



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3056/20

בג"ץ 5920/20

לפני : כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרת בבג"ץ 3056/20 : התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרים בבג"ץ 5920/20 : יורם יעקובי ו-68 אח'

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 3056/20 : 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. ראש הממשלה
3. השר לביטחון הפנים

המשיבים בבג"ץ 5920/20 : 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. ראש הממשלה
3. שר הביטחון וראש הממשלה החלופי
4. השר לביטחון הפנים

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות : כ"ה בחשון התשפ"א (12.11.2020)
ו' באדר התשפ"א (18.2.2021)

בשם העותרת : עו"ד אליעד שרגא ; עו"ד תומר נאור ;
בבג"ץ 3056/20 : עו"ד הידי נגב

בשם העותרים : עו"ד דפנה הולץ-לכנר
בבג"ץ 5920/20 :

בשם המשיבים 1 ו-3 : עו"ד ליאורה וייס-בנסקי ; עו"ד יונתן ברמן ;
בבג"ץ 3056/20 ובשם המשיבים 1, 3 ו-4 : עו"ד סיון דגן
בבג"ץ 5920/20 :

בשם המשיב 2 : עו"ד מיכאל ראבילו ; עו"ד יוסי כהן ; עו"ד רועי
בבג"ץ 3056/20 : עו"ד אופק ברוק ;
ובבג"ץ 5920/20 :

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

האם הסדר ניגוד העניינים שנערך על ידי היועץ המשפטי לממשלה כפועל היוצא מההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה, הוצא בסמכות ומחייב את ראש הממשלה? זוהי השאלה המרכזית מבין שורת שאלות הטעונות הכרעה בשתי העתירות שלפנינו.

1. ביום 28.1.2020, הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים כתב אישום נגד ראש הממשלה, חבר הכנסת בנימין נתניהו (להלן: ראש הממשלה או חה"כ נתניהו), המייחס לו עבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים. לאחר הבחירות לכנסת ה-23, ביום 20.4.2020 נחתם "הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית" בין סיעת הליכוד לסיעת כחול לבן (להלן: ההסכם הקואליציוני), ובו נקבע כי תוקם ממשלת חילופים דו-גושית ופריטטית, וכי במהלך 18 החודשים הראשונים לכהונת הממשלה יכהן חה"כ נתניהו כראש הממשלה. ביום 6.5.2020 קבע בית משפט זה בהרכב מורחב של 11 שופטים כי חרף כתב האישום התלוי ועומד נגדו אין עילה משפטית אשר יש בה למנוע את הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: עניין הרכבת הממשלה)). לצד קביעה זו הובהר בתמצית הנימוקים לפסק הדין כך:

"רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (סעיפים 159-160 לכתב התשובה מטעמו) לפיה כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו אשר יקבע 'מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק'. בא כוחו של חה"כ נתניהו אישר את הדברים 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)" (שם, בפסקה 19) [ההדגשות הוספו].

מאז חלפו למעלה מעשרה חודשים, הכנסת ה-23 התפזרה והתקיימו בחירות לכנסת ה-24, אך טרם הושגו הסכמות בין היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועץ) ובין ראש הממשלה באשר להסדר ניגוד עניינים שלו יהיה ראש הממשלה כפוף.

2. מכאן העתירות שלפנינו. העתירה בבג"ץ 3056/20 הוגשה ביום 13.5.2020 על ידי התנועה למען איכות השלטון (להלן: התנועה), לאחר שחה"כ נתניהו הודיע לנשיא

המדינה כי עלה בידו להקים את ממשלת ישראל ה-35. בעתירת התנועה נתבקש בית המשפט להוציא מלפניו צו על תנאי המורה ליועץ המשפטי לממשלה ולראש הממשלה לחתום על הסדר ניגוד עניינים לפיו כהונת ראש הממשלה תהיה כפופה למגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק, בהתאם להתחייבותו בעניין הרכבת הממשלה. בהמשך ביקשה התנועה לצרף את השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, כמשיב לעתירתה בטענה כי יש להגבילו מעיסוק במינוי בכירים במערכת אכיפת החוק בשל "זיקתו" לראש הממשלה. ביום 26.8.2020 נענה בית המשפט לבקשה זו.

העתירה בבג"ץ 5920/20 הוגשה ביום 24.8.2020 על ידי "אזרחי המדינה הנמנים על קהיליית ההייטק, האקדמיה, החינוך, והביטחון" (להלן: עתירת האזרחים) והדיון בה אוחד עם הדיון בעתירה בבג"ץ 3056/20. בעתירת האזרחים התבקש בית המשפט להורות, בין היתר, כי עד לקבלת החלטה אחרת תחייב את ראש הממשלה טיוטת חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שגובשה במשרד המשפטים והועברה לעיונו ביום 9.7.2020 (להלן: טיוטת חוות הדעת). כן התבקש בית המשפט להורות כי מגבלות מסוימות שנקבעו בטיוטה זו יחולו גם על שר או סגן שר בעל "זיקה" לראש הממשלה, כאמור בסעיף 13א(ג) לחוק-יסוד: הממשלה. כמו כן, נתבקש בעתירת האזרחים סעד נוסף המופנה כנגד הימנעותם של ראש הממשלה וראש הממשלה החלופי מקיום הצעדים הדרושים לשם מינוי בכירים בשירות הציבורי, אשר מינויים כפוף לאישור הממשלה. בהקשר זה נטען כי הצדדים להסכם הקואליציוני פועלים בניגוד להבהרות שנמסרו במסגרת עניין הרכבת הממשלה ואף הונחו על שולחן הכנסת, ולפיהן המגבלה הקבועה בסעיף 3(ג) להסכם כי "לא יבוצעו מינויים בכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור הממשלה" במהלך "תקופת החירום", תחול למשך 100 ימים לכל היותר מיום השבעת הממשלה (שם, בפסקה 26).

3. ביום 2.11.2020 פרסם היועץ המשפטי לממשלה את חוות הדעת הסופית בעניין הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה, וסמוך לאחר מכן, ביום 12.11.2020, התקיים דיון בעתירות ובעקבותיו ניתן צו על תנאי שזו לשונו:

(1) מדוע לא ייקבע כי חוות הדעת שפרסם המשיב 1 ביום 2.11.2020 ואשר עניינה הסדר ניגודי העניינים של המשיב 2, הוצאה בסמכות, וכי תוקפה הנורמטיבי כלפי המשיב 2 הוא מחייב, בין מכוח הדין בין מכוח התחייבות שהמשיב 2 קיבל על עצמו - כל עוד לא התקבלה החלטה אחרת. כמו כן, יוסיפו המשיבים ויתיחסו לטענתו החלופית של המשיב 2 לפיה אין להחיל עליו מגבלות

מסויימות הכלולות בחוות הדעת, כמפורט בפרק ג'
לתגובת המשיב 2 מיום 6.11.2020.

(2) מדוע לא ייקבע כי ככל שחוות הדעת ניתנה בסמכות והיא מחייבת את המשיב 2, היא תחול, בשינויים המחויבים, גם ביחס לשר לביטחון פנים (המשיב 3 בבג"ץ 3056/20 והמשיב 4 בבג"ץ 5920/20), וזאת בכל הנוגע למינוי בעלי תפקידים במערכת המשפט וכן ביחס להחלטות שיש להן זיקה למשפטו הפלילי של ראש הממשלה.

(3) מדוע לא יינתן צו המורה למשיב 2 ולמשיב 3 בבג"ץ 5920/20 להשלים במהירות הראויה את המינויים של כלל הבכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור ממשלה, וזאת לא יאוחר מהמועד שעליו יצהירו ויאושר על ידי בית המשפט.

רקע והשתלשלות העניינים

4. ביום 19.5.2020, יומיים לאחר השבעת הממשלה ה-35, שלח היועץ המשפטי לממשלה מכתב לראש הממשלה ובו ציין כי עם תחילת כהונת הממשלה יש לערוך לראש הממשלה הסדר ניגוד עניינים. לצורך כך, נתבקש ראש הממשלה למלא שאלון כללי לאיתור חשש לניגוד עניינים, כפי שנערך לכל אחד מחברי הממשלה (להלן: השאלון). שאלון זה מולא על ידי ראש הממשלה רק ביום 3.11.2020, ואולם חוות הדעת הכללית שנערכת על בסיס התשובות לשאלון אינה עומדת במוקד העתירות דנן.

לענייננו, חשובה טיוטת חוות דעת נפרדת הנוגעת לניגוד העניינים הנובע מן ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה, אשר גובשה על ידי גורמים במשרד המשפטים ונשלחה לעיונו של ראש הממשלה ביום 9.7.2020. ראש הממשלה התבקש להעביר הערות או הסתייגויות לטיוטת חוות הדעת, ככל שישנן כאלו, בתוך 10 ימים. זאת, בהתאם לסעיף 4 לנוהל הטיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים (להלן: נוהל מניעת ניגוד עניינים של שרים; נספח מש/7 לכתב התשובה מטעם היועץ). עוד צוין כי בהתאם לסעיף 5 לנוהל מניעת ניגוד עניינים של שרים, יש לראות בטיטת חוות הדעת הנחיה משפטית מחייבת עד לגיבוש חוות הדעת הסופית. במאמר מוסגר יוער כי טיוטת חוות הדעת, להבדיל מחוות הדעת הסופית, לא פורסמה ולא הוצגה בפני בית המשפט.

5. ביום 19.7.2020 שלח בא כוחו של ראש הממשלה, עו"ד יוסי כהן (להלן: עו"ד כהן), מכתב ליועץ המשפטי לממשלה ובו הובהר כי ראש הממשלה דוחה את האמור בטיטת חוות הדעת וכי לנוכח העובדה שהיועץ הוא שהגיש את כתב האישום נגד ראש הממשלה "אין זה הולם כי היועץ המשפטי לממשלה או מי מהפרקליטים הכפופים לו

יהא מעורב בגיבוש הסדר ניגוד העניינים שיחול על ראש הממשלה", ולפיכך "יש להעביר את ההכרעה בעניין זה למבקר המדינה או לשופט בדימוס הבקיא בסוגיית ניגוד העניינים". במכתב התשובה שנשלח מטעם היועץ ביום 23.7.2020 צוין כי לאחר שנבחנו טענות ראש הממשלה, לא נמצאה כל עילה המונעת מהיועץ לטפל בהסדר ניגוד העניינים שלו וכי בהיעדר קביעה שיפוטית המורה אחרת, יש לראות בטיוטת חוות הדעת כמחייבת, על כל המשתמע מכך.

6. ביום 13.8.2020 שלח עו"ד כהן מכתב נוסף ליועץ מטעם ראש הממשלה, ובו ציין כי קביעת היועץ לפיה יש לראות בטיוטת חוות הדעת הנחיה מחייבת, מנוגדת לסעיף 7 לכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, י"פ התשס"ג 5147, עמ' 1136 (להלן: כללי אשר או הכללים) שאליו התייחס היועץ בפתח הטיוטה, וזו לשונו:

7. (א) בכל מקרה שיש לשר ענין אישי בפעולה או בהחלטה, שיש בה כדי להשפיע על הענקת טובת הנאה או זכות, אסור לו להשתתף בכל דרך שהיא בפעולה או בקבלת ההחלטה; הובא ענין כאמור לפני השר כחבר ממשלה, כחבר ועדת שרים או בכל דרך אחרת, חייב השר להצהיר מיד על הענין האישי שיש לו; הודעה על הצהרת השר בדבר ענין אישי תישלח למבקר המדינה.

(ב) היה שר במצב של ניגוד עניינים –

(1) לגבי סמכות הנתונה לו על פי חיקוק, ניתן – לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לפעול באחת מדרכים אלה:

(א) להעביר את סמכויות הפעולה או ההחלטה של השר באותו ענין לשר אחר משרי הממשלה לפי סעיף 31(ב) לחוק-יסוד: הממשלה;

(ב) היה ניגוד העניינים זמני ולא מתמשך, לקבוע כי ימלא את התפקיד ראש הממשלה, או שר אחר לפי סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

(2) לגבי סמכות אחרת, ויש צורך בקבלת החלטה בדרג מיניסטריאלי – ניתן, לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפעול באחת מדרכים אלה:

(א) להסמיך ועדת שרים להפעיל את הסמכות, ואותו שר לא ישתתף בדיון ובהחלטה בוועדת השרים באותו ענין;

(ב) שר אחר, לפי קביעת הממשלה, יפעיל את הסמכות;

(ג) משתרע ניגוד העניינים על כל שטח הפעולה – להעביר את שטח הפעולה למשרד אחר לפי סעיף 31(ד) לחוק-יסוד: הממשלה.

(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב)(1) ו-(2), אם בשל מהות הענין האישי ויתר נסיבות הענין, נראה כי אין מדובר בחשש לניגוד עניינים של ממש, ניתן, לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, להסתפק בכך שהשר ישתף

בהחלטה או בפעולה שר נוסף שתקבע הממשלה. במקרה של חילוקי דעות בין שני השרים, יובא הנושא להכרעת הממשלה או ועדת שרים, והשר יפעל לפי הכרעה כאמור.

7. עו"ד כהן ציין במכתבו כי בהתאם לסעיף 7 לכללי אשר – שחלים גם על ראש הממשלה בהתאם לסעיף 1 לכללים – במקרה שיש לשר עניין אישי בפעולה או בהחלטה, עליו להודיע על כך למבקר המדינה ולפעול על פי אחת הדרכים הקבועות בסעיף 7(ב) לכללים. על כן, כך נטען, סעיף 7 מאפשר ליועץ להגיש חוות דעת מייעצת בלבד ואין לו כל סמכות לחייב את ראש הממשלה לנקוט בפעולות מסוימות או להימנע מנקיטתן. עוד צוין כי ראש הממשלה דוחה את טיוטת חוות הדעת שניסח היועץ בהיותה "בלתי סבירה, נעדרת סמכות ונגועה בניגוד עניינים אינהרנטי"; וכי בכוונתו לגלות בעצמו את העניינים שבהם יימנע מלעסוק עקב ההליך הפלילי המתנהל נגדו, ולהודיע על כך למבקר המדינה. עם זאת, ביום 26.8.2020 הודיע ראש הממשלה לבית המשפט כי "למען הנראות הציבורית ומבלי לגרוע מטענותיו, לא יעסוק במינוי יועץ משפטי לממשלה, פרקליט מדינה ומפכ"ל משטרה".

8. בהמשך לפגישה בין נציגי היועץ המשפטי לממשלה לבאי כוחו של ראש הממשלה, נשלח להתייחסותו של ראש הממשלה ביום 16.9.2020 נוסח מעודכן של חוות הדעת. נציגי ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה קיימו ביניהם דין ודברים באשר לנוסח המעודכן ובעקבות זאת הגיש ראש הממשלה, בהסכמת היועץ, בקשה לדחיית הדיון שנקבע בעתירות, על מנת לאפשר מיצוי המגעים הללו ביניהם. במסגרת בקשת הדחייה ציין ראש הממשלה כי עד לדיון בעתירות, הוא יפעל לפי האמור בטיוטת חוות הדעת ששלח אליו היועץ המשפטי לממשלה ביום 16.9.2020.

9. כפי שצוין לעיל, ביום 2.11.2020 פרסם היועץ המשפטי לממשלה מסמך שהופנה לראש הממשלה וכותרתו "ניגוד עניינים בכהונתך כראש ממשלה" (להלן גם: חוות הדעת). המסמך הוצג כחוות הדעת הסופית שהחליפה את טיוטת חוות הדעת ובפתח הדברים ציין היועץ כי זהו הסדר ניגוד עניינים הנוגע לכתב האישום שהוגש בעניינו של ראש הממשלה וכי ההסדר גובש בהתאם לסעיף 7 לכללי אשר ובהתבסס על הנימוקים המפורטים בחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) שצורפה לחוות הדעת. חלקה הראשון של חוות הדעת מציין את התחומים שבהם על ראש הממשלה להימנע ממעורבות:

(א) החלטות הנוגעות למערכת אכיפת החוק – הימנעות ממעורבות במינויים והליכי מינויים של בכירים בייעוץ המשפטי לממשלה, במשרד המשפטים

ובמשטרת ישראל המטפלים בהליך הפלילי נגד ראש הממשלה או שיש ביכולתם להשפיע עליו, וכן עניינים הנוגעים למעמדם ולמילוי תפקידם של גורמים אלה.

- (ב) החלטות הנוגעות למערכת בתי המשפט – הימנעות ממעורבות בעניינים הנוגעים להחלטות הוועדה לבחירת שופטים ביחס לשופטי בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי בירושלים.
- (ג) החלטות הנוגעות לעדים ולנאשמים אחרים במשפט – הימנעות ממעורבות בעניינים אישיים של נאשמים ועדים בהליך הפלילי נגד ראש הממשלה הנדונים במשרדי הממשלה. במסגרת זו צורפה לחוות הדעת רשימה של 59 עדים שעל ראש הממשלה להימנע מעיסוק בעניינם וכן הוצע כי יוגדר גורם בלשכת ראש הממשלה שיסייע בהימנעות מעיסוק בעניינים אלה.
- (ד) עיסוק בתחום הפעילות של משרד התקשורת – נושאים הנוגעים להסדרת שוק התקשורת או נושאים אחרים שעלולה להיות להם זיקה ישירה להליך הפלילי נגד ראש הממשלה יובאו לידיעת היועץ על ידי הגורמים המקצועיים כדי שיקבע אם יש לנקוט פעולה למניעת ניגוד עניינים.
- (ה) חקיקה המשפיעה על ההליך הפלילי – הימנעות מעיסוק בהליכי חקיקה ממשלתיים שעלולים להשפיע על ההליך הפלילי נגד ראש הממשלה.

חלקה השני של חוות הדעת עוסק ב"היקף חובת ההימנעות" ובמסגרתו הובהר כי זו 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. כן צוין 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. בחלק השלישי של חוות הדעת, צוין כי בעניינים שלגביהם חלה חובת הימנעות, יידרש ראש הממשלה להעביר את סמכויותיו לשר אחר בהתאם לכללי אשר. בהקשר זה יצוין כי באי כוחו של ראש הממשלה מסרו לנציגי היועץ במסגרת השיח ביניהם כי בנושאים שבהם הוא מנוע מלעסוק, יועברו הסמכויות אל השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, למעט הנושאים בתחום התקשורת שיועברו לשר דוד אמסלם.

10. לקראת הדיון בעתירות שנקבע ליום 12.11.2020, הגישו המשיבים המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה (היועץ המשפטי לממשלה, ראש הממשלה החלופי והשר לביטחון פנים) תגובה ובה נטען כי בהינתן חוות הדעת הסופית שגובשה, הדיון בעתירות התייתר. אלא שבעקבות כך הוגשה תגובת ראש הממשלה בה נטען כי הוא כופר בסמכותו של

היועץ לקבוע שהוא מצוי בניגוד עניינים, ולגישתו הקביעה אם הוא נגוע ב"עניין אישי" אם לאו נתונה לו עצמו. ראש הממשלה הוסיף כי למען הנראות הציבורית הוא מסכים לקבל על עצמו את המגבלות שפורטו בחוות הדעת, בכפוף להסתייגויות שונות הנוגעות, בין היתר, למעורבותו בהחלטות בדבר שיטת מינוי בכירי מערכת אכיפת החוק, תפקידם ומעמדם (להבדיל ממינויים של גורמים ספציפיים); בחירת שופטים לבית המשפט העליון; והגבלות שמבקש היועץ להטיל על ראש הממשלה בכל הנוגע למעורבותו בהליכי חקיקה. כמו כן נטען כי אף שראש הממשלה מסכים להימנע ממעורבות בעניינים של עדים ונאשמים אחרים במשפטו, יש להתנות זאת בכך שהוא ידע על כך בפועל ומראש, ולהטיל את חובת היידוע על אותם עדים ונאשמים. על רקע הדברים האלה חזר בו היועץ מן העמדה שהדיון בעתירות התייטר, ובתגובתו המשלימה מיום 10.11.2020 הבהיר כי ככל שראש הממשלה אינו מקבל את חוות הדעת על פרטיה, יש צורך בהמשך בירור העתירות.

11. ביום 12.11.2020 התקיים כאמור דיון בעתירות אשר במהלכו הושגה הסכמה דיונית לפיה אף שראש הממשלה לא הגיש עתירה מטעמו בעניין זה, יכריע בית המשפט גם בהשגות שהעלה ראש הממשלה כמשיב לעתירות והנוגעות לתוכן חוות הדעת. בעקבות כך, הוצא לאחר הדיון צו על תנאי אשר מיקד את המשך הדיון בעתירות במעמדה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה ובהגבלות שנקבעו בה; בתחולתן של מגבלות אלו על השר לביטחון פנים; ובסוגיית מינוי הבכירים בשירות הציבורי.

לאחר שהוגשו כתבי התשובה ועיקרי הטיעון, התקיים ביום 18.2.2021 דיון בהתנגדות לצו על תנאי. בפתח הדיון הודיע בא כוחו של ראש הממשלה, עו"ד ראבילו, כי אף שמבחינה עקרונית ראש הממשלה סבור שאין להגביל את מעורבותו בהליכי חקיקה, הוא מסכים כי ההגבלות בסעיף 1(ה) לחוות הדעת – "חקיקה בעלת השפעה על ההליך הפלילי" – ייכללו בהסדר ניגוד העניינים שיחול עליו. עוד הבהיר ראש הממשלה כי בכל מקרה, עד למתן פסק הדין בעתירות הוא יפעל בהתאם לאמור בחוות דעת היועץ, בכפוף לכך שידע בפועל ומראש שעניינם של מי מן העדים או הנאשמים האחרים במשפטו נדון באחד ממשרדי הממשלה (ראו פסקה 3 להודעה המעדכנת מטעם העותרים בעתירת האזרחים מיום 22.2.2021 שבה פורטה תגובת ראש הממשלה לפניית העותרים בעניין זה).

12. להשלמת התמונה יצוין כי ביני לביני, ביום 23.12.2020 התפזרה הכנסת ה-23 בשל אי-העברת תקציב המדינה. באותו שלב מינויים רבים של בכירים בשירות הציבורי שהונחו על שולחן הממשלה, טרם הובאו לאישורה וטרם נדונו על ידה (רשימת המינויים

שהמתינו לאישור הממשלה ערב התפזרות הכנסת צורפה כנספחים א' וב' לכתב התשובה מטעם היועץ).

טענות הצדדים

13. העותרים בעתירת התנועה ובעתירת האזרחים (להלן יחד: העותרים) טוענים כי היות שהמבחן לבדיקת קיומו של ניגוד עניינים הוא מבחן משפטי, עליו להיבחן על ידי היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת. העותרים מוסיפים וטוענים כי ככל חוות דעת אחרת של היועץ, חוות הדעת בענייננו מחייבת כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת וכך ביתר שאת נוכח התחייבות ראש הממשלה בעניין הרכבת הממשלה. לטענתם, ראש הממשלה לא הצביע על פגם המעיד על חוסר סבירות קיצוני בחוות הדעת של היועץ ומשכך, לא קמה כל עילה שיפוטית להתערבות בתוכנה. עוד טוענים העותרים כי יש להחיל את המגבלות שבהסדר ניגוד העניינים גם על השר לביטחון פנים, לנוכח זיקתו לראש הממשלה וכן לנוכח מעשים והתבטאויות של השר מהעת האחרונה המעידים, כך נטען, על חשש ממשי לניגוד עניינים אישי שלו. העותרים בעתירת האזרחים מוסיפים ומדגישים כי חרף שינוי הנסיבות הנובע מהתפזרות הכנסת ה-23, עדיין קיים הצורך בהשלמת מינויי בכירים בשירות הציבורי.

14. ראש הממשלה טוען מצידו כי ניתן להסתפק בקביעה שהמגבלות שהסכים לקבל על עצמו יאומצו כהסדר ניגוד העניינים שלו ובכך למצות את ההכרעה מבלי להידרש לסוגיית הסמכות. עם זאת, הוא מדגיש בטיעונו כי על פי ההסדר הספציפי שנקבע בכללי אשר, הגורם שאמור לקבוע אם מתקיים "עניין אישי" המקים ניגוד עניינים הוא השר עצמו והיועץ אינו מוסמך לקבוע דבר ביחס למגבלות שיחולו על שר בשל הימצאותו בניגוד עניינים. ראש הממשלה מוסיף וטוען כי מכל מקום, חוות דעת היועץ לעניין ניגוד עניינים אינה מחייבת, שכן לגישתו חוות דעת משפטיות של היועץ המשפטי לממשלה אינן מחייבות את הממשלה. עוד טוען ראש הממשלה כי התחייבותו במסגרת הדיון בעניין הרכבת הממשלה לא התייחסו לשאלת סמכותו של היועץ ולמעמדה של חוות דעתו בהקשר זה. אשר לתוכנו של ההסדר, ראש הממשלה שב וטוען כי למען הנראות הציבורית הוא מסכים לקבל על עצמו את המגבלות שפורטו בחוות הדעת, בכפוף לשלוש הסתייגויות. ראשית, לטענתו, אין מקום להגבילו מעיסוק בשיטת מינויים של בכירי מערכת אכיפת החוק, כמו גם במעמדם והיקף סמכויותיהם של גורמים אלה, וזאת משום שעניינים אלה, לגישתו, נוגעים למחלוקות פוליטיות-ערכיות ואינם נוגעים ישירות למשפטו של ראש הממשלה. שנית, ראש הממשלה סבור כי אין כל הצדקה להטיל עליו מגבלות בכל הקשור לבחירת שופטים חדשים לבית המשפט העליון, מעבר לאלה החלות

על שרים אחרים. שלישית, ראש הממשלה מציין כי הוא יימנע ממעורבות בענייניהם האישיים של נאשמים ושל עדים כאמור בחוות הדעת, רק ככל שהוא ידע בפועל ומראש שעניינו של אותו נאשם או עד נדון באחד משרדי הממשלה, והוא מבקש שהיועץ יפנה לנאשמים ולעדים ויודיע להם כי עליהם לפנות אל נציג ראש הממשלה אם וכאשר עניינם נדון באחד משרדי הממשלה.

ראש הממשלה מוסיף וטוען עוד כי אין כל "זיקה אישית" בינו ובין השר לביטחון פנים, וכי החלת הסדר ניגוד העניינים על השר לביטחון פנים תוביל ליצירת סטנדרט ניגוד עניינים מחמיר ובלתי מעשי שימנע כל פתרון של ממש לבעיות של ניגוד עניינים. בהתייחסו לסוגיית מינוי הבכירים, טוען ראש הממשלה כי דינם של הסעדים המבוקשים בעניין זה להידחות על הסף מחמת היותם כוללניים, וכי לא נתקפה בהקשר זה כל החלטה מנהלית ספציפית.

15. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי חוות דעתו הוצאה בסמכות, וכי תוקפה מחייב כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת. היועץ מטעים כי סמכותו נובעת מעצם מהות תפקידו ומהדין הכללי, וכי כללי אשר אך מסדירים היבטים פרוצדורליים הנוגעים להסדרי ניגוד עניינים. היועץ מוסיף ומציין כי הפרקטיקה הנהוגה היא שהיועץ הוא זה אשר עורך לשרים הסדרים למניעת ניגוד עניינים; כי לראש הממשלה עצמו נערכו בעבר מספר הסדרי ניגוד עניינים באופן דומה; וראש הממשלה אף התחייב בעניין הרכבת המחשלה לפעול בהתאם להסדר ניגוד עניינים שיערך לו בשל ההליך הפלילי התלוי ועומד נגדו. אשר לתוכנה של חוות הדעת, מציין היועץ כי ההבחנה בין מעורבות במינויים ספציפיים ובין מעורבות בשיטת המינוי ובהיקף סמכותם של בכירי מערכת אכיפת החוק, היא מלאכותית וכי מעורבות ראש הממשלה בהיבטים אלה עלולה לפגוע בעצמאות גורמי אכיפת החוק המטפלים בהליך הפלילי בעניינו. היועץ מוסיף כי יש להגביל את מעורבות ראש הממשלה בבחירת שופטים לבית המשפט העליון, שכן שופטים אלה עשויים לדון בעניינו בעתיד. באשר להימנעות ראש הממשלה ממעורבות בעניינים האישיים של נאשמים ועדים במשפטו, לעמדת היועץ אין מדובר בכלל של "אחריות מוחלטת", ועל ראש הממשלה לבצע "השתדלות ראויה" ולהסדיר מנגנון סביר שיסייע בידו לעמוד בהוראות ההסדר. בשולי הדברים טוען היועץ כי אין מקום להטלת מגבלות אוטומטיות וגורפות על השר לביטחון פנים אך בשל ניגוד העניינים של ראש הממשלה, שכן שרים מחויבים להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע לפעילות משרדיהם.

בכל הנוגע לסוגיית מינויי הבכירים, היועץ מציין כי בפניותיו לראש הממשלה ולראש הממשלה החלופי ביום 3.11.2020 וביום 10.12.2020 הוא קרא להם לפעול ללא דיחוי לקידום מינויי קבע למשרות בכירות בשירות המדינה. היועץ עדכן כי בינתיים מונו מפכ"ל משטרה ונציבת בתי הסוהר ומונה ממלא מקום למשרת פרקליט המדינה, וכי לנוכח התפזרות הכנסת, על כל המשתמע מכך ביחס לחובת האיפוק והריסון החלה בקשר למינויים בשירות הציבורי בתקופת בחירות, כל מינוי צריך להיבחן עתה לפי נסיבותיו.

דיון והכרעה

16. העיקרון האוסר על מי שנושא בתפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא מעקרונות היסוד הקבועים בשיטתנו המשפטית. ההלכה אשר בה עוגן עקרון זה הינה, כך נפסק, "מן הראשונות במלכות בתורת המינהל הציבורי בישראל" (בג"ץ 6499/99 המפד"ל – המפלגה הדתית הלאומית נ' הרב בן-עזרא, פ"ד נג(5) 606, 618 (1999)) והמציאות 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. על הצורך בקיומו של הסדר כאמור עמדנו בעניין הרכבת הממשלה, אך למרבה הצער אנו נדרשים לשוב ולהתייחס לסוגיה זו במסגרת העתירות דנן.

17. הצו על תנאי שהוצא מעמיד לדיון חמש סוגיות עיקריות. הראשונה נוגעת לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה ליתן חוות דעת בנוגע להסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה. ככל שהיועץ אכן מוסמך לערוך חוות דעת כזו, יש להכריע בסוגיה השנייה והיא – האם חוות הדעת מחייבת את ראש הממשלה או שמא מדובר בחוות דעת מייעצת בלבד. וככל שחוות הדעת אכן מחייבת את ראש הממשלה, יש להוסיף ולבחון את הסוגיה השלישית – האם קיימת בענייננו הצדקה להתערבותו של בית המשפט באיזה מן ההגבלות שנקבעו בה ואשר לגביהן הובעה הסתייגות מצד ראש הממשלה. הסוגיה הרביעית עניינה בטענה כי יש להחיל על השר לביטחון פנים את המגבלות הקבועות בהסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה. ולבסוף, הסוגיה החמישית נוגעת לחובת הממשלה להשלים את מינויים של הבכירים בשירות הציבורי הטעון אישור הממשלה.

18. אקדים אחרית לראשית ואומר כי מקובלת עליי עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה חוות דעתו מיום 2.11.2020 הוצאה בסמכות וכי היא מחייבת את ראש הממשלה.

עוד אציין כי בכפוף למספר הערות והבהרות הנוגעות למנגנון שיבטיח כי ראש הממשלה יימנע ממעורבות בהחלטות הנוגעות לעניינם של עדים ונאשמים אחרים במשפטו, לא מצאתי מקום להתערב בהגבלות שנקבעו בחוות דעתו של היועץ. מנגד, לא ראיתי מקום לקבוע כי יש להחיל את הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה על השר לביטחון פנים. ובאשר למינוי הבכירים בשירות הציבורי, אני סבורה כי על ראש הממשלה ועל ראש הממשלה החלופי מוטלת חובה להשלים מינויים אלה במהירות הראויה, אך זאת בשים לב לכללים החלים על ממשלת מעבר.

סמכות היועץ המשפטי לממשלה ליתן חוות דעת בעניין הסדר ניגוד עניינים

19. אחד התפקידים המרכזיים המוטלים על היועץ המשפטי לממשלה הוא לוודא כי רשויות השלטון פועלות בהתאם לחוק (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 1000 (מהדורה שישית 2005)). במסגרת זו, משמש היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת וכלפי העומד בראשה, וחוות דעתו בשאלות משפטיות משקפת עבודה את המצב המשפטי המצוי (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993) (להלן: עניין אמיתי)). מרכיב חשוב זה בתפקידו של היועץ – אשר הובהר כבר בדו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה משנת 1962 – נובע מכך שהיועץ איננו "משרתה" של הממשלה, כי אם משרת הציבור שאמור "לייעץ לממשלה, כדי שתוכל למלא את תפקידה במסגרת הדין, ולפקח על הממשלה, שלא תחרוג מן הדין" (יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר: על המשפט הציבורי 451, 454 (יצחק זמיר עורך 1993)). בהקשר זה צוין בין היתר כי "היועץ המשפטי לממשלה אמור להקפיד עם כל רשות מינהלית, לרבות הממשלה, שתקיים את כל הכללים המשפטיים, למשל בדבר חובת שימוע, ניגוד עניינים, שיקולים זרים, סבירות וכללים משפטיים אחרים שאינם מעוגנים בחוק החרות" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ד: סדרי הביקורת המשפטית 2408 (2017) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)).

20. הכלל האוסר על מי שממלא תפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא, כאמור, כלל יסוד המושרש בשיטת המשפט הישראלית והוא מושתת על כללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי (ראו, מיני רבים, בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566, 569 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד)). בפסיקה פותחו מבחנים הקובעים את אמות המידה לקיומו של ניגוד עניינים, אשר מתמקדות בעיקרו של דבר בקיומו של חשש, במידת ההסתברות הנדרשת, שמא

אינטרסים אחרים של מי שנושא בתפקיד ציבורי יש בהם כדי למנוע ממנו מלבצע את עבודתו ללא משוא פנים (בג"ץ 9485/08 עזרא נ' ועדת המשנה לנושאים תכנוניים עקרוניים (ולנת"ע), פסקה 19 (30.1.2012) (להלן: עניין עזרא); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 532 (2010) (להלן: ברק-ארז, משפט מינהלי)). מבחנים אלה הם מבחנים משפטיים במהותם ועל כן, מפרש אותם היועץ המשפטי לממשלה עבור הרשות המבצעת, על כלל זרועותיה, במסגרת תפקידו כפרשן המוסמך של הדין.

21. בפסיקה נקבע זה מכבר כי פסילת אדם מלמלא תפקיד מסוים היא האמצעי הקיצוני ביותר להתמודדות עם חשש לניגוד עניינים, ובדרך כלל קיימת דרך פוגענית פחות להתמודד עם חשש זה והיא – עריכת הסדר ניגוד עניינים (בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקאות 77-78 (1.3.2016)). הסדר ניגוד עניינים הוא מסמך שבו מצהיר נושא המשרה על התחומים שבהם הוא עלול להיקלע למצב של ניגוד עניינים במילוי תפקידו הציבורי, והוא מתחייב לקבל על עצמו מגבלות מסוימות לצורך מניעת ניגוד העניינים האמור (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1555 "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות הציבורי" (להלן: הנחיה 1.1555)). בספרות צוין בהקשר זה כי הכלל בדבר ניגוד עניינים הוא "[...] כלל משפטי ולכן טבעי שמשפטנים יעסקו בו וישמשו תדיר כעורכי הסדרים" (טנה שפניץ ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה 522 (2013)). ואכן, מעורבות גורמי הייעוץ המשפטי בעריכת הסדרי ניגוד עניינים מעוגנת בסעיף 13.633 לתקשי"ר, הקובע כי ביחס למשרות מסוימות בשירות המדינה יבחן היועץ המשפטי הרלוונטי אם קיים חשש לניגוד עניינים, ובמידת הצורך יערוך עבור נושא המשרה הסדר ניגוד עניינים לפי העקרונות האמורים בהנחיה 1.1555 של היועץ המשפטי לממשלה. בסעיף 9 להנחיה זו מובהר כי "הסדר למניעת ניגוד עניינים נערך על ידי היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי או היחידה הממשלתית הנוגעים בדבר, בשיתוף עם המועמד", ועוד נקבע באותו סעיף כי "במידת הצורך יערב היועץ המשפטי בעריכת ההסדר את נציבות שירות המדינה ואת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך".

22. הוראות התקשי"ר חלות ביחס לעובדי מדינה בסוגי משרות שנקבעו בו. הן אינן נוגעות, ככלל, להסדרי ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ושל חברי הממשלה. ראש הממשלה טוען כי ההסדר הספציפי שיש להחיל עליו מעוגן בכללי אשר. כללים אלה התקבלו בהחלטת ממשלה בשנת 1977 ("פ התשל"ח 2382, עמ' 314) על רקע המלצותיה של ועדה ציבורית בראשות השופט שלמה אשר ז"ל. הכללים תוקנו בהחלטת ממשלה מיום 28.11.2002 ופורסמו בנוסחם המתוקן ביום 16.1.2003 ("פ התשס"ג

5147, עמ' 1136). לטענת ראש הממשלה, סעיף 7 לכללי אשר קובע הסדר לפיו הסמכות הבלעדית לקבוע כי שר (לרבות ראש ממשלה) נמצא במצב של ניגוד עניינים מוקנית לשר עצמו, ומשכך היועץ אינו מוסמך לקבוע אם השר מצוי בניגוד עניינים ואף לא את המגבלות שיחולו על השר בשל הימצאותו בניגוד עניינים.

23. טענה זו אינה מקובלת עלי. ראשית, כפי שציין ראש הממשלה עצמו בכתב התשובה מטעמו (פסקה 37), כללי אשר לא אומצו מעולם בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, ובפסיקה נקבע כי "מעמדם אינו של חיקוק, ותוקפם הוא של כללי אתיקה" (ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פסקה 126 והאסמכתאות שם (28.9.2016)). במילים אחרות, מדובר בכללים שהממשלה אימצה לעצמה מכוח החלטה שקיבלה, וכללים שזה מעמדם אין בכוחם, עם כל חשיבותם, לשלול את הסמכות – והחובה – של היועץ המשפטי לממשלה לפרש את הדין ולקבוע את תחולת האיסורים הקבועים בו במקרה נתון (לעניין סמכותו הבלעדית של היועץ בהקשר זה והאיסור על העברתה לגוף השלטוני ראו: בג"ץ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 79 (2004)).

24. שנית, עיון בסעיף 7 לכללי אשר, שהובא במלואו לעיל, מעלה כי אין בו דבר המתיימר לשלול את סמכותו של היועץ לקבוע שקיים חשש להימצאותו של שר במצב של ניגוד עניינים וכן לקבוע את ההגבלות הקונקרטיות שיש לגזור מכך. סעיף 7 לכללים מסדיר בקווים כלליים את הדרך שבה יש לפעול במקרה שבו שר, לרבות ראש ממשלה, נתון במצב של ניגוד עניינים. כך, סעיף 7(א) לכללים קובע כי בכל מקרה של שר יש "עניין אישי" בפעולה או בהחלטה, עליו להימנע בכל דרך שהיא ממעורבות באותה פעולה או החלטה, ואם הובא עניין זה לפניו עליו להצהיר מיד על עניינו האישי ולהודיע על כך למבקר המדינה. סעיף 7(ב) קובע כי אם "היה השר במצב של ניגוד עניינים" ניתן, "לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה", לפעול באחת הדרכים המנויות בסעיף (למשל, להעביר את סמכויות הפעולה או ההחלטה לשר אחר). במילים אחרות, במצב רגיל על השר – שהיכרותו עם עניינו האישיים היא הטובה ביותר – מוטלת האחריות להצביע על קיומו של עניין אישי בפעולה או החלטה, ואם אכן נקבע כי השר מצוי בניגוד עניינים – יש לגבש פתרון קונקרטי למצב זה לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ. כללי אשר אינם קובעים מיהו הגורם שיכריע בשאלת הימצאותו של השר "במצב של ניגוד עניינים" ואף לא מהן אמות המידה לצורך ההכרעה בשאלת עצם קיומו של ניגוד עניינים. כל שנקבע בהם בהקשר זה, בסעיף 11(א), הוא כי "מבקר המדינה יבדוק מילוי הוראות וכללים אלה בידי השרים, ויהיו לו כל הסמכויות הקנויות למבקר המדינה בחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב]". מבקר המדינה הוא, אפוא, הגורם

שמופקד על אופן יישום הכללים בדיעבד, אך מכך אין להסיק כי הוא הגורם הקובע לכתחילה ששר מסוים מצוי בניגוד עניינים. על כן, אין בכללי אשר עוגן של ממש שיאפשר לקבל את הפרשנות החריגה שביקש ראש הממשלה לייחס לכללים אלה, ולפיה היועץ אינו מוסמך לקבוע כי שר מצוי במצב של ניגוד עניינים או לגבש את הפתרונות הדרושים להתמודדות עם מצב זה.

25. שלישית והוא עיקר. אף אם כללי אשר אכן היו מקנים לשר עצמו את הסמכות הבלעדית לקביעת קיומו של ניגוד עניינים – וכאמור אינני סבורה כי זו הפרשנות הנכונה לכללים – לא היה בכך כדי להפקיע מידי היועץ את סמכותו לגבש את חוות דעתו המשפטית בעניין. זאת, בדומה לסוגיות אחרות המצויות בסמכות הממשלה או בסמכותם של שרים במסגרת מילוי תפקידם, שאף לגביהן מגבש היועץ כפרשן של הדין את חוות דעתו ואת עמדתו.

בשולי הדברים אוסיף כי הפרשנות שביקש ראש הממשלה לייחס לכללי אשר, אף אינה מתיישבת עם האופן שבו נערכים בפועל הסדרי ניגוד עניינים של שרים, ושל ראש הממשלה עצמו שבעניינו גיבש היועץ מספר חוות דעת הנוגעות להסדרי ניגוד עניינים, מבלי שראש הממשלה כפר בסמכות היועץ לעשות כן (ראו למשל: חוות דעת היועץ מיום 20.8.2018 אשר צורפה כנספח מ/ש/9 לכתב התשובה מטעם היועץ (להלן: חוות הדעת מיום 20.8.2018)). בענייננו יפים הדברים מקל וחומר בהינתן העובדה כי למעשה 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.

26. הנה כי כן, כללי אשר אינם מעלים ואינם מורידים לעניין סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה ליתן חוות דעת משפטית הנוגעת להימצאותו של שר בניגוד עניינים. משכך, אני סבורה כי חוות הדעת של היועץ מיום 2.11.2020 בדבר ניגוד העניינים של ראש הממשלה הוצאה בסמכות.

אפנה עתה לבחון האם חוות דעתו המשפטית של היועץ ביחס לניגוד העניינים של ראש הממשלה מהווה הסדר ניגוד עניינים אשר מחייב את ראש הממשלה במסגרת מילוי תפקידו.

מעמדה של חוות דעת היועץ

27. לטענת ראש הממשלה, אף אם בסמכותו של היועץ המשפטי ליתן חוות דעת באשר להסדר ניגוד העניינים שלו, מדובר לכל היותר בחוות דעת מייעצת, ולא ניתן לראותה כהסדר ניגוד עניינים מחייב. זאת, לשיטתו, משום שחוות דעתו של היועץ אינן מחייבות את הממשלה, להבדיל מרשויות שלטוניות אחרות.

טענה זו מנוגדת להלכה מושרשת הנוהגת עמנו ודינה להידחות.

28. לאורך השנים נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי "חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות, מחייבת את הממשלה ורשויותיה כל עוד בית-המשפט לא פסק אחרת" (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 34 (12.10.2008) (להלן: עניין לביא); ראו גם: עניין אמיתי, בעמ' 473; בג"ץ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 (30.7.2007); בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 48 (14.11.2016) (להלן: עניין מועצת מקרקעי ישראל); וראו אך לאחרונה בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, חוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז ופסקה 6 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (31.1.2021). לעמדה חולקת בספרות – שנדחתה באופן מפורש בעניין לביא (פסקה 33) – ראו איתן לבונטין ורות גביזון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר חלק א: מאמרים 221 (2003).

האם מעמדה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה באשר להסדר ניגוד העניינים של שר – ובענייננו ראש הממשלה – שונה ממעמדן של חוות דעת משפטיות אחרות שעורך היועץ?

29. חוות דעת בדבר קיומו של ניגוד עניינים כוללת לרוב מימד יישומי-אופרטיבי, ובמסגרתה נקבעים צעדים קונקרטיים שהשר נדרש לנקוט לצורך הפגת החשש לניגוד עניינים בהתאם לאפשרויות המנויות בסעיף 7(ב) לכללי אשר (ראו: סעיף 4(א) לנוהל מניעת ניגוד עניינים של שרים). תהליך גיבושה של חוות הדעת מחייב שיתוף פעולה מצד נושא ההסדר והנחת המוצא בהקשר זה היא שלשר עצמו יש אינטרס לשתף פעולה עם עריכתו, באופן שיאפשר לו מרחב תמרון לפעול במסגרת תפקידו ללא חשש מהשלכותיה של פעולה בניגוד עניינים. לפיכך, סעיפים 3-5 לנוהל מניעת ניגוד עניינים של שרים, מתווים תהליך של שיג ושיח בין השר ובין נציגי היועץ לכל אורך שלבי גיבוש חוות הדעת.

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

"במסגרת המאבק על שלטון החוק, חלק מתפקיד היועץ המשפטי בשירות הציבורי הוא מניעת ניגוד עניינים. בהתאם לכך, היועץ המשפטי חייב לפעול בדרך של ייעוץ, הנחיה ופיקוח, בייחוד כאשר הוא מתבקש לעשות זאת, כדי למנוע מצב של ניגוד עניינים או כדי לפתור בעיה קיימת של ניגוד עניינים בגוף שהוא משרת. לחוות הדעת של היועץ המשפטי (היועץ המשפטי למשרד ממשלתי כלפי המשרד, או היועץ המשפטי לממשלה כלפי הממשלה כולה) יש תוקף מחייב" (יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 225, 323 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים 2009)).

אומנם, כללי אשר אינם קובעים במפורש כי יש לראות בחוות דעתו המשפטית של היועץ כהסדר ניגוד העניינים שלו יהא השר כפוף בפועל. זאת להבדיל, למשל, מעובדי המדינה המנויים בתקשי"ר, לגביהם נקבע במפורש כי "במקרים בהם לדעת היועץ המשפטי ניתן לנטרל את ניגוד העניינים... בדרך של עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים, יערוך היועץ המשפטי הסדר כאמור" (סעיף 13.633(ד) לתקשי"ר). ואולם, המסקנה המתבקשת מן הקביעה שחוות הדעת שמגבש היועץ המשפטי לממשלה ביחס לניגודי עניינים של שרים מחייבת, היא שבתום תהליך ההידברות בין נציגי היועץ ובין השר, חוות דעת זו הינה המסמך הסופי אשר קובע את המגבלות שלהן כפוף השר ויש לראות בה הסדר ניגוד עניינים לכל דבר ועניין.

30. ויודגש – יש להבחין בהקשר זה בין מעמדן המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה ובין סמכותו לאכוף את האמור בחוות דעת אלה. בעניין לביא הובהר כי חוות הדעת המשפטית של היועץ "תונח בפני הגוף המוסמך, ותחייב אותו בקבלת

ההחלטה שהסמכות לה מסורה בידי. ככלל, החובה והאחריות לפעול בהתאם לחוות-הדעת האמורה מוטלת על הרשות המוסמכת, ואל ליועץ המשפטי לאכוף בעצמו את חוות-דעתו שניתנה בכובעו הייעוצי-פרשני" (שם, פסקה 34). משמעות הדברים בכל הנוגע להסדרי ניגוד עניינים היא כי אין זה בכוחו של היועץ למנוע פעולות המנוגדות למגבלות שנקבעו בחוות דעתו, אך נושא תפקיד ציבורי הפועל בניגוד לחוות דעת היועץ נוטל על עצמו סיכון לא מבוטל בכל הנוגע להשלכותיה של פעולה כזו, לרבות במישור הפלילי (ראו והשוו: זמיר, הסמכות המינהלית כרך ד, בעמ' 2413; להרחבה על המשמעויות הפליליות של פעולה בניגוד עניינים ראו: דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבט, פ"ד נט(4) 385 (2004); מרדכי קרמניצר ודורון נבות "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 501 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים 2009)).

31. לטענת העותרים והיועץ, קיים במקרה דנן בסיס נוסף לקביעה שחוות דעת היועץ מיום 2.11.2020 בעניינו של ראש הממשלה היא מחייבת, והוא נובע מהתחייבויות והצהרות קודמות של ראש הממשלה המקימות "מעין השתק שיפוטי" המונע ממנו לכפור כעת בסמכותו של היועץ ובמעמדה המחייב של חוות דעתו. אכן, בצדק ציינו העותרים והיועץ בהקשר זה את התחייבות ראש הממשלה בעניין הרכבת הממשלה, לפיה כהונתו בתפקיד תהיה "כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו אשר יקבע 'מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק'" (שם, פסקה 19). מספר שבועות לאחר מכן במסגרת תגובתו המקדמית מיום 27.5.2020 בהליך דנן, אף טען ראש הממשלה כי דין עתירת התנועה להידחות על הסף משום שהדבר "נמצא בבחינה אצל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים וטרם התקבלה כל החלטה מנהלית אותה ניתן למעשה לתקוף" (סעיף 17 לתגובה). רק לאחר שנתקבלה אצלו טיוטת חוות הדעת של היועץ, ובניגוד מוחלט להתחייבויות שנטל ולעמדה שהציג, נטען על ידי ראש הממשלה במכתב מיום 19.7.2020 ששלח עו"ד כהן מטעמו, כי אין זה ראוי שהיועץ ונציגיו יהיו מעורבים בהסדר ניגוד העניינים לנוכח מעורבותם בהגשת כתב האישום נגדו. ובמכתב נוסף ששלח עו"ד כהן ביום 13.8.2020, אף הועלתה לראשונה הטענה כי היועץ אינו מוסמך כלל לגבש את ההסדר וחוות דעתו אינה מחייבת. על טענות אלו הוסיף ועמד ראש הממשלה תוך כדי ניהול שיג ושיח עם נציגי היועץ, במסגרתו בוצעו שינויים משמעותיים בטיטת חוות הדעת (ראו דבריו של עו"ד כהן בעמ' 64 לפרוטוקול הדיון מיום 18.2.2021).

32. כעת, טוענים באי כוחו של ראש הממשלה כי התחייבויותיו הקודמות התמקדו בעצם נכונותו לערוך הסדר ניגוד עניינים, וכי הוא לא הביע כל עמדה ביחס לסמכות היועץ המשפטי לממשלה לערוך אותו או ביחס למעמדה של חוות דעתו בהקשר זה.

טענה זו מתעלמת מהסדרי ניגוד עניינים קודמים שנערכו לראש הממשלה (למשל, חוות הדעת מיום 20.8.2018) וסותרת לחלוטין את העמדה שהוצגה מטעם ראש הממשלה עצמו בהליכים אחרים בדבר מעמדה המחייב של חוות דעת היועץ (ראו סעיף 57 לכתב התשובה מטעם היועץ). התנהלותו זו של ראש הממשלה מעלה תהייה ביחס לכנות ההצהרות מטעמו בפני בית המשפט בעניין הרכבת הממשלה, אשר לא כללו כל הסתייגות ביחס למעורבות היועץ המשפטי לממשלה בתהליך גיבוש הסדר ניגוד העניינים.

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

33. בדיון מיום 12.11.2020 הושגה, כאמור, הסכמה דיונית בין הצדדים כי ההשגות שהעלה ראש הממשלה בכל הנוגע לתוכנה של חוות הדעת יתבררו אף הן במסגרת העתירות דנן וזאת חרף היותו של ראש הממשלה משיב לעתירות. משכך הצו על תנאי שהוצא התייחס גם להשגות אלה, ואליהן אדרש עתה.

המגבלות הקבועות בחוות דעת היועץ מיום 2.11.2020

34. הקביעה כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס להסדרי ניגוד עניינים מחייבת את נושא ההסדר אין משמעה כי חוות דעת זו חסינה מביקורת. היועץ המשפטי לממשלה הוא גורם מינהלי וככזה "גם החלטה שלו, ובכלל זה חוות דעת שלו, כפופה לביקורת שיפוטית" (יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי" 99 גבריאל בך 383, 390 (2011); ראו גם: עניין אמיתי, בעמ' 473). המקרים השכיחים שבהם נתקפת באופן ישיר החלטה של היועץ המשפטי לממשלה נוגעים להחלטות שמקבל היועץ ככובעו כראש התביעה הכללית, למשל בעניינים של העמדה לדין. בעניינים אלה הבהיר בית המשפט לא אחת כי היקף הביקורת השיפוטית מצומצם ביותר (ראו למשל: בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 55 (2003); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 746-753 (2008)). לעומת זאת, בכל הנוגע לחוות הדעת המשפטיות של היועץ ככובעו כפרשן המוסמך של הדין, קבע בית המשפט כי יש הצדקה לקיים ביקורת שיפוטית רחבה יותר, ובלשונו:

"[...] לעניין מהות המעשה המנהלי, החלטת היועמ"ש הנתונה לביקורתנו איננה בכובעו כראש התביעה הכללית וכמופקד על האינטרס הציבורי, כי אם בכובעו כיועץ לרשויות השלטון – כפרשן הדין [...] החלטות ככגון דא נתונות לביקורת שיפוטית רחבה יותר, בהיותן שאלות משפטיות מובהקות" (עניין מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 39).

35. חוות דעת היועץ בתחום הסדרי ניגוד עניינים ניתנות בכובעו כפרשן המוסמך של הדין ועל כן הן נתונות לביקורת שיפוטית רחבה יותר מזו החלה על החלטות שמקבל היועץ בכל הנוגע להעמדה לדין. עם זאת, לנוכח מאפייניה הייחודיים של חוות דעת היועץ בתחום ניגוד העניינים שעליהם עמדתי לעיל, אני סבורה כי יש להגביל את ההתערבות השיפוטית בהסדרים הנוגעים לכך למצבים שבהם נפלו בהסדר או בתהליך גיבושו פגמים מהותיים היורדים לשורש העניין. הגישה המרוסנת נדרשת בהקשר זה בהינתן ההיבטים האופרטיביים-יישומיים בחוות דעתו של היועץ, הבאים לידי ביטוי בקביעת צעדים קונקרטיים שעל נושא ההסדר לנקוט לצורך התמודדות עם מצב של ניגוד עניינים (לעניין השפעת המימד האופרטיבי של סמכויות היועץ על היקף הביקורת השיפוטית, ראו והשוו עניין מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 39); וכן לנוכח מקצועיותו וניסיונו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, האמון על עריכת הסדרי ניגוד עניינים בשירות הציבורי בהתאם לנהלים ולהנחיות מפורטים שגובשו על ידו להסדרת הטיפול בסוגיה זו.

36. טרם שאבחן את הטענות הקונקרטיות שהעלה ראש הממשלה נגד תוכנו של ההסדר שנערך בענייננו, יש להזכיר מהם המבחנים ואמות המידה שנקבעו בפסיקה בכל הנוגע לכלל האוסר על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. הטעמים העיקריים שבבסיס איסור זה הם הצורך להבטיח כי עובד הציבור לא יעשה שימוש בסמכות המנהלית הנתונה לו באופן בלתי ראוי; והצורך בשמירת אמון הציבור ברשויות המינהל תוך הבטחת קיום ונראות של מנהל תקין (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 47 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (30.11.2006)). במילים אחרות – האיסור נוגע למצב שבו עלול להיווצר ניגוד עניינים, ולפיכך מדובר בכלל מניעתי הצופה פני עתיד אשר נועד "למנוע את הרע בטרם יארע" (עניין סיעת הליכוד, בעמ' 572). בשים לב לכך, התפתח בפסיקה מבחן אובייקטיבי הסתברותי לבחינת קיומו של ניגוד עניינים, הבוחן "מנקודת מבטו של 'אדם סביר היודע את כל פרטי העניין' [...] האם מתקיים חשש, במידת ההסתברות הנדרשת, שמא יש באינטרסים האחרים של עובד הציבור כדי למנוע ממנו לבצע את עבודתו ללא משוא פנים" (עניין עזרא, פסקה 19). אשר למידת ההסתברות הנדרשת לקיומו של ניגוד עניינים, נראה כי הנטייה בפסיקה היא לקבוע שמקום שבו

ניגוד העניינים נובע מאינטרס אישי נוגד – להבדיל מאינטרס מוסדי או ציבורי – די להצביע על כך שמתקיים "חשש סביר" כדי שיתקיים מצב של ניגוד עניינים אסור (בג"ץ 7767/07 אטרף נ' שר הפנים, פסקה 12 (27.3.2008); ברק-ארז, משפט מינהלי כרך א, בעמ' 540-541).

37. כפי שציין בצדק היועץ המשפטי לממשלה, 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 החלטות בממשלה, הנגזרת ממעמדו כראש הרשות המבצעת וכמי שמנווט את פעילותיה ויעדיה העיקריים (בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 461, 466 (2004)), עוצמת ניגוד העניינים במקרה זה – גבוהה. לפיכך, מידת ההסתברות הנדרשת היא של חשש סביר לקיומו של ניגוד עניינים בין האינטרסים האישיים של ראש הממשלה הנוגעים להליך הפלילי המתנהל בעניינו, ובין תפקידו כראש ממשלה. זוהי, אפוא, אמת-המידה שלפיה על היועץ המשפטי לממשלה לבחון את ניגוד העניינים במסגרת גיבוש חוות דעתו במקרה דנן.

על רקע קביעות אלה יש לבחון את ההשגות שהעלה ראש הממשלה כנגד המגבלות שנקבעו בחוות דעת היועץ מיום 2.11.2020.

38. בשלב זה נותרו כאמור שלוש סוגיות עיקריות המצדיקות לטענת ראש הממשלה התערבות שיפוטית בתוכן חוות הדעת: הראשונה נוגעת למעורבותו בקביעת שיטת מינויים של בכירי מערכת אכיפת החוק וביחס למעמדם והיקף סמכויותיהם של גורמים אלה; השנייה נוגעת למעורבותו בבחירת שופטים חדשים לבית המשפט העליון; והשלישית נוגעת למנגנון שנועד להבטיח כי ראש הממשלה יימנע ממעורבות בענייניהם האישיים של נאשמים ושל עדים במשפטו ששם נכלל ברשימה שצורפה לחוות הדעת.

39. לטענת ראש הממשלה אין מקום להגביל את מעורבותו בקביעת שיטת מינויים של גורמי מערכת אכיפת החוק המוזכרים בסעיף 1(א)(1) לחוות דעת היועץ וכן בעניינים הנוגעים למעמדם ולמילוי תפקידם. לגישתו, יש להסתפק בהקשר זה בהסכמתו להימנע ממעורבות במינויים ספציפיים של גורמים אלה, לרבות הימנעות ממעורבות בהעלאה או אי-העלאה של המינויים על סדר יומה של הממשלה (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מיום 18.2.2021). ראש הממשלה סבור כי החלטות הנוגעות לשיטת המינויים ולהיקף

סמכויותיהם של גורמי אכיפת החוק, מצויות בלב המחלוקת הציבורית ומשכך אין להגבילו ממעורבות בהן. היועץ טוען מנגד כי מעורבות ראש הממשלה בהיבטים אלה עלולה לפגוע – בפועל ולמצער למראית עין – בעצמאות הנדרשת מהגורמים המטפלים בהליך הפלילי המתנהל בעניינו של ראש הממשלה או מאלה שיש בכוחם להשפיע על הטיפול בהליך זה.

עמדה זו של היועץ מקובלת עליי. הטעמים המצדיקים את הימנעות ראש הממשלה ממעורבות במינויים ספציפיים במערכת אכיפת החוק תקפים גם ביחס להחלטות הנוגעות לשיטת המינוי ולהיקף סמכויותיהם של המתמנים. הניסיון להפריד בין אלה לאלה הוא מאולץ ואין לקבלו. ההליך הפלילי המתנהל בעניינו של ראש הממשלה מצוי בראשיתו, ולהחלטות הנוגעות לשיטת המינוי ולמעמד של בכירי מערכת אכיפת החוק עשויה להיות השפעה ניכרת הן על עבודתם של בעלי תפקידים המטפלים כיום בהליך זה והן על אלה שיטפלו בו בעתיד. לפיכך, ניתן לומר כי מתקיים ביחס להחלטות אלה חשש סביר בדבר קיומו של ניגוד עניינים בין האינטרס האישי של ראש הממשלה, אשר תלוי ועומד נגדו כתב אישום, ובין האינטרסים הציבוריים הנוגעים להסדרת מינויים ומעמדם של גורמי מערכת אכיפת החוק.

40. דברים אלה יפים לדעתי גם ביחס לסוגיה השנייה הנוגעת למעורבות בבחירת שופטים לבית המשפט העליון. ראש הממשלה סבור כי בשונה ממעורבות בהחלטות הוועדה לבחירת שופטים הנוגעות לשופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, שם מתנהל משפטו, אין להגבילו בכל הנוגע לבחירת שופטים חדשים לבית המשפט העליון ויש לאפשר לו שיח חופשי בנושא זה עם חברי הוועדה לבחירת שופטים. כפי שציין היועץ, בית המשפט העליון עשוי לדון בעתיד בהליכים שונים הקשורים להליך הפלילי בעניינו של ראש הממשלה. לכן מתעורר חשש סביר לניגוד עניינים הנובע ממעורבות כזו או אחרת של ראש הממשלה בהחלטות הנוגעות לבחירת שופטים, אשר בבוא היום עשויים לדון בעניינו. לנוכח חשש זה, ואף מטעמים מובהקים של מראית פני הדברים, המגבלה שנקבעה בהקשר זה בחוות דעת היועץ היא מידתית ואינה מצדיקה התערבות. לא למותר להוסיף כי המגבלה האמורה אך מונעת מראש הממשלה להביע את עמדתו בפני מי מחברי הוועדה באשר למועמדים העומדים לבחירה, ואינה גורעת למעשה דבר מסמכויותיו. זאת בהינתן העקרון הסטטוטורי הקבוע בסעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 לפיו על חברי הוועדה לבחירת שופטים להפעיל שיקול דעת עצמאי בהחלטה על מועמד זה או אחר.

41. המחלוקת העיקרית בין ראש הממשלה ובין היועץ המשפטי לממשלה נתגלעה בכל הנוגע לסוגיה השלישית שעניינה מעורבות ראש הממשלה בהחלטות הנוגעות לנאשמים האחרים במשפטו ולעדים ששמו נקוב ברשימה שצורפה לחוות הדעת. ראש הממשלה אומנם הבהיר כי מקום שבו עניינו האישי של נאשם או של עד יידון באופן ספציפי באחד משרדי הממשלה (לרבות עניין שבו אחד מהעדים מייצג לקוח), יימנע ראש הממשלה ממעורבות באותו נושא. ואולם, לשיטת ראש הממשלה יש לקבוע כי הימנעות זו תהא תלויה בכך שהוא ידע בפועל ומראש שעניינו של אותו נאשם או עד נדון באחד משרדי הממשלה. בהקשר זה טוען ראש הממשלה כי יש לשנות את המנגנון הקבוע בסעיף 1(ג) לחוות הדעת, כך שהיועץ המשפטי לממשלה יפנה לרשימת האנשים שצורפה לחוות הדעת ויעדכן אותם כי עליהם ליידע את נציג ראש הממשלה אם וכאשר נדון עניין אישי שלהם באחד משרדי הממשלה. אשר לעובדי המדינה המנויים ברשימת העדים, ראש הממשלה טוען כי ככל שלו או למנכ"ל משרדו יש סמכות בנוגע אליהם, יש לאפשר את העברת הסמכות האמורה לשר אחר.

היועץ טוען מנגד כי לא ניתן לאמץ מנגנון המטיל את חובת היידוע על הנאשמים והעדים. זאת, משום שהאחריות על קיום ההסדר מוטלת על נושא ההסדר; משום שהגורמים הרלוונטיים לא בהכרח יידעו מתי עניינם נדון; ומשום שחובת הפנייה עשויה כשלעצמה להקים חשש לתלות או לניגוד עניינים. אשר לטענת ראש הממשלה ביחס לעובדי מדינה המנויים ברשימת העדים, מבהיר היועץ כי אין כל מניעה לקיום ממשק מקצועי של ראש הממשלה עמם ובהיעדר סוגיות חריגות אין צורך בהעברת סמכויות מראש הממשלה לשר אחר בנוגע אליהם.

42. בדיון ביום 18.2.2021 הערנו כי ייתכן שיש לבחון שינוי במנגנון שנקבע בחוות הדעת, כך שבנוסף למנגנון המוצע בסעיף 1(ג) לחוות הדעת, יוגדר גם גורם בפרקליטות המדינה שאליו יפנו הגורמים המנויים בו כאשר עניינם האישי נדון באחד משרדי הממשלה. אף שבאי כוחו של היועץ המשפטי לממשלה הביעו במעמד הדיון נכונות עקרונית לבצע שינוי מסוג זה במנגנון הקבוע בחוות הדעת, בהודעה המעדכנת מטעם היועץ מיום 23.2.2021 צוין כי השינוי האמור נדון בישיבה בראשות היועץ ובסופו של יום הוחלט שלא לבצעו. זאת, משום שלשיטת היועץ, דרישה או בקשה מנאשמים ומעדי תביעה במשפט לפנות לגורם כלשהו לצורך עדכון לשכת ראש הממשלה כשעניינם נדון באחד משרדי הממשלה, עלולה לגרום אצלם לחשש ביחס לאופן בחינת עניינם ול"אפקט מצנן" ביחס להשתתפותם בהליך הפלילי.

43. אחת התכליות של הסדר ניגוד עניינים היא, כאמור, לקבוע מגבלות שיעניקו לנושא ההסדר מרחב תמרון לפעול ללא חשש מהימצאות בניגוד עניינים. משכך יש להבטיח כי אותן מגבלות יהיו ברורות וניתנות ליישום. המנגנון הקבוע בסעיף 1(ג) לחוות הדעת מעורר קושי לא מבוטל בכל הנוגע למעקב אחר כלל העניינים האישיים של יתר הנאשמים במשפט ושל 59 העדים המנויים בחוות הדעת, הנדונים בפני כל אחד משרדי הממשלה. בשים לב לכך, על ראש הממשלה מוטלות, לגישתי, שתי חובות: החובה לגבש מנגנון סביר שיאפשר לאתר את ענייניהם של נאשמים ועדים שנדונים בפני משרדי הממשלה; והחובה להימנע מעיסוק באותם עניינים משעה שקיומם נודע לראש הממשלה או לגורמים הרלוונטיים מטעמו.

אשר לחובה הראשונה, כפי שצוין בהודעה המעדכנת מטעם היועץ מיום 23.2.2021 (פסקה 9(ב)), הנטל החל על ראש הממשלה הוא של "השתדלות ראויה". ביחס לחובה השנייה, אני סבורה כי יש לפרש את המגבלה בסעיף 1(ג) לחוות הדעת ככזו המחייבת הימנעות ממעורבות של ראש הממשלה בעניינם האישי של נאשמים ועדים באותם מצבים שבהם קיימת ידיעה בפועל שלו – או של הגורמים שמונו על מנת לסייע לו בהקשר זה – כי אותו עניין נדון בפני אחד משרדי הממשלה.

לבסוף, אציין כי אף שהיועץ נמנע בסופו של דבר מאימוץ המנגנון המשלים שהוצע על ידי בית המשפט לפיו נאשמים ועדים יידרשו לפנות לפרקליטות אם עניינם נדון בפני משרדי הממשלה, מצופה כי התביעה תבהיר לנאשמים והעדים כי אם ירצו בכך, יש באפשרותם לפנות ולעדכן את הפרקליטות על קיומם של עניינים כאלה; וכי ככל שתתקבל פנייה כזו היא תועבר לגורמים הרלוונטיים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, כאמור בסעיף 9(ז) להודעה המעדכנת מטעם היועץ מיום 23.2.2021.

44. סיכום ביניים: בכפוף להערות ולהבהרות ביחס להחלטות הנוגעות לעדים ולנאשמים אחרים במשפט כאמור בפסקה 43 לעיל, אני סבורה כי לא נפל פגם בחוות דעת היועץ מיום 2.11.2020 אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט בהגבלות שהוטלו מכוחה. זאת, לנוכח היקף הביקורת השיפוטית שעליו עמדתי לעיל בכל הנוגע להסדרי ניגוד עניינים, ובשל עוצמת ניגוד העניינים במקרה דנן. יודגש כי מדובר בהגבלות אישיות החלות על ראש הממשלה בתפקידו זה וכן על גורמים בלשכתו כאמור בסעיף 2(8) לחוות הדעת, וכפי שהבהרנו בדיון מיום 18.2.2021, הן אינן חלות על פעילותו של ראש הממשלה כחבר כנסת, אשר כפופה לכללים אחרים.

החלת הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה על השר לביטחון פנים

45. טענה נוספת שהועלתה מפי העותרים ואשר ניתן לגביה צו על תנאי היא כי יש להחיל את הסדר ניגוד העניינים שנקבע לראש הממשלה, בשינויים המחויבים, גם ביחס לשר לביטחון פנים.

טענה זו אין בידי לקבל.

הסדר ניגוד עניינים הוא הסדר אישי הבוחן אם קיימים אינטרסים נוגדים אשר יש בהם כדי למנוע מנושא ההסדר לבצע את עבודתו ללא משוא פנים. לפיכך, זיקתו הפוליטית של השר לביטחון פנים לראש הממשלה – בין בשל היותם חברי אותה סיעה בכנסת ובין בשל היותו בעל "זיקה" לראש הממשלה כמובנו של המונח בסעיף 13א(ג) לחוק-יסוד: הממשלה – אין משמעה תחולה אוטומטית של המגבלות החלות על ראש הממשלה גם על השר לביטחון פנים. לנוכח המאפיין האישי של הסדר ניגוד העניינים, אף העותרים בעתירת האזרחים מסכימים עם היועץ המשפטי לממשלה כי "מעגל ניגוד העניינים של עובד ציבור אינו מורחב מראש ובאופן אוטומטי לגורמים הכפופים לו" (סעיף 29 לעיקרי הטיעון מטעמם).

בעתירת התנועה נטען עם זאת כי יש לראות בשר לביטחון פנים כמי שמכהן במשרת אמון של ראש הממשלה ולפיכך, יש להחיל עליו את ההסדר בדומה להחלתו על אנשי לשכת ראש הממשלה, כאמור בסעיף 2(8) לחוות הדעת. זוהי טענה מרחיקת לכת. אכן, לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה, כל שר "אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונה השר". אך בביצוע תפקידו מחויב כל שר, והשר לביטחון פנים בכלל זה, להפעיל שיקול דעת עצמאי (ראו והשוו: בג"ץ 72/62 רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428, 2451 (1962)).

46. השאלה המרכזית היא על כן, האם ענייניו האישיים של ראש הממשלה שבגינם הוא מצוי במצב של ניגוד עניינים, משפיעים גם על השר לביטחון פנים, עד כי ניתן לומר שהוא עצמו נתון בניגוד עניינים ויש להחיל עליו מגבלות כאלה ואחרות הקבועות בחוות דעת היועץ. נראה כי העותרים לא הציגו תשתית עובדתית מספקת לביסוס טענה זו. ההתבטאויות והפעולות של השר לביטחון פנים מהעת האחרונה אשר הוצגו על ידי העותרים (סעיפים 39-43 לעיקרי הטיעון בעתירת האזרחים), מצערות ככל שתהיינה, אינן מעידות כשלעצמן על כך שהשר לביטחון פנים מצוי בניגוד עניינים כאמור.

47. לצד מסקנה זו ראוי להעיר כי יש קושי מסוים בכך שמרבית הסמכויות שראש הממשלה מנוע מלעסוק בהן הועברו לשר לביטחון פנים. קושי זה נובע בעיקרו מהיבטים מוסדיים, לנוכח השפעת השר לביטחון פנים על עבודתם וקידומם של אנשי משטרה, שחלקם מעורבים בטיפול בהליך הפלילי בעניינו של ראש הממשלה וצפויים להעיד במשפטו. ריכוז סמכויות נוספות בידי השר לביטחון פנים ביחס לגורמים אלה – מעבר לסמכויות הנתונות לו ממילא בדין – עשוי להגביר את תלותם של אותם גורמים בשר. ואולם, חשש זה כשלעצמו אינו מונע את העברת הסמכויות בהתאם להסדר ניגוד העניינים, וכפי שציין בית המשפט לאחרונה בהקשר אחר: "הזיקה בין ראש הממשלה להחלטות המתקבלות על ידי הדרגים הממונים שבמורד ההיררכיה השלטונית אינה תמיד מהותית [...] אצילת הסמכות לגורם הנהנה משיקול דעת עצמאי נתפסת כפיתרון הולם [...] (עע"מ 7678/16 דרוקר נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע במשרד ראש הממשלה, פסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (7.8.2017))."

הנחיה 1.1555 של היועץ המשפטי לממשלה, משקפת אף היא את הגישה לפיה אין פסול בהעברת סמכויות לגורם בעל שיקול דעת עצמאי:

"כאשר עובד ציבור נדרש להימנע מלעסוק בעניין או בנושא מסוים, יש צורך לתת את הדעת לשאלה מי יהיה הגורם שיטפל במקומו באותו העניין או הנושא. השאלה הרלוונטית לעניין זה היא האם גורם הכפוף לבעל התפקיד עשוי להפעיל שיקול דעת עצמאי או שבשל הנסיבות יש לקבוע כי גם הוא עצמו מצוי בניגוד עניינים בגלל כפיפותו לבעל העניין, מפאת האפשרות שיפעל בכדי להפיס את דעת הממונה עליו. בפועל, רק במקרים חריגים עוצמת ניגוד העניינים תהיה כה חזקה כך שלא ניתן יהיה להסתפק בהפעלת הסמכות על ידי גורם כפוף [...]". (סעיף 28 להנחיה)

לכך יש להוסיף כי במסגרת חוות הדעת קבע היועץ שעל ראש הממשלה להימנע ממעורבות בנושאים המנויים בחוות הדעת "באמצעות כל גורם ממשלתי" ועליו להימנע גם ממעורבות "בהחלטות המצויות בגדרי סמכויותיהם של שרי הממשלה השונים בעניינים המפורטים" (סעיף 2(7) לחוות הדעת). ביום 3.11.2020 אף שלח היועץ מכתב לשר לביטחון פנים ובו עדכן אותו בנוגע לאמור בחוות הדעת והדגיש כי עליו להימנע מלעמוד בקשר עם ראש הממשלה בכל הנוגע לעניינים המפורטים בחוות הדעת, לרבות ביחס לסמכויות שהועברו אליו מראש הממשלה, וחזקה על השר לביטחון פנים שיפעל בהתאם לכך.

48. לנוכח כל האמור, ובכפוף להבהרת היועץ המשפטי לממשלה לפיה טענות קונקרטיות שיועלו בעתיד ביחס לפעולה מצד השר לביטחון פנים המקימה חשש לניגוד עניינים, ייבחנו על ידי היועץ או מי מטעמו ויהיו כפופות לביקורת שיפוטית (סעיף 128 לכתב התשובה מטעם היועץ), אציע לדחות את העתירות ככל שהן נוגעות להחלת הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה על השר לביטחון פנים.

49. בשולי הדברים יצוין כי במהלך הדיון ביום 18.2.2021 נשאל בא-כוחו של ראש הממשלה, עו"ד ראבילו, על האופן שבו יושמו עד כה אותן ההגבלות שראש הממשלה הסכים לקבל על עצמו בהליכים דנן, ובפרט נבחנה סוגיית מעורבותו של השר לביטחון פנים, שאליו הועברו כאמור חלק מסמכויות ראש הממשלה, בהחלטה שלא להעלות על סדר יומה של הממשלה את נושא מינוי פרקליט המדינה. היות שלא עלה בידו של עו"ד ראבילו לספק הבהרות מפורשות בעניין זה במהלך הדיון, הוגשה על ידו ביום 24.2.2021 הודעה מעדכנת בהתאם להחלטת בית המשפט, בה הובהר כי ראש הממשלה "לא היה מעורב בהחלטה על העלאת או אי העלאת נושא מינוי פרקליט המדינה לסדר היום בישיבת הממשלה" וכי גם השר לביטחון פנים לא היה מעורב בהחלטה זו. התנועה למען איכות השלטון פנתה וביקשה כי בית המשפט יורה לראש הממשלה לצרף תצהיר לאימות האמור בהודעה זו. אך בהקשר זה מקובלת עליו עמדתו של עו"ד ראבילו בתגובתו לבקשה, לפיה ההודעה המעדכנת מיום 24.2.2021 אינה אלא מענה כתוב לשאלה שנשאל במהלך הדיון וכי בנסיבות אלה אין מקום להורות על הגשת תצהיר בנדון, בנוסף לתצהירו של ראש הממשלה התומך בכתב התשובה.

סוגיית מינויי הבכירים בשירות הציבורי

50. הסוגיה האחרונה אשר לגביה הוצא צו על תנאי נוגעת לצורך "להשלים במהירות הראויה את המינויים של כלל הבכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור ממשלה, וזאת לא יאוחר מהמועד שעליו יצהירו ויאושר על ידי בית המשפט". סוגיה זו שהועלתה במסגרת עתירת האזרחים, נדונה בפני בית משפט זה בעניין הרכבת הממשלה, בו נבחנו הוראות ההסכם הקואליציוני. סעיף 3(ג) לאותו הסכם קבע כי מינויי בכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור הממשלה יוקפאו במהלך "תקופת החירום". בעקבות הערות בית המשפט, הניחו נציגי הסיעות על שולחן הכנסת הבהרה לפיה הקפאת המינויים כאמור בסעיף זה תחול למשך 100 ימים מיום השבעת הממשלה וכי בהסכמה ניתן יהיה להביא מינויים לאישור הממשלה עוד קודם לכן. במסגרת פסק הדין בעניין הרכבת הממשלה צוינה גם הבהרת היועץ המשפטי לממשלה לפיה "תקופת 100 הימים כפופה, כמובן, לכללי המשפט המנהלי, לרבות בעניין הצורך בהפעלת סמכות המינוי במהירות

הראויה בנסיבות העניין ובכלל זאת בשים לב לאופי המשרה שבה מדובר" (שס), פסקה 26). בהתבסס על הבהרות אלה של נציגי הסיעות ושל היועץ, נמנע בית המשפט מהתערבות בהוראה זו בהסכם הקואליציוני, אך הובהר כי ככל שתתעורר סוגיה ספציפית ביחס ליישום ההסכם, "ייבחנו הדברים בשעתם ולגופם" (שס).

51. על אף ההבהרות האמורות נמנעה הממשלה מקיום דיון בשורה ארוכה של מינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי, בין היתר בשל מחלוקות פוליטיות הנוגעות לאי-הקמתו של הצוות הבין-גושי שאמור היה לגבש כללים למינויים לתפקידים בכירים הטעונים אישור ממשלה, בהתאם לסעיף 3(ד) להסכם הקואליציוני (סעיף 126 לכתב התשובה מטעם ראש הממשלה). בעקבות זאת, פנה היועץ המשפטי לממשלה אל ראש הממשלה ואל ראש הממשלה החלופי (ביום 3.11.2020 וביום 10.12.2020) והבהיר כי אי-קידום המינויים האמורים בחלוף חודשים רבים מיום הקמת הממשלה מעורר "קושי משפטי משמעותי". עמדה זו של היועץ אומצה על ידי בית המשפט שקבע אך לאחרונה, במסגרת עתירה שנגעה למינוי מנכ"ל משרד המשפטים, כי "הסכמות או מחלוקות קואליציוניות אינן יכולות לגבור על חובת הממשלה והגורמים המוסמכים לפעול לאיזון משרות בכירות במינוי קבע" (בג"ץ 7180/20 התנועה לטוהר המידות נ' ממשלת ישראל, פסקה 3 (10.12.2020) (להלן: עניין התנועה לטוהר המידות)).

52. בכתב התשובה מטעמו, אשר הוגש טרם התפזרות הכנסת ה-23, חזר היועץ המשפטי לממשלה והבהיר כי החובה המוטלת על הממשלה לפעול במהירות הראויה מחייבת אותה להביא לדיון ללא דיחוי את הצעות המינוי "הבשלות" שהועברו למזכירות הממשלה (סעיף 145 לכתב התשובה מטעמו; רשימת הצעות המינוי פורטה בנספחים א' וב' לכתב התשובה). ואולם, בעיקרי הטיעון מטעם היועץ שהוגשו ביום 16.2.2021 צוין כי בשל התפזרות הכנסת, על כל המשתמע מכך ביחס לחובת האיפוק והריסון החלה על ממשלת המעבר, כל הליך מינוי נבחן עתה לפי נסיבותיו ובהתאם לאיזון בין השיקולים הרלוונטיים לעניין.

53. הצו על תנאי בעתירות שלפנינו הוצא, כזכור, ביום 17.11.2020, טרם התפזרות הכנסת ה-23 ומאז השתנו הנסיבות. כיום מכהנת הממשלה כממשלת מעבר מכוח עקרון רציפות הממשלה המעוגן בסעיף 30 לחוק-יסוד: הממשלה, והיא אינה נהנית מאמון הכנסת. במצב דברים כזה ולנוכח החשש מכבילת ידיה של הממשלה הבאה, נקבע בפסיקה כי על ממשלת מעבר לנהוג איפוק בפעולותיה אלא אם קיים "צורך ציבורי חיוני בעשייה" (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(7) 455, 469 (2001)). בהתאם לכך הבהיר בית המשפט כי, ככלל, יש להימנע ממינויים לתפקידים בכירים בשירות

הציבורי בתקופת כהונתה של ממשלת מעבר (בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 10 (9.1.2020)). עם זאת, הובהר גם כי האיפוק והריסון הנדרשים בתקופת ממשלת מעבר אין משמעם הימנעות מוחלטת מביצוע מינויים בשירות הציבורי, אף אם הם בכירים באופיים, וכי מדובר ב"שאלה של שיקול-דעת, והיא מכילה את הצורך וההכרח במינוי ואת החשש לפגיעה באמון הציבור והחשש ממינוי על בסיס שיקולים לא ענייניים" (בג"ץ 10134/02 אושעיה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(2) 49, 53 (2003)). הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1501 "מינויים בתקופת בחירות", שנקבעה בהתאם לפסיקה זו, נועדה לקבוע אמות מידה המאזנות בין השיקולים שיש לשקול ביחס למינויים של בעלי תפקידים בשירות הציבורי ערב בחירות ועד לכינון ממשלה חדשה. בהנחיה נקבע כי "לעיתים לא יהא מנוס מאיזש משרה או תפקיד במועד זה, ככל שיש באיזש צורך חיוני של ממש אשר אם לא ייענה, ייווצר חלל העלול לפגוע באינטרס ציבורי חשוב". כמו כן הובהר כי "במצבים שבהם ניתן להמשיך בהליך המינוי, יש לקיים את ההליך בלוח-זמנים מהיר ככל הניתן, זאת כדי לוודא כי הרשות פועלת 'במהירות ראויה' בנסיבות ועל מנת להבטיח מתן מענה יעיל לצורך באיזש המשרה".

נשוב ונבהיר, אפוא, כי העובדה שהממשלה המכהנת היא ממשלת מעבר אין בה כדי לגרוע מסמכותה – ומחובתה – למנוע מצב שבו ייפגעו אינטרסים ציבוריים חשובים בשל אי-איושה של משרה מסוימת (בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר, פסקה 10 (26.12.2005); בג"ץ 1004/15 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' השר לביטחון פנים, פסקה 15 (1.4.2015)). בהתאם לכך, אך באחרונה הוצא צו מוחלט שהורה לנקוט בצעדים הנדרשים לקיום דיון בממשלה בנוגע למינוי מנכ"לית הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ויו"ר הוועדה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (בג"ץ 1257/20 הצלחה – לקידום חברה הוגנת נ' שר התקשורת (13.1.2021) (להלן: עניין הצלחה)), וזאת על אף שבמועד מתן הצו כיהנה הממשלה כממשלת מעבר בשל התפזרות הכנסת ה-23.

54. בשים לב לכללים שפורטו לעיל, ברי כי לא ניתן לקבל מצב שבו הממשלה, גם אם היא ממשלת מעבר, מתפרקת באופן מוחלט מחובתה לבצע מינויים בשירות הציבורי. כך למשל, הדגיש בא כוח היועץ בדיון ביום 18.2.2021, כי מינוי ראשי נציגויות רבים מקרב הסגל הדיפלומטי במשרד החוץ ממתין לאישורה של הממשלה. הוא ציין כי רוב המינויים הם למשרות שצפויות להתפנות בעוד מספר חודשים אך דורשות התארגנות מראש, וכי קיימות גם נציגויות שאינן מאוישות כיום או מאוישות על ידי ממלא מקום בלבד, על כל ההשלכות הנובעות מכך. מקובלת עליו עמדת היועץ כי על הממשלה מוטלת החובה לבחון ביחס לכל אחד מהמינויים שהובאו לאישורה אם עליה לדון באותו מינוי בהתחשב בכלליים הייחודיים החלים ביחס לממשלת מעבר, ולקדם ללא דיחוי את

אותם מינויים שהאינטרס הציבורי מחייב את השלמת הדיון בהם כבר עתה. זאת, בשים לב לכללי המשפט המנהלי ובפרט לסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 המעגן את חובתן של רשויות השלטון להפעיל את סמכותן "במהירות הראויה" (ראו: עניין התנועה לטוהר המידות, פסקה 4).

לפיכך אני סבורה כי יש להפוך את הצו על תנאי למוחלט ביחס לחובתה הכללית של הממשלה בכל הנוגע למינוים, במובן זה שייקבע כי על ראש הממשלה ועל ראש הממשלה החלופי מוטלת חובה להשלים במהירות הראויה את מינוי הבכירים בשירות הציבורי, בכפוף לכללים החלים על ממשלת מעבר. בשים לב לסעדים שהתבקשו בעתירות שלפנינו ולנוסח הצו על תנאי, אני סבורה עם זאת כי טענות הנוגעות למינוים 9005/20 מקומן במסגרת עתירות נפרדות (ראו למשל, בג"ץ 8034/20 אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' השר לביטחון פנים (3.12.2020); בג"ץ 9005/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל; עניין התנועה לטוהר המידות; עניין הצלחה).

סוף דבר

55. 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 להפיג את החשש הנובע מהמצב התקדימי והחריג שבו מתנהל הליך פלילי בעניינו של ראש ממשלה מכהן. היועץ המשפטי לממשלה הציג לראש הממשלה טיוטת חוות דעת לצורך עריכת הסדר כאמור עוד ביום 9.7.2020 וקיים עמו לאורך חודשים לא מעטים דין ודברים על מנת להגיע לנוסח מוסכם. לאחר שמוצו מגעים אלה הציג היועץ ביום 2.11.2020 את חוות הדעת הסופית בעניין זה. ראש הממשלה מצידו העלה הסתייגויות הן באשר לסמכותו של היועץ לערוך הסדר כאמור, הן באשר לתוקפה המחייב של חוות הדעת והן באשר להוראות כאלה ואחרות שנכללו בהסדר לגופו. מן הטעמים שפורטו לעיל, אני סבורה כי הטענות שהעלה ראש הממשלה לעניין סמכותו של היועץ ולעניין תוקפה המחייב של חוות דעתו בדבר הסדר ניגוד העניינים, דינן להידחות. יתרה מכך, וכפי שציינתי בפסקה 32, גם אלמלא מסקנה זו, לא היה מקום לקבל טענות אלה של ראש הממשלה במקרה דנן בשל ההצהרות וההתחייבויות שנטל על עצמו בהקשר זה, המקימות כלפיו "מעין השתק שיפוטי" מלהעלות טענות השוללות את סמכות היועץ לערוך את חוות הדעת שערך והכופרות בתוקפה המחייב.

56. אשר על כן, אציע לחבריי להפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן זה שייקבע כי חוות הדעת של היועץ מיום 2.11.2020 הוצאה בסמכות וכי האמור בה מחייב את ראש הממשלה, בכפוף להערות ולהבהרות שבפסקה 43. עוד אציע כי הצו על תנאי יהפוך למוחלט גם במובן זה שייקבע כי על ראש הממשלה ועל ראש הממשלה החלופי מוטלת חובה להשלים במהירות הראויה את מינוי הבכירים בשירות הציבורי, בכפוף לכללים החלים על ממשלת מעבר. מנגד, אני סבורה כי יש לדחות את העתירות ככל שהן נוגעות להחלת הסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה על השר לביטחון פנים.

לבסוף, אציע כי בהינתן התוצאה האמורה נחייב את ראש הממשלה לשאת בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורך דין בסך 7,500 ש"ח, בכל אחת מן העתירות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף, בנסיבות העניין שבפנינו, לפסק דינה הממצה של חברתי הנשיאה א' חיות, והנני מרשה לעצמי להעיר רק מספר הערות.
2. במסגרת הדיון שהתקיים בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: עניין הרכבת הממשלה) נמסר, בין היתר, מטעמו של ראש הממשלה (להלן גם: דוה"מ) וכן מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) כדלקמן:

"כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שיערך עמו, אשר יקבע מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק" (ההדגשה שלי – ח"מ).

אנו רשמנו לפנינו הצהרות אלו בתמצית הנימוקים לפסק הדין, שניתן בתאריך 06.05.2020 בעניין הרכבת הממשלה.

3. נוכח העובדות הנזכרות בפסקה 2 שלעיל – הטענות המאוחרות שהועלו על ידי פרקליטיו של ראש הממשלה, בשמו, לאחר מתן פסק הדין בעניין הרכבת הממשלה, לפיהן היועמ"ש איננו מוסמך כביכול לקבוע את הסדר ניגוד העניינים אותו הפנה לרוה"מ, או שהיועמ"ש עצמו נגוע בניגוד עניינים בטיפולו במכלול (בשים לב לכך שהוא הגיש את כתב האישום נגד ראש הממשלה) – אין להן מקום.

שתי סיבות עיקריות לדבר:

(א) הטענות הועלו רק בדיעבד לאחר שכבר ניתן פסק הדין בעניין הרכבת הממשלה. התנהלות זו נגועה איפוא במניעות ובשיהוי, האמורים לחסום את ההשגות. ראו: בג"ץ 5960/98 שלפוברסקי נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 552, 566 (1999); השוו: רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004); עע"מ 8582/05 מועצה מקומית סאג'ור נ' המרכז לטניס בישראל, פסקה ד' לפסק הדין (13/12/2006); עיינו עוד: יצחק זמיר, הסמכות המנהלית כרך ב, עמ' 1084–1085 (מהדורה שנייה מורחבת – 2011).

(ב) ההלכה מניחה כי: "חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות, מחייבת את הממשלה ורשויותיה – כל עוד בית המשפט לא פסק אחרת" (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (12/10/2008) (להלן: עניין לביא). בספרות היה מי שביקר הלכה זו (ראו: איתן לבונטין, אמת מדומה ואמת כהויתתה, ספר לבונטין, 131 (2013); דניאל פרידמן קץ התמימות עמ' 628–638 (2019)). יחד עם זאת דומה כי לא יהיה מי שיחלוק שהסמכות לקבוע את הסדר ניגוד העניינים שבפנינו – נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה ולו כדי למנוע כניסה של רוח"מ למצב של נבצרות על פי סעיף 20 לחוק-יסוד: הממשלה. הכרזה כזו על נבצרות (כמו הסמכות להגיש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכוח סעיף 17(ג) לחוק-יסוד: הממשלה) – מסורה בלעדית בידי היועמ"ש (ראו: בג"ץ 369/06 עו"ד יוסי פוקס נ' היועץ המשפטי לממשלה (31/01/2006); בג"ץ 6321/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט (04/08/2008), ועיינו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת, פירוש לחוק-יסוד: הממשלה, כרך א, במסגרת הסידרה: פירוש לחוקי היסוד בעריכת יצחק זמיר, עמ' 421 (להלן: שטרית) והאסמכתאות הנזכרות שם). לכן חלה פה דוקטרינת ה-necessity (ההכרח). ביחס לדוקטרינה זו, עיינו והשוו: יגאל מרזל דיני פסלות שופט, עמ' 390–396 (2006).

4. הטעמים לביטול הצו על-תנאי שהוצא כנגד השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, שפורטו בחוות דעתה של חברתי הנשיאה – מקובלים עליי, בכפיפות לסייגים שנזכרו שם.

5. לסיום אעיר כי התיק שלפנינו מדגים שוב את הצורך באימוץ דו"ח הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי האתיקה לחברי הממשלה משנת 2008 (להלן: דו"ח וועדת שמגר), והפיכתו למסמך מחייב. בית משפט זה ציין בעבר שהדבר נדרש לשם ביסוס תרבות שלטונית נאותה (ראו: בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל מפי השופטת (כתוארה אז) א' חיות (13.08.2015); עיינו גם: שטרית, בעמ' 169, 286, 290-308). הערה זו במקומה עומדת. הנה כי כן, אם דו"ח וועדת שמגר היה עכשיו כבר בגדר דין – יתכן ושאלות רבות שמגיעות אלינו היו נחסכות, ועדיין לא מאוחר.

המשנה לנשיאה

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, י"ב בניסן התשפ"א (25.3.2021).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה