

העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו

דניאל בן-אוליאל*

המאמר דן בסוגיית העברתו של ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו מכוח חוק-יסוד: הממשלה. המאמר נשען, בחלקו הראשון, על גֵזֶרֶה לא-שווה מהלכת **דרעי-פנחסי** שנקבעה בעניין העברתם של נבחר ציבור מכהונתם, בהינתן ייחודו של תפקיד ראש הממשלה. בחלקו השני המאמר נשען על פיתוח רעיונות תורת-משפטיים שטרם עוגנו בהלכות העוסקות בסוגיות אלה, ביניהם הרחבתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת גם למקרים קיצוניים של שחיתות, וכן ניתוח מידות האנטי-חברתיות של העברה שעבר נבחר הציבור בהתבסס על כלי ניתוח של המשפט הפלילי.

המחבר מציע כי גיבוש כתב אישום חמור דיו נגד ראש ממשלה, אפילו בעברה שאינה נושאת עימה קלון בהכרח, עשוי לחייב, בצוק העיתים, את העברתו מתפקידו גם לפני הרשעתו, וזאת לנוכח חובתו להתפטר מכוח חוק-יסוד: הממשלה ופסיקת בית-המשפט העליון על בסיסו.

מבוא. 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; 3. צידוק הפגיעה. ד. סיכום.

מבוא

חוק-יסוד: הממשלה (להלן: חוק-היסוד), המגדיר את אופן הרכבת הממשלה ואת תפקידיה וסמכויותיה, וכן פסיקת בית-המשפט העליון מכוחו אינם מסדירים באופן שיורי, כך ייטען במאמר, את הדין החל ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו לפני הרשעתו אם

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחבר מודה לברק מדינה, לסוזי נבות, לדניאל פרידמן, לגד ברזילי, לאמנון רייכמן, לאילן סבן, ליניב רוזנאי, לדותן אוליאר ולגיא לוריא על הערותיהם המועילות. תודה נתונה גם לעוזרי-המחקר מתן קדוש ונעמה שירן.

לא יתפטר בעצמו לאחר גיבוש כתב אישום נגדו.¹ המאמר דן בסוגיה תוך הישענות, בחלקו הראשון, על גזרה לא-שווה מהלכות שנקבעו בעניין העברת נבחר ציבור מכהונתם, בהינתן ייחודו של תפקיד ראש הממשלה. בחלקו השני המאמר נשען על פיתוח רעיונות תורת-משפטיים שטרם עוגנו בהלכות העוסקות בסוגיות אלה, ביניהם הרחבתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת גם למקרים קיצוניים של שחיתות, וכן ניתוח מידת האנטי-חברתיות של העברה שעבר נבחר הציבור בהתבסס על כלי ניתוח של המשפט הפלילי.

נקודת המוצא בענייננו היא הלכת **דרעי-פנחסי**, שבה קבע בית-המשפט העליון כי גיבוש כתב אישום נגד שר בעברה שיש עימה קלון מחייב את ראש הממשלה להעבירו מתפקידו, אם לא יתפטר בעצמו.² 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 הכשירות לתפקיד לבין סבירות שיקול-הדעת הנלווה להחלטה המנהלית אם למנות שר או סגן שר לתפקיד או להעבירם מתפקידם.

הדין בענייננו של ראש ממשלה, כך אטען, אינו ממצה – הן ביחס להעברה מתפקידו של ראש ממשלה במסגרת סמכותו להתפטר מכוח סעיף 19 לחוק-היסוד,³ והן ביחס להעברתו מתפקידו במסגרת סמכותו של ראש הממשלה לפטר כל שר בממשלה – כולל

1 ראו ברק מדינה "חזקת החפזות לעומת חזקת הכשירות" **הארץ** 9.3.2019 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7001028; גר ברזילי "הכף נוטה להודחת ראש הממשלה" **גלובס** 4.3.2019 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001276492; מוחמד וותד "בג"ץ כבר פסק בעניין נתניהו" **הארץ** 11.3.2019 www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7016187; עופר קניג וגיא לוריא "ראש ממשלה בהליך פלילי" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 8.1.2019 www.idi.org.il/articles/17566; אלכסנדר (סנדי) קדר, פנינה אלון, עידן לרון וענת רום "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" **דין ודברים** א 15, 27 (2004). ראו גם דיון להלן.

הדיון הציבורי המשתקף במקורות שלעיל התנהל במקביל גם ברשות המחוקקת. הצעות חוק נוגדות הונחו על שולחן הכנסת בעניין, אולם אף לא אחת מהן התקבלה: מחד גיסא, הצעת חוק משנת 2009 המחייבת את ראש הממשלה להתפטר עם הגשת כתב אישום נגדו – ראו הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) – התפטרות ראש הממשלה או שר עקב הגשת כתב אישום), 877/18/פ; ומאידך גיסא, הצעת חוק משנת 2017 שתכליתה למנוע 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), 3700/20/פ.

2 הלכה זו נקבעה בשני פסקי-דין של בג"ץ שניתנו באותו יום ועל-ידי אותו הרכב – פסק-הדין בפרשת **פנחסי**, להלן ה"ש 22, ופסק-הדין בפרשת **דרעי**, להלן ה"ש 25.

3 ס' 19 לחוק-יסוד: הממשלה מורה: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להתפטר על ידי הגשת כתב התפטרות לנשיא המדינה; התפטרות ראש הממשלה – כהתפטרות הממשלה".

אותו עצמו, בהיותו שר – מכוח סעיף 22(ב) לחוק-היסוד.⁴ גם סעיף 18(ד) לחוק, המבהיר כי כהונתו של ראש ממשלה תופסק מייד לאחר הרשעתו בעברה שיש עימה קלון בפסק-דין חלוט בהליך הצבעת אי-אמון בכנסת, אינו מהווה הסדר שלילי לענייננו.⁵ לכאורה, גם אם הורשע ראש ממשלה בבית-משפט מחוזי בעברה שיש עימה קלון, סעיף 18 אינו מונע את הישארותו בתפקיד בעודו מערער על פסק-דינו לבית-המשפט העליון. מאידך גיסא, חוק-יסוד: הממשלה אינו מגדיר באופן שיורי את הדין החל ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו לפני הרשעתו משגובש נגדו כתב אישום מכל סוג, ובפרט בעברה חמורה דייה, אף אם הרשעה בה אינה משיתה בהכרח קלון. בתוך כך, חוק-היסוד אינו מסיג את סמכותו של ראש הממשלה להתפטר מכוח סעיפים 19 ו-22(ב) לחוק-היסוד גם לפני הרשעתו בנסיבות המתאימות. הטענה במאמר זה היא כי גיבוש כתב אישום נגד ראש ממשלה בעברה חמורה דייה, אף אם היא אינה נושאת עימה קלון בהכרח (בכפוף להרשעה), עשוי לחייב, בצוק העיתים, את העברתו מתפקידו גם לפני הרשעתו, לנוכח סמכות-החובה שלו להתפטר במצב עניינים כזה. זאת, בגזרה לא-שווה מהלכת דרעי-פנחסני ובהתייחס לייחודו של תפקיד ראש הממשלה.

הילוך טיעון זה אינו נקי מקשיים. מבקרי הצידוק להדחה שיפוטית של נבחר ציבור לפני הרשעה, ובראשם ראש ממשלה, מתבססים על שלוש טענות-יסוד מרכזיות שידונו.⁶

4 ס' 22(ב) רישא לחוק-יסוד: הממשלה קובע כך: "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו". לעניין מעמדו של ראש ממשלה כשר, ס' 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה מבהיר כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים". ראו את עמדת בית-המשפט שלפיה "ראש-הממשלה הוא שר": בג"ץ 5261/04 פוקס נ' שרון, פ"ד נט(2) 446, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004) (להלן: פרשת שרון). כן ראו בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 13.4.2016) (פסק-דין משלים) (להלן: פרשת יש עתיד). ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 439 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר **הסמכות המינהלית** (מהדורה שנייה)) ("ראש הממשלה אף הוא שר בין השרים"); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות 834 (2005) (המגדירים ראש ממשלה כ"ראשון בין שווים" ביחס לשרים בממשלה). אולם ראו את עמדתו של השופט חנן מלצר, בדעת מיעוט, אשר גורס – בפרשו את ס' 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, פס' 10(ד) לפסק-דינו של השופט מלצר.

5 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".

6 לביקורת על הדחה שיפוטית של נבחר ציבור ראו Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEORETICAL INQ. L. 705 (2018); אריאל בנדור ומיכל 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).

אלה מתמקדות בהעדר הביסוס בדין המהותי, בהחלשת אמון הציבור ובפגיעה בחזקת החפות, כמפורט להלן.

טענת-היסוד הראשונה גורסת כי הדחה שיפוטית של נבחרי ציבור נשענת על בסיס נורמטיבי רעוע.⁷ זאת, כנטען, בשלושה מובנים. לפי המובן הראשון, הדחה שיפוטית מכוח חוק-יסוד: הממשלה אינה מפורשת בחוק או בנורמה חוקתית.⁸ לא זו אף זו, הדחה שיפוטית מכוח חוק-יסוד: הממשלה מתנגשת, כנטען, בהוראות אחרות בחוק-יסוד: הממשלה עצמו, דוגמת ההסדר בסעיף 6(ג)(2) ביחס להדחת שרים שהורשעו בפסק-דין חלוט⁹ או ההסדר בסעיף 23(ב), המהווה כנטען הסדר שלילי ביחס להדחת נבחרי ציבור.¹⁰ על רקע זה מוצע כי ייעשה שימוש בהדחה שיפוטית רק במקרי-קיצון, שיוסדרו בהליך דינוני מעוגן חוקתית או למצער על בסיס חקיקה ראשית מפורשת.¹¹

המובן השני שבו הדין המהותי חסר, לדעת המבקרים, הוא שהמשפט מרחיב את תחולתו לתחומי האתיקה במסגרת שיקול-הדעת השיפוטי, וזאת ללא הסמכה מפורשת בחוק. לצד זאת, כפי שמוסיפים בנדור וטמיר, גם דיאלקטיקת השיח האתי התרחבה באופן מופרז, כך ששיקולים אתיים מאפילים על שיקולים מקצועיים ופוליטיים ביחס לכהונתם של נבחרי ציבור.¹² כל זאת תוך פגיעה חמורה בעקרון הפרדת הרשויות, בדרך של התערבות בית-המשפט בשיקולים הנוגעים בכהונתם של נבחרי ציבור בכנסת ובממשלה.¹³ בתוך כך נטען עוד כי חסרה מערכת מוסדית מוסדרת לבדיקת ההיבטים האתיים, כך שזו נעשית לעיתים קרובות באופן מאולתר ובהעדר מומחיות משפטית.¹⁴ בנדור וטמיר מציעים לבסוף כי מגבלות אתיות ייקבעו בחוק כמגבלות כשירות. הרשויות

השרים וסגניהם מוצעים על-ידי ראש הממשלה, ומינוים טעון אישור של הכנסת. חברי כנסת, לעומת זאת, נבחרים על-ידי הציבור. הפסיקה, עם זאת, מתייחסת למינויים בכללותם כאל תפקידים של נבחרי ציבור במהותם. ביחס לשרים ולסגניהם ראו, למשל, בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007) (להלן: פרשת **אמונה**). ביחס לראש ממשלה ראו בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, פס' 5 לפסק-דינו של המשנה לנשיא אור (2003) (להלן: פרשת **הנגבי השנייה**).

7 Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 726–728.

8 שם, בעמ' 727.

9 שם.

10 פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 508.

11 Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 727.

12 בנדור וטמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410. המחברים מבקרים שם את מה שמכונה "הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה", המתבטאת במשפטה של האתיקה לצד מוסרנותו של המשפט. ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

13 פרידמן, שם. על קשיי המעבר מהתחום האתי לתחום הפלילי ראו זאב סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה: על העמדת אישי-ציבור לדין פלילי" **משפט וממשל** ד 587, 614–619 (1998) (להלן: סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק").

14 בנדור וטמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410–411.

הבוחרות לא יידרשו אפוא לערוך איזון, אלא יורשו לבחור מלכתחילה אך ורק מועמדים המקיימים את תנאי הכשירות.¹⁵ 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.¹⁶ ביקורת הדין המהותי כוללת טענה שלישית, שלפיה הדחה שיפוטית פוגעת באופן קיצוני בעיקרון הרובני ללא הסמכה מפורשת, ובכך פוגעת בזכות האדם לבחור נבחרי ציבור.¹⁷

מבקרי ההדחה השיפוטית מעלים כאמור שתי טענות יסוד נוספות. **טענת היסוד השנייה** נסבה סביב הפגיעה באמון הציבור כערך יסוד דמוקרטי. המבקרים מבססים את עמדתם זו על שתי טענות משנה: ראשית, נטען כי אין בסיס לטענה כי אמון הציבור נותר על כנו כתוצאה מהדחה שיפוטית של נבחר ציבור;¹⁸ שנית, גם הצידוק הערכי שבבסיס הערכת אמון הציבור בראי הדחה שיפוטית אינו מעוגן בחקיקה ראשית.¹⁹ לבסוף, **טענת היסוד השלישית** גורסת כי הדחה שיפוטית פוגעת באופן מהותי בחזקת החפות.²⁰ זאת, תוך שימת דגש בלחץ הציבורי המופעל על התביעה להרשיע נבחרי ציבור למעלה מן הצורך.²¹

המאמר נסב בעיקרו סביב הדין המהותי ביחס להדחה שיפוטית של ראש ממשלה תחת כתב אישום לפני הרשעתו, ודן בביקורת שהוצגה בהקשר זה. אטען כי נקודת המבט הביקורתית בהקשר זה אינה מאיינת כשלעצמה את הצידוק הדוקטרינרי להדחה שיפוטית המובא במאמר, וכי בכך יש כדי להעיד על חשיבותם המשנית של הטיעונים המועלים נגדה. לצד זאת נותר צורך בדיון משלים בסוגיות מִטְּ-משפטיות הקשורות ליחסים הגומלין שבין משפט וחברה בישראל בהקשר של ההדחה השיפוטית; בהיבטי השפיטות והיקף זכות העמידה; בתוצאות ההדחה השיפוטית של ראש ממשלה, ובפרט סוגיית הנבצרות הקבועה; ובהיבטים מוסדיים נוספים שאינם נדונים במאמר.

א. מסגרת הדין

15 שם, בעמ' 444.

16 שם.

17 Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 728.

18 שם, בעמ' 730; פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

19 Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 730.

20 שם, בעמ' 734–736; פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 508 (המסכם כי "הדעת נותנת שהכנסת ביקשה בכך לבטל את הלכות דרעי ופנחס, ולהעדיף על פניהן את חזקת החפות"); מנחם מאוטנר "מה קרה כאן למן שנות השבעים? – ביקורת ספרים: דניאל פרידמן 'הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושבחה'" **עיוני משפט** לח 125, 127–129 (2015).

21 Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 738.

נוסחת האיזון העולה מהלכת דרעי-פנחסי לבחינת השיקולים – בכל מקרה ומקרה – להעברתו של נבחר ציבור מתפקידו אינה טכנית, אלא מהותית.²² משכך, היא תלויה לא רק בגיבוש כתב אישום, ואף לא רק במהות העברה, אלא גם בנסיבות נוספות.²³ אפילו כתב אישום בעברה חמורה, כשלעצמו, לא יצדיק בהכרח סיום כהונה. אי-סבירות קיצונית שלא תאפשר לנבחר ציבור להמשיך בכהונתו יכולה להימצא במגוון מצבים, ובחינת הסבירות תהא כפופה בכל מקרה ומקרה לשיקולים שונים – הן ציבוריים והן משילותיים-פוליטיים – שייבחנו לגופם.²⁴ עם שיקולים אלה נמנו בפסיקה הצורך בשימורה של הקואליציה ובהבטחת אמון הכנסת,²⁵ תרומתו הפוטנציאלית של נבחר הציבור במסגרת התפקיד שהוא ממלא²⁶ ויעילות תפקודה של הממשלה.²⁷ פסיקת בג"ץ שקלה גם את כישוריהם המיוחדים של נבחרי הציבור ואת תרומתם האפשרית, במסגרת תפקידם, לקידום האינטרס הציבורי הרחב.²⁸ כמו-כן נבחנו עוצמת החשדות ומשך הזמן שחלף מאז בוצעו המעשים, אם דובר במעשה חד-פעמי או במעשה מתמשך,²⁹ ובפרט אם היה "קלון" במעשים.³⁰

וכעת לעיקר: את נוסחת האיזון ביחס להפסקת כהונתו של שר מכוח חוק-יסוד: הממשלה ראוי להחיל גם ביחס לראש ממשלה, בשינויים המחויבים לנוכח ייחוד מעמדו. לא מן הנמנע ליישמה תוך החלת סמכות שבחובה על ראש ממשלה להתפטר בנסיבות מתאימות במסגרת מרחב שיקול-הדעת בנושא. תחולתה של סמכות-החובה להתפטר חולשת הן על שיקול-דעתו להתפטר מכוח סעיף 19 לחוק-היסוד והן ביחס להעברה מתפקיד של כל אחד מחברי הממשלה, כולל הוא עצמו, מכוח סמכותו של ראש הממשלה המעוגנת בסעיף 22(ב) לחוק-היסוד, כפי שיידון בהמשך.

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

23 ש.ם.

24 ש.ם.

25 פרשת שרון, לעיל ה"ש 4, 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); פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 463.

26 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990).

27 ש.ם.

28 ש.ם.

29 בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 262 (1993) (להלן: פרשת גנוסר); בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 280 (1982).

30 על"ע 11744/04 זיו נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב (פורסם בנבו, 8.8.2005); עש"ם 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 189 (להלן: פרשת אור); רות גביוון "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה צבורית" משפטים א 176, 180 (1968); פרשת אמונה, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הבחינה הנדרשת כוללת שני רכיבים: הראשון הוא ההיבט הפורמלי, שעוסק בנפקות שתיקתו של המחוקק בחוק-יסוד: הממשלה בהקשרים שיידונו ביחס לדין החל לגבי העברתו מתפקיד של ראש ממשלה; והשני הוא ההיבט המהותי, הנסב 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 ופסיקת בית-המשפט העליון מכוחו אינם מפורשים ביחס להעברת מתפקידו של ראש ממשלה לאחר גיבוש כתב אישום נגדו לפני הרשעתו.

כאקדמה לעיקר הדיון בסמכותו של ראש הממשלה להתפטר מכוח סעיפים 19 ו-22(ב), עולה הצורך לעמוד על נפקותם של סעיפים 23(ב) ו-18(א) לחוק-היסוד, שעניינם הפסקת כהונתם של שר ושל ראש ממשלה, בהתאמה, שהורשעו בכתב אישום נושא קלון בפסק-דין חלוט.³¹ זאת, ביחס לאפשרות שיש בהסדרים כדי למצות את הדין החל, ולחייב העברת ראש ממשלה מתפקידו רק בנסיבות אלה. שאלת קיומו של הסדר שלילי בנדרן מתחדדת בפרט ביחס לשלושה תרחישי-משנה: הראשון – נגד ראש ממשלה הוגש כתב אישום בעברה חמורה דייה (בין שהיא נושאת עימה קלון ובין שלא) אך הוא טרם הורשע; השני – ראש ממשלה הורשע בעברה חמורה דייה אך פסק-הדין אינו חלוט; והשלישי – ראש ממשלה הורשע בפסק-דין חלוט בעברה שאינה נושאת עימה קלון אך שהינה חמורה דייה להצדיק אולי את העברתו מתפקידו.³²

בטרם ננסה לעמוד על הדין הראוי בראי פסיקת בית-המשפט, נציין כי מרחב שיקול-הדעת השיפוטי בהעדר הוראות מפורשות בעניין העדר כשירות אינו מצדיק בהכרח את גיבושם של תנאי כשירות שיפוטיים. אולם בג"ץ פנחסי מבהיר כי העדרן של הוראות "כשירות" ביחס לנבחרי ציבור אינו שולל מעיקרו את שיקול-הדעת הנתון לרשויות השלטון בגיבוש עמדתן באשר למינוי לכהונה מסוימת או להפסקתה.³³ בית-המשפט

31 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". ס' 18 לחוק-היסוד 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".

32 לדיון בהשלכות הנובעות מתרחיש שבו לא הוגש כתב אישום, וכן לדיון בחזקת החפות, ראו פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6.

33 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 457–459. ראו גם בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 491–492 (1989); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ – אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135, 173 (2013) (להלן: פרשת אומ"ץ).

ממאן משכך לראות את דיני הכשירות הסטטוטוריים כממצים. לגישתו, יש להימנע מלהבחין דינים אלה מחובת שיקול-הדעת המוטלת על הרשות.³⁴ בית-המשפט נקט עמדה זו גם במצבים שבהם הוא החליט לבסוף לא להתערב בשיקול-הדעת של הגורם המוסמך אם להעביר נבחר ציבור מתפקידו אם לאו.³⁵ בלשון השופטת פרוקצ'יה בדין יחיד בעניין זגורי, "התפיסה לפיה יש לראות ברשימת פסליות לכהונה של נבחר ציבור... משום רשימה סגורה... לא נתקבלה בהלכה הפסוקה. בשורה של פסקי דין בהקשרים שונים נקבע, כי עילות פסילה... אינן ממצות, ועשויים להתקיים תנאים ונסיבות, החורגים מעילות הפסילה הסטטוטוריות, שבהתקיימם, המשך כהונתו של נבחר ציבור בתפקידו הנבחר עשוי לעמוד בסתירה לעקרונות המשפט הציבורי, ולחייב את סיום כהונתו".³⁶

בפתח הדיון נעמוד על נפקותו של סעיף 23(ב) לחוק-היסוד, וזאת ביחס לשלושת תרחישי-המשנה שהוזכרו. סעיף 23 עוסק בהפסקת כהונתו של שר מחמת עברה. 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 הוא אינו מהווה הסדר שלילי ביחס לדין החל על העברתו של ראש ממשלה מתפקידו.

שלוש הנמקות ניצבות בראי מסקנתו של בית-המשפט בהלכת **דרעי-פנחסי** שלפיה בשתיקת המחוקק לא נמצא הסדר שלילי בשאלת ההעברה מתפקידם של נבחר ציבור שהם שרים וסגני שרים – מסקנה שיש בכוחה להשליך, בשינויים המחויבים, גם לעניין העברתו מתפקיד של ראש ממשלה לפני הרשעתו. **ראשית**, בית-המשפט קובע כי הוראות חוק-יסוד: הממשלה אינן נסמכות על "שתיקה מדעת" מצד המחוקק. מכאן בית-המשפט מוסיף וקובע כי חוק-היסוד שותק גם לגבי השימוש בשיקול-דעת לעניין הפסקת כהונתו של סגן שר על-ידי השר הממנה אותו או על-ידי ראש הממשלה.³⁷ על ההצדקה לקביעתו מוסיף בית-המשפט בהלכת **פנחסי** בהפנותו לקביעתו של 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 כי "אכן, יש חוקים המכילים פירוט הנסיבות המתירות או מחייבות העברה מתפקיד", אלא שחוק-יסוד: הממשלה אינו נמנה עם חוקים

34 פרשת **אומ"ץ**, שם; בש"פ 5816/09 **מדינת ישראל נ' זגורי**, פס' 25 להחלטתה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 9.9.2009) (להלן: פרשת זגורי).

35 פרשת **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 176; 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 6; בג"ץ 1400/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 6.3.2006) (להלן: פרשת הנגבי השלישית).

36 פרשת **זגורי**, לעיל ה"ש 34, פס' 25 להחלטתה של השופטת פרוקצ'יה.

37 ראו את דבריו של השופט זוסמן בע"א 108/59 **פריצקר נ' ניב"א אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק)**, פ"ד יד 1545, 1549 (1960); פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 456–457; על"ע 663/90 **פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו**, פ"ד מז(3) 397 (1993).

אלה. ממילא, בפוסקו כן התייחס בית-המשפט לשתיקת המחוקק רק לעניין העברתם מתפקיד של שרים וסגני שרים מכוח סעיפים 21א(א), 36(3) ו-36א לחוק-היסוד בנוסחו דאז.³⁸ יובהר כי סעיף 22(ב) לחוק-היסוד בנוסחו דהיום – שהחליף את סעיף 21א(א) האמור, שהסדיר את סמכות ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו – מותר על כנה את ההנמקה העקרונית, כנטען במאמר זה. זאת, גם ביחס להעברה מכהונה של ראש ממשלה, אשר העברתו מתפקידו נושאת שתיקה דומה, שכן סעיף 22(ב) קובע באופן לא-ממצה כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו". פשיטא שהסעיף חולש גם על תרחיש של התפטרות ראש הממשלה עצמו, בהיותו שר וחבר ממשלה. לצד זאת, הנמקתו העקרונית של בית-המשפט בהלכת **דרעי-פנחס** נותרת על כנה גם ביחס לפרשנות של סעיף 19 רישא לחוק-היסוד, המעניק לראש הממשלה סמכות שברשות שלפיה "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 לאחר שהורשעו בפסק-דין סופי. בהסדרים אלה לא מתקיימת שתיקת המחוקק מדעת, כבענייננו. עם הסדרים אלה נמנים סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת וסעיף 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975, בהתאמה.

בתוך כך ראוי להקיש גם מההסדר החל ביחס לסמכותו של נשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה, שהיא אחת משלוש סמכויותו העיקריות.³⁹ זאת, משום שגם הסדר זה נעדר "שתיקה מדעת", בדומה לענייננו. בפרט, כינון ממשלה, כקבוע בסעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ייעשה על-ידי נשיא המדינה באמצעות הטלת התפקיד על חבר כנסת לפי שיקול-דעת הנשיא. הסעיף האמור מציין כי "משיש לכוון ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה... את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך". סמכותו של הנשיא מחייבת אותו, כמובן, לא רק מבחינת דיני הכשירות הסטטוטוריים, ובכלל זה כשירותו של המועמד להרכבת הממשלה; לצד דינים אלה חוק-היסוד מניח רכיב שיקול-דעת משלים. לצד כשירותו הסטטוטורית של כל חבר כנסת, על הנשיא

38 ראו ס' 21א(א), 36(3) ו-36א לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 226, שהוא חוק-היסוד שהיה בתוקף כאשר נפסקו הלכות **דרעי ופנחס**. ס' 26(3) לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו דהיום מאגד (עובר לתיקון מס' 4 משנת 2015) את ס' 36 ו-36(3) האמורים, שעניינם העברה מתפקיד של סגן שר, בהתירו פיטורי סגן שר במקרה שבו "ראש הממשלה, הממשלה או השר שמינה את סגן השר החליטו להפסיק את כהונתו". תיקון דומה ביחס לפיטורי שרים נעשה קודם לכן בס' 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו דהיום (עובר לתיקון מס' 2 משנת 2014), שהחליף את ס' 21א(א) האמור, ואשר קובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו...".

39 ראו סזי נבות "אחריותו הציבורית של נשיא המדינה" **אחריות ציבורית בישראל** 139, 142–144 (רפאל כהן-אלמגור, אורי ארבל-גנץ ואסא כשר עורכים, 2012); משה לנדוי **פירוש לחוק-היסוד – חוק-יסוד: נשיא המדינה** 23–48 (1994).

לשקול, למשל, למי מבין חברי הכנסת יש הסיכוי הגדול ביותר להרכיב ממשלה.⁴⁰ פשיטא שהכשירות הסטטוטורית היא תנאי הכרחי, אך אין די בה. היא הנותנת גם לעניין מינויים של נבחרי ציבור כבענייננו, בבחינת הלכת דרעי-פנחסי בדבר "כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד".⁴¹ מסמכותו זו של נשיא המדינה לשקול את התאמתו הערכית-המוסרית של חבר כנסת תחת כתב אישום להרכיב ממשלה ניתן להקיש לגבי קיום שיקול-דעת המתווסף על דיני הכשירות הסטטוטוריים בשאלת הסמכות להעביר ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו.⁴²

ההנמקה השנייה הניצבת בבסיס מסקנתו של בית-המשפט כי בשתיקת המחוקק לא נמצא הסדר שלילי בשאלת העברה מתפקידם של נבחרי ציבור, וביניהם חברי ממשלה, היא שחוק-יסוד: הממשלה אינו מציג עמדה סדורה, כך נטען, בשאלת הפסקת כהונתו של ראש ממשלה בנסיבות האמורות. יוסף כי גם מערכות נורמטיביות אחרות ביחס לסמכות ההעברה מכהונה הנתונה לממשלה, לראש הממשלה ולשר הממונה בסעיפים 36, 36(3) ו-21א(א) לחוק-יסוד: הממשלה, כנוסחם במועד פסיקתה של הלכת דרעי-פנחסי, אין מסייעות במישרין להבהרת העניין.⁴³ במסגרת פסקי-הדין בעניין פנחסי ובעניין דרעי טענו המשיבים כי ההסדר האמור בסעיפים 21א(א) ו-36א לחוק-היסוד, כנוסחו אז, מהווה "הסדר שלילי" לעניין העברתם של חברי ממשלה המצויים תחת חקירה פלילית או שגובשו נגדם כתבי אישום חמורים. את זאת ניתן ללמוד, כך נטען, מהוראות חוק שונות⁴⁴

40 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 824–825.

41 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, 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) (להלן: פרשת שמעון); בג"ץ 1935/93 מחפור נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752 (1994) (להלן: פרשת מחפור); בג"ץ 194/93 שגב נ' שר החרץ, פ"ד מט(5) 57 (1995) (להלן: פרשת שגב); בג"ץ 7193/97 עבד נ' השר לענייני דתות ויושב-ראש ועדת מינויי קאדים, פ"ד נב(5) 365 (1998) (להלן: פרשת עבד); פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6.

42 על-אודות שיקול-דעתו הרחב של נשיא המדינה בהטלת מלאכת הרכבת הממשלה ראו דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 443, 421 (2010); זאב סגל "שיקול הדעת של הנשיא" הארץ 19.3.2006 www.haaretz.co.il/news/1.1092049 ("...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, 2001) (להלן: כהן מבחר כתבים).

43 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 456.

44 כגון ס' 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"א–1975 (להלן: חוק הרשויות המקומיות); ס' 42 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 6 ו-9 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 120 לפקודת העיריות; ס' 100 ו-101א לצו המועצות המקומיות, התשי"א–1950; ס' 4 לחוק הרשויות המקומיות (מהנדס רשות מקומית), התשנ"ב–1991; ס' 20 לצו איגוד ערים (הוראות אחידות), התשל"ז–1977; ס' 7א ו-18 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 (להלן: חוק בתי-המשפט); ס' 6א לחוק הדיינים, התשט"ו–1955;

שבהן בחר המחוקק להביע את כוונתו להעביר מתפקידם נבחרי ציבור שאינם נוהגים בדרך הישר.⁴⁵ בשני פסקי-הדין דחה בית-המשפט את הטענה, בפוסקו כי "היעדר הוראות מפורטות [ביחס לשרים] מתיר העברה מתפקיד [של שר] במיגוון רחב יותר של מקרים מאשר אלו המפורטים בחוקים הדנים בנבחרי ציבור אחרים או בנושאי משרה ממונים".⁴⁶ בנוסחו העדכני של חוק-יסוד: הממשלה, שבו נוספו סעיפים 23(ב) ו-27, נקבע כי אם ניתן פסק-דין מרשיע בעברה שיש בצידה קלון, תופסק מייד כהונתם של השר או סגן השר, בהתאמה.⁴⁷ הנה כי כן, לאחר התיקון לחוק-היסוד והוספת סעיפים אלה – אשר נחקקו בעקבות פסק-הדין בעניין דרעי – מצטמצמת לכאורה ההלכה שנקבעה לעניין העברתם של חברי ממשלה מתפקידם, כך שניתן לכאורה לטעון כעת ל"הסדר שלילי", שהרי בתיקון חוק-היסוד נקבעו הוראות מפורטות גם לעניינם של שרים וסגני שרים.⁴⁸

אולם בכך לא סגי. לגישתו של בית-המשפט, אין בחקיקת סעיף 23(ב) לחוק-היסוד משום ביטול ההלכה הכללית שנקבעה בעניין פנחסי ובעניין דרעי בהתבסס על סעיף 21א(א) לחוק-היסוד דאז (שהוא כמוסבר מקבילו של סעיף 22(ב) לנוסח העדכני של חוק-היסוד).⁴⁹ לשון אחר, 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 כי אין לראות את דיני הכשירות הסטוטוריים כממצים.⁵⁰ להשלמת הטיעון, מגישת בית-המשפט ניתן להסיק עוד כי על-מנת לטעון נגד הלכה כללית, כגון זו שנקבעה בעניין פנחסי ובעניין דרעי, על ההוראות המפורטות והספציפיות בעניין לנקוט לשון ברורה ומפורשת.⁵¹ ודוק, הוראת סעיף 21א(א) נקבעה בשנת 1992 בחוק-היסוד, כשנה לפני שבית-המשפט פסק כי בצוק העיתים גם החלטה על גיבוש כתב אישום די בה לאיין את כשירותו של שר לכהן בממשלה. והנה, הימנעות הכנסת מתיקון החוק חרף פסיקת בג"ץ מחזקת את המסקנה שההסדר שנקבע בחוק אינו ממצה.⁵²

ס' 11א–19א לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג–1962; ס' 1–2 לחוק בעלי תפקידים שיפוטיים (תקופת כהונה), התשנ"א–1991; ס' 187א, 192 ד ו-533 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955; ס' 14 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992; ס' 10 לחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"א–1985; ס' 76 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל–1970, ועוד רבים אחרים.

45 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 456–457.

46 פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 421. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 845.

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

48 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 845.

49 שם, בעמ' 817, 833–835 ו-897–899; פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 176–177.

50 שם.

51 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 846.

52 מדינה, לעיל ה"ש 1.

משכן, הכלל שיש לאמץ – למשל, לגישתם של רובינשטיין ומדינה – הוא כי מקום שחבר הממשלה הורשע בעברה שיש בצידה קלון, תופסק כהונתו באופן מיידי; ואילו במקרה של גיבוש כתב אישום נגד חבר ממשלה בגין עברות חמורות, אך לפני הרשעה, תמשיך לחול ההלכה הכללית. במקרה כאמור הפסקת כהונתו של השר או סגן השר לא תיפסל מיידי, ולכן גם לא בהכרח תימשך, אלא תיבחן לאור הנסיבות וחומרת המעשה המתואר בכתב האישום.⁵³

שלישית, גם הדין החל ביחס להעברתם מתפקיד של נציגי ציבור אינו מחייב מסקנה אחרת. בפרשת **גנוסר**, שעסקה במינויו של גנוסר למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, נקבע כי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט–1959, אינו מכיל כל הוראה הפוסלת מינוי ציבורי של אדם שיש לו עבר פלילי או שעבר עברה שיש בצידה קלון.⁵⁴ לכאורה היה אפשר לטעון להסדר שלילי לעניין מינויו של גנוסר,⁵⁵ אולם 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.⁵⁶

מן המקובץ עולה כי המחוקק נמנע מלהסדיר מפורשות ובאופן ממצה את עניינו של ראש ממשלה תחת כתב אישום חמור – בין אם יש עימו קלון ובין אם לאו – בטרם הורשע. תרחישים אלה יידונו הן ביחס לסמכותו של 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. נוסף על כך, הסמכות שברשות של ראש ממשלה להתפטר ושיקול-הדעת של בית-המשפט להורות להפעילה כסמכות שבחובה עולים, כמוסבר, מסעיף 23 לחוק-היסוד בראי הלכת **דרעי-פנחסי**.

מבלי לפגוע באמור, ובהתייחס לעמדת המצדדים בכך שהדחה פרלמנטרית היא המוצא המועדף לפי ההקשר, יש צורך לדון בתחולת ההסדר בחוק-יסוד: הממשלה המסמיך את הכנסת לדון בהעברת ראש ממשלה מתפקידו מחמת הרשעה בעברה בהליך הצבעת אי-אמון. סעיף 18(א) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון". ביקורת הכנסת על שיקול-הדעת של ראש הממשלה קודמת לביקורת שיפוטית על ראש הממשלה, והיא הדין השיווי. זאת, כנובע משיטת הממשל הפרלמנטרית בישראל, שלפיה הביקורת על פעולות הממשלה וראש הממשלה

53 ש.ם.

54 פרשת **גנוסר**, לעיל ה"ש 29; סוזי נבות "מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול-דעת" **המשפט** ה' 85, 91 (2000) (להלן: נבות "מפרשת גנוסר").

55 נבות "מפרשת גנוסר", ש.ם.

56 ש.ם, בעמ' 91–92. לדיון מקיף בשאלת מרחב ההתערבות בשיקול-הדעת ראו להלן תת-פרק 12.

מצויה בידיה של הכנסת, אשר מביעה בממשלה אמון אך בכוחה גם להביע בה אי-אמון.⁵⁷ משמעות העניין כפולה: ראשית, ביקורת שיפוטית ביחס לאפשרות העברתו של ראש ממשלה מתפקידו תתקיים רק במקרה שלא תמוצה בחינה כזו על-ידי הרשות המחוקקת, ותיעשה כמוצא אחרון בלבד; שנית, הפעלת המנגנון של ביקורת הכנסת והמערכת הפוליטית כולה כלפי ראש הממשלה תשפיע בכיוון של צמצום היקף שיקול-הדעת של ראש הממשלה, וממילא על מידת ההתערבות השיפוטית בעניינו.⁵⁸

לגוף הטיעון, מצב הדברים ביחס לסמכות הכנסת, בהחלטת רוב חבריה, להעביר מכהונתו ראש ממשלה עם כתב אישום לפני הרשעתו אף הוא אינו חף מקשיים. סעיף 18(ד) לחוק מבהיר כי רק לאחר הרשעת ראש ממשלה בפסק-דין חלוט בעברה שיש עימה קלון תופסק כהונתו באופן אוטומטי ויראו את הממשלה כאילו התפטרה ביום שבו פסק-הדין נעשה סופי. משכך, אם הורשע ראש ממשלה בבית-משפט בעברה שיש עימה קלון אך בפסק-דין שאינו חלוט, סעיף 18 אינו מונע לכאורה את הישארותו בתפקיד בעודו מערער על פסק-דינו לבית-המשפט העליון. אלא שסמכות הכנסת כמשמעה בסעיף 18 מחייבת התייחסות לשני מצבי-קצה שאינם מפורשים אף בו: האחד, כאשר יש כתב אישום לפני הרשעה חלוטה וזאת ביחס לעברה חמורה דייה, עם קלון או בהעדרו, המגולמת ב"מעשי שחיתות שהם מפליגים בחומרתם",⁵⁹ וזאת אף מעבר לתשתית העובדתית שנקבעה בהלכת **דרעי-פנחסי**;⁶⁰ והאחר, כאשר ראש ממשלה מורשע בפסק-דין חלוט בעברה חמורה שאינה נושאת קלון. בשני המקרים האמורים עמדת המחוקק בסעיף 18 לחוק-היסוד אינה ממצה. ממילא, עמדת המחוקק בסעיף 18 אף אינה מהווה הסדר שלילי ביחס לסמכות התפטרותו של ראש ממשלה, כעולה מסעיפים 19 ו-22(ב), העוסקים בסמכותו ברשות ובחובה של ראש ממשלה להתפטר רק על בסיס כתב אישום חמור דיו לפני הרשעה.

2. התפטרות ראש ממשלה

התפטרות ראש ממשלה מוסדרת כנטען במסגרת שני סעיפים לחוק-יסוד: הממשלה. הראשון הוא סעיף 19 רישא לחוק-היסוד, אשר טרם נדון בפסיקת בתי-המשפט. סעיף 19

57 פרשת **שרון**, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001); בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800 (2001).

58 ש.ם.

59 פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 472; בפרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 422, ציין הנשיא שמגר כי "כתב האישום מכיל טענות בדבר מעשי שחיתות שהם מפליגים בחומרתם". אולם, כנדון לעיל, יש עברות חמורות מאלה שנדונו עד היום בהלכות הנוגעות בנבחר ציבור, אך טרם נפסק לגביהן ביחס לסמכות ההעברה מתפקידם של נבחר ציבור מכוח חוק-יסוד: הממשלה, כנדון בהמשכו של חיבור זה.

60 ש.ם.

אינו מגדר את שיקול-דעתו של ראש הממשלה בנוגע להחלטה אם להתפטר אם לאו. תחת זאת הסעיף קובע בהרחבה כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להתפטר על ידי הגשת כתב התפטרות לנשיא המדינה". אם ראש הממשלה לא הפעיל את סמכותו שברשות להתפטר בצוק העיתים, יהא על בית-המשפט לשקול הדחה שיפוטית בנסיבות שבהן הוא יקבע כי סמכות-הרשות שבידי 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 ובעניין דרעי, כפי שיידון להלן. התפטרות ראש ממשלה מוסדרת גם במסגרת סעיף 22(ב), בהיותו שר לפי פסיקת בית-המשפט.⁶¹

בהלכת דרעי-פנחסי קבע בית-המשפט כי גיבוש כתב אישום נגד שר בעברת חמורה שיש עימה קלון מחייבת את ראש הממשלה להעביר את השר מתפקידו, אף לפני הרשעתו, אם לא יתפטר בעצמו.⁶² בפוסקו כן פירש בג"ץ את סמכותו של ראש הממשלה לעשות כן לפי סעיף 22(ב) לחוק-היסוד – הקובע 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) לגבי הנפקות של גיבוש כתב אישום נגד שר, ובכלל זה נגד ראש ממשלה? ראשית, עמדת בית-המשפט היא כי אין בגיבוש כתב האישום כשלעצמו כדי לחייב את העברת השר מתפקידו.⁶³ שנית, בהתייחס לחומרת כתב האישום במסגרת בחינת מרחב שיקול-דעתו של ראש ממשלה (ביחס לחברי ממשלה אחרים הימנו), ראש הממשלה מחויב להפעיל את סמכותו החוקית מכוח חוק-היסוד לשם העברת שר או סגנו מכהונתם אם העברה העולה מכתב האישום חמורה. נסיבות אלה הופכות את סמכות-הרשות שבידי ראש הממשלה לסמכות-חובה שעליו להפעילה.⁶⁴ העברות שדובר בהן בפרשות פנחסי ודרעי היו שוחד (בעניין דרעי) ומתן הצהרה כוזבת למבקר המדינה (בעניין פנחסי). פשיטא שמירת החומרה של העברות ההופכת את סמכות-הרשות לסמכות-חובה עשויה לשמש הוראה פרשנית גם להפעלת שיקול-דעת מחייב בעניין התפטרותו של ראש הממשלה עצמו בהינתן כתב אישום בעברה חמורה דייה, אפילו אם היא אינה נושאת קלון.

לשון קיצור, הוראת סעיף 22(ב) מחילה סמכות שברשות וסמכות שבחובה ביחס להתפטרות ראש הממשלה כמוסבר, אך אינה מגדרת את שיקול-דעתו הייחודי, אשר יידון בהמשך.⁶⁵ בית-המשפט התייחס לסוגיה זו בעבר. ההלכה היא כי ראש הממשלה, כמו יתר חברי הממשלה, הוא נאמן הציבור.⁶⁶ מכאן שהשיקול העיקרי בהפעלת הסמכויות של

61 ראו לעיל ה"ש 4.

62 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 461–462.

63 פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 176–177.

64 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 457–459.

65 בג"ץ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 682 (2001) (להלן: פרשת יקותיאלי); פרשת שרון, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

66 חובת נאמנותו של ראש הממשלה למלא באמונה את תפקידו קבועה בהצהרת האמונים שהוא נותן. ראו פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 430–431.

הממשלה ושל ראש הממשלה הוא האינטרס הציבורי.⁶⁷ מחובת נאמנות זו נגזרת ההלכה שלפיה שיקול-דעתו של ראש הממשלה יוגבל למתחם סבירות, כמו פעולתה של כל רשות שלטונית, והחלטותיו צריכות להתקבל בהגינות, ביושר ומתוך שיקולים ענייניים בלבד, אם גם תוך שקילת שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים סבירים המייחדים את ראש הממשלה.⁶⁸ חובת הנאמנות בהוראת סעיף 22(ב) מקרינה, בתוך כך, גם על מרחב שיקול-דעתו מחוץ לגדרי סעיף 22. כך בפרט ביחס לשיקולים בדבר פסילתו של כל חבר ממשלה שהוא, ובכלל זה של ראש הממשלה, כמשמעם של השיקולים המקופלים בסעיף 19, שהוא ההסדר הראשי בענייננו.

אם תידרש התערבות שיפוטית לעניין חומרת העברות, יקבע בית-המשפט את מהות העברות ואת אופי הנסיבות המחייבות ראש ממשלה להתפטר או להיות מועבר מתפקידו בהכרעה שיפוטית. במסגרת זו, גם הימנעותו של ראש הממשלה מהפעלת סמכותו להתפטר עשויה להיחשב, כנטען, אי-סבירות קיצונית המחייבת התערבות שיפוטית.⁶⁹ ומן הכלל אל הפרט – במקרה של סירוב של ראש ממשלה לפעול בהינתן נסיבות חמורות דיין, שיידונו בהמשך, יתקיים הבסיס העיוני שיאפשר לבית-המשפט להעביר את ראש הממשלה מתפקידו גם לפני הרשעתו בפסק-דין חלוט.⁷⁰ מסקנה זו מחייבת התייחסות למתח העיוני בין כתב אישום עם קלון לבין עברות חמורות ללא קלון, במסגרת דיני האיזון המייחדים את שאלת העברתו של ראש ממשלה מתפקידו.

ג. ההיבט המהותי: הפגיעה האנטי-רובנית בדמוקרטיה מידתית

1. מרחב ההתערבות בשיקול-הדעת

חוק-יסוד: הממשלה קובע כי כשירותו של נבחר ציבור לתפקיד שר נשללת לאחר הרשעה בהליך פלילי. ודוק, החוק אינו קובע במפורש כי יש בכך כדי למצות את התנאים להפרכת

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

68 פרשת פנחס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 457-468; פרשת יקותיאל, לעיל ה"ש 65, בעמ' 682; פרשת שרון, לעיל ה"ש 4, 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) (להלן: פרשת מרכז הקבלנים); בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28, 33 (1990) (להלן: פרשת דקל). לעניין השיקולים הפוליטיים המותרים ראו פרשת שרון, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא ברק; פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 427.

69 זאב סגל "משפט ואתיקה – בין תרבות שלטון לשלטון המשפט" הפרקליט מח 244, 251 (2004) (להלן: סגל "משפט ואתיקה"); חיים ה' כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב 265, 279-280 (1994) (להלן: כהן "כשרותם של משרתי ציבור").

70 סגל "משפט ואתיקה", לעיל ה"ש 69.

תנאי הכשירות לכהונתו של נבחר ציבור לתפקיד ציבורי.⁷¹ לשון החוק מורה, משכך, כי הרשעה בפלילים היא רק אחת הדרכים שיש 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.⁷² עמדת בית-המשפט העליון, כפי שהתקבעה לאורך שנים, היא שהסדרים בעניין כשירות אינם מהווים "הסדר שלילי" באשר לשיקול-הדעת, בבחינת "כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד".⁷³ הכוונה היא שיש מבחן פורמלי אבל יש גם שיקולים ערכיים-מוסריים שיש לשקלם לפני 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".⁷⁴ קרי, ככל שנתרחק מלשונו של החוק ומהגבולות של המחוקק המשתקפות בו, לא בנקל תינקט התערבות שיפוטית בשיקול-הדעת בדבר המינוי או הפסקתו. הוא הדין, בפרט, כאשר הסוגיה היא חובת התפטרותו של ראש הממשלה עצמו לאור סעיפים 19 ו-22(ב) לחוק-היסוד, המתירים כנטען סמכות שבחובה, ולא רק סמכות ברשות. במקרים אלה ברי כי יקשה במיוחד למצוא טעם וצידוק להתערב "בשיקול-דעתו של ראש-הממשלה במסגרת סמכותו".⁷⁵ 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 לפני הרשעתו. זאת ועוד, בשוקלו את מכלול השיקולים במקרה כזה, על בית-המשפט לתת דעתו לחשש שמא ראש הממשלה יעשה שימוש לרעה במעמדו לנוכח ההליך המשפטי נגדו, ובפרט לחשש מפגיעה של ראש הממשלה במערכת אכיפת החוק הפועלת נגדו. החשש לניצול מעמדו הייחודי לרעה מתעצם לנוכח העובדה שראש הממשלה אינו מוגבל למשרד ממשלתי מסוים, מה שמעלה אולי את הצורך להחמיר את תנאי הכשירות לכהונתו של ראש הממשלה בתפקידו לאחר גיבוש כתב אישום נגדו.

תנאי הפסלות שבבסיס שיקול-הדעת הערכי-המוסרי בדבר פסילתם של נבחר ציבור מראש או בדיעבד על-סמך כתב אישום לפני הרשעה התבססו ברבות השנים כדין נהג.⁷⁶ עיקרון זה התפתח בארבעה רבדים. ראשית, בית-המשפט הכיר באפשרות לפסול מכהונה ציבורית אנשים שהוחלט להעמידם לדין פלילי, עוד בשלב שבו טרם הוכחה אשמתם.

71 פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין: "גבולות הכשירות שתחמה הרשות המכוננת אינם בלתי רלוונטיים לבחינת שיקול-דעתו של ראש-הממשלה".

72 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 846.

73 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 457; פרשת פתח-תקוה, לעיל ה"ש 41; פרשת שמעון, לעיל ה"ש 41; פרשת מחפור, לעיל ה"ש 41; פרשת שגב, לעיל ה"ש 41; פרשת עבד, לעיל ה"ש 41; פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6.

74 פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין; פרשת הנגבי השלישית, לעיל ה"ש 35, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

75 שם.

76 כהן "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 69, בעמ' 280.

בפרשת **גולד**, משנות השישים,⁷⁷ נדונה השאלה אם שר הפנים רשאי לסרב לתת תעודת עולה בשל "עבר פלילי" לאדם שהואשם אך טרם הורשע בדין. השופט זוסמן הביע את עמדתו בעניין בחיוב, בקובעו כי חזקת החפות היא "עקרון ידוע מדיני הרפואות... ותו לא", אשר "אינו קובע... כי רשות מינהלית החייבת להשתכנע בעברו של אדם אינה מוסמכת לקבוע שיש לו לאדם עבר פלילי אלא אם הורשע בדין".⁷⁸ עמדה זו קובעה על-ידי הנשיא שמגר, בפוסקו, בהלכת **דרעי**, כי "כתב האישום אינו פסק-דין", אבל "יש נסיבות שבהן 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".⁷⁹ לימים אימץ השופט ברק את עמדתו של השופט זוסמן,⁸⁰ בפוסקו ברוח זו בפרשת **פנחסי** כי "אין צורך בהרשעה פלילית" לביסוס פעולה שלטונית של הפסקת כהונה, ובלבד שלפני הרשות השלטונית הפועלת מכוח הוראות חוק-יסוד: הממשלה קיימת ראיה "אשר בשנים לב לנסיבותיה היא כזו אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה...".⁸¹

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 נגדם משפט פלילי. כך נפסק בעניינם של יוסי גנוסר ואהוד יתום, שהיו מעורבים בפרשת **קן 300**.⁸² **שלישית**, העיקרון הוחל בהרחבה לגבי אנשי ציבור שנפתחה בעניינם חקירה פלילית אך הוחלט לאחרי-מכן לא להעמידם לדין. כך, למשל, בעניין החקירות הפליליות בפרשת השר צחי הנגבי שלא התגבשו לכלל הגשת כתב אישום.⁸³ **רביעית**, באופן המרחיב ביותר, בחינת ערכיותו ומוסריותו של נציג ציבור נערכת, תוך שימוש בנוסחת איזון, גם כאשר לא הוחל בחקירה פלילית או משמעתית נגד המועמד בגין התנהגות המעלה חשד לחריגה מן החוק.⁸⁴ לשון קיצור, במישור העקרוני ההלכה היא כי התנהגות של נבחר ציבור שנפל בה דופי, אפילו כאשר היא אינה עולה כדי עברה פלילית, עשויה להיות חמורה דייה (עניין שיידון בהמשך) להוביל לכך שיהא זה בלתי-סביר באופן קיצוני לאפשר לו להמשיך בכהונתו הציבורית או למנותו לתפקיד ציבורי.⁸⁵

77 בג"ץ 94/62 **גולד נ' שר-הפנים**, פ"ד טז 1846 (1962) (להלן: פרשת **גולד**).

78 שם, בעמ' 1856.

79 פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 422-423.

80 פרשת **גנוסר**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 271; פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 468-470.

81 פרשת **פנחסי**, שם, בעמ' 468. ראו גם אביגדור קלגסבלד "תפקיד ציבורי, 'עבר פלילי' וראיה מנהלית" **המשפט** ב 93, 94 (1994).

82 פרשת **גנוסר**, לעיל ה"ש 29; פרשת **קן 300**, להלן ה"ש 147.

83 פרשת **הנגבי השנייה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 851; פרשת **אמונה**, לעיל ה"ש 30, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

84 פרשת **הנגבי הראשונה**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 65.

85 שם; פרשת **אמונה**, לעיל ה"ש 30, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

לכד מהנטל הרובץ על הפוגע בערך מוגן, על בית-המשפט להיצמד אך לאותה מטרה ראויה לשמה של שמירה על אמון הציבור במערכת השלטון, וכן עליו לבחון מהי מידת נחיצותה של אותה מטרה.⁸⁶ דהיינו, מטרה, ראויה ככל שתהא, אל לה לשמש אמצעי לפגיעה בערך מוגן מקום שהיא אינה נחוצה או שנחיצותה אינה עניין שבדחיפות. פרוץ אהרן ברק מציג שלוש רמות של נחיצות, והן נחיצות ברף הגבוה ("מטרה חיונית"), נחיצות ברף הבינוני ("מטרה חשובה") ונחיצות ברף הנמוך ("מטרה לגיטימית").⁸⁷ כך, למשל, לא הרי נחיצותה של המטרה להתמודד עם "גירעון תקציבי קיצוני", שהיא מטרה חשובה או חיונית, כהרי נחיצותה של מטרה שבבסיסה חיסכון סטנדרטי, שהיא לכל-היותר מטרה חשובה.⁸⁸ אין לכחד כי אפשרות העברתו של ראש ממשלה מתפקידו על בסיס כתב אישום לפני הרשעתו מהווה פגיעה בעיקרון הדמוקרטי, הנשען על האינטרס הרובני, וכן פגיעה בחזקת החפות, העומדת לו כמו לכל אדם. לא בכל תרחיש שבו ראש ממשלה מואשם בעברה חמורה דייה תהא הפגיעה בערכים המוגנים מוצדקת. ההכרעה בעניין טמונה, בין היתר, ברף הנחיצות שבצידוק הפגיעה. הנשיא גרוניס, בדעת מיעוט בפסק-הדין בעניין אומ"ץ, שניתן כשבעה ימים לפני מועד הבחירות לרשויות המקומיות, קבע כי יש להמתין לפסק-דינו של הבוחר, ורק אז יהא ראוי לבחון את אמון הציבור בהליך הבחירות עצמן.⁸⁹ הנה כי כן, לא הרי נחיצות הפעולה הנדרשת נגד ראש ממשלה תחת כתב אישום סמוך למועד בחירות לכנסת כהרי נחיצות הפעולה הנדרשת לאחר בחירות לכנסת ובראשית כהונתו כראש ממשלה ולפני שגובש כתב אישום כאמור. בתוך כך תיבחן מידת הפגיעה בעיקרון הרובני בהתייחס גם להסתמכות הציבור על חזקת הכשירות וחזקת החפות של נבחריו. בפרט, במקרה שבו בהליך בחירות יניח ציבור הבוחרים שלא תלוי ועומד כתב אישום נגד מי מנבחריו, תהא הפגיעה בעיקרון הרובני פחותה אם בדיעבד יוגש כתב אישום נגד נבחר ציבור שימונה אז לראש ממשלה. פגיעה חמורה יותר בעיקרון הרובני תתרחש מקום שיהא ידוע לציבור הבוחרים, לקראת הליך בחירות לכנסת, כי נגד מי מנבחריו תלוי ועומד כתב אישום, ותרחיש-קיצון זה עשוי לצמצם במידה מהותית את מרחב שיקול-הדעת במסגרת דיני האיזון לבחינת חזקת הכשירות. ודוק, גם תרחיש זה כשלעצמו אינו צריך לאיין מעיקרו הדחה שיפוטית, וזו ממילא תיבחן בראי הערך המוגן במכלול הנסיבות, כמפורט להלן.

2. הערך המוגן

- 86 אהרן ברק מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 108 (2017) (להלן: ברק עיונים חוקתיים).
 87 שם.
 88 מישל נגר "מידתיות במשפט הקנדי" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 226, 261 (מרדכי קרמניצר עורך, 2016).
 89 פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 247.

יש שני ערכים מוגנים מרכזיים שפגיעה בהם עשויה להיות מוצדקת במסגרת החלטה להעביר ראש ממשלה מתפקידו על רקע כתב אישום בטרם הורשע: האחד עוסק באינטרס הציבורי המוגשם ברצון הרוב, כעולה מהליך הבחירה הדמוקרטי; והאחר עוסק בראש הממשלה עצמו בראי חזקת חפותו בטרם הורשע בפסק-דין חלוט. צידוק לפגיעה בערכים המוגנים ימצא רק כאשר אי-הפסקת הכהונה תיחשב בלתי-סבירה במידה קיצונית עד כדי יצירת צורך בהתערבותו של בית-המשפט.⁹⁰ בלשון הנשיא שמגר בהלכת דרעי, פגיעה בערכים אלה תוצדק שכן "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי-הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצונית".⁹¹ בנסיבות כאמור, כל שיקול אחר חייב להידחות מפני הצורך להפסיק את כהונתו.

(א) העיקרון הדמוקרטי

רצונו של הרוב, אשר מקפל בחובו את העיקרון הדמוקרטי, מהווה עקרון-יסוד בשיטת המשפט בישראל. לפי עיקרון זה, כל התערבות ברצונו של הבוחר – למשל, על-ידי הדחתו של נבחר הציבור על-סמך המיוחס לו בכתב אישום – כמוה כפגיעה בעקרון הייצוגיות, שמטרתו לאפשר לציבור להיות מיוצג לפי בחירתו.⁹² בית-המשפט אף הכיר בכך שלעיתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם "שאינו מופת להליכות נאות".⁹³ העיקרון הדמוקרטי קובע במקרה זה כי הציבור אחראי לאתיקה של הרשות המנהלית, כמו-גם ליעילות ולתבונה של ההחלטה המנהלית, אך האחריות לחוקיות מופקדת בידי בית-המשפט.⁹⁴ נבחר ציבור, כשמו כן הוא, הוא מי שנבחר בהליך דמוקרטי על-ידי הציבור במטרה שייצגו. נבחר הציבור חב נאמנות לבוחריו, וכל עוד אלה חוזרים ובוחרים בו וכך מביעים בו את אמונם, נקבע כי בעיקרון אין לסכל את רצונם, וידו של רצון הבוחר תהא על העליונה.⁹⁵ ביסוד הסמכות הנתונה להעביר נבחר ציבור מכהונתו ניצב השיקול

90 כהן "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 69, בעמ' 279–280.

91 פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 424.

92 ממשלות בישראל הן לרוב קואליציות של סיעות שונות המייצגות כמה מפלגות שהתמודדו בבחירות לכנסת במסגרת שיטת הבחירות היחסית בישראל, כקבוע בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ראו בכלליות בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 359–360 (1990).

93 פרשת אור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 190. ראו גם פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 428, בפסק-דינו של השופט גולדברג ("מירקם החיים הציבוריים אינו נפגע עקב כך כי נתמנה שר או סגן שר אשר אינו ניחן בתכונותיהם של אנשי מעלה, או שאינו מתאים לתפקידו").

94 פרשת ז'רז'בסקי, לעיל ה"ש 67, בעמ' 764; פרשת פנחס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 464; פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 61; יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז 250 (1987).

95 פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 243; כהן "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 69, בעמ' 276; סוזי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433 (2000) (להלן: נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור").

של הבטחת אמון הציבור בממשלה ובשלטון הנבחר.⁹⁶ ככל שהמשרה רמה יותר, קבע בית-המשפט, כן משקלו של שיקול אמון הציבור בנציגיו בשלטון כבד יותר.⁹⁷ מאידך גיסא, ככל שמשרתו של איש הציבור רמה יותר, גם הפגיעה בערך המוגן הגלומה בהעברתו מתפקידו חמורה יותר.⁹⁸ הנשיא גרוניס בפרשת **אומ"ץ** נתן הד לקושי זה. על רקע סמיכותו של מועד הבחירות לרשויות המקומיות, העדיף לבסוף הנשיא גרוניס את העיקרון הדמוקרטי ונמנע מלהורות על העברת ראשי הערים מתפקידם.⁹⁹ הנשיא גרוניס, בדעת מיעוט בעניין זה, העניק חשיבות מכרעת לעצם העובדה שמדובר בנבחר ציבור שנבחר למשרתו במישרין.¹⁰⁰

בפסקי-הדין שעסקו בחובתו של ראש הממשלה להפעיל את סמכותו למנוע כהונה של חברי ממשלה שהואשמו בעברות חמורות שיש עימן קלון, ביסס בית-המשפט את החובה האמורה על כך ש"אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית".¹⁰¹ בית-משפט קבע עוד כי אמון הציבור במערכת השלטון הוא "עיקר העיקרים".¹⁰² בהתאמה, המונח "אמון הציבור" נאמר כנשימה אחת עם המונח "האמנה החברתית", שהיא הבסיס לחיים המשותפים, לפי בית-המשפט. דהיינו, לגישתו של בית-המשפט, האמנה החברתית הינה הקבלה לאמון הציבור במערכת השלטונית; משאבד האמון במערכת השלטון, אין עוד אמון באמנה החברתית.¹⁰³

ודוק, סוגיית אמון הציבור מצויה בבסיס הביקורת על גישתו של בית-המשפט ביחס לצידוק ההדחה השיפוטית של נבחר ציבור, כמוסבר.¹⁰⁴ לביקורת זו יש כמה מענים, שייסקרו כאן בתמצית. ראשית, יושם אל לב כי התיאוריה החוקתית מציעה חלוקה בין שני סוגים של אמון ציבור, ובכוחה של חלוקה זו להפיג את הביקורת, ולו באופן חלקי. שני הסוגים של אמון הציבור, המתקיימים בצוותא חדא, הם אמון ציבור **מסוים**, הנוגע בסוגיה

96 פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 461.

97 שם, בעמ' 471.

98 ע"פ 332/01 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נז(2) 496, 541–542 (2003).

99 פרשת **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 33, פס' 1–3 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

100 שם, בעמ' 249.

101 פרשת **גנוסר**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 266.

102 פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 422.

103 פרשת **אור**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 193; כהן **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 416. השופט חיים כהן מציין באופן דומה כי אמון הציבור אינו אלא מטפורה שתכליתה אינה אלא השאיפה לרמה נאותה של מוסר, דמוקרטיה ושלטון החוק.

104 ראו, למשל, Dotan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 730; פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 507.

נדונה,¹⁰⁵ ואמון ציבור כללי, שהינו ארוך-טווח ורחב בהיקפו.¹⁰⁶ במענה לביקורת, חשיבותו של אמון הציבור גלומה בעיקר בכיסוסו של אמון הציבור מהסוג הכללי, וזאת משני טעמים. האחד הוא שגם אם אמון הציבור המסוים עשוי להיחלש, אמון הציבור הכללי עשוי להמשיך להתקיים, ולגבור על פגיעות נקודתיות באמון הציבור המסוים.¹⁰⁷ משכך, 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.¹⁰⁸ הטעם השני הוא שסקרי אמון ציבור לוקים ככלל בקשי מיוח ומסגור ובסוגי הטיות נוספים גם במישור המדעי.¹⁰⁹ ביטוי לקושי בהערכת אמון הציבור ושאלת סיבתיות עולה מהיסק שמציע פרופ' דניאל פרידמן ביחס להדחתו השיפוטית של השר דרעי שלפיו "הפלתו של דרעי, לא רק שלא חיזקה את אמון הציבור בשלטון, אלא גררה פגיעה אנושה באמון הציבור בבתי המשפט ובמערכת המשפט".¹¹⁰ פרידמן מוסיף ומסיק כי "ביטוי אחר למחיר הזה היה פוליטי: התחזקות דרמטית של הימין".¹¹¹ ודוק, התערערות אמון הציבור עובר לאישור הסכמי אוסלו בכנסת במהלך שנות התשעים,¹¹²

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

James L. Gibson, *Public Images and Understandings of Courts*, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 828, 837 (Peter Cane & Herbert Kritzer eds., 2010).

Barry Friedman, *Mediated*; 638–636 בעמ' 105, לעיל ה"ש 105, Caldeira & Gibson 107 *Popular Constitutionalism*, 101 MICH. L. REV. 2596, 2614–17 (2003).

Caldeira & Gibson, לעיל ה"ש 105, בעמ' 637; Gibson, Caldeira & Spence 108 Robert H. Durr, Andrew D. Martin & Christina 361, 357–354 ר' 364–363; 105 בעמ' Wolbrecht, *Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court*, 44 AM. J. POL. SCI. 768 (2000); Jeffery J. Mondak & Shannon Ishiyama Smithey, *The Dynamics of Public Support for the Supreme Court*, 59 J. POL. 1114 (1997).

GEORGE F. BISHOP, THE ILLUSION OF PUBLIC OPINION: FACT AND ARTIFACT IN AMERICAN PUBLIC OPINION POLLS 8–17, 58–59, 138–48 (2005).

פרידמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 510–511. פרופ' פרידמן מציין ברוח זו כי "המשפט גרר ניכור חריף של ציבור גדול, שאיבד את האמון במערכת המשפט, וחיזק את התחושה שקיימת בה אפליה כנגד מנהיגי עדות המזרח". שם, בעמ' 510–511.

שם, בעמ' 511.

112 על רקע קריסתה של ועידת קמפ-דייוויד לשלום במזרח התיכון בחודש יולי 2000 והאינתיפאדה השנייה, שהחלה בספטמבר 2000 ונמשכה עד פברואר 2005, פורסם לראשונה בשנת 2003 מדד הדמוקרטיה הישראלית של המכון הישראלי לדמוקרטיה, וממנו עולה כי רק 51% מהציבור נתנו אז אמון בכנסת. למעשה, הכנסת דורגה במקום האחרון מבין המוסדות ששומרים על הדמוקרטיה. 55% מהציבור נתנו אז אמון בממשלה, ו-53% נתנו אמון בראש הממשלה (ירידה של 17% לעומת שנת 2002). אשר אריאן, דוד נחמיאס,

והשפעת תהליך השלום הישראלי-פלסטיני על אמון הציבור ברשות המבצעת מאז ואילך,¹¹³ מעיבות על היסקים סיבתיים מסוימים ביחס לאמון הציבור בבית-המשפט. תחת זאת מתחדד דווקא הצורך בזהירות הנדרשת בהערכת אמון ציבור מהסוג הכללי בבית-המשפט וכן בכל ניסיון להצדיק דיאלקטיקה של ריסון שיפוטי בעטיו.

תשובה שנייה לטענה הביקורתית בדבר הפגיעה באמון הציבור הגלומה בהדחה שיפוטית של נבחר ציבור עוסקת בייחודו המוסדי של בית-המשפט. תמצית הטיעון היא כי בית-המשפט, כדעת קס סנסטין (Cass R. Sunstein)¹¹⁴ ואחרים,¹¹⁵ נהנה מעדיפות מוסדית בכל הנוגע בליבון עקרונות-היסוד החוקתיים ובהטמעתם בהחלטותיו. זאת, מכיוון שהוא מושפע פחות בהשוואה לרשויות אחרות מלחצים קצרי-טווח, ובשל יכולתו האנליטית העדיפה בהקשרה של משימה זו. אלכסנדר ביקל (Alexander Bickel) מציין את ייחודו המוסדי של בית-המשפט כך: "[C]ourts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess"¹¹⁶ על כך הוא מוסיף כי "[j]udges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar"¹¹⁷. ברוח זו מציינים מבקרים כאריאל בנדור,¹¹⁸ ליאון שלף¹¹⁹ ואחרים¹²⁰ כי בבואה לתקן את חוקי-היסוד, שבה הכנסת ופגעה בעקרון היציבות החוקתית, תוך התמקדות קצרת-רואי בשיקולים הפוליטיים שגולמו בתיקוניה אלה. כך, בפרט, תוקן גם חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1992, ומאז תוקן ברוח זו בכמה הזדמנויות נוספות. משכך, ייחודו המוסדי של בית-המשפט מתקיים גם כאשר הוא אינו תואם ברציפות את אמון הציבור המסוים, אלא נסמך על אמון ציבור כללי ארוך-טווח ורחב-היקף.¹²¹ משמעות הדבר היא שכל אימת שהדחה שיפוטית של נבחר ציבור, ואף של ראש

דורון נבות ודניאל שני מדד הדמוקרטיה הישראלית 2003 21–22 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

113 חגי סגל "כשכולם דיברו על שלום" מקור ראשון 19.8.2018 www.makorishon.co.il/magazine/dyukan/70891: "אמון הציבור בתהליך השלום ובתבונת הממשלה התכרסם והלך..."

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

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

116 שם, בעמ' 25.

117 שם.

118 אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443, 446 (1994).

119 ליאון שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט" משפטים כח 387, 388 (1997): "האמת המצערת היא, שהכנסת פועלת לפעמים בקלות-דעת כאשר היא עוסקת בחקיקת חוקי-יסוד".

120 ראו אליקים רובינשטיין נתיבי משפט וממשל 86–91 (2003).

121 לדיון בתיאוריות חוקתיות בדבר משקלה הנמוך יחסית של דעת-הקהל בפסיקת בתי-המשפט בדין האמריקאי ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 114, בעמ' 125–140; BICKEL, לעיל ה"ש 115.

ממשלה, תיעשה תוך בחינת שיקולים ארוכי-טווח ורחבי-היקף המייחדים את ההליך השיפוטי, יהא בכוחם של שיקולים אלה להפחית – ואף לבטל ברבות הימים – את הביקורת הציבורית שתוטח בו סמוך להחלטתו, ולהשיב את אמון הציבור הכללי בו לקדמותו.

מענה שלישי לביקורת על הפגיעה באמון הציבור בענייננו הוא כי הלגיטימיות המוסדית הנובעת מאמון הציבור בבתי-המשפט ראוי שתישען על מומחיותם המשפטית של השופטים, ולא על ההסכמה הציבורית המתבטאת דווקא באמון הציבור.¹²² כך, הדין המהותי בראי הלכת **דרעי-פנחסי** מצדיק את בחינת סמכות-הרשות של ראש הממשלה – לצד סמכותו שבחובה – להעביר מתפקידם שרים, כולל אותו עצמו, לפני הרשעתם, כנטען במאמר זה. עצם החשש מפגיעה באמון הציבור אינו צריך להעלות או להוריד לעניין מסקנה זו.

ניתוח חוקתי השוואתי אמריקאי מעיד, ברוח זו, כי ריכוז כוח שיפוטי בידי מערכת המשפט לא הוביל תמיד כשלעצמו לתגובת-נגד מצד הרשות המבצעת.¹²³ תומס מרשל¹²⁴ וחוקרים אחרים¹²⁵ מוסיפים כי שימוש מאוזן בכוח השיפוטי מצד בית-המשפט העליון האמריקאי לאורכה של המאה העשרים הצליח, כמכלול, לשקף נאמנה את דעת-הקהל האמריקאית, אם כי גם שם – כדעת המבקרים, ואפילו לדעת מרשל בממצאיו הלא-אחידים – סטתה לעיתים הפסיקה מדעת-הקהל.¹²⁶ הניסיון לאמוד אמפירית את מידת

Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13, 15 (2013); DAVID M. ESTLUND, *DEMOCRATIC AUTHORITY: A PHILOSOPHICAL FRAMEWORK* 3–4 (2008); CHRISTOPHER L. EISGRUBER, *CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT* 1–3 (2001): "Most scholars and judges 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, 245–47, 250 (2011).

J. Mark Ramseyer, *The Puzzling* , לעיל ה"ש 6, בעמ' 706–707. אבל ראו Dotan 123 *(In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. LEGAL STUD. 721 (1994).

THOMAS R. MARSHALL, *PUBLIC OPINION AND THE REHNQUIST COURT* (2008); Thomas 124 R. Marshall, *Public Opinion and the Rehnquist Court*, 74 JUDICATURE 322 (1991) ראו Thomas R. Marshall, *Public Opinion, Representation, and the Modern Supreme Court*, 16 AM. POL. RES. 296, 310–11 (1988) (להלן: *Representation*). תוצאותיו של מחקר זה מראות כי קרוב לשלוש חמישיות מפסיקותיו של בית-המשפט העליון האמריקאי משקפות את עמדת הציבור הרחב.

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) 125

Charles H. Franklin & Liane C. Marshall ראו 126 על ממצאיו האמפיריים של *Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion*, 83 AM. POL. SCI. REV. 751 (1989) (המציגים ממצאים מדויקים יותר לעניין המחלוקת בין מתנגדי ההפלות לבין תומכיהן בפרשת *Roe v. Wade* משנת 1973); Timothy R. Johnson & Andrew D. Martin, *The Public's Conditional Response to Supreme*

אמון הציבור בבית-המשפט העליון האמריקאי מעלה בכירור את הצורך בזהירות בבואנו להסיק מסקנות מהממצאים, שאינם אחידים או חד-משמעיים. כך, לגבי אמרתו המוכרת של ג'רלד גונתר (Gerald Gunther) ביחס לבית-המשפט העליון הפדרלי בארצות-הברית שלפיה על בית-המשפט לבכר "the 100 percent insistence on principle, 20 percent of the time"¹²⁷ ספק אם הסתייגותו של גונתר מעשית או מועילה בהקשר הנדון בענייננו, הנסב סביב המאבק בשחיתות השלטונית והדחתם השיפוטית של נבחרי ציבור, ובפרט של ראש ממשלה, במה שבבסיסו מהווה עניין לאמון ציבור מסוים, ולא לאמון ציבור כללי. יושם אל לב, הממצאים האמפיריים ביחס לאמון הציבור בבית-המשפט העליון הפדרלי האמריקאי, על חוסר האחידות שבהם, ממילא נשענים על המשטר הדמוקרטי הנשיאותי במדינה זו, שבה הנשיא עתיר הסמכויות נבחר ישירות על-ידי העם, מחד גיסא, וקיים מנגנון חוקתי המאפשר לקונגרס להדיח פקידי ממשל, ובכלל זה את נשיא ארצות-הברית, בעקבות פשעים שביצעו לכאורה (impeachment), מאידך גיסא.¹²⁸ עניין זה מקשה עוד יותר ללמוד גְּרָה שווה על הערכת אמון הציבור בבית-המשפט בשיטת הממשל בישראל בהקשר שבו עסקינן, מה-גם שממילא הערכת אמון הציבור בבית-המשפט העליון בישראל אינה אחידה או שיטתית כשלעצמה.¹²⁹

Court Decisions, 92 AM. POL. SCI. REV. 299 (1998) (ממצא שלפיו אמון הציבור פוחת בפסקי-הדין המשמעתיים בתחום עונש המוות ובתחום ההפלות); Brandon L. Bartels & Diana C. Mutz, *Explaining Processes of Institutional Opinion Leadership*, 71 J. POL. (2009) 249. לממצאים המאששים את דבר קיומה של תגובה חריפה נגד בית-המשפט העליון בארצות-הברית ראו Joseph Daniel Ura, *Backlash and Legitimation: Macro Political Responses to Supreme Court Decisions*, 58 AM. J. POL. SCI. 110 (2014); David Fontana & Donald Braman, *Judicial Backlash or Just Backlash? Evidence from Marshall, Public*, 112 COLUM. L. REV. 731 (2012) *a. National Experiment*. ראו גם Opinion, Representation, 38% מהפסיקות שנבדקו לא עלו בקנה אחד עם עמדת הציבור. בפרט, במאמר *Opinion and the Rehnquist Court*, לעיל ה"ש 124, בעמ' 300. אף מרשל עצמו מסתייג ומציין כי 38% מהפסיקות שנבדקו לא עלו בקנה אחד עם עמדת הציבור. בפרט, במאמר *Opinion and the Rehnquist Court*, לעיל ה"ש 124, בעמ' 323, Fig. 1, מרשל מציג חמישה פסקי-דין מרכזיים של בית-המשפט הפדרלי העליון מתקופתו של נשיא בית-המשפט Rehnquist אשר לא זכו באמון הציבור.

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) 127

128 בית-הנבחרים האמריקאי הוא בעל הסמכות הבלעדית להדחה, וזו תיושם בפועל לאחר קיום משפט בסנט. בארצות-הברית שר המשפטים ממונה כמפקח על המשפט בהליך הדחתו של נשיא. ראו U.S. CONST. art. I, § 2 (ביחס לסמכותו של בית-הנבחרים); U.S. CONST. art. I, § 3 (ביחס לסמכות הסנט ולסמכותו של שר המשפטים); Stephen B. Presser, *Article I*, in *THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION* 55 (David F. Forte & Matthew Spalding eds., fully rev. 2nd ed. 2014). יושם אל לב, מאידך גיסא, כי בפסק-דינו של בית-המשפט העליון הפדרלי בעניין *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 238 (1993) נקבע כי סמכות הסנט להדיח נשיא הנאשם בפשעים לפני הרשעתו אינה שפיטה.

129 לעניין אי-האחידות בהערכת אמון הציבור בבית-המשפט העליון בישראל ראו תמר הרמן, אור ענבי, אלה הלר ופאדי עומר *מדד הדמוקרטיה הישראלית 2018* 94–95 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018), המצביעים על מגמה מעורבת בקטגוריה "אמון רב או די רב": עלייה

משכך, חרף הקושי הכרוך בפגיעה באמון הציבור בהעמדתם לדין או בהדחתם השיפוטית של נבחרי ציבור, עשויות להיווצר נסיבות שבהן עקרון שלטון החוק וטוהר המידות יטו את הכף לטובת הכרעה שיפוטית. כך, כאשר הרצון של הבוחר, או של נציגיו בפרלמנט, פוגע באופן חמור בזכויות-יסוד, בזכויות מיעוטים או בכללי המשחק הדמוקרטי, ייסוג העיקרון הדמוקרטי המגולם בהגשמת רצון הרוב.¹³⁰ זאת, במסגרת ד' אמותיו של עקרון שלטון החוק וטוהר המידות, וכחלק מהמאבק העיקש בשחיתות השלטונית בישראל. היסודות הדמוקרטיים כוללים במתווה זה לא רק היבט פורמלי של קיום בחירות ושלטון הרוב באמצעות נציגיו שנבחרו בבחירות, אלא גם יסודות של דמוקרטיה מהותית, שעניינה הגנה על ערכי-יסוד וזכויות אדם ואזרח.¹³¹ דמוקרטיה, כדברי הנשיא ברק, מקפלת בתוכה "איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב".¹³² שהרי לצד ערכיה של הדמוקרטיה הפורמלית מונחים ערכיה של הדמוקרטיה המהותית.¹³³ משמעות הדברים היא שהיבטי דמוקרטיה פורמלית הינם תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק. בית-המשפט שב ופסק כי ביקורת שיפוטית אינה מוגבלת רק לשמירת עקרון הייצוגיות והשוויון בהשתתפות בדמוקרטיה ייצוגית, בהיות הדמוקרטיה "גם הליך וגם תוכן".¹³⁴

הגשמת רצון הרוב שבבסיס העיקרון הדמוקרטי היא כאמור הערך המוגן המרכזי בשאלת העברתו של ראש ממשלה מתפקידו, אף שהוא אינו נבחר בבחירה ישירה. תחת זאת, חוק-יסוד: הממשלה קובע כי את הממשלה ירכיב חבר הכנסת שעליו הוטלה משימת הרכבתה של הממשלה על-ידי נשיא המדינה.¹³⁵ לשון החוק אינה מרחיבה, אולם

לשיא של 76% בשנת 2004, צניחה לשפל של פחות מ-50% בשנת 2008, עלייה ל-73% בשנת 2012, ושוב ירידה עד לשנת 2018. אולם ראוי, כנגד זה, ערן ויגודה-גדות, ניסים כהן ושלמה מזרחי **ביצועי המגזר הציבורי בישראל: ניתוח עמדות אזרחים והערכת מצב לאומית (2016)**, 29, 64 (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, אוניברסיטת חיפה, והמחלקה למנהל ומדיניות ציבורית, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, נייר עבודה מס' 15, 2016), הקובעים – בחוסר הלימה עם ממצאי המכון הישראלי לדמוקרטיה ביחס לשנים 2008–2016 – כי "האמון שנותן הציבור במערכת המשפט, ובמיוחד בבית המשפט העליון, גבוה ונמצא בשיאו בהשוואה למדדי כל השנים הקודמות".

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

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

132 שם, בעמ' 423.

133 שם; בג"ץ 5131/03 **יושב-ראש סיעת יהדות התורה 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) 865, 878 (2005).

134 בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, 720 (2006) (להלן: **פרשת חוק הגיוס**); **פרשת גנוסר**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 264–265.

135 ס' 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

הפרשנות המקובלת היא לראות את הסעיף כמסמיך את חבר הכנסת שיש לו מירב הסיכויים להרכיב ממשלה.¹³⁶ משהתגבשה ממשלה, העומד בראש המפלגה הגדולה הוא המנהל אותה. אולם בכך לא סגי, שכן הפגיעה בערך המוגן הייחודי לראש ממשלה נבדלת באזנה הן את העיקרון הדמוקרטי והן את עקרון שלטון החוק. מחד גיסא, בבחינת העיקרון הדמוקרטי, משנבצר מהעומד בראשות הממשלה למלא את תפקידו, הממשלה כולה עשויה להיראות כמי שהתפרקה,¹³⁷ שהרי לגישת המחוקק אין לממשלה קיום בלא העומד בראשה.¹³⁸ משכך, במובחן מעניינם של שאר נבחרי הציבור, וביניהם השרים וסגניהם, העברה של ראש ממשלה מתפקידו, ובעקבותיה התפרקות הממשלה, כמוה כהתערבות חריגה ברצונו של הבוחר.¹³⁹ מאידך גיסא, בראי עקרון שלטון החוק, בעוד אובדן אמון הציבור בכללותו בטוהר המידות של חברי ממשלה בצילו של הליך אתי או פלילי מהווה כשגרה רקע לבחינת פסילתם על-ידי העומד בראשה, אובדן אמון ציבורי בראש ממשלה שקופת שרצים תלויה מאחוריו ייבחן ביסודו של דבר בהכרעת הרוב בבחירות.¹⁴⁰ עולה, אם כן, שהעיקרון הדמוקרטי הינו עיקרון מוגן ייחודי ובעל משקל רב ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו. בהיפוכם של דברים, בלא התערבות שיפוטית, ככל שמתחזק האינטרס הרובני, וראש הממשלה במרכזו, כן הפיקוח המשפטי עליו עלול להיחלש.

(ב) חזקת החפות

חזקת החפות מתייחסת בעיקרה להליך פלילי, המיועד לבירור חפות או אשמה. החזקה מהווה חיווי ערכי-משפטי מקדמי על אדם המואשם בביצוע עברה פלילית, והיא קובעת כי גם נבחר ציבור הוא בגדר זכאי כל עוד לא הוכחה אשמתו בהרשעה בדין.¹⁴¹ חזקה זו מהווה זכות אדם יסודית בשיטתנו המשפטית.¹⁴² ככזו היא מהווה ערך מוגן מרכזי נוסף ביחס לסוגיית העברתו של ראש ממשלה מתפקידו לפני הרשעתו. לבד מתכליתתה של חזקת החפות למנוע ענישה לפני הרשעה, ובכלל זה למנוע תחושת עוול, רדיפה וחוסר-

136 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 824–825; המכון הישראלי לדמוקרטיה "תהליך הרכבת הממשלה" פרלמנט 40 (2003) www.idi.org.il/parliaments/11266/11274.

137 ס' 16, 18 (ג) 20 (ב) לחוק-יסוד: הממשלה; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 847.

138 שי בירן ותומר לוטן **מקורות הסמכות של ראשי ממשלה בישראל** 8 (עבודת-גמר בתוכנית המנהלים למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל-אביב, 2009).

139 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 847–848.

140 השווה כהן "כשרותם של משרתי ציבור", לעיל ה"ש 69, בעמ' 279.

141 ע"פ 339/80 **עדיקה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 106, 112 (1980); דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 12 (1999); כהן **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 407.

142 שם, בעמ' 408; רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 33 (התשע"א).

אונים,¹⁴³ חזקת החפות מגינה על אדם מפני פגיעה בשמו הטוב ורמיסת כבודו.¹⁴⁴ הגנה זו מושגת באמצעות חיובם של גורמי אכיפת החוק, מכוח חזקת החפות, להתייחס לחשוד או לנאשם כאל חף מפשע, אף אם הראיות מצביעות אחרת,¹⁴⁵ וזאת עד לאחר הרשעה בדין.¹⁴⁶

אלא שסוגיית העברתו מתפקידו של נבחר ציבור, ובפרט של ראש ממשלה, מקיפה יותר מאשר חזקת החפות בדין הפלילי, המיישמת את עקרון הגמול וההרתעה. היא מבטאת גם את דרישת הכשירות הערכית-המוסרית לכהן במשרה שלטונית.¹⁴⁷ לתנאי הכשירות, מצידם, יש תכלית כפולה: ראשית, מניעת ניגוד עניינים, כאשר נבחר ציבור חשוד בביצוע עברות חמורות בזיקה ישירה להפעלת סמכויותיו השלטוניות; ושנית, הבטחת אמון הציבור בשלטון, אלא אם כן מתקיים מצב חירום ממשי ודוחק שבעטיו יש למנות את המועמד החשוד בשל היותו חסר תחליף.¹⁴⁸ מחוץ להליך הפלילי השפעתה של חזקת החפות מוגבלת, שכן רמת הדרישות מראיות מנהליות נמוכה מרמת הדרישות מראיות בפלילים. במישור המנהלי הרשות עשויה להסיק מסקנות על-סמך ראיות שאינן מספיקות לסתירתה של חזקת החפות בהליך הפלילי. בהקשר המנהלי העניק בית-המשפט משקל ניכר לאמון הציבור במערכת השלטון, וקבע כי על-פיו יישק דבר.¹⁴⁹ לגישתו של בית-המשפט, אמון הציבור במערכת השלטונית הוא "עיקר העיקרים",¹⁵⁰ שאם לא כן תתפורר "האמנה החברתית".¹⁵¹ אמת-המידה להערכת עוצמת הפגיעה בשלטון החוק, שעל-פיה יוכרע אם נדרשת פעולה מנהלית כגון הפסקת כהונתו של נבחר ציבור, היא "כלל הראיה המנהלית". לפי כלל זה, על-אף חזקת החפות, רשות ראשית להפסיק את כהונתו של נבחר ציבור על-סמך ראיה אשר "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה".¹⁵²

שומה אם כן על בית-המשפט לאזן בין הערך המוגן של חזקת החפות לבין השיקול של אמון הציבור בשלטון החוק. נוסחת איזון זו אינה קלה כלל ועיקר. מחד גיסא, פגיעה במשרתו של כל אדם כתוצאה מהליכי חקירה או האשמה היא קשה מנשוא. היא לעיתים

143 רינת קיטאי "פגיעה במשרתו של אדם בשירות הציבורי בשל חשד לביצועה של עבירה פלילית" **עלי משפט** ב' 107, 118–119 (2002).

144 פרשת **גולד**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1851.

145 קיטאי סנג'רו, לעיל ה"ש 142, בעמ' 53.

146 שם, בעמ' 54.

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

148 שם.

149 פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 467–468.

150 פרשת **דרעי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 422.

151 פרשת **אור**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 193.

152 בג"ץ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972). ראו גם קלגסבלד, לעיל ה"ש 81, בעמ' 94.

הרסנית יותר מאשר ענישה פלילית.¹⁵³ פגיעה כזו מטביעה בנאשם אות-קלון של עבריין בעיני הציבור, ופגיעתה בבעל משרה ציבורית יכולה "להמריץ את תהליכי השפיטה המוקדמת".¹⁵⁴ אפיונו של אדם כאמור לעיל מתחולל מעצם קיומו של ההליך, ומתעצם לנוכח התהודה התקשורתית.¹⁵⁵ כאשר מדובר בנבחר ציבור, הדימוי השלילי עלול להתעצם.¹⁵⁶ ההנחה בדבר חפותו של אדם עשויה להקשות על הציבור ליישב את חזקת החפות עם עצם פעולת החקירה או גיבוש כתב אישום נגדו.¹⁵⁷ בהקשר של נבחרי ציבור קושי זה מקבל משנה תוקף, ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בראש ממשלה. ביטוי לכך ניתן בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ויינשטיין בדבר "בדיקה מקדימה".¹⁵⁸ על-פי הנחיות אלה, מקום שהנלווין מאייש תפקיד ציבורי ועצם החקירה נגדו תהווה צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התפקודית שהוא נמנה עימה, יש להקדים בדיקה לחקירה.¹⁵⁹ ומן הכלל אל הפרט – בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל¹⁶⁰ הדגיש בית-המשפט כי סביר להניח שגיבוש כתב אישום מוטעה נגד ראש ממשלה לא רק יפגע בצדק כערך מושגי-חברתי, כפי שקורה כל אימת שאזרח מן השורה מואשם על לא עוול בכפו, אלא גם יביא בתוך כך לידי שינוי בסדרי השלטון במדינה, תוך השפעה דרמטית על כלל הציבור.¹⁶¹ על-כן, קבע בית-המשפט, הידרשות היועץ המשפטי

153 בעז אוקון ועודד שחם "הגשת כתב אישום כעילה להעברת דירקטור מתפקידו – הערה אגב הצעת חוק החברות החדש" המשפט ד 330, 329 (1998).

154 ש.ם.

155 ש.ם, בעמ' 329.

156 בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 49, 74 (2003) (להלן: פרשת נמרודי). בית-המשפט מדגיש את הפגיעה בנילווין כאיש ציבור כתוצאה מפתחת חקירה פלילית כנגדו.

157 קיטאי סנג'רו, לעיל ה"ש 142, בעמ' 48; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 855, 843 (1995).

158 "בדיקה מקדימה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.2204 (התשע"ו).

159 ש.ם, בעמ' 3–4. ראו גם פרשת נמרודי, לעיל ה"ש 156; בג"ץ 10665/05 שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.7.2006).

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

161 ש.ם.

לממשלה להליכי בדיקה מקדמיים מוצדקת,¹⁶² תוך ביצור חזקת החפות, הלכה למעשה, כלפי נבחר ציבור.¹⁶³

אולם הדין בישראל קובע כי חזקת החפות אינה מונעת נקיטת צעדים מנהליים, אף כאלה שהם בלתי-הפיקים, נגד חשוד בפשע. עם צעדים אלה נמנים מעצר, ובפרט מעצר עד תום ההליכים ומעצר מנהלי; הריסת ביתו של מחבל;¹⁶⁴ ביטול רשיון חופש של אסיר;¹⁶⁵ השעיית עובד מדינה מתפקידו;¹⁶⁶ וכן השעיית ראש רשות מקומית מכהונתו.¹⁶⁷ כך גם אין לזהות חשד לעבר פלילי עם הרשעה פלילית.¹⁶⁸ כך נפסק, למשל, בעניין שמירה על בטחון הציבור ממי שנטען לגביו כי ביצע רצח על רקע פלילי אך לא נפתח בעניינו הליך משפטי בישראל.¹⁶⁹

ומן הכלל אל הפרט – בית-המשפט הבחין בין חזקת החפות במישור הפלילי-האזרחי לבין חזקת החפות במישור המנהלי. בעוד במישור הפלילי חזקת החפות מונעת ענישה לפני הרשעה ולכן הפרכתה תדרוש התבססות על ראיות קבילות לפי הדין, לא כך הוא במישור המנהלי, מקום שמבחן הראיה המנהלית מתיר שיקול-דעת רחב.¹⁷⁰ כך פסק בית-המשפט בפרשת הנגבי השנייה, שבה נדונה עתירה להעברת השר צחי הנגבי מכהונתו כשר לבטחון הפנים אף שהיועץ המשפטי לממשלה החליט לא להגיש נגדו כתב אישום. בית-המשפט עמד על גמישותו של המבחן, בהבהירו כי הוא מאפשר לרשות המנהלית להביא בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית-המשפט, כגון עדות שמיעה.¹⁷¹ השופט חשין

162 ש.ם. השופטת פרוקצ'יה, בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 758 (2008) (להלן: פרשת קצב), מוסיפה ביחס לעלות החברתית הכרוכה בטעות בניהול הליך פלילי נגד נבחר ציבור: "מהלך-נפל בהליך פלילי נגד איש ציבור, העומד בראש מערכת שלטונית, עלול להביא לזעזוע חברתי כבד ולא יציבות בהסדרי המשטר. הוא עלול להשפיע השפעה ניכרת על ניהול מוסדות המדינה ועל תהליכים חברתיים ומשטריים שונים. הוא עלול להביא לפגיעה עמוקה במעמד המשרה והכהונה שאותן מייצגת האישיות הבכירה".

163 ש.ם; סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק", לעיל ה"ש 13, בעמ' 645–647.

164 תק' 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945; 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).

165 בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, בית הסוהר מעשיהו, שב"ס, פ"ד נה(2) 838 (2001).

166 ס' 47 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג–1963, מעניק לנציב שירות המדינה סמכות להשעות מתפקידו עובד מדינה שהוגשה נגדו קובלנה על עברת משמעת או שנפתחה נגדו חקירה פלילית.

167 ס' 19 לחוק הרשויות המקומיות.

168 בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 718 (1998).

169 ש.ם.

170 פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 910–911.

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

הטעים כי "שומה עלינו להבחין הבחין היטב בין המשיב כפרט, כיחיד, כאדם מן-היישוב, לבין המשיב כחבר הממשלה... 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 מעוון ומפשע, 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".¹⁷² עולה, אם כן, כי בהעברת חבר ממשלה מתפקידו נשללת ממנו חזקת החפות המנהלית, גם אם נותרת לו זו הפלילית.¹⁷³

יצוין כי אמצעים מנהליים לעניין חברי ממשלה שהועלו כלפיהם האשמות בעברות חמורות הוצעו זה כבר, אך טרם הוסדרו. ראשית, הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי הממשלה הציעה כי על חבר הממשלה, לרבות העומד בראשה, להשעות את עצמו מתפקידו כאשר מיוחסות לו האשמות בעברות חמורות אשר יש בהן כדי לפגוע באמון הציבור בממשלה.¹⁷⁴ שנית, המכון הישראלי לדמוקרטיה הציע, במסגרת תוכניתו למאבק בשחיתות שלטונית,¹⁷⁵ שחוק-יסוד: הממשלה יתוקן כך שייקבע בו כי ככל שיוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן, המייחס לו עברות אשר יש בצידן קלון, "יראוהו כמי שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו".¹⁷⁶ במסגרת התוכנית אף מוצע כי במצב של פתיחת חקירה נגד ראש ממשלה בעברות חמורות אשר יש בצידן קלון, תוקם ועדה לבחינת השעייתו של ראש הממשלה.¹⁷⁷

172 פרשת הנגבי השנייה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 915.

173 שם, בעמ' 950.

174 הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי הממשלה דין וחשבון 57 (2008) mishkenot.org.il/Hebrew/docs/ethics/code%20ethics-sarim.pdf (להלן: דוח הוועדה הציבורית לגיבוש כללי אתיקה).

175 דורון נבות ואח' תכנית למאבק בשחיתות השלטונית בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015)

www.idi.org.il/media/3935/a_plan_to_combat_political_corruption_in_israel_book.p
.df

176 שם, בעמ' 21.

177 שם. ודוק, דיני הנבצרות, כפי שהם מעוגנים כיום בס' 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, מוגבלים למאה ימים. הסעיף ממשיך וקובע כי לאחר פרק-זמן זה, שבו נבצר מראש הממשלה לכהן, "יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו". ס' 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה משלים את התמונה וקובע כי מקום שנבצר מראש הממשלה דרך קבע למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כמתפרקת ביום המאה ואחד לכהונתו של ממלא-מקומו. כל תוצאה אחרת שעניינה נבצרות ארוכת-טווח או אף נבצרות קבועה מחייבת את תיקונו של חוק-היסוד, כך שיינתן מענה לסוגיות הנוגעות במהות ההשעיה, בחובת המינוי של ממלא-מקום וכולי, אשר ספק אם מקומן בחוק-יסוד: הממשלה במתכונתו הנוכחית.

תחת זאת נקבע בפרשות **דרעי ופנחסי** כי שר וסגן שר אינם יכולים ככלל להמשיך לכהן לאחר שגובש נגדם כתב אישום. כשם שחזקת החפות אינה מונעת מעצר מטעמים של בטחון הציבור, כך אין היא מונעת, הלכה למעשה, את הפסקת כהונתם של שר או סגן שר רק על-סמך האשמות נגדם, בטרם ניתן פסק-דין חלוט.¹⁷⁸ מצב דברים זה עשוי להתקיים, בצוק העיתים, גם ביחס לפסילת כהונתו של ראש ממשלה לפני הרשעתו.

בפרשת **גנוסר**¹⁷⁹ התמקד פסק-הדין בהערכת עבר פלילי לצרכים מנהליים לעומת עבר פלילי לצורכי ענישה פלילית.¹⁸⁰ גנוסר לא הורשע בפלילים, אך חרף זאת נפסל מינויו למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון עקב הודאתו בעברות שונות שיוחסו לו בקשר לפרשת קו 300 במסגרת עסקת חנינה שנחתמה עוד לפני הרשעה. ודוק, ספק אם ראוי לקבוע כי פסילת המינוי במקרה זה פגעה בחזקת החפות של גנוסר, ואגב כך בזכותו להליך הוגן. בעניינו של גנוסר נמנע הליך פלילי, ומשכך הלכה למעשה נמנעה האפשרות לברר את חפותו או אשמתו. לשון אחר, חזקת החפות עומדת לאדם שמבקש להוכיח את חפותו. הימנעות מההליך כמוה כ"הסתלקות מחזקת החפות".¹⁸¹ במקרה-קצה ניתן להרחיב ולטעון כי כל אימת שתופסק כהונתו של ראש ממשלה בלא הרשעה, אפילו לאחר גיבוש כתב אישום, ספק אם עוצמת הפגיעה בערך מוגן זה תהא בלתי-סבירה במאזן השיקולים. בעניין **פנחסי**, שנסב סביב כתב אישום בגין עברות חמורות שגובש נגד סגן השר, לא התקיים הליך פלילי משום הזכות לחסינות פרלמנטרית.¹⁸² האם במקרה זה, להבדיל מעניין **גנוסר**, נפגעה חזקת החפות של פנחסי? ספק אם אלה פני הדברים. בית-המשפט קבע כי יש לראות בחוסר היכולת לברר את ההאשמות נגד סגן השר כשיקול התומך, במכלול הדברים, דווקא בהעברתו מתפקידו.¹⁸³

בפרשת **דרעי**, לעומת זאת, המקרה מורכב יותר. נגד השר דרעי גובש כתב אישום, כך שמבחינה פורמלית הדרך של בירור האמת בבית-המשפט הייתה פתוחה לגמרי. עם זאת, השר דרעי עמד ממושכות על זכותו לשתוק במשפט, ובכך למעשה האריך את ההליכים בעניינו.¹⁸⁴ זכות השתיקה עומדת גם לנבחר ציבור, ואין בה כדי לפגוע בחזקת חפותו.¹⁸⁵ אולם האם בכך סגי? חבר כנסת, ומקל וחומר חבר ממשלה, חבים חובת אמון כלפי הציבור בכללותו, ולמעשה מהווים "נאמני הציבור".¹⁸⁶ חוק הנאמנות מטיל על הנאמן את החובה

178 פרשת **פנחסי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 469.

179 פרשת **גנוסר**, לעיל ה"ש 29.

180 קלגסבלד, לעיל ה"ש 81, בעמ' 93–94.

181 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 153, בעמ' 345.

182 שם.

183 שם.

184 שם, בעמ' 346.

185 שם.

186 פרשת **הנגבי** השנייה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 901–902; נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור", לעיל ה"ש 95, בעמ' 486, 494 ו-507–508; קיטאי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 115; כהן **מבחר**

למסור מידע לנהנים.¹⁸⁷ זאת ועוד, במסגרת הנאמנות ראוי להטיל על חבר הכנסת את החובה לתת דין וחשבון על פעולותיו לציבור,¹⁸⁸ ובית-המשפט אכן יצק מכבר את האפשרות להטלת חובה כאמור.¹⁸⁹ פשיטא שיש מקום להחיל נורמות גילוי גם על נבחרי ציבור.¹⁹⁰ מכאן שהשר דרעי אינו יכול לשמש נאמן הציבור, מחד גיסא, ולמנוע מהציבור מידע על-אודות שירותו, באמצעות עמידה על זכות השתיקה, מאידך גיסא;¹⁹¹ ואם הוא מחליט לעשות כן, יכול ששתיקתו תהווה שיקול להפסקת כהונתו במשרה הציבורית.¹⁹² לנוכח זאת, ספק אם נפגעה זכות-היסוד של דרעי להליך הוגן – זכות המקפלת בחובה את חזקת החפות.¹⁹³ בצוק העיתים יש לראות את חוסר היכולת לברר את ההאשמות נגד נבחר ציבור אשר פוגע באופן דיוני בבירור ההליך כשיקול שעשוי לתמוך בהעברתו מתפקידו. הוא הדין גם במצב שבו נבחר הציבור מגביל את יכולתו וזכותו של הציבור לגלות אם יש ממש בהאשמות נגדו.¹⁹⁴ מסקנה זו אף מתיישבת עם חובת הנאמנות שנבחר הציבור חב כלפי כלל הציבור.¹⁹⁵ גם במצב דברים כזה ראוי שיהא אפשר להחליט בעניינו של נבחר הציבור על-סמך ראייה מנהלית, בהינתן סך השיקולים.¹⁹⁶

3. צידוק הפגיעה

הפגיעה בערך המוגן תיעשה בהינתן קיומו של צידוק מידתי לפגיעה זו. קיימים שני צידוקים עיקריים להפסקת כהונתו של ראש ממשלה בעניינו, והם קשורים לייחוד העברה מבחינת חומרתה ולמידת האנטי-חברתיות הגלומה בה. צידוק הפגיעה עשוי להתקיים מקום שהפגיעה בעקרון שלטון החוק יורדת לשורשו של עניין ומאיימת להשחית את המערכת השלטונית באופן מבני-מערכתי, ולפיכך מצדיקה את הרחבתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת גם למקרי-קיצון של השחתת המשטר הדמוקרטי באופן נרחב ויסודי.

כתבים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 403–404; זמיר **הסמכות המינהלית** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 4, בעמ' 590.

187 ס' 7(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט–1979.

188 נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור", לעיל ה"ש 95, בעמ' 505.

189 שם, בעמ' 506.

190 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 153, בעמ' 346.

191 ביטוי לכך ניתן למצוא בהמלצות הוועדה הציבורית לגיבוש כללי אתיקה, שלפיהן יש לאמץ הוראה אתית האוסרת על חברת ממשלה להשתמש בזכות השתיקה. ראו **דוח הוועדה הציבורית לגיבוש כללי אתיקה**, לעיל ה"ש 174, בעמ' 26 ו-57.

192 שם.

193 השוו קיטאי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 109–110.

194 אוקון ושחם, לעיל ה"ש 153, בעמ' 346.

195 שם.

196 קלגסבלד, לעיל ה"ש 81, בעמ' 94.

(א) מהות העברה**(1) חומרת העברה**

ההלכה בנוגע להעברת שר או סגן שר מתפקידו על יסוד המיוחס לו בכתב אישום מצומצמת לאותם מקרים שבהם מיוחסות לנאשם עברות חמורות.¹⁹⁷ חומרת העברה, כמו גם השאלה אם יש בצידה קלון אם לאו, נקבעות בהתאם לנסיבות, ועשויות להשתנות ממקרה למקרה.¹⁹⁸ העברות המיוחסות לנושא המשרה חמורות מסיבה כפולה: ראשית, משום שהן פוגעות ביכולתו לשמש לעובדי הציבור ולציבור הרחב מופת להגינות וליושר;¹⁹⁹ ושנית, משום שהן יקשו עליו להקדין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה, מה שיפגע במעמדו ובתפקידו בחברה דמוקרטית.²⁰⁰ בהלכת דרעי-פנחסי נקבע כי יש לראות כעברות חמורות את העברות הבאות: קבלת שוחד, הפרת אמונים, קבלה ונסיון קבלה של דבר במרמה בנסיבות מחמירות, רישום כוזב במסמכי תאגיד וגנבה על-ידי מנהל.²⁰¹ בהלכת דרעי²⁰² פירש בית המשפט את סמכות הרשות של ראש ממשלה להעביר שר מתפקידו כסמכות חובה מקום שגובש נגד השר כתב אישום שיש בצידו קלון.²⁰³ במקרה אחר צוינה באמרת אגב האפשרות לעשות כן כאשר מדובר אך בחשד כאמור.²⁰⁴ משמעות העניין היא שקלון יכול שיהא אף בצד מעשה, עוד בטרם סווג כעברה, אם בכלל. קלון הוא דופי מוסרי אשר דבק במעשה ופוגם ביכולתו של נאשם לשאת באחריות הנדרשת במילוי התפקיד, אף מעבר להרשעה.²⁰⁵ קלון מצדיק משכך את הגבלת כשירותו של אדם לכהן במשרה ציבורית. זאת, הן בשל הפגיעה במעמדו הערכי והן עקב הפגיעה הצפויה באמון הציבור במשרה, בנושא המשרה ואף במערכת הציבורית כולה.²⁰⁶ יש קושי בכך שהמונח "קלון", אף שהוא מופיע בכמה דברי חקיקה, אינו מוגדר או מפורש אף לא באחד מהם.²⁰⁷ לגישתה של פרופ' רות גביון, בצירוף "עברה שיש עימה

-
- 197 פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 423–424; נבות "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 54, בעמ' 91–92; כהן מבחר כתבים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 405.
- 198 נבות "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 54, בעמ' 104.
- 199 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 493; פרשת גנוסר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 266.
- 200 ש.ם.
- 201 פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 412–413; פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 464–465.
- 202 פרשת דרעי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 428.
- 203 כהן מבחר כתבים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 405.
- 204 פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 63.
- 205 בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145, 162 (2003) (צוין בהסכמה בפרשת קצב, לעיל ה"ש 162, פס' 30 לפסק-דינו של השופט לוי).
- 206 פרשת אור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 189; בג"ץ 4523/03 בונפיל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה, פ"ד נז(4) 857, 862 (2003); בג"ץ 936/66 בן אהרן נ' ראש מועצה מקומית פרדסיה, פ"ד כא(1) 561, 564 (1967).
- 207 גביון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 176.

קלון" חבויים שני רכיבים: הראשון מתמקד ביסוד הפלילי, ואילו השני מתמקד בפסול האופף את המעשה.²⁰⁸ לא כל מעשה שיש בצידו קלון מהווה עברה, ולא כל עברה יש בצידה קלון.²⁰⁹ ניתן לומר, אם כן, כי ההחלטה בדבר הפסקת כהונתו של עובד ציבור נוגעת בשאלת הפסול, ולא בשאלת הפליליות.²¹⁰ אותו פסול, לגישה של גביוון, "אינו שאוב מתחום המשפט, אלא מתחום המוסר", ועל-כן הוא משתנה ממקום למקום ומאדם לאדם,²¹¹ וכפוף להשקפות החברה המשתנות.²¹² כאמור, אין מדובר בשאלה משפטית, כי אם בהגדרה מוסרית,²¹³ אשר שמה לה למטרה לחסום בפני כל אלה שהלכו "בדרכים עקלקלות" את הגישה למשרת שירות במגזר הציבורי.²¹⁴

בית-המשפט פסק כי הקביעה אם במעשה מסוים יש קלון או לא תלויה במידה רבה, בין היתר, בתפקידו של האדם. קרי, לא הרי מי שמוביל כמי שמובל, או מי שמשרתו בכירה כמי שמשרתו זוטרה.²¹⁵ זו גם ההצדקה לכך שלעברות נושאות "קלון" יש סנקציות המגבילות לזמן מסוים את הזכות והיכולת לכהן במשרה ציבורית. עם סנקציות ייעודיות אלה נמנות הגבלת הזכות להיבחר לכנסת;²¹⁶ הגבלת היכולת לכהן כשר בממשלת ישראל;²¹⁷ הגבלת היכולת לכהן כשופט²¹⁸ ועוד.²¹⁹

העיקרון הדמוקרטי כערך מוגן אינו פוסח על נבחרי ציבור המעורבים בהליך פלילי בעברות עם קלון. גם במקרים אלה נטען לא אחת כי אין לסכל את רצון הבוחר שבחר בנציגיו, אף שתלויות נגדם האשמות בעברות שיש עימן קלון.²²⁰ טענה זו ממחישה את

208 ש.ם.

209 קלגסבלד, לעיל ה"ש 81, בעמ' 95.

210 ש.ם.

211 גביוון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 176–177.

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

213 גביוון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 176–177.

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

215 נבות "מפרשת גנוסר", לעיל ה"ש 54, בעמ' 104; פרשת כהן, לעיל ה"ש 212.

216 ס' 6 (א) לחוק-יסוד: הכנסת.

217 ס' 6 (ג) לחוק-יסוד: הממשלה.

218 ס' 7 (א) לחוק בתי-המשפט.

219 ראו ס' 56 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969; ס' 101 ו-101א לצו המועצות המקומיות; ס' 6 לחוק המועצות האזוריות (בחירת ראש המועצה), התשמ"ח–1988; ס' 18 לחוק בתי-המשפט; ס' 6 לחוק הדיינים; ס' 187א, 192ד ו-533 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955; פרשת אמונה, לעיל ה"ש 30, פס' 16–17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

220 כהן מבחר כתבים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 402.

המתח שבין המשפט לבין הדמוקרטיה בכל הנוגע בפסילת כהונתו של נבחר ציבור.²²¹ משכך, גיבוש כתב אישום אשר עלולת ממנו נסיבות עובדתיות שיש בהן משום פגיעה "באושיות המבנה השלטוני", ואשר "משבשות כל אפשרות של מתן דוגמה ומופת לעובדי המדינה ולציבור הרחב, להגינות וליושר", מחייב את המחזיק בסמכות הפיטוריים של נבחר הציבור להפעילה, גם אם אין בצידה חובה לעשות כן.²²² יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה הצייע – ובית המשפט קיבל את הצעתו – להבחין בין האשמות שיש בהן כדי לפגוע "באושיות המבנה השלטוני" לבין חשדות כאמור.²²³ דהיינו, בעוד שכתב אישום בגין האשמות אלה יחייב את הפעלת הסמכות והפסקת כהונתו של חבר הממשלה, לא כך יהיה כאשר מדובר בחשדות גרידא. בהקשר זה נאמר כי מדובר בהבחנה מלאכותית, שהרי מבחינת הציבור שנחשף למידע על-אודות חקירתו של חבר ממשלה בעברות מהחמורות ביותר אין נפקא מנה מהו השלב המשפטי שהעניין נמצא בו.²²⁴ בית המשפט נתן מכבר את דעתו לנושא באמרת-אגב, בציינו כי לעיתים יהיה די בחשד בלבד לצורך הפסקת כהונתו של נבחר ציבור.²²⁵

בכל הנוגע במקרה החריג של העברת ראש ממשלה מתפקידו יש לנקוט אמת-מידה זהירה במיוחד באיזון בין העיקרון הדמוקרטי והאינטרס הרובני לבין אמון הציבור בשלטון. עמדה זו מתיישבת עם הזהירות הנוהגת לפני החלטה על גיבוש כתב אישום נגד ראש ממשלה מכהן, בין על-ידי בחינה מדוקדקת של הראיות²²⁶ ובין באמצעות הדרישה לקבל את הסכמת היועץ המשפטי לממשלה לפתיחה בחקירה.²²⁷ אמת-מידה כאמור תמצא מקום שמוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה המייחס לו עברות בעלות "חומרה יתרה". אלא שיש קושי מושגי בקביעת רף חומרתן של עברות בראי ההשלכות האפשריות על נבחר ציבור בכלל ועל ראש ממשלה מכהן בפרט.

שיטה אחת לאמידת חומרתה של עברה פלונית היא לעמוד על היקף הנזק שנגרם בעטייה.²²⁸ אנדרו פון-הירש (Andrew von Hirsch) ונילס ירבורג (Nils Jareborg) מציעים כי ככלל מדידת הנזק הנגרם מעברה פלונית תיעשה לפי מדד המכונה "רמת החיים" (standard of living).²²⁹ מדד זה מכיל ארבע רמות, והן: פגיעה באפשרות לקיום

-
- 221 פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 63.
- 222 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 467–468; פרשת מרכז הקבלנים, לעיל ה"ש 68, בעמ' 745–746; פרשת דקל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 33.
- 223 כהן מבחר כתבים, לעיל ה"ש 42, בעמ' 406.
- 224 שם; קיטאי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 117.
- 225 פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 475; פרשת הנגבי הראשונה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 63.
- 226 בג"ץ 2534/97 ירב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 38 (1997).
- 227 ס' 17(א) לחוק-יסוד: הממשלה.
- 228 Andrew von Hirsch & Nils Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard* (1991) 1, 2 OXFORD J. LEGAL STUD. 11, Analysis; אורן גזל-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא?" חוקים ג 155, 164–165 (2011).
- 229 von Hirsch & Jareborg, לעיל ה"ש 228, בעמ' 7.

עצמו; פגיעה באפשרות לקיום מינימלי; פגיעה באפשרות לקיום הוגן; ופגיעה באפשרות לקיום טוב ומשופר.²³⁰ לדידם, שומה עלינו לעמוד בכל מקרה ומקרה על האינטרס שנפגע כתוצאה מהעברה. במודל המקורי יש ארבע קבוצות אינטרסים: שלמות פיזית; חומריות ושלווה; חופש מהשפלה; ופרטיות.²³¹ מוצע להשתמש במודל זה של פון-הירש וירבורג, בשינויים המחויבים, גם לבחינת עברות של נבחר ציבור. זאת, תוך שימת דגש בהשלכותיהן האנטי-חברתיות של עברותיהם, המתבטאות בפגיעה באינטרס הקיומי של המדינה, הן כישות פיזית והן כישות מדינית,²³² ובפגיעה העקיפה הנגזרת באמון הציבור בשלטון.

בתוך כך, כל אינטרס כאמור יוכל להתבטא בפגיעה במידה שונה ב"רמת החיים הציבורית" של הרשות. הסולם של רמת החיים הציבורית יוכל לשקף את הדבק הדברים גם אם עובר העברה הוא נבחר ציבור. בסולם זה, רצח פוליטי, כמקרה-קיצון, יתאפיין בפגיעה בשלמותו של מרקם החיים הפוליטי-הפיזי ובאפשרות לקיום הפוליטי עצמו.²³³ בהתאם לכך, נבחר ציבור שיואשם בהסתה לרצח פוליטי ייראה כמי שפוגע באושיות השלטון, ומכאן שעברתו תסווג כעברה בדרגת החומרה הגבוהה ביותר.²³⁴ לחלופין, ההשפעה על רמת החיים הציבורית יכול שתהא עקיפה. כך, למשל, עברת מס אינה פוגעת באדם או באמון הציבור בשלטון במישרין, הגם שיש בה משום פגיעה בשירותים שהמדינה מספקת.²³⁵ סיווגה של עברה כבעלת "חומרה יתרה" יתקיים מקום שהעברה פוגעת במישרין באפשרות לקיום אמון הציבור. הווה אומר, כתב אישום המייחס לדאש ממשלה הסתה לרצח פוליטי היא בו כשלעצמו לחייב את העברתו של ראש הממשלה מתפקידו לפני הרשעתו. כך, גם אישום בעברות נגד בטחון המדינה, ביניהן עברות בגידה במדינה וריגול, שייחשבו עברות הפוגעות בקיומיות הציבורית, תוך פגיעה ישירה נוספת באמון הציבור בשלטון.²³⁶ פרופ' בועז סנג'רו מוסיף ברוח המוצע כי בעברות חמורות, כגון בגידה במדינה אך גם רצח או אונס, רצוי שיחול חריג שלפיו אין להמתין עם פתיחת חקירה נגד ראש ממשלה מכהן עד לאחר כהונתו, להבדיל מהכלל המוצע לגבי יתר סוגי העברות מצד ראש ממשלה מכהן.²³⁷

שיקולי אומדנה נוספים כוללים את הזיקה בין העברה לבין התפקיד שנבחר הציבור ממלא. אולם בתווך בין מקרים שבהם הזיקה מתקיימת לבין מקרים של עברות קלות

230 שם, בעמ' 17.

231 שם, בעמ' 19.

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

233 שם, בעמ' 24.

234 שם, בעמ' 29.

235 שם, בעמ' 34.

236 מנחם הופנונג **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948–1991** 109 (1991).

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

שבהם היא אינה מתקיימת ייתכנו מקרים של עברות חמורות, כגון רצח לא-פוליטי או אונס, שבהם גם בהעדר זיקה לתפקיד תופסק כהונתו של נבחר הציבור אף לפני הרשעתו. לא נדרשת משכך זיקה הכרחית בין העברה לבין התפקיד לצורך ההחלטה להעביר מכהונה.²³⁸

שיטה חלופית להערכת חומרתה של עברה היא בהתאם למידת העונש המוטל בגינה.²³⁹ כך, למשל, מאסר-עולם-חובה בגין רצח או מאסר עשרים שנה בשל הריגה מעניקים ביטוי נורמטיבי משלים למידת האנטי-חברתיות הגלומה בכל אחת מהעברות.²⁴⁰ עברות חמורות יצדיקו כאמור את העברתו מתפקידו של נבחר ציבור לפני הרשעתו, אף אם אין עימן קלון, ומרחב שיקול-הדעת המשפטי יצדיק פגיעה בערך המוגן של העיקרון הדמוקרטי גם בעניינו של ראש ממשלה.

(2) האנטי-חברתיות של העברה

לצד בחינת חומרתן של עברות שנעשו על-ידי נבחרי ציבור, במטרה לבדוק אם הן מצדיקות פגיעה בעיקרון המוגן בדבר ריבונות הרוב, מוצע לשקול גם את מימד האנטי-חברתיות של העברות. הפגיעה הכרוכה בהעברה מתפקידו של ראש ממשלה תיחשב מוצדקת כאשר לצד חומרת העברה גלומה בה גם פגיעה אנטי-חברתית משמעותית. עם העברות שפגיעתן אנטי-חברתית באופן מובחן נמנות עברות מורכבות, עברות-שרשרת וריבוי עברות. טלו, למשל, את עברת השוחד. זו, כשלעצמה, מהווה עברה חמורה, אך אין בה הכרח כדי להגיע לרמת חומרה יתרה, כמשמעה במדד רמת החיים הציבורית לעיל.²⁴¹ אולם מצב דברים שבו ראש ממשלה מקבל שוחד וכמה בעלי הון, ואגב כך מעניק הטבות שלטוניות, הוא חמור יותר, בהינתן האנטי-חברתיות של העברה. כך, לחלופין, הוא מצב הדברים כאשר נבחר ציבור מואשם בכמה מקרים של קבלת שוחד מאותו בעל הון, עד כדי השחתת המערכת השלטונית באופן מקיף ושיטתי. נבחן כעת שלושת סוגי העברות הנחשבות אנטי-חברתיות, כפי שצוין לעיל, ונפתח בעברות המורכבות. עברות מורכבות הן עברות המכילות כמה יסודות, אשר בכל אחד מהם כשלעצמו יש משום עברה וכולם יחדיו מתמזגים לכלל עברה אחת חמורה יותר.²⁴² עברה מורכבת תהא בעלת מימד אנטי-חברתי אחוד נפרד.²⁴³ זאת, להבדיל מנסיבה

238 פרשת אומ"ץ, לעיל ה"ש 33, פס' 36–37 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

239 גביון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 177.

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

241 ש.ם.

242 ש.ם.

243 ש.ם, בעמ' 79.

מחמירה, אשר בה כשלעצמה אין משום איסור פלילי.²⁴⁴ כזו היא, למשל, עברת השוד.²⁴⁵ העברה פותחת במילים "הגונב דבר", ומותנית בכך שאותו אדם מבצע או מאיים לבצע "מעשה אלימות באדם או בנכס" כדי לממש את מטרתו.²⁴⁶ אולם אין מדובר בריבוי עברות – הן גנבה והן מעשה אלימות – כי אם בתרכובת של שני יסודות היוצרת עברה בעלת תדמית אנטי-חברתית חמורה ונפרדת. ביטוי לכך ניתן למצוא בעונש המוטל בגין עברת השוד לעומת העונש המוטל, אף במצטבר, בגין העברות המרכיבות את עברת השוד.²⁴⁷ הוא הדין לגבי עברת הפריצה²⁴⁸ ועברת הרצח.²⁴⁹ עברה של נבחר ציבור תוכל להיחשב מורכבת, למשל, כאשר קבלת שוחד מבעלים של עיתון בעל תפוצה רחבה תיעשה בשילוב עם פרסום שקרי בעיתון נגד יריב פוליטי.

שנית, עברות ייחשבו אנטי-חברתיות כאשר יש בהן מרכיב של זמן ממושך. את העברות האלה ניתן לחלק לשלוש קבוצות: עברות מתמשכות, עברות-הרגל ועברות-שרשרת. בעברת-שרשרת כל חוליה כשלעצמה מקיימת את היסודות להתהוותה של עברה הדומה לזו שבחוליה הסמוכה אליה. ככל שהשרשרת מתארכת כן מתעצם היסוד השלילי שבעברה – בין חומרת העברה ובין היסוד האנטי-חברתי הגלום בה. בהקשר זה יש לראות את השרשרת כעברה אחת, עד כדי כך שהיא מהווה את היעד שעובר העברה מכוון להגיע אליו בסופו של דבר.²⁵⁰ תכלית זו היא היסוד המנטלי שבעברת-השרשרת, והיא המחברת את החוליות שבה בינן לבינן עצמן.²⁵¹

שלישית, אנטי-חברתיות ניכרת מתקיימת במקרה של ריבוי עברות. מדובר באירועים עברייניים נפרדים בעלי נפקות משפטית המייחדת אותם. המשותף לאירועים אלה הוא הגורם האנושי, קרי, עובר העברות הנפרדות הוא אותו נאשם. הרכיב האנושי המקשר בין אותן עברות הוא המייצר משקל אנטי-חברתי מיוחד, אשר נבדל מאותו פסול מוסרי המיוחס לכל עברה כשהיא לעצמה, ומצדיק טיפול עונשי חמור יותר.²⁵² אולם המונח "ריבוי עברות" אינו מוגבל אך לאותם מצבים המוכרים בחקיקה, ואף לא למקרים שבהם ניתן הדין על ההתנהגות האסורה. כך מצב הדברים בריבוי העברות המתאפיין ברכיב התנהגותי משותף – למשל, נהיגה ברכב במהירות מופרזת (המצמיחה עברה אחת), עקיפה

244 שם, בעמ' 86.

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

246 ס' 402(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

247 פלר **יסודות**, לעיל ה"ש 240, בעמ' 80.

248 שם.

249 שם, בעמ' 81.

250 שם, בעמ' 224.

251 ש"ז פלר "עבירת-השרשרת", מהותה (בעקבות ע"פ 1377/94 אהרון משולם נ' מדינת ישראל) **משפטים** כט 529, 538 (1998).

252 דוגמה לכך מצויה בס' 52(ב) לחוק העונשין, העוסק במאסר על-תנאי. ראו גם פלר **יסודות**, לעיל ה"ש 240, בעמ' 290–291.

מימין (עברה שנייה) ודריסת הולך-רגל (עברה שלישית).²⁵³ ניתן לגזור גזרה שווה לגבי התרחיש של נבחר ציבור הנאשם בריבוי עברות שוחד או לגבי התרחיש של נבחר ציבור הנאשם במתן שוחד לשם ביצוע עברת מס.

המאפיין את כל קבוצות המקרים שלעיל הוא שעל מעשה העברה מתווסף רכיב מייחד המחריף את מימד האנטי-חברתיות הגלום בו. כך, הרכיב המוסרי שבעברה המורכבת מחריף לנוכח מנעד העברות המגלמות אותה; בעברת-השרשרת העובדה שהנאשם מייחל להגדיל ולעבור כמה עברות דומות שאינן ניתנות להפרדה, ואשר כל אחת מהן היא אך שלב בדרך לביצוע העברה הבאה, מעצימה את ההשלכות השליליות המאפיינות כל חוליה כשלעצמה; ובריבוי העברות העובדה שהן נעשות כולן על-ידי אותו אדם מעצימה את האנטי-חברתיות הגלומה בהן.

(ב) הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה כנורמה על-חוקתית

פגיעה חמורה בשלטון החוק עשויה להוות פגיעה במסד הדמוקרטי עצמו. כלי הדמוקרטיה המתגוננת ישמש או מוצא האחרון בהגנה על קיום הדמוקרטיה. זאת, רק כאשר מדובר בסכנה ממשית לערכי הדמוקרטיה, דהיינו, כאשר מדובר בפגיעה רחבה ומבנית היורדת לשורשם של ערכי-היסוד של השיטה.²⁵⁴ ברי כי הממשלה היא מוקד הכוח במדינה, ויש בכך כדי להשליך על מעמדו של העומד בראשה.²⁵⁵ 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 ייבלעו בה".²⁵⁶ סמכויותיו הנרחבות של ראש הממשלה מפוזרות בחוקים שונים, דבר המאפשר לו לתמרן בין הוראות אלה באופן שמעמיק ומרחיב עוד יותר את סמכויותיו להלכה ולמעשה.²⁵⁷ בכך טמון חשש מובנה שמעשי שחיתות של ראש ממשלה ישחיתו את המערכת השלטונית מיסודה.²⁵⁸ יוזכר כי אין הגדרה אחידה למונח "שחיתות שלטונית",²⁵⁹ אשר כנגדה, בצוק העיתים, ניתן לבקש להתגונן מפני השחתת הדמוקרטיה. מקובל עם זאת לראות ככלל שחיתות

253 שם, בעמ' 294–295.

254 ראו, למשל, רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" דין ודברים י(1) 345, 348 (2017), המתריעה על החשש שמכלי מניעת של מוצא אחרון יצמח שימוש חדש של השופטים בכלי הדמוקרטיה המתגוננת ככלי עונשי-גמולי.

255 השוו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 328–329 (מהדורה ראשונה, 1996).

256 פרשת **שרון**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 472.

257 בירן ולוטן, לעיל ה"ש 138, בעמ' 17.

258 יצחק זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית" **עיונים בביטחון לאומי – שחיתות שלטונית בישראל** 9, 7, 8–9 (2008) (להלן: זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית").

259 דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" **משפטים** 667, 669 (2007). ראו בכלליות גם תיאוריה פוליטית של שחיתות שלטונית: DENNIS F. THOMPSON, ETHICS IN CONGRESS: FROM INDIVIDUAL TO INSTITUTIONAL CORRUPTION (1995); MARK

שלטונית כניצול כוחם של נציגי ציבור ונבחרי ציבור על-מנת לספק אינטרסים אישיים שלהם או של קרוביהם.²⁶⁰ התנהגות פלונית תעלה כדי התנהגות מושחתת מקום שמתווסף פסול מוסרי מעבר לניצול המעמד האישי לצרכים אישיים.²⁶¹ בשחיתות השלטונית נכללים אם כן לא רק "הגרעין הקשה" של ההתנהגויות הפליליות, אלא גם אותם מעשים שפוגעים בכללי המנהל התקין ואשר נועדו לקדם אינטרסים אישיים של נציגי ציבור.²⁶² כאשר היקף השחיתות רחב, מציין פטריק דובל (Patrick Dobel), יש להבין את השחיתות הפוליטית לאור המשמעות הטמונה במובן השורשי של המילה הלטינית *Corruptio*, שהוא "התנפצות לרסיסים".²⁶³ שחיתות פוליטית, לדברי דובל, משמעה התנפצות לרסיסים של נאמנות האזרחים והעתקתה מן המסגרת המדינית אל מסגרות פרטיקולריסטיות. להתנפצות לרסיסים של נאמנות האזרחים יש השלכות על יציבותה של המערכת הפוליטית, שכן ככל שהיא מתרחבת כן גוברת הסכנה לעצם הישרדותה של המערכת הפוליטית.²⁶⁴

ומן הכלל אל הפרט – פגיעתה של שחיתות שלטונית, ככלל, סופה שתעיב על ערכיה של השיטה הדמוקרטית עצמה. פיליפ היימן (Philip Heymann) סובר כי דמוקרטיה, מטבעה, חשופה יותר לפגיעיה של שחיתות שלטונית מאשר צורות ממשל אחרות, וזאת משתי סיבות, שראויות לבחינה זהירה.²⁶⁵ ראשית, חופש הדיבור, חופש העיתונות ואתגר ההיבחות הדמוקרטי מאפשרים למתנגדי ממשל מושחתים לבסס ביתר שאת את מנגנוני ההשחתה שיופעלו על-ידיהם. ממשל צבאי או ממשלה במשטר קומוניסטי או טוטליטרי, לעומת זאת, נוטים לצמצם את יכולת הניצול של אותן דרכים להשחתת השיטה הפוליטית.²⁶⁶ שנית, משטרים דמוקרטיים מתאפיינים בקשיי מימון של פעילויות פוליטיות יקרות. כך, כל אימת שלא עומדות לרשות נבחרי הציבור דרכי מימון חלופיות

PHILP, POLITICAL CONDUCT (2007); Mark Philp, *Defining Political Corruption*, 45 POL. STUD. 436 (1997). כן ראו דיון להלן.

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

261 שם, בעמ' 234.

262 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 259.

263 J. Patrick Dobel, *The Corruption of a State*, 72 AM. POL. SCI. REV. 958, 964 (1978)

264 שם, בעמ' 964 ו-968. לדיון בעמדתו של דובל ראו גם יחזקאל שלום "שחיתות פוליטית: הגדרות, גישות ודרכי התמודדות" **מדינה וחברה** 2, 131 (2002).

265 Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, 20 FORDHAM INT'L L.J. 323, 327-28 (1996). היימן מוסיף כי פגיעתה של שחיתות שלטונית במשטרים דמוקרטיים חמורה במיוחד במדינות שמדע המדינה מאפיין אותן כ"דמוקרטיות שבריות" (fragile democracies) המצויות בשלבים ראשונים של הליכי דמוקרטיזציה.

266 שם, בעמ' 328.

מהכנסות אישיות, יגבר התמריץ שלהם לממן את פעילותם הפוליטית בדרכים מושחתות הנסמכות על הבטחות שלטוניות פסולות לתומכיהם.²⁶⁷

בהעריכנו את פגעי השחתתה של השיטה הדמוקרטית, כדברי השופט ג'ובראן, "נדמה שאין צורך להכביר מילים על הסכנות הטמונות בשחיתות ובהשחתת המידות הציבוריות. מטבעם של נגעים אלה שהם מכרסמים באמון הציבור בשלטון החוק ומערערים את יסודותיה של המדינה כמדינה דמוקרטית".²⁶⁸ 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 ההרשאה הנגזרת מההליך הדמוקרטי".²⁶⁹ בתוך כך, שחיתות מערערת את החוקיות והלגיטימיות של הממשל ושל ערכים דמוקרטיים כגון נאמנות וסובלנות.²⁷⁰ במצב-קיצון מנהיג פוליטי אף עלול להשתמש במנגנונים המושחתים לשם המשך שרידותו, בדרך שתחריף את הפגיעה בעיקרון הדמוקרטי. עלייה במפלס השחיתות השלטונית, יוסף, עלולה לפגוע אפילו ברמת הביטחון הלאומי של מדינות דמוקרטיות.²⁷¹ לשון קיצור, שחיתות שלטונית מצמצמת את אופקיהן של פעולות קולקטיביות, ובכך מכווצת את תחום הדמוקרטיה בתוך המשפט ומחוץ לו, ויש בכוחה לאיים אף על עצם קיומה.²⁷²

משכך, במקרים של פגיעה המאיימת על אושיות הדמוקרטיה לא צריכה להיות מניעה להיעזר בדוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת במשפט הציבורי כצידוק משלים לפגיעה בערך המוגן. הדוקטרינה שמה לה למטרה להגן על ערכים מסוימים, אשר נכון להיום הם קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, איסור מאבק מזוין נגד המדינה ואיסור הסתה לגזענות.²⁷³ הכלל המשפטי השתרש בהלכת ירדור בדבר פסילת השתתפותה בהליך

267 ש.ם.

268 דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד סג(1) 644, 706 (2009). ראו גם זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 258, בעמ' 7-8.

269 THOMPSON, לעיל ה"ש 259, בעמ' 28. כן ראו Heymann, לעיל ה"ש 265, בעמ' 328; Mark E. Warren, *What Does Corruption Mean in a Democracy?*, 48 AM. J. POL. SCI. 328 (2004).

270 זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 258, בעמ' 9; Warren, לעיל ה"ש 269, בעמ' 329.

271 פנחס יחזקאלי *שחיתות שלטונית וביטחון לאומי* 38-39 (2010); זמיר "על הסכנה בשחיתות שלטונית", לעיל ה"ש 258, בעמ' 10-13.

272 Warren, לעיל ה"ש 269, בעמ' 329; צבי זרחיה "אליעזר גולדברג: השחיתות גורמת לקריסת מערכות שלטון חיוניות; במדינה יש שחיתות מדאיגה" *TheMarker* 1.7.2005 www.themarker.com/law/1.311328.

273 ווייל, לעיל ה"ש 254, בעמ' 347; אהרן ברק *מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה* 329 (2010) (להלן: ברק *מידתיות במשפט*); ברק *עיונים חוקתיים*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 89; Suzie Navot, *Fighting Terrorism in the Political Arena: The Banning of Political Parties*, 14 PARTY POL. 745 (2008); Gur Bligh, *Defending Democracy: A New*

הבחירות לכנסת של רשימה השוללת את קיומה של המדינה,²⁷⁴ ומאוחר יותר בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שאימץ את ההלכה.²⁷⁵ בפרשת ירדור התמקד בית-המשפט בשאלה אם ניתן לאפשר למפלגה אשר שוללת את עצם קיומה של המדינה להשתתף בהליך הבחירות.²⁷⁶ סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שאימץ את ההלכה, ראה בה "מגן קדמי" מפני התממשות הסכנות שלשם התמודדות עימן נחקק הסעיף.²⁷⁷

בכך לא סגי. בית-המשפט יצר גם "מגן אחורי" באמצעות דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", שיוכל לשמש כדיעבד בצוק העיתים. 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".²⁷⁸ כך, ניתן לפרש את הלכת ירדור כפסק-דין שבמסגרתו נעשה שימוש בדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" חרף העובדה ששימוש זה קדם למהפכה החוקתית בישראל.²⁷⁹ במישור העקרוני, ככל שלא תצלח מניעת כניסתה של מפלגה כאמור לכנסת, והמפלגה שנבחרה לכנסת תצליח להביא לידי "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", תיוותר האפשרות להתמודד עם הסכנה למפרע באמצעות דוקטרינה זו.²⁸⁰ לאיזון הדברים, פרופ' ברק מציין כי לדידו אין מקום לדוקטרינה במובנה המקיף, שכן "השלם" טרם הושלם, וממילא התיקון בו טרם הבשיל.²⁸¹ במילים אחרות, לגישתו, במצב החוקתי הקיים בישראל, בהינתן שטרם הסתיים מפעל חוקי-היסוד, דוקטרינה זו מצומצמת לגבולות צרים יותר ביחס למקובל במשפט המשווה, וזו גם עמדת בית-המשפט כיום, אשר טרם יישם אותה.²⁸² משמעות

Understanding of the Party-Banning Phenomenon, 46 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1321 (2013).

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

275 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 273, בעמ' 329.

276 ברק עיונים חוקתיים, לעיל ה"ש 86, בעמ' 89.

277 ווייל, לעיל ה"ש 254, בעמ' 354.

278 פרשת חוק הגיוס, לעיל ה"ש 134, בעמ' 717. ראו בכלליות YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017).

279 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 131, בעמ' 394 ו-408; בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); פרשת חוק הגיוס, לעיל ה"ש 134. ראו גם רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוונת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" ICON-S-IL BLOG (6.10.2019).

280 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 131, בעמ' 394 ו-408; בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 308-312 (2011).

281 אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בכ 361, 379 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011).

282 שם; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס' כח לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017), שם נקבע כי מדובר

הדבר היא שמגינים אלה ממחישים את "הפרדוקס הדמוקרטי", שלפיו בשם הדמוקרטיה מותר להגביל את זכויותיו של מי שמבקש לפגוע בדמוקרטיה.²⁸³ משמעות העניין היא שהתערבות בית המשפט בדיעבד, בחסות דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, מרוסנת יותר מגישתו המרחיבה עקרונית של בית המשפט לצידוק הדמוקרטיה המתגוננת בחסות "המגן הקדמי" כאמור.²⁸⁴ צא ולמד, בהיבט המושגי אין מניעה להרחיב את עילות ההתגוננות של הדמוקרטיה במסגרת זו. בפרט, אין סיבה לא למנוע את פריצתו של המגן הקדמי גם בהקשר של עברות של נבחר ציבור, וביניהם ראש ממשלה, מטעמים של מאבק בשחיתות רחבת היקף וחמורה דייה. זאת, משעה שיוגש נגד ראש ממשלה מכהן כתב אישום המייחס לו עברת שחיתות שלטונית שיש בה משום פגיעה באושיות המשטר הדמוקרטי באופן גורף זה.

לשם הדחה שיפוטית של נבחר ציבור, ובפרט של ראש ממשלה, מוצע לבחון את צידוק הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה במבחן סבירות מצטבר במובנו החוקי, תוך התייחסות מפורשת לחוק, ולא רק במובנו המוסרי או האתי. זאת, לנוכח השלכותיה מרחיקות הלכת של הדוקטרינה על המשך כהונתם של נבחר ציבור, כולל ראש ממשלה.²⁸⁵ בתוך כך ייבחנו אופייה של השחיתות, היקפה והצורך המוסדי בדוקטרינה, בהיות ההדחה השיפוטית מוצא אחרון, כאמור.

ראשית, מוצע לבחון את **אופייה של השחיתות**. דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה תבחן את מכלול הנסיבות הכרוכות באופייה של השחיתות, וביניהן מטרתה, אי-חוקיותה ומאורגנותה של השחיתות. שחיתות אשר פוגעת מעצם מטרתה בערכי-היסוד של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית תפגע בהליך הדמוקרטי, תוך פגיעה ביכולת ההשתתפות של אזרחים בהליך הדמוקרטי הייצוגי. זאת, תוך קידום עניינים באופן העוקף את ההליך הדמוקרטי או פוגע בו, בין אם אפשר להצביע על פגיעה באינטרס הציבורי מעבר לכך ובין אם לאו. לפיכך שחיתות בהליך הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות שמטרתה היא פגיעה ישירה בהשתתפותם של אזרחים בהליך הדמוקרטי תצדיק ביתר

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".

283 בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פס' 30 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.4.2015). אולם לגישתו של פרופ' ברק אין מדובר כלל בפרדוקס, כי אם בשאלה של מידתיות ויחסיות. הוזה אומר, זכויות האדם הן יחסיות, וניתן לפגוע בהן בצורה מידתית. ראו ברק **עיונים חוקתיים**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 106–107. ראו גם Gregory H. Fox & Georg Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L L.J. 1, 14 (1995).

284 וייל, לעיל ה"ש 254, בעמ' 359–360. יובהר כי גם מגן קדמי זה אינו חסין בעצמו מפני תיקון חוקתי.

285 לדיון בהבחנה בין משטר של אתיקה שלטונית לבין שחיתות בלתי-חוקית ראו, למשל, יואב פלד וגרשון שפיר **מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת** 20 (מיכל אלפון מתרגמת, 2005).

שאת את הפעלת הדוקטרינה האמורה לעומת שחיתות במנהל הציבורי, שפגיעתה בהליך הדמוקרטי עקיפה בלבד, בהינתן שמטרתה להביא לידי הספקה לא-הוגנת ולא-יעילה של טובין ציבוריים. כך, לדוגמה, שחיתות תיחשב כפוגעת בהליך הדמוקרטי במקרה של אישום בהפללת ראש מפלגה מתחרה ערב בחירות תוך פגיעה מהותית בטוהר הליך הבחירות לכנסת. דוגמה נוספת יהווה אישום בקבלת שוחד שבגיננו ראש הממשלה מפעיל את סמכויותיו על-מנת לסגור עיתון יומי משיקולים זרים פוליטיים. זאת, תוך פגיעה שיוורת לשורשה של זכות הציבור לדעת. לעומת זאת, שחיתות שמטרתה פגיעה באיכותם של שירותי הממשלה ותשתיות הממשלה, או הגברת הלחץ התקציבי על הממשלה, וזאת תוך זלזול בנהלים והתעלמות מהם, תיחשב לפי אופייה כקשורה בעקיפין בלבד לשחיתות הפוגעת בהליך הדמוקרטי באופן המצדיק את הפעלתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה, ועל-כן לא תצדיק את הפעלתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת כנגד השחתתה.

רכיב נוסף בבחינת אופייה של השחיתות השלטונית נוגע כאמור במידת אי-חוקיותה. מובן כי יש מעשים בלתי-חוקיים אשר גם אם הם נעשים על-ידי עובד ציבור, הם אינם מושחתים בהכרח. משכך, במקרים של קבלת החלטות שלטוניות לגיטימיות ממניעים זרים או נפוטזים במוסדות ציבור שאינו מפר חוק אך נחשב לא-אתי לא תיחשב השחיתות בלתי-חוקית באופייה. כזה הוא, לדוגמה, הפעלת לחצים לתערוך בסיוע לקבלת טיפול רפואי מצד נבחר ציבור לקרוב-משפחתו במטרה להציל את חייו.²⁸⁶ לעומת זאת, שחיתות תיחשב בלתי-חוקית בהתקיים רף הפליליות בעברות המאפיינות נבחר ציבור, כגון שוחד וגנבה, הטיית מכרזים, מעילה, קבלת מתנות אסורות, שימוש במידע פנים, מינויים פסולים והעדפת מקורבים, הפרת אמונים ופעולה בניגוד עניינים, עברה חמורה על חוק המפלגות, מתן עדות-שקר, שיבוש הליכי משפט וכדומה. רכיב שלישי בבחינת אופייה של השחיתות השלטונית הוא כאמור מידת מאורגנותה. אם שחיתות שלטונית מאורגנת על-ידי קבוצה של יחידים, הפועלים כארגון פשע בתוך מוסד ציבורי או ממשלתי, היא תיחשב לפי אופייה כמצדיקה את תחולתה של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה. לעומת זאת, שחיתות שלטונית שהיא פרי יוזמה של יחיד או יחידים תצמצם את הצדקת הדוקטרינה.

שנית, הדחה שיפוטית בהתבסס על צידוק הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה תיבחן לאור **היקף השחיתות**. צידוק זה להדחה שיפוטית יוגבל 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 הוא קלפטוקרטיה (Kleptocracy), שבה נזנחת אפילו העמדת-הפנים החיצונית של טוהר

286 דורון נבות **שחיתות פוליטית בישראל** 38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מהדורה שנייה, 2015); רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 141–143 (2000).

מידות.²⁸⁷ הבחינה של היקף השחיתות המיוחסת לנבחר הציבור בהקשר של אפשרות הדחתו השיפוטית לפני הרשעתו תיעשה לאור שיקולים שונים, ביניהם בכירות מעמדו של נבחר הציבור, השלכותיה של השחיתות ומשך פגיעתה. שחיתות בהיקף מצומצם הקשורה לעניין פרטני או מסוים, ואשר נזקה תחום או מוגבל להיבט זמני או מצומצם מבחינה אחרת, לא תצדיק הדחה שיפוטית בראי דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה. זו תשמש רק במקרי השחתה רחבי-היקף שהשפעתם חורגת מהשפעתו של מעשה שחיתות מסוים או זמני בהיקפו.

התנאי השלישי להדחה שיפוטית בצידוק של דמוקרטיה המתגוננת מפני השחתתה הוא שההדחה השיפוטית תהווה **מוצא מוסדי אחרון**. תנאי זה יתקיים במקרה שבו יוכח כי הסיכויים למיגור השחיתות השלטונית באמצעות הדחת נבחר הציבור על-ידי הכנסת או הממשלה קלושים עד אפסיים. הסיכוי למיגור השחיתות השלטונית על-ידי הרשויות ייבחן, בין היתר, לאור הרצון והיכולת הפוליטית והמוסדית למגרה לפי חוק. זאת, בכפוף לסמכותן של הכנסת והממשלה בהתאם לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: הממשלה, בהתאמה, כנודן לעיל. המאבק למיגור השחיתות הפוליטית נושא השלכות פוליטיות שיש בכוחן להשפיע במישרין על הרכב הממשלה ועל זהות העומד בראשה. לנוכח זאת הכנסת והממשלה עלולות להימנע מלהעביר נבחר ציבור מתפקידו, 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 בהשחתת הדמוקרטיה באופן נרחב וחמור דיו, ראוי להצדיק פגיעה באינטרס הרובני בשם ההגנה על הדמוקרטיה עצמה. במכלול השיקולים הצדקה זו עשויה להוביל להעברת ראש ממשלה מתפקידו אף לפני הרשעתו, תוך הרחבת דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת להתגוננות מפני השחתת הדמוקרטיה מיסודה. זאת, בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה כתוצאה משחיתות שלטונית שתיחשב חמורה דייה. בצוק העיתים יהא בכך כדי להצדיק את הפגיעה בעיקרון המוגן בדבר האינטרס הרובני באמצעות פגיעה במימוש זכותו של הרוב לבחור את נציגיו לכנסת, תוך העברת נבחריו מתפקידם, כולל העברת ראש ממשלה מתפקידו, בהינתן כתב אישום, אף לפני הרשעתו.

ד. סיכום

287 לדיון על תיאוריות למידול שחיתות ראו, למשל, John G. Peters & Susan Welch, *Political Corruption in America: A Search for Definitions and a Theory, or If Political Corruption Is in the Mainstream of American Politics Why Is It Not in the Mainstream of American Politics Research?*, 72 AM. POL. SCI. REV. 974 (1978) לתיאוריה פוליטית-כלכלית של קלפטוקרטיה ראו גם Herschel I. Grossman & Suk Jae Noh, *A Theory of Kleptocracy with Probabilistic Survival and Reputation*, 2 ECON. & POL. 157 (1990) והמקורות הנקובים שם.

הדין החל ביחס להעברת ראש ממשלה מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו לאחר גיבוש כתב אישום נגדו לפני הרשעתו לא הובהר דיו. בית-המשפט העליון בהלכת **דרעי-פנחסי** קבע כי גיבוש כתב אישום בעברה שיש עימה קלון מחייב את ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו אם לא יתפטר בעצמו. בפוסקו כן הבחין בית-המשפט בין תנאי הכשירות לתפקיד לבין סבירות שיקול-הדעת הנלווה להחלטה אם להעביר שר מתפקידו או אם למנותו מלכתחילה. תחולתה של הלכה זו אינה מפורשת וממזה ביחס לשאלת העברתו של ראש הממשלה עצמו מתפקידו. בית-המשפט אף טרם הכריע לגבי סמכותה של הכנסת בנושא כמשמעה בחוק-יסוד: הממשלה. הטענה במאמר זה היא כי גיבוש כתב אישום נגד ראש ממשלה בעברה חמורה דייה, שנלווה אליה מימד אנטי-חברתי ניכר, אף אם אין היא בהכרח עברה שיש עימה קלון, עשוי בצוק העיתים לחייב את העברתו של ראש הממשלה מתפקידו לפני הרשעתו, וזאת בראי הלכת **דרעי-פנחסי** בשינויים המחויבים הנגזרים מייחוד מעמדו של ראש הממשלה.

ישאל השואל: היתכן בפועל הדחה שיפוטית של ראש ממשלה? רובינשטיין ומדינה סוברים כי ההיתכנות שבית-המשפט יפעיל את סמכותו ויעביר ראש ממשלה מתפקידו על יסוד המיחוס לו בכתב האישום, מבלי שהכנסת נקטה פעולה בנדון ומבלי שראש הממשלה הפעיל את סמכותו להתפטר, הינה קלושה. משכך, לגישתם, "תיוותר הביקורת במישור הפרלמנטרי-הציבורי".²⁸⁸ מנקודת-מבט מעשית, הדחה שיפוטית מוגבלת בשני מישורים. ראשית, במישור המעשי הצר, החשש, לפי רובינשטיין ומדינה, הוא מפני אי-קיום צו ההדחה שיוציא בית-המשפט.²⁸⁹ שנית, במישור העקרוני הרחב, החשש הוא מפני משבר חוקתי.²⁹⁰ משבר חוקתי נובע מן הפער שבין "כוונתם של האבות המייסדים" לבין "צרכיו של בן החברה הדמוקרטית המודרנית".²⁹¹ לשון אחר, משבר זה נסב סביב הפער שבין

288 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 848.

289 ראו, למשל, את פסקי-הדין להלן ואת הדאגה שהשופטים מביעים מאי-הישמעותן של הרשויות לצווי בית-המשפט: בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 6773/05 **גבועה נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 15.11.2011); בג"ץ 9051/05 **תנועת "שלום עכשיו" – ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון**, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 20.8.2014).

290 ברק **עיונים חוקתיים**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 271 ו-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(1) 20, 21 (2006); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית ל'מפכה החוקתית' המרחב הציבורי 13, 13, 18 (2018); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** יז 9, 51 (2016); אהרן ברק "שמירת דינים" **ספר דורית ביניש** 441, 413 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018); אורי אהרונסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" **משפט ועסקים** יט 1271, 1272 (2016); Jack M. Balkin, *Constitutional Crisis and* (2016); *Constitutional Rot*, 77 Md. L. Rev. 147, 148, 150 (2017).

291 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 148 (1994).

התכלית החוקתית הסובייקטיבית המוסקת מכוונת המחוקק ביחס להוראות החוקה לבין התאמתו לזו האובייקטיבית. התכלית החוקתית הסובייקטיבית 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.²⁹² על-מנת להימנע מפער זה, אשר יגרום בתורו למשבר חוקתי, יש לשאוף להאחדה בחברה לגבי שני סוגי הכוונות, אלא שמשימה זו אינה מתיישבת בהכרח עם האינטרס הרובני במובנו הדמוקרטי הפורמלי.

מאמר זה מתמקד בתכלית חוקתית סובייקטיבית זו, בהציעו הרמוניזציה פרשנית עם הלכת **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 ובהבהרת השלכותיה הן במישור המעשי-הצר והן במישור העקרוני-הרחב, כמוסבר.

עמדת המאמר מקישה מהלכת **דרעי-פנחסי** מבלי לגזור ממנה דין שווה לעניין העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו. מחד גיסא, המכונן, בחוק-יסוד: הממשלה, שתק כנטען בנוגע להסדר הראוי באשר לראש ממשלה תחת כתב אישום. אולם כמו בהלכת **דרעי-פנחסי**, שתיקתו אינה שתיקה מדעת, ואין לראותה כהסדר שלילי. מאידך גיסא, נוסחת האיזון המוצעת במאמר זה מציעה איזון בתוך מרחב שיקול-דעת המצוי בין שתי עמדות-קיצון: מצד אחד, הימנעות רבתי מפני הדחה שיפוטית של ראש ממשלה מתפקידו, גם על יסוד כתב אישום נושא קלון, לפני הרשעה בפסק-דין חלוט; ומן הצד האחר, דין שווה לראש הממשלה כמו לכל נבחר ציבור, תוך קריאה דווקנית של הלכת **דרעי-פנחסי**. בתוכם, כנטען, גיבוש כתב אישום נגד ראש ממשלה בעברה שנושאת משמעות אנטי-חברתית חמורה דייה, ואשר נלווית אליה השחתה רחבה של המסד הדמוקרטי, אף אם אין היא בהכרח עברה שיש עימה קלון, עשוי להצדיק פגיעה בעיקרון הרובני ולחייב, בצוק העיתים, את העברתו מתפקידו גם לפני הרשעתו, וזאת לנוכח חובתו להתפטר במצב עניינים כזה.

292 שם, בעמ' 147.