



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4065/09

בפני : כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופט י' דנציגר

העותר : עו"ד יוסף פינחס כהן

נגד

המשיבים : 1. שר הפנים
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. ממשלת ישראל
4. נציבות שירות המדינה-ירושלים
5. מר אבי הלר, הממונה על המחוז משרד הפנים

עתירה למתן צו על תנאי ולצו ביניים

תאריך הישיבה : י"ג בסיון תש"ע (26.5.10)

בשם העותר : בעצמו

בשם המשיבים : עו"ד ח' אופק

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

רקע עובדתי

1. בחודש יוני 2008 פרש הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים (להלן: הממונה או הממונה על מחוז הדרום) מתפקידו. סמוך לפרישתו, ביום 1.7.2008, החל המשיב 5, מר אבי הלר (להלן: מר הלר), לכהן כממלא מקום הממונה על מחוז הדרום. עוד באותו

החודש פורסמה בעיתונות פנייה לאיתור מועמדים למילוי משרה זו, כאשר המועד האחרון להגשת מועמדות נקבע ליום 11.9.2008. עובר לפנייה זו החליטה ממשלת ישראל, בהחלטה 3406 מיום 7.4.2008, לפטור את משרת הממונה על מחוז הדרום מהליך מכרז מחייב ולהמירו בהליך של ועדת איתור. בהתאם לכך, התפרסמה ביום 13.8.2008 הודעה לציבור בדבר הקמת ועדת איתור מועמד לתפקיד האמור.

2. ביום 27.10.2008 החלה כהונתה של הממשלה כממשלת מעבר, ובכך החלה למעשה תקופת הבחירות. לענייננו רלוונטית הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 1.1501 מיום 26.1.1999 (להלן: הנחיית היועמ"ש) אשר מתייחסת למינויים בתקופת בחירות. בהנחייה מדגיש היועמ"ש את "היבטיה הייחודיים" של תקופת הבחירות, לה נודעת רגישות מיוחדת וכן מתייחס באופן ספציפי לפעילותן של ועדות האיתור בתקופה זו:

"ב. מינוי למשרות בכירות באמצעות ועדות לאיתור מועמדים – מאחר שבהליך המינוי באמצעות ועדת איתור קיימת מעורבות של השר (ולרוב גם הממשלה), הרי שבהתאם לעקרונות שצוינו לעיל, יש, ככלל, להימנע מאיוש משרות בכירות באמצעות ועדות איתור. ככל שקיימת חיוניות באיוש מידי של המשרה, ולא ניתן למצוא לכך פתרון סביר אחר, כגון ע"י מינוי ממלא-מקום, ניתן, באישור נציב שירות המדינה, לקיים את הליכי ועדת האיתור, אך הועדה תמליץ לשר, בכל מקרה, על מועמד אחד בלבד" (ההדגשות במקור – י.ד.).

היועמ"ש הדגיש בהנחייתו כי האמור לעיל חל גם על ועדות איתור אשר החלו בפעילותן קודם לתקופת הבחירות, אך הליך המינוי עצמו טרם הושלם. ביום 13.11.2008 פרסמה המשיבה 4, נציבות שירות המדינה, באתר האינטרנט שלה הודעת דובר הכוללת "הנחיות למשרדי הממשלה בכל הנוגע למינויי בכירים בתקופת הבחירות", הנחיות המבוססות על הנחיית היועמ"ש כפי שהובאה לעיל.

3. בשלהי שנת 2008 פנה שר הפנים דאז מר מאיר שטרית, לנציב שירות המדינה בבקשה לאשר את המשך פעילותה של ועדת האיתור למשרת הממונה על מחוז הדרום, וזאת חרף קיום תקופת הבחירות. נציב שירות המדינה החליט לאשר את המשך פעילותה של ועדת האיתור וביום 18.1.2009 הוצאו כתבי המינוי לחברי ועדת האיתור: מר אריה בר, מנכ"ל משרד הפנים; מר יעקב ברגר, משנה לנציב שירות המדינה; גב' שרית דנה, משנה ליועץ המשפטי לממשלה; פרופ' ארזה צ'רצ'מן, אשת אקדמיה וחברת סגל במוסד אקדמי; ומר מוטי ששון, ראש עיריית חולון, נציג ציבור.

32 מועמדים הגישו את מועמדותם לוועדת האיתור, אולם סינון ראשוני של הפניות העלה כי רק 17 מתוכם עונים על תנאי הסף הקבועים למשרה. הועדה החליטה לזמן לראיון בפניה ארבעה מועמדים מתוך 17 המועמדים שעמדו בתנאי הסף. לאחר הראיונות, ביום 8.2.2009, קיימה הועדה דיון בסופו החליטה להמליץ פה אחד על מר היר כמועמד הראוי לתפקיד. בנימוקי ההחלטה נאמר כך:

“הועדה החליטה להמליץ פה אחד על מר אבי היר המכהן כיום ומזה כשבעה חודשים כממלא מקום מנהל המחוז. מר היר הוכיח בקיאות ומקצועיות בתחומים הרלוונטיים לעבודתו של הממונה, יחסי הגומלין המערכת הפנים מול רשויות מקומיות, גורמי התכנון וגופים ממשלתיים. בעל מערכת יחסי אנוש טובה ומנהיג המפעיל את המחוז בצורה בהירה, מדויקת וזוכה לאמון העובדים”.

ביום 10.2.2009 נערכו הבחירות, וביום 19.2.2009 דנה הממשלה היוצאת במינויו של מר היר לתפקיד הממונה ואישרה אותו. ביום 31.3.2009 כוננה הממשלה החדשה.

גדר המחלוקת

4. לאחר פרסום הפנייה לאיתור מועמדים, החליט העותר להגיש מועמדותו לתפקיד הממונה על מחוז הדרום. לדבריו, החלטה זו באה לאחר בחינה מדוקדקת של תנאי הסף הנדרשים, כאשר העותר, עורך דין במקצועו, כיהן כבר בעבר בשורת תפקידים ברשויות מקומיות שונות, ובעיקר באזור הדרום. העותר אף שימש כסגן וממלא-מקום ראש עיריית שדרות בין השנים 1999-2003. ביום 16.9.2008 נשלח לעותר אישור ראשוני בדבר קבלת מועמדתו, תוך התחייבות לעדכנו על המשך ההליכים. לטענת העותר נוכח פיזור הכנסת וההחלטה להכריז על קיומן של בחירות הוא הניח כי המשיבים הקפואו את ההליכים הקשורים בוועדת האיתור, וזאת נוכח הנחיית היועמ"ש. כן מציין העותר כי ועדת האיתור לא הודיעה דבר באשר להמשך פעילותה או החלטותיה לגבי המשרה המדוברת. לטענתו, דבר בחירתו של מר היר לתפקיד נודע לו מכתבה בעיתון מקומי בבאר-שבע, אשר פורסמה “ערב כינונה של הכנסת ה-18”.

5. טענת העותר הינה כי הנחיית היועמ"ש לא איפשרה את עבודתה של ועדת האיתור, זאת מכיון שמר היר שימש, עובר למינויו לתפקיד, כממלא מקום הממונה על מחוז הדרום. לדבריו, הנחיית היועמ"ש מתייחסת באופן ספציפי למצב דברים מעין זה

וקובעת כאמור כי העובדה שקיים ממלא מקום לתפקיד מסוים מהווה פתרון סביר, ואינה מאפשרת את המשך פעילותה של ועדת האיתור במהלך תקופת הבחירות.

