



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8910/22

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' כשר

העותרים: 1. אורני פטרושקה
2. יוסי שוסמן
3. י"ב חשון - התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי
4. גדי גבריהו

נגד

המשיבים: 1. ח"כ בנימין נתניהו
2. ח"כ איתמר בן גביר
3. היועצת המשפטית לממשלה

הודעה מטעם המדינה מיום 16.11.2023

תאריך הישיבה: י"ב בניסן התשפ"ג (3.4.2023)

בשם העותרים 1-2: עו"ד גלעד ברנע
בשם העותרים 3-4: עו"ד אסף פינק
בשם המשיבה 3: עו"ד שוש שמואלי; עו"ד ערין ספדי-עטילה

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינה של העתירה שלפנינו במינויו של חבר הכנסת איתמר בן גביר (להלן: השר בן גביר), לתפקיד השר לביטחון לאומי בממשלה ה-37. העותרים מבקשים כי נורה על ביטול המינוי בשל היותו בלתי-סביר באופן קיצוני נוכח עברו הפלילי של השר בן גביר והתבטאויותיו לאורך השנים.

הרקע לעתירה

1. ביום 1.11.2022 נערכו הבחירות לכנסת ה-25. השר בן גביר עמד בראש רשימת "עוצמה יהודית", אשר התמודדה בבחירות ברשימה משותפת שקיבלה 14 מנדטים.

לאחר הבחירות "עוצמה יהודית" התפצלה לסיעה עצמאית, ולה שישה חברי כנסת בכנסת הנוכחית, וביניהם השר בן גביר. ביום 13.11.2022 הטיל נשיא המדינה את מלאכת הרכבת הממשלה על חבר הכנסת בנימין נתניהו, המשיב 1 (להלן: ראש הממשלה), מתוקף סמכותו לפי סעיף 7(א) לחוק יסוד: הממשלה, ולאחר שהתייעץ עם נציגי הסיעות בכנסת. ביום 21.12.2022 הודיע ראש הממשלה לנשיא המדינה וליושב ראש הכנסת כי עלה בידי להרכיב ממשלה, לפי סעיף 13(ב) לחוק יסוד: הממשלה. ביום 29.12.2022 כוננה ממשלת ישראל ה-37 לאחר שהכנסת הביעה בה אמון לפי סעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה, ובן גביר מונה לשר לביטחון פנים, כתוארו אז. ביום 8.1.2023 התקבלה החלטת ממשלה מספר 22 לפיה שם המשרד לביטחון פנים ישונה למשרד לביטחון לאומי, ותוארו של השר בן גביר ישונה בהתאם.

ביני לביני, ביום 26.12.2022, ועוד טרם כוננה הממשלה ה-37, הוגשה העתירה דנן, וביום 1.1.2023 ניתנה החלטה לפיה "משהושלם הליך מינויו של המשיב 2, מתבקשת המשיבה 3 ליתן תגובה מקדמית לגופה של עתירה".

2. עברו הפלילי של השר בן גביר: כעולה מתגובת היועצת המשפטית לממשלה, המשיבה 3 (להלן: היועמ"שית), בין השנים 1993-2007 הוגשו נגד השר בן גביר 15 כתבי אישום, מתוכם ב-13 הוא הורשע באופן מלא או חלקי, ובשניים הנוספים נקבע כי ביצע את העבירות ללא הרשעה. בין היתר, השר בן גביר הורשע בעבירות הבאות: פרסום הסתה לגזענות, עבירה לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); גילוי הזדהות עם ארגון טרוריסטי, עבירה לפי סעיף 4(ז) לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 (להלן: הפקודה למניעת טרור); החזקת חומר תעמולה לטובת ארגון טרור, עבירה לפי סעיף 4(ג) לפקודה למניעת טרור; הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, עבירה לפי סעיף 275 לחוק העונשין; הפרת הוראה חוקית, עבירה לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין; העלבת עובד ציבור, עבירה לפי סעיף 288 לחוק העונשין; השתתפות בהתקהלות אסורה, עבירה לפי סעיף 151 לחוק העונשין; השתתפות בהתפרעות, עבירה לפי סעיף 152 לחוק העונשין; והשחתת פני מקרקעין, עבירה לפי סעיף 196 לחוק העונשין.

משנת 2007 ועד היום השר בן גביר לא הועמד לדין. ביום 7.1.2021 כלל רישומי הפליליים נמחקו מהמרשם בהתאם לקבוע בחוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 (להלן: חוק המידע הפלילי). עוד יצוין כי נפתחה חקירה נגד השר בן גביר בחשד שביצע עבירת איומים בכך ששלף נשק כלפי מאבטחים מהמגזר הערבי בחודש דצמבר 2021, אך היועצת המשפטית לממשלה החליטה לאמץ את המלצת

פרקליט המדינה ולגנוז את תיק החקירה, משנמצא כי חומר הראיות אינו מקים סיכוי סביר להרשעתו של השר בן גביר.

3. התבטאויותיו של השר בן גביר: במסגרת העתירה נטען כי בהזדמנויות רבות השר בן גביר התבטא ופעל באופן המערער את הסדר הציבורי; המשפיל ומבזה יריבים פוליטיים; ומתוך גזענות ושנאת האחר. בין היתר, אוזכרו האירועים הבאים:

(-) במהלך מבצע "שומר חומות" השר בן גביר העביר את לשכתו לשיח' ג'ראח, למרות בקשתו של ראש הממשלה שיימנע מלעשות כן; הוא נסע לזירת המהומות ונטען כי "הצית" שם את השטח; והמפכ"ל אף התבטא כי יש לשר בן גביר תרומה משמעותית להתססת השטח (התבטאות שלטענת השר בן גביר הוכחשה בהמשך על ידי המפכ"ל).

(-) רצונו של השר בן גביר לעלות להר הבית בחודש יוני 2021, עלייה אשר נמנעה בעקבות החלטת המפכ"ל בשל החשש להגברת המתיחות בהר הבית; וכוונתו של השר בן גביר להמשיך לעלות להר הבית גם לאחר מינויו כשר.

(-) אמירותיו של השר בן גביר העולות כדי רדיפה, ביזוי והשפלה של יריבים פוליטיים, וביניהן: כינוי חבר הכנסת אחמד טיבי "מחבל" ש"צריך להיות בכנסת בסוריה"; והתבטאותו כלפי חבר הכנסת וליד טאהא "רוח מן הון יא מחבל".

(-) התבטאויות ומעשים גזעניים של השר בן גביר כלפי ערבים וקהילת הלהט"ב, וביניהם: כי אין לקהילת הלהט"ב מקום בירושלים ובמדינת ישראל בכלל; השתתפותו באירוע שזכה לכינוי "חתונת השנאה" שבה נצפו חוגגים רוקדים ודוקרים את תמונת התינוק ממשפחת דוואבשה; ומדבקות ושלטים שנצפו בחזקתו שבהם נכתב כי "אין ערבים אין פיגועים" ו"יש פתרון – לגרש את האויב הערבי!".

(-) תמיכתו של השר בן גביר בעמדותיו של הרב מאיר כהנא והתבטאויותיו כי הוא ממשיך דרכו.

4. בקשות לפסילת מועמדותו של השר בן גביר לכנסת: בעניינו של השר בן גביר הוגשו בעבר שתי בקשות לפסילת התמודדותו לכנסת ה-21 וה-22, אשר נידונו על ידי ועדת הבחירות המרכזית וכן על ידי בית משפט זה (להלן: ערעורי הבחירות).

הבקשה הראשונה הוגשה לפני הבחירות לכנסת ה-21 ונדחתה על ידי ועדת הבחירות המרכזית (פ"מ 5/21). ערעור שהוגש על כך לבית משפט זה נדחה גם כן (א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (18.7.2019)). בפסק הדין קבעה הנשיאה חיות כך:

"[...] התבטאויותיו שם בהחלט קשות ומטרידות ביותר ויש טעם בעמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר ציין כי הן מתקרבות קרבה מסוכנת לקו האסור שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת [...] התשתית הראייתית העדכנית שהוצגה בענייניו של בן גביר אשר כאמור אינה מצטברת לכדי 'מסה קריטית' על פי אמות המידה המחמירות שנקבעו בהקשר זה בפסיקה, הוליכו אותנו אל המסקנה כי הערעור בענייניו של בן גביר בכל אחת משתי העילות שנטענו נגדו – דינו להידחות" (שם, פסקה 47).

גם בבחירות לכנסת ה-22 הוגשה בקשה לפסול את התמודדות השר בן גביר בבחירות, בעילה של הסתה לגזענות לפי סעיף 7א(א)(2) לחוק יסוד: הכנסת (פ"מ 2/22). ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22 דחתה את הבקשה, וערעור שהוגש על כך לבית משפט זה נדחה גם כן, ונקבע כי על אף שהדברים שנאמרו על ידי השר בן גביר "קשים וצורמים ביותר", גם הפעם הם אינם מבססים תשתית ראייתית משכנעת, ברורה וחד-משמעית המאפשרת פסילת מועמד בבחירות לכנסת (ע"ב 5487/19 סגל נ' בן גביר (25.8.2019)).

5. לשלמות התמונה יצוין כי ביום 12.12.2022, במקביל להליכי הרכבת הממשלה, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 שהגיש השר בן גביר, ואשר אושרה בחלקה בקריאה שנייה ושלישית ביום 27.12.2022 (פקודת המשטרה (תיקון מס' 37), התשפ"ג-2022). לבית משפט זה הוגשו חמש עתירות שבגדרן התבקש בית המשפט להורות על ביטול התיקון בשל הקשיים החוקתיים הגלומים בו (בג"ץ 8987/22; בג"ץ 99/23; בג"ץ 179/23; בג"ץ 532/23; בג"ץ 2985/23). בעתירות אלה ניתן ביום 18.6.2023 צו על תנאי וביום 10.1.2024 ניתן צו ביניים, ולעת הזו הן תלויות ועומדות בבית משפט זה.

תמצית טענות הצדדים

6. בעתירה ובדיון שהתקיים לפנינו נטען כי מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי הינו בלתי-סביר באופן קיצוני, בין היתר, מכיוון שהשר בן גביר חותר תחת שלטון החוק

והסדר הציבורי באופן שיטתי, ובניגוד מוחלט למהות תפקידו של השר לביטחון לאומי, הממונה על משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר – שני גופים שכל מהותם הינה שמירה על שלטון החוק ועל הסדר הציבורי; כי השר בן גביר מתבטא ופועל באופן שיטתי נגד יריבים פוליטיים, ערבים ולהט"בים; כי השר בן גביר מאמין בתורתו ומורשתו של הרב כהנא, ממשיך את דרכו הגזענית, והשתתף לאחרונה בעצרת לזכרו; כי הרב דב ליאור שנתן הסכמה לספר ההסתה "תורת המלך" הוא המורה הרוחני שלו; וכי בן ציון גופשטיין, מנהיג תנועת להב"ה, הוא חברו הקרוב. נטען כי מכוח ההלכה לפיה "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", גם התנהגות חמורה, הגם שאינה עולה כדי התנהגות פלילית, עשויה להוות שיקול למניעת המינוי בשל אמון הציבור; כי משך הזמן שעבר מאז הרשעותיו של השר בן גביר אינו מצדיק שלא לשקול אותן במסגרת בחינת המינוי; כי נוכח התיקון לפקודת המשטרה הרגישות שבתפקיד השר לביטחון לאומי גוברת; כי על אף שמועמדותו של השר בן גביר לכנסת לא נפסלה מעולם, הרי שהמבחן למועמדות לכנסת מצומצם באופן משמעותי ביחס למבחנים למינוי לתפקיד שר בממשלה, ולכן אין בכך כדי להשליך על סבירות מינויו לתפקיד השר; וכי יש להפעיל גם מבחנים של יושר וצדק לצד מבחנים של סבירות.

7. בתגובתו לעתירה, המשיב 1 (להלן: ראש הממשלה), המיוצג באופן פרטי, טען כי דין העתירה להידחות על הסף בשל היותה תיאורטית ומוקדמת – שכן הוגשה עוד טרם מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי; כי לראש הממשלה מוקנה שיקול דעת נרחב בדבר מינוי שרים בממשלה, וכנגזרת מכך – היקף הביקורת השיפוטית בהחלטות אלו מצומצם ביותר, ודאי בשל אישור המינוי על ידי הכנסת לפי סעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה; וכי המינוי סביר בשל מחיקת הרישום הפלילי של השר בשנת 2021 ובשל כך שלא מתקיימות עילות הפסלות החלות על כהונת שרים. ראש הממשלה הוסיף כי שקל את השיקולים הרלוונטיים הפרטניים בעניינו של השר בן גביר, בדבר כישוריו והתאמתו לתפקיד, לצד שיקולים ציבוריים, פוליטיים וקואליציוניים והצביע על מערך השיקולים הבאים: קהל בוחרים רחב עומד מאחורי השר בן גביר כנחזה מתוצאות הבחירות, וקהל זה מעוניין במינויו לתפקיד השר לביטחון לאומי; בכנסת ה-24 מילא השר תפקידים בוועדת חוץ וביטחון ונחשף לפעילות ועבודת המשרד לביטחון פנים ולעבודת המטה והשטח; ועסק בפעילות פרלמנטרית וציבורית בתחום זה גם מחוץ לכותלי הכנסת, בין השאר בכך ש"היה מבקר ידוע של השר לביטחון פנים עומר בר לב" ונפגש עם בעלי תפקידים במערכת בטחון הפנים כעבודת הכנה לקראת כניסתו לתפקיד.

8. השר בן גביר, המשיב 2, עטה על עצמו גלימת עורך דין וייצג את עצמו בדיון. השר טען כי דין העתירה להידחות על הסף מהטעמים הבאים: בשל היותה מוקדמת;

ולחלופין, אם די בהסכמה על מינויו לשר כטענת העותרים, הרי שכבר ביום 25.11.2022 נחתם נספח להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד ובין סיעת עוצמה יהודית, ומשכך העתירה הוגשה בשיהוי; בשל אי צירוף כל המשיבים הרלוונטיים – נדרש היה לצרף את סיעות הליכוד ועוצמה יהודית, וכן את הכנסת; ומחמת חוסר ניקיון כפיהם של העותרים שביססו עתירתם על קטעי עיתונות מבלי לבצע בירור עובדתי ראוי. לגופו של עניין נטען, בין היתר, כי עברו הפלילי של השר התיישן ונמחק, ולפי חוק המידע הפלילי אסור לעשות שימוש במידע זה; כי דבריו ומעשיו של השר חוסים תחת חסינותו העניינית כחבר כנסת; כי השר פועל אך כאיש ציבור ובשליחות בוחריו, ובוודאי שאין בהתבטאויותיו מספיק בשביל למנוע ממנו לכהן כשר, שכן שרים רבים אחרים מתבטאים באופן זה; ולבסוף, כי לראש הממשלה קיים שיקול דעת נרחב במינוי שרים ולבית המשפט אין סמכות לדון בכך.

בדיון שהתקיים לפנינו, הרחיב השר בן גביר וטען ארוכות על כך ששינה מאורחותיו, מדעותיו ומהתנהלותו; כי כבר אינו מזדהה עם דרכו של הרב כהנא ואף ספג ביקורת על כך מחלק מתומכיו וידידיו לשעבר; כי שינה את יחסו לקהילת הלהט"ב; והוא מבחין בין אזרחי ישראל המשתייכים למיעוט הערבי לבין מחבלים.

9. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי עברו הפלילי של השר והתבטאויותיו אכן מעוררים קושי רב במינויו, אולם, בראי שיקול הדעת הרחב מאוד הנתון לראש הממשלה, המינוי אינו חוצה את הרף של אי סבירות קיצונית. בין היתר, נטען כי בחלוף שלושה חודשים מהמינוי ובראי הפסיקה הרלוונטית – ראש הממשלה חזר ובחן את המינוי אך לא מצא לשנותו; באשר לעברו הפלילי של השר בן גביר, נטען כי חלף זמן רב מאז ביצוע העבירות ולכן יש לתת להן משקל נמוך; באשר להתבטאויותיו של השר, נטען כי אמנם יש בהן כדי לפגוע באמון הציבור, אך אין בכך כדי לשלול את שיקול דעתו של ראש הממשלה בראי הצהרתו של השר כי הוא שינה דרכו; עוד נטען כי עמדו לנגד עיניו של ראש הממשלה גם שיקולים פוליטיים וקואליציוניים, והאיזון שנעשה על ידו בין כלל השיקולים אינו בלתי סביר באופן קיצוני; ולבסוף, הודגש כי "בחירת סבירות מינויו של בן גביר לתפקיד השר לביטחון לאומי כאמור נעשית, בין היתר, על יסוד עצמאותה של המשטרה בהפעלת סמכויותיה, ועל הפרדת סמכויותיה מן המגרש הפוליטי".

10. השר בן גביר ביקש להשיב לתגובת היועצת המשפטית לממשלה, ובתשובתו נטען, בין היתר, כי היועצת המשפטית לממשלה לא התייחסה לאף אחת מהעילות הרבות לדחיית העתירה על הסף, ולא נתנה משקל מספק לכך שהסעד המבוקש בעתירה אינו

אקטואלי; כי התבססה בתגובתה על מצע עובדתי רעוע; וכי העבירות שבהן הורשע השר אינן ברף העליון של עבירות ההסתה והן לא הובילו למאסרו מאחורי סורג ובריה.

דיון והכרעה

11. לאחר עיון בעתירה, בנספחיה ובתגובות לה, ושמיעת טיעוני באי כוח הצדדים בעל-פה בדיון שהתקיים לפנינו, הגעתי לכלל מסקנה כי מינויו של בן גביר לשר אכן מעורר קושי אך בשורה התחתונה דין העתירה להידחות, וכך אציע לחבריי שייעשה.

12. מספר הערות מקדמיות:

א. העותרים הזדרזו והגישו עתירתם טרם קבלת אמון הכנסת וכינון הממשלה, במטרה למנוע את מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי מראש. משעה שהכנסת הביעה את אמונה בממשלה ה-37 הפך דבר מינויו של בן גביר לעובדה, ודומה כי יש ממש בטענת המשיבים, כי ראוי היה לתקן את העתירה כך שהסעד המבוקש בגדרה יהא להורות לראש הממשלה לבוא ולנמק מדוע לא יעביר את השר בן גביר מתפקידו על פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה. מחדל זה של העותרים יש בו כדי להחליש את עתירתם, ושקלנו אם לדחותה על הסף משלא הוגשה בקשה לתיקונה. אולם, משעה שמבחינה מהותית השאלה נותרה דומה – קרי, האם מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי הוא בלתי סביר באופן קיצוני – אדרש לעתירה במתכונתה הנוכחית (ראו והשוו: בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (10.11.2015) (להלן: עניין גלנט); בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (13.8.2015) (להלן: עניין דרעי 2015). בשני מקרים אלה הוגשה העתירה עוד קודם לכינון הממשלה, אך העתירה תוקנה בהמשך לאחר כינון הממשלה).

ב. בחינת סבירות המינוי נעשתה אפוא על ידינו על פי מצב הדברים נכון ליום הגשת העתירה, ולא על סמך התפתחויות מאוחרות, ולא התרנו לעותרים להפוך את העתירה ל"עתירה מתגלגלת" בהתאם לעדכונים שוטפים בדבר מעשים ומחדלים המיוחסים על ידי העותרים לשר בן גביר, אשר אירעו לאחר הגשת העתירה.

ג. מאחר שהעתירה תוקפת את סבירות המינוי, השהינו את הדיון בעתירה עד למתן פסק דינו בעתירה הנוגעת לתיקון חוק יסוד: השפיטה (בג"ץ 5658/23 התנועה

למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024)). משניתן פסק הדין ומשהושבה עילת הסבירות על החלטות הממשלה ושריה לחיקו של המשפט המינהלי, ניתן פסק דינו זה.

המסגרת הנורמטיבית

13. כידוע, ההחלטה למנות אדם לתפקיד ציבורי מהווה החלטה מנהלית, וככזו היא כפופה לכללי המשפט המנהלי – ובפרט לחובתו של הגורם הממנה להפעיל שיקול דעת סביר בעת המינוי. לא אחת, הובהר כי בתוך דל"ת אמותיו של מתחם הסבירות, תיתכנה מספר חלופות שכולן תהיינה סבירות, וכל עוד האיזון שנערך על ידי הגורם הממנה נותר בגדרי מתחם הסבירות, בית המשפט לא יתערב בו – וזאת, אף אם ישנה דרך פעולה הנראית עדיפה יותר בעיניו (ראו: בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (1.3.2016)). כמו כן, הובהר כי היקפו של מתחם הסבירות נקבע בהתאם לזהות הגורם הממנה ולפי סוג המינוי: "מיהות הרשות המבוקרת וסוג ההחלטה או הסמכות, מושא הביקורת" (עניין גלנט, פסקה 22).

14. עקרון מרכזי בבחינת מינויים לתפקידים ציבוריים, ובפרט לתפקיד שר, הוא "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". הכלל הידוע, המוכר גם כ"הלכת דרעי-פנחסי", נקבע תחילה ביחס לעובדי ציבור (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: עניין אייזנברג)), אך יושם לאחר מכן גם ביחס למינוי שרים וסגני שרים (ראו: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (להלן: עניין דרעי 1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין אמיתי); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (להלן: עניין שיינפלד)). לפי עיקרון זה, הגם שמועמד עומד בתנאי הכשירות הפורמליים לכהונה ציבורית, עדיין חלה חובה על הגורם הממנה להפעיל שיקול דעתו באשר לסבירות המינוי, כיוון ש"יתכנו שיקולים נוספים פרט לתנאי הכשירות אשר יוליכו אל המסקנה שהמינוי אינו מתיישב עם ההגינות ועם טוהר המידות הנדרשים מן השירות הציבורי והוא עלול לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון" (עניין דרעי 2015, פסקה 15). הגם שבעת קביעת הלכת דרעי-פנחסי לא היו בחוק יסוד: הממשלה הוראות לעניין כשירות שרים, בית משפט זה חזר ובהביר כי ההלכה קיימת ושרירה גם לאחר תיקון חוק היסוד (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה חיות (6.5.2020); עניין שיינפלד, פסקה 47 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

15. כאמור, בהליך מינויו של שר, נדרש ראש הממשלה להפעיל שיקול דעת באשר להתאמת המועמד לתפקיד, ובדגש על אמון הציבור ברשויות השלטון. שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה הוא רחב, ובהתאם, הביקורת השיפוטית על החלטות כגון דא מצומצמת. היקף שיקול הדעת הרחב נובע הן מזהות בעל הסמכות, העומד בראש הרשות המבצעת, הן מאופי הסמכות, שהיא סמכות פוליטית במהותה (עניין שיינפלד, פסקה 52 לפסק דינה של הנשיאה חיות). היקף שיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה נועד "להבטיח את יכולתה של הממשלה לפעול בצורה אפקטיבית, להגשים את המנדט שניתן לה ולהוציא לפועל את מדיניותה, והיא מקפלת בתוכה שיקולים פרלמנטריים ומפלגתיים" (בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (8.5.2016) (להלן: עניין דרעי 2016)). לכך יש להוסיף כי מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי אושר על ידי הכנסת, עת נתנה אמונה בממשלה כולה, ומשכך, מתחם הסבירות רחב אף יותר (עניין שיינפלד, שם; בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 465, 445 (2007) (להלן: עניין אמונה)).

הגם ששיקול דעתו של ראש הממשלה הוא רחב, אין המדובר בשיקול דעת בלתי מוגבל. על ראש הממשלה לבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים להחלטה, ולייחס לכל אחד מהם את המשקל המתאים בעת עריכת האיזון ביניהם (עניין דרעי 2016, פסקה 27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עניין גלנט, פסקה 21), וגם החלטה זו חוסה תחת שבט הביקורת השיפוטית, בדומה לכל החלטה מנהלית אחרת (עניין דרעי 1993, עמ' 419; עניין שיינפלד, פסקה 53 לפסק דינה של הנשיאה חיות). יחד עם זאת, גדרו התערבותו של בית המשפט מצטמצמים לאותם מקרים שבהם המינוי עשוי לפגוע פגיעה קשה וחמורה במעמד של מוסדות השלטון ובאמון הציבור בהם (ראו: עניין אמונה, פסקה 23).

לאחר שסקרתי בקצרה את המסגרת הנורמטיבית החלה בענייננו, אפנה עתה למקרה שלפנינו. ענייננו במשרד ממשלתי חשוב – משרד המשטרה, שבשנות התשעים נעשה למשרד לביטחון פנים, ולאחר כניסתו של בן גביר לתפקיד נוספה לו עטרת המשרד לביטחון לאומי. בעתירה נטען כי עברו הפלילי של השר בן גביר, התנהגותו והתבטאויותיו הקשות, מלמדים כי מינויו לתפקיד השר לביטחון לאומי נעשה בחוסר סבירות קיצוני ומבלי שנשקלו מכלול השיקולים המחויבים לעניין. כפי שיפורט להלן, הגם שיש לתת את המשקל הראוי לעברו הפלילי והתבטאויותיו של השר, לא מצאתי כי מינויו עולה כדי חוסר סבירות קיצוני.

16. רשות הממנה מועמד למשרה ציבורית מחויבת להביא בחשבון במניין שיקוליה, לצד שיקולים פוליטיים ופרלמנטריים, גם את עברו הפלילי של המועמד – וכך גם ראש ממשלה הממנה אדם לתפקיד שר. חובה זו נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית כנאמן הציבור (עניין אייזנברג, פסקה 40). בעת הערכת משקלו של העבר הפלילי יש לאזן בין שורה של שיקולים, וביניהם: חומרת העבירות המיוחסות למועמד וזיקתן לתפקיד שאותו הוא מיועד למלא; אופיין של העבירות; התמשכות העבירות; וחלוף הזמן מאז ביצוע העבירות (עניין דרעי 2016, פסקה 29 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

17. בעניינו של השר בן גביר, העבירה האחרונה בוצעה בשנת 2002 וההרשעה האחרונה בשנת 2007. כלומר, חלפו כעשרים שנה ממועד המעשה האחרון, וכ-15 שנים מן ההרשעה האחרונה. כמו כן, בשנת 2021 הרשעותיו של השר בן גביר נמחקו בהתאם לחוק המידע הפלילי. בנסיבות אלה, יש ליתן משקל לחלוף הזמן מאז ביצוע העבירות ועד למינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי. פרק הזמן שחלף מביצוע העבירות ומההרשעות מהווה שיקול חשוב באשר למשקל שיש לתת לעברו הפלילי של מועמד לתפקיד ציבורי. בית משפט זה הכיר בכך שחלוף הזמן יש בו כדי להקהות את החשש כי מינוי שכזה יפגע באמון הציבור ברשויות השלטון (בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוק, פסקה 27 (12.2.2015)). ראו והשוו, עניין אייזנברג בעמ' 267:

”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 מפני מינוי למשרה ציבורית, אפילו בכירה. הזמן עושה את שלו. הפצעים מגלידים. המועמד משתקם. [...] בנסיבות אלה, לא יהא מקום לראות במינויו של מועמד שכזה למשרה ציבורית משום פעולה בלתי סבירה.”

18. באשר למחיקת רישומיו הפליליים של השר בן גביר, ראש הממשלה טען כי משעה שהרישומים נמחקו, ובהתאם לחוק המידע הפלילי, על בית משפט זה להורות על מחיקת עובדות אלה מהעתירה; והשר בן גביר טען כי משעה שהרישומים נמחקו, בקשת העותרים כי בית המשפט ייתן משקל בהחלטתו למידע זה היא אסורה על פי חוק. טענות אלה הועלו טרם ניתן פסק הדין בעניין שיינפלד, שבו נקבע כי עבר פלילי של מועמד לתפקיד שר, גם כזה אשר נמחק זה מכבר, הוא שיקול שעל ראש הממשלה להתחשב בו,

ומשכך, הוא שיקול רלוונטי גם לבית משפט זה עת הוא בוחן את סבירות החלטת ראש הממשלה:

”אכן, ביסוד ההסדרים הנוגעים להתיישנות ומחיקה של הרשעות ניצבת תכלית שיקומית ראויה, המשרתת את טובת הכלל [...] עם זאת, 'ככל העקרונות והערכים בשיטתנו המשפטית, אף עקרון הרהביליטציה וזכויות היסוד המונחות בבסיסו יחסיים הם, ויש שהם נסוגים מפני עקרונות ואינטרסים אחרים שהחברה מוצאת להגן עליהם' (שם, בעמ' 664).

[...]

פרט 4 אינו מתייחס באופן מפורש למינוי שרים, אך לגיטימי ניתן ללמוד מכותרתו ומתוכנו כי הוא נועד להחריג את הכללים הנוגעים למחיקת עבירות מן המרשם, מקום שבו עסקינן במינוי של בעלי תפקיד בשירות הציבורי. [...] אין חולק כי תפקיד שר במשרד ממשלתי הינו תפקיד ציבורי רם דרג, אשר לצד המעמד השלטוני יש בו גם אחריות על מערך לוגיסטי שלם, עובדים רבים ותקציבים ציבוריים משמעותיים. חובת האמון והדוגמה האישית כלפי הציבור טבועות עמוק באופייה של משרה שלטונית זו, ומשכך יש לאפשר לגורם הממנה אדם למשרה זו לבחון את עברו הפלילי – לרבות הרשעות שנמחקו – ואף מצופה ממנו כי יעשה כן (ראו והשוו: עניין אייזנברג, בעמ' 269) (שם, פסקאות 59-60).

19. כאמור, לחובתו של השר בן גביר נרשמו בשעתו 15 הרשעות, ושני מקרים נוספים הסתיימו ללא הרשעה תוך קביעה כי ביצע את העבירות שיוחסו לו. השר בן גביר ציין כי אל מול ההרשעות יש לקחת בחשבון את זיכוי מעשרות כתבי אישום שהוגשו נגדו.

היה זה שר החינוך זלמן ארן, בזמנים רחוקים של נורמות אחרות, שהעיר "אני אף פעם לא זוכיתי", אך לענייננו, יש להתמקד בהרשעות. חלוף הזמן מההרשעה, כשלעצמו, אינו תרופה לכל מכאוב. כך, קשה להלום כי מי שהורשע בריגול יתמנה לשר הביטחון או מי שהורשע באינוס יתמנה לשר לקידום מעמד האשה, גם אם חלפו עשרות שנים מביצוע העבירות וגם אם אותם מורשעים מכים בכנות על חטאם. ענייננו שלנו אינו חלילה בעבירות כה חמורות כמו ריגול ואינוס, רחוק מכך, ברם, יש חוט מקשר בין העבירות השונות שבהן הורשע השר בן גביר לאורך השנים, באשר רובן ככולן קשורות במישרין ובעקיפין להפרת הסדר הציבורי, ואילו השר לביטחון לאומי, הוא הדמות שאמונה על שמירת שלטון החוק והסדר הציבורי.

20. מכאן החשש כי יש בעברו הפלילי של השר בן גביר כדי לפגום באמון הציבור בפעולות השר, בשיקול דעתו, ובמוסדות המצויים באחריותו. לא בכדי ציינה היועצת המשפטית לממשלה בתגובתה כי יש קושי רב במינוי, ולמקרא הדברים נזכרתי במילותיו של השופט מ' חשין: "קראתי את החלטתו של היועץ המשפטי ודימיתיו כגורם חצץ בשינוי" (בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, 419 (2000)).

יחד עם זאת, בנסיבות שבהן חלף זמן רב ממועד ביצוע העבירות; בהינתן שהעבירות בוצעו טרם מינויו למשרה ציבורית כלשהי ובעת שהיה צעיר לימים; ומזה שנים ארוכות שהשר בן גביר לא הועמד לדין ובמהלך השנים קיבל רשיון עריכת דין – הרי שיש לתת לעברו הפלילי משקל נמוך במלאכת האיזון בין כלל השיקולים. כך, כפי שהעיד במכתבו ליועמ"שית, עשה גם ראש הממשלה אשר בחן את עברו הפלילי של השר בן גביר ובשל שיקולים של חלוף הזמן ומחיקת הרישומים הפליליים, לא ראה במינוי כבלתי סביר באופן קיצוני.

התבטאויות

21. בעת בחינת מועמדותו של אדם לתפקיד ציבורי, ודאי לתפקיד שר, יש להתבסס על תשתית של ראיות מנהליות, ככל החלטה מנהלית אחרת. תשתית זו אינה תחומה רק לכתבי אישום והרשעות, שהרי גם מעשים והתבטאויות שאינם עולים כדי עבירה פלילית מהווים ראיה מנהלית (וראו דברי המשנה לנשיאה השופט ע' פוגלמן בעניין שיינפלד, פסקה 8 והאסמכתאות שם). "ההכרח להגן על מקצועיותו של השירות הציבורי, על טוהר המידות שבו, על תדמיתו הנקייה ועל האמון שהציבור רוכש לו, תקפים גם בנסיבות בהן הפגם הערכי-נורמטיבי שנפל בהתנהגותו של המועמד לא הוביל לנקיטה בצעדים משפטיים" (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (12.10.2008) (להלן: עניין לביא)).

22. אכן, היו מקרים בעבר שבהם הוחלט לפסול מועמד מתפקיד ציבורי בשל התבטאויותיו. כך, בעניין לביא נקבע כי אין למנות למנהל רשות מקרקעי ישראל אדם אשר התבטא בצורה גזענית כלפי המגזר הערבי כיוון ש"מינויו של העותר לתפקיד הנדון עלול ליצור פער בין התדמית של הגינות ושוויוניות המתחייבת מהשירות הציבורי לבין דמותם של העומדים בראשו. פער זה עלול לפגוע פגיעה קשה ועמוקה באמון הציבור, על מגזריו השונים, במערכת הציבורית בכלל ובמינהל מקרקעי ישראל בפרט" (עניין לביא, פסקה 26). מנגד, היו גם מקרים שבהם בית משפט זה נמנע מלפסול מועמדים

לתפקידים ציבוריים בכירים בגין התבטאויותיהם הפסולות (ראו: בג"ץ 5562/07 שוטהיים נ' השר לביטחון פנים (23.7.2007) (להלן: עניין שוטהיים); בג"ץ 5757/04 הס נ' סגן הרמטכ"ל, פ"ד נט (6) 97 (2005) (להלן: עניין הס)).

אמנם, קיימת הבחנה בין נבחר ציבור, הנבחר על ידי העם, מייצג חלק ממנו, ולמעשה רשאי לפעול לקידום החלק באוכלוסייה אותו הוא מייצג; ובין עובד ציבור, הנבחר למילוי תפקידו על ידי נבחרי הציבור ואמור לפעול מתוך הגינות ושוויוניות ולא מתוך אידיאולוגיה כזו או אחרת (עניין לביא, פסקאות 12, 18). אך אין משמעו של דבר שלא ניתן לבחון את סבירות מינויו של נבחר הציבור על בסיס התבטאויותיו, ודאי כאלו העולות כדי ביטויי גזענות והפליה. לעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק בפסקה 38 בעניין אמיתי:

”מקובל עלינו כי לא הרי נבחר ציבור כהרי עובד ציבור. הראשון נבחר על-ידי העם ועומד לשיפוטו. השני נבחר על-ידי נבחרי העם ועומד לשיפוטם, אך שוני זה אין משמעותו כי נבחר העם עומד לפני דין הבוחר בלבד, ורק במקרים חריגים ויוצאי דופן הוא יעמוד גם לדין המשפט. דין הבוחר אינו בא במקום דין המשפט ואין הוא יכול להחליפו. אכן, דווקא עובדת היותו של אדם נבחר ציבור מחייבת אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מעובד ציבור 'רגיל'. מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו. על כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה, עליה לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון, בין אם בעל הכהונה הוא נבחר (כגון חבר כנסת המכהן כסגן שר) ובין אם הוא עובד ציבור (כגון עובד מדינה ששר מוסמך לפטרו).”

23. העותרים טוענים כי התבטאויותיו החוזרות ונשנות של השר בן גביר באשר ליריביו הפוליטיים, למגזר הערבי ולקהילת הלהט"ב, מלמדות שמינויו לתפקיד השר לביטחון לאומי, אשר אחראי בין היתר על שמירת הסדר הציבורי ואכיפת החוק – אינו סביר באופן קיצוני.

24. לעניין זה יוער כי אני מסכים עם האמור בתגובת היועצת המשפטית לממשלה כי אין רלוונטיות לענייננו לטענתו של השר בן גביר שמעשיו והתבטאויותיו חוסים תחת חסינותו כחבר כנסת. כאמור, אין אנו מצויים במישור הפלילי, אלא במישור המנהלי, שבמסגרתו ניתן ואף צריך לבחון התבטאויות ומעשים שיש בהם כדי להשליך על סבירות מינויו של השר בן גביר, ולשקלל גם אותם במאזן השיקולים השלם.

25. יש לתת משקל להתבטאויות ולמעשים של מועמד לתפקיד ציבורי ככל ראייה מנהלית אחרת, אך "האמירה הפסולה היא לעולם תלויית-נסיבות, ולעולם יש למדוד אותה ולהעריכה על רקע הנסיבות והתנאים המיוחדים בהם היא נאמרה, על רקע בחינה כוללת של האדם, בשים לב לעברו האישי והמקצועי, ובהתחשב בצרכי המערכת בה הוא משרת" (עניין שוטהיים, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

אתיחס תחילה לבקשות לפסילת מועמדותו של השר בן גביר לכנסות ה-21 וה-22 בעילה של הסתה לגזענות. על אף שבקשות אלו, והערעורים שהוגשו בעקבותיהן, נדחו על ידי בית משפט זה, הרי שאין בכך כדי להשליך באופן אוטומטי על כך שמינויו של בן גביר לשר סביר הוא. היקף ההתערבות בבחירת מועמד לחבר כנסת מצומצם מאוד ושמור למקרים חריגים בלבד – זאת בשים לב לזכות לבחור ולהיבחר; לעומת זאת, היקף ההתערבות במינוי שר מושפע ביד האחת מכך שאין מדובר ב"זכות קנויה", וביד השנייה משיקול דעתו הנרחב של ראש הממשלה בהחלטה כזו, כמפורט לעיל. הגם שאין זה דומה לזה, נמצאנו למדים מערעורי הבחירות כי יש בהתבטאויותיו של השר בן גביר "קרבה מסוכנת לקו האסור שהחוצה אותו מנוע מלהתמודד בבחירות לכנסת".

26. אכן, בעניינו של השר בן גביר קיים צבר אירועים לא מועט. מדובר באמירות קשות שאינן צריכות להישמע מפי נבחר ציבור, והתנהלות שאינה הולמת שר בישראל. בדבריו לפנינו, השר בן גביר הדגיש וחזר והדגיש עד כמה שינה את דרכיו ואורחותיו בשנים האחרונות. אולם, מראית העין מחייבת כי יחלוף פרק זמן משמעותי מחטאים ועוונות קודמים ועד למינוי לתפקיד שר. לא בכדי הקשה חברי, השופט י' כשר, על השר בן גביר במהלך הדיון, בשאלה אם לדעתו-שלו ניתן היה למנותו לתפקיד שר לפני מספר שנים. כך, לדוגמה, חלפו אך כארבע-חמש שנים מאז שהסיר השר בן גביר מקיר סלון ביתו את תמונתו של הרוצח ברוך גולדשטיין, אקט שנתפס בשעתו כתמיכה בטרור. גם על רקע זה, לא יפלא כי היועצת המשפטית לממשלה מצאה כי המינוי מעורר קשיים.

27. עם זאת, מצאתי כי שיקולים של חלוף הזמן; הצהרתו של השר בן גביר כי שינה דרכו ואורחותיו; הבחינה המחודשת שביצע ראש הממשלה בעניינו של השר בן גביר – בכל אלה יש כדי להפחית מהמשקל שיש ליתן להתבטאויות במאזן השיקולים ולהחליש את העתירה. חלק מההתבטאויות שאליהן הפנו העותרים בעתירתם נאמרו בין השנים 2011-2018, שעה שהשר בן גביר טרם כיהן כחבר כנסת. יש לתת את הדעת לכך שחלף זמן לא מועט מאז ההתבטאויות האמורות, ולכך שהן נאמרו עוד לפני שכינה בתפקיד ציבורי (עניין לביא, פסקה 13; עניין אמונה פסקאות 14, 16; עניין הוט, פסקה 11). השר בן גביר הצהיר במספר הזדמנויות שונות כי הוא שינה דרכו: כך, כבר בשנת 2019,

בעמדה שהציג בערעורי הבחירות בעניינו, טען השר בן גביר כי כבר שנים שהוא אינו מזדהה אוטומטית עם כל רעיונותיו של כהנא וכי הוא שינה אורחותיו; כך, הצהיר בפני ראש הממשלה, כפי שנכתב במכתבו ליועמ"שית, כי בשנים האחרונות הוא בוחר לילך בנתיב שונה; וכאמור, כך הצהיר וחזר והצהיר גם בדיון שהתקיים לפנינו.

28. לסיכום חלק זה, מקובלת עליו עמדת היועצת המשפטית לממשלה כי יש בהתבטאויותיו של השר בן גביר כדי לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון, ודאי כאשר עסקינן בתפקיד השר לביטחון לאומי, אך בצד האמור לא נפלה אי סבירות קיצונית בשיקול דעתו של ראש הממשלה, אשר נתן משקל להצהרות השר בן גביר כי בשנים האחרונות שינה דרכו.

מאזן השיקולים

29. אכן, אין להתעלם מהעבר הפלילי בתחום הסדר הציבורי ומהתבטאויותיו של השר בן גביר, הגם שמצאתי בנסיבות העניין להפחית ממשקלם של שיקולים אלה. עם זאת, עבר פלילי וצבר התבטאויות אינם השיקולים היחידים שיש לתת עליהם את הדעת. לראש הממשלה סמכות לשקול גם שיקולים פוליטיים, קואליציוניים ומפלגתיים, במסגרת החלטתו למנות אדם לתפקיד שר בממשלתו: "אין לכחד, סמכותו של ראש הממשלה למנות שרים נושאת מאפיינים ייחודיים ואופי פוליטי מובהק; היא נועדה לאפשר לו להגשים את המנדט שנתן לו הציבור ולהרכיב ממשלה שתפעל באופן אפקטיבי ותוציא לפועל את מדיניותה" (עניין שיינפלד, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ברוב). שיקול דעתו הנרחב של ראש הממשלה באשר למינוי שרים נגזר בין היתר מהמציאות הפוליטית, ומכך שמחויב הוא לשקול גם שיקולים פוליטיים. "מורכבות החיים בכלל והחיים הפוליטיים בפרט מציבה מנעד רחב של מינויים אפשריים, לרבות אלה שמתנגשים עם התכלית של טוהר המידות ואמון הציבור הנדרש. לכן, יש מקום – אף הכרח – להפעיל שיקול דעת. אך זאת ייעשה בזהירות, וההתערבות תהא במקרים חריגים" (עניין דרעי 2016, פסקה 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל).

כפי שעולה ממכתב ראש הממשלה, ניתן משקל לא מבוטל לשיקולים פוליטיים, וביניהם: הרצון לשמור על יציבות פוליטית לאחר חמש מערכות בחירות בתוך זמן קצר; האמון מצד ציבור הבוחרים שלו זכה השר בן גביר בבחירות האחרונות; וגודלה של הסיעה שאליה משתייך השר בן גביר במארג הקואליציוני. ראש הממשלה שקל שיקולים אלה לצד השיקולים הערכיים-נורמטיביים, ובהם עברו הפלילי והתבטאויותיו של השר בן גביר, ומצא כי באיזון הסופי אין להעביר את השר מתפקידו. לנוכח המשקל שיש ליתן

לשיקולים פוליטיים במארג השיקולים הנוגעים למינוי שר באישור הכנסת, לא מצאתי כי יש מקום להתערבותנו בשל אי סבירות קיצונית.

30. סופם של דברים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. כאמור, בית משפט זה יתערב במינוי של שר רק במקרים חריגים שבהם המינוי עשוי לפגוע פגיעה קשה במעמד של מוסדות השלטון ובאמון הציבור בהם. חובה עלינו לייחס משקל רם, ואף מכריע, לכך שבפנינו מינוי לתפקיד שר ומתחם הסבירות בהקשר זה הוא רחב במידה ניכרת בהשוואה למתחם הסבירות בכל הנוגע למינוי עובד ציבור. הגם שמינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי אינו חף מקשיים ואולי אף עשוי לפגוע במידת מה באמון הציבור, לא מצאתי כי המינוי הינו חסר סבירות באופן קיצוני. האיזון בין כלל השיקולים בנסיבות העניין לא פשוט – עברו הפלילי של השר בן גביר והתבטאויותיו לאורך השנים מעוררים קושי מסוים במינויו – אך בהינתן מכלול השיקולים, ובהינתן שיקול הדעת הרחב הנתון לראש הממשלה בהחלטות מסוג זה, לא מצאתי עילה להתערבות בו. אחזור ואדגיש את שאמרנו בפתח הדברים, כי בחינת סבירות המינוי נעשתה על פי מצב הדברים נכון ליום הגשת העתירה.

31. הערה בשולי הדברים אך לחלוטין לא בשולי חשיבותם.

יובהר כי קביעתי בעניין זה, כמו גם עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, מתבססת, בין יתר השיקולים, על יסוד עצמאותה של המשטרה. כידוע, השר לביטחון לאומי רשאי לקבוע את מדיניותה הכללית של המשטרה, אך אין הוא משמש כ"מפכ"ל על". המשטרה היא גוף עצמאי אשר הפעלת סמכויותיו נעשית בנפרד למגרש הפוליטי, ויחסי הכוחות בין המשרד לביטחון לאומי ובין המשטרה הם כאלה השומרים על האיזון הנאות בין עצמאות המשטרה לבין הפיקוח על פעולותיה (ראו: עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה, בעמ' 98-101 (2018)). שיקול זה, וההנחה כי תישמר עצמאות המשטרה וגופים נוספים הכפופים למשרד לביטחון לאומי – יש בהם כדי להקהות את החשש ואת הפגיעה באמון הציבור, וגם מן הטעם הזה לא מצאתי כי מינויו של השר בן גביר הינו בלתי סביר באופן קיצוני.

ולבסוף, אחזור ואדגיש כי בחינת סבירות המינוי נעשתה על פי מצב הדברים שעמד בפנינו בעת הגשת העתירה.

32. לקראת סיום, אעיר בקצרה לדבריו של חברי השופט נ' טולברג.

אכן, רבים מאיתנו סבורים שיש מקום להפעלה זהירה של עילת הסבירות, אך יש בהם, ואני בכללם, הסבורים כי אלה הם ממילא פני הדברים בגדר ההלכה הפסוקה, ותוצאתו של פסק דין זה אך תוכיח.

סוף דבר – אציע לחבריי לדחות את העתירה, ובנסיבות העניין, אציע כי לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

דעתי כדעתו של חברי, השופט י' עמית, כי דינה של העתירה – לדחייה.

1. את עמדתי לגבי פסילת חוקי-יסוד בכלל, ופסילת תיקון מס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה בפרט, פרסתי בהרחבה בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024) (להלן: עניין הסבירות). אסתפק בהפניה לאמור שם; אתמקד בהווה.

2. לעת הזו, רוב מניין ורוב בניין של שופטי בית משפט זה, סבורים כי טוב נעשה אם נצמצם את גבולה של עילת הסבירות. גם אם יהא זה 'ריסון עצמי'; הגבלה שיפוטית שאותה אנו, השופטים, נוטלים על עצמנו. זוהי עמדתם של מי שהיו, בימים ההם, שופטי המיעוט בעניין הסבירות, ובזמן הזה – עמדה המשקפת את דעת הרוב. זוהי גם עמדתם של חלק מאלה שנמנו על דעת הרוב באותו עניין. אלו הם דבריו החשובים של השופט ח' כבוב, בשולי חוות דעתו בעניין הסבירות: "טוב נעשה אם נישיר מבט לביקורת הנוקבת וארוכת השנים שהושמעה, הן מפי שופטי בית משפט זה, הן מפי מלומדי משפט, על אודות מבחן איזון האינטרסים והשימוש שנעשה בו בחמשת העשורים האחרונים. דברים אלו מקבלים משנה תוקף, בשים לב לכך שביקורת זו הגיעה עד למליאת הכנסת, ובאה לידי ביטוי בחקיקת-יסוד. גם אם אין מנוס מביטולו של סעיף 15(ד), נוכח נוסחו הגורף כפי שהובהר לעיל, סבורני כי נכון שנטה אוזן קשבת לביקורת זו וניתן לה ביטוי בפסיקתנו" (שם, בפסקה 100).

3. בסיומה של חוות דעתי בעניין הסבירות, הצטרפתי לקריאתו של השופט כבוב. הוספתי, כי גם אם לדעת הרוב דאז לא היה מנוס מביטול התיקון לחוק-היסוד, הרי שגם לשיטתם אין מקום להתעלם מהאמור בו ולהפטיר כדאשתקד. עלינו לצמצם את השימוש בעילת הסבירות, כי בידנו הדבר (שם, פסקאות 245-249 לחוות דעתי). סברתי, כי נכון יהיה לומר כך: "אכן, בצעד חריג וחסר-תקדים, נאלצנו ברוב דעות להורות על פסילתו של

חוק-יסוד. באופן פורמלי, לא היה מנוס מלהורות על ביטולו המוחלט של דבר החקיקה, אף בנוסחו ה'רזה', שכן אין זה בסמכותנו לכתוב את דבר החקיקה מחדש. יחד עם זאת, מקבלים אנו את מרותו של המכונן, את מרותו של העם שאֵלו הם נציגיו. נעשה כמידת יכולתנו, על מנת להגשים את רצונו של המכונן. לפיכך, משקבענו כי נוסח 'רזה' של החוק, לא היה נפסל על-ידנו, אזי אין אנו רואים צורך להמתין לחקיקתו של חוק-יסוד חדש שיקבע הסדר דומה. בהעדר מגבלה חוקית, ומשהדבר מצוי בגדר סמכותנו, נודיע עתה, כי מעתה והלאה, נסיג את הגלגל לאחור. לא נשתמש עוד בעילת הסבירות בעניינן של החלטות הממשלה וש"ריה, אלא אם כן נקבע כי ישנם נתונים חד-משמעיים, המלמדים כי אותה החלטה כה בלתי-סבירה, באורח קיצוני, עד ששום ממשלה סבירה לא היתה יכולה לקבל החלטה שכזו. אותו מבחן ותיק וטוב, שהיה באמנה איתנו מראשית הדרך ועד לפסק הדין בעניין דפי-זהב; סבירות נוסח 'וונדסברי' (שם, פסקה 250 לחוות דעת).

4. חכמינו זכרונם לברכה לימדונו, כי "קְרִינָא דְאִיגְרָתָא אִיהוּ לְיְהוּי פְּרִוְנָקָא" (בבלי, סנהדרין פב, א). 'הכרוז הקורא את האיגרת, הוא שמוטל עליו להוציא לפועל'. עתה, עלינו לפסוע צעד נוסף, ולפרוע את השטר. לא אאריך, אומר אך זאת: אם ישנו עניין המתאים לשמש כתקדים, שבו מצמצם בית משפט זה קמעא את תחולתה של עילת הסבירות, הרי שזהו העניין שלפנינו.

5. פולמוס ארוך-שנים מתנהל בעניינה של עילת הסבירות, אך הביקורת הנוקבת ביותר הושמעה לגבי עשיית שימוש בה כדי להורות על מינויים ופיטורים של שרים, וזאת בזיקה לתקדים הידוע כ'הלכת דרעי-פנחסי' (הלכה שנקבעה בשני פסקי דין, שניתנו באותו יום: בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (8.9.1993); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (8.9.1993)). פגיעתה הרעה של הרחבת שטח המחייבה של עילת הסבירות, ניכרת במיוחד במישור זה. היטיב להגדיר זאת פרופ' יואב דותן: "הלכת דרעי מהווה סוג של גידול פרא במשפט הציבורי שלנו. היא נוצרה כתוצאה 'מתחושות בטן' של השופטים, מתוך הלך הרוח של 'לא יעלה על הדעת', ולא כתוצאה של חשיבה רציונלית וגזירה שיטתית של פתרונות מתוך העקרונות הכלליים של המשפט הציבורי. אין לי ספק שהשופטים שיצרו הלכה זו, וגם אלו שמפעילים אותה כיום, פועלים בתום לב, מתוך רצון אמיתי להילחם בשחיתות שלטונית ואפילו מתוך תחושת שליחות. אלא, שבכוונות טובות וטהורות אין די. כולנו יודעים לאן יכולות כוונות כאלו להוביל – במיוחד כאשר אינן מתבססות על חשיבה משפטית מסודרת, מדודה ורציונלית" (יואב דותן "הדחה שיפוטית של נבחר ציבור במבחן חוקתי" ICON-S-IL Blog (4.5.2020); ראו גם: נעם סולברג "הלכת דרעי-פנחסי בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים (16.1.2022)).

6. גם חסידיה האדוקים ביותר של עילת הסבירות, מסכימים כי הפעלתה לגבי מינויים ופיטורים של שרי ממשלה – רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כך למשל, השופט

ד' ברק-ארוז, התומכת בהלכת דרעי-פנחסני, ובהפעלת עילת הסבירות גם לגבי מינויים ופיטורים של שרי ממשלה, סבורה כי חוק-יסוד שהיה מונע את השימוש בעילת הסבירות בענייני מינויים ופיטורים של שרים, לא היה נפסל על-ידה: "מבלי לקבוע מסמרות, דוגמה נוספת עשויה להיות הביקורת השיפוטית על החלטות הנוגעות למינויים ולפיטורים של שרים וסגני שרים [...] החלטות אלו נושאות אופי מיוחד. ההחלטה על בחירתם של מועמדים לתפקידי שרים וסגני שרים וההחלטה לפטרם מונעת כל כולה משיקולים פוליטיים, ושיקולים אלה הם לגיטימיים באותו הקשר, בשונה מאשר בהקשרים אחרים. אף במקרים שבהם בית משפט זה התערב על יסודה של עילת הסבירות בסוגיה הנוגעת למינויים ולפיטורים של שרים הוא הבהיר שהתחשבות בשיקולים פוליטיים בהקשר זה היא חוקית [...] בכך תפקידים אלה שונים ביסודם מכל מינוי אחר. אכן, הביקורת השיפוטית על החלטות אלה בגדרה של עילת הסבירות העלתה תרומה חשובה לפיקוח על טוהר המידות של המכהנים בתפקידים כאלה (כפי שעולה משני פסקי הדין הנזכרים לעיל וידועים כהלכת דרעי-פנחסני). עם זאת, קשה לומר שהגבלה על הביקורת השיפוטית ביחס להחלטות על מינויים ופיטורים של שרים וסגני שרים הייתה עולה כדי פגיעה בזכויות של הנוגעים בדבר, בהתחשב בכך שההחלטות בתחום זה הן מלכתחילה, ובדין, פוליטיות. על כן, מבלי לקבוע מסמרות, וכפי שמציין גם חברי השופט עמית (בפסקה 3 לפסק דינו), ייתכן שתקון המגביל את הביקורת השיפוטית לפי עילת הסבירות על החלטות הנוגעות למינויים ולפיטורים של שרים, לו היה נחקק, גם אם לא היה משקף מדיניות רצויה, היה נותר בגדר המסגרת החוקתית הלגיטימית" (עניין הסבירות, פסקה 92 לחוות דעת; וראו גם דבריו של חברי השופט י' עמית שם, בפסקה 3 לחוות דעתו).

7. משהונחה לפתחנו עתירה המבקשת להפעיל את עילת הסבירות כדי להורות לראש הממשלה לפטר שר משרי הממשלה, הריהי ראויה לשמש כתקדים מרענן. עלינו לתחום את גבולותיה של עילת הסבירות, ולהכריז: עד כאן! "גם אם ב-40 השנים האחרונות, ספינת המשפט הישראלי מפליגה, בשיטתיות ובעקביות, לעבר הקוטב 'האקטיביסטי', הרי שאין זה מן הנמנע להסיט קמעא את מסלולה של הספינה, טיפין טיפין, גם לכיוון שונה, שמרני יותר, מבלי צורך ב'מהפכה'" (פסקה 182 לחוות דעתי בעניין הסבירות). דחיית עתירה כמו זו שלפנינו, עשויה להיות צעד ראשון בכיוון הנכון. 'צעד קטן לאדם, צעד גדול למשפט הציבורי'; לו יהי.

8. אני מצטרף אפוא לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט י' עמית, שלפיה דין העתירה – להידחות.

1. מסכים אני עם חברי השופט י' עמית כי דין העתירה דנן להידחות. עוד מסכים אני עם הנימוקים שהובילו את השופט י' עמית למסקנתו האמורה. אסתפק על כן בהערות התמציתיות הבאות:

ראשית, כפי שציין גם חברי השופט י' עמית בחוות דעתו, הלכה מושרשת היא כי: "כאשר בוחן בית המשפט את סבירותן של החלטות ראש הממשלה בענייני הרכבת הממשלה, מכיר הוא בכך שרק במקרים חריגים ונדירים תוחלפנה מאזניו ומשקולותיו של ראש-הממשלה במאזניו ובמשקולותיו של בית המשפט..." (ההדגשה הוספה – י' כ'; בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פסקה 31 לפסק דינו של השופט א' ריבלין (9.10.2003); בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת א' חיות (13.8.2015) (להלן: עניין דרעי השני); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 9 לפסק דינו של השופטת י' וילנר (18.1.2023)). חוות דעתו של השופט י' עמית מבטאת היטב את הגישה האמורה, לה אני מסכים.

שנית, היבט מרכזי המאפיין את מרחב שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה בכל הנוגע להרכבת הממשלה (בשונה משיקול הדעת הנתון לגורמים מנהליים אחרים שהחלטותיהם עוברות תחת שבט ביקורתו של בית משפט זה), הינו כי ראש הממשלה יכול, ואף צריך, לשקול גם שיקולים פוליטיים. עמד על כך גם השופט י' עמית בחוות דעתו לעיל (ראו בפסקאות 15 ו-29).

סבורני כי, ככלל, לא לנו לבקר את שיקוליו של ראש הממשלה בהקשר האמור ומשקלם הפנימי (כך, לדוגמא, לא לנו לבחון עד כמה צירופה של מפלגה פלונית המונהגת על ידי חבר כנסת פלמוני הינה חיונית להרכבתה של הממשלה או עד כמה הרכבתה של ממשלה בלא שיהוי הינה בעלת חשיבות רבה בעת הרלבנטית).

התוצאה היא שכאשר נבחן שיקול הדעת של ראש הממשלה, לעניין מינויו של שר, עלינו להניח, למצער ככלל, שהשיקולים הפוליטיים שביסוד המינוי הינם ראויים וכבדי משקל.

גם מכאן ההצדקה שהתערבות שיפוטית בעניין מינויים של שרים והרכבתה של הממשלה תהא שמורה למקרים יוצאי דופן וחריגים בלבד.

שלישית, במסגרת בחינת השיקולים שעל ראש הממשלה לשקול בבואו למנות שר, סבורני כי אלו הנוגעים להתבטאויותיו של המועמד, המבטאות את השקפת עולמו, מציבים, בנסיבות מסוימות, משוכה גבוהה בהרבה להתערבותנו ביחס לשיקולים אחרים, כגון עברו הפלילי. בהקשר ספציפי זה, גם האמירה לפיה התמודדות לכנסת לחוד ומינוי לכהונת שר לחוד, הינה אמירה הכרוכה בקושי. כידוע, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת קובע כי לא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת אם יש במעשיו משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. כמו כן, סעיף 42א(ג) לחוק יסוד: הכנסת קובע כי הכנסת רשאית, ברוב של 90 מחבריה, להחליט להפסיק את חברותו של חבר הכנסת אם קבעה כי ביצע, לאחר היבחרו, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל. אמנם, נכון הוא כי לנוכח העובדה שבשיטת הבחירות שלנו האזרח מצביע, ישירות, לרשימה לכנסת ולא להרכב הממשלה, לחבר כנסת אין "זכות קנויה" להתמנות כשר (ראו עניין דרעי השני, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת א' חיות). ברם, מתן זכות להתמודד בבחירות לכנסת משמעה גם האפשרות שתצלח דרכה של אותה מפלגה בבחירות עד שראשיה יהיו מועמדים טבעיים לכהונת שר. על כן, קיים קושי בקביעה שהתבטאות של חבר כנסת, המבטאת את השקפת העולם של המפלגה במסגרתה נבחר, שהייתה גלויה וידועה עובר לבחירות, יכולה להוות טעם להימנע ממינויו למשרת שר בממשלה. ויודגש: אין אלו נסיבות דנן והדברים לעיל נאמרים לצורך השלמת האמור בחוות דעתו של חברי, השופט י' עמית, בלבד.

2. גם באשר לפנייתו של חברי, השופט נ' סולברג, לעניין צמצומה של עילת הסבירות, אסתפק בתמצית שבתמצית: סבור אני שאכן יש מקום, ככלל, לריסון שיפוטי בשימוש בעילת הסבירות.

מסכים אני גם עם גישה לפיה יש צורך בזהירות מיוחדת ובריסון רב בהתערבות שיפוטית בהחלטותיהם של הממשלה ושריה, ודומני כי בגישה זו אין משום חידוש או ייחוד כלשהם והיא מצאה ומוצאת ביטוי, הלכה למעשה, בפסיקתו של בית משפט זה.

יחד עם זאת איני סבור שיש מקום או צורך בשרטוט מחדש של תחומיה של עילת הסבירות ואלו ייקבעו, ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבותיו ובעיקר באופן בו תיושם בפועל (ובמיוחד – המקרים בהם לא תיושם, למרות השקפתם של היושבים לדין כי לו בידם היתה הסמכות, הם היו מחליטים אחרת).

סבורני כי הגישה המרוסנת העולה מחוות דעתו לעיל של השופט י' עמית בעניין דנן, המגלה עמידה, בפועל ושלא לתפארת המליצה, על התערבות שיפוטית רק במצב

של חוסר סבירות קיצוני (וחברי אינו מסתיר את השקפתו כי: "...מינויו של בן גביר לשר לביטחון לאומי אינו חף מקשיים ואולי אף עשוי לפגוע במידת מה באמון הציבור"), מחזקת את האמור לעיל.

כאמור לעיל, מסכים אני לאמור בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית. כמו כן, כמותו אף אני סבור כי בנסיבות העניין דנן, אין מקום כי יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ב באדר א' התשפ"ד (2.2024.21).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט