

ביקורת שיפוטית על הרפורמה המשפטית

מאת

לוציאן אריה בבצ'וק וברק מדינה*

תקציר

על רקע הרפורמה המשפטית, בית-המשפט הגבוה לצדק יידרש להכריע בשורה של עתירות שעוסקות לכאורה בשני נושאים נפרדים: (1) ההשלכות של הטענות שראש הממשלה נתניהו הפר וממשיך להפר את הסדר ניגוד העניינים שלו; ו-(2) בחינת התוקף של צעדים במסגרת הרפורמה המשפטית, ובכלל זה בנוגע לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, חקיקה רגילה, והחלטות מנהליות של הממשלה ושריה. הטענה היסודית שמוצעת בחיבור זה היא ששני הנושאים הללו קשורים בטבורם, וההכרעה צריכה לעסוק בו-זמנית בשניהם יחד. הכרעת בג"ץ בשנת 2020, שהתירה את כהונתו של נתניהו בתפקיד ראש הממשלה חרף כתב האישום נגדו, חתרה להגן על שני ערכי יסוד: כיבוד רצון הרוב בכנסת בדבר זהותו של ראש הממשלה, והגנה על שלטון החוק באמצעות חיוב נתניהו בקיום במגבלות של הסדר ניגוד עניינים. ההסדר שנקבע אוסר על נתניהו במפורש כל מעורבות ביוזמות לעריכת שינויים במערכת המשפט. מטרתו של חיבור זה להראות מהו האופן שבו על בית-המשפט להבטיח את המשך ההגנה על שני ערכי היסוד הללו, אם ייקבע שראש הממשלה תרם משמעותית לקידום הרפורמה בכללותה ומרכיביה השונים, ובכך הפר את הסדר ניגוד העניינים ולכן גם את הוראותיו של פסק-הדין משנת 2020. קביעה כזו תחייב את בית-המשפט להכריע בשאלה כיצד למנוע התחמקות מתוצאות פסק-הדין. אנו בוחנים שאלה זו.

תחילה אנו מראים כי הסעד של הכרזה על נבצרות או סעדים אחרים שהוצעו, שעוסקים בנתניהו אישית, אינם אלה המתאימים. התיוזה שלנו היא שהתגובה המתאימה היא קביעה שעד סיום תקופת הסדר ניגוד העניינים, יש

* לוציאן אריה בבצ'וק, הקתדרה על-שם James Barr Ames למשפט, כלכלה ומימון, בית-הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד; ברק מדינה, הקתדרה על-שם לנדקר-פרנץ' לחקר ההגנה על מיעוטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחברים מודים לאורי אהרונסון, איל בנבנישתי, עפרה בלוך, גבי בלום, אורן בר-גיל, דינה זילבר, אסף חמדני, רונית לויין-שנור, גיא לוריא, מני מזוז, סוזי נבות, יפעת נפתלי בן-ציון, אריאל פורת, קובי קסטיאל, דוד קרצמר, אמנון רייכמן, ידידיה שטרן, אדם שנער, וחברי מערכת כתב העת עיוני משפט על הערות, הצעות, ושיחות מועילות, וליפעת נפתלי בן-ציון על עזרתה בהכנת חיבור זה.

מניעה משפטית לכניסה לתוקף של כל צעד במסגרת הרפורמה המשפטית שלפי הסדר ניגוד העניינים על נתניהו נאסר לפעול לקידומו אך הוא תרם משמעותית לאימוצו, ישירות, או בעקיפין דרך פעולתו לקידום הרפורמה בכללותה. בכל דיון על תוקפו של צעד כזה בעקבות אימוצו, על בית-המשפט להורות על בטלותו או למצער על דחיית כניסתו לתוקף עד לאחר סיום תקופת ניגוד העניינים. סעד כזה יהיה מוצדק בלא להידרש כלל לשאלה אם הצעד הנדון יהיה תקף אם ייעשה אחרי תקופת ניגוד העניינים.

הסעד המוצע מבטא דרך ביניים שדומה, בשני הערכים שהיא מקדמת, להחלטה בבג"ץ הרכבת הממשלה. זוהי הדרך היעילה ביותר להגנה על שלטון החוק, תוך כיבוד המרבי האפשרי של רצון הרוב בכנסת בדבר המשך הנהגתו של ראש הממשלה נתניהו. הסעד המוצע יספק הגנה על אינטרסים חשובים של כל חלקי הציבור, ולכן יהיה מיטבי גם מבחינת שמירה על אמון הציבור ברשויות השלטון.

בנוסף לכך, אנו מראים גם כי השימוש בסעד המוצע עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה המשפטית הקיימת. הסמכות לקבוע סעד זה נובעת בין היתר, גם מן הסמכות הכללית של בית-המשפט לנקוט בצעדים שיבטיחו אכיפת פסקי-דין קודמים וימנעו התחמקות מתוצאותיהם, וגם מן האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות שלטונית. יתרה מזאת, בשל הנסיבות המיוחדות שמבססות את הצורך במתן הסעד המוצע, השימוש בו לא ייצור תקדים להרחבה משמעותית של היקף ההתערבות השיפוטיות בהחלטות מנהליות וחקיקתיות.

- הקדמה..... 3
- א. תשתית נורמטיבית: איזון הערכים שהביא לקבלת כהונתו של ראש ממשלה נאשם בפלילים 9
1. כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה 9
2. הגנה על שלטון החוק..... 11
- ב. הסברה שראש הממשלה נתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים..... 13
1. הנושאים שבהם הסדר ניגוד העניינים אסר על נתניהו להיות מעורב..... 13
2. הפרת הסדר ניגוד העניינים על-ידי נתניהו 15
- (א) מאפייני ההפרה 16
- (ב) הפרכת טענות אפשריות להצדקת ההפרה..... 21
- ג. סעדים שהוצעו כתגובה להפרת הסדר ניגוד העניינים..... 24
1. סנקציות אזורחיות או פליליות על ראש הממשלה 24
2. נבצרות..... 26

- ד. הסעד המוצע..... 28.
1. אפיון הסעד המוצע ואופן יישומו..... 29.
2. הפתרון המיטבי במצב שנוצר..... 32.
- ה. עיגון הסעד המוצע בדוקטרינות המשפטיות..... 34.
1. אכיפת בג"ץ הרכבת הממשלה..... 35.
2. שימוש לרעה של נתניהו בסמכותו ובהרשאה לכהן כראש ממשלה..... 37.
- (א) בטלות בשל שימוש לרעה בסמכות..... 37.
- (ב) היקף הצעדים הנובעים מהשימוש לרעה בסמכות..... 39.
- (ג) פעולות של שרים ושל הממשלה..... 40.
3. השתק שיפוטי..... 42.
4. שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת..... 43.
- סיכום..... 48.

הקדמה

בחודש מאי 2020 הכריע בג"ץ בעתירות שעסקו בשאלה אם חה"כ בנימין נתניהו ("נתניהו"), שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות על טוהר המידות, רשאי להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה. בפסק-הדין, שניתן בהסכמת כל אחד-עשר שופטי ההרכב (להלן: "בג"ץ הרכבת הממשלה"),¹ בחר בית-המשפט בהסדר שנועד להגן בו-זמנית על שני ערכי יסוד. מצד אחד, כדי לכבד את בחירת הרוב בכנסת בדבר זהותו של ראש הממשלה, נקבע כי אין לאסור על חבר-כנסת שמואשם בפלילים לכהן בתפקיד ראש הממשלה, למרות הבעייתיות הכרוכה בכהונה כזאת. מצד שני, כדי להגן על שלטון החוק נקבע כי ראש ממשלה שמואשם בפלילים חייב לכבד את המגבלות שיוטלו עליו בהסדר ניגוד עניינים, כדי להתמודד עם החששות שהוא עלול להשתמש במעמדו השלטוני הרם לשם קידום האינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים.

מאז הקמתה של הממשלה ה-37, שבראשה עומד נתניהו, פועלות הקואליציה והממשלה שהוא מנהיג לקידום תכנית נרחבת המכונה על ידם בשם "הרפורמה המשפטית" (ואשר מתנגדיה מכנים "ההפיכה המשטרית"), שנועדה להביא להחלשה של מערכת אכיפת החוק, ובכלל זה בתי-המשפט, היועצת המשפטית לממשלה והפרקליטות. התכנית כוללת שורה של הסדרים וצעדים, שכוללים חקיקת תיקונים לחוקי היסוד, חקיקה "רגילה" והחלטות ממשלה ושרים. למרות שההתנגדות הציבורית הנרחבת הביאה להאטה במהירות מימושה, התכנית התחילה לקרום עור וגידים. נכון למועד כתיבת שורות אלה (קיץ 2023), הושלמה החקיקה של שלושה תיקונים לחוקי

¹ בג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020), תמצית נימוקים; 27.5.2020, פסק-דין משלים) (להלן: בג"ץ הרכבת הממשלה).

יסוד,² הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית חקיקה שתיתן לממשלה ולקואליציה שליטה מלאה בוועדה לבחירת שופטים, שר המשפטים החליט לא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים כל עוד הרכבה הנוכחי לא ישתנה, והועלו הצעות שונות להחלשת מוסד היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות.³ ראש הממשלה שב ומצהיר כי ככוונת הקואליציה להמשיך במימוש הרפורמה בהמשך כהונתה של הכנסת ה-25. הסדר ניגוד העניינים החל על נתניהו אוסר עליו במפורש כל מעורבות ביוזמות לעריכת שינויים במערכת המשפט, לרבות יוזמות להחלשת הביקורת השיפוטית או לפגיעה בעצמאותם של רשויות אכיפת החוק.⁴ למרות זאת, יש טענות, שחלקן אושרו על-ידי היועצת המשפטית וחלקן אינן מוכחות על-ידי נתניהו עצמו, כי הוא פעל בניגוד להסדר ותרים באופן מהותי לקידום הרפורמה המשפטית בכללותה, ולקידום מרכיבים שונים שלה בפרט.

התפתחויות אלה הובילו להגשת שורה של עתירות לבג"ץ, שעוסקות בשני עניינים מובחנים. קבוצת עתירות אחת מתמקדת בבקשות למתן סעד בגין הפרות נטענות של הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה. עתירה אחת, שנדחתה מטעמים פרוצדורליים, ביקשה מבית-המשפט להגיב להפרות אלה באמצעות הטלת סנקציות אישיות על ראש הממשלה, מכוח פקודת ביזיון בית-המשפט (שעניינה אי-ציית לצו שיפוט).⁵ עתירות אחרות, שטרם הוכרעו, מבקשות מבית-המשפט להעביר את ראש הממשלה נתניהו מתפקידו.⁶ השאלה שעתירות אלה מעלות היא מהו הסעד שיש לנקוט בו אם בית- המשפט ישתכנע שנתניהו הפר מהותית את הסדר ניגוד העניינים.

קבוצת עתירות שנייה עוסקת בבחינת התוקף של צעדים שונים שנקטו במסגרת הרפורמה המשפטית. במועד זה תלויות ועומדות עתירות נגד החלטת שר המשפטים

² החקיקה העיקרית שכבר הושלמה היא הוספת סעיף 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיו נשללה סמכותו של כל בית-משפט, לרבות בג"ץ, לדון ב"סבירות" של כל החלטה של שר או של הממשלה (חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), ס"ח התשפ"ג 548). לכך נוספים חקיקת סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, שמסייג מאד את האפשרות להכריז על נבצרות ראש הממשלה (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 12), ס"ח התשפ"ג 72); ושינוי סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, לעניין כשירות לכהן בתפקיד שר בעקבות הרשעה בעבירה, שנועד לאפשר את כהונתו של הה"כ אריה דרעי בתפקיד שר (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4).

³ לפירוט מאות הצעות החוק שכבר הוגשו על-ידי חברי הקואליציה בכנסת ה-25, שעוסקות במגוון היבטים של הרפורמה המשפטית, ראו "מעקב חקיקה" מדעניות מדינה למען הדמוקרטיה הישראלית <https://www.psfidemocracy.org/>.

⁴ במכתב ששלחה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה מיום 1.2.2023 קבעה היועצת המשפטית לממשלה, בין היתר, כי "ראש הממשלה עצמו מנוע ממעורבות ביוזמות הידועות לנו כיום לעריכת שינויים במערכת המשפט, המקודמות כמכלול תחת הכותרת [...] של 'הרפורמה המשפטית'. חובת ההימנעות משתרעת על כל מעורבות בנושא, לרבות על פעולה באמצעות אחרים או הנחייתם במישרין או בעקיפין". ראו להלן פרק ב.1. מכתב מג'לי בהרב מיארה, היועצת המשפטית לממשלה, לבנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין מניעת ניגוד העניינים של ראש הממשלה בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט (1.2.2023) (להלן: **מכתב היועצ"ש**).

⁵ בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (החלטה מיום 1.5.23) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

⁶ לעתירה בדבר נבצרות של נתניהו מלהמשיך לכהן בתפקיד ראש הממשלה ראו בג"ץ 3618/23 חלון נ' היועצת המשפטית לממשלה (להלו: עניין חלון); לעתירה בדבר מניעות של נתניהו להמשיך לכהן בתפקיד ראו בג"ץ 2412/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת.

שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים בהרכבה הנוכחי,⁷ לגבי התיקון של חוק-יסוד: השפיטה בעניין שלילת הסמכות לבחון אם הממשלה או השרים פעלו בחוסר סבירות,⁸ ולגבי תוקפו של התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין התנאים להכרזה על נבצרות ראש הממשלה.⁹ ככל שהרפורמה המשפטית תתקדם, צפויות להגיע לפתחו של בית-המשפט עתירות נוספות לגבי צעדים מסוג זה. בכל עתירה כזו יצטרך בית-המשפט להכריע בשאלת תוקפו של צעד זה.

הטענה היסודית שאנו מציעים בחיבור זה היא שראוי שההכרעות בשני סוגי העתירות הללו – קביעת התגובה הראויה להפרת הסדר ניגוד העניינים, ובחינת תוקפם של צעדים מנהליים וחקיקתיים שנעשים במסגרת הרפורמה המשפטית – תהיינה שלובות זו בזו. בקביעת התגובה הראויה להפרת הסדר ניגוד העניינים ובבחינת תוקפם של צעדים רבים שנקטו או שיינקטו במסגרת הרפורמה (אם כי לא כולם, כפי שיוסבר), יש לתת משקל משמעותי לכך שראש הממשלה פעל לקידום הרפורמה, תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים ולכן תוך עקיפה של החיובים שנקבעו בעניין בהכרעה היסודית של בג"ץ הרכבת הממשלה.

בפרט, אם ייקבע שנתניהו הפר מהותית את הסדר ניגוד העניינים, אנו סבורים כי הסעדים שהוצעו עד כה – כולל סנקציות על נתניהו עצמו או העברה של נתניהו מתפקידו – לא יהוו תגובה משפטית הולמת להפרה. לגבי הסעד של העברת נתניהו מתפקידו, גם אם מתן סעד כזה אפשרי משפטית, שימוש בו לא ישרת את שני הערכים שעליהם מבוסס בג"ץ הרכבת הממשלה. שימוש בסעד זה יפגע באופן חמור בערך של כיבוד בחירת ראש הממשלה על-ידי הרוב בכנסת, וזאת בלא שאפילו תושג באמצעותו ההגנה הנחוצה על עקרון שלטון החוק. בה בעת, בעוד שהסעדים האישיים שהוצעו הם בעייתיים, אם בית-המשפט יימצא שנתניהו הפר מהותית את הסדר ניגוד העניינים, על בית-המשפט יהא לתור אחר סעד שיהלום הפרה זו. קבלת הפרה כזו בלי הושטת סעד עלולה להביא להתחמקות מהחיובים שהטיל בג"ץ הרכבת הממשלה ולא-השגת התוצאות שאליהן חתר פסק-דין זה.

טענתנו היא שהתגובה המתאימה להפרה המהותית של הסדר ניגוד העניינים היא קביעת הלכה, שכל עוד נתניהו כפוף להסדר ניגוד העניינים, יש מניעה משפטית לכניסה לתוקף של צעדים אשר (א) נתניהו היה מנוע מלהיות מעורב באימוצם ישירות או בעקיפין ואשר (ב) נתניהו תרם מהותית לאימוצם, אם באופן ישיר ואם באופן עקיף באמצעות קידום הרפורמה בכללותה. המניעה המשפטית עשויה להיות קטגורית, דהיינו בטלות מלאה של הצעדים שכבר נקטו, והמניעה עשויה להיות זמנית, כך שמועד הכניסה לתוקף של צעדים מסוג זה יושהה עד לסיום תקופת ניגוד העניינים. החלופה הראשונה טובה יותר בעינינו, משיקולים שיוסברו, אך גם החלופה השנייה עדיפה על הסעדים שהוצעו עד כה.

⁷ בג"ץ 5692/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים.
⁸ ראו בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (החלטה על קביעת מועד לדיון, 26.7.2023).

⁹ עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 6. בעתירה זו הוצא צו על תנאי, בדבר אי החלת התיקון לחוק היסוד בתחולה מיידית (שם), החלטה מיום 6.8.2023.

יודגש כי השפעתו של הסעד המוצע תהיה מוגבלת אך ורק לצעדים שאומצו בתקופת ניגוד העניינים. קביעת הסעד המוצע תיעשה בלי להידרש כלל לשאלה, וללא כל השלכה עליה, אם צעד ספציפי, הוא כשלעצמו, יהיה תקף אם יאומץ לאחר סיום תקופה זו. ההלכה שאנו מציעים יכולה להיקבע לראשונה (כפי שנסביר, על בסיס דוקטרינות קיימות) בכל עתירות על צעד כלשהוא שעונה על הקריטריונים (א) ו-(ב) שלעיל. לאחר מכן, בכל דיון בצעד נוסף שיאומץ, בית-המשפט יישם את ההלכה ויצטרך להחליט אם הצעד עומד באמות-המידה שהוזכרו. החלטה זו תהיה קלה במקרים מסוימים, אך לא בהכרח בכולם. דהיינו, הסעד לא יהא כוללני: קבלת ההלכה לראשונה בהחלטה לגבי צעד מסוים, לא תביא לפסילה אוטומטית של צעד אחר בלי בחינה שלו על-ידי בית-המשפט. קיומה של ההלכה יקטין את אי-הודאות המשפטית לגבי הצעדים שבית-המשפט צפוי למנוע את כניסתם לתוקף, אם יאומצו בתקופת הסדר ניגוד העניינים של נתניהו. שיפור הבהירות המשפטית עשוי לספק הנחיה לממשלה ולקואליציה באשר לצעדים שהן תוכלנה להכניס לתוקף בתקופת ניגוד העניינים ולהפחית תסכולים שעלולים לנבוע מקביעה משפטית שמונעת כניסה לתוקף של צעדים שאומצו אחרי שהושקעה בהם עבודה רבה.

הפתרון המוצע ייצור הסדר ביניים, שדומה ברוחו להחלטה בבג"ץ הרכבת הממשלה: הוא יאפשר לראש הממשלה נתניהו להמשיך לכהן בתפקידו, תוך כיבוד תוצאות הבחירות לכנסת, ובה בעת הוא הסעד היחיד שימנע פגיעה בשלטון החוק. מימוש מטרה זו אמור היה להיות מושג, על-פי בג"ץ הרכבת הממשלה, באמצעות הסדר ניגוד העניינים, אך הדבר סוכל בשל ההפרה המהותית של ההסדר על-ידי נתניהו. בשל כך, במצב הדברים הנוכחי, הסעד המוצע כאן הוא הדרך הטובה ביותר להשגת התוצאות אליהן חתר בג"ץ הרכבת הממשלה.

בנוסף לכך, ההסדר המוצע יגן על אינטרסים חשובים לציבור: האינטרס של הציבור המיוצג על-ידי הרוב בכנסת ליהנות מהנהגתו של נתניהו בראשות הממשלה למרות האישום בפלילים, והאינטרס הציבורי להגן על מערכת אכיפת החוק מפני פגיעה בה, בשל כהונה כזו של נאשם בפלילים. בזכות כך, הסעד המוצע צפוי לקדם גם את ארון הציבור ברשויות השלטון ולזכות בהכשר ציבורי ותמיכה רחבה בו, או לפחות נכונות נרחבת להשלים עמו. יתר על-כן, הפתרון המוצע גם ינטרל את האינטרס של נתניהו להמשיך להפר את הסדר ניגוד העניינים כדי לשרת את האינטרס האישי שלו, שכן הסעד המוצע יאיין את האפשרות שלו להשיג יתרון אישי כזה.

נעיר (לשם הגילוי הנאות) שאנו נמנים עם אלה הרואים ברוב מרכיבי הרפורמה המשפטית צעדים שאימוצם אינו מוצדק ואינו רצוי עבור החברה הישראלית, וזאת גם אם האימוץ ייעשה בנסיבות שונות מאלה הנוכחיות.¹⁰ אך הניתוח שלנו בחיבור זה אינו מתבסס על עמדה מהותית לגבי הצעדים לגופם. לכן, אפילו אלה התומכים מהותית במרכיבים רבים של הרפורמה המשפטית יכולים למצוא את גישתנו קבילה או לפחות

¹⁰ ראו, בין היתר, Lucian Bebchuk, Oliver Hart, *How the Start-Up Nation Could Fail*, PROMARKET (15.3.2023) <https://www.promarket.org/2023/03/15/how-the-start-up-nation-could-fail>; ברק מדינה "התוכנית להחלפת הביקורת השיפוטית: הערכה ביקורתית" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מז' (4.5.2023).

נסבלת. הסיבה לכך היא שהמשמעות של קבלת הסעד שלנו לא תהיה פסילה לעד של איזשהו מרכיב ממרכיבי הרפורמה, אלא רק "הקפאה" של אימוץ צעדים כאלה בתקופת ניגוד העניינים, בלי נקיטת עמדה לגבי התוקף או הערך של צעדים אלה.

ייתכן שהגישה המוצעת אף תהיה זו המועדפת גם מנקודת מבטם של אלה אשר תומכים במרכיבים שונים של הרפורמה המשפטית לגופם, כהסדרים רצויים לפי הערכתם, אך מחויבים לתפיסה שיש לקיים פסקי-דין. בעלי עמדה כזו צפויים להיות מוטרידים מניסיונות להתחמק מהחייבים שנקבעו בבג"ץ הרכבת הממשלה ומן האפשרות שהתחמקות זו תהפוך חיובים אלה מעשית ל"אות מתה". לכן, בעלי עמדה זו עשויים לתמוך בסעד המוצע, כדי לאכוף ולממש את בג"ץ הרכבת הממשלה, תוך דחיית האפשרות של אימוץ הצעדים שבהם הם תומכים מהותית, ליום שבו לאימוץ כזה לא תהיה הבעייתיות הקיימת בנסיבות הנוכחיות.

למרות שהגישה שאנו מציעים נראית ממבט ראשון תקדימית, היא מבוססת ומעוגנת היטב בדוקטרינות הקיימות. בסיס אחד לסעד המוצע הוא הסמכות הכללית של בית-המשפט לאכוף את חובת הציות של גורמי השלטון לפסקי-הדין שלו. להימנעות מלתת סעד אפקטיבי להפרתה של חובה זו, בוודאי במקרה של שילוב הנסיבות הייחודי במקרה זה – הפרה נרחבת ונמשכת של פסק-דין יסודי של בג"ץ, על-ידי ראש הממשלה – השלכות מרחיקות לכת על שלטון החוק ועל אמון הציבור בבית-המשפט. מכאן הסמכות והצורך של בית-המשפט לנקוט בסעד שנחוץ לשם אכיפה ומימוש פסק-הדין בבג"ץ הרכבת הממשלה. פעולותיו של נתניהו הפכו את מרכיב הסדר ניגוד העניינים של בג"ץ הרכבת הממשלה ל"אות מתה", ולבית-המשפט הסמכות ואולי אף החובה "להחיות" מרכיב זה. הסעד המוצע יביא לתוצאות שתהיינה קרובות ככל האפשר לתוצאות שהיו מתקיימות אילו נתניהו היה נמנע מהפרת הסדר ניגוד העניינים מלכתחילה.

בסיס שני הוא ההלכה בדבר איסור שימוש לרעה בסמכות שלטונית ובדבר בטלות מעשים שנעשו תוך הפרת האיסור הזה. במקרה שלפנינו, קביעה שתנאיהו הפר את הסדר ניגוד העניינים תוביל ישירות למסקנה שהוא עשה שימוש לרעה במעמדו הרם ולבטלות של צעדים שנעשו על-ידו תוך שימוש לרעה שכזה. כמובן, צפוי שייטען שצעדים שונים שיאומצו במסגרת הרפורמה, ובמיוחד צעדים חקיקתיים, נבעו לא רק מפעולותיו של נתניהו אלא גם מפעולות של אחרים. אך ההלכה היא כי צעדים שלטוניים שלהם תרמו גם גורם שלטוני שמצוי בניגוד עניינים וגם אחרים יוכלו "להינצל" מבטלות רק אם ניתן לקבוע כי אימוץ הצעדים לא הושפע מהפעולה בניגוד עניינים והיה קורה גם בלעדיה. בנסיבות שלפנינו, לאור תפקידו המוביל של נתניהו בקידום הרפורמה והתווית מהלכה, אנו מעריכים כי בית-המשפט לא ימצא בסיס לקביעה כזו לגבי כל או מרבית הצעדים שאומצו או יאומצו במסגרת הרפורמה.

הבסיסים הללו, כל אחד לחוד וכמובן שניהם גם יחד, מספקים עיגון דוקטרינרי לסעד הקיים. בנוסף לכך, שיקולים של "השתק שיפוטי" יקשו גם על נתניהו וגם על סיעות הקואליציה שהוא מוביל להתנגד לשימוש בעילות הללו. נתניהו התחייב בפני בית-המשפט בבג"ץ הרכבת הממשלה לפעול על-פי הסדר ניגוד העניינים וידע כי התחייבות זו הייתה הנחת יסוד בהחלטת בית-המשפט. סיעות הקואליציה לא התנגדו להכפתו של נתניהו להסדר ניגוד העניינים בבג"ץ הרכבת הממשלה ובאף אחד מדיוני בית-המשפט

בנושא לאחר מכן. יתרה מזאת, למרות שידעו על חובתו של נתניהו להימנע ממעורבות ביוזמות לשינויים במערכת המשפט, הן קיבלו ושיתפו פעולה עם החלטתו של נתניהו להתעלם ממגבלות הסדר ניגוד העניינים, ובכך נתנו ידם להפרת פסק-הדין הבסיסי של בג"ץ הרכבת הממשלה. מלבד חיזוק הטענה של "השתק שיפוטי", נתינת היד של הקואליציה להפרת בג"ץ הרכבת הממשלה רלוונטית גם לגבי שאלת קיומן של נסיבות העולות לכדי שימוש לרעה בסמכות הכנסת.

היהו כאלה שיקבלו את עמדתנו לגבי צעדים שיאומצו בהחלטות מנהליות אך יתקשו לקבלה לגבי צעדים שיאומצו בחקיקה ובמיוחד בחוקי יסוד. בית-המשפט הבהיר כי הוא יורה על שלילת תוקפה של חקיקה כזו רק במקרים חריגים ביותר, שבהן הנסיבות עולות כדי שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת. הניתוח שלנו של הנסיבות שלפנינו מראה כי אכן מדובר בנסיבות חריגות העולות כדי שימוש לרעה כזה, וכי מסקנה זו עולה בקנה אחד אף עם גישה מינימליסטית לגבי החלת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת.

לבסוף, למרות שקבלת המסקנה שלנו יכולה להביא את בית-המשפט לבחון מפעם לפעם את תוקפם של צעדים שונים בתקופת ההסדר, חשוב להדגיש שקבלת המסקנות שלנו לא תיצור תקדים שיביא להרחבה משמעותית של ההיקף של הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות וחקיקתיות בנסיבות אחרות. המסקנות שלנו מוגבלות לנסיבות המיוחדות שלפנינו, בשל היבטים יוצאי דופן שקיימים בהם. כפי שיובהר, היבטים אלה כוללים את החלטתו של נתניהו להתעלם מהמגבלות שהוטלו בבג"ץ הרכבת הממשלה ולהכריז שכך הוא עושה, את התרומה המהותית ואולי אף הקריטית של פעולות נתניהו לאימוצם של הצעדים הנדונים, את החריגה של פעולות ראש הממשלה מחיובים שהטיל עליו פסק-הדין היסודי של בג"ץ הרכבת הממשלה, ואת הצורך לאכוף את הוראות פסק-דין קודם זה ולמנוע התחמקות מהוראות פסק-הדין.

בשוורת הבאות נפרט את הבסיס לתזות שלנו, בהתבסס גם על הדוקטרינות המשפטיות הקיימות וגם על שיקולי מדיניות משפטית, ונתקדם באופן הבא: בפרק א נתאר את שני הערכים שבג"ץ הרכבת הממשלה חתר לקדם. בפרק ב נתאר את החשש שנתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים בקידומו את הרפורמה המשפטית. להערכתנו, יש סיכוי משמעותי שבית-המשפט יגיע למסקנה כי נתניהו אכן הפר את הסדר ניגוד העניינים באופן בוטה, נרחב ותוך שימוש ניכר בסמכויות הייחודיות שיש לראש הממשלה, וכי להפרה הייתה תרומה מהותית, אם לא קריטית, לקידום הרפורמה. בעקבות זאת נידרש לשאלה מהי התגובה המשפטית המתאימה למצב דברים חסר תקדים כזה.

בפרק ג נסביר תחילה את הבעייתיות המשמעותית של כל אחד מהסעדים שהוצעו עד כה, שעוסקים בתגובה המכוונת כלפי ראש הממשלה אישית, ובכלל זה העברה של נתניהו מתפקידו. לאחר מכן, בפרק ד, נציג את הפתרון שאנו מציעים. נסביר שם איך העיקרון המוצע צריך להיות מוגדר ומיושם, ונתאר את היתרונות של פתרון זה. לבסוף, בפרק ה, נציג את הבסיס המשפטי-דוקטרינרי לפתרון המוצע כאן, ונראה כי הוא מעוגן היטב בדוקטרינות הקיימות.

א. תשתית נורמטיבית: איזון הערכים שהביא לקבלת כהונתו של ראש ממשלה נאשם בפלילים

נקודת המוצא של הדיון היא פסק-הדין שניתן בשנת 2020, שבו נפסק, פה-אחד על-ידי אחד-עשר שופטים, שבכוחם של רוב חברי-הכנסת לבקש מנשיא המדינה להטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר-כנסת שנאשם בפלילים, ובהתאם לכך, שאדם זה יוכל לכהן בתפקיד ראש הממשלה. חשיבותו של פסק-הדין המרכזי הזה אינה רק בתוצאה שנקבעה בו, אלא גם בהתוויית שני השיקולים המנחים העיקריים בהקשר זה – כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה, וכיבוד והגנה על שלטון החוק.

1. כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה

במדינות רבות, אנשי ציבור שמואשמים בפלילים פורשים מיוזמתם מתפקידם, עד להשלמת הבירור המשפטי בעניינם. קל וחומר כך כאשר האישום הוא בעבירות שחיתות, שבוצעו, לפי החשד, במסגרת מילוי תפקידם הציבורי. נוהג זה היה קיים גם בישראל, לגבי שרים ואף לגבי ראשי ממשלה. כאשר הופר נוהג זה, בתחילת שנות התשעים, בית-המשפט נדרש להכריע בעניין ופסק, לגבי שרים וסגני שרים, כי אף בהיעדר הוראה מפורשת בחוק השוללת מאדם כשירות לכהן בממשלה לאחר שהוגש נגדו כתב אישום, מוטלת על ראש הממשלה החובה להעביר מתפקידו חבר ממשלה שהוגש נגדו כתב אישום חמור.¹¹ ביסוד קביעה זו, שיושמה מאז בשורה של מקרים והפכה נורמה מקובלת, מונחת העמדה ש"כ(הונח של אדם) אשר לגביו קיימות ראיות שנמצאו מספיקות על ידי היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום, [...] עשוי[ה] לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון".¹²

הקושי שבכהונה בממשלה בנסיבות אלה הוא כפול: ראשית, כאשר מיוחסת לאדם, בכתב אישום, התנהגות של פגיעה בטוהר המידות, יש חשש ממשי שישוב ויחטא גם בעתיד, ומכאן הפגיעה הצפויה באמון הציבור בשלטון; בהתאם לכך הוחלה הלכה זו גם על מי שכבר הורשע.¹³ שנית, לעיתים קיים סיכון שחבר הממשלה ישתמש לרעה בסמכויותיו כדי להשפיע, במישרין או בעקיפין, על ההליך הפלילי המתקיים בעניינו, באופן שמציב את חבר הממשלה בחשש לניגוד עניינים.¹⁴ על יסוד כך נקבע כי התנאים לכהונה הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה הם רק תנאי סף בדבר כשירות, שאינם ממצים.

¹¹ בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי, אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין אמיתי).
¹² עניין אמיתי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 461.
¹³ למשל, בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו 18.1.2023). ראו גם סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
¹⁴ למשל, בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003).

ובצד גם חובה להפעיל שיקול דעת לגבי מינוי כזה. הלכה זו סוכמה בביטוי, שהפך נפוץ בפסיקה, "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד"¹⁵.

בפסק-הדין בבג"ץ הרכבת הממשלה, שניתן בשנת 2020, הכיר בית-המשפט בכך ששיקולים אלה – הבטחת אמון הציבור בשלטון ומניעת כהונה במצב שבו יש חשש ממשי לניגוד עניינים – תקפים גם כאשר מדובר בכהונה בתפקיד הרם ביותר במערכת השלטונית בישראל, ראש הממשלה. בעניין זה נפסק כך: "מעמדו הייחודי של ראש הממשלה כראש הרשות המבצעת, [...] המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, ו[אשר] המנווט את פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים [...] אין בו כדי לגרוע מן העובדה כי הוא ממלא תפקיד ציבורי. משכך, עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים גם עליו, ובכללם העיקרון בדבר 'כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד', ככל שהדבר נוגע למינויו"¹⁶. אולם, בצד ההכרה בבעייתיות הרבה של כהונת נאשם בפלילים כראש הממשלה, בית-המשפט בחר לתת משקל לשיקול נוסף, שהוא ייחודי לכהונה במשרה זו דווקא. בגלל ההסדר המשטרי הנוהג בישראל, כמו גם המציאות הפוליטית, בית-המשפט פסק כי הבחירה מי יכהן בתפקיד ראש הממשלה היא עניין ש"מצוי בלב ליבו של ההליך הדמוקרטי", ולפיכך "התערבות חיצונית בהליך זה יש בה משום פגיעה מהותית בעקרון הכרעת הרוב העומד בבסיס שיטת המשטר שלנו"¹⁷. לאור הדפוס שהתגבש בישראל, יש חשיבות רבה, מנקודת מבטם של הבוחרים וחברי-הכנסת המייצגים אותם, לזהותו של האדם שמכהן בתפקיד ראש הממשלה. ראש הממשלה הוא שאמון באופן עיקרי על עיצוב מדיניות הממשלה וקידומה, הוא זה שמעשיו ומחדליו צפויים להשפיע במידה הרבה ביותר על המדינה ואזרחיה, ולזהותם של המועמדים לתפקיד זה יש לכן חשיבות רבה עבור הבוחרים בבחירות לכנסת.¹⁸

בית-המשפט קבע כי שיקול זה אינו בהכרח מכריע, כך שאין בו כדי לשלול לחלוטין את האפשרות לקבוע שחבר-כנסת לא יוכל לכהן בתפקיד ראש הממשלה בשל אישום פלילי נגדו; אך נקבע שזהו גורם בעל משקל ניכר מאד, שכמעט תמיד אמור להכריע את הכף: "אף שבחינת שיקול הדעת של חברי-הכנסת [...] היא אפשרית מבחינה מושגית, [...] התערבות בשיקול דעת זה מוגבלת למצבים חריגים ונדירים ביותר ולנסיבות קיצוניות בלבד. המקרה שלפנינו אינו נמנה עמם"¹⁹. מכאן הכרעת בית-המשפט להתיר

¹⁵ עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 457.

¹⁶ בג"ץ **הרכבת הממשלה**, תמצית נימוקים, לעיל ה"ש 1, בפס' 10. לתמיכה בעמדה שמי שהוגש נגדו כתב אישום אינו ראוי לכהן בתפקיד ראש הממשלה ראו דניאל בן-אוליאל "העברת ראש ממשלה תחת כתב אישום מתפקידו" **משפט וממשל** כא 7 (2020).

¹⁷ בג"ץ **הרכבת הממשלה**, תמצית נימוקים, לעיל ה"ש 1, בפס' 16.

¹⁸ נציין כי בפרשת **שיינפלד** דחה בית-המשפט את הטענה שלעניין כשירותו של דרעי לכהן בתפקיד שר יש ליחס משקל ממשי לבחירתם של מצביעי הרכישה שבראשה עמד. עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13, בפס' 37 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז. אולם, בבג"ץ הרכבת הממשלה, בית-המשפט קבע שאין דין תפקיד שר כדין תפקיד ראש הממשלה, והחליט לתת להכרעת הרוב בכנסת לגבי איש תפקיד ראש הממשלה משקל מכריע, שהביא לקבלת כהונה בתפקיד זה של האדם שנבחר על-ידי הרוב בכנסת גם אם הוא נאשם בפלילים.

¹⁹ בג"ץ **הרכבת הממשלה**, תמצית נימוקים, לעיל ה"ש 1, בפס' 17. לעמדה דומה ראו רבקה וייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" **משפט וממשל** כא 49 (2020); דניאל פרידמן, "הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד ביני פרשנות" **פורום עיוני משפט** מד 1 (2021).

לנתניהו לכהן בתפקיד ראש הממשלה, וזאת למרות הכרתו של בית-המשפט בקושי הערכי הכרוך בכהונה של נאשם בפלילים בתפקיד זה.

2. הגנה על שלטון החוק

בצד ההכרעה להתיר לנתניהו לכהן כראש הממשלה למרות היותו נאשם בפלילים, בית-המשפט הכיר גם בקיומו של חשש ממשי לניגוד עניינים של ראש ממשלה המכהן בתפקידו הרם במקביל להליך הפלילי בעניינו. לאור הסמכויות הנרחבות של ראש הממשלה ומעמדו הייחודי, בית-המשפט קבע כי היוזמות השלטוניות ותחומי הפעילות שבהם אסור לראש הממשלה להיות מעורב ייקבעו בהנחיות שיפרסם מעת לעת היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם לנסיבות המשתנות.

תחילה, בפסק-הדין בעניין הרכבת הממשלה, נדמה היה שהצורך בהסדר ניגוד עניינים לא היה כלל שנוי במחלוקת. בית-המשפט ציין בפסק-הדין כך: "רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה [...] 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'".²⁰ בית-המשפט ציין כי גם באי-כוחו של ראש הממשלה הציעו הסדר כזה, ושגם ראש הממשלה עצמו הצהיר שבכוונתו לפעול בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה.²¹

זמן לא רב לאחר מכן, כאשר נדרשה הבהרה באשר למעמד המחייב של הנחיות היועץ, קבע בית-המשפט דברים נחרצים בעניין החשיבות של מניעת ניגוד העניינים של ראש הממשלה: "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".²² בית-המשפט הדגיש את הזיקה שבין הסדר ניגוד העניינים לבין הכהונה של נתניהו בתפקיד: "אחת מהנחות היסוד שעל בסיסן התאפשרה הרכבת הממשלה ה-35 על ידי חה"כ נתניהו, על אף כתב האישום התלוי ועומד נגדו, הייתה כי ייערך לו הסדר ניגוד עניינים, כמפורט בעניין הרכבת הממשלה. הסדר זה נועד להפגית את החשש הנובע מהמצב התקדימי והחריג שבו מתנהל הליך פלילי בעניינו של ראש ממשלה מכהן".²³

קביעה זו מבטאת את המשקל המיוחד שהעניק בית-המשפט, לצד השיקול בדבר כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה, להגנה על שלטון החוק בהינתן "המציאות שבה ראש ממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום

²⁰ בג"ץ הרכבת הממשלה, תמצית נימוקים, לעיל ה"ש 1, בפס' 19 (ההדגשות הוספו).

²¹ שם, פס' 11: "בא-כוחו של חה"כ נתניהו אישר את הדברים בטיעונו 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)".

²² עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5, בפס' 16 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה הוספה) (נבו 25.3.2021).

²³ שם, בפס' 55 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

בעבירות חמורות". לעניין הניתוח והתזות שלנו, אין זה חשוב אם הכפירות של נתניהו להסדר ניגוד העניינים משמעותה התניה של המשך הכהונה בפעולתו על-פי הסדר ניגוד העניינים אם לאו. כל מה שאנו מניחים הוא כי חיובו של נתניהו לפעול בדרך זו היה, בלשון בית-המשפט, "הנחת יסוד" של ההסדר שאומץ על-ידי בג"ץ הרכבת הממשלה ושיקול שתרם להחלטת בג"ץ לאשר את כהונת נתניהו.

בהמשך, לאחר שהיועץ המשפטי קבע הסדר ניגוד עניינים, טען ראש הממשלה שהנחיות אלה אינן מחייבות אותו, וזאת בניגוד להחלטת בג"ץ בפרשת הרכבת הממשלה שחייבה אותו לכבד את ההסדר שייקבע היועץ. בפסק-דין שניתן בחודש מרץ 2021 דחה בית-המשפט את עמדתו זו של נתניהו, והבהיר כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להסדר ניגוד העניינים מחייבות את ראש הממשלה.²⁴

על-פי פסק-דין זה, מחויבותו של נתניהו לקיים את הסדר ניגוד העניינים נובעת הן מהעיקרון הכללי שלפיו כל הנחייה של היועץ מחייבת את ראש הממשלה, והן מן ההוראות הספציפיות של בג"ץ הרכבת הממשלה. בנוסף לכך, בית-המשפט קבע שנתניהו מנוע מלטעון בהליך שיפוטי כי ההנחיות אינן מחייבות אותו בשל "השתק שיפוטי", שחל לגביו בעקבות ההכרעה בבג"ץ הרכבת הממשלה שנעשתה בהסתמך כאמור על התחייבותו של נתניהו לפעול בהתאם להנחיות היועץ.²⁵ גם ב-2023, לאחר שראש הממשלה טען שוב שחוות הדעת המעודכנת של היועצת המשפטית לממשלה אינה מחייבת אותו, וחרף הבהרה נוספת שנשלחה אליו מטעם היועצת המשפטית לממשלה,²⁶ בית-המשפט שב ודחה את הטענה.²⁷

עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5.

24 שם, בפס' 29 לפסק-הדין של הנשיאה חיות, לעניין תוקפה המחייב של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה; ובפס' 32, לעניין ההשתק השיפוטי: "[...] אלמלא הגעתי למסקנה כי חוות דעת היועץ [...] ניתנה בסמכות וכי היא מחייבת את ראש הממשלה, ללא תלות בהצהרותיו ובהתחייבויותיו הקודמות, ניתן היה [...] בהחלט לקבוע כי הוא ככול 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".

26 ראו בעניין זה מכתב מגיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), לבנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין מעורבותו של ראש הממשלה ברפורמה במערכת המשפט (19.2.23), בו הובהר כי "כל מעורבות [של ראש הממשלה] ביוזמות המשפטיות ובקשר אליהן, כמפורט במכתב מיום 1.2.2023 נוגעת לליבת הסדר ניגוד העניינים. עיסוק ראש הממשלה בהן עומד בסתירה לאיסור על פעולה בניגוד עניינים". נוסח המכתב צורף כנספח לתגובת היועצת המשפטית לממשלה (27.6.2023) לעתירה בעניין חלוץ, לעיל ה"ש 6.

27 בג"ץ 44/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 10 (נבו 19.3.2023). הנימוק שניתן לכך היה טכני בעיקרו, והוא נבע מכך שראש הממשלה היה המשיב לעתירה ולא העותר, ולכן אינו רשאי לבקש מבית-המשפט סעד שלפיו אינו מחויב לפעול בהתאם להנחיות היועצת המשפטית לממשלה.

ב. הסברה שראש הממשלה נתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים

1. הנושאים שבהם הסדר ניגוד העניינים אסר על נתניהו להיות מעורב

נקודת המוצא היא קביעת בג"ץ כי "ניגוד העניינים במקרה דנן הוא חריג בטיבו ובעוצמתו".²⁸ בית-המשפט הבהיר ש"עוצמת ניגוד העניינים במקרה זה – גבוהה", וכי "לפיכך, מידת ההסתברות הנדרשת היא של חשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים".²⁹ כזכור, בית-המשפט קבע, שוב ושוב, כי היועץ המשפטי מופקד על עיצוב הסדר ניגוד העניינים, ושהסדר שנקבע על-ידי היועץ המשפטי מחייב את נתניהו. כמובן, לנתניהו עשויות היו להיות השגות לגבי הסדר שנקבע, ובכלל זה אם ההסדר סביר ומוצדק לאור העקרונות שקבע בית-המשפט. אך על-פי פסיקת בית-המשפט, קיומן של השגות כאלה אינו מצדיק אי-מילוי אחרי הוראות ההסדר שנקבע. אם ראש הממשלה סבר שחוות הדעת של היועצת שגויה או לא מוצדקת, כללית או בעניין מסוים, הוא יכול היה לפנות בעניין בעתירה לבג"ץ, בבקשה למתן היתר לפעול בתחום שנאסר על-ידי היועצת. בלא צו שיפוטית המתיר מראש פעולה בניגוד להגבלות שקבעה היועצת, ראש הממשלה לא היה רשאי לפעול בניגוד להוראות ההסדר. לפיכך, כדי לדעת מה היו המגבלות שעל-פיהן נתניהו היה חייב לפעול, יש לבחון את הוראות הסדר ניגוד העניינים.

בשנת 2020, כאשר שינויים מערכתיים במערכת אכיפת החוק לא עמדו על הפרק, בהינתן המבנה של ממשלת החילופים וכוח הווטו ההדדי שהיה למרכיביה, רוב הנושאים שצוינו מפורשות בהסדר שהתווה היועץ המשפטי לממשלה עסקו בנושאים אחרים. בצד זאת, למרות שחקיקה בדבר שינויים מערכתיים במערכת אכיפת החוק לא הייתה צפויה, ההסדר הטיל על נתניהו חובה כללית של "הימנעות מעיסוק בהליכי חקיקה ממשלתיים שעלולים להשפיע על ההליך הפלילי נגד ראש הממשלה".³⁰

בעקבות הקמת הממשלה ה-37, שלא הייתה עוד ממשלת חילופים, נוצר לנתניהו ולקואליציה הפוליטית שהוא מנהיג כוח להביא לשינויים מערכתיים במערכת המשפט, ותכנית הרפורמה המשפטית הוצגה בפני הציבור. מטבע הדברים, בחוות הדעת המעודכנת של היועצת המשפטית לממשלה, שפורסמה ב-1.2.2023, נכללה התייחסות מפורטת לחקיקה בנוגע למערכת אכיפת החוק ואף למרכיבים ספציפיים של התכנית שהוצגה. בין היתר, חוות הדעת המעודכנת קבעה כי "ראש הממשלה עצמו מנוע ממעורבות ביוזמות הידועות לנו כיום לעריכת שינויים במערכת המשפט, המקודמות ממכלול תחת הכותרת [...] של 'הרפורמה המשפטית'. חובת ההימנעות משתרעת על כל

²⁸ עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5, בפס' 37 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה הוספה).

²⁹ שם, שם.

³⁰ "ניגוד עניינים ככהונתך כראש ממשלה" (חוות-דעת היועץ המשפטי לממשלה 2.11.2020). נוסח חוות הדעת הובא בפסק-הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5, בפס' 9.

מעורבות בנושא, לרבות על פעולה באמצעות אחרים או הנחייתם במישרין או בעקיפין".³¹

היועצת המשפטית לממשלה נימקה מגבלות אלה בכך ש"השלמת יוזמות [החקיקה להחלשת הביקורת השיפוטית], ואף חלק מהן, תוביל למציאות משטרית ומשפטית המיטיבה עם ראש הממשלה בהיבט של ניהול משפטו לעומת המצב הקיים, שכן עצמאותם של מוסדות החוק תיפגע אל מול הרשות המבצעת. ערובות חשובות ליכולתם של מוסדות אלו להבטיח את שוויון הכול בפני החוק – ייפגעו, ועצמאותם של שומרי הסף, אשר חיונית למניעת השפעות בלתי לגיטימיות על ההליך השיפוטי – תיחלש. לצד זאת, היכולת הקואליציונית לקדם חקיקה שתסייע לעניינו האישי של ראש הממשלה – תגבר".³² מכאן הקביעה שקיים חשש סביר שנתניהו מצוי בניגוד עניינים באשר לקידום יוזמות החקיקה הללו.³³

באשר להצעות חקיקה ספציפיות, חוות הדעת אסרה במפורש על ראש הממשלה להיות מעורב בקידום הצעת החוק לביטול עילת הסבירות.³⁴ בדומה לכך נכלל בחוות הדעת איסור לעסוק ביוזמות חקיקה נוספות שכבר פורסמו באותה עת, ובהן שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים וסמכויותיה, צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה ופסקת התגברות, ביטול המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה ובלעדיות ייצוג גופי המדינה בערכאות שיפוטיות על-ידי היועץ ועוד. היועצת קבעה כי "ראש הממשלה [...] מנוע ממעורבות ביוזמות המתוארות לעיל, המקודמות כמכלול ובנפרד".³⁵

חוות הדעת של היועצת המשפטית הכירה בכך שמעמדו הייחודי של ראש הממשלה מציב אתגר חריג בקביעה מהם סוגי הפעולות שאסור לראש הממשלה לעשות משום שמתקיים לגביהם חשש סביר לניגוד עניינים. בחוות דעתה ציינה היועצת המשפטית לממשלה כי "חובת ההימנעות" משתרעת על "כל מעורבות בקבלת החלטות בעניינים המפורטים לעיל; על כל פעולה של ראש הממשלה בעניינים אלה באמצעות כל גורם ממשלתי או אחר; וכן על התערבות בהחלטות המצויות בגדר סמכויותיהם של שרים אחרים".³⁶ המעורבות האסורה של ראש הממשלה כוללת לפיכך כל פעולה שיש בה

³¹ "ישום פסק-הדין וחוות הדעת בעניין מניעת ניגוד עניינים של ראש הממשלה ביחס ליוזמות לשינויים במערכת המשפט" (חוות-דעת המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), שאומצה על-ידי היועצת המשפטית לממשלה במכתבה אל ראש הממשלה (1.2.2023). חוות הדעת והמכתב צורפו כנספחים לתשובה המקדמית של היועצת המשפטית לממשלה בעתירה בעניין חלוץ, לעיל ה"ש 6.

³² שם, בפס' 22.

³³ שם, בעמ' 2 למכתבה של היועצת המשפטית לממשלה.

³⁴ שם, בפס' 23(3) ("בהקשר זה, חוות הדעת הסבירה כי חקיקה כזו [עלולה] להסיר מגבלות חוקיות שקיימות במצב המשפטי הקיים ביחס להחלטות שראש הממשלה מנוע ממעורבות בהן [...]). למשל, אם תבוטל עילת הסבירות, בית-המשפט העליון לא יוכל לבקר את סבירות מינויים של גורמים בכירים במערכת אכיפת החוק [...]. והחלטות מנהליות של גורמי אכיפת החוק ביחס להמשך ההליך הפלילי".

³⁵ שם, בפס' 25.

³⁶ שם, בפס' 9. היועצת המשפטית גם ציינה כי "נוכח עוצמת העניין האישי של ראש הממשלה, מחויבים גם נושאי משרת אמון בלשכתו, לרבות מנכ"ל משרד ראש הממשלה, להימנע מלטפל בעניינים שבהם הוא מנוע מלטפל".

משום שימוש בכוחו השלטוני או הפוליטי כדי לקדם צעדים בנושאים שבהם אינו רשאי לעסוק, ובכלל זאת פעולות עקיפות באמצעות גורמים שלטוניים אחרים. לבסוף, חשוב להדגיש כי גם אם נושא מסוים לא צוין במפורש בחוות הדעת המעודכנת האחרונה, לא עולה מכך שהסדר ניגוד העניינים התיר לנתניהו לעסוק בנושא זה. הצורך בהסדר ניגוד העניינים עולה מהעיקרון המשפטי הכללי בדבר איסור על כל בעל סמכות שלטונית להפעיל אותה כאשר מתקיים חשש סביר שהפעלתה תושפע מן האינטרס האישי שלו. בהקשר זה, בהינתן השפעתו הרחבה של ראש הממשלה וההכרה שמצבים ונושאים רלוונטיים צפויים להשתנות מהותית מעת לעת, חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה הבהירה כי אם ראש הממשלה "יבקש לפעול בעתיד בנוגע ליוזמות קונקרטריות נוספות הקשורות במערכת המשפט, [...] עליו לפנות ליועצת המשפטית לממשלה על מנת שהדברים ייבחנו לפי נסיבותיהם".³⁷ ראש הממשלה לא פנה ליועצת לגבי כל יוזמה קונקרטית נוספת הקשורה במערכת המשפט, ולכן, על-פי הסדר ניגוד העניינים, הוא היה מנוע ממעורבות בכל יוזמה נוספת כזו.

2. הפרת הסדר ניגוד העניינים על-ידי נתניהו

היועצת המשפטית לממשלה כבר חיוותה את דעתה שנתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים,³⁸ וצפוי שבית-המשפט ייתן משקל רב לקביעה זו של היועצת המשפטית בכאור לבחון את הנושא. גם נתניהו הודיע מפורשות על החלטתו להתעלם ממגבלות הסדר ניגוד העניינים.

בפרק זה נסביר בקצרה מדוע להערכתנו בחינה של נושא זה תביא את בית-המשפט לקבוע כי הסדר ניגוד העניינים הופר באופן משמעותי, ומתחייבת בגין כך תגובה משפטית. בתת-הפרק הראשון נציין מספר מאפיינים חשובים של ההפרה, שצפויים לתרום להערכה שמדובר בהפרה משמעותית. בתת-הפרק השני נדון בקצרה בכמה טענות שצפוי שיעלו בפני בית-המשפט כדי להצדיק את ההפרה או להפחית מחומרתה. נדון בסוגיות אלה בקצרה, כי עיקר העניין שלנו בחיבור הוא בניתוח השאלה מהן ההשלכות של קביעה משפטית שנתניהו אכן פעל בניגוד עניינים. לפיכך, לשם הדיון שלנו בהמשך, בפרקים ג ואילך, נניח שבית-המשפט יקבע את קיומה של הפרה משמעותית של הסדר ניגוד העניינים. מטעם דומה, נציע כאן פירוט מוגבל של העובדות הרלוונטיות, והמקורות שמתעדים אותם, משום שנראה שלא צפויה מחלוקת לגביהן ומשום שרבות מהן מפורטות בעתירות שונות שבפני בית-המשפט ונתמכות בתצהירים. בהסתמך על עובדות אלה, תרומת השורות הבאות היא רק בהגדרת שישה מאפיינים חשובים של ההפרה ובהתייחסות לטענות נגד.

³⁷ שם, בפס' 26.

³⁸ ראו בעניין זה, בין היתר, מכתב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) מיום 19.2.23, לעיל ה"ש 26.

(א) מאפייני ההפרה

בהתייחסויות להפרה ניתנת בדרך כלל תשומת לב להכרזתו של נתניהו ב-23.3.2023, שעות ספורות לאחר שנחקק בכנסת התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בדבר נבצרות ראש הממשלה, שבה הודיע שהוא, כלשונו, "נכנס לאירוע"³⁹. היעוצת המשפטית לממשלה הודיעה לנתניהו בכתב כי הצהרה זו היוותה לכשעצמה הפרה של הסדר ניגוד העניינים, ובוודאי כך אם תמומש⁴⁰.

למרות תשומת הלב להצהרה זו ראוי לציין כי אין לראות בה את תחילת ההפרה. התיאור של פעולת נתניהו ככניסה לאירוע לא היה מדויק, שכן נתניהו היה "באירוע" מתחילתו. הוא למשל הביע בקולו תמיכה בקידום הרפורמה עם יציאתה לדרך וחזר על כך בקולו שוב ושוב.⁴¹ ראוי אף לציין כי, גם אם פורמלית לא חל עליו עדיין הסדר ניגוד העניינים לפני כניסתו לתפקיד ראש הממשלה,⁴² נתניהו הניח את היסודות לקידום הרפורמה עוד בבחירות משמעותיות שעשה בפעולותיו לקראת הקמת הממשלה, ובכלל

³⁹ "נתניהו לא קורא לעצור את החקיקה: החוק יעלה בשבוע הבא בכנסת" N12 (23.3.2023) https://www.mako.co.il/news-politics/2023_q1/Article-c8dfe32289f0781027.htm?Partner=searchResults. בנאומו הצהיר ראש הממשלה כך: "לצער, עד היום ידדי 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. אני שם בצד כל שיקול אחר. למען העם שלנו, למען המדינה שלנו אני אעשה כל מה שביכולתי כדי להביא לפתרון" (להלן: **הצהרת נתניהו**).

⁴⁰ מכתב מגלי בהרב מיארה, היעוצת המשפטית לממשלה, לבנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין הצהרתו בדבר "כניסתו לאירוע" מיום 23.3.2023 (24.3.2023). המכתב צורף כנספח 4 לתגובה המקדמית מטעם המשיבות 1 ו-3 בעניין **חלוץ**, לעיל ה"ש 6. במכתבה אל ראש הממשלה ציינה היעוצת, בין היתר, כך: "הצהרתך אמש וכל פעולה שתבוצע על-ידך בניגוד לאמור (בהסדר ניגוד העניינים) היא בלתי חוקית ונגועה בניגוד עניינים".

⁴¹ למשל, עוד קודם להכרזתו של השר לוי'ן על תכנית הרפורמה המשפטית, נתניהו הכריז ב"ועידת ז'בוטינסקי" כי ממשלתו מתכוונת "להחיל רפורמות שיבטיחו את האיזון הנכון בין שלוש הרשויות". ראו איתמר אייכנר "נתניהו לפני הודעת לוי'ן על הרפורמה המשפטית: נבטיח איזון נכון בין 3 הרשויות" Ynet (4.1.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/r1fpvm750>. בהמשך אותו חודש, נתניהו חזר ותמך בקולו ברפורמה המשפטית לפחות בשלוש הזדמנויות, כולל בסרטון שפרסם, בפתח ישיבה של סיעת הליכוד ובמסיבת עיתונאים עם שר האוצר. ראו מיכאל האזור טוב "נתניהו: רוב הציבור מסכים שיש לתקן את מערכת המשפט" **דה מרקר** (13.1.2023) <https://www.themarker.com/news/politi/2023-01-13/ty-article/00000185-ab67-d498-abf5-afe755b40000>; מורן אזולאי "נתניהו על המהפכה המשפטית: אין לנו כוונה להתנצל, לא נירתע" Ynet (16.1.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/siezbamoi>; ; "דברי ראש הממשלה נתניהו במסיבת עיתונאים עם שר האוצר סמוטריץ'" **משרד ראש הממשלה** (25.1.2023) <https://www.gov.il/he/departments/news/event-press250123>.

⁴² בחודש פברואר 2023 דחה בית-המשפט עתירה שבה נטען כי המעורבות המוקדמת של נתניהו מהווה הפרה של הסדר ניגוד העניינים. אולם החלטה זו התבססה בעיקר על עיתויה של העתירה ועל טעמים טכניים, ונקבע כי המועד הראוי לדיון בסוגיה הוא כאשר יוזמות חקיקה כאמור תבשלה. בג"ץ 8643/22 **כרמי נ' היעוצת המשפטית לממשלה** (נבו) (14.2.2023).

זה הכללת הוראות שונות קדימות ליוזמה זו הן בהסכמים הקואליציוניים והן בקווי היסוד של הממשלה.⁴³

בכל אופן נניח להלן כי ההפרה החלה רק עם ההכרזה, שבה נתניהו הודיע מפורשות שאינו רואה עצמו עוד כבול למגבלות שנקבעו בהסדר ניגוד העניינים. מאז חלפו כבר למעלה מחמישה חודשים, שבהם נתניהו ממשיך להצהיר על הובלתו את הרפורמה ועל תמיכתו בה. להלן נדון בקצרה בחמישה מאפיינים של ההפרה בתקופה זו. נסביר מדוע להערכתנו צפוי שבחינה של הנושא טוביל למסקנה שההפרה (א) הייתה מכוונת, נמשכת, פומבית ובוטה; (ב) הייתה אינטנסיבית, נרחבת ומתמשכת; (ג) מילאה תפקיד מוביל, אם לא קריטי בקידום הרפורמה; (ד) נעשתה תוך שימוש ניכר בסמכויות ובכוח הייחודיים של נתניהו כראש הממשלה; ו-(ה) נעשתה בשיתוף פעולה הדוק עם הקואליציה.

ראשית, **ההפרה הייתה מכוונת, נמשכת, פומבית ובוטה**. נתניהו לא ניסה כלל להסתיר את העובדה שהוא פועל בניגוד להסדר ניגוד העניינים. נהפוך הוא, הוא בחר להכריז קבל עם ועולם כי הוא מתכוון להתעלם ממגבלות אלה.⁴⁴ נתניהו הדגיש בהודעתו שהחלטתו קשורה להסרת האיום של הנבצרות, בעקבות תיקון החוק בעניין כמה שעות קודם לכן. ברור עם זאת שהסרת סנקציה מסוימת אינה פוטרת את נתניהו כלל מחובתו לקיים את הסדר ניגוד העניינים. נתניהו התחייב לקיים את ההסדר בפני בית-המשפט בבג"ץ הרכבת הממשלה, בית-המשפט חייב אותו לקיים את ההסדר, ובית-המשפט הסתמך על "הנחת יסוד" שנתניהו יקיים חובה זו.

לקיומה של הפרה מכוונת, נמשכת, פומבית ובוטה כזו על-ידי ראש הממשלה עלולות להיות השלכות ציבוריות חמורות במיוחד, וזאת בשל המסר שהיא שולחת לציבור. מערכת המשפט ושלטון החוק אינם יכולים לתפקד ללא קבלה נרחבת בציבור של הנורמה של כיבוד פסקי-דין. חשוב לכן שנבחר ושלחי הציבור יכבדו – וייראו בעיני הציבור כמי שמכבדים – פסקי-דין של בית-המשפט. לפיכך, הפרה מכוונת, נמשכת, פומבית ובוטה של אדם המכהן בתפקיד הרם של ראש הממשלה משרתת לציבור

⁴³ ככל אחד מההסכמים הקואליציוניים שעל בסיסם הקים נתניהו את ממשלתו ואשר הניח על שולחן הכנסת לפני הצבעת האמון בממשלתו, נכללה הוראה זוהי, שבה נאמר כך: "הממשלה תפעל לקידומה של רפורמה להבטחת המשילות וחזוק יכולת הממשלה לבצע את מדיניותה. כל סיעות הקואליציה יתמכו בכל הצעות החוק [...] כפי שיוצעו על-ידי שר המשפטים ושיעסקו, בין היתר, בהסדרת מערכת היחסים שבין [...] הכנסת והממשלה לבין מערכת המשפט ובית-המשפט העליון ובשיטת בחירת השופטים. כל זאת לשם השבת האיזון הראוי בין הרשויות. [...] כל הצעות החוק שעניינן הנושאים הנזכרים בסעיף זה תקבלנה עדיפות מוחלטת ומלאה, בכל מקרה ונסיבות [...]". ראו, למשל, "הסכם קואליציוני לכינון הממשלה ה-37 בין סיעת הליכוד לבין סיעת התאחדות הספרדים שומרי תורה תנועתו של מרן הרב עובדיה יוסף זצ"ל" **הכנסת** (28.12.2022) <https://main.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA37-Shas.pdf>. לכן נוספה הוראה ש"הממשלה וסיעות הקואליציה יתמכו בהצעת החוק מטעם הליכוד, שתקבע כי מינוי היועץ המשפטי למשרדים הממשלתיים [...] יבוצע כמשרת אמון (סעיף 30). הוראה ברוח זו נכללה גם בקווי היסוד של הממשלה, ולפיה "הממשלה תנקוט בצעדים להבטחת המשילות ולהשבת האיזון הראוי בין הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת". הוראות כאלה לא נכללו בהסכמים הקואליציוניים וקווי היסוד של אף אחת משורת הממשלות הקודמות שהקים נתניהו.

⁴⁴ **הצהרת נתניהו**, לעיל ה"ש 39.

מסר שלילי ביותר. יהיו אף שיראו בהתנהגותו של נתניהו – הן מעשיו והן התבטאויותו הפומביות – משום התרסה כלפי בית-המשפט, שעלולה להעצים את החומרה שבדברים. נוסף כי לאחרונה, בראיונות לכלי תקשורת בארה"ב שקיבלו כסוי תקשורת נרחב בישראל, נתניהו שוב ושוב סרב להתחייב שיכבד פסקי-דין של בג"ץ לגבי תוקפם של תיקונים לחוקי יסוד שהתקבלו במסגרת הרפורמה המשפטית.⁴⁵ הצהרות כאלה, בין אם הן נועדו להרתיע את בית-המשפט ובין אם כוונתן להכין את הקרקע לקראת אי-ציות לפסיקה כזו, יש בהן כמובן משום הפרות נוספות של הסדר ניגוד העניינים. יתרה מזאת, הן מחזקות את המסר לציבור של התעלמות ואי-כיבוד של פסקי-דין של בית-המשפט העליון על-ידי ראש הממשלה. לאחר שנתניהו בחר להפר באופן מפורש, פומבי ובוטה את פסיקת בג"ץ בעניין חובתו לפעול על-פי הסדר ניגוד העניינים, הצהרות אלה ביטאו נכונות להרחיב את אי-הציות הזה גם בהתייחס לפסקי-דין נוספים.

שנית, **ההפרה היא אינטנסיבית, נרחבת, ומתמשכת.** הפרת הסדר ניגוד העניינים אינה מוגבלת לכמה אירועים בודדים. נתניהו הפך את העיסוק ברפורמה לעיסוק מרכזי שלו, ושל הקואליציה שלו, במשך חודשים ארוכים. במהלך כל החודשים מאז הקמת הממשלה, נתניהו מעורב באינטנסיביות בקידום הרפורמה, בתמיכה ובמתן גיבוי פומבי לה, ובמגע עם גביה עם גורמים בקואליציה ובאופוזיציה.⁴⁶ אפילו ביום שבו אושפז נתניהו בבית החולים, הוא נפגש עם הנשיא הרצוג, וקיים שיחות טלפון עם אחרים, לדון בחקיקה לביטול עילת הסבירות. מיד לאחר שיצא מבית החולים הוא נסע לכנסת לדיונים קדחתניים, לקראת הדיון בחקיקה בקריאה שנייה ושלישית.

שלישית, **ההפרה מילאה תפקיד מוביל וייתכן אף מכריע בקידום הרפורמה.** נתניהו היה לא רק מעורב מאוד בקידום הרפורמה אלא גם מילא תפקיד מוביל אם לא מכריע בכך. בסוף מרץ 2023, נתניהו החליט על עצירת החקיקה ערב העלאתה לקריאה שנייה ושלישית.⁴⁷ בסוף יולי 2023, ערב ההעלאה לקריאה שנייה ושלישית של החקיקה

⁴⁵ Morgan Winsor, *Israel's prime minister spoke to ABC News on "Good Morning America"* ABC NEWS (July 27, 2023), <https://abcnews.go.com/International/israel-prime-minister-benjamin-judicial-overhaul/story?id=101705946>

Tara John and Mick Krever, *Netanyahu won't commit to abiding by ruling if Supreme Court blocks controversial law*, CNN (27.7.2023), <https://www.cnn.com/2023/07/27/middleeast/israel-benjamin-netanyahu-judicial-intl/index.html>

⁴⁶ ראו למשל הדיווח על יום דיונים קדחתניים שניהל נתניהו עם גורמים שונים מהקואליציה שלו בהכנה להכרזת הנשיא של מתווה הפשרה שהציע. אמיר אטינגר, אריאל כהנא, יהודה שלזינגר "הרצוג יציג בשעה 20:30 מתווה פשרה מטעמו; בכיר בממשלה: הוא בלחץ" **ישראל היום** (15.3.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/13824064>

בראיון בלומברג באוגוסט 2023 נתניהו אמר כי "אני משקיע ... 24 שעות ביממה" בהשגת תמיכה רחבה לרפורמה. ראו *Netanyahu Struggles to Woo Investors Shaken by Turmoil in Israel*, BLOOMBERG (7.8.2023), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-08-07/netanyahu-struggles-to-woes-investors-shaken-by-street-turmoil>

⁴⁷ בהצהרה לתקשורת הודיע נתניהו כי "מתוך אחריות לאומית החלטתי להשהות את הקריאה השנייה והשלישית". ראו "מדברי ראש הממשלה נתניהו בהצהרה לתקשורת" **משרד ראש הממשלה** <https://www.gov.il/he/Departments/news/event-statement270323> (27.3.2023)

לביטול עילת הסבירות, היה לנתניהו תפקיד חשוב אם לא מכריע בהחלטה להמשיך לסיום החקיקה ולעשות זאת בלא כל ריכוך בנוסח.

יתרה מזאת, גורמים שונים בקואליציה, לרבות כאלה שלהם העדפות חזקות לגבי הרפורמה, הודיעו על קבלתם את מנהיגותו והחלטותיו של נתניהו.⁴⁸ כמו כן, עם סיום כנס הקיץ של הכנסת, בחודש יולי 2023, סיעת הליכוד סיכמה את המושב בהודעה שהבהירה את המרכזיות של ראש הממשלה בקידום הרפורמה ובהחלטות לגבי הקצב בו תקודם: "בניגוד לדעת רבים, ראש הממשלה [נתניהו] העביר את התיקון לעילת הסבירות, ובניגוד לדעת רבים הוא גם קרא לעצור [את המשך יישום הרפורמה המשפטית] עד נובמבר [2023], כדי להגיע להסכמות. ראש הממשלה נתניהו יפעל בכול כוחו להוביל את המשך החקיקה בהסכמות רחבות גם בעתיד, ככל שניתן".⁴⁹ בדומה לכך, בראיון ל"בלומברג" נתניהו תיאר את עצמו כמי שהחליט על הפסקת החקיקה במרץ, על העברת החקיקה לבי עילת הספירות ביולי, ועל כך שהשלב הבא יתמקד בחקיקה לגבי הוועדה למינוי שופטים.⁵⁰ ובראיון עם ה"וול סטריט ג'ורנל" נתניהו מסר כי החליט להוציא את פסקת ההתגברות מהמשך הרפורמה שיקדם.⁵¹

רביעית, ההפרה נעשתה תוך שימוש ניכר בסמכויות הייחודיות שמסורות לראש הממשלה. לראש הממשלה סמכויות ייחודיות וכן מנופי השפעה שונים על הממשלה ועל הקואליציה, אותם רתם נתניהו לקידום הרפורמה. למשל, במרץ 2023 נתניהו הכריז על פיטוריו של שר הביטחון יואב גלנט, לאחר שזה קרא להשהית הרפורמה בשל חשש לפגיעה בכשירות הצבא.⁵² בדומה לכך, ביולי 2023 פורסם כי על-פי בכיר בקואליציה, נתניהו יפטר את גלנט אם לא יצביע בעד ביטול עילת הסבירות.⁵³

בנוסף לכך, קידום הרפורמה הביא לגל של הודעות של מתנדבי שירות מילואים על כוונתם להפסיק לשרת, והרמטכ"ל ושר הביטחון גלנט העבירו את המידע באופן שוטף לנתניהו והתריעו על הנזקים הביטחוניים מקידום הרפורמה ללא הסכמה ציבורית

⁴⁸ כך, למשל, במרץ 2023 לקראת החלטתו של נתניהו לגבי עצירת החקיקה, שר המשפטים לוי הודיע לנתניהו כי "אכבד כל החלטה שיקבל ראש הממשלה נתניהו באשר להליכי חקיקת הרפורמה המשפטית". ראו עטרה גרמן "החקיקה תיעצר, לוי לא מתפטר": אכבד כל החלטה שיקבל נתניהו" **מקור ראשון** (27.3.2023) <https://www.makorrishon.co.il/news/597153>

⁴⁹ מיכאל האוור טוב, יהונתן ליש "הליכוד: אין מרד במפלגה, כולם רוצים להגיע להסכמות" (29.7.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2023-07-29/ty-article/premium/00000189-a290-d00f-a7db-b39bbcc0c000>

⁵⁰ Bloomberg Television, *Israel Prime Minister Benjamin Netanyahu discusses judicial reform*, YOUTUBE 6, (Aug. 6, 2023) <https://www.youtube.com/watch?v=Q6rE9-CJXXk>

⁵¹ מערכת ישראל היום "נתניהו בראיון ל'וול סטריט ג'ורנל': הרפורמה המשפטית תקודם בלי פסקת ההתגברות" **ישראל היום** (29.6.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/14332658>

⁵² בנאום שנשא גלנט הוא הצהיר כי "למען ביטחון ישראל, למען בנינו ובנותינו: צריך לעצור בעת הזו את תהליך החקיקה". ראו אמיר אטינגר ויהודה שלזינגר "נתניהו, לוי וקיש בהתלבטויות כיצד לפעול; שר המשפטים לוחץ לפטר את גלנט אם יצביע נגד הרפורמה" **ישראל היום** (26.3.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/13872131>

⁵³ ראו מיכאל האוור טוב "בכיר בקואליציה: נתניהו החליט שהחוק יעבור ללא שינוי, מי שיתנגד יפוט - גם גלנט" **הארץ** (22.7.2023) <https://www.haaretz.co.il/news/politi/2023-07-22/ty-article/premium/00000189-7ec9-d2f8-afeb-7fcd76a0000>

רחבה.⁵⁴ למרות שחששות אלה הועברו לנתניהו באופן שוטף במשך מספר חודשים, בחודש מרץ 2023 הוא בחר לדחות את בקשתו של השר גלנט לכנס את הקבינט המדיני-ביטחוני לדיון בנושא זה.⁵⁵ בדומה לכך, נתניהו בחר שלא לכנס את הקבינט לדיון בנושא זה גם בארבעת החודשים הבאים, שקדמו להשלמת החקיקה לגבי ביטול עילת הסבירות.⁵⁶ נתניהו המשיך ופעל גם לאחר מכן כדי למנוע או להגביל את הדיווח לציבור

⁵⁴ על-פי דיווחו של עמית סגל, "התרחיש הזה של עלייה אקספוננציאלית במספר הפורשים משירות עלול לפגוע בכשירות של צה"ל בכלל, ושל חיל האוויר בפרט. המידע הזה הועבר כלשונו לשר הביטחון יואב גלנט ולרה"מ בנימין נתניהו". עמית סגל "את המערכה הזו אסור שחיל האוויר יכריע" **N12** (15.7.2023) https://www.mako.co.il/news-columns/2023_q3/Article-5cc322e11e95981026.htm דובר צה"ל הודיע כי "צה"ל עוקב באופן רציף אחר המצב, בוחן את הכשירות ומשקף לדרג המדיני את המשמעויות". ראו יואב זיתון "צה"ל על הודעת הטייסים: נשקף את המשמעויות לדרג המדיני; אי-התייצבות פוגעת בצבא" **Ynet** (21.7.2023) <https://www.ynet.co.il/news/article/h1xubz093>

⁵⁵ על-פי דיווח של ישראל היום "שר הביטחון יואב גלנט [דרש] מראש הממשלה בנימין נתניהו לכנס את הקבינט כדי לדון בהשלכות [קידום החקיקה]". נמסר שם כי "השר גלנט העלה את הדרישה בכמה מפגשים אשר קיים באחרונה עם נתניהו. [...] [ב]שבועות האחרונים קיים גלנט כמה שיחות עם נתניהו שבהן הציג בפניו את תמונת האיומים והמשמעויות כפי שהן משתקפות במערכת הביטחון, ודברים דומים נאמרו לנתניהו על-ידי הרמטכ"ל, הרצי הלוי, וראשי השב"כ והמוסד, רונן בר ורדי ברנע, אולם 'נתניהו [...] סירב להורות על כינוס הקבינט, כפי שביקש גלנט". לפי דיווח זה, "שר הביטחון סבר שחברי הקבינט – שנושאים באחריות – צריכים לשמוע בעצמם באופן בלתי אמצעי את ראשי המערכת הביטחון ולהכיר את הנתונים, לפני שהם ממשיכים בתהליכי החקיקה". עוד נמסר שם כי "ככל הידוע, גם הרמטכ"ל הלוי ביקש להציג את תמונת המצב בפני הקבינט – ונדהה, [...] וגורמים שהשתתפו בקבינט בעבר לא זוכרים מקרים שבהם דרש שר כלשהו לכנס את הקבינט ונדהה בשיטתיות, בוודאי כשעל הפרק עניינים כה רגיזים". ראו יואב לימור "נתניהו סירב לכנס את הקבינט: העמות החריף בין גלנט לרה"מ לפני ההצהרה הדרמטית" **ישראל היום** (26.3.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/politics/article/13870115>

⁵⁶ ב-9 ביולי הקבינט התכנס לדיון לגבי הרשות הפלסטינית וקיבל שורת החלטות שהיציע ראש הממשלה. בסופה של הודעת הדוברות המפורטת על דיון והחלטות אלה נכלל המשפט הבא: "הקבינט תומך פה אחד באמירתו של שר הביטחון שהקריאות לסרבנות פוגעות פגיעה קשה בביטחון ישראל, ויש לגנותן ולפעול להותרת זרועות הביטחון מחוץ לשיח הפוליטי". ראו "ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החליטה לאמץ את הצעת ההחלטה שהביא בפניה ראש הממשלה נתניהו" **משרד ראש הממשלה** (09.07.2023) <https://www.gov.il/he/departments/news/spoke-cabinet090723>. ההודעה לא מציינת כי הקבינט ערך דיון לגבי התוצאות הצפויות של "הסרבנות" על כשירות ולכידות הצבא או קיבל סקירות מערכת הביטחון לגבי נושא זה.

עוד נציין כי יום לפני השלמת החקיקה לביטול עילת הסבירות, חה"כ גנץ קיבל עדכון מהרמטכ"ל לגבי החששות מפגיעה בכשירות צה"ל, ולאחר מכן הוא מסר כי "תמונת המצב הביטחונית מדאיגה מאד ומחייבת תשומת לב והכרעות ביטחוניות אסטרטגיות במגוון זירות פעולה", וציין כי "על ראש הממשלה לכנס דיון קבינט מדיני-ביטחוני, להבנת משמעויות החקיקה על צה"ל, טרם העברת החקיקה. הדבר נכון גם לגבי הצורך לכנס את ועדת החוץ והביטחון". דיון כזה לא התקיים לפני השלמת החקיקה. ראו לילך שובל "גנץ שוחח עם הרמטכ"ל: 'תמונת מצב מדאיגה ביותר'; לפיד שוחח עם ראש השב"כ" **ישראל היום** (23.7.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/defense/article/14422563>

על חששות צה"ל⁵⁷ סביר שהחלטות אלה של נתניהו, בין אם היו מוצדקות לגופן ובין אם לאו,⁵⁸ תרמו גם הן משמעותית לקידום הרפורמה.

חמישית, **ההפרה נעשתה בשיתוף פעולה הדוק עם הקואליציה**. למרות העובדה שהמעורבות של נתניהו בקידום שינויים במערכת המשפט היוותה הפרה ברורה ופומבית של הסדר ניגוד העניינים, סיעות הקואליציה בחרו לשתף עמו פעולה באופן הדוק ובכך אפשרו הפרה זו וסייעו לה. חברי סיעת הליכוד וראשי סיעות הקואליציה האחרות דנו עם נתניהו בנושאים אלה פעמים רבות וקיבלו את מנהיגותו, כולל בהחלטתו במרץ 2023 לעצור את החקיקה והחלטתו ביולי 2023 לקדם את החקיקה לביטול עילת הסבירות ללא ריכוך.

(ב) הפרכת טענות אפשריות להצדקת ההפרה

נפנה כעת לדון בכמה טענות אפשריות שניתן להעלות כדי להצדיק את ההפרות או לצבוע אותן באור פחות בעייתי. כמפורט להלן, אנו סבורים שטענות אלה דינן להידחות. **ראשית, טענת הצורך**: צפוי לעלות הטענה שהמשבר שנוצר כתוצאה מקידום הרפורמה והמחאה הציבורית כנגדה – משבר שיצר סיכונים לכלכלה, לביטחון, ליחסי החוץ, וללכידות החברתית בישראל – חייב את ראש הממשלה "להיכנס לאירוע". על-פי טענה זו, ראש הממשלה אינו יכול להתעלם ממשבר משמעותי כזה, וחובתו לעשות כמיטב יכולתו להתמודד עמו.⁵⁹ הבעיה בטענה זו היא שהיא מתייחסת אל המשבר כאל נתון אקסוגני ומנסה להצדיק את ההפרה בצורך להתמודד עמו. הטענה מתעלמת מכך שהמשבר הוא תוצאה ישירה של הרפורמה המשפטית, שנתניהו תרם כאמור תרומה מהותית לקידומה, תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים. יתר על-כן, אין כל היגיון בטענה שהפרת הסדר ניגוד העניינים נעשתה כדי להתמודד עם המשבר הלאומי שיצרה

⁵⁷ על-פי דיווח של ישראל היום, בפגישה עם הרמטכ"ל ובכירי הצבא, העביר נתניהו ביקורת שהתדרוכים בתקשורת על כשירות צה"ל פוגעים בהרתעה מול אויבנו. ראו שירת אביטן כהן, אמיר שאינגר "נתניהו מותח ביקורת על תדרוכי צה"ל בתקשורת: פוגעים בהרתעה מול אויבנו" **ישראל היום** (13.8.2023)

<https://www.israelhayom.co.il/news/defense/article/14491196>

⁵⁸ על-פי דיווח של עמית סגל, נתניהו אמר בשיחות סגורות כי לדעתו "מדינה יכולה להסתדר בלי כמה טייסות, אבל לא יכולה להסתדר בלי ממשלה. להפסקת החקיקה יש משמעות אחת, והיא שאין עוד טעם לקיומה של רשות מבצעת". עמית סגל "יואב מאחורי הגב" **ynet** (14.7.2023) <https://www.ynet.co.il/yedioth/article/yokra13505528>. כמו כן, דווח כי נתניהו אמר למקורביו כי הוא "לא מודאג מכשירות צה"ל". ראו אריאל כהנא "נתניהו למקורביו לאחר הדיון: לא מודאג מכשירות צה"ל" **ישראל היום** (14.8.2023)

<https://www.israelhayom.co.il/news/defense/article/14493125>

⁵⁹ טענה זו טענה על-ידי באי-כוחו של נתניהו. בלשונם: "הרפורמה המשפטית חורגת בהשלכותיה אל מעבר לזירה המשפטית במדינת ישראל. [...] בעת של משבר לאומי בעל השלכות פנימיות וחיצוניות למדינת ישראל, ראש הממשלה מחויב לפעול לטובת העם כדי לנסות להביא להסכמה לאומית רחבה ככל האפשר, למניעת אלימות ולהבטחת החוק והסדר והתפקוד השוטף של המדינה, ביטחונה ויציבותה הכלכלית של המדינה, ושמירה על יחסי החוץ של המדינה. [...] לאור הנסיבות, ברור שקיים לכל הפחות 'כלל הצורך' [...] שהינו חריג לדוקטרינת ניגוד העניינים, המחייב את ראש הממשלה לנהל ולטפל במשבר ולא ניתן למנוע מראש הממשלה לבצע את חובתו ..." (עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 5, תשובה מטעם ראש הממשלה (2.4.2023), בפס' 3).

הרפורמה המשפטית, כאשר המהלכים שבהם נקט נתניהו לקידום חקיקת החוק לביטול עילת הסבירות, בגרסתו הקיצונית ביותר, נעשו דווקא תוך התעלמות מן המשבר הלאומי. כך גם הצהרותיו החוזרות ונשנות לאחר השלמת חקיקה זו, כי בכוונתו לקדם גם את שינוי אופן בחירת השופטים, מהלך שצפוי להחריף עוד יותר את המשבר הלאומי. יתרה מזאת, גם אילו נתניהו חשב שהמשבר יצר צורך למעורבות מסוימת מצידו, אין הדבר יכול להצדיק שהוא יעשה דין לעצמו ויתעלם מהוראות פסק-דין של בג"ץ. אם להערכתו הנסיבות שנוצרו מהוות בסיס לשינוי במגבלות הסדר ניגוד העניינים, הדרך היחידה שבה היה עליו לפעול הייתה לפנות אל היועצת המשפטית לממשלה ולהסביר את עמדתו, ובמידת הצורך לעתור לבית-המשפט. המשבר נמשך כבר חודשים ארוכים, אך נתניהו בחר לא לנקוט בשום פניה כזאת.

שנית, טענת ההשפעה המהותית של גורמים אחרים בקואליציה. אין ספק שישנם גורמים בקואליציה שתומכים משיקוליהם שלהם ברפורמה, ושיקולים אלה ולא כל אינטרס אישי של נתניהו מניעים את תמיכתם ברפורמה. חלק מגורמים אלה הביעו את תמיכתם בהחלשת מערכת המשפט מזה זמן רב, כולל התקופות הארוכות שבהן נתניהו כיהן כראש הממשלה והתנגד להחלשה כזו. ייתכן גם, כך ניתן לטעון, שהפעילות של נתניהו לקידום הרפורמה לא הושפעה כלל מהאינטרס האישי שלו, אלא נבעה לחלוטין מרצונו לרצות גורמים כאלה בקואליציה ולזכות בתמיכתם. ייתכן, ניתן להמשיך ולטעון, שלנתניהו היה הכרח פוליטי לקדם את הרפורמה והוא אף פעל למיתונה.

קשה לייחס הסתברות משמעותית לתסריט שקידום הרפורמה נכפה על נתניהו לחלוטין על-ידי אחרים. תסריט זה אינו עקבי, למשל, עם העובדה שבמרץ 2023 נתניהו החליט, וכפה את החלטתו על כל חלקי הקואליציה, לעצור את החקיקה בעניין הוועדה לבחירת שופטים, זמן קצר לפני שהייתה צפויה לעלות לקריאה שנייה ושלישית. יתרה מזאת, גם אם לא ניתן לשלול לחלוטין תסריט כזה, העלאתו אינה מסירה את החשש שנתניהו תרם משמעותית לקידום הרפורמה מבחירתו ושיקוליו הושפעו גם מהאינטרס האישי שלו. חשוב מזאת, טיעונים מסוג זה אינם מועילים כדי לסתור את המסקנה שנתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים, שהרי הפעילות האינטנסיבית של נתניהו לקידום הרפורמה אסורה על-פי הסדר ניגוד העניינים, וזאת בלי להידרש לספקולציות על המשקל היחסי של האינטרס האישי, הדעה המהותית, ולחצים פוליטיים בהחלטתו של נתניהו לפעול באופן כזה.

שלישית, טענת הסדר ניגוד עניינים רחב מדי: יכולה לעלות הטענה שהסדר ניגוד העניינים עוצב על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בצורה רחבה מדי. כזכור, ההסדר, כפי שיושם על-ידי היועצת המשפטית לממשלה במכתבה מיום 1.2.2023, קבע כי "ראש הממשלה עצמו מנוע ממעורבות ביוזמות הידועות לנו כיום לעריכת שינויים במערכת המשפט, המקודמות כמכלול תחת הכותרת [...] של 'הרפורמה המשפטית'".⁶⁰ על-פי הטענה הנדונה, היה מקום לעצב מגבלה זו באופן צר יותר ולהגביל רק פעולות של נתניהו שעלולות להשפיע בצורה ישירה או בהסתברות גבוהה על משפטו הפלילי. על-פי טענה זו, נתניהו לא היה צריך להיות מנוע למשל לפעול לקידום ביטול עילת הסבירות,

⁶⁰ מכתב היועמ"שית, לעיל ה"ש 4.

לפחות כל עוד צעד זה מעוצב באופן שלא יקל על פיטורי היועצת המשפטית לממשלה או על התערבויות אחרות שישרתו את נתניהו במשפטו הפלילי.⁶¹

טענה זו אינה יכולה להצדיק את פעולותיו של נתניהו תוך הפרה של המגבלות הקבועות בהסדר ניגוד העניינים. ראשית, כפי שכבר הוסבר, התגובה המותרת היחידה של נתניהו להערכה שלו שההסדר הוא פגום באופן כלשהו הייתה פניה ליועצת המשפטית ולאחר מכן, אם יש צורך בכך, לבית-המשפט. טענה בדבר עיצוב רחב מדי של הסדר ניגוד העניינים לא יכולה להצדיק אי-כיבוד הוראות ההסדר על-ידי נתניהו, ואין היא יכולה להקל על החומרה של אי-כיבוד כזה לאור המאפיינים שבהם דנו לעיל. בנוסף לכך, כאשר נתניהו הכריז במרץ 2023 על תכניתו להתעלם מהמגבלות שהוטלו עליו, הוא היה יכול להתחייב לעמוד במגבלות בהיקף צר יותר, שלעמדתו היו מתאימות יותר לטיפול בניגוד העניינים שלו. אך נתניהו הודיע שלאור הסרת איום הנבצרות אין הוא מתכוון להכפיף את פעולותיו לכל מגבלה שהיא. הוא פטר עצמו ממגבלות כאלה לחלוטין, וזאת למרות שהתחייב לפני בית-המשפט לפעול על-פי הסדר ניגוד העניינים שייקבע, ולמרות שבית-המשפט חייב אותו לעשות כן.

לבסוף, בצד כך שההפרות של נתניהו אינן יכולות להיות מוצדקות על-ידי ערעור בדיעבד על שיקול הדעת של היועצת ביישום ההסדר, בעניינו הגישה שאימצה היועצת היא גישה סבירה, לשם השגת המטרה של מניעת פגיעה בשלטון החוק שבג"ץ הרכבת הממשלה חתר להשיג. לדעתנו, צדקה היועצת כאשר קבעה כי החלשת עצמאות מוסדות החוק, או החלשת עצמאות שומרי הסף, עלולה להוביל למציאות משטרית ומשפטית שתשרת את האינטרס הפרטי של נתניהו כנאשם בפלילים.⁶² אינטרס אישי זה עלול להיות מקודם לא רק על-ידי שינויים פרטיקולריים הקשורים ישירות למשפטו, אלא גם על-ידי שינויים מערכתיים המחלישים את מוסדות החוק ושומרי הסף. שינויים כאלה המונעים מאינטרס אישי זה עלולים לפגוע בצורה חמורה בשלטון החוק. ייתכן שתעלה טענה שטיפול בשינויים מערכתיים כאלה הוא חלק אינטגרלי מתפקיד ראש הממשלה, ואין זה סביר לאסור על ראש הממשלה להיות מעורב בנושאים כאלה. לדעתנו טענה כזו אינה משכנעת. יש נושאים שהם בליבת העיסוק של כל ראשי הממשלה, ולכן קשה להעלות על הדעת ראש ממשלה שאינו עוסק כלל בנושאי ביטחון וחוק או בנושאים כלכליים וחברתיים. אין הדבר כך לגבי שינויים מערכתיים במערכת המשפט. הממשלה הנוכחית, שהיא הממשלה ה-37 של ישראל, היא הראשונה שבה ראש הממשלה, הממשלה והקואליציה התמקדו בשינויים מסוג זה כעיסוק מרכזי במשך חודשים רבים. בפרט, בתקופת כל הממשלות שנתניהו הקים לפני שנהפך לנאשם בפלילים, הוא לא תמך וקידם שינויים חקיקתיים משמעותיים במערכת המשפט, אלא בלם יוזמות לשינויים כאלה שהועלו על-ידי אחרים.

כמובן, ייתכן שדעתו המהותית של נתניהו באשר לצורך בשינויים מערכתיים כאלה השתנתה. אך בהינתן עוצמתו הגבוהה של האינטרס האישי של נתניהו, איוון ערכים

⁶¹ באי-כוחו של נתניהו טענו טענה ברוח זו: בג"ץ 44/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועצת המשפטית לממשלה, תגובת ראש הממשלה למכתב היועצת המשפטית לממשלה בעניין יישום הקביעות בבג"ץ 3056/23 (1.3.2023).

⁶² מכתב היועמ"שית, לעיל ה"ש 4.

שמאפשר לנתניהו לעסוק בכל התחומים שהם בימים כתיקונם בליבת עיסוקיו של ראש הממשלה – לרבות ביטחון, יחסי חוץ, כלכלה וחברה – ולאסור עליו רק מעורבות בנוגע לשינויים מערכתיים נראה בעינינו סביר.

לסיכום, ההפרות המתמשכות של הסדר ניגוד העניינים על-ידי נתניהו הן משמעותיות ביותר, ועלולות לערער את הנורמות שביסוד ההסדר. לפיכך שומה על בתי המשפט לא לשבת בחיבוק ידיים ולאפשר לנתניהו להמשיך בהפרות כאלה. אך מהי התגובה המשפטית ההולמת? בשאלה זו נעסוק בפרקים הבאים.

ג. סעדים שהוצעו כתגובה להפרת הסדר ניגוד העניינים

אם ראש הממשלה הפר באופן שיטתי ונרחב, וממשיך להפר באופן כזה, את הסדר ניגוד העניינים, בית-המשפט אמור להעניק סעד כלשהו בתגובה להפרה. התעלמות מדרך פעולתו זו של נתניהו משמעותה מתן הכשר ציבורי לאי-כיבוד של פסיקת בג"ץ ולא-ציות להכרעה שיפוטית. הפרת הסדר ניגוד העניינים היא חמורה במיוחד בניסיונות הקיימות, הן לאור כך שזוהי הפרה של "הנחת יסוד" שעמדה בבסיס פסיקת בג"ץ שהתירה את כהונתו של נתניהו בתפקיד ראש הממשלה והן לאור ההשלכות המשמעותיות של הפרה זו לגבי מערכת המשפט.

בפרק זה נדון בשני סוגי סעדים שכבר הוצעו על-ידי עותרים לבג"ץ: (1) סנקציות על ראש הממשלה ו- (2) הפסקת כהונתו של ראש הממשלה, מכוח הכרזה שנבצר ממנו מלשרת בתפקיד, או מכוח עילה חלופית כמו מניעות (להלן נכנה סעד זה בשם "נבצרות" בין אם הוא מתבסס על עילה של נבצרות, מניעות, או עילה אחרת). להלן נסביר כי גם אם הסעדים (1) ו- (2) אפשריים משפטית, השימוש בכל אחד מהם יהא בעייתי ולא יוכל לקדם אפקטיבית ובו-זמנית את שני הערכים שעליהם חתר להגן בג"ץ הרכבת הממשלה. במקרה מסוג זה, כאשר בית משפט עומד בפני הפרה של פסק-דין, בחירת הסעד צריכה לקחת בחשבון את המידה שבה הסעד ישיג את המטרות שפסק-הדין חתר להשיג.

1. סנקציות אזרחיות או פליליות על ראש הממשלה

תרופה מוכרת להפרת חובה היא הטלת סנקציות על המפר. סנקציות עשויות להרתיע מהפרה או, אם ההפרה כבר החלה, מהמשך ההפרה. סוג אחד של סנקציות שניתן לשקול הוא סנקציות אזרחיות-מנהליות מתמשכות על ראש הממשלה. בחודשים האחרונים הוגשו עתירות שבהן התבקש בית-המשפט להטיל סנקציות אישיות על ראש הממשלה, מכוח פקודת ביזיון בית-המשפט. עד כה נדחו העתירות הללו, בעיקר מסיבות טכניות.⁶³ אף אם ניתן להתגבר על מחסום דיוני זה, הקושי הבסיסי בסעד זה הוא הספקות

⁶³ עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 5, בפס' 8: "הצו המוחלט שניתן בפסק הדין נושא הבקשה קובע כי 'חוות הדעת של היועץ מיום 2.11.2020 הוצאה בסמכות וכי האמור בה מחייב את ראש הממשלה [...]'. אין מדובר בצו אופרטיבי אלא בצו 'נורמטיבי' בעל משמעות הצהרתית, אשר בהבדיל את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה ואת היקף חובותיו של ראש הממשלה בכל

באשר לייעילותו בהשגת המטרה של הגנה על שלטון החוק. בנסיבות הנוכחיות, גם אם תימצא דרך כלשהי לכפות על נתניהו להימנע מהמשך מעורבותו בקידום הצעדים השונים במסגרת הרפורמה המשפטית, ספק רב אם הדבר יועיל למניעת הפגיעה בשלטון החוק שכבר נגרמה, ואשר תוסיף ותיגרום עקב מעורבותו בקידום הרפורמה. הניסיון שנצבר מאז הקמת הממשלה מלמד כי הסיכון שיוטלו עליו סנקציות בגין הפרת הסדר ניגוד העניינים לא הרתיע אותו כלל. כאמור לעיל, היומרה להסיר את האיום בהכרזה על נבצרות, עם תיקון חוק-יסוד: הממשלה, הובילה להצהרה של נתניהו על כך שהוא "נכנס לאירוע", באופן שעשוי לבטא, אם כי רק במישור הרטורי, שהסיכון של הכרזה על נבצרות היה רלוונטי לפחות באופן מינימלי לעניין הרתעתו מפעולה בניגוד עניינים. ההצהרה בדבר "כניסה לאירוע" מלמדת במובהק שהסיכון שיוטלו עליו סנקציות אישיות אחרות, שאינן נבצרות, אינו נתפס מבחינתו רלוונטי לעניין זה, עובדה שתורמת לספקות באשר לייעילות של נקיטה בסעדים מסוג זה.

סוג אחר של תגובה הוא סנקציות פליליות על נתניהו. ניתן לראות פעולה של נושא משרה ציבורית שבה הוא נמצא בניגוד עניינים אישי עבירה של הפרת אמונים, על-פי חוק העונשין.⁶⁴ העבירות שבגינן נתניהו עומד כעת למשפט פלילי כוללות הפרת חובת האמונים, בין היתר משום שפעל תוך הימצאות בניגוד עניינים.⁶⁵ בהתאם לכך, היועצת המשפטית לממשלה רשאת לשקול פתיחת חקירה ולאחר מכן הגשת כתב אישום נגד נתניהו בשל הפרת חובת האמונים, עקב הפרת הסדר ניגוד העניינים, וגם בית-המשפט יכול להורות לה לעשות זאת. תיאורטית, האפשרות של הרשעה פלילית וסנקציות פליליות עשויה להרתיע את נתניהו מהמשכת ההפרות של הסדר ניגוד העניינים. אולם, בנסיבות הנוכחיות אין לצפות להרתעה אפקטיבית.

תחילת החקירות בעניין עבירות הפרת חובת האמונים שעליהן נתניהו עומד כעת למשפט הייתה לפני שנים רבות, ויש לצפות שיחלפו עוד כמה שנים עד מתן פסק-דין חלוט. בדומה לכך, התחלת חקירה פלילית כעת לגבי הפרת הסדר ניגוד העניינים צפויה להגיע לפסק-דין חלוט רק בעוד שנים רבות. יתרה מזאת, צעדים שונים שעלולים להינקט במסגרת הרפורמה המשפטית ממילא יכולים לאפשר לנתניהו להביא להפסקה של חקירה נוספת כנגדו.⁶⁶ לפיכך, חקירה פלילית כעת כנגד נתניהו על הפרת חובת האמונים,

הנוגע להסדר ניגוד העניינים. המסקנה הנובעת מכך [...] היא כי המסגרת הדינית של הבקשה שהוגשה לפי פקודת בזיון בית-המשפט אינה מתאימה לדיון בטענות שהעלו המבקשות כנגד התנהלות ראש הממשלה".

⁶⁴ סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים". לקביעת תחולתה של עבירה זו לעניין פעולה תוך ניגוד עניינים ראו, למשל, דנ"פ 1397/07 **מדינת ישראל נ' שבס** (נבו 30.11.2004). לדיון ביקורתי ראו, למשל, מרדכי קרמניצר ואח' **מרמה והפרת אמונים: בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** (2008).

⁶⁵ ת"פ (מחוזי י-ם) 67104-01-20 **מדינת ישראל נ' נתניהו**.

⁶⁶ צעדים אלה עשויים לכלול, למשל, קידום החקיקה לביטול העבירה של הפרת אמונים (ראו הצעת חוק העונשין (תיקון) – ביטול עבירת מרמה והפרת אמונים), 2802/25-פ (2023), או את פיתוריה של היועצת המשפטית לממשלה והחלפתה באדם שיוורה על הפסקת החקירה וההליך בעניין.

אף שבית-המשפט יכול להורות ליועצת המשפטית לפתוח בה, עלולה דווקא להגביר ולא לצמצם את התמריץ של נתניהו לקדם את הרפורמה המשפטית.⁶⁷

2. נבצרות

סעד רדיקלי, שהוצע בתגובה לאפשרות שראש הממשלה מפר שיטתית את הסדר ניגוד העניינים, הוא סעד חוקתי-מוסדי, שעוסק בהפסקת כהונתו של ראש הממשלה נתניהו. השאלה האם לבית-המשפט יש סמכות לקבוע שראש הממשלה אינו רשאי להמשיך בתפקידו מעוררת שאלות משפטיות שונות, ודיון מפורט והכרעה בהן חורגים ממסגרת חיבור זה.⁶⁸ הסיבה לכך שאין אנו נדרשים להכריע בשאלות אלו כאן היא עמדתנו, שגם בהנחה שיש לבית-המשפט סמכות פורמאלית ברורה לתת סעד של הכרזה

⁶⁷ יש להדגיש כי איננו טוענים שפתיחת חקירה פלילית אינה יכולה להיות סעד אפקטיבי במקרים אחרים של חשש להפרה של הסדר ניגוד עניינים. טענתנו היא רק שתגובה כזו אינה סעד אפקטיבי לגבי הפרת ניגוד העניינים של נתניהו בנוסבות שלפנינו.

⁶⁸ טענה שראש הממשלה אינו רשאי להמשיך בתפקידו עשויה להתבסס על לפחות שלוש עילות משפטיות: *האחת*, הפיכת ההחלטה המקורית בבג"ץ הרכבת הממשלה: כזכור, בית-המשפט קבע כי עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים גם על ראש הממשלה, "ובכללם העיקרון בדבר 'כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד', ככל שהדבר נוגע למינויו". ראו בג"ץ *הרכבת הממשלה*, תמצית נימוקים, לעיל ה"ש 1, בפס' 10. בעת שניתן פסק-הדין, כאשר היו סיבות טובות להעריך שראש הממשלה יכבד את הסדר ניגוד העניינים, נמצא שלא מדובר באחד מאותם "מצבים חריגים ונדירים ביותר ונסיבות קיצוניות" שבהם מוצדק לקבוע שראש הממשלה אינו רשאי להמשיך לכהן בתפקידו (שם, בפס' 17). כיום, משהופרכה הסברה שהסדר ניגוד העניינים יכובד, הפרה שגרמה לפגיעה תקדימית בסמכויות הביקורת השיפוטית של בג"ץ, שבתורה גררה משבר שעלול לפורר את החברה הישראלית, יש לקבוע שהמקרה שלפנינו נמנה עם המצבים החריגים הללו. טענה ברוח זו נטענה בעתירה בעניין *חלוץ*, לעיל ה"ש 6. העותרים מבקשים שם מבית-המשפט להורות כי לאור הפרת הסדר ניגוד העניינים, ח"כ נתניהו "מנוע [מ]להמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה", וכי על בית-המשפט להורות לו להתפטר מתפקידו. עילה אפשרית שנייה היא יישום, בדרך של היקש, של ההלכה שנקבעה לפני חודשים אחדים בעניינו של השר דרעי, שלפיה בית-המשפט מוסמך לאכוף על אדם לקיים את התחייבותו, שניתנה במסגרת הליך פלילי בעניינו, שלא לכהן בעתיד בתפקיד שר, ולקבוע שאינו רשאי לכהן בתפקיד מכוח "השתק שיפוטי" ראו עניין *שיינפלד*, לעיל ה"ש 13, בפס' 23–42 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז. לטיעון ברוח זו בעניינו של ראש הממשלה נתניהו ראו העתירה בעניין *חלוץ*, לעיל ה"ש 6. עילה חלופית שלישית היא קביעה כי חלות בעניינו של ראש הממשלה נתניהו הנסיבות של נבצרות זמנית, מכוח סעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ולפיכך אינו רשאי לכהן בתפקיד כל זמן שההליך הפלילי בעניינו תלוי ועומד. הטענה שיש לקבוע שנבצר מראש הממשלה להמשיך למלא את תפקידו עומדת במוקד העתירה בעניין *התנועה לאיכות השלטון*, לעיל ה"ש 6.

כל אחת משלוש העילות הללו מעוררת קשיים דוקטרינריים לא מבוטלים: החלופה הראשונה מחייבת לקבוע מיהו הגורם שאת שיקול הדעת שלו יש לבחון – הכנסת, שנמנעת מלהביע אי-אמון בממשלה, או ראש הממשלה עצמו, שנמנע מלהתפטר – וזו סוגיה שלא הוכרעה בפסק-הדין בעניין הרכבת הממשלה; העילה השנייה מעוררת קושי, שכן השתק השיפוטי שבו מדובר בעניינו של ראש הממשלה נתניהו הוא ההסכמה לצייט להסדר ניגוד העניינים, לא התחייבות שלא לכהן בתפקיד ראש הממשלה אם ההתחייבות תופר; והעילה השלישית מחייבת הכרעה שהתיקון לחוק-יסוד: הממשלה שנעשה לאחרונה, שמכוחו הוסף סעיף 16(ב), ששולל את תחולתה של חלופת הנבצרות במקרים מסוג זה אלה שכאן, אינו תקף, לצד הכרעה באשר לנסיבות שבהן מתקיימת נבצרות. לכל אחד מן הקשיים הללו עשוי להיות מענה ראוי, ובאשר לתוקפו של התיקון של סעיף הנבצרות עוד נידרש בהמשך; אך כאמור להלן, הכרעה שאלות אלה אינה נחוצה לצורך פיתוח התיזה שלנו.

על נבצרות, סעד זה לא ישרת היטב את שני הערכים שעליהם מבוסס בג"ץ הרכבת הממשלה.

ראשית, גם אם נניח שסעד הנבצרות יהיה אפקטיבי להגנה על שלטון החוק, שימוש בסעד זה יהווה ויתור על אחד משני הערכים שעליהם חתר להגן בג"ץ הרכבת הממשלה: כיבוד הכרעת הרוב בכנסת והמצביעים שהוא מייצג לגבי זהות ראש הממשלה. ויתור על ערך יסודי זה חותר תחת יסודות ההסדר שבג"ץ הרכבת הממשלה בחר לאמץ (בין אם בחירה זו הייתה מוצדקת ובין אם לאו). כאמור, על-פי בג"ץ הרכבת הממשלה, אין זה מחיר שבכל מצב אין לשלמו, אך יש להכיר בכך שמדובר בעלות גבוהה במיוחד, בדמות ויתור מוחלט על הערך שהוזכר בדבר כיבוד הכרעת הרוב.

יתרה מזאת, בעוד ששימוש בסעד הנבצרות יביא עמו ויתור על ערך כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה, הוא לא יגן באופן מיטבי מפני פגיעה במערכת המשפט בשל הפרות של הסדר ניגוד העניינים. ממבט ראשון, נראה שהכרזה על נבצרות תמנע את המשך השימוש של נתניהו במעמדו הרם לקידום האינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים, אך הכרזה כזאת לא תאיץ את התרומה המהותית שכבר הייתה לנתניהו לקידום הרפורמה מאז הקמת ממשלתו. בנוסף לכך, לשימוש בסעד הנבצרות עלולות להיות גם תוצאות משמעותיות בכיוון ההפוך, שיגרמו לפגיעה במערכת המשפט. לקואליציה ולממשלה המונהגים על-ידי ממלא מקומו של נתניהו (שעליו ייתכן שיוטלו מגבלות פורמאליות פחותות) עלולים להיות תמריץ ונחישות מוגברים לקדם צעדים רדיקליים שיאפשרו את חזרתו של נתניהו לראשות הממשלה תוך פגיעה במערכת המשפט, כולל על-ידי ביטול של ההכרזה על נבצרות או על-ידי ביטול משפטו הפלילי של נתניהו.

בנוסף לכך, הכרזת נבצרות גם תחתור תחת המטרה של חיזוק אמון הציבור ברשויות השלטון בכלל ובמערכת המשפט בפרט, והיא תחריף במקום שתשכך את הסערות בחברה הישראלית. החלק של מצביעי הקואליציה שתומכים ברפורמה המשפטית, ואשר אף נותנים לה משקל ניכר בהעדפותיהם, הוא כנראה קטן משמעותית מהחלק של מצביעי הקואליציה שיש להם העדפה משמעותית בעד המשך מנהיגותו של נתניהו כמתווה המדיניות של ישראל במגוון נושאים אחרים.⁶⁹ הפסקת כהונתו של נתניהו על-ידי בית-המשפט עלולה להביא לסערה ולהקצנה בקרב ציבור רחב זה ולהביא רבים מתוכו, שעד כה לא תמכו בהחלשת מערכת המשפט, לתמוך בכך מכאן ואילך, על רקע תחושת הזעם והתסכול כלפי המערכת המשפטית ש"גזלה" מהם את המנהיג המועדף על ידם והתחושה שהצורך להחזרת מנהיג זה מחייב החלשה כזו.

בהינתן מכלול השיקולים שלעיל, גם בהנחה שלבית-המשפט יש סמכות להורות על נבצרות, שימוש בסעד זה יהיה בעייתי, בשל ויתורו על הערך של כיבוד הכרעת הרוב וגם באפקטיביות המוגבלת שלו בהגנה על שלטון החוק. ייתכן שהכרה בבעייתיות של

⁶⁹ למשל, בסקר מרכז ויטרבי, במסגרת המכון הישראלי לדמוקרטיה, נמצא ש-43% בלבד ממצביעי הליכוד תומכים בהמשך חקיקת הרפורמה המשפטית במתכונתה המקורית (ו-52% מבין כלל מצביעי סיעות הקואליציה). פרופ' תמר הרמן, ד"ר אור ענבי "סקר בזק: שוויון בקרב מצביעי הליכוד בין התומכים בהמשך החקיקה לבין אלה הסבורים שיש לעצור אותה ולפעול להגברת האחדות במדינה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (17.7.2023) <https://www.idi.org.il/articles/50201>

סעד הנבצרות משתקפת בהחלטתה של היועצת המשפטית לממשלה להימנע מתמיכה בהכרזה על נבצרות למרות קביעתה שנתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים שלו. בפרט, בתגובה שהגישה לעתירה המבקשת הכרזה על נבצרות שתלויה ועומדת, קבעה היועצת חד-משמעית כי הסדר ניגוד העניינים הופר, אך גם מסרה את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה כי "בנסיבות הקיימות ובמצב דברים זה, אין עילה לדרוש מבית-המשפט הנכבד להתערב ולהעניק את הסעדים מרחיקי הלכת שהתבקשו בעתירה דנן, ביניהם סיום כהונתו של ראש הממשלה"⁷⁰. היועצת נימקה את עמדתה בקביעה לקונית כי "סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על-ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף, כדין וכנדרש", ובגין כך החליט בית-המשפט להורות ליועצת המשפטית להגיש "הבהרה ופירוט באשר לטיפול המתבצע, כדבריה, בסוגיית ניגוד העניינים"⁷¹.

למרות שההכרה הרחבה בכך שהכרזה על נבצרות היא סעד בעייתי, יש התומכים בכך, בהתבסס, כך נראה, על הנחה שאין סעד יעיל אחר שיתמודד עם מצב שבו ראש הממשלה ממשיך להפר את הסדר ניגוד העניינים בשירות האינטרס האישי שלו. אך האם ההנחה שאין דרך אחרת להתמודד עם מצב זה נכונה? להלן נפנה להציג סעד שיוכל להגן בו-זמנית על שני הערכים עליהם חתר להגן בג"ץ הרכבת הממשלה. להערכתנו, לאור היתרונות של הסעד שאנו מציעים, גם מי שתומכים בהכרזה על נבצרות מתוך תחושה של "חוסר ברירה", צפויים להעדיף את הסעד המוצע על דינו. בנוסף, להערכתנו, גם אלה (כדוגמת היועצת המשפטית לממשלה) הסוברים כי נתניהו הפר את הסדר ניגוד העניינים אך נרתעים מתמיכה בסעד הנבצרות בשל תוצאותיו הבעייתיות, צפויים לתמוך בסעד שאנו מציעים, לאחר שייווכחו כי הסעד יאפשר התמודדות הולמת עם ההפרה תוך הימנעות מהתוצאות הבעייתיות של סעד הנבצרות.

ד. הסעד המוצע

ראינו שהסעדים שהוצעו עד כה אינם צפויים להבטיח באפקטיביות את היעד לשמו נקבע הסדר ניגוד העניינים – מניעת פגיעה במערכת המשפט מצד ראש ממשלה הנאשם בפלילים – וככל שמדובר בסעד הנבצרות, שימוש בו כרוך גם בויתור על הערך של כיבוד הכרעת הרוב בנוגע לזהות ראש הממשלה. בה בעת, אין לקבל מצב שבו ראש הממשלה מפר את הסדר ניגוד העניינים שעל בסיסו הותר לו לכהן למרות היותו נאשם בפלילים. קבלת מצב עניינים זה תביא לאותן תוצאות בפועל כאילו בג"ץ הרכבת הממשלה לא חייב את נתניהו לפעול על-פי הסדר ניגוד העניינים. הכרחי אם כן לנסות ולזהות סעד שיוכל לשרת בו-זמנית את שני הערכים שעל יסודם הוכרע בג"ץ הרכבת הממשלה.

⁷⁰ עניין חלוץ, לעיל ה"ש 6, תגובה מקדמית מטעם המשיבות 1 ו-3 (27.6.2023), בפס' 14.

⁷¹ שם, החלטה מיום 19.7.2023.

1. אפיון הסעד המוצע ואופן יישומו

אנו סבורים שהסעד המתאים בנסיבות שנוצרו הוא אימוץ הלכה משפטית, שכל עוד ראש הממשלה כפוף להסדר ניגוד העניינים, יש מניעה משפטית לכניסה לתוקף של צעדים אשר (א) נתניהו היה מנוע מלהיות מעורב באימוצם ישירות או בעקיפין ואשר (ב) נתניהו תרם מהותית לאימוצם, אם באופן ישיר ואם באופן עקיף באמצעות קידום הרפורמה בכללותה. לפני שנפנה לדיון ביתרונותיו של הסעד ולתיאור עיגונו בדוקטרינה המשפטית, נציג בקצרה את הצעתנו לגבי האפיון של הסעד ודרך היישום שלו. ראשית, אימוצה של ההלכה המוצעת יכול להיעשות בכל אחת מעתירות המבקשות להכריז על בטלותו של צעד ספציפי שאומץ במסגרת הרפורמה. בית-המשפט יכול במקרה כזה לבדוק אם הצעד הנדון עומד באמות-המידה (א) ו-(ב) שלעיל, ואם כן, להחליט על מניעה של כניסה לתוקף של הצעד. לאחר מכן, אם וכאשר יינקטו צעדים חדשים, בית-המשפט יישם את ההלכה ויחיל אמות מידה אלה שוב לצורך החלטתו לגבי כל צעד חדש שייבחן. כמו כן, בית-המשפט יכול להצביע על האפשרות לתת את הסעד המוצע גם בדיון בעתירה המבקשת להכריז על נבצרות בשל הפרת הסדר ניגוד העניינים. במקרה כזה, בית-המשפט יכול לקבוע כי ההסדר אכן הופר, אך לדחות את הבקשה לסעד הנבצרות ובהקשר זה להבהיר כי במקרים עתידיים, שבהם בית-המשפט יתבקש לבחון את תוקפו של צעד שאומץ בתקופת ניגוד העניינים, בית-המשפט יוכל לתת משקל נכבד לקיומה של ההפרה באופן המוצע כאן.

הבחינה של צעדים אלה כמובן תיעשה, בהתאם לנורמות המשפטיות המקובלות, לא באופן היפותטי ומראש, אלא רק כאשר ולאחר שהם יאומצו. בשל כך, אימוץ של ההלכה המוצעת לא ימנע מראש מן הממשלה והכנסת לאמץ צעדים כלשהם. לכן אימוץ ההלכה יעלה בקנה אחד עם ההחלטה שניתנה בעניין **בינה**, שהדיגשה שביקורת שיפוטית על צעדים שננקטים במסגרת הרפורמה המשפטית יכולה להיעשות רק לאחר שהם כבר נעשו, ולא מראש.⁷²

שנית, הסעד המוצע כאן מוגבל בזמן. הוא תקף רק כל עוד ראש הממשלה נתון בניגוד עניינים בשל ההליך הפלילי בעניינו. לא כך לאחר סיום ניגוד העניינים. למשל, אם ההליך המשפטי יגיע לידי סיום בזיכוי של ראש הממשלה בפסק-דין חלוט, קביעתו של הסעד המוצע לא תגביל עוד, היא כשלעצמה, את היכולת של ראש הממשלה והקואליציה שהוא מוביל לפעול לשינויים במערכת המשפט.

⁷² בג"ץ 2343/23 **בינה נ' היועצת המשפטית לממשלה** (נבו 29.5.2023). בעתירה זו ביקשו העותרים סעד של "עיכוב קידומה של כל יוזמת חקיקה [...] אשר בית-המשפט ימצא כי היא נוגעת לאינטרסים האישיים של ראש הממשלה בהליך הפלילי המתנהל בעניינו, באופן ניהול או בתוצאותיו, וזאת עד לסיום מצב ניגוד העניינים הנובע ממצבו המשפטי של ראש הממשלה כנאשם [...]". בית-המשפט דחה את העתירה על הסף, בהתבסס על ההלכה שלפיה "ביקורת שיפוטית חוקתית מעצם טיבה נעשית בדיעבד". [...] כלל זה אומנם אינו מוחלט והוא כפוף לחריגים. אולם, [...] כדי שעתירה [...] תיכנס לגדרי החריג כאמור, העותר נדרש לשכנענו כי אנו עומדים בפני עיוות חוקתי שאותו לא ניתן יהיה לתקן בדיעבד, לאחר השלמת הליכי החקיקה. בענייננו שלנו, העותרים לא טענו לעיוות כזה וממילא לא ביססו את הטענה כי אחרי השלמת הליכי החקיקה ממנה הם חוששים – ככל שהליכים אלו יושלמו – לא ניתן יהיה להחזיר את המצב לקדמותו" (שם, בפס' 13).

שלישית, כאמור אנו מציעים שהסעד יחול רק על צעדים העונים לשתי אמות-המידה שהוזכרו, כלומר (א) נתניהו היה מנוע מלהיות מעורב באימוצם ישירות או בעקיפין ו- (ב) נתניהו תרם מהותית לאימוצם, אם באופן ישיר ואם באופן עקיף באמצעות קידום הרפורמה בכללותה. הקביעה שיש לנקוט בסעד המוצע ביחס לצעד מסוים תהיה קלה במקרים מסוימים אך לא באחרים שבהם תידרש בחינה מפורטת. נזכיר כי יישום הסדר ניגוד העניינים על-פי היועצת המשפטית לממשלה מחייב את ראש הממשלה, בין היתר, להימנע "ממעורבות ביוזמות הידועות לנו כיום לעריכת שינויים במערכת המשפט, המקודמות כמכלול תחת הכותרת [...] של 'הרפורמה המשפטית'"⁷³, וגם מפרט במפורש שורה של יוזמות ספציפיות שנתניהו מנוע מלהיות מעורב בהן, ובכלל זה: שינויים בהרכב הוועדה לבחירת שופטים וסמכויותיה, צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה ופסקת ההתגברות, ביטול עילת הסבירות ושינויים במעמד הייעוץ המשפטי לממשלה.⁷⁴ בהתאם לכך, לגבי צעדים שיאומצו במסגרת יוזמות אלה, יהיה קל לקבוע שהם עומדים בקריטריון (א). בצד זאת, יכולים כמוכן לעלות "מקרים קשים", שבהם לא יהיה ברור על פניו אם מדובר בצעד שיש לראותו כנכלל במסגרת הסדר ניגוד העניינים, ויידרש דיון מפורט בהיבטים השונים של המקרה.

בדומה לכך, גם לגבי קריטריון (ב), צפויים להיות מקרים שבהם יהיה קל לקבוע שהצעד עומד בקריטריון זה. למשל, לגבי השלמת החקיקה לביטול עילת הסבירות, נתניהו תרם מהותית לחקיקה זו לא רק על-ידי תמיכה ברפורמה בכללותה אלא גם על-ידי תמיכה משמעותית בקידום צעד ספציפי זה. מאידך, מקרים אחרים יכולים להיות קשים יותר ולחייב בחינה מפורטת.

רביעית, למרות שההלכה המוצעת לא תימנע אוטומטית ומראש כל צעד עתידי שיאומץ, היא צפויה להקטין את אי-הוודאות המשפטית לגבי בחינה עתידית של צעדים. אימוץ ההלכה המוצעת ימקד דיונים עתידיים בשאלה האם הצעד עומד באמות-המידה (א) ו- (ב) ובכך לייתר דיונים פרטניים בהיבטים אחרים של הצעד. אימוץ ההלכה יקל לפיכך על ההערכה מראש אם בית-המשפט צפוי למנוע את כניסתו לתוקף של צעד מסוים. שיפור כזה של הבהירות המשפטית יוכל להנחות את הממשלה והקואליציה באשר לצעדים שכדאי לא להשקיע בהם מאמץ, כי לא צפוי שהם יוכלו להיכנס לתוקף. הדבר עשוי לצמצם תסכולים שעלולים לנבוע מקביעה משפטית מפתיעה, שמונעת כניסה לתוקף של צעדים שאומצו אחרי שהושקעה בהם עבודה רבה.

חמישית, אימוץ של ההלכה המוצעת גם יוריד משמעותית את התמריץ של נתניהו לפעול לקידום אימוץ צעדים שצפוי שייקבעו כעומדים באמות-מידה (א) ו- (ב). כמו כן, אימוץ של ההלכה ימנע מנתניהו מלהנות מבחירתו להפך את הסדר ניגוד העניינים, שכן הוא ימנע את כניסתם לתוקף של צעדים שישורתו את האינטרס האישי של נתניהו כנאשם

מכתב היועמ"שית, לעיל ה"ש 4, בפס' 22.
שם, בפס' 23 ו-24.

73

74

בפלילים. מניעה של היכולת של מפר ליהנות מהפרה מכוונת ובוטה של פסק-דין תקדם את ההגנה על הנורמה החשובה של כיבוד פסקי-דין.⁷⁵ שיטת, למרות שההלכה המוצעת תחול לגבי כל צעד שעומד באמות מידה (א) ו-(ב), אין משמעות הדבר שצדד כזה לא יוכל להתקבל בשום מצב. אם יתקיימו נסיבות מיוחדות, שיש בהן הכרח ציבורי לחריגה מיישום ההלכה המוצעת, בית-המשפט יוכל לשקול בקשה לאישורו של הצדד בשל הנסיבות המיוחדות המבססות צורך כזה. לדוגמא, כפי שנסביר מאוחר יותר, על-פי ההלכה המוצעת, צפוי שבית-המשפט יבטל החלטה של הממשלה בתקופת ניגוד העניינים לפטר את היועצת המשפטית לממשלה. אך אם יתעוררו נסיבות מסוימות המצביעות על צורך לפיטורים כאלה (למשל, נסיבות המראות על עבירות בתחום טוהר המידות שעברה היועצת), בית-המשפט יוכל לאשר חריגה מההלכה המוצעת. קביעה כזו תיעשה על בסיס קביעה שיפוטית שיש צורך להעביר את היועצת מתפקידה, ולא משום קבלה של סמכותה הבלעדית של הממשלה להחליט בנושא זה. בהחלטה כזו, בית-המשפט יוכל גם לקחת בחשבון אם ההחלטה נעשתה בתמיכה של סיעות אופוזיציה או אם היא נעשתה בתמיכת גורמים מקצועיים שלא נבחרו בלעדית על-ידי הממשלה.

שביעית, כפי שכבר הוזכר לעיל, הסעד המוצע יכול להיות מוחל גם בדרך של דחית תחילת התוקף של הצעדים שנקבעו תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים. במקום להכריז על בטלותם של צעדים העומדים באמות-המידה (א) ו-(ב), בית-המשפט יכול לקבוע שצעדים אלה ייכנסו לתוקף רק לאחר שתסתיים תקופת הסדר ניגוד העניינים (למשל, בעקבות מתן פסק-דין חלוט בהליך הפלילי המתנהל נגד נתניהו). לרעיון של תחולה מושהית או נדחית יש בסיס מסוים בפסיקה שעוסקת בתיקונים לחוקי היסוד.⁷⁶ לאחרונה רעיון זה יושם גם בעניין תיקון של חוק רגיל, שעסק בכשירות לכהן כמועמד לראש רשות מקומית.⁷⁷

יתרונה של חלופה זו בכך שהיא נתפשת מתונה יותר, שכן אינה מכריזה על בטלות צעדים אלא רק על דחיית מועד כניסתם לתוקף. כמו החלופה של בטלות, חלופה זו של תחולה נדחית עשויה גם היא להקטין את התמריץ של נתניהו להקדיש מאמצים נוספים

⁷⁵ למרות שהסעד יימנע מנתניהו מלהנות מלהנות מהפרת הסדר ניגוד העניינים, אימוצו לא יביא, ואין הוא חותר להביא, ל"הענשת" נתניהו על ההפרה. מטרתו להביא ליישום בג"ץ הרכבת הממשלה, לא להעניש ניסיון לחמוק ממנו. על אלה המעוניינים בענישה לחתור לפתיחת חקירה פלילית נגד נתניהו, בגין הפרה של חובת האמונים. גם בהנחה שפתיחת חקירה כזו היא מוצדקת, היא לחלוטין לא תייתר את הצורך באימוץ הסעד המוצע, מהסיבות שהוסברו בפרק ג.

⁷⁶ ביסוס מרכזי לכך ניתן בבג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 122 לדעת היחיד של המשנה לנשיאה מלצר (12.7.2021), על יסוד התפיסה שרק תחולה נדחית מבטיחה שתיקונים לחוקי היסוד יעשו "מאחורי מסך בערות". שאר השופטים שם קבעו שבנסיבות שנדונו באותו מקרה אין לקבוע שהתחולה המיידית פוסלת, היא כשלעצמה, את תוקף התיקון, אך הכירו בחשיבות של מועד התחולה כשיקול רלוונטי בהחלטה אם התיקון עומד בדרישת ה"כלליות". עוד ראו בעניין זה להלן בפרק ה.4.

⁷⁷ בג"ץ 5119/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 30.7.2023). בית-המשפט קבע שם כי הוראות התיקון לחוק שנדון שם "פורשו באופן שלא תהא להן תחולה על הבחירות הקרובות לרשויות המקומיות [...] בהינתן החלטתנו זו, החלטנו עוד כי לעת הזו, לא נדרשת הכרעה בסוגיות החוקתיות [בדבר תוקפו של התיקון לחוק]".

לקידום הרפורמה המשפטית. לפיכך, חלופה כזאת עדיפה על קבלת ההפרות של הסדר ניגוד העניינים בלי מתן סעד כלשהו וגם על נקיטה בצעדים אישיים. בצד זאת, אנו רואים חלופה זו כפחות טובה מהחלופה של בטלות מוחלטת של הצעדים שמקיימים את הקריטריונים שמחייבים מניעת כניסה לתוקף.

קושי אחד בחלופה זו הוא שלא ימוץ צעדים מסוימים יכולה להיות השפעה עכשווית על מערכת המשפט בכלל, ועל משפטו של נתניהו בפרט, גם אם כניסתם לתוקף תידחה עד לסיום תקופת ניגודי העניינים. למשל, אימוץ חקיקה או כללים מנהליים שיביאו לכך ששופטים או היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה יאבדו את עצמאותם ויהפכו תלויים בפוליטיקאים במועד סיום תקופת ניגוד העניינים, עלול להשפיע באופן שלילי על ההחלטות של נושאי משרה אלה, עוד לפני תום תקופת ניגוד העניינים. חלופה זו גם אינה פותרת את הבעיה שנובעת מכך שהצעדים האמורים נקבעו תוך הפרה של הסדר ניגוד העניינים, ולפיכך ספק אם מוצדק להכשירם, אפילו חלקית. משום כך, חסרונות אלה מצדיקים להעדיף את החלופה שמבטלת את הצעד שננקט בתקופת ניגוד העניינים, אך מותירה פתוחה את האפשרות לשקול את אימוצו לאחר תקופת ניגוד העניינים, ללא הצל של השיקולים הזרים הנובעים ממשפטו של ראש הממשלה.

2. הפתרון המיטבי במצב שנוצר

נפנה להסביר מדוע להערכתנו הסעד המוצע הוא הפתרון המיטבי למצב המורכב שנוצר עקב בחירת נתניהו להפר את הסדר ניגוד העניינים שהיווה "הנחת יסוד" שעל בסיסו החליט בג"ץ לקבל את כהונתו כראש הממשלה. ראשית, בניגוד לסעד הנבצרות, הסעד המוצע יגן על הערך, שבג"ץ הרכבת הממשלה ראה בו ערך מרכזי, של כיבוד הכרעת הרוב בכנסת לגבי זהות ראש הממשלה. נתניהו ימשיך לכהן בתפקידו המרכזי, ויוכל להמשיך להתוות את מדיניות ישראל בתחומי ביטחון, חוץ, כלכלה, חברה וכל התחומים האחרים, פרט ליוזמות שהוא מנוע להיות מעורב בהן על-פי הסדר ניגוד העניינים. בכך יבטיח הסעד את כיבוד העדפתם של רוב חברי-הכנסת, ושל האזרחים שהצביעו עבורם, להפקיד בידי נתניהו את התוויית המדיניות בתחומים רבים אלה.

שנית, הסעד המוצע יגן באופן המרבי על הערך השני שעליו בג"ץ הרכבת הממשלה חתר להגן, שלטון החוק. כזכור, למרות היותו מרחיק לכת בהשלכותיו, סעד הנבצרות אינו צפוי למנוע פגיעה כזו, הן משום שלא יוכל לתקן את הפגיעה במערכת המשפט שכבר נגרמה בשל קידום צעדים שנעשו תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים, והן משום שהכרזה על נבצרות עלולה להניע את כל התומכים במנהיגותו של נתניהו, כולל אלה שמתנגדים לרפורמה המשפטית או לפחות לא מייחסים לה חשיבות משמעותית, לתמוך בחוזקה ברפורמה המשפטית כדי לאפשר את חזרתו של נתניהו. בניגוד לסעד הנבצרות, הסעד המוצע יתמודד ישירות ובאופן מלא עם הסכנה של הפרת הסדר ניגוד העניינים, שכן מכוחו יבוטלו צעדים שננקטו או שיינקטו תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים.

שיקול חשוב בקביעת מדיניות משפטית ראויה הוא חיזוק ושמירת אמון הציבור ברשויות השלטון בכלל ובבתי המשפט בפרט. הליכה בכל אחת מהדרכים החלופיות צפויה להביא לתוצאה שתראה "בלתי נסבלת" עבור חלק משמעותי של הציבור. אימוץ

של סעד הנבצרות, וויתור בשל כך על הערך של כיבוד הכרעת הרוב לגבי זהות ראש הממשלה, עלול להביא לזעם ולתסכול של החלק בציבור שמעדיף את מנהיגותו של נתניהו ומייחס לה חשיבות רבה. מצד שני, אי מתן סעד אפקטיבי כלשהו להפרת ניגוד העניינים בידי נתניהו עלול לעורר תגובות קשות כאלה מצד החלק בציבור שמתנגד לכהונה של נאשם בפלילים בתפקיד ראש הממשלה. בג"ץ הרכבת הממשלה חייב חלק זה של הציבור לקבל כהונה כזו, אך הבטיח לו למנוע שימוש לרעה בכהונה כזו על-ידי חיוב ראש הממשלה לפעול בהתאם להסדר ניגוד עניינים. לפיכך, אם בית-המשפט יקבל את הפרת הסדר ניגוד העניינים בלי להושיט סעד אפקטיבי לגביה, ובכך יאיץ את ההגנה על שלטון החוק שבג"ץ הרכבת הממשלה הבטיח, חלק זה של הציבור עלול לראות תוצאה זו כבלתי נסבלת עבורו.

כמובן, למרות שלהערכתנו התוצאה שהפתרון המוצע ייצור לא תהא בלתי נסבלת עבור חלק משמעותי כלשהו של הציבור, פתרון זה לא יהיה מועדף בהשוואה לכל חלופה מנקודת מבטו של כל חלק של הציבור. בפרט, חלק מאלה התומכים הן במנהיגותו של נתניהו והן בקידום הרפורמה המשפטית עשויים להעדיף מצב עניינים שבו נתניהו מורשה גם לכהן כראש הממשלה וגם לקדם את הרפורמה המשפטית, בלי שום כבלים של הסדר ניגוד עניינים. אולם, למרות שדרך זו הייתה מועדפת על חלק זה של הציבור, זו דרך שבית-המשפט דחה כבר בבג"ץ הרכבת הממשלה. בית-המשפט התיר את כהונתו של נתניהו, אך לצד הרשאה זו חייב את נתניהו לפעול בהתאם להסדר ניגוד העניינים. קבלה כעת של הפרת הסדר ניגוד העניינים בלי מתן סעד אפקטיבי להפרות אלה שקולה לקביעה שנאשם בפלילים מורשה לכהן בתפקיד ראש הממשלה בלי להיות מחויב לפעול בהתאם להסדר ניגוד עניינים ולמגבלות הנובעות ממנו.

בנוסף לכך, כפי שתיארנו לעיל, אימוץ ההלכה יקטין את היקף הדיון בתוקפו של כל צעד שיאומץ, שכן הדיון יוכל להצטמצם לבדיקה אם הצעד עומד בקריטריונים (א) ו-(ב) שהוגדרו. כמו כן, אימוץ ההלכה ישפר את הבהירות המשפטית ויקל להעריך אם צעד ספציפי כלשהו צפוי או לא צפוי להיכנס לתוקף לאחר בחינה של בית-המשפט. השיפור בבהירות יקטין את המתחיות הציבורית שצפויה ללוות דיונים משפטיים כאשר אי הוודאות לגבי תוצאות הדיון היא גדולה.

לבסוף, הסעד המוצע יתמודד עם "בעיית הסלאמי" – החשש שמערכת המשפט תיפגע באופן חמור כתוצאה מסדרה של צעדים שיינקטו לאורך זמן. בלי שאף אחד מהם, לכשעצמו, ייראה חמור מספיק כדי להצדיק הכרזה על בטלותו. הסעד המוצע ימנע פגיעה במערכת המשפט באמצעות "טקטיקת סלאמי" כזו. זאת משום שאם תתקבל גישתנו, כל צעד שכלול בהסדר ניגוד העניינים, אפילו אם נחקק בנפרד מצעדים שנכללים במסגרת הרפורמה ואפילו אם הוא אינו חמור משמעותית לכשעצמו, יהא מנוע מלהיכנס לתוקף.⁷⁸

⁷⁸ לדיון על "בעיית הסלאמי" ראו דוד אנוך "על מדרונות חלקקים ונקניקי סלמי: מספר נקודות על היחס בין פעולות ספציפיות לבין מהלכים כלליים יותר, בענייני המהפכה המשטרית, ובכלל" (27.8.2023) **ICON-S-IL Blog**

[./https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/08/27/270823](https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/08/27/270823)

נראה לפיכך ששיקולי המדיניות המשפטית תומכים במובהק בהעדפת החלופה הנדונה כאן על-פני זו של העברת ראש הממשלה מתפקידו. בנסיבות מסוימות, שיקולי מדיניות משפטית יכולים להניע את בית-המשפט לחרוש תלמים דוקטרינריים חדשים. אולם במקרה שלפנינו, כפי שמוסבר בפרק הבא, אין בכך צורך: ניתן לבסס את הסעד המוצע על הדוקטרינה המשפטית הקיימת, שכן הוא עולה עמה בקנה אחד.

ה. עיגון הסעד המוצע בדוקטרינות המשפטיות

במבט ראשון, הסעד המוצע עלול להיראות ככזה שחורג מהפסיקה הקיימת והדוקטרינות המשפטיות שהיא מבטאת. ואולם, כפי שנסביר להלן, מבט מעמיק יותר מגלה כי אימוץ הסעד המוצע אינו מחייב קפיצת-דרך משפטית אלא מתבסס על דוקטרינות שכבר פותחו בפסיקה.

בדיון המובא כאן אנו מציעים שני בסיסים עיקריים לעיגון המשפטי של הסעד המוצע: בסיס אחד הוא הסמכות הכללית של בית-המשפט לאכוף את חובת הציות לפסקי-הדין שלו ולמנוע התחמקות מהוראותיהם (תת-פרק 1). בסיס שני הוא ההלכה שמעשים שנעשו תוך הפרת האיסור להימצא בניגוד עניינים בטלים, וההכרה בכך שהפרות שביצע נתניהו התבטאו בתרומה מהותית, אם לא חיונית, לקידום הרפורמה על מרכיביה השונים (תת-פרק 2). לעילות אלה נוסף, בנסיבות המיוחדות כאן, "השתק שיפוטי", שחל הן על ראש הממשלה עצמו והן על כל סיעות הקואליציה, שמונע או מקשה על התנגדות מצדם לבקשת הסעד המוצע על סמך אחת מהעילות שלעיל (תת-פרק 3).

הטענות הדוקטרינליות שיוצגו בתתי-הפרקים 1-3 תהיינה לרוונטיות לכל סוגי הצעדים שיכולים להינקט, בין אם יאומצו בהחלטה של ראש הממשלה, החלטה של שרים או ממשלה, או חקיקה של הכנסת. לבסוף, נדון בקשיים שיכולים להיות לקוראים מסוימים עם ההשלכות של הסעד והעילות המשפטיות המוצעים לגבי צעדים שיאומצו בחקיקה או אפילו בחוקי יסוד (תת-פרק 4). כאן נתאר את הדוקטרינה של הגבלת סמכות הכנסת בנסיבות חריגות המצביעות על שימוש לרעה בסמכותה, ונטען כי אפילו על-פי גישה שמרנית לשימוש בדוקטרינה זו, הנסיבות המיוחדות והחריגות שלפנינו מצדיקות שימוש בה במקרה זה.

כפי שכבר הובהר לעיל, איננו מציעים לאמץ תפיסה שלפיה ניגוד עניינים של ראש הממשלה מוביל במקרים רבים למניעת כניסה לתוקף של צעדים שבאימוצם השתתפו הממשלה או הכנסת. המסקנות שלנו מוגבלות לנסיבות הייחודיות והחריגות שלפנינו. לכן, קבלת המסקנות שלנו בנסיבות אלה לא צפויה להביא להרחבת הביקורת השיפוטית במקרים רגילים, בין לגבי החלטות מנהליות ובין לגבי חקיקה של חוקים רגילים וחוקי יסוד.

1. אכיפת בג"ץ הרכבת הממשלה

דרך אחת לעיגון הסעד המוצע בדוקטרינה הקיימת היא על בסיס הסמכות הכללית של בית-המשפט להעניק סעדים שנחוצים לשם מימוש פסקי-הדין שלו עצמו. שימוש בסעד המוצע הכרחי לשם אכיפה ויישום של בג"ץ הרכבת הממשלה, ולצורך מניעת כל ניסיון לעקוף פסק-דין זה ולהתחמק מדרישותיו.

הסמכות הכללית שמסורה לבג"ץ, מכוח סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, מקנה לו סמכות להעניק סעדים שנחוצים כדי להבטיח את קיומם של פסקי-דין. בית-המשפט עמד לא אחת על הסכנות שבאי-קיום פסקי-דין על-ידי רשויות השלטון. כך, למשל, נפסק כי "מדינה שבה רשות שלטונית נוטלת את החוק לידיה – ברצותה, מקיימת צו שיפוטי שניתן נגדה, וברצותה מתעלמת ממנו, היא מדינה שנוזעים בה זרעי פורענות ואנרכיה, ומתפתחת בה תרבות מסוכנת של שלטון כח ושרירות. [...] אי קיום הדין, ואי ציות לפסקי דין על ידי רשות שלטונית טומנים בחובם פגיעה ערכית עמוקה לא רק בתשתית הפורמלית של סדרי השלטון והמשטר, אלא גם בליבה של המסורת ותרבות השלטון הראויה, המשמשים דוגמא ומופת להתנהגות הראויה של הפרט בחברה".⁷⁹

דוגמה מובהקת להכרה בכך שהפרת צו שיפוטי על-ידי גורם שלטוני בכיר מחייבת שימוש בסמכות כללית של בית-המשפט היא פרשת **אדלשטיין**, שבה סרב היושב-ראש היוצא של הכנסת לקיים פסק-דין שחייב אותו לכנס את הכנסת לדיון בבחירת יושב-ראש חדש. בית-המשפט קבע בהקשר זה דברים נחרצים במישור העקרוני, שלפיהם לאור כך שמציאות של אי-ציות לפסק-דין על-ידי גורם שלטוני בכיר גורמת "פגיעה [...] לאינטרס הציבורי בהבטחת שלטון החוק ובקיום פסקי דין וצווי בית משפט [אשר] אין שיעור לחומרתה", אזי, ובכך העיקר לענייננו, "זהו מצב דברים שאין להשלים עמו ובמקום שבו מדובר בפגיעה חסרת תקדים בשלטון החוק, נדרשים סעדים חסרי תקדים".⁸⁰ בהסתמך מפורשות על סמכותו הכללית של בית-המשפט הקבועה בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, בית-המשפט קבע שם סעד ייחודי, "על מנת להבטיח את קיום פסק הדין", ולפיו הוענקו סמכויות מיוחדות לוותיק חברי-הכנסת, סמכויות שלא הוענקו לו בחוק או בתקנון.⁸¹

דוגמה אחרת היא ההכרעה בעניין **הפורום לדו-קיום בנגב**, שם נקבע כי לשם אכיפת פסק-הדין, שלפיו יש להקים גשרון כדי לאפשר לתלמידים גישה לבית-הספר שבו הם לומדים, על הרשויות להקים את הגשרון גם בלא שניתן היתר בנייה לכך. נפסק כי לשם מימוש פסק-הדין, יש לקרוא לחוק התכנון והבנייה סייג שמתיר להקים גשרון גם ללא

⁷⁹ בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי, התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך פ"ד סב(4) 571, 602–603 (2008). לדיון בדרכים שונות לאכוף את חובתן של רשויות ציבוריות לציית לפסקי-דין ראו אורי אהרונסון "אי-קיום החלטות בג"ץ ככשל מוסדי: הצעה למודל של אכיפה שיפוטית" **משפט ועסקים** יט 1271 (2016).

⁸⁰ בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הכנסת, פס' 5-4 (פסק-דין והחלטה, נבו 25.3.2020).

⁸¹ שם, בפס' 5. לדיון ביקורתי בהלכה זו ראו רבקה וייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** מד 321 (2021).

היתר, כאשר הדבר נחוץ לשם קיום פסק-דין של בג"ץ.⁸² הדוגמאות הללו ואחרות כמותן,⁸³ מבטאות את תפיסה עקרונית שלפיה לבית-המשפט סמכות כללית להעניק סעדים שנחוצים לשם מימוש פסק-דין, ובכלל זה סעד ששולל תוקפם של מעשים שלטוניים שמסכלים את מימוש פסק-הדין.

דוגמה נוספת ליישום של הגישה המקנה חשיבות להגנה על פסקי-דין היא הקביעה בפרשת **שיינפלד**, לה הסכימו לפחות חמישה מבין אחד-עשר השופטים שם, כי בשל מצגים שהציג ח"כ דרעי לבית במשפט על כוונתו לפרוש מהפוליטיקה, שעליהם התבסס גזר-הדין בעניינו הפלילי של דרעי, מוטלת על ראש הממשלה החובה להעביר את השר דרעי מתפקידו.⁸⁴ ראש הממשלה לא היה כמובן צד להליך הפלילי בעניינו של דרעי, אך לשם קיום ההנחה שעליה התבסס גזר-הדין הפלילי, נפסק כי בג"ץ מוסמך לחייב את ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהעבירו את דרעי מתפקידו. נפנה כעת להסביר מדוע הסעד המוצע נחוץ למימוש המטרות של בג"ץ הרכבת הממשלה. כזכור, פסק-דין זה (א) התיר לנתניהו לכהן כראש הממשלה ו-(ב) חייב אותו לפעול בהתאם להסדר ניגוד עניינים האוסר עליו לפעול בנושאים שונים. למרות שנתניהו חייב מכוח הדין ואף התחייב מפורשות לעמוד במרכיב (ב), הוא פעל כדי לעקוף אותו ולהתחמק ממגבלותיו. נתניהו נטל חלק פעיל בקידום הרפורמה המשפטית לאורך כל הדרך, ומיד לאחר העברת חוק הנבצרות הוא אף הודיע שאינו כבול עוד למגבלות אלו, ומאז הוא מצהיר מפורשות, שוב ושוב, כי הוא זה שמוביל את קידום הרפורמה.⁸⁵ נתניהו יצר בכך מצב דברים ששקול למעשה לזה שהיה צפוי אילו בג"ץ הרכבת הממשלה היה קובע הסדר המכיל רק את (א), דהיינו, מתיר את כהונת נתניהו בלי שום מגבלות על חופש הפעולה שלו, למרות כתב האישום נגדו, לקדם יוזמות שתחלשנה את מערכת אכיפת החוק. ניתן לראות את נתניהו, למעשה, כאילו שיכתב את פסק-הדין בעניינו, כך שיכלול רק את מרכיב (א), והתיר לעצמו לפעול בהתאם לגרסה המשוכתבת ולא זו שפסק בית-המשפט.

לנוכח העובדה שנתניהו הפך את מרכיב (ב) בפסק-הדין ל"אות מתה", מרכיב שהיה כזכור "הנחת יסוד" בהרשאה שניתנה לו לכהן כראש הממשלה על אף כתב האישום נגדו, על בית-המשפט "להחיות" מרכיב זה. חשוב להדגיש כי ה"החייאה" של רכיב זה הכרחית אפילו אם קובעים שקיום הסדר ניגוד העניינים לא היה תנאי לאישור כהונתו של נתניהו בתפקיד ראש הממשלה אלא רק "הנחת יסוד" של בית-המשפט. גם אם המשך

⁸² בג"ץ 3511/02 **הפורום לדו-קיום בנגב נ' משרד התשתיות** פ"ד נז(2) 102 (2003).

⁸³ דוגמה נוספת היא פרשת **נוצר כהלכה**, בעניין ההפרדה העדתית בבית-הספר לבנות בעמנואל. בית-המשפט פסק שם, אמנם לעניין הטלת סנקציות אישיות מכוח פקודת ביזיון בית-המשפט, כי "אין מניעה להטיל עיצומים על 'זר' לפסק-הדין, הער לקיומו, לתוכנו ולהפרתו של הצו השיפוטי – ככל שהוא מסייע לחייב בכיבוד ההחלטה השיפוטית – להפר את הצו" (בג"ץ 1067/08 **עמותת נוצר כהלכה נ' משרד החינוך**, פס' 17 (החלטה מיום 17.5.2010)). הלכה זו חלה, מכוח היקש, גם כאשר אין מדובר בהטלת עיצומים אלא, כמו במקרה הנוכחי, כאשר נדרש לשלול את תוקפו של מעשה שלטוני. בשני המקרים הדבר נחוץ כדי למנוע את הפרת ההכרעה השיפוטית.

⁸⁴ ראו עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13, בפס' 31 לפסק-הדין של השופט שטיין: "[...] מר אריה מכלוף דרעי מנוע מלכהן כשר בממשלה הנוכחית, [ולכן] ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, אף הוא היה מנוע מלמנות את מר אריה מכלוף דרעי לכהונת שר כאמור וכעת חייב הוא להעביר את מר דרעי מתפקידו כשר הפנים ושר הבריאות".

⁸⁵ ראו לעיל פרק ב.2.(א).

כהונתו של נתניהו כראש הממשלה אינו מותנה בקיום הסדר ניגוד העניינים, החובה לפעול בהתאם להסדר ניגוד העניינים – שראשיתה בבג"ץ הרכבת הממשלה והמשכה בהכרעה המאוחרת יותר שהוקדשה לכך, בשנת 2021 – נקבעה בפסק-דין בהרכב מורחב של בית-המשפט העליון.⁸⁶ על בית-המשפט לקבוע סעד שימנע את הניסיון להתחמק מהמגבלות שקבע בבג"ץ הרכבת הממשלה ולחתור תחת יסודות ההסדר שפסק-דין זה קבע. כל עוד בית-המשפט לא ביטל את פסק-הדין בבג"ץ הרכבת הממשלה, עליו להעניק סעד שימנע ניסיון התחמקות זה ויביא למימוש של פסק-הדין. הימנעות ממתן סעד כזה, וקבלה למעשה של ההתחמקות מתוצאותיו והמחויבויות שבית-המשפט הטיל, עלולה לערער את הסמכות של בתי המשפט ואת אמון הציבור בהם.

הסעד הרצוי בנסיבות כאלה הוא זה שיביא לתוצאות קרובות ככל האפשר לתוצאות שהיו מתהוות אילו נתניהו היה פועל על-פי מרכיב (ב) בבג"ץ הרכבת הממשלה. תוצאות אלה יקיימו קרוב ככל האפשר את "אכיפתו" של בג"ץ הרכבת הממשלה ויימנעו מנתניהו להפיק תועלת אישית מניסיונו להתחמק מהמגבלות של פסק-דין זה. הסעד המוצע על ידיו עומד באמות מידה אלה. הוא יביא לתוצאות שקולות לאלה שהיו מתרחשות אילו (א) נתניהו היה מורשה לכהן כראש ממשלה ו-(ב) הוא היה פועל על-פי הסדר ניגוד העניינים ונמנע מקידום צעדים להחלשת מערכת אכיפת החוק העלולים לשרת את האינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים.

2. שימוש לרעה של נתניהו בסמכותו ובהרשאה לכהן כראש ממשלה

(א) בטלות בשל שימוש לרעה בסמכות

עילה שנייה, חלופית לזו שתוארה לעיל אך גם משלימה לה, היא השימוש לרעה שעשה נתניהו בסמכותו השלטונית ובאפשרות שקיבל לכהן כראש הממשלה. עקרון מבוסס במשפט הישראלי אוסר על שימוש בסמכות שלטונית תוך הימצאות בניגוד עניינים. במקרה שבו פעולה כזו בכל זאת נעשית, הדין מורה על בטלות ההחלטה השלטונית, בוודאי בנסיבות כמו אלה הנוכחיות, שבהן ההחלטה פוגעת באופן נרחב בעקרון שלטון החוק. לפעולה שנעשית תוך הפרת האיסור על הימצאות בניגוד עניינים אין תוקף משפטי מחייב.⁸⁷

"תוצאותיו של האיסור בדבר ניגוד עניינים משתרעות על שטחי המשפט כולם. [...] בתחומי המשפט הפלילי, עשויה התנהגותו של עובד ציבור תוך ניגוד עניינים לקיים את היסודות של עבירת השוחד והפרת האמונים. לעיתים תהווה התנהגות זו עבירה משמעתית. להפרתו של האיסור תוצאות גם במשפט המינהלי באופן שאם הפעולה כבר בוצעה, ניתן לבטלה ואם הפעולה טרם בוצעה, ניתן למנוע את ביצועה. אם ניגוד העניינים אינו משתרע על

⁸⁶ עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5.

⁸⁷ בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה פ"ד לד(2) 566, 573 (1979).

פעולה בודדת, אלא על גזרה רחבה ותחום נרחב של ביצוע התפקיד, עשו ניגוד העניינים ליצור פגם בעצם המינוי או הבחירה לאותו תפקיד".

האיסור על שימוש בסמכות תוך ניגוד עניינים מבוסס גם על העיקרון הכללי יותר של האיסור על התחשבות בשיקול זר בהפעלת סמכות שלטונית ובאופן רחב עוד יותר על האיסור להשתמש לרעה בסמכות שלטונית. הדין הוא שיש לראות בכל שימוש בסמכות תוך ניגוד עניינים כשימוש לרעה בסמכות. כדי להבטיח את ההגנה על האינטרס הציבורי באופן שיטתי וכולל, האיסור החד-משמעי על פעולה תוך ניגוד עניינים אינו דורש בדיקה האם האינטרס האישי צפוי להשפיע בפועל על החלטתו של בעל הסמכות ודי באפשרות הסבירה שכך יקרה. בדומה לכך, אם למרות האיסור נעשתה פעולה בניגוד עניינים, הדין מחייב בטלות של הפעולה באופן חד-משמעי, בלי צורך כלל בבדיקה אם לאינטרס האישי הייתה בפועל השפעה על החלטת בעל הסמכות.

ההלכה היא שתוצאת הבטלות נדרשת כל אימת שניתן להצביע על אפשרות סבירה להתחשבות באינטרס האישי או השיקול הזר.⁸⁸ הטעם לכך הוא משולש: ראשית, כעניין מעשי, לרוב לא ניתן לקבוע מהו המשקל היחסי שניתן לשיקולים השונים, ובלא יישום של מבחן אובייקטיבי, לא ניתן יהיה לאכוף את האיסור על התחשבות בשיקול זר. שנית, הקביעה של סעד כוללני הכרחית גם כדי להבטיח את אמון הציבור בשלטון, כלומר בכך שהכרעות שלטוניות נעשות בהתבסס אך ורק על יסוד שיקולים ענייניים. לבסוף, למרות שהמשפט חותר להתמודד אפקטיבית עם פעולות תוך ניגוד עניינים במקרה של כל בעל סמכות שלטונית, במקרה הנוכחי יש סיבות לחשש מיוחד, זאת בשל שילוב ייחודי של שני גורמים – מעמדו של ראש הממשלה ועוצמת האינטרס האישי שלו. כזכור, בג"ץ הרכבת הממשלה קבע כי "ניגוד העניינים במקרה דנן הוא חריג בטיבו ובעוצמתו. האינטרס העומד על הפרק הוא אינטרס אישי הנוגע לקיומו של משפט פלילי, אשר עשויות להיות לו השלכות מרחיקות לכת על שמו הטוב של אדם ועל חירותו, ובמקרים כגון המקרה דנן הנוגעים למי שנושא בתפקיד ציבורי, עומד על כף המאזניים גם כל עולמו של הנאשם כאיש ציבור. לנוכח אינטרס זה ובשל יכולת ההשפעה של ראש הממשלה על קבלת ההחלטות בממשלה, הנגזרת ממעמדו כראש הרשות המבצעת וכמי שמנווט את פעילותיה ויעדיה העיקריים [...], עוצמת ניגוד העניינים במקרה זה – גבוהה".⁸⁹

יתרה מזאת, מלבד יכולת ההשפעה של ראש הממשלה ועוצמת האינטרס האישי שלו, המקרה שלפנינו אינו רק של שימוש לרעה בסמכות, אלא שימוש לרעה בהרשאה שניתנה לנתניהו על-ידי הרכב של אחד-עשר שופטי בית-המשפט העליון לאחוז בסמכות

⁸⁸ למשל, בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה, פס' 12 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש (נבו 21.11.2007), "הוכחת שיקולים זרים היא בדרך כלל משימה קשה המחייבת פענוח 'כליות ולב' של רשות מנהלית. לשם כך, נדרשת לא פעם הסתמכות על פגמים חיצוניים נוספים שיש בהם כדי להצביע על השיקול המסתתר מאחורי פעולת הרשות המנהלית. כך למשל, ניטה להצביע על קיומו של שיקול זר כאשר יש מצב של ניגוד עניינים, או אי הבאתו בחשבון של שיקול רלוונטי להכרעה המתקבלת, וכיוצא באלה אינדיקציות לקיומו של שיקול זר". עוד ראו בעניין זה יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ה 3538–3545 (מהדורה שנייה 2020) והמקורות המובאים שם.

⁸⁹ עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 5, בפס' 37 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

וזאת על בסיס התחייבותו לפעול בהתאם להסדר ניגוד עניינים. נתניהו ניסה לכפור פעמיים בתוקפו של הסדר ניגוד העניינים, נמנע מלפנות אי פעם ליועצת המשפטית לממשלה כדי שתנחה אותו לגבי פעולות אסורות ומותרות, והתעלם מהודעות שמסרה לו היועצת על הפרות ההסדר על ידו. כל אלה מחדדים את החשיבות של התמודדות אפקטיבית עם פעולות שנתניהו עשה תוך ניגוד עניינים.

(ב) היקף הצעדים הנובעים מהשימוש לרעה בסמכות

על יסוד הסיבות שתוארו לעיל, אין ספק כי פעולות שעשה נתניהו תוך ניגוד עניינים והפרה של הסדר ניגוד העניינים שלו צריכות להביא לבטלות של התוצאות הנובעות מפעולות אלה. בהינתן התרומה המהותית של נתניהו לקידום הרפורמה המשפטית, יש לראות את כל הצעדים שנקבעים במסגרת הרפורמה, ולא רק את אלה שבהם פעל נתניהו לבדו, ככאלה שנובעים לפחות חלקית מהחלטותיו של נתניהו ולכן בטלים.

כזכור, חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה שניתנה בתחילת כהונת הממשלה הנוכחית הכירה בכך שבשל מעמדו הייחודי של ראש הממשלה יש להחלטותיו ולפעולותיו השפעה רחבה. בפרט, בחוות דעתה ציינה היועצת כי "חובת ההימנעות" משתרעת גם על "כל מעורבות בקבלת החלטות בעניינים המפורטים לעיל; על כל פעולה של ראש הממשלה בעניינים אלה באמצעות כל גורם ממשלתי או אחר; וכן על התערבות בהחלטות המצויות בגדר סמכויותיהם של שרים אחרים".⁹⁰ על-פי חוות הדעת הזאת, המעורבות האסורה של ראש הממשלה כוללת לפיכך כל פעולה שיש בה משום שימוש בכוחו והשפעתו לקדם צעדים, בין אם הם נעשים פורמאלית על-ידי ראש הממשלה עצמו ובין אם הם נעשים על-יד גורמים שלטוניים אחרים.

במקרה הנדון, לא רק שהייתה לראש הממשלה יכולת להשפעה רחבה, אלא הוא גם בחר לממש יכולת זאת. כמוסבר בפרק ב לעיל, לנתניהו הייתה מעורבות מהותית ואולי אף קריטית בקידום הרפורמה המשפטית. ראש הממשלה גיבה, תמך והגן על הרפורמה המשפטית בתכיפות ונמרצות. תפקידו המהותי של נתניהו בקידום הרפורמה ובקביעת קצב התקדמותה מומחש במעשיו בשתי נקודות זמן קריטיות: בסוף מרץ 2023, בעקבות התבטאותו של שר הביטחון גלנט בעד הקפאת הליך החקיקה לאור הסכנה לביטחון המדינה, ראש הממשלה הגיב לדבריו של השר בפיטוריו מהממשלה. זו פעולה שתוצאה מסתברת שלה היא הרתעת שרים אחרים מהתנגדות לקידום החקיקה. זמן קצר לאחר מכן, לאור המחאה הציבורית הנרחבת, הורה ראש הממשלה על עצירת השלמת החקיקה, ברגע האחרון ממש, באופן שהמחיש שליטה משמעותית שלו, אולי אפילו מוחלטת, במהלכים. בדומה לכך, בשלהי חודש יולי 2023, ההכרעה הסופית אם להשלים את חקיקת ביטול עילת הסבירות או להסכים לפשרה עם סיעות האופוזיציה ולהקפיא לתקופה מסוימת את הרפורמה המשפטית, נעשתה כל כולה או לפחות באופן משמעותי מאד על-ידי נתניהו.

⁹⁰ עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 5, בפס' 10.

לפיכך, יש לראות את כל הצעדים שאומצו במסגרת הרפורמה המשפטית כנובעים מהותית מהתרומה של נתניהו לקידום הרפורמה, תוך הפרות נרחבות של הסדר ניגוד העניינים שלו. כמובן, סביר שלכל צעד ספציפי תרמו גם אחרים. אילו התרומה של נתניהו לצעד מסוים הייתה זניחה וניתן היה לבודדה, ייתכן שהיה מקום להימנע מבתלות הצעד. כך נפסק למשל בעניין **ליצמן**, שבו נפל פגם בהתנהלותו של חבר-כנסת "מן השורה" (בגין הצבעה כפולה), אך ניתן היה לוודא שפעולתו לא השפיעה על השגת רוב לחוק שחוקקה הכנסת; במקרה זה הוחלט שמספיק לבטל את הפעולה של חבר הכנסת עצמו ולא את תוקף החוק.⁹¹ לא כך במקרה כמו זה הנוכחי, שבו תפקידו המרכזי של נתניהו בקידום הרפורמה, תרומתו לאימוץ כל מרכיב שלה (כולל בחקיקה) אינה ניתנת לבידול והפרדה מתרומתם של אחרים.

הכרחי למנוע כניסה לתוקף (קטגורית או לפחות זמנית) של צעד שנעשה תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים, בין אם הוא מנהלי או חקיקתי, כשאין אפשרות לוודא בביטחון שלהחלטתו של נתניהו לגבות את קידום הרפורמה ולהגן עליה לא הייתה השפעה מהותית על נקיטתו. במקרה של שימוש לרעה שתורם משמעותית לקידום צעד כלשהו, ולא ניתן לוודא שהצעד היה קורה בכל מקרה בלעדי תרומה זו, השימוש לרעה "מזהם" את הצעד כולו. במקרה שלפנינו, בין אם הצעד הוא החלטה מנהלית ובין אם הוא חקיקה של הכנסת, השימוש לרעה של נתניהו בסמכותו כראש ממשלה "צובע" כל צעד שננקט במסגרת הרפורמה המשפטית אותה קידם בגוון של שימוש לרעה.

(ג) פעולות של שרים ושל הממשלה

בשולי הדברים נציין כי, לגבי החלטות מנהליות, ניתן לראות פעולות של שרים ושל הממשלה בכללותה כנוגעים בשיקולים זרים בשל האינטרס האישי של ראש הממשלה. הדין הוא כי לכל שרי הממשלה יש חובה להימנע מפעולה תוך שקילת שיקולים זרים.⁹²

⁹¹ ראו בג"ץ 5131/03 **ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נט(1) 577, 592 (2003): "אם ההצבעה הפסולה הייתה השפעה על הרוב הנדרש [...], היה בפגם בהליך ההצבעה כדי [...] לפגוע בתוקפו של החוק. [...] לא כן אם הפגם נרפא משום שנערכה הצבעה חוזרת אשר בה לא חזר הפגם. הוא הדין אם הפגם לא נרפא, והוא פגע בערכי היסוד המונחים ביסוד הליך החקיקה, אך לא היה בו כדי להשפיע על תוצאות ההצבעה. זהו המקרה שלפנינו, ובו לא שובשה 'היווצרותו של רצון הבית'. אמת, העקרונות בדבר הייצוגיות והשוויון נפגעו, עם זאת עקרון הכרעת הרוב לא נפגע, ובאיוון הכולל התרופה המידתית במצב דברים זה אינה בפגיעה בתוקפו של החוק אלא בנקיטת הליכים כנגד חבר-כנסת שהצביע שלא כדין". דין דומה חל לעניין תוקפן של תוצאות הבחירות לכנסת או לרשות מקומית: אפילו הושגו קולות שלא כדין, אין בכך כדי להביא לביטולן של הבחירות אם הליקוי לא השפיע על תוצאות הבחירות. ראו, למשל, ע"ב 5049/92 **היועץ המשפטי לממשלה נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה** פ"ד מז(2) 37 (1993).

⁹² שרים כפופים לחובה, שמוטלת על כל רשות מנהלית, להימנע מפעולת תוך ניגוד עניינים ולשקול שיקולים זרים בהפעלת סמכותם, חובה זו מעוגנת, בין היתר, בכללי ועדת אשר (כללים) למניעת ניגוד עניינים של שרים ושל סגני שרים, י"פ התשס"ג 5147, בעמ' 1136, 16.1.2003. נקבע שם כי "שר ינהג במילוי תפקידיו בלא משוא פנים, תוך גישה הוגנת כלפי הכל ובלא שיהיה לו עניין אישי בהחלטותיו או בפעולותיו, אף למראית עין" (סעיף 3). עוד נקבע שם כי "בכל מקרה שיש לשר עניין אישי בפעולה או בהחלטה, יש בה כדי להשפיע על הענקת טובת הנאה או זכות, אסור לו להשתתף

בנסיבות מסוימות שר יכול "להתנתק" מהאינטרס האישי שיש לראש הממשלה בעניין מסוים ולפעול בעניין זה ללא שיקולים זרים, למרות האינטרס האישי של ראש הממשלה. לדוגמה, סביר לצפות שכך הוא המצב כאשר האינטרס האישי של ראש הממשלה בעניין מסוים הוא מוגבל, והשר יכול לצפות שהחלטה שלו בניגוד לאינטרס זה לא תפגע קשות ביחסיו עם ראש הממשלה וודאי לא עלולה להביא לפיטוריו.

הנסיבות שלפנינו שונות בתכלית. כפי שהדגיש בית-המשפט, האינטרס הזר של ראש הממשלה כנאשם בפלילים הוא בעוצמה גבוהה במיוחד. בשל עוצמה גבוהה במיוחד זו, יש חשש כי לכל שרי הממשלה, ובמיוחד (אך לא רק) לשרי הליכוד, יש תמריץ לתת משקל לאינטרס האישי של נתניהו. נתניהו קבע בלעדית את התיק שהופקד בידיו של כל אחד משרי הליכוד, יש לו הסמכות לפטר כל אחד מהשרים, ובמרץ 2023 הוא אף החליט לפטר באופן מידי שר בכיר שקרא להשעייתו של הרפורמה המשפטית. בנוסף לכך, כראש ממשלה יש לנתניהו גם הכוח הפוליטי להתערב בהחלטות של שרים ספציפיים ולהכריע במחלוקות ביניהם לבין שרים אחרים, לקבוע את סדר היום של הממשלה ועוד. כל אלה, בשילוב העוצמה הגבוהה במיוחד של האינטרס האישי של נתניהו, מקשים על "התנתקות" של השרים מהאינטרס האישי הזה ועל יכולתם לפעול תוך התעלמות מוחלטת מאינטרס אישי זה.

טלו לדוגמה החלטה אפשרית של הממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה, והניחו שבנסיבות מסוימות פיטורים כאלה ישרתו את האינטרס האישי של נתניהו כנאשם בפלילים. ברור שיוזמה של נתניהו להביא לפיטורים כאלה תהא פעולה בניגוד עניינים ובניגוד להסדר ניגוד העניינים שלו ולכן בטלה. אך בנסיבות הידועות כיום, גם החלטה של הממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה בלא כל השתתפות של נתניהו דינה בטלות. הסיבה לכך היא החשש הממשי שהחלטה כזו תהיה מושפעת משיקולים זרים, דהיינו לקיחה בחשבון של ההשפעה החיובית של פיטורי היועצת על האינטרס האישי של נתניהו כנאשם בפלילים. לפיכך, למרות שככלל לממשלה מסורה הסמכות להעביר מתפקידה את היועצת המשפטית לממשלה, על בית-המשפט לבטל החלטה כזו אם תאומץ בתקופת הסדר ניגוד העניינים של נתניהו, אפילו אם נתניהו עצמו לא ישתתף בדיון ובהצבעה על החלטה, ובלי להידרש כלל לסוגיית סבירות החלטה הקונקרטית.⁹³

ככל דרך שהיא בפעולה או בקבלת החלטה" (סעיף 7(א)). בית-המשפט הבהיר כי כללים אלה קובעים נורמות מנחות, והיישום שלהם בפועל נעשה בהתאם לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בכל מקרה ומקרה (עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 5, בפס' 24). כמו כן, ככל שפעולתו של ראש הממשלה שנעשית תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים היא אסורה לפי הדין הפלילי, מכוח העבירה של מרמה והפרת אמונים, על השרים חל איסור לעבור עבירה של סיוע להפרת אמונים, עבירה שיושמה לא אחת בפסיקה.

⁹³ בשולי הדברים, נציין סיבה נוספת לבטלות החלטה כזו בנסיבות הנוכחיות. על-פי תקנון הממשלה, הכללת נושא בסדר היום והעלאתו להצבעה דורשים את הסכמתו של ראש הממשלה. ס' 1 לתקנון הממשלה ה-36 (שחל גם על הממשלה ה-37) (20.6.2021) https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/government-documents37/he/Gov_Docs_Government-regulations270623.pdf. בהסדר ניגוד העניינים משנת 2020 נקבע בהקשר זה, כי על הממשלה למנות מראש שר אחר שאליז יועברו

3. השתק שיפוטי

כל אחד משני הבסיסים שתוארו, לבדו וודאי שבצירוף עם האחר, מספק עיגון דוקטרינרי לסעד המוצע. בנוסף לכך, שיקולים של "השתק שיפוטי" צפויים למנוע מנתניהו וגם מסיעות הקואליציה מלהתנגד למתן הסעד המוצע, על סמך כל אחד מהבסיסים שלעיל.⁹⁴

אשר לנתניהו, ה"השתק השיפוטי" חל עליו בשל הסכמתו בבג"ץ הרכבת הממשלה לקביעת הסדר ניגוד עניינים והתחייבותו לפעול על-פי הסדר זה. בעקבות כך, בית-המשפט כבר קבע כי בשל השתק שיפוטי, נתניהו מנוע מלטעון שהוא אינו כפוף להסדר ניגוד העניינים שנקבע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.⁹⁵ בדומה לכך, הסכמת נתניהו בפני בית-המשפט בבג"ץ הרכבת הממשלה לקביעת הסדר ניגוד עניינים והתחייבותו לפעול על-פי הסדר זה מונעות ממנו להתנגד למתן סעד שיוודא שאינו מתחמק מהחייבים שהתחייב למלא. בדומה לכך, הסכמת נתניהו בפני בית-המשפט בבג"ץ הרכבת הממשלה לקביעת הסדר ניגוד עניינים והתחייבותו לפעול על-פי הסדר זה מונעות ממנו מלהתנגד לקביעה שפעולותיו לקידום הרפורמה תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים מהוות שימוש לרעה בכוחו השלטוני, שצריך להביא למניעת כניסה לתוקף של צעדים שלא ימוצו ההפרות שלו תרמו תרומה מהותית.

בנוסף לכך, שיקולים של "השתק שיפוטי" עשויים למנוע גם מסיעות הקואליציה השונות, או למצער להקשות עליהן מאוד, להעלות התנגדות למתן הסעד המוצע. לכאורה, סיעות הקואליציה היו יכולות לטעון שהפרת הסדר ניגוד העניינים והשימוש לרעה בסמכות נעשו כולם על-ידי נתניהו לבדו, ושאינן להם כל קשר רלוונטי לסיעות הקואליציה. מכאן, יכולות סיעות הקואליציה לטעון, כי אין זה הוגן להעניק סעדים שיפגעו באינטרסים שלהן, גם אם סעדים אלה הם היחידים שיכולים לאפשר אכיפה של בג"ץ הרכבת הממשלה ומניעת פגיעה באינטרס הציבורי בשל השימוש לרעה של נתניהו במעמדו הרם. אולם טענות כאלה ראוי שתידחינה.

אין זה נכון שלסיעות הקואליציה לא היה ואין קשר להסדר ניגוד העניינים ולהפרתו. ראשית, שלוש מבין הסיעות החברות בקואליציה הנוכחית, הליכוד, ש"ס ויהדות התורה, שביחד כוללות יותר משלושת-רבעי מחברי הקואליציה, היו משיבות בעתירות בבג"ץ הרכבת הממשלה. הן לא מחו נגד הכללת מרכיב זה בפסק-הדין ואף זכו ב"טובת הנאה" מההכרעה השיפוטית – התרה הכהונה של נתניהו בה הן תמכו וממשיכות לתמוך. נסיבות אלה מחילות עליהן "השתק שיפוטי" מלטעון כעת נגד סעד שיאכוף את התוצאות שבג"ץ הרכבת הממשלה חתר להבטיח.

סמכויות ראש הממשלה לקביעת סדר היום ולהעלאת נושא להצבעה, בנושאים שבהם ראש הממשלה מנוע מלעסוק. ככל שהממשלה לא מינתה שר כאמור, יש לראות כל החלטת ממשלה תוצאה הנובעת מהסכמתו של נתניהו להעלאת הנושא להצבעה, וזאת גם אם נתניהו לא השתתף בהצבעה ובדין שלפניה. לעיל ה"ש 30, בס' 45.

ליישום דוקטרינה זו ולדין מפורט בה ראו עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13.

ראו לעיל ה"ש 25.

94

95

שנית, כל סיעות הקואליציה בכנסת ה-25, אשר חבריהן ביחד מהווים את הרוב בכנסת ואת הרוב שעליו התבססה עד כה כל חקיקה במסגרת הרפורמה המשפטית, היו מודעות לכך כי האפשרות להקים את הקואליציה בראשות נתניהו, שממנה הן נהנו, מבוססת על ההכרעה בג"ץ הרכבת הממשלה על שני מרכיביו, וחזקה עליהן שידוע להן על המגבלות שהטיל פסק-דין זה על ראש הממשלה.⁹⁶ אף אחת מסיעות אלה לא עתרה לבית-המשפט בבקשה לשחרר את נתניהו ממגבלות אלה ולאפשר לו לכהן בתפקיד ראש הממשלה ללא כבלים אלה.

יתרה מזאת, לפחות החל מנקודת הזמן שבה נתניהו הכריז כי יתעלם להבא מההגבלות של הסדר ניגוד העניינים, בשלהי חודש מרץ 2023, חזקה על כל סיעות הקואליציה שהן היו מודעות לכך שפעולותיו בהמשך לקידום הרפורמה המשפטית היו הפרה נרחבת ומתמשכת של הוראות הסדר ניגוד העניינים שהוא חויב לקיים על-פי בג"ץ הרכבת הממשלה. למרות זאת, סיעות הקואליציה בחרו לשתף פעולה עם הפרה זו. כל סיעות הקואליציה פעלו לגבי הרפורמה בהובלתו ובקבלת מנהיגותו של נתניהו. הקואליציה המהווה את הרוב בכנסת בחרה אם כך לתת ידה להפרת פסק-הדין הבסיסי של בג"ץ הרכבת הממשלה. כל אלה מחזקים את שיקולי ה"השתק השיפוטי" שמונעים מהקואליציה, ולפיכך גם מהכנסת כמוסד, להתנגד לסעד המוצע ולעילות שעל בסיסן הוא מבוקש.

4. שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת

חלק משמעותי של הרפורמה כולל תיקוני חקיקה ואף תיקונים לחוקי היסוד.⁹⁷ יהיו כאלה שיקבלו את הניתוח שלנו אך יתקשו עם קבלת ההשלכות לגבי צעדים חקיקתיים ובמיוחד לגבי תיקונים לחוקי יסוד. להלן נסביר כי בית-המשפט כבר הכיר באפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקה, ואפילו על חוקי-יסוד, במקרים חריגים ביותר שבהם ניתן לקבוע כי התקיימו "נסיבות [אשר] עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת".⁹⁸ הבסיס הפורמאלי לדוקטרינה שפותחה בפסיקה בדבר האיסור על שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת הוא סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. עמדתנו היא, שלאור הניתוח המשפטי שהובא לעיל בפרק זה, הנסיבות הנוכחיות מצדיקות לראות באימוץ צעדים חקיקתיים שלגביהם מוצע הסעד שהצגנו משום שימוש לרעה בסמכות הכנסת. לדעתנו, בנסיבות הנוכחיות ראוי שמסקנה כזו תיקבע גם לפי גרסה שמרנית או מינימליסטית של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות הכנסת.

הפגם הנדון כאן אינו (רק) בתוכן החקיקה אלא גם ובעיקר בתהליך שדרכו היא באה אל העולם. הפגמים המהותיים בתהליך החקיקה מצדיקים קביעה של שימוש לרעה והתערבות של בית-המשפט. ההובלה והמעורבות הנרחבת ואולי אף המכרעת של נתניהו בקידום החקיקה היוו הפרה חזיתית של פסק-דין של בג"ץ, וסיעות הקואליציה

⁹⁶ חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה, מיום 1.2.2023, נשלחה, בין היתר, גם לשר המשפטים ולמזכיר הממשלה, וגם דווח עליה ברבים. ראו לעיל ה"ש 28.

⁹⁷ ראו לעיל בפרק ההקדמה.

⁹⁸ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף.

כולן שקיבלו את מעורבותו העמוקה של נתניהו ושיתפו עמו פעולה נתנו את ידן להפרה חזיתית זו. יתרה מזו, פסק-הדין שהופר היה פסק-דין מרכזי של בג"ץ שמכווח התאפשרה הקמתה של הקואליציה בראשות נתניהו, והביטחון שנתניהו יקיים את התחייבותו בפני בית-המשפט להימנע ממעורבות שאסורה בהסדר ניגוד העניינים היוותה "הנחת יסוד" של פסק-דין זה.

בית-המשפט קבע מבחני עזר לאפיון מצבים של שימוש לרעה בסמכות הכנסת.⁹⁹ ביסודם של מבחני העזר הללו מונחת תפיסה עקרונית, שבית-המשפט שב וחזר עליה בשורה של פסקי-דין: הכנסת חורגת מסמכותה כאשר היא מחוקקת חקיקה שנועדה לקדם "אינטרסים פרטיקולריים". זהו ליבה של הדוקטרינה. בלשונו של בית-המשפט, הכנסת חורגת מסמכותה כאשר מתקיים "ניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוונת [...] ובין 'אינטרסים פרטיקולריים' של חברי-הכנסת בכנסת הספציפית" (עניין **ממשלת החילופים**);¹⁰⁰ נקבע כי "שימוש לרעה בסמכות [...] 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 בכובעה השונים. [כאשר] השימוש בסמכות המכוונת המגולם בתיקון חוק היסוד [...] לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי [...] נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוונת" (עניין **שיינפלד**);¹⁰¹ חקיקה שחלה עליה הדוקטרינה הנדונה היא חקיקה שנעשית לשם קידום "האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" וללא "שיקוף קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (עניין **שפיר**).¹⁰²

במקרים קודמים שנדונו בפסיקה, ואשר בהם בית-המשפט נכון היה, לפחות עקרונית, להכיר בכך שמדובר בשימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת, ההכרה בקיומו של שימוש לרעה בסמכות הכנסת התבססה באופן משמעותי על תוכן ההסדר שנקבע בחוק ועל הסקות מתוכן זה. ההסדרים החקיקתיים שנדונו אופיינו ככאלה

⁹⁹ המדובר בשלושה מבחנים עיקריים: יציבות, כלליות והתאמה למארג החוקתי. דרישת היציבות מופרת כאשר מדובר בתיקון שתחולתו מוגבלת בזמן ("הוראת שעה") ובמקרים מסוימים גם כאשר הוא נכנס לתוקף מיד עם חקיקתו. דרישת הכלליות אינה מתקיימת כאשר תוצאה עיקרית של החוק היא קידום "האינטרסים הפרטיקולריים המשתנים של רוב זה ואחר" ולא "שיקוף קונצנזוס חברתי רחב בדבר ערכי היסוד ועקרונות השיטה הנוהגים בחברה הישראלית" (בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 40 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (23.5.2021) (עניין **שפיר**)). הדרישה להתאמה למארג החוקתי נועדה לוודא שמדובר בחוק שעולה בקנה אחד עם "ההיגיון הפנימי" של חוקי היסוד (שם, בפס' 41 לפסק-הדין של הנשיאה חיות); לשיטתה של השופטת ברק-ארז, הדרישה עוסקת במובחנות תפקידה של הכנסת מתפקידן של הרשויות האחרות: "הכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוונת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יהא, ככלל, מצב שבו נעשה ניסיון להכתיר בכותרת חוק-יסוד הסדר המבקש 'לפלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה" (שם, בפס' 23).

¹⁰⁰ בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 15 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (2021) (להלן: בג"ץ **ממשלת החילופים**).

¹⁰¹ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף.

¹⁰² עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 99, בפס' 40 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

שנועדו בעיקר לשרת את האינטרס של הקואליציה בעצם הקמתה (פרשת **ממשלת החילופים**),¹⁰³ או בהמשך קיומה (פרשת **שפיר**),¹⁰⁴ או שהם נועדו לקדם את האינטרס האישי של ראש אחת הסיעות לכהן בתפקיד שר (פרשת **שיינפלד**),¹⁰⁵ או של ראש הממשלה, למניעת הכרות נבצרות (פרשת **חוק הנבצרות**),¹⁰⁶ או של אדם מסוים אחר.¹⁰⁷

¹⁰³ בג"ץ **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 100. נקבע שם, בין היתר, כי "העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' [כלשהי] 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" (שם, בפס' 15 לפסק-הדין של הנשיאה חיות). ראו, ברוח דומה, הכרעות בעניין תוקפה של חקיקה להסרת המגבלה על מספר השרים בממשלה: בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט פ"ד** (נג) 92 (1999); בג"ץ 3234/15 **יש עתיד נ' יושב-ראש הכנסת** (נבו) 9.7.2016; והכרעות בעניין תוקפה של חקיקה לקביעת חוק תקציב דו-שנתי: בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל פ"ד** (סד) 275 (3) (2011); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (נבו) 6.9.2017. בכל המקרים הללו הוכרה עקרונית חובתה של הכנסת לדרישה בדבר כלליות ולאיסור לפעול תוך ניגוד עניינים מוסדי.

¹⁰⁴ עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 99, בפס' 48 לפסק-הדין של הנשיאה חיות: "מדובר בהסדר פרסונלי במובן המוסדי, שנמסר למידותיה של הממשלה ה-35 ולקשיים הפוליטיים שבהם נתקלה".

¹⁰⁵ עניין **שיינפלד**, לעיל ה"ש 13, בפס' 42 לפסק-הדין של הנשיאה חיות: "הליך חקיקת [ה]תיקון [...] מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר". הנשיאה חיות הוסיפה (שם, בפס' 44), כי "אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, קשה שלא לראות בתיקון [...] שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של תופעה מדאיגה [...] לפיה חברי-הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נגודתיים". השופטת ברק-ארז ציינה, ברוח דומה (שם, בפס' 47) כי "התיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחלתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים". ראו גם שם, בפס' 4 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף, ובפס' 7-8 לפסק-הדין של השופטת וילנר.

¹⁰⁶ שאלת תוקפו של תיקון סעיף 16 לחוק-יסוד: הממשלה, בעניין נבצרות ראש הממשלה, טרם הוכרעה במועד כתיבת שורות אלה (הוצא בה צו על-תנאי לעניין מועד תחילת תוקפו של התיקון), אך היועצת המשפטית לממשלה ביטאה עמדה חד-משמעית השוללת את תוקפו של התיקון, לאור תכליתו הפרסונלית המובהקת – מניעת דיון בבג"ץ בסוגיית הנבצרות של נתניהו, לאור כך שהפר את הסדר ניגוד העניינים. היועצת קבעה דברים שתקפים גם להקשר הרחב יותר של מכלול החקיקה שעוסקת ברפורמה המשפטית: "לאור מעמדו הייחודי של ראש הממשלה ביחס לחברי-הכנסת מהקואליציה וביחס ליציבות הקואליציה, ברור אפוא שהכנסת עשויה להימצא בניגוד עניינים מוסדי [...] כאשר הכנסת מחוקקת חקיקת יסוד שתחולתה מיידית, שמשנה את הכללים היסודיים החלים על כהונתו של ראש הממשלה" (בג"ץ 2412/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פס' 121 לתגובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה (25.7.2023)). היועצת הוסיפה (שם) כי "בחינת מכלול הנסיבות מלמדת כי התיקון [...] ביקש, באופן ברור ומובהק, לספק מענה מידי וקונקרטי לענייני הפרטני-משפטי של ראש הממשלה, וזאת [...] לשתי תכליות המשולבות זו בזו: מניעת הדיון בעתירות הנבצרות שהוגשו נגדו; והשתחררות מ'כבלת הידיים' ו'מההשתק המעין-שיפוטי' שנובעים מחוות דעת ניגוד העניינים החלה בעניינו, כך שיתאפשר לו לעסוק בשניונים במערכת המשפט שיש בהם כדי להיטיב עם עניינו האישי. נראה כי המרכיב הפרסונלי של התיקון כה דומיננטי, עד כדי כך שההסדר המשטרי כולו עוצב כדי להגשים תכליות אלו". מסקנתה של היועצת היא שהתיקון "אינו עולה בקנה אחד עם מבחני המשנה של יציבות וכלליות, [...] והוא נחקק תוך ניגוד עניינים מוסדי מובהק של הכנסת" (שם, בפס' 109).

¹⁰⁷ ביטוי לתפיסה זו גם ביחס לחקיקה "רגילה" ניתן בפסק-דין שניתן פה אחד על-דידי תשעה שופטים, שתיקון לחוק שנועד לאפשר לאדם מסוים להתמודד בבחירות לראשות רשות מקומית לא ייכנס לתוקף בבחירות הקרובות. ראו עניין **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 77.

תוכנם של ההסדרים השונים, כמו גם נסיבות החקיקה שלהם, הובילו למסקנה שתכליתם העיקרית אינה קידום האינטרס הציבורי, "השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית", אלא אינטרסים פרטיקולריים, ולכן יש בהם, לפחות עקרונית, שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת.

הלכות אלה צריכות לחול במקרה הנדון כאן. עקרונית, התוכן של החקיקה ליישום הרפורמה המשפטית, כמו התיקון לחוק-יסוד: השפיטה בעניין עילת הסבירות, היה יכול לעורר חששות של שימוש לרעה גם בהיעדר ההפרה של בג"ץ הרכבת הממשלה. החקיקה שנעשת במסגרת הרפורמה המשפטית היא בעלת תחולה מיידית, והיא מחזקת את כוחה של הקואליציה לקדם אינטרסים פרטיקולריים שלה על-ידי החלשת הביקורת השיפוטית, ומאופיינת באי-ההתאמה למארג החוקתי הכללי. לפיכך, תיתכן המסקנה שחקיקה זו, רק לאור תוכנה, היא בגדר שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת. מסקנה כזו מותנית באימוץ הדוקטרינה הכללית בדבר שימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת באשר לנסיבות שבהן התכלית הפרטיקולרית היא מוסדית במהותה – אינטרס בקיומה של הקואליציה ובאופן הפעולה שלה – וכפי שניתן ללמוד מן הפסיקה, למשל מפרשת שפיר (שהוכרעה ברוב של שישה מול שלושה) ומאמרות-אגב בפסקי-דין אחרים, ייתכנו לגביה עמדות שונות.

אבל המקרה הנדון כאן מכיל ממדים נוספים שהם בעייתיים ביותר. החקיקה נעשתה לא רק תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים אלא במידה רבה בשל הפרתו, לאור המעורבות הממשית ואולי אף המכרעת של נתניהו בקידום החקיקה. לאור הסדר ניגוד העניינים, קיימת למעשה חזקה שהתכלית הפרטיקולרית של מעורבות נתניהו ביוזמות לשינויים במערכת המשפט, מעורבות שאסורה על-פי ההסדר, היא קידום האינטרס האישי של ראש הממשלה כנאשם בפלילים – אינטרס שנקבע על-ידי בית-המשפט כבעל עוצמה גבוהה במיוחד. נתינת היד של הקואליציה למעורבות עמוקה ומהותית של נתניהו היא לכן נתינת יד לפעולות של נתניהו, המונעות מאינטרס אישי זה. קידום תכלית פרטיקולרית פרסונלית כזו הוא מקרה שנכלל ב"גרעין" של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת, וככזה דינו אמור להיות מוסכם גם על מי שאינם שותפים לעמדת הרוב בפסיקה באשר למקרים שנמצאים ב"מעטפת" של הדוקטרינה.

ניתן לראות זאת גם בדרך נוספת: נקל לשער מה הייתה התוצאה המשפטית אילו הכנסת הייתה מחוקקת חוק (או חוק יסוד) שמבטל את המרכיב של בג"ץ הרכבת הממשלה בעניין חיובו של נתניהו לפעול על-פי הסדר ניגוד העניינים. נדמיין מצב שבו הכנסת הייתה מחוקקת חוק, ואף חוק-יסוד, שהיה קובע שראש ממשלה, אף אם הוא נאשם בהליך פלילי שמתנהל בתקופת כהונתו, רשאי לעסוק בכל עניין שהוא, ללא הגבלה; ושהכנסת הייתה ממשיכה וקובעת שהסדר זה יחול גם בעניינו של מי שבמועד חקיקת החוק נאסר עליו, מכוח פסק-דין, לעסוק בנושאים שבהם הוא במצב של ניגוד עניינים בשל משפטו הפלילי. במקרה כזה, נקל לשער שבית-המשפט היה מחיל את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות החקיקה של הכנסת (או בסמכות המכוננת, לפי העניין), והיה מכריז על בטלותה של חקיקה כזו. בית-המשפט כבר התייחס למקרה מסוג זה – אם כי פחות חמור מזה הנוכחי – באמרת-אגב בפרשת ולנר, שם נאמר כי חוק

שמתיימר לשנות למפרע תוצאה של פסק-דין הוא כנראה בלתי-חוקתי.¹⁰⁸ עמדה על-כך גם השופטת ברק-ארז בפרשת שפיר¹⁰⁹ ובפרשת שיינפלד.¹¹⁰ במקרה כמו זה שבפנינו, חוק היפותטי כמו זה שתואר היה צפוי להיות מוכרז בלתי חוקתי גם לפי גרסה מינימליסטית של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

במקרה הנוכחי, הכנסת לא חוקקה חוק שמבטל מפורשות את האיסור על ראש הממשלה לפעול בניגוד להסדר ניהוד העניינים, אך זו התוצאה למעשה של התהליך שבאמצעותו הקואליציה בהובלת נתניהו הביאה לחקיקה. במובן מסוים, זהו מקרה חמור מזה ההיפותטי שתואר, שכן אילו נחקק חוק שמתיימר לבטל מפורשות את פסק-הדין, לכל הפחות הליך החקיקה היה כולל התייחסות מפורשת לפסק-הדין ולנימוקיו והיה מתקיים דיון פרלמנטרי בהצדקה של מהלך כזה של ביטול למפרע של פסק-הדין, על מכלול ההשלכות שלו. במקרה הנוכחי, הקואליציה ונתניהו בחרו להתעלם מהמגבלות שהטיל בג"ץ הרכבת הממשלה, ונקטו מהלכים שמשמעותם סיכול פסק-הדין, אפילו מבלי שהתקיים דיון פרלמנטרי להצדקת התעלמות זו. בנסיבות אלה, שבהן נתניהו והקואליציה נתנו את ידם לסיכול של פסק-דין מרכזי של בג"ץ, ראוי שבית-המשפט יגן על פסק-דין זה באמצעות קביעה של שימוש לרעה בסמכות הכנסת.

לסיכום עניין זה, בית-המשפט מוסמך לשלול את תוקפה של חקיקה במקרים חריגים ביותר שבהם בית-המשפט מוצא נסיבות אשר עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות הכנסת. עמדתנו היא כי הנסיבות הנוכחיות הן באופן ברור כאלה. הניתוח שלנו בחיבור זה מצביע בפירוט על מאפיינים שונים של הנסיבות הקיימות אשר כולם מחזקים את החשש שלפנינו מקרה חריג של נסיבות העולות לכדי שימוש לרעה בסמכות הכנסת. מאפיינים אלה כוללים: (1) פסק-דין בסיסי של בג"ץ בהרכב רחב של 11 שופטים, שנתניהו בחר להפר את הוראותיו למרות ש- (א) התחייב בפני בית-המשפט לקיימן ו- (ב) קיום הוראות אלה היווה הנחת יסוד לאפשרות שנתן לו בית-המשפט לכהן כראש

¹⁰⁸ בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית פ"ד מט(1) 758, 790 (1994), שם ציין המשנה לנשיא ברק כי "כל ניסיון, מכוון או בתום-לב, ישיר או עקיף, של גופים פוליטיים להשפיע על ההכרעה השיפוטית, פוגע בעקרונות יסוד של המשטר החוקתי שלנו. [...] חוק המבטל פסק-דין בעל תוקף למפרע, פוגע בעצמאות השיפוטית, והוא בלתי חוקתי על-פי הנהגים החוקתיים האנגליים". המשנה לנשיא ברק אמנם היה בדעת מיעוט בפסק-הדין, אך לא לעניין זה. ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א עקרונות יסוד 158 (2005).

¹⁰⁹ עניין שפיר, לעיל ה"ש 99, בפס' 23 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז: "הכנסת, בעת שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, אינה מוסמכת להחליף את תפקידה של אף אחת משלוש רשויות השלטון האחרות – הרשות המבצעת, הרשות השופטת והרשות המחוקקת. על-כן, שימוש לרעה בחוק יסוד מבחינה זו יחא, ככלל, מצב שבו נעשה [...] הסדר המבקש 'לפלוש' באופן מובהק לתחומיה של אחת מרשויות אלה. [...] חוק-יסוד אינו יכול להחליף בית משפט במתן החלטה בהליך משפטי".

¹¹⁰ עניין שיינפלד, לעיל ה"ש 13, בפס' 50-49 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז: "התיקון לחוק היסוד והחלתו על דרעי באופן מיידי לא רק שינו סדרי עולם וממשל, אלא היו בעלי השפעה נקודתית, שלא לומר 'כירורגית', ששינתה בדיעבד את התוצאות המשפטיות שנבעו ממשפטו הפלילי של דרעי. [...] התחולה המיידית באה לידי ביטוי בשינוי ההשלכה המשפטית הנוגעת להליך פלילי יחיד, ותו לא. [...] החלתו של התיקון לחוק היסוד כך שזה יתפוס ברשתו את עניינו של דרעי עשויה להיחשב 'חדידה' או אף 'הסגת גבול' של הרשות המכוננת אל תחומיה הברורים של הרשות השופטת, מאחר שנועדה להשפיע על תוצאותיו של הליך פלילי קונקרטי".

הממשלה; (2) הקואליציה וכל סיעותיה נתנו יד להפרה של פסק-הדין כאשר שיתפו פעולה עם מעשיו של נתניהו בקידום הרפורמה; (3) הוראות הסדר ניגוד העניינים שבג"ץ חייב את נתניהו לקיים אסרו על נתניהו להיות מעורב ביוזמות לשינויים במערכת המשפט בכלל, ובמספר יוזמות קונקרטיות בפרט, אך נתניהו פעל באינטנסיביות והתמדה, ובשיתוף מתמשך עם כל סיעות הקואליציה, כדי לקדם יוזמות כאלה בכלל ואת היוזמות הקונקרטיות בפרט; (4) השימוש לרעה שנתניהו עשה בסמכותו השלטונית ובאפשרות לכהן כראש הממשלה שניתנה לו על-ידי בית-המשפט; (5) אינטרס אישי בעוצמה גבוהה במיוחד כנאשם בפלילים שיש לנתניהו על-פי פסיקת בית-המשפט, והסבירות שעוצמה גבוהה במיוחד זו תניע שרים וחברי קואליציה לתת משקל לאינטרס אישי זה; (6) התרומה המהותית אם לא המכרעת של נתניהו לקידום הרפורמה המשפטית ולקידום במישרין או בעקיפין, של הצעדים השונים הננקטים במסגרתה; (7) תיקוני חוקי היסוד שאומצו נחקקו כולם בתמיכת חברי הקואליציה בלבד, ללא תמיכה אפילו של חבר-כנסת אחד מהאופוזיציה וללא כל שיקוף של קונצנזוס חברתי רחב; (8) לחקיקה נועדה להיות תחולה מיידית ובכך היא מעוררת חשש לניגוד עניינים מוסדי, גם תחת גישה שמרנית; ו-(9) הסעד המוצע רק ישהה את האפשרות לחוקק את ההסדר הנדון ויאפשר את חקיקתו לאחר תקופת הסדר ניגוד העניינים. לדעתנו, כל אלה מצדיקים מסקנה בדבר שימוש לרעה בסמכות הכנסת בנסיבות הנוכחיות, גם לפי גרסה שמרנית או מינימליסטית של הדוקטרינה.

סיכום

מצבה של מדינת ישראל בקיץ 2023 הוא חסר תקדים ויחייב את בית-המשפט להכריע בשאלות חוקתיות מורכבות, העולות מקידומה של הרפורמה המשפטית. בית-המשפט העליון יצטרך לקבוע מהן ההשלכות של טענות שתמיכתו של ראש הממשלה נתניהו ברפורמה הפרה וממשיכה להפר את הסדר ניגוד העניינים שלו. בית-המשפט העליון יצטרך גם לבחון את התוקף של צעדים שונים במסגרת הרפורמה המשפטית, ובכלל זה החלטות מנהליות של הממשלה ושריה, חקיקה רגילה וחוקי-יסוד. מטרתנו בחיבור זה הייתה לתרום לחשיבה על הדרכים הנכונות להתמודדות עם שני סוגי השאלות אלה.

הניתוח שלנו הראה שהדרכים הנכונות להתמודדות עם הטענות על הפרת הסדר ניגוד העניינים ועם בחינת התוקף של צעדים שונים להחלשת שלטון החוק במסגרת הרפורמה המשפטית, שלובות זו בזו. בפרט, הראינו שהסעד המתאים להפרה של הסדר ניגוד העניינים על-ידי ראש הממשלה אינו הכרעה על נבצרות או סעדים אחרים שהוצעו שעוסקים בו אישית. במקום זאת, הסעד המיטבי הוא קביעה שיפוטית, שכל עוד ראש הממשלה נגוע בניגוד עניינים אישי בשל משפטו הפלילי, הממשלה והקואליציה שאותן הוא מוביל אינן רשאיות לאמץ צעדים – בין בהחלטות מנהליות של הממשלה והשרים ובין בחקיקה, לרבות תיקונים לחוקי-יסוד – שתוצאתם המסתברת פגיעה במערכת אכיפת החוק. קביעה שיפוטית כזאת היא מוצדקת בלא להירדש כלל לשאלה אם הצעדים

הללו, כשהם לכשעצמם, היו תקפים אילו נעשו (או ייעשו) על-ידי ממשלה או קואליציה שאינן מונהגות על-ידי ראש הממשלה שעומד למשפט פלילי.

הסעד המוצע מהווה את הדרך היעילה ביותר להגנה בו-זמנית על שני הערכים שעליהם בג"ץ חתר להגן כאשר אישר את כהונתו של ראש ממשלה שנאשם בפלילים: הגנה על שלטון החוק תוך כיבוד המרבי האפשרי של רצון הרוב בכנסת בהנהגתו של ראש הממשלה נתניהו. התוצאה תספק הגנה על אינטרסים חשובים של כל חלקי הציבור ולכן היא צפויה לקדם גם את אמון הציבור ברשויות השלטון. בנוסף לכך, אנו מראים כי השימוש בסעד המוצע עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה המשפטית הקיימת, ובכלל זה האיסור על "שימוש לרעה" בסמכות שלטונית. אנו מקווים שהניתוח שלנו יוכל לספק מסגרת ובסיס מחשבתיים להתמודדות עם השאלות החוקתיות העומדות לפתחו של בית-המשפט העליון.