המחוקק ביחס להוראות החוקה ובין התאמתו לזו האובייקטיבית. התכלית החוקתית סובייקטיבית של יוצר הנורמה אינה אלא אגד של מטרות, ערכים ועקרונות שיוצר הטקסט ייחל להגשים; ואילו התכלית האובייקטיבית נגזרת מאותם ערכים שהנורמה החוקתית מבקשת להגשים בחברה מודרנית.²⁹⁰ על מנת להימנע מפער זה, אשר בתורו יגרום למשבר חוקתי, יש לשאוף להאחדה בחברה לגבי שני סוגי הכוונות, אלא שמשמיה זו אינה בהכרח מתיישבת עם האינטרס הרובני במובנו הדמוקרטי פורמלי.

²⁸⁶ רובינשטיין ומדינה, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 848.

²⁸⁷ ר' למשל את פסקי הדין להלן ועמדת השופטים המביעים דאגתם מאי הישמעות הרשויות לצוי בית המשפט: בג"ץ 3-11163/03 ועדת המעקב בפס' 5 לפסק הדין; בג"ץ 6773/05 גבועה פאסס בנבו 15.11.2011 בעמ' 2; בג"ץ 9051/05 תנועת שלום עכשיו בפס' 11 לפסק הדין פורסם בנבו 20.8.2014.

²⁸⁸ ברק מבחר כתבים ג, ה"ש 90 לעיל, עמ' 271, 585; סוזי נבות, פרשת ההצבעות הכפולות: על מחירן של טעויות בעקבות בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, הארת דין ג 20, 21 (תשס"ו); אילן סבן, תגובת-הנגד הפוליטית ל"מהפכה החוקתית, המרחב הציבורי 13 (2018), עמ' 18; אהרון ברק, הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד, משפט וממשל יז 9 (2016) 51; אהרון ברק, שמירת דינים, ספר דורית ביניש 413 (2018), עמ' 441; אורי אהרונוסון, אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית, משפט ועסקים יט 1271 (2016), עמ' 1272. ר' גם Jack M. Balkin, Constitutional Crisis and Constitutional Rot, 77 Mar. L. R. 147, 148, 150 (2017).

²⁸⁹ אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד), עמ' 148.

²⁹⁰ שם, עמ' 147.

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו משפט וממשל, כרך כ"א(1) (2019) (התקבל לפרסום)

מאמר זה מתמקד בתכלית חוקתית סובייקטיבית זו, בהציעו הרמוניזציה פרשנית עם הלכות דרעי-פנחסי לעניין העברתו מתפקיד של ראש ממשלה תחת כתב אישום. משכך, המאמר נמנע מהאחדת תכלית חוקתית זו עם התכלית האובייקטיבית שהוסברה. פשיטא, אין בהצעת המאמר כדי לסייע בהצדקתה המעשית של הדחה שיפוטית וביחס להשלכותיה הן במישור המעשי-הצר והעקרוני-הרחב, כמוסבר.

עמדת המאמר מקישה מהלכות דרעי-פנחסי בלוא גזירת דין שווה לעניין ייחוד עניין העברת ראש ממשלה מתפקידו תחת כתב אישום. מחד, המכונן, בחוק יסוד: הממשלה, שתק כנטען בנוגע להסדר הראוי והרצוי באשר לראש ממשלה תחת כתב אישום. וכך, כמו בהלכות דרעי-פנחסי – שתיקתו אינה שתיקה מדעת ואין לראותה כהסדר שלילי. מנגד, נוסחת האיזון המוצעת במאמר זה מציעה איזון בתוך מרחב שיקול דעת המצוי בין שתי עמדות קיצון. מצידו האחד של מרחב שיקול הדעת, הימנעות רבתי מפני הדחה שיפוטית של ראש ממשלה מתפקידו על יסוד כתב אישום נושא קלון בטרם הרשעה בפסק דין חלוט. מצידו השני, דין שווה לראש הממשלה כמו לכול נבחר ציבור תוך קריאה דווקנית של הלכת פנחסי-דרעי. בתווד, כנטען, הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה בת משמעות אנטי-חברתית חמורה דיה ולפי מידת השחתתה את המסד הדמוקרטי, ושאינה בהכרח נושאת קלון אך תצדיק פגיעה בעקרון הרובני, עשויה בצוק העתים לחייב את העברתו מתפקידו מתוך חובת התפטרותו גם בטרם הרשעתו.

סוף המסמך.