

**העותרת:** תנועת אומ"ץ

ע"י ב"כ עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד אילנית שומרון  
רח' אבטליון 18 רמת גן 5242449  
טל': 050-7268627 ; פקס: 077-3179159  
דוא"ל: [yoaz.adv@gmail.com](mailto:yoaz.adv@gmail.com)

- נ ג ד -

**המשיבים:**

1. ממשלת ישראל
2. הוועדה המקצועית-ציבורית לאיתור מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה
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 מלכיאל 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 תבוטל החלטתה של המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בשל העילות שלהלן, בנפרד ובמצטבר:

- (1) הממצאים שנמצאו לחובת המשיב 6 בחקירה הפלילית נגדו ב"פרשת הרפז".
- (2) הצורך בתקופת צינון משמעותית המתחייבת במעבר מתפקידו הקודם של המשיב 6 כמזכיר הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

- (3) פגמים חמורים שנפלו בעבודת המשיבה 2, כמפורט להלן.
- (4) פגם היורד לשורשו של עניין הנובע ממחדלו של המשיב 3 לקיים את הנחייתו של המשיב 5, לקיים דיון במשיבה 1 בשאלת כשירותו של המשיב 6 לכהן בתפקיד מזכיר הממשלה, קודם להחלטה על קידומו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.
- ב. מדוע לא תבוטל המלצתה של המשיבה 2 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בשל העילות הבאות, בנפרד ובמצטבר:
- (1) העובדה שהמשיבה 2 המליצה על המשיב 6 כמועמד אחד ויחיד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, תוך הפרת הנחייתה של המשיבה 4 להמליץ על שלושה מועמדים.
- (2) מחדלה של המשיבה 2 מלשקול ו/או מחדלה מלהעניק משקל ראוי לעברו הפלילי של המשיב 6 במסגרת שיקוליה, 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.
- (3) פגם היורד לשורשו של עניין, בשל עמדתה שלא לייחס משקל ראוי לצורך בתקופת צינון משמעותית במעבר מכהונת מזכיר הממשלה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה.
- ג. מדוע לא תבוטל החלטתה של המשיבה 4 לאמץ את המלצת המשיבה 2 ולהביא את מועמדותו של המשיב 1 בפני המשיבה 1, בשל כל העילות המפורטות לעיל.
- ד. מדוע לא תבוטל החלטתו של המשיב 3 לכלול את הצעתה של המשיבה 4 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, על סדר יומה של המשיבה 1, בשל כל העילות המפורטות לעיל.
- ה. מדוע לא ינחה המשיב 5 את המשיבה 2 לשוב ולדון במועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בשל כל העילות המפורטות לעיל.
- ו. מדוע לא ינחה המשיב 5 את המשיבה 1 להימנע מלדון ולהחליט במועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בשל כל העילות המפורטות לעיל.

### עתירה לצו-ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו-ביניים, שימנע את יישומה של החלטת המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וימנע מהמשיב 6 מלהתחיל בכהונת היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עד להכרעה בעתירה. בד בבד, ומאחר שמועד כניסתו המיועדת של המשיב 6, בהתאם להחלטת המשיבה 1, למשרת היועץ המשפטי לממשלה הוא 1.2.2016, תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה, וזאת לשם הכרעה בה והוצאת צווים מוחלטים, ככל הניתן במועד מוקדם שיאפשר למשיבים לקיים הליך איתור ובחירה כהלכתו של מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, והכול כמפורט להלן.

כפי שיפורט להלן בהרחבה בפרק העוסק בעתירה לצו-ביניים ובבקשה לקיום דיון דחוף, מאזן הנוחות נוטה בבירור לטובת העותרת. לא זו אף זו, גם המשיב 6 עצמו מסכים להימנע מלהעלות טענת "מעשה עשוי" ביחס להחלטת המשיבה 1 למנותו למשרת היועץ המשפטי לממשלה. משכך, גוברת ההצדקה ליתן צו-ביניים כמבוקש על-ידי העותרת.

במה דברים אמורים? כפי שיתואר להלן בהרחבה, ביום 23.12.2015 הגישה העותרת לבית המשפט הנכבד עתירה בעניין המלצתה של המשיבה 2 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה (בג"ץ 8870/15 תנועת "אומץ" נ' הוועדה המקצועית (27.12.2015); להלן – "עניין הוועדה המקצועית"). בו ביום הורה כב' השופט צ' זילברטל למשיבים להגיב עד ליום 24.12.2015 לבקשת העותרת לצו-ביניים. בתגובתו לבקשת העותרת לצו-ביניים במסגרת עניין הוועדה המקצועית, כתב המשיב 6 (פסקה 6 לתגובה):

**"חששה של העותרת שאם לא תידון העתירה לפני הדיון בממשלה יהיה המינוי בבחינת "מעשה עשוי" הוא חשש שווא, שכן גם אם תקבל הממשלה החלטה למנות את המשיב 6 לתפקיד, אם ימצא שנפל פגם בהחלטתה מסוג הפגמים שיש בהם להביא לביטול ההחלטה בידי בית המשפט הנכבד – אין מניעה שכן ייעשה. המשיב 6 מצידו מתחייב שלא יטען ל"מעשה עשוי" (ההדגשה הוספה, י"י וא"ש)**

התחייבותו זו של המשיב 6 אף עוגנה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד שניתן בעניין הוועדה המקצועית, שדחה את העתירה על הסף מחמת היותה עתירה מוקדמת, ומטעם זה בלבד. הנה כי כן, בעל העניין המרכזי עצמו בהחלטת הממשלה הנתקפת בעתירתנו דנא, הוא המשיב 6 עצמו, התחייב שלא להעלות טענה שעשויה הייתה לשמש מחסום מרכזי בפני מתן צו-ביניים כעת. אין איפוא כל מניעה דיונית למתן צו-ביניים כמבוקש על-ידי העותרת.

## 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.

היום הזה נדרשה שוב ממשלת ישראל, היא המשיבה 1, למינוי היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, שורת פגמים חמורים וקשים, היורדים לשורשו של עניין, נפלה בהליכי הדיון במועמדותו ובמינויו של המשיב 6 לתפקיד, ומאיימים להטביע באות של אי-חוקיות את כהונתו הצפויה במשרה הרמה. יתר על כן, 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 לתקן את הליקויים שאירעו, ולבטל את מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. כפי שאירע בשנת 1997, בתקופת ממשלת נתניהו הראשונה, וכמתועד בבג"ץ 234/97 ח"כ אופיר פינס נ' ראש ממשלת ישראל (13.3.1997), בית המשפט הנכבד כבר נדרש למקרה דומה, שבו מינתה המשיבה 1 מועמד בלתי ראוי למשרת היועץ המשפטי לממשלה. והנה זימנו האירועים מקרה נוסף, ושוב נדרש בית המשפט הנכבד לומר את דברו.

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 של העותרת למשיבים ועתירות לבית המשפט הנכבד.

#### הטיעון המשפטי:

- ד. על המשרה הנכבדה שהיא – היועץ המשפטי לממשלה.
  - ה. עברו הפלילי של המשיב 6 – הממצאים בעניינו ב"פרשת הרפז".
  - ו. מינויו של המשיב 6 על-אף חלקו ב"פרשת הרפז" עולה כדי אי-סבירות קיצונית.
  - ז. אי-שקילת עברו הפלילי של המשיב 6 על-ידי המשיבה 2 – פגם היורד לשורשו של עניין.
  - ח. הימנעות המשיבה 1 מלדון בכשירות המשיב 6 לשמש מזכיר הממשלה ואי-שקילת עברו הפלילי במינויו למשרת היועמ"ש – עולה כדי אי-סבירות קיצונית.
  - ט. החלטתה של המשיבה 2 להמליץ על מועמד אחד בלבד מהווה חריגה מסמכות.
  - י. מעבר מתפקיד פוליטי דוגמת מזכיר הממשלה למשרת היועץ המשפטי לממשלה מחייב תקופת צינון.
  - יא. בעיית ניגוד העניינים שבה ייתקל המשיב 6 תמנע ממנו לתפקד באופן סביר כיועץ המשפטי לממשלה.
  - יב. חשש לשקילת שיקולים זרים מצד המשיבה 4.
- נימוקים לעתירה לצו-ביניים ולבקשה לקיום דיון דחוף.

#### הצדדים לעתירה

1. העותרת, תנועת "אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי" (ע"ר 58-0410967) – היא עמותה ציבורית, רשומה כדן, 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 ממשלת ישראל, שהחליטה ביום 3.1.2016 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, החל מיום 1.2.2016 לתקופה של שש שנים.
3. המשיבה 2 היא הוועדה המקצועית-ציבורית לאיתור מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, שהמליצה ביום 20.12.2015 בפני הממשלה על המשיב 6 כמועמד 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 ותומך במינויו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.
5. המשיבה 4 היא שרת המשפטים, המוסמכת להביא את המלצת המשיבה 2 לאישור המשיבה 1. ככל הידוע, המשיבה 4 חפצה ביקרו של המשיב 6 ותומכת 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 שאיננה היעדר אשמה. בכובעו כיועץ המשפטי לרשויות השלטון שימש המשיב 5 היועץ המשפטי של המשיבה 1, והאחראי על תקינות פעולתה בהתאם להוראות הדין.
7. המשיב 6, אלוף (מילי) אביחי מנדלבלוט, משמש החל ממאי 2013 בתפקיד מזכיר הממשלה, והוא המועמד היחיד שעליו המליצה המשיבה 2 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. ביום 3.1.2016 החליטה המשיבה 1 למנותו לכהונת היועץ המשפטי לממשלה.

## הפרק העובדתי

### 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 "2/ע" --

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; שתי החלטות הממשלה האמורות, מהשנים 2000 ו-2007, במאוחד ייקראו להלן – "ההחלטה הקונסטיטטיבית").

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

12. להשלמת התמונה, יצוין כי ביום 30.12.2015 הודיעה המשיבה 4 כי בכוונתה לפעול לביטול ההחלטה הקונסטיטטיבית, וכפועל יוצא מכך לביטול הליך איתור מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה באמצעות ועדת איתור. בהודעה שפירסמה המשיבה 4 באמצעות יועצת התקשורת שלה, ציינה המשיבה 4:

**"בכוונתי לקדם מהלך אשר יחזיר את הליך מינוי היועמ"ש לדרך הוותיקה והמוצלחת של המלצת שר ואישור ממשלה. חזקה על שר הנושא באחריות על משרדו שיבצע התייעצויות מקצועיות ממצות בכדי להבטיח את התוצאה הטובה ביותר למען הציבור."**

מטבע הדברים, מהלך זה טרם קרם עוד וגידים, והוא לפי שעה בגדר הצהרת כוונות בלבד, ולפיכך אינו חלק פורמלי מעניינה של עתירתנו זו, ומובא לשם שלמות התמונה בלבד.

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

13. 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)).

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

15. לקראת סיום כהונתו של המשיב 5, מונו בחודשים יולי ואוגוסט 2015 חברי המשיבה 2, כדי לבחון את המועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. ביום 2.7.2015 מינתה נשיאת בית המשפט העליון, מרים נאור, בהסכמת המשיבה 4, את כב' נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), אשר גרוניס, ליושב-ראש המשיבה 2. ביום 17.7.2015 הודיעה המשיבה 5 על מינוים של יתר חברי המשיבה 2: 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 2 אלה מצורפות ומסומנות "ע/4" --

16. ביום 3.8.2015 ביקשה המשיבה 4, בהודעה בכתב החתומה על-ידה, ובהתאם להחלטה הקונסטיטוטיובית, לכנס את המשיבה 2, לשם איתור יועץ משפטי לממשלה שיחל בתפקידו ב-1.2.2016. כן הנחתה המשיבה 4 את המשיבה 2, במכתבה זה, להמליץ בסיום עבודתה על שלושה מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

-- מכתבה של המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 2 מיום 3.8.2015 מצורף ומסומן "ע/5" --

17. ביום 24.9.2015 פירסמה המשיבה 2 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. בהמשך הודיע פרופ' שפירא על הסרת מועמדותו. כך ציין יו"ר המשיבה 2, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

18. ביום 26.11.2015 פירסמה המשיבה 2 הודעה, באמצעות דובר משרד המשפטים, ולפיה המשיבה 2 קיבלה מספר השגות לגבי המשיב 6. לפיכך, המשיבה 2 זימנה את המשיב 6 על-מנת שישמיע את תגובתו להשגות, וזו אכן ניתנה בישיבת המשיבה 2 שנערכה ביום 26.11.2015. כך ציין יו"ר המשיבה 2, במכתבו מיום 20.12.2015, כאמור להלן.

19. ביום 20.12.2015 הודיע יו"ר המשיבה 2 למשיב 3 ולמשיבה 4, כי לאחר שראיינה את המועמדים לתפקיד, ולאחר שקיימה 14 ישיבות, החליטה המשיבה 2 להמליץ על המשיב 6 כמועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, כמומלץ יחיד מטעם המשיבה 2, וזאת לאחר שהוא היחיד מבין המועמדים שזכה לתמיכתם של ארבעה מבין חמשת חברי המשיבה 2, כנדרש על-פי החלטת הממשלה.

**-- מכתב יו"ר המשיבה 1 מיום 20.12.2015 מצורף ומסומן "ע/6" --**

20. ביום 22.12.2015 השיבה המשיבה 4 במכתב ליו"ר המשיבה 2, כי הגם שבמכתבה ליו"ר משיבה 2 מיום 3.8.2015 הנחתה את המשיבה 2 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".

**-- מכתב המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 2 מיום 22.12.2015 מצורף ומסומן "ע/7" --**

21. במקביל למכתבה זה של המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 1, הגישה המשיבה 4 למשיבה 1 הצעת החלטה, למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להמלצתה של המשיבה 2, וזאת החל מיום 1.2.2016. הצעת ההחלטה הופצה ביום 22.12.2015 לחברי המשיבה 1 על-ידי המשנה למזכיר הממשלה, מר אריה זהר, שציין בהודעתו לשרים כי ההצעה תיכלל בסדר-יומה של המשיבה 2 בישיבתה ביום 3.1.2016.

**-- הצעת החלטת הממשלה ודברי ההסבר מיום 22.12.2015 מצורפים ומסומנים "ע/8" --**

22. ביום 24.12.2015 צורפו להצעת ההחלטה שהופצה לשרי המשיבה 1 שתי חוות דעת משפטיות, האחת מטעמה של היועצת המשפטית למשרד המשפטים, הגב' לאה רקובר; והשנייה מטעם המשיב 5 עצמו, שהודיע לקונית כי הוא סומך ידיו על חוות דעתה של הגב' רקובר. הגב' רקובר ציינה בחוות דעתה כי אין מניעה משפטית למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, על אף "שלושה קשיים לכאורה" – והם: חלקו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז"; הטענה כי דרושה תקופת צינון בין תפקידו הנוכחי כמזכיר הממשלה לבין מינוי למשרת היועץ המשפטי לממשלה; והטענה בדבר החלטת המשיבה 2 להמליץ על מועמד אחד ויחיד.

**-- חוות דעת הגב' רקובר וחוות דעת המשיב 5 מצורפות ומסומנות "ע/9" ו"ע/10" --**

23. ביום 30.12.2015 פירסמה מזכירות הממשלה באתר האינטרנט של משרד ראש הממשלה את סדר יומה של ישיבת המשיבה 1 המיועדת ליום 3.1.2016. הנושא הראשון על סדר יומה של המשיבה 1 נקבע להיות מינוי יועץ משפטי לממשלה.

**-- סדר יומה של ישיבת המשיבה 1 ליום 3.1.2016 מצורף ומסומן "ע/11" --**

24. ואכן, המשיבה 1 התכנסה ביום 3.1.2016, והחליטה לאמץ את המלצתה של המשיבה 2, ולמנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, על-פי הצעתה של המשיבה 4.

**-- העתק הודעת מזכירות הממשלה מיום 3.1.2016 מצורף ומסומן "ע/12" --**



## ג. פניותיה של העותרת למשיבים ועתירות לבית המשפט הנכבד

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 "ע/13" --**

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 "ע/14" --**

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 בעניינו 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 1.

**-- מכתב עו"ד זילבר מיום 18.8.2015 מצורף ומסומן "ע/15" --**

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 בעניינו 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 "ע/16" --**

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/17" --**

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/18" --**

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 1

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/19" --**

32. ביום 8.10.2015 פנה יו"ר העותרת במכתב למשיבה 2, לאחר שנודע לו כי בהופעתו של המשיב 6 בפני המשיבה 2, הוא דיבר בגנות העותרת. יו"ר העותרת ציין כי זמן קצר קודם לכן יזם המשיב 6 פגישה עמו, במטרה לשכנעו לגרום לכך שהעותרת תחדל לפעול למניעת מינויו למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

**-- מכתב יו"ר העותרת למשיבה 2 מיום 8.10.2015 מצורף ומסומן "ע/20" --**

33. 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/21" --**

34. 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 2 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 בענייני 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/22" --**

35. ביום 19.11.2015 פנתה העותרת אל יו"ר המשיבה 2, בדרישה שהמשיבה 2 תימנע מלדון בנכונות ובתקפות חוות-דעתו של המשיב 5 בעניינו של המשיב 6, בהיותה של המשיבה 2 נעדרת סמכות לערער אחר היותה של חוות-דעתו זו מחייבת את כלל רשויות השלטון, לרבות את המשיבה 2.

**-- מכתב יו"ר העותרת מיום 19.11.2015 מצורף ומסומן "ע/23" --**

36. ביום 17.12.2015 פנתה העותרת אל חברי המשיבה 2, 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 שלא בעילת היעדר אשמה; והן את פנייתו של המשיב 5 למשיב 3 בהנחיה כי עליו לפעול לדיון במשיבה 1 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 2 להימנע מלהמליץ על מועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

**-- מכתב העותרת אל המשיבה 1 מיום 17.12.2015 מצורף ומסומן "ע/24" --**

37. ביום 21.12.2015, למחרת פרסום ההודעה בדבר סיום עבודתה של המשיבה 2, 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 2, 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 2 לאישור המשיבה 1, כי המשיב 3 יימנע מלכלול עניין זה בסדר יומה של המשיבה 1, כי המשיבה 1 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 2.

**-- מכתב העותרת מיום 21.12.2015 מצורף ומסומן "ע/25" --**

38. 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.

39. משלא נתקבלה תגובת המשיבים, ובמטרה למנוע את הפיכת מינויו של המשיב 6 לכהונת היועץ המשפטי לממשלה ל"מעשה עשוי", להלכה או למעשה, הגישה העותרת לבית המשפט הנכבד את העתירה בעניין הוועדה המקצועית ביום 23.12.2015 נגד המשיבים 6-1, ובה שורת סעדים לביטול המלצתה של המשיבה 2 ולמניעת הבאת המלצתה לדיון ולאישור במשיבה 1. העתירה לוותה גם עתירה לצו-ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף. בו ביום הורה כב' השופט צ' זילברטל למשיבים להגיב לבקשה לצו-ביניים, עד ליום 24.12.2015.

40. ביום 24.12.2015 הגישו הן המשיבים 5-1 והן המשיב 6 לבית המשפט הנכבד את תגובתם לבקשה לצו ביניים. המשיבים לא הסתפקו בהבעת התנגדותם למתן צו ביניים, אלא הוסיפו וטענו הן לגופה של העתירה, בטענה כי על בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על הסף, מחמת היותה עתירה מוקדמת. ואכן, ביום 27.12.2015 החליט בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה על הסף, מחמת היותה עתירה מוקדמת, ומטעם זה בלבד (בג"ץ 8870/15 תנועת "אומץ" נ' הוועדה המקצועית (27.12.2015), פסקה 5 לפסק הדין):

**"לעותרת טענות כלפי עבודת ועדת האיתור וכלפי התאמתו של המשיב לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. העותרת טוענת, כי הפגמים שנפלו בעבודת ועדת האיתור מצדיקים את פסילת המלצתה עוד בטרם זו נדונה בישיבת הממשלה. במובן זה עתירת העותרת היא אכן מוקדמת, כפי שטוענים המשיבים בתגובותיהם. כמפורט לעיל, הממשלה טרם דנה בהמלצת ועדת האיתור, וממילא טרם אימצה אותה, ועל כן, בפועל, אין בנמצא החלטה מינהלית אותה מבקשת העותרת לתקוף. נראה, אפוא, כי קיים קושי להצדיק טענה שלפיה התערבותו של בית משפט זה נדרשת עוד בטרם התקבלה החלטה מינהלית, ויתרה מכך, עוד בטרם התקיים דיון בהמלצת ועדת האיתור."**

41. עוד יצוין כי ביום 30.12.2015 הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה נוספת בעניין המלצתה של המשיבה 2 על המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה (בג"ץ 9072/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת המשפטים, ח"כ איילת שקד** (30.12.2015)). ואולם עתירה זו נמחקה על הסף, אף בלא לבקש את תגובת המשיבים, מאותו טעם שבעטיו נדחתה אף העתירה בעניין **הוועדה המקצועית**.

42. ביום 30.12.2015 פנתה העותרת פעם נוספת אל המשיבים 3-5, בדרישה שהמשיבה 1 תימנע ממינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. במכתבה ציטטה העותרת את דברי בית המשפט הנכבד, בפסק דינו **בעניין הוועדה המקצועית**, ולפיהם "יש לאפשר לממשלה לקיים דיון בהמלצת הוועדה, שבו, יש לקוות, יובאו בחשבון כלל השיקולים הרלבנטיים, בטרם תתקבל החלטה אם לאמץ את המלצת ועדת האיתור". עוד צוין כי לגישת העותרת, שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים, לרבות ממצאיו של המשיב 5 בדבר חלקו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", מחייבת הימנעות ממינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וכי בנסיבות העניין, החלטה למנותו למשרה זו תהיה לגישת העותרת החלטה החורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

**-- מכתב העותרת למשיבים 3-5 מיום 30.12.2015 מצורף ומסומן "ע/26" --**

43. כהרגלם של המשיבים, אף מכתבה זה של העותרת לא נענה על-ידם. תחת זאת, כאמור, החליטה המשיבה 1 ביום 3.1.2016 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. מכאן העתירה דנא.

### ד. על המשלה הנכבדה שהיא – היועץ המשפטי לממשלה

44. היועץ המשפטי לממשלה נושא את התפקיד הממונה הבכיר ביותר בתוך המערכת המשפטית של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת (סעיף 7 לדו"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 בידי התפקיד לפעול לקיום החוק במדינה ולהיות מופקד בתחומים מוגדרים, במיוחד בתחום דיני העונשין, על יישומו והפעלתו של החוק (שם, סעיף 8).

45. 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.

46. 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".

47. 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).

48. 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).

49. 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'".**

50. 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).

51. 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.

52. 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 וההגיונות 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. עברו הפלילי של המשיב 6 – הממצאים בעניינו ב"פרשת הרפז"**

53. 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.

54. 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 2, ולהיות מומלץ על-ידה להתמנות למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

55. אלא שלמרבה 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.

56. 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.

57. בהמשך קיים מבקר המדינה בדיקה משלו בהיבטים שונים של הפרשה, ובסופו של דבר אף פירסם דו"ח מיוחד משלו, על היבטים שונים שלה.

-- דו"ח מבקר המדינה ב"פרשת הרפז" אינן מצורף, מפאת אורכו. ניתן למוצאו בכתובת  
<http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Pages/103.aspx?AspxAutoDetectCookieSuport=1>

58. 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.

59. 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.

**-- הודעת המשטרה מיום 2.9.2014 ב"פרשת הרפז" מצורפת ומסומנת "ע/27" --**

60. בהמשך חיבר פרקליט המדינה חוות-דעת שבה המליץ בפני המשיב 5 לסגור את תיק החקירה נגד המשיב 6. בטרם יקבל המשיב 5 החלטה סופית בעניינו של המשיב 6, אם להגיש נגדו כתב אישום או לסגור את תיק החקירה בעניינו, ובאיזו עילת סגירה, הגיש המשיב 6 ביום 16.4.2015 עתירה לבית משפט נכבד זה נגד המשיב 5, בדרישה לקבל "שימוע" שבו יוכל לשכנע את המשיב 5 לסגור את התיק נגדו בעילת היעדר אשמה, ולא בעילה אחרת. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה על הסף (בג"ץ 2652/15 אלוף (מיל') עו"ד אביחי מנדלבלית נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.5.2015)).

61. ביום 20.5.2015 החליט המשיב 5 לסגור את תיק החקירה נגד המשיב 6, בדבר חלקו ב"פרשת הרפז". אף שהמשיב 5, משיקוליו שלו, לא נקב במפורש בהחלטתו בעילת הסגירה – נימוקיו של המשיב 5 להחלטתו תואמים עילת סגירה של חוסר ראיות מספיקות ומכל מקום בוודאי שאינם תואמים עילת סגירה של היעדר אשמה.

**-- החלטת המשיב 5 לסגור את תיק המשיב 6 מיום 20.5.2015 מצורפת ומסומנת "ע/28" --**

62. באותו יום, אף 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".

**-- מכתבו של המשיב 5 למשיב 3 מיום 20.5.2015 מצורף ומסומן "ע/29" --**

63. יצוין כי ככל הידוע לעותרת, המשיב נמנע מלפעול במטרה לנסות ולשנות את עילת הסגירה של תיק החקירה הפלילי נגדו. כך, נמנע המשיב 6 מפנייה אל המשיב 5 בבקשה לשוב ולעניין 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 לבית משפט נכבד זה נגד המשיב 5, זו הפעם בעיתוי שאינו מוקדם יתר-על-המידה.



64. 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 רוז נזרי, ששימש באותה עת עוזרו הבכיר של המשיב 5 (וכיום משמש בתפקיד 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 לאתר.

65. 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.

66. 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 מיידי, 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)**

67. 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.

68. 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.

69. 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 מלידע 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.

70. 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 ביודעין מלדווח לנזרי על הימצאות המסמך בידי אשכנזי. הוא נימק זאת בכך שסיכם 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.

71. 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.

72. 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.

73. בפרק הבא נעמוד על המסקנה הסבירה היחידה העולה מממצאים אלה, והיא כי על ממצאים אלה להביא לפסלותו של המשיב 6 מלהתמנות למשרת היועץ המשפטי לממשלה. החלטתה של המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, היא איפוא החלטה העולה כדי אי-סבירות קיצונית, ודינה פסלות. כן יוסבר כי גישתה של המשיבה 2, ולפיה היא פטורה מלשקול את עברו הפלילי של המשיב 6 נוכח הבדלי גירסאות בין המשיב 5 לבין המשיב 6 בפן העובדתי והמשפטי, באשר לחלקו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", אינה יכולה לעמוד באשר היא נגועה בפגם היורד לשורשו של עניין, כפי שיפורט להלן.

### 1. מינויו של המשיב 6 על-אף חלקו ב"פרשת הרפז" עולה כדי אי-סבירות קיצונית

74. 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 - עניינים אחרים, פסקה 14 לפסק הדין; להלן: "עניין ג'רבי").

75. 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).

76. 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)

77. 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.

78. 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)

79. 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.**

80. 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.

81. בהתאם לדין הנהוג בישראל, חקירה פלילית נגד אדם, המסתיימת בלא הגשת כתב אישום, ועילת הסגירה איננה היעדר אשמה – מותרת אחריה רישום פלילי. סעיפים 11 ו-11א 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)).

82. 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").

83. 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).

84. מובן מאליו כי חובה זו חלה בענייננו הן על המשיבה 2, במסגרת שיקוליה בסוגיה אם להמליץ על מועמד לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה – ועל כך בהמשך – והן על המשיבה 1. "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).

85. 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)

86. 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.

87. על המשיבה 1 מוטלת איפוא חובה לשקול – ובמסגרת שקילה זו אף לתת משקל ראוי – לא רק להתאמתו המקצועית של מועמד לתפקיד הציבורי שאליו הוא אמור להתמנות, אלא אף

להיבטים הערכיים-נורמטיביים של אותו מועמד. כפי שציינה כב' הנשיאה (כתוארה דאז) ד' ביניש בבג"ץ 4646/08 יואל לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008); פסקה 10 לפסק הדין; להלן – "עניין לביא":

**"כבר נקבע בפסיקתנו כי התאמתו של אדם לשאת באחריות למילוי תפקיד ציבורי אינה תלויה רק ביכולותיו המקצועיות. על הרשות הממנה לבחון את ההתאמה לכהונה ציבורית גם בהיבט הערכי-נורמטיבי, בהתאם לסגולותיו האישיות והערכיות של המועמד".**

88. הצורך לבחון את ניקיון כפיו של אדם המכהן בתפקיד ציבורי או שהוא מועמד לתפקיד ציבורי, נובע משלושה אינטרסים נפרדים (בג"ץ 5757/04 יואב הס נ' סגן הרמטכ"ל, האלוף דן חלוץ (26.1.2005), פסקה 10 לפסק-דינו של כב' השופט א' לוי; להלן – "עניין חלוץ"):

**"ראשית, קיים חשש כי אותו כשל ערכי שנתגלה באישיותו או בדרך שבה בחר לנהל את ענייניו בעבר, יפגע גם בהתנהלותו העתידית וימנע ממנו למלא את תפקידו בנאמנות המתחייבת. ניפויים של אנשים מעין אלה נועד, איפוא, להבטיח את יעילותו של המנגנון הציבורי ואת טוהר המידות בו. שנית, יש עניין ברור בהבטחתו של אמון הציבור בשלטון ובתדמיתו הנקייה של השירות הציבורי, החיוניים לתפקודו התקין לאורך זמן; ושלישית, על המערכת הציבורית לשקף באופן התנהלותה את עקרונות היסודות עליהם מושתתים המשטר והחברה – ה"אני מאמין" הקולקטיבי – ועליה להוקיע מקרבה גורמים אשר בדבריהם או בפעולותיהם חותרים תחת יסודות אלה". (ההדגשות הוספו, י"י וא"ש)**

89. גם בעניין חלוץ ציין בית המשפט הנכבד כי "ההלכה הפסוקה הרחיבה את תחום פריסתו של "המעגל הפלילי", אשר במרכזו הרשעה בדין או הודיה בביצועם של מעשים פליליים, ובשוליו התנהגות המצדיקה, למצער, פתיחתה של חקירה פלילית. כל בעל משרה ציבורית או המיועד למשרה כזו ונופל לתחומי מעגל מורחב זה, חייב הדבר לבוא בגדר השיקולים אם ראוי הוא כי יכהן בתפקידו" (פסקה 9 לפסק הדין; ההדגשות הוספו, י"י וא"ש). פירושם של דברים הוא שאף התנהגותו של המשיב 6 ראוי לה שתיבחן, ובזכוכית מגדלת, בבוא הרשות הממנה למנות אותו לתפקיד ציבורי מן המעלה הראשונה.

90. **מן הכלל אל הפרט**: נוכח הממצאים שנמצאו בעניינו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", ונוכח הכשל הערכי-נורמטיבי שדבק בו בעטיים של ממצאים אלה, החלטה למנותו למשרת היועץ המשפטי לממשלה היא החלטה החורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. המשיב 6 נכשל כשל ערכי-נורמטיבי כבד, בהתנהגותו בימיה הראשונים של חקירת המשטרה ב"פרשת הרפז" בשנת 2010, כפי שבאו לידי ביטוי בחקירת המשטרה בשנים 2013-2014, ובמצאיו של המשיב 5 בעניינו.

91. על-אף ההחלטה שלא להעמידו לדין במישור הפלילי, ממצאים אלה עודם תקפים וחלים במישור המינהלי, ביחס להיבט הערכי-נורמטיבי העולה מהם. פשיטא שיש בהם רלוונטיות לשאלת מועמדותו של המשיב 6 לתפקיד ציבורי, ומקל וחומר למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

92. להמחשת מידת האי-סבירות הגלומה בהחלטה למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, די לראות כי מינוי זה פוגע בכל שלושת האינטרסים המצוינים בעניין חלוץ שזכר לעיל: ראשית, אין כל ספק כי הכשל הערכי שהתגלה באישיותו של המשיב 6, ובדרך שבה בחר לנהל את ענייניו בעבר, יפגע גם בהתנהלותו העתידית. המשיב 6, נזכור, נימק בחקירתו את התנהלותו בפרשה, בחובת הנאמנות שיש כביכול לפצ"ר כלפי הרמטכ"ל, ועל כך כבר אמרנו את דברנו לעיל; המשיב 6 אף התעמת עם חוקריו במהלך חקירותיו באזהרה, ובעתירתו לבית משפט נכבד זה כתב דברי ביקורת חריפים על חוקרי משטרת ישראל. הכיצד הוא רואה לשתף פעולה במסגרת מילוי תפקידו עם אותם אנשי משטרה? ועוד, המשיב 6 עתר לבג"ץ בטענה שזכותו לקבל "שימוע" לפני החלטה על סגירת תיקו – האם זו הנורמה שבכוונתו להחיל, מכוח עקרון השוויון בפני החוק, על כל חשוד ונחקר באשר הוא?

93. שנית, מינויו של המשיב 6 למשרה הרגישה של היועץ המשפטי לממשלה, על אף הממצאים בעניינו, תפגע בוודאות באמון הציבור בשלטון, ובתדמיתו הנקייה של השירות הציבורי, החיוניים לתפקודו התקין. ושלישית, מינוי כזה לא רק שלא ישקף את עקרונות היסוד שעליהם מושתתים, או אמורים להיות מושתתים, המשטר והחברה בישראל, אלא שהוא יחתור בגלוי תחת עקרונות יסוד אלה, באשר מינוי זה לא תהיה בו הוקעה של גורמים שבדבריהם או בפעולותיהם חותרים תחת יסודות אלה.

94. 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 משמעותית 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 שבדק בהתנהגותו או במעשיו (עניין לביא, פסקאות 18-19 לפסק הדין).

95. בעניין לביא (פסקה 13 לפסק הדין) חזר בית המשפט הנכבד על הנקודות, שנמנו גם בעניין גינור, ולפיהן תיבחן התאמתו של מועמד לכהונה ציבורית בהיבט המהותי-נורמטיבי. נבחן נקודות אלה ביחס לעניינו של המשיב 6:

(א) מהות ההתנהגות או המעשים המיוחסים למועמד בעבר ומידת חומרתם: נזכור כי מדובר בחשד לעבירות של שיבוש מהלכי משפט ומרמה והפרת אמונים, שעל חומרתן הרבה עמד בית משפט נכבד זה במגוון רחב של פרשות.

(ב) האם ההתנהגות או המעשים הוכחו, או שמדובר בחשדות בלבד ומהי עוצמתם: אף שמעשים אלה לא הוכחו מעבר לכל ספק סביר בבית משפט, ואף לא הוגש בגינם כתב אישום, לפחות לגבי חלקם כלל אין מחלוקת. כך, למשל, באשר לטענה בדבר גירסאות סותרות ומתפתחות, לרבות דברים שאינם אמת שנאמרו במסגרת עדויותיו של המשיב 6. עוצמת הוכחתם של מעשים אלה אינה שנויה במחלוקת.

(ג) **בנסיבות שבהן המועמד מכחיש את ההתנהגות או המעשים הפסולים המיוחסים לו – מה טיב ועוצמת הראיות הקיימות בעניין:** המועמד אכן מכחיש את החשדות המיוחסים לו, ולמיטב ידיעתה של העותרת עודו מכחיש את הדברים, אך כאמור, לפחות באשר לחלק מהחשדות, עוצמת הראיות חזקה ואינה שנויה במחלוקת. הדברים נאמרים כך לשם הזהירות בלבד, שכן לגישתו של המשיב 5, כך על-פי הבנתה של העותרת, אין מחלוקת באשר לעוצמת הראיות ביחס לכלל החשדות נגד המשיב 6, ולא רק ביחס לחלקם.

(ד) **האם מדובר במעשה חד-פעמי שעשוי להעיד על מעידה נקודתית בלבד, או שמדובר במעשים חוזרים ונשנים:** בנקודה זו ניתן לאחוז בגישות שונות, האם הכשלים שהתגלו בהתנהגותו של המשיב 6 מהווים "כשל נקודתי" או שהם רחבים יותר. ואולם, גם כאן – לפחות באשר לאותו חלק של החשדות הנוגע לגירסאות סותרות ומתפתחות, ואמירת דברים שאינם אמת, כשל זה אירע לאורך זמן והוא איננו נקודתי.

(ה) **פרק הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים:** מאז ביצוע המעשים המדוברים חלפו כחמש שנים וחצי. הערכה האם מדובר בפרק זמן ארוך, או שמא מדובר בעבר הקרוב באופן יחסי, עשויה להתבסס על פרק הזמן המונע ממי שהורשע בעבירה בת-קלון מלהתמנות למשרה ציבורית, העומד על שבע שנים מתום סיום משפטו או מתום ריצוי העונש, לפי המאוחר.

(ו) **האם שעה שהמעשים בוצעו כבר כיהן בעל המשרה בתפקיד ציבורי:** התשובה על כך היא בחיוב. המשיב 6 שימש בתפקיד הבכיר, החשוב והרגיש של הפרקליט הצבאי הראשי בעת ביצוע המעשים.

(ז) **האם המעשים נעשו במתכוון או בהיסח-דעת:** טבעם של המעשים המתוארים בהחלטת המשיב 5, בעניינו של המשיב 6, הוא שאין הם יכולים להיעשות בהיסח-הדעת. מדובר במעשים שעל-פניהם הושקעה בהם מחשבה, ולעתים גם תחכום רב.

(ח) **האם הובעה חרטה כנה לגביהם:** למרבה הצער, המשיב 6 מעולם לא נטל אחריות למעשיו, ולמרבה הצער אף לא הביע לגביהם חרטה.

96. עיינו הרואות, **בהתאם למבחנים שהותוו בידי בית משפט נכבד זה, "נכשל" המשיב 6 בכל הנקודות, ופירוש הדברים הוא שעל-פי המבחן הערכי-נורמטיבי, שבית המשפט הנכבד מתייחס אליו כאל מבחן מהותי (להבדיל ממבחן כשירות "טכני"), הרי שהמשיב 6 אינו מתאים לכהן במשרה ציבורית, ולמצער במשרה הציבורית הרמה של היועץ המשפטי לממשלה.**

97. נזכור, 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).

98. 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)

99. 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 כשההמלצה 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.

## **ז. אי-שקילת עברו הפלילי של המשיב 6 על-ידי המשיבה 2 – פגם היורד לשורשו של עניין**

100. 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 בעניינו, 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)

101. מכתב זה, שנשלח על-ידי המשיב 5 במטרה להניע דיון במשיבה 1 בשאלת **כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה**, הונח על-ידו גם על שולחנה של המשיבה 2, כדי שזו תסיק את המסקנות הראויות העולות ממנו, באשר **לכשירותו של המשיב 6 לכהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה**.

102. אלא שכך לא נעשה – לא על-ידי המשיבה 1, שמעולם לא קיימה את הדיון האמור, שאותו הנחה המשיב 5 את המשיב 3 לקיים; ולא על-ידי המשיבה 2, שפטרה עצמה באורח תמוה מלשקול במסגרת החלטתה להמליץ על המשיב 6 כמועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, את הממצאים בדבר עברו הפלילי.

103. התנהגותן של המשיבות 1 ו-2 בסוגיית עברו הפלילי של המשיב 6 חורגת כמובן ממושכלות ראשונים של המשפט המינהלי, ומפסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה, בדבר הצורך לשקול את כלל השיקולים הרלוונטיים במסגרת הליכי מינוי למשרה ציבורית. מחדלן של המשיבות מלפעול כראוי הוא כה זועק, עד שריח עכור של טיוח עולה ממנו.

104. נפנה איפוא תחילה לבחון את התנהלותה של המשיבה 2, לאחר שהמשיב 5 הניח על שולחנה את מכתבו למשיב 3 מיום 20.5.2015. 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 2 הייתה שונה. לעניינו, 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".

105. על חוות-דעת זו לא היה רשאי המשיב 6 להשיג בפני המשיבה 2.

106. יתר-על-כן, ועיקר לעניינו – בחוות-דעת זו לא הייתה רשאית המשיבה 2 להטיל כל ספקות.

107. 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 עניינו, הוא שחוות-הדעת של המשיב 5 בעניין השלכות הממצאים מהחקירה הפלילית בעניינו של המשיב 6 ביחס להמשך כהונתו כמזכיר הממשלה, היא חוות-דעת המחייבת את הממשלה, וכן כל רשות מרשויותיה, לרבות המשיבה 2. מאחר שהמשיב 5 משמש, במישרין ובמשתמע, גם כיועצה המשפטי של המשיבה 2, ומשהמשיב 5 טרח והעביר את חוות-הדעת שלו מיום 20.5.2015, שמוענה במקור אל המשיב 3, גם לידי המשיבה 2, הרי **שממצאיו העובדתיים ומסקנותיו המשפטיות ביחס למשיב 6, כפי שאלו נאספו ועלו מתוך חקירתו הפלילית, הם בבחינת עובדות וממצאים שאין עליהם עוררין.**

108. להמחשת האמור לעיל, נזכיר שוב 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 מנדלבלויט נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.5.2015)).

109. המשיב 6 הגיש עתירתו זו, מאחר שידע כי סגירת תיקו הפלילי בכל עילה אחרת, זולת היעדר אשמה, תאיין הלכה למעשה את סיכוייו 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, וככה, 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 הוספו).

110. 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).

111. 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.

112. 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 כבי שופט בית המשפט העליון, י' 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 ללחיאני 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 היעדר אשמה – וזו היא איפוא החלטתי".

113. 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.

114. 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".**

115. 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 ולעין 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.

116. 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 2. כך ציין יו"ר המשיבה 2, 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)

117. עינינו הרואות, המשיב 6 בחר להציב, אל מול חוות-הדעת שהניח המשיב 5 בפני המשיבה 2, "טיעונים עובדתיים ומשפטיים" הסותרים את אלה של המשיב 5.

118. נוכח שתי העמדות הסותרות שהונחו בפניה ביחס לממצאים העובדתיים ולמסקנות המשפטיות הנוגעות להתנהלותו של המשיב 6 באירועים שלגביהם נחשד ב"פרשת הרפז",

החליטה המשיבה 2 שלא להכריע בין חוות-דעתו של ראש התביעה הכללית, לבין גירסתו של החשוד בחקירה הפלילית:

**"האירועים שעליהם מתייחסת חוות-דעתו של היועץ המשפטי בעניין מנדלבלוט 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)

119. בהחליטה שלא להכריע בין העמדות, נפל פגם היורד לשורשו של עניין בפעולתה של המשיבה 2. המשיבה 2 נתפסה לכלל טעות, כאילו שני צדדים שווים התגוששו לפנייה. 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 2 עצמה, הרי שעמדתו המשפטית היא העמדה המחייבת את המשיבה 2 "פנימה". החלטתה של המשיבה 2, 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 הנגועה בחוסר סמכות, ולמצער היא עולה כדי אי-סבירות קיצונית.

120. חיזוק למסקנה כי המשיבה 2 פעלה בהקשר זה תוך חריגה מסמכות, או למצער בחוסר סבירות קיצונית, עולה מהעובדה שאף שהמשיב 6 הוזמן בידי המשיבה 2 להופיע בפניה, ואף התייצב והשיב ל"השגות" שהועלו בדבר מועמדותו – בקשת חברים במשיבה 2 לאפשר את הופעתו של המשיב 5 בפניה נתקלה בסירוב, ולפיכך המשיב 5 לא הופיע בסופו של דבר בפני המשיבה 2. ואידך זיל גמור.

121. לא זו בלבד שהמשיבה 2 שגתה בהידרשה מלכתחילה לפערים בעובדות ובמסקנות המשפטיות שבין המשיב 5 למשיב 6, אלא שהמשיבה 2 אף שגתה לראות עצמה כמעין ערכאה שיפוטית. ולא היא. שוב יוזכר כי המשיבה 2 היא גוף מינהלי, רשות ממלכתית מרשויותיה של המדינה. בציטוט שהבאנו לעיל ציין יו"ר המשיבה 2 כי "האירועים שאליהם מתייחסת חוות-דעתו של היועץ המשפטי בעניין מנדלבלוט 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.

122. 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.

123. 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.

124. על דרך ההיקש ניתן איפוא להסיק, כי גם ועדה דוגמת המשיבה 2 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 2.

125. זאת ועוד. כשל נוסף בהחלטת המשיבה 2, טמון בעובדה שכפועל יוצא מהיעדר היכולת "להכריע בסוגיות עובדתיות", בחרה המשיבה 2 "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 2 בהקשר זה, היא **לגרום למשיבה 2 להימנע מלשקול לחובתו את היבטי "פרשת הרפז"**.

126. המשיבה 2 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 השמימה.

127. ואולם, חוות דעתה של היועצת המשפטית למשרד המשפטים, הגב' לאה רקובר, מיום 24.12.2015 – שעליה אף סמך ידיו המשיב 5 עצמו – מתייחסת בקלות-דעת מתמיהה לפגם

חמור זה, ולוקה אף בהסקת מסקנות הסותרת כללי לוגיקה בסיסיים. בסוגיה זו כתבה הגב' רקובר כלהלן:

"הוועדה לא ראתה להתייחס ולא להכריע בכל הקשור לטענות ביחס להתנהלותו של אלוף (במיל") ד"ר מנדלבלית סביב מה שנודע בכינוי "פרשת הרפז". עם זאת, בפני כלל חברי הוועדה עמדו חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מיום 20.5.2015 ומכתבו לראש הממשלה מאותו היום, וכן התייחסותו של אלוף (במיל") ד"ר מנדלבלית לדברים. לאחר כל אלה, והגם שלא ראתה להידרש לעניין זה ולהכריע בו, החליטה להמליץ על מינויו של אלוף (במיל") ד"ר מנדלבלית לתפקיד. משמעות הדברים, הלכה למעשה, היא שהוועדה לא ראתה בעניין זה משום מניעה להמשך בחינת מועמדותו של אלוף (במיל") ד"ר מנדלבלית".

128. ייאמר בגילוי לב, העיניים קוראות ומסרבות להאמין. הכך פוטרת עצמה היועצת המשפטית הנכבדה מלהתמודד עם הפגם? אכן, חוות דעתו של המשיב 5 וכן התייחסותו הכתובה של המשיב 6 הונחו על שולחן המשיבה 2. ואכן, המשיבה 2 עיינה במסמכים וגילתה שיש ביניהם פערים עובדתיים ומשפטיים. ואולם, כמוסבר במכתבו של יו"ר המשיבה 2 מיום 20.12.2015, "ועדת האיתור החליטה שלא להתייחס ושלא להכריע, לכאן או לכאן, בסוגיות שהתעוררו סביב פרשה זו". הכיצד מסיקה היועצת המשפטית הנכבדה מדברים אלה כי "הוועדה לא ראתה בעניין זה משום מניעה להמשך בחינת מועמדותו" של המשיב 6? והכיצד מתנערת היועצת המשפטית הנכבדה כלאחר-יד מחובתה של רשות מינהלית לאמץ את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה?

129. סיכומו של פרק זה: בהחלטת המשיבה 2 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, חרגה המשיבה 2 מסמכותה, ולמצער עולה הפגם שנפל בהחלטתה כדי אי-סבירות קיצונית. גם מטעם זה, ואפילו מטעם זה לבדו, דינה של החלטת המשיבה 2 להמליץ על המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הוא בטלות.

#### **ח. הימנעות המשיבה 1 מלדון בכשירות המשיב 6 לשמש מזכיר הממשלה ואי-שקילת עברו הפלילי במינויו למשרת היועמ"ש – עולה כדי אי-סבירות קיצונית**

130. מכאן נעבור למקד את מבטנו במשיבה 1. דומה שקצרה היריעה למנות את מחדליה ביחס להליכי מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה. הימנעותה מלקיים דיון מעמיק בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה, נוכח הממצאים שנמצאו בעניינו ב"פרשת הרפז" היא אמנם באחריותו הבלעדית של המשיב 3, שלא טרח ליזום דיון כזה על-אף הנחייתו המפורשת של המשיב 5; ואולם נכונותה של המשיבה 1 לקיים דיון במועמדותו של המשיב 6 למשרת הרמה אף יותר של היועץ המשפטי לממשלה, ואף למנותו לתפקיד זה, בלא שהתקיים הדיון האמור קודם לכן – היא כל-כולה באחריותה של המשיבה 1.

131. נפתח איפוא 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, ליזום ולקיים דיון במשיבה 2, ככל שהמשיב אכן חפץ בהמשך שירותו של המשיב 6 בתפקידו.

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

“על-אף ההחלטה שלא להעמיד את מנדלבלט לדין פלילי בגין התנהלותו בפרשה המתוארת, הראיות המינהליות שהעלו ממצאי החקירה הפלילית בעניינינו, 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 שככל שתסבור כי יש מקום להמשיך או להפסיק את כהונתו של מנדלבלט 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 מנדלבלט, כדי שיוכל להתייחס לתוכנה, ואודה אם תעביר את התייחסותו לעיוני, כדי שאוכל לגבש את עמדתי ביחס אליה.”

133. 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 ביוזעין את קיומו של הדיון האמור, עד שהמשיב 2 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.

134. 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 בעניינינו, הונחה על שולחנה של המשיבה 2. 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 1, ולפיכך עד רגע זה טרם התקיים דיון במשיבה 1 בעניין זה.



135. נראה, כי למשיבים 1, 3, 4 ו-6 אף לא אצה הדרך לקיים דיון כאמור, כהנחייתו (המחייבת "פנימה") של המשיב 5. על-פני הדברים, נראה כי משיבים אלה העדיפו "לדלג" על שלב זה, ולעבור מיידית לדיון ולהחלטה למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה – כפי שאכן אירע. 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.

136. פרוצדורלית התנהלות זו לוקה בפגם, מאחר שעל המשיבה 1 חלה חובה לקיים את הנחייתו של המשיב 5. נדייק ונאמר, על המשיב 3 חלה חובה לפעול לקיום דיון כאמור במשיבה 1, 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, פשיטא כי המשיב 3 כבר אינו מעוניין בכך, שכן ממילא הוא פעל למינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

137. 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 1 חובת קיום הדיון כאמור, על-בסיס מלוא החומר שביקש המשיב 5 להניח על שולחנה של המשיבה 1.

138. למעשה, העותרת תטען כי בשל העובדה שהמשיב 3 והמשיבה 1 נמנעו מקיום הדיון כאמור, הדין בכשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה, הרי שהמשיבה 1 הייתה מנועה מלדון במועמדותו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ומקל וחומר שהייתה מנועה מלמנותו למשרה האמורה, ובן-בנו של קל וחומר שהייתה מנועה מלמנותו כמועמד יחיד שהומלץ בידי המשיבה 2. התנהלותה והחלטתה בנדון עולים איפוא כדי אי-סבירות קיצונית.

139. המחדל האמור, מלקיים את הדיון במשיבה 1 בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה, מגלם גם הימנעות מהצורך להניח על שולחנם של השרים את פירוט הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות הכלולים במכתבו של המשיב 5 למשיב 3 מיום 20.5.2015. למעשה, כלל לא ברור שבעוד שרי המשיבה 1 מצביעים ומאשרים את מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה – הם קיבלו לידיהם את פירוט העובדות המהוות את עברו הפלילי של המועמד המתמנה למשרה זו.

140. נזכיר כי המשיב 5 ביקש מהמשיב 3 במכתבו מיום 20.5.2015 לקיים דיון בממשלה. מטבע הדברים, הניח המשיב 5 כי לשם קיום הדיון האמור, יש להעביר את מכתבו זה גם לידיעת המשיב 6, כדי שזה יוכל להכין את התייחסותו לדברים. עוד ביקש המשיב 5 מהמשיב 3 להעביר לידיו את התייחסותו של המשיב 6 לדברים, כאשר זו תתקבל, וזאת כדי שיוכל להכין

את תגובתו, עובר להנחת החומרים בשלמותם של שולחנה של המשיבה 1, כדי שזו תוכל לקיים דיון בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולשמש מזכיר הממשלה.

141. המשיב 3 אכן העביר למשיב 6 את מכתבו של המשיב 5 מיום 20.5.2015, וכאמור בפרק העובדתי לעתירתנו, המשיב 6 התמהמה חודשים ארוכים בטרם השלים את התייחסותו הכתובה לדברים, והעבירה רק בסוף חודש אוקטובר 2015. לצורך הכנת התייחסותו אף דרש וקיבל את חומרי החקירה שנאספו בעניינו – שחלקם הונחו באופן סלקטיבי על שולחנה של המשיבה 2. אלא שבעוד שהתייחסותו של המשיב 6 לממצאים נגדו הוגשה למשיבה 2 – סירב כאמור המשיב 3 להעביר את מסמך ההתייחסות שחיבר המשיב 6 לעיונו של המשיב 5, וטעמיו עמו. למיטב הידוע לעותרת, לא נענה המשיב 3, מסיבות שטבען לא נודע, להפצרות חוזרות ונשנות של המשיב 5, שדרש לקבל לידי את התייחסותו של המשיב 6.

142. נוכח סירובו העיקש של המשיב 3 להעביר את הדברים לעיונו של המשיב 5, לא נוכל לדעת מה הייתה יכולה להיות עמדתו ביחס לדברים. את זאת נוכל רק לשער. רמז לתגובתו האפשרית נוכל לקבל מהתייחסות המשיב 5 לאופן הצגת "העובדות" הנוגעות לחלקו של המשיב 6 ב"פרשת הרפז", כפי שהופיעו בעתירתו של המשיב 6 לבית המשפט הנכבד, בדרישה לקבל "שימוע" לפני החלטה על סגירת תיקו. וכך כתבה המדינה בתגובתה לעתירתו של המשיב 6 (בג"ץ 2652/15 אלוף (במיל') עו"ד אביחי מנדלבלויט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסקה 5 לתגובת המשיב מיום 3.5.2015)):

**"יצוין כי פרק "הרקע העובדתי" ותת-הפרק "חלקו המשני והמינורי של העותר בפרשת הרפז וחקירתו תחת אזהרה", שנכללו בעתירה, מציינים תמונה חסרה עד מאוד ביחס לחשדות נגד העותר, וזאת בשים לב לחומר הראיות שעמו הוא עומת במסגרת חקירתו ולגרסאות שמסר. פועל יוצא של הדברים הוא שהתמונה העולה מהתיאור העובדתי בעתירה היא תמונה אשר אינה משקפת את הדברים כהווייתם. אילו התשתית העובדתית שעלתה מתיק החקירה הייתה מתמצית במתואר בעתירה, דומה שהדברים לא היו מגיעים לכדי חקירת העותר באזהרה".**  
(ההדגשה הוספה, י"י וא"ש)

143. 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.

144. 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.

145. 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".

146. 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 1 שלא לדון במועמדות אדם שאותו ביקשה למנות למשרה ציבורית בכירה, כך בעניינינו אנו, יש למשיב 5 סמכות להנחות את המשיבה 1 לדון בשאלת כשירותו של אדם להמשיך ולהחזיק במשרה ציבורית בכירה. בשני המקרים, חובה על המשיבה 1 למלא אחר הנחיית המשיב 5, אלא שהיא בחרה שלא למלא אחר חובתה.

147. 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 ועיון **ההחלטה הקונסטיטוטיונית** של הממשלה, על המועמד המתמנה לשמש היועץ המשפטי לממשלה, להיות "כשיר, מתאים וראוי" לתפקיד, גם על-פי העקרונות שהותוו בדו"ח ועדת שמגר.

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

**ט. החלטתה של המשיבה 2 להמליץ על מועמד אחד בלבד מהווה חריגה מסמכות**

149. 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 א' (תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין) עמ' 97 – להלן: "ברק-ארז").

150. כפי שפורט בהרחבה בפרק העובדתי, פעולתה של המשיבה 2 מתבססת על שתי החלטות הממשלה, המהוות יחדיו את ההחלטה הקונסטיטטיבית. זוהי הנורמה שמכוחה פועלת המשיבה 2, ואף שגם המינוי שהוא פרי עבודתה של המשיבה 2 מעוגן כשלעצמו בהחלטת ממשלה, הרי שההחלטה הקונסטיטטיבית, בשונה מהחלטה למנות מועמד פלוני לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, היא "החלטת ממשלה בת-פועל תחיקתי", ולה מעמד נורמטיבי של מעין-חקיקה.

151. והנה, בבואה של המשיבה 2 לפעול במהלך החודשים האחרונים לאיתור ולמיון המועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, הנחתה ביום 3.8.2015 המשיבה 4 את המשיבה 2 – בהתאם להחלטה הקונסטיטטיבית – להמליץ בפני הממשלה בתום פעולתה על שלושה מועמדים. בכך עשתה המשיבה 4 שימוש בסמכות שהוקנתה לה כדין, כדי לשלול את שיקול דעתה של המשיבה 2 באשר למספר המועמדים שעליהם היא רואה לנכון להמליץ בתום פעולתה. הנחיה זו שקיבלה המשיבה 2 הפכה איפוא להיות, בנסיבות אלה, חלק מההוראות המסמיכות את פעולתה של המשיבה 2 במסגרת הליך בחירת היועץ בסבב המינוי הנוכחי.

152. פשיטא, כי חריגה מהוראות מסמיכות אלה מהווה חריגה מסמכות. אילו בחרה המשיבה 2 להמליץ, בתום פעולתה, על ארבעה מועמדים מומלצים – אין חולק כי היא הייתה חורגת מסמכותה. כך גם אילו בחרה המשיבה 2 להמליץ בתום פעולתה על שני מועמדים מומלצים בלבד. וכך גם נוכח בחירתה להמליץ על מועמד אחד בלבד.

153. הסעד השיפוטי הראוי במקרה זה הוא מובן מאליו – בטלות ההחלטה שהתקבלה על-ידי המשיבה 2, להמליץ על מועמד אחד ויחיד, בניגוד להנחיה שהנחתה המשיבה 4 את המשיבה 2. "פעולה של הרשות ללא סמכות נחשבת, ועודנה נחשבת, לפגם החמור ביותר, בשל הפרה של הלאו הראשון של המשפט המינהלי: עקרון חוקיות המינהל. פעולה כזו נחשבת למשוללת כל תוקף, בטלה מעיקרה" (ברק-ארז, עמ' 797).

154. 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) 693, 703-705).

155. משמעותו של סעד זה, בהקשר לענייננו, הוא ביטול ההחלטה של המשיבה 2 להמליץ על המשיב 6 כמועמד יחיד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, והחזרת הנושא לדיון אצל המשיבה 2, כדי שזו תקיים דיון נוסף ותמליץ, זו הפעם, על מספר המועמדים שציינה המשיבה 4 בהנחייתה את המשיבה 2, קרי שלושה מועמדים.

156. יטען הטוען, כי תוצאה זו איננה מחויבת המציאות, וכי המשיבה 4, שבשלב קודם של התהליך אמנם הנחתה את המשיבה 2 להמליץ בתום פעולתה על שלושה מועמדים, שינתה את טעמה וכעת היא מסתפקת במועמד היחיד שעליו המליצה המשיבה 2, 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".

157. כך בדיוק בחרה גם היועצת המשפטית למשרד המשפטים להתייחס, בחוות דעתה מיום 24.12.2015, לסוגיה זו. להלן עמדתה של הגב' רקובר בסוגיה:

**"ברי כי 'הפה שביקש' הוא 'הפה שיכול לוותר על הבקשה' וכך אירע במקרה דנן".**

158. זמן רב לא ראתה העותרת התייחסות כה שטחית לנושא כה רציני. בלשונה של היועצת המשפטית הנכבדה, הנחייתה של המשיבה 4 למשיבה 2 להמליץ על שלושה מועמדים, הפכה ל"בקשה". אמת נכון הדבר, במכתבה מיום 3.8.2015 נקטה המשיבה 4 לשון של בקשה, כאשר הנחתה את המשיבה 2 להמליץ על שלושה מועמדים. אך זאת מטעמי נימוס בלבד. האם יש ליועצת המשפטית הנכבדה ספק שמדובר בהנחיה מחייבת? האם בכל פעם שבמהלך עבודתה המקצועית הורה לה גורם הממונה עליה לבצע דבר-מה, בלשון נקייה של "בקשה", ראתה היועצת המשפטית הנכבדה חירות לעצמה להתייחס לדברים כאל בקשה בלתי מחייבת? וחשוב מכך – אם המשיבה 4 הייתה מתקוממת נוכח בחירתה של המשיבה 2 להמליץ על מועמד אחד בלבד, למשל אם זהותו של המומלץ היחיד הייתה אחרת – האם גם אז הייתה היועצת המשפטית הנכבדה טוענת שמדובר ב"בקשה" שלא קמה חובה לציית לה?

159. ולגופם של דברים – במקרה דנן, "הפה" שהורה למשיבה 2 להמליץ על שלושה מועמדים, אינו יכול לחזור בו באופן שרירותי מהוראתו זו לאחר שהתבררה זהותו של המומלץ.

160. אכן, המשיבה 4 הודיעה ליו"ר המשיבה 2 ביום 22.12.2015, כי "מקובל עליה" שהמשיבה 2 בחרה מועמד אחד ויחיד כמומלץ למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וכי "אין בכונתה" של המשיבה 4 לבקש מהמשיבה 2 להמליץ על שני מועמדים נוספים, וזאת הגם שבתחילת עבודתה של המשיבה 2, הנחתה אותה המשיבה 4 להמליץ על שלושה מועמדים.

161. 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.

162. ראשית, נתעכב עוד מעט-קט על נוסח ההנמקה שסיפקה המשיבה 4 להחלטתה לסגת מהנחייתה המקורית, ולהסתפק במומלץ האחד והיחיד שסיפקה המשיבה 2. וכך כתבה המשיבה 4 ליו"ר המשיבה 2 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".**

163. הנה כי כן, נימוקה של המשיבה 4 להחלטתה לסגת מהנחייתה המקורית, נעוץ בנוסח "ההודעה" – המוגדרת במכתבה בדיוק נמרץ באותו אופן שבו הגדרנו אנו את **ההחלטה הקונסטיטטיבית**. "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 2 ביום 3.8.2015, והנחייתה כי על המשיבה 2 להמליץ על שלושה מועמדים. אין בתנאי הזה, שאותו ציטטה המשיבה 4 כהנמקה – ולפיו כדי שמועמד ייחשב כמומלץ על-ידי המשיבה 2 עליו לקבל את תמיכתם של ארבעה לפחות מבין חמשת חברי המשיבה 2 – כל חידוש, שאליו התוודעה כביכול המשיבה 4 לאחר סיום עבודתה של המשיבה 2.

164. 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. מכאן שהמשיבה 4 עירבה שיקולים זרים בהחלטתה המאוחרת.

165. נשוב אם כך לשאלה – האם רשאית המשיבה 4 לחזור בה, עם תום עבודתה של המשיבה 2, מההנחיה שהציבה למשיבה 2 עובר לתחילת עבודתה? התשובה שנשיב אנו לכך היא לאו רבתי.

166. תחילה נעמיד את תהליך הבחינה במבחן ההיגיון הבריא. קיים חשש, כי אם הייתה המשיבה 2 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 קיבלה את החלטתה, לוותר בדיעבד על ההנחיה שהנחתה את המשיבה 2, תוך ששיקול-דעתה לוקח בחשבון גם את **מיהותו של המומלץ** על-ידי המשיבה 2. בכך מערבת המשיבה 4 שיקולים פרוצדורליים בשיקולים פרסונליים, וכזאת לא ייעשה.

167. נזכור, כי המדרג הנורמטיבי שמכוחו חלות שתי ההוראות המתנגשות – הוא אותו מדרג נורמטיבי. מצד אחד, קובעת **ההחלטה הקונסטיטטיבית** כי מועמד ייחשב למומלץ בידי המשיבה 2 רק אם קיבל את תמיכתם של ארבעה מחמשת חברי המשיבה 2 לפחות. מצד שני, מסמיכה **ההחלטה הקונסטיטטיבית** את המשיבה 4 להנחות את המשיבה 2 להמליץ על יותר ממועמד אחד.

168. המשיבה 4 נימקה, כאמור, את החלטתה המאוחרת לסגת בדיעבד מההנחיה, בכך שבמהלך עבודת המשיבה 2 התברר שרק מועמד אחד קיבל את ארבעת הקולות הדרושים. נימוק זה מניח שאם נתקלה המשיבה 2 ביחסי-כוחות פנימיים בתוכה, שהובילו לכך שלא התגבשה בין חבריה תמיכה מספקת למספר מועמדים כפי שנדרש – הרי שהמשיבה 2 פטורה מהחובה לציית להנחייתה של המשיבה 4. כאילו הדבר משול לכוח עליון – חברי המשיבה 2 לא הגיעו להסכמות ביניהם, ולכן נוצר מאליו היתר להפר את ההנחיה המחייבת שניתנה בסמכות.

169. כך ראתה את הדברים גם היועצת המשפטית למשרד המשפטים, בחוות-דעתה מיום 24.12.2015:

**”בסתירה בין החלטת הממשלה המחייבת רוב של ארבעה קולות לשם העברת שמו של מועמד פלוני, לבין הנחיית השרה להעביר לה שלושה שמות של מועמדים מומלצים, החליטה הוועדה לפעול בהתאם להחלטת הממשלה, ולהעביר את שמו של המועמד היחיד שזכה לארבעה קולות”.**

170. עמדה משפטית זו אינה יכולה לעמוד. פרשנות שכזו מניחה כי כל אימת שהמשיבה 2 לא תצליח להגיע להסכמות בדבר תמיכה מספקת (של ארבעה קולות מתוך חמשת חברי המשיבה 2) למספר המועמדים שעליו המשיבה 4 הנחתה את המשיבה 2 להמליץ – כי אז תהא המשיבה 2 פטורה מההנחיה. משמעות הדברים היא שהנחיית המשיבה 4 היא אות מתה, משולה לאוויר. תרצה המשיבה 2 – תפעל בהתאם להנחיה. לא תרצה – לא תפעל בהתאם להנחיה.

171. עמדה משפטית מופרכת זו סותרת מושכלות ראשוניים בדיני הפרשנות, בדבר **חזקת ההרמוניה בין הוראות החקיקה**. כך שנינו מפיו של המלומד **פרופ' אהרן ברק**, בספרו “פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה” (התשנ”ג), עמ’ 590:

**”חזקה היא שדברי החקיקה השונים, על רמותיהם השונות, אינם נוגדים זה את זה. על כן, חזקה היא שחוק אינו נוגד חוקה וכי חוקה אינה נוגדת חוק (חזקה בדבר הרמוניה אנכית). כמו כן, חזקה היא שהוראה אחת בחוקה אינה נוגדת את רעותה, וכי הוראות בחוק או חוקים אינם נוגדים אלה את אלה, וכי חקיקת-משנה אינה סותרת את עצמה (חזקה בדבר הרמוניה אופקית)”.**

172. מהאמור לעיל עולה, איפוא, כי המשיבה 2 לא הייתה רשאית להפר את הנחייתה של המשיבה 4, אך מן הטעם שתבריה לא הצליחו – כילדים סוררים בגן-ילדים – להגיע להסכמות הנדרשות ביחס למספר המומלצים הנדרש. היה על כל אחד מחברי המשיבה 2 ליטול על עצמו את האחריות שבמילוי הנחייתה המחייבת של המשיבה 4, ולהביא לסיום עבודתה הראוי של המשיבה 2, בדרך של מילוי הנחיית המשיבה 4, ולא בדרך של הפרתה.

173. על המשיב 5, במישרין או באמצעות היועצת המשפטית למשרד המשפטים, היה להעמיד את המשיבה 4 על שגיאתה, ולהבהיר לה כי היא איננה רשאית לחזור בה כעת – **משזהות המועמד שעליו המליצה המשיבה 2 ידועה לה** – מההנחיה שהנחתה את המשיבה 2, הנחיה שהפכה לחלק מההוראות המסמיכות את עבודתה של המשיבה 2. חזרה זו מההנחיה איננה אפשרית נוכח חציית "מסך הבערות" של התבררות זהות המועמד שעליו ממליצה המשיבה 2.

174. התכלית המונחת בבסיס ההנחיה שהנחתה המשיבה 4 את המשיבה 2, עובר לתחילת עבודתה של זו, הייתה להרחיב את היקף שיקול דעתה של המשיבה 1 בבחינת המועמד הסופי מבין שלושת המועמדים שיומלצו על-ידי המשיבה 2, 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 1 כולה, חפצה ביקרו.

175. מסקנה זו מתחייבת גם נוכח **חובת ההגינות** שחבה המשיבה 4 כלפי הציבור כולו, ואף **כלפי המועמדים האחרים** שאותם בחנה המשיבה 2. וכידוע, "חובתה של הרשות לנהוג בהגינות ובתום לב היא מאבני היסוד של המשפט המינהלי" (ברק-ארז, עמ' 631).

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

176. 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.

177. 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".**

178. 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.

179. ביום 13.05.2013 אישרה המשיבה 1 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. עגנת החשש הזו אינה סרה ומרחפת ככל שמדובר ביחסים אישיים והבעת אמון בנושא משרת אמון.

180. 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.

181. 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.

182. הנה כי כן, אין מדובר בתפקיד "טכני" ואו בדרג פקידות זוטר 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.

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

**"שורת תפקידיו 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 ידיו של מזכיר הממשלה בכל עיסוקיהם של הממשלה ושל חברי הממשלה".

184. 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.

185. 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 לענייננו אנו.

186. 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 משהפכו 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.

187. 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".

188. 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)

189. 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”.

190. 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.

191. 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.

192. 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.

193. 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 2 בשיקוליה, בהמלצתה על מינויו של המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, דומה שיש צורך לפרט ולהדגים גם את מה שאמור להיות מובן מאליו.

194. דברים אלה עמדו, כפי הנראה, גם בבסיס מכתבם של המלומדים פרופ’ אוריאל רייכמן ופרופ’ אמנון רובינשטיין ליו”ר משיבה 2 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 מנדלבליט, 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)

-- מכתבם של פרופ' רייכמן ופרופ' רובינשטיין מיום 8.11.2015 מצורף ומסומן "ע/30" --

195. ממכתבו המסכם של יו"ר המשיבה 2 למשיבים 3 ו-4 מיום 20.12.2015, עולה כי שאלת הצינון עלתה בדיוניה של המשיבה 2. 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.

196. בתום דיוניה בסוגיה זו, הגיעה המשיבה 2 לכלל החלטה, וזאת ברוב-דעות, כנגד דעתו החולקת של יו"ר המשיבה 2, 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 2 מיום 20.12.2015)

197. 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.

198. שלא במפתיע, עמדה זו של המשיבה 2, שהתקבלה כאמור בניגוד לעמדתו של יו"ר המשיבה 2, זכתה לאישורה של היועצת המשפטית למשרד המשפטים, בחוות-דעתה מיום 24.12.2015. לגישתה, "תקופת צינון אינה מוסדרת בחוק בכל הנוגע למעבר בין המשרות הנדונות, וגם דו"ח ועדת שמגר הגביל את דרישת הצינון רק ביחס למועמד המעורב בפעילות מפלגתית, מהסוג הנדון בחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), תשי"ט-1959".

199. אשר לעמדתה של היועצת המשפטית למשרד המשפטים, נזכיר כי בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה בשורת סוגיות, הרי ש"כשירות לחוד – ושיקול-דעת לחוד" (ראו: בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (8.9.1993)). פירוש הדבר, בהקשר לענייננו, הוא שאף אם אין בנמצא דרישת צינון פורמלית, שהפרתה מהווה הפרת תנאי הכשירות למשרה, הרי שבזאת לא באה דרישת הצינון על סיפוקה. שיקול דעתן של הרשויות הממנות – הן המשיבה 2 שהמליצה על המשיב 6, תוך שהחליטה להתעלם מדרישת הצינון המהותית הנדרשת בנסיבות, והן המשיבה 1

שהחליטה על מינויו – נבחן בנסיבות העניין, ומתברר כשיקול דעת החורג הרחק מעבר למתחם הסבירות.

200. 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.

201. 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.

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

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

203. 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)**

204. 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 שבדק, מבקר ובוחר? הכיצד יוכל למלא את תפקידו מבלי להימצא לא רק בחשש לניגוד עניינים, אלא בניגוד עניינים ממש?

205. 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.

206. 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.

207. 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 תמשיך להיחקר 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.

208. 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 שבו בידו של מיטיבו לשעבר, על גבה של חשודה שייתכן כי לא עוולה?

209. 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.

210. 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 מיודעו עד לפני הרף-עין.

211. על עקרון ההימנעות מניגוד עניינים, יפים דברי בית המשפט הנכבד בע"מ 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".

212. 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 שיפוטיים, 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).

213. 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 ההגינות, תום הלב, והצדק הטבעי המוטלות על ממלא תפקיד ציבורי; והשלישי, דרישות המינהל התקין (עניין "דגש סחר חוץ").

214. 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 הוספו).

215. 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).

216. 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.

217. וכך נקבע בעש"מ 3642/08 עאדל עסלי נ' נציבות שירות המדינה, 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"ס); וראו טנה שפניץ וורדה לוסטהויז "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ספר אורי ידן כרך ב 315, 320 (1990))."

וכן:

"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".

218. בעת"מ 49315-04-14 אלדד פנחס גזסי 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".

219. 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.

220. 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 כמזכיר הממשלה. כל מסקנה אחרת תהא, בנסיבות העניין, בלתי סבירה באופן קיצוני.

221. 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).**

222. 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".**

223. "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, מצוינים, 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.

224. אשר לניגוד העניינים הפרסונלי. סעיף 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה מצווה כי היועץ המשפטי הוא הגורם המוסמך היחיד 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 סמכויותיו הייחודיות של היועץ המשפטי לממשלה, בין שהיא מופיעה בחיקוקים שונים, ובין שנתגבשה מכוח הדין, הוראות המינהל, ההלכה הפסוקה או הנהוג 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 נבחרי ציבור.

225. 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 או בייקטיביים 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)**

226. 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".**

227. 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.

228. 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.

#### **יב. חשש לשקילת שיקולים זרים מצד המשיבה 4**

229. העותרת ביקשה 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. זאת, מהטעם שהדברים הללו הם לגישתה של העותרת בבחינת למעלה מן הצורך, נוכח כל שנאמר ונטען עד כה. הדברים הבאים ייאמרו איפוא בקיצור נמרץ.

230. 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).

231. "ראיות נסיבתיות" שכאלה, עשויות להיות, למשל, ידיעות שפורסמו בעיתונות – ולפיהם ערכה המשיבה 4 פגישות בלתי-פורמליות עם חברים שונים במשיבה 2, במהלך תקופת עבודתה של זו ובנפרד מהופעתה הרשמית בפני המשיבה 2; וכן כי גיסו של המשיב 6 הוא פעיל פוליטי במפלגתה של המשיבה 4 שאף תמך בה פוליטית באופן אישי.

232. ביום 17.12.2015 התפרסמה ידיעה בעיתונות ולפיה המשיבה 4 קיימה, במהלך תקופת עבודתה של המשיבה 2, פגישות אישיות עם ארבעה מחמשת חברי המשיבה 2, שלא תועדו כדבעי, וזאת מעבר להופעותיה הרשמיות והמתועדות של המשיבה 4 בפני המשיבה 2. הפרסום העיתונאי הסתמך על יומן הפגישות של המשיבה 4, שנחשף במסגרת הליכי חופש המידע. אין לעותרת מנוס אלא להסתמך על פרסום עיתונאי ולא על הודעה פורמלית או רשמית, אם כי יושם אל לב שהפרסום לא הוכחש ולא נסתר, והוא כשלעצמו מתבסס על ראיות אובייקטיביות מהימנות.

-- פרסום מעיתון "הארץ" מיום 17.12.2015 מצורף ומסומן "ע/31" --

233. ביום 25.12.2015 התפרסמה ידיעה בעיתונות ולפיה גיסו של המשיב 6 הוא פעיל פוליטי במפלגת "הבית היהודי", שבה חברה המשיבה 4, והוא אף תמך בה פוליטית באופן אישי. על-פי הפרסום, מסר המשיב 6 בתגובה כי לא חלה עליו חובה לדווח על קרבת משפחה זו לאדם זה או אחר, וכן המשיבה 4 מסרה כי אין בינה לבין המשיב 6 שום קרבה מיוחדת.

-- פרסום מעיתון "ידיעות אחרונות" מיום 25.12.2015 מצורף ומסומן "ע/32" --

234. 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).

### נימוקים לעתירה לצו-ביניים ולבקשה לקיום דיון דחוף

235. כאמור ברישא לעתירה זו, תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו-ביניים, שימנע את יישומה של החלטת המשיבה 1 למנות את המשיב 6 למשרת היועץ המשפטי לממשלה, וימנע מהמשיב 6 מלהתחיל בכהונת היועץ המשפטי לממשלה, וזאת עד להכרעה בעתירה. בד בבד, ומאחר שמועד כניסתו המיועדת של המשיב 6, בהתאם להחלטת המשיבה 1, למשרת היועץ המשפטי לממשלה הוא 1.2.2016, תבקש העותרת מבית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה, וזאת לשם הכרעה בה והוצאת צווים מוחלטים, ככל הניתן במועד מוקדם שיאפשר למשיבים לקיים הליך איתור ובחירה כהלכתו של מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה.

236. ההלכה הפסוקה קובעת כי בבואו של בית המשפט הנכבד להכריע בבקשה למתן צו-ביניים עליו לבחון שתי סוגיות, מאזן הנוחות וסיכוייה של העתירה להתקבל. כדברי כב' השופט מ' אלון בבג"ץ 1508/93 פנחסי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מז (1) 510, 514 (17.3.1993):

**"כלל גדול נקוט בידינו, כי מתן צו ביניים או אי מתן צו ביניים עד לבידור העניין לגופו נמדדים ומוכרעים לפי מידת הנוחות והאי-נוחות ולפי שיעור הנזק, שייגרמו לצד זה או אחר ע"י מתן או אי מתן הצו".**

237. ואילו כב' השופט מ' חשין, בבשג"צ 2598/95 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון (30.4.1995), יצר היררכיה ברורה בין שני היסודות הללו, וקבע כי מאזן הנוחות יהא השיקול העיקרי של בית המשפט בבואו להחליט אם להיעתר לבקשה להוצאת צו-ביניים, ואילו השיקול בדבר סיכויי העתירה להתקבל יהא משני בלבד:

**"כללים אלה ידועים לכל, ועניינם הוא שניים: האחד הוא סיכויי של העותר לזכות בעתירה, והאחר הוא מאזן הנוחות ובכללו הנזקים העלולים להיגרם לעותר או למשיב אם יינתן או שלא יינתן צו ביניים. ... אכן, עיקרה של בקשה למתן צו ביניים רואה אני במה שקרוי 'מאזן הנוחות' - יהא כינויו של אותו מאזן אשר יהא: שימור הסטטוס קוו אנטה, שינויו של הסטטוס קוו, נזקים בלתי הפיכים וכיוצ"ב - מאזן נוחות להבדילו מסיכויי העתירה לגופה שאני רואה בהן יסוד מישני בבקשה".**

238. על קביעה זו חזרה כב' השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בבר"ם 8133/02 רובינשטיין נ' ועדת מקומית לתכנון - כרמיאל (22.12.2002):

**"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. הראשון, סיכויי העתירה להתקבל, והאחר, החשוב שבין השניים, "מאזן הנוחות", שעניינו הנזק שייגרם למבקש במידה ולא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה ויינתן הצו המבוקש".**

239. נקל לראות, כי שני התנאים הללו מובילים בענייננו למסקנה החלטית הנוטה בבידור לטובת הוצאת צו-ביניים, שיקפיא את המצב הנוכחי, בעת הגשת העתירה, עד להכרעת בית המשפט הנכבד. כפי שפסק בית המשפט הנכבד זה מכבר בבג"ץ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל שירות השידור, ירושלים, פ"ד ט"ו 2364, 2366 (1.12.1961):

**"צווי ביניים ניתנים על ידי בית המשפט הגבוה לצדק על מנת לשמור על המצב הקיים בעת הגשת הבקשה, כדי למנוע שיובא שינוי במצב זה לרעת אחד מבעלי הדין או לטובתו כל עוד תלויים ועומדים ההליכים בבית משפט זה".**

240. משמעו של מאזן הנוחות בענייננו, הוא כי למשיבים לא ייגרם כל נזק כתוצאה מהקפאת המצב הקיים, וזאת אף אם בירור העתירה יימשך אל מעבר למועד סיום כהונתו של

המשיב 5. לכל היותר, תתבקש הממשלה למנות ממלא-מקום היועץ המשפטי לממשלה לתקופת ביניים קצרה, כפי שכבר נעשה בעבר במקרים דומים.

241. כך למשל, יוזכר כי פרקליטת המדינה (כתוארה אז), לימים שופטת בית המשפט העליון עדנה ארבל, שימשה ממלאת-מקום היועץ המשפטי לממשלה הן בשנת 1997, לאחר התפטרותו של עו"ד רוני בר-און מכהונת היועץ המשפטי לממשלה וטרם בחירתו של כב' המשנה לנשיאה (כתוארו דהיום) א' רובינשטיין, לתפקיד; ושוב בשנת 2004, לאחר פרישתו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין מכהונת היועץ, וטרם כניסתו של כב' השופט מ' מזוז (כתוארו דהיום) לכהונת היועץ המשפטי לממשלה.

242. מאידך גיסא, אי-מתן צו ביניים כמבוקש, שעשוי להביא לכניסתו של המשיב 6 לכהונת היועץ המשפטי לממשלה בטרם התבררה עתירה זו עד תומה, יגרום בהכרח לשרשרת אירועים, הכרוכים כולם בקבלת החלטות על-ידי המשיב 6 במסגרת מילוי תפקידו החדש. אף אם העתירה תתקבל בסופו של יום וכהונת המשיב 6 תיפסק, לא ניתן יהיה לבטל חלק מהחלטות אלה, ופירוש הדבר נזק חריף, הן במישרין והן בעקיפין, לסוגיות פרטניות המונחות על שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה, לשלטון החוק בכללותו ולאמון הציבור במערכת אכיפת החוק וברשויות השלטון.

243. כן יצוין כי למיטב שיפוטה של העותרת, סיכוייה של עתירה זו להתקבל הם גבוהים. זאת, בהתבסס על פסיקתו העקבות של בית המשפט הנכבד בסוגיות שהועלו במסגרת עתירה זו, ובין היתר על מושכלות ראשוניים של המשפט המינהלי באשר לשיקולים שאותם יש לשקול בואו של גוף ממנה למנות מועמד לתפקיד בכיר בשירות הציבורי, ומקל וחומר למשרה כה בכירה כיועץ המשפטי לממשלה. אין בעתירה זו כל חידוש הלכתי או פיתוח משפטי חדשני, אלא צעידה על קרקע יציבה של פסיקה עקבית שיצאה תחת ידי בית משפט זה לאורך שנים רבות. גם שיקול זה מוליך בבירור לעבר היעדרות לבקשת העותרת להוצאת צו ביניים כמבוקש.

244. העותרת ערה לכך שלשיטתם של המשיבים 5-1, "פסיקתו המושרשת של בית המשפט הנכבד בנוגע לעתירות המכוונות למינויים ציבוריים, היא כי ככלל אין מקום למתן צו ביניים המעכב את כניסתו של אדם לתפקיד" (פסקה 24 לתגובת המשיבים 5-1 לבקשה לצו-ביניים במסגרת עניין הוועדה המקצועית, מיום 24.12.2015). על כך ייאמר כי האסמכתאות שעליהן נסמכים המשיבים אינן תומכות בטענה זו, בוודאי לא בניסוח כוללני זה – בין שהאסמכתאות עוסקות במשרות של נבחרי ציבור, כגון חברי ממשלה; ובין שההנמקה לאי-מתן צו-ביניים עוסקת בכך ש"אין מדובר בצעדים בלתי הפיכים" (בג"ץ 5599/11 אגודת העיתונאים בת"א נ' ממשלת ישראל (החלטה מיום 3.8.2011)). כפי שהוסבר לעיל, בעוד שכניסתו של המשיב 6 לכהונתו נראית כצעד שאינו בלתי הפיך אף אם העתירה תתקבל בהמשך הדרך, הרי שהחלטות שיתקבלו על-ידו במסגרת מילוי תפקידו זה, עשויות להתברר כבלתי הפיכות, וכך גם לעניין הנזק שייגרם בתקופת הביניים.

245. אשר לבקשה לקיום דיון דחוף: טעם מכריע להיענות לבקשה זו, נעוץ במצבו המורכב של המשיב 5 בואכה התייצבות להגן על המשיבים בעתירה דנא, שעה שעניינה של העתירה שאלת מינויו של אדם למשרת היועץ המשפטי לממשלה – דהיינו, יורשו בתפקיד של המשיב 5 עצמו. מורכבות זו נובעת מריבוי הכובעים שחובש על ראשו המשיב 5 בעת ובעונה אחת, בהתייצבו בעתירה דנא. מצד אחד, המשיב 5, בכובעו כראש התביעה הכללית, הוא זה שניצח על החקירה הפלילית בעניינו של המשיב 6, הוא זה שמצא ממצאים בעניינו והסיק מסקנות משפטיות לגביו, והוא זה שהנחה את המשיב 3 לקיים דיון במשיבה 1 בשאלת כשירותו של המשיב 6 להמשיך ולכהן כמזכיר הממשלה; מצד שני, המשיב 6 מתייצב בעתירה זו הן כמשיב עצמאי, שכן חלק מהסעדים המבוקשים בעתירה מופנים כלפי המשיב 5 עצמו, ומחדלו מלתקן את הליקויים שנפלו בעבודת המשיבה 2 והמשיבה 1; מצד שלישי, המשיב 5 נדרש בעניינו להגן על המשיבים 1-4, שהתעלמו ממסקנותיו-שלו וממצאיו-שלו בעניינו של המשיב 6; ומצד רביעי, המשיב 5 הוא גם הממונה על פרקליטי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, המתייצבים בבית המשפט הנכבד כבאי-כוחו.

246. כל אלה ממחישים את הצורך הקריטי שעתירה זו תתברר עוד בזמן שהמשיב 5 עצמו עודו מכהן בתפקידו, ובטרם סיים את כהונתו. בה-במידה, ולחילופין, יש בנימוקים אלה כדי לחזק את הצורך הדוחק במתן צו-ביניים. די לתאר איזו בוקה, מבוקה ומבולקה תיפול על כתפיה של העתירה דנא, היה ולא יינתן צו-ביניים, ואם בירור העתירה יארך יותר מחודש ימים, עד לכניסתו של המשיב 6 לכהונת היועץ המשפטי לממשלה. מי ייצג אז את המשיב 5 בכובעו כראש התביעה הכללית? האם החשוד באותה חקירה פלילית ייצג זאת? או שמא באי-כוחו, אנשי הפרקליטות, הם שיידרשו לייצג את עניינם של המשיבים? ומי ייצג את המשיבות 1 ו-2, שהמליצו והחליטו על מינויו של המשיב 6? פסילה-עצמית של המשיב 6 מלטפל בסוגיה זו לא תרפא, ולו בקירוב, את המצב. אין בנמצא הסדר ניגוד-עניינים, שיוכל לרפא את מבול הפגמים הדיוניים והמהותיים שייפלו על המשיבים ובאי-כוחם בפני בית משפט נכבד זה, היה ותחריש-אימים שכזה ייהפך למציאות.

247. ובזעיר-אנפין, בכך למעשה אמרנו את דברנו ביחס לטיעון המושמע בעתירה זו בכללה.

248. כאמור, תבקש העותרת כי בית המשפט הנכבד ייקבע את העתירה לדיון דחוף ביותר בפני בית משפט נכבד זה, על מנת למזער כל פגיעה אפשרית במשיבים ובאינטרס הציבורי.

## סיכום

249. "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-תהה המשיב 5 בחוות-דעתו למשיב 3 מיום 20.5.2015. המשיב 5 כיוון להתאמתו הערכית-נורמטיבית של המשיב 6 לתפקיד מזכיר הממשלה, ואולם מטבע הדברים השאלה תקפה, ואף ביתר-שאת, באשר להתאמתו למשרה הרמה יותר, משרת היועץ המשפטי לממשלה.

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

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

252. במקום שבו המשיבה 2 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 עובדיים ומסקנות משפטיות חמורים במסגרת חקירה פלילית; במקום שבו נמנעו הן המשיבה 4 והן המשיב 3 ולמרבה הצער הן המשיב 5 מלהוות חסם בין הבחירה השגויה, הקשה, ובעלת התוצאות הרות-האסון במשיב 6 לבין משרת היועץ המשפטי לממשלה, ובמקום שבו הטביעה המשיבה 1 בהחלטתה למנות את המשיב 6 לתפקיד, חותם סופי על אי-החוקיות ואי-התקינות המצטברת – במקום הזה, על בית המשפט הנכבד להשתדל להיות איש. להיות המחוסם האחרון. מפלטו האחרון של שלטון החוק. שכן, כפי שנאמר לעיל, שעת מבחן היא זו.

253. 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.

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

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

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

257. מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו.

היום, 3 בינואר 2016

---

אילנית שומרון, עו"ד

---

יובל יועז, עו"ד