

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2533 / 97

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לויין
כבוד השופט א' גולדברג
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' דורנר

העותרת: התנועה למען איכות השלטון בישראל

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו
3. היועץ המשפטי לממשלה
ד"ר אליקים רובינשטיין
4. נציב שירות המדינה, מר שמואל הולנדר
5. שר המשפטים, מר צחי הנגבי
6. מנכ"ל משרד ראש הממשלה
מר אביגדור ליברמן

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ז' באייר תשנ"ז (14.5.97)

בשם העותרת: עו"ד א' שרגא, עו"ד ע' שפירא
עו"ד ס' אורלנסקי, עו"ד י' קשת

בשם המשיבים 1-4: עו"ד ע' פוגלמן, עו"ד ש' ניצן

פסק - דין

השופט י' זמיר:

1. באחת העתירות שהוגשו לבית משפט זה בפרשת בר-און, מבקשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, כסעד עיקרי, כי מר צחי הנגבי יועבר מן התפקיד של שר המשפטים. העותרת מעגנת את הבקשה, מבחינה עובדתית, בחוות הדעת בעניין פרשת מינוי עורך דין בר-און כיועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה על ידי פרקליטת המדינה, ביום 18.4.1997, אל היועץ המשפטי לממשלה. מבחינה משפטית מעגנת העותרת את הבקשה בסעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, המסמיך את ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו, ובסעיף 39(א)(2) לאותו חוק, המסמיך את ראש הממשלה לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים.

התשתית העובדתית

2. העותרת סבורה כי חוות הדעת של פרקליטת המדינה מצביעה על שורה של פגמים בתפקוד של שר המשפטים בפרשת בר-און, שיש בהם כדי לחייב את העברתו של השר מתפקידו. חוות הדעת של פרקליטת המדינה מתארת את תפקודו של שר המשפטים בפרשה זאת באריכות (עמ' 35-45), והיא מסכמת את העובדות (בעמ' 45-47) כדלקמן:

"98. על מנת להגיע למסקנה בשאלה האם נעברה על ידי שר המשפטים עבירה פלילית, עלינו לסכם את העובדות המרכזיות שהינן כדלקמן:

שר המשפטים ידע כי שמו של בר-און צמח בלשכתו של ראש הממשלה, בטרם הודיע בן יאיר על רצונו לעזוב את תפקידו. שר המשפטים אף ידע כי מבחינת לשכת ראש הממשלה, אין המדובר במועמדות טבעית, בהתחשב במחנה אליו משתייך בר-און בליכוד.

אין ספק ששר המשפטים היה מעוניין במינויו של בר-און בהיותו מאמנו וחברו, ולטענתו, דעתו הסובייקטיבית היתה שבר-און הוא בעל כישורים ראויים.

אין כל ראייה ששר המשפטים ידע, עד סמוך לתאריך 7.1.97, כי לדרעי עניין אישי במינויו של בר-און, וכי טיבו של עניין אישי זה הוא הבטחה כלשהי שניתנה לו, מטעמו של בר-און, הקשורה במשפט הפלילי המתנהל נגדו.

מה שניתן להוכיח כלפי שר המשפטים הוא, כי לכל המאוחר ב-7.1.97- למד כי לדרעי עניין במינויו של בר-און. אולם, ספק אם ניתן להוכיח כלפיו כי ידע מה טיבו המדויק של עניין זה. הנגבי התבטא באותה הזדמנות שכל מה שמעניין את דרעי הוא משפטו הפלילי, וכן התבטא באומרו שהוא התרשם שאבי יצחק משוכנע שלדרעי יש 'מוטיבציה ואינטרס מובהק בהעדפתו את בר-און על פניו הוא'. כמו כן, מהראיות עולה לכאורה, כי צחי הנגבי גם אמר כי כל מינוי של יועץ המשפטי לממשלה צריך לקבל את אישורו של דרעי.

אין ראייה, כי מעשיו של שר המשפטים להכשלת מינויו של אבי יצחק ורצונו לקדם את מינויו של בר-און היו מונעים בקשר כלשהו עם רצונו של דרעי או קידום מטרותיו.

שר המשפטים הביא למינויו של בר-און כאשר עצם הכוונה למנותו נשמרה בסוד מן הציבור, שרי הממשלה ידעו עליה עם כינוס ישיבת הממשלה ולא היה בידם הזמן לערוך ברוורים ובדיקות בטרם יחוו דעתם על מינוי זה, כי שר המשפטים חזר והדגיש בחקירתו, כי גם בעבר מינוי יועץ משפטי לממשלה

נעשה באותה דרך, מבלי ששמו של המועמד הובא קודם לכן לידיעת חברי הממשלה.

שר המשפטים שמע מפיו של הנשיא ברק דברים שיש בהם לפסול את מועמדותו של בר-און לתפקיד, או לפחות מחייבים את שקילתם. הוא לא הביא את הדברים במלוא חריפותם לראש הממשלה, ודיווח לממשלה כי הנשיא ברק יודע על המינוי. אופן זה יכול היה להביא את השומע מן הצד למסקנה, כי לנשיא ברק לא היה כלל מה לומר על המינוי, ואולי הוא אף על דעתו, על אף שהאמת, כידוע, אחרת.

99. לדעת אלה הסוברים כי יש להגיש כתב אישום נגד שר המשפטים, לב העניין המחייב הגשת אישום הוא מחדלו של השר, עת שמע את דבריו של דן אבי יצחק ב'פגישה המרובעת', שסיפר כי דרעי מעוניין בבר-און, וכי הוא טוען שראש הממשלה הבטיח לו מינוי זה. על פי אותה טענה, השר לא יכול היה להתעלם מכך, מה גם ששר המשפטים עצמו העיד שהתרשם, כי אבי יצחק משוכנע, שלדרעי יש אינטרס מובהק בהעדפת בר-און. על פי דעה זו, המידע שהוא בפני השר, והתרשמותו ממנו, חייבו אותו לערוך ברור יסודי ומקיף בטרם ימשיך בפעולותיו למען מינוי של בר-און. הימנעותו מבדיקה זו, בהתחשב באמירתו בדבר העובדה שכל מינוי טעון אישורו של דרעי, ובאמירתו כי מה שמעניין את דרעי הוא רק משפטו הפלילי, מהווה, על פי הטענה, עבירה פלילית.

100. לדעתנו, אין בדברים האמורים כדי להוות עבירה פלילית, אף כי ניתן היה לצפות משר המשפטים - האחראי על הבאת המינוי לממשלה - כי יבדוק את הדברים. על פי מערכת הראיות הקיימת לא היה שר המשפטים שותף בשלב כלשהו לקשר פסול שנרקם למנות את בר-און כיועץ משפטי לממשלה. רצונו למנותו היה רצון עז, על רקע היחסים ביניהם והערכתו הסובייקטיבית את בר-און כעו"ד בעל כישורים מובהקים בתחום הפלילי. על רקע זה נשאלת השאלה, האם כששמע מפי אבי יצחק, כי גם דרעי מעוניין במינוי בר-און, היה עליו לסגת מרצונו ומתכניתו להוציא אל הפועל מינוי שהוא באופן סובייקטיבי האמין שהוא ראוי. לדעתנו, אכן מלכתחילה היה עליו לבדוק את טעמיו של דרעי ברצונו במינוי בר-און, וזאת במיוחד בהתחשב בכך שהוא עצמו אמר כי הדבר היחיד המעניין את דרעי הוא משפטו הפלילי. עם זאת, לדעתנו, על רקע רצונו האמיתי במינוי בר-און, ואי היותו חלק מקשר פסול שנרקם למנות את בר-און לתפקיד, מחדלו אינו בבחינת עבירה פלילית. לכך יש להוסיף גם, כי אין בחומר הראיות כדי להצביע, ששר המשפטים היה מודע לטיב ולמהות העניין שהיה לדרעי במינוי בר-און. אכן, שר המשפטים אמר, לדבריו של אבי יצחק, כי כל מה שמעניין את דרעי הוא משפטו הפלילי, אולם אין בכך כדי ללמד, ששר המשפטים היה מודע לקשר מושחת כלשהו, המתקיים בין דרעי לבר-און, מה גם שבר-און הוא חברו הטוב ומאמנו לשעבר של שר המשפטים, ואין חולק כי הוא חש אליו קרבה והערכה רבה.

בנוסף לכך יש לציין, כי התשתית האפשרית לביסוסו של כתב אישום, נשענת על סמך עדותו היחידה של אבי יצחק, בנוגע לדברים שהשמיע בפניו שר המשפטים במהלך אותה פגישה, כאשר אבי יצחק עצמו מעיד, כי לא שוחח עם שר המשפטים, לא קודם לאותה פגישה ולא לאחריה. כן יצוין כי שר המשפטים מכחיש, כי אמר את שאבי יצחק ייחס לו, ומר ליברמן תמך בגרסת שר המשפטים.

לפיכך, מכל הטעמים דלעיל, נראה לנו כי התנהגותו של שר המשפטים אינה מגיעה כדי עבירה פלילית.

101. ההמלצה להגיש כתב אישום, מבוססת גם על הטענה, כי התנהגותו של שר המשפטים בישיבת הממשלה אף היא עולה כדי עבירה פלילית.

לדעתנו, אין המדובר בעבירה פלילית, אף אם יש בכך חריגה מנורמות התנהגות תקינות. בהקשר זה, לא למותר להפנות לדברי בית המשפט העליון בפרשת אבו חצירא, ע"פ 281/82, פ"ד לז(3) 673, בעמ' 706:

'גם אדם כזה... עלול להיכשל חלילה בשיקול דעת מוטעה בהתנהגות הראויה לביקורת, במעשה פגום מבחינה אסתטית או הנוגד עקרונות אתיקה ראויה בתחום עשייתו. יהא זה מסוכן ולא רצוי מבחינת המדיניות השיפוטית להטביע מיניה וביה על כל מעשה לא ראוי שכזה גושפנקא של התנהגות פלילית'.

מכל מקום, דעתנו היא כי אין לייחס להימנעות מבדיקת הכישורים המקצועיים של עו"ד בר-און, לאופן בו התייחס הנגבי לדברי הנשיא ברק, ולאופן הבאת מינויו של בר-און לממשלה, משמעות פלילית. ושוב, נבקש להדגיש, כי אין בכך כדי לומר שהתנהגותו של שר המשפטים בהקשר זה צריכה להיות נקייה מביקורת. אולם נראה לנו, כאמור, שעניין זה אינו מצוי בגדרו של המשפט הפלילי.

לסיכום, דעתנו הינה כי יש לסגור את תיק החקירה נגד שר המשפטים".

3. על יסוד חוות הדעת של פרקליטת המדינה, נתן היועץ המשפטי לממשלה, ביום 20.4.1997, החלטה מנומקת. בהחלטה זאת הוא מאמץ את ההמלצה של פרקליטת המדינה, שלא להגיש כתב אישום נגד שר המשפטים, בלי להוסיף דברים משלו בעניין זה.

4. עתירות אחדות הוגשו נגד ההחלטה שלא להגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה או נגד שר המשפטים: בג"ץ 2534/97, בג"ץ 2535/97 ובג"ץ 2541/97, ח"כ יונה יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'. עתירות אלה, שבאו בפני אותו הרכב שופטים הודן בעתירה זאת, נדחו: ככל שהן נוגעות לראש הממשלה - ברוב דעות; ככל שהן נוגעות לשר המשפטים - פה אחד. השופט גולדברג, שכתב את פסק הדין המוביל, אמר בנוגע לשר המשפטים (בפיסקה 24) כך:

"אשר לשר המשפטים, הקביעות שקבעה פרקליטת המדינה לגביו הן כי הוא 'תמך מצידו במועמדותו של בר-און מטעמיו הוא, ויש ראיות לכך שנודע לו על העניין שיש לדרעי בבר-און רק קרוב למועד מינויו של בר-און'. (עמ' 5). 'אין חולק, ששמו של בר-און כמועמד לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה לא הועלה על ידיו של שר המשפטים לראשונה' (עמ' 8), והוא לא היה יוזם הרעיון למנות את בר-און לתפקיד (עמ' 36). 'ישנה תמימות דעים כי לא היה זה שר המשפטים שהביא את שמו של בר-און לידיעת ראש הממשלה' (עמ' 19). 'הן ראש הממשלה והן השר מאשרים כי שמו של בר-און הוצג על ידי ראש הממשלה (או מי מטעמו) בפני השר ולא ההיפך' (עמ' 20). בסיכום נקבע בחוות הדעת כי 'התנהגותו של המשפטים אינה מגיעה כדי עבירה פלילית'. כנגד מסקנה זו לא שמענו כל טענה מפי באי כוחם המלומדים של העותרים, ואף הייתי מוסיף כי למעשה הם זנחו את העתירות ככל שהן נוגעות לשר המשפטים.

אין האמור לעיל מתייחס, כמובן, לדעתה של פרקליטת המדינה כי יש בהתנהגותו של שר המשפטים בישיבת הממשלה משום 'חריגה מנורמות התנהגות תקינות' (עמ' 47)."

התוצאה היא שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום נגד שר המשפטים עומדת בעינה.

5. בתגובה לעתירה נאמר מטעם המשיבים (ממשלת ישראל, ראש הממשלה, היועץ המשפטי לממשלה ונציגי שירות המדינה) כי "התנהגותו של שר המשפטים אינה צריכה להיות נקייה מביקורת. שאלה אחרת היא אם התנהגות זו מחייבת העברתו מתפקידו". התשובה, לדעתם, שלילית. תשובה זאת עולה, לטענתם, מסעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

התשתית המשפטית

6. סעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה קובע לאמור:

"ראש הממשלה רשאי, בהודעה בכתב, להעביר שר מכהונתו; כהונתו של השר נפסקת 48 שעות לאחר שכתב ההעברה נמסר לידי, זולת אם חזר בו ראש הממשלה לפני כן".

מה טיבה של סמכות זאת?

7. שאלה זאת כבר נדונה בבית משפט זה בבג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (להלן - פרשת דרעי). השאלה שבפני בית המשפט היתה, אם ראש הממשלה חייב להעביר את הרב אריה דרעי מכהונתו כשר הפנים, וזאת לפי סעיף 21א(א) לחוק-יסוד: הממשלה הקודם, שהיה מנוסח כמו סעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה כיום, בשינויים לשוניים בלתי-משמעותיים. הנשיא שמגר ציין (בעמ' 419) כי סעיף זה מעניק לראש הממשלה "סמכות שבשיקול-הדעת", שהיא סמכות המוענקת לרשות "כדי שיהיה לה חופש פעולה במילוי תפקידיה הרב-גוניים, על נסיבותיהם השונות והמשתנות מידי פעם בפעם". אולם, גם סמכות זאת חייבת להיות מופעלת על פי הכללים החלים על הפעלת סמכויות מינהליות בדרך כלל. כך הוא הדין לא רק לגבי הפעלת הסמכות, אלא אף לגבי הימנעות מהפעלת הסמכות. כדברי הנשיא שמגר (שם):

"מכאן כי גם אם הרשות ממאנת להפעיל סמכות שבשיקול-דעת, ניתן לבחון את הימנעותה האמורה מפעולה לפי אמות המידה המקובלות בעת בחינתן של סמכויות סטטוטוריות, היינו ניתן לבחון אם ההימנעות משימוש בסמכות נבעה משיקולים סבירים או שמא חייב מכלול הנסיבות את הפעלת הסמכות; כן נבחן אם ביסוד ההימנעות אינם מונחים חוסר סבירות, שרירות או הפליה, העלולים לפסול את מעשיה או מחדליה של הרשות".

בהתאם לכך, אפשר שסמכות-רשות תיעשה, בנסיבות מסוימות, סמכות-חובה. על הנסיבות בהן רשות נעשית חובה ראו שם, בעמ' 421. ראו גם בג"ץ 2624/97 רונאל ידיד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם), פסקה 6 לפסק הדין. השאלה אם אמנם סמכות-רשות נעשית סמכות-חובה תלויה, בראש ובראשונה, בתכלית הסמכות, כפי שנקבעה בחוק. על התכלית של סמכות ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו אמר הנשיא שמגר בפרשת דרעי כך (בעמ' 422):

"הוראת החוק האמורה נועדה גם כדי לאפשר תגובה, בצורת העברה מן התפקיד, בשל אירוע חמור שבו מעורב חבר הממשלה, כאשר האירוע, יהיה זה מעשה או מחדל, משליך על מעמדה של הממשלה, על מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמה, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים, כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים שעליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכך".

לאור תכלית זאת בחן הנשיא שמגר אם ההימנעות של ראש הממשלה מלהעביר את שר הפנים מתפקידו לוקה, בנסיבות המקרה הנדון, בפגם משפטי. הוא הצביע (בעמ' 422) על כך שכתב האישום נגד שר הפנים, אשר גובש בידי היועץ המשפטי לממשלה והוגש על ידו לכנסת, "מכיל טענות בדבר מעשי שחיתות שהם מפליגים בחומרתם". לכן, סיכם הנשיא שמגר (בעמ' 424), "אי-הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצונית". לכן נפסק, על דעת כל השופטים, כי ראש הממשלה היה חייב להעביר את הרב דרעי מכהונתו כשר הפנים.

8. אותה שאלה, בשינוי מה, נדונה בבית המשפט גם בבג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (להלן - פרשת פנחס). כאן דן בית המשפט בסמכות של ראש הממשלה להעביר סגן שר מכהונתו, לפי סעיף 36א(א) לחוק-יסוד: הממשלה הקודם, שהיתה דומה לסמכות של ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו. בית המשפט הדגיש גם כאן את החשיבות הנודעת בהקשר זה לשיקול של אמון הציבור בשלטון. וכך אמר השופט ברק (בעמ' 461):

"ממעמד הנאמנות של ראש הממשלה, הממשלה וכל אחד משריה נגזרת חובתם לשקול אם להפסיק כהונתו של סגן שר אשר כנגדו גובש כתב-אישום. המשך כהונתו של סגן זה, אשר לגביו קיימות ראיות שנמצאו מספיקות על ידי היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב-אישום - ובעניינו המדובר בעבירות חמורות - עשוי לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון, וכל-כן על רשויות אלה לשקול עניין זה במלוא כובד האחריות".

על רקע זה, האם חייב היה ראש הממשלה להעביר את סגן השר פנחסי מכהונתו, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה החליט להגיש נגדו כתב אישום, ואף שהכנסת סירבה להסיר את חסינותו? השופט ברק השיב לאמור (בעמ' 467):

"עיון בעבירות המיוחסות לסגן השר, על רקע עובדות כתב האישום, מצביע לכאורה על כך כי יש בהתנהגותו 'פגם מוסרי', וניתן לסווגן כעבירות שיש בהן, בנסיבות העניין, קלון. אכן, כאשר סגן שר, המופקד - תחת הוראות השר - על תיפקודו של משרד ממשלתי חותם על הצהרה כוזבת בכוונה לרמות את מבקר המדינה, קשה שלא לראות בכך ביצוע מעשה של קלון".

המסקנה אליה הגיע השופט ברק, על דעת כל השופטים, היתה (בעמ' 469) זאת:

"שיקול הדעת הרחב הניתן לראש הממשלה ולשריה לפטר סגן שר הופך, בנסיבות המקרה שלפנינו, לחובה".

9. הנה כי כן, אפשר לסכם ולומר, על יסוד פרשת דרעי ופרשת פנחסי, כי הלכה היא, שאם הוגש כתב אישום בעבירה חמורה נגד שר או סגן שר, קמה חובה על ראש הממשלה להעביר אותו שר או סגן שר מכהונתו. סירוב של ראש הממשלה להעביר שר או סגן שר מכהונתו יחשב, בנסיבות כאלה, חוסר סבירות קיצוני. לפיכך יכול בית המשפט, במקרה של סירוב כזה, להורות לראש הממשלה להפעיל את סמכותו כנדרש בנסיבות המקרה, כלומר, להעביר את השר או סגן השר מכהונתו.

כך היתה ההלכה לפי חוק-יסוד: הממשלה הקודם: לפי סעיף 21א(א), לגבי שר, ולפי סעיף 36א(א), לגבי סגן שר. אין יסוד לומר כי הלכה זאת השתנתה בחוק-יסוד: הממשלה החדש. לא בכדי נקבעה סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו, בסעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה החדש, כמעט באותה לשון בה נקבעה סמכות זאת בסעיף 21א(א) בחוק-יסוד: הממשלה הקודם. משמע, גם כיום סירוב של ראש הממשלה

להעביר מן הכהונה שר או סגן שר שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה חמורה, יחשב חוסר סבירות קיצוני, שיש בו כדי להצדיק התערבות של בית משפט זה.

10. אולם העותרת, במקרה שלפנינו, אינה הולכת בדרך שנללה בפרשת דרעי ובפרשת פנחסי. שהרי בפרשת בר-און, להבדיל משתי הפרשות הקודמות, לא הוחלט להגיש כתב אישום נגד שר המשפטים. אמנם המשטרה המליצה להגיש כתב אישום. אך פרקליטת המדינה לא קיבלה המלצה זאת, והיועץ המשפטי לממשלה סמך ידו על העמדה של פרקליטת המדינה. כאשר העותרת פנתה לבית המשפט בעתירה זאת, עדיין לא היה ברור אם בסופו של דבר יוגש כתב אישום נגד שר המשפטים, כי שאלה זאת הועלתה בפני בית המשפט בעתירות אחרות. אולם כיום, לאחר שעתירות אלה נדחו, ברור כי היועץ המשפטי לממשלה לא יגיש כתב אישום נגד שר המשפטים על יסוד החומר שהצטבר בפרשה זאת. כיוון שכך, מה עילה יש לעותרת, לאור פרשת דרעי ופרשת פנחסי, לחייב את ראש הממשלה להעביר את שר המשפטים מכהונתו?

העותרת מצביעה על שורה של מעשים ומחדלים של שר המשפטים בפרשת בר-און. היא מציינת כי שר המשפטים תמך במינוי של בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה למרות שהם חברים אישיים; כי הוא הציג תמונה מעוותת של התכונות הנדרשות לצורך המינוי לתפקיד זה; כי הוא לא נועץ באיש לגבי המינוי, ואף לא בדק מידע בדבר קשר בין בר-און לבין דרעי; כי הוא מסר לראש הממשלה ולממשלה דיווח בלתי-מלא ובלתי-אמין על עמדתו של נשיא בית המשפט העליון לגבי המינוי המוצע; כי נתגלו סתירות בין הודעתו של שר המשפטים לבין הודעות של אחרים שנמסרו למשטרה; ועוד דברים אחדים כיוצא באלה.

העותרת מציינת שגם פרקליטת המדינה הביעה דעתה (בעמ' 47 לחוות הדעת) שההתנהגות של שר המשפטים בפרשה זאת אינה "נקייה מביקורת" ואף יש בה "חריגה מנורמות התנהגות תקינות".

סיכומו של דבר, אומרת העותרת, שר המשפטים "נמצא נוהג בניגוד לנורמות ראיות של מינהל ציבורי תקין, תוך שימוש באמות מידה לקויות הסותרות את טוהר המידות". ומה המסקנה? לדעת העותרת, "אסור שידבק רבב בשר בממשלה", ובמיוחד כך בשר המשפטים. מכאן המסקנה של העותרת: כיוון שבשר המשפטים דבק רבב, חובה על ראש הממשלה להעבירו מכהונתו.

בלי לקבוע אם העותרת צודקת מבחינת הדין הרצוי, מכל מקום אין היא צודקת מבחינת הדין המצוי. בעולם הזה, ועד שיבוא המשיח, רבב שדבק בשר, אינו מספיק כדי שראש הממשלה יהיה חייב, מבחינה משפטית, להעביר את השר מכהונתו. כדי שראש הממשלה יהיה חייב להעביר שר מכהונתו, מכוח סעיף 35(ב)

לחוק-יסוד: הממשלה, צריך שהסירוב להעביר את השר מן הכהונה יחשב, בנסיבות המקרה, חוסר סבירות קיצוני.

אם כן, האם סירוב של ראש הממשלה להעביר מן הכהונה שר שהתנהגותו אינה נקיה מביקורת או חורגת מנורמה של התנהגות תקינה (להבדיל משר אשר נגדו הוגש כתב אישום בעבירה חמורה) לוקה בחוסר סבירות קיצוני?

11. השאלה אם החלטה מינהלית לוקה בחוסר סבירות קיצוני, תלויה בגבולות של מתחם הסבירות, הוא המתחם בו הרשות המינהלית רשאית להחליט לפי שיקול דעתה. מתחם הסבירות של כל סמכות מינהלית תלוי במאפיינים של הסמכות: מה הלשון והתכלית של החוק המסמיק; מי הרשות המוסמכת; מהו העניין המוסדר על ידי הסמכות; האם הסמכות מופעלת בעיקר על יסוד ממצאים עובדתיים, על יסוד שיקולים של מדיניות, או על יסוד מבחנים מקצועיים, כגון, מבחנים רפואיים או הנדסיים; וכיצד באלה. בהתאם למאפיינים אלה משתנה מתחם הסבירות: יש שהוא צר ויש שהוא רחב. בהתאם לכך משתנה גם הביקורת השיפוטית: אף שהכלל בדבר הסבירות, המשמש את הביקורת השיפוטית, הוא אותו כלל לגבי כל סמכות וסמכות, היישום של כלל זה משתנה לפי מתחם הסבירות מסמכות לסמכות. ככל שמתחם הסבירות מתרחב, הביקורת על הסבירות מצטמצמת. כדברי השופט אור בבג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח' (טרם פורסם):

"מתחם הסבירות מתווה את התחום בו החלטת הרשות תהיה סבירה, במובן זה שלא קמה עילה להתערב בהחלטה. אך תחום פרישתו של מיתחם זה אינו אחיד. הוא עשוי להשתנות בהתאם לנסיבותיו של מקרה נתון. הוא נגזר מטיב העניין העומד לדין הוא נגזר מטיב הערכים הפועלים בענין נתון... בהתאם לגישה זו נקבע, לדוגמה, כי בקביעת מיתחם הסבירות לפעולתה של רשות ניירות ערך, יש לייחס משקל לכך שמדובר ברשות מקצועית על פי דין (דברי הנשיא שמגר בע"א 5320/90 א' צ' ברנוביץ נכנסים והשכרה בע"מ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818, בפסקה 10). באופן דומה, קבע בית המשפט בהתייחסו לסמכותה של הכנסת להסיר חסינות, כי 'אופיו הפוליטי של הגוף עשוי להשפיע על היקף השיקול שמותר לו לקחת בחשבון ועל האופציות העומדות לרשותו' (בג"ץ רסלר הנ"ל, פסקה 34 לפסק הדין של השופט ברק; ראו גם בג"ץ 1843/93 פינחסי נ' כנסת ישראל, דינים עליונים לט 26, בפסקה 36). ברוח זו ציינתי, בבג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, כי בבחינת החוקיות של החלטת ממשלה, יש להתחשב באופיה, במהותה ובמעמדה הרם כרשות המבצעת של המדינה (בפיסקה 9 לפסק דיני)".

ראו גם בג"ץ 2624/97 רונאל ידיד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם).

12. מהו, אם כן, מתחם הסבירות במסגרת הסמכות של ראש הממשלה, לפי סעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, להעביר שר מכהונתו? הסמכות, לפי סעיף זה, מיוחדת במינה, הן בשל המעמד של ראש הממשלה

בנוגע להרכב הממשלה והן בשל האופי הפוליטי של הממשלה. היא חובקת מגוון רב של שיקולים ומשתרעת על מתחם רחב של סבירות. בית המשפט הכיר במיוחדות של סמכות זאת. וכך אמר הנשיא שמגר על סמכות זאת בפרשת דרעי (עמ' 423):

"שיקולים פרלמנטריים-פוליטיים יכול שיהיו לגיטימיים בנסיבות נתונות, אך יש לבחון אותם תוך איזון נאות עם יתר השיקולים".

השופט ד' לויין אמר באותה פרשה (עמ' 427) כך:

"שעה שהוא נדרש להפעיל את שיקול-דעתו, יכול ראש הממשלה ליתן דעתו גם להיבטים פרלמנטריים-פוליטיים, שהרי, כאמור, מגולמות בשר פונקציות פוליטיות לצד פונקציה מינהלית. טבעי וגם מובן בעיניי שראש ממשלה יבקש לשמור על שלמות מבנה הממשלה לבל יתערער. למען הבטחת צורך חשוב וחיוני זה יוכל, במקרה המתאים, למחול על 'קלקולים' בהתנהגות השר, בהתבטאויות מצדו ואפילו בהתנכרות להחלטות מחייבות של הממשלה, כי כל אלה הם עדיין בתחום הפונקציה הפוליטית, הנבחנת ומבוקרת במישור האמינות לפני הכנסת ולפני הבחור".

והשופט גולדברג הסיק מכך, באותה פרשה, את המסקנה המתבקשת לגבי היקף ההתערבות של

בית המשפט בהפעלת הסמכות על ידי ראש הממשלה, וכך אמר (בעמ' 429):

"האיזון מחייב כי התערבותו של בית משפט זה בשיקול-דעתו של מי שהוסמך בחוק להעביר שר או סגן שר מתפקידם תהא במשורה ותצטמצם למקרים שבהם חומרת הנסיבות של העבירה המיוחסת אינה יכולה להתיישב עם המשך התפקיד. במלים אחרות, התערבותו תהא, אף במקרים כגון אלה, רק שעה שהרשות המינהלית, שלה ניתן שיקול הדעת, סטתה בנסיבותיו של המקרה סטייה קיצונית ממידת הסבירות שבהשאת השר או סגן השר בתפקידם".

13. האם ראש הממשלה סטה, במקרה שלפנינו, סטייה קיצונית ממידת הסבירות, כאשר החליט שלא

להעביר את שר המשפטים מכהונתו?

אין ספק שיש מקום להסתייג מהתנהגות של שר, אם היא חורגת מן הנורמה של התנהגות תקינה.

הציבור מצפה שכל שר, בהיותו מנהיג לציבור, ייתן דוגמה להתנהגות תקינה. קל וחומר שהציבור מצפה

להתנהגות כזאת משר המשפטים. שר המשפטים, יותר מכל שר אחר, נושא באחריות לשלטון החוק ולערכי

המשפט. הוא אמור לסמל באישיותו ובהתנהגותו, לא רק את השמירה על הדין, אלא גם את הטוב והישר שמעבר לדין.

לכן גם אין ספק כי ראש הממשלה רשאי להעביר מן הכהונה שר שהתנהגותו חרגה מן הנורמה של התנהגות תקינה. אכן, כפי שהנשיא שמגר ציין בפרשת דרעי (עמ' 414), הסעיף המקנה לראש הממשלה את הסמכות להעביר שר מן הכהונה, נועד בעיקר לצורך מניעת "קלקולים" בפעולת הממשלה. לצורך זה הקנה החוק לראש הממשלה שיקול דעת רחב עד כדי כך שהחלטה של ראש הממשלה להעביר מן הכהונה שר שהתנהגותו חרגה מן הנורמה של התנהגות תקינה תימצא, בדרך כלל, בתוך מתחם הסבירות. אם כן, בית המשפט לא יתערב בה. בדומה לכך, גם החלטה של ראש הממשלה שלא להעביר שר זה מן הכהונה, אף היא תימצא, בדרך כלל, בתוך מתחם הסבירות. אם כן, בית המשפט לא יתערב אף בהחלטה זאת. האחריות להחלטה זאת או זאת הופקדה לפי החוק בידי ראש הממשלה, ולא בידי בית המשפט, וראש הממשלה נושא באחריות להחלטה כלפי הכנסת וכלפי הציבור, והם יגיבו, אם ירצו להגיב, בדרכים שהחוק פותח בפניהם.

המסקנה היא, אם כן, שהחלטת ראש הממשלה, שלא להעביר את שר המשפטים מכהונתו, אינה חורגת, בנסיבות המקרה, ממתחם הסבירות, ומכאן שאין לבית המשפט יסוד להתערב בהחלטה זאת.

שינוי בחלוקת התפקידים בין השרים

14. העותרת ביקשה, לחלופין, כי ראש הממשלה יעביר את שר המשפטים לתפקיד אחר בממשלה, מכוח הסמכות המוקנית לו בסעיף 39(א)(2) לחוק-יסוד: הממשלה. סעיף זה קובע לאמור:

"ראש הממשלה רשאי -

(1) ...

(2) לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים;"

העותרת העלתה בקשה זאת בראש העתירה, כסעד אחד בשורת סעדים, ויותר לא חזרה אליה, לא בכתב ולא בעל-פה, כדי לטעון מדוע חייב ראש הממשלה לערוך שינוי בחלוקת התפקידים בין השרים. לכן אין צורך להאריך בתשובה לטענה שלא נטענה. בקיצור נמרץ אפשר להשיב, שאם טענת העותרת היא, כי הטעמים

המחייבים את ראש הממשלה, לדעתה, להעביר את שר המשפטים מכהונתו, הם גם הטעמים המחייבים את ראש הממשלה לערוך שינוי בחלוקת התפקידים בין השרים, אזי התשובה שניתנה לטענה הראשונה יפה גם לטענה השנייה.

אפשר להוסיף כי מתחם הסבירות של הסמכות לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים, ודאי אינו מצומצם יותר ממתחם הסבירות של הסמכות להעביר שר מכהונתו. על סמכות זאת אמר השופט ברק בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 848, 749:

"שינוי בחלוקת התפקידים בממשלה ופיטוריו של שר הם מהלכים פוליטיים. שיקול הדעת הנתון לממשלה ולראש הממשלה הוא רחב ביותר".

בנסיבות המקרה, אין יסוד לבית המשפט לומר כי ההחלטה של ראש הממשלה, שלא לערוך שינוי בחלוקת התפקידים בין השרים, לוקה בחוסר סבירות קיצוני. לכן גם אין לבית המשפט יסוד להתערב בהחלטה זאת.

על משפט ואתיקה

15. כאשר בית המשפט נמנע מלהתערב בהחלטה של ראש הממשלה, אם להעביר או לא להעביר שר מכהונתו בשל התנהגות שאינה תקינה, אין בית המשפט מתכוון לומר כי ההחלטה של ראש הממשלה טובה וראויה, כשם שאין הוא מתכוון לומר כי ההתנהגות של השר טובה וראויה. בית המשפט אומר רק זאת, שההחלטה של ראש הממשלה וההתנהגות של השר אינן נוגדות את הדין. אין הוא אומר כי אינן נוגדות את האתיקה. אכן, אפשר שבית המשפט, לו עמד במקומו של ראש הממשלה, היה מקבל החלטה אחרת, ואפשר גם שדעתו של בית המשפט אינה נוחה מן ההתנהגות של השר. אולם האחריות לאתיקה של הרשות המינהלית, כמו האחריות ליעילות ולתבונה של ההחלטה המינהלית, להבדיל מן האחריות לחוקיות, אינה מופקדת בידי בית המשפט. ראו בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 698-699. כדברי המשנה לנשיא אלון בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 764, 749:

"יצירתה ותיקונה של התרבות הפוליטית צריך שיהיו בראש ובראשונה, בידי הכוחות הפוליטיים עצמם... הפיקוח הצמוד על יצירה זו ועל התנהגותה של הרשות הפוליטית צריך שיהא, בראש ובראשונה, בידי הציבור שהרשות הפוליטית מייצגת אותו ופועלת בשמו. פעילותה של הרשות הציבורית היא אכן בתחום המשפט הציבורי, אבל הפיקוח על

פעילות זו והשיפוט עליה הם, בראש ובראשונה, בתחום משפט הציבור, והאחרון הוא שיבקר את הרשות הפוליטית, יביע אי-אמונו בה בשעת הצורך וידון אותה, בבוא יום דין הבחירות, לפי מעשיה והתנהגותה".

16. אכן, המשפט הוא הקובע את הגבול בין משפט לבין אתיקה. יתירה מזאת. המשפט נוגס באתיקה. כללי אתיקה עשויים להפוך כללי משפט. כך קובע מפעם לפעם המחוקק, וכך גם פוסק מפעם לפעם בית המשפט, כאשר מתברר כי אין בכוחה של האתיקה, כשהיא לעצמה, למנוע התנהגות פסולה או תוצאה חמורה. במצב כזה המשפט נחלץ, לא פעם, לסייע לאתיקה. ראו י' זמיר, "אתיקה בפוליטיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 250. כך ארע, לדוגמה, כאשר בית המשפט פסק בפרשת דרעי כי שר המואשם בעבירה חמורה אינו רשאי להמשיך בכהונתו, ולפיכך ראש הממשלה חייב, מכוח הסמכות המוקנית לו בחוק, להעביר שר זה מן הממשלה. כלל של האתיקה נעשה כלל של משפט. או אז יכול היה הנשיא שמגר לומר, בפרשת דרעי, כך (עמ' 422):

"האמור כאן אינו מתייחס לנורמות מוסריות שהן חסרות יסוד בדיון. מדובר על המשפט החל אצלנו, אשר לפיו אי-הפעלת סמכות המוקנית לבעל משרה הופכת מחדלו, בנסיבות נתונות, לבלתי-סביר באופן קיצוני. זוהי מסקנה שבדין ולא מסקנה המעוגנת רק בערכים ערטילאיים מופשטים שאין לה יסוד בחוק..."

17. אכן, מערכת המשפט שואפת, באמצעות התחיקה והפסיקה גם יחד, להעלות את רף הערכיות בחברה, ובכלל זה לשפר את אורחות המינהל הציבורי. זהו תפקידה. טוב שהיא עושה זאת. היא עושה זאת היטב: היא הצליחה לקדם ערכים ולהשריש נורמות של חברה מתוקנת.

אולם המשפט אינו יכול, ואינו צריך, לבוא במקום האתיקה, אלא במידה חלקית, באופן נקודתי,

בתהליך מבוקר וזהיר. וכך אמרתי לעניין זה במקום אחר:

"תהליך זה, שבו המשפט נוגס באתיקה, ויותר ויותר איסורים אתיים נעשים גם איסורים פליליים, יש לו היבטים חיוביים בצד היבטים שליליים... באופן עקרוני נראה שהיה עדיף, ברוב המקרים האלה, לו היה אפשר להסתפק באתיקה ולסמוך עליה שתעשה את המלאכה, ללא עזרת המשפט. איסורים פליליים, ככל שהם מתרבים, מכרסמים בחופש ועושים את האווירה בחברה דחוסה ועכורה יותר, ולא פעם ללא תמורה נאותה, משום שהחברה מתקשה יותר ויותר לאכוף את האיסורים הפליליים המרובים כל כך, ולכן קיימת סכנה שהם יותרו בספר החוקים כמס-שפתיים לערכים הרצויים". (י' זמיר, "אתיקה בפוליטיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 250, 254-255).

18. כך גם בנוגע להתנהגות של נבחר ציבור. המשפט אינו מגיב על התנהגות של נבחר ציבור אלא במקרים חמורים, בהם התנהגות בלתי-אתית עשויה להפוך התנהגות בלתי-חוקית. כפי שאמרתי בפסק דין אחר:

"על בית המשפט לתת דעתו, בין השאר, גם למציאות החיים, הגורמת לכך שלעתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם שאינו מופת להליכות נאות". (עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל - נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 190. ראו גם בפרשת דרעי, השופט גולדברג, בעמ' 428).

החלטה של בית המשפט כי שר או סגן שר פסול לכהונה יוצרת מתח בין המשפט לבין הדמוקרטיה: המשפט בנוי, במידה רבה, על הערכיות; הדמוקרטיה בנויה, בראש ובראשונה, על הייצוגיות.

"לגבי נבחר הציבור עשוי להיווצר ניגוד בין שני אינטרסים ציבוריים: אינטרס אחד הוא לאפשר לציבור להיות מיוצג כרצונו, על-ידי מי שזכה בבחירות לאמונו; אינטרס שני הוא לשמור על רמה מוסרית של נבחר הציבור ועל תדמית הולמת של המוסדות הנבחרים". (שם, בעמ' 191).

על בית המשפט לאזן בין האינטרסים. כדברי השופט גולדברג בפרשת דרעי (עמ' 429):

"ההתנגשות שבין שני ההיבטים אינה מחייבת כי היבט אחד ידחוק את האחר, וכל שמתחייב הוא כי ייעשה איזון ביניהם".

האיזון הראוי, כפי שנקבע על ידי בית המשפט לפני שנים אחדות בפרשת דרעי ובפרשת פנחסי, אינו מחייב את ראש הממשלה להעביר מן הכהונה שר שהתנהגותו חרגה מן הנורמה של התנהגות תקינה, אלא אם השר מואשם בביצוע עבירה חמורה.

עם זאת, האיזון אינו מכני אלא מהותי: הוא תלוי, לא רק בהגשת כתב אישום ואף לא רק במהות העבירה, אלא גם בנסיבות נוספות. וכך סיכם זאת השופט ברק בפרשת פנחסי (עמ' 474):

"אין להסיק מפסק-דינו זה, כי בכל מקרה שבו ממלא חבר כנסת תפקיד ברשות המבצעת (שר, סגן שר) ומוגש בעניינו כתב אישום לכנסת לשם נטילת חסינות, יש להפסיק את כהונתו ברשות המבצעת. כפי שצינו, הכל תלוי באיזון הראוי בין השיקולים השונים שיש לקחתם בחשבון. עשויות להיות נסיבות שבהן עצם קיום החקירה מצדיק סיום כהונה.

עשויות להיות נסיבות שבהן גם הרשעה אינה מצדיקה סיום כהונה. לעניין זה סעיף האישום בתור שכזה אינו מכריע. מכריעות הנסיבות של ביצוע העבירה ושאר נסיבות המקרה".

יתירה מזאת. כיוון שהמבחן הינו מהותי, ולא מכני, אין לומר באופן נחרץ כי רק כתב אישום בעבירה חמורה, או לפחות חקירה בדבר ביצוע עבירה כזאת, עשויים להצדיק סיום כהונה. העותרת טענה, פרקליטות המדינה הסכימה, ואף אני סבור כי אין לשלול את האפשרות שהתנהגות של שר או סגן שר במקרה מסוים, אף אם אינה מגיעה כדי עבירה פלילית, תהיה חמורה במידה קיצונית כל כך, עד שיהיה זה בלתי-סביר באופן קיצוני לאפשר לו להמשיך בכהונה. אך עדיין קיים מרחק רב בין מקרה קיצוני כזה, בגדר חריג להלכה, לבין הלכה רחבה הפוסלת שר או סגן שר מכהונה בכל מקרה של התנהגות החורגת מן הנורמה של התנהגות תקינה. ההצעה להרחיב את ההלכה הקיימת, כך שגם התנהגות כזאת תחייב את ראש הממשלה להעביר שר או סגן שר מכהונתו, אף שהיא נובעת מכוונה טובה, אינה ראויה: הנזק הטמון בה עולה על התועלת שתצמח ממנה.

השעיית מנכ"ל משרד ראש הממשלה

19. העותרת ביקשה גם שראש הממשלה, או נציב שירות המדינה, ישעה את מר אביגדור ליברמן (המשיב 6) מן התפקיד של מנכ"ל משרד ראש הממשלה, עקב החקירה המתנהלת נגדו בחשד לביצוע עבירה פלילית.

המשיבים מגיבים על בקשה זאת בטענה שהעותרת לא פנתה קודם להגשת העתירה, לא אל ראש הממשלה ולא אל נציב שירות המדינה, בבקשה להשעות את מר ליברמן מתפקידו. על רקע זה טוענים המשיבים לאמור:

"בנסיבות האמורות, משלא נהגה העותרת על פי אמות המידה המקובלות במשפט הציבורי, ומשלא מיצתה את ההליכים קודם לפנייתה לבית משפט נכבד זה, דין עתירתה, בראש זה, להידחות על הסף.

למעלה מן הצורך ולמען השלמת התמונה, יבקשו המשיבים 2 [ראש הממשלה] ו-4 [נציב שירות המדינה] לציין כי משהובאה בפניהם, בעקבות הגשת העתירה, פניית העותרת בהקשר זה, היא תיבחן לגופה.

בהתחשב בעובדה שמאז החלה חקירת המשטרה חלפו מספר חודשים, במהלכם לא הושעה המשיב 6 [מנכ"ל משרד ראש הממשלה] מתפקידו, ובנסיבות בהן הועלתה הדרישה להשעייתו זמן קצר לפני קבלת חוות דעת פרקליטת המדינה והחלטת היועץ המשפטי לממשלה בשאלת העמדתו לדין פלילי, אין מקום לקבלת החלטה של המשיבים 2 ו-4 בנושא זה קודם למתן החלטת הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה".

נראה לי כי בנסיבות המקרה תשובה זאת מניחה את הדעת.

20. לפיכך אני מציע לדחות את העתירה.

21. קראתי את חוות דעתו של חברי השופט גולדברג ואת תגובתו של חברי השופט אור, ואני מבקש להביע הסכמה לדבריו של השופט אור.

שׁוֹפֵט

השופט א' גולדברג:

1. ראש הממשלה ושרי הממשלה הם נאמניו של הציבור, וחובתם למלא באמונה את תפקידם (כאמור בהצהרת האמונים שהם נותנים). המתחייב מכך, כי שר אינו ממלא חובה זו, אם בודעין ושלא בתום לב אינו מגלה לממשלה מידע חיוני שברשותו, לקראת הכרעה בעלת חשיבות עליונה שהיא עומדת לקבל, ממנה אין חזרה, או שחזרה ממנה עלולה לגרום נזק לאומי חסר תקנה. בכך שאינו מגלה את המידע החיוני שבידו לפני הכרעה כזאת, משבש הוא את תיפקודה התקין של הממשלה, ומגדיל את הסיכוי כי תתקבל החלטה שגויה, אשר עלולה להיות הרת אסון למדינה. אין מקרה כזה נכנס בגדר "קלקולים" בפעולת הממשלה, אלא בפגיעה של ממש בניהול ענייניה של המדינה.

2. גם אם אין מדובר בהתנהגות העולה כדי עבירה פלילית, מחייבות הנסיבות החמורות של מקרה כזה את ראש הממשלה לבקש מן השר בו מדובר, הסבר למחדלו, טרם שיקבע את עמדתו אם להפעיל את סמכותו לפי סעיף 35(ב) לחוק יסוד: הממשלה. סמכות זו של ראש הממשלה היא אמנם סמכות שבשיקול דעת. אולם טרם שיחליט אם להפעיל את סמכותו, דין הוא שיעמדו לנגד עיניו הנתונים הרלבנטיים כולם. שאם לא כן, אין הוא מפעיל את שיקול דעתו כהלכה.

3. בענייננו, לא מסר שר המשפטים לממשלה את דעתו השלילית של נשיא בית המשפט העליון למינויו של עורך הדין בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. לעניין זה אמרה פרקליטת המדינה בחוות דעתה (עמ' 44-45):

"בעת הדיון בישיבת הממשלה, פנה השר קהלני ושאל את שר המשפטים אם מינויו הוא על דעתו של ראש הממשלה. על כך השיב הנגבי באומרו: 'כן. גם הבאתי אותו לידיעת נשיא בית המשפט העליון וכמובן גם לידיעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שבירך על כך...'

השר דוד לוי, שנשאל מה הבין מדבריו אלה של שר המשפטים, העיד כי הבין ששר המשפטים נקב בשמם של ברק ובן יאיר כדי להראות שעבר את התהליכים המקובלים.

ואכן, לכאורה, בהתחשב במה שהנשיא ברק אמר על מינויו של עו"ד בר-און, הרי שיש בעצם הבאת העובדה שהמינוי הצפוי הובא לידיעתו, מבלי לדווח מה היה לנשיא לומר על כך, משום אמירה היוצרת את הרושם שלנשיא ברק לא היה מה לומר על מינוי זה, או לפחות לא אמר דברים שיש בהם כדי להעלות או להוריד".

4. דעתו של נשיא בית המשפט העליון על מינויו של עורך-הדין בר-און, לא חייבה, כמובן, את ראש הממשלה או שר מן השרים. אולם האם יכול להיות ספק בכך כי דעתו של ראש המערכת השיפוטית חשובה היתה לראש הממשלה ולשרים לצורך שיקול דעתם, טרם שייקבע כל אחד מהם את עמדתו לגבי המועמד למשרה, שהיא "אחת מן המשרות החשובות ביותר במבנה הדמוקרטי של מדינת ישראל" (כדברי פרקליטת המדינה בעמ' 5 שבחוות דעתה)? ואכן, עמד ראש הממשלה בחקירתו על חשיבות מידע זה, באומרו "שלו ידע שהנשיא ברק פוסל אותו (את בר-און-א.ג.) זה נתון שהיה חייב לשקול אותו" (כאמור בעמ' 44 שבחוות דעתה של פרקליטת המדינה).

5. מהודעתם של המשיבים 1-4 לבית המשפט, לא ברור כל עיקר אם לפני ראש הממשלה היה הסבר שנתן שר המשפטים לאי גילוי העובדה החשובה בישיבת הממשלה. כל שנאמר בהודעה, כי לדעת ראש הממשלה "היה מקום לנהוג אחרת בנושאים הקשורים במינוי היועץ המשפטי, לרבות על ידי שר המשפטים. הוא מצר כי לא נעשה כך. שר המשפטים עצמו שותף לדעה זו, בראייה לאחר מעשה".

6. אם אמנם לא נתן שר המשפטים הסבר למחדל האמור, כי אז לא היו בידי ראש הממשלה כל הנתונים הרלבנטיים הנדרשים, כדי להחליט כפי שהחליט, דהיינו, שלא לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 35(ב) לחוק יסוד: הממשלה להעביר את שר המשפטים מכהונתו.

7. מטעם זה איני סבור כי בידינו לדחות את העתירה כבר בשלב זה, ויש מקום להוציא צו-על-תנאי.

השופט ת' אור:

1. אני מסכים למסקנתו של חברי, השופט זמיר, כי אין מקום להוציא צו על תנאי בעתירה שבפנינו, ולטעמים שהביא למסקנה זו.

2. חברי, השופט גולדברג, הגיע למסקנה שונה, לפיה יש מקום להוצאת צו על תנאי. מסקנה זו של חברי מתמקדת בעניין אחד, והוא אי הבאת עמדתו של נשיא בית המשפט העליון בדבר מינויו של עורך דין בר-און לידיעת ראש הממשלה והממשלה כולה.

חברי השופט גולדברג סבור, כי יש מקום להוצאת צו על תנאי בקשר לעניין האמור, שכן לא הוחזר אם ראש הממשלה קיבל הסבר משר המשפטים באשר להתנהגותו בעניין זה. לדעתו, שאלה זו טעונה בירור, שכן:

"אם אמנם לא נתן שר המשפטים הסבר למחדל האמור, כי אז לא היו בידי ראש הממשלה כל הנתונים הרלבנטיים הנדרשים, כדי להחליט כפי שהחליט, דהיינו, שלא לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 35(ב) לחוק-יסוד: הממשלה להעביר את שר המשפטים מכהונתו".

3. לדברים אלה אני מבקש להעיר הערות אחדות.

הערה אחת נוגעת לעצם הצורך בקיומו של בירור נוסף בשאלה האמורה. אמרתי "בירור נוסף", כי סביר להניח שראש הממשלה אכן ברר שאלה זו קודם שהחליט שאין מקום להעביר את שר המשפטים ממשרתו, ואין בפנינו כל ראיה ואף לא טענה, שבירור כזה לא נעשה. בכל מקרה, ראש הממשלה בודאי יודע את הסברו של שר המשפטים מתוך עיון בחוות דעתה של פרקליטת המדינה. אכן, מתוך תשובת הפרקליטות במסגרת עתירה זו, יודעים אנו שראש הממשלה נתן את דעתו לאמור בחוות דעתה של פרקליטת המדינה (סעיף 15 לתשובת המדינה). לפי האמור בחוות הדעת, שר המשפטים הסביר:

"כי בסיטואציה שנוצרה, בעומדו דקות ספורות לפני ישיבת הממשלה, לא יכול היה להמליץ בפני ראש הממשלה על שינוי במהלך שהם היו בעיצומו, מה גם שהנשיא לא ביקש ממנו לדחות את הנושא או להביא את עמדתו בפני ראש הממשלה" (פיסקה 93 בעמוד 44).

יתכן ויש לבקר עמדה זו של שר המשפטים. יתכן, שעל אף הנסיבות אליהן נקלע, היה עליו להביא את דעתו של נשיא בית המשפט העליון כלשונו, הן בפני ראש הממשלה והן בפני מליאת הממשלה. למתבקש ממחדלו זה עוד אדרש. אך הנני סבור, שדי באמור לעיל כדי להביא למסקנה שבפני ראש הממשלה עמד הסברו של שר המשפטים לכך שלא הביא בפני ראש הממשלה והממשלה, בבהירות ובשלמות, את עמדתו של נשיא בית המשפט העליון.

כאן המקום להזכיר, שראש הממשלה לא היה נעדר כל אינפורמציה באשר לעמדתו של נשיא בית המשפט העליון. ראש הממשלה ידע מפי שר המשפטים, שנשיא בית המשפט העליון "אינו מתלהב" ממינוי בר-און וכי היה מעדיף מועמדים אחרים אשר שמם הוזכר בפניו על ידי שר המשפטים (ראו בפיסקה 44 לחוות דעת פרקליטת המדינה). אכן, כפי שציין שר המשפטים - דברים המובאים בחוות דעת פרקליטת המדינה -

"היה על ראש הממשלה להבין שלא יכולה להיות מסקנה אחרת, זולת זו שהנשיא אינו מצדד במינוי בר-און".

נראה לי, שבמצב דברים זה, כשראש הממשלה לא ביקש לדעת פרטים נוספים על עמדתו של נשיא בית המשפט העליון, ואף לא ראה צורך להביא בפני מליאת הממשלה את הדברים שנמסרו לו מפי שר המשפטים על עמדת נשיא בית המשפט העליון, מוקחה במידה רבה העוקץ ממחדלו של שר המשפטים.

יתר על כן, אם ראש הממשלה לא ראה להביא את דעתו המסתייגת של נשיא בית המשפט העליון, כפי שזו הובאה בפניו על ידי שר המשפטים, בפני מליאת הממשלה, קשה להלום שאי הבאת דעתו של הנשיא בפני מליאת הממשלה על ידי שר המשפטים חייבת לשמש בידו נימוק להעברתו של השר מתפקידו.

4. זאת ועוד. גם לו סברתי כי בבירור נוסף שיעשה בין ראש הממשלה לבין שר המשפטים עשויה להיות טמונה תועלת כלשהי, לא היה בכך כדי להצדיק הוצאת צו על תנאי במקרה זה. הסמכות נשוא העתירה שבפנינו היא סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו. סמכות זו רחבה היא, כמבואר בפסק דינו של

חברי, השופט זמיר. מיתחם ההתערבות של בית המשפט בהחלטות של ראש הממשלה בקשר לשימוש בסמכות זו הוא צר. מפרשות דרעי ופנחסני, אשר נדונו בהרחבה בחוות דעתו של חברי, השופט זמיר, עולה הלכה לפיה רק במקרים קיצוניים ביותר יחייב בית המשפט את ראש הממשלה לעשות שימוש בסמכות זו. המדובר הוא במקרים בהם קיימת ראייה מינהלית לביצוען של עבירות פליליות חמורות, אשר לריקען קיים חשש לפגיעה קשה באמון הציבור ברשויות השלטון. לכך ניתן, אולי להוסיף מקרים של חריגה קיצונית מטוהר המידות הנדרש ממי שממלא כהונה רמה של שר. אכן, ברוח זו התבטא חברי השופט גולדברג בעניין דרעי (בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404). באותו עניין, עמד חברי על ההיבט הפוליטי המובהק שבמינויים של שרים וסגני שרים. חברי ציין, בעמוד 428, כי:

"... אין שר וסגן שר מתמנים לתפקידם רק על פי כישוריהם, סגולותיהם ומידותיהם האישיות. אינטרסים מפלגתיים וקואליציוניים הם שעומדים במרכזם של מינויים אלה, ומרקם החיים הציבוריים אינו נפגע עקב כך כי נתמנה שר או סגן שר אשר אינו ניחן בתכונותיהם של אנשי מעלה, או שאינו מתאים לתפקידו".

חברי, השופט גולדברג, גם קבע, במשפט דרעי, כי יש לאזן בין היבט זה לבין ההיבט של המינהל הציבורי, בו נקבעה הנורמה כי "עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית חייב להלקח בחשבון שיקוליה של הרשות הממנה" (בג"צ 6263/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, בעמוד 262 לפסק דינו של השופט ברק). תוצאתו של איזון זה, על פי גישתו של חברי, היא כי (בעמוד 429):

"ההתערבות של בית משפט זה בשיקול דעתו של מי שהוסמך בחוק להעביר שר, או סגן שר, מתפקידו תהא במשורה, ותצטמצם במקרים בהם חומרת הנסיבות של העבירה המיוחסת אינה יכולה להתיישב עם המשך התפקיד. במילים אחרות, ההתערבות תהא, אף במקרים כגון אלה, רק שעה שהרשות המינהלית, לה ניתן שיקול הדעת, סטתה בנסיבותיו של המקרה סטייה קיצונית ממידת הסבירות, שבהשארתי השר, או סגן השר, בתפקידו".

לאמת מידה בסיסית זו אני מסכים. אך אני גם סבור, כי על פי אמת מידה זו, אין להתערב בהחלטות של ראש הממשלה בענייניו. גם אם לא יינתן על ידי שר המשפטים כל הסבר נוסף לזה שבחוות דעתה של פרקליטת המדינה לאופן בו הוצגה עמדתו של נשיא בית המשפט העליון לעניין מינויו של עורך דין בר-און, הרי שמקרה זה רחוק מן החומרה הקיצונית הנדרשת על מנת שנורה לראש הממשלה להעביר שר מתפקידו. באי הבאה של מלוא המידע הרלוונטי על ידי נושא מישרה - ולו מישרה רמה - עובר לקבלת החלטה, לא טמונה

חומרה כה קיצונית המחייבת שבית משפט יורה להעבירו מתפקידו. ודוק: בכך אין כדי למנוע מראש הממשלה להביא עניין זה בחשבון, בהחליטו אם להעביר שר מתפקידו. המדובר הוא בשיקול כשיר, אותו הוא רשאי להביא בחשבון במסגרת מכלול שיקוליו. אך זהו שיקול אחד מבין רבים כשבא ראש הממשלה לשיקול אם לפטר שר.

אגב, נקל לשער את התוצאה מרחיקת הלכת אליה היינו מגיעים, אם בכל מקרה של הצגת נושא באופן חלקי בלבד, שלא כראוי, על ידי שר בפני הממשלה, היינו מגיעים למסקנה שמחובתו של ראש הממשלה להעביר מתפקידו את השר הנוגע בדבר. לימוד נושאים שבתחום סמכותו ותפקידו של שר, והצגתם בפני הממשלה קודם החלטה על ידה בהם, הם, באופן מובהק, חלק מן הסדרים הפנימיים של עבודת הממשלה. סדרים אלה נתונים לביקורת מגוונת: ביקורת על ידי ראש הממשלה ועל ידי הממשלה עצמה; ביקורת על ידי הכנסת; ביקורת ציבורית. ואל לו לבית המשפט, ככלל, להידרש להם ולהתערב בהם.

5. עמדתו של ראש הממשלה בתגובה לעתירה היא:

"בראיית הדברים לאחר מעשה, אכן היה מקום לנהוג אחרת בנושאים הקשורים במינוי היועץ המשפטי, לרבות על ידי שר המשפטים. הוא מצר כי לא נעשה כך. שר המשפטים עצמו שותף לדעה זו, בראייה לאחר מעשה.

ראש הממשלה שקל, אם כן, את מכלול השיקולים וההיבטים הקשורים בתפקידו של שר המשפטים ובתפקודה התקין של הממשלה, ואיזן ביניהם ובין הנורמות שבמינהל הציבורי..."

על פי האיזון שערך, הגיע למסקנה שאין מקום להעביר את שר המשפטים מכהונתו.

על פי האמור בקטע המצוטט, ראש הממשלה ער לכך - גם לגבי חלקו של שר המשפטים בפרשה - שהיה מקום לנהוג אחרת. שר המשפטים מסכים לכך. יש להניח שנלמדו הלקחים. יתכן שהתקלה נגרמה, בין היתר, בשל העדר נהלים קבועים, לא בכתב ולא בעל פה, בדבר דרך מינויו של היועץ המשפטי לממשלה. מכל מקום, על רקע כלל הנסיבות הגיע ראש הממשלה למסקנה האמורה, ודי בחומר שבפנינו כדי שנגיע למסקנה שהחלטתו של ראש הממשלה אינה חורגת ממיתחם הסבירות, ואין המקרה שבפנינו מצדיק התערבות בית המשפט בהחלטתו שלא להעביר את שר המשפטים מתפקידו.

6. כאמור בראשית דברי, אני מצטרף למסקנתו של חברי, השופט זמיר, כי אין מקום להוצאת צו על תנאי במקרה זה.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים לפסק-דינו של חברי הנכבד השופט זמיר ואני מצטרף גם להערותיו הנוספות של חברי הנכבד השופט אור.

המשנה לנשיא

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט זמיר ולהערות של חברי השופט אור.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט, ברוב דעות, לדחות את העתירה.

ניתן היום, י' סיון תשנ"ז (15.6.97).

המשנה לנשיא שופט שופט שופט שופטת

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
COURT