

מינוי בכירים בישראל: על הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה

אריאל בנדור, * מיכל טמיר**

המאמר מציג שתי תופעות המאפיינות את הפסיקה ואת הפרקטיקה בעניין מינוי בכירים בישראל, ומצביע על בעייתיותן ועל הזיקה ביניהן. התופעה האחת היא היהפכותם של שיקולים אתיים לדומיננטיים במינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבור. התופעה האחרת היא שהדיון בהיבטים האתיים, ומכל מקום ההכרעה בהם, מתמקדים במערכת המשפטית – בית המשפט ויועצים משפטיים. הזיקה בין שתי תופעות אלה טמונה בכך שהחלטות על מינויים מתמקדות במקרים רבים בשאלות אתיות, וההכרעה הסופית מתקבלת על-ידי גורמים משפטיים, המתמקדים בהיבטים האתיים. בכך מתבטאת הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה. האתיקה בולעת את המשפט בכך ששיקולים אתיים משתלטים על השיקולים המקצועיים והפוליטיים, והמשפט בולע את האתיקה בכך שהרשויות המכריעות בעניינים של אתיקה הנוגעים במינויים לתפקידים ציבוריים בכירים הן הרשויות המשפטיות.

בחלק הראשון של המאמר מוצגת הפסיקה הקיימת בעניין מינוי בכירים בשירות הציבורי, תוך הבחנה בין מינויים של נבחרים, כגון שרים בממשלה, לבין מינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה, ובמסגרת זאת לתפקידי פיקוד בכירים ברשויות הביטחון. חלק זה עומד על הפערים בין המסגרת

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** דוקטור, מרצה בכירה, מכללת שערי משפט.
אנו מודים לאביעד הכהן ולדורון נבות על הערותיהם החשובות, וליצחק בנבגי, לאסף פורת וליעל רונן על עזרתם.

המאמר נכתב ונערך לפרסום לפני הפסיקה בדבר החובה להעביר מתפקידם ראשי רשויות מקומיות שהוגשו נגדם כתבי אישום בעברות חמורות, ולפני החקיקה שקבעה הסדר המאפשר השעיה במקרים כאלה. ראו בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (פורסם בנבו, 14.10.2013); בג"ץ 6549/13 תנועת אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית בת ים (פורסם בנבו, 20.10.2013); חוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975 (ס' 19א).

המשפטית העקרונית שבית-המשפט מבקש להחיל לבין דרכי הפעלתה. בחלק השני של המאמר מוצעת הערכה ביקורתית – פוזיטיבית ונורמטיבית – של המגמות הנחזות בפסיקה. בסיום המאמר מוצעים קווים ראשוניים להתמודדות עם הבעיות הקיימות. באשר למינויים של נבחרי ציבור מוצע כי מגבלות אתיות ייקבעו בחוק כמגבלות פשירות. באשר למינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה מוצע כי אלה ייעשו ככלל לאור המלצות של ועדות איתור. הצעה זו חלה, בשינויים המחויבים, גם על מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון.

פתיחה

חלק ראשון: הפסיקה בעניין מינוי בכירים

1. מינויים לתפקידים של נבחרי ציבור
 2. מינויים לתפקידים אזרחיים בכירים בשירות המדינה
 3. מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון
- חלק שני: הסברים לדומיננטיות של השיקולים האתיים במינויים לתפקידים בכירים
- סיום: קווים לצמצום הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה במינוי בכירים

פתיחה

1. החלטות בדבר מינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבור המתקבלות מכוח דין על-ידי רשויות שלטוניות כפופות לכללי המשפט הציבורי. כך באשר למינויים לתפקידים פוליטיים מובהקים, כגון שרים בממשלה, וכך גם באשר למינויים לתפקידים מקצועיים – הן תפקידים אזרחיים והן תפקידי פיקוד בצבא ובשירותי הביטחון האחרים. על רקע זה יבקש המאמר להפנות את תשומת-הלב לשתי תופעות, ולהצביע על בעייתיותן ועל הזיקה ביניהן.

ראשית, בעידודן של פסיקות בית-המשפט, נהפכו שיקולים אתיים לדומיננטיים במינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבור. שנית, הדיון בהיבטים האתיים, ומכל מקום ההכרעה בהם, מתמקדים במערכת המשפטית – בית-המשפט ויועצים משפטיים.

הזיקה בין שני העניינים הללו טמונה בכך שהחלטות על מינויים מתמקדות במקרים רבים בשאלות אתיות, וההכרעה הסופית מתקבלת על-ידי גורמים משפטיים, המתמקדים בהיבטים האתיים.

בכך מתבטאת הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה. האתיקה בולעת את המשפט בכך ששיקולים אתיים – אשר בהקשר של מינויים הם שיקולים מסדר שני, גם אם אין

הם משניים – משתלטים על השיקולים המקצועיים והפוליטיים, שהם השיקולים מסדר ראשון בהחלטות על מינויים, הן מבחינה עניינית והן מבחינה מהותית. ואילו המשפט בולע את האתיקה בכך שהרשויות המכריעות בעניינים של אתיקה הנוגעים במינויים לתפקידים ציבוריים בכירים הן בית-המשפט ורשויות משפטיות אחרות, כגון היועץ המשפטי לממשלה.

2. אומנם, קיימות גישות רבות בשאלה מהי אתיקה.¹ קשה אף להגדיר בחדות מהם "שיקולים אתיים", באופן שיאפשר להבחין בכל מקרה ומקרה בין שיקולים אתיים במינויים לתפקידים ציבוריים לבין שיקולים אחרים – מקצועיים ופוליטיים – במינויים כאלה. במאמר זה נגדיר "שיקולים אתיים", בעקבות המינוח שנקט בהקשר דומה יצחק זמיר, כשיקולים הנוגעים ב"מידות טובות"² ובשמירה על המוסר ועל טוהר המידות, וביניהם מראית-עין של התנהגות ראויה, שלגביה נטען כי היא נדרשת לשמירה על אמון הציבור ברשויות השלטון. בכך שיקולים אתיים נבדלים – גם אם לא מובחנים בחדות – משיקולים של ניסיון וכישורים מקצועיים, ואף משיקולים של התאמה פוליטית לתפקיד.

3. האם דווקא שיקולים אתיים צריכים לעמוד במוקד המינוי לתפקידים ציבוריים בכירים, וביניהם תפקידי פיקוד בכירים ברשויות ביטחון? האם על המערכת המשפטית לדון בשיקולים אלה, שאין לה בהם מומחיות מיוחדת, ובהם בלבד? האם לא עלול להינתן משקל-יתר לשיקולים אתיים, תוך המעטת משקלם של שיקולים אחרים, הנוגעים בהתאמה המקצועית של המועמדים, ותוך פגיעה בכבוד האדם? בשאלות אלה יתמקד המאמר.

הבעייתיות הראשונה שבה נדון – הדומיננטיות של השיקולים האתיים – נוגעת במשקלם של היבטים אתיים במינוי לתפקידים בכירים לעומת שיקולים אחרים. היבטים אתיים נהפכו לדומיננטיים עד כדי כך שבפועל עצם העלאת ספק בעניינים אתיים עשויה להביא לידי פסילה. אין מדובר אך בפסילה של עבריינים מובהקים שהורשעו בדין, ואף לא של כאלה שיש נגדם ראיות של ממש כי ביצעו עבירות פליליות חמורות. מדובר במתן משקל מכריע לפגמים אתיים בהתנהלות של מועמדים לתפקידים ציבוריים – בדרך-כלל פגמים שנפלו במקרה ממוקד מסוים. זאת, בלא איזון מושכל בין ההיבטים האתיים לבין היכולת והניסיון המקצועיים או הפוליטיים ומידת ההצלחה בתפקידים קודמים – יכולת וניסיון הנמדדים מתוך פרספקטיבה רחבה של פעילות המועמדים לאורך שנים.

הבעייתיות השנייה שבה נדון נעוצה בכך שההכרעה בשיקולים האתיים נעשית על-ידי גורמים משפטיים. לכאורה, הסמכות לדון ולקבל החלטות בעניין מינויים, ובמסגרת זאת לבחון את ההיבטים האתיים הרלוונטיים ולאזן ביניהם לבין השיקולים האחרים, היא בידי הרשויות הממנות. לעיתים ההכרעה האתית מופקדת בידי ועדות ציבוריות,

1 ראו אסא כשר "אתיקה, משפט ושיפוט" ספר שמגר חלק ב' 433, 434 (מרדכי בן דרור – יו"ר המערכת, 2003).

2 ראו יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" משפטים יז 250 (1988).

וביניהן הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים (להלן: הוועדה המייעצת). בראש הוועדה עומד בעת כתיבת הדברים שופט בית-המשפט העליון (בדימוס) יעקב טירקל – ובזכותו היא נודעת בכינוי "ועדת טירקל" – וחבריה הם נציב שירות המדינה ושני אנשי ציבור.³ אך בפועל, כאשר התעוררו טענות אתיות כלפי מינויים מסוימים, לא הוועדה המייעצת היא שהכריעה, ובית-המשפט העליון לא נעתר לעתירות שדרשו כי פסילת מועמדים משיקולים אתיים תיעשה רק על-ידי הוועדה. נראה כי תפיסתו של בית-המשפט היא שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי להנחות את הממשלה בעניינים אלה אף מבלי לקבל את חוות-דעתה של הוועדה המייעצת, וכי אף השרים עצמם רשאים לפסול מועמדים לתפקידים בכירים מטעמים אתיים מבלי שהוועדה דנה בכך, ובית-המשפט לא יתערב ככלל בפסילה כזאת. זאת, להבדיל מהביקורת השיפוטית הרחבה על החלטות של שרים המאשרות מינויים למרות טענות אתיות שהועלו נגדם. בית-המשפט העליון עצמו דן בפרטנות ובהעמקה בשיקולים אתיים מבלי לערוך איזון מושכל ושיטתי בינם לבין השיקולים הרלוונטיים האחרים. במקרים רבים אין בידי הרשויות הממנות, הוועדה המייעצת ובית-המשפט תשתית עובדתית מסודרת באשר לטענות האתיות, והללו נבדקות לא פעם באופן מאולתר ומוכרעות על-פי מבחנים ראייתיים מקילים, אף שבקבלתן יש כדי לפגוע בכבוד האדם.⁴

4. בחלק הראשון של המאמר נציג את הפסיקה הקיימת בעניין מינוי בכירים בשירות הציבורי, תוך הבחנה בין מינויים של נבחרים, כגון שרים בממשלה, לבין מינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה, ובמסגרת זאת לתפקידי פיקוד בכירים ברשויות הביטחון. חלק זה יחשוף את מגמות הפסיקה, ויעמוד על הפערים בין המסגרת המשפטית העקרונית שבית-המשפט מבקש להחיל לבין דרכי הפעלתה. בחלק השני של המאמר נציע הערכה ביקורתית – פוזיטיבית ונורמטיבית – של המגמות הנחזות בפסיקה.

3 הוועדה פועלת מכוח החלטת הממשלה כי מינוי הנעשה על-ידי הממשלה לתפקיד ראש המטה הכללי של צה"ל ולכמה תפקידים בכירים אחרים צריך לעבור בדיקה על-ידי ועדה, אשר "מטרת עבודתה... היא להבטיח את טוהר המידות, ובין השאר, כי לא ייעשו מינויים לא ראויים". החלטה 91 של הממשלה ה-31 "ועדה מייעצת למינויים לתפקידים בכירים" (30.5.2006).

4 בעייתיות שלישית – שאינה ייחודית לתחום המינויים הבכירים, אלא מאפיינת חלקים נרחבים של הפסיקה במשפט החוקתי והמנהלי – היא הטעמתם של שיקולים בלתי-קביעים (indeterminable). ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" ספר שמגר כרך א 417, 548 (מרדכי בן דרור – יו"ר המערכת, 2003); מיכל טמיר "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי" משפט וממשל ה 497, 511 (2000); מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 236 (2008); אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" משפט וממשל יד 377 (2012); אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097 (2012). הערכת משקלם של שיקולים אתיים בכל מקרה נתון אינה נעשית על-פי אמות-מידה ברורות, ועלולה להוביל להכרעות שיפוטיות מקריות המבוססות במידה רבה על אינטואיציה. מאחר שקושי זה אינו ייחודי לנושאו של מאמר זה, לא נרחיב כאן על-אודותיו.

בסיום המאמר נציע קווים ראשוניים להתמודדות עם הבעיות הקיימות. באשר למינויים של נבחר ציבור,⁵ שבהם הרשויות הבוחרות מצויות במצב מובנה של ניגוד עניינים המקשה עליהן לערוך איזון מושכל בין שיקולים פוליטיים ושיקולים של ניסיון ומומחיות לבין שיקולים אתיים, נציע כי מגבלות אלו ייקבעו בחוק כמגבלות פשוטות. הרשויות הבוחרות לא יידרשו אפוא לערוך איזון, אלא יורשו לבחור מלכתחילה אך ורק מועמדים המקיימים את תנאי הכשירות. באשר למינויים לתפקידים בכירים בשירות המדינה, נציע כי אלה ייעשו ככלל לאור המלצות של ועדות איתור, אשר הרכבן יאפשר להן לבחון את מכלול השיקולים הרלוונטיים – ובכלל זה שיקולים אתיים – לגבי המועמדים השונים לכל תפקיד, ולהמליץ על המועמדים המתאימים ביותר. הצעה זו תחול, בשינויים המחויבים, גם על מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון. חריג לכך הוא מינויים לתפקידים שמסווגים כתפקידי-אמון, כגון מנהלים כלליים של משרדי ממשלה, אשר מוצעים אומנם על-ידי השרים הממונים אך טעונים – גם לפי המצב הקיים – בחינה על-ידי ועדה שהרכבה מאפשר לה לבחון הן שיקולים מקצועיים והן שיקולים אתיים. עוד נציע הקמת מנגנון מוסדר לביור עובדות אשר רלוונטיות מההיבט האתי למינוי שעל הפרק.

חלק ראשון: הפסיקה בעניין מינוי בכירים

5. זה כשני עשורים מובאות באופן תדיר לפני בתי-המשפט, ובמיוחד לפני בית-המשפט הגבוה לצדק, עתירות נגד מינוי בכירים.⁶ מקצת המינויים הם לתפקידים של נבחר ציבור, דוגמת שרים בממשלה. מינויים בכירים אחרים הם לתפקידים בשירות המדינה, כגון מנהלים כלליים של משרדי ממשלה. המינויים מהסוג האחרון כוללים גם מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון, וביניהן צבא הגנה לישראל, המשטרה, שירות בתי-הסוהר ושירות ביטחון כללי. בין פסקי-הדין השונים יש מכנים משותפים, אך ניתן גם להצביע על ייחודיות של כל אחד מסוגי המינויים. נדון אפוא, לפי סדרם, בפסקי-דין

5 כגון שרים וסגני שרים. אומנם, בישראל נבחרים על-ידי הציבור רק חברי-הכנסת, ואילו השרים וסגניהם מוצעים על-ידי ראש הממשלה, ומינויים טעון אישור של הכנסת. עם זאת, במהותם אלה תפקידים של נבחר ציבור, וכך הם גם נתפסים על-ידי הפסיקה. ראו, למשל, בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.12.2007) (להלן: פרשת רמון).

6 במאמר זה לא נתמקד בעתירות נגד מינויים פוליטיים אסורים, שכן אף-על-פי שלסוגיית המינויים הפוליטיים יש זיקה לנושא של איזון בין שיקולים מקצועיים ופוליטיים מזה לבין שיקולים אתיים מזה, היא אינה נוגעת בליבתו. להיבטים משפטיים, היסטוריים וסוציולוגיים של סוגיית המינויים הפוליטיים ראו, למשל, יצחק זמיר "מינויים פוליטיים" משפטים כ 19 (1990); יצחק זמיר "מינויים פוליטיים בביקורת שיפוטית" משפטים כא 145 (1991); דורון נבות **מינויים פוליטיים בלתי תקינים בישראל** (ביה"ס לממשל ולמדיניות ע"ש הרולד הרטון, אוניברסיטת תל-אביב, נייר עמדה, 2007).

באשר למינויים לתפקידים של נבחרי ציבור, בפסקי-דין באשר למינויים לתפקידים אזרחיים בכירים בשירות המדינה, ובפסקי-דין באשר למינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון.

1. מינויים לתפקידים של נבחרי ציבור

6. בשני פסקי-דין שניתנו בתחילת שנות התשעים קבע בית-המשפט העליון כי ראש הממשלה חייב להפעיל את סמכותו להעביר שר או סגן שר מתפקידם אם היועץ המשפטי לממשלה גיבש נגדם כתב אישום המייחס להם ביצוע עברה פלילית חמורה. בית-המשפט פסק כי במקרה כזה נדרשת "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".⁷ אומנם, לדברי בית-המשפט העליון, "בין שאר השיקולים, רשאי וחייב בעל הסמכות לשקול את תפקודו של סגן השר ואת הצלחתו בתפקיד. שיקולים 'פוליטיים' – אשר בהקשרים אחרים עשויים להיות פסולים... – הם שיקולים ראויים בהקשר של הפסקת כהונתו של סגן שר. הצורך לקיים קואליציה ולהבטיח המשך אמונה של הכנסת הוא בוודאי שיקול ענייני".⁸ אולם בשני פסקי-הדין לא דן בית-המשפט במשקלם היחסי של שיקולים אלה בנסיבות המסוימות של המקרים. משמצא בית-המשפט כי המעשים שבהם הואשמו השר אריה דרעי וסגן השר רפאל פנחסי הם חמורים, הוא לא בחן את תפקודם ואת מידת הצלחתם בתפקידיהם, אשר לא הוזכרו כלל בפסקי-הדין, ואף לא את השיקולים הפוליטיים הספציפיים של ראש הממשלה. הקביעה כי השיקולים הפוליטיים חוקיים וענייניים הוזכרה בפסקי-הדין,⁹ אך שיקולים אלה לא נותחו, ולא נבחן אם יש בהם כדי להשפיע על חוקיות ההחלטה לא להעביר את שני האישים מתפקידם.

7. כך היה גם באותם פסקי-דין שבהם נפסק כי בפגמים שנפלו בהתנהלותם של נבחרי ציבור אין כדי לחייב את העברתם מתפקידם. זאת, הן כאשר נקבע כי גיבוש כתב אישום נגד חבר-הכנסת אינו שולל את חוקיות מינויו ליושב-ראש ועדה של הכנסת;¹⁰ הן כאשר

7 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1993) (להלן: פרשת דרעי).

8 בג"ץ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, פס' 30 לפסק-דינו של השופט ברק (1993) (להלן: פרשת פנחסי).

9 ראו פרשת דרעי, לעיל ה"ש 7, פס' 20 לפסק-דינו של הנשיא שמגר; פרשת פנחסי, לעיל ה"ש 8, פס' 30 לפסק-דינו של השופט ברק.

10 בג"ץ 7367/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547 (1998).

נקבע כי בדרך-כלל מעשים של שר שלא גובש בגינם כתב אישום אינם יכולים לחייב את העברתו מתפקידו;¹¹ והן כאשר נקבע כי ניתן למנות לשר אדם שהורשע בביצוע עבירה פלילית אם בית-המשפט שהרשיע אותו קבע כי אין מקום להטיל עליו קלון.¹² באחדים מפסקי-הדין הוזכרה העובדה שהכנסת אישרה את המינוי. כך, למשל, במקרה אחד נידונה העובדה שהכנסת אישרה את מינויו של המשיב לתפקיד המשנה לראש הממשלה.¹³ עם זאת, בית-המשפט לא נכנס לגופם של השיקולים שעמדו ביסודן של החלטות הכנסת, והתייחס אליהם כאל נתון.

בכל המקרים האלה, הגם שלכאורה הייתה הרשות המוסמכת רשאית – ואולי אף חייבת – להתחשב בשיקולים הנוגעים בצורך הציבורי והפוליטי במינוי, בית-המשפט לא דן, וכל שכן לא קבע ממצאים, באשר למהותם ולמשקלם של שיקולים אלה בנסיבות המקרה.

8. כך, בפסקי-הדין שבו נדחתה ברוב דעות עתירה נגד מינויו של חיים רמון לתפקיד המשנה לראש הממשלה – מינוי שעליו הוחלט למרות הרשעתו של רמון סמוך לפני כן בעבירה של מעשה מגונה ללא הסכמה – כתבה השופטת אילה פרוקצ'יה, שתמכה בדחיית העתירה:

"במינוי לממשלה, יש לשקול, בין היתר, את תרומתו הפוטנציאלית של האדם לתפקיד, את חשיבות צירופו לממשלה לצורך שימורה של הקואליציה, ויעילות תפקודה של הממשלה. בנושא הכרוך בחיים הפרלמנטריים-פוליטיים, אין לשלול התחשבות מידתית בשיקולים הקשורים בנסיבות פוליטיות... על הרשות להתחשב בדרישות המשרה, בכישוריו המיוחדים של המועמד, ובתועלת ששירותו עשוי להביא לקידום האינטרס הציבורי הרחב. על הרשות הממנה לשקול את מכלול הנתונים האמורים לכדי איזון ראוי, במיתחם שיקול הדעת הסביר הנתון לה. עברו הפלילי של המועמד, או קיומו של דופי במעשיו, נשקלים בהתאם לטיבם ולעוצמתם אל מול שיקולים כלליים רלבנטיים אחרים: נשקלים יתרונותיו המקצועיים של המועמד בצד דופי נטען או מוכח במעשיו, אל מול טיבה של המשרה ומקומה במערכת הציבורית, ומידת חיוניותו של המועמד למילוי התפקיד. נדרש איזון בין מכלול השיקולים השונים והנוגדים..."¹⁴

למרות דברים אלה, לא התייחסה השופטת פרוקצ'יה להיבטים הנוגעים בכישוריו המיוחדים של חיים רמון לתפקיד המשנה לראש הממשלה, כמו-גם לשיקולים

11 בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997) (להלן: פרשת הנגבי).

12 ראו פרשת רמון, לעיל ה"ש 5.

13 שם, פס' 25–26 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 12 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

14 שם, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הפוליטיים הנוגעים במינויו לתפקיד זה. היא רק קבעה, מבלי לפרט את השיקולים שאינם נוגעים בהרשעת רמון, כי האיזון בין השיקולים לכאן ולכאן שהוביל למינוי רמון מצוי במתחם הסבירות:

"בהליך המינוי העריכו ראש הממשלה והממשלה את כישוריו המיוחדים של ח"כ רמון כנגד הכשל שארע במעשה הפסול עליו הורשע. באיזון שנערך בין נתוני ההרשעה הפלילית, והחולשה האנושית שנחשפה מתוכה וכן הזמן הקצר שחלף מאז ריצוי העונש, לצד היכולות והכישורים המקצועיים של המועמד לצד תרומתו הצפויה לחיים הציבוריים, כמו גם לחשיבות צירופו לממשלה משיקולים כלליים שונים, ניתן משקל מכריע לגורמים האחרונים. בנסיבות העניין, באיזון כפי שנעשה, לא נפל פגם המצביע על אי סבירות קיצונית בהפעלת שיקול הדעת של הגורם הממנה."¹⁵

שופט המיעוט עדנה ארבל, שסברה כי דין העתירה להתקבל, החילה לכאורה מתודולוגיית איזון דומה לזו של השופטת פרוקצ'יה. עם זאת, השופטת ארבל לא הזכירה את הרלוונטיות של השיקולים שאינם קשורים להרשעת רמון – אלה הנוגעים בהתאמתו לתפקיד המשנה לראש הממשלה ובתנאים הפוליטיים ששררו סביב המינוי. ממילא, מפסק־דינה לא עולה, אף לא להלכה, כי שיקולים אלה רלוונטיים מבחינה משפטית למינוי של נבחר ציבור. לדידה של השופטת ארבל, "החלטה על מינוי לתפקיד ציבורי של מי שלחובתו הרשעה בפלילים מצריכה איזון בין שתי מערכות של שיקולים: המערכת האחת סובבת סביב עקרון התשובה... הן אינטרס הפרט, הן אינטרס הכלל הוא לאפשר גם למי שנידון פתיחת דף חדש. המערכת השנייה של השיקולים עניינה שיקולים שבאינטרס הציבורי המובהק בקיומו של שירות ציבורי למופת, הנהנה מאמונו של הציבור."¹⁶

השופט אשר גרוניס הצטרף לדחיית העתירה, אך זאת על יסוד גישה מרוסנת באשר לביקורת שיפוטית הנסמכת על עילת הסבירות. לדעתו של השופט גרוניס, הן השיקולים האתיים והן השיקולים הפוליטיים אינם מצויים בתחום מומחיותו של בית־המשפט, וממילא אין מקום להגבלה משפטית ושיפוטית של סבירות האיזון ביניהם. הנה כי כן, אף שכל אחד משלושת השופטים ביסס את פסק־דינו על הנמקה שונה, ואף שההכרעה נפלה ברוב דעות, לשלושת פסקי־הדין יש מכנה משותף: הימנעות של בית־המשפט מדיון בשיקולים הפוליטיים ובשיקולים הלא־אתיים הקונקרטיים הנוגעים בהתאמה לתפקיד של נבחר ציבור.

15 שם, פס' 32 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה.

16 שם, פס' 5 לפסק־דינה של השופטת ארבל (ההדגשות במקור).

9. גם כאשר הטענה שהועלתה נגד החלטה בדבר מינוי או העברה מתפקיד של נבחר ציבור לא עסקה בהיבט האתי, נמנע בית-המשפט העליון מלדון באופן מהותי בשיקולים שעמדו על הפרק ובאיזון ביניהם.

כך היה, למשל, כאשר בית-המשפט דחה עתירה נגד החלטתו של ראש הממשלה, ערב ישיבת הממשלה שדנה בתוכנית ההתנתקות שאותה ביקש ראש הממשלה לקדם, להעביר מתפקידם שני שרים שהתנגדו לתוכנית. לא זו בלבד שבית-המשפט פירש את סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו באופן מרחיב, כך שראש הממשלה מוסמך להפעיל את הסמכות אם הוא "משוכנע כי יש בכך כדי לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת של המדינה ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה"¹⁷, הוא אף לא בחן לגופה את עמדתו של ראש הממשלה במקרה הנדון. כך, בית-המשפט לא דן במידת חיוניותם של שני השרים שהועברו מתפקידם, ברמת תפקודם או בשאלה אם המשך כהונתם בממשלה אכן יכשיל את האפשרות לקדם את תוכנית ההתנתקות. זאת, למרות הקביעה בפסק-הדין כי ראש הממשלה צריך להפגין "זהירות... בעת העברת שר מכהונתו"¹⁸ וכי עליו לבחון, בין היתר, אם קיימת "תשתית עובדתית מבוססת להחלטה על ההעברה מן הכהונה" ו"את האופן שבו מבוצע תפקידו"¹⁹ של השר.

הימנעותו של בית-המשפט העליון מלבחון באופן מפורט את שיקול-הדעת של ראש הממשלה בהקשר זה בולטת על רקע ההידרשות המדוקדקת והמפורטת של בית-המשפט, בפסקי-דין שהזכרנו קודם לכן, למשקלם של שיקולים אתיים בהפעלת אותה סמכות עצמה. זאת, הגם שבשני ההקשרים הביקורת השיפוטית מבוססת על אותה אמת-מידה עצמה – הסבירות.

2. מינויים לתפקידים אזרחיים בכירים בשירות המדינה

10. גם כאשר לתפקידים בכירים בשירות המדינה – שאינם של נבחר ציבור, אלא של ממונים – החיל לכאורה בית-המשפט העליון מתודולוגיה של איזון בין שיקולים הנוגעים באמון הציבור בממשל לבין שיקולים אחרים. כך, בעניין מינויו של אדם בעל עבר פלילי למנהל כללי של משרד ממשלתי נקבע כי על הממשלה לאזן בין כמה שיקולים – "מחד גיסא, עקרון 'התשובה' והתאמת המועמד לתפקיד, ומאידך גיסא, הבטחת פעילות תקינה של השירות הציבורי ואמון הציבור בו"²⁰. בדומה לכך, בעניין מינויו של מנהל מינהל מקרקעי ישראל נקבע כי "על הרשות הממנה לבחון את

17 בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

18 שם, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

19 שם.

20 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, פס' 52 לפסק-דינו של השופט ברק (1993).

השלכותיו של הדופי הערכי-נורמטיבי שדבק בהתנהגותו של המועמד בעבר, על יכולתו המקצועית למלא את המשרה הציבורית הרלוונטית ואת המשימות הכרוכות בה. לצד זאת, יש לבחון את טיב הזיקה שבין הפגם הערכי-נורמטיבי לבין התפקיד המיועד, ואת ההשלכה על אמון הציבור בשירות הציבורי אם יתמנה המועמד לתפקיד.²¹ בפסק-דין שהתייחס למינויו של אדם שעבר עברות מס ומטבע לתפקיד שגריר ישראל בארצות-הברית נקבע בפסק-הדין כי על הממשלה "ליתן משקל לעברו הפלילי של המועמד. משקל זה אינו גורם קבוע ועומד. הוא משתנה על-פי מהות העבר הפלילי ונסיבותיו מזה ומהות התפקיד וחיוניותו מזה. כאשר השיקולים השונים מובילים לכיוונים שונים, יש לאזן ביניהם על-פי תפיסות היסוד של המשפט בישראל".²² עם זאת, בעריכת האיזון לא התייחס בית-המשפט ל"מהות התפקיד וחיוניותו". הוא דחה את העתירה משמצא כי קיימים "שיקולים לכאן ולכאן"²³ מבחינת חומרתן של העברות שביצע המועמד, וכי "על-פי הנהוג והמקובל אצל המטפלים יום-יום בעבירות מס ומטבע, מקרהו של המשיב... לא נתפס כמקרה חמור",²⁴ ומכאן "שבעניינו מדובר בהחלטה שלטונית המצויה במיתחם הסבירות".²⁵

11. עד כאן המכנה המשותף הרחב בין הפסיקה העוסקת בתפקידים אזרחיים בכירים בשירות המדינה לבין זו העוסקת בנבחרי ציבור. אולם המגבלות החלות על מינויים בשירות המדינה רחבות מאלה החלות על מינויים של נבחרי ציבור. כך מבחינת הרטוריקה של בית-המשפט, ונראה שכך, במידת-מה, גם בפרקטיקה. כך, נקבע כי הביקורת השיפוטית באשר למינויים של שרים וסגני שרים היא צרה יחסית לעומת מינויים מקצועיים. זאת, "בהתחשב בכך שראש הממשלה רשאי לשקול לצורך מינוי שרים שיקולים שהם פרלמנטאריים, פוליטיים ומפלגתיים באופיים; וכן בשל העובדה כי הרכב הממשלה כפוף לפיקוח פרלמנטארי של הכנסת, ועומד לבחינתו של ציבור הבוחרים. בהקשר זה, בולט הצורך לאזן בין אינטרס הייצוגיות, קרי – הרצון לאפשר לציבור להיות מיוצג לפי בחירתו – לבין האינטרס הציבורי בדבר שמירה על רמה ערכית ראויה של נבחרי הציבור".²⁶

12. אכן, בעוד שמינויים לתפקידי שרים נפסלו עד עתה רק במקרים של גיבוש כתב אישום שייחס למועמדים ביצוע עברות חמורות, מינוי לתפקיד מנהל מינהל מקרקעי ישראל נפסל אף שלא נטען כי המועמד שנפסל ביצע עברות פליליות, אלא רק בשל

21 בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008) (להלן: פרשת לביא).

22 בג"ץ 194/93 שגב נ' שר החוץ, פ"ד מט(5) 57, פס' 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1995).

23 שם, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

24 שם, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

25 שם, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

26 פרשת לביא, לעיל ה"ש 21, פס' 18 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265, פס' 17 לפסק-דינו של השופט מצא (2002).

התבטאויותיו של המועמד, אשר בית-המשפט העליון מצא כי הן "עומדות בניגוד מובהק לנורמות ציבוריות ראויות עליהן מושתת תפקודו התקין ותדמיתו של השירות הציבורי ואמון הציבור בו".²⁷

דוגמה נוספת להחלת אמות-מידה קפדניות על-ידי בית-המשפט העליון באשר למינוי לתפקיד בכיר בשירות המדינה היא פסק-הדין שבו פסל בית-המשפט את החלטת הממשלה למנות לתקופת ניסיון מנהל כללי למשרד המדע והטכנולוגיה.²⁸ במקרה זה לא היה כל דופי באישיותו של המועמד לתפקיד, ובית-המשפט העליון אף הטעים כי "מדובר באדם טוב, שאיכויותיו הערכיות אינן שנויות במחלוקת".²⁹ אלא שוועדת המינויים – אשר בחנה את המינוי על רקע החלטת הממשלה בדבר התנאים למינוי למשרות מסוימות, וביניהן מנהלים כלליים של משרדי ממשלה – מצאה כי המועמד אינו מקיים את תנאי הכשירות שנקבעו בהחלטת הממשלה, וכי במקרה הנידון לא רק שאין הצדקה לסטות מתנאים אלה, אלא שיש להקפיד עליהם ביתר שאת כאשר מתקיימת זיקה פוליטית בין המועמד לתפקיד המנכ"ל לבין השר הממונה על המשרד. אומנם, בית-המשפט העליון ביסס את עיקר הכרעתו על חובתה העקרונית של הממשלה לקיים את המלצות הוועדה, אולם הוא הוסיף וציין:

"ניסיונו הניהולי העיקרי של המועמד בענייננו הוא בניהול מפלגה, ועל פני הדברים, ניסיון מסוג זה אינו מכשיר אדם לנהל משרד ממשלתי ולעמוד בראשו. גם עבודה במשך שנה בהקמת שירות לאומי לבנים אינה בגדר 'ניסיון ניהולי מיוחד' לצורך החלת החריג, אף כי נושא 'השירות הלאומי' [שהמועמד היה מנוסה בו] השתלב, משום מה, בתחומי פעילותו של משרד המדע, על אף שהקשר הענייני בין מדע וטכנולוגיה לבין שירות לאומי אינו נהיר כלל".³⁰

מכאן שבנסיבות שבהן העתירה סבה על שיקולים הנוגעים בכישוריו המקצועיים של המועמד לתפקיד בכיר בשירות הציבורי, מבלי שנטען לפגמים אתיים במועמד עצמו, לא

27 פרשת **לביא**, לעיל ה"ש 21, פס' 25 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

28 בג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 24.11.2009). **גילוי נאות**: פרופ' אריאל בנדור נתן חוות-דעת בעניין חוקיות המינוי, אשר בית-המשפט העליון לא קיבל.

29 שם, פס' 50 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. השופט יצחק עמית ציין אף הוא, בפס' 1 לפסק-דינו, כי "אין חולק על כשירותו המוסרית-ערכית של [המועמד]... ואף לא אכחד, כי דבריו במהלך הדיון בפנינו, כמי שבנה את עצמו ואת עתידו בעשר אצבעותיו וכמי שעשה חיל בתפקידו הקודמים, מצאו מסילות לליבי".

30 שם, פס' 58 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. יצוין כי שני השופטים האחרים בהרכב – השופטים ג'ובראן ועמית – לא הביעו הזדהות עניינית מפורשת עם עמדתה של ועדת המינויים, ומפסקי-דינם עולה כי תמיכתם בקבלת העתירה התבססה בעיקר על חובתה של הממשלה לפעול לפי המלצות הוועדה גם במקרים שהממשלה רואה כ"מקרי-גבול". עם זאת, הם הצטרפו לנימוקה של השופטת פרוקצ'יה, שכתבה את פסק-הדין העיקרי.

נמנע בית-המשפט מהתייחסות לשיקולים אלה. עם זאת, במקרה זה המינוי שנתקף נעשה בניגוד להמלצתה של ועדה מקצועית שהממשלה מינתה למטרה זו, וניתן משקל אף לכך שברקע המינוי עמדה ללא ספק גם קרבה פוליטית מובהקת בין השר למועמד – שיקול שאף הוא, כך נרמז מבין השיטין של החלטת הוועדה ושל פסק-הדין שאימץ אותה, בעל מהות אתית. אף אם אין בקרבה כזאת כדי לפסול מינוי לתפקיד מנהל כללי של משרד ממשלתי, יש בה – כך סברה הוועדה, ובית-המשפט העליון אימץ את דעתה – שיקול המצדיק הקפדת-יתר על התאמה מקצועית.

13. היבט נוסף שבו בחן בית-המשפט מינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבור – שאינם של נבחרי ציבור – על-פי שיקולים החורגים מההתאמה האתית של המועמדים נוגע בסוגיית ההעדפה המתקנת. זאת, גם במקרים שבהם לא היה הסדר בעניין זה בחוק.³¹

כך, באשר למינוי סמנכ"ל במוסד לביטוח לאומי – בנסיבות שבהן הרוב הגדול של הסמנכ"לים המכהנים הם גברים – קבע בית-המשפט העליון, אף שחוק הכנסת לא חייב זאת, כי "משנתפנתה משרת סמנכ"ל... במוסד לביטוח לאומי ומשידענו כי במינהלת המוסד יושבים גברים בלבד, חובה-שבהלכה היא שהוטלה על השר לחפש – לחפש בשקידה – אישה בעלת כישורים מתאימים לתפוש משרה זו".³²

במקרה דומה, שגם בו חלה הוראת החוק המחייבת מתן "ביטוי הולם בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים", חייב בית-המשפט העליון, בשלב הראשון, את הרשות הממנה לתת משקל לחובה זו בבחירת מנכ"ל הרשות הלאומית למלחמה בסמים ובאלכוהול.³³ אולם מששבה הרשות ובחרה בגבר לתפקיד, אף שוועדת האיתור המליצה על בחירת אישה, דחו השופטות את העתירה בציינן כי "מתוך התמונה שהצטיירה לפנינו התרשמנו כי היה טעם מהותי מבוסס להחלטת השר שלא לקבל את המלצות ועדת האיתור, ולהעדיף על פניה את המלצת מנכ"ל משרדו".³⁴ זאת, גם "בשים לב לתרבות הארגונית הניטרלית – מבחינה מגדרית – המאפיינת את הרשות".³⁵

31 בשנת 2005 הוספה לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, הוראה כללית – ס' 6ג – בדבר ייצוג הולם של נשים בגופים ציבוריים, וביניהם משרדי ממשלה ויחידות-הסמך שלהם, לרבות בקרב הנהלותיהם ועובדיהם. בחוק נקבע כי בגופים אלה "ייתן ביטוי הולם בנסיבות הענין, לייצוגן של נשים... ובלבד שאם לצורך ביצוע הוראה זו נדרשת העדפת אישה, תינתן העדפה כאמור אם המועמדים בני שני המינים הם בעלי כישורים דומים". אך גם לפני החקיקה של סעיף זה, ושל סעיפים ספציפיים דומים בחוקים אחרים, בחן בית-המשפט מינויים מסוימים לפי אותם עקרונות.

32 בג"ץ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(3) 630, פס' 55 לפסק-דינו של השופט חשין (1998).

33 בג"ץ 5755/08 **ארן נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 20.4.2009).

34 בג"ץ 5158/09 **ארן נ' ממשלת ישראל**, פס' 10 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.1.2010).

35 שם, פס' 8 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

מכל מקום, החובה לדאוג לייצוג הולם של בני קבוצות מופלות כפופה לצורך בהתאמה מקצועית של המועמדים. קצב שילוב איטי של מועמדים מבני קבוצה מסוימת אינו מהווה כשלעצמו הפרה של חובת ההעדפה המתקנת.³⁶

14. פסק-דין החושף הליך מינוי באמצעות ועדת איתור – אשר מבררת את מכלול השיקולים הרלוונטיים, הן מהשדה המקצועי והן מתחום האתיקה, ומאזנת ביניהן בהחלטה מנומקת – הוא פסק-הדין בפרשת **אגודת העיתונאים בתל-אביב**.³⁷ בעניין זה נתקף מינוי מנכ"ל לרשות השידור שנעשה על-ידי הממשלה על-פי המלצתה של ועדת איתור, אשר שקלה גם חומר שקיבלה מהוועדה לבדיקת מינויים הפועלת מכוח סעיף 18 ב לחוק החברות הממשלתיות, המוסמכת לדון גם במינויים לתאגידים סטטוטוריים. הוועדה הוקמה לפי חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה, על-פי העקרונות המקובלים הנוגעים בוועדות איתור בשירות המדינה כפי שנקבעו בהחלטת הממשלה.³⁸ ליושב-ראש הוועדה מונה יושב-ראש הוועד המנהל של רשות השידור, וחבריה היו נציב שירות המדינה, חבר מליאת הרשות שבחרה המליאה וכן שני נציגי ציבור – האחד משפטן והאחרת שחקנית ויוצרת. הוועדה קיימה הליכים יסודיים שהובילו אותה לגיבוש המלצתה, בהליך שבו נטלו חלק גם גורמים נוספים. באשר למשיב הועלו לפניו, בין היתר, טענות אתיות שונות, אך בירורים שערכה הוועדה הראו כי טענות אלה אינן מבוססות. הוועדה – כמו גורמים אחרים שהיו מעורבים בהליכי המינוי – אף הייתה ערה לנתונים ולטענות שונים נגד התאמת המשיב לתפקיד, אולם לאחר שקילתם המליצה על המשיב לתפקיד.³⁹

36 ראו בג"ץ 10026/01 **עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נז(3) 31 (2003).

37 בג"ץ 5599/11 **אגודת העיתונאים בתל-אביב נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 24.11.2011) (להלן: פרשת **אגודת העיתונאים בתל-אביב**).

38 החלטה 2541 של הממשלה ה-29 "פטור ממכרז (מינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים – קביעת עקרונות כלליים למנגנון של ועדה לאיתור מועמדים)" (29.9.2002).

39 להלן קטעים מתוך פסק-הדין בפרשת **אגודת העיתונאים בתל-אביב**, לעיל ה"ש 37 (פס' 2–4 לפסק-דינו של השופט פוגלמן), שבהם מפורט ההליך: "[ועדת האיתור] קיימה ארבע ישיבות טרם שגיבשה המלצה על מועמד לתפקיד. בין היתר פרסמה הודעה הקוראת למועמדים פוטנציאליים להגיש מועמדות...; קבעה אמות מידה לבחירת המועמד המתאים; ערכה סינון ראשוני של מועמדים שלא עמדו בתנאי הסף; וקיימה ראיונות עם יתר המועמדים (שמונה במספר). בתום הראיונות, התרשמה הוועדה כי לשניים מהמועמדים, שהמשיב הוא אחד מהם, נתונים המעידים על התאמה רבה יותר לתפקיד לפי אמות המידה שקבעה, ובפער ניכר. שני המועמדים זומנו לראיון נוסף וכן נדרשו להציג נייר עמדה ביחס לאופן תפיסתם את התפקיד. בתום הראיונות הנוספים ולאחר ששקלה את כל החומר שלפניה, החליטה ועדת האיתור להמליץ על המשיב לתפקיד, בקובעה – בין היתר – כי הלה בלט בכישוריו, ביכולת הניהול ובניסיון שהביא עמו ביחס למועמד האחר. המלצת הוועדה הוגשה לראש הממשלה, אשר הביאה [אותה] לידיעת חברי מליאת רשות השידור לקראת כינוסה לדיון בנושא... לאחר שהוצגו לה המלצות ועדת האיתור ונמסר כי למעלה מתשעה חברי מליאה מציעים את המשיב גם כמועמד מטעמם, החליטה המליאה להמליץ עליו לתפקיד... בעקבות המלצת המליאה

בית-המשפט העליון דחה טענות שנגעו בהרכבה של ועדת האיתור, בהליכי מינויה ובעמידתו של המשיב בתנאי הכשירות הפורמליים שנקבעו לתפקיד. באשר לטענות לגופו של שיקול-הדעת בהחלטה על המינוי, ציין בית-המשפט כי הביקורת השיפוטית בעניין זה היא צרה במיוחד:

"מקום שהגורם הממנה אימץ את המלצותיה של ועדה מקצועית שנועדה לאתר מועמדים לתפקיד ולהמליץ על המתאימים מביניהם. ועדת איתור כזו מכנסת תחת קורתה אנשי מקצוע רלוונטיים ובעלי מומחיות בדבר, שבכוחם לאסוף מידע, ליצור תשתית עובדתית ולגזור ממנה מסקנות והמלצות. נוכח מומחיותה של הוועדה והמשאבים העומדים לרשותה... יש לייחס להמלצתה משקל רב – כמעט מכריע – במניין שיקוליו של הגורם הממנה."⁴⁰

לנוכח החלטתה המנומקת של הוועדה, שהתייחסה גם לנתונים ולטענות שהובאו נגד המשיב, מצא בית-המשפט העליון כי המלצת הוועדה והחלטת הממשלה שאימצה אותה אינן חורגות ממתחם הסבירות, ודחה את העתירה. השופט עוזי פוגלמן ציין כי "אף שהעותרת מצביעה על נתונים שיש להם משקל לחובתו של המשיב, אין לומר כי ועדת האיתור כמו גם הממשלה התעלמו מהם, או שהאיזון הכולל בין כלל השיקולים חורג ממתחם הסבירות במידה המצדיקה התערבות".⁴¹

פסק-הדין מדגים הליך מינוי לתפקיד ציבורי בכיר, שהתבסס על בדיקת מכלול השיקולים הרלוונטיים על-ידי גוף מקצועי ואיזון מנומק ביניהם. הליך כזה לא הטא את הביקורת השיפוטית לעיסוק בשיקולים אתיים בלבד, באופן שמשמעותו הכוללת עלולה

הועברה מועמדותו של המשיב לבחינתה של הוועדה לבדיקת מינויים... [יו"ר הוועדה] הודיעה... כי במועמד מתקיימים תנאי הכשירות הנדרשים... בצד האמור, צוין כי הובאו לפני הוועדה טענות שונות הנוגעות למידת התאמתו של המועמד לתפקיד – טענות שלא היו לנגד עיניה של ועדת האיתור בעת ששקלה את התאמתו. הוועדה לבדיקת מינויים העבירה אפוא לראש הממשלה חומר נוסף, שלא נבחן קודם לכן... וכן מכתב ששלח המשיב בתגובה לטענות שהעלתה העותרת לפני הוועדה לבדיקת מינויים... ועדת האיתור [התכנסה] פעם נוספת, ולאחר ששקלה בדבר החליטה להותיר את המלצתה על כנה... לאחר מועד כינוסה של ועדת האיתור, התקבלו... שתי פניות נוספות נגד מינויו של המשיב... הממשלה [קיימה] דיון במינוי המוצע. לפני הממשלה הונח התיעוד הרלבנטי לעניין מינויו של המשיב: דברי הסבר להצעת ההחלטה על המינוי; חוות דעת משפטית של לשכת היועצת המשפטית במשרד ראש הממשלה; חוות הדעת של ועדת האיתור ושל הוועדה לבדיקת מינויים; הנתונים המתייחסים לעתירה זו (שהוגשה לפני הדיון האמור במינוי) וכן פניות נוספות שהגיעו לאחר שניתנה חוות דעתה של ועדת האיתור. בישיבה זו אישרה הממשלה את מינויו של המשיב לתפקיד מנכ"ל רשות השידור."

40 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

41 שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

להיות מתן משקל-יתר לשיקולים אלה, בלא איזון של ממש בינם לבין מכלול השיקולים שלעניין.⁴²

3. מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון

15. מינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון אינם נעשים על בסיס המלצות של ועדות איתור, ואף אינם טעונים אישור של גוף הבודק את מכלול השיקולים, לרבות השיקולים המקצועיים. המועמדים למפקדים של רשויות הביטחון – הרמטכ"ל, מפכ"ל המשטרה ונציב בתי-הסוהר – מוצעים לממשלה על-ידי השר העומד בראש המשרד הרלוונטי, והתאמתם לתפקיד נבחנת על-ידי הוועדה המייעצת מבחינת שיקולים של טוהר המידות בלבד. מפקדים בכירים אחרים ממונים לעיתים על-ידי השרים הרלוונטיים לפי המלצה של ראש רשות הביטחון המסוימת, ולעיתים על-ידי ראש הרשות עצמו.

16. במקרה אחד פסל בג"ץ קידום בדרגה של קצין בצה"ל שניצל את מרותו כמפקד לקיום יחסים בעלי אופי מיני, בהסכמה, עם חיילת ששירתה כמזכירתו. זאת, על בסיס קביעה כי החלטת הרמטכ"ל לא להימנע מהעלאת דרגתו של הקצין ומקידומו בתפקיד, אלא להסתפק בעיכובם, אינה עומדת במבחני הסבירות והמידתיות. בית-המשפט קבע:

"כמי שמופקד[ים] בראש ובראשונה על הביטחון, הציבו [שר הביטחון והרמטכ"ל]... בראש מעייניהם את צורכי צה"ל ואת התרומה הגדולה שהמשיב יכול לתרום לצה"ל אם יקודם... אין אנו מטילים דופי בפן זה של שיקול-דעתם ואין אנו מתיימרים להתערב בהערכה המיוחדת שהמשיב זוכה לה מצד מפקדיו כמפקד, כלוחם וכבעל כישורים מקצועיים מעולים. בכל אלה סומכים אנו על הרמטכ"ל שהוא המוציא והמביא בעניין מקצועיות צבאית. אולם, ככל שהדבר מתייחס לפן הערכי-נורמטיבי-מוסרי, נראה לנו, כי נפל פגם מהותי בהחלטה, עקב אי-מתן משקל הולם וראוי לכל אחד מן השיקולים הספונים בפן זה, שכל אחד מהם הוא בעל משקל סגולי רב-עוצמה, ובהצטברם יחד מכריעים הם את הכף בצורה חד-משמעית להתערבות בהחלטה, עד כדי ביטולה."⁴³

42 במקרים מסוימים, שהקשר בינם לבין הנושא שמאמר זה מתמקד בו הוא עקיף בלבד, ועדת איתור מוקמת דווקא משיקולים אתיים במהותם – כדי להפחית את הסיכוי לעריכת מינויים על-פי שיקולים פסולים. במקרים אלה קבע בית-המשפט כי שיקול-דעתה של הרשות הממנה מצומצם מאוד, וכי בהעדר טעם נוגד חזק עליה לאמץ את המלצתה של ועדת האיתור. ראו בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 29.1.2012) (להלן: פרשת אשר). ייתכן שיש מקום לביקורת על פסיקה זו, אשר מגבילה מאוד את שיקול-דעתה של הרשות הממנה גם כאשר זה ניתן לה בחוק.

43 בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1999).

עם זאת, בית-המשפט פסל רק את קידום הקצין בדרגה, ולא את קידומו בתפקיד. הטעם לכך, כאמור בפסק-הדין, "הוא שהדרגה מסמלת סטטוס והעלאה בדרגה היא בבחינת אות הוקרה. לכך לא ראוי המשיב. לא כך כאשר מדובר בקידום בתפקיד, המגלם הרחבת אחריותו של המפקד וניצול רחב יותר של כישוריו ומקצועיותו. אף שיייתכן כי השניים – קידום בתפקיד והעלאה בדרגה – שלובים זה בזה, לא ראינו מקום להתערב בנושא שיבוצו של המשיב בתפקיד".⁴⁴

בעקבות פסק-הדין פרש הקצין משירותו בצה"ל. דומה כי בית-המשפט הביא אפשרות זו בחשבון כאשר ציין כי "יש לקוות שצה"ל אינו תלוי באדם אחד, יהיו כישוריו אשר יהיו, וכי אי-העלאתו בדרגה של קצין בכיר ומוצלח, ככל שיהיה, אינה יכולה לפגוע בחוסנו של צה"ל".⁴⁵

17. במקרה אחר דחה בית-המשפט העליון ברוב דעות עתירה נגד קידום לתפקיד מפקד עוצבה של קצין בדרגת תת-אלוף שנטען נגדו כי נשא באחריות לאירוע של הכאת עצירים בתקופת האינתיפאדה ואף שיקר כאשר הטיל את האחריות להכאת העצירים על פקודיו.⁴⁶ הקצין הועלה לדרגת תת-אלוף שלוש שנים לפני הגשת העתירה, בניגוד להמלצת הפרקליט הצבאי הראשי, אך נגד קידום זה לא הוגשה עתירה.

העתירה נדחתה, ראשית, משום שבראיות נגד הקצין, אף שהן היוו בסיס להמלצת הפצ"ר שלוש שנים לפני כן, לא היה, לדעת בית-המשפט, כדי לבסס די הצורך את הטענות שהועלו כלפיו, אף לא כ"ראיות מינהליות"; ושנית, בשל חלוף הזמן. לעניין זה קבע בית-המשפט העליון, מפי השופט יעקב טירקל:

"כתם מוסרי על מדיו של מפקד, הפוסל אותו מלמלא תפקיד פיקודי אחד, אינו 'מלבין' לצורך תפקיד פיקודי אחר. אם [העותרים] החרישו כאשר מונה בפעם הראשונה לתפקיד של מפקד אוגדה אין הם יכולים להישמע כאשר מונה לתפקיד כזה, אחרי שנים, בפעם השנייה".⁴⁷

דחיית העתירה לא התבססה על איזון בין הטענות האתיות לבין שיקולים הנוגעים בכישורים הצבאיים של הקצין, אף שבית-המשפט מצא לנכון לציין כי "מן הבחינה המקצועית זכה [הקצין]... במשך השנים שחלפו מאז ועד היום לתשבחות על אופן מילוי תפקידו ועקב החקירות שנערכו נגדו עוכב למעשה קידומו מאז הועלה לדרגת אלוף משנה במשך תקופה של כעשר שנים".⁴⁸

44 שם, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

45 שם.

46 בג"ץ 5795/97 שריד נ' שר הביטחון, פ"ד נא(4) 799 (1997).

47 שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט טירקל.

48 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט טירקל.

לעומת שופטי הרוב סברה שופטת המיעוט דליה דורנר כי מן הראוי להוציא בעתירה צו על-תנאי. זאת, הן משום שמצאה כי נגד הקצין היו ראיות לכאורה למעשים חמורים, והן משום שלא סברה כי קידומו בעבר של הקצין מונע כשלעצמו השגה על קידום נוסף שלו.

המשפט לא הוכרע אפוא על בסיס איזון בין השיקולים האתיים לשיקולים המקצועיים, אלא על יסוד שיקולים פרוצדורליים בעיקרם שנגעו בראיות ובחלוף הזמן מהמעשה שיוחס לקצין ומקידומו הקודם.

18. פסק-דין דומה במהותו ניתן על-ידי בית-המשפט העליון ארבע-עשרה שנים מאוחר יותר, בפרשה שבה נטען נגד מינויו של המשיב לסגן הרמטכ"ל, הן בטענה שהוא היה מעורב ב"סיכולים ממוקדים" בלתי-חוקיים שבוצעו תוך הפרת פסק-דין של בג"ץ, והן בטענה שהמינוי אינו כדין בשל התבטאותו המזלזלת של המשיב כלפי בית-המשפט העליון ופסיקותיו.⁴⁹

אף שבית-המשפט מצא כי העתירה לוקה בשיהוי ובאי-פנייה מוקדמת למשיבים, הוא לא דחה אותה בשל כך, וזאת משום שסבר כי "משום אופי העניין ומהותו לא היא זה נכון שלא להידרש לטענות לגופן".⁵⁰ העתירה נדחתה משום שלא הוכח כי המשיב פעל לא כדין באשר לסיכולים הממוקדים או כי הפר פסיקה של בית-המשפט בהקשר זה. זאת, לנוכח ממצאיהם של הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה, אשר בדקו את העניין וקבעו, באופן שהניח את דעת בג"ץ, כי אין בסיס לחקירה פלילית בעניין. עם זאת, בית-המשפט הוסיף וציין כי גם "חשדות לביצוע מעשים פליליים המבטאים מעצם מהותם דופי מוסרי עמוק" עשויים "למנוע מנושא משרה ציבורית מלשאת בתפקידו כל עוד החשד מעל ראשו", אף אם הרשויות המוסמכות קבעו כי אין בחשדות די לפתיחה בחקירה פלילית.⁵¹ זאת, במיוחד כאשר מדובר בתפקיד פיקודי בכיר בצה"ל. וכך כתבה בהקשר זה השופטת ארבל:

"חוסנו של צה"ל והאמון הציבורי בו אינם נובעים אך מיכולותיו המבצעיות ומאיתנותו הצבאית. כוחו של הצבא נגזר במידה רבה מהאמון במוסריותו ובטוהר המידות של מפקדיו וחייליו. אלו העומדים בראש הארגון נדרשים לשמש דוגמא ומופת של אמינות, הגינות וערכים בכדי שיוכלו להשיר מבט אל פקודיהם ולצוותם ללכת אחריהם, בכדי שהציבור כולו יידע כי כוחו של הצבא ועוצמתו מצויים בידי מפקדים נקיי כפיים שלא דבק בהם רבב."⁵²

בית-המשפט בדק אפוא את החשדות שהועלו נגד המשיב, אך מצא כי "קשה לסבור

49 בג"ץ 8707/10 הס נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 3.2.2011) (להלן: פרשת נווה).

50 שם, פס' 10 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

51 שם, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

52 שם.

כי עלה בידי העותרים להציג בסיס ממשי לטיעוניהם כי... הוצגה תשתית לטענות בדבר התעלמות מהוראות פסק הדין בעניין הסיכול הממוקד.⁵³ באשר להתבטאותו של המשיב, בית-המשפט אומנם מתח עליה ביקורת, אך קיבל את הטענה כי בהקשרה אין היא מבטאת התנכרות לחובה לציית לפסיקות בג"ץ.

מכל אלה עולה, ככל הנראה, כי בטענות שנגעו בהתנהלותו של המשיב באשר לסיכולים הממוקדים ולכיבוד פסיקת בג"ץ, ואפילו בטענות שנגעו בהתבטאותו, היה כדי להוות בסיס לפסילת מינויו לסגן הרמטכ"ל אילו הוכחו במידה מספקת (אף אם במידה פחותה מזו הנדרשת לשם פתיחת חקירה פלילית). זאת, בלא איזון בין חומרת המעשים וההתבטאות לבין נסיונו וכישוריו של המשיב כמפקד, הצורך במינויו באותה עת וכיוצא בהם.

19. גם במקרים אחרים, אף שבית-המשפט לא פסל מינויים לתפקידים בכירים בצבא מטעמים הקשורים לדופי אתי שנפל לטענת העותרים במועמד לתפקיד, נימוקי פסק-הדין נגעו אך ורק בהיבטים האתיים, ולא התבססו על איזון בינם לבין היבטים אחרים הנוגעים בכשירות לתפקיד.

כך היה בעתירה שהוגשה נגד כהונתו של דני חלוץ כסגן הרמטכ"ל. העותרים טענו כי חלוץ אינו ראוי לתפקיד בשל אחריותו, בתפקיד קודם שלו, להפצצה שבה נהרגו אזרחים, וכן לנוכח התבטאות שלו בריאיון לעיתון בעקבות ההפצצה כי הוא "מרגיש מכה קלה באווירון, כתוצאה משחרור הפצצה. כעבור שנייה זה עובר, וזה הכול". בית-המשפט העליון אומנם דחה את העתירה, אך בנימוקי פסק-הדין נכתב, בין היתר:

"ההלכה הפסוקה הרחיבה את תחום פריסתו של 'המעגל הפלילי' אשר במרכזו הרשעה בדין או הודיה בכיצועם של מעשים פליליים, ובשוליו התנהגות המצדיקה למצער פתיחתה של חקירה פלילית. כל בעל משרה ציבורית או המיועד למשרה כזו ונופל לתחומי מעגל מורחב זה חייב הדבר לבוא בגדר השיקולים אם ראוי הוא כי יכהן בתפקידו... האם לעיקרון זה תחולה אף במקרה שבו נטען כלפי בעל משרה כי התנהגותו מקימה חשד לפלילים, אך לא נמצאה – לשיטתם של הגורמים הממונים על אכיפת החוק – הצדקה לפתיחתה של חקירה פלילית נגדו או למצער לקיומו של בירור משמעותי? להשקפתי, התשובה על כך היא בחיוב."⁵⁴

אולם כאשר דן בית-המשפט "מן הכלל אל הפרט" במינויו של חלוץ ובהחלטה לא להשעותו מתפקידו כסגן הרמטכ"ל, הוא לא איזן בין מכלול השיקולים הנוגעים בעניין, אלא התייחס כמעט אך ורק לשיקולים האתיים, הנוגעים במעשים ובהתבטאות של חלוץ בקשר להפצצה. בית-המשפט מצא כי ההחלטה להימנע מהשעיית חלוץ אינה חורגת

53 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

54 בג"ץ 5757/04 הס נ' סגן הרמטכ"ל, פ"ד נט(6) 97, פס' 10–9 לפסק-דינו של השופט לוי (2005).

ממתחם הסבירות. השופט אדמונד לוי ציין כי התבטאותו של חלוץ אומנם ראויה לביקורת, אולם "בתתי את הדעת על כך שחלוץ כבר מכהן בתפקידו, על המשמעות שיש לדברים מבחינת אינטרס ההסתמכות של הצבא ושלו עצמו, איני סבור כי בהמשך כהונתו כסגן הרמטכ"ל, וכל עוד לא השתנו הנסיבות, יש כדי לפגוע בדרישות התפקיד, בתדמיתו של הצבא או באושיות המשטר והחברה ברמה המחייבת את השעייתו של חלוץ מתפקידו".⁵⁵

אכן, גם בחלק העקרוני של פסק-הדין לא הזכיר בית-המשפט שיקולים החורגים מההקשר האתי כרלוונטיים לאיזון. כך, בפסק-הדין צוין כי "יש לתת את הדעת על גורמים רבים, ובהם עוצמתם של החשדות המועלים נגד בעל התפקיד; מהותם של המעשים המיוחסים לו; מידת חומרתם של מעשים אלה – הן מבחינת השלכתם על הבנת תפיסתו המוסרית של בעל התפקיד הן לאור תוצאתם האפשרית; תדירות ביצועם; פרק הזמן שחלף מאז בוצעו; אם שעה שבוצעו כבר כיהן בעל המשרה בתפקידו; אם הוא הביע חרטה; אם המעשים נועדו לקדם את עניינו האישי; אם בוצעו במתכוון או בהיסח הדעת".⁵⁶ גורמים אלה שלדעת בית-המשפט יש לתת להם את הדעת הם אומנם רבים, אך אינם כוללים שיקולים שאין להם זיקה ישירה לפגמים האתיים שיוחסו לבעל התפקיד.

20. יש גם מקרים שבהם בית-המשפט עצמו – אף שהסתמך לכאורה על כללי המשפט המנהלי, אשר מקנים לרשות הממנה שיקול-דעת רחב, ובלבד ששיקוליה היו כדין – בחן בעצמו את ההחלטה שהתקבלה וקיבל החלטה לגוף העניין, על בסיס דיון בהיבטים האתיים, כאילו היה הרשות המוסמכת (או לפחות בית-משפט לערעורים).

כך, במקרה שבו נתקף מינוי של קצין לתפקיד סגן מפקד מחוז ירושלים במשטרה בשל התבטאות גסה שלו כשנתיים לפני כן – אשר נאמרה בנסיבות קיצוניות, ואשר המשיב הביע חרטה עליה וגם נענש בעטייה בעיכוב קידומו ובקנס כספי – ציין בית-המשפט כי "על הגורם הממנה לשקול ולהעריך את נתוני הזכות מול נתוני החובה, ולאזן ביניהם. ייחוס משקל ראוי לנתונים השונים, ואף הנוגדים זה לזה, יביא לאיזון ביניהם, אשר יכריע את שאלת התאמת המועמד למינוי לשבט או לחסד".⁵⁷

עם זאת, לאחר דברים אלה – בפסק-דין המשתרע על-פני כשלושים עמודים – דן בג"ץ בהחלטת המינוי לגופה, אף שזו נומקה על-ידי הרשויות בפירוט ולא היה ספק כי היא התקבלה תוך התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים, ולמעשה סמך את ידיו על המינוי כראוי גם מבחינה מוסרית וערכית (המילה "מוסר" על הטיותה מופיעה בפסק-הדין תריסר פעמים, ואילו המילה "ערכי" מופיעה עשר פעמים). זאת, במיוחד משסבר כי "על רקע עוצמת תחושת הסיכון והאחריות, ובלחצן החריג ביותר של הנסיבות, ניתן

55 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט לוי.

56 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי.

57 בג"ץ 5562/07 שושהיים נ' השר לביטחון פנים, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם כנבו, 23.7.2007).

להבין את תוכן האמירות [של המשיב], קשות, חמורות, וגסות ככל שהיו".⁵⁸ אחד השופטים, לצד דברי ביקורת על התבטאותו של המשיב, אף ביקר את העותרים, וקבע כי "עמדתם... מנוגדת לעיקרי מוסר, תשובה וכל מידה נכונה אחרת מהמידות המנויות במורשת ישראל ומקורותיו".⁵⁹

21. בפרשה אחרת, שבה נתקף מינויו של קצין משטרה בדרגת תת-ניצב לתפקיד בכיר במטה השר לבטחון הפנים, קיבל בית-המשפט ברוב דעות את העתירה וביטל את המינוי.⁶⁰ במקרה זה טענו העותרים כי המינוי סותר את המלצתה של ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (ועדת אור) כי המשיב "לא יקודם בדרגתו או בתפקידו הנוכחיים לתקופה של ארבע שנים מיום מתן דין וחשבון זה". המלצה זו ניתנה לאחר שהמשיב כבר קודם בדרגה ובתפקיד אחרי האירועים שבהם נמצא על-ידי הוועדה כי פעל לא כשורה. לאחר מתן דוח הוועדה מונה המשיב לתפקיד חדש נוסף. העתירה התייחסה בעיקרה לתפקיד שלישי אשר לו מונה המשיב לאחר אותם אירועים. גם במקרה זה היה פסק-הדין ארוך ומפורט (כארבעים עמודים), ובית-המשפט העליון לא הותיר בו לרשות המוסמכת מתחם כלשהו של שיקול-דעת.

בית-המשפט העליון סבר כי כבר מינויו של המשיב לתפקיד השני היה פסול, שכן "הפרשנות התכליתית" של דוח ועדת אור היא כי יש להקפיד את תפקיד המשיב במשך ארבע שנים, ולא רק להימנע מקידומו. בכך דחה בית-המשפט את עמדת המדינה כי פרשנות כזאת אינה עומדת במבחן המציאות, משום ששירות של שנים רבות באותו תפקיד פיקודי שוחק אינו אפשרי. אך מאחר שהעותרים עצמם לא טענו נגד מינוי זה אלא "בשפה רפה", נמנע בית-המשפט מלהתערב בדבר. המחלוקת הייתה בשאלה אם המינוי לתפקיד המזכיר לבטחון פנים במטה השר הינו בגדר קידום בתפקיד. לאחר דיון מפורט, שהתבסס על ההנחה כי קיימת חובה למלא בקפידה ובדייקנות את ההמלצות האישיות של ועדת החקירה, הגיע בג"ץ למסקנה כי אכן מדובר בקידום בתפקיד. זאת, למרות עמדתו המנומקת של השר לבטחון הפנים כי התפקיד החדש אינו מהווה קידום לעומת התפקידים הקודמים, ולמרות דעתו של בית-המשפט עצמו כי "עריכת השוואה בין תפקידים שווי תקן ודרגה לצורך בחינה אם יש ביניהם היררכיה של חשיבות וקידום היא קשה ביותר מעצם טיבה".⁶¹ בחינה מדוקדקת זו נבעה מהקביעה כי "נקיטת אמת מידה מחמירה בכל הנוגע ליישום מסקנות ועדת אור תחזק את אמון הציבור ובפרט את אמונה של האוכלוסייה הערבית ברשויות השלטון על זרועותיו השונות, ובכללן המשטרה והמשרד לביטחון פנים. אמון אשר... התערער באופן משמעותי בתקופה

58 שם, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

59 שם, בעמ' 26, בפסק-הדין של השופט אלון.

60 בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 24.10.2006).

61 שם, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

שלאחר אירועי אוקטובר 2000.⁶² שופט המיעוט הביע אף הוא, בניתוח מדוקדק ופרטני, אי־נחת מהמינוי, אך מסקנתו הייתה כי אין בו אי־סבירות קיצונית. הנה כי כן, בית־המשפט לא הניח לרשויות המוסמכות כל שיקול־דעת ביישומן של המלצות הוועדה או בפירושן, ואף לא אפשר להן לאזן בין שיקולים של "אמון הציבור" לבין צרכים אחרים של בטחון הפנים. ההחלטה התקבלה על־ידי בית־המשפט על־פי שיקולים מעטים ומתוך גישה נוקשה, תוך דחיית עמדתן של רשויות בטחון הפנים בדבר מהותו של קידום בתפקיד בתחום אחריותן ומומחיותן, ובלא היזקקות של ממש לדיני שיקול־הדעת המנהלי.

22. במקרים אחדים התבטלו מינויים לתפקידים בכירים בשירותי הביטחון בשל טענות אתיות שהועלו נגד המועמדים שנבחרו, מבלי שניתנה הכרעה משפטית בדבר פסלותם – לא על־ידי בית־המשפט ולא על־ידי רשות אחרת כלשהי – אלא אך בשל עצם האפשרות שהמועמדים ייפסלו על־ידי בית־המשפט. חשש זה יצר אפקט מצנן, אשר גרם לביטול המינוי על־ידי הרשות הממנה או הניע את המועמד עצמו להסיר את מועמדותו. הנה סקירה של מקרים כאלה.

23. ב"פרשת גנות" משנת 2007 החליט השר לבטחון הפנים למנות את יעקב גנות, באותה עת נציב בתי־הסוהר, לתפקיד מפכ"ל המשטרה. זאת, לאחר שאחת־עשרה שנה לפני כן ביקר בית־המשפט העליון – במסגרת פסק־דין שבו זיכה את גנות מעבירות שוחד ומרמה והפרת אמונים – את התנהלותו בכמה אירועים בשנים 1992 ו־1993. בפסק־הדין המזכה ציין בית־המשפט העליון כי גנות "לא נהג... כמתחייב מקצין משטרה בדרגתו ובתפקידו, אשר משרת כגורם מרכזי במערכת אכיפת החוק. ולא זו אף זו, שלכאורה יש בנסיבות אלה כדי להכניסן לגדר עבירה משמעתית".⁶³ היועץ המשפטי לממשלה קבע כי אין מניעה משפטית ממינויו של גנות, אך הוסיף כי המינוי בעייתי עקב עברו של גנות והביקורת שהועלתה נגדו על־ידי בית־המשפט העליון.

בעקבות ההחלטה למנות את גנות הוגשו עתירות לבג"ץ נגד המינוי, אך בית־המשפט קבע כי יש להעביר את העניין לבדיקתה של הוועדה המייעצת.⁶⁴ בסופו של דבר – אולי לנוכח שמועות על כך שרוב חברי הוועדה עתידים להסתייג מהמינוי⁶⁵ – משך גנות את מועמדותו לתפקיד, בציינו, במכתב ששלח לשר לבטחון הפנים:

62 שם, פס' 3 לפסק־דינו של השופט ג'ובראן.

63 ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' גנות, פ"ד נ(5) 367, פס' 24 לפסק־דינו של השופט גולדברג (1996).

64 בג"ץ 1570/07 עמותת "אומץ" – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 25.2.2007) (להלן: פרשת עמותת "אומץ").

65 ראו אבירם זינו "יעקב גנות הסיר מועמדותו לתפקיד מפכ"ל המשטרה" ynet 26.3.2007 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3381530,00.html

"הייתי סבור שעברי יעמוד לי ביום פקודה. עבר בו מילאתי שורה של תפקידים ביצועיים בכירים כולל תפקידי הנוכחי כנציב בתי הסוהר, תפקיד שאיננו נופל באחריותו, במוסריותו וברגישותו מתפקיד המפכ"ל, תפקיד שנבחרתי לכהן בו לאחר שעברתי את העין הבוחנת של ועדת כך [קודמתה של ועדת טירקל]... אינני מוכן כי הביקורת שדבקה בי תדבק במערכת. אינני רוצה כי הדינמיקה שהתפתחה תמשיך לחלחל את חלחוליה לתוך העתיד של משטרת ישראל החשובה לי כל כך."⁶⁶

התוצאה הייתה, אפוא, שמעשים שלא עלו כדי עברה פלילית, ואשר בפועל אף לא הוכח ביצועם בהליכים משפטיים כלשהם, הובילו לביטול המינוי. זאת, אף שמעשים אלה נעשו לפי הטענה שנים רבות לפני ההחלטה על המינוי לתפקיד מפכ"ל המשטרה, ולא מנעו מינויים קודמים של גנות לתפקידים דומים במהותם. המינוי לתפקיד מפכ"ל המשטרה התבטל אך ורק בשל האפקט המצנן של העלאת הטענות האתיות, מבלי שאלה אוזנו עם שיקולים רלוונטיים אחרים.

24. ב"פרשת גלנט" הודיע שר הביטחון לממשלה כי הוא ממליץ למנות את אלוף יואב גלנט לתפקיד הרמטכ"ל, ובעקבות זאת פנה השר לוועדה המייעצת. שר הביטחון נימק במכתבו המפורט לוועדה את בחירתו בגלנט, אשר התקבלה, כאמור במכתב, בתום "הליך ארוך, מתוך שיקול דעת, [ו]ניתוח מעמיק של כלל נתוני המועמדים ותכונותיהם". לוועדה המייעצת, בראשותו של שופט בית-המשפט העליון (בדימוס) יעקב טירקל, הגיעו פניות שונות שבהן נטען לפגמים בהתנהלותו של גלנט בקשר לקרקעות במושב שבו הוא מתגורר. הוועדה העבירה את הפניות ליועץ המשפטי לממשלה וביקשה את חוות-דעתו, ובינתיים נפגשה עם ראש הממשלה, שר הביטחון, הרמטכ"ל המכהן וגלנט עצמו. משחיווה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה את דעתו, על-סמך בדיקה שערך, כי אין מניעה מינויו של גלנט, והוועדה לא מצאה מניעה כזאת גם בשאר החומר שהיה לפניו, היא המליצה על המינוי, והממשלה החליטה למנות את גלנט לתפקיד הרמטכ"ל. נגד החלטת הממשלה הוגשה עתירה לבג"ץ,⁶⁷ ואחד משרי הממשלה אף פנה ליועץ המשפטי לממשלה בטענות נגד מינוי גלנט. הוועדה המייעצת עצמה, אשר מנהלת מחלקת הבג"צים ביקשה את עמדתה לצורך הכנת תגובתה על העתירה, הודיעה כי היא אינה מוסמכת לשוב ולדון בעניין "אלא אם כן תבטל הממשלה את החלטתה בעניין

66 למכתב ראו my.ynet.co.il/pic/news/26.3.07/260307.doc.

67 כתב עתירה שהוגש בבג"ץ 6770/10 מפלגת התנועה הירוקה נ' ממשלת ישראל. עתירה אחרת שהוגשה נגד מינוי גלנט לרמטכ"ל, שטעמיה היו שונים והתבססו על טענות שנגעו בתפקודו כאלוף פיקוד הדרום במבצע "עופרת יצוקה", נדחתה בשל טעמי-סף. עם זאת, בית-המשפט העליון ציין כי "גם הטענות המופנות... [כלפי גלנט] אינן קושרות אותו באופן ספציפי למעשים ומחדלים קונקרטיים במהלך מבצע 'עופרת יצוקה'". ראו בג"ץ 7823/10 תנועת יש גבול נ' הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנוב, 18.1.2011).

המינוי, תשעה אותו או למצער תפנה לוועדה בבקשה לחזור ולדון בעניין; וכי לעצם העניין היה לפניה כל החומר הרלוונטי, ואין בפניות הנוספות דבר המצדיק דיון חדש. אלא שבעקבות פגישה בין השר לבין מבקר המדינה, החליט האחרון לבדוק את הנושא והעביר חיש מהר את ממצאיו ליועץ המשפטי לממשלה ולגלנט.

בעקבות זאת שב היועץ המשפטי ובדק את הפניות, לרבות בשימוע שערך לגלנט, והעביר את חוות-דעתו לראש הממשלה ולשר הביטחון. בסיכום חוות-הדעת קבע היועץ המשפטי כי משקיימת עתה תשתית נתונים רחבה ומעודכנת מזו שהייתה לפני הממשלה כאשר אישרה את המינוי, ואף מהתשתית שהייתה לפני הוועדה המייעצת, על הגורמים המופקדים על מינוי הרמטכ"ל לשוב ולהידרש לנושא. היועץ המשפטי הוסיף וציין:

"לאחר שנשקלו שתי כפות המאזניים, השיקולים ביחס להתנהלותו של האלוף גלנט מזה והשיקולים הנוספים מזה, ואף כי לא נמצא שיש מניעה משפטית לכך, הותרת ההחלטה בדבר מינויו של האלוף גלנט לתפקיד הרמטכ"ל מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים באשר לסבירותה. בנוסף, ספק אם ראוי מבחינה ערכית להותיר בעינה את ההחלטה בדבר המינוי. עם זאת החלטה סופית בעניין זה מסורה לממשלה."⁶⁸

בעקבות חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה החליטו שר הביטחון וראש הממשלה להציע לממשלה לבטל את ההחלטה למנות את גלנט לרמטכ"ל, ולהעמיד תחתיו מועמד אחר. גלנט עתר לבג"ץ בדרישה שהממשלה לא תבטל את מינויו מבלי שתונח לפניה חוות-דעת מעודכנת של הוועדה המייעצת, אשר תתקבל לאור החומר החדש שנאסף בינתיים, ובכלל זה חוות-הדעת של מבקר המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה.⁶⁹ כן נתבקש צו-ביניים. אך משסירב בית-המשפט העליון לתת צו-ביניים, והממשלה ביטלה את מינויו של גלנט, הוא ביקש למחוק את העתירה, וכך היה.

25. פרשה דומה היא "פרשת גביוון", שעניינה בגונדר אלי גביוון, אשר השר לבטחון הפנים בחר להציעו לממשלה כמועמד לתפקיד נציב בתי-הסוהר. גם נגד גביוון הועלו טענות וחדשות שונות במישור האתי. בתום בדיקה החליט היועץ המשפטי לממשלה כי חלק מהטענות לא הוכחו כלל וכי לגבי חלקן נותרו סימני שאלה. לנוכח ההסתבכות המשפטית הצפויה, ביטל השר לבטחון הפנים את המינוי.

68 חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה, www.nrg.co.il/online/1/ART2/208/228.html, (3.2.2011).

69 בג"ץ 967/11 גלנט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 7.2.2011).
גילוי נאות: העתירה הסתמכה, בין היתר, על מכתב של פרופ' אריאל בנדור ופרופ' יואב דותן ליועץ המשפטי לממשלה, שבו חיוו את דעתם כי הממשלה אינה מוסמכת לבטל את מינוי הרמטכ"ל מטעם הנוגע בטוהר המידות אלא לאחר שתקבל לידיה חוות-דעת בעניין זה מהוועדה המייעצת.

מינויו של גביון בוטל אפוא – בדומה למינויו של גנות – אך בשל האפקט המצנן של הטענות שהועלו, אשר בירורן היה צפוי לעכב את המינוי ולהעיב עליו. זאת, אף שהיועץ המשפטי לממשלה לא סבר כי המינוי אינו כדין. דומה כי באת-כוח המדינה הודתה בכך בדבריה לפני בג"ץ, במסגרת דיון בעתירה שהגיש גביון נגד ביטול המינוי:

"השר יכול להחליט בעקבות חוות דעת משפטית שהדבר הזה [המינוי] מעורר קשיים, זכותו למנות מינוי שלא מעורר קשיים. לא מדובר בפסילה... השר יכול להחליט, הוא רוצה מישהו שאין לגביו שום שאלות. אין שום דרך משפטית להכריח שר להמליץ על מישהו. אין עילה."⁷⁰

כך גם עולה מתגובת הפרקליטות על העתירה, שבה נכתב כי אי-אפשר לפתור את סימני השאלה שהתעוררו בלוח-הזמנים הקיים, וכי אף "אין כלים משמעותיים לבדיקה נוספת שלהן".

בסופו של דבר נמחקה העתירה בהסכמה, שניתן לה תוקף של פסק-דין. בפסק-הדין נכתב:

"בתום הדיון ולאחר שנשמעו טיעוני באי-כוח הצדדים והערותינו, הגיעו הצדדים להסכמה ביניהם, בזו הלשון: 'עמדתם של הצדדים היא כי לא קיימת עילה כדין לפסילתו של גונדר גביון מלשמש כנציב בתי הסוהר, אלא מדובר בהפסקת הליכי מינוי בהתאם לשיקול דעת כדין של השר. הואיל ובעניין הנדון מדובר בתחום שבית המשפט אינו נוטה להתערב בו, הרי שעל יסוד נתונים אלה, ובהתאם להצעת בית המשפט הנכבד – מוחק העותר את עתירתו.'⁷¹

26. פרשה אחרת שבה האפקט המצנן של טענות – שאינן במישור המקצועי – נגד התנהלותו של מועמד לתפקיד בכיר ברשויות הביטחון הוביל להסרת המועמדות היא "פרשת בר-לב". נגד ניצב אורי בר-לב, שהיה מועמד לתפקיד מפכ"ל המשטרה, נפתחה חקירה בחשד להטרדה מינית. עקב פתיחת החקירה הסיר בר-לב את מועמדותו. כעבור חודשים ספורים, לאחר שלתפקיד נבחר מועמד אחר, מצא היועץ המשפט לממשלה כי אין עניין ציבורי בהעמדתו לדין של בר-לב. זאת, משהודה בר-לב כי נהג לא כראוי, התנצל לפני המתלוננת והודיע על פרישתו מהמשטרה. עם זאת, מהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהייתה כרוכה בפרישה של בר-לב מהמשטרה, עולה כי בפועל קבע היועץ המשפטי כי בר-לב פסול מלהמשיך לשרת במשטרה, לא כל שכן כמפכ"ל. מנסיבות אלה אי-אפשר להסיק כי היועץ המשפטי לממשלה עצמו ערך איזון מושכל בין השיקולים השונים. מכל מקום, אף לא אחת מן הרשויות המוסמכות על-פי דין לקבל

70 עמ' 11–12 לפרוטוקול הדיון מיום 6.4.2011 בבג"ץ 2502/11 גביון נ' השר לביטחון פנים.

71 בג"ץ 2502/11 גביון נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 6.4.2011).

החלטות בדבר מינויו של מפכ"ל המשטרה – הממשלה, השר לבטחון הפנים והוועדה המייעצת – ערכה איזון כזה.

27. בעוד שטענות שהתמקדו בהתנהלותם האתית של מועמדים לתפקידי פיקוד בכירים הכריעו במקרים רבים את הכף ומנעו את מינוים, דווקא כשלים מקצועיים מוכחים – וביניהם אף כאלה שגררו הרשעה בפלילים – זכו ביחס סלחני. כך, במקרה שבו עתרו הורים שכולים, בשנת 2001, נגד העלאתו לדרגת אלוף ומינויו לראשות פיקוד של קצין שהורשע בגרימת מוות ברשלנות במסגרת תפקיד קודם שמילא בצה"ל, הציע בית-המשפט העליון לעותרים למשוך את העתירה, והעותרים נעתרו להצעה.⁷² השופטים העירו כי לדעתם "עצם הרשעתו של קצין בגרימת מוות ברשלנות אין בה, כשלעצמה, כדי למנוע את קידומו בכלל או את קידומו לדרגת אלוף בפרט", וכן כי "הכול תלוי במכלול הנסיבות, לרבות פרטי הרשלנות, הזמן שעבר ושאר נסיבות העניין".⁷³

במקרה אחר⁷⁴ דחה בג"ץ עתירה נגד מינוי לתפקיד הרב הצבאי הראשי של מועמד אשר בעברו, בהיותו טייס, כשל באופן שהוגדר "ערכי" ו"מעין אתי", בכך שלא יצא מתא הטייס כדי לבחון את מצבם של חיילים שנפלו כתוצאה מקריעת כבל שאליו היו קשורים במסגרת אימון, ואף לא שלח למטרה זו את טייס-המשנה. הקצין לא הועמד לדין – לא פלילי וגם לא משמעתי – אך קיבל הערה פיקודית על מחדלו. בית-המשפט מצא כי בהתחשב באופיו המינורי יחסית של הכשל, ובזמן הרב שחלף מאז (כשמונה-עשרה שנים), מינויו של הקצין לתפקיד הרב הצבאי הראשי מצוי במתחם הסבירות. זאת, אף שתפקיד הרב הצבאי הראשי הוא "ייצוגי וערכי, סמלי ומוסרי".⁷⁵ אלא שהפגם שיוחס למשיב אינו פגם אתי במובן הרגיל, שעניינו בטוהר המידות או בטוהר הנשק, אלא נוגע בכשל בתפקוד המקצועי.

28. מקרה מיוחד הוא זה של תת-אלוף עמאד פארס, אשר הודח מצה"ל על-ידי הרמטכ"ל עקב עברה אתית שעבר, שבגינה נמצא אחראי בדין משמעתי. עתירה שהגיש פארס לבית-המשפט לעניינים מנהליים נגד הדחתו נדחתה, בעיקר מן הטעם שההחלטה "משקפת את חוסנו הציבורי של הצבא ואת עקרונות היסוד, טוהר המידות והמוסר, שהם העומדים בבסיס אמון הציבור בצבא ובתדמיתו, כאשר החלטה זו נתונה... [לשיקול-דעתו של] העומד בראשו – הרמטכ"ל, שקיבל החלטה סבירה שבית המשפט לא יתערב בה, במיוחד כשמדובר בעותר – קצין בכיר שמצופה ממנו שיהווה דוגמא אישית, וככזה

72 בג"ץ 4555/01 יקותיאל נ' ראש המטה הכללי, תק-על 2000(2) 728.

73 הציטוטים לקוחים מתוך אסף פורת אחריות מפקדים בשל כשל צבאי 94 (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2011).

74 בג"ץ 3194/10 צוריאנו נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 23.3.2011).

75 שם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ניל הנדל.

יש להקפיד ולדקדק עמו.⁷⁶ בקשתו של העותר לצו זמני שיעכב את הדחתו עד להכרעה בערעור שהגיש לבית-המשפט העליון נדחתה אף היא. השופט יצחק עמית נימק את הדחייה כך:

“ביסוד ההחלטה של הרמטכ”ל בדבר סיום שירותו של המבקש בצה”ל, עמדו ערכים של אמינות ודוגמה אישית, נושאים הנמצאים בליבת שיקול הדעת של הרמטכ”ל, ואין דרכו של בית המשפט להתערב בהחלטות כגון דא.⁷⁷”

כך בוודאי ככל שהרשויות הממנות (והמדיחות) מחמירות בהיבטים אתיים. אך כפי שהודגם בסעיפים קודמים, בית-המשפט לא נמנע כלל מ”להתערב” באותה “ליבת שיקול הדעת” במקרים שבהם מצא כי המשקל שניתן לשיקולים אתיים במינויים בטחוניים היה נמוך מזה שהיה ראוי בעיניו לתת.

חלק שני: הסברים לדומיננטיות של השיקולים האתיים במינויים לתפקידים בכירים

29. מן המפורסמות הוא כי שיקול-הדעת שהדין מקנה לרשות שלטונית לעולם אינו מוחלט.⁷⁸ מכאן שגם החלטה הנתונה לשיקול-דעתה של הרשות המבצעת נדרשת לעמוד באמות-מידה מסוימות, וביניהן התבססות על מכלול השיקולים והאינטרסים הרלוונטיים והימנעות מהתחשבות בשיקולים זרים. לפי הפסיקה, החלטה של הרשות המבצעת נדרשת גם לגלם איזון סביר בין מכלול השיקולים והאינטרסים שלעניין. ככלל, לרשות מוקנה מתחם של סבירות, כלומר, יש כמה חלופות החלטה שבחירה בכל אחת מהן נתפסת כמגלמת איזון סביר. עם זאת, מתן משקל גדול מדי או קטן מדי לשיקול מסוים עשוי להוציא את החלטה אל מחוץ למתחם הסבירות ולהפוך אותה לבלתי-חוקית.⁷⁹

30. כך לגבי החלטות של הרשות המבצעת בכלל, וכך גם לגבי החלטות בדבר מינויים, ובכלל זה מינויים לתפקידים בכירים. מכאן האפשרות לתקוף בבית-המשפט החלטה על

76 ע”מ (מחוזי ת”א) 39391-11-10 פארס נ’ ראש המטה הכללי, פס’ 9 לפסק-דינו של השופט ורדי (פורסם בנבו, 29.2.2011).

77 ע”מ 1843/11 פארס נ’ ראש המטה הכללי (בדימוס), פס’ 5 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.3.2011).

78 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית 321–322 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

79 למתחם הסבירות ולייחודיותו כאמצעי לבחינת האיזון החוקי ראו מיכל טמיר “על חוקתיות ועל סבירות” הפרקליט נ 185, 196–195, 215–214 (2008).

מינוי בטענה שהיא אינה מגלמת איזון סביר בין השיקולים הרלוונטיים השונים. מכאן גם הסמכות – אם לא החובה – של מערכת הייעוץ המשפטי לממשלה ולרשויותיה לבחון את סבירותם של מינויים ואף לעמוד על כך שהחלטות בדבר מינויים ייעשו באופן שיבטיח כמידת האפשר את עמידתן באמות-המידה המשפטיות, וביניהן איזון סביר, כנדרש על-ידי הפסיקה, בין השיקולים הרלוונטיים.

רשימת השיקולים הרלוונטיים בקבלת החלטות לגבי מינויים, שיש להתחשב בהם ולתת להם משקל יחסי סביר, אינה אחידה; היא תלויה במהות התפקיד ובמהות הרשות המופקדת על המינוי. עם זאת, שיקולים הנוגעים בכישורים ובניסיון בתחום התפקיד הם בוודאי שיקולים רלוונטיים. באשר למינויים לתפקידים של נבחרי ציבור, כגון שרים בממשלה, ובמידת-מה אף באשר למינויים לתפקידים שיש בהם גם מימד של אמון אישי בין הממונים לממנים, גם שיקולים פוליטיים עשויים להיות מותרים. לגבי כל התפקידים – הן תפקידים של נבחרי ציבור, הן תפקידים אזרחיים בכירים בשירות המדינה והן תפקידים בכירים ברשויות הביטחון – נדרשת גם התחשבות בשיקולים אטיים. הללו רלוונטיים הן כדי לאפשר לאלה שמונו לתפקיד למלא אותו באופן תקין (למשל, בהתוויית כללי התנהגות, על בסיס דוגמה אישית, לכפופים להם) והן כדי לשמור על אמון הציבור בשלטון.

31. לכאורה, וכך גם עולה בדרך-כלל מהעקרונות כפי שנוסחו על-ידי בית-המשפט העליון, המשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים – המקצועיים, הפוליטיים (ככל שאלה מותרים) והאטיים – אינו נוקשה. כך, כאשר מועמד מסוים זה או אחר ניחן בכישורים מקצועיים חריגים, או כאשר יש חשיבות מיוחדת לאיוש התפקיד דווקא על-ידי, משקלם היחסי של השיקולים האטיים עשוי לכאורה להיות פחות. לעומת זאת, כאשר קיימים כמה מועמדים ראויים, שאין פער ניכר בין כישוריהם המקצועיים, בעייתיות אתית שדבקה באחד מהם עשויה להיות מכרעת ולהביא לידי פסילתו.

כך להלכה, אך לא כך למעשה. בפועל המערכת המשפטית אינה עורכת איזון כזה. גם הרשויות הממנות מאזנות באופן מושכל בין השיקולים השונים רק באשר לחלק מהמינויים, כנראה מיעוטם. מהפרשות שסקרנו עולה כי החלטות על מינויים אינן מתקבלות בדרך-כלל באמצעות עריכה של "מקבילית הכוחות"⁸⁰, אלא משאותר המועמד הנראה עדיף מבחינה מקצועית, נבדקות הטענות האתיות לגביו בלבד. היה אם נמצא כי לטענות האתיות יש בסיס, הן עשויות להביא לידי פסילתו. כך, ככלל, בהליך הבחירה, וכך בביקורת השיפוטית. זו מתמקדת בשיקולים האטיים, לעיתים כאילו היו השיקולים הרלוונטיים היחידים, ומכל מקום על בסיס הנחה סמויה כי שאלת המקצועיות היא בינרית, לפחות מנקודת-ראותו של בית-המשפט. משבחרה הרשות הממנה מועמד "מקצועי", על בית-המשפט (או על מערכת הייעוץ המשפטי של הרשות) לבחון רק אם

80 השוו לכלל שהיה מקובל – ולעיתים מאוזכר גם כיום – בדיני מכרזים ציבוריים: עומר דקל **מכרזים** כרך שני 119–121 (2006).

הפגם האתי, מבחינת עוצמתו ומבחינת המידה שבה הוכח, הוא ברמה הגוררת את פסילת המועמד.

ההימנעות מהליך מושכל של איזון בולטת לנוכח העובדה שהפגמים האתיים הנטענים מתמקדים בדרך-כלל באירוע מסוים יחיד או במספר קטן של אירועים ספציפיים. זאת, להבדיל מההיבטים המקצועיים, שנבחנים ככלל על-פי תפקודם של המועמדים במגוון התפקידים שמילאו לאורך שנים.

אומנם, ניתן לטעון – הן באשר לרשויות הממנות והן באשר לרשויות המשפטיות – כי הפסילה נעשית רק במקרים קיצוניים ביותר, שבהם הפגם האתי חמור עד כדי כך שהוא גובר על כל יתרון מקצועי או אחר של המועמד. אך לא נראה שהדבר נכון תמיד. כפי שהודגם לעיל, חלק מהפגמים האתיים שבגינם נפסלו מועמדים לתפקידים ציבוריים אינם שקולים לביצוע עבירות פליליות חמורות, ובחלק מהמקרים אף לא הייתה תשתית ראייתית מלאה למהות הפגמים שבהם דובר, אלא אך חשדות וספקות שלא הובהרו.

32. מדוע לא נערך איזון מושכל בין מכלול השיקולים – המקצועיים, האתיים והפוליטיים? התשובות לשאלה זו שונות ברובן באשר לרשויות הממנות לעומת הרשויות המשפטיות.

33. באשר לרשויות הממנות – הליכי המינוי עצמם אינם מבוססים על פרוצדורה סדורה. כך בכלל, וכך לגבי בחינת שיקולים אתיים בפרט.

כאשר מדובר במינוי הטעון אישור של הוועדה המייעצת, היבטים אלה נבחנים על-ידיה, והדבר נתפס על-ידי הרשויות הממנות כפוטר אותן מעריכת איזון בעצמן. למעשה, גם הוועדה אינה מאזנת בין השיקולים השונים, שכן היא מוסמכת לדון בהתאמה האתית רק של המועמד המסוים שהוצע על-ידי הרשות, כאילו דובר בעניין בינרי. לעיתים קרובות אין בידי הרשויות הממנות, ואף לא בידיה של הוועדה המייעצת, תשתית עובדתית מסודרת בשאלות האתיות. תשתית עובדתית בעניינים אלה – שאפילו היא מאולתרת לא פעם – עומדת רק לרשותן של הרשויות המשפטיות, אשר גם הוועדה המייעצת חיה בדרך-כלל מפיהן.

לחלופין, הרשויות הממנות גם אינן עושות ניסיון מושכל לאזן בין שיקולים מקצועיים ופוליטיים לבין שיקולים אתיים, והאחרונים מכריעים את הכף בשל עצם החשש מהסתבכות משפטית.

34. כך במיוחד באשר למינויים לתפקידים בכירים ברשויות הביטחון. תפקידים אלה ייחודם בכך שקיים מתאם בין תפקיד ודרגה, דהיינו, הבחירה בממלא תפקיד מסוים נעשית מתוך בעלי הדרגה הרלוונטית.

מינויים אזרחיים לא-פוליטיים נעשים כיום, בחלק מהמקרים, על-פי המלצות של ועדות איתור, ובמקרים אחרים הם נבחנים על-ידי ועדות הבודקות באופן משולב היבטים מקצועיים ואתיים. ועדות כאלה אינן קיימות במינויים בטחוניים. מינויים של ראשי רשויות הביטחון נעשים על-ידי הממשלה לפי המלצה של השר הממונה, הכפופה

לחוות-הדעת של הוועדה המייעצת והיועץ המשפטי לממשלה, אשר בוחנים את ההיבטים האתיים בלבד לגבי המועמד הספציפי שבו בחר השר, ללא הליך של איזון בין ההיבטים השונים לגבי כמה מועמדים. אכן, ההליך הוא כפי שתואר על-ידי בית-המשפט העליון:

"הליך המינוי של נושא תפקיד בכיר על פי החלטת הממשלה הוא רב-שלבי: המלצת השר, בחינת המינוי על ידי הוועדה המייעצת, מתן חוות דעתה, גיבוש המלצה סופית של השר המציע, ולבסוף דיון והחלטה בממשלה... עיקר תפקידה של הוועדה המייעצת הוא, איפוא, לבדוק את המינוי המוצע מבחינת טוהר המידות במובנו הרחב של מושג זה, הן מבחינת האדם המוצע לתפקיד, הן מבחינת הגורם הממנה, והן מכל היבט אפשרי אחר שעשויה להיות לו נגיעה לשאלת טוהר המידות הכרוך במינוי.⁸¹"

אפילו בדיקה נפרדת זו על-ידי הוועדה המייעצת – אשר הרכבה מעניק לה כשירות, שבוודאי אינה נופלת מזו של הרשויות המשפטיות, לבחון היבטים אתיים ואף לבדוק את משקלם ביחס להיבטים מקצועיים – אינה מוכרת על-ידי הרשויות המשפטיות כמגלמת סמכות ייחודית של הוועדה. הרשויות המשפטיות, אשר נמנעות כאמור מלדון בהיבטים מקצועיים לגופם, נוגסות אף בסמכותה של ועדת טירקל לדון בהיבטים האתיים. כך, פסילה (או אף העלאת הסתייגות) מטעמים אתיים על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אף מבלי שהוועדה המייעצת דנה בהיבט האתי, די בה למנוע את המינוי.

בעלי תפקידים בכירים אחרים ברשויות הביטחון (כגון אלופי פיקוד בצה"ל או תפקידים מקבילים במשטרה ובשירות בתי-הסוהר) נבחרים בדרך-כלל על-ידי השרים הממונים לפי המלצותיהם של ראשי הרשויות – אף זאת בלא הליך מסודר של איזון בין שיקולים מקצועיים ואתיים ובלא תשתית עובדתית שיטתית לגבי ההיבטים האתיים.⁸² על-כן הביקורת השיפוטית אינה יכולה להתמקד בסבירות האיזון, שהרי איזון כזה לא נעשה, והיא מתמקדת בבעייתיות האתית שהועלתה נגד המינוי.

35. התוצאה היא שבהליכים מאולתרים של קביעת ראיות נפסלים מועמדים למערכת הביטחון מבלי שיש להם רקע פלילי ועל-סמך ראיות אשר במקרה הטוב עברו את "כלל הראיה המנהלית", דהיינו, ראיות שרשות סבירה הייתה יכולה להסתמך עליהן.⁸³

81 פרשת עמותת "אומץ", לעיל ה"ש 64, פס' 5 ופס' 3 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

82 השוו לדבריו של השופט רובינשטיין בפרשת נווה, לעיל ה"ש 49, פס' 1: "אנו מצויים בעידן של שקיפות, ומה שנהג במשך שני דורות מאז קום המדינה דומה שהגיעה שעתו להשתנות, גם במערכת הביטחון מה שהיה אינו עוד מה שיהיה... הרגלים שהיו נחלת הכול ופרקטיקות ותיקות טעונים מבט חדש, בן העידן... כך בעניין שקיפות מינויים, ויקצר המצע מהשתרע."

83 ראו, למשל, ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1985).

מועמדים לתפקידים בכירים בשירות המדינה נפסלים אפוא מטעמים אתיים על-סמך תשתית ראיות שאינה עומדת אפילו בקנה-המידה של המשפט האזרחי.

36. באשר לגופים המשפטיים – בין היועץ המשפטי לממשלה ובין בית-המשפט, ככל שהעניין מובא להכרעתו – ניתן להציע שני הסברים למגמות שעליהן הצבענו: הסבר אחד הוא שהרשויות המשפטיות נוטות לתפוס שיקולים אתיים הנוגעים במינויים כשיקולים שאינם ניתנים לאיזון כנגד שיקולים מקצועיים ופוליטיים; הסבר אחר הוא שהרשויות המשפטיות נוטות לראות כשפיטים שיקולים אתיים בלבד, אך לא שיקולים מקצועיים ופוליטיים.

התפיסות שביסודם של שני ההסברים הללו אינן משכנעות. נדון עתה בשני ההסברים, ונעמוד על הבעייתיות בתפיסות שהם משקפים.

37. ההסבר האחד, הנוגע בהתייחסות לשיקולים האתיים כאל שיקולים מוחלטים ומכריעים, נעוץ ככל הנראה בתפיסה הדאונטולוגית של השיקולים האתיים. אומנם, למסגרת המשפטית המוצהרת החלה על מינויים, כמו-גם על החלטות שלטוניות בכלל, יש סממנים תועלתניים מובהקים. לא זו בלבד שהיא מבוססת על איזון בין שיקולים מקצועיים ופוליטיים לבין שיקולים אתיים, האחרונים גם מוצגים לא פעם – כפי שהודגם בחלק הראשון של המאמר – כנדרשים לשם שמירה על אמון הציבור בשלטון או אף על איכותם המקצועית של בעלי התפקידים. אולם בעת ובעונה אחת הפסיקה מציגה את השיקולים האתיים גם כבעלי איכות דאונטולוגית. כלומר, מידותיהם הטובות של בעלי תפקידים ציבוריים הן ערך בפני עצמו, ואינן אמצעי לקידום של ערך אחר כלשהו. נראה שבית-המשפט מניח כי ערך כזה אינו יכול להיות מאוזן כנגד האיכות המקצועית של בעלי התפקידים, כנגד התועלת הפוליטית שבמינויים או אף כנגד אמון הציבור בשלטון; לכל-הפחות נראה שהוא מניח כי איזון כזה אינו ראוי. הסבר זה עשוי להנהיר את נטייתם של פסקי-דין רבים – אף כאלה שמוצהר בהם כי מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים נדרשים לגלם איזון סביר בין שיקולים שונים – להתבסס בפועל על בדיקת השיקולים האתיים לבדם, ולא על בחינת האיזון בין השיקולים האתיים לבין שיקולים אחרים. בית-המשפט, מצד אחד, מקפיד על רטוריקה הנאמנה ליסודות המשפט הציבורי הישראלי, המבוססים על איזון בין ערכים ואינטרסים שונים; אך מצד אחר, בפועל, מכיוון שעריכת איזון בין שיקולים דאונטולוגיים לבין ערכים אחרים אינה רצויה בעיניו, הוא מתבסס על השיקולים האתיים לבדם, שאותם הוא תופס כמבטאים תכלית בפני עצמה, ולא רק כאמצעי לקידום של תכליות אחרות.

38. תפיסה זו המשתמעת מפסיקת בתי-המשפט היא בעייתית. גם אם מידות טובות הן תכלית בפני עצמה, הן בוודאי אינן התכלית היחידה של מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים. מכאן שיותר ואף חובה להתחשב בשיקולים אתיים בהחלטות על מינויים, אך מותר ואף חובה לאזנם בכל מקרה ומקרה, לפי נסיבותיו הקונקרטיות, כנגד השיקולים המקצועיים והפוליטיים החלים בו.

איזון בין שיקולים הנתפסים כדאונטולוגיים לבין שיקולים אחרים מקובל בהקשרים שונים של המשפט בישראל. כך, לדוגמה, אף שבהקשר של חופש הביטוי קבע בית-המשפט העליון כי "התיאוריה... הרואה בביטוי החופשי כבעל ערך עצמי – תנאי לביטוי עצמי של האדם, מקנה חשיבות פנימית לעצם החרות להתבטא ואת ההגנה הרחבה ביותר לחופש הביטוי"⁸⁴, נקבע גם, כמעט באותה נשימה, כי "ההגנה על חופש הביטוי אינה מוחלטת. הפרשנות המרחיבה באשר להיקפו של חופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה... ככל זכות – גם הזכות לחופש הביטוי תיסוג, לעיתים, מפני זכויות אחרות"⁸⁵.

אכן, כשם שזכויות אדם שונות עשויות להתפס כתכליות בפני עצמן ועדיין להיות כפופות לאיזון עם זכויות או אינטרסים אחרים, כך גם שיקולים של אתיקה – אף אם האתיקה נתפסת כתכלית בפני עצמה במינויים לתפקידים ציבוריים בכירים – עשויים להיות מאוזנים עם שיקולים מקצועיים ופוליטיים.

מכאן שפגם אתי נתון במועמד לתפקיד עשוי להוביל לפסילת מינויו אם כישוריו המקצועיים, אף אם הם סבירים כשלעצמם, אינם עולים במידה ניכרת על אלה של מועמדים אחרים או אם אין חשיבות פוליטית מיוחדת במינויו. לעומת זאת, מינויו של אותו מועמד עשוי להיות כדין אם יש לו יתרון מקצועי של ממש על מועמדים אחרים או אם לאי-מינויו עשויות להיות השלכות פוליטיות קשות מבחינת הרשות הממנה.

ייתכן כי יש גם בסיס ליצירת חזקה שעל-פיה פגם אתי חמור במועמד יהפוך את מינויו לבלתי-חוקי. אולם כל עוד החוק אינו פוסל מינוי של מועמד שנפל בו פגם כזה, גם חזקה כזו צריכה להיות ניתנת לסתירה במקרים שבהם היתרון המקצועי או הפוליטי של המועמד הוא כבד-משקל ועולה על משקלו של החיסרון האתי.

39. לפי ההסבר האחר, הגופים המשפטיים אינם רואים שיקולים מקצועיים, ולא כל שכן שיקולים פוליטיים, כשפיטים – לפחות לא כדבר שבשגרה. לעומת זאת, דעתם של הגופים המשפטיים שונה לגבי שיקולים אתיים, "ערכיים". כאמור, הכרעותיהן בפועל של הרשויות המשפטיות, להבדיל מהרטוריקה שבה הן משתמשות, בוחנות את השיקולים האתיים לבדם. המקצועיות נתפסת על-ידי הגורמים המשפטיים כעניין שנקבע על-ידי הרשות המקצועית המוסמכת, ואילו ההיבטים הפוליטיים נתפסים כמוכרעים על-ידי הרשויות הפוליטיות. לעומת זאת, למעט הוועדה המייעצת, הרשויות אינן נתפסות כמומחיות בענייני אתיקה. יתר על כן, קביעתה של הרשות בעניין המקצועי נתפסת כעניין בינרי. על-כן הגורמים המשפטיים מתמקדים בהיבטים האתיים בלבד, אשר אותם, להבדיל מההיבטים הפוליטיים והמקצועיים, מקובל לראות כ"שפיטים". משהיבט אתי נמצא על-ידיהם בעייתי, הוא גובר על ההיבטים האחרים.

דומה כי מכאן גם נטייתו של בית-המשפט לאשר פסילת מינויים משיקולים אתיים –

84 ע"א 751/10 פלוגי נ' דיין-אורבך, פס' 65 לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012).

85 שם, פס' 74 לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין.

בין על-ידי הרשויות הממנות או ועדות מטעמן ובין על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. ככל ששיקולים אתיים כבר נידונו בשלבי המינוי, לא מתעורר צורך בבחינה שיפוטית מוגברת, שיסודה בהנחה כי שיקולים אתיים לא הובאו בחשבון בהחלטת המינוי או שניתן להם משקל פחות מהראוי.

40. פרקטיקה זו מתקשה להתיישב עם תורת האיזון, המצויה ביסוד המשפט הציבורי הישראלי, ואשר בית-המשפט אף מזכיר אותה בהקשר של מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים. הלא אם החלטת הרשות מגלמת שקלול יחסי מסוים של שיקולים, אשר נדרש, בין היתר, להימצא במתחם הסבירות, אזי אי-אפשר לבחון את חוקיות ההחלטה מבלי לבחון את מכלול השיקולים שעמדו לפני הרשות. מכאן שאם חלק מהשיקולים אינם שפיטים מטעם כלשהו – כלומר, בית-המשפט אינו יכול, או מכל מקום אינו רואה זאת כרצוי, לבחון אותם ולהעריך את משקלם היחסי – אזי ההחלטה בכללותה, שהיא תוצר של איזון בין מכלול של שיקולים, אינה יכולה להיות שפיטה.

לכאורה ניתן לטעון כי הערכתם של שיקולים מקצועיים ופוליטיים יכולה להישמר לרשות הממנה, בין משיקולים של שפיטות ובין משיקולים אחרים, כגון מומחיות; ואילו לבית-המשפט יש יתרון – או לכל-הפחות אין צורך שינקוט מדיניות של הנסגת-דעת (deference)⁸⁶ – בהערכה של שיקולים אתיים. אולם גם אם תתקבל ההנחה שביסוד טענה זו, כי בית-המשפט הוא מומחה לאתיקה לא פחות ואף יותר מהרשויות הממנות, אין בכך כדי לפתור את הקושי, שכן תורת האיזון מבוססת על הערכה של מידת העוצמה היחסית של שיקולים שונים.⁸⁷ מכאן שאם בית-המשפט אינו יכול – או אינו מוכן – לבחון את מידת העוצמה של שיקולים מקצועיים או פוליטיים בנסיבות קונקרטיות, הוא גם אינו יכול לבחון את סבירותה של ההחלטה בכללותה.

סיום: קווים לצמצום הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה במינוי בכירים

41. ההערכה המקובלת בישראל היא כי הביקורת השיפוטית על החלטות שלטוניות, ובכלל זה על החלטות לגבי מינויים לתפקידים ציבוריים, היא רחבה, אפילו אקטיביסטית.⁸⁸ כעולה מהפסיקה שהצגנו, הערכה זו נכונה באשר להחלטות על מינויים

86 הצירוף "הנסגת-דעת" הוצע כתרגום ל-deference על-ידי נשיא האקדמיה ללשון העברית פרופ' משה בר-אשר. ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 488, ה"ש 117 (2010).

87 שם, בעמ' 430–432.

88 ראו, למשל, רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000).

ככל שעל הפרק עומדים שיקולים אתיים. הערכה זו אינה נכונה לעניין היבטים מקצועיים ופוליטיים, אשר בית-המשפט נוטה לא לבחון אותם לגופם. אי-הסימטרייה הזו עלולה לגרום לשיבוש הן של החלטות המינויים המקוריות והן של הביקורת המשפטית והשיפוטית עליהן.

מן הדברים האמורים בשני חלקיו של המאמר מתבקשות כמה מסקנות. ראשית, המערכת המשפטית מעודדת התמקדות בשיקולים אתיים בעת מינוי בכירים בכלל, וברשויות הביטחון במיוחד. שנית, אין הצדקה לכך שהמערכת המשפטית תדון בשיקולים אלה בלבד. שלישית, אין מערכת מסודרת לבדיקתם של ההיבטים האתיים, אשר נעשית לעיתים קרובות בצורה מאולתרת. הממצאים העובדתיים בנוגע להיבטים האתיים, ובכלל זה בנוגע להיבטים השקולים במהותם לעברות פליליות, עשויים להתקבל על-סמך ראיות שאינן עומדות בדרישות המקובלות אף במשפטים אזרחיים. רביעית, התוצאה עלולה להיות מתן משקל-יתר לשיקולים אתיים.

42. למרות מסקנות אלה, ניתן להבין את האינטואיציה שלפיה יש קושי – לפחות קושי מוסדי – בכך שרשויות משפטיות, ולא כל שכן בית-המשפט, יבחנו שיקולים מקצועיים, ובוודאי שיקולים פוליטיים, במינויים לתפקידים ציבוריים בכירים. אפשר גם להבין את האינטואיציה שלפיה אין בעייתיות בכך שגופים משפטיים ושיפוטיים יבחנו שיקולים אתיים. אומנם, ספק רב אם הכשרה משפטית כשלעצמה מעניקה ידע מיוחד בתחום האתיקה, אשר אינו מצוי בידיהן של הרשויות המוסמכות להחליט על מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים. עם זאת, יש מידה של סבירות בהנחה כי לרשויות המוסמכות יש במקרים רבים הטיה לטובת שיקולים מקצועיים ופוליטיים, אשר הרשויות המשפטיות אינן לוקות בה. כנגד זאת, לא מן הנמנע שגופים משפטיים מוטים לטובתם של שיקולים אתיים.

43. בהינתן רתיעתן של הרשויות המשפטיות מלבחון את האיזון בין שיקולים מקצועיים ופוליטיים לבין שיקולים אתיים בהחלטות על מינויים, ובהינתן נכונותן (אם לא התלהבותן) לבחון את ההיבטים האתיים – המבוססת על ההנחה כי אלה לא נבחנו על-ידי הרשויות הממונות, ומכל מקום שהרשויות הממונות לוקות במשוא-פנים לטובת השיקולים המקצועיים – יש לבחון את הליכי המינוי עצמם. כלומר, מן הראוי לקבוע הליכי מינוי שיצמצמו במידת האפשר את נטייתן של הרשויות המשפטיות להתמקד בשיקולים האתיים ובהם בלבד, באשר נטייה זו עלולה לשבש הן את החלטות המינויים המקוריות והן את הביקורת המשפטית והשיפוטית עליהן.

אכן, מן המפורסמות הוא שמטרה דומיננטית של הליכי המנהל בכללותם היא להשיא את ההסתברות לקבלת החלטות ראויות.⁸⁹ זאת, גם כאשר תוכנן של ההחלטות נתון לשיקול-דעתן של הרשויות המנהליות המוסמכות, ואינו מוכתב להן על-ידי הדין או על-ידי בית-המשפט. ההנחה היא כי הליכים ראויים תורמים לקבלתן של החלטות

89 ראו טמיר אכיפה סלקטיבית, לעיל ה"ש 4, בעמ' 428.

ראויות.⁹⁰ מכאן שמן הראוי לעצב הליכי מינוי לתפקידים ציבוריים בכירים שיקדמו תחימה והבניה של שיקול-הדעת, ויאפשרו איזון מושכל בין השיקולים הרלוונטיים השונים, באופן שיצמצם את הכולענות ההדדית של משפט ואתיקה, שעליה עמדנו.

44. קביעת הליכים שיקדמו מינויים מיטביים לתפקידים בכירים – קרי, מינויים שיעשו על בסיס שקלול ראוי של מכלול השיקולים הענייניים ובלא שיקולים זרים – אינה זרה למשפט בישראל. כך, לדוגמה, בכמה דברי חקיקה והחלטות ממשלה נקבע פטור ממכרז לכמה משרות מקצועיות בכירות בשירות הציבור.⁹¹ עם זאת, הפטור ניתן רק בתנאי של משרות אלה ייבחרו מועמדים באמצעות ועדה לאיתור מועמדים. זאת, משום שהליך של ועדה לאיתור מועמדים "הוא הליך בו, בדומה להליכי המכרז, נשמרים עקרונות שוויון ההזדמנויות ובחירת המועמד הטוב ביותר".⁹² בשנת 2007 חיווה היועץ המשפטי לממשלה את דעתו כי מן הראוי לבחור בדרך זו את מנהל רשות המיסים, לנוכח פרשת שחיתות שאפפה את מינויו של המנהל הקודם.⁹³ מכאן שמינוי באמצעות ועדה לאיתור מועמדים נדרש גם לשם שמירה על טוהר המידות. אכן:

"מינוי ועדת איתור, לשם איוש תפקיד שאינו חייב במכרז, נועד לתכלית כפולה. תכלית אחת של ועדת האיתור היא מתן סיוע לגורם הממנה בקבלת ההחלטה, על-ידי איסוף מידע, בדיקת מועמדים והערכת התאמתם לתפקיד וגיבוש המלצה המבוססת על תשתית עובדתית מתאימה ועל מקצועיותם וניסיונם של חברי הוועדה... לוועדת איתור תכלית נוספת – חשובה לא פחות ואולי אף יותר – והיא להבטיח כי השיקולים הנלקחים בחשבון לצורך המינוי הם ענייניים ומקצועיים בלבד... עצם החלטת הממשלה על קיום הליך מינוי בדרך של ועדת איתור, מקום בו המינוי פטור ממכרז, נובעת בראש ובראשונה מן הצורך להבטיח את טוהר ההליך וטוהר המינוי הסופי."⁹⁴

90 שם, בעמ' 420 והאסמכתות המובאות שם. כך לגבי זכות הטיעון, אשר מימושה מוסיף לרשות המוסמכת מידע העשוי לשפר את טיב ההחלטה שתקבל; כך חובת ההיוועצות, כאשר היא קיימת, המעניקה לרשות המוסמכת פרספקטיבות נוספות על אלה שיש לה; וכך האיסור של קבלת החלטה במצבים של משוא-פנים או ניגוד עניינים, שנועד למזער את האפשרות להתחשבות בשיקולים זרים או לנעילת הדעה לפני היחשפות למלוא העובדות והטיעונים שלעניין.

91 החלטה 2541 של הממשלה ה-29, לעיל ה"ש 38.

92 שם. לריכוז הנהלים לגבי הקמתן של ועדות איתור ופעולתן ראו נציב שירות המדינה "נהלים בעניין הקמת ופעולת ועדה ציבורית לאיתור מועמדים בשירות המדינה – נוסח מעודכן" (21.9.2009) www.civil-service.gov.il/NR/rdonlyres/5922382D-6FE9-4926-B03F-B33E35897DF3/0/2009383.doc

93 לתיאור ההשתלשלות ראו פרשת אשר, לעיל ה"ש 42, פס' 3–2 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

94 שם, פס' 13 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

נראה כי מינוי באמצעות ועדת איתור מאפשר גם התחשבות בשיקולים אתיים. אכן, הרכבה של ועדת האיתור, אשר רוב חבריה הם אנשי ציבור, מתאים גם לבחינה של סוגיות אתיות ולאיוון בינן לבין שיקולים מקצועיים.

אכן, בפסק-דין **אגודת העיתונאים בתל-אביב**⁹⁵ דחה בית-המשפט העליון עתירה נגד מינוי מנכ"ל רשות השידור, שנעשה לאור המלצה של ועדת איתור, למרות טענות שונות שהועלו נגד המועמד שנבחר, וביניהן טענות בעלות אופי אתי. זאת, כאמור, לנוכח קביעתו של בית-המשפט כי "נוכח מומחיותה של הוועדה והמשאבים העומדים לרשותה... יש ליחס להמלצתה משקל רב – כמעט מכריע – במניין שיקוליו של הגורם הממנה"⁹⁶, וכי "הביקורת השיפוטית על החלטת המינוי מתמקדת בשאלת תקינות ההליך ובשאלה האם הממשלה הביאה בחשבון את כל השיקולים הענייניים והרלוונטיים (ואותם בלבד) וייחסה לכל אחד מהם משקל הולם"⁹⁷.

45. עריכת מינויים לתפקידים ציבוריים בכירים שאופיים מקצועי באמצעות ועדות איתור ציבוריות מאפשרת אפוא שקילה של שיקולים מקצועיים ואתיים גם-יחד בלא חשש למשוא-פנים או להטיה לטובת שיקולים מסוימים אלה ואחרים. מכאן שהליך כזה של מינוי עשוי לסייע לא רק בקידום המטרות שעליהן עמדה הפסיקה, אלא גם באיוון מושכל – בלא בולענות הדדית – בין שיקולים מקצועיים לבין שיקולי אתיקה.

משישלב הליך המינוי בתוכו בדיקה ואיוון של מכלול השיקולים הרלוונטיים, אשר ייעשו על-ידי אותו גוף עצמו, שוב אין להניח ששיקולי אתיקה, ושיקולים אלה בלבד, ייבדקו על-ידי הרשויות המשפטיות, אשר יחרצו על-פיהם בלבד את חוקיות המינויים. בעקבות זאת יש להניח כי לא ייווצרו שוב מצבים שבהם שיקולי אתיקה, ובוודאי שיקולים אתיים מינוריים, יהוו מראש אפקט מצנן למינויים אף בלא היוקקות למערכת המשפטית.

הביקורת השיפוטית תוכל אז לשוב לתפקידה הרגיל: בדיקת החוקיות של שיקול-הדעת שהופעל על-ידי הרשות המוסמכת. רק חריגה קיצונית מהסביר, בין בהיבטים מקצועיים ובין בהיבטים אתיים, תוכל להביא לידי פסילת מינוי בשל הפרה של חובת הסבירות. אכן, הליך מינוי כזה יאפשר – בין אם המלצות הוועדה יתקבלו על-ידי הרשות הממנה ובין אם לאו – בדיקה מאוזנת על-ידי בית-המשפט לפי הכללים הרגילים של המשפט המנהלי והביקורת השיפוטית. אם איוון בין שיקולים אתיים ומקצועיים יערך מראש, תוכל גם הביקורת השיפוטית להתמקד בבחינה אם כל השיקולים הרלוונטיים, ושיקולים כאלה בלבד, הובאו בחשבון, ואם האיוון שנעשה היה "סביר", במובן המקובל של המונח במשפט המנהלי, וכך לא תהיה עוד הטיה מובנית לטובת שיקולים אתיים.

95 פרשת **אגודת העיתונאים בתל-אביב**, לעיל ה"ש 37.

96 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

97 שם, פס' 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

46. יש שני טיפוסים עיקריים של מצבים שבהם ההסדר המוצע – של עריכת האיזון בין שיקולים מקצועיים לשיקולים אתיים על-ידי ועדת איתור – לא יועיל. הטיפוס האחד הוא מצבים שבהם אין מעוניינים באיזון אד-הוקי בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, אלא מתבקשת פסילה של מועמדים שדבק בהם פגם אתי מוגדר, חמור במיוחד, יהיו כישוריהם המקצועיים או התועלת הפוליטית הצפויה ממינוים אשר יהיו. הטיפוס האחר הוא מינויים לתפקידים של נבחרי ציבור, אשר אינם יכולים כמובן להיעשות באמצעות ועדת איתור, אלא חייבים להיעשות על-ידי רשות פוליטית.

במצבים אלה אי-אפשר – ומכל מקום אין זה רצוי – לאזן שיקולים אתיים כנגד שיקולים אחרים במסגרת קבלת ההחלטה בקשר למינויו של אדם מסוים, אלא יש לקבוע תנאים אתיים במסגרת הגדרת הכשירות לתפקיד. ככלל, מן הדין שהדבר ייעשה בחוק, במיוחד ככל שבפסילה מטעמים אתיים יש כדי לפגוע בכבוד האדם או בזכות חוקתית אחרת. אך בכל מקרה יש לקבוע מראש מגבלות אתיות שאינן ניתנות לאיזון – תנאי כשירות – כשם שהדבר נעשה לגבי אותם כישורים מקצועיים המשמשים תנאי-הסף שבלעדיהם מועמד אינו כשיר להתמנות כלל. משלא נקבעה במסגרת תנאי הכשירות לתפקיד מגבלה אתית, פסילה מלהתמנות לא תוכל להיעשות אך ורק לנוכח הפגם האתי לבדו. מכאן שכלל ששיקולים פוליטיים או מקצועיים ייחשבו בלתי-שפייטים, החלטת המינוי בכללותה לא תוכל להיחשב שפיטה – גם לא היבטיה האתיים.

47. קושי נוסף בהליכי המינויים לתפקידים ציבוריים בכירים הוא בבדיקת העובדות. קושי זה קיים הן בהליכים המבוססים על איזון בין שיקולים מקצועיים ופוליטיים לבין שיקולים אתיים והן בהליכים שבהם שיקולים אתיים הם תנאי-הסף לכשירות למינוי. הקושי אינו ייחודי לתחום המינויים או להחלטות אחרות שבהן עשוי להתעורר צורך בבדיקת מידותיו הטובות של אדם, שכן הוא נובע מן העובדה הפשוטה שהמנגנונים הקיימים שבידיהם כשירות מקצועית וסמכויות חקירה מתאימות – המשטרה, נציבות שירות המדינה ובמידת-מה גם מבקר המדינה – אינם מופקדים על בירור עובדות הנדרשות לשם החלטות ביצועיות, וביניהן החלטות על מינויים. העדרו של מנגנון מסודר לבירור עובדות בעניינים רגישים הנוגעים מעצם מהותם בליבה של כבוד האדם ובזכויות חוקתיות אחרות, כגון חופש העיסוק, עשוי להסביר את האופן המאולתר ואפילו השרירותי שבו התקבלו ממצאים עובדתיים בחלק מהמקרים שבהם דנו במאמר זה.

ועדות איתור יוכלו לסייע בהתמודדות עם קושי זה בהליכי מינויים, שכן הן יוכלו לקבל את החלטותיהן על בסיס תשתית עובדתית רחבה שיאספו. אך פתרון מלא לבעייתיות ימצא רק אם בידי הוועדות – או בידי גוף אחר שיהיה מופקד על כך – יופקדו סמכויות לעריכת בירור עובדתי גם בעניינים שבהם לא מתעורר חשש לביצוע עברה פלילית או הפרת משמעת.

48. הכולענות ההדדית של משפט ואתיקה במינוי בכירים בישראל, שעליה עמדנו במאמר, מתבטאת בהיהפכותם של השיקולים האתיים לדומיננטיים במינויים ובכך

שההכרעה בהיבטים האתיים ממוקדת במערכת המשפטית. בכך יש חריגה מתפיסות-היסוד של המשפט הציבורי הישראלי, שאף יוצרת חשש למתן משקל-יתר לשיקולים הנוגעים במידותיהם הטובות של מועמדים לתפקידים בכירים בשירות הציבור, ואף לאפקט מצנן של הימנעות ממינוי מועמדים ראויים שהועלו נגדם טענות אתיות העלולות לעכב את המינוי או לסבכו.

בולענות הדדית זו אינה גזרה משמים. יש דרכים להתמודד איתה ולצמצמה. חלקן נוגעות בהתוויה של תנאים אתיים מוגדרים לכשירות למינוי, בדומה לתנאים הקיימים לכשירות מקצועית; וחלקן נוגעות בעיצובם של הליכי המינוי באופן שיאפשר עריכת איזון מושכל ומבוסס מבחינה עובדתית בין שיקולים מקצועיים לבין שיקולים אתיים, וזאת לא במסגרת הביקורת המשפטית והשיפוטית.

אכן, כדבריו של השופט יצחק זמיר, "האחריות לאתיקה של הרשות המינהלית, כמו האחריות ליעילות ולתבונה של ההחלטה המינהלית, להבדיל מן האחריות לחוקיות, אינה מופקדת בידי בית-המשפט"⁹⁸. בין משפט ואתיקה יש תחומי חפיפה ויש ביניהם היזון הדדי, אך יש להימנע ממשפטיזציה של האתיקה כמו-גם ממוסרנות של המשפט. את הבולענות ההדדית של משפט ואתיקה יש להחליף בהבניה של דיני המינויים לתפקידים ציבוריים בכירים, כך שמכלול השיקולים הרלוונטיים – שיקולים מקצועיים, שיקולים פוליטיים ושיקולים אתיים – יקבלו את משקלם הראוי.

98 ראו פרשת הנגבי, לעיל ה"ש 11, פס' 15 לפסק-דינו של השופט זמיר.

