

בג"צ 6163/92 - יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון  
פסילת מינויו של יוסף גינוסר כמנכ"ל משרד הבינוי והשיכון

לתקציר - מאגר סביר

בג"צ 6163/92

בג"צ 6177/92

1. יואל אייזנברג בג"צ 6163/92
2. עו"ד אברהם אורן בג"צ 6177/92

נגד

1. שר הבינוי והשיכון
  2. ועדת המינויים שליד נציבות שירות המדינה
  3. נציב שירות המדינה
  4. ממשלת ישראל
  5. ראש הממשלה
  6. יוסף גינוסר
  7. טארק עבד אל חי, ראש עיריית טירה
  8. זיידאן מוחמד
- ראש המועצה המקומית כפר מנדא

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[16.2.93, 23.3.93]

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

התנגדות למתן צו על-תנאי

- עו"ד א. בן-טובים - בשם עותר מס' 1  
עו"ד ש. ברוך - בשם עותר מס' 2  
עו"ד א. מנדל - בשם משיבים 1-5  
עו"ד א. זכרוני - בשם משיב מס' 6  
עו"ד ד. כהן - בשם משיבים 7,8

## פ ס ק - ד י ן

השופט א. ברק

הממשלה מינתה את יוסף גנוסר למנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון. גנוסר היה מעורב בפרשת "קו 300". כחבר ועדת זורע פעל להעלמת חלקם של אנשי שירות הבטחון הכללי בפרשה. על חלקו בפרשה זו קיבל חנינה מנשיא המדינה, ולא הועמד לדין. כן היה גנוסר מעורב בפרשת נאפסו. הוא היה ראש צוות החקירה. החוקרים נקטו כלפי נאפסו באמצעי חקירה פסולים, והעידו שקר בפני בית-המשפט הצבאי המיוחד שהרשיע את נאפסו. 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 בנשוא 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 בנשוא העתירה, היא בית הדין האזורי לעבודה ולא בית-המשפט הגבוה לצדק. עלינו לבחון, אפוא, תחילה טענה זו. הטענה נסמכת על הוראת סעיף 24(א)(1) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, כפי שנקבעה בחוק בית הדין לעבודה (תיקון מס' 18), התש"ן-1990. וזו לשון ההוראה:

"(א) לבית-דין אזורי תהא סמכות ייחודית לדון (1א) 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", ועל כן 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 וממשלת ישראל - להלן, המשיבים). לדעת בא-כוח העותרים, מטרתה של ההוראה החדשה בדבר הסמכות, להעניק לבית הדין לעבודה סמכות שהיתה נתונה בעבר לבית-המשפט האזורי (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 בהן קשורות בקשר הדוק עם דיני העבודה. בענייננו, המהות אותה מתבקש בית-המשפט לבחון היא הפעלת סמכות שלטונית.

התוצאה של יצירת יחסי עבודה היא שולית. על כן הסמכות לדון בעתירה שלפנינו - בין סמכות ייחודית ובין סמכות מקבילה - נתונה לבית-המשפט הגבוה לצדק.

2. סעיף 24(א)(1) 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 שיחסי העבודה נסתיימו. 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 נשוא העתירה. עם מינויו של המשיב על-ידי הממשלה, הוא נתקבל לעבודה. נוצרו בינו לבין המדינה - בעקבות פעולת הממשלה כאורגן מוסמך - יחסי עובד-מעביד. אין שוני מהותי, במישור הפורמלי, בין קבלתו של המשיב לעבודה לבין קבלתם לעבודה של מועמדים אחרים לשירות המדינה. אמת, עובדים אחרים עוברים לעתים תהליך של מכרז (סעיף 19 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959) (להלן - חוק המינויים), והאורגן הפועל מטעם המדינה אינו הממשלה. עם זאת, בסוף התהליך - ותהא 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 (תאגידים ובני אדם). בכל המצבים כולם מצוי מועמד אשר נתקבל (או לא נתקבל) לעבודה, ותובענה שעילתה בפגמים שנפלו בקבלת אדם לעבודה או באי-קבלתו מתבררת בבית הדין לעבודה. עם הרחבת סמכותו של בית הדין לעבודה חלה במקביל הצרה בסמכותו של בית-המשפט המחוזי.

סמכותו של זה היא שיוirית ("כל עניין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר": סעיף 40 [לחוק בתי-המשפט](#) [נוסח משולב] תשמ"ד-1984).

משהוענקה סמכות ייחודית לבית הדין לעבודה לדון בתובענה שעילתה בקבלת אדם לעבודה, ממילא נגרעה במקביל סמכותו של בית-המשפט המחוזי (להבדיל מסמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק).

3. שאלת המפתח 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 צומצמה סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק? אכן, אילו בית-המשפט הגבוה לצדק היה אף הוא, בית-משפט בעל סמכות שיוirית, כי אז דינו היה - לעניין צמצום הסמכות - כדין בית-המשפט המחוזי. דא עקא, שבעניינים הנתונים לסמכותו, בית-המשפט הגבוה לצדק אינו בעל סמכות שיוirית. 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 משולש: ראשית, תכליתה של החקיקה לא היתה לפגוע בסמכות השיפוט של בית-המשפט הגבוה לצדק. המטרה היתה להרחיב את סמכות השיפוט של בית הדין לעבודה ולגרוע סמכות זו מבתי-המשפט האזרחיים (ראה הצעת [חוק בית הדין לעבודה](#) (תיקון מס' 16), התשמ"ח-1988 (ה"ח 1902, התשמ"ח, עמ' 283, 284). שנית, חזקה היא כי אין שוללים את סמכות השיפוט של בית-המשפט הגבוה לצדק, אלא בלשון ברורה, שאינה משתמעת לשתי פנים (בג"צ 964/77 ליאור משה נ. המוסד לביטוח לאומי, פ"ד לד (1) 678, 687; [בג"צ 294/89](#) המוסד לביטוח לאומי נ. ועדת העררים לפי [חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה](#), תש"ל-1970 (פ"ד מה (5) 445). חזקה זו היא "חזקה" במיוחד כאשר הסמכות ניטלת ממערכת בתי-המשפט ומוענקת לגוף שאינו שיפוטי. חזקה זו היא "חלשה" יותר, כאשר השינוי הוא במסגרת סמכויות השיפוט של בתי-המשפט הרגילים, בינם לבין עצמם. חזקה 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, פ"ד כט (1) 449, 453). בצדק ציין השופט ברנזון כי:

"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](#) אלכורדי נ. בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו (2) 66, 72).

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 היתה סמכות שיפוט בעניין ובלבד שמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

עמד על כך השופט ברנזון, ביחס לבית הדין לעבודה בצינו:

"בשבתנו כבית-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, פ"ד כח (1) 785, 788).

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.

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](#) גנאום נ. מואסי, פ"ד לה(2) 29). בפסקי-דין אלה הועמדה השאלה האם סמכות השיפוט הייחודית נתונה לבית-המשפט הגבוה לצדק או לבית הדין לעבודה (ראה, למשל, [בג"צ 221/69](#) פלוני נ. שר הבטחון, פ"ד כד(1) 365; [בג"צ 7/70](#) אגאי נ. שר החקלאות, פ"ד כד(1) 127; [בג"צ 344/69](#) כדורי נ. המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד כג(2) 620). 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 מסויימים תהא סמכות השיפוט הן לבית-המשפט הגבוה לצדק והן לבית-משפט או בית דין אחר (ראה [בג"צ 991/91](#) פסטרנק בע"מ נ. שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50). נקודת מבט זו יוצרת את האיזון הראוי בין השיקולים השונים אשר נדונו בפסיקה עניפה, באשר ליחסי הגומלין בין בית-המשפט הגבוה לצדק לבין בתי-המשפט ובתי הדין האחרים במדינה. ודוק: פסק-דין זה מובל הוא אך לפרשנותו של סעיף 24(א1) לחוק בתי הדין לעבודה, ואין אנו נוקטים כל עמדה באשר לסמכויות שיפוט המעוגנות בהוראות אחרות של [חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969](#).

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, נתונה סמכות השיפוט באשר לחוקיות ההחלטה גם לבית-המשפט הגבוה לצדק (השווה [בג"צ 40/74](#) הנ"ל; וכן [בג"צ 209/68](#) שמחי נ. נציב שירות המדינה, פ"ד כב(2) 673). 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" (בלשונו של השופט זוסמן [בכ"צ 10/59](#) לוי נ. בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד יז 1182, 1194). על-פי שיקול דעתנו זה ("סמכות שבשיקול דעת": [בג"צ 453/84](#) איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ. שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617), איננו דנים בעתירה כל עוד עומד לעותר סעד חילופי (ראה [ע"א 436/62](#) עירית רמת-גן נ. תיק, פ"ד יז 1262, 1266). על כן הפנינו עותרים המלינים על החלטות פסולות של רשויות שלטון בגדר הליכי מכרז, לבית-המשפט האזרחי, שכן שם ימצא, בדרך כלל, סעד חילופי ([בג"צ 991/91](#) הנ"ל). ודוק: "שאלת הסעד החילופי אינה מעוררת שאלה של סמכות. היא מעוררת שאלה של שיקול-דעת שיפוטי, מקום שקיים סעד חילופי עשוי בית-המשפט הגבוה לצדק לעשות שימוש בשיקול-דעתו ולהימנע מהיזקקות לעתירה" ([בג"צ 991/91](#) הנ"ל, בעמ' 60).

6. כיצד נפעיל את שיקול דעתנו בעניין זה? כבפרשות דומות, יהא עלינו לאזן בין השיקולים הנוגדים. כעקרון, מן הראוי הוא שסכסוכים שעילתם בקבלת אדם לעבודה - כמו גם שאר העניינים הנדונים בסעיף 24(א1) [לחוק בית הדין לעבודה](#) - יתבררו בבית הדין לעבודה. לו הכלים הראויים להכרעה בסכסוך. הוא יעשה כן על יסוד דיני העבודה מזה והלכות המשפט המינהלי מזה. אכן, בדונו בתובענה שעילתה קבלת אדם לעבודה, המבוססת על החלטה של רשות שלטונית, יבחן בית הדין לעבודה את חוקיות פעולתה של הרשות השלטונית על-פי אותן אמות המידה שבית-המשפט הגבוה לצדק היה נוקט בהן אילו הוא היה דן בעניין. זוהי אותה "דואליות נורמטיבית" המאפיינת את דיוניה של כל ערכאה שיפוטית במדינה בעניין בעל היבט שלטוני (ראה [בג"צ 341/80](#) דוויק נ. מנהל שירותי הדואר (מחוז ירושלים), פ"ד לה(2) 197; [בג"צ 840/79](#) מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ. ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; [בג"צ 688/81](#) מיגדה בע"מ נ. שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85). יחד עם זאת, נהיה מוכנים תמיד להפעיל את סמכותנו במקרים חריגים שיצידיקו זאת.

בסוגייה דומה קבענו את אמת המידה הבאה להפעלת שיקול דעתנו:

"המקרה 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 שבעובדה 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 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 חזקים לבין האזרח ורצוי שיידונו בפני ערכאה הנראית בעיני הציבור והממשל כסמכות השיפוטית העליונה" (בג"צ 991/91 הנ"ל, בעמ' 64).

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

7. על רקע אמות מידה אלה, נראה לנו כי מן הראוי הוא שהעתירות שלפנינו, יתבררו בפנינו, 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 בסוגייה מהותית ומרכזית אשר לה השפעות עמוקות על שלטון החוק (הפורמלי והמהותי) ועל אופן הציבור בפעולתן של רשויות השלטון בכלל ושל אורגן הביצוע העליון במדינה (הממשלה) בפרט. מטעמים אלה החלטנו לדון בעתירות לגופן.

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 ימשיך ידו מהעתירה ויפנה אותה לבית הדין לעבודה. בעניין שלפנינו, מן הראוי הוא - על-פי הטעמים שנתנו - כי נבחן 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 במינויו של המשיב (>enter) המסגרת הנורמטיבית הכללית: סמכות המינוי והליכיה

9. חוק המינויים דן בסמכות הממשלה למנות מנהלים כלליים למשרדי הממשלה. חוק שירות המדינה 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:

"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".

בתוקף סמכותה לפי סעיף 12 לחוק המינויים קבעה הממשלה תנאים למינוי מנהלים כלליים. תנאים 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 של שלושה, והם: נציב שירות המדינה שישמש יושב ראש, ושני חברים שיוזמנו על-ידי, לכל מקרה לפי תור מתוך רשימת החמישה, שתהיה לפי סדר אלףבית 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.

השתלשלות העניינים בסמוך למינוי ולאחריו

10. שר הבינוי והשיכון (המשיב מס' 1) העלה בפני 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 מנדלבוים ועו"ד מ. וגנר. הוועדה ראינה את המועמד. היא בחנה את כישוריו המקצועיים ואת נסיונו האישי. בפני ועדת המינויים לא הוצגה ולא נדונה מעורבותו של המשיב, כחבר ועדת זורע, בפרשת "קו 300". כן לא הוצגה ולא נדונה בפני ועדת המינויים מעורבותו של המשיב בפרשת נאפסו. ממילא לא נשאלו כל שאלות בעניינים אלה בפני ועדת המינויים.

בסיום דיוניה, המליצה ועדת המינויים, פה אחד, למנות את המשיב לתפקיד המוצע.

11. בשלב 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 בפני ההרכב. עם תחילת הדיון בצו הביניים בפני ההרכב חזר בא-כוח העותר על בקשתו, כי יינתן צו ביניים, על מנת לעצור את גלגלי המינוי. לעומתו טענה באת-כוח 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:

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

הדיון בהוצאת צו על-תנאי נדחה למועד אחר, לאחר קבלת החלטת הממשלה.

ביני לביני הוגשה עתירה נוספת, בעלת תוכן זהה (בג"צ 6179/92).

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 בפנינו (ליום 31.1.93).

13. עם פתיחת הדיון בשאלת 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 סרבו להצעה. קבענו המשך הדיון בצו על-תנאי לתאריך סמוך (ה-2.2.93).

14. ביום 2.2.93 קיימנו דיון בהוצאת הצו על-תנאי. שמענו טיעוני הצדדים באשר לסמכות בית-המשפט הגבוה לצדק, ולגוף העניין. החלטנו בו במקום ליתן צו על-תנאי כמבוקש. קצבנו שבעה ימים לתשובה. 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.

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 בפני ועדת מינויים כדי שתחווה דעתה על המועמד, לאחר שתתייחס לכל ההיבטים הרלבנטיים 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 ונסיונו למלא התפקיד. הוצג בפניה, על-ידי היועץ המשפטי של משרד ראש הממשלה, חומר עובדתי ומשפטי, המתייחס לשירותו של המשיב בשירות הבטחון הכללי, והוצגו למועמד שאלות בקשר לעניין זה. הוועדה שמעה טיעון מבא-כוחו של המשיב. לאחר בדיקת ההיבטים השונים, הגיעה הוועדה, פה אחד, להחלטה להמליץ בפני הממשלה על מינויו של המועמד. עמדת הוועדה הוצגה בפני הממשלה, והיא חזרה על החלטתה למנות את המשיב.

16. ההחלטה החדשה של ועדת המינויים מייתרת את ההכרח להכריע בתקינותו של הדיון המקורי בפני ועדת המינויים ובהשפעת חוסר תקינותו על תוקף החלטת הממשלה. עם זאת, לאור עמדתם הערכית של המשיבים, כי אף אם נפל פגם בהחלטתה של ועדת המינויים, אין בכך כדי לפגום בהחלטת הממשלה, מן הראוי שננקוט עמדה בעניין זה. נקודת המוצא הינה, כי ועדת המינויים לא הוקמה בחוק שירות המדינה. עם זאת, היא הוקמה מכוח החלטת ממשלה, הפועלת על-פי סעיף 12 לחוק המינויים. הממשלה רשאית, כמובן, אם היא סבורה שההסדר בעניין ועדת המינויים דורש תיקון, לשנות מהחלטתה בלא כל צורך לשנות את החוק.

עם זאת, כל עוד לא החליטה 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 לגיבוש 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 653/79 עזריאל נ. מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה(2) 96, 85). חוות דעתה של ועדת המינויים היא גורם חשוב בתהליך קבלת ההחלטות בממשלה. אין זה "מהלך פורמלי" גרידא. בצדק ציין חברי השופט מצא, כי:

"אין די בהתייעצות המקויימת, מצוות אנשים מלומדה, רק לשם יציאת ידי החובה הפורמלית של החוק המחייב את קיומה. 'התייעצות' שהיא בבחינת קליפה ריקה מתוכן איננה מוציאה את הרשות המחוייבת בקיומה ידי חובתה" (ע"פ 22/89 עזבה נ. מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 592, 597).

מכאן גם החשיבות שבקיום דיון תקין בוועדת המינויים, אשר על חוות דעתה סומכת הממשלה. ייתכן ובעקבות דיון תקין - אשר במהלכו היתה נפרשת התמונה כולה בפני ועדת המינויים הראשונה - חוות דעתה היתה שונה. חוות דעת שונה של ועדת המינויים עשויה היתה להביא להחלטה שונה בממשלה. אכן, הדיון שהתקיים בפני ועדת המינויים הראשונה לא היה תקין. לא נפרשה בפניה התמונה כולה. המערכת העובדתית שהוצגה בפניה היתה חלקית. המלצתה התרכזת בכישוריו של המשיב, ולא התחשבה כלל בחלקו בפרשת קו 300 ובפרשת נאפסו. בנסיבות אלה, אילו עמדה על מכונה החלטה זו, והחלטת הממשלה אשר באה בעקבותיה, לא היה מנוס מביטול ההמלצה (של ועדת המינויים) וההחלטה (של הממשלה). אך, כאמור, הפגם תוקן. ועדת מינויים חדשה דנה מחדש בעניין. חוות דעתה נבחנה מחדש על-ידי הממשלה. עתה עלינו לבחון חוקיות החלטתה של הממשלה עצמה. המשיב ופרשת נאפסו

17. נאפסו היה קצין צה"ל בדרגת סגן. הוא נעצר (ב-1980) בגין חשדות לבגידה, ריגול חמור, עזרה לאוייב וסיוע לאוייב במלחמה. הוא נחקר על-ידי צוות של שירות הבטחון הכללי. בראש הצוות עמד המשיב.

בסיום החקירה מסר הודאה בכתב יד. על בסיס הודאה זו, בצרף "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 בפני בית הדין הצבאי המיוחד, כי ההודאה ניתנה מרצון טוב וחופשי, בלא שהופעל כל אמצעי לחץ. ערעורו לבית הדין הצבאי לערעורים נדחה.

ערעור ברשות נשמע בפני בית המשפט העליון (ע"פ 124/87 נאפסו נ.

התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631). עם פתיחת הדיון בערעור הודיע הפרקליט הצבאי הראשי כי לקראת שמיעת הערעור נערכה בשירות הבטחון הכללי בדיקה של הטענות אותן העלה נאפסו במשפטו בדבר אמצעים פסולים שננקטו 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 ננקטו 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 בחצרו של מיתקן הכליאה במשך שעות רבות, גם כאשר לא נחקר. כן הושמעו כלפיו איומים בקשר למעצרו של אמו ואשתו ובקשר לפרסום שיינתן למידע אישי אשר בידי חוקריו בקשר אליו. לפי הודעת הפרקליט הצבאי, פרט לטענה כי לא ניתנו מכות או סטירות, אושרה אמיתותן של רוב הטענות של נאפסו בעניין דרך החקירה. לאור ממצאים 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, התשט"ו-1955).

בית-המשפט העליון קיבל את הערעור, ביטל את ההרשעה בדיון 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 רב-סמל.

18. בפסק-דינו ציין הנשיא שמגר, כי "נתברר לנו מדברי בא-כוחה המלומד של המדינה, כי חוקרי שירות הבטחון הכללי חרגו, 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, עמ' 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 במימצאיו ובמסקנותיו על הודאות אשר לגביהן נמסרו לבית הדין עובדות לא נכונות בקשר לאופן גבייתן, מחייב נקיטתם של צעדים החלטיים כדי לשרש תופעה כגון זו, ואנו מפנים לכך תשומת לבו של היועץ המשפטי לממשלה" (עמ' 636).

19. בעקבות פרשת נאפסו החליטה הממשלה (ביום 31.5.87) "כי עניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת הוא נושא בעל חשיבות ציבורית חיונית בשעה 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 לחקירות אלה". נשיא בית-המשפט העליון מינה ועדת חקירה (השופט (בדימוס) משה לנדוי, יושב ראש הוועדה, יעקב מלץ (מבקר המדינה דאז) ואלוף (מיל) יצחק חופי) (להלן - ועדת לנדוי).

ועדת לנדוי הגישה לממשלה דין-וחשבון. אחד מפרקיו של דין וחשבון זה מוקדש לפרשת נאפסו. הוועדה חוזרת על קביעותיו של בית-המשפט העליון. היא מוסיפה ומציינת, כי בחקירה הפנימית שנערכה בשירות הבטחון לקראת שמיעת ערעורו של נאפסו, טענו חוקריו של נאפסו, כי "בהפעילם את אמצעי הלחץ לא חרגו ממה שהותר להם בהנחיות של השירות שהיו קיימות בזמן ההוא, וחמור מזה - הם טענו שגם בתיתם עדות שקר במשפט הזוטא, שבה



הכחישו הפעלת אמצעי לחץ אלה, לא חרגו מן המקובל בשירות, וזאת בידיעת הממונים עליהם (עמ' 7). הוועדה קובעת כי "למרבה הצער והבושה עלינו לקבוע שטענות אלה בדבר הרשאה להפעלת לחץ, ביחס עם 'הנורמה' של מתן עדות שקר בבית-המשפט בקשר לכך, הוכחו לפנינו כנכונות" (עמ' 7).

20. בהמשך הדין והחשבון, ציינה ועדת לנדוי כי שירות הביטחון הכללי מקפיד מאד על כך "שלא לקבל מפי נחקרים הודאות-שווא בעובדות כוזבות. המטרה היא לקבל הודאות-אמת, ולו גם בלחץ פסיכולוגי, ולעתים אף בלחץ פיסי, כפי שהופעל נגד נאפסו. כל הודאות-שווא 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). על רקע זה בולט השוני בין החקירות הרגילות של השירות, לבין חקירתו של נאפסו. "בין שמונת החוקרים שהשתתפו בחקירה בשלביה השונים נתגלעו חילוקי דעות יסודיים. היו ביניהם שניים שהאמינו כי נאפסו חף מכל פשע, והיה מי שקבע שהוא עבר את כל העבירות שבהן הואשם, בעוד שלראש הצוות דווקא, היו ספקות בדבר אשמתו של נאפסו באישום החמור מבין האישומים, בעניין החדרת האמל"ח לישראל" (עמ' 8). בסכמה את פרשת נאפסו, ציינה ועדת החקירה: "פרשה זו יש בה כדי להבהיל ולהרתיע, לא רק בשל עיוות-דינו של נפסו עצמו, אלא לא פחות בגלל קלקול המידות שבמתן עדות שקר, אשר נתגלה בה לעין השמש ושיש עתה לעקרו מן השורש" (עמ' 9).

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

המשיב ופרשת "קו 300"

21. ועדת לנדוי הזכירה את פרשת "קו 300". עם זאת כתב המינוי שלה לא עסק בפרשה זו, ואין בדו"ח הוועדה ממצאים מפורטים בעניין זה. את ממצאינו שלנו נבסס בעיקר על פסק-דינו של בית-משפט זה בבג"צ 428/86 ברזילי נ. ממשלת ישראל פ"ד מ(3) 505 ועל "חוות-דעת בעניין חקירת ארועי אוטובוס המחבלים קו 300", חוות-דעת זו נערכה על-ידי צוות (י. קרפ, ע. ארבל, י. אליסוף) אשר מינה היועץ המשפטי לממשלה, מר י. חריש. חוות-דעת זו הוגשה לנו על-ידי העותר (בבג"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.

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 הבטחון. 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 לחקור בנסיבות מותם של שני המחבלים. שר הבטחון משה ארנס הקים ועדת חקירה (לפי סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1950). הרכב הוועדה היה אלוף (מיל) מ. זורע (יו"ר) והמשיב שהיה אותה עת עובד בכיר בשירות הבטחון הכללי. על ועדת זורע הוטל "לקבוע את העובדות בקשר לסיבת מותם של המחבלים, להסיק מסקנות ולהמליץ המלצות, לרבות מסקנות והמלצות בתחום האישוי". ראש השירות החל בפעילות למניעת דליפת מידע לגבי נסיבות האירוע, לפעילותו זו צרך 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 השרות מסרו לו פרטים מלאים לגבי מה שקרה בשטח בעת הארוע. הוחלט על סיפור הכיסוי לוועדת זורע, ועל תדריך העדים. ראש השירות נתן הוראה שלא לדבר בפני הוועדה על ההריגה. המשיב ידע על ההוראה. במשך כל דיוני הוועדה הכחישו אנשי שירות הבטחון את חלקו של שירות הבטחון בהמתת המחבלים. במשך כל תקופת פעילותה של ועדת זורע (26.4.84-18.5.84). התקיימו פגישות לליות של אנשי שירות הבטחון 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 להרחיק את החקירה מנושא ההריגה. על-פי הסיכומים שגובשו בפגישות אלה היו העדים

השונים שהעידו בפני 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 דאז, פרופ' זמיר, למדנו כי ועדת זורע "הגיעה למסקנה שאיש לא ציווה להרוג את שני המחבלים, אלא הם הוכו למוות על-ידי חיילים זועמים בזמן חקירתם. רק חשוד אחד זוהה על-ידי הוועדה - קצין צנחנים ראשי" (זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הבטחון הכללי (השב"כ)" ספר אורי ידן 50, 47 (כרך ב, 1990)). על יסוד דו"ח ועדת זורע הוחלט לערוך חקירה, כדי לברר את החשד בדבר ביצוע עבירות בקשר למותם של שני המחבלים. הוחלט להקים צוות בראשותו של פרקליט המדינה מר בלטמן. הצוות (שמונה ביום 4.6.84) גבה הודעות, ואסף ראיות. אף כאן ניתנה הוראה להסתיר את חלקו של שירות הבטחון בהמתת המחבלים. על-פי תצהיר המשיב בפנינו, לא היתה לו כל נגיעה בצוות בלטמן. הצוות התמקד בחשד כלפי תת-אלוף מרדכי, שכן לא היו ראיות כלפי אנשי שירות הבטחון באשר לחלקם בהמתת המחבלים. צוות בלטמן הגיש (ביולי 1985) דין וחשבון ליועץ המשפטי לממשלה. בעקבות הדו"ח ננקטו הליכים משמעותיים כנגד אנשי צבא (תת-אלוף מרדכי שיצא זכאי בדינו), ואנשי שירות הבטחון הכללי (שיצאו זכאים (ביום 6.9.85)).

23. לאחר אירועים אלה הגיע ליועץ המשפטי לממשלה, פרופ' זמיר, מידע לפיו העובדות בכל הנוגע לחלקם של אנשי שירות הבטחון, בנוגע למותם של שני המחבלים, שונה לחלוטין מן ההודעות והעדויות שניתנו על-ידי אנשי שירות הבטחון הכללי בפני ועדת זורע, צוות בלטמן ובית הדין המשמעתי של שירות הבטחון הכללי. לאחר בחינת העניין הגיש היועץ המשפטי לממשלה (במכתבו מיום 18.5.86) תלונה למפקח הכללי של המשטרה, לפיה הובא לידיעתו מידע הנותן יסוד לחשד בדבר עבירות פליליות שעברו אנשים הממלאים תפקידים בשירות הבטחון הכללי. בשלב זה העניק נשיא המדינה (ביום 25.6.86) חנינה לראש שירות הבטחון הכללי ועשרה מעובדיו מכל העבירות הכרוכות בפרשה המכונה אוטובוס 300. בין מקבלי החנינה נכלל גם המשיב. בכתב החנינה קבע הנשיא, כי "בתוקף סמכותי לפי סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה, אני חן את יוסי גינוסר מכל עבירותיו הכרוכות בפרשה המכונה 'אוטובוס 300', מלאחר האירוע בלילה שבין ה-12 וה-13 באפריל 1984 ועד לחתימת כתב זה". בנסחו את החנינה לראש שירות הבטחון הכללי ועשרת חוקריו, כתב הנשיא:

"החלטתי ניתנה מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחוננו ולהציל את שירות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה... כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייצב לצידם של אנשי השב"כ, ביודעי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום ויום ושעה שעה, ולמנוע פגיעה מוראלית 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 בג"צ 428/86 הנ"ל, עמ' 517).

בתצהיר התשובה ציין המשיב, כי מלכתחילה הוא התנגד להגשת בקשת החנינה. הוא סבר "כי פעל בפרשה על-פי הוראות ברורות ועקרונות זהים לאלה שעל-פיהם פעלו בשרות במקרים אחרים, הן לפני הפרשה והן לאחריה". בסופו של דבר נאות המשיב להגיש את בקשת החנינה וזה נוכח לחצם של שליחי הממשלה, שנימקו לחץ זה ברצון "למנוע חקירה שבמהלכה ייחשפו סודות מדינה רגישים" (תצהיר התשובה עמ' 6). תוקפה של החנינה אושר בפסק-דין של בית-משפט זה בפרשת ברזילי. חקירת המשטרה נמשכה, חומר החקירה הועבר (ביום 18.9.86) ליועץ המשפטי לממשלה, מר חריש. לאחר שקיבל 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 "ייזמי השיבוש, מנחיו ומבצעיו מקרב אנשי השב"כ נחוונו 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 מדיחייהם לחנינה, לא מן הדין הוא שרק הם יהיו הלוקים, להיות מובאים בפלילים".

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 620, 595 (1987)), 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:

(1) הנני ראש אגף בשרות בטחון כללי.

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

(3) כחבר הוועדה 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.

(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 ולרבות העבירות שנעברו - על-ידי ועל-ידי אחרים - במהלכם. ראש שרות בטחון כללי הציע לי כי אפנה בבקשת חנינה לנשיא.

(6) פניתי, לפיכך, ביום 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 למען 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 הוועדה כי קיים קשר בין פרשת "קו 300" לבין פרשת נאפסו:

"כשלונו החמור ביותר של אלה, באשר לקשר הפילי 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, אי-אפשר היה לכסות עוד על התופעות שנחשפו בערעורו של נפסו" (עמ' 3).

בהתייחסה לפרשת קו 300 ציינה ועדת לנדוי:

"הפרשה השניה, הידועה בכינוי 'פרשת אוטובוס 300' שונה במידה רבה מהנוהג של מתן עדויות שקר במשפטי הזוטא. שונה, ובעינינו חמורה הרבה יותר. כאן נעשתה, בנוסף על מתן עדויות שקר, ביוזעין ובמתוכנן פעולה של שיבוש חקירה של ועדה שמזונה לצורך זה, באמצעות איש השרות 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 שיטה רבת שנים של מתן עדויות שקר בבתי משפט, שהצליחה להוליך שולל בתי משפט בכל כך הרבה מקרים" (עמ' 30).

על חלקו של המשיב בפרשת "קו 300" עומדת ועדת לנדוי בקצרה, בציינה:

"זמן מה לפני מתן פסק-הדין בבית-הדין הצבאי לערעורים נתגלה הקשר הפילי שקשרו 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" (עמ' 6).

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 ה'אני מאמין' של המדינה עצמה, כמדינת חוק המושתתת על מושגי יסוד של מוסר. כל פגיעה במושגי יסוד אלה, אפילו כלפי מבקשי נפשה, עלולה להתנקם בנו בהשחתת המידות כלפי פנים" (עמ' 71). 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 עקרון יסוד שאין לסטות ממנו בשום אופן" (עמ' 75). 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 לענין עדות השקר שנתנו חוקרי השרות בפני 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'" (עמ' 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" (עמ' 82); שנית, - שזהו הטעם המכריע לעמדתה של ועדת לנדוי -

"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 הפוגה... 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 אפוא ללכת בדרך ריפוי הפצעים ולא בדרך הניתוח של אבר מן החי מגוף השירות, שתוצאותיו מי ישרון. לא יכולנו להשלים 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 בפעולות טרור שהשירות מסוגל לסכלן" (עמ' 83).

(82).

לשם הגשמתה של גישה זו המליצה ועדת לנדוי בפני היועץ המשפטי לממשלה כי ידריך "את המשטרה שכל תלונה נגד חוקר השירות על מתן עדות שקר במשפט בקשר לדרכי החקירה שהשירות נקט נגד מי שנחקר על-ידו (וכן על הפעלת לחץ פסול בחקירה) תועבר עוד מתחילתה ליועץ המשפטי, על מנת שהוא יחליט אם יש במשפט על כך עניין לציבור" (עמ' 84, 85). ועדת לנדוי הוסיפה וציינה כי:

"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" (עמ' 85).

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

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 בפני הממשלה את עמדתו, "שלפיה לא יינקטו אמצעים כלפי אנשי שירות הבטחון הכללי, אשר בעבר היו מעורבים במעשים חריגים שנעשו במהלך חקירה של פעילות חבלנית עוינת. כן הביע עמדתו, כי ראוי להפסיק את החקירה המשטרתית שהיתה תלויה ועומדת, באותו מועד, נגד חוקרי שירות הבטחון הכללי בעניינו של העותר. עמדה זו היתה מקובלת על דעת הממשלה" (מתוך פסק-דין בג"צ 88/88 נאפסו נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(3) 425, 427).

הפסקת החקירה נגד המשיב והעתירה בגינה

28. כפי שראינו, אימץ היועץ המשפטי לממשלה את המלצותיה של ועדת לנדוי. בעקבות זאת, הופסקה החקירה נגד חוקריו של נאפסו. כנגד החלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה עתר נאפסו לבית-משפט זה (בג"צ 88/88 הנ"ל). טענתו היתה כי המלצותיה של ועדת לנדוי אינן משתרעות, מתוכן הן, על חוקריו הוא. טענתו היתה, כי "עניינו איננו מבין העניינים לגביהם המליצה ועדת לנדוי" (שם, עמ' 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 השב"כ, לרבות חוקריו של העותר. הוועדה ביקשה להבחין בין העבר לבין העתיד, אך לא ביקשה לעשות הבחנות בין החוקרים שבעבר" (שם, עמ' 429).

ההתפתחויות עד למינויו של המשיב על-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 הבטחון 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 קודם במהלך עבודתם. מרביתם עובדים בשירות בתפקידים בכירים ורגילים. 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, עמ' 7).

30. בנובמבר 1986 פרש המשיב מהשרות. הפרישה היתה מיוזמתו שלו.

הוא קיבל מכתב ברכה מראש הממשלה ומראש השרות. ראש הממשלה ציין כי הצטרף לשמוע "על החלטתך לנטוש את עבודתך בשרות זה, כמובן, 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-פי המלצת שר המסחר והתעשייה, למנהל כללי של מכון היצוא הישראלי. הוא כיהן במשרה זו כשנתיים וחצי. לאחרונה מונה כיושב ראש מועצת המנהלים של עמידר.

31. עם קבלת חוות דעתה של ועדת המינויים (הראשונה), הובא דבר מינויו של המשיב להחלטת הממשלה. בממשלה התקיים דיון מקיף בדבר מינויו של המשיב. היועץ המשפטי לממשלה הציג בפני הממשלה את מעורבותו של המשיב בפרשת "קו 300" ואת מתן החנינה על-ידי נשיא המדינה. כן, הובאו לידיעת חברי הממשלה המלצותיה של ועדת לנדוי.

הודגש כי הוועדה קבעה כי מה שנעשה על-ידי חוקרי שירות הבטחון הכללי בפרשת נאפסו היה חלק מפרקטיקה שנהגה בשירות. היועץ המשפטי לממשלה קרא בפני חברי הממשלה קטעים מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בערעורו הפלילי של נאפסו. היועץ המשפטי דיווח על העתירה של נאפסו בעניין אי נקיטת 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 להעלמת חלקם של אנשי שירות הבטחון הכללי בפרשה ועל כך זכה, לפי בקשתו, לחנינה מן הנשיא.

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 ממלאי תפקידים בשירות הבטחון הכללי, צריכה לעמוד לו לרועץ לאורך ימים ושנים, כאשר מנגד עומדת לו הזכות על עבודתו כעובד ציבור ושירות ארון ומסור למען מערכת הבטחון. היועץ המשפטי לממשלה ציין כי המשיב לא פעל לתועלת עצמו, לא מתוך חמדת ממון ולא למען כבודו. הממשלה הונחתה כי עליה לבחון את מאזן הזכות לעומת מאזן החובה. התקיים דיון ארון ונוקב. נשקלו כישוריו, התאמתו, אישיותו ועברו של המשיב. נערך איזון בין השיקולים 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 השנייה. כנגד החלטות אלו מכוונות העתירות שלפנינו.

#### טיעוני הצדדים

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 נתונות סמכויות משמעותיות כלפי עובדי משרדו. לטענתם, הפקדת סמכויות אלה בידי מי שהיה מעורב במעשים שיש בהם קלון הינו בגדר "אבסורד הזועק לשמיים". מינויו של המשיב אינו עולה בקנה אחד עם נורמות ההתנהגות המוטלות על עובדי מדינה, ששומה על מנהל כללי לשמש דוגמא לשמירתן.

יש בו מסר חינוכי שלילי למערכות הבטחון העוסקות בחקירות, שכן הוא עשוי להתפרש כמתן לגיטימציה לדרכי חקירה פסולות ולשיבוש הליכי משפט. המשיב גילה זלזול בשלטון החוק, ומינויו אינו מתיישב עם המגמה להבטיח כפיפות המינהל הציבורי 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 מינתה 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 הבטחון הכללי. אין בהמלצות אלה דבר וחצי דבר באשר למינויו של המשיב לתפקיד מינהלי בכיר בשירות הציבורי. משבחר המשיב לעזוב את שירות הבטחון הכללי ולפנות לחיים הציבוריים, הוא חייב לקיים את נורמות ההתנהגות המקובלות בשירות הציבורי.

34. נקודת המוצא של המשיבים (שר הבינוי והשיכון, ועדת המינויים, ממשלת ישראל) הינה כי סמכות המינוי המסורה לממשלה, ביחס לנושאי משרות רמות בשירות המדינה, מגלמת בתוכה שיקול דעת רחב בנושאים ציבוריים אתיים, אשר על שמירתם הופקדו נבחר העם. בהתחשב במעמדה של הרשות המקבלת החלטה (הממשלה) ואופי סמכויותיה, הגבולות בתוכם רשאית הממשלה לפעול הם רחבים. מינויו של המשיב אינו חורג מגדרו של מתחם הסבירות. החלטת הממשלה נתקבלה לאחר שהתשתית העובדתית הונחה במלואה, וכל השיקולים הרלבנטיים נשקלו. הממשלה שקלה

את השאלה, אם העובדה שהמשיב פעל כפי שפעל, מתוך תפיסה מוטעית ביותר שנהגה בעבר אצל ממלאי תפקידים בשירות הבטחון, צריכה לעמוד לו לרועץ לאורך שנים. הממשלה התחשבה בעבודתו של המשיב כעובד ציבור אשר שירת את מערכת הבטחון 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 היתה למנוע חקירה וחשיפת סודות החיוניים לבטחון המדינה. בדיונים שקדמו למתן החנינה הובטח 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 מציין כי רבים ממקבלי החנינה המשיכו לשרת בשירות הבטחון - וביניהם גם האחראים הישירים להרג המחבלים - וקודמו במהלך עבודתם, והם מכהנים כיום במשרות בכירות ורגישות ביותר. אשר לפרשת נאפסו, מפנה המשיב לממצאיה 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 הבטחון, 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, שאינם זוכים לפרסום הכרוך בזהותו החשופה של המשיב. הפסילה תהווה פתיחה מחודשת של דיון שנסגר ונחתם, ותפגע בזכותו של המשיב לסופיות הדיון. הואיל ולמשיב לא ניתן יומו בפני בית-המשפט בקשר לפרשות בהן היה מעורב, הרי שפסילתו תעמוד בניגוד לעקרון היסוד כי אדם הוא זכאי כל עוד לא הורשע. פסילת המשיב תהווה הפלייתו לעומת עובדי השירות האחרים שזהותם אלמונית והמכהנים במשרות רמות בשירות המדינה, כמו גם בשירות הבטחון הכללי. על כן, פסילת המשיב תהווה משוא-פנים ושרירות. מנקודת-מבט המקיפה את מכלול הפרטים והעובדות, פסילת המשיב תטיל אחריות בגין מחדליה של המערכת על כתפיו של פרט יחיד, שפרש ממנה, ואף תטיל בו כתם אישי. הבריורים שנעשו בשתי הפרשות היו במישור המערכתי; שימוש בהן לעריפת ראשים במישור האישי לא רק שאינו צודק, אלא אף שגוי מבחינה משפטית.

36. עם תחילת הדיון בעתירה ביקשו המשיבים 6 (טארק עבדאלחי) ו-7 (זיידאן מוחמד) להצטרף כמשיבים לעתירה. נעתרנו לבקשה. משיבים אלה הציגו עצמם כנמנים על ראשי הציבור הערבי בישראל. הם ציינו, כי הציבור הערבי הינו בהכרח רגיש יותר מכל ציבור אחר במדינה, לחקירות שירות הבטחון ולפעילותו. על רקע זה, בקשתם של משיבים אלה הינה לא לפסול את המינוי משיקולים של חוסר סבירות. לטענתם, במסגרת האמון שרוחש הציבור הערבי למערכת השלטונית, ובהכירם את עמדות המשיב, הדוגלות ביחסי שוויון מוחלט ובמניעת הפערים בין אזרחי המדינה היהודיים והערביים, טענת המשיבים 6 ו-7 הינה כי הסבירות דורשת את אישור מינויו של המשיב כמנהל כללי במשרד הבינוי והשיכון.

המסגרת הנורמטיבית הכללית: שיקול דעת הממשלה

37. סמכות הממשלה 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 הממשלה או הפוסלת אדם מלהתמנות כעובד מדינה אם הוא בעל עבר פלילי. הוראות הפוסלות מועמדים למשרות ציבוריות בשל עבר פלילי (בכלל) או עבירות שיש עמן קלון (בפרט) מצויות במדינות רבות (ראה AM. JUR. 2D 690; 67 63A C.J.S. 253 וכן THE COLLATERAL CONSEQUENCES OF A CRIMINAL (CONVICTION" 23 VAND.L.REV. 929 (1970)). גם בישראל, מצויות

הוראות ברוח זו בחוקים שונים (ראה סעיף 7(6) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965); הוראה ברוח זו נכללה גם בהצעת חוק שירות המדינה, תשי"ג-1953 (ה"ח 164, תשי"ג, עמ' 190), אשר קבעה, בין השאר, כי לא יתמנה עובד המדינה "מי 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 לשלול את סמכות המינוי של הממשלה, או את כשירותו של המועמד. אין גם ליצור הגבלת כוח (של הממשלה) או הגבלת כשירות (של המועמד) בדרך שיפוטית "בהעדר תנאי כשירות סטטוטוריים אין לקבוע תנאי כשירות הלכתיים" (בג"צ 727/88 עווד נ. השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 491).

38. יחד עם זאת, עלינו להבחין בין שאלות של כושר (או סמכות) לבין שאלות של שיקול דעת. העדרה 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 רלבנטי אשר הרשות הממנה רשאית וחייבת לקחת בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי. עמדתנו 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 לחוד ושיקול דעת מינהלי של הממונה לחוד. 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 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 ישקלו אך שיקולים כדין. במסגרת השיקולים כדין שהרשות הציבורית חייבת לקחת 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 במסגרתה של "סביבה נורמטיבית". "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בבג"צ 58/68 שליט נ. שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513). סביבתו של החוק אינה רק חוקים אחרים הנוגעים לאותו עניין. סביבתו של החוק הם מכלול התפיסות, הערכים, העקרונות והאינטרסים שנורמה משפטית באותה שיטת משפט נועדה להגשים (ראה ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ. פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75). סביבה זו משפיעה על פרשנותו של כל דבר חקיקה. היא מעין 'מטריה נורמטיבית' הפרושה מעל דברי החקיקה כולם (ראה בג"צ 14/86 לאור נ. המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433). "מטריה נורמטיבית" זו כוללת, בין השאר, את אופיה הדמוקרטי של המדינה (ע"א 752/78 הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים נ. עזבון המנוח פריש, פ"ד לג(3) 197, 208). את הצורך לקיים בה סדר ציבורי, ואת התפישה שכל רשות שלטונית חייבת לפעול בסבירות ובהגינות (ראה בג"צ 685/78 מחמוד נ. שר החינוך והתרבות, פ"ד לד(3) 729). מתוך עקרונות אלה נגזר העקרון כי רשות ציבורית הינה נאמן הציבור, אשר כל פעולה והחלטה שהיא עושה חייבת להעשות מתוך התחשבות בנאמנות זו.

40. אכן, חובתה 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 ז'רז'בסקי נ. ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 840). עמד על כך השופט ח. כהן בציינו:

"לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות" (בג"צ 142/70 שפירא נ. הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331).

אכן, "איש הציבור הוא נאמן הציבור. לא לעצמו הוא פועל, אלא למען האינטרס של הציבור הוא פועל" (בג"צ 669/86 רובין נ. ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78). מעמד זה של נאמנות מטיל על הרשות השלטונית חובות מיוחדות. אין היא חופשית בגדר שיקוליה. מחובת הנאמנות נגזרת החובה להפעיל את שיקול הדעת השלטונית בהגנות, ביושר, בסבירות וללא הפליה. עמדתו על כך בפרשה אחת, בציינו:

"המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... 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 להימצא במצב של ניגוד עניינים. עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי. קיצורו של דבר, עליה לפעול בהגנות" (בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ.).

ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745-746). וברוח דומה ציין המשנה לנשיא, השופט אלון:

"רשות ציבורית, הממנה עובד בשירות הציבורי, פועלת כנאמן הציבור. כלל גדול בידינו, שנאמנות זו צריך ותופעל בהגנות, ביושר, ללא שיקולים זרים, ולטובת הציבור, שמכוחו ולמענו מסורה סמכות המינוי בידי הרשות הממנה" (בג"צ 4566/99 דהג נ. מועצת המנהלים של תאגיד הביטוח הלאומי, פ"ד מה(1) 28, 33).  
למשל, מכוח היותה של רשות הציבור נאמנה של הציבור, היא חייבת להעמיד מידע שברשותה לידיעת הפרט (בג"צ 42/70 הנ"ל); אסור לה להימצא במצב של ניגוד עניינים (בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ. מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 570; ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ. גרוסמן, פ"ד לו(1) 405, 416); היא חייבת לכבד הבטחות והסכמים שעשתה (בג"צ 1635/90 הנ"ל). מכוח חובת הנאמנות המוטלת על הרשות השלטונית נגזרת חובתה להימנע ממנוי אך בשל השתייכותו הפוליטית של המועמד (בג"צ 313/67 אקסלרוד נ. שר הדתות, פ"ד כב(84) 1, 80). "כאשר איש ציבור ממנה עובד בשירות הציבור על-פי שיקולים זרים של אינטרסים פוליטיים-מפלגתיים, מינוי כזה פסול הוא, ויש בו משום מעילה באמון של הציבור שהסמיק את הרשות הממנה" (המשנה לנשיא, השופט אלון, בג"צ 4566/90 הנ"ל, בעמ' 35). בדומה, "מחובת הנאמנות נגזרת גם חובת הגילוי" (בג"צ 1601/90 שליט נ. פרס, פ"ד מד(3) 353, 365, 365), כגון החובה לגלות הסכמים פוליטיים. מחובת הנאמנות נגזרת חובתה של הרשות השלטונית "לפעול מתוך אתיקה מקצועית" (בג"צ 1601/90 הנ"ל, המאזכר את זמיר, "אתיקה בפוליטיקה", משפטים יז' 250, 261 (תשמ"ז-תשמ"ח) ראה גם אליאסוף, "אתיקה של עובדי ציבור בישראל", שנתון משפט העבודה 47 (כרך ב, תשנ"א)). 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 בנשמת העם ואינם מתכופפים כנגד רוחות שעה חולפות. הם מלאי חיות ומתפתחים כדי ליתן פתרונות ראויים לבעיות חדשות" (בג"צ 1635/90 הנ"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 תיפקודה 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 העברין אף הוא שיקול שיש לקחת בחשבון. עם זאת, אין זה השיקול היחיד שיש לקחת 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, ובו רישום של הרשעות ועונשים (סעיפים 11-2). המרשם הוא חסוי, ואין למסור מידע ממנו, אלא לפי חוק המרשם עצמו (סעיף 3). המרשם פתוח, כמובן לפעילות המשטרה (סעיף 4(א)), וזו רשאית למסור ממנו מידע לממשלה "לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינויים מוטל עליה" (סעיף 5(א) לחוק המרשם וסעיף ג) לתוספת הראשונה). כן רשאית המשטרה למסור המידע לנציב שירות המדינה - לגבי עובדי המדינה, ולרשויות ציבור נוספות הקבועות בתוספת הראשונה לעניין מינויים שהם עושים.

43. עד כה בחנתי את הבסיס המשפטי 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 מוטלת 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 ממקור נוסף. אכן, קיים בסיס משפטי שני וספציפי, ממנו ניתן להסיק כי בעשותה מינוי של מנהל כללי, חייבת הממשלה להתחשב בעברו הפלילי של המועמד. חובה ספציפית זו נגזרת (בעקיפין) מהוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים. הוראה זו קובעת:

"(א) על אף האמור בחוק זה, רשאי נציב השירות שלא למנות אדם עובד המדינה, בכל אחד מאלה:

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

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

סעיף 46 לחוק המינויים מעניק לנציב שירות המדינה סמכות למנוע מינויים מסוימים, לרבות מינויו של בעל עבר פלילי. נראה לי כי הוראה זו חלה לעניין מינויו 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 נתונה לנציב השירות אלא לגופים השונים שבידם מעניק החוק את כוח ההחלטה הענייני. עם זאת, "מינוי עובד מדינה יהיה בכתב חתום בידי נציב השירות והוא יחתום גם על כתב המינוי של המתמנים על-ידי הממשלה לפי חוק זה" (סעיף 17), ובטרם יעשה כן נציב שירות המדינה - וכמחסום אחרון לפני המינוי - הרשות בידו, והחובה מוטלת עליו, לבחון אם המינוי לא הושג בעבירה, אם המועמד לא פוטר על-פי החלטה בהליך משמעתי או "שהוא בעל עבר פלילי", ואם נציב שירות המדינה מינה אדם כאמור, "רשאי הוא לבטל את המינוי". זוהי סמכות חשובה - מעין בלם ענייני בטרם מינוי - שחוק המינויים העניק לנציב שירות המדינה.

44. על-פי ניסוחה, אין הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה על הממשלה. כמו-כן אין היא חלה על ועדות המכרזים השונות הבוחרות עובדי מדינה. הוראת סעיף 46(א) לחוק המינויים חלה במישור על נציב השירות, ועליו בלבד. 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 מסננת 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 המחלטות 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 לעבריין למצוא מקומו בקהילה ובחברה. עקרון "התשובה" הוא מעקרונותיה של שיטתנו המשפטית, אותה ינקנו ממסורת העבר שלנו (ראה על"ע 18/84 כרמי נ. פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 375, 353). 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, התשמ"א-1981 (ה"ח 1514, התשמ"א, עמ' 216)). יש לאפשר לו "להשתלב בחברה כשווה בין שווים" (המשנה לנשיא, השופט אלון בעל"ע 18/84 הנ"ל, בעמ' 375) "אין לנעול את הדלת מפני השבים באמת ובתמים, אדרבא, באין נימוק כבד משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלוח ידם, ואף לתפקידם" (השופט קיסטר בעל"ע 1/68 פלוגי נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 673).

"אמש היה זה שנאי לפני המקום משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום הוא אהוב ונחמד קרוב וידיד" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות תשובה, פרק שביעי, ו'). אכן, חברה מתוקנת אינה רודפת את עברייניה עד חורמה, אלא מושיטה להם יד, לטובתם שלהם ולטובתה שלה (ראה פלר, "הרהביליטציה - מוסד משפטי מיוחד מחויב המציאות", משפטים א, 497 (1969)). השירות הציבורי צריך לתרום את תרומתו שלו במשימה זו.

46. שיקום העבריין 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 בכללו" (השופט אגרנט בע"א 254/64 חסין נ. המועצה המקומית דאלית אל כרמל, פ"ד יט(1) 25, 17). הפקדת משרה ציבורית בידי עובד ציבור בעל עבר פלילי עשויה לפגוע בביצועו התקין של התפקיד. אך מעבר לכך: אינטרס הציבור הוא כי יתקיים "שירות ציבורי סדיר, אחראי ובעל עמדה ציבורית נאותה" (בג"צ 531/79 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, 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, פ"ד מה(1) 434, 418). יש "להגן על המינהל הציבורי מפני שחיתות, להבטיח את פעילותו התקינה מחד ואת יוקרתו של המינהל הציבורי בעיני הציבור ואמון הציבור בתקינות פעולותיו מאידך" (המשנה לנשיא, השופט אלון, בע"פ 121/88 מדינת ישראל נ. דרויש, פ"ד מה(2) 682, 663). אכן, קיים ועומד האינטרס הציבורי בטוהר השירות הציבורי ובצורך להבטיח את אמון הציבור ברשויות השלטון (בג"צ 727/88 הנ"ל, עמ' 492).

אכן, עמדתו על כך באחת הפרשות בצייני:

"בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון לתפקד. כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור בבתי המשפט... כך הוא הדבר לעניין אמון הציבור במערכות השלטוניות האחרות" (בג"צ 428/86 ברזילי נ.

ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 622, 505). אכן, בלא אמון הציבור ברשויות הציבור יעמדו הרשויות ככלי ריק.

אמון הציבור הוא המשענת 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 - בלשונו של ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, בהציגו את הצעת חוק שירות המדינה, תשי"ג-1953 בכנסת בקריאה ראשונה להיות -

"מבטח לכל אזרח, משגב למדינה וכבוד לעצמם" (ד"כ 14, 1953, 1425).

משקלו של העבר הפלילי

47. עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית חייב להלקח בחשבון שיקוליה של הרשות הממנה. 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 אחת 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 מחמירות; 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.

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

49. לבסוף, חיוניותו של המועמד למשרה ציבורית למלא אותה משרה צריך גם הוא להלקח 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 חרום המחייב גיוס כל הכוחות לרבות אלה בעלי עבר פלילי או שמא עניין לנו בפעילות הרגילה של המינהל הציבורי, אשר צריך לשאוב את מעייניו מעובדים יישרי 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 שנותר לבית-המשפט הוא אך לקבוע אם המועמד הינו "בעל עבר פלילי". בית-המשפט עוסק בתהליך של מיון וקטגוריאציה (ראה JUDGING: THE ROLES OF CATEGORIZATION SULLIVAN, "POST-LIBERAL (AND BALANCING", 63 U.COLO.L.REV. 293 (1992)). ודוק: לשם קביעת קיומה של הקטגוריה ("עבר פלילי") עשויה להדרש פעולת איזון. יאה זה איזון בין התכליות השונות המרכיבות את המטרה המונחת ביסוד הדיבור "עבר פלילי" בהקשר נתון. לא יאה זה איזון בין התכליות השונות השולטות בקביעת ההלכה בדבר מינויו 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. בצידו קיימים שיקולים הקשורים לכושרו האישי של המועמד, וליכולתו לבצע באופן הטוב ביותר את התפקיד. על הממשלה להתחשב במכלול השיקולים. מכיון 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 להעשות 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 נ. רשות השידור, פ"ד לה(1) 445, 421). משמעותה של הסבירות הינה, כי על הרשות השלטונית לאזן בין השיקולים השונים בהתאם למשקלם הראוי של אלה.

"איזון 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 הנ"ל, בעמ' 445). "סבירות משמעותה שקילת כל השיקולים הרלבנטיים, ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה" (בג"צ 935/89 גנור נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 513, 485). אכן, סבירות אינו מושג פסי או מטאפיסי. סבירות הוא מושג נורמטיבי. סבירות היא תהליך הערכתי. היא איננה תהליך תיאורי. היא אינה מושג הנתחם רק על-ידי היגיון דדוקטיבי. היא אינה אך ורק רציונליות. סבירות משמעותה איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם (ראה בג"צ 156/75 דקה נ. שר התחבורה, פ"ד ל(2) 105, 94; בג"צ 127/80 אודם נ. ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(118) 121, 118). עמד על כך פרופ' מקורמיק, בציינו:

"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", IN H. PERELMAN AND VANDER LEST (EDS.), LES NOTIONS A CANTENU VARIABLE EN DROIT 131, 136 (1984)).

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, ואיננה בין השיקולים השונים על-פי משקלם.

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"איזון" הוא דיבור מטאפורי. פעולת ה"שקילה" אינה פעולה פיסית אלא נורמטיבית, אשר נועדה להעניק לשיקולים השונים את מקומם בשיטת המשפט ואת ערכם החברתי במכלול 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 נ. הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 361, 337).

וברוח דומה ציינתי בפרשה אחרת:

"ביטויים אלה - איזון, משקל - אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת התפישה, 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 הנ"ל, בעמ' 434).

בקביעתה של "חשיבות חברתית יחסית" זו מהווה בית-המשפט "פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (השופט לנדוי בע"א 461/62 "צים בע"מ נ. מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335). אלה הן ההשקפות המעוגנות בערכי יסוד ובתפישות יסוד, ולא ברוחות שעה חולפות. הן משקפות את "התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים" (לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א, 306, 292 (תשכ"ח)). הן ביטוי ל"מערכת החיים הלאומיים" (השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת קול העם נ. שר הפנים, פ"ד ז, 871, 884). הן משקפות של "חזון העם ואת ה'אני מאמין' שלו" (הנשיא זמורה בבג"צ 10/51 זיו נ. גוברניק, פ"ד א 85, 88). 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 מהם 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 הנ"ל, עמ' 375). עם זאת, כוחו של שיקול זה הולך וקטן אם העבירה היא חמורה בנסיבותיה 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 דה-בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה" (בג"צ 732/84 צבן נ. השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 148).

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 אמונו 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 אדוניו, וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך יושר ונקיון כפיים. אכן, טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו. עמדותי על כך בפרשה אחת, בציני:

"בחברה דמוקרטית נאורה חייב איש ציבור, הנבחר על-ידי העם והזקוק לאמון העם, לקיים רמה מוסרית נאותה בהתנהגותו - בין הפרטית ובין הציבורית - על מנת שיוכל להמשיך ולכהן במשרתו" (בג"צ 251/88 הנ"ל, בעמ' 839).

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

55. המסקנה העולה ממגוון 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" בחוק העונשין, אלא על-פי השלכותיה על השיקולים העומדים ביסוד המיני.

על כן 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 שוחד, מרמה 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 הציבור. הוא יתקשה להוות דוגמה ומופת לכפופים לו. הוא יתקשה לדרוש מהם, אשר שנדרש מכל עובד ציבור, ושהוא עצמו חילל. הוא יתקשה להקרין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה ("אינטגרטיטי") כלפי הציבור הרחב. כל אלה עשויים להשפיע, במידת ודאות רבה, על מעמד השירות הציבורי, תיפקודו ומקומו בחברה דמוקרטית. אכן, עבירה היא חמורה, אם "מתוך נסיבות ביצועה עולה המסקנה, כי בהתנהגותו גילה איש הציבור רמה מוסרית כה נמוכה, על כי אין הוא ראוי עוד לשאת במשרתו הציבורית" (בג"צ 251/88 הנ"ל, בעמ' 839). זוהי אותה עבירה, שיש בנסיבות ביצועה "פגם מוסרי" (MORAL TURPITUDE בלע"ז) המעיד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים, וממילא אין הוא ראוי לשאת באחריות הציבורית להחלטות ולמעשים אשר ענייני הכלל ושלו של הציבור תלויים בהם" (השופט ח. כהן בבג"צ 436/63 בן-אהרן נ. ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(561, 564)).

פסיקה אחרונה זו פרשה את הדיבור "עבירה שיש עמה קלון" 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 יהא 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 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 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ. פלוני, פ"ד מה(4) 732, 729). עם זאת, אין לזהות בין השניים. "עבירה שיש עמה קלון" מדגישה את היסוד הלא מוסרי שבביצוע העבירה (ראה גבזון, "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית", משפטים א 176 (1968)). עבירה פלילית השוללת את סבירות המיני 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 הנ"ל). כך, למשל, מי שעבר לפני קום המדינה, עבירה הפוגעת באושיות 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 גבזון, שם, עמ' 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, כן יש ליתן משקל כבד יותר לשיקול בדבר עבר פלילי. בכירותה של המשרה נקבעת לא רק על-פי מבחנים פורמליים 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 יצא לפועל. לבסוף, הזמן שעבר מאז ביצוע העבירה ועד למינוי המוצע הוא גורם חשוב. ככל שעובר זמן רב יותר, וככל שחולפות השנים, כן 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 בפני מינוי למשרה ציבורית, אפילו בכירה. הזמן עושה את שלו. הפצעים מגלידים. המועמד משתקם.

רעיון "הציבור הנאור". עובר לא יתפס מיוזיו כפעולה הפוגעת ברווחה העוירות. וריכולת תיפקודו. אלא דווקא

כהתעמרות וכמיצוי "דין" בלתי ראוי. בנסיבות אלה, לא יהא 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 לפני הנסיבות.

אין הוא נמדד בוודאי בשנים אחדות בלבד. אך אין גם לדרוש עשרות שנים. בין שני קצוות אלה תנוע מטוטלת הזמן ותעצר על-פי נסיבות הזמן והמקום.

עבר פלילי והרשעה פלילית

57. עד כה הנחת, 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 מינוי. כאן רלבנטי הוא לבחון את מערכת הנתונים העובדתיים שהיו לנגד עיני הרשות המחליטה.

אם ממערכת נתונים אלה, רשות סבירה היתה 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 הודיה בפני רשות מוסמכת. בצדק ציין השופט ח.

כהן כי:

"הכלל האמור המעמיד אדם בחזקת זכאי וחסר פשע, באין ראיה לסתור, אינו קובע - ולא ידעתי גם כלל משפטי אחר הקובע - כי רשות מינהלית החייבת להשתכנע 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 כופים על הנציב לקבלו, ופוסלים את הסירוב מחמת העדר של הרשעה בדין ... אם נמסרה ההכרעה בעניין עברו של אדם בידי רשות מינהלית שאינה מוסמכת להשביע עדים ולגבות ראיות בדרך 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 שיפוט" (בג"צ 94/62 גולד נ. שר הפנים, פ"ד טז' 1846, 1856, 1857). אכן, הכלל החל בענייננו הוא "כלל הראייה המינהלית". רשות שלטונית רשאית לבסס ממצא על ראייה, אם הראייה, בשים לב לנסיבותיה, הינה כזו "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה" (הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ. שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357). ניתן לבסס ממצא מנהלי על "חומר אשר ערכו הראייתי הוא כזה שאנשים סבירים היו רואים בו יסוד מספיק למסקנה בדבר אופיים ועיסוקם של הנוגעים בדבר" (הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 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 סוגייה זו לעומקה. הטעם לכך הוא, שתהא השפעתה הכללית של החנינה אשר תהא, אין בכוחה למנוע מהממשלה, העושה מינוי על-פי דין, מלהתחשב בעברו הפלילי של הנחון, לעניין אותו מינוי.

דבר זה מתבקש במישרין מהוראות חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. 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 הינה "הממשלה - לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינויים מוטל עליה" (תוספת ראשונה, ס"ק(ג)). נמצא, כי אף לאחר מחיקת הרשעה, רשאית הממשלה לקבל מידע על דבר העבר הפלילי לעניין מינוי על-פי דין הנעשה על ידה. קבלת המידע אינה נעשית לשמה, אלא כדי שיילקחו בחשבון שיקוליה של הממשלה לעניין עשיית המינוי. בנתחו את הצעת החוק, ציין פרופ' אלון לאמור:

"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" (מ. אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1435 (מהדורה שלישית, תשמ"ח)).

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, לעניין העליה לישראל והישיבה בה, אדם שעבר עבירה והורשע עליה מאדם שעבר עבירה ולא הורשע עליה, למשל משום שמעשה 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 הנ"ל, בעמ' 1855).

אכן, בעניין זה כבעניינים אחרים, קובעת התכלית העומדת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. כאשר ההסדר הנורמטיבי עניינו מינוי על-ידי ממשלה למשרה שלטונית, אין בחנינה כדי למנוע מהממשלה, מהרשות ומהחובה להתחשב במעשים נשוא החנינה. הצורך להבטיח את אמון הציבור בשלטון גובר על הצורך למרק את העבר הפלילי של המועמד. זהו גם הדין על-פי המשפט המשווה (ראה STATE EX. MAY V. REL WIER V. EDWARDS, 529 S.W. (2D) 647 (1975); PETERSON, 369 A 2D 1076 (1978); 67 C.J.S. 268; HALL, "PARDON AS RESTORING PUBLIC OFFICE OR LICENSE OR .(ELIGIBILITY THEREFOR", 58 ALR 3D 1191

מן הכלל אל הפרט

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

"מעשים אלה 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 ... מחייב נקיטתם של צעדים החלטיים כדי לשרש תופעה זו" (שם, עמ' 636).

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 השמש ושיש עתה לעקרו מן השורש" (שם, עמ' 9).

הוא הדיו באנור לפרשנות "הו 300". ועדת לנדוי הצביעה על החומרה המיוחדת נול פרשה זו בכלל. ועל התנהגותו נול

המשיב ("הסוס הטרויאני") אשר אופיינה כ"מעשה חמור מאין כמוהו" (שם, עמ' 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, עמ' 71).

60. מינויו של המשיב למשרה של מנהל כללי של משרד ממשלתי פוגע קשות בשירות הציבורי. קרוב לוודאי שהוא ישפיע לרעה על תפקודו של השירות. אך מעל לכל, הוא פוגע עמוקות באמון הציבור ברשות הציבורית ובשירות הציבורי. עבריון שהעיד לשקר ושיבש הליכי משפט ובמעשיו אלה פגע בחופש הפרט - כיצד זה יוכל להנהיג משרד ממשלתי? מהי הדוגמה האישית שהוא עשוי לתת לכפופים לו? אלו דרישות של הגינות וטוהר מידות הוא עשוי להעמיד בפניהם? עבריון שהעיד לשקר, ושיבש הליכי משפט ופגע בחירות הפרט - כיצד זה יוכל לקיים את אמון הציבור הרחב בהגיונותם, יושרם וממלכתיותם של עובדי הציבור? מה הדוגמה 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 וביכולתן של ערכאות שיפוטיות או מעין שיפוטיות לעשות משפט צדק, מינויו למשרה בכירה בשירות הציבור, הינה פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני. זאת ועוד: מאז פרשת נאפסו חלפו שנים-עשרה שנים. מאז פרשת "קו 300" חלפו כ-11 שנים. הפצע טרם הגליד. האירועים חיים בתודעה הלאומית. השיקולים בדבר שיקום העבריון - 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 בפנינו כי הוא יחיד סגולה במילוי משרת המנהל הכללי, באופן שבלעדיו אין. על רקע זה ניצבת בכל חומרתה השאלה באשר למשקל שיש ליתן להשפעת עברו הפלילי של המשיב על השירות הציבורי ואמון הציבור בו.

61. בטיעוניהם בפנינו העלו בא-כוח המשיב ובא-כוח המשיבים שלושה טיעונים עיקריים, אשר לדעתם יש בהם כדי להצדיק את מינויו של המשיב. הטעון הראשון הינו, כי את עבירותיו ביצע המשיב שלא למען בצע כסף ושלא לשם קידום ענייניו, אלא למען בטחון המדינה. אכן, לא למען עצמו פעל המשיב אלא למען הכלל. המניע שלו לא היה אישי.

הוא ראה לנגד עיניו את צורכי המדינה ובטחונה. ראייתו היתה מוטעית ומזיקה, אך אין להתעלם מכך שלא לביתו עשה אלא לבטחון ביתם של תושבי המדינה עשה. שיקול זה יש להתחשב בו. אין הוא עניין של מה בכך. מבחינתם של יסודות העבירה אין הוא לרוב רלבנטי. אך מבחינתם של השיקולים העומדים ביסוד סבירותו של מינוי הוא רלבנטי 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 בהשחתת המידות כלפי פנים" (שם, עמ' 71). יהא המניע אשר יהא, אין בו כדי להצדיק מתן עדות שקר, שיבוש הליכי משפט ופגיעה בחירותו של הפרט. הבטחון יקר לנו, אך זהו בטחון הפועל במסגרת החוק. כאשר שומרי הבטחון מפירים את החוק, נפגעים החוק והבטחון גם יחד. בטחון ללא חוק היא אנארכיה. באין חוק אין לבטחון תכלית. אלה הן מושכלות ראשוניות. אלה הם דברים פשוטים ואלמנטריים. זהו הא' ב' של חיים לאומיים דמוקרטיים. עבירותיו של המשיב פגעו בכל אלה. העבירות אותן ביצע המשיב הן כה כבדות בנסיבותיהן האחרות, ופגיעתן במרקם החיים החברתיים היא כה קשה, עד כי אין במניע של המשיב לביצוע המעשים כדי להקהות במידה מספקת מהשפעתם הקשה על תפקידו של השירות הציבורי ואמון הציבור בו.

62. הטענה השנייה שהושמעה בפנינו - וזו באה מפיו של בא-כוח המשיב - הינה טענת הפלייה. חבריו של המשיב, אשר חטאו כמוהו ואשר נשארו בשירות קודמו בתפקידיהם. עברם הפלילי לא עמד להם לרועץ. מדוע יוחל דין אחר על

המשיב, אשר עזב את שירות הבטחון הכללי? את התשובה לטענה זו יש למצוא בדין וחשבון של ועדת לנדוי. ועדה זו המליצה שלא להעמיד לדין (פלילי או משמעתי) את אנשי שירות הבטחון (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, עמ' 82). הוועדה הדגישה כי "לא יכולנו להשלים עם המחשבה שאם נמליץ על תגובה שיש עמה 'יקוב הדין את ההר', היא עלולה לשתק את עבודת החקירות של השירות, וקרוב לוודאי הוא שיפלו קורבנות-שווא בפעילות טרור שהשירות מסוגל לסכלן" (שם, עמ' 83). הוועדה ציינה, כי לדעתה ניהול משפטים (פליליים או משמעתיים) כנגד אנשי השירות שחטאו תגרום "נזק לציבור, בהחלשת ההגנה עליו בפני מעשי טרור. עקב פגיעה בתיפקודו של השירות לשם סיכול מעשים אלה". הנה כי כן, אילו המשיך המשיב את פעילותו בשירות, לא היה נגרע חלקו. הטעם לכך אינו נעוץ במשיב אלא בשירות, אשר תפקידו הראוי הוא אינטרס של כלל המדינה. אך משעזב המשיב את השירות, שוב 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 הרלבנטיות.

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 על-ידי נציבות שירות המדינה בשל עברם הפלילי.

63. הטענה השלישית אשר הועלתה בפנינו קשורה לחנינה אותה קיבל המשיב מנשיא המדינה. חנינה זו, כך טען בא-כוח המשיב מוחקת את עברו הפלילי, ושוב אין לקחתו בחשבון לעניין מינויו. זאת ועוד: בשל החנינה לא הועמד המשיב לדין פלילי ואחריותו הפלילית לא נקבעה על-ידי בית-המשפט. על כן יש לצאת מתוך ההנחה, כי הוא חף מכל פשע. גם נסיבות ביצוע עבירותיו של המשיב לא הוכרעו שיפוטית, ויש על כן להניח הנחות לטובתו. כפי שראינו, הממשלה רשאית להתחשב בעברו הפלילי של מועמד אם עבר פלילי זה מוכח בפניה על-פי "כללי הראיה המינהלית". בעניין שלפנינו הוכחה כזו קיימת. אמת, המשיב לא הורשע בדינו, אך קיימות ראיות שרשות שלטונית סבירה יכולה לבסס עליהן ממצא. 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 נאפסו, ומהחומר הרב שהצטבר בעניין פרשת "קו 300", לרבות פנייתו של המשיב לנשיא המדינה בבקשת חנינה, אשר במסגרתו יש הודייה בעובדות המקיימות את העבירות אשר בגינן ניחן על-ידי הנשיא. חנינת הנשיא אין בה כדי למנוע מהממשלה מלהתחשב בעבר הפלילי, מה גם שחנינה זו אינה חלה על פרשת נאפסו. יחד עם זאת, ראוי לה לממשלה להתחשב בעצם העובדה שנשיא המדינה, העומד "בראש המדינה" (חוק-יסוד: 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 בשירות הבטחון הכללי". החלטתו ניתנה "מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחוננו ולהציל את שירות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה. הציבור בישראל אינו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים אנשי שירות הבטחון הכללי, וכמה נפשות בישראל ניצלו בזכותם". את החלטתו סיים הנשיא בציינו כי "כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייצב לצידם של אנשי השב"כ, בידועי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום יום ושעה שעה ולמנוע פגיעה מוראלית 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" (מצוטט בבג"צ 428/88 הנ"ל, בעמ' 517). הנמקה זו מתרכזת בעיקרה בשירות הבטחון ובצורך להבטיח את המשך פעילותו התקינה. אין, להנמקה זו השפעה של ממש על מינויו של מי שקיבל חנינה לתפקיד ציבורי בכיר מחוץ לשירות הבטחון עצמו. על כל פנים, משקלו של שיקול שכזה אינו שקול כנגד הפגיעה בשירות הציבורי ובאמון שהציבור רוחש לו אם המינוי יתבצע.

64. מינויו של המשיב למנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון הוא בגדר סמכותה של הממשלה. בהעדר הוראת דין השוללת את כשרותו של המשיב, הריהו כשיר להתמנות למשרה הרמה. הממשלה שקלה את כל השיקולים הרלבנטיים. לא נטען בפנינו ולא מצאנו, כל שיקול שאינו רלבנטי. עם זאת, החלטת הממשלה פסולה היא. היא בלתי סבירה בעליל ובאופן קיצוני. הממשלה לא איזנה כראוי בין השיקולים הרלבנטיים השונים.

היא לא נתנה את המשקל הראוי לנזק שייגרם לשירות הציבורי ממינויו של המשיב. היא לא איזנה כראוי בין השיקולים התומכים במינוי המשיב (ובעיקר, כשרונותיו ויכולתו) לבין השיקולים השוללים מינוי זה (ובעיקר, הפגיעה של אמון הציבור ברשות השלטונית).

65. נטען בפנינו 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 341/81 מושב בית-עובד נ. המפקח על התעבורה, פ"ד לו(3) 354, 349). במצבים אלה, השאלה אינה אם החלטת הרשות השלטונית נבונה היא אם לאו, אלא אם החלטת הרשות השלטונית חוקית היא אם לאו. משהגענו למסקנה כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממיתחם הסבירות, ונגועה באי-חוקיות, אין מנוס מהכרזה על בטלותה. מעמדה הרם של הממשלה, כרשות המבצעת של המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: 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 (ראה ע"א 492/73 שפיזר נ.

המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד כט (1) 22, 26); בג"צ 684/91 ברזילי נ. ממשלת ישראל, פ"ד מ(1) 536). אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים (ראה בג"צ 428/86 הנ"ל, עמ' 621).

התוצאה היא כי אנו עושים הצו על-תנאי למוחלט במובן זה שמינויו של המשיב כמנהל כללי של משרד 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.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א. ברק.

1. יואל אייזנברג בג"צ 6163/92. עו"ד אברהם אורן בג"צ 6177/92 ואח'... נגד 1. שר הבינוי והשיכון 2. ועדת ניתן היום, א' בניסן תשנ"ג (23.3.93). המינויים שליד נציבות שירות המדינה 3. נציב שירות המ ואח'...

6 1. יואל אייזנברג בג"צ 6163/92. עו"ד אברהם אורן בג"צ 6177/92 ואח'... נגד 1. שר הבינוי והשיכון 2. ועדת פסקדין פורסם עליון  
המניין שליד נציבות שירות המדינה 3. נציב שירות המ ואח'...