



31 במרץ 2021

**מבלי לפגוע בזכויות
בפקס ובדוא"ל**

לכבוד
כב' נשיא המדינה, מר ראובן ריבלין
משכן נשיאי ישראל
רח' הנשיא 3
ירושלים

מכובדנו,

הנדון: הטלת מלאכת הרכבת הממשלה בעקבות הבחירות לכנסת ה-24

הננו מתכבדים לפנות אל כבודך בקשר עם העניין שבנדון, כדלקמן:

1. ביום 31.3.2021 נמסרו לך תוצאות הבחירות לכנסת ה-24 שהתקיימו ביום 23.3.2021. בד בבד, התוצאות פורסמו בילקוט הפרסומים 9511 מיום 31.3.2021.
2. בהתאם להוראות סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, עליך להטיל, בתוך שבעה ימים ממועד זה, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך.
3. הננו פונים אליך בזאת, גם בגדר פנייה מוקדמת למיצוי הליכים, שלא להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה, על חבר הכנסת בנימין נתניהו, מהטעמים שנפרט במכתבנו זה להלן.
4. כידוע, ח"כ נתניהו עומד לדין פלילי בגין כתב אישום חמור שהוגש כנגדו המייחס לו עבירות חמורות של שוחד ושל מרמה והפרת אמונים. משפטו של חבר הכנסת נתניהו החל זה מכבר בבית המשפט המחוזי בירושלים, וביום 5.4.2021 יתחיל שלב ההוכחות במשפט, הקבוע לשלושה ימים בכל שבוע, מהשעה 09:00 עד לשעה 15:00. שלב זה אמור להימשך חודשים רבים אם לא מעבר לכך.
5. לגישתנו, מסור לך שיקול דעת נרחב בהקשר להטלת התפקיד להרכבת ממשלה, בהתאם להוראות סעיף 7(א) לחוק יסוד הממשלה, וגם הפסיקה העוסקת בכך תומכת בגישה זו. בהתאם לשיקול הדעת המסור לך, הרי שעליך להימנע מהטלת התפקיד על ח"כ נתניהו, הן נוכח העבירות שבהן הוא מואשם, והן נוכח ההכרח שבו עליו יהיה לבלות חודשים רבים את רוב עתותיו בבית המשפט כנאשם בהליך הפלילי.
6. כידוע, שאלת כשירותו של ח"כ נתניהו לקבל עליו את תפקיד הרכבת הממשלה, עלתה לדיון בפני הרכב מורחב של בית המשפט העליון לאחר הבחירות לכנסת ה-23 (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (להלן: **עניין נתניהו**)).
7. בעניין נתניהו, לא היה מדובר בהטלת תפקיד הרכבת הממשלה על ידי נשיא המדינה מכוח הוראות סעיף 7(א) לחוק יסוד הממשלה, שהינו המצב כעת, אלא מכוח הוראות סעיף 10 לחוק יסוד: הממשלה



הקובע כי נשיא המדינה יטיל את תפקיד הרכבת הממשלה, לאחר פנייה של רוב חברי הכנסת אליו, על חבר הכנסת שצוין בבקשה.

8. בית המשפט הנכבד קבע שם במפורש, כי בניגוד לסמכות לפי סעיף 10 שהינה סמכות טכנית לחלוטין שאינה כרוכה בהפעלת שיקול דעת, הרי שסמכות נשיא המדינה לפי סעיף 7(א) הינה סמכות האוצרת בתוכה שיקול דעת.

9. כך כתבה כב' הנשיאה א' חיות בפיסקה 12 לפסק דינה:

"לשון הסעיף מצביעה על כך שבשלב זה של תהליך הרכבת הממשלה על פי המסלול שבסעיף 10 – בשונה משני המסלולים האחרים להרכבת ממשלה הקבועים בסעיפים 7 ו-9 לחוק היסוד – הנשיא אינו מפעיל שיקול דעת מהותי ועליו להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות 825 (2005); ראו גם: שמעון שטרית, הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד הממשלה, בעמ' 367 (2018)). ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 10 לחוק היסוד על כל גלגוליו תומכת אף היא במסקנה זו (ראו פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 30.7.1962, בעמ' 2959; דבריו של ח"כ יוסף שופמן בפרוטוקול הדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט מיום 14.2.1968). עמדה על כך בטיעוניה היועצת המשפטית לנשיא בצינה כי הפעלת סמכות הנשיא מתוקף סעיף 10(ב) לחוק היסוד, בשונה מהפעלת סמכותו על פי סעיפים 7 ו-9 לחוק היסוד, מוגבלת בעיקרה להיבטים טכניים ופרוצדורליים." (ההדגשות של הח"מ)

10. באופן דומה ואף מרחיב יותר ציין שם כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר (בפסק דין משלים מיום 27.5.20) כך:

"כאשר נשיא המדינה מפעיל את סמכותו על פי הסעיפים הנ"ל הוא צפוי להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בעל מירב הסיכויים להצליח במשימה, ואולם במצבים מיוחדים מותר לו לשקול גם שיקולים נוספים מכח שיקול הדעת הרחב, המופקד בידיו. זו היתה התפיסה שהציגה בפנינו בדיון שנערך בפנינו – היועצת המשפטית לנשיא, ער"ד אודית קורנלדי-סירקיס, ואני סומך ידי עליה, מה גם שהיא תואמת את המקובל בבריטניה, ממנה שאבנו את ההסדר החוקתי בנושא זה.

עיינו:

O. Hood Phillips, Paul Jackson & Patricia Leopold, Constitutional and Administrative Law, 360-364 (8th Edition-2001); A.W. Bradley, K.D Ewing & C.J.S Knight, Constitutional And Administrative Law, 242-245 (18th Edition-2014).

במסגרת השיקולים הנ"ל – הנשיא רשאי להביא בחשבון גם את העובדה שכנגד המועמד שהוצע לו (בגדר ההתייעצויות שערך) הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירות חמורות על טוהר המידות. לפיכך ככל שיש חבר כנסת אחר, שאף לו יש סיכוי להרכיב ממשלה ואין לו בעיה דומה – הנשיא יכול להעדיף אותו (השוו למערכת העקרונית והערכים, אותם מונה פרופ' דניאל בן אוליאל במאמרו: "העברת ראש הממשלה תחת כתב אישום מתפקידו", צפוי להתפרסם במשפט וממשל כ"א בשנת 2020 (להלן: בן אוליאל))."



11. המסקנה כי לנשיא מסור שיקול דעת מלא בהטלת תפקיד של הרכבת ממשלה בהתאם לסעיפים 7(א)

9- לחוק היסוד, נפסקה עוד קודם לכן בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' ניר זוהר, שם נאמר כך :

"תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא גם בשני המסמכים לגביהם אין נדרשת חתימת קיום: מסמכים הקשורים בכינון הממשלה ומסמך התפטרות של הנשיא מתפקידו. אין חולק כי בשני תחומים אלה פועל הנשיא לבדו ומסור לו שיקול דעת מלא. אין גם חולק כי בשני תחומים אלה אין צורך, ואף ישנה מניעה, ליתן שיקול דעת לשר או לממשלה בדמותה של חתימת קיום".

12. הנה כי כן לנשיא המדינה הסכמות הבלעדית וגם שיקול הדעת בקשר להטלת תפקיד הרכבת הממשלה לפי סעיף 7(א). השאלה העומדת למבחן היא האם רשאי, אולי אף חייב הנשיא לשקול במסגרת שיקול דעתו את שאלת קיומו של הליך פלילי כנגד ראש הממשלה, ואת נסיבותיו של אותו הליך פלילי, לרבות חומרת האישומים העומדים נגדו.

13. כאמור, לכך התייחס כב' המשנה לנשיאה מלצר בחוות דעתו בעניין נתניהו, שצוטטה לעיל. כך הוסיף וציין בהקשר למצב דברים קודם שהיה לאחר הבחירות לכנסת ה-21 כך :

"זה המקום להעיר כי מה שנפסק ב-בג"ץ 2848/19 ער"ד שחר בן מאיר נ' חה"כ בנימין נתניהו (23.04.2019) יש לקרואו, לשיטתי, על רקע העובדה שבאותו השלב נמסר לחה"כ בנימין נתניהו כתב חשדות בלבד (ושונה המצב ביחס לשיקול דעתו של הנשיא, כאשר כנגד חבר הכנסת עומד כתב אישום). מכאן שכל אמירה בפסק הדין האמור (שדחה את העתירה שם על הסף – ללא דיון), ככל שיש בה משום הגבלת שיקול דעתו של נשיא המדינה מכוח סעיפים 7 ו-9 לחוק-יסוד: הממשלה – ראוי לראותה כאוביטר בלבד (שאיננו מקובל עלי, ולמירב ניתן להחילו, בשינויים המחויבים, רק על סעיף 10 לחוק-יסוד: הממשלה, בו אדון מיד בסמוך)".

14. וזאת ראוי לדעת. בית המשפט הנכבד בעניין נתניהו, חזר ואישר את הלכת דרעי-פנחסי, לפיה תנאי כשירות לחוד ושיקול דעת של מינוי לחוד. כך כב' השופט י' עמית (פיסקה 6 לחוות דעתו) :

"אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברתי הנשיאה, כי הלכת דרעי-פנחסי עדיין חיה ובוועטת. מבלי להאריך בדברים, אציין את העובדה הפשוטה כי כיום, לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה, סעיף 22(ב) לחוק היסוד הקובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...]...", זהה בנוסחו לסעיף 21(א) בחוק יסוד: הממשלה בשעה שניתן פסק הדין בעניין דרעי-פנחסי. חזקה על המחוקק-המכוון כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות".

15. מכוח אותה הלכה, קיימת לגישתנו חובה החלה על כבוד נשיא המדינה לשקול במסגרת שיקולו להטיל תפקיד על חבר כנסת להרכיב את הממשלה גם שיקולים ערכיים, שעניינם טוהר המידות, ושל מניעת מצב בו מוטל תפקיד לעמוד בראש הרשות המבצעת על מי שעומד ונמצא במהלכו של משפט פלילי כנגדו על האשמות חמורות של טוהר המידות.

16. זו גם דעתה של המלומדת פרופ' סוזי נבות :



"הנשיא הוא 'נאמן הציבור' ועליו לבטא את רצון הציבור", אומרת פרופ' סוזי נבות. "על כן נהוג שהנשיא מתחשב במספר המנדטים שקיבלה כל מפלגה ובמפלגה הגדולה ביותר. מעמדו של הנשיא כ'נאמן הציבור' מחייב אותו להתייחס גם לעקרונות היסוד של שיטת המשטר. במסגרת שיקול דעתו הנשיא רשאי לשקול גם את השאלה אם מדובר בחבר כנסת שיש נגדו כתב אישום. חובת ההגנה על אמון הציבור בממשלה, הבטחת יושרם האישי של משרתי הציבור וטוהר המידות הם שיקולים הנובעים ממהות המשטר ולא נית להתעלם מהם."

(י"בין בג"ץ לנשיא המדינה : האם נאשם יכול להרכיב ממשלה", משה גורלי כלכליסט 30.12.2019)

17. סמכות הטלת תפקיד הרכבת הממשלה, כמו כל סמכות אחרת שבצדה שיקול דעת, אינה סמכות הפועלת בחלל ריק. ככל סמכות אחרת, היא כפופה לאמות המידה המחייבות הנטועות במשפט המינהלי, ובכללן החובה כי הפעלת הסמכות לא תחרוג ממתחם הסבירות. יפים לעניין זה דבריו של כב' הנשיא מ' שמגר, שנאמרו בהקשר של שיקול הדעת להפסקת כהונתו של שר (בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 422 (1993)):

"אולם גם כאשר מדובר על סמכות שבשיקול-דעת, אין היא נטולת מסגרת נורמטיבית. על כל שימוש בשיקול-דעת מינהלי חלים הכללים המקובלים בדבר סבירות, הגינות, תום-לב, היעדר שרירות והפליה ואמות מידה כיוצא באלה".

18. זאת ועוד. בהפעלת כל סמכות, בוודאי כזו שלפי חוק היסוד, יש להביא לידי ביטוי את עקרונות היסוד של המשטר.

19. אנו סבורים כי הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר הכנסת נתניהו, בנסיבות כפי שתוארו לעיל, תהיה בלתי סבירה באופן קיצוני. הטלת התפקיד על מר נתניהו תחרוג מאמות המידה שהותוו בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק לעניין מינוי אישי ציבור. היא אף תחטא לתכליתו של מוסד הנשיאות, הן כמוסד ממלכתי א-פוליטי אשר "מייצג ערכים של מוסר חברתי שאינם שנויים במחלוקת פוליטית" (בג"ץ 10021/06 זוהר נ' שר המשפטים, בפס' 10 (23.12.2008)).

20. לסיכום, על רקע כל האמור, יהא זה בלתי סביר בעליל, בלתי מתקבל על הדעת, בלתי נתפס ממש, שאיש ציבור בכיר, העומד בפני משפט פלילי שמועד ההוכחות שלו יחל בעוד מספר ימים, המייחס לו עבירות של לקיחת שוחד ומרמה והפרת אמונים בעת כהונתו כראש הרשות המבצעת במדינת ישראל, יבקש לעצמו שוב את אותה משרה, בה לפי הנתען ביצע את העבירות בהן הוא נחשד. אפשרות כזו מנוגדת לכל נורמה הגיונית וסבירה. דווקא הנשיא, כדמות א-פוליטית שנועדה לתת ביטוי ממלכתי לערכי מוסר חברתיים שאין עליהם מחלוקת, יכול וצריך – כפי שמתווה הפסיקה – לשמש כאן כשומר סף. למען הסר כל ספק, אין כל מניעה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת אחר המשתייך לסייעת הליכוד, ובלבד שלא דבק בו פגם הקשור בטוהר המידות.

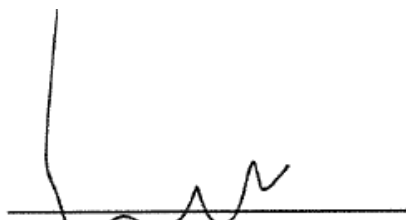


21. זוהי שעת-חירום מוסרית, ומן הדין ומן הצדק כי הנשיא יהיה עמוד האש אשר יעמוד בראש המחנה. לא מדובר במחנה פוליטי, אלא מחנה ערכי-מוסרי, שאינו מבחין בין ימין ושמאל, אליו משתייכים כל עקרונות היסוד עליהם מושתתת חברה הגונה וצודקת.

22. משמר הדמוקרטיה הישראלית היא עמותה, שהוקמה על-ידי משפטנים ופעילים חברתיים, ששמה לה למטרה לפעול למען האינטרס הציבורי לטיפוח ערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בתחומי שלטון החוק, המשטר והמינהל הציבורי; לפעול לשיפור נורמות השלטון והמשטר התקינות ולמיגור השחיתות השלטונית; לחזק את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, לפעול למען כינון חוקה ראויה, הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים ביניהן; לחזק את מעמדה של הרשות השופטת, עקרונות המשפט, הצדק וזכויות האדם; לעמוד על חשיבותו ומרכזיותו של עיקרון השוויון בפני החוק ואכיפת עיקרון זה; להטמעת ערכי מינהל תקין ואתיקה בקרב עובדי ונבחרי ציבור; ולגיבוש וקידום חקיקה שתעגן את הערכים הללו.

23. מכתב זה מהווה בגדר מיצוי הליכים טרם הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. נוכח הוראות חוק היסוד והמועדים הקבועים שם להטלת תפקיד על ח"כ להקים ממשלה, נבקש את עמדת כבוד הנשיא, כמו גם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר העתקו מועבר אליו, בתוך 7 ימים ממועד מסירת מכתבנו זה, על מנת שיהיה סיפק בידינו להגיש עתירה לבית המשפט בנושא, טרם הטלת התפקיד.

בכבוד רב ובברכה,



יובל יועז, עו"ד



שחר בן מאיר, עו"ד

העתק:

היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבליט