

תפקיד ציבורי, "עבר פלילי" וראיה מנהלית

(בשולי בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון¹)

ד"ר אביגדור קלגסבלד *

האם רשאית רשות מנהלית השוקלת מינויו של אדם לתפקיד ציבורי, לקבוע כי הוא בעל "עבר פלילי" על יסוד ראיה מנהלית?

שאלה זו נדונה בעניין גנוסר. באותו עניין ביטל בית-המשפט הגבוה לצדק את החלטת הממשלה למנות את יוסף גנוסר כמנכ"ל משרד הבינוי והשיכון. בית-המשפט תמך את החלטתו בעובדה שגנוסר מסר עדות שקר לבית-משפט (בפרשת נאפסו), ובעובדה שגנוסר שיבש הליכי משפט (בפרשת "קו 300")².

השופט ברק ביסס את החלטת בית-המשפט על האבחנה בין הקביעה שאדם מסוים הוא בעל "עבר פלילי" לצרכי ענישה פלילית, לבין קביעה כזו לצרכים מנהליים. מסביר השופט ברק:

"אין ענישה פלילית בטרם הרשעה פלילית. לא כן לעניין מינוי. כאן רלוונטי הוא לבחון את מערכת הנתונים העובדתיים, שהיו לנגד עיני הרשות המחליטה. אם ממערכת נתונים אלה, רשות סבירה היתה יכולה להסיק את דבר ביצועה של עבירה פלילית — די בכך כדי לבסס 'עבר פלילי' לצורך הכרעה בסבירות המינוי.

אכן לצורך סבירות החלטתה של הרשות השלטונית הממנה, הגורם המכריע הוא ביצועם של המעשים הפליליים המיוחסים למועמד. הרשעה בפלילים מהווה כמובן "הוכחה" ראויה, אך תיתכנה דרכי הוכחה אחרות, כגון הודיה בפני רשות מוסמכת. בצדק ציין השופט ח. כהן כי:

"הכלל האמור המעמיד אדם בחזקת זכאי ורחף מפשע, באין ראיה לסתור, אינו קובע — ולא ידעתי גם כל כלל משפטי אחר הקובע — כי רשות מנהלית החייבת להשתכנע בעברו של אדם אינה מוסמכת לקבוע שיש לו עבר פלילי אם הורשע בדיון. הנפסול את סירובו של הנציב למנות מועמד לעובד המדינה כשהסירוב

* מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה למינהל.

1 ניתן ביום 23.3.93 על-ידי השופטים ברק, גולדברג ומצא (להלן: "עניין גנוסר"). פסק-הדין טרם פורסם. ההפניות שלהלן הן מתוך העותק המודפס של ההחלטה.

2 שם, בע' 27–15.

מבוסס על ראיות המוכיחות באופן סביר את עברו הפלילי, מהטעם שראיות אלו לוקות בחסר פסק־דין מרשיע? נגיה שהמבקש דנא חפץ להתקבל לשירות המדינה והנציב מסרב לקבלו מהנימוק האמור, האם היינו כופים על הנציב לקבלו, ופוסלים את הסירוב מחמת העדר של הרשעה בדין... אם נמסרה ההכרעה בעניין עברו של אדם בידי רשות מנהלית שאינה מוסמכת להשביע עדים ולגבות ראיות בדרך שראיות נגבות בבית־המשפט, די לה לרשות המנהלית אם הכרעה מבוססת על ראיות שיש בהן כדי לשכנע אדם סביר בעברו של המבקש, אפילו לא היו הראיות קבילות בבית־המשפט ואפילו היה משקלן חסר בהליך שיפוטי" (בג"צ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 1846, 1856, 1857)³.

"עבר פלילי" מורכב משניים: מ"עבירה פלילית" ומן הנסיבות האופפות את ביצועה. לפיכך, הוכחת ביצועה של "עבירה פלילית" מהווה תנאי להוכחת "עבר פלילי". הרשעה בפלילים מהווה הוכחה לביצועה של "עבירה פלילית". ייתכן שגם הוראה כדין מהווה הוכחה מספקת לכך. ואולם, לשיטתו של השופט ברק, דרכי הוכחה אלה אינן ממצות, ורשות מנהלית רשאית לבסס קביעה בדבר "עבר פלילי" גם על כל "ראיה מנהלית":

ראיה מנהלית ועבירה פלילית

"אכן, הכלל החל בענייננו הוא 'כלל הראיה המנהלית'. רשות שלטונית רשאית לבסס ממצא על ראיה, אם הראיה, כשיש לב לנסיבותיה הינה כזו 'אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה' (הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כ"ו (2) 337, 357)⁴."

אכן, כלל הראיה המנהלית חל על ביטוס ממצאים מנהליים. האם הוא חל גם על ביטוס ממצא בדבר "עבירה פלילית"? ברשימה אחרת⁵ נודמן לנו לדון בשאלה קרובה: האם רשאית רשות מנהלית למנוע פרסום, על יסוד הקביעה שאדם מסוים יעבור באותו פרסום עבירה פלילית? אותה רשימה נכתבה בשולי פסק־דינו של השופט ברק בעניין כהנא⁶. השבנו בשלילה על השאלה שנדונה שם. נשיב בשלילה גם על השאלה נושא רשימה זו. השאלות הן קרובות: בעוד ששם נדון ממצא מנהלי המבוסס על ראיה מנהלית בדבר "עבירה פלילית" שתיעבר בעתיד, עוסקת רשימה זו בממצא מנהלי המבוסס על ראיה מנהלית בדבר "עבירה פלילית" שנעברה בעבר. חלק גדול מן השיקולים שנדונו שם יפים גם לכאן, והחזרה עליהם תיעשה על דרך ההפניה בלבד. רשימה זו תדגיש את ההיבטים המיוחדים של הקביעה בדבר "עבר פלילי" דווקא.

3 שם, בע' 54.

4 שם, בע' 55-54.

5 א' קלגסבלד "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" פלילים ב (תשנ"א) 93. לביקורת על הרשימה ראה א' כנרור "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" פלילים ג (תשנ"ג) 240.

6 בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.

קביעה מנהלית בדבר "עבר פלילי" על יסוד ראיה מנהלית — כיצד? לכאורה, תרתי דסתרי: לפי עקרונות היסוד של השיטה, קביעה בדבר ביצועה של "עבירה פלילית" היא תוצאה של משפט פלילי — הליך שיפוטי על כללי הראיות והפרוצדורה הנהוגים בו⁷. ואכן, בדרך כלל אין כל הצדקה עניינית לדיון מנהלי בשאלה זו. רשות מנהלית יכולה לבסס את ההחלטה בדבר אי-מינויו של אדם לתפקיד ציבורי או הפסקת כהונתו על מעשה פסול שביצע אותו אדם, בלי קשר לשאלה אם אותו מעשה התגבש לידי "עבירה פלילית".

ביצועו של מעשה פסול לחוד וביצועה של עבירה פלילית לחוד. כך יכול ואדם יזוכה מעבירה פלילית מסוימת בהליך שיפוטי, ובכל זאת תסרב הרשות המנהלית למנותו לתפקיד מסוים, בשל המעשה הפסול עליו נדון באותו הליך שיפוטי עצמו⁸. יש מעשים פסולים שאינם מגבשים עבירות פליליות. יש עבירות פליליות שביצוען אינו מכתים בפסול תפקיד כלשהו או מינוי לתפקיד מסוים⁹. השאלה שעל הרשות המנהלית לעסוק בה לעניין מינוי או הפסקת כהונה היא שאלת הפסול, לא שאלת הפליליות. הפסול קשור בסטייה מרמת התנהגות אותה יש לצפות בסבירות ממי שמכהן או אמור לכהן בתפקיד ציבורי מסוים, ולא בסיווגו המשפטי של אותו פסול. פרופ' גביון מסבירה:

"מובן כי בין שני התחומים, תחום המשפט ותחום המוסר, יש יניקה הדדית, ויש כללי מוסר מינימליים המאומצים על-ידי המשפט. אולם, באותם מקרים, העבירה היא הן עבירה פלילית והן עבירה על כלל של מוסר, ואין קוראופי אחד נובע בהכרח מן השני. הקלון שבהתנהגות מסוימת אינו נובע מן העובדה שהתנהגות הזו מהווה עבירה פלילית. הקלון נובע מכך, שהתנהגות זו נראית כבלתי מוסרית"¹⁰.

לפיכך, היינו מקבלים ללא היסוס את דרך הניסוח של השופט ברק בעניין פינחסי:

"עניין לנו בפעולה שלטונית של הפסקת כהונה. לשם ביסוסה של פעולה זו אין צורך בהרשעה פלילית. חזקת החפות — העומדת לכל נאשם — אינה מונעת הפסקת כהונתו של נושא משרה שלטונית ובלבד שבפני הרשות השלטונית המחליטה מצויה ראיה, אשר בשים לב לנסיבותיה היא כזו 'אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה' (הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כ"ו (2) 337, 357)¹¹".

7 א' קלגסבלד, לעיל הערה 5, בע' 105–99. ראה גם י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 40–37.

8 למשל בג"צ 178/55 ארביב נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד י' 407; בג"צ 24/58 ארביב נ' שר הבטחון, פ"ד י"ב 651; בג"צ 13/57 צמוקין נ' בית-הדין המשמעתי לעובדי המדינה, פ"ד י"א 856.

9 השווה בג"צ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי, פ"ד ל"ו (317, 325–324, 328).

10 השווה ר' גביון "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א (תשכ"ט) 176, 180. ראה גם בג"צ 436/66 בן אהרן נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כ"א (1) 561.

11 בג"צ 4267/93 אמיתי — אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש

אכן — אין צורך ב"הרשעה פלילית" ואין צורך ב"עבר פלילי". החלטה בדבר אי-מינוי או הפסקת כהונה ניתן לבסס על מעשה פסול. את המעשה הפסול ניתן להוכיח גם¹² בראיה מנהלית¹³. נפקותו של אותו מעשה על המינוי או הכהונה צריכה להישקל לפי קני-המידה הרגילים החלים על שיקול-דעת מנהלי, כגון רלוונטיות ומשקל הולם¹⁴. קביעה מנהלית בדבר "עבר פלילי" חורגת מגבולות אלה. "הפלילות" המיוחסת למעשה הפסול מצויה מעבר לתחומי ההצדקה הנדרשת לאי-מינוי או הפסקת כהונה. היא מלווה בדופי חברתי חריף, בהוקעה, ב"הפגנה מוחשית של מורת-רוח של הריבון"¹⁵, ב"אות קיין"¹⁶, בסטיגמה של "תופעה חברתית מסוכנת לציבור, או בקיצור תופעה אנטי-חברתית"¹⁷. מעשה מנהלי של אי-מינוי או הפסקת כהונה אינו מצריך הכתמה קיצונית כזו של הפרט.

לכן, ככלל, אין הצדקה לכך שרשות מנהלית תקבע קיומם של "עבר פלילי" או "עבירה פלילית" עובר להחלטתה אם למנות אדם לתפקיד מסוים או להפסיק את כהונתו. די לה בשקילת המעשים הפסולים המיוחסים לו.

שונה המצב מקום בו כולל הדין הסמכה מפורשת לרשות מנהלית לקבוע — לצרכיה שלה — קביעה בדבר "עבר פלילי" כתנאי כשירות או פסלות¹⁸. הסמכה כזו מחייבת את הרשות המנהלית לקבוע — לצרכיה המצומצמים — אם אדם מסוים הוא בעל "עבר פלילי". היא מכוונת להציב בפני הרשות רף גבוה המבוסס על יסוד אוביקטיבי, כתנאי לשלילת זכות של הפרט.

ממשלת ישראל, ניתן ביום 8.9.93 על-ידי השופטים שמגר, ברק, ד' לוי, גולדברג ומצא (להלן: "עניין פינחס"). פסק-הדין טרם פורסם. ההפניות שלהלן הן מתוך העותק המודפס של ההחלטה: שם, בע' 35.

- 12 כמובן, את המעשה הפסול ניתן להוכיח גם באמצעות הרשעה פלילית, אך גם במקרה כזה — המעשה הוא העיקר וההרשעה הפלילית מהווה אך דרך הוכחה לביצועו (השווה בג"צ 727/88 הרב יצחק יוסף עווד נ' זבולון המר, השר לעניני דתות, פ"ד מ"ב (4) 487). עם זאת, לעיתים נקבעת הרשעה פלילית כאמצעי ההוכחה היחידי למעשה פסול, שאז לא ניתן להוכיחו בראיה אחרת (ראה סעיפים 42, 42ב לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69. ראה גם בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד ל"ה (4) 118, 129).
- 13 בג"צ 190/80 כוחכות נ' שר הפנים, פ"ד לה (2) 415, 418; בג"צ 222/81 זיזי נ' שם הפנים והמשטרה, פ"ד ל"ו (2) 186, 191-190; בג"צ 799/80, לעיל הערה 9, בע' 328; בג"צ 379/72 גיגי נ' מפקד מרחב יפו, פ"ד כ"ו (1) 544.
- 14 כך למשל, קיימת אבחנה בין מצב של אי-מינוי לבין מצב של הפסקת כהונה (השווה בג"צ 799/80, לעיל הערה 9, בע' 327-328 והאסמכתאות המופיעות שם).
- 15 "לוי וא' לדרמן, לעיל הערה 7, בע' 11.
- 16 שם, בע' 25.
- 17 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 118.
- 18 להסמכה "מפורשת" ראה א' קלגסבלד, לעיל הערה 5, הערות 4, 7, 12, 89 והטקסט הצמוד אליהן. להסמכה מפורשת לקבוע "עבר פלילי" ראה סעיף 2(ב)(3) לחוק השבות, תשי"ז — 1950; סעיף 46(א)(1) לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט — 1959; סעיף 29 לצו המועצות המקומיות (שירות העובדים), תשכ"ב — 1962.

עבר פלילי הרשעה פלילית

על יסוד אילו ראיות רשאית הרשות המנהלית לבסס ממצא בדבר קיומו של "עבר פלילי"? שאלה זו בדיוק נדונה בפסיקה אגב בירור סמכותו של שר הפנים להימנע מלידת תעודת עולה למי שהוא "בעל עבר פלילי, העלול לסכן את שלום הציבור". השאלה נדונה לראשונה בעניין גולד¹⁹. השופט ח. כהן שלל מכל וכל את ההבחנה, העומדת ביסוד פסק-הדין של השופט ברק, שבין "עבר פלילי" לעניין ענישה פלילית לבין "עבר פלילי" לצרכים מנהליים. ואלה דבריו, עליהם סמכנו גם את מסקנותינו מן הרשימה הקודמת:

"פרקליט המדינה ניסה להבחין בין ערכה של הוכחה או קביעה שכזו לעניין הענישה, שהוא כאין וכאפס, לבין ערכה למטרה מנהלית גרידא, כמו למטרת ביצוע חוק השבות; וטענתו היא שערכה למטרה מנהלית שכזאת נתון לשיקול-דעתה של הרשות המוסמכת. אין אני רואה כל ממש בהבחנה זו. זכות-היסוד שבחזקת זכאי ניתנת לאדם לא רק כדי שלא ייענש כל עוד לא נשפט, אלא גם כדי שכבודו ושמו הטוב וכל יתר זכויותיו האישיות והחמריות לא ייפגעו, בשל מעשהו הפלילי, במאומה, כל עוד לא נשפט. ולא זו אף זו: זכות-יסוד זאת, כמותה כרוב זכויות-היסוד של האדם, ניתנת לו ועומדת לו לאו דוקא להגנתו מפני כתי-המשפט, כי אם דוקא להגנתו מפני הרשויות המנהליות; שהרי אינו דומה צרכו של אדם להגנה מפני הענישה בידי השופט ללא הרשעה תחילה, לצרכו של אדם להגנה מפני פגיעה בכבודו ובשמו הטוב ובשאר זכויותיו, בידי הרשויות המנהליות, בשל מעשהו הפלילי שטרם נשפט עליו. והעניין שלפנינו יוכיח: לא זו בלבד שבהווכחו כביכול על מעשיו הפליליים של המבקש, שלל המשיב מאיתו את זכותו כיהודי לפי חוק השבות, אלא תוך כדי כך הוא הכתים אותו בכתם של בעל עבר פלילי, כאילו קופה של שרצים תלויה לו מאחוריו, בו בזמן שלאמיתו של דבר לא נשפט מעולם על כל דבר פשע"²⁰.

מסקנתו של השופט ח. כהן היתה כי "עבר פלילי" מתגבש על-ידי הרשעה פלילית, בבקשה להמיר עבירה בכופר ו"אולי" בהודאה כדין²¹.
השופט לנדוי הסכים לגישתו של השופט ח. כהן:

"... אני תמים דעים עם חברי השופט כהן שלצורך הוכחת עבר פלילי במוכן הסעיף אין די להראות שהמבקש הועמד לדין פלילי וישנן בידי התביעה במדינה, בה הועמד לדין, עדויות המפלילות אותו. לא כל נאשם יוצא חייב בדינו, וגם רשות מנהלית אינה יכולה להוכיח שאדם הוא בעל עבר פלילי, רק מפני שאולי

19 בג"צ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 1846 (להלן: "עניין גולד").

20 שם, בע' 1851.

21 שם, בע' 1849. למשמעותו של כופר ראה גם ש' שטרית "כופר הכסף – ענישה פלילית בידי המינהל" משפטים ב (חש"ל) 577.

עתיד הוא להיות מורשע בדין פלילי. בנדון זה אני מסכים לדברי השופט כהן במלואם. אל לנו לנטוש מושכלות ראשונים בעניין זה"²².

השופט זוסמן היה בדעת מיעוט. השופט זוסמן סבר כי ניתן להוכיח "עבר פלילי" בראיה מנהלית, וכי חזקת החפות אינה עומדת לאדם בהקשר המנהלי (כגון בשאלות של מינוי)²³. ואכן, הציטטה עליה נסמך השופט ברק בהגמקתו, לקוחה מפסק-דינו של השופט זוסמן דווקא ולא, כפי שנאמר בטעות בפסק-הדין, מפסק-דינו של השופט ח. כהן²⁴. מדובר אם כן, בציטטה מפסק-דין של המיעוט בעניין גולד.

אותה שאלה עצמה שבה ועלתה בעניין לנסקי²⁵. פסק-דין לנסקי ניתן על-ידי הרכב בלתי שגרתי של בית-המשפט העליון, הרכב של חמישה שופטים. נראה ברור שאחת הסיבות — אם לא הסיבה בה"א הידיעה — לקביעת הרכב של חמישה שופטים, היתה הצורך להכריע הכרעה ברורה וחד-משמעית במחלוקת בין שופטי הרוב לשופט המיעוט בעניין גולד. לא במקרה נכללו בהרכב בעניין לנסקי כל שופטי ההרכב מעניין גולד. פסק-הדין בעניין לנסקי ניתן על-ידי הנשיא אגרנט. הנשיא אגרנט נדרש למחלוקת שהתעוררה בעניין גולד לגבי דרך הוכחתה של "עבירה פלילית". הנשיא אגרנט אימץ את עמדת הרוב בעניין גולד (השופטים ח. כהן ולנדוי), ודחה את עמדת המיעוט (השופט זוסמן). כך סיכם הנשיא אגרנט את מסקנותיו:

"(א) במידה שמדובר בהוכחת העובדה, שהמבקש עבר עבירה פלילית במדינה אחרת, הכרחי לקבל, מטעמיהם, את דעת השופטים ח. כהן ולנדוי — לאמור: מן הדין להוכיח עבירה זו על-ידי פסק-דין מרשיע או על-ידי הוכחה שמסר המבקש במשטרה מרצונו החופשי.

(ב) מאידך גיסא, אם מדובר בהוכחת הרקע והנסיבות שאפפו את העבירה והשופטים אור על חומרתה או בהוכחת מעשים נפסדים אחרים של המבקש, אשר הצטרפותם אליה, מראים שהוא 'בעל עבר פלילי', יש לקבוע, מטעמיו של השופט זוסמן, שלגבי החומר המתייחס לעובדות כאלה, יפה כוחו של מבחן-העדות, המשמש בידי רשות מנהלית"²⁶.

במילים אחרות, הוכחת "עבר פלילי" מציבה סף מינימום — הוכחת ביצועה של "עבירה פלילית". סף זה לא ניתן לעבור באמצעות ראיה מנהלית. הוא מצריך הוכחת "פסק-דין מרשיע או הודאה מרצון חופשי". את הרקע והנסיבות האופפים את "העבירה הפלילית" והמגבשים ביחד איתה "עבר פלילי" ניתן להוכיח בראיה מנהלית, אך לא את העבירה הפלילית עצמה. לפי גישת הנשיא אגרנט לא ניתן להוכיח "עבר פלילי"

22 שם, כע' 1859–1858.

23 שם, כע' 1856–1855.

24 מעניין כי הייחוס המוטעה של ציטוט זה לשופט ח. כהן (במקום לשופט זוסמן) מופיע גם בפסק-דינו של השופט ברק בעניין פינחסי.

25 בניצ' 442/71 לנסקי ג' שר הפנים, פ"ד כ"ו (2) 337 (להלן: "עניין לנסקי").

26 שם, כע' 359.

באמצעות ראיה מנהלית. השופטים לנדי וי. כהן (שופטי הרוב בעניין גולד) וכן השופט ברנזון הסכימו לפסק־הדין של הנשיא אגרנט ללא כל סייג²⁷.
השופט זוסמן, שופט המיעוט מעניין גולד, הסכים לפסק־הדין של הנשיא אגרנט בהסתייגות הבאה:

"בפרשת גולד, בג"צ 94/62, נתחלקו הדיעות לגבי השאלה אם ממצא השר שמבקש אשרת עולה הוא בעל עבר פלילי מותנה בכך, שהמבקש הורשע כדין אם לאו. שאלה זו אינה עומדת לפנינו בעניין דנא, ולכן אין צורך להוסיף דבר על מה שאמרחי גם לעניין זה"²⁸.

הנה כי כן, בעניין לנסקי נותר השופט זוסמן כמיעוט רועם עוד יותר מאשר בעניין גולד: בעוד שבעניין גולד סברו שני שופטים כי לא ניתן להוכיח "עבר פלילי" בראיה מנהלית, הרי בעניין לנסקי הצטרפו אליהם שני שופטים נוספים ובסך הכל — ארבעה שופטים. השופט זוסמן הסכים לפסק־הדין בעניין לנסקי תוך הדגשה שעובדות המקרה הספציפי אינן מחייבות דעת מיעוט נוספת שלו²⁹. השופט זוסמן הבהיר כי לגבי דרך ההוכחה של "עבר פלילי", הוא דוגל באותה דעת מיעוט אותה ביטא בעניין גולד. לפסק־הדין בעניין לנסקי נכון לייחס — וכך יוחסה לו בעליל — חשיבות החורגת מעובדות המקרה הספציפי. ברור שהשופט אגרנט ביקש להכריע באורח סופי ונחרץ במחלוקת בעניין גולד, וביקש לעשות כן לצד הרוב בעניין גולד³⁰.

ביקורת

הנה כי כן, פסק־דינו של השופט ברק, נושא רשימה זו, קבע הלכה הפוכה בדיוק לזו שנקבעה בעניין גולד ובעניין לנסקי. הוא סוטה מהלכה מבוססת של בית־המשפט העליון. לא בסתם הלכה מדובר, אלא בהלכה שנקבעה בהרכב של חמישה שופטים³¹. לא בסתם הלכה מדובר, אלא בהלכה בת למעלה משלושים שנה³². סטייה מההלכה שנקבעה בעניין גולד ולנסקי היא "מקרה קשה" של סטייה

27 שם, בע' 399.

28 שם, בע' 400.

29 בעניין לנסקי הוכחו ביצוען של עבירות פליליות באמצעות פסק־דין פליליים מרשיעים. בהתאם, ניתן לומר שגם דברי השופט ברק בפסק־הדין נשוא רשימה זו הינם אמרת־אגב, שכן גנוסר הודה בעבירות בעניין "קו 300" בבקשת החנינה שהגיש לנשיא־המדינה. הוא לא התכחש להודאה זו ולא ביקש לשנותה גם במהלך הדין במיגויו לעניין פסק־הדין נשוא רשימה זו. גם בעניין העבירות הנטענות של גנוסר בעניין נאפסו לא היתה מחלוקת עובדתית בין הצדדים. לפיכך, לא חייבו עובדות המקרה דיון באפשרות לבסס "עבר פלילי" על ראיה מנהלית.

31 לכך חשיבות מיוחדת. כך למשל לא ניתן לבקש דיון נוסף בפסק־דין שניתן בהרכב של חמישה שופטים; ראה סעיף 30 (א) לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד — 1984. ראה גם בג"צ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 749, 772.

32 למשמעות "הותק" של ההלכה הפסוקה ראה א' ברק שיקול־דעת שיפוטי (תשמ"ז) 427–426.

מתקדים"³³. סטייה מתקדים קודם של בית-המשפט העליון היא עניין רציני ואחראי"³⁴. סטייה מתקדים מחייבת שקילת שיקולים שונים (נורמטיביים, מוסדיים ובין-מוסדיים) והערכת משקלם היחסי³⁵. סטייה מתקדים מחייבת בירור "אם הנזק בקיום הדין הקיים עולה על הנזק בשינוי בדרך שיפוטית"³⁶.

הסתמכות על ציטוט מדעת מיעוט מובהקת תוך התעלמות מן ההלכה הפסוקה עצמה, ללא דיון בה וללא הצדקת הסטייה ממנה, לא נראית בעינינו דרך מתאימה לסטייה מההלכה פסוקה בכלל, ומהלכה כה יסודית ומושרשת בפרט³⁷. יכול ולבית-המשפט תפיסה וניתוח שונים משלנו לגבי המשמעות של ההלכות שנקבעו בעניין גולד ולנסקי, אך גם במקרה כזה היה צורך בדיון, אבחנה והסבר המבוססים על דעת הרוב ועל הלכת לנסקי³⁸ (ולא רק על הלכת גולד). הקביעה החשובה שבפסק-הדין נשוא רשימה זו, לפיה ניתן להוכיח "עבר פלילי" בראיה מנהלית, לא היתה צריכה להיעשות בדרך אקראית, תהא השקפת בית-המשפט על הלכות גולד ולנסקי אשר תהא.

ברשימתנו האחרת כללנו את כל הטעמים השוללים את סמכותה של רשות מנהלית לקבוע, על יסוד ראייה מנהלית, כי אדם מסוים יעבור עבירה פלילית בעתיד. מקל וחומר אין לאפשר לה לקבוע, על יסוד ראייה מנהלית, כי אדם מסוים עבר "עבירה פלילית" בעבר.

קביעה מנהלית שונה מקביעה שיפוטית הן במהות (היא נעשית על-ידי הרשות המבצעת ולא על-ידי הרשות השופטת) והן במשקל (על-ידי מי שמומחה לשקול שיקולים מנהליים, ולא לקבוע סיווג משפטי).

ראייה מנהלית שונה מראייה בהליך הפלילי הן במהות (היא כוללת גם ראיות בלתי קבילות, כגון עדות שמיעה) והן במשקל (היא צריכה לשכנע בסבירות, ולא "מעבר לכל ספק סביר").

קביעה מנהלית על יסוד ראייה מנהלית, כי אדם מסוים הוא בעל "עבר פלילי", עלולה לפגוע באותו אדם כשהוא מצוי בעמדות שונות מול המשפט הפלילי: כאשר עניינו מצוי בפני הכרעה אם להעמידו לדין, לאחר החלטה שלא להעמידו לדין³⁹, לאחר החלטה להעמידו לדין ובטרם נשפט⁴⁰, במהלך משפטו, לאחר שזוכה במשפט (גם בפסק-דין

33 שם, בע' 394.

34 שם, בע' 399.

35 שם, בע' 398. ראה בפירוט בג"צ 4914/91, לעיל הערה 31.

36 שם, בע' 409.

37 בפרט אמורים הדברים בפסק-דין זה, הכולל דיון והנמקה מפורטים בסטייה של בית-המשפט מהלכה אחרת – זו הקשורה ביחוד או כפל הסמכויות ביחסים שבין בית-הדין לעבודה ובית-המשפט הגבוה לצדק (שם, בע' 9–2). קשה להבין מדוע סטייה זו, החשובה פחות (פסיקה בעלת אופי דינוני, הנוגעת להגדרת סמכויות שיפוט) זוכה לדיון מפורט, וסטייה חשובה יותר נעשית באופן כמעט אקראי.

38 לתפיסה דומה של פסק-הדין ראה א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א, כרך ב) 681–678.

39 בג"צ 39/51 כרים נ' מנהל אגף המזון, פ"ד ה' 998.

40 בג"צ 24/56 רוטשטיין נ' המועצה המקומית, הרצליה, פ"ד י' 1205.

חלוט)⁴¹, לאחר שכל עבירה נטענת כלפיו התיישנה, לאחר שזכה בחנינה מלאה⁴² או לאחר שעבירה עליה הורשע נמחקה מן המרשם הפלילי. קביעה מנהלית כי אותו אדם הוא בעל "עבר פלילי" תפגע במצבו המשפטי של אותו אדם ובזכויות המוקנות לו באותו שלב. בקל וחומר אמורים הדברים במצב בו יאשר בית־המשפט העליון (בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק) את קביעתה של הרשות המנהלית. גם אם נסמוך על אנינות האכתנה הציבורית, המנהלית והמעין־שיפוטית, שתדע להבדיל בין קביעתו של בית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט פלילי לבין קביעתו של בית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לביקורת שיפוטית — נראה ברור כי לקביעה כזו יהיו השלכות שליליות ממשיות על אותו אדם⁴³. את רשימתנו האחרת סיימנו בדברים של השופט ת. כהן מעניין גולד. הם יפים גם לכאן:

"מדינות אשר בהן רשאיות רשויות מנהליות לקבוע אשמתו הפלילית של אדם ללא הליך שיפוטי — אותם מושגי יסוד של שלטון החוק מהן הם והלאה, ובל יהא חלקנו עימהן"⁴⁴.

41 ראה פסקי־הדין הנוכחים לעיל הערה 9; כן ראה בג"צ 190/80 ברחובט נ' שר הפנים, פ"ד לה (2) 415.

42 לחפיטות שונות בדבר משמעותה של חנינה לעניין מינוי או הפסקת כהונה ראה G.L. Hall "Pardon as Restoring Public Office or License or Eligibility Therefor" 58 ALR 3rd. 1191.

43 תוצאה אפשרית אחרת היא, שמחשש לאישור שיפוטי של הקביעה המנהלית, תהיה רתיעה מפני פנייה לבית־המשפט הגבוה לצדק. במצב זה תהיה הרשות המנהלית גם הפוסק הסופי בדבר "עבר פלילי" לאותו עניין.

44 גולד, לעיל הערה 19, בע' 1851.