



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5769/18

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט א' שטיין

העותרים :
1. פרופ' יעל אמיתי
2. ועד ראשי האוניברסיטאות

נ ג ד

המשיב :
שר המדע והטכנולוגיה

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים :
עו"ד רחל בן ארי ; עו"ד ענת לזר

בשם המשיב :
עו"ד יונתן נד"ב ; עו"ד ענר הלמן

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. העתירה שלפני מופנית כלפי החלטת המשיב (להלן: שר המדע) שלא לקבל את המלצת הדרג המקצועי במשרדו, ולהימנע ממינוי עותרת 1 – מומחית לפיזיולוגיה וביולוגיה של התא, אשר עמדה בראש בית הספר לקוגניציה ומדעי המוח באוניברסיטת בן גוריון (להלן: פרופ' אמתי) – לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי (להלן: קרן המחקר).

רקע וטענות הצדדים

2. בשנת 1986 חתמו שר המדע הישראלי ועמיתו הגרמני (להלן: שרי המדע) על הסכם להקמת קרן המחקר, שייעודה הוא "To promote and fund civil research and development projects of interest to both countries in basic and applied research" (להלן: ההסכם). זאת, באמצעות תמיכה כלכלית בפרויקטים משותפים של מחקר ופיתוח, שיתמקדו בנושאים בעלי זיקה לאתגרי המיקום הגיאוגרפי של מדינת ישראל (סעיף 2 להסכם). לשם כך, התחייבו המדינות החתומות לתרום לקרן הון ראשוני בן 75 מיליון מארק גרמני כל אחת (סכום שהוכפל בהמשך, כפי שעולה מדברי הפתיחה לתקנון הקרן [נספח 2 לתצהיר המשיב; להלן: התקנון]), וסוכם כי פירותיו של סכום זה יישמשו אותה במילוי משימותיה.

על ניהול קרן המחקר אמונים שני גופים – מנהל הקרן, ומועצת נגידים בת שמונה חברים, המוגדרת בסעיף 5 להסכם כ- "Governing body" של הקרן (להלן: המועצה). בהתאם לסעיף 7 להסכם, המנהל נושא, בין היתר, באחריות לגיבוש הצעת התקציב של קרן המחקר והדוחות השנתיים שלה; להעברת הצעות המחקר ובקשות התמיכה לחברי המועצה, בליווי המלצות וחוות דעת מומחים; וליישום החלטות המועצה – בייחוד במישור התמיכה בפרויקטים הרלוונטיים. מועצת הנגידים היא הגורם המוסמך למנות את מנהל הקרן, לקבוע את תנאי העסקתו ולסיים את כהונתו. מעבר לכך, סעיף 5 להסכם מטיל על המועצה את מלאכת אישור תקציב קרן המחקר והדוחות השנתיים של קרן המחקר; גיבוש סדרי עדיפויות לתמיכה בפרויקטים מחקריים; וקביעת הנחיות באשר לחלוקת מענקי התמיכה של הקרן. על פי פרק Mode of Operation בתקנון, גם ההחלטה על גובהו של כל מענק, ואישור העסקת היועצים המקצועיים של הקרן, מצויים בידי המועצה.

אשר להרכב המועצה – נקבע כי שרי המדע יכהנו כיושבי ראש משותפים שלה (סעיף 1 לפרק "Governing body" בתקנון), וכי לפחות אחד מתוך שלושת החברים הנוספים שעל כל אחד מהם למנות יגיע מהקהילייה המדעית (Coming from the scientific community; סעיף 5(a) להסכם). הוראות נוספות של התקנון מגדירות את ששת הנציגים הממונים – להבדיל משרי המדע עצמם – כ- "Scientific Board members", וקובעות כי עליהם להתכנס ערב ישיבת הפורום המלא של המועצה, ולגבש את המלצותיהם ביחס לפרויקטים הראויים למימון.

ראוי לציין כי מעמדם של קרן המחקר, ושל ההסדרים שהוצגו לעיל, מעוגן כיום בחוק קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הקרן) –

הקובע, בסעיף 3 לו, כי "הקרן תנוהל לפי הסכם הקרן והתקנות שהותקנו על פי חוק זה". על רקע סקירה קצרה זו, אדרש כעת להשתלשלות האירועים שהביאו להגשת העתירה.

3. ביום 12.6.2018 פנתה מנהלת האגף לקשרי חוץ במשרד המדע והטכנולוגיה אל פרופ' אמתי, במטרה "להשלים" את תהליך מינויה כחברה במועצת הנגידים של קרן המחקר. מן החומר עולה כי פנייה זו בוצעה בעקבות דירוגה של פרופ' אמתי בראש רשימת המועמדות שערכה סגנית המדען הראשי במשרד המדע – לאחר שבחנה שורת שיקולים, לרבות בקשת הנהלת הקרן לגבי תחום ההתמחות הרצוי של הנגידיה החדשה, והיבטים של גיוון מוסדי ומגדרי. בשלהי חודש יוני קבעה היועצת המשפטית של משרד המדע כי אין מניעה למנות את פרופ' אמתי לתפקיד המדובר – וביום 27.6.2018 הוזמנה האחרונה לפגישת היכרות עם מנכ"ל משרד המדע, יחד עם מומחה נוסף, "בהמשך למינוי שהושלם עבורכם לקרן". למחרת היום, אף פגשה פרופ' אמתי את נציגי קרן המחקר בישראל, על מנת לקבל את החומר הנדרש לקראת הישיבה הקרובה של מועצת הנגידים. דא עקא, בהמשך התברר כי הודעת מנהלת לשכת מנכ"ל משרד המדע בטעות יסודה, וכי המינוי טרם הושלם. ביום 2.7.2018 פנתה, אפוא, פרופ' אמתי אל מנהלת האגף לקשרי חוץ, והבהירה כי במידה ומינויה לא יאושר "עוד היום" היא תיאלץ להסתלק מהסכמתה לכהן בהתנדבות במועצה – הואיל ולא יהיה סיפק בידה להיערך כראוי לישיבה הקרובה. בתגובה, השיבה המנהלת כי "נכון למועד זה כתב המינוי לא יחתם ע"י השר בזמן הקרוב. אנו מקבלים בצער את הודעתך ונפעל לאורה".

עד מהרה התברר כי שר המדע אינו מפקפק בכישוריה המקצועיים של פרופ' אמתי – אלא שהוא סבור כי נפל בהתנהלותה בעבר פגם נורמטיבי, הפוסל את מינויה לתפקיד. לדבריו, בשנת 2002 הצטרפה פרופ' אמתי למאות מחברי הסגל האקדמי, וחתמה על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים" – לצד נכונות לסייע לסרבנים הנתקלים בקשיים, וקריאה "לקהילת האוניברסיטה" לתמוך בהם (להלן: העצומה). שר המדע סבור כי מסרים אלה של העצומה עולים כדי קריאה לסרבנות ועידוד פעיל שלה, כך שהחתימה עליה מהווה "עבירה פלילית והפרה של שלטון החוק". בנסיבות אלה, אין זה מן הראוי למנות את פרופ' אמתי לייצג את מדינת ישראל במועצת הנגידים של קרן המחקר. שר המדע החזיק בעמדתו גם לאחר שחוות דעת מטעם היועצת המשפטית של משרדו, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), קבעו כי אין עילה לפסילת המינוי – ועל אף שמסר תחילה כי יכבד את החלטה שיקבל היועץ המשפטי לממשלה בעניין. לטענת שר המדע, סירובו נשען גם על הדברים שאמרה פרופ' אמתי בראיונות שהעניקה לאחר חשיפת

החלטתו המקורית, מהם עולה, להשקפתו, כי היא אינה חוזרת בה מן החתימה על העצומה – ואינה מתאימה לייצג את המדינה.

4. מכאן העתירה, בה טוענים העותרים – פרופ' אמתי, ועותר 2 (להלן: ועד ראשי האוניברסיטאות) – כי החלטת שר המדע מבוססת על שיקולים פוליטיים זרים, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות, ופוגעת בצורה בלתי מידתית בחופש הביטוי. לדידם, בהתחשב בכך שענייננו במינוי לתפקיד מקצועי-מדעי מובהק, עמדותיה הפוליטיות של פרופ' אמתי כלל אינן רלוונטיות – ושגה, אפוא, השר כאשר נדרש לשיקולים זרים הקשורים ב"עמדותיו כאדם פוליטי וקידומו האישי במפלגה". כך או כך, העותרים סבורים כי משקל החתימה על העצומה הבודדת בשנת 2002 בטל בשישים אל מול השיקולים התומכים באישור מינויה של פרופ' אמתי – לרבות הנזק לתדמית המדינה כתוצאה מן העירוב בין מדע ופוליטיקה, והפגיעה במחקר כתוצאה מאי-איוש תקן הנגיפה הישראלית – כך שהחלטת השר חורגת ממתחם הסבירות. זאת ועוד, ענייננו בהתבטאות יחידה, שנעשתה לפני שנים ארוכות, ומכאן שההחלטה לפסול בגינה את פרופ' אמתי פוגעת באופן חריף ובלתי מידתי בחופש הביטוי הפוליטי שלה – ואף בזכותה לחופש העיסוק. מטעמים אלו, מבקשים העותרים לבטל את החלטת שר המדע, ולאשר באופן מיידי את מינוי פרופ' אמתי כנגידה.

5. בתגובתה המקדמית הציגה המדינה בפנינו את עמדת שר המדע – אך הבהירה כי אין ביכולתה להגן עליה. אכן, היועץ המשפטי לממשלה סבור כי אין מניעה עקרונית לבחון את התאמתו של מועמד מסוים לתפקיד ציבורי גם בפריזמה ערכית-נורמטיבית. ברם, המשקל שיש לייחס להיבט זה נגזר מן השאלה באיזו מידה מעיד הפגם הערכי שנפל בהתנהלותו של פלוני על אי התאמתו לתפקיד המדובר. שעה שלפנינו ניצב מינוי לתפקיד מקצועי מובהק, "שעל פני הדברים אינו מערב שיקולי מדיניות בתחומים פוליטיים או מדיניים", המשקל המכריע שהעניק שר המדע לחתימה על העצומה חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

המדינה מדגישה כי היא דוחה בתוקף קריאות לעידוד או לתמיכה בסרבנות. עם זאת, היא מבהירה שהעצומה עליה חתמה פרופ' אמתי בראשית האלף הנוכחי אמנם הביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים שבחרו לסרב לשרת "בשטחים הכבושים", אך מעולם לא קראה לסרבנות. אשר על כן, ובניגוד לעמדתו המלומדת של שר המדע, "על פני הדברים האמור בעצומה הנ"ל אינו מהווה בנסיבות העניין עבירה פלילית" – ואין בחתימה עליה כדי לגבור על השיקולים המקצועיים התומכים במינוי פרופ' אמתי למועצה. אכן, התמונה עשויה הייתה להיות שונה לו היה ניצב על הפרק תפקיד הכרוך

"בהיבטים ציבוריים נכבדים". ברם, פסילת העותרת מכהונה מקצועית מובהקת בגין התבטאות פוליטית חד פעמית ועתיקת יומין – ובגינה בלבד – עלולה ליצור אפקט מצנן הרסני ולפגוע קשות בחופש הביטוי, ולא ניתן להשלים עמה.

6. במהלך הדיון הראשון בעתירה התייצב בפנינו שר המדע וביקש להציג את עמדתו. הואיל והעתירה מופנית נגד החלטת השר; נוכח הצטרפות המדינה לעמדת העותרים; ומאחר שהשר לא ביקש ייצוג נפרד, נעתרנו לבקשתו. מדבריו עלה כי הוא מסתייג ממעשיה של פרופ' אמת, ולא מעמדותיה הפוליטיות, וכי הוא מייחס משקל רב להיבט הפלילי של החתימה על העצומה – כמו גם לראיונות שהעניקה פרופ' אמת לאחר קבלת ההחלטה בעניינה, ובהם חזרה, לדבריו, וקראה לסירוב פקודה. עם תום הדיון, ניתן צו על תנאי "המורה למשיב לנמק מדוע לא יבטל את החלטתו לפסול את מינוי של עותרת 1 [...] ומדוע לא יאפשר את מינויה" – ונקבע כי "המשיב והיועץ המשפטי לממשלה רשאים להגיש תצהירי תשובה בכתב".

בתצהירו, מסר שר המדע כי הוא רואה בחופש הביטוי הפוליטי "אבן יסוד בדמוקרטיה הישראלית", וכי מעשיה של פרופ' אמת, ולא עמדותיה הפוליטיות, הם העומדים מאחורי החלטתו. לדידו, העצומה עליה חתמה מהווה "פעולה אקטיבית ושידול לאי התייצבות לשירות, תמיכה ושידול לסירוב פקודה", ועומדת, אפוא, "בניגוד גמור לאמור בסעיפים 109 ו-110 לחוק העונשין", התשל"ז-1977 – העוסקים בהסתה להשתמטות ולאי ציות. לדעת השר, חלוף הזמן עשוי היה להיות רלוונטי בענייננו, אלמלא הייתה פרופ' אמת "חוזרת על עמדתה העקרונית וקריאותיה הפסולות לביצוע עבירות פליליות" בראיונות שהעניקה – ובכך יוצרת עילה חדשה ועצמאית לפסילת מועמדותה.

שר המדע התייחס גם לאופי התפקיד המדובר, והזכיר כי ההסכם והתקנון אינם רואים בכישורים מדעיים תנאי סף לכהונה כנגיד – למעט ביחס לנציג אחד מכל מדינה. לטעמו, יש בדברים כדי ללמד שהממד המקצועי במשרת הנגיד טפל לתפקידו העיקרי – ייצוג מדינת ישראל והאינטרסים שלה בקרן המחקר. שעה שמדובר בכהונה ייצוגית, אין מקום להתערב בהחלטתו שלא למנות את פרופ' אמת עקב "אמירות וקריאות לסרבנות ולאי ציות לפקודות המהוות עבירה פלילית מובהקת" – בוודאי על רקע היקפה המצומצם של הביקורת השיפוטית בענייני מינויים.

7. המדינה, מצידה, שבה על העמדה שהציגה בתגובתה המקדמית – וסיכמה כי מן הראוי להפוך את הצו על-תנאי לצו מוחלט, ולאשר את מינויה של פרופ' אמת כנגידה.

בשולי הדברים, דחתה המדינה את עמדת השר באשר למשמעות ההתבטאויות המאוחרות של העותרת. היא ציינה כי חלק מן הציטוטים שייחס השר לפרופ' אמתי הוצאו מהקשרם; הזכירה כי בתגובתו לאחד מאותם ראיונות הבהיר השר שביטול החתימה משנת 2002 יסלול את הדרך לאישור המינוי – ומכאן שהוא עצמו לא ראה כל פסול בהתבטאויות החדשות; והבהירה כי חוסר נכונות להביע חרטה על ההצטרפות לעצומה אינו שקול לביצוע חוזר של אותה פעולה.

בטרם חתימה, הרחיבה המדינה על אודות הסמכות הבלעדית הנתונה ליועץ המשפטי לממשלה לייצוג הממשלה וגופיה – אך, כפי שציינה בצדק, אין צורך להידרש לסוגיה בהליך דנן, שבו לא ניתן לשר המדע ייצוג נפרד.

8. ערב הדיון בהתנגדות לצו על-תנאי הגישו העותרים עיקרי טיעון מטעמם, וטענו כי די בכך שניצבת לפנינו "עמדה משפטית מנומקת אחת" כדי להביא לקבלת העתירה. לגופם של דברים, הם עומדים על האופי המקצועי של כהונת הנגיד – ומדגישים כי בראיונות שעליהם מלין שר המדע הבליטה פרופ' אמתי נקודה זו עצמה: מדובר במשרה מקצועית, ולא במשרת ייצוג פוליטית. לדעתם, אין כל זיקה בין ההצטרפות לעצומה והמינוי שעל הפרק – ומכאן שהסנקציה שנקט שר המדע בגין אקט זה פוגעת בצורה לא מידתית בחופש הביטוי של פרופ' אמיתי, ואף בחופש העיסוק שלה. העותרים סומכים את ידיהם על עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך דנן, לפיה החתימה על העצומה כלל אינה מהווה עבירה פלילית – וטוענים כי "הניסיון לחלץ מפרופ' אמתי התנצלות מזכיר משטרים אפלים בהם נוהגים משפטי ראויה".

לסיום, עדכנו העותרים כי שתי נגידות גרמניות של קרן המחקר התפטרו מתפקידן בעקבות החלטת שר המדע, וטענו כי הערבוביה שיצר השר בין מדע ופוליטיקה מסכנת את שיתוף הפעולה המדעי עם גרמניה, ואף שומטת את הקרקע מתחת למאבק האקדמיה הישראלית בתנועת ה-BDS – המבוסס על הניסיון להפריד בין מדע ופוליטיקה. העותרים מבקשים, אפוא, להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט, ולהטיל על שר המדע "הוצאות מיוחדות באופן אישי".

9. כאמור, בתקנון הקרן נקבע כי שרי המדע של ישראל וגרמניה יעמדו במשותף בראש מועצת הנגידים – וכי כל אחד מהם ימנה שלושה חברים נוספים במועצה. התקנון שולל מינוי חברים הנגועים בניגוד עניינים (סעיף 6 לפרק "Governing body"), ומורה כי כהונת הנגידים תפקע עם הכרזתם כפסולי דין או פושטי רגל (שם, סעיף 7). מלבד הוראות אלה – והחובה שמטיל סעיף 5(a) להסכם על כל מדינה למנות לפחות נגיד אחד משורות הקהילייה המדעית – אין בנמצא דרישות סף ותנאי כשירות נוספים לתפקיד. לצד זאת, יצוין כי ששת החברים שממנים שרי המדע מוגדרים בתקנון כ- "Scientific Board members", והם אלה שנדרשים לגבש, ערב כינוס מועצת הנגידים בהרכבה המלא, את ההמלצות על הפרויקטים שיזכו בתמיכת קרן המחקר.

אכן, הלכה ותיקה היא כי "כשירות המועמד לחוד ושיקול דעת מינהלי של הממנה לחוד" (בג"ץ 727/88 עווד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(4) 487, 492 (1989)). דהיינו, גם אם מועמדת למשרה בכירה בשירות הציבורי עומדת בתנאי הסף לאיושה – או שתנאים כאלה כלל לא הוצבו – על הרשות להפעיל שיקול דעת, ולבחון את התאמתה המהותית למשרה הרלוונטית. עליה לוודא כי המינוי לא יפגע באיכותו של השירות הציבורי, במקצועיותו או בטוהר המידות שלו – ולא יכרסם באמון שנותן בו הציבור (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקאות 8-9 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (12.10.2008); להלן: עניין לביא). לשם כך, נדרשת הרשות הממנה לשקול קשת רחבה של שיקולים, אותם ניתן לסווג לשתי קטגוריות עיקריות – יכולותיה המקצועיות, הארגוניות והניהוליות של המועמדת, לצד סגולותיה האישיות והערכיות. אין צורך לומר כי מינוי מועמד שאינו מחזיק בכישורים המקצועיים הדרושים למילוי התפקיד חותר תחת תכליות השמירה על השירות הציבורי ואיכותו, אך הציר הערכי חשוב אף הוא. דופי ערכי שדבק באדם עלול להציב סימן שאלה מטריד לגבי יכולתו למלא באמונה את התפקיד הציבורי אליו הוא מועמד – ולערער את אמון הציבור בטוהר כפיה של המערכת הציבורית. כאשר מדובר בהתנהגות החותרת תחת עקרונות היסוד של החברה הישראלית, המינוי אף מנוגד לחובתו של המנהל הציבורי לפעול בהתאם לעקרונות אלה (עניין לביא, פסקה 11).

על רקע תכליות אלה, הובהר כי לא רק עבירות פליליות שבהן הורשע המועמד עשויות להשליך על התאמתו למשרה הרלוונטית, וכי הרשות נדרשת לתת את הדעת גם על פגמים אתיים אחרים שדבקו בו (עניין לביא, פסקה 14; בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 64 (1.3.2016) (להלן: עניין מנדלבליט)). עליה לבחון האם הפגם שנפל בהתנהלות המועמד – ערכי-נורמטיבי או פלילי – מעיד "על דופי ערכי מובנה, היורד לשורש יכולתו למלא את

המשרה הציבורית המיועדת, או מקרין על דמותו הערכית של השירות הציבורי בעיני הציבור במידה המחייבת את פסילתו מכהונה" (עניין לביא, פסקה 13).

בחינה זו תיערך על בסיס שלושה פרמטרים מרכזיים – מהות התפקיד, אופי הכשל הערכי, וממד הזמן (בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון, פסקה 5 לחוות דעתי (23.3.2011); להלן: עניין צוריאנו). ככלל, הנחת המוצא כי ככל שמדובר במשרה ציבורית בכירה יותר, הסטנדרט המוסרי שבו יידרש המועמד לעמוד גבוה יותר (עניין צוריאנו, פסקה 5א). אולם, נפסק כי אם לפנינו מועמד "יחיד סגולה" במישור המקצועי-ניהולי, אפשר ויהיה מקום להפחית ממשקל ההיבט הערכי – דווקא בשל חיוניות וחשיבות המשרה שעל הפרק (עניין לביא, פסקה 15, ועניין שחם, פסקה 28; כמובן, אין מדובר במקבילית כוחות המלבינה כל כתם ערכי-נורמטיבי, שכן גם מועמד בעל כישורים יוצאי דופן יידרש לעמוד בסטנדרט נאות בפן זה. לדיון ביקורתי בשאלת האיזון הראוי בין ההתאמה הערכית של מועמד לזו המקצועית ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה" משפט ועסקים יז 409 (2014)). הבחנות נוספות שנערכו במישור מהות התפקיד הן בין משרות ניהוליות למשרות שאינן כרוכות בנטילת אחריות, הנהגה ופיקוח על אחרים; בין משרות שטבוע בהן אלמנט של "הטפה לרמה אתית גבוהה" למשרות נטולות הדר מוסרי; ובין תפקידים המכילים מגע ישיר עם הציבור לתפקידים אחרים (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 266 (1993)).

לצד זאת, יש לבחון את אופי הכשל, חומרתו ונסיבותיו. אף שגם פגם אתי עשוי להביא, כאמור, לפסילת מועמדות, אין דין פגם כזה כדין עבירה פלילית – ואין דין עבירה שנעשתה בכוונת מכוון כדין קבלת החלטה שגויה בלהט האירועים (עניין צוריאנו, פסקה 5ב; עניין לביא, פסקה 14; עניין שחם, פסקאות 21-23). לבסוף, נודעת חשיבות לממד הזמן. הגם שאין בנמצא נוסחה מתמטית הקובעת את תאריך התפוגה של פגם כזה או אחר, ברי כי חלוף הזמן עשוי למרק את הכתם – ולמזער את פוטנציאל הפגיעה של המינוי בשירות הציבורי. אין דין מועמד שכשל בעבר, אך הוכיח לאורך זמן כי מדובר במעידה חד פעמית שאינה מעידה על אופיו, כדין מועמד שחטאו עוד מוטל לפני הציבור – או ששב על קיאו מספר פעמים (עניין צוריאנו, פסקה 5ג; עניין לביא, פסקה 13). הנה כי כן, על בסיס מכלול שיקולים אלה, נדרשת הרשות לקבוע האם נפגעה יכולתו של המועמד לשרת את הציבור באמונה, והאם –

"הפגם הערכי הנטען הוא ממשי וחמור דיו, עד שיש במינויו של המועמד למשרה הציבורית המיועדת כדי

לפגוע בדמותה של המערכת הציבורית, ולהשפיע באופן מהותי ועמוק על אופן הציבור בשירות הציבורי באופן הפוסל את המועמד מלהתמנות לאותה המשרה" (עניין לביא, פסקה 13).

10. הלכה היא, כי שיקול הדעת המסור לרשויות המינהל בענייני מינויים רחב יחסית, וכפועל יוצא הביקורת השיפוטית על החלטותיהן מצומצמת, בעיקרה, למצבים של חריגה קיצונית ממתחם הסבירות (בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים, פסקאות 27-28 (20.11.2017); בג"ץ 5562/07 שוסהיים נ' השר לביטחון פנים, פסקה 8 (23.7.2007) (להלן: עניין שחם); עניין מנדלבליט, פסקאות 37-38).

עם זאת, לא כל המינויים שווים, ולא כל עילות הביקורת שוות. כך, למשל, נקבע כי "עקרון הכיבוד" בין שלוש הרשויות מחייב ריסון שיפוטי רב יותר בנוגע למינויים המצויים בסמכות הממשלה ושריה, העומדים בראש הרשות המבצעת (בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר, פסקה 11 (29.1.2012); (להלן: עניין אשר)). בה בעת, הובהר כי "תחום הביקורת השיפוטית עשוי להתרחב ככל שהוא נוגע להיבטים הנורמטיביים הכרוכים בבחינת התאמתו המהותית של מועמד [...] בשל כשל ערכי שדבק בהתנהגותו או במעשיו" – שכן היתרון בו מחזיקה הממשלה בכל הקשור להיבטיו המקצועיים של המינוי, מצטמצם כאשר מתעוררת סוגיה נורמטיבית (עניין לביא, פסקה 19).

ההכרה במומחיות הרשות הממנה בהקשר המקצועי הובילה לקביעה כי הביקורת השיפוטית על מינויים תצטמצם במצבים שבהם הדרג הפוליטי החליט לקבל את המלצת הגורם המקצועי הייעודי – תהיה זו הוועדה לבדיקת מינויים, לפי סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975 (בג"ץ 6212/18 אדס טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' השר להגנת הסביבה, פסקה 12 (7.1.2019)), או ועדת איתור מקצועית אחרת (עניין מנדלבליט, פסקה 39). לעומת זאת, מקום בו פעל הדרג הפוליטי בניגוד להמלצת הגורמים המקצועיים – שבהקשרים מסוימים נודע לה משקל "כמעט מכריע" – תגדל הנכונות להתערב בהכרעתו, ולמעשה הוא זה שיידרש להצביע על "טעם מהותי בעל משקל מיוחד" לסטייתו מן ההמלצה המקצועית (ראו עניין אשר, פסקאות 13-15 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין, ופסקאות 2-4 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). תוצאה נוספת של התפיסה המייחסת לרשות הממנה יכולת להעריך בצורה טובה יותר את מרכיב ההתאמה המקצועית, היא הכרה במרחב שיקול דעת רחב במיוחד לגבי מינויים במערכות הביטחון ואכיפת החוק. כפי שנאמר בעניין שחם: "המשימות המיוחדות המוטלות על המשטרה כגוף היררכי, מחייבות שיקול דעת מקצועי מיוחד בהליך המינויים ואיוש התפקידים. ההכרה בדבר הצרכים המערכתיים המיוחדים, וההבנה מהן

הכשירויות הנדרשות לממלא תפקיד מסוים במערכת, מצויות בידיעתו ובשיקול דעתו של הגורם הממנה" (פסקה 8 ; ראו גם עניין צוריאנו, פסקה 3).

הנה כי כן, הכלל הוא כי בית משפט זה ימעט להתערב בשיקול הדעת של הרשות הממנה – לבטח כשמדובר בממשלה או שריה – אך יש לבחון כל מקרה כמכלול, תוך התייחסות למהות התפקיד שעל הפרק, לעמדת גורמי המקצוע, לזהות השיקולים שכלפיהם מופנים חיצונית הביקורת, ולמנגנון המינוי. אין דין שווה לתפקיד שלגביו נקבע כי נדרשת הקמת ועדת איתור, ולתפקיד שלגביו אין בנמצא גוף ממליץ דומה, ואין דין שווה לתפקיד שמקצועיות המועמד מהווה מרכיב חשוב בו, ואף נבחנה על ידי גורם מקצועי, לבין תפקיד שביצועו אינו דורש כישורים מקצועיים מיוחדים.

11. כך או כך, מקום בו החלטת הרשות הממנה חורגת באופן ברור ובולט ממתחם שיקול הדעת, יהיה מקום להתערב בהחלטתה – גם כשמדובר במינוי על ידי הממשלה או שריה. קיימת גישה לפיה בחינת הסבירות מורכבת משני רבדים: בראש ובראשונה, יש לבחון האם התוצאה אליה הגיעה הרשות מבטאת את האיזון הראוי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים שהיה עליה לשקול. לצד זאת, עילת הסבירות מתייחסת גם להליך קבלת ההחלטה, ותוהה "האם נשמרו הכללים הפרוצדוראליים של ההכרעה, למשל, זהות הגורם המחליט; האם נשקלו השיקולים הראויים? האם הגורם המחליט היה מודע למכלול הנסיבות ונתן דעתו לגביהן?" (עניין צוריאנו, פסקה 4 ; ראו גם יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר – מאמרים חלק א 417 (2003)). אם יתברר בסופו של יום כי החלטת הרשות חורגת במידה ניכרת ממתחם הסבירות, כי אז יהיה מקום להתערבות שיפוטית ולביטול ההחלטה – אם בדרך של פסילת המינוי שאישרה הרשות (עניין לביא, פסקאות 24 ו-27), ואם בדרך של קידום מינוי שהיא סירבה לאשר (עניין אשר, פסקאות 21-22). דרך אחרת להציג את הדברים באופן שיביא לאותה תוצאה היא שרובד אחד משקף את בחינת הסבירות, מקום שלגורם המחליט מוענק שיקול דעת, והרובד השני, הפורמלי יותר, מתייחס לסטייה מכללי המשחק.

מן הכלל אל הפרט

12. העתירה שלפנינו פורשת התרחשות חריגה בנוף העתירות העוסקות במינויים בשירות הציבורי: שר המדע אינו מפקפק בכישוריה של פרופ' אמת, ואינו משיג על קביעת הדרג המקצועי במשרדו כי היא המועמדת המתאימה ביותר, מן הבחינה המקצועית, לכהונה במועצה. אף על פי כן, דחה השר את ההמלצה למנותה, בנימוק

שהיא אינה מתאימה לתפקיד במישור הערכי-נורמטיבי, נוכח הצטרפותה, בשנת 2002, לעצומה הבאה –

“אנו חברי סגל מהאוניברסיטאות מביעים בזאת את תמיכתנו והערכתנו לסטודנטים ומרצים המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים. שרות זה כרוך לעתים קרובות מדי בביצוע פקודות שאין להן מקום בחברה דמוקרטית המאמינה כי כל אדם נברא בצלם. מזה 35 שנה, מוחזק עם שלם של שלשה וחצי מליון איש ללא זכויות אדם בסיסיות. הכיבוש והשליטה על עם אחר הביאו את מדינת ישראל אל המצב בו היא נמצאת כיום. ללא הצהרה ישראלית על סיום הכיבוש המלווה במעשים – ולו גם מעשים חד צדדיים, אין מלחמה זאת מלחמה על הבית כי אם על המשך הדיכוי והמשך מפעל ההתנחלויות. אנו מביעים בזאת את נכונותנו לעזור ככל יכולתנו לסטודנטים שכתוצאה מסירובם לשרת בשטחים יתקלו בקשיים לימודיים, כלכליים או מינהליים ואנו קוראים לקהילת האוניברסיטה לתמוך בסרבנים. סטודנטים מוזמנים ליצור קשר עם כל אחד מהחתומים להלן [...]”.

לדעת שר המדע, עצומה זו אינה מסתפקת בביקורת פוליטית על המדיניות ביחס לשטחים המוחזקים, אלא נוקטת “בפעולה אקטיבית ושידול לאי התייצבות לשירות, תמיכה ושידול לסירוב פקודה והבעת נכונות לסיוע אקדמי וכלכלי לעבריינים אשר נענים לקריאות חמורות אלה”. היא עומדת, אפוא, “בניגוד גמור לאמור בסעיפים 109 ו-110 לחוק העונשין”, ונושאת אופי פלילי שדי בו כדי למנוע מפרופ’ אמתי לכהן כנציגת ישראל במועצה, למרות התאמתה המקצועית לתפקיד.

13. כפי שמלמד הנוסח שהובא לעיל, העצומה עוסקת בסרבנות סלקטיבית – דהיינו, סירוב נקודתי לשירות צבאי בשטחים המוחזקים, על רקע התנגדות אידיאולוגית-פוליטית להמשך השליטה הישראלית באזור, ולמחיר שהיא גובה מן האוכלוסייה המקומית. בעבר, נדרש בית משפט זה למעמדה של הסרבנות הסלקטיבית, והבהיר כי יש להבחין בינה לבין סרבנות המבוססת על התנגדות מצפונית גורפת לשימוש בנשק. בעוד האחרונה ראויה להכרה מסוימת, וניתן להעניק בגינה פטור משירות ביטחון במקרים המתאימים, סרבנות סלקטיבית פוגעת “בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית בישראל בקבלת החלטותיה” (בג”ץ 734/83 שיין נ’ שר הביטחון, פ”ד לח(3) 393, 403 (1984)). זאת ועוד, כפי שציין בשעתו הנשיא ברק –

“תופעת הסרבנות המצפונית הסלקטיבית היא מטבעה רחבה מזו ה’מלאה’, והיא מעוררת במלוא העוצמה את

תחושת ההפליה בין 'דם לדם' [...] מעבר לכך, בחברה פלורליסטית כשלנו ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החישובים המחזיקים אותנו כעם. אתמול ההתנגדות הייתה לשרת בדרום לבנון. היום ההתנגדות היא לשרת ביהודה והשומרון. מחר ההתנגדות תהיה להסרת מאחזים אלו או אחרים באזור. הצבא של העם עשוי להפוך לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהם נאסר עליה מצפונית מלפעול. בחברה מקוטבת כשלנו זהו שיקול כבד משקל" (בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726, 737 (2002); ההדגשות אינן במקור. ראו גם בג"ץ 5587/09 שבילי נ' שר הבטחון (28.7.2010)).

הנה כי כן, סרבנות סלקטיבית נתפסת כאיום ממשי על החברה הישראלית, על לכידותה, ועל מוסדותיה הדמוקרטיים. היא חותרת תחת עקרונות היסוד של מדינת ישראל – החל בעקרון השוויון, התובע מאזרחיה להטות כתף ולחלוק בנטל הביטחון, על ההקרבה והסיכונים הכרוכים בכך מבחינת הפרט; עבור באופייה הדמוקרטי, התובע מן המיעוט לכבד את הכרעותיו הפוליטיות של הרוב, גם כשהן מנוגדות להשקפת עולמו; וכלה בעצם יכולתה של מדינת ישראל להוסיף ולהתקיים כמדינה יהודית ודמוקרטית במציאות המזרח תיכונית, הכופה עליה דריכות מתמדת ושמירה על אתוס צבא העם (אף שיש הגורסים שהרכבו הממשי של צה"ל הולך ומשתנה; ראו, למשל, יגיל לוי מצבא העם לצבא הפריפריות (2007)). בנסיבות אלה, אני נכון להניח כי קריאה לסרבנות כזו – בין אם נפתחו בגינה הליכים פליליים, ובין אם לאו – עשויה לבוא, מן הבחינה העקרונית, בקהל השיקולים הרלוונטיים בנוגע למינויה של פרופ' אמת. בלשון משפטית יותר, אין זה בגדר שיקול זר.

14. עם זאת, קיים מרחק בין הנחה זו ובין התוצאה אליה הגיע שר המדע. ראשית, יש לזכור כי החתימה על העצומה היא אירוע בודד, אשר התרחש לפני למעלה מ-16 שנה, ובשעה שפרופ' אמת לא כיהנה במשרה ציבורית. אמנם, שר המדע סבור כי אין לכך משמעות מפני שהעותרת "ממשיכה לתמוך בפעולותיה הפסולות" – אלא שעמדה זו נטולת יסוד, שכן מתברר כי גם השר אינה מייחס לפרופ' אמת קריאה עכשווית לסרבנות סלקטיבית, או הבעת תמיכה בה במציאות הנוכחית. כל שנאמר הוא כי באחד מן הראיונות שהעניקה, "צוין מפורשות כי: 'גם במרחק הזמן, אמיתי עומדת מאחורי הדברים'"; כי בטור דעה שפרסמה בעקבות חשיפת החלטת השר, היא לא הביעה "חרטה או הסתייגות" מתוכן העצומה; וכי בראיונות נוספים הבהירה במישרין שאינה מתחרטת על החתימה, וכי היא "עומדת על הדברים". דא עקא, גם אם היה בהבעת חרטה כדי לצמצם עוד יותר את משקל החתימה על העצומה (וראו עניין לביא, פסקה 13), סירובו

של אדם לחזור בו ממעשה שביצע לפני כשני עשורים אינו מהווה עילת פסילה עצמאית. אכן, אפשר שהתבטאויותיה המאוחרות של פרופ' אמתי מלמדות כי היא סבורה שבנסיבות ששררו בשנת 2002 היה מקום לחתום על העצומה. אולם, בהעדר אינדיקציה אחרת, לא ניתן להסיק מן הדברים כי היא קוראת גם כיום לסרבנות סלקטיבית. אינדיקציות מעין אלה לא הוצגו על ידי השר, ומשכך מרחף סימן שאלה ממשי מעל סבירות התוצאה אליה הגיע, הנשענת, בפועל, על אירוע בודד מראשית האלף הנוכחי, ועל התבטאויות מאוחרות לא רלוונטיות. זאת, אף מבלי להידרש לאופי תפקיד הנגידה, שאינו כרוך במגע ישיר עם קהל – וגם אם לא ניתן להתעלם מן האלמנט הייצוגי הכרוך בו, הוא מקצועי במהותו, ומתמקד בבחירת הצעות המחקר שבהן תתמוך קרן המחקר.

ודוקו, ההחלטה שבמוקד ההליך דנן התקבלה בניגוד לעמדת הדרג המקצועי – אשר דירג את פרופ' אמתי בראש רשימת המועמדות לכהונת הנגידה – ואינה מבוססת על שיקולים מקצועיים שבתחום מומחיות שר המדע, כי אם על שיקולים נורמטיביים. כמובן, השר נהג כשורה כאשר בחן גם שיקולים ערכיים-נורמטיביים, ולא קיבל באופן אוטומטי את עמדת הדרג המקצועי. אף ניתן לראות בעין יפה את נכונותו להבחין בין השיקול המקצועי לבין שיקולים אחרים, ולקבל את עמדת הגורם המקצועי בכל הקשור לכישוריה המקצועיים של פרופ' אמתי. אולם, עמדה זו, שלמעשה אינה שנויה במחלוקת, משליכה הן על מתחם שיקול הדעת של השר, והן על היקף הביקורת השיפוטית אליה חשופה החלטתו. היא מאפשרת למקד את זרקור הביקורת בסיבת ההסתייגות של השר – משמעות החתימה על העצומה בשנת 2002, ומשקלה הראוי על רקע יתר הנתונים שהוצגו לעיל ועמדת הדרג המקצועי.

15. עם זאת, דומה כי בענייננו כלל אין צורך להידרש לשיקולים שהוצגו בקצרה בפסקה הקודמת – שכן, בסופו של דבר, החלטת שר המדע חורגת באופן ברור ובולט ממתחם הסבירות במובן אחר. כאמור, במהלך הדיון בעתירה נעתרנו לבקשת השר, והתרנו לו להשמיע את קולו בהליך במתכונת של הגשת תצהיר כתוב – להבדיל מייצוג נפרד. אכן, דרך המלך היא להסתפק בהבאת עמדתו האישית של השר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שחזקה עליו שיעשה זאת בצורה ראויה (כפי שאמנם נעשה בענייננו). ואולם, בנסיבות העניין, נעתרנו לבקשת השר להשמיע את קולו, כדי לסייע לנו להבין ולבחון את עמדתו.

שעה שעמדת השר נשמעה, בבואנו לבדוק את החלטתו יש לייחס משמעות רבה לנימוקים שבחר להציג. כאמור, מדברי השר, בעל פה ובתצהירו, עולה כי בבסיס ההחלטה שלא למנות את פרופ' אמתי ניצבת ההשקפה הרואה בחתימתה על העצומה

משום ביצוע עבירה פלילית. כך, למשל, פרש שר המדע בתצהירו את סעיפים 109-110 לחוק העונשין, וטען כי המינוי נפסל משום שהעצומה עליה חתמה פרופ' אמתי עומדת "בניגוד גמור" להם, וכוללת "אמירות וקריאות לסרבנות ולאי ציות לפקודות, המהוות עבירה פלילית מובהקת" (דברים דומים יוחסו לשר בפסקה 19 בתגובתו המקדימה של המשיב [וראו פסקה 20 לכתב התשובה מטעם המשיב, בכובעו המוסדי]). ואולם, היועץ המשפטי לממשלה דחה את עמדת השר, והבהיר כי על פני הדברים אין בעצומה קריאה לסרבנות, כי אם תמיכה בסטודנטים ומרצים שהחליטו לסרב על דעת עצמם – וממילא, אין בה משום עבירה פלילית. בנסיבות אלה, יפים לענייננו דברים שנאמרו בעניין אשר:

"למותר להדגיש כי לא די בבחינת השקפתו הסובייקטיבית של השר בדבר התאמת המועמד לתפקיד. מתוקף מעמדו של השר כנאמן הציבור [...] מוטלת עליו חובה להפעיל את הסמכות בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי" (פסקה 4 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

16. מובן כי ההליך הנוכחי אינו מהווה מסגרת מתאימה למיצוי הבירור בשאלה האם פרסום בן כ- 17 שנה מהווה עבירה פלילית אם לאו. אולם, די בנתונים שלפנינו כדי ללמד שהתייחסות השר אל העצומה כאל עבירה פלילית אינה סבירה, ואינה יכולה לעמוד. כאמור, השר הסתמך על לשונם של העצומה וסעיפים 109-110 לחוק העונשין – העוסקים, בהתאמה, בהסתה להשתמטות ולאי ציות, ומופנים כלפי אדם "שהסית או שידל" אדם החייב בשירות שלא לשרת, שלא להתייצב לפעולה צבאית, או שלא לציית לפקודה חוקית. ברם, פרשנותן של עבירות אלה אינה קלה או אינטואיטיבית. על הפרשן ובית המשפט להגדיר בזהירות את תחומיהן והיקפן, תוך התמודדות עם הסוגיה המורכבת של האיזון הראוי בין אינטרס ההגנה על הציבור מפני הסתה להשתמטות ובין חופש הביטוי הפוליטי. על רקע זה, אין די בלשון סעיפי החוק שהציג השר, ללא כל התייחסות לתכלית החוק והיקף העבירות, או להקשר שבו פורסמה העצומה, כדי להוביל למסקנה שפרופ' אמתי ביצעה עבירה פלילית. חסר זה בולט שבעתיים מקום בו מסקנת השר מנוגדת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שהוא גם הגורם המקצועי האמון על הערכת עובדות, ראיות ופרשנות סעיפי החקיקה הפלילית. התנהלות שר המדע מעוררת, אפוא, קושי ניכר.

בל נשכח כי יש קשר מיוחד בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הדין הפלילי. כך, למשל, סעיפים 11-12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובעים כי המאשים במשפט הפלילי הוא המדינה, אשר תיוצג בידי תובע שהוא "היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו". יתר על כן, בפעולותיו כראש התביעה הכללית עומד ליועץ

המשפטי לממשלה שיקול דעת "רחב ביותר" (ראו, למשל, בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת פרקצ'יה (26.2.2008)) – וזאת בייחוד, אך לא רק, במישור של הערכת דיות הראיות, המצויה בתחום מומחיותה המובהק של מערכת התביעה (שם, פסקה 15; בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות נ-נא (9.12.2015)). אכן, בענייננו לא עסקינן בהעמדה לדין, אך די באמור כדי להצביע על המומחיות המיוחדת של היועץ המשפטי לממשלה בתחום פרשנות הדין הפלילי ויישומו. לפיכך, בהעדר טעם מיוחד, או קיומן של נסיבות מיוחדות – ואותיר בצריך עיון קיומו והיקפו של חריג אפשרי – שר המדע לא היה רשאי להסתמך על קריאתו הסובייקטיבית את הראיות והדין הרלוונטיים בחוק העונשין, תוך התעלמות מהבהרת היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר בקריאה שגויה ונטולת עיגון. כאמור, השר הציג את עמדתו בצורה פסקנית, וללא כל ביסוס בדין ובפרשנותו. אינני מתעלם מכך כי השר אינו משפטן, ולא מצופה ממנו להיות כזה. אך דווקא חסר זה מבליט את הקושי בסטייתו מעמדת היועץ המשפטי לממשלה בכל הקשור לפרשנות ויישום הדין הפלילי בנסיבות תיק זה.

יש לזכור כי הסמכות למנות לחוד, והסמכות לקבוע אם נעברה עבירה לחוד. הראשונה בידי שר המדע, אך השנייה בידי היועץ המשפטי לממשלה – ומחוץ לתחומי מומחיותו של השר. לשון אחר, ביצוע מעשה עבירה עשוי להיות שיקול רלוונטי בהחלטה על מינוי. ואולם, השאלה המקדמית היא האם המועמד עבר עבירה. זהו עניין נורמטיבי ראיתי ומהותי בתחום המשפט. מלאכה זו עדינה היא. כאן, העצומה וסעיפי החוק שעל לשונם הצרה נשען השר מונחים גם בפני היועץ המשפטי לממשלה, שלא ראה בהם כדי לבסס מסקנה שהעותרת עברה עבירה. נדמה כי כאן השאלה אינה כמות ואיכות הראיות. ליתר דיוק, יש ראייה אחת – העצומה עצמה – עליה אין מחלוקת. והמוקד מצוי במקום אחר – פרשנות סעיפי החוק ביחס לאותו מסמך. בהקשר זה, יש מקום לשקול גם את האפקט המצנן של חופש הביטוי, וליתר דיוק פגיעה בזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי. לעומת זאת, היועץ המשפטי לממשלה נתן את דעתו לשיקולים אלה, תוך עריכת איזון המשקף את נסיבות המקרה. בנסיבות אלה, הגם שהסמכות למנות חובקת בתוכה סמכות לבחון האם התקיימו תנאי המינוי, לרבות התאמה נורמטיבית, היא אינה מעניקה לשר צ'ק פתוח, ואינה מאפשרת לו לקבוע כי מועמדת למשרה – ובענייננו, פרופ' אמתי – עברה עבירה, בניגוד לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ומבלי להיתמך בניתוח משפטי מתאים.

17. עת בחר שר המדע לבסס את החלטתו על הנימוק בדבר אופייה הפלילי של העצומה – ההחלטה, במתכונתה הנוכחית, אינה יכולה לעמוד. ההגדרה השרירותית של

העצומה כעבירה פלילית, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה וללא תשתית מתאימה, חורגת במובהק ממתחם הסבירות – וכך גם האיזון שנערך על בסיסה, והוביל לדחיית מינויה של פרופ' אמת.

לצד זאת, העניין עודנו רגיש. שר המדע הודיע בגלוי שאינו מפקפק בכישורים המקצועיים של פרופ' אמת, וכי הסתייגותו ממינויה נובעת מן העבירה שביצעה. טעם זה לא נוכל לקבל, כאמור, לנוכח עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אך יש לזכור כי גם היועץ אינו שולל את הרלוונטיות של שיקולים ערכיים נורמטיביים, וכי בעמדתו הוא ייחס משקל רב לחלוף הזמן מאז החתימה על העצומה.

בנסיבות אלה, ומאחר וההחלטה על המינוי נתונה לשר המדע ולא לגורם אחר, נדמה כי מן הראוי להחזיר את ההחלטה לשולחן השר, על מנת לאפשר לו לבחון מחדש את העניין – בהינתן הקביעות וההבהרות שהוצגו לעיל.

עניין אחרון – כידוע, אנו מצויים בעיצומה של תקופת בחירות. במהלך הדיון ביקשנו מב"כ המדינה לבחון עם היועץ המשפטי לממשלה האם יש בכך כדי להציב מכשול בפני מינוי לתפקיד הנגידה במהלך תקופה זו. כידוע, יש תפקידים שאין לאייש בזמן בחירות, ותפקידים שניתן למנות אליהם במסגרת העבודה השוטפת (ראו, למשל, בג"ץ 258/13 חי נ' ועדת החריגים לקציבת כהונת נושאי משרה בכירים (20.3.2013)). היועץ המשפטי הודיע כי אינו רואה מניעה למינוי שעל הפרק גם בתקופה זו, ובנסיבות העניין, לרבות אופי התפקיד, לא נתערב בעמדתו.

18. אשר על כן, אציע לחברי לקבל את העתירה באופן חלקי, ולהפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן זה שהחלטת שר המדע לפסול את מינוי פרופ' אמת כנגידה – תבוטל. עם זאת, ובהתאם לאמור, המינוי לא יאושר בשלב זה, והסוגיה תוחזר לשולחן שר המדע, אשר יידרש לבחון אותה מחדש תחת ההנחות הבאות: ראשית, כי העצומה עליה חתמה פרופ' אמת אינה בגדר עבירה פלילית – על כל המשתמע מכך. שנית, כי דבריה בראיונות שהוצגו בהליך דנן אינם מהווים עילות עצמאיות לפסילת המינוי, וניתן לראותם רק כהעדר חרטה על החתימה בשנת 2002. הכרעת השר תתמקד, אפוא, במשקל שראוי לייחס בנסיבות העניין להצטרפות לאותה עצומה – על רקע השיקולים והנסיבות שנפרשו בקצרה לעיל (לרבות בפסקה 14).

ודוקו, אין מדובר בבחינה מחודשת של כל הליך המינוי. מן החומר עולה כי הנימוק היחיד לפסילתה של פרופ' אמת היה חתימתה על העצומה – ועל כן, נימוק זה

לבדו הוא שייבחן מחדש, לאור ההנחות והשיקולים שהוצגו בפסקה הקודמת. בנסיבות העניין, ובצומת הזמנים בה אנו מצויים, המשיב, שר המדע בממשלה המכהנת, יהיה רשאי להחליט בנידון עד סוף חודש מרץ 2019.

אחר הדברים האלה

19. לאחר כתיבת חוות דעתי, הועברו לעיוני חוות דעתם של חבריי להרכב, השופטים ג' קרא ו-א' שטיין, המזמינות התייחסות קצרה לשתי סוגיות.

אפתח בסוגיית הייצוג של שר המדע בהליך דנן. כפי שציין חברי, השופט ג' קרא, השר מעולם לא השיג על החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לייצג את עמדתו, ולא ביקש להתיר לו ייצוג נפרד על ידי עורך דין פרטי – אלא הסתפק בבקשה להציג בפניו את עמדתו באופן אישי. כאמור, בנסיבות העניין נעתרנו לבקשתו, ולצד טיעוניו בעל פה אפשרנו לו להגיש תצהיר כתוב – בו פרש בהרחבה את נימוקיו, תוך הסתמכות על סעיפי חוק ופסקי דין התומכים, כביכול, בעמדתו.

לשון אחר, שר המדע קיבל את מבוקשו – דהיינו, להציג במישרין את עמדתו בפניו. דווקא נוכח מורכבות וחשיבות סוגיית הייצוג, וליתר דיוק העדר נכונות לייצג על ידי היועץ המשפטי לממשלה, והאם נגזר מכך זכות ייצוג עצמאית, אין מקום להידרש לסוגיית הייצוג מקום שהשר ביקש לייצג את עצמו. לטעמי, כך לא רק מפני שההליך המשפטי מעשי הוא ונועד להכריע במחלוקת קונקרטית, אלא בנוסף ובמשולב היועץ המשפטי לממשלה לא הציג את תורתו בסוגיה בצורה סדורה ומקיפה תוך מענה בעל פה לשאלות בית המשפט כפי שהיה מתבקש לו היה צורך לדון בעניין. הביטוי – יש להשאיר את העניין לעת מצוא – מכיר בסוג הדיון ואיכותו המתחייב טרם תינתן הכרעה שיפוטית. כך בוודאי בנושא כללי ורגיש כמו זה שבענייננו.

אציין כי במצבים – החריגים למדי – שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו נכון להגן על עמדת הממשלה, או אחד מחבריה, ניצבות לפני הרשות מספר חלופות. היא עשויה להסתפק בהצגת עמדתה לפני בית המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה; לעתור לקבלת ייצוג נפרד ועצמאי; או לצעוד בדרך ביניים ולבקש להציג בעצמה את עמדתה – כפי שהתרחש במקרה שלפנינו. לא הייתי מביע עמדה א-פריורית מהי הגישה הראויה של נציג הממשלה במצב הזה. לכל אחת מהאפשרויות יש יתרונות וחסרונות. נדמה כי נכון להשאיר החלטה מעין זו לשיקול דעתו של נציג הממשלה. בהתאם לבחירתו, יתכן והיה מתעורר דיון ואז היה עלינו להכריע. אולם, זה אינו המצב כאן.

השר בחר, כאמור, להשמיע את קולו, וכיבדנו זאת. אין, אפוא, צורך, או תשתית הולמת, לבחינת הסוגיות העקרוניות.

20. לשם הבהירות, מצאתי לנכון להדגיש את השוני בין עמדותי לעמדות חברי. אקדים מסקנה לניתוח ואומר כי הקו המנחה העובר בהחלטתי, ומבדיל אותה מאלה של חבריי, הוא כיבוד האוטונומיה של שר המדע. באשר לשופט שטיין – הוא הצטרף לתוצאה אליה הגעתי, לפיה החלטת השר תבוטל ותינתן לו הזדמנות לבחון מחדש את מינויה של פרופ' אמת. ואולם, לטעמי תוצאה זו אינה מפני שהעדר ייצוג של השר לא אפשר לו לייצג את עצמו כהלכה. אדרבה, השר שקל את הדברים והציג את עמדתו בצורה מכובדת ועניינית. הוא אף הבהיר שאינו מסתייג מבחירת פרופ' אמת בשל דעותיה הפוליטיות, והצהיר כי "לו היה מדובר על עצומה המביאה לידי ביטוי השקפת עולם כזאת או אחרת, לא היה פה כל פסול ומינויה של פרופ' אמת היה מאושר. חופש הביטוי הוא אבן יסוד בדמוקרטיה הישראלית" (פסקה 9 לתצהירו). עמדת השר, הרואה בחתימה על העצומה משום עבירה פלילית, הוצגה בבהירות, ואין ספק שהיא משקפת את העילה הממשית שהביאה אותו לפסילת המינוי. מן הראוי לכבד, אפוא, את השר ולנתח את החלטתו בהתאם לנימוקים שהציג. דהיינו, כי הבסיס לפסילת המינוי הוא מעשיה של פרופ' אמת – שלדעתו הייתה בהם עבירה על החוק. ברם, וכפי שהוסבר לעיל, אין זה סביר כי השר יקבל החלטה על בסיס הנחה שנעברה עבירה, אף שהגורם המוסמך – היועץ המשפטי לממשלה – קבע אחרת.

באשר לעמדת השופט קרא, משנפל הנימוק של השר נכון וראוי לאפשר לו לשקול את העניין מחדש בכפוף להסתייגויות שצוינו לעיל – שהחתימה אינה עבירה, ואין לפרש את אמרותיה המאוחרות של פרופ' אמת כתמיכה עכשווית בסרבנות, אלא רק כאי נכונות לחזור בה מן החתימה בשנת 2002. ועדיין, יש לקחת בחשבון כי השר רשאי לשקול שיקולים ערכיים-נורמטיביים – תוך התחשבות בכך שמדובר במעשה בן 15 שנה, בהצטרפות למאות אנשי סגל אקדמי אחרים שחתמו על העצומה, בהקשר שנועד להבטיח כי סטודנטים לא ייפגעו בשל גישה מסוימת. בנסיבות אלה, נראה לי נכון לאפשר לשר לשקול את הסוגיה מחדש. לטעמי, לא רק ההגינות תומכת בכך אלא גם עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות השונות, שמשקלו רב במיוחד ביחס להחלטות שרי הממשלה, הניצבים סמוך לקודקוד הרשות המבצעת. בהעדר יסוד להניח כי שר המדע לא יבחן מחדש את המינוי בלב פתוח ובנפש חפצה, כדרישת הדין, נכון להפקיד בידי השר את ההחלטה הסופית – אותה ניתן יהיה להעמיד, כמובן, לביקורת שיפוטית במידת הצורך.

הנה כי כן, מתן הכבוד הראוי לשר המדע מחייב לבקר את החלטתו בהתאם לנימוקיה, כפי שהוצגו על ידיו – ובה בעת, מחייב להשיב את הסוגיה להכרעתו כל עוד פתוחות בפניו מספר חלופות.

21. סוף דבר, אציע לחברי כי נעשה צו מוחלט כמפורט בפסקה 18 לחוות דעתי. נוכח התוצאה אליה הגעתי, ולא בלי היסוס, אמנע מעשיית צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

1. הפרק השני בספרו של ג'ון סטיוארט מיל "על החירות" מוקדש, כשמו הוא, לחירות המחשבה והוויכוח. בעניינה, אמר מיל את הדברים הבאים (ראו John Stuart Mill, On Liberty 33 (4th Edition, 1869):

"[...] השתקתה של הבעת דעה [...] שודדת את הגזע האנושי – הדורות הבאים כמו גם הדור הנוכחי; ואת אלו שחולקים על הדעה יותר מאלו שאוחזים בה. אם הדעה היא נכונה, אלו [שחולקים עליה] מאבדים הזדמנות להחליף את השקר באמת; ואם הדעה היא שגויה, הם מאבדים תועלת כמעט שקולה לקודמתה: ראייה ברורה יותר ומוחשית יותר של האמת, אשר נוצרת בעקבות ההתנגשות של הנכון בשגוי".

("[...] [S]ilencing the expression of an opinion [...] is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error").

דברים אלה נוגעים ליסוד-היסודות של ההליך המשפטי. עיקרו של הליך זה הוא בירור האמת בדרך של עימות חזיתי בין טענות עובדתיות וטענות שבדין אשר מועלות על ידי בעלי הדין היריבים. בגדרו של הליך זה אין מקום להשתקט טענות מעיקרן בשל היותן חלשות, מקוממות או מופרכות (ראו John M. Kelly, *Audi Alteram Partem*, 9 (NATURAL L. FORUM 103 (1964)). הליך משפטי אשר משתיק את אחד מבעלי הדין

ומונע ממנו את ההזדמנות להשמיע את טענותיו ובדרך זו להתמודד עם טענות יריבו איננו הליך ראוי (ראו, למשל, ע"א 6283/12 צדוק נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פסקה 9 (26.3.2014) ("נוכח החומרה היתירה שבהשתקת בעל-דין השוללת את זכותו לקבל את יומו בבית המשפט, אני סבורה, אפוא, כי יש לאפשר למערער ליהנות מן הספק בעניין זה ולדון בטענותיו לגופן"); וכן בע"מ 8203/17 פלוני נ' פלוני, פסקה 9 (14.6.2018)). להליך כזה לא נוכל לקרוא בשם "משפט" אפילו ברמה מושגית הכי בסיסית, כשם שלא נקרא למשחק "כדורגל" אחרי שניווכח שאחת הקבוצות היריבות מקבלת הזדמנות לנצחו על ידי בעיטת כדור לשער ללא שוער ממרחק של חמישה מטרים.

2. נציגי היועץ המשפטי לממשלה שבאו לטעון לפנינו בשם המשיב, שר המדע והטכנולוגיה (להלן: השר), סבורים כי לכלל חשוב זה יש חריג אשר מסמיכם להצהיר לפנינו כי הדין אינו עומד לצדו של השר. זאת, גם כשהשר סבור אחרת ומבקשם להתיר לו למנות לעצמו עורך דין פרטי שיטען לצדקת עמדתו. לדבריהם, היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועץ) מדבר בשם הממשלה כולה בקול אחד, ועמדתו המשפטית מחייבת את השר. משכך, לאחר שהיועץ אמר את דברו, אשר הובא לפנינו ללא כחל ושרק, אין הצדקה לכך שעורך דין חיצוני יופיע לפנינו כבא-כוחו של השר ויטען אחרת. נציגי היועץ, יחד עם העותרים, ביקשונו אפוא כי נוציא מלפנינו צו מוחלט נגד השר כמבוקש בעתירה, ובזאת נסיים את מלאכתנו.

3. בישיבה שקיימנו ביום 11.11.2018, החלטנו לאפשר לשר לומר לפנינו את דברו וכן להגיש תצהיר. כמו כן אפשרנו לו לדבר גם בישיבה שלאחר מתן צו על תנאי, אותה קיימנו ביום 31.1.2019. התברר, כי המקרה שלפנינו איננו פשוט כלל ועיקר. ראשית, לא הובאה לפנינו שום אסמכתא משפטית המאששת את הטענה כי בכוחנו להורות לשר למנות את העותרת 1, פרופ' יעל אמיתי, לתפקיד של נגידה בקרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי (להלן: קרן גרמניה-ישראל או הקרן). לכך היתה סיבה: אסמכתא כזאת איננה בנמצא. בנסיבות דנן, הסמכות להחליט מי ישמש נגיד בקרן מטעמה של מדינת ישראל תישאר בידי השר, ולא תעבור לידינו, גם אם נמצא פגם מהותי בסירובו של השר למנות לתפקיד את פרופ' אמיתי. כפי שנפסק פעמים רבות בעבר, בית משפט זה יכול רק לפסול את החלטת השר וכן להורות לו לקבל החלטה אחרת, נטולת פגמים, בהתאם לכללי המשפט המינהלי והמשפט החוקתי אשר חלים בכגון דא. מה תהא אותה החלטה תקינה אין בסמכותנו להכתיב לשר (ראו דפנה ברק-ארז משפט מנהלי ב 624 (2010); וכן בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, פסקה 11 לפסק דינו של השופט י' קדמי (1989)).

4. כמו כן התברר, כי בבואו למנות את נגידת הקרן אשר תייצג את מדינת ישראל ואת האינטרסים שלה בתחום המדע והטכנולוגיה, שקל השר שיקולים של התאמה ערכית לצדם של שיקולים מקצועיים. בכך פעל בהתאם לסמכותו, ודוק: המינוי שבו עסקינן נתון לשיקול דעת רחב של השר ואיננו טעון מכרז. כך קבע המחוקק ואת דברו לא נשנה. בנסיבות אלו, רשאי השר לבחור מבין המועמדים הראויים לתפקיד מבחינת כישוריהם המקצועיים את האדם שמחזיק בערכים ובהשקפת עולם מדינית-חברתית הקרובים לאלו שלו. זאת, על מנת להקל על השר להוציא את מדיניותו אל הפועל (ראו יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ 16, 33 (1990) (להלן: מינויים פוליטיים)). בד-בבד, הוברר לנו כי השר בחר שלא למנות את פרופ' אמיתי לתפקיד משום שסבר כי זו עברה עבירה פלילית בחתמה על העצומה אשר הביעה תמיכה בסטודנטים שסירבו לשרת בצה"ל בשטחים שכונו "כבושים" על ידי מחברי העצומה ואלה שחתמו עליה. שיקול זה היה ועודנו מוטעה מעיקרו: ברי הוא, כי פרופ' אמיתי לא עברה שום עבירה פלילית בחתמה על העצומה, והיא אף לא התקרבה לקו האדום אשר מפריד בין המותר לאסור. פרופ' אמיתי השתמשה בחופש המחשבה והביטוי אשר מצוי בידה ובידי כלל אזרחי ישראל, ועל כן השר טעה. יתרה מכך, אין זה בסמכותו של השר לקבוע האם פרופ' אמיתי או אזרח אחר עבר עבירה פלילית – סמכות כאמור מצויה בידי זרועות אכיפת החוק הפלילי שבראשן עומד היועץ המשפטי לממשלה.

5. אם כן, מהו הדין? האם עלינו להכשיר את החלטת השר בזכות השיקול הערכי, שכאמור בתצהירו ובדבריו שהשמיע לפנינו הנחה אותו יחד עם השיקול הפלילי? האם העובדה שהשר שקל את השיקול הפלילי הזר והשגוי, והחלטתו הושפעה ממנו, פוסלת את ההחלטה? האם השיקול הפלילי היה הדומיננטי מבין השניים? האם זכותו של השר לייצוג משפטי קופחה; ואם כך היה, איזה ביטוי ניתן לעובדה כי לא התאפשר לו להציג לפנינו את עמדתו באופן מיטבי?

6. בדיון שיבוא להלן, אבחן שאלות אלה מן הסוף אל ההתחלה ואענה עליהן. הנני סבור כי השר ראוי היה לכך שעורך דין מפרקליטות המדינה או, למצער, עורך דין פרטי יציג לפנינו את עמדתו באופן מיטבי ויגן עליה. העובדה שהשר לא קיבל ייצוג משפטי נאות, חרף היותו זכאי לכך, מחייבת אותנו להניח כי עמדתו לא הוצגה לפנינו באופן מיטבי וכי ניתן היה להציגה טוב יותר מכפי שהוצגה. בצאתנו מהנחה זו, לא נוכל, לדעתי, לקבוע בבירור כי השיקול הפלילי הפסול היה השיקול הדומיננטי בהחלטה אשר העפיל על השיקול הערכי הכשר. בנסיבות אלו, ניתן היה לתת לשר ליהנות מחזקת

התקינות אשר חלה ברגיל על החלטות שלטוניות (omnia praesumuntur rite esse acta) (ראו בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, פסקה 51 לפסק דינו של השופט מ' חשין (כתוארו אז) (2002); ע"א 6066/97 עיריית תל-אביב-יפו נ' אבן אור פסגת רוממה בע"מ, פ"ד נד(3) 749, פסקה 9 (2000); רע"פ 1088/86 מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי, פ"ד מד(2) 417 (1990); יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" 99 אור 741 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); וכן רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 443-446 (1996)). אולם, לאחר התלבטות, החלטתי שלא לתת לשר ליהנות מחזקת התקינות ומהספק. זאת, לנוכח הדברים שהשר עצמו השמיע לפנינו, וכן מטעמים של ניקיון הדעת ועל מנת להבטיח שמועמדותה של פרופ' אמיתי כמדענית עתירת הישגים, ששמה הולך לפנייה, תישקל על ידי השר מחדש מבלי לקחת בחשבון את השיקול הפלילי השגוי. מסיבות אלה, החלטתי לצרף את דעתי לדעתו של חברי, השופט נ' הנדל, בכפוף לכך שהצו המוחלט אשר יינתן על ידינו יבהיר כי מותר לשר לשקול שיקולים של התאמה ערכית בבואו למנות נגידה או נגיד לקרן גרמניה-ישראל מטעמה של מדינת ישראל.

זכות הייצוג של השר, קיפוחה והשלכותיו

7. אודה ולא אכחד: עמדת היועץ – כי הינו מוסמך לא רק שלא להגן על החלטתו של שר בממשלה לאחר שמצאה סוטה משורת הדין, אלא גם שלא לאפשר לאותו שר להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שיגן על החלטתו – היא עמדה מקובלת על רבים וטובים ויש מי שרואה בה חלק מהדין הנוהג (ראו בג"ץ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); וכן בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993)). דעתי היא שונה. הנני סבור כי בכגון דא ראוי לנהוג כפי שהיה מקובל בעבר היותר רחוק: היועץ ונציגיו אינם חייבים אמנם לטעון לטובת ההחלטה השלטונית שבחוקיותה אינם מאמינים, אך הם חייבים לדאוג לכך שהרשות שקיבלה את ההחלטה, ושדעתה בעניינה איננה כדעת היועץ, תקבל ייצוג אפקטיבי על ידי עורך דין אחר, אשר יגן על ההחלטה בבית המשפט (ראו רות גביזון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה 27, 76-77 (תשנ"ו)).

8. בעניין זכאותה של רשות שלטונית לייצוג בכל הליך משפטי, מקובלים עלי דברים שאמר השופט נ' סולברג בבג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 23 לפסק דינו (6.6.2016) (להלן: עניין גיני):

"אחד מתפקידיו המרכזיים של היועץ המשפטי לממשלה הוא יצוגן של רשויות השלטון לפני בית המשפט. תפקיד זה, על-פי דוח ועדת שמגר, הוא המשכו הטבעי והמהותי של תפקיד הייעוץ המשפטי שנותן היועץ המשפטי לממשלה לרשות המבצעת. כידוע, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק, ככל שהדבר נוגע לרשויות השלטון, וככלל – עמדתו היא המחייבת. ברם, לעתים עשויה להתעורר מחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הרשות השלטונית בדבר העמדה המשפטית הנכונה [...]"

לדעת השופט סולברג – ודעתי כדעתו – במקרים אלה מן הדין לפעול כמותווה בדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (תשנ"ט) (להלן: דו"ח ועדת שמגר):

"במקרים בהם אין המדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה, מן הנכון שהיועץ המשפטי יחליט על התרת ייצוגה של הרשות הממלכתית החולקת על דעתו, על ידי משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי, הנכון להציג טעמיה של הרשות הממלכתית בפני בית המשפט. במילים אחרות, אין לצאת מתוך הנחה שהיועץ המשפטי יטען בבית המשפט בניגוד לחוות דעתו ויתאר את מה שלדעתו שחור, כלבן. אולם, יש נסיבות – בהן אין המדובר כאמור על אי-חוקיות ברורה וגלויה – אשר אין בהן לשלול מרשות שלטונית את יומה בבית המשפט, היינו את הניסיון לשכנע את בית המשפט בחוקיות עמדתה. זאת [...] במקרים של חילוקי דעות בתום לב בנושא היכול להיות נתון לפרשנויות שונות [...]" (שם, עמ' 76).

9. על חשיבות זכאותה של רשות שלטונית לייצוג משפטי נאות, ועל כך שאין זה ראוי להשתיקה בשום הליך משפטי, אמרו המלומדים איתן לבונטין ורות גביון מלים אלו:

"לתומנו היינו אומרים, באופן מטפורי, כי רשות ציבורית זכאית לכמה וכמה "ימים" בבית המשפט, כמספר האנשים שאותם היא מייצגת ובשמים היא פועלת. אבל ודאי אין לשלול מן הרשות את הזכות להשמיע את דברה באופן אפקטיבי ולו פעם אחת; וזאת בפני הפורום המוסמך לקבוע את "גורלה", לקיים או לפסול את החלטותיה ולהורות לה מה תעשה ומה לא תעשה. כך משמיעים לנו, לפחות על דרך ההשראה, העקרונות הגדולים של חופש הביטוי, שלילת "מניעה מוקדמת" של ביטוי (prior restraint) ואף זכות השמיעה כאחד מכללי הצדק הטבעי. אם מביטים לעומק, דין הרשות לעניין זה אינו שונה מדינו של הפרט.

ביסודו של דבר, "יומו" של אדם בבית המשפט הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי. פשוט וברור הוא

שיום זה נועד לאדם אשר מעשיו והחלטותיו שלו עומדים למבחן, אשר פסיקת בית המשפט תכוון אליו, אשר עלול לשלם מחיר כבד אם בית המשפט יפסוק לחובתו, ואשר ישא בעצמו במלוא האחריות ליישום הכרעת הדין ולמצב שייווצר בעטייה. כך בהתדיינות פרטית וכך גם במשפט הציבורי. אם החלטת הרשות מותקפת ועומדת למבחן שיפוטי, לעג לרש הוא לומר שההזדמנות האחת להישמע שייכת לגורם אשר לא קיבל את ההחלטה המותקפת, ואשר אינו נושא באחריות לא ליישומה ולא למצב שייווצר אם תיפסל. לעג כפול ומכופל הוא לומר שאותו גורם רשאי להצטרף אל התוקפים, ובעצם הצטרפותו לשלול מן הרשות את זכותה להגנה עצמית. על כן משונה ומקוממת בעינינו, בכל הכבוד, הטענה שהיום בבית המשפט הוא יומו של היועץ המשפטי" (ראו איתן לבונטין ורות גביזון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר חלק א-מאמרים 251, 221, 2003).

10. מאחורי הרצון להבטיח לרשות שלטונית ייצוג משפטי נאות בבית משפט עומדת תכלית חברתית נוספת. לא אחת, הנושא שעומד להכרעתו של בית המשפט הינו מורכב ורב-פנים. במקרים כאלו, נודעת חשיבות רבה לשמיעת מגוון רחב של קולות בציבור אשר כוללות גם את דעת הרשות. רק כך נוכל להבטיח כי ההכרעה השיפוטית שתתקבל תהא מבוססת, מאוזנת ולגיטימית (ראו שם, עמ' 249). בעניין זה, ראוי שנוזכר גם את דבריו של השופט האמריקני הדגול אוליבר וונדל הולמס, אשר נאמרו בפסק הדין *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919):

"[...] the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market".

11. לסיכום נקודה זו: כפי שקבע דו"ח ועדת שמגר, היועץ המשפטי לממשלה בוודאי אינו מחויב לטעון לפני בית משפט טענות שאינן מאמיין בנכונותן. ברם, כאשר אין באפשרותו לטעון טענות המצדיקות את עמדת הרשות, שעליה הוא חולק, עליו לאפשר לרשות להציג את עמדתה במיטבה באמצעות עורך דין אחר, מטעמו או שלא מטעמו, ובלבד "[...] שגם עמדתה החולקת של הרשות השלטונית הנוגעת בדבר תובא לידיעת בית המשפט [...]" (ראו דו"ח ועדת שמגר, עמ' 73).

12. המקרה דכאן הוא בלי ספק אחד המקרים שבהם ראוי היה לאפשר לשר להיות מיוצג על ידי עורך דין משל עצמו. במהלך הדיון שנתקיים ביום 31.1.2019, הצגתי בפני נציגי היועץ את מאמרו הנ"ל של השופט י' זמיר, מינויים פוליטיים, אשר מצוטט כמעט

בכל פסק דין שעוסק במינוי אישים לתפקידים ציבוריים (ראו למשל בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111, פסקה 8 (1998); בג"ץ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי, צבא ההגנה לישראל, פ"ד ס(3) 121, פסקה 17 (2005); בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב-ראש הוועדה לבדיקת מינויים כבוד השופט (בדימוס), פ"ד נג(3) 769, פסקה 22 (1999); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 30 (12.10.2008); וכן בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (24.11.2009)). ציינתי בפניהם, כי האמור במאמר זה (שם, עמ' 31-33) תומך בכך שהשר רשאי לשקול שיקולים של התאמה ערכית במינויים מן הסוג שבו עסקינן. כמו-כן הפניתי את תשומת לבם לכך שהסכם קרן גרמניה-ישראל מסתפק במינויו של מדען אחד בלבד מכל מדינה לתפקיד של נגיד בקרן (ראו סעיף 5(a) להסכם) וכי לפחות אחד הנגידים הישראליים המכהנים כעת בא מקהילת המדענים. לבסוף, ציינתי בפניהם את העובדה שהמחוקק בחר להעניק את הסמכות למנות נגידים לקרן לשר – אישיות פוליטית לכל הדעות – להבדיל מגורם מקצועי מתחום המדע והמחקר (ראו סעיף 8 לחוק קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי, התשנ"ד-1994). שאלתי את נציגי היועץ האם יש בידם אסמכתא משפטית לכך שהשר היה מנוע מלשקול את שיקולי ההתאמה הערכית ביחס לפרופ' אמיתי, ובמענה לשאלה זו אמרו לי הנציגים כי לשר מותר אומנם לשקול שיקולים ערכיים, אך משקלם במקרה דנן הינו מועט (וזאת מבלי להצביע על שום אסמכתא). בנסיבות אלו, קיים סיכוי לא מבוטל שעורך דין המצוי ברזי המשפט המינהלי היה מגן על עמדתו ועל החלטתו של השר בהצלחה. משכך, עלינו לקחת אפשרות זו בחשבון בבואנו לבחון את החלטתו של השר לגופה.

החלטת השר ונימוקיו

13. בתצהיר התשובה מטעם השר, טען הלה כי הסיבה להחלטתו שלא למנות את פרופ' אמיתי לנגידה היא עבירה פלילית שזו עברה בחתמה על העצומה שכאמור תמכה בסירוב חיילי צה"ל לשרת בשטחים. שיקול זה הינו שגוי בעליל, ועל כן יש לראותו כשיקול זר ופסול שהשר לא היה רשאי לשקול (השוו בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, פסקה 18 לפסק דינו של השופט א' ברק (כתוארו אז) (1988)). ברי הוא, כי חתימתה של פרופ' אמיתי על העצומה מהווה שימוש חוקי למהדרין בחופש המחשבה והביטוי שלה ושל כל אזור אחר. יתרה מכך: כפי שכבר ציינתי, ההחלטה האם אזור כלשהו עבר עבירה פלילית והאם יש להגיש נגדו כתב אישום בגינה נמצאת בידי הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה, ואינה בסמכותו של שר המדע והטכנולוגיה.

14. בדיון שנערך לפנינו ביום 31.1.2019, טען השר כי שקל גם שיקול חברתי-ערכי בעניינה של פרופ' אמיתי. לטענתו, אדם שמטיל דופי במוסריותו של צה"ל וקורא תיגר על היות השירות הצבאי שליחות העם איננו ראוי לייצג את משרדו ואת מדינת ישראל בקרן גרמניה-ישראל. לשיקול זה קראתי לעיל "שיקול ההתאמה הערכית". לטעמי, מדובר בשיקול לגיטימי לחלוטין, ואפרט.

15. דיננו מבחין בין שלושה סוגים של מינויים לתפקידים ציבוריים. הסוג הראשון, הוא מינוי מקצועי למשרה אשר חלה עליה חובת מכרז לפי חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המינויים). ברובם של מינויים אלו, מדובר בתפקידים זוטרים יחסית שבעליהם מופקדים בעיקר על ביצוע חוקים ומדיניות אשר כבר גובשה בכללים ובהוראות, להבדיל מתפקידים בכירים הכרוכים בקביעת מדיניות. במסגרתו של מינוי מסוג זה, אסור לשקול שיקולים פוליטיים מכל סוג שהוא, שכן לקיחה בחשבון של שיקול פוליטי איננה מתיישבת עם טוהר המידות של השירות הציבורי ועלולה לסכל את מינויו של המועמד המתאים ביותר למשרה מבחינה מקצועית. זאת, בשל העובדה שמדובר בתפקיד מקצועי גרידא, שלעניינו תפיסת העולם הפוליטית של המועמד איננה רלבנטית. לפיכך, משרה כזו מאוישת באמצעות מכרז ולא לפי שיקול דעתו של שר כזה או אחר. הסוג השני, הוא מינוי למשרה שמוגדרת כפוליטית מובהקת. לדוגמא, במינוי של יועץ פוליטי לשר ייבחר מועמד (בין היתר) לפי השתייכותו לאותו המחנה הפוליטי של השר. שקילת שיקולים פוליטיים במקרה זה הינה בגדר מעשה תקין ומחויב המציאות. הסוג השלישי והאחרון, הוא מינוי למשרה ממלכתית שעל פי טיבה איננה פוליטית אבל המציאות הפכה אותה פוליטית למעשה. ברובם של מינויים אלו "מדובר במשרות בכירות, אשר החוק [ס' 21 לחוק המינויים – א.ש.] פטר אותן מחובת המכרז והפקיד את סמכות המינוי בידי השר הנוגע בדבר או בידי הממשלה, לפי שיקול דעתם". מינוי זה עומד בתווך בין שני סוגי המינויים שהזכרתי קודם. ועדת דרור, שמונתה בשנת 1986 על-ידי נציב שירות המדינה כדי לבדוק את ההוראות הקיימות בדבר סיוג פעילות מפלגתית ופוליטית של עובדי המדינה, קבעה לגביו, מחד גיסא, כי מדובר במינוי מקצועי אשר אין לשקול במסגרתו "תמיכה פוליטית מפלגתית ואישית ושיקולים מפלגתיים דומים"; ומאידך גיסא, מדובר במינוי למשרה מעין פוליטית, או פוליטית מכוח המציאות, אשר במסגרתו רשאי השר לשקול שיקולים ערכיים ואף פוליטיים שיקלו עליו בביצוע מדיניותו. בד-בבד, קבעה הוועדה כי "[...] מינויים אלה לא ייעשו לצורך גיוס תמיכה פוליטית או אישית בשר הממנה" (ראו מינויים פוליטיים, עמ' 20-25, 31-34).

16. ברי הוא, כי במקרה דכאן עסקינן במינוי מהסוג השלישי. השר איננו חייב לפרסם מכרז לצורך בחירת הנגידים שייצגו את ישראל בקרן גרמניה-ישראל, והוא ממנה את הנגידים המתאימים בהתאם לשיקול דעתו הרחב. במסגרת זו, השר לוקח בחשבון את רמתו המקצועית של המועמד ותחום מומחיותו. כמו כן, מוסמך השר לשיקול שיקולים של שוויון מגדרי וגיוון מוסדי: שני אלו הם שיקולי התאמה לגיטימיים. בדומה לכך, השר רשאי לבחור מבין המועמדים הראויים לקבל את התפקיד מבחינת כישוריהם המקצועיים את האדם שמחזיק בערכים ובהשקפת עולם מדינית-חברתית הקרובים לאלו שלו. שיקולים לבר-אקדמיים של התאמה ערכית הם שיקולים כשרים למהדרין במינוייהם של אלו שייצגו את השר, משרדו ומדינת ישראל במוסדות בינלאומיים דוגמת קרן גרמניה-ישראל.

17. באת-כוחה של פרופ' אמיתי טענה לפנינו כי השר לא היה רשאי לקבוע את התאמתה הערכית של מרשתה לתפקיד של נגידה בקרן בהתבסס על חתימתה על העצומה והראיונות שנתנה בכלי התקשורת, כיוון שכל אלה מהווים מימוש של חופש הביטוי שלה, המוגן על פי הדין. טענה זו מתעלמת מכך שחופש הביטוי הוא בגדר חירות הוכפלדיאנית במובן זה שלאיש אין זכות למנוע את הביטוי החופשי ולהטיל עונשים בגינו. חופש הביטוי, כחירות הוכפלדיאנית, איננו מקנה שום זכות-תביעה לבעליו ואיננו מטיל חובות על אחרים (ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J. 710, 718–20 (1917)). לאדם שעושה שימוש בזכותו לחופש הביטוי אין זכות לחייב את הזולת להקשיב לדבריו או להימנע מלעשות שימוש בדברים שהחליט להשמיע או לפרסם. לפרופ' אמיתי אין אפוא שום זכות למנוע בעד השר מלהשתמש בעצומה שחתמה עליה ובדברים שבחרה להשמיעם ברבים כמידע שמשליך על התאמתה (או אי-התאמתה) לתפקיד הנגידה בקרן מהבחינה הערכית.

השורה התחתונה

18. מן המקובץ עולה, כי בהחליטו שלא למנות את פרופ' אמיתי לתפקיד של נגידה בקרן, השר שקל שיקול שגוי, זר ובלתי לגיטימי – השיקול הפלילי – לצדו של שיקול לגיטימי וכשר של התאמה ערכית. בנסיבות רגילות, ממצא זה היה סותר את חזקת התקינות ממנה נהנה השר והיה מטיל עליו את הנטל להוכיח כי השיקול הכשר היה השיקול הדומיננטי מבין השניים ושהחלטתו לא הושפעה, הלכה למעשה, מהשיקול הפסול. לנוכח הדברים שהשר הציג לפנינו, בכתב ובעל-פה, נטל זה היה עברו כבד מנשוא.

19. ברם, כפי שכבר ציינתי, המקרה שלפנינו איננו רגיל מאחר שזכותו של השר לקבלת ייצוג נאות קופחה. אילו זכה השר לקבל ייצוג נאות, ייתכן שהיה עולה בידו לשכנענו כי שיקול ההתאמה הערכית, ולא השיקול הפלילי, הוא זה שהיווה את הסיבה המכרעת להחלטתו, אולם אין בידי להביע בעניין זה עמדה נחרצת לכאן או לכאן. לצד החשש שעמדת השר לא הוצגה במיטבה, עלינו לשקול את דברי השר שנאמרו לפנינו לאחר שנתנו לו הזדמנות לומר את דברו לפני ואחרי הוצאת הצו על תנאי. הנני מסכים עם חברי, השופט הנדל, כי דברים אלה מאששים את המסקנה כי השיקול הפלילי השגוי היה השיקול הדומיננטי בהחלטת השר. בנסיבות אלו, לא ראיתי לנכון, בסוף היום, לתת לשר ליהנות מחזקת התקינות ומהספק. החלטתי כך מטעמי ניקיון הדעת וכדי להבטיח שמועמדותה של פרופ' אמיתי תישקל מחדש בלי הנחות שגויות וללא שיקולים שלא ממין העניין. אשוב ואבהיר, כי לטעמי יהא השר רשאי לשקול בהחלטתו החדשה ביחס למועמדותה של פרופ' אמיתי את שיקולי ההתאמה הערכית.

20. לאחר שסיימתי את כתיבתה של חוות דעתי זו, הגיעה לידיי חוות דעתו של חברי, השופט ג' קרא. ברצוני להעיר בקיצור נמרץ על שני עניינים שעלו בה. ראשית, כפי שצינתי לעיל, הנני מסכים עם השופט קרא כי הדעה הרווחת בבית משפט זה היא ש"עמדתן של הרשויות [...] בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה" – כדבריה של הנשיאה מ' נאור בדנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 44 (26.10.2017). על קיומה של דעה רווחת זו אינני כמובן בא לחלוק, אולם לא אוכל להצטרף אליה עד אשר תזכה – אם תזכה – למעמד של תקדים מחייב ומוצק שאין עליו עוררין, וזאת אחרי דיון ממצה בסוגיה, כיאה בקביעת תקדימים. כמו כן אציין, כי נכונותה (או אי-נכונותה) של דעה זו לא היה הנושא שהועמד לדיון ולליבון בדנג"ץ 3660/17 הנ"ל; ולפיכך אין לי אלא לחזור ולהביע את הסכמתי עם דברי השופט סולברג בעניין גיני, עם מסקנותיו של דו"ח וועדת שמגר, וכן עם האמור במאמרם של פרופ' גביון ומר לבונטין שצוטט לעיל.

21. כמו-כן אעלה תמיהה: אם עמדתו של השר במקרה דנן אכן נקבעה במקומו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ועמדה זו, כאמור, היא כעמדת העותרים, האם קיימנו שתי ישיבות כדי להכריע במחלוקת שלא היתה – ואם כן, על שום מה? זאת ועוד: אם היועץ אכן קבע את עמדתו של השר בשאלת מינויה של פרופ' אמיתי, מדוע זו זקוקה עדיין לפסק דינו? דומני כי די בהצגת שתי שאלה אלה כדי להיווכח שהסוגיה שבה נדרשנו להכריע – והכרענו – בתיק זה הינה מורכבת.

22. באשר להשתלשלות העניינים בנושא הייצוג, אין לי אלא לצטט את הדברים שאמר נציגו של היועץ המשפטי לממשלה בשיבה מיום 11.11.2018:

"[...] במסגרת השיח של היועץ המשפטי לממשלה ומול שר המדע והטכנולוגיה הובהר, כי העמדה המשפטית של המדינה היא זו של היועץ המשפטי לממשלה והעמדה הובהרה לשר ונאמר כי המקרה הזה לא מעורר נסיבות יוצאות דופן. נמסר לשר שהמקרה הזה לא מצדיק את מה שמכנים נסיבות חריגות מאוד בהם ניתן ייצוג נפרד, העמדה המשפטית שנמצאת איתי היא של היועץ המשפטי לממשלה" (ראו פרוטוקול הדיון מיום 11.11.2018; ההדגשה הוספה – א.ש.).

השר שמע את הדברים, קיבל את הדין והייצוג המשפטי נשלל ממנו.

23. בנתון לאמור לעיל, הנני מסכים להוצאת הצו המוחלט כפי שנוסח על ידי חברי, השופט הנדל, ולא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

24. קראתי האמור בחוות דעתם של חבריי השופטים נ' הנדל ו-א' שטיין ועמדתו היא שדין העתירה להתקבל במלואה על שני ראשיה במובן זה שהחלטתו של שר המדע לפסול את מינוי פרופ' אמתי תבוטל ובנוסף יחויב באישור מינויה לתפקיד במועצת הנגידים של קרן המחקר. בטרם אעבור להנמקתי, אני למספר נקודות שעלו בחוות דעתו של חברי השופט א' שטיין.

25. חברי השופט א' שטיין סבור כי נכון היה שעמדתו של שר המדע הייתה מיוצגת על-ידי "עורך דין מפרקליטות המדינה או למצער, עורך דין פרטי יציג לפנינו את עמדתו באופן מיטבי ויגן עליה. העובדה שהשר לא קיבל ייצוג משפטי נאות, חרף היותו זכאי לכך, מחייבת אותנו להניח כי עמדתו לא הוצגה לפנינו באופן מיטבי וכי ניתן היה להציגה טוב יותר מכפי שהוצגה", עוד נקבע שמאחר וזכותו של השר לקבלת ייצוג נאות "קופחה", ייתכן "שהיה עולה בידו לשכנענו כי שיקול ההתאמה הערכית ללא השיקול הפלילי הוא זה שהווה את הסיבה המכרעת להחלטתו".

בנדון דידן, דעתי אינה כדעת חברי השופט א' שטיין משעמדתו מצויה בניגוד להלכה המושרשת שנשנתה, שוב לאחרונה, ובהרכב מורחב של שבעה שופטים, דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, בפסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה נאור (26.10.2017):

"עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, 239 (1998); ראו גם: בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 277, 241 (1998); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (1993); אך השוו: בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקאות 21-26 לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג (6.6.2016); אולם ראו גם: שם, בפסקה ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין; וכן בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פסקה ז להחלטתו של השופט א' רובינשטיין (3.7.2012)).

אכן, עמדתו האישית של שר הפנים דרעי הייתה שונה מעמדת המדינה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו. בעשותו כן פעל בגדרי סמכותו. אולם זוהי אינה עמדת המדינה, שהיא בעלת הדין לפנינו. עמדת המדינה – כך יוצגה בפנינו וכך ראוי שתיוצג בפנינו – היא זו שנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ראו: בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993); ראו והשוו גם: עניין סולודקין, בעמוד 607).

בהקשר זה ראיתי להזכיר את דברי הנשיאה מ' נאור שהזהירה מסטייה מהלכה קיימת של בית משפט זה "פן נהפוך מבית משפט לבית שופטים" (בג"ץ 1125/16 מרעי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, בפסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה נאור (31.3.2016)); ראו גם דברי השופטת א' חיות (כתוארה אז) שחזרה על הדברים בבחינת קל וחומר "כאשר מדובר בפסקי דין שניתנו על ידי חמישה משופטי בית המשפט הזה אך לפני חודשים ספורים" (בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, בפסקה 1 לפסק דינה (31.12.2014)).

26. לא למותר לציין כי שר המדע לא ביקש להיות מיוצג על-ידי עורך דין פרטי ולא ביקש שהיועץ המשפטי לממשלה או פרקליט מפרקליטות המדינה ייצג אותו ואת עמדתו

בבית המשפט. כל שביקש השר וקיבל היה את האפשרות להציג את עמדתו בפניו, וזו ניתנה לו במלואה (ולטעמי, לפנים משורת הדין) הן בתצהיר כתוב והן בטיעון בעל-פה.

27. בנוסף לכל האמור, ראוי לציין כי הצדדים לא טענו בפנינו בשאלת זכאותו או אי זכאותו של השר לייצוג בהליך על-ידי עורך דין, כאשר היזקקותו של חברי לסוגיה כבדת משקל זו, מבלי שנשמע בה טיעון סדור ומלא, דומה למטפורה, בשינוי קל, שחברי השופט א' שטיין השתמש בה כאותו שחקן כדורגל הבועט לשער ריק ממרחק של חמישה מטר, ובהמשגה מעולם המשפט האזרחי, בהרחבת חזית אסורה.

28. בתגובתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 6.11.2018 נכתב כי בהינתן לכך "ששר המדע עצמו ציין מפורשות כי החתימה על העצומה היא הסיבה היחידה שבעטיה לא אישר את המינוי, עמדת המדינה על דעת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, היא שהחלטת השר שלא לאשר את מינויה של פרופ' אמתי חורגת ממתחם הסבירות ולפיכך אינה יכולה להיוותר על כנה" (ההדגשה הוספה – ג'.ק.).

גם לאחר עיון בתצהיר השר וזיקוק הדברים שהשמיע בעל-פה בפנינו לא מצאתי כי תיאור הדברים שהוצג בעמדת היועץ המשפטי לממשלה השתנה כהוא זה. מראשית ועד אחרית, הסיבה האחת והיחידה אותה שקל השר הייתה ונותרה חתימת העותרת על העצומה. משאליבא דכולי עלמא, ששר המדע לא פקפק בכישוריה המקצועיים של העותרת, ואינו משיג על קביעת הדרג המקצועי במשרדו כי היא המועמדת המתאימה ביותר מן הבחינה המקצועית לכהונה במועצה, ומאחר שהיועץ המשפטי לממשלה דחה את עמדת השר והבהיר כי אין בעצומה קריאה לסרבנות וממילא אין בה משום עבירה פלילית; ומשהיועץ המשפטי לממשלה הוא בעל המומחיות המיוחדת בתחום פרשנות הדין הפלילי ויישומו, הרי שעמדתו של השר שהתבססה על חתימת עצומה מלפני 13 שנים שהעלה מהאוב תוך שהוא עוטה עליה מלבוש של עבירה פלילית, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, חורגת ממתחם הסבירות ודינה להתבטל.

לתוצאה זו הגיעו חבריי השופטים נ' הנדל ו-א' שטיין, ועל כך אין בינינו מחלוקת, אלא שמכאן מתפצלות דרכינו. בשונה מעמדת חבריי לפיה יש להחזיר את הסוגיה לשולחנו של השר לצורך בחינתה מחדש לאור ההתוויות אותן פירט חברי השופט נ' הנדל בפסקה 18 לחוות דעתו, וביתר פירוט והרחבה, חברי השופט א' שטיין, תוך שהוא מביע את דעתו כי השר יכול לשקול שיקולים ערכיים נורמטיביים גם לאחר שטענתו בדבר פליליות מעשה החתימה על העצומה נפלה. דעתי שונה משסבור אני שבנפול הסיבה היחידה לסירוב השר לאשר את המינוי של העותרת (חתימת העותרת על העצומה)

אינני רואה מקום להחזרת הסוגיה לבחינתה מחדש על-ידי השר. להבנתי, ההיבט הערכי נבחן על-ידי השר עם וללא שום קשר לטענה כי מדובר בעבירה פלילית. לעמדת השר, בין שהיה מקום להעמיד את העותרת לדין פלילי ובין אם לאו, מבחינתו, גמור ומנוי עמו שהתנהלותה של העותרת לוקה מן הבחינה הערכית ולכן הוא מתנגד למינויה.

29. חברי השופט א' שטיין רואה במינוי העותרת למועצת הנגידים בקרן מסוג המשרות שהוא "מינוי למשרה ממלכתית שעל-פי טבעה איננה פוליטית אבל המציאות הפכה אותה פוליטית למעשה" כאשר במכלול השיקולים, לאיוש משרה זו רשאי השר בנוסף לשיקולים המקצועיים שהוא שוקל, לשקול גם את "האדם שמחזיק בערכים ובהשקפת עולם מדינית – חברתית הקרובים לאלו שלו". לעמדה זו אינני מסכים. המינוי של העותרת הוא לתפקיד מקצועי באופן מובהק ובנדון זה מקובלת עליי עמדת היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו "ככל שמדובר במינוי מקצועי מובהק, אקדמי או מדעי באופיו, התחשבות בשיקולים מן התחום הערכי תוכל להיעשות אך בצורה זהירה עד מאוד, תוך שקלול מכלול נסיבות העניין" (פסקה 27 לתגובת היועץ המשפטי לממשלה). מכל מקום, אין לטעמי לזהות את השיקולים מהתחום הערכי לערכים והשקפת העולם הפוליטית שבה מחזיק השר הממנה.

30. לעמדת חברי השופט א' שטיין, בית משפט זה יכול רק לפסול את החלטת השר ולהורות לו לקבל החלטה אחרת נטולת פגמים, אך אין בסמכותו של בית משפט זה להורות מה תהא אותה החלטה תקינה בהפנותו לדפנה ברק-ארז משפט מינהלי ב 624 (2010). אכן, במקרה הרגיל, כאשר נפסלת החלטה של רשות מינהלית, ההחלטה חוזרת אל הרשות כדי שתחליט בה פעם נוספת, לאור פסק-דינו של בית המשפט. אך לכלל זה קיימים חריגים "כאשר קיים חשש ממשי כי בשל תהליך ההחלטה שהתקיים, לא תוכל הרשות להחליט בנושא מחדש בלי להיות "מקובעת" בהחלטתה הקודמת או במקרים שבהם נותרה למעשה חלופת החלטה אחת בלבד..." (שם). "כך גם כאשר הרשות מסרבת להפעיל את סמכותה בדרך מסוימת על יסוד נימוקים פסולים, כגון שיקולים זרים או פירוש מוטעה של החוק, ובנסיבות המקרה ברור לבית המשפט כי אין שיקול ענייני או טעם אחר שיכול להצדיק את הסירוב" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית ד' 2905 (2017)).

עניינינו אפוא במועמדת אחת שמועמדותה נפסלה בשל התבססות השר על סיבה אחת ויחידה. משנפסלה החלטת השר בנימוק של חוסר סבירות, ומשנפלה הסיבה היחידה שבה תלה השר את סיבת התנגדותו למינוי, לא נותר אלא להורות לשר להפעיל את סמכותו ולמנות את העותרת לתפקיד.

31. ראוי להזכיר כי ביום 11.11.2018 הוצא על ידינו צו על תנאי המורה למשיב לנמק מדוע לא תבוטל החלטתו לפסול את מינוי העותרת לתפקיד "ומדוע לא יאפשר את מינויה". הן בתגובת המדינה מיום 6.11.2018 והן בתשובה מיום 28.11.2018 חזר היועץ המשפטי לממשלה על העמדה לפיה "החלטת השר חורגת ממתחם הסבירות ואינה ניתנת להגנה משפטית ולפיכך יש מקום בנסיבות העניין להפיכת הצו על תנאי שניתן בעתירה זו לצו מוחלט". הפיכת הצו על תנאי לצו מוחלט משמעה להורות לשר לאפשר את מינויה של העותרת בהקדם וללא כל דיחוי נוסף.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל.

פה אחד הוחלט לבטל את החלטת שר המדע. השופט א' שטיין הצטרף לדעתו של השופט נ' הנדל לפיה יש להחזיר את העניין לבחינה מחודשת של השר – בניגוד לדעתו של השופט ג' קרא לפיה יש להורות על מינויה של העותרת.

ניתן היום, כ"ז באדר א' התשע"ט (4.3.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט