

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

**בג"ץ 3056/20
בג"ץ 5920/20**

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

העותרת בבג"ץ 3056/20

יורם יעקבי ו-68 אח'
על ידי ב"כ עוה"ד דפנה הולץ-לכנר
מרח' המעפילים 2, רמת השרון
טל': 077-2040881 ; פקס : 077-2040882

העותרים בבג"ץ 5920/20

נ ג ד

1. היועץ המשפטי לממשלה
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 073-3925590 ; פקס : 02-6467011

2. ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו
על ידי בא כוחו עוה"ד מיכאל ראבילו
ו/או רועי שכטר ו/או אופק ברוק
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל : 02-6490649 ; פקס : 02-6490659
וכן על ידי עורכי הדין אבי הלוי היועץ המשפטי של
תנועת הליכוד ו/או ניבה הלוי
מכנרת (מושבה) ד.נ. עמק הירדן 15105
טל : 04-6709330 ; פקס : 04-6709443

3. כנסת ישראל
על ידי היועץ המשפטי לכנסת
כנסת ישראל, ירושלים
טל : 02-6408638 ; פקס : 02-6753495

4. השר לביטחון פנים
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 073-3925590 ; פקס : 02-6467011

ה מ ש י ב י ם

5. חה"כ בני גנץ – שר הביטחון וראש הממשלה החליפי
על-ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 073-3925590 ; פקס : 02-6467011

המשיב 3 בבג"ץ 5920/20

כתב תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בהתאם לצו על תנאי שניתן ביום 17.11.20, מוגש בזה כתב תשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה ויתר המשיבים המיוצגים באמצעות פרקליטות המדינה.

2. נזכיר, כי הצו על תנאי, אשר תוחם את גדר המחלוקת, מורכב משלושה ראשים נפרדים, שאליהם נתייחס כסדרם.

3. **בראש הראשון של הצו על תנאי**, צוין כדלקמן:

"א. 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 ויתייחסו לטענתו החלופית של המשיב 2 לפיה אין להחיל עליו מגבלות מסוימות הכלולות בחוות הדעת, כמפורט בפרק ג' לתגובת המשיב 2 מיום 6.11.2020."

4. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי חוות דעתו שפורסמה ביום 2.11.20 הוצאה בסמכות, וכי תוקפה הנורמטיבי כלפי המשיב 2 הוא מחייב מכוח הדין (אף ללא קשר להתחייבות שקיבל המשיב 2 על עצמו). זאת, כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת.

על כן, בהתייחס לראש הראשון של הצו-על-תנאי שניתן, היועץ המשפטי לממשלה יטען כי יש ליתן צו מוחלט המורה למשיב 2 לפעול לפי חוות הדעת במלואה, כפועל יוצא של מעמדה המחייב, ובהיעדר עילה להתערבות שיפוטית לגוף המגבלות הפרטניות שנכללו בה.

5. בתשובתו זו, יבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי מתן חוות דעת משפטית בנושא ניגוד עניינים של עובד ציבור, ובכלל זאת של שר בממשלה, היא חלק מסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוות דעתו המשפטית, המבהירה את הדין עבור גורמי הרשות המבצעת. זאת כפועל יוצא ישיר של ההלכה הפסוקה הברורה שלפיה משניתנה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה משפטית היא מחייבת את הרשות הנוגעת בדבר, כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת.

להלן, נרחיב מדוע ההלכה הפסוקה המושרשת הידועה בעניין זה חלה גם בשאלה הקונקרטית של הוצאת חוות דעת בנושא ניגוד עניינים, במישור העיוני וכן במישור המעשי.

במישור העיוני – מדובר בסופו של יום בשאלות משפטיות, הנגזרות מן ההלכה הפסוקה בעניין ניגוד עניינים, ולכן סמכותו – ואף חובתו – של היועץ המשפטי לממשלה היא לחוות דעתו בפני בעל התפקיד.

במישור המעשי – הפרקטיקה ארוכת השנים, המעוגנת בהחלטת ממשלה, בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, בהוראות התקשי"ר (בכל הנוגע לעובדי מדינה) ובשורה ארוכה של הסדרים שנערכו לאורך השנים, היא כי הסדרי ניגוד עניינים לשרים ולעובדי מדינה נקבעים על-ידי היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה בשיתוף בעל התפקיד, אך מעמדם המחייב אינו תלוי ברצונו הטוב של בעל התפקיד.

לגוף חוות הדעת, ובשים לב להסכמה הדיונית שלפיה העניין יתברר בגדרי ההליך דנן, יבהיר היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה כי העניין נשקל בכובד ראש, לרבות לאחר שמיעת טענותיו של המשיב 2, וכי המגבלות שנכללו בחוות הדעת בסופו של יום הן מתחייבות ומידתיות, בשים לב לסיטואציה החריגה של ראש ממשלה שהוא גם נאשם בהליך פלילי מתנהל, ויפרט בהרחבה את הטעמים שעומדים בבסיסן. על בסיס טעמים אלה, יטען היועץ המשפטי לממשלה כי אין עילה לקביעה שיפוטית אחרת בכל אחת מן הסוגיות שנוכרו בפרק ג' לתגובת המשיב 2.

6. **בראש השני של הצו על תנאי**, צוין כדלקמן:

"(ב) 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."

7. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, קיומה של זיקה פוליטית או קרבה מקצועית הדוקה, כשלעצמה, אינה מובילה להרחבת מעגל ניגוד העניינים, שכן **הסדר ניגוד העניינים הוא הסדר אישי**, שחל לאחר שנערכה בחינה פרטנית ביחס לעובד הציבור או נבחר הציבור הנוגע לדבר. לפיכך, אין מקום לקביעה גורפת כי המגבלות החלות על ראש הממשלה יחולו גם על השר לביטחון הפנים (או על חברי ממשלה אחרים המוגדרים כבעלי זיקה אליו), וזאת אך בשל הזיקה האמורה לראש הממשלה. הדברים אמורים ביתר שאת שכן בענייננו אין מדובר בגורם הכפוף לראש הממשלה מבחינה מקצועית, אלא בשר המחויב להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע לפעילות משרדו, ומחובתו לשקול שיקולים ענייניים בלבד ולאזן ביניהם באופן הולם. בנסיבות הקיימות, לא נמצא כי קיימת הצדקה להרחיב את תחולת המגבלות שנקבעו ביחס לראש הממשלה, כך שיחולו גם ביחס לשר לביטחון פנים בנושאים המפורטים בצו על-תנאי.

8. על כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי אין מקום להורות כי חוות הדעת המחייבת את המשיב 2 תחול, בשינויים המחויבים, גם ביחס לסמכויות הנתונות בידי השר לביטחון הפנים, ועל כן דין הראש השני של הצו-על-תנאי שניתן – להתבטל.

9. בראש השלישי של הצו על תנאי, צוין כדלקמן:

"(ג) 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."

10. בהקשר זה, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שגם אומצה לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7180/20 התנועה לטוהר המידות נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 10.12.20), היא כי הסכמות או מחלוקות קואליציוניות, אינן עילה להימנעות מהשלמת המינויים הבכירים הטעונים אישור ממשלה (בפסק דין זה ניתן צו מוחלט בעניין הבאתו של המועמד שהציע שר המשפטים לתפקיד מנכ"ל משרד המשפטים לאישור הממשלה).

ביחס להליכי מינוי בשלבים מתקדמים – קרי: הצעות החלטה הממתינות לפתחה של הממשלה, יטען היועץ המשפטי לממשלה כי על המשיבים 2-3 להביא לדיון במהירות הראויה, בשים לב למכלול נסיבות העניין.

בכל הנוגע למינויים אשר מצויים בשלבים מוקדמים יותר – קרי: טרם הבאת מועמד לאישור הממשלה – הרי שגם בהקשר זה על הגורמים המוסמכים לפעול לקדם הליכי איוש המשרות הבכירות במינויי קבע במהירות הראויה, וטעמים פוליטיים אינם יכולים לשמש עילה להימנע מכך לאורך זמן, ויש בכך כדי להשליך על סבירות ההתנהלות. עם זאת, בהקשר זה ההליך הנוכחי אינו האכסניה המתאימה להושטת צווים, שכן מדובר בהפעלת סמכויות של גורמים רבים אחרים, שאינם בהכרח נמעניו של הצו על תנאי שהוצא. מכל מקום, בהקשר זה התנהלו ומתנהלות עתירות פרטניות, אשר בגדרי אחת מהן אף הוצא צו מוחלט המכוון לשר לביטחון הפנים ביחס לקידום מינוי מפכ"ל למשטרת ישראל.

בצד האמור, ככל שהכנסת תתפזר הלילה בחצות לנוכח הוראת סעיף 36 לחוק-יסוד: הכנסת, יציע היועץ המשפטי לממשלה להגיש הודעה משלימה ביחס להשלכות שינוי נסיבות זה על הסעד בעניין המינויים הטעונים אישור ממשלה.

11. נזכיר, כי הצווים על תנאי שניתנו מגדירים את גדרי המחלוקת, ולכן כתב התשובה יתייחס אליהם, ורק אליהם, ויש לראות את יתר הסעדים שהתבקשו בעתירות – כסעדים שנדחו.

12. להלן תוצג, לשם הנוחות, השתלשלות העניינים הרלוונטית לענייננו, ולאחר מכן יובא המענה לראשי הצווים על תנאי שניתנו.

השתלשלות העניינים

13. ביום 28.1.20 הוגש נגד המשיב 2 כתב אישום המייחס לו עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים.

14. בחודש אפריל 2020 הוגשה לבית המשפט שורה של עתירות שנגעו להטלת הרכבת הממשלה על חבר כנסת שהוגש נגדו כתב אישום ולאפשרות כהונתו של ראש ממשלה תחת כתב אישום, וכן להסכם הקואליציוני שנחתם ביום 20.4.20 בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול לבן (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' ושבע עתירות נוספות (להלן גם: "עתירות הרכבת הממשלה"). העתירות, אשר נשמעו לפני הרכב מורחב של 11 שופטים, נדחו הן ביחס להרכבת הממשלה והן ביחס להסכם הקואליציוני. לעניין הרכבת הממשלה נקבע בפסק הדין (תמצית נימוקים) מיום 6.5.20 כדלקמן:

19. סיכומם של דברים – לא מצאנו כי קיימת עילה משפטית למנוע את הטלת הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו מתוקף סעיף 10 לחוק היסוד. בתוך כך רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (סעיפים 159-160 לכתב התשובה מטעמו) לפיה כהונתו של ח"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 ח"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).

לעניין ההסכם הקואליציוני נקבע בפסק הדין מיום 6.5.20 כדלקמן:

27. לסיכום, מדובר כאמור בהסכם קואליציוני חריג, שחלק מהוראותיו מעוררות קשיים לא מבוטלים. כך לדוגמה, ההסכמות בעניין החוק הנורווגי המדלג, אם יוחלט להוציאן אל הפועל, הן מוקשות ביותר נוכח היותן שינוי רטרואקטיבי של כללי המשחק ושל הזכות לבחור ולהיבחר (השוו: בג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983)). כך גם השחיקה במעמדה של האופוזיציה בישראל. עם זאת, טרם בשלה העת לבחון טענות אלה מן הטעמים שבוארו לעיל.

את הרציונאל שביסוד הטעמים שהובילו אותנו אל המסקנה כי אין להתערב בהוראות ההסכם היטיב לבטא הנשיא מ' שמגר בעניין ולנר באומרו:

"בית המשפט אינו מפעיל סמכויותיו עקב מהותו הערכית של הסדר פוליטי או בשל היעדר האסתטיות שבו, אלא בוחן ישימותם של מבחני הדין לנסיבות נתונות. אף אם יש השגות על הסדרים פוליטיים ואף אם מסתייגים מהם, אין בכך עדיין, על אתר, עילה להתערבותו של בית המשפט. חיים דמוקרטיים מחייבים, כאמור כבר,

פעולה פוליטית-מפלגתית חופשית כחלק מהותי מהם, ובית המשפט נזקק לנושאים אלה רק בהתעורר חשש של פגיעה בחוק או בעקרונות המשטר החוקתי, ואף במקרים אלה אינו ממהר להתערב" (בעמ' 782). "...

15. ביום 13.5.20, לאחר דחייתן של עתירות הרכבת הממשלה ולפני השבעתה של הממשלה ה-35, הוגשה העתירה בבג"ץ 3056/20 ובמסגרתה בקשה לצו ביניים. כב' השופט פוגלמן קבע בהחלטתו ממועד זה כי "לא מצאתי עילה למתן צו הביניים המבוקש, שכן לא תמנע האפשרות למתן סעד אפקטיבי בעתירה, אם ימצא כי קיימת עילה לכך, גם בלא שיינתן הצו האמור"; והמשיבים התבקשו להגיש את תגובותיהם לעתירה.

8. ביום 27.5.20 הגיש המשיב 2 את תגובתו המקדמית לעתירה, במסגרתה טען, בין היתר, כי דין העתירה להידחות על הסף בשל היותה מוקדמת ותיאורטית, וזאת, משום ש"ההליך המנהלי טרם הסתיים, הדבר נמצא בבחינה אצל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים וטרם התקבלה כל החלטה מנהלית אותה ניתן למעשה לתקוף" (סעיף 17 לתגובה). ויוער, כי "הגורמים המקצועיים הרלוונטיים" הם נציגי היועץ המשפטי לממשלה האמונים על התחום, שעיימם עמדו באי כוח המשיב 2 בקשר באותה העת. בתוך כך צוין, כי "העתירה למתן הצו לחתימה על הסדר ניגוד עניינים, כלל אינה ברורה משום שכאמור בגוף העתירה לא קיימת כל מחלוקת בסוגיה המונחת לפתחו של בית-המשפט הנכבד בקשר לעצם החתימה על הסדר ניגוד עניינים"... (ההדגשות לא במקור; סעיף 18 לתגובה).

בהמשך אותה תגובה המשיב 2 אף הזכיר את ההסכמה שניתנה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת עתירות הרכבת הממשלה, כדלקמן:

"19. זאת ועוד, לא למותר להזכיר שוב, כי טענות זהות בעיקרן הועלו בפני בית המשפט הנכבד אך לאחרונה במסגרת בג"ץ הטלת המנדט בפני הרכב מורחב של 11 שופטים. בין היתר, הועלו טענות שונות על ידי עותרים שונים כולל העותרת דנן, כנגד המשיב 2 לפיהן נטען כי הוא עשוי להימצא מתוקף תפקידו כראש ממשלת ישראל במצב של ניגוד עניינים.

20. במהלך יומיים ארוכים של דיונים בפני ההרכב המורחב הנכבד, נבחנה, בין היתר, טענת ניגוד העניינים כנגד המשיב 2. הובהר בפני בית המשפט הנכבד, הן על ידי המשיב 1 והן על ידי המשיב 2, כי עניינו של המשיב 2 אינו שונה מכל ראש ממשלה נבחר אחר וכי הצדדים יפעלו כפי שפועלים נבחר ציבור בדרך כלל. עוד צוין, כי הצדדים מסכימים כי במקרה דנן יבחן החשש לניגוד עניינים וייערך הסדר למניעת ניגוד עניינים כמקובל ובבוא העת" [ההדגשות לא במקור].

16. ביום 9.7.20 הוגשה תגובה מקדמית ובקשה מטעם המשיב 1 (להלן: "**התגובה המקדמית**"). בתגובה המקדמית עדכן המשיב 1 כי ביום 9.7.20, לאחר השלמת טיפול גורמי משרד המשפטים בעריכת חוות דעת למניעת ניגוד עניינים, כמבוקש בעתירה, הועברה טיוטת חוות הדעת לבאי כוחו של המשיב 2.

כפי שכתב בתגובה המקדמית, טיוטת חוות הדעת התייחסה לניגוד העניינים המתעורר בהיבטים הנוגעים למינויים במשטרת ישראל ובתפקידי מערכת אכיפת החוק במשרד המשפטים; בהיבטים הנוגעים למעמדם, למילוי תפקידם ולתקציבם של היועץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה, ואגף החקירות והמודיעין במשטרה, וכן גורמים אחרים במשרד המשפטים בהקשר של מניעת שחיתות וטוהר המידות; בעניינים הנוגעים לוועדה לבחירת שופטים; בהחלטות הנוגעות לעדים ולנאשמים במשפט; בחקיקה הנוגעת לעבירות טוהר המידות או למשפט; ובהחלטות בתחום התקשורת שיש להן זיקה למשפט.

במסגרת התגובה עדכנו המשיבים גם כי באי-כוחו של המשיב 2 התבקשו להעביר הערות או הסתייגויות, ככל שיש להם, ביחס לטיטוט חוות הדעת בתוך עשרה ימים, כאשר לאחר מכן ייבחנו הערותיהם; הזכירו בהקשר זה את שלבי הטיפול בחוות דעת למניעת ניגוד עניינים, כמפורט בסעיפים 4-5 לנוהל טיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים (להלן: "**הנוהל**"); וציינו, כי "**כאמור בסעיף 5 לנוהל, יש לראות בטיטוט חוות הדעת כהנחיה משפטית מחייבת בתקופת הביניים שעד השלמת גיבוש חוות הדעת הסופית**" (ההדגשה הוספה).

עוד נכתב בתגובה כי "בכוונת היועץ המשפטי לממשלה להעביר את חוות הדעת גם לידיעת השרים שהסמכויות הרלוונטיות מצויות בתחומי אחריותם, על מנת ליידעם במגבלות המוטלות על ראש הממשלה בקשר לסמכויותיהם. במסגרת זו יובהר כי בכל מקרה של ספק ביחס לעניין זה, על השרים להיוועץ עם היועץ המשפטי לממשלה"; וכי לכשיגובש נוסחה הסופי של חוות הדעת "גורמי המדינה יפעלו כאמור בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 3.1005 בעניין "מתן פומבי להסדרים למניעת ניגוד עניינים של עובדי מדינה".

17. ביום 13.7.20 ניתנה החלטת כב' השופט פוגלמן כי "העתירה תיקבע לדיון לפני הרכב בחודש ספטמבר שנה זו בהתאם לבקשתו החלופית של המשיב 1, לה מסכימה העותרת" וכי המשיבים 1-2 יגישו תגובה עד 7 ימים עובר לדיון.

18. בהמשך לטיטוט חוות הדעת שהועברה לבאי כוחו של המשיב 2, התנהלה תכתובת בין נציגי היועץ המשפטי לממשלה לבין המשיב 2 (באמצעות ב"כ עו"ד ד"ר יוסי כהן):

ביום 19.7.20 נשלח ליועץ המשפטי לממשלה מכתב מב"כ המשיב 2, עו"ד כהן. במכתב זה הועלו טענות מטענות שונות ביחס לטיוטת חוות הדעת, ובראשית המכתב נטען כי "עיון במכתבך לרבות בחוות דעתה של עוה"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מחייב את המסקנה שאין זה ראוי ואין זה הולם כי היועץ המשפטי לממשלה או מי מהפרקליטים הכפופים לו יהא מעורב בגיבוש הסדר ניגוד העניינים שיחול על ראש הממשלה, וכי יש להעביר את ההכרעה בעניין זה למבקר המדינה או לשופט בדימוס הבקיא בסוגיית ניגוד העניינים, דוגמת כבוד השופט טירקל..." (ראו סעיף 2 למכתב); ובסיומו של המכתב התבקש היועץ המשפטי לממשלה להעביר את הטיפול בעניין למבקר המדינה או לשופט בדימוס שאינם נגועים בניגוד עניינים, ונכתב כי "מכל מקום, מובן כי ראש הממשלה יפעל בכל האמצעים החוקיים העומדים לרשותו כדי למנוע את הפיכת הטיוטה להסדר מחייב, ובכלל זה פנייה לערכאות ולמוסדות המתאימים". מקריאת מכתב זה עולה למעשה הכרה בסמכותו של היועץ המשפטי לגיבוש ההסדר (שאלמלא כן היו הטענות במישור הסמכות ולא במישור המצב הראוי או ההולם לעמדת המשיב 2) ובהיותו של ההסדר שיגובש הסדר מחייב.

ביום 23.7.20 נשלח לעו"ד כהן מכתב תשובה מלשכת היועץ המשפטי לממשלה במסגרתו נמסר כי לאחר בחינת טענותיו של עו"ד כהן, היועץ המשפטי לממשלה "לא מצא כל עילה המונעת ממנו למטפל בהסדר ניגוד העניינים של ראש הממשלה", והסביר כי דין הטענות שעלו במכתבו להידחות, אולם ציין, כי ככל שברצונו להוסיף הערות או השגות ביחס לטיוטת חוות הדעת באפשרותו להעבירן בהקדם ואף לקיים פגישה עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי). עוד הובהר במכתב, למען הסר ספק כי "במצב הדברים הנוכחי ובהיעדר קביעה שיפוטית המורה אחרת, יש לראות בטיטת חוות הדעת שהועברה מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת, על כל המשתמע מכך".

ביום 13.8.20 שלח עו"ד כהן מכתב נוסף בשם המשיב 2, במסגרתו העלה לראשונה טענות בעניין הפרשנות הנכונה, לשיטתו, של סעיף 7 לכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, תשס"ג-2003 (להלן: "כללי אשר" או "הכללים"), וטען, בין היתר, כי טיוטת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה "אינה מחייבת, נעדרת סמכות ונוגדת בעליל את הכללים". בסיומו של המכתב ציין עו"ד כהן כי הוא "דוחה את טיוטת הסכם ניגוד העניינים שהצעת בהיות בלתי סבירה, נעדרת סמכות ונגועה בניגוד עניינים אינהרנטי..."; והודיע כי "ראש הממשלה יפעל כמובן על פי כללי ניגוד העניינים המחייבים, ינסח ויגלה את העניינים שבהם יימנע מלדון עקב כתב האישום, ויפעל לשם מתן הודעה למבקר המדינה, כאמור בסעיף 7(א) לכללים", (ראו סעיפים 14, 16 ו-17 למכתב). עוד צוין כי "ראש הממשלה שומר כמובן על זכותו לפעול בכל האמצעים החוקיים על מנת להגן על זכויותיו" (סעיף 18 למכתב); וכי המשיב 2 מעוניין להביא את טיעונו בעל פה ובאי כוחו מבקשים להיפגש עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) כפי שהוצע (סעיף 19 למכתב).

ביום 17.8.20 נשלח לעו"ד כהן מכתב תשובה נוסף מלשכת היועץ המשפטי לממשלה במסגרתו נכתב, בין היתר, כי טענותיו "לגבי אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע למניעת ניגוד עניינים של שרים אינן מתיישבות עם העמדה שנמסרה בשם מרשך לבית המשפט העליון בבג"ץ 2592/20", וכי אין מדובר בהסדר ניגוד העניינים הראשון הנערך לראש הממשלה. כמו כן הובהר, כי "היועץ המשפטי לממשלה, וכן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) הפועלת מטעמו, מגבשים חוות דעת משפטיות במצבים שבהם עלול להתעורר חשש לניגוד עניינים – בין אם הנושא מתעורר עקב יישום נוהל ספציפי, כגון "כללי אשר" אצל שרים, או הוראות התקשי"ר אצל עובדי מדינה וכדומה – ובין אם הנושא מגיע לשולחנו של היועץ אגב פניה פרטנית או אגב עתירה לבית המשפט או בכל בדרך אחרת", והוסבר על הכלל האוסר על ניגודי עניינים תוך התייחסות לכללי אשר.

צילומי התכתובת מצורפים ומסומנים מש/1.

19. ביום 24.8.20 התקיימה ישיבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) וגורמים נוספים מהיועץ המשפטי לממשלה עם באי כוחו של המשיב 2.
20. במקביל, ביום 24.8.20 הוגשה העתירה בבג"ץ 5920/20.
21. ביום 16.9.20, נשלח לבאי כוחו של המשיב 2 נוסח מעודכן של חוות הדעת, תוך שניתנה להם אפשרות להעביר הערות אחרונות בעניינה עד למחרת.
22. בסופו של דבר, לאור הצטברות הנסיבות החריגות, כפי שפורטו ב"בבקשה מטעם ראש הממשלה לדחיית מועד דיון ומתן ארכה להגשת תשובתו לעתירות" מיום 23.9.20, ביקשו באי כוחו של ראש הממשלה זמן קצר נוסף לצורך מיצוי המגעים, והתבקשה כאמור דחיית הדיון לאחר חג הסוכות.
23. ביום 24.9.20 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד, כדלקמן:

"1. הדיון בעתירות הקבוע ליום שלישי הקרוב, 29.9.2020, יידחה וייקבע מחדש במהלך המחצית הראשונה של חודש נובמבר 2020.

2. רשמנו לפנינו את הודעת המשיב 2 בעתירות לפיה "יפעל לפי האמור בטיוטת חוות הדעת ששלח אליו היועץ המשפטי לממשלה ביום 16.9.2020" (סעיף 6 לבקשת המשיב 2 לדחיית מועד הדיון). זאת עד למועד הדיון בעתירות ועד שבית המשפט ייתן דעתו לסוגיה. כמו כן, רשמנו לפנינו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפיה "טיוטת חוות הדעת היא הנחיה משפטית מחייבת בתקופת הביניים שעד השלמת גיבוש חוות הדעת הסופית" (סעיף 8 לבקשה).

3. התגובות המקדמיות לעתירות יוגשו עד 7 ימים לפני המועד הנדחה שייקבע."

24. ביום 2.11.20, לאחר שיג ושיח נוסף שהתקיים בין היועץ המשפטי לממשלה ובין באי כוחו של המשיב 2, נשלח אליהם מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה, אליו צורפה חוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי), ובכך הושלמה חוות הדעת.

חוות הדעת גם פורסמה באתר האינטרנט של משרד המשפטים כמקובל. קישור לאתר האינטרנט של המשרד: <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/02-11-20/he/02-11-20.pdf>

צילום מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה וחוות דעתה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) מצורפים ומסומנים מש/2.

25. בסמוך לשליחתה של חוות הדעת הסופית לבאי כוחו של המשיב 2 ופרסומה ברבים, נשלחה חוות הדעת גם לידיעת השרים שסמכויות רלוונטיות מצויות בתחומי אחריותם (השר לביטחון הפנים, שר המשפטים ושר התקשורת), על מנת ליידעם במגבלות המוטלות על ראש הממשלה בקשר לסמכויותיהם. במכתבים אלה הובהר, כי על השר להימנע מלעמוד בקשר עם המשיב 2, או כל אדם מטעמו, בהתייחס לנושאים שבהם הוא מנוע מלעסוק. כמו כן, הובהר להם כי בכל מקרה של ספק ביחס לעניין זה, על השרים להיוועץ עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי).

כפי שגם עלה בדיון שהתקיים בבית המשפט הנכבד, באי כוחו של המשיב 2 מסרו לנציגי היועץ המשפטי לממשלה במסגרת השיח שהתנהל, כי בכוונתו של המשיב 2 להעביר את הסמכויות בנושאים שבהם הוא מנוע מלעסוק, אל השר אמיר אוחנה, המשיב 4, למעט הנושאים בתחום התקשורת שיועברו לשר דודי אמסלם. לפיכך, הובהר במכתב שמוען אל השר אוחנה, כי המגבלות האמורות רלוונטיות באותה המידה ביחס להחלטות שיידרש השר לקבל במקומו של ראש הממשלה.

צילומי מכתבי היועץ המשפטי לממשלה לשרי המשפטים, ביטחון הפנים והתקשורת מצורפים ומסומנים מש/3.

26. אשר לחוות הדעת הכללית, הנערכת לכל אחד מחברי הממשלה בהתבסס על שאלון לאיתור חשש לניגוד עניינים, נזכיר כי בהתאם לנוהל, הועבר למשיב 2 השאלון האמור ביום 19.5.20, והתקיימה פגישה של באי-כוח המשיב 2 עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי) באמצע יוני 2020. בהקשר זה נעדין, כי ביום 3.11.20 התקבל השאלון מב"כ המשיב 2, וחוות דעת מתאימה בנוגע לפרטים שנמסרו בשאלון מצויה בשלבי גיבוש.

27. להשלמת התמונה נזכיר, כי ביום 17.8.20 הגישה העותרת בבג"ץ 3056/20 "בקשה להוספת משיב ולמתן צו ביניים בעתירה", במסגרתה ביקשה "לצרף את השר לביטחון הפנים, מר אמיר אוחנה, כמשיב 4 לעתירה" ו"ליתן צו ביניים המורה למשיב 2 ולשר לביטחון הפנים להימנע מקבלת כל החלטה על מינוי גורמים בכירים במערכת אכיפת החוק, לרבות מפכ"ל המשטרה, עד אשר תתברר ותוכרע עתירה זו". ביום 26.8.20 ניתנה החלטת כב' השופט פוגלמן כדלקמן:

1. לאחר עיון בנימוקי הבקשה ובתגובות המשיבים, אני נעתר לבקשה לצירוף צד ומורה על צירופו של השר לביטחון פנים כמשיב לעתירה.

2. רשמתי לפניי את הודעת המשיב 2, שלפיה למען הנראות הציבורית, ומבלי לגרוע מטענותיו, לא יעסוק במינוי יועץ משפטי לממשלה, פרקליט מדינה ומפכ"ל משטרה. רשמתי לפניי בנוסף את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שלפיה על המשיב 2 להימנע מלטפל, במישרין או בעקיפין, בכל עניין הנוגע למינויים ולהליכי מינויים במשטרת ישראל. משכך, לא נדרש, בשלב זה, ליתן צו אופרטיבי.

3. לעת הזו לא יינתן צו הביניים המבוקש המכוון לשר לביטחון פנים, נוכח טעמי מאזן הנוחות ובלי להידרש לגופה של המחלוקת בעניין זה. זאת בשים לב לכך שמדובר בהליך רב שלבי שטרם החל, וטעון בין היתר בדיקה של הוועדה לבדיקת מינויים בכירים (בראשות השופט (בדימוס) א' גולדברג), ולכך שהחלטת המינוי אינה בלתי הפיכה ותוכל לעמוד לביקורת שיפוטית, ככל שתהיה עילה לכך.

הבקשה למתן צו ביניים נדחית אפוא."

28. ביום 5.11.20 הגישו המשיבים המיוצגים על-ידי פרקליטות המדינה תגובה מטעמם לקראת הדיון בעתירות, בה הובהר כי לנוכח ההתפתחויות מאז הגשת העתירות, ובראשן העברת חוות דעת סופית למניעת ניגוד עניינים למשיב 2 ופרסומה, הפכו העתירות לבלתי אקטואליות במתכונת בה הוגשו, ודינם של מרבית הסעדים המבוקשים בהן להימחק.

29. בעקבות הגשת תגובת המשיבים ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד, לפיה "נוכח האמור בסעיף 4 לתגובת המשיבים מיום 5.11.2020, יגישו העותרים עד ליום 8.11.2020 בשעה 15:00 הודעה מעדכנת ובה יתייחסו לשאלה אם, ואם כן – אילו השלכות יש לפרסום חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 2.11.2020, על העתירות שבפנינו".

30. ביני לביני, הגיש המשיב 2 תגובה מטעמו לעתירות, במסגרתה חלק על סמכות היועץ המשפטי לממשלה ליתן חוות דעת מחייבת בנושא ניגוד העניינים. בהמשך מסר המשיב 2 כי הוא מוכן, "בשל הנראות הציבורית", ליטול על עצמו מגבלות מסוימות, אשר פורטו בפרק ג' לתגובתו, אך טען כי אין מקום להרחיב את המגבלות מעבר לכך.

31. ביום 8.11.20 הגיש היועץ המשפטי לממשלה בקשה להגשת הודעה משלימה מטעמו, והבהיר כי ככל שהמשיב 2 אינו מקבל את חוות הדעת המחייבת, על פרטיה, לא ניתן לומר שהעתירות אינן אקטואליות, ונראה שיש צורך בהמשך בירורן. ביום 10.11.20 הוגשה הודעה משלימה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, במסגרתה נטען כי עמדתו המסתוייגת של המשיב 2 מחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לכאורה אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו כפי שנמסרה בעבר לבית המשפט הנכבד – הן במסגרת עתירות הרכבת הממשלה, הן במסגרת ההליך דנן. לפיכך, טען היועץ המשפטי לממשלה כי יש טעם לפגם, בלשון המעטה, בהעלאת הסתייגויות כאמור על-ידי המשיב 2 באותה העת, וזאת בפרט לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעתירות הרכבת הממשלה, שבו נרשמה הצהרת הצדדים, בכתובים ובעל פה, כי למשיב 2 ייערך הסדר ניגוד עניינים לתקופת כהונתו כראש ממשלה. אשר לטענותיו הכלליות של המשיב 2 ביחס למעמדה המחייב של חוות הדעת היועץ המשפטי לממשלה, הובהר כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין מניעת ניגוד עניינים היא חוות דעת משפטית אשר מחייבת את כל זרועותיה של הרשות המבצעת ומשקפת מבחינתן את החוק הקיים, בדומה לחוות דעתו המשפטית בסוגיות אחרות, וכי אין בטענות המשיב 2 כדי לסתור מוסכמה רבת שנים זו, הנטועה היטב בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כמו גם בשגרת העשייה המשפטית של נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה ברשויות המדינה השונות. בנוסף, היועץ המשפטי לממשלה התייחס באופן קונקרטי לסוגיות שביחס אליהן הביע המשיב 2 את הסתייגותו מן המגבלות שפורטו בחוות הדעת, תוך שהובהר כי הסדר ניגוד העניינים שנקבע בחוות הדעת משקף את הדין ונותן מענה ראוי לקשיים המפורטים בחוות הדעת במישור ניגוד העניינים – קשיים שעלו גם במסגרת עתירות הרכבת הממשלה.
32. ביום 12.11.20, התקיים דיון בעתירות. בעקבות הדיון, ניתן ביום 17.11.20 צו על תנאי כמפורט ברישה.
33. לשלמות התמונה יצוין כי ביום 3.11.20 פנתה העותרת בבג"ץ 3056/20 ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה כי טיוטת חוות הדעת הראשונה שנשלחה לראש הממשלה ביום 9.7.20 תפורסם, בטענה שקיימים פערים משמעותיים בין הטיוטה הראשונה לבין חוות הדעת שפורסמה ביום 2.11.20. ביום 10.12.20 ניתן מענה לפנייה מטעם מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי). בפתח הדברים הובהר כי פרסום הטיוטה נזכר כדרישה בכתבי הטענות שהוגשו מטעם העותרת בבג"ץ 3056/20, ואף הופיע כאחד הסעדים בבג"ץ 5920/20. בית המשפט הנכבד לא ראה להיעתר לדרישה זו, הגם שזו הוצגה כאמור במפורש, והצו על תנאי שניתן בעתירות לא התייחס לפרסום הטיוטה. מכאן שדרישה זו נדחתה במשתמע. על אף האמור ולמען הסדר הטוב, הוסבר כי במסגרת תהליך גיבוש הסדר ניגוד עניינים היועץ המשפטי הרלוונטי מקיים שיח עם עובד הציבור או נבחר הציבור הנוגע בדבר (או מי מטעמו), בכדי להבהיר את מלוא התמונה העובדתית. ככלל, שיח בין נציגי היועץ המשפטי לממשלה לבין השרים לגבי הסדרי ניגוד עניינים כרוך בהבעת עמדות מקדמיות, ובניסיון הדדי לשכנע ולהבהיר את הטעמים העומדים ביסוד קבלת ההחלטה ואת המסקנות שיש לגזור מהן. טיוטת חוות הדעת אינה משקפת עמדה

משפטית מוגמרת, אלא עמדה מקדמית, המצריכה בירור. לצד זאת, הובהר כי השיח אינו בבחינת משא ומתן, ואינו כולל "פשרות" ביחס לעמדה משפטית "אותנטית", כביכול, אלא שיח פתוח לגבי היקף החשש לניגוד עניינים ולגבי הצעדים שניתן לנקוט כדי לנטרל אותו. על פי רוב, במקרים של מחלוקת, השיח מחדד את הגבולות ומסייע לדייק את הקביעה המשפטית המחייבת שתבוא לידי ביטוי בחוות הדעת הסופית. צוין כי אף חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, הכיר בחשיבות קיומו של שיח פתוח וחופשי לשם גיבושן המיטבי של עמדות או החלטות. בהתאם, נקבע בסעיף 9(ב)4 לחוק כי רשות אינה חייבת למסור מידע החושף דיונים פנימיים, התייעצויות, טיוטות והמלצות. מאותם טעמים, לא נמצא מקום לפרסם את הטיוטה בעניינו של ראש הממשלה. למען הסדר הטוב, צוין כי הטיוטה עסקה באותן סוגיות בהן עוסקת חוות הדעת הסופית.

צילום המענה מיום 10.12.20 מצורף ומסומן מש/4.

34. עוד יצוין, כי ביום 17.12.20, נעתרה כב' הנשיאה לבקשת ארכה מטעם המשיב 2 להגשת תשובתו לעתירות עד ליום 7.1.20, וזאת "נוכח הנסיבות המתוארות בבקשה ובעיקר בשים לב לאמור בסעיף 6 לבקשה". בסעיף 6 הנ"ל לבקשתו, ציין המשיב 2 כי "מבלי לגרוע מטענותיו [...] ובכלל זה הטענה שהוא לא מחוייב להסדר ניגוד העניינים האמור, ותוך שמירה מלאה על זכויותיו, ראש הממשלה, למען הנראות הציבורית, יפעל לפי האמור בחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 2.11.2020 וזאת עד לדיון בעתירות, בכפוף לכך שבעניין החלטות הנוגעות לעדים ונאשמים אחרים במשפט, ימנע ראש הממשלה ממעורבות באותו נושא בתנאי שידע בפועל ומראש שעניינו של אותו נאשם נדון באחד משרדי הממשלה".

35. כמו כן יצוין כי ביום 18.12.20 הוגשה "בקשה דחופה למתן צו ארעי וצו ביניים" מטעם העותרים בבג"ץ 5920/20, שבה ביקשו למנוע מהמשיב 2 לעסוק במסגרת משא ומתן קואליציוני המתנהל בימים אלה, במישרין או בעקיפין, בסוגיות הכרוכות במינוי פרקליט המדינה, יועץ משפטי לממשלה וכן בשינוי דרך מינויים של שופטי בית המשפט העליון. בבקשה נטען, כי עיסוק זה מנוגד להסדר ניגוד העניינים וכן להתחייבות שנטל על עצמו המשיב 2 מול בית המשפט הנכבד. בקשה דומה הוגשה על-ידי העותרת בבג"ץ 3056/20 ביום 20.12.20. בהתאם להחלטות ההרכב הנכבד מיום 20.2.20, לא ניתן צו ארעי, והתבקשה תגובת המשיבים לשתי הבקשות עד ליום 24.12.20.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

36. להלן תפורט עמדת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לשלושת ראשי הצווים על תנאי שניתנו. נזכיר, כי הצווים על תנאי שניתנו מגדירים את גדר המחלוקת, ולכן כתב התשובה יתייחס אליהם, ורק אליהם, ויש לראות את יתר הסעדים שהתבקשו בעתירות – כסעדים שנדחו.

נתייחס לדברים כסדרם.

א. הראש הראשון של הצו על תנאי – מעמד חוות הדעת ובחינת המגבלות שנקבעו במסגרתה

37. הראש הראשון של הצו על תנאי קובע כדלקמן:

"א. 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 ויתייחסו לטענתו החלופית של המשיב 2 לפיה אין להחיל עליו מגבלות מסויימות הכלולות בחוות הדעת, כמפורט בפרק ג' לתגובת המשיב 2 מיום 6.11.2020."

38. כעולה מניסוחו של הראש הראשון של הצו על תנאי שלובים בו שני היבטים: האחד, שמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוות דעתו בעניין המצבים בהם יימצא שר או ראש הממשלה במצב של ניגוד עניינים; והשני, תוקפה הנורמטיבי של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, והאם מדובר בחוות דעת מחייבת כל עוד לא קבע בית המשפט המוסמך אחרת.

כפי שיפורט להלן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי חוות דעתו שפורסמה ביום 2.11.2020 הוצאה בסמכות, וכי תוקפה הנורמטיבית כלפי המשיב 2 הוא מחייב מכוח הדין (אף ללא קשר להתחייבות שהמשיב 2 קיבל על עצמו), כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת.

1.א. חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה הוצאה בסמכות:

1.א.א. ניגוד עניינים – מקורו של הכלל ומאפייניו:

39. כפי שמציין זמיר במאמרו "ניגוד עניינים בשירות הציבורי"¹, "לכלל בדבר ניגוד עניינים יש שורשים עמוקים. יש לו שורשים גם במשפט העברי. אך שורשיו, כפי שהוא נוהג במשפט ישראל, נעוצים במשפט האנגלי. במשפט האנגלי הוא נקרא מלכתחילה ועד היום 'הכלל נגד משוא פנים' (rule against bias). הוא נחשב שם אחד מכללי הצדק הטבעי (rules of natural justice). משמע, מדובר בכלל בסיסי עד כדי כך שאפשר לייחס אותו לחוש הצדק הטבעי של כל אדם. מדובר אם כך בכלל שיש לו אופי אוניברסלי [ההדגשות הוספו]".

40. בפסק הדין בבג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566, 572 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד), כב' השופט (כתוארו אז) ברק, הרחיב והבהיר כלל זה, בקובעו (בדעת הרוב) כדלקמן:

"2. כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה. על-פי כללי הצדק הטבעי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת [...]

4. כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה, הם המביאים לגיבושו של הכלל, כי עובד ציבור אסור לו להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין האינטרס הקשור בביצוע סמכותו וכוחו, לבין אינטרס אחר כלשהו שאף עמו הוא קשור"

בהמשך פסק הדין קבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק כי הכלל ביחס לניגוד עניינים הוא **עיקרון מהותי במשפט הציבורי, וכי ההוראות החקוקות הן בית קיבול לעיקרון האוסר על הימצאות במצב של חשש לניגוד עניינים, אך אין הוא מתמצה בהן:**

"5. ראינו שבמשפט הישראלי מוכר העיקרון כי אסור לו לעובד ציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים בין תפקידו הציבורי לבין אינטרס אחר – בין אינטרס פרטי של עובד הציבור ובין אינטרס ציבורי אחר עליו הוא מופקד. עיקרון זה מוצא את ביטויו במספר רב של הוראות חקוקות, המפוזרות בחוקי המדינה (ראה, למשל, סעיף 120(6) לפקודת העיריות [נוסח חדש]: סעיף 13 לחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954; סעיף 7 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], תשי"ח-1958; סעיף 8 לחוק שכר חברי הכנסת, תש"ט-1949). **הוראות אלה הן בית קיבול לעיקרון האמור, אך אין העיקרון**

¹ ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225, 226-227 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמיצר עורכים, 2009)

מתמצה בהן. העיקרון בדבר ניגוד עניינים הוא **"חלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל"** שנוצר ונתגבש בפסיקתו של בית-משפט זה. לעיתים הוא **לובש צורה של כלל פרשנות**, לפיו חזקה על המחוקק, שהעניק סמכות לעובד ציבור, כי כוונתו החקיקתית היא כי הסמכות האמורה לא תופעל תוך הימצאות במצב של ניגוד עניינים [...] אך אין העיקרון בדבר ניגוד עניינים מתמצה בכלל פרשנות בלבד. זהו **עיקרון מהותי, המהווה חלק מהמשפט הציבורי**, ואשר ממנו נגזרות זכויות הפרט מזה וסמכויות השלטון מזה. (ראה שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה", הפרקליט, כרך לא, 66, 42). **עיקרון מהותי זה, יש והוא מוצא ביטוי בדבר חקיקה זה או אחר, ויש ודבר חקיקה אינו מזכירו. שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להצביע על העדרו של הכלל, שכן קיומו אינו מותנה בהוראה חקוקה** (השווה בג"ץ 290/65 זאב אלתגר נ' ראש העירייה (א' קריניצי) ועירית רמת-גן, פ"ד כ(1), 29, 33). זאת ועוד: **שתיקתו של המחוקק אין בה כדי להוות הסדר שלילי לגבי תחולת העיקרון של ניגוד העניינים**, שכן שתיקתו של המחוקק מוסברת על בסיס קיומו של הכלל מכוח יצירתו של בית-משפט זה" (ההדגשות הוספו)

וראו גם את פסק הדין בבג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים פ"ד מד(1) 409 (1.2.90, להלן: "עניין שמעון"), בו קבע כב' השופט (כתוארו אז) ברק כדלקמן:

3. עקרון יסוד הוא, כי מי שפועל למען אינטרס של אחר, חייב להימנע מניגוד בין אותו אינטרס לבין אינטרס שלו עצמו או אינטרס אחר כלשהו. זהו העיקרון בדבר האיסור על ניגוד עניינים. תחילתו של עיקרון זה כעניין מוסרי שבין האדם לבין עצמו. לימים הוא הפך - **מכוח הקונסנסוס החברתי העומד ביסודו - כעניין של משפט החל ביחסים שבין אדם לבין זולתו** (ראה י' זמיר, "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 250). **בישראל הכירו בתי המשפט בשורה ארוכה של פסקי-דין, כי העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט.** הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד. בתחומי המשפט הציבורי הוא חל על בעלי תפקידים פוליטיים ומינהליים כאחד. הוא חל על מבצעי פונקציות שיפוטיות, חקיקתיות ומינהליות גם יחד (ראה: בג"צ 531/79; בג"צ 9/82; בג"צ 35/82; בג"צ 244/86). ביטוי לעיקרון זה בתחומי המשפט הציבורי נמצא במספר רב של חוקים, הקובעים הסדרים מפורשים הבאים למנוע ניגוד עניינים. עם זאת, **אין העיקרון של ניגוד עניינים מתמצה אך בהוראות החוק החרות. זהו עקרון יסוד, המצוי בהיכלם של עקרונות היסוד של השיטה. ממנו נגזרות הוראות חרותות. על פיו מתפרשות הוראות אלה. ממנו נגזרות הלכות שיפוטיות - "משפט מקובל נוסח ישראל" - באשר לניגוד עניינים בתחומים שהחקיקה אינה מכסה. באמצעותו יתפתח המשפט וינתן פתרון ראוי לבעיות של ניגוד עניינים שהחיים יעוררו במרוצת השנים..."** (ההדגשות הוספו)

41. בין מאפייניו המרכזיים של הכלל בדבר איסור על ניגוד עניינים יוזכרו המאפיינים הבאים²:

- המדובר בכלל הצופה פני עתיד שביסודו הוא **מניעתני**. איסור ניגוד העניינים חל על בעל התפקיד ברגע שמתעוררת סיטואציה שבה העניין שבעל התפקיד עוסק בו כרוך באינטרס שנוגע אליו באופן אישי, ומתעורר צורך לתת לכך מענה, כאשר ככלל, יהיה עליו להימנע מלטפל באותו עניין. הרציונל הוא כי עצם הימצאותו של אדם במצב בו שיקול דעתו עלול להיות מוטא - מהווה הפרה של הכלל, וזאת במנותק משאלת תוצאות הטיית שיקול הדעת, אם כלל הייתה כזו. במקרים רבים ניתן לצפות מראש את האפשרות שסיטואציה מהסוג האמור תתעורר, כאשר האינטרסים האישיים והמוסדיים שיש לבעל תפקיד ידועים מראש; ובהתאם, התגבשה בשירות המדינה פרקטיקה מקובלת של עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים מראש (אליה נתייחס להלן).
- תחולתו של הכלל **רחבה** מאוד, הוא חל על כלל עובדי המגזר הציבורי, לרבות ממלאי תפקידים שיפוטיים, מעין שיפוטיים, בעלי תפקידים בחברות ממשלתיות, ברשויות מקומיות, בחברות ציבוריות, בוועדות מייעצות וככלל, על כל מי שממלא תפקיד ציבורי גם אם איננו עובד ציבור. נוסף על כך, הכלל לא חל רק על אינטרסים כספיים, אלא גם על אינטרסים אישיים אחרים, וגם על אינטרסים פוליטיים ואינטרסים מוסדיים.
- השאלה האם בעל תפקיד מסוים מצוי בניגוד עניינים נבחנת **מנקודת מבט אובייקטיבית**: האם בנסיבות העומדות על הפרק עשוי להתעורר חשש לניגוד עניינים; ככלל, אין מקום להתחשב בשיקולים סובייקטיביים אודות החשיבות שבעל התפקיד מייחס באופן אישי לעניין הפרסונלי או למידת היושרה שבה הוא צפוי למלא את תפקידו, בהתחשב בתפיסותיו הפרטיות ובעולמו הפנימי. הפסיקה השתיתה את המבחן לקיומו של חשש לניגוד עניינים על מבחן הסתברותי, של 'אפשרות ממשית' או 'חשש סביר' לניגוד עניינים. בהקשר זה ראו גם את מאמרו של פרופ' יובל פלדמן "הפסיכולוגיה של ניגודי עניינים" (בתוך: ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 62 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2010)) אשר מתייחס בין היתר לכך שיש טעם רב בשימוש במבחן האובייקטיבי בפסיקה שכן מסקירת הספרות הרלוונטית עולה כי "אנשים מפריזים ביכולתם שלא להיות מושפעים מניגוד עניינים, והם אף מתקשים לזהות מצבים שבהם הם נמצאים בניגוד עניינים" (עמ' 64), וקיימים מחקרים המראים "שהאדם עצמו מוטה לסבור שהשפעת האינטרס העצמי על התנהגותו פחותה מכפי שהיא בפועל" (עמ' 71-70).

2 ראו בהקשר זה, פרק ב' לדו"ח הצוות לחשיבה מחודשת בהיבטי ניגוד עניינים, https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/12082018_3

42. מאפיין נוסף של סוגיית ניגוד העניינים - אליו התייחס היועץ המשפטי לממשלה בהודעה המשלימה מיום 10.11.20 ואליו יתייחס להלן - הוא היותה של סוגיית ניגוד העניינים סוגיה משפטית שיש לבחון ולקבל בעניינה החלטות בהתאם לאמות מידה משפטיות.

א.1.ב. סוגיית ניגוד העניינים היא סוגיה משפטית

43. ליועץ המשפטי לממשלה נתונה הסמכות לחוות דעתו בעניין המצבים בהם ימצא שר או ראש הממשלה במצב של ניגוד עניינים, שכן מדובר בשאלה משפטית מובהקת. הקביעה בדבר קיומו של "ניגוד עניינים" אסור, היא תוצאה של בחינה משפטית הנסמכת בין היתר על המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית" או "חשש סביר" לניגוד עניינים; ואף הפתרון שמיועד לסייע בנטרול ניגוד העניינים, מגובש בהתאם לאמות מידה משפטיות. משכך, ההכרעה בשאלות משפטיות אלו אינה יכולה להתבסס על שיקול דעתו האישי של בעל התפקיד, אלא עליה להינתן לאחר בחינה בהתאם לאמות המידה המשפטיות, ובשים לב להלכה הפסוקה בעניין ניגוד עניינים.

44. במצב דברים זה, מעבר לכך שהיועץ המשפטי לממשלה מוסמך לחוות דעתו בנושא ניגוד עניינים של שר או ראש ממשלה, הרי שלאור אופייה המשפטי המובהק של שאלה זו – גיבוש חוות דעתו לגביה חיוני ונדרש, ובמידת הצורך יוכל להידון אף בבית המשפט.

45. במישור העיוני, כפי שציינה המלומדת ט' שפינץ בספרה "ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה" (2013) "הכלל בדבר ניגוד עניינים אינו רק עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו. מדובר בכלל משפטי ולכן טבעי שמשפטנים יעסקו בו וישמשו תדיר כעורכי-הסדרים. היועץ המשפטי של כל גוף מעורב באופן שוטף בנושא של ניגוד עניינים" (עמ' 522; ההדגשות לא במקור).

וראו גם את דבריו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעניין שמעון אשר צוטטו לעיל לפיהם "העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט".

46. אף באשר לשאלת קיומו של "עניין אישי" לפי סעיף 7(א) לכללי אשר – גם לו ניתן היה לקבל את הטענה העקרונית כי קיומו של "עניין אישי" הוא עניין עובדתי שמשקף את עמדתו של השר הנוגע בדבר; הרי שאין בכך כדי לגרוע מסמכותו ואחריותו של היועץ המשפטי לממשלה לבחון את העניין מבחינה משפטית, ולקבוע אם בהתאם לאמות המידה המשפטיות, קיים בהקשר מסוים "עניין אישי".

47. אף **במישור המעשי** – הפרקטיקה המקובלת הנהוגה מזה שנים ארוכות – על רקע המאפיינים והרציונלים שפורטו לעיל – היא כי הסדרים למניעת ניגוד עניינים נערכים מראש, בכדי "למנוע את הרע בטרם ארע" (עניין סיעת הליכוד, פסקה 4 לפסק הדין), על ידי **היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה** ביחס לעובדי מדינה ועל ידי **היועץ המשפטי לממשלה** ביחס לשרים, לרבות ראש הממשלה, וכן ביחס לסגני השרים.

בהסדרים אלו, מפורטים העניינים האישיים הרלוונטיים והכללים שיש להחיל על בעל התפקיד בעת מילוי תפקידו על מנת לנטרל את החשש לניגוד עניינים.

48. ההסדרים למניעת ניגוד עניינים משרתים הן את בעל התפקיד, הן את הרשות המינהלית והן את האינטרס הציבורי הרחב. הם מגדירים מראש את גבולות החשש לניגוד עניינים, ובכך עשויים למנוע תקלות שיסודן באי הבנה של כללי ניגוד העניינים, ולאפשר לבעל התפקיד לפעול באופן חופשי בנסיבות שנקבע מראש כי לא מתעורר בהן חשש לניגוד עניינים המצדיק הימנעות מעיסוק. בנוסף, הסדרי ניגוד עניינים מאפשרים לבעלי תפקידים אחרים שההסדר משליך עליהם, לפעול באופן מתואם ובהתאם למנגנון שנקבע בהסדר, ומאפשר לגופי בקרה לבדוק אם בעל התפקיד עומד בהסדר שנקבע לו.

49. בכל הנוגע **לעובדי מדינה**, הפרקטיקה של עריכת הסדרים מעוגנת בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1555 "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות המדינה" (להלן: "הנחיית היועץ" או "ההנחיה") ובהוראות פרק משנה 13.6 לתקנון שירות המדינה (להלן: "התקשי"ר). בתמצית, על אדם שנבחר לכהן כעובד מדינה, בסוגי משרות שנקבעו בתקשי"ר, למלא שאלון לאיתור חשש ניגוד עניינים, וככל שהיועץ המשפטי של המשרד רואה בכך צורך, לחתום על הסדר ניגוד עניינים מתאים, כאשר ההנחיה מפרטת גם סוגי פתרונות שעשויים לסייע בנטרול חשש לניגוד עניינים. בסעיף 13.611(ב) לתקשי"ר נקבע כי "ככלל, בחינת שאלת ניגוד העניינים וגיבוש פתרונה ייעשו בהתאם להנחיה מספר 1.1555 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה";

יוער, כי ביחס לעובדי מדינה ההליך האמור נדרש להתבצע לפני תחילת מילוי התפקיד בפועל וכתנאי לקליטת בעל התפקיד במשרה (בכך שונה ההסדר ביחס לעובדי מדינה מזה של נבחר ציבור, אולם אין בכך כדי לשנות לעניין מעורבות היועצים המשפטיים בחיווי דעתם בעניין זה).

50. כפי שניתן ללמוד מהנחיית היועץ ומהוראות התקשי"ר, לנוכח הצורך לבחון את ניגודי העניינים הפוטנציאליים בהתאם לאמות מידה משפטיות ולגבש הסדרים מתאימים, **מעורבותם של היועצים המשפטיים בזיהוי ניגודי העניינים הפוטנציאליים ובגיבוש ההסדרים, עוברת לאורכם כחוט השני.**

כך, בסעיף 9 להנחיה נקבע כי "הסדר למניעת ניגוד עניינים נערך על ידי היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי או היחידה הממשלתית הנוגעים בדבר, בשיתוף עם המועמד. במידת הצורך, יערב היועץ המשפטי בעריכת ההסדר את נציבות שירות המדינה ואת היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך"; בסעיף 10 להנחיה נכתב כי "מן הראוי שמינוי המועמד לתפקיד, חתימת חוזה העסקה עימו או כניסתו לתפקיד בפועל, ייעשו רק לאחר שהיועץ המשפטי של הגוף הנוגע בדבר בדק את שאלת ניגוד העניינים ולאחר שהמועמד חתם על הסדר מתאים למניעת ניגוד עניינים, ככל שהוא נדרש לכך". (עוד ראו סעיפים 18, 23, 24, 28(ב), 31, להנחיה).

כך גם בהוראות התקשי"ר: בסעיף 13.621(א)(3) לתקשי"ר נקבע כי מנכ"ל המשרד הממשלתי יחד עם היועץ המשפטי למשרד יקבעו משרות נוספות לאלו המנויות בסעיף, שלאור אופיין, יחולו גם עליהן הוראות נוהל עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים; בסעיף 13.631(א) לתקשי"ר נקבע כי "... תנאי לכניסתו לתפקיד של המועמד שייבחר הוא בחינת סוגיית ניגוד העניינים ומילוי שאלון מתאים לאיתור חשש לניגוד עניינים, ובמידת הצורך, על-פי החלטת היועץ המשפטי, עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים"; סעיף 13.632 לתקשי"ר עוסק במילוי שאלון ניגוד עניינים על ידי המועמד, כאשר היועץ המשפטי של המשרד רשאי להוסיף לשאלון שאלות כדי להתאימו לנסיבות, וסעיף 13.633 עוסק בבחינת שאלת ניגוד העניינים ופתרונה, וקובע כי היועץ המשפטי למשרד יבחן האם בנסיבות קיים חשש לניגוד עניינים, ידרוש מהמועמד הבהרות והשלמות במידת הצורך, וככל שהדבר נדרש יגבש פתרון וערוך הסדר בהתאם לעקרונות שבהנחיית היועץ או יחליט, בהתייעצות ובאישור הגורמים המנויים בסעיף כי לא ניתן לנטרל את ניגוד העניינים ואין מנוס מלפסול את המועמד.

עוד נזכיר להשלמת התמונה את נוהל טיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, המשקף את הפרקטיקה הנוהגת ביחס לקביעת הסדרים כאמור. אף מעיון בנוהל זה עולה מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה (וגורמים מטעמו) לאורך כל שלבי הבירור וגיבוש חוות הדעת המחייבת.

צילום הנחיית היועץ 1.1555 מצורף ומסומן מש/5.

צילום הוראות פרק 13.6 לתקשי"ר מצורף ומסומן מש/6.

צילום נוהל הטיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים מצורף ומסומן מש/7.

51. כפי שניתן ללמוד מהפירוט לעיל, ההסדרים השונים, המשקפים את הפרקטיקה המקובלת והנהוגה, מעגנים את תפקידם המשמעותי של היועצים המשפטיים לגביה לאורך כל הדרך. הן הנחיית היועץ 1.1555, הן הוראות פרק 13.6 לתקשי"ר, מסדירים את מעורבותם והכרעתם של היועצים המשפטיים הרלוונטיים בכל השלבים: בבירורים הנדרשים בשלב הראשון, בהכרעה בשאלה האם מתעורר חשש לניגוד העניינים ובחירת הפתרון הראוי שיתן מענה לחשש זה, בגיבוש ההסדר, ובמתן מענה לסוגיות שמתעוררות לאחר החתימה על ההסדר.

52. היבט נוסף שיכול ללמד על ענייננו מצוי בכללים הקבועים לעניין עריכת הסדרי ניגוד עניינים לחברי ועדות מקומיות לתכנון ובניה – היינו, נבחרי הציבור ברשויות המקומיות. סעיף 44 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, קובע כי מי שעומד להתחיל לכהן כחבר מוסד תכנון מקומי נדרש למסור ליועץ המשפטי של מוסד התכנון, לפני תחילת כהונתו, את המידע הדרוש לשם בדיקת ניגוד עניינים, והיועץ המשפטי נדרש לקבוע – בתוך פרק זמן נתון – הסדר ניגוד עניינים (או לחלופין – לקבוע אם מתקיים ניגוד עניינים תדיר, המונע את כהונתו של חבר מוסד התכנון). חבר מוסד התכנון נדרש להסכים לפעול בהתאם לאמור בהסדר ניגוד העניינים, והוא לא יכהן כחבר במוסד התכנון אם לא יעשה כן. מדובר אמנם בהסדר ספציפי הקבוע בחוק, אך גם ממנו ניתן ללמוד על התפקיד החשוב המוטל על היועץ המשפטי בעריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים, שיש בו כדי לשקף את התפיסה שלפיה מדובר בסוגיה משפטית מובהקת.

53. וידגש, כי בהתאם להוראות שנקבעו בהסדרים השונים, מצב הדברים הנוהג בפועל זה שנים ארוכות, אשר על פיו נקבעו הסדרי ניגודי העניינים של כלל נושאי המשרה הצריכים לכך, הוא אכן בחינת העניין האישי והחשש לניגוד עניינים בשיח אל מול גורמי הייעוץ המשפטי הרלוונטיים, וגיבוש חוות דעת / הסדר על ידם במקרים המצדיקים זאת. והכל, בהתאם לפרשנות המשפטית המחייבת שניתנה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה, ולאור ההלכה הפסוקה שפורטה לעיל.

כך נהגו הדברים, ובדין, אף בעניינינו של המשיב 2 עצמו לאורך שנות כהונתו כולן, במהלכן הוסדרו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ניגודי עניינים שלו במספר הקשרים, וזאת, ללא שעלתה, ובצדק, כל טענה בעניין זה. נשוב ונזכיר בהקשר זה, כי הן בהליך הנוכחי, הן בהליך שהתקיים בפני ההרכב המורחב בעתירות הרכבת הממשלה, הצהיר המשיב 2 כי הוא ינהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת בהקשר זה, ומובן כי הדברים הובאו במניין שיקוליו של ההרכב המורחב הנכבד. בהקשר זה יוזכר גם, כפי שהובהר לעיל, המשיב 2 עצמו קיבל את קיומו של "עניין אישי" בעניינינו, הנובע מהיותו נאשם בפלילים.

54. סיכומם של דברים, שאלת ניגוד העניינים היא בסופו של יום שאלה משפטית, הנבחנת לפי הדינים שפותחו בפסיקת בתי המשפט, והיא אינה עניין "מוסרי" שבין אדם לבין עצמו. על כן, ברי כי כאשר עסקינן בגורם ברשות המבצעת, היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לחוות את דעתו המשפטית בנדון (אשר מחייבת כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת – ועל כך נרחיב בהמשך).

אף בפועל, בהתאם לפרקטיקה הנוהגת, כפי שמעוגנת בהנחיית היועץ בתקשי"ר ובנוהל שהוצגו בפרק זה - ההכרעה בשאלת קיומו של עניין אישי או של ניגוד עניינים אינה יכולה להתבסס על שיקול דעתו האישי של נושא המשרה אלא מדובר בשאלה משפטית שיש לבחון בהתאם לאמות המידה המשפטיות, באמצעות היועץ המשפטי הרלוונטי; וזהו המצב אף ביחס להכרעה בדבר הפיתרון שייתן מענה לחשש זה וההסדר או חוות הדעת שלפיהם על נושא המשרה לנהוג.

במצב דברים זה, המסקנה המתחייבת היא כי ליועץ המשפטי לממשלה נתונה הסמכות לחוות דעתו בסוגיית ניגוד העניינים של ראש הממשלה.

2.א. חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את המשיב 2 - מכוח הדין - כל עוד בית המשפט המוסמך לא פסק אחרת

55. שאלת מעמדה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה באשר לפרשנות הדין הובאה לאורך השנים לא אחת בפני בית משפט נכבד זה, אשר שב וקבע, באופן עקבי וחד משמעי, כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק עבור הרשות המבצעת וכי עמדתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה באשר לפרשנות הדין מחייבת את כל זרועותיה של הרשות המבצעת ומשקפת מבחינתן את הדין הקיים, אלא אם קבע בית המשפט אחרת.

56. ראו לעניין זה למשל, את שנאמר – בהמשך לפסיקה ארוכת שנים כאמור – בפסק הדין בבג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל (פורסם באר"ש, 14.11.16), בפסקה 49:

"הלכה מושרשת היא שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי רשויות המנהל, וחוות דעתו מחייבת אותן – כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. עמד על כך פרופ' אהרן ברק:

"המסורת הקונסטיטוציונית שלנו קובעת, כי פרשנות הדין על ידי היועץ המשפטי לממשלה מהווה תיאור מחייב של הדין לרשות המבצעת. אין אורגן זה או אחר של הרשות המבצעת – כגון הממשלה או שר משרה – רשאים לפרש את החוק (אם בעצמם ואם בעזרת יועציהם) באופן השונה מהפירוש הניתן לחוק על ידי היועץ המשפטי לממשלה. פירושו שלו הוא הפירוש המחייב את הרשות המבצעת" (ברק, בעמוד 791).

ראו גם, למשל, עניין לביא, בפסקאות 32-33; בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 278 (1998); עניין אמיתי, בעמוד 476; רובינשטיין, בעמוד 10. לדעה שונה ראו איתן לבונטין ורות גביזון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 221 (2003).

אכן, היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם נציגיו במשרדי הממשלה השונים, הם שומרי הסף של שלטון החוק ופעילותם ככזו חיונית בכל רשות מרשויות המדינה. פירושו של דבר שהיועץ"ש, בפרשנותו את הדין הקיים, איננו רק "מייעץ"; הוא גם "מפקח" על הממשלה (זמיר כרך א', בעמוד 106), משמש עבורה כ"כלב שמירה" של שלטון החוק (זמיר – חוקיות השלטון, בעמוד 412). לחוות דעתו יש אופי מעין-שיפוטי, מפני שהיועץ"ש גוזר מסקנות נורמטיביות המתחייבות, להבנתו המקצועית, מיישום הדין הקיים על נסיבותיו של מקרה ספציפי (עניין לביא, בפסקה 17).

במובן זה, מבחינתה של הרשות המנהלית, פעולה בניגוד לדעת היועמ"ש כמוה כפעולה בניגוד לדין, ופשיטא שאין רשות רשאית לפעול בניגוד לדין; כדברי פרופ' יצחק זמיר:

"מן הבחינה של כל רשות ממשלתית, חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לממשלה משקפת את הדין הקיים [...] פירושו של היועץ המשפטי מחייב לא משום שהוא מצווה על הרשות לפעול בדרך מסוימת, שהרי אין לו סמכות לצוות עליה; הוא מחייב משום שכל רשות אמורה לפעול אך ורק לפי החוק, ואין בפני הרשות פירוש מוסמך יותר של החוק מן הפירוש של היועץ המשפטי" (זמיר כרך א', בעמודים 106-107).

(עוד ראו, בהקשרים קרובים: בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (פורסם באר"ש, 4.3.19) וההפניות הרבות שם).

57. בהקשר זה לא למותר להעיר, כי אף המשיב 2, במסגרת תגובתו המקדמית לעתירה בבג"ץ 6061/19 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, הסתמך על פסיקת בית המשפט הנכבד בעניין מעמדה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והיותה חוות דעת מחייבת. וכך נכתב בתגובה המקדמית מטעם המשיב 2 בבג"ץ 6061/19 מיום 4.11.19:

"21. בכל הכבוד, לא ברור כיצד מעזה העותרת להחליף את שיקול דעתה בשיקול דעת היועץ המשפטי ולנסות לבטל החלטה שלו שניתנה לפני כשנה וארבעה חודשים – ולא בפעם הראשונה. בית המשפט הנכבד מופנה לבג"ץ 4247/97 שם נקבע, בין היתר:

'היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם 'ועצים' במובן השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. הפרתו של כלל זה, תוצאתה הבלתי נמנעת היא הפרה של חוקי המדינה ושל פסקי-הדין של בתי-המשפט, ובסופו של דבר פגיעה קשה בשלטון החוק' (ההדגשה הוספה).

צילום תגובתו המקדמית של המשיב 2 בבג"ץ 6061/19 מצורף ומסומן **מ/ש 8**.

58. הנה כי כן, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין מניעת ניגוד עניינים – בדומה לחוות דעתו המשפטית בסוגיות אחרות – היא חוות דעת משפטית אשר מחייבת את כל זרועותיה של הרשות המבצעת ומשקפת מבחינתן את הדין הקיים. אין בטענות המשיב 2 במסגרת תגובתו לעתירות שלפנינו, כדי לסתור מוסכמה רבת שנים זו, הנטועה היטב בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כמו גם בשגרת העשייה המשפטית של נציגי הייעוץ המשפטי לממשלה ברשויות המדינה השונות.

בהקשר זה נחדד גם כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לניגוד העניינים מופנית לראש הממשלה כפונקציה מינהלית, בהיותו ראש הרשות המבצעת, אשר ממלא תפקיד ציבורי, ואשר עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים עליו (והשוו: בג"ץ 2592/20, בפסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה חיות). בהתאם לכך, חוות הדעת נועדה להבטיח כי במילוי תפקידו הציבורי כחלק מהרשות המבצעת, יפעל ראש הממשלה לטובת האינטרס הציבורי ובאופן שלא יהיה כרוך בניגוד עניינים בין אינטרס זה לענייניו האישיים. ודוק: חוות הדעת אינה מכוונת להיבטים אחרים של פעילותו של המשיב 2, ובפרט לא בכובעו כחבר כנסת, עניין המוסדר על-ידי מערכת דינים מובחנת ונפרדת.

א.3. התחייבותו של המשיב 2 לפעול לפי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה

59. עמדתו המסתייגת של המשיב 2 ממעמדה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, לכאורה אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו כפי שנמסרה בעבר לבית המשפט הנכבד. כזכור, במסגרת העתירות הנוגעות לאפשרות כהונתו של ראש הממשלה תחת כתב אישום (בג"ץ 2592/20 עתירות הרכבת הממשלה), הודיעו היועץ המשפטי לממשלה והמשיב 2, בעל פה ובכתובים, כי כהונתו של המשיב 2 תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו. מפאת חשיבותם, הדברים הובאו במפורש בפסק הדין (תמצית נימוקים), אשר דחה את העתירה, שיצוטטו בשנית כדלקמן:

19. סיכומם של דברים – לא מצאנו כי קיימת עילה משפטית למנוע את הטלת הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו מתוקף סעיף 10 לחוק היסוד. בתוך כך רשמנו לפנינו את הודעת היועץ המשפטי לממשלה (סעיפים 159-160 לכתב התשובה מטעמו) לפיה כהונתו של חה"כ נתניהו כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו אשר יקבע "מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק". בא כוחו של חה"כ נתניהו אישר את הדברים 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) [ההדגשות לא במקור].

בסעיף 99 לכתב התשובה של המשיב 2, שנזכר בפסק-הדין הנ"ל, צוין כדלקמן: "...כידוע, הסדרי ניגודי עניינים נעשים חדשות לבקרים כלפי בעלי תפקידים שונים בשירות הציבורי, ובכלל זה ביחס למשיב עצמו. למעלה מן הצורך יובהר, כי ככל שיתעורר חשש לניגוד עניינים ספציפי ביחס למשפטו של המשיב, הרי שהוא יפעל בהתאם להסדר ניגוד עניינים, כפי שפעל עד היום".

60. אף בתגובת המשיב 2 שהוגשה במסגרת ההליך דנן (בג"ץ 3056/20) ביום 27.5.20, נטען, בין היתר, כי דין העתירה להידחות על הסף בשל היותה מוקדמת ותיאורטית, וזאת, משום ש"ההליך המנהלי טרם הסתיים, הדבר נמצא בבחינה אצל הגורמים המקצועיים הרלוונטיים וטרם התקבלה כל החלטה מנהלית אותה ניתן למעשה לתקוף" (סעיף 17 לתגובה). ויובהר כי "הגורמים המקצועיים הרלוונטיים" הם נציגי היועץ המשפטי

לממשלה האמונים על התחום, שעמם עמדו באי כוח המשיב 2 בקשר באותה העת. בתוך כך צוין, כי "העתירה למתן הצו לחתימה על הסדר ניגוד עניינים, כלל אינה ברורה משום שכאמור בגוף העתירה לא קיימת כל מחלוקת בסוגיה המונחת לפתחו של בית-המשפט הנכבד בקשר לעצם החתימה על הסדר ניגוד עניינים..." (ההדגשות לא במקור; סעיף 18 לתגובה).

בהמשך אותה תגובה המשיב 2 אף הזכיר את ההסכמה שניתנה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ 2592/20, כדלקמן:

19. זאת ועוד, לא למותר להזכיר שוב, כי טענות זהות בעיקרן הועלו בפני בית המשפט הנכבד אך לאחרונה במסגרת בג"ץ הטלת המנדט בפני הרכב מורחב של 11 שופטים. בין היתר, הועלו טענות שונות על ידי עותרים שונים כולל העותרת דנן, כנגד המשיב 2 לפיהן נטען כי הוא עשוי להימצא מתוקף תפקידו כראש ממשלת ישראל במצב של ניגוד עניינים.

20. במהלך יומיים ארוכים של דיונים בפני ההרכב המורחב הנכבד, נבחנה, בין היתר, טענת ניגוד העניינים כנגד המשיב 2. הובהר בפני בית המשפט הנכבד, הן על ידי המשיב 1 והן על ידי המשיב 2, כי עניינו של המשיב 2 אינו שונה מכל ראש ממשלה נבחר אחר וכי הצדדים יפעלו כפי שפועלים נבחר ציבור בדרך כלל. עוד צוין, כי הצדדים מסכימים כי במקרה דנן ייבחן החשש לניגוד עניינים וייערך הסדר למניעת ניגוד עניינים כמקובל ובבוא העת" [ההדגשות לא במקור].

61. הנה כי כן, בפני ההרכב המורחב שדן בבג"ץ 2592/20 הוצהר מטעם המשיב 2, בכתב ובעל-פה, כי כהונתו של המשיב 2 כראש ממשלה תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך בעניינו.

אף בגדרי ההליך דנן, שב וטען המשיב 2 בפני בית המשפט הנכבד כי עניינו "אינו שונה מכל ראש ממשלה נבחר אחר וכי הצדדים יפעלו כפי שפועלים נבחר ציבור בדרך כלל" (ראו הציטוט מתגובתו המקדמית של המשיב 2 לעתירה דנן, כמפורט לעיל).

62. למען הסדר הטוב יצוין כי במכתב שנשלח מטעם המשיב 2 ליועץ המשפטי לממשלה באמצעות עו"ד כהן, ביום 19.7.20, לאחר שנשלחה אליו טיוטת חוות הדעת, נטען כי "אין זה ראוי ואין זה הולם כי היועץ המשפטי לממשלה או מי מהפרקליטים הכפופים לו יהא מעורב בגיבוש הסדר ניגוד העניינים שיחול על ראש הממשלה, וכי יש להעביר את ההכרעה בעניין זה למבקר המדינה או לשופט בדימוס הבקיא בסוגיית ניגוד העניינים, דוגמת כבוד השופט טירקל...". אולם לא הועלו טענות באשר לעצם סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לחוות דעתו בסוגיית ניגוד העניינים או באשר להיותה של חוות הדעת בגדר "המלצה" בלבד. מקריאת מכתב זה עולה דווקא הכרה בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לגבש את ההסדר (שאלמלא כן היו הטענות במישור הסמכות ולא במישור המצב הראוי או ההולם לעמדת המשיב 2) ובהיותו של ההסדר שיגובש הסדר מחייב.

אמנם, בהמשך, במכתבו של עו"ד כהן מיום 13.8.20 נטען כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה "אינה מחייבת ונעדרת סמכות" ואף נכתב כי המשיב 2 "ינסח ויגלה את העניינים שבהם יימנע מלדון עקב כתב האישום, ויפעל לשם מתן הודעה למבקר המדינה, כאמור בסעיף 7(א) לכללים", ואף צוין כי המשיב 2 שומר על זכויותיו; אולם לאחר מכתב התשובה מלשכת היועץ המשפטי מיום 17.8.20, המשיכה ההתנהלות מול המשיב ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), וככל הידוע גם לא נמסרה הודעה למבקר המדינה.

63. והנה, חרף כלל האמור, לאחר שנמסרה למשיב 2 חוות הדעת הסופית בעניין הסדר ניגוד העניינים, מצא המשיב 2 להודיע לבית המשפט הנכבד כי הוא מסתייג ממעמדה המחייב בכלל, ומחלק מהוראותיה בפרט.

64. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש טעם לפגם, בלשון המעטה, בהעלאת הסתייגויות כאמור על-ידי המשיב 2 מול בית המשפט הנכבד בנקודת הזמן שבה הועלו, וזאת בפרט לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2592/20, שבו נרשמה הצהרת הצדדים, בכתובים ובעל פה, כי למשיב 2 ייערך הסדר ניגוד עניינים לתקופת כהונתו כראש ממשלה. הדברים מתחדדים כאשר במסגרת כתבי הטענות, הפנה המשיב 2 לפרקטיקה המוכרת של הסדרי ניגוד עניינים הנערכים כעניין שבשגרה, מבלי להסתייג ביחס לאופן עריכת הסדרים אלה או למעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה כאשר מתגלעת מחלוקת. הדברים אמורים ביתר שאת, מקום שבו הצהרות אלה מצאו ביטוי מפורש כחלק מההכרעה האופרטיבית של דחיית העתירות בעניין הרכבת הממשלה.

בהקשר זה יודגש גם כי לאורך השנים האחרונות גיבש היועץ המשפטי לממשלה מספר חוות דעת למניעת ניגוד עניינים, אשר הופנו למשיב 2, וזאת בהתאם לפרקטיקה המקובלת שהוצגה לעיל, ואשר הנחת המוצא בבסיסן היתה כי מדובר בחוות דעת מחייבות בדיוק כמו חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות אחריות (וכפי שהוזכר בסעיף לעיל, כך התייחס המשיב 2 עצמו לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו המקדמית בבג"ץ 6061/19). בין חוות דעת אלו יוזכרו חוות הדעת מיום 27.10.15 (אשר גובשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז, יהודה ויינשטיין) וחוות הדעת מיום 20.8.18 אשר בהן נכתב "עליך להימנע מלטפל באותם עניינים שבהם משרד עורכי הדין (משרד שמרון מולכו – הח.מ.) מייצג את לקוחותיו" (ראו סעיף 11 לחוות הדעת משנת 2015) ו"אבקש להבהיר כי על רקע הזיקה בין ובין משרד עורכי הדין (משרד שמרון מולכו – הח.מ.) עליך להמשיך ולהימנע מלטפל בפניות מטעמו..." (סעיף 4 למכתב משנת 2018).

יצוין, כי חוות הדעת בעניין אלוביץ' מיום 14.6.16, אשר הוזכרה בדיון הייתה חריגה, במובן זה שבזמן אמת התעורר קושי של ממש להכריע אם בין המשיב 2 ובין אלוביץ' מתקיימים יחסי חברות שמצדיקים הטלת מגבלות על ראש הממשלה. על רקע זה התקבלה הצעתם של ב"כ המשיב 2 – כפתרון למחלוקת שהתעוררה בנושא – להימנע מהכרעה פוזיטיבית בסוגיית החברות, ולכתוב כי "על מנת למנוע טענות בדבר חשש לניגוד עניינים, ומטעמים של נראות ציבורית, הודעת לנו כי אתה מוכן להימנע מלטפל בעניינים הנוגעים למר שאול אלוביץ' ולחברות שבשליטתו" (סעיף 5 לחוות הדעת) בטרם פורטו ההנחיות הנובעות מכך, אולם מדובר כאמור במתכונת חריגה שאינה משקפת את ההתנהלות המקובלת במרבית המקרים האחרים.

צילומי חוות הדעת בעניין המשיב 2 מצורפים ומסומנים **מש/9**.

65. אשר על כן, בנסיבות העניין הפרטניות, ניסיונו של המשיב 2 להסתייג כעת ממעמדה המחייב של חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה בעניין ניגוד העניינים, מעורר קושי אף בשים לב להצהרותיו האמורות, אשר אף עשויות להקים "מעין השתק שיפוטית".

66. יחד עם זאת, נשוב ונבהיר כי לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, סמכותו לחוות דעה משפטית בנושא ניגוד עניינים, והיותה של חוות הדעת בעניין מחייבת כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת, נובעת מהדין ואינה טעונה הסכמה של נמען ההסדר. לפיכך, ככל שבית המשפט הנכבד יקבל עמדה עקרונית זו, ממילא שאלת ההתחייבות של המשיב 2 אינה אלא רכיב נוסף, במישור הדיוני בעיקרו, לתמיכה בקביעה זו. ודוק: גם בלעדי התחייבותו או הסכמתו של המשיב 2, היה היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לחוות דעתו בנדון, וחוות הדעת הייתה מחייבת את המשיב 2 כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת.

67. מתן בכורה להסכמה או להתחייבות קונקרטית שנובעת מרצונו הטוב של נמען הסדר ניגוד העניינים, אינה מתיישבת עם אופיו של הסדר ניגוד העניינים כפי שפורט לעיל במישור העיוני, ואף מעוררת קשיים מעשיים רבים.

68. לפיכך, **היועץ המשפטי לממשלה יבקש מבית המשפט הנכבד לקבוע כי סמכותו להוציא חוות דעת מחייבת בנושא ניגוד עניינים של שר או עובד ציבור, אינה תלויה ברצונו הטוב של נמען חוות הדעת או בהתחייבות-עבר שניתנה מטעמו, כי אם מכוח הדין.**

4.א. **"מקומה הגיאומטרי" של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה במסגרת כללי אשר**

69. עתה נבחן את טענות המשיב 2 ביחס לכללי אשר, הכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים (להלן גם: "הכללים"), על רקע עיקרון היסוד ביחס לניגוד עניינים ומאפייניו, על רקע היותה של סוגיית ניגוד העניינים סוגיה משפטית אשר היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לחוות דעתו לגביה, ועל רקע היותה של חוות דעתו חוות דעת מחייבת.

70. כאמור, בהתאם להלכה הפסוקה, הכלל בדבר האיסור על ניגוד עניינים הוא עיקרון יסוד משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט "ממנו נגזרות הוראות חרותות. על פיו מתפרשות הוראות אלה. ממנו נגזרות הלכות שיפוטיות"; כלל זה בא לידי ביטוי במספר רב של הסדרים סטטוטוריים, אולם הוא אינו מתמצה בהם, ונקבע במפורש כי שתיקתו של המחוקק אינה בגדר הסדר שלילי לגבי תחולתו, אלא היא מוסברת על בסיס קיומו של הכלל כעיקרון מהותי המהווה חלק משיטת המשפט.

71. מעבר להלכה הכללית בעניין, יודגש כי בדוח הוועדה הציבורית בנושא ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים ("ועדת אשר"), שגיבשה את הכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים נקבע באופן ספציפי כדלקמן:

"2.4 בחוות דעת שיצאו מטעם היועץ המשפטי לממשלה בשנים האחרונות נתגבש ונתחזק הכלל כי שר חייב להקפיד שלא ייווצר מצב של ניגוד עניינים בין תפקידו לבין ענייניו האישיים. **כלל יסוד זה משמש אבן היסוד להצעתנו** ואנו לא באנו אלא למלא כלל זה בתוכן ובצורה. הכללים המוצעים באים לגבש ולפרט את עקרון היסוד של פרטיו ודקדוקיו". (ההדגשה הוספה)

כעולה מסעיף זה, אף הוועדה שגיבשה וניסחה את הכללים, יצאה מנקודת מוצא כי כללים אלו הם ביטוי לעיקרון היסוד ביחס לניגוד עניינים, וכי האיסור על הימצאות בניגוד עניינים אינו מוגבל להוראות שעוגנו במסגרת הכללים. כמו כן, ניתן ללמוד מנוסחו של סעיף זה, כי **כללי אשר לא באו לשנות את המצב הקיים בעת גיבושם** והוא שהיועץ המשפטי לממשלה מגבש חוות דעת שנועדו למנוע היווצרות מצבים בהם שרים מצויים בניגוד עניינים; אלא כללי אשר נועדו **להוסיף** הסדרים קונקרטיים שיפרטו לפרטים את העיקרון הכללי.

הפרק הראשון של דו"ח ועדת אשר מצוי בכתובת
https://www.mevaker.gov.il/he/Laws/DocLib1/vaadat_asher.pdf

72. סעיף 7 לכללים, אשר עוסק בהסדרים למניעת ניגוד עניינים, קובע כדלקמן:

"7. הסדרים למניעת ניגוד עניינים

(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 ענינים –
 (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 הענינים 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 בועדת השרים באותו ענין;
 (ב) שר אחר, לפי קביעת הממשלה, יפעיל את הסמכות;
 (ג) משתרע ניגוד הענינים 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 ענינים 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.”

יוער, כי בהתאם להגדרות בסעיף 1 לכללים נקבע כי "שר" – לרבות ראש הממשלה וסגן שר. וכי "עניין אישי" - לרבות ענין אישי של קרוב של השר.”

73. המשיב 2 בתגובתו מיום 5.11.20, טען כי "כלל 7 ... אינו מעניק ליועץ המשפטי לממשלה סמכות לקבוע אם מתקיים "ענין אישי" בנושא מסוים. הגורם שעליו לקבוע אם מתקיים "עניין אישי" בעניין כזה או אחר הוא השר עצמו (ראש הממשלה בעניינינו) ולא היועץ המשפטי לממשלה"; כי היועץ המשפטי לממשלה נוטל לעצמו סמכות שלא הוקנתה לו והוא אינו מוסמך מבחינה מוסדית לקבוע כי ראש הממשלה מצוי בניגוד עניינים; כי מדובר למעשה ב"סמכות עצמית" של ראש הממשלה והשרים הדומה לזו שקבועה ביחס לשופטים בסעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; וכי גם כאשר שר מגיע למסקנה כי קיים ניגוד עניינים, חלה עליו חובה להודיע למבקר המדינה (ולא ליועץ המשפטי לממשלה) וכי "הסמכות ליישום הכללים למניעת ניגוד עניינים של שרים נתונה בדין למבקר המדינה"; כי כלל 7 קובע חובת היועצות ביועץ רק בסעיף קטן (ב) אשר עוסק בפתרונות למצב בו קבע השר כי מתקיים ניגוד עניינים; וכי השימוש במינוח "ניתן לפעול... באחת הדרכים בסעיף קטן (ב)" מלמד כי "חובת היועצות לא מחייבת את השר לפעול על פי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה וכי ניתן לפעול במספר דרכים";

74. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, דינן של טענות המשיב 2 ביחס לסעיף 7 לכללים – להידחות.

מדובר בטענות אשר מבוססות על קריאת הכללים במנותק מעיקרון היסוד בדבר איסור ניגוד עניינים; בהתעלם מההלכה הפסוקה ביחס להשתרעותו של עיקרון זה על כל תחומי המשפט, ובין היתר כעיקרון פרשני לפיו יש לפרש את ההוראות החרותות; בהתעלם מההלכה הפסוקה בדבר מעמדה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה; ובהתעלם מההתנהלות בפועל לאורך של הלכות אלו (הן ביחס לראש הממשלה, הן ביחס לשרים אחרים) לאורך שנים ארוכות.

75. ראשית יודגש, כפי שהוסבר בפירוט לעיל, כי סעיף 7 לכללים כלל אינו דרוש על מנת להקנות ליועץ המשפטי את הסמכות הנתונה לו ממילא. כפי שעולה מסעיף 2.4 לדו"ח ועדת אשר וכפי שעולה גם מנוסחו של סעיף 7 עצמו, תפקידו בעיקרו של דבר הוא להסדיר את ההתנהלות בהיבטים פרוצדורליים ספציפיים בשים לב להנחת היסוד כי חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, אשר עניינן כמובן בסוגיות משפטיות ובהכרעות משפטיות המתחייבות בעניינן, הן חוות דעת מחייבות. על רקע זה, הכללים כולם, ובגדרם סעיף 7 לכללים, יוצאים מתוך הנחה שבנושאים משפטיים אלו, של ניגודי עניינים אפשריים, תינתן חוות דעת מחייבת של היועץ המשפטי לממשלה. ואכן, עיון בכללים מעלה כי מוגדרת בהם אך מסגרת כללית בדבר אפשרות קיומה של מניעות בשל עניין אישי ונפקותה, **ללא כל התייחסות לתוכן המניעות** (מה יבוא בגדר עניין אישי, מי הגורם המכריע האם המדובר בעניין אישי המקים מניעה וכיו"ב), לצד קביעת הוראות פרוצדורליות מעטות הכוללות הצבעה על פתרונות משפטיים.

76. מעבר לכך יצוין לגופו של סעיף 7, כי שני חלקיו של הסעיף משקפים את תהליך העבודה הנדרש והמקובל בטיפול בניגודי עניינים, אשר בא לידי ביטוי גם בהנחיית היועץ 1.1555, בפרק 13.6 לתקש"יר ובנוהל טיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים. תהליך זה כולל, בשלב הראשון, שיקוף של המידע הרלוונטי אשר דרוש לעריכת הברור האם קיים חשש לניגוד עניינים בין התפקיד לבין העניין האישי (שלב זה בא לידי ביטוי בהוראות סעיף 7(א)); ובשלב השני, הכרעה לגבי הצעדים הנדרשים בכדי לנטרל את ניגוד העניינים, ככל שנמצא שקיים ניגוד עניינים (שלב זה בא לידי ביטוי בהוראות סעיף 7(ב)).

77. אשר לסעיף 7(א) – חובת ההימנעות הקבועה בו, כמו גם חובת הדיווח למבקר המדינה, מצביעות על צעדים ראשוניים שיש לנקוט עד לביורר העניין ולהסדרתו באופן רוחבי ככל שהדבר נדרש, ואינן מהוות הסדרה ממצה לפתרון ניגוד העניינים.

יצוין, כי פרשנות המשיב 2 כאילו הסמכות לקבוע את קיומו של "עניין אישי" היא סמכות עצמית של השר, אינה עולה בקנה אחד עם נקודת המבט **האובייקטיבית** שעל בסיסה יש להכריע בשאלה האם בעל תפקיד מסוים מצוי בניגוד עניינים. מעבר לכך, קיים קושי משמעותי במתן הסמכות הבלעדית להכריע בשאלה משפטית זו לגורם שבהגדרתו אינו גורם משפטי.

פרשנות תכליתית של סעיף 7(א) מובילה למסקנה שיש לפעול ביחס לניגודי עניינים של שרים כפי שמקובל לפעול ביחס לניגודי עניינים של עובדי מדינה, דהיינו כי השר ידווח מראש, על כל עניין אישי שיש לו קשר למשרד, והיועץ המשפטי לממשלה יחווה את דעתו מראש, בשאלה האם יש ניגוד עניינים והאם נדרש, מראש, למשל, להעביר סמכויות לשר אחר או לנקוט בכל פתרון אחר לצורך מניעת ניגוד העניינים, לפי העניין. יוזכר כי הכלל האוסר על עובד ציבור להימצא בניגוד עניינים הוא כלל מניעתי צופה פני עתיד והוא מיושם באופן שיגשים את תכליתו על הצד הטוב ביותר ככל שהוא נבחן בשלב מוקדם יותר. בנוסף, גיבוש חוות דעת מראש מצמצם את הספקות מצד נבחר הציבור האם הוא מצוי בניגוד עניינים בנסיבות כאלו ואחרות ומאפשר לו לפעול באופן חופשי בנסיבות שנקבע מראש כי לא מתעורר בהן חשש לניגוד עניינים המצדיק הימנעות מעיסוק.

78. אשר לסעיף 7(ב), כאמור לעיל, הקביעה כי "היה שר במצב של ניגוד עניינים" היא **קביעה משפטית**, אשר הגורם המוסמך לקבוע אותה הוא היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו, ואשר חוות דעתו בעניינה מחייבת את הרשות המבצעת (ובהקשר הספציפי את ראש הממשלה, השר או סגן השר שלגביהם נקבע כי היו במצב של ניגוד עניינים). בהמשך לכך, מובהר בסעיפים קטנים (ב)1 ו-(ב)2 כי נדרשת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. כאשר נכתב בסעיפים קטנים אלו כי "ניתן – לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה – לפעול באחת מדרכים אלה:", הכוונה היא להתוות את דרכי הפעולה האפשריות בכל אחד מהמצבים. הכוונה אינה, כפי שמנסה לטעון המשיב 2, כאילו סעיף זה יוצר הסדר של היוועצות גרידא עם היועץ המשפטי לממשלה, כביכול רק בשאלת הצעדים שיש לנקוט, וכאילו בסיום אותה היוועצות רשאי השר להחליט כראות עיניו ולפי שיקול דעתו. פרשנות כאמור אינה מתיישבת עם הרציונלים העומדים ביסוד ההליך וממילא לא משקפת את הפרקטיקה הנוהגת בשגרת הטיפול בנושא מול חברי הממשלה.

את הביטוי "חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה" יש לפרש באופן קוהרנטי העולה בקנה אחד עם התפיסה המושרשת בשיטתנו המשפטית שלפיה מדובר בחוות דעת מחייבת, כל עוד בית משפט מוסמך לא פסק אחרת; ודינו של הניסיון לטעון כי דווקא ביחס לשרים שכבר נמצא כי הם במצב של ניגוד עניינים, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה היא בגדר המלצה בלבד – להידחות מכל וכל.

79. בכל הנוגע לטענות שהועלו ביחס לנוהל טיפול במניעת ניגוד עניינים של שרים וסגני שרים, ולמעמדו כחלק מהמסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין, נבהיר כי הנוהל הוא בעיקרו מסמך המתאר ומסדיר את שגרת העבודה לגבי חוות דעת בעניין ניגודי עניינים. מטרתו של הנוהל היא להעלות על הכתב את סדר הדברים המקובל והנהוג בהקשרים אלה – החל במילוי שאלון לאיתור חשש לניגוד עניינים, עבור דרך הבחינה המשפטית וההתייעצויות הנדרשות לצורך גיבוש חוות דעת למניעת ניגוד עניינים, וכלה בהכרעתו הסופית של היועץ המשפטי לממשלה ומתן פומבי לחוות הדעת.

מטבע הדברים, הנוהל אינו מהווה מקור נורמטיבי עצמאי, ואינו מטיל על השרים חובות שלא היו מוטלות עליהם קודם לכן, וממילא אינו מחליף את ההלכה הפסוקה הנוגעת למעמד חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. הנוהל מהווה אפוא מעין הנחיה כללית לגבי מסגרת הטיפול בעריכת חוות הדעת. מכל מקום, כיוון שהנוהל מסדיר רק את תהליך העבודה על חוות דעת למניעת ניגוד עניינים, הרי שמשעה שפורסמה ביום 2.11.20 חוות דעת סופית מטעם היועץ המשפטי לממשלה, הנוהל אינו עומד על הפרק בעת הזו (ואף טענות המשיב 2 ביחס אליו אינן אקטואליות בעת הזו).

5.א. הסדר ניגוד העניינים לגופו – התייחסות קונקרטיה לסוגיות שהעלה המשיב 2 בתגובתו

80. להלן נתייחס באופן פרטני להסתייגויותיו של המשיב 2 מחלק מהמגבלות שנקבעו במסגרת הסדר ניגוד העניינים, וזאת בשים לב להסכמה הדייונית כי העניין יתברר במסגרת ההליך הנוכחי (הגם שהמשיב 2 הוא משיב לעתירה), ובהתאם לסיפת הראש הראשון של הצו על תנאי.

5.א. החלטות הנוגעות למערכת אכיפת החוק

81. במסגרת חוות הדעת מוצגות המגבלות הנוגעות למעורבות המשיב 2 בהיבטים שונים הנוגעים למערכת אכיפת החוק, בפרט בהקשרי מינויים, אשר נובעות מהיותו נאשם בפלילים.

82. בהקשרים הנוגעים למערכת אכיפת החוק, החשש לניגוד עניינים נעוץ ביכולת ההשפעה של המשיב 2 על הגורמים בייעוץ המשפטי לממשלה ובפרקליטות המדינה האחראים על ניהול המשפט הפלילי נגדו, ועל הגורמים במשטרה ויתר גורמי החקירה המעורבים בנושא. בהקשר זה, **החשש לניגוד עניינים הוא מובהק**. מובן כי אדם שהוגש נגדו כתב אישום הוא בעל עניין אישי ביחס לגורמים האמונים על ניהול הליך התביעה בעניינו, או שיש ביכולתם להשפיע על ניהול ההליך.

83. לאור עוצמת העניין האישי, במקרה זה אכן מתעורר חשש סביר שהחלטות הנוגעות לגורמים במערכת אכיפת החוק, אשר מעורבים בהליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה או שצפויה מעורבותם בניהול ההליך, תהיינה כרוכות גם בשיקולים אישיים ומושפעות מהן. ודוק: השאלה בדבר השיקולים שעלולים להיות מופעלים בעת קבלת החלטות האמורות, אינה שאלה סובייקטיבית, בדבר כוונותיו האמיתיות של בעל התפקיד, אלא שאלה אובייקטיבית – כיצד עשוי לנהוג אדם, כאשר מתנהל נגדו הליך פלילי מסוג זה, בעל השפעה כה רבה על עתידו האישי. במקרה כזה, אף אם קיימים ברקע, בנוסף לשיקול האישי, גם שיקולים ציבוריים שהם ממין העניין, **אין מנוס מהמסקנה שלשיקול האישי עלול להיות תפקיד מכריע בגיבוש דרכי הפעולה וההתייחסות בנוגע לגורמים כאמור במערכת אכיפת החוק**.

84. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, ומן הטעמים שפורטו בהרחבה בחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), המגבלות אשר נקבעו בחוות הדעת הן סבירות ומתחייבות, ומכוונות אך ורק לבעלי התפקידים העומדים בראש המערכת אשר בימים אלה מובילה את הטיפול במערכת אכיפת החוק בתיקי ראש ממשלה, או לבעלי תפקידים שיש ביכולתם להשפיע על הטיפול בתיקים אלו. נעמוד על עיקרי הטעמים בתמצית, בשים לב לטענות המשיב 2, ונפנה גם לפסקאות 13-17 לחוות הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי).
85. בתגובתו, הודיע המשיב 2 כי הוא מקבל על עצמו את המגבלות הקבועות בסעיף 1(1) לחוות הדעת (מינוי יועץ משפטי לממשלה, פרקליט מדינה, מפכ"ל, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי), ראש אגף חקירות ומודיעין במשטרה, מפקדי יחידת להב 433, וכלל חוקרי המשטרה והרשות לניירות ערך שהיו מעורבים בעניינו) ואף זאת, רק מטעמי "נראות ציבורית". עם זאת, המשיב 2 מסתייג בתגובתו מכל המגבלות שהוטלו ביחס למעורבותו בהליכים ממשלתיים הנוגעים לקידום חקיקה, בקביעת שיטת המינוי ובמעמדו ובמילוי תפקידים של בעלי התפקידים לעיל. בפרט, התייחס המשיב 2 בתגובתו לסוגיית פיצול תפקידי היועץ המשפטי לממשלה.
86. בשים לב לעמדת המשיב 2, כפי שפורטה בתגובתו, נבהיר כי החלטות רלוונטיות ביחס לעניינים של גורמי אכיפת החוק כאמור כוללות גם את הליכי המינוי של אותם תפקידים. הגם שמדובר במשרות מקצועיות המאופיינות בעצמאות רבה מן הדרג הממנה, קיים חשש שהליכי המינוי יצרו אצל מי מהצדדים את הרושם כאילו הגורם המתמנה תלוי בגורם הממנה, ויפגעו בעצמאות הנדרשת במילוי התפקיד, בין למעשה ובין למראית עין. זאת ועוד, לעתים קשה להפריד בין מעורבות בשיטת המינוי (לכאורה במישור הכללי) לבין מעורבות במינוי עצמו, שכן ברי ומובן כי עניין אחד עשוי להשליך על משנהו. קיים חשש שמעורבות של המשיב 2 בהליכי המינוי לתפקיד מאלו המנויים בחוות הדעת, תשפיע בעקיפין על המועמד שייבחר לאותו תפקיד, באופן שיצר את דרכו ויפגע בעצמאותו – מציאות שלא ניתן לקבל כאשר מדובר במי שאמור להיות מעורב בהליך הפלילי נגד המשיב 2.
87. בנוסף, ניגוד עניינים יכול להתעורר גם בהחלטות הנוגעות למעמדם ולמילוי תפקידם של מי שכבר מונו או ימונו בעתיד לתפקידים אלו. מעורבות ראש הממשלה בנושאים אלו עלולה להיות כרוכה בשיקולים אישיים, גם אם היא יכולה במקביל לקדם אינטרסים ציבוריים כפי שהוא רואה אותם לנכון, והיא אף עלולה להצטייר ככזו שנועדה להשפיע על ניהול ההליך הפלילי נגדו.
88. אכן, הטלת מגבלות על ראש ממשלה ביחס למעורבות בעניינים הנוגעים לכאורה להיבטים ציבוריים-כלליים אינה פשוטה כלל ועיקר. עם זאת, הסיטואציה החריגה שבה ראש ממשלה מכהן נאשם במקביל בהליך פלילי, ועוצמת האינטרס האישי כפי שפורטה לעיל, מחייבת קביעת מגבלות כאמור.

89. בכל הנוגע לקידום חקיקה – נבהיר, ועל כך נרחיב גם בהמשך תגובה זו, כי כלל המגבלות הנוגעות להליכי החקיקה שנקבעו בחוות הדעת אינן מופנות למשיב 2 בכובעו כחבר כנסת, אלא כמי שעומד בראש הרשות המבצעת, ובפרט בהתייחס לשלבי הטיפול הממשלתיים בהליכי חקיקה בהקשרים אלה, כפי שיפורט להלן.

א.5.ב. החלטות הנוגעות למערכת בתי המשפט

90. המשיב 2 מסכים להימנע ממעורבות בעניינים הנוגעים להחלטות הוועדה לבחירת שופטים, אך סבור כי אין סיבה להטיל עליו מגבלות מעבר למגבלות החלות על שרים אחרים בכל הנוגע לבחירת שופטים חדשים לבית המשפט העליון.

91. הסיטואציה שבה ראש ממשלה מכהן בד בבד עם הליך פלילי שמתנהל נגדו, היא סיטואציה תקדימית וחריגה, המחייבת התייחסות מיוחדת, לנוכח עוצמת ניגוד העניינים וכן מעמדו של ראש הממשלה. המגבלות המתחייבות בשים לב לקיומו של הליך שיפוטי מתנהל, נוגעות לא רק למערכת אכיפת החוק אלא גם לממשק עם הרשות השופטת, בפריזמה הצרה של בחירת שופטים לבית המשפט המחוזי בירושלים ולבית המשפט העליון.

92. בשונה ממערכות אכיפת החוק, המנוהלות אמנם באופן עצמאי לגופן של ההחלטות שמתקבלות אך תחת המסגרת המינהלית של משרדי הממשלה, מערכת בתי המשפט מנוהלת באופן עצמאי ונפרד תחת הרשות השופטת, וככלל, אינה נתונה להחלטות הממשלה (למעט בפריזמה המנהלתית). כידוע, על שופטי בית המשפט אין מרות זולת מרותו של הדין (סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה), ושררתם של ראש הממשלה או של יתר שרי הממשלה אינה אמורה להשפיע עליהם. נקודת ממשק ייחודית, שאליה מתייחס הסדר ניגוד העניינים, היא הליך בחירת השופטים, שבו מעורבים שני נציגי הממשלה ושני נציגי הכנסת.

93. הוועדה לבחירת שופטים היא הגורם המרכזי המופקד על מתן המלצות ביחס לבחירת כלל השופטים וקידומם, כמו גם על סיום כהונה של מי מהם, לרבות שופטי המותב שדן בעניינו של המשיב 2 בבית המשפט המחוזי בירושלים, שופטים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים ושופטי בית המשפט העליון. על כן, מעורבות בפעילות הוועדה לבחירת שופטים בהקשרים אלו מעוררת חשש ממשי לניגוד עניינים מן הטעמים אשר פורטו לעיל גם ביחס לבכירים במערכת אכיפת החוק המעורבים בעניינו הפלילי של ראש הממשלה. ודוק, חשש זה שריר וקיים אף ביחס להשפעה עקיפה על נושאים הנדונים בוועדה הנוגעים לשופטים אלו.

94. כפי שהובהר בחוות הדעת, עניינו האישי של ראש הממשלה נדון על-ידי הרכב שופטים בבית המשפט המחוזי בירושלים, וייתכן שהוא יתברר בעתיד גם על-ידי שופטים נוספים בבית המשפט העליון, שזהותם אינה ידועה. במקביל, לא מן הנמנע (ודיון אחד כזה אף מתקיים בימים אלה) כי מותבים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים ידונו בהליכים נלווים להליך העיקרי.
95. זאת ועוד, הקושי במעורבות בבחירת שופטים לבית המשפט העליון אינו מתמצה רק במראית עין ביחס לשופטי בית המשפט העליון שעשויים לדון בעתיד בהליכים משפטיים הנוגעים לעניינו האישי של המשיב 2, אלא אף הוא קשור לעניינם של חברי המותב הדנים היום בעניינו (או שופטים אחרים בבית המשפט המחוזי בירושלים אשר עשויים לדון בהליכים נלווים להליך העיקרי).
96. כידוע, לרוב, שופטי בתי המשפט המחוזיים הם המועמדים העיקריים להיבחר לכהונה בבית המשפט העליון. לפיכך, מעורבות בבחירת שופטים לבית המשפט העליון יכולה להיות לא רק על דרך החיוב אלא גם על דרך השלילה, בדרך של הימנעות מקידומו של שופט כזה או אחר.
97. בנוסף, בית המשפט העליון עשוי להידרש לתיק הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה הן בהליכי ערעור, הן בהליכי ביניים אחרים (כגון הליכים לגילוי ראיה חסויה, עתירות לבג"ץ בקשר לניהול ההליך, וכדומה).
98. בנסיבות אלה, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום למעורבותו של ראש הממשלה בענייני הוועדה לבחירת שופטים, ביחס לשופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, וביחס לבחירת שופטים לבית המשפט העליון.
99. ודוק: ממילא אין נהוגה מעורבותו של ראש הממשלה, שאינו חבר הוועדה למינוי שופטים, בעניינים אלה, ועל כן אין במגבלה זו משום "כרסום" בסמכויותיו של ראש הממשלה, והאמור בהקשר זה אך מחדד את הברור מאליו ביחס לחברי הוועדה, אשר נדרשים להפעיל שיקול דעתם באופן עצמאי (וראו בעניין זה את הוראת סעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984).

א.5.ג. החלטות הנוגעות לעדים או לנאשמים אחרים במשפט

100. במסגרת סעיף זה, הובהר כי מקום שבו נידון באופן ספציפי באחד ממשרדי הממשלה עניינו האישי של נאשם בהליך הפלילי בעניינו של המשיב 2 או עניינו האישי של עד שיש יסוד סביר לחשש שהמשיב 2 הוא בעל עניין להשפיע על עדותו, יהיה על המשיב 2 להימנע ממעורבות באותו נושא.

101. למעשה, המשיב 2 אינו חולק על המניעה לגופה, אלא על המנגנון המוצע לווידוא קיומה, ודורש כי המניעה תחול אם הוא ידע בפועל ומראש שעניינו של אותו אדם נדון באחד ממשרדי הממשלה. במסגרת חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, הוצע כי המשיב 2 ימנה גורם בלשכתו שיסייע לו לבדוק, ככל הניתן, שגורמים אלה אינם קשורים לעניינים שבהם הוא דן. מנגד, המשיב 2 מבקש כי הנטל יעבור לכתפי הנאשמים והעדים אשר יידרשו להודיע לנציגו של ראש הממשלה כי עניינם נדון במשרד ממשלתי כזה או אחר.
102. היועץ המשפטי לממשלה הכיר בקושי המעשי שאליו התייחסו ב"כ המשיב 2, גם במסגרת השיח המקדים שהתקיים עם נציגי היועץ המשפטי לממשלה, ושאלה זו נבחנה במסגרת גיבוש חוות הדעת. אמנם, הובהר כי המגבלה האמורה חלה רק כאשר עניינו של עד או נאשם נדון באופן ספציפי – היינו, בהחלטה המתייחסת לאותו גורם באופן מיוחד, ולא במקרה שבו עניינו האישי כרוך בסוגיה רחבה יותר. יחד עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה ער לכך שנדרש מעקב לצורך יישום המגבלה.
103. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה אינו סבור שנכון לייצר מנגנון המטיל חובת פנייה של הנאשמים, העדים והחוקרים לגורם בלשכת ראש הממשלה, בעת שעניינם נדון בפני אחד ממשרדי הממשלה. **ראשית**, האחריות הבסיסית לקיום הסדר ניגוד עניינים מוטלת על בעל הסמכות שבעניינו נערך ההסדר, ולא על הגורמים שביחס אליהם קמה מניעות (ראו סעיף 24 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1555 הנ"ל). **שנית**, גורמים אלה לא יודעים בהכרח מתי עניינם נדון ועל-ידי איזה גורם, ואף לא בטוח אם יאותו לשתף פעולה עם דרישה ברוח זו. **שלישית**, המנגנון המוצע על-ידי ב"כ המשיב 2 מעורר קשיים אחרים, שכן הטלת מעין חובה על נאשמים ועדים במשפט, לפנות לגורם כלשהו על מנת לעדכן את ראש הממשלה כאשר עניינם נדון בפני משרד ממשלתי עשויה **כשלעצמה** להקים חשש לתלות או למראית עין של ניגוד עניינים, בשים לב למעמדו הרם של המשיב 2. דווקא ראש הממשלה וגורמי לשכת ראש הממשלה אמורים לדעת (או למצער יוכלו לבדוק) אם עניין ספציפי של מי מהעדים צפוי להיות מובא בפניו של ראש הממשלה. על כן, נדמה כי בקביעה לפיה האחריות בעניין מוטלת על ראש הממשלה אך גורמי לשכתו יוכלו לסייע בידו ביישום המגבלה, יש הגיון רב יותר מאשר קביעה לפיה הנטל יועבר אל העדים עצמם.
104. על כן, לאחר ליבון העניין, המענה אשר הוצע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, המאזן לטעמו נכונה את השיקולים שפורטו בתמצית בעניין זה, הוא במינוי גורם בלשכתו של המשיב 2 שיסייע לו לבדוק, ככל הניתן, שגורמים אלה אינם קשורים להחלטות בנושאים שבהם הוא דן.
105. ודוק: הקביעה כי הגורם בלשכת המשיב 2 יסייע לו לבדוק "**ככל הניתן**" שהחלטות שהוא מקבל אינן נוגעות לגורמים המנויים ברשימת העדים, מלמדת כי אין מדובר בקביעת כלל של אחריות מוחלטת. המשיב 2 נדרש לבצע השתדלות ראויה, בדרך של קביעת מנגנון סביר שיסייע בידו שלא ליפול לכלל שגגה.

106. עניין נוסף שאליו התייחס המשיב 2 הוא עניינם של עובדי מדינה, ובהקשר זה ביקש להעביר את סמכותו לשר אחר. בהקשר זה נבהיר, כפי שפורט בחוות דעת, כי אין מניעה לקיום ממשק מקצועי עם עובדי המדינה המנויים ברשימה, ובלבד שלא יושפע מהלך עבודתם הרגיל. בנוסף, עובדי מדינה כפופים ממילא לגורמים רבים נוספים – מנכ"לים של משרדים ממשלתיים, נציבות שירות המדינה וביחס למשפטנים בשירות הציבורי – כפיפות מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. לכן, אין עילה להעברת סמכות א-פרוורית בהקשר זה, וככל שתתעורר סוגיה חריגה המצריכה דווקא מעורבות של דרג מיניסטריאלי, ניתן יהיה לבחון את הנושא.

א.5.4. חקיקה בעלת השפעה על ההליך הפלילי

107. בתגובתו, טוען המשיב 2 כי אין מקום להטלת מגבלות במסגרת הסדר ניגוד העניינים "המינהלי" על מעורבותו בהליכי החקיקה, בהפנותו לכללי האתיקה של חברי הכנסת החולשים לשיטתו על עניין זה.

108. לכך נשיב, כפי שהובהר בסעיף 30 לחוות הדעת, כי **המגבלות שהוצגו כלל אינן מתייחסות לכובעו של ראש הממשלה כחבר כנסת מן המניין**, אלא לשלבי הטיפול הממשלתיים בחקיקה (יזום וגיבוש של הצעות חוק ממשלתיות ודיון בוועדת השרים לחקיקה ביחס להצעות חוק פרטיות). ברור שלראש הממשלה יש יכולת רבה להשפיע על עמדת הממשלה בהליכים ממשלתיים הנוגעים לחקיקה ואף על אופן הטיפול הממשלתי בהליכים, באמצעות סמכויות המוקנות לו בתקנון לעבודת הממשלה, ולעיתים השפעה זו אף נעשית במסגרת לא פורמלית או עקיפה.

109. ודוק: במסגרת הדיון שהתקיים, טענו באי כוח המשיב 2, כי מגבלה זו חודרת אל המרחב הפרלמנטרי, ומגבילה את סמכות המשיב 2 כחבר-כנסת, מכיוון שהוא אינו יכול ליזום הצעות חוק פרטיות בנושא, וגם אינו יכול להיות מעורב בחקיקה ממשלתית. לכך נשיב, כי המגבלה שלפיה שר (לרבות ראש הממשלה) וסגן שר אינם יכולים ליזום חקיקה פרטית, היא תוצר מתחייב של תקנון הכנסת (סעיף 75 לתקנון הכנסת) ואינה נוגעת להסדר ניגוד העניינים שבו עסקינן.

110. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כללי המשפט המינהלי חלים על שלבי הטיפול השונים של הממשלה בהליכי החקיקה. זאת, בהתאם לחובות החלות מכוח המשפט המינהלי על הממשלה ביחס לכל החלטה אחרת. אף בפסיקת בית המשפט העליון, נדונו בעבר סוגיות שונות על בסיס הבנה זו, ובהתאם לכך הובהר כי "כידוע, גיבושה של הצעת חוק ממשלתית והנחתה לקריאה ראשונה הם פעולה מינהלית החשופה לביקורת שיפוטית" (בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 26.3.15)), וכן נדונה לגופה תקינות הליכי המינהל שבמסגרת גיבוש תזכיר חוק ממשלתי (בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 12.3.10)).

עמדה זו אף עוגנה בהמשך לכך במסגרת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 2.3005, שעניינה "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות", אשר עומדת על כך בציינה כי: "הכנת הצעת חוק ממשלתית היא פעולה מינהלית", ולאחר מכן במסגרת עיסוק בהרחבה במשמעויות אשר נגזרות מכך.

111. ודוק: ראש הממשלה והשרים הם בגדר רשויות מינהליות, הם מחזיקים ומפעילים סמכויות מינהליות, ומשכך התנהלותם בכובעם זה כפופה לדיני המשפט המינהלי, ובמסגרת זו, האיסור להימצא בניגוד עניינים הוא בגדר עיקרון משפטי המטיל חובה משפטית – כך שהדוגמאות וההשוואות לכללי האתיקה החלים על חברי כנסת הן מוטעות. מאותה סיבה, לא ניתן להתבסס על השיקולים הנהוגים במסגרת החלטותיה של ועדת האתיקה של הכנסת. ונבחר שוב, כפי שצוין לעיל, כי המגבלות שהוצגו כלל אינן מתייחסות לכובעו של ראש הממשלה כחבר כנסת מן המניין, אלא למעורבות בשלבי הטיפול הממשלתיים בחקיקה.

112. אכן, כאשר לעובד הציבור יש עניין אישי בהחלטה בעלת אופי כללי ותחולה רחבה, כמו בהליכי חקיקה כלליים, שאלת 'גודל הקבוצה' שנדונה בהרחבה בהחלטותיה של ועדת האתיקה היא פרמטר רלוונטי – ואולם המבחן המשפטי אינו נסוב על שיקול זה באופן בלעדי. השאלה הרלוונטית היא האם יש חשש סביר, או אפשרות ממשית, שבעל התפקיד יימצא במצב של ניגוד עניינים במעורבותו בהליך החקיקה, ולענייננו – האם במסגרת העיסוק בנושא כללי, יש חשש שהשיקולים האישיים יכרכו בהחלטה וישפיעו על שיקול דעתו של עובד הציבור. בנסיבות כאלו, גודל הקבוצה עשוי להעיד על ריחוק מסוים, אך שיקול זה אינו עומד לבדו, והוא נבחן למול עוצמת ניגוד העניינים ומכלול נסיבות העניין (נושא זה נדון בהרחבה בדו"ח הצוות לחשיבה מחודשת בהיבטי ניגוד עניינים (יולי 2018), עמ' 20-24; וראו גם בג"ץ 6024/94 מהדרין נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(3), 133).

113. ולראייה, גם בעבר, חוות דעת למניעת ניגוד עניינים של שרים התייחסו גם למעורבות בשלבי הטיפול הממשלתי בהליכי חקיקה. לעניין זה, ראו את חוות הדעת בענייניו של השר לשירותי דת, מיום 9.8.20 (פורסמה באתר משרד המשפטים – <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollectorresultitem/09-08-2020-5/he/09-08-2020.pdf>). יוער כי הממשלה אישרה לאחרונה להעביר לשר אחר את האחריות לטיפול בגיבוש החקיקה בעניין שירותי ההשגחה על הכשרות ולקידומה.

דוגמא נוספת התעוררה בממשלה ה-34, עת עלתה לוועדת השרים לענייני חקיקה הצעת חוק פרטית שעסקה בהליכי חיוב אישי ברשויות מקומיות, והשרה לשוויון חברתי הונחתה להימנע מלהשתתף בדיון ובהחלטה של ועדת השרים לחקיקה, וזאת מכיוון שגד אחיה, ננקטו באותה העת הליכי חיוב אישי. במקרה אחר, ניתנה חוות דעת בענייניו של שר התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, (גם היא בממשלה ה-34); חוות הדעת עסקה בקרוב משפחה שמפעיל תחנות דלק, ודנה בהרחבה באפשרות שיתקיים ניגוד עניינים במסגרת שני תזכירי חוק שהמשרד מקדם (אם כי לבסוף הוכרע שבעניין זה לא נדרשות

מגבלות). כמו כן, במסגרת חוות הדעת שניתנה בעניין שר הבריאות דאז, צוינה האפשרות לניגוד עניינים במעורבותו בהליכי חקיקה שיש להם נגיעה לעיתון המודיע, שאיתו יש לו קשר אישי (מבלי להידרש לחקיקה הספציפית בעניין הגבלות הפרסום על חברות הטבק, שכבר הושלמה במועד עריכת חוות הדעת).

תשומת הלב מופנית גם לחוות הדעת בעניינו של המשיב 2, מיום 14.6.16, אשר כיהן באותה העת כראש הממשלה וכשר התקשורת. חוות הדעת נערכה לנוכח הזיקה האישית בין המשיב 2 לבין שאול אלוביץ', והיא התייחסה בין היתר, באופן צופה פני עתיד, לאפשרות שיוטלו על ראש הממשלה מגבלות בעניין יישום דו"ח ועדת פילבר. זמן לא רב לאחר מתן חוות הדעת, הוגש למשיב 2 דו"ח ועדת פילבר, אשר כלל גם המלצות לתיקוני חקיקה, ואולם לנוכח זיקות רבות בין המלצות הדו"ח ובין הנושאים שבהם ראש הממשלה התחייב להימנע מלטפל בהם, העביר המשיב 2 את הטיפול בעניין לשר צחי הנגבי (אליו הועברו עוד קודם לכן במסגרת החלטת ממשלה סמכויות שר התקשורת שבהן המשיב 2 היה מנוע מלטפל מכוח אותה חוות דעת). אם כן, המשיב 2 עצמו קיבל את ההכרח להעביר לשר אחר את הטיפול בהליכי החקיקה בעניינים שבהם הוסכם כי הוא מנוע מלטפל.

צילומי חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים של שרים שנזכרו בפסקה זו מצורפים ומסומנים **מש/10**.

114. לגוף הדברים, **המגבלות שנקבעו אינן עוסקות בחקיקה פלילית באופן כללי, אלא באופן ממוקד בסוגיות של הדין הפלילי המהותי והדינוני העשויות להשליך על ההליך הפלילי המתנהל בעניינו של המשיב 2.**

115. כך, נקבע כי המגבלה תחול ביחס לתיקוני חקיקה הנוגעים במישרין לסעיפי העבירות שהמשיב 2 מואשם בהם, או שמואשמים בהם נאשמים אחרים באותו תיק; זאת לצד תיקוני חקיקה המתייחסים להיבטים ספציפיים שהאישומים נגדו כרוכים בהם (כגון, הליכי חקירה מסוימים, דינן של ראיות מסוג מסוים וכיו"ב). המגבלה מתייחסת גם לחקיקה הנוגעת לעצם קיום ההליך הפלילי או תוצאותיו (כך למשל, חקיקה המשהה את ההליך הפלילי או כזו העוסקת בחסינות ובחנינה).

116. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה מדובר במגבלות מתחייבות וסבירות, אשר חלות – בשים לב לאופייה של חוות הדעת – רק ביחס לתפקידו הממשלתי של ראש הממשלה.

117. בנושא זה, כמו ביתר הנושאים שנדונו בחוות הדעת, אין חשש ממשי שייפגע תפקודה של המערכת המינהלית כפועל יוצא של המגבלות, ודאי לא באופן המטה את הכף אל מול האינטרס הממשי בהטלתן.

כפי שהודגש בחוות הדעת, הנושאים בהם ראש הממשלה מנוע מלהיות מעורב מצויים ממילא בסמכותם של שרים אחרים, שימשיכו להפעיל את סמכותם המינהלית כדין. מעבר לכך, גם במקום שבו יתעורר צורך בהפעלת סמכות הנתונה לראש הממשלה, הרי שניתן יהיה להעביר את הסמכות לשר אחר או למנות לו ממלא מקום לצורך הפעלה קונקרטי שתידרש.

ב. הראש השני של הצו על תנאי: הדרישה להחיל את מגבלות חוות הדעת גם על השר לביטחון הפנים

118. הראש השני של הצו על תנאי, מתייחס להחלת המגבלות שנקבעו ביחס למשיב 2, בכל הנוגע למינוי בעלי תפקידים במערכת המשפט וכן ביחס להחלטות שיש להן זיקה למשפטו הפלילי של ראש הממשלה, גם ביחס לשר לביטחון פנים. וכך לשון הצו:

”(ב) 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.”

119. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום להטלת מגבלות אוטומטיות וגורפות מכוח דיני ניגוד העניינים על שרי הממשלה בשל עצם זיקתם הפוליטית למשיב 2, לרבות השר לביטחון פנים.

120. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי אין מקום לקביעה גורפת כי המגבלות החלות על ראש הממשלה יחולו בהכרח גם על השר לביטחון הפנים (או על חברי ממשלה המוגדרים כבעלי זיקה אליו). כאמור, הסדר למניעת ניגוד העניינים הוא הסדר אישי, וזיקה פוליטית, הדוקה ככל שתהיה, אין בה כשלעצמה כדי להוביל להרחבת מעגל ניגוד העניינים על אחרים. קבלת העמדה לפיה הסדר למניעת ניגוד העניינים בעניינו של ראש הממשלה חולש בהכרח ובאופן גורף גם על השר לביטחון הפנים (או על יתר חברי הממשלה המוגדרים כבעלי זיקה לראש הממשלה (בהתאם לסעיף 13א(ג) לחוק יסוד: הממשלה)), וזאת ללא כל בחינה פרטנית האם העניין האישי של ראש הממשלה משפיע על השר לביטחון הפנים באופן כזה שהוא עצמו יהיה מצוי בניגוד עניינים – אינה עולה בקנה אחד עם אופן עריכת הסדרים למניעת ניגוד העניינים, תהליך שכאמור נערך לגופו של כל מקרה ומקרה.

121. הדברים אמורים ביתר שאת שכן בענייננו אין מדובר בגורם מינהלי, אלא בשר המחויב להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע לפעילות משרדו, או ביחס לסמכויות שיועברו אליו בעניין זה, וככל עובד ציבור מחובתו לשיקול שיקולים ענייניים בלבד ולאזן ביניהם באופן הולם.

זאת אמרנו על דרך קל וחומר, שכן בהתאם להנחיית היועץ, שעוסקת בניגוד עניינים של עובדי ציבור, העברת סמכות לגורם כפוף היא אפשרית. וכך נכתב בהקשר זה בהנחיה:

"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, ואולם ההכרעה בדבר הפתרון המתאים בכל מקרה לגופו צריכה להיעשות על ידי היועץ המשפטי העורך את ההסדר. על מנת לקבל את ההכרעה יהיה על היועץ המשפטי לתת את דעתו לשיקולים הבאים: היקף העניין המועבר; הבעת דעה של עובד הציבור המנוע באותו עניין; עוצמת הזיקה של עובד הציבור המנוע לאותו עניין; הפגיעה בתפקוד הממשלתי בהתחשב בהעברת העניין לעובד ציבור מסוים" [ההדגשות לא במקור].

122. הנה כי כן, בהתאם להנחיית היועץ, מעגל ניגוד העניינים של עובד ציבור אינו מורחב מראש ובאופן אוטומטי לגורמים הכפופים לו, ובהשלכה לנבחרי ציבור, מעגל ניגוד העניינים של ראש הממשלה אינו מורחב מראש ובאופן גורף לשרים בעלי זיקה אליו. על רקע זה, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין מקום להרחיב כעניין הכרחי וגורף את מעגל ניגוד העניינים של ראש הממשלה לשר אחר, המחויב להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע לפעילות משרדו, וזאת אך בשל זיקתו הפוליטית לראש הממשלה.

123. אשר לבחינה הפרטנית, כידוע, הסדר למניעת ניגוד עניינים נועד למנוע מעובד הציבור או נבחר הציבור להימצא במצב של חשש לניגוד עניינים בעבודתו הציבורית, וזאת כאשר עניין עליו הוא מופקד בתפקידו הציבורי עלול להתנגש עם עניין אחר של או עם תפקיד אחר שהוא עצמו ממלא. סעיף 8 להנחיית היועץ (הנחיה 1.1555 – עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות הציבורי אשר הוזכרה לעיל) קובע כי "הסדר למניעת ניגוד עניינים הינו מסמך בו חושף המועמד להיות עובד הציבור (להלן: המועמד) את ענייניו האחרים או תפקידו האחרים שעלולים לגרום לו להיות במצב של חשש לניגוד עניינים במילוי תפקידו הציבורי, ומתחייב לקבל על עצמו מגבלות מסוימות, בעבודתו הציבורית או בתחום האישי, שימנעו את ניגוד העניינים האמור" [ההדגשות לא במקור]. בהמשך לכך מצוין כי "הסדר למניעת ניגוד עניינים נערך על ידי היועץ המשפטי... בשיתוף עם המועמד". מזאת עולה, שהסדר ניגוד עניינים הוא הסדר אישי, שחל לאחר שנערכה בחינה פרטנית על ידי היועץ המשפטי הרלוונטי, ביחס לעובד הציבור או נבחר הציבור הנוגע לדבר, במטרה למנוע ניגוד עניינים בין מילוי תפקידו לבין ענייניו האישיים.

124. עוד נציין בהקשר זה, כי כללי אשר מגדירים "עניין אישי" גם כעניין אישי של **קרוב** של השר, כאשר המונח "קרוב" מוגדר בכללים כ"בן זוג, הורה, הורי הורה, אח, אחות, צאצא וצאצאי בן הזוג, בן זוגו של כל אחד מאלה, צאצא של אח או אחות ואח או אחות של הורה", וכן "כל אדם שיש לשר עניין אישי במצבו הכלכלי". לפי הגדרות אלה, דומה כי קביעה גורפת כי ענייניו של ראש הממשלה הם בהכרח עניין אישי של השר לביטחון הפנים – היא קביעה מרחיקת לכת.
125. אף לא הונחה בעת הנוכחית תשתית מספקת לטענה כי ענייניו האישיים של ראש הממשלה משפיעים על הסמכויות הנתונות בידי השר לביטחון הפנים, באופן כזה שהוא עצמו יהיה בניגוד עניינים ביחס להפעלתן. בנסיבות אלו, לא נמצא כי קיימת הצדקה להטיל מגבלות כלשהן על השר לביטחון פנים ביחס להפעלת סמכויותיו אלו אך ורק לנוכח היותו של ראש הממשלה עצמו מנוע מלפעול בהקשרן של סמכויות אלו. הרחבת תחולת ניגוד העניינים באופן האוטומטי והגורף המבוקש על ידי העותרות, יוביל הלכה למעשה לכך שניגוד העניינים יחול על כלל חברי הממשלה שלהם זיקה פוליטית לראש הממשלה (בהתאם לסעיף 13א(ג) לחוק יסוד: הממשלה).
126. מכל מקום, כאמור, אין בעצם זיקתו הפוליטית של שר כזה או אחר לראש הממשלה כדי לגרוע מחובתו של אותו שר להפעיל שיקול דעת עצמאי בכל הנוגע לפעילות משרדו, או מחובתו לשיקול שיקולים ענייניים בלבד.
127. ויוזכר, כי במסגרת חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים נקבע כי על ראש הממשלה להימנע מטיפול בכל עניין הנוגע למינוי בכירים (אופן המינוי והליכי המינוי עצמם) במשטרה ביחס לבעלי תפקידים אשר מעורבים בהליך הפלילי הנוגע לענייניו של ראש הממשלה או שיש ביכולתם להשפיע על ההליך, מתוקף תפקידם, ובכלל זה מפכ"ל המשטרה, ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרת ישראל, מפקד להב 433 ויתר הגורמים הרלוונטיים – לרבות קידום חקיקה הנוגעת להליכי מינוי אלה; וכי על ראש הממשלה להימנע מלטפל בכל עניין הנוגע באופן פרטני למעמד ולמילוי תפקידם של בעלי התפקידים האמורים. בחוות הדעת אף הודגש כי אסור לראש הממשלה להיות מעורב אף באמצעות כל גורם ממשלתי או אחר, באותם עניינים שבהם הוא מנוע מלהיות מעורב בעצמו, כמפורט לעיל. עניין זה גם הובהר במכתב שנשלח במקביל לשר לביטחון הפנים, בשים לב לתחומי משרדו ולכך שהוא הגורם שאליו ייעד המשיב 2 לצורך העברת סמכויותיו כראש ממשלה, ככל שתידרש הפעלתן, בהקשרי מערכת המשפט ואכיפת החוק.
128. מכל מקום, ככל שבעתיד תהיינה טענות ביחס להפעלת סמכות בעניין זה או אחר על-ידי השר לביטחון פנים, באופן המקים חשש לניגוד עניינים מצדו של השר, או טענות להתערבות אסורה של המשיב 2 בעניין שלגביו חל הסדר ניגוד העניינים, הרי שאלה ייבחנו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו וממילא יהיו כפופות לביקורת שיפוטית, ככל שתהיה עילה לכך.

ג. הראש השלישי של הצו על תנאי: איוש המשרות הבכירות בשירות הציבורי הטעונות אישור ממשלה

129. עניין נוסף שנכלל בצו על תנאי, הגם שהוא חורג מהנושא העיקרי של העתירות שהוא נושא ניגוד העניינים של המשיב 2, הוא השלמת מינויי הבכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור ממשלה.

"(ג) 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."

130. העתירה בבג"ץ 5920/20 שבה התבקש סעד זה, התייחסה למינויים בכירים בשירות המדינה הטעונים אישור ממשלה, באופן כללי, ובפרט לתפקידים הבכירים במערכת אכיפת החוק – מפכ"ל המשטרה ופרקליט המדינה (פסקה 124 לעתירה).

131. נזכיר, כי במסגרת ההסכם הקואליציוני שלפיו הוקמה הממשלה ה-35, נכללה הוראה שלפיה ב"תקופת החירום" של הממשלה שתוקם (6 חודשים שניתנים להארכה בהסכמה של ראשי שני "הגושים", לפרקי זמן נוספים של 3 חודשים בכל פעם), לא יבוצעו מינויים בכירים הטעונים אישור ממשלה, וכי כל המינויים הזמניים יוארכו. עוד צוין כי הסכמה זו לא תחול על מינוי מנכ"לים למשרדי הממשלה (סעיף 3(ג) להסכם). בהמשך ההסכם, צוין כי יוקם צוות אשר יעסוק, בין היתר, בגיבוש כללים לביצוע מינויים בכירים בשירות הציבורי הטעונים אישור ממשלה.

132. במסגרת העתירות שהוגשו נגד הטלת מלאכת הרכבת הממשלה על המשיב 2 ונגד ההסכמים הקואליציוניים, חיווה היועץ המשפטי לממשלה את דעתו כי סעיף זה מעורר קשיים ממשיים ביותר, שכן משמעותו המעשית היא הקפאת מינוי ואיוש משרות בכירות, אשר חלקן לא מאויש כבר היום תקופה ארוכה, חלקן מאויש בדרך של מילוי מקום, וחלקן יתפנה בתוך "תקופת החירום" שבהסכם. עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי הקפאה כאמור עלולה לגרור עמה פגיעה ממשיית ביציבות ובוודאות הדרושה לתפקודו התקיין של השירות הציבורי, וזאת ביתר שאת בשים לב לכך שבמועד הקמת הממשלה הנוכחית באה לסיומה תקופת כהונה של ממשלה המכהנת במשך כשנה וחצי כממשלה יוצאת או כממשלת מעבר, על כל המשתמע מכך לעניין מגבלות האיפוק והריסון החלות בין היתר לעניין עריכת מינויים בתקופה זו. עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי קשיים אלה מתעצמים במיוחד כאשר עסקינן באיוש תפקידים המאופיינים בעצמאות שיקול דעת, אכיפת דין, והפעלת סמכויות סטטוטוריות – ובפרט ראשי מערכת אכיפת החוק, שכידוע ביניהם אינם מאוישים כיום במינוי קבע – תפקיד פרקליט המדינה ותפקיד מפכ"ל המשטרה. היועץ המשפטי לממשלה הוסיף, כי אין צורך להכביר מילים על חשיבות איושן של משרות אלה, כמו גם על חשיבות העצמאות ואי התלות המתחייבת ביחס אליהן. כך ככלל, כך בפרט בימים אלה בהם ראש הממשלה המכהן עומד לדון.

מובן, כי יש חשיבות רבה ואינטרס ציבורי ממשי ודוחק למינוי לתקופה קבועה, הן לטובת הגופים השלטוניים עצמם על מנת להבטיח פעולתם באופן מיטבי, והן על מנת להבטיח אי תלות, ובכלל זה אף מראית עין של אי תלות, בין נושאי משרה בכירים אלה לבין הממשלה האמונה על מינויים.

133. בעקבות הערות בית המשפט הנכבד, ביצעו הצדדים להסכם הקואליציוני שינויים בהסכם, שאליהם התייחס בית המשפט הנכבד בפסקה 26 לפסק דינו, כדלקמן:

"[...] ביחס לחלק מההוראות, ובמיוחד אלו הקבועות בסעיף 3(ג) לעניין תקופת החירום, הועלה החשש כי תקופת החירום אינה מוגדרת דיה וכי הלכה למעשה במהלכה תשותק פעילות הכנסת ולא יבוצעו מינויים חיוניים. בהקשר זה דרשנו במהלך הדיון הבהרות מנציגי הסיעות, והן התבקשו לחזור לשולחיהן ולהגיש הבהרות בכתב, אשר יונחו על שולחן הכנסת, כנדרש בחוק. הבהרות כאמור הוגשו בהודעת העדכון ומהן עולה כי תקופת החירום תוגבל לשישה חודשים מיום השבעת הממשלה וכי לא ניתן יהיה להאריכה. עוד הובהר כי הקפאת המינויים כאמור בסעיף 3(ג) סיפא תחול למשך 100 ימים מיום השבעת הממשלה וכי בהסכמה ניתן יהיה להביא מינויים לאישור הממשלה עוד קודם לכן. בתגובתו להודעת העדכון ציין היועץ המשפטי לממשלה כי יש לקרוא הבהרה זו כך שגם "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" (סעיף 5 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה מיום 5.5.2020). [...]"

134. נזכיר, כי ביום 3.11.20, פנה היועץ המשפטי לממשלה לראש הממשלה וראש הממשלה החליפי בבקשה לפעול ללא דיחוי בהתאם לסמיכותיהם שבדין לקידום מינויי קבע למשרות בכירות בישרות המדינה, כמפורט בכתב, לרבות קיום בהקדם האפשרי של הדיון בממשלה בקשר להצעות החלטה ביחס לממתינים באותו שלב.

צילום מכתב היועץ המשפטי לממשלה מיום 3.11.20 מצורף ומסומן מש/11.

135. כעולה מתגובת המשיב 2 לעתירה דנן, כמו גם עמדות שהוצגו בהליכים אחרים שאליהם נתייחס להלן, נושא השלמת המינויים הבכירים הטעונים אישור ממשלה מצוי במחלוקת פוליטית, על רקע אי הקמת הצוות הבין-גושי שאליה התייחס סעיף 3(ד) להסכם הקואליציוני, ולכן – לשיטתו – מדובר בנושא פוליטי שאין מקום להתערבות שיפוטית בו.

136. אלא, שעמדת היועץ המשפטי לממשלה (שכבר אומצה לא מכבר בפסק דינו של בית המשפט הנכבד זה לא מכבר), היא כי הסכמות או מחלוקות קואליציוניות, אינן עילה להימנעות מהשלמת המינויים הבכירים הטעונים אישור ממשלה.

כאמור, עמדה עקרונית זו, אומצה לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד ימים, בבג"ץ 7180/20 התנועה לטוהר המידות נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 10.12.20), שבמסגרתו ניתן צו מוחלט המורה למשיבים לפעול להביא לאישור הממשלה את הצעת ההחלטה על מינוי מנכ"ל קבוע למשרד המשפטים במהירות הראויה. במסגרת תגובת המדינה לעתירה, הובאה עמדת המשיב 2 לצד עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסוגיה זו, ובית המשפט הנכבד פסק כי "מקובלת עלינו עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כי הסכמות או מחלוקות קואליציוניות אינן יכולות לגבור על חובת הממשלה והגורמים המוסמכים לפעול לאיזו משרות בכירות במינוי קבע." בהמשך פסק הדין, הפנה בית המשפט הנכבד למקורות הנורמטיביים הצריכים לעניין, וכך ציין את הצו על-תנאי שניתן בעתירה דן, כדלקמן:

"לאור האמור בחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, לנוכח כללי המשפט המינהלי וסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; לנוכח עמדת היועץ המשפטי לממשלה על נימוקיה; ובהינתן האמור בסעיף (ג) לצו על תנאי שהוצא ביום 17.11.2020 על ידי בית משפט זה בבג"ץ 5920/20 – ניתן בזאת צו מוחלט המורה למשיבים לפעול להביא לאישור הממשלה את הצעת שר המשפטים למנות את המשיב 7 כמנכ"ל המשרד, וכל זאת במהירות הראויה ובהתאם לתקנון הממשלה.

רשמנו לפנינו כי בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הדבר יכול להיעשות כבר בישיבת הממשלה הקבועה ליום 20.12.2020, ובכל מקרה יש להביא את המינוי לאישור הממשלה לא יאוחר מסוף חודש דצמבר 2020."

137. פסק דין זה, ניתן בהמשך לפסק-דין קודם שניתן שבוע קודם לכן, בנושא קידום מינוי מפכ"ל קבוע למשטרת ישראל (בג"ץ 8034/20 אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' השר לביטחון פנים (פורסם באר"ש, 3.12.20)), שאף בו ניתן צו מוחלט המורה לשר לביטחון פנים לקדם את המינוי כדלקמן:

"חלפו בדיוק שנתיים מאז הסתיימה כהונתו של המפכ"ל הקודם רב-ניצב רוני אלשיך. לנוכח חובת הממשלה והגורמים המוסמכים לפעול לאיזו משרת המפכ"ל בהתאם לכללי המשפט המינהלי, ובהינתן עמדת היועץ המשפטי לממשלה על נימוקיה (ומבלי שנעלמה מעינינו עמדתו של המשיב 1 שהובאה במסגרת תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה) - ניתן בזה צו מוחלט המורה למשיבים לפעול להבאתו של מועמד לתפקיד המפכ"ל בפני הוועדה המייעצת לממשלה לעניין מינויים לתפקידים בכירים, במהירות הראויה."

138. הנה כי כן, לאחר פסקי הדין של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7180/20 ובג"ץ 8034/20, לא יכולה עוד להיות מחלוקת בעניין החובה המוטלת על הממשלה וחבריה לפעול לאיזו המשרות הבכורות הטעונות אישור ממשלה במהירות הראויה, וכן בעניין הקביעה כי מחלוקות או הסכמות קואליציוניות אינן יכולות לגבור על חובה זו.

139. כפי שציין בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7180/20, חובה זו היא פועל יוצא של החובה לפעול במהירות הראויה, המעוגנת גם בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981: "הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו - משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו **במהירות הראויה** ולחזור ולעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות" (ההדגשה הוספה – הח"מ) (ראו גם: דפנה ברק-ארו, משפט מינהלי, בעמ' 407-409).

140. אכן, קציבת פרק זמן מדויק שהוא פועל יוצא של החובה לפעול במהירות הראויה, נגזרת מנסיבות העניין. פרק הזמן הסביר עשוי להשתנות בשים לב לפעולות הנדרשות לשם הפעלת הסמכות, בהתחשבות באילוצים שונים, או משימות נוספות המוטלות על הגורמים הרלוונטיים (ראו גם: ברק-ארו, שם). עם זאת, ברי כי עיכוב שאין מאחוריו טעמים סבירים וענייניים, אינו יכול לעמוד.

141. בהקשר הקונקרטי של סמכות הממשלה לבצע מינויים בכירים בשירות הציבורי, ככל שמדובר בפרק זמן משמעותי שבו משרה פלונית אינה מאוישת או מאוישת במינוי זמני, גוברת הפגיעה באינטרס הציבורי. נשוב ונבהיר בהקשר זה, כי תפקודו התקין של השירות הציבורי מחייב כי הגורמים המוסמכים יבצעו מינויי קבע למשרות הבכירות בו, והדברים מתחדדים ביתר שאת כאשר מדובר במשרות שאינן מאוישות פרק זמן ארוך. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי מינויים זמניים מעוררים קושי מיוחד כאשר עסקינן באיוש תפקידים המאופיינים בעצמאות שיקול דעת, אכיפת דין, והפעלת סמכויות סטטוטוריות – ובפרט ראשי מערכת אכיפת החוק. מעבר לכך, ישנם מינויים אשר הדחיפות בהשלמתם נובעת מטעמים נוספים – פגיעה תפקודית חמורה (למשל, גוף קולגיאלי אשר מצבת חבריו פחתה עד כדי הפסקת פעילותו), או אילוצים אחרים המחייבים את השלמת הליך המינוי ללא דיחוי.

142. משעה שפסק הדין בבג"ץ 7180/20 הבהיר את גדרי הדין בסוגיה זו, ובשים לב לצו על תנאי שניתן בהליך הנוכחי, פנה היועץ המשפטי לממשלה לראש הממשלה ולראש הממשלה החלופי בפנייה נוספת להשלים את המינויים הבכירים בשירות הציבורי, אשר טרם הושלמו.

צילום מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 10.12.20 מצורף ומסומן מש/12.

143. **בנספחים המצורפים כחלק בלתי נפרד מתשובה זו, יובאו הצעות ההחלטות הממתינות לדיון, כפי שנמסרו ממזכירות הממשלה, נכון ליום 21.12.20 (נספח א'), וכן פירוט נוסף שהתקבל בנדון משרד החוץ ביחס למינויים מקצועיים בשירות החוץ (נספח ב'); עוד יפורטו המינויים שאותם ביצעה ממשלת ישראל ה-35 מאז כינונה ועד היום (נספח ג').**

144. כעולה מן הנספחים, הממשלה דנה ואישרה הצעות מינויים (בעיקר מינויי מנכ"לים למשרדים בחודשים הראשונים לכהונתה; וכן כמה מינויים נוספים בעת האחרונה). מאידך, חלק מן ההצעות שהועברו למזכירות הממשלה טרם נידונו על אף שהוגשו לפני מספר חודשים. ביחס לחלק מן המינויים שבהם חל עיכוב משמעותי בהבאת ההצעות לדיון בממשלה התנהלו ומתנהלים הליכים פרטניים (מנכ"ל משרד המשפטים – בג"ץ 7180/20; מינויים במשרד התקשורת – בג"ץ 1257/20). כל זאת, ברקע הצהרות המשיב 2 במסגרת הליך זה והליכים נוספים, כי מדובר בנושא המצוי במחלוקת קואליציונית.

145. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החובה המוטלת על ממשלת ישראל, ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי, לפעול "במהירות הראויה" לאיוש משרות בכירות הטעונות את אישור הממשלה, משמעה כי יש להביא לדיון את הצעות המינוי "הבשלות" שהועברו למזכירות הממשלה ללא דיחוי, ובוודאי שאין עילה לעכב את עצם הדיון בהן מטעמים אשר הובהר בפסיקת בית המשפט הנכבד כי הם אינם גוברים על החובה להשלים את המינויים. לא כל שכן, שעה שהממשלה עצמה פעלה מאז הקמתה, לרבות בשבועות האחרונים, לביצוע שורה של מינויים לתפקידים מסוימים, מבלי שהשיקול הקואליציוני היה בגדר חסם לקיומו של דיון בהם.

146. ודוק: אילו היה מדובר אך ורק בעיכובים כאלה ואחרים, הנובעים מאילוצים שונים של הגורמים המוסמכים או משיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה ולראש הממשלה החליפי בקביעת סדר יומה של הממשלה, ספק אם היה מקום לעיסוק משפטי או התערבות שיפוטית בנדון. עם זאת, מצב שבו הממשלה וחבריה בה נמנעים במוצהר מקידום מינויים משמעותיים מסוימים, חרף הצורך הגובר באיושם, בטענה כי הדבר נובע ממחלוקת קואליציונית, חורג על פני הדברים ממתחם הסבירות, ועשוי לחייב התערבות שיפוטית, כדוגמת הצווים המוחלטים שניתנו בבג"ץ 7180/20 ובג"ץ 8034/20.

147. במאמר מוסגר נציין, כי ישנן משרות בכירות אחרות, אשר בעניינן טרם הושלמו ההליכים המקדמיים הנדרשים לפני הבאת הצעת המינוי לאישור הממשלה. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם בהקשר זה, על כלל הגורמים הנוגעים בדבר לקדם את הליכי המינוי במהירות הראויה, ולבצע את הפעולות המקדמיות הנדרשות לשם כך, כדי שניתן יהיה להשלים את איוש המשרות בהקדם. כמובן שהדחיפות היא רבה יותר ככל שמדובר במשרה שאינה מאוישת, או כאשר מדובר במשרה המאוישת במינוי זמני מזה פרק זמן ארוך. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, ברי כי טעמים קואליציוניים שאינם יכולים להצדיק עיכוב הדיון בממשלה בהצעות החלטה "בשלות", ממילא אינם יכולים לשמש עילה להימנע מביצוע פעולות המקדמיות הנדרשות על-ידי הגורמים המוסמכים כדי לקדם את הליכי המינוי. כך גם הוכרע בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8034/20, שם הוצא צו מוחלט המורה לשר לביטחון הפנים לפעול להבאתו של מועמד לתפקיד המפכ"ל בפני הוועדה המייעצת לממשלה לעניין מינויים לתפקידים בכירים, במהירות הראויה. מובן כי לאחר השלמת ההליכים המקדמיים והבאת הצעות המינוי לאישור הממשלה, יש להביאן לאישור הממשלה ללא דיחוי.

148. עם זאת, בהקשר זה של מינויים שאינם ממתנינים אך להעלאתם להצבעת חברי הממשלה, ההליך הנוכחי, והצו על תנאי שניתן בגדרו, אינו האכסניה הדיונית המתאימה לבירור שיפוטי, שכן מדובר בהפעלת סמכויות של גורמים רבים אחרים, שאינם נמעניו של הצו על תנאי שהוצא ואף אינם משיבים להליך. מעבר לכך בהקשר זה התנהלו ומתנהלות עתירות פרטניות, ודומה כי בשים לב למאפיינים השונים של המשרות, הליכי המינוי ומכלול הנסיבות, ככל שיש עילה לכך המקום המתאים לברר עיכובים בהקשר זה הוא במסגרת בירור עתירות קונקרטיות, כפי שנעשה בבג"ץ 8034/20 הנ"ל.

149. בצד האמור, ככל שהכנסת תתפזר הלילה בחצות לנוכח הוראת סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת, יציע היועץ המשפטי לממשלה להגיש הודעה משלימה ביחס להשלכות שינוי נסיבות זה על הסעד בעניין המינויים הטעונים אישור ממשלה.

סוף דבר

150. לנוכח המקובץ, יטען היועץ המשפטי לממשלה כי יש לקבוע כי חוות הדעת שהוציא ביום 2.11.20 ניתנה בסמכות, כי היא מחייבת את המשיב 2 מכוח הדין, וכי אין עילה להתערבות שיפוטית בהוראותיה הקונקרטיות. עוד יטען היועץ המשפטי לממשלה כי לא הונחה בעת הנוכחית עילה להחיל את הוראות חוות הדעת גם ביחס לסמכויות הנתונות בידי השר לביטחון הפנים. בכל הנוגע לנושא המינויים הבכירים - יטען היועץ המשפטי לממשלה כי על הממשלה, ראש הממשלה וראש הממשלה החליפי לפעול ללא דיחוי להעלאת ההחלטות לאישור מינויים הממתנינות להצבעת חברי הממשלה, וכן להוסיף לפעול במהירות הראויה בכל הנוגע לאיזוש יתר המשרות הטעונות אישור ממשלה. זאת, ביתר שאת בשים לב לכך שמצויים אנו לאחר תקופה ארוכה שבה כיהנה ממשלה בתקופת בחירות, ולריבוי המשרות הבכירות שאינן מאוישות או מאוישות בדרך של מינוי זמני או מילוי מקום.

היום,

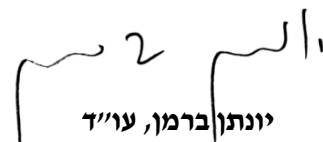
ז' בטבת תשפ"א

22 בדצמבר 2020



סיון דגן, עו"ד

עוזרת ראשית במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



יונתן ברמן, עו"ד

סגן בכיר א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



ליאורה וייס-בנסקי, עו"ד

סגנית בכירה א' במחלקת הפיסקאלית
בפרקליטות המדינה