



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

ניתן ביום 11 אוגוסט 2020

המערערת

מדינת ישראל

-

המשיב

ד"ר אברהם ברקאי

1. המועצה הלאומית לשלום הילד
2. איגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית

ידידי בית המשפט

בפני הנשיאה ורדה וירט ליבנה, השופטת לאה גליקסמן, השופטת חני אופק גנדלר נציגת ציבור (עובדים) גב' רחל בנזימן, נציג ציבור (מעסיקים) מר צבי טבצ'ניק

ב"כ המדינה - עו"ד ליטל סדובסקי
ב"כ המשיב - עו"ד ערן קייזמן, עו"ד יותם קייזמן
ב"כ המועצה לשלום הילד - עו"ד כרמית פולק-כהן
ב"כ איגוד מרכזי הסיוע - עו"ד איילת רזין בית-אור, עו"ד הילה נויבך

פסק דין

השופטת חני אופק גנדלר

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי (השופטת הבכירה אורית יעקבס ונציגי הציבור מר מרדכי חזיזה ומר אריה להב; סעי"ש 58794-09-19) (להלן – **פסק הדין**), בגדרו נתקבלה תובענה שהגיש המשיב ונקבע שיש לבטל את החלטת נציב שירות המדינה (להלן – **הנציב**) שביטלה את החלטת ועדת הבוחנים אשר בחרה במשיב לתפקיד של רופא פיקוח על שירותי בריאות התלמיד בלשכת הבריאות במחוז הצפון.

תמצית הרקע העובדתי

2. המשיב הינו רופא מומחה בתחום רפואת הילדים. ביום 27.11.11 הורשע המשיב בהחזקת קבצי מחשב ובהם כ- 190,000 פרסומי תועבה פורנוגרפיים פדופילים וכן הורשע בעבירות של פרסום פרסומי תועבה, בכך שבמהלך 15 חודשים הציע לאחרים גישה לפרסומי תועבה שהיו ברשותו. בית משפט השלום בחיפה הטיל על המשיב 18 חודשי מאסר בפועל. ערעור שהגיש המשיב כנגד חומרת העונש התקבל,



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-20515

- וזה הועמד על שישה חודשי עבודות שירות, מאסר מותנה, קנס ופיקוח של שירות המבחן.
3. בעקבות הרשעת המשיב בפלילים הוגשה כנגדו קובלנה משמעתית על פי פקודת הרופאים. הועדה המיוחדת שדנה בעניינו המליצה להתלות את רישיון המשיב לתקופה של שנתיים מיום 26.7.11 וכן המליצה להטיל מגבלה לפיה לא יוכל לטפל בקטין אלא בנוכחות בגיר במשך חמש שנים. המלצת הועדה המיוחדת אומצה על ידי כבוד השופט בדימוס א. סטרשנוב, לו הואצלה סמכות שר הבריאות לפי סעיף 41 לפקודת הרופאים. ההתליה נסתיימה ביום 25.7.13 והגבלה ביום 24.7.18.
4. מאחר והעבירות בהן הורשע המשיב מוגדרות כ"עבירות מין" בחוק העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, תשס"א-2001 (להלן – **חוק העסקת עברייני מין**) פנה המשיב לוועדה המיוחדת שהוקמה מכוח חוק זה (להלן – **הוועדה המיוחדת**) בבקשה למתן פטור מאיסור העיסוק. ביום 19.4.16 ניתן למשיב פטור זמני מאיסור העיסוק עד ליום 24.7.18, וביום 27.6.18 נתנה לו הוועדה פטור מלא ובלתי מסויג מאיסור העיסוק לתקופת האיסור במלואה.
5. המשיב ניסה להשתלב בשירות המדינה, וניגש לשלושה מכרזים, כשהמכרז מושא הערעור בפנינו הוא המכרז השלישי לו הגיש המשיב מועמדות. המכרז הראשון היה בשנת 2015 למשרת רופא אם וילד ומרפאה/רופא מומחה בלשכת הבריאות מחוז חיפה. המשיב נבחר על ידי ועדת הבוחנים, אולם הנציב החליט שלא לאשר את קליטתו לתפקיד בשים לב לעברו הפלילי וכן לאור המגבלות מכוח חוק העסקת עברייני מין, שאותה עת טרם הוסרו. המכרז השני היה בשנת 2017, גם הוא למשרת רופא אם וילד. המשיב נבחר על ידי ועדת הבוחנים, אולם הנציב לא אישר את המינוי, מאחר שלטעמו, המשיב הצהיר הצהרה שקרית בכך שלא הצהיר על עברו הפלילי ובשל כך לא כל חברי ועדת הבוחנים ידעו על אותו עבר, והנמקת הוועדה לא כללה התייחסות מפורטת לבחינת מידת התאמתו של המשיב לתפקיד המוכרז לאור עברו הפלילי.
6. כאמור, במוקד הערעור מצוי מכרז למשרת רופא/ה (פיקוח על שירותי בריאות התלמיד) (להלן – **המכרז**), ובתיאור התפקיד במכרז נאמר כך:

"אחריות ליישום וביצוע של עבודת המטה בתחום בריאות התלמיד, בשיתוף עם גורמי סיעוד, הנהלת המחוז והמחלקה לאם ולילד.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

פיקוח על ביצוע השירות ועל רמתם המקצועית של הרופאים נותני השירות בתחום, באזור האחריות, כתיבת דוחות בהתאם לממצאים ואחריות על הפצתם. קיום קשר עם הרופאה האחראית המחוזית של ספק השירות. תיאום ותכנון שיתוף פעולה בין ספק השירות לבין גורמים בקהילה ברמה המחוזית (קופות החולים, מרפאות נוער, וכו'). ביצוע ניתוחים אפידמיולוגיים לזיהוי צרכי בריאות לאוכלוסיית התלמידים במחוז בהתאם להנחיות המטה, והעברת הממצאים לממונה. ייעוץ והדרכת צוותים מקצועיים המועסקים על ידי ספק השירות, בתיאום עם הגורמים שבמטה. ייעוץ למנהלי בתי הספר במחוז בנושאים שבאחריות. ייזום והשתתפות בסקרים ובמחקרים בנושא בריאות התלמיד. ביצוע תפקידים נוספים בתחום המקצועי, על פי הנחיות הממונה".

מעבר לכך נציין כי דרך ביצוע התפקיד, ובמיוחד מידת הנוכחות שהיא מחייבת בבתי הספר, הינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, ועל כך נעמוד בהמשך. 7. ביום 1.7.18 הגיש המשיב מועמדות למכרז תוך שהצהיר על עברו הפלילי, אולם לא צירף את כלל המסמכים הנדרשים (וחלקם הוגשו לוועדת הבוחנים על ידי נציבות שירות המדינה). ביום 27.11.18 התכנסה ועדת הבוחנים ובחרה במשיב לתפקיד מבין שני מועמדים (להלן – **החלטת ועדת הבוחנים**). וכך נאמר:

"הועדה החליטה פה אחד לבחור בד"ר ברקאי אבי למשרה המוצעת. הנימוקים לבחירה: ד"ר ברקאי רופא ילדים מומחה ומנוסה שנים רבות בעבודה קלינית וניהולית. גילה ידע והבנה בתחום המקצועי עם נכונות ללמידה ושיפור יכולותיו התפקודיות והמקצועיות במסגרת התפקיד אליו נבחר... למרות עברו החליטה הועדה כי אין מניעה לאפשר לו לעסוק בתחום".

8. ביום 14.5.19 נשלחה למשיב הודעה מטעם נציבות שירות המדינה לפיה נפל פגם בהחלטת ועדת הבוחנים בשל התייחסותה הלקונית לעברו הפלילי ומבלי שדנה בהתאמתו לתפקיד ובהשפעת שיבוצו על אמון הציבור ותדמית השירות הציבורי. למשיב ניתנה הזדמנות להעלות את טיעונו בכתב, בטרם יקבל הנציב החלטה סופית בעניינו.

9. המשיב הגיש תובענה לבית הדין האזורי ובגדרה ביקש צו עשה, לרבות צו זמני, שיאפשר כניסתו לתפקיד בו זכה. במסגרת התובענה הגיעו הצדדים להסכמה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 2015-06-20

- לפיה ייערך למשיב שימוע בעל פה וכי עד להכרעה בעניינו לא תאוּש המשרה. על בסיס הסכמה זו נמחקה התובענה (סע"ש 19-05-44358).
10. ביום 8.7.19 נערך למשיב שימוע בעל פה בפני היועץ המשפטי של נציבות שירות המדינה, עו"ד רון דול (להלן – יועמ"ש הנציבות), ובנוכחות עו"ד שיר ביגמן אזולאי - ממונה (יועץ משפטי); עו"ד עמי כהן - יועץ לנציב שירות המדינה; וסטודנט מהלשכה המשפטית. לאחר השימוע הביא יועמ"ש הנציבות לפני הנציב את מלוא המידע הרלוונטי, לרבות פרוטוקול השימוע, וכן צירף את עמדתו, אליה נתייחס להלן.
11. ביום 26.6.19 החליט נציב שירות המדינה, לאחר עיון בכלל ההמלצות שהונחו בפניו (לרבות זו של יועמ"ש הנציבות) לבטל את החלטת ועדת הבוחנים (להלן – החלטת הנציב). וכך נאמר:

"לאחר בחינת ההשגה של המכרז שבנדון, עיון במלוא המסמכים הרלוונטיים והיועצות בגורמים המתאימים בנציבות שירות המדינה, שקלתי בכובד ראש והגעתי למסקנה כי יש מקום לבטל את החלטת ועדת הבוחנים. להלן נימוקי החלטתי:

1. המשרה המוכרזת אמנם אינה כוללת טיפול קליני בילדים אולם ליבתה הנה פיקוח על שירותי התלמיד וחלק ממטלותיה מתבצעות בשטח בית ספר ובמהלך יום הלימודים. זיקה זו בין תלמידי בתי הספר לנושא המשרה המוכרזת, וזאת בשים לב לאופי העבירות בגינן הורשע ד"ר ברקאי, עלולה במידה רבה לפגוע בתדמית שירות המדינה ובאמון הציבור במוסדותיה.
 2. היות שכאמור חלק ממטלות התפקיד מבוצעות בשטח בתי הספר ובמהלך יום הלימודים, נשללת מהורי התלמידים, האמונים על שלום ילדיהם הקטינים, הזכות לבחור אם ברצונם לקבל שירות מד"ר ברקאי חרף עברו הפלילי, זאת בניגוד למטופלים בקליניקה פרטית אשר זכות הבחירה בעניין זה נתונה בידם.
 3. זאת ועוד, בנסיבות המקרה ועקב אופי העבירות בגינן הורשע ד"ר ברקאי ישנו חשש ממשי כי יכולתו לבצע את התפקיד המוכרז, הכרוך בשיתוף פעולה עם גורמי החינוך בבתי הספר, תיפגע.
 4. מאחר שרישיונו של ד"ר ברקאי לא נשלל על ידי משרד הבריאות, הרי שפתוחה בפניו הדרך לעסוק במקצועו במגזר הפרטי. כמו כן לא נמנעת ממנו האפשרות להגיש מועמדות למשרות במגזר הציבורי, לרבות שירות המדינה, כאשר כל מקרה יבחן לגופו על פי הכללים והדין, ככל מועמד אחר.
- לסיכום, בחנתי את טענותיו של ד"ר ברקאי, את מכלול הנסיבות והשיקולים השונים, לרבות אינטרס השיקום. נוכח אופי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

העבירות וחומרתן וההשלכות האפשריות על תדמית שירות המדינה ואמון הציבור כמפורט לעיל ולאור העובדה שהפגיעה בחופש העיסוק הנה מצומצמת ומידתית, מצאתי כי היא נסוגה מפני השיקולים כבדי המשקל של האינטרס הציבורי."

12. כנגד החלטת הנציב הוגשה התובענה בבית הדין קמא, ובגדרה התבקש סעד זמני של כניסת המשיב לתפקיד. בית הדין האזורי הושיט בהחלטת ביניים את הסעד הזמני המבוקש. במסגרת בקשת רשות ערעור שהגישה המדינה הסכימו הצדדים שהסעד הזמני יבוטל והעניין יחזור לבית הדין האזורי לשם הכרעה בתובענה העיקרית, כשכל צד שומר על טענותיו, וכי עד להכרעה בתובענה העיקרית לא תאוּיש המשרה מושא המכרז (בר"ע 59883-11-19).

פסק דינו של בית הדין האזורי

13. בית הדין האזורי פתח את הכרעתו בהלכה הידועה, לפיה "בענין שיקול הדעת המינהלי נקבע, לא אחת, על ידי בית המשפט העליון ואף על ידי בית הדין הארצי לעבודה, שבית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת ולא יתערב בהחלטתה, אלא אם כן נמצא כי אותה החלטה ניתנה בחריגה מסמכות, או כי יש בה פגיעה בכללי הצדק הטבעי, או כי היא נגועה בשיקולים זרים, או באי סבירות קיצונית היורדת לשורשו של ענין. בית המשפט לא ישים את שיקול דעתו תחת זה של הרשות אפילו היה הוא עצמו בוחר באפשרות אחרת מזו שבחרה הרשות ללכת, כל עוד מצויה אותה אפשרות במתחם הסבירות" (סעיף 7 לפסק הדין).

14. אשר למקרה זה ציין בית הדין כי "אפשר להתייחס אל החלטת הנציב כסבירה אלא שסברה זו השתנתה, ביחס לכל אחד מחברי המותב, לאחר ששמע את התובע ואת בא כוחו. כאשר נקודה זו הפכה לנקודה בעלת משקל רב בקביעתנו שהחלטת הנציב אינה סבירה, לאחר שנוכחנו לדעת כי גם עורך השימוע - הוא עו"ד דול סבר שאין לבטל את החלטת ועדת הבחינה, עובדה שלא הובאה לידיעת ביה"ד (וגם לא לידיעת התובע) במסגרת ההליך הזמני ואשר גם בהחלטת הנציב לא מצאנו כי הוא התמודד איתה בכלל וגם לא באופן שהיה מצופה שיעשה כאשר בהקשר זה ראוי להדגיש כי אנו סבורים כי במסגרת סמכויותיו של הנציב הוא רשאי להחליט שלא לאמץ את חוות דעתו של הגורם אותו הסמיך לבצע את השימוע בשמו אלא שברור שבמקרה שכזה עליו לנמק ולהבהיר ענין זה בהחלטתו ומקום שלא עשה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

כן, כמו במקרה שלנו, פוגע הדבר עד מאוד בסבירות החלטתו" (שם, הדגשות במקור).

15. בית הדין האזורי פירט בהחלטה מנומקת את טעמיו לביטול החלטת הנציב מחמת היעדר סבירותה, וזו לשונו (שם, כל ההדגשות במקור):

"ואלו הטעמים בשלהם החלטנו גם לאחר שמיעת התיק העיקרי כי החלטת הנציב אינה סבירה:

- א. מעשיו של התובע, בגינם הורשע, הינם מעשים חמורים ובזויים ביותר אך הם אינם עולים כדי מעשים הכרוכים במגע עם קטינים, כפי שאדם שאינו יודע את הפרטים לאשורם, עלול להתרשם, מקריאת החלטת הנציב, אשר חזר שוב ושוב על המילים: **"בשים לב לאופי העבירות בהן הורשע.."**, כאשר בהקשר זה לא די בכך שהנתבעת חזרה וציינה כי הנציב מעולם לא טען כי מעשי התובע כללו מגע עם קטינים וכי גם עדיה לא סברו כן וזאת בין היתר לנוכח העובדה כי אנו התרשמנו מעדויותיהם של עדי הנתבעת אחרת...
- ב. העובדה שבית משפט המחוזי הפחית, באופן דרמטי, את עונשו של התובע, כשהכוונה במיוחד לכך שתחת עונש של 18 חודשי מאסר בפועל פסק לו 6 חודשים שרוצו במסגרת עבודות לתועלת הציבור.
- ג. העובדה שהתובע סיים לרצות את עונשו ובכך לשלם את חובו לחברה.
- ד. העובדה שלא נטען כלפי התובע, בשום שלב, כי הוא קיים מגע אסור עם ילדים, שידל אותם למעשים אסורים ו/או נחשף בפניהם.
- ה. העובדה, עליה אין חולק, באשר להעדר מסוכנות מצד התובע.
- ו. קביעת הועדה המיוחדת, אשר החליטה ביום 27/6/18 ליתן לתובע פטור מלא ובלתי מסוייג מאיסור העסקה והנימוקים שהביאו אותה להחלטה זו, לרבות - העדר מסוכנותו, החרטה שהביע, העובדה שמאז ביצוע העבירות, חלפו שנים רבות במסגרתן לא חזר על מעשיו וכו'.
- ז. העובדה שועדת הבוחנים היתה ערה לעברו הפלילי והמשמעותי של התובע ובכל זאת מצאה שהוא המתאים ביותר למלא את התפקיד, כאשר לא ברור על מה מתבססת הנתבעת בטענתה שהועדה לא התמודדה עם עברו של התובע כנדרש...
- ח. העובדה שלתפקיד נשוא המכרז, נראה שאכן נדיר למצוא רופא עם ניסיון ואיכויות מקצועיות כשל התובע והעובדה שהנציב לא התייחס לענין זה בהחלטתו.
- ט. העובדה שהלכה למעשה, ממתין מעסיקו של התובע - הוא משרד הבריאות, כשנה מאז בחר בו (נובמבר 2018)



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

- שיתחיל לשמש בתפקיד שעל פניו נראה וגם למקרא קביעות ועדת הבוחנים בקשר למועמד האחר שהתמודד על התפקיד, כי לא רבים "קופצים" עליו כי לא קל לאיישו...
- י. העובדה כי אופי העבירות בהן הורשע הנאשם, בזוי ונורא ככל שיהיה, לא כלל מגע פיזי או טלפוני עם קטינים ואף לא ניסיון למגע שכזה, אלא התבצע בדי' אמותיו.
- יא. אופי התפקיד נשוא המכרז, אשר אין בו מרכיב קליני טיפולי, קרי - המשמש בתפקיד זה לא נדרש לבדוק את התלמידים, כאשר בענין זה חשוב לשים לב שהנציב בעצמו כתב בהחלטתו: "א. המשרה המוכרזת אמנם אינה כוללת טיפול קליני בילדים אולם ליבתה הנה פיקוח על שירותי התלמיד וחלק ממטלותיה מתבצעות בשטח בית ספר ובמהלך יום הלימודים. זיקה זו בין תלמידי בתי הספר לנושא המשרה המוכרזת, וזאת בשים לב לאופי העבירות בגינן הורשע ד"ר ברקאי, עלולה במידה רבה לפגוע בתדמית שירות המדינה ובאמון הציבור במוסדותיה..."
- יב. העובדה שגם להורי התלמידים לא אמור להיות כל מגע עם התובע, למעט מצבים בהם יקבלו ממנו מכתב כזה או אחר, אשר יתייחס לצורך בטיפול מסויים בגלל התפרצות מחלה כלשהי (למשל חצבת).
- יג. הפגיעה הבלתי מידתית בחופש העיסוק של התובע, מקום שהועדה המיוחדת נתנה, לו, כבר בחודש 6/18 פטור מלא ובלתי מסוייג מאיסור העסקה, כאשר בהקשר זה ראוי לציין כי קביעת הנציב בהחלטתו ולפיה פתוחה בפני התובע: "הדרך לעסוק במקצוע הפרטי. כמו כן לא נמנעת ממנו האפשרות להגיש מועמדות למשרות במגזר הציבורי, לרבות שירות המדינה, כאשר כל מקרה יבחן לגופו על פי הכללים והדין, ככל מועמד אחר", הופכת למעשה לאמירה ריקה מתוכן, במידה רבה שהרי בהינתן תחום התמחותו של התובע (רפואת ילדים) הגיוני, כפי שהוא ציין במהלך הדיון וכפי שקורה בפועל, מאז הרשעתו בשנת 2011, שהוא לא ימצא, ולא בכדי למצוא עבודה בתחום מקצועיותו, הן באופן פרטי והן בקופות חולים וזאת מטעמים הגיוניים שהרי קשה להניח כי לאור עברו הפלילי, יהיה מישהו שיסכים לקבלו לעבודה בתפקיד קליני הכרוך במגע עם ילדים ולכן דוקא התפקיד נשוא המכרז, שאינו תפקיד שכית, הוא שיכול ליתן מענה נכון והגון למצבו של התובע...
- יד. העובדה שהנציב לא שקל, במכלול שיקוליו, את הזמן הרב שחלף מאז ביצע התובע את המעשים בהם הורשע.
- טו. העובדה שהנציב לא שקל את העובדה שמאז ביצע התובע את מעשיו הוא לא חזר עליהם.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

- יז. העובדה שהנציב לא שקל שיקולים נוספים אשר לפי סעיף 3.1.6 לנוהל היה עליו לשקול, כשהכוונה לשיקולים הבאים:
- א. מועד ביצוע העבירה...
 - ב. העובדה שלא קיימים ותלויים כנגד התובע תיקים נוספים וכן העובדה שהוא מזמן סיים לרצות את העונש שהוטל עליו...
 - ג. הצורך האנושי והנכון לאפשר לתובע לשקם את חייו...
 - ד. חיוניות התובע למשרה, שיקול אשר גם אותו יש לשקול בהתאם לנוהל, ואשר עיון בו מצביע על כך שנראה שהוא רלוונטי ביותר ביחס לתובע, אשר על המשרה עליה התמודד, התמודד רק עוד מועמד אחד אשר די לקרוא את שכתבה ועדת הבוחנים ביחס אליו כדי להבין מדוע סברה כי הוא אינו ראוי...
- יז. העובדה שגורמים במשרד הבריאות אשר כאמור לעיל היו ערים לעברו של התובע, סברו כבר בשנת 2014 שאין מניעה שהתובע יתמודד במכרזים ויעבוד כרופא ילדים...
- יח. טיעון לפיו קיים חשש שהורים ו/או מורים יתרעמו אם ייודע להם עברו הפלילי או המשמעתי, אינו צריך להוות שיקול במקרה זה שכן די בכך שהנציב יוכל "להגן" על ההחלטה לאשר את מינויו של התובע כדי להפכה לראויה ובמקרה שלפנינו - דוקא השילוב בין אופי העבירות בהן הורשע התובע עם אופי התפקיד בו זכה, אשר כאמור לעיל אינו כרוך במגע קליני עם תלמידים ובשילוב ערך השיקום **החשוב**, הזמן הרב שחלף מאז ביצע התובע את העבירות בהן הורשע והעובדה שלא חזר עליהן - הם שיקולים כבדי משקל אשר בהחלט יוכלו, ובקלות רבה, לשמש מענה הולם למתלהמים הפוטנציאליים, מה גם שאם חשש מאותם מתרעמים פוטנציאליים הוא שינחה את הנציב, יתכן ותמיד יהיה הקל ביותר שלא לאשר בחירתם של עובדים עם עבר משמעתי ו/או פלילי למשרות בשירות המדינה, אבל ברור שלא לזה מתכוון הנציב.
- יט. העובדה שלא מצאנו שהפרשנות שנתנה הנתבעת, במקרה זה, ל"נראות הציבורית" היא הפרשנות הנכונה וכן הואיל ואמון הציבור לא אמור להיפגע, מקום שהנציב שוקל את מכלול השיקולים הרלוונטיים, לרבות אלו שנקבעו בנוהל ותוך התייחסות רצינית לחווי"ד של מי שהוא בחר שיערוך את השימוע במקומו וזאת למרות שיהיו אנשים שלא יהיו מרוצים שהרי ברור כי יש אנשים שחושבים שכל מי שיש לו עבר פלילי או משמעתי אסור לו למלא תפקידים בשירות המדינה, קרי - שיש ציבור שהאמון שלו תמיד ייפגע מקום שהנציב יחליט לאשר מינויים של אנשים להם עבר



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-2015

פלילי ו/או משמעותי ובכל זאת ברור שלא ציבור זה הוא שבעטיו יחליט הנציב לבטל זכויות של מועמדים במכרזים.

העובדה, אותה הזכרנו בתחילת פרק זה ולפיה, מקום שהגורם הבכיר בו בחר הנציב לערוך את השימוע בשמו, אשר שמע את התובע ואת בא כוחו בלב חפץ ובנפש חפצה ומתוך כך השתכנע כי אין לבטל את החלטת ועדת הבוחנים, היה על הנציב לנמק בצורה שתתמודד גם עם עובדה זו אשר גם בגינה לא ניתן לראות את החלטת הנציב כסבירה כאשר בהקשר זה די לקרוא את ההתייחסות הכללית והבלתי מספקת של הנציב בעניינו של התובע, עת סיכם וכתב בהחלטתו **'לסיכום, בחנתי את טענותיו של ד"ר ברקאי, את מכלול הנסיבות והשיקולים השונים, לרבות אינטרס השיקום. נוכח אופי העבירות וחומרתן וההשלכות האפשריות על תדמית שירות המדינה ואמון הציבור כמפורט לעיל ולאור העובדה שהפגיעה בחופש העיסוק הנה מצומצמת ומידתית, מצאתי כי היא נסוגה מפני השיקולים כבדי המשקל של האינטרס הציבורי'.**

16. כמו כן ציין בית הדין האזורי את התרשמותו ש"התובע מתחרט מקרב לב על מעשיו ואף מבין את הדופי שנפל בהם" (סעיף 8).
17. לאור כל האמור, פסק בית הדין האזורי **"כי החלטת הנציב לבטל את החלטת ועדת הבוחנים איננה סבירה וזאת גם בשל כך שהיא התעלמה מהיבטים חשובים שהיה עליה להתייחס אליהם"** (סעיף 9, הדגשה במקור). כמו כן, חייב את המערערת לשלם למשיב סכום של 1,000 ₪ בגין הוצאות משפט וסכום של 10,000 ₪ בגין שכר טרחת עו"ד (סעיף 10).

טענות הצדדים בערעור

18. לטענת המדינה, שגה בית הדין האזורי כאשר המיר את שיקול דעת הנציב בשיקול דעתו. שכן כידוע, מושכלות יסוד הן שלא ישים בית הדין את שיקול דעתו תחת שיקול דעת הרשות המנהלית, כל עוד זו פעלה בסמכות ושקלה את החלטתה באופן ענייני, בתום לב ובסבירות. שגויה הקביעה שהחלטת הנציב אינה סבירה ושגויים הנימוקים לכך. אף הנציב לא שקל את העניין מתוך התייחסות לכאורה שמעשיו של המשיב עלו כדי מעשים הכרוכים במגע עם קטינים. הנציב התייחס ל"אופי העבירה וחומרתה" כמות שהיא. מסקנות בית הדין האזורי בהיבט זה נקבעו על יסוד "קריאת מחשבות" ולא באור העולה מעדויות הצדדים בקשר לכך.



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

כמו כן, הווה ידוע כי כשירות לחוד והתאמה לחוד. משכך, הנימוקים המתייחסים להפחתת עונשו של המשיב, סיום ריצוי העונש, העדר מסוכנות ואי הגבלת העיסוק, הנם שגויים, באשר הם מתייחסים לכשירותו של המשיב אך לא להתאמתו. בקשר לכך יש לקחת בחשבון שיקולים אחרים, כגון התאמה ערכית ומוסרית. דחיית בית הדין האזורי את טענת המדינה שוועדת הבוחנים לא שקלה כראוי את עברו של המשיב, שגויה. שכן, התייחסותה ("למרות עברו") אינה מספקת ואינה עומדת בנדרש בנוהל. אשר לנימוק בדבר הקושי לאתר אדם מתאים למשרה, נימוק זה ודאי אינו יכול ללמד על חוסר סבירות קיצוני בהחלטת הנציב. כמו כן, המדינה עצמה לא עמדה על הקושי האמור. שיקול זה יכול לכל היותר להטות את מאזן הנוחות לטובת פרסום מכרז חדש. הנימוק בדבר אופי התפקיד שאין בו מרכיב קליני נלקח במפורש בשיקוליו של הנציב. הקביעה בדבר מידת הפגיעה בחופש העיסוק של המשיב אינה מידתית. החלטת הנציב בהקשר זה, לפיה הפגיעה בחופש העיסוק של המשיב היא מצומצמת באופן יחסי, היא החלטה סבירה ומידתית. גם הנימוק של אינטרס השיקום נלקח בשיקוליו של הנציב. מאידך, שגויה קביעת בית הדין האזורי לפיה, בניגוד לעמדת הנציב, שיקולי הנראות הציבורית נסוגים בפני יתר השיקולים. בעניין השיקול הנוגע לחוות דעתו של עו"ד רון דול, יועמ"ש הנציבות, טוענת המדינה כי מדובר רק בהתייעצות פנימית אשר אינה מחייבת את הנציב ואין מקום שהנציב יתעמת באופן פומבי, על גבי החלטתו, עם חוות דעת פנימיות המוגשות לו/עומדות לפניו. סוגיית חרטתו של המשיב כלל לא רלבנטית, שעה שלא נטענה בפני הנציב. מכל האמור, שגה בית הדין האזורי בכך שהעניק צו הכופה על המדינה, יש מאין, יחסי עבודה בין הצדדים, חרף הפגיעה החמורה באמון הציבור במערכת.

19. המשיב סומך ידיו על פסק דינו של בית הדין האזורי ונימוקיו. לטענתו, לאור הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, לפיו "אין פוגעים בחופש העיסוק, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" – הרי שהמקור היחיד ממנו יכול לשאוב הנציב את סמכותו שלא לאפשר למשיב לעסוק במקצועו כרופא הוא סעיף 46(א)(1) לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959 (להלן – **חוק שירות המדינה (מינויים)**) המאפשר לנציב שלא למנות מי שהוא "בעל עבר פלילי". שאר המקורות עליה מסתמכת המדינה – הנחיות ראש אגף המשמעת, הוראות התקשי"ר וכללי שירות המדינה – מאחר שאינם הוראות חוק, אינם



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-20515

יכולים לשמש מקור סמכות לנציב להגביל את חופש העיסוק. במקרה זה, החלטתו של הנציב איננה עומדת במבחן החוקתי, שכן הנציב לא הציג ערך ציבורי העולה בחשיבותו על זכות היסוד לחופש העיסוק של המשיב. בניגוד לאמור בהחלטת הנציב, המשיב לא יידרש להיכנס לחצרי בתי הספר. מבחינה חוקית, אין כל מניעה בהעסקתו של המשיב, ובמאזן האינטרסים זכותו של המשיב לעסוק במקצועו היא זכות חזקה ומשמעותית הרבה יותר מאמון הציבור במוסדות השלטון. אדרבה, אזרחי המדינה יעדיפו עשרת מונים את כיבוד שלטון החוק מאשר פגיעה בזכויות היסוד של אדם. מכל מקום, מינויו של המשיב לתפקיד זה – בו אינו בא במגע עם ילדים – לא יפגע באמון הציבור. עמדתה של המדינה, בדומה לעמדת ידידות בית המשפט (אשר תובא להלן), אינה אלא התלהמות יצרית הנובעת מדעות קדומות.

20. עמדת המדינה בתגובתה היתה כי משאין מחלוקת בין הצדדים באשר לסמכות הנציב לפי סעיף 46(א)(1) לחוק שירות המדינה (מינויים) שלא למנות מי שהוא "בעל עבר פלילי", הרי שהמחלוקת בין הצדדים תחומה לשאלת סבירות שיקול דעתו. לפיכך, משהחלטת הנציב נטועה עמוק בתוך מתחם הסבירות, לאחר שבחן את מכלול הנסיבות, הרי שהתערבותו של בית הדין קמא בשיקול דעתו היא התערבות שגויה, אף אם לסברתו ניתן היה לקבל החלטה אחרת. כמו כן, בניגוד לטענת המשיב, הנוכחות התדירה במוסדות החינוך היא חלק אינהרנטי ובלתי נפרד מביצוע התפקיד - כפי שהעיד על כך ד"ר אודי קליינר, סגן ראש שירותי בריאות הציבור במשרד הבריאות, ועדותו לא נסתרה. המדינה דוחה את טענת המשיב שעמדתה אינה אלא התלהמות יצרית הנובעת מדעות קדומות, שכן החלטת הנציב התקבלה לאחר בחינה מעמיקה ובחינת מלוא השיקולים המקצועיים הרלבנטיים ונסיבותיו הפרטניות של המקרה.

21. המועצה הלאומית לשלום הילד ואיגוד מרכזי הסיוע לנפגעות ונפגעי תקיפה מינית צורפו להליך כידידות בית המשפט, לבקשתן. לעמדתן, מינויו של המשיב לתפקיד האמור יש בו כדי לפגוע פגיעה משמעותית באמון הציבור. עמדה זו הובאה גם בהחלטת הנציב, ולשיטתן – כל החלטה אחרת שהיה מקבל הנציב, היתה חוטאת לתפקידו ומעילה באמון שהציבור נותן בו. התפקיד האמור כולל אחריות ופיקוח על שלומם ובריאותם הפיזי והנפשי של התלמידים ועל התווית הדרך למבוגרים הבאים עמם במגע: מורים, מנהלים ואחיות. מכאן, שתפקיד זה כולל ביקור פיזי בבתי הספר לצורך הפיקוח, ואינו תפקיד טכני נעדר קשר עם גורמי השטח. כפי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

העולה מתיאור התפקיד, בין היתר יהיה הממונה לתפקיד אחראי על הכשרת המורים בסוגיית "שימוש מושכל במסכים". הדעת אינה נותנת שמי שהורשע בהחזקה והפצה של פרסומי תועבה ימונה לתפקיד בו הוא עצמו נותן הדרכה והתווית דרך ל"שימוש מושכל במסכים". לעמדת ידידות בית המשפט, פרשנותו של בית הדין קמא אודות אופיו המנהלי של התפקיד וההתייחסות לאופי העבירות בהן הורשע המשיב, אינה לוקחת בחשבון את הכשל הערכי והמוסרי שבהעסקתו של המשיב דווקא בתפקיד זה. לטעמן של ידידות בית המשפט, פסק דינו של בית הדין קמא מבטא חוסר הבנה של חומרת העבירות בהן הורשע המשיב, ומשום כך חוטא בהבנת עומקו של הכשל הערכי והמוסרי שבמינויו לתפקיד. הפגיעה בחופש העיסוק של המשיב היא מידתית, שכן כפי שאמור בהחלטת הנציב - המשיב יוכל להשתלב בשירות המדינה בתפקידים אחרים שאין בהם זיקה לעבירות המין שבהן הורשע. משכך, מבקשות הן להצטרף לעמדת המדינה ולקבל את הערעור.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

22. כידוע, "החלטה בדבר מינויו של אדם לתפקיד ציבורי מהווה החלטה מנהלית, וככזו היא כפופה לכללי המשפט המנהלי – ובפרט לחובתה של הרשות הממנה להפעיל שיקול דעת סביר בעת המינוי. משמעות הדבר היא כי על הגורם הממנה לבחון את מכלול השיקולים הרלבנטיים להחלטה, ולייחס לכל אחד מהם משקל מתאים בעת עריכת האיזון ביניהם" (ראו בג"ץ 3059/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (10.11.15), פסקה 21; בג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (24.11.09), פסקה 39). שיקול הדעת המופעל על ידי הגורם הממנה כפוף לביקורת שיפוטית, "המתמצה לשאלה האם האיזון אותו ערך חרג ממתחם הסבירות. לא אחת, הובהר כי בתוך דלת אמותיו של מתחם הסבירות, תיתכנה מספר חלופות שכולן תהיינה סבירות, וכל עוד האיזון שנערך על ידי הגורם הממנה נותר בגדר מתחם הסבירות, בית המשפט לא יתערב בו – וזאת, אף אם ישנה דרך פעולה הנראית עדיפה יותר בעיניו" (ראו בג"ץ 43/16 **תנועת אומ"ץ - אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל** (1.3.16), פסקה 38).

23. לעיתים דבר חקיקה המסדיר מינוי לתפקיד מסוים מציב בדרישות הסף דרישה לענין העדר עבר פלילי ולעיתים הוא שותק ביחס לכך. בהקשר זה נקבע בפסיקה



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

כי "גם כאשר אין מניעה סטטוטורית כאמור, עדיין חובה על הגורם הממנה להתייחס לטענה בדבר פגם מוסרי-ערכי הקיים במועמד, ולהפעיל את שיקול דעתו בסבירות בבחינת התאמתו לדרישות התפקיד" (בג"ץ 5657/09 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (24.11.09)). במילים אחרות, כשירות (המתמקדת בתנאי הסף) לחוד והתאמה (המתמקדת בבחירת המועמד המיטבי) – לחוד.

24. בהקשר למינויים בשירות המדינה קיימת הוראת חוק מיוחדת המעגנת את התפיסה כי עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הוא שיקול אותו רשאי נציב שירות המדינה להביא בחשבון במניין שיקוליו בעת קבלת ההחלטה בדבר התאמת מועמד למשרה. שיקול זה גם עשוי להיות עילה לביטול החלטת ועדת בוחנים, ככל שהיא התעלמה משיקול זו או שלא נתנה לו את המשקל ההולם. סעיף 46(א)(1) לחוק שירות המדינה (מינויים) – אשר כותרת השוליים שלו היא "סמכות למנוע מינויים מסוימים" – קובע כך (ההדגשה שלנו):

46. (א) על אף האמור בחוק זה, **רשאי נציב השירות שלא**

למנות אדם עובד המדינה, בכל אחד מאלה:

(1) האדם עבר עבירה על חוק זה כדי להשיג את המינוי או

שהוא בעל עבר פלילי;

[...]

(ב) החלטת נציב השירות לפי סעיף קטן (א) טעונה אישור

ועדת השירות."

25. במאמר מוסגר נציין כי בחומר המצוי בפנינו הצדדים לא התייחסו לסעיף 46(ב),

ולכן אין בפסק דיננו משום הבעת עמדה ביחס אליו.

בהמשך לכך, סעיף 48 לכללי שירות המדינה (מינויים) (מכרזים, בחינות ומבחנים), תשכ"א-1961 מסמיך את הנציב לבטל החלטה של ועדת בוחנים "אם המועמד שנבחר אינו עונה על דרישות המשרה או תקן אותה משרה או אם נמצאו פגמים בהליכי המכרז". בסעיף 13.524 לתקשי"ר נקבע כי "נציב שירות המדינה או מי מטעמו רשאי לבטל החלטה של ועדת הבוחנים לפי פרקים 11 או 12, אם מצא שלא הובא בפני הועדה מידע בנוגע לעברו הפלילי ו/או המשמעתי של המועמד ו/או אם מצא כי הועדה לא נתנה משקל ראוי לעובדה זו בהחלטתה".

עוד נציין, כי לצורך הבניית שיקול הדעת בעת בחינת התאמת מועמד בעל עבר פלילי לשירות הציבורי נקבע נוהל לבחינת התאמתו של מועמד למשרה בשירות



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-20515

המדינה (מועמדים בעלי עבר פלילי או משמעותי אשר תלויים ועומדים נגדם הליכים פליליים או משמעותיים).

26. על ההתחשבות בעברו הפלילי של אדם בעת שקילת מועמדותו לשירות הציבורי חולשים שיקולי מדיניות סותרים: מחד, העבר הפלילי משפיע על אמון הציבור במערכות הציבוריות, כשאמון זה חיוני כחמצן לפעילותן התקינה (בג"צ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הלאומית – ראש הממשלה** (6.12.07)). וכך נאמר (פיסקה 14):

"אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריו הוא תנאי מתחייב לפעולתו התקינה של השירות הציבורי ושל מוסדות השלטון. השירות הציבורי על כל זרועותיו בנוי על אמון הציבור הנשען לא רק על יכולותיהם התיפקודיות של עובדיו ונבחריו אלא גם, ובעיקר, על רמתם המוסרית והאנושית, על טוהר מידותיהם ונקיון כפיהם. בלא אמון זה, לא יוכל השירות הציבורי לבצע את משימתו ברמה הנדרשת לאורך זמן. מינוי לכהונות ציבוריות של בעלי תפקידים שדבק בהם פגם מוסרי, או השארתם בתפקידם לאחר שסרחו, עלול לפגום בתשתית הערכית עליה בנויים מוסדות המדינה והשלטון בישראל. הוא עלול לפגוע פגיעה חמורה בעקרונות היסוד הערכיים עליהם בנויים יסודות החברה והמשטר בישראל. הוא עלול לערער את אמון הציבור במערכות השלטון, האמורות לשקף במעמדן וברמתן את עקרונות היסוד האתיים עליהם מושתתים חיי החברה בישראל".

27. נציין כבר עתה כי שיקול אמון הציבור בעל משקל מיוחד כאשר עסקינן במוסדות חינוך, בהם מחויבים הילדים ללמוד מכוח דין, שכן אז אמון הציבור מושפע גם מתחושת המוגנות של התלמידים והוריהם. זאת, בשל היות התלמידים קטינים הזקוקים להגנה מיוחדת, ובשל היות החינוך והלימוד חובה על פי דין. שיקול מוגנותם של תלמידים במוסדות חינוך הביא את בית המשפט העליון לחייב את המדינה למגן את כיתות האם (מעבר למרחבים המוגנים) בעוטף עזה. חובה זו נומקה בכך ש"חובה ללמוד בבית הספר החלה על רובם המכריע של התלמידים על-פי חוק לימוד חובה, וזכותם ללמוד במוסדות החינוך הרשמיים, על-פי חוק לימוד חובה ועל-פי חוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000, מצדיקות בנסיבות המקרה דן הטלת חובה על המדינה לספק הגנה על חייהם ושלומו; גם אם אין מדובר בחובה מוחלטת זוהי ללא ספק חובה מוגברת בנסיבות שנוצרו. אין זה סביר להעמיד הורים בפני הדילמה של מימוש זכות ילדיהם לחינוך אל מול ההגנה על חיי הילדים" (בג"צ 8397/06 **ווסר אדוארדו נ' שר הבטחון** (29.5.07)).



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

28. מאידך, קיים האינטרס בתקנת השבים, קרי לאפשר לעבריינין שהורשע בדין ושיקם עצמו לפתוח דף חדש ולשוב לחיק החברה ולהשתלב בה. זהו אינטרס של החברה, וזהו אינטרס הציבור. לענין זה יפים דברי הנשיא ברק בבג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון** (23.3.93) (להלן – **עניין אייזנברג**) בקשר למשקלו היחסי של שיקול העבר הפלילי בעת בחינת מינוי לתפקיד. וכך נאמר (פיסקה 45):

"מחד גיסא, עומדים שיקולים הקשורים בצורך לשקם עבריינים ולסייע בידם להשתלב בחיי החברה. הרשעה וענישה אינם מוות, ועם סיום ההליך הפלילי יש לאפשר לעבריינין למצוא מקומו בקהילה ובחברה. עקרון "התשובה" הוא מעקרונותיה של שיטתנו המשפטית, אותה ינקנו ממסורת העבר שלנו... השירות הציבורי חייב לתרום את תרומתו לשיקום האדם ולבנייתו כאזרח נאמן. אכן, 'אין לזