**בית המשפט העליון**

**הודעה לתקשורת – פסק דין משלים**

**בבג"ץ 2592/20 ושבעה הליכים נוספים בעניין הרכבת הממשלה ה-35 של מדינת ישראל וההסכם הקואליציוני בין סיעות הליכוד וכחול לבן**

ביום 6.5.2020 נתן בית המשפט העליון, פה אחד, פסק דין הדוחה את העתירות הנוגעות להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו העומד לדין בעבירות על טוהר המידות וכן להסכם הקואליציוני שנחתם ביום 20.4.2020 בין סיעת הליכוד לסיעת כחול לבן, לגביו נטען כי הוא נוגד עקרונות חוקתיים וחוקיים וסותר את תקנת הציבור.

בשל סד הזמנים הדוחק פורטו בפסק הדין מיום 6.5.2020 עיקר הנימוקים מפי הנשיאה חיות, ועתה ניתן פסק דין משלים אשר בו פירטו חברי ההרכב האחרים את הטעמים שהובילו כל אחד ואחת מהם לתוצאה שאליה הגיעו. הנשיאה חיות לא ראתה להוסיף על טעמיה כפי שפורטו בפסק הדין מיום 6.5.2020, אך ציינה כי היא מצטרפת להערות של חלק מחברי ההרכב בדבר הצורך להסדיר לעתיד לבוא בחקיקה מתאימה את הסוגיה הנוגעת להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון. זאת, על מנת ליתן ביטוי ועיגון משפטי להיבטים הציבוריים והערכיים שמעלה סוגיה זו.

להלן פירוט עיקרי חוות הדעת של כל אחד מן השופטות והשופטים על פי הסדר שהובאו בפסק הדין:

**השופט י' עמית:**

השופט עמית עמד על כך שהשאלה האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים היא שאלה מורכבת, וזאת משלושה טעמים. הטעם הראשון הוא כי קבלת טענת המשיבים מובילה לתוצאה אנומלית ולפיה מי שאינו יכול לשמש בשורה של תפקידים במעלה הפירמידה - החל בתפקיד זוטר וכלה בתפקיד של שר – יכול לכהן בראש הפירמידה בתפקיד ראש הממשלה. הטעם השני שצוין הוא כי בעוד חזקת החפות עומדת במלוא עוזה ותפארתה בהליך הפלילי, אין כך במישור המינהלי-ציבורי, שבו הגשת כתב אישום כנגד ראש ממשלה מהווה ראיה מנהלית ברף גבוה במיוחד בהינתן שמדובר בחשדות שהתגבשו לכלל כתב אישום, ובהינתן שכתב האישום נבחן בעשרות עיניים של פרקליטים בכירים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה. הטעם השלישי עליו עמד השופט עמית הוא ההיבט הערכי-מוסרי, ולפיו אין זה ראוי ואין זה רצוי מבחינה ציבורית כי מעל ראשו של ראש ממשלה מכהן יהיה תלוי הליך פלילי. זאת, כך צוין, משום שמשרתי הציבור ונבחרי הציבור הם נאמני הציבור ולפיכך טוהר המידות בשירות הציבורי ואמון הציבור שנגזר מתדמיתו של השירות הציבורי, הם שני אבני יסוד של שלטון החוק.

למרות הקשיים עליהם עמד השופט עמית, הוא הצטרף לעמדתה של הנשיאה חיות ולפיה בניגוד להתערבות בשיקול הדעת במקרים אחרים (שר או ראש רשות מקומית), בענייננו אין מקום להתערב בשיקול הדעת של חברי הכנסת בהחלטה על מי להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על פי סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה. השופט עמית ציין בהקשר זה כי התערבות בהחלטה המכוננת את הרשות המבצעת "כמוה כהתנגשות חזיתית עם רצון הבוחר כפי שבא לידי ביטוי בהצבעת נציגיו בכנסת" ו"משמעה, הלכה למעשה, הדחה על ידי בית המשפט של מי שזכה להיבחר כראש ממשלה על פי רוב קולות חברי הכנסת, חלום בלהות חוקתי שעלול לקלוע את בית המשפט לעין הסערה הפוליטית".

**השופט ד' מינץ:**

השופט מינץ עמד על עקרונות פרשנותם של חוקי יסוד, אשר אינה שונה משיטת הפרשנות הכללית הנהוגה במשפטנו, אך מחייבת התחשבות באופיים המיוחד ומתוך נקודת מבט "כוללת ורחבה". עוד ציין השופט מינץ כי לגישתו יש ליתן משקל רב ללשון הטקסט החוקתי ולדרך שבה עוצב ההסדר בידי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. בחינת הוראות חוק יסוד: הממשלה במקרה דנן, הוליכה את השופט מינץ אל המסקנה כי "המחוקק-המכונן **בחר** שלא לקבוע כל הגבלה על האפשרות להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים". הסדר זה, כך קבע, הוא הסדר שלם, לפיו כל אחד מחברי הכנסת, שעומד גם בתנאי הכשירות הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה, כשיר לכהן כראש הממשלה וניתן להטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה. לגישת השופט מינץ אין לקרוא לתוך חוקי היסוד תנאים ומגבלות שאינם נכללים בהם. זאת, בפרט, נוכח העובדה ששאלת כשירותו של חבר כנסת להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה היא סוגיה משטרית יסודית.

השופט מינץ הדגיש כי הקביעה לפיה אין כל בסיס משפטי להתערבות בהחלטת חברי הכנסת אין משמעה מתן הכשר לכך. לגישתו, יש להותיר את השאלה בדבר כשירותו של נאשם בפלילים להרכיב ממשלה בספירה הציבורית. בחינת סבירות החלטת רוב של חברי הכנסת להעביר את שמו של חבר הכנסת נתניהו לנשיא המדינה על מנת שזה יטיל עליו את הרכבת הממשלה, כמוה, בשיטתנו המשטרית, כבחינת סבירות החלטתם של ציבור המצביעים. בהקשר זה ציין השופט מינץ כי יש ליתן משקל כבד להסתמכות של חלק נכבד מציבור הבוחרים על כך שלאחר הבחירות לא תוטל כל מגבלה על יכולתו של חבר הכנסת נתניהו להרכיב ממשלה והתערבות בכך, לאחר קיום הבחירות, תפגע באופן אנוש בהליך הדמוקרטי, ביציבות ובוודאות, שהן כאמור מאבני היסוד של כללי המשחק המשטריים.

**השופט ע' פוגלמן:**

השופט פוגלמן הסכים לאמור בפסק-דינה של הנשיאה, כי הבדיקה במקרה דנן אינה מוגבלת אך לשאלת תנאי הכשירות הקבועים בחוק וכי בהינתן העיקרון של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", שיקול הדעת של הגורם הממנה, במקרה דנן חברי הכנסת, נתון אף הוא לבחינה. השופט פוגלמן ציין כי הטלת תפקיד של הרכבת ממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים פוגעת באמון הציבור במשרתיו, ואולי אף במידה חריפה יותר מזו עליה עמד בית משפט זה בפרשת **דרעי-פנחסי**, בהינתן מעמדו המיוחד. עם זאת, ציין השופט פוגלמן כי בחירתם של רוב חברי הכנסת לבקש להטיל את הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו, אינה החלטה מינהלית כי אם החלטה משטרית ייחודית שמצויה בלב השדה הפוליטי ומכך נגזר ההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית עליה ובשים לב גם לכך שחוק יסוד: הממשלה, חזה אפשרות של הטלת הרכבת ממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום, אין עילה להתערב בה. השופט פוגלמן כתב כי "תפקידו של בית המשפט, שאינו חלק מהליך המינוי, מוגבל לבחינת פעולת הרשות על פי עילות הביקורת השיפוטית הקבועות בדין. כאשר בית המשפט נמנע מלהתערב בהחלטת הרשות אין בית המשפט מתכוון לומר כי ההחלטה טובה וראויה. בית המשפט אומר רק זאת, שהחלטת הרשות אינה נוגדת את הדין [...] גם אם בתחום המשפט לא נמצאה עילה להתערבות – ועל הקושי המתעורר עמדנו בקול גדול – יוכל הדיון בסוגיה זו להימשך בספירה הציבורית".

השופט נ' הנדל:

השופט הנדל הדגיש כי בענייננו חלה ההלכה הפסוקה לפיה "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", והוא הוסיף כי: "ההחלטה הנידונה של הכנסת אינה החלטה מנהלית. הרשות "הנבחרת-בוחרת" אינה הרשות המבצעת. שיקול הדעת של חברי הכנסת בבואם לבחור מועמד שעליו ימליצו להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה, וכן בבואם לתת אמון בממשלה בהתאם, הוא שיקול דעת רחב. זהו שיקול דעת פוליטי באופיו המורכב משיקולים רבים ומגוונים – קואליציוניים, אידיאולוגיים, ציבוריים, חברתיים, כלכליים ומעשיים. אמות המידה להתערבות בשיקול הדעת של גורם מנהלי אינן חלות עליו, לכל הפחות באופן זהה. פתח ההתערבות הוא צר". החלטה זו, כך ציין, היא החלטה שבמהותה שְעוּנה על יסוד דמוקרטי איתן. בבסיסה עומד העיקרון הדמוקרטי המרכזי שעליו מבוססת שיטת המשטר בישראל – דמוקרטיה ייצוגית שנציגיה הנבחרים מקבלים החלטות בשם ציבור בוחריהם לפי הכרעת הרוב. השופט הנדל ציין כי ההתמקדות באופייה המיוחד של שיקול דעת הכנסת בסוגיה זו, להבדיל משיקול דעת מינהלי, חושפת את ההבדל המהותי בין המקרה דנן לבין מקרים אחרים שבהם התערב בית המשפט בהעברה מתפקיד של שר וסגן שר שהוגשו נגדם כתבי אישום חמורים בעבירות שחיתות או בשיקול דעתה של רשות מקומית להעביר מתפקידו ראש רשות שהוגש נגדו כתב אישום חמור.

אולם, השופט הנדל הדגיש כי פתח התערבות צר אין פירושו אפסי - "אף אם יאמר מאן דהוא כי הפתח להתערבות הוא מבחינה מעשית כמעט תיאורטי, בכל זאת, המציאות יצירתית מאוד. פעמים רבות הניסיון מצביע על מגבלת היכולת של בן אנוש לדעת היום את מה שייוולד מחר. ואולם, יש להדגיש שלא די בחוסר סבירות אלא בהחלטה שפוגעת באופן יסודי ושורשי בערכי השיטה הדמוקרטית". בהקשר זה ציין השופט הנדל כי "הבחירות הן האירוע המכונן של הפוליטיקה היומיומית. הדמוקרטיה מעלה על נס את השוויון בין כל הבוחרים – קול אחד לכל אחד ...". בענייננו, כך ציין, תוצאה שלפיה תישלל ממר נתניהו האפשרות לכהן כראש ממשלה בשלב זה מעוררת קושי משום שלא ניתן לומר כי השאלה מי יהיה ראש הממשלה לאחר הבחירות נעלמה מעינו של הבוחר. נהפוך הוא: שאלה זו עמדה במרכז.

**השופטת ד' ברק-ארז:**

השופטת ברק-ארז הדגישה כי דחיית העתירות משקפת את התפקיד המצומצם של הביקורת השיפוטית על החלטות של הרוב הפרלמנטרי, ואין בה משום הכשר ערכי לתוכנן. השופטת ברק-ארז הוסיפה כי תפקידי מנהיגות, ולא כל שכן תפקיד ראש הממשלה, מחייבים עמידה בדרישות גבוהות של דוגמה אישית וטוהר מידות. לנאשם עומדת חזקת החפות, אולם חזקה זו מקומה בהליך הפלילי. לצדה, במישור הציבורי, מוסיפה לחול הלכת דרעי-פנחסי על מועמדות לתפקיד ראש הממשלה (להבדיל מראש ממשלה מכהן, שרק בעניינו עוסק סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה). אולם, על החלטת חברי הכנסת המיישמת אותה חל מתחם התערבות שיפוטי צר ביותר.

השופטת ברק-ארז הטעימה כי ההכרה במתחם התערבות צר זה אינה מלמדת על כך שחברי הכנסת פועלים בחלל נורמטיבי ולא חלות עליהם חובות. את החלטתם יש לבחון לאורה של חובת האמון החוקתית שבה הם חייבים. עליהם לשקול שיקולים שעניינם טובת הציבור, ובכלל זה טוהר המידות של חברי הממשלה והעומד בראשה. בהמשך לכך השופטת ברק-ארז הוסיפה כי אף על המועמד לראשות הממשלה מוטלת חובה לשקול אם הגשת כתב האישום משליכה על התאמתו לתפקיד, אלא שחובה זו שייכת לתחום החוקתי והיא אינה נבחנת על-פי אמות מידה רגילות של סבירות. תמיכתם של חברי הכנסת אינה פוטרת את המועמד מהחלטה מקדמית אם ראוי שיקבל על עצמו כהונה על רקע הגשת כתב האישום נגדו. השופטת ברק-ארז ציינה כי טוב יהא אם המצב המשפטי יובהר באמצעות תיקון מתאים לחוק יסוד: הממשלה. החלה של תיקון כזה באופן שצופה פני עתיד יכולה להעביר מסר ערכי חשוב מבלי שהדבר יהיה כרוך בהכרעה בגורלו של אדם מסוים המועמד לראשות הממשלה.

השופט מ' מזוז:

השופט מזוז ציין כי המציאות בה נאשם בפלילים בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות מקים ממשלה ועומד בראשה, מעוררת קושי ציבורי-מוסרי שקשה להפריז בעוצמתו. מציאות כזו משקפת משבר חברתי וכשל מוסרי של החברה ושל המערכת הפוליטית בישראל. ואולם, בית המשפט אינו יכול להחליף את תפקיד הציבור והמערכת הפוליטית אל מול מציאות כזו. השופט מזוז ציין כי ההסדר בחוק יסוד: הממשלה ובחוק יסוד: הכנסת לעניין כשירות והפסקת כהונה של ראש הממשלה, וכשירות חבר כנסת להרכבת ממשלה, הוא ברור וממצה, ואין עסקינן בעניין הנתון לשיקול דעת בית המשפט. לגישתו, שיקול הדעת של חברי הכנסת בהמלצה לנשיא לעניין הרכבת ממשלה - כמו גם שיקול דעתם בהצבעת אמון, או בהצבעת אי-אמון בממשלה - עניינו בגרעין הקשה של תפקידם החוקתי-משטרי. שיקול דעת זה הוא פוליטי במהותו ומשקף את "רצון הבוחר" במובנו הבסיסי של מונח זה והוא לא נתון, ככלל, לביקורת שיפוטית על פי כללי הביקורת של המשפט המינהלי. השופט מזוז הוסיף כי בכל הנוגע לבחינת שיקול דעת זה חלה דוקטרינת אי השפיטות המוסדית, אך הוא הדגיש כי דוקטרינה זו אינה שוללת מבית המשפט את האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית באותם מצבים "חריגים ונדירים ביותר" כאמור בחוות דעתה של הנשיאה חיות. לעניין האפשרות לבחון את שיקול הדעת של המועמד עצמו סבר השופט מזוז כי אין מדובר בהפעלת שיקול דעת של רשות שלטונית אלא בהחלטה אישית.

אשר להסכם הקואליציוני ציין השופט מזוז כי אף שמדובר בהסכם חריג שחלק מהוראותיו מעורר קשיים לא מבוטלים, טרם בשלה העת לבחון את השאלות שהוא מעורר.

השופטת ע' ברון:

השופטת ברון הסכימה עם הנשיאה חיות כי את הדיון בשאלת הטלת התפקיד של הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו יש לערוך בהתאם לעקרון המושרש של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". השופטת ברון עמדה על כך שהחלטת חברי הכנסת היא החלטה משטרית במהותה, שביסודה שיקולים פוליטיים מובהקים; וכן כי החלטה זו מקפלת בתוכה את תמצית הגשמת רצון הבוחר, שכן 72 חברי כנסת, שפעלו מכוח "ייפוי כוח בלתי חוזר" שניתן להם בקלפי, ביקשו מנשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת נתניהו. בהינתן האמור, הביקורת השיפוטית על חברי הכנסת כגורם הממנה את ראש הממשלה שונה באופן מהותי ויסודי מביקורת שיפוטית על החלטה בדבר מינוי שר לממשלה וגבולותיה צרים במיוחד.

עוד ציינה השופטת ברון כי אין לכחד שהקמת ממשלה בידי מי שתלוי ועומד נגדו כתב אישום חמור אינה מתיישבת עם עקרונות יסוד של הדמוקרטיה הישראלית – ובפרט חובת הנאמנות השלטונית, טוהר המידות בשלטון ואמון הציבור בו. עם זאת, התערבות שיפוטית בבקשתם של רוב חברי הכנסת להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, טומנת בחובה פגיעה אנושה בעקרון ריבונות הרוב המונח בליבת הדמוקרטיה. פגיעה בעקרון זה מעמידה בסכנה ממשית את הדמוקרטיה עצמה, ועל כן באיזון בין כוחות אלה – כיבוד רצון הרוב גובר.

השופט ג' קרא:

השופט קרא ציין כי אין זה ראוי מבחינה ציבורית שחבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות חמורות על טוהר המידות יקבל לידיו את המנדט להרכיב ממשלה ולכהן כראש ממשלה. עם זאת, משההכרעה הובאה לפתחו של בית המשפט, היא הוכרעה משפטית וכל אשר נקבע הוא, שאין מניעה משפטית, כי הרכבת הממשלה תוטל על חבר הכנסת נתניהו. הא ותו לא - "דחייתה של עתירה אין בה בהכרח כדי להטביע בה חותם של 'כשרות' במישור הציבורי".

השופט נ' סולברג:

השופט סולברג ציין כי הוא מסכים עם התוצאה אליה, ומשהגיעו כל חברי ההרכב למסקנה לפיה דין העתירות להידחות, דיינו בכך, והוא אינו רואה יתרון בליטוש הנמקות, בחידוד הבדלים, ובהכרזות עתידיות. הערה אחת העיר השופט סולברג על רקע השאלה המעיקה - האם ניתן להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר כנסת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות על טוהר המידות - לגבי הפער שבין דברו של המחוקק בספר החוקים לבין ערכי יסוד נעלים, בהתבסס על הכפילות "צדק צדק תרדוף: צדק שמימי וצדק ארצי:

"האמת השמיימית מציבה סטנדרט אבסולוטי שהאדם אינו עומד בו; החברה האנושית אינה מסוגלת לכלכל את דרכיה לפיו. איננו מלאכי-השרת. האמת הצומחת מן הארץ – אינה מושלמת. היא מבטאת את מידת האמת, אך זאת תוך התחשבות במציאות האנושית המתקיימת כאן, על הארץ, במגבלות הכרוכות בכך – כלכלה ופוליטיקה, חברה ומשפט, ושאר אילוצי העולם הזה. חברה ללא צדק ויושר, היא חברה מושחתת; חברה ללא צדק ומשפט, מידרדרת אלֵי אנרכיה ופשע. לכן, הצדק מציל חברה זו. אך צדק אבסולוטי שאינו מתפשר, עלול לרסק את החברה מפני האמת הבלתי-גמישה. הדין בישראל, חקיקת-הכנסת, מתווים לנו את תוצאת פסק-הדין. הצדק המתחשב במציאות הארצית, והאמת הצומחת מן הארץ – הם ערכי האמת והצדק שעל-פיהם אנו פוסקים. "

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

המשנה לנשיאה עמד על כך שבניגוד להטלת מלאכת הרכבת הממשלה על פי סעיפים 7 ו-9 לחוק יסוד: הממשלה – שם שיקול הדעת של הנשיא הוא רחב – במסגרת הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על פי סעיף 10 לחוק היסוד, שיקול הדעת המוקנה לנשיא המדינה הוא מצומצם מאוד ומוגבל לנסיבות מסוימות. על כן סקר המשנה לנשיאה בעלי תפקידים נוספים שנטען כי ניתן להתערב בשיקול דעתם. המשנה לנשיאה ציין כי לגישתו ליו"ר הכנסת אין שיקול דעת ביחס לכינוס ישיבה לצורך כינון הממשלה, וכי ממילא הוא חייב לפעול לפי רצון רוב חברי הכנסת. כמו כן, לשיטת המשנה לנשיאה אין להטיל חובה משפטית על המועמד שרוב חברי הכנסת מבקשים להטיל עליו את התפקיד של הרכבת הממשלה **לסרב** לקבל על עצמו את המינוי, שכן המועמד עליו רוצים להטיל את התפקיד רשאי לכפור באישומים המוטחים בו ולהיאבק על חפותו. אשר לשיקול דעתם של חברי הכנסת, המשנה לנשיאה הסכים עם גישתה של השופטת ברק-ארז לפיה על חברי הכנסת חלה חובת אמון, אך לגישתו חובת אמון זו אינה כוללת את שלילת פעילותם הפרלמנטרית החופשית של חברי הכנסת, שהם בבחינת "יחידה חוקתית עצמאית"**.** לפיכך, כך המשנה לנשיאה, עילות התקיפה המינהלית אינן חלות על חברי הכנסת בהתנהלותם מכוח סעיף 10 ל**חוק-יסוד: הממשלה**, ולא ניתן לאסור עליהם לחתום על בקשה המציינת חבר הכנסת כמועמד להרכבת ממשלה, אף אם הוגש כנגדו כתב אישום. המשנה לנשיאה עמד על כך שבאין מקור הסמכה מפורש לפסילה במקרה דנן, התרופה המשפטית למצב שנוצר היא בתיקון חוקי-היסוד לעתיד ולא בדרך של הוצאת צו כופה בבג"ץ.

אשר להסכמים הקואלציוניים, סבר המשנה לנשיאה כי ההסדר בדבר **החוק הנורבגי המדלג**, הקבוע בסעיף 17 ל**הסכם הקואליציוני**, נגוע באי חוקתיות ולכן ראוי להוציא לגביו "מעין התראת בטלות". זאת, שכן תיקון שכזה יש בו ניסיון לשנות **בדיעבד** ובאופן **פרסונלי** – לאחר הבחירות – את תוצאות הבחירות, תוך פגיעה מהותית בזכות לבחור ולהיבחר. דין דומה חל לגישת המשנה לנשיאה גם על הכרסום בזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה (למשל, בנושא חלוקת התפקידים של ראשי הועדות בכנסת, כמוצע בסעיף 22 ל**הסכם הקואליציוני**), שכן רעיון זה עלול לגרוע, שלא כדין, ממעמדה של האופוזיציה בכנסת, שגם היא נדבך חשוב במשטר הדמוקרטי שלנו.