

כח' אלול תש"ף
17 בספטמבר 2020

חות דעת משפטית:

סמכות הממשלה בקבלת החלטות המגבילות הפגנות פוליטיות

ד"ר אביעד בקשי ועו"ד דוד פטר

תמצית

הגבלת חופש ביטוי פוליטי בידי ממשלה פוליטית בוודאי מחייבת זהירות וריסון מירביים. אולם אין בסיס לטענת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה הממשלה, כמי שמורכבת מאנשים פוליטיים, מנועה מלקבל החלטות על הגבלת הפגנות פוליטיות בשל ניגוד עניינים. ראשית, הממשלה היא הגורם הבלעדי שמוסמך בחוק להתקין תקנות לשעת חירום, (שהן המסלול המתאים ולא תקנות לפי "חוק הקורונה"). עמדת היועץ מנוגדת לחוק שבחר להסמיכה למרות, ואף בגלל, שהיא מורכבת מנבחרי ציבור פוליטיים. שנית, משמעות עמדת היועץ היא שאין כל גורם שמוסמך להגביל הפגנות, גם לא במצבי חירום קיצוניים, מכיוון שהחוק הסמיך את הממשלה בלבד להתקין. אם כדברי היועץ אין לממשלה סמכות לקבל את ההחלטה, קל וחומר שאין סמכות כזו לפקידה וליועציה המשפטיים הפועלים מטעמה. שלישית, לחברי ממשלה כאישים פוליטיים יש עניין פוליטי בכל החלטה שהם מקבלים. זו תמציתה של הדמוקרטיה. בהמשך לכך, משמעות השליחה שמציע היועץ היא שיתוק כללי של סמכויות הממשלה. רביעית, "כלל הצורך" מוכר היטב בדין הישראלי ולפיו כאשר הגבלת ניגוד עניינים עלולה לחול על כלל חברי הרשות המוסמכת ולשתק את פעילותה אזי אין מגבילים את הפעילות. כלל זה מיושם גם ביחס לבתי המשפט ולמערך הייעוץ המשפטי לממשלה על אף שתפקידם דורש חומרה יתרה בתחום ניגוד העניינים. שופטי בג"ץ דנים במשכורותיהם כמו גם באיוש הוועדה לבחירת שופטים והפרקליטות מגישה כתבי אישום נגד מי שלשיתתה פועל נגדה ונגד ראשיה בניגוד לחוק. חמישית, הזהירות המתבקשת בהטלת מגבלות על הביטוי הפוליטי מתבטאת בקביעתו המפורסמת של פסק דין "קול העם" אודות מבחן ראייתי מחמיר כאשר החלטת הממשלה נתקפת בהליך שיפוטי. לא בשלילת סמכותה של הממשלה לקבל את ההחלטה. זאת, בדומה לקביעת הדוקטרינה של הפרדיגמה השלטונית שמוכרת בארה"ב. שישית, הממשלה היא הנושאת בסמכות ובאחריות להפעלת הסמכויות הסטטוטוריות הנתונות לה ולא יועצה המשפטי. כפי שכתבו ועדות שמגר ואגרנט היא רשאית להחליט כיצד לפעול לפי שיקול דעתה. שביעית, לא ברור כיצד היועץ המשפטי, לשיטתו, פותר את ניגוד העניינים שהוא עצמו נתון בו, ביחס לאותן ההפגנות. שהרי ההפגנות נגד ובעד ראש הממשלה הן בהתאמה בעד ונגד האמון ביועץ המשפטי לממשלה.

חוות דעת

1. לפי הדיווחים בכלי התקשורת, היועץ המשפטי לממשלה טען על פה בישיבת הממשלה מיום 13.9.2020 כי ממשלת ישראל, המורכבת מפוליטיקאים, אינה מוסמכת להטיל מגבלות על הפגנות פוליטיות בשל ניגוד עניינים. ובלשונו על פי הדיווח התקשורתי: "כפוליטיקאים – אסור לכם לעסוק בענייני ההפגנות"¹.
2. יש להעיר כי העובדה שעמדה כה דרמטית, שמבקשת לשנות את סמכויותיהם החוקתיות של נבחרים הציבור מן היסוד, מוצגת על-פה בלבד וללא הנמקות היא מטרידה ביותר ומבטאת העדר אחריותיות. מדובר למעשה בניסיון לשינוי חוקתי עמוק באמצעות מסרים נסתרים ובלתי ניתנים לתקיפה משפטית או דמוקרטית. הח"מ ישמחו ללמוד את עמדת היועץ המשפטי לממשלה מן הכתובים ולבחון לגופם את טיעוניה המשפטיים, לא על סמך השערות.
3. המשטר בישראל הוא דמוקרטיה ייצוגית. במסגרת זו נבחרים נציגים אשר הריבונות הטבעית של הדמוס מוקנית להם לשם חקיקה ופעילות במסגרת הרשות המבצעת. ממשל של נציגים כולל באופן אינהרנטי ממשקים פוליטיים והשלכות פוליטיות של הכרעות נבחרים הציבור. הדמוקרטיה, בכוונת מכוון, בוחרת להעמיד נבחרים ציבור במצב שבו הם מקבלים את החלטותיהם מתוך מודעות להשלכות הפוליטיות של אותן החלטות כלפיהם. זו היא תמציתה של הדמוקרטיה ולמעשה אין מדיניות ממשלתית שאין בה מן ההשלכות הפוליטיות.
4. עמדת היועץ המשפטי, לכאורה, משמעותה הצבת סימן שאלה על עצם הריבונות והסמכות החוקתית של ממשלת ישראל, והכפפתה לעמדותיו שלו אד-הוק, וכל זאת כמובן ללא מקור חוקי. כלומר, היועץ מבקש זכות וטו על החלטות ממשלה אם לשיטתו הן "פוליטיות" כאשר מי שיכריע מהו ניגוד העניינים ומהו הפוליטי יהיה היועץ המשפטי, מבלי שהוסמך לכך מעולם.
5. עוד יש להבהיר כי אם הממשלה אינה מוסמכת, קל וחומר שפקידיה ויועציה אינם מוסמכים. הסמכות הריבונית הראשונית עוברת מהדמוס אל נבחרים הציבור ומהם לממשלה. כל יתר הסמכויות המנהליות של הגורמים השונים מואצלות מסמכות הממשלה (למעט סמכויות סטטוטוריות ישירות של עובדי ציבור, שאינן מענייננו כאן, כגון סמכויות היועץ כתובע כללי). לפיכך אם הממשלה אינה מוסמכת לשיטת היועץ לעסוק בנושא, הרי שאין אף גורם שמוסמך לקבל החלטות לנוכח מצב החירום שבו המדינה מצויה בימים אלה. זהו מצב בלתי אפשרי, בלתי הגיוני ואינו משקף את הדין הקיים בישראל ביחס לסוגיות ניגוד עניינים. ועל כך להלן.

אין סמכות מבצעת עליונה על ממשלת ישראל

6. על פי סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה הסמכות המבצעת העליונה במדינת ישראל היא ממשלת ישראל:

"1. הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

¹ חדשות 13 : 20 : <https://twitter.com/newsisrael13/status/1305154582973165569?s=20>

לאמור, אין סמכות מבצעת מעל ממשלת ישראל. היא פסגת הרשות המבצעת וכל עוד חקיקה מפורשת לא העניקה סמכות לרשות אחרת הרי שהסמכויות המלאות נתונות בידיה.²

הממשלה היא הגורם המוסמך היחיד להתקין תקנות לשעת חירום או תקנות לפי "חוק הקורונה"

7. סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה קובע במפורש כי הממשלה, ובמקרים חריגים ראש הממשלה, בלבד הם המוסמכים להתקין תקנות שעת חירום³ על מנת לשמור על ביטחון המדינה ושלום האזרחים: "39(א). במצב חירום רשאית הממשלה להתקין תקנות שעת חירום כדי להגן על המדינה, ביטחון הציבור וקיום האספקה והשירותים החיוניים; תקנות שעת חירום יונחו על שולחן ועדת החוץ והביטחון של הכנסת סמוך ככל האפשר לאחר התקנתן".

8. ואכן, מאז פרצה מגפת הקורונה תיקנה ממשלת ישראל תקנות רבות להתמודדות עם המגיפה (שמהן בחרה אז להחריג התקהלויות למטרות הפגנה).

9. חוק סמכויות מיוחדות להתמודדות עם הנגיף הקורונה החדש (הוראת שעה), התש"ף-2020 (במסמך זה – "חוק הקורונה") מעניק לממשלה, ולה בלבד, סמכות להתקין תקנות להגבלת האוכלוסייה לצורך המאבק בנגיף הקורונה, בתחומים שונים. החוק אמנם מגביל את סמכות הממשלה למנוע הפגנות, אולם אין הוא גורע מן הסמכות הזו הנתונה לממשלה מכוח חוק היסוד כאמור לעיל.

10. משמעות עמדתו של היועץ היא אפוא שלילת הסמכויות החוקתיות שהמחוקק הטיל במפורש על ממשלת ישראל ועליה בלבד. משמעות עמדתו היא גם שבהיעדר הפעלת סמכויות אלה בידי הממשלה לא ייוותר אף גורם המוסמך להפעיל בניגוד לציווי המחוקק ובניגוד לצורך של המדינה במענה למצבי חירום.

הערות תמציתיות ביחס לדין המהותי

11. סעיף 7 בחוק הקורונה מגביל את סמכות הממשלה למנוע הפגנות. אין צריך לומר כי זכות ההפגנה מוכרת כערך יסודי חוקתי. אולם כידוע אין זכויות מוחלטות, וכל פגיעה בזכות צריכה להישקל אל מול האינטרסים והזכויות המתחרים. כך או כך, המגבלות הנזכרות בסעיף 7 הנ"ל אינן רלוונטיות ביחס למסלול התקנות לשעת חירום שאליו שומה היה על היועץ המשפטי להתייחס.

12. עוד יצוין ביחס לאיזון הראוי בין זכות המחאה כחלק מחופש הביטוי אל מול סמכות הממשלה להתקין תקנות שעת חירום אשר נועדו להגן על שלום הציבור, כי סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כבר קבע שבשעת חירום ניתן להתקין תקנות שעת חירום אף אם יש בהן כדי לפגוע בזכויות יסוד:

² וראו לעניין זה גם את סעיף 32 בחוק יסוד: הממשלה אשר מעניק לממשלה את סמכות הביצוע השיוויונית במדינה. באשר לשאלה האם החלטת הממשלה נעשתה "על פי דין" - המבקש לטעון שהממשלה פעלה בניגוד לחוק רשאי לעתור לבית המשפט.

³ בהתאם להכרזה על מצב חירום לפי סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה.

12". אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".

13. לפיכך, על אף שהפסיקה הכירה בחופש הביטוי כזכות חוקתית נגזרת של הזכות לכבוד, הרי שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עצמו מאפשר התקנת תקנות שעת חירום שמגבילות את הזכויות המנויות בו בנסיבותיה של פסקת ההגבלה. אכן, כאשר מדובר בהגבלת זכות ההפגנה על ידי הממשלה, השאלה מעוררת רגישות יתירה ומחייבת זהירות. אולם הסמכות עודנה נתונה בידי הממשלה וחובתה לערוך את האיזונים הנדרשים.

14. כך או כך, מסמך זה אינו עוסק בסוגיית האיזון החוקי והחוקתי לגופו אלא בשאלה האם הממשלה מוסמכת לקבל את ההחלטה החוקית בעניין.

אפיון טענת ניגוד העניינים בסוגיה דנן

15. נלבן כעת את הטענה שהשמיע היועץ המשפטי לממשלה כאילו מוטלות על הממשלה מגבלות ניגוד עניינים בשל היותה מורכבת מפוליטיקאים.

16. אין מדובר במצב שבו חברי ממשלה מסוימים נגועים בניגוד עניינים אישי בשל קשרים אישיים, עסקיים או משפחתיים עם המפגינים. איננו עוסקים בנסיבות אקראיות אישיות שיוצרות ניגוד עניינים אישי ולכן לא מדובר בניגוד עניינים אישי במובנו המוכר במשפט הישראלי.

17. היועץ המשפטי לממשלה מבקש לטעון כי עצם זהותה המוסדית של הממשלה, כמורכבת מפוליטיקאים, מטילה עליה מגבלות של ניגוד עניינים בהפעלת סמכויותיה מול הפגנות פוליטיות.

עליונותו הנורמטיבית של החוק

18. המחוקק קבע כי הממשלה היא הרשות המוסמכת הבלעדית, כאמור לעיל, לתקן תקנות שעת חירום אשר יגבילו את אופן קיום ההפגנות בנסיבות חירום שדורשות זאת. כלומר היועץ מלין על המחוקק ושיקוליו ומבקש להפר את מצוותו.

19. כלל הוא במשפט הישראלי כי מעת שהעניק המחוקק סמכויות למוסד מסוים, אין בעצם הנשיאה בסמכות כדי להוות ניגוד עניינים מוסדי פסול.

20. בפרשת **סיעת הליכוד**⁴ קבע השופט ברק כי ניגוד העניינים שמקורו בכללי הצדק הטבעיים של המשפט המקובל לא גובר נורמטיבית על חקיקה מפורשת (אם כי החקיקה כמובן תפורש בהתאם לאותם כללי צדק טבעיים) :

"עם זאת, בהעדרה של חוקה נוקשה, אין להעניק לכלל בדבר ניגוד עניינים רמה נורמטיבית עליונה. על כן אין מניעה לכך שהמחוקק ישלול בחוק את תחולתו של הכלל האמור, ויעמיד תחתיו הסדר שיש בו ניגוד עניינים. ...רק הוראה מפורשת וברורה של המחוקק תוכל לשלול את תחולתו של הכלל בדבר ניגוד עניינים, ובמקום שהוראת החוק ניתנת למספר פירושים נעדיף את הפירוש אשר ייתן תוקף לכלל בדבר ניגוד אינטרסים."

21. עליונותו של חוק שמטיל סמכות על אינסטנציה גם במצב של ניגוד עניינים אינהרנטי ניתן לראות גם בע"פ 66/68 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ (2) 322, 324 (1996) שם הגיע בית המשפט למסקנה כי ועדה שיושב בה **היועץ המשפטי לממשלה** רשאית לדון בתלונה שהוגשה **על ידו**. וזאת אף על פי שהיועץ המשפטי לממשלה משמש גם קטגור וגם דיין. בית המשפט קבע כי "אין מנוס" מפרשנות זו של החוק.

22. כך גם בעניין בג"ץ 97/5009 **חברת מולטימדיה בע"מ נ משטרת ישראל**, פ"ד נב (3) 679 (1998), שם נדונה סמכותה של המשטרה להשכיר שירותי שיטור בתשלום לצורך אבטחת אירועים. הסדר זה כרוך בניגוד עניינים מובנה, מכיוון שהמשטרה היא שקובעת את דרישות האבטחה לאירועים לפי חוק. בשל מצוותו של המחוקק סירב בית המשפט לראות במצב זה ניגוד עניינים אסור (אם כי העתירה התקבלה, בדעת רוב, בשל חוסר עקביות בדרישות המשטרה באותו מקרה).

23. באותו האופן, חברי הכנסת הם שקובעים את שכרם שלהם, את מספר עוזריהם, תנאי העסקתם ועוד. כך גם בחר המחוקק להטיל על שר הפנים תפקידי מפתח בעריכת הבחירות הכלליות והבחירות לרשויות המקומיות על אף שהוא דמות פוליטית המזוהה עם מפלגה שמתמודדת בבחירות. נמצא אפוא כי כאשר ניגוד העניינים אינהרנטי למוסד ואינו אישי, והמחוקק בחר להקנות את הסמכויות לאותו מוסד, הרי שאין כאין ניגוד עניינים אסור. מצוותו של המחוקק גוברת.

24. על אותה הדרך, **פקודת מניעת טרור** מסמיכה את הממשלה להכריז על ארגון כארגון טרור אף אם הוא מפלגה שמתמודדת בבחירות ועשויה להוות יריבות פוליטית (כפי שאירע עם תנועת "כך" ו"כהנא חי" בשנת 1994).

כלל הצורך (The Necessity Rule) כאיזון לדוקטרינת ניגוד העניינים

25. בפרשת **פורז**⁵ נדונה השאלה האם השופטים מצויים בניגוד עניינים בבואם להכריע בשאלות הנוגעות לשכרם. וכך קבע השופט אור :

"אין הצדקה ששופטים יימנעו מלדון בסכסוך המובא לפניהם רק

⁴ בג"ץ 79/531 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד 87 (2) 566, 575-576 (1980) (להלן: "פרשת סיעת הליכוד").

⁵ בג"ץ 95/3262 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט (3) 153, 160-161 (1995) (להלן: "פרשת פורז").

משום שיש לו נגיעה לשכרם. מכוח הכלל בדבר צורך (The Rule of Necessity) נדרש בית המשפט לעתים לדון בעניין המובא לפניו, אף שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים... כלל זה מעוגן בצורך להכריע בסכסוך המובא לפני בית המשפט, אשר על-פי סמכותו הוא נדרש להחליט בו, ואם יימנע מכך, ייוותר הצד הפונה אל בית המשפט ללא כתובת לקבלת הסעד המשפטי המבוקש על-ידיו".

26. הפסיקה הכירה בחריג לדוקטרינת ניגוד העניינים כאשר תפקודה של המערכת המינהלית אינו אפשרי ללא מעורבותו של בעל תפקיד שיש לו נגיעה לנושא שעליו נסבה ההחלטה. לעתים, הימנעות מקבלת החלטה על ידי אדם בעל נגיעה לנושא מחייבת שינוי ארגוני שעלול לפגוע באינטרס הציבורי מבחינות אחרות.⁶

27. פסק הדין המנחה בדוקטרינת ניגוד העניינים הוא פרשת **סיעת הליכוד**.⁷ שם נדונה החלטת עיריית פתח-תקוה לבחור באחד מחברי ועדת ההנהלה להיות יו"ר ועדת הביקורת. בית המשפט נעתר לבקשת ביטול המינוי, ועמד על תפקידה של הביקורת השיפוטית ביחס לסוגיות ניגוד עניינים. לדברי השופט ברק (כתוארו אז) שם:

"מן הראוי הוא לציין כי עשויים להיות מצבים שבהם מהותו של הנושא מחייבת צמצום והגבלת תחולתם של כללי הצדק הטבעי גם בלא הוראה מפורשת וברורה בחוק יוצר הסמכות... כמו כן, יש ועקרונות של צורך (necessity) או 'כורח השעה' ידחו את תחולתם של כללי הצדק הטבעי וניגוד העניינים".

28. בפרשת הנגבי⁸ נדונה השאלה האם חוקרי המשטרה מצויים בניגוד עניינים עת הם חוקרים את צחי הנגבי שעשוי היה לשוב ולהיות השר לביטחון פנים אשר ממונה עליהם. העותרים אף ביקשו שבית המשפט יורה כי הנגבי מנוע מלשמר כשר לביטחון פנים למשך תקופת צינון בת חמש שנים. פסק הדין לא הכריע בשאלה האם החקירה על-ידי המשטרה היא "צורך". אך על פי פרופ' ברק-ארז⁹ המקרה אכן מהווה דוגמה להפעלתו של עקרון הצורך. וזאת משום שבית המשפט הכיר בכך שהחקירה תנוהל על-ידי חוקרים שנמצאים במצב אפשרי של ניגוד עניינים.

29. בפרשת **אסרף**¹⁰ נתקפה החלטתו של שר הפנים להעביר מתפקידם את ראש עיריית אופקים ואת חברי מועצת העירייה, ולהקים ועדה ממונה למילוי תפקידיהם. העותרים טענו כי שר הפנים פעל

⁶ דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך (2010) עמ' 482.
⁷ בג"ץ 79/531 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד 87 לד(2) 566, 575-576 (1980) (להלן: "**פרשת סיעת הליכוד**").
⁸ בג"ץ 04/8192 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נט (3) 145 (2004) (להלן: "**פרשת הנגבי**").
⁹ ראו הי"ש 5, עמ' 484.
¹⁰ בג"ץ 07/7767 **אסרף נ' שר הפנים**, דינים עליון פח (29) (2008) (להלן: "**פרשת אסרף**").

במצב של ניגוד עניינים בשל מחויבותו הפוליטית לאיש מפלגתו, יריבו של ראש העירייה. השופט פוגלמן, בהסכמת השופטים לוי ונאור, דחה את הטענה בדבר ניגוד העניינים שהועלתה נגד קבלת ההחלטה על ידי שר הפנים, ככל שהתבססה רק על שיוכו הפוליטי של השר:

"גם אם נניח כי קיים חשש כאמור, חייבים אנו לאזנו אל מול התכלית הציבורית הנוגדת שעניינה במתן אפשרות לשר הפנים למלא את תפקידו ולקיים את סמכויותיו על פי דין... מבנה המערכת הפוליטית בישראל הוא כזה שהמפלגות המיוצגות בכנסת, מיוצגות פעמים רבות גם בשלטון המקומי. לפיכך, מציאות שגורה היא כי המפלגה אליה משויך שר הפנים תהיה מיוצגת ברשויות מקומיות רבות... גם אם נניח כי מדובר בניגוד עניינים, הרי הפעלת הסמכות, במהלך הדברים הרגיל, הינה בבחינת צורך".

30. בעתירה בעניין שכרם של עוזרים המשפטיים לשופטים¹¹ כתב השופט סולברג את הדברים הבאים:

"נוח היה לי ולחברי שלא לדון בעתירתם של העוזרים המשפטיים – בני- בית אצלנו – יותר מאשר לדון בה. קרבת שופטים לבעלי דין – קרבת דעת ולב – וענייננו כשופטים בתוצאות ההליך, מקשים (ראו יגאל מרזל דיני פסלות שופט 243 (2006)). מעשה בדיין אחד שהיה עולה בדוגית קטנה לעבור בנהר ופשט אחד ידו וסייעו בעלייתו, והיה לו דין, ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין" (רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ"ג, הלכה ג). אם על הושטת יד שכזו, על מנת לסייע לעבור בנהר, פסל דין את עצמו מלדון במשפטו של אותו אדם שסייע לו, מה נאמר אנחנו לעוזרינו המשפטיים, שמסייעים בידינו מבוקר עד ליל לצלוח את נהרות המשפט, להתמודד עם ערמות התיקים, ומושיטים לנו לא יד אחת, אלא שתיים, ורותמים לשירותנו מוח חריף ולב מבין? האם נמשוך את ידינו מלדון ולפסוק בעניינם? התשובה ברורה, אך שובר בצדה: הואיל וכלל שופטי בית המשפט העליון נוגעים בדבר באותה מידה, הרי שעל-פי 'כלל ההכרח' (The Necessity Rule) בדלית ברירה, מוסמכים כל שופטי בית המשפט לדון בעניין: "שופט רשאי לשבת בדין אם העברת העניין לכל שופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות" (סעיף 77 א(א3) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; ראו גם: מרזל, בעמודים 394-390).

¹¹ בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 20.07.2017).

31. "כלל הצורך" מתווסף לעיקרון כללי שלפיו השיקול בדבר מניעת ניגוד עניינים איננו בן יחיד ואין לקבל מצב שבו תכלית קיומה של הסמכות המינהלית מסוכלת מחשש שמא היא תופעל תחת ניגוד עניינים. אין להניח לגדרות להשתלט על החלקה כולה ועל הטרקלין שבנוי בלבה. כדברי השופט גרוניס בבג"ץ 3346/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל, ע"ר נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 26.04.2009):

"עם כל חשיבותו של הכלל האוסר על ניגוד עניינים בפעילותו של הגוף המנהלי, המדובר הוא בעקרון שיש להגשימו עד לקצה גבול האפשר אך בלא לפגוע בתכליות של הפעולה המנהלית ובאפשרות המעשית להגשימה. החלתו צריכה להשתלב במסגרת המערך המנהלי, בלא לפגוע בבסיסו ובמטרותיו. נדרש, אפוא, להחיל את עקרון האיסור על ניגוד עניינים, ככל הניתן, בלא לפגוע במטרה העיקרית שלשמה נועדה ומתבצעת הפעולה המנהלית. אולם לעולם, נדרש לצמצם את ניגוד העניינים הבלתי נמנע עד לגבולות המינימום האפשרי, ולא לאפשר את צמיחתו ל"גידול פרא".

יישום עמדת היועץ מוביל לתוצאות אבסורדיות

32. איש לא יערער על סמכותה של ממשלת ישראל להתקין תקנות לפיזור הפגנה בשעת הפצצת אויב. אין כל הבדל בין סוגיה זו לבין הסוגיה הנוכחית של סגר למניעת התפשטות נגיף הקורונה מלבד, הזלזול בסכנה הנוכחית וניסיונו של היועץ לעצב מצב משפטי חדש יש מאין אשר מקנה לו סמכות להטיל וטו בנושאי קורונה.

33. אימוץ עמדת היועץ המשפטי לממשלה תוביל לאבסורד גם ביחס לרשויות אחרות, כולל ביחס אליו עצמו. הכיצד זה יכול היועץ המשפטי לממשלה, בכובעו כתובע כללי, להגיש כתב אישום נגד מי שמפגין מול ביתו בניגוד לדין? כיצד יכול שופט לשפוט נאשם בתקיפת נשיאת בית המשפט העליון באולם בית המשפט?

34. לפי גישתו של היועץ המשפטי לממשלה, אסור למערך הייעוץ המשפטי לממשלה להביע עמדה בדבר רפורמות הנוגעות לסמכויותיהם.

35. לבסוף, אילו היינו מקבלים את התזה של היועץ המשפטי לממשלה, הרי שהיה עליו לפסול עצמו מלדון בסוגיה, שהרי ההפגנות והפגנות הנגד שבהן מדובר נוגעות אליו אישית ולמוסד שבראשו הוא עומד.

הגורם המוסמך לבקר שיפוטית את הממשלה הינו בג"ץ ואינו היועמ"ש

36. אם תהיה בעיה בחוקיות החלטות הממשלה הרי שהגורם המוסמך לפי חוק-יסוד: השפיטה לבקר את אותן החלטות הוא בית המשפט ולא היועץ המשפטי לממשלה. לפיכך אין בכוחו להורות על גבולות סמכות הממשלה מכוח פרשנותו. היועץ אינו גורם המוסמך לבצע "חקיקה שיפוטית" בישראל.

37. אזרח אשר נפגע מהחלטות הממשלה או התקנת התקנות על ידה זכאי לעתור בפני בית המשפט ולקבל את יומו. אך עד להכרעת בית המשפט בעניין, החלטות הממשלה תקפות במלואן.

38. יתירה מזאת, אף אם ממשלת ישראל תקבל החלטות בניגוד גמור לקביעת היועץ הרי שהחלטותיה תקפות כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת.

39. ראו לעניין זה את דברי פרופ' יצחק זמיר **בספרו הסמכות המנהלית**, כרך ד', עמ' 2412 :

"אכן, מבחינה מעשית, הממשלה יכולה לפעול בניגוד לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, וכך גם כל רשות מינהלית אחרת, שהרי החוק הקנה את הסמכות לרשות, ובידי הרשות להפעילה לפי שיקול דעתה. גם מבחינה זאת אין הבדל בין הממשלה כגוף לבין שר בממשלה או כל רשות מינהלית אחרת, למשל הממונה על רישוי כלי ירייה במשרד הפנים. נניח כי רשות מינהלית, תהיה זאת הממשלה או הרשות הממונה על רישוי כלי ירייה, החליטה לבטל רישיון מסוים או שהיועץ המשפטי לממשלה קבע בחוות דעת כי על פי החוק אין לה סמכות לבטל את הרישיון. מבחינה משפטית הביטול תופס, אף שהוא בניגוד לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה".

חופש הביטוי

40. חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. אחד מן הנימוקים החשובים למרכזיותו של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי הוא העובדה שללא חילופי דעות חופשיים לא ניתן להגיע להכרעות הנכונות במישור הדמוקרטי. אם רק דעה אחת תישמע בסוגיה מסוימת איזה ערך יש לבחירות? ובלשונו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרון ברק:

"החלפה חופשית ולא מוכתבת מהשלטון של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון לשכנוע הדדי, היא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי המבוסס על שלטונו של העם, על ידי העם, למען העם. רק בדרך זו ניתן להבטיח, כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבל החלטות בעניין משטר ושלטון... בלא חופש הביטוי הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה".¹²

41. במובן זה, חלק מן הנימוקים המבססים את חופש הביטוי בדמוקרטיה נועדו לשמר את עצם קיומו של המשטר הדמוקרטי. אך אם בשם החשש לניגוד עניינים ייאסר על ממשלת ישראל, כמוסד דמוקרטי, לקבל את אותן החלטות שהתגבשו לאור השיח החופשי, איזה ערך יש לשימור חופש המחאה המוחלט על אף המגיפה הפושה ברחובות הארץ? אם חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה הרי שקבלת החלטות בידי נציגי הציבור שנבחרו לשם כך והוסמכו לכך בחוק היא האוויר שבריאותיה והחמצן שבמוחה של הדמוקרטיה.

¹² בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 בעמ' 274.

42. הלכה מושרשת היא בבית המשפט העליון כי פגיעה בחופש הביטוי, אף אם פוליטי, אינו פוגע במישור הסמכות בממשלה. לאמור, החלטתה תקפה, שרירה וקיימת. אלא שמחמירים עמה בשלב הביקורת השיפוטית ודורשים רף שכוונע מנהלי גבוה מהרגיל המכונה "ודאות קרובה".

43. כך נפסק עוד בשנת 1953 בפרשת **קול העם**¹³ כי הגבלת חופש הביטוי בהחלטת רשות מבצעת דורשת "ודאות קרובה" להתממשות האיום הפוטנציאלי (הפגיעה בשלום הציבור, בסדר הציבורי וכדומה). מדובר בפסק דין שלא נס ליחו וגם בשנות האלפיים הוא אוזכר 97 פעמים בפסיקתו של בית המשפט העליון, 47 מתוכן בעשור האחרון. רק לפני חודשים מספר חזר בג"ץ על הלכה מושרשת זו:

"ככל שמדובר בהגבלה ישירה של חופש הביטוי, הכלל הידוע והמחמיר שנקבע מימים ימימה מורה כי אין מגבילים את חופש הביטוי אלא כאשר הפגיעה הצפויה באינטרס המוגן העומד על הפרק (שלום הציבור, הסדר הציבורי, או אינטרס אחר) תהיה "בוודאות קרובה" קשה וממשית".¹⁴

44. בית המשפט אכן יבחן בשבע עיניים פעולותיה של ממשלה שמפעילה סמכויות הפוגעות בחופש הביטוי הפוליטי. אך אין כל בסיס לטענה שלפיה הממשלה מנועה מלקבל מראש את ההחלטות שהמחוקק הטיל עליה לקבל בשל חשש לניגוד עניינים. אין יסוד לטענת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה.

סיכום

45. לסיכום, על אף שדרושים ריסון ומתינות מיוחדים בהגבלת חופש הביטוי הפוליטי, אין בסיס לטענת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה הממשלה, כמי שמורכבת מאנשים פוליטיים, מנועה מלקבל החלטות על הגבלת הפגנות פוליטיות בשל ניגוד עניינים מהסיבות הבאות:

א. הממשלה היא הגורם הבלעדי שמוסמך בחוק להתקין תקנות לשעת חירום ועמדת היועץ מנוגדת לחוק-היסוד שבחר להסמיכה למרות, ואף בגלל, שהיא מורכבת מנבחרי ציבור פוליטיים.

ב. משמעות עמדת היועץ היא שאין כל גורם שמוסמך להגביל הפגנות, גם לא במצבי חירום קיצוניים, מכיוון שהחוק הסמיך את הממשלה בלבד להתקין. אם כדברי היועץ אין לממשלה סמכות לקבל את ההחלטה, קל וחומר שאין סמכות כזו לפקידה וליועציה המשפטיים הפועלים מטעמה.

ג. לחברי ממשלה כאישים פוליטיים יש עניין פוליטי בכל החלטה שהם מקבלים. זו תמציתה של הדמוקרטיה. בהמשך לכך, משמעות השלילה שמציע היועץ היא שיתוק כללי של סמכויות הממשלה.

ד. "כלל הצורך" מוכר היטב בדין הישראלי ולפיו כאשר הגבלת ניגוד עניינים עלולה לחול על כלל חברי הרשות המוסמכת ולשתק את פעילותה אזי אין מגבילים את הפעילות. כלל זה מיושם גם

¹³ בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

¹⁴ בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (פורסם בנבו, 13.05.2020). עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 689 (1991); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו).

- ביחס לבתי המשפט ולמערך הייעוץ המשפטי לממשלה על אף שתפקידם דורש חומרה יתרה בתחום ניגוד העניינים. שופטי בג"ץ דנים במשכורותיהם כמו גם באיוש הועדה לבחירת שופטים והפרקליטות מגישה כתבי אישום נגד מי שלשיטתה פועל נגדה ונגד ראשיה בניגוד לחוק.
- ה. הזהירות הנדרשת בהגבלת חופש הביטוי הפוליטי מתבטאת בקביעתו המפורסמת של פסק דין קול העם אודות מבחן ראייתי מחמיר כאשר החלטת הממשלה נתקפת בהליך שיפוטי. לא בשלילת סמכותה של הממשלה לקבל את ההחלטה. זאת, בדומה לקביעת הדוקטרינה של הפרדיגמה השלטונית שמוכרת בארה"ב.
- ו. הממשלה היא הנושאת בסמכות ובאחריות להפעלת הסמכויות הסטטוטוריות הנתונות לה ולא יועצה המשפטי. כפי שכתבו ועדות שמגר ואגרנט היא רשאית להחליט כיצד לפעול לפי שיקול דעתה.
- ז. לא ברור כיצד היועץ המשפטי, לשיטתו, פותר את ניגוד העניינים שהוא עצמו נתון בו, ביחס לאותן ההפגנות.