

**בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 2412/23
בג"ץ 2466/23**

קבוע לדיון: 3.8.23

התנועה למען איכות השלטון בישראל
על-ידי עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים
טל': 02-5000073 ; פקס: 02-5000076

העותרת בבג"ץ 2412/23

1. חבר הכנסת עודד פורר
2. סיעת ישראל ביתנו בכנסת ה-25
3. מפלגת ישראל ביתנו
כולם על ידי ב"כ עו"ד איתן הברמן
ממשרד שרקון בן עמי ושות', עו"ד
מרח' בר כוכבא 23, בני ברק
טלפון: 03-5662808 ; טלפון נייד: 054-7777690
דוא"ל: eitan.h@cbalaw.co.il

העותרים בבג"ץ 2466/23

נגד

1. הכנסת
באמצעות היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון ירושלים
טלפון: 02-6408638/6 ; פקס: 02-6753495
דוא"ל: hdept@knesset.gov.il

2. ראש הממשלה
על ידי ב"כ עו"ד מיכאל ראבילו ואח'
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659

3. היועצת המשפטית לממשלה
על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל': 073-3925084, פקס: 02-6467011

ה מ ש י ב י ם

תגובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ולקראת הדיון שנקבע בעתירות, מוגשת בזאת תגובה לעתירות מטעם היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: **המשיבה**).

2. ביום 23.3.23 אושר בכנסת תיקון חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), העוסק בהסדר נבצרות ראש ממשלה, המעוגן בסעיף 16(ב1) לחוק-יסוד: הממשלה, על מכלול הוראותיו (להלן: **תיקון מס' 12 לחוק היסוד**). התיקון, בעיקרו, צמצם את עילות הנבצרות לטעמים של אי מסוגלות פיזית או נפשית בלבד וקבע, בין היתר, דרישת רוב חריגה ביותר בממשלה ובכנסת לשם הפעלת מנגנון הנבצרות.

מוקד העתירות שלפנינו הוא בשאלה האם עשתה הכנסת שימוש לרעה בסמכותה המכוננת.

3. כידוע, הסמכות המכוננת – אשר מכוחה מחוקקת הכנסת את חוקי היסוד והתיקונים להם – נועדה לקבוע עקרונות משטריים וחוקתיים, על-זמניים, הקובעים את "כללי המשחק" הבסיסיים של הרשויות, וכן לעגן ברמה החוקתית את זכויות האדם והאזרח. בהתאם לעקרון לפיו הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת לצורך קביעת הסדרים "קונסטיטוציוניים במהותם", חוקי היסוד הקיימים מסדירים את כללי המשטר, חלוקת התפקידים והסמכויות בין רשויות השלטון, ומערכות היחסים בין הרשויות ובינן ובין האזרח, והכל בהתבסס על עקרונות היסוד עליהם מושתתת המדינה.

כיוון שהסמכות המכוננת היא סמכות שלטונית שאותה מפעילה רשות שלטונית, קרי הכנסת, פותחה לאורך השנים בפסיקת בית המשפט הנכבד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. נקבע כי תפקידו של בית המשפט הנכבד בהקשר זה הוא להגן על "החוקה המתגבשת" מפני חדירה של נורמות שלפי טיבן אינן נורמות חוקתיות אל תוך המארג החוקתי הישראלי, באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדן של חוקי היסוד.

4. בהקשר זה ציינה כב' הנשיאה חיות, אך לפני מספר חודשים – בפסק הדין שעסק בתיקון הקודם לחוק-יסוד: הממשלה, אשר אליו נידרש בהמשך (עניין דרעי) – כי 'קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה... לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמדן של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית'.

בחינה של מכלול הנסיבות הנוגעות לחקיקת תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, מלמדת כי עניין לנו במקרה קיצוני במיוחד של התופעה עליה עמדה כב' הנשיאה חיות.

5. בהתאם לפסיקה, התערבות בית המשפט הנכבד בחקיקתם של חוקי יסוד היא חריגה ביותר ושמורה למקרי קצה. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, במקרה שלפנינו, **יישום המבחנים של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות, כפי שזו התפתחה בפסיקה, מצביע על כך ש"נחצה קו הגבול" ונעשה שימוש מובהק לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת.**

6. מכלול הנסיבות שיפורט להלן מלמד, בבירור, כי ענייננו בתיקון חוקתי פגום מיסודו ובתוצאתו, שהינו תוצר של שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, בהליך חקיקה מואץ, כדי לשפר את מצבו המשפטי האישי של ראש הממשלה ולאפשר לו לפעול בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד, שאישרה את כהונתו תחת כתב אישום בגין עבירות חמורות של טוהר המידות; בניגוד לחוות דעת מחייבת למניעת ניגוד עניינים, שאף נקבע כי חל על ראש הממשלה "השתק מעין שיפוטי" מלטעון אחרת ביחס למעמדה; ותוך עיצוב הסדר נבצרות שנועד ליתן מענה לנסיבות עניינו של ראש הממשלה ולאפשר את מעורבותו בקידום חקיקה שיש בה כדי להיטיב את מצבו המשפטי האישי, באופן שאינו תואם את תכליות מוסד הנבצרות.

על כן, לעמדת המשיבה, בשלב דיוני זה יש מקום למתן צו על-תנאי, שיורה לכנסת ולראש הממשלה לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת; ובסופו של יום יש להורות על הפיכת הצו על-תנאי לצו מוחלט.

7. כדי להבין את חומרת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בחקיקת תיקון מס' 12, יש להציג כבר בתחילה, בתמצית, את עיקרי השתלשלות העניינים הרלוונטית להבנת התכלית שבבסיסו של תיקון חוק-היסוד דנן.

8. ביום 28.1.20 הוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות. בעקבות כך נוצר במדינת ישראל מצב חסר תקדים בו מכהן ראש ממשלה תחת כתב אישום, על כל המורכבויות הכרוכות בדבר.

בית המשפט הנכבד נדרש למצב החריג בעתירות שעסקו באפשרות כי הרכבת הממשלה תוטל על חה"כ נתניהו, וביום 6.5.20 הכריע כי אין עילה משפטית להתערב בדבר. זאת, על יסוד הנחת מוצא, שהייתה מקובלת אף על ראש הממשלה, כי כהונתו בתפקיד תהא נתונה למגבלות שייקבעו בחוות דעת למניעת ניגוד עניינים שיגבש היועץ המשפטי לממשלה, אשר תמנע ממנו הפעלת כוח שלטוני לשם קידום עניינו המשפטי האישי. במסגרת הדיון בעתירות, ראש הממשלה אף התחייב לפעול על פי חוות דעת זו.

9. ביום 2.11.20 גיבש היועץ המשפטי לממשלה חוות דעת למניעת ניגוד עניינים של ראש הממשלה בקשר למשפטו, הכוללת מספר מגבלות, לרבות: מניעת העיסוק בדרכי מינוי וסיום כהונה של שופטים ובעלי תפקידים אחרים במערכת אכיפת החוק ובמעמדם; ומניעת קידום חקיקה שיש בה כדי להיטיב את מצבו המשפטי האישי.

בית המשפט הנכבד אישר את חוות הדעת בעיקרה והבהיר כי: "המציאות שבה ראש ממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות, היא מציאות חריגה המחייבת הקפדה יתרה על עקרון זה [העקרון האוסר על פעולה בניגוד עניינים – הח"מ]. לפיכך, נדרש הסדר ניגוד עניינים אשר יבטיח – הן מבחינת קבלת ההחלטות בפועל והן מבחינת הנראות הציבורית – כי העניינים האישיים הנוגעים לכתב האישום שהוגש נגד ראש הממשלה לא ישפיעו על תפקודו כראש הרשות המבצעת".

10. ביום 4.1.23 הציג שר המשפטים תכנית לרפורמה משפטית הכוללת מספר רכיבים, שיש בקידומם כדי להיטיב את מצבו המשפטי האישי של ראש הממשלה.

בעקבות זאת, ביום 1.2.23 שלחה היועצת המשפטית לממשלה מכתב יישום לחוות הדעת למניעת ניגוד עניינים, אשר כלל יישום של העקרונות המשפטיים שעוגנו בחוות הדעת הקודמת, ביחס למרכיבים השונים של הרפורמה (להלן: **מכתב היישום**). בהתאם למכתב היישום, על ראש הממשלה להימנע מעיסוק בשינויים המוצעים במערכת המשפט, שכן אלו מיטיבים את מצבו המשפטי האישי בהליך הפלילי המתנהל נגדו.

11. בהמשך, ועל יסוד הטענה כי ראש הממשלה ממשיך לעסוק בקידום השינויים במערכת המשפט, הוגשו לבית המשפט הנכבד עתירות שביקשו כי בית המשפט יכריז על נבצרות ראש הממשלה, מפאת העובדה שהוא פועל בניגוד לחוות הדעת ולמכתב היישום של היועצת המשפטית לממשלה למניעת ניגוד עניינים. זמן קצר לאחר שבית המשפט הנכבד הורה על הגשת תגובות מקדמיות לעתירות, הוגשה הצעת החוק שבנדון.

12. ביום 11.2.23 – **למחרת** החלטת בית המשפט הנכבד בעניין מועד להגשת תגובה באחת העתירות – פורסמה ברבים ההודעה שלהלן, עליה חתמו שר המשפטים, כנציג מפלגת הליכוד, ויתר ראשי מפלגות הקואליציה:

"ראשי מפלגות הקואליציה דוחים בתוקף את הדיון הבלתי לגיטימי בבג"ץ בדבר "נבצרות" ראש הממשלה. מדובר בניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, שאינו שונה מהפיכה צבאית.

אין לאף גורם משפטי, כולל לבג"ץ, אפילו שבריר של הסמכה בחוק לפעולה שכזו. רק העם יבחר את ראש הממשלה. ורק העם, באמצעות נציגיו בכנסת, יחליט אם להפסיק את כהונתו.

העם ונציגיו לא יקבלו לעולם דיון משפטי על אפשרות של הפיכה. הם לא יקבלו לעולם ביטול משפטי בלתי חוקי של הבחירות ושל ריבונות העם.

שליחת יד בדמוקרטיה הישראלית היא מעשה שדגל שחור מתנוסס מעליו גם כשהיא נעשית בכסות של גלימות המשפט."

13. ביום 20.2.23 – **ימים אחדים** לאחר שהוגשו עתירות הנבצרות, לאחר החלטות בית המשפט הנכבד בדבר הגשת תגובות לעתירות, ולאחר הודעת ראשי הקואליציה – הונחה על שולחן הכנסת ה-25 הצעתם של מספר חברי כנסת מכלל סיעות הקואליציה – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה), (הצעת חוק פ/2560) (להלן: **הצעת חוק היסוד**).

14. בעוד שהמועד האחרון להגשת תגובות לעתירות הנבצרות היה ביום 26.3.23 (יום א'), התיקון לחוק-היסוד התקבל סמוך לפני כן, ביום 23.3.23 (יום ה').

15. שעות ספורות לאחר אישור תיקון החקיקה דנן בכנסת, הצהיר ראש הממשלה כי ידיו אינן כבולות עוד, וכי הוא מתכוון לעסוק בשינויים במערכת המשפט. ובלשונו שלו:

"[...] **לצערי, עד היום ידי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש הממשלה לנבצרות.** דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. זה דבר אבסורדי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. **לכן הערב, אני מודיע לכם, חבריי, ידידי, אזרחי ישראל. עד כאן. אני נכנס לאירוע.**"

16. כפי שעלה מהתבטאויות חוזרות ונשנות של חברי הכנסת מהקואליציה במהלך הדיונים בתיקון החקיקה, מהתבטאותו של ראש הממשלה עצמו סמוך לאחר שהחקיקה אושרה, וממכלול נסיבות העניין, **תיקון חוק-היסוד נועד לתכלית כפולה** :

ראשית, לשחרר את ראש הממשלה ממגבלות מתחום טוהר המידות ולפטור אותו מההשלכות המשפטיות שלדעתו, ולדעת מקדמי התיקון, היו עלולות לנבוע מהפרת החובה שלא לפעול בניגוד עניינים.

שנית, למנוע מבית המשפט הנכבד להכריע בעתירות שהיו תלויות ועומדות באותה העת, אשר ביקשו להורות כי חה"כ נתניהו ייצא לנבצרות מתפקידו כראש הממשלה, בגין מעורבותו בקידום שינויים במערכת המשפט שיש בהם כדי להיטיב את מצבו המשפטי האישי, ובניגוד לחובתו שלא לפעול בניגוד עניינים.

17. מתעורר אפוא חשש כבד, ולמעשה אף למעלה מכך, כי חוק היסוד תוקן כדי לאפשר לראש הממשלה לעסוק בצבר היוזמות לשינויים במערכת המשפט המכונה ה"רפורמה המשפטית".

ברי כי תיקון של חוק יסוד לשם התנערות, ולו חלקית, מחוות דעת למניעת ניגוד העניינים בעניינו של ראש הממשלה, כמו גם מהתחייבות מפורשת שניתנה בשעתו על-ידי ראש הממשלה לבית המשפט הנכבד – התחייבות שכבר נקבע על-ידי בית המשפט הנכבד שיוצרת כלפיו "מעין השתק שיפוטי" – טומן בחובו פגם חוקתי חמור.

18. מצב שבו חקיקת יסוד המעצבת הסדר משפטי מרכזי וחשוב, שתכליתו רציפות שלטונית, מהווה אמצעי להסרת מגבלות מראש הממשלה כאמור, מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק.

19. הנסיבות מלמדות, אם כן, כי **כינונו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד אינו עולה בקנה אחד עם כלל מאפייני החקיקה ובאופן מיוחד חקיקת היסוד ובראשם – דרישת הכלליות,** לפיה נורמה חוקתית העומדת בבסיס עיצובן של הסדרי המשטר היסודיים תיחקק מתוך מבט רחב ותהא בעלת תחולה רחבה וכללית, להבדיל מהכרעה פרטנית בעניין נקודתי ומצומצם באופיו. הדברים נאמרים ביתר שאת משעה שבמקרה דן חברי הקואליציה קידמו, ובעקבותיהם הרשות המכוננת עיצבה, הסדר משטרי בנושא רגיש במיוחד, שעשויות להיות לו השלכות מרחיקות לכת על תפקודה התקין של המדינה ועל הרציפות השלטונית במצבים שונים.

20. נוסף על כך, העובדה שההסדר לא עוצב מתוך ראייה משטרית רוחבית וארוכת טווח, אלא כאמצעי מידי לפתרון עניין אישי, אף הביאה בפועל לקשיים מהותיים הגלומים בהסדר לגופו.

הסדר הנבצרות שעוצב בתיקון צמצם משמעותית את הנסיבות האובייקטיביות של הוצאה לנבצרות, ואף ביחס אליהן קבע דרישת רוב חריגה ביותר בממשלה ובכנסת. בהתאם לכך, אף במצב תיאורטי שבו לא יהיה חולק כי ראש ממשלה אינו מסוגל מבחינה בריאותית למלא את תפקידו, יהיה צורך בגיוס רוב פוליטי חריג ביותר – בממשלה או בוועדת הכנסת, ולאחר מכן במליאת הכנסת – לשם הכרזה על נבצרותו.

מצב זה עלול להוביל לתקלה משטרית ולוואקום שלטוני, וזאת בניגוד לתכליות העומדות ביסוד הסדר הנבצרות עצמו. ההסדר שנקבע מעיד אפוא, כשלעצמו, וכל שכן בצירוף הנסיבות שפורטו לעיל, כי הצידוק לחקיקת ההסדר נועד לצורכו הקונקרטי של ראש הממשלה, על אף הגברת הסיכון לפגיעה ברציפות השלטונית הכרוכה בכך. יובהר, כי קשיים אלו יש בהם כדי לכרסם בכלליותם של ההסדרים שעוגנו בתיקון מס' 12 ולהצביע על האופן בו הופעלה הסמכות המכוננת בעת עיצובם. הווה אומר, **התכלית הפרסונלית שביסוד ההסדר החוקתי הובילה לעיצוב הסדר משטרי מתוך ראייה צרה ונקודתית, לשם השגת תוצאה מסוימת שיש בה תועלת קצרת טווח עבור נבחר ציבור המכהן כעת, מבלי לתת מענה להשפעות ולתקלות משטריות ארוכות טווח שעלולות לנבוע מן ההסדר.**

21. טרם שניגש לפירוט העמדה ביתר הרחבה, נעיר שתי הערות.

22. **הראשונה** – אין חולק כי ההסדר החוקתי שהתקיים ערב חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד – ביחס לנבצרות ראש הממשלה – דרש הבהרה. גם הייעוץ המשפטי לממשלה עמד על כך, שראוי כי במסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים נבצרות של ראש הממשלה, וכן יותווה מנגנון מתאים לקביעת קיומה של נבצרות.

אולם, המטרה בבסיס התיקון דנן – הסרת מגבלות פרסונליות מתחום טוהר המידות – כה דומיננטית, כך שההסדר המשטרי שעוצב אינו נותן מענה לתכליות של מוסד הנבצרות. למעשה, **הרשות המכוננת גויסה כדי לתת מענה לעניין אישי**, בעיתוי ובהקשר קונקרטיים, כדי להסיר מגבלות מתחום טוהר המידות. זאת, בדומה לאופיו האישי של התיקון **בעניין דרעי**, אליו נידרש ביתר פירוט בהמשך. משכך, מדובר בהסדר שאינו הולם את אופייה ומעמדה הכללי הנדרש של נורמה חוקתית.

23. **השנייה** – עמדה זו עוסקת **אך ורק** בשאלה החוקתית בעניין תוקפו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד, ואין בה כדי להתייחס לטענות העולות בבג"ץ 3618/23 **חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה**, הקבועה לדיון בפני בית המשפט הנכבד ליום 12.9.23. יובהר כי העמדה דנן היא עמדה **עקרונית בלבד**, העוסקת בהסדר החוקתי לטווח הארוך, והיא נטועה בהשלכות של שימוש בסמכות מכוננת לשם פתרון מגבלות אישיות משפטיות של נבחר ציבור מסוים ולשם מניעת בירור של עתירות לאחר הגשתן.

24. הילוך הטיעון יהיה כדלקמן:

תחילה, יוצג הרקע הנורמטיבי הרלוונטי לסוגיית נבצרות ראש הממשלה, ובכלל זה ההיסטוריה החקיקתית, פסיקת בית המשפט הנכבד ועמדת הייעוץ המשפטי לממשלה.

לאחר מכן, יוצג הרקע העובדתי הרלוונטי, ובכלל זה הליך החקיקה בכנסת של תיקון מס' 12 לחוק היסוד, כמו גם סוגיית חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים בעניינו של ראש הממשלה.

בהמשך לכך, תוצג דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שעוצבה לאורך השנים בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

ולבסוף, תפורט עמדת היועצת המשפטית לממשלה, תוך יישום הדוקטרינה האמורה ומבחניה על תיקון מס' 12 לחוק היסוד.

כל ההדגשות בתגובה זו – הוספו.

תוכן עניינים

9.....	רקע נורמטיבי
9.....	נבצרות ראש ממשלה – היסטוריה חקיקתית
11.....	נבצרות ראש ממשלה – פסיקת בית המשפט הנכבד ועמדת הייעוץ המשפטי לממשלה
17.....	רקע עובדתי
17.....	הליך החקיקה של תיקון מס' 12 לחוק היסוד
33.....	התפתחויות לאחר חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד
34.....	חוות דעת למניעת ניגוד עניינים בעניינו של ראש הממשלה
41.....	דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוננת
42.....	המבחן הצורני
43.....	ההתפתחות הפסיקתית של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת
45.....	המבחנים העדכניים לזיהוי נורמה חוקתית וליישום דוקטרינת השימוש לרעה
46.....	ניגוד עניינים מוסדי
52.....	עמדת היועצת המשפטית לממשלה
67.....	סיכום

רקע נורמטיבי

25. בטרם נידרש לתיקון מס' 12 לחוק היסוד, נציג תחילה, למען הסדר הטוב, את הרקע הנורמטיבי הרחב ביחס לסוגיית נבצרות ראש הממשלה – כפי שעמד על מכונו עובר לתיקון חוק היסוד. במסגרת סקירה זו נעמוד על ההיסטוריה החקיקתית של הסדר הנבצרות שנקבע בחוק-יסוד: הממשלה; כמו-גם על פסיקתו של בית המשפט הנכבד שנדרשה בעבר להסדר הנבצרות בנוסחו הקודם, עובר לחקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד.

בחינה כאמור תניח את המסד הדרוש לטובת המשך ניתוח הסוגיות החוקתיות כבדות המשקל המונחות על הכף, שעיקרן בשאלה האם בבוא הכנסת לשנות מהסדר הנבצרות, שעמד על מכונו במשך עשרות שנים, פעלה היא תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוננת.

נבצרות ראש ממשלה – היסטוריה חקיקתית

26. בדברי חקיקה שונים ורבים, הן בחקיקה ראשית והן בחקיקת משנה, מצויות הוראות 'נבצרות' של בעלי תפקידים שונים – מהן נבצרות זמנית ומהן נבצרות דרך קבע, מהן הוראות נבצרות המוגבלות לטעמי בריאות ומהן הוראות נבצרות כלליות. ראו למשל: סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה; סעיף 20א לחוק-יסוד: הכנסת; סעיפים 21 ו-22 לחוק-יסוד: נשיא המדינה; סעיפים 13 ו-14 לחוק-יסוד: מבקר המדינה; סעיף 13(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשט"ו-1955; סעיף 19 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ס-1980; סעיף 4 לחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס"ב-2002; סעיף 6(א) לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968; סעיף 16(א)(2) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955.

27. ביום 13.8.68 אישרה הכנסת את חוק-יסוד: הממשלה, בנוסחו המקורי (ס"ח התשכ"ח, חוברת 540, עמ' 226). בחוק היסוד נקבעה הוראה תמציתית בעניין נבצרותו הזמנית של ראש ממשלה, כאשר בסעיף 19 לחוק היסוד בנוסחו המקורי נקבע כי 'נעדר ראש הממשלה מן הארץ או שנבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, תקבע הממשלה שר אחר מבין השרים שהם חברי כנסת לכהן כממלא מקומו עד שישוב ארצה או יחזור למלא תפקידו'.

28. ביום 21.9.84 התקבל בכנסת תיקון מס' 4 לחוק-יסוד: הממשלה (ס"ח התשמ"ד, חוברת 1124, עמ' 220), אשר אפשר את מינויו של אחד השרים לממלא מקום ראש הממשלה. בהתאם לכך תוקן הסדר הנבצרות שבסעיף 19 האמור, כך שמי שמכהן כממלא מקום ראש הממשלה ימלא את תפקיד ראש ממשלה שנבצר ממנו זמנית למלא את מקומו: 'נעדר ראש הממשלה מן הארץ או שנבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, יכהן במקומו ממלא מקום ראש הממשלה עד שישוב ראש הממשלה ארצה או עד שיחזור למלא תפקידו; לא היה ממלא מקום לראש הממשלה או שממלא המקום נעדר מן הארץ או שנבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, תקבע הממשלה שר אחר מבין השרים שהם חברי הכנסת לכהן כממלא מקומו של ראש הממשלה'.

29. ביום 18.3.92 חוקקה הכנסת את חוק-יסוד: הממשלה "השני", המוכר בכינויו "חוק הבחירה הישירה", שהחליף את חוק היסוד משנת 1968. בחוק היסוד החדש נקבע מנגנון חדש לבחירות מיוחדות ונפרדות לראשות הממשלה (ס"ח התשנ"ב, חוברת 1396, עמ' 214). במסגרת תיקון זה החליטה הכנסת להסדיר גם מצב של נבצרות קבע של ראש ממשלה (בחלוף 100 ימים), תוך שנקבע כדלקמן:

28. נפטר ראש הממשלה או **נבצר ממנו דרך קבע** למלא את תפקידו, ייערכו בחירות מיוחדות.

29. (א) נפטר ראש הממשלה, **נבצר ממנו דרך קבע** למלא את תפקידו, או שהועבר מכהונתו, תקבע הממשלה אחד השרים, שהוא חבר הכנסת, לכהן כראש הממשלה בפועל, עד שייכנס לכהונתו ראש הממשלה החדש.

...
30. (א) ...

(ב) **נבצר מראש הממשלה זמנית** למלא את תפקידו לתקופה שאינה עולה על מאה ימים רצופים, ימלא את מקומו אחד השרים שהוא חבר הכנסת ושראש הממשלה קבעו; לא נקבע ממלא מקום או שנקבע, אך נבצר ממנו למלא את תפקידו יכהן כממלא מקום ראש הממשלה אחד השרים שהוא חבר הכנסת ושבחרה לכך הממשלה, עד שיחזור למלא את תפקידו ראש הממשלה או ממלא מקומו הקבוע.

...
(ד) חלפו מאה ימים רצופים שבהם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו והוא לא חזר למלאו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו, ויחולו הוראות סעיפים 28 ו-29.

30. ביום 7.3.01 חוקקה הכנסת פעם נוספת, שלישית, את חוק-יסוד: הממשלה (ס"ח התשס"א, חוברת 1780). חוק-יסוד: הממשלה הנוכחי ביטל את המנגנון האמור לבחירות נפרדות לראשות הממשלה, כאשר לעניין סוגיית הנבצרות, החליטה הכנסת לקבוע הסדר רחב יותר מזה שהיה קבוע בשעתו בחוק היסוד משנת 1968. כך קבע סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה – בנוסחו עובר לתיקון דנן – בעניין נבצרות **זמנית** של ראש ממשלה:

"נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, ימלא את מקומו ממלא מקום ראש הממשלה; חלפו 100 ימים רצופים שבהם כיהן ממלא מקום ראש הממשלה במקום ראש הממשלה והוא לא חזר למלא את תפקידו, יראוהו כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו."

סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה – שנותר בעינו – קובע כך ביחס לנבצרות **קבע** של ראש הממשלה:

"נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו."

סעיף 30(ג) לחוק היסוד קובע כי אם נבצר מראש הממשלה **דרך קבע** למלא את תפקידו, **הממשלה** תקבע שר אחר – שהוא חבר כנסת וחבר סיעתו של ראש הממשלה – לכהן כראש הממשלה בפועל, עד שתיכון הממשלה החדשה.

במסגרת תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה משנת 2020 (ס"ח התש"ף, חוברת 2795, עמ' 34), נקבע ההסדר המשטרי של "ממשלת חילופים". בין היתר, נקבעו בתיקון מס' 8 הוראות לעניין חילופים בין ראש הממשלה לבין ראש הממשלה החלופי שלא במועד החילופים, לרבות במקרה של נבצרות (ראו סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה).

נבצרות ראש ממשלה – פסיקת בית המשפט הנכבד ועמדת הייעוץ המשפטי לממשלה

31. שאלת גבולותיו של הסדר נבצרות ראש הממשלה, בכלל, ועל רקע קיומם של הליכים פליליים המתנהלים נגד ראש ממשלה, בפרט, התעוררה כבר לפני מספר עשורים.

היה זה היועץ המשפטי לממשלה אהרן ברק שנדרש בשעתו לסוגיה, נוכח רצונו של ראש הממשלה דאז יצחק רבין לחדול מכהונתו בממשלת המעבר, ובמכתבו מיום 12.4.77 לראש הממשלה נכללה התייחסות גם לאפשרות לקבוע כי נבצר מראש הממשלה באופן זמני למלא את תפקידו כאמור בסעיף 19 לחוק היסוד דאז.¹

כך צוין באותו מכתב:

4.4 (ג) ... השאלה העיקרית לעניננו היא, אימתי "נבצר" מראש הממשלה "זמנית למלא" את תפקידו. יהיו שיאמרו כי יש ליתן לביטוי זה פירוש מצמצם, לאמור: רק נסיבות השוללות באורח אובייקטיבי אפשרות של מילוי תפקידים עשויים לבוא בגדרי המושג "נבצר". לעומת אלה יאמרו אחרים שמבחן סובייקטיבי הוא שיכריע בשאלה אם נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. בין שני אלה עשויות להמצא דרכי ביניים שתדגשנה בהדגש שונה את המשקל היחסי של היסוד הסובייקטיבי או היסוד האובייקטיבי בשאלה אם נוצר מצב שבו נבצר מראש הממשלה למלא זמנית את תפקידו. על כל אלה ניצבת ועומדת השאלה בדבר היחס הראוי והנאות, בנסיבות נתונות, בין סברתו של ראש הממשלה כי נבצר ממנו זמנית למלא תפקידו, לבין עמדתה של הממשלה באותה שאלה, וכל זאת נוכח חובתה של הממשלה לקבוע ממלא מקום לראש הממשלה, בהתמלא התנאים האמורים בסעיף 19. התשובות לשאלות אלו כולן אינן חד משמעיות, וטרם זכו להארה בפסיקת בית המשפט העליון.

נקודת המוצא לבחינתו של סעיף 19 לחוק היסוד היא בחובת הממשלה לקבוע ממלא מקום לראש הממשלה, וחובה זו על הממשלה למלא תוך שהיא שוקלת שיקולים ענייניים וסבירים. לעניין שיקולים אלה נוטה אני לדעה שאין לתת פירוש מצמצם להוראת סעיף 19. כך, למשל, אין לשלול את היסוד הסובייקטיבי כאשר, בנסיבות הענין, מגיע ראש הממשלה לכלל מסקנה – העומדת במבחן הסבירות – כי נפגעת זמנית יכולתו לתפקד כראוי כראש ממשלה. בסופו של דבר נתון הדבר להכרעת הממשלה על פי נסיבותיו הספציפיות של כל ענין וענין, תוך בחינת הטעמים המועלים לתמיכה בטענה כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו."

¹ יוער כי סעיף 19 לחוק-היסוד הקודם עסק כולו בנבצרות זמנית, ואילו בהמשך תוקן ההסדר בחוק-היסוד והתייחס הן לנבצרות זמנית והן לנבצרות קבועה, כמפורט לעיל.

וכך צוין במכתבו מיום 10.4.77 של היועץ המשפטי לממשלה ברק לשר המשפטים דאז :

"7. ... השאלה היא: מה משמעות המילים "נבצר ממנו". מי שיטה לפרשן פירוש דווקני ומצמצם יטען שכוונתן רק למקרים של נסיבות השוללות את האפשרות של מלוי התפקידים אובייקטיבית ולחלוטין. פירוש כזה אינו נראה בעיני ולא נראה לי שכלל הוראות החוק, רקעו או מטרותיו מחייבים לאמצו. לי נראה פירוש המביא לידי מנוי של ממלא מקום גם בנסיבות פחות קיצוניות. אין זאת אומרת שהייתי גורס מנוי כזה בנסיבות סובייקטיביות גרידא שאליהן עשוי ראש ממשלה להקלע. אבל בנסיבות שיש בהן כדי ליטול ממנו את היכולת האופרטיבית לתפקד כראוי כראש ממשלה, או להגביל יכולת זו הגבלה של ממש, סבורני שגם אז ניתן לומר ש"נבצר" ממנו.

פירוש מרחיב זה מתחזק לאור מעמדו המיוחד של ראש ממשלה בממשלת מעבר. בממשלה שנהנית מאימון הכנסת רשאי ראש הממשלה להתפטר, יהיו מניעיו אשר יהיו – סעיף 23(א) לחוק. אפשרות זאת אינה קיימת כשהממשלה הפכה לממשלת מעבר (ראה לעיל).

מכאן שלגבי ממשלת מעבר יש מקום לפרש את המושג "נבצר" פירוש רחב יותר מאשר לגבי ממשלה "סדירה".

ההכרעה בשאלה אם נסיבות מסוימות עולות כדי "ניבצרות" נתונה, מכוח סעיף 19, בידי הממשלה, בכפוף, כמובן, לבקרת בית המשפט הגבוה לצדק."

32. סוגיית נבצרותו של ראש ממשלה בישראל מלמלא את תפקידו שלא מטעמים רפואיים, הובאה בעבר בפני בית המשפט הנכבד, במסגרת העתירה בבג"ץ 6231/08 **יצחק נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק הדין ניתן ביום 4.8.08). באותה עתירה ביקש העותר, בין היתר, כי בית המשפט הנכבד יורה ליועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרותו של המשיב 1 [ראש הממשלה דאז אהוד אולמרט – הח"מ] מלכהן כראש ממשלת ישראל, לתקופה קצובה, במהלכה יחקר המשיב 1, מיום ליום, בכל אחת מהחקירות בהן נדרשת עדותו.

ביום 24.7.08 הוגשה תגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירה, במסגרתה צוין כדלקמן :

"4. **אכן הסיטואציה בה ראש הממשלה מכהן בשעה שמתנהלות נגדו מספר חקירות פליליות, עשויה להעלות שאלות באשר ליכולתו למלא את תפקידו – הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו בנסיבות אלה לתפקידו התובעני, והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור.**

ברם, בשלב זה לפחות, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי שאלת "נבצרות" ראש הממשלה מלהמשיך בכהונתו, אינה עניין להכרעה משפטית, אלא עניין לראש הממשלה ולמערכת הפוליטית והציבורית לענות בו.

[...]

8. **הוראת סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה עניינה בנבצרות זמנית, אך היא אינה מוגבלת לנבצרות מטעמי בריאות דווקא. המדובר בנבצרות מכל טעם שהוא – אובייקטיבי או סובייקטיבי, ובכלל זה בשל כך שמתנהלת נגד ראש הממשלה חקירה פלילית – שתוצאתו היא שאין בידי ראש הממשלה, זמנית, למלא את תפקידו.**
המונח נבצרות בהקשר זה הוא, בעיקרו של דבר, שאלה שבעובדה, כלומר – האם נבצר מנושא המשרה, באופן זמני, למלא את תפקידו.

יש שהתשובה היא ברורה וגלויה לעין, כאשר המניעה היא מוחלטת (כגון בעניינו של ראש הממשלה דאז, א' שרון), אך **"נבצרות" אינה מתייחסת בהכרח למצב של מניעה אובייקטיבית, ויכול שתתייחס גם למצב בו מטעמים אישיים-סובייקטיביים שונים – משפחתיים, ציבוריים או משפטיים – נושא המשרה סבור שאין בידו, באורח זמני, למלא את תפקידו באופן ראוי.**

9. נציין, כי בהיסטוריה של הממשלות בישראל זכורים ארבעה מקרים בהם נעשה שימוש ב"נבצרות זמנית": מקרה אחד – כאשר שר פלוני ביקש להשתחרר באופן זמני מתפקידו בשל רצונו לסעוד בן משפחה חולה; שני מקרים בהם שר ביקש לצאת לחופשה בגדר "נבצרות זמנית" בגין חקירה שנפתחה נגדו; המקרה הרביעי הוא נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה אריאל שרון מטעמי בריאות.

10. **נוכח אופייה ומאפייניה של הנבצרות כאמור, ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו ("הנבצר"), למעט מצבים של מניעה אובייקטיבית (כגון כאשר מדובר במחלה המונעת מהנבצר מודעות למצבו), או כאשר הדין קבע במפורש את הגורם שבידו לקבוע קיומה של נבצרות (בדרך כלל, הגורם הממונה על נושא המשרה בו מדובר).**

11. מקום בו מדובר בנושא משרה שלטוני-פוליטי, לרוב ההכרעה בדבר קיום נבצרות מסורה לגורם ממלכתי-פוליטי (ראו למשל: סעיף 20א(ב) לחוק יסוד: הכנסת; סעיפים 21(א) ו-22(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה וסעיף 13(1) לחוק יסוד: מבקר המדינה).

בניגוד להסדרים בחוקי היסוד האחרים שנזכרו לעיל, הרי שבחוק יסוד: הממשלה לא נקבעו הוראות באשר לגורם ממלכתי זה או אחר המוסמך לקבוע כי נבצר זמנית מראש הממשלה למלא את תפקידו, מקום שראש הממשלה לא עשה כן מיוזמתו.

צילום תגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.7.08 בבג"ץ 6231/08 מצורף ומסומן **מש/1**.

33. ביום 4.8.08 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6231/08, אשר הורה על דחיית העתירה, **מבלי לקבוע מסמרות** בסוגיית הנבצרות. כך נקבע בפסק הדין:

4. [...] עינינו הרואות, כי ההוראה הנזכרת אינה קובעת באילו נסיבות ייחשב ראש הממשלה כמי שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו וכן מי מוסמך להכריז על נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש הממשלה [...]. עוד מניחים אנו, מבלי להכריע בדבר, כי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה. הכרזה כאמור אכן ארעה בעקבות השינוי הפתאומי במצב בריאותו של ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון [...]. אף אם כך הוא, הרי ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן.

משעינו בעתירה ובתגובות לה הגענו לכלל מסקנה, כי לא קמה עילה להתערב בקביעתו של היועץ לפיה לעת הזו יש להותיר את סוגית נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה במישור הציבורי-פוליטי ואין מקום לקביעה משפטית מטעמו בסוגיה זו.

אף לא ראינו לנכון להיענות לבקשת העותרים בעניין יומנו של ראש הממשלה. היועץ מציין כאמור, כי המשטרה נתקלה בקשיים לא מבוטלים בתאום מועדי חקירותיו של ראש הממשלה; אם יתברר בהמשך שהתנהלותו של ראש הממשלה אינה מאפשרת את עריכתן של החקירות הפליליות נגדו באופן ראוי, אפשר שיהא מקום להכרזה של היועץ המשפטי לממשלה בדבר נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. כאמור, משלא ראינו בשלב זה עילה להתערב בהחלטתו של היועץ, אין אנו נדרשים להכריע בשאלת היקף סמכותו מכוח סעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה.

34. יוער כי במקרה אחר, אשר קדם לפסק הדין שניתן כמפורט לעיל בבג"ץ 6231/08, בית המשפט הנכבד דחה על-הסף עתירה שביקשה להורות על מינוי ראש ממשלה בפועל, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה חיווה דעתו, לפי סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו אז, כי נבצר מראש הממשלה אריאל שרון למלא את תפקידו בגין מצבו הרפואי (בג"ץ 2655/06 לאור נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 27.3.06)).

35. בשנת 2021 הוגשו לבית המשפט הנכבד עתירות שביקשו לקבוע כי ראש הממשלה נתניהו נבצר מלשמש בתפקיד ראש הממשלה על רקע ההליך הפלילי המתנהל נגדו – בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה ובג"ץ 2580/21 הראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 22.4.21). בין היתר, נטען כי ראש הממשלה נבצר "פיזית" מלמלא את תפקידו לנוכח העובדה שהוא עתיד להימצא בבית המשפט זמן לא מבוטל; כי נבצרותו "הפונקציונאלית" עולה נוכח ניגודי העניינים הרבים בהם הוא מצוי בתור נאשם בפלילים, על אף הסדר ניגוד העניינים שנערך לו אשר אף מביאו למצב של חוסר יכולת לנהל את הממשלה; כי ראש הממשלה מפר את הסדר ניגוד העניינים שנערך לו, הפרות חמורות ומהותיות; וכי הוא נבצר "מהותית" לאור העובדה שהוא פועל ומנצל את תפקידו כדי להשפיע על ההליך הפלילי המתנהל בעניינו.

היועץ המשפטי לממשלה דאז סבר כי מכלול הנסיבות הרלוונטיות שהתקיימו לא ביססו לעת ההיא עילה לקביעה שיפוטית לפיה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. כך צוין בתגובה המקדמית לעתירה בבג"ץ 2268/21:

"12. הנה כי כן, הגם שלשון החוק אינה מפרטת באופן ממצה את הנסיבות שעשויות להביא לנבצרות כאמור, ואלה אף טרם לובנו כל צרכן בפסקת בית המשפט הנכבד, דומה כי לשון החוק ותכליתה מכוונות בעיקרן למצב דברים בו מתקיימות נסיבות – סובייקטיביות או אובייקטיביות – השוללות באופן מעשי את המשך תפקודו של ראש הממשלה.

בצד זאת, כפי שצוין בתגובת היועץ המשפטי לממשלה לעתירה בבג"ץ 6231/08 שנזכרה לעיל: "הסיטואציה בה ראש הממשלה מכהן בשעה שמתנהלות נגדו מספר חקירות פליליות, עשויה להעלות שאלות באשר ליכולתו למלא את תפקידו – הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו בנסיבות אלה לתפקידו התובעני, והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור". לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ככלל, ובשינויים המחויבים, דברים אלו יפים גם לאחר הגשת כתב אישום.

הוזה אומר, לא ניתן לשלול באופן קטגורי את האפשרות כי בנסיבות קונקרטיים חריגות, תקום עילת נבצרות תפקודית הנובעת מכך שראש הממשלה הינו נאשם בפלילים.

13. פסיקת בית המשפט הנכבד שבה והדגישה, לאורך שנים ארוכות, את חשיבות ההקפדה על טוהר המידות בקרב נבחרי הציבור. כתב האישום שהוגש נגד המשיב 1 חמור ביותר, ומייחס לו עבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים, שאותן עבר, לכאורה, בעת שכהן כראש ממשלת ישראל.

בנוסף על כך, ראוי להזכיר גם את קיומן של התבטאויות חריפות של המשיב 1 נגד מערכת אכיפת החוק, תוך הטלת דופי אישי בגורמים שונים הפועלים במסגרתה, דבר שיש בו כדי לפגוע באמון הציבור במערכות החוק והמשפט, בשים לב לכך שהתבטאויות שכאלה באות מצדו של הגורם הבכיר ביותר בהירארכיה השלטונית.

לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, עמידתו של נאשם בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, שמשפטו מתנהל בימים אלו בבית המשפט המחוזי בירושלים, בראשות הממשלה – אשר בין היתר נדרשת למנות בעלי תפקידים מרכזיים במערכת אכיפת החוק וברשות השופטת – אכן מעוררת קשיים משמעותיים, במישורים שונים.

בהקשר זה יצוין כי בחודשים האחרונים, נמנעה ממשלת ישראל שבראשה עומד המשיב 1 מקיום דיונים במינויים שונים של בעלי תפקידים בכירים במשרד המשפטים. דברים אלו אינם מובאים כדי להצביע בהכרח על קיומו של קשר סיבתי בין היותו של המשיב 1 נאשם בפלילים לבין הימנעות הממשלה מקידום מינויים אלו, אלא כדי להדגים את הקושי המתעורר בנסיבות העניין כמתואר, בוודאי ככל שמדובר באמון הציבור במערכות החוק והמשפט.

14. עם זאת, במצב הדברים הנתון, ובשים לב גם להסדר מניעת ניגוד העניינים שגובש על-ידי היועץ המשפטי לממשלה למשיב 1 – אשר נועד לשלול את האפשרות שמא סמכויות שלטוניות יופעלו באופן שיושפע מעובדת התנהלותו של ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה, או באופן שיהיה בו כדי להשפיע על עניינו האישי של ראש הממשלה בניהול ההליך המשפטי כנגדו – **סבור היועץ המשפטי לממשלה כי מכלול הנסיבות הרלוונטיות הקיימות אינו מבסס לעת הזו עילה לקביעה שיפוטית לפיה נבצר מהמשיב 1 למלא את תפקידו.** כל זאת, מבלי לגרוע כהוא זה מחומרת כתב האישום שהוגש נגד המשיב 1, ומבלי לכרסם בפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד בעניין ההקפדה הנדרשת על טוהר המידות בקרב נבחרי הציבור.

ביום 22.4.21 הורה בית המשפט הנכבד על דחיית העתירות. כך קבע כבי' השופט מינץ בפסק הדין:

5. "דין העתירות להידחות על הסף בהיעדר עילה להתערבותנו בעת הזו. אכן, כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי בעצם המצב שבו ראש ממשלה נאשם בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו לתפקידו והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור. אולם אף אם נניח כי נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית ..., לא קמה עילה להתערב בקביעת היועץ המשפטי לממשלה כי בשלב זה לא התבססה עילה שבגינה נבצר מהמשיב למלא את תפקידו.

6. אין גם בסיס מספיק לטענות בדבר "נבצרות מהותית" של המשיב. הגם שאין להקל ראש בטענות העותרים שמפנות להתנהלותו ולהתבטאויותיו, לא מצאנו כי אלה מבססות תשתית ראייתית מספקת לתימוכין בקביעה כי נבצר מהמשיב למלא את תפקידו בנקודת הזמן הנוכחית.

זאת ועוד, חלק מטענותיהם שעניינן בהתנהלות המשיב בקשר למינוי שרים ובעלי תפקידים תלויות ועומדות לפני בית משפט זה בהליכים אחרים ...

7. באותה מידה, אין מקום לטענת העותרים שנבצר מהמשיב באופן פיזי, או מנטאלי-נפשי למלא את תפקידו, בשל הצורך בהתייצבותו באולם הדיונים בבית המשפט המחוזי, לעת הזו. הטענה כי המשיב יידרש להימצא בבית המשפט המחוזי בירושלים "שלושה ימים בשבוע" אינה מדויקת נוכח החלטת בית המשפט המחוזי מיום 1.4.2021 (ת"פ 67104-01-20) הפוטר את המשיב לעת הזו מהתייצבות לדיוני ההוכחות הקרובים.

8. יצוין כי בית משפט זה קבע זה מכבר כי הסדר ניגוד העניינים שנועד למשיב, כתנאי אשר נועד להפיג את החשש הנובע מהמצב החרוג שבו מתנהל הליך פלילי נגד ראש ממשלה מכהן, מחייבו (בג"ץ 3056/20, פסקה 55). המשיב מצדו, ציין בתגובתו כי מיום שניתן פסק הדין בעתירה הנ"ל, הוא פועל על פיו ובהתאם לפסק הדין הוא מקבל את קביעות בית המשפט ביחס לגבולות ניגוד העניינים בעניינו. המשיב אף מינה גורם בלשכתו שיסייע בעניין בהתאם לקבוע בפסק הדין (פסקה 11 לתגובתו). מקובלת עלינו עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי אין בהסדר ניגוד עניינים זה, אשר נועד כאמור להפיג את החשש לניגוד עניינים בנוגע למערכת אכיפת החוק, כדי להביא את המשיב למצב של נבצרות "פונקציונאלית" או כי יש ביתר הנסיבות הקשורות להסדר ניגוד העניינים כדי להצדיק עתה הכרזה על נבצרות המשיב. לבסוף, יובהר בהקשר זה שככל שבפי העותרים טענה קונקרטיית להפרה של הסדר ניגוד העניינים, רשאים הם לפנות בהליך מתאים, לאחר מיצוי הליכים כנדרש. כאמור, הכרעתנו ניתנת על בסיס התשתית שמונחת לפנינו בנקודת הזמן הנוכחית. טענות העותרים שמורות להם במקרה של שינוי מהותי בנסיבות.

צילום תגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 19.4.21 בבג"ץ 2268/21 מצורף ומסומן **מש/2**.

36. זהו אפוא הרקע הנורמטיבי באשר להסדר נבצרות ראש הממשלה במתכונתו הקודמת, עובר לתיקון מס' 12 לחוק היסוד.

כעת, נעבור לפירוט ההשתלשלות העובדתית של הליך תיקון הסדר הנבצרות בחוק היסוד במסגרת תיקון מס' 12, כעולה בין היתר מהפרוטוקולים של דיוני מליאת הכנסת וועדותיה.

הליך החקיקה של תיקון מס' 12 לחוק היסוד

"אפרת, זה פשיטא שבגלל זה חוקקנו. את צודקת, מה את חושבת שחוקקנו כי סתם קמנו ואמרנו, וואו, החוק הזה לא ברור?"

...
עשינו את זה בגלל האירוע של נתניהו."

[חה"כ משה סעדה לחה"כ אפרת רייטן-מרום, ישיבת הוועדה המיוחדת מיום 21.3.23]

37. ביום 23.1.23 שלחו ראשי הקואליציה מכתב ליועצת המשפטית לממשלה שכותרתו "הודעה מיוחדת של ראשי מפלגות הקואליציה", במסגרתו כתבו – בין היתר – כדלקמן:

1. "לאחרונה התפרסמו בכלי התקשורת מספר ידיעות לפיהן את מנהלת דיונים ביחס לאפשרות של 'הוצאת' ראש ממשלת ישראל ל'נבצרות'. לתדהמתנו, לא הכחשת את הפרסומים עד לרגע זה.
2. ניסיון להכרזה או הכרזה על נבצרות של מנהיג מכהן, מהווים ניסיון בלתי חוקי בעליל להדיחו ולהפיל ממשלה נבחרת וחוקית, ללא שבריר של הסמכה בחוק.
3. שום תעווע משפטי לא יעמוד מול הברור מאליו בכל המדינות המתוקנות: ראש ממשלה נבחר על ידי רוב העם ונציגיו. רוב אזרחי ישראל בחרו במפלגות הקואליציה ובראש הממשלה רק לפני חדשים ספורים. הכנסת, כנציגת הריבון, נותנת אמון בממשלה ובראש הממשלה. ולכן, לאף גורם אין סמכות להדיח את ראש הממשלה ולהפיל את הממשלה החוקית, למעט לעם ולנציגיו ועל פי חוק מפורש. כל קביעה אחרת, היא בלתי חוקית בעליל ודגל שחור מתנוסס מעליה.
4. אנו רואים לכן בדיונים שכאלו, ככל שיתקיימו, ניסיון הפיכה משפטית חסר סמכות ובלתי חוקי בעליל, בין מכוון לעתיד ובין שהוא מכוון לעת הזו. הוא אינו שונה מניסיון הפיכה בדי איש צבא סורר.
5. העם, נבחריו וממשלת ישראל לא יקבלו לעולם החלטה חסרת סמכות, שמשמעותה ביטול הבחירות בקלפיות, ביטול המשטר הדמוקרטי והתגברות בלתי חוקית על ריבונות העם ונציגיו. הנייר עליו תכתב החלטה שכזו יהיה חסר ערך. הוא לעולם לא יגבר על כוח של מיליוני פתקי הנייר שבאמצעותם הצביע העם."

בו ביום נענה המכתב על ידי היועצת המשפטית לממשלה, כדלקמן:

"במענה למכתבם שבנדון, ומבלי להתייחס לדברים כפי שתיארתם, הריני להבהיר כי בניגוד לנטען בתקשורת, לא קיימתי דיונים בדבר נבצרות ראש הממשלה."

צילום מכתב ראשי מפלגות הקואליציה מיום 23.1.23 מצורף ומסומן מ/3.

צילום מכתבה המענה של היועצת המשפטית לממשלה מיום 23.1.23 מצורף ומסומן מ/4.

38. ביום 9.2.23 וביום 12.2.23 הוגשו לבית המשפט הנכבד עתירות שביקשו להורות כי חה"כ נתניהו ייצא לנבצרות מתפקידו כראש הממשלה (בהתאמה: בג"ץ 1158/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה** ובג"ץ 1214/23 **התנועה הדמוקרטית האזרחית נ' ראש הממשלה**) (להלן: **עתירות הנבצרות**).

בתמצית, שתי עתירות אלה השתיתו עצמן על הטענה כי ראש הממשלה מפר את האיסור החל עליו שלא להימצא בניגוד עניינים, וזאת נוכח הטענה כי בצד ניהול משפטו הפלילי הוא מעורב באופן אישי ביוזמות חקיקה הנוגעות למערכת המשפט במסגרת המהלך המכונה "הרפורמה המשפטית".

בתוך כך, העתירות תיארו את ההליכים השונים שהתנהלו בפני בית המשפט הנכבד בעניין חוות דעת בנושא ניגוד העניינים של ראש הממשלה, כמו-גם את התחייבות ראש הממשלה לפעול בהתאם לחוות הדעת שגובשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, ד"ר אביחי מנדלבליט, בעניין ניגוד העניינים הנובע מכהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה לצד המשך ניהול משפטו הפלילי.

על יסוד קו טיעון זה, ביקשה העותרת בבג"ץ 1158/23 כי בית המשפט הנכבד יורה ליועצת המשפטית לממשלה לבוא וליתן טעם מדוע לא תכריז על נבצרות ראש הממשלה; ואילו העותרים בבג"ץ 1214/23 ביקשו כי בית המשפט הנכבד יקבע כי נבצר מראש הממשלה מלהמשיך ולמלא את תפקידו; וכי על היועצת המשפטית לממשלה להנחות את הממשלה כיצד לפעול למינוי מידי של ממלא מקום לראש הממשלה.

39. בהתאם להחלטות כב' השופטת ברק-ארז מיום 10.2.23 ומיום 12.2.23 (בהתאמה), המשיבים נדרשו להגיש תגובה מקדמית לעתירות עד ליום 12.3.23.

ביום 12.3.23 התבקשה ארכה מוסכמת בת שבועיים ימים מטעם המשיבה, וביום 13.3.23 הורתה כב' השופטת ברק-ארז כי תגובותיהם המקדמיות של כלל המשיבים יוגשו עד ליום 26.3.23.

40. ביום 11.2.23 – **למחרת** החלטת כב' השופטת ברק-ארז, שהורתה כאמור על הגשת תגובה לעתירה בבג"ץ 1158/23 – פורסמה ברבים ההודעה שלהלן, עליה חתמו שר המשפטים, כנציג מפלגת הליכוד, ויתר ראשי מפלגות הקואליציה:

"ראשי מפלגות הקואליציה דוחים בתוקף את הדיון הבלתי לגיטימי בבג"ץ בדבר "נבצרות" ראש הממשלה. מדובר בניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, שאינו שונה מהפיכה צבאית.

אין לאף גורם משפטי, כולל לבג"ץ, אפילו שבריר של הסמכה בחוק לפעולה שכזו. רק העם יבחר את ראש הממשלה. ורק העם, באמצעות נציגיו בכנסת, יחליט אם להפסיק את כהונתו.

העם ונציגיו לא יקבלו לעולם דיון משפטי על אפשרות של הפיכה. הם לא יקבלו לעולם ביטול משפטי בלתי חוקי של הבחירות ושל ריבונות העם.

שליחת יד בדמוקרטיה הישראלית היא מעשה שדגל שחור מתנוסס מעליו גם כשהיא נעשית בכסות של גלימות המשפט.

41. ביום 20.2.23 – ימים אחדים לאחר שהוגשו עתירות הנבצרות, לאחר ההחלטות בדבר

הגשת תגובות לעתירות, ולאחר הודעת ראשי הקואליציה – הונחה על שולחן הכנסת ה-25 הצעתם של מספר חברי כנסת מכלל סיעות הקואליציה – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה), (הצעת חוק פ/2560) (להלן: הצעת חוק היסוד).

הצעת חוק היסוד ביקשה לערוך שינוי מהותי בהסדר הנבצרות שבסעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה, כך שבין היתר נבצרות של ראש ממשלה תהיה אך ורק על פי הודעה לכנסת של ראש הממשלה או של הממשלה שהתקבלה ברוב של שלושה רבעים מחבריה; מטעמים של אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד; תוך שערכאות שיפוטיות לא יהיו מוסמכות לדון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה, וכי החלטה שיפוטית בנושא – ככל שתתקבל – תהא חסרת תוקף.

בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי לעמדת המציעים מדובר בתיקון מבהיר, ובין היתר כך צוין שם:

“חוק-יסוד: הממשלה בנוסחו הנוכחי קובע בסעיף 16(ב) ו-16(ג) כללים למצב של נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו, כלומר אי-מסוגלות ראש הממשלה למלא את תפקידו. נבצרות ראש הממשלה משמעה שכל סמכויותיו של ראש הממשלה ניטלות מידי ומועברות לידי ממלא מקומו. נבצרות עלולה להוביל להפסקת כהונתו של ראש הממשלה ככל שהיא נמשכת מעל 100 ימים. לפיכך, בשל ההשלכות של קביעת קיומה של נבצרות של ראש הממשלה, כאשר הקביעה מתקבלת בניגוד לדעתו, כאשר הוא כשיר פיסית ונפשית לתפקידו, משמעותה הדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם ובעודו זוכה לאמון הכנסת. כלומר, קביעת נבצרות ראש הממשלה היא בפועל מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי.

על כן, תיקון זה נועד להבהיר שנבצרותו של ראש הממשלה למלא את תפקידו יכולה להתרחש אך ורק בשל אי-מסוגלות פיסית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו. כלומר, בשל מצב בריאותי קשה או בשל מצב קיצוני אחר (דוגמת ניתוק קשר ממושך או שבי), המגביל קיצוניות או מונע כליל, פיסית או נפשית, את יכולת התפקוד של ראש הממשלה.

...

כן מוצע להבהיר, כי לאור משמעותה של ההכרזה על נבצרות כהדחתו של מנהיג מכהן שנבחר על ידי נציגי העם, בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה וכי החלטה או צו של בית משפט כאמור יהיו חסרי סמכות ונעדרי תוקף. בהינתן שראש ממשלה מכהן שואב את כוחו וסמכותו מהעם באמצעות נציגיו, הצעה זו משקפת בעיני מציעיה את התפיסה הקיימת ולפיה הדחת המנהיג נגד רצונו תהיה בקביעת נציגי העם בלבד מבלי מעורבות של זרוע לא-נבחרת. כלומר, הצעת חוק זו אינה משקפת שינוי של הדין הקיים אלא הבהרת הליך היישום שלו.”

42. ביום 26.2.23 דנה ועדת השרים לענייני חקיקה בהצעת החוק לתיקון חוק-יסוד: הממשלה, והחליטה לתמוך בה בדיון המוקדם (קריאה טרומית) (החלטה מספר חק/88). עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה הייתה כי בשים לב לעמימות שהתקיימה בהסדר הקודם, אמנם קיימת הצדקה להבהרתו; ואולם פרטי ההסדרים הכלולים בהצעת החוק מעוררים קשיים משפטיים ומעשיים, המחייבים בירור והשלמה ובכללם: קושי בצמצום מצבי הנבצרות אך ורק להיעדר מסוגלות פיסית או נפשית, תוך שינוי מהדין הקיים המכיר במצבים חריגים וקיצוניים נוספים אפשריים; פגיעה ברציפות התפקודית של הממשלה העומדת בבסיס ההסדר נוכח מכלול הוראותיו; ולבסוף, התנגדות לקביעה התקדימית והגורפת בהצעת החוק המונעת כל בחינה שיפוטית ביחס להליכים אלה.

43. ביום 1.3.23 אישרה מליאת הכנסת בדיון מוקדם את הצעת חוק היסוד. בפתח הישיבה ציין יו"ר הכנסת כי הצעת החוק עוסקת בנבצרות ראש הממשלה, בתנאים לה ובאופן הכרזתה, וכי תלויה ועומדת בפני בית המשפט הנכבד עתירה בעניינו של ראש הממשלה. בהמשך לכך, חה"כ אופיר כץ, אחד מיוזמי הצעת החוק, הציג את ההצעה, ובין היתר הסביר כי מטרת ההצעה למנוע את הדיון בבית המשפט בטענות על כך שנבצר מראש הממשלה המכהן למלא את תפקידו:

"הצעת החוק הזאת מבהירה מה שכל אדם פשוט מבין: לא ייתכן שבמדינה דמוקרטית תתאפשר פרשנות משפטית שאין לה שום בסיס בחוק כדי לבצע מהלך של הפיכה; מהלך דרמטי של הדחה כפויה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי רוב אזרחי ישראל. מהלך כזה חייב להיות אך ורק בקביעה של נציגי העם, ולא של זרוע או פקידה לא נבחרת.

...
כולנו מבינים מה קורה פה. ההצעה שמונחת בפניכם, חבריי חברי הכנסת, באה למנוע ניצול לרעה של הדין הקיים ושימוש בו לסיכול רצון הבוחר. ההצעה מגדירה כי נבצרות ראש ממשלה משמעה אך ורק אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו; כאשר הדבר מנוגד לדעת ראש הממשלה וכאשר הוא כשיר פיזית ומנטלית, משמעותה של ההכרזה על נבצרות הינה הדחה של ראש ממשלה מכהן שנבחר על ידי העם, ובפועל זה מעשה ביטול של תוצאות הבחירות וההליך הדמוקרטי."

דברים ברוח זו הושמעו לאורך הדיונים הרבים שאליהם נידרש להלן, על-ידי חברי הכנסת השונים אשר הביעו תמיכה בקידום התיקון.

בתום הדיון, הצעת חוק היסוד אושרה כאמור בדיון מוקדם (62 תומכים לעומת 20 מתנגדים), והיא הועברה לדיון בוועדת הכנסת לשם קביעת זהות הוועדה אשר תדון בה.

44. בהמשך היום (1.3.23) החליטה ועדת הכנסת להעביר את הצעת החוק לדיון בוועדה מיוחדת שהוקמה כמה ימים קודם לכן, ביום 27.2.23 על-ידי מליאת הכנסת, לשם דיון בתיקונים לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: **הוועדה המיוחדת**). לצד הדיון בתיקון הנבצרות, דנה הוועדה המיוחדת בתיקון נוסף לחוק היסוד, שעניינו העדר ביקורת שיפוטית לעניין מינוי שרים – ושהליך חקיקתו טרם הסתיים (הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון) - ביקורת שיפוטית לעניין כשירות במינוי).

45. הוועדה המיוחדת קיימה חמישה ימי דיונים בהכנת הצעת החוק לקריאה ראשונה, בין הימים 2.3.23 ל-13.3.23.

בישיבתה הראשונה של הוועדה, ביום 2.3.23, הציג יו"ר הוועדה – חה"כ כץ, הנמנה על המציעים כאמור – את התכליות העומדות ביסוד התיקון וחזר על עיקרי האמור בדברי ההסבר ובדבריו במליאה שלעיל. בהקשר זה יצוין, כי לאורך הדיונים בוועדה, יו"ר הוועדה ציין במספר הזדמנויות את תפישתו בדבר היות התיקון בעל תחולה כללית, שכן הוא נועד עבור כל ראשי הממשלה מעתה ואילך, ולא רק עבור ראש הממשלה המכהן; וכי אין תקדים בעולם להוצאת ראש ממשלה לנבצרות שלא מטעמי בריאות.

במסגרת הדיון בישיבה ביום 2.3.23, ציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה, ד"ר גיל לימון, כי ההסדר הקיים אכן עמום ויישומו מעורר שאלות, בפרט בדבר סוגי המקרים שיכולים להקים מצב של נבצרות ומי הוא הגורם המוסמך לקבוע שראש הממשלה נמצא במצב של נבצרות. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הוסיף, כי לאור המשמעויות כבדות המשקל של הכרזה על נבצרות, אכן ראויה הידרשות של הכנסת להבהרת הנסיבות בהן נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, והמנגנון שבאמצעותו ייקבע מצב של נבצרות. עם זאת ציין, כי ההסדר המוצע ונסיבות חקיקתו מעוררים קשיים רבים.

אשר להגדרת העילות שיכולות להקים נבצרות, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עמד על הקושי בכך שהצעת החוק מצמצמת את התפיסה הנוהגת ביחס לנבצרות, כפי שהשתקפה בפסיקת בית המשפט הנכבד, ולנוכח האפשרות של מצבים נוספים בהם ראש הממשלה לא יהיה מסוגל למלא את תפקידו, לרבות מצבים שלא ניתן לצפות מראש.

אשר למנגנון לקביעת נבצרות, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה ציין כי תנאי הסף הפרוצדורליים שנקבעו להכרזה על נבצרות – שלושה רבעים מחברי הממשלה הרשאים להודיע לכנסת על נבצרות ראש הממשלה, ו-90 חברי כנסת שנדרש אישורם במקרה בו ראש הממשלה מתנגד להודעה – עלולים להביא למצב אבסורדי שבו ראש הממשלה לא יכול למלא את תפקידו, למשל בשל מצב רפואי קשה, אך מטעמים פוליטיים לא יימצא הרוב הדרוש להביא להכרזה על נבצרותו, תוך שבמצב שכזה המדינה תיזדרש לתפקד ללא ראש ממשלה.

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה הוסיף, כי עיתוי הצעת החוק מעורר קושי גם בהיבט של **שימוש לרעה בסמכות המכוננת**, שכן הרקע לתיקון חוק היסוד הוא העתירות שהיו תלויות ועומדות באותה העת וביקשו להורות על נבצרות ראש הממשלה המכהן עתה, תוך שקשרו בין נבצרות ראש הממשלה לכאורה לבין הסדר ניגוד העניינים, שנועד למנוע ממנו מלהשפיע על משפטו הפלילי. כלומר, שמטרת התיקון לחוק היסוד היא השגת תוצאה מיידית של ביטול הקשר בין נבצרות ראש הממשלה והסדר ניגוד העניינים, תוך ניסיון לייתר את הדיון בעתירות הנבצרות.

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה התייחס בהרחבה גם לקושי שהתקיים ביחס למניעת הביקורת השיפוטית שהוצעה, לפיה ערכאות שיפוטיות לא יהיו מוסמכות לדון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה. כפי שיפורט להלן, בהמשך הליכי החקיקה הוסרה הוראה זו.

46. חברי כנסת שונים הביעו דעתם ביחס להצעת חוק היסוד. כך למשל, חה"כ ארבל (כתוארו אז) התייחס **לעתירות הנבצרות** שהיו תלויות ועומדות באותה העת, כדלקמן (עמ' 12 לפרוטוקול):

"לעצם הדיון, לעצם זה שבית המשפט פתח את הדלת ומקיים דיון בעתירה הזו בשם ערכים של צדק כביכול, סעיף 15 לחוק בתי המשפט, הדבר הזה הוא בלתי נתפס. הדבר הזה הוא בלתי מתקבל על הדעת. אנחנו נמצאים תקופה קצרה מאוד לאחר הבחירות, כאשר הכנסת והעם אמר את דברו בצורה מאוד מאוד ברורה. זה הכי קרוב לטנקים. זה הכי קרוב.

גיל לימון:

ראשית, אני לא מקבל את המונח הזה, את הניסיונות האלה להשוות. בסופו של דבר יש כרגע עתירה תלויה ועומדת ויש את המצב המשפטי.

משה ארבל (ש"ס):

אנחנו מדברים על זה שהעתירה תלויה ועומדת. על זה שבית המשפט פתח את דלתו. בוודאי."

חה"כ אופיר כץ – יו"ר הוועדה ואחד ממציעי התיקון כאמור – התייחס לחשש שמא היועצת המשפטית לממשלה תפעל להוצאת ראש הממשלה לנבצרות (עמ' 14 לפרוטוקול):

"לאור ההתנהלות של היועצת המשפטית לממשלה, ואנחנו רואים את ההתנהלות שלה, שזה הכול כאן נגד. מה אתם רוצים, שניקח סיכון, נהמר על זה שעכשיו היא תבוא והיא תגיד שהוא עבר על ניגוד עניינים והיא תפעל להדחת ראש ממשלה? זה לא משהו שאפשר לשחק בו. זה לא משהו שאפשר להקל בו ראש. זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה."

חה"כ אורית פרקש-הכהן טענה כי תיקון חוק היסוד עלול להוביל את ראש הממשלה שלא לכבד את הסדר ניגוד העניינים החל עליו (עמ' 20 לפרוטוקול):

"אני רוצה להגיד לך שמבחינה משפטית נבצרות זו סוגיה מאוד מאוד כבדה אלא מה אתם עושים כאן? כאן אין הגנה על הדמוקרטיה מפני עריצות פרשנות סוגיית הנבצרות. לא, מה שיש כאן זה להפך. אני מאוד מקווה שאני אתבדה. מה שיש כאן זה מתן חסינות לראש ממשלה מכהן להעביר את החוק הזה ואז מאותו הרגע להתחיל לצפצף על הסדרי ניגוד העניינים שלו, להתחיל לצפצף על החוק... לעשות כל מה שלא ידו ולהגיד שאי אפשר לקרוא לי לנבצרות ולמעשה אי אפשר לעשות לי כלום.

אני מעל החוק כי טיפלתי בעניין הזה שנורא נורא מפחיד אותי שאם אני באמת אתערב בדברים שאסור לי להתערב או במינוי השופטים כשיש לי שלושה כתבי אישום או בכל מיני דברים שלפי הסדר ניגוד העניינים שלי לא בא לקיים, אף אחד לא יוכל לבדוק ובכלל לא יוכל להתעסק איתי. כלומר, הפרת החוק בחסות חוק יסוד: החקיקה."

וכך סיכם חה"כ ארבל בתום הדיון הראשון, בהתייחסו לעתירות הנבצרות שלעיל:

"אני מבטא שוב את הדאגה הרבה שלי. בסופו של דבר אפשר לקרוא לחוק הזה חוק דפנה ברק ארז, היא זו שהביאה אותנו לכאן בהחלטתה השיפוטית לפתוח את דלתו של בית המשפט ולבקש תגובה על העתירה המופרכת וההזויה הזו. היא הביאה אותנו עד הלום. אם היו חברי כנסת בעבר שהיו חוקים על שמם, חוק נהרי למשל, אז יש לנו גם היום שופט בבית המשפט העליון שחוק הנבצרות לדורות יזכר כחוק ברק ארז."

47. ביום 5.3.23 קיימה הוועדה המיוחדת דיון שני בהצעת חוק היסוד. עובר לדיון הפיץ הייעוץ המשפטי לכנסת מסמך הכנה, שבו נפרשו הסוגיות המרכזיות שעמדו על הפרק.

לצד סקירת הדיון הנוגע בדבר, הייעוץ המשפטי לכנסת עמד על כך שיש לשקול, בין היתר, אם עילות הנבצרות המצומצמות המוצעות מכסות את כלל העילות הרלוונטיות; את זהות הגוף המכריז על נבצרות, בשים לב להתמחות ועדת הכנסת בענייני נבצרות; ואת הרוב הנדרש בכנסת על הכרזת נבצרות שראש הממשלה מתנגד לה, בשים לב לכך שניתן להעביר את ראש הממשלה מתפקידו בהחלטה של רוב חברי הכנסת. הייעוץ המשפטי לכנסת עמד על הקושי הקיים במנגנון הקשיח שהוצע, בין היתר לנוכח הצורך בהכרזה מהירה במקרים מסוימים כדי לאפשר פעילות רציפה של הממשלה, מתוך חשש מהקשחה יתר על המידה גם ביחס למקרים בהם מתעורר צורך אובייקטיבי בהכרזה, ובהיעדר אפשרות 'אובייקטיבית' להכרזה על נבצרות ראש הממשלה כדי לאפשר המשך ניהול שלטוני תקין.

עוד יצוין כי במהלך הדיונים בוועדה, העביר מרכז המחקר והמידע של הכנסת מסמך ובו סקירה משווה שעלתה 'מבדיקה ראשונית' בסוגיית הכרזה על נבצרות של ראש ממשלה או נשיא במדינות שונות בעולם.

צילום מסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לכנסת **מצורף ומסומן מש/5**.

צילום מסמך מרכז המחקר והמידע של הכנסת **מצורף ומסומן מש/6**.

48. במהלך הדיון השני שלעיל שבה ועלתה סוגיית התחילה המיידית של ההסדר. חלק מחברי הכנסת עמדו על כך שתיקון הסדר נבצרות ראש הממשלה בחוק היסוד אכן מעורר שאלות כבדות משקל שראוי לדון בהן בכובד ראש, אך יש קושי לקיים דיון שכזה על רקע ההקשר הפרסונלי שלו. כך למשל, חה"כ אפרת רייטן-מרום ציינה כי "...ברור שזה לא צריך לחול בכנסת הזאת, זה צריך לחול מהכנסת הבאה, כי אנחנו רואים שכל פעם כשמדברים על הרפורמות האלו הייעוץ המשפטי של הכנסת אומר שאלה הדברים שצריכים להיעשות" (עמ' 9 לפרוטוקול).

ראו גם דבריו של חה"כ אלון שוסטר, אשר ביקש להדגיש את עמדתו לפיה מדובר בשינוי הכללים תוך כדי תנועה וכי "מדובר בחוק אישי בוודאות" (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון).

בהמשך, נשמעו עמדות של מומחים שונים שחיוו דעתם ביחס להסדר המוצע. בתוך כך, נשמעו עמדות התומכות בתיקון האמור, אשר המשותף להן הוא הצורך להותיר את ההכרעה בשאלת נבצרות ראש הממשלה למנגנונים פוליטיים-ציבוריים (ראו למשל, עמדתו של ד"ר שוקי שגב, בעמ' 17 לפרוטוקול הדיון).

אחרים מיקדו את דבריהם בנחיצותו של התיקון ובכך שהליך הנבצרות אינו עניין להכרעה בדבר תפקודו הנורמטיבי של ראש הממשלה וכי "הדחה משפטית תחומה אך ורק לסיטואציה שבה יש הרשעה בעבירה שיש עימה קלון" (ראו עמדתו של ד"ר אביעד בקשי, בעמ' 18 לפרוטוקול).

49. ביום 9.3.23 קיימה הוועדה המיוחדת דיון שלישי בהצעת החוק, שגם במהלכו הביעו מומחים שונים את עמדותיהם בסוגיה. כך למשל, פרופ' טליה איינהורן הביעה עמדתה כי אין המדובר בתיקון פרסונלי, וכי מדובר בתיקון שנועד למנוע "הדחה" של ראש ממשלה מכהן "על-ידי פקיד או בית משפט", וכי הסדר "הדחה" שכזה הוא חריג במבט השוואתי (בעמ' 11 לפרוטוקול הדיון).

מן העבר השני, נשמעו עמדות מומחים אחרות אשר מיקדו את הדיון בשאלת השתלבותו של התיקון המוצע בשיטת המשטר הישראלית, בכוחה של הקואליציה בשיטה הפרלמנטרית, ובקצב הדיונים בהצעת החוק אשר מקשה על גיבוש הסדרים חוקתיים יציבים, כלליים וכאלו הנהנים מהסכמה רחבה (ראו עמדתה של פרופ' חנה לרנר בעמ' 12 ובעמ' 15 לפרוטוקול הדיון, וכן עמדתה של פרופ' עקירב בעמ' 19-20 לפרוטוקול הדיון).

50. ביום 12.3.23 קיימה הוועדה המיוחדת דיון רביעי בהצעת חוק היסוד. במהלך הישיבה הצביעה היועצת המשפטית לכנסת, עו"ד אפיק, בין היתר, על הקושי בקביעת רף גבוה במיוחד הניצב בפני שרי הממשלה המבקשים להכריז על נבצרות ראש הממשלה (עמ' 3 לפרוטוקול).

בהמשך הישיבה התייחסה היועצת המשפטית לכנסת להוראה בדבר אי-שפיטות החלטות המתקבלות בנושא נבצרות, הביעה הסתייגותה מקביעת סעיף פרטני בנושא זה, מקום בו מתנהל הליך חקיקה מקביל באותה עת שעוסק באופן כולל בהגבלת ביקורת שיפוטית, והבהירה "אני חושבת שנכון יהיה להשאיר את זה, שוב בין היתר אנחנו רוצים לעשות את תיקוני חוק היסוד שלנו ככל האפשר, בכל כמה שיותר כלליים ולא באופן פרטני, ולכן אם מתקיים דיון כללי כרגע בנושא הזה בוועדת החוקה, אני לא חושבת שזה נכון לעשות סעיף מקביל, שונה, פרטני בנושא הזה של ביקורת שיפוטית" (עמ' 36 לפרוטוקול הדיון).

לעניין עיתוי הצעת החוק עמדה היועצת המשפטית לכנסת מספר פעמים על הקושי שמעלה סעיף אי השפיטות בכל הקשור לשימוש לרעה בסמכות המכוננת (ראו למשל עמודים 37-36 לפרוטוקול הדיון), ושההדגישה כי "החשש הוא העיתוי... החשש הוא משימוש לרעה בסמכות המכוננת, מכיוון שמדובר בעניין טרי שכרגע תלוי ועומד" (עמ' 54 לפרוטוקול).

עוד יש לציין, כי במהלך הדיון האמור עוררו חלק מחברי הכנסת גם את השאלה מה היחס בין התיקון המוצע לבין חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים של היועצת המשפטית לממשלה בעניינו של ראש הממשלה נתניהו; ומה תהיה המשמעות של חקיקת תיקון מס' 12 על מידת מחויבותו של ראש הממשלה לקיים את חוות הדעת האמורה (ראו למשל השיח בין היועצת המשפטית לכנסת לבין חה"כ יוראי להב הרצנו בעמ' 6-7, והדיון בעמ' 51 לפרוטוקול בין היועצת המשפטית לכנסת לבין פרופ' דותן).

51. ביום 13.3.23 אישרה הוועדה המיוחדת להעביר את הצעת החוק לקריאה ראשונה, ובאותו יום פורסמה הצעת החוק ברשומות (ה"ח, חוברת 952, עמ' 52). בדברי ההסבר להצעת החוק צוין, כי ההצעה מבקשת לקבוע כי נבצרות זמנית של ראש הממשלה תהיה אפשרית מטעמי בריאות בלבד (אי-מסוגלות פיזית או נפשית), וכי את ההחלטה על הנבצרות יכולים לקבל רק ראש הממשלה או הממשלה.

עוד צוין בדברי ההסבר כי התיקון מוצע על רקע פסיקה קיימת של בית המשפט הנכבד ממנה עולה כי הסדר הנבצרות הוא רחב יותר מנבצרות רפואית (בג"ץ 6231/08 ובג"ץ 3056/20):

"אף שבית המשפט העליון לא דן בשאלת היקף סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה, הוא היה מוכן להניח, בלי להכריע בדבר, כי 'בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של הממשלה (בג"ץ 6231/08 יואב יצחק ואח' נ' ראש הממשלה, ניתן ביום ג' באב התשס"ח (4.8.2008)). בית המשפט גם עמד על העובדה שחוק היסוד שותק בעניין העילות שמובילות להכרזה על נבצרות ראש הממשלה, והיה נכון להניח כי יש בכך כדי ללמד כי נבצרות אינה נקבעת מטעמי בריאות בלבד, אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה' (שם), ובהמשך הדגיש כי 'ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן' (שם). באמרת אגב, בבג"ץ 3056/2 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום י"ב בניסן התשפ"א (25.3.2021)) ציין כבוד השופט מלצר כי בדומה לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לקבוע הסדרי ניגוד עניינים, גם 'הכרזה על נבצרות (כמו הסמכות להגיש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכוח סעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה) – מסורה בלעדית בידי היועמ"ש".

52. עוד באותו היום, 13.3.23, מליאת הכנסת קיימה דיון בהצעת החוק. במהלך הדיון במליאה הציגו התומכים והמתנגדים להצעת החוק את עמדותיהם, בין הדוברים הייתה חה"כ גוטליב, שציינה, בין היתר, כי יש צורך להבהיר בחוק היסוד כי נבצרות היא רק מטעמים רפואיים, וזאת לנוכח התנהלות היועצת המשפטית לממשלה והחלטות בית המשפט הנכבד **בעתירות הנבצרות** (עמ' 126 לפרוטוקול).

חה"כ כץ שב וטען, כי אין בעולם תקדים לנבצרות שאינה רפואית, וסיכם את הדיון כדלקמן (עמ' 164 לפרוטוקול):

"וגם מה שקיים אצלנו, למשל, נבצרות של נושא משרה, יושב-ראש כנסת או נשיא מדינה – כמו שטלי ציינה – גם זה רק על בסיס בריאות.
רק פה רואים שהעם רוצה ליכוד; העם רוצה את נתניהו כראש הממשלה – אז מנסים להפיל אותו בדרכים אחרות לנסות. לזה אנחנו לא מוכנים, ואת זה אנחנו לא ניתן.

אנחנו עושים פה תיקון חשוב. כלל הגורמים, כולל הייעוץ המשפטי לכנסת ולממשלה, ציינו שצריך להסדיר את העניין הזה של נבצרות. זה בדיוק מה שאנחנו עושים. זה חוק לכל ראשי הממשלה של מדינת ישראל בעתיד."

בתום הדיון אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאה ראשונה, ברוב של 61 תומכים לעומת 52 מתנגדים.

53. בין הימים 19.3.23 ל-21.3.23 הוועדה המיוחדת קיימה שלושה ימי דיונים עוקבים בהכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ולקריאה שלישית. בישיבתה הראשונה ביום 19.3.23 הודיע חה"כ כץ כי הוחלט **להסיר** מהצעת החוק את סעיף היעדר השפיטות, אשר הייעוץ המשפטי לכנסת והייעוץ המשפטי לממשלה עמדו כאמור על הקשיים הטמונים בו. בין היתר, במהלך הישיבה נידונה פעם נוספת סוגיית עיתוי הליך החקיקה והעובדה כי ביסודו מצוי עניין פרסונלי, כדלקמן (עמ' 25 לפרוטוקול):

"טליה איינהורן:

את זה באה הצעת החוק לתקן. אחרת לא היינו נדרשים בכלל להצעת החוק הזו. נדמה לי שאת המפה הזאת כולנו מבינים. אלמלא החלטה של כבוד השופטת דפנה ברק ארז לא היינו פה בדיון הזה. ... כל ההכבדות והסעיפים הנוספים וכו', מייצרים בעיות חדשות במקום לפתור את הבעיה הנקודתית שהתעוררה. זו דעתי.

שגית אפיק:

אני רוצה להשיב. כשאנו עושים הצעת חוק, בדרך כלל המחוקק אמור להימנע מלפתור בעיות ספציפיות, פרסונליות שתלויות ועומדות בעת החקיקה, אלא להתבונן על ההסדר באופן רוחבי וכללי ככל האפשר. ודאי שקשה יותר לעשות את זה כשיש עניינים תלויים ועומדים. אני לכל הפחות הבנתי, שההצעה הזו לא נועדה להיות בצורה כה פרסונלית כי אז אני חושבת שהדבר מעורר בעיות שבין היתר הן שימוש לרעה בסמכות בקביעת חוקי יסוד שאני חושבת שאין לזה מקום.

הי"ר אופיר כץ:

ההסדר שאנו עושים פה ישרת את כלל חברי הכנסת בעתיד וראשי הממשלה בעתיד. זה לא חוק לאדם אחד."

54. בישיבה ביום 20.3.23 התבקש המשנה ליועצת המשפטית לממשלה להציג עמדה עדכנית לאור השינויים שנעשו בהצעת החוק. המשנה ציין כי אכן נעשו שינויים בהסדר המוצע, אך הבהיר כי ההסדר עדיין מעורר קשיים לאור החשש שההצעה נועדה לשנות את המצב המשפטי הקיים בעניינו של ראש הממשלה לקראת הדיון בעתירות הנבצרות שהוגשו נגדו, כמו גם להתגבר על הפסיקה בעניין ניגוד העניינים של ראש הממשלה.

על כן, הובהר כי ההתנגדות של הייעוץ המשפטי לממשלה להצעת החוק בעינה עומדת (עמ' 36 לפרוטוקול):

"... עמדתי על כך שההסדר החוקי שקיים ביחס לנבצרות של ראש הממשלה הוא הסדר עמום, הוא הסדר שהיישום שלו מעורר שאלות, בפרט מהם סוגי המקרים שיכולים להקים מצב של נבצרות? ומי הגורם המוסמך לקבוע שראש הממשלה נמצא במצב של נבצרות? וציינתי שראוי שהכנסת תידרש לנושא.

אבל ההסדרים מהסוג הזה שעוסקים בסוגיות חוקתיות משטריות מובהקות ורגישות, ראוי להסדיר אותם מתוך ראייה רחבה, על זמנית, ומאחורי מסך בערות זה בטח לא עובר לנסיבות קונקרטיות.

בדיונים שהתקיימו בפני הוועדה בשבועיים האחרונים חלו שינויים משמעותיים בהצעת החוק, בן היתר מוצע כעת למחוק את הסעיף שקבע שלא תתקיים ביקורת שיפוטית על נושא הנבצרות שאנחנו ראינו בו פגם חמור, אנחנו מברכים על השינוי הזה.

יחד עם זאת, וגם הדיון היום מראה, שבכל השינויים שנעשו אין כדי לרפא את הקשיים המהותיים שגלומים בהסדר, ובפרט מה שמפריע לנו, זה החשש שהצעת החוק נועדה לשנות את המצב המשפטי הקיים לקראת הליך שיפוטי ספציפי תלוי ועומד, שבמסגרתו מבקשים העותרים שבית המשפט יכריז שנבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו בשל ההליך הפלילי שמתנהל כנגדו, ועל רקע פסקי דין שדחו עתירות קודמות באותו עניין.

...
בנסיבות האלה נראה שהצעת החוק מבקשת לא רק להתמודד עם פסיקה אפשרית של בג"צ בנושא הנבצרות, אלא גם להתגבר על פסיקת בג"צ בהיבט של ניגודי העניינים של ראש הממשלה.

בהקשר הזה חשוב לי להדגיש, הגם שאין מקום לעסוק בהיבטים פרטניים של ראש הממשלה במסגרת דיון עקרוני וכללי בעניין הסדר הנבצרות בחוק היסוד, שהדברים שבו ועלו במהלך הדיונים על ידי חברי הכנסת, כולל על ידי אדוני היושב ראש, חשוב לי להדגיש שבניגוד לנטען בוועדה, היועצת המשפטית לממשלה... לא מבקשת להכריז נבצרות של ראש הממשלה, עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה היא שהסדר ניגוד העניינים שנערך לראש הממשלה, וכן חוות הדעת שגובשה לאחרונה, ששניהם נועדו למנוע את המעורבות שלו ומרכיבים שונים של המהלך שמכונה הרפורמה המשפטית, שיש בה כדי להטיב עם מצבו במשפט הפלילי, מקיימים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא.

לפיכך, גם הצעת החוק הזאת היא לוקה בפרסונאליות מובהקת, היא חקיקה שלא נערכה מאחורי מסך בערות, והדבר מעלה חשש לשימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, הניסיון לעצב את מוסד הנבצרות שמהווה חלק מהוראות חוק חוקתיות משטריות רגישות, שנועדו להבטיח יציבות שלטונית כדי להתמודד עם נסיבות קונקרטיות, בין אם כדי להתמודד עם חשש תיאורטי של הכרזה על נבצרות, ובין אם כדי להקל על הסדר ניגוד עניינים קונקרטי, רחוק ביותר מהאופן שבו לעמדתנו יש לעצב חוקי יסוד.

...
ולאור האמור, על אף המענה שניתן לחלק מהקשיים שהעלינו, ההתנגדות העקרונית שלנו להצעת החוק הזאת היא עומדת בעינה."

בהמשך הישיבה ציינה היועצת המשפטית לכנסת, כי אף לעמדתה יש קושי בעיתוי הצעת החוק וכי היה נכון וראוי יותר לקיים את הדיונים מאחורי מסך הבערות; ובד בבד הוסיפה כי לאחר תהליך של הצפת הבעיות וניסיון לקביעת מנגנון מתאים, לעמדתה המנגנון שנקבע מספק מענה והסדרה טובה יותר מאשר המנגנון הקיים, תוך מתן מענה למרבית המקרים האפשריים (עמ' 44-45 לפרוטוקול).

55. בישיבה ביום 21.3.23 הצביעה הוועדה המיוחדת על ההסתיוגויות שהוגשו להצעת החוק. במהלך הישיבה התייחסו חברי כנסת להצעת החוק. חה"כ סעדה התייחס לכך שהתיקון נדרש על רקע העתירות העוסקות בנבצרות ראש הממשלה נתניהו, ועל רקע העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה הגישה בקשת ארכה להגשת עמדתה בנושא, וחה"כ רייטן השיבה כי נסיבות אלה הופכות את הצעת החוק להצעת פרסונלית פסולה:

"משה סעדה (הליכוד):

לא צריך לתקן אותו, אני חושב. לא צריך לתקן אותו כי הוא כבר ברור מאליו מלכתחילה....

אני אגיד לך למה, אני אגיד לך מה הסיבה, ובאמת לדעתי זה לא היה צריך לקרות, הסיבה היחידה, שהוגשה עתירה לשופטת דפנה ברק ארז להכריז על ראש ממשלה כנבצר, היא הייתה פונה לעותר להגיד לו: ידידי, קראתי את החוק, זה לא רלוונטי מה שאתה עותר, אני מתלבטת אם להטיל עליך הוצאות כי זו עתירה קנטרנית, וסוגרת את האירוע הזה. במקום זה היא הפנתה ליועמ"שית, כאשר על פניו היא מפרשת את החוק בניגוד מוחלט למה שכתוב בחוק.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אז רק שנייה, קודם כל בתחילת דבריי אמרתי שישב פה אתמול גיל לימון והוא דיבר על זה, הוא אמר שהיועמ"שית לא מתעסקת בנבצרות. הוא אמר את זה בצורה מאוד מאוד ברורה וחדה, נתן הבהרה, הוא ממש שם את הדברים על השולחן.

משה סעדה (הליכוד):

היא ביקשה ארכה לכתוב חוות דעת בנושא.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אז אני אומרת לך שהוא אמר את הדברים.

משה סעדה (הליכוד):

אז למה היא ביקשה ארכה?

אפרת רייטן מרום (העבודה):

ישבנו והוא אמר את הדברים מאוד מאוד ברור. תנסה לקחת את ההקלטה של הדבר הזה, הוא דיבר על זה בצורה נורא נורא ברורה. אבל זה עוד יותר גרוע - - -

...

אני חושבת, חבר הכנסת סעדה, שעצם זה שאפילו מדברך עלה בצורה כל כך ברורה שהחוק הזה הוא כל כך פרסונלי זה הדבר החמור בעניין.

משה סעדה (הליכוד):

הוא חוק שבא להבהיר את מה שבעיניי היה ברור מאליו. אני אומר את זה, זה נכון.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אתה אמרת, אבל אני מסיימת. אני רוצה לסיים. לכן אני חושבת שהדברים שלך היו כל כך ברורים ובעצם העידו על הדבר, מה שנקרא הדבר העיד על עצמו, כי פה באמת ברגע שאתה אומר שהוגשה עתירה בעניין בנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין נבצרות, והנה כנסת ישראל משנה עכשיו את חוקי - - -

משה סעדה (הליכוד):

אפרת, זה פשיטא שבגלל זה חוקקנו. את צודקת, מה את חושבת שחוקקנו כי סתם קמנו ואמרנו, וואו, החוק הזה לא ברור?

אפרת רייטן מרום (העבודה):

א', היו כאלה שאמרו. אמרו, מה את רוצה? זה לא פרסונלי, זה כללי, זה להסתכל על העתיד וכל מיני קשקושים כאלה.

משה סעדה (הליכוד):

זה חוק שבא להבהיר.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

ולכן אני חושבת שהדבר הזה הוא פסול.

אריאל קלנר (הליכוד):

זה ישרת את כולם.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

הנה, שמעת? זה ישרת את כולם. הנה, תודה רבה.

משה סעדה (הליכוד):

קלנר, במדינה מתוקנת החוק הזה ברור מאליו.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

די, די, בואו לא נשקר לעצמנו. הדברים הם ברורים.

משה סעדה (הליכוד):

עשינו את זה בגלל האירוע של נתניהו.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אני דווקא מאוד מכבדת, אני מכבדת - - -
... היות שנשארה לי דקה ואני מאריכה וגם אתה לא מכחיש שמדובר פה בחוק פרסונלי ואף אחד לא מכחיש שמדובר בחוק פרסונלי, חוקים פרסונליים זה דבר שהוא פסול במדינת ישראל.

אריאל קלנר (הליכוד):

--- הכול פרסונלי.

אפרת רייטן מרום (העבודה):

לא, לא הכול פרסונלי פה.

אריאל קלנר (הליכוד):

את לא פרסונלית?

אפרת רייטן מרום (העבודה):

אז אני לסיום רוצה לומר שחוקי יסוד במדינת ישראל אינם אמורים להיות חוקים פרסונליים, זה דבר שהוא הזוי, זה דבר שהוא בלתי נתפס בכלל, לעסוק כאן בכנסת, בכל כנסת, בכל פרלמנט. בעצם מחוקקים כאן חוקי יסוד פרסונליים, זה דבר שהוא איום ונורא.

הי"ר אופיר כץ:

אני לא זוכר שהבאתי הוראת שעה לכנסת הזאת. החוק הזה ישרת את כלל ---

אפרת רייטן מרום (העבודה):

לא, הנה, אמרו כאן חברי כנסת מהמפלגה שלך, אמרו בצורה ברורה, הודו שמדובר בחוק פרסונלי ולכן אסור לתת לדברים האלה יד. אנחנו הופכים את החוקה של מדינת ישראל לחוקה פרסונלית, זה חוקה למען ראש הממשלה נתניהו, זה דבר שהוא פשוט בלתי מתקבל על הדעת."

56. למחרת היום, ביום 22.3.23, דנה מליאת הכנסת בהצעת החוק בקריאה שנייה ובקריאה שלישית. במהלך הדיון, שנמשך אל בוקרו של יום המחרת, שב והציג חה"כ כץ את הצעת החוק ותכליתה – תוך שהבהיר כי לעמדתו הצעת החוק מחזקת את הדמוקרטיה, תוך מניעת התערבות חיצונית שתשנה את תוצאות הבחירות – ובין היתר שב והתייחס לנסיבות שהובילו לקידום התיקון (עמ' 507 לפרוטוקול):

"לפי מה שלמדנו תוך כדי הדיונים וגם לפנייהם, בכל המדינות בעולם אין מדינה אחת – ולא רק במדינות המערביות – אין מדינה אחת בעולם שבה אפשר להוציא ראש ממשלה לנבצרות, ולא מטעמי בריאות. הסוגיה הזאת שעלתה כאן, להוציא ראש ממשלה מטעמי בריאות, היא סטרטאפ משפטי ישראלי. זה לא קיים בשום מדינה. כשעלה הנושא הזה לאוויר, כסוג של איום, לא ראינו שדוחים את זה; שאומרים שהדיון הזה לא היה; שהדיון הזה לא קרה. לא ראינו. יש כאלה שנהנו לראות שזה באוויר, אולי שיהיה סוג של איום כלשהו.

את המצב הזה אנחנו משנים. ומה אנחנו עושים פה? מתאימים את עצמנו לכל המדינות. כל המדינות ולא משנה איזה משטר, נשיאותי, חצי נשיאותי, פרלמנטרי. בכל המדינות האלה נבצרות היא אך ורק מטעמי בריאות. זה מה שאנחנו עושים היום: מטעמי בריאות ויכולת פיזית."

בתום הדיון במליאה, בשעות הבוקר של ה-23.3.23, הצעת חוק היסוד אושרה בקריאה השלישית ברוב של 61 חברי כנסת תומכים ו-47 מתנגדים. ביום 27.3.23 פורסם ברשומות תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה (ס"ח התשפ"ג, חוברת 3031, עמ' 72).

פרוטוקולי הדיונים בוועדה המיוחדת ובמליאה אינם מצורפים לתגובה מקדמית זו מפאת אורכם, והם זמינים לצפייה באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת הבאה:

main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=LawReshumot&lawitemid=2201424

57. לסיכום חלק זה, כפי שניתן להיווכח מהליך חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד, ראשיתו בהצעת חוק פרטית שהונחה על שולחן הכנסת ימים ספורים לאחר שהוגשו העתירות בעניין נבצרות חה"כ נתניהו מלהמשיך לכהן כראש ממשלה, ולאחר שניתנו החלטות שהורו על הגשת תגובות מקדמיות לעתירות אלו. על אף העיסוק בהסדר משטרי תשתיתי בדיוני הוועדה, ניכר כי בבסיס תיקון חוק-היסוד מצוי בבירור עניינו הפרטני של ראש הממשלה המכהן – **עתירות הנבצרות** שהוגשו בעניינו; מידת המחויבות שתהיה לו לעמוד בחוות הדעת למניעת ניגוד העניינים בעקבות התיקון, והצורך לעצב את ההסדר באופן שיתאם לנסיבות הקונקרטיות העומדות על הפרק.

נשוב ונידרש לדברים אלה בהמשך, במסגרת הבחינה אם עסקינן במקרה של שימוש לרעה בסמכות המכוונת. קודם לכן, נציג להלן את הוראות התיקון לחוק היסוד.

הוראות תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה

58. תיקון מס' 12 לחוק היסוד קובע הסדר חוקתי חדש בעניין נבצרות ראש ממשלה, ועל-פיו נקבע בסעיף 16(ב)(1) כי:

"נבצרות ראש הממשלה למלא את תפקידו כאמור בסעיף קטן (ב) תהיה בשל אי-מסוגלות פיזית או נפשית בלבד, ותיקבע באחד משני אלה בלבד...".

59. המצב הראשון של נבצרות לפי התיקון לחוק היסוד מוסב על מקרה בו "[...] ראש הממשלה הודיע לממשלה וליושב ראש הכנסת כי נבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית וועדת הכנסת אישרה את הודעתו ברוב של שני שלישים מחבריה" (סעיף 16(ב)(א)(1)). בהמשך, נכללות בתיקון מס' 12 לחוק היסוד הוראות הנוגעות למתן הודעה על משך הנבצרות הזמנית ועל אופן הבאתה בפני הכנסת (סעיפים 16(ב)(א)(2) ו-16(ב)(א)(3)).

60. המצב השני של נבצרות לפי התיקון לחוק היסוד מוסב על מקרה בו "הממשלה החליטה, ברוב של שלושה רבעים מחבריה, כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו בשל אי מסוגלות פיזית או נפשית", תוך שנקבע כי ראש הממשלה יכנס את הממשלה לעניין זה לבקשת שלוש חמישיות מחברי הממשלה, בתוך שלושה ימים ממועד הגשת הבקשה או במועד מאוחר יותר אם התבקש לעשות כן; לא כונסה ישיבת הממשלה במועד כאמור, יכנס מזכיר הממשלה את הממשלה באופן מיידי וממלא מקום ראש הממשלה ינהל את הישיבה, וסעיף קטן (ג) יחול בשינויים המחוייבים (סעיף 16(ב1)(1)).

לאחר מכן, נקבע כי אם החליטה הממשלה על נבצרות ראש הממשלה, החלטתה תעמוד בתוקפה למשך שלושה ימים בלבד ותובא לאישור ועדת הכנסת, ברוב של שני שלישים מחבריה. בהמשך, נקבעו הוראות נוספות לעניין התשתית העובדתית לבחינת נבצרות כאמור מטעמים בריאותיים; אופן הארכת הנבצרות על-ידי ועדת הכנסת; וכן הסמכת הכנסת במליאתה להחליט על הארכת הנבצרות – על-פי הצעת ועדת הכנסת – ברוב של שמונים חברי כנסת (ראו סעיפי המשנה (2), (3) ו-(4) של סעיף 16(ב1)).

61. לא למותר לציין כי במהלך הליך החקיקה שפורט לעיל, הוכנסו תיקונים ושינויים שונים להסדר המוצע. כך למשל, בסופו של יום הוסר סעיף אי-השפיטות שהופיע בהצעת החוק המקורית, אשר ביקש למנוע כל ביקורת שיפוטית בעניין הליך נבצרות של ראש ממשלה. נוסף על כך, בעוד שהצעת החוק המקורית הציגה בקצרה ובכלליות את האפיקים האפשריים להוצאת ראש ממשלה לנבצרות, התיקון לחוק קובע מנגנון מפורט יחסית – בעיקר באפיק שביוזמת חברי הממשלה – תוך קביעת הוראות בעניין כינוס הממשלה, ישיבת הממשלה עצמה, החלטת הממשלה, דרישות הרוב בממשלה ובוועדת הכנסת, הגשת חוות דעת רפואית במקרים הרלוונטיים, ועוד.

כפי שגם ציין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה בישיבות הוועדה, אין חולק כי לחלק מן הקשיים שהועלו במסגרת הליך החקיקה ניתן מענה בשינויים שנעשו. מנגד, לקשיים חוקתיים משמעותיים אחרים לא ניתן מענה, ובעיקר לסוגיות הבאות:

א. עיצוב מנגנון הנבצרות, כך שנדרש רוב חריג ביותר של 80 חברי כנסת כדי להכריז על נבצרות ראש הממשלה, גם באותם מקרים שטעמי הנבצרות הם בריאותיים מובהקים, באופן שעלול לפגום בפעילותה רציפה של הרשות המבצעת, שעה שאין ביכולתו של ראש הממשלה למלא את תפקידו.

ב. המאפיין הפרסונלי הבולט של החקיקה והשפעתה על ענייני הפרטניים של ראש הממשלה, ועל החובות המוטלות עליו בתחום טוהר המידות נוכח משפטו הפלילי המתנהל. מאפיין פרסונלי בולט זה מנע, הלכה למעשה, את יכולתה של הכנסת המכוננת לבחון מאחורי מסך בערות את מנעד עילות הנבצרות הדרושות לשם שמירת הרציפות השלטונית, תוך שהוא תוחם ומסליל אותו מלכתחילה לנבצרות רפואית בלבד.

62. להשלמת פרק זה נציין כי ביום 29.3.23 הורה בית המשפט הנכבד על מחיקת **עתירות הנבצרות**, וזאת בעקבות התיקון שבפנינו שהוביל לשינוי במצב המשפטי והעובדתי, ומבלי להביע עמדה ביחס לנטען בעתירות. היינו, לתיקון חוק-היסוד הייתה השפעה ישירה ומיידית על עתירות תלויות ועומדות באותו עניין.

התפתחויות לאחר חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד

63. ביום 22.3.23 – מספר שעות לאחר אישור התיקון במליאה, ובהמשך להליך החקיקה במסגרתו הובהר פעם אחר פעם כי תכלית התיקון היא להסדיר את עניינו הפרסונלי של ראש הממשלה – נשא ראש הממשלה נאום בעניין היוזמות לשינויים במערכת המשפט, ובפרט בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים, במסגרתו הודיע כי בכוונתו לעסוק באופן ישיר ביוזמות אלה.

בנאומו, התייחס ראש הממשלה גם לתיקון לחוק היסוד דן ולהשלכה שלו עליו, ואמר:

"לצערי, עד היום ידי היו כבולות. הגענו למצב אבסורדי, שאם הייתי נכנס לאירוע הזה, כפי שהתפקיד שלי מחייב, איימו להוציא אותי כראש הממשלה לנבצרות. דבר שהיה מבטל את תוצאות הבחירות ואת רצונם של מיליוני אזרחים. זה דבר אבסורדי שלא ייתכן בדמוקרטיה מתוקנת. לכן הערב, אני מודיע לכם, חברי, ידידי, אזרחי ישראל. עד כאן. אני נכנס לאירוע. אני שם בצד כל שיקול אחר. למען העם שלנו, למען המדינה שלנו אני אעשה כל מה שביכולתי כדי להביא לפתרון."

64. למחרת היום, ביום 24.3.23, העבירה היועצת המשפטית לממשלה מכתב לראש הממשלה שכותרתו 'הפרת הסדר ניגוד עניינים', ובו הבהירה מפורשות כי **חקיקתו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד לא שינתה דבר בעניין חובתו של ראש הממשלה לפעול בהתאם להסדר ניגוד העניינים שנקבע עבורו.**

וכך הובהר במכתב:

"בדברים שנשאת אמש התייחסת ליוזמות לנוגעות למערכת המשפט, ובפרט – הרכב הוועדה לבחירת שופטים, והודעת כי אתה עוסק כעת באופן ישיר ביוזמות אלו.

בכך, הפרת את פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ 2592/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה** ובבג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, לפיה בהיותך ראש ממשלה הנאשם בפלילים, עליך להימנע מנקיטת פעולות אשר מעוררות חשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים בין האינטרסים האישיים שלך הנוגעים להליך הפלילי לבין תפקידך כראש ממשלה, ולשם כך לפעול בהתאם לחוות הדעת אשר ניתנה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה למניעת ניגוד עניינים. זאת, בנסיבות בהן בית משפט קבע שלפי הצהרותיך והסכמותיך נוצר גם השתק שיפוטי.

במכתבי אליך מיום 1.2.2023 הנחיתי כי יישום המגבלות הקבועות בפסקי הדין ביחס ליוזמות העומדות על הפרק הנוגעות למערכת המשפט מוביל למסקנה כי עליך להימנע מעיסוק ישיר או עקיף ביוזמות אלו במסגרת תפקידך כראש הממשלה. האמור במכתבי מחייב אותך ותיקון החקיקה בעניין הנבצרות אינו פוטר אותך מחובה זו.

אמש הודעת ברבים כי בכוונתך להפר את פסיקת בית המשפט העליון ולפעול בניגוד לחוות דעת היועצת המשפטית לממשלה המחייבת אותך לפי פסיקה זו.

המצב המשפטי הוא ברור: עליך להימנע מכל עיסוק ביוזמות לשינויים במערכת המשפט, לרבות בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, שכן עיסוק בהן הוא פעולה בניגוד עניינים.

הצהרתך אמש וכל פעולה שתבוצע על ידך בניגוד לאמור היא בלתי חוקית ונגועה בניגוד עניינים. [ההדגשות במקור]

צילום מכתב היועצת המשפטית לממשלה מיום 24.3.23 מצורף ומסומן **מש/7**.

65. כאן המקום לציין, כפי שעולה גם מנוסח דברי ההסבר להצעת החוק, כי חלק בלתי נפרד מן הרקע לחקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד נוגע לחוות הדעת בעניין ניגוד העניינים הנובע מכהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה, לצד היותו נאשם בהליך פלילי המתנהל נגדו. סוגיות אלו נדונו בהרחבה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, משכך נביאן בתמצית.

חוות דעת למניעת ניגוד עניינים בעניינו של ראש הממשלה

66. בחודש מאי 2020 דחה בית המשפט הנכבד – פה-אחד, בהרכב מורחב של 11 שופטים – עתירות שביקשו למנוע את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו לתפקיד ראש הממשלה, שעה שהוא נאשם בפלילים (בג"ץ 2592/20 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שנדונה ביחד עם שבע עתירות נוספות) (ניתן ביום 27.5.20; להלן: **עתירות הטלת המנדט**). בתמצית הנימוקים לפסק הדין (ניתנה ביום 6.5.20) ציינה כב' הנשיאה חיות, בין היתר, כדלקמן:

"19. ... בתוך כך רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (סעיפים 159-160 לכתב התשובה מטעמו) לפיה כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו אשר יקבע 'מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק'. בא כוחו של חה"כ נתניהו אישר את הדברים בטעונו הכתובים (סעיף 99 לכתב התשובה מטעמו) ובאי כוח הצדדים הנ"ל שבו והצהירו על כך גם במסגרת השלמת הטיעון בעל פה בפנינו (עמ' 11 ו-22 לפרוטוקול הדיון מיום 3.5.2020)".

וכך הבהיר ראש הממשלה בתגובתו לעתירות הרכבת הממשלה:

"ר. ראשית, כידוע, הסדרי ניגוד עניינים נעשים חדשות לבקרים כלפי בעלי תפקידים שונים בשירות הציבורי, ובכלל זה ביחס למשיב עצמו. למעלה מן הצורך יובהר, כי ככל שיתעורר חשש לניגוד עניינים ספציפי ביחס למשפטו של המשיב, הרי שהוא יפעל בהתאם להסדר ניגוד עניינים, כפי שפעל עד היום."

67. בהמשך לכך, ביום 2.11.20 גיבש היועץ המשפטי לממשלה דאז, ד"ר אביחי מנדלבליט, חוות דעת למניעת ניגוד עניינים של ראש הממשלה נתניהו על רקע כתב האישום שהוגש נגדו, שהתבססה על ניתוח משפטי שנערך במסגרת חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) דאז, עו"ד דינה זילבר (להלן: **חוות דעת ניגוד העניינים או חוות הדעת**).

חוות הדעת עמדה בהקשר זה על קיומה של מגבלה כללית, ולפיה על ראש הממשלה להימנע מלעסוק "בכל עניין שיש לו זיקה מהותית למשפט או לאשר נדון בו". באופן פרטני, התייחסה חוות הדעת לחמישה מישורים עיקריים בהם עלול להתעורר חשש לניגוד עניינים: (1) החלטות הנוגעות למערכת אכיפת החוק – היעוץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות ומשטרת ישראל; (2) פעילות הוועדה לבחירת שופטים, בהקשר של מינוי שופטים לבית המשפט העליון ולבית המשפט המחוזי בירושלים; (3) החלטות הנוגעות לעדים ולנאשמים אחרים במשפטו של ראש הממשלה; (4) חקיקה בעלת השפעה אפשרית על ההליך הפלילי בעניינו של ראש הממשלה; (5) החלטות חריגות בתחומי הפעילות של משרד התקשורת.

צילום חוות דעת ניגוד העניינים מיום 2.11.20 מצורף ומסומן **מש/8**.

68. לאחר גיבוש חוות הדעת האמורה, כפר ראש הממשלה בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להטיל עליו מגבלות מחייבות במסגרתה, בטענה כי חוות דעת היועץ היא חוות דעת מייעצת שאינה מחייבת אותו. עוד טען ראש הממשלה, כי חוות הדעת היא בלתי סבירה, נעדרת סמכות, ונגועה בניגוד עניינים אינהרנטי.²

69. ביני לביני, הוגשו לבית המשפט הנכבד עתירות שעסקו בעריכת הסדר ניגוד עניינים לראש הממשלה, כפועל יוצא מההליך הפלילי המתנהל נגדו, ובשאלה אם ההסדר נערך בסמכות ומחייב את ראש הממשלה (בג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ובג"ץ 5920/20 יעקובי נ' היועץ המשפטי לממשלה**) (להלן: **עתירות ניגוד העניינים**). ביום 25.3.21 ניתן פסק הדין בעתירות, בו נקבע כי חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים נערכה בסמכות והאמור בה מחייב את ראש הממשלה (בכפוף להערות ולהבהרות שנקבעו בסעיף 43 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות, שאינן במוקד ענייננו).

² לעניין זה ראו פסקה 11 למכתבו של עו"ד יוסי כהן ליועץ המשפטי לממשלה מיום 19.7.20, אשר אוזכר בפסקה 7 לפסק הדין שניתן בעתירת ניגוד העניינים; ופסקאות 5, 45 ו-54 לתשובתו של ראש הממשלה מיום 7.1.21 לצווים על תנאי בעתירת ניגוד העניינים.

כב' הנשיאה חיות קבעה בפסק הדין כי המבחנים לקיומו של ניגוד עניינים הם משפטיים במהותם, ועל כן, היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך לפרש אותם עבור חברי הממשלה במסגרת תפקידו כפרשן המוסמך של הדין.³

בנוסף, נקבע כי בדומה לכל חוות דעת משפטית אחרת של היועץ המשפטי לממשלה, גם חוות דעת למניעת ניגוד עניינים הינה בעלת מעמד משפטי מחייב:

29" ... למעשה, **בתחום זה של הסדרי ניגוד העניינים קיימים טעמים המחזקים את המסקנה כי חוות דעת היועץ מחייבת את נושא ההסדר**. זאת, משום שגיבוש הסדרים אלה נוגע בעיקרו להפעלת מבחנים משפטיים שנקבעו בפסיקה ביחס לכלל האוסר על הימצאות בניגוד עניינים ויישומם על נסיבות המקרה. לפיכך אך טבעי הוא שהגורם שלו תהא 'המילה האחרונה' בעניינים אלה יהיה גורם משפטי. אכן, תחום ניגוד העניינים מצוי בליבת תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה כמי שפועל להגנה על שלטון החוק ולשמירה על סדרי השלטון, המינהל התקין וטוהר המידות. לפיכך, הותרת ההכרעה הסופית והמחייבת בתחום זה בידי היועץ – ולא בידי השר נושא ההסדר – יש לה חשיבות ברורה ומובהקת."

עוד נקבע עוד כי ראש הממשלה כבול ב"מעין השתק שיפוטי" בנוגע לתוקפה המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה למניעת ניגוד העניינים, כדלקמן:

32" ... אלמלא הגעתי למסקנה כי חוות דעת היועץ מיום 2.11.2020 ניתנה בסמכות וכי היא מחייבת את ראש הממשלה, ללא תלות בהצהרותיו ובהתחייבויותיו הקודמות, **ניתן היה על כן בהחלט לקבוע כי הוא כבול בהצהרות ובהתחייבויות אלה וכי הן מקימות 'מעין השתק שיפוטי'** אשר חוסם את ראש הממשלה מהעלאת טענות השוללות את סמכות היועץ לערוך את חוות הדעת שערך והכופרות בתוקפה המחייב."

לגופם של דברים, נקבע בפסק הדין כי:

16" ... המציאות שבה ראש ממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות, היא מציאות חריגה המחייבת הקפדה יתרה על עקרון זה. לפיכך, **נדרש הסדר ניגוד עניינים אשר יבטיח – הן מבחינת קבלת ההחלטות בפועל והן מבחינת הנראות הציבורית – כי העניינים האישיים הנוגעים לכתב האישום שהוגש נגד ראש הממשלה לא ישפיעו על תפקודו כראש הרשות המבצעת**."

וכן נקבע:

21" בפסיקה נקבע זה מכבר כי פסילת אדם מלמלא תפקיד מסוים היא האמצעי הקיצוני ביותר להתמודדות עם חשש לניגוד עניינים, ובדרך כלל קיימת דרך פוגענית פחות להתמודד עם חשש זה והיא – עריכת הסדר ניגוד עניינים ..."

³ פסק הדין שניתן בעתירת ניגוד העניינים, בפסקה 20.

70. ביום 15.1.23 – לאחר פגישת עבודה שנערכה בין ראש הממשלה ובין היועצת המשפטית לממשלה – נשלח לראש הממשלה מכתבה של היועצת המשפטית לממשלה, ובו צוין כי הקביעות שקבע בית המשפט הנכבד בפסק דינו **בעתירות ניגוד העניינים**, חלות גם בכהונתו הנוכחית. כן צוין במכתב כי בכל שאלה המתעוררת בנוגע לאמור בחוות הדעת למניעת ניגוד עניינים, או לפעילותו במסגרת תפקידו, וכן בכל מקרה של ספק, יש מקום להיוועץ עם היועצת המשפטית לממשלה.

צילום מכתב היועצת המשפטית לממשלה מיום 15.1.23 (ללא נספחים) מצורף ומסומן **מש/9**.

71. ביני לביני, בחודש ינואר 2023 – סמוך להקמתה של הממשלה ה-37 ולכניסתו המיוחדת של חה"כ נתניהו לכהונת ראש הממשלה – הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד בעניין הסדר ניגוד העניינים לראש הממשלה ביחס להליך הפלילי המתנהל בעניינו (בג"ץ 44/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה**).

עתירה נוספת הוגשה עוד קודם להקמת הממשלה – בג"ץ 8643/22 **כרמי נ' היועצת המשפטית לממשלה**, ועניינה בניגוד העניינים שהיה קיים לפי הנטען לחבר הכנסת נתניהו טרם הקמת הממשלה.

72. ביום 1.2.23 העבירה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה את מכתב היישום – מכתב אליו צורפה חוות דעת מפורטת של המשנה ליועצת, העוסקת ב**יישומן** של המגבלות שהוטלו על ראש הממשלה במסגרת חוות דעת ניגוד העניינים, כפי שאושרו בפסק דינו של בית המשפט הנכבד **בעניין ניגוד העניינים**, לגבי מעורבותו של ראש הממשלה ביוזמות לשינויים במערכת המשפט שכבר מצויות בשלבים שונים של תהליכי עבודה בממשלה ובכנסת. כך סוכמו הדברים:

30. "ישום חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שנערכה לראש הממשלה בתקופת כהונתו הקודמת כפי שאושרה בפסיקת בג"ץ, על היוזמות העומדות על הפרק לשינויים במערכת המשפט, מוביל לכלל מסקנה כי ראש הממשלה יהא מנוע ממעורבות ביוזמות אלו המקודמות כיום במסגרת המהלך המכונה "הרפורמה המשפטית". בהתאם לפסיקת בג"ץ שאישרה את חוות הדעת בעתירת ניגוד העניינים, מעורבותו של ראש הממשלה בכך מקיימת חשש סביר לניגוד עניינים.

31. על פי חוות הדעת שאושרה בפסיקת בג"ץ בעתירת ניגוד העניינים, מניעות זו חלה גם על התייעצויות ופעולות בלתי פורמליות, כמו גם על מתן הנחייה מצדו של ראש הממשלה לגורמים אחרים, במישרין או בעקיפין, בכל הנוגע לקידום אותן יוזמות.

32. ככל שנדרשות הבהרות בדבר מעורבות ראש הממשלה ביוזמות הקשורות לשינויים במערכת המשפט, או בהיבטים אחרים של נושא ניגוד העניינים, היועצת המשפטית לממשלה ואנשיה עומדים לרשותו של ראש הממשלה לשם מתן הבהרות, כפי שנקבע בחוות הדעת."

צילום מכתב היישום מיום 1.2.23 מצורף ומסומן **מש/10**.

73. ביני לביני, באי כוחו של ראש הממשלה פנו בעל פה לנציגי היועצת המשפטית לממשלה וביקשו להכניס שינויים מסוימים בחוות הדעת. בהמשך לשיח שנערך עימם בנושא, נמסרה להם תשובה שלילית לבקשתם. לצד זאת, ביום 19.2.23 העביר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה מכתב לראש הסגל של ראש הממשלה, במסגרתו ציין בין היתר כי 'התבטאויות פומביות של ראש הממשלה שעניינן שמירה על הסדר הציבורי והרגעת הרוחות בקרב הציבור, אינן בגדר התחומים עליהם חלות ההגבלות הקבועות בהסדר ניגוד העניינים'.

צילום מכתב המשנה ליועצת מיום 19.2.23 מצורף ומסומן מש/11.

74. ביום 1.3.23 הגיש ראש הממשלה תגובה לעתירה בבג"ץ 44/23, במסגרתה ביקש לקבוע כי מכתב היישום של היועצת המשפטית לממשלה מיום 1.2.23 אינו מהווה יישום של האמור בחוות דעת למניעת ניגוד עניינים שנערך לו ביום 2.11.20 על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, וכי "חוות הדעת החדשה אינה מחייבת את ראש הממשלה".

צילום תגובת ראש הממשלה בבג"ץ 44/23 מצורף ומסומן מש/12.

75. ביום 19.3.23 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 44/23, אשר דחה את העתירה על הסף בהיותה מוקדמת ולא אקטואלית. עוד צוין בפסק הדין, כי תגובת ראש הממשלה מהווה למעשה בקשת סעד, אשר אין לה מקום בהליך בהינתן שראש הממשלה הוא משיב בעתירה, ולא עותר כנגד החלטות היועצת המשפטית לממשלה. למען הסדר הטוב, יודגש כי ראש הממשלה בחר שלא לעתור נגד מכתב היישום מיום 1.2.23.

76. ביום 26.3.23 – לנוכח דבריו של ראש הממשלה ביום 23.3.23, לאחר חקיקתו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד – הגישה העותרת בבג"ץ 2412/23 דכאן, בקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט **במסגרת עתירות ניגוד העניינים**. ביום 1.5.23 הורה בית המשפט הנכבד על דחיית הבקשה. בית המשפט הנכבד קיבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה בקשה לביזיון בית המשפט אינה המסגרת הדיונית המתאימה, תוך ששב ועמד בהחלטתו על מעמדה המחייב של חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה, כדלקמן:

9. עוד ראינו לשוב ולהדגיש כי בתחום זה של הסדרי ניגוד עניינים – כמו בתחומים אחרים – חוות דעתה של היועצת המשפטית לממשלה מחייבת, כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת, ובלשון פסק הדין נושא הבקשה:

"[...] בתחום זה של הסדרי ניגוד העניינים קיימים טעמים המחזקים את המסקנה כי חוות דעת היועץ מחייבת את נושא ההסדר. זאת, משום שגיבוש הסדרים אלה נוגע בעיקרו להפעלת מבחנים משפטיים שנקבעו בפסיקה ביחס לכלל האוסר על הימצאות בניגוד עניינים ויישומם על נסיבות המקרה. לפיכך אך טבעי הוא שהגורם שלו תהא "המילה האחרונה" בעניינים אלה יהיה גורם משפטי. אכן, תחום ניגוד העניינים מצוי בליבת תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה כמי שפועל להגנה על שלטון החוק ולשמירה על סדרי השלטון, המינהל התקין וטוהר המידות.

לפיכך, הותרת ההכרעה הסופית והמחייבת בתחום זה בידי היועץ – ולא בידי השר נושא ההסדר – יש לה חשיבות ברורה ומובהקת [...]

המסקנה המתבקשת מן הקביעה שחוות הדעת שמגבש היועץ המשפטי לממשלה ביחס לניגודי עניינים של שרים מחייבת, היא שבתום תהליך ההידברות בין נציגי היועץ ובין השר, חוות דעת זו הינה המסמך הסופי אשר קובע את המגבלות שלהן כפוף השר ויש לראות בה הסדר ניגוד עניינים לכל דבר ועניין" (שם, בפסקה 29).

77. להשלמת פרק זה, יצוין כי ביום 11.5.23 הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה אשר ביקשה להורות כי הה"כ נתניהו מנוע מלהמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה, וזאת לטענת העותרים בין היתר בגין הפרות האיסורים וההגבלות החלים עליו (בג"ץ 3618/23 חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה). ביום 26.6.23 הוגשה תגובה מקדמית מטעם המדינה, אשר טענה כי דין העתירה להידחות על-הסף בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית בעניין, תוך שציינה כי סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על-ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף, כדין וכנדרש.

ביום 13.7.23 – לאחר שהוגשו תגובות לעתירה מטעם ראש הממשלה ומטעם מפלגת הליכוד, כמו גם תשובה מטעם העותרים – הורתה כב' השופטת רונן כי העתירה תועבר לדיון בפני הרכב בהקדם. יוער כי בהמשך היום פורסמה הודעה מטעם ראשי מפלגות הקואליציה, אשר התייחסה בין היתר לתיקון חוק היסוד דנן :

"קבוצה פוליטית קיצונית בראשות דן חלוץ, מנסה להדיח ראש ממשלה מכהן שנבחר ברוב עצום בבחירות דמוקרטיות באמצעות עתירה חסרת כל בסיס.

אנחנו מזועזעים מהחלטתה של השופטת רות רונן לקיים דיון בעתירה, בפרט לאחר שהכנסת העבירה חוק שמונע הדחה של ראש ממשלה נבחר בטענות סרק מהסוג שנכללות בעתירה. זוהי הליכה במדרון מסוכן של פגיעה אנושה בדמוקרטיה וברצון העם. אנחנו ומיליוני אזרחים לא נקבל זאת ולא נאפשר זאת."

העתירה קבועה לדיון ליום 12.9.23, והיועצת המשפטית לממשלה התבקשה להגיש עד ליום 20.8.23 הבהרה ופירוט באשר לטיפול המתבצע בסוגיית ניגוד העניינים של ראש הממשלה.

78. לאחר הסקירה הנורמטיבית אודות הסדר הנבצרות שנקבע בחוק יסוד: הממשלה; כמו-גם בתיאור הליך חקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד וההליכים המשפטיים השונים המשיקים לתיקון זה; נפנה לבחינת השאלה החוקתית הניצבת במוקד העתירות שלפנינו, והיא בחינת חוקתיות תיקון מס' 12 בראי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננות.

לצורך כך, נעמוד תחילה על ההלכה הפסוקה בעניין הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד באופן כללי. לאחר מכן, נעמיק דיונו אודות התפתחותה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננות בפסיקות העדכניות של בית המשפט הנכבד. לבסוף, תובא עמדת היועצת המשפטית לממשלה באשר לנפקות הלכות אלו בעניינו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד.

הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

79. במסגרת העתירות שבכותרת מתבקש בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית חריגה ביותר על תיקון לחוק יסוד, ולקבוע כי תיקון מס' 12 לחוק היסוד בטל; או לחלופין, להחזיר את הדיון לוועדת החוקה חוק ומשפט ולבטל או להשהות את תוקף התיקון עד לדיון בוועדה, או לקבוע כי התיקון ייכנס לתוקף בכנסת הבאה (הכנסת ה-26). לפיכך, נעמוד תחילה על סוגיית הסמכות של בית המשפט הנכבד להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ועל הפסיקה בעניין זה.

80. עקרון הפרדת הרשויות מגלם את הרעיון הבסיסי כי לכל אחת מרשויות השלטון – מחוקקת, מבצעת ושופטת – מסורות פונקציות משטריות שונות. כך, למשל, בעוד שהכנסת היא הרשות המחוקקת את חוקי המדינה וחובשת גם את כובע הרשות המכוננת, הרשות השופטת היא שנדרשת לפירושם של החוקים וחוקי היסוד, ועל יסוד פרשנות זו היא קובעת בין היתר אם הרשויות האחרות חרגו מתחום סמכותן.

על יסוד המשגה זו, מקובל לראות את הליך הביקורת השיפוטית החוקתית כמתן פרשנות לחוקי היסוד ולחוקים רגילים, במטרה לזהות אם החקיקה הראשית חרגה מן המגבלות שנקבעו בחוקי היסוד. פרופ' ברק היטיב לתאר מלאכה זו באופן הבא:

”בית המשפט ממלא את תפקידו הקלאסי. הוא מפרש את הנורמה העליונה של הכנסת – את חוקי היסוד, הוא מפרש את החוק הרגיל והוא קובע אם יש סתירה ביניהם. כאשר הוא מכיר בסתירה זו, הוא נותן תוקף לנורמה העליונה של הכנסת – לחוק-היסוד. [...] אכן, יש להבחין בין כנסת המכוננת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית משפט בוחן את חוקתיותו של חוק 'רגיל' הוא אינו מבקר את מעשיה המכוננים של הכנסת. הוא מבקר את מעשי המחוקקים. [...] הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת. היא פועלת מעל הכנסת כרשות מחוקקת. תפקידו של השופט הינו לפרש הוראות הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת, ולקבוע האם הן מתיישבות זו עם זו.” (אהרן ברק **מבחר כתבים ד'** – על בית המשפט ושופטיו, עמ' 71-72 (2017))

על בסיס תיאור זה של המלאכה השיפוטית, ברי כי ביצוע ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, בהעדר חוק-יסוד: חקיקה, שיעגן מפורשות קיומה של סמכות זו וגדריה, מהווה תהליך חריג ביותר ומוקשה שמעורר מתח רב מול עקרון הפרדת הרשויות, והדברים אף באו לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט הנכבד עצמו.

81. בשנים האחרונות התפתחו בפסיקה שתי דוקטרינות לביסוס התערבות שיפוטית גם בחקיקת יסוד: **”דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי”** ו**”דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת”** (להלן גם: **דוקטרינת השימוש לרעה**).

דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי לובנה בהרחבה במסגרת העתירות שהוגשו נגד חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (בג"ץ 5555/18 **חסון נ' הכנסת** (ניתן ביום 8.7.21, להלן: **עניין חוק הלאום**). בפסק הדין **בעניין חוק הלאום** עמד בית המשפט הנכבד, במושב מורחב של 11 שופטים, על הקשיים העיוניים המהותיים באימוץ הדוקטרינה של התיקון החוקתי הלא-חוקתי בישראל – וזאת בהעדר עיגון מפורש או משתמע לעקרונות על-חוקתיים שמהם לא ניתן לסטות, ונוכח העובדה שהמארג החוקתי הישראלי טרם התגבש במלואו וטרם הושלם. כמו כן, בית המשפט הנכבד עמד על הקושי הרב בהכרה בסמכות של בית המשפט להתערב בתוכנם של חוקי יסוד, ללא עיגון מפורש או משתמע לסמכות שכזו.

עם זאת, **בעניין חוק הלאום**, קבע בית המשפט הנכבד כי "ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, ולקבוע כי היא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית" (סעיף 31 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות), תוך שהודגש כי "לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת "בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]"; קיום הפרדת רשויות; שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23) – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית" (שם, פסקה 29).

בצד זאת, בית המשפט הנכבד דחה את טענות העותרים **בעניין חוק הלאום** לגופן, תוך מתן פרשנות מקיימת להוראות חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. משכך, בית המשפט הנכבד לא נדרש היה להכריע בסוגיה העקרונית של סמכות הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בהתאם לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, וזו הושארה ב"צריך עיון" לבחינה באותם מקרים חריגים ביותר בהם יימצא חוק יסוד "המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו".

82. לא למותר לציין, כי העותרת בבג"ץ 2412/23 **אינה** מבססת את עתירתה על דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי", וגם בעתירה הקצרה בבג"ץ 2466/23 לא מופיע טיעון סדור בעניין דוקטרינה זו. תחת זאת, במוקד העתירות שלפנינו מצויה **דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**, ולפיכך נעמוד להלן על עיקרי דוקטרינה זו ועל התפתחותה בפסיקת בית המשפט הנכבד.

דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוננת

83. עניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת הוא להבטיח שחוקי היסוד והתיקונים להם, ישמשו למטרה לה נועדה הסמכות המכוננת – עיגון עקרונות משטריים וחוקתיים, על-זמנים, הקובעים את "כללי המשחק" הבסיסיים של הרשויות.

בניגוד לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוננת אינה עוסקת בהפעלת ביקורת חוקתית על התוכן המהותי-תוכני של הנורמה שנקבעה, אלא עוסקת **בשאלת הזיהוי שלה והתאמתה להימנות על נורמה מסדר הנורמות החוקתיות**. בהתאם לדוקטרינה זו נבחנת – באופן הפורמלי והמהותי גם יחד – השאלה אם מה שנחזה להיות חוק יסוד אכן מעגן הסדר חוקתי שהוא התוצר הרגיל של הכנסת בכובעה כ"רשות המכוננת", וניצב בראש מדרג הנורמות; או שמא הרשות המכוננת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת והוציאה תחת ידה נורמה, אשר אינה בגדר נורמה שבה מוצדק להכיר כנורמה חוקתית.

84. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת פותחה בפסיקה אל מול פרקטיקות פרלמנטריות שהובאו לביקורת שיפוטית, ובגדרה קבע בית המשפט הנכבד מספר מבחני עזר, שאינם בגדר רשימה סגורה, לצורך מתן מענה לשאלה אם דבר חקיקה הנחזה להיות חוק יסוד, אכן מהווה את אותו תוצר "רגיל" של הרשות המכוננת; או שמא דבר החקיקה האמור מגלם שימוש לרעה בסמכות המכוננת. להלן נעמוד על עיקריה של הדוקטרינה ועל קווי המתאר הנוכחיים שמעצבים את גבולותיה. לאחר מכן, נעבור ליישומה על המקרה שבפנינו בהתאם לפסיקה האמורה.

המבחן הצורני

85. כידוע, בניגוד למדינות דמוקרטיות רבות, אין בשיטת המשפט הישראלית נורמה עליונה המסדירה את אופן חקיקת חוקי היסוד, ולא נקבעו הוראות מיוחדות לאופן שבו צריך לחוקק חוק יסוד. בעבר הונחו על שולחן הכנסת הצעות שונות לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה, שביקשו לקבוע ברמה החוקתית את ההסדרים העקרוניים שיחולו על מלאכת החקיקה כמו גם מלאכת חקיקת היסוד. ואולם, המאמצים לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה לא צלחו עד כה. לפיכך, הליך החקיקה של חוק יסוד זהה כיום במתכונתו להליך החקיקה של חוק "רגיל", ונעשה בהתאם להוראות תקנון הכנסת ובכפוף להוראות מפורשות בחלק מחוקי היסוד, באשר לרוב הדרוש לביצוע שינויים מסוימים בהם.

86. בנסיבות אלה, לצד ההכרה במעמד הנורמטיבי העליון של חוקי היסוד, עסק בית המשפט הנכבד בשאלה מתי תזוהה נורמה כנורמה חוקתית. בפסק הדין **בנק המזרחי** (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221, 349 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**), אומץ מבחן טכני במהותו – כותרת של "חוק יסוד", ללא ציון שנת החקיקה (דבר המבטא את העדר התלות של חקיקת היסוד בזמן ושעה). בית המשפט הנכבד קבע אפוא **בעניין בנק המזרחי**, כי ההבחנה בין תוצרי פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת, לבין דברי חקיקה שהם תוצר של פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, נקבעת על-ידי **מבחן צורני פשוט** שנתון בעצם בידי הכנסת עצמה: **"הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת חקיקה)"** (שם, בעמ' 403).

87. כפי שיפורט להלן, במהלך השנים הוסיפה הפסיקה לצד המבחן הצורני גם בחינה מהותית, וזאת במסגרת פיתוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

ההתפתחות הפסיקתית של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

88. את ניצניה של דוקטרינת השימוש לרעה ניתן למצוא כבר בפסק הדין **בעניין בנק המזרחי** עצמו, שבמסגרתו העלה בית המשפט ספק באשר לסמכותה של הכנסת לעגן בחוקי היסוד הוראות אשר אינן מתאימות מבחינה מהותית להיכלל בחקיקת יסוד, כאשר הדבר סווג בפסק הדין כשימוש לרעה **בכותרת** חוק יסוד. באותו שלב, האפשרות של הגבלת הסמכות של הרשות המכוננת הועלתה על-ידי כב' הנשיא ברק כאפשרות בלבד, שנותרה בצריך עיון (**בנק המזרחי**, בעמ' 406):

”מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר [...] אני מבקש להשאיר [אותה] בצריך עיון.”

גם כב' השופט בך התייחס בפסק דינו **בעניין בנק המזרחי** לשימוש אפשרי לרעה בסמכות המכוננת, ביחס לנושאים אשר “משקלם הציבורי-ממלכתי” אינו מצדיק את השימוש בסמכות המכוננת ואינם ראויים להיכלל בחוקה (שם, בעמ' 580).

89. התייחסות לאפשרות המושגית של שימוש לרעה בסמכות, הועלתה כעבור מספר שנים בדבריה של כב' השופטת דורנר בבג”ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת** (ניתן ביום 5.8.99) בעמ' 95: “השאלה אם הכנסת מוסמכת לכלול בחוק יסוד נורמות שאינן חוקתיות מבחינת נושאן אינה פשוטה, ובית משפט זה העדיף להשאירה בצריך-עיון.”

90. בשלב מאוחר יותר, בשני פסקי דין שעסקו בעניין התקציב הדו-שנתי, בהם נדונו תיקונים של חוק-יסוד: משק המדינה, שנקבעו כ”הוראת שעה”, נדונה האפשרות להכיר במצב נוסף, שבו חקיקת חוק יסוד תעלה לכדי “שימוש לרעה” הנובעת מעצם השימוש בנורמה חוקתית – מצב שבו חקיקת היסוד נעשתה בדרך של הוראת שעה. זאת, משום שחקיקת יסוד זמנית סותרת באופן אינהרנטי את העל-זמניות של חוקי היסוד.

91. בפסק הדין הראשון שעסק בתקציב הדו-שנתי הראשון – בג”ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (3), 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**) – עמדה כב' הנשיאה ביניש על כך שבמהלך השנים הזיהוי של חוק יסוד על-ידי הכנסת ועל ידי בית המשפט, נעשה על-פי המבחן הצורני; אך העלתה את האפשרות לפיה לצד המבחן הצורני ישולב גם מבחן מהותי או מבחן משולב, כך שלא די יהיה בכותרת “חוק יסוד” כדי להעמיד את דבר החקיקה כנורמה עליונה. סוגיה זו נותרה בפסק הדין ב”צריך עיון.”

כאמור, פסק הדין **בעניין בר-און** התמקד בכך **שהתיקון נעשה באמצעות הוראת שעה**, ועמד על הקושי המושגי הנובע מקביעת חוק יסוד, שאמור לבטא נורמה תשתיתית ועל-זמנית, לתקופה התחומה מראש בזמן. בצד האמור נקבע, כי במערך החוקתי הישראלי אין בזמניות של חקיקת יסוד כדי לפסול אותו מעיקרו או כדי להעמידו במדרג נורמטיבי נמוך. עם זאת הובהר, כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות לכדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד", "בבחינת כל מקרה לגופו", וכי על הכנסת לשאוף להימנע מעריכת הסדרים חוקתיים זמניים נוכח הבעיות הנובעות מעצם הזמניות של הנורמה החוקתית.

כב' הנשיאה ביניש הציגה **בעניין בר-און** שלושה פרמטרים שיש לבחון בהקשר של הוראת שעה בחוק יסוד: (1) ההצדקה לעריכת הסדר זמני; (2) בחינת המאטריה אותה מסדירה הוראת השעה; (3) מידת פגיעתו של ההסדר בעקרונות חוקתיים ומשטריים ובזכויות יסוד אחרות.

92. כעבור מספר שנים סוגיית התקציב הדו-שנתי נדונה בשנית. בפסק הדין השני שעסק בתקציב הדו-שנתי – בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (ניתן ביום 6.9.17, להלן: **עניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים**) – נבחנה חקיקת הסדר נוסף של תקציב דו-שנתי מלא (אשר הלכה למעשה היווה תקציב דו-שנתי חמישי במספר). בית המשפט הנכבד הוציא "התראת בטלות", לפיה הכנסת לא תוכל לתקן שוב את חוק יסוד: משק המדינה ולכוון תקציב שאינו חד-שנתי על דרך של הוראת שעה, וזאת בהתבסס על דוקטרינת "השימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד, תוך יישום המבחנים שהתוותה כב' הנשיאה ביניש בפסק הדין **בעניין בר-און**.

הדגש שהושם על-ידי בית המשפט הנכבד **בעניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים** ביחס ל"שימוש לרעה" בסמכות המכוננת היה על כך שהיה מדובר **בהוראת שעה זמנית**, חמישית במספר, אשר הובילה בפועל ל"שחיקה" של הוראת הקבע הקבועה בחוק יסוד: משק המדינה בדבר תקציב חד-שנתי, עד כדי ריקונה מתוכן (כלומר, על היחס שבין הוראת השעה להוראת הקבע החוקתית).

כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין ביסס את התשתית העיונית של הדוקטרינה על כללי היסוד של המשפט המינהלי, מהם עולה כי גם הרשות המכוננת צריכה להפעיל את סמכותה בתום לב ומשיקולים ענייניים. השימוש לרעה בסמכות מכוננת מתקיים, בהתאם לקביעת כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין, במקרים בהם מזהים שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט החוקתי (פס' ל' לפסק דינו). בדבריו של כב' השופט מלצר באותו עניין הובהר, כי יש לפרש את המונח תום לב **"במשמעותו ובנפקותו המשפטית העמוקה של מושג זה"** (פס' 8 לפסק דינו).

ראו בהקשר זה גם את דברי פרופ' רוזנאי במאמרו "שימוש לרעה בחוק היסוד", המסביר את הבסיס התיאורטי אשר לגישתו עומד ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה – חובת הנאמנות של הרשות המכוננת לריבון – לעם (עמ' 1268-1270).

המבחנים העדכניים לזיהוי נורמה חוקתית וליישום דוקטרינת השימוש לרעה

93. בשנים האחרונות פותחו על-ידי בית המשפט הנכבד כלי עזר נוספים ליישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והחלת הדוקטרינה נבחנה בהקשרים רחבים יותר מאשר המקרה של חקיקת הוראות בחוקי יסוד כהוראת שעה.

94. פסק הדין בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (ניתן ביום 23.5.21), להלן: **עניין שפיר** עוסק בסוגיית השימוש לרעה בסמכות המכוננת, והוא ניתן על-ידי מותב מורחב של 9 שופטים.

פסק הדין **בעניין שפיר** עסק בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), אשר התקבל בכנסת ביום 24.8.20 וכלל שתי הוראות שעה שתיקנו חוקי יסוד, אשר התייחסו לאופן אישור התקציב בשנת 2020 ולחישוב ה"תקציב המשכ"י של אותה השנה. אחת הטענות שעלתה בעתירות אלה הייתה כי מדובר בהוראת שעה, אשר אין להעמידה ברמה של נורמה חוקתית, מאחר שנבעה מהנסיבות הפוליטיות הקונקרטיות של אי-אישור התקציב במועד, ונעדרה הצדקה העומדת בפני עצמה, וכן משום שלא עיגנה במהותה נורמה על-חוקתית.

דעת הרוב **בעניין שפיר** קיבלה חלק מטענות העותרים, וקבעה כי המקרה אכן עלה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. עם זאת, מאחר שהסוגיה הפכה במידה רבה לתיאורטית באותו מקרה, נקבע כי יש להסתפק "בהתראת בטלות". פסק הדין העיקרי נכתב על-ידי כב' הנשיאה חיות (אליה הצטרפו כב' השופטים הנדל, עמית, ברון וקרא). כב' השופטת ברק-ארז סברה אף היא שהתיקון עולה כדי שימוש לרעה, אך הציעה דרך ניתוח שונה, אליה נתייחס להלן.

95. כב' הנשיאה חיות הרחיבה את המבחנים לזיהוי נורמה כ"כנורמה חוקתית", כפי שנקבעו בפסקי הדין **בעניין בנק המזרחי** ובפסקי הדין בעניין התקציב הדו-שנתי, וקבעה לעניין זה **מבחן דו שלבי**:

השלב הראשון - **שלב הזיהוי**. מעבר למבחן הצורני – אשר כאמור מהווה בחינה טכנית כי כותרת הנורמה היא אכן "חוק יסוד" והיא אינה כוללת את שנת חקיקתה – יש לבחון אם הנורמה היא בעלת מאפיינים של נורמה חוקתית על-חוקית, תוך שנקבעו לעניין זה מספר מבחני עזר לקיומם של סימני ההיכר של נורמה חוקתית, **שאינם בגדר רשימה סגורה**:

- **מבחן היציבות** - האם הנורמה נושאת אופי זמני, קרי, תחולתה קצובה מראש בזמן או שמא מדובר בהסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד;
- **מבחן הכלליות** - האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים;
- **מבחן ההתאמה** - האם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד אליו מתווסף התיקון.

השלב השני – **שלב הצידוק**. רק אם הנורמה **אינה** עומדת באחד או יותר משלושת המבחנים האמורים, כלומר אין לה סימני היכר של נורמה חוקתית, יש לבחון האם מוצדק היה לקבוע אותה כנורמה חוקתית דווקא, על אף העדר סימני ההיכר של נורמה חוקתית. במסגרת בחינת ההצדקה נלקחות בחשבון הנסיבות החריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת, ומידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.

96. כב' השופטת ברק-ארז סברה בפסק דינה **בעניין שפיר** שאין מקום לאמץ את מבחן הצידוק. לעמדתה, מבחן הצידוק תר אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי המצדיק את הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי, ובמובן זה הוא עלול לגרור את בית המשפט לזירה הפוליטית, תוצאה שאינה רצויה.

חלף מבחן זה הציעה כב' השופטת ברק-ארז לאמץ מבחן **חד-שלבי** לבחינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. לעמדתה, הביקורת השיפוטית בהקשר של שימוש לרעה אינה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון שעניינו עומד על הפרק, אלא רק דיון פורמאלי בשאלת היקפה של הסמכות המכוננת. המבחן החד-שלבי לזיהוי הנורמה כנורמה חוקתית, מורכב לשיטתה משלושה מבחני עזר:

- **מבחן היציבות** – לשיטת כב' השופטת ברק-ארז לא ניתן באופן גורף לחוקק הוראת יסוד כהוראת שעה, יהא הצידוק אשר יהא;
- **מבחן הכלליות** – הסדר חוקתי חייב להיות בעל תחולה כללית ולא פרסונלית;
- **מבחן המובחנות** – יש לבחון האם מדובר בחקיקה שתפקידה להיות פרק בחוקה ואין המדובר ב"פלישה", באופן מובהק, לתפקידן של הרשויות האחרות.

לפי גישה זו, ככל שהנורמה איננה עומדת באחד או יותר ממבחני העזר האמורים – יש לראות בה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, ואין מקום לבחון את ההצדקה לחריגה זו, כך שאין להידרש כלל למבחן הצידוק.

97. יצוין, כי כב' השופטים סולברג, מינץ ואלרון סברו, בדעות המיעוט **בעניין שפיר**, שאין מקום להרחבה הפסיקתית של דוקטרינת השימוש לרעה, בהעדר סמכות לבית המשפט להתערב בחוקי יסוד, וכן הסכימו לטענות המדינה לפיהן מדובר היה בעתירה תיאורטית.

ניגוד עניינים מוסדי

98. בפסק הדין בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת** (ניתן ביום 12.7.21), (להלן: **עניין ממשלת החילופים**), דן בית המשפט הנכבד במותב מורחב של 9 שופטים באפשרות קיומו של מבחן עזר נוסף – כחלק ממבחני המשנה של הכלליות או היציבות, במסגרת המבחן הדו-שלבי – **בחינת השאלה האם ההסדר נחקק תוך "ניגוד עניינים מוסדי"**.

פסק הדין **בעניין ממשלת החילופים** עסק בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), שהתקבל בכנסת ביום 7.5.20, עובר להקמת הממשלה ה-35. התיקון האמור עסק ברובו בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, אשר הוסף אליו הסדר המאפשר להקים ממשלת חילופים.

99. בית המשפט הנכבד מיקד את הדיון **בעניין ממשלת החילופים** במידה רבה בעצם עריכת תיקון משטרי מהותי **בתחולה המיידית** על הכנסת שחוקקה את התיקון, ושנועד לאפשר בתקופת כהונתה את הקמת הממשלה על-פי ההסדר המשטרי החדש. כך, אחד מראשי הצו על-תנאי נוסח כך "מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) וחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם, אשר אמורים לחול בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – בטלים, ככל שלא יוחלו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך, זאת תוך קביעת הוראת מעבר מתאימה".

בסופו של יום, בית המשפט הנכבד (כב' הנשיאה חיות בהסכמת כב' השופטים הנדל, עמית, סולברג, ברק-ארז, ברון, ג' קרא וד' מינץ) דחה את העתירה ומצא, אל מול דעתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה מלצר, כי אין הצדקה להתערבות שיפוטית בתיקון מס' 8 לחוק היסוד – לא לפי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי, ולא לפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

יודגש, כי בחינת תחולתו המיידית של ההסדר החוקתי נעשתה באספקלריה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (מפני שמדובר במאפיין פורמלי של הוראת חוק היסוד ולא בתוכן שלה). כב' הנשיאה חיות עמדה על הקושי הגלום בכך שהרשות המכוננת קובעת הסדרים שאותה הכנסת "נהנית" מהם ושהם נועדו לשרת אותה.

כך, למשל, כב' הנשיאה חיות עמדה על כך, שכאשר הנורמה המיועדת מאפשרת לשחקן פוליטי אחד להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מצביה רף גבוה יותר בפני שחקן אחר, אזי היא לוקה בפרסונליות מוסדית, אשר יכולה לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת:

15" ... קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית... . טלו למשל מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים... העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתת מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים.

16. דוגמה אחרת היא הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרוספקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר. הוראה כזו עלולה לעורר קושי גם בכל הנוגע למבחן היציבות. כידוע, אחד מהמאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה (עניין שפיר, בפסקה 38 לחוות דעתי). פגיעה ביציבות חוקי היסוד נגרמת, למשל, כשהוראה חוקתית נחקקת כהוראת שעה (שם, בפסקה 39), אך בכך אין כדי למצות את כלל המצבים שעלולים להוביל לפגיעה ביציבות חוקי היסוד, והוראה רטרוספקטיבית שיש בה משום שינוי משמעותי של "כללי המשחק" בדיעבד עלולה לפגוע פגיעה קשה ביציבות המפעל החוקתי, גם אם היא מוחלת כתיקון של קבע. זאת, שכן מרכיב מרכזי ביציבותה של חוקה – אולי המאפיין המרכזי ביותר שלה – הוא הביטחון שהיא מקנה לאזרחי המדינה שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע. כך למשל, הכפלת תקופת כהונת הכנסת והחלתה על הכנסת המכהנת באופן מיידי כמתואר לעיל, שומטת את הקרקע מתחת לכללי המסגרת הבסיסיים אשר בהתאם להם הצביעו אזרחי המדינה בבחירות לכנסת...

בהתאם לכך, ככל שמועד התחולה של נורמה חוקתית גורר פגיעה גדולה יותר ב"וודאות החוקתית", כך ניתן יהיה לקבוע באופן מובהק יותר כי החלתה במועד זה סותרת את מבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 166).

100. באשר לחקיקת התיקונים לחוק היסוד אשר איפשרה את כינונה של ממשלת החילופים בתחולה מיידית, קבעה כב' הנשיאה חיות, כי אין בהם כשלעצמם כדי לפגוע במבחן הכלליות והיציבות. הובהר שוב כי "המניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד". מעבר לכך, כב' הנשיאה חיות מצאה שאין המדובר בניגוד עניינים כה מובהק, המצדיק התערבות שיפוטית בחוקי יסוד, וציינה כי גם אם המקרה הפוליטי-פרטי שימש תמריץ לחקיקת ההסדר, יש לו תכלית העומדת בפני עצמה – מניעת חוסר יציבות שלטונית.

101. כב' המשנה לנשיאה מלצר, בדעת מיעוט, סבר כי יש מקום להוציא "התראת בטלות" ביחס לתיקון מס' 8 לחוק היסוד, כאשר עיקר הקושי בעיניו גלום בהיבט הרטרואקטיבי של התיקון, כלומר שינוי משמעותי של מבנה הממשלה לאחר הבחירות, והידיעה הברורה עם מי הוא בא להיטיב, אשר פוגמים בכלליות ההסדר.

102. לבסוף, לאחרונה שב בית המשפט הנכבד ונדרש לעניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, במסגרת פסק הדין בעתירות בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' **כנסת ישראל**, בג"ץ 8949/22 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** ובג"ץ 8982/22 **התנועה לטוהר המידות נ' נתניהו** (ניתן ביום 18.1.23), להלך: **עניין דרעי**. בעתירות אלו התבקשו סעדים הן בנוגע לחוקתיותו של תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר במסגרתו הונמך רף טוהר המידות ביחס לכשירות שרים; הן בנוגע לסבירות מינויו של חה"כ דרעי לשר בממשלה ה-37.

בית המשפט הנכבד – בהרכב מורחב של 11 שופטים – התייחס בפסק דינו לקשיים המשמעותיים שהתגלו ביחס לתיקון חוק היסוד, בראי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אולם בסופו של יום לא נידרש להכרעה בעניין, לנוכח העובדה שניתן היה להעניק סעד במישור המינהלי. כך קבעה כב' הנשיאה חיות בפסק דינה לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד:

42. בבג"ץ 2905/20... עמדתי על כך שעצם העובדה שהכנסת מתקנת את חוק היסוד ומחילה את התיקון באופן מידי, כתיקון קבוע מעתה ואילך, אין בה כשלעצמה כדי להצביע על כך שמדובר בנורמה שלא ניתן לזהותה כנורמה חוקתית [...]. לצד זאת, ציינתי כי "[...] לא ניתן להתעלם ממגמה מסתמנת של שינויים משטריים משמעותיים המבוצעים אד-הוק, לעתים בדרך של הוראת שעה, בתחולה מיידית (ולעתים בלעדית) לכנסת שביצעה אותם" ... דומה כי דברים אלה – שנאמרו אגב דיון בעתירות שנוגעות לתיקון חוק יסוד היוצר מנגנון אופציונאלי שיבטיח אמון בין צדדים פוליטיים לצורך הקמת ממשלה – יפים מקל וחומר לגבי שינוי גורף של תנאי הכשירות לכהונת שרים, שבוצע טרם הקמת הממשלה, על רקע קושי שהתעורר ביחס למינויו של אדם ספציפי. במילים אחרות, הליך חקיקת תיקון מס' 11 אכן מדיף ריח חרף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר.

43. אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד... קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמד של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית. בפרט, יש להצר על כך שהשינוי בו עסקינן נועד להנמכת רף הכשירות הנדרש לכהונת שרים בהיבטים הנוגעים לטוהר המידות.

44. אכן, הקשיים שעליהם הצביעו העותרים ביחס לתיקון לחוק היסוד אינם עניין של מה בכך והם מכתמים את התיקון בכתם פרסונלי מובהק. חרף האמור, הכלל הנקוט עמנו הוא ש"התערבות בחוק של הכנסת [...] צריכה לשמש [...] כאמצעי אחרון אשר יש לפנות אליו רק לאחר מיצוי דרכים משפטיות אחרות" ... דברים אלה נכונים מקל וחומר ביחס לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, השמורה למקרים נדירים וחריגים ביותר. לפיכך, ומשניתן, כפי שיפורט להלן, לקבל את הטענות שהעלו העותרים במישור המנהלי לעניין מינויו של דרעי לשר ואי העברתו מתפקידו – מתייטר בעיני הצורך להכריע לגופם של דברים בסעד החריג של בטלות תיקון מס' 11 על פי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

וכך קבעה כב' השופטת ברק-ארז לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד:

47. ... למעלה מן הצורך אוסיף כי התרשמתי היא שהתיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים.

אכן, אין מחלוקת על כך שהכנסת הייתה רשאית לתקן את חוק יסוד: הממשלה בכל הנוגע לקביעת תנאי הסף של כשירות לכהונה בממשלה לאחר הרשעה בפלילים (כך שרק משפט שהסתיים גם בהטלת מאסר בפועל ישמש "טריגר" למניעת כהונה כאמור). עניין זה, אף שהוא עלול לעורר שאלות במישור הערכי-ציבורי, מצוי בליבת סמכותה של הרשות המכוננת. על כן, אתייחס בהמשך הדברים רק להיבטים הנוגעים להחלתו של התיקון "מיד", ובפרט לשימוש הברור שנעשה בו כך שיתאים לנסיבותיו האישיות של דרעי.

48. בעניין ממשלת החילופים נקבע, ואף אני הייתי שותפה לעמדה זו, כי תחולתו המיידית של חוק יסוד אינה מקימה כשלעצמה בסיס אוטומטי לקביעה כי מדובר ב"שימוש לרעה בחוק יסוד". אכן, החלה מיידית של תיקון חוקתי היא פרקטיקה לא רצויה, אך כבר נעשו בעבר תיקונים לא מעטים בחוקי יסוד שתחולתם הייתה מיידית (שם, בפסקאות 18-19 לפסק דיני). אולם, המקרה שבפנינו הוא שונה הן מבחינת טיבו והן מבחינת מאפייניו הפרסונליים. שלא כבמקרים קודמים שבהם התיקון בחוק היסוד נסב אך על היבטים משטריים של מבנה הממשלה ומתכונת פעולתה (כמו במקרים שבהם הוכנסו שינויים בנושאים של מספר השרים בממשלה ומעמדם או מודל "ממשלת החילופים" עצמו), במקרה דנן אופי התיקון שהוכנס (קביעת הרף של אי-כשירות לכהונה) והחלתו המיידית היו כרוכים בהשפעה מעין-רטוראקטיבית על תוצאותיו של הליך פלילי מסוים ועל מצבו המשפטי של אדם קונקרטי.

49. ... התיקון לחוק היסוד והחלתו על דרעי באופן מידי לא רק שינוי סדרי עולם וממשל, אלא היו בעלי השפעה נקודתית, שלא לומר "כירורגית", ששינתה בדיעבד את התוצאות המשפטיות שנבעו ממשפטו הפלילי של דרעי. זאת, כאשר מביאים בחשבון כי, הלכה למעשה, אין מחלוקת שדרעי היה המועמד היחיד לתפקיד שר ש"נהנה" ממהלך זה. דהיינו, במישור התוצאה, התחולה המיידית באה לידי ביטוי בשינוי ההשלכה המשפטית הנוגעת להליך פלילי יחיד, ותו לא. ...

50. בהתחשב בכך, על פני הדברים, ומבלי להכריע, דומה שזהו אחד מאותם מקרים שאמורים לשמש חריג לקביעה כי אין פסול בתחולה מיידית של חוק יסוד. הייחוד של המקרה הוא השפעתה של התחולה המיידית על תוצאות מגובשות של הליך פלילי מסוים. כשלעצמי, אוסיף כי נקודת מבט נוספת ממנה ניתן להשקיף על הדברים נעוצה באמת המידה של "מובחנות", שבה צידדתי אני בעניין שפיר (שם, בפסקה 23 לפסק דיני). לשיטתי, החלתו של התיקון לחוק היסוד כך שזה יתפוס ברשתו את עניינו של דרעי עשויה להיחשב "חדירה" או אף "הסגת גבול" של הרשות המכוננת אל תחומיה הברורים של הרשות השופטת, מאחר שנועדה להשפיע על תוצאותיו של הליך פלילי קונקרטי.

כב' השופט עמית נדרש אף הוא לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד:

"12. [...] ב. תוכנו של התיקון הוא בגדר נורמה כללית וקבועה, אשר כשלעצמה אין בה פסול, הגם שניתן להצר על הורדת רף הכשירות שהנורמה החדשה מבטאת. ברם, דומה כי זו הפעם הראשונה של חקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר המידות, על מנת לתפור את חוק היסוד למידותיו של דרעי עוד טרם הקמת הממשלה. אף דומה כי זו הפעם הראשונה שחקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר מידות נעשית בבהילות כה רבה, כדי כך שנקבע באופן כמעט חסר תקדים, כי תחולתו של התיקון היא מיום קבלת התיקון בכנסת, חלף המועד של פרסום החוק ברשומות."

החרה החזיק אחריהם כב' השופט כבוב, שציין לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד כך :

6" ... כפי שציינה חברתי, הנשיאה א' חיות, בפסקה 43 לחוות דעתה, המקרה שלפנינו מעורר קושי רב, ואף נקודת קיצוץ. שכן, לפנינו תיקון לחוק-יסוד שתכליתו לשנות את תנאי הכשירות שנקבעו לכהונת שרים, במטרה לאפשר לח"כ דרעי להתמנות כשר – מבלי שתקום חובה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות, כדי שזה יקבע האם נפל קלון בהרשעתו האחרונה בפלילים.

הליך החקיקה המהיר, שהסתיים עוד בטרם הושלמה מלאכת הקמת הממשלה, ובהיעדר דיון ממצה במכלול השיקולים הרלבנטיים שהוצגו הן על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת הן על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה – אומר, לטעמי, דרשני. **תיקון חוק יסוד משטרי, הגם שנעשה תוך שימוש ברוב הנוכחי בכנסת בסמכותה המכוננת – אין בו כדי לתקף, כשלעצמו, את נכונות התיקון. שכן, "ביטויו העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהן, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה רבה" ...**

לבסוף, גם כב' השופט גרוסקופף נדרש בפסק דינו לעניין פרסונליות התיקון לחוק היסוד :

4" לבסוף, לא אכחד כי התלבטתי בשאלה האם אין מקום לפסוק תחילה בשאלת תקינותו של תיקון חוק-יסוד: הממשלה (להלן: חוק היסוד), וליתר דיוק בסוגיית תקינות החלתו בעניין חברותו של חה"כ דרעי בממשלה הנוכחית. [...]. בסופו של דבר, השתכנעתי כי בראי היקף התערבותו של בית משפט זה בחקיקת הכנסת, ובפרט בחקיקת חוקי היסוד, המדובר בצעד מרחיק לכת, שראוי להימנע מלעשות בו שימוש כאשר דין העתירות להתקבל מטעמים אחרים ...

ככלל, שימוש לרעה בסמכות (Abuse of Authority) הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות ... כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעיה השונים. **בענייננו, קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוננת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי – על מנת לעקוף את הדרישה לברר את השלכות ההליך הפלילי על כשירותו של חה"כ דרעי להתמנות לשר באמצעות המסגרת המשפטית שנקבעה לכך, קרי, פנייה ליושב ראש ועדת הבחירות לכנסת כאמור. לפיכך, על פני הדברים, אינני שולל כי נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת – ואולם, מהטעם שהוזכר לעיל, מקובל עליי כי אין אנו נדרשים להכריע בכך במקרה דנן."**

103. הנה-כי-כן, מפסקי הדין של חלק משופטי בית המשפט הנכבד **בעניין דרעי**, עולה שניתן משקל רב לפרסונליות שדבקה בתיקון חוק היסוד, ולעובדה כי חקיקתו נועדה לשם מתן פתרון מידי לצורך פוליטי שנגע לעניינו הפרטני-משפטי של אדם קונקרטי, ולא לשם עיצוב המבנה המשטרי בראייה כללית ורחבה.

בנוסף, עולה כי השופטים שנדרשו לסוגיה זו בפסק דינם העניקו משקל רב לעובדה שהפעלת הסמכות המכוננת נועדה לשם שינוי מצבו המשפטי של חבר הכנסת דרעי באמצעות עקיפת הדרישה לברר בהליך משפטי את השלכות ההרשעה בפלילים; לעובדה כי הדבר נעשה בהליך חקיקה מזורז; ולכך שתחולתו המידית של תיקון חוק היסוד שלובה בהיבטיו הפרסונליים של חבר הכנסת דרעי.

בד בבד, בצד נכונות בית המשפט הנכבד לפסוע צעד אחד נוסף בכל הקשור לפיתוחה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, הרי שבסופו של יום הדבר לא היה נדרש לאור סעדים אפקטיביים אחרים, שהוחלט לתתם במישור המינהלי.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

104. בחינת מכלול הנסיבות הצריכות לעניין – בהתאם להתפתחות הפסיקתית האמורה – מלמדת כי עסקינן במקרה שבו "נחצה קו הגבול" ונעשה שימוש מובהק לרעה בסמכות המכוננת, אשר מצדיק את התערבותו החריגה ביותר של בית המשפט הנכבד ואת ביטול תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה.

105. נבחן כעת את תיקון מס' 12 לחוק היסוד בהתאם למבחני-המשנה ומבחני-העזר שפותחו בפסיקה, כמפורט לעיל, לצורך יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. בשלב הראשון – הוא שלב הזיהוי – יש לבחון כאמור אם תיקון חוק היסוד דגן נושא את המאפיינים הצורניים וסימני ההיכר של נורמות חוקתיות, וזאת בשים לב ליציבותו, לכלליותו ולהתאמתו למארג החוקתי הכולל.

לעמדת המשיבה, התשובה לכך היא בשלילה.

מבחן הכלליות

106. כאמור לעיל, לעניין מבחן הכלליות, כב' הנשיאה חיות סיכמה בעניין שפיר כדלקמן:

"40. ... מבחן זה נגזר מעיקרון שלטון החוק ועניינו בכך שנורמה משפטית, בהבדל מנורמות אחרות, צריכה, ככלל, להיות בעלת תחולה כללית, מופשטת ולהתייחס לקבוצה בלתי מסוימת חשיבותה של דרישת הכלליות ביחס לחוקי היסוד נעוצה באופיים כמשקפים קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית, ומשכך הם "אינם צריכים לשקף את האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" אכן, הסדר הנושא מאפיינים פרסונאליים חוטא לעקרון הכלליות ואינו עולה בקנה אחד עם אופייה ומעמדה של נורמה משפטית, ועל אחת כמה וכמה עם אופייה ומעמדה של נורמה חוקתית. עמד על כך השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי בציינו "חוק המנוסח 'באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול' – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות" ודוקו – נורמה פרסונאלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל-"פרסונה" מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת" (סעיף 40 לפסק הדין).

107. לעמדת המשיבה, נסיבות ענייננו מלמדות, באופן מובהק, כי תיקון מס' 12 לחוק היסוד אינו עומד במבחן הכלליות, כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד.

למען הסדר הטוב, נשוב ונעמוד בתמצית על עיקרי העובדות הצריכות לעניין זה –

(א) בהתאם לפסק הדין **בעניין הטלת המנדט**, כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה כפופה לקיום המגבלות הקבועות בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בעניין ניגוד העניינים החריף בו הוא מצוי בשל ההליך הפלילי המתנהל נגדו, ותוך שבית המשפט הנכבד קבע מפורשות **בעתירות ניגוד העניינים** כי ראש הממשלה כבול ב"מעין השתק שיפוטי" בנוגע לתוקפה המחייב של חוות הדעת;

(ב) היועצת המשפטית לממשלה הבהירה לראש הממשלה, כי בהתאם לחוות דעת ניגוד העניינים ולפסיקת בית המשפט הנכבד, הוא מנוע ממעורבות ביוזמות המקודמות במסגרת המהלך המכונה "הרפורמה המשפטית";

(ג) ראש הממשלה טען כי עמדת היועצת אינה מיישמת את חוות דעת ניגוד עניינים שגובשה בענייניו ולכן אינה מחייבת אותו. בהמשך, בית המשפט הנכבד שב והבהיר כי חוות דעת היועצת מחייבת את ראש הממשלה, כל עוד לא נפסק אחרת (יודגש, כי ראש הממשלה בחר שלא לעתור נגד חוות הדעת, הגם שבקשתו שהוצגה בעל-פה על-ידי עורכי דינו לשנות מחוות הדעת נענתה בשלילה);

(ד) לבית המשפט הנכבד הוגשו שתי עתירות שביקשו לקבוע שיש להורות על הוצאת ראש הממשלה לנבצרות, בטענה כי הוא מפר את הסדר ניגוד עניינים; וכי בצד ניהול משפטו הפלילי הוא מעורב באופן אישי ביוזמות החקיקה המקודמות במסגרת המהלך המכונה "הרפורמה המשפטית";

(ה) בית המשפט הנכבד הורה על הגשת תגובות לעתירות;

(ו) למחרת היום פרסמו ראשי הקואליציה הודעה חריגה ותקיפה, לפיה החלטת בית המשפט הנכבד מהווה ניסיון הדחה לא חוקי של ראש ממשלה מכהן, וכי אין לאף גורם משפטי הסמכה לקיים דיון בדבר נבצרות ראש הממשלה;

(ז) ימים בודדים לאחר מכן הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית – מטעם חברי כנסת מסיעות הקואליציה – אשר ביקשה לקבוע כי רק ראש הממשלה או הממשלה (ברוב גדול) יוכלו להודיע על נבצרות זמנית של ראש הממשלה, מטעמים בריאותיים בלבד, וכי לא ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית בעניין;

(ח) לאורך הדיונים בהצעת חוק היסוד במליאת הכנסת ובוועדה המיוחדת, שבו ונשמעו אמירות מצד חברי כנסת שתמכו בהצעת חוק, לפיהן הצעת החוק הוגשה על רקע עתירות הנבצרות והסדר ניגוד העניינים, וכדי למנוע את האפשרות שראש הממשלה יוצא לנבצרות.

לעניין זה הפנינו, בין היתר, לאמירות שלהלן –

○ חה"כ ארבל (כתוארו אז) בישיבת הוועדה מיום 2.3.23 – 'לעצם זה שבית המשפט פתח את הדלת ומקיים דיון בעתירה הזו בשם ערכים של צדק כביכול, סעיף 15 לחוק בתי המשפט, הדבר הזה הוא בלתי נתפס. הדבר הזה הוא בלתי מתקבל על הדעת. אנחנו נמצאים תקופה קצרה מאוד לאחר הבחירות, כאשר הכנסת והעם אמר את דברו בצורה מאוד מאוד ברורה. זה הכי קרוב לטנקים. זה הכי קרוב. ... אנחנו מדברים על זה שהעתירה תלויה ועומדת. על זה שבית המשפט פתח את דלתו. בוודאי.'

ובסיכום דברי חה"כ ארבל באותה הישיבה – 'בסופו של דבר אפשר לקרוא לחוק הזה חוק דפנה ברק ארז, היא זו שהביאה אותנו לכאן בהחלטתה השיפוטית לפתוח את דלתו של בית המשפט ולבקש תגובה על העתירה המופרכת וההזויה הזו. היא הביאה אותנו עד הלום.'

○ יו"ר הוועדה המיוחדת ואחד המציעים של הצעת התיקון לחוק היסוד, חה"כ כץ, בישיבת הוועדה מיום 2.3.23 – 'לאור ההתנהלות של היועצת המשפטית לממשלה, ואנחנו רואים את ההתנהלות שלה, שזה הכול כאן נגד. מה אתם רוצים, שניקח סיכון, נהמר על זה שעכשיו היא תבוא והיא תגיד שהוא עבר על ניגוד עניינים והיא תפעל להדחת ראש ממשלה?', זה לא משהו שאפשר לשחק בו. זה לא משהו שאפשר להקל בו ראש. זה לא משהו להמר עליו. זה ראש ממשלה.'

○ חה"כ כץ בישיבת הוועדה מיום 13.3.23 – 'וגם מה שקיים אצלנו, למשל, נבצרות של נושא משרה, יושב-ראש כנסת או נשיא מדינה – כמו שטלי ציינה – גם זה רק על בסיס בריאותי. רק פה רואים שהעם רוצה ליכוד; העם רוצה את נתניהו כראש הממשלה – אז מנסים להפיל אותו בדרכים אחרות לנסות. לזה אנחנו לא מוכנים, ואת זה אנחנו לא ניתן.'

○ חה"כ סעדה בישיבת הוועדה מיום 21.3.23 – 'אני אגיד לך למה, אני אגיד לך מה הסיבה, ובאמת לדעתי זה לא היה צריך לקרות, הסיבה היחידה, שהוגשה עתירה לשופטת דפנה ברק ארז להכריז על ראש ממשלה כנבצר, היא הייתה פונה לעותר להגיד לו: ידידי, קראתי את החוק, זה לא רלוונטי מה שאתה עושה, אני מתלבטת אם להטיל עליך הוצאות כי זו עתירה קנטרנית, וסוגרת את האירוע הזה. במקום זה היא הפנתה ליועמ"שית, כאשר על פניו היא מפרשת את החוק בניגוד מוחלט למה שכתוב בחוק. ... זה פשיטה שבגלל זה חוקקנו. את צודקת, מה את חושבת שחוקקנו כי סתם קמנו ואמרנו, וואו, החוק הזה לא ברור? ... עשינו את זה בגלל האירוע של נתניהו.'

○ חה"כ כץ במליאת הכנסת ביום 22.3.23 – 'כשעלה הנושא הזה לאוויר, כסוג של איום, לא ראינו שדוחים את זה; שאומרים שהדיון הזה לא היה; שהדיון הזה לא קרה. לא ראינו. יש כאלה שנהנו לראות שזה באוויר, אולי שיהיה סוג של איום כלשהו. את המצב הזה אנחנו משנים.'

(ט) לבסוף, ראייה ברורה וחד משמעית נוספת לתכלית ההסדר נגלתה שעות בודדות לאחר שהתיקון לחוק היסוד עבר בקריאה שניה ובקריאה שלישית, כאשר ראש הממשלה התייצב מול המצלמות והודיע לציבור, כי לאחר שנחקק התיקון לחוק-היסוד ידיו אינן כבולות עוד ועל כן הוא יעסוק ביוזמות לשינויים במערכת המשפט, על אף המגבלות שהוטלו עליו בחוות דעת ניגוד העניינים המחייבת אותו, וחרף פסיקת בית המשפט הנכבד ו"ההשתק המעין-שיפוטי" החל עליו כאמור.

הדברים מדברים בעד עצמם.

108. כידוע, כל חוק, ומקל וחומר חקיקת יסוד, נדרש להיות כללי, וזאת כנגזרת מעקרון שלטון החוק במובנו המהותי. דרישות אלה נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי יעוצב, ככל הניתן, מאחורי "מסך בערות" – בתנאים שבהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב או למי יזיק החוק הרלוונטי (ראו למשל את פסק הדין בעניין ממשלת החילופים, סעיף 122 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר). לעומת זאת, נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים היא נורמה אשר התחולה שלה אינה כללית, אלא היא נועדה לחול על נסיבות מסוימות ביותר, או על אדם או גוף ספציפי.

בית המשפט הנכבד עמד על כך פעם נוספת, אך לפני מספר חודשים, בעניין דרעי. כך, למשל, קבעה כב' השופטת וילנר:

7. "אם כן, גישתי האמורה, בדבר הריסון שיש לנקוט בביקורת שיפוטית בהקשר הנדון, נשענת במידה לא מבוטלת על הנחה עקרונית, שלפיה הסדרים חוקיים, לא כל שכן חוקתיים, ובפרט כאלה הנוגעים לתנאי כשירות, כבענייננו, נקבעים, מאחורי מעין "מסך בערות", הסדרים אלו מגובשים מתוך שאיפת המחוקק או המכונן לקבוע את תנאי הכשירות הראויים, על-בסיס ראייה רחבה של האינטרס הציבורי, להבדיל מאינטרסים פוליטיים צרים וקצרי-טווח.

8. ואולם, במקרה דנן, התיקון לסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, שמגדיר כאמור את תנאי הכשירות הרלוונטיים לענייננו, אינו עומד בעיקרון חשוב זה. זאת, שהרי דומה כי אין חולק, שתכלית התיקון הייתה להכשיר את מינויו של דרעי לשר, לנוכח עברו הפלילי, תוך עקיפת הצורך להידרש להכרעה בשאלה אם דבק קלון במעשיו בעבירות המס.

ובמילים אחרות, תנאי הכשירות לכהונת שר, כנוסחן בתיקון הנ"ל, נתפרו והוגמשו על מנת להלום את מידות עברו הפלילי של דרעי. בנסיבות חריגות אלו, נשמטת הקרקע תחת הצדקה מרכזית לגישה המשמיעה לנו לנהוג בריסון מיוחד בבואנו להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מהסוג הנדון."

109. לעמדת המשיבה, **בחינת מכלול הנסיבות האמורות מלמדת כי תיקון מס' 12 לחוק היסוד ביקש, באופן ברור ומובהק, לספק מענה מידי וקונקרטי לעניינו הפרטני-משפטי של ראש הממשלה**, וזאת כאמור לשתי תכליות המשולבות זו בזו: מניעת הדיון בעתירות הנבצרות שהוגשו נגדו; והשתחררות מיכבילת הידיים' ומ"ההשתק המעין שיפוטי" שנובעים מחוות דעת ניגוד העניינים החלה בעניינו, כך שיתאפשר לו לעסוק בשינויים במערכת המשפט שיש בהם כדי להיטיב עם עניינו האישי. **נראה כי המרכיב הפרסונלי של התיקון כה דומיננטי, עד כדי כך שההסדר המשפטי כולו עוצב כדי להגשים תכליות אלו, ומטבע הדברים יש בכך כדי להביא לשחיקה משמעותית ביותר בכלליות הסדר, על אף תחולתו הכללית כביכול.**

על כן, תיקון של נורמה חוקתית העוסקת בהסדר רגיש של כהונת ראש ממשלה, באופן שמבקש כביכול להסיר מראש ממשלה מכהן מגבלות מתחום טוהר המידות ולאפשר לו לעסוק בשינויים במערכת המשפט שיש בהם כדי להשפיע על עניינו האישי, רחוק מלהלום את אופייה ומעמדה הכללי הנדרש של נורמה חוקתית.

110. כידוע, בית המשפט הנכבד עמד בפסיקתו על כך שמניעים לחקיקתו של דבר חקיקה, ובכלל זה חקיקת יסוד, אינם מהווים – **כשלעצמם** – עילה להתערבות שיפוטית.

עם זאת, בעניינו, **בחינה של מכלול נסיבות המקרה** דן בהתאם למבחנים שנקבעו לדוקטרינת השימוש לרעה בחקיקת יסוד, מגלה חומרה יתרה וחסרת תקדים, וזאת גם ביחס למקרים הקודמים שהובאו בפני בית המשפט הנכבד (ראו והשוו לדבריה של כבי' השופטת ברק-ארז **בעניין דרעי**, סעיף 48 לפסק דינה). ונרחיב.

111. **ראשית**, תיקון מס' 12 לחוק היסוד עוסק במטריה חוקתית-משטרית אשר נדרשת לגביה זהירות יתרה בהסדרתה לצרכים פוליטיים רגועים. בשונה ממקרים אחרים בעבר, בהם דובר בהסדרה של מערכות היחסים המבניים בתוך הממשלה ובין חברי הממשלה, הרי שכאן, בדומה **לעניין דרעי**, מדובר בתיקון "תוך כדי תנועה" של הסדר הנבצרות של ראש הממשלה – הסדר אשר נושא מטען ערכי-קונסטיטוציוני ראשון במעלה, ושנועד להבטיח רציפות שלטונית.

התיקונים השונים שנעשו עד היום בהסדר הנבצרות היו מועטים, ונעשו מתוך בחינה רחבה של הסוגיה, כפי שנדרש בהסדר תשתיתי ורגיש שכזה. לעומת זאת, תיקון מס' 12 קודם על-ידי הרוב הקואליציוני כדי לשרת את האינטרסים "הרגועים" והפרטניים של גורם נקודתי, ועל כן הוא מעורר קושי משמעותי ביותר ביחס לתיקונים של סעיפים מסוימים בחוק היסוד העוסקים במבנה הממשלה. מטבע הדברים, בעיצוב הסדר שכזה גובר הצורך שחקיקת היסוד תיעשה מאחורי מסך בערות ומתוך בחינה ערכית ורוחבית של הסוגיה, על פני הרצון בהסדרה קונקרטית שתשרת את עניינו המשפטיים והאישיים של אדם מסוים.

שנית, תיקון מס' 12 לחוק היסוד ביקש, הלכה למעשה, **להשפיע על הליך משפטי תלוי ועומד** (באותה העת) **בעניין אותו אדם מסוים**, ולמנוע את בירור ההשלכות המשפטיות לטענות של העותרים בדבר הפרה על ידו של הסדר ניגוד העניינים הפרטני שנקבע בענייננו. הרשות המכוננת למעשה גויסה, באופן בוטה, כדי לתת מענה לענייניו האישי של אדם מסוים, בעיתוי ובהקשר מאוד קונקרטי הנוגע להסרת מגבלות מתחום טוהר המידות, וזאת בדומה לאופיו האישי של התיקון בעניין **דרעי**. בהקשר זה, יושם אל לב כי הרשות המכוננת לא סברה כי נדרש תיקון לחוק-יסוד: הממשלה אגב בירור העתירות הקודמות בעניין נבצרות ראש הממשלה נתניהו, הגם שהתשתית הנורמטיבית ובכלל זאת עמימותו של סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה היתה זהה.

112. **שלישית**, ויתרה מכך, שעות בודדות לאחר שאושר בכנסת, תיקון חוק היסוד שימש בידי של ראש הממשלה **להתנער בפומבי מהחובות מתחום טוהר המידות שהוטלו עליו בחוות דעת ניגוד העניינים המחייבת אותו** – ביחס ליוזמות המקודמות במסגרת המהלך המכונה "הרפורמה המשפטית", אשר לפי חוות דעת היועצת המשפטית לממשלה, לראש הממשלה עניין אישי בהן, שכן קידומן יכול להשפיע על ההליך הפלילי המתנהל נגדו. כל זאת, בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד **בעתירות ניגוד העניינים** שנסקרו מעלה ובניגוד לחוות דעתה המחייבת של היועצת המשפטית לממשלה. אמנם, אין בתיקון מס' 12 כדי לגרוע מתוקפו המחייב של הסדר ניגוד העניינים וחוות דעת המשיבה בקשר אליו, לא כל שכן מפסקי הדין שחיבו את ראש הממשלה לקיים את חוות דעת היועצת. ואולם, יש בדברים אלה כדי להצביע על מהותו של השימוש בסמכות המכוננת במקרה זה.

למותר יהיה לציין כי תיקון של חוק יסוד לשם התנערות, ולו חלקית, מחוות דעת למניעת ניגוד העניינים בעניינו של ראש הממשלה, כמו גם מהתחייבות מפורשת שניתנה בשעתו על-ידי ראש הממשלה לבית המשפט הנכבד – התחייבות שכבר נקבע על-ידי בית המשפט הנכבד שיוצרת כלפיו "מעין השתק שיפוטי" – מגלם חומרה יתרה. זאת, בפרט כשהתנערות זו נועדה לאפשר את מעורבותו של ראש הממשלה בקידום שינויים במערכת המשפט, שיש בהם כדי להשפיע על עניינו האישי.

113. בהמשך לאמור יובהר ויודגש כבר עתה, כי עצם העובדה שהסדר הנבצרות דנן לא עוצב מתוך ראייה משטרית רוחבית ולא מאחורי מסך הבערות, הביאה לכך שהלכה למעשה בסופו של יום, **ההסדר שנקבע טומן בחובו פגמים מהותיים. הפרסונליות שהניעה את הליך החקיקה מלכתחילה דבקה גם בצופן הגנטי של ההסדר החוקתי גופו, תוך שהיא פוגמת בו פגמים של ממש, באופן שעלול ליצור מצבים של וואקום שלטוני בנסיבות של נבצרות.**

מוסד נבצרות ראש ממשלה טומן בחובו סוגיות חוקתיות ומשטריות כבדות משקל היורדות לשורש פעילותה של הממשלה והעומד בראשה. ככלל, וברמת הפשטה גבוהה, ניתן לחלק סוגיות אלו לשתי קטגוריות מרכזיות: הראשונה – מהן עילות הנבצרות שההסדר החוקתי מבקש להכיר בהן; השנייה – מהו מנגנון ההכרזה והאיזונים הפנימיים שהוא מקיים עם עילות הנבצרות.

דא עקא, ההסדר שאומץ בתיקון מס' 12 נפגם עד יסוד בשל מאפייניו הפרסונליים, הואיל ועיצובו כבעל תחולה והשפעה מיידית על עניינו של ראש הממשלה המכהן הכתיב מראשית הליך החקיקה ועד סופו את תוצאת הפעלת הסמכות המכוננת. הדברים נכונים הן ביחס לשלילת עצם האפשרות לשקול עילות נבצרות אובייקטיביות שאינן תחומות רק לטעמים בריאותיים (שכן שאלות אלו בדיוק עמדו ביסוד **עתירות הנבצרות** שהיו העילה ליזום את הצעת החוק); הן ביחס לעיצוב המנגנון ולדרישות הרוב החריגות שהוגדרו בממשלה, בוועדות הכנסת ובמליאתה.

לפגמים המהותיים שנפלו בהסדר בשל כך נשוב ונידרש בהמשך.

114. להשלמת הדברים יובהר כי הגם שכל תיקון של הסדרי הנבצרות בחוק-יסוד: הממשלה, יהיה 'פרסונלי' במובן מסוים – שכן הסדרים אלה עוסקים באדם אחד בהגדרה, ראש הממשלה – ברי כי אין בכך כדי להביא למסקנה לפיה לא ניתן לתקן את סעיפי הנבצרות בחוק-היסוד כלל. תחת זאת, בענייננו, הטענה לאי-עמידה במבחן הכלליות מתבססת על התכלית הפרסונלית שביסודו ושהובילה לכך שההסדר המשטרי הרגיש עוצב כדי להגשים תכלית זו ולא נעשה מאחורי מסך של בערות, מתוך ראייה משטרית רחבה, דבר שעולה בבירור מהליך החקיקה שתואר לעיל (שכאמור אף כלל בראשית הדרך הצעה למנוע כל ביקורת שיפוטית בסוגיית הנבצרות).

על כן, טיבו של ההסדר דנן, בצירוף עם מאפייניו הפרסונליים, הם שמבחינים בינו לבין מקרי עבר. לעניין זה נפנה לדבריה של כב' השופטת ברק ארז **בעניין דרעי**:

48. בעניין ממשלת החילופים נקבע, ואף אני הייתי שותפה לעמדה זו, כי תחולתו המיידית של חוק יסוד אינה מקימה כשלעצמה בסיס אוטומטי לקביעה כי מדובר ב"שימוש לרעה בחוק יסוד". אכן, החלה מיידית של תיקון חוקתי היא פרקטיקה לא רצויה, אך כבר נעשו בעבר תיקונים לא מעטים בחוקי יסוד שתחולתם הייתה מיידית (שם, בפסקאות 18-19 לפסק דיני). אולם, **המקרה שבפנינו הוא שונה הן מבחינת טיבו והן מבחינת מאפייניו הפרסונליים. שלא כבמקרים קודמים שבהם התיקון בחוק היסוד נסב אך על היבטים משטריים של מבנה הממשלה ומתכונת פעולתה** (כמו במקרים שבהם הוכנסו שינויים בנושאים של מספר השרים בממשלה ומעמדם או מודל "ממשלת החילופים" עצמו), **במקרה דנן אופי התיקון שהוכנס (קביעת הרף של אי-כשירות לכהונה) והחלתו המיידית היו כרוכים בהשפעה מעין-רטרואקטיבית על תוצאותיו של הליך פלילי מסוים ועל מצבו המשפטי של אדם קונקרטי**."

הדברים יפים גם לענייננו.

115. לבסוף יוער, כי לו תיקון החוק היה מוחל שלא באופן מיידית – למשל, החל מהכנסת הבאה – הרי שהייתה עשויה להיות לכך השפעה על אופן יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולו מן הטעם שהיה בכך כדי להרחיק את השימוש שנעשה בסמכות המכוננת. מעניינו של אדם קונקרטי, ראש הממשלה המכהן, על נסיבותיו האישיות החריגות כאמור.

תחולה במבט צופה פני עתיד היה בה כדי לאפשר לכנסת, כרשות מכוננת, להידרש לסוגיה באופן רוחבי, אף אם היא התעוררה עובר למקרה קונקרטי.

ואולם, כפי שעולה מדיוני החקיקה, לא בכדי לתיקון לחוק נקבעה תחולה מיידית, והנסיבות שפורטו בהרחבה מלמדות בבירור כי הדבר נעשה באופן מודע ובכוונת מכוון, תוך שבדרך זו נמנעה האפשרות לעצב את ההסדר במבט הרחב והכללי הנדרש לעיצוב הסדרים רגישים מעין אלה. כאמור, הדברים אף באים לידי ביטוי בהסדר עצמו.

מבחן היציבות

116. הגם שמוקד הקושי בעניינו נעוץ במבחן הכלליות, יצוין כי גם בהיבט של מבחן היציבות התיקון מעורר קושי מסוים.

כזכור, לעניין מבחן היציבות נקבע בפסק הדין **בעניין שפיר** מפי כב' הנשיאה חיות כי "אחד מסימני ההיכר המובהקים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה, וכי 'חוקי היסוד, המעגנים נורמות חוקתיות, נועדו לעצב את דמותה של המדינה לאורך זמן ולהניח את יסודותיה החוקתיים והמשטריים של האומה שיעמדו בתוקפם שנים רבות" (סעיף 38 לפסק הדין).

יצוין תחילה כי בעניינו, ובניגוד לעניין **שפיר** למשל, תיקון מס' 12 לחוק היסוד לא נחקק כהוראת שעה, אלא כנורמה קבועה. משכך, לכאורה, בחינה טכנית של מבחן היציבות יכולה הייתה להוביל למסקנה כי מבחן היציבות מתקיים בעניינו של תיקון מס' 12 לחוק יסוד הממשלה. ברם, בחינה מעמיקה יותר מצביעה כי גם בקשר ליציבות ההסדר, עולה ספק.

117. בהתאם לכך, שינוי מוסד נבצרות ראש הממשלה – המהווה חלק מהוראות חוקתיות משטריות רגישות, שנועדו להבטיח רציפות שלטונית – מתוך מטרה להתמודד עם נסיבות פרסונליות הנוגעות לטענות בנוגע לנבצרות קונקרטית, שוחק את הכלל ומחליש את המאפיין הנדרש מכל נורמה חוקתית של יציבות. שכן, הדברים אינם עולים בקנה אחד עם מאפייניה המוסדיים היסודיים ביותר של פרקים לחוקה, אשר מהווה את הטקסט המשפטי המכונן, במסגרתו פועלת הרשת המכוננת לקביעת הוראות משטריות יציבות המעצבות את "ככלי המשחק".

שינוי "כללי המשחק" – בפרט בהסדרים תשתיתיים הנוגעים לתנאי כשירות לכהונה ולעקרון הרציפות השלטונית – כך שיוסדר עניינו האישי של "שחקן" מסוים, פוגם ביציבות הכללים, פותח פתח לאפשרות שכללי המשחק ישתנו בכל עת כדי להתאים את עצמם למקרים קונקרטיים.

הולמת לעניין זה קביעתה של כב' הנשיאה חיות בפסק הדין **בעניין זרעי**, אשר מפאת חשיבותן לענייננו נביאה פעם נוספת – **"קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין ממשלת החילופים, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמד של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית"** (סעיף 43 לפסק הדין).

118. למען הסדר הטוב, יובהר כי אין חולק כי ניתן לתקן חוק-יסוד גם על רקע מקרה קונקרטי שעורר קושי, ולעיתים משברים דווקא מחדדים את הצורך בתיקון חקיקה, תוך קביעת הסדר מבוסס ויציב לעתיד. בשים לב לכך, יובהר כי לעמדת המשיבה, סימני השאלה בדבר יציבותו של תיקון חוק-היסוד אינם נובעים רק מכך שראשיתו של ההסדר שנקבע היא במקרה קונקרטי; כי אם **ממכלול הנסיבות** המלמדות כי בפועל, בבסיסו של ההסדר לא מצויה הנחת תשתית ליסודות חוקתיים ומשטריים על-זמניים, כי אם מתן מענה נקודתי, קונקרטי ומידי לענייניו של ראש הממשלה המכהן, באופן אשר מביא כאמור לשחיקה ביציבות של הכלל עצמו.

בשים לב לכך, ובשים לב לפסיקת בית המשפט הנכבד **בעניין זרעי** בעניין התיקונים התכופים בחוקי היסוד; לעמדת המשיבה, בחינה של מכלול הנסיבות בענייננו, לכל הפחות מעלה תהייה ביחס ליציבותו של תיקון חוק-היסוד, שמא הוא אכן עונה להגדרה לפיה **"אחד מסימני ההיכר המובהקים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה"**. תהייה זו מצטרפת, מטבע הדברים, לפגמים המשמעותיים עליהם עמדנו ביחס לכלליותו של ההסדר.

מבחן ההתאמה למארג החוקתי

119. **לעניין מבחן ההתאמה למארג החוקתי**, כב' הנשיאה חיות סיכמה בעניין שפיר כי 'השאלה שאותה נועד מבחן עזר זה לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת כזו במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית?' (סעיף 41 לפסק הדין).

נראה כי מבחן זה מתקיים בענייננו.

תיקון מס' 12 לחוק היסוד מתקן נורמה אשר עוגנה גם עובר לתיקון בחוק-יסוד: הממשלה, בסעיף המסדיר את נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה. מעבר לכך, הייעוץ המשפטי לממשלה אף ציין בהליכי החקיקה, כי לעמדתו קיימת הצדקה שבמסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה והמנגנון שבאמצעותו ייקבע מצב של נבצרות. על כן, **מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי**, וזאת מבלי לגרוע מהקשיים העולים מהאופן שבו עוצבה בפועל.

קיומו של ניגוד עניינים מוסדי של הכנסת

120. בעניין ההחלה המיידית של התיקון החוקתי דנו, נזכיר, כי בפסק הדין בעניין **ממשלת החילופים**, בית המשפט הנכבד חידד (בדעת רוב) כי יכולים להיות מקרים חריגים שבהם תיקון קבוע וכללי של חוק יסוד המוחל מיידית, לא יעמוד במבחן הכלליות או במבחן היציבות, וזאת שעה שהכנסת מצויה בניגוד עניינים מוסדי.

בעניין **ממשלת החילופים** קבעה כב' הנשיאה חיות, כי עלול להתעורר קושי 'כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית... . העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים.'

בפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין **ממשלת החילופים** צוינו דוגמאות למקרי קיצון, המעוררים את אותו ניגוד עניינים מוסדי, ובהם, למשל, מצב בו הכנסת מאריכה את תקופת כהונתה מכאן ואילך, או משנה באופן מידי ועתידי את מספר חברי הכנסת. בדוגמאות שהובאו באותו עניין, ההוראה הנורמטיבית הרלוונטית עצמה לא בהכרח תעורר קושי מבחינת תוכנה; אך הפגיעה הקשה נובעת מעצם העובדה שהיא מוחלת באופן מידי על אותה הכנסת, אשר משנה את הכללים עבור עצמה.

121. כאשר בוחנים את סוגיית ניגוד העניינים המוסדי של הכנסת יש להביא בחשבון בענייננו את מעמדו הייחודי של ראש הממשלה בשיטת המשטר הישראלית, ובכלל זה את יכולת ההשפעה הגדולה שיש לראש הממשלה – אשר הלכה למעשה עומד בראש הקואליציה – ולעמדותיו על פעולות חברי הקואליציה בכנסת.

למותר יהיה לציין שראש הממשלה אינו חבר כנסת "רגיל" מהשורה, ואף לא חבר ממשלה "רגיל" מהשורה. ראש הממשלה הוא חבר הכנסת שגיבש את הקואליציה שמהווה רוב של חברי הכנסת ולה נתון רוב בהליכי החקיקה בוועדות הכנסת החשובות ובכל הליכי החקיקה במליאת הכנסת (זאת כמובן, בשים לב להסכמים הקואליציוניים במסגרתם נהוג שחברי הקואליציה מקבלים על עצמם להישמע לעמדות ועדת השרים לחקיקה, תוך עמידה על עיקרון המשמעת הקואליציונית); ראש הממשלה יכול להעביר שרים מכהונתם (סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה) ולהציע לממשלה לצרף שרים חדשים לממשלה, ומדובר במנוף נוסף שיש ברשות כל ראש ממשלה ביחס לחברי הכנסת מהקואליציה, בעיקר ביחס לאלה שמכהנים כחברי הכנסת בזכות התפטרות שרים וסגני שרים במסגרת ההסדר המכונה בציבור בשם "החוק הנורווגי", המעוגן בסעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת.

לא זו אף זו, למותר יהיה לציין, שהפסקת כהונתו של ראש ממשלה – כל ראש ממשלה – בין אם באופן זמני ובין אם באופן קבוע, טמונה בה סכנה ממשית ליציבות הקואליציה, כולל אפשרות שהכנסת תתפזר ויתקיימו בחירות כלליות חדשות, על כל המשתמע מכך עבור חברי הכנסת המכהנים.

לאור מעמדו הייחודי של ראש הממשלה ביחס לחברי הכנסת מהקואליציה וביחס ליציבות הקואליציה, ברור אפוא שהכנסת עשויה להימצא ב"ניגוד עניינים מוסדי" לא רק כשמקודמת חקיקת יסוד שמשנה באופן יסודי **ובתחולה מיידי** את הכללים המתייחסים לקואליציה הקיימת באותה הכנסת, בדומה לדוגמאות שניתנו לכך בפסק הדין **בעניין ממשלת החילופים**, אלא גם כאשר הכנסת מחוקקת חקיקת יסוד **שתחולתה מיידי**, שמשנה את הכללים היסודיים החלים על כהונתו של ראש הממשלה, ודאי בנסיבות הפרטניות המיוחדות, ובוודאי כאשר הדבר נוגע לשינויים בהסדר הנבצרות של ראש הממשלה שקבוע בחוק-יסוד: הממשלה.

122. לעמדת המשיבה, מקום בו רוב קואליציוני עושה שימוש בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לעצב הסדר נבצרות שיספק מענה אישי מיידי לראש ממשלה מכהן – כאמור, בין אם כדי למנוע את האפשרות שבית המשפט הנכבד ידון בעתירות הדורשות להוציאו לנבצרות; ובין אם כדי להפחית את חששו מתוצאות הפרת הסדר ניגוד העניינים על-ידו – **הרי שהדבר יכול גם לעלות לכדי "ניגוד עניינים מוסדי"**.

וכך, הגם שלאורך הליך החקיקה ציינו חברי הכנסת שתמכו בתיקון כי ההסדר האמור יחול על כל ראשי הממשלה מעתה ואילך, הרי שכבר נפסק כאמור כי **'העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי'**. אמנם, אין חולק כי המקרה דנן שונה מהדוגמאות שצוינו בפסיקה בהקשר הזה, אך גם הדוגמא שבפנינו מהווה מקרה בוחן נוסף למצבים שבהם חוקי היסוד נעשתה תוך ניגוד עניינים מוסדי וכדי לשרת אינטרסים געיים ונקודתיים של ראש ממשלה מסוים.

123. לסיכום חלק זה, בהתאם לכל האמור לעיל, לעמדת המשיבה **תיקון מס' 12 לחוק היסוד אינו עומד "במבחן הזיהוי וההתאמה" כפי שהותווה בפסיקת בית המשפט הנכבד**, וקיים קושי להגדירו כנורמה המצויה במדרג החוקתי, בין אם מכיוון שהוא אינו עולה בקנה אחד עם מבחני המשנה של יציבות וכלליות, ובין אם מכיוון שהוא נחקק תוך ניגוד עניינים מוסדי מובהק של הכנסת.

מבחן הצידוק

124. בהמשך לכך, ובהתאם לפסיקה, יש לבחון את התיקון גם בהתאם **למבחן הצידוק**, בו עובר הנטל להצביע על הצדקה לעיגון הנורמה בחוק-יסוד דווקא. **בעניין שפיר** קבעה כב' הנשיאה חיות כי **הנטל האמור 'מושפע במידה רבה מהפגמים שזוהו בשלב הראשון ומיחסיהם הגומלין בין פגמים אלה ובין הצידוק שמוצע להם'**.

עוד הבהירה כב' הנשיאה חיות כי 'מבחן הצידוק אינו עוסק, ככלל, בשאלת המניעים לכינונו של חוק היסוד או התיקון לו... אלא בשאלת קיומו של טעם מבורר לעיגון הוראה במסגרת חקיקת יסוד, חרף המחיר שיש לצעד זה ואשר בא לידי ביטוי בשחיקת מעמדם של חוקי היסוד', ובהמשך סיכמה כי 'על המשיבים להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה, שמבחינת מאפייניה איננה נורמה חוקתית'.

125. בענייננו, אין חולק כאמור כי ההסדר המשטרי שהתקיים ערב תיקון חוק היסוד – ביחס לנבצרות זמנית של ראש הממשלה – היה הסדר עמום, שאופן יישומו עורר שאלות, ובתוכן מהם סוגי המקרים שעשויים להקים מצב של נבצרות, מי הגורם המוסמך לקבוע שראש הממשלה נמצא במצב של נבצרות, ועוד. ואמנם, גם הייעוץ המשפטי לממשלה עמד על כך שראוי כי במסגרת סמכותה המכוננת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה, וכן יותווה מנגנון מתאים לקביעת הנבצרות.

ואולם, בכך לא מתמצית בחינת מבחן הצידוק.

126. במסגרת בחינת תחולתה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, עמדנו בהרחבה על הפגמים שזוהו בשלב הראשון של המבחן הדו-שלבי, והבהרנו כי מדובר **בפגמים מהותיים ומשמעותיים ביותר**. בהתאם לכך, וכפי שנקבע בפסיקה כמפורט לעיל, הנטל המוטל להצדקת הפעלת הסמכות המכוננת בענייניו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד הוא **נטל כבד ביותר**.

127. לעמדת המשיבה, **עצם העובדה שהיה מקום במישור העקרוני להבהיר את הסדר הנבצרות בחוק-יסוד: הממשלה, אינה יכולה להצדיק את השימוש הקונקרטי שנעשה בחקיקת תיקון מס' 12 לחוק היסוד כדי לספק מענה מידי וממוקד לראש הממשלה המכהן**. זאת, כאשר מכלול הנסיבות שפורט לעיל מלמד בבירור כי השימוש בסמכות המכוננת לא נעשה מאחורי מסך בערות, אלא נועד לשנות את "כללי המשחק", תוך כדי תנועה, כך שהם יעוצבו ויתאימו לענייני הפרטני והמידי של ראש הממשלה.

כפי שיפורט, ההסדר שנקבע אינו נותן מענה לצורך בהבטחת הרציפות השלטונית, זאת בשל הקשיים המהותיים הנובעים מצמצום עילות הנבצרות וכן בשל דרישת הרוב החריג.

128. לעניין זה יודגש כי מבחן הצידוק נדרש להבהיר את ההצדקה לחקיקתו של ההסדר החוקתי הנבחן כמכלול. כך, בענייננו, אף אם ניתן היה לקבל טווח רחב ביותר של הסדרים מגוונים לקביעת מצב של נבצרות, הרי שלעניין תחולתו המיידית, לא הוצגה הצדקה ממשית מלבד הכוונה לפטור את ראש הממשלה מן ההתמודדות עם טענות שהועלו במסגרת הליך משפטי תלוי ועומד, המוסב על מצבו הפרטני ועל טענת שהועלו כלפיו בתחום טוהר המידות. בהתאם לבחינת המשקלות הנדרשת כאמור, אין בנימוק מעין זה, הפרסונלי כשלעצמו, כדי להצדיק את ראיית ההסדר הנדון, על כלל פגמיו המתוארים לעיל, כחלק מן המארג החוקתי הנצחי והעל-זמני של המשטר הישראלי.

לפיכך, גם בהנחה שקיים לכאורה "צידוק" לבחינה מחודשת של הסדר הנבצרות, הרי שעיצובו וחקיקתו באופן שנועד לשרת את עניינו של ראש ממשלה מסוים – כעולה אף מהתחולה המיידית שלו – מחלישים עד מאד את ההצדקה האובייקטיבית להבהרת הסדר הנבצרות שקדם לתיקון מס' 12. על כן, הסדר הנבצרות החדש אינו נושא עמו כשלעצמו "צידוק" חוקתי, ודאי לא משמעותי מספיק, שיהא בכוחו לפדות את הפגמים החמורים שדבקו באופן עיצובו של הסדר זה, כך שיטיב עם עניינו של ראש ממשלה מסוים, בעת נתונה, ובהינתן הליכים משפטים מסוימים.

129. יתרה מכך, ובהמשך לאמור לעיל, יודגש כי המנגנון המורכב שנקבע בתיקון לחוק היסוד טומן בחובו קשיים מהותיים, באשר הפרסונליות שהניעה את הליך החקיקה מלכתחילה הובילה לעיצוב הסדר מוקשה אשר אינו בהלימה עם תכליות הסדר הנבצרות עצמו.

הסדר הנבצרות עוצב באופן אשר מקשה באופן קיצוני על האפשרות להכריז על ראש הממשלה כנבצר, אף בנסיבות האובייקטיביות המצומצמות – נסיבות בריאותיות. כך למשל, המנגנון כולל דרישה של רוב של שלושה רבעים מחברי הממשלה להחלטה על נבצרות זמנית של ראש הממשלה, מטעמים פיזיים או נפשיים. ניתן לחשוב על מצב תיאורטי בו ראש הממשלה אכן לא יכול למלא את תפקידו מסיבה בריאותית אובייקטיבית, אולם לא נמצא הרוב הדרוש להכרזה על נבצרותו. בהתאם לכך, מקום בו קיימת חוות דעת רפואית הקובעת אי-מסוגלות תפקודית של ראש הממשלה, לא ברור מדוע ממילא יש צורך בגיוס רוב פוליטי – קל וחומר רוב חריג – בממשלה או בוועדת הכנסת ולאחר מכן במליאתה, לשם הכרזה על נבצרותו.

עיצוב הסדר נבצרות שייתכן כי לא תהיה אפשרות לעשות בו שימוש במקרים המתאימים, גם אלה אליהם מתייחס ההסדר, חותר תחת תכלית ההסדר כולו – הבטחת רציפות שלטונית ומניעת מצב שבו יש וואקום שלטוני של נושא המשרה הבכיר ביותר בממשלה, ראש הממשלה, בנסיבות בהן נבצר ממנו למלא את תפקידו. דומה כי דיון החקיקה המהיר – שהחל והסתיים תוך כחודש ימים – והחקיקה לצרכים הקונקרטיים, לא איפשרו לקיים חשיבה מעמיקה בהסדר רגיש מעין זה ולבחון את ההשלכות שעלולות להיות לו.

130. זאת ועוד, סעיף 16(ב)(1) מאפשר לממשלה להורות על נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה, רק בהחלטה של שלושה רבעים מחברי הממשלה, וזאת לבקשת שלוש חמישיות מחבריה, כאשר כינוס הממשלה יעשה בתוך שלושה ימים ממועד הגשת הבקשה. ואולם, במהלך תקופה זו מוסמך ראש הממשלה לכאורה להורות על פיטורי השרים המבקשים ליזום את המהלך, והתפטרותם נכנסת לתוקף בהתאם להוראות סעיף 22 לחוק היסוד; קרי, בתוך 48 שעות ועוד קודם שתכונס ישיבת הממשלה בנושא הנבצרות הזמנית.

כך, למעשה, מבחינה תיאורטית ההסדר שתוקן נותן בידי ראש הממשלה את האפשרות לסכל את הוצאתו לנבצרות, אף אם במועד נתון קיים בממשלה הרוב הדרוש לכך. מרכז הכובד של היציאה לנבצרות מוטל במצב זה על ראש הממשלה עצמו, וזאת בניגוד לתכליות של הסדר הנבצרות אשר נועד דווקא להעמיד בידי גורם חיצוני לראש הממשלה את האפשרות להכריז עליו כנבצר מלמלא את תפקידו, במקרים המתאימים.

131. ביום 24.7.23 אישרה הכנסת בקריאה שנייה ובקריאה שלישית את חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4), שעניינו עילת הסבירות במשפט המינהלי. לפי תיקון זה, תימנע קיומה של ביקורת שיפוטית ביחס לסבירות החלטותיהם של ראש הממשלה, של השרים ושל הממשלה – לרבות ביחס למצבים שתוארו לעיל. **תיקון זה מעצים את הקשיים שפורטו לעיל**. נעדכן, שנכון לעת הזו תלויות ועומדות עתירות שהוגשו לבית המשפט הנכבד בעניין חוקתיות תיקון מס' 4.

132. יצוין כי על-פני הדברים, קביעת הרוב של 80 חברי כנסת ביחס לנבצרות זמנית של ראש ממשלה אף אינה משתלבת במארג הנורמטיבי המשטרי הכללי, שכן היא אינה הולמת את המבנה המשטרי שבו רוב של 61 חברי כנסת יכול להחליף ראש ממשלה (באמצעות מנגנון אי האמון הקונסטרוקטיבי) או להביא לפיזור הכנסת. קשה להלום מדוע דווקא במצב שבו ראש הממשלה מצוי במצב אובייקטיבי רפואי שמונע ממנו לכהן כראש ממשלה, נדרש לגייס רוב הרבה יותר גדול ממה שנדרש כדי להעביר אותו מתפקידו מטעמים פוליטיים.

133. בנוסף, וכפי שאף עלה בדיוני החקיקה, מצבי נבצרות שעלולים למנוע מראש ממשלה מלמלא את תפקודו אינם ממצים עצמם, בהכרח, למצבים רפואיים גרידא. הכנסת בכובעה המכונן מוסמכת כמובן לשלם "מחיר משטרי" בדמות אימוץ מודל מצומצם ביותר של עילות הנבצרות, וזאת תוך הוצאה מכלל אפשרות – גם במקרים קיצוניים מאוד – של נבצרות תפקודית שאינה נובעת מבעיות בריאותיות. ברם, בעשותה כן, על הפעלת הסמכות המכוננת להיעשות מאחורי מסך בערות ועל יסוד שיקולים משטריים כלליים. כאמור, לא כך אירע במקרה שלפנינו, כאשר עניינו האישי פרטני של ראש הממשלה נתניהו כנאשם בפלילים הוא שהוביל את הכנסת בהפעלתה את סמכותה המכוננת, ובין היתר הביא לשלילת עצם האפשרות לשקול עילות נבצרות אובייקטיביות שאינן תחומות רק לטעמים בריאותיים (שכן שאלות אלו בדיוק עמדו ביסוד **עתירות הנבצרות**, שהיו העילה ליזום את הצעת החוק).

134. אשר על כן, העובדה שההסדר לא עוצב מתוך ראייה משטרית רוחבית – כדי להגשים את עקרון הרציפות השלטונית והתכליות העקרוניות שבבסיס הסדר הנבצרות – אלא כאמצעי לפתרון ענייני הפרטניים של ראש הממשלה, הובילה לעיצוב הסדר משטרי שגלומים בו קשיים מהותיים, היורדים לשורש תכליות עקרון הרציפות השלטונית.

135. הנה כי כן, מקום בו מכלול הנסיבות מצביעות על כך שהתיקון לחוק היסוד נחקק לצורך מתן מענה לנסיבות עניינו המשפטי הפרטני של ראש הממשלה וכדי להביא להסרת מגבלות מתחום טוהר המידות ולפטור אותו מחוות דעת מחייבת למניעת ניגוד העניינים, ובכך לאפשר לראש הממשלה לעסוק בקידום חקיקה שיש בה כדי להיטיב את מצבו המשפטי הנובע מההליך הפלילי המתנהל נגדו; מקום בו התיקון הוחל באופן מידי, כדי לספק את המענה האמור לראש הממשלה; ומקום בו ההסדר גופו טומן בחובו קשיים מהותיים בשל כך שעוצב כדי להגשים תכליות אלה ולא מתוך נקודת מבט רחבה – הרי שבהתאם לאופן שבו התפתחה דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, לעמדת המשיבה יש לראות את המקרה שבפנינו כמקרה שבו "קו הגבול" נחצה.

136. בהמשך לכך, נראה כי בחינת נסיבות המקרה דנן בהתאם למבחן החד-שלבי שהציעה כבי' השופטת ברק-ארז בעניין שפיר, מובילה אף היא לתוצאה בדבר שימוש לרעה בסמכות מכוננת. זאת אמרנו הן משום שההסדר דנן אינו עומד במבחן הכלליות, לנוכח מאפייניו הפרסונליים המובהקים עליהם עמדנו לעיל; הן משום שההסדר אינו עומד במבחן המובחנות, באשר התיקון לחוק היסוד ביקש, במפורש, למנוע מבית המשפט הנכבד לדון בסוגיה דנן (בראש ובראשונה לעניין עתירות הנבצרות שהיו תלויות ועומדות באותה העת; אך גם במבט צופה פני עתיד, תוך שבתחילה הדבר אף צוין במפורש בהצעת החוק).

כמו כן, העובדה שתיקון חוק היסוד הונח על שולחן הכנסת לאור ההחלטות שהורו על הגשת תגובות לעתירות הנבצרות, וכדי לייתר את הדיון בעתירות שעסקו בנבצרות ובהסדר ניגוד העניינים, אף היא עשויה במובן מסוים 'להיחשב "חדירה" או אף "הסגת גבול" של הרשות המכוננת אל תחומיה הברורים של רשויות אחרות (ראו את דברי כבי' השופטת ברק-ארז בעניין דרעי, סעיף 50 לפסק דינה).

137. לבסוף יוער כי בעניין דרעי עמד בית המשפט הנכבד על קשיים מהותיים שעמדו בבסיס תיקון מס' 11 לחוק היסוד, אולם מאחר שניתן היה באותו מקרה להעניק סעד במישור המינהלי, בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. ואולם, מאחר שבענייננו אין בנמצא סעד מינהלי רלוונטי, דומה כי אין מנוס מהכרעה בסוגיה לגופה, ויש בדברי השופטים בעניין דרעי כדי ללמד גם על המקרה שבפנינו.

נקודות נוספות לקראת סיום

138. לעמדת המשיבה, מעת שמצאנו כי הפגמים החמורים שדבקו ביסודו של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה חורגים משאלת תחולתו בזמן; ומשנמצא כי הפרסונליות בדמות שיפור מצבו המשפטי האישי של ראש הממשלה המכהן היא שהפכה לאבן הראשה לעיצוב ההסדר גופו; הרי שהסעד שמבקשים העותרים בבג"ץ 2466/23, לפיו ייקבע כי התיקון לחוק היסוד ייכנס לתוקף רק בכנסת הבאה, עשוי למתן, במידת מה, רק חלק מהקשיים שעמדנו עליהם לעיל. מכל מקום, נעיר כי מדובר בסעד מסוג reading in חוקי היסוד, שהוכר עד כה, ובאופן חריג, אך ורק ביחס לחקיקה רגילה, ובפרט לשם מתן פתרון לפגיעה בזכות לשוויון.

139. טרם סיום, נחזור ונציין כי עמדה זו עסקה אך ורק בשאלה החוקתית בעניין תוקפו של תיקון מס' 12 לחוק היסוד, ואין בה כדי להתייחס לטענות העולות בבג"ץ 3618/23 חלוץ נ' היועצת המשפטית לממשלה, הקבועה לדיון ליום 12.9.23.


עוד יוער בהקשר לכך – והדברים אף הוצגו על-ידי המשנה ליועצת במסגרת דיוני הוועדה המיוחדת – כי בסופו של יום ההכרעה בשאלת נבצרות ראש ממשלה מסורה לבית המשפט הנכבד, אשר במקרה הצורך יידרש לפרש את הוראות הדין הרלוונטיות ולהכריע בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטיות.

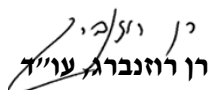
סיכום


140. נוכח כל האמור לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, תיקון מס' 12 לחוק היסוד הוא מקרה קיצון של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

141. על כן, לעמדת המשיבה, בשלב דיוני זה יש מקום למתן צו על-תנאי, שיוורה לכנסת ולראש הממשלה לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל תיקון מס' 12 לחוק היסוד, בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת; ובסופו של יום יש להורות על הפיכת הצו על-תנאי לצו מוחלט.

היום, ז' באב, תשפ"ג
25 ביולי, 2023


אודי איתן, עו"ד
סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


רון רוזנברג, עו"ד
סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


ענר הלמן, עו"ד
מנהל מחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

