

בג"צ 6163/92

בג"צ 6177/92

בג"צ 6163/92

בג"צ 6177/92

1. יואל אייזנברג

2. עו"ד אברהם אורן

נגד

1. שר הבינוי והשיכון

2. ועדת המינויים שליד נציבות שירות המדינה

3. נציב שירות המדינה

4. ממשלת ישראל

5. ראש הממשלה

6. יוסף גנוסר

7. טארק עבד אל חי, ראש עיריית טירה

8. זיידאן מוחמד, ראש המועצה המקומית כפר מנדא

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[23.3.93]

לפני השופטים א' ברק, א' גולדברג, א' מצא

חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, ס"ח 70, סעיף 24(א)(א1) - חוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 18), תש"ן-1990, ס"ח 150 - חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86, סעיפים 12, 17, 19, 46, 46(א) - חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198, סעיף 40(2) - הצעת חוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 16), תשמ"ח-1988, ה"ח 284 - חוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78, סעיף 15(ג) - חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, סעיפים 73, 537 - חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1969, ס"ח 28, סעיף 1 - חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח תשנ"ד 118, סעיפים 1, 11(ב) - חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיפים 22, 24(א)(1) - חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965, ס"ח 248, סעיף 7(6) - הצעת חוק שירות המדינה, תשי"ג-1953, ה"ח 190, סעיף 14(א) - חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, ס"ח 322, סעיפים 1, 2, 3, 4(א)(1), 5(א), 16(א), 16(ג), התוספת הראשונה סעיף 1(ג) - חוק יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214, סעיף 1 - הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, ה"ח 218 - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיף 1 - חוק השבות, תשי"י-1950, ס"ח 159.

הפנייה נסבה על החלטתה של המשיבה 4 למנות את המשיב 6 למנהל הכללי של משרד הבינוי והשיכון. המשיב 6, שהיה בעבר ראש אגף בטיחות הביטחון הכללי, היה מעורב בשתי פרשות, שנודעו כבינויים: "פרשת קו 300" (פרשת נאפסר), החולתה של הפרשה הראשונה היא בתפיסתם של שני מתבלים שהשתלטו על אישיבים של "אנדר" (קו 300) במטרה להוציאו. לאחר מאבקי הצבא פרצו אל תוך האוטובוס ותלצו את הנוסעים, הידיו שני המתבלים מהאישיבים, כשהם חיים. מאוחר יותר נמסר כי כתו. שר הביטחון דאג מינה ועדת חקירה לחקור בנסיבות מותם של הסניפים, והמשיב 6 הסתמך בה כחבר הוועדה. בהיותו חבר הוועדה פעל המשיב 6 להסגרת דלקם של אנשי בטיחות הביטחון הכללי בפרשת. על חלקו בפרשה זו קיבל המשיב 6 חנינה מנשיא המדינה ולא הישג לדין.

א

ב

פנייה של "פרשת נאפסר" היה בהקמתו של נאפסר, שנחשד בפעילות תכלנית עוינת. המשיב 6 היה ראש צוות החקירה. החקירה נקמה בלפי נאפסר אמצעי חקירה פסולים והעידו שקר בבית המשפט הצבאי המיוחד שהרשיע את נאפסר. ועדת חקירה, בראשותו של היועץ (בדיוט) כ' לנדוי, דנה בפרשה והמליצה לפני היועץ הצבאי להפסיק לא לנקוט הליכים משפטיים נגד הנקראי של נאפסר. המשיב 6 המשיך את שירותו בשירות הביטחון הכללי, עד לפרישתו בהסכמת. לדעת העיתרים, לאור מעורבותו של המשיב 6 בפרשת "קו 300" ו"פרשת נאפסר", הסכי הוא איתן תביעות פיצויים וערכיות הנדרשות מעובד ציבור בדרגה כה גבוהה. לטענת העותרים, גילה המשיב 6 זלזול בשלטון ההגנה וכינויו אינו כתיישוב עם המגמה להבטיח את כפיפות המנהל הציבורי להגנה. מינויו יסמך תקדים למינויים של אנשים בעלי עבר מפוקפק לתפקידים בכירים בשירות הציבורי. ציד טענת העותרים, כי ביכולתה של הממשלה, אשר מינתה אדם שעבר עבירות שיש עמן קלון לתפקיד מנהל כללי של משרד ממשלתי, הינו פסול ונגוע באינטריות פיצונית.

ג

ד

לטענת המשיבים, החלטתה של הממשלה אינה מודגת מיותחם הסבירות. לעניין חלקו של המשיב ב"פרשת קו 300" הוא קיבל חנינה מנשיא המדינה, וזו סכפת על המעשה. לפי הטענת, המעורבים האחרים בפרשה נשאר בסיבות לא קודמי בתפקידה. ציד טענת, כי המשיב 6 לא פעל למען קידום מטרותיו האישיות, אלא לטובת הכלל.

ה

במקביל לתביעת הפיצויות, נדון עניינו של המשיב 6, פעם שנייה, בוועדת מינויים, שהוקמה מכוח חוק שירות הבדיקה (בינויים), תשמ"ב-1959, לאור הערותיו של בג"צ. הוועדה (המשיבה 2) החליטה, בתום דיוניה, לאשר את החלטת המינוי שהתקבלה לראשונה.

המשיבים טענו, בפתח הדיון בעתירות, כי הערכאה המיטכנת לדון במינויו של המשיב 6 היא בית הדין לעבודה, כבעל הסמכות הייחודית לדון בנושא העתירות.

בית המשפט הגבוה לפדק מסת:

ו

א. (1) סעיף 124(א) לחוק בית הדין לעבודה, תשמ"ט-1969, ברהיב את סמכות השיפוט של בית הדין לעבודה, והיא שסדרת לא רק על תובענות שעילתן מעיגנת בוחסי עובד – מעביד, אלא גם על תובענות שעילתן מעיגנת באירועים שקדמי לציורה יחסי העבודה, או שהתרחשו לאחר שיחסי העבודה נסתיימו. במסגרת זו נמבע גם, כי לבית הדין לעבודה סמכות לדון בחובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה (238 א).

ז

(2) אין בהתקבת סמכות הייחודית של בית הדין לעבודה כדי לצמצם את סמכות בג"צ, וזאת, משלושה טעמים ראשיים, הכלולתה של התקופה לא הייתה לפגוע בסמכות השיפוט של בג"צ, אלא לגרוע מסמכות בית המשפט הארצי. שנית, חזקה היא, כי אין שוללים את סמכות השיפוט של בג"צ אלא כלשון ברורה, שאינה סתמטת לשתו פניבו שלישית, מבית היראת סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, הוכרה

- סמכות השיפוט של בג"צ גם מקום שלבית-משפט או לבית-דין אחר הייתה סמכות שיפוט בעניין, ובלבד שמחיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת (238 ו-239 ג).
- (3) בעצם הסמכתה של ערכאה שיפוטית מיוחדת לדון בעניינים שהסמכות לדון בהם נתונה לבג"צ אין משום לשון ברורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי סמכות השיפוט של בג"צ נשללת. הסמכה כזו מתפרשת כיצירת סמכות שיפוט מקבילה (239 ד-ה).
- ב. (1) ההכרעה בשאלה היכן יתקיים הדיון בשאלת קבלתו של אדם לעבודה אינה נתונה לבחירתם החופשית של התובע או של העותר: סמכות בג"צ לדון בעתירה שעילתה בקבלת אדם לעבודה קיימת. עם זאת, זוהי סמכות שבשיקול-דעתו שהפעלתו כרוכה באיזון בין השיקולים הנוגדים (240 א-ה).
- (2) כעיקרון, מן הראוי הוא שסכסוכים שעילתם בקבלת אדם לעבודה – כמו גם שאר העניינים הנדונים בסעיף 24(א1)(א) לחוק בית הדין לעבודה – יתבררו בבתי הדין לעבודה, אשר להם הכלים הראויים להכרה בסכסוך (240 ה).
- (3) כדונו כתובענה שעילתה קבלת אדם לעבודה, המכוססת על החלטה של רשות שלטונית, יבחן בית הדין לעבודה את חוקיות פעולתה של הרשות השלטונית על פי אותן אמות המידה שבג"צ היה נוקט אילו הוא היה דן בעניין. זוהי "דואליות נורמטיבית" המאפיינת את דיוניה של כל ערכאה שיפוטית במדינה בעניין בעל היבט שלטוני (240 ה-1).
- (4) בנסיבות דנו, אין זה מן הראוי להפנות את העותרים לבית הדין לעבודה. המקרה נושא העתירות אינו מעורר כל מחלוקת עובדתית. מאידך גיסא, הוא מעורר בעיה משפטית, שטרם הוכרעה במשפט הישראלי. הסוגיה היא מהותית ומרכזית, ולה השפעות עמוקות על שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי) ועל אמון הציבור בפעולתן של רשויות השלטון בכלל ושל אורגן הביצוע העליון במדינה (הממשלה) בפרט. מטעמים אלה מן הראוי שבג"צ יבחן את העתירות לגופן (241 ג-ד).
- ג. (1) חוק שירות המדינה (מינויים) דן בסמכות הממשלה למנות מנהלים כלליים למשרדי הממשלה, אך הוא אינו כולל כל הוראה באשר לכשירותו של המועמד למשרת מנהל כללי. אין בו כל הוראה באשר לעברו הפלילי ולהשפעתו על המינוי (241 ז-1).
- (2) בתוקף סמכותה עלי-פי סעיף 12 לחוק שירות המדינה (מינויים), קבעה המשיבה 4 תנאים למינוי מנהלים כלליים. תנאים אלה קובעים, בין היתר, את הקמתה של ועדת מינויים, אשר תחווה דעתה על כל המועמדים למשרת המנהל הכללי (242 א).
- (3) כל עוד לא החליטה המשיבה 4 אחרת, עומדת על כנה החלטתה – המעוגנת בהוראת סעיף 12 לחוק – לפיה תהליך קבלת ההחלטה בדבר מינויו של מנהל כללי במשרד הוא בן שלושה שלבים: הצעת השר הממונה על המשרד; חוות-דעתה של ועדת המינויים; החלטת המשיבה 4 (244 ב-ג).
- (4) חוות-דעתה של ועדת המינויים היא גורם חשוב בתהליך קבלת החלטות על-ידי המשיבה 4. אין זה "מהלך פורמאלי" גרידא. מכאן החשיבות שבקיום דיון תקין בוועדת המינויים, אשר על חוות-דעתה סומכת המשיבה 4 (244 ג-ד).
- ד. (1) היעדרה של הוראת חוק מפורשת בעניין פסילתו של בעל עבר פלילי מקיימת את כשירותו של המועמד לשירות המדינה, אך אין היא שוללת את האפשרות להתחשב בעברו בגדר השימוש בשיקול הדעת המינהלי הנתון לרשות הממנה. אכן, עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הינו שיקול רלוואנטי, אשר הרשות הממנה רשאית וחייבת לקחת בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי (256 ז-257 א).
- (2) חובתה של הרשות הציבורית לקחת בחשבון שיקוליה את עברו הפלילי של המועמד שעה שהיא ממנה אדם למשרה ציבורית נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית כנאמן של הציבור. מעמד זה של נאמנות

- כסיל על הרשות השלטונית היבט מיוחדות; אין היא הופשית בגדר שיקוליה. מחובת הנאמנות נגזרת החובה להפעיל את שיקול הדעת השלטוני בהגיונית, ביושר, בסבירות וללא הפליה (258 א-ד).
- א (3) מיניר עיבד ציבור בעל עבר פלילי משפיע על הפקודה של הרשות הציבורית ועל היחס של הציבור אליה. יש לו הבלתי, רשויות ועקפיות, על אכין הציבור ברשות הציבורית, ועל הרשות הממנה לקחת שיקולים אלה בחשבון (259 ה-ז).
- (4) חובת הכסיבה 4 להתחשב בעברו הפלילי של המועמד נגזרת בעקיפין מהוראת סעיף 46(א) לחוק שירות המבחן (מינויים), העניקה לנציג שירות המבחן סמכות למנוע מינויים מסוימים, לרבות מינויו של בעל עבר פלילי (260 ב-ה).
- ב (5) הגם שעלפי ניסוחה אין הנראת סעיף 46(א) להגיש חלה על המשיבה 4, והיא חלה במישרין על המשיב 3 בלבד, יש לה תחילה פקיפה על תרשויות השלטונית המבצעות מינוי בגדרו של החוק; כוחו של המשיב 3 להכניע מינוי של בעל עבר פלילי ככרוך עצמו לתוך מערך השיקולים של הרשויות המחליטות על המינוי ובעיקר לתן רשות וחובה לקחת שיקול זה בחשבון (260 ו-261 ב).
- ג (1) בעשותה מינוי של מנהל כללי, על המשיבה 4 לקחת בחשבון, בין שאר שיקוליה, גם את השיקול כי המועמד הינו בעל עבר פלילי, אך אין זה השיקול היחיד. בצדו קיימים שיקולים הקשורים לכושרו האישי של המועמד וליכולתו לבצע באופן הטוב ביותר את התפקיד (263 ו-ז).
- ד (2) מכיון שהחל בהשיקולים ביבול בעד המינוי (התאמתו של המועמד, הצורך לשקמו) ותלק אחר מוביל נגד הבינוי (הפרעה לפילוי התפקיד בסל עבר פלילי, פגיעה באמון הציבור ברשות השלטונית), על הרשות השלטונית לאון בין השיקולים הנוגדים. איוון זה חייב להיעשות בסבירות ואסור לו שיהא בלתי סביר באופן קיצוני אי בעליל (263 ז).
- (3) החלטה היא סבירה, אם היא נתמכה על ידי מתן משקל ראוי לערכים השונים שיש לקחתם בחשבון. ההחלטה בדבר מינויו של מועמד בעל עבר פלילי למשרת מנהל כללי של משרד ממשלתי היא סבירה, אם היא נתנה משקל ראוי לשיקולים השונים שיש לקחתם בחשבון ואיונה בין השיקולים השונים על-פי בטלם (264 ח).
- ה (1) התסיבה לשאלה, מהו המשקל שיש ליתן לעברו הפלילי של מועמד, שעה שמתקבלת החלטה בעניין העסקתו בסברה ציבורית, נקבעת על-פי התשובות החברתית היחסית, אשר החברה הישראלית בעניקה לערכים, לעקרונות ולאיוסטרטגים המגבשים את השיקולים השונים (264 ו-ז).
- (2) כמתן משקל לשיקולים השונים השופט ישאף לאובייקטיביות שיפוטית. הוא אינו משקף את ערכיו הסיבובטיביים ולא את שיקוליו האישיים; הוא משקף את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הדמוקרטית. בהקשר זה היא יתחשב במשקל שניתן לשיקולים השונים במקרים דומים ויתחשב בהסדרים הקיימים ושיפוטיות, שבהם ניתן ללמוד על המשקל הראוי שיש ליתן לשיקולים השונים (265 ד-ה).
- (3) אכין הציבור בעצרתות השלטון הוא שיקול מרכזי בשיטת המשפט בישראל. טוהר השירות הציבורי וטוהר השירות עומדים בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי. זהו שיקול מרכזי, ויש לתת לו משקל נכבד באיוון הטלל, המבסס את החלטה הסבירה בדבר מינויו של מועמד בעל עבר פלילי לסברה ציבורית (265 ו-266 ד).
- ו (1) ככלל, אין זה סביר לצנות מועמד, שעבר עבירות חמורות בנסיבותיהן, למשרה בכירה בשירות המדינה. הוצרחה של העבירה נקבעת לא על-פי "שיקויה" בחוק העונשין, תשל"ז-1977, אלא על-פי השלכותיה על השיקולים העומדים בסיח המינוי (266 ה-ה).
- (2) עבירה היא חמירה, אם מתוך נסיבות ביוצעה צולה המסקנה, כי בהתנהגותו גילה איש הציבור רמה

- מוסרית כה נמוכה, עד כי אין הוא ראוי עוד לשאת במשרתו הציבורית. עם זאת, עבירה פלילית, השוללת את סבירות המינוי של מבצעה למשרה ציבורית רמה, אינה חייבת להיות בעלת היבט בלתי מוסרי דווקא (266 ו-267 ג).
- (3) חומרתה של העבירה נקבעת, בעיקרו של דבר, על-פי נסיבותיה. השוני בנסיבות הביצוע של עבירה משפיע על משקלו של העבר הפלילי ועל סבירות החלטה בדבר מינויו של בעל העבר הפלילי למשרה שלטונית (267 ג-ד).
- (4) ככל שהמשרה בכירה יותר, כן יש ליתן משקל כבד יותר לשיקול כדבר עבר פלילי. בכירותה של המשרה נקבעת לא רק על-פי מבחנים פורמאליים של דרגה ותקן, אלא גם על-פי מידת הויהווי שהציבור מזהה את נושאה עם השירות הציבורי עצמו ועל-פי מידת הנזק שייגרם לאמון הציבור בשירות הציבורי, אם המינוי ייצא לפועל (267 ה).
- (5) הזמן העובר מאז ביצוע העבירה ועד למינוי המוצע הוא גורם חשוב: עבר פלילי, אפילו בעבירה חמורה, אינו מחסום מוחלט בפני מינוי למשרה ציבורית, אפילו בכירה, שכן הזמן עושה את שלו ושוב לא ייתפס המינוי בעיני "הציבור הנאור" כפעולה הפוגעת בטוהר השירות וביכולת תפקודו, אלא דווקא כמיצוי דין, שאינו ראוי (267 ו-ז).
- ת. (1) אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית. המדובר הוא בהחלטה מינהלית של המשיבה 4 למנות אדם פלוני למשרה ציבורית, ואין מדובר על החלטה להטיל על פלוני עונשים הקבועים בחוק (268 א).
- (2) לצורך סבירות החלטה של הרשות השלטונית הממנה, הגורם המכריע הוא ביצועם של המעשים הפליליים, המיוחסים למועמד. הרשעה בפלילים מהווה "הוכחה" ראויה, אך תיתכנה דרכי הוכחה אחרות, כגון הודאה בפני רשות מוסמכת (268 ב).
- (3) הכלל החל בעניין דגן הוא כלל "הראיה המינהלית", שפירושו, כי רשות שלטונית רשאית לבסס מימצא על ראיה, אם הראיה, בשים לב לנסיבותיה, הינה כזו, אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה (268 ו-ז).
- ט. (1) מינויו של המשיב 6 למשרה של מנהל כללי של משרד ממשלתי פוגע קשות בשירות הציבורי. קרוב לוודאי שהוא ישפיע לרעה על תפקודו של השירות, אך מעל לכול, הוא פוגע עמוקות באמון הציבור בשירות הציבורי. מי שבעברותיו פגע באושריות המבנה החברתי וביכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה בשירות הציבורי הוא פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני (270 ו-271 א).
- (2) במקרה דגן, השיקולים בדבר שיקום העבריון, החלים בדרך כלל במינויו של בעל עבר פלילי למשרה ציבורית, אינם בעלי משקל ניכר. המשרה לה מונה המשיב 6 היא רמה, ושיקולי השיקום בגינה הם בעלי משקל פחות (271 א-ב).
- (3) בנסיבות דגן, עם כל כישוריו, אין המשיב 6 יחיד סגולה במילוי משרת המנהל הכללי, באופן שבלעדיו אין (271 ב).
- י. (1) העובדה, לפיה ביצע המשיב 6 את עבירותיו שלא למען כצע כסף ושלא לקידום ענייניו שלו, אלא למען ביטחון המדינה, אין בכוחה, לא כשלעצמה ולא בהצטרפה לשיקולים האחרים, כדי להכריע את הכף. העבירות אותן ביצע המשיב 6 הן כה כבדות בנסיבותיהן האחרות, ופגיעתן במירקם החיים החברתיים היא כה קשה, עד כי אין במניע של המשיב 6 לביצוע המעשים כדי להקנות במידה מספקת מהשפעתם הקשה על תפקודו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו (271 ו-ז).

- א (2) לעצנת המשיב 6, כי חבריו אשר הטאי כביהו נשארו בשירות הביטחון הכללי ואף קודמו בתפקידיהם, יש לומר, כי ההשוואה הראויה אינה בינו לבין חבריו בשירות הכתקדמים בדרגה. אין מפלים אותו כלפיהם, שכן אין הם שונים בתכונותיהם הרלוואנטיות. ההשוואה הראויה הינה בין המשיב 6 לבין כל מיצמד אחר בעל עבר פלילי דומה. מניחו של המשיב 6 למסרת מנהל כללי היה בו מעשה הפליה כלפי כל אינם מיצבדים רבים הנדחים על ידיו נציבות שירות המדינה בשל עבר הפלילי (271 ו-272 ג).
- ב (3) בנסיבות דנן, המשיב 6 לא הורשע בדונו בשל החנינה שהעניק לו נשיא המדינה, אך קיימות ראיות, אשר היות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן מניצא. חנינת נשיא המדינה אין בה כדי למנוע מהמשיב 6 מלהתחשב בעבר הפלילי, בה גם שהחנינה זו אינה חלה על אתת הפרטיות המיוחסות למשיב 6. החנינה ניתנה, בעיקרה, בשירות הביטחון ובמיוחד להבטיח את המשך פעילותו התקינה. אין לה, אפוא, השפעה של ממש על מינויו של בו שקיבל חנינה להפקיד ציבורי בכיר מחוץ לשירות הביטחון עצמו (272 ה-273 ג).
- ג (4) בנסיבות דנן, אילו נפל האיוון בין השיקולים שערכה המשיב 6 בגדר מיתחם הסבירות, לא היה מקום להתפרשות בג"צ. הבקרה נושא העתירות נופל לגדרם של אותם מקרים, שבהם החלטת הרשות השלטונית חורגת באופן קיצוני ומתווי מיתחם הסבירות. כאשר חורגת ההחלטה באופן קיצוני מיתחם הסבירות היא נמוכה באיזויות, אין מנוס מהכרזה על בטלותה (273 ו-274 א).
- ד (5) בעכדה הרש של המשיב 6, כרשית המבצעת של המדינה, אין בכוחו להעניק לה כוחות שהחוק אינו מעניק לה. כל רשית שלטונית עלולה לשכל החלטה בלתי סבירה, שתבוטל על ידי בית המשפט, והמשיב 6 אינה הריב לכלל זה (274 א).

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוחרו:

- ה [1] בג"צ 264/77 משה קטין נ' המוסד לביטוח לאומי ואח', פ"ד לב (1) 678.
- ה [2] בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ל-1970 ואח'. פ"ד מה (5) 445.
- [3] בג"צ 3/73 כהנף נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב ואח'. פ"ד כט (1) 449.
- [4] בג"צ 403/71 אלכסדר נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד כו (2) 66.
- [5] בג"צ 40/74 ברטל נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד כח (1) 785.
- [6] בג"צ 578/80 (הכ" 644/80) גנאים נ' מהאסי ואח', פ"ד לה (2) 29.
- ו [7] בג"צ 221/69 פלג נ' שר הבטחון ואח', פ"ד כד (1) 365.
- [8] בג"צ 7/70 אנאי נ' שר ההקלאות ואח', פ"ד כז (1) 127.
- [9] בג"צ 344/69 כדורי נ' המועצה המקומית תל מונד ואח', פ"ד כג (2) 620.
- [10] בג"צ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מה (5) 50.
- [11] בג"צ 215, 209/68 שמחי ואח' נ' נציב שירות המדינה ואח', פ"ד כב (2) 673.
- ז [12] בג"צ 10/59 לוי נ' בית ד" הרבני האזורי תל אביב יפו ואח', פ"ד יג 1182.
- [13] בג"צ 453/84, בג"צ 72/84, 89, 106, 120, 122, 126 איתורית שירותי תקשורת בע"מ ואח' נ' שר התקשורת ואח'. פ"ד לה (4) 617.
- [14] ע"א 436/62 עיריית דמתין נ' תיק. פ"ד לו 1262.
- [15] בג"צ 341/80 דויק נ' בכר. מנהל שירותי הרואר (מחוז ירושלים), פ"ד לה (2) 197.

- [16] בג"צ 840/79, המ' 830/79, 860 מרכז הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729.
- [17] בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות ואח', פ"ד לו (4) 85.
- [18] בג"צ 653/79 עזריאל ואח' נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח', פ"ד לה (2) 87.
- [19] ע"פ 22/89 עזבה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (2) 592.
- [20] ע"פ 124/87 נאפטו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא (2) 631.
- [21] בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 בודילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ (3) 505.
- [22] בג"צ 88/88 נאפטו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב (3) 425.
- [23] בג"צ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (4) 487.
- [24] בג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג (2) 477.
- [25] ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70.
- [26] בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' פ"ד מא (1) 421.
- [27] ע"א 752/78 הרשות המוסמכת לפי חוק נכי דדיפות הנאצים, תשי"ז-1957 נ' עובון המנוח פריש, פ"ד לג (3) 197.
- [28] בג"צ 1635/90 דרדבסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749.
- [29] בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה (1) 325.
- [30] בג"צ 669/86, בשג"צ 451/86, 456 רובין נ' ברנר ואח', פ"ד מא (1) 73.
- [31] בג"צ 4566/90 דקל נ' שר האוצר ואח', פ"ד מה (1) 28.
- [32] בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה ואח', פ"ד לד (2) 566.
- [33] ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו (1) 405.
- [34] בג"צ 313/67 אקטלרוד ואח' נ' שר הדתות ואח', פ"ד כב (1) 80.
- [35] בג"צ 1601/90 - 1604; בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מד (3) 353.
- [36] על"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד (1) 353.
- [37] על"ע 1/68 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב (1) 673.
- [38] ע"א 254/64 חסון נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל ואח', פ"ד יט (1) 17.
- [39] ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב וערעור שכנגד, פ"ד מה (1) 418.
- [40] ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש ואח', פ"ד מה (2) 663.
- [41] בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421.
- [42] בג"צ 943, 940, 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד (2) 485.
- [43] בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94.
- [44] בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח', פ"ד לה (2) 118.
- [45] ד"נ 9/77 חברת התשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 337.
- [46] ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.
- [47] בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.
- [48] בג"צ 10/48 דיר נ' הממונה בפועל על האזור העירוני ת"א ואח', פ"ד א 85.

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

- [49] בג"צ 732/84, בטג"צ 327/85 צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ (4) 141.
- [50] בג"צ 251/88 עדה נ' ראש המועצה המקומית גלגוליה, פ"ד מב (4) 837.
- [51] בג"צ 436/63 בן אהרן ואח' נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא (1) 561.
- [52] פל"צ 3093, 2579/90 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב יפו נ' פלוני; פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב יפו, פ"ד מה (4) 729.
- [53] בג"צ 94/62 גולד נ' שריהפניס, פ"ד טז 1846.
- [54] בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 337.
- [55] פ"ב 2/84, 3 ניימן נ' י"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' י"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225.
- [56] בג"צ 341/81 מושב בית-עובד מישב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' המפקח על התעבורה ואח', פ"ד לו (3) 349.
- [57] פ"א 492/73 שפיצר ואח' נ' המועצה להסדר הימורים בספורט ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כט (1) 22.
- [58] בג"צ 5684/91 ברזילי נ' מחשלת ישראל ואח', פ"ד מו (1) 536.

ד פסקי-דין אמריקניים שאיזכרו:  
 [59] *May v. Edwards* 529 S. W. 2d 647 (1975).  
 [60] *State ex rel. Wier v. Peterson* 369 A. 2d 1076 (1976).

ה בקורות הכתפס העברי שאיזכרו:  
 [א] הכ"ב, תשובה, ג ה.

ז התנגדות לצירעל-תנאי מיום 2.2.93. התחירה נתקבלה. הצרעל-תנאי נעשה מוחלט.

- א' בק-טובים – בסם העותר 1;
- ב' ברך – בסם העותר 2;
- א' בנדל, סגן בכיר א לפרקליט המדינה – בסם המשיבים 1-5;
- א' זכרני – בסם המשיבים 6;
- ד' בהן – בסם המשיבים 7-8.





## פסק-דין

השופט א' ברק: הממשלה מינתה את יוסף גנוסר למנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון. גנוסר היה מעורב בפרשת "קו 300". חבר ועדת זורע פעל להעלמת חלקם של אנשי שירות הביטחון הכללי בפרשה. על חלקו בפרשה זו קיבל חנינה מנשיא המדינה ולא הועמד לדין. כן היה גנוסר מעורב בפרשת נאפטו. הוא היה ראש צוות החקירה. החוקרים נקטו כלפי נאפטו אמצעי חקירה פסולים והעידו שקר לפני בית המשפט הצבאי המיוחד שהרשיע את נאפטו. בגין התנהגותו זו לא הועמד לדין. השאלה העומדת להכרעתנו הינה, אם, על רקע עברו זה של גנוסר, שיקול הדעת של הממשלה בעשותה את המינוי הוא כדין.

## בעיית סמכות השיפוט

1. העותרים שלפנינו – שעניינם בנושא העתירה הוא בהשלטת שלטון החוק בשלטון – מלינים, כי מינויו של גנוסר (להלן – המשיב) אינו כדין. בפתח הדיון העלה בא-כוח המשיב את הטענה, כי הערכאה היחידה המוסמכת לדון בנושא העתירה היא בית הדין האזורי לעבודה ולא בית המשפט הגבוה לצדק. עלינו לבחון אפוא תחילה טענה זו. הטענה נסמכת על הוראת סעיף 24(א1)(א) לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, כפי שנקבעה בחוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 18), תש"ן-1990. וזו לשון ההוראה:

"(א) לבית-דין אזורי תהא סמכות ייחודית לדון –

1. (א1) בתובענה שעילתה במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ליצירת יחסי עובד ומעביד, בתובענה שעילתה בחוזה כאמור לפני שנוצרו יחסי עובד ומעביד או לאחר שנסתיימו יחסים כאמור, או בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו".

לטענת בא-כוח המשיב, העתירה שלפנינו במהותה היא תובענה "שעילתה בקבלת אדם לעבודה..."/, ועליכן הסמכות הייחודית לדון בה נתונה לבית-דין אזורי לעבודה. טענה זו אינה מקובלת, לא על העותרים ולא על בא-כוח המשיבים האחרים (שר הבינוי והשיכון, ועדת המינויים, נציב שירות המדינה, ממשלת ישראל וראש הממשלה (להלן – המשיבים)). לדעת בא-כוח העותרים, מטרתה של ההוראה החדשה בדבר הסמכות להעניק לבית הדין לעבודה סמכות שהייתה נתונה בעבר לבית המשפט האזרחי (שלום או מחוזי). אין ההוראה מכוונת לשלילת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. לדעת בא-כוח המשיבים, שינוי הסמכות מתייחס אך לעניינים אשר השאלות המתבררות בהם קשורות בקשר הדוק עם דיני העבודה. בענייננו, המהות אותה מתבקש בית המשפט לבחון היא הפעלת סמכות שלטונית. התוצאה של יצירת יחסי עבודה היא שולית. עליכן הסמכות לדון בעתירה שלפנינו – בין סמכות ייחודית ובין סמכות מקבילה – נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק.

2. סעיף 24(א)(א1) לחוק בית הדין לעבודה מרחיב את סמכות השיפוט של בית הדין לעבודה. זו משתרעת עתה לא רק בגין תובענות שעילתן מעוגנת ביחסי עובד-מעביד, אלא גם על תובענות שעילתן מעוגנת באירועים שקדמו ליצירת יחסי העבודה או שהתרחשו לאחר ביחסי העבודה נסתיומו. במסגרת זו נקבע גם, כי לבית הדין לעבודה סמכות לדון בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה. נראה לנו, כי המקרה שלפנינו נופל למסגרת זו, וכי לבית הדין לעבודה – כמו גם לבית המשפט הגבוה לצדק – סמכות לדון בתובענה נושא העתירה. עם מינוי של הכסים על-ידי הממשלה הוא נתקבל לעבודה. נוצרו בינו לבין המדינה – בעקבות פעולת הממשלה כאורגן מוסך – יחסי עובד-מעביד. אין שוני מהותי, במישור הפורמאלי, בין קבלתו של הכסים לעבודה לבין קבלתם לעבודה של מועמדים אחרים לשירות המדינה. אמת, עובדים אחרים עיברים לעתים תהליך של מכרו (סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן – חוק המינויים)), והאורגן הפועל מטעם המדינה אינו הממשלה. עם זאת, בסוף התהליך – וההא צורת הבחירה אשר תהא – בא מינוי מטעם נציב שירות המדינה (סעיף 17 לחוק המינויים), ונוצרים יחסים של עובד-מעביד בין המדינה לבין מקבלי המינוי. הוא הדין במינוי עובדים ברשויות שלטון אחרות, כגון עיריות ומועצות מקומיות. דין דומה חל, כמובן, לעניין מינוי עובדים על-ידי מעבידים פרטיים (תאגידיים ובני אדם). בכל המצבים כולם מצוי מועמד אשר נתקבל (או לא נתקבל) לעבודה, ותובענה שעילתה בפגמים שנפלו בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו מהבררת בבית הדין לעבודה. עם הרחבת סמכותו של בית הדין לעבודה חלה במקביל הצרה בסמכותו של בית המשפט המחוזי. סמכותו של זה היא שירותית ("כל ענין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר...": סעיף 24(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]), תשמ"ד-1984). מסיבה צנקה סמכות ייחודית לבית הדין לעבודה לדון בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה, במילא נגרעה במקביל סמכותו של בית המשפט המחוזי (להבדיל מסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק).
3. שאלת הספתח הינה, מה השפעה יש להרחבת סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה על סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק? האם במקביל להרחבת סמכותו של בית הדין לעבודה צומצמת סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק? אכן, אילו בית המשפט הגבוה לצדק היה אף הוא ביהמ"שפט בעל סמכות שיורית, כי אז דינו היה – לעניין צמצום הסמכות – כדין בית המשפט המחוזי. דא עקא, טבעניינים הנתונים לסמכותו, בית המשפט הגבוה לצדק אינו בעל סמכות שיורית. נמצא, כי גדר הספקות הינו, אם יש בהרחבת סמכותו הייחודית של בית הדין לעבודה כדי לצמצם את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק? לדעתי, התשובה על כך הינה בשלילה. הטעם לכך הוא משולשי: ראשית, תכליתה של ההקיקה לא הייתה לפגוע בסמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק. מטרה הייתה להרחיב את סמכות השיפוט של בית הדין לעבודה ולגרוע סמכות זו מבתי המשפט האזוריים (ראה הצעת חוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 16), תשמ"ה-1988, בעמ' 284). שנית, חוקה היא, כי אין שוללים את סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק, אלא בלשון ברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים (בג"צ 264/77 משה, קטין נ' המוסד לביטוח לאומי ואח' [1], בעמ' 687; בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת הערדים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ל-1970 ואח' [2]). חוקה זו היא "חוקה" במיוחד, כאשר הסמכות ניטלת במערכת בתי המשפט ומוענקת לגוף שאינו שיפוטי. חוקה זו היא "חלשה" יותר,

א כאשר השינוי הוא במסגרת סמכויות השיפוט של בתי המשפט הרגילים, כינם לבין עצמם. חוקה זו היא בעלת עוצמה "בינונית", כאשר הסמכות ניטלת ממערכת בתי המשפט "הרגילים" ומועברת למערכת בתי-משפט "מיוחדים", שאינם כפופים לערעור לבית המשפט העליון (כגון מבית המשפט הגבוה לצדק לבית הדין הרבני, או לבית הדין לעבודה (ראה בג"צ 3/73 כהנוף נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב ואח' [3], בעמ' 453). בצדק ציין השופט ברנזון, כי:

ב "בית-משפט זה מופקד על שמירת חוקיות, תקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה, ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כל-שהיא בו עשויה לערער את אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה" (בג"צ 403/71 אלכודי נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח' [4], בעמ' 72-73).

ג שלישית, סמכותו של בית-משפט זה על-פי הוראת סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה היא רחבה ביותר. מכוח הוראה זו הוכרה סמכות השיפוט של בית המשפט הגבוה לצדק, גם מקום שלבית-משפט או לבית-דין אחר הייתה סמכות שיפוט בעניין, ובלבד שמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. עמד על כך השופט ברנזון, ביחס לבית הדין לעבודה, בציינו:

ד "... בשבתנו בבית-משפט גבוה לצדק, החלטנו לא פעם, לפי סעיף 7(א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, להכניס תחת כנפי חסותנו עניין הנתון לסמכותו של בית-משפט או של בית-דין אחר, כאשר הסעד שאפשר לצפות לו שם אינו יעיל, או מהיר במידה מספקת" (בג"צ 40/74 ברקול נ' שר החינוך והתרבות ואח' [5], בעמ' 788).

ה נראה לי אפוא, כי בעצם הסמכתה של ערכאה שיפוטית מיוחדת לדון בעניינים שהסמכות לדון בהם נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק, אין משום לשון ברורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי סמכות השיפוט של בית הדין הגבוה לצדק נשללת. הסמכה כאמור מתפרשת אפוא כיצירת סמכות שיפוט מקבילה.

ו 4. מודע אני לכך, כי בגישתי זו יש משום סטייה ממספר פסקי-דין שניתנו בעבר בבית-משפט זה (לרוב, ברוב דעות), לרבות פסיקה שאני עצמי הייתי שותף לה (ראה בג"צ 578/80 (המ' 644/80) גנאים נ' מואסי ואח' [6]). בפסקי-דין אלה הועמדה השאלה, אם סמכות השיפוט הייחודית נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק או לבית הדין לעבודה (ראה, למשל: בג"צ 221/69 פלוני נ' שר הבטחון ואח' [7]; בג"צ 7/70 אגאי נ' שר החקלאות ואח' [8]; בג"צ 344/69 כדורי נ' המועצה המקומית תל מונד ואח' [9]). אם רואה אני היתר (ענייני) לעצמי לבחון שאלה זו מחדש, הרי זה אך בשל המגמה החדשה הנוהגת בבית-משפט זה, על פיה הגישה הראויה היא זו המכירה בקיום סמכות שיפוטית מקבילה, באופן שבעניינים מסוימים תהא סמכות השיפוט הן לבית המשפט הגבוה לצדק והן לבית-משפט או לבית-דין אחר (ראה בג"צ 991/91 דוד פטרונק בע"מ ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [10]). נקודת מבט זו יוצרת את האיזון הראוי בין השיקולים השונים אשר נדונו בפסיקה ענפה, כאשר ליחסי הגומלין בין בית המשפט הגבוה לצדק לבין בתי

השופט א' ברק

המספט ובתי הדין האחרים במדינה. ודוק: פסקי דינו זה מוגבל הוא אך לפרשנותו של סעיף 24(א)(א) לחוק בית הדין לעבודה, ואין אנו נוקטים כל עמדה באשר לסמכויות שיפוט המעוגנות בהוראות אחרות של חוק בית הדין לעבודה.

א

5. הנה כי כן, תובענה שעילתה קבלת אדם לעבודה נתונה בסמכות השיפוט של בית הדין לעבודה. כאשר ההחלטה בגין קבלת אדם לעבודה נעשית על ידי רשות שלטונית הפועלת על-פי דין, נהוגה סמכות השיפוט באשר לחוקיות ההחלטה גם לבית המשפט הגבוה לצדק (השווה: בג"צ 43/74 [5] הנ"ל; בג"צ 215.209/69 שמחי ואח' נ' נציב שירות המר"נה ואח' (11)). סמכות שיפוטית באשר לחוקיות קבלתו של אדם לעבודה היא אפוא מקבילה. עם זאת, ההכרעה בשאלה היכן יתקיים הדיון אינה נתונה לבחירתו החופשית של התובע או העותר. אמת, סמכותנו שלנו לדון בעתירה, שעילתה בקבלת אדם לעבודה, קיימת. עם זאת, סמכותנו הינה "שיקול דעתית" (בלטונו של השופט זוסמן בבג"צ 10/59 לוי נ' ביה"ד הרבני האזורי, תל-אביב יפו ואח' (12), בעמ' 1194). על-פי שיקול-דעתנו זה ("סמכות שבישקול-דעת": בג"צ 453/84, בשג"צ 72/84, 89.106.122.128 איתורית שידותי תקשורת בע"מ ואח' נ' שר התקשורת ואח' (13)), איננו דנים בעתירה כל עוד עומד לעותר סעד חלופי (ראה ע"א 436/62 עירית רמת-גן נ' תיק (14), בעמ' 1266). על-כן הפנינו עותרים, המלינים על החלטות פסולות של רשויות שלטון בגדר הליכי מכרז, לבית המשפט האזרחי, שכן שם ימצא, בדרך כלל, סעד חלופי (בג"צ 991/91 [10] הנ"ל).  
 ודוק:

ב

ג

ד

"שאלת הסעד החלופי אינה מעוררת שאלה של סמכות. היא מעוררת שאלה של שיקול-דעת שיפוטי. מקום שקיים סעד חלופי עשוי בית המשפט הגבוה לצדק לעסוק שיפוט בשיקול-דעתו ולהימנע מהזקקות לעתירה" (שם, [10], בעמ' 60).

ה

ו

ז

6. ביצע נפעיל את שיקול-דעתנו בעניין זה? כבפרשות דומות, יהא עלינו לאזן בין השיקולים הניגודים. כעיקרון, מן הראוי הוא שכסוכים שעילתם בקבלת אדם לעבודה – כמו גם שאר הצניזים הנדונים בסעיף 24(א)(א) לחוק בית הדין לעבודה – יתבררו בבית הדין לעבודה. לו הכלים הראויים להכרעה בסכסוך. הוא יעשה כן על יסוד דיני העבודה מזה והלכות המשפט הבינהלי מזה. אכן, בדוגמ בתובענה שעילתה קבלת אדם לעבודה, המבוססת על החלטה של רשות שלטונית, יבחן בית הדין לעבודה את חוקיות פגולתה של הרשות השלטונית על-פי אותן אמות המידה שבית המשפט הגבוה לצדק היה נוקט אילו הוא היה דן בעניין. זוהי אותה "דואליות מרכיבית", המאפיינת את דינניה של כל ערכאה שיפוטית במדינה בעניין בעל היבט שלטוני (ראה: בג"צ 841/80 דורף נ' בכר. מנהל שירותי הדואר (מחוז ירושלים) (15); בג"צ 840/79, המ' 688/79 מרכז מרכז הסבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (16); בג"צ 688/81 מידנה בע"מ נ' שר הבריאות ואח' (17)). יחד עם זאת, נהיה מוכנים תמיד להפעיל את סמכותנו בסכסוכים הריגים שיצדיקו זאת. בסוגיה דומה קבענו את אמת המידה הבאה להפעלת שיקול דעתנו:

"הבקרה הוא חריג, אם הוא מעורר בעיה אשר על-פי מהותה ראויה היא לדיון

בבית המשפט המינהלי העליון כערכאה ראשונה. תהא זו בוודאי עתירה שאינה מעוררת צורך להכריע במחלוקת ממשית בעניינים שבכעובדה והמעוררת בעיה משפטית קשה וחשובה. בעיה כזו עשויה להתעורר אם בשל היעדר הלכה פסוקה בסוגיה הנדונה, אם בשל קיומה של פסיקה נוגדת בבתי המשפט האזרחיים בעניין זה ואם בשל קיומה של פסיקה נוגדת בבית המשפט העליון עצמו. כמו כן, נראה כמיוחד מקרה, המעורר בעיה דחופה במיוחד, עד כי אין בידי בית המשפט האזרחי – חרף הסעדים הזמניים העומדים לרשותו – לטפל בהם באופן יעיל. לבסוף, נתייחס אל מקרה כאל חריג, אם ההקשרים שבו הוא מתעורר הם ביטוי למאבק בין כוחות חוקים לבין האזרח ורצוי שיידונו בפני ערכאה הנראית בעיני הציבור והממשל כסמכות השיפוטית העליונה...” (בג"צ 991/91 [10] ה"ל, בעמ' 64).

א

ב

למותר לציין, כי רשימה זו אינה סגורה, "ואין היא אלא ביטוי לשיקולי המדיניות המשפטית העומדים ביסוד הסעד החילופי עצמו" (שם; ראה גם בג"צ 40/74 [5] ה"ל, בעמ' 788).

ג

7. על רקע אמות מידה אלה נראה לנו, כי מן הראוי הוא שהעתירות כאן יתבררו לפנינו, וכי אין זה ראוי כי נפנה את העותרים לבית הדין לעבודה. די אם נצביע על כך כי המקרה שלפנינו, מחד גיסא, אינו מעורר כל מחלוקת עובדתית, ומאידך גיסא, הוא מעורר בעיה משפטית שטרם הוכרעה במשפט הישראלי. אך מעבר לכך: עניין לנו בסוגיה מהותית ומרכזית, אשר לה השפעות עמוקות על שלטון החוק (הפורמאלי והמהותי) ועל אמון הציבור בפעולתן של רשויות השלטון בכלל ושל אורגן הביצוע העליון במדינה (הממשלה) בפרט. מטעמים אלה החלטנו לדון בעתירות לגופן.

ד

8. התוצאה היא אפוא, כי הסמכות לדון בעתירה נתונה הן לבית המשפט הגבוה לצדק והן לבית הדין האזורי לעבודה. שיקול הדעת נתון לבית המשפט הגבוה לצדק להחליט, מתי יפעיל את סמכותו ומתי ימשוך ידו מהעתירה ויפנה אותה לבית הדין לעבודה. בעניין שלפנינו מן הראוי הוא – על-פי הטעמים שניתנו – כי נבחן את העתירה לגופה. נפתח בהצגת המסגרת הנורמטיבית, לאחר מכן נעבור לסקירת השתלשלות העניינים בסמוך למינוי ולאחריו. לבסוף, נעבור לדון בעיקרה של העתירה, שעניינה חוקיות שיקול-דעתה של הממשלה במינוי של המשיב.

ה

ו

המסגרת הנורמטיבית הכללית: סמכות המינוי והליכי

9. חוק המינויים דן בסמכות הממשלה למנות מנהלים כלליים למשרדי הממשלה. חוק המינויים אינו כולל כל הוראה באשר לכשירותו של המועמד למשרת מנהל כללי. אין בו כל הוראה באשר לעברו הפלילי והשפעתו על המינוי. לעומת זאת, יש בו הוראה באשר להליך המינוי. סעיף 12 לחוק המינויים קובע:

ז

”הממשלה תמנה, בכפוף להוראות חוק זה ובתנאים שתקבע, לכל משרד מנהל

כללי על פי הצעת השר הממונה על אותו משרד, ועל המינוי לא תחול חובת המכרז לפי סעיף 19".

א

בתוקף סמכותה לפי סעיף 12 לחוק המינויים קבעה הממשלה תנאים למינוי מנהלים כלליים. הנאים אלה קובעים, בין השאר, כי ראש הממשלה ימנה את נציב שירות המדינה וחמישה אנשים שאינם עובדי המדינה, שמתוכם תורכב ועדת מינויים אשר תחווה דעתה על כל המועמדים למשרת המנהל הכללי. ועדת המינויים תהיה שלוש, והם: נציב שירות המדינה שישמש יושב ראש, ושני חברים שיומנו עליהם, לכל מקרה לפי תור מתוך רשימת החמישה, שתהיה לפי סדר אלף-ביתי של שם משפחתם. הצעה למינוי אדם למשרת מנהל כללי תוגש לממשלה על ידי השר הממונה על המשרד שבו מצויה המשרה הנדונה, בצירוף חוות-דעת ועדת המינויים.

ב

השתלשלות העניינים בסמוך למינוי ולאחריו

ג

10. שר הבינוי והשיכון (המשיב 1) העלה לפני ועדת המינויים את מינויו של המשיב לתפקיד המנהל הכללי של משרד הבינוי והשיכון. חברי הוועדה היו נציב שירות המדינה (מר מ' גבאי), ד"ר משה מנדלבום ועו"ד מ' וגנר. הוועדה ראינה את המועמד. היא בחנה את כישוריו המקצועיים ואת ניסיונו האישי. לפני ועדת המינויים לא הוצגה ולא נדונה מעורבותו של המשיב, כחבר ועדת זרע, בפרשת "17300". כן לא הוצגה ולא נדונה לפני ועדת המינויים מעורבותו של המשיב בפרשת נאפסו. ממילא לא נשאלו כל שאלות בעניינים אלה בוועדת המינויים. בסיום דיוניה הכליזה ועדת המינויים, פה אחד, למנות את המשיב לתפקיד המוצע.

ד

ה

11. בסלב זה – ובטרם נדון המינוי בממשלה – הוגשה העתירה בבג"צ 6163/92. שר הבינוי והשיכון נתבקש לנמק, מדוע לא יחזור בו מהצעתו לממשלה למנות את המשיב כמנהל כללי במשרדו. ועדת המינויים נתבקשה לחזור בה מהמלצתה. ממשלת ישראל נתבקשה להימנע מלמנות את המשיב לתפקיד המוצע. במקביל נתבקש צו ביניים, האוסר על ממשלת ישראל לדון במינויו של המשיב. העתירה הועברה להרכב של שלושה שופטים. לדיון הוזמנו כל הצדדים. נקבע, כי הבקשה לצו ביניים תידון לפני ההרכב. עם תחילת הדיון בצו הביניים לפני ההרכב חזר באיכות העותר על בקשתו, כי יינתן צו ביניים על-מנת לעצור את גלגלי המינוי. לעומתו טענה באתיכות המשיבים, כי העתירה היא מוקדמת מדי. יש לאפשר לממשלה לדון ולהחליט בעניין. החלטת הממשלה היא הפיכה, ואין בה כדי לשנות ממצבו המשפטי של העותר. בגמר טיעוני הצדדים באשר לצו הביניים החלטנו (ביום 27.12.92) לאמור:

ו

"לאחר שישמענו טיעוני הצדדים, נחה דעתנו כי ההחלטה בצו הביניים תעשה על ידי ההרכב שידון בעתירה. רשמנו לפנינו הודעת באיכות המשיבים 1-4 כי אין מינוי משום טיפו במצב המשפטי, ולעותר יעמדו אז כל הטענות העומדות לו כיום".

ז

הדיון בהוצאת צו-עליתנאי נדחה למועד אחר, לאחר קבלת החלטת הממשלה. ביני לביני הוגשה עתירה נוספת, בעלת תוכן זהה (בג"צ 6177/92).

12. משלא ניתן צו ביניים, קיימה הממשלה, בו ביום, דיון בהצעת שר הבינוי והשיכון למנות את המשיב למשרת המנהל הכללי של משרד הבינוי והשיכון. בממשלה התקיים דיון ארוך ונוקב בשאלות הקשורות לפעולותיו של המשיב בעבר. בסיומו של דיון זה נתקבלה החלטה למנות את המשיב למשרה המוצעת. עם קבלת החלטת הממשלה נקבע המשכו של הדיון לפנינו (ליום 31.1.93).

א

13. עם פתיחת הדיון כשאלת הוצאת צו-על-תנאי, ובטרם נבחנו הבעיות השונות המתעוררות, העמדנו לדיון את השאלה הבאה: ועדת המינויים עסקה אך בכישוריו האישיים של המשיב למילוי התפקיד. שלא כממשלה, לא נתקיים בוועדת המינויים כל דיון באשר להשפעת עברו של המשיב על מינויו. האין במחדל זה כדי לפגום בהחלטתה של ועדת המינויים והממשלה? לדעת העותרים, אכן נפל פגם כאמור בהחלטתה של ועדת המינויים. כפי שראינו, זה היה עיקר הטרוניה של העותרים בעתירתם. לדעתם, מן הדין הוא שוועדת המינויים, בהרכב שונה, תחזור ותשקול בדבר מחדש. לעומתם סברה באת-כוח המשיבים, כי אין בפגם שנפל כדי להשפיע על החלטת הממשלה. לדעתה, ועדת המינויים אינה ועדה סטטוטורית, אלא ועדה פנימית אשר מונתה מכוח החלטת הממשלה. בנסיבות אלה יש להסתפק בדיון המקיף שהתקיים בממשלה. בא-כוח המשיב הצטרף לעמדה זו. הוא הוסיף וציין, כי הנתונים על עברו של המשיב הם נחלת הכלל, ובוודאי נשקלו על-ידי ועדת המינויים. לאור מחלוקת זו – וכדי שנוכל להכריע בה – שאלנו את הצדדים, אם הם מוכנים לראות את העתירה כאילו הוצא בה צו-על-תנאי. המשיבים והמשיב סירבו להצעה. קבענו המשך הדיון בצו-על-תנאי לתאריך סמוך (ה'2.2.93).

ב

ג

ד

14. ביום 2.2.93 קיימנו דיון בהוצאת הצו-על-תנאי. שמענו את טיעוני הצדדים באשר לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק, ולגוף העניין. החלטנו בו במקום ליתן צו-על-תנאי כמבוקש. קצבנו שבעה ימים לחשובה. קיימנו דיון בבקשת העותרים ליתן צו ביניים, המשעה את פעולת המשיב כמנהל כללי עד להכרעה בעתירה. הגענו לכלל מסקנה, כי יש ליתן את צו הביניים המבוקש. הורינו על השעיית פעולתו של המשיב כמנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון עד למתן פסק-דין בעתירה. לאחר מספר ימים – ובטרם התקיים הדיון לגוף העניין – נתבקשנו (ביום 8.2.93) על-ידי המשיבים לבטל את צו הביניים. דחינו את הבקשה. החלטנו ביום 10.2.93, כי שאלת ביטול צו הביניים צריכה להידון במסגרת הדיון בעתירה גופה. דיון זה נקבע ליום 16.2.93.

ה

ו

15. עם פתיחת הדיון בעתירה (ביום 16.2.93) נמסר לנו, כי לאור הערותינו במהלך הדיון, וכדי להסיר כל ספק בדבר תוקפו של המינוי, החליט שר הבינוי והשיכון (ביום 1.2.93), על דעת ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה, להחזיר את הנושא לדיון לפני ועדת מינויים, כדי שתחווה דעתה על המועמד, לאחר שתתייחס לכל ההיבטים הרלוואנטיים. הממשלה מינתה ועדת מינויים בהרכב שונה (ד' וינשל, ח' קוברסקי ופרופ' ז' לב). ועדת המינויים התכנסה (ביום 3.2.93) וראיינה את המועמד. היא בחנה את כישוריו וניסיונו למלא את התפקיד. הוצג לפניו, על-ידי היועץ המשפטי של משרד ראש הממשלה, חומר עובדתי ומשפטי, המתייחס לשירותו של המשיב בשירות הביטחון הכללי, והוצגו למועמד שאלות בקשר לעניין זה. הוועדה שמעה טיעון

ז

סבא-כוחו של המשיב. לאחר בדיקת ההיבטים השונים הגיעה הוועדה, פה אחד, להחלטה להמליץ לפני הממשלה על מינויו של המועמד. עמדת הוועדה הוצגה לפני הממשלה, והיא חזרה על החלטה לבנות את המשיב.

א

16. ההחלטה החדשה של ועדת המינויים מיתרת את ההכרח להכריע בתקינותו של הדיון המקורי בפני ועדת הבינויים ובהשפעת חוסר תקינותו על חוקף החלטת הממשלה. עם זאת, לאור עמדתם הצרכית של המשיבים, כי אף אם נפל פגם בהחלטתה של ועדת המינויים אין בכך כדי לפגום בתחלת הממשלה, ומן הראוי שננקוט עמדה בעניין זה. נקודת המוצא הינה, כי ועדת המינויים לא הוקמה בחוק המינויים. עם זאת, היא הוקמה מכוח החלטת ממשלה, הפועלת על-פי סעיף 12 לחוק המינויים. הממשלה רשאית, כמוכח, אם היא סבורה שההסדר בעניין ועדת המינויים הדרש תיקון, לשנות מהחלטתה בלא כל צורך לשנות את החוק. עם זאת, כל עוד לא התקיימה הממשלה אחרת, עומדת על כנה החלטתה – המעוגנת בהוראת סעיף 12 לחוק המינויים – לפיה תהליך קבלת ההחלטה בדבר מינויו של מנהל כללי במשרד הוא בן שלושה שלבים: הצעת השר הממונה על המשרד; חוות-דעתה של ועדת המינויים; החלטת ממשלה. כל אחד משלבים אלה חיוני הוא לגביש ההחלטה הסופית בדבר המינוי. אמת, הממשלה אינה חייבת לקבל את המלצתה של ועדת המינויים. עם זאת, עליה לשקול חוות-דעת זו "בלב פתוח ובנפש חפצה" (בג"צ 669/79 ע"א נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה ואח' [18], בעמ' 96). חוות-דעתה של ועדת המינויים היא גורם חשוב בתהליך קבלת ההחלטות בממשלה. אין זה "מהלך פורמאלי" גרידא. בצדק ציין חברי, השופט מצא. כי:

ב

ג

ד

"... אין די בהתייעצות המקומית, מצוות אנשים מלומדה, רק לשם יציאת ידי החובה ה'פורמלית' של החוק המתייב את קיומה. 'התייעצות' שהיא בבחינת קליפה ריקה מתוכן איננה מוציאה את הרשות המחויבת בקיומה ידי חובתה" (ע"פ 22/89 טובה נ' חדיית ישראל [19], בעמ' 597).

ה

ככאן גם החשיבות שבקיום דיון תקין בוועדת המינויים, אשר על חוות-דעתה סומכת הממשלה. ייתכן שבמקבות דיון תקין – אשר במהלכו הייתה נפרשת התמונה כולה לפני ועדת המינויים הראשונה – חוות-דעתה הייתה שונה. חוות-דעת שונה של ועדת המינויים עשויה הייתה להביא להחלטה שונה בממשלה. אכן, הדיון שהתקיים לפני ועדת המינויים הראשונה לא היה תקין. לא נפריסה לפני התמונה כולה. המערכת העובדתית שהוצגה לפני הייתה חלקית. המלצתה התרכזה בכישוריו של המשיב ולא התחשבה כלל בחלקו בפרשת קו 300 ובפרשת נאפט. בנסיבות אלה, אילו עמדו על מכונו המלצה זו והחלטת הממשלה אשר באה בעקבותיה, לא היה מניס מביטול המלצה (של ועדת המינויים) וההחלטה (של הממשלה). אך, כאמור, הפגם תוקן. ועדת מינויים חדשה הנה מחדש בעניין. חוות-דעתה נבחנה מחדש על-ידי הממשלה. עתה עלינו לבחון את תוקינות החלטתה של הממשלה עצמה.

ז

המשיב ופרשת נאפט

17. נאפט היה קצין צה"ל בדרגת סגן. הוא נעצר (בי"ח 1980) בגין חשדות לבגידה, ריגול



א  
ב  
ג  
ד  
ה

חמור, עזרה לאויב וסיוע לאויב במלחמה. הוא נחקר על-ידי צוות של שירות הביטחון הכללי. בראש הצוות עמד המשיב. בסיום החקירה מסר הודאה בכתב-יד. על בסיס הודאה זו, בצירוף "דבר-מה נוסף", הורשע נאפסו בבית הדין הצבאי המיוחד. נגזרו עליו שמונה-עשרה שנות מאסר לריצוי בפועל, גירוש מן הצבא ושלילת הדרגה הצבאית. טענתו, כי הודאותיו אינן קבילות שכן הוצאו ממנו באמצעים פסולים, נדחתה על-ידי הערכאה הראשונה. חוקריו (ובהם המשיב) העידו לפני בית הדין הצבאי המיוחד, כי ההודאה ניתנה מרצון טוב וחופשי, בלא שהופעל כל אמצעי לחץ. ערעורו לבית הדין הצבאי לערעורים נדחה. ערעור ברשות נשמע לפני בית המשפט העליון (ע"פ 124/87 נאפסו נ' החובע הצבאי הראשי [20]). עם פתיחת הדיון בערעור הודיע הפרקליט הצבאי הראשי, כי לקראת שמיעת הערעור נערכה בשירות הביטחון הכללי בדיקה של הטענות שהעלה נאפסו במשפטו בדבר אמצעים פסולים שנקטו כלפיו במהלך חקירתו. הפרקליט הצבאי עצמו ערך בדיקה משלו. על-פי תוצאות הבדיקה יש אמת במרבית טענותיו של נאפסו בקשר ללחצים שהופעלו עליו בעניין הודאותיו, ואשר פגעו, לטענתו, ברצונו החופשי. לטענת נאפסו, נקטו לגביו מעשי אלימות, אשר כללו משיכה בשערותיו, טלטולים, הפלה ארצה, בעיטות, סטירות ועלבונות. הוא נצטווה להתפשט מבגדיו ונשלח להתקלח במקלחת קרה. נמנעה ממנו שינה במשך שעות ארוכות ביום ובעיקר בלילה. הוא נאלץ לעמוד בתצרו של מיתקן הכליאה במשך שעות רבות, גם כאשר לא נחקר. כן הושמעו כלפיו איומים בקשר למעצרו של אמו ואשתו ובקשר לפירסום שיינתן למידע אישי אשר בידי חוקריו בקשר אליו. לפי הודעת הפרקליט הצבאי, פרט לטענה כי לא ניתנו מכות או סטירות, אושרה אמיחותן של רוב הטענות של נאפסו בעניין דרך החקירה. לאור מימצאים אלה הסכים הפרקליט הצבאי, שיש לבטל את הרשעתו של נאפסו. במסגרת הסכם בין נאפסו לפרקליט הצבאי הראשי הודה נאפסו בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה (עבירה לפי סעיף 73 רישא לחוק השיפוט הצבאי, תש"ט-1955). בית המשפט העליון קיבל את הערעור, ביטל את ההרשעה בדין ואת העונש של בית הדין הצבאי המיוחד והרשיע את נאפסו בעבירה לפי סעיף 73 רישא לחוק השיפוט הצבאי. הוטלו עליו עשרים וארבעה חודשי מאסר מיום מעצרו והורדה לדרגת רבי-סמל.

18. בפסק-דינו ציין הנשיא שמגר, כי "נתברר לנו מדברי בא-כוחה המלומד של המדינה, כי חוקרי שירות הביטחון הכללי תרגו, לדעתו, מבחינת משקלם המצטבר של מעשיהם, מן המותר והוסיפו חטא על פשע בכך שבהעידם בבית הדין הצבאי המיוחד על חקירתו של המערער שיקרו בהכחישם את עיקר טענותיו של המערער בקשר לשיטות החקירה" (שם, בעמ' 636). בהעריכו התנהגות זו ציין הנשיא שמגר:

אין להפחית מחומרתה של מסקנה זו, המצביעה על התכחשותם של העדים הנ"ל לחובה לומר את האמת בהתייצבם לפני ערכאה שיפוטית. מעשים אלו נושאים בחובם פגיעה מרחיקת לכת באמינותם של שליחיה של הזרוע הממלכתית האמורה. ניטלה בכך מבית הדין היכולת להכריע בעניינו של המערער על יסוד נתוני אמת, ונפגמו מעמדו וכוחו של בית הדין, אשר הולך שולל על-ידי דבריהם של החוקרים.

המעשה החמור, שנתגלה במקרה דנן ואשר כתוצאה הימנו נשען בית הדין

בכיוצאיו ובמסקנותיו על הודאות אשר לגביהן נמסרו לכית הדין עובדות לא נכונות בקשר לאופן גבויתן, מהייב נקיסתם של צעדים החלטיים כדי לשרש תופעה כגון זו, ואנו מפנים לכך חשיבות לבו של היועץ המשפטי לממשלה" (שם).

א

19. בעקבות פרשת נאפסו החליטה הממשלה (ביום 31.5.87), "כי עניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת הוא נושא בעל חשיבות ציבורית חיונית בטענה זו הטעון בירור". על יסוד זה הוחלט להקים ועדת חקירה, לפי סעיף 1 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, "לגבי שיטות ונהלי החקירה של השב"כ בנושא פח"ע, ומתן עדות בבית המשפט בקשר להקירות אלה". נשיא בית המשפט העליון מינה ועדת חקירה (השופט (בדימוס) משה לנדוי, יו"ם ראש הוועדה, יעקב מליך (מבקר המדינה דאז) ואלוף (מיל) יצחק חופי) (להלן – ועדת לנדוי). ועדת לנדוי הגישה לממשלה דין וחשבון (ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת – דין וחשבון חלק ראשון). אחד מפרקי של דין וחשבון זה מוקדש לפרשת נאפסו. הוועדה חוזרת על קביעותיו של בית המשפט העליון. היא מוסיפה ומציינת, כי בחקירה הפנימית שנערכה בשירות הביטחון לקראת שמיעת ערעורו של נאפסו טענו חוקריו של נאפסו, כי "בהפעילם את אמצעי לחץ לא חרגו ממה שהותר להם בהנחיות של השירות שהיו קיימות בזמן ההוא, וחמור מזה – הם טענו שגם בתם עדות שקר במשפט הזוטא, טבה הכתיבו הפעלת אמצעי לחץ אלה, לא חרגו מן המקובל בשירות, וזאת כידיעת הממונים עליהם" (עמ' 7). הוועדה קובעת, כי "למרבה הצער והבושה עלינו לקבוע שטענות אלה בדבר הרטאה להפעלת לחץ, ביחס עם 'הנורמה' של מתן עדות שקר בבית המשפט בקשר לכך, הוכחו לפנינו ככזונות" (שם).

ב

ג

ד

20. בהמשך הדין וחשבון ציינה ועדת לנדוי, כי שירות הביטחון הכללי מקפיד מאוד –

ה

"ללא לקבל מפי נחקרים הודאות שנוא בעובדות כוזבות. המטרה היא לקבל הידאיתאמת, ולו גם בלחץ פסיכולוגי, ולעתים אף בלחץ פיסי, כפי שהופעל נגד נפשו. כל הודאת שנוא הנחשבת בטעות לאמת משבשת מטעמים מובנים את דרכי המאבק של השירות לסיכול מעשי פח"ע. משום כך נערכת השוואה יסודית של המידע שהושג בהודאה עם מידע שנתקבל מפי נחקרים אחרים ועם מידע הנמצא בידי השירות ממקורות חסויים, שאי אפשר לגלותם בפני בית המשפט" (שם).

ו

על רקע זה בולט השוני בין החקירות הרגילות של השירות לבין חקירתו של נאפסו:

"בין סוגי החוקרים שהשתתפו בחקירה בשלביה השונים נתגלעו חילוקי דעות יסודיים: היו ביניהם שניים שהאמינו כי נפסו חף מכל פשע, והיה מי שקבע שהוא צבר את כל העבירות שבהן הואשם, בעוד שלראש הצוות דווקא, היו ספקות בדבר אשמתו של נפסו באיסוס החמור מבין האישומים, בעניין החדרת האמל"ח לישראל" (שם, בעמ' 8).

ז

בכנחה את פרשת נאפסו ציינה ועדת החקירה:

"פרשה זו יש בה כדי להבהיל ולהרתיע, לא רק בשל עיוות דינו של נפשו עצמו, אלא לא פחות בגלל קלקול המידות שבמתן עדות שקר, אשר נתגלה בה לעין השמש ושיש עתה לעקרו מן השורש" (שם, בעמ' 9).

א

בסיום הדין והחשבון נכללו מספר המלצות, עליהן נעמוד בהמשך. נעבור עתה לפרשת "קו 300", ולחלקו של המשיב בפרשה זו.

## המשיב ופרשת "קו 300"

ב

21. ועדת לנדוי הזכירה את פרשת "קו 300". עם זאת, כתב המינוי שלה לא עסק בפרשה זו, ואין בדו"ח הוועדה מימצאים מפורטים בעניין זה. את מימצאינו שלנו נבסס בעיקר על פסק דינו של בית-משפט זה בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן – פרשת ברזילי [21]) ועל "חוות-דעת בעניין חקירת ארועי אוטובוס המחבלים קו 300": חוות-דעת זו נערכה על-ידי צוות ("קרפ, ע' ארבל, י' אליסוף), אשר מינה היועץ המשפטי לממשלה, מר י' חריש. חוות-דעת זו הוגשה לנו על-ידי העותר (כבג"צ 6163/92), ולא הועלתה בעניין זה כל טענה מטעם המשיבים. אין אנו מנתחים את פרשת "קו 300" על כל היבטיה ומצטמצמים אנו אך לחלקו של המשיב בפרשה זו.

ג

22. קבוצה של ארבעה מחבלים חטפה (ביום 12.4.84) אוטובוס של אגד בקו 300 ואיימה על חיי הנוסעים בו. האוטובוס נעצר על-ידי כוחות הביטחון. עם שחר ביום המחרת פרצו אנשי הצבא לתוך האוטובוס. במכת האש הראשונה נהרגו שניים מן המחבלים. שני המחבלים הנותרים הוכו בידי חיילים מיד עם הפריצה כדי להממם, בשל חשש שיפעילו מטען נפץ שהיה בידם. השניים הורדו חיים מן האוטובוס. מאוחר יותר נמסר כי הם מתו. לא נמסר כי השניים נורו למוות על-ידי אנשי שירות הביטחון הכללי אשר פעלו על-פי הוראתו של ראש השירות. התעוררה תביעה לתקור בנסיבות מותם של שני המחבלים. שר הביטחון דאז, משה ארנס, הקים ועדת חקירה (לפי סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי). הרכב הוועדה היה אלוף (מיל) מ' זורע (יו"ר) והמשיב, שהיה אותה עת עובד בכיר בשירות הביטחון הכללי. על ועדת זורע הוטל "לקבוע את העובדות בקשר לסיבת מותם של המחבלים, להסיק מסקנות ולהמליץ המלצות, לרבות מסקנות והמלצות בתחום האישי". ראש השירות החל בפעילות למניעת דליפת מידע לגבי נסיבות האירוע, ולפעילותו זו צירף מספר שותפי סוד. בין שותפי הסוד היה גם המשיב, אשר מונה כחבר בוועדת זורע. עם מינויו של המשיב כחבר בוועדת זורע הוטל עליו על-ידי ראש השירות ללמוד את הנסיבות של המתת המחבלים. אנשי השירות מסרו לו פרטים מלאים לגבי מה שקרה בשטח בעת האירוע. הוחלט על סיפור הכיסוי לוועדת זורע ועל תדרוך העדים. ראש השירות נתן הוראה שלא לדבר בפני הוועדה על ההריגה. המשיב ידע על ההוראה. במשך כל דיוני הוועדה הכחישו אנשי שירות הביטחון את חלקו של שירות הביטחון בהמתת המחבלים. במשך כל תקופת פעילותה של ועדת זורע (26.4.84 – 18.5.84). התקיימו פגישות ליליות של אנשי שירות הביטחון המעורבים בפרשה. המשיב השתתף אף הוא באותן פגישות. הוא עדכן את המשתתפים בדיוני הוועדה, גובשו ותואמו הגירסאות של אנשי השירות בפני הוועדה, וכל זאת במטרה

ד

ה

ו

ז

השופט א' ברק

לחריזק את החקירה בנושא ההריגה. עליו הסיכומים שגובשו בפגישות אלה היו העדים הסינים שהפירו לפני ועדת זורע מקבלים תדריכים. עם סיום עבודתה של ועדת זורע היא הגישה (ביום 20.5.84) דין'וחשבון. הדין'וחשבון של ועדת זורע לא פורסם ברבים. מרשימה שכתב היועץ המשפטי לממשלה דאג, פרופ' זמיר, למדנו, כי ועדת זורע –

א "הגישה למסמכי שאים לא ציונה להריג את שני המחבלים, אלא הם הוכו למוות על ידי היילים ונפגמו בזמן הקירתם. רק חשוד אחד זוהה על ידי הוועדה – קצין צהנים ראשי" (ז' זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידן (בורסי, כרך ב, בעריכת א' ברק ויט' יפניק, 1990) 47, 50).

ג על יסוד דו"ח ועדת זורע הוחלט לצרף הקורה, כדי לברר את החשד בדבר ביצוע עבירות בקצה לביתם של שני המחבלים. הוחלט להקים צוות בראשותו של פרקליט המדינה, מר בלטמן. הצוות (ביום 4.6.84) גבה הודעות ואסף ראיות. אף כאן ניתנה הוראה להסתיר את חלקן של שירות הביטחון בהמתת המחבלים. עליו תצהיר המשיב לפנינו, לא הייתה לו כל נגיעה בצוות בלטמן. הצוות התמקד בחשד כלפי תתיאלוף מרדכי, שכן לא היו ראיות כלפי אנשי שירות הביטחון באשר לחלקם בהמתת המחבלים. צוות בלטמן הגיש (ביולי 1985) דין'וחשבון ליועץ המשפטי לממשלה. בעקבות הדו"ח ננקטו הליכים משמעותיים כנגד אנשי צבא, ואנשי שירות הביטחון הכללי (סיצאו זכאים (ביום 6.9.85)).

ד 23. לאחר אירועים אלה הגיע ליועץ המשפטי לממשלה, פרופ' זמיר, מידע, לפיו העובדות בכל הנוגע לחלקם של אנשי שירות הביטחון, בנוגע למותם של שני המחבלים, שונה לחלוטין מן ההודעות והפירויות שניתנו על ידי אנשי שירות הביטחון הכללי לפני ועדת זורע, צוות בלטמן וביד הדין המשפטי של שירות הביטחון הכללי. לאחר בחינת העניין הגיש היועץ המשפטי לממשלה (בכתבו ביום 18.5.86) תלונה למפקח הכללי של המשטרה, לפיה הובא לידיעתו מידע, הניתן יסוד לחשד בדבר עבירות פליליות שעברו אנשים המלאים תפקידים בשירות הביטחון הכללי. משלב זה הפגיש נשיא המדינה (ביום 25.6.86) הנייה לראש שירות הביטחון הכללי ולעסרה בעובדיו מכל העבירות הכרוכות בפרשה המכונה אוטובוס 300. בין מקבלי החנינה נכלל גם המשיב. בכתב החנינה קבע הנשיא, כי "בחוקף סמכותי לפי סעיף 11(ב) לחוק יסודי: נשיא המדינה, אני הן את יוסי גינוסר מכל עבירותיו הכרוכות בפרשה המכונה 'אוטובוס 300', מלאכה האירוע בלילה שבין ה' 12 וה' 13 באפריל 1984 ועד לחתימת כתב זה". בנוסחו את החנינה לראש שירות הביטחון הכללי ולעשרת חוקריו, כתב הנשיא:

ז "החלטתי ניתנה בתוך הכרה עמוקה שטיבת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחוננו ולהציל את שרות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה... כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייגע לצידם של אנשי השב"כ, ביודעי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום ויום ושעה שעה, ולמנוע פגיעה בוראלית בקהילת המודיעין ובמערך האבטחה והלחימה בטרור.

בתנאים המיוחדים של מדינת ישראל אין אנו רשאים ואין אנו יכולים להרשות לעצמנו שום רפיון ושום פגיעה במערכת הבטחון ובאנשים הטובים העומדים על משמר העם" (מתוך פרשת ברזילי [21], בעמ' 517-518)).

א

בתצהיר התשובה ציין המשיב, כי מלכתחילה הוא התנגד להגשת בקשת החנינה. הוא סבר, "כי פעל בפרשה על-פי הוראות ברורות ועקרוניות והים לאלה שעל-פיהם פעלו בשרות במקרים אחרים, הן לפני הפרשה והן לאחריה". בסופו של דבר ניאות המשיב להגיש את בקשת החנינה, וזה נוכח לחצם של שליחי הממשלה, שנימקו לחץ זה ברצון "למנוע חקירה שכמהלכה יישפוט סודות מדינה רגישים" (תצהיר התשובה, עמ' 6). תוקפה של החנינה אושר בפסק-דינו של בית-משפט זה בפרשת ברזילי [21]. חקירת המשטרה נמשכה, חומר החקירה הועבר (ביום 18.9.86) ליועץ המשפטי לממשלה, מר חריש. לאחר שקיבל את חוות הדעת מוועדת קרפ, הגיע היועץ המשפטי לממשלה לידי החלטה (ביום 29.12.86), כי לעניין האחריות להריגת המחבלים מונעת החנינה כל העמדה לדין. אשר לשיבוש הליכי החקירה והמשפט, ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי "ייוזמי השיבוש, מנחיו ומבצעיו מקרב אנשי השב"כ נחונו אף הם על-ידי נשיא המדינה, ומטעם זה אין להביאם בפלילים בשל עבירות אלו". כן החליט היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את אנשי השב"כ שהודחו להעיד עדות שלא כשורה לפני גופי החקירה, שכן "משזכו מדיחיהם לחנינה, לא מן הדין הוא שרק הם יהיו הלוקים, להיות מובאים בפלילים".

ב

ג

ד

24. פרטים נוספים על חלקו של המשיב בפרשת "קו 300" ניתן לקבל מתצהיר שהגיש במסגרת הדיון בחוקיות החנינה של הנשיא. פרטים על התצהיר נכללו בעתירה (והם מופיעים גם כנספח לרשימתו של מ' קרמניצר, "חנינת השב"כ - האם עמד בית-המשפט הגבוה לצדק במבחן?" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 595, 620), וזה לשון התצהיר:

"אני הח"מ, (-) לאחר שהוזהרתי כי עלי לאמר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק באם לא אעשה כן, מצהיר בזה בכתב כדלקמן:

ה

(1) הנני ראש אגף בשרות בטחון כללי.

(2) לאחר ארוע הפרשה הידועה כפרשת 'אוטובוס 300', התמנתי, ביום ה'26.4.84, כחבר ועדת חקירה לחקירת נסיבות מותם של שניים מן המחבלים שהשתלטו על אותו אוטובוס.

ו

(3) כחבר הועדה פעלתי להעלמת חלקם של אנשי שרות בטחון כללי בהריגת המחבלים; בכך עברתי עבירה או עבירות על חוקי מדינת ישראל. (להלן - 'העבירות').

(4) העבירות עברתי לצורך מילוי תפקיד.

ז

(5) ביום ה'24.6.86 נמסר לי על-ידי ראש שרות בטחון כללי כי פנה לנשיא המדינה וסיפר לנשיא כל פרטי פרשת 'אוטובוס 300' והליכי החקירה שלאחריה ולרכות העבירות שנעברו - על-ידי ועל-ידי אחרים - במהלכם.

ראש שרות בטחון כללי הציב לי כי אפנה בבקשת חנינה לנשיא.

6) פניה, לפיכך, ביום ה'25.6.86 בבקשת חנינה לנשיא מדינת ישראל (להלן: 'הבקשה'): בחתימת הבקשה והגשתה לנשיא התכוונתי להודות – ואף הודיתי – בעבירת אותן עבירות וביקשתי מהנשיא כי יחון אותי מהן.

7) טענתי בבקשה כי כל פעולותי נעשו בהוראה ובאישור הממונים עלי לבצען בטחון המדינה ושמירת סודותיה: באמרי כן לא התכוונתי לטעון בפני הנשיא טענת הגנה כל שהיא השוללת אותן עבירות.

8) אמרתי כן – בנימוק לבקשת החנינה ועל-מנת שידע נשיא המדינה – וכל אלה שדבר הבקשה יגיע אליהם – כי כל מעשי ופעולותי נעשו לצורך מילוי תפקיד ובאמונה מלאה כי נועדו לשרת טובת המדינה ובטחונה.

9) הנני מצהיר כי זה שמי, זו חתימתי וכל האמור בתצהיר זה – אמיתי ונכון.

(-)

25. כפי שראינו, פרשת "קו 300" לא עמדה במרכז דיוניה של ועדת לנדוי. עם זאת ציינה היועצה, כי קיים קשר בין פרשת "קו 300" לבין פרשת נאפטו:

"...כשלונם החמור ביותר של אלה, באשר לקשר הפלילי שנקשר ביניהם לשיבוש דיוניהן והטעייתן של ועדות שחקרו באותה פרשה – הוא אשר הכשיר את הקרקע לגילויים שנתלו אל פרשת נפסו: משעורער האמון כה קשות בפרשה הראשונה, איראפטר היה לכסות עוד על התופעות שנחשפו בערעורו של נפסו" (עמ' 3).

בהתייחסה לפרשת קו 300 ציינה ועדת לנדוי:

"הפרשה היחידה, הידועה בכינוי 'פרשת אוטובוס 300', שונה במידה רבה מהנוהג של מתן עדויות שקר במשפטי הוטא. שונה, ובעינינו חמורה הרבה יותר. כאן נעשתה, בנוסף על מתן עדויות שקר, ביועצין ובמתוכנן פעולה של שיבוש חקירה של יעדה סמומתה לצורך זה, באמצעות איש השירות שמונה כחבר באותה ועדה. נסתפק כאן בכך שנאמר כי קרוב לוודאי הוא שמעשה חמור מאין כמוהו כמו זה לא יכול היה לקרות, ואפילו לא יכול היה לעלות על דעתו של איש, אלא על רקע של סיסה רבת טנים של מתן עדויות שקר בבתי משפט, שהצליחה להוליך שולל בתי משפט בכל כך הרבה מקרים" (שם, בעמ' 30).

על הלקו של המסיב בפרשת "קו 300" עומדת ועדת לנדוי בקצרה, בציינה:

"זמן מה לפני מתן פסקהדין בבית הדין הצבאי לערעורים נתגלה הקשר הפלילי שקשרנו כמה אנשי צמרת של השירות לשיבוש ההליכים של ועדות אשר חקרו

בפרשת האוטובוס, שהתרחשה ביום 12.4.84. במהלך הקשר הזה פעל עובד בכיר של השירות, מר יוסי גנוסר, כ'סוס טרויאני' בוועדת זורע, בתור חבר הוועדה ליד האלוף (מיל) זורע" (שם, בעמ' 6).

א

26. ועדת לנדוי הגישה (ביום 30.10.87) דין וחשבון לממשלה. הממשלה החליטה (ביום 8.11.87) לאמץ את הדין וחשבון, על כל המלצותיו. המלצותיה של הוועדה הן רבות ומקיפות. הן עוסקות בדרכי החקירה הראויות, אשר נועדו –

"לקיים את האני מאמין של המדינה עצמה, כמדינת חוק המושחתת על מושגי יסוד של מוסר. כל פגיעה במושגי יסוד אלה, אפילו כלפי מבקשי נפשה, עלולה להתנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים" (שם, בעמ' 71).

ב

הוועדה מציינת, כי –

"חוקר הנקרא להעיד לפני בית משפט או בית דין או לפני איזו רשות אחרת המוסמכת לגבות ראיות יעיד אמת בלבד וכל האמת. זהו עקרונן יסוד שאין לסטות ממנו בשום אופן" (שם, בעמ' 75).

ג

כן מצויות המלצות רבות אחרות. במסגרת העתירה שלפנינו ניתן אך את תשומת הלב להמלצותיה של הוועדה באשר להליכים משפטיים בשל התנהגות חוקרי השירות בעבר. בכל הנוגע ללחץ פיסי או פסיכולוגי שהפעילו חוקרים על חשודים בפעילות חבלנית עוינת, סברה הוועדה, כי כל עוד לא חרגו המעשים מן ההנחיות שהיו קיימות בשירות בעת החקירה, תהא לחוקר שביצע את המעשים טענת צידוק (על-פי סעיף 24(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977) וטענת צורך (לפי סעיף 22 לחוק העונשין). לא כן לעניין עדות השקר שנתנו חוקרי השרות לפני בתי-משפט או בתי-דין. כאן לא תעמוד לחוקר ההגנה של צורך או של ציות לצו הממונים, "שהרי מתן עדות שקר היא עבירה פלילית חמורה ומעשה בלתי-חוקי בעליל, שעליו מתנוסס אותו דגל שחור האומר 'אסור'" (שם, בעמ' 82). בעניין זה התלבטה ועדת לנדוי התלבטות לא מעטה והמליצה, כי "תימנע העמדת החוקרים הללו למשפט פלילי בשל כך". טעמיה של ועדת לנדוי היו שניים: ראשית, "המניע של החוקרים לא היה מניע אנוכי של השגת טובת הנאה לעצמם, אלא המחשבה – ולוא גם מחשבה פסולה לחלוטין – שגם בהתנהגותם זו הם משרתים את הציבור" (שם); שנית – שזהו הטעם המכריע לעמדתה של ועדת לנדוי –

ד

ה

ו

ז

"העמדת חוקרים למשפט פלילי, אפילו בחלק ממקרים אלה, עלולה לגרום זעזוע עמוק בשורות החוקרים, ומעבר לזה בשירות כולו, ולהסב נזק חמור ליכולת השירות לתפקד ביעילות לשם סיכול מעשי פח"ע. יש להביא בחשבון כי רוב החוקרים הצפויים להגשת תלונות פליליות משרתים עדיין בשירות, ויש ביניהם מי שנושאים כיום בתפקידים בכירים. זוהי קבוצת אנשים קטנה ומגובשת, בעלי מיומנות גבוהה שנרכשה על-ידם במרוצת השנים. לא על נקלה ולא בן-לילה יימצא תחליף לכל אלה. אך פעילותה של יחידת החוקרים חייבת להימשך יום-יום ללא

השופט א' ברק

א

הפיגה... אנו מאמינים שכיום עז רצונם של חוקרים אלה, לכל דרגותיהם, ללמוד את לקחי העבר. מוטב לאפשר להם להתרכז במתן שירותם החיוני לציבור. אולי דרוש הדבר פחות לטובתם שלהם מאשר לטובת הציבור. גם במישור האישי יש איפוא ללכת בדרך היפוי הפצעים ולא בדרך הניתוח של אבר מן החי מגוף השירות, שתוצאותיו כן יסורן. לא יכולנו להשלים עם המחשבה שאם נמליץ על תגובה שיש עימה פסום "קוב הדין את ההר", היא עלולה לשחק את עבודת החקירות של השירות, וקרוב לוודאי הוא שיפלו קורבנות שווא בפעולות טרור שהשירות בסוגל לסכלן" (שם, בעמ' 82-83).

ב

ליסם הנשמחה של גישה זו המליצה ועדת לנדוי לפני היועץ המשפטי לממשלה, כי ידריך "את המסערה בכל תלונה נגד חוקר השירות על מתן עדות שקר במשפט בקשר לדרכי החקירה שהשירות נקט נגד כיו סנהקר עליהו (וכן על הפעלת לחץ פסול בחקירה) תועבר עוד מתחילתה ליועץ המשפטי, על מנת שהוא יחליט אם יש במשפט על-כך ענין לציבור" (שם, בעמ' 84-85). ועדת לנדוי הוסיפה וציינה, כי:

ג

"מן הטעמים שהסברנו סבורים אנו כי לא זו בלבד שאין בניהול משפט כזה (ובחקירה משטרתית שעשויה להביא לידי הגשת משפט כזה) ענין לציבור, אלא להיפך, ניהול משפט כזה היה גורם נזק לציבור, בהחלשת ההגנה עליו בפני מעשי טרור, עקב פגיעה בתיפקודו של השירות לשם סיכול מעשים כאלה" (שם, בעמ' 85).

ד

המלצה זו מסתרעת הן לגבי אנשי השירות הממשיכים עדיין בעבודתם בשירות והן לעניין אלה שסיימו עבודתם. כן ציינה הוועדה, כי "מאוחם טעמים של טובת הציבור אנו נמנעים בלהגיש המלצה להסקת מסקנות אישיות משמעותיות לעניין זה נגד עובדים הממשיכים לעבוד בשירות" (שם בעמ' 85).

ה

27. כאמור, הממשלה אימצה את המלצותיה של ועדת לנדוי. גם היועץ המשפטי לממשלה אימץ את הדין וחשבון בכל הנוגע לסמכויותיו הוא. במהלך דיוני הממשלה במסקנות הוועדה הביא היועץ המשפטי לפני הממשלה את עמדתו –

ו

"סלפיה לא יונקטו אמצעים כלפי אנשי שירות הבטחון הכללי, אשר כעבר היו מצורבים במעשים חריגים שנעשו במהלך חקירה של פעילות חבלנית עוינת. כן הביע עמדתו, כי ראוי להפסיק את החקירה המשטרתית שהייתה תלויה ועומדת, באיתו מוצד, נגד חוקרי שירות הבטחון הכללי בענייניו של העותר. עמדה זו הייתה בקיבלת על דעת הממשלה" (מתוך פסק דינו בבג"צ 88/88 נאפטו נ' היועץ המשפטי לממשלה [22], בעמ' 427).

ז

רפסקת החקירה נגד המשיב והעתירה בנינה

28. כפי שראינו, אימץ היועץ המשפטי לממשלה את המלצותיה של ועדת לנדוי. בעקבות



השופט א' ברק

זאת הופסקה החקירה נגד חוקריו של נאפסו. כנגד החלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה עתר נאפסו לבית משפט זה (בג"צ 88/88 [22] הנ"ל). טענתו הייתה, כי המלצותיה של ועדת לנדוי אינן משתרעות, מתוכן הן, על חוקריו הוא. טענתו הייתה, כי "עניינו איננו מבין העניינים לגביהם המליצה ועדת לנדוי" (שם, בעמ' 428). טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט העליון. נקבע, כי –

"עניינו של העותר עמד לפני הוועדה, וזו לא הבחינה בהמלצותיה בין חוקריו לבין חוקרים אחרים. ההיגיון הטמון בהמלצותיה של הוועדה חל גם בעניינו של העותר. כך, למשל, לא נטען לפנינו, כי חוקריו של העותר פעלו מתוך מניע אנוכי של השגת טובת הנאה לעצמם. הנה כי כן, ברור מתוך העיון בדין וחשבון הוועדה, כי המלצותיה מתייחסות לכלל חוקרי השירות, לרבות חוקריו של העותר. הוועדה, ביקשה להבחין בין העבר לבין העתיד, אך לא ביקשה לעשות הבחנות בין החוקרים שבעבר" (שם, בעמ' 429).

ההתפתחויות עד למינויו של המשיב עלי ידי הממשלה

29. בעקבות המלצותיה של ועדת לנדוי לא ננקטו הליכים משפטיים כנגד חוקרי השירות שהיו מעורבים בפרשת נאפסו, בפרשת "קו 300" או בפרשות אחרות כלשהן. ראש שירות הביטחון באותה עת פרש מהשירות. החוקרים האחרים שנכללו בחנינת הנשיא, ובהם המשיב, נשארו בשירות. מתוך תצהיר התשובה של המשיב – שלא באה עליו כל הכחשה – למדנו, כי חלקם של חוקרים אלה קודמו במהלך עבודתם. מרביתם עובדים בשירות בתפקידים בכירים ורגישים. בתצהיר התשובה ציין המשיב, כי –

"בדיונים שקדמו למתן החנינה ושנערכו בנוכחות היועץ המשפטי לממשלה ובמעמד שר המשפטים דאז, מר יצחק מודעי, במשרדו של עו"ד יעקב נאמן בירושלים, הובטח למבקשי החנינה כי יישארו לשרת בשב"כ ללא פגיעה במעמדם ובלא ש'עתידם יוכתם'. במהלך אותה פגישה מסר שר המשפטים דאז למבקשי החנינה כי הדברים נדונו קודם לכן במעון הנשיא ובדיון אצל ראש הממשלה בהשתתפות ממלא מקומו ושר החוץ, שר הבטחון, שר המשפטים ושרים נוספים" (שם, בעמ' 7).

30. בנובמבר 1986 פרש המשיב מהשירות. הפרישה הייתה מיוזמתו שלו. הוא קיבל מכתב ברכה מראש הממשלה ומראש השירות. ראש הממשלה ציין, כי הצטער לשמוע –

"על החלטתך לנטוש את עבודתך בשירות זה, כמוכן, אינו מונע ממני לברך אותך ולאחל לך הצלחה בתפקידך החדש רב החשיבות והאחריות. אני מקוה, שלאחר שנים רבות של עבודה מאומצת ונאמנה למען בטחון ישראל, תצליח ותמצא סיפוק בכל אשר תעשה" (מכתב מה-30.12.86, נספח ג' לתצהיר המשיב).

המשיב התמנה, על ידי המלצת שר המסחר והתעשייה, למנהל כללי של מכון היצוא

הישראל. היא כיהן במסגרת זו כשנתיים וחצי. לאחרונה מונה כיושב ראש מועצת המנהלים של עמידר.

א

## הליכי המינוי בממשלה

31. עם קבלת הוות'דעתה של ועדת המינויים (הראשונה), הובא דבר מינויו של המשיב להחלטת הממשלה. בממשלה התקיים דיון מקיף בדבר מינויו של המשיב. היועץ המשפטי לממשלה הביא לפני הממשלה את מעורבותו של המשיב בפרשת "קו 300" ואת מתן החנינה עליו. נסיא הבדינה. כן, הובאו לידיעת חברי הממשלה המלצותיה של ועדת לנדוי. הודגש, כי היועץ לבנה כי בה שנעשה עליודי חוקרי שירות הביטחון הכללי בפרשת נאפסו היה חלק בפראקטיקה שנהגה בסירות. היועץ המשפטי לממשלה קרא לפני חברי הממשלה קטעים בפסקדינו של בית המשפט העליון בערעורו הפלילי של נאפסו. היועץ המשפטי דיווח על העתירה של נאפסו בעניין אינקויסט הליכים נגד המשיב ושאר חוקריו. לגבי פרשת "קו 300" הבהיר היועץ המשפטי לממשלה, כי המשיב לא היה מעורב באירוע עצמו, אך כחבר בוועדת זורע פעל להעלאת חלקם של אנשי שירות הביטחון הכללי בפרשה ועל כך זכה, לפי בקשתו, לחנינה בן הנשיא.

ב

ג

ד

ה

32. בממשלה התקיים דיון מקיף בשאלות הקשורות לפעולותיו של המשיב בעבר. הממשלה נתבקשה לבחון אם העובדה, שהמשיב פעל כפי שפעל בעבר מתוך תפיסה מוטעית שנהגה אז אצל ככלאי הפקידים בסירות הביטחון הכללי, צריכה לעמוד לו לרועץ לאורך ימים ושנים, כאשר ננגד עובדת לו הזכות על עבודתו כעובד ציבור ועל שירותו הארוך והמסור למען מערכת הביטחון. היועץ המשפטי לממשלה ציין, כי המשיב לא פעל לתועלת עצמו, לא מתוך חמדת ממון ולא למצן כבודו. הממשלה הונחתה, כי עליה לבחון את מאזן הזכות לעומת מאזן החובה. התקיים דיון ארוך ונוסף. נשקלו כישוריו, התאמתו, אישיותו ועברו של המשיב. נערך איוון בין הסיקלים השונים. בסופו של הדיון נתקבלה החלטה למנות את המשיב למשרת מנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון. על החלטה זו חזרה הממשלה לאחר קבלת המלצותיה של ועדת המינויים הסנייה. ננגד החלטות אלו בכוננות העתירות שלפנינו.

ו

ז

## מינוי רצודים

33. טענתם העיקרית של העותרים הינה, כי לאור מעורבותו של המשיב בפרשת נאפסו ובפרשת "קו 300", אין הוא כשיר להתמנות כמנהל כללי של משרד ממשלתי. חסר הוא אותן תכונות מוסריות וערכיות הנדרשות מעובד ציבור בדרגה כה גבוהה. העותרים מדגישים, כי למנהל כללי בתנוות סמכויות משמעותיות כלפי עובדי משרדו. לטענתם, הפקדת סמכויות אלה בידי מי שהיה מעורב במעשים שיש בהם קלון הינה בגדר "אבסורד הזועק לשמיים". מינויו של המשיב אינו צולה בקנה אחר עם נורמות ההתנהגות המוטלות על עובדי מדינה, ששומה על מנהל כללי לשמם דיגמה לשמירתן. יש בו סכר הינוכי שלילי למערכות הביטחון העוסקות בחקירות, שכן הוא עשוי להתפרש כמתן לגיטימציה לדרכי חקירה פסולות ולשיבוש הליכי משפט. המשיב גילה זלזול בשלטון החוק, ומינויו אינו מתושר עם המגמה להבטיח כפיפות המינהל הציבורי

השופט א' ברק

לחוק. מינוי המשיב ישמש תקדים למינויים של אנשים בעלי עבר מפוקפק לתפקידים בכירים בשירות הציבורי, דבר שיפגום ברמתו המוסרית של השירות ובאמון שהציבור רוחש לו. שיקול הדעת של הממשלה, אשר מינחה אדם שעבר עבירות שיש עמן קלון לתפקיד מנהל כללי של משרד ממשלתי, הינו פסול. שיקול הדעת נגוע באי-סבירות קיצונית. בהתייחסם להמלצותיה של ועדת לנדוי מדגישים העותרים, כי המלצות אלה התייחסו אך להעמדה לדין (פלילית או משמעטית), והן נועדו למנוע פגיעה בשירות הביטחון הכללי. אין בהמלצות אלה דבר וחצי דבר באשר למינויו של המשיב לתפקיד מינהלי בכיר בשירות הציבורי. משבחר המשיב לעזוב את שירות הביטחון הכללי ולפנות לחיים הציבוריים, הוא חייב לקיים את נורמות ההתנהגות המקובלות בשירות הציבורי.

34. נקודת המוצא של המשיבים הינה, כי סמכות המינוי המסורה לממשלה, ביחס לנושאי משרות רמות בשירות המדינה, מגלמת בתוכה שיקול-דעת רחב בנושאים ציבוריים אתיים, אשר על שמירתם הופקדו נבחרי העם. בהתחשב במעמדה של הרשות המקבלת החלטה (הממשלה) ואופי סמכויותיה, הגבולות שהממשלה רשאית לפעול בתוכם הם רחבים. מינויו של המשיב אינו חורג מגדרו של מיתחם הסבירות. החלטת הממשלה נתקבלה לאחר שהתשתית העובדתית הונחה במלואה, וכל השיקולים הרלוואנטיים נשקלו. הממשלה שקלה את השאלה, אם העובדה, שהמשיב פעל כפי שפעל מתוך תפיסה מוטעית ביותר שנהגה בעבר אצל ממלאי תפקידים בשירות הביטחון, צריכה לעמוד לו לרועץ לאורך שנים. הממשלה התחשבה בעבודתו של המשיב כעובד ציבור, אשר שירת את מערכת הביטחון שירות ארוך ומסור ופעל שלא לתועלת עצמו, לא מתוך חמדת ממון ולא למען כבודו. הממשלה בחנה את מאזן הזכות לעומת מאזן החובה. לטענת המשיבים, הממשלה רשאית להתחשב במעשיו של המשיב אשר בגינם קיבל חנינה, אך בנוסף עליה להתחשב גם בכך שניתנה חנינה ובנסיבותיה. המשיבים מדגישים, כי לא קיים כל איסור בדין על מינויו של אדם בעל עבר פלילי למשרת מנהל כללי במשרד ממשלתי, וכי בהחלטת הממשלה אין חריגה ממתחם הסבירות.

35. טענתו של המשיב הינה, כי החלטת הממשלה הינה סבירה. אשר לפרשת "קו 300" קיבל המשיב חנינה. מטרת החנינה הייתה למנוע חקירה וחשיפת סודות החינויים לביטחון המדינה. בדיונים שקדמו למתן החנינה הוכטח למקבלי החנינה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ונציגי הממשלה, כי מעמדם לא ייפגע ועתידם לא יוכתם. במתן החנינה נמנעה מהמשיב האפשרות להתמודד עם הטענות נגדו. מצב זה עומד כיום לרועץ למשיב. המשיב מצייין, כי רבים ממקבלי החנינה המשיכו לשרת בשירות הביטחון – וביניהם גם האחראים הישירים להרג המחבלים – וקודמו במהלך עבודתם, והם מכהנים כיום במשרות בכירות ורגישות ביותר. אשר לפרשת נאפסו, מפנה המשיב למימצאיה של ועדת לנדוי, לפיהם שיטות החקירה של המשיב היו חלק מנורמות שהשתרשו בשירות במשך שנים רבות והיו ידועות ומקובלות על הדרג המפעיל והמדיני. השימוש בנורמות אלה לא פסל איש מהמעורבים בפרשה זו משירות בשירות הביטחון ולא מנע את קידומו. על רקע זה טוען המשיב, כי החלטת המינוי אינה בלתי סבירה באופן קיצוני. נהפוך הוא: פסילת המינוי תהיה חסרת סבירות באופן קיצוני ותעמוד בניגוד לעקרונות יסוד משפטיים. פסילת המינוי תהווה נקיטת איפה ואיפה לעומת מינויים אחרים בשירות המדינה,

א טאינים זוכים לפירסום הכרוך בזהותו החשופה של המשיב. הפסילה תהווה פתיחה מחודשת של דיון שנסגר ונתתם והפגע בזכותו של המשיב לכופיות הדיון. הואיל ולמשיב לא ניתן יומו בפני בית הכספס בסטר לפרשות בהן היה מעורב, הרי שפסילתו תעמוד בניגוד לעקרון היסודי, כי אדם הוא זכאי כל עוד לא הורשע. פסילת המשיב תהווה הפלייתו לעומת עובדי השירות האחרים שהותבם אלכוניות והכחננים במשרות רמות בשירות המדינה, כמו גם בשירות הביטחון הכללי. עלכן, פסילת המשיב תהווה משוא פנים ושרירות. מנקודת מבט המקיפה את מכלול הפרטים העובדתי, פסילת המשיב תטיל אתריות בגין מחדליה של המערכת על כתפיו של פרט יחיד, שפרט כגנה, ואף תטיל בו כתם אישי. הבירורים שנעשו בשתי הפרשות היו במישור המערכתי; שיבוש בהן לצדיפת ראשים במישור האישי לא רק שאינו צודק, אלא אף שגוי מבחינה משפטית.

ב ג 36. עם החילת הדיון בעתירה ביקשו המשיבים 7 (טארק עבד אל חי) 8 (זיידאן מוחמד) להצטרף כמשיבים לעתירה. נעתרנו לבקשה. משיבים אלה הציגו עצמם כנמנים עם ראשי הציבור הערבי בישראל. הם ציינו, כי הציבור הערבי הינו בהכרח רגיש יותר מכל ציבור אחר במדינה להקורות שירות הביטחון ולפעילותו. על רקע זה בקשתם של משיבים אלה הינה לא לפסול את המינוי משיקולים של חוסר סבירות. במסגרת האמון שרוותש הציבור הערבי למערכת היסלטיבית, ובחברים את עמדות המשיב, הדוגלות ביחסי שוויון מוחלט ובמניעת הפערים בין אזרחי המדינה היהודיים והערביים, הרי – לטענת המשיבים 7 ו-8 – הסבירות דורשת את אישור מינויו של המשיב כמנהל כללי במשרד הבינוי והשיכון.

ד המסגרת הנורמטיבית הכללית: שיקול דעת המחשלה

ה 37. סמכות המחשלה למנות מנהל כללי למשרד מעוגנת בסעיף 12 לחוק המינויים. חוק זה אינו כולל הוראות באשר למינוי עובד בעל עבר פלילי. אין בו הוראה המסייגת את כוח המינוי של המחשלה או הפוסלת אדם מלהתמנות כעובד מדינה אם הוא בעל עבר פלילי. הוראות הפוסלות מיצמדים למשרות ציבוריות בשל עבר פלילי (בכלל) או עבירות שיש עמן קלון (בפרט) מצויות במדינות רבות (ראה: 690 (Rochester and San Francisco, 1984) 63A Am. Jur. 2d "The Collateral Consequences of a Criminal Conviction"; 67 C. J. S. (St. Paul, 1978) 255; 23 Vand. L. Rev. (1969-70) 929). גם בישראל מצויות הוראות ברות זו בתקנים סגורים (ראה סעיף 67) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965; הוראה ברורה זו נכללה גם בהצעת חוק שירות המדינה, תשי"ג-1953, אשר קבעה, בין השאר, כי לא יתמנה עובד המדינה "כפי שנידון על עבירה שלדעת נציב השירות יש בה משום קלון..." (סעיף 14(א)). הוראה זו אינה מופיעה בחוק המינויים. נמצא, כי קיומו של עבר פלילי אין בו, כשלעצמו, כדי לסלול את סמכות המינוי של המחשלה או את כשירותו של המועמד. אין גם ליצור הגבלת כוח (של המחשלה) או הגבלת כשירות (של המועמד) בדרך שיפוטית: "בהעדר תנאי כשירות סטטיסטיים אין לקבוע תנאי כשירות הלכתיים..." (בג"צ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות [23], בעמ' 1491).

ז 38. יהד עם זאת, עלינו להבחין בין שאלות של כושר (או סמכות) לבין שאלות של שיקול דעת. היפרכה של הוראת חוק מפורשת בעניין פסילתו של בעל עבר פלילי מקיימת את

כשירותו של המועמד, אך אין היא שוללת את האפשרות להתחשב בעברו בגדר השימוש בשיקול הדעת המינהלי הנתון לרשות הממנה. אכן, עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הינו שיקול רלוואנטי, אשר הרשות הממנה רשאית וחייבת לקחת בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי. עמדתי על כך לעניין מינוי של מועמד בעל עבר פלילי כחבר מועצה דתית, מקום שדבר החקיקה לא קבע הוראות פסלות, בצייני:

"... גם מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון כשיר להתמנות כחבר מועצה דתית... יחד עם זאת, כשירות המועמד לחדו ושיקול-דעת מינהלי של הממונה לחדו. על-כן, אפילו כשיר מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון להתמנות כחבר המועצה הדתית, אין בכך כדי להכשיר שימוש בשיקול דעת מינהלי, הממנה אדם שעבר עבירה שיש עמה קלון לחבר המועצה הדתית. אכן, העדר הוראה בעניין כשירותו של מי שהורשע בעבירה שיש בה קלון משמעותו העדר מניעת-סף למנות אדם כזה לחבר המועצה הדתית. יחד עם זאת, מינויו של אדם כחבר המועצה הדתית חייב להיעשות מתוך שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים, ושיקולים אלה בלבד.

הרשעה בעבירה שיש עמה קלון הינה, ללא ספק, שיקול רלוואנטי, שכל רשות ממנה רשאית וחייבת לקחת בחשבון, בטרם תעשה את המינוי" (בג"צ 727/88 [25] הנ"ל, בעמ' 491).

אכן, אין לו לאדם זכות טבעית או חוקתית להתמנות למשרה ציבורית. זכותו של אדם היא שיוכל להציג מועמדותו למשרה ציבורית, וכי במינויו יישקלו אך שיקולים כדון. במסגרת השיקולים כדון שהרשות הציבורית חייבת לקחונם בחשבון מצוי גם השיקול הקשור לעברו של המועמד, לרבות עברו הפלילי. הבסיס המשפטי לקביעה זו הוא כפול:

39. ראשית, חזקה על כל דבר חקיקה, המעניק לרשות שלטונית סמכות מינוי, כי הפעלתה של סמכות זו תיעשה מתוך התחשבות בעברו הפלילי של המועמד. אין להניח כי המחוקק – שעה שהסמך רשות שלטונית להפעיל את כוח המינוי – איפשר הפעלתה של סמכות זו בלא לקחת בחשבון את הנתון כי למועמד יש עבר פלילי. אכן, כל דבר חקיקה נחקק במסגרת של "סביבה נורמטיבית". "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בבג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח' [24], בעמ' 513). סביבתו של החוק אינה רק חוקים אחרים הנוגעים לאותו עניין. סביבתו של החוק היא מכלול התפיסות, הערכים, העקרונות והאינטרסים, שנורמה משפטית באותה שיטת משפט נועדה להגשים (ראה ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות [25], בעמ' 75). סביבה זו משפיעה על פרשנותו של כל דבר חקיקה. היא מעין "מטרייה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם (ראה בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' [26], בעמ' 433). "מטרייה נורמטיבית" זו כוללת, בין השאר, את אופייה הדמוקרטי של המדינה (ע"א 752/78 הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים תשי"ז-1957 נ' עזבוני המנוח פריש [27], בעמ' 208), את הצורך לקיים בה סדר ציבורי ואת התפישה, שכל רשות שלטונית חייבת לפעול בסבירות ובהגינות (ראה בג"צ 840/79 המי

79, 830, 860 [16]). מתוך עקרונות אלה נגזר העיקרון, כי רשות ציבורית הינה נאמן הציבור, אשר כל פעולה החלטתה שהיא עושה חייבת להיעשות מתוך התחשבות בנאמנות זו.

א

40. אכן, היבטה של הרשות הציבורית לקחת בחשבון שיקוליה את עברו הפלילי של המועמד שעה שהיא ממנה אדם למשרה ציבורית נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית. הרשות הציבורית היא נאמן של הציבור. משלה אין לה ולא כלום. כל שיש לה, למען הציבור יש לה (ראה בג"צ 1635/90 זרד/בסקי נ' ראש המחשלה ואח' [28], בעמ' 840). עמד על כך השופט ח' כהן בציינו:

ב

"... לא הריו רשות היחיד כהריו רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ימסלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות מוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" (בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים [29], בעמ' 331).

ג

אכן, "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס של הציבור הוא פועל" (בג"צ 669/86, בשג"צ 451/86, 456 רובין נ' ברגר ואח' [30], בעמ' 78). מעמד זה של נאמנות בטיל על הרשות השלטונית חובות מיוחדות. אין היא חופשית בגדר שיקוליה. מחובת הנאמנות נגזרת החובה להפעיל את שיקול הדעת השלטונית בהגיונות, ביושר, בסבירות וללא הפליה. עמדתו על כך בפרסיה אחת, בציינו:

ד

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, וכידיה הופקד האינטרס הציבורי והגנסיים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל..."

ה

מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור לה למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב או להיבצא במצב של ניגוד ענינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגיונות" (בג"צ 640/79, המ' 830/79, 860 [16], בעמ' 745 - 746).

ו

וברוח דומה ציין המשנה לנושא, השופט אלון:

"רשות ציבורית, הממנה עובד בשירות הציבורי, פועלת כנאמן הציבור. כלל גדול בידונה, שנאמנות זו צריך שתופעל בהגיונות, ביושר, ללא שיקולים זרים ולטובת הציבור, שמכוחו ולמענו מסורה סמכות המיוגו בידי הרשות הממנה" (בג"צ 4666/90 קלל נ' שר האוצר ואח' [31], בעמ' 33).

ז

41. מעמד הנאמנות של הרשות הציבורית הסיק בית-משפט זה שורה של חובות ספציפיות המוטלות על הרשות. כך, למשל, מכוח היותה של רשות הציבור נאמנה של הציבור

השופט א' ברק

היא חייבת להעמיד מידע שברשותה לידיעת הפרט (בג"צ 142/70 [29] ה"ל); אסור לה להימצא במצב של ניגוד עניינים (בג"צ 531/79 סינת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה ואח' [32], בעמ' 570; ט"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן [33], בעמ' 416); היא חייבת לכבד הבטחות והסכמים שעשתה (בג"צ 1635/90 [28] ה"ל). מכוח חובת הנאמנות המוטלת על הרשות השלטונית נגזרת חובתה להימנע ממינוי אך בשל השתייכותו הפוליטית של המועמד (בג"צ 313/67 אקסלרוד ואח' נ' שר הדתות ואח' [34], בעמ' 84). "כאשר איש ציבור ממנה עובד בשירות הציבור על-פי שיקולים זרים של אינטרסים פוליטיים-מפלגתיים, מינוי כזה פסול הוא, ויש בו משום מעילה כאימון של הציבור שהסמיך את הרשות ממנה" (החשנה לנשיא, השופט אלון, בבג"צ 4566/90 [31] ה"ל, בעמ' 35). בדומה "מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי" (בג"צ 1601/90-1604; בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח' [35], בעמ' 365). כגון החובה לגלות הסכמים פוליטיים. מחובת הנאמנות נגזרת חובתה של הרשות השלטונית "לפעול מתוך אתיקה מקצועית" (בג"צ 1601/90-1604; בשג"צ 1890/90 [35] ה"ל, שם, המאזכר את 'זמיר, אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 250, 261. ראה גם 'אליאסוף, "אתיקה של עובדי ציבור בישראל" שנתון משפט העבודה ב (תשנ"א) 47). בסכמי עניין זה ציינתי:

"אכן, נאמנות מחייבת הגינות, והגינות מחייבת יושר, ענייניות, שוויון וסבירות. רשימה זו של עקרונות הנגזרים ממעמד הנאמנות אינה סגורה, ורשימה זו של ערכים הנובעים מחובת ההגינות אינה קפואה. כדרכם של עקרונות וערכים, הם יציבים מחד ומתפתחים מאידך. הם נטועים כנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות..." (בג"צ 1635/90 [28] ה"ל, בעמ' 841).

42. ממעמד הנאמנות של הרשות הציבורית נגזרת חובתה להתחשב בעברו הפלילי של מועמד בטרם ייערך המינוי. מינוי עובד ציבור בעל עבר פלילי משפיע על תפקודה של הרשות הציבורית ועל היחס של הציבור אליה. יש לו השלכות (ישירות ועקיפות) על אמון הציבור ברשות הציבורית. על הרשות הממנה לקחת שיקולים אלה בחשבון. פרט, המנהל את עסקו שלו ואשר אינו חב נאמנות לזולתו, רשאי להעסיק כל עובד, יהא עברו הפלילי אשר יהא. הוא עשוי אף לסבור, כי ברצונו לשקם עבריינים, הרי בעשותו כן הוא אף תורם תרומה חשובה לחברה. רשות ציבורית אינה מנהלת את עסקה שלה, והיא חבה נאמנות לציבור. אף היא רשאית להעסיק עובדים בעלי עבר פלילי, והשיקול של שיקום העבריין אף הוא שיקול שיש לקחתו בחשבון. עם זאת, אין זה השיקול היחיד שיש לקחתו בחשבון. על הרשות הציבורית לשקול מערכת מסועפת ומורכבת של שיקולים, לרבות השיקול בדבר השפעת המינוי על השרות הציבורי ועל אמון הציבור בו. הוא שאמרנו: מחובת הנאמנות המוטלת על הרשות הציבורית מוטלת עליה החובה לקחת בחשבון שיקוליה את עברו הפלילי של המועמד. אכן, ביטוי לכך ניתן למצוא בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981. על-פי חוק זה מנהלת המשטרה מרשם פלילי, וכו' רישום

א

כל הרשעות ועונשים (סעיפים 1 ו-2). המרשם הוא חסוי, ואין למסור מידע ממנו, אלא לפי חוק המרשם עצמי (סעיף 3). המרשם פתוח, כמובן לפעילות המשטרה (סעיף 4(א)(1)), וזו רשאית לבסור כמנו מידע לממשלה "לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינוים מוטל עליהם..." (סעיף 5(א)) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים וסעיף (ג) לתוספת הראשונה לחוק). כן רשאית המשטרה לבסור מידע לנציג שירות המדינה – לגבי עובדי המדינה, ולרשויות ציבור נוספות הקבועות בתוספת הראשונה לעניין מינויים שהם עושים.

ב

43. עד כה בחנתי את הבסיס המיספטי הראשון ממנו נגזרת חובתה של רשות שלטונית – כל רשות שלטונית – כנאמן הציבור לקחת בחשבון שיקוליה, שעה שהיא ממנה עובד ציבור, את עברו הפלילי של המועמד. זהו בסיס משפטי כללי, ממנו נגזרת חובתה של כל רשות שלטונית. חובה זו ניסלת כמובן גם על הממשלה, כאחת מרשויות השלטון. היא מוטלת במיוחד עליה, בהיותה "הרשות המבצעת של המדינה" (סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה), החבה נאמנות לכלל הציבור בישראל. נראה לי, כי חובתה של הממשלה להתחשב בעברו הפלילי של המועמד נגזרת גם במקרה נוסף. אכן, קיים בסיס משפטי שני וספציפי, ממנו ניתן להסיק, כי בעשותה מינוי של כזהל כללי חייבת הממשלה להתחשב בעברו הפלילי של המועמד. חובה ספציפית זו נגזרת (בעקיפין) בהוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים. הוראה זו קובעת:

ד

"על אף האמור בחוק זה, רשאי נציג השירות שלא למנות אדם עובד המדינה, בכל אהה באלה:

(1) האדם עבר עבירה על חוק זה כדי להשיג את המינוי או שהוא בעל עבר פלילי;

(2) האדם פוטר על פי החלטה בהליך משמעותי שנערך לפי חיקוק; ואם מינה אדם כאמור, רשאי הוא לבטל את המינוי."

ה

סעיף 46 לחוק המינויים מעניק לנציג שירות המדינה סמכות למנוע מינויים מסוימים, לרבות מינוי של בעל עבר פלילי. נראה לי, כי הוראה זו חלה לעניין מינוי של כל אדם כעובד מדינה. אין, לעניין זה, כל חשיבות לשאלה, אם המינוי נעשה בדרך של מכרז ולאחר הצלחה בו או ללא מכרז מכוח החלטת ממשלה או באישור הממשלה. בכל המינויים כולם אין ההכרעה העניינית נתינה לנציג השירות, אלא לגופים השונים שבידם מעניק החוק את כוח החלטה הענייני. עם זאת, "מינוי עובד מדינה יהיה בכתב חתום בידי נציג השירות והוא יחתום גם על כתבי הבינוי של המתמנים על ידי הממשלה לפי חוק זה..." (סעיף 17), ובטרם יעשה כן נציג שירות המדינה – וכמהסוס אחרון לפני המינוי – הרשות בידו, והחובה מוטלת עליו, לבחון, אם המינוי לא הוכג בעבירות ואם המועמד לא פוטר על-פי החלטה בהליך משמעותי או "שהוא בעל עבר פלילי", ואם נציג שירות המדינה מינה אדם כאמור, "רשאי הוא לבטל את המינוי". זוהי סמכות חשובה – מפין כלם ענייני בטרם מינוי – שחוק המינויים העניק לנציג שירות המדינה.

ז

44. על-פי ניסוחה, אין הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה על הממשלה. כמו כן אין היא



השופט א' ברק

חלה על ועדות המכרזים השונות הבחורות עובדי מדינה. הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה במישרין על נציב השירות, ועליו כלבד. עם זאת, יש לה להוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים תחולה עקיפה גם על הרשויות השלטוניות האחרות, המבצעות מינוי בגדרו של חוק המינויים. אכן, אם נציב שירות המדינה רשאי שלא למנות אדם עובד מדינה אם הוא בעל עבר פלילי, מן הראוי הוא שגם הרשויות האחרות המבצעות מינויים או המאשרות אותם על-פי חוק המינויים ישקלו שיקול זה. נראה לי, כי על-פי מהותה של המאטריה יש לראות בנציב השירות מעין מסגרת אחרונה, השוקלת שיקול שראוי היה לשקול בעבר, אך אשר נשתכח או לא ניתן לו המשקל הראוי. אין להניח, לאור מהותם של השיקולים, כי עניין לנו בשיקול שהוא ייחודי לנציב השירות ואשר רק הוא רשאי – לאור מעמדו המיוחד – לקחתו בחשבון. אכן, כוחו של נציב השירות למנוע מינוי של בעל עבר פלילי מקרין עצמו לתוך מערך השיקולים של הרשויות המחליטות על המינוי ומעניק להן רשות וחובה לקחת שיקול זה בחשבון.

משקלו של השיקול בדבר עבר פלילי בהחלטה על מינוי

45. ראינו, כי עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הוא שיקול ענייני, אשר הרשות השלטונית הממנה צריכה לקחתו בחשבון שיקוליה. על רקע זה – ובהנחה שהמועמד נמצא מתאים מכל בחינה אחרת – מה המשקל שיש ליתן לשיקול בדבר העבר הפלילי? כדי ליתן תשובה לשאלה זו יש לעמוד על הסיבות, מדוע עברו הפלילי של מועמד הוא שיקול שיש לקחתו בחשבון. מחד גיסא, עומדים שיקולים הקשורים בצורך לשקם עבריינים ולסייע בידם להשתלב בחיי החברה. הרשעה וענישה אינם מוות, ועם סיום ההליך הפלילי יש לאפשר לעבריינין למצוא מקומו בקהילה ובחברה. עקרון "התשובה" הוא מעקרונותיה של שיטתנו המשפטית, אותה ינקנו ממסורת העבר שלנו (ראה טל"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה [36], בעמ' 375). השירות הציבורי חייב לתרום את תרומתו לשיקום האדם ולבנייתו כאזרח נאמן. אכן, "אין לזכור לאדם את חטאו כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה" (הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, בעמ' 216). יש לאפשר לו "להשתלב בחברה כשווה בין שווים" (המשנה לנשיא, השופט אלון, בעל"ע 18/84 [36] הנ"ל, בעמ' 375). "אין לנעול את הדלת מפני השבים באמת ובתמים, אדרבה, באין נימוק כבד-משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלח-ידם, ואף לתפקידם" (השופט קיסטר בעל"ע 1/68 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה [37], בעמ' 679). "אמש היה זה שנוא לפני המקום משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום הוא אהוב ונחמד קרוב וידיד" (רמב"ם, תשובה, ז, ו [א]). אכן, חברה מתוקנת אינה רודפת את עברייניה עד חורמה, אלא מושיטה להם יד, לטובתם שלהם ולטובתה שלה (ראה ש"ז פלר, "הרהביליטציה, מוסד משפטי מיוחד מחויב המציאות" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 497). השירות הציבורי צריך לתרום את תרומתו שלו במשימה זו.

46. שיקום העבריינין אינו השיקול היחיד שיש לקחתו בחשבון. כנגדו עומדים שיקולים חשובים הקשורים בשירות הציבורי. הרשות הציבורית הינה, כפי שראינו, נאמן הציבור. עליה "לשמור ולשקוד על האינטרסים של הציבור בכללותו" (השופט אגרנט בעמ' 254/64 חסין נ' המועצה המקומית דאלית אל כרמל ואח' [38], בעמ' 25). הפקדת משרה ציבורית בידי עובד ציבור

השופט א' ברק

בעל עבר פלילי עשויה לפגוע בביצועו התקיין של התפקיד. אך מעבר לכך: אינטרס הציבור הוא כי יהקיים "שירותי ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה..." (בג"צ 531/79 [32] הנ"ל, בעמ' 571); עובד הציבור חייב לעמוד על רמה מוסרית ראויה, ועובד מדינה, שיש לו עבר פלילי, עשוי לפגוע במטרותיו אלה של השירות הציבורי. דבר זה "מחייב אמון הציבור בכך שהחלטות עובדי הציבור הן ענייניות, ונעשו ביושר ובהגינות" (שם). אכן, המפתח לקיומו של שירות ציבורי ראוי לשמו הוא אמון הציבור בטוהר השירות הציבורי. יוקרתו של המינהל הציבורי ואמון הציבור בו הם אינטרס ציבורי בעל חשיבות רבה (השווה ע"פ 521/87 מדינת ישראל נ' עינב וערעור שכנגד [39], בעמ' 434). יש "להגן על המינהל הציבורי מפני שחיתות, להבטיח את פעילותו התקינה מתד ואת יוקרתו של המינהל הציבורי בעיני הציבור ואמון הציבור בתקינות פעולותיו כאידיך..." (המשנה לנשיא, השופט אלון, בעמ' 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש ואח' [40], בעמ' 652). אכן, קיים ועומד האינטרס הציבורי בטוהר השירות הציבורי ובצורך להבטיח את אמון הציבור ברשויות השלטון (בג"צ 727/88 [23] הנ"ל, בעמ' 492). אכן, עמדתו על כך באחת הפרשות בציני:

"בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון לתפקד. כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור בבתי המשפט... כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור במערכות השלטוניות האחרות" (פרשת ברזילי [21], בעמ' 622).

אכן, בלא אבון הציבור ברשויות הציבורי יעמדו הרשויות ככלי ריק. אמון הציבור הוא הבסיס של רשויות הציבור, והוא המאפשר להן למלא את תפקידן. מינויו של בעל עבר פלילי – ובעיקר בעל עבר פלילי מכביד כגון מי שעבר עבירה שיש עמה קלון – פוגע באינטרסים החיוניים של השירות הציבורי. הוא פוגע בביצוע הראוי של התפקיד. הוא פוגע בסמכותו המוסרית והאישית של בעל התפקיד ובכוחו לשכנע ולהנהיג. הוא פוגע באמון שהציבור הרחב רוחש לרשויות השלטון. השירות הציבורי צריך – כלשונו של ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, בהציגו את הצעת חוק שירות המדינה, בכנסת בקריאה ראשונה – להיות

"מבטח לכל אזרח, משגב למדינה וכבוד לעצמם" (ד"כ 14 (תשי"ג) 1425).

משקלו של העבר הפלילי

47. עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית חייב להילקח בחשבון שיקוליה של הרשות המבנה. משקלו של שיקול זה משתנה על-פי השפעתו על הטעמים העומדים ביסוד ההתחשבות בו. לא הרי מי שעבר עבירה בילדותו כהרי מי שעבר עבירה לאחר שבגר; לא הרי מי שעבר עבירה אהה כהרי מי שעבר עבירות הרבה; לא הרי מי שעבר עבירה קלה כהרי מי שעבר עבירה חמורה; לא הרי מי שעבר עבירה בנסיבות מקילות כמי שעבר אותה עבירה עצמה בנסיבות מהמורות; לא הרי מי שעבר עבירה והביע חרטה עליה כהרי מי שעבר עבירה ולא הביע כל חרטה עליה; לא הרי מי שעבר עבירה "טכנית" כהרי מי שעבר עבירה שיש עמה קלון; לא הרי מי שעבר עבירה לפני שנים הרבה כהרי מי שעבר עבירה אך לאחרונה; לא הרי מי שעבר עבירה כדי לקדם את ענייניו שלו כהרי מי שעבר עבירה תוך שירות המדינה.

השופט א' ברק

48. זאת ועוד: סוג המשרה, אותה אמור עובד הציבור למלא, משפיע על משקלו של העבר הפלילי באיושה. לא הרי משרה זוטרסה כהרי משרה בכירה; לא הרי משרה שאין עמה מפגש עם הציבור כהרי משרה שיש עמה מפגש עם הציבור; לא הרי משרה שאין עמה שליטה, פיקוח, הכוונה והדרכה של אחרים, כהרי משרה שיש עמה פיקוד על אחרים ואחריות על המשמעת. לא הרי מי שמשרתו להיות מובל כהרי מי שמשרתו להיות מוביל; לא הרי משרה שבעצם מהותה אין בה דרישות אתיות מיוחדות מבעל המשרה ומזולתו כהרי משרה שכל כולה היא הטפה לרמה אתית גבוהה.

49. לבסוף, חיוניותו של המועמד למשרה ציבורית למלא אותה משרה צריכה גם היא להילקח בחשבון. לא הרי מועמד שרבים כמותו כהרי מועמד יחיד סגולה, שרק הוא עשוי, בנסיבות מסוימות וחריגות, למלא את המשרה. כמו כן יש להתחשב בשאלה, אם קיים מצב אמיתי של חירום, המחייב גיוס כל הכוחות, לרבות אלה בעלי עבר פלילי, או שמא עניין לנו בפעילות הרגילה של המינהל הציבורי, אשר צריך לשאוב את מעייניו מעובדים ישרי דרך.

## איזון בין השיקולים הנוגדים

50. לעתים קובע המחוקק, כי בעל עבר פלילי לא יוכל לשרת במשרה פלונית. במצב דברים זה איזן המחוקק בין השיקולים השונים שיש לקחתם בחשבון לעניין מינויו של בעל עבר פלילי למשרה ציבורית. באיזון זה הוא קבע, כי יד השיקולים של טוהר השירות הציבורי על העליונה. בעל עבר פלילי אינו כשיר להתמנות לאותה משרה. בית המשפט, הנדרש לפרש הוראה זו, אינו רשאי לקבוע איזון שונה מזה שנקבע על ידי המחוקק. כל שנתר לבית המשפט הוא אך לקבוע, אם המועמד הינו "בעל עבר פלילי". בית המשפט עוסק בתהליך של מיון וקטגוריוזציה (ראה K.M. Sullivan, "Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing" 293 *63 U. Colo. L. Rev.* (1992)). ודוק: לשם קביעת קיומה של הקטגוריה ("עבר פלילי") עשויה להידרש פעולת איזון. יהא זה איזון בין התכליות השונות המרכיבות את המטרה המונחת ביסוד הדיבור "עבר פלילי" בהקשר נתון. לא יהא זה איזון בין התכליות השונות השולטות בקביעת ההלכה בדבר מינוי של בעל עבר פלילי למשרה ציבורית.

51. בעתירה שלפנינו אין כל נורמה חקוקה הקובעת כללי כשרות חקיקתיים. אין נורמה חקוקה לפיה בעל עבר פלילי אינו יכול להתמנות כמנהל כללי של משרד ממשלתי. המסגרת הנורמטיבית קובעת אך זאת, כי בעשותה מינוי של מנהל כללי על הממשלה לקחת בחשבון, בין שאר שיקוליה, גם את השיקול, כי המועמד הינו בעל עבר פלילי. אין זה השיקול היחיד. בצדו קיימים שיקולים הקשורים לכשרו האישי של המועמד וליכולתו לבצע באופן טוב ביותר את התפקיד. על הממשלה להתחשב במכלול השיקולים. מכיוון שחלק מהשיקולים מוביל בעד המינוי (התאמתו של המועמד, הצורך לשקמו) וחלק אחר מוביל נגד המינוי (הפרעה למילוי התפקיד בשל עבר פלילי, פגיעה באמון הציבור ברשות השלטונית), על הרשות השלטונית לאזן בין השיקולים הנוגדים. איזון זה חייב להיעשות בסבירות, ואסור לו שיהא בלתי סביר באופן קיצוני או בעליל. אכן, עקרון יסוד של המשפט המינהלי הוא זה המחייב רשות שלטונית לפעול בסבירות (ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח' [41], בעמ' 445). משמעותה של הסבירות

א הינה, כי על הרשות הטלפונית לאזן בין השיקולים השונים בהתאם למשקלם הראוי של אלה. "איוזן הוא סביר, אם הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, כלומר, המשקל המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון" (בג"צ 389/80 [41] הנ"ל, בעמ' 445). "סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים, ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה" (בג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [42], בעמ' 513). אכן, סבירות אינה מושג פיסי או מטאפיסי. סבירות היא מושג נורמטיבי. סבירות היא תהליך הערכתי. היא איננה תהליך תיאורי. היא אינה מושג הנתחם רק על-ידי היגיון דדוקטיבי. היא אינה אך ורק ראציונאליות. סבירות משמעותה איתור השיקולים הרלוואנטיים ואיוזן ביניהם על-פי משקלם (ראה: בג"צ 156/75 דקה ואח' נ' שר התחבורה [43], בעמ' 105; בג"צ 127/80 אורם נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח' [44], בעמ' 121). עמד על כך פרופ' מקורמיק, בציינו:

ג "What justifies resort to the requirement of reasonableness is the existence of a *plurality* of factors required to be *evaluated* in respect of their *relevance* to a common *focus* of concern. Unreasonableness consists in ignoring some relevant factor or factors, in treating as relevant what ought to be ignored. Alternatively, it may involve some *gross* distortion of the relative values of different factors, even though different people can come to different evaluations each of which falls within the range of reasonable opinions in the matter at hand" (MacCormick, "On Reasonableness" (*Les Notions A Contenu Variable En Droit* (H. Perelman and Vander Lest ed., 1984) 131, 136).

ה החלטה היא סבירה, אם היא נתקבלה על-ידי מתן משקל ראוי לערכים השונים שיש לקחתם בחשבון. ההחלטה בדבר מינויו של מועמד בעל עבר פלילי למשרת מנהל כללי של משרד ממשלתי היא סבירה, אם היא נתנה משקל ראוי לשיקולים השונים שיש לקחתם בחשבון ואיוזנה בין השיקולים השונים על-פי משקלם.

ך 52. מהו המשקל שיש ליתן לעברו הפלילי של מועמד, שעה שמתקבלת החלטה בעניין העסקתו במשרה ציבורית? כפי שראינו, התשובה הינה, כי משקל זה נקבע על-פי משקלם של השיקולים, העומדים ביסוד ההתחשבות בעברו הפלילי של המועמד בטרם יתמנה למשרה ציבורית. כפי שראינו, שיקולים אלה עניינם, מחד גיסא, עקרון "התשובה" והתאמת המועמד לתפקיד, ומאידך גיסא, הבטחת פעילות תקינה של השירות הציבורי ואמון הציבור בו. אך מהו משקלם של שיקולים אלה? התשובה לשאלה זו נקבעת על-פי החשיבות החברתית היחסית, אשר החברה הישראלית מעניקה לערכים, לעקרונות ולאינטרסים המגבשים את השיקולים השונים. אכן, הדיבור על "משקל" ו"איוזן" הוא דיבור מטאפורי. פעולת ה"שקילה" אינה פעולה פיסיית אלא נורמטיבית, אשר נועדה להעניק לשיקולים השונים את מקומם בשיטת המשפט ואת ערכם החברתי בכלול הערכים החברתיים. בצדק ציין השופט שמגר, כי:

"... התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני, אך אין בו כדי לגבש קנה-מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות" (ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' [45], בעמ' 361).

וברוח דומה ציינתי בפרשה אחרת:

"ביטויים אלה – איזון, משקל – אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים" (בג"צ 14/86 [26] הנ"ל, בעמ' 434).

בקביעתה של "החשיבות החברתית היחסית" מהווה בית המשפט "פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (השופט לנדוי בע"מ 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר [46], בעמ' 1335). אלה הן ההשקפות המעוגנות בערכי יסוד ובתפישות יסוד, ולא ברוחות שעה חולפות. הן משקפות את "התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים" (מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 292, 306). הן ביטוי ל"מערכת החיים הלאומיים" (השופט אגרנט בבג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים [47], בעמ' 884). הן משקפות את "חזון העם ואת האיג' מאמין' שלו..." (הנשיא זמורה בבג"צ 10/48 ז'ו נ' המחמנה בפועל על האזור העירוני ת"א ואח' [48], בעמ' 89). אין הן פרי הסובייקטיביות השיפוטית. במתן משקל לשיקולים השונים השופט שואף, כמיטב יכולתו, לאובייקטיביות שיפוטית. לא את ערכיו הסובייקטיביים ולא את שיקוליו האישיים הוא משקף. השופט משקף "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בהקשר זה הוא יתחשב במשקל שניתן לשיקולים השונים במצבים דומים, שכן מקרים דומים מצדיקים פתרון דומה. כן יתחשב בהסדרים חקיקתיים ושיפוטיים, שמהם ניתן ללמוד על המשקל הראוי שיש ליתן לשיקולים השונים בעניין שלפניו.

53. הצורך לשקם עבריינים הוא שיקול חשוב בשיטת המשפט. יש לאפשר לעבריין שעמד לדין ובא על עונשו להשתלב בחיי החברה (ראה על"ע 18/84 [36] הנ"ל, בעמ' 375). עם זאת, כוחו של שיקול זה הולך וקטן אם העבירה היא חמורה כנסיבותיה או אם התפקיד שאותו מבקש המועמד למלא הוא תפקיד הדורש יחס של אמון כלפיו ויחס של אמון כלפי המערכת שבין ראשיה הוא מבקש להימנות. דבר אחד הוא לשקם עבריין שריצה את עונשו. דבר אחר הוא להעמידו בראש הפירמידה המינהלית.

54. אמון הציבור במערכות השלטון הוא שיקול מרכזי בשיטת המשפט שלנו. בלא אמון זה אין החברה הדמוקרטית יכולה לתפקד. בהתייחס לאמון הציבור ברשות השופטת ציינתי:

"אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אמרתו של דהיבלוק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה..." (בג"צ 732/84, בשג"צ 327/85 צבן נ' תשר לענייני דתות ואח' [49], בעמ' 148).

א

דברים אלה חלים, גם אם בעוצמה פחותה, לעניין רשויות השלטון כולן. אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמון ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדינוז וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר וניקיון כפיים. אכן, טוהר השירות והשירות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו. עמדתו על כך בפרשה אחת, כציינו:

ב

"... בחברה דמוקרטית נאורה חייב איש ציבור, הנבחר על ידי העם והזקוק לאמון העם, לקיים רמה מוסרית נאותה בהתנהגותו – בין הפרטית ובין הציבורית – על־ימנת שיוכל להמשיך ולכהן במשרתו" (בג"צ 251/88 עודה ראש המועצה המקומית ג'לגוליה [50], בעמ' 839).

ג

זהו שיקול מרכזי, ויש ליתן לו משקל נכבד באיוון הכולל, המבסס את ההחלטה הסבירה בדבר מינויו של מועמד בעל עבר פלילי למשרה ציבורית.

ד

55. המסקנה העולה ממיגוון השיקולים היא זו: ככלל, אין זה סביר למנות מועמד, שעבר עבירות חמורות בנסיבותיהן, למשרה בכירה בשירות המדינה. חומרתה של העבירה לענייננו נקבעת לא על־פי "מיקומה" בהיק העונשין, אלא על־פי השלכותיה על השיקולים העומדים ביסוד המינוי. עליכן יש להתייחס בחומרה לעבירה, שעל־פי עצם מהותה ונסיבות ביצועה פוגעת לא רק בסדר הציבורי בדרך כלל (כגון, רצח, שוד, אונס) אלא באושיות המבנה השלטוני, כגון כוחה, כירכה והפרת אמונים, עדות שקר, בידוי ראיות, שיבוש הליכי משפט. מועמד אשר ביצע עבירות אלה, והוא ממלא תפקיד בכיר בשירות המדינה, פוגע באמון של הציבור ברשות השלטונית ובשירות הציבורי. הוא יתקשה להוות דוגמה ומופת לכפופים לו. הוא יתקשה לדרוש מהם את אשר נדרש מכל עובד ציבור ושהוא עצמו חילל. הוא יתקשה להקרין הגינות, אמון, יקרה, יושר ויושרה ("אינטגריטי") כלפי הציבור הרחב. כל אלה עשויים להשפיע, במידת ודאית רבה, על מעמד השירות הציבורי, תפקודו ומקומו בחברה דמוקרטית. אכן, עבירה היא חמורה, אם "מתוך נסיבות ביצועה עולה המסקנה, כי בהתנהגותו גילה איש הציבור רמה מוסרית בה נמכה, עד כי אין הוא ראוי עוד לשאת במשרתו הציבורית" (שם). זוהי אותה עבירה, שיש בנסיבות ביצועה "פגם מוסרי" (moral turpitude בלע"ז) המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים, ובמילא אין הוא ראוי לשאת באחריות הציבורית להחלטות ולמעשים אשר ענייני הכלל ושלוה הציבור תלוים בהם" (השופט ח' כהן בבג"צ 436/63 בן אהרן ואח' נ' ראש המועצה המקומית פודסיה [51], בעמ' 564). פסיקה אחרונה זו פירשה את הדיבור "עבירה שיש עמה קלון"

ה

ו

ז

המופיע במספר חוקים. בענייננו, אין לזהות את חומרתה של העבירה בנסיבותיה לעבירה שיש עמה קלון, שהרי אין בענייננו הסדר חקיקה מפורש ברוח זו. עם זאת נראה לי, כי המרחק בין השניים אינו ניכר. אכן, הדיבור "עבירה שיש עמה קלון" הוא דיבור עמום, וקשירתו לסבירות החלטתה של רשות ציבורית ממנה לא יאה בה כדי להבהיר את אמות המידה. עם זאת, יש בקשר בין השניים כדי להצביע על סוג השיקולים שיש לקחתם בחשבון. בשני המקרים עניין לנו בעבר פלילי, כאשר "מרכז הכובד של ההכרעה אינו טמון ביסודות הפורמאליים של העבירה אלא בנסיבות בהן נעברה העבירה..." (בג"צ 251/88 [50] הנ"ל, בעמ' 839). בשני המקרים עניין לנו בעבירה פלילית, אשר משקלה נמדד "מתפיסות העולם ואמות המידה האתיות הרווחות בחברה באותה עת, ומתוך מטרה להגן על אותם אינטרסים עליהם מופקד החוק..." (על"ע 2579/90, 3093 הוועד המחוזי של לשכת תורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני; פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת תורכי הדין בתל-אביב-יפו [52], בעמ' 732-733). עם זאת, אין לזהות בין השניים. "עבירה שיש עמה קלון" מדגישה את היסוד הלא מוסרי שבביצוע העבירה (ראה ר' גביון, "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית" חשפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 176). עבירה פלילית, השוללת את סבירות המינוי של מבצעה למשרה ציבורית רמה, אינה חייבת להיות בעלת היבט בלתי מוסרי דווקא.

56. חומרתה של העבירה נקבעת, בעיקרו של דבר, על-פי נסיבותיה (השווה בג"צ 436/63 [14] הנ"ל). כך, למשל, מי שעבר, לפני קום המדינה, עבירה, הפוגעת באושריות השלטון המנדטורי אך שנועדה לקדם את הקמת המדינה, סביר הוא למנותו למשרה שלטונית בכירה במדינה. השפעת ביצוע העבירה על אמון הציבור ברשויות השלטון מותנית בנסיבות ביצועה, ולא על-פי יסודותיה בספר החוקים (ראה גביון, בחאמרה הנ"ל, בעמ' 180). על-כן, לא הרי מי שביצע עבירה מתוך בצע כסף ורצון להעשיר את עצמו כהרי מי שביצע אותה עבירה מתוך רצון (מוטעה) לקדם את אינטרס המדינה. העבירה היא זהה, אך נסיבות הביצוע הן שונות. השוני בנסיבות משפיע על משקלו של העבר הפלילי ועל סבירות ההחלטה בדבר מינויו של בעל העבר הפלילי למשרה שלטונית. זאת ועוד: ככל שהמשרה היא בכירה יותר, כך יש ליתן משקל כבד יותר לשיקול בדבר עבר פלילי. בכירותה של המשרה נקבעת לא רק על-פי מבחנים פורמאליים של דרגה ותקן, אלא גם על-פי מידת הזיהוי שהציבור מזהה את נושאה עם השירות הציבורי עצמו ועל-פי מידת הנזק שייגרם לאמון הציבור בשירות הציבורי, אם המינוי ייצא לפועל. לבסוף, הזמן שעבר מאז ביצוע העבירה ועד למינוי המוצע הוא גורם חשוב. ככל שעובר זמן רב יותר, וככל שחולפות השנים, כך נמוג הזיהוי של האיש עם העבירה שביצע, ומינויו למשרה הציבורית לא יפגע בתיפקודו ובאמון הציבור בו ובשירות הציבורי. אכן, עבר פלילי, אפילו בעבירה חמורה, אינו מחסום מוחלט מפני מינוי למשרה ציבורית, אפילו בכירה. הזמן עושה את שלו. הפצעים מגלידים. המועמד משתקם. בעיני "הציבור הנאור" שוב לא ייתפס מינויו כפעולה הפוגעת בטוהר השירות וביכולת תפקודו, אלא דווקא כהתעמרות וכמיצוי "דין" בלתי ראוי. בנסיבות אלה, לא יאה מקום לראות במינויו של מועמד שכזה למשרה ציבורית משום פעולה בלתי סבירה. משך הזמן שראוי לו שיחלוף בין ביצוע העבירה וריצוי העונש לבין המינוי משתנה לפי הנסיבות. אין הוא נמדד בוודאי בשנים אחדות בלבד. אך אין גם לדרוש עשרות שנים. בין שני קצוות אלה תנוע מטוטלת הזמן, והיא תיעצר על-פי נסיבות הזמן והמקום.

עבר פלילי והרשעה פלילית

57. צד כה הנחתו, כי מועמד הוא בעל עבר פלילי, שכן הוא הורשע בדינו וריצה את עונשו. זהו בוודאי המקרה הרגיל. עם זאת, אין לזהות עבר פלילי לעניין מינויו של אדם עם הרשעה פלילית. עניין לנו כאן בהחלטה מינהלית של הממשלה למנות את פלוני למשרה ציבורית, ואין לנו עניין בהחלטה להטיל על פלוני עונשים הקבועים בחוק. אין ענישה פלילית בטרם הרשעה פלילית. לא כן לעניין מינויו. כאן רלאוונטי הוא לבחון את מערכת הנתונים העובדתיים שהיו לנגד עיני הרשות המבחינה. אם ממערכת של נתונים אלה רשות סבירה הייתה יכולה להסיק את דבר ביצועה של עבירה פלילית – די בכך כדי לבסס "עבר פלילי" לצורך הכרעה בסבירות המינוי. אכן, לצורך סבירות החלטתה של הרשות השלטונית הממנה, הגורם המכריע הוא ביצועם של המעשים הפליליים, המיוחסים למועמד. הרשעה בפלילים מהווה כמובן "הוכחה" ראויה, אך תיתכנה דרכי הוכחה אחרות, כגון הודאה בפני רשות מוסמכת. בצדק ציין השופט ז"י כהן, כי:

"... הכלל האמור המעמיד אדם בחזקת זכאי וחף מפשע, באין ראיה לסתור, אינו קובע – ולא ידעתי גם כל כלל משפטי אחר הקובע – כי רשות מינהלית החייבת להסתכנע בעברו של אדם אינה מוסמכת לקבוע שיש לו עבר פלילי אם הורשע בדין.

.....

הנפסול את סירובו של הנציב למנות מועמד לעובד המדינה כשהסירוב מבוסס על ראיות המוכיחות באופן סביר את עברו הפלילי, מהטעם שראיות אלו לוקות בחסר פסק-דין מרשיע? נניח שהמבקש דנא חפץ להתקבל לשירות המדינה והנציב מסרב לקבלו מהנימוק האמור, האם היינו כיפים על הנציב לקבלו, ופוסלים את הסירוב מחמת העדר של הרשעה בדין?

.....

... אם נמסרה ההכרעה בענין עברו של אדם בידי רשות מינהלית שאינה מוסמכת להטביע עדים ולגבות ראיות כדרך שראיות נגבות בבית-המשפט, די לה לרשות המינהלית אם הכרעתה מבוססת על ראיות שיש בהן כדי לשכנע אדם סביר בעברו של המבקש, אפילו לא היו הראיות קבילות בבית-המשפט ואפילו היה משקלן חסר בהליך שיפוטי" (בג"צ 94/62 גולד נ' שר הפנים [53], בעמ' 1856-1857).

אכן, הכלל החל בענייננו הוא "כלל הראיה המינהלית". רשות שלטונית רשאית לבסס מימצא על ראיה, אם הראיה, בשים לב לנסיבותיה, הינה כזו, "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה" (הנשיא אגרונט בבג"צ 442/71 לוסקי נ' שר הפנים [54]. בעמ' 357). ניתן לבסס מימצא מינהלי על "חומר אשר ערכו הראיתי הוא כזה שאנשים סבירים היו רואים בו יסוד מספיק למסקנה בדבר אופיים ועיסוקם של הנוגעים בדבר..." (הנשיא שמגר בע"ב 2/84. 3 ניימן נ' י"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה [55], בעמ' 249).



## עבר פלילי וחנינה

58. כיצד משפיע מתן חנינה על-ידי נשיא המדינה על מינויו של מועמד שעבר עבירה (בין שהורשע בדינו ובין שלא הורשע בדינו)? שאלה זו מעוררת בעיות קשות. "מוסד" החנינה הוא מוסד סבוך, והשלכותיו טרם נבחנו במלוא היקפם בפסיקתו של בית-משפט זה. לעניין העתירה שלפנינו אין לנו צורך לבחון סוגיה זו לעומקה. הטעם לכך הוא, שתהא השפעתה הכללית של החנינה אשר תהא, אין בכוחה למנוע מהמשלה, העושה מינוי על-פי דין, מלהתחשב בעברו הפלילי של הנחון, לעניין אותו מינוי. דבר זה מתבקש במישרין מהוראות חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים. על-פי חוק זה, משנתן הנשיא חנינה למי שהורשע בדינו, דינה של החנינה כדין הרשעה שנמחקה (סעיף 16(ג)). משנמחקה הרשעה, אין למסור מידע עליה אלא למספר מצומצם של גופים (סעיף 16(א)). אחד מאותם גופים הינו "המשלה" – לענין מינוי בעלי תפקידים שמינוים מוטל עליהם... (תוספת ראשונה, סעיף 16(ג)). נמצא, כי אף לאחר מחיקת הרשעה רשאית המשלה לקבל מידע על דבר העבר הפלילי לעניין מינוי על-פי דין הנעשה על-ידיה. קבלת המידע אינה נעשית לשמה, אלא כדי שיילקחו בחשבון שיקוליה של המשלה לעניין עשיית המינוי. בדברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים נאמר בעמ' 217:

"...נקבעו בהצעה מגבלות אחדות על זכותו של העבריין שלא יזכרו חטאיו – בשל חומרת העבירה, בשל משרה שנושאה צריך לשמש דוגמה אישית לציבור, או בשל תפקיד שבו נדרש אמון ממלא התפקיד והאמון הדרוש נפגע כתוצאה מהעבירה".

מסקנה זו עולה גם מפסיקתו של בית-משפט זה. בהתייחסו לדיבור "בעל עבר פלילי" בחוק השבות, תש"י-1950, ציין השופט זוסמן:

"מדינת ישראל קמה, כמו שנאמר במגילת העצמאות, כדי שתהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות. היא לא קמה כדי לשמש אבן שואבת ולהקים קיבוץ של אלה שעברו על חוקיהן של ארצות מושבן, וחפצים משום כך להימלט מאימת הדין, אפילו הם יהודים. ומה נשתנה, לענין העליה לישראל והישיבה בה, אדם שעבר עבירה והורשע עליה מאדם שעבר עבירה ולא הורשע עליה, למשל משום שהמעשה התיישן או שיצא במקום ביצועו חוק חנינה, או שההליך המשפטי נגדו נסתיים, או לא נפתח מטעם אחר כיוצא באלה שאין בו כדי לנקות אותו מעברו?" (בג"צ 94/62 [53] ה"ל, בעמ' 1855).

אכן, בעניין זה, כבעניינים אחרים, קובעת התכלית העומדת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. כאשר ההסדר הנורמטיבי עניינו מינוי על-ידי משלה למשרה שלטונית, אין בחנינה כדי למנוע מהמשלה, מהרשות ומהחובה להתחשב במעשים נושא החנינה. הצורך להבטיח את אמון הציבור בשלטון גובר על הצורך למרק את העבר הפלילי של המועמד. והוגם הדין על-פי המשפט המשווה (ראה; [67] 60 [1976] *State ex rel. Wier v. Peterson*; [59] 59 [1975] *May v. Edwards*).

*C. J. S., supra*, at 268; G. L. Hall, "Pardon as Restoring Public Office or License or Eligibility Therefor" 58 A. L. R. 3d (1974) 1191.

א

מן הכלל אל הפרט

59. המשיב עבר מספר עבירות. הוא מסר עדות שקר לבית-משפט (בפרשת נא99). הוא סיבס הליכי משפט (בפרשת "קו 300"). אלה הן עבירות חמורות ביותר בנסיבותיהן. חומרה יתרה יש בהתנהגות המשיב בפרשת "קו 300" ובמשקל המצטבר ממכלול התנהגותו. כל אלה מסיבסים את עשיית משפט צדק ובכך פוגעים באושיות החברה והשיטה. הם פוגעים באמון הציבור במערכת המשפט ובמערכת אכיפת ההוק. ראוי הוא לחזור על דבריו של הנשיא שחנר, אשר אפיין את התנהגותם של החוקרים בפרשת נא99 (אשר בראשם עמד המשיב):

ב

"מעשים אלה נושאים בחובם פגיעה מרחיקת לכת באמינותם של שליחיה של הזרוע המבצעת האמורה. ניטלה בכך מבית הדין היכולת להכריע בענייניו של המערער על יסוד נתוני אמת, ונפגמו מעמדו וכוחו של בית הדין, אשר הולך שולל על-ידי דבריהם של החוקרים.

ג

המעשה החמור... מחייב נקיטתם של צעדים החלטיים כדי לשרש תופעה זו..." (ע"פ 124/87 [20], בעמ' 636).

ד

ובהקשרה של אותה פרשה עצמה ציינה ועדת לנדוי:

"פרשה זו יש בה כדי להבהיל ולהרתיע, לא רק בשל עיוות-דינו של נפשו עצמו, אלא לא פחות בגלל קלקול המידות שבמתן עדות שקר, אשר נתגלה בה לעין הטובש ושיש עתה לעקרו מן השורש" (שם, בעמ' 9).

ה

הוא הדין באשר לפרשת "קו 300". ועדה לנדוי הצביעה על החומרה המיוחדת של פרשה זו בכלל, ועל התנהגותו של המשיב ("הסוס הטרויאני"), אשר אופיינה כ"מעשה חמור מאין כמוהו" (שם, בעמ' 30). ועדת לנדוי הדגישה, וחזרה והדגישה, את הצורך לשמור בפני פגיעה במדינה כמדינת חוק, המושתתת על יסודות של מוסר – פגיעה אשר "עלולה להתנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים" (שם, בעמ' 71).

ו

60. מינויו של המשיב למשרה של מנהל כללי של משרד משלתי פוגע קשות בשירות הציבורי. קרוב לוודאי שהוא ישפיע לרעה על תפקודו של השירות. אך מעל לכול, הוא פוגע עמוקות באמון הציבור ברשות הציבורית ובשירות הציבורי. עבריון שהעיד לשקר ושיבס הליכי משפט ובמעשיו אלה פגע בחופש הפרט – כיצד זה יוכל להנהיג משרד משלתי? מהי הדגישה האישית שהוא עשוי לתת לכפופים לו? אילו דרישות של הגינות וטוהר מידות הוא עשוי להעמיד בפניהם? עבריון שהעיד לשקר ושיבס הליכי משפט ופגע בחירות הפרט – כיצד זה יוכל לעיים את אמון הציבור הרחב בהגינותם, יושרם וממלכתיותם של עובדי הציבור? מה הדוגמה

ז

השופט א' ברק

א  
ב  
ג

שהשירות הציבורי מציב לכל פרט כאשר אדם זה הוא מראשי השירות הציבורי? הניתן לקיים יחס של אמון בין האזרח לבין השלטון כאשר השלטון מדבר אל האזרח באמצעות המשיב? מהו המסר החברתי והמוסרי שהשלטון מעביר בכך לאזרח, ושהאזרח יעביר חזרה לשלטון? אכן, מי שבעברותיו פגע באושיות המבנה החברתי וכיכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה בשירות הציבור הינו פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני. זאת ועוד: מאז פרשת נאפסו חלפו שתיים-עשרה שנים. מאז פרשת "קו 300" חלפו כ-11 שנים. הפצע טרם הגליד. האירועים חיים בתודעה הלאומית. השיקולים בדבר שיקום העברייני – החלים בדרך כלל במינויו של בעל עבר פלילי למשרה ציבורית – אינם בעלי משקל ניכר. המשיב השתקם עוד בטרם מונה לשירות הציבורי. המשרה לה מונה המשיב היא רמה, ושיקולי השיקום בגינה הם בעלי משקל פחות. עם כל כישוריו של המשיב – ועליהם לא חלק איש – לא נטען לפנינו, כי הוא יחיד סגולה במילוי משרת המנהל הכללי, באופן שבלעדיו אין. על רקע זה ניצבת בכל תומרתה השאלה באשר למשקל שיש ליתן להשפעת עברו הפלילי של המשיב על השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו.

ד  
ה  
ו  
ז

61. בטיעוניהם לפנינו העלו בא-כוח המשיב ובא-כוח המשיבים שלושה טיעונים עיקריים, אשר לדעתם יש בהם כדי להצדיק את מינויו של המשיב. הטיעון הראשון הינו, כי את עבירותיו ביצע המשיב שלא למען בצע כסף ושלא לשם קידום ענייניו הוא, אלא למען ביטחון המדינה. אכן, לא למען עצמו פעל המשיב אלא למען הכלל. המניע שלו לא היה אישי. הוא ראה לנגד עיניו את צורכי המדינה וביטחונה. ראייתו הייתה מוטעית ומזיקה, אך אין להתעלם מכך שלא לביתו עשה אלא לביטחון ביתם של תושבי המדינה עשה. שיקול זה יש להתחשב בו. אין הוא עניין של מה בכך. מבחינתם של יסודות העבירה אין הוא לרוב רלוואנטי. אך מבחינתם של השיקולים העומדים ביסוד סבירותו של מינוי הוא רלוואנטי ביותר. עם זאת, אין בכוחו של שיקול זה – לא כשלעצמו ולא בהצטרפו לשיקולים האחרים – להכריע את הכף. בצדק ציינה ועדת לנדוי, כי עלינו לשמור מכל משמר על המדינה כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר. "כל פגיעה במושגי יסוד אלה אפילו כלפי מבקשי נפשה, עלולה להתנקם בנו בהשתתות המידות כלפי פנים" (שם, בעמ' 71). יהא המניע אשר יהא, אין בו כדי להצדיק מתן עדות שקר, שיבוש הליכי משפט ופגיעה בחירותו של הפרט. הביטחון יקר לנו, אך זהו ביטחון הפועל במסגרת החוק. כאשר שומרי הביטחון מפריים את החוק, נפגעים החוק והביטחון גם יחד. ביטחון ללא חוק הוא אנארכיה. באין חוק אין לביטחון תכלית. אלה הן מושכלות ראשונים. אלה הם דברים פשוטים ואלמנטאריים. זהו הא"ב של חיים לאומיים דמוקרטיים. עבירותיו של המשיב פגעו בכל אלה. העבירות אותן ביצע המשיב הן כה כבדות בנסיבותיהן האחרות, ופגיעתן במירקם החיים החברתיים היא כה קשה, עד כי אין במניע של המשיב לביצוע המעשים כדי להקנות במידה מספקת מהשפעתם הקשה על תפקידו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו.

ז

62. הטענה השנייה שהושמעה לפנינו – וזו באה מפיו של בא-כוח המשיב – הינה טענת הפליה. חבריו של המשיב, אשר חטאו כמוהו ואשר נשארנו בשירות, קודמו בתפקידיהם. עברם הפלילי לא עמד להם לרועץ. מדוע יוחל דין אחר על המשיב, אשר עזב את שירות הביטחון הכללי? את התשובה לטענה זו יש למצוא בדין וחשבון של ועדת לנדוי. ועדה זו המליצה שלא

להעמיד לדין (פלילי או משמעתי) את אנשי שירות הביטחון (לרבות המשיב), אשר במהלך תפקידם עברו עבירות שונות. הטעם העיקרי אשר עמד ביסוד המלצה זו היה הצורך למנוע "זעזוע עמוק בשורות החוקרים, ומעבר לזה בשירות כולו, ולהסב נזק חמור ליכולת השירות לתפקד ביעילות לשם סיכול מעשי פח"ע" (שם, בעמ' 82). הוועדה הדגישה, כי לא יכולנו להסתלים עם המחשבה שאם נמליץ על תגובה שיש עימה משום "יקוב הדין את ההר", היא עלולה לשתק את עבודת החקירות של השירות, וקרוב לוודאי הוא שיפלו קורבנות שווא בפעילות טרור שהשירות מסוגל לסכלן" (שם, בעמ' 83). הוועדה ציינה, כי לדעתה ניהול משפטים (פליליים או משמעתיים) כנגד אנשי השירות שחטאו יגרום "נזק לציבור, בהחלשת ההגנה עליו בפני מעשי טרור, עקב פגיעה בתיפקודו של השירות לשם סיכול מעשים כאלה" (שם, בעמ' 85). הנה כי כן, אילו המשיך המשיב את פעילותו בשירות, לא היה נגרע חלקו. הטעם לכך אינו נעוץ במשיב אלא בשירות, אשר תפקידו הראוי היא אינטרס של כלל המדינה. אך משעזב המשיב את השירות, טוב אין טעם זה עומד לו. עתה עומד הוא על רגליו הוא. ההשוואה הראויה שוב אינה בינו לבין חבריו בשירות המתקדמים בדרגה. אין מפלים אותו כלפיהם, שכן אין הם שווים בתכונותיהם הרלוואנטיות. ההשוואה הראויה הינה בינו לבין כל מועמד אחר בעל עבר פלילי דומה. מינויו של המשיב למשרת מנהל כללי היה בו מעשה הפליה כלפי כל אותם מועמדים רבים הנדחים עליידי נציבות שירות המדינה בשל עברם הפלילי.

63. הטענה השלישית אשר הועלתה לפנינו קשורה לחנינה שקיבל המשיב מנשיא המדינה. חנינה זו, כך טען באיכות המשיב, מוחקת את עברו הפלילי, ושוב אין לקחתו בחשבון לעניין מינויו. זאת ועוד: בשל חנינה לא הועמד המשיב לדין פלילי, ואחריותו הפלילית לא נקבעה עליידי בית המשפט. עלייכן יש לצאת מתוך ההנחה, כי הוא חף מכל פשע. גם נסיבות ביצוע עבירותיו של המשיב לא הוכרעו שיפוטית, ויש, עלייכן, להניח הנחות לטובתו. כפי שראינו, הממשלה רשאית להתחשב בעברו הפלילי של מועמד אם עבר פלילי זה מוכח לפנינו עלייפי "כללי הראיה המינהלית". בעניין שלפנינו הוכחה כזו קיימת. אמח, המשיב לא הורשע בדניו, אך קיימות ראיות שרשות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן מימצא. אכן, המשיב לא חלק בעיקר על העובדות ולא העמיד את מעורבותו במעשים הפליליים במחלוקת. זאת ועוד: על עברו הפלילי של המשיב ניתן היה ללמוד מפסק הדין בפרשת נאפטו ומהחומר הרב שהצטבר בעניין פרשת "קו 300". לרבות פנייתו של המשיב לנשיא המדינה בבקשת חנינה, אשר במסגרתו יש הודאה בעובדות המקיימות את העבירות אשר בגינתן ניהן עליידי הנשיא. חנינת הנשיא אין בה כדי למנוע מהממשלה להתחשב בעבר הפלילי, מה גם שחנינה זו אינה חלה על פרשת נאפטו. יחד עם זאת, ראוי לה לממשלה להתחשב בעצם העובדה שנשיא המדינה, העומד "בראש המדינה" (חוקי-קוד: נשיא המדינה, סעיף 1) מצא לנכון להעניק חנינה למשיב. גם שיקוליו של הנשיא ראויים הם להתחשבות, עד כמה שיש בהם נגיעה לעניינו של המשיב. הנשיא ביסס את החלטתו על הצורך "למנוע פגיעה קשה נוספת בשורות הבטחון הכללי" (מצוטט בפרשת בודילי [21], בעמ' 517). החלטתו ניתנה –

"מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחוננו

השופט א' ברק

ולהציל את שרות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה... הציבור בישראל איננו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים אנשי שרות הבטחון הכללי. וכמה נפשות בישראל ניצלו בזכותם" (שם).

א

את החלטתו סיים הנשיא בציינו, כי -

"כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייבב לצידם של אנשי השב"כ, ביודעי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום יום ושעה שעה ולמנוע פגיעה מוראלית בקהילת המודיעין ובמערך האבטחה והלחימה בטרור.

ב

בתנאים המיוחדים של מדינת ישראל אין אנו רשאים ואין אנו יכולים להרשות לעצמנו שום רפיון ושום פגיעה במערכת הבטחון ובאנשים הטובים העומדים על משמר העם" (שם, בעמ' 517-518).

הנמקה זו מתרכזת בעיקרה בשירות הביטחון ובצורך להבטיח את המשך פעילותו התקינה. אין להנמקה זו השפעה של ממש על מינויו של מי שקיבל חנינה לתפקיד ציבורי בכיר מחוץ לשירות הביטחון עצמו. על כל פנים, משקלו של שיקול שכזה אינו שקול כנגד הפגיעה בשירות הציבורי ובאמון שהציבור רוחש לו אם המינוי יתבצע.

ג

שיקול־דעת הממשלה והביקורת השיפוטית

ד

64. מינויו של המשיב למנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון הוא בגדר סמכותה של הממשלה. בהיעדר הוראת דין השוללת את כשרותו של המשיב, הריהו כשיר להתמנות למשרה הרמה. הממשלה שקלה את כל השיקולים הרלוואנטיים. לא נטען לפנינו ולא מצאנו כל שיקול שאינו רלוואנטי. עם זאת, החלטת הממשלה פסולה היא. היא בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני. הממשלה לא איזנה כראוי בין השיקולים הרלוואנטיים השונים. היא לא נתנה את המשקל הראוי לנזק שייגרם לשירות הציבורי ממינויו של המשיב. היא לא איזנה כראוי בין השיקולים התומכים במינוי המשיב (ובעיקר, כישרונותיו ויכולתו) לבין השיקולים השוללים מינוי זה (ובעיקר הפגיעה של אמון הציבור ברשות השלטונית).

ה

65. נטען לפנינו, כי משהחליטה במינוי הממשלה, אין מקום להתערבות שיפוטית. הממשלה איזנה בין השיקולים השונים, ומשהחליטה כי באיזון הכולל יש מקום למנות את המשיב, אל לו לבית המשפט להחליף את שיקול־דעת הממשלה בשיקול־דעתו שלו. אכן, אילו נפל האיזון שערכה הממשלה בגדר מיתחם הסבירות, לא היה מקום להתערבותנו. המקרה שלפנינו נופל לגדרם של אותם מקרים בהם החלטת הרשות השלטונית חורגת באופן קיצוני ומהותי ממיתחם הסבירות. במקרים אלה אין בית־משפט בן־חורין שלא לבטל את החלטת הרשות המינהלית (ראה בג"צ 31/81 חושב בית־עובר חושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' המפקח על התעבורה ואח' [56], בעמ' 354). במצבים אלה השאלה אינה, אם החלטת הרשות השלטונית נבונה היא אם לא, אלא אם החלטת הרשות השלטונית תוקית היא אם לא.

ו

ז

השופט א' ברק

א  
 ב  
 ג  
 ד  
 ה  
 ו  
 ז

ביטחונם למסלול, כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממיחוס הסבירות ונגועה באי-חוקיות, אין מניס בהכרזה על בטלותה. מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 להיקיפוד: הממשלה), אין בכוחו להעניק לה כוחות שהחוק אינו מעניק לה. כל רשות שלטונית עלולה לקבל החלטה בלתי סבירה, שתבוטל על-ידי בית-משפט, והממשלה אינה חריג לכלל זה (ראו: ע"א 492/73 שפייר ואח' נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט ואח' וערעור שכנגד [67], בעמ' 26; כנ"צ 5684/91 ברזילי נ' ממשלת ישראל ואח' [68]). אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המבדדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמאלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול בתוך היסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הכמכת השלטון להפעיל שיקול-דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים (ראו פרישת ברזילי [21], בעמ' 62).

התוצאה היא, כי אני עושים הצו-על-תנאי למוחלט במובן זה שמינויו של המשיב כמנהל כללי של בשרה הבינוי והשיכון מתבטל מהיום. המדינה תישא בהוצאות העותרים בסכום כולל של 7,500 ש"ח לכל עותר.

השופט א' גולדברג: אני מסכים.

השופט א' מצא: אני מסכים.

היהלש כאמיר בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, א' בניסן תשנ"ג (23.3.93).