6. המשיבים טוענים מנגד כי החלטתו של נציב שירות המדינה מצויה במתחם הסבירות ואינה סותרת את הנחיית היועמ"ש. לטענת המשיבים הנחיית היועמ"ש קובעת כי ישנם מקרים בהם "גובר הצורך בעשייה על עקרון האיפוק", מקרים אשר מצדיקים פנייה לנציב שירות המדינה, שיבחן את מכלול נסיבות העניין ויחליט האם יש הצדקה להמשך פעילותה של ועדת האיתור. לטענת המשיבים, למרות שהנחיית היועמ"ש חלה גם על מצבים בהם ועדת האיתור החלה לפעול עובר לתקופת הבחירות, יש ליתן משקל לנסיבה זו, שכן תחילת הפעילות עובר לתקופת הבחירות מפחיתה במידה משמעותית את החשש מפני שיקולים זרים או פוליטיים העומדים מאחורי הרצון לאייש את המשרה. המשיבים מדגישים כי ההחלטה על המשך פעילותה של הועדה הינה החלטה של דרג מקצועי, נציב שירות המדינה, שהינו בעל ראיית רוחב של כלל השירות הציבורי המסייעת לו "לברור את המקרים בהם הצורך בפעולה הוא אמיתי וענייני".

המשיבים טוענים עוד כי תפקיד הממונה על מחוז הדרום הינו תפקיד בעל רגישות מיוחדת, שחושף את בעל התפקיד ללחצים רבים. לטענתם קיימת חשיבות רבה ליכולתו של בעל התפקיד למלא את תפקידו ללא מורא וללא משוא פנים ומבלי שיחשוש כי החלטותיו יביאו לפגיעה במעמדו או בסיכוייו להישאר בתפקידו. המשיבים מדגישים כי בתקופה הרלוונטית נדרש הממונה על מחוז הדרום להתמודד עם השלכותיו של מבצע "עופרת יצוקה", דבר שהחיש עוד יותר את הצורך במינוי קבוע. לטענת המשיבים באף אחד משלבי ההחלטה על מינויו של מר הלר לא השתרבבו שיקולים פוליטיים ולפיכך יש לקבוע כי הנחיית היועמ"ש קוימה במלואה. לדבריהם, נוכח קביעה זו ברי כי עקרון שלטון החוק במובנו המהותי לא נפגע, ולכן יש לדחות את העתירה. המשיבים אף טוענים כי העתירה דנן הוגשה בשיהוי ניכר, כשלושה חודשים לאחר שהממשלה אישרה את מינויו של מר הלר, ולאחר שהלה החל למלא את תפקידו.

7. בעתירה שלפנינו התקיימו שני דיונים: הדיון הראשון ביום 12.10.2009 ולאחריו ניתן צו על-תנאי. בעקבות צו זה הגישו המשיבים ביום 16.11.2009 תצהיר תשובה חתום על ידי מר יעקב ברגר, המשנה לנציב שירות המדינה והממונה על מערכת הביטחון. ביום 26.5.2010 התקיים הדיון השני בעתירה, במסגרתו הפננו לבאת כוח המשיבים, עו"ד חני אופק, שאלות באשר לאמור בתצהיר הנ"ל.

8. השאלה הניצבת לפנינו הינה האם החלטתו של נציב שירות המדינה באשר להמשך פעילותה של ועדת האיתור בתקופת הבחירות מנוגדת להנחיית היועמ"ש וחורגת ממתחם הסבירות. זה המקום לציין כי העותר העלה שורת טענות באשר להתנהלותה של ועדת האיתור אולם סבורני כי אין אנו נדרשים לדון בטענות אלה, זאת מכיוון שתשובה חיובית לשאלה שהצגתי לעיל מייטרת את הדיון בטענות המתייחסות להתנהלותה של ועדת האיתור במהלך הליך המינוי.

9. כאמור, הנחיית היועמ"ש בה עסקינן קובעת כי יש להימנע במהלך תקופת הבחירות מאיוש משרות בכירות באמצעות ועדות איתור, זאת גם במקרים בהם ועדות האיתור הוקמו עובר לתקופת הבחירות וטרם סיימו את תפקידן. בית משפט זה עמד פעמים רבות על מעמדן המחייב של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה עת קבע כי אלה משקפות את הדין הקיים או מפרשות אותו באופן מוסמך, ולפיכך הן מחייבות את רשויות הממשלה [בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה פ"ד נו(6) 900, 911-910]. בבג"ץ 8815/05 ער"ד לנדשטיין נ' ער"ד שפיגלר (לא פורסם, 26.12.2005). פסקה 11 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין לנדשטיין) אף נקבע, בהתייחס להנחיית היועמ"ש בה עוסקת עתירה זו, כי באמצעות ההנחיה נותן היועמ"ש "הוראות מעשיות לגורמים השלטוניים", ומכאן ברי כי על האחרונים לפעול על פי הנחיותיו.

10. יתרה מכך, בפסק הדין בעניין לנדשטיין התייחס בית משפט זה לסוגיית המינויים בתקופת הבחירות. יפים לענייננו דבריה של השופטת א' פרוקצ'יה:

"עקרון האיזון הנדרש בין איפוק לעשייה בעת שלטון מעבר מוצא את ביטויו, בין היתר, בתחום המינויים לתפקידים ציבוריים, מקום שמעורבים בכך גורמים פוליטיים שמעמדם המשפטי ערב הבחירות ניזון ממעמדה המיוחד של ממשלת מעבר, וגורלם בממשל הבא, שלאחר הבחירות, אינו ידוע. בגדר האיזונים הנדרשים בתחום זה, וככלל, נתקבלה ההשקפה כי ראוי הוא כי מינויים לתפקידים בשירות הציבורי לא יבוצעו בידי גורמי ממשל אלה אלא ימתינו עד לכינון ממשל חדש, אלא מקום שיש באיוש תפקיד מסוים צורך חיוני של ממש אשר אם לא ייענה, יצור חלל העלול לפגוע באינטרס ציבורי חשוב" (שם, פסקה 10) (ההדגשות אינן במקור – י.ד.).

11. הנחיית היועמ"ש ופסיקותיו של בית משפט זה קובעות כלל לפיו יש להימנע במהלך תקופת הבחירות מאיזש תפקידים ציבוריים. כלל זה אף מוצא את ביטויו במסגרת מסמך "עקרונות יסוד וכללי מינהל בשירות המדינה", אשר נכתב ונערך על ידי נציב שירות המדינה (להלן: מסמך העקרונות). באותו מסמך התייחס נציב שירות המדינה לסוגיית "מינויים למשרות בשירות המדינה" בתקופת בחירות על ידי ועדות איתור וקבע כדלקמן:

"בהתאם לנאמר בנסמך 1 לעיל, ולפסיקת בית המשפט העליון, ראוי להימנע ממינוי של קבע למשרות בכירות, אלא אם כן מילוי התפקיד נדרש ולא ניתן להמתין להרכבת הממשלה הבאה. לפיכך, ככלל, יש להימנע מאיזש משרות בכירות באמצעות ועדה לאיתור מועמדים. ככל שקיים צורך ממשי באיזש המשרה דרך קבע באופן מיידי ולא ניתן למצוא לכך פתרון אחר, למשל באמצעות מילוי מקום או מינוי בפועל, תמליץ ועדת האיתור על מועמד אחד בלבד" (ההדגשות לא במקור – י.ד.).

12. מכאן עולה כי עלינו לבחון האם התקיים אותו צורך ממשי וחיוני באיזש המשרה דרך קבע, והאם לא היה בנמצא כל פתרון סביר אחר, המאפשר את דחיית המינוי הקבוע עד לאחר הבחירות. אומר כבר עתה כי לטעמי יש להשיב לשאלה זו בשלילה ולקבוע כי אותו צורך ממשי וחיוני לא התקיים, זאת נוכח העובדה שמר הלו כיהן, טרם מינויו הקבוע למשרה, כממלא מקום הממונה, וכפי שאפרט להלן, לא מצאתי כי היו טעמים חזקים שהצדיקו סטייה מהנחיית היועמ"ש ומפסיקותיו של בית משפט זה בנסיבות המקרה שלפנינו.

13. במסגרת הנחיית היועמ"ש ניתן לנציב שירות המדינה שיקול דעת המאפשר לו לחרוג מהכלל, עליו עמדתי לעיל, ולאפשר את המשך פעילותה של ועדת האיתור גם במהלך תקופת הבחירות. יחד עם זאת, על נציב שירות המדינה להשתמש בסמכותו זו במשורה, וזאת כאמור אך במקרים בהם קיים צורך מיידי באיזש קבוע של המשרה. כי אם בוחר נציב שירות המדינה להפעיל סמכות זו, עליו לנמק את החלטתו ולהסביר מדוע בנסיבות המקרה הספציפי אכן יש מקום לאפשר את המשך פעילותה של ועדת האיתור.

דברים אלו מקבלים משנה תוקף בנסיבות המקרה דנן. כאמור, הנחיית היועמ"ש וגם מסמך העקרונות של נציבות שירות המדינה קובעים, שחור על גבי לבן, כי נציב שירות המדינה ישתמש בסמכותו רק לאחר שבחן אם אין בנמצא "פתרון סביר

אחר", כאשר קיומו של ממלא מקום למשרה המדוברת מוזכר בשני המסמכים כפתרון סביר שאינו מאפשר לכאורה את מתן האישור האמור. אין חולק כי יש לבחון כל מקרה ונסיבותיו ויכול שייתכנו מקרים בהם למרות שתפקיד מסוים מאוייש על ידי ממלא מקום, עדיין יתעורר צורך חיוני ומיידית באיזון קבוע של המשרה. יחד עם זאת, ברי כי במצב דברים זה על נציב שירות המדינה לנמק את החלטתו ולהסביר מדוע, למרות הנחיית היועמ"ש, מצא הוא לנכון לאשר את המשך פעילות ועדת האיתור בתקופת הבחירות. בענייננו, המשיבים 1-4 לא הגישו לעיוננו כל מסמך המפרט את שיקוליו של נציב שירות המדינה עת קיבל את החלטתו באשר להמשך פעילות הוועדה ואף נמסר לנו בדיון, על ידי באת כוח המשיבים, כי ההחלטה הנ"ל ניתנה בעל-פה ואין כל מסמך המתעד אותה. כמו כן, וכפי שציינתי לעיל, התצהיר שהוגש לעיוננו נחתם על ידי המשנה לנציב שירות המדינה, ולא על ידי נציב שירות המדינה עצמו. לטעמי, בנסיבות המקרה דנן, בהן כאמור אין כל מסמך כתוב המגבה את החלטתו של נציב שירות המדינה, ייתכן כי היה ראוי שתצהיר התשובה יוגש על ידי נציב שירות המדינה עצמו ויכלול התייחסות ספציפית לשיקולים שעמדו בבסיס החלטתו [ראו והשוו: סעיף 5 לפסק דינה של השופטת א' חיות בבג"ץ 1637/06 דר' אליהו ערמון נ' שר האוצר (לא פורסם, 3.1.2010)].

טענת המשיבים לפיה ישנה חשיבות, בתפקיד הממונה על מחוז הדרום, כי בעל התפקיד ימלא את תפקידו "מבלי שיחשוש כי החלטותיו יביאו לפגיעה במעמדו או בסיכויו להישאר בתפקידו" אינה יכולה להוות נימוק מספיק המסביר את החלטתו של הנציב. חזקה על בעל תפקיד, בייחוד שעה שמדובר בבעל משרה בכירה בשירות המדינה, כי הוא עושה את תפקידו בצורה הטובה ביותר ואינו חושש מקבלת החלטות אמיצות וזאת גם אם מינויו אינו מינוי קבוע. יתרה מכך, הנחיית היועמ"ש מתייחסת למינוי למשרות בכירות בשירות המדינה ומכאן שהיא לוקחת בחשבון, מלכתחילה, את העובדה שמדובר בתפקידים הטומנים בחובם אחריות רבה. אי התייחסותם של הגורמים הרלוונטיים לסטייה מהנחייה זו, אומרת דרשני. שיקול דעתו של נציב שירות המדינה נחתם במסגרת הנחיית היועמ"ש ובמידה ומצא נציב שירות המדינה כי קיימים טעמים חזקים למינוי של קבע גם במקרה בו מכהן ממלא מקום, עליו להסביר מדוע החליט כפי שהחליט.

14. יתרה מכך, לטעמי אין אפשרות להתעלם במקרה שלפנינו מסוגיית העיתוי. ישיבתה השנייה של הוועדה, במסגרתה רואינו ארבעת המועמדים לתפקיד, נערכה ביום 8.2.2010, יומיים בלבד לפני הבחירות. בית משפט זה כבר קבע בעבר כי רשות שלטונית, באשר היא, פועלת כנאמן הציבור, ולפיכך עליה לפעול בהגינות, ביושר,

בתום לב ובסבירות לטובת הציבור [ראו: בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר, פ"ד מה(1) 28,33; בג"ץ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 789]. לטעמי, קבלת החלטה על מועמד למינוי קבוע יומיים בלבד לפני הבחירות אינה עונה על דרישת הסבירות. גם אם אין בבסיס החלטה זו כל טעם לפגם, וכאמור שאלה זו כלל לא הונחה להכרעתנו, יש בדרך פעולה זו בכדי להעיב על תקינות פעילותה של הרשות השלטונית. העובדה שהמינוי אושר על ידי הממשלה היוצאת לאחר הבחירות, היינו שעה שזו כבר לא נהנית מאמון הציבור [עניין לנדשטיין, פסקה 8], גורמת אף היא לבעייתיות מסוימת, וזאת כאשר המועמד שנבחר למינוי של קבע הוא שמילא את תפקיד ממלא המקום ולא ניתן כל נימוק המניח את הדעת ל"זירוז" ההליכים על אף הנחיית היועמ"ש וקביעותיו של בית משפט זה.

15. אסכם ואומר כי הכלל, כפי שנקבע בפסיקה ובמסגרת הנחיית היועמ"ש הינו שבמהלך תקופת הבחירות יש להימנע ממינוי של קבע למשרות בכירות, וזאת גם בהליכי מינוי על ידי ועדת איתור. לנציב שירות המדינה ניתנה הסמכות לשקול את נסיבות המקרה ולאפשר, במקרים בהם קיים צורך חיוני באיזון של המשרה, את המשך פעילות הועדה, זאת, רק אם לא היה בנמצא פתרון סביר אחר. הנטל להוכיח כי לא היה קיים פתרון שכזה מוטל על נציב שירות המדינה, שצריך לנמק את החלטתו ולהסביר מהם השיקולים שהובילו אותו להחלטה זו. בנסיבות המקרה דנן, וכפי שקבעתי לעיל, נציב שירות המדינה לא הסביר מהם השיקולים שעמדו בבסיס החלטתו ובתצהיר שהוגש על ידי המשיבים אין התייחסות לסוגיה זו. לפיכך, ונוכח העובדה שמר ה"ר, מי שמונה דרך קבע לתפקיד הממונה, כיהן קודם לכן כממלא מקום הממונה, קביעתי היא כי החלטתו של נציב שירות המדינה חרגה ממתחם הסבירות ומכאן שיש לבטלה.

16. חשוב לציין כי אין בקביעותינו, כפי שהובאו לעיל, בכדי להטיל דופי כלשהו במר ה"ר. מן החומר שנפרש לפנינו עולה כי מר ה"ר שימש במשך כ-15 שנים כסגנו של הממונה על מחוז הדרום ובמקביל מילא שורה של תפקידים ציבוריים נוספים, ביניהם ראש המועצה המקומית תעשייתית רמת חובב ויו"ר הועד הממונה בשוב נווה זוהר במועצה האזורית תמר. ברי כי בתקופה זו רכש מר ה"ר ניסיון רב. ואולם כפי שצינתי לעיל לא נדרשנו להכריע בשאלת המינוי לגופה. קביעתנו מתייחסת אך ורק לעצם פעילותה של ועדת האיתור במהלך תקופת הבחירות בניגוד להנחיית היועמ"ש ולפסיקתו של בית משפט זה.

17. לפיכך, לו תישמע דעתי יהפוך הצו לצו מוחלט, המבטל את מינויו של מר הלר לתפקיד הממונה על מחוז הדרום ומורה לועדת האיתור לשוב ולהתכנס ולבחור את המועמדים עליהם ימליצו לשר הפנים כמועמדים לכהונה בתפקיד. כן ישלמו המשיבים 4-1 לעותר שכ"ט עו"ד בסכום כולל של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ט' באב תש"ע (20.7.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט