כשרותם של משרתי ציבור

בג"צ 6163/92, 6177/92 איזנברג ואח' נ' שר השיכון והבינוי ואח'
(טרם פורסם);
בג"צ 3094/93, 4399/93, 4478/93, 4409/93 התנועה למען איכות השלטון
בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם);
בג"צ 4267/93, 4287/93 /4634/93, אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין
וטוהר המידות ואח' נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם)

חיים ה' כהן*

א. כשרותו של מנהל כללי. ב. על כשרותם של נבחרי-ציבור. ג. על חזקת ההפות מפשע. ד. הערת-אגב על ייצוג ראש הממשלה. ה. על אמון הציבור.

המשותף לכל העתירות האלה הוא, ראשית, שהעותרים כולם אזרחים פרטיים או ארגוני אזרחים המתרעמים על כהונתם הצפוייה או הנמשכת של משרתי-ציבור בכירים החשודים בקלקול המידות; שנית, שאוזנו של בית-המשפט היתה קשובה להם משום "שעניינם הוא בשלטון החוק בשלטון" והסוגיה "מהותית ומרכזית" היא, באשר היא נוגעת "לאמון הציבור בפעולות של רשויות השלטון בכלל ושל אורגן הביצוע העליון במדינה (הממשלה) בפרט";[1] ושלישית, שכל אחד משלושת משרתי-הציבור (להלן: משיבים) היה, אליבא דכולי עלמא, כשיר לתפקידו מבחינת השכלתו, ניסיונו, מעמדו וכוח ביצועו. השאלה שעמדה לפני בית-המשפט, לגבי כל אחד מהם, היתה אם די בכשירות זו לכהונה בתפקיד שלטוני בכיר, או שמא נדחית כשירות (פורמלית) זו מפני נתונים ושיקולים הפוסלים אדם לכהונה כזו.

---

* ממלא-מקום קבוע לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס).

1. לשון השופט ברק, בסעיף 1 ו-7 לפסק-הדין בבג"צ 6163/92, 6177/92 (להלן, פסק גינוסר).

nevo.co.il

השופט ברק נוקט לשון "כשירות" (או גם "כושר") כשהוא מדבר על תנאים חקוקים שבהם המינוי או הכהונה מותנים;[2] אך בנוסף עליהם מונה הוא נתונים רבים, משפטיים אך לבר-חוקיים, המשמשים שיקולים לשיקול-דעת הרשות הממונה או המפטרת. להבדילה מן הכשירות הפורמלית, קיימת גם כשרות סגולית: "והכשרות" להתמנות לכהונה בתפקיד בכיר כאמור או להמשיך בה, היא למעשה נושא הדיונים בפסקי-הדין שלפנינו. בית-המשפט פסק כי באין כשירות כחוק, המינוי או הכהונה הם לא-חוקיים; באין כשרות כדין, שיקול-הדעת למנות או שלא לפטר עלול להיפסל מחמת חוסר סבירות.

א. כשרותו של מנהל כללי

המשיב גינוסר, שנתמנה לתפקיד מנהל כללי של אחד ממשרדי הממשלה, התפרסם ברבים כאחד מראשי שירות הביטחון הכללי אשר זכה בשנת 1986 לחנינה על מעלליו מידי נשיא-המדינה. חנינה זו הוענקה לו עוד לפני שהואשם או הורשע בעבירה כלשהי. עוד באותה השנה התייצבה בבית-המשפט העליון קבוצה גדולה של עותרים, שעניינם היה בהשלטת שלטון החוק בשלטון, וטענו שאין החנינה של המשיב וחבריו תופסת, באשר אין סמכות בידי נשיא-המדינה לחון אדם על עבירות שלא הורשע בהן עוד, ובשהוא עודנו עומד בחזקת חף מפשע. ברוב דעות של הנשיא (שמגר) והמשנה לנשיא (בן-פורת) נגד דעתו החולקת של השופט ברק, פסק בית-המשפט כי מעשה החנינה כפי שעשאו נשיא-המדינה הוא בגדר סמכותו, והזוכים בה נחונו כדין.[3] לאור פסיקה זו, ומן הטעם על-פי הנחיית של היועץ המשפטי, סברה הממשלה שהמשיב סהור עתה מכל עוון ונקי מכל רבב – שחרי חנינה שהנשיא חן אדם ברוב חסדו, ואפילו היה בחסד זה כדי לקומם רבים וטובים, נועדת למחוק כל "עבר פלילי" שאולי היה לו, כאילו לא היה. אין לבוא בטרוניה על הממשלה ועל יועצה המשפטי שסברו כך: היה להם על מי שיסמוכו.[4] וזאת היא אמנם הדעה המקובלת, כי החנינה "המלאה" – להבדילה ממעשי החסר של הפחתת העונש או המרתו[5] – מוחקת את העבירה מדעיקרא: היא יוצרת פיקציה משפטית, ההופכת אמת עובדתית של מעשה פשיעה לשקר העובדתי – אך ל"אמת" משפטית – של חפות מפשע: רואים פושע שנחון כאילו הוא לא פשע.

ואמנם טען המשיב, שמשנחון יש לראותו כאילו לא טעם טעם חטא: לא זו בלבד שאין לו שום "עבר פלילי", אלא כל עברו אינו אלא שירות נאמן ומועיל למדינה ודבקות

2. למשל, סעיף 24 לפסק-הדין בבג"צ 4267/93 (להלן, פסק **מנחסי**).

3. בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, **ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מ (3) 505 (להלן, פסק **ברזילי**).

4. בבג"צ 337/51, פ"ד ה 737, 755, אמר השופט אגרנט: "עיקר מטרת החנינה היה והינו להכריז קבל עם ועדה, שהאדם שקיבל חנינה הוא תף מפשע ועבירתו נמחתה". ובלשון הנשיא שמגר בפסק **ברזילי** 551: "בכוחו (של הנשיא) למחוק אף את הכתם שבעבירה ולא רק את תוצאותיה. והו המצב המשפטי המצוי...".

5. סעיף 11 (ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה.

nevo.co.il

במטרה להבטיח ביטחונה. טענה זו לא נתקבלה על דעת בית-המשפט: השופטים לא היו מוכנים להשלים עם ההנחה שמכל אשר הם – והממשלה – יודעים על עברו "הפלילי" של המשיב, חייבים הם להתעלם, ושחייבים הם לשקול דעתם לגופו של עניין על יסוד נתונים שאינם משקפים אמת עובדתית. ואמנם ניתן לומר כי השכל הישר מתקומם נגד הכפיפות לפיקציה שקרית, ומה גם מקום שכפיפות שכזו עלולה להביא אי-צדק או פגיעה במינהל התקין. בית-המשפט מאריך בכתיבה עקרונית על הצורך לשקול גם את עברו הפלילי של מועמד למינוי ממשלתי[6] – דבר אשר למיטב ידיעתי אינו מוטל בספק – עד אשר הוא פונה לבסוף לבעיית החנינה: כדי שיוכל להתחשב בעברו הפלילי (כביכול) של המשיב, הוא צריך ליטול תחילה את העוקץ מן החנינה. הוא מקדים אזהרה לאמור, כי "מוסד החנינה הוא מוסד סבוך, והשלכותיו סרם נבחנו במלוא היקפן".[7] ואולם חוששני שהמבחר בין "ההשלכות" האפשריות של החנינה הוא מצומצם מאוד. אם דוחים את הדעה הטקובלת האמורה שהחנינה מוחה את הפשע כלא היה, כי אז יש למעשה רק אפשרות חלופית אחת, והיא שהחנינה מונעת הגשת כתב-אישום, או אם הוגש כבר, מבטלת אותו.[8] דעת השופטים, ככל הנראה, לא היתה נוחה מאפשרות חליפית זו – שאילו קיבלה כנכונה, היתה דרכם סלולה לפסוק שאין בכוחה של חנינה למחוק את הפשע כליל, ושעל כן חנינת המשיב אינה רליוונטית לעניין קבילות עברו הפלילי כשיקול מן השיקולים המותרים או הנחוצים בטרם מינוי. אמרתי "ככל הנראה", מפני שהשופטים לא ראו לדחות תלופה זו במפורש: הם העדיפו להסתפק באמירה שאם כי השלכות החנינה טרם נבחנו, "אין לנו צורך לבחון סוגיה זו לעומקה". וכל כך למה, משום שמצאו להם עוגן הצלה בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמא-1981 (להלן, חוק המרשם); ומשמצאו עוגן זה, נאחזו בו לשם עקיפת מכשול החנינה.

חוק המרשם טטיל חובה על המשטרה לנהל מרשם של הרשעות ועונשים.[9] לא היה צורך בחוק מיוחד כדי להניע את המשטרה לנהל מרשם כזה: החוק בא להסדיר את מסירת המידע מטעם המשטרה על ההרשעות הרשומות לפי החוק: "המרשם יהיה חסוי, ולא יימסר מידע ממנו אלא לפי חוק זה".[10] בתוספת הראשונה לחוק מנויים 55 גופים או נושאי משרות שלהם המשטרה תמסור מידע כאמור, על-פי דרישתם, אם לצורך המטרים הקבוע

6. סעיפים 37 עד 57 לפסק **גינוסר**.
7. סעיף 58 לפסק **גינוסר**.
8. הטוענים שאין לנשיא סמכות חנינה בטרם הרשעה, מבססים טענה זו, בין השאר, על חפיפת סמכות זו של הנשיא עם סמכות היועץ המשפטי לממשלה, אשר בשיטה האופורטוניסטית שלנו, רשאי שלא להאשים אדם בעבירה פלונית, ולבטל כתב-אישום שהוגש. הנשיא שמגר דן בטענה זו באריכות, ודחה אותה (פסק **ברזילי**, 537 ואילך). לביקורת על פסק-דינו ראה מ' קרמניצר, "חנינת השב"כ – האם עמד בית-המשפט הגבוה לצדק במבחן?", **עיוני משפט** יב (1987) 595.
9. סעיפים 1, 2.
10. סעיף 3.

nevo.co.il

בתוספת ואם בדרך-כלל לצורך מילוי תפקידם;[11] ובנוסף לכך יימסר מידע כזה לעוד גופים אחרים לצרכים מסוימים הקבועים בחוק.[12] במה דברים אמורים, במידע על הרשעות שעדיין לא חלפה תקופת התיישנותן כפי שנקבעה בחוק: וכל תקופה של התיישנות שנקבעה בחוק נמדדת לפי תקופת המאסר (או לפי מידתו של עונש אחר) שהוטל עקב ההרשעה.[13] מכאן שההרשעות שחוק המרשם מדבר בהן אינן אלא הרשעות שבגינן הוטלו עונשים;[14] ואמנם אין בשיטת משפטנו הרשעה בפלילים שאין סנקציה בציהה.

בתום עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות האמורה, "יראו את ההרשעה כהרשעה שנמחקה" – לא שנמחקה בפועל, שהרי עדיין ניתן למסור מידע עליה ליושב-ראש הכנסת, לעניין בחירת נשיא-המדינה; לוועדת הכנסת, לעניין בחירת מבקר המדינה; לוועדות מינויים לשופטים, דיינים וקאדים; לממשלה, "לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינויים טעון עליה" (ומינוי מנהלים כלליים של משרדי הממשלה בכלל זה); וכן לשר או למנהל כללי של משרד ממשלתי, "לעניין מינוי לתפקיד מסווג סודי ביותר". מכאן אמנם משתמעת דעת המחוקק שחסינות המידע על "עברו הפלילי" של אדם אינה שקולה כנגד האינטרס הציבורי בטוהר המידות של בכירי שירות המדינה.

ההוראה שבית-המשפט ראה להיאחז בה קובעת לאמור: "הרשעה שנשיא המדינה נתן עליה חנינה, דינה כדין הרשעה שנמחקה".[16] דין הרשעה שנמחקה, כאמור, שמידע עליה ניתן למסור לממשלה בבואה למנות מנהל כללי – ועל-כן יש למסור מידע זה גם על הרשעה שנשיא המדינה נתן חנינה עליה. ואם תמצי לומר, לא היתה כאן "הרשעה" שנשיא המדינה נתן חנינה עליה, אף הם ישיבו לך, שאם בהרשעה כן, בחנינה טרם הרשעה לא כל שכן, נמצא שהממשלה, בבואה למנות את המשיב למנהל כללי, חייבת היתה להתחשב בעברו הפלילי, על-אף החנינה שזכה לה מידי הנשיא.

לדעתי יש לקרוא את ההוראה ההיא, לאור הקשר הדברים, כקובעת אך זאת בלבד, שבהרשעה שטרם חלפו עשר שנים מתום תקופת התיישנותה, אך הנשיא נתן עליה חנינה, אין ממתינים למחיקתה עד תום כל התקופות ההן, אלא רואים אותה כמחוקה מיד עם מתן החנינה. הוראה זו פשוטה היא, וכמעט מובנת מאליה: אם בכלל ניתן לראות הרשעה "כאילו נמחקה", הרשעה שניתנה עליה חנינה היא, מטבע הדברים, הראשונה והמובהקת להיראות כך. אבל שום דבר בדיני המחיקה שבחוק המרשם אינו יכול ללמד על טיבה של חנינה והשלכותיה: ואין בכוחה של ההוראה ההיא אלא להחליף את יום תום עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות, ביום תאריך החנינה.

---

11. סעיף 5.
12. סעיפים 6-11.
13. סעיף 14: למשל, "אם הוטל מאסר למעלה מחמש שנים – התקופה שהוטלה ועוד בפל התקופה, ובלבד שהתקופה הנוספת לא תעלה על חמש-עשרה שנים"; או, אם הוטל קנס או מאסר-על-תנאי, תהא תקופת ההתיישנות שבע שנים.
14. או סנקציה אחרת, כגון מבחן או צו שירות לתועלת הציבור: סעיף 2(2).
15. סעיף 16 (א) ותוספת ראשונה (ב) עד (ה).
16. סעיף 16 (ד).

nevo.co.il

חוק המרשם מכיר גם הרשעות שאינן נמחקות (ואינן נראות כנמחקות) מעולם. עם אלו נמנות, למשל, הרשעות בשל עבירות שהעונש שהוטל בגינן הוא מאסר עשר שנים או יותר, או בעבירות ביטחוניות – חמש שנות מאסר או יותר.[17] אם דין המחיקה אינו חל עליהן בתום עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות, הוא אינו חל עליהם גם כשהנשיא נתן עליהן חנינה: לפי מיקומה ולשונה של ההוראה שאמרנו, יש לראות הרשעה שניתנה עליה חנינה כאילו נמחקה, ובלבד שדין מחיקה חל עליה ("דינה כדין הרשעה שנמחקה"); ואילו הרשעה שדין המחיקה אינו חל עליה, אינה נמחקת ואינה נראית כנמחקת אף אם הנשיא נתן עליה חנינה. כאילו כבודה של חנינת הנשיא בטקומו מונח – אבל עד כדי מחיקה במרשם הפלילי אין כוחה מגיע. אמנם נשיא-המדינה מוסמך להחיל דין המחיקה גם על מי שהורשע הרשעה שאינה נמחקת[18] – אבל לכך דרוש, מחוץ לחנינה או בנוסף עליה, צו מיוחד של הנשיא: בלעדי צו זה החנינה בעינה עומדת, אך ההרשעה אינה נמחקת. אמנם יש לרשום ליד ההרשעות והעונשים גם את השינויים שחלו בהן "מכוח חנינה";[19] אבל המחוקק סתם ולא פירש מהם השינויים האלה חוץ מן החנינה עצמה – ובצדק נהג כך, שלא חוק המרשם הוא המקום לקבוע תוצאות החנינה: השינויים "מכוח חנינה" הם אלה המתבקשים כתוצאות החנינה על-פי החוק הכללי. ואם התוצאה של החנינה היא שהרשעה נמחקת, כי אז היא נמחקת גם לעניין חוק המרשם, בין אם דין מחיקה חל עליה ובין אם לאו. יש להניח שאין המחוקק מתכוון בחוק, כמו חוק-המרשם, לגרוע מסמכויות הנשיא לפי חוק-יסוד: נשיא המדינה או להוסיף על סמכויות אלה; והסמכות אשר חוק המרשם מעניק לו לקצר או לבטל תקופות התיישנות ותקופות מחיקה ולהחיל דין המחיקה גם על עבירות לא-נמחקות, היא בכלל הסמכות הנשיאותית להקל בעונשים; ולו משום כך בלבד אין היא נתונה לנשיא אלא לגבי עבירה מסיימת של אדם פלוני.

כפי ששמו מעיד, אחת המטרות העיקריות של חוק המרשם היא "תקנת השבים" או, ליתר דיוק, תקנת המתיישנים. ואלה "תוצאי מחיקת הרשעה": ראשית, "מי שנמחקה הרשעתו ייחשב לעניין כל דין כאילו לא הורשע", וכל פסול הדבק בו בשל הרשעתו, בטל מיום המחיקה; שנית, ראיה על ההרשעה לא תהא קבילה עוד בכל הליך משפטי או מינהלי; שלישית, אין שואלים אדם על הרשעתו שנמחקה, ואם שואלים אינו חייב להשיב; ורביעית, "שאלה בובר עברו הפלילי של אדם תיחשב כאילו אינה מתייחסת להרשעה שנמחקה".[20] כל אלה זכויות מהותיות מאוד הן, שהמחוקק מזכה בהן כל מי שהרשעתו נמחקה או שרואים אותה כאילו נמחקה; ואם כי המחוקק מסייג זכויות אלה בהיתר העברת מידע גם על ההרשעות הללו לגופים ולצרכים שאמרנו,[21] על כל פנים מן הראוי לפרש את הסייג

17. סעיף 17.
18. סעיף 18.
19. סעיף 2 (6).
20. סעיף 20 (א) עד (ד).
21. סעיף 20 (ה): "מידע על הרשעה שנמחקה לא יובא בחשבון לעניין כל דין, אלא בידי גוף מן המפורטים בפרטים (ב) עד (ה) שבתוספת הראשונה". המחוקק תוזר פה על עצמו: ראו לעיל, הערה 15.

באופן שהזכויות לא תיפגענה אלא במידה הכרחית ובלתי נמנעת;[22] ובטקרה של ספק, קיום הזכויות עדיף על ביטולן, תהא אשר תהא מטרת הביטול.

הזכויות הללו, "תוצאי מחיקת הרשעה", דומות להפליא לזכויות אשר, לפי הדעה המקובלת שאמרנו, הן תוצאות החנינה. גם מי שנחון, נחשב לעניין כל דין כאילו לא פשע, וכל פטול שדבק בו בגלל מעשהו, בטל מיום החנינה. אם שואלים אותו על עברו הפלילי, הוא יענה, ברין, שאין לו (בהעדר הרשעות אחרות), ואיש לא ישמע בטענה שיש לו. ואם הנשיא לא התנה או התלה את החנינה המיוחדת בתנאי אחר, אין מבחינת דיני החנינה שום תריג מכלל זה; ולא שמענו שלממשלה או למאן דהוא יש פריבילגיה המוכרת בדין לראות במעשה אשר חנינה תלה עליו, "עבר פלילי" למטרת כלשהי. ניתן אולי להעלות על הדעת שביום מן הימים יתפנה המחוקק וימצא שעת כושר לקבוע בחוק-יסוד מה הן תוצאות החנינה לפרטיהן, ואף יקבע להן חריגים. ואולם חוק המרשם לא קבע דבר וחצי דבר לעניין תוצאותיה המשפטיות של חנינת הנשיא, ולא התיימר להגביל או לסייג אותן כהוא-זה. חריג כמו זה, המאפשר מסירת מידע לממשלה על הרשעה שנמחקה, אפשר שהמחוקק יגזור אותו לעניין "תוצאי" אותן המחיקות, שהורה עליהן בחוק המרשם; אך בוודאי אינו גוזר אותו לעניין מחיקה הבאה עקב חניבה, ומכל שכן עקב חנינה שאפילו הרשעה לא קדמה לה.

חוק-יסוד: נשיא המדינה אינו נמנה עם חוקי-היסוד המשורייגים; והלכה פסוקה היא שהוראה סותרת בחוק רגיל מאוחר עשויה להיות עריפה על הוראה בתוק-יסוד קודם.[23] בכל ואת נודע לחוקי-היסוד מעמד מיוחד כחוקים קונסטיטוציוניים; ומסכים אני, עם כל הכבוד, לדעת הפרופסור ברק שיש לייחס למחוקק כוונה שלא לסתור הוראת חוק-יסוד בחוק שאינו חוק-יסוד,[24] ושעל כן יש לפרש את החוק הרגיל המאוחר כאילו אינו סותר ואינו מסייג הוראה מהוראות חוק-יסוד, אלא אם כן סתירה או סייג, כאמור, נקבעו בחוק המאוחר בלשון מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים. כבר הראיתי לעיל שניתן לפרש את דין החנינה שבחוק המרשם בדרך שלא יהא בה סייג לדין החנינה שבחוק-היסוד: לפי כללי הפרשנות, הרי פירוש זה עדיף על פירוש שיש בו כדי להמעיט ולגרוע מתוצאות התנינה לרעת הנחון. ולעניין זה אין אני רואה הבדל בין "סתירה" לבין תריג או סייג: דיני הפרשנות מדברים על תוקים הסותרים זה את זה; אך חוק המסייג וקובע חריגים, אמנם "סותר" את ההוראה הבלתי מסויגת שבחוק הקודם. קייטת "סתירה" אם יש בתנינת לפי חוק-היסוד איסור מסירת מידע כאחת מתוצאות החנינה, ובמחיקה לפי חוק המרשם היתר מסירת מידע.[25] אילו רצה המחוקק לקבוע סייג לתוצאות החנינה, צריך היה לומר, למשל, כי חנינה שניתנה מאת נשיא המדינה אינה מונעת מסירת מידע המותרת לפי חוק המרשם; או, כי הוראות חוק המרשם המתירות מסירת מידע על הרשעה שנמחקה, חלות גם

22. "פירוש מצמצם הוא פירוש המקטין את ההתערבות בזכויות": א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך א: **תורת הפרשנות הכללית**, 131.

23. שם 560-561; והאסמכתות המובאות שם בהערה 92.

24. א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני: **פרשנות החקיקה** (1993) 337.

25. א' ברק (הערה 22) 557.

nevo.co.il

על מידע על הרשעה שניתנה חניגה עליה. אילו אמר דבר מפורש כזה או כיוצא בזה, צריכים היינו להרים ידיים, ולו גם תוך הרמת גבות-העיניים: משלא אמר שום דבר שכזה, שומה עלינו להשאיר תוצאות התניגה כמות שהן "לפי המצב המשפטי המצוי",[26] בעינן ובמלוא היקפן.

העולה מן המקובץ: על אף הוראות חוק המרשם, הרי מעשי המשיב, אשר עליהם וכה לתניגה מאת נשיא המדינה, אינם בגדר "עבר פלילי" שהממשלה רשאית לקבל מידע עליו ולהביאו בחשבון שיקוליה לצניין מינויו כמנהל כללי.

אבל לא על כל מעשיו (המוכחים) זכה המשיב בחניגה. התניגה שוכה בה חלה על "כל העבירות הכרוכות בפרשה המכונה אוטובוס 300 מלאחר האירוע בלילה שבין ה-12 וה-13 באפריל 1984 ועד לחתימת כתב זה (25.6.1986)."[27] אין היא חלה על מעשים המיוחסים למשיב בפרשה אחרת, היא פרשת נאפסו:[28] על מעשים אלה לא הועמד המשיב לדין, אך גם לא קיבל חניגה. כל המידע המהימן על חלק המשיב בפרשה זו כשר הוא למהדרין כחומר לשיקול-דעת הממשלה בנדון.

נאפסו שירת כסגן בצבא-הגנה-לישראל. הוא הואשם והורשע בבתי-דין צבאיים בבגידה, בריגול חמור, בעזרה לאויב ובסיוע לאויב במלחמתו, ועוד. נגזרו עליו שמונה-עשרה שנות מאסר וגירוש מן הצבא. טענתו שהודאותיו נגבו ממנו באמצעים פסולים ולא ניתנו מרצונו, נדחתה: בית-הדין קיבל עדות תוקריו, והמשיב ביניהם, כי לא הופעל עליו שום לחץ. חקירת שניהל הפרקליט הצבאי הראשי העלתה לאחר-מכן שטענתו של נאפסו היתה טענת אמת ועדותם של המשיב וחבריו היתה עדות שקר. בפסק-הדין שלפנינו מתאר בית-המשפט בפרוטרוט את העינויים השונים שהמשיב וחבריו עינו את נאפסו,[29] ולא אחוור עליהם. על חטא העינויים הוסיף המשיב את פשע עדות השקר: בכך "ניטלה מבית-הדין היכולת להכריע בענייננו של המערער (נאפסו) על יסוד נתוני אמת, ונפגמו מעמדו וכוחו של בית-הדין אשר הולך שלל על-ידי דבריהם של התוקרים. המעשה החמור שנתגלה במקרה דנן... מחייב נקיטתם של צעדים החלטיים כדי לשרש תופעה כגון זו".[30] בעקבות פרשה זו הוקמה ועדת תקירה, הידועה כוועדת לנדוי, והיא חוזרת והדגישה שיש בפרשת נאפסו "כדי להבהיל ולהרתיע, לא רק בשל עיוות דינו של נאפסו עצמו, אלא לא פחות בגלל קילקול המידות שבמתן עדות שקר, אשר נתגלה בה לעין השמש ושיש עתה לעקרו מן השורש".[31]

בית-המשפט מעמיק חקור בשאלה אם "עבר פלילי" כולל גם מעשי עבירה שבגינם לא הואשם ולא הורשע העבריין,[32] לדידי, אין השאלה הואת צריכה להתעורר: אפילו בהנחה

26. כלשון הנשיא שמגר (לעיל, הערה 4).
27. פסק ברזילי, 517.
28. נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, ע"פ 124/87, פ"ד מא (2) 631 (להלן, פסק נאפסו).
29. סעיף 17, פסק גינוסר.
30. פסק נאפסו, 636 (הנשיא שמגר).
31. מובא בפסק גינוסר, סעיף 20.
32. סעיף 57, השופט ברק מייחס לי פה דברים שיצאו מפי אחי רחימאי השופט זוסמן, בניגוד

שאין כאן "עבר פלילי", אין לפסול מידע על מעשים כאלה מלבוא בשער שיקולי הממשלה לעניין מינוי מנהל בלתי – לא משום אופיים הפלילי, אלא משום הלקח שניתן ללמוד מהם לעניין כשרותו של המועמד. ומה גם שוועדת לנדוי מצאה שהגילויים בפרשת נאפסו אינם תושפים אך אירוע חד-פעמי ויוצא דופן, אלא כי "בהפעילם את אמצעי הלחץ לא חרגו ממה שהותר להם בהנחיות של השירות שהיו קיימות בזמן ההוא, וחמור מזה – הם טענו שגם בתתם עדות שקר... לא חרגו מן המקובל בשירות, וזאת בידיעת הממונים עליהם... למרבה הצער והבושה עלינו לקבוע שטענות אלה בדבר הרשאה להפעלת לחץ, ביחד עם 'הנורמה' של מתן עדות שקר בבית-המשפט בקשר לכך, הוכחו לפנינו כנכונות".[33] אכן אין מדובר פה בטתם "עבר פלילי", אלא במעין "נורמות" של התנהגות המעידות על אמות-המידה של מוסר ויראת משפט שהיו מנת חלקם של המשיב וחבריו לשירות.

כדי שלא אחסא בהכללות, אתרכז במשיב אישית. שעה שבית-המשפט דן בתוקפות החנינה שהוענקה לו,[34] היה בפניו תצהירו של המשיב, ובו גילה טפח ממניעיו ושיקוליו. הוא הצהיר שם, ראשית, שכל העבירות שעבר, עבר "לצורך מילוי תפקיד"; שנית, כי כל פעולותיו "נעשו בהוראה ובאישור" הממונים עליו; ושלישית, כי כל שעשה עשה, וכל ההוראות שקיבל ניתנו, אך ורק "למען ביטחון המדינה ושמירת סודותיה". והוא מסכם ואומר: "כל מעשי ופעולותי נעשו לצורך מילוי תפקיד ובאמונה שלמה כי נועדו לשרת טובת המדינה וביטחונה".[35]

עד שאגיע לשלוש הצהרות אלו כסדרן, אתמהה (במעין טענה טרומית) כיצד זה יכלו העינויים ועדות השקר בפרשת נאפסו, למשל, להועיל כהוא זה לביטחון המדינה או לטובתה (ופרשה זו, כאמור, לא על עצמה בלבד מלמדת). ניתן להבין שההשד של ביצוע העבירות החמורות ביותר שאפשר להאשים בהן חייל בשירות פעיל, טעון חקירה יסודית ונמרצת ונקיטת אמצעים סבירים ויעילים לסכל מזימותיו בעוד מועד; אבל כפיית החשוד להודות, כשעצם הכפייה עלולה להביאו לידי הודאת-שווא, מסכלת את המטרה: לא זו בלבד שלא תועיל לשמירת הביטחון, אלא עלולה היא להביא לידי בהלה ולנקיטת אמצעים מיותרים שאין להם ולא בלום עם ביטחון אמת. איש לא טען שעינוייו של נאפסו תיוניים היו להטרת סכנה מיידית שריחפה על המדינה.[36] כל מטרת העינויים היתה לסחוט הודאה, כדי לאפשר הבאת "הבוגד" על עונשו. לא כל שכן עדות השקר: מהי זו ואיזו היא התועלת העשויה לצמוח לביטחון המדינה מעניתת אדם על לא עוול בכפו?

לדעתו של השופט זוסמן, שם, הייתי מקפיד עם נציב שירות המדינה, הרשאי "שלא למנות אדם עובד המדינה... שהוא בעל עבר פלילי" (סעיף 46 לחוק שירות המדינה [מינויים], תשי"ט-1959), שלא ייחס לאדם "עבר פלילי" אלא אם הורשע ברין. ראה תוות-דעתי החולקת בפרשת גולד, בג"צ 94/62 פ"ד טז 1846 (להלן, פסק גולד).

33. מובא בפסק גינוסר, סעיף 19.

34. פסק ברזילי, (לעיל, הערה 3).

35. מובא בפסק גינוסר, סעיף 24.

36. ועדת לנדוי ראתה להצדיק אמצעי-חקירה פסולים, ואף פליליים, במסגרת סעיף 24 (א) (1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, או גם לפי סעיף 22, שם, והוא אם נקטו בשעת צורך

אשר להצהרותיו של המשיב, אין ספק שאמנם לא ביצע עבירותיו "מתוך בצע כסף ורצון להעשיר את עצמו", אלא שביצע אותן "מתוך רצון לקדם את אינטרס המדינה"; ובית-המשפט מוסיף, בסוגריים, שרצון זה היה "מוטעה";[37] אך בעובדה זו יש עילה לגיטימית לשיקול לטובת המשיב: אם מסתכלים במניעיו אלה של המשיב מנקודת-ראות "עברו הפלילי", כי או אמנם פוחתת מידת קלונו ורשעותו, לעומת מידתם אילו פעל למען בצע כסף. ואולם נראה לי כי לא בקלונו ולא ברשעותו קא עסקינן, ואף "עברו הפלילי" אינו יכול לשמש אלא אינדיקטור של סגולות-אופי או השקפות-עולם שיהא בהן כדי להצביע על אי-כשרותו. הוא שאמר בית-המשפט, "חמרתה של העבירה לענייננו נקבעת לא על-פי 'מיקומה' בחוק העונשין, אלא אל-פי השלכותיה על השיקולים העומדים ביסוד המינוי".[38] ואולם לעניין השיקולים שביסוד מינוי המשיב אין אנו צריכים להיזקק לעברו הפלילי דווקא.

ראשית, מצהיר המשיב, הוא עבר עבירות "לצורך מילוי תפקידו". משמע שבסולם ערכיו של המשיב, מילוי תפקידו עדיף על שמירת החוק. לסענת המשיב שלא בכל תפקיד הכתוב מדבר, אלא אך בתפקיד השמירה על ביטחון המדינה, שביטחון זה כביכול עונה על הכול ומכסה על כל פשע – עונה לו בית-המשפט, כי "הביטחון יקר לנו, אך זהו ביטחון הפועל במסגרת החוק. כאשר שומרי הביטחון מפירים את החוק, נפגעים החוק והביטחון גם יחד. ביטחון ללא חוק הוא אנארכיה. באין חוק, אין לביטחון תכלית. אלה הם מושכלים ראשונים. אלה הם דברים פשוטים ואלמנטריים".[39] אם בעיני המשיב ביטחון המדינה עמד מעל לחוק, כל עוד שירת בשירות הביטחון – מי לידינו יתקע שכלכלת המדינה ובנייתה לא תיראנה בעיניו, כשהן מופקדות בידיו, חשובות וחיוניות אף יותר משלטון החוק? עצם הגישה שלצורך מילוי תפקידו מותר לו, או שומה עליו, לבצע פשעים חמורים (כמו עדות שקר ושיבוש הליכי המשפט) מעידה על בלבול מושגים וערכים אשר סכנה גדולה טמונה בו. ואפילו לא ביצע פשעים כאלה בפועל, אם משום שלא הזדמן לו עוד ואם משום שמלאכתו נעשתה בידי אחרים – עצם השקפתו שלצורך מילוי תפקיד ממלכתי מותר או אף חייבים לבצעם, דייה לפטול אותו מלמלא כל תפקיד כזה. ואף גם זאת: מהצהרת המשיב משתמעת הודאה שלא היה מסוגל למלא תפקידו מבלי לעבור על החוק: הוא ראה "צורך" לעבור על החוק, כי אחרת לא יכל למלא את תפקידו. פשיטא, שמי שאינו מסוגל למלא תפקיד שלטוני מבלי לעבור על החוק, אינו כשר למלא תפקיד של מנהל כללי.

הכרחי למנוע סכנת חיים של ממש. לביקורת גישה זו ראו: S.Z. Feller, M. Kremnitzer and I. Zamir, **Israel Law Review** 23 (1989) 201, 216, 375. בפרשת **נאסטו** (וברוב הפרשות האחרות) לא היתה צפויה סכנת חיים של ממש.

37. לשון השופט ברק, בסעיף 56 לפסק **גינוסר**, וראו שם, סעיף 61.

38. שם, סעיף 55.

39. סעיף 61, ובלשונו של השופט ש"ז חשין ז"ל: "אין כל קסם במלים 'טעמי ביטחון' או 'מצב ביטחוני' וכיוצא באלה... אם יתחוור לו לבית-המשפט כי מלים כאלו משמעותן רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי תוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שייעשה צדק לאזרח...".

nevo.co.il

שנית, אומר המשיב, העבירות שביצע לצורך מילוי תפקידו בוצעו כולן על-פי הוראות הממונים עליו ובאישורם. מכאן משתמעת הודאת המשיב שאין הוא מסוגל להבחין בין הוראה חוקית לבין הוראה לא-חוקית; או, אם מסוגל הוא להבחין, שלעניין הציות להוראות אין נפקא מינה בעיניו אם חוקיות הן או לא-חוקיות. ממילא לא ידע להבחין בין הוראה לא-חוקית לבין הוראה לא-תוקית בעליל, שעצם הציות לה עבירה היא; ואין צריך לומר שהוראה להעיד עדות שקר לא-חוקית היא בעליל לפי כל אמת-מידה אפשרית. ועל המשיב חלה לא רק האחריות הפלילית – שחלה על כל אדם, ויהא גם בור גמור – בשל הציות לפקודה לא-חוקית בעליל, אלא חלה עליו אחריות כפולה ומכופלת ותמורה פי כמה, בשל נתינתה הלאה לפקודיו שלו. והדבר החמור מכול הוא שהמשיב – כנראה עד היום הזה – אינו מבין מה רע יש בהוראות הלא-חוקיות הללו: בתצהיר תשובתו לבית-המשפט הוא כותב כי פעל "על-פי הוראות ברורות ועקרונות זהים לאלה שעל פיהם פעלו בשידות...", ובכלל לא רצה בחנינה, שלדעתו לא היה זקוק לה.[40]

ועדת לנדוי כתבה על המשיב, "כי קרוב לוודאי הוא שמעשה חמור מאין כמוהו כמו זה לא יכול היה לקרות, ואפילו לא יכול היה לעלות על דעתו של איש, אלא על רקע של שיטה רבת שנים של מתן עדויות שקר בבית-המשפט".[41] "שיטה" זו שנה חונך המשיב ובה התמחה עד לקצה גבולה, נכנסה לדמו – עד כדי טכנה ממשית שלא יתנער ממנה גם בתפקיד שלמוני אחר. עיקר תפקידו של מנהל כללי הוא להנחות את אנשי משרדו ולהורות להם שיטת עבודתם: יהא בכך משום תוסר אחריות ותוסר סבירות גם יחד להפקיד תפקיד כזה בידי אדם, שהורגל לקבל ולתת הוראות לא-חוקיות בעליל ואינו רואה בכך שום פגם.

ושלישית, כיוצא בזה: כל ההוראות ניתנו, וכל המעשים נעשו, לא רק למען ביטחון המדינה כי אם גם למען "שמירת סודותיה". נראה שגם בעיני המשיב לא היה ביטחון המדינה לבדו הסבר סביר די הצורך להפרה שיטתית של החוק – אחרת מן הסתם לא היה מוסיף כהֶצדק נוסף את שמירת סודות המדינה. החוק מסדיר שמירת סודות המדינה בצורה מקיפה ודרקונית (ולטעמם של רבים, דרקונית יתר על המידה הדרושה); ובאשר לגילוי סודות המדינה לפני בתי-המשפט, צריך שופט להחליט מה עדיף – הצורך לשמור את הסוד והאינטרס הציבורי שלא לגלותו, או הצורך בגילוי הסוד למען עשיית צדק;[42] ולא שמענו ששירותי הביטחון מוסמכים להחליט מה סוד לשמור ומה סוד לגלות בבית-המשפט. נמצא שבעצם נטילת השררה לשמור על סודות המדינה לפני בתי-המשפט יש משום הפרת החוק, ואולם לא בנטילת שררה עיקר האיוולת והעוול: איוולת היא לחשוב שעל-ידי עדות שקר ושיבוש הליכי משפט יכולים סודות המדינה להישמר בדרך סבירה ויעילה; ועוול הוא להתיימר, במרמה, לשמור – או להתכיון לשמור – על סודות המדינה במתן עדות השקר ובשיבוש הליכי משפט. תוששני שערויות השקר אמנם נמסרו לשם שמירת סודות: אבל

40. שם, בסעיף 23.

41. שם, בסעיף 25.

42. סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971.

סודות אלה אינם סודות המדינה כלל ועיקר, אלא אך סודות השירות. ההוראות להעיד לשקר, שפלוני נתן הודאתו מרצונו ושלא הופעל עליו לחץ, ניתנו כדי שהשופטים והציבור לא יגלו את השיטות הנפשעות הנהוגות שם: סוד הוא החייב להישאר בתוך ארבע האמות של השירות ואסור שיתגלה בחוץ. בתתו לסודות שבאלה מטווה של סודות המדינה, הוציא המשיב את עצמו מכלל עובדי-המדינה הישרים המסוגלים להקרין מיושרם על פקודיהם.[43] עצם אמונתו שסודות השירות ושיטותיו הם סודות המדינה שחייבים לשמור עליהם מכל משמר ובכל הדרכים החוקיות והלא-חוקיות, מעלה חשש סביר שגם בתפקיד ממלכתי אחר יתערבבו לו אינטרסים לא-לגיטימיים של משרדו או משרתו באינטרס האמיתי של מינהל תקין ושלטון החוק.

הנה כי כן מעיד המשיב על עצמו שיש לו הרגלים וקונצפציות של שירות ממלכתי, הפוסלים אותו מלנהל משרד ממשלתי. בית-המשפט פסק שיש לשקול את "כושרו האישי של המועמד, ויכולתו לבצע באופן הטוב ביותר את התפקיד",[44] כנגד "עברו הפלילי" – ואילו לי נראה שדי בשקילת כושרו כאמור כנגד השקפותיו ודעותיו הפסולות.

ב. על כשרותם של נבחרי-ציבור

המשיב דרעי היה שר, והמשיב פנחסי סגן-שר, בממשלה: שניהם נבחרו לכנסת, ועובדת היותם "נבחרי-הציבור" היתה אחת העילות (אולי החשובה בעילות) שמנעה את ראש הממשלה מלהפסיק את כהונתם, אף לאחר שהואשמו בעבירות חמורות שיש עמן קלון. הטענה היתה שנבחר-הציבור חייב נאמנות לבוחריו, וכל עוד אלה תומכים ובוחרים בו וכך מביעים בו את אמונם, אין רשות בעולם הרשאית לסכל רצון הבוחרים. אמנם מוסמכת הכנסת להפסיק כהונתו של חבר כנסת, אם הורשע בפסק-דין סופי בעבירה פלילית והוטל עליו עונש מאסר בפועל של שנה אחת או יותר[45] – אך מכלל הן כאילו אתה שומע לאו: ראשית, אילו רצה המחוקק להעניק סמכות מקבילה גם לממשלה (או לראש הממשלה) לגבי חבריה, היה יכול וצריך לחוקק זאת, ושתיקתו לעניין זה עולה כדי "הסדר שלילי"; ושנית, אם ניתן גם להפסיק כהונת הנבחר לאחר שהורשע בעבירה חמורה והוסל עליו עונש חמור, בוודאי אין להפסיק כהונתו כשרק הואשם וטרם הורשע.[46]

בית-המשפט דחה טענת "ההסדר השלילי";[47] ואמנם ברור הוא שעצם סמכותו של

43. בלשון השופט ברק: הוא "יתקשה להוות רוגמה ומופת לכפופים לו. הוא יתקשה לדרוש מהם אשר נדרש מכל עובד ציבור, ושהוא עצמו חילל. הוא יתקשה להקרין הגינות, אמון, יזקרה, יושר ויושרה (אינטגריטי) כלפי הציבור הרחב". סעיף 55 לפסק **גינוסר**, ושוב בסעיף 34 לפסק **פנחסי**.

44. פסק **גינוסר**, סעיף 51.

45. סעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת.

46. טענה זו לא נזכרה ולא נדונה בפסקי-הדין, אך אני אתעזר אליה להלן.

47. בג"צ 3094/93 (להלן, פסק **דרעי**), סעיף 16; פסק **פנחסי**, סעיף 23.

ראש הממשלה לפטר שר[48] ולפטר סגן-שר,[49] מבלי שהמחוקק קבע עילות או הגבלות לסמכות זו, דייה להקנות לו שיקול-דעת, בשל מה ואת מי ואימתי לפטר.

יש נבחרי-ציבור אשר עמהם מקפיד המחוקק הקפדה רבה על רמתם המוסרית. עם הפסולים לכהן כחברי מועצות מקומיות נמנים לא רק חולי-רוח ופושטי-רגל, כי אם גם מי שחויב בדין, בפסק-דין סופי, על עבירה שיש בה קלון, תוך חמש שנים הקודמות להיבחרו, או שחויב בדין כאמור לאחר שהיה לחבר המועצה;[50] ולא זו בלבד אלא מי שמכהן כחבר במועצה מקומית והוא פסול לכך, עובר עבירה פלילית.[51] אילו מותר היה לפרש את חוק-היסוד: הכנסת על-פי "ההיקש"[52] מן המועצות המקומיות, צריכים היו חברי-כנסת מקל ותומר, להיפסל לבחירה ולכהונה, אם הם חולי-רוח, פושטי-רגל או עבריינים מורשעים. אך משום-מה אין המחוקק (שהוא הכנסת) מקפיד עם חברי הכנסת: אם כך רוצה הבוחר, יכולים גם חולי-נפש, גם פושטי-רגל, גם עבריינים להימנות עם מחוקקיו. מסתבר שאמון הציבור ברשות המחוקקת אינו מושפע, ושום סכנה אינה צפויה לו, מהשתתפותם של חולי-נפש, פושטי-רגל ועבריינים פליליים בריונית ובתקיקתה – או כך, על-כל-פנים, סבור המחוקק עצמו.

הדברים אמורים, למרבה הפלא, גם לגבי שרים וסגני שרים. אין הם מתמנים לתפקידם "רק על-פי כישוריהם, סגולותיהם ומידותיהם האישיות. אינטרסים מפלגתיים וקואליציוניים הם שעומדים במרכזם של מינויים אלה, ומרקם החיים הציבוריים אינו נפגע עקב כך כי נתמנה שר או סגן-שר אשר אינו ניחן בתכונותיהם של אנשי מעלה, או שאינו מתאים לתפקידו".[53] אם מי שאינו חבר כנסת מתמנה לשר,[54] הדעת נותנת שממנים אותו רק בגלל כישוריו ומידותיו, אבל משנתמנה, "דינו לכל דבר הנוגע לכנסת כגון חבר ממשלה שהוא חבר כנסת".[55] ואמנם מינוי השרים וסגני-השרים על-ידי ראש הממשלה או השרים הוא צעד רשמי בלבד:[56] למעשה הם נבחרים לתפקידם על-ידי מפלגותיהם, ובעקיפין על-ידי בוחרי הרשימה המפלגתית, והם מייצגים בממשלה את מפלגותיהם ובוחריהן אלו. ברם, אחריותו של חבר כנסת דווקא לפני בוחריו, וחובת נאמנותו דווקא

48. סעיף 21 לחוק-יסוד: הממשלה.
49. שם, סעיף 36א.
50. סעיף 101 לצו המועצות המקומיות (א).
51. שם, סעיף 102.
52. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.
53. כלשון השופט גולדברג, פסק דיני עמ' 34.
54. סעיף 5 לחוק-יסוד: הממשלה.
55. אולם לא תהא לו זכות הצבעה: סעיף 23 לחוק-יסוד: הכנסת.
56. לפי חוק-יסוד: הממשלה, שייכנס לתוקפו בבחירות לכנסת ה-14, "לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון וטרם חלפו עשר שנים מיום שגמר לרצות את עונשו" (סעיף 16). חוששני שכל עוד מפלגות מציעות שרים, יש בהוראה זו בעיקר תנאי בשירות המגביל את המפלגות בבחירתן, או שמא אמורה הוראה זו לשמש תריס בפני ראש-הממשלה לכשמינוי שרים יהיה בסמכותו הייחודית.

nevo.co.il

כלפיהם, שהונחו ביסוד טענות ראש הממשלה כהנחה המובנת מאליה, אינה ברורה כולי האי: יש מקום לסברה שמשנבחר לבית-המחוקקים של המדינה, נושא הוא באחריות ותב נאמנות לכל אזרחי המדינה ותושביה.[57]

יהא דבר זה כאשר יהא, על כל פנים פסק בית-המשפט שמשנתמנו המשיב דרעי לשר והמשיב פנחסי לסגן-שר, הם הצטרפו גם אל הרשות המבצעת; וכל מי שנמנה גם עם הרשות המבצעת, "תב חובת נאמנות ומידת אחריות מוגברת לציבור בותריו, לכנסת שהביעה בו את אמונה, ובמידה רבה, ואף ביתר שאת, לכל הציבור שאותו נקרא לשרת באמונה".[58] לעניין זה מתווה בית-המשפט קו הבדלה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת: אם כי גם חבר כנסת עומד לא רק לדין הבוחר אלא גם "לדין המשפט"[59] – מן הסתם במובן זה שבית-המשפט הגבוה לצדק יכול למנוע בעדו מלעשות מעשה לא-חוקי תוך כדי מילוי תפקידו – שר וסגן שר עומדים או הועמדו גם לדין ראש הממשלה (או השר הממונה על סגנו) שסמכותו להפסיק כהונתם כאילו מונחת כחרב על צווארם. אמנם גם חבר כנסת חייב "ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מעובד ציבור 'רגיל': מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו"[60] – אבל אצלו חיובים משפטיים אלה הם ערטילאיים, ללא סנקציה בצידם, תוץ מדין הבוחר בבחירות הבאות. מה שאין כן בשר או בסגן שר, שהפרת חיובים כאלה מצידם עלולה – ובמקרים מסוימים חייבת – להביא לידי הסנקציה של הפסקת כהונתם.

ומה הדין אם הבוחר בחר בחבר כנסת (כלומר, ברשימת מפלגתו) כשהעובדה שהוא חשוד בעבירות חמורות שעבר תוך כדי מילוי תפקידים רשמיים, כבר היתה נחלת הכלל וידועה לכל בר-בי-רב? מאחר שבחירתו היתה כשרה, וכהונתו חוקית – האם לא "דין הבוחר" הוא שבחשדות הללו אין עילה לפסלו? ואמנם פסק בית-המשפט כי אין "מניעת סף" למינויו או לכהונתו גם לשר או לסגן-שר: "גיבושו של כתב אישום בעבירה שיש עימה קלון או אף הרשעה שיש עמה קלון, אינה שוללת, כשלעצמה את כשירותו... להמשיך בתפקידו"[61] – ואמנם נתמנו המשיבים דרעי ופנחסי שעה שראש הממשלה ידע, ומן הסתם לאחר ששקל, דבר התשדות הקיימים נגדם (ולעניין פנחסי כבר "גובשו" בדו"ח מבקר המדינה), ובית-המשפט לא אמר במפורש שראה פגם במינויים אלה. נכון הדבר שראש-הממשלה פקפק אם מותר לו למנות את המשיב דרעי לשר, והוא לא מינהו עד שלא קיבל כתב התחייבות ממנו שיתפטר עם הגשת כתב-אישום נגדו לבית-המשפט (ראש הממשלה ראה בכך התחייבות גם מצידו, שלא יפסיק כהונתו קודם לכן; אך בית-המשפט פסל התחייבות זו כמנוגדת לתוק).[62] כנראה לא ראו הוא ויועציו את "דין הבוחר" בקונקלוסיבי, והתעוררו בהם ספקות אם מותר או אם יאה למנות לשר את מי שחשוד

57. ח' כהן, **המשפט** (תשנ"ב) 302.
58. כלשון השופט דב לוין, פסק **דרעי** עמ' 29-30.
59. פסק **פנחסי**, סעיף 38.
60. כלשון השופט ברק, שם.
61. כלשון השופט ברק, שם, סעיף 24.
62. סעיף 13 א (2) לחוק-יסוד: הממשלה. ראו פסק **דרעי** סעיפים 10-13.

כאמור. פקפוקים כאלה לא היו עוד לראש הממשלה שעה שמינה את המשיב פנחסי לסגן-שר – בין שמינויו של השר דרעי שימש לו תקדים מחייב, בין שהעבירות שנחשד בהן משיב זה לא היו בעיניו המורות כולי האי, ובין שהספיק בינתיים ללמוד הלכה שאין "מניעת טף" למינוי שכזה.

שני המשיבים כיהנו בתפקידם הממלכתי, זה כשר וזה כסגן-שר, להנאת דעתם (ואף להערצתם) של ראש הממשלה ורוב שריה, על-אף קופת החשדות שעל גבם. (העותרים בבג"צ 3094/93 אמנם מצאו פגם בכך שביקשו את בית-המשפט להצהיר עליו עוד לפני האירועים שהביאו לידי סירוב ראש הממשלה להפסיק את כהונתם, אך לבית-המשפט לא הספיקה אז השעה לדון בכך). כל אותו הזמן נמשכה נגדם חקירה משטרתית, שכלי התקשורת נתנו לה פרסום בלתי פוסק; עד אשר, בסופם של הליכים מסורבלים וממושכים יתר על כל מידה סבירה, "גובשו" כתבי אישום נגד המשיבים והוגשו לכנסת לשם הסרת חסינותם כחברי כנסת. בשעת בירור העתירות בבית-המשפט, היתה הבקשה להסרת החסינות מן המשיב דרעי עדיין תלויה ועומדת, ואילו הבקשה להסרת החסינות מן המשיב פנחסי כבר נדחתה על-ידי הכנסת. הצד השווה בין בקשה להסרת חסינות ובין העמדה לרין פלילי, הוא שכתב האישום "גובש", בלומר קיבל צורה סופית ואת אישורו של היועץ המשפטי לממשלה; ולעניין קיום האישומים אין נפקא מינה אם החסינות (הדיונית) של הנאשם הוסרה אם לאו.

בית-המשפט פסק שעם "גיבוש" כתבי האישום נגד המשיבים בעבירות המסוימות המפורטות בהם, חייב ראש הממשלה, בתוקף סמכותו המפורשת בחוק-היסוד, להפסיק כהונתם בממשלה. אמנם סמכותו היא סמכות שבשיקול-דעת, אבל הלכה פסוקה היא מימים ימימה שבעל סמכות חייב להשתמש בסמכותו, ואינו רשאי על-פי שיקול דעתו להתחמק מחובתו, כשהמקרה או הנסיבות המיוחדים כך מחייבים.[63] טיב העבירות המיוחסות למשיבים בכתבי האישום, מחייב הפסקת כהונתם; ושיקול דעתו של ראש הממשלה שלא להפסיקה, הוא לא-סביר "במידה היורדת לשורשו של עניין"[64] ועל כן פסול. ואימתי יורד תוכן סבירות לשרשו של עניין, "כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי-סבירה":[65] והוא כשהעבירות המיוחסות למשיבים "פוגעות באושיות המבנה השלטוני", ומשבשות "כל אפשרות לשמש דוגמה ומופת לעובדי המדינה ולציבור הרחב, להגינות וליושר".[66]

אין ספק שהעבירות המיוחסות למשיבים אמנם פוגעות באושיות שלטון החוק והמינהל התקין, ולכאורה מעידות על בעליהן שאין הם ראויים למלא תפקידים ממלכתיים. אבל, יכולים המשיבים להשיב, כבר הוכחנו בפועל ובמעשה שאנחנו ממלאים תפקידינו הממלכתיים למופת, ולא נוזדעזעו אושיות השלטון הדמוקרטי ולא נתערערו ערכי משפט

63. פסק **דרעי**, סעיף 17; פסק **פנחסי**, סעיף 29.

64. לשון הנשיא שמגר בפסק **דרעי**, שם.

65. שם, שם.

66. לשון השופט ברק, פסק **פנחסי**, סעיף 34. וראו לעיל, הערה 43.

יסודיים. למה לא תתנו לנו לגמור מלאכתנו הטובה והמועילה (ומה גם, הם יוסיפו, שאנחנו חפים מפשע)? האם היה בית-המשפט מצווה על פיטורי המשיב גינוסר אילו כיהן והצלית במשרתו?

יש להניח שאילו התעוררה שאלה אחרונה זו בבית-המשפט, היתה תשובתו חיובית. העובדה שכבר בשעת מינויו צריכים היו לגלות את אי כשרותו של המועמד ולהימנע מלמנותו, אינה גורעת מפסילת המשכתו בכהונה, אם פסלות זו אמנם יורדת "לשרשו של דבר". יש לחשוש שלא רק לתחילת כהונתו, אלא גם להמשכה תהיה אותה "השלכה מרחיקת-לכת על דמות השלטון בישראל, תום לבו והגינותו"[67] – ומה גם שהיועץ המשפטי רק עתה נתעורר לייעץ לראש הממשלה להפסיק כהונתו של המשיב דרעי (ובכלל לא נתעורר לייעץ לו להפסיק את כהונתו של המשיב פנחסי). לעניין זה מקבל בית-המשפט את הבחנות היועץ המשפטי בין אישומים הנמצאים עוד בחקירה ושאינם מחייבים הפסקת הכהונה, לבין אישומים שגובשו בכתב-אישום המחייבים הפסקת הכהונה – שאלה, כנראה, מותר לראותם כחשדות בעלמא, ואילו אלה הוכחו לכאורה, ולו רק להנחת דעתו של היועץ המשפטי. "חשדות בעלמא" אינם פוסלים לכהונה, ואילו אישומים "שנתגבשו" פוסלים לכהונה.

הקושי הוא שהחשדות הללו נתפרסמו ברבים, בממדים עצומים, עוד בטרם גובשו האישומים – והעם הקורא עיתונים והמאזין לרדיו אינו מבחין (ואין לצפות ממנו שיבחין) בין האשמות אשר אמינות כלי התקשורת עומדת מאחוריהן, לבין האשמות "מגובשות" שקיבלו אימפרימטור של היועץ המשפטי; הוא מתרשם מן ההאשמות כמו שהובעו לפניו, והעובדה שהן עדיין בשלב החקירה המשטרתית נראית בעיניו כפורמליות-פרוצדורלית טרום-משפטית. הוסף לכך התרשמות הקורא והמאזין מתגובת חשוד, המשתמש בזכות-שתיקה ומערים מכשולים על החקירה – והתמונה הכללית המצטיירת בעיניו היא שיש שר המכהן בממשלה ושרץ בידו. ואין פוצה פה. אם "אמון הציבור" בטוהר המידות של מנהיגיו (שעוד נחוור אליו ביתר הרחבה) הוא העילה להפסקת כהונתם של המשיבים, הרי אחת מן שתיים: או שאמון זה כבר הופר ואבד ואיננו עוד, ואז יכול והפסקת הכהונה לא תהא בו עוד כדי להחזיר את האמון; או שהאמון קיים בעם על-אף כל אשר הוא יודע על קופת השרצים התלויה להם מאחוריהם, כי אז הפסקת כהונתם יכול ותיראה בעיניו כעוולה או לפחות כהגזמה. או שמא דיבר בית-המשפט אל לב אותם האזרחים אשר למקרא עיתוניהם עמדו על סף הייאוש, ועתה תוחזר סוף-סוף עטרת השלטון התקין על כנו.

סיכומו של דבר: העבירות שבהן מואשמים עתה המשיבים באופן רשמי, הן כה חמורות שכל שיקול אחר – כולל ההתחשבות בהצלחתם בתפקידם שהיה אולי מחייב המשכת כהונתם – חייב להידחות מפני הצורך להפסיק כהונתם;[68] איזון שנעשה (אם נעשה) בין השיקולים השונים לכאן ולכאן, ולא הביא לידי הפסקת הכהונה, היה לא-סביר עד-כדי

67. פסק **דרעי**, סעיף 18.

68. בלשון הנשיא שמגר, פסק **דרעי**, סעיף 20 (ח): "העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי-הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי-סבירות קיצונית".

nevo.co.il

הצורך בהתערבות בית-המשפט. אילו היו העבירות פחות חמורות, או אילולא היתה בהן השלכה על טוהר המידות והמינהל התקין, ייתכן שאיזון עם תוצאה כאמור היה סביר, וביה"מ לא היה רואה צורך בהתערבותו. מכאן שבעצם האשמתו (ואולי גם הרשעתו) של שר או סגן-שר בעבירת פלילית, אין כדי לפסלם, כשם שאין בהן כדי למנוע מינויים. ולא זו בלבד אלא בהחשדתם (ובחקירתם) אף בעבירות החמורות ביותר, ומהן השלכות ברורות על טוהר המידות והמינהל התקין, לא סגי כדי לחייב את ראש הממשלה להפסיק כהונתם. והשאלה נשארת פתוחה אם די בחשדות בלבד כדי להעניק סבירות להחלטה להפסיק את הכהונה, על-אף משקלם הנגדי של כל הנתונים לטובת המשכתה).

ג. *על חזקת החפות מפשע*

כלל גדול הוא במשפט כי כל אדם עומד בחזקת זכאי, כל עוד לא הורשע בדין.[69] "כל אדם – אף אדם חשוב במשמע":[70] גם את תברי הממשלה וסגניהם ומנהליה הכלליים רואים כחפים מכל עוון ופשע, עד שלא הורשעו בדינם בבית-משפט מוסמך. כיצד עולה חוקה יסורית זו (שאינה ניתנת להזמה) בקנה אחד עם הטלת סנקציות כלשהן על חשודים או על נאשמים בעבירות שבגינן לא הורשעו בדין?

בפרשת גולד[71] נדונה השאלה אם שר הפנים רשאי לטרב לתת תעודת-עולה בשל "עבר פלילי" לאדם שהואשם, אך טרם הורשע בדין. השופט זוסמן, שענה על השאלה בחיוב, ראה בכלל הגדול שאמרנו רק "עיקרון ידוע מדיני הראיות... ותו לא", ופסק שאין בו כדי למנוע רשות מינהלית "להחייבת להשתכנע בעברו של אדם", מלקבוע שיש לו לארם עבר פלילי אף אם לא הורשע בדין".[72] השופט ברק הסתמך על אמרותיו של השופט זוסמן, כאילו שיקפו את דעת הרוב,[73] ופסק כי לביסוס פעולה שלטונית של הפסקת כהונה, "אין צורך בהרשעה פלילית".[74] גם הנשיא שמגר היה ער לכך כי "כתב-אישום אינו פסק-דין"; אבל יש לדעתו "נסיבות בהן יש משמעות מבחינת סבירות הפעולה, לא רק להכרעה שיפוטית חלוטה, אלא גם לאופי המעשים המיוחסים לפלוני כפי שהולבשו בלבוש הרשמי של אישום המוכן להגשה לערכאות".[75]

המשיבים דרעי ופנחסי – להבדילם מן המשיב גינוסר – טענו וטוענים לחפותם מפשע, על אף כל מה שכתוב ותתום בכתבי-האישום נגדם. אילו הודו באישומים או

69. כלשון סעיף 16 להצעת חוק-היסוד: זכויות היסוד של האדם, התשמ"ט-1989.
70. כלשון השופט אלון, ב"ש 15/86, פ"ד מ (1) 713.
71. ראו הערה 32, לעיל.
72. פסק גולד, 1856.
73. ואף ייחס לי את דבריו: סעיף 57 לפסק גינוסר; סעיף 35 לפסק פנחסי. וראו לעיל, הערה 32.
74. פסק פנחסי, שם.
75. פסק עדרי, סעיף 18.

nevo.co.il

במקצתם, יכול והודאתם יכלה לבוא במקום הרשעתם בעניין זה.[76] גם השופט ברק מבחין בין איש ציבור שהורשע בדינו "או הודה בביצוע המעשים המיוחסים לו", לבין מי שנגדו התגבש "כתב אישום בלבד כאשר הנאשם טוען לחפותו" – והוא פוסק שאין בהבחנה הואת כדי "שיקול מכריע".[77] לשון אחר: שיקול כשר הוא לעניין המשכת כהונתם של המשיבים, שלא הורשעו בדין; ושיקול כשר הוא, שאין הם מודים באישומים "שהתגבשו" נגדם; אבל שיקולים אלה צריכים להידחות מפני שיקולים בעלי משקל רב יותר.

על כן מתעוררת השאלה אם אמנם אין בחזקת החפות אלא שיקול אחד מני רבים, ושבמלאכת "האיזון" בין השיקולים כולם היא אינה אלא שווה בין שווים. שאם תאמר: כן, ייתכן מאוד ששיקולים מתחרים אמנם מכריעים את הכף; אך אם תאמר: לאו, כי אז חזקת החפות אינה רק שיקול אחד בין שיקולים שווים אלא היא היא השיקול המכריע. ועל שום מה ניתן להעלות את חזקת החפות לדרגת שיקול מכריע – על שום שחזקת החפות היא זכות-יסוד קונסטיטוציונית, העומדת לו לאדם לא רק להגנתו בבית-המשפט, אלא בעיקר להגנתו מפני הרשויות המינהליות.[78] הלכה פסוקה היא כי חזקת החפות היא אחת מזכויות-היסוד של האדם, המעוגנת לא רק בשיטתנו החוקתית כי אם גם בעקרונות הצדק של מורשת ישראל.[79] ועיקר תכליתה הוא כבודו של אדם, שהוא אחד הערכים החקוקים של המדינה היהודית והדמוקרטית,[80] ועל כן יש לראותו כ"ערך מרכזי במבנה החוקתי שלנו, על-פיו ייקבע גם האיזון הראוי בין עקרונות וערכים אחרים בשיטתנו".[81]

יש ערכים שהם "מרכזיים" עד כדי שאינם יכים לאיזון כזה – הם כאילו עומדים מחוץ וממעל להתחרות יתר הערכים והעקרונות. במקום לעשות מעשה "איזון" ביניהם, השופט עושה מעשה "סיווג": הוא מסווג ערך פלוני כערך עליון (או "מרכזי"), שעצם קיומו הופך כל איזון למיותר.[82] גם סיווג הוא אמנם מעין איזון, שהרי דומה הדבר כאילו "איזן" השופט בין הערכים ומצא את אותו הערך עולה על כולם. סיווג שכזה נעשה פעם (לדעת השופט ברק) לערך העליון של כבוד האדם: "נקבע כי אין מקום לאיזון שיפוטי בין האינטרס

---

76. כדעת השופט לנדוי, בפסק **גולד** 1859. וראו בג"צ 442/71, פ"ד כו (2) 337, 358 (הנשיא אגרנט).

77. פסק **פנחסי**, סעיף 35.

78. "שהרי אינו דומה צרכו של אדם להגנה מפני העניינה בידי השופט ללא הרשעה תחילה, לצרכו של אדם להגנה מפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב ובשאר זכויותיו, בידי הרשויות המינהליות, בשל מעשהו הפלילי שטרם נשפט עליו": פסק גולד, 1851.

79. ב"ש 15/86 (לעיל, הערה 70), על-פי חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. וכן בפסק **גולד**, שם.

80. תוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1, 2, 4. וראו ע"א 294/91, פ"ד מו (2) 464.

81. א' ברק, (הערה 24), 476. על הסוגיה כולה כתב פנחס בן-צבי, "חזקת חפות – זכות יסוד" (טרם פורסם), דברים של טעם.

82. שם, 704 ואילך. דוגמה שהמחבר נותן למעשה "סיווג", שם, היא הערך העליון של קיום המדינה, הדוחה מפניו כל שיקול אחר: דעת הרוב בע.ב. 1/65, פ"ד יט (3) 365, ובע"פ 2/84 פ"ד לט (2) 225. סיווג (קטיגוריזציה) נזכר גם בפסק **גינוסר**, סעיף 50.

nevo.co.il

הציבורי לבין כבוד האדם של אסיר".[83] ואם "כבוד האדם של האסיר" כך, אולי כבוד האדם של שר וסגן-שר על אחת כמה וכמה? ואם פגיעה בכבוד האדם על-ידי תדירה לגוף אסיר כך, אולי פגיעה במעמדם ובמשרתם ובשררתם של שר וסגן-שר על אחת כמה וכמה?

בפסקי-הדין שלפנינו ירדו גם חזקת החפות וגם כבוד האדם מעליונותם: מסתבר שבנסיבות מסוימות המחייבות כך, יש מקום לאיזון השופט בין האינטרס הציבורי ובין כבוד האדם, אפילו של שר ושל סגן-שר. הפעם קיבלו חזקת החפות וכבוד האדם דרגה של ערכים שמשקלם נשקל כנגד כל יתר השיקולים הרליוונטיים; ובסופה של שקילה נמצא כי השיקול "בדבר אמון הציבור במערכת השלטון"[84] צריך להכריע את הכף, הוא "עיקר העיקרים", באשר הוא "טשליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים עליהם בנוייה שיטתנו השלטונית והחוקית".[85] סכנת אובדן אמון הציבור שקולה כנגד כל השיקולים האחרים – עד כדי כך שאי-העדפת שיקול זה על-פני כל השיקולים האחרים עולה לכדי חוסר סבירות קיצוני הפוסל את ההחלטה.[86]

אשר לכבוד האדם (שחוקת החפות באה להבטית, באמור), ניתן אולי למצוא סימוכים לגישת בית-המשפט בדרך ההיקש מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עצמו. נקבע שם כי "אין פוגעים בזכויות על-פי חוק זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".[87] אמת נכון הדבר כי הוראה זו ממוענת, על פניה, למחוקק; אך מן ההיקש ניתן אולי להחילה גם על בית-המשפט: שאם אפילו המחוקק מנוע מלפגוע בכבוד האדם אלא בתנאים האמורים שם, בית-המשפט (וכל אדם) לא כל שכן. אך היקף מניעתו של המחוקק מלמר על היקף מניעתו של בית-המשפט (וכל אדם), ומניעת בית-המשפט בחקיקה שיפוטית כמניעת המחוקק בחקיקה הראשית. ואמנם אין זה מתקבל על הדעת שיהא בכך פגם או עוול, אם אדם פוגע בכבוד וולתו "לתכלית ראויה", במסגרת ערכיה של המדינה "ובמידה שאינה עולה על הנדרש": בית-המשפט כאילו עומד בנעלי אב או אם (או מורה) הפוגעים בכבוד בנם לתכלית חינוכית, במידה שאינה תורגת ממסגרת חינוכית סבירה. ובעניין שלפנינו, אם בית-המשפט רואה את הפגיעה או את אי-ההתחשבות בכבוד המשיבים, דרושה לתכלית "הראויה" של שמירת "אמון הציבור במערכת השלטון", ואת הפסקת כהונתם כפעולה שאינה עולה על מידת הנדרש לתכלית זו, כי אז מעשה שפיטתו עשוי גם להלום את ערכיה של מדינת-ישראל. ואם כי בית-המשפט אינו אומר זאת במפורש, מוחר להסיק מהגיגיו העוברים כחוט השני בשלושת פסקי-הדין, כי לדעתו הפגיעה בכבוד המשיבים הטמונה בהפסקת כהונתם, הכרחית היא לתכלית גדולה יותר.

כבר מצוי בספר החוקים שלנו חוק האוסר פגיעה בכבוד האדם על-ידי השפלתו בעיני הבריות או שימתו לשנאה, לבוז או ללעג, או ביזויו בשל מעשים המיוחסים לו, או פגיעה

83. בג"צ 355/79, פ"ד לד (3) 294; ראו ברק (לעיל, הערה 24), 705.

84. פסק **פנחסי**, סעיפים 29, 34-36.

85. לשון הנשיא שמגר, פסק עדרי, סעיף 17.

86. שם, סעיף 15.

87. סעיף 8.

nevo.co.il

בו במשרתו – הרי הוא חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. בין "ההגנות" אשר החוק פותח לפני הפוגעים כך בכבוד האדם, מצויה גם ההגנה של "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד... רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות".[88] הממלא תפקיד רשמי או ציבורי, ושר וסגן-שר בראשם, תושף את עצמו ביודעין לפגיעה בכבודו בכל הנוגע להתנהגותו בתפקיד, ואינו נשמע בטענה שכבודו הוא ערך עליון שאסור לפגוע בו. העבירות המיוחסות למשיבים (או מקצתן) נעברו, לפי האישום, תוך כדי מילוי תפקידים ציבוריים, ולעניין ההתנהגות המתגלה באישומים הללו אין נפקא מינה שהמשיבים לא הורשעו בדין, כל עוד נעשית הפגיעה בכבודם בתום-לב. חזקת החפות אינה עומדת לו לנפגע, לא אם המדובר הוא בהתנהגותו בתפקיד ציבורי, ולא אם הדברים שבהם הואשם הם אמת.[89] יתר על כן, ניתן לראות בראש המטשלה את "הממונה" על המשיבים, שהרי בכוחו לפטרם; וממונה אינו חוטא בפגיעה בכבוד פקודיו, אם במעשה שעשה בתוקף סמכותו החוקית התעלם מחזקת חפותם.[90] ואיש לא יהין לומר שחוק איסור לשון הרע אינו הולם את ערכיה של מדינת-ישראל, לא נעשה לתכלית ראויה, או חודג ממידת הנדרש לתכלית זו.

האנאלוגיה של חוק איסור לשון הרע עשויה להביא לידי מסקנה שהפגיעה בכבוד שר או סגן-שר, והתעלמות מחזקת חפותם ודחייתה מפני שיקולים אחרים, תהא מוצדקת אף במקרים שבהם כבודו של סתם אדם מן היישוב יועדף כערך עליון על כל השיקולים האחרים. איש המגרש את אשתו מביתו ומפרסם קלונה ברבים, למשל, עלול למצוא שבאיזון בין קלונה לבין כבודה של האישה, יגבר כבודה; וכן עשויה חזקת חפותו לעמוד לאדם שנגדו "התגבשו" אישומים, אם אין הוא נושא בתפקיד ציבורי. הוא שאמר בית-המשפט: "ככל שהמשרה רמה יותר, כך כבד יותר משקלו" של האינטרס הציבורי באמון הציבור בשלטון.[91]

וגם במשפט העברי ניתן למצוא סימוכים למסקנת בית-המשפט, והוא על אף עקרוניותה של חזקת החפות.[92] ההלכה היא שלעניין הפסלות, דין הפרנסים על הציבור כדין דיינים,[93] ודין דיינים כדין ערים;[94] ואחת מעילות הפסלות לכולם היא "הרשעות". "רשע" הוא (בין השאר) מי שעבר עבירות; אבל אין צורך שהתרו בו לפני מעשי

88. סעיף 15 (4) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

89. שם, סעיף 14.

90. שם, סעיף 15 (7).

91. פסק סנחסי, סעיף 40.

92. ראו לעיל, הערה 79.

93. בלשון הרמ"א, חושן משפט לז כב: "טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי הרבים, הרי הם כדיינים, ואסור להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה".

94. אמנם "יש שכשר להעיד ואינו כשר לדון": נידה ו ד, מט ע"ב; אבל כל הפסול להעיד, פסול לדון: חושן משפט, ז ט. וראו סנהדרין ג ג, כד ע"ב ורש"י שם, "הפסולים לדון ולהעיד".

עבירתו או שהואשם או שהורשע בהם: אפילו לא התרו בו, לא הואשם ולא הורשע, אבל קיימת עדות על התנהגותו הפסולה, פסול הוא מלהעיד ומלדון ומן הכהונה כפרנס על הציבור.[95] אמנם פסקו שפסילת עדים צריכה "הכרזה" תחילה,[96] כדי שהעם ידע להישמר מפניהם – אבל יש בפרסום הרב שניתן לעדות הקיימת נגד המשיבים בוודאי כדי לצאת ידי חובת ההכרזה. מי "ששמועתו רעה והעם מרננים אחריו", ויש "קול שאינו פוסק" מעלליו, מותר לבזותו[97] על-אף חזקת חפותו; ולא זו בלבד אלא "מנדין חכם ששמועתו רעה"[98] – ואין צריך לומר שהמנודה – "שלא יושבים עמו בארבע אמות"[99] – אינו כשר לכהן בתפקיד ציבורי.

ד. הערת-אגב על ייצוג ראש הממשלה

מחלוקת נפלה בין ראש הממשלה ובין היועץ המשפטי בדבר הצורך בהפסקת כהונתו של המשיב דרעי. היועץ יצץ לראש הממשלה להפסיק כהונתו; ראש הממשלה שקל דעתו בדבר, והגיע לידי מסקנה שבאיזון נכון של השיקולים המדברים בעד הפסקת הכהונה ושל השיקולים המדברים נגדה, אלה המדברים נגדה ידם על העליונה; והוא סירב לנהוג על-פי עצת היועץ. ראש הממשלה היה סבור שאין כאן שאלה משפטית אשר לגביה חוות-דעתו של היועץ המשפטי מחייבת אותו, אלא עניין של שקילת "נורמות ציבוריות" אשר על-פי חוק מסורה בידיו בלבד.[100] דא עקא שייצוג המדינה ורשויות השלטון בבתי-המשפט מופקד בלעדית בידי היועץ המשפטי לממשלה:[101] יכול הוא לומר לממשלה, אם עצתי המשפטית אינה מתקבלת, אין אני מוכן לייצגה בבית-המשפט ולהגן על החלטתה. וזאת אשר אמר היועץ המשפטי לראש הממשלה בעניין שלפנינו; ומשהגיע העניין לדיון בבית-המשפט, התייצב היועץ המשפטי וטען בשם הממשלה וראש הממשלה כי עצתו שנדחתה על-ידיהם היתה נכונה, וכי סירובו של ראש הממשלה לקבלה היה מוטעה. ברוב הגינותו לא הסתפק בכך, אלא הביא את עמדתו של ראש הממשלה, כפי שהיא עולה ממכתבים שכתב ליועץ בנדון, לידיעת בית-המשפט.

הרבר חור על עצמו בפרשת המשיב פנחסי, שגם בה ראה היועץ המשפטי לתמוך בעותרים שדרשו הפסקת כהונתו מן הטעמים שהונחו ביסוד חוות-דעתו בפרשת דרעי,

---

95. **חרשן משפט** לד כא: "כל מי שהעידו עליו שעבר עבירה פלונית, אף-על-פי שלא התרו בו ואינו לוקה (כלומר, נענש) – פסול; והוא שעבר על דברים שפשט בישראל שהם עבירה" (על-פי רמב"ם, **הלכות עדות** יב א).

96. ראו רמב"ם (לעיל, הערה 95), יא ו.

97. שם, **הלכות סנהדרין** כד ה.

98. שם, **הלכות תלמוד תורה** ו יד (כא).

99. שם שם, ד.

100. המחלוקת מתוארת בפרוטרוט בפסק דרעי, סעיף 5.

101. פסק **פנחסי**, סעיף 42, והאסמכתאות המובאות שם.

nevo.co.il

וגם בה הביא לידיעת בית-המשפט את העמדה הנוגדת של ראש הממשלה על טעמיה כפי שפורטו במכתבים ההם.

אם כי הובאו בדרך זו גם טענותיו של ראש הממשלה לפני בית-המשפט, נשארה מועקה בלב שלראש הממשלה לא היה יומו בבית-המשפט.

השופט ברק קבע שראש הממשלה היה מיוצג על-ידי היועץ המשפטי, ופרקליטת המדינה טענה בשמו של ראש הממשלה בלבד. "אמת", הוא כותב, "דעתו של מר יצחק רבין, ראש הממשלה, הינה שונה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו, ואת סמכותו. אך לא עמדה זו היא שיוצגה בפנינו".[102] נמצא שראש הממשלה, המשיב העיקרי בעתירות הללו, היה מיוצג על-ידי פרקליט שטען, בשם היועץ המשפטי, לעמדה שלא נתקבלה על דעתו והיתה מנוגדת לעמדתו האמיתית: כאילו עמדתו של היועץ המשפטי היא היא עמדת הממשלה על אפה ועל חמתה. לדעתי, אין דבר משונה זה מתחייב או מסתבר מסמכותו הבלעדית של היועץ המשפטי לייצג את הממשלה בבית-המשפט.

אין צריך לומר שהיועץ המשפטי אינו חייב, ואף אסור לו, לטעון בבית-משפט טענה שלדעתו אינה נכונה. ומסורת היא בידינו שהיועץ המשפטי אף אינו מטיל על אחד הפרקליטים לטעון טענה שלדעת היועץ היא נכונה, אם לדעת הפרקליט אינה נכונה. הוא רשאי – ואף חייב – לסרב לייצג את הממשלה או את שריה בבית-המשפט, אם לדעתו הפרו את החוק והעותר צודק בעתירתו. במקרה כזה הנוהג הוא – או צריך להיות – שהיועץ המשפטי מודיע לבית-המשפט שאין הוא מתנגד למתן הצו המבוקש. אם לדעתו העתירה לוקה בחסר, הוא יכול להביא לידיעת בית-המשפט את כל הנתון להשלמת התמונה. אבל הוא לא יופיע לפני בית-המשפט כדי להתפלמס ולהתנצח עם שרי הממשלה שלא קיבלו דעתו.

הסמכות "הבלעדית" לייצג את הממשלה בבית-משפט מחייבת פיקות מצד היועץ המשפטי על דרכי ייצוג זה. אין היא מחייבת, כלל ועיקר, שהיועץ המשפטי, בעצמו או על-ידי אחד מפרקליטי המדינה, ייצג את הממשלה בכל דבר ועניין. הוא רשאי לייפות כוחו של פרקליט פרטי (או של קצין משטרה, או עובד רשות מקומית) לייצגו, עם או בלי מתן הוראות כיצד לייצגו. אין למנוע – ומעשה יום-יום הוא – שנציגי היועץ המשפטי יסענו מטעמו טענות שאין הוא יודע עליהן ושאין הוא מסכים עמהן; ואין פסול או פגם בהשמעת טענות כאלה, ובלבד שבעיני נציגו הטוען אותן, נכונות הן.

מקום שהממשלה או אחד משריה לא קיבלו עצתו של היועץ המשפטי – אפילו בשאלה משפטית, ומכל שכן בשאלה שמשפטיותה שנויה במחלוקת – והם עומדים על כך שבית-המשפט יכריע ביניהם לבינו, בעתירה שהוגשה נגדם מצד אחד האזרחים, אין היועץ המשפטי יכול – ואין זה יאה לו – לסתום להם את הפה ולכוף עליהם את דעתו הר כגיגית. הדרך הנכונה ליועץ המשפטי ללכת בה היא, לדעתי, ליפות כוחו של עורך-דין פרטי שיטען בבית-המשפט את טענות הממשלה – בין אם יתייצב גם היועץ המשפטי

102. שם, שם; בתשובה לטענה שפרקליטת המדינה ייצגה גם את היועץ המשפטי וגם את ראש-הממשלה אף-על-פי שיש להם אינטרסים מנוגדים.

בעצמו או על-ידי אחד מפרקליטי המדינה להגן על חוות-דעתו, ובין אם יסתפק במתן הסכמה לעשיית הצו המבוקש.

שמעתי מתלחשים שאם ילך היועץ המשפטי בדרך זו, התוצאה תהיה שהשרים יתמרדו ויסרבו לקבל עצות היועץ, והאיום שלא ייצגם ולא יגן עליהם בבית-המשפט לא יעשה עליהם עוד שום רושם. על כך יש להשיב, ראשית, שאין לו ליועץ המשפטי להלין אלא על עצמו בלבד, אם אין לו כוח השכנוע והסמכותיות להעביר את עצותיו; שנית, שיש להעמיד את שרי הממשלה בחוקתם שיפעלו כדין, כלומר כעצת היועץ; ושלישית, שמינוי עורך-דין פרטי נתון תמיד לשיקול-דעתו של היועץ המשפטי.

ה. על אמון הציבור

השיקול המכריע לאי-מינוי של המשיב גינוסר ולהפסקת כהונתם של המשיבים דרעי ופנחסי הוא, כאמור, אובדן אמון הציבור במערכת השלטון. מינוי המשיב גינוסר עלול היה לפגוע "עמוקות באמון שהציבור הרחב" רוחש לרשויות השלטון;[103] ואמנם סביר הוא להניח שלא ירחשו אמון רב למנהל כללי בעל עבר זבעל השקפות כמו המשיב גינוסר. הוא הדין במשיבים דרעי ופנחסי, שמן הסתם לא ירחש "הציבור" אמון לאישים אשר נגרם תלויים ועומדים אישומים כה חמורים וכה מגובשים.[104]

"הציבור" המדובר בו הוא, ככל הנראה, ציבור של בני-אדם סבירים ונבונים, בעלי חוש אזרחות, שטוהר המידות ורמה מוסרית גבוהה ברשויות השלטון הם משאת נפשם.[105] ציבור זה או מעין זה ירוע בשם "ציבור נאור", להבדילו מציבור ההמונים שאין לנגד עיניהם אלא רווחתם שלהם או שלא איכפת להם מה שמתרחש ברשויות השלטון. חוששני שגם "הציבור הנאור" אינו נאור כולי האי: דעת הציבור הרחב היא אשר באה לידי ביטוי בהחלטות (חוזרות ונשנות) של ועדות מינויים ושל הממשלה למנות את המשיב גינוסר למנהל כללי, ובהתלטת ראש-הממשלה שלא להפסיק כהונתם של המשיבים דרעי ופנחסי. בעיני הציבור מצטייר המשיב גינוסר (בצדק) כאחד "הלוחמים העלומים אנשי שירות הביטחון הכללי", שהצילו נפשות רבות מישראל ועשו "מלאכת-קודש מסורה, מפרכת וחשאית... יום-יום ושעה-שעה".[106] להקפיד עם אדם כזה בכל חומר הדין, נראה בעיני ציבור רחב כדקדוקי עניות – ומה גם שעם ציבור זה נמנה כנראה גם נשיא המדינה שלא בכדי חן אותו. ציבור זה, כמותו כנשיא וכממשלה, מוכן לעבור על עברו של המשיב גינוסר לסדר היום, כאילו שירות הביטחון שהצטיין בו שקול כנגד כל מה שחטא בו. דומה הדבר אצל המשיבים דרעי ופנחסי: מלבד ציבור גדול למדי של אוהדים הגורסים שנעשה

---

103. פסק **גינוסר**, סעיפים 45, 60.

104. ראו לעיל, הערות 84-86.

105. "אותה המוסריות המקובלת על הישרים": B. Cardozo, The Nature of the Judicial Process (1921) 106.

106. מתוך דברי ההסבר של נשיא המדינה למתן התגינה. מובאים בפסק **ברזילי** 517-518 ובפסק **גינוסר**, סעיף 63.

nevo.co.il

להם עזול, הרי ציבור רחב כבר השלים עם כהונתם בממשלה ורואה בהצלחתם בתפקידיהם סיבה מספקת שלא להפסיק כהונתם – וגם עם ציבור זה נמנים ראש הממשלה ורוב שריה. גם שיקולים פוליטיים קואליציוניים, שהיה להם משקל כה רב בעיני ראש הממשלה, מקובלים על ציבור רחב מאוד. ואפילו לאחר מתן פסקי-הדין שלפנינו, לא שינו הציבורים ההם את דעתם.

בקביעת "דעת הציבור" שררה מאז ומעולם מבוכה רבה. היו שאמרו, אין היא אלא דעה משוערת שמייחסים אותה להמונים;[107] והיה מי שאמר שדעת הציבור אינה אלא לבוש או מסווה שהמכריז עליה מכסה בו על דעתו הפרטית.[108] למעשה אין אפשרות להגרירה, כל עוד "הציבור" המדובר בו אינו מוגדר; אך אפילו יודעים אנו להגדיר את "הציבור" המסוים, עדיין קשה – אם לא בלתי אפשרי – יהיה לייחס לאותו הציבור כולו דעה משותפת, אלא בדרך השערה או הכללה בלבד. גם המרשם התלמודי שציבור נידון אחר רובו,[109] אינו מקדם אותנו לעניין זה.

ואולם התחשבות בדעת הציבור לחוד, והצורך באמון הציבור לחוד. אשר להליכה אחר דעת הציבור, הרי ממלאת "הנאורות" תפקיד מכריע: אפשר להתחשב בדעת ציבור נאור ולאמצה למסרה משפטית או גם מוסרית;[110] אבל אי אפשר לאמץ לכל מטרה אשר כואת דעת ציבור אלים או מושחת, קנאי או מוסת, שטוף אמונות תפלות ומשפטים קדומים. ואשר לאמון הציבור, אולי יש לקרוא את דברי בית-המשפט כאילו מדובר באמון שהציבור, אילו היה "נאור", צריך היה לרחוש לרשויות השלטון או, לשון אחר, באמון אשר רשויות השלטון חייבות לרכוש להן בלב כל הציבור "הנאור". מעשה השלטון שצריך להביא, בעיני היודעים והמבינים את העובדות והנסיבות הנוגעים לעניין, לידי אבדן אמונם בו, הוא אשר בשל כך בלבד נפסל על-ידי בית-המשפט. "ציבור" היודע ומבין את כל הנתונים שבאו לפני בית-המשפט בפרשות אלה, ובכל זאת היה אמונו בממשלה מתחזק או לפחות בעינו עומד, אינו הציבור שבית-המשפט מדבר בו: אין זאת כי אם פניו לציבור נאור יותר. ונאורות זו של הציבור, כל כמה שתהא רצויה, אינה תמיד מצויה.

לאמיתו של דבר, "הציבור הנאור" הוא אותו הציבור שהשופטים עצמם משתייכים – או נכונים להשתייך – אליו.[111] רק ציבור נאור כזה יכול ויהיה בעל "ההשקפות המעוגנות בערכי יסוד ובתפיסות יסוד, ולא ברוחות שעה חולפת"; רק כדוברי ציבור זה יכולים

---

107. A.V. Dicey, Law and Public Opinion in England during the 19th Century (2 ed. 1962) 3.

108. F. Nietzsche, Menschliches Allzumenschliches (1886) II 356; ודבר זה אמור במיוחד לגבי עיתונאים רבים, העושים דעתם שלהם לדעת הציבור.

109. ירושלמי, תענית ג ד.

110. על "תפיסות היסוד של הציבור הנאור בישראל" כקריטוריון לפיתוח המשפט, ראו א' ברק, (הערה 22) 616.

111. כך גם א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 283. על הציבור הנאור, שבתוכו יושב השופט להבדילו מן "הציבור הרחב", כבר דיבר השופט לנדוי; דבריו מובאים בפסק בינוסר, סעיף 52, ובפסק מנחסי, סעיף 44.

השופטים לתת ביטוי ל"תוון העם והאני מאמין שלו".[112] התזהות השופט עם הציבור הנאור, בתורת ציבור סתם, מביאה אותו לראות את "הציבור" או "החברה בה הוא חי" כאילו ספגו את "האתוס המשפטי ועקרונות היסוד העושים את התברה לחברה דמוקרטית"; כאילו קיים "קונצנסוס חברתי על האושיות והערכים המשותפים לבני החברה"; כאילו לציבור הכללי יש מצפון השווה בטיבו ובמידתו למצפונם המקובל אצל השופטים עצמם.[113] "אכן, הדיבור "ציבור נאור" הוא דיבור מטפורי. מאחוריו עומדים האתוס המשפטי ועקרונות יסוד התברתיים העושים חברה לצודקת ולראויה".[114]

יכול וגם "אמון הציבור" אינו אלא מטפורה. מאחוריה עומדת השאיפה לרמה ציבורית כללית של הגשמת מוסר ודמוקרטיה ושלטון-החוק. אמונו של ציבור כזה אמנם מותנה בטוהר המידות ובתקינות המינהל, והוא עלול להיעלם אם בצמרת השלטון עצמו חדלים מלהבחין בעבריינות ובשחיתות העומדות להתפשט ולאכול כל חלקה טובה.

גדולתם של פסקי-הדין היא בקביעתה, ובהעלאתה מעלה מעלה, של רמת המוסר "הציבורי". עתה נמצאנו למדים שהציבור (או החברה) שבתוכו אנו חיים, מקפיד הקפדה יתרה על מדרגה גבוהה של טוהר מידות וניקיון כפיים. אם ידענו תמיד שואת רמתם המוסרית של השופטים אשר שופטים אותנו, הרי עתה נמצאנו למדים שהרמה הנאה להם היא הרמה היאה לעם כולו.

112. לשון הנשיא זמורה, המובאת בפסק גינוסר, שם. וראו ברק, (לעיל, הערה 22) 192, 193.

113. פסק סנחסי, סעיף 32. וראו ברק (לעיל, הערה 22) 660-661.

114. שם 663.

nevo.co.il