

**המכללה לביטחון לאומי**

**מחזור מ"ה 2017-2018**

**משפט ציבורי – עבודת סיכום**

**מגיש: עמית סער**

**2018**

**מבוא ומסגרת תפיסתית**

בשישה בפברואר 2011, הודיעה ממשלת ישראל, בהחלטה תקדימית, שהיא מבטלת את מינוי של אלוף יואב גלנט לתפקיד ראש המטה הכללי של צבא הגנה לישראל, זאת לאחר עתירה שהוגשה נגד המינוי וקביעה של היועץ המשפטי לממשלה, יהודה וינשטיין, כי ההחלטה למנותו "מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים ביחס לסבירותה וכי ספק אם ראוי מבחינה ערכית להותיר בעינה את ההחלטה.

ארבע שנים מאוחר יותר, מונה האלוף (כעת כבר במילואים) גלנט לתפקיד שר השיכון והבינוי בממשלת ישראל. בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, אותו יהודה וינשטיין, קובע כי "אין מניעה משפטית למינויו" וכי המינוי "אינו לוקה באי-סבירות קיצונית". בית המשפט העליון, נדרש גם הוא לסוגיה, דחה את העתירה נגד המינוי וקיבל את חוות דעתו של היועץ המשפטי.

מעבר לדרמה הפוליטית שעוררו, שתי "פרשיות גלנט" מעלות גם סוגיות חוקתיות מרתקות שבמוקדו השאלה: במה מותר שר מרמטכ"ל? כיצד אותו מסד עובדתי מייצר בעיה ערכית מהותית כאשר המדובר במינוי לראש המערכת הצבאית, אך אינו מונע מינוי לתפקיד בכיר של שר בממשלת ישראל?

כדי לענות על השאלות הללו, צריך לבחון את ההקשר הרחב יותר, שתי פרשיותיו של השר גלנט, משתייכות למשפחה של תיקים שבהם עסק בית המשפט העליון, החל מראשית שנות ה-90, שעניינם סוגיית המינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי. באופן מדויק יותר ניתן לומר, כי תיקים אלו דנו בשאלת "המינוי הראוי", כלומר האם ניתן לפסול מינוי, אשר אין נגדו מניעה חוקית, משום שהוא מקיים חוסר סבירות קיצונית מבחינה ערכית וציבורית.

שלושת פסקי הדין שעיצבו את המסגרת הנורמטיבית בסוגיית "המינוי הראוי" הם פס"ד בפרשת דרעי (בג"צ 3094/94) פס"ד בפרשת פנחסי (בג"צ 4267/93) ופס"ד בפרשת גינוסר (בג"צ 6163/92). בשלושת התיקים הללו, דן בית המשפט בשאלה האם ניתן למנות, או לפטר, אדם מתפקיד ציבורי בכיר, אף כי החוק אינו דורש זאת במפורש.

במקרים של השר דרעי וסגן השר פנחסי, קבע בין המשפט כי למרות שהחוק אינו מחייב את ראש הממשלה לפטר שר וסגן שר שהוגש נגדם כתב אישום, הרי שההחלטה להותירם בתפקידם לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולכן בטלה. בסוגיית הכוונה למנות את יוסי גינוסר למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, קבע בית המשפט העליון שתי קביעות חשובות ותקדימיות: האחת, כי קיימת חובה על הממשלה לשקול לעומק עברו של אדם המועמד לתפקיד בכיר והשנייה היא, כי בשאלת סבירות המינוי, הרף הוא אינו הרף הפלילי ובהקשר זה גם ראיה מנהלתית עשויה לבסס מעין עבר פלילי ציבורי שהוא אינו פורמלי, אך מהותית הוא עשוי וראוי לפסול אדם מתפקיד ציבורי בכיר.

שלושת התיקים הללו עיצבו את ההלכה לפיה "כשירות לחוד וסבירות לחוד". במאמר שכתב השופט חיים כהן על שלושת התיקים הוא קובע: "כל אחד משלושת משרתי הציבור... היה, אליבא דכולי עלמא, כשיר לתפקידו מבחינת השכלתו, ניסיונו, מעמדו וכוח ביצועו. השאלה שעמדה לפני בית המשפט, לגבי כל אחד מהם, הייתה אם די בכשירות זו לכהונה בתפקיד שלטוני בכיר, או שמא נדחית כשירות (פורמלית) זו מפני נתונים ושיקולים הפוסלים אדם לכהונה כזו" (כהן, 1994, 264).

על רקע זה יש לבחון את שתי פרשות גלנט ואת ההשוואה ביניהן.

**המקרה הראשון - ביטול מינויו של האלוף גלנט לתפקיד ראש המטה הכללי**

בחמישה בספטמבר 2010 אישרה ממשלת ישראל את המלצת שר הביטחון ברק למנות את האלוף יואב גלנט לתפקיד ראש המטה הכללי. סביב המינוי ריחפו האשמות שעלו בתחקיר עיתונאי אודות עבירות תכנון ובניה שיוחסו לאלוף אך הוועדה המייעצת למינוי בכירים בשירות המדינה (ועדת טירקל) לא מצאה בחשדות אלו די כדי לפסול את מינויו של גלנט לרמטכ"ל.

בעקבות אישור המינוי הגישה התנועה הירוקה עתירה לבית המשפט העליון בבקשה לבטל את המינוי כאשר ברקע, דוח של מבקר המדינה חשף פרטים נוספים אודות החשדות כלפי גלנט. מהנתונים עלה חשד כי האלוף גלנט השתלט שלא כחוק על שטחים ציבוריים בסמוך לנחלתו לשם בניית חניה וכביש גישה לביתו, בנוסף נטען, כי האלוף גלנט נטע עצים בשטח נרחב (כ-28 דונמים) שבהם לא היו לו זכויות קנייניות או חוזיות. עוד נחשד, כי למרות פניות ודרישות מהרשויות האלוף נמנע מהפסקת השימושים הבלתי חוקיים במשך תקופה ארוכה וכן במספר מקרים הציג מצגים אשר לא תאמו את העובדות לאשורן (בג"צ 6770/10).

סוגיית מינוי ראש המטה הכללי במדינת ישראל מוסדרת בחוק יסוד הצבא מ-1976. על פפי החוק " ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון". יתרה מכך, בשנת 2006 החליטה ממשלת ישראל להקים ועדה מייעצת לעניין מינוי לתפקידים בכירים מסוימים ונקבע כי תפקיד ראש המטה הכללי ייכלל בגדר התפקידים לגביהם נדרשת חוות הדעת של הועדה. כאמור לעיל, מועמדותו של האלוף גלנט עמדה לשיפוט הועדה והמינוי אושר.

ברור אם כן, כי **הטיעונים נגד המינוי הם אינם על היעדר סמכות או חריגה מהחוק אלא ערעור על סבירותה של ההחלטה למנותו או במילים אחרות על השאלה האם המינוי ראוי**.

העותרים נגד המינוי נשענו על ההלכות שנקבעו בשלושת תיקי היסוד שהוזכרו לעיל (דרעי, פנחסי וגינוסר) והעלו שתי טענות מהותיות:

1. **ההחלטה למנות את האלוף גלנט לוקה ב"חוסר סבירות קיצונית",** אמנם נגד האלוף לא הוגש כתב אישום אך מהפרשות שנחשפו עולה "התנהגות ביריונית, נטולת כבוד לחוק שמטרתה לנכס שטחי ציבור ולהעבירם, בניגוד לדין, לרשות היחיד...מדובר בהתנהגות שאינה הולמת מועמד לתפקיד ראש המטה הכללי של צה"ל". טיעון זה מהדהד שתי הלכות שעלו בפס"ד איזנברג: האחת, קובעת שבשאלת "המינוי הראוי" הרף הוא אינו הרף הפלילי וכי אם בידי הסמכות הממנה יש "ראיה מנהלית" שמעידה על ביצוע העבירה, הרי שהיא מספיקה לקביעה הערכית בסוגיית סבירות המינוי[[1]](#footnote-1). ההלכה השניה נוגעת בסוגיית היותו של נושא תפקיד בכיר בשירות הציבורי בגדר "נאמן ציבור" ולכן "מי שבעברותיו פגע באושיות המבנה החברתי...מינויו למשרה בכירה בשירות הציבור הינו פעולה בלתי סבירה באופן קיצוני" (בג"צ 6163/92, 1992, 273-274).
2. **הועדה למינויים בכירים שאישרה את המינוי התרשלה בעבודתה באופן שמייצר אי סבירות קיצוני להחלטתה**. כך, הועדה קיבלה את החלטתה מבלי שיהיו לפניה כלל החומרים הקשורים בפרשות השונות ובכך למעשה קיבלה החלטה ללא בסיס עובדתי ראוי. השופט זמיר בספרו התייחס לחובות המוטלות על רשות מנהלית בבואה לקבל החלטה: "רשות מינהלית שמפעילה שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין...ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירותיות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מינהלית".

לצד טיעונים אלו, ניתן היה לבסס טיעון נוסף, שלא קיבל דגש מיוחד בעתירה נגד המינוי, הקשור באופיו המיוחד של הצבא והאחריות המוטלת על קצינים בכירים. בפרשת תא"ל ניר גלילי, התייחס בית המשפט העליון לאחריות המיוחדת המוטלת על צה"ל ועל מפקדיו הבכירים: "דווקא משום מרכזיותו של צה"ל בחיינו ושל החייל בצה"ל, דווקא משום היותו צבא שחרת על דגלו את החינוך כיעד והמהווה כור היתוך לכל המתגייסים לשורותיו, יש לצה"ל תפקיד בעל חשיבות עליונה במישור המוסרי והערכי. צה"ל תורם תרומה גדולה ועצומה לגיבוש אישיות המשרתים בו ומציידם בערכים שיעצבו את התנהגותם בחברה בעתיד ואת תפיסותיהם הנורמטיביות לגבי המותר והאסור. דווקא משום כל אלה על צה"ל להצטיין בחוסן מוסרי וערכי חזק ואיתן. נושאי דגל זה הם קציניו ובמיוחד אלו העומדים בראש הפירמידה. מאלו יש לצפות להקרין דוגמא אישית. עם אלה יש להקפיד ולדקדק כחוט השערה". אמירה זאת, שהייתה נכונה לתא"ל ניר גליל, קל וחומר נכונה כלפי מי שעתיד לעמוד בראש הצבא.

בעקבות העתירה, נדרש היועץ המשפטי לממשלה לספק חוות דעת נוספת לגבי סבירות הותרת החלטת המינוי על כנו. כפי שכבר הכתב, היועץ העלה קושי משמעותי להגן על סבירותה ואף העלה ספקות באשר לערכיותה. לאור חוות דעת זאת החליטה הממשלה לבטל את המינוי.

**המקרה השני – אישור מינויו של האלוף (במיל') גלנט לתפקיד שר השיכון והבינוי**

כארבע שנים לאחר פרשת ביטול מינויו לראש המטה הכללי ולאחר תקופה קצרה במגזר העסקי, נבחר האלוף (במיל') גלנט לכנסת מטען תנועת כולנו ומונה על ידי ראש הממשלה לתפקיד שר הבינוי והשיכון בממשלת ישראל.

המינוי הוביל למספר עתירות לבית המשפט העליון בדרישה לבטל את המינוי. גם במקרה זה, לכל הצדדים היה ברור כי המינוי עומד בכל תנאי הכשירות הקבועים בחוק יסוד הממשלה וכן בתנאי הכשירות הסטטוטוריים. השאלה אפוא הייתה שוב, האם ההחלטה על המינוי אינה סבירה באופן קיצוני ודורשת התערבות של בית המשפט העליון בשיקול הדעת הרחב שמקנה החוק לראש הממשלה.

העתירה לא התבססה על נתונים חדשים או טיעונים חדשים, ההיגיון שעמד בבסיסה, כי העילות שהובילו לביטול מינויו של האלוף גלנט לראש המטה הכללי שרירות וקיימות ולפיכך צריכות להוביל גם לביטול מינויו לתפקיד שר השיכון.

למרות זאת, בית המשפט העליון, החליט כי החלטת ראש הממשלה למנות את חבר הכנסת גלנט לתפקיד מצויה בתוך מתחם הסבירות ולפיכך אינה עילה לביטולה. החלטה זאת של בית המשפט מעלה מיד שאלה מהותית – **במה מותר מינוי שר בממשלה ממינוי ראש המטה הכללי?** בהחלטתו מספק בית המשפט שורה של טיעונים שהנחו אותו בפסיקתו מתוכם חשוב לעמוד על שני טיעונים עקרוניים שמצביעים על ההבחנה בין מינוי לתפקיד שר לבין מינוי עובד ציבור בכיר:

1. **השיקולים המנחים את המינוי –** בעוד שמינוי של עובדי ציבור צריך להיבחן בשיקולים של מקצועיות והתאמה לתפקיד (בג"צ 1993/03, פסקה 31) הרי שמינויים של שרים אינו מתבסס רק על יכולותיהם וסגולותיהם אלא גם בשל אינטרסים מפלגתיים וקואליציוניים. לאור זאת, **מרחב שיקול הדעת שניתן לראש הממשלה בבואו למנות שר הוא רחב יותר ממרחב שיקול הדעת במינוי עובד ציבור** וכפועל יוצא מרחב ההתערבות של בית המשפט בהחלטה מצומצם יותר.
2. **ההבדל בין עובד ציבור לנבחר ציבור -** בניגוד לעובד ציבור, הרי ששר הוא נבחר ציבור. בית המשפט מתייחס לכך שאחרי ביטול מינויו האלוף (במיל') גלנט, שלא הוגש נגדו כל כתב אישום בפרשת הקרקעות, עמד פעמיים למבחן הציבור: בחירתו לכנסת ובאישור הכנסת את בחירתו לשר. לאור זאת, לטענת בית המשפט, נדרשות נסיבות קיצוניות כדי להצדיק התערבות בשיקול דעתו של ראש הממשלה, נסיבות שלדידו אינן מתקיימות בתיק זה.

לצד טיעונים כלליים אלו, הציג בית המשפט שורה של טיעונים פרטניים שתומכים בהחלטתו לאשר את המינוי ובהם הזמן שעבר מאז העבירה, העובדה שחבר הכנסת גלנט התנצל ותיקן את הליקויים שנתגלו, העובדה שחבר הכנסת גלנט כבר "נענש" על העבירות כשבוטל מינויו לראש המטה הכללי וההתחשבות בתרומתו ארוכת השנים של חבר הכנסת גלנט לטובת מדינת ישראל.

**סיכום ומסקנות**

שתי "פרשיות גלנט" מייצרות הזמנות יוצאת דופן לעמוד על ההבחנה שעושה בית המשפט העליון בין המצופה מעובד ציבור בכיר, בדגש על קצין בכיר בצבא, לבין המצופה מנבחר ציבור.

השורה התחתונה ברורה ואם לנסחה במילים בוטות הרי **שרף הציפיות מהקצין הבכיר גבוה מזה של השר.** כך, על אותו בסיס עובדתי ובהתאם לאותו מסד טיעונים, אותו אדם נפסל לכהן כראש המטה הכללי ואושר לכהן כשר בממשלת ישראל.

בית המשפט אינו מתעלם מפער זה ומספק לו הסברים הטמונים באופיין השונה של המערכות. בעוד הצבא הוא מערכת מקצועית ממונה, הממשלה היא מערכת נבחרת. כפועל יוצא מנעד השיקולים שנבחנים סביב מינוי שר הוא רחב יותר מאשר השיקול המקצועי והערכי גרידא ומעורבים בו שיקולים פוליטיים שונים.

במילים אחרות **במערכת הפוליטית הנבחרת, במתכונת הנוכחית, טבועה פשרה מסוימת בין רכיבים של מקצועיות ולעיתים ערכיות לבין שיקולים פוליטיים**. המרחב הזה הוא לא בלתי מוגבל, ובמקרים של חוסר סבירות קיצוני בית המשפט יכול להתערב, אך רף ההתערבות הוא גבוה.

בנוסף, במערכת הפוליטית קיים מדד עוצמתי נוסף שמאזן את השיקול המקצועי והערכי והוא רצון הציבור. אם הציבור בחר אדם מסוים, למרות ליקויים או ספקות באשר לדמותו הערכית, הרי שמרחב השיקול להתערבות של בית המשפט מצטמצם עוד יותר ומתכנס למקרים של חוסר סבירות קיצוני.

לצד טיעונים מנומקים אלו, נראה שביסוד הפער בין היחס לקצין בכיר לבין נבחר ציבור עומדת סוגיה נוספת שבית המשפט העליון רומז לה בהחלטתו לאשר את מינוי חבר הכנסת גלנט לשר והיא **שאלת האתיקה**. בפסקה 28 לפסק הדין מעיר השופט מלצר, כי עד כה לא הותקן קוד אתי לחברי הממשלה, חרף פעילותן של ועדה ציבורית וועדת שרים בנושא. בראיית בית המשפט אם היה קוד אתי כזה, שמתייחס לציפיות הערכיות מהשרים הם היו יכולים לשמש כ"אמת מידה נוספת" בידי ראש הממשלה בשאלת המינוי הראוי (להבדיל מהמינוי החוקי).

אמירה זאת של בית המשפט מכוונת לתופעה שנראה שמתגברת בשנים האחרונות של פער הולך ומתרחב **בין הדרישות של הצבא** (כמו גם המשטרה וגופים ציבוריים אחרים) **ממפקדיו לבין דרישות הדרג הנבחר משריו.**

בעוד שבית הדין הצבאי, בשורה של פסיקות (פרשת צ'יקו תמיר, פרשת עמאד פארס ואפילו החלטתו של האלוף טופלנסקי לסיים את תפקידו לאור עבירה של אובדן מחשב צבאי שהתקבלה ובטרם חל כל תהליך משפטי בעניינו) הציב רף גבוה מאד לקצינים הבכירים, הרי שבשורה של תיקים שהגיעו לבית המשפט העליון סביב מינוי שרים נראית מגמה הפוכה.

כך, החלטת בית המשפט לאשר את מינוי השר גלנט, החלטתו לאפשר לראש הממשלה למנות את השר דרעי, עבריין מורשע, לכהן כשר במשרד שבו עבר את עברותיו והחלטתו לאפשר לשר הנגבי להמשיך בתפקידו למרות כוונה להגיש נגדו כתב אישום**, כולן מצביעות על הצבת הרף הערכי קרוב מאד (עד חופף) לרף הפלילי.**

במילים אחרות בעוד שהצבא (וכאמור גופים אחרים) מכוונים **למקסימום האפשרי** בדרישה הערכית מבכיריו, הרי שהמערכת הפוליטית מכוונת **למינימום הנדרש**. בהיעדר קוד אתי, או עמדה מנהיגותית שמחליטה לייצר מרחב ברור בין הסף לרף, הרי שמגמה זאת אולי תעמוד במבחן החוקתי, אך עלולה לפגוע בערך המרכזי שעמד לנגד עיני בית המשפט העליון מרגע שהחל לעסוק בסוגיית המינויים - אמון הציבור במערכות השלטוניות.

1. השופט אגרנט קבע בבג"צ 71/442 לנסקי נ' שר הפנים כי ראיה מנהלית היא כזו אשר "כל אדם סביר היה רואה אותה כבעל ערך הוכחתי והיה סומך עליה", עמ' 357. [↑](#footnote-ref-1)