



משמר הדמוקרטיה  
הישראלית

16 בינואר 2023

לכבוד  
עו"ד גלי בהרב-מיארה  
היועצת המשפטית לממשלה  
משרד המשפטים  
ירושלים

דחוף  
בהגשה מקוונת

מכובדתנו,

הנדון: הכרזה על נבצרות תפקודית של ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, ממילוי תפקידו

1. הרינו לפנות אלייך, בשם משמר הדמוקרטיה הישראלית (ע"ר), בעקבות פרסום תזכיר חוק-יסוד: **השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט)** על ידי שר המשפטים, מר יריב לוין, בדבר כוונת הממשלה לערוך שינויים מרחיקי לכת במערכת המשפט (להלן: **תוכנית הממשלה**), תוכנית שאם תצא אל הפועל ככתבה וכלשונה תכפיף למעשה את הרשות השופטת לרשות המבצעת, ובכך תשנה מן היסוד את הסדר המשפטי והמשטרי במדינת ישראל, וזאת תוך פגיעה בשלטון החוק, בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרונות יסודיים של השיטה הדמוקרטית.
2. לגישת משמר הדמוקרטיה הישראלית, ביצוע התוכנית, כשהיא מונהגת בידי ראש ממשלה העומד לדין בעבירות פליליות חמורות שעניינן טוהר המידות, ובשעה שהוא בעל עניין אישי מובהק להחלשת המערכת המשפטית, לוקה בחוסר חוקיות וזאת בשל ניגוד העניינים החמור שבו הוא נמצא. זאת ועוד: קידומה של תוכנית הממשלה, תוך שראש הממשלה מתייצב מאחורי התוכנית ופועל לקדמה בכל הכלים העומדים לרשותו, ממלאת אחר המבחנים הנדרשים על-מנת להכריז על ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, כמי שנבצר דרך קבע מלמלא את תפקידו, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: הממשלה. הכול כפי שיפרט להלן.

תוכנית הממשלה

3. לפי תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) (להלן: **התזכיר**) לתוכנית הממשלה שלוש מטרות עיקריות: האחת, שינוי הוועדה להרכב שופטים כך שזו תשקף את הדעות בציבור; השנייה, הסדרת ביקורת שיפוטית בחוק יסוד תוך קביעת פסקת התגברות; והשלישית, ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת על החלטות של הרשות במשפט המינהלי – שינויים, שאין חולק כי הם שינויים מרחיקי לכת מבחינה משטרית, כפי שאפשר ללמוד מדברי הביקורת החריפים על התוכנית שהשמיעו כב' נשיאת בית המשפט העליון וכן היועצת המשפטית לממשלה.
4. ביום 12.1.2023 התייחסה כב' הנשיאה, השופטת אסתר חיות, לתוכנית הממשלה. הנשיאה ציינה כי אמנם הוגי הרפורמה מכנים אותה כתוכנית "לתיקון מערכת המשפט" אך מדובר למעשה בתוכנית לריסוק מערכת המשפט. הנשיאה הבהירה כי דמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב כי אם גם הגנה על



## משמר הדמוקרטיה הישראלית

זכויות האזרח והאדם וכי בית המשפט הוא ערובה לחופש הפרט. זאת ועוד, הנשיאה ציינה כי התכלית העיקרית של תוכנית הממשלה היא נטילת הכלים המשפטיים המשמשים את השופטים להגנת הפרט וכי פסקת ההתגברות תכליתה לתת לכנסת הכשר וכוח לחוקק חוקים שיפגעו בזכויות. אשר לביטול עילת הסבירות במשפט המינהלי, אמרה כבי הנשיאה כי הדבר יביא למחיקת פרקים נרחבים בענפי המשפט הישראלי השונים, הטובלים כולם באמות מידה ערכיות שעל השופט לבחון ולהכריע בהן.

5. הנשיאה חתמה את דברי הביקורת שלה על תוכנית הממשלה במילים אלה: "תוכניתו של שר המשפטים החדש איננה תוכנית לתיקון מערכת המשפט – היא תוכנית לריסוקה. היא תפגע פגיעה אנושה בעצמאות ובאי-התלות של השופטים, וביכולתם למלא נאמנה את תפקידם כמשרתי ציבור. משמעותה של התוכנית הרעה הזו היא על כן שינוי זהותה הדמוקרטית של המדינה לבלי הכר".

6. לדברי הביקורת של הנשיאה הצטרפה גם היועצת המשפטית לממשלה, העומדת מתוקף תפקידה בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת והמקבלת החלטות משפטיות עקרוניות המנחות את כל זרועות הממשל ושתפקידה גם לייעץ בחקיקה. היועצת היועצת הביעה חשש כבד כי תוכנית החקיקה תייתר למעשה את חוות הדעת של היועמ"ש וכי הממשלה תוכל לפעול ללא כל מחויבות לייעוץ משפטי או לחוק עצמו. המשמעות היא החלשת מנגנוני הביקורת, ללא הסדרה של היחסים בין הרשויות וללא הצגת חלופה למנגנוני הביקורת הקיימים. ההצעה מחזקת מאוד את כוחה של הממשלה וללא יצירת איזונים ובלמים.

7. אי אפשר להפריז בחשיבות הביקורת של הנשיאה ושל היועצת על תוכנית הממשלה. דבריהן מגלמים את החשש הכבד שמתחת למילים תקינות פוליטיות כמו "תיקון" ו"רפורמה" מסתתר רצון לביטול עצמאות מערכת המשפט וביטול עקרון הפרדת הרשויות שהם מהסממנים הברורים של משטר דמוקרטי.

8. לדברים אלה משקל רב, ואף מכריע, בשאלה האם התמלאו התנאים המחייבים להכריז על ראש הממשלה כעל מי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו. בעניין זה, של האפשרות להכריז על מר נתניהו כנבצר ממילוי תפקיד ראש הממשלה על רקע העננה הפלילית הרובצת מעל ראשו, כבר נדרשה המערכת המשפטית בשנים האחרונות. לעניין זה נפנה כעת.

### הכרזה על נבצרות מהותית של ראש ממשלה

9. בשנת 2021 הוגשו כמה עתירות לבג"ץ שבהן התבקש בית המשפט להורות ליועץ המשפטי לממשלה, להכריז כי מר נתניהו, כמי שמכהן בראשות הממשלה בעודו עומד לדין פלילי, נבצר ממילוי תפקידו בהתאם לסעיף 20 לחוק יסוד: הממשלה (בג"ץ 2268/21, בג"ץ 2580/21, בג"ץ 1787/21).

10. עמדת היועמ"ש כפי שהוגשה לבג"ץ לעניין הכרזה על הנבצרות של ראש ממשלה נאשם בפלילים הייתה כי: "לא ניתן לשלול באופן קטגורי את האפשרות כי בנסיבות חריגות תקום עילת נבצרות תפקודית הנובעת מכך שראש ממשלה נאשם בפלילים". עם זאת, היועמ"ש התייחס למצב הדברים הנתון, ולמכלול הנסיבות הרלוונטיות לעת בה הוגשה העתירה ובפרט להסדר מניעת ניגוד העניינים של ראש הממשלה, אשר גובש על ידי היועץ המשפטי לממשלה.



## משמר הדמוקרטיה הישראלית

11. בית המשפט קיבל את עמדת היועמ"ש לעניין ההכרזה על הנבצרות אך עם זאת קבע כי: **"קיים קושי בעצם המצב שבו ראש ממשלה נאשם בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו לתפקידו והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור"**.
12. ואולם, בית המשפט לא שלל על הסף נסיבות שבהן ייתכן שיהיה הכרח להכריז על נבצרות ראש ממשלה נאשם בפלילים וקבע כי **"נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית"**, תוך שהוא מפנה לבג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (4.8.2008) שם קבע בית המשפט כי: **"מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן שלחקירות פליליות נגד ראש הממשלה"**.
13. נציין כי כבר בשנת 1977 התייחס אהרן ברק, ששימש באותה העת בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, לסוגיית הכרזת נבצרות זמנית של ראש ממשלה וקבע כי יש לתת פרשנות מרחיבה לביטוי "נבצר ממנו למלא את התפקיד", החורגת ממצב דברים עובדתי אובייקטיבי.
14. אם כן, הן מעמדת היועמ"ש והן מעמדת בג"ץ עולה קביעה פוזיטיבית על פיה **לא ניתן לשלול נסיבות שבהן ניתן יהיה להכריז על ראש ממשלה הנאשם בפלילים כמי שנבצר ממנו דרך קבע למלא את תפקידו**.

### מתקיימות הנסיבות החריגות בגינן יש להכריז על נבצרות תפקודית של מר נתניהו

15. ביום 3.5.2020 התיר בג"ץ בפסיקה בהרכב מורחב של 11 שופטים למר נתניהו להרכיב את הממשלה ולעמוד בראשה, וזאת בכפוף להסדר ניגוד עניינים שגיבש בעניינו היועמ"ש. מר נתניהו מסר לבית המשפט התחייבות מפורשת בכתב ובעל פה להכפיף עצמו להסדר ניגוד עניינים המונע ממנו כל עיסוק במערכת אכיפת החוק והמשפט.
16. ואולם, זמן קצר לאחר שנתן את התחייבותו כבר מר נתניהו לא רק בהתחייבותו להסדר ניגוד העניינים אלא אף בסמכותו של היועמ"ש לערוך הסדר כזה שיחייב אותו. בעקבות זאת הוגשה עתירה בעניין זה (בג"ץ 3056/20) ובית המשפט דן בשאלה **האם הסדר ניגוד העניינים מחייב והאם היה בסמכות היועץ המשפטי לממשלה לגבשו**.
17. בית המשפט קבע כי המציאות שבה ראש ממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות, היא מציאיות חריגה המחייבת הקפדה יתרה על מניעת ניגוד עניינים בין כהונתו כראש הממשלה לבין המערכת המשפטית הדנה בעניינו – הן רשויות התביעה, והן מערכת בתי המשפט. בפסק הדין נקבע כי ההסדר שגובש על ידי היועמ"ש הוצא בסמכות וכי הוא מחייב. בית המשפט סקר את המבחנים שפותחו בפסיקה לקיומו של ניגוד העניינים וקבע כי: **"אין חולק שההליך הפלילי התלוי ועומד נגד ראש הממשלה מעמיד אותו במצב של ניגוד עניינים בתחומים שונים שעליהם הוא אמון מתוקף תפקידו, וחוות דעתו המשפטית של היועץ נדרשת על מנת לקבוע מהן ההגבלות שאותן יש לגזור ממצב דברים זה"**.



## משמר הדמוקרטיה הישראלית

18. עיינו הרואות, לא זו בלבד שקיים ספק באשר ליכולת של ראש הממשלה לכהן בעודו נאשם בפלילים אלא שמתעורר ספק בנוגע לכנות כוונותיו לפעול על פי הסדר ניגוד העניינים שעליו התחייב בפני בית המשפט.

19. ביום 1.11.2022 התקיימו בישראל בחירות לכנסת ה-25 ובעקבות תוצאותיהן, קיבל ח"כ נתניהו את התפקיד להרכיב ממשלה. ממשלה ה-37 אכן הושבעה ביום 29.12.2022.

20. בסמוך להקמת הממשלה, וביתר שאת לאחר הקמתה, החלו להישמע אמירות הן מצד מר נתניהו והן מצד גורמים שהצטרפו לקואליציה על כוונתם לערוך שינויים מרחיקי לכת במערכת המשפטית. אין חולק כי זכותה של ממשלה נבחרת להוציא אל הפועל את המדיניות שלה, לרבות רפורמה במערכת המשפטית. ואולם, קיים הבדל מהותי בין רפורמה, שעניינה תיקון מערכת קיימת, שיפורה וקידומה להתמודדות עם אתגרי החברה תוך שמירה על המערכת כחלק מרשות עצמאית ושמירה על עיקרון הפרדת הרשויות, שהוא עקרון יסוד בדמוקרטיה, לבין תוכנית הממשלה כפי שהוצגה על ידי שר המשפטים, שפירושה הכפפת המערכת המשפטית לרשות המבצעת, פגיעה ביכולתה לשמור על שלטון החוק ועל זכויות יסוד של האזרח, ריסוק העצמאות השיפוטית ואמון הציבור בבתי המשפט, וביטול השירות הציבורי המשפטי כמערכת מקצועית ונטולת פניות.

21. זאת, ביתר שאת בשעה שמי שעומד בראש הרשות המבצעת והמוציא לפועל של תוכנית הממשלה הוא נאשם בפלילים בעבירות חמורות שנעברו במהלך כהונתו, כמי שכפר בהסדר ניגוד העניינים שאליו התחייב בשעה שהותר לו להמשיך לכהן בתפקידו חרף אותו ניגוד עניינים עמוק ואינהרנטי.

22. תוכנית החקיקה של הממשלה מאיימת לשנות את הקוד הגנטי הבסיסי של המשטר הישראלי, ולהפוך אותו ממשטר דמוקרטי במהותו למשטר סמכותני. כל זאת, על מנת לשרת את האינטרסים האישיים של ראש הממשלה, ולאפשר לו לחמוק ממיצוי הדין עמו, במסגרת ההליך הפלילי שבו הוא עומד לדין. נוכח האמור לעיל, אנו סבורים כי מתקיימות הנסיבות המיוחדות והחריגות באופן קיצוני המצדיקות הכרזה על ראש הממשלה הנאשם בפלילים כמי שנבצר ממנו באופן קבוע למלא את תפקידו. הכרזה על נבצרות כאמור מתחייבת עקב עוצמת ניגוד העניינים שבו הוא נמצא, כזו שנוגעת לכל תחומי מערכת המשפט ואכיפת החוק, כזו שיש סכנה שאגב ביצועה יישקלו שיקולים זרים הנוגעים לו אישית ושהוא כאמור מנוע לחלוטין מלעסוק בהם.

### סיכום

23. כוונת הממשלה לבצע רפורמה במערכת המשפט בנושאים כבדי משקל, בחיפזון, ללא שיתוף הגורמים המקצועיים, כשהעומד בראשה הוא נאשם בפלילים בעבירות חמורות וכמי שיש לו אינטרס אישי מובהק בהחלשת מערכת המשפט, נגועה בשיקולים זרים ובלתי ענייניים ובחוסר חוקיות ומטילה צל כבד בנוגע לטוהר הכוונות של אדריכליה. נוכח כוונה כזו, מתגבשת חובה שבדין להכריז על נבצרותו התפקודית של מר נתניהו מלמלא את תפקיד ראש הממשלה, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: הממשלה.



## משמר הדמוקרטיה הישראלית

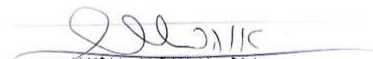
24. לאור האמור לעיל, אנו מתכבדים לפנות אלייך בזאת בבקשה שתפעלי להכריז על מר נתניהו כעל מי שנבצר ממנו למלא דרך קבע את תפקיד ראש הממשלה, קל וחומר שלעסוק בנושא רפורמה משפטית שכמוה כשינוי משטרי.

25. משמר הדמוקרטיה הישראלית היא עמותה, שהוקמה על-ידי משפטנים ופעילים חברתיים, ששמה לה למטרה לפעול למען האינטרס הציבורי לטיפוח ערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בתחומי שלטון החוק, המשטר והמינהל הציבורי; לפעול לשיפור נורמות השלטון והמשטר התקינות ולמיגור השחיתות השלטונית; לחזק את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, לפעול למען כינון חוקה ראויה, הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים ביניהן; לחזק את מעמדה של הרשות השופטת, עקרונות המשפט, הצדק וזכויות האדם; לעמוד על חשיבותו ומרכזיותו של עיקרון השוויון בפני החוק ואכיפת עיקרון זה; להטמעת ערכי מינהל תקין ואתיקה בקרב עובדי ונבחרים ציבור; ולגיבוש וקידום חקיקה שתעגן את הערכים הללו.

26. לאור סד הזמנים הקצר, נודה על קבלת תשובתך בתוך 7 ימים ממועד קבלת מכתבנו זה. יובהר כי מרשתנו שומרת לעצמה כל זכות בהקשר זה – לרבות הזכות לפנות לערכאות המתאימות כדי שיתנו דעתן והנחיותיהן בעניינים אלו. נבקשכם לראות במכתבנו זה פנייה אחרונה בכל הנוגע למיצוי הליכים טרם פנייה לערכאות כאמור. בנוסף – אין במכתבנו זה או במה שלא נאמר בו, כדי לפגוע בזכות כלשהי מהזכויות העומדות למרשתנו.

**בכבוד רב ובברכה,**

  
דינה ענתני, עו"ד  
חברת הצוות המשפטי

  
אוהד שפק, עו"ד  
היועץ המשפטי

  
יובל יועז, עו"ד  
יושב ראש