



05 מרץ 2023, י"ב אדר תשפ"ג

לכבוד

עוה"ד שגית אפיק
היועצת המשפטית לכנסת
משכן הכנסת
ירושלים

- דחוף -

שלום רב,

**הנדון: שימוש לרעה בסמכות המכונן וניגוד עניינים אישי בהצעת חוק-
יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה)**

בשם התנועה למען איכות השלטון בישראל, ע"ר (להלן: "התנועה"), הריני מתכבד לפנות אלייך בבקשה כי שתצהירי כי בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) (להלן: "הצעת חוק הנבצרות") נעשה שימוש לרעה בסמכות המכונן וקיים ניגוד עניינים חריף עם חה"כ בנימין נתניהו, אשר מונע ממנו להשתתף בהצבעות על הצעת חוק הנבצרות, והכל כלהלן:

רקע

1. כידוע, ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו, מואשם בשלוש פרשות שונות בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים בהליך המתנהל בבית המשפט המחוזי בירושלים ת"פ 67104-01-20 **מדינת ישראל נ' נתניהו ואח'.**
2. ביום 29.12.2022 הושבעה הממשלה ה-37 בראשותו של חה"כ בנימין נתניהו, והוא החל את תפקידו כראש הממשלה. בבוקר יום 1.1.2023 התפרסמו ידיעות בתקשורת לפיהן צפוי רה"מ נתניהו להיפגש עם היועצת המשפטית לממשלה על מנת לדון עמה בפיצול תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. בכך, כבר ביום הראשון בשבוע הראשון בתפקידו, פעל לכאורה רה"מ נתניהו בניגוד עניינים חריף – כנאשם בפלילים אשר נפגש עם התובעת הכללית בכדי לדון עמה בפרטי פיצול סמכויותיה והחלשתה בפועל.
3. התנהלות זו של רה"מ נתניהו הובילה את התנועה להגיש בצהרי אותו היום עתירה לבית המשפט העליון, בה ביקשה כי יורה לרה"מ נתניהו להימנע מלעסוק בעניינים הקשורים למערכת אכיפת החוק, עד אשר ייערך לו הסדר ניגוד עניינים עדכני (בג"ץ 44/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה**).
4. לאחר שהתנועה סברה כי קיימות הפרות נוספות של הסדר ניגוד העניינים שנקבע לרה"מ נתניהו (לרבות, קידום התכנית להפיכה משטרית שמכפיפה את הרשות השופטת תחת מוטת השליטה של הממשלה וההתערבות במינוי שר נוסף בתוך משרד המשפטים), הגישה התנועה ביום 9.2.2023 הגישה התנועה את העתירה בבג"ץ 1158/23 **התנועה לאיכות השלטון נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח' – ובה התבקשו צווים בעניין הצורך להוצאתו לנבצרות של ראש הממשלה.**

הצעת חוק הנבצרות

5. ביום 26.2.2023 עלתה לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבצרות ראש הממשלה) (פ/2560) (לעיל ולהלן: "הצעת חוק הנבצרות"), המבקשת להגדיר את מצב הנבצרות



כך שיחול אך ורק במקרה של אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו – והכל תוך מניעת אפשרות של ביקורת שיפוטית, או אכיפה שיפוטית של הדבר.

6. לוועדה הוצגה חוות דעת מטעם ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה ולפיה: **"יש מקום להתנגד לקביעה הגורפת והתקדימית בהצעת החוק המונעת כל בחינה שיפוטית ביחס להליכים אלה, ובכך יוצרת "חור שחור" שאיננו נתון לביקורת שיפוטית."** (ההדגשות במקור).

7. עוד לפי חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה: **"קביעה המונעת באופן מוחלט ביקורת שיפוטית על החלטה של רשות ציבורית, מביאה למעשה לכך שאותה החלטה, גם אם נפלו בה פגמים מובהקים באופן מנוגד לדין, לא תהיה ניתנת לתיקון בדרך של אכיפה שיפוטית, ובכך מובילה לפגיעה בעקרון שלטון החוק."**

העתק חוות דעתו של ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה בנושא הצעת חוק הנבצרות, מיום 26.2.2023, מצורף ומסומן כנספח א'.

8. על אף חוות הדעת כאמור, הצביעה ועדת השרים לענייני חקיקה לאשר את הצעת חוק הנבצרות ובהתאם, ביום 1.3.2023 הצביעה הכנסת בקריאה טרומית על הצעת חוק הנבצרות המבקשת לכונן סדר משטרי בו בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יהיה מנוע מלהעביר ביקורת שיפוטית על כשירותו של ראש הממשלה למלא את תפקידו.

9. אם כן, ברי הצעת חוק הנבצרות נתפרה על ידי הקואליציה כדי להתגבר על ההליך התלוי ועומד בבית המשפט העליון (בג"ץ 1158/23).

10. מכאן, שהצעת חוק הנבצרות מהווה שימוש לרעה קיצוני במיוחד בסמכותה המכוננת של הכנסת. יצוין, כי מעבר לעובדה שחברי סיעות הקואליציה מצויות בניגוד עניינים מוסדי וחרף, גם חה"כ נתניהו מצוי בניגוד עניינים אישי המונע ממנו להצביע על הצעת חוק הנבצרות ואנו סבורים כי עליך להבהיר זאת.

השימוש לרעה בסמכות המכוננת בהצעת חוק הנבצרות

11. כידוע, דוקטרינת השימוש לרעה זכתה לפיתוח משמעותי בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.05.2021) ובבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (אר"ש 12.7.2021) (להלן: **"פרשת ממשלת החילופים"**). בפרשת ממשלת החילופים הדגיש בית המשפט העליון כי **עלולים להיות מקרים חריגים נוספים שבהם גם תיקון קבוע וכללי של חוק יסוד המוחל מיידי לא יעמוד במבחן שנקבע בעניין שפיר, וזאת כשהכנסת מצויה ב"ניגוד עניינים מוסדי"** (פרשת ממשלת החילופים, פסקאות 15–16 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

12. לאחרונה התייחס בית המשפט העליון פעם הנוספת לדוקטרינת השימוש לרעה, אך בהערות אגב בבג"ץ 8948/22 **אילן שיינפלד ואח' נ' הכנסת** ובג"ץ 8949/22 **התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת** (אר"ש 18.1.2022) (לעיל ולהלן: **"פרשת דרעי"**). בפרשה זו בית המשפט דן, בין היתר, בחוקתיות תיקון 11 לחוק-יסוד: הכנסת וקבע (בדעת הרוב מפי כב' הנשיאה חיות) כי התיקון מהווה **"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" (פרשת חוק דרעי, פסקה 43 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

13. כמו כן, השופט עמית התייחס בפרשת דרעי לשחיקה במעמד של חוקי-היסוד לאור התיקונים התדירים – מה שמוביל לאי-יציבות חוקתית ולעמדת העותרת לצורך בהחלת ביקורת שיפוטית: "אוי לאותה חוקה, שנעשתה על ידי הכנסת כחומר ביד היוצר – לא כאבן בידי המסתת ולא כיריעה ביד הרוקם, אלא כפלסטלינה בידי המכונן. יציבות חוקתית? תרבות תיקון חוקתית (amendment culture)? מן הסתם מונחים שאינם הולמים את תנאי הארץ ותושביה" (שם, בפסקה 3 לפסק הדין של השופט עמית).

14. עוד בפרשת דרעי השופט גרוסקופף, עמד על כך ששימוש לרעה בסמכות המכוננת "הוא בראש ובראשונה שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות" (בפסקה 4 לפסק דינו בפרשת חוק דרעי), ומכאן שלעמדת התנועה – ביצוע שינוי משטרי שדוחה ביקורת שיפוטית על פעולות מינהליות; תוך ניגוד עניינים מוסדי וחריף; בשעה שתלויה ועומדת עתירה בנושא בבית המשפט העליון; ובהחלה מיידית המהווה שינוי כלל המשחק תוך כדי תנועה; הוא, הלכה למעשה, חריגה קיצונית מהסמכות שניתנה למכונן.

15. אשר על כן, הצעת חוק הנבצרות מהווה שימוש לרעה קיצוני במיוחד בסמכותה המכוננת של הכנסת. כמו כן, בשעה שח"כ נתניהו מצוי בניגוד עניינים אישי המונע ממנו להצביע על הצעת חוק הנבצרות – יש להבהיר זאת.

16. לנוכח החשיבות הציבורית של העניין, נודה לעמדתך בהקדם.

בכבוד רב,

הידי נגב, עו"ד
מנהל מחלקת מדיניות וחקיקה

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה

ירושלים: ה' באדר תשפ"ג

26 בפברואר 2023

תיקנו: 803-11-2023-001523

סימוכין: 803-99-2023-015017

לכבוד
חה"כ יריב לוין
שר המשפטים

הנדון: הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון - נבצרות ראש הממשלה)

כללי

סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה, שכותרתו "מילוי מקומו של ראש הממשלה" קובע בפסקה (ב) לו כי: "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."¹ לפי סעיף 20(ב) לחוק: "נבצר מראש הממשלה, דרך קבע, למלא את תפקידו, רואים את הממשלה כאילו התפטרה ביום ה-101 שבו מכהן ממלא מקום במקומו".² כמו כן, כפי שיפורט להלן, לאורך השנים, שבה ועלתה סוגיית הנסיבות בגינן נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, לרבות השאלה אם נסיבות של הליכים פליליים יכולות להקים נבצרות כאמור. בעניין זה, אף הונחו בעבר מספר הצעות חוק, אשר הציעו להבהיר ולקבוע במפורש כי נבצרות של ראש הממשלה יכולה להיגרם מטעמי בריאות או חקירה פלילית, אולם אלה לא הבשילו.³

הצעת החוק שבנדון מבקשת להגדיר את מצב הנבצרות כך שיחול אך ורק במקרה של אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ראש הממשלה למלא את תפקידו. עוד מוצע כי קיומה או סיומה של נבצרות תהא על פי הודעה לכנסת של ראש הממשלה עצמו, או לחילופין על ידי הודעה של הממשלה שהתקבלה ברוב של שלושה רבעים משרי הממשלה. אם הודעה בדבר נבצרות שניתנה על ידי הממשלה נעשתה תוך התנגדות ראש הממשלה, יידרש אישור של הכנסת ברוב של 90 חברי כנסת, במסגרת ישיבה שתכונס תוך 7 ימים מיום ההודעה האמורה. כן מוצע, כי בית המשפט בכל ערכאה שהיא, לא ידון בבקשה להכריז על נבצרות ראש הממשלה או לאשרה ולא תהיה לו סמכות ליתן החלטה או צו בעניין. לפי דברי ההסבר להצעה, הסדרים אלו מבוססים על המשמעויות המשטריות כבדות המשקל של קביעה לפיה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו – שיכולות כאמור להגיע כדי התפטרות הממשלה.

בתמצית, לעמדתנו, בשים לב לעמימות הקיימת בהסדר הנוכחי, קיימת הצדקה לכך שבמסגרת סמכותה המכוונת של הכנסת יובהרו הנסיבות שיש בהן כדי להקים את נבצרות ראש הממשלה והמנגנון שבאמצעותו

¹ סעיף 16(ג) קובע כי: "לא היה ממלא מקום לראש הממשלה או שנבצר ממלא מקום ראש הממשלה למלא את תפקידו לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ב), תקבע הממשלה שר אחר, שהוא חבר הכנסת, למלא תפקידים אלה".

² להשלמת התמונה יוזכר, כי סעיף 30(ג) לחוק היסוד מסדיר את אופן בחירת ממלא מקום ראש הממשלה בתקופת הנבצרות; וכן כי במסגרת תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה, בעניין ההסדר המשטרי של ממשלת חילופים, נקבעו בין היתר הוראות לעניין חילופים בין ראש הממשלה לראש הממשלה החלופי שלא במועד החילופים, הכוללות התייחסות לנבצרות מסיבות בריאותיות (ר' סעיפים 43(א) ו-44(ד)).

³ ר' הצעות חוק: פ/3315/17; פ/3837/17; פ/285/18; פ/616/18.

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

ייקבע מצב של נבצרות. אולם פרטי ההסדרים הכלולים בהצעה מעוררים קשיים משפטיים ומעשיים, המחייבים התייחסות והשלמה. ראשית, קיים קושי בצמצום מצבי הנבצרות אך ורק להיעדר מסוגלות פיסית או נפשית, תוך שינוי מהדין הקיים המכיר במצבים נוספים אפשריים, בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ועל בסיס תשתית ראייתית כבדת משקל. שנית, השילוב בין מרכיביה השונים של ההצעה עלול להביא למצבים בהם על אף שמבחינה אובייקטיבית ראש הממשלה לא יוכל לבצע את תפקידו, למשל, מסיבות בריאותיות, הוא ימשיך לכהן בתפקיד בשל אילוצים פוליטיים שימנעו את הכרזתו כנבצר, ללא אפשרות לסעד משפטי, באופן שפוגע בתכלית הרציפות התפקודית העומדת בבסיס ההסדר. ולבסוף, אנו סבורים כי יש מקום להתנגד לקביעה הגורפת והתקדימית בהצעת החוק המונעת כל בחינה שיפוטית ביחס להליכים אלה, ובכך יוצרת "חור שחור" שאיננו נתון לביקורת שיפוטית.

להלן פירוט עמדתנו.

המצב המשפטי הקיים

הוראות חוק שונות, הנוגעות למצבים בהם נבצר מבעל תפקיד למלא את תפקידו, מצויות במגוון רחב של דברי חקיקה, מתוך מטרה של הבטחת רציפות תפקודית ומניעת "ריק שלטוני". לאור זאת, וכפי שיפורט להלן, עומדות הוראות מעין אלה על תוצאות הנבצרות, שבעיקרן נוגעות למילוי מקומו של בעל התפקיד ממנו נבצר לבצע את החובות המוטלות עליו.⁴ חשיבותה של תכלית זו מתחדדת במיוחד ביחס לעניינם של בעלי התפקיד הבכירים ביותר ברשות המבצעת, ובענייננו – ראש הממשלה. לשם כך, נקבעו גם בחוק-יסוד: הממשלה, הסדרים ביחס למילוי מקומם של שרי הממשלה ובפרט ראש הממשלה, מקום בו נבצר מהם למלא את תפקידם (ראו פירוט להלן). בכך, מובטחת הרציפות והיציבות השלטונית הנדרשת ונקבע מנגנון מילוי מקום סדור ובהיר.

בתוך כך, למצב של נבצרות משמעויות כבדות משקל, שכן אדם שמונה לתפקיד מסוים איננו יכול עוד למלא תפקיד זה, והן הולכות ומתגברות בהתאם לרום המשרה. כאשר מדובר בראש הממשלה, העומד בראש הרשות המבצעת, מדובר במשמעויות מרחיקות לכת במיוחד, שכן נבצרות שנמשכת מעל ל-100 ימים מביאה להתפטרות הממשלה כולה. הסדרי הנבצרות השונים נדרשים, אפוא, לאזן בין השיקולים הללו.

כפי שצוין לעיל, ביחס לראש הממשלה, סעיף 16 לחוק יסוד: הממשלה קובע כי: "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." פרשנותו של סעיף זה נדונה בעבר במספר מצומצם של הקשרים. כך, במהלך כהונתו הראשונה של ראש הממשלה יצחק רבין, חיווה היועץ המשפטי לממשלה דאז דעתו כי יש מקום הן לנסיבות אובייקטיביות והן ליסוד סובייקטיבי מצד ראש הממשלה עצמו ביחס לקביעה כי נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו.⁵

בשנת 2006, התעוררה סוגיה זו שנית לאחר שראש הממשלה דאז, אריאל שרון, לקה במוחו ואושפז בבית החולים. בעקבות נסיבות אלה אשר הביאו למניעתו הבריאותית הברורה לעין של ראש הממשלה ממילוי תפקידו, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה דאז, כי אכן מתקיימים תנאי חוק-יסוד: הממשלה, בדבר נבצרותו

⁴ שמעון שטרית **הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה** 413-417 (כרכים א-ב, מסדרת פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, 2018)

⁵ מכתב היועץ המשפטי לממשלה אל ראש הממשלה מיום 12.4.1977; מכתב היועץ המשפטי לממשלה אל שר המשפטים מיום 10.4.1977.

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

הזמנית, אשר בעקבותיה קיבל לידי ממשלה מקום ראש הממשלה, אהוד אולמרט, את סמכויותיו של ראש הממשלה אותה עת.

בשנת 2008, הוגשה עתירה במסגרתה התבקש היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה, אהוד אולמרט, על מנת שניתן יהיה לחוקרו מדי יום בגדר החקירות התלויות והעומדות נגדו. במענה לעתירה זו השיב היועץ המשפטי לממשלה כי: "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. ... נוכח אופייה ומאפייניה של הנבצרות כאמור, ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות תהא מסורה, בראש ובראשונה, בידי נושא המשרה עצמו ("נבצר"), 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)".⁶ אמנם, סבר היועץ המשפטי לממשלה כי מצב בו מתנהלות נגד ראש ממשלה מכהן מספר חקירות פליליות מעורר קשיים הן בהיבט הפנאי הדרוש לכך והן בהיבטי אמון הציבור, אולם טען כי באותו שלב "...שאלת 'נבצרות' ראש הממשלה מלהמשיך בכהונתו, אינה עניין להכרעה משפטית, אלא עניין לראש הממשלה ולמערכת הפוליטית והציבורית לענות בו".⁷

בפסק דינו של בית המשפט נקבע בסופו של דבר כי: "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 (השוו, בג"ץ 7466/06 **מרזל נ' נשיא המדינה** (לא פורסם, 13.9.06)). 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 (ראו, בג"ץ 2655/06 **לאור נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם, 27.3.06)). 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".⁸

באופן דומה, התעוררה בפניות ציבור ובעתירות לבג"ץ השאלה בדבר נבצרותו של ראש הממשלה בנימין נתניהו ממילוי תפקידו על רקע ההליך הפלילי המתנהל בעניינו. גם במקרים אלה חזר היועץ המשפטי לממשלה על העמדה הנזכרת לעיל, ובהתאם לה סבר כי על אף הקשיים הכרוכים במצב זה, לא התגבשו נסיבות עובדתיות המבססות את הקביעה החריגה והנדירה לפיה נבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו. זאת, בין היתר בשים לב להסדר למניעת ניגוד עניינים שגובש בעניינו ואשר נועד לשלול את האפשרות שמא סמכויות שלטוניות יופעלו

⁶ תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ 6231/08 מיום 24.7.2008.

⁷ שם.

⁸ בג"ץ 6231/08 **יואב יצחק נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 4 (אר"ש 4.8.2008).

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

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.⁹

בנסיבות העניין, קיבל בית המשפט את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ודחה את העתירות בשל העדר "תשתית ראייתית מספקת לתימוכין בקביעה כי נבצר מהמשיב למלא את תפקידו בנקודת הזמן הנוכחית". בהקשר זה נפסק בין היתר כי:

"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."¹⁰

למען שלמות התמונה יצוין כי בימים אלו תלויות ועומדות עתירות לבג"ץ המבקשות להורות על נבצרותו של ראש הממשלה (בג"ץ 1158/23, בג"ץ 1214/23). לפי החלטת כבוד השופטות ברק-ארז וברון מימים 10.2.23 ו-12.02.23, (בהתאמה) על המשיבים לעתירות להגיב להן עד ליום 12.03.23.

אם כן, ניתן לסכם, בהתאם למקרי עבר בהם התעוררה הסוגיה הנדונה, שהדין הקיים אינו מובהק או ברור דיו, אך הוא בכל מקרה אינו כולל רק מצבים של נבצרות הנובעת מאי יכולת פיזית או נפשית לכהן באופן זמני. חוק היסוד אינו מפרט רכיבים חיוניים בהסדר הנבצרות – מהן הנסיבות המדויקות שיכולות לבסס נבצרות, בין לפי בקשת ראש הממשלה ובין שלא לפי רצונו, או מיהו הגורם המכריע בדבר התקיימות הנסיבות. על רקע זה התפיסה המשפטית הנוהגת בקשר לדין הקיים רואה בסוגיית הנבצרות בעיקרה כשאלה עובדתית בדבר יכולתו של ראש הממשלה למלא את תפקידו, שאינה מוגבלת לנסיבות בריאותיות בלבד, ומתייחסת הן לטעמים אישיים-סובייקטיביים, והן למצבים המגלים מניעה אובייקטיבית. לאור זאת, נתונה ההכרעה בדבר נבצרות בראש ובראשונה בידי בעל התפקיד עצמו, אולם כיוון שלא נקבע בדין הגורם המוסמך להכריז על כך שנבצר מראש הממשלה למלא את תפקידו, שאלה זו נותרה לפרשנות משפטית.

אם נפנה מבט להסדרים משפטיים מקבילים, ניתן למצוא הוראות נבצרות נוספות של בעלי תפקידים בדברי חקיקה שונים ורבים, הן בחקיקה ראשית והן בחקיקת משנה, מהן נבצרות זמנית ומהן נבצרות דרך קבע, מהן הוראות המוגבלות לטעמי בריאות ומהן הוראות נבצרות כללית.

מבחינת הוראות אלה, ניתן לראות כי במקרים בהם מצוי גורם הממונה על בעל התפקיד, הקביעה בדבר נבצרות נתונה, ככלל, בידיו.¹¹ לעומת זאת, מקום שבו מדובר בבעל תפקיד שאינו כפוף, אף מינהלית, לגורם אחר, כדוגמת נשיא המדינה, יו"ר הכנסת או מבקר המדינה, ניתן לראות הסדרים המאפשרים קביעה כי נבצר ממנו באופן זמני למלא את תפקידו, באמצעות הודעה מטעמו ללא הגבלת העילה לכך (אולם לעיתים באישור גורם נוסף),¹² או

⁹ בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (אר"ש 22.4.2021).
¹⁰ שם, פס' 8.

¹¹ ר' למשל סעיף 19 לחוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980; סעיף 17(ב) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969; סעיף 23 לחוק שירות המדינה (מינויים), התש"ט-1959.

¹² ר' סעיף 20א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 22א(2) לחוק-יסוד: נשיא המדינה.

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

ביוזמת גורם חיצוני רק כאשר מדובר בעילה הנוגעת לתנאים אובייקטיביים שאינם מאפשרים את מילוי התפקיד, כטעמי בריאות, ובכפוף להסדרים פרוצדורליים מתאימים.¹³

יצוין כי ביחס לאף אחד מן ההסדרים האמורים לא נמצאה הוראה המונעת בחינה שיפוטית של איזו מן ההחלטות.

בחינת ההסדר המוצע על רקע המצב המשפטי הקיים

ההסדר המוצע נועד, כאמור, לתת מענה לחוסר הבהירות המאפיינת את המצב החוקי הקיים ביחס לנבצרות, עליה עמד גם בית המשפט בפסיקתו. ואולם, תוכנו של ההסדר מעורר קשיים שונים, כדלקמן:

(1) הגדרת הנבצרות – בהשוואה להסדרים מקבילים, יש בהגדרה המוצעת, המעמידה במרכזה "אי-מסוגלות פיזית או נפשית" בלבד, משום צמצום של הנסיבות בהן תתקיים נבצרות. כאמור לעיל, בהסדרים מקבילים לא נקבעה הגבלה של עילת הנבצרות המועלית על ידי בעל התפקיד עצמו, אלא רק על החלטה בדבר נבצרות אשר נכפית או באה ביוזמת גורם חיצוני. כך למשל, ייתכן כי טעמים אובייקטיביים, אישיים, משפחתיים או אחרים, שקשה לצפותם מראש, אך אינם עולים כדי אי-מסוגלות פיזית או נפשית של ממש, עשויים עדיין להצדיק את האפשרות של נבצרות זמנית ביוזמת בעל התפקיד מאחר שהם יביאו לכך שהוא לא יוכל לבצע את תפקידו בפועל.¹⁴

זאת ועוד, ההסדר המוצע מוציא מגדרו של חוק היסוד את האפשרות התיאורטית שהוזכרה בעבר גם בפסיקת בית המשפט לקיומה של נבצרות בנסיבות חריגות הקשורות לקיומו של הליך פלילי נגד ראש הממשלה. זאת, הגם שמדובר בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר, אשר צריכות להיתמך בתשתית ראייתית כבדת משקל, בדבר העדר יכולתו של ראש הממשלה לביצוע תפקידו בנסיבות קונקרטיות, ואשר מביאות בחשבון כי עצם הגשת כתב האישום נגד ראש ממשלה מכהן אינה הופכת אותו לבלתי כשיר למלא את תפקידו.

(2) המנגנון לקביעת נבצרות – עיצוב המנגנון לקביעת נבצרות לתפקיד של ראש הממשלה צריך להביא כאמור בחשבון שיקולים מתנגשים. מצד אחד, הצורך להבטיח כי לא תיקבע נבצרות שלא בנסיבות מתאימות או חלילה מטעמים פסולים, ומכאן הדרישה לרוב משמעותי של חברי הגוף המחליט; ומצד שני, הצורך להבטיח העברת שלטון מהירה וודאית במצב שבו ראש הממשלה אינו מסוגל להפעיל את סמכויותיו, ומכאן הרצון לקבוע מנגנון שאותו קל יהיה להפעיל במהירות.

אכן, ניתן לראות היגיון בקביעת הסדר חריג וקשה יחסית לצורך כפיית קביעה בדבר נבצרותו של ראש הממשלה, אך נפנה את תשומת הלב ליחס המספרי אשר נבחר – שלושה רבעים משרי הממשלה, וכאשר ראש הממשלה מתנגד, גם בצירוף 90 חברי כנסת. אמנם דברי ההסבר מבקשים להבהיר כי הסדר זה אינו מחליף את האפשרות הצבעת אי-אמון קונסטרוקטיבית¹⁵ או חוק להתפזרות הכנסת,¹⁶ אולם עולה השאלה אם לא ניתן להניח שבמקרה בו שיעור דומה ואף פחות מכך של חברי הכנסת והממשלה יסבור שנבצר מראש

¹³ ר' סעיף 20א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 21 לחוק-יסוד: נשיא המדינה; סעיף 13(1) לחוק-יסוד: מבקר המדינה.

¹⁴ ר' בג"ץ 7466/06 מרזל נ' נשיא המדינה (א"ר"ש 13.9.2006).

¹⁵ סעיף 28(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

¹⁶ סעיף 34 לחוק-יסוד: הכנסת.

מדינת ישראל

משרד המשפטים

הממשלה למלא את תפקידו – אז ממילא הם יבקשו לפעול להקמת ממשלה בראשות חבר כנסת אחר בהתאם להוראות חוק היסוד. לאור הנחה זו, מתעוררת השאלה האם קביעה הדורשת רוב של שלושה רבעים מהשרים ובמקרים מסוימים גם 90 חברי כנסת, אינה הופכת את ההסדר המוצע לכזה שאינו רלוונטי לחיי המעשה, אף אם נועד להפעלה רק במקרים חריגים שבחריגים. אפשרות נוספת שניתן לשקול בהיבט הפרוצדורלי היא דרישת תשתית עובדתית-מקצועית, בדמות חוות דעת רפואית לצורך קבלת החלטה, כפי שנעשה למשל ביחס לנשיא המדינה.

(3) מניעת ביקורת שיפוטית – כאמור לעיל, החלטה של ראש הממשלה עצמו או של הממשלה או הכנסת, היה ויוסמכו לכך, בדבר קיומה של נבצרות למי שמכהן בתפקיד ראש הממשלה, שייכת לסוג ההחלטות שעל פי ההלכה הפסוקה, התערבות שיפוטית בהם עשויה להתקיים רק במקרים חריגים וקיצוניים. קל וחומר, בהינתן ההצעה להגדיר את הנבצרות בלשון מצמצמת, וכן לקבוע מנגנון אישור שדורש רוב מיוחס מבין חברי הממשלה וחברי הכנסת.¹⁷ הדבר מספק במידה רבה מענה לחשש מפני התערבות שיפוטית שלא לצורך בשאלת הנבצרות של ראש הממשלה. בהקשר זה יצוין, כי בבחינת הסדרי נבצרות מקבילים, לא נמצאה הוראה המונעת ביקורת שיפוטית על החלטות אלה.

במישור העקרוני יותר, קביעה המונעת באופן מוחלט ביקורת שיפוטית על החלטה של רשות ציבורית, מביאה למעשה לכך שאותה החלטה, גם אם נפלו בה פגמים מובהקים באופן מנוגד לדין, לא תהיה ניתנת לתיקון בדרך של אכיפה שיפוטית, ובכך מובילה לפגיעה בעקרון שלטון החוק, שעל חשיבותו אין צורך להרחיב.¹⁸ מעבר לכך, מניעת ביקורת שיפוטית עלולה להיות בלתי ראויה גם מבחינת תוצאותיה בפועל ועשויה לסכל את תכלית הסעיף גם לשיטת המציעים, למיטב הבנתנו. כך למשל, מקום בו קביעת נבצרות נעשתה על יסוד חוות דעת רפואית פגומה או כוזבת בעליל, או אף בלא כל ביסוס עובדתי-רפואי, האם אין בכך משום פגם הראוי לבחינה משפטית? אפשרות נוספת היא במצב של פגם שנפל בהצבעה עצמה ועשוי להשפיע על התוצאה (לדוגמה: כאשר ההצבעה על הנבצרות בממשלה היא גבולית מבחינת הרוב הנדרש ויש מחלוקת עובדתית על הצבעתו של אחד מן השרים). אמנם, דוגמאות קצה שכאלה עשויות לא להתממש לעולם, אולם דווקא מניעת הביקורת השיפוטית עלולה לפגוע ביכולת ההתמודדות העתידית עם פגמים ותקלות בלתי צפויים שעלולים להתעורר.

(4) השילוב בין מרכיבי ההצעה – מעבר לקושי הגלום בכל אחד משלושת המרכיבים המתוארים כשלעצמו, השילוב ביניהם מעצים את הקושי, שכן הוא עלול להוביל למצבים אבסורדיים, בהם ראש הממשלה לא יוכל למלא את תפקידו, למשל מסיבות רפואיות, אך לא יימצא הרוב הדרוש להביא להוצאתו לנבצרות, ואף לא יתאפשר כל סעד שיפוטי.

לאור האמור, ניתן לשקול האם לצורך הגשמת תכלית ההסדר מוטב להסתפק רק ברכיב של הטלת ההחלטה על קיום נבצרות על הממשלה (אלא אם ראש הממשלה החליט על כך בעצמו), בהחלטה שאושרה על-ידי רוב מיוחס מבין חבריה. רוצה לומר: כאשר המנגנון המוצע דורש קונצנזוס רחב מצד חברי הממשלה, מצטמצם הקושי בהגדרה כללית ורחבה יותר של העילות המקימות נבצרות, וניתן להשאיר זאת באופן התופס קשת רחבה של מקרים שעשויים להתעורר ואשר אינם ניתנים לצפייה מראש.

¹⁷ ר' בג"ץ 9070/00 ליבנת נ' רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800 (2001); בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) (1982).
¹⁸ ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

סיכום

לסיכום הדברים, נראה כי הידרשותו של המחוקק-המכונן להשלמת הסדר הנבצרות הקבוע כיום בחוק-יסוד: הממשלה יכולה לתרום להבהרת עמימות המונח "נבצרות" וכן להתוויית המנגנון המתאים לקביעת הנבצרות. ואולם, ההסדר המוצע סובל מחסרונות וקשיים המחייבים לטעמנו בחינה נוספת והשלמות.

ראשית, יש מקום לשקול האם אכן ראוי ומוצדק להגביל את הנבצרות אך ורק לטעמים של אי מסוגלות פיסית-בריאותית או נפשית, תוך הוצאת מצבים נוספים בהם ראש הממשלה איננו מסוגל למלא את תפקידו מגדרו של החוק. כאמור לעיל, במצב המשפטי הקיים, הוכרה האפשרות התיאורטית לקיום נבצרות בשל מצבים נוספים, וזאת בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ועל בסיס תשתית ראייתית כבדת משקל. ביטולה של אפשרות זו בחקיקה, ללא הצגת מנגנון חלופי למצבים מעין אלו, עלולה להוביל למצבי קיצון בהם לא יהיה מענה חוקי הולם.

שנית, יש לשקול את התאמת שיעור השרים וחברי הכנסת הדרושים לאישור הכרזת נבצרות, בין היתר, בשים לב להסדרים הנוגעים לסיום כהונת הממשלה בדרכים אחרות.

שלישית, אנו סבורים כי יש להתנגד להוראת אי-השפיטות המוצעת, אשר יוצרת "חור שחור" משפטי שאינו נתון לביקורת שיפוטית, וכי יש להסתפק בהקשר זה בהלכות הנוהגות בדבר מתחם ההתערבות השיפוטי הצר בהחלטות כגון דא.

ולבסוף, אנו סבורים כי השילוב בין מרכיבי ההצעה בהצטרבם יכול להוביל למצבים אבסורדיים, בהם ראש הממשלה ימשיך לכהן בתפקידו, על אף העדר מסוגלות לכך, למשל מטעמים בריאותיים, מבלי שניתן יהיה להביא להוצאתו לנבצרות מטעמים פוליטיים, ומבלי שתהיה סמכות לבית המשפט לתת סעד מתאים. לפיכך, עמדתנו היא כי מעבר לקשיים הקונקרטיים שתוארו לעיל, יש להתנגד להצעה בכללותה בנוסחה הנוכחי, וחלף זאת, לבחון את האפשרות לעצב מתווה מאוזן, שייתן ביטוי לתכליות השונות בנוגע לשאלת הנבצרות של ראש הממשלה.

ב ב ר כ ה,

ד"ר גיל לימון, עו"ד
המשנה ליועצת המשפטית לממשלה
(משפט ציבורי-מנהלי)

העתק:

היועצת המשפטית לממשלה

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (מנהל מערך ייעוץ וחקיקה)

המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי)

מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה