

**העותרת:**  
תנועת "אומץ" – אזרחים למען מינהל תקין  
וצדק חברתי ומשפטי (ע"ר 0410967-58)  
ע"י ב"כ עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד אילנית שומרון  
רח' אבטליון 18 רמת גן  
טל': 050-7268627 ; פקס: 077-3179159  
דוא"ל: [yoaz.adv@gmail.com](mailto:yoaz.adv@gmail.com)

- נ ג ד -

**המשיבים:**  
1. הוועדה המקצועית-ציבורית לאיתור מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה  
2. ממשלת ישראל  
3. ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו  
4. שרת המשפטים, הגב' איילת שקד  
5. היועץ המשפטי לממשלה, מר יהודה וינשטיין  
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466603 ; פקס 02-6466678  
6. אלוף (מיל') אביחי מנדלבליט  
ע"י ב"כ עו"ד מייק בלס  
רח' החי"ל 31/6, ירושלים  
טל': 050-6217700 ; פקס: 02-5817263  
דוא"ל: [blasmike@hotmail.com](mailto:blasmike@hotmail.com)

## עתירה למתן צו על-תנאי

## ולמתן צו-ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי המופנה כלפי המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, כמפורט להלן:

א. מדוע לא תיפסל החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמדותו של מועמד אחד ויחיד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח העובדה שבעשותה כך חרגה המשיבה 1 מסמכותה ופעלה בניגוד להנחיות שמכוחן היא פועלת.

ב. מדוע לא תנחה המשיבה 4 את המשיבה 1 לשוב ולדון במועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ולהמליץ בפניה – בהתאם להנחייתה של המשיבה 4 – על שלושה מועמדים למשרה זו.

ג. מדוע לא ינחה המשיב 5 את המשיבה 1 לשוב ולדון במועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ולהמליץ בפני המשיבה 4 – בהתאם להנחייתה של המשיבה 4 – על שלושה מועמדים למשרה זו.

ד. מדוע לא תיפסל החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח הפגם היורד לשורשו של עניין בכך שהחלטה זו נתקבלה בטרם קיימה המשיבה 2 דיון ממצה בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה, וזאת נוכח ממצאיו ומסקנותיו של המשיב 5 בהקשר לחקירה הפלילית שנוהלה נגד המשיב 6 ב"פרשת הרפז".

ה. מדוע לא יפעל המשיב 3 לקיים דיון במשיבה 2 בדבר כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה, בהתאם להנחייתו של המשיב 5, וזאת בטרם תוכל המשיבה 1 לשוב ולדון בשאלת מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

ו. מדוע לא תיפסל החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח החלטתה שלא להכריע בין עמדתו של המשיב 5 באשר למסקנות העולות מחוות-דעתו בהקשר לחקירה הפלילית שנוהלה נגד המשיב 6 ב"פרשת הרפז", לבין עמדתו של המשיב 6 ועמדות צדדים שלישיים בסוגיה זו, משל היו עמדות אלה בעלות משקל שווה.

ז. מדוע לא תיפסל החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח הפגם היורד לשורשו של עניין, הטמון באי-שקילת היבטים מתחייבים של צינור ושל ניגוד עניינים הטמונים במעבר מכהונת מזכיר הממשלה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, ולמצער אי-מתן משקל מספיק להיבטים אלה, שאינם ניתנים לריפוי באמצעות הסדר כלשהו למניעת ניגוד עניינים.

ח. מדוע לא תימנע המשיבה 4 מלהביא את המלצת המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בפני המשיבה 2, כל עוד לא נרפאו הפגמים הקשים שנפלו בעבודת המשיבה 1.

ט. מדוע לא יימנע המשיב 3 מלכלול בסדר יומה של המשיבה 2 את הצעת החלטה של המשיבה 4 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, על יסוד המלצתה של המשיבה 1, כל עוד לא נרפאו הפגמים הקשים שנפלו בעבודת המשיבה 1.

י. מדוע לא תימנע המשיבה 2 מלדון ולאשר את מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, נוכח הפגמים הקשים שנפלו בעבודת המשיבה 1 ונוכח הקשיים שבמינויו שלו למשרה זו, למצער בעיתוי זה.

## **עתירה לצו-ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף**

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו-ביניים שימנע מהמשיבה 4 מלהביא את המלצתה של המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה להחלטת המשיבה 2; שימנע מהמשיב 3 מלכלול בסדר יומה של המשיבה 2 את הצעת ההחלטה למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה; וכן, שימנע מהמשיבה 2 לדון ולהחליט על מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עד להכרעה בעתירה. זאת, נוכח העובדה ש**מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרת, ובמטרה להימנע מהיותו של המינוי בבחינת "מעשה עשוי", להלכה או למעשה.**

בד בבד, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה, וזאת במטרה לקיים הליך אפקטיבי ויסודי, מתוך מטרה להגיע להכרעה עד בטרם יסיים המשיב 5, הוא היועץ המשפטי לממשלה, את כהונתו ביום 31.1.2016. ממילא, יש לשער כי הצדדים כולם נכונים לקיים את הדיון במהירות האפשרית, ולהביא בפני בית המשפט הנכבד את נימוקיהם, שנוסחו והתגבשו זה מכבר.

## **תמצית העתירה**

שעת מבחן היא זו. למערכת המשפטית הממלכתית של מדינת ישראל, לערכים של טוהר מידות, תקינות מינהלית ושלטון החוק, וכן – לבית המשפט הנכבד.

משפטנים גדולים, מנפילי המשפט של ישראל, כיהנו לאורך הדורות בתפקיד הרם של היועץ המשפטי לממשלה. היו ביניהם חיים כהן, גדעון האוזנר, מאיר שמגר, אהרן ברק, יצחק זמיר, אליקים רובינשטיין, מני מזוז ועוד אחרים, גדולים כמותם. לא ספורים מביניהם מצאו את דרכם לאחר מכן – ובדין מצאו – אל כס השיפוט הנישא של בית המשפט העליון.

ואין תימה שכך הם הדברים. שכן מי שראוי לשמש היועץ המשפטי לממשלה, ראוי הוא, כעניין של עיקרון, להימנות גם עם שופטי בית המשפט הנכבד הזה.

כעת נדרשת שוב ממשלת ישראל, היא המשיבה 2, למינוי היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, שורת פגמים חמורים וקשים, היורדים לשורשו של עניין, נפלה בעבודתה של המשיבה 1, בדונה ובהחלטתה להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 לתפקיד, ומאיימים להטביע באות של אי-חוקיות גם את מהלכיה של המשיבה 2 בהקשר זה. כתם כבד דבק במשיב 6 נוכח הממצאים מחקירתו הפלילית. ונסיבות פעולתו בתפקידו הנוכחי, מקימות קשיים בלתי-פתירים במינויו למשרת היועץ המשפטי לממשלה, למצער לעת הזו. בשל כל אלה, מבקשת העותרת למנוע את התקלה ולתקן את הליקויים שכבר אירעו.

וזו תהיה דרך הילוכנו בעתירה זו :

### הפרק העובדתי:

- א. הסדרת דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה.
- ב. ההליכים למינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.
- ג. פניותיה הרבות של העותרת למשיבים.

### הטיעון המשפטי:

- ד. על המשרה הנכבדה שהיא – היועץ המשפטי לממשלה.
- ה. הממצאים שנאספו ביחס למשיב 6 ב"פרשת הרפז" פוסלים אותו מכהונת היועץ המשפטי.
- ו. המשיבה 1 לא הייתה רשאית שלא לאמץ את מסקנותיו של המשיב 5 במישור המינהלי ביחס למשיב 6.
- ז. החלטת המשיבה 1 לדון על מועמדות המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בטרם דנה המשיבה 2 בכשירותו להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה – עולה כדי אי-סבירות קיצונית.
- ח. החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמד אחד בלבד מהווה חריגה מסמכות.
- ט. מעבר מתפקיד פוליטי דוגמת מזכיר הממשלה למשרה ממלכתית כגון היועץ המשפטי לממשלה, מחייב תקופת צינון.
- י. בעיית ניגוד העניינים שבה ייתקל המשיב 6 תמנע ממנו לתפקד באופן סביר כיועץ המשפטי לממשלה.

### הצדדים לעתירה

1. העותרת, תנועת "אומץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי" (ע"ר 58-0410967) – היא עמותה ציבורית, רשומה כדין, בעלת ניסיון עשיר ופעילות ציבורית ענפה שתכליתה שמירה על מינהל תקין וחתירה לצדק חברתי ומשפטי, ובמטרה לקיים בקרה ציבורית ומשפטית נאותה על מעשי רשויות השלטון בישראל.
2. המשיבה 1 היא הוועדה המקצועית-ציבורית לאיתור מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, שמונתה במטרה להמליץ בפני הממשלה על מועמדים הראויים להתמנות למשרת היועץ המשפטי לממשלה, החל מיום 1 בפברואר 2016.
3. המשיבה 2 היא ממשלת ישראל, המוסמכת למנות אחד מבין המועמדים שעליהם ממליצה המשיבה 1 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.
4. המשיב 3 הוא ראש ממשלת ישראל, שזים את מינויו של המשיב 6 לתפקיד מזכיר הממשלה בשנת 2013. ככל הידוע, המשיב 3 חפץ ביקרו של המשיב 6 ומעוניין במינויו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

5. המשיבה 4 היא שרת המשפטים, המוסמכת לבחור אחד מהמועמדים שעליהם ממליצה המשיבה 1 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ולהביא את מועמדותו לאישור המשיבה 2. ככל הידוע, המשיבה 4 חפצה ביקרו של המשיב 6 ומעוניינת במינויו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

6. המשיב 5 הוא היועץ המשפטי לממשלה. בכובעו כראש התביעה הכללית פיקח המשיב 5 על החקירה הפלילית בפרשה הקרויה "פרשת הרפז", שבמסגרתה נחשד גם המשיב 6 בשורה של עבירות פליליות, ובהמשך החליט המשיב 5 לסגור את תיקו של המשיב 6 בעילת חוסר ראיות מספיקות. בכובעו כיועץ המשפטי לרשויות השלטון שימש המשיב 5 היועץ המשפטי של המשיבה 1, והאחראי על תקינות פעולתה בהתאם להוראות הדין.

7. המשיב 6, אלוף (מיל') אביחי מנדלבלט, הוא המועמד היחיד שעליו המליצה המשיבה 1 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. החל ממאי 2013 משמש המשיב 6 בתפקיד מזכיר הממשלה.

## העובדות

### א. הסדרת דרכי מינוי היועץ המשפטי לממשלה

8. ביום 13.2.1997 מינה שר המשפטים דאז, מר צחי הנגבי, ועדה ציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו. ליו"ר הוועדה מונה נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), מאיר שמגר (להלן: "ועדת שמגר"). הוועדה הגישה את המלצותיה המפורטות ביום 5.11.1998.

-- כתב המינוי של ועדת שמגר מיום 13.2.1997 מצורף ומסומן "ע/1" --

-- דו"ח ועדת שמגר אינן מצורף לעתירה זו, מפאת אורכו. ניתן למוצאו, בין היתר, בכתובת

-- <https://www.idi.org.il/media/197220/pdf>

9. הממשלה החליטה לאמץ את המלצות ועדת שמגר, ולעגן בהחלטת ממשלה מפורטת "הודעה בדבר הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה", כך שהמועמדים ייבחנו בידי ועדת איתור מקצועית-ציבורית, והמועמד המומלץ ימונה לתפקיד בהחלטת ממשלה (י"פ 4922, כ' באלול התש"ס, 20.9.2000, עמ' 4894), וזאת מכוחו של סעיף 5 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

-- החלטת הממשלה מיום 20.9.2000 מצורפת ומסומנת "ע/2" --

10. בהודעה נקבע כי מועמד ייקבע ככשיר, ראוי ומתאים לכהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה אם קיבל את הסכמתם של לפחות ארבעה מחמשת חברי הוועדה. עוד נקבע כי עם סיום דיוניה תגיש הוועדה את שמו של המועמד לממשלה, ואולם הוועדה רשאית, על-פי שיקול דעתה,

להציע מספר מועמדים גדול יותר. שר המשפטים יביא את המלצות הוועדה לדיון בפני הממשלה.

11. בשנת 2007 החליטה הממשלה לתקן את דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה, וזאת בשני היבטים: האחד, יושב-ראש ועדת האיתור יהיה שופט בדימוס של בית המשפט העליון שאותו ימנה נשיא בית המשפט העליון בהסכמת שר המשפטים, ולא שופט בדימוס של בית המשפט העליון שאותו ימנה נשיא בית המשפט העליון; והשני, ששר המשפטים יהיה רשאי להנחות את ועדת האיתור בדבר מספר המועמדים שזו תציג בפניו, ובלבד שמספרם לא יעלה על שלושה (החלטת הממשלה מס' 1773 מיום 10.6.2007).

-- החלטת הממשלה מיום 10.6.2007 מצורפת ומסומנת "ע/3" --

## **ב. ההליכים למינוי המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה**

12. ביום 6.12.2009 מינתה הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה את המשיב 5, בתום הליך בוועדת האיתור, בראשות שופט בית המשפט העליון (בדימוס) תיאודור אור, שלא תאם את הקבוע בהחלטת הממשלה, בדבר דרכי בחירתו ומינויו של היועץ המשפטי לממשלה. זאת, לאחר שהתברר כי אף לא אחד מהמועמדים שבהם דנה ועדת האיתור, לא זכה לתמיכתם של ארבעה מחברי הוועדה לפחות. לפיכך, העבירה הוועדה לשר המשפטים דאז, מר יעקב נאמן, את שמות המועמדים שזכו לתמיכתם של שלושה מחברי הוועדה, ומביניהם הובאה לאישור הממשלה מועמדותו של המשיב 5. עתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין זה נדחתה (בג"ץ 29/10 המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה עו"ד מנחם מזוז (25.1.2010)).

13. המשיב 5 החל בכהונתו כיועץ המשפטי לממשלה ביום 1.2.2010 והוא עתיד לסיימה, בהתאם להחלטת הממשלה, ביום 31.1.2016.

14. לקראת סיום כהונתו של המשיב 5, מונו בחודשים יולי ואוגוסט 2015 חברי המשיבה 1, כדי לבחון את המועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. ביום 2.7.2015 מינתה נשיאת בית המשפט העליון, מרים נאור, בהסכמת המשיבה 4, את נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אשר גרוניס, ליושב-ראש המשיבה 1. ביום 17.7.2015 הודיעה המשיבה 5 על מינוים של יתר חברי המשיבה 1: שר המשפטים לשעבר, מר משה ניסים; ח"כ ענת ברקו; עו"ד יחיאל כץ; ופרופ' גבריאלה שלו (י"פ 7111, כ"ג באלול התשע"ה, 7.9.2015, עמ' 8644).

-- הודעות י"פ על מינוי יו"ר וחברי המשיבה 1 אלה מצורפות ומסומנות "ע/4" --

15. ביום 3.8.2015 ביקשה המשיבה 4, בהודעה בכתב החתומה על-ידה, לכנס את המשיבה 1, וזאת בהתאם לסעיף 7 להחלטת הממשלה משנת 2000, לשם איתור יועץ משפטי לממשלה שיחל בתפקידו ב-1.2.2016. כך ציין יו"ר המשיבה 1, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

16. ביום 17.9.2015 פנתה המשיבה 4 אל המשיבה 1, והנחתה אותה, בהתאם לסעיף 2 להחלטת הממשלה המתקנת משנת 2007 בדבר דרכי מינוי היועץ המשפטי לממשלה, להמליץ בסיום עבודתה על שלושה מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה. כך ציין יו"ר המשיבה 1, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

17. ביום 24.9.2015 פירסמה המשיבה 1 הודעה, באמצעות דובר משרד המשפטים, ולפיה החליטה לראיין עשרה מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה: ישי בר; הילה גרסטל; יורם טורבוביץ'; איל ינון; אבי ליכט; המשיב 6; סוזי נבות; רז נזרי; גיא רוטקופף; פרופ' רון שפירא. כך ציין יו"ר המשיבה 1, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

18. ביום 26.11.2015 פירסמה המשיבה 1 הודעה, באמצעות דובר משרד המשפטים, ולפיה המשיבה 1 קיבלה מספר השגות לגבי המשיב 6. לפיכך, המשיבה 1 זימנה את המשיב 6 על-מנת שישמיע את תגובתו להשגות, וזו אכן ניתנה בישיבת המשיבה 1 שנערכה ביום 26.11.2015. כך ציין יו"ר המשיבה 1, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

19. ביום 17.12.2015 התפרסמה ידיעה בעיתונות ולפיה המשיבה 4 קיימה, במהלך תקופת עבודתה של המשיבה 1, פגישות אישיות עם ארבעה מחמשת חברי המשיבה 1, שלא תועדו כדבעי, וזאת מעבר להופעותיה הרשמיות והמתועדות של המשיבה 4 בפני המשיבה 1. הפרסום העיתונאי הסתמך על יומן הפגישות של המשיבה 4, שנחשף במסגרת הליכי חופש המידע.

**-- פרסום מעיתון "הארץ" מיום 17.12.2015 מצורף ומסומן "ע/5" --**

20. ביום 20.12.2015 פירסמה המשיבה 1 הודעה, באמצעות דובר משרד המשפטים, ולפיה לאחר שראיינה את המועמדים לתפקיד, ולאחר שקיימה 14 ישיבות, העבירה המשיבה 1 למשיב 3 ולמשיבה 4 את שמו של המועמד היחיד שזכה לתמיכתם של ארבעה מבין חברי המשיבה 1, כנדרש על-פי החלטת הממשלה, ומועמד זה הוא המשיב 6.

**-- הודעת דובר משרד המשפטים מיום 20.12.2015 מצורפת ומסומנת "ע/6" --**

21. באותו יום שיגר יו"ר המשיבה 1, כב' נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אשר גרוניס, מכתב למשיב 3 ולמשיבה 4, ובו פירט היבטים שונים בעבודת המשיבה 1 ומסר על החלטתה להמליץ על מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, כמועמד יחיד.

**-- מכתב יו"ר המשיבה 1 מיום 20.12.2015 מצורף ומסומן "ע/7" --**

22. ביום 20.12.2015 פירסמה המשיבה 4 הודעה לעיתונות, באמצעות יועצת התקשורת שלה, ובה ציינה כי היא מודה לחברי המשיבה 1 "על עבודתם המקצועית והיסודית". המשיבה 4 הוסיפה: "על אף בקשתה של השרה, על-פי סמכותה, להעביר לרשותה [כך במקור, "י"י וא"ש] שלושה מועמדים ברוב של ארבעה קולות, הסכימו חברי הוועדה על מועמד אחד בלבד ברוב שכזה. השרה מחכה לקבלת המסמך הרשמי מידי הוועדה".

23. סמוך לשעת חתימתה של עתירה זו, ביום 22.12.2015, השיבה המשיבה 4 למכתבו של יו"ר המשיבה 1 מיום 20.12.2015, שבו הודיע לה הנשיא (בדימוס) גרוניס כי המשיבה 1 החליטה

להמליץ על מועמד אחד ויחיד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הוא המשיב 6. המשיבה 4 כתבה כי הגם שבמכתבה למשיבה 1 מיום 3.8.2015 הנחתה את המשיבה 1 לפעול לאיתורם של שלושה מועמדים לתפקיד, "הרי שלאור נוסח ההודעה לפיו 'החלטת הוועדה כי מועמד הוא כשיר, ראוי ומתאים טעונה הסכמת ארבעה לפחות מתוך חמשת חבריה', מקובל עליי כי כיוון שרק מועמד אחד עמד בתנאי זה, הרי שהוועדה, בהציגה מועמד זה כמועמד יחיד, סיימה עבודתה בהצלחה, ואין בכוונתי לבקש לקבל שני מועמדים נוספים".

24. במקביל למכתבה זה של המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 1, הגישה המשיבה 4 למשיבה 2 הצעת החלטה, למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להמלצתה של המשיבה 1, וזאת החל מיום 1.2.2016. הצעת ההחלטה הופצה לחברי המשיבה 2 על-ידי המשנה למזכיר הממשלה, מר אריה זהר, שציין בהודעתו לשרים כי ההצעה תיכלל בסדר-יומה של המשיבה 2 בישיבתה ביום 3.1.2016.

### **ג. פניותיה של העותרת למשיבים**

25. ביום 18.6.2015 פנתה העותרת אל המשיב 5, בעקבות החלטתו לסגור את תיק החקירה נגד המשיב 6 בפרשה שנודעה בשם "פרשת הרפז". העותרת ביקשה מהמשיב 5 להתכבד ולפרסם הנמקה ספציפית, בעלת משקל ענייני משמעותי שיש בו כדי לשכנע, העומדת יסוד החלטתו לסגור את תיק החקירה.

**-- מכתב העותרת מיום 18.6.2015 מצורף ומסומן "8/ע" --**

26. ביום 10.8.2015 פנתה העותרת פעם נוספת, אל המשיב 3 ואל המשיב 5, בבקשה לקבל "החלטה מסכמת וראויה" בעניין הפסקת העסקתו של המשיב 6 בתפקיד מזכיר הממשלה.

**-- מכתב העותרת מיום 10.8.2015 מצורף ומסומן "9/ע" --**

27. ביום 18.8.2015 השיבה לפנייה זו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, ובה ציינה כי לאחר שהמשיב 5 החליט לסגור את תיקו הפלילי של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", מצא לנכון המשיב 5 להביא בפני המשיב 3 את פירוט ממצאי החקירה הפלילית בענייניו של המשיב 6, על-מנת שהמשיב 3 יביאם בחשבון בכל הנוגע להתאמתו של המשיב 6 להמשיך ולכהן בתפקיד מזכיר הממשלה. לדבריה, ההחלטה בדבר המשך או סיום כהונתו של המשיב 6 בתפקידו כמזכיר הממשלה נתונה כעת לשיקול דעתה של המשיבה 2.

**-- מכתב עו"ד זילבר מיום 18.8.2015 מצורף ומסומן "10/ע" --**

28. ביום 20.8.2015 כתבה היועצת המשפטית למשרד ראש הממשלה, עו"ד שלומית ברנע-פרגו, ליו"ר העותרת כי ביום 25.5.2015 העביר המשיב 3 למשיב 6 את חוות-דעתו של המשיב 5 בענייניו של המשיב 6 מיום 20.5.2015, לשם קבלת תגובתו. עו"ד ברנע-פרגו ציינה כי המשיב 6 "שוקד כעת" על השלמת תגובתו, שאותה טרם העביר למשיב 3.

**-- מכתב עו"ד ברנע-פרגו מיום 20.8.2015 מצורף ומסומן "11/ע" --**



29. ביום 8.9.2015 כתב יו"ר העותרת לעו"ד זילבר כי בינתיים חלפו קרוב לארבעה חודשים מאז העביר המשיב 5 למשיב 3 את חוות-דעתו בעניינו של המשיב 6, ו"לא יעלה על הדעת כי ההחלטה אם להפסיק את עבודתו של מזכיר הממשלה, שאין מחלוקת לכל הדעות שהוא תפקיד רגיש ומורכב, תימשך".

**-- מכתב יו"ר העותרת מיום 8.9.2015 מצורף ומסומן "ע/12" --**

30. ביום 17.9.2015 כתבה עו"ד ברנע-פרגו ליו"ר העותרת, ומסרה מטעמו של המשיב 6 כי הוא צפוי להשלים את גיבוש התייחסותו לחוות-דעתו של המשיב 5 "עד תום תקופת החגים ומכל מקום עד סוף חודש אוקטובר", שאז יעבירה למשיב 3.

**-- מכתב עו"ד ברנע-פרגו מיום 17.9.2015 מצורף ומסומן "ע/13" --**

31. ביום 30.9.2015 פנתה העותרת אל המשיב 5, והפנתה את תשומת לבו לכך שעד אותו שלב, טרם העביר המשיב 6 את תגובתו לממצאיו של המשיב 5 בעניינו, וזאת לצורך קיום דיון במשיבה 2 בדבר כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה. העותרת ציינה במכתבה כי בינתיים, הוצגה מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ולפיכך הסוגיה מקבלת דחיפות מיוחדת.

**-- מכתב יו"ר העותרת מיום 30.9.2015 מצורף ומסומן "ע/14" --**

32. ביום 20.10.2015 כתבה עו"ד זילבר ליו"ר העותרת, ציינה כי התייחסותו של המשיב 6 לחוות-דעתו של המשיב 5 אמורה להימסר עד תום חודש אוקטובר, ובנוסף דחתה את בקשת העותרת לקבל לידיה העתק מחוות-דעתו של המשיב 5.

**-- מכתב עו"ד זילבר מיום 20.10.2015 מצורף ומסומן "ע/15" --**

33. ביום 16.11.2015 פנה יו"ר העותרת לעו"ד ברנע-פרגו, ולעו"ד זילבר, בבקשה לקבל מידע בשאלה האם המשיב 6 מילא אחר התחייבותו להעביר את תגובתו בנושא המשך כהונתו בתפקיד מזכיר הממשלה, עד ליום 31.10.2015. העותרת ציינה כי לשיטתה, לא ניתן לקיים דיון אצל המשיבה 1 בנוגע למועמדותו של המשיב 6 לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, קודם שיתקיים דיון בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן בתפקיד מזכיר הממשלה. שכן, אם ייקבע כי המשיב 6 אינו ראוי להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה, נוכח קביעותיו של המשיב 5 בעניינו הפלילי, הרי שמקל וחומר כי המשיב 6 אינו כשיר, ראוי ומתאים לשמש בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה.

**-- מכתב יו"ר העותרת מיום 16.11.2015 מצורף ומסומן "ע/16" --**

34. ביום 19.11.2015 פנתה העותרת אל יו"ר המשיבה 1, בדרישה שהמשיבה 1 תימנע מלדון בנכונות ובתקפות חוות-דעתו של המשיב 5 בעניינו של המשיב 6, בהיותה של המשיבה 1 נעדרת סמכות לערער אחר היותה של חוות-דעתו זו מחייבת את כלל רשויות השלטון, לרבות את המשיבה 1.

**-- מכתב יו"ר העותרת מיום 19.11.2015 מצורף ומסומן "ע/17" --**

35. ביום 17.12.2015 פנתה העותרת אל חברי המשיבה 1, ציינה את דבר החקירה הפלילית שנוהלה בעניינו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", והזכירה הן את החלטתו של המשיב 5 לסגור את תיק

החקירה נגד המשיב 6 בעילת חוסר ראיות ולא בעילת היעדר אשמה; והן את פנייתו של המשיב 5 למשיב 3 בהנחיה כי עליו לפעול לדיון במשיבה 2 בשאלת השלכות הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות שנאספו בחקירה הפלילית בעניינו של המשיב 6, על כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה. כן הזכירה העותרת את היבט הצינון המתחייב במעבר ממשרת מזכיר הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ואת הקושי בהיבט ניגוד העניינים הטמון במעבר שכזה בין התפקידים. לאור כל זאת קראה העותרת למשיבה 1 להימנע מלהמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

**-- מכתב העותרת אל המשיבה 1 מיום 17.12.2015 מצורף ומסומן "ע/18" --**

36. ביום 21.12.2015, למחרת פרסום ההודעה בדבר סיום עבודתה של המשיבה 1, והחלטתה להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 כמועמד יחיד, פנתה העותרת באמצעות הח"מ למשיבים 3, 4, ו-5 והצביעה על שורת הליקויים שנפלו בעבודתה של המשיבה 1, וכן על ליקויים בעצם ההמלצה על המשיב 6 כמועמד יחיד וכמועמד בכלל למשרת היועץ המשפטי לממשלה. העותרת ביקשה כי המשיבה 4 תימנע מהבאת המלצתה של המשיבה 1 לאישור המשיבה 2, כי המשיב 3 יימנע מלכלול עניין זה בסדר יומה של המשיבה 2, כי המשיבה 2 תימנע מלדון ולאשר את מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וכי המשיב 5 יעמיד את המשיבים 1, 2, 3 ו-4 על שורת הפגמים שנפלו בעניין זה, וימנע כל תקלה נוספת, נוכח התוצאה המתחייבת משורת פגמים אלה – שהיא בטלות החלטתה של המשיבה 1.

**-- מכתב העותרת מיום 21.12.2015 מצורף ומסומן "ע/19" --**

37. נוכח לוח הזמנים הקצר שנכפה, עקב הכוונה המסתמנת של המערכת הפוליטית למהר ולסיים את הליכי אישור מינויו של המשיב 6 לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, ביקשה העותרת לקבל את התייחסותם של המשיבים 3, 4 ו-5 עד לתום יום 22.12.2015.

38. משלא נתקבלה תגובת המשיבים, ובמטרה למנוע את הפיכת מינויו של המשיב 6 לכהונת היועץ המשפטי לממשלה ל"מעשה עשוי", להלכה או למעשה, לא נותר מנוס לעותרת אלא להגיש עתירתה זו לבית המשפט הנכבד.

## **הטיעון המשפטי**

### **ד. על המשרה הנכבדה שהיא – היועץ המשפטי לממשלה**

39. היועץ המשפטי לממשלה נושא את התפקיד הממונה הבכיר ביותר בתוך המערכת המשפטית של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת (סעיף 7 לד"ח ועדת שמגר). היועץ המשפטי לממשלה הוא עובד ציבור בעל שיקול דעת מקצועי עצמאי ובלתי תלוי ברשויות השלטון אשר מינוהו, בכל הנוגע לפעולתו המקצועית. על שיקוליו להיות אובייקטיביים ובלתי מפלגתיים. עליו להיות איש מקצוע בכיר ביותר, אשר מקורות סמכותו בכל תפקידיו הם מקצועיותו, יושרו ועצמאותו. עקב

תכונות נדרשות אלה, הופקד בידיו התפקיד לפעול לקיום החוק במדינה ולהיות מופקד בתחומים מוגדרים, במיוחד בתחום דיני העונשין, על יישומו והפעלתו של החוק (שם, סעיף 8).

40. בין תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה נמנים: ראשות התביעה הכללית; ייצוג המדינה בערכאות; ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות הממלכתיות האחרות; ייעוץ וסיוע לממשלה ולשר המשפטים בהכנת חקיקה המוגשת על-ידי הממשלה; וייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על קיום החוק, הלכה למעשה.

41. כדבריו של כב' השופט (כתארו אז) ברק בבג"ץ 4267/93 **אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מז(5) 441, 473: "שניים הם כללי היסוד בעניין זה. האחד, שחוות-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית משקפת, מבחינת הממשלה, את המצב המשפטי הקיים והמצוי; השני, ייצוג המדינה ורשויות השלטון מופקד בידי היועץ המשפטי לממשלה. הפועל היוצא משני כללים אלה הוא שבייצוג רשות שלטונית לפני בית המשפט טוען היועץ המשפטי לממשלה את אותן טענות שהוא סבור, על-פי תפישתו המשפטית, כי הן מצדיקות את פעולת הרשות במסגרת הדין".

42. להווה ידוע, כי "הממשלה מקיימת בשם המדינה פעילות מסועפת מאוד, הן בתחום האזרחי, כבעל נכסים, מעביד ומנהל עסקים, והן בתחום השלטוני, בהכנת חיקוקים, מתן היתרים ואספקת שירותים. בכל התחומים האלה היועץ המשפטי לממשלה משרת את הממשלה בייעוץ, בניסוח ובייצוג בפני ערכאות. מצד זה הוא חייב נאמנות לממשלה, כשם שכל עורך-דין חב נאמנו כלפי לקוח, ועליו לסייע בידיה כמיטב יכולתו למלא את תפקידה ולממש את מדיניותה, תהא אשר תהא. אך מן הצד השני, בו בזמן, היועץ המשפטי לממשלה ניצב מול הממשלה, כאילו היה כלב שמירה, להגן על שלטון החוק במובן הרחב שלו, שהוא לב ליבה של הדמוקרטיה. מצד זה הוא חייב נאמנות, בראש ובראשונה, לחוק. אם שתי הנאמנויות האלו מתנגשות, יד החוק על העליונה" (יצחק זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", עיוני משפט יא (תשמ"ו-תשמ"ז) 411, 412. ההדגשות אינן במקור).

43. ליועץ המשפטי לממשלה אחריות גם מעבר לחובת הציות וחובת האכיפה לדין הפוזיטיבי הנוהג. "היועץ המשפטי לממשלה חייב לא להסתפק במובנו בפוזיטיביסטי של הדין: אם גילה כי הדין סותר את עקרונות הדמוקרטיה. חובתו להתריע על כך, שכן תפקידו יונק את חיותו מעולם הערכים הדמוקרטי. קיומו של מוסד זה, שנועד למנוע מן הממסד הפוליטי לפעול כ"נבל ברשות התורה", כדברי הרמב"ן, מותנה בנאמנות לשמירה על זכויות אדם, זכויות אזרח וזכויות מיעוטים" (גד ברזילי, "היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?", המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010, עמ' 49).

44. בשל רום מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה במערך הממשלי, במערכת המשפט וברשויות אכיפת החוק, ובשל שיקול הדעת הרחב המוקנה לו, לצד הסמכויות והאחריות הכבדים המוטלים על כתפיו – נוהג גם בית המשפט הנכבד על-פי "עקרון הכיבוד", כך שמתחם שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה רחב הוא עד מאוד, וכנגזרת לכך מתחם ההתערבות

השיפוטית בהחלטות היועץ הוא מצומצם במיוחד. כדברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2534/97 יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1, 25 (15.6.1997):

**"אך מובן הוא, כי הכלל האמור בדבר מידת ההתערבות, נובע מן העיקרון כי בית-המשפט אינו ממיר את שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו. שאם לא כן יסיג בית-המשפט את גבולו של היועץ המשפטי לממשלה ויהפוך עצמו ל"יועץ משפטי על" ולמעין "שופט חוקר".**

45. תפקיד היועץ המשפטי לממשלה הוא תפקיד מורכב ומאתגר מכמה בחינות. מן ההיבט המקצועי-משפטי נדרש היועץ המשפטי לממשלה להחליט בסוגיות מורכבות בתחומי משפט שונים. על-כן עליו להיות משפטן ברמה הגבוהה ביותר. **מבחינה ערכית מופקד היועץ המשפטי לממשלה על שמירת ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה.** נוסף על כל אלה, עומד היועץ מבחינה מקצועית בראש מערכת גדולה ועליו לנהלה באופן יעיל. מילוי תפקיד מורכב זה בהצלחה מצריך שילוב של תכונות אישיות וכישורים מקצועיים. מן היועץ נדרשת מחויבות עמוקה לשלטון החוק ולאינטרס הציבורי **ועליו להיות בעל יושר אישי** ונאמן לערכי היסוד של המדינה. היועץ הוא נאמן הציבור כולו, וככזה **עליו להיות ללא כל זיקה פוליטית.** ראוי כי היועץ יימנע מהתרועעות חברתית עם גורמים פוליטיים, תוך שמירה על זמינות גבוהה למתן מענה בתחום המקצועי. באופן זה יהיה גם ברור לכל כי החלטות היועץ מתקבלות משיקולים ענייניים, לפי מיטב אמונתו ושיפוטו המקצועי (מכתב יו"ר המשיבה 1 למשיבים 3 ו-4, 20.12.2015).

46. היבט מרכזי נוסף הוא עצמאות שיקול דעתו של היועץ. עליו להיות מסוגל לעמוד על דעתו, אף מקום שמופעלים עליו לחצים כבדים. עם זאת, נדרש מהיועץ המשפטי לממשלה להימנע מהתערבות בשיקולי מדיניות של הרשות, כשהם מצויים בתוך גבולות חוקיים, ולסייע במידת הצורך לגבש מתווה חוקי ליישום מדיניות הממשלה. מנגד, במקרים שבהם אי-החוקיות היא ברורה, על היועץ להיות מסוגל לעמוד בעימותים קשים, לעמוד בפני לחץ כבד של גורמים שלטוניים וכן בפני לחצים מצד גורמים אחרים. **כנגזרת מכך, אין מקום כי היועץ יחוב את תפקידו לגורם ממנה כלשהו.** בתור ראש התביעה הכללית עליו לקבל, לעתים, החלטות בדבר העמדה לדין של אישים רמי דרג. על כן, על היועץ להיות בעל עמוד שדרה חזק ועליו לפעול על-פי הדין ומיטב מצפונו.

47. משהזרנו עצמנו ברום-מעמדה של משרת היועץ המשפטי לממשלה, והזכרנו לעצמנו כי בעת שאנו עוסקים במשרה שלטונית רמה זו, אנו סמוכים אל "קודש הקודשים" של שלטון החוק, אל ליבת ערכי הסדר החברתי, הצדק, הערכים וההגינות הממשלית, אל פעימות-לבה של הדמוקרטיה הישראלית ממש – נוכל לעבור אל הרשימה הארוכה-להדאיג של עילות, שבגינן מבקשת היום הזה העותרת מבית המשפט הנכבד לעצור בחריקת-בלמים את רכבת מינויו של המשיב 6 למשרה זו.

## ה. הממצאים ביחס למשיב 6 ב"פרשת הרפז" פוסלים אותו מכהונת היועץ המשפטי לממשלה

48. העותרת תטען כי די בממצאים ביחס למשיב 6 המפורטים בהחלטתו ובחוות דעתו של המשיב 5 מיום 20.5.2015, בעקבות החקירה הפלילית שהתנהלה נגד המשיב 6 ב"פרשת הרפז", כדי לפסול את מועמדותו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

49. כאמור לעיל, רק משפטן הכשיר להתמנות ולכהן כשופט של בית המשפט העליון ובנוסף הוא "כשיר, ראוי ומתאים", על-פי העקרונות שהותוו בידי ועדת שמגר, עשוי לעבור את משוכת האיתור והסינון של המשיבה 1, ולהיות מומלץ על-ידה להתמנות למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

50. אלא שלמרבח הצער, המשיב 6 אינו עומד, ולו בקירוב, בתנאים אלה. זאת, בשל הממצאים שנמצאו בעניינו בחקירה הפלילית ב"פרשת הרפז", שבה היה המשיב 6 אחד החשודים. להלן נפרט איפוא, בתמצות מרבי, את העובדות והמסקנות שנמצאו בעניינו של המשיב 6. כפי שיפורט להלן, עובדות אלה אינן שנויות במחלוקת ואינן יכולות להיות שנויות במחלוקת, וזאת על-אף מסקנתה של המשיבה 1 בשאלה זו, מסקנה שכפי שיובהר להלן, אינה יכולה לעמוד.

51. ביום 6.8.2010 נחשף בתקשורת קיומו של מסמך, שכונה בהמשך "מסמך הרפז". ביום 8.8.2010 הורה המשיב 5 למשטרה לפתוח בחקירה פלילית שהתמקדה בחשד לזיוף המסמך. בין היתר נעשה מאמץ לאתר את המסמך, שהיה דרוש לחקירה המשטרתית. זמן קצר לאחר תחילת החקירה התברר כי המסמך היה מצוי ברשותו של הרמטכ"ל דאז, רב-אלוף גבי אשכנזי. אשכנזי עצמו עידכן את המשיב 5 ביום 10.8.2010 על כך שהוא מחזיק במסמך, ורק למחרת היום, במהלך עדותו במשטרה, מסר את המסמך למשטרה.

52. בהמשך קיים מבקר המדינה בדיקה משלו בהיבטים שונים של הפרשה. בינואר 2013 נפתחה חקירת מצ"ח נגד כמה מהחשודים, ובאוגוסט 2013 הורה המשיב 5 על פתיחה מחודשת בחקירה פלילית בהיבטים שונים של הפרשה. המשיב 6, ששימש הפרקליט הצבאי הראשי בתקופה הרלוונטית לאירועים, נחקר במסגרת חקירה זו באזהרה ארבע פעמים, במהלך חודש יוני 2014. חקירתו נגעה לידיעתו על אודות העובדה שאשכנזי החזיק במסמך כבר ביום 9.8.2010 ולכך שלא עידכן את הרשויות המוסמכות בעובדה זו עד ליום 10.8.2010 ולא דאג שאשכנזי יעדכן את הרשויות בעובדה זו באופן מיידי. כמו-כן, נחקר חשד שהמשיב 6 העביר מידע שקיבל על אודות הפרשה מתוקף תפקידו כפצ"ר, למעורבים בפרשה בטרם סיומה.

53. ביום 2.9.2014 הודיעה המשטרה כי סיימה את החקירה בפרשה, וכי נמצאה תשתית ראייתית מספקת להעמדתו לדין של המשיב 6 בעבירות של שיבוש מהלכי משפט ומרמה והפרת אמונים. בהמשך חיבר פרקליט המדינה חוות-דעת שבה המליץ בפני המשיב 5 לסגור את תיק החקירה נגד המשיב 6, וביום 20.5.2015 אכן החליט המשיב 5 לסגור את תיק החקירה נגד המשיב 6. אף

שהמשיב 5 לא נקב במפורש בעילת הסגירה – לא יכול להימצא חולק כי נימוקיו של המשיב 5 להחלטתו מעלים כי עילת הסגירה היא חוסר ראיות מספיקות. באותו יום, פנה המשיב 5 למשיב 3 במכתב הכולל חוות-דעת מפורטת מטעמו, ובו הנחה את המשיב 3 לקיים דיון במשיבה 2 בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה, וזאת נוכח הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות שנמצאו בעניינו במסגרת החקירה הפלילית ב"פרשת הרפז".

-- החלטת המשיב 5 מיום 20.5.2015 מצורפת ומסומנת "ע/20" --

-- מכתבו של המשיב 5 למשיב 3 מיום 20.5.2015 מצורף ומסומן "ע/21" --

54. בחקירת המשטרה שהתקיימה בשנים 2013-2014 התברר כי ביום 9.8.2010, יום לאחר שהמשטרה החלה בחקירתה הראשונה בנוגע לזיוף "מסמך הרפז", זימן הרמטכ"ל אשכנזי את המשיב 6 ללשכתו ועדכן אותו כי "מסמך הרפז" מצוי ברשותו זה מספר חודשים. מועד הפגישה בין השניים עולה בבירור מהראיות שנאספו. זמן קצר לאחר פגישה זו, יזם המשיב 6 שיחת טלפון לעו"ד רז נזרי, ששימש באותה עת עוזרו הבכיר של המשיב 5 (וכיום המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי)). בשיחה זו עלה נושא "מסמך הרפז". במהלך שיחה זו, נמנע המשיב 6 מליידע את נזרי בדבר הימצאות המסמך בידיו של אשכנזי, אף שבאותה עת הוא כבר ידע כי המסמך מצוי בידי אשכנזי וכי רשויות החוק מנסות לאתרו.

55. זמן קצר לאחר אותה שיחת טלפון בין המשיב 6 לבין נזרי, התקשר המשיב 6 לאל"מ ארז וינר, עוזרו של הרמטכ"ל אשכנזי, ודיווח לו על השיחה עם נזרי. באותה שיחה ציין המשיב 6 בפני וינר כי אמר לנזרי שהדרך המועדפת בעיני המשיב 6 להשיג את "מסמך הרפז" היא באמצעות פנייה לעיתונאי אמנון אברמוביץ. עוד ציין המשיב 6 באוזני וינר כי נזרי הביע באוזניו חשש שלצורך השגת המסמך מידי העיתונאי יהיה צורך בפנייה לבית משפט לשם קבלת צו, והדבר עלול לארוך זמן רב. המשיב 6 הוסיף וביקש מאל"מ וינר לעדכן את אשכנזי בתוצאות שיחתו עם נזרי, קרי שכוונת רשויות החקירה להשיג את המסמך באמצעות פנייה לעיתונאי.

56. מסקנתו של המשיב 5 מעובדות אלה, המבוססות על ראיות ישירות שנאספו בחקירה, היא כלהלן:

**"בהינתן כי בעת שיחותיו עם נזרי ועם וינר ידע מנדלבלית כי המסמך נמצא ברשותו של אשכנזי וכי רשויות אכיפת החוק מחפשות אותו, היה עליו לחשוף עובדה זו בפני נזרי מיוזמתו שלו באופן מייד, ולא להביע דעתו כי "הכי טוב" יהיה לפעול באפיקי חקירה אחרים, אפיקים שהיה בהם כדי להרחיק את החוקרים מאשכנזי וממנו, אילו היו חושבים לפעול בכיוון זה". (פסקה 8 למכתב)**

57. זאת ועוד. במהלך העדויות שמסר המשיב 6 על אודות מהלך העניינים שתואר לעיל, בין בפני אנשי מבקר המדינה והן בחקירותיו באזהרה במשטרה, עולה שגירסאותיו של המשיב 6 השתנו כמה וכמה פעמים, תוך שחלק מהגירסאות שמסר מהוות עדות שקר של ממש.

58. להלן נפרט את גירסאותיו השונות של המשיב 6 באשר למועד שבו נודע לו כי "מסמך הרפז" מצוי בידיו של אשכנזי :

(א) בגירסה הראשונה שמסר המשיב 6 לאנשי מבקר המדינה ביום 15.12.2010, חודשים מספר לאחר האירוע, טען המשיב 6 כי העובדה שהמסמך נמצא בידי אשכנזי נודעה לו מפי אשכנזי רק ביום 10.8.2010, וכי הוא הורה לאשכנזי, עוד באותו היום, לדווח על כך למשיב 5.

(ב) למחרת, ביום 16.12.2010, תיקן המשיב 6 את עדותו בעניין זה, ומסר לאנשי מבקר המדינה כי פגישתו עם אשכנזי התקיימה יום קודם, ביום 9.8.2010 בשעה 21:00. על-פי גירסתו זו, בשעת ערב זו נודע לו לראשונה על הימצאות המסמך בידי אשכנזי, והוא ביקש לחשוב במהלך הלילה מה לעשות בנדון.

(ג) בארבעת ימי חקירתו במשטרה, ביוני 2014, טען המשיב 6 כי נודע לו על הימצאות המסמך בידי אשכנזי רק ביום 9.8.2010 בשעת לילה מאוחרת יותר, לכל המוקדם בשעה 22:00.

(ד) רק לאחר שהוצגו למשיב 6 ראיות חד-משמעיות לכך שלא נפגש עם אשכנזי בשעת ערב או בשעת לילה, אלא בשעת צהריים באותו יום, הוא ניאות לאשר כי אכן הפגישה התקיימה בשעת צהריים.

59. לשאלה באיזו שעה ביום 9.8.2010 נודע למשיב 6 על הימצאות המסמך, המבוקש על-ידי רשויות החקירה, בידי אשכנזי, יש משמעות לא רק באשר לפרק הזמן שבו נמנע מלהורות לרמטכ"ל למסור את המסמך ללא דיחוי לרשויות; ולא רק באשר לפרק הזמן שבו נמנע מליידע בעצמו את הרשויות על הימצאות המסמך בידי אשכנזי; אלא גם באשר להערכת מידת היושרה או הרמייה בהתנהלותו של המשיב 6 בשיחת הטלפון עם נזרי, שהתקיימה בצהרי אותו יום.

60. גירסאותיו של המשיב 6 הלכו והשתנו במהלך עדויותיו השונות, גם ביחס לשאלה מדוע נמנע מלהנחות את אשכנזי למסור את המסמך ללא דיחוי לרשויות החקירה.

(א) בתחילה טען כי במועד הפגישה עם אשכנזי, שהתקיימה בצהרי יום 9.8.2010, התלבט למי ואיך למסור את המסמך וביקש לחשוב על כך במהלך הלילה. בנוסף, טען כי לא העלה על דעתו להסתיר מידע מנזרי במטרה לגונן על אשכנזי או על כל אדם אחר: "אני חייל בשלטון החוק ואני לא מסתיר דברים".

(ב) אף לאחר שהוצגה בפני המשיב 6 השיחה שקיים עם וינר בצהרי יום 9.8.2010, המשיך המשיב 6 להכחיש את האפשרות שידע בשלב זה כי המסמך מצוי אצל אשכנזי, וטען כי אילו היה יודע על כך, היה בוודאות מוסר על כך לנזרי.

(ג) לאחר שהוצגו בפני המשיב 6 ראיות המלמדות שנודע לו על הימצאות המסמך בידי אשכנזי כבר בצהרי אותו יום, ועוד קודם לשיחתו עם נזרי, וכי המשיב 6 הוא שיזם את השיחה עם נזרי בסמוך לאחר פגישתו עם אשכנזי, נאלץ המשיב 6 לאשר כי נמנע ביוזמתו מלדווח לנזרי על הימצאות המסמך בידי אשכנזי. הוא נימק זאת בכך שסיכס עם אשכנזי כי יגבש את עמדתו בעניין עד למחרת בבוקר.

(ד) המשיב 6 הוסיף וטען כי חובת הנאמנות האתית שלו לרמטכ"ל, כיועצו המשפטי, חייבה אותו להימנע מלמסור לנזרי על הימצאות המסמך בידי אשכנזי.

61. עוד עלה מממצאי החקירה הפלילית נגד המשיב 6, כי הוא עידכן את אשכנזי ועוזרו וינר בפרטים על אודות החקירה ועל דיונים שהתקיימו בלשכתו של המשיב 5, תוך שידע כי השניים מעורבים בפרשה. המשיב 6 אף השיב תשובה שאינה אמת בהקשר זה לאנשי מבקר המדינה, באומרו כי אשכנזי לא שאל אותו דבר על אודות החקירה.

62. עד כאן, עמדנו על עיקרי הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות, שעלו ונאספו מתוך החקירה הפלילית שנוהלה נגד המשיב 6 ב"פרשת הרפז", ונקבעו בהחלטתו בתחום הפלילי ובחוות-דעתו בתחום המינהלי של המשיב 5. ממצאים אלה מוליכים למסקנה כי החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, היא החלטה העולה כדי אי-סבירות קיצונית, ודינה פסלות, כפי שיפורט להלן.

63. השירות הציבורי הוא נאמנו של הציבור בביצוע הסמכויות והכוחות הנתונים בידיו. מכוח נאמנות זו, מוטלת עליו חובה להבטיח את התאמת עובדי הציבור לתפקידם הן מבחינת כשירותם התפקודית והן מבחינת רמתם המוסרית. תכליתו העיקרית של חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, היא "להבטיח כי מינויים בשירות המדינה ייעשו על-פי אמות מידה של כישורים והתאמה לתפקיד, ולא יונחו משיקולים של זיקה פוליטית או שיקולים בלתי-ענייניים אחרים" (בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (24.11.2009), פסקה 14 לפסק הדין; להלן: "עניין ג'רבי").

64. חובת הגורם הממנה ברשות המבצעת – וזאת לרבות ועדות איתור הממליצות על מועמדים לשרת בכירות, ואף המשיבה 2 הממנה בעצמה מינויים למשרות בכירות – להתייחס לטענה בדבר פגם מוסרי-ערכי הקיים במועמד, ולהפעיל את שיקול דעתו בסבירות בבחינת ההתאמה לדרישות התפקיד. "גם כאשר תנאי הכשירות הסטטוטוריים אינם יוצרים מניעת סף למינוי, עדיין חייב הגורם הממנה לשקול לגופם את מכלול המאפיינים של המועמד, ולהחליט אם הוא מתאים לכהונה. בכלל זה, עליו לשקול את התאמתו הערכית-נורמטיבית של המועמד, והשלכת מינויו על אמון הציבור ברשויות השלטון" (עניין ג'רבי, פסקה 35 לפסק הדין).

65. כפי שכתבה כב' השופטת אילה פרוקצ'יה בבג"ץ 5853/07 אמונה, תנועת האישה הדתית-לאומית נ' ראש הממשלה (6.12.2007); להלן: "עניין אמונה"):

**"מינוי לכהונות ציבוריות של בעלי תפקידים שדבק בהם פגם מוסרי, או השארתם בתפקידם לאחר שסרחו, עלול לפגום בתשתית הערכית עליה בנויים מוסדות המדינה והשלטון בישראל. הוא עלול לפגוע פגיעה חמורה בעקרונות היסוד הערכיים עליהם בנויים יסודות החברה והמשטר בישראל. הוא עלול לערער את אמון הציבור במערכות השלטון, האמורות לשקף במעמדן וברמתן את עקרונות היסוד האתיים**



עליהם מושתתים חיי החברה בישראל". (פסקה 14 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה)

66. עצם קיומה של הרשעה בפלילים איננו תנאי מוקדם הכרחי לפסילה לכהונה. גישה שכזו הוחלה גם לגבי אישי ציבור שנפתחה בעניינם חקירה פלילית אך הוחלט לאחר מכן שלא להעמידם לדין. הצורך לשקול את ההיבט הערכי-מוסרי במינויו של אדם לכהונה ציבורית הורחב גם למצבים שבהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית או משמעתית נגד המועמד, בגין התנהגות המעלה חשד לחריגה מן החוק. **"אין לשלול אפשרות כי התנהגות של מועמד שיש בה דופי, גם אם אינה מגיעה כדי עבירה פלילית, תהא חמורה במידה כה רבה עד שיהא זה בלתי סביר באופן קיצוני למנותו לתפקיד ציבורי, או לאפשר לו להמשיך בכהונתו הציבורית"** (עניין אמונה, פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה). בהינתן שעניינו דכאן הוא מינוי למשרה הרמה של היועץ המשפטי לממשלה, דומה כי הדברים כמו נכתבו הם בענייננו אנו.

67. לא נרחיב בשאלה הנכבדה של אמון הציבור ברשויות השלטון, כפועל יוצא של מידת התאמתם של מועמדים למשרות בכירות בשירות הציבור, לתפקידים שאליהם הם מתמנים. על עניין זה נשתברו קולמוסין לרוב, והדברים ידועים. נסתפק איפוא אך בדברים אלה:

**"רמתם ואיכויותיהם של עובדי הציבור, ובמיוחד אלה הנושאים בעמדות הנהגה, הם תנאי לרכישת אמון הציבור בשירות הציבורי. בלא אמון זה, לא תיתכן פעילות תקינה של השירות הציבורי ומוסדות השלטון. אמון ציבורי נבנה במידה רבה על יכולותיהם של עובדי הציבור מבחינת רמתם המקצועית-תפקודית ואיכותם הערכית. בלא אמון ציבורי, הנשען על רמתם של עובדי הציבור וטוהר כפיהם, לא תיתכן מערכת שירות ציבורי המסוגלת להתמודד עם משימותיה, ולבצע את המוטל עליה ברמה נאותה".** (עניין ג'רבי, פסקה 37)

68. במאמר מוסגר יש לתהות, אם מי שהצדיק את פעולותיו כפצ"ר, במסגרת חקירה פלילית, בין היתר בעובדה שראה את תפקידו כפצ"ר כ"יועצו המשפטי האישי" של הרמטכ"ל – אינו לוקה בתפיסה פגומה של האתוס שאמור להנחות יועצים משפטיים בכירים בשירות הציבורי, ומהות שירותו של האינטרס הציבורי. **מי שראה עצמו בתפקידו כפצ"ר כמי שחב בראש ובראשונה חובת נאמנות כלפי הרמטכ"ל ולא כלפי שלטון החוק והאינטרס הציבורי הכללי, עלול לראות עצמו חלילה, בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, כמי שחב בראש ובראשונה חובת נאמנות כלפי ראש הממשלה, ולא כלפי שלטון החוק והאינטרס הציבורי הכללי.**

69. החשדות נגד המשיב 6, שנחקרו במסגרת "פרשת הרפז", והובילו למציאת ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות בעניינו על-ידי המשיב 5, הגורם הבכיר ביותר במערכת אכיפת החוק בישראל, הם – אם לנקוט מילים פשוטות – עברו הפלילי של המועמד.

70. בהתאם לדין הנוהג בישראל, חקירה פלילית נגד אדם, המסתיימת בלא הגשת כתב אישום, ועילת הסגירה איננה היעדר אשמה – מותרה אחריה רישום פלילי. סעיפים 11 ו11א לחוק

**המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981** מורים כי החלטות שלא לחקור או שלא להעמיד לדין מצויות בגדרם של "רישומים אחרים" במרשם הפלילי (בג"ץ 7256/95 פישלר ואח' נ' מפכ"ל המשטרה ואח', פ"ד נ(5) 1, 5 (24.11.1996)).

71. ואכן, לצורך שקילת מועמדותו של אדם למשרה ציבורית – עברו הפלילי של אדם אין משמעו בהכרח הרשעתו הפלילית של אדם. "אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית. עניין לנו כאן בהחלטה מינהלית של הממשלה למנות את פלוני למשרה ציבורית, ואין לנו עניין בהחלטה להטיל על פלוני עונשים הקבועים בחוק. אין ענישה פלילית בטרם הרשעה פלילית. לא כן לעניין מינוי. כאן רלוונטי הוא לבחון את מערכת הנתונים העובדתיים שהיו לנגד עיני הרשות המחליטה" (בג"ץ 6163/93 יואל אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 268 (23.3.1993); להלן: "עניין גינוסר").

72. למדנו זה מכבר, מפיו של בית המשפט הנכבד, כי "עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הינו שיקול רלוונטי, אשר הרשות הממנה רשאית וחייבת לקחתו בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי" (עניין גינוסר, עמ' 257; ההדגשות אינן במקור).

73. מובן מאליו כי חובה זו, שחלה בענייננו על המשיבה 1, חלה גם על המשיבה 2, היה וזו תבחר לדון במועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. "חובה זו מוטלת כמובן גם על הממשלה, כאחת מרשויות השלטון. היא מוטלת במיוחד עליה, בהיותה 'הרשות המבצעת של המדינה', החבה נאמנות לכלל הציבור בישראל" (עניין גינוסר, עמ' 260).

74. מהותה של המשרה שאליה מבקש להתמנות מועמד, היא גורם משמעותי בקביעת המשקל שיש לייחס לעברו הפלילי של המועמד.

**"לא הרי משרה זוטרה כהרי משרה בכירה; לא הרי משרה שאין עמה מפגש עם הציבור כהרי משרה שיש עמה מפגש עם הציבור; לא הרי משרה שאין עמה שליטה, פיקוח, הכוונה והדרכה של אחרים, כהרי משרה שיש עמה פיקוד על אחרים ואחריות על המשמעת. לא הרי מי שמשרתו להיות מובל כהרי מי שמשרתו להיות מוביל; לא הרי משרה שבעצם מהותה אין בה דרישות אתיות מיוחדות מבעל המשרה ומזולתו כהרי משרה שכל כולה היא הטפה לרמה אתית גבוהה".** (עניין גינוסר, עמ' 263; ההדגשות אינן במקור)

75. נדמה כי לא יכול להימצא חולק, שאין לך משרה שבה משקלו של עבר פלילי הוא רב ומשמעותי יותר, ממשרת היועץ המשפטי לממשלה – משרה בכירה; שיש עמה שליטה, פיקוח, הכוונה והדרכה של רבים-רבים, ואחריות על המשמעת; משרה שפירושה להיות מוביל; משרה שכל-כולה היא הטפה – ומעשים בצידה של אותה הטפה – לרמה אתית גבוהה.

76. מידת נכונותו של בית המשפט הנכבד להתערב בשאלות של מינויים, נובעת בין היתר מאופיה של המשרה המיועדת. כאשר מדובר על מינויים למשרות של נבחרי ציבור, דוגמת שר או סגן-שר, נוקט בית המשפט גישה הנמנעת ככלל בהתערבות, נוכח הסמכות ה"מיוחדת במינה" של ראש הממשלה, המביאה בחשבון את הצורך לשקול שיקולים פרלמנטריים, פוליטיים ומפלגתיים באופיים; כוחם של שיקולים אלה פחות בנסיבות שבהן מדובר בסמכות הממשלה למנות לפי שיקול-דעתה מועמד למשרה בכירה במערך המקצועי של שירות המדינה. זאת ועוד, תחום ההתערבות השיפוטית עשוי להתרחב ככל שהוא נוגע להיבטים הנורמטיביים הכרוכים בבחינת התאמתו המהותית של מועמד לתפקיד בכיר בשירות המדינה, בשל כשל ערכי שדבק בהתנהגותו או במעשיו (בג"ץ 4646/08 יואל לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008); להלן: "עניין לביא", פסקאות 18-19 לפסק הדין).

77. ונזכור עוד, כי במינוי מועמד שאינו מתאים, לכהונה הרמה של היועץ המשפטי לממשלה – מצא בית המשפט הנכבד להתערב ולאפשר בחינה שיפוטית כבר בעבר, אף בהליך שלווה בנסיבות של "חירום" המזכירות את עניינו אנו. במסגרת ההליכים לדיון בבג"ץ 234/97 ח"כ אופיר פינס נ' ראש ממשלת ישראל (13.3.1997) (להלן: "עניין בר-און"), קיים בית המשפט הנכבד דיון דחוף ובסופו החליט על-אתר: "במוסכם על הצדדים, נדחה הדיון למועד קרוב אשר ייקבע בהקדם האפשרי, על מנת לאפשר לצדדים להביא את מלוא החומר העובדתי הרלוונטי לעתירה, לצורך קבלת תמונה מלאה בדבר הליך מינויו של היועץ המשפטי לממשלה, לרבות השיקולים הכרוכים במינוי. רשמנו בפנינו את הצהרת עו"ד מנדל [ב"כ המדינה, י"י וא"ש], בשם המשיב השלישי [עו"ד רוני בר-און, י"י וא"ש] שהוא לא יתחיל לכהן בפועל כיועץ המשפטי לממשלה עד להכרעה בעתירה זו" (עניין בר-און, החלטה מיום 12.1.1997).

78. את נכונותו של בית המשפט הנכבד להיכנס בעובי הקורה בעניין בר-און, הסביר המלומד פרופ' זאב סגל ז"ל כך:

**"ניתן להסביר נכונות זו על רקע ייחודיותה של משרת היועץ המשפטי לממשלה, ששופטי בג"ץ רואים בה חשיבות מרכזית בקיום שלטון החוק ברשויות השלטון". (זאב סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה", משפט וממשל ד תשנ"ח 587, 595)**

79. סיכומו של פרק זה, הוא איפוא כי בממצאים העובדתיים ובמסקנות המשפטיות שנאספו במסגרת החקירה הפלילית נגד המשיב 6 ב"פרשת הרפז", ממצאים שעליהם נמנע המשיב 6 לחלוק בדרכים פורמליות כלשהן, יש כדי לפסול אותו מלהתמנות לכהונה הרמה של היועץ המשפטי לממשלה. המלצה על מינויו של המשיב 6 למשרה זו לוקה באי-סבירות קיצונית, ועל-אחת-כמה-וכמה כשהמלצה עליו היא בעל מועמד יחיד, מבין מתמודדים נוספים, שבהם לא דבק רבב דומה. זאת, בהתאם לפסיקתו העקבית ורבת-השנים של בית משפט נכבד זה, ועל-רקע נכונותו של בית המשפט הנכבד להושיט סעד במקרים המצדיקים זאת, לרבות כאשר השאלה שעל הפרק עוסקת במינוי למשרה שהיא בבחינת "קודש קודשים", כמשרת היועץ המשפטי לממשלה.

## 1. המשיבה 1 לא הייתה רשאית שלא לאמץ את מסקנותיו של המשיב 5 במישור

### המינהלי ביחס למשיב 6

80. כאמור, ביום 20.5.2015 כתב המשיב 5 למשיב 3 מכתב שכותרתו: "השלכות ממצאי החקירה הפלילית בדבר מעורבותו של האלוף (במיל') אביחי מנדלבלית ב"פרשת הרפז" על המשך כהונתו בתפקיד מזכיר הממשלה". את העילה לפנייה זו נימק המשיב 5 כך:

**"סברתי כי בהינתן התשתית העובדתית שנגלתה מן הפרשה באשר להיבטים שונים של התנהלותו של מנדלבלית, ולאור תפקידו הנוכחי כמזכיר הממשלה, שומה עלי להביא בפניך את פירוט ממצאי החקירה בענייניו, ואת ההשלכות האפשריות הנובעות מהם במישור המינהלי, על מנת שתביאם בחשבון בכל הנוגע להתאמתו להמשיך לכהן בתפקיד מזכיר הממשלה, אם תחליט כי רצונך שמנדלבלית ימשיך לכהן בתפקיד זה". (פסקה 6 למכתב)**

81. בלא קשר לאופן שבו בחר המשיב 3 לפעול – או לחדול מלפעול – ביחס להנחיותיו של המשיב 5 המופיעות במכתב זה, הניח המשיב 5 את המכתב אף על שולחנה של המשיבה 1. יצוין, כי להבדיל מתכליתו המקורית של המכתב, בשעה שנשלח אל המשיב 3 לשם ביצוע הליך של דיון בממשלה בשאלת כשירותו של המשיב 5 להמשיך ולכהן במשרת מזכיר הממשלה – תכלית הנחתו של המכתב על שולחנה של המשיבה 1 הייתה שונה. לענייניו, מכתב זה, על ממצאיו העובדתיים ומסקנותיו המשפטיות, מהווה חוות-דעתו של המשיב 5, באשר למעורבותו של המשיב 6 כחשוד בפרשה הפלילית שנודעה כ"פרשת הרפז".

82. על חוות-דעת זו לא היה רשאי המשיב 6 להשיג בפני המשיבה 1.

83. יתר-על-כן, ועיקר לעניינינו – בחוות-דעת זו לא הייתה רשאית המשיבה 1 להטיל כל ספקות.

84. כידוע, "סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו שלו מחייב אותה פנימה" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1.8.1985)). משמעות הדברים, לצורך עניינינו, הוא שחוות-הדעת של המשיב 5 בעניין השלכות הממצאים מהחקירה הפלילית בענייניו של המשיב 6 ביחס להמשך כהונתו כמזכיר הממשלה, היא חוות-דעת המחייבת את הממשלה, וכן כל רשות מרשויותיה, לרבות המשיבה 1. מאחר שהמשיב 5 משמש, במישרין ובמשתמע, גם כיועצה המשפטי של המשיבה 1, ומשהמשיב 5 טרח והעביר את חוות-הדעת שלו מיום 20.5.2015, שמוענה במקור אל המשיב 3, גם לידי המשיבה 1, הרי שממצאיו העובדתיים ומסקנותיו המשפטיות ביחס למשיב 6, כפי שאלו נאספו ועלו מתוך חקירתו הפלילית, הם בבחינת עובדות וממצאים שאין עליהן עוררין.

85. לשם הדגמה והמחשה של האמור לעיל, נזכור כי עובר למועד שבו החליט המשיב 5 לסגור את תיקו הפלילי של המשיב 6, הגיש המשיב 6 עתירה לבג"ץ נגד המשיב 5, בדרישה לקבל "שימוע מקדים לסגירת התיק"; זאת, תוך שהיה מצוי בידיו מידע על כך שהמשיב 5 עתיד לסגור את תיקו, ולהימנע מלהגיש נגדו כתב אישום, ומתוך מטרה לשכנע את המשיב 5 לסגור את התיק בעילה של היעדר אשמה, ולא בכל עילה אחרת (בג"ץ 2652/15 אלוף (מיל') עו"ד אביחי מנדלבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.5.2015)).

86. המשיב 6 הגיש עתירתו זו, מאחר שידע כי סגירת תיקו הפלילי בכל עילה אחרת, זולת היעדר אשמה, תאיין הלכה למעשה את סיכויו להתמנות למשרת היועץ המשפטי לממשלה. אין צורך בהליך סבוך של הסקת מסקנות כדי להבין זאת. הדברים מופיעים מפי המשיב 6, המצוטטים בפסק הדין עצמו: "העותר הצביע על תפקידו הרם לשעבר כפרקליט צבאי ראשי, וככזה, אך טבעי הוא כי הוא רואה את עצמו משתלב בעתיד במערכת המשפטית, אם כשופט ואם בתפקיד בכיר אחר, ומכאן שניקוי שמו לחלוטין הוא קריטי להמשך הקריירה המקצועית שלו" (פסקה 3 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור).

87. מובן, כי עתירה זו נדחתה, באשר טרם נשמע כי חשוד בחקירה פלילית יזכה לקבל "שימוע" עובר להחלטה על סגירת תיקו, בניסיון לשכנע את התובע לבחור בעילת סגירה אחת על-פני רעותה. בית המשפט הנכבד אף הבהיר למשיב 6 כי מדובר בעתירה מוקדמת: "זמנה של הביקורת השיפוטית – אם בכלל יתעורר הצורך בכך – טרם הגיע. אם וככל שיתממש חששו של העותר, שמורות לו כל טענותיו, לרבות עצם ההבחנה בין עילות הסגירה" (פסקה 8 לפסק הדין).

88. ואמנם, שלושה ימים בלבד לאחר מתן פסק הדין, אכן התממש חששו של המשיב 6: המשיב 5 החליט לסגור את החקירה הפלילית נגד המשיב 6, שלא העילה של "היעדר אשמה" אלא בנימוקים התואמים את עילת חוסר ראיות מספיקות. כאמור לעיל, אף שהמשיב 5 לא נקב בהחלטתו במילים מפורשות אלה, לא יכול להיות חולק כי זוהי הקריאה הסבירה היחידה של החלטת המשיב 5.

89. בבחינת למעלה מן הצורך, נזכיר כי כאשר ביקש המשיב 5 בעבר לסגור תיק חקירה נגד חשוד הנושא תפקיד בכיר במערכת המשפט בישראל, בנסיבות שגם בהן הייתה חשיבות עליונה לשאלת עילת הסגירה, הקפיד המשיב 5 להדגיש כי החלטתו זו נסובה על עילת היעדר אשמה. כך, בהחלטתו של המשיב 5 בעניינו של כב' שופט בית המשפט העליון, ד"ר יורם דנציגר, מיום 4.1.2012, ציין המשיב 5 חזר וציין לאורך החלטתו:

"לאחר בחינה מקיפה של חומר הראיות וההיבטים השונים הנוגעים לענין, ומספר דיונים שקיימתי כאמור עם כל העושים במלאכה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לסגור את התיק נגד דנציגר בעילה של היעדר אשמה (...)

לאחר בחינת מקיפה ומדוקדקת של חומר הראיות הגעתי למסקנה כי יש לסגור את התיק כנגד דנציגר בעילה של היעדר אשמה, שכן שוכנעתי כי דנציגר לא העניק כל טובת הנאה ללחיאתו בעת כהונתו כראש עיר (...)

בהעדר שמץ ראיה המצדיק הותרת החשד על כנו, יש לסגור את התיק, בהתייחס לשני החשדות שנבדקו, מהעדר אשמה (...)  
כאמור, אחר כל הדברים האלה הגעתי לכלל דעה, כי יש לסגור את התיק בעניינו של דנציגר, ביחס לשני העניינים שנחקרו, בעילה של העדר אשמה – וזו היא איפוא החלטתי".

90. הפכנו והפכנו בהחלטת המשיב 5 לסגור את תיק החקירה בעניינו של המשיב 6, אך לא מצאנו כל אמירה כגון דא, ואף לא כזו הנדמית לה. ההיפך הוא הנכון. ולא בכדי.

91. לשם המחשה בלבד כי אכן עילת סגירת תיק החקירה בעניינו של המשיב 6 היא חוסר ראיות מספיקות, נציין כי בין היתר נקב המשיב 5 במילים שלהלן בהחלטתו:

**"המלצת פרקליט המדינה לגנוז את תיק החקירה בעניין זה התבססה על קיומם של קשיים ראייתיים מסוימים (...). אני סבור כי יש מקום לאמץ את המלצת פרקליט המדינה ולגנוז את תיק החקירה נגד מנדלבלט, מן הטעמים שפורטו בחוות דעתו".**

92. אלא שהמשיב 6 החליט למלא פיו מים, ולהימנע מכל צעד נוסף בניסיון לשנות את עילת הסגירה. כך, נמנע המשיב 6 מפנייה אל המשיב 5 בבקשה לשוב ולעייין בהחלטתו ולבחון את האפשרות לשנות את עילת הסגירה – פנייה שהיא "חלף הגשת ערר" למחלקת העררים בפרקליטות המדינה, צעד שאינו ישים במקרה שבו ההחלטה בתום החקירה הפלילית מתקבלת על ידי המשיב 5 עצמו; ובנוסף, נמנע המשיב 6 מהגשת עתירה נוספת לבג"ץ נגד המשיב 5, זו הפעם בעיתוי שאינו מוקדם יתר-על-המידה.

93. אף שהמשיב 6 בחר משיקוליו שלא להתעמת עם החלטתו של המשיב 5 בדרכים הפורמליות שעמדו לרשותו, לרבות עם העילה שבגינה החליט המשיב 5 לסגור את תיקו של המשיב 6, הוא החליט לקרוא תיגר על ממצאי המשיב 5 בעניינו דווקא בפני הגוף היחיד שכלל אינו מוסמך להכריע בין העמדות הסותרות, זו של המשיב 5 וזו של המשיב 6 – קרי, בדיונים שהתקיימו אצל המשיבה 1. כך ציין יו"ר המשיבה 1, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אשר גרוניס, במכתבו מיום 20.12.2015 למשיב 3 ולמשיבה 4:

**"בתגובתו העלה מנדלבלט טיעונים עובדתיים ומשפטיים שיש בהם כדי לחלוק על הממצאים העובדתיים והמסקנות שפורטו בחוות דעתו של היועץ. בעיקרו של דבר, עמדתו של מנדלבלט היא כי נהג כשורה בעת שהשהה את החלטתו בדבר העברת מסמך הרפז לידי היועץ המשפטי לממשלה למשך זמן קצר, כדי לשקול את העניין במהלך הלילה. כן הפנה מנדלבלט לחוות דעת ולמאמרים שנכתבו על ידי גורמים משפטיים שונים, אשר תומכים בעמדתו בעניין זה".** (פסקה 17 למכתב, ההדגשות אינן במקור)

94. עינינו הרואות, המשיב 6 בחר להציב, אל מול חוות-הדעת שהניח המשיב 5 בפני המשיבה 1, "טיעונים עובדתיים ומשפטיים" הסותרים את אלה של המשיב 5.

95. נוכח שתי העמדות הסותרות שהונחו בפניה ביחס לממצאים העובדתיים ולמסקנות המשפטיות הנוגעות להתנהלותו של המשיב 6 באירועים שלגביהם נחשד ב"פרשת הרפז", החליטה המשיבה 1 שלא להכריע בין חוות-דעתו של ראש התביעה הכללית, לבין גירסתו של החשוד בחקירה הפלילית:

"האירועים שעליהם מתייחסת חוות-דעתו של היועץ המשפטי בעניין מנדלבליט מעוררים שאלות עובדתיות מורכבות. הכרעה בהן מחייבת בחינה מעמיקה של חומר הראיות ואף שמיעת עדויות. ברור הוא, כי נקיטת דרך פעולה כזו, אשר משמעותה היא למעשה ניהול הליך משפטי, חורגת מתפקידה של ועדת האיתור, שאף נעדרת את הכלים המתאימים לכך. ועדת האיתור אינה בית משפט, ואין ביכולתה להכריע בסוגיות עובדתיות ולקבוע ממצאים. משכך, החליטה ועדת האיתור שלא להתייחס ושלא להכריע, לכאן או לכאן, בסוגיות שהתעוררו סביב פרשה זו". (פסקה 18 למכתב)

96. בהחליטה שלא להכריע בין העמדות, נפל פגם היורד לשורשו של עניין בפעולתה של המשיבה 1. המשיבה 1 נתפסה לכלל טעות, כאילו שני צדדים שווים התגוששו לפניה. ולא היא. המשיב 5 איננו אדם פרטי, ואיננו פועל בשם עצמו: הוא ראש התביעה הכללית, וחוות-דעתו מייצגת את הממצאים שמערכת אכיפת החוק הממלכתית אספה בחקירה פלילית רשמית שנוהלה כנגד חשוד. הוא פועל בשם האינטרס הציבורי. בהיותו של המשיב 5 גם היועץ המשפטי לכלל הרשויות הממלכתיות, לרבות למשיבה 1 עצמה, הרי שעמדתו המשפטית היא העמדה המחייבת את המשיבה 1 "פנימה". החלטתה של המשיבה 1, כי היא רואה עצמה מוסמכת להידרש מלכתחילה למחלוקות עובדתיות ולמחלוקות בדבר מסקנות משפטיות בין מי שהוא ראש וראשון לאוכפי החוק במדינה, לבין מי ששימש חשוד בחקירה הפלילית המדוברת, היא החלטה הנוגעת בחוסר סמכות, ולמצער היא עולה כדי אי-סבירות קיצונית.

97. חיזוק למסקנה כי המשיבה 1 פעלה בהקשר זה תוך חריגה מסמכות, או למצער בחוסר סבירות קיצונית, עולה מהעובדה שאף שהמשיב 6 הוזמן בידי המשיבה 1 להופיע בפניה, ואף התייצב והשיב ל"השגות" שהועלו בדבר מועמדותו – בקשת חברים במשיבה 1 לאפשר את הופעתו של המשיב 5 בפניה נתקלה בסירוב, ולפיכך המשיב 5 לא הופיע בסופו של דבר בפני המשיבה 1. ואידך זיל גמור.

98. לא זו בלבד שהמשיבה 1 שגתה בהידרשה מלכתחילה לפערים בעובדות ובמסקנות המשפטיות שבין המשיב 5 למשיב 6, אלא שהמשיבה 1 אף שגתה לראות עצמה כמעין ערכאה שיפוטית. ולא היא. שוב יוזכר כי המשיבה 1 היא גוף מינהלי, רשות ממלכתית מרשויותיה של המדינה. בצייטוט שהבאנו לעיל ציין יו"ר המשיבה 1 כי "האירועים שאליהם מתייחסת חוות-דעתו של היועץ המשפטי בעניין מנדלבליט מעוררים שאלות עובדתיות מורכבות". אמירה זו בטעות יסודה. האירועים הללו אינם מעוררים כל שאלות – אלא שחוות-דעתו של המשיב 5 בעניין זה מהווה סוף פסוק. קביעותיו של המשיב 5, הן בפן העובדתי והן בפן המשפטי, הן קביעות שאין

עליהן עוררין – למעט בית המשפט הגבוה לצדק, ערכאה שאליה בחר המשיב 6 משיקוליו שלא לפנות.

99. ואכן, כפי שציין יו"ר המשיבה 1 בציטוט שהובא לעיל, "ועדת האיתור אינה בית משפט, ואין ביכולתה להכריע בסוגיות עובדתיות ולקבוע ממצאים". ועל כך יש להוסיף את המובן מאליו – לא זו בלבד שאין הדבר ביכולתה, אלא שזהו גם איננו תפקידה, והדבר איננו בסמכותה. מי איפוא מוסמך להכריע בסוגיות עובדתיות ולקבוע ממצאים? התשובה לכך ברורה – זהו המשיב 5, הן בכובעו כיועץ המשפטי לכלל הרשויות הממלכתיות, והן בכובעו כראש התביעה הכללית, מי שעומד בראש מערכת אכיפת החוק, וממצאיו הם ממצאיהן של רשויות החקירה והאכיפה.

100. במאמר מוסגר ייאמר כי לאותה תוצאה, ולפיה המשיב 5 הוא הגורם המוסמך לקבוע ממצאים עובדתיים, ניתן להגיע גם בדרך אחרת. ועדה ציבורית אחרת הפועלת מכוח הסמכה המעוגנת בהחלטת ממשלה, היא הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה, הנודעת בכינוי "ועדת טירקל". במספר מקרים בשנים האחרונות, בעת שהוועדה התבקשה לבחון היבטים של טוהר המידות אצל מועמדים למשרות בכירות ביותר בשירות המדינה, היא נדרשה לבצע בירורים עובדתיים שונים. ואולם בהיעדר כלי חקירה או כלים לבירור עובדות, מוסמכת הוועדה לפנות אל המשיב 5, והוא זה שאמור לשמש כערכאה מבררת-העובדות בעבור ועדת טירקל.

101. על דרך ההיקש ניתן איפוא להסיק, כי גם ועדה דוגמת המשיבה 1 רשאית, בהיעדר כלים אחרים לביצוע בירורים עובדתיים, לפנות אל המשיב 5 כדי שהוא יקיים בעבורה את הליך איסוף העובדות. אלא שבמקרה שלפנינו, פנייה כזו תהא בבחינת יקיצה בשעת צהריים, שכן ממצאי הליך בירור העובדות, שאין בנמצא מעמיק ויסודי ממנו – חקירה פלילית של משטרת ישראל בפיקוחו של המשיב 5 עצמו – נמצאים כבר ממילא על שולחנה של המשיבה 1.

102. זאת ועוד. כשל נוסף בהחלטת המשיבה 1, טמון בעובדה שכפועל יוצא מהיעדר היכולת "להכריע בסוגיות עובדתיות", בחרה המשיבה 1 "שלא להתייחס ושלא להכריע, לכאן או לכאן, בסוגיות שהתעוררו סביב פרשה זו". והרי גם החלטה "שלא להכריע" כמוה כהכרעה – שלא להסיק מסקנות לחובתו של המשיב 6. זוהי הכרעה שכל-כולה העדפתו של המשיב 6 על-פני עמדתו המחייבת "פנימה" של המשיב 5. שהרי החלטה שלא להידרש כלל לעניין, בהינתן "עמדות סותרות", מהווה היענות למאווייו של המשיב 6 עצמו, שכל מטרתו במסגרת המחלוקת שנוצרה בפני המשיבה 1 בהקשר זה, היא לגרום למשיבה 1 להימנע מלשקול את היבטי "פרשת הרפז" לחובתו.

103. המשיבה 1 החליטה איפוא, לא פחות ולא יותר, שלא לדון בממצאי פרשה פלילית שבה היה מעורב כחשוד המועמד שבעניינו היא דנה, וזאת תוך פעולה בחוסר סמכות, ומנגד – בחרה באותו מועמד כמומלץ היחיד מטעמה למשרת היועץ המשפטי לממשלה. לצד חוסר הסמכות, אף חוסר הסבירות הקיצוני זועק במקרה זה השמיימה.



104. סיכומו של פרק זה: בהחלטת המשיבה 1 שלא לאמץ את חוות-דעתו של המשיב 5 ביחס להתנהלותו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", תוך החלטה שלא להכריע "לכאן או לכאן" בנושא זה, חרקה המשיבה 1 מסמכותה, ולמצער עולה הפגם שנפל בהחלטתה כדי אי-סבירות קיצונית. גם מטעם זה, ואפילו מטעם זה לבדו, דינה של החלטת המשיבה 1 להמליץ על המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הוא בטלות.

**ז. החלטת המשיבה 1 לדון על מועמדות המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בטרם דנה המשיבה 2 בכשירותו להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה – עולה כדי אי-סבירות קיצונית**

105. נפתח פרק זה בתיאור ההנחיה שהנחה המשיב 5 את המשיב 3, במכתבו מיום 20.5.2015, לקיים דיון במשיבה 2 בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה. אין זה דבר של מה-בכך. המשיב 5 הטיל למעשה חובת-עשה על המשיב 3, לזווג ולקיים דיון במשיבה 2, ככל שהמשיב אכן חפץ בהמשך שירותו של המשיב 6 בתפקידו.

106. כך סיים המשיב 5 את מכתבו האמור למשיב 3 :

"על-אף ההחלטה שלא להעמיד את מנדלבלית לדין פלילי בגין התנהלותו בפרשה המתוארת, הראיות המינהליות שהעלו ממצאי החקירה הפלילית בעניינו, כפי שתוארו לעיל, מחייבות לטעמי בחינה יסודית, בראש ובראשונה מצדך, של מידת התאמתו הערכית-נורמטיבית להמשיך ולכהן בתפקיד מזכיר הממשלה, תוך שקילת כל האמור בחוות-דעת זו. יצוין, כי בהתחשב בכך שעל-פי חוק הממשלה, הממשלה היא הגורם הממנה את מזכיר הממשלה, הרי שכל שתסבור כי יש מקום להמשיך או להפסיק את כהונתו של מנדלבלית בתפקיד, יהיה עליך להעביר את תוכן חוות-דעתך זו לידיעת חברי הממשלה, על מנת שתונח גם בפניהם התשתית העובדתית והמשפטית המתחייבת לצורך גיבוש עמדתם בנושא. מטבע הדברים, קודם לכן, יהיה מקום להעביר חוות-דעת זו לעיונו של מנדלבלית, כדי שיוכל להתייחס לתוכנה, ואודה אם תעביר את התייחסותו לעיוני, כדי שאוכל לגבש את עמדתי ביחס אליה".

107. נציין, כי על אף שהמשיב 5 הנחה את המשיב 3 לקיים את הדיון האמור במשיבה 2, באשר לכשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה, דיון כזה מעולם לא התקיים. כעולה מההתכתבות הענפה בין העותרת לבין המשיבים, שתוארה לעיל בפרק העובדתי, אף שהמשיב 5 ציין בפני המשיב 3 כי הנסיבות "מחייבות בחינה יסודית", הרי שבשל סיבות עלומות, ואף שעד עתה חלפו למעלה משבעה חודשים מאז שיגר המשיב 5 למשיב 3 את מכתבו האמור, טרם היה סיפק בידו של המשיב 3 לפעול לקיומו של הדיון האמור. העותרת כמובן אינה מעלה על דעתה שגורם כלשהו עיכב במכוון או סיכל ביודעין את קיומו של הדיון האמור, עד

שהמשיבה 1 תדון ותמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. מעשה שכזה, לו היה נעשה בכוונת מכוון, היה עולה כדי הפרת אמונים שיש בה יותר משמץ של אבק פלילי.

108. ואולם, אף שהמשיב 3 העביר את מכתבו של המשיב 5 לידי המשיב 6 ביום 25.5.2015, נזקק המשיב 6 לחמישה חודשים – לא פחות – על-מנת להעביר את התייחסותו לדברים. ככל הידוע לעותרת, התייחסותו זו, שגובשה לאחר שדרש וקיבל לידי את חומר הראיות שנאסף בחקירה הפלילית בעניינו, הונחה על שולחנה של המשיבה 1. ואולם בניגוד לבקשתו של המשיב 5 – נמנע המשיב 3 מלהעביר לידי את התייחסותו של המשיב 6 לדברים. משכך, נמנע מהמשיב 5 מלגבש את עמדתו שלו ביחס להתייחסותו של המשיב 6 לחוות דעתו. ממילא, שכלל החומרים הרלוונטיים טרם הונחו על שולחנה של המשיבה 2, ולפיכך טרם התקיים דיון במשיבה 2 בעניין זה.

109. נראה, כי למשיבים 2, 3, 4 ו-6 אף לא אצה הדרך לקיים דיון כאמור, כהנחייתו (המחייבת "פנימה") של המשיב 5. על-פני הדברים, נראה כי משיבים אלה מעדיפים "לדלג" על שלב זה, ולעבור מיידית לדיון בהצעת ההחלטה לאישור מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. אלא ש"דילוג" שכזה אינו אפשרי, הן פרוצדורלית והן מהותית, ומהווה התנהלות בלתי-תקינה, המצטרפת לשורת הפגמים המלווה את הליכי קידום מועמדותו של המשיב 6 לתפקיד המיועד.

110. פרוצדורלית התנהלות זו לוקה בפגם, מאחר שעל המשיבה 2 חלה חובה לקיים את הנחייתו של המשיב 5. נדייק ונאמר, על המשיב 3 חלה חובה לפעול לקיום דיון כאמור במשיבה 2, בהתאם להנחייתו של המשיב 5. יטען הטוען, כי חובה זו חלה – אף לפי דבריו של המשיב 5 עצמו – רק ככל שהמשיב 3 מעוניין שהמשיב 6 **ימשיך** לכהן בתפקיד מזכיר הממשלה. והנה כעת, המשיב 3 כבר אינו מעוניין בכך, שכן ממילא הוא פועל למינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

111. אלא שלא יכול להיות חולק, על כך שקריאה זו של מכתבו של המשיב 5, לוקה באי-סבירות. פרשנות סבירה של הכתוב, תוביל למסקנה ההכרחית כי המשיב 3 "פטור" מחובת קיום דיון במשיבה 2 בשאלת כשירותו של המשיב 6, אם הוא מבקש **להפסיק** את כהונתו כמזכיר הממשלה. **קידום** המשיב 6 למשרה בכירה אף יותר, בדמות משרת היועץ המשפטי לממשלה, איננו ממלא תנאי זה. ואף אם יטען כי שתי המשרות זהות זו לזו מבחינת דרגת בכירותן, גם אז ממשיכה לחול על המשיב 3 ועל המשיבה 2 חובת קיום הדיון כאמור, על-בסיס מלוא החומר שביקש המשיב 5 להניח על שולחנה של המשיבה 2.

112. למעשה, העותרת תטען כי כל עוד נמנעים המשיב 3 והמשיבה 2 מקיום הדיון כאמור, הרי שגם המשיבה 1 הייתה מנועה מלדון במועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ומקל וחומר שהייתה מנועה מלהמליץ עליו למשרה האמורה, ובן-בנו של קל וחומר

שהייתה מנועה מלהמליץ עליו כמועמד יחיד. התנהלותה והחלטתה בנדון עולים איפוא כדי אי-סבירות קיצונית.

113. על-אף בכירותה וחשיבותה של משרת מזכיר הממשלה, כפי שיפורט להלן בפרקים הבאים בהרחבה, בכירותה וחשיבותה של משרת היועץ המשפטי לממשלה עולים אף עליה. מעבר מתפקיד מזכיר הממשלה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה מהווה קידום. זו גם כפי הנראה הסיבה שהמשיב 6 חפץ במעבר כזה. אלא שהמדרג שבין משרות אלה יש בו גם כדי להמחיש את אי-התקינות שבעצם הדיון במועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, טרם שהתברר אם הוא כשיר להמשיך ולאחוז במשרת מזכיר הממשלה.

114. זאת, בשל העובדה הפשוטה, שמי שנמצא פסול מבחינה ערכית-נורמטיבית לכהן כמזכיר הממשלה, פסול מקל וחומר מלכהן כיועץ המשפטי לממשלה, "עמוד האש שלפני המחנה" של השירות המשפטי הממלכתי, ראש וראשון לאוכפי החוק במדינה, הנהנה מחזקת אמון, אמינות ומהימנות שאין-למעלה-מהם, סמל ליושר ולטוהר המידות.

115. באשר למשקלה וחשיבותה של חוות דעת המשיב 5: בבג"ץ 4247/97 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 241, אמר כב' השופט מישאל חשין:

"היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם "יועצים" במובן השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או של עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות-הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו. בסמכותו הייחודית של היועץ המשפטי לממשלה – במקרים המגיעים להכרעה שיפוטית – לייצג בבית-המשפט את רשויות המדינה, ואגב כך לבקש את בית-המשפט לאמץ את עמדתו, אין כדי לגרוע מן הכלל המחייב את הרשויות לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. 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".

116. הסוגיה האם רשאי המשיב 5 לקבוע כי מועמד פסול בעצם מועמדותו לתפקיד, נדונה **בעניין לביא**, שבו נקבע כי ליועץ המשפטי הייתה סמכות לקבוע בעצמו כי מועמד פלוני פסול למשרה ציבורית. כשם ש**בעניין לביא** הנחה המשיב 5 את המשיבה 2 שלא לדון במועמדות אדם שאותו ביקשה למנות למשרה ציבורית בכירה, כך בענייננו אנו, יש למשיב 5 סמכות להנחות את המשיבה 2 לדון בשאלת כשירותו של אדם להמשיך ולהחזיק במשרה ציבורית בכירה. בשני המקרים, חובה על המשיבה 2 למלא אחר הנחיית המשיב 5, אלא שהיא בחרה שלא למלא אחר חובתה.

117. במאמרו "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה" (משפט וממשל ד תשנ"ח), מתאר המלומד פרופ' זאב סגל המנוח כיצד ביקש ראש הממשלה דאז, בנימין נתניהו, בשלב כלשהו למנות את עו"ד דן אבי-יצחק למשרת היועץ המשפטי לממשלה, לאחר

שהוזהר לא לבחור בעו"ד בר-און לתפקיד. אלא שבר-און נפסל מלשמש מועמד לכהונה הרמה, בשל העובדה שהוא היה עתיד להיחקר במשטרה, במסגרת מה שנודע כ"פרשה הפולנית", אחת ההסתעפויות של פרשת דרעי. שכן, תנאי הכשירות למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הם של משפטן שיהיה כשיר להתמנות לשופט של בית המשפט העליון. בעקבות דו"ח ועדת שמגר ועיגון "החלטה הקונסטיטוטיובית" של הממשלה (ראו להלן סעיף 120 לעתירה), על המועמד המתמנה לשמש היועץ המשפטי לממשלה, להיות "כשיר, מתאים וראוי" לתפקיד, גם על-פי העקרונות שהותוו בדו"ח ועדת שמגר.

118. המשיב 6 הומלץ בידי המשיבה 1 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. האם יעלה על הדעת שהמשיב 6 "כשיר, ראוי ומתאים" לשמש שופט בית המשפט העליון?

#### **ח. החלטתה של המשיבה 1 להמליץ על מועמד אחד בלבד מהווה חריגה מסמכות**

119. מושכלות ראשוניים במשפט המינהלי הם כי רשות מינהלית רשאית לפעול רק במידה שהוסמכה לכך בדין, ובאופן שבו הוסמכה לפעול בדין. "כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך דלת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק. העיקרון המבטא חובה זו נקרא עקרון חוקיות המינהל. הוא קובע את כפיפותה של הרשות המינהלית לחוק. לפי עקרון חוקיות המינהל, הרשות המינהלית רשאית ומוסמכת לעשות רק את אותן פעולות שהחוק הסמיך אותה לעשות" (דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי אי (תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין) עמ' 97 – להלן: "ברק-ארז").

120. כפי שפורט בהרחבה בפרק העובדתי, פעולתה של המשיבה 1 מתבססת על שתי החלטות הממשלה, החלטה 2774 משנת 2000 שעייגנה הלכה למעשה את דרכי הבחירה והמינוי של היועץ המשפטי לממשלה, שהוצעו על-ידי ועדת שמגר, והחלטה 1773 משנת 2007, שתיקנה שתיים מהוראותיה של החלטת הממשלה הראשונה (שתי החלטות במאוחד ייקראו להלן – "החלטה הקונסטיטוטיובית"). החלטה הקונסטיטוטיובית של הממשלה היא הנורמה שמכוחה פועלת המשיבה 1, ואף שגם המינוי שהוא פרי עבודתה של המשיבה 1 מעוגן כשלעצמו בהחלטת ממשלה, הרי שהחלטה הקונסטיטוטיובית, בשונה מהחלטה למנות מועמד פלוני לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, היא "החלטת ממשלה בת-פועל תחיקתי", ולה מעמד נורמטיבי של מעין-חקיקה.

121. והנה, בבואה של המשיבה 1 לפעול במהלך החודשים האחרונים לאיתור ולמינוי המועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הנחתה המשיבה 4 את המשיבה 1 – בהתאם להחלטה הקונסטיטוטיובית – להמליץ בפני הממשלה בתום פעולתה על שלושה מועמדים. בכך עשתה המשיבה 4 שימוש בסמכות שהוקנתה לה כדין, כדי לשלול את שיקול דעתה של המשיבה 1 באשר למספר המועמדים שעליהם היא רואה לנכון להמליץ בתום פעולתה. הנחיה זו שקיבלה

המשיבה 1 הפכה איפוא להיות, בנסיבות אלה, חלק מההוראות המסמיכות את פעולתה של המשיבה 1 במסגרת הליך בחירת היועץ בסבב המינוי הנוכחי.

122. פשיטא, כי חריגה מהוראות מסמיכות אלה מהווה חריגה מסמכות. אילו בחרה המשיבה 1 להמליץ, בתום פעולתה, על ארבעה מועמדים מומלצים – אין חולק כי היא הייתה חורגת מסמכותה. כך גם אילו בחרה המשיבה 1 להמליץ בתום פעולתה על שני מועמדים מומלצים בלבד. וכך גם נוכח בחירתה להמליץ על מועמד אחד בלבד.

123. הסעד השיפוטי הראוי במקרה זה הוא מובן מאליו – בטלות ההחלטה שהתקבלה על-ידי המשיבה 1, להמליץ על מועמד אחד ויחיד, בניגוד להנחיה שהנחתה המשיבה 4 את המשיבה 1. "פעולה של הרשות ללא סמכות נחשבת, ועודנה נחשבת, לפגם החמור ביותר, בשל ההפרה של הלאו הראשון של המשפט המינהלי: עקרון חוקיות המינהל. פעולה כזו נחשבת למשוללת כל תוקף, בטלה מעיקרה" (ברק-ארז, עמ' 797).

124. נזכור: החלטה מינהלית עשויה להיפסל אם היא לוקה בחוסר סבירות מהותי, כאשר תוצאה בלתי סבירה, שיש בה משום אי-צדק בולט, עשויה ללמד כשלעצמה על פגם בהליך עצמו (ע"א 8434/00 דלק חב' הדלק הישראלית בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ, פ"ד נו(3) 703-705, 693).

125. משמעותו של סעד זה, בהקשר לענייננו, הוא ביטול ההחלטה של המשיבה 1 להמליץ על המשיב 6 כמועמד יחיד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, והחזרת הנושא לדיון אצל המשיבה 1, כדי שזו תקיים דיון נוסף ותמליץ, זו הפעם, על מספר המועמדים שציינה המשיבה 4 בהנחייתה את המשיבה 1, קרי שלושה מועמדים.

126. יטען הטוען, כי תוצאה זו איננה מחויבת המציאות, וכי המשיבה 4, שבשלב קודם של התהליך אמנם הנחתה את המשיבה 1 להמליץ בתום פעולתה על שלושה מועמדים, שינתה את טענה וכעת היא מסתפקת במועמד היחיד שעליו המליצה המשיבה 1, בניגוד להנחייתה המפורשת. במצב כזה, כך על-פי הטענה שעשויה להיטען, יש לבכר את עמדתה העדכנית של המשיבה 4, בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר".

127. ואכן, מצב זה התממש הלכה למעשה, ערב חתימתה של עתירה זו, עם הודעתה של המשיבה 4, כי "מקובל עליה" שהמשיבה 1 בחרה מועמד אחד ויחיד כמומלץ למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ואין "אין בכוונתה" של המשיבה 4 לבקש מהמשיבה 1 להמליץ על שני מועמדים נוספים, וזאת הגם שבתחילת עבודתה של המשיבה 1, הנחתה אותה המשיבה 4 להמליץ על שלושה מועמדים.

128. נוכח ההערכות כי הן המשיבה 4 והן המשיב 3 חפצים ביקרו של המשיב 6 ומלכתחילה כיוונו לכך שהוא יהיה זה שייבחר וימונה לבסוף למשרת היועץ המשפטי לממשלה, אפשר שאין הפתעה רבתי בהודעתה זו של המשיבה 4. ואולם היותה של עמדה זו צפויה מראש, אינה מרפאת את הפגמים שדבקו בה. נסביר.

129. ראשית, נתעכב עוד מעט-קט על נוסח ההנמקה שסיפקה המשיבה 4 להחלטתה לסגת מהנחייתה המקורית, ולהסתפק במומלץ האחד והיחיד שסיפקה המשיבה 1. וכך כתבה המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 1 ביום 22.12.2015:

**"הגם שבמכתבי האמור ביקשתי כי הוועדה תפעל לאיתורם של שלושה מועמדים לתפקיד, הרי שלאור נוסח ההודעה, לפיו "החלטת הוועדה כי מועמד הוא כשיר, ראוי ומתאים טעונה הסכמת ארבעה לפחות מתוך חמשת חבריה", מקובל עליי כי כיוון שרק מועמד אחד עמד בתנאי זה, הרי שהוועדה, בהצגה מועמד זה כמועמד יחיד, סיימה עבודתה בהצלחה, ואין בכוונתי לבקש לקבל שני מועמדים נוספים".**

130. הנה כי כן, נימוקה של המשיבה 4 להחלטתה לסגת מהנחייתה המקורית, נעוץ בנוסח "ההודעה" – המוגדרת במכתבה בדיוק נמרץ באותו אופן שבו הגדרנו את "ההחלטה הקונסטיטוטטיבית". "הודעה" זו מהווה צירוף של ה"הודעה בדבר הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה", משנת 2000, בצירוף החלטת הממשלה המתקנת משנת 2007. פשיטא, כי התנאי הכלול ב"הודעה", המהווה צירוף של החלטות ממשלה מהשנים 2000 ו-2007, היה ידוע למשיבה 4 עובר לפנייתה למשיבה 1 ביום 3.8.2015, והנחייתה כי על המשיבה 1 להמליץ על שלושה מועמדים. אין בתנאי הזה, שאותו ציטטה המשיבה 4 כהנמקה – ולפיו כדי שמועמד ייחשב כמומלץ על-ידי המשיבה 1 עליו לקבל את תמיכתם של ארבעה לפחות מבין חמשת חברי המשיבה 1 – כל חידוש, שאליו התוודעה כביכול המשיבה 4 לאחר סיום עבודתה של המשיבה 1.

131. משכך, קשה לראות בהסבר זה משום נימוק ממשי. תחת זאת, נראה כי המשיבה 4 החליטה להסתפק במומלץ אחד ויחיד, בשל העובדה הפשוטה שהמשיב 6 הוא אכן המועמד שהמשיבה 4 חפצה ביקרו מלכתחילה.

132. נשוב אם כך לשאלה – האם רשאית המשיבה 4 לחזור בה כעת, עם תום עבודתה של המשיבה 1, מההנחיה שהציבה למשיבה 1 עובר לתחילת עבודתה? התשובה שנשיב לנו לכך היא לאו רבתי.

133. תחילה נעמיד את תהליך הבחינה במבחן ההיגיון הבריא. קיים חשש, כי אם הייתה המשיבה 1 מסתפקת בסיום עבודתה בהמלצה על מועמד אחד ויחיד, שאיננו המשיב 6, לא הייתה המשיבה 4 מזדרזת לוותר על ההנחיה שהנחתה את הוועדה להמליץ על שלושה מועמדים. משמעות הדברים היא, כי המשיבה 4 מקבלת כעת את החלטתה, לוותר בדיעבד על ההנחיה שהנחתה את המשיבה 1, תוך ששיקול-דעתה לוקח בחשבון גם את מיהותו של המומלץ על-ידי המשיבה 1. בכך מערבת המשיבה 4 שיקולים פרוצדורליים בשיקולים פרסונליים, וכזאת לא ייעשה.

134. לפיכך, על המשיב 5, במישרין או באמצעות היועצת המשפטית למשרד המשפטים, להעמיד את המשיבה 4 על שגיאתה, ולהבהיר לה כי היא איננה רשאית לחזור בה כעת –

**משזהות המועמד שעליו המליצה המשיבה 1 ידועה לה** – מההנחיה שהנחתה את המשיבה 1, הנחיה שהפכה לחלק מההוראות המסמיכות את עבודתה של המשיבה 1. חזרה זו מההנחיה איננה אפשרית נוכח חציית "מסך הבערות" של התבררות זהות המועמד שעליו ממליצה המשיבה 1.

135. התכלית המונחת בבסיס ההנחיה שהנחתה המשיבה 4 את המשיבה 1, עובר לתחילת עבודתה של זו, הייתה להרחיב את שיקול דעתה של המשיבה 2 בבחינת המועמד הסופי מבין שלושת המועמדים שיומלצו על-ידי המשיבה 1, יהיו אלה אשר יהיו. הנחיה זו איננה ניתנת לביטול בדיעבד, אך מהטעם שהמועמד האחד שהוועדה החליטה להמליץ עליו, תוך הפרת ההנחיה שקיבלה, הוא מועמד שהמשיבה 4, או אף המשיבה 2 כולה, חפצה ביקרו. למצער, מסקנה זו מתחייבת נוכח **חובת ההגינות** שחבה המשיבה 4 כלפי הציבור כולו, ואף **כלפי המועמדים האחרים** שאותם בחנה המשיבה 1. וכידוע, "חובתה של הרשות לנהוג בהגינות ובתום לב היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי" (ברק-ארז, עמ' 631).

### **ט. מעבר מתפקיד פוליטי דוגמת מזכיר הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה מחייב תקופת צינון**

136. העותרת תטען כי קיימת חובת צינון במקרים מעין אלה של מעבר בשירות הציבורי מתפקיד הנושא במשרת אמון, בעל פן פוליטי וזיקה אישית למשיב 3 או למשרד ממשלתי, כגון מזכיר הממשלה, לבין תפקיד ציבורי מהמתרס השני שאינו תלוי, מעין-שיפוטי וללא זיקה אישית, כגון היועץ המשפטי לממשלה.

137. חובת הצינון בין תפקיד פוליטי לבין משרה ממלכתית כה רמה כמשרת היועץ המשפטי לממשלה, היא מן המפורסמות שאינה דרושה הוכחה. די אם נזכיר את דו"ח ועדת שמגר מ-1998, שעל-יסוד המלצותיו עיגנה הממשלה בהחלטתה את הדרכים והתנאים למינוי היועץ המשפטי לממשלה. בהמלצותיה קבעה ועדת שמגר:

**"אין למנות יועץ משפטי המעורב אותה שעה בפעילות פוליטית מן הסוג שנדון בחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959, ולא יתמנה פעיל לשעבר כאמור, אם טרם חלפה תקופת צינון של שלוש שנים מאז שפסק מפעילותו".**

138. המשיב 6, המשמש כאמור מזכיר הממשלה, מכהן בתפקידו הנוכחי במשתמע מסעיף 31(ו) לחוק יסוד: הממשלה וכן לפי סעיף 8 לחוק הממשלה, התשס"א-2001.

139. ביום 13.05.2013 אישרה המשיבה 2 את מינויו של המשיב 6 לתפקיד מזכיר הממשלה. **מזכיר הממשלה הנו משרת אמון שאליה גויס המשיב 6 על-ידי המשיב 3.** משרת אמון זו פירושה, שזה הנותן וזה הלוקח התלוי בו לפרנסתו ועלול שיהיה חייב לו בבוא היום באשר

להחלטותיו כיועץ משפטי לממשלה. ענת החשש הזו אינה סרה ומרחפת ככל שמדובר ביחסים אישיים והבעת אמון בנושא משרת אמון.

140. מזכיר הממשלה נחשב לעושה דברה של הממשלה המכהנת, ועיקר של העומד בראשה. הוא מחויב להחלטותיה באופן מוחלט ונדרש לעשות כל אשר לאל ידו ליישומן ולמימושן הלכה למעשה. מעורבותו האישית בכל הקשור לפעילות הממשלה הינה ישירה ומרכזית, ובהיותו איש אמונו של ראש הממשלה הוא ממלא משימות ספציפיות שראש הממשלה מטיל עליו מעשה יום ביומו. המזכיר עומד בקשר ישיר ורציף עם שרי הממשלה ומטבע הדברים שהוא מזדהה פוליטית עם דרכה, כשם שהוא מזוהה פוליטית עמה בעיני כולי עלמא.

141. במסגרת תפקידו של מזכיר הממשלה, כפי שזה מתואר באתר משרד ראש הממשלה (<http://www.pmo.gov.il/Secretary/Pages/mazkir.aspx>), "המזכיר ממונה על-ידי הממשלה, על פי הצעת ראש הממשלה". ועוד, "מזכיר הממשלה ממלא משימות נוספות אשר מטיל עליו ראש הממשלה" ובין היתר, הוא המכניס והמוציא, הוא מיישם את מדיניות הממשלה והוראות ראש הממשלה, ועוסק בעצם בניהול המדיניות במדינה וברשות השלטונית. מדובר בתפקיד בכיר ביותר בשירות המדינה, הנושא בחובו חשיבות רבה ורגישות מיוחדת.

142. הנה כי כן, אין מדובר בתפקיד "טכני" ואו בדרג פקידות זוטא אלא בתפקיד יישום וביצוע של מדיניות, סיוע לאישים פוליטיים, השגת הסכמות פוליטיות בין ראש הממשלה לשרים, בין השרים לבין עצמם ובין הממשלה לבין הכנסת, תיווך בין סיעות הקואליציה, ועוד כהנה וכהנה עניינים המצויים בליבת העשייה הפוליטית.

143. היה זה המשיב 5 עצמו, במכתבו למשיב 3 מיום 20.5.2015, שעמד בפרוטרוט על תיאור תפקידו של מזכיר הממשלה:

"שורת תפקידו של מזכיר הממשלה, הפורמליים והבלתי-פורמליים כאחד, טומנת בחובה אחריות כוללת על עבודת הממשלה, כלפי פנים וכלפי חוץ, ומשלבת סמכויות תיאום וארגון עם הפעלה של שיקול דעת משמעותי. בכלל זאת, מזכיר הממשלה מרכז את כלל תהליכי עבודת הממשלה, לרבות כאלה הטומנים בחובם רגישות, מורכבות וחשיבות יוצאת-דופן, וממלא משימות נוספות המוטלות עליו על-ידי ראש הממשלה. כמו כן, אחראי מזכיר הממשלה לתדרך את נציגי התקשורת בתום ישיבת הממשלה השבועית; נושא באחריות לקשר בין הממשלה והכנסת; מעדכן את נשיא המדינה מדי שבוע על אודות פעילות הממשלה; בנוסף לתפקידים אלו, נקבע בפקודת הראיות כי מזכיר הממשלה מוסמך לחתום על מסמכים הניתנים על-ידי הממשלה וכי אישור בכתב של מזכיר הממשלה שלפיו הממשלה עשתה דבר פלוני ישמש ראיה שאכן נעשה הדבר כאמור באישור. אכן, מכלול עיסוקיו של מזכיר הממשלה, אשר אלו רק מקצתם, מלמד כי ידו של מזכיר הממשלה בכל עיסוקיהם של הממשלה ושל חברי הממשלה".



144. על-יסוד כל אלה, מעבר ישיר של אדם כלשהו – יהא זה המשיב 6 או כל אדם מוכשר אחר – ממשרת מזכיר הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בלא תקופת צינון בין התפקידים, מנוגדת באופן חמור לערכים העומדים בבסיס כהונת היועץ המשפטי לממשלה ולמהות תפקידו.

145. האמת ניתנת להיאמר, חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק הצינון") איננו חל במישרין על המקרה שלפנינו, באשר עניינו ביצירת תקופת צינון מתחייבת בין כהונה במסגרת השירות הציבורי, לבין התפקיד שבו ישמש אדם לאחר פרישתו משירות הציבור. ואולם ניתן להתבסס על תכליותיו של חוק הצינון, ועל הרציונלים העולים ממנו, כדי להקיש גם לעניינו אנו.

146. תכליתו של חוק הצינון היא להבטיח את אמון הציבור בשירות הציבורי. הוראות החוק נועדו למנוע מצבים שבהם עובדי ציבור יפעלו תוך שהם מצויים בניגוד עניינים אף לא למראית עין. לבל יפעלו במשוא-פנים בעודם אוחזים בכוח שלטוני, כדי להיטיב את דרכם שלהם משיהפכו לעובדים בשוק הפרטי. לניקיון-דעת שכזה יש חשיבות רבה, הן מן ההיבט המהותי – מתוך מטרה לטהר את השירות הציבורי משיקולים בלתי ראויים; והן מהיבט מראית-העין, במטרה לחזק את אמון הציבור בתקינות פעולתן של רשויות השלטון.

147. אמון זה זקוק לחיזוק מתמיד, בעיקר נוכח ההקפדה הרופפת בלבד על הוראותיו ורוחו של חוק הצינון. "חוק זה הוא אות מתה בספר החוקים", קונן מבקר המדינה, השופט (בדימוס) מיכה לינדנשטראוס, בדו"ח המבקר לשנת 2007 (דו"ח מבקר המדינה מס' 58 מיום 20.5.2008, עמ' 51). לדברי המבקר, "לא זו בלבד שכוונת המחוקק איננה מתממשת, אלא נוצרת תרבות ארגונית השוללת את תכלית החוק".

148. כאמור, תכליתו של חוק הצינון חלה, במישרין או במשתמע, לא רק על מעבר מתפקיד בשירות הציבורי אל שוק העבודה הפרטי, אלא גם במעבר מתפקיד ציבורי אחד למשנהו. יודגש, כי זוהי גם עמדתה של המדינה, כפי שהיא עולה מגישה שהשמיעה נציבות שירות המדינה בערכאות במקרים הרלוונטיים. כך, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1711, שעניינה "גיבוש עמדת המדינה לגבי תקופת צינון הראויה לפורשים משירות הציבור", שעודכנה אך באחרונה (ההנחיה פורסמה ביולי 2012 ועודכנה באוגוסט 2015), הוזכרה החלטת הוועדה למתן היתרים הפועלת מכוחו של חוק הצינון, הדנה במקרה מסוג זה:

**"מקובלת עלינו כי קיימים עובדים בשירות הציבורי אשר בסמכותם להחליט על פי שיקול דעת על מתן זכות לאחר, ואותו אחר יכול שיהיה גוף ציבורי או שירות ציבורי. לפיכך, מקובלת עלינו דעתה של המשיבה [היא נציבות שירות המדינה, "י"י וא"ש] כי הפרשנות התכליתית הראויה של החוק צריכה לכלול גם מעבר משירות ציבורי אחד למשנהו".** (ו"ע 1024/05 אמיר גוטוירט נ' נציבות שירות המדינה; ההדגשות אינן במקור)

149. עוד צוין בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה האמורה, כי "ככל שהמשרה רמה יותר ובעלת עוצמות השפעה בחזית רחבה והיקף בעל משמעות מהמעלה הראשונה, כך יש להקפיד יותר שמטרת החוק לא תסוכל גם באופן מעשי וגם מבחינת מראית הדברים".

150. בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, הן תפקיד מזכיר ממשלה והן תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, שניהם תפקידים בדרג "בכיר א'", ועל פי חוק הצינון חלה עליהם תקופת הצינון המרבית. שיקולים לחומרה, בהתאם להנחיה, יהיו נסיבות המעוררות חשש לפגיעה באמון הציבור, ממשק אינטנסיבי או החלטות המקנות זכות משמעותית, ובין השיקולים לקולה מצוין בין היתר קיומו של צינון פנימי.

151. אם כן, בהיקש לתכליתו של חוק הצינון, הכוללת בין היתר גם מניעתו של ניגוד עניינים, כפי שיפורט בהרחבה להלן, לא ניתן לומר כי ישנם מקרים שהתכלית הזו לא תהיה ראויה להם, או כי הערכים אינם מתאימים. על כן, תקופת הצינון אשר נדרשת בתפקידים שונים ראוי ואף חובה כי תדרש היכן שעלול להיווצר ניגוד העניינים גם בממשק הציבורי.

152. ממכלול האמור לעיל, עולה בבירור כי מעברו של המשיב 6 ממשרת מזכיר הממשלה, לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, בלא צינון כלשהו – עולה כדי אי-סבירות קיצונית. זאת, אף אם המועמד העתיד "לדלג" בין שתי הכהונות הרמות הוא אדם משכמו ומעלה, ידען, מצטיין ומעולה בכל היבט, ונקי מכל רבב – יחיד בדורו.

153. יודגש כי אין בקביעות הכלולות בפרק זה כדי להטיל ולו צל-צילו של דופי במשיב 6. קביעות אלה הן במישור העקרוני-נורמטיבי. אלא שנוכח מה שנדמה כליקוי-מאורות שנפל על המשיבה 1 בשיקוליה, ונוכח החשש שאותו ליקוי-מאורות ייפול גם על המשיבים 2, 3 ו-4 בהליכי אישור מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, דומה שיש צורך לפרט ולהדגים גם את מה שאמור להיות מובן מאליו.

154. דברים אלה עמדו, כפי הנראה, גם בבסיס מכתבם של הפרופ' אוריאל רייכמן והפרופ' אמנון רובינשטיין ליו"ר משיבה 1 מיום 8.11.2015:

"בחירתו של יועץ משפטי לממשלה מחייבת מועמד עצמאי לחלוטין, בעל שיקול דעת משפטי שאינו קשור בדרך כלשהי לרשות המבצעת, ובמיוחד לממשלה ולעומד בראשה. היועץ המשפטי עומד בראש מערכת התביעה של ישראל ובתור שכזה עצמאותו צריכה להיות גם נראית כלפי חוץ, וללא כל צל של חשש ששיקול דעתו אינו עצמאי. משום כך, לדעתנו, למרות תכונותיו האישיות של מזכיר הממשלה הנוכחי, אביחי מנדלבלוט, אין הוא יכול לכהן כיועץ המשפטי לממשלה, שכן הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהרשות המבצעת ומקורב לראש הממשלה ולשריה. מינוי כזה יהיה ראוי רק לאחר תקופת צינון ארוכה. כאמור, אין במכתבנו זה משום הטלת דופי באיש, אלא רק דאגה לאינטרס הציבורי והממשלה הדורש הפרדה מלאה בין הרשויות ואנשיה". (ההדגשות אינן במקור)

155. ממכתבו המסכם של יו"ר המשיבה 1 למשיבים 3 ו-4 מיום 20.12.2015, עולה כי שאלת הצינון עלתה בדיוניה של המשיבה 1. במסגרת דיונים אלה, עלתה הטענה כי תפקיד מזכיר הממשלה כרוך מטבעו בקרבה משמעותית למשיב 3 ולשרים האחרים, באופן שיש בו כדי להקים חשש – יהא זה חשש אמיתי או חשש למראית-עין – לפגיעה בעצמאות שיקול דעתו, אם ימונה למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

156. בתום דיוניה בסוגיה זו, הגיעה המשיבה 1 לכלל החלטה, וזאת ברוב-דעות, כנגד דעתו החולקת של יו"ר המשיבה 1, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אשר גרוניס:

**"לאחר עיון בכל החומר שהוגש לוועדה, החליטה הוועדה ברוב דעות שאין בעובדה כי מנדלבלית מכהן כיום כמזכיר הממשלה, כדי למנוע את מינויו לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה בלא תקופת צינון. יו"ר הוועדה היה בדעה שונה". (פסקה 19 למכתב יו"ר המשיבה 1 מיום 20.12.2015)**

157. בכל הכבוד, החלטה זו איננה יכולה לעמוד, משהיא לוקה באי-סבירות קצינות. הכיצד יוכל המשיב 6 לכהן בתפקידו כמזכיר הממשלה, להלכה ולמעשה, עד ליום 31.1.2016, ולמחרת היום, ביום 1.2.2016 יתייצב להתחיל בכהונתו החדשה, כיועץ המשפטי לממשלה, תפקיד האמור להיות נטול כל זיקה פוליטית וכל קשר אישי.

158. משרת היועץ המשפטי לממשלה נחשבת כסמכות המשפטית המקצועית הבכירה ביותר ברשות המבצעת, והשפעתה במגזר הציבורי היא הגדולה ביותר בישראל. היועץ המשפטי לממשלה הוא ראש התביעה הכללית, וככזה הוא בעל סמכות להעמיד לדין באמצעות הגשת כתב אישום, או להורות על עיכוב הליכים, לייצג את רשויות השלטון בערכאות השונות, לתת ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות השלטון השונות, ולהגן על האינטרס הציבורי וקידום שלטון החוק.

159. לעתים במסגרת העבודה היומיומית, עלול היועץ המשפטי לממשלה להימצא בניגוד עניינים בין הגנה על עמדת הממשלה, למול הגנה של שלטון החוק וטובת הציבור. כללי הצינון, המצויים והרצויים, באים בחלקם להתמודד עם בעיית ניגוד העניינים המובנה, במעבר בין שתי הכהונות הרמות. ואולם גם בלא להידרש לבעיית ניגוד העניינים, עצם היעדרו של צינון ראוי – לתקופה משמעותית, שיש האומדים אותה בשנה, יש בשלוש שנים ואחרים בתקופות משמעותיות עוד יותר – מהווה עילה מספקת לקבוע כי ההמלצה על מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה לוקה באי-סבירות קיצונית.

160. בהיבטי ניגוד העניינים הנובעים מכך, נדון להלן בפרק הבא.

**י. בעיית ניגוד העניינים שבה ייתקל המשיב 6 תמנע ממנו לתפקד באופן סביר כיועץ המשפטי לממשלה**

161. הצורך להימנע מלהימצא במצב של ניגוד עניינים, או של חשש לניגוד עניינים, הוא כלל יסודי במשפט המינהלי:

**”אסור לו לאדם להימצא במצב של ניגוד עניינים. מתי מתרחש מצב זה? תשובתי היא כי מצב של ניגוד עניינים אסור מתרחש במקום שלאדם יחסים מיוחדים עם אחר, בנסיבות שבהן הוא שולט בענייניו של אותו אחר, וכאשר יש לו אינטרס השונה של אותו אחר בתוצאות החלטתו”. (אהרן ברק, האיסור על ניגוד עניינים, “ניגוד עניינים במרחב הציבורי” (עורכים: דפנה ברק-ארז, דורון נבות, מרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2009), 29, 30-31)**

162. אדם לו יכהן בתפקיד מזכיר הממשלה, שבמסגרתו יבואו תחת ידו כל אותם עניינים שבהם עוסק ראש הממשלה ועוסקת הממשלה, ושבהם יטפל מתוך ראיית האינטרס של הממשלה ושל ראש הממשלה. כעבור זמן יעבור לכהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ושוב יבואו תחת ידיו כל אותם עניינים ממשלתיים – אך זו הפעם יהא עליו לבחון אותם, לבקר אותם, אולי אף למנוע אותם או לנקוט צעדים בעניינם של מי שפעלו לשם ביצועם. האם יוכל להשיל עליו את גלימת העושה ולהטיל על שכמו את גלימת מי שבדוק, מבקר ובוחן? הכיצד יוכל למלא את תפקידו מבלי להימצא לא רק בחשש לניגוד עניינים, אלא בניגוד עניינים ממש?

163. נאמר את הדברים בפשטות: אדם העובר מכהונת מזכיר הממשלה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, ייאלץ לפעול תחת הסדר למניעת ניגוד עניינים, שיהיה כה רחב – עד שיקשה עליו להפעיל איזו מסמכויותיו כיועץ המשפטי לממשלה במשך נתח נכבד מתקופת כהונתו. שנה, שנתיים, אולי שלוש – עד אשר כל אותם נושאים, מוסדיים, מדיניותיים ופרסונליים שבהם עסק בתפקידו הקודם, יירדו מסדר היום הציבורי והמשפטי, ובעקבות כך גם מרשימת הנושאים שבהם עוסק היועץ המשפטי לממשלה. ואפשר שמדובר בתקוות-שווא, ונושאים אלה לא ייעלמו לעולם. האם יוכל אותו אדם לעבור תקופת כהונה שלמה כיועץ המשפטי לממשלה, תוך שעיקר סמכויותיו מפוזרות בין הכפופים לו? מצב אבסורדי שכזה לא יעלה על הדעת.

164. ניגוד העניינים המדובר במעבר בין שני התפקידים, עשוי להיות מוסדי, או פרסונלי. בהיבט המוסדי – עשוי היועץ המשפטי לממשלה להיתקל במשרדי ממשלה, בגופים ציבוריים, ברשויות שונות ובכל הנושאים המעסיקים את הגופים הללו, תוך שאינטרסים, מוטיבציות ופעולות-העבר שלו עצמו עלולים לחלחל אל תוך השיקולים שיפעיל במילוי תפקידו כיועץ המשפטי לממשלה, ולגרום משוא פנים. די בכך כדי לקבוע כלל, חקיקתי או הלכתי, שימנע פגיעה כזו בשלטון החוק.

165. אלא שהמצב חמור ומסוכן שבעתיים, בבואנו לבחון את בעיית ניגוד העניינים הפרסונלית. היועץ המשפטי לממשלה נדרש, בכובעו כראש התביעה הכללית, לקבל את ההחלטות בעניינים פליליים הנוגעים לפתיחת חקירות והעמדה לדין של בכירי רשויות השלטון. ניטול לדוגמה את החקירה הפלילית המתנהלת בימים אלה בפרשת “מעונות ראש הממשלה”,

שבה משמשת רעיית המשיב 3 כחשודה מרכזית. היה ויתמנה המשיב 6 – המשמש כיום כמינוי אישי, משרת אמון של המשיב 3 – לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, תוטל עליו האחריות לקבוע האם וכיצד תיחקר באזהרה רעיית המשיב 3, שמא עדותה או ראיות נוספות מטילות צל של חשד פלילי גם על המשיב 3 עצמו, ובסופו של דבר, האם יוגש נגדה כתב אישום, ומה יהיה תוכנו.

166. האם יוכל להתקיים אמון הציבור בטוהר שיקוליו של המשיב 6, בכהונתו כיועץ המשפטי לממשלה, נוכח **כל החלטה שהיא** שיקבל במסגרת חקירה זו? היה ויחליט לסגור את תיק החקירה נגד רעיית המשיב 3 מחוסר ראיות מספיקות, האם תזכה החלטה זו לאמון הציבור? האם קיים סיכוי כלשהו שהיא תיראה כהחלטה עניינית? ואם יחליט לנקוט גישה מחמירה, ולהגיש כתב אישום – האם לא יהיה חשוף לביקורת מנגד? האם לא ייראה הוא עצמו, ותיראה מערכת אכיפת החוק כולה, כמי שמנסה לבנות לעצמה דימוי לוחמני, של מי שאינו שבוי בידו של מיטיבו לשעבר, על גבה של חשודה שייכתן כי לא עוולה?

167. כך או כך, לא יוכל המשיב 6, ולא תוכל מערכת אכיפת החוק כולה, להימנע מפגיעה חמורה באמון הציבור. **לשם כך בדיוק נוצר הכלל בדבר הימנעות מהימצאות במצב של ניגוד עניינים.**

168. פשיטא, כי לא יהיה זה הנושא היחיד שבו יהיה מנוע המשיב 6 מלעסוק, כדי להימנע מלהימצא בניגוד עניינים. מלבד מעורבותו של המשיב 6 עד צוואר ב"פרשת הרפז", הרי שקשה לתאר כיצד יתפקד המשיב 6 כיועץ משפטי לממשלה בספיחי הפרשה; או למשל אם יתעורר חשד או צורך לעסוק בעניינים הקשורים לשר הבינוי, מר יואב גלנט; או כיצד יפעל בענייניו של השר (לשעבר) מר סילבן שלום; או אחרים שהיו מיודעיו עד לפני הרף-עין.

169. על עקרון ההימנעות מניגוד עניינים, יפים דברי בית המשפט הנכבד בעע"ם 4011/05 **דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים** (11.2.2008) (להלן: "עניין דגש סחר חוץ"):

"האיסור על ניגוד עניינים מקורו בכללי הצדק הטבעי וכללי חובות האמון. כללים אלה אוסרים על משוא פנים ודעה קדומה, ומחייבים כי בעל תפקיד ציבורי יפעל בתפקידו באימון, ביושר ובהגינות. כאשר מתקיים ניגוד עניינים אצל בעל תפקיד, עולה חשש כי שיקולים זרים עלולים להנחות את פעולותיו ואת החלטותיו, ולהסיט אותו מדרך הניהול התקין. הדבר עלול לפגוע באיכותן של הפעולות המתבצעות וההחלטות המתקבלות, ולפגוע באינטרס ציבורי חיוני. הדבר עלול לפגוע גם באימון הציבור במערכת השלטונית. ניגוד עניינים מובהק מתקיים כל אימת שעולה ניגוד בין האינטרס הטמון בביצוע ראוי של התפקיד לבין שיקול זר ולא ענייני – בין אישי, בין רכושני, ובין אחר".

170. הכלל האוסר על ניגוד עניינים משתרע על כל תחומי המשפט – הפרטי והציבורי גם יחד. הוא חל על בעלי תפקידים במשפט הציבורי והפרטי; הוא חל על בעלי תפקידים שיפוטניים, חקיקתיים, מינהליים, ופרטיים כאחד (בג"ץ 595/89 **שמעון נ' ממונה על המחוז**, פ"ד מד(1) 413, 409; רע"א 6763/98 **רם כרמי נ' מדינת ישראל**, פד"י נה(1) 418, פסקה 7).

171. הכלל בדבר ניגוד עניינים אוסר על מי שפועל למען עניינו של אחר לפעול מתוך ניגוד בין עניינו שלו, לבין עניין שונה אחר. זהו כלל נורמטיבי המבטא תפיסה חברתית-מוסרית באשר להתנהגות הראויה של אדם הפועל למען זולתו. שלושה שיקולים עיקריים עומדים ביסוד האיסור על ניגוד עניינים בתחום הציבורי: האחד, חובת האמון שחלה על ממלא תפקיד ציבורי כלפי הציבור במילוי תפקידו; חובה זו אוסרת על בעל התפקיד להימצא במצב בו יתקיים חשש לניגוד בין חובתו כלפי הציבור לבין אינטרסים אחרים, זרים לעניין; השני, דרישות ההגיונות, תום הלב, והצדק הטבעי המוטלות על ממלא תפקיד ציבורי; והשלישי, דרישות המינהל התקין (עניין "דגש סחר חוץ").

172. התשובה טמונה בדבריו של פרופ' אהרן ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י' 11 (1980) – והיא כי מטרת הכלל בדבר ניגוד עניינים היא למנוע את הרע בטרם יארע: "אסור לי להעדיף את האינטרס העצמי שלי או של מקורב לי, ועלי לראות תמיד את האינטרס של זה שלמענו אני פועל כאינטרס המכריע. אך למעלה מזאת: אסור לי להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד אינטרסים בין האינטרס של זה שלמענו אני פועל ובין אינטרס אחר כלשהו" (...). הכלל אוסר על אדם להימצא במצב של ניגוד עניינים. האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא למנוע את הרע בטרם יארע. הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי" (ההדגשות אינן במקור).

173. כלל הניגוד העניינים בא ביסודו למנוע ניגוד בין האינטרס השלטוני ובין האינטרס הפרטי של נבחר הציבור. אולם הכלל אינו מוגבל לניגוד זה בלבד. על עובד הציבור נאסר גם להימצא במצב של ניגוד עניינים בין שני אינטרסים שלטוניים, שעליהם הוא מופקד. למשל, תפקיד שלטוני ביצועי מחד גיסא, ותפקיד ביקורת מאידך גיסא (זאב סגל, "בנתיבי ממשל" (פפירוס, 1983) עמ' 149).

174. כלל הוא בכל תחום וקל וחומר בתחומי המשפט הציבורי, כי אסור לעובד הציבור להימצא במצב בו יש אפשרות ממשית של ניגוד עניינים. האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו אלא על הימצאות במצב שבו הוא עלול להימצא ניגוד עניינים. אין זה משנה אם בפועל נגרם נזק או הוענקה טובה לזה שלמענו פועלים. טעם מרכזי לכלל זה בשירות הציבורי נעוץ בצורך לשמר את אמון הציבור במערכת השלטונית. האיסור אינו מתפוגג גם כשהסמכות מופעלת "ללא דופי", כבענייננו.

175. וכך נקבע בעש"מ 3642/08 עאדל עסלי נ' נציבות שירות המדינה (להלן: "עניין עסלי"), דברי כב' השופט אליקים רובינשטיין:

"ואולם, הפגם הטמון בניגוד עניינים אינו נרפא אך משום ששיקול הדעת הופעל לבסוף באופן תקין. "כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים" (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' "

מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 569 (1980), השופט – כתארו אז – ברק (ההדגשה הוספה – א"ר); עש"מ 6529/03 קליגר נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נח(1) 734, 743 (2003). במקום אחר מוצגים הדברים בצורה חדה אף יותר: "הכלל אוסר על אדם להימצא במצב של ניגוד עניינים. האיסור אינו רק על שיקול הדעת עצמו בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על הימצאות במצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים ... אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל נגרם נזק או הוענקה טובה לזה שלמענו פועלים" (אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י' 11, 12 (התש"ם); וראו טנה שפניץ וורדה לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי ידן כרך ב 315, 320317 (1990)).

176. עוד נקבע בעניין עסלי: "טעם מרכזי לכלל מחמיר זה, ככל שהוא נוגע לשירות הציבורי, נעוץ בצורך לשמר את אמון הציבור במערכת השלטונית: קיומו של שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה, מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות, ונעשות ביושר ובהגינות. עובדת הימצאו של עובד ציבור במצב של ניגוד עניינים, פוגעת באמון הציבור במערכת השלטונית. בלב הציבור מתעורר החשש כי שיקולים זרים מנחים את עובד הציבור, ואמונו במערכת השלטונית נפגם".

177. בעת"מ 49315-04-14 אלדד פנחס גדסי נ' מדינת ישראל, המשרד לשירותי דת, עוסק בית המשפט הנכבד בפתרון למניעת ניגוד העניינים, בהתאם לסוג העניין ומידת האינטנסיביות:

"כדי לבחון את חומרת החשש לניגוד עניינים יש לבחון אפוא, את מידת האינטנסיביות במגע בין התפקיד הציבורי לבין האינטרס הפרטי, סוג הנושאים לגביהם קיימים ניגודי עניינים וכמות העניינים שלגביהם קיים ניגוד כזה. לאור זאת יש לבחון האם ניתן לפתור את בעיית ניגוד העניינים בדרכים אחרות, לדוגמה, על ידי העברת הטיפול במקרים בהם מתעורר ניגוד העניינים לגורם אחר; הימנעות מהשתתפות בהליך במקרה בו מתעורר ניגוד העניינים; שיתוף אחרים בהליך בו מתעורר ניגוד העניינים וכיוצ"ב (ראו: זמיר, שם בעמ' 310 ואילך). עם זאת לעתים, מידת האינטנסיביות במגע בין התפקיד הציבורי לבין האינטרס הפרטי היא כה רבה, או שניגוד העניינים חמור מבחינת עוצמתו, תכיפותו או כל בחינה אחרת, עד שאין אפשרות סבירה למנוע אותו באמצעות מגבלות כאלו ואחרות. או אז, אין מנוס, מפסילת הכהונה".

178. ומהתם להכא. לדאבון הלב, אין מנוס מקביעת כלל הפוסל מעבר, ללא תקופת צינון, בין תפקיד בכיר בשירות הציבורי לתפקיד בכיר אחר בשירות הציבורי, דוגמת משרת היועץ המשפטי לממשלה, כאשר מהות שתי המשרות היא כזו שהמעבר יגרום לשורה של קשיים בלתי-פתירים בתחום ניגוד העניינים.

179. אין מנוס, לדאבון הלב, מקביעה כי המשיב 6, מוכשר וראוי ככל שיהיה, אף בלא לשקול את הרבב שדבק בו-עצמו נוכח הממצאים שפורטו בפרקים הקודמים, יהיה פסול מכהונה כיועץ המשפטי לממשלה, למצער לעת הזו, נוכח כהונתו הנוכחית כמוזכיר הממשלה. כל מסקנה אחרת תהא, בנסיבות העניין, בלתי סבירה באופן קיצוני.

180. לא למותר להזכיר את דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7767/07 אבי אסרף נ' שר

הפנים:

"הלכה היא עימנו 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" (בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 571 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד); עש"מ 6529/03 קליגר נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד נח(1) 734, 742 – 743 (2003) (להלן: עניין קליגר); עע"מ 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ) (11.2.2008) פסקה 38 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; כן ראו: ט' שפניץ, ו' לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי ידן כרך ב 315 (1990)). ניגוד העניינים יכול שיהיה משני סוגים: האחד, ניגוד עניינים אישי, המתעורר מקום בו אינטרס הקשור בביצוע סמכותו וכוחו של עובד הציבור נמצא בניגוד לאינטרס אחר, אישי, שלו; האחר, ניגוד עניינים מוסדי, המתעורר מקום בו אותו אינטרס נמצא בניגוד עם אינטרס אחר עליו מופקד עובד הציבור (השוו: עניין קליגר, בעמ' 743)".

181. כללים אלה של מניעת ניגוד עניינים יפים כמובן לכלל המשרות בשירות הציבורי, ועל-

אחת-כמה וכמה ביחס למשרות בכירות. ואולם הם הופכים קריטיים ממש ביחס למי שעוסקים בתפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי – דוגמת משרת היועץ המשפטי לממשלה. בהתייחסו לעקרון חובת ההימנעות מניגוד עניינים, קבע השופט (כתארו אז) ברק בבג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2), 566, 570-569:

**"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים ... תחום פעולתו העיקרי של כלל זה הוא לענין עובד ציבור המבצע תפקיד שיפוטי או כעין שיפוטי".**

182. "משרת היועץ המשפטי לממשלה היא אחת המשרות הציבוריות החשובות ורבות

ההשפעה ביותר במדינת ישראל" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה, "המשפט החוקתי של מדינת ישראל", עמ' 996). נזכור כל העת, כי מלבד המשיב 6 עיטרו את רשימת המועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, שעמדה בפני המשיבה 1, שמותיהם של כמה וכמה מועמדים ראויים, מצויינים, משכמם ומעלה, שמערכת אכיפת החוק ושלטון החוק בכללו היה יכול להתפאר בהם. לא בכולם דבק רבב כלשהו; לא כולם נגועים בקושי בלתי-פתיר של ניגוד עניינים; לא כולם חבים בהכרח בתקופת צינון בין תפקידם הנוכחי לבין המשרה המיועדת.

183. אשר לניגוד העניינים הפרסונלי. סעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה מצווה כי היועץ

המשפטי הוא הגורם המוסמך היחידי לאשר העמדה לדין של ראש ממשלה. היועץ המשפטי הוא גם הגורם היחיד המוסמך לפנות לכנסת לשם הסרת חסינותו של חבר הכנסת (סעיף 13(ב) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951). רשימת סמכויותו הייחודיות של היועץ המשפטי לממשלה, בין שהיא מופיעה בחיקוקים שונים, ובין שנתגבשה מכוח הדין,



הוראות המינהל, ההלכה הפסוקה או הנוהג החוקתי, ארוכה מני ים. אין חולק כי חלק ניכר מסמכויות אלה הן סמכויות מעין-שיפוטיות, למצער ביחס לבעלי משרות בכירות בשירות הציבורי, בין עובדי ציבור ובין נבחרים ציבור.

184. כך קבעה בהקשר זה ועדת שמגר, בדו"ח משנת 1998:

**"אנו שבים ומדגישים בהקשר זה כי אין לשכוח שהאמון שהציבור ירחוש ליועץ המשפטי, מותנה, בין היתר, בכך שיראוהו כבעל כוח החלטה, המונע בפעולתו ע"י שיקולים מקצועיים אובייקטיביים ולא כשליח הרשות המבצעת או עושה דברה, המתמקד אך ורק בעשיית רצונה. אמון הציבור הוא תנאי להצלחת עבודתו של היועץ המשפטי, והצורך בעבודת צוות בינו לבין הרשות המבצעת אינו יכול להפחית מן החיוניות שבקימו של אמון הציבור, והיותו של היועץ המשפטי ראוי לתפקיד בשל אישיותו ורמתו המקצועית". (עמ' 62)**

וכן:

**"הליכי הבחירה, המינוי והפיטורין צריכים להבטיח כי ייבחר לתפקיד אדם ראוי, וכי במהלך עבודתו יוכל להינות מרמה של אי-תלות שתסייע בידו למלא את תפקידו מתוך עצמאות ונחישות". (עמ' 58)**

185. כאשר אין מקפידים במינהל הציבורי על הכלל של הימנעות מניגוד עניינים – זהו השלב שבו על בית המשפט להתערב ולהושיט "צעד מן הצדק" למען האינטרס הציבורי, ולהקפיד על טוהר המידות במקום שבו הרשות הציבורית אינה מקפידה. כך, בעת"מ (חי') 4129/07 **הזימה שריף נ' נוהאד משלב, ראש המועצה המקומית אבו סנאן ואח'**, חייב בית המשפט הנכבד ראש מועצה מקומית לבחון בחינה חוזרת את מינויו של קרובו לתפקיד יועץ משפטי:

**"קירבתו של המשיב 2 לראש המועצה המקומית אבו סנאן, עשויה בהחלט להשפיע על תפקודו בעימותים מעין אלה ועל מחויבותו לשלטון החוק, או לפחות להעמיד אותו בלחצים שאין זה סביר שיתקיימו בין יועץ משפטי של רשות מקומית לראש הרשות".**

186. נקל לשער כיצד ינהג המשיב 6 עם המשיב 3 שהביע בו אמון למרות הכל, ושדחה את חוות דעתו של המשיב 5 בעניינו, שהזהירה מפני מינויו של המשיב 6 כמזכיר ממשלה, קל וחומר שאינו ראוי או מתאים לדעת המשיב 5 היוצא לכהן כיועץ משפטי לממשלה. נגד לשער כיצד ייראו כל אותן הוראות שייתן המשיב 6, לו יגיע לעמדה שבה מורים את רשויות החוק כיצד לפעול, בעניינו של המשיב 3 ובעניינים שבהם יש למשיב 3 אינטרס מובהק.

187. סיכומו של פרק זה הוא גם תחילתו. יחסי הקירבה, שעליהם אין עוררין, בין המשיב 6 לבין המשיב 3, די בהם כדי לפסול מניה וביה את מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. הקשיים שייגרמו היה וימונה המשיב 6 למשרה רמה זו, אין להם שיעור ואין להם מזור. הנזק, הממשי והתדמיתי, לשירות הציבורי ולשלטון החוק, בל ישוער. די בכך כדי להדביק תווית של אי-סבירות קיצונית על מינוי מעין זה. הייתה זו המשיבה 1 שהייתה

אמורה להוות מחסום בין קשיים חריפים אלה ובין סכנת התממשותם. אלא שהמשיבה 1 כשלה בפעולתה. לפיכך, נדרש בית המשפט הנכבד לרפא את הפגם שנוצר על-ידי המשיבה 1.

188. העותרת הזהירה עצמה שלא להשמיע טיעון בדבר שקילת שיקולים זרים בקרב חלק מן המשיבים, החפצים ביקרו של המשיב 6 ואולי אף רואים תועלת לעצמם במינויו לכהונת היועץ המשפטי לממשלה. אכן, הוכחת קיומם של שיקולים זרים הינה קשה, שכן "מחשבות קשות הן להוכחה ומחשבות שלא כדין על אחת כמה וכמה" (בג"ץ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים, פ"ד מד(2) 236, 246). על כן, אין מנוס מלהיעזר לא פעם ב"ראיות נסיבתיות" המצביעות על שקילת השיקולים הזרים (בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד ס(3) 121). "כאשר בטענת אפליה פסולה עסקינן אין להסתפק במה שגלוי לעין... אלא יש לבדוק היטב גם בסמוי מן העין, שמא מסותרת כאן 'אפליה בכיסוי'" (בג"ץ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 121-122).

189. "ראיה נסיבתית" שכזו, עשויה להיות הידיעה שפורסמה בעיתונות – ובהקשר זה אין לעותרת מנוס אלא להסתמך על הפרסום העיתונאי ולא על הודעה פורמלית או רשמית, אם כי יושם אל לב שהפרסום לא הוכחש ולא נסתר, והוא כשלעצמו מתבסס על ראיות אובייקטיביות מהימנות – ולפיה ערכה המשיבה 4 פגישות בלתי-פורמליות עם חברים שונים במשיבה 1, במהלך תקופת עבודתה של זו ובנפרד מהופעתה הרשמית בפני המשיבה 1.

190. ואולם, אפשר שיש בהצטברות שרשרת העילות שפורטו בהרחבה לעיל בעתירה זו, כדי ליצור "חשש מהותי" בדבר שיקולים זרים, שבו כשלעצמו יש כדי להעביר את נטל הראיה אל כתפי הרשות המינהלית להוכיח שלא נשקל כל שיקול זר (בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מח(1) 28, 37).

## סיכום

191. "האם, ובאיזו מידה, יש בפגמים שנפלו בהתנהגותו [של המשיב 6, י"י וא"ש], כפי שעולה מממצאי החקירה שפורטו, כדי להשליך על התאמתו הערכית-נורמטיבית לתפקיד?" – שאל-תהא המשיב 5 בחוות-דעתו למשיב 3 מיום 20.5.2015. המשיב 5 כיוון להתאמתו הערכית-נורמטיבית של המשיב 6 לתפקיד מזכיר הממשלה, ואולם השאלה תקפה, ואף ביתר-שאת, באשר להתאמתו למשרה הרמה יותר, משרת היועץ המשפטי לממשלה.

192. דומה שממכלול הפרטים, העובדות והעילות שהובאו לעיל, התשובה לשאלה זו, ברורה.

193. "במקום שבו אין אנשים, השתדל להיות איש" (פרקי אבות, הלל הזקן).

194. במקום שבו המשיבה 1 פעלה תוך חריגה מסמכות, באי-סבירות קיצונית ותוך שבעבודתה נפלו פגמים חמורים, היורדים לשורשו של עניין; במקום שבו נבחר לראש התביעה

הכללית מועמד שנמצאו בעניינו ממצאים עובדתיים ומסקנות משפטיות חמורים במסגרת חקירה פלילית; במקום שבו הן המשיבה 4, הן המשיב 3 ויש חשש שהן המשיבה 2 עצמה אינם מתכוונים להוות חסם בין הבחירה השגויה, הקשה, ובעלת התוצאות הרות-האסון במשיב 6 לבין משרת היועץ המשפטי לממשלה – במקום הזה, על בית המשפט הנכבד להשתדל להיות איש. להיות המחסום האחרון. מפלטו האחרון של שלטון החוק. שכן, כפי שנאמר לעיל, שעת מבחן היא זו.

195. על-יסוד המקובץ לעיל, יתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעונים, להופכו למוחלט.

196. כן יתבקש, כאמור, בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-ביניים שימנע לעת הזו את קידום הליכי מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עד למתן פסק דין סופי בעתירה זו. מאזן הנוחות פועל בבירור לטובתה של העותרת בהקשר זה.

197. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת ובשכר-טרחת עו"ד בתוספת מע"מ כדין.

198. עתירה זו נתמכת בתצהירו של יו"ר העותרת, מר אריה אבנרי.

199. מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו, ויפה שעה אחת קודם.

היום, 23 בדצמבר 2015

אילנית שומרון, עו"ד

יובל יועז, עו"ד