

דפנה הולץ-לכנר, משרד עורכי דין
DAFNA HOLZ – LECHNER, Law Offices

רח' ברקוביץ 4, תל אביב יפו 6423806
4 Berkovitz st. Tel Aviv 6423806
טל': 077-2040881
פקס': 077-2040882
דוא"ל: lechner@publiclaw.co.il
www.publiclaw.co.il

2 בדצמבר 2019

- דחוף ביותר -

לכבוד
היועץ המשפטי לממשלה
מר אביחי מנדלבלית
משרד המשפטים
רח' סלאח א דין 29
ירושלים

שלום רב,

הנדון: בקשה דחופה לקבלת עמדתך כיועץ המשפטי לממשלה בסוגיית סמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון

בשם מרשתי ומרשיי, קבוצת יזמים ומנהלים בכירים מתחום ההייטק ואנשי אקדמיה, אשר שמותיהם מצורפים למכתב זה, הריני מתכבדת בזאת לפנות אליך בדחיפות עליונה בנושא שבנדון כדלקמן:

1. מדינת ישראל מצויה בימים אלו במבוי משפטי עצום.
מבוי משפטי זה נובע, בין השאר, מן העובדה שהדין לא צפה כלל את הסיטואציה אליה נקלעה המדינה, כאשר בעיצומה של תקופת ממשלת מעבר, ובטרם הטיל נשיא המדינה את המנדט להרכבת הממשלה הבאה על מי מחברי הכנסת, הוגש נגד ראש הממשלה המכהן כראש ממשלת המעבר, כתב אישום הכולל עבירות חמורות של שוחד מרמה והפרת אמונים, אשר הינן עבירות שיש עמן קלון.
2. הסוגיה המשפטית כבדת המשקל בשאלה האם מוסמך נשיא המדינה להטיל את מלאכת הרכבת ממשלת ישראל הבאה על חבר כנסת הנאשם בעבירות חמורות מהסוג בו מואשם מר נתניהו, מחייבת את היועץ המשפטי לממשלה לגבש את עמדתו בעניין, וזאת בשל העדר חקיקה המסדירה סוגיה זו.
3. בשבוע שעבר נמסר מטעם דוברות משרד המשפטים, כי הדיון שהתקיים בלשכתך, "לא עסק באפשרות הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על ידי נשיא המדינה על חבר כנסת שהוחלט להגיש

נגדו כתב אישום, הואיל ו**מדובר בסוגיה שהינה תאורטית לעת הזו**". (ההדגשה לא במקור - הח"מ).

4. בעניין זה עוסקות פנייתם של מרשיי. מרשיי חולקים מכל וכל על העמדה לפיה "מדובר בסוגיה תאורטית לעת הזו" ומבקשים בזאת כי תיתן דעתך בנוגע לדחיפותה ונחיצותה הקריטית של חוות דעתך בנושא זה דווקא כעת, בימים הדרמטיים והקשים העוברים על מדינת ישראל, כאשר כל צעד, ולו הקטן ביותר, עלול לגרור את המדינה למערכת בחירות שלישית ותשקול בשנית את עמדתך בעניין.

הנך מתבקש לבחון את כלל השיקולים המתחייבים לשם כך, ולאחר מכן לקבל את המסקנה המתבקשת לפיה הכרעתך וחווות דעתך בנושא זה נדרשת ונחוצה בעת הזו, באופן מיידי ודחוף, וזאת מהנימוקים כפי שיפורטו להלן.

5. אנו מצויים היום 10 ימים לפני תום תקופת הזמן בה ניתן באמצעות הכרעתך וחווות דעתך, בהתייחס למצב המשפטי החל בעניין שלפנינו, למנוע את הצורך בהובלת כל מדינת ישראל למערכת בחירות שלישית, או לחילופין להבין ולדעת כי משפטית אין מנוס מניהול מערכת בחירות שלישית, זאת במידה ויוחלט על ידך ו/או על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ לצורך ביקורת שיפוטית על החלטתך, כי נשיא המדינה מוסמך להטיל על מר נתניהו, במצבו המשפטי הנוכחי, את הרכבת הממשלה הבאה.

6. עם כל הקושי הכרוך בדבר והאומץ הציבורי העצום הנדרש לשם כך, מרשיי סבורים כי מתוקף תפקידך כיועץ המשפטי לממשלה מחובתך להורות מהו הדין מקום בו המחוקק לא עשה כן, בכל דבר ועניין חיוני העומד על הפרק וכזה הוא העניין שלפנינו. כך קובעת הפסיקה במדינת ישראל, לפיה פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להוראות הדין היא הפרשנות המחייבת את רשויות השלטון, כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת. (ראה למשל: בג"צ 1635/90, ז'רז'בסקי נ' רוה"מ ואח', פ"ד מה(1) 800; בג"צ 3094/93, התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 425, (להלן - "פרשת זרעי"); בג"צ 4287, 4267/93, אמיתי נ' רוה"מ ואח', פ"ד מז(5), 473 (להלן - "פרשת פנחסי"); בג"צ 4247/97, סיעת מרצ נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241;).

7. לפיכך, למרות שמוכן החשש שהנך מביע מן הקושי ומן ההשלכות הציבוריות שעשויות לנבוע מהכרעה משפטית בנושא זה ושאיפתך המובנת לנסות ולהימנע מכך, בתקווה שהדבר יוכרע על ידי הציבור במישור הפוליטי-ציבורי ולא במישור המשפטי, אין מנוס מלהורות את הדין ולהבהיר את "כללי המשחק", שכן הדבר מתחייב ממך בעת הזו.

8. המבחן הרלוונטי לשם הכרעה בשאלה האם מדובר בסוגיה "תאורטית" בעת הזו, או שמא לא כך הדבר, הינו בהתאם למענה המתקבל ביחס לשאלה הבאה:
האם במידה והייתה קיימת חקיקה ברורה בעניין זה, היו לה השלכות מעשיות על מצב הדברים כבר עתה, (היינו, "בעת הזו", כלשונך), או שמא לא היה בכך כדי להשפיע ולשנות את מהלך הדברים כעת.

9. ברור לחלוטין כי התשובה לשאלה זו הינה בחיוב. כלומר, אילו היה ידוע לציבור בישראל, באופן ברור ומוגדר, מהו המצב המשפטי החל בנוגע לשאלת סמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון, הרי שהיו לכך השלכות מעשיות כבדות משקל בעת הזו. משכך הדבר, ברי כי אין המדובר בעניין תאורטי כל וכלל. נבהיר:
אילו בסעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, בסוף הפסקה הראשונה הקובעת, לאמור:

"משיש לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מחברי הכנסת שהסכים לכך;"

היו מופיעים המילים הבאות:

"ובלבד שאין זה חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עמה קלון;"

ברור מאליו ובאופן חד משמעי כי כבר ברגע זה ממש הייתה משמעות מעשית וממשית, ולא תאורטית כלל וכלל להוראת דין זו. על פיה היו פועלים, ככל הנראה, כל חברי מפלגת הליכוד להחלפתו של מר נתניהו ביו"ר מפלגה אחר, לצורך הרכבת הממשלה ומניעת הצורך בבחירות נוספות, או לחילופין לצורך העמדתו כמועמד לראשות הממשלה בבחירות הקרובות.
ברוח זו ממש מתחייב להתייחס לחוות דעתך הנחוצה בעניין זה בעת הזו.
לפיכך, משמצאנו כי למתן חוות דעתך כעת ישנן השלכות מעשיות מרחיקות לכת בנקודת הזמן הנוכחית, הרי שאין כל בסיס ואין כל יסוד לטענה בדבר ה"תאורטיות" של מתן חוות הדעת "בעת הזו" ועל כן מתחייב לפרסם את חוות דעתך בסוגיה זו באופן מיידי.

10. למסקנה מובהקת זו ניתן להגיע גם על דרך השלילה.

שער בנפשך את האלטרנטיבה להכרעה ולחוות הדעת המשפטית המתחייבת כעת ממש ובדחיפות עליונה.

שהרי במידה ולא תבהיר ותורה מהו הדין, בשאלת סמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות עם קלון, באופן מיידי, הרי שמדינת ישראל תסחרר את עצמה למערכת בחירות שלישית. מערכת בחירות זו תהיה טעונה ביותר, קשה, מלאת יצרים, הסתה, ליבוי שסעים והמרדות נגד רשויות השלטון, באופן שעשוי להיות בלתי הפיך לחברה הישראלית, ועלותה למשק הישראלי יהיה של מיליארדים. נוסף על כך, קיים

סיכון ממשי להידרדרות ביטחונית וכלכלית, תוך קבלת החלטות מעוותות, הנובעות מצרכים ומשיקולים אישיים ותוך ניגוד עניינים חמור, בין האינטרס האישי של אדם המואשם בעבירות חמורות ביותר לבין האינטרס הציבורי, והכל במסגרת ממשלת מעבר שאינה בעלת סמכות לקבלת החלטות הוות גורל מסוג זה.

11. אין כל ספק כי במקרה ובתום מערכת בחירות שלישית, מתישה, מיותרת וקשה זו, אשר בנוסף לכל נזקיה גם תוביל לאבדן זמן יקר מאד, שבמהלכו נהיה מצויים בשליטת ממשלת מעבר כאמור, יתברר כי ח"כ נתניהו הינו בעל הסיכויים הגדולים ביותר להרכבת ממשלה הבאה ורק אז תמצא לנכון ליידע את נשיא המדינה שהוא אינו מוסמך להטיל עליו את מלאכת הרכבת הממשלה בשל כתב האישום שהוגש נגדו, הרי שבצדק רב תקום זעקה ותישאל השאלה הקשה הכיצד זה לא הבהרת את המצב המשפטי על בוריו בטרם הכנסתה של מדינת ישראל למערבולת הקשה של מערכת הבחירות הזו על כל הנזקים שהיו כרוכים בה.

12. לפיכך, מרשיי סבורים כי בדיוק ברגע זה, לאחר הסבלנות והאחריות הרבה שגילה הציבור הישראלי בהמתנתו הארוכה להחלטתך בדבר הגשת כתב האישום נגד נתניהו ובשים לב למהות העבירות החמורות בהן הוא מואשם, זכותו של הציבור הישראלי לדעת בנקודת זמן זו מה הדין החל ביחס לסמכות הנשיא להטיל את הרכבת הממשלה על ח"כ שמואשם בעבירות כה חמורות שיש עמן קלון כנתניהו. דומה כי אין דבר אקוטי, דרמטי, הכרחי וחיוני יותר למדינת ישראל ולציבור אזרחי ישראל ברגע זה מאשר הצורך בידיעת מציאות משפטית זו.

13. עמדתך לפיה הנושא הוא "תאורטי" בלבד, הייתה יכולה להתקבל אילו כתב האישום היה מוגש נגד ח"כ אשר אין כל היתכנות או סיכוי כי תוטל עליו מלאכת הרכבת ממשלה. למשל, ח"כ שאינו יו"ר מפלגה ועל כן אין כל סיכוי שיקבל את המנדט להרכבת ממשלה, או לחילופין יו"ר במפלגה קטנה, אשר אין כל סיכוי כי העומד בראשה יוכל להרכיב ממשלה. אולם כאשר בנתניהו עסקינן, אדם המכהן כראש ממשלה מזה עשר שנים ברציפות ו-13 שנים סך הכל ועומד כיום בראש ממשלת המעבר ומשמש כיו"ר מפלגת הליכוד, הרי שהעניין אינו "תאורטי" כלל וכלל.

14. בהתייחס לתוכנה של חוות דעתך בסוגיה, סבורים מרשיי כי על פי הדין אין סמכות להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון. להלן יפורט הטיעון המשפטי בעניין זה. אנו מצויים כיום במצב המשפטי המפורט בסעיף 10(א) לחוק יסוד: הממשלה, (להלן - "חוק היסוד").

זהו המצב בו לאחר שהסתיימו שתי התקופות במסגרתן הטיל נשיא המדינה את התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיפים 7 ו-9 לחוק היסוד, נותרה האפשרות המפורטת בסעיף 10(א) לחוק היסוד, לפיה:

..רשאים רוב חברי הכנסת לבקש מנשיא המדינה, בכתב, להטיל את התפקיד על חבר הכנסת פלוני, שהסכים לכך בכתב...".

במקרה זה קובע חוק היסוד בסעיף 10(ב) לחוק היסוד, לאמור:

"הוגשה לנשיא בקשה כאמור בסעיף קטן (א), יטיל הנשיא, בתוך יומיים, את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר הכנסת שצוין בבקשה".

15. עיינו הראות אם כן, כי בכל הנוגע להטלת התפקיד להרכיב ממשלה, מעמדו של מי שעליו הוטל התפקיד הינו מעמד "חבר כנסת" ואין הוא שונה לעניין זה מכל חבר כנסת אחר. לפיכך, אין כל רלוונטיות אם אותו אדם נושא בכל תפקיד אחר, יהא זה תפקיד שר, יו"ר ועדה, ח"כ מהשורה, יו"ר מפלגה או ראש ממשלת מעבר ואין כל משמעות, לצורך הטלת התפקיד להרכבת הממשלה, לדינים החלים ביחס להפסקת כהונת ראש ממשלה מכהן, הקבועים בהוראת סעיף 18 לחוק היסוד.

16. לצורך ההכרעה המשפטית בשאלה האם בבוא נשיא המדינה להטיל תפקיד מסוג הרכבת ממשלה על חבר כנסת, שהוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון, מתחייב לבחון ולהקיש את הדין מפסיקות בית המשפט העליון בפרשות דרעי ופנחסי (ראה בסעיף 6 לעיל), אשר קבעו כי אין למנות לתפקידי שר וסגן שר אדם שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון.

וכך, בין היתר, קבע הנשיא שמגר בעמ' 421 ואילך לפסק הדין בפרשת דרעי:

"כל נבחר וכל נושא משרה הוא משרתו של הכלל (בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים. בהפעלת כוחו למנות ובהפעלת כוחו להעביר מן התפקיד פועל בעל הסמכות כנאמן הציבור (בג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר ואח'). כפי שהסברנו לא אחת, משמעות הדבר היא כי סמכות המינוי או ההעברה מהתפקיד מן הראוי שיופעלו בהגיונות, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור.... יש נסיבות שבהן עולה המסקנה - גם לגבי סמכות שבשיקול-דעת - כי הימנעות מהפעלת הסמכות היא בלתי סבירה במידה היורדת לשורשו של עניין (בג"צ 596/75, מכבי תל-אביב אגודה לספורט ולהתעמלות ואח' נ' רשות השידור; בג"צ 542/76, 103/77 קונסורטיום איטנרנשיונל נ' מנכ"ל משרד התקשורת, בעמ' 483). כדי ליישם זאת לסוגיה שלפנינו: סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין.

חוסר סבירות היורד לשורשו של עניין פוסל החלטתה של רשות מינהלית (ראה: בג"צ 297/82). הוראת החוק האמורה נועדה גם כדי לאפשר תגובה, בצורת העברה מן התפקיד, בשל אירוע חמור שבו מעורב חבר הממשלה, כאשר האירוע, יהיה זה מעשה או מחדל, משליך על מעמדה של הממשלה, על מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמה, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים, כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים שעליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקתית ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכן. לשם הסרת ספק אוסיף, כי האמור כאן אינו מתייחס לנומרות מוסריות שהן חסרות יסוד בדין. מדובר על המשפט החל אצלנו, אשר לפיו אי הפעלת סמכות המוקנית לבעל משרה הופכת את מחדלו, בנסיבות נתונות, לבלתי סביר באופן קיצוני. זוהי מסקנה שבדין ולא מסקנה המעוגנת רק בערכים ערטילאיים מופשטים שאין להם יסוד בחוק, כפי שעלול היה להשתמע מתוך חלק מן

הטיעונים שהושמעו לפנינו. לפנינו דובר רבות על כך שהממשלה נשענת על אמון הכנסת, וכי בכך ניתן ביטוי טרנסנדנטי לאמון של הציבור הרחב בממשלתו. הדבר מקובל עליי....

אם יכהן בממשלה שר שהוגש נגדו כתב-אישום המאשימו בלקיחת שוחד במאות אלפי שקלים ובשימוש לרעה, באופנים אחרים, במשרות שלטוניות, תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו. עניין זה משליך במישרין על שאלת הסבירות, לפי הוראותיו של הדין..."
(ההדגשות אינן במקור - ד.ה).

17. עיינו הרואות כי האנלוגיה להלכות דרעי ופנחסי מתבקשת ועל פיה המסקנה המתחייבת הינה כי אין סמכות לנשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת, שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון.

מסקנה זו הינה חד משמעית, וזאת משתי הסיבות הבאות:

האחת - בכל אחד מהמקרים מדובר במצבים בהם האדם מתמנה לתפקיד (שר, סגן שר והטלת התפקיד להרכבת ממשלה), וזאת בשונה מהדינים החלים על נבחרי הציבור אשר מקבלים את אמונם ישירות מן הציבור במערכת בחירות.

השניה - מכח קל וחומר, שכן אם אדם שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון, פסול מלשמש בתפקיד שר או סגן שר (כבפרשות דרעי ופנחסי), הרי שמכח קל וחומר יהא אותו אדם פסול מלקבל מנשיא המדינה את תפקיד הרכבת הממשלה.

18. אשר על כן, לאור הוראות הדין ובשים לב לפסיקת בית המשפט העליון, מתחייבת ההחלטה לפיה נשיא המדינה אינו מוסמך להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות שיש עמן קלון.

19. לפיכך, הנך מתבקש בזאת לבצע את חובתך, מתוקף תפקידך כיועץ המשפטי לממשלה ולהבהיר את המצב המשפטי בנושא שבנדון. כפי שנאמר על ידך בערב הגשת כתב האישום נגד נתניהו בהתייחס לעצם הגשתו, כך גם במקרה שלפנינו, נדרש לתת את חוות הדעת המתחייבת בעת הזו "בלב כבוד אך שלם".

20. מרשיי מבקשים כי תשיב למכתבם זה בתוך 72 שעות, היינו עד לא יאוחר מיום חמישי ה- 5.12.19, וזאת בכדי שיוכלו למצות את זכויותיהם המשפטיות ולשקול פנייה לבית המשפט העליון בבקשה לקבלת הסעד המבוקש, במידה ולא תיענה לבקשתם למתן חוות דעתך הדחופה בנדון, לפיה אין זה בסמכותו של נשיא המדינה להטיל את הרכבת הממשלה על חבר הכנסת שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות עם קלון, והכל עוד בטרם יחלפו הימים אשר במסגרתם ניתן עדיין למנוע עריכתן של בחירות נוספות.

בכבוד רב ובהערכה,

דפנה הולץ לכנר, עו"ד

להלן רשימת היזמים והמנהלים הבכירים מתחום ההייטק ואנשי האקדמיה אשר מילאו את ידי לפנות אליך בשמם במכתב זה :

- דב מורן
- ד"ר ארנה ברי
- טל ברנוח
- יואל חשין
- רועי סער
- זהר לבקוביץ
- גיא הורוביץ
- פרופ' אודי שפירא
- ברק חכמוב
- דב בהרב
- ארהלה מינקובסקי
- מאיר מורגנשטרן
- פרופ' דניאל (דני) צידון
- פרופ' כרמל דומשלק
- רפי קסטן
- ינון ברכה
- ערן וגנר
- שלמה נמרודי
- ד"ר יעקב קורח
- אלון אגינסקי
- פז שוורץ