

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4668/01

כבוד השופט א' מצא כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן כבוד השופטת ד' דורנר	בפני:
1. ח"כ יוסי שריד, יו"ר האופוזיציה 2. ח"כ מוסי רז	העותרים:
נ ג ד	
1. ראש הממשלה, אריאל שרון 2. אהוד יתום	המשיבים:
התנגדות למתן צו על תנאי	
ג' בכסלו תשס"ב (18.11.01)	תאריך הישיבה:
עו"ד ד' הולץ-לכנר	בשם העותרים:
עו"ד א' מנדל	בשם המשיב 1:
עו"ד י' נאמן, עו"ד ש' גרנות ועו"ד מ' נאמן	בשם המשיב 2:

פ ס ק - ד י ן

השופט א' מצא:

ביום 10.6.01 החליט המשיב 1 (ראש הממשלה, מר אריאל שרון) למנות את המשיב 2 (מר אהוד יתום) לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. בעתירה שלפנינו, שהוגשה לבית המשפט ביום 13.6.01, טוענים העותרים (חברי הכנסת יוסי שריד ומוסי רז), כי לנוכח חלקו של יתום בהריגת שני המחבלים שנלכדו על-ידי לוחמי צה"ל באירוע שנודע כפרשת "אוטובוס קו 300", ולנוכח החלק שהיה לו בשיבוש מהלכי החקירות שנערכו בקורות האירוע הנדון, החלטת ראש הממשלה למנותו לתפקיד האמור הינה בלתי-סבירה בעליל, ומן הראוי שבית המשפט יכריז עליה כבטלה. בעתירה נתבקש גם צו-ביניים שימנע את כניסתו של יתום לתפקיד בטרם יכריע בית המשפט בעתירה. משהוברר כי יתום עומד להיכנס לתפקידו ביום 1.7.01, וכבר החל בתהליך של חפיפה עם ראש המטה היוצא, החליטה חברתי, השופטת דורנר, ליתן צו-ביניים האוסר על כניסתו של יתום לתפקיד, מבלי שיהיה בצו כדי למנוע ממנו להמשיך בתהליך החפיפה. ביום 10.7.01 נדונה העתירה לפני הרכב

(הנשיא ברק, השופט דורנר והשופט ריבלין), שבתום הדיון בה החליט להוציא צו-על-תנאי על-פיה ולהותיר בעינו את צו הביניים.

פרשת האוטובוס ב"קו 300"

2. קורותיה של פרשה זו, הניצבת ברקע ההתדיינות, אינם שניים במחלוקת. כן אין מחלוקת, כי לאהוד יתום - שבזמן האירועים כיהן בתפקיד ראש אגף המבצעים בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) - היה חלק מרכזי במעשים החמורים, שחשיפתם כעבור זמן הסעירה את רוחו של הציבור. עד שאתייחס לנושא העתירה אקדים ואסקור את האירועים שלימים זכו לכינוי פרשת "קו 300".

3. ביום 12.4.1984 השתלטו ארבעה מחבלים על אוטובוס ב"קו 300" והחזיקו בנוסעיו כבני-ערובה. במהלך פעולת החטיפה נפצע אחד מנוסעי האוטובוס. למחרת עם שחר, בקרבת דיר-אל-בלח, פרץ כוח צה"ל לאוטובוס החטוף ושחרר את נוסעיו. במהלך פעולת החילוץ נהרגה חיילת מנוסעי האוטובוס. כן נהרגו שניים מארבעת המחבלים. שני המחבלים האחרים נלכדו, נכבלו והובלו על-ידי החיילים לשדה חיטה סמוך. יתום נכח בזירת האירוע לצרכים מוגדרים שהתחייבו מתפקידו. גם ראש השב"כ הגיע למקום. משנודע כי שניים מן המחבלים נלכדו, ניגשו ראש השב"כ ויתום לראותם. המחבלים היו מוטלים על הקרקע, ואנשים שנקבצו סביבם היכו בהם. גם יתום, שכדבריו נסחף באווירת ה"עליהום", סטר לאחד המחבלים. לפני שעזב את המקום הורה ראש השב"כ ליתום, להרוג את שני המחבלים.

עד מהרה, וללא היסוס, ניגש יתום למילוי פקודתו של ראש השב"כ. הוא הזעיק רכב והורה לאנשיו להעלות עליו את שני המחבלים הכפופים והחבולים. לאחר שיצא לדרך חיפש ומצא מקום מבודד. בפקודתו הורידו אנשיו את המחבלים מן הרכב, ובכוונה לגרום למותם, היכו אותם - יתום ואנשיו - בראשיהם באבנים ובמוט ברזל. לאחר שוודא כי הם מתים, הורה יתום לאנשיו להעמיס את גופותיהם על הרכב והוביל אותם לבית-חולים בו קבע רופא את מותם.

4. לאחר האירוע נמסר לציבור כי כל המחבלים נהרגו. משהוברר, כי שניים מארבעת המחבלים הורדו מן האוטובוס בעודם חיים, התעוררה דרישה לעריכת חקירה בנסיבות מותם. שר הביטחון מינה ועדת חקירה, בראשות האלוף במילואים מאיר זורע, והטיל עליה לחקור בנסיבות מותם של המחבלים. יתום ואנשיו, שהעידו לפני הוועדה, העלימו מפניה את חלקם בנסיבות הריגתם של המחבלים. בעדותו לפני ועדת זורע סיפר יתום, כי לשדה החיטה שאליו הובלו המחבלים לאחר הורדתם מן האוטובוס, הגיעו אנשים רבים שהקיפו את המחבלים, היכו אותם בידיהם ובעטו בהם; וכי אף הוא סטר לאחד המחבלים. בין המכים, כדבריו, לא ראה אנשי שב"כ, אך ראה כיצד תת-אלוף יצחק מרדכי (מי שהיה בזמן האירוע קצין חיל-רגלים וצנחנים ראשי) חובט באקדחו בראשי

המחבלים. לבסוף, סיפר, העלה את המחבלים על רכבו במטרה להובילם לחקירה; אלא שבמהלך הנסיעה הם דיממו ומצבם החמיר. לכן הסיעם לבית-חולים, שם קבע רופא את מותם. בדיעבד, אמר יתום לוועדת זורע, הריהו מצטער שלא לקח את המחבלים לטיפול רפואי בטרם יעבירם לחקירה. בדומה ליתום, גם אנשיו מסרו עדויות שקריות לפני ועדת זורע. הם עשו כן על-פי הנחייתו המפורשת של יתום, שניתנה להם על-דעת ראש השב"כ ויועצו המשפטי. בסיועו של יוסף גינוסר, שכיהן כחבר בוועדת החקירה אך היה שותף לסודם של אנשי השב"כ והדליף להם מידע מדיוניה, עלה בידי יתום ואנשיו לשבש את מהלכי חקירתה של ועדת זורע. בדיון וחשבון שהוגש על-ידי הוועדה (ביום 20.5.1984) נקבע, כי שני המחבלים הומתו במכות שהונחתו על ראשיהם, אך על איש מאנשי השב"כ לא הוטלה אחריות למות המחבלים. ביחס ליתום קבעה הוועדה, כי בין התנהגותו והנסיבות בהן לקח את המחבלים ברכבו ולבין מותם של המחבלים לא נמצא כל קשר. על-פי המלצת הוועדה, שהתבססה על הודייתו כי מתוך ש"נסחף" סטר לאחד המחבלים, הועמד יתום לדין משמעתי, והליך זה הסתיים בזיכוי. בהמלצת הוועדה, ועל יסוד עדותו של יתום לפניו, הועמד לדין משמעתי גם תת-אלוף יצחק מרדכי; ואף הליך זה הסתיים בזיכוי.

5. משהוברר כי ועדת זורע לא הצליחה לקבוע, בידי מי ובאלו נסיבות נגרם מותם של המחבלים, הוחלט (ביום 4.6.1984) להטיל על צוות בראשות פרקליט המדינה, מר יונה בלטמן, לשוב ולחקור נושא זה. גם בעדויותיהם לפני צוות זה חזרו יתום ואנשיו על הגירסה השקרית אותה מסרו לפני ועדת זורע, תוך שהעלימו את העובדה כי על-פי פקודתו של ראש השב"כ הרגו במו-ידיהם את שני המחבלים. אף חקירת הצוות בראשותו של פרקליט המדינה הסתיימה אפוא בלא כל ממצאים. ביום 18.5.1986 - קרוב לשנתיים לאחר שנושא החקירה נקלע למבוי סתום - דיווח היועץ המשפטי לממשלה, יצחק זמיר, למפקח הכללי של משטרת ישראל, כי הגיע אליו מידע המקים יסוד לחשד בדבר עבירות פליליות, שנעברו בפרשה האמורה על-ידי ממלאי תפקידים בשב"כ. פניית היועץ המשפטי חזרה והעלתה לסדר היום הציבורי את הפרשה. התפתחות זאת הובילה, בסופו-של-דבר, לכך שנשיא המדינה נתבקש ונאות לחון את ראש השב"כ ושלושה אנשי שב"כ נוספים (בכללם יתום) שהיו מעורבים בהריגת המחבלים, אף שהללו כלל לא הועמדו לדין (ראו, לעניין זה, את פסק הדין בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505). החלטת נשיא המדינה לחון את יתום ניתנה ביום 24.8.1986. בבקשתו לקבלת חנינה (מיום 10.8.1986) כתב יתום, כי הוא ופקודיו הרגו את שני המחבלים בפקודת ראש השב"כ, וכי למיטב הכרתו ואמונתו, נעשה המעשה "על-מנת שמפיגוע חטיפה רצחני לא ייחלצו מחבלים חיים". כן הודה יתום, כי בעדויותיהם בהליכי החקירה, לפני ועדת זורע ולפני הצוות בראשות פרקליט המדינה, העלימו הוא ואנשיו את העובדה כי הם אשר הרגו את המחבלים. כך נהג בעצמו, והינחה את אנשיו לנהוג, על-דעתו של ראש השב"כ. הוא האמין, לטענתו, כי אילוץ ביטחוני מחייבו לעבור על החוק, בהיות הדבר דרוש, למיטב הכרתו ואמונתו, לקיום ביטחונה של ישראל.

6. משהושלם הליך החנינה נפנתה משטרת ישראל לחקור את קורות הפרשה, במטרה להעמיד את העובדות על מכונן. באימרה שנגבתה מפיו במסגרת חקירה זו (ביום 27.8.1986) תיאר יתום בפרוטרוט כיצד נטלו הוא ואנשיו את שני המחבלים משדה החיטה אליו הובאו על-ידי החיילים, הובילו אותם למקום מבודד וחבטו בראשיהם בעזרת אבנים ומוט ברזל עד למותם. כן תיאר את המהלכים שנקטו, בתיאום מוקדם מלא בינו לבין חבר הוועדה יוסף גינוסר, לשיבוש חקירתה של ועדת זורע ולהכשלת הצוות החוקר בראשות פרקליט המדינה. עם קבלת ממצאי חקירת המשטרה מינה היועץ המשפטי לממשלה, יוסף חריש, צוות של משפטנים בכירים ('י' קרפ, ע' ארבל ו' אליאסוף), שהרחיב והעמיק בחקירת הפרשה העגומה ובסיכום מסקנותיה. בסופו-של-דבר, ובשל החנינה שניתנה לארבעה מאנשי השב"כ (בכללם יתום) שהיו מעורבים בהריגת המחבלים, החליט היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין גם אנשי שב"כ אחרים, שלגביהם נקבע כי נטלו חלק בשיבוש מהלכי החקירות.

המועמד

7. אהוד יתום, מועמדו של ראש הממשלה לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור, שירת כשלושה עשורים בזרועות הביטחון. תחילה שירת בצה"ל, כקצין ביחידות מובחרות. אך את רוב שנות שירותו (משנת 1972 ועד לשנת 1997) עשה בשירות הביטחון הכללי, במסגרתו מילא תפקידים בכירים ביותר. בזמן התרחשותה של פרשת "קו 300" כיהן יתום, כאמור, כראש אגף המבצעים של השב"כ. זהו תפקיד בכיר ביותר, שבסולם הדרגות מקביל לתקן של אלוף בצה"ל. אף שבפרשה זו נכשל בביצוע עבירות פליליות חמורות ביותר, ובזכות החנינה שהוענקה לו, הורשה יתום להמשיך בשירותו בשב"כ. הוא עשה כן במשך כשלוש-עשרה שנים נוספות. גם במהלך תקופה זו מילא תפקידים "מקבילי אלוף", כראש אגף מינהל וכראש אגף אבטחה של השב"כ; ובחלק מן התקופה אף שימש כממלא-מקומו של ראש השב"כ בהיעדרו. לקראת פרישתו מונה יתום כחבר במטה המיוחד למלחמה בטרור, תחילה כמושאל על-ידי השב"כ, ולאחר פרישתו מן השירות - כגימלאי. בתקופת שירותו בשב"כ צבר יתום זכויות רבות. בחודש מארס 1995, עם קבלת הודעתו על רצונו לפרוש משירותו בשב"כ, שיגר אליו ראש הממשלה המנוח יצחק רבין ז"ל מכתב תודה והערכה. וכך, בין היתר, כתב רבין ליתום:

"קבל נא תודתי האישית, תודת ממשלת ישראל ומערכת הבטחון, על תרומתך רבת השנים לבטחונה של מדינת ישראל. אנו יודעים להעריך את עבודתך, את מסירותך, נחישותך, תבונתך המבצעית. אזרחים רבים במדינת ישראל חבים לך את חייהם, ואפילו הם אינם יודעים על כך.

מלים ומכתבים אינם יכולים לספר מעשיך. בספרי ההסטוריה של שירות הבטחון, שאולי לעולם לא ייכתבו, יירשמו עלילותיך".

ובחודש מאי 1996, במכתב הממליץ על יתום כבעל כישורים ראויים בתחום הניהול, כתב אודותיו ראש השב"כ דאז, מר עמי אילון:

"במהלך שירותו, צבר מוניטין של מנהל המהווה דוגמה אישית ודורש מעצמו לא פחות מאשר מאחרים, רגיש, אנושי ומסור לתחומי הפרט, שימש כדמות חינוכית וכבר סמכא בתחום עיסוקו. דמותו כמנהל שימשה מודל לחיקוי לעובדי הארגון".

כן נזכיר, כי לאחר שמיעת הטענות בעתירה הגיש לנו בא-כוחו של יתום, בלא התנגדות מטעם יתר הצדדים, מכתב הערכה של ראש השב"כ המכהן, מר אבי דיכטר, בו העריך הכותב באורח חיובי ביותר את הישגיו של יתום, בתחום העשייה הביטחונית, בכל התפקידים אותם מילא במסגרת שירותו בשב"כ. במכתבו תיאר ראש השב"כ את יתום כמי שבזכות ניסיונו בנושא המבצעי ובנושא האבטחה הינו "בעל יכולת ייחודית השמורה רק למעטים בארץ, לבחון הדברים מזווית התוקף ומזווית המגן כאחד", והביע תקווה כי יינתן ליתום להוסיף ולתרום מיכולתו "לטובת ביטחון המדינה ושלום תושביה".

8. הנה כי כן, במהלך שנות שירותו צבר יתום זכויות רבות. גם כישוריו האישיים וסגולותיו המקצועיות לא הועמדו בספק. ואף-על-פי-כן, החלק שהיה ליתום בפרשת "קו 300" הוסיף להעיב על סיכוייו להיחשב כמועמד ראוי למילוי תפקידים מסוימים בשירות הציבורי. בשנת 1998, כאשר הוצג כמועמד לתפקיד קצין הכנסת, ביקש היועץ המשפטי של הכנסת, מר צבי ענבר, מן היועץ המשפטי לממשלה לחוות את דעתו בשאלת כשרות מועמדותו של יתום לתפקיד האמור. בחוות-דעתו המפורטת (מיום 18.10.1998) עמד היועץ המשפטי לממשלה על השיקולים השונים, שיש להביאם בחשבון בהכרעת הסוגיה שהוצבה לפתחו, לרוב ובעיקר לאור פסק-דינו של בית-משפט זה בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (להלן: פרשת אייזנברג), שלפיו בוטל מינויו של יוסף גינזור, בשל חלקו בפרשת "קו 300", כמנהל הכללי של משרד הבינוי והשיכון. השאלה שהעמיד היועץ המשפטי לבחינה הייתה, אם לנוכח חלקו של יתום בפרשת "קו 300", יהיה במינויו לתפקיד קצין הכנסת כדי לפגוע באמון הציבור. לאחר דיון בשיקולי "בעד" ו"נגד" המינוי, לאור המבחנים שנקבעו בפרשת אייזנברג, הגיע היועץ המשפטי לכלל מסקנה, כי החלטה על מינויו של יתום לתפקיד קצין הכנסת "עלולה, ככל הנראה, להיתקל בקשיים משפטיים ניכרים אם תועמד לביקורת שיפוטית". בגיבוש מסקנתו האמורה ייחס היועץ המשפטי משקל לעמדה הגורסת, "כי עבירות חמורות כאלה שבהן מדובר צריכות להיות חסם לתפקידים שונים בשירות הציבורי, וקצין הכנסת, שהוא כאמור גם תפקיד של אכיפת חוק, הוא אחד מהם". להלן הסביר על שום מה התפקיד של קצין הכנסת נמנה עם אותם תפקידים בשירות הציבורי, שהדרך

למילוי עשייה לכאורה להיחסם בפני מי שביצעו עבירות חמורות מן הסוג שיוחס ליתום. את דברי היועץ המשפטי לממשלה, בנקודה זו, אביא כלשונם:

אכן, הדילמה הקשה היא בשאלה, האם משנעברה עבירה, אמנם חמורה ביותר, במערכת חיונית, צריך להכריע את הכף שיקול של מחילה, תוך מתן ביטוי נחרץ להסתייגות ממעשים כגון אלה שבפרשה, וכשהתקוה היא כי לקחים הופקו בשב"כ לאורך השנים, או שמא החובה היא לזקוף מעשים קשים שנעשו במסגרת סכסוך עקוב מדם עם שכנינו לחובת העושים, ככל שהמדובר בתפקידים כאמור; זאת על מקבלי ההחלטות לשיקול איפוא, תוך ראיית כל התמונה כולה, וההשלכות הנורמטיביות והציבוריות. אודה כי אולי היה קל יותר לדון במועמדות מר יתום לתפקידים אחרים שאינם כוללים גורם של אכיפה ואינם במחלוקת באותה מידה.

9. לנוכח חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה הוסרה מועמדותו של יתום לכהונת קצין הכנסת. בעקבות זאת התמנה יתום, בספטמבר 1999, כמנהל כללי של עיריית חדרה. מינויו לתפקיד זה, אותו מילא עד לאוקטובר 2000, לא עורר מחלוקת ציבורית. לא כן החלטת ראש הממשלה, למנות את יתום לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. משנודע דבר ההחלטה פנו העותרים, לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, בדרישה לבטלה, ומשלא נענתה דרישתם הגישו את העתירה שלפנינו. אקדים ואזכיר, כי בדיעבד הועמדה החלטת המינוי לבחינתו של נציב שירות המדינה. גם הנציב בחן את הסוגיה שהועמדה לפניו לאור העקרונות שהותוו בפרשת אייזנברג; וכן נתן את דעתו לחוות-דעתו של היועץ המשפטי בשאלת כשרות מינויו של יתום לתפקיד קצין הכנסת. בחוות-דעתו (מיום 21.6.01) איזן הנציב בין חומרת עבירותיו של יתום לבין שורה של שיקולים נגדיים: העובדה שמאז המעשים חלפו שנים רבות, שבמהלכן מילא בהצלחה תפקידים בכירים אחרים; מהות התפקיד נשוא ההחלטה; כישוריו של יתום למלא תפקיד זה והיותו מועמד חיוני; היעדר מניע פסול לעשיית המעשים הפליליים, שנעשו בידי יתום עקב סברה מוטעית שבכך הוא משרת את טובת המדינה; וחרטתו הכנה של יתום על המעשים. על יסוד איזון זה הגיע הנציב לכלל מסקנה, "שבמכלול השיקולים המצטברים, הכף נוטה לצד הזכות, ואין עילה מספקת למנוע את המינוי". על איזון דומה לזה שערך נציב שירות המדינה, בין שיקולי ה"נגד" לבין שיקולי ה"בעד", סמכו בהתנגדותם לעתירה, הן נציגת היועץ המשפטי לממשלה (אשר ייצגה לפנינו את ראש הממשלה) והן בא-כוחו של יתום.

המטה למלחמה בטרור

10. מחלוקתם של בעלי הדין הקיפה, בין היתר, גם שאלות הנוגעות למהות התפקיד שראש הממשלה החליט להטילו על יתום. בעתירה נטען, כי המדובר ב"תפקיד בכיר ביותר, בעל רגישות ביטחונית-ציבורית ממדרגה ראשונה". ואילו בתצהיר התשובה של ראש הממשלה נאמר, כי התפקיד מתבטא אך במתן ייעוץ

מקצועי, אינו כולל סמכויות ביצועיות, אינו דורש פיקוד על אחרים או אחריות על המשמעת, ואין עמו שליטה, הכוונה ופיקוח נורמטיווי על גורמים אחרים. כן צוין, כי על-פי החלטת ראש הממשלה מחודש אפריל 2001 "צומצם היקף פעילותו של המטה המיוחד למלחמה בטרור כמוסד עצמאי, והוא נהפך לאחד מן האגפים במועצה לביטחון לאומי, כאשר העומד בראשו כפוף לראש המועצה לביטחון לאומי".

11. בחוות-דעתו של נציב שירות המדינה, שכאמור נמסרה לאחר ההחלטה על מינויו של יתום (ואף לאחר הגשת העתירה), נכלל תיאור, לכאורה ממצה, של תפקידי המטה למלחמה בטרור. להלן פרטי התיאור הנראים כדרושים לענייננו:

המטה למלחמה בטרור הוקם על-פי החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי מיום 7.4.1996. מן החומר המצוי לפנינו עולה, כי מטרת הקמתו של המטה המיוחד הייתה לייעל את דרכי המלחמה בטרור על-ידי גיבוש המלצות, קביעת יעדים וייזום תכניות פעולה; להגביר את התיאום ושיתוף הפעולה בנושא המלחמה בטרור בין הגופים הביטחוניים, המודיעיניים והאחרים; לחזק ולמצות את היכולות והמשאבים המוקדשים למלחמה בטרור; לקבוע סדרי עדיפויות ולקיים מעקב אחר ביצוען של החלטות. בהחלטה להקים מטה מיוחד למלחמה בטרור צוין, כי "ראש המטה ממונה על-ידי ראש הממשלה וכפוף לו".

בחודש אפריל 2001 החליט ראש הממשלה, כי יש לפעול בהקדם להעברת המטה למלחמה בטרור למועצה לביטחון לאומי, באופן שהמטה יהפוך לאגף (רביעי במניין) מאגפי המועצה וראש המטה יוכפף לראש המועצה. החלטה זו, שנועדה למנוע כפילות בפעילותם של שני המוסדות העוסקים בנושא הביטחון הלאומי, אושרה (ביום 11.9.01) על-ידי ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי. בהחלטת ועדת השרים נקבע, כי "ראש המטה ללוחמה בטרור ישמש סגן ראש המועצה לביטחון לאומי לנושאים שבתחום טיפול המטה". ואולם החלטה זו לא שינתה את דרך מינויו של ראש המטה למלחמה בטרור והסמכות למנותו נותרה בידי ראש הממשלה. העיון בחומר שהוגש לנו מעלה, כי בהצעת ההחלטה להעברת המטה למלחמה בטרור למועצה לביטחון לאומי, שהובאה על-ידי ראש הממשלה לפני ועדת השרים, הוגדרו תפקידי של המטה בתחום הנושאים השונים. בתחום נושא הטרור וביטחון הפנים כוללת ההגדרה את התפקידים הבאים: ייעוץ לממשלה, לראש הממשלה ולשרים; גיבוש המלצות לקביעת מדיניות הממשלה, זיהוי נושאים המחייבים טיפול הגופים השונים וקביעת סדר עדיפויות; ריכוז שיתוף הפעולה הבינלאומי של ישראל בנושא המלחמה בטרור, וזאת בתיאום עם משרד החוץ וגורמים נוספים; ריכוז הטיפול שבידי הגופים הממלכתיים בנושא תשתיות אזרחיות ופיננסיות של ארגוני טרור; הפעלת צוותים בינמשרדיים ותיאום פעילותם של הגופים הממלכתיים בתחומים שייקבעו על-ידי הממשלה או ראש הממשלה. בתחום נושא החירום כוללים תפקידי של המטה: גיבוש תפיסת התיפקוד של המערכות

השלטוניות במצבי מלחמה ובמצבי חירום; תיפעול המרכז לניהול לאומי במצבי חירום; והפעלת צוותים לטיפול במשברים, בהתאם להנחיות הממשלה או ראש הממשלה.

עמדות הצדדים וגדר המחלוקת

12. העותרים לא חלקו על סמכותו של ראש הממשלה לבחור במועמד המקובל עליו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. כן לא חלקו כי יתום ניחן בכישורים המקצועיים הנדרשים למילוי של התפקיד. עם זאת טענו, כי החלטת ראש הממשלה לבחור ביתום לתפקיד זה חורגת ממיתחם הסבירות. לטענתם, המדובר בתפקיד בכיר ביותר ובעל רגישות ביטחונית וציבורית מיוחדת, ובהחלטתו למנות את יתום לתפקיד זה לא הביא ראש הממשלה בגדר שיקוליו, או לא שקל במידה הראויה, את חומרת העבירות אותן עבר יתום בפרשת "קו 300" ואת הפגם המוסרי הכבד שדבק בו בגינן. מינויו של יתום לתפקיד האמור, טוענים העותרים, איננו עולה בקנה אחד עם נורמות בסיסיות האמורות להנחות את גורמי הרשות המבצעת בגיבושן של החלטות מסוג זה. המינוי אף נושא מסר שלילי לגורמי הביטחון וחותר תחת הצורך להרתיעם מפני מעורבות בביצוע מעשים כדוגמת אלה שבוצעו בפרשת "קו 300". מינוי כזה, מטעמים הם, גורם נזק לשלטון החוק ופוגע באמון הציבור ברשויות השלטון. קל וחומר, כשהמדובר במינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור של מי אשר בהיותו ראש אגף המבצעים של השב"כ, ואגב טיפולו באירוע טרוריסטי, ביצע עבירות המטילות בו כתם של קלון פלילי ומוסרי כה חמור. בשל פגמים אלה, ופגמים נוספים שדבקו בתהליך קבלתה של ההחלטה, טענו העותרים, כי החלטת ראש הממשלה למנות את יתום לכהונה האמורה היא בלתי-סבירה בעליל, ומן הדין שבית המשפט יצהיר על בטלותה.

13. בתצהיר תשובתו ציין ראש הממשלה, כי יתום הקדיש למעלה משלושים שנה לשירות ביטחוני בתפקידים בכירים, וכי התפקידים המרכזיים והרגישים אותם מילא במסגרת השב"כ עד לפרישתו מן השירות, זיכו אותו באמון מלא של הממונים עליו, לרבות ראשי ממשלה. חלקו של יתום בביצוע העבירות בפרשת "קו 300" לא נעלם מעיניו של ראש הממשלה; אלא שבגיבוש החלטתו, לבחור ביתום לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור, איזן בין חומרת עבירותיו של יתום, והשפעת מינויו על מעמד השירות הציבורי, לבין שיקולים התומכים במינוי, ושעל-פי האמור בפסק הדין בפרשת אייזנברג, רשאי היה, לדעתו, להתחשב בהם. השיקולים בהם התחשב היו אלה: ראשית, כי מאז העבירות, שעל מעורבותו בביצוען ניתנה ליתום חנינה, חלפו יותר משבע-עשרה שנים. שנית, כי לאחר פרשת "קו 300" המשיך יתום לשרת בשב"כ עוד כשלוש-עשרה שנים שבמהלכן מילא את תפקידיו על הצד הטוב ביותר ומבלי שדבק בו כל רבב. שלישית, כי במשך כל חייו פעל יתום

בשירות המדינה, וכי אף את עבירותיו בפרשת "קו 300" ביצע מתוך אמונה שגויה שבכך הוא משרת את טובת המדינה. רביעית, כי מילוי התפקיד של ראש המטה למלחמה בטרור מוגבל למתן ייעוץ מקצועי; אין התפקיד מחייב קיום מגע מתמיד עם הציבור, ואף אין עמו שליטה, הכוונה או פיקוח על אחרים. חמישית, כי לאור ניסיונו הרב של יתום במילוי תפקידים בכירים בשב"כ, מינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור מהווה המשך טבעי לתפקידיו הקודמים. ושישית, כי במצב החירום בו שרויה ישראל כיום, ראה צורך למנות לתפקיד האמור דווקא את יתום, בהיותו בעל הכישורים והניסיון המתאימים ביותר למילוי התפקיד.

14. בתצהיר תשובתו של יתום נטען, כי מינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור מהווה אך המשך טבעי ורגיל לתפקידים אותם מילא בעבר. בהתחשב באופי פעילותו של המטה, ובזמן הרב שעבר מאז פרשת "קו 300", אין, לטענת יתום, יסוד לחשוש שמינויו לתפקיד האמור יפגע באמון הציבור ברשויות השלטון או בשלטון החוק. על חלקו בפרשת "קו 300" הביע יתום חרטה. עם זאת טען, כי את מעשיו בפרשה האמורה יש לבחון על-פי הנורמות שנהגו בשב"כ בזמן האירועים ואשר במבט לאחור שוב לא ניתן להבינו. יתום טען, כי שיטות הפעולה ונורמות ההתנהגות בשב"כ, בתקופה שקדמה לפרשת "קו 300", היו שונות לחלוטין מאלו המקובלות כיום. כך, לדבריו, בשב"כ של אותה התקופה הייתה מקובלת "תרבות של מסירת עדויות שקר בבית משפט כעניין שבשגרה, וזאת על מנת שלא ייפסלו הודאות שהוצאו מנאשמים באמצעי חקירה פסולים"; וככל שלאזרח מן השורה בזמנו, הדברים נשמעים בלתי סבירים ובלתי נתפסים, הרי שעל-פי כללי ההתנהגות ששררו באותם ימים, לא הייתה בכך שום חריגה. בכך, לטענתו, הכירה גם ועדת לנדוי, בגדר ממצאי חקירתה ב"פרשת נאפסו". כיום, אומר יתום, אף הוא מכיר בכך, כי על הפקודות אותן ביצע בפרשת "קו 300" התנוסס "דגל שחור". בזמן המעשים לא היה מודע לכך, שכן אז חשב כי הוא אך ממלא את תפקידו ופועל למען הביטחון. על כל פנים, אף שהמעשים בהם נכשל בפרשת "קו 300" היו קשים וחמורים, אין בכישלונו כדי להצדיק את פסילת מינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. הלוא גם מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון ונידון לריצוי מאסר בפועל, זכאי, ככלל, להיבחר לכנסת אם חלפו שבע שנים מאז סיים לרצות את מאסרו (סעיף 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת), והוא הדין בדבר כשרותו של אדם כזה להתמנות לשר (סעיף 6(ג)(1) לחוק-יסוד: הממשלה). וכי למה תוחל על מינויו - כמי שמעולם לא הורשע ולא ריצה עונש מאסר - אמת-מידה מחמירה יותר? מה גם שבמועד בו הגיש את בקשת החנינה הובטח לו, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה יוסף חריש, שהמשך שירותו וקידומו לא ייפגעו, ואף לנוכח העובדה, שלהבדיל מתפקידו של שר, תפקיד ראש המטה למלחמה בטרור הריהו תפקיד מקצועי מובהק שאין עמו סמכויות ביצוע ומילוי אינו כרוך בקיום מגע עם הציבור. בהקשר זה סמך יתום גם על כך, שמאז אירועי פרשת "קו 300" מילא בהצלחה רבה תפקידים בכירים נוספים במסגרת השב"כ, וכן על הכרת ראש הממשלה וגורמים מוסמכים נוספים בהיותו של יתום בעל הכישורים המיוחדים הנדרשים למילוי התפקיד האמור, ובצורך החיוני בהיזקקות לכישוריו. ולבסוף: יתום ביקש להיבנות גם מכך, שיוסף גינוסר -

שבשל חלקו בפרשת "קו 300" נפסל בשעתו (בפרשת **אייזנברג**) לכהונת מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון - קיבל לאחרונה מינוי לתפקיד ציבורי, ועתירה בנושא זה (בבג"ץ 3111/00) נדחתה.

היבט נורמטיבי

15. הן באת-כוח העותרים והן באי-כוח המשיבים הסתמכו, לתמיכת עמדותיהם, על פסק-דין של השופט ברק בפרשת **אייזנברג**. העותרים נאחזים במה שנאמר (שם, בעמ' 266) להתוויית הנורמה הכללית:

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 המינוי. 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, מירמה והפרת אמונים, עדות שקר, בידוי ראיות, שיבוש הליכי משפט. מועמד אשר ביצע עבירות אלה, והוא ממלא תפקיד בכיר בשירות המדינה, פגע באמון של הציבור ברשות השלטונית ובשירות הציבור. הוא יתקשה להוות דוגמה ומופת לכפופים לו. הוא יתקשה לדרוש מהם את אשר נדרש מכל עובד ציבור ושהוא עצמו חילל. הוא יתקשה להקרין הגינות, אמון, יוקרה, יושר ויושרה ("אינטגריטי") כלפי הציבור הרחב. כל אלה עשויים להשפיע, במידת ודאות רבה, על מעמד השירות הציבורי, תפקודו ומקומו בחברה דמוקרטית.

מדברים אלה מבקשת באת-כוח העותרים להסיק, כי לנוכח חומרת העבירות אותן ביצע יתום בפרשת "קו 300", הרי שמינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור אינו סביר ומן הדין לבטלו. מסקנה זו נלמדת, לטענתה, גם מחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בשאלת כשרות מועמדותו של יתום לכהונת קצין הכנסת; לאמור, "כי עבירות חמורות כאלה שבהן מדובר צריכות להיות חסם לתפקידים שונים בשירות הציבורי".

באת-כוח היועץ המשפטי, שטענה לראש הממשלה, ובא-כוחו של יתום, הרחיבו בהטעמת שיקולים, שנמנו בפסק הדין בפרשת **אייזנברג**, ואשר בהתקיימם עשויים הם להכריע את הכף בעד מינויו למשרה בכירה בשירות המדינה אף של מועמד שבעבר נכשל בביצוע עבירה פלילית חמורה בנסיבותיה. במקרהו של יתום, טענו, מתקיימים כל השיקולים שבכוחם להוביל למסקנה כי, חרף עבירותיו הפליליות החמורות של המועמד, ההחלטה למנותו כראש המטה למלחמה בטרור אינה בלתי-סבירה. עיקר הדגש בטיעוניהם הושם על "גורם הזמן", על מהותו של התפקיד, על כישוריו המקצועיים של יתום ועל חיוניות מינויו למשרה האמורה. בעניין אחד, על כל פנים, נחלקו ביניהם, והוא חומרת הדופי המוסרי שדבק ביתום עקב מעורבותו בביצוע העבירות הפליליות: באת-כוח היועץ המשפטי חלקה במפורש על הטענה שנכללה בתצהיר תשובתו של יתום, כי בזמן ביצוע עבירותיו של יתום שלטו בשב"כ נורמות שונות מאלו שהונהגו בו לאחר חשיפתה של פרשת "קו 300"

וממצאי חקירתה של ועדת לנדוי ב"פרשת נאפסו". ביחס לעניין זה נקטה באת-כוח היועץ המשפטי עמדה זהה לעמדתם של העותרים, שהיפנתה אותנו להבחנה שנעשתה בדו"ח ועדת לנדוי (בעמ' 30), בין מה שתואר כ"נוהג של מתן עדויות שקר במשפטי הזוטא" לבין הפרשה החמורה הרבה יותר, בה פעלו אנשי השב"כ ביודעין ובמתוכנן במטרה לשבש את חקירתה של פרשת "קו 300" על-ידי ועדת זורע, שמונתה לצורך ניהול החקירה, ועשו כן בשיתופו ובאמצעותו של גינוסר, איש השב"כ שמונה כחבר באותה ועדה.

16. בפרשת **אייזנברג** הותוותה הנורמה, שעל-פיה יש לבחון את כשרות מינויו למשרה בכירה בשירות המדינה של מי שבעבר ביצע עבירה פלילית בנסיבות חמורות. ככלל, אמנם, נקבע, כי מינויו של מועמד כזה למשרה בכירה בשירות המדינה אינו סביר. אלא שיישומו של כלל זה אין משמעו פסילה גורפת ומוחלטת, של מי שבעבר נכשל בביצוע עבירה פלילית חמורה, לכל משרה בכירה אפשרית בשירות המדינה. ככל החלטה מינהלית, אף ההחלטה בשאלה אם ראוי למנות מועמד כזה למשרה פלונית, חייבת להתבסס על איזון ראוי בין כלל השיקולים הרלוונטיים. וכך סיכם השופט ברק (בפרשת **אייזנברג**, בעמ' 262-263) את עיקרי השיקולים שהרשות הממנה חייבת לבחון, ואשר ביניהם מוטל עליה לאזן, בגיבוש החלטתה אם למנות למשרה ציבורית את מי שבעבר ביצע עבירה פלילית:

47. עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית חייב להילקח 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 כמי שעבר עבירה חמורה; לא הרי מי שעבר עבירה בנסיבות מקילות כהרי מי 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 רבות 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 צריכה גם היא להילקח בחשבון. לא הרי מועמד שרבים כמותו כהרי מועמד יחיד סגולה, שרק הוא עשוי, בנסיבות מסוימות וחריגות, למלא את המשרה. כמו כן יש להתחשב בשאלה אם קיים מצב אמיתי של חירום, המחייב גיוס כל הכוחות, לרבות אלה בעלי עבר פלילי, או שמא עניין לנו בפעילות הרגילה של המינהל הציבורי, אשר צריך לשאוב את מעייניו מעובדים ישרי דרך.

אין צריך לומר, כי באיזון בין השיקולים השונים, יש לייחס לכל אחד מהם את משקלו היחסי הראוי במכלול השיקולים המובאים בחשבון (ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, בעמ' 445). כך, למשל, בהתקיים זיקה ברורה וישירה בין העבירות אותן ביצע המועמד בעבר לבין המשרה שהוא מיועד למלאה, תיתכן המסקנה, כי עברו הפלילי פוסל אותו מכול וכול למילוי המשרה המסוימת. בנסיבות אלו, שיקולים שהיו עשויים להישקל כתומכים במינויו אילו הוצג כמועמד למשרה אחרת (כמו הזמן שעבר מאז ביצוע העבירות, חרטתו, איכות תפקודו במהלך התקופה שחלפה מאז ביצועה של העבירה וכישוריו המקצועיים) לא יועילו ומועמדותו תיפסל. בקביעת קיומה של זיקה, כאמור, יש להביא בחשבון, לא רק את מהות העבירות והנסיבות בהן בוצעו, התפקיד שבמסגרתו עבר המועמד את העבירות והתפקיד שהוא מיועד לו עתה, אלא גם את חומרת הפגם המוסרי שביצוע העבירות הטיל בו. הווי אומר: קיומה של זיקה, שבכוחה לפסול את המועמד, איננו נגזר רק מהשפעת עברו הפלילי על יכולתו המקצועית למלא את התפקיד החדש, אלא גם מכשרותו המוסרית למלאו. בהתקיים זיקה כזאת, בין עברו הפלילי של המועמד לבין המשרה לה הוא מיועד, מן הדין לפסול את מועמדותו; אלא אם בשל קיומו של מצב חירום ממשי ודוחק, יש הכרח למנותו בהיותו מועמד יחיד-סגולה.

יישום הנורמה למקרה הנתון

17. בפרשת "קו 300" עבר יתום שתי עבירות פליליות חמורות: הוא מילא תפקיד ראשי בתכנון ובביצוע הריגתם של שני המחבלים הכפופים והחבולים; ומילא תפקיד מרכזי בשיבוש מהלכי החקירות שנערכו בקורות האירוע. כל אחת משתי העבירות הללו בוצעה על-ידיו בנסיבות חמורות ביותר. עד שאתייחס למהותם וחומרתם של מעשי העבירה האמורים, אבקש להקדים ולדחות כמה מטענותיו של יתום.

אפתח בטענתו, כי בנושא מינויו אין לנהוג עמו, בשל מעורבותו בביצוע העבירות, ביתר חומרה מאשר עם בעל עבר פלילי המבקש להיבחר לכנסת או להתמנות כשר. בטענה זו אין מאומה. הלוא חברי הכנסת נבחרים בבחירות כלליות, ואין לזכות להיבחר ולנורמה המחייבת בנושא מינוים של עובדי הציבור ולא כלום (השוו: בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 441, בעמ' 470; ובג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404, 425-429). על כן לא ניתן לפקפק בזכותו של יתום להציג את מועמדותו בבחירות לכנסת. מכל מקום, סעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, המשעה בנסיבות מסוימות את כשירותו של בעל עבר פלילי להיבחר לכנסת, אינו יכול להתפרש כהרשאה גורפת למינוים (לאחר תקופת השעיה זזה) של בעלי עבר פלילי למשרות בכירות בשירות

הציבורי. אשר למינוים של שרים (וסגני שרים), הרי שמינוים אף הוא כפוף לכללי שיקול הדעת המינהלי, כאשר ביחס למועמדים בעלי עבר פלילי הוצב (בסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה) תנאי סף, המשעה את כשירותם למינוי למשך התקופה הקבועה. אף הוראה זו אינה יכולה להתפרש כבעלת תחולה על סוגיית מינוים של בעלי עבר פלילי למשרות בכירות בשירות הציבורי.

גם טענת יתום, כי משזכה לחנינה ולא הועמד לדין אין לזקוף לחובתו (ולפחות לא באותה מידה של חומרה) את מעורבותו בביצוע העבירות, דינה להידחות. ולעניין זה די שאפנה לאמור בנימוקי השופט ברק, בפרשת אייזנברג (בעמ' 269, 272). הוא הדין ביחס לטענת יתום, בדבר הבטחה שניתנה לו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה יוסף חריש שקידומו לא ייפגע. אינני סמוך ובטוח כי התרשומת עליה סמך יתום טענה זו אמנם תומכת בגרסתו. אך, מכל מקום, לא מצאתי יסוד לקבל כי הבטחת היועץ המשפטי (בהנחה שניתנה) יכולה הייתה להתייחס לסיכויי קידומו של יתום מחוץ למסגרת שירותו בשב"כ. גם מינוי של גינוסר למילוי שליחות ציבורית אינו יכול להועיל ליתום; ולוא בשל ההבדל המשמעותי בין עבירותיהם של השניים. לא למותר גם לציין, כי מן העיון בפסק הדין בבג"ץ 3111/00 נובע, שההכרעה בעתירה האמורה התבססה על הסכמה אליה הגיעו העותרים והמשיבים.

18. בכך שיתום הרג את המחבלים על-פי פקודתו המפורשת של ראש השב"כ אין כדי לגרוע מחומרת הנסיבות בהן ביצע פשע זה. פקודתו של ראש השב"כ הייתה, על פניה, בלתי-חוקית בעליל, ואסור היה ליתום לציית לה. יתום כזכור טען, כי בזמן המעשה לא היה מודע לכך שעל הפקודה שניתנה לו מתנוסס "דגל שחור". לטענה זו אין בעיניי כל משקל. "הדגל השחור" - מושג שהוטבע על-ידי השופט בנימין הלוי בפסק-דינו בפרשת כפר-קאסם - אינו אלא ביטוי מטאפורי לסימני היכר של פקודה שהיא בלתי-חוקית בעליל. כשסימני היכר אלה מתקיימים בפקודה כלשהי, ניתן להניח כי שום חייל רגיל אינו עלול לשגות בדבר היותה של הפקודה בלתי-חוקית בעליל ובדבר האיסור החל עליו לציית לה. כדבריו הזכורים היטב של השופט הלוי:

סימן היכרה של פקודה "בלתי חוקית בעליל" - מן הדין שיתנוסס כדגל שחור מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת: "אסור!". לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא: הפרת חוק גלויה ומובהקת, אי חוקיות ודאית והכרחית המופיעה על פני הפקודה עצמה, אופי פלילי ברור של הפקודה או של המעשים שהפקודה מצווה לעשותם, אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב, אם העין אינה עיוורת והלב אינו אטום או מושחת - זוהי מידת אי החוקיות הדרושה כדי לבטל את חובת הציאות של חייל ולהטיל עליו את האחריות הפלילית למעשיו (ביד"צ מר3/57/ תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי ואח', פס"מ יז 90, בעמ' 214-213).

אכן, לעתים תתחייב המסקנה בדבר היותה של פקודה בלתי-חוקית בעליל, אף ש"דגל שחור" לא התנוסס עליה (ראו: ע' פרוש, "פסק-הדין בפרשת כפר-קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי-חוקית בעליל", **עיוני משפט** טו 245). ואולם השאלה, אם למי שביצע את פקודת מפקדו הייתה מודעות לאי-חוקיותה בעליל של הפקודה שניתנה לו, עשויה להתעורר רק כשהמדובר בפקודה שסימני ההיכר של אי-החוקיות בעליל אינם ניכרים בה. שאלה זו אינה יכולה להתעורר ביחס למי שמתוך ציות לפקודה שניתנה לו תיכנן להרוג, והרג, שני מחבלים כפותים וחבולים, אשר מעת שנלכדו, פורקו מנשקם ונכבלו, חדלו להוות סכנה. גם אילו נעשה המעשה בידי חייל צעיר ובלתי-מנוסה, היה העושה נדרש לתת את הדין על מעשהו. על אחת כמה וכמה, כשהמעשה נעשה בידי נושא תפקיד בכיר ביותר בשב"כ שדרגתו מקבילה לדרגת אלוף בצבא. גם טענת יתום, כי בעת מעשה חשב לתומו כי במעשה זה הריהו משרת את ביטחון המדינה, אינה יכולה להתקבל. בהתייחסו לפקודה לכפות ולהכות תושבי כפרים ערביים בשומרון, כתגובה עונשית למעשי התקוממות בהם נטלו חלק, הטעים השופט בייסקי:

מעשים מסוג זה מקוממים כל בן-תרבות, ושום ערפל או אי-בהירות אינם יכולים לחפות עליהם, ובוודאי לא כאשר פקודה כזו ניתנת על-ידי מפקד בכיר, שחייב להיות מודע כי רמתו המוסרית של צה"ל אוסרת במפגיע התנהגות כזו (בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, בעמ 731).

הנורמה של טוהר הנשק, עליה התחנך וחינך צה"ל מימי הראשונים, חלה ללא ספק גם על השב"כ ובוודאי לא הייתה זרה ליתום. הריגת אנשים כבולים וחבולים מהווה מעשה הפוגע אנושות בערך יסודי זה. גם חייל מן השורה הנוטל חלק במעשה כזה אינו יכול להישמע בטענה, כי סבר שבכך הוא משרת את ביטחונו של מדינת ישראל; קל וחומר אמורים הדברים במי שבעת מעשה כיהן כראש אגף המבצעים של השב"כ.

19. יתום נטל חלק מרכזי בשיבוש חקירותיהן של ועדת זורע ושל הצוות בראשות פרקליט המדינה יונה בלטמן, שנתמנו לחקור בנסיבות בהן מצאו שני המחבלים את מותם. הוא מסר עדויות שקר לפני שני הגופים האמורים ואף הדיח את אנשיו למסור לפנייהם עדויות שקר. לא זה בלבד, אלא שבתקופת פעולתה של ועדת זורע רקם במסתרים, ביחד עם איש השב"כ גינוסר אשר כיהן כחבר הוועדה, כיצד להכשיל את הוועדה ולהוביל את חקירתה למבוי סתום. ועדת לנדוי, שגינתה התנהגות זאת בחריפות, לא מצאה כל קשר בינה לבין "תרבות עדויות השקר", שלפי ממצאיה רווחה באותם ימים בקרב חוקרי השב"כ. אף לדידי יש לדחות את ניסיון פרקליטו של יתום להמעיט בחומרת מעשי השיבוש, בהיותם כביכול אך חלק מ"תרבות עדויות השקר" שהייתה נחלתם של חוקרי השב"כ באותם הימים. כפי שהוסבר, מסירת עדויות שקר על-ידי חוקרי שב"כ, במשפטי זוטא של נאשמים בביצוע עבירות נגד ביטחון המדינה, נועדה לחפות על השימוש באמצעים פסולים בעת חקירתם של

אותם נאשמים על-ידי השב"כ. ואילו במקרה הנדון, נמסרו עדויות השקר לפני גופים שהוסמכו לקבוע כיצד מצאו שני המחבלים את מותם. ההבחנה המתבקשת, בין "תרבות עדויות השקר" לבין המעשים שנעשו לשיבוש חקירותיהן של ועדת זורע וצוות בלטמן, היא גלויה וברורה. הדעת מחייבת, וכך אף עולה מן העיון בחומר המצוי לפנינו, כי אנשי השב"כ שנטלו חלק בשיבוש מהלכי החקירה עשו כן - לפחות גם, אם לא רק - בכוונה להתחמק ממתן הדין על המעשה המחפיר של הריגת שני המחבלים הכפותים. הקלון המוסרי הדבק ביתום בשל חלקו במעשי השיבוש, כמו גם בשל חלקו בהריגת המחבלים, הוא כבד וחמור.

20. באי-כוחם של המשיבים קיוו לשכנענו, כי עבירותיו של יתום בפרשת "קו 300" לא היוו עילה מספקת לפסילת מינויו לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. ראשית, בשל מהות התפקיד, המתבטא במתן ייעוץ מקצועי, אינו מקנה סמכויות ביצוע כלשהן ואינו כרוך בקיום מגע עם הציבור הרחב. שנית, לנוכח העובדה שמאז המעשים ועד המינוי חלפו שבע-עשרה שנים, שבמהלכן מילא יתום בהצלחה רבה תפקידים בכירים נוספים במסגרת השב"כ. ושלישית, בשל הצורך החיוני הקיים לאייש תפקיד זה, ובהיותו של יתום - בזכות כישוריו המקצועיים - מועמד עדיף על פני מועמדים אחרים.

דעתי היא, כי בין עבירותיו החמורות של יתום לבין התפקיד שראש הממשלה החליט לייעד לו, קיימת זיקה ישירה וברורה. יתום עבר את עבירותיו בהיותו ראש אגף המבצעים של השב"כ, במסגרת ובעקבות טיפולו במעורבים בפעילות טרוריסטית. אין בידי לקבל, כי למעורבותו בביצוע מעשים פליליים כה חמורים ולכהונה במשרת ראש המטה למלחמה בטרור, על-פי מינוי אישי מטעם ראש הממשלה, אין ולא כלום. לעיל סקרתי את תפקידיו של המטה למלחמה בטרור, כפי שהם נלמדים מן החומר המצוי לפנינו. הנני נכון להניח, כי לראש המטה האמור אמנם אין סמכויות ביצוע או סמכויות פיקוד. עם זאת ברי, כי אין המדובר במי שהינו "יועץ מקצועי" גרידא. מהגדרת תפקידיו של המטה מתחייב, כי המדובר בגוף, שלצד ובנוסף למתן ייעוץ שוטף לממשלה ולראש הממשלה בנושאי המלחמה בטרור, הריהו אמור לבחון ולהציג הגדרות מגובשות ליעדי המלחמה בטרור, להגיש המלצות להשגתן, לתאם בין הגופים השונים המעורבים בפעילות זו, לקבוע סדרי עדיפויות בניצול המשאבים המוקדשים למטרה זו ולעקוב אחר ביצוען של החלטות. בעתות חירום מוטלות על המטה גם משימות ארגוניות, הנגזרות מתפקידו להפעיל מרכז וצוותים לטיפול במשברים. ראש המטה, המתמנה לתפקידו על-פי החלטתו של ראש הממשלה, הינו ללא ספק נושא משרה בכירה, שגם אם אין עמה סמכויות ביצוע יש ויש עמה סמכויות לא מבוטלות בנושאי ההכונה וההדרכה של גורמים רבים במערכות השונות, האמורים ליישם בפעילותם שיטות שהומלצו על-ידי המטה ולהשיג יעדים, בתחום המלחמה בטרור, שהוגדרו על-ידו. העומד בראש ארגון כזה צריך בוודאי להיות ניחן ביכולת ובניסיון המקצועיים הנדרשים למילוי תפקידו; ודומה כי איש איננו חולק כי יתום אכן ניחן ביכולת ובניסיון המקצועיים הנדרשים. אך בכך לא סגי:

לעומד בראש ארגון כזה צריכה להיות גם הסמכות המוסרית הנדרשת למילוי תפקידו. קיומה של סמכות כזאת, ביחס למועמד שבמסגרת תפקיד קודם אותו מילא עבר עבירות פליליות חמורות, צריך להיבחן בזירות רבה ותוך התייחסות מיוחדת לשאלת קיומה (או היעדרה) של זיקה בין התפקיד שבמסגרתו עבר את עבירותיו החמורות לבין התפקיד המיועד לו. וחוששני, כי יתום - שבמלאו תפקיד בכיר בשב"כ, ובמסגרת פעילות שהייתה קשורה באופן הדוק לטיפול באירוע של טרור, נכשל בביצוע עבירות פליליות כה חמורות - אינו יכול להיחשב כבעל הסמכות המוסרית הנדרשת למילוי תפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. כלפי גורמים בכוחות הביטחון, לרבות חיילים מן השורה, הנדרשים למלא במסגרת תפקידים משימות של מלחמה בטרור, יבטא מינוי של יתום לתפקיד האמור מסר שלילי ביחס להבחנה בין מותר ואסור בניהולה של מלחמה קשה זו. המינוי אף עלול לפגוע באמונם ברשויות השלטון ובשלטון החוק של אזרחים רבים, יהודים וערבים, הרואים בטוהר הנשק ובניקיון כפיהם של המופקדים על ניהול המלחמה בטרור, ערכי יסוד שאין להתפשר עליהם. דומה כי בזמן בו נתונה ישראל במלחמה קשה ומתמשכת נגד ארגוני מחבלים רצחניים וחסרי מצפון, יש להקפדה על שמירת ערכי חשיבות רבה במיוחד. בחוות הדעת שערך, ביחס לכשרות מועמדותו של יתום לתפקיד קצין הכנסת, קבע היועץ המשפטי לממשלה, כי עבירות חמורות מן הסוג שיוחס ליתום, "צריכות להיות חסם לתפקידים שונים בשירות הציבורי". קביעה זו, שהתייחסה לתפקיד קצין הכנסת, כוחה יפה מן הטעמים שהסברתי - ואולי אף ביתר שאת - גם ביחס לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור. זאת ועוד: מן העמדה שהוצגה לפנינו מטעמו של ראש הממשלה לא נובע, כלל ועיקר, כי יתום הינו מועמד יחיד סגולה, שבנסיבות הקיימות קיים הכרח להעדיפו על פני כל מועמד אפשרי אחר.

21. מן האמור נובע, כי בהחלטתו למנות את יתום לתפקיד ראש המטה למלחמה בטרור לא ייחס ראש הממשלה משקל ראוי לעבירות החמורות שעבר יתום בפרשת "קו 300" ולזיקה הקיימת בין עבירותיו ולבין התפקיד שיועד לו. המסקנה המצערת הנובעת מכך היא, כי החלטת ראש הממשלה למנות את יתום לתפקיד האמור, אינה עולה בקנה אחד עם הנורמות הבסיסיות שעל-פיהן היה עליו להנחות את עצמו.

אין משמעות הדבר, שבשל עבירותיו דין יתום להיפסל למילויה של כל משרה בשירות המדינה או בגופים ציבוריים. ליתום, כפי שנוכחנו, יש כישורים מצוינים ואף זכויות רבות. כמי ששירת במשך כשלושה עשורים במערכות הביטחון, כקצין ביחידות מובחרות וכממלא תפקידים בכירים בשב"כ, הריהו בוודאי כשיר וראוי להתמנות לתפקידים רבים. אלא שלנוכח העבירות החמורות, אותן ביצע בפרשת "קו 300", אין הוא יכול להיחשב כמועמד ראוי למילוי תפקידים בכירים שיש להם זיקה ישירה וברורה לתפקיד שבמסגרתו נכשל בביצוע עבירותיו. בהתחשב במהות העבירות, ולנוכח הזיקה הישירה הקיימת בין לבין התפקיד, לגורם הזמן אין ולא

יכולה להיות השפעה מתקנת או ממתנת. מה שאין כן ביחס לתפקידים אחרים, שאין בינם ולבין העבירות זיקה ממשית. בקביעת כשרותו להתמנות לתפקידים כאלה עשויה להיות השפעה מתקנת גם לגורם הזמן.

22. דעתי היא, אפוא, כי בעתירה זו יש לעשות צו מוחלט. אך בנסיבות העניין הייתי נמנע מעשיית צו להוצאות.

שופט

השופט ד' דורנר:

אני מסכימה.

שופט ת

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

1. מסכימה אני לפסק דינו של חברי השופט א' מצא. עם זאת מוצאת אני לייחד דברים לשאלת מעבר הזמן מאז בוצעו המעשים על-ידי יתום ועד היום.

אין צורך להכביר מילים על החומרה היתרה בה יש להתייחס למעשים המהווים את התשתית העובדתית לעתירה נגד מינויו של יתום. השאלה המופנית אלינו על-ידי יתום, שהטרידה אף אותי, היא, עד מתי ייפקד עליו עונו. חלפו 17 שנים מאז פרשת קו 300, במסגרתה ביצע יתום את המעשים בגינם זכה לחנינה מאת נשיא המדינה מבלי שהורשע. הוא הפנים את חומרת מעשיו, הביע חרטה אמיתית, ניהל חיים נורמטיביים במישור האישי והמקצועי. האם לא הגיעה העת ל"תשובה" (רהביליטציה)?

2. עקרון ה"תשובה" מעוגן בשיטתנו המשפטית. הוא עומד מאחורי מוסד ההתיישנות של עבירות פליליות ושל הרשעות בפלילים. בין השיקולים להתיישנות נמצאים: השכחה, המחילה, מתן אפשרות לעבריין לפתיחת דף חדש בחייו, אובדן העניין הציבורי, היציבות החברתית המניחה כי טובת הציבור היא להניח לדברים ולהסתפק בהתפתחות חיובית שהזמן והנסיבות גרמו לה. לעניין הטעמים להתיישנות של עבירות פליליות ראו בג"ץ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא(2) 757, 769-770. לעניין התיישנות הרשעה בפלילים ראו חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א 1981- (להלן: חוק תקנת

השבים), וה"ח 215, 216. חוק זה קובע הסדר כולל ומפורט באשר לעקרונות הרהביליטציה, שבעטייה ככלל, אין להביא בחשבון לכל דבר ועניין, מידע על הרשעה שהתיישנה או נמחקה – ובכלל זה הרשעה שניתנה עליה חנינה מאת נשיא המדינה שדינה כדין הרשעה שנמחקה - ואין חובה למסור מידע עליה. אלא, שעקרונות זה איננו מוחלט. יש והוא נסוג מפני עקרונות ואינטרסים אחרים עליהם מוצאת החברה להגן. לפיכך, יש לאזן בצורה שקולה וראויה בין העקרונות על-פי נורמות וערכים המושרשים בהווייתנו כמדינה מתוקנת ונאורה. בהקשר זה נאמר במבוא להצעת החוק: "מצד אחר... 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..." (לעיל, בע' 217). החוק עצמו מבטא הסדר מאוזן בין ההכרה בעקרון "התשובה" לבין שלום הציבור, שמירה על טוהר המידות ועל אמון הציבור בנושאי משרות ציבוריות (על"ע 3761/00 אלכסנדר קוסטין נ' לשכת עורכי הדין בישראל - הוועד המרכזי (טרם פורסם)). כך למשל קובע החוק רשימה של עבירות שאינן מתיישנות ואינן נמחקות ולפיכך אין סייג למסירת מידע לגביהן. כן נקבע בו, כי המידע בדבר הרשעה אינו "חסוי" מפני גופים מסוימים המפורטים בתוספת לחוק, ביניהם, הממשלה, לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינויים מוטל עליה. כזה הוא המינוי בענייננו. חוק זה אינו חל על ענייננו, אלא שגם אילו חל, שומה היה על הממשלה לקבל את המידע ולתת לו את מלוא המשקל הראוי.

3. כיצד משליך, איפוא, רעיון "התשובה" על נסיבות המקרה שלפנינו, בו נחון יתום על-ידי נשיא המדינה ולפיכך לא הועמד לדין ולא הורשע? מקרה דומה נדון על-ידי בית משפט זה בבג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 261 (להלן: פרשת אייזנברג). במקרה זה פסל בית המשפט מועמד לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי מפאת מעורבותו בחלק מן המעשים הקשורים בהליכים שלאחר פרשת קו 300, לאחר נתינת הדעת לעקרונות "התשובה" על כל היבטיו, כשמנגד הועמדו השיקולים והעקרונות שעניינם בטובת הציבור. על שיקולים אלה נמנים, בין השאר, הבטחת פעילות תקינה של השירות הציבורי, הבטחת אמון הציבור בטוהר השירות הציבורי ובנקיון כפיהם של ממלאי התפקידים בו, הבטחת אמון של הציבור בנושא המשרה במיוחד כאשר מתקוף המשרה צריך ממלאה לשמש דוגמה אישית לאחרים ולעמוד על רמה מוסרית נאותה. בבוא הרשות הציבורית למנות נושאי משרה בכירים בשירות הציבורי, עליה לשוות לנגד עיניה כי היא פועלת כנאמן של הציבור וכי מכוח נאמנות זו מוטלת עליה חובה לשקוד על האינטרס הציבורי בכללותו, להגן עליו ולשמור על יוקרתו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בו. מינוי עובד מדינה במשרה בכירה, בעל "עבר פלילי" - גם כאשר ניתנה לו חנינה ללא הרשעה – יש בו כדי לפגוע באינטרס הציבורי. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' ברק בפרשת אייזנברג בע' 262:

"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, בכנסת בקריאה ראשונה - להיות "מבטח לכל אזרח, משגב למדינה וכבוד לעצמם" (ד"כ 14 (תשי"ג) 1425).

לאור מהותם ומשקלם של מעשיו של יתום בפרשת קו 300, שהטביעו בו כתם מוסרי משמעותי; לאור זיקתם הישירה והמהותית לתפקיד שיועד לו; לאור מהות התפקיד הרם בתחום הבטחוני שיועד לו, נוטה הכף לחובה ולא לזכות. לצורך המינוי המיועד, לא ניתן להסיר את הכתם שדבק בו. מעריכת איזון בין השיקולים הרלבנטיים ומתן משקל ראוי ל"עברו הפלילי" של יתום, מתבקשת המסקנה אליה הגיע חברי ואליה אני מצטרפת, לפיה יש לקבל את העתירה.

4. בטרם אסיים, ראוי שאתייחס לטענתו של יתום, כי במסגרת החנינה, הובטח לו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה - בהסכמת שר המשפטים - שקידומו לא ייפגע. בפועל המשיך הוא במהלך השנים לשרת בתפקידים בכירים בשירות הבטחון, כשהתפקיד המיועד לו - ראש המטה למלחמה בטרור - הוא המשך ישיר לתפקידים שביצע. בכך, יש לטענתו, כדי להכשיר את מינויו.

גם בהנחה שכך הובטח ליתום, כטענתו, אין בהבטחה זו כדי להשליך על קביעת הנורמות הראויות בדבר כשרותו של המינוי העומד על הפרק. הוא הדין בעובדה שבפועל המשיך הוא במהלך השנים לשרת בשירות הבטחון בתפקידים בכירים. ההבטחה הנטענת והשירות בפועל לא עמדו לביקורת משפטית נורמטיבית, ואין הם, כשלעצמם, יכולים להכשיר את מינויו לראש המטה למלחמה בטרור. הנימוקים שהועלו לעיל, מבהירים הבהר היטב מדוע אין ההבטחה הנטענת והעובדות בשטח יכולות לשמש אמת מידה להכשרת המינוי.

5. בשל כל אלה, אף אני כחברי השופט מצא, בדעה כי בעתירה זו יש לעשות צו מוחלט.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' מצא.

ניתן היום, י"ב בטבת התשס"ב (27.12.01).

שופטת

שופטת

שופט

העתק מתאים למקור F12.01046680
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444

בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
/עכ.