

העותרים:

1. הדס קלדרון
2. נטע הימן מינה
3. עינב מוזס אורבך
4. אילה מצגר
5. רא"ל (במיל') דן חלוץ
6. אלוף (במיל') יצחק ברק (בריק)
7. יובל רכבי
8. מיכל רכבי יגור
9. דב מורן
10. פרופ' רבקה כרמי
11. פרופ' שמעון ינקלביץ
12. פרופ' יועד צור
13. פרופ' יהודה אפק
14. פרופ' יוסף שילה
15. פרופ' דוד הראל
16. אביתר מנור
17. פרופ' שמעון אולמן
18. פרופ' כרמל סופר
19. גבריאל צ'רטוק
20. רונית ארנפרוינד
- 21-98. שמות עותרים אלה מצורפים כנספח 1 לעתירה.

כולם באמצעות ב"כ עוה"ד דפנה הולץ-לכנר
ו/או קמילה אביגיל מיכמן
ממשרד דפנה הולץ לכנר ושות', עורכי דין
מגדל המוזאון, רח' ברקוביץ' 4, תל אביב יפו
טל': 077-2040881 פקס': 077-2040882
דוא"ל: Lechner@publiclaw.co.il

- נ ג ד -

המשיבים:

1. היועצת המשפטית לממשלה - הגב' גלי בהרב מיארה
2. ראש ממשלת ישראל - ח"כ בנימין נתניהו
3. ממשלת ישראל

כולם באמצעות פרקליטות המדינה,
רח' סלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 073-3925511 פקס': 02-6467001

4. מפלגת הליכוד-תנועה לאומית ליברלית (מפלגה רשומה מספר 599000023)

באמצעות ב"כ עו"ד אבי הלוי
מהמושבה כנרת. ד"נ עמק הירדן 11015.
טל': 04-6709330. פקס': 04-6709443
או עו"ד מיכאל ראבילו ו/או רועי שכטר
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים
טל': 02-6490649, פקס': 02-6490659

משיבה פורמלית

עתירה דחופה ביותר למתן צווים על תנאי וצו ביניים

ובקשה לקיום דיון דחוף ביותר בעתירה

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צווים על תנאי, המורים למשיבים, לבוא וליתן טעם, כדלקמן:

א. מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד כי החלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים החל על המשיב 2 משנת 2020, בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט, באופן שהסדר ניגוד העניינים יחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", (כמפורט בתשובת המשיבה 1 מיום 12.8.24 לב"כ העותרים בבג"ץ 5018/24, **קלדרון ואח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח'**, (15.8.24)), דווקא בעת הזו, בשלב בו מקבל המשיב 2 החלטות גורליות המשפיעות במישרין על חיי החטופים והחטופות, על חיי לוחמי צה"ל, על חיי אזרחי המדינה ועל בטחון המדינה בכל הקשור להרחבת זירות הלחימה עד כדי סכנה למלחמה אזוטרית כוללת, הינה החלטה המבוססת על טעות משפטית קשה ויסודית היורדת לשורשו של עניין וכן היא התקבלה מבלי שנסקלו כלל העובדות והשיקולים הדרושים לעניין, ומשכך ההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצוני ומתחייב להורות על בטלותה.

ב. מדוע לא יורה בית המשפט הנכבד למשיבה 1 לעדכן בדחיפות את הסדר ניגוד העניינים החל על המשיב 2, באופן שיחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", לרבות בקשר למעורבותו של המשיב 2 בכל החלטה, בכל פעולה, בכל דיון ובכל משא ומתן בקשר להמשך ניהול המלחמה ו/או הפסקתה ו/או סיומה, וכן בקשר למעורבותו של המשיב 2 בכל החלטה שיש בה כדי להשפיע על היקף המלחמה, על מהות הזירות בהן היא מתנהלת, על משך המלחמה ו/או על הפסקתה ו/או על סיומה.

סעד זה נדרש בדחיפות עליונה היות וקיים חשש לניגוד עניינים ולשקילת שיקולים זרים, בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות בקשר להמשך ניהול המלחמה, אותם מקבל המשיב 2 בעיצומם של רגעים וימים אלו, בצומת הדרכים הדרמטית בה מצויה מדינת ישראל, באופן הנוגד את חובתו כראש ממשלה להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי.

לחילופין, ככל שבית המשפט הנכבד ישתכנע כי לא קיימת אפשרות לעדכן את הסדר ניגוד העניינים החל על המשיב 2, באופן שיחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", לאור העובדה שהחשש הינו לניגוד עניינים רחב היקף, המצוי בליבת תפקידו הציבורי של המשיב 2, באופן שאינו ניתן להפרדה בשים לב לתחומים ולנגזרות השונות על פניהם הוא משתרע, כמבוקש בסעד השני לעתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים הבאים:

ג. מדוע לא יצהיר כי נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, עד לסיום המצב בו קיים חשש לניגוד עניינים בתפקידו, בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.
זאת בשל החשש לניגוד העניינים המובנה, החריג והעוצמתי, הנובע מהיות המשיב 2 נאשם בפלילים המצוי בשלב ההוכחות במשפטו, במצב בו לא קיימת כל דרך פוגענית פחות להתמודד עם החשש לניגוד העניינים מלבד באמצעות פסילת הכהונה, הכל בהתאם לכללי איסור ניגוד עניינים, כפי שנקבעו בפסיקתו הענפה של בית משפט נכבד זה.

ד. מדוע לא יצהיר בית המשפט הנכבד כי בנסיבות קיומו של חשש סביר להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים מובנה, חריג ועוצמתי, הנובע מהיותו נאשם בפלילים המצוי בשלב ההוכחות במשפטו, שאינו ניתן למניעה באמצעות עדכון הסדר ניגוד העניינים החל על המשיב 2, כאמור, החלטת המשיב 2 להמשיך ולכהן בתפקיד

ראש ממשלה ולהימנע מלהתפטר לפי סעיף 19 לחוק-יסוד : הממשלה, הינה החלטה הנגועה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך דינה בטלות.
זאת היות ונושא המשרה נדרש להעמיד לנגד עיניו את שיקולי טוהר המידות ואת השלכות המשך כהונתו בתפקיד על אמון הציבור בנבחרי ובמוסדות השלטון.

ה. ככל שיימצא בית משפט נכבד זה לנכון ליתן את הסעד הרביעי המבוקש בעתירה, מדוע לא יורה בית המשפט הנכבד למשיב 2 להתפטר מתפקיד ראש ממשלה, בהתאם להוראת סעיף 19 לחוק-יסוד : הממשלה.

ו. בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן כל סעד נוסף הנראה לו ראוי, מתאים וצודק בנסיבות העניין, לשם מניעת המשך כהונת המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", וזאת בשל החשש הסביר להימצאותו בניגוד עניינים חריג בטיבו ובעוצמתו, כאשר בתוך כך הוא אחראי לקבלת החלטות הרות גורל לחיי חיילי צה"ל, לחיי החטופים והחטופות, לחיי אזרחי המדינה ולעתידה של מדינת ישראל.

בקשה למתן צו ביניים דחוף ביותר

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן בדחיפות עליונה צו ביניים אשר ימנע מהמשיב 2 לעסוק במשא ומתן המתנהל בימים אלה בקשר לניהול המלחמה ו/או להפסקתה ו/או לסיומה, וכן ימנע מהמשיב 2 מלקבל כל החלטה בקשר לניהול המלחמה שיש בה כדי להשפיע על היקף המלחמה ועל מהות הזירות בהן היא מתנהלת, וזאת עד אשר וככל שיעלה בידי המשיב 1 לעדכן את ההנחיות החלות על המשיב 2 מכוח חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים, באופן שיאפשר את המשך השימוש של המשיב 2 בכוחו השלטוני, ללא קיומו של חשש להימצאותו בניגוד עניינים ולשקילת שיקולים זרים בפעולותיו ובהחלטותיו השלטוניות בקשר לניהול המלחמה.

צו הביניים המבוקש הינו דחוף ביותר והרה גורל, זאת בשים לב לנסיבות הרגישות שלפנינו, כאשר בעיצומם של ימים קשים אלו מצויה מדינת ישראל בצומת הדרכים הדרמטית ביותר שידעה מעודה, בה יוחלט האם פני המדינה לרגיעה או חלילה להמשך ולהתעצמות המלחמה, הן מול חזית ארגון הטרור חמאס והן מול חזיתות נוספות, לרבות ארגון הטרור חיזבאללה, תימן, סוריה, איראן וחזיתות נוספות.
כל זאת כאשר המשיב 2, הינו נאשם בפלילים המצוי כפסע מתאריך עלייתו לדוכן העדים למתן עדותו עם פתיחת פרשת ההגנה במשפטו הפלילי.

במצב דברים זה, כאשר המשיב 2, אשר לו אינטרס אישי-עוצמתי מובהק בדחיית עדותו, כפי שעולה בבירור מהתנהלותו במשפטו הפלילי עד כה, וכפי שיפורט בהרחבה בהמשך, הוא הגורם המרכזי, הפעיל, הדומיננטי והמכריע בקבלת ההכרעות הדרמטיות ביותר למדינת ישראל ולעתידה, הכרעות אשר ישפיעו, במישרין, הן על המשך ניהול המלחמה והן על הסיכון להרחבת זירות הלחימה ובכך ישליכו על חייהם של כלל אזרחי המדינה, של לוחמי צה"ל ושל החטופים והחטופות בשבי החמאס, ועל בטחון מדינת ישראל והאזור כולו.

לפיכך צו הביניים המבוקש הינו חיוני ביותר לשם ההגנה הדחופה הדרושה לטובת האינטרס הציבורי, בכל הקשור לפעולותיה של מדינת ישראל הן בנוגע לניהול המלחמה, הן בנוגע לניהול המו"מ להשבת החטופים, הן בנוגע ליחסי החוץ של מדינת ישראל עם בעלות בריתה והן בכל היבט נוסף הקשור במלחמה. בשים לב לאופיין ולטיבן של ההחלטות המתקבלות על ידי המשיב 2 בקשר לניהול המלחמה, בכל יום, בכל שעה ובכל רגע נתון, הרי שמתן הסעד הזמני הינו חיוני ביותר. כמו כן, מתן הסעד הזמני נדרש לצורך השבת האמון הציבורי בממשלה ובמקבלי ההחלטות בכל הנוגע לניהול המלחמה, ובכך שהשיקולים שעל בסיסם מתקבלות ההחלטות הגורליות הכרוכות במו"מ המתנהל בימים אלו בנוגע להמשך ניהול המלחמה ו/או הפסקתה ו/או סיומה, הינם שיקולים ענייניים בלבד ללא

חשש שמא הם נגועים בשיקולים זרים הכרוכים באינטרסים האישיים של המשיב 2, שהינו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, המצוי שבועות ספורים לפני שלב מתן עדותו במסגרת הליך ההוכחות המתנהל במשפטו הפלילי, אשר הרשעתו בעבירות בהן הוא מואשם עלולה להוביל לאבדן חירותו האישית.

בקשה לקיום דיון דחוף ביותר לשמיעת העתירה

מזה למעלה מעשרה וחצי חודשים מתנהלת מלחמה קשה, כאשר המשיב 2, המצוי בעיצומו של הליך פלילי המתנהל בעניינו בעבירות חמורות שיש עמן קלון, עומד בראש הממשלה ובראש קבינט המלחמה ונדרש מדי יום ביומו ומדי שעה בשעה לקבל החלטות הרות גורל המשפיעה על חייהם של חיילים, חיילות, אזרחים, אזרחיות, חטופים וחסותופות וכן על עתידה של מדינת ישראל בכל התחומים, לרבות בתחום בטחון המדינה, יחסי החוץ, הכלכלה והחברה. במצב זה הנזק שנגרם כתוצאה מהחשש להימצאות בניגוד עניינים של ראש הממשלה הולך ומחמיר ומסכן חיי אדם.

על כן קיימת דחיפות עליונה לשמיעת העתירה ולקבלת ההכרעות השיפוטיות במסגרתה בהקדם האפשרי, לטובת האינטרס הציבורי של כלל אזרחי ותושבי מדינת ישראל.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון דחוף ביותר.

תמצית העתירה

1. מרגע פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" עומד המשיב 2 בראש קבינט המלחמה והוא האחראי הראשי לקבלת כל ההחלטות בנוגע לניהולה של המלחמה. החלטות אלו עוסקות, בין היתר, בקביעת עוצמתה של הלחימה והיקף פריסתה, בהרחבת המלחמה לזירות נוספות, בניהול משא ומתן בקשר להמשך או לסיום המלחמה, להשבת חטופים וכיוצא. כל זאת הוא עושה כאשר במקביל מתנהל בעניינו הליך פלילי בבית המשפט המחוזי בירושלים, במסגרתו הוא מואשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, אשר הרשעה בהן עשויה להוביל לאבדן חירותו האישית.

2. כפי שיתואר בעתירה, מיום פרוץ המלחמה הגיש המשיב 2, במסגרת ההליך הפלילי המתנהל בעניינו, בקשות שונות לעיכוב ההליך המשפטי, לדחיית מועדי שמיעתם של עדים במשפטו הפלילי, וזאת מנימוקים הקשורים באופן ישיר לניהול המלחמה ולהתמשכותה. נוסף על כך, ביום 26.6.24 ביקש המשיב 2 מבית המשפט המחוזי כי פרשת ההגנה במשפטו הפלילי תחל בחודש מרץ 2025, (בקשה שסורבה חלקית על ידי בית המשפט, שקבע כי העדות תחל ביום 2.12.24), תוך שהדגיש לשם כך את העובדה שבעיצומה של מלחמה הכנתו וההיערכות הדרושה לשמיעת עדותו, דורשת פרק זמן משמעותי ביותר, ולפיכך השהות הנדרשת כדי להכין אותו למתן עדותו גדולה משמעותית מזו שנדרשת בימי שיגרה.

העותרים יטענו כי דבריו אלו של המשיב 2 מאששים באופן המובהק ביותר את טענתם היסודית, לפיה קיים חשש סביר להימצאות ראש ממשלה בניגוד עניינים בניהול המלחמה. ויודגש - כידוע, על פי כללי איסור ניגוד העניינים, האיסור הוא על קימומו של חשש להימצאות נבחר ציבור במצב של ניגוד עניינים או במצב בו הוא עלול לשקול שיקולים זרים בבואו לעשות שימוש בכוח השלטוני המסור לו. היינו, בשל הסכנה הכרוכה בדבר, קובעת הפסיקה כי די בחשש, אותו מתחייב להפיג, וזאת בכדי למנוע ביצועה של פעולה בניגוד עניינים.

זו מהותם של דיני איסור ניגוד העניינים - למנוע את הרע בטרם יארע ולא להגיב לו בדיעבד.

3. בענייננו, החשש לניגוד עניינים עולה בבירור ובמישרין מהודאת בעל הדין עצמו, שכן בהודאתו מאשר המשיב 2 כי ההחלטות השלטוניות שמתקבלות על ידו בניהול המלחמה, משליכות במישרין על קצב הניהול ועל המשך שמיעת משפטו הפלילי. עובדה זו מבססת את החשש לקבלת החלטות שלטוניות בניהול המלחמה על ידי ראש הממשלה, תוך שקילת שיקולים אישיים שמטרתם עיכוב ו/או דחיית המשך ניהול משפטו הפלילי.

4. העותרים יטענו כי לאור מבחני הפסיקה באשר לכללי איסור ניגוד העניינים, תשובת היועצת המשפטית לממשלה מיום 12.8.24 במענה לפניית ב"כ העותרים (העתק התשובה מצורף כנספח 2 לעתירה), הינה שגויה מן היסוד ובשל כך היא נגועה בחוסר סבירות קיצוני. זאת היות ותשובתה מתייחסת ועוסקת בשאלה האם התגבשה תשתית עובדתית אשר יש בה כדי להצביע על פעולה או החלטה של המשיב 2 שנעשו בניגוד עניינים בניהול המלחמה, ולא בשאלה האחת והיחידה הרלוונטית לענייננו, והיא: האם קיים חשש לשימוש בכוח השלטוני המסור למשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה בניגוד עניינים ותוך שקילת שיקולים זרים, הנובעים מהיותו נאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון מצוי בעיצומו של שלב ההוכחות במשפטו הפלילי. תפקידה הוא לא לנסות לטפל בהשלכות של מצב ניגוד העניינים אלא לפעול למניעתו. כך מחייב הדין: לבחון את קיומו של החשש ולא את התממשותו בפועל לאחר התגבשותה של תשתית עובדתית מוכחת.

5. כפי שיפורט בהמשך בהרחבה, העותרים יטענו כי בענייננו קיים חשש להימצאות המשיב 2 במצב של ניגוד עניינים או במצב בו הוא עלול לשקול שיקול זר, בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות הקשורות בניהול המלחמה.

בכל רגע ורגע, בכל יום ובכל שעה, מתקיים חשש לניגוד עניינים הנובע מעצם קיומו של מתח מובנה בין האינטרס הציבורי המחייב את המשיב 2 לנהל את המלחמה אך ורק על יסוד שיקולים ענייניים של טובת הציבור, המחייבים, בין היתר, כי ישאף בראש ובראשונה להסדרה ולמציאת פתרון למצב המלחמה, לבין האינטרסים האישיים-העוצמתיים של המשיב 2 במשפטו הפלילי, להאריך את מצב המלחמה ואולי לסבך אף יותר את מצבה הבטחוני של מדינת ישראל, בכדי לדחות את המשך המשפט הפלילי המתנהל נגדו ככל שניתן ובכך למנוע, או לכל הפחות לדחות, כל הכרעה שיפוטית בענייניו האישי. בנוסף לשכל הישר, מסקנה זו נלמדת בבירור הן מבקשות הדחייה שהגיש המשיב 2 במסגרת ההליך הפלילי בענייניו, והן מסירובו העיקש והעקבי לכל הצעה ולכל יוזמה המוצעים לו במסגרת המשא ומתן המתנהל במאמץ למציאת פתרון לסיום המלחמה, תוך התעקשות על החזקה מתמדת בציר פילדלפי, בניגוד מוחלט לדעת כלל גורמי הביטחון והגורמים הנוספים המעורבים במו"מ, אשר היא הסוגייה העיקרית, ואולי אף היחידה, העומדת במוקד המחלוקת במו"מ ומונעת את ההגעה לעסקה. בנוסף מתנגד המשיב 2 לכל הצעותיה של ארה"ב - ידידתה הראשית של מדינת ישראל. ויודגש - המסקנה בדבר קיומו של חשש לניגוד עניינים מתחזקת ומקבלת משנה תוקף נוכח עמדתם הגורפת של כל גורמי הבטחון, הנשלחים מטעם ממשלת ישראל לניהול המו"מ מול נציגי חמאס ובסיוע המתווכות, מצרים, קטאר וארה"ב, ומצויים היטב בנבכי המו"מ, אשר מודיעים כי אין כל סיבה לסרב להצעה המצויה על שולחן המו"מ, כאשר למרות כל זאת, שב וחוזר המשיב 2 פעם אחר פעם, מזה למעלה משבעה חודשים, על סירובו לקבל את ההצעה.

6. העותרים יטענו כי קיומו של **חשש** לניגוד עניינים בשימוש בכוח השלטוני המסור לנאשם נתניהו, בהיותו ראש ממשלה, בעת שהוא עוסק בניהול מלחמה, נלמד באופן מובהק מעצם העובדה שניהול המשפט הפלילי מושפע בהכרח מניהול המלחמה וניהול המלחמה מושפע בהכרח מניהול המשפט, באופן שאינו ניתן להתרה. זאת כפי שהודה המשיב 2 בעצמו בבקשתו בפני בית המשפט המחוזי לדחיית תחילת מתן עדותו במשפטו.

לטענת העותרים **החשש הסביר** להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים עוצמתי ובלתי ניתן להתרה בזמן מלחמה **מתעצם שבעתיים נוכח הניסיון שנצבר** בכל הנוגע להתנהלותו של המשיב 2, החל מיום שהוגש נגדו כתב האישום ועד לפרוץ המלחמה.

ניסיון זה מלמד כי **בכל צומת קבלת החלטות מיום הגשת כתב האישום נגדו, לא נמנע המשיב 2 מלפעול בניגוד עניינים, תוך שהאינטרס האישי של הנאשם נתניהו היווה שיקול מרכזי בקבלת ההחלטות של ראש הממשלה נתניהו**, כפי שעולה בבירור מההחלטות שקיבל.

כפי שיפורט בסעיף 147 ד' לעתירה, המשיב 2 פעל באופן גלוי ומובהק בניגוד מוחלט לחוות דעת הייעוץ המשפטי לממשלה, תוך שהצהיר במפורש כי חוות הדעת אינה מקובלת עליו. לאורך כל תקופת כהונתו בתפקיד ראש ממשלה מיום שהוגש נגדו כתב האישום, נמנע המשיב 2 מפנייה יזומה לייעוץ המשפטי לממשלה לשם קבלת חוות דעת בכל עת בה התעורר חשש סביר להימצאותו בניגוד עניינים (לרבות בעת מינוי שר משפטים ובעת חתימה על הסכמים קואליציוניים), כל זאת על אף הבהרותיהם החוזרות ונשנות של היועצים המשפטיים לממשלה כי הוא מוזמן להיוועץ עמם בכל עניין בו מתעורר חשש לניגוד עניינים בתפקידו הציבורי וכך בכל הנוגע להליכי החקיקה לשינויים במערכת המשפט, אותם יזמה הממשלה שבראשותו החל מתחילת שנת 2023 ועד ליום 7.10.23. במסגרת זו הפר המשיב 2 במפורש את האיסורים שקבעו 11 שופטי בית משפט נכבד זה בבג"ץ הרכבת הממשלה, אשר היוו תנאי יסודי לעצם התרת כהונתו בתפקיד ראש ממשלה, כאשר הפר את ההוראות שקבע בעניינו היועץ המשפטי לממשלה בחוות הדעת למניעת ניגוד עניינים בשנת 2020.

התנהלות המשיב 2 בעבר מבססת את המסקנה כי **לפנינו אדם אשר לא הפנים את האיסורים החלים עליו להימצאות בניגוד עניינים** וכי הוא לא נמנע מלפעול בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי על אף החובה עליה הצביעה המשיבה 1 בתשובתה מיום 12.8.24 "להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי ולהימנע מכל פעולה במצב של ניגוד עניינים או שיש בה משום שיקול זר", ומכאן - **החשש**.

7. על כן יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי החלטת המשיבה 1 להכפיף את שאלת הצורך בעדכון הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 לשאלה העובדתית האם יחול או לא יחול שינוי בתשתית העובדתית בנוגע לבקשות הדחייה שיגיש המשיב 2 במשפטו הפלילי, קרי, האם בפועל יידחה מועד מתן עדותו של המשיב 2 הקבוע ליום 2.12.24, הינה החלטה שגויה ומוטעית מן היסוד ומשכך דינה בטלות. כפועל יוצא מכך יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי **קיים חשש** להימצאות המשיב 2 במצב של ניגוד עניינים או במצב בו הוא עלול לשקול שיקול זר, בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות הקשורות בניהול המלחמה, כנטען על ידי העותרים, וככל שכך אכן ייקבע, יתבקש בית המשפט הנכבד לבחון האם קיימת אפשרות למנוע את החשש באמצעות עדכון ההנחיות החלות על ראש הממשלה, או שמא לא ניתן למנוע את החשש האמור בדרך זו ומשכך מתחייבת פסילת כהונתו של המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה, כמבוקש בסעדים ג-ה' לעתירה.

תוכן עניינים

9	הצדדים לעתירה
9	א. העותרים
10	ב. המשיבים
11	התשתית העובדתית
11	א. ההליך הפלילי בעניינו של המשיב 2
11	א.1. העבירות בהן מואשם המשיב 2
12	א.2. בקשות הדחייה שהגיש המשיב 2 במשפטו הפלילי בזיקה לניהול המלחמה
	ב. החלטות ופעולות המשיב 2 בניהול המלחמה מבססות דפוס פעולה המעלה חשש לניגוד עניינים ולשקילת שיקולים זרים
20	ג. השתלשלות הליכים המשפטיים בפני בית משפט נכבד זה בסוגיית ניגוד העניינים של המשיב 2 בניהול המלחמה
26	ג.1. בג"ץ כרמי
26	ג.2. בג"ץ קלדרון
29	ג.3. החלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים באופן שיחול על פעולותיו והחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל"
31	מיצוי הליכים
33	הטיעון המשפטי
33	א. מהות הכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים
	ב. בעת מלחמה - הצורך בשמירת אמון הציבור ברשויות השלטון מתעצם והופך לצורך קיומי של ממש, בעל חשיבות מכרעת לחוסנה הבטחוני, חברתי והקיומי של מדינת ישראל
36	ג. ניגוד העניינים במקרה שלפנינו - חריג בטיבו ובעוצמתו
38	ד. חוסר הסבירות הקיצוני שבהחלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים
39	ד.1. אי שקילת כלל העובדות והשיקולים הצריכים לעניין
39	ד.2. טעות משפטית קשה ביישום העקרון האוסר ניגוד עניינים, שכן תכליתו מניעתית ולא תוצאתית
41	ד.3. המשיבה 1 טעתה טעות מהותית היורדת לשורשו של עניין כאשר הסתמכה על ההנחה לפיה כללי איסור ניגוד העניינים "ידועים", לביסוס החלטתה להימנע מחובתה לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020
44	ד.4. הימנעות המשיבה 1 משך קרוב ל-100 ימים ממתן תשובתה לפניית ב"כ העותרים מהווה ראייה נסיבתית לקושי במתן התשובה ובכך לחיזוק החשש לניגוד עניינים שאינו מטופל באופן שוטף כדין וכנדרש על ידי המשיבה 1
47	ה. החלטת המשיבה 1 מיום 12.8.24 להימנע מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2, מחזקת את הספק הרב בנוגע ליכולת המעשית למנוע את החשש לניגוד עניינים בפעולותיו של ראש ממשלה בנושא בטחון המדינה בזמן ניהול מלחמה באמצעות הסדר ניגוד עניינים
49	

- ו. החלטת בית המשפט הנכבד לדחיית הסעדים בבג"ץ כרמי התבססה על הנחת היסוד לפיה סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על ידי המשיבה 1 "באופן שוטף, כדין וכנדרש". לפיכך, כעת, משהוכח בהחלטת המשיבה 1 מיום 12.8.24 כי היא נמנעת מעדכון הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, הרי שמתבקש ליתן את הסעדים שהתבקשו לפסילת הכהונה, כמפורט בסעדים ג'-ה' לעתירה 56
- ז. האיסור להימצא בניגוד עניינים מונח, בראש ובראשונה, לפתחו של בעל התפקיד 57
- ח. בשל החשש הסביר להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים, הופכת סמכות הרשות של המשיב 2 להתפטר מתפקידו לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הממשלה לסמכות חובה על פי דין 60
- ט. קביעת נבצרות תפקודית של המשיב 2 מלמלא את תפקיד ראש הממשלה 64
- י. ההכרעה השיפוטית בדבר קיומה של נבצרות תפקודית אינה עומדת בסתירה להכרעת הרוב בבחירות דמוקרטיות 73
- יא. ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות מסורה, בראש ובראשונה, בידי בעל התפקיד עצמו 75

הצדדים לעתירה

העותרים

1. העותרים נמנים על ארבע קבוצות מרכזיות של אזרחים ואזרחיות, ואלו הן: בני משפחותיהם של חטופים וחטופות, אימהות ואבות ללוחמים בשירות סדיר ובמילואים, חברים וחברות בקבוצת "מבצר הדמוקרטיה" וחברים וחברות בעמותת "555 פטריוטים".
2. קבוצה הראשונה היא הקבוצה הרגישה והפגיעה ביותר בניהול המלחמה. כל החלטה של המשיב 2, כמי שעומד בראש קבינט המלחמה והאחראי הראשי לניהולה של מלחמה זו, הן בנוגע להמשך ניהולה והן בנוגע לקידום או אי קידום עסקת חטופים במסגרתה ממתנינים העותרים להשבת יקיריהם, הינה קריטית והרת גורל עבורם. בנסיבות הקשות עמן מתמודדים העותרים, כל דקה, כל שעה וכל יום נוסף שעובר, מבלי שנמנע החשש לקיומו של ניגוד עניינים בפעולותיו ובהחלטותיו של המשיב 2 בניהול המלחמה, מסכנים את חייהם של בני משפחותיהם החטופים בעזה. עותרים אלו מתמודדים עם נסיבות קשות וכואבות, כאשר בני משפחותיהם חטופים וחטופות בשבי החמאס, בעודם מצפים בקוצר רוח בכל דקה ודקה מזה 328 יום, לקבלת ההחלטות של הדרג המדיני במשא ומתן להשבת בני משפחותיהם. על כן הכרחי כי ידעו בוודאות שהפעולות וההחלטות בכל הנוגע לגורל קרוביהם מתקבלות על ידי הדרג המדיני אך ורק על בסיס האינטרס הציבורי וללא כל חשש שראש הממשלה נתניהו מקבל החלטות תוך שקילת שיקולים אישיים וזרים הנובעים ממצבו המשפטי.
3. כדוגמא יצוין כי העותרת מס' 1, הדס קלדרון, היא אמם של ארז וסתר קלדרון אשר נחטפו על ידי מחבלי חמאס מביתם בקיבוץ ניר עוז יחד עם אביהם, עופר קלדרון. ילדיה של העותרת הוחזרו במסגרת עסקת החטופים ביום 28.11.23 ואביהם, עופר, עודנו חטוף בידי החמאס בעזה מזה 328 ימים. העותרת מס' 1 היא בתה של כרמלה דן ז"ל, שנרצחה יחד עם נכדתה נויה דן ז"ל (בת אחותה של הדס) בקיבוץ. העותרת מס' 2, נטע הימן מינה, היא בתה של דיצה הימן, בת 84, שנחטפה מקיבוץ ניר עוז, הוחזקה בשבי החמאס 53 ימים ושבה לביתה במסגרת עסקת החטופים. העותרת מס' 3, עינב מוזס אורבך, היא כלתו של גדי מוזס, החטוף בידי חמאס בעזה מזה 328 ימים ואשר בת זוגתו, אפרת כץ ז"ל, נרצחה בשבעה באוקטובר. עינב היא כלתה של מרגלית מוזס ששחררה מהשבי בעסקת החטופים.
4. קבוצה שניה הינה 29 אימהות ו-2 אבות ללוחמים המשרתים בשירות סדיר ובמילואים (עותרות מס' 27-58). ילדיהן של עותרות אלו לוחמים מאז השבעה באוקטובר ומסכנים את חייהם בכל שעה משעות היממה, מידי יום ביומו בלחימה בשטח אויב. כך, לדוגמא, העותרת מס' 28, ד"ר נורית פלזנטל ברגר, היא אם לחייל שלחם במסגרת השירות הסדיר בעזה ברציפות מאז השבעה באוקטובר ועד לאחרונה. עם סיום שירותו הסדיר הוארך מידיה השירות בתנאי מילואים והוא שב חזרה לעזה, שם הוא צפוי להמשיך לשרת עד דצמבר 2024. בנה השני של העותרת לחם בעזה בשירות מילואים בסיירת צנחנים מאז השבעה באוקטובר במשך ארבעה חודשים. העותרים מס' 30-31, תמי סמיש נמליך ובמבי נמליך, הם הורים לשלושה. בנם הבכור, בן 26, משרת במילואים מאז השבעה באוקטובר. בנם השני, בן 21, חייל בשירות סדיר, לוחם בנח"ל מאז השבעה באוקטובר. בנם השלישי, בן 19, נלקח משנת המכינה, נשלח לגיוס מוקדם והוא מסיים את הטירונות בצה"ל.
5. כל אחת מההחלטות המתקבלות ע"י המשיב 2 בכל יום של לחימה, משליכה במישרין על מידת הסיכון לשלמות גופם, לשלמות נפשם ולחייהם של לוחמים אלה ושל כלל לוחמי צה"ל.

6. העותרות, האימהות והאבות ללוחמים, מבטאות, ובפועל מייצגות, בפנייתן לבית משפט נכבד זה את כמייהתן ואת זכותן של מאות אלפי אימהות ואבות ללוחמי צה"ל הנושאים בנטל הכבד של הגנת המדינה, לוודא בדחיפות עליונה שאין דחופה ממנה, כמי ששולחים את היקר להם מכל לסכן את חייו בהגנת המדינה, כי ההחלטות מסכנות החיים הכרוכות בניהול מלחמה, מתקבלות אך ורק על יסוד שיקולים ענייניים, שנועדו לממש את האינטרס הציבורי, ללא כל חשש מהכתמתם בפעולה או בהחלטה המתקבלת בניגוד עניינים או שיש בה שקילת שיקול זר הנובע מהאינטרסים האישיים והעוצמתיים של המשיב 2. צורך זה מבטא את ליבת עקרון אמון הציבור ברשויות השלטון.

7. העותרים מס' 26-5 הינם חברים וחברות בקבוצת "מבצר הדמוקרטיה", הכוללת אנשים מובילים בתחומי החינוך, האקדמיה, הביטחון, ההייטק ובתחומים נוספים. חברי קבוצה זו הם שהגישו את העתירות בבג"ץ 3618/23, דן חלוץ ו-38 אח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח', (נבו, 11.1.2024), (להלן: "בג"ץ חלוץ"), בג"ץ 2854/24, רבקה כרמי ו-27 אח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח', (נבו, 5.5.2024), (להלן: "בג"ץ כרמי"), ובג"ץ 5018/24, הדס קלדרון ו-69 אח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח', (נבו, 15.8.2024), (להלן: "בג"ץ קלדרון"), אשר כפועל יוצא מפסקי דין אלו ומתשובתה של המשיבה 1 בבג"ץ קלדרון, מוגשת העתירה דנן.

8. העותרים מס' 98-59 הינם חברים וחברות בעמותת "555 פטריטיים-העמותה להנחלת ערכי הדמוקרטיה, יושרה וערכות הדדיות", המונה מעל 1,700 טייסים ונווטים לשעבר, לוחמים ולוחמות צוות אויר. מטרות העמותה הינן קידום ערכים של אזרחות דמוקרטית בחברה הישראלית, חינוך לערכות הדדיות, הקניית ערכי יושרה ועוד.

המשיבים

9. המשיבה 1 היא היועצת המשפטית לממשלה, אשר בין יתר תפקידיה לפרש את הדין וכן לייעץ, לחוות דעתה ולהורות לכל גורמי השלטון את הנדרש לצורך קיום עקרון שלטון החוק ולשמירת כללי המנהל התקין. בתוך כך מתפקידיה של המשיבה 1 לחוות דעתה בכל הנוגע לפעולות המתחייבות על פי דין, לשם מניעת חשש להימצאות גורמי השלטון במצבי ניגוד עניינים. כמו כן המשיבה 1 הינה הגורם המוסמך על פי דין להכריז על נבצרות תפקודית של ראש הממשלה לפי חוק-יסוד: הממשלה.

10. המשיב 2, הוא ראש הממשלה ח"כ בנימין נתניהו, אשר במקביל לכהונתו בתפקיד ראש ממשלה מתנהל נגדו הליך פלילי בשלושה תיקים שונים, במסגרתם הוא מואשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, לרבות בעבירת השחיתות השלטונית החמורה ביותר, היא עבירת השוחד. על פי החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים, הנאשם נתניהו נדרש להתייצב בפני בית המשפט המחוזי לתחילת מתן עדותו ביום 24.12.2024. שלב עדותו הראשית צפויה להימשך כשבועיים ברציפות, ולאחריה צפויה חקירתו הנגדית להימשך מספר שבועות נוספים. סך הכל, על פי הידוע לעותרים, צפוי שלב עדותו להימשך כחודש ימים ברציפות.

11. המשיבה 3, ממשלת ישראל, מצורפת לעתירה היות וכלל שבית המשפט הנכבד יקבע כי המשיב 2 פסול מלהמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה ו/או יורה למשיב 2 להתפטר מתפקידו, הרי שבהתאם להוראת סעיף 19 סיפא לחוק-יסוד: הממשלה, משמעות התפטרות ראש הממשלה הינה כהתפטרות הממשלה.

12. המשיבה 4, מפלגת הליכוד-תנועה לאומית ליברלית, הינה משיבה פורמלית המצורפת לעתירה כצד העשוי להיפגע מתוצאותיה, ככל שיינתנו הסעדים המבוקשים בעתירה, באופן שכהונת המשיב 2 בתפקיד ראש

ממשלה תיפסק, שכן חברי המפלגה הם שבחרו את המשיב 2 לעמוד בראש המפלגה ולשמש כמועמדה לתפקיד ראש הממשלה.

התשתית העובדתית

א. ההליך הפלילי בעניינו של המשיב 2

א.1. העבירות בהן מואשם המשיב 2

13. בחודש נובמבר 2019, בעת שניהן בתפקיד ראש ממשלה, הוגש נגד המשיב 2 כתב אישום בגין עבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים בפרשה המכונה "תיק 4000", ובעבירות מרמה והפרת אמונים בפרשות המכונות "תיק 1000" ו"תיק 2000", (להלן: "תיקי האלפים").

14. "תיק 1000" עניינו במערכת יחסים שבין המשיב 2 לבין אנשי העסקים ארנון מילצ'ין וגיימס פאקר, במסגרתה קיבלו לכאורה המשיב 2 ורעייתו טובות הנאה משני אנשי עסקים אלו, אשר באו לידי ביטוי ב"קו אספקה" של סיגרים ובקבוקי שמפניה, וכן במקרה אחד של תכשיטים. על פי כתב האישום טובות הנאה אלו ניתנו למשיב מס' 2 בזיקה לתפקידיו הציבוריים וכן למעמדו כראש ממשלת ישראל והיקפן המצטבר הגיע לכדי כ-690,000 ₪. לפי המתואר בכתב האישום, המשיב 2 פעל במסגרת תפקידיו הציבוריים בעניינים שנגעו לאינטרסים כלכליים ואישיים של מילצ'ין תוך שהוא מצוי בניגוד עניינים חריף ומתמשך, וזאת במודעות ברורה לניגוד עניינים זה, שכן לא בכדי נמנע המשיב 2 מלדווח על יחסיו עם מילצ'ין ופאקר. בתיק זה מואשם המשיב 2 בעבירת מרמה והפרת אמונים על פי סעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

15. "תיק 2000" עניינו במערכת יחסים פסולה נוספת של המשיב 2 עם גורמים בעלי הון והשפעה במשק הישראלי ובו מתוארות שלוש סדרות של פגישות שקיים המשיב 2 עם מר ארנון (נוני) מוזס, העורך האחראי של עיתון "ידיעות אחרונות". בפגישות אלו, נדונה, בין היתר, עסקה לפיה מוזס יביא לשינוי ניכר לטובה באופן סיקורו של המשיב מס' 2 בכלי התקשורת מקבוצת "ידיעות אחרונות", בתמורה לכך שהמשיב יפעל במסגרת תפקידו על מנת לקדם חקיקה שתגביל את תפוצת העיתון המתחרה "ישראל היום". במעשיו אלה, כפי המתואר בכתב האישום, נטע המשיב 2 בליבו של מוזס את המסר לפיו הצעות שוחד הן כלי שניתן לעשות בו שימוש לקידום אינטרסים הדדיים של נבחרי ציבור בכירים ואנשי עסקים וכי אין בכך פסול. בתיק זה מואשם המשיב 2 בעבירות מרמה והפרת אמונים על פי סעיף 284 לחוק העונשין.

16. החמור מבין שלושת הפרשות הוא "תיק 4000", שבו מתוארת מערכת יחסים של שוחד לכאורה בין המשיב 2 לבין איש העסקים שאול אלוביץ', אשר שימש בתקופה הרלוונטית כבעל שליטה בקבוצת יורוקום, שהחזיקה בשליטה של חברת בזק, ושלט גם בחברת "וואלה תקשורת בע"מ", שהנה חברת בת של בזק. בהתאם לכתב האישום התפתחה בין אלוביץ' לבין המשיב 2 מערכת יחסים של "תן וקח", במסגרתה התערב המשיב 2 בעניינים רגולטוריים לטובת אלוביץ' ובתמורה קיבל סיקור אוהד באתר "וואלה". המשיב 2 הסתיר את מערכת היחסים בינו לבין מר אלוביץ' ורעייתו באופן שיטתי ועקבי מפני שורה של גורמים רשמיים, אשר להם מסר מידע חלקי ומטעה אודות טיב יחסיו עם מר אלוביץ'. בתיק זה מואשם המשיב 2 בלקיחת שוחד, בהתאם לסעיף 290 לחוק העונשין ובמרמה והפרת אמונים, לפי סעיף 284 לחוק. לעניין זה חשוב להדגיש כי עבירת הפרת האמונים המיוחסת למשיב 2 מתייחסת, בין היתר, להפרת הסדר ניגוד עניינים קודם שנערך לו בעת כהונתו בתפקיד שר התקשורת, היות והסתיר את קשריו הקרובים עם אלוביץ' תוך שפעל לטובתו. יצוין כי אופיים של האישומים החמורים בגינם עומד המשיב 2 לדיון, בעבירות

שוחד, מרמה והפרת אמונים, מעורר ספק באשר למידת החשש וההרתעה של נאשם בעבירות אלו מפני סכנה שבהעמדה לדין בשל עבירת הפרת אמונים נוספת, ככל שיפר את הסדר ניגוד עניינים הנוכחי, למול האינטרס העוצמתי למנוע ולדחות המשך בירור משפטו הפלילי, במטרה להציל עצמו מאימת הדין באישומים הקשים בהם הוא מואשם, כאשר ההליך המשפטי בעניינו מצוי בשלב מתקדם ביותר, הוא שלב פרשת ההגנה במסגרת הליך ההוכחות במשפטו.

17. ביום 28.1.2020 הוגש כתב האישום נגד המשיב 2 (להלן ייקרא גם: "הנאשם") לבית המשפט המחוזי בירושלים. הליך זה עודנו תלוי ועומד בפני בית המשפט במסגרת ת"פ 67104-01-20 (להלן: "ההליך הפלילי").

18. כלל ההליכים המקדמיים במשפט הסתיימו בתחילת שנת 2021.

19. ביום 5.4.2021 החל שלב ההוכחות, כאשר מספר עדי התביעה שנכללו בכתב האישום באותו מועד עמד על 333 עדים.

20. עובר לפרוץ מלחמת "חרבות ברזל", **פרשת התביעה הייתה צפויה להגיע לסיומה בתחילת שנת 2024, ובכך אמורה הייתה להיפתח פרשת ההגנה בעדותו של הנאשם**. המדובר בעדות מרכזית במסגרתה יידרש הנאשם להציג את גרסתו לאירועים הנטענים בכתב האישום ולעמוד לחקירה נגדית, כאשר בתוך כך תעמוד למבחן אמיתות גרסתו, אמיתותו ומהימנותו האישית. עדותו של הנאשם צפויה להימשך מספר שבועות, לאורך ימים רצופים וארוכים, והכל בעודו מכהן בתפקיד ראש ממשלה.

א.2. בקשות דחייה שהגיש המשיב 2 במשפטו הפלילי בזיקה לניהול המלחמה

21. ביום 7 באוקטובר 2023 פרצה מלחמת "חרבות ברזל", מלחמה הנמשכת ברציפות מזה למעלה מעשרה וחצי חודשים, ללא כל צפי לסיומה. כפי שיפורט להלן, **מאז החלה המלחמה, פנה הנאשם, באמצעות סגוריו, מספר רב של פעמים לבית המשפט המחוזי בו מתנהל משפטו הפלילי והגיש בבקשות שונות בנושאים הבאים: בקשה לשינוי לוח הזמנים במשפט, בקשה לשינוי סדר הבאת העדים ובקשה להימנע מלהעיד שלושה עדי מפתח בפרשת התביעה כל עוד מתנהלת מלחמה - דבר שעשוי היה להביא לעצירת המשפט, שכן הדבר עלול היה למנוע את האפשרות לסיים את פרשת התביעה עד לסיום המלחמה. כל הבקשות הוגשו על יסוד נימוקים הכרוכים ונובעים מהימשכות המלחמה.**

חשוב להקדים ולומר כי הגשת בקשות דחייה על ידי ראש ממשלה בנימוק שעניינו הצורך החיוני בניהול מלחמה, מציב את שופטי בית המשפט המחוזי בדילמה קשה לאורך כל תקופת קיומה של המלחמה. השופטים נדרשים להכריע ביחס לכל בקשה, האם האינטרס הציבורי המחייב את פניותו של ראש הממשלה לניהול המצב הבטחוני גובר על האינטרס לקיים את המשפט כסדרו, כמתחייב מכח עקרון שלטון החוק והשוויון בפני החוק, תוך שבכך עשויות להיפגע הן זכויותיו של הנאשם לקיום הליך הוגן והן יכולתו להתפנות לניהול המלחמה. ניתן להניח כי במרבית המקרים ייטה בית המשפט לטובת האינטרס הציבורי שבדחיית המשפט לטובת ניהול המלחמה ולא להיפך. **דילמה קשה זו, בה מצויים השופטים, ידועה היטב למשיב 2, דבר המגביר את מידת החשש להימצאותו בניגוד עניינים בכל הקשור לניהול המלחמה.**

22. עם פרוץ המלחמה, בוטלו למשך חודשיים ימים הדיונים שהיו קבועים בתיק. מספר דיונים אלו מסתכם בלמעלה מ-27 דיונים. ביום 4.12.23 התחדשו הדיונים בתיק. [צילום ממערכת נט המשפט של לוח הדיונים מצ"ב כנספח 3].

23. במהלך הדיון שהתקיים ביום 4.12.23 שעסק בקביעת מתכונת הדיונים בתיק, בניסיון להביא לסיומה של פרשת התביעה בלא עיכוב משמעותי לאחר שבוטלו דיונים רבים בתיק, כאמור, הוקראה לפרוטוקול הודעתו של ב"כ הנאשם, עוה"ד חדד, ע"י עוה"ד ז'ק חן שמייצג את בני הזוג אלוביץ'. בהודעה זו הביע עוה"ד חדד התנגדות נחרצת לקיומה של מתכונת הדיונים שהוצעה ע"י בית המשפט המחוזי, בין היתר, משום ש"**במצב הנוכחי בעיצומה של מלחמת חרבות ברזל אין כל אפשרות להיות בקשר כלשהו עם ראש הממשלה לצורך היערכות לחקירת העדים הצפויים זה מטעמו של עו"ד חדד**" [ר' עמ' 32874, שו' 3-5, בפרוטוקול הדיון מיום 4.12.23 בהליך הפלילי מצ"ב כנספח 4].

24. עוד עולה מפרוטוקול הדיון, כי לשאלת ביהמ"ש מה היה לו"ז הדיונים הצפוי בתיקי 1000 ו-2000 לולא הייתה מתנהלת המלחמה, השיבה עוה"ד תירוש, ב"כ המאשימה, כי לולא הייתה מתנהלת המלחמה אזי תיקים אלה היו אמורים להישמע בתחילת חודש נובמבר ור' לעניין זה שו' 32-10 כנספח 4 להלן:

16	<u>עו"ד יהודית תירוש</u> : לפי הלו"ז היינו אמורים עכשיו בתחילת דצמבר
17	<u>כב' השופט מ' בר-עם</u> : לא, היה דיילי של הדיונים של חודשיים לא?
18	<u>עו"ד יהודית תירוש</u> : שאלה כב' השופטת אלמלא האירועים האחרונים נכון?
19	<u>כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד</u> : אני שאלתי מתי כי הם אמורים שיש להם תיקים אחרים אז
20	מתי הם היו אמורים להיות ערוכים להיות אצלנו ארבעה ימים בשבוע?
21	<u>עו"ד יהודית תירוש</u> : היינו אמורים בסוף נובמבר אלמלא האירועים האלה, היינו אמורים בסוף
22	נובמבר לסיים את עדי 4000 ולעבור בסוף נובמבר לעדי 1000, 2000, מעבר לזה אני לא יודעת.
23	<u>כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן - אב"ד</u> : הבנו, טוב נחכה לתגובה.

25. בהמשך, הוגשה התייחסות צוות ההגנה של ראש הממשלה לאפשרויות שהועלו ע"י בית המשפט בעניין לוח הזמנים לשמיעת עדי התביעה, במסגרתה טען ב"כ הנאשם כי "חלק ניכר של העדים שצפויים להישמע, הם עדים משמעותיים שיש הכרח להיערך לשמיעת עדותם בתיאום ויחד עם ראש הממשלה. מדובר בעדים שלטענת המאשימה היו בקשר ישיר עם ראש הממשלה בקשר למיוחס לו בכתב האישום או כאלה שמעידים על סוגיות שנמצאות בליבת המחלוקת. במצב הנוכחי, בעיצומה של מלחמת חרבות ברזל, אין אפשרות לנהל את הקשר הנדרש עם ראש הממשלה, לצורך היערכות לחקירת העדים הצפויים" [התייחסות צוות ההגנה מצ"ב כנספח 5].

26. ביום 5.12.23 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי, לפיה מתכונת הדיונים הקבועה להמשך הליך ההוכחות בו העידו עדי התביעה, תצומצם נוכח אילוצים של ב"כ הנאשמים אלוביץ', עו"ד ז'ק חן ועובדי משרדו, שגוייסו לשירות מילואים. נקבע, כי הדיונים יישמעו פעמיים בשבוע בלבד, בימי שני ושלישי במהלך השבוע עד להחלטה אחרת. עוד נקבע בהחלטה, כי ביהמ"ש שקל להמשיך לשמוע בשלב זה את העדים באישומים האחרים, שאחד מהם הוא המשיב 2 (הנאשם הראשון בהליך הפלילי), אך מתגובת ב"כ המשיב 2 עלה כי הוא אינו ערוך לכך, בשל העובדה שהמשיב 2 מנהל את ענייני המלחמה, ולכן לטענת סנגורו אין באפשרותו ליצור עמו קשר ולהכין אותו לדיונים [החלטת ביהמ"ש המחוזי בהליך הפלילי מיום 5.12.23 מצ"ב כנספח 6].

27. בהמשך וביום 25.12.23 ניתנה החלטה נוספת של בימ"ש המחוזי בעניין מתכונת הדיונים הצפויה, במסגרתה הוחלט כי החל מיום 1.1.24 יתקיימו ארבעה דיונים בשבוע, בימי ראשון עד רביעי [החלטת ביהמ"ש המחוזי בהליך הפלילי מיום 25.12.23 מצ"ב כנספח 7]. אלא שלמחרת היום, ניתנה החלטה נוספת לפיה לבקשת ב"כ המשיב 2, עוה"ד עמית חדד, נקבע דיון קצר ליום 1.1.24 לצורך "שמיעת הסנגורים בעניין מתכונת הדיונים" [החלטת ביהמ"ש המחוזי בהליך הפלילי מיום 26.12.23 מצ"ב כנספח 8].

28. הדיון הדחוף נקבע נוכח טענת ב"כ הנאשם, עוה"ד חדד, כי יש צורך ממשי בדחיית דיוני ההוכחות בכל הנוגע לשמיעת עדויותיהם של 13 עדים מרכזיים למועד עתידי, בלתי ידוע. זאת, לאחר שבית המשפט המחוזי הודיע כי החל מחודש ינואר 2024 יערכו 4 דיונים בשבוע במסגרת הליכי ההוכחות. סנגורו של המשיב 2 ביקש להעלות בפני בית המשפט המחוזי "טיעונים אישיים", בדלתיים סגורות.

29. **פרוטוקול הדיון מיום 1.1.24 פותח בפנינו צוהר להצצה נדירה לתוך נכבי ההתנהלות והדינמיקה העדינה בכל הנוגע לבקשות שמגיש סנגורו של הנאשם, הוא ראש הממשלה, לשופטי בית המשפט המחוזי בירושלים, הקשורות בעובדה שמרשו עסוק בניהול מלחמה ואודות הקשר המובהק והבלתי ניתן להתרה בין ניהול המלחמה לבין המשך ניהול ההליך המשפטי. קריאת הדברים מלמדת בבירור עד כמה סוגיית המלחמה ואי הוודאות באשר לעומד להתרחש בהמשכה של המלחמה הינה סוגייה מרכזית, נוכחת ומשפיעה באופן משמעותי ביותר על המשך ניהול ההליך המשפטי.** חשוב לזכור, כאמור, כי חלק מהטענות בדיון זה נשמעו בדלתיים סגורות בשל "ענייני המלחמה", כדברי כב' הש' פרידמן-פלדמן עם תחילת הדיון בדלתיים פתוחות.

30. מהבהרת כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן, בחלק שהותר לפרסום מפרוטוקול הדיון מיום 1.1.24, אנו למדים כי הטיעונים שנשמעו מפי סנגוריו של הנאשם עניינם בקשיים שנגרמים בניהול התיק נוכח הימשכות המלחמה, ולעניין זה נפנה לעמ' 59, שו' 19-6 לפרוטוקול הדיון מיום 1.1.24 המצ"ב כנספח 9:

6	<u>כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן-אב"ד:</u> טוב, כדי להניח את דעתם של כל מי שהיו בחוץ או אני אומר
7	ממש בקצרה מה היה פה ולא הפסדתם שום דבר. יש לנו את ענייני המלחמה שיוצרים קשיים
8	כרגיל בתפקוד של,
9	<u>עו"ד נויט נגב:</u> נקווה שלא כרגיל
10	<u>כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן-אב"ד:</u> לא, כרגיל בבקשות שמוגשות לענייני המלחמה.
11	<u>עו"ד עמית חדד:</u> על זה נרחיב תיכף.
12	<u>כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן-אב"ד:</u> כן, אני רק אומר את זה ככה ממש מהר, יש רשימת עדים
13	שלגביהם עו"ד חדד ביקש מהמדינה לדחות את שמיעת עדותם, שזה קשור לענייניו של ראש
14	הממשלה בקשר למלחמה, סך הכל אנחנו מדברים על 13 עדים שנכללו בבקשה שהועברה
15	לתביעה, לא הועברה אלינו, הועברה לתביעה שלגביהם הבקשה היא לדחות כרגע קצת את
16	עדותם. מעבר לכך יש לנו עוד משהו כמו 25 עדים גג שיכולים להישמע כרגע, רובם עדים
17	קצרים וזהו, פחות או יותר אנחנו שם. העדים שאין בעיה לשמוע אותם כרגע אנחנו מדברים
18	על מספר ישיבות של 13, 14 ישיבות ושם אנחנו, לשם הגענו. פחות או יותר זה מה שהיה עד

31. בהמשך, טען לפרוטוקול סנגורו של הנאשם, עוה"ד חדד, כי ישנם קשיים ממשיים במשרדו בניהול הדיונים רק בתיק זה 4 פעמים בשבוע באופן קבוע, וכי **קיים גם קושי ממשי בתקשורת שמתאפשרת לו עם הנאשם בימים אלה משום שהוא אינו יכול לומר לו לתעדף את ניהול ההליך הפלילי על פני ישיבות הקבינט הבטחוני, כדוגמא להמחשה, לניהול ענייני המלחמה. מבחינה מקצועית טען עוה"ד חדד כי אין ביכולתו לנהל את הגנתו של הנאשם באופן המיטבי ביותר כל עוד מתנהלת המלחמה. בשל כך טען עוה"ד חדד שיש לשנות את סדר שמיעת העדים שנתרו מטעם התביעה, טוען שהוא קושר במישרין בין הימשכות המלחמה לבין ניהול ההליך הפלילי, באלו המילים (ר' בעמ' 67, שו' 12-4, נספח 9):**

4 שבהגיונותם אני חושב שאולי גם מילה טובה צריך להגיד להגנה בהקשר הזה, רצינו כדי לא
 5 לעכב המשפט ולא לעכב דיונים ולא לדחות שום דבר, בואו נשנה את סדר העדים, נשנה אותו
 6 כך שנוכל להמשיך הגם כשיש מלחמה, זה אירוע שהוא בהחלט רלוונטי, בהחלט משפיע, אין
 7 לי קשר עם הלקוח בתקופה הזאת, אני לא יכול לבוא ולהגיד לו אדוני, עם כל הכבוד לקבינט
 8 המלחמה בוא נשב ונדבר אז לקחנו על עצמנו בהחלט לבוא ולטפל, לשנות את סדר העדים,
 9 לראות מי אנחנו באמות באמות צריכים את ראש הממשלה, דרך אגב, בשגרה הייתי מתייעץ
 10 איתו גם ביחס לעדים האלו לנסות ולהבין אבל אני מבין שאין אפשרות אז אנחנו לא רוצים
 11 חלילה לעכב את ההליכים פה, אנחנו מבינים את כל מה שכבודכם כותב בהחלטות ואילו
 12 דברים שאנחנו לא מתעלמים מהם, אנחנו רוצים לבוא ולנסות ולסייע כמה שאפשר אבל אם

32. עוה"ד חدد ניסה להפיג את החשש של השופטים מכך שיש בידי הנאשם כוונה לדחות את הדיונים, והרגיע גם את הרחש הציבורי שהחל להתעורר בתקשורת סביב הסוגייה בכך שטען לפרוטוקול כי אין בכוונת מרשו להוביל לדחיית הדיונים בתיק נוכח המלחמה, על אף שיכול לעשות זאת בנקל, אלא רק לשינוי סדר הבאת העדים, לאמור:

עו"ד עמית חדד: נכון, נכון. אנחנו לא ביקשנו בשונה מהפרסומים בתקשורת שהציגו את זה כאילו
 15 ביקשנו לבטל דיונים או לדחות דיונים או כל דבר אחר שתמיד התדריכים הם תמיד
 16 "לטובתנו" לא ביקשנו לשנות, לא ביקשנו לבטל, ביקשנו לבוא ולנסות לעשות איזשהו... כדי
 17 למנוע ביטול של דיונים, הרי יכולנו לבוא ולעשות את הדבר הפשוט, לבוא לבית המשפט
 18 ולהגיד מלחמה, לא יכולים, לא רוצים, אנחנו גם רגישים לאינטרס הציבורי בהנחה ויש
 19 אינטרס כזה או לרעש הציבורי, אנחנו לא מתעלמים מנו, לא רוצים לשים אף אחד, לא את
 20 המדינה, לא אותנו ולא את בית המשפט מול האירוע הזה ולכן פתרנו את זה אני חושב בצורה
 21 חכמה ויש לי רק מילים טובות להגיד לחברי בעניין הזה.
 22

33. לשאלת ביהמ"ש המחוזי בקשר להשפעתם של הקשיים הנגרמים מהמשכות המלחמה, השיב עוה"ד חדד **כי משך הזמן שבו תמשיך להתנהל המלחמה בשלב זה הוא לא צפוי וכי אין באפשרותו תחת תנאים אלה לנהל את הגנתו של הנאשם, ור' לעניין זה עמ' 73, שו' 19-12 בנספח 9:**

כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן-אב"ד: למה אנחנו קוראים המלחמה תיגמר, המלחמה לא הולכת
 12 להיגמר כל כך מהר, למה אנחנו קוראים,
 13 **עו"ד עמית חדד:** גברתי אני לא נמצא בישיבות קבינט, אני לא יודע, אני אומר כך היום אין אפשרות,
 14 אין לי אפשרות מעשית אפילו יש בזה חוצפה מצידי לנסות לבוא ולהגיד, אני יודע שראש
 15 הממשלה עובד עד שתיים בלילה כל יום, אני לא יודע איפה, אני אומר את זה שוב במלוא,
 16 אני לא רוצה לפתוח מדי הרבה אבל מבחינתי בעוד חודש המלחמה לא תיגמר אבל הדברים
 17 יהיו יותר ברווח, אני לא יודע וגם לא הגשנו בקשה כזאת בינתיים. אני חושב שמה שאמר
 18 אדוני בהקשר הזה,
 19

34. בהתייחס ליכולת שמיעתם של העדים ציין עו"ד חדד כי הוא אינו יודע מה יקרה בעוד חודש במלחמה. התובע, עו"ד גילדין, ציין בעמ' 72 ש' 13-10 לפרוטוקול:

...וחברינו באמת ביקשו שכל עוד לעניין רשימת ה-13 שכל עוד בטרם תסתיים מלחמת חרבות ברזל הם לא יכולים לתת לראש הממשלה הגנה ראויה ביחס לעדות שלהם, אנחנו בוודאי לא מזלזלים בזכויות נאשמים ולכן הסכמנו לעשות את השינוי ולהקדים עדים".

ובהמשך בשי' 22 ועד עמ' 73 שי' 3 :

"...חברי אני מסכים בנקודה אחת, אם יש רמזור עוד מאה מטר אין טעם לנסוע 200 קמ"ש, זה נראה לי נכון, כלומר אם נגזר עלינו, אם תהיה בקשה ולכן אני רוצה להקדים את הנקודה הזאת כי זה לדעתי מה שמשנה, אם הקבוצה הזאת של ה-13 לא יוכלו להישמע אז עם ה-12, 13, 14 מועדים של העדים האחרים יישמעו שלושה ימים בשבוע או ארבעה ימים בשבוע זה לא משנה כי במילא אנחנו חס וחלילה נתקעים".

וכב' השי' פרידמן-פלדמן בעמ' 73 שי' 20-21 :

"עו"ד גילדין התייחס לזה, הוא אומר אם אנחנו נרוץ, נרוץ, נרוץ ואז? ניצטר"

ולאחר דברים אלו, דברי כב' השי' שחם בעמ' 74 שי' 5 :

"אם יש מצב שמונע דיונים כמו שאמר מר חדד אנחנו לא יודעים איזה מן מצב זה יהיה ומה נוכל ומה לא נוכל.....השאלה בתרחיש הזה מהי עמדתכם? אם יש טעם לעבור לארבעה ימים?"

35. למקרא הדברים מתוך פרוטוקול הדיון, אשר התקיים מיד עם סיום החלק שהתנהל בדלתיים סגורות ושעסק בהשלכות "ענייני המלחמה" על ההליך המשפטי, ברור לחלוטין הקשר המובהק והבלתי ניתן להתרה בין המשך ניהול המלחמה, אורכה של המלחמה ומידת עצימותה, לבין המשך ניהול ההליך המשפטי ומידת ההשפעה ההכרחית שקיימת בין השניים. מן האמור מתקבלת תמונה של אי וודאות מוחלטת בכל הנוגע ללוחות הזמנים להמשך ניהול ההליך המשפטי ואי ידיעה מוחלטת בנוגע לשאלה האם ההליך המשפטי עומד להיעצר בשל המלחמה אם לא.

36. דוגמאות נוספות לאי הוודאות המוחלטת בהליך המשפטי, כפועל יוצא מאופן ניהול המלחמה, ניתן למצוא בדברי כב' השי' שחם לעו"ד חדד המייצג את המשיב 2, בעמ' 73 שי' 7-8 :

"אם יהיו נסיבות כאלו ואחרות שתגישו לנו בקשה זה דבר אחר ולכן אנחנו לא יודעים להגיב שנהיה שם".

ובהמשך דבריו בעמ' 74 שי' 5-6 :

"אם יש מצב שמונע דיונים כמו שאמר מר חדד אנחנו לא יודעים איזה מן מצב זה יהיה ומה נוכל ומה לא נוכל..."

בהמשך בשי' 19-20 מצביע התובע, עו"ד גולדין, על הקושי הקיים בשל תנאי אי הוודאות ומוסיף:

"כשלא מוגשת בקשה ואני שומע מבית המשפט שהוא לא, שמי שרוצה שיבקש מתי שהוא רוצה לבקש יש פה עמדה שנגזרת מתנאי אי וודאות."

ולאחר מכן בעמ' 75 ש' 12-13 מציין עו"ד גילדין את הקשר המובהק בין אי הוודאות בניהול ההליך המשפטי לבין אי הוודאות בכל הקשור להמשך ניהול המלחמה, באומרו:

"אנחנו גם לא מקלים ראש בטענות שנטענו פה באופן פתוח וחלק נטענו באופן סגור שקשורות למלחמה, אנחנו לא עיוורים לעובדה שקרה אירוע מז'ורי שמלווה אותנו".

בהמשך מוסיף עו"ד גילדין דברים מהם עולה אפשרות לעצירת המשפט בשל ניהול המלחמה, וכך הוא אומר בעמ' 75 ש' 21 ועד עמ' 76 ש' 1-3:

"אני אומר מה שברור לי שאם היינו מניחים שאנחנו נעצרים, אדוני אמר לי לא להניח אבל אני חושש, אני בכל זאת מצליח לראות שלושה שבועות קדימה גם את המלחמה וגם את המצב העדים ולחשוש מכל הכיוונים אז אני אומר כמו שאדוני אומר זה לא משנה, זה באמת לא כל כך נראה לי חשוב כי זה באמת אותו דבר יוצא, ככל שאנחנו לא נעצרים ואני שוב חושב, לא יודע, צריך לראות אז בכל זאת צריך לבדוק לרגע עם שלוחי מה שנקרא מה העמדה כי עלו פה טענות רציניות וקושי אמיתי ואנחנו גם קולגיאליים וגם מבינים את המורכבות".

37. בהמשך דבריו מנסה התובע להתמודד עם מצב אי הוודאות בקשר להמשך ניהול ההליך המשפטי והאופן בו יושפע הליך זה כתוצאה מהמשך ניהולה של המלחמה, כפי שהוצגו קודם לכן על ידי ב"כ המשיב 2, ומציין בעמ' 76 ש' 9-14:

"....בחיים כשיש מצב של אי וודאות אנחנו מנסים בתוכנו להעריך בכל זאת מה האפשרויות כאילו זה גם משפיע על החלטות שלנו בכל דבר בחיים ואני אומר את הדבר הבא, ברור שאם הייתי מניח שאנחנו.... את הקבוצה הזאת ואחרי זה צריכים להמתין לסוף לחימה, בעזרת ה' שהכל יסתדר מיד אבל, אדוני אמר את זה וחברי אמרו את זה וכולם צודקים, זה לא משנה, זה אותו דבר, זה לא מקצר את המשפט, בוודאי אפשר לשקול את השיקולים, את הטעמים הרציניים".

38. מעיון בפרוטוקול הדיון מיום 1.1.24 מתחייבת בבירור המסקנה בדבר הקשר המובנה והעוצמתי שבין ניהול מלחמה לבין המשך ניהול ההליך המשפטי, באופן שאינו מותיר כל ספק בנוגע לקיומו של חשש סביר להימצאותו של המשיב 2 בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי כראש ממשלה.

39. ביום 8.1.24 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בעניין זה, ונקבע כי בשלב זה הדיונים בתיקי 1000 ו-2000, יישמעו שלוש פעמים בשבוע בלבד. בית המשפט המחוזי ראה לנכון להבהיר בהחלטתו כי: **"החלטה זו**

נשענת כעניין מרכזי על נימוקים הנוגעים לאילוצים הנובעים מהמלחמה. לפיכך, בדעתנו לשוב ולהידרש לעניין בהתאם להתפתחויות" [החלטת ביהמ"ש המחוזי בת"פ 67104-01-20 מיום 8.1.24 מצ"ב כנספח 10].

40. ביום 11.1.24 ניתנה החלטה נוספת, בה נדחתה בקשת המשיב 2 לדחות את השעה בה יחלו הדיונים בתיק, שנקבעו לשעה 09:00 בבוקר באופן קבוע [החלטת ביהמ"ש בהליך הפלילי מיום 11.1.24 מצ"ב כנספח 11].

41. ביום 13.2.24 ערך ביהמ"ש המחוזי בירור נוסף עם הצדדים ובאי כוחם באשר לאפשרות לשוב למתכונת הדיונים שנקבעה במקור לצורך קידום בירור ההליך וסיום פרשת התביעה, ואולם מתכונת הדיונים נותרה מצומצמת. כפי העולה מהחלטת ביהמ"ש המחוזי הסיבה לכך היא בשל טענות ב"כ המשיב 2 בדבר הימשכות המלחמה [החלטת ביהמ"ש המחוזי בהליך הפלילי מיום 13.2.24 מצ"ב כנספח 12].

42. ביום 25.2.24 הוגשה הודעת המדינה בהליך, לפיה שמיעת קבוצת העדים הנוכחית באישומים השני והשלישי וקבוצת העדים הבאה באישום הראשון, עתידה להגיע לסיומה בתוך שלושה עד ארבעה שבועות. כך שנתר יהיה לשמוע רק את קבוצת העדים האחרונה, המונה 9 עדים, לצורך סיום פרשת התביעה.

43. ימים ספורים לאחר מכן וביום 4.3.24 הגישו ב"כ המשיב 2 בקשה הנושאת כותרת "בקשה לקיום דיון באשר למתכונת שמיעת קבוצת העדים האחרונה באישומים השני והשלישי" במסגרתה עתרו לדחיית שמיעת עדותם של שלושה עדי מפתח בתיק למועד לא ידוע, כאשר ביחס לששת העדים הנוותרים, התבקש בית המשפט המחוזי להאט את קצב שמיעת העדויות שלהם. זאת, לטענת ב"כ המשיב 2, לאור "קשיים אובייקטיביים" בשל המלחמה".

44. שלושת העדים שב"כ המשיב 2 ביקשו שלא להעיד בשלב זה, בשל הימשכותו מצב המלחמה, לטענתם, הינם עו"ד דוד שמרון, מקורבו של המשיב 2, עו"ד שלומית ברנע-פרגו יועמ"שית משרד רוה"מ וכן תנ"צ כורש ברנור, שהיה ראש היחידה הארצית לחקירות הונאה של המשטרה בזמן שבוצעו החקירות בעניינו של המשיב 2. המדובר, כאמור, בעדי מפתח בתיק אשר לעדותם משקל משמעותי.

45. כאמור, בבקשתו טען המשיב 2 כי ישנם קשיים אובייקטיביים להיערך לשמיעת עדותם של קבוצת עדים זו "כל עוד מלחמת 'חרבות ברזל' נמצאת בעיצומה", לאמור [בקשה לדחיית עדים שהוגשה במסגרת ההליך הפלילי מצ"ב כנספח 13]:

כפי שציינה ההגנה כבר ביום 5.12.2023 וגם בדיונים שהתקיימו בפני בית המשפט הנכבד לאחר מכן, ובשיח מול המאשימה, ביחס ל-9 עדים ישנם קשיים אובייקטיביים להיערך לשמיעת עדותם של קבוצת עדים זו, כל עוד מלחמת "חרבות ברזל" נמצאת בעיצומה.

46. ביום 7.3.2024 דחה בית המשפט המחוזי את בקשת המשיב 2 וקבע את לוח הזמנים להמשך שמיעת עדי התביעה האחרונים שנתרו להעיד במסגרת פרשת התביעה. [החלטת בית המשפט המחוזי בהליך הפלילי מיום 7.3.24 מצ"ב כנספח 14].

47. העותרים יטענו כי טענותיו של המשיב 2 בנוגע ליכולתו המוגבלת לנהל את הגנתו כדבעי בהליך הפלילי המתנהל בעניינו מאז פרוץ המלחמה, מצטרפות לשורת טענות נוספות שהעלו סגוריו של המשיב 2 במהלך המלחמה, בין היתר הקושי ליצור קשר עם המשיב 2 בעת שהוא נדרש לנהל את המלחמה והקושי להכינו להמשך הדיונים. טענות אלה, הנשמעות מטעם בעל הדין עצמו, מלמדות בבירור כי לא קיימת מחלוקת עובדתית באשר לקשר הגורדי, הבלתי ניתן להתרה, בין ניהול המלחמה לבין היכולת לקיים ולנהל את

ההליך הפלילי בעניינו של המשיב 2 באופן יעיל ואפקטיבי כמתחייב על פי דין. הדבר נלמד הן מהבקשה שהגיש ב"כ המשיב 2 לבית המשפט בהליך הפלילי והן מהמגעים שניהל ישירות מול התובעים בהליך, אשר נועדו להאט את קצב ניהול ההליך, לעכב שמיעתם של עדי תביעה ולמסמס בכל דרך אפשרית את המשך ניהולו התקין של ההליך הפלילי בזמן שמתנהלת מלחמה.

48. לכל אלו מצטרפת בקשת המשיב 2 מיום 26.6.24 לדחייה בת תשעה חודשים (עד לחודש מרץ 2025) של תחילת פרשת ההגנה במשפטו, וזאת בהתבסס על הטיעון בדבר הצורך שלו לנהל את המלחמה. במסגרת בקשתו טען הנאשם כי "היערכות לשמיעת עדות הנאשם בהיקף כזה דורשת פרק זמן משמעותי. במציאות הנוכחית, שבה נדרשת ההגנה להכין את ראש הממשלה לעדות בעיצומה של מלחמה - השהות הנדרשת כדי להכין את ראש הממשלה לעדות, באופן שלא יפגע בזכויות ובהגנתו, גדולה משמעותית". (ההדגשה לא במקור - הח"מ). בקשה זו הוגשה לבית המשפט המחוזי בירושלים תחת הכותרת: "עמדת ראש הממשלה בדבר מועד תחילת פרשת ההגנה". (להלן: "בקשת ראש הממשלה"). [העתק "בקשת ראש הממשלה" מיום 26.6.24 מצ"ב כנספח 15].

תוכן בקשתו של המשיב 2 מאששת באופן המובהק ביותר את טענתם היסודית של העותרים, בדבר קיומו של חשש סביר להימצאות הנאשם נתניהו בניגוד עניינים בניהול המלחמה בתפקידו כראש הממשלה, באופן המחייב את התערבותה של היועצת המשפטית לממשלה כמבוקש בעתירה.

49. המסקנה בדבר קיומו של החשש לניגוד עניינים עולה בבירור ובמישרין מהודאתו של בעל הדין עצמו, בעמדה שהציג בפני בית המשפט המחוזי ביום 26.6.24, שכן בהודאתו מאשר המשיב 2 כי החלטות השלטוניות שמתקבלות על ידו בניהול המלחמה, משליכות במישרין על קצב ניהול ועל המשך שמיעת משפטו הפלילי. עובדה זו מבססת את החשש לקבלת החלטות שלטוניות בניהול המלחמה על ידי ראש הממשלה, תוך שקילת שיקולים אישיים שמטרתם עיכוב ו/או דחיית המשך ניהול משפטו הפלילי.

הפרקליטות התנגדה לבקשת הדחייה תוך שהדגישה את חשיבות שמירת האינטרסים הציבוריים, את הגינות ההליך ואת שמירת עקרון היסוד לפיו כולם שווים בפני החוק. עוד הוסיפה כי: "נאשם 1 לא טען בעבר שהוא אינו יכול לקיים את משפטו במקביל לתפקידו הציבורי, והוא אינו טוען כך במפורש גם היום. ההיפך: נאשם 1 הבהיר בהזדמנויות שונות כי כהונתו לא תשפיע על ניהול ההליך". (הכל כמצוטט מתוך סעיף 5 לתשובת המשיבה 1 לב"כ העותרים מיום 12.8.24, המצ"ב כנספח 2 לעתירה). ביום 9.7.24 החליט בית המשפט המחוזי בירושלים כי פרשת ההגנה תחל ביום 2.12.24 בשמיעת עדותו של הנאשם 1, ראש הממשלה.

50. מן המתואר לעיל עולה בבירור כי בהתנהלותו של המשיב 2 במשפטו הפלילי עושה הנאשם נתניהו שימוש רב בעצם הימשכות המלחמה, כטיעון מרכזי לצורך הגשת בקשותיו הרבות לדחיית שמיעתם של עדים, להאטת קצב הדיונים בהליך, לדחיית מועד שמיעת עדותו וחקירתו הנגדית, (בה ידרש לפרוש את גרסתו לאירועים המיוחסים לו, תוך שאמינותו ומהימנותו יועמדו למבחן), באופן המוביל, בהכרח, לדחיית מועד ההכרעה במשפטו.

51. לפיכך יטענו העותרים כי עצם הגשת בקשות הדחייה על ידי הנאשם נתניהו מבססות את החשש הסביר להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים מובנה (אינהרנטי) עוצמתי וחריף, בתפקיד ראש ממשלה, החל מרגע פרוץ המלחמה ולאורך כל זמן ניהולה של המלחמה, זאת ללא קשר לתוצאה האם בקשות הדחייה התקבלו

או נדחו על ידי בית המשפט. שכן המוטיבציה של המשיב 2 לבקש דחיות חוזרות ונשנות במשפטו, על יסוד הימשכות המלחמה, היא המעידה על קיומו של החשש שמא המשיב 2, המעוניין בדחיית משפטו הפלילי, יעשה שימוש בכוחו השלטוני המסור לו בתפקיד ראש ממשלה, שלא אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי, וכן החשש שהוא עצמו לא יימנע מרצונו מכל פעולה במצב של ניגוד עניינים או מפעולה שיש בה משום שיקול זר, הנובעת מעצם היותו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון מצוי בעיצומו של שלב ההוכחות במשפטו הפלילי, שכן היותו נאשם בעבירות חמורות טומן בחובו אינטרס אישי עוצמתי ומובהק מהמעלה הראשונה.

חשוב לזכור ולהזכיר בעניין זה כי בידי המשיב 2, כראש הממשלה העומד בראש קבינט המלחמה, נתונה הסמכות לשלוט ולקבוע את "גובה הלהבות" במלחמה, קרי לקבל החלטות בנוגע למידת עצימותה של הלחימה, למשך הזמן עד לסיומה, לרוחב התפרסותה על פני זירות נוספות וכן כל החלטה אחרת, אשר משפיעה באופן ישיר ומיידי על עצימותו של ההליך הפלילי המתנהל בעניינו. בדרך זו זוכה המשיב 2 בשליטה משמעותית על התארכותו של ההליך הפלילי בעניינו, על היקף התפרסותו, על קצב שמיעת העדים במסגרתו ועל תדירות הדיונים המתקיימים בו.

לפיכך, אין חולק כי קיים חשש ממשי ביותר להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים מובנה מעצם הגדרתו (אינהרנטי), עוצמתי וחריג, בין היותו נאשם העומד לדין פלילי בעבירות חמורות שיש עמן קלון, המצוי כפסע לפני עלייתו לדוכן העדים כעד הראשון מטעם ההגנה במשפטו, לבין כהונתו בתפקיד ראש ממשלה בזמן ניהול מלחמה, המקבל החלטות הרות גורל לחיי אדם של כל אחד ואחת מאזרחי המדינה, לחייהם של לוחמי צה"ל, לחיי החטופים והחטופות בשבי החמאס, לבטחון מדינת ישראל ולבטחון האזור כולו.

אשר על כן, במצב הדברים החריג והמסוכן מאין כמותו בו אנו מצויים, מתחייבת הוראה מפורשת, רשמית, ברורה, מוגדרת ובעלת תוקף מחייב משפטית, מטעם היועצת המשפטית לממשלה, לעדכון הסדר ניגוד העניינים של המשיב 2, כך שיחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", כמבוקש בסעד השני לעתירה, וככל שיימצא כי לא קיימת אפשרות לעדכן את הסדר ניגוד העניינים, כאמור, בכל הנוגע לפעולותיו והחלטותיו של ראש ממשלה בעת ניהול מלחמה וקבלת החלטות בקשר לעסקה לסיומה, יורה בית המשפט הנכבד על הפסקת כהונת המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה כמבוקש בסעדים ג'–ה' לעתירה.

ב. החלטות ופעולות המשיב 2 בניהול המלחמה מבססות דפוס פעולה המעלה חשש לניגוד עניינים ולשקילת שיקולים זרים

52. בעיצומם של ימים אלו ממש, מצויה מדינת ישראל בצומת דרכים גורלית אשר בה יוחלט לאן פניה. האם פניה לרגיעה, להפסקת אש, זמנית או קבועה, במלחמה בעזה, להסדרה אזורית, להרגעת זירות הלחימה ולעסקת שחרור חטופים, או שמא פניה של המדינה להמשך המלחמה בעזה, להרחבת זירות המלחמה, הן בצפון מול חיזבאללה והן בזירות נוספות, לרבות מול איראן, לדחיית עסקה לשחרור חטופים ויתכן אף להסלמה חמורה ולפתיחתה של מלחמה אזורית כוללת.

53. במסגרת זו מקבל המשיב 2, בכל יום ובכל שעה, החלטות גורליות אשר להן השפעה דרמטית על הכיוון אליו תפנה מדינת ישראל בצומת הדרכים שלפנינו.

54. במהלך השבועות האחרונים ומאז שפורק קבינט המלחמה התקבע דפוס פעולה, לפיו המשיב 2 הוא הגורם המרכזי שבכוחו לקבל החלטה בקשר לקבלה או לדחייה של הצעות קונקרטיות לעסקה לשחרור החטופים ולסיום הלחימה ובאשר לתנאים שיש להציב בעסקה זו, (להלן: "המו"מ" ו/או "העסקה"). בהתאם לפרסומים בתקשורת, המשיב 2 הוא שקובע אם יחודש המשא ומתן, מה תהיה העמדה שתוצג בו ובעיקר, אם יש לדחות או לקבל הצעות מסוימות הנדונות במסגרתו.

55. מהפרסומים בתקשורת עולה כי לא רק שהמשיב 2 הוא הגורם הבלעדי על פיו יישק דבר בכל הנוגע לעסקת החטופים ולהפסקת המלחמה, אלא שעמדתו בכל הנוגע לתנאי העסקה מנוגדת לעמדתם של כל ראשי מערכת הביטחון שעוסקים בעניין, לרבות לעמדתו של שר הביטחון. לא בכדי עד כה נמנה המשיב 2 מלהביא בפני הממשלה את ההצעות שהועלו במסגרת המו"מ והוא מונע מראשי מערכת הביטחון להציג את השיקולים הנוגעים לעניין, ובכלל זה את ההשלכות מרחיקות הלכת שצפויות להיגרם בשל החלטת הסירוב לעסקה המוצעת.

56. בחינה רטרואקטיבית של אופן ניהול המו"מ על ידי המשיב 2 במהלך חצי השנה האחרונה, מובילה למסקנה הבלתי נמנעת לפיה המשיב 2 מסכל, ולמצער מעכב, השגת עסקה כוללת להשבת החטופים ולהפסקת הלחימה, באופן המעלה חשש לשקילת שיקולים זרים ולא קיום חובתו לעשיית שימוש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי, כפי שמחייב הדין כל נבחר ציבור בהחלטותיו. הכל כפי שיתואר להלן.

57. ביום 17.1.24 התכנס קבינט המלחמה לדון בעסקה וגיבש לראשונה את המנדט לצוות המו"מ בטרם נשלח ראש המוסד, דדי ברנע, לשיחות שהתקיימו בפסגת פריז. אלא שמיד בתום הדיונים וללא תיאום עם שאר חברי הקבינט, החליט המשיב 2 להקשיח עמדות וביטל הלכה למעשה את ההחלטות שהתקבלו במסגרת הקבינט¹.

58. עם שובו של ראש המוסד לישראל, לאחר הפגישה הראשונה שערך עם המתווכחות בפריז במגעים נוספים לעסקה, פרסם המשיב 2 חמש הודעות לעיתונות, בהן הדגיש את חילוקי הדעות בין הצדדים. על פי פרסומים בעיתון "הארץ", גורמים ביטחוניים חשפו בפני התקשורת כי בהודעות שפרסם המשיב 2, השתמש המשיב 2 בתוכן שעלה בהתייעצויות ביטחוניות סגורות, בהן נדונו עמדות הצדדים ומרחבי הגמישות שלהם במו"מ, תוך שציין פרטים שעלולים לגרום לנסיגה מההסכמות שהושגו בפריז. כך, בין היתר, הדגיש המשיב 2 בהודעותיו כי "הדיווחים על העסקה אינם נכונים וכוללים תנאים שאינם מקובלים על ישראל. ממשיכים עד לניצחון מוחלט".

59. בהמשך, במהלך חודש פברואר 2024 ניסו גורמים ישראלים לבצע מאמצים כבירים כדי להשיג עסקה לפני תחילת חודש הרמדאן, בהם ראש השב"כ, רונן בר, שניסה לקדם עסקה הומניטרית, תוך ניצול הצורך בסיוע הומניטרי ברצועה, אלא שהמשיב 2 החליט לשנות אסטרטגיה, וקבע כי חברי צוות המו"מ יוכלו להשתתף באופן פורמלי ופסיבי בלבד בשיחות, תוך שנאסר עליהם להביע עמדות ולהציע הצעות.

60. בתום סבב השיחות פורסמה הודעה מטעם החמאס לפיה קיימת רוח חיובית בקשר להמשך המגעים ומיד בסמוך לכך הנחה המשיב 2 את שרי הליכוד לתקוף את העסקה המתגבשת².

¹ <https://www.haaretz.co.il/news/magazine/2024-07-10/ty-article-timeline/.premium/00000190-9695-d0d3-a5f3-9ebd81f60000>

² [/https://13tv.co.il/item/news/politics/politics/n3mq8-903927314](https://13tv.co.il/item/news/politics/politics/n3mq8-903927314)

61. בהמשך ישיר לכך, ביום 13.2.24 שלח המשיב 2 את יועצו האישי, אופיר פלק, שאיננו שותף בצוות המו"מ, יחד עם משלחת המו"מ לשיחות שהתקיימו בקהיר. בכירים בסביבת המשיב 2 טענו בפני גורמים בתקשורת כי המשיב 2 ביקש שיועצו ידאג לכך שראש המוסד לא יחרוג מסמכויותיו.

62. ביום 23.3.24 התקיימה בפריז סדרת פגישות שנייה. האלוף במיל' ניצן אלון, הממונה על השבויים והנעדרים, נשלח להשתתף בשיחות שהתקיימו במסגרתה, אולם בעודו עושה את דרכו לנתב"ג, נודע לו כי המשיב 2 שוחח עם ראש המוסד, ראש צוות המו"מ, וצמצם דרמטית את המנדט שניתן לחברי המשלחת. עם שובו של האלוף ניצן אלון ארצה, מתח האחרון ביקורת קשה על המשיב 2 ואמר כי המנדט שניתן לו צומצם עד כדי פספוס הזדמנויות והכשלת העסקה.

63. ביום 11.4.24 התפרסם תחקיר בתוכנית "עובדה", בו נחשף כי גורמים אנונימיים מתוך צוות המו"מ לשחרור החטופים ולסיום הלחימה, טוענים כי המשיב 2 מונע את קידום העסקה מול החמאס ובכך רמזו כי המשיב 2 מסכל את העסקה, עת שטענו כי הם נתקלו ב"חוסר קשב לקבל רעיונות והצעות אצל ראש הממשלה"³.

64. במסגרת התחקיר הושמעה עדותו של בכיר בצוות המו"מ הישראלי, המכונה ד', ממנה עלה כי המשיב 2 נוהג לעקוף את חברי קבינט המלחמה לאחר שזה מאשר את המנדט שניתן לחברי הצוות ובכך מונע מהם לעשות את עבודתם, באלו המילים ממש: "אני לא יודע להגיד שבלי נתניהו היתה עסקה, אני יודע להגיד שהסבירות לעסקה היתה גבוהה יותר. מדצמבר, בטח מינואר, ברור לכולם שאנחנו לא מנהלים משא ומתן. זה קורה שוב ושוב: מקבלים מנדט ביום, ואז ראש הממשלה עושה שיחות טלפון בלילה, מנחה 'אל תגידו את זה', 'לא מאשר את זה', עוקף ככה גם את ראשי הצוות וגם את קבינט המלחמה".

65. מעדותו זו של הגורם המכונה ד', ניתן ללמוד כי המשיב 2 חותר תחת חברי המשלחת ותחת הסמכויות המוקנות להם ומבצע מניפולציה על מנת לתמרן את השיחות ולהביא להכשלת העסקה.

66. חמור מכך, ביום 25.4.24 הודלפו פרטים רגישים מתוך ישיבת הקבינט המצומצם באשר למתווה הישראלי העדכני לאוזני השרים והתקשורת הציבורית הרחבה, לרבות לשר האוצר לשר האוצר, בצלאל סמוטריץ, אשר איים בשל כך בפירוק הממשלה. בין היתר, נחשף פרט מידע רגיש שהוגדר סודי ביותר, והוא המספר המינימלי של החטופים שתמורתו ישראל תסכים לעסקה. שלושת הגורמים הבכירים המעורבים במו"מ, ראש השב"כ, ראש המוסד והאלוף במיל' ניצן אלון, סברו כי המשיב 2 נתלה בשידור הדברים בתקשורת וחשיפתם כדי לסכל את המו"מ. על פי הידיעה, המשיב 2 התעקש בעקבות ההדלפה כי "בגלל התקלה הזו אני לא מאשר את המנדט. "במצב שנוצר כשהכל בחוץ אנחנו נקבל פחות - וגם לא נצליח להעביר את זה. חיבלנו בהצעה שלנו בצורה קשה מאוד. חייבים לעשות בהצעה שינוי. זה פיגוע גדול"⁴.

67. למחרת, ביום 26.4.24, לאחר שהתקיימה ישיבת קבינט המלחמה, התקשר המשיב 2 לצוות המו"מ הישראלי, בלא ידיעת חברי הקבינט, והודיע להם כי הוא מבטל את המנדט שניתן לחברי הצוות על ידי חברי קבינט המלחמה, אולם חברי הצוות השיבו לו כי התשובה הישראלית כבר ניתנה למתווכחות. בשל

³ <https://www.inn.co.il/news/634709>

⁴ https://www.mako.co.il/news-diplomatic/2024_q2/Article-5b1d31c6e8eef81026.htm

כך, הגביר המשיב 2 את קצב הפרסומים מטעמו, לפיהם הוא לא יסכים לסיים את המלחמה בלי היעדים שנקבעו בה.

68. ביום 2.5.24 התכנס קבינט המלחמה לאחר שההערכות לגבי תשובת חמאס לעסקה המוצעת היו חיוביות. אלא שבאותה ישיבה הורה המשיב 2 על כוחות צה"ל להיכנס מיידית לרפיח, וזאת כנגד דעתם של כל משתתפי הישיבה אשר התנגדו למהלך צבאי זה בטענה כי הדבר יכשיל מיד את העסקה. יומיים לאחר מכן, פרסם המשיב 2 הודעה בשם "גורם מדיני" לפיה "ישראל בשום פנים ואופן לא תסכים לסיום המלחמה כחלק מהסכם לשחרור חטופינו". בד בבד אסר המשיב 2 על חברי המשלחת הישראלית לצאת לסבב שיחות נוסף בקהיר וזאת מבלי שעדכן על כך את קבינט המלחמה. למחרת אף העלה המשיב 2 להצבעה את החוק שאוסר על שידוריו של ערוץ אל-ג'זירה בישראל, על אף שידע כי באותה העת מצוי המו"מ בהובלת קטאר בנקודה רגישה ביותר.

69. לאחר שהחמאס השיב להצעת המתכוונת לעסקה פנה שר הביטחון ישירות למשיב 2 והפציר בו לקבל את ההצעה שהייתה מונחת באותה שעה על שולחן המו"מ, תוך שביקש ממנו באופן חריג ובמישרין לאשר את העסקה בהיותה עסקה טובה והכרחית להשבת החטופים.⁵

70. בדומה לכך, גם השר גדי אייזנקוט השמיע ביקורת נוקבת כלפי המשיב 2 במהלך ישיבת הקבינט שנערכה ביום 2.5.24, תוך שהטיח במשיב 2 כי "אף אחד לא רוצה את זה. העמדה שלך לא רוצה להביא לשחרור חטופים", "אתה מנהל מו"מ על שחרור החטופים כאילו זה המו"מ הקואליציוני". הדברים נאמרו על רקע תחושה של שרים בקבינט המלחמה כי נתניהו לא רוצה עסקה - ו"אין על מה לדבר", כך לפי דברי גורמים שמעורים בפרטי הדיון.⁶

71. ביום 1.6.24 ישראל העבירה למתווכחות מתווה שגיבשה לעסקת החטופים ולסיום הלחימה, אך המשיב 2 סירב להציגה לציבור, אלא שנשיא ארה"ב, ג'ו ביידן, חשף בנאומו הפומבי את מתווה העסקה ולאחריו מיהר המשיב 2 לפרסם הודעות שנועדו להקשות על התקדמות המגעים, בהן נאמר בין היתר כי "התנאים של ישראל לסיום המלחמה לא השתנו, והם כוללים השמדת היכולות הצבאיות והשלטוניות של חמאס".

72. ביום 3.6.24 השתתף המשיב 2 בדיון סגור ומסווג בוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, לאחריה הדליף לתקשורת שאמר בדיון כי הוא אינו מסכים לסיום המלחמה במסגרת המתווה שהציג ביידן. אמירה זו עוררה זעם רב בקרב קבינט המלחמה כלפי המשיב 2, אשר לטענתם מכשיל את המגעים שהתחדשו באותה עת עם החמאס.

73. ביום 23.6.24 השתתף המשיב 2 בתוכנית "הפטריוטים" בערוץ 14, במהלכה חזר על מסרים דומים לפיהם ישראל לא תסכים למתווה שהציע ביידן וכי בכוונת ישראל להסכים רק לעסקה חלקית. גורם בכיר בצוות המו"מ הגדיר אמירות אלה של המשיב 2 כ"פיגוע" של ממש למגעים להשגת העסקה. גורם בכיר נוסף המעורה בפרטי המו"מ, אמר כי "נתניהו מזהה בכל פעם בעזרת המודיעין את הבטן הרכה של סינוואר ופוגע בה".

74. בתחילת חודש יולי התקבלה תשובת חמאס למתווה שהציע ביידן, אשר הוגדרה על ידי צוות המו"מ כתשובה הטובה ביותר שהתקבלה מאז החלו המגעים, אלא שהמשיב 2 מיהר להפיץ הודעה שבה נכתב

⁵ [/https://www.kan.org.il/content/kan-news/politic/745570](https://www.kan.org.il/content/kan-news/politic/745570)

⁶ <https://www.ynet.co.il/news/article/rkewv2vqr>

"בשם גורם ביטחוני בכיר", כי חמאס ממשיך להתעקש על סעיף עקרוני בעסקה וכי ישראל תמשיך להפעיל לחץ צבאי על החמאס. עמדה זו מנוגדת לחלוטין לעמדת צוות המו"מ, המהווה את הסמכות המקצועית בעניין.

75. ביום 7.7.24 פרסמה לשכת ראש הממשלה הודעה בשמו של המשיב 2 המפרטת את המחלוקות בין ישראל לחמאס ומדגישה את הדרישות הישראליות. הודעה זו פורסמה יחד עם הודעות נוספות מטעם לשכת ראש הממשלה בעוד חברי צוות המו"מ היו מצויים בישיבה מצומצמת עם המשיב 2 על מנת לנסות ולקדם את העסקה. חברי צוות המו"מ נדהמו לגלות הודעה שפורסמה מטעם לשכת ראש הממשלה בסמוך לכניסתם לישיבה מצומצמת, שאת תוכנה גילו רק לאחר שהסתיימה הישיבה. בהתאם לדיווחים בתקשורת מיום 8.7.24, מרבית הגורמים הבכירים שלקחו חלק בישיבה עם המשיב 2 כלל לא ידעו על מה הוציאה לשכתו של ראש הממשלה הודעה עד שיצאו מהדיון, ולאחר מכן נדהמו לגלות שבמסגרת ההודעה נוספו שתי דרישות נוספות ע"י המשיב 2 ללא תיאום עם צוות המו"מ באופן שהעלה בליבם תמיהות בנוגע לכוונותיו של המשיב 2 בקשר לעסקה שהתגבשה בקטאר.

76. אחת הדרישות שהועלו בהודעה זו עסקה בסוגיית ציר פילדלפי, שבנוגע אליו כבר יצא המשלחת לקהיר קודם לכן על מנת לדון בנושאי האבטחה ומניעת הברחות דרך הציר המקשר בין עזה למצרים.

77. כפי שנכתב בסעיף 3 לתצהירו של העותר מס' 6, האלוף (במיל') יצחק בריק, עמידתו הנחרצת והבלתי מתפשרת של המשיב 2 על הותרת צה"ל לאורך ציר פילדלפי, במסגרת ניהול המו"מ להשבת החטופים ולהפסקת הלחימה, איננה אלא בגדר "הונאה אחת גדולה שכן היא נטולת כל יסוד עובדתי". [תצהיר האלוף (במיל') יצחק בריק מצ"ב כנספח 16].

78. בתצהיר מבהיר העותר כי ציר פילדלפי איננו נכס אסטרטגי כלל, שכן אין למדינת ישראל כל דרך לחסום את המנהרות המצויות מתחת לציר פילדלפי ונושא זה כלל אינו פתיר בשלב זה. סוגיה זו עלתה במישורין במהלך פגישות שערך האלוף (במיל') בריק עם המשיב 2 במהלך מלחמת "חרבות ברזל", בהן המשיב 2 הסכים עמו כי סוגיית המנהרות שבנה החמאס ברצועת עזה איננה פתירה במצב הנוכחי. זאת ועוד, במהלך פגישות אלה הציג האלוף (במיל') בריק בפני המשיב 2 תכנית פעולה מוצעת לטיפול במנהרות מתחת לציר פילדלפי אשר מובילות מסיני לרצועת עזה ודרך עובריים במשך שנים רבות מסיני לחמאס אמצעי לחימה רבים, במסגרתה על צה"ל לחפור תעלה לאורך ציר פילדלפי וכן לשתף פעולה עם המצרים ואולם המשיב 2 אמר לאלוף (במיל') בריק בבירור כי אין בכוונתו לחפור תעלה לאורך ציר פילדלפי בצד של רצועת עזה וכי ישנה בעיה עם מצרים, שלא מוכנים לכך שישראל תחפור תעלה בצד של רצועת עזה וגם לא מוכנים לשתף פעולה ולעשות זאת בצידם. על כן, הבהיר המשיב 2 כי לחסימת המנהרות מתחת לציר פילדלפי אין כל פתרון בשלב זה.

79. בפועל, הלוחמים המצויים כעת בשטח בציר פילדלפי, נמצאים מעל הקרקע ואינם שולטים במנהרות המצויות מתחתיו. לכן דרישתו של המשיב 2 להותרת צה"ל לאורך ציר פילדלפי, כתנאי שאין בלתו לצורך קיום עסקת החטופים וסיום הלחימה, הינה טענה בעלמא, נעדרת כל תכלית או אחיזה במציאות, ועל כן היא מעוררת חשש כבד כי מטרתה לסכל, או למצער לעכב, את העסקה משיקולים זרים של המשיב 2 בניהול המו"מ להשבת החטופים ולהפסקת הלחימה ולא משיקולים ביטחוניים רלוונטיים שמטרתם לממש את האינטרס הציבורי, כפי שמחייב הדין.

80. על רקע דברים אלה, ניתן להבין את הטענה שהעלה אחד הבכירים במערכת הביטחון אשר נוטל חלק בצוות המו"מ, בהתאם לפרסומים מיום 8.7.24, לפיה "נתניהו מעמיד פנים שהוא רוצה את העסקה, אבל פועל לטרפד אותה. הוא מורח את התהליך ומנסה להגיע לנאום הקונגרס או לפגרה. אין להט, אין דחף, הדיונים לא בנויים בנוהל של "אין זמן ובואו נגמור עם זה", אלא במריחה ובהקצנת עמדות".⁷

81. ביום 23.8.24 פורסם בתקשורת כי המשיב 2 הסכים להתגמש, לכאורה, בכל הנוגע לדרישה לנוכחות ישראלית צבאית בציר פילדלפי באמצעות שינוי מיקום של עמדה אחת בלבד למרחק של כמה מאות מטרים בלבד, דבר שלטענתו אינו פוגע בשליטה המבצעית לאורך הציר.⁸ לאור זאת סירב האלוף במיל' ניצן אלון להצטרף למשלחת הישראלית שיוצאת לקהיר בטענה שאין טעם בהצטרפותו שכן אין התגמשות מצידו של המשיב 2 בסוגיית ציר פילדלפי ומעבר נצרים.⁹

82. ביום 26.8.24 פורסם בערוץ 12 כי בשיחה שקיים שר הביטחון, יואב גלנט, עם משפחות התצפיתניות הבהיר השר כי באירוע ציר פילדלפי אין מכשול ביטחוני וכי מערכת הביטחון אמרה בגלוי שתדע להתמודד עם כל החלטה שתתקבל באשר לעזיבת הציר ל-6 שבועות. עוד הוסיף כי כבר לפני חודש וחצי אמר להם שבשלו התנאים לעסקה וכי זה היה נכון אז וזה נכון גם היום.

בהמשך היום נפגש המשיב 2 עם משפחות התצפיתניות ואמר את הדברים הבאים: "לא ניסוג מהדרישה שלנו לגבי ציר פילדלפי. זה בבחינת ייהרג ובל יעבור. לא מעניינת אותי העמדה של מערכת הביטחון בעניין זה". זמן קצר לאחר פרסום הדברים, הודיעה לשכת ראש הממשלה כי ראש הממשלה לא אמר כי "עמדת מערכת הביטחון לא מעניינת" אותו בנושא פילדלפי. עוד נאמר בהודעה זו כי "ראש הממשלה אמר כי הצורך בהחזקה מתמדת של ציר פילדלפי הוא ביטחוני - אך גם צורך מדיני עליון....אם ישראל תיסוג מציר פילדלפי כעת, הלחץ למנוע את כיבושו מחדש יהיה עצום, ויעמיד בסימן שאלה גדול את יכולותינו לחזור לשם".

83. דברים אלו מדברים בעד עצמם. מהם עולה כי במסגרת מאמציו של המשיב 2 להתגבר על התנגדותה העזה של מערכת הביטחון לעמדתו בשאלת נחיצות דרישתו להחזקה המתמדת של ציר פילדלפי, אשר היא העומדת במוקד המחלוקת במו"מ ומונעת את ההגעה לעסקה, ניסה המשיב 2 למצוא דרך לעקוף את עמדת מערכת הביטחון, ומשכך, החליט להגדיר את הצורך כ"צורך מדיני עליון" (או שמא מוטב לומר "הצורך של המנהיג העליון", ואז להתקדם צעד נוסף ולקרוא לצורך בשמו האמיתי: "הצורך של המנהיג העליון למנוע עסקה שתביא לסיום המלחמה").

84. התאור העובדתי המפורט בפרק זה, בכל הנוגע להתנהלותו של המשיב 2 בקשר לעסקה ולמו"מ לשחרור חטופים ולסיום המלחמה, בה עוסקים כלל הגורמים המעורבים בנושא מזה למעלה משבעה חודשים, מבסס דפוס פעולה עקבי וברור המעלה חשש כבד לשקילת שיקולים זרים ולניגוד עניינים, ומוביל למסקנה המתחייבת לפיה המשיב 2 עושה שימוש בכוחו השלטוני בקבלת החלטותיו במסגרת המו"מ, שלא אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי, כפי שמחייב הדין.

העותרים יטענו כי בחינת החשש לניגוד עניינים העולה מהתנהלותו של המשיב 2 במו"מ, בשילוב עם כלל העובדות שפורטו בסעיפים 9-36 לעיל, בנוגע לבקשותיו של המשיב 2 במשפטו הפלילי לדחיות ולעיכובים

⁷ https://www.mako.co.il/news-diplomatic/2024_q2/Article-548c27515d19091027.htm

⁸ <https://www.ynet.co.il/news/article/ryeayrlsc>

⁹ <https://rotter.net/forum/scoops1/863726.shtml>

שוניים בהליך, המוגשות בזיקה מובהקת להימשכות המלחמה, מבססים חשש כבד ביותר להפרת חובתו של ראש הממשלה להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי ולהפרת חובתו להימנע מכל פעולה במצב של ניגוד עניינים או שיש בה משום שיקול זר, באופן כללי בהחלטותיו, ולא כל שכן בוודאי בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות הקשורות בניהול המלחמה.

85. לפיכך, וכפי שיטענו העותרים במסגרת הטיעון המשפטי בעתירה, במצב דברים זה, מתחייב לדחות מכל וכל את טענתה של המשיבה 1 בסעיף 2 למכתבה מיום 12.8.24 לפיה העקרונות והכללים המחייבים את ראש הממשלה בנושא איסור ניגוד העניינים, אותם פרטה בסעיף 1 למכתבה, "ידועים", כלשונה, ומשום כך, לטענתה, אין הצדקה לשנות או לעדכן את ההנחיות למניעת ניגוד עניינים החלות על המשיב 2.

העותרים יטענו כי המשיבה 1 שגתה בסברה כי אין צורך בעדכון ההסדר למניעת ניגוד עניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020 (אשר כידוע היטב עסק אך ורק בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט). העובדות המפורטות בעתירה דגן מעידות כי **במקרה הנוכחי, ובשים לב להתנהלותו ופועלו של המשיב 2, אין די בהצהרת העקרונות והכללים "הידועים", כטענת המשיבה 1, לשם מניעת מצב ניגוד העניינים.** במצב הדברים החמור שלפנינו, ונוכח ההשלכות כבדות המשקל של קבלת החלטות בניגוד עניינים בניהול המו"מ להשבת החטופים ולסיום המלחמה, לרבות בכל הנוגע לסיכונים הכרוכים בכך לחיי אדם ולהתלקחותה של מלחמה אזורית נרחבת, נדרש **עדכון מפורש** של הסדר ניגוד העניינים, **באופן ספציפי, אישי ומחייב.**

העותרים יטענו אף מעבר לכך, שבשים לב לעובדות שפורטו בעתירה, בכל הנוגע לבקשות הדחייה שמגישים המשיב 2 במשפטו הפלילי בהתבסס על הימשכות המלחמה והחשש הכבד להימנעותו מסיום המלחמה, בניגוד מוחלט לדעת מערכת הביטחון וכל הגורמים המעורבים במו"מ, ספק רב אם די יהיה בעדכון ההסדר, כאמור, כדי לוודא שאכן המשיב 2, שהינו בעל אינטרס אישי עוצמתי נוגד בהיותו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון המצוי כפסע לפני מועד מתן העדות במשפטו, לא יעשה שימוש בכוחו השלטוני אלא אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי, ועל כן מתבקשים הסעדים ג-ה' כמפורט בעתירה.

ג. השתלשלות ההליכים המשפטיים בפני בית משפט נכבד זה בסוגיית ניגוד העניינים של המשיב 2 בניהול המלחמה

1.ג. בג"ץ כרמי

86. ביום 11.2.24 פנו עותרים מקבוצת "מבצר הדמוקרטיה", הנימנים על העותרים דגן, אל המשיבה 1, היועצת המשפטית לממשלה, בפנייה מקדמית בטרם הגשת עתירה לבג"ץ, בה התבקשה המשיבה 1 להורות על פסילת כהונתו של המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלת ישראל. בפנייה נטען כי **בזמן מלחמה**, כאשר ראש הממשלה עומד בראש קבינט המלחמה והוא האחראי הראשי לקבלת כל ההחלטות בנוגע לניהול של המלחמה על כל מרכיביה, **אין כל דרך לגדר את פעילותו באמצעות הסדר ניגוד עניינים, כאשר מתעורר חשש סביר לניגוד עניינים בין חובתו לפעול אך ורק בהתאם לאינטרס הציבורי**, בעת קבלת החלטות הרות גורל המשפיעות על חיי אדם, ביניהם חטופים, חיילים, מפונים ואזרחים, לבין האינטרס האישי העומד לנגד עיניו, כנאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון המצוי בעיצומו של משפטו הפלילי, להימלט מאימת הדין.

87. לפיכך נטען בפנייה זו, כי היות ואין כל אפשרות לערוך לראש ממשלה הסדר ניגוד עניינים, באופן שימנע את עיסוקו במרכיבים הקשורים לניהולה של המלחמה, הרי שלא נותרה עוד כל דרך אחרת להתמודד עם החשש הסביר להימצאות ראש ממשלה בניגוד עניינים בעת מלחמה, מלבד נקיטה באמצעי הקיצוני של פסילת כהונתו בתפקיד. בפנייה הובהר כי על אמצעי קיצוני זה הצביעה היועצת המשפטית לממשלה, במסגרת סעיפים 43-44 לתגובתה בבקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט בבג"ץ 3056/20, התנועה למען איכות השלטון נ' היועצת המשפטית לממשלה, (נבו, 25.03.2021) (להלן: "בג"ץ הסדר ניגוד העניינים"), בצינה כי "בית המשפט הנכבד קבע לא אחת" כי פסילת האדם מלמלא את התפקיד הציבורי הינו האמצעי הקיצוני להתמודדות עם חשש מפני ניגוד עניינים, במצב בו לא קיימת דרך פוגענית פחות להתמודד עם חשש זה באמצעות עריכת חוות דעת לניגוד עניינים" (כמצוטט בסעיף 9 למכתב).

[העתק מכתבם של העותרים מיום 11.2.24 מצ"ב כנספח 17].

88. במסגרת פנייה מקדמית זו התבקשה היועצת המשפטית לממשלה, לפני למעלה מששה חודשים, להשיב, בין היתר, גם בנוגע לאפשרות עדכון הסדר ניגוד העניינים הקיים של נתניהו, כמצוטט להלן מתוך עמ' 14 למכתב זה:

א. "באיזה אופן ובאילו אמצעים פועל הייעוץ המשפטי לממשלה לשם הבטחת מניעת החשש הסביר להימצאותו של ראש הממשלה בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי בנושאים שאינם מכוסים במסגרת הסדר ניגוד העניינים שנערך על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה.

ב. באיזה אופן ובאילו אמצעים פועל הייעוץ המשפטי לממשלה לשם מניעת קבלת החלטות שלטוניות על ידי ראש הממשלה, תוך שקילת שיקולים אישיים שמטרתם עיכוב ו/או דחיית המשך ניהול משפטו הפלילי". (ההדגשות לא במקור - הח"מ).

89. פנייה מקדמית זו לא נענתה במשך קרוב לחודשיים ימים. על כן ביום 4.4.24 הגישו העותרים את עתירתם בבג"ץ כרמי.

בעתירה זו התבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי על יסוד התנהלותו של המשיב 2 במשפטו הפלילי מיום פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", ולאור השימוש שעשה המשיב 2 בניהול המלחמה כעילה להצדקת בקשות דחייה חוזרות ונשנות במשפטו הפלילי, כפי שתואר בהרחבה לעיל, מנוע המשיב 2 מלהמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה. זאת היות ומרגע פרוץ מלחמת ה-7 באוקטובר, כאשר המשיב 2 עומד בראש קבינט המלחמה ואחראי על קבלת ההחלטות הנוגעות לניהול המלחמה על כל מרכיביה, בהינתן האינטרס האישי-העוצמתי שלו, כנאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון המצוי בעיצומו של שלב ההוכחות במשפטו הפלילי, קיים חשש סביר להימצאותו בניגוד עניינים מובנה, חריג ועוצמתי בתפקיד ראש הממשלה, אשר אינו ניתן לגידור באמצעות עריכת הסדר ניגוד עניינים ועל כן מתחייבת פסילת כהונתו בתפקיד.

90. פנייתם המקדמית של העותרים למשיבה 1 מיום 11.2.24, טרם הגשת עתירתם בבג"ץ כרמי, (כמתואר בסעיפים 86-88 לעיל), אשר לא נענתה עד מועד הגשת העתירה כאמור, זכתה למענה ארבעה ימים לאחר הגשת העתירה, ביום 8.4.24. במענה לפנייה המקדמית השיב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי – מנהלי), ד"ר גיל לימון, תשובה לקונית וקצרה ביותר, ובמסגרתה לא ניתנה כל התייחסות לטענותיהם כבדות המשקל של העותרים לגופו של עניין.

91. ביום 5.5.24 ניתן פסק הדין בבג"ץ כרמי, בו נדחתה העתירה על הסף ונקבע כי "הקביעה השיפוטית כי מר נתניהו יכול לשמש כראש ממשלה למרות ההליך הפלילי במתנהל בעניינו, בכפוף להסדר ניגוד העניינים, חלה כעניין עקרוני, גם במצב מלחמה".

92. בית המשפט הנכבד נסמך בפסק דינו על פסיקותיו הקודמות בבג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועצת המשפטית לממשלה (נבו, 6.5.20) (להלן: "בג"ץ הרכבת הממשלה") וכן בבג"ץ הסדר ניגוד העניינים, לפיהן מר נתניהו ימלא את תפקידו כראש ממשלה בכפוף להסדר ניגוד עניינים (זאת על אף שבפסקי דין אלו כלל לא נדונה סוגיית ניגוד העניינים של המשיב 2 בקשר לניהול מלחמה, אלא אך ורק בקשר לשניויים במערכת המשפט, כאמור).

בבג"ץ כרמי נדחתה הנחת היסוד שהציגו העותרים, לפיה בזמן מלחמה אין כל דרך לגדר, לבודד ולתחום את החשש להימצאות ראש הממשלה בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי, בהינתן קיומו של האינטרס האישי העוצמתי במשפטו הפלילי, וזאת בהתבסס על הנמקה לפיה ניהול מלחמה הינה פונקציה מרכזית והכרחית לתפקודו של ראש ממשלה (ראו סעיפים 8-9 לפסק הדין).

על כך יוסיפו וידגישו העותרים כי **בדיוק בשל העובדה שניהול מלחמה זו הפונקציה המרכזית והקריטית ביותר בביצוע תפקידו של ראש ממשלה, מתחייב בדחיפות המירבית ובאופן מידי למנוע כל חשש להימצאותו של ראש הממשלה בניגוד עניינים בתחום מרכזי וחשוב זה. וכאן יש להדגיש: בימים אלו ממש, בזמן שהמלחמה מתנהלת ויתכן כי היא אף צפויה להתעצם ולהתרחב לזירות נוספות, אין כל הסדר ניגוד עניינים המנוע קיומו של חשש זה.**

93. על אף דחיית העתירה על הסף, מצא בית המשפט הנכבד לנכון להתייחס ולהבהיר את הנדרש בקשר לשאלת החשש להימצאותו של המשיב 2 בניגוד עניינים בניהול המלחמה. לשם כך הפנה בית המשפט בפסק דינו לתגובה המקדמית מטעם היועצת המשפטית לממשלה בבג"ץ חלוץ, בה הבהירה המשיבה 1 כי "סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף כדין וכנדרש" (זאת על אף שדברים אלו נכתבו על ידי המשיבה 1 חודשים רבים לפני פרוץ המלחמה, והם עסקו באופן ספציפי בניגוד העניינים בקשר לשניויים במערכת המשפט ולא בהסדרת מצב ניגוד עניינים בניהול מלחמה).

לאור זאת קבע בית המשפט הנכבד כי היות והיועצת המשפטית לממשלה מודעת לצורך לעדכן את הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, אין מקום להידרש לסעדים שהתבקשו בעתירה, שכן ככל שהמשיבה 1 סבורה כי יש לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בקשר לניהול המלחמה, הרי שהיא מפעילה את סמכותה בהתאם. (ראו בסעיף 11 לבג"ץ כרמי).

וכך נכתבו הדברים בפסק הדין:

"על רקע הדברים הללו, לפיהם היועצת המשפטית לממשלה מודעת לצורך בבחינת הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, ובהיעדר טעם מיוחד לסבור שהיא אינה עושה כן (והעותרים אף לא העלו כל טענה בעניין), איננו מוצאים הצדקה להתערב באופן הפעלת סמכותה, וזאת על אחת כמה וכמה בהינתן הסעדים הדרמטיים המבוקשים בעתירה".

2.ג. בג"ץ קלדרון

94. מיד עם מתן פסק הדין ולאור האמור בו, פנו העותרים בבג"ץ כרמי (הנימנים עם העותרים זנו) ביום 8.5.24 ליועצת המשפטית לממשלה בבקשה למתן חוות דעת בעניין מניעת ניגוד העניינים של ראש ממשלת ישראל בכל הנוגע לניהול מלחמת "חרבות ברזל".

[העתק מכתבם של העותרים בבג"ץ כרמי למשיבה 1 מיום 8.5.24 מצ"ב כנספח 19.]

95. במכתבם ציינו כי היות והעתירה בבג"ץ כרמי נדחתה על הסף על יסוד העובדה שהיועצת המשפטית לממשלה מודעת לצורך בבחינת הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, כמצוטט בסעיף 93 לעיל, עולה הצורך המובהק והדחוף לבחינת הסדר ניגוד העניינים שנערך למר נתניהו וכן להתאמתו ולעדכונו של הסדר ניגוד העניינים למצב הנוכחי, בכל הנוגע לפעולותיו והחלטותיו בקשר לניהול המלחמה.

עוד הדגישו העותרים במכתבם כי המשיבה 1 מתבקשת לפעול בנושא ללא כל זיחוי נוסף, היות וכל החלטה של ראש הממשלה בניהול המלחמה משליכה באופן ישיר על חיי אדם, ובראש ובראשונה על חייהם של הלוחמים, החטופים והחטופות, וכן כי בנסיבות דרמטיות אלה הצורך בפעולתה הדחופה נדרשת גם לאור התכלית המרכזית העומדת ביסוד הכלל האוסר ניגוד עניינים של נבחרי ציבור במשפט המנהלי, והוא אמון הציבור בטוהר שיקוליו של ראש הממשלה.

בסעיף 8 למכתב הוסיפו העותרים את הדברים הבאים:

"בזמן מלחמה הצורך באמון הציבור בעומד בראש הרשות המבצעת, המשמש כראש קבינט המלחמה ומקבל החלטות הוות גורל לחיי אדם, הינו צורך קיומי וחיוני ממדרגה ראשונה לחוסנה של המדינה וליכולתם של אזרחיה לעמוד ולשאת את המורא והסבל הרב הכרוכים במלחמה. כך, בין היתר, מתחייב כי הורים השולחים את ילדיהם לשדה הקרב, תוך סיכון חייהם במובן האכזרי ביותר של המילה, יידעו בוודאות שראש הממשלה קיבל את החלטתו לשלוח את ילדיהם לסכן את חייהם, אך ורק משיקולים ענייניים, מתוך נאמנות מלאה לאינטרס הציבורי, וללא בדל של אינטרס אישי". (ההדגשות במקור - הח"מ).

96. לפיכך התבקשה המשיבה 1 להפעיל סמכותה ולבחון את הסדר ניגוד העניינים שנערך לנתניהו באופן מידי, ובכלל זה את מידת התאמתו למצב הנוכחי, בנוגע לכל פעולותיו והחלטותיו של ראש הממשלה בקשר לניהול המלחמה וככל שתמצא כי נדרש לעדכן את הסדר ניגוד העניינים הנוכחי בשל מצב המלחמה, הרי שהיא מתבקשת לעשות כן לאלתר.

בסעיפים 4-5 למכתבם הבהירו העותרים כי נדרש שהסדר ניגוד העניינים העדכני יבטיח העדר קיומו של כל חשש סביר לניגוד עניינים בין חובתו של נתניהו לפעול אך ורק בהתאם לאינטרס הציבורי, בעת קבלת החלטותיו הוות הגורל בניהול המלחמה, ובכלל זה במסגרת המו"מ לשחרור החטופים, הלחימה ברפיח, שאלת הרחבת הזירות לחזית הצפונית, ביצוע או אי ביצוע של כל פעולה יזומה בעלת אופי בטחוני וכן דיון או הימנעות מדיון בסוגיית "היום שאחרי", אשר משפיעות על חיי אדם, ביניהם אזרחים, חיילים וחטופים - החלטות אותם עליו לקבל אך ורק על יסוד שיקולים ענייניים של טובת הציבור, תוך שאיפה להסדרה ולמציאת פתרון למצב המלחמה ולהשבת החטופים במהירות המירבית לשם ההגנה המתחייבת על שלמות גופם וחייהם ככל הניתן - לבין האינטרס האישי העומד לנגד עיניו, כנאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון, המצוי בעיצומו של משפטו הפלילי, להאריך את מצב המלחמה ואולי לסבך אף

יותר את מצבה הבטחוני של מדינת ישראל, בכדי לדחות את המשך משפטו הפלילי ככל שניתן ולמנוע בכל דרך הכרעה שיפוטית בעניינו.

לפיכך התבקשה המשיבה 1 **"לעדכן את הסדר ניגוד העניינים בקשר למצב המלחמה באופן מיידי, בדחיפות עליונה וללא כל דיחוי,** היות וכל ניגוד עניינים בנושא זה מוביל, בהכרח ובמישרין, לסיכון ולפגיעה בחיי אדם, זאת בשים לב לנסיבות הדרמטיות שלפנינו, אשר אין צורך להכביר מילים אודותן".

ובסיפת המכתב הדגישו:

"עיני כלל הציבור נשואות אליך ולהחלטתך בנושא, ובפרט עיניהם של אלו שבני משפחותיהם נמצאים בשבי החמאס ואלו המסכנים את חייהם במלחמה הקשה מדי יום ביומו ובכל שעה ושעה."

97. במשך שבועות ארוכים נמנעה היועצת המשפטית לממשלה להשיב לפניית העותרים ועל כן נאלצו העותרים להגיש ביום 20.6.24 עתירה נוספת **שכל מהותה דרישה מהמשיבה 1 להשיב לפניית ב"כ העותרים (בג"ץ קלדרון).**

שעות ספורות מרגע הגשת העתירה הורה בית משפט נכבד זה, מפי כב' הש' עמית, למשיבה 1 ליתן תגובתה המקדמית לעתירה וזאת עד לא יאוחר מיום 11.7.24. על אף החלטה שיפוטית זו, נמנעה המשיבה 1 ממתן תגובתה המקדמית במועד ונדרשו לה עוד **ארבע בקשות ארכה** להגשת תגובתה, עד שביום 12.8.24 השיבה המשיבה 1 לפניית ב"כ העותרים מיום 8.5.24. (להלן: **"תשובת המשיבה 1"**).

סך הכל נדרשו למשיבה 1 קרוב ל-100 ימים למתן תשובתה, וכן נדרשה הגשתה של עתירת משפחות חטופים, הורי לוחמים וחברי קבוצת "מבצר הדמוקרטיה" בבג"ץ קלדרון, בה הדגישו העותרים את הצורך הדחוף לוודא, בעת שמתנהלת מלחמה עצימה במסגרתה הם חרדים לבני משפחותיהם המסכנים בכל רגע נתון את חייהם, כי אין חשש שראש הממשלה מקבל החלטות שלטוניות בניהול המלחמה תוך הכתמתם בניגוד עניינים או בשקילת שיקולים זרים, הנובעים ממצבו כנאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, כל זאת כאשר הזיקה בין רצונו לדחיית משפטו הפלילי על בסיס ניהול מלחמה הינה מובהקת ומוכחת היטב.

98. בהתייחס להתנהלות המשיבה 1 בכל הנוגע למתן תשובתה לפניית העותרים מיום 8.5.24, אשר בגינה נדרשה הגשת העתירה בבג"ץ קלדרון, יצוין כי במסגרת בקשת הארכה השלישית למתן תגובתה המקדמית לעתירה בבג"ץ קלדרון, אותה הגישה המשיבה 1 ביום 31.7.24, ציינה המשיבה 1 את הדברים הבאים:

"...מלאכת הכנת התגובה מצויה בישורת האחרונה, ודרושה שהות תחומה נוספת של 48 שעות לצורך הגשתה."

בהתאם לכך ביקשה המשיבה 1 ארכה קצרה עד ליום 2.8.24 למתן תגובתה.

בניגוד מוחלט להצהרתה זו של המשיבה 1, ביום 2.8.24 בשעות הערב הגישה לפתע המשיבה 1 בקשת ארכה נוספת (רביעית במספר!) ובה ציינה כי "חרף מאמצים להשלים את הנדרש להכנת התגובה במועד, דרוש לגורמים המשפטיים הצריכים לעניין פרק זמן נוסף לצורך הגשתה" ולשם כך ביקשה המשיבה 1 **עשרה ימים נוספים** למתן תגובתה המקדמית לעתירה.

99. בפרק ד' 4 לטיעון המשפטי, ירחיבו העותרים על הבעייתיות הקשה הנלמדת מדרך התנהלותה של המשיבה 1 בסוגיית מתן תשובתה לפניית ב"כ העותרים מיום 8.5.24, בדרישה לעדכון הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו בניהול המלחמה. בנוסף לטיעון בעניין תוכנה של תשובת המשיבה 1, יטענו העותרים גם בעניין חוסר תקינותו של ההליך למתן תשובתה, באופן המלמד כשלעצמו על הקושי הרב שאפף את התשובה שניתנה. בכך יש משום ראייה נסיבתית המחזקת את החשש לניגוד עניינים שכלל אינו מטופל כדין וכנדרש, ולחוסר הסבירות הקיצוני שבהחלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים.

3.ג החלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים באופן שיחול על פעולותיו והחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל"

100. ביום 12.8.24 העבירה המשיבה 1 לב"כ העותרים את תשובתה לפנייה מיום 8.5.24, כאמור, ומיד פנתה לבית המשפט הנכבד בבג"ץ קלדרון והודיעה, במסגרת תגובתה המקדמית לעתירה, כי בשל העובדה שפניית העותרים נענתה, ברי כי העתירה במתכונתה הנוכחית התייתרה באופן המצדיק את מחיקתה.

[העתק תשובת המשיבה 1 מיום 12.8.24 לפניית העותרים מיום 8.5.24 מצ"ב פנספח 2].

101. בסעיפים 1-2 לתשובת המשיבה 1, שניתנה על ידי עו"ד גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), ציינה המשיבה 1 את החובה הכללית של ראש הממשלה, ככל חבר ממשלה או עובד ציבור, להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי וחובתו להימנע מכל פעולה במצב ניגוד עניינים או שיש בה משום שיקול זר. עוד הוסיפה המשיבה 1 כי כך על המשיב 2 לנהוג בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות הקשורות בניהול המלחמה. מעבר לזאת לא מצאה המשיבה 1 כי ניהול מלחמת "חרבות ברזל" מצדיק עדכון או שינוי ההנחיות שחלות "ממילא" על המשיב 2, ובכלל זה מכוח חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שהוכנה בעניינו בשנת 2020, בכל הנוגע למשפטו הפלילי של ראש הממשלה, אשר, כזכור, עסקה אך ורק בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט.

102. בהתייחס למשפטו הפלילי של ראש הממשלה ותקופת המלחמה סברה המשיבה 1 כי המשיב 2 אמנם ביקש לקבוע את תחילת פרשת ההגנה במשפטו לחודש מרץ 2025 (ובמילים אחרות, ביקש דחייה בת תשעה חודשים לתחילת מועד מתן עדותו במשפט), וזאת בשל השהות הנדרשת, לטענתו, לצורך הכנת ראש הממשלה לעדותו **בעיצומה של המלחמה**, אלא שבשל העובדה שהפרקליטות התנגדה לבקשת הדחיה תוך שהדגישה את הצורך בסיום מהיר של ההליך הפלילי בעניינו של ראש הממשלה, וכן בשל העובדה שבעקבות התנגדות הפרקליטות, כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כי פרשת ההגנה תחל ביום 2.12.24 בשמיעת עדותו של המשיב 2, סברה המשיבה 1 כי אין מקום לשקול את הבקשה לעדכון הסדר ניגוד העניינים על פי התשתית העובדתית שתוארה לעיל. (ראו סעיפים 4-8 למכתבה).

103. חשוב להדגיש כי בתשובת המשיבה 1 מיום 12.8.24 **התעלמה המשיבה לחלוטין מכל התשתית העובדתית הידועה לה היטב בתוקף תפקידה, בכל הנוגע לבקשותיה הרבות של הנאשם נתניהו לשופטיו בבית המשפט המחוזי, החל ממועד תחילת מלחמת "חרבות ברזל" ואילך**. כך, לצורך המחשה, התעלמה המשיבה 1 מכל בקשות המשיב 2 לדחיית מועדי הדיונים במשפטו, לדחיית שמיעתם של 13 עדי תביעה, לשינוי סדר הבאת עדים, לשינוי לוחות הזמנים במשפטו, למניעת עדותם של שלושה עדי מפתח בפרשת התביעה כל עוד מתנהלת מלחמה, לצמצום מתכונת הדיונים, להאטת קצב שמיעת העדים ועוד, כאשר כל זאת ביקש המשיב 2 בהתבסס על טענת המשיב 2 בנוגע לקושי בניהול ההליך המשפטי בשל הצורך בניהול

המלחמה. תשתית עובדתית זו אף פורטה בפני המשיבה 1 על ידי העותרים במסגרת עתירתם בבג"ץ כרמי, בדיוק באופן בו היא מפורטת בהרחבה בסעיפים 48-21 לעתירה דנן.

104. למרות כל זאת, בחרה המשיבה 1 להתעלם לחלוטין במסגרת תשובתה מיום 12.8.24 מתשתית עובדתית נרחבת זו והתייחסה אך ורק לתשתית העובדתית המתייחסת לבקשה שהגיש המשיב 2 לדחיית מועד תחילת מתן עדותו ולכך שבית המשפט המחוזי לא נעתר לה באופן מלא אלא קבע את המועד ליום 2.12.24.

105. לטענת העותרים המדובר בהחלטה שגויה מן היסוד, הנובעת מטעות משפטית קשה היורדת לשורשו של עניין ובשל אי שקילת כלל העובדות הצריכות לעניין, ולפיכך היא נגועה בחוסר סבירות קיצוני ודינה בטלות. בעניין זה ירחיבו העותרים במסגרת הטיעון המשפטי, אולם כבר עתה, בתמצית, יובהרו הדברים כדלקמן: תשובתה של המשיבה 1 מיום 12.8.24 מתעלמת לחלוטין מהדין הקיים, בכל הנוגע לכללי איסור ניגוד עניינים של נבחר ציבור, שכן היא נמנעת באופן מוחלט מלבחון את השאלה הרלוונטית האחת והיחידה בסוגיה הרת הגורל שלפנינו, והיא - האם קיים חשש להימצאותו של נתניהו במצב של ניגוד עניינים, באופן שעלול להוביל לכך שהוא ישקול שיקולים אישיים בעת קבלת החלטות בנוגע לניהול המלחמה – שהרי כלל איסור ניגוד עניינים הינו כלל מניעתי שמטרתו למנוע את הרע בטרם יארע, ולא כלל שנועד לבחון באופן רטרואקטיבי האם בסופו של דבר נדחה או לא נדחה הדיון שנקבע ליום 2.12.24. החשש הינו מפני הימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים ברגע זה, בו הוא מקבל החלטות דרמטיות להמשך, בשל האינטרס האישי-העוצמתי שיש לו לדחיית דיוני ההוכחות במשפטו הפלילי, הקבועים לחודש דצמבר 2024. החשש הינו מפני ביצוע פעולות מסוכנות כעת, בכדי שיניבו את תוצאותיהן לדחיית ההליך בעתיד. לפיכך, החלטת המשיבה 1 לבחון את הצורך בעדכון הסדר ניגוד העניינים על פי מבחן התוצאה - היינו, על פי השאלה האם צלחה הדחייה, הינה שגויה בתכלית וחוטאת לעקרון איסור ניגוד העניינים של נבחר ציבור, אשר כל מטרתו למנוע את הפעולות שעלול המשיב 2 לבצע כבר עתה לשם השגת מטרתו בעתיד.

על כן יטענו העותרים כי די בעצם בקשותיו החוזרות והנשנות של המשיב 2 במשפטו הפלילי לדחיית ההליך הפלילי בעניינו, תוך שהוא עצמו קושר זאת ב"עיצומה של מלחמה", כדי ללמד על החשש לשקילת שיקולים זרים בהחלטותיו השלטוניות בקשר לניהול המלחמה.

106. לאור זאת, וכפועל יוצא מתשובתה השגויה של המשיבה 1, הגישו העותרים בדחיפות, ביום 13.8.24, בקשה למתן הסעד הרביעי בעתירה בבג"ץ קלדרון, במסגרתו התבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעד הנוסף, הראוי, המתאים והצודק בנסיבותיו הדחופות של העניין, (כפי שהתבקש בסעד הרביעי בעתירה), ובהתאם לכך להורות את הדין ולהכריע בשאלת קיומו של חשש לניגוד עניינים של המשיב 2 בניהול המלחמה ובשאלה האם אפשרי וניתן לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך לנתניהו, לשם מניעת קיומו של חשש סביר לניגוד עניינים בכהונתו בתפקיד ראש ממשלה בניהול המלחמה.

[העתק בקשת העותרים מיום 13.8.24 מצ"ב כנספח 20].

107. ביום 15.8.24 ניתן פסק הדין בבג"ץ קלדרון בו נקבע כי משנענתה פניית העותרים למשיבה, העתירה במתכונתה הנוכחית אינה רלוונטית עוד. בהתאם לכך הורה בית המשפט הנכבד על מחיקת העתירה, ללא צו להוצאות, תוך שקבע כי כל טענות הצדדים שמורות להם.

בהתייחס לבקשת העותרים למתן הסעד הרביעי בעתירה, כאמור, קבע בית המשפט הנכבד כי בקשה זו חורגת מגבולות העתירה שהוגשה, שכן זו התמקדה בדרישת העותרים להורות למשיבה 1 להגיש את חוות דעתה.

108. לאור האמור, מתכבדים העותרים להגיש בזאת את העתירה דן, בכדי להתמקד ולהעמיד לביקורת שיפוטית את תשובת המשיבה 1 ובכדי להכריע בשאלת קיומו של חשש לניגוד עניינים של המשיב 2 בניהול המלחמה וכן בשאלה האם אפשרי וניתן לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020, לשם מניעת קיומו של חשש סביר לניגוד עניינים בכהונתו בתפקיד ראש ממשלה בניהול המלחמה, הכל כמפורט בסעדים המבוקשים בעתירה דן.

מיצוי הליכים

109. מהשתלשלות העניינים כמפורט בפרק ג' לעיל, שראשיתה בפניית ב"כ העותרים אל המשיבה 1 במכתב מיום 11.2.24 ובהמשך במכתבה מיום 8.5.24, זמן קצר לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ כרמי, עולה בבירור כי בקשת העותרים לעדכן הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 הובאה בפני המשיבה 1 מזה למעלה מחצי שנה. בעתירה מפורטת מסכת האירועים עד למתן תשובת המשיבה 1 מיום 12.8.24 במסגרת בג"ץ קלדרון, אשר אותה מתבקש בית משפט נכבד זה לבחון במסגרת העתירה דן.

בנסיבות אלו הרי שמוצו כלל ההליכים המקדמיים הדרושים בטרם הגשת העתירה דן.

הטיעון המשפטי

א. מהות הכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים

110. העיקרון האוסר על מי שנושא בתפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא מעקרונות היסוד הקבועים בשיטתנו המשפטית והוא בגדר כלל יסוד המושתת על כללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי.

הפסיקה הדגישה כי הכלל צופה פני עתיד, ומטרתו "למנוע את הרע בטרם יארע". עוד הודגש כי אין צורך להוכיח קיומו של ניגוד עניינים בפועל בהפעלת שיקול הדעת, ודי בכך שקיים חשש סביר שיתקיים ניגוד עניינים. החשש לניגוד עניינים נבחן באמות מידה אובייקטיביות ולא על פי חששותיו הסובייקטיביים של צד זה או אחר. לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים שבהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה.

(ראו: בג"ץ 531/79, **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד(2) 566 (1980)).

כפי שקבע הש' ברק (כתוארו דאז) שם:

"קיים החשש כי כוח ללא פיקוח וריסון יביא לידי שימוש לרעה באותו כוח. מטרתם של כללי האמון היא, בין השאר, ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על בעל הכוח בהפעלתו של הכוח. עובד הציבור, הממלא תפקיד ציבורי, נופל למסגרתו של מבחן זה. בידי עובד הציבור הופקד כוח, וניתנה לו סמכות. השימוש בכוח זה והפעלתה של סמכות זו לא באים לשרת את ענייניו של עובד הציבור, אלא את האינטרסים שהכוח והסמכות באו להגשימם."

(ראו בעניין זה גם: דברי כב' הש' חשין בבג"ץ 8192/04, **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט(3) 145 (2004); טנה שפניץ, **ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה** 59-61 (2013); דו"ח

הצוות הבין-משרדי במשרד המשפטים ובשירות המדינה לבחינת היבטי ניגוד עניינים, מחודש יולי 2018, בעמ' 9;

יסודו של הכלל האוסר על עובד ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא בכללי הצדק הטבעי, המיוחסים לחוש צדק אוניברסלי המצוי אצל כל אדם.

(ראו: י. זמיר, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", ניגוד עניינים במרחב הציבורי - משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 225, 226-227, דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009). היות וכך הם עומדים בעינם גם בהיעדר הוראה מפורשת בחקיקה.

כלל זה מהווה חלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל ונמנה עם "עקרונות היסוד של השיטה ממנו נגזרות הוראות חרותות" (בג"ץ 595/89, **משה שמעון ואח' נ' שלום דנינו, הממונה על מחוז משרד הפנים מחוז הדרום ואח'**, פ"ד מד(1) 409,413; וכן ראו בג"ץ 971/99, **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת ואח'**, פ"ד נו(6) 117, 149).

עקרון זה, המעוגן באופן רחב ומבוסס בהלכה הפסוקה, הינו "מן הראשונות במלכות בתורת המינהל הציבורי בישראל" (בג"ץ 6499/99 **המפד"ל – המפלגה הדתית הלאומית נ' הרב בן-עזרא**, פ"ד נג(5) 606, 618 (1999)).

בהתאם לדברי כב' השופט ח' כהן בבג"ץ 142/70 **בנימין שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, ירושלים**, פ"ד כה(1), 331,325:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצונה מעניקה וברצונה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקמו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות".

111. כל גוף ציבורי, יהא תפקידו אשר יהיה, חייב לבצע את תפקידו ללא דעה קדומה ומשוחדת, ללא פניות וללא משוא פנים. (בג"ץ 292/61, **בית אריזה רחובות בע"מ ו-2 אח' נ' שר-החקלאות ואח'**, פ"ד טז 20; בג"ץ 685/78, **עומרי מחמוד נ' שר החינוך והתרבות ו-7 אח'**, פ"ד לג(1) 767).

על כן משתרע עקרון משפטי יסודי זה על כל תחומי המשפט, הן בתחומי המשפט הפרטי והן בתחום המשפט הציבורי גם יחד. (בג"ץ 595/89, **שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים**, פ"ד מד(1) 409, 413).

מכח עקרון חובת האמון מחויב נבחר הציבור להימנע מניגוד עניינים. הכלל בדבר ניגוד עניינים במילוי תפקיד קובע כי מי שמבצע פעולה או ממלא תפקיד עבור זולתו אסור לו להימצא במצב שבו עלול להיות ניגוד בין האינטרס של זה שלמענו הוא פועל לבין אינטרס אחר כלשהו. כלל זה חל במלוא התוקף על כל מי שמשרת את הציבור, לרבות חברי הרשות המבצעת. (בג"ץ 1601/90, **שליט נ' פרס**, פ"ד מד(3) 353, 364). קל וחומר חל כלל יסוד זה על העומד בראש הרשות המבצעת.

"עצם העובדה כי עניין לנו בגוף פוליטי נבחר אין בה כדי לשלול את תחולתם של הכללים בדבר ניגוד עניינים. כל משרתי הציבור חייבים להימנע מניגוד עניינים, ודבר זה חל במיוחד על נבחרי הציבור, החשופים לעין הציבור והחייבים לשמש דוגמא לציבור". (הש' ברק כתוארו דאז בבג"ץ 531/79 הנ"ל, בעמ' 579).

112. תכליתו של הכלל היא אפוא **מניעת** שיקולים זרים ו**שמירה על אמון הציבור**. לשם כך, עובד ציבור ונבחר ציבור, שהופקדה בידו סמכות, חייב להפעיל אותה תוך שהוא מעמיד לנגד עיניו את מכלול השיקולים הרלוונטיים להפעלתה - ואת השיקולים האלה בלבד. אם לא כן, עלולה להתעורר הסכמה שלפיה - האינטרס האישי או האינטרס הציבורי האחר יכולים לטשטש את מחשבתו הנקייה של איש הציבור ולגרום לו לסטות מדרך הישר (בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נו(6) 117, 149 (2002)).

113. העיקרון המנחה העומד בליבת החובה למנוע הימצאות של נבחר ציבור במצב של ניגוד עניינים, הוא שמירה על אמון הציבור. בפסיקה הודגש עקרון זה ביתר שאת - שכן אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו בשלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 269 (2003) עמד בית המשפט העליון על העובדה, כי יש לתת משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור כי משרתיו אינם אדוניו וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון כפיים. זאת משום שטוהר המידות עומד בבסיס השירות והמבנה החברתי של מדינת ישראל. לפיכך נקשר עקרון זה גם אל האינטרס המערכתי של שמירה על אמון הציבור - עובד הציבור אינו נהנה מאמון הציבור אם הוא מופקד על נושא שיש לו בו עניין אישי. (בעניין החשיבות בשמירה על אמון הציבור, ראו גם: בג"ץ 2874/93 **קופטי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, מח(2) 678; בג"ץ 4267/93 **אמיתי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 441;).

114. בהתייחס לנזק הכבד הנגרם לשירות הציבורי ולמחיר הכבד שמשלם הציבור הרחב, בשל הימצאותו של נבחר הציבור בניגוד עניינים, יפים דבריו של פרופ' י. זמיר לפיו:

"קשה להפריז בתיאור הנזק הטמון בתופעה רחבה של ניגוד עניינים בשירות הציבורי [...] ניגוד עניינים הוא פתח לשחיתות. ניגוד מוסדי מוביל בנקל לניגוד אישי, וניגוד אישי יכול להגיע עד כדי מעילה בתפקיד. ללא הקפדה על הכלל בדבר ניגוד עניינים עלול המנהל הציבורי להתדרדר במהירות ולהיעשות מסואב ומושחת, ומי שישלם את המחיר המלא הוא הציבור הרחב". (זמיר, ניגוד עניינים בשירות הציבורי ניגוד עניינים במרחב הציבורי, בעמ' 236).

115. לדעת פרופ' זמיר, הפעלת סמכות במצב של ניגוד עניינים תיחשב בדרך כלל לפגם חמור, בדומה להפעלת סמכות בידי מי שאינו מוסמך לכך. כפי שמבהירה ד"ר ברק-ארז במאמרה (ברק-ארז, אינטרסים נוגדים וניגוד אינטרסים במשפט המנהלי **ניגוד עניינים במרחב הציבורי**, בעמ' 213), קבלת החלטה מנהלית במצב של ניגוד עניינים היא פגם משמעותי, שכן תכלית המשפט המנהלי היא רגולציה של אופן קבלת ההחלטות תוך קביעה של אופי האיזון בכל הנוגע לאינטרסים נוגדים של פרטים או של קבוצות. מכאן, כי בעל תפקיד ברשות מנהלית נדרש לאזן בין אינטרסים של הפרט אל מול השלטון וכן בין אינטרסים של רשויות שלטון שונות. מלאכה זו לעיתים קשה וכוללת מלאכת איזונים עדינה ומורכבת, ומשכך חשוב במיוחד לשמור על הפרוצדורה של קבלת ההחלטות. יוצא אפוא, כי **"המניעה הפרוצדורלית שעניינה איסור על מעורבות של בעל אינטרס בתהליך קבלת ההחלטה חשובה במיוחד"** (שם, בעמ' 210-211).

116. פסיקתו הענפה של בית המשפט העליון חיזקה וביססה את מעמדו של הכלל למניעת ניגוד עניינים. (ראו לדוגמא: בג"ץ 35/82 **ישפאר בע"מ נ' שר הביטחון**, פד"י לז(2) 505, 518-519 (1982);

בג"ץ 2419/94, פריד אברהם נ' אריה טל ראש העיר טירת הכרמל, לא פורסם, ניתן ביום 22.8.1994; בג"ץ 11269/03, כמאל נ' שר המשפטים, פ"ד נט(3) 205 (2004); בג"ץ 971/99, התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117 (2002); בג"ץ 1100/95, קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מט(3) 691 (1995); עע"מ 7664/20, המועצה הארצית לתכנון ובנייה נ' ה.ה. משקיעים במקרקעין בע"מ (פורסם בנבו, 5.7.2022); עוד הודגש בפסיקה כי איסור זה נובע מהחובות המוגברות החלות על הפועלים למען הציבור לפעול בהגינות, בתום לב ובהתאם לכללי הצדק הטבעי. (ראו למשל בבג"ץ 415/19, משה לוי נ' שר הפנים, (פורסם בנבו 21.04.2020).

117. בפסיקה ענפה התפתחו מבחנים הקובעים את אמות המידה לקיומו של ניגוד עניינים, אשר מתמקדות בעיקרו של דבר בקיומו של חשש, במידת ההסתברות הנדרשת, שמא אינטרסים אחרים של מי שנושא בתפקיד ציבורי יש בהם למנוע ממנו מלבצע את תפקידו ללא משום פנים (ברק-ארז) משפט מנהלי (כרך א, 2010), בעמ' 532).

118. כפי שקובע פסק הדין בבג"ץ 531/79 הנ"ל, הכלל האוסר הימצאות במצב ניגוד עניינים הינו כלל כשירות עצמאי ומשמעו כי כשלאיש הציבור יש עניין כפול בתפקיד, כלומר כאשר מלבד החובה למלא את התפקיד לטובת הציבור, יש לו עוד אינטרס אישי אחר לגרום לעצמו או לאחר תועלת כלשהי, הרי שבמקרה כזה העניין האישי עשוי להטות את ההחלטה שלא לטובת הציבור ולפיכך בשל עצם ניגוד העניינים הרי הוא פסול מלמלא את התפקיד.

כפי שקובעת הפסיקה, כלל איסור הימצאות במצב ניגוד עניינים נעוץ במצב ולא בתוצאה, היינו, די בכך שנבחר הציבור יימצא במילוי תפקידו במצב של ניגוד עניינים כדי למנוע מצב זה.

בהינתן שכלל איסור ניגוד העניינים נובע מהמשפט המקובל, הרי שהוא חל כל אימת שהחוק החרות אינו קובע אחרת, וכאמור בבג"ץ 531/79 הנ"ל: "רק הוראה מפורשת וברורה של המחוקק תוכל לשלול את תחולתו של הכלל בדבר ניגוד עניינים". משמע, כי בענייננו, גם בהעדר הוראה מפורשת בחוק-יסוד: הממשלה, אשר קובעת במפורש כי תיאסר כהונתו של ראש ממשלה כאשר קיים חשש סביר לניגוד עניינים בפעולתו ובהינתן חוסר אפשרות לתחם את מצבי ניגוד העניינים בהם הוא מצוי כהונתו - מתחייב להורות על פסילת הכהונה.

119. הכלל האוסר הימצאות בניגוד עניינים אינו דורש, אם כך, התקיימותו בפועל של ניגוד עניינים, אלא זי בחשש לקיומו של מצב זה, אף ללא כוונה מתוכננת לביצוע פעולה אסורה במכוון על ידי מאן דהוא. (ראו לעניין זה: בג"ץ 279/60, אולמי גיל בע"מ נ' משה יערי ואח', פ"ד טו 673;).

ב. בעת מלחמה - הצורך בשמירת אמון הציבור ברשויות השלטון מתעצם והופך לצורך קיומי של ממש, בעל חשיבות מכרעת לחוסנה הבטחוני, החברתי והקיומי של מדינת ישראל

120. כאמור, הכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד העניינים מושתת על שני עקרונות: כללי הצדק הטבעי מזה וכללי אמון הציבור בנבחריו מזה.

בפסיקה הודגש כי אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו בשלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. בבג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 269 (2003) עמד בית

המשפט העליון על העובדה, כי יש לתת משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור כי משרתיו אינם אדוניו וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון כפיים. זאת משום שטוהר המידות עומד בבסיס השירות והמבנה החברתי של מדינת ישראל. לפיכך נקשר עקרון זה גם אל האינטרס המערכתי של שמירה על אמון הציבור - עובד הציבור אינו נהנה מאמון הציבור אם הוא מופקד על נושא שיש לו בו עניין אישי.

(בעניין החשיבות בשמירה על אמון הציבור, ראו גם: בג"ץ 2874/93, קופטי נ' בית הדין הארצי לעבודה, מח(2)678; בג"ץ 4267/93, אמיתי נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5)441;).

121. בזמן מלחמה, הצורך באמון הציבור ברשויות השלטון - ובמיוחד הצורך באמון בראש הממשלה - גובר

שבעתיים, שכן הוא העומד בראש קבינט המלחמה ומקבל החלטות מכריעות והרות גורל בכל תחומי החיים, ובדגש על התחום הבטחוני, ובכך הוא משפיע באופן ישיר וממשי על חייהם של האזרחים והאזרחיות, החיילים והחיילות, החטופים והחטופות ועל עתידה וגורלה של מדינת ישראל. במצב דברים זה, אמון הציבור באדם העומד בראש המדינה הינו תנאי הכרחי לביסוס החוסן הציבורי ולביסוס היכולת להנהיג ולהוביל את כלל אזרחי המדינה בזמן המלחמה ולזכות באמונם של כלל החיילים הנקראים לשדה הקרב, תוך סיכון חייהם, בריאותם ושלמות גופם.

בלא אמון הציבור באדם העומד בראש הממשלה ואחראי לקבלת ההחלטות במלחמה, בטוהר שיקוליו ובכך שהאינטרס האחד והיחיד העומד לנגד עיניו בעת קבלת ההחלטות הגורליות לעתידו של כל אזרח וכל חייל במדינה ולעתיד המדינה בכללותה, הינו האינטרס הציבורי ואין בלתו - נפגע אנושות החוסן הציבורי ונחלשת יכולתה של החברה להילחם להגנתה, להמשיך ולשמור על בטחונה, לשלוח את חייליה וחיילותיה לשדה הקרב ולנצח במלחמה.

122. כפי שתואר בסעיפים 48-21 לעיל, המשיב 2 עושה שימוש חוזר ונשנה בהתארכות המלחמה (אשר הוא עצמו הינו אחד הגורמים המרכזיים האחראיים לקביעת אורכה), לשם קידום האינטרסים האישיים שלו במשפטו הפלילי. כך עשה המשיב 2 שימוש בהימשכות המלחמה לשם דחיית שמיעת עדי התביעה, דחיית מועד עדותו בחקירה נגדית והאטת ההליך המשפטי בכללותו. בכך יש כדי לבסס, לכל הפחות, חשש סביר (או שמא וודאות קרובה) כי המשיב 2 עושה ויעשה שימוש בעוצמה השלטונית שבידו, בהחלטותיו ובפעולותיו בקשר לניהול המלחמה, להפסקתה או לסיומה, שלא אך ורק לשם מימוש האינטרס הציבורי, תוך הימנעות מפעולה או מהחלטה בניגוד עניינים או שיש בה שיקול זר, וזאת לאור האינטרס האישי העוצמתי שלו בהמשך דחיית ההליך הפלילי המתנהל בעניינו לשם מניעת ההכרעה במשפטו.

123. פן נוסף של ניגוד העניינים האינהרנטי בו מצוי המשיב 2 בעת ניהול המלחמה, נובע מן העובדה שהצורך

שלו בקידום האינטרסים האישיים שלו במשפטו הפלילי משליך במישרין והופך לחלק בלתי נפרד מהאינטרס האישי שלו בשרידותו בשלטון, זאת לאור התועלת העצומה הצומחת לו במשפטו הפלילי מעצם העובדה שהוא נשפט תוך כדי היותו הגורם הבכיר ביותר ברשות המבצעת. הדבר מקרין על יכולתו להשפיע ביתר שאת על עדים מעמדת כוח, על יכולתו להשפיע על קצב ניהול הדיונים בנימוקי ניהול המדינה ועל יכולת השפעתו על השופטים, הנובעת מעצם מעמדו כראש ממשלה על ספסל הנאשמים על כל המשתמע מכך.

במצב זה, שיקוליו האישיים לשמירת הקואליציה בראשותו ולשמירת שלטונו, גוברים על כל שיקול אחר שבאינטרס הציבורי, באופן המעמיד אותו בניגוד עניינים בתפקידו, ולא כל שכן בזמן מלחמה, כאשר כל החלטה שלטונית משפיעה על חייהם ועל מותם של אזרחים, חיילים, חטופים ועל כלל הציבור. משמע,

כי בשל חרב ההליך הפלילי המונחת על צווארו של המשיב 2, שקילת שיקולים אישיים בקשר לשרידותו הפוליטית (ובכלל זה: כניעה ללחציהם של שותפיו הפוליטיים, קבלת החלטות פופוליסטיות המנוגדות לאינטרס הציבורי, יצירת מצגי שווא וכד'), מקבלת משקל רב לאין שיעור מהמשקל שהיה ניתן לאותו שיקול על ידי כל גורם פוליטי אחר אשר אינו נאשם בפלילים בעת ניהול מלחמה, באופן ההופך את החשש להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים לחשש כבד, אשר אי מניעתו, בין אם באמצעות עדכון הסדר ניגוד עניינים ובין אם בכל דרך אחרת שבית המשפט הנכבד ימצא כי נדרש לפעול בה, מסכנת חיי אדם במלוא מובן המילה.

ג. ניגוד העניינים במקרה שלפנינו - חריג בטיבו ובעוצמתו

124. בבג"ץ 3056/20, התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, (פורסם בנבו, 25.3.2021), (להלן: "בג"ץ ניגוד העניינים"), הבהיר בית המשפט הנכבד, כי ניגוד העניינים בין האינטרס האישי של ראש הממשלה הנוגע למשפטו הפלילי, לבין תפקידו כמי שמנווט את פעילותה ואת יעדיה העיקריים של הרשות המבצעת, חריג בטיבו ובעוצמתו.

125. כך קבעה כב' הנשיאה חיות (בדימוס) בפסקה 16 לפסק דינה שם:

"המציאות שבה ראש ממשלה מכהן בתפקידו בעת שתלוי ועומד נגדו כתב אישום בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות, היא מציאות חריגה המחייבת הקפדה יתרה על עקרון זה. לפיכך, נדרש הסדר ניגוד עניינים אשר יבטיח – הן מבחינת קבלת ההחלטות בפועל והן מבחינת הנראות הציבורית – כי העניינים האישיים הנוגעים לכתב האישום שהוגש נגד ראש הממשלה לא ישפיעו על תפקודו כראש הרשות המבצעת".

126. בקביעתה זו אישרה כב' הנשיאה (בדימוס) חיות את קביעתו של היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו מיום 2.11.20, כי ניגוד העניינים במקרה של המשיב 2 הוא חריג בטיבו ובעוצמתו. זאת, משום שהאינטרס האישי העומד על הפרק מבחינת המשיב 2 נוגע לקיומו של משפט פלילי, אשר **עשויות להיות לו השלכות מרחיקות לכת על שמו הטוב של אדם ועל חירותו האישית, ובמקרים כגון זה הנוגעים למי שנושא בתפקיד ציבורי, עומד על כף המאזניים גם עולמו של הנאשם כאיש ציבור.**

127. לפיכך קבע היועץ המשפטי לממשלה, כי לנוכח אינטרס זה ובשל יכולת ההשפעה של ראש הממשלה על קבלת ההחלטות בממשלה, הנגזרת ממעמדו כראש הרשות המבצעת וכמי שמנווט את פעילותיה ויעדיה העיקריים, **עוצמת ניגוד העניינים במקרה זה – גבוהה.**

128. במצב דברים זה, **מידת ההסתברות הנדרשת היא של חשש סביר** לקיומו של ניגוד עניינים בין האינטרסים האישיים של ראש הממשלה הנוגעים להליך הפלילי המתנהל בעניינו, ובין תפקידו כראש ממשלה.

ד. חוסר הסבירות הקיצוני שבהחלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד

העניינים

1.ד אי שקילת כלל העובדות והשיקולים הצריכים לעניין

129. בעיצומם של ימים אלו מצויה מדינת ישראל בצומת דרכים קריטית ביותר, במסגרתה עומד המשיב 2, שהינו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון המכהן בתפקיד ראש ממשלה, לקבל החלטות הרות גורל בנושאים הדרמטיים ביותר עמם מתמודדת מדינת ישראל מיום פרוץ מלחמה "חרבות ברזל", מלחמה אשר החלה בטבח השבעה באוקטובר.

130. החלטות אלו, אשר למשיב 2 תפקיד מרכזי ודומיננטי ביותר בקבלתן, בתוקף תפקידו כראש ממשלה, הם שיקבעו האם פניה של מדינת ישראל להפסקת אש, זמנית או קבועה, במלחמה בעזה, להסדרה אזורית, להרגעת זירות הלחימה ולעסקת שחרור חטופים, או שמא פניה של המדינה להמשך המלחמה בעזה, להרחבת זירות המלחמה, הן בזירה הצפונית מול חיזבאללה והן בזירות נוספות, לרבות מול איראן, לדחיית עסקה לשחרור חטופים ויתכן אף להסלמה חמורה ולפתיחתה של מלחמה אזורית כוללת.

131. החלטות אלו עומדות להתקבל על ידי המשיב 2, כאשר אוחות אותו צבת של ניגוד עניינים חמור בין האינטרס הציבורי, אשר על פיו ורק על פיו הוא מחויב לפעול, לבין האינטרס האישי המובהק והעוצמתי מהמעלה הראשונה שיש לו כנאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון, המצוי שבועות ספורים לפני תחילת מתן עדותו במשפטו הפלילי. אינטרס אישי עוצמתי זה מעורר חשש כבד כי בקבלת החלטותיו בצומת הדרכים הקריטית למדינת ישראל, ישקול המשיב 2 שיקולים זרים במטרה להביא לדחיית שמיעת עדותו בהליך הפלילי שמתנהל נגדו ולדחיית קבלת החלטות שיפוטיות במשפטו. שיקולים זרים אלו עלולים להביא לפגיעה קשה באינטרס הציבורי של אזרחי מדינת ישראל, להוביל להמשך המלחמה, להרחבתה לזירות נוספות ואולי אף לגרור את מדינת ישראל למלחמה אזורית, באופן שעשוי לשרת את מטרותיו כנאשם בפלילים.

132. החשש הכבד והמובהק להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים חמור מחייב הסדרה מיידית, שכן המו"מ בנוגע לתנאים לסיום הלחימה בעזה ולהשבת חטופים מתנהל וצפוי להיות מוכרע בימים אלו ממש. לאחר קבלת ההחלטות יהיה זה מאוחר מדי לבחון את "התשתית העובדתית", כלשון המשיבה 1, שכן ההשלכות והתוצאות שעוללות לנבוע מהחלטותיו הנוכחיות של המשיב 2 עשויות להיות מסוכנות ביותר ובלתי הפיכות בדיעבד.

133. יתרה מכך, החשש לניגוד עניינים בניהול המלחמה במקרה שלפנינו אינו בגדר חשש תאורטי גרידא, הנובע "אך ורק" משל עצם ההתנגשות הקיימת בין היות המשיב 2 נאשם בעבירות קלון לבין היותו מכהן בתפקיד ראש ממשלה בעת ניהול מלחמה (התנגשות אשר די בה כדי לחייב הסדרה על פי דין). בשים לב להתנהלותו העיקבית והברורה של המשיב 2 במשפטו הפלילי, החל מיום פרוץ המלחמה ועד היום, קיימים כל הסימנים המעידים והמובהקים הרי שהחשש להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים, הינו מוחשי וממשי, בשים לב לשימוש הרב שעשה המשיב 2 מיום פרוץ המלחמה, במסגרת ההליכים במשפטו הפלילי, בטענת הימשכות המלחמה בכדי להביא לדחיית ההליכים במשפטו הפלילי.

העותרים יטענו כי עובדה שהמשיב 2 עצמו קושר בין הימשכות המלחמה לבין דחיית משפטו הפלילי - היא המגבירה את החשש לשקילת שיקולים זרים ועל האינטרס האישי העוצמתי של הנאשם בפלילים להסלים את המצב הבטחוני לשם השגת תועלות אישיות במשפטו הפלילי.

כל זאת כפי שתואר בהרחבה בסעיפים 21-48 לעיל, כיצד בשורה ארוכה של מקרים, במסגרת ההליך הפלילי בעניינו, עשה המשיב 2 שימוש בכובעו כראש ממשלה כמי שנדרש לנהל מלחמה קשה, במטרה לסייע לעצמו באופן אישי בכובעו כנאשם בפלילים, לשם דחיית מועדי שמיעת העדים במשפטו האישי, לצמצום מתכונת הדיונים, להאטת קצת שמיעת העדים ובראש ובראשונה לשם דחיית מועד מתן עדותו שלו, והכל כדי למנוע הכרעה במשפטו הפלילי.

134. על כן יטענו העותרים כי **מתחייב כבר עתה, ובאופן מידי, למנוע מהמשיב 2 מראש, בצורה ברורה, מפורשת ורשמית, באמצעות עדכון הסדר ניגוד העניינים, (ככל שבית משפט נכבד זה סבור כי הדבר אפשרי) להיות מעורב ולקבל כל החלטה או לבצע כל פעולה אשר במסגרתה קיים חשש לניגוד עניינים או לשקילת שיקול זר בניהול מלחמת "חרבות ברזל" ובניהול כל מו"מ הקשור במלחמה ו/או בהפסקתה ו/או בסיומה, וכן מתחייב למנוע את מעורבותו של המשיב 2 בכל החלטה ובכל פעולה שיש בהן כדי להשפיע על היקף המלחמה והתעצמותה וכן על מהות הזירות בהן היא מתנהלת.**

135. בשים לב לנסיבות המיוחדות והחריגות שלפנינו, **לאור התוצאות הרוות הגורל הטמונות בהחלטות שמקבל המשיב 2 בימים אלו לעתידה של מדינת ישראל ולביטחונה וכן לשלומם ולחיהם של אזרחי המדינה וכן לאור ניסיון העבר העשיר בכל הנוגע לאופן התנהלותו של המשיב 2 בהתמודדותו עם מצב ניגוד העניינים הנובע מהיותו נאשם בפלילים, (כפי שיפורט בסעיף 147 ד' להלן), יטענו העותרים כי המשיבה 1 שגתה שגיאה מהותית היורדת לשורשו של עניין, כאשר בנסיבות מובהקות אלו הסתפקה במכתבה מיום 12.8.24 באמירה כללית המתייחסת לחובתו העקרונית והכללית של ראש הממשלה "להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי ולהימנע מכל פעולה במצב ניגוד עניינים או שיש בה משום שיקול זר", תוך שהוסיפה כי "הדברים נכונים בכלל ובוודאי בכל הנוגע לפעולות ולהחלטות הקשורות בניהול המלחמה", (ראו בסעיף 1 למכתבה), **מבלי שקבעה מסמרות ברורות ומפורשות על דרך מתן הנחיות מפורטות ומחייבות למשיב 2, שיש בהן כדי למנוע מראש את החשש להימצאותו בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי, ותוך שנמנעה לחלוטין מהביא בחשבון לצורך החלטתה את הניסיון העשיר הידוע היטב בכל הנוגע להתנהלותו של המשיב 2 במצבי ניגוד עניינים בעבר.****

136. לפיכך יטענו העותרים כי החלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים, התקבלה מבלי שנשקלו על ידי המשיבה 1 כלל העובדות הצריכות לעניין, וככל שנשקלו עובדות אלו, הרי שלא קיבלו את המשקל הראוי להם. עובדות אלו עניינן **הפרותיו הקודמות של המשיב 2 את האיסור הכללי החל עליו כנבחר ציבור להימצא בניגוד עניינים בפעולותיו ובהחלטותיו, במסגרת תפקידו כראש ממשלה, אשר נובעים מהיותו נאשם בפלילים. זאת כאשר החל מיום הגשת כתב האישום נגדו ועד היום לא נקט המשיב 2 באף פעולה יזומה מטעמו לשם הימנעות מניגוד עניינים בתפקידו הציבורי. ההיפך הוא הנכון - בכל צומת דרכים בה התעורר חשש סביר להימצאותו בניגוד עניינים פעל המשיב 2 באופן ששירת את האינטרס האישי-משפטי שלו, הכל כמפורט בהרחבה בעתירה.**

בנוסף, החלטת המשיבה 1 שגויה מן היסוד גם בשל העובדה שהיא התקבלה מבלי שנשקלה התשתית העובדתית הרחבה הנוגעת לכלל בקשותיו הרבות של הנאשם נתניהו משופטיו בבית המשפט המחוזי, כאמור לעיל.

בעניין זה יטענו העותרים כי בחירתה של המשיבה 1 להתבונן ולבחון את הקשר בין המשפט הפלילי של המשיב 2 לבין ניהול המלחמה אך ורק מן הזווית הצרה של בקשתו האחרונה של המשיב 2 מיום 26.6.24 לדחיית מועד מתן עדותו בהליך הפלילי לחודש מרץ 2024, ותו לא, (כפי שעולה בבירור מסעיפים 4-6 למכתבה), תוך התעלמותה המוחלטת מכלל מסכת בקשותיו הקודמות של המשיב 2, החל מיום פרוץ המלחמה ואילך, לצמצום ולדחיית ימי הדיונים, לדחייה ולהאטת קצב שמיעת העדים, וכיוצב, (כמפורט בסעיפים 21-48 לעתירה), אותן הגיש הנאשם נתניהו בהתבסס על טענות הנוגעות לענייניו כראש הממשלה נתניהו בקשר לניהול המלחמה, באופן המלמד כשלעצמו על שיטת פעולה ברורה וסדורה בעניין זה, מעידה על התשתית העובדתית השגויה והחלקית עליה ביססה המשיבה 1 את החלטתה, וכפועל יוצא מכך על הטעות היסודית היורדת לשורשו של עניין של ההחלטה שקיבלה. משכך מתחייבת התערבות שיפוטית לשינוי ההחלטה.

ויודגש - בתשובתה אישרה המשיבה 1 את התזה המשפטית הבסיסית שניצבת ביסוד בקשת העותרים למניעת ניגוד העניינים, היא התזה הנוגעת לזיקה שבין החלטות המשיב 2 בניהול המלחמה לבין מצבו כנאשם בפלילים, הנלמדת מעצם הגשת בקשות הדחייה במשפטו הפלילי בשל הצורך בניהול המלחמה והעובדה המוכחת שבשל ניהול המלחמה נדחה מועד מתן עדותו של המשיב 2 במשפטו למשך תקופה בת שמונה חודשים, שכן במקור תוכננה עדותו להתחיל בחודש אפריל 2024 וכעת היא קבועה לחודש דצמבר 2024. על כן במצב הקיים לא ניתן להפריד בין האינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים לבין החלטותיו בניהול המלחמה.

137. לאור האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי החלטת המשיבה 1 להימנע מהפעלת סמכותה לעדכון הסדר ניגוד העניינים החל על המשיב 2 משנת 2020, כך שהסדר ניגוד העניינים יכלול, באופן מפורש ומפורט, גם הוראות מחייבות בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", הינה החלטה הנוגעת בחוסר סבירות קיצוני.

2.ד טעות משפטית קשה ביישום העקרון האוסר ניגוד עניינים, שכן תכליתו מניעתית ולא תוצאתית

138. בתשובתה מיום 12.8.24 טוענת המשיבה 1 כי יש להמתין ולבחון אם יחול שינוי בתשתית העובדתית עליה מבוססת עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה. השינוי בתשתית העובדתית, לטענתה, יחול באם פרשת ההגנה בה תישמע עדותו של ראש הממשלה, לא תחל ביום 2.12.24. רק במידה וכך יקרה, סבורה המשיבה 1 כי יהיה מקום לשקול את בקשת העותרים לעדכון הסדר ניגוד העניינים, על פי התשתית המעודכנת הרלוונטית. (ראו סעיף 8 למכתבה).

139. העותרים יטענו כי החלטת המשיבה 1 להימנע היום מעדכון הסדר ניגוד העניינים, כך שיכלול במפורש הוראות מחייבות בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", ולהמתין בחיבוק ידיים, מבלי להגביל כלל את צעדיו הנוכחיים, וזאת עד ליום בו עלול המשיב 2 לבקש או לקבל דחייה במשפטו (כפי שביקש וקיבל פעמים רבות מיום פרוץ המלחמה), הינה החלטה העומדת בסתירה מוחלטת לכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים ולפיכך דינה בטלות.

140. כפי שהודגש בפרק א' לטיעון המשפטי, הכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד העניינים הינו כלל בעל אופי מניעתי ולא תוצאתי. הוא מתמקד במצב עובדתי שאיש ציבור נמצא בו כשהוא ממלא תפקיד ציבורי (פרופ' זמיר, ניגוד עניינים בשירות הציבורי ניגוד עניינים במרחב הציבורי, בעמ' 238; פרופ' א. ברק, ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד, משפטים י', תש"ס, בעמ' 11). משכך ההלכה הפסוקה היא, כי אין כל דרישה שניגוד העניינים יתממש בפועל שכן מטרת הכלל היא למנוע אפריוני פעולה שנוגעה בשיקולים זרים ו/או אישיים תחת ניגוד עניינים. לעניין זה, יפים דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בעע"ס 4011/05 דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), בעמ' 29-30 (נבו, 11.2.08):

"האיסור על ניגוד עניינים הוא כלל מניעתי ולא תוצאתי. תפקידו למנוע את הרע בטרם ארע והוא צופה פני העתיד [...] העיקרון האוסר על ניגוד עניינים בא להקדים רפואה למכה. הוא נועד לאסור מראש על קיום חשש לניגוד עניינים, ואינו מסתפק ביצירת מערך של איסורים והגבלות המכוונים לאפשר את פוטנציאל הניגוד, תוך התראה או פיקוח מפני מימוש [...] ואמנם, האיסור על ניגוד עניינים במשפט הציבורי אינו מתמצה במצבים של ודאות לקיומו של ניגוד כזה. אין צורך בהוכחת התממשות של ניגוד אינטרסים בפועל, אלא די בחשש סביר כי פעולתו של ממלא תפקיד במערכת הציבורית תיעשה בצילם של אינטרסים נוגדים.." (ההדגשות אינן במקור - ד.ה.).

141. במקרה שלפנינו הצורך בהקדמת רפואה למכה, קרי במניעת הרע בטרם יארע, מקבל משנה תוקף והוא

חיוני שבעתיים, היות ומדינת ישראל מצויה ברגע זה ממש באחד הצמתים המסוכנים ביותר מיום הקמתה ועד היום. בנסיבות אלו הרע שלא יימנע בטרם יארע, עלול להיות רע מאד.

שהרי בימים אלו ממש מקבל המשיב 2 החלטות אשר ככל שבית משפט נכבד זה לא ימנע בדחיפות את החשש כי הן תהיינה נגועות בשיקולים זרים או תתקבלנה במצב של ניגוד עניינים, הן עלולות חלילה לגרום לתוצאות קשות ביותר לביטחונה של מדינת ישראל ולסכן את חייהם של אזרחי המדינה ושל לוחמי צה"ל וכן לסכן ואף לגרום למותם של החטופים והחטופות בשבי החמאס.

בצומת המסוכנת בה אנו מצויים היום, כל פעולה שעומד המשיב 2 לבצע וכל החלטה שהוא עומד לקבל, כאשר עננה כבדה של חשש לניגוד עניינים וחשש לשקילת שיקולים זרים מרחפת מעליו, ללא כל הסדרה ספציפית כפי שמחייב הדין, עלולה להוביל להתממשותם בפועל של תוצאות קשות ובלתי הפיכות בעתיד. זו בדיוק מהותם של כללי איסור ניגוד העניינים של נבחר ציבור ועל כן, בהתאם לפסיקה ולעקרונות היסוד שבבסיס כללים אלו, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי הזמן הנכון לבחון את קיומו של חשש להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים הינו ברגע זה ממש (ואף הייתה יפה שעה קודם), ובוודאי שלא בעתיד, ככל ש"יחול שינוי בתשתית העובדתית", כפי שטוענת המשיבה 1.

שהרי תפקידה של היועצת המשפטית לממשלה על פי כללי איסור ניגוד העניינים הינו לטפל במניעת מצב ניגוד העניינים ולא בהשלכות שינבעו ממצב זה בעתיד. קל וחומר נכון הדבר במקרה שלפנינו, בהינתן הסכנות החמורות הגלומות בהשלכותיו של מצב ניגוד העניינים הבלתי מטופל, על כלל אזרחי המדינה, על חיילי צה"ל, על החטופים והחטופות ועל האזור כולו.

142. כך פעל היועץ המשפטי לממשלה בעבר בעת שערך את הסדר ניגוד העניינים המקורי למשיב 2 בשנת 2020.

היועץ המשפטי לממשלה לא המתין עד לקרות אירועי ניגוד העניינים בשינויים במערכת המשפט (אשר גם הם אירעו לאחר מכן, כזכור וכפי שיפורט בסעיף 147 ד' להלן) כדי לערוך הסדר למניעת ניגוד עניינים, אלא

מיד עם תחילת כהונת המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה, כאשר כתב אישום בעבירות חמורות שיש עמן קלון תלוי ועומד נגדו, נקבעו ההגבלות והאיסורים החלים על המשיב 2 מאז ועד היום, בכל הנוגע להחלטות ולפעולות הקשורות לשינויים במערכת המשפט.

143. העותרים יטענו כי אם נאמץ את טענת המשיבה 1 ונמתין ש"יחול שינוי בתשתית העובדתית", כדבריה, קרי, נמתין ליום שבו יחליט בית המשפט המחוזי כי תחילת מתן עדותו של ראש הממשלה במשפטו הפלילי ידחה ולא יתקיים ביום 2.12.24, הרי שהדבר עלול להיות מאוחר מדי מבחינת האינטרס הציבורי, שכן אז עלולים אנו למצוא עצמנו כבר במצב בלתי הפיך של סכנת חיים, מצב בו הלהבות כבר התלקחו, המלחמה כבר התעצמה, זירותיה כבר התרחבו ואולי היא אף הפכה למלחמה אזורית הכוללת גם את איראן (היינו, לאחר ש"הרכבת כבר יצאה מהתחנה"). במצב ביטחוני חמור כזה, ככל שחלילה יקרה, גוברים הסיכויים לכך בית המשפט המחוזי ייעתר לבקשת הנאשם נתניהו לאפשר לראש הממשלה נתניהו "לנהל" את המלחמה, ויסכים לדחות את המשך ההליך המשפטי למועד רחוק יותר בעתיד, בדיוק בהתאם לאינטרס האישי-העוצמתי והמובהק של המשיב 2. אלא שבשלב כה מאוחר של התרחשות האירועים, לא ניתן יהיה עוד למנוע את הנזק הכבד שיגרם, אשר יהיה כרוך באבדן חיי אדם רבים.

144. **בדיוק בכדי למנוע סכנה זו נוצרו כללי איסור ניגוד העניינים של נבחרי ציבור, שכן מטרתם לצפות פני עתיד, למנוע את הרע בטרם יארע ולהקדים רפואה למכה.** על כן מתחייב לעשות בכללים אלו שימוש מושכל ומייד, באופן המתחייב על פי דין. לפיכך במקרה המובהק שלפנינו יש לדחות מכל וכל את טענת המשיבה 1, **המבקשת להימנע מעדכון הסדר ניגוד העניינים על אף החשש לניגוד עניינים, עד היום בו יתממש האיום בפועל,** ויוחלט כי בשל המצב הביטחוני פרשת ההגנה לא תחל ביום 2.12.24, או לחילופין יוחלט כי פרשת ההגנה תחל במועד זה, אולם ללא שמיעת עדותו של ראש הממשלה.

145. על כן יטענו העותרים כי בכדי לקיים את הרציונל שביסוד הכלל האוסר על נבחר ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים **מתחייב כי כבר עתה, בשלב בו מקבל המשיב 2 את ההחלטות הדרמטיות ביותר בנוגע לניהול המלחמה, ואשר הן אלו שישליכו וישפיעו על עתידה ובטחונה של המדינה ועל חיי אזרחיה ולוחמיה ועל חיי החטופים והחטופות, לצמצם באופן מידי את המהלכים והפעולות שמבצע המשיב 2, כדי שתוצאתן לא תהיה אותה "תשתית עובדתית" שהמשיבה 1 טוענת כי יש להמתין להתרחשותה בעתיד.**

על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה 1 לעדכן בדחיפות את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020, באופן שיחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של בניהול מלחמת "חרבות ברזל", כמבוקש בעתירה, ככל שהדבר אפשרי. לחילופין, ככל שבית המשפט הנכבד יקבע כי עדכון הסדר ניגוד העניינים באופן המבוקש אינו אפשרי, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעדים ג' עד ה' לעתירה.

סעדי העתירה מתבקשים שכן המצב היחיד אותו לא ניתן להתיר על פי דין הוא המצב הנוכחי, בו אין עדכון להסדר ניגוד עניינים למצב המלחמה, ואין כל פתרון אחר למצב הקשה והמסוכן בו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון המצוי בעיצומו של שלב ההוכחות במשפטו הפלילי, הוא זה שעומד בראש הממשלה, תוך שקיים חשש שיעשה שימוש בעוצמה ובסמכות השלטונית הנתונה בידו, לשם קידום האינטרסים האישיים העוצמתיים שלו במשפטו הפלילי, והכל בימים קשים וגורליים בהם מתנהלת מלחמה ומתנהל משא ומתן לסיומה, להסדרה אזורית ולהשבת החטופים, כאשר כל המזרח התיכון עומד על בלימה ומצוי כפסע מהתלקחות אזורית כוללת.

3.4 המשיבה 1 טענה טעות מהותית היורדת לשורשו של עניין כאשר הסתמכה על ההנחה לפיה כללי איסור ניגוד העניינים "ידועים", לביסוס החלטתה להימנע מחובתה לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020

146. בסעיף 2 לתשובתה הניחה המשיבה 1 הנחת יסוד לפיה העקרונות והכללים המחייבים את ראש הממשלה להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי ולהימנע מכל פעולה במצב של ניגוד עניינים או שיש בה משום שיקול זר, "ידועים", כלשונה.

על יסוד ההנחה לפיה עקרונות וכללים אלו "ידועים", ביססה המשיבה 1 את מסקנתה לפיה לא מצאה "כי מלחמת 'חרבות ברזל' מצדיקה שינוי או עדכון של ההנחיות החלות ממילא על ראש הממשלה. בכלל זאת, מכוח חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שהוכנה בעניינו בשנת 2020, בכל הנוגע למשפטו הפלילי של ראש הממשלה, וההבהרות מחודש פברואר 2023 ביחס ליישום חוות הדעת וליישום פסק הדין בבג"ץ 3056/20, בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט".

147. העותרים יטענו כי כל האמור בסעיף 2 לתשובת המשיבה 1 שגוי מיסודו, רווי סתירות פנימיות ונגוע בכשל לוגי עמוק, באופן המבסס את המסקנה בדבר חוסר סבירותה הקיצוני של החלטה, זאת מהנימוקים הבאים:

א. ראשית, אילו אכן ניתן היה להסתפק בידיעה אודות העקרונות והכללים הרחבים והמופשטים הנוגעים לאיסורים החלים על נבחר ציבור, לרבות ראש הממשלה, לעשות שימוש בכוח השלטוני המסור להם אך ורק למימוש האינטרס הציבורי ולהימנע מניגוד עניינים, כטענת המשיבה 1, הרי שכלל לא היה צורך בעריכת הסדרים ספציפיים למניעת ניגוד עניינים לנבחר ציבור, לרבות לראש ממשלה. בפועל ההיפך הוא הנכון - היועצת המשפטית לממשלה נדרשת לערוך הסדר למניעת ניגוד עניינים, באופן אישי וספציפי לכל נבחר ציבור, אשר יבהיר לו במדויק, ביחס לכל הנושאים הרלוונטיים לענייניו האישיים, במה הוא רשאי לעסוק, תחת אילו מגבלות ומה היקפן של מגבלות אלו.

ב. אילו אכן ניתן היה להסתפק בידיעה אודות העקרונות והכללים הרחבים והמופשטים הנוגעים לאיסורים החלים על נבחר ציבור, הרי שלא נדרש היה לערוך הסדר למניעת ניגוד עניינים אישי וספציפי למשיב 2 בשנת 2020 בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט. הא ראיה כי אין להסתפק בידיעה הכללית אודות עקרונות מופשטים אלו, נעוצה בעצם העובדה שבית המשפט העליון, בהרכב 11 שופטים, קבע בהחלטתו בבג"ץ הרכבת הממשלה כי מתחייבת עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים באופן אישי וספציפי למשיב 2, בשל היותו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון המבקש להרכיב ממשלה במדינת ישראל.

ג. אילו אכן ניתן היה להסתפק בידיעה אודות העקרונות והכללים הרחבים והמופשטים הנוגעים לאיסורים החלים על נבחר ציבור, הרי שלא היינו מוצאים עצמנו עדים לאינספור הטיות, הטענות והמחלוקות, בנושאים ובתתי הנושאים השונים והמגוונים הקשורים להגבלות שהוטלו על המשיב 2 במסגרת חוות הדעת שערך לו היועץ המשפטי לממשלה למניעת ניגוד העניינים, כפי שהתגלו בפועל בין עורך דינו של נתניהו, עו"ד יוסי כהן, לבין היועץ המשפטי לממשלה, מר אביחי מנדלבליט, במשך תקופה בת שמונה חודשים. שלל הסוגיות שמחלוקת נדונו בין הצדדים בתקופה שבין 23.7.20, עת קבע היועץ המשפטי לממשלה כי חוות הדעת למניעת ניגוד העניינים שערך עבורו מחייבת את ראש הממשלה נתניהו, ועד ליום 25.3.21, עת ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעתירה בבג"ץ 5920/20, יורם

יעקבי ו-68 אח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, (25.03.2021), אשר קבע כי חוות הדעת שערך היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את נתניהו (בכפוף להערות ולהבהרות שבסעיף 43 לפסק הדין).

העותרים יטענו כי עיון בטענות שהועלו, במחלוקות שלובנו ובסוגיות שנדונו בין הצדדים כאמור, ממחישות היטב עד כמה לא ניתן "להסתפק" באמירה הכללית של המשיבה 1 ברישת סעיף 2 למכתבה מיום 12.8.24 ועד כמה הנחת היסוד שהניחה המשיבה 1, כבסיס למסקנתה בדבר הימנעותה מעדכון הסדר ניגוד העניינים, לפיה העקרונות והכללים האוסרים פעולה בניגוד עניינים "ידועים", הינה הנחת יסוד שגויה בתכלית ולפיכך ההחלטה שנגזרה ממנה נגועה בחוסר סבירות קיצוני.

ד. ניסיון העבר, על כל הסתעפויותיו, בכל הנוגע להתנהלותו של המשיב 2 בכל צומת דרכים בה היה עליו להחיל על עצמו מיוזמתו ולהגביל את פעולותיו מכוח אותה "ידיעה עקרונית" בדבר האיסור החל עליו להימצא בניגוד עניינים בעת כהונתו הציבורית, מלמד באופן ברור וחד משמעי כי החלטת המשיבה 1 להותיר בידי המשיב 2, בעת הזו בזמן ניהול מלחמה, את הפררוגטיבה להחליט עבור עצמו ולהגביל את עצמו בפעולותיו השלטוניות בהתאם "לעקרונות הכלליים הידועים", כנטען על ידי המשיבה 1, הינה החלטה הנגועה בחוסר סבירות קיצונית שכן היא אינה לוקחת בחשבון את כלל העובדות הצריכות לעניין לצורך קבלת ההחלטה.

עובדות אלה נלמדות היטב מניסיון העבר בהתנהלות המשיב 2, כפי שעולה בתמצית מהדוגמאות הבאות כדלקמן:

- המשיב 2 מעולם לא פנה ליועץ המשפטי לממשלה ביוזמתו, בכדי לבחון את שאלת הימצאותו בניגוד עניינים בנושא כלשהו הקשור בכהונתו בתפקיד ראש הממשלה ומעולם לא ביקש הנחיות מתאימות, וזאת למרות שהוזמן חדשות לבקרים על ידי היועצת המשפטית לממשלה לעשות כן בכל עת בה הוא נתקל בסוגיית ניגוד העניינים בכהונתו הציבורית.
- לאחר הבחירות לכנסת ה-25 הטיל נשיא המדינה על המשיב 2, בהיותו ח"כ, את תפקיד הרכבת הממשלה. במסגרת פעולותיו להרכבת ממשלה קיבל ח"כ נתניהו על דעת עצמו את ההחלטה למינוי שר המשפטים יריב לוין, מבלי שבחן קודם לכן בעזרת היועץ המשפטי את השאלה האם כנאשם בפלילים קיים חשש להימצאותו בניגוד עניינים בעת מינוי שר משפטים למדינת ישראל.
- במהלך הרכבת הממשלה, פעל המשיב 2 להשגת הסכמות עם כל אחד משותפיו הקואליציוניים, לקידום יוזמות והליכי חקיקה, אשר לכל אחד מהם הייתה השפעה והשלכה ממשית וישירה על ההליך הפלילי המתנהל בעניינו ועל תוצאותיו. בין היתר, באשר ליוזמות החקיקה הבאות: יוזמות לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים בישראל, יוזמות לביצוע שינויים מהותיים בעקרונות המשפט החוקתי בישראל, הכוללים דיונים בשאלת היקפה של פסקת התגברות על פסיקות בית המשפט העליון בביטול חוקים, יוזמות לפגיעה בהיקף סמכות ההתערבות של בית המשפט העליון בהחלטות הרשות המבצעת, יוזמות להחלשת היועץ המשפטי לממשלה ולהחלשת מעמדם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ועוד יוזמות דומות, אשר המשותף לכולן הינו החלשת מעמדה של הרשות השופטת ופגיעה בעקרון שלטון החוק. כל זאת עשה מבלי שהגביל את עצמו בכל דרך שהיא מכוח "העקרונות הידועים" האוסרים ניגוד עניינים של נבחר ציבור.
- יתרה מכך, החל מיום 4.1.23, בו הצהיר שר המשפטים ח"כ יריב לוין על השינויים שבכוונתו לקדם במערכת המשפט, שמשמעותם הישירה הייתה החלשת עצמאותה של הרשות השופטת ופגיעה

קשה בשלטון החוק, ועד לפרוץ המלחמה ביום 7.10.23, לא נמנע המשיב 2 מלפעול לקידום חקיקת שינויים במערכת המשפט. כל זאת למרות הימצאותו בניגוד עניינים, למרות התחייבותו בפני 11 שופטי בית משפט נכבד זה בבג"ץ הרכבת הממשלה ולמרות האיסורים הברורים והמחייבים שהוטלו עליו בהסדר ניגוד העניינים הספציפי שנערך לו על ידי היועץ המשפטי לממשלה וקיבלו תוקף של פסק דין בבג"ץ ניגוד העניינים. לא זו אף זו, קיימות ראיות למכביר למעורבותו האישית והשוטפת לקידום החקיקה בדרכים רבות ושונות, כך, בין היתר, בהתבטאויותיו בישיבות הסיעה, בתדרכי ח"כים ממפלגתו, בראיונות שהעניק לאמצעי תקשורת ברחבי העולם ובמסיבות עיתונאים, הכל כפי שפורט בהרחבה במסגרת עתירתם של חברים בקבוצת "מבצר הדמוקרטיה", עמם נמנים העותרים דנן, בבג"ץ 3618/23, **דן חלוץ ו-38 אח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח'**, (נבו, 11.1.24).

- בנוסף, פעל המשיב 2 בניגוד עניינים בכל הנוגע לתיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, בעניין ביטול אפשרות לקביעת נבצרות תפקודית של ראש הממשלה. בפסק הדין בבג"ץ הנבצרות קבעה דעת הרוב כי בשל המרכיב הפרסונלי בחקיקה זו, יש לדחות את מועד תחולתו של התיקון כך שייכנס לתוקפו בכנסת ה-26. תקצר היריעה מלצטט את כל אמירותיהם של השופטים בדבר **האופן בו ניצל המשיב 2 לטובתו האישית את המעמד הרם ואת השררה השלטונית הנתונה לו, בכדי שתשרת את התכלית הפרסונלית המובהקת הקשורה במשפטו הפלילי, בתיקון חוק היסוד בעניין זה.**

- בדרך זו, העומדת בסתירה מוחלטת לעקרונות המשפט המנהלי, לכללי הצדק הטבעי ולכללי האמון בנבחרי הציבור, עשה המשיב 2 כל שביכולתו, ללא כל ריסון או הגבלה הנובעים מהיותו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, בכדי לשנות את פניה של מדינת ישראל לשנים הבאות, תוך שהוא מצוי בניגוד עניינים מובהק, חריג ועוצמתי, הן בנוגע לחלוקת הסמכויות בין משרדי הממשלה השונים, הן בנוגע לחלוקת המשאבים הכספיים של אוצר המדינה, הן בנוגע למדיניותה ולקווי היסוד של הממשלה והחמור מכל - **בנוגע ליוזמות החקיקה שעמדו על הפרק, אשר מטרותן הייתה להחליש את מעמדה של הרשות השופטת, ולפגוע בעקרונות שלטון החוק במדינת ישראל.**

לפיכך, יטענו העותרים כי עובדות אלה, אשר הובאו בתמצית בלבד, ועובדות רבות נוספות, המעידות על אי קיום חובתו של המשיב 2 להשתמש בכוח השלטוני המסור לו אך ורק למימוש האינטרס הציבורי מבלי להכתימו בשיקולים זרים הנובעים מהאינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים, חייבות היו להילקח בחשבון על ידי היועצת המשפטית לממשלה בבואה להחליט במכתבה מיום 12.8.24 על כך שדי באזכור חובתו הכללית "הידועה" (כאמור בסעיפים 1-2 למכתב) של המשיב 2 להימנע מניגוד עניינים. דברים אלו מבססים את המסקנה המתחייבת לפיה המשיבה 1 בחרה בדרך הקלה של הימנעות ממתן הוראות מדוקדקות, מפורטות ומחייבות אשר יגדרו את פעולותיו של המשיב 2 באופן חד משמעי ולא יאפשרו כל תזווה לכיוון קבלת החלטה שנובעת משיקולים אישיים ומשכך החלטתה נגועה בחוסר סבירות קיצוני.

ה. המשיבה 1 קובעת כי לא מצאה שמלחמת "חרבות ברזל" מצדיקה שינוי או עדכון **ההנחיות החלות ממילא** על ראש הממשלה, ומוסיפה: "בכלל זאת, מכוח חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שהוכנה בעניינו בשנת 2020, בכל הנוגע למשפטו הפלילי של ראש הממשלה, וההבהרות מחודש פברואר 2023 ביחס ליישום חוות הדעת וליישום פסק הדין בבג"ץ 3056/20, בכל הנוגע ליוזמות לשינויים במערכת המשפט".

דברים אלו נגועים בכשל לוגי של ממש, שכן הכיצד ניתן לראות בחוות הדעת למניעת ניגוד עניינים **הנוגעת אך ורק ליוזמות לשינויים במערכת המשפט**, כפי שנערכה למשיב 2 בשנת 2020 ובמסגרת ההבהרות מחודש פברואר 2023, כהנחות שיש בהן כדי לסייע במניעת ניגוד עניינים של ראש הממשלה בניהול מלחמת "חרבות ברזל".

148. נימוקים אלו מעידים כי הנחת היסוד, שעמדה בבסיס החלטת המשיבה 1, הינה שגויה מן היסוד, רווי סתירות פנימיות ונגועה בכשל לוגי עמוק. משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי מסקנת המשיבה 1 לפיה לא מצאה שמוצדק לעדכן את ההסדר למניעת ניגוד עניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020, כך שיחול גם ביחס לכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל", הינה מסקנה הנגועה בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן יש לדחותה ולקבוע כי מתחייב לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 כמבוקש בסעד השני לעתירה.

4.4 הימנעות המשיבה 1 משך קרוב ל-100 ימים ממתן תשובתה לפניית ב"כ העותרים מהווה ראייה נסיבתית לקושי במתן התשובה ובכך לחיזוק החשש לניגוד עניינים שאינו מטופל באופן שוטף כדין וכנדרש על ידי המשיבה 1

149. העותרים יטענו כי עצם העובדה שלמשיבה 1 נדרשו קרוב ל-100 ימים, מאז משלוח פניית העותרים ביום 8.5.24, אשר התבצעה, **כצעד מתבקש ובאופן מידי, כפועל יוצא מפקס הדין בבג"ץ כרמי**, מהווה ראייה נסיבתית לקושי במתן התשובה, ובכך מחזק את החשש כי סוגיית ניגוד העניינים **אינה מטופלת** על ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה **"באופן שוטף כדין וכנדרש"**. **הנחה אשר על בסיסה קבע בית המשפט הנכבד בסעיף 11 לפסק דינו בבג"ץ כרמי, כי לא נמצאה הצדקה להתערב וליתן את הסעדים הדרמטיים שהתבקשו בעתירה** (הם הסעדים ג-ה' בעתירה דנן). העותרים יטענו כי כעת, לאור תשובת המשיבה 1, נמצא הטעם המיוחד לסבור כי המשיבה אינה מעדכנת את הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, כדין וכנדרש, ומשום כך מועלית טענה זו כעת, בשונה מהמצב ששרר בעת מתן החלטת בית המשפט הנכבד בבג"ץ כרמי (וראו לעניין זה בסיפת סעיף 11 לפסק הדין שם).

150. נזכיר כי הימנעות המשיבה 1 מלהשיב לבקשת העותרים בשאלת אופן טיפולה בסוגיית ניגוד העניינים בניהול המלחמה החלה למעלה מחצי שנה קודם לכן, ביום 11.2.24, בפנייתם של העותרים לצורך מיצוי ההליכים טרם הגשת בג"ץ כרמי, אשר בשל העדר כל מענה לשאלתם, נאלצו להגיש את עתירתם למתן הסעדים בעניין זה ביום 4.4.24. רק ארבעה ימים לאחר שהוגשה אותה עתירה, ביום 8.4.24, נענתה פנייתם המקדמית של העותרים על ידי ד"ר גיל לימון, המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי – מנהלי), בתשובה לקונית וקצרה ביותר הנעדרת כל התייחסות לטענות כבדות משקל שהעלו העותרים בפנייתם המפורטת והמנומקת.

[העתק פניית העותרים מיום 11.2.24 ותשובת המשיבה 1 מיום 8.4.24 צורפו כנספחים 17-18 לעתירה].

151. עוד נדגיש כי התשובה לפניית העותרים מיום 8.5.24 לעדכון הסדר ניגוד העניינים לא נענתה כלל משך שבועות ארוכים באופן שחייב את הגשת העתירה בבג"ץ קלדרון לשם כך. כל זאת למרות הנסיבות הדחופות, החריגות והגורליות בהינתן הימצאותנו בעיצומה של מלחמה ובשיאם של מגעים לקיומה של עסקה להשבת החטופים ולהפסקת הלחימה.

אם לא די בכך, ואף חמור מכך, המשיבה 1 נדרשה על ידי כב' הש' עמית להשיב לעותרים עד ליום 11.7.24. למרות דרישה זו הגישה המשיבה 1 ארבע בקשות ארכה, כאשר האחרונה שבהם הייתה תמוהה ומפתיעה ביותר (כמפורט בסעיף 93 לעיל)., עד אשר ביום 12.8.24 הגישה את תשובתה נשוא העתירה דנן. היינו לאחר חלוף למעלה משלושה חודשים מיום פניית העותרים וששה חודשים מיום פנייתם הראשונה בנושא (ביום 11.2.24 כאמור).

152. עוד נזכיר כי זמן רב בטרם פרצה מלחמת "חרבות ברזל", **לפני שנה וחודשיים, ביום 27.6.23**, במסגרת תגובת המשיבה 1 לעתירה בבג"ץ חלוץ, ציינה המשיבה 1 כי "סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף, כדין וכנדרש". העותרים התנגדו נחרצות לטענה זו תוך שהצביעו על הפרות חוזרות ונשנות של המשיב 2 את הסדר ניגוד העניינים. לאור זאת **ביום 19.7.23 הורה בית המשפט הנכבד למשיבה 1 להשיב הכיצד סוגיית ניגוד העניינים של המשיב 2 מטופלת על ידה. עד עצם היום הזה לא ניתנה על ידי המשיבה 1 כל תשובה לשאלה מרכזית זו.** השתלשלות הדברים הייתה כדלקמן: המשיבה 1 נדרשה להשיב עד ליום 20.8.23, אולם היא הגישה מספר בקשות למתן ארכות מבלי להשיב, עד שביום 31.12.23, זמן רב לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", טענה המשיבה 1 כי בשל פרוץ המלחמה השתנה המסד העובדתי שעמד בבסיס העתירה ובית המשפט העליון מחק את העתירה, מבלי שהמשיבה 1 השיבה לשאלה הכיצד מטופלת סוגיית ניגוד העניינים על ידה. בכך נסתם הגולל בנושא.

153. העותרים יטענו כי **שלל העיכובים, הדחיות, ההימנעות והעדר המענה אשר מאפיין את המשיבה 1 בכל הנוגע להתנהלותה בקשר לאופן הטיפול השוטף** המתבצע על ידה ועל ידי מערך היעוץ המשפטי לממשלה בסוגיית ניגוד העניינים בו מצוי המשיב 2 בהיותו נאשם בפלילים בעבירות חמורות שיש עמן קלון המצוי בעיצומו של הליך ההוכחות במשפטו הפלילי, **מעידים על קושי של ממש בטיפול השוטף בנושא.** שהרי כיצד ניתן להכיר בטיפול זה כ"טיפול שוטף, כדין וכנדרש" כאשר המענה לו כלל אינו ניתן משך חודשים ארוכים, וזאת במציאות בה עוסק המשיב 2 בניהול מלחמה, במסגרתה מדי יום ביומו חיילים מתים ונפצעים, תוך כדי שמתקבלות על ידי המשיב 2 החלטות דרמטיות והרות גורל לחיי אדם ולגורלם של החטופים והחטופות.

לו אכן סביר היה הדבר שבעת הזו אין כל צורך בעדכון הסדר ניגוד העניינים, או לחילופין כי היה זה אפשרי ואפקטיבי לגדר את פעולותיו של המשיב 2 בניגוד עניינים בניהול המלחמה באמצעות עדכון ההסדר, הרי שחזקה על המשיבה 1 שהייתה מסוגלת לתת על כך את תשובתה כבר בחודש פברואר 2024, היינו ארבעה חודשים מיום פרוץ המלחמה הקשה בעזה ולא לעכב משך חודשים ארוכים את מתן תשובתה (ולאחר מכן להשיב שכעת אין צורך בעדכון).

154. לפיכך יטענו העותרים כי עצם העובדה המוכחת היטב בדבר העיכובים וההימנעות של המשיבה 1 ממתן תשובתה לשאלה בנוגע לצורך בעדכון הסדר ניגוד העניינים למצב ניהול המלחמה, מהווה ראיה נסיבתית ברורה, לכל הפחות, לקיומו של קושי במתן המענה.

קושי זה מחזק את החשש להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים שאינו ניתן לפתרון בדרך אפקטיבית באמצעות "עריכת הסדר למניעת ניגוד עניינים" או באמצעות "עדכון ההסדר הקיים למניעת ניגוד עניינים", שכן אילו היה הדבר ניתן לפתרון בדרך של עדכון הסדר ניגוד עניינים, חזקה על היועצת המשפטית לממשלה שהייתה עושה כן זמן רב קודם לכן, מבלי שיידרש להמתין חודשים ארוכים ללא כל תשובה, מבלי הצורך בהמתנה לדרישה שיפוטית למתן המענה, מבלי לתת תשובות לקוניות וחסרות תוכן ענייני, (כדוגמת המענה שניתן ביום 8.4.24 כאמור לעיל) ומבלי שבסופו של דבר תשיב כי "יהיה מקום

לשקול את הבקשה לעדכון הסדר ניגוד העניינים" במידה ו"יחול שינוי בתשתית העובדתית", היינו במידה ומועד עדותו של המשיב 2 במשפטו הפלילי יידחה בפועל בעוד מספר חודשים.

155. לאור כל זאת מתבקשת המסקנה לפיה ראיות נסיבתיות אלו, בכל הנוגע להתנהלות המשיבה 1 בקשר לצורך לעדכון הסדר ניגוד העניינים, מלמדות כי **סוגיית ניגוד העניינים אינה מטופלת כיום על ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף, כדין וכנדרש**. ונזכיר כי הפעם האחרונה (והיחידה) בה טענה כך המשיבה 1 היה לפני שנה וחודשיים (כאמור בסעיף 152 לעיל), וגם אז נמנעה המשיבה 1 מלמק הכיצד הדבר מטופל, למרות דרישתו המפורשת של בית המשפט העליון בעניין.

156. אין חולק כי במהלך התקופה בת השנה וחודשיים שחלפו מאז טענה כך המשיבה 1, חלו תהפוכות עצומות במדינת ישראל, לרבות בכל הנוגע למערכת היחסים שבין הרשות המבצעת לבין הייעוץ המשפטי לממשלה ומערכת המשפט בכלל. כך, לדוגמה נלמד בבירור ממכתבה של המשיבה 1 למשיב 2 מיום 6.8.24, בו התריעה על שיבוש סדרי עבודתה של הממשלה באלו המילים: "מזה זמן החלטות ממשלה משמעותיות מתקבלות בתהליכי עבודה משובשים [...] באופן שאינו מאפשר לגורמי מקצוע, וכן לשרים למלא את תפקידם וחובותיהם". מכתב חריג ודרמטי זה של המשיבה 1 מעיד על מערכת יחסים בעייתית ביותר, בלשון המעטה, בין הייעוץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה והעומד בראשה, ומחזקת את הקושי עליו מצביעים העותרים, כאמור.

[העתק מכתב המשיבה 1 למשיב 2 מיום 6.8.24 מצורף כנספח 21 לעתירה].

ה. החלטת המשיבה 1 מיום 12.8.24 להימנע מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2, מחזקת את הספק הרב בנוגע ליכולת המעשית למנוע את החשש לניגוד עניינים בפעולותיו של ראש ממשלה בנושאי בטחון המדינה בזמן ניהול מלחמה באמצעות הסדר ניגוד עניינים

157. כידוע, לרוב ניתן לתחום את מצבי ניגוד העניינים של נבחר ציבור בכדי לאפשר את המשך כהונתו, וזאת באמצעות הימנעות חלקית מביצוע פעולות ומקבלת החלטות. פתרון זה מאפשר למנוע את ניגוד העניינים מבלי לחייב את בעל העניין להימנע מלקבל על עצמו את התפקיד או להתפטר ממנו (ר': אהרן ברק, **מבחר כתבים ג' – עיונים חוקתיים** 286 (2017)).

158. ודוק - מקום בו מצא עצמו נבחר ציבור ו/או נושא משרה ציבורית במצב של ניגוד עניינים או שקיימת אפשרות ממשית לקיומו של ניגוד עניינים, מתחייבת בחינת האפשרות לנטרל את ניגוד העניינים, בהתאם לקווים המנחים הבאים: ראשית, יש לוודא שהנושא שלגביו יש חשש לניגוד עניינים ניתן לבידוד; שנית, על הנטרול להיות מידתי; שלישית, "מחיר" הנטרול צריך להיות סביר; רביעית, יש להפקיד על איזון בין הכלל בדבר ניגוד עניינים לבין אינטרסים חשובים אחרים (ר': טניה שפניץ **ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה** 125 (2013)).

159. וביתר פירוט: עקרון הבידוד, עניינו **בתחימה ברורה של זירת ההתנגשות** בין האינטרסים המנוגדים, כך שאפשר יהיה לאתר במדויק את המצב שגורם לניגוד עניינים ולטפל בו באופן ממוקד. לדעת המלומדת שפניץ, **האפשרות לבדוד את הנושא הגורם לניגוד עניינים היא למעשה תנאי סף למציאת פתרון**. בפסיקה נקבע, כי מקום בו ניתן לבדוד באופן מתוחם וצר מאוד את גזרת ניגוד העניינים, ניתן לנטרל את ניגוד העניינים על ידי הימנעות של חבר המועצה מטיפול בנושא ספציפי מגודר (ר' למשל: בג"ץ 1045/89 **דניאל נ' ראש העיר קרית-אתא**, פ"ד מד(3) 157, 165 (1990); ע"א 2444/98 **טרבלסי נ' ראש המועצה המקומית**

נתיבות, פ"ד נב(3) 849, 859 (1998)). בפסיקה נקבע כי במקרים בהם לא ניתן לבודד את זירת ניגוד העניינים ולא ניתן להסתפק במניעות חלקית, הדרך היחידה לנטרל את ניגוד העניינים היא באמצעות פסילת הגורם ממילוי התפקיד.

160. בהתאם לעקרון המידתיות, נקבע כי הקו המנחה והבסיסי להליך נטרול ניגוד העניינים הוא כזה שיוביל לפתרון מידתי, באופן שלא יהיה מקל או מחמיר מידי. לכן, על עורך הסדר ניגוד העניינים להתחיל בבחינת הפתרונות מן הקל אל הכבד. כך למשל, בתחום יישומו של הכלל בענייני רשויות מקומיות, נקבע כי השלב הראשון הוא הימנעות מטיפול בנושא - הוא ההסדר החמור פחות; ואולם אם מתברר שההימנעות הן תדירות או בנושאים חשובים, יש להעביר את הנושא הגורם לניגוד עניינים לחבר מועצה אחר. בקו האחרון - רק אם לא ויתר חבר המועצה על התפקיד או שהתברר שאי אפשר להעביר את התפקיד לאחר - יהיה חבר המועצה פסול מלכהן (שפניץ, בעמ' 132).

161. זאת ועוד, הפתרון המוצע לנטרול מצב ניגוד העניינים, צריך להיות סביר ויעיל מבחינת אפשרות היישום שלו וההשקעה הנדרשת מבעל התפקיד ומהמערכת שבה הוא משולב. על פי קריטריון זה, דחה למשל בית המשפט המחוזי בפרשת קיו.איי.אס פתרונות שהיו כרוכים בפיקוח מיוחד של הרשות המנהלית על הגוף הנגוע בניגוד עניינים, אף על פי שהיו לכאורה מידתיים יותר מהפתרון שעליו החליט בית המשפט (עת"מ 1034/07 קיו.איי.אס ישראל בע"מ נ' רשות שדות התעופה בישראל (נבו, 18.2.09)).

162. פתרון מעין זה, בו נקבע כי ניתן להסתפק במניעות חלקית שתבוא לידי ביטוי באמצעות העמדת נבחר הציבור בהסדר ניגוד עניינים, בא לידי ביטוי בבג"ץ **הרכבת הממשלה**. בפסק הדין, התירו 11 שופטי בית משפט נכבד זה, את כהונת המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה על יסוד התחייבותו כי כהונתו תהיה כפופה להסדר ניגוד עניינים שייערך עמו. העמדת המשיב 2 להסדר ניגוד עניינים בתפקיד ראש ממשלה, שיקף את מאמציו של בית משפט נכבד זה לייצר פתרון שיהיה מידתי ומתקבל על הדעת מבחינת ההשלכות והמחירים הכרוכים בו. אך למעלה מכל - **הוא התבסס על הנחת היסוד לפיה מצב ניגוד העניינים בו מצוי המשיב 2 ניתן לבידוד ולתיחום וכן על הנחת יסוד נוספת לפיה המשיב 2 יפעל כאדם נורמטיבי** (זאת למרות היותו נאשם בפלילים, כאשר אחת מהעבירות הפרת האמונים בה הוא מואשם בתיק 4000 עניינה בהפרת הוראות הסדר ניגוד עניינים שנערך לו על ידי היעוץ המשפטי לממשלה בכהונתו כשר התקשורת).

כפי שניתן להיווכח כיום באופן ברור, **שתי הנחות יסוד אלו לא עמדו במבחן המציאות והתבררו כהנחות יסוד שגויות**, כאשר המשיב 2 הפר באופן בוטה את הסדר ניגוד העניינים הספציפי, עת פעל באופן עיקש ועקבי, מיום הקמת הממשלה הנוכחית ועד לפרוץ מלחמת השבעה באוקטובר לפגיעה בשלטון החוק, להחלשת הרשות השופטת ולפגיעה בעצמאותה של מערכת המשפט, תוך הפרת הסדר ניגוד העניינים הספציפי שנערך לו, אשר קבע מגבלות בקשר למילוי תפקידו בעניינים הנוגעים למערכת אכיפת החוק (כמפורט בסעיף 147 ד' לעיל), וכן כעת, בזמן מלחמה, כאשר לא קיימת כל דרך לבודד ולתחום את הימצאותו בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי, בהינתן קיומו של האינטרס האישי העוצמתי במשפטו הפלילי.

163. על רקע הפרת הסדר ניגוד העניינים הספציפי, הגישו העותרים דן בחודש מאי 2023 את עתירתם בבג"ץ 3618/23, **דן חלוץ ו-38 אח' נ' היועצת המשפטית לממשלה ואח'**, (נבו, 11.1.24), (להלן: "בג"ץ חלוץ"), (המוזכרת לעיל בגוף פסק הדין בבג"ץ כרמי), בדרישה להורות על פסילת כהונת המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה. עתירה זו, אשר בית המשפט קבע זמן קצר לאחר הגשתה כי היא "תועבר לדיון בפני הרכב בהקדם", המתינה במשך שמונה חודשים לקביעת מועד דיון, אולם בטרם נקבע הדיון בעתירה ניתן פסק דין, מפי כב' מ"מ הנשיא פוגלמן, אשר קבע כי "נוכח שינוי הנסיבות" (בשל פרוץ המלחמה) "הדיון בטענות

שעמדו בבסיס העתירה, במתכונת שנטענו, אינו אקטואלי עוד". עוד נקבע בפסק הדין כי "ככל שישובו ויתעוררו טענות נוספות בדבר הפרת הסדר ניגוד העניינים, טענות הצדדים שמורות להם" (שם, בפסקה 10 לפסק הדין). לעניין זה יצוין כי טענות נוספות בנוגע להמשך הפגיעה בעצמאות מערכת המשפט ישנן כיום למכביר, אך לא בכך עוסקת העתירה שלפנינו.

164. בסעיף 12 לתגובת המשיבה 1 בבג"ץ חלוץ הבהירה היועצת המשפטית לממשלה את העקרון שנקבע בפסיקה, לפיו כאשר לא קיימת עוד כל אפשרות להתמודד עם החשש לניגוד עניינים באמצעות עריכת הסדר, יידרש לנקוט באמצעי הקיצוני ביותר של פסילת האדם מלמלא את התפקיד. כלשונה:

"...בית המשפט הנכבד קבע לא אחת כי פסילת אדם מלמלא תפקיד מסוים היא האמצעי הקיצוני ביותר להתמודדות עם חשש מפני ניגוד עניינים, וכי בדרך כלל קיימת דרך פוגענית פחות להתמודד עם חשש זה – והיא עריכת חוות דעת לניגוד עניינים".

(וראו את הכלל בפסיקה ובספרות בעניין זה: בג"ץ 7402/11, התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 12 (פורסם בנבו 04.01.2012); בג"ץ 11745/04, רמות למען הסביבה נגד המועצה הארצית לתכנון ובניה, פסקה 15 (פורסם בנבו 04.09.2008); בג"ץ 595/89 שמעון נ' דנינו, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409, 418-419; בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ - אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקאות 77-78, (פורסם בנבו, 01.03.2016); בג"ץ 529/89 ריעני נ' ליניק, פ"ד מג(3) 389, 392 (1989); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית, כרך א' מהדורה שנייה, 2010, בעמ' 586-589);

165. העותרים יטענו כי העובדה שעל אף שבבג"ץ כרמי ביסס בית המשפט העליון את העדר ההצדקה למתן הסעדים הדרמטיים, כלשונו, על ההנחה בדבר האופן השוטף בו מטפלת המשיבה 1 בסוגיית ניגוד העניינים, החליטה המשיבה 1 מיום 12.8.24 להימנע מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2, **מחזקת את הספק הרב הקיים ממילא בשאלת היכולת המעשית למנוע את החשש לניגוד עניינים בפעולותיו של ראש ממשלה בנושאי בטחון המדינה בזמן ניהול מלחמה באמצעות הסדר ניגוד עניינים.**

166. שהרי המשיב 2, הנושא בתפקיד ראש ממשלה בזמן מלחמה, **אחראי ופועל בכל הנגזרות הקשורות בניהולה של המלחמה**, לרבות במו"מ הנערך במסגרתה, בכל דיון והחלטה הקשורים בניהולה, בסיומה או באי סיומה של המלחמה ובכל מרכיב אחר הקשור בה, **באופן הרחב ביותר**. במצב עדין ורגיש זה, ברי כי כל פעולה וכל החלטה שמקבל המשיב 2 במסגרת תפקידו כראש ממשלה בניהול המלחמה מעוררות חשש לניגוד עניינים, **ודומה כי קשה ביותר עד כדי בלתי אפשרי לתחום, לגדר או להסדיר את החשש לניגוד עניינים בדרך מידתית כלשהי**, שהרי לא ניתן להורות, לדרוש, לחייב או למנוע מראש ממשלה לעסוק בנושאי ניהול המלחמה. לפיכך, החלטת המשיבה 1 להימנע מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים בנושאים אלו מחזקת את המסקנה בדבר חוסר היכולת המעשית למנוע את החשש לניגוד עניינים בתחום הרחב, האינטנסיבי, המרכזי והמקיף הכולל את התנהלות ראש ממשלה בעת ניהול מלחמה על כל היבטיה. עצם העובדה שנדרשו למשיבה 1 קרוב ל-100 ימים וכן נדרשה הגשתה של העתירה בבג"ץ קלדרון לשם מתן תשובתה בשאלת עדכון הסדר ניגוד העניינים, מעידה כשלעצמה עד כמה המדובר בסוגייה סבוכה ומורכבת.

167. על כן, יטענו העותרים כי בתשובת המשיבה 1 יש כדי לחזק את טענותיהם בבג"ץ כרמי, היינו כי במצב ניהול מלחמה, **לא קיים כל פתרון אחר למניעת ניגוד העניינים הרחב, המקיף, האינהרנטי והעוצמתי, החולש על כל אחד מהמרכיבים הכרוכים בתפקידו הציבורי של ראש ממשלה, ועל כן לא נותר עוד אלא**

לנקוט באמצעי הקיצוני ביותר, של פסילת האדם מלמלא את התפקיד, כפי שנקבע בפסיקה. לא כל שכן נכון הדבר כעת, משהבהירה המשיבה 1 כי היא אינה מעדכנת באופן שוטף בעניין זה את הסדר ניגוד העניינים, כאמור לעיל.

168. במקרה שלפנינו ניגוד העניינים הוא **מובנה, כלומר משוקע ונעוץ במצב עצמו**, באופן שאין כל דרך לשנותו או לצמצמו. הפסיקה מתייחסת לניגוד עניינים מובנה ככזה שאינו מאפשר נשיאה בשני התפקידים במקביל. כך, למשל, בבג"ץ 154/98, **הסתדרות העובדים הכללית החדשה ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד נב(5) 111, 131:

"העובדה שתפקיד מסוים רגיש פוליטית עשויה להוות שיקול נגד למינוי פוליטי, משום ניגוד עניינים מובנה בין הצרכים הפוליטיים של השר הממנה לבין הצרכים הממלכתיים".

ובבג"ץ 4253/02, בנימין קריתי ראש עיריית טבריה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', (פורסם בנבו, 17.03.2009), בסעיף 45:

"קיומו של שר"פ במסגרת בתי החולים הממשלתיים יוצר ניגוד עניינים מובנה ומובהק שספק אם מקבלי ההחלטות (מנהלי המחלקות) יכולים להשתחרר ממנו. גם משום כך - לא עומד השר"פ בעקרונות המשפט המנהלי".

(וראו בעניין זה גם: ע"מ 4011/05, דגש סחר חוץ (ספנות) בע"מ נ' רשות הנמלים (חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ), סעיף 45 (פורסם בנבו, 11.02.08)).

169. על כך נוסף ונטען כי במקרה שלפנינו ניגוד העניינים המובנה הינו חמור ועוצמתי שבעתיים ומידת קיצוניותו הינה מהמעלה הראשונה, זאת מהסיבות הבאות:

א. המדובר בהתנגשות אינטרסים אשר כל אחד מהם בפני עצמו הינו ייחודי וקיצוני מאין כמותו - אינטרס אחד הוא האינטרס הציבורי העוצמתי ביותר שניתן להעלותו על הדעת - כהונה בתפקיד הרם, והחשוב ביותר במדינה, כהונתו של ראש הרשות המבצעת, העומד בראש קבינט מלחמה בעת חרום כאשר מתנהלת מלחמה ארוכה וקשה, הטומנת בחובה סיכון כבד להתפרסותה ולהתרחבותה למספר זירות נוספות עד כדי מלחמה אזורית נרחבת.

מנגד, אינטרס שני הוא האינטרס האישי החריג והעוצמתי ביותר - נאשם במשפט פלילי בעבירות החמורות ביותר בספר החוקים בתחום השחיתות השלטונית אשר הרשעה בהן עשויה להוביל אותו לאבדן חירותו האישי.

ב. הנשיאה בתפקיד הציבורי הרם ביותר אינו מאפשר לבעל התפקיד להאציל את סמכויותיו בכל הנוגע לניהול מלחמה לגורמים אחרים.

ג. השלב בו מצוי המשפט הפלילי הינו שלב מתקדם ודרמטי ביותר, עת נדרש המשיב 2 בתוך שבועות ספורים ליתן עדותו מיד עם תחילת פרשת ההגנה במשפטו. שלב זה ידרוש את נוכחותו הפיזית משך שעות ארוכות מדי יום ביומו, ואת מעורבותו המנטלית והאינטלקטואלית המלאה של המשיב 2 בנבכי ההליך הפלילי בעניינו, כאשר אין חולק בנוגע לעוצמת האינטרס האישי שלו בדבר. יתרה מכך, הדבר יחייב את הכנתו לקראת עדותו משך מספר שבועות קודם למתן העדות, כאשר בשלב זה יידרש להתרכז וללמוד את כל עדויותיהם של עדי התביעה אשר העידו במשפטו ולהכין באופן מדוקדק ומפורט את תשובותיו לטענותיהם. מכאן שהקדשת הזמן, הקשב, האנרגיה, המרץ ומלוא תשומת הלב לניהול ההליך, מתנגשת באופן מובהק עם יכולתו לנהל מדינה בזמן מלחמה קשה עם פוטנציאל לעירוב זירות נוספות ועם הדרישות הביטחוניות, המדיניות, הכלכליות והחברתיות המחייבות את נוכחותו המלאה של ראש הממשלה בכל מובן ועניין הכרוך במצב זה. מצב זה מחייב את ניקיון הדעת של ראש הממשלה

ואת אמון הציבור שנשלח וששולח את ילדיו להילחם במלחמה קשה ולסכן את חייו ואת חיי הקרובים לו בטוהר שיקוליו ואת התמסרותו המוחלטת של ראש הממשלה לשקילת האינטרס הציבורי בלבד, כמו גם את אמונם של כל בני משפחות החטופים והחטופות הממתינים בכל רגע למוצא פיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בנוגע לשחרור קרוביהם.

ד. למשיב 2 יש אינטרס אישי עוצמתי מהמעלה הראשונה לנסות ולמנוע ככל הניתן את המשך ניהול ההליך הפלילי בעניינו, במטרה להרחיק ככל האפשר את מתן עדותו הקרבה. במצב אישי רגיש זה, קיים חשש כבד כי המשיב 2 יקבל החלטות ויבצע פעולות בניגוד עניינים בתפקידו הציבורי בניהול המלחמה, אשר יהיה בהן כדי להחמיר את מצבה הביטחוני של מדינת ישראל. (כך, בהתאם להודאת בעל הדין עצמו בהתייחס לחקירותיו הפליליות של ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט).

ה. הימצאותו של המשיב 2 בעיצומו של הליך פלילי, במצב בו הוא מואשם בעבירות קלון ונלחם על חפותו, **אינה מאפשרת כל הפרדה וניתוק בין שקילת שיקולים שיסודם באינטרס ההישרדות הפוליטית של נבחר ציבור, אשר מכוחה נעתר המשיב 2 ללחציהם של שותפיו הקואליציוניים בקבלת החלטותיו השלטוניות, לבין האינטרס האישי שלו כנאשם בפלילים. במצב זה מתחייבת המסקנה לפיה בכל החלטה שלטונית בה נותן המשיב 2 עדיפות לשיקול פוליטי על פני כל שיקול ציבורי אחר, קיים באופן מובנה ובלתי פתיר החשש הכבד לפעולה בניגוד עניינים הנובעת מעצם היותו נאשם בפלילים. התייחסותו של המשיב 2 עצמו לחקירותיו הפליליות של ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט מהוות הודאת בעל הדין כי אכן כך הדבר, שכן הוא עצמו קושר בדבריו בין ההישרדות הפוליטית של ראש ממשלה לבין האינטרס האישי שלו בהליך הפלילי בעניינו, באומרו:**
"...קיים חשש, אני חייב להגיד אמיתי - לא בלתי מבוסס, שהוא יכריע הכרעות על בסיס האינטרס האישי של ההישרדות הפוליטית שלו ולא על פי האינטרס הלאומי".

170. בהתאם לכלל האוסר הימצאות נבחר ציבור בניגוד עניינים, קובע סעיף 28 א' להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1555 בנושא "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות הציבורי" כי **כשהימנעות מטיפול עלולה לשתק את הפעילות או להגבילה משמעותית עד כדי פגיעה של ממש - מתבקשת פסילת הכהונה, כדלקמן:**

"פסילת בעל התפקיד מלכהן בתפקידו - דרך זו, שהיא כאמור הקיצונית ביותר, תינקט רק כאשר התפקידים אותם מיועד המועמד למלא אינם מתיישבים מעצם מהותם עם העניינים האחרים שלו, וכאשר קיימת התנגשות בין שתי המערכות בנושאים מרכזיים או בנושאים רבים בצורה תדירה. במצב דברים זה, בו פתרון של הימנעות מטיפול בנושאים עלול לשתק את פעילותו של עובד הציבור במילוי תפקידו או להגבילה במידה משמעותית עד כדי פגיעה של ממש ביכולת למלא את התפקיד הציבורי, מתבקשת התוצאה שהמועמד ייפסל מלכהן בתפקיד הציבורי".

171. בעניין זה יודגשו דברי שפניץ במאמרה הנ"ל, בעמ' 165: **"מהעובדה שפסילה נתפסת כפתרון 'קשה' אין ללמוד כי אין להשתמש בה כשהדבר דרוש".** (ההדגשה במקור). (ראו למשל בבג"ץ 1100/95, קאסוטו נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מט(3) 691).

בבג"ץ 595/89, שמעון נ' דנינו, הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, הנזכר לעיל, קבע הש' ברק (כתוארו אז) כי **ככל שהניגוד הוא מתמיד ובתחום נרחב ומרכזי, כך מתחייבת פסילת כהונה.** לאמור:

”התוצאה המתבקשת מהימצאות במצב של ניגוד עניינים צריכה להתאים עצמה להיקף הניגוד, לאינטנסיביות שלו ולמרכזיותו בתפקידי עובד הציבור. אם הניגוד הוא מקרי בתחום צר של תפקידים שוליים, ניתן להסתפק בכך שבעל התפקיד יימנע מלהשתתף בדיון, או בהצבעה או בביצוע של התפקידים הנוגדים, תוך שיוכל להמשיך לבצע את יתר התפקידים הכרוכים בכהונתו. ניתן גם לחשוב, במקרים מתאימים, על אצילת הסמכות או נטילתה. הטעם לכך הינו, כי המקריות, הצרות והשוליות של הניגוד מותירות תחום נרחב לפעילות נקייה מכל ניגוד. לעומת זאת, אם הניגוד הוא מתמיד ובתחום נרחב ומרכזי, מחייב הדבר פסילת העובד מהמשך כהונתו, שכן כל חלופה אחרת לא תקיים את מטרות הכלל בדבר ניגוד עניינים”. (ההדגשה לא במקור).

172. בהתאם לעקרון זה מבהירה שפניץ, במאמרה הנ"ל בעמ' 159, כי שימוש בפתרון הפסילה מצביע על כך שאי אפשר לנטרל את ניגוד העניינים ולכן בעל התפקיד לא יכול לכהן בתפקיד מסוים. על פי עקרון המידתיות, כפי שפורט לעיל, פתרון הפסילה הוא אחרון במדרג הבדיקה של פתרונות אפשריים וזאת מפאת חומרתו. דהיינו, החלטה על פסילה תתקבל רק לאחר שנבחנו פתרונות דרסטיים פחות. בפסיקה השתמשו בפתרון זה לא אחת, בין היתר במקרים בהם פסלו בעלי תפקידים מלכהן בתפקיד נוסף. (ראו למשל: עת"מ 235-10 ס. נופי ובניו בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, 19-20 (נבו, 11.4.10)).

173. בית המשפט העליון יצר בפסיקתו הבחנה ברורה בין ניגוד עניינים שולי או נקודתי, המאפשר הימנעות מעיסוק או מעיסוקים ספציפיים, לבין ניגוד עניינים רחב ומהותי, המתפרש על פני נושאים שונים הנוגעים להיבטים מהותיים ומרכזיים במסגרת תפקידו של נבחר הציבור - כפי המקרה שלפנינו, אשר אינו מאפשר בשום דרך את ניטרולו באמצעות הימנעות מביצוע פעולה או פעולות כלשהן, שאז מתחייב לנקוט באמצעי הקיצוני ביותר של פסילת כהונה. העותרים יטענו כי כך מתחייב לפעול במקרה שלפנינו, קל וחומר לאחר שהובהר על ידי המשיבה 1 כי היא נמנעת מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים כאקט מניעתי, אלא לכל היותר תשקול לעשות כן בעתיד ככל שיחול שינוי במועד שנקבע לתחילת עדותו של המשיב 2 במשפטו.

174. האבחנה בין עניין שולי או נקודתי לבין עניין רחב ומהותי, הובהרה על ידי כב' הש' לוי בעניין ריעני, בעמ' 394, לאמור:

”אין המדובר בעתירה שלפנינו במעורבות מוסדית קטנה וחלקית, שבה מצדיק קיומו של ניגוד עניינים אזוטרי את אי השתתפותו של הנוגע בדבר בדיון פלוני, אלא במעורבות אינטנסיבית ממשית ורחבה של נושא תפקיד אחר בתהליך קבלת ההחלטות בנושא תפקיד בגוף אחר, שהאינטרסים שלו אינם חופפים את אלה של הגוף הראשון”.

במאמרם של שפניץ ולוסטהויז, ”ניגוד עניינים בשירות הציבורי” ספר אורי ידין – מאמרים לזכרו (בורסי, בעריכת א' ברק, ט' שפניץ, תש"ן) 315, בהתייחס לאפשרות פסילת בעל תפקיד מלכהן בתפקידו, מובהרים בעמ' 324 הדברים הבאים:

”דרך זו, שהיא הקיצונית ביותר, ננקטת כאשר התפקידים אינם מתיישבים מעצם מהותם וכאשר ההתנגשות בין העניינים היא תדירה, בנושאים מרכזיים או שהיא נוגעת למספר רב של עניינים. פתרון של המנעויות מטיפול בנושא עלול לגרום להמנעויות תכופות, תופעה שאינה

רצויה משום שהיא משתקת את פעילות בעל התפקיד הציבורי במילוי תפקידו. בנסיבות אלה מתבקשת התוצאה שבעל התפקיד ייפסל מלכהן בתפקידו הציבורי." (ההדגשות לא במקור).

175. כפי שנקבע בע"א 6983/94, שמעון פחימה נ' מיכאל פרץ, פ"ד נא(5) 829 :

"פסילת אדם מלכהן בתפקיד ציבורי שאליו נבחר היא צעד חמור. על הטוען לפסילת אדם מכהונה ציבורית מחמת ניגוד עניינים, להניח תשתית עובדתית, שממנה ניתן להסיק - עובדתית ומשפטית - קיומו של חשש לניגוד עניינים מוסדי, אישי, או שניהם".

176. ויודגש - בבג"ץ 595/89 הנ"ל קבע כב' הש' ברק (כתוארו דאז) כי עקרון ניגוד עניינים אינו מתמצה אך ורק בחוק החרות. העדרו של הסדר סטטוטורי (כפי המצב שלפנינו, כאשר חוק-יסוד: הממשלה אינו קובע כי מצב ניגוד העניינים תוצאתו הינה פסילת ראש ממשלה מכהונתו), אין בו כדי לשלול את תחולת ההסדר המתחייב לפסילת הכהונה מכח הפסיקה. ההפך הוא הנכון: שתיקת המחוקק בעניין זה, לא תתפרש בדרך כלל כהסדר שלילי לגבי אותו תחום. העותרים יטענו כי בענייננו נכון הדבר מכוח קל וחומר, בהינתן שניגוד העניינים הינו חריג בטיבו ובעוצמתו, כפי שקבע בית משפט נכבד זה וחולש באופן נרחב ואינטנסיבי על כל מארג החלטותיו של המשיב 2 בתפקיד הציבורי.

וכך קבע הש' ברק בבג"ץ 595/89 :

"אין העיקרון של ניגוד עניינים מתמצה אך בהוראות החוק החרות. זהו עקרון יסודי, המצוי בהיכלם של עקרונות היסוד של השיטה. ממנו נגזרות הוראות חרותות. על פיו מתפרשות הוראות אלה. ממנו נגזרות הלכות שיפוטיות - "משפט מקובל נוסח ישראל" - באשר לניגוד עניינים בתחומים שהחקיקה אינה מכסה. באמצעותו יתפתח המשפט וינתן פתרון ראוי לבעיות של ניגוד עניינים שהחיים יעוררו במרוצת השנים. אכן, קיומו של הסדר סטטוטורי למצב של ניגוד עניינים אין בו, כשלעצמו, כדי לשלול את תחולתו של ההסדר ההלכתי באותם תחומים שההסדר הסטטוטורי אינו משתרע עליהם. שתיקת המחוקק לגבי התחום הבלתי מוסדר אינה מתפרשת, בדרך כלל, כהסדר שלילי לגבי אותו תחום, אלא אך כהימנעות מחקיקה המאפשרת תחולתה של ההלכה הפסוקה (וראה בג"צ 589/86, שמעון נ' ראש המועצה המקומית קרית מלאכי, פ"ד מא (2) 617). (ההדגשות לא במקור).

177. לאור כל זאת יטענו העותרים כי המקרה שלפנינו הינו המקרה המובהק והקיצוני ביותר שניתן להעלות על הדעת של נבחר הציבור המכהן בתפקיד הרם ביותר, בעל מוטת הכנפיים הרחבה ביותר על כל ההחלטות השלטוניות המתקבלות בתקופה הקשה ביותר, תוך שהוא מצוי בניגוד עניינים חריג, עוצמתי, מהותי, מקיף וקיצוני ביותר היות ובו זמנית מתנהל בעניינו משפט פלילי בעבירות החמורות ביותר בספר החוקים בתחום השחיתות השלטונית, אשר מייצר מעצם הגדרתו אינטרסים אישיים עוצמתיים מהמעלה הראשונה לעשות כל שביכולתו בכדי לנסות ולמלט עצמו מאימת הדין.

כל זאת מבסס באופן מובהק חשש סביר להימצאותו בניגוד עניינים בכל הנושאים בהם הוא עוסק במסגרת תפקידו הציבורי. על כן ככל שבית המשפט הנכבד יקבע כי מניעת החשש לניגוד עניינים תוך הותרת ראש הממשלה בתפקידו הינה בלתי אפשרית, מסקנה אשר לטענת העותרים קיבלה חיזוק משמעותי בהחלטת המשיבה 1 להימנע מעדכון חוות הדעת למניעת ניגוד עניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020 – מתבקש בית המשפט הנכבד לנקוט באמצעי הקיצוני שקובעת הפסיקה למניעת ניגוד עניינים - פסילת הכהונה בתפקיד הציבורי, כמבוקש בסעדים ג-ה' לעתירה.

ו. החלטת בית המשפט הנכבד לדחיית הסעדים בבג"ץ כרמי התבססה על הנחת היסוד לפיה סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על ידי המשיבה 1 "באופן שוטף, כדין וכנדרש". לפיכך, כעת, משהוכח בהחלטת המשיבה 1 מיום 12.8.24 כי היא נמנעת מעדכון הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, הרי שמתבקש ליתן את הסעדים שהתבקשו לפסילת הכהונה, כמפורט בסעדים ג'-ה' לעתירה

178. בפסקה 11 לפסק הדין בבג"ץ כרמי קבע בית המשפט הנכבד, לאמור:

"במסגרת תגובתה המקדמית לעתירה בעניין חלוץ הבהירה היועצת המשפטית לממשלה כי "סוגיית ניגוד העניינים מטופלת על-ידי היועצת המשפטית לממשלה ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה באופן שוטף, כדין וכנדרש" (סעיף 14 לתגובה המקדמית שם). על טעם זה, בין היתר, ביססה היועצת המשפטית לממשלה את עמדתה שלפיה אין עילה לדרוש מבית המשפט להעניק את הסעדים "מרחיקי הלכת", כלשונה, שהתבקשו שם – הם בעיקרם הסעדים המבוקשים אף בעתירה דן. על רקע הדברים הללו, לפיהם היועצת המשפטית לממשלה מודעת לצורך בבחינת הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, ובהיעדר טעם מיוחד לסבור שהיא אינה עושה כן (והעותרים אף לא העלו כל טענה בעניין), איננו מוצאים הצדקה להתערב באופן הפעלת סמכותה, וזאת על אחת כמה וכמה בהינתן הסעדים הדרמטיים המבוקשים בעתירה".

179. משמע, בית המשפט הנכבד בפסק דינו התבסס על ההנחה בדבר מודעותה של המשיבה 1 לצורך בבחינת הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף, כנימוק לכך שהוא אינו מוצא הצדקה להתערב במתן הסעדים הדרמטיים שהתבקשו בעתירה (סעדים התואמים את הסעדים ג'-ה' לעתירה דן).

180. בעת מתן פסק הדין אכן לא היה לבית המשפט הנכבד כל טעם מיוחד לסבור כי המשיבה 1 אינה עושה כן (ובהתאמה, לעותרים אכן לא הייתה כל טענה בעניין), אלא שכעת עם קבלת תשובתה של המשיבה 1 מיום 12.8.24 התהפכו היוצרות, שכן לא זו בלבד שנמצא הטעם לסברה שהמשיבה 1 "אינה עושה כן", כלשון פסק הדין (היינו, אינה מעדכנת את הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף), אלא ניתנה בידינו ההוכחה הברורה והחותכת לכך שהמשיבה 1 החליטה באופן מודע, גלוי וחד משמעי, להימנע במפורש מלעדכן את הסדר ניגוד העניינים, כך שיחול גם בכל הנוגע לפעולותיו ולהחלטותיו של המשיב 2 בניהול מלחמת "חרבות ברזל". כפי שעולה בבירור מסעיפים 1-2 למכתבה, היא "הסתפקה" באמירה כללית בנוגע לעקרונות ה"ידועים", כלשונה. כך ותו לא.

181. על כן, במצב דברים זה, היות ובבג"ץ כרמי ביסס בית המשפט הנכבד את העדר ההצדקה להתערב במתן הסעדים הדרמטיים המבוקשים בעתירה" שם, כלשון פסק הדין, על ההנחה בדבר "בחינת הסדר ניגוד העניינים באופן שוטף" על ידי המשיבה 1, הרי משהופרכה הצדקה זו כליל, בתשובת המשיבה 1 מיום 12.8.24, מן הראוי, מוצדק ונדרש כי בית המשפט הנכבד יורה על מתן סעדים אלו כעת, כמבוקש בעתירה דן.

ז. האיסור להימצא בניגוד עניינים מונח, בראש ובראשונה, לפתחו של בעל התפקיד

182. בסעד הרביעי בעתירה מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי בנסיבות שלפנינו החלטת המשיב 2 להמשיך ולכהן בתפקיד ראש ממשלה ולהימנע מלהתפטר לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הממשלה, הינה החלטה הנגועה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך דינה בטלות. בעניין זה יטענו העותרים את הדברים הבאים.

183. החובה שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים מונחת, בראש ובראשונה, לפתחו של נושא המשרה הציבורית. חובה זו, המוטלת על כל נבחר ציבור, מקבלת משנה תוקף בהתייחס לעומד בראש הרשות המבצעת, אשר בשל מעמדו הרם והייחודי ובשל ההשלכות הרות הגורל של החלטותיו על כלל הציבור, הציפייה ממנו היא כי ימנע בכל דרך מלהימצא בניגוד עניינים, וכי ככל שלא ניתן להסיר את החשש לניגוד עניינים באמצעות הסדר למניעת ניגוד עניינים, יפעל באופן עצמאי, בהתאם לאחריות המתחייבת בתפקידו, ויודיע על התפטרותו מתפקידו.

184. הרציונל העומד ביסוד התפיסה לפיה חובה זו מונחת בראש ובראשונה לפתחו של בעל העניין, מבוסס על העובדה שנושא המשרה הוא המכיר באופן הטוב ביותר את האינטרסים האישיים שלו-עצמו, ולכן האחריות המיידית והישירה להצביע על קיומו של עניין אישי בפעולותיו ובהחלטותיו מונחת לפתחו.

בהתאם לכך הבהירה המשיבה 1, בסעיף 43 לתגובתה לבקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט בבג"ץ ניגוד העניינים, כי מדובר במושכלות יסוד לפיהן: "העיקרון האוסר על מי שנושא בתפקיד ציבורי להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא כלל המושתת על כללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי, והוא מונח, בראש ובראשונה, לפתחו של בעל התפקיד". (ההדגשה במקור).

[העתק החלק הרלוונטי מתגובת היועצת המשפטית לממשלה בבקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט בבג"ץ ניגוד העניינים, מצ"ב כנספח 22 לעתירה].

185. בהתאם לעקרון זה קובע סעיף 7(א) לכללי אשר, (שהתקבלו בהחלטת ממשלה בשנת 1977 (י"פ התשל"ח 2382, עמ' 314), תוקנו בהחלטת ממשלה מיום 28.11.2002 ופורסמו בנוסחם המתוקן ביום 16.1.2003 (י"פ התשס"ג 5147, עמ' 1136)), כי בכל מקרה שלשר יש "ענין אישי" בפעולה או בהחלטה, עליו להימנע בכל דרך שהיא ממעורבות באותה פעולה או החלטה ואם הובא עניין זה לפניו עליו להצהיר מיד על עניינו האישי ולהודיע על כך למבקר המדינה. כן קובע סעיף 7(ב) לכללי אשר, כי ככל שמצוי שר במצב של ניגוד עניינים, ניתן לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפעול באחת הדרכים המנויות בסעיף, ביניהן למשל העברת סמכויות הפעולה או החלטה לשר אחר.

בהתאם לעקרון זה קבעה כב' הנשיאה (בדימוס) חיות בסעיף 24 לפסק דינה בבג"ץ ניגוד העניינים:

"במילים אחרות, במצב רגיל על השר – שהיכרותו עם עניינו האישיים היא הטובה ביותר – מוטלת האחריות להצביע על קיומו של עניין אישי בפעולה או החלטה, ואם אכן נקבע כי השר מצוי בניגוד עניינים – יש לגבש פתרון קונקרטי למצב זה לאחר קבלת חוות דעתו של היועץ". (ההדגשה לא במקור).

186. עקרון הטלת האחריות על נושא המשרה עצמו, מוצא את ביטויו בהתייחס לשופטים, בסעיף 77א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, שעניינו "פסלות שופט". לפי סעיף זה שופט לא יישב בדיון אם מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול

המשפט. דהיינו, על השופט היושב בדין, לקבוע, כהחלטה מקדמית ואפריורית בבואו לדון בהליך, האם קיים חשש ממשי לניגוד עניינים, שבגיניו עליו לפסול עצמו מלדון בו. כך, החובה לבחון את השאלה האם קיים חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט, אינה מסורה רק לבעלי הדין, אלא צריכה להיבחן אף ביוזמת השופט עצמו, מכוח הנורמות החלות עליו בהיותו ממלא תפקיד ציבורי, ביניהן הנורמה האוסרת עליו לפעול בניגוד עניינים, וככל שיגיע למסקנה כי קיים חשש ממשי לכך, מוטלת עליו החובה לפסול עצמו מלדון בהליך.

187. סעיף 77א(ב) קובע כי בעת שנטענה טענת פסלות נגד שופט, יחליט בה השופט לאלתר לפני שתינתן כל החלטה אחרת. הרציונל להוראה זו טמונה במהותו של הכלל העקרוני על האיסור להימצא במצב שבו עלול להתקיים ניגוד עניינים, וזאת ללא כל קשר לתוצאה ולשאלת התממשותו בפועל של ניגוד העניינים. דהיינו, על השופט לבחון באופן מיידי את טענת הפסלות ורק לאחר שזה הכריע בה, ובהנחה שהטענות נדחו, יוכל השופט להמשיך ולנהל את המשפט. לכך יש להוסיף את הוראת תקנה 173 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, הקובעת כי על בעל דין לעלות טענת פסלות שופט בהזדמנות הראשונה אשר תידון בטרם תתקבל כל החלטה אחרת בהליך. תכליתן של הוראות אלה היא למנוע מצב שבו החלטות שתיתנה בהמשך הדרך, על אף שטענת הפסלות תלויה ועומדות, תהיינה נגועות בחשש למשוא פנים על אף כי מבחינה מהותית יכול שהחלטה שתתקבל לגופה תהא מוצדקת.

188. הגם כי כלל האבחנות הידועות בין תפקידו ומעמדו של נבחר ציבור לבין שופט, כמי שמונה ע"י וועדה מקצועית, כמו גם האבחנות והשוני הרלוונטי בין התפקידים ומהותם - הרציונל שעומד בבסיס העקרון הכללי האוסר על הימצאות בניגוד עניינים הנו זהה - והוא מניעת קבלת החלטות במצב של ניגוד עניינים בטרם תתקבל החלטה, בין אם ההחלטה עצמה תתקבל תוך שהיא מוכתמת בניגוד עניינים ובין אם לאו. לו היינו בוחרים ללכת בדרכה של המשיבה 1 במכתבה מיום 12.8.24, לפיה ככל שלא נגרם נזק להתקדמות ההליך הפלילי אין עוד צורך לעדכן את סוגיית ניגוד העניינים, נגיע לתוצאה מעוותת לפיה נבחר ציבור עשוי להימצא בניגוד עניינים או במצב בו ישנו חשש סביר לכך, עד אשר יתממש ניגוד העניינים בפועל ויוביל לתוצאה מזיקה. עם דרך זו אין להשלים.

189. על פי אותו עקרון ציינה כב' השופטת ברק-ארז בהתייחס למשיב 2, כאמרת אגב בסעיף 21 לפסק דינה בבג"ץ הרכבת הממשלה, כי לשיטתה חובתו של נושא תפקיד ציבורי, בין היתר של ראש ממשלה או מועמד לראשות הממשלה, לבחון כאקט מקדמי את שאלת ניגוד העניינים המתעוררת בין האינטרסים האישיים שלו לבין האינטרסים שהוא אמון על הגשמתם מכוח תפקידו. בתוך כך, ציינה כב' השופטת ברק-ארז, כי החלטתו של מועמד לראשות הממשלה ליטול על עצמו את התפקיד מחייבת את בחינת השאלה, האם הוא נגוע בניגוד עניינים, לא כל שכן כאשר הוא מקבל את החלטה כבר בהיותו חבר כנסת, וכי הציפייה הנורמטיבית היא שככל שהתשובה לכך היא בחיוב - אזי ידחה את מינויו לתפקיד, וכלשונה:

"באשר למועמד עצמו, אני נוטה לסבור, בשונה מחבריי, כי אף עליו מוטלת חובה לשקול אם הגשת כתב אישום משליכה על התאמתו לתפקיד.....תמיכתם של חברי הכנסת אינה פוטרת את המועמד עצמו מהחלטה מקדמית אם ראוי שיקבל על עצמו כהונה על רקע "צלו" של כתב אישום חמור..... מנקודת מבטי, חשוב לומר כי החלטה של אדם לקבל על עצמו כהונה בתפקיד היא גם החלטה משפטית, ולא רק החלטה אישית - גם אם הביקורת עליה מצומצמת מאחר שאף היא שייכת לשלב התשתיתי של הקמת הממשלה. לשם השוואה, אף במישור המינהלי הרגיל, שאינו חל כאמור בענייננו

אך ניתן ללמוד ממנו, כאשר אדם מחליט אם לקבל על עצמו תפקיד עליו לשקול אם הוא נגוע בניגוד עניינים. לא כל שכן כאשר מקבל ההחלטה כבר מכהן בתפקיד של חבר כנסת, כלומר הוא אינו "זר" לזירה הציבורית".

190. הנשיאה (בדימי) חיות, התייחסה גם היא בפסק הדין לשאלת הפעלת ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו של נושא המשרה המקבל על עצמו את התפקיד. בפסקה 14 לחוות דעתה הבהירה כי ההלכה הפסוקה עד כה לגבי מינויים לתפקידים ציבוריים אמנם בחנה עד כה את שיקול הדעת של הגורם הממנה ולא של נושא המשרה עצמו, אלא שבנוסף לכך הוסיפה וציינה:

"במישור הציבורי, בהחלט ראוי שיעמדו לנגד עיניו של כל נושא משרה שלטונית שיקולים הנוגעים לטוהר המידות ולהשלכות שיש לכהונתו בתפקיד על אופן הציבור בנבחריו ובמוסדות השלטון".

בנוסף הפנתה הנשיאה (בדימי) חיות לאמרת אגב שנאמרה בעניין זה בבג"ץ 1262/06, **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס**, פ"ד סא(1), 185 209 (2006), בעניינו של סגן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, יהודה אבידן, אשר לאחר מינויו כחבר הוועדה הורשע בהפרת אמונים. שם נקבע כי נפל פגם מהותי בשיקול דעתה של ועדת הבחירות בסירובה לבטל את מינויו של אבידן כנציגה בוועדת הבחירות. כב' הנשיאה (בדימי) ברק קבע כי לשיקול בדבר הפגיעה באמון הציבור בוועדה ובשירות הציבורי מתחייב היה ליתן משקל כבד ומכריע באופן שמחייב היה להביא לביטול המינוי. בפסקה 33 לפסק דינו מציין כב' הנשיאה (בדימי) ברק, באמרת אגב, כי גם מנקודת מבטו של נושא המשרה ולעניין שיקוליו שלו, חלות אותן החובות והצורך לאזן ביניהן בנקודת ההכרעה, אם להמשיך בתפקידו כנציג סיעה בוועדת הבחירות, אם לאו וכי בהתאם לכך היה עליו להתפטר מחברותו בוועדת הבחירות ומשלא עשה כן, אין מנוס מלהכריז על ביטול המינוי. (וכן ראו שם ההפניה גם לבג"ץ 4921/13, **אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית רמת השרון**, פ"ד סו(3), 135, בעמ' 198).

191. אישוש לחובתו של המשיב 2 להפעיל בעניין שלפנינו שיקול דעת בהתאם לעקרונות המשפט המנהלי, ניתן למצוא גם **בהצהרותיו של המשיב 2 עצמו**, כאשר במסגרת הדיון בבג"ץ **ניגוד העניינים** טען בתגובה לצו על תנאי, כי לדידו הסמכות לקביעת הימצאותו במצב ניגוד עניינים וקביעת המגבלות החלות עליו בשל כך, הן **"סמכות עצמית"** של נבחר הציבור עצמו. כך, בסעיף 51 לתגובתו טען המשיב 2 כי הוא מקיש לעניין זה "גם מדיני פסלות שופטים, לפיהם בדומה לענייננו, סעיף 77א [לחוק בתי המשפט]...מקנה לשופט סמכות עצמית לקביעה שמא הוא מנוע מלשבת בדין נוכח קיומו של ניגוד עניינים...".

[העתק העמודים הרלוונטיים מתגובת המשיב 2 לצו על תנאי שם מצורפים ומסומנים כנספח 23].

192. בטעונו אלו אמנם ביקש ב"כ המשיב 2, עו"ד ראבילו, למקד את טיעונו בדבר "סמכות עצמית" של המשיב 2 בקביעת מצב ניגוד העניינים אך ורק ביחס להחלטות ספציפיות במסגרת תפקידו הציבורי, אולם זאת לא ניתן לעשות, שכן מכח רציונל קיומה של "סמכות עצמית" כנטען על ידו, ברי כי בהינתן מצב בו נגזרת ניגוד העניינים הינה רחבה ומתפרסת על אינספור תחומים, עד כדי כך שהיא חולשת על כלל תפקידו הציבוריים בכללותם, כפי המצב במקרה שלפנינו, מתחייב כי נבחר הציבור יעשה שימוש באותה "סמכות עצמית", אשר לטענתו ועל פי הודאתו נתונה בידו, ויקבל את ההחלטה לפיה נבצר ממנו לשמש בתפקיד ראש ממשלה.

במילים אחרות, מרגע שהמשיב 2 הצהיר כי ביזיו הסמכות להחליט מתי הוא מצוי בניגוד עניינים ומתי לא, משמע כי לפנינו הצהרת בעל דין לפיה סמכות קבלת ההחלטה בדבר פסילתו המוחלטת מלכהן בתפקיד מצויה ביזיו, ומשכך חל עליו השתק שיפוטי מלטעון כי החלטה זו אינה נתונה לביקורת שיפוטית.

שהרי כל ההבחנה שמבקש המשיב 2 ליצור בין סמכות עצמית ביחס להחלטה ספציפית לבין סמכות עצמית ביחס להחלטה למלא את תפקיד ראש הממשלה, הינה אך ורק הבחנה כמותית בשאלת היקף ניגוד העניינים על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה והיא אינה הבחנה עקרונית-מהותית. בהתאם לכך, במידה והיקף ניגוד העניינים צר - יוחלט על הסדר למניעתו ככל שניתן לגדר ולנטרל אותו, במידה והיקפו רחב וחולש על פני כלל נגזרותיו של התפקיד הציבורי - מחויב בעל התפקיד לקבל החלטה לפיה נבצר ממנו למלא את התפקיד. במידה ולא יפעל כך נבחר הציבור בעצמו - יפעיל בית המשפט הנכבד ביקורת שיפוטית על החלטתו, בהתאם לליבת ערכי היסוד, להיקף ניגוד העניינים ולהיותו בלתי פתיר בכל דרך אחרת.

193. עוד ידגישו העותרים את דבריה של כב' הש' ברק-ארז במהלך הדיון בעל פה שהתקיים בחודש מאי 2020 בבג"ץ הרכבת הממשלה בסוגיית הסמכות העצמית של בעל התפקיד לקבל על עצמו את התפקיד, כאשר פנתה אל ב"כ המשיב 2 בדברים הבאים:

"אני לא התכוונתי בכלל לדבר על ניגוד עניינים נטען של המועמד, אלא רק להביא את הדברים ברמה התיאורטית שיש מצבים ביחס לתפקידים אחרים שאדם לפעמים לא יכול לקחת על עצמו אפילו לא את התפקיד כולו בגלל ניגוד עניינים משום שמדובר בעניין שהוא רחב מדי ולא מאפשר לקחת את התפקיד...." (מצוטט מתוך סעיף 71 לתגובת המשיב 2 לצו על תנאי בבג"ץ ניגוד העניינים).

[העתק העמוד הרלוונטי מתגובת המשיב 2 לצו על תנאי מצורף ומסומן כנספח 24].

194. אמנם לכאורה לא התייחסה כב' הש' ברק-ארז לתפקיד ראש הממשלה, אך דבריה אלו, בצרוף דבריה כמצוטט בסעיף 189 לעיל, מחזקים את המסקנה לפיה על המשיב 2 חלה החובה להתפטר במקרה של חשש סביר להימצאות בניגוד עניינים מובנה, חריג ועוצמתי, אשר אינו ניתן לגידור ולמניעה בזמן ניהול מלחמה, כחלק מחובתו הטבועה כאיש ציבור להפעיל סמכותו בהתאם לכללי המשפט המנהלי. לפיכך בענייננו, בהינתן שהמשיב 2 נמנע מביצוע חובתו זו, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי החלטתו שלא לעשות כן נגועה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך דינה בטלות, כמבוקש בסעד הרביעי לעתירה.

בהתאם לכך, ככל שלא ייעשה כן המשיב 2, מתבקש בית משפט נכבד זה להורות לו לפעול לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הממשלה ולהודיע על התפטרותו, כמבוקש בסעד החמישי לעתירה.

ח. בשל החשש הסביר להימצאות המשיב 2 בניגוד עניינים, הופכת סמכות הרשות של המשיב 2 להתפטר מתפקידו לפי סעיף 19 לחוק-יסוד: הממשלה לסמכות חובה על פי דין

195. סמכותו של ראש הממשלה להודיע על התפטרותו המעוגנת בסעיף 19 לחוק יסוד: הממשלה, אינה מוגבלת לרשימת מקרים סגורה בלבד ודי בהגשת מכתב פיטורין לנשיא המדינה כדי שהתפטרותו תכנס לתוקפה. המחוקק לא ראה לנכון להגביל את סמכות ראש הממשלה להתפטר מתפקידו, וזאת בהתבסס על האמון הרחב שניתן במי שעומד בראש הזרוע המבצעת, כי יפעיל שיקול דעתו בסבירות, במידתיות ומבלי שיעשה שימוש לרעה בסמכות זו ומצידו השני של המטבע - שלא יעשה שימוש לרעה בתפקיד ראש הממשלה.

196. סמכות ראש ממשלה להתפטר מתפקידו, הנה לכאורה סמכות רשות, שכן הדין לא נוקט במצבים בהם ראש ממשלה מחויב להתפטר. עם זאת, בהתאם לפסיקה במצבים מסוימים תהפוך סמכות שברשות לסמכות שבחובה - דהיינו, סמכות שברגיל מופעלת על בסיס שיקול דעת, הופכת תחת נסיבות קיצוניות לסמכות אשר חובה על הגורם המוסמך להפעילה, שכן אחרת ייחשב הדבר כהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני אשר דינה בטלות. משמעותה האופרטיבית של סמכות רשות ההופכת לסמכות שבחובה הינה כי במקרים אלו מוסמך בית המשפט הנכבד לחייב את הגורם בעל הסמכות להפעיל את סמכותו.

197. דוגמא לכך ניתן למצוא בהוראת סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, אשר מקנה לראש הממשלה סמכות להעביר שר מתפקידו. **לכאורה המדובר בסמכות רשות**, כלומר בסמכות שרשאי ראש הממשלה להפעיל בנסיבות הנראות לו מתאימות בשל טעמים פוליטיים, אישיים או אחרים. עם זאת בג"צ 3094/93, **התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 422, (להלן: "**פרשת דרעי**") נפסק, כי בנסיבות מסוימות עשויה להיות מוטלת על ראש הממשלה **החובה להפעיל סמכות זו** ולהעביר שר מתפקידו. כפי שנקבע בפרשת דרעי, סמכות ההעברה מהתפקיד נועדה:

"כדי לאפשר תגובה...בשל אירוע חמור שבו מעורב חבר הממשלה, כאשר האירוע, יהיה זה מעשה או מחדל, משליך על מעמדה של הממשלה, מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמא, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים שעליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכך".

198. נזכיר, כי בפרשת דרעי יוחס לשר דרעי "ביצוע עבירות חמורות שבטיבן, במהותן ובנסיבותיהן יש עימן מן הקלון", באופן דומה לעבירות המיוחסות למשיב מס' 2, הנאשם בעניינו. עוד נקבע שם, כי אף שמדובר "רק" בכתב אישום, ולא בהכרעה שיפוטית, די בנסיבות העניין כדי לחייב את העברת השר מתפקידו. בהתייחס למשמעותו של כתב אישום קבע הנשיא שמגר בפסק הדין, לאמור:

"כתב אישום אינו פסק דין. הוא רק משקף מהו חומר הראיות לכאורה שנאסף על ידי התביעה הכללית. אולם, לצורך המשך כהונה בממשלה יש משמעות גם לראיות לכאורה שגובשו בכתב האישום, אשר עומד לפני הציבור עתה. יש נסיבות שבהן יש משמעות מבחינת סבירות הפעולה לא רק להכרעה שיפוטית חלוטה אלא גם לאופי המעשים המיוחסים לפלוגי, כפי שהולבשו בלבוש הרשמי של אישום המוכן להגשה לערכאות". (שם, בעמ' 422-423;). (ההדגשה לא במקור - הח"מ).

199. באופן דומה נפסק בג"צ 4267/93, **אמיתי נ' רוה"מ ואח'**, פ"ד מז(5) 441, (להלן: "**פרשת פנחסי**") בעמ' 461, מפי השופט ברק (כתוארו אז), באשר לסגן שר, לאמור:

"ממעמד הנאמנות של ראש הממשלה, הממשלה וכל אחד משריה נגזרת חובתם לשקול אם להפסיק כהונתו של סגן שר אשר כנגדו גובש כתב אישום. המשך כהונתו...עשוי לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון, ועל כן על רשויות אלה לשקול עניין זה במלוא כובד האחירות".

200. יודגש כי הלכה זו חלה לא רק על סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו, אלא גם על קביעת הרכב הממשלה בעת הקמתה ועל הפעלת הסמכות לצרף שר לממשלה. (ראה: א. רובינשטיין וב. מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, (כרך ב'), תשס"ה-2005, בעמ' 840;).

201. באנלוגיה לתחום הרשויות המקומיות יצוין כי בסעיף 11(ג) לכללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות, 1984, עוגן הכלל לפיו חבר מועצה המוצא עצמו מפר את האיסור להימצא בניגוד עניינים, מחויב להודיע על התפטרותו. וכך קובע הסעיף:

"לא נקט חבר המועצה בדרך האמורה בסעיף קטן (ב) ולא ויתר על עניינו האישי, יראו אותו כפסול ולפיכך עליו להתפטר מחברותו במועצה."

202. עוד בנוגע לנורמות הטמונות גם בהוראות הנחזות כנעדרות כל שיקול דעת, ניתן למצוא בפסק דינו של הנשיא שמגר בפרשת דרעי, בעמ' 416, שם נקבע כי התחייבות קואליציונית להימנע מהעברת שר מתפקידו (אשר ניתנה בשל החשש מפני פירוק הממשלה וסיכול מהלך ההסדרה עם הפלסטינים) אינה תקפה בנסיבות העניין, ואין בה כדי לשחרר את ראש הממשלה מחובתו להעביר שר מתפקידו בנסיבות בהן הדבר נחוץ לשם הבטחת אמון הציבור בשלטון. וכך בלשונו של הנשיא שמגר:

"כבילת הסמכות נוגדת את התכלית החקיקתית של הענקת הסמכות, לפיה נמסרת לראש הממשלה הסמכות להעביר מתפקיד, כאשר הנסיבות העולות לפניו מצדיקות או אף מחייבות זאת, ואין עליו סייג ואין לגביו תנאי, אלא הצורך הענייני להשתמש בסמכותו למטרתה". (ההדגשה לא במקור - הח"מ).

(וראה: א. רובינשטיין וב. מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, (כרך ב'), תשס"ה-2005, בעמ' 805, 841;)

203. הכרעה שיפוטית זו בפרשת דרעי, חלה ביתר שאת מקום בו עסקין בראש הרשות המבצעת, שנושא בתפקיד הרם ביותר מבין נבחרי הציבור, המחייבת את קבלת ההחלטה שלו עצמו ביחס לעצמו, כפי המצב בעניינינו. על המשיב 2 חלות בחומרה יתרה נורמות יסודיות במשפט המנהלי, ובראשן החובה שלא להימצא בניגוד עניינים. המשיב 2 מצוי כעת בניגוד עניינים חריג, מקיף וקיצוני בעוצמתו ובטיבו, עד כי הדבר אינו מאפשר לו לפעול באופן שמצופה מראש ממשלה שיפעל בנסיבות העניין, אלא ככל שיפר את החובות המוטלות עליו בשל הימצאותו בניגוד עניינים. נזכיר כי בעת המשבר שנוצר סביב ההפיכה המשטרית, אשר עוצמתו הייתה פחותה לאין שיעור מהמשבר הנוכחי בו מצויה מדינת ישראל, הצהיר המשיב 2 עצמו כי זהו "אבסורד" למנוע ממנו "להיכנס לאירוע" בטענת ניגוד עניינים. לפיכך, יטענו העותרים כי מכח קל וחומר אין המשיב 2 נמנע מהימצאות במצבי ניגוד עניינים כעת, בכל הנוגע לניהול המלחמה, לטיפול בהשלכותיה ולשיקולים אותם הוא שוקל בסוגיית "היום שאחרי".

לטענת העותרים, במצב דברים זה הסמכות הקנויה לראש הממשלה בחוק-יסוד: הממשלה, להודיע על התפטרותו, הופכת מסמכות רשות לסמכות שבחובה.

לא נסתרת מעיני העותרים ההבחנה המהותית בין דיני המשפט המנהלי בנוגע למינוי שרים לבין כהונת ראש ממשלה מכח חוק-יסוד: הממשלה. אלא שהסמכות שבחובה נובעת מעקרונות העל של שיטת המשפט הישראלית, הגוברים אף על ההבחנה דלעיל, והם: עקרון שלטון החוק, עקרון אמון הציבור ברשויות השלטון, הצורך בשמירת דמותה המוסרית של המדינה ושמה בין העמים, עקרון חובת הנאמנות של משרתי

הציבור לציבור ומכח כללי המשפט המנהלי האוסרים על נבחר הציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים בין האינטרס האישי לאינטרס הציבורי. עקרון זה מגלם את הצורך בהגנה על ערכי היסוד של המשפט החוקתי והציבורי של מדינת ישראל, ובנסיבות הקיצוניות בענייננו לא נותר עוד אלא לקבוע כי הם גוברים על כל עקרון משפטי אחר.

204. בהתייחס למגבלות החלות על ראש ממשלה בהפעלת שקול דעתו, קבע בית משפט נכבד זה, בבג"ץ 5261/04 עו"ד יוסי פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון, נט(2) 446 (2004), לאמור:

"שיקול-דעתו של ראש-הממשלה בבואו להפעיל את סמכותו להעביר שר מכהונתו איננו מוחלט, משום שעל-פי עקרונות היסוד של משפטנו, אין איש ציבור בישראל שיש לו שיקול-דעת מוחלט. שיקול-דעתו של ראש-הממשלה כפוף למגבלות הכלליות החלות על כל בעל סמכות המפעיל שיקול-דעת סטטוטורי"

205. מכאן כי גם בהפעלת סמכות שברשות המוקנית לראש הממשלה, אין מדובר בשיקול דעת מוחלט, אלא עליו לנהוג בהפעלתו, בסבירות ובגבולות עקרונות המשפט המנהלי. על דרך ההיקש, יטענו העותרים, כי על ראש הממשלה מוטלת החובה להפעיל את הסמכות המוקנית לו בדין ביחס לכהונתו שלו עצמו ולהודיע על התפטרותו.

ההחלטה להמשיך ולמלא את תפקיד ראש הממשלה, במצב הדברים הנוכחי, כאשר המשיב 2 מצוי בניגוד עניינים מובהק, חריג ועוצמתי, אשר אינו ניתן לגידור או למניעה באמצעות עריכת הסדר ניגוד עניינים, הנה החלטה הנגועה בחוסר סבירות קיצוני.

זאת, בראש ובראשונה, בשל היותה נטועה באינטרס אישי - המהווה שיקול זר, הוא האינטרס העליון של המשיב 2 להישאר בשלטון, אינטרס הנטוע באופן בלתי ניתן להפרדה עם היותו נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, המצוי בעיצומו של ההליך הפלילי בעניינו.

אינטרס זה עומד בסתירה חזיתית ואינהרנטית, אשר אינה ניתנת לגידור, למגבלות הכלליות החלות על בעל סמכות מכוח המשפט הציבורי - ובראשן, האיסור להימצא בניגוד עניינים והאיסור לשקול שיקולים זרים.

שנית, בשל אי שקילת כלל השיקולים הצריכים לעניין, ובראשם **אי שקילת הצורך הקריטי באמון הציבור בנבחר הציבור, לא כל שכן נבחר הציבור הבכיר ביותר, המקבל החלטות הוותיקות גורל בעת מלחמה.** החלטות אשר מכריעות בנושאים של חיים ומוות לחיילי צה"ל, לחטופים וחטופות ולאזרחי המדינה. ככל ששקל המשיב 2 שיקול זה בעת החלטתו להמשיך ולכהן בתפקיד ראש ממשלה, הרי שלא נתן לשיקול זה את המשקל המכריע בנסיבות העניין.

העותרים יטענו כי בהינתן השעה הגורלית בה מצויה מדינת ישראל, **מתחייב ליתן משקל מכריע לצורך באמון הציבור בטוהר כוונותיו ופעולותיו של העומד בראש הרשות המבצעת בזמן מלחמה,** וזאת לצורך שמירה וביסוס החוסן הבטחוני של המדינה, החיוני כל כך להמשך קיומה ולעתידה. **ללא אמון הציבור בטוהר שיקוליו של ראש ממשלה בימים קשים אלו, כשמדי יום ביומו נשלחים חיילים לסכן את חייהם ומספר האבדות הולך וגדל, לא תהיה כל תקומה, לא עתיד ולא חזון למדינת ישראל.**

על כן, לאור אובדן אמון הציבור במשיב 2 בשעה בה מתחוללת מלחמה קשה, בשל החשש הסביר להימצאותו בניגוד עניינים, מתחייב כי המשיב 2 יפעיל סמכותו ויודיע על התפטרותו לאלתר.

ט. קביעת נבצרות תפקודית של המשיב 2 מלמלא את תפקיד ראש הממשלה

206. העותרים יטענו כי בשל החשש הסביר להימצאות בניגוד עניינים מובנה (אינהרנטי), חריג בעוצמתו ונרחב בהיקפו, הנובע מקיומו של האינטרס האישי הכרוך בניהול ההליך הפלילי בעניינו, ולצידו **האינטרס הציבורי אשר לאורו, ואך ורק לאורו, הוא מחויב לפעול בתפקיד ראש ממשלה** - הרי שאם בית המשפט הנכבד ישתכנע כי בזמן ניהול מלחמה קשה, אין זה אפשרי למנוע את החשש להימצאות ראש הממשלה בניגוד עניינים בבואו לעשות שימוש בכוח השלטוני המסור לו, באמצעות עדכון הסדר ניגוד העניינים שיחייב אותו, אזי מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי היות ולא קיימת כל דרך פוגענית פחות להתמודד עם החשש לניגוד העניינים, מלבד באמצעות פסילת הכהונה, נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, עד לסיום המצב בו קיים חשש לניגוד עניינים בתפקידו, בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כמבוקש בסעד השלישי בעתירה. כך מתחייב בהתאם לכללי איסור ניגוד עניינים, כפי שנקבעו בפסיקתו הענפה של בית משפט נכבד זה.

207. בבג"ץ הנבצרות הכריע בית משפט נכבד זה בשאלת חוקתיותו של תיקון 12 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר ביטל את האפשרות לקביעת נבצרות מטעמים תפקודיים של ראש הממשלה. תיקון מס' 12 בא לעולם על ידי הקואליציה שבראשה עומד המשיב 2, במטרה למנוע קביעת נבצרות תפקודית של ראש הממשלה על ידי בית משפט העליון, כפי שנתבקש במסגרת שתי עתירות שהוגשו באותה העת לבג"ץ.

בבג"ץ הנבצרות קבע בית המשפט הנכבד בדעת רוב, כי בחקיקת התיקון עשתה הרשות המכוננת שימוש לרעה בסמכותה ועל כן נפסק כי מועד תחולתו של תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה יידחה, באופן שהוא ייכנס לתוקפו בכנסת ה-26.

208. בהתאם לכך, במועד הגשת העתירה דנן, חל חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית, טרם קבלת תיקון מס' 12 לחוק היסוד, מכאן שנתרה על כנה בעניינו אפשרות קיומה של "נבצרות תפקודית" בהינתן הנסיבות המתאימות לכך, שכן אפשרות זו לא נשללה מפורשות בפסיקה מעולם. דברים אלו הובהרו במפורש על ידי כב' הנשיאה (בדימ') חיות בפסקה 8 לפסק דינה בבג"ץ הנבצרות, לאמור:

".....עד לחקיקת התיקון האפשרות לקיומה של "נבצרות תפקודית" לא נשללה מפורשות (ראו: בג"ץ 6231/08 יצחק נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 4 (4.8.2008); בג"ץ 2268/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 5 (22.4.2021))."

209. בהתייחס להיקף תחולתו של הסדר הנבצרות בחוק-יסוד: הממשלה, תארה כב' הש' (בדימ') ברוך את סעיף הנבצרות כ"רקמה פתוחה שעשויה להתאים למצבים השונים המתעוררים במציאות הישראלית הסוערת", בצינה בפסקה 1 לפסק דינה בבג"ץ הנבצרות את הדברים הבאים:

"מאז שנחקק בישראל חוק-יסוד: הממשלה בשנת 1968, הסדר נבצרות ראש הממשלה שנקבע בו עבר מספר "גלגולים" שלכולם מאפיין משותף. הסדרים אלה נעדרו הגדרה

של אותה "נבצרות" שבעטיה ייקבע כי ראש הממשלה איננו יכול למלא את תפקידו, והיא נותרה כרקמה פתוחה שעשויה להתאים למצבים השונים המתעוררים במציאות הישראלית הסוערת....."

210. בבג"ץ 6231/08, יצחק נ' ראש ממשלת ישראל, (פורסם בנבו, 04.08.2008), (להלן: "עניין אולמרט"), הבהיר בית המשפט העליון, מפי כב' הש' (כתוארו אז) א' גרוניס, במפורש כי תתכן קביעת נבצרות שלא מטעמי בריאות בלבד, אלא במגוון נסיבות, וביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש ממשלה, לאמור:

"מוכנים אנו להניח, כי צודק היועץ בטענתו לפיה ההוראה אינה מוגבלת אך לנבצרות זמנית מטעמי בריאות אלא עשויה לחול במגוון נסיבות, ביניהן קיומן של חקירות פליליות נגד ראש הממשלה (השוו, בג"ץ 7466/06 מרזל נ' נשיא המדינה (לא פורסם, 13.9.06)). עוד מניחים אנו, מבלי להכריע בדבר, כי בנסיבות המתאימות מוסמך היועץ המשפטי לממשלה להכריז על נבצרות זמנית של ראש הממשלה. הכרזה כאמור אכן ארעה בעקבות השינוי הפתאומי במצב בריאותו של ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון (ראו, בג"ץ 2655/06 לאור נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 27.3.06)). אף אם כך הוא, הרי ברי כי הכרזה כאמור על רקע קיומה של חקירה פלילית נגד ראש ממשלה, הינה פעולה חריגה אשר תיעשה אך במקרים נדירים ויוצאי דופן.....
אם יתברר בהמשך שהתנהלותו של ראש הממשלה אינה מאפשרת את עריכתן של החקירות הפליליות נגדו באופן ראוי, אפשר שיהא מקום להכרזה של היועץ המשפטי לממשלה בדבר נבצרותו הזמנית של ראש הממשלה".

(ההדגשות לא במקור).

211. העותרים יטענו כי אם נבצרות תיפקודית זמנית תתכן, במקרים נדירים ויוצאי דופן, בשל קושי בעריכתן של חקירות פליליות, כפי שציין בית המשפט הנכבד בעניין אולמרט, הרי שמכח קל וחומר תקף הדבר שבעתיים ביחס לראש ממשלה המואשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון, אשר משפטו הפלילי מצוי בעיצומו של שלב ההוכחות וכפסע ממועד מתן עדותו של המשיב 2 כנאשם מס' 1 במשפטו הפלילי, בעת שמתנהלת מלחמה קשה שבגינה קיים קושי אובייקטיבי ממשי להיערך לשמיעת עדים ולהמשיך לנהל את ההליך הפלילי בעניינו כסדרו, כמתחייב על פי דין.

212. בספרו של פרופ' שמעון שטרית, הממשלה: הרשות המבצעת, פירוש לחוק-יסוד: הממשלה, כרך א' עמ' 444, בהתייחס למונח "נבצר", מבהיר המחבר את הדברים הבאים:

"המונח "נבצר" עשוי להתפרש פירושים שונים. ניתן לפרשו בדרך שתכלול רק אירועים שנכפו על ראש הממשלה, כגון מחלה, טיסה בהולה במסגרת תפקידו וכדומה, או ביתר הרחבה, שיכלול גם הימנעות רצונית של ראש הממשלה ממילוי תפקידו. נפקא מינה בין שני הפירושים היא סיטואציה שבה ראש הממשלה אינו מתפקד מרצונו, ועם זאת עוד

לא מסר התפטרותו. דוגמה לכך היא התקופה שבה הסתגר ראש הממשלה המנוח מנחם בגין בביתו לפני שמסר את התפטרותו".
(וראו גם: עפר גרוזברד, **מנחם בגין דיוקנו של מנהיג - ביוגרפיה**, 297–302 (2006); אבי שילון **בגין - 1913-1992**, 416-420 (2007);

עוד מוסיף פרופ' שטרית בספרו בעמ' 445:

"...כאשר מדובר בתפקוד ראש מדינה, ברור כי אין להרשות שום מצב של אי-תפקוד, בין כפוי ובין רצוני. על פי זה ניתן לומר כי על פי הוראת חוק-יסוד: הממשלה, לאחר כמה שבועות בהם לא תפקד ראש הממשלה המנוח מנחם בגין נכלל המצב בהגדרת נבצרות זמנית, והיה ראוי למנות ממלא מקום למילוי התפקיד. ואכן, גם לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה אין ליתן לדיבור "נבצר" פירוש מצמצם ודווקני, שעל פיו רק נסיבות השוללות אובייקטיבית אפשרות של מילוי תפקידים לבוא יכולות בגדרי נבצרות, אלא פירוש המביא לידי מינוי של ממלא מקום גם בנסיבות קיצוניות פחות, כגון נסיבות שיש בהן כדי ליטול ממנו את היכולת האופרטיבית לתפקד כראוי כראש ממשלה או להגביל יכולת זו הגבלה של ממש".

(כאסמכתא לדבריו מפנה פרופ' שטרית למכתבו של אהרון ברק, היועץ המשפטי לממשלה, ליצחק רבין, ראש הממשלה, בעקבות החלטתו של יצחק רבין להתפטר מראשות הממשלה (12.4.1977)).

213. כך גם מהוראת סעיף 43א(א)(4) לחוק-יסוד: הממשלה מכלל ההן אתה שומע לאו, משמע כי קביעת הנבצרות בחוק היסוד אינה מכוונת לסיבות בריאותיות בלבד.

214. ברע"א 6753/15, הרב כהנמן ואח' נ' הרב מרקוביץ ואח', (פורסם בנבו 22.6.2017), קבע כב' הש' דנציגר בהסכמת כל חברי ההרכב, במסגרת ערעור אזרחי בנוגע לשאלת קביעת נבצרות לבורר, כי מוכרים בדין הוראות הנוגעות לנבצרותם של נושאי תפקידים ציבוריים שונים, כגון: נשיא המדינה, יו"ר הכנסת, מבקר המדינה ושרים, וכן כי מוכרים מצבי נבצרות של בעלי תפקידים ציבוריים בשל הליכים פליליים התלויים ועומדים נגדם. בהתייחס למונח "נבצר" ציין את הדברים הבאים:

"בהיעדר טעם מיוחד, נראה כי הפרשנות שיש לתת למונח "נבצר" היא זו המתייחסת למצב שבמסגרתו נמנע מבעל התפקיד לבצע את תפקידו בשל סיבה חיצונית שאינה תלויה בו. הדוגמאות הקלאסיות הן, כאמור, מניעה בשל מצב בריאותי, פטירה או היעדרות מהמדינה; אף שייכתנו גם מצבי מניעה מיוחדים, שבהם יהיה ראוי להכיר ב"נבצרות" של בעל התפקיד גם בלא קשר למסוגלותו הפיסית או המנטלית לבצעו". (ההדגשה לא במקור).

215. עינינו הרואות כי רשימת מצבי ה"נבצרות" איננה רשימה סגורה, מצומצמת ודווקנית, אלא היא כוללת בחובה את כל אותם מצבים בהם ניטלת מראש הממשלה, או מוגבלת הגבלה של ממש, היכולת

האופרטיבית לתפקד כראוי כראש ממשלה. לטענת העותרים כאשר האדם העומד בראש הממשלה ובראש קבינט המלחמה בזמן ניהול מלחמה, הינו בו זמנית נאשם בעבירות חמורות שיש עמן קלון אשר המשפט הפלילי בעניינו ממשיך ומתנהל במקביל לניהול המלחמה, נעדרת ממנו היכולת האופרטיבית לתפקד כראוי ולקבל החלטות ענייניות בקשר לניהול המלחמה, שכן כל החלטה שיקבל עשויה להשפיע ולהיות מושפעת, בין אם במישרין או בעקיפין, מניהול ההליך הפלילי בעניינו.

216. בבג"ץ נ'ניגוד העניינים, במסגרת אמרת האגב של כבי המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר, יצר בית המשפט העליון לראשונה, באופן מפורש וחד משמעי, זיקה ברורה וישירה בין הפרת הסדר ניגוד העניינים המחייב את המשיב 2 לבין כניסתו למצב נבצרות לפי חוק-יסוד: הממשלה.

בכך יצר יצר בית המשפט הנכבד קשר ישיר בין הפרת חובותיו של ראש ממשלה את כללי איסור ניגוד העניינים, לבין הכרזה על נבצרות מלכהן בתפקיד ראש ממשלת ישראל.

לפיכך, ככל שישתכנע בית המשפט הנכבד כי אין זה אפשרי לעדכן את הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 באופן שיביא למניעת מצב ניגוד העניינים, בשל היותו חריג, עוצמתי, מהותי, מקיף וקיצוני ביותר, באופן המשתרע על כל קשת פעולותיו והחלטותיו של המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה בזמן מלחמה, הרי שלא נותר מנוס מלהכריז על נבצרות תיפקודית זמנית של המשיב 2 מלמלא את תפקיד ראש הממשלה, וזאת עד לתום קיומו של חשש סביר לניגוד עניינים בתפקיד ראש ממשלה.

217. על הקשר בין מצבים קשים מאד של פעולה בניגוד עניינים של ראש ממשלה לבין הסמכות להכריז נבצרות כותבים ברק מדינה ואילן סבן במאמרם "ניגוד עניינים של ראש ממשלה, דמוקרטיה מתגוננת וסמכות ההכרזה על נבצרות", ICON-S-IL Blog (11.10.2020), את הדברים הבאים:

"לטעמנו פרשנות תכליתית לסמכות הכרזת הנבצרות מובילה להחלטה על מצבים קשים מאד של פעולה בניגוד עניינים של ראש ממשלה. תשובתנו נובעת מהאופן שבו יש להבין את מהותה של דמוקרטיה וההגנות שלהן היא נזקקת. דמוקרטיה עניינה באופן הראוי לקבלת החלטות בחברה אנושית ובתוכנן של אותן החלטות. לשם כך היא מכבדת מאד את עקרון הרוב ובו-זמנית מסייגת אותו למול ההגנה על זכויות האדם ומניעת עושק המיעוט; ולשם כך היא גם מגוננת עלינו בני החברה מפני מהלכים שבהם נציגינו פועלים להנצחת שלטונם;....לצורך מילוי ייעודיה מפעילה דמוקרטיה גם "שומרי סף", ובמקביל היא מספקת הגנות מפני הרס שלהם".

ובהמשך לכך:

"קיומה של סמכות הנבצרות בחוק היסוד מאפשרת שלא להמתין עד להתממשותן של אותן הכרעות אפוקליפטיות. היא עוגן הקבוע בחוקה; כזה שבנסיבותיו המיוחדות של מר נתניהו, אם יחליט לנסות לשבור את הכלים, מגבש אפשרות למנוע מהלכים שכאלה מבלי להמתין עד להשלמתם, מבלי כורח של בית המשפט לגייס תגובת-נגד מטא-טקסטואלית כנגדם".

דברים אלו נכתבו עוד בטרם החלה הממשלה לקדם חקיקה לשינויים במערכת המשפט. הם נכתבו על יסוד ההסתה החמורה של המשיב 2 ביום פתיחת משפטו הפלילי כלפי רשויות אכיפת החוק, המשטרה והתביעה הכללית, על יסוד מינוי שר המשפטים בממשלת המעבר והשר לביטחון פנים בממשלה שקמה לאחר מכן, העיכוב הנמשך במינוי מפכ"ל המשטרה ועיכוב מינוי פרקליט המדינה ונוכח סירובו הנמשך של המשיב 2 להתחייב להימנע מלפעול בניגוד עניינים על פי המתווה שקבע היועץ המשפטי לממשלה. על בסיס זה העלו את החששות ממצב בו ראש הממשלה נתניהו יפר את איסורי ניגוד העניינים וצינו :

"..... גם אם יתגבש הסדר מוסכם שכזה, מה יקרה אם מר נתניהו יפר אותו..... מה יקרה אם ראש הממשלה או מי מתומכיו ייזום חקיקה המשהה את ההליך הפלילי נגדו או מבטלת אותו ומאפשרת לו להמשיך בתפקידו, ובמקביל ייזום תיקון חוקתי - דוגמת "פסקת התגברות" - לגונן על החקיקה האמורה? כל אחת מהאפשרויות הנזכרות ואחדות הדומות להן תהיה ביטוי מובהק להתממשות ניגוד העניינים לכלל מעשה או יוזמת מעשה שצפוי לשאת השלכות משטריות קשות".

לשיטתם נבצרות נבחנת באופן מתמשך על בסיס הערכת מידת הסיכון הנשקף לאינטרס הציבורי בהמשך מילוי התפקיד וכן לאור ניסיון העבר. **בהתאם לכך נבחנת הצטברותה של "מסה קריטית" המביאה לקביעת נבצרות, בדיוק כפי שטוענים העותרים בעתירה דנו**, וכך הם מציינים :

"עניינה של הנבצרות בבחינה נמשכת של אופן הפעולה של נושא המשרה, בהערכה של מידת הסיכון שנשקף לאינטרס הציבורי אם ימשיך למלא את תפקידו, לאור הניסיון שנצבר בעת שנדרשת ההכרעה. ההכרזה על נבצרות נדרשת בעת שהצטברה "מסה קריטית" של מעשים (ומחדלים) של נושא המשרה, ומטבע הדברים היא עניין שיש לבחון מעת לעת, תוך מעקב נמשך. המסגרת שמסייעת לנו לחשוב על השימוש בסמכות הכרזת הנבצרות היא זו של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי".

בסיכומו של דבר הם מוסיפים :

"כדי לבסס 'מסה קריטית' להכרזה על נבצרות - שהרי היא 'אמצעי כמעט אחרון' (המוצדק בשל היעדר חלופות, ובטרם היזקקות לביקורת השיפוטית המטא-טקסטואלית) - יש בהם כדי לשמש תמרור אזהרה בוחק באשר לצפוי בהמשך הדרך".

218. בהתאם לכך יטענו העותרים כי במקרה שלפנינו ובשלב בו אנו נמצאים בסאגת הטיפול בניגודי העניינים של ראש הממשלה בהיותו נאשם בפלילים, החל מיום מתן פסק הדין בבג"ץ **הרכבת הממשלה** ועד היום, אותו "תמרור אזהרה בוחק", אשר הזהיר לפני למעלה מארבע וחצי שנים באשר לצפוי בהמשך הדרך, ואשר אז לא היה בו די להביא להכרעות לעצירת הסכנה, **מחייב עתה באופן ברור את העצירה הדחופה**

של הכהונה בכדי למנוע את התממשות הסכנה, בהינתן הקשר המובנה והבלתי ניתן להפרדה בין השיקולים האישיים הנובעים ממצבו המשפטי של המשיב 2 כנאשם בפלילים, לבין שיקולי האינטרס הציבורי, אשר על פיהם ורק על פיהם מתחייב לפעול בניהול המלחמה. אשר על כן כעת, ככל שבית המשפט הנכבד ישתכנע כי אין די בעדכון הסדר ניגוד העניינים שנערך בשנת 2020 למשיב 2, הרי שלא נותרה עוד כל חלופה מלבד קביעת נבצרות תפקודית של המשיב 2, וזאת בכדי לגונן עלינו, בני החברה בישראל, מפני החשש להימצאותו של המשיב 2 בניגוד עניינים בעת קבלת החלטותיו בניהול המלחמה ובמו"מ להשבת החטופים ולסיום הלחימה, וזאת בשים לב ובדגש על התוצאות וההשלכות הקשות העשויות לנבוע מכך.

219. יובהר כי הסעד המבוקש הינו לקביעת נבצרות תפקודית זמנית של המשיב 2, כקבוע בסעיף 16(ב) לחוק היסוד, וזאת עד לתום מצב ניגוד העניינים. בהתאם לכך, המשיב 2 יהיה רשאי לשוב ולשמש בתפקיד ראש ממשלה ככל שבטרם חלוף 100 הימים עד להפיכת הנבצרות לנבצרות דרך קבע לפי סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, יסתיים מצב ניגוד העניינים בשל סיום ההליך הפלילי בעניינו.

220. עוד חשוב להדגיש כי במסגרת הדיון בבג"ץ הנבצרות הבהירה היועצת המשפטית לממשלה במפורש את עמדתה לפיה קיימת אפשרות לקביעת נבצרות תפקודית של ראש הממשלה, אשר נובעת מהיותו נאשם בפלילים.

אלו היו דברי בא כוחה של המשיבה 1, עו"ד ענר הלמן, בפני הרכב בית המשפט הנכבד:

"לא ניתן לשלול באופן קטגורי את האפשרות כי בנסיבות קונקרטיות חריגות תקום עילת נבצרות תפקודית, הנובעת מכך שראש הממשלה נאשם בפלילים".

(מתוך פרוטוקול הדיון, בעמ' 106).

221. העותרים יטענו כי קשה למצוא נסיבות קונקרטיות חריגות יותר מאלו שלפנינו, בהן מתנגשים באופן חזיתי, חריג ביותר, רחב ועוצמתי מאין כמותו, האינטרס האישי של נאשם בעבירות החמורות ביותר של שחיתות שלטונית, אשר משפטו הפלילי מצוי בעיצומו של שלב ההוכחות, ושבוועות ספורים לפני מתן עדותו במשפט, למול האינטרס הציבורי שמחייב את אותו האדם לנהל מלחמה קשה, תוך קבלת החלטות הרות גורל לחייהם ולעתידם של חיילי מדינת ישראל, אזרחיה, החטופים והחטופות המוחזקים בשבי חמאס ולעתידה של המדינה, במסגרתם הוא נדרש לשקול אך ורק שיקולים ענייניים לטובת האינטרס הציבורי.

לפיכך ובהתאם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כאמור, מתבקש לקבוע כי בנסיבות הקונקרטיות והחריגות שלפנינו תוכרז נבצרות תפקודית לאלתר.

222. חיזוק לסמכות קביעת נבצרות תפקודית, בהינתן חוסר היכולת לנהל ממשלה בשל ריבוי ניגוד עניינים שאינם ניתנים לגידור בהסדר, ניתן למצוא בפסק הדין בבג"ץ 2268/21, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, (22.04.2021), הנזכר לעיל, אשר אוחד עם העתירה בבג"ץ 2580/21, פרופ' דוד הראל ואח' נ' ראש הממשלה ואח', שהוגשה על ידי חברים בקבוצת "מבצר הדמוקרטיה" הנמנים עם העותרים דן, לרבות העותר מס' 1 דאז, פרופ' דוד הראל, הוא העותר מס' 15 בעתירה דן.

בשתי עתירות אלו התבקש בית המשפט לקבוע נבצרות תפקודית של המשיב 2 מלמלא את תפקיד ראש הממשלה "נוכח ניגודי העניינים הרבים בהם הוא מצוי בתור נאשם בפלילים, על אף הסדר ניגוד העניינים שנערך לו אשר אף מביאו למצב של חוסר יכולת לנהל את הממשלה; וכי הוא נבצר

“מהותית” לאור העובדה שהוא פועל ומנצל את תפקידו כדי להשפיע על ההליך הפלילי המתנהל בעניינו...”, כמתואר בפסקה 1 לפסק הדין.

בית המשפט הנכבד היה מוכן להניח כי נסיבות ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית. אלא שנכון לאותה נקודת זמן בה הוגשו העתירות (לפני קרוב לשלוש וחצי שנים, בחודש אפריל 2021), לא מצא בית המשפט כי קיימת תשתית ראייתית מספקת לקביעת הנבצרות.

לאור חשיבות הדקויות כפי שנקבעו בפסק הדין, להלן יובאו הדברים כלשונם מתוך פסקאות 5-6 לפסק הדין:

“אכן, כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, קיים קושי בעצם המצב שבו ראש ממשלה נאשם בעבירות חמורות הנוגעות לטוהר המידות, הן בהיבט של יכולתו להקדיש את מלוא זמנו ומרצו לתפקידו והן בהיבט של פגיעה באמון הציבור. אולם אף אם נניח כי נסיבות של ניהול הליך פלילי נגד ראש ממשלה עשויות להביא להחלטה על נבצרות תפקודית (השוו: בג”ץ 6231/08 יצחק נ’ ראש ממשלת ישראל אהוד אולמרט [פורסם בנבו] (4.8.2008)), לא קמה עילה להתערב בקביעת היועץ המשפטי לממשלה כי בשלב זה לא התבססה עילה שבגינה נבצר מהמשיב למלא את תפקידו....
הגם שאין להקל ראש בטענות העותרים שמפנות להתנהלותו ולהתבטאויותיו, לא מצאנו כי אלה מבססות תשתית ראייתית מספקת לתימוכין בקביעה כי נבצר מהמשיב למלא את תפקידו בנקודת הזמן הנוכחית. (ההדגשות לא במקור).

לצורך הדגשת סוגיית התשתית הראייתית אשר עמדה לנגד עיני בית המשפט בנקודת הזמן בה ניתנה החלטתו כמרכיב הדומיננטי לצורך קבלת החלטה לדחיית העתירות, (בשונה מעצם הסמכות לקביעת נבצרות תפקודית - לגביה, כאמור, מוכן היה בית המשפט הנכבד להניח כי הדבר אפשרי בהתאם לחוק-יסוד: הממשלה), סיכם והדגיש בית המשפט הנכבד בסוף פסק הדין:

“כאמור, הכרעתנו ניתנת על בסיס התשתית שמונחת לפנינו בנקודת הזמן הנוכחית.
טענות העותרים שמורות להם במקרה של שינוי מהותי בנסיבות.” (ההדגשות לא במקור).

223. הנה אם כן, היות וטענות העותרים מס’ 5-26, חברי קבוצת “מבצר הדמוקרטיה”, בעתירתם בבג”ץ 2580/21, פרופ’ דוד הראל ואח’ נ’ ראש הממשלה ואח’ הנ”ל, נשמרו להם למקרה של שינוי מהותי בנסיבות, הרי שכעת, לאחר חלוף כשלוש וחצי שנים ממועד מתן פסק הדין ועל יסוד השינויים המהותיים שחלו בנסיבות העניין, ובכלל זה פרוץ המלחמה הקשה, המועד הקרב ובא למתן עדותו הראשית וחקירתו הנגדית של המשיב 2 במשפטו הפלילי, וכן לנוכח הראיות הרבות שהצטברו מאז מתן פסק הדין בבג”ץ 2580/21 הנ”ל, כמפורט בעתירה, בנוגע לזיקה שבין ניהול ההליך הפלילי לבין ניהול המלחמה על ידי המשיב 2, מתבקש בית המשפט הנכבד להצהיר ולקבוע כי בנקודת הזמן הנוכחית נבצר מראש הממשלה זמנית למלא את תפקידו, עד לסיום המצב בו קיים חשש לניגוד עניינים בתפקידו, בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כמבוקש בסעד השלישי לעתירה.

224. השינוי המהותי בנסיבות מאז מתן פסק הדין בבג"ץ 2580/21 הנ"ל ועד להגשת העתירה דן הינו דרמטי וקיצוני ביותר והוא ניכר לעין ממרחקים. כך, במועד הגשת העתירה לפני כשלוש וחצי שנים התבססה העתירה בעיקר על העובדות הבאות:

קיומן של ארבע מערכות בחירות בתוך פחות משנתיים, כהונת המשיב 2 כראש ממשלת מעבר משך תקופה ארוכה, אי הגשת חוק התקציב לכנסת והפרת ההסכם הקואליציוני של המשיב 2 עם ראש הממשלה החלופי גנץ, הפרת התחייבויותיו של המשיב 2 להכפיף עצמו להסדר ניגוד העניינים המחייב בעניינו וסירובו למנות שר משפטים קבוע, אשר בממשלת החלופים הסמכות למנותו הייתה בידי ראש הממשלה החלופי.

כיום, לצערנו הרב, מצב הדברים קשה ונורא שבעתיים, ואף לא תהא זו הגזמה לומר שכולנו היינו מייחלים להימצא במצב בו היינו לפני שלוש וחצי שנים כפי שתואר לעיל. כעת התשתית העובדתית לקביעת נבצרות תפקודית הינה כדלקמן: המשיב 2 המצוי בעיצומו של הליך ההוכחות במשפטו הפלילי, עומד בראש קבינט מלחמה ומקבל החלטות בכל הנוגע לניהולה. החברה בישראל שסועה ומדממת, מרבית הציבור איבד את אמונו בממשלה ובעומד בראשה, משפחותיהם של חטופים הנמקים בידי החמאס בעזה אינם מאמינים עוד בטוהר שיקוליו של ראש הממשלה ובכוונותיו להשיב את ילדיהם, הוריהם וכל בני משפחותיהם חזרה לביתם, חיילים נשלחים לסכך את חייהם בחזית מבלי להבין מה היעד ואת מי הדבר משרת, המלחמה מתנהלת ללא כל אופק מדיני, ללא צפי לסיומה, ללא תוכניות "ליום שאחרי", ללא אסטרטגיה ברורה, והכל תוך עימות קשה ומחריף הן עם גורמי הביטחון, הן עם שותפיו למו"מ בנוגע לעסקה לשחרור חטופים ולסיום הלחימה, והן עם בעלת בריתנו הנאמנה והחשובה ביותר להמשך קיומה של המדינה, היא ארצות הברית, וכן תוך פגיעה קשה ביחסי חוץ הרעועים של המדינה עם מדינות רבות נוספות, אשר הולכים ומדרדרים מדחי לדחי. בתוך כך מצוי המשיב 2 בעיצומה של מלחמתו האישית על חפותו, תוך שההליך הפלילי בעניינו הולך ומתקדם לקראת מועד חקירתו הנגדית אם וכאשר תיפתח פרשת ההגנה בתיק, וזאת כאשר את הפתיל הקובע מה תהא גובה ההלכה במלחמה - ובכך יושפע במישרין המשך ההליך הפלילי בעניינו, כפי שהוכח בחלק העובדתי לעתירה - הוא זה שקובע.

כל התשתית המתוארת לעיל, נועדה לצורך שיקוף המצב הקשה (או שמא מדויק יהיה לומר: הבלתי אפשרי) בנקודת הזמן הנוכחית, והיא מובאת בתמצית בלבד.

הנה אם כן, בנקודת הזמן הנוכחית, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא כי אין די בעדכון הסדר ניגוד העניינים שנערך למשיב 2 בשנת 2020 בכדי למנוע את החשש לניגוד עניינים בתפקידו השלטוני, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי התגבשה אותה 'מסה קריטית' להכרזה על נבצרות תפקודית זמנית. אין ספק כי בעת הגשת העתירה בבג"ץ 2580/21 הנ"ל, לפני שלוש וחצי שנים, לא ניתן היה להעלות על הדעת לאן יגיעו הדברים. באופן דומה לכך, יטענו העותרים כי מוטב להבין כבר עתה כי גם המציאות הנוכחית עלולה חלילה להידרדר קשות במדרון בדרך לתהום, ומשכך, לשם הצלת המדינה, ואלו אינם דברי מליצה, מתבקש בית המשפט הנכבד לעשות את הדבר הקשה מכל אך ההכרחי - ולקבוע כי המשיב 2 נבצר בעת הזו מלמלא את תפקיד ראש הממשלה.

225. העותרים יוסיפו כי כבר באותה העת, במסגרת עתירתם לפני שלוש וחצי שנים, טענו אודות קריסת "קונספציית הסדר ניגוד העניינים" כפתרון למצב ניגוד העניינים האינהרנטי, החמור והבלתי ניתן להתרה, בו מצוי המשיב 2 בשים לב לעוצמת האינטרסים האישיים שלו במשפטו הפלילי. לצערנו, מאז המצב החמיר מאוד, כאמור וכן כמות האינדיקציות להפרותיו החוזרות ונישנות של המשיב 2 את ההסדר שנערך לו בעבר בנוגע לשינויים במערכת המשפט, בניסיון למנוע את ניגוד עניינים בתפקידו הציבורי, הלכה וגדלה גם היא.

באותה עתירה נטען, ובצדק, כי "אין שום הסדר ניגוד עניינים, יהיה זה ההסדר הקשיח ביותר האפשרי עלי אדמות, שיפתור את מצב ניגוד העניינים האינהרנטי והחמור שלפנינו. אף הסדר לא יוכל לבלום, לרסן, להרתיע ולהגביל את המשיב 2 מלבצע פעולות שלטוניות בניגוד עניינים חמור, שמטרתם להשיג אינטרסים אישיים בעלי משקל עצום לגורלו ולחירותו האישית. משכך הדבר אין הסדר שיוכל למנוע את הנזק הכבד הנגרם לאינטרס הציבורי של מדינת ישראל.....

לא ניתן לקיים את המבנה שפסק הדין בבג"ץ מניעת הרכבת הממשלה ביקש לבנות. לא ניתן לשמש כראש ממשלה הנאשם בעבירות חמורות בפלילים, מבלי שהאינטרס האישי, הפסול, של שימוש בכוח המשרה הרמה, כדי לפעול לטובת מילוט מהדין, יגבר.

לפיכך, בנקודת הזמן הנוכחית, לא נותרה עוד כל הרתעה ואין עוד שום מעצור בעצם קביעת הסדר ניגוד עניינים מחייב".

(מתוך סעיפים 47-49 לכתב העתירה בבג"ץ 2580/21, פרופ' דוד הראל ואח' נ' ראש הממשלה ואח' הנ"ל).

226. לחיזוק הרציונל העומד ביסוד הוראת סעיף הנבצרות התפקודית (המכונה גם "נבצרות מהותית" או "נבצרות משפטית-נורמטיבית") נוכח מצבי ניגוד עניינים בלתי ניתנים למניעה, והחשיבות העצומה הגלומה בסעיף זה לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי, יובאו דבריו של פרופ' עמיר ליכט במאמרו, "הלוח הלכו העצים – נבצרות ראש הממשלה וכינון משטר מלוכני בישראל" נקודה בסוף משפט (4.3.2023) (<https://amirlicht.wordpress.com/2023/03/04/248/>). הדברים נכתבו על רקע תיקון מס' 12 לחוק-יסוד: הממשלה, אשר ביקש, כאמור, להוציא מתחולת חוק היסוד את הסמכות לקביעת נבצרות תפקודית, ובכלל זה לנוכח מצבי ניגוד עניינים של ראש הממשלה. לאור חשיבותם יובאו הדברים כלשונם, לאמור:

"מהותית, ההצעה מגלמת מהפכה באופי המשטר בישראל - אולי אף יותר מיוזמות חקיקה אחרות, המתוארות לחלופין כ"ריסוק" או כ"ריסון" של מערכת המשפט. זאת, מכיוון שהיא תעמיד בראש הרשות המבצעת אדם, המשוחרר לחלוטין מכל חובה לפעול לטובת המדינה והציבור. במשטר המשפטי שחווה ההצעה ראש הממשלה יהיה חופשי להפעיל את כל הסמכויות המוקנות לו בדין ואת כל הכוחות שיש לו במציאות תוך התחשבות, ואף העדפה, של ענייניו האישי, בבחינת "המדינה זה אני". הגם שראש ממשלה כזה לא ישלוט בחסדי שמיים או מכוח זכות אבות, לכל דבר ועניין זוהי מסגרת משפטית השקולה למשטר מלוכני. למעשה, דבר לא יעצור בעדו מלהשתמש בסמכויותיו ובכוחותיו כדי להביא לקביעת זכות אבות לשלטון". (ההדגשות לא במקור).

הדברים מדברים בעד עצמם וכל המוסיף גורע.

227. הנה אם כן, לנוכח כלל העובדות שלפנינו, מזדקרת לעיני כל איש ואשה, אשר מדינת ישראל יקרה להם ואשר הדמוקרטיה ושלטון החוק הם נר לרגלם, המסקנה ההכרחית הבאה:

כאשר יש תיק פלילי בעבירות חמורות על טוהר המידות שיש עמן קלון אשר קרוי: "מדינת ישראל נגד בנימין נתניהו", הופכת המציאות, אט אט ובקצב הולך וגובר, להיות: בנימין נתניהו נגד מדינת ישראל.

לאור זאת, ככל שבית המשפט הנכבד ישתכנע כי בנסיבותיו הרגישות והרות הגורל של העניין שלפנינו אין די בעדכון הסדר ניגוד העניינים לשם מניעת החשש מניגוד עניינים בהחלטותיו השלטוניות של המשיב 2 בניהול המלחמה, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן את הסעד השלישי המבוקש בעתירה ולהצהיר כי נבצר מהמשיב 2 באופן זמני למלא את תפקידו, עד לסיום המצב בו קיים חשש לניגוד עניינים בתפקידו, בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

י. ההכרעה השיפוטית בדבר קיומה של נבצרות תיפקודית אינה עומדת בסתירה להכרעת הרוב בבחירות דמוקרטיות

228. העותרים יטענו כי ככל שעשויה להישמע טענה לפיה קביעת נבצרות תפקודית משמעה "הדחת ראש ממשלה מכהן" וכי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הכרעת הבוחר בבחירות דמוקרטיות, מתחייב לדחות טענה זו מכל וכל על יסוד הנימוקים הבאים:

א. חוק-יסוד: הממשלה, אשר מכוחו קמה הסמכות לקביעת נבצרות ראש ממשלה מלכהן בתפקיד, נטוע בספר החוקים של מדינת ישראל **כנורמה חוקתית במדרג עליון**, שכן יסודו בחקיקת הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. בהתאם לכך, הוראותיו של חוק היסוד משקפות וטבועות כחלק בלתי נפרד מהמארג החוקתי של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית והן מבטאות את עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית.

ב. **הוראת הנבצרות בחוק היסוד נועדה להגן על ציבור אזרחי מדינת ישראל מפני מצב בו נבחר הציבור הבכיר ביותר יפעל בניגוד לאינטרס הציבורי ויעשה שימוש לרעה בכוח השלטוני העצום שבידו.** במצב דברים בו לא מקיים ראש הממשלה את חובתו היסודית לפעול בשם האינטרס הציבורי, לטובת האינטרס הציבורי ולטובת הציבור, ולא כל שכן בזמן מלחמה קשה כאשר קיימת סכנה ברורה ומיידית כי החלטותיו יובילו להרחבתה והסלמתה של המלחמה עד כדי הפיכתה למלחמה אזורית מול זירות רבות, לרבות מול המעצמה האזורית איראן, מתחייב מכוח עקרונות המשטר הדמוקרטי, הכוללים בחובם גם את עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת", להורות על פסילת כהונתו בתפקיד ראש ממשלה.

ג. בבג"ץ 8948/22, **אילן שיינפלד נ' הכנסת**, (פורסם בנבו, 18.01.23), שעסק בשאלת פסילת מינויו של ח"כ דרעי לתפקיד שר, הדגיש כב' הש' גרוסקופף שתי סוגיות בנוגע למישור היחסים שבין המשפט לבין הספירה הפוליטית-ציבורית. הסוגייה השנייה אותה הדגיש בפסיקתו, היא הרלוונטיות לענייננו שכן עניינה בשאלת תקינותו של המינוי במבחן דעת הקהל ומשקלה של שאלה זו בבוא בית המשפט להכריע על פי דין המשפט. בדבריו מדגיש כב' הש' גרוסקופף כי **ככל שהדין אינו מאפשר את הכהונה, אין להתירה אף אם מרבית הציבור מעוניין בכך** ובסיכום דבריו מציין כב' הש' גרוסקופף את כלל היסוד במשפט לאמור:

"בית המשפט אינו פוסק על פי קול ההמון; בית המשפט פוסק על פי שורת הדין."

לאור חשיבות הדברים לענייננו, להלן הם יובאו כלשונם, כאמור בפסקה 3 לפסק דינו של כב' הש' גרוסקופף:

....."ביחס לתקינות המינוי של חה"כ דרעי במבחן דעת הקהל. המתנגדים לקבלת העתירות הדגישו כי קבוצה גדולה של אזרחיות ואזרחים, כ- 400,000 אישה ואיש, הצביעו בעבור תנועת ש"ס, אשר חה"כ דרעי עומד בראשה, בבחירות שהתקיימו באחרונה. עוד טענו, כי ניתן לשער כי הצבעתם זו משקפת גם את רצון רובם ככולם כי חה"כ דרעי ישמש כשר בכיר בממשלה. אף ניתן להניח כי גם אזרחיות ואזרחים רבים שלא הצביעו בעבור תנועת ש"ס מחזיקים ברצון דומה. אכן כך, ואולם כפי שנפסק בעבר, "דין הבוחר אינו בא במקום דין המשפט ואין הוא יכול להחליפו" (עניין פנחסי, בעמ' 470. כן ראו: בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135, 242-243 (2013)). ודוק, פסק דיננו איננו שקול למשאל עם, ועל כן איננו נגזר מעמדת רוב הציבור. ממילא, אין אנו מביעים עמדה, ואיננו מוסמכים להביע עמדה, בשאלה מהו רצון הציבור. תפקידנו הוא לפסוק האם חה"כ דרעי רשאי, מבחינה חוקית, לכהן כשר בממשלת ישראל. ככל שהדין מאפשר זאת, אין בכוחנו למנוע זאת גם אם רוב גדול בציבור היה מעוניין שנפסקו אחרת; ולחיפך, ככל שהדין אינו מאפשר זאת, איננו יכולים להתיר את כהונתו גם אם מרבית הציבור מעוניין בכך. בית המשפט אינו פוסק על פי קול ההמון; בית המשפט פוסק על פי שורת הדין. (ההדגשה לא במקור).

קל וחומר נכונים הדברים בנסיבות שלפנינו כאשר כלל האינדיקציות מובילות למסקנה כי מרבית הציבור אינו מעוניין בהמשך כהונתו של המשיב 2 בתפקיד ראש ממשלה.

ד. החלטת נבצרות ראש ממשלה אינה מהווה פגיעה ברצון הבוחר, שכן על פי שיטת הבחירות בישראל, רצון הבוחר בא לידי ביטוי באמצעות בחירת נציגי רשימות המועמדים לכנסת, ורשימות אלו מיוצגות באופן יחסי בכנסת בהתאם לכוחן האלקטורלי. בכך לא יחול כל שינוי כתוצאה מהכרזה על נבצרות ראש ממשלה, כפי שיובהר להלן:

בהתאם להוראת סעיף 16 (ב) לחוק-יסוד: הממשלה, עם הכרזת נבצרות זמנית של ראש הממשלה, ימלא את מקומו של ממלא מקום ראש הממשלה. לאחר חלוף 100 ימים רצופים, ככל שלא יסתיים מצב ניגוד העניינים והמשיב 2 לא יחזור למלא את תפקיד ראש הממשלה, יראו את הממשלה כאילו התפטרה. בהתאם להוראת סעיף 30 (א) לחוק-יסוד: הממשלה, עם התפטרות הממשלה "יפתח נשיא המדינה בהליכים להרכבת ממשלה חדשה כאמור בחוק-יסוד זה". בהתאם לסעיף 30 (ג) לחוק היסוד, עד שתיכון ממשלה חדשה "....תיקבע הממשלה שר אחר שהוא חבר הכנסת וחבר סיעתו של ראש הממשלה, לכהן כראש הממשלה בפועל....".

מהוראות אלו עולה כי אין בהחלטת נבצרות ראש ממשלה כדי להשפיע או לשנות את הרכב המפלגות, אשר הוא המשקף את רצון הבוחר בבחירות לכנסת, והרכבן יישאר על כנו. בהסתמך על תוצאות בחירות אלו, יפתחו מחדש ההליכים להרכבת ממשלה חדשה בהתאם להוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: הממשלה, באופן שיביא להקמתה של ממשלה חדשה על בסיס תוצאות הבחירות לכנסת.

לאור נימוקים אלו מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות מכל וכל כל טענה העשויה להישמע לפיה משמעות קביעת נבצרות הינה "הדחת ראש ממשלה מכהן".

יא. ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות מסורה, בראש ובראשונה, בידי בעל התפקיד עצמו

229. לצד סמכות בית משפט נכבד זה לקבוע את נבצרותו הזמנית של המשיב 2 מלכהן בתפקידו הציבורי, הביע היועץ המשפטי לממשלה בעניין אולמרט את עמדתו, לפיה ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות מסורה, בראש ובראשונה, בידי בעל התפקיד עצמו. כך נכתבו הדברים בפסק הדין:


”עוד מציין היועץ, כי ההכרעה בדבר קיומה של נבצרות מסורה, בראש ובראשונה, בידי בעל התפקיד עצמו, וזאת למעט מצבים בהם קיימת מניעה אובייקטיבית לכך או מקום בו הדין קובע במפורש את זהותו של הגורם המוסמך להורות בדבר קיומה של נבצרות.”
(ההדגשה לא במקור).

230. עמדה זו עולה בקנה אחד עם השכל הישר, שכן במצבים רבים בעל התפקיד הוא הגורם הראשון, ולעיתים הבלעדי, המודע לקשיים ולמגבלות בהמשך כהונתו בתפקיד הציבורי, מקום בו בידי אחרים אין את המידע ו/או הנתונים הדרושים לעניין. כך הדבר הן בהתייחס למצבים בריאותיים או נפשיים שונים, הן בהתייחס למצבים משפחתיים ו/או אישיים מורכבים העלולים לפגוע בתפקודו הציבורי של נבחר הציבור, והן בהתייחס למצבים משפחתיים אחרים בחיי אדם, בהם הקושי להמשיך ולנהל מדינה, לא כל שכן בזמן שנדרש לנהל מלחמה ולקבל החלטות הרות גורל לחיי אדם, תוך דרישה לעמידה בחובה לשקול אך ורק שיקולים שבאינטרס הציבורי ושיקולים אלו בלבד, במקביל להתמודדות עם הקשים האישיים הכרוכים בניהול שלב ההוכחות במשפט פלילי בעבירות חמורות שיש עמן קלון. לפיכך, ככל שהמשיב 2 סבור כי המשא הינו כבד מנשוא ומסכן את הציבור, מוטלת החובה, בראש ובראשונה עליו כמי שנושא בתפקיד, להודות בקיומה של נבצרות מלהמשיך ולמלא את התפקיד הציבורי שניתן לו בנאמנות על ידי הציבור.

231. העותרים יטענו כי בין אם יקבע בית המשפט הנכבד כי ההכרעה בעניין נבצרות מסורה בראש ובראשונה בידי בעל התפקיד עצמו ובין אם לאו, אין חולק בדבר סמכותו של בית משפט נכבד זה להכריע בעניין הנבצרות, כמבוקש בעתירה.

לאור כל האמור ועל יסוד התשתית הראייתית שהונחה לפני בית המשפט הנכבד בנקודת הזמן הנוכחית, כאשר מדינת ישראל מצויה במלחמה קשה הכרוכה בקבלת החלטות הרות גורל, ובשים לב לכלל הטעמים כמפורט בעתירה, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו, בדחיפות עליונה, את הצווים על תנאי ואת צו הביניים המבוקשים בעתירה.

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון דחוף ביותר, כמבוקש ברישת העתירה, לעשות את הצווים על תנאי למוחלטים ולחייב את המשיבים בהוצאות העתירה לרבות שכר טרחת עו"ד.


קמילה אביגייל מיכמן, עו"ד
ב"כ העותרים


דפנה הולץ-לכנר, עו"ד
ב"כ העותרים

היום, 29 באוגוסט 2024