

# הלכת דרעי- פנחסי ועקרונות יסוד בדיני פרשנות

בעקבות בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון  
בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק הדין מיום  
27.5.2020 ומיום 6.5.2020

מאת

**דניאל פרידמן\***

## תקציר

בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה דחה בית המשפט בהרכב של אחד עשר שופטים את העתירה נגד הטלת התפקיד של הרכבת הממשלה על בנימין נתניהו, חרף העובדה שהוגש נגדו כתב אישום הכולל האשמות בשוחד ובהפרת אמונים. המאמר מצדיק תוצאה זו על יסוד העובדה שבחוק יסוד: הממשלה הוראות מפורשות, שמהן עולה בבירור שהכנסת הכירה באפשרות שחבר כנסת הנאשם בפלילים ירכיב ממשלה. בהיעדר הוראה בחוק המסמיכה את בית המשפט לפסול מועמד שתלוי נגדו כתב אישום, לא מתקבל על הדעת שבית המשפט ימציא – באמצעות חקיקה שיפוטית – הוראת פסילה שאין לה בסיס חוקי. המאמר בוחן גם את השאלה אם היה לבית המשפט כוח פוליטי להגיע לתוצאה שונה, ודן בגבולות הכוח הפוליטי של בית המשפט.

חלק נכבד מפסק הדין מוקדש להלכת דרעי-פנחסי, שלפיה מוטל על ראש הממשלה לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון, ואשר מכוחה ייתכנו גם נסיבות נוספות שימנעו את מינויו של שר או יחייבו את פיטוריו. ניתן ליישב מבחינה משפטית את התוצאה שהושגה בבג"ץ 2592/20 עם הלכת דרעי-פנחסי, אף שברור שישנה סתירה ערכית בין שני פסקי הדין.

עם זאת מודגש בפסק הדין הנוכחי, שהלכת דרעי-פנחסי עומדת בעינה אף שחוק יסוד: הממשלה משנת 2001 קבע שכהונתו של שר תסתיים רק משהורשע בעבירה שיש עימה קלון. פסק הדין מבסס תוצאה זו על העיקרון שלפיו "כשירות לחדר ושיקול דעת לחדר". המאמר מבקר עמדה זו, המהווה פרשנות נגד המחוקק והמנוגדת לעקרונות יסוד פרשניים, ובהם העיקרון בדבר נאמנות הפרשן, הכלל בעניין הסדר שלילי והכלל שלפיו המחוקק לא השחית את דבריו לריק. עוד מצביע המאמר על כך שלא מדובר

---

\* פרופסור (אמריטוס), אוניברסיטת תל אביב; שר המשפטים לשעבר. ברצוני להודות לאלאא חאג' יחיא, עורכת "עיני משפט", ולחברי המערכת אלון מלאבר ויונתן בוקשפן על מלאכת העריכה ועל הערותיהם המועילות לרשימה זו.

בהוראה בעניין כשירות, אלא בחקיקה שיפוטית הקובעת פסלות של מועמד או של בעל תפקיד.

המאמר גם בוחן את הקושי שיש לבית המשפט להשלים עם ביטול הלכות שקבע, ואשר הוא רואה בהן הלכות בעלות מעמד של יוקרה או של חשיבות מיוחדת. בהקשר זה נערכת השוואה לקושי שהיה לבית המשפט להשלים עם ביטול הלכת **אפרופים**. בסיכום המאמר מודגשת חשיבותה של תרבות פרשנית המאפשרת לחברי הקהילה המשפטית והעסקית להבין בצורה זהה טקסטים הכתובים בבהירות. פרשנות נגד הטקסט (בחוק או בחוזה) מערערת את הביטחון המשפטי ותורמת לריבוי התדיינויות.

#### מבוא

- א. הלכת **דרעי-פנחסי** ועקרונות יסוד בדיני פרשנות
  - ב. הוראות כשרות והוראות פסלות
  - ג. הלכת **דרעי-פנחסי** והוראות **חוק יסוד: הממשלה**
  - ד. שבירת הסימטריה החקיקתית והפסיקתית בעניין פסילת נבחרי ציבור
  - ה. פרשנות נגד המחוקק והלכת **אפרופים**
  - ו. הבעיה הפוליטית
- הערת סיכום

#### מבוא

בבג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**<sup>1</sup> דחה בית המשפט בהרכב של אחד עשר שופטים – ובצדק – את העתירה נגד הטלת התפקיד של הרכבת הממשלה על בנימין נתניהו, חרף העובדה שהוגש נגדו כתב אישום הכולל האשמות בשוחד ובהפרת אמונים. בשלב הראשון, ביום 6.5.2020, פורסם פסק הדין שנשא כותרת "תמצית הנימוקים". הוא כלל את פסק דינה של הנשיאה חיות. יתר השופטים הצטרפו בשלב זה ללא נימוקים לתוצאה של דחיית העתירה שאליה הגיעה הנשיאה חיות, תוך שצוין שהם יפרטו את נימוקיהם ככל שימצאו לנכון בפסק דין משלים שיינתן בהמשך. פסק הדין המשלים פורסם כשלושה שבועות לאחר מכן, ביום 27.5.2020. הנשיאה חיות ציינה שהיא פירטה את נימוקיה בפסק הדין שניתן

<sup>1</sup> פסק הדין פורסם בשלב הראשון ב"נבו" ביום 6.5.2020; בשלב השני הוא פורסם ב"אר"ש" ביום 27.5.2020. ההתייחסות בהמשך רשימה זו לנימוקיה של השופטת חיות תהיה לנימוקים שפורסמו ביום 6.5.2020; ההתייחסות לפסק דינם של שופטים אחרים היא לנימוקיהם שפורסמו בפסק הדין המשלים מיום 27.5.2020.

ביום 6.5.2020, ושאיין היא רואה צורך להוסיף עליהם. לכך הצטרפו בפסק הדין המשלים נימוקיהם של כל שאר שופטי ההרכב.

לאאורה היה מדובר בעניין קל ופשוט, עתירה שהיה אפשר לדחותה על הסף בהרכב של שלושה שופטים, מן הטעם הברור שאין כל הוראה בחוק המסמיכה את בית המשפט לפסול מועמד שתלוי נגדו כתב אישום ושלא מתקבל על הדעת שבית המשפט ימציא – באמצעות חקיקה שיפוטית – הוראת פסילה שכזו שאין לה בסיס בחוק. יתר על כן, בחוק יסוד: הממשלה ישנן הוראות מפורשות שיידונו בהמשך, אשר מהן עולה בברור כי הכנסת דוגלת בחזקת החפות וכי היא הכירה באפשרות שחבר כנסת הנאשם בפלילים ירכיב ממשלה.

למרות זאת נראה שההחלטה – המובנת מאליה – הייתה כרוכה בייסורים קשים עבור בית המשפט הגבוה לצדק. העתירה הנוכחית הגיעה לאחר ששלוש עתירות קודמות אשר ביקשו למנוע מנתניהו להרכיב ממשלה נדחו על הסף בנימוק שאינן בשלות ושעדיין לא הגיעה העת להכריע בהן. העתירה הראשונה, בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה,<sup>2</sup> נדחתה על הסף ביום 1.1.2020, חודשיים לפני הסיבוב השלישי לבחירות שנקבעו ליום 2.3.2020. אכן, כלל ידוע הוא שבית המשפט איננו דן בשאלות תיאורטיות. החלטה תינתן רק במועד שבו הופכת השאלה מעשית וקונקרטית. אלא שהבעיה באותו מקרה התעוררה עקב כך שבחודש נובמבר 2019 הודיע היועץ המשפטי לממשלה על כוונתו להגיש כתב אישום נגש נתניהו הכולל האשמות בשוחד ובהפרת אמונים. היה ברור באותם ימים שבנימין נתניהו הוא אחד משני המועמדים להרכיב את הממשלה, והיה היגיון בכך שהציבור הנקרא להצביע ידע אם מועמד זה, שלמעלה ממיליון בוחרים הצביעו בעבר למפלגה שהוא עומד בראשה, רשאי על פי החוק להקים ממשלה. אך כאמור החליט בג"ץ באותו שלב שלא להתחיל, והשאיר את הנושא פתוח.

התמונה השתנתה לאחר שמפלגות "הליכוד" ו"כחול לבן" הגיעו להסכם שמכוחו פנו רוב חברי הכנסת לנשיא המדינה, בהסתמך על סעיף 10(x) לחוק יסוד: הממשלה, בבקשה להטיל על בנימין נתניהו להרכיב את הממשלה. בשלב זה לא היה מנוס מהכרעה; כדי להגיע לתוצאה הברורה והמובנת מאליה התכנס לפיכך ההרכב הרחב הזה של אחד עשר שופטים, והחליט – כפי שהיה עליו להחליט – שאין מניעה משפטית להטיל את התפקיד על מר נתניהו וכי הוא חופשי להרכיב את הממשלה.

השאלה היא אפוא מה היה הקושי – מדוע נמנע בית המשפט ככל שהיה יכול מלהחליט בעניין, ומדוע נדרשו אחד עשר שופטים להכריע בנושא שהוא פשוט ומובן מאליו מבחינה משפטית. התשובה לכך היא, שההחלטה חייבה את בית המשפט לפסוק בניגוד לאתוס שפיתח במשך כ-25 שנים, וגררה סתירה בין פסק הדין בעניין הרכבת

<sup>2</sup> בג"ץ 8145/19 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.1.2020). אחריו הגיע בג"ץ 2033/20 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 16.3.2020). העתירה האחרונה בשורת עתירות זו היא בג"ץ 2487/20 ברי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.4.2020).

הממשלה לבין אחד הזרמים המרכזיים בפסיקה, סתירה שבית המשפט ביקש להימנע ממנה; משלא עלה הדבר בידו, ביקש בית המשפט להראות שהסתירה איננה קיימת. כדי להסביר את הקושי שניצב בפני בית המשפט ואת הסתירה האמורה, נדרשות מילות הסבר אחדות על אודות גלגוליו של אותו זרם בפסיקה העוסק בפסילת מינויים בשירות הציבורי משיקולים שדבק במועמד כתם מוסרי או שהיה בהתנהגותו בעבר דופי המצדיק את פסילתו. הזרם הזה בפסיקה נולד בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. עד אז לא העלה איש על הדעת, שבית המשפט יכול לפסול משיקולים משפטיים מינוי שיש בו – לדעת בית המשפט – דופי מוסרי. דוגמה בולטת יכול לשמש עניינו של השר אהרון אבוחצירא, שכיהן כשר הדתות בממשלה החל משנת 1977. בשנת 1980 הוגש נגדו כתב אישום שבו הואשם בשוחד, אך הוא המשיך לכהן בממשלה. באותה עת היה יצחק זמיר היועץ המשפטי לממשלה. איש לא העלה על הדעת, גם לא זמיר, ששר הדתות חייב להתפטר. אבוחצירא זוכה מאשמה זו, אך מיד לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום חדש, וגם הפעם הוא המשיך בתפקידו כשר; הוא פרש רק לאחר שהורשע על פי כתב האישום השני. זה היה המצב המשפטי במשך כ- 45 שנים (משנת 1948 ועד 1993), ובלשון ימינו ניתן לומר שנוצר "נוהג חוקתי" שלפיו העניין איננו בתחום המשפט.<sup>3</sup>

אולם במסגרת המהפכה המשפטית, שבה גלשה המשפטיוציה לתחומים חדשים, הגיע בג"ץ גם לנושא זה. השאלה נדונה לראשונה בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**,<sup>4</sup> שבו נפסל מינויו של יוסף גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון עקב מעורבותו בעבר בעבירות פליליות שבוצעו במסגרת השב"כ. במסגרת רשימה זו לא אעסוק בפסילת עובדי ציבור, ואתמקד בסוגיה של פסילת נבחרי ציבור; הסוגיה התעוררה כשנתיים לאחר עניין **אייזנברג**, בבג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**,<sup>5</sup> ובבג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**.<sup>6</sup> בפסקי דין אלה היה מדובר בכתבי אישום נפרדים שהוגשו נגד אריה דרעי, אשר כיהן כשר בממשלת רבין, ונגד רפאל פנחסי, אשר כיהן כסגן שר באותה ממשלה. האישומים שיוחסו לפנחסי היו פחותים בהרבה מבחינת חומרתם מאלה שיוחסו לדרעי.<sup>7</sup> בעוד שאלת חסינותם של השניים תלויה ועומדת (למעשה חסינותו של פנחסי לא הוסרה אלא כעבור פרק זמן

<sup>3</sup> השורו בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 27.5.2020). (באשר לנוהג חוקתי) (להלן: "בג"ץ 2592/20"). ראו גם להלן ה"ש 27.

<sup>4</sup> **בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993).  
<sup>5</sup> **בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: "עניין דרעי").

<sup>6</sup> **בג"ץ 93/4267 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין**, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: "עניין פנחסי").

<sup>7</sup> ראו את **עניין פנחסי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 472 ("העבירות שיוחסו לפנחסי אין בהן, מבחינת סגולתן, חומרה מופלגת").

ממושך), הוגשו לבג"ץ עתירות להפסקת כהונתם בממשלה. העתירות נדונו בפני הרכבים זהים של חמישה שופטים, ובעניינם של השניים ניתנו באותו יום (8.9.1993) פסקי דין נפרדים, שתוצאתם דומה. בית המשפט הצהיר שעל ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהעבירם מכהונתם.<sup>8</sup> ההלכה שנקבע בפסקי דין אלה זכתה לכינוי "הלכת דרעי-פנחסי".

על רקע דברים אלה אשוב לבג"ץ 2592/20. לעיצומו של עניין אין לי ספק שפסק הדין הוא נכון ועולה בקנה אחד עם חוק יסוד: הממשלה. אולם פסק הדין נכתב על רקע הפסיקה בעניין **אייזנברג והלכת דרעי-פנחסי**, וההתמודדות עם הלכות אלה הפכה מרכיב מרכזי בפסק הדין. כבר במסגרת תמצית הנימוקים מיום 6.5.2020 הדגישה הנשיאה חיות אגב אורחא, שהלכת **דרעי-פנחסי** עומדת בעינה: על ראש הממשלה לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון, ובאופן כללי בית המשפט כוחו עימו לפסול מינויי שרים שהוא מוצא בעברם דופי העלול לדעתו לערער את אמון הציבור בשלטון.

דברים אלה אינם מובנים מאליהם. בימים שבהם ניתנה הלכת **דרעי-פנחסי** לא הייתה הוראה בחוק בדבר דינו של שר שהוגש נגדו כתב אישום, ובית המשפט קבע שאין בכך הסדר שלילי, ולפיכך הוא חופשי לקבוע חובת פיטורין במקרה שכזה. אולם בשנת 2001, כשמונה שנים לאחר פסקי הדין בפרשות אלה, נחקק מחדש חוק יסוד: הממשלה. בסעיף 23(ב) לחוק זה נקבעה הוראה ספציפית הנוגעת לנושא, ולפיה "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". למרות הוראה זו הדגישה הנשיאה חיות שהלכת **דרעי-פנחסי** עומדת בעינה וממשיכה לחול, כאילו לא אירע דבר, על בסיס העיקרון של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". בעניין זה ציינה הנשיאה חיות, כי:

"העיקרון של 'כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד' הוחל בפסיקה ביחס לנושאי תפקיד שונים בשירות הציבורי. כך למשל, ביחס לשרים נקבע כי בנסיבות מסוימות חייב ראש הממשלה להפעיל את הסמכות הנתונה לו בחוק יסוד: הממשלה להעביר מתפקידו שר שהוגש נגדו כתב אישום (הלכת **דרעי-פנחסי**). באופן דומה נקבע כי על ראש הממשלה להימנע ממינוי שר בנסיבות אלה... לא למותר לציין כי בניגוד לטענות שהועלו בפנינו במהלך הדיון, הלכה זו בכל הנוגע למינוי ולהעברה של שרים מתפקידם, ממשיכה לחול גם

<sup>8</sup> לתיאור פרשות אלה והרקע הפוליטי שלהן, ראו דניאל פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל** 504-509 (2019). להסתבכות שאירעה בהקשר של חסינותו של פנחסי, ראו שם, בעמ' 566-567.

לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש משנת  
2001.<sup>9</sup>

עמדה דומה, שלפיה הלכת דרעי-פנחסי ממשיכה לעמוד בעינה, נקטו מרבית השופטים – גם אם לא כולם – בנימוקים המפורטים באותו עניין שניתנו ביום 27.5.2020.<sup>10</sup> במסגרת רשימה זו אשתדל להראות שהדבקות בהלכת דרעי-פנחסי איננה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד בדיני פרשנות, וכן שהלכה זו ניצבת בסתירה מהותית לתוצאה שהושגה בבג"ץ 2592/20, העומד במרכז דיונונו.

### א. הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד בדיני פרשנות

אני סבור, כי פרשנות המותירה בתוקפה את הלכה דרעי-פנחסי לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה בשנת 2001 היא שגויה וחוטאת לעקרונות יסוד בדיני פרשנות. עקרון יסוד אחד הוא נאמנות השופט למחוקק, כפי שציין השופט זוסמן: "בפרשו את דבר המחוקק לא יתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף

<sup>9</sup> בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 6.5.2020) (להלן: בג"ץ 2592/20). בנקודה זו הפנתה הנשיאה חיות לשני פסקי דין: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, מר אריאל שרון, פ"ד נו(6) 817 (2003) (להלן: עניין שרון); בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2015) (להלן: בג"ץ 3095/15). ראו גם בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר, פ"ד סו(3) 135 (2013) (פסילת ראשי רשויות מקומיות שהוגש נגדם כתב אישום) (להלן: עניין אומ"ץ). פסק הדין בעניין אומ"ץ ניתן ברוב דעות כנגד עמדתו המשכנעת של הנשיא גרוניס. לדיון ביקורתי בפסיקה הענפה שעסקה בפסילת עובדי ציבור ונבחרי ציבור מחמת העובדה שנמצא דופי מוסרי במעשיהם (או אף בדברים שאמרו), ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 544-554, 582-584. לביקורת חריפה ביותר על פסיקה זו, שבבסיסה הדחת עובדי ציבור ונבחרי ציבור באמצעות ביקורת שיפוטית, ראו Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEORETICAL INQUIRIES L. 705, 726-739 (2018) (פרופ' דותן מצביע על כך ששיטת הדחה זו עומדת על בסיס נורמטיבי רעוע (shaky), כי היא פוגעת בזכויות אדם וכי היא מנוגדת לעקרונות חוקתיים. היא גם מנוגדת להוראות החוק הרלוונטיות (stands in contrast to the statutory law) that does cover the field". עוד מציין פרופ' דותן, כי שיטה זו היא מיוחדת לישראל ואין לה אח ורע בעולם).

<sup>10</sup> ראו למשל בג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 3, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 2 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר.

להשיג את המטרה הנראית בעיניו: פרשנות כזו, כמוה כחבלה במלאכת החקיקה, ולא ראוי לשופט לעשותה".<sup>11</sup>

עיקרון נוסף שאיננו עולה בקנה אחד עם המשך החלתו של דין **דרעי-פנחסי** נוגע לנושא של ההסדר השלילי (מכלל הן אתה שומע לאו, ומכלל לאו אתה שומע הן). נכון הוא שהשאלה מתי שתיקת המחוקק מהווה הסדר שלילי – להבדיל מאי-התייחסות לנושא מסוים – היא במקרים רבים שאלה לא פשוטה.<sup>12</sup> אולם במקרה אחד לפחות אפשר לומר שישנו הסדר שלילי, היינו כאשר המחוקק תחם נושא מוגדר. תחימה שכזו מהווה הסדר שלילי של הנושא באשר למה שנמצא מחוץ לתחומו באותו נושא ספציפי. כך למשל, נקבע בסעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת שאזרח ישראלי שהוא בן 21 ומעלה זכאי להיבחר לכנסת. הוראה זו מסדירה את נושא הגיל, וממנה נובע שמי שעדיין לא הגיע לגיל זה איננו זכאי להיבחר, אף שהמחוקק לא אמר זאת במפורש.<sup>13</sup> בדומה לכך, אם המחוקק תחם את נושא העבירה הפלילית של שר וקבע שכהונתו תסתיים ביום מתן פסק הדין שהרשיעו בעבירה שיש עימה קלון (כפי שנעשה בסעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה), הרי זה הסדר שלילי בסוגיית העבירה המיוחסת לשר. משמעותו של ההסדר השלילי היא שכל עוד לא הייתה הרשעה, אין עילה משפטית לפיטורי השר מסיבה זו (מובן שייטכנו פיטורין משיקולים ציבוריים, דוגמת כישלון בתפקיד או שיקולים פוליטיים).<sup>14</sup>

המשך החלתה של הלכת **דרעי-פנחסי** לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש עומדת גם בניגוד לעיקרון פרשני נוסף, היינו שהמחוקק איננו משחית את דבריו לריק. אדון בכך בהמשך.

לצורך הדיון אני מתעלם משאלות נוספות הכרוכות בנושא, ובהן השאלות הבאות: האם בכלל יש מקום להתערבות בית המשפט בשאלה הפוליטית של מינוי שרים על בסיס חקיקה שיפוטית? האם בית המשפט מופקד על "אמון הציבור", והאם מסקנותיו בנושא זה עולות בקנה אחד עם הידע האמפירי שיש לנו בנושא? זאת ועוד, לא אעסוק

<sup>11</sup> יואל זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" **ספר יובל לפנחס רוזן** 147, 156 (חיים כהן עורך, 1962). לדיון מקיף בעקרון נאמנות הפרשן, ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" **ספר אליהו מצא** 681 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2015).

<sup>12</sup> בסוגיית ההסדר השלילי, ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית** -469 467 (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית); אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה** 112-115 (התשנ"ג).

<sup>13</sup> השווו ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 12, בעמ' 467, באשר להסדר הנוגע להוראה שבס' 4 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 בעניין כשרות השלוח; מן ההסדר החיובי באשר לתכונה הנדרשת מהשלוח ניתן להסיק את השלילה, היינו שמי שאין לו את התכונה החיובית הנדרשת בחוק איננו כשיר לבצע את הפעולה.

<sup>14</sup> לטעמי ראש הממשלה רשאי במסגרת השיקולים הציבוריים גם לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום, אם הוא סבור למשל שהדבר פוגע בממשלה. אולם זו איננה חובה משפטית, ולפיכך אין גם מקום בעיניי משפט יורה לו לפטרו. הוראה שכזו משמעותה הכרה בחובה משפטית לעשות כן וקיומה של חובה שכזו נשלל כאמור בהוראת ס' 23 לחוק-יסוד: הממשלה.

בשימוש הנרחב שנעשה בעילת חוסר הסבירות, ואף לא בשאלה אם עילה זו צריכה להיות מוגבלת למקרים הגובלים בחוסר סמכות.

### ב. הוראות כשרות והוראות פסלות

אלך אפוא לשיטתו של בית המשפט, הגורס שניתן להמשיך ולהחיל את העיקרון של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". ההערה הראשונה בעניין זה היא שלא מדובר בכשרות אלא בפסלות. אמחיש את ההבחנה בין השניים באמצעות הדוגמה הבאה: נניח שנקבע בחיקוק, שלצורך קבלת משרה מסוימת נדרש שיהיה למועמד תואר ראשון בכלכלה או ניסיון של שלוש שנים בעבודה בתחום מסוים. אלה הם תנאי כשירות. אכן, גם בעניינם עולה שאלה אם ניתן באמצעות חקיקה שיפוטית לדרוש למשל תואר שני בכלכלה, במקום להסתפק בתואר ראשון. דרישה שכזו תפגע כמובן בחלק מן המועמדים, אולם בדרך כלל אין בדרישה הנוספת יסוד מבוזה, מעניש או משפיל. לעומת זאת הוראה דוגמת זו שבסעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה, שלפיה תיפסק כהונתו של שר שהורשע בעבירה שיש עימה קלון, קובעת תנאי פסלות. השר נפסל מלכהן בתפקיד. בהוראות פסלות יש בדרך כלל היבט פוגעני, מבוזה ומעניש. חקיקה שיפוטית המרחיבה הוראות פסלות כוללת כמובן גם את האלמנטים האלה.<sup>15</sup> ככל הנוגע לזכות להיבחר לכנסת בית המשפט העליון מאז שנות השמונים של המאה הקודמת קו תקיף נגד חקיקה שיפוטית הקובעת הוראות פסלות לצורך היבחרות לכנסת, ואף אפשר לרשימת "כך" הגזענית בראשותו של מאיר כהנא להתייצב לבחירות.<sup>16</sup> יתר על כן, לאחר שהכנסת קבעה בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת הוראות פסלות באשר למועמדים ולרשימות לכנסת, פירש בית המשפט את הוראות הפסלות כהוראות הדורשות רף ראיות גבוה במיוחד, ובכך צמצם בפועל את תחולתן.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> השוו גם ס' 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע בחלקו הראשון תנאי כשרות, היינו אזרחות ישראלית וגיל 21, לצורך היבחרות לכנסת. המשך הסעיף קובע בין היתר תנאי פסלות לתקופה של שבע שנים באשר למי שנדון למאסר לתקופה העולה על שלושה חודשים (למעט אם מדובר בעבירה שנקבע שאין עימה קלון). נכון אומנם שאפשר לנסח תנאי פסלות כאילו היה תנאי כשירות; כך למשל, במקום לומר "לא יתמנה לתפקיד מי שהורשע בעבירה שיש עימה קלון" ניתן לומר "כשיר להתמנות מי שלא הורשע בעבירה שיש עימה קלון". אולם מבחינה מהותית נותר בעינו הבדל בין דרישות יכולת, דוגמת השכלה או ניסיון בעבודה (דרישות כשירות), לבין דרישות של היעדר פגם או דופי (פסלות), אף שאפשר לתאר מקרים שבהם יהיה הקו המבחין בין השתיים דק למדי.

<sup>16</sup> ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985). פסיקה זו עמדה בניגוד לעמדה שנקטה בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

<sup>17</sup> ראו למשל, א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003). בפסק דין זה אושרה בין היתר השתתפותם בבחירות של עזמי בשארה ומפלגתו בל"ד, כנגד דעות מיעוט משכנעות של השופטים לוי, שטרסברג-כהן, טירקל ולוי.



פרשנותו של בית המשפט לסוגיית הפסלות של שרים, של עובדי ציבור ושל ממלאי תפקידים במישור הפוליטי משקפת מגמה הפוכה לזו שבאה לביטוי בנוגע לזכות להיבחר לכנסת. בית המשפט איננו מוכן להסתפק בהוראות הפסלות שנקבעו בחקיקה, והוא יוצר הוראות פסלות באמצעות חקיקה שיפוטית. הטכניקה שבה נעשה הדבר היא זו: כאשר ישנה רשות המוסמכת לפטר את בעל התפקיד או למנותו, בית המשפט רואה את עצמו מוסמך לכפות עליה לפטר או להימנע ממינוי שר או בעל תפקיד אחר בנימוק שאם התמלא בעניינו תנאי פסלות שיפוטי, יהיה זה לא סביר לנהוג בניגוד לכלל זה. תנאי הפסלות השיפוטי פועל אפוא בעקיפין, בכך שהוא חודר לשטח דרך הצינור של עילת הסבירות ובאמצעות פנייה לגורם הממנה (או המוסמך לפטר).

ואולם העובדה שתנאי הפסלות השיפוטי חדר למשפט בדרך עקיפה איננה גורעת מן העובדה שהוא מנוגד לחקיקה של הכנסת. מובן גם שבדומה לתנאי פסלות אחרים יש בו פגיעה בכבוד האדם ובזכויות יסוד, הפעם פרי חקיקה שיפוטית. יתר על כן, הטכניקה העקיפה הזו, המותנית בקיומו של גורם ממנה או מפטר, שברה את ההיגיון ואת העקביות שבכללי הפסלות החקיקתיים ויצרה מצבים אבסורדיים, כפי שיפורט בהמשך.

ההסבר של בית המשפט לפסיקה היוצרת כללי פסלות שיפוטיים הוא, שיש בהם צורך כדי להילחם בשחיתות וכדי להבטיח את אמון הציבור בשלטון.<sup>18</sup> אלה הם ערכים נכבדים, אך מולם ניצבים ערכים אחרים ובהם חזקת החפות, זכויות האדם של בעל המשרה וכן ריסון ומידתיות בנקיטת צעדים עונשיים. הכנסת העדיפה ערכים אלה על פני הערכים המתנגשים בהם. כאשר בית המשפט יוצר גורמי פסלות התואמים את הערכים שלו אך המנוגדים לאלה של הכנסת, הוא פועל נגד המחוקק ובניגוד לדברי השופט זוסמן שצוטטו לעיל, ולפיהם "בפרשו את דבר המחוקק לא יתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף להשיג את המטרה הנראית בעיניו".

<sup>18</sup> אולם ספק רב אם פסילת נבחרי ציבור ואנשי ציבור מחמת כתב אישום שהוגש נגדם או מחמת דופי מוסרי שנמצא בהם אכן מגדילה את אמון הציבור בשלטון. בעניין אומ"ץ, לעיל ה"ש 9, קבע בג"ץ ברוב דעות שיש לפטר את ראשי הערים שהוגש כתב אישום נגדם. היה זה זמן קצר לפני מועד הבחירות לראשות העיריות, ושלוש ראשי הערים שהודחו בעקבות החלטת בג"ץ התייצבו מחדש לבחירות אלה וזכו בהן. נראה אפוא לכאורה לפחות, שאמון הציבור בראשי ערים אלה גבוה יותר מן האמון שלו בבג"ץ ובפסק דינו, וכי המונח "אמון הציבור" שעליו מדבר בית המשפט איננו משמש במוכחו הרגיל – היינו אמון הניתן למדידה אמפירית – אלא שזו פיקציה, כלומר האמון שלדעת בית המשפט היה הציבור צריך לייחס לאיש הציבור ולשלטון. לעניין פרשה זו ולעניין אמון הציבור, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 546-545, 584-582.

### ג. הלכת דרעי-פנחסי והוראות חוק יסוד: הממשלה

אבחן כעת כמה מצבים של התנגשות בין הלכת דרעי-פנחסי לבין הוראות חוק יסוד: הממשלה. סעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה קובע, שכהונתו של שר תסתיים אם בית המשפט שהרשיע אותו קבע שיש בעבירה שבה הורשע משום קלון. הוראה זו מהווה כמובן הסדר שלילי ברור באשר להרשעה שבית המשפט קבע בעניינה שאין בה משום קלון. היא משקפת את ערך המידתיות כפי שראה אותו המחוקק. אם כך קבע בית המשפט שדן במשפטו הפלילי של השר, אפשר להניח שמדובר במעשה שאיננו חמור במידה המצדיקה הפסקת כהונה של שר. והנה הגיע עניינו של חיים רמון, שכיהן בתפקיד שר המשפטים, אך התפטר מתפקידו בשנת 2006 לאחר שהוגש נגדו כתב אישום באשמת מעשה מגונה. הוא הורשע, אך נקבע שבנסיונות המקרה ההרשעה היא ללא קלון. בכך נפתחה הדרך לשובו של רמון לממשלה, שהחליטה על צירופו בתפקיד שר ובתואר "משנה לראש הממשלה". ההחלטה אושרה בכנסת.

תוך זמן קצר הגיעה עתירה לבג"ץ נגד המינוי ונגד כהונתו של רמון בממשלה. העתירה, שהייתה בעיקרה לא רק נגד סבירות החלטתה של הממשלה אלא גם נגד סבירות האישור של הכנסת להחלטה זו, נדחתה. אולם במקום שהעתירה תידחה בשורות ספורות שבהן ייאמר שמדובר בהרשעה ללא קלון, שיש בעניינה הסדר שלילי בחוק, אשר מכוחו רמון יכול להתמנות לממשלה, נכתב פסק דין המשתרע על עשרות עמודים.<sup>19</sup> פסק הדין הסביר ביותר הוא של השופט גרוניס, אשר דחה את העתירה בציינו שלגישתו "במקרה מעין זה, בו הכנסת מאשרת צירוף שר לממשלה, בעקבות הצעה של ראש הממשלה והחלטה של הממשלה, ספק אם יש מקום להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק".<sup>20</sup>

שתי השופטות האחרות, פרוקצ'יה וארבל, שהיוו בנקודה זו דעת רוב, פסקו שיש לבית המשפט סמכות עקרונית לפסול את המינוי מחמת ההרשעה, אף שמדובר בהרשעה ללא קלון. אולם מבחינת התוצאה נוצר פיצול בין השתיים. השופטת פרוקצ'יה סברה שבנסיונות המקרה אין המינוי חורג ממתחם הסבירות, וכך בדעת רוב (השופטים פרוקצ'יה וגרוניס) נדחתה העתירה. השופטת ארבל סברה בדעת מיעוט, כי "לעת הזו אין מנוס מביטול ההחלטה על המינוי [של רמון] לכהונת שר".<sup>21</sup> במילים אחרות, דעת הרוב (מבחינת ההנמקה) התעלמה לחלוטין מכך שמדובר בהסדר שלילי שקבע המחוקק באשר להרשעה ללא קלון, או שסברה שניתן לעקוף אותה באמצעות בקרה על סבירות החלטת הממשלה והכנסת. זוהי כאמור פרשנות נגד המחוקק, המעדיפה ערכים שבית המשפט מחשיבים על פני הערכים שקבע המחוקק. לכך מצטרפת העובדה, שדעת המיעוט של השופטת ארבל מהווה פגיעה בזכויות אדם וענישה נוספת – ללא כל בסיס בחוק – על הענישה שנקבעה במשפט הפלילי של חיים

<sup>19</sup> בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פ"ד (סכ"ג) 445 (2007) (להלן: עניין אמונה). באשר לפרשת רמון, לרבות משפטו וצירופו לממשלה, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 709-731.

<sup>20</sup> עניין אמונה, לעיל ה"ש 19, בפס' 1 לפסק דינו של השופט גרוניס.

<sup>21</sup> שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל.

רמון. ראוי להדגיש: בג"ץ איננו ערכאת ערעור על פסק הדין הפלילי, והוא לא הוסמך כלל להטיל עונשים מסוג זה.

מכאן אעבור להיבט נוסף של הסוגיה – המצב שנוצר בעקבות הגשת כתב אישום נגד שר או נגד נבחר ציבור. חוק יסוד: הממשלה קובע בס' 23(ב), ששר שהורשע בעבירה שיש עימה קלון פסול (לתקופת כהונתה של אותה כנסת) מלכהן בתפקידו. לכך מצטרפת הוראה בסעיף 6(ג) לחוק בעניין פסלות מינויו של אדם לתפקיד שר, הנוצרת אם המועמד נדון למאסר בשל עבירה שיש עימה קלון, "וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר".

את הסעיפים 6(ג) ו-23(ב) ניתן לפרש – ובעיניי זהו הפירוש העדיף – כקובעים הסדר שלילי באשר לעילות פסלות אחרות.<sup>22</sup> אולם אלך צעד נוסף לקראת הפרשנות האקטיביסטית שלפיה "פסלות (סטטוטורית) לחוד ושיקול דעת לחוד", ואניח לצורך הדיון שלא נוצר הסדר שלילי כללי ושהבקרה השיפוטית על שיקול הדעת עומדת בעינה (כאמור, הכול בהתעלם משאלת השפיטות ומן השימוש ברעיון הסבירות בנושא פוליטי זה). אפילו כך, בעניין אחד ברור שהחוק מגביל את ההתערבות השיפוטית – הכוונה לעילת הפסלות הספציפית שבה הוא עוסק; מדובר כמובן בעילה של עבירה פלילית המיוחסת לשר או למועמד לתפקיד.

נניח, למשל, שמועלית טענה שלפיה לא סביר למנות שר אוצר שאין לו הכשרה בכלכלה או שר בריאות שאיננו רופא, או שמועלית טענה שלפיה לא סביר שלא לפטר שר אשר לדעת מאן דהוא נכשל בתפקידו. לטעמי יש לשלול את האפשרות להעלות טיעון זה, שכן אני סבור שסעיפים 6(ג) ו-23(ב) לחוק היסוד יוצרים הסדר שלילי כללי באשר לטיעוני פסלות משפטיים הנמצאים מחוץ למסגרתם.

אולם נניח כאמור לצורך הדיון, שמתקבלת העמדה שלפיה סעיפים 6 ו-23 אינם מתייחסים לסוגיות אלה ואינם יוצרים הסדר שלילי באשר לטיעונים מסוג זה (שאותם יש לדחות לעיצומו של עניין, אך ללא קשר לסעיפי החוק הללו). אפילו כך, ברור שהמצב שונה אם מדובר בעילת פסלות ספציפית שהמחוקק תחם אותה. אם המחוקק קבע שמאסר בעבירה שיש עימה קלון פוסל אדם מלכהן בתפקיד שר למשך שבע שנים, משמעות הדבר היא שאם חלפה תקופה ארוכה יותר, אפילו שבע שנים וחודשיים בלבד, פגה הפסלות בעילה זו. בעניינו של השר דרעי חלפו כ-13 שנים מאז שסיים את תקופת מאסרו ועד למינויו לתפקיד שר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל. העתירה נגד המינוי נדחתה.<sup>23</sup> התוצאה נראית מובנת מאליה, שלא לומר שהמינוי זכה לאמון הכנסת. ואולם פסק הדין, שהיה ראוי שיסתפק בשורות ספורות, משתרע על לא מעט

<sup>22</sup> למעט כמובן עילות סטטוטוריות נוספות אם ישנן, דוגמת אלה שבס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת, החלות מקל וחומר גם על שרים. כמו כן אין הן שוללות שימוש בשיקולים ציבוריים (כלומר לא משפטיים) שציבור הבוחרים או הגוף הממנה רשאים להביא בחשבון.

<sup>23</sup> בג"ץ 3095/15, לעיל ה"ש 9.

סעיפים, והרושם הוא שבית המשפט מתנצל כמעט על דחיית העתירה, תוך שהוא מצרף שורה של נימוקים נוספים להצדקת התוצאה (כך למשל, שהמעשים שבגינם הורשע דרעי בוצעו לפני כ- 25-30 שנים וכי התקופה של 13 שנים שחלפו מאז המאסר היא כפולה כמעט מזו שנקבעה בחוק).<sup>24</sup> לצד הדברים הללו ישנן אמרות אגב של בית המשפט שמהן משתמע שבכל זאת ישנה אפשרות עקרונית לפסול את המינוי, ואולי כך היה קורה אילו עברו למשל רק שמונה שנים מאז סיום המאסר.<sup>25</sup>

אני רואה בכך פסיקה נגד המחוקק, שקבע את התקופה של שבע שנים כתקופת פסילה. פירוש המאפשר פסילה מאותו נימוק ספציפי, שהמחוקק התייחס אליו וקבע את מסגרתו, תוך קביעה שהתחום שהגדיר המחוקק איננו מחייב את בית המשפט, איננו עולה בקנה אחד עם פרשנות סבירה של חוק היסוד. העובדה שבית המשפט מתמודד עם הנושא בדרכי עקיפין, כלומר באמצעות טכניקה של ביקורת שיפוטית על הגופים הממנים, איננה גורעת מן העובדה שמדובר בפסיקה נגד המחוקק. ושוב, משך הזמן שקבע המחוקק מבטא שיקול ערכי – מידתיות העונש ותוצאותיו. כאשר בית המשפט קובע תקופה אחרת, הרי הוא נוהג בניגוד לכלל היסוד שביטא השופט זוסמן בדבריו שצוטטו לעיל, ומפרש את החוק במשמעות הרצויה לו – לשופט – כאשר הוא שואף להשיג את המטרה הנראית בעיניו.

כך גם באשר לשר העומד לדין בתקופת כהונתו. המחוקק תחם את עילת הפסלות במקרה שכזה, וקבע שהפסילה תהיה עם ההרשעה בעבירה שיש עימה קלון. פרשנות הקובעת שהפסילה תיכנס לתוקף במועד מוקדם יותר – כלומר עם הגשת כתב האישום – היא פרשנות נגד המחוקק, העומדת בסתירה גמורה לסעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה.

יתר על כן, הטעות שבפרשנות כזו בולטת לעין נוכח העובדה שהיא מייטרת את הסעיף האמור שבחוק היסוד. לפי פירושו של בית המשפט ס' 23(ב) הוא מיותר. בית המשפט פשוט מחק אותו. כדי להסביר נקודה זו מן הראוי לחזור להלכת **דרעי-פנחס** ולהצביע על הדרך שבה היא הופעלה הלכה למעשה. במישור העיוני מדובר בהפעלת שיקול דעת במינוי ובפיקוחו של בית המשפט על סבירותו של שיקול דעת זה. במסגרת שיקול הדעת מונה בית המשפט שורה של גורמים שיש להביאם בחשבון, לרבות הדופי המוסרי שנמצא בהתנהגותו של המועמד לעומת הישגיו ויכולתו למלא את התפקיד. הניסוח הוא כללי ומעורפל, ומותר מרווח רחב לשיקול דעת. במציאות הסתבר שהנושא פוצל לשני חלקים מרכזיים. חלק אחד של הלכת **דרעי-פנחס** נוגע לסמכות

<sup>24</sup> שם, בפס' 19-20 לפסק דינה של השופטת חיות.

<sup>25</sup> שם, בפס' 11 ו-19 לפסק דינה של השופטת חיות (השופטת חיות מפרטת את כל השיקולים שלא להתערב במינוי של דרעי לתפקיד שר, לרבות משך הזמן הממושך שחלף מאז ביצוע העבירות וסיום המאסר). השופטת חיות בפס' 23 לפסק דינה מסכמת במילים "האיזון הנדרש במקרה דנן בין השיקולים הנוגדים הינו מורכב ואיננו נטול קשיים. ניתן אף לומר כי מינויו של דרעי לתפקיד שר מצוי על גבול מתחם הסבירות". גם השופט מלצר דיבר באותו עניין על כך שמדובר ב"מקרה גבול", שבו יש להימנע מהתערבות. מכאן אפשר להסיק כי אלמלא משך הזמן הממושך שחלף, כפי שהדגישה השופטת חיות, אפשר מאוד שהמקרה היה חוצה את הגבול והתוצאה הייתה שונה.

הכללית של בית המשפט לפסול שרים שלדעת בית המשפט נפל בעבר דופי מוסרי כלשהו בהתנהגותם. בחלק זה (הסמכות הכללית) אדון בהמשך. החלק האחר נוגע לשלילת כהונתו של שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון (ההלכה הספציפית). בגדר הלכה זו לא נותר למעשה שיקול דעת ולא נבחנו כלל שיקולים נוספים, דוגמת תרומתו של הנאשם או ההשלכות הפוליטיות של פיטוריו. בבג"ץ 2592/20 ציין אומנם השופט עמית, כי גם במקרה של כתב אישום נותר מרווח כלשהו של שיקול דעת, וכי פיטורין אינם הכרחיים בכל מקרה. לדבריו:

”גם על פי הלכת דרעי-פנחסי, לא כל כתב אישום מצדיק פיטוריו של שר. שר שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום בגין סגירת מרפסת אינו כמו שר שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום בעבירה של שוחד. לא שר המואשם בתקיפה סתם, כשר המואשם בניסיון רצח, בגידה, אונס ושאר עבירות חמורות.”<sup>26</sup>

אפשר שדברים אלה יחולו במקרה של עבירה שברור שאין עימה קלון. ככול שמדובר בכתב אישום בעבירה שיש עימה קלון המציאות שונה. החלק הספציפי של הלכת דרעי-פנחסי נוגע למצב זה, ומשמעותו כפי שהיא מובנת כיום היא שהכלל הוא חד וברור. שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שכזו חייב להתפטר או להיות מפוטר, ובעניין זה אין מביאים בחשבון שיקול נוסף כלשהו. כך גם מתרחש הלכה למעשה. שרים שיש נגדם כתב אישום פורשים מהממשלה, אף שכאמור ההלכה הספציפית בוטלה בידי המחוקק (גם שאפשר אולי לגרוס שהפרישה – לפחות בחלק מהמקרים – אינה בהכרח מכוח ההלכה המשפטית, אלא מחמת שיקולים ציבוריים), והשופט מלצר אף ציין בפסק דין זה כי:

”מאז הלכות דרעי ופנחסי נוצרה אצלנו פרקטיקה, שלפיה שרים, שהוגש נגדם כתב אישום, לא המתינו להעברתם מן התפקיד מכוח סעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה, אלא בחרו להתפטר מכהונתם מיוזמתם... התנהלות זו עולה עתה כדי נוהג חוקתי מחייב.”<sup>27</sup>

<sup>26</sup> בג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 3, בפס' 9 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה במקור).

<sup>27</sup> שם, בפס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור). במסגרת הנוכחית לא ארחיב את הדיבור על הנושא של "נוהג חוקתי". אציין רק שהשימוש במושג זה בהיעדר חוקה מעורר קושי. כמו כן, מטבע הדברים הוא שכאשר נקבעת הוראה מחייבת בחוק או בפסיקה, יקיימו אותה מי שכפופים לאותה הוראה. קיום שכזה הוא ביטוי לתוקפו של הדין המחייב, וספק אם הוא יוצר דין מחייב עצמאי. קיום שכזה איננו שולל את האפשרות לשנות את הדין שיצר את ההוראה המהווה בסיס להתנהגות של מי שקיימו את אותו דין.

לכך נמצא יוצא מהכלל. השר רפאל איתן (רפול) הועמד לדין באשמה חסרת שחר. החקירה וההליך מנעו ממנו לכהן כשר לביטחון פנים, אך ככל שעלה בידי לברר, הם לא מנעו ממנו מלכהן כשר החקלאות בשנים 1996-1999, לרבות באותו חלק מתקופה זו שבה התנהל המשפט שממנו זוכה.<sup>28</sup> אולם הדבר אירע זמן קצר יחסית לאחר פסקי הדין בעניין דרעי ובעניין פנחסי, וככל שידוע לי לא הוגשה עתירה לבג"ץ נגד כהונתו, והיועץ המשפטי לממשלה הסתפק כנראה בכך שנשללה מאיתן האפשרות לכהן כשר לביטחון פנים.

מקרה בודד זה לא מנע את העובדה שבקהילת המשפטנים התקבעה הדעה, שכתב אישום נגד שר בעבירה שיש עימה קלון מחייב את התפטרותו וכי בעניין זה אין שום שיקול דעת,<sup>29</sup> והדברים עולים גם מדברי השופט מלצר שצוטטו לעיל. מסקנה זו נתמכת גם בתוצאה של משפטי דרעי ופנחסי, שהייתה זהה בשני המקרים למרות הפער הגדול בחומרת העבירות שיוחסו לכל אחד מהם.<sup>30</sup> שניהם הודחו מתפקידם. כמו כן, אף שיקול אחר לא נדון ולא הובא בחשבון באשר לאיש מהם, והתוצאות הפוליטיות מרחיקות הלכת שהיו צפויות להיות לפיטורי דרעי מהממשלה אפילו לא נזכרו בפסק

---

יתר על כן, העובדה שמכנים נוהג בכינוי "חוקתי" איננה מעניקה לו תוקף העולה על זה של כל נוהג. יש לו משקל מסוים לצורכי פרשנות, אך הוא ניתן לשינוי בחקיקה של הכנסת ואין הוא עומד מעליה (וככל שהנוהג מושגת על הלכה פסיקתית – הלכה זו ניתנת לשינוי באמצעות פסיקתו של בית המשפט העליון).

28 האשמה הייתה כאמור חסרת שחר. השר התייצב בבית המשפט, הודה בכל העובדות שבכתב האישום וטען שאין בהן משום עבירה וכי יש לזכותו על פי כתב האישום כפי שנוסח. בית המשפט קיבל את עמדתו והוא זוכה. ראו ת"פ (חי) 5040/96 **מדינת ישראל נ' איתן** (פורסם בנבו, 19.2.1997). באשר לפרשה זו, ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 659-658.

29 ראו יואב דותן "הלכת דרעי הפכה כלי לחיסול פוליטי" הארץ Online 3.5.2020 <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.8816454> ("למן אמצע שנות התשעים פיתח בג"ץ את הכלל המכונה 'הלכת דרעי'. הלכה זו, שאין לה כל בסיס בחוק והיא למעשה סותרת את החקיקה הרלוונטית, קובעת שכל נושא משרה, לרבות נבחר ציבור, שהוגש נגדו כתב אישום, חייב לוותר על משרתו או להיות מפוטר בפקודת הממונים עליו").

30 בנוגע לפנחסי, ראו עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 6, שם. למעשה היו העבירות שיוחסו לפנחסי, שמהן לא הפיק טובת הנאה אישית, במדרג הנמוך ביותר של עבירות צווארון לבן. ואכן במשפט עצמו הוא לא נדון למאסר בפועל, אלא לקנס ולמאסר על תנאי בלבד. פרטים על אודות משפטו מובאים בבג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (נב) 547, 550-559 (1998) (להלן: בג"ץ 7367/97). העתירה הוגשה עקב כך שפנחסי, לאחר שהורשע ונגזר דינו, המשיך לכהן בכנסת (דבר שהיה אפשרי לפי הדין שנהג באותם ימים) ואף נבחר בידי חברי ועדת הכנסת לכהן כיושב ראש קבוע של אותה ועדה. העתירה לבג"ץ נגד בחירתו לתפקיד זה נדחתה פה אחד.

הדין.<sup>31</sup> כך קרה גם במציאות, בהמשך הדרך. שר שהוגש נגדו כתב אישום התפטר מהממשלה.

החלק האחר, הכללי והמעורפל, של הלכת דרעי-פנחסי מושתת על הסמכות הכללית של בית המשפט לפסול שרים שלדעת בית המשפט נפל דופי בעברם. סמכות כללית זו גררה גל עתירות נגד שורה של שרים שהעותרים מצאו דופי כזה או אחר במינוים (נגד השר הנגבי, למשל, הוגשו לא פחות מחמש עתירות).<sup>32</sup> המאפיין אותן הוא שכולן נדחו, ללא הוצאות על העותרים; פסקי הדין שנכתבו בעתירות אלו משתרעים על פני מאות עמודים, ובהם חוזר בג"ץ על כוחו להורות על פיטורי שר מחמת כל דופי שייראה לו, אך בפועל הוא נמנע מהפעלת סמכות זו.<sup>33</sup> שאלה היא, מדוע ממשיך בג"ץ לרגול בעמדה זו המזמינה עתירות נגד נבחרי ציבור בשל דופי כזה או אחר בעברם, כאשר התוצאה הסופית היא דחיית העתירות, תוך השקעת זמן שיפוטי רב ויקר. ניתן להציע לכך שני הסברים. הסבר אחד הוא היעדר נכונות להשלים עם ביטול הלכה שנחשבה חדשנית ויוקרתית ושהצביעה על כוחו ועל עוצמתו של בית המשפט. הסבר אחר הוא, שהאפשרות הפוטנציאלית להדיח נבחרי ציבור מגבירה את כוחו של בית המשפט ומחזקת אותו בהתמודדות עם הרשויות האחרות. גם אם העתירה נדחת בסופו של דבר, הרי נבחר הציבור איננו יכול להיות בטוח בכך, והוא פועל בתנאי

חשש מפני כוחו של בית המשפט ומפני ההשלכות העשויות להיות לכך בעניינו.<sup>34</sup> אדון כעת במשמעותו של החלק הספציפי של הלכת דרעי-פנחסי, שלפי עמדת בית המשפט העליון עומד בתוקפו גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה בשנת 2001. מסקנה אחת נובעת בביורו: אם השר חייב לסיים את תפקידו עם הגשת כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון, סעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה הופך למיותר, שכן הוא

<sup>31</sup> לפיטורי דרעי מהממשלה היו השלכות פוליטיות דרמטיות. הם התרחשו בעיצומם של הליכי הסכם אוסלו, ופיטורי דרעי גררו את פרישת מפלגתו (ש"ס) מהקואליציה. הדבר ערער את הממשלה והכביד עד מאוד על אימוץ הסכמים אלה. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 508-509.

<sup>32</sup> ראו למשל את עניין שרון, לעיל ה"ש 9, שם (עתירה נגד מינויו של צחי הנגבי לתפקיד השר לביטחון פנים. העתירה נדחתה ברוב דעות של חמישה שופטים כנגד דעת מיעוט של השופטים חשין וביניש. פסק הדין משתרע על למעלה מ-120 עמודים); בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (פורסם בנבו, 12.2.2015), שניתן גם הוא בהרכב של שבעה שופטים. דוגמה אחרת היא העתירה נגד מינויו של חיים רמון לשר בממשלת אולמרט, לעיל ה"ש 19, והטקסט להערה זו. דוגמה נוספת שזכרה ברשימה זו נוגעת לעתירה נגד מינויו של אריה דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל. ראו בג"ץ 3095/15, לעיל ה"ש 9 ואת הטקסט להערה ה"ש 23 לעיל, וכן לעיל ה"ש 24 ו-25.

<sup>33</sup> פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 552-554. לעומת זאת, עובדי ציבור (בניגוד לנבחרי ציבור) נפסלו לא פעם בשל דופי בעברם. כך היה בעניין אייזנברג, לעיל ה"ש 4, שקבע לראשונה את ההלכה בנושא זה, וכך היה במקרים נוספים. ראו למשל בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 12.10.2008) (פסילת מועמד מחמת התבטאות גזענית שהשמיע בעבר).

<sup>34</sup> שיקול זה הודגש במאמרו של Dotan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 741-743, המתייחס הן לפיקוח על עובדי ציבור והן על נבחרי ציבור.

מתייחס למצב שאין לו כל אפשרות להתקיים. שר מכהן לעולם לא יורשע בעבירה שיש עימה קלון, שהרי לפי הלכת דרעי-פנחסי יהיה עליו להתפטר עם הגשת כתב האישום. במילים אחרות, הפירוש שלפיו הלכת דרעי-פנחסי עומדת בעינה למרות חקיקתו של חוק יסוד: הממשלה משנת 2001 מרוקן מכל משמעות את סעיף 23(ב) לחוק זה – שוב בניגוד לכלל היסוד בפרשנות שלפיו יש ליתן תוקף להוראות החוק ולא לרוקן אותן מתוכן או למחקן מספר החוקים.

לכל אלה ניתן להוסיף את ההוראות שבסעיף 23(א) לחוק יסוד: הממשלה, הקובע שכתב אישום נגד שר (מלבד בעבירות מסוימות) יתברר בבית משפט מחוזי, וכן נאמר בו כי "הוראות בעניין כתב אישום שהוגש בטרם החל השר לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק". סעיף 4 לחוק הממשלה, התשס"א-2001 משלים את ההיבט הפרוצדורלי של הנושא (כשם שהוא עושה זאת באשר לראש הממשלה). סעיף זה פותח במילים הבאות: "הוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה או שר בטרם החלו לכהן בתפקידם יחולו ההוראות אלה" (ההדגשה הוספה). המשך הסעיף עוסק כאמור בנושא הפרוצדורלי – בבית המשפט שידון בכתב אישום שכזה. הבסיס לסעיפים אלה – סעיף 23(א) לחוק יסוד: הממשלה וסעיף 4 לחוק הממשלה – הוא האפשרות שאדם שיש נגדו כתב אישום יכול להתמנות לשר בממשלה, אפשרות הקיימת גם אם המשפט הפלילי נגדו כבר החל.

בבג"ץ 2592/20 שבו דן המאמר הסתמך בית המשפט – ובצדק – על סעיף 4 לחוק הממשלה וכן על ההוראה שבסעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה כראיה לכך, שהחוק מאפשר לחבר כנסת העומד לדין להרכיב ממשלה. ואולם בית המשפט קבע, שההוראות המקבילות באשר לשרים (סעיף 23(א) לחוק יסוד: הממשלה וההוראה שבסעיף 4 לחוק הממשלה) הן הוראות כשירות בלבד ואינן שוללות את שיקול הדעת, המחייב לפי הפסיקה לפטר שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון. פרשנותו של בית המשפט, שלפיה הלכת דרעי-פנחסי ממשיכה לעמוד בעינה, גוררת אחריה את המסקנה, שבית המשפט מחק למעשה מספר החוקים גם את סעיף 23(א) לחוק יסוד: הממשלה וגם את אותו חלק מסעיף 4 לחוק הממשלה הנוגע לשרים.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> בבג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 9, שם. הנשיאה חיות מציינת שם, כי "כך גם ראו את הדבר חברי הכנסת שדנו בחוק-יסוד: הממשלה החדש". כלומר גם הם הבינו שכשירות לחוד ושיקול דעת לחוד, וכי הלכת דרעי-פנחסי איננה אמורה להשתנות עם קבלת החוק החדש. בעניין זה הסתמכה הנשיאה על פרוטוקול ישיבה מס' 266 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 39, 41 (26.2.2001). עיינתי בפרוטוקול זה והתקשיתי למצוא ביסוס לכך. חברי הכנסת היו ערים להלכת דרעי-פנחסי, אך לא ראיתי שום סימן לכך שהם ביקשו לשמרה. אומנם במהלך הדיון ציין חבר הכנסת טומי לפיד שלפי הלכת דרעי, שר "הואשם בפלילים הוא ממילא לא מתפקד כשר", והיו חילופי דברים קצרים, לרבות הסתייגויות, באשר לנקודה זו. אולם חלק נכבד מהדיון התמקד דווקא בשאלה, שאליה התייחס חבר הכנסת ראובן ריבלין, מה יביא לסיום כהונתו של שר, אם די לשם כך בפסק דין של בית משפט שלום או שנדרש פסק דין של בית משפט מחוזי ואם פסק הדין צריך להיות חלוט. דיון שכזה מניח מעצם טבעו, שאם אין די בפסק דין של שופט שלום כדי להפסיק כהונה של שר, קל וחומר שאין די לשם כך בכתב אישום שהכין פקיד, בכיר ככול שיהיה. את התוצאה אנו רואים בחקיקה: אומצה הדרישה כי הדיון באישום נגד שר יתנהל



#### ד. שבירת הסימטריה החקיקתית והפסיקתית בעניין פסילת נבחרי ציבור

יש היגיון בהתאמת הוראות הפסלות לחברי כנסת, לחברי ממשלה ולראש הממשלה. הכנסת הייתה ערה לכך, ודאגה לשמור על התאמה שכזאת. בכל המקרים הללו הכנסת דוגלת בחזקת החפות, ולפיכך באף אחד מהם לא נקבעה הוראת פסלות בנוגע למי שהוגש נגדו כתב אישום. הוראת פסלות נקבעה בנוגע למי שנדון למאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים בשל עבירה שיש עימה קלון. אדם שכזה פסול מלהתמודד לבחירות לכנסת אם "טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל" (סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת).<sup>36</sup> ההוראה המקבילה (שאומנם איננה זהה בדיוק לזו הנוגעת לזכות להיבחר לכנסת) הנוגעת לשרים, שדנתי בה מוקדם יותר, נמצאת בסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה.

עוד קובע סעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת, כי "חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת ביום שפסק הדין נעשה סופי". ההוראה המקבילה באשר לשרים, שדנתי בה מוקדם יותר, נמצאת בסעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ולפיה מסתיימת כהונתו של שר שהורשע בעבירה שיש עימה קלון.

גם בנושא זה יש התאמה בין ההוראות, אף שאין זו זהות מלאה.<sup>37</sup> התאמה (גם אם לא זהות מוחלטת) ישנה גם בין הוראת הפסלות באשר לשרים להוראה באשר לראש הממשלה. הן באשר לשרים והן באשר לראש הממשלה נקבע שהם יסיימו את תפקידם עם הרשעה בעבירה שיש עימה קלון, אך באשר לשרים די בכך שזוהי הרשעה בערכאה ראשונה, ואילו באשר לראש הממשלה נקבע הסדר מורכב בנוגע לשלב שבין הרשעה בערכאה ראשונה ועד לשלב שבו הופך פסק הדין סופי.

אולם הדבקות בהלכת דרעי-פנחסי שוברת את הסימטריה שבחקיקה. הלכת דרעי-פנחסי מבוססת על טכניקה עקיפה של פרשנות נגד המחוקק. הפעלתה מבוססת על מתן הוראה לגוף המוסמך לפטר את האדם שבו מדובר (ופעמים שלא למנותו). לפיכך לא ניתן להפעילה בהיעדר גוף שכזה או כאשר מדובר בגוף שבית המשפט מביין שהוא לא יוכל לתת לו הוראות. אם הוגש כתב אישום נגד שר, בית המשפט (או אף היועץ המשפטי לממשלה) מוכן להורות לראש הממשלה לפטר את השר מכוח הסמכות הנתונה בידי לעשות כן. ואולם אין סמכות מקבילה באשר לחברי כנסת. החקיקה

בבית המשפט המחוזי (ס' 23(א) לחוק-יסוד: הממשלה, למעט במקרה שבו החל המשפט לפני שהשר מונה לתפקידו), כי לא נדרש פסק דין חלוט וכי די בפסק דין בערכאה ראשונה הקובע הרשעה עם קלון כדי להביא לסיום כהונתו של שר (ס' 23(ב) לחוק-היסוד). אפילו התבטא מי מחברי הוועדה בדרך התואמת את פרשנותה של הנשיאה חיות, אין לכך בעיני משמעות נוכח ההוראות הברורות והחד-משמעיות שבחקיקה.

<sup>36</sup> תקופה ארוכה יותר – של 14 שנים – נקבעה בסעיף זה באשר למי שהורשע בעבירת טרור חמורה או בעבירת ביטחון חמורה ונדון למאסר בפועל לתקופה העולה על שבע שנים. לחלק זה של הסעיף אין הוראה מקבילה הנוגעת לשרים, אולי מתוך הנחה שבעניינם השאלה איננה עשויה להתעורר.

<sup>37</sup> באשר לחבר כנסת נדרש שיהיה זה פסק דין סופי; בשלב שפסק הדין עדיין איננו סופי, חבר הכנסת מושעה מחברותו בה; ואילו באשר לשר, די בפסק דין של ערכאה ראשונה על מנת שכהונתו תסתיים.

הנוגעת לשרים ולחברי כנסת היא סימטרית (אף שאיננה זהה לחלוטין); הם יכולים – מבחינת ההוראות של חוקי היסוד – להמשיך בתפקידם גם לאחר שהוגש כתב אישום נגדם (חזקת החפות), אך הם מסיימים את תפקידם במקרה של הרשעה עם קלוין. הלכת **דרעי-פנחסי** שברה את הסימטריה הזו. שר שהוגש נגדו כתב אישום יחויב מכוח הלכה זו לסיים את תפקידו כשר, שכן חזקת החפות נשללת מכוח הלכת **דרעי-פנחסי**,<sup>38</sup> אך הוא יוכל להמשיך בתפקידו כחבר כנסת כל עוד לא הורשע, משום שאין גוף שאליו יוכל בית המשפט לפנות ולהורות לו לפטר את חבר הכנסת.

שבירת סימטריה אירעה גם בהקשר של ראש הממשלה ושל שרי הממשלה, וכאן התוצאה נראית צורמת עוד יותר. הפתרון החקיקתי הוא סימטרי. החקיקה איננה מחייבת את ראש הממשלה וגם לא שר משרי הממשלה להתפטר לאחר הגשת כתב אישום נגדו. ואולם בג"ץ 2592/20 שבר את הסימטריה. בית המשפט הכיר בכך שחבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום יכול להרכיב ממשלה, ושראש הממשלה יכול להמשיך בתפקידו למרות כתב האישום. אומנם הכנסת יכולה למנוע ממנו להקים ממשלה, ואף לאחר שהקים ממשלה הכנסת יכולה להפילה באמצעות מה שמכונה הבעת אי-אמון "קונסטרוקטיבית", כלומר הבעת אמון בממשלה אחרת, כאמור בסעיף 28 לחוק יסוד: הממשלה. אולם הפעם הבין בית המשפט שהוא איננו יכול להורות לחברי הכנסת לנהוג כך, שכן הוראה שכזו הייתה חותרת תחת יסודות הדמוקרטיה ותחת שיטת המשטר שלנו.<sup>39</sup> בית המשפט גם נרתע מהרחבה בלתי-סבירה של עילת הסבירות. תיאורטית

<sup>38</sup> הפער בין עמדת החקיקה לעמדה המשתקפת בפסיקה נעוץ בכך, שעמדת החקיקה היא שחזקת החפות עומדת בעינה עד הרגע שבו הורשע אדם בבית המשפט. במילים אחרות, חזקה החפות יכולה להיסתר אך ורק באמצעות פסק דין מרשיע. לעומת זאת הפסיקה מבחינה בין חזקת החפות לצורך הדין הפלילי, שאז משמעותה דומה לזו המקובלת בחקיקה, לבין חזקת החפות במסגרות אחרות. לצורך המשפט הציבורי די בראיות פחותות מפסק דין על מנת לסתור את חזקת החפות, וכתב אישום מהווה ראיה מספקת למטרה זו. כך למשל אמרה השופטת נאור בעניין **אומץ**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 188: "הגשת כתב אישום היא ראיה מנהלית למעשים הפליליים המיוחסים לראש העירייה". ובמילים אחרות, לצורך המשפט הציבורי נחשב ראש העירייה כעבריין שביצע את העבירה המיוחסת לו, אף שלא הורשע ומשפטו עדיין לא התנהל. ראו גם ברוח זו בג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 3, בפס' 10 לפסק דינו של השופט עמית ובפס' 4-3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

<sup>39</sup> בנוקדה זו עולה פסיקת בית המשפט בקנה אחד עם הפסיקה בבג"ץ 7367/97, לעיל ה"ש 30, שבו דחה בג"ץ עתירה להורות לחברי הכנסת שלא לבחור בפנחסי לתפקיד יושב ראש ועדת הכנסת (או לחזור בהם מבחירה זו). ראו לעומת זאת דניאל בן אוליאל "העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו" **משפט וממשל כא** (צפוי להתפרסם ב-2020), שסבור כי יש בידי בית המשפט סמכות למנוע הטלת תפקיד של הקמת ממשלה על חבר כנסת הנאשם בפלילים, בין השאר בהסתמך על רעיון הדמוקרטיה המתגוננת. עמדה זו לא התקבלה בבג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 3, בפס' 21 לפסק דינו של השופט עמית ובפס' 8 לפסק דינו של השופט מלצר. השופט עמית אזכר את מאמרו של אוליאל, וציין ש"את דוקטרינת ה'דמוקרטיה המתגוננת' ראוי... להשאיר בגבולותיה ובתחומיה, ואין מקום להרחיבה לתחומי טוהר המידות". השופט מלצר, שאף הוא אזכר את המאמר, קבע גם שאין מקום להטיל חובה משפטית על חבר כנסת הנמצא תחת כתב אישום להימנע מלקבל על עצמו את תפקיד הקמת הממשלה.

היה אפשר לקבוע, שהסבירות מחייבת ראש ממשלה (וכן חבר כנסת) שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון להתפטר. אולם פסיקה שכזו הייתה חורגת ממתחם הסבירות, ובית המשפט הבין שלא ניתן להרחיק לכת עד כדי כך.

בכך נשברה גם הסימטריה הפסיקתית. אפשר למצוא נימוקים משפטיים המיישבים את הלכת דרעי-פנחסי עם ההלכה המכירה באפשרות שחבר כנסת הנמצא תחת כתב אישום ירכיב ממשלה; חלק נכבד מבג"ץ 2592/20 מוקדש למאמץ לעשות זאת; ובכל זאת מבחינה מהותית-עניינית ברור שפסקי הדין אינם מתיישבים זה עם זה. ליבה של הלכת דרעי-פנחסי הוא המניעה משפטית לכך שאדם שתלוי נגדו כתב אישום יכהן בתפקיד שר. אם כך, כיצד ייתכן שהוא יכהן כראש ממשלה? השופט עמית הקדיש מקום נרחב בפסק דינו כדי להראות את האבסורד במצב שנוצר.<sup>40</sup> שופטים נוספים דיברו על כך שקל וחומר הוא במקרה הנוכחי; אם שר פסול מלכהן בתפקידו, כיצד ייתכן שראש הממשלה, שתפקידו רם יותר, חופשי לעשות זאת?<sup>41</sup>

ואכן, התוצאה רחוקה מלהשביע רצון. ראש הממשלה איננו חייב להתפטר לאחר שהוגש כתב אישום נגדו, אך הוא חייב לפטר שר הנמצא במצב דומה (הלכת דרעי-פנחסי). והיכן הדוגמה האישית? ומה יהיה אם יאמר לו השר "טול קורה מבין עיניך"? מן הסתם יוכל ראש הממשלה להשיב "זה לא אני, זה בג"ץ". נותר עוד תחום נאה להתגדר בו: עקרונית יכול ראש ממשלה לכהן גם כשר.<sup>42</sup> האם ראש ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום יוכל לעשות זאת, או שמא יידרש מכוח הלכת דרעי-פנחסי להשתמש בכוחו כראש ממשלה ולפטר את עצמו מתפקידו כשר?

סוגיה נוספת ממתניה לנו. מה יהיה דינו של ראש ממשלה חלופי שהוגש נגדו כתב אישום? המוסד של ראש ממשלה חלופי הוקם בעקבות הסכם הקואליציה בין מפלגות "הליכוד" ו"כחול לבן", וניתן לו ביטוי בתיקון לחוק יסוד: הממשלה מיום 7.5.2020. סעיף 143(א) לחוק המתוקן קובע, כי "דין ראש הממשלה החלופי בממשלת חילופים כדין ראש הממשלה" לצורך הסעיפים העוסקים בהעמדת ראש הממשלה לדין. לכך מצטרפת ההוראה שבסעיף 143ג לחוק היסוד, ולפיה "ראש הממשלה בממשלת חילופים אינו רשאי להעביר את ראש הממשלה החלופי מכהונתו". לפיכך נראה לכאורה שהלכת דרעי-פנחסי איננה חלה על ראש הממשלה החלופי, כשם שהיא איננה חלה על ראש הממשלה עצמו. אפשר מאוד שזו בדיוק הייתה מטרתה – או אחת ממטרותיה – של ההמצאה החדשה בעניין ראש ממשלה חלופי; היינו לאפשר לנתניהו להישאר בממשלה לאחר ביצוע הרוטציה, גם אם ענייניו המשפטיים לא יסתיימו עד למועד זה. במילים אחרות, ההמצאה המשפטית הבעייתית של "פסלות לחוד ושיקול דעת לחוד", אשר אפשרה להמשיך ולהחיל את הלכת דרעי-פנחסי גם לאחר חוק יסוד: הממשלה

<sup>40</sup> שם, בפס' 4-5 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>41</sup> שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת ברון.

<sup>42</sup> בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 13.4.2016) (ראש הממשלה יכול לכהן גם כשר, אך ריבוי תיקים עלול לעורר שאלה של חוסר סבירות). בעניין עדיפה דעת המיעוט של השופט מלצר, שלפיה ראש הממשלה איננו יכול לכהן גם באופן קבוע כשר. מכול מקום ברור שהוא יכול לעשות כן באופן זמני, כממלא מקום, לתקופה שאיננה עולה על שלושה חודשים, לפי ס' 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

משנת 2001, תרמה להולדת המצאת נגד, בעייתית לא פחות, בדמות ראש ממשלה חלופי.

במצב דברים זה עולה השאלה, אם לא היה מקום לבטל את הלכת **דרעי-פנחסי** ולהותיר את הנושא כולו בתחום הציבורי, במקום לעסוק בו במישור המשפטי. על הקשיים בתחום הפרשנות הצבעתי לעיל, וכעת מצטרפת אליהם הסתירה שנוצרה בין מעמד ראש הממשלה למעמד השרים. מצטרפת לכך גם העובדה, שההלכת **דרעי-פנחסי** לא ניתן למצוא אח ורע בשום שיטת משפט המוכרת לנו.<sup>43</sup> השופט מלצר אזכר את פסק הדין של בית המשפט העליון בהודו בעניין **Manoj Narula**,<sup>44</sup> שעסק במינוי של אדם בעל רקע פוליטי או של מי שנחשד בעבירה חמורה לתפקיד שר. בית המשפט התבטא בחריפות רבה נגד אפשרות זו. אולם בחוק לא הייתה הוראה השוללת את המינוי, ובית המשפט קבע שאין בידו להוסיף לחוק באמצעות חקיקה שיפוטית הוראת פסילה שאיננה בו. יתר על כן, הרעיון שאומץ בישראל, שלפיו ניתן להתמודד עם הנושא באמצעות פיקוח על שיקול הדעת של ראש הממשלה בבחירת השרים, הועלה גם בפני בית המשפט בהודו. הוא שלל את הרעיון מכול וכול, בהכירו בכך שבית המשפט איננו צריך להתערב בשיקול הדעת בנושא פוליטי שכזה. כך נותרה ישראל בבדידות לא מזהירה בסוגיה זו. האומנם מצויה אצלנו תבונה שאין לאחריים?

אזכיר נשכחות. במשך למעלה מארבעים שנים היינו ככל העמים, ובית המשפט לא התערב במינויים על בסיס רמתם המוסרית של המועמדים. לפני מעט יותר מעשרים וחמש שנים השתנתה התמונה עם מתן פסק הדין בעניין **אייזנברג**<sup>45</sup> ועם הלכת **דרעי-פנחסי**. הגיע הזמן לשאול, אם המצב כיום הוא אכן טוב יותר משהיה בארבעים השנים שלאחר קום המדינה, ואם הנזק שנגרם עקב הלכות אלה איננו עולה על תועלתן.<sup>46</sup> פסק הדין בבג"ץ 2592/20 מגלה גישה הפוכה. לא רק שאין נכונות לבחינת הנושא מחדש, אלא להפך. חלקים מרכזיים בפסק הדין מוקדשים להגנה על הלכת **דרעי-פנחסי** ולמאמץ להוכיח שהיא עומדת בתוקפה חרף הסתירה הנובעת מכך שהיא איננה חלה דווקא על מי שעומד בראש הפירמידה.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> ראו את מאמרו של Dotan, לעיל ה"ש 9, שם.

<sup>44</sup> Manoj Narula v. Union of India (2014) 9 SCC 1 (India).

<sup>45</sup> לעיל ה"ש 4.

<sup>46</sup> ראו בעיקר את מאמרו של Dotan, לעיל ה"ש 9, וכן דותן, לעיל ה"ש 29.

<sup>47</sup> ובכל זאת, שתי נקודות אור ניתן למצוא בבג"ץ 2592/20, לעיל ה"ש 3: האחת בפס' 1 לפסק דינו של השופט סולברג, שציין כי "משהסכמנו – כל חברי המותב – על **התוצאה**, דינו בכך וטוב שכך" (ההדגשה במקור), ובכך נמנע מעיסוק בהלכת **דרעי-פנחסי** ומהכרזת תמיכה בה; נקודת האור האחרת היא בפסק דינו של השופט קרא, שהבחין בין המישור הציבורי למשפטי, נמנע מלתמוך בהלכת **דרעי-פנחסי** ובחר לצטט מעניין **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 262, דווקא מתוך דעת המיעוט המשכנעת של הנשיא גרוניס.

## ה. פרשנות נגד המחוקק והלכת אפרופים

אני חושש שהתופעה של פרשנות נגד המחוקק התקבעה בבית המשפט. היא בולטת באותם מקרים שבהם המחוקק מבקש לשנות הלכה שנקבעה בבית המשפט העליון, בעיקר אם בית המשפט מייחס יוקרה או ערך אידיאולוגי להלכה שקבע. אינני מדבר על חקיקה הפוגעת בזכויות אדם, שבית המשפט טוען לסמכות לבטלה, אלא על חקיקה "רגילה", שמצד אחד אין ספק בדבר עליונות המחוקק בעניינה, ומן הצד האחר נראה שבית המשפט מתקשה להשלים עם עליונות זו. דוגמה מתחום אחר לנטייה זו תוכל לשמש ההתפתחות בפרשת **אפרופים**.<sup>48</sup> פסק הדין עוסק בפרשנות חוזה, סוגיה שבהקשר הנוכחי אין צורך להרחיב עליה את הדיבור. לענייננו די לציין, שדברים שנאמרו בדעת הרוב של השופט ברק בשאלת הפרשנות עוררו סערה בקהילה המשפטית והתנגדות חריפה. פסק הדין זכה לביקורת קשה בכתיבה אקדמית, להתנגדות עזה מצד מרבית עורכי הדין ואף להסתייגויות בפסיקה.<sup>49</sup> פסק הדין גרר גם התפתחות חקיקתית יוצאת דופן בדמות תיקון לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, אשר מטרתו הברורה, כפי שעולה הן מעצם עשיית התיקון והן מן הדברים שנאמרו בכנסת בעת הדיון, הייתה לשנות את הלכת **אפרופים**.<sup>50</sup> זהו למעשה התיקון החקיקתי היחיד שנעשה במישורין לחוק החוזים (חלק כללי) מאז שנחקק.<sup>51</sup> כל זה לא מנע מהשופט ריבלין, שעימו הסכים השופט ג'ובראן, לקבוע שהתיקון לחוק "אינו אלא אימוץ של השיטה הפרשנית שהונהגה בעניין **אפרופים**"<sup>52</sup> (כך!). זוהי

<sup>48</sup> ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: פרשת אפרופים). בקשה לדיון נוסף נדחתה בד"צ 2485/95 אפרופים שיכון ויוזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.1995). הלכת אפרופים אושרה ברוב דעות בדנ"א 2045/05 מגדלי הירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006).

<sup>49</sup> חומר בעניין זה מובא אצל כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 709-711. הוא כולל בין השאר את המחלוקת בפסיקה וכן תיאור של הסתייגותו הנמרצת של השופט דנציגר מהלכת אפרופים. ראו גם ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 12.10.2009) (השופטות פרוקצ'יה וביניש הסכימו לתוצאה, אך הסתייגו מקביעת עמדה בסוגיה הכללית של פרשנות חוזה על רקע הלכת אפרופים). השופט דנציגר התבטא בנושא זה גם בכנס עורכי הדין באילת ונתקל בתגובה חריפה. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 587-586. המחלוקת בין שופטי העליון משתקפת גם בדעות המיעוט בפרשת אפרופים, לעיל ה"ש 48. ראו גם את הפסיקה הנוספת הנזכרת בה"ש זו ובה"ש 52 ו-53 להלן (פעמים המחלוקת נוגעת להנמקה בלבד, אך לא לתוצאה).

<sup>50</sup> חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"ה-2011, ס"ח 2273; כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 709-721.

<sup>51</sup> היה רק תיקון אחד נוסף, והוא נערך במסגרת חוק אחר, היינו בעקבות חקיקת חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ובמסגרתו של חוק זה.

<sup>52</sup> רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 563, 592 (2012). עמדתו של השופט הנדל באותו עניין הייתה סבירה יותר. הוא הסכים לתוצאה, אך סבר שהחוק שינה את הלכת אפרופים. ראו גם את דעת המיעוט של השופט סולברג בע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן

הרטוריקה, אך המציאות שונה. בתי המשפט חוזרים (לא פעם ברוב דעות ותוך מחלוקת בין השופטים) על כך שהלכת אפרופים שרירה וקיימת, אולם במציאות פוסקים בניגוד למה שנקבע בפסק דין זה. פסקי הדין – כעניין של שגרה כמעט – פוסקים לפי לשון החוזה, ודאי כאשר לשון זו היא ברורה. במילים אחרות, פסקי הדין מעלים מס שפתיים להלכת אפרופים, ופוסקים ההפך.<sup>53</sup>

## ו. הבעיה הפוליטית

הרקע הפוליטי להכרעה בבג"ץ 2592/20 מוכר וידוע. עובדה היא שנערכו שלוש מערכות בחירות, שבהן היה בנימין נתניהו – עם החשדות המרחפות מעליו ובשלב הסופי גם כתב האישום נגדו – דמות מרכזית. אף לא באחת מהן אפשרו תוצאות הבחירות להקים ממשלה בלעדיו. עובדות אלה נזכרו בפסק הדין, אך הדיון בעיקרו התנהל בהתעלם מהן, כאילו מדובר בסוגיה משפטית שיש להכריע בה על בסיס הוראות החקיקה והתקדימים. אחדים מהשופטים ייחסו אומנם משקל לעובדות אלה;<sup>54</sup> השופט עמית אף הקדיש חלק מפסק דינו לדיון באמון הציבור בבית המשפט, תוך אזכור ההבחנה שנדונה במאמרו של דניאל בן אוליאל<sup>55</sup> בין אמון של חלק מהציבור בהקשר של סוגיה ספציפית לבין אמון ציבור כללי ארוך טווח, והוא סיים את פסק דינו במילים אלו: "בית המשפט לא יגור מפני אלו המבקשים לאיים על עצמאותו, ולא ייחת מפני רואי שחורות המתנבאים על 'נפילת המבצר'. כך בעבר, כך כעת, וכך לעתיד לבוא". אולי יש בכך רמז לבעיה מרכזית שלא נזכרה בפסק הדין,<sup>56</sup> אולם ייתכן שהיא עמדה לנגד עיני השופטים – ואולי ייתכן שאף תרמה לכך – שדחיית העתירה הייתה פה אחד, אף שהתוצאה ניצבת בסתירה ערכית להלכת דרעי-פנחסי. כוונתי לשאלה אם היה לבית המשפט כוח פוליטי לפסול את נתניהו, ומה היה קורה אילו עשה זאת.<sup>57</sup> נראה שהכרעה

שלום, פ"ד טו(2) 544, 551-563 (2013). בנוגע לתיקון זה, ראו גם כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 712-717.

53 שם, בעמ' 709-712. ראו גם ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2019); ת"א 33015-12-12 היפו – ישראל שרותי הסעדה בע"מ ואח' נ' יקום פתוח בע"מ ואח', פס' 24 לפסק דינו של השופט שינמן (פורסם בנבו, 20.2.2020) ("מקום שלשון החוזה ברורה, יהא זה הריג, קיצוני וכמעט שאומר בלתי אפשרי, לקבוע כי כוונת הצדדים הייתה מנוגדת באופן חזיתי לנוסח עליו הוסכם").

54 ראו בעיקר את פסק דינו של השופט הנדל וכן את פסק דינו של השופט מינץ.

55 לעיל ה"ש 39.

56 בדבר האפשרות שפסק הדין איננו מגלה את הנימוקים האמיתיים שעמדו לעיני בית המשפט, השוו בהקשר אחר ליאון שלף "משפטים ביטחוניים וזכויות נאשמים – סילווסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל" משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו 23, 27-28 (דפנה ברק-ארו עורכת, 1999).

57 השוו לדברים שאמר השופט גרוניס בבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, 160-161 (2012) בהקשר של הפסיקה הענפה שעסקה בגיוס חרדים: "זו אשליה לצפות שהחלטות שיפוטיות יביאו לגיוסם של חרדים לצה"ל".

זו, פה אחד, הפתיעה את מי שהאמינו שבית המשפט יכול וצריך לפסוק אחרת, מבלי שהעריכו את משמעות בעיית הכוח הפוליטי שלא נזכרה כלל בפסק הדין. בהקשר הנוכחי לא ארחיב את הדיבור בסוגיה הכללית הנוגעת למגבלות הכוח הפוליטיות הרובצות על בית המשפט. אזכיר רק את ההתנגשות הגדולה בארצות הברית בין הנשיא פרנקלין רוזוולט לבית המשפט העליון. כאשר החל רוזוולט לכהן כנשיא, בשנת 1933, סבלה ארצות הברית משפל כלכלי נורא. רוזוולט ביקש להיאבק בו באמצעות מה שכונה "ניו דיל" (New Deal), אשר הושתת על סדרת חוקים בתחום הכלכלי והסוציאלי. ואולם בבית המשפט העליון בארצות הברית שלטה זה עשרות שנים גישה שמרנית שפסלה חוקים סוציאליים וכלכליים, בהיותם – לדעת שופטי הרוב – מנוגדים לעקרון חופש החוזים המוגן בחוקה.<sup>58</sup> רוזוולט הזועם איים להגדיל את מספר השופטים בבית המשפט העליון, ולהציף אותו בשופטים ליברליים שיפסקו כרוחו. תוכניתו של רוזוולט נכשלה, אולם בית המשפט העליון נכנע, שינה כיוון, אישר את החקיקה שרוזוולט חפץ בה ומאז לא חזר למגמת הפסילה של חקיקה כלכלית וסוציאלי.<sup>59</sup>

כך בארצות הברית שבה יש חוקה המעצימה את כוחו של בית המשפט העליון במדינה זו; שכן כאשר בית המשפט פוסל חוק על יסוד פירוש שהוא נותן להוראה מהוראות החוקה, לא ניתן "להתגבר" על פסיקתו באמצעות חקיקה רגילה של הקונגרס. לשם כך יש צורך בהליך מורכב של שינוי החוקה. כך גם אם מבקשים לשנות את סמכויות בית המשפט העליון. ובכל זאת לא היה בכוחו של בית המשפט לעמוד בפני הנשיא רוזוולט, שמדיניותו זכתה בתקופת המשבר לתמיכה ציבורית רחבה. בישראל אין חוקה, ושינויים בנושאים דוגמת סמכויות בית המשפט העליון, בחירת שופטים ואף הקמת בית משפט לחוקה עשויים להתקבל בכנסת ברוב של לא יותר מ-61 חברים. בנסיבות אלה היכולת של בית המשפט להתמודד עם המערכת הפוליטית במקרה של התנגשות בין השניים היא פחותה מזו שיש לבית המשפט בארצות הברית. למרות זאת פסק בית המשפט העליון בישראל לא פעם בניגוד לעמדת הממשלה והכנסת, פעמים תוך ערעור השלטון ממש, ופסקי הדין שקבעו את הלכת דרעי-פנחסי הם דוגמה בולטת לכך. בית המשפט היה יכול לעשות זאת בזכות כוחו הפוליטי, בזכות תמיכה ציבורית ובזכות מחלוקות פנימיות בתוך המערכת הפוליטית ובקואליציה השלטת. אך היה לכך מחיר, וגם התמיכה הציבורית שהייתה לבית המשפט העליון ירדה במידה ניכרת מאז שחוקק את הלכת דרעי-פנחסי. זאת ועוד, יש גבול ליכולת הפעולה של בית המשפט –

<sup>58</sup> גישה זו השתקפה בפסק דין מרכזי בנושא, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), שהוכרע ברוב דעות (בין שופטי המיעוט היה השופט הולמס, שפסק דינו זכה לפרסום רב). פסק הדין בעניין *Lochner* הפך סמל לפסיקה שפסלה חוקים כלכליים וסוציאליים בהיותם מנוגדים לעקרון חופש החוזים, עד כדי כך שהתקופה שבה שלטה עמדה זו בפסיקה האמריקנית זכתה לכינוי "עידן לוכנר" ("Lochner era"). עידן זה הגיע לסיומו בשנת 1937, כאשר ניתן פסק הדין בעניין *West Coast Hotel Co v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), שגם הביא לסיום המאבק בין רוזוולט לבית המשפט העליון. ראו בעניין זה *David A. Strauss, Why was Lochner Wrong?*, 70 U. Chi. L. Rev. 373 (2003), המציין גם פסק הדין בעניין *Lochner* הוא פסק הדין המושמץ ביותר במאה השנים האחרונות. <sup>59</sup> *Roosevelt, Franklin Delano, in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES*, 866-868 (Kermit L. Hall ed., 2nd ed. 2005).

ודאי כאשר מדובר בנושא הנמצא בלב השלטון – בסוגיה המושתתת כל כולה על חקיקה שיפוטית שנויה במחלוקת וכאשר התמיכה הציבורית רחוקה מלהיות מובטחת. ישראל נמצאת כיום במשבר כלכלי, אולי לא חריף כל כך כפי שחוותה ארצות הברית בימיו של רוזוולט, אך חריף דיו. הנסיבות הפוליטיות הן יוצאות דופן. פסיקה השוללת מנתניהו את האפשרות להקים ממשלה הייתה מנוגדת לרצון המכריע של קואליציה רחבה, הכוללת את שתי המפלגות המרכזיות והנתמכת בידי למעלה מ-70 חברי כנסת, והייתה שולחת את ישראל בוודאות כמעט למערכת בחירות רביעית, שתוצאותיה הכלכליות היו הרסניות. במערכת בחירות זו, שלא רק הדרג הפוליטי אלא גם מרבית הציבור התנגד לה, היה בג"ץ ניצב – שלא בטובתו – במרכז ומואשם הן בקיום הבחירות והן בשבר הכלכלי. מה היה עולה בגורל מערכת המשפט לאחר מערכת בחירות זו – ניתן רק לנחש. כל אלה אינם שיקולים משפטיים. אך אם המשפט אמור להיות נטוע במציאות, ספק אם אפשר להתעלם מהם, ואילו את השאלה אם עמדו שיקולים אלה לנגד עיני השופטים, אשאיר בצריך עיון.

### הערת סיכום

אסיים בהערה בעניין תרבות פרשנית. תרבות שכזו מניחה שישנה תשתית להבנת טקסטים משותפת לכל מי שמשתייכים לאותה תרבות. ייתכנו אומנם מחלוקות באשר לשיטת פרשנות זו או אחרת, ובמקרים של אי-בהירות ניתן גם לצפות לחילוקי דעות. אך תרבות משותפת משמעותה, שלמרות מחלוקות שכאלה ישנם כללים המוסכמים על הכול, וישנם טקסטים שהם בהירים במידה כזו שכל מי שמשתייכים לאותה תרבות יבינו אותם בצורה זהה. תרבות שכזו היא חיונית לקהילה המשפטית, למנגנון השלטוני, לקהילת העסקים ולכלל הציבור שיש לו עניין בנושאי משפט. תרבות שכזו מבטיחה, שמי שמנסח חוק או חוזה ועושה זאת ברמה סבירה יוכל להעריך ברמת ודאות מתקבלת על הדעת כיצד ייושם הטקסט בידי בית המשפט שאמור לפרשו וליישמו. כך יוגבר הביטחון המשפטי, תשתפר יעילותה של המערכת הכלכלית, יפחת הלחץ על בתי המשפט, ואפילו שלטון החוק יצא נשכר (קשה לצפות לקיום חוק, שגם אם ניסוחו ברור, איש איננו יודע כיצד יפורש בידי בית המשפט). רטוריקה שיפוטית העומדת בניגוד למציאות המשפטית המופעלת הלכה למעשה, כמו גם פרשנות נגד הטקסט (בחוק או בחוזה), חותרת תחת מטרות אלה, מהווה סגולה בדוקה לערעור הביטחון המשפטי ולריבוי התדייניות וגובה מחיר פוליטי, כלכלי וחברתי כבד.