

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 גיבוש 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 הפלילי.

נקודת המוצא בענייננו בהלכת דרעי-פנחסי בה קבע בית המשפט העליון כי גיבוש 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

* פרופ' חבר, אוניברסיטת חיפה הפקולטה למשפטים. המחבר מודה לברק מדינה, סוזי נבות, דניאל פרידמן, גד בראזלי, אמנון רייכמן, ניב רוזנאי, דותן אוליאל וגיא לוריא על הערותיהם המועילות. תודה נתונה גם לעוזרי המחקר מתן קדוש ונעמה שירן.

¹ ר' ברק מדינה "חזקת החפות לעומת חזקת הכשירות" **הארץ** 9.3.2019; גד בראזלי "הכף נוטה להדחת ראש הממשלה" **גלובס** 4.3.2019 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001276492; מוחמד ווהד "בג"ץ כבר פסק בענין נתניהו" **הארץ** 11.3.2019 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7016187; גיא לוריא ועופר קניג "ראש ממשלה בהליך פלילי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 8.1.2019 www.idi.org.il/articles/17566; אלכסנדר קדר, פנינה אלון, עידן לרון וענת רום "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" **דין ודברים** א 15, 27 (התשס"ה). ר' דיון 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, פ/877/18. 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, פ/3700/20.

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 שירות את הדין החל ביחס להעברה מתפקיד של ראש ממשלה שגובש נגדו כתב אישום מכל סוג טרם הרשעתו, ובפרט בכתב אישום חמור דיו אף אם אינו נושא קלון בכפוף להרשעה. בתוך כך חוק היסוד אינו מסיג את סמכות ראש הממשלה להתפטר מכוח סעיפים 19 ו-22(ב) לחוק היסוד גם בטרם הרשעתו בנסיבות המתאימות. הטענה במאמר זה הינה כי גיבוש כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה חמורה דיה, שאינה בהכרח נושאת קלון בכפוף להרשעה, 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 נבחר ציבור ובראשם ראש ממשלה בטרם הרשעתם מתבססים על שלוש קבוצות טענות מרכזיות שידונו⁵. אלו מתמקדות בהיעדר

² ס' 19 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158 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 שם, בס' 22(ב) רישא נקבע: "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". בג"ץ 5261/04 עו"ד פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון, פ"ד (נט) 446, 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004) (להלן: **אריאל שרון**); כמו כן בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 23.8.2015) (להלן: פרשת **יש עתיד**); ר' גם יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך א, 439 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: **זמיר הסמכות המנהלית** מהדורה שנייה): "ראש הממשלה הוא שר בין שרים", רובינשטיין ומדינה (המגדירים ראש ממשלה כ"ראשון בין שווים" ביחס לשרים בממשלה): אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב, 834 (2005). 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: פרשת **יש עתיד**, לעיל, בפס' 10(ד) לפסק דינו של השופט 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 נבחר ציבור: Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 Theoretical Inquiries L. 705 (2018) טמיר "מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה" **משפט ועסקים** יז 409 (2014); דניאל פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל** 507-508 (2019).

השרים וסגניהם מוצעים על-ידי ראש הממשלה ומינוים טעון אישור של הכנסת. חברי-כנסת מאידך נבחרים על-ידי הציבור. הפסיקה, עם זאת, מתייחסת למינויים בכללותם כתפקידים של נבחר ציבור במהותם. ביחס לשרים וסגניהם, ר', למשל, בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.12.2007). ביחס לראש ממשלה, ר' בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817 (להלן: פרשת **הנגבי השנייה**), פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור (2003).

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

הביסוס בדין המהותי, החלשת אמון הציבור והפגיעה בחזקת החפות, כלהלן. ראשית, ניצבת הטענה כי הדחה שיפוטית של נבחר ציבור נשענת על בסיס נורמטיבי רעוע.⁶ זאת, כנטען, ביחס לשלושה מובנים. לפי הראשון, הדחה שיפוטית מכוח חוק יסוד: הממשלה אינה מפורשת בחוק או בנורמה חוקתית.⁷ לא זו אף זו, הדחה שיפוטית מכוח חוק יסוד: הממשלה, כנטען, מתנגשת עם הוראות בחוק יסוד: הממשלה 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 דיוני 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 פשירות.¹⁵ הרשויות הבחורות 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 יימצא 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 של נבחר ציבור.¹⁹ שנית, גם השיפוט הערכי בבסיס הערכת אמון הציבור בראי הדחה שיפוטית אינו מעוגן בחקיקה ראשית.²⁰ הביקורת המושמעת כנגד הדחה שיפוטית של נבחר ציבור נסובה גם סביב ביקורת

⁶ Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 726-728.

⁷ שם, בעמ' 727.

⁸ שם.

⁹ פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 508.

¹⁰ Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 727.

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

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

¹³ שם; זאב סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה" **משפט וממשל** ד 587, 619-614 (התשנ"ח) (להלן: סגל, "צללים"): על קשיי המעבר מהתחום האתי לתחום הפלילי.

¹⁴ בנדור וטמיר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 2.

¹⁵ שם, בעמ' 4.

¹⁶ שם, בעמ' 3-4.

¹⁷ שם, בעמ' 36.

¹⁸ Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 728.

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

²⁰ Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 730.

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

שלישית. לפיה, הדחה שיפוטית פוגעת מהותית בחזקת החפות.²¹ כל זאת, תוך שימת דגש על הלחץ הציבורי המופעל על התביעה להרשיע נבחרי ציבור למעלה מן הצורך.²² הטיעון במאמר נסוב בעיקר סביב תחולת הדין המהותי ביחס להדחה שיפוטית של ראש ממשלה תחת כתב אישום בטרם הרשעתו ודן בביקורת שהוצגה בהקשרו. כנטען, נקודת-המבט הביקורתית בהקשר זה אינה מאיינת כשלעצמה את הצידוק הדוקטרינרי להדחה שיפוטית המובא במאמר, ובחינה זו ממילא חיונית כדי להעיד על חשיבותם המשנית של הטיעונים 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 בגיבוש 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 בכהונתו 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 המבחר 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,

²¹ שם, בעמ' 734-736; פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 508: פרידמן מסכם כי "הדעת נותנת שהכנסת ביקשה בכך לבטל את הלכות דרעי ופנחסי, ולהעדיף על פניהן את חזקת החפות", מנחם מאוטנר "מה קרה כאן למן שנות השבעים? – ביקורת ספרים: דניאל פרידמן, הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה" עיוני משפט לח 125, 127-129 (2015).

²² Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 738.

²³ בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה פ"ד (מז)5, 441, 474 (1993) (להלן: פנחסי).

²⁴ שם.

²⁵ שם.

²⁶ ר' דיון לעיל, ה"ש 3.

²⁷ אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד (מז)5, 404, 427 (להלן: פרשת דרעי); פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 463.

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

²⁹ שם.

³⁰ שם.

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

ומשך הזמן שחלף מאז בוצעו המעשים; האם דובר במעשה חד-פעמי או במעשה מתמשך;³¹ וכן בפרט האם היה "קלון" במעשים.³²

והוא העיקר, נוסחת האיזון ביחס להפסקת כהונת שר מכוח חוק יסוד: הממשלה ראויה 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 גיבוש 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

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

³² על"ע 11744/04 עו"ד זיו נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב (פורסם בנבו, 8.8.05); עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 184, 189 (1996); רות גביון "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א 176, 180 (1968); אמונה - תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, לעיל ה"ש 5, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

³³ ס' 23(ב) רישא לחוק-יסוד: 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". שם, ס' 18 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 לדיון בהשלכות הנובעות מתרחיש בו לא מוגש כתב אישום, וכן לדיון בחזקת החפות, ר' פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5.

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

תנאי כשירות שיפוטיים. בג"ץ פנחסי מבהיר כי העדרן של הוראות "כשירות" ביחס לנבחר 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 הסטוטוריים 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 הסטוטוריות, 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)

³⁵ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 457; בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 491 (1989); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, בעמ' 27 (פורסם בנבו, 14.10.2013) (להלן: פרשת אומ"ץ).

³⁶ שם, בעמ' 28; בש"פ 5816/09 מדינת ישראל נ' זגורי, פס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 9.9.9).

³⁷ פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 28; בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997) (להלן: פרשת הנגבי הראשונה); פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה (פורסם בנבו, 21.2.2006).

³⁸ זגורי, לעיל ה"ש 36, פס' 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

³⁹ ר' דברי השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1549, 1549 (1960); פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 456-457; על"ע 663/90 פלוני נ' ועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3), 397 (1993). ס' 36, 36 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226, שהנו חוק 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 36א (תיקון מס' 7) הסמיך ראש ממשלה להעביר סגן שר מתפקידו. סעיפים אלה הוחלפו בס' 26(3) לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 4), ס"ח התשע"ה 249.

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

לחוק היסוד.⁴⁰ יובהר, סעיף 21א(א) לחוק היסוד הסדיר את סמכות ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו. 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 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.⁴² 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".⁴³ סמכותו של הנשיא, כמובן, אינה מחייבת אותו רק מבחינת דיני הכשירות הסטטוטוריים, ובתוך כך כשירות המועמד להרכבת הממשלה. לצד דינים אלו מניח חוק היסוד רכיב שיקול דעת משלים. לצד כשירותו הסטטוטורית של כל חבר כנסת, על הנשיא לשקול, למשל, למי מבין חברי הכנסת הסיכוי הגדול ביותר להרכיב ממשלה.⁴⁴ פשיטא, הכשירות הסטטוטורית 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".⁴⁵ משכך, סמכות נשיא המדינה לשקול את התאמתו הערכית-מוסרית של חבר כנסת תחת כתב אישום להרכיב ממשלה, מקישה על קיום שיקול דעת

⁴⁰ ר' בהתאמה: ס' 21א(א) 336(3), 36 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226 ; ס' 26(3) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, מאגד כיום (עובר לתיקון מס' 4, תשע"ה-2015) את ס' 36 ו-336(3) בנוסחם בעת בפרשת דרעי-פנחסי שעניינו 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 בס' 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158 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...".

⁴¹ ס' 22(ב) רישא לחוק-יסוד: הממשלה.

⁴² ר': סוזי נבות "אחריותו הציבורית של נשיא המדינה" **אחריות ציבורית בישראל** 139, 142-144 (2012); משה לנדוי **פירוש לחוק-היסוד – חוק-יסוד: נשיא המדינה** 23-48 (התשנ"ד).

⁴³ ס' 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

⁴⁴ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 824-825.

⁴⁵ **פנחסי**, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 457; בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד לד(2) 566 (1980) (להלן: פרשת **פתח-תקוה**); בג"ץ 595/89 **שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים**, פ"ד מד(1) 409, 413 (1990); בג"ץ 1935/93 **מחפוד נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(1) 752 (1994); בג"ץ 194/93 **ח"כ שגב נ' שר החוץ**, פ"ד מט(5) 57 (1995); בג"ץ 7193/97 **עבד נ' השר לענייני דתות ויושב-ראש ועדת מינויי קאדים**, פ"ד נב(5) 365 (1998); פרשת **הנגבי השניה**, לעיל ה"ש 34.

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

המתווסף לדיני הכשירות הסטוטוריים בשאלת סמכות העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו.⁴⁶

הנמקה שניה ניצבת בבסיס מסקנת בית המשפט לפיה בשתיקת המחוקק לא נמצא הסדר שלילי בשאלת העברה מתפקידם של נבחרים ציבור ובהם חברי ממשלה. חוק יסוד: הממשלה, כנטען, לא מציג עמדה סדורה בשאלת הפסקת כהונת ראש ממשלה בנסיבות האמורות. יוסף כי, גם מערכות נורמטיביות אחרות ביחס לסמכות ההעברה מכהונה הנתונה לממשלה, לראש הממשלה, ולשר הממונה בסעיפים 36, 33(א) ו-21א(א) לחוק-יסוד: הממשלה כנוסחם במועד פסיקת הלכת דרעי-פנחסי, אינן מסייעות במישרין להבהרת העניין.⁴⁷ במסגרת פסקי הדין בעניין פנחסי-דרעי טענו העותרים כי ההסדר האמור בסעיפים 21א(א) ו-36 לחוק היסוד מהווה "הסדר שלילי" לעניין העברתם של חברי ממשלה המצויים תחת חקירה פלילית או שגובשו כנגדם כתבי אישום חמורים. כך, משום שניתן ללמוד על האמור מהוראות החוק השונות,⁴⁸ ואשר בהן בחר המחוקק להביע את כוונתו להעביר מתפקיד נבחרים ציבור שאינם נוהגים בדרך הישר ובתנאים שקבועים בדין.⁴⁹ 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 בנבחרים ציבור אחרים או בנושאי משרה ממונים".⁵⁰ 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.⁵¹ 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.

⁴⁶ אודות שיקול דעתו הרחב של נשיא המדינה בהטלת מלאכת הרכבת הממשלה, ר' דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421, 443 (2010); זאב סגל "שיקול הדעת של הנשיא" הארץ 19.3.6 11092049 www.haaretz.co.il/news/11092049; "... לנשיא אין שיקול דעת 'חופשי' כשם שאין שיקול דעת כזה לכל רשות אחרת הממלאת תפקיד ציבורי על-פי דין. הנשיא חייב להפעיל את סמכותו בסבירות, מתוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים והתעלמות משיקולים זרים"; חיים כהן מבחר כתבים – קציר עשור הגבורות 391 (אהרן ברק ורות גביון עורכים, התשס"א) (להלן: כהן, מבחר כתבים).

⁴⁷ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 456. ההלכה בעניינם של פנחסי ודרעי נפסקה ביחס לס' 21א(א), 36 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226. הסעיפים מגדירים את סמכותו של ראש הממשלה להעביר מכהונתם שרים וסגני שרים, בהתאמה. עובר לתיקון חוק היסוד, ס' 21א(א) שונה לס' 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, ולפיו: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...]"; ואילו סעיף 36 (וגם סעיף 33(3)) מעוגן בנוסח החוק הנוכחי בס' 26(3) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, 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 [...]".

⁴⁸ כגון אלו ר' למשל ס' 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגני וכהונתם), התשל"א-1975, ס"ח 211; ס' 42 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; ס' 6, 9 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158; ס' 120 לפקודת העיריות (נוסח חדש), התשכ"ד 197; ס' 100, 101 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950, ק"ת 178; ס' 4 לחוק הרשויות המקומיות (מהנדס רשות מקומית), התשנ"ב-1991, ס"ח 6; ס' 20 לצו איגוד ערים (הוראות אחידות), התשל"ז-1977, ק"ת 2342; ס' 7א, 18 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, ס"ח 198; ס' 6 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, ס"ח 68; ס' 11א-19 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזים, התשכ"ג-1962, ס"ח 20; ס' 1 ו-2 לחוק בעלי תפקידים שיפוטיים (תקופת כהונה), התשנ"א-1991, ס"ח 209; ס' 187א, 192ד, 533 לחוק השיפוטי הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171; ס' 14 לחוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992, ס"ח 90; ס' 10 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) (נוסח משולב), התשמ"א-1985, ס"ח 142; ס' 76 לחוק שירות המדינה (גמלאות) (נוסח משולב), התשל"ל-1970, ס"ח 65, ועוד רבים אחרים.

⁴⁹ פנחסי, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 456.

⁵⁰ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 423; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 845.

⁵¹ ס' 27 לחוק-יסוד הממשלה רישא קובע: "בית המשפט שהרשיע סגן שר בעבירה יקבע בפסק דינו אם יש באותה עבירה משום קלון".

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

וכך למעשה, ניתן כעת לטעון להסדר שלילי, שהרי בתיקון חוק היסוד נקבעו הוראות מפורטות גם לעניינם של שרים וסגני שרים.⁵²

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).⁵³ 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.⁵⁴ 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.⁵⁵ ודוק, ההוראה האמורה נקבעה בשנת 1992 בחוק היסוד, כשנה לפני שבית המשפט פסק שבצוק העתים גם החלטה על גיבוש 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.⁵⁶

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 גיבוש 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.⁵⁷

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.⁵⁸ לכאורה, ניתן היה לטעון להסדר שלילי לעניין המינוי של גינוסר,⁵⁹ 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.⁶⁰

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 לענייננו בראי הלכת דרעי-פנחסי.

⁵² רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 845.

⁵³ שם, בעמ' 817, 835-833, 897-899; פרשת **אומ"ץ**, ה"ש 35 לעיל, עמ' 31.

⁵⁴ שם.

⁵⁵ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846.

⁵⁶ ברק מדינה "חזקת החפות לעומת חזקת הכשירות" **הארץ** 9.3.2019 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7001028

⁵⁷ שם.

⁵⁸ **אייזנברג**, לעיל ה"ש 31; סוזי נבות "מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול-דעת" **המשפט** 5, 85, 91 (2000)

(להלן: נבות, "מפרשת גנוסר").

⁵⁹ שם.

⁶⁰ שם, בעמ' 91-92. ור' דיון מקיף בשאלת מרחב ההתערבות בשיקול הדעת, בחלק 1.ג.2, להלן.

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

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 השירי. 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.⁶¹ 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.⁶²

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 הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק הדין נעשה סופי.⁶³ 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";⁶⁴ זאת אף מעבר לתשתית העובדתית שנקבעה בהלכת דרעי-פנחסני.⁶⁵ 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.

⁶¹ אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה, פ"ד (2) 455 (2001); בג"ץ 9070/00 חברת-הכנסת לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד (4) 800 (2001).

⁶² שם.

⁶³ ס' 18(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

⁶⁴ פנחסני, לעיל ה"ש 23, בעמ' 473-474; בפרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, 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.

⁶⁵ שם.

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

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.⁶⁶ 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.⁶⁷

בית המשפט בהלכת דרעי-פנחסי קבע כי גיבוש כתב אישום בעבירה חמורה שיש עמה קלון בטרם הרשעה, מחייבת את ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו.⁶⁸ 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 גיבוש כתב אישום כנגד שר, ובתוך כך ראש ממשלה? עמדת בית המשפט הינה כי אין בגיבוש כתב האישום כשלעצמו כדי ליצור "הסדר שלילי" המחייב העברתו מתפקיד, ובתוך כך צמצום ההלכה שנקבעה בעניינם של פנחסי-דרעי.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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.⁷¹ בית המשפט התייחס לסוגיה זו בעבר. בפרט, ההלכה היא כי ראש הממשלה כמו יתר חברי הממשלה הם נאמני הציבור.⁷² בתוך כך, השיקול העיקרי בהפעלת הסמכויות של הממשלה וראש הממשלה הוא האינטרס הציבורי.⁷³ 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.⁷⁴ חובת הנאמנות בהוראת סעיף 22(ב)

⁶⁶ לעניין ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד בנוסחו בהלכת דרעי-פנחסי ועובר לתיקונו, ר' ה"ש 20, לעיל.

⁶⁷ ר' ה"ש 3, לעיל.

⁶⁸ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 461-462.

⁶⁹ פרשת אומ"ץ, ה"ש 35, לעיל, בעמ' 31.

⁷⁰ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 457-458.

⁷¹ בג"ץ 6741/99 יקותיאלני נ' שר הפנים, פ"ד (נה) 673, 682 (2001); אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷² חובת נאמנותו של ראש-הממשלה למלא באמונה את תפקידו קבועה בהצהרת האמונים שהוא נותן: פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 430-431.

⁷³ שם; בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 848 (1991).

⁷⁴ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 457-468; יקותיאלני, לעיל ה"ש 71, בעמ' 682; אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746 (1980);

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

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.⁷⁵ מן הכלל אל הפרט, במקרה של סירוב ראש ממשלה לפעול בהיתן נסיבות חמורות דיין שיידונו בהמשך, יתקיים הבסיס העיוני שיאפשר לבית המשפט להעביר את ראש הממשלה מתפקידו גם בטרם הרשעתו בפסק דין חלוט.⁷⁶ 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.

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.⁷⁷ 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.⁷⁸ 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".⁷⁹ הכוונה היא שיש מבחן פורמלי אבל יש גם שיקולים ערכיים-מוסריים שיש לשוקלם 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 ומהגבולות של המחוקק המשתקפות בו, לא בנקל תהא התערבות שיפוטית בשיקול הדעת בדבר המינוי או הפסקתו.⁸⁰ 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

בג"ץ 4566/90 זקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 33 (1990). לעניין השיקולים הפוליטיים המותרים, ר' אריאל שרון, לעיל ה"ש 3, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 427.

⁷⁵ זאב סגל "משפט ואתיקה – בין תרבות שלטון לשלטון המשפט" הפרקליט מח 244, 251 (התשס"ה) (להלן: סגל, "משפט ואתיקה"); חיים ה' כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב 265, 279-280 (התשנ"ד) (להלן: כהן, "כשרותם של משרתי ציבור").

⁷⁶ סגל, "משפט ואתיקה", לעיל ה"ש 75.

⁷⁷ בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 6.3.2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון): "גבולות הכשירות שתחמה הרשות המכוננת אינם בלתי רלבנטיים לבחינת שיקול-דעתו של ראש-הממשלה".

⁷⁸ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 846.

⁷⁹ פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 457; פרשת פתח-תקה, לעיל ה"ש 45; שמעון, עיל ה"ש 45; מחפוד, לעיל ה"ש 45; שגב, לעיל ה"ש 45; עבד, לעיל ה"ש 45; פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5.

⁸⁰ פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 77.

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

אלו, ברי כי יקשה במיוחד למצוא טעם וצידוק להתערב "בשיקול-דעתו של ראש-הממשלה במסגרת סמכותו".⁸¹ 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 גיבוש 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.⁸² 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,⁸³ נדונה השאלה אם 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.⁸⁴ 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."⁸⁵ לימים, אימץ השופט ברק את עמדת השופט זוסמן,⁸⁶ בפוסקו ברוח זו בפרשת פנחסי כי "אין צורך בהרשעה פלילית" לביסוס פעולה שלטונית של הפסקת כהונה.⁸⁷ זאת כך, 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".⁸⁸ 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.⁸⁹ 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.⁹⁰ לשון קיצור, במישור העקרוני הלכה היא כי התנהגות של נבחר ציבור שנפל בה דופי, אפילו כאשר היא

⁸¹ שם.

⁸² כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 280.

⁸³ בג"ץ 94/62 גולד נ' שר-הפנים, פ"ד טז 1846 (1962).

⁸⁴ שם, בעמ' 1856.

⁸⁵ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 424-425.

⁸⁶ אייזנברג, לעיל ה"ש 31, בעמ' 271; פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 468-470.

⁸⁷ שם.

⁸⁸ שם, בעמ' 467-468; אביגדור קלגסבלד "תפקיד ציבורי, 'עבר פלילי' וראיה מנהלית" המשפט ב 93, 94 (1994).

⁸⁹ פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 851; אמונה, לעיל ה"ש 32, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁹⁰ פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 65.

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

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.⁹¹ 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.⁹² דהיינו, מטרה, ראויה ככל שתהא, אל לה לשמש כאמצעי לפגיעה בערך מוגן מקום שבו אינה נחוצה או שנחיצותה אינה עניין שבדחפיפות. השופט ברק מציג שלוש רמות של נחיצות, והן: נחיצות ברף הגבוה ("מטרה חיונית"), ברף הבינוני ("מטרה חשובה") וברף הנמוך ("מטרה לגיטימית").⁹³ 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.⁹⁴ אין לכחד כי אפשרות העברתו של ראש ממשלה מתפקידו על בסיס כתב אישום בטרם הרשעתו מהווה 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.⁹⁵ 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 גובש 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.⁹⁶

⁹¹ שם; אמונה, לעיל ה"ש 32, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁹² אהרן ברק מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים 108 (2017) (להלן: ברק, מבחר כתבים ג).

⁹³ שם.

⁹⁴ מרדכי קרמניצר מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 261 (2016).

⁹⁵ פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 98-99.

⁹⁶ כהן "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 279-280.

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

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".⁹⁷ 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.⁹⁸ בית המשפט אף הכיר בכך שלעתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם "שאינו מופת להליכות נאות".⁹⁹ 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.¹⁰⁰ נבחר ציבור, בתוך כך, כשמו כן הוא, הינו מי שנבחר בהליך דמוקרטי על ידי הציבור במטרה לייצגו. נבחר הציבור חב נאמנות לבוחריו, וכל עוד אלה חוזרים ובוחרים בו וכך מביעים בו את אמונם, נקבע כי בעקרון אין לסכל את רצון הבוחרים וידו של רצון הבוחר תהא על העליונה.¹⁰¹ ביסוד הסמכות הנתונה להעביר נבחר ציבור מכהונתו ניצב השיקול של הבטחת אמון הציבור בממשלה ובשלטון הנבחר.¹⁰² ככל שהמשרה רמה יותר, קבע בית המשפט, כך כבד יותר משקלו של שיקול אמון הציבור בנציגיו בשלטון.¹⁰³ מנגד, ככל שמשורת איש הציבור רמה יותר, גם הפגיעה בערך המוגן חמורה יותר באם יועבר מתפקידו.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ בית המשפט, בעניין זה, העניק חשיבות מכרעת לעצם העובדה שמדובר בנבחר ציבור, שנבחר למשרתו במישרין.¹⁰⁶

בפסקי הדין שעסקו בחובתו של ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולפטור 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".¹⁰⁷ בית משפט קבע עוד כי אמון הציבור במערכת השלטון הוא "עיקר העיקרים".¹⁰⁸ בהתאמה, המונח 'אמון הציבור' נאמר בנשימה אחת עם

⁹⁷ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 426.

⁹⁸ ממשלות בישראל הן לרוב קואליציות של סיעות שונות המייצגות כמה מפלגות שהתמודדו בבחירות לכנסת במסגרת שיטת הבחירות היחסית בישראל כנקבע בס' 4 לחוק יסוד: הכנסת. ר' בכללות בג"ץ 1601/90 שליט נ' ח"כ פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990).

⁹⁹ אור, לעיל ה"ש 32, בעמ' 190; פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 428.

¹⁰⁰ ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 73, בעמ' 764; פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 698-699; פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 61; יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז 250 (התשמ"ח).

¹⁰¹ פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 101; כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 276; סוזי נבות "חבר הכנסת כנאמן הציבור" משפטים לא 433 (התשס"א) (להלן: נבות, "חבר הכנסת כנאמן הציבור").

¹⁰² פנחסי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 461.

¹⁰³ שם, בעמ' 471.

¹⁰⁴ ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496, 541-542 (2003) (להלן: "ערעור שבס").

¹⁰⁵ שם.

¹⁰⁶ פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 93-94.

¹⁰⁷ אייזנברג, לעיל ה"ש 31.

¹⁰⁸ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 423-524.

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

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.¹⁰⁹

ודוק, סוגיית הערכת אמון הציבור מצויה בבסיס הביקורת על גישת בית המשפט ביחס לצידוק ההדחה השיפוטית של נבחרי ציבור, כמוסבר.¹¹⁰ 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 הם אמון ציבור מסוים, הנוגע לסוגיה נדונה,¹¹¹ ואמון ציבור כללי, שהינו ארוך-טווח ורחב בהיקפו.¹¹² 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 המסוים.¹¹³ 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.¹¹⁴ שנית, סקרי אמון ציבור, בתוך כך, סובלים ככלל מקשיי מינוח ומסוגר וסוגי הטיות נוספים גם במישור המדעי.¹¹⁵ ביטוי לקושי בהערכת אמון ציבור ושאלת סיבתיותו עולה מהיסק שמציע פרופ' דניאל 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."¹¹⁶ על רקע זה מוסיף ומסיק פרידמן כי "ביטוי אחר למחיר הזה היה פוליטי: התחזקות דרמטית של הימין."¹¹⁷ ודוק, התערעורת אמון הציבור עובר לאישור הסכם אוסלו בכנסת,¹¹⁸ והשפעת תהליך השלום הישראלי-

¹⁰⁹ אור, לעיל ה"ש 32, בעמ' 193; כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 416: השופט חיים כהן מציין בדומה כי אמון הציבור אינו אלא מטאפורה שתכליתה כלום מלבד השאיפה לרמה נאותה של מוסר, דמוקרטיה ושלטון החוק.

¹¹⁰ ר' למשל, Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 730; פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 507.

¹¹¹ James L. Gibson et al., *Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court*, 47 AM. J. POL. SCI. 354, 256 (2003); (להלן: Gibson, *Measuring*); James L. Gibson & Gregory A. Caldeira, *Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support*, 54 J. POL. 1120, 1126 (1992); (להלן: Gibson, *Blacks*); Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI. 635, 637 (1992); (להלן: Caldeira & Gibson, *The Etiology*).

¹¹² James L. Gibson, *Public Images and Understandings of Courts*, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 828, 837 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010); Barry Friedman, *Mediated Popular Constitutionalism*, 636-638, בעמ' 636-638, Caldeira & Gibson, לעיל ה"ש 111, בעמ' 636-638, 101 MICH. L. REV. 2596, 2614-2617 (2003).

¹¹³ Caldeira & Gibson, *The Etiology*, לעיל ה"ש 111, בעמ' 637; Gibson, *Measuring*, לעיל ה"ש 111, בעמ' 354-357, 361, 363-364; Robert H. Durr et al., *Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court*, 44 AM. J. POL. SCI. 768 (2000); Jeffery J. Mondak & Shannon I. Smithey, *Dynamics of Public Support for the Supreme Court*, 57 J. POL. 1114 (1997).

¹¹⁴ GEORGE F. BISHOP, THE ILLUSION OF PUBLIC OPINION 8-17, 58-59, 138-148 (2005).

¹¹⁵ פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 510-511. פרופ' פרידמן מציין ברוח זו "המשפט גרר ניכור חריף של ציבור גדול, שאיבד את האמון במערכת המשפט, וחזיק את התחושה שקיימת בה אפליה כנגד מנהיגי עדות המזרח. שם, בעמ' 511.

¹¹⁶ על רקע קריסת ועידת קמפ-דויד לשלום במזרח התיכון בחודש יולי 2000 ופרוץ האינתיפאדה השניה שהחלה בספטמבר 2000 ונמשכה עד פברואר 2005, ועובר לשנת 2003 עת פורסם לראשונה מדד הדמוקרטיה הישראלית של המכון הישראלי לדמוקרטיה לראשונה, עולה כי רק 51 אחוזים מהציבור נותן אמון בכנסת (עמ' 21-22). הכנסת דורגה במקום האחרון מבין המוסדות ששומרים על הדמוקרטיה. (עמ' 22). ביחס לממשלה, 55% מהציבור נותן אמון בממשלה, 53% נותן אמון ברה"מ (-) ירידה של 17 אחוזים לעומת שנת 2002. רה"מ דורג במקום השלישי מתוך ארבעה מבין

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

פלסטיני על אמון הציבור ברשות המבצעת,¹¹⁹ מעיבים על היסקים סיבתיים מסויימים ביחס לאמון הציבור בבית המשפט. תחת זאת, מתחדד דווקא הצורך בהזירות 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 הטענות הניו כי ייחודו של בית המשפט כדעת קאס סנסטין (Cass R. Sunstein),¹²⁰ ואחרים,¹²¹ נמדד בעדיפותו המוסדית לליבוץ 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 executives do not possess".¹²² ביקל מוסיף כי "Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar"¹²³ ברוח זו, מציינים מבקרים כאריאל בנדור,¹²⁴ ליאון שלף,¹²⁵ ואחרים,¹²⁶ כי בבואה לתקן את חוקי יסוד שבה הכנסת ופגעה בעקרון 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. משכך, ייחודו המוסדי של בית המשפט מתקיים גם כאשר אינו תואם ברציפות את אמון הציבור המסויים, אלא נסמך על אימון ציבור כללי בעל אמון ציבור כללי ארוך-טווח ורחב-היקף.¹²⁷ 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 כבענייננו 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.¹²⁸ בתוך כך, הדין המהותי בראי הלכת דרעי-

המוסדות שלעמדת הציבור שומרים על הדמוקרטיה (עמ' 21-22). אזכור: אשר אריאן ז"ל, דוד נחמיאס, דורון נבות ודניאל שני **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2003** (2003).

¹¹⁹ חגי סגל "כשכולם דיברו על שלום" **מקור ראשון** www.makorrishon.co.il/magazine/dyukan/70891: "... אמון הציבור בתהליך השלום ובתבונת הממשלה התכרסם והלך...".

¹²⁰ CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE 128 (2009).

¹²¹ ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 25-26, 69 (2ND ed., 1986).

¹²² שם, בעמ' 25.

¹²³ שם.

¹²⁴ אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443, 446 (התשנ"ה).

¹²⁵ ליאון שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית המשפט" **משפטים** כח 387, 388 (התשנ"ז): "האמת המצערת היא, שהכנסת פועלת לפעמים בקלות-דעת כאשר היא עוסקת בחקיקת חוקי-יסוד".

¹²⁶ ר' אליקים רובינשטיין, נתיבי משפט וממשל (הוצאת משרד הבטחון) 86-91 (2003).

¹²⁷ לדין בתיאוריות חוקתיות בדבר משקלה הנמוך יחסית של דעת הקהל בפסיקת בתי המשפט בדין האמריקני, ר' SUNSTEIN, לעיל ה"ש 120, בעמ' 125-140; BICKEL, לעיל ה"ש 121.

¹²⁸ Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Countermajoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13, 15 (2013); DAVID M. ESTLUND, *DEMOCRATIC AUTHORITY: A PHILOSOPHICAL FRAMEWORK* 3-4 (2008);

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

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.¹²⁹ תומס מרשל,¹³⁰ וחוקרים אחרים,¹³¹ 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 בהכרח כדעת המבקרים ואפילו לדעת מרשל בממצאיו הבלתי אחידים.¹³² פשיטא, הניסיון לאמוד אמפירית את מידת אמון הציבור בבית המשפט העליון האמריקני מעלה בביור 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 גונתר (Gerald Gunther) לפיה על בית המשפט לבקר "the 100 percent insistence on principle, 20 percent of the time"¹³³ הרי שלענין המאבק בשחיתות השלטונית מצד נבחרי ציבור וההתנגדות העקרונית להדחה שיפוטית מצד מבקריה, ספק אם הסתייגותו של גונתר 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 נשען על המשטר הדמוקרטי נשיאותי במדינה זו, בה הנשיא עתיר הסמכויות נבחר ישירות על ידי העם, מחד. זאת, בראי

CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 1-3 (2001): "Most scholars and judges Or Bassok, assume that the Court's power is justifiable (if at all) on the basis of its special legal expertise" Or Bassok. *The Sociological-Legitimacy Difficulty*, 26 J. L. & POL. 239, 245-247, 250 (2011) ¹²⁹Dotan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 706-707; *But see*, Mark Ramseyer, *The Puzzling (In) Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. LEGAL STUD. 721 (1994)

¹³⁰ Thomas R. Marshall, *Public Opinion and The Rehnquist Court*, 72 PUB. OP. QUARTERLY 828 (2008); Thomas R. Marshall, *Public Opinion and The Supreme Court*, 74 JUDICATURE 322 (1990); R. Marshall, *Public Opinion, Representation, and the Modern Supreme Court*, 16 AM. POL. RES. 296, 310-311 (1988) (להלן: Marshall, *Public Opinion*). תוצאות המחקר מראות, כי קרוב לשלוש חמישיות מפסיקות בית- המשפט העליון בארה"ב משקפות את עמדת הציבור הרחב.

¹³¹ Michael C. Dorf, *The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, 13 U. PA. J. CONST. L. 283, 283 (2010); David Adamany & 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).

¹³² Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Republican*: ראה: Marshall של ממצאיו האמפיריים של *Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion*, 83 AM. POL. SCI. REV. 751 (1989) בדבר ממצאים מדויקים יותר לענין המחלוקת בין מתנגדי הפלות לבין תומכיהן בפסק הדין *Roe v. Wade*; Timothy R., Johnson & Andrew D. Martin, *The Public's Conditional Response to Supreme Court Decisions*, 92 AM. POL. SCI. REV. 299 (1998): ממצא לפיו בפסקי הדין המשמעותיים בתחום עונש המוות והפלות, אמון הציבור פוחת; Brandon L. Bartels & Diana C. Mutz, *Explaining Processes of Institutional Opinion Leadership*, 71 J. OF POL. 249 (2009); Joseph D. Ura, *Backlash and Legitimation: Macro Political Responses to Supreme Court Decisions*, 58 AM. J. OF POL. SCI. 110 (2014); David Fontana & Donald Braman, *Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence* 'Marshall, *Public Opinion from a National Experiment*, 112 COLUM. L. REV. 731 (2012), לעיל ה"ש 130, בעמ' 300, אף מרשל עצמו מסייג ומציין, כי 38 אחוזים מהפסיקות שנבדקו לא היו עקביות עם עמדת הציבור. בפרט, מרשל במאמרו *Public Opinion and The Rehnquist Court*, לעיל ה"ש 130, מציג חמישה פסקי דין מרכזיים מבית המשפט הפדרלי העליון בתקופת נשיא בית המשפט Rehnquist שלא זכו לאמון הציבור, בעמ' 323, Fig. 1.

¹³³ Gerald Gunther, *The Subtle Vices of the "passive Virtues" – A Comment on Principle and expediency* .in *Judicial Review*, 64 COLUM. L. REV. 1, 3 (1964)

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

מנגנון חוקתי להדחה בסמכות הקונגרס של ארצות הברית (Impeachment) המאפשר להדיח פקידי ממשלה ובכללם את נשיא ארצות הברית בעקבות פשעים שביצעו לכאורה, מאידך. כך, באופן המקשה ללמוד גזירה שווה על הערכת אמון הציבור בבית המשפט בשיטת הממשל בישראל בהקשר העניין הנדון.¹³⁴ כל זאת, בהינתן שממילא הערכת אמון הציבור בבית המשפט העליון בישראל אחידה או שיטתית כשלעצמה.¹³⁵

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.¹³⁶ 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.¹³⁷ דמוקרטיה, כדברי השופט ברק, מקפלת בתוכה "איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב".¹³⁸ שהרי, לצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמאלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית.¹³⁹ 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".¹⁴⁰

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

¹³⁴ בית הנבחרים האמריקני הוא בעל הסמכות הבלעדית להדחה וזו תיושם בפועל לאחר קיום משפט בסנאט. בארה"ב, שר המשפטים ממונה כמפקח על המשפט בהליך הדחת נשיא. ר' U.S CONST. art. I, § 2. (ביחס לסמכות בית הנבחרים); U.S CONST. art. I, § 3 (ביחס לסמכות הסנט); U.S CONST. art. I, § 3 (ביחס לסמכות שר המשפטים); (David F. Forte; Stephen B. Presser, *Article I, in THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION* 55 (2014)). יושם אל לב, מאידך, בהלכת בית המשפט העליון הפדרלי בעניין Nixon & Matthew Spalding eds., 2014). v. United States, 506 U.S. 224, 238 (1993) נקבע כי סמכות הסנט להדחת נשיא הנאשם בפשעים שבוצעו לכאורה בטרם הרשעתו, אינה שפיתה.

¹³⁵ לעניין אי האחידות בהערכת אמון הציבור בבית המשפט העליון בישראל, ר' המכון הישראלי לדמוקרטיה **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2018** 94-95 (2018), המצביע על מגמה מעורבת לפיה נרשמה עלייה לשיא של 76% אמון "רב או די רב" ב-2004, מלווה בצניחה לשפל של פחות מ-50% ב-2008, עליה ל-73% ב-2012, ושוב ירידה עובר לשנת 2018. מנגד, ר' ערן ויגודה-גדות, ניסים כהן ושלמה מזרחי **ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית (2016)** 29, 64 (2016), הקובע בהיעדר הלימה עם ממצאי מדד המכון הישראלי לדמוקרטיה ביחס לשנים 2008-2016, כי "האמון שנתן הציבור במערכת המשפט, ובמיוחד בבית המשפט העליון, גבוה ונמצא בשיאו בהשוואה למדדי כל השנים הקודמות".

¹³⁶ איתי בר-סימן-טוב "ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי" **דין ודברים** ט' 67, 80 (2015).

¹³⁷ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 423 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).
¹³⁸ שם, בעמ' 423.

¹³⁹ שם; בג"ץ 5131/03 יושב-ראש סיעת יהדות התורה, ח"כ ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577, 588 (2004); אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 90 (2004); בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 878, 865 (2005).

¹⁴⁰ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 692-689 (2006) (להלן: פרשת חוק הגיוס); אייזנברג, לעיל ה"ש 31, בעמ' 264-265.

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

על ידי נשיא המדינה.¹⁴¹ לשון החוק אינה מרחיבה, אולם הפרשנות המקובלת היא לראות בסעיף כמסמיך את חבר הכנסת לו מירב הסיכויים להרכיב ממשלה.¹⁴² 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.¹⁴³ שהרי, לגישת המחוקק אין לממשלה קיום בלא העומד בראשה.¹⁴⁴ משכך, במובחן מבעניינם של נבחרים ובהם שרים וסגניהם, הרי העברה של ראש ממשלה מתפקידו, ובעקבותיה התפרקות הממשלה, כמוה כהתערבות חריגה ברצונו של הבוחר.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷ חזקה זו מהווה זכות אדם יסודית בשיטתנו המשפטית.¹⁴⁸ 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,¹⁴⁹ חזקת החפות מגינה מפני פגיעה ורמיסת כבודו של אדם ושמו הטוב.¹⁵⁰ 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,¹⁵¹ וזאת עד לאחר הרשעה בדין.¹⁵² 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

¹⁴¹ ס' 7 (א) לחוק-יסוד: הממשלה.

¹⁴² רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 824-825; המכון הישראלי לדמוקרטיה "תהליך הרכבת הממשלה" פרלמנט 40 14.3.2003 www.idi.org.il/parliaments/11266/11274.

¹⁴³ ס' 16, 18 (ג) ו-20 (ב) לחוק-יסוד: הממשלה; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 847.

¹⁴⁴ שי בירן ותומר לוטן **מקורות הסמכות של ראשי ממשלה בישראל** 8 (עבודת גמר בתכנית המנהלים למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל אביב, 2009) (להלן: בירן ולוטן).

¹⁴⁵ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 847-848.

¹⁴⁶ השווה: כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 279.

¹⁴⁷ ע"פ 339/80 **עדיקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(2) 106, 112 (1980); דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 12; כהן, **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 407.

¹⁴⁸ שם, בעמ' 408; רינת קיטאי סנג'רו **המעצר – שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 33 (2011) (להלן: סנג'רו, **המעצר**).

¹⁴⁹ רינת קיטאי סנג'רו "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" **עלי משפט** ב' 107, 118 (התשס"ב) (להלן: סנג'רו, "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי").

¹⁵⁰ **גולד**, לעיל ה"ש 83, בעמ' 1851.

¹⁵¹ סנג'רו, **המעצר**, לעיל ה"ש 148, בעמ' 53.

¹⁵² שם, בעמ' 54.

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

לכהן במשרה שלטונית.¹⁵³ 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.¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ לגישתו של בית המשפט, אמון הציבור במערכת השלטונית הוא "עיקר העיקרים",¹⁵⁶ שהרי אם לא כן, תתפורר "האמנה החברתית".¹⁵⁷ 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".¹⁵⁸

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.¹⁵⁹ פגיעה כזו יוצרת כלפי הנאשם סטיגמה של עברייני בעיני הציבור, ופגיעתה בבעל משרה ציבורית יכולה "להמריץ את תהליכי השפיטה המוקדמת".¹⁶⁰ אפיונו של אדם כאמור לעיל מתחולל מעצם קיומו של ההליך, ומתעצם לאור התהודה התקשורתית.¹⁶¹ כאשר המדובר בנבחר ציבור עלול הדימוי השלילי להתעצם.¹⁶² ההנחה בדבר חפותו של אדם עשויה להקשות היישוב של עצם פעולת החקירה או גיבוש כתב אישום כנגדו.¹⁶³ 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".¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ מן הכלל אל הפרט, בעניין התנועה למען איכות השלטון,¹⁶⁶ הדגיש בית המשפט כי לא רק סביר להניח שגיבוש כתב אישום כנגד ראש ממשלה תביא לשינוי בסדרי השלטון במדינה תוך השפעה דרמטית על עניינים מדיניים; אלא ייפגע בתוך כך הצדק כערך מושגי-חברתי.¹⁶⁷ ועל כן, בית המשפט הדגיש כי

¹⁵³ בג"ץ 4668/01 ח"כ שריד נ' ראש-הממשלה, פ"ד נו(2) 280, 265 (2001) (להלן: פרשת קו 300).

¹⁵⁴ שם.

¹⁵⁵ פנחסי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 467-468.

¹⁵⁶ פרשת דרעי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 423-424.

¹⁵⁷ אור, לעיל ה"ש 32, בעמ' 193.

¹⁵⁸ בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 339 (1972); קלגסבלד, לעיל ה"ש 88, בעמ' 94.

¹⁵⁹ בעז אוקון ועודד שחם "הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו (הערת אגב הצעת חוק החברות החדש)" המשפט ד 329, 330 (התשנ"ט) (להלן: אוקון ושחם).

¹⁶⁰ שם.

¹⁶¹ שם, בעמ' 329.

¹⁶² בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 74 (2003). בית המשפט מדגיש את הפגיעה בנילון כאיש ציבור, כתוצאה מפתחת חקירה פלילית כנגדו.

¹⁶³ סנג'ור, המעצר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 48; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 855 (1995).

¹⁶⁴ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2204 "בדיקה מקדימה" (31.12.2015).

¹⁶⁵ שם, בעמ' 3-4; בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49 (2003); בג"ץ 10665/05 שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.7.06).

¹⁶⁶ בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 227-228 (2004).

¹⁶⁷ שם.

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

הדרשות היועץ המשפטי לממשלה להליכי בדיקה מקדמיים מוצדקת,¹⁶⁸ תוך ביצור חזקת החפות, הלכה למעשה, כלפי נבחרי ציבור.¹⁶⁹

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 מתבל,¹⁷⁰ ביטול רישיון חופש של אסיר וחנינת "עבריינים",¹⁷¹ השעיית עובד מדינה מתפקידו,¹⁷² וכן השעיית ראש רשות מקומית מכהונתו.¹⁷³ כך גם אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית.¹⁷⁴ כך, כנפסק למשל בעניין שמירה על ביטחון הציבור ממי שנטען לגביו שביצע רצח על רקע לאומני אך לא נפתח בעניינו הליך משפטי.¹⁷⁵

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.¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷ 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".¹⁷⁸ עולה אם כן, כי בהעברת חבר ממשלה מתפקידו נשללת לו חזקת החפות המנהלית, גם אם נותרת זו הפלילית.¹⁷⁹

צוין כי אמצעים מנהליים לעניין חברי ממשלה שגובש נגדם כתב אישום בטרם הרשעה הוצעו זה מכבר אך טרם הוסדרו. ראשית, ישנה הצעת הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי

¹⁶⁸ שם. השופטת א' פרוקצ'יה מוסיפה ביחס לעלות החברתית הכרוכה בטעות בניהול הליך פלילי נגד נבחר ציבור, בפרשת קצב בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 705-706 (2008) (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 ומשפטיים שונים; הוא עלול להביא לפגיעה עמוקה במעמד המשרה והכהונה שאותן אישיות בכירה מייצגת".

¹⁶⁹ שם; סגל, "צללים", לעיל ה"ש 13, בעמ' 647-645.

¹⁷⁰ תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ע"ר תוס' 2, 855; בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 1.7.2014); בג"ץ 4177/18 קבהא נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (פורסם בנבו, 7.6.2018).
¹⁷¹ בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 716-718 (1998).

¹⁷² חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 50, מעניק לנציב שירות המדינה הסמכות להשעות מתפקידו עובד מדינה שהוגשה נגדו קובלנה על עבירת משמעת או שנפתחה נגדו חקירה פלילית.

¹⁷³ ס' 19א לחוק הרשויות המקומיות.

¹⁷⁴ מלבסקי, לעיל ה"ש 171, בעמ' 718.

¹⁷⁵ שם, בעמ' 717.

¹⁷⁶ פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 911-912.

¹⁷⁷ שם; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425 (1994).

¹⁷⁸ פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 915-916.

¹⁷⁹ שם, בעמ' 950.

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

ממשלה,¹⁸⁰ 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.¹⁸¹ שנית, תצוין הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה במסגרת תכניתו למאבק בשחיתות שלטונית.¹⁸² 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".¹⁸³ 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.¹⁸⁴

תחת זאת, בפרשות דרעי ופנחסי נקבע בכללות כי שר וסגן השר אינם יכולים להמשיך ולכהן כאשר גובש 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.¹⁸⁵ כך בצוק העתים עשוי שיהא זה מצב הדברים גם ביחס לפסילת כהונת ראש ממשלה בטרם הרשעתו.

בפרשת גינוסר,¹⁸⁶ התמקד פסק הדין בהערכת עבר פלילי לצרכים מנהליים לעומת עבר פלילי לצרכי ענישה פלילית.¹⁸⁷ 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".¹⁸⁸ במקרה קצה, כל אימת שתופסק כהונתו של ראש ממשלה בלא הרשעה, אפילו לאחר גיבוש כתב אישום, ספק באם עוצמת הפגיעה בערך מוגן זה תהא בלתי סבירה במאזן השיקולים. בעניין פנחסי, הנסוב סביב כתב אישום בגין עבירות חמורות אשר גובש כנגד סגן השר, לא התקיים הליך פלילי משום הזכות לחסינות פרלמנטרית.¹⁸⁹ 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.¹⁹⁰

¹⁸⁰ הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי ממשלה **דין וחשבון** (2008) mishkenot.org.il/Hebrew/docs/ethics/code%20ethics-sarim.pdf (להלן: "הוועדה הציבורית לגיבוש כללי אתיקה").

¹⁸¹ שם, בעמ' 57.

¹⁸² המכון הישראלי לדמוקרטיה **תכנית למאבק בשחיתות השלטונית בישראל** (2015) www.idi.org.il/media/3935/a_plan_to_combat_political_corruption_in_israel_book.pdf (להלן: **תכנית למאבק בשחיתות**).

¹⁸³ שם, בעמ' 21.

¹⁸⁴ שם, ודוק, דיני הנבצרות, כפי שהם מעוגנים כיום בס' 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, מוגבלים למאה ימים. הסעיף ממשך וקובע כי לאחר פרק זמן זה, בו נבצר מראש הממשלה לכהן, נראה בו כמי "שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו". בתוך כך, מורה ס' 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, 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.

¹⁸⁵ **פנחסי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 469.

¹⁸⁶ **אייזנברג**, לעיל ה"ש 31.

¹⁸⁷ קלגסבלד, לעיל ה"ש 88, בעמ' 93-94.

¹⁸⁸ אוקון ושחם, לעיל ה"ש 259, בעמ' 345.

¹⁸⁹ שם.

¹⁹⁰ שם.

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

בפרשת דרעי, לעומת זאת, המקרה מורכב יותר. בעניינו של השר דרעי גובש 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.¹⁹¹ זכות השתיקה עומדת גם, ואף ביתר שאת, לנבחר ציבור, ואין בה כדי לפגוע בחזקת חפותו.¹⁹² ואולם, האם בכך סגי? חבר כנסת, ומקל וחומר, חבר ממשלה, חב חובת אמון כלפי הציבור בכללותו, ולמעשה מהווה "נאמן הציבור".¹⁹³ חוק הנאמנות מטיל על הנאמן את החובה למסור מידע לנהנים.¹⁹⁴ זאת ועוד, במסגרת הנאמנות, ראוי להטיל על חבר הכנסת את החובה לתת דין וחשבון על פעולותיו לציבור,¹⁹⁵ ואכן בית המשפט יצק מכבר את האפשרות להטיל חובה כאמור.¹⁹⁶ פשיטא, יש מקום להחיל נורמות גילוי גם על נבחר ציבור.¹⁹⁷ בתוך כך, השר דרעי לא יכול לשמש כנאמן הציבור מחד, ולמנוע מהציבור מידע אודות שירותו, בדמות עמידה על זכות השתיקה, כנאמן הציבור מאידך;¹⁹⁸ ואם יחליט לעשות כן – יכול ותהווה שתיקתו שיקול להפסקת כהונתו במשרה הציבורית.¹⁹⁹ לאור כך, ספק באם נפגעה זכות היסוד של דרעי להליך הוגן, זכות המקפלת בחובה את חזקת החפות.²⁰⁰ 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.²⁰¹ מסקנה זאת אף מתיישבת עם חובת הנאמנות אשר חב נבחר הציבור כלפי כלל הציבור.²⁰² גם במצב דברים שכזה, ראוי שיהא ניתן להחליט בעניינו של נבחר הציבור על סמך ראיה מנהלית בהינתן סך השיקולים.²⁰³

3) צידוק הפגיעה

הפגיעה בערך המוגן תעשה בהינתן קיומו של צידוק מידתי לפגיעה זו. בתוך כך, ישנם שני צידוקים עיקריים להפסקת כהונת ראש ממשלה כבעניינו, והם קשורים ביחוד העבירה מבחינת חומרתה ומידת אנט-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.

¹⁹¹ שם, בעמ' 346.

¹⁹² שם.

¹⁹³ פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 903-904; נבות "חבר הכנסת כנאמן הציבור", לעיל ה"ש 101, בעמ' 486, 494, 508-507; סנג'רו, "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי, לעיל ה"ש 149, בעמ' 115; כהן מבחר כתבים, לעיל ה"ש 46, בעמ' 403-404; זמיר הסמכות המנהלית מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 590.

¹⁹⁴ ס' 7(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, ס"ח 178.

¹⁹⁵ נבות, "חבר הכנסת כנאמן הציבור", לעיל ה"ש 101, בעמ' 505.

¹⁹⁶ שם, בעמ' 506.

¹⁹⁷ אוקון ושחם, לעיל ה"ש 159, בעמ' 346.

¹⁹⁸ 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' "הוועדה הציבורית לגיבוש כללי אתיקה", לעיל ה"ש 180, בעמ' 26, 57.

¹⁹⁹ שם.

²⁰⁰ השווה: סנג'רו, "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי" לעיל ה"ש 149, בעמ' 109-110.

²⁰¹ אוקון ושחם, לעיל ה"ש 159, בעמ' 346.

²⁰² שם.

²⁰³ קלגסבלד, לעיל ה"ש 88, בעמ' 94.

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

א) מהות העבירה

1א) חומרת העבירה

ההלכה בנוגע להעברת שר או סגן שר מתפקידו על יסוד המיחוס לו בכתב אישום, מצומצמת אך לאותם מקרים בהם מיחוסות לנאשם עבירות חמורות.²⁰⁴ חומרת העבירה, כמו גם השאלה האם יש בצדה קלון אם לאו, כפי שיקבע עם הרשעה ולאחר שהתבררו כל נסיבות העבירה, נקבעת בהתאם לנסיבות ועשויה להשתנות ממקרה למקרה.²⁰⁵ העבירות המיחוסות לנושא המשרה חמורות מסיבה כפולה. ראשית, משום שהן פוגעות ביכולת מתן דוגמא לעובדי הציבור ולציבור הרחב להגינות וליושר.²⁰⁶ שנית, נבחר הציבור יתקשה להקרין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה, מה שיפגע במעמדו ותפקודו בחברה דמוקרטית.²⁰⁷ 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.²⁰⁸ בהלכת דרעי,²⁰⁹ פירש בית המשפט את סמכות הרשות של ראש ממשלה להעביר שר מתפקידו כסמכות חובה, מקום בו גובש כנגד שר כתב אישום שיש בצדו קלון.²¹⁰ במקרה אחר צויינה באמרת אגב האפשרות לעשות כן כאשר מדובר אך בחשד כאמור.²¹¹ 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.²¹² קלון, משכך, מצדיק 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.²¹³ ישנו קושי בכך שהמונח "קלון" מופיע במספר דברי חקיקה, ואולם אף לא אחד מהם מגדיר או מפרש אותו.²¹⁴ לגישתה של פרופ' רות גביון, בצירוף "עבירה שיש עמה קלון" חבויים שני רכיבים. הראשון, מתמקד ביסוד הפלילי. הרכיב השני, מתמקד בפסול שאופף את המעשה.²¹⁵ בהקשר זה, לא כל מעשה אשר יש בצדו קלון מהווה עבירה, ולא כל עבירה יש בצדה קלון.²¹⁶ ניתן לומר, אם כן, כי ההחלטה בדבר הפסקת כהונה של עובד ציבור נוגעת לשאלת הפסול, ולא לשאלת הפלילות.²¹⁷ אותו

²⁰⁴ פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 423-424; נבות, "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 58, בעמ' 91-92; כהן **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 405.

²⁰⁵ נבות, "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 58, בעמ' 104.

²⁰⁶ **פנחסי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 493; אייזנברג, לעיל ה"ש 31, בעמ' 266.

²⁰⁷ שם.

²⁰⁸ פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 412-413; **פנחסי**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 464-465.

²⁰⁹ פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 428.

²¹⁰ כהן, **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 46.

²¹¹ פרשת **הנגבי הראשונה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 63.

²¹² בג"ץ 11243/02 **פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות**, פ"ד נז(4) 45, 162 (2003); צוין בהסכמה בפרשת **קצב**, לעיל ה"ש

169, בעמ' 30.

²¹³ **אור**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 189; בג"ץ 4523/03 **בונפיל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, שופטת **בית**

המשפט העליון דורנר, פ"ד נז(4) 857, 862 (2003); בג"ץ 436/66 **בן אהרן נ' ראש מועצה מקומית פרדסיה**, פ"ד כא(1)

561, 564 (1967).

²¹⁴ גביון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 176.

²¹⁵ שם.

²¹⁶ קלגסבלד, לעיל ה"ש 88, בעמ' 95.

²¹⁷ שם.

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

פסול, לגישתה של גביזון, "אינו שאוב מתחום המשפט, אלא מתחום המוסר", ובכך הוא משתנה ממקום למקום ומאדם לאדם,²¹⁸ ועל פי השקפות החברה המשתנות.²¹⁹ כאמור, לא מדובר בשאלה משפטית כי אם בהגדרה מוסרית,²²⁰ אשר שמה לה במטרה לחסום את כל אלה שהלכו "בדרכים עקלקלות" מפני שירות במגזר הציבורי.²²¹

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.²²² או גם ההצדקה לכך שלעבירות נושאות "קלון" קיימות סנקציות המגבילות בזמן את הזכות והיכולת לכהן במשרה ציבורית. בין סנקציות ייעודיות אלה נמנות הזכות להיבחר לכנסת;²²³ היכולת לכהן כשר בממשלת ישראל;²²⁴ היכולת לכהן כשופט;²²⁵ והגבלתן של כהונות אחרות.²²⁶

העקרון הדמוקרטי כערך מוגן אינו פוסח על נבחר 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.²²⁷ טענה זאת ממחישה את המתח שבין המשפט והדמוקרטיה, בכל הנוגע לפסילת כהונתו של נבחר ציבור.²²⁸ משכך, גיבוש 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 אין בצדה חובה לעשות כן.²²⁹ יצויין, היועץ המשפטי לממשלה הציע, ובית המשפט קיבל, כי יש להבחין בין האשמות אשר יש בהן כדי לפגוע "באושיות המבנה השלטוני" ובין חשדות כאמור.²³⁰ 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.²³¹ בית המשפט נתן מכבר את דעתו לנושא באמרת אגב, בצינו, כי לעיתים די יהיה בחשד בלבד לצורך הפסקת כהונה של נבחר ציבור.²³²

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 גיבוש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכהן, בין אם על ידי בחינה מדוקדקת של הראיות,²³³ ובין אם באמצעות הדרשה לקבל את הסכמת היועץ המשפטי

²¹⁸ גביזון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 176-177.

²¹⁹ בג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 309, 326 (1996) (להלן: פרשת כהן).

²²⁰ גביזון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 176-177.

²²¹ עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות" **עלי משפט** יא 7, 8 (2014).

²²² נבות "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 58, בעמ' 104; פרשת כהן, לעיל ה"ש 219.

²²³ ס' 6 (א) לחוק-יסוד: הכנסת.

²²⁴ ס' 6 (ג) לחוק-יסוד: הממשלה.

²²⁵ ס' 7 (א) לחוק בתי המשפט.

²²⁶ ס' 9 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 56 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103; ס' 101 ו-101א' לצו המועצות המקומיות; ס' 6 לחוק המועצות האזוריות (בחירת ראש המועצה), התשמ"ח-1988, ס"ח 213; ס' 18 לחוק בתי המשפט; ס' 6א' לחוק הדיינים; ס' 187א', 192ד' ו-533 לחוק השיפוט הצבאי; **אמונה**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 16-17.

²²⁷ כהן, **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 402.

²²⁸ פרשת **הנגבי הראשונה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 63.

²²⁹ **פנחסי**, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 467-468; **מרכז הקבלנים**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 746-745; **דקל**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 33.

²³⁰ כהן, "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 75, בעמ' 406.

²³¹ שם; סנג'רו, "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי", לעיל ה"ש 149, בעמ' 117.

²³² **פנחסי**, ה"ש 23 לעיל, בעמ' 475; פרשת **הנגבי הראשונה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 63.

²³³ בג"ץ 2534/97 **חבר-הכנסת יחב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1, 38 (1997) (להלן: פרשת יחב).

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

לממשלה.²³⁴ 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 נבחרי ציבור וראש ממשלה מכהן בפרט.

שיטת אומדנא אחת לעניינם של נבחרי ציבור מוצעת להיעשות במדידת חומרתה של עבירה פלונית באמצעות עמידה על מידת היקף הנזק שנגרם מעבירה פלונית באופן שיעיד על מידת אשמתו של המזיק.²³⁵ המלומדים אנדרו וון הירש (Andrew V. Hirsch) ונילס ג'רבורג (Nils Jareborg) מציעים כי, ככלל, מדידת נזק מעבירה פלונית תעשה לפי מדד חומרת עבירות המכונה "רמת החיים" (The standard of living).²³⁶ פרמטר זה מכיל ארבע רמות, והן: פגיעה באפשרות לקיום עצמו, פגיעה באפשרות לקיום מינימלי, פגיעה באפשרות לקיום הוגן, ובאפשרות לקיום טוב ומשופר.²³⁷ לדידם, 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.²³⁸ מוצע, תוך התאמת המודל של וון הירש וג'רבורג לעיל, לבחון הדברים גם בראי עבירות נבחרי ציבור. זאת, בשים דגש על השלכותיהן האנטי-חברתיות של העבירות מצידם, בהקשר פגיעה באינטרס הקיומי של המדינה, הן כישות פיזית והן כישות מדינית,²³⁹ ועובר בפגיעה עקיפה הנגזרת בדרגות הפגיעה באמון הציבור בשלטון.

בתוך כך, כל אינטרס כאמור יוכל 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 בסולם רמת חיים זו.²⁴⁰ נבחר ציבור שיואשם בהסתה לרצח פוליטי ייראה בהתאמה כמי שפוגע באושיות השלטון ומכאן שהעבירה תסווג כעבירה בעלת החומרה הגבוהה ביותר.²⁴¹ 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.²⁴² 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.²⁴³ פרופ' בועז סנג'ור, 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

²³⁴ ס' 17(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

²³⁵ Andrew V. Hirsch & Nils Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, 11 OXFORD

J. LEGAL STUD. 1, 2 (1991); אורן גזל-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא"

חוקים ג 155, 164-165 (2011).

²³⁶ Hirsch & Jareborg, לעיל ה"ש 235, בעמ' 7.

²³⁷ שם, בעמ' 17.

²³⁸ שם, בעמ' 19.

²³⁹ חאלד גנאים ומרדכי קרמניצר "עברות נגד המשטר" 17 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008).

²⁴⁰ שם, בעמ' 24.

²⁴¹ שם, בעמ' 29.

²⁴² שם, בעמ' 34.

²⁴³ מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 109 (1991).

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

המוצע לגבי יתר סוגי העבירות מצד ראש ממשלה מכהן.²⁴⁴ 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 בתווך 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.²⁴⁵ שיקול חלופי מתמקד בהערכת חומרתה של עבירה, בהתאם למידת העונש המוטל בגינה.²⁴⁶ כך למשל, מאסר עולם חובה בגין רצח, או מאסר עשרים שנה בשל הריגה מעניקים ביטוי נורמטיבי משלים למידת האנטי-חברתיות הגלומה בכל אחד מהעבירות.²⁴⁷ עבירות חמורות, כמוסבר, יצדיקו במקרי קיצון אלה את העברתו מתפקיד של נבחר ציבור בטרם הרשתו, בין שיש או אין עמך קלון, ומרחב שיקול הדעת המשפטי יצדיק פגיעה בערך המוגן בדבר העקרון הדמוקרטי גם בעניינו של ראש ממשלה.

א2) 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.²⁴⁸ ואולם, מצב דברים בו ראש ממשלה 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-חברתיות 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.²⁴⁹ עבירה זו תהא בעלת ממד אנטי חברתי אחוד נפרד.²⁵⁰ זאת, בשונה מנסיבה מחמירה אשר אין בה, כשלעצמה, משום איסור פלילי.²⁵¹ כך למשל, היא עבירת השוחד.²⁵² 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

²⁴⁴ אלה לוי-וינריב "הפרקליטות סוחטת נאשמים; השופטים שכחו מה זה זיכוי" **גלובס** 21.7.2012
www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000767306

²⁴⁵ פרשת **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 35.

²⁴⁶ גביון, לעיל ה"ש 32, בעמ' 177.

²⁴⁷ ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך ג 9 (1992) (להלן: פלר, **יסודות**).

²⁴⁸ ש.ם.

²⁴⁹ ש.ם.

²⁵⁰ ש.ם, בעמ' 79.

²⁵¹ ש.ם, בעמ' 86.

²⁵² רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147, 181 (1999).

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

המוטל בגין עבירת השוד, לעומת העונש המוטל, אף במצטבר, בגין העבירות המרכיבות את עבירת השוד.²⁵³ הוא הדין לגבי עבירת הפריצה,²⁵⁴ ועבירת הרצח.²⁵⁵ 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 תחשבה אנטי-חברתיות כאשר הן עבירות שמותנות במשך זמן. עבירות אלו ניתן לחלק לשלוש קבוצות, והן: העבירות הנמשכות, עבירות הרגל, וכן עבירות השרשרת. בעבירת שרשרת, 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.²⁵⁶ תכלית זו, היא האלמנט המנטאלי שבעבירת השרשרת, והמחברת את החוליות שבה, בינן לבין עצמן.²⁵⁷

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.²⁵⁸ 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).²⁵⁹ כך בגזירה שווה הוא 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

²⁵³ פלר, **יסודות**, לעיל ה"ש 247, בעמ' 80.

²⁵⁴ שם.

²⁵⁵ שם, בעמ' 81.

²⁵⁶ שם, בעמ' 224.

²⁵⁷ ש"ז פלר "עבירת-השרשרת' מהותה (בעקבות ע"פ 1377/94 אהרן משולם נ' מדינת ישראל)" **משפטים** כט 529, 538 (התשנ"ח).

²⁵⁸ דוגמא לכך מצוייה בס' 52(ב) לחוק העונשין ביחס למאסר על תנאי: פלר, **יסודות**, לעיל ה"ש 247, בעמ' 291-290.

²⁵⁹ שם, בעמ' 294-295.

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

לערכי הדמוקרטיה ואשר פגיעתם רחבה ומבנית באופן שירד לשורש ערכי היסוד של השיטה.²⁶⁰ ברי כי, הממשלה היא מוקד הכוח במדינה, ויש בכך כדי להשליך על מעמדו של העומד בראשותה.²⁶¹ 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".²⁶² סמכויותיו הנרחבות של ראש ממשלה מפורזות בחוקים שונים, דבר המאפשר לו תמרון בין הוראות אלה, באופן אשר מעמיק ומרחיב עוד את סמכויותיו להלכה ולמעשה.²⁶³ בכך, טמון חשש מובנה כי מעשי שחיתות המיוחסים לראש ממשלה ישחיתו המערכת השלטונית מיסודה.²⁶⁴ יוזכר כי, אין הגדרה אחידה למונח "שחיתות שלטונית",²⁶⁵ 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.²⁶⁶ התנהגות פלונית תעלה כדי התנהגות מושחתת מקום שבו מתווסף פסול מוסרי מעבר לניצול המעמד האישי לצרכים אישיים.²⁶⁷ 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 אישיים מצד נציגי ציבור.²⁶⁸ 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".²⁶⁹ 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.²⁷⁰ 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.²⁷¹

²⁶⁰ ר' למשל, רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת" **דין ודברים** י 345, 348 (2017); ווייל מתריעה על החשש לפיו מכיל מניעתי של מוצא אחרון עולה שימוש חדש של השופטים בכלי הדמוקרטיה המתגוננת ככלי עונשי-תגמולי.

²⁶¹ השווה: יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** 328-329 (מהדורה ראשונה, 1996) (להלן: זמיר, **הסמכות המנהלית** מהדורה ראשונה).

²⁶² **אריאל שרון**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 473.

²⁶³ בירן ולוטין, לעיל 144, בעמ' 17.

²⁶⁴ יצחק זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית" **עיונים בביטחון לאומי – שחיתות שלטונית בישראל** 9-8 (פנחס יחזקאל ואל גובר, עורכים, 2008) (להלן: זמיר, "על הסכנה בשחיתות שלטונית").

²⁶⁵ דפנה ברק ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** לו 667, 669 (התשס"ז) (להלן: ברק ארז); ר' בכללות גם תיאוריה פוליטית של שחיתות שלטונית, DENNIS F. THOMPSON, *ETHICS IN CONGRESS: FROM INDIVIDUAL TO INSTITUTIONAL CORRUPTION* (1995); MARK PHILP, *POLITICAL CONDUCT* (2007); Mark Philp, *Defining Political Corruption*, 45 POL. STUD. 436 (1997); וכן ראה דיון להלן.

²⁶⁶ דורון נבות "חושפי שחיתויות: מה חושף סבלם על הניצול לרעה של עוצמה בארגון ועל מבנה הכוח בחברה?" **משפט ועסקים** כא 229, 233 (2018).

²⁶⁷ שם, בעמ' 234.

²⁶⁸ ברק ארז, לעיל ה"ש 265.

²⁶⁹ Patrick J. Dobel, *The Corruption of a State*, 72 AM. POL. SCI. REV. 958, 964 (2016).

²⁷⁰ שם, בעמ' 964, 968; לדיון בעמדת דובל ר' גם יחזקאל שלום "שחיתות פוליטית: הגדרות, גישות ודרכי התמודדות" **מדינה וחברה** 2 131 (2002).

²⁷¹ Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, 20 FORDHAM INT'L L. J. 323, 327-328 (1996).

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.

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

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.²⁷² 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.²⁷³ 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.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ בתוך כך, שחיתות מערערת את החוקיות והלגיטימיות של הממשל ושל ערכים דמוקרטיים כגון נאמנות וסובלנות.²⁷⁶ במצב קיצון אף עלול מנהיג פוליטי להשתמש במנגנונים המושחתים לשם המשך שרידותו בדרך שתחריף הפגיעה בעקרונות הדמוקרטי. עליה במפלס השחיתות השלטונית, יוסף, עלולה לפגוע אפילו ברמת הביטחון הלאומי של מדינות דמוקרטיות.²⁷⁷ לשון קיצור, שחיתות שלטונית מצמצמת את אופקיהן של פעולות קולקטיביות ובכך מכווצת את תחום הדמוקרטיה בתוך ומוחוץ לגדר המשפט, ויש בכוחה לאיים אף על עצם קיומה.²⁷⁸

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.²⁷⁹ הכלל המשפטי השתשרש בהלכת ירדור בעניין שלילת קיומה של המדינה בהשתתפות בהליך בחירות לכנסת,²⁸⁰ ומאוחר יותר בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת שאימץ את ההלכה.²⁸¹ בית המשפט בפרשת ירדור, התמקד בשאלה האם ניתן לאפשר למפלגה אשר שוללת את עצם קיומה של המדינה להשתתף בהליך הבחירות.²⁸² סעיף

²⁷² שם, בעמ' 328.

²⁷³ שם.

²⁷⁴ דני"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 699 (2009); זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 264, בעמ' 7-8.

²⁷⁵ THOMPSON, לעיל ה"ש 265, בעמ' 28; AM. J. 48; Mark E. Warren, What Does Corruption Mean in a Democracy? Heymann; Pol. Sci. 328 (2004), לעיל ה"ש 271, בעמ' 328.

²⁷⁶ זמיר, "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 264, בעמ' 9; Warren, לעיל ה"ש 275, בעמ' 329.

²⁷⁷ פנחס יחזקאלי שחיתות שלטונית וביטחון לאומי 38-39 (2010); זמיר, "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 264, בעמ' 10-13.

²⁷⁸ Warren, לעיל ה"ש 275, בעמ' 329; צבי זרחיה "אליעזר גולדברג: השחיתות גורמת לקריסת מערכות שלטון חיוניות; במדינה יש שחיתות מדאירה" TheMarker 1.1.2005 1.311328 www.themarker.com/law/1.311328.

²⁷⁹ ווייל, לעיל ה"ש 260, בעמ' 347; אהרן ברק מידתיות במשפט 329 (2010) (להלן: ברק, מבחר

כתבים ג, לעיל ה"ש 92, בעמ' 89; Suzie Navot, Fighting Terrorism in the Political Arena: The Banning of; Political Parties, 14 PARTY POL. 91 (2008). Understanding of Gur Bligh, Defending Democracy: A New; Political Parties, 46 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1321 (2013).

²⁸⁰ ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390 (1965).

²⁸¹ ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 279, בעמ' 329.

²⁸² ברק, מבחר כתבים ג, לעיל ה"ש 92, בעמ' 89.

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

לא לחוק יסוד: הכנסת שאימץ ההלכה ראה בה "מגן קדמי" מהתממשות הסכנות שלשמו נחקק הסעיף.²⁸³

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".²⁸⁴ 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.²⁸⁵ 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.²⁸⁶ לאיזון הדברים, פרופ' ברק מציין כי לדידו אין מקום לדוקטרינה במובנה המקיף שכן "השלם טרם הושלם, וממילא התיקון טרם הבשיל".²⁸⁷ 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.²⁸⁸ משמעות הדבר, מגנים אלו ממחישים את "הפרדוכס הדמוקרטי", ואשר לפיו מותר להגביל את זכויותיו של מי שמבקש לפגוע בדמוקרטיה בשם הדמוקרטיה.²⁸⁹

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 שיושם מראש בחסות המגן הקדמי כאמור.²⁹⁰ 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

²⁸³ ווייל, לעיל ה"ש 260, בעמ' 354.

²⁸⁴ פרשת **חוק הגיוס**, לעיל ה"ש 140, בעמ' 717; פרשת **הנגבי הראשונה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 311-312; ר' בכללות YANIV, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS ROZNAI, (2017)

²⁸⁵ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 394, 408; בג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד (5) 15, 28 (1996); פרשת **חוק הגיוס**, לעיל ה"ש 140.

²⁸⁶ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 394, 408; בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד (3) 275, 306-310 (2011).

²⁸⁷ אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בן 361**, 379 (2011).

²⁸⁸ שם; בבג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פס' כח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017): קובע השופט רובינשטיין כי מדובר ב"דוקטרינה שבדרך" בגדרי המשפט הישראלי; בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 27.5.2018): "אכן, הדוקטרינה שאותה יש ליישם בהקשר זה במשפט הישראלי מן הראוי כי תקבע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכלל חוקה מלאה".

²⁸⁹ 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**, לעיל ה"ש 92, בעמ' 106-107; Gregory H. Fox & George Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L L. J. 14, 14 (1995).

²⁹⁰ ווייל, לעיל ה"ש 260, בעמ' 359-360. יובהר, גם בלם קדמי זה אינו חסין בעצמו מתיקון חוקתי.

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

נבחר ציבור כולל ראש ממשלה.²⁹¹ 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 תבחן 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 לדוגמה, שחיתות תיחשב לפוגעת בהליך הדמוקרטי במקרה אישום בהפללת ראש מפלגה מתחרה ערב בחירות תוך פגיעה מהותית בטוהר הליך הבחירות לכנסת. דוגמה 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 כקשורה 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 לדוגמה, תעודון בסיוע לקבלת טיפול רפואי מצד נבחר ציבור לקרוב משפחתו במטרה להציל חיים.²⁹² שחיתות תיחשב בלתי חוקית, מנגד, בהתקיים רף הפליליות בעבירות המאפיינות נבחר 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 תבחן 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.²⁹³ היקף השחיתות המיוחסת לנבחר הציבור בראי אפשרות

²⁹¹ לדיון בהבחנה בין משטר אתיקה שלטונית ובין שחיתות בלתי חוקית, ר' למשל יואב פלד וגרשון שפיר **מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת** 20 (מיכל אלפון מתרגמת, 2005); שלום, לעיל ה"ש 270, בעמ' 531.

²⁹² דורון נבות **שחיתות פוליטית בישראל** 38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015); רות גבזון, מרדכי קרמניצר ואייל דותן **אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 141-143 (1945).

²⁹³ לדיון על תיאוריית 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). לתיאוריה פוליטית-

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

הדחתו השיפוטית תחת כתב אישום בטרם הרשעתו תיבחן לאור שיקולי בכירות מעמדו של נבחר הציבור, השלכותיה ומשך פגיעתה. שחיתות בהיקף מצומצם הקשורה בעניין פרטני 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 מתפקיד 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 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 גיבוש כתב אישום נגדו טרם הרשעתו לא הובהר דיו. בית המשפט העליון בהלכת דרעי-פנחסי קבע כי גיבוש 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 גיבוש כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה חמורה דיה הנלווה לה מימד אנטי-חברתי ניכר, אף שאינה בהכרח עבירה שיש עמה קלון, עשויה בצוק העתים לחייב את העברתו של ראש הממשלה מתפקידו בטרם הרשעתו בראי הלכות דרעי-פנחסי בשינויים המחוייבים הנגזרים מייחוד מעמד ראש הממשלה.

כלכלית של קלפטוקרטיה ר' גם, Herschel I. Grossman & Suk J. Noh, *A Theory of Kleptocracy with Probabilistic survival and Reputation*, 2 ECON. AND POL., 157 (1990) והמקורות בו.

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

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".²⁹⁴ 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 העיתים עשוי להורות על ראש ממשלה להתפטר מתפקידו בנסיבות מסוימות.²⁹⁵ שנית, במישור העקרוני הרחב, החשש הוא מפני משבר חוקתי.²⁹⁶ משבר חוקתי נובע מן הפער שבין "כוונתם של האבות המייסדים" ובין "צרכיו של בן החברה הדמוקרטית המודרנית".²⁹⁷ 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.²⁹⁸ 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.

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 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 לכל נבחר ציבור תוך קריאה דווקנית של הלכת פנחסי-דרעי. בתווד, כנטען, גיבוש כתב אישום כנגד ראש ממשלה בעבירה בת משמעות אנטי-חברתית חמורה דיה ולפי מידת השחתתה את המסד הדמוקרטי, ושאינה בהכרח שיש עמה קלון אך תצדיק

²⁹⁴ רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 848.

²⁹⁵ ר' למשל את פסקי הדין להלן ועמדת השופטים המביעים דאגתם מאי הישמעות הרשויות לצוי בית המשפט: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006); בג"ץ 6773/05 גבוועה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 15.11.2011); בג"ץ 9051/05 תנועת "שלום עכשיו" נ' שר הביטחון, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 20.8.2014).

²⁹⁶ ברק, מבחר כתבים ג, לעיל ה"ש 92, בעמ' 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 (התשס"ו); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" המרחב הציבורי 13, 18 (2018); אהרון ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9, 51 (2016); אהרון ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413, 441 (2018); אורי אהרוניסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" משפט ועסקים יט 1271, 1272 (2016);

Jack M. Balkin, *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*, 77 MAR. L. REV. 147, 148, 150 (2017).

²⁹⁷ אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 148 (1992).

²⁹⁸ שם, בעמ' 147.

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

פגיעה בעקרון הרובני, עשויה בצוק העתים לחייב את העברתו מתפקידו מתוך חובת התפטרותו גם
בטרם הרשעתו.

סוף המסמך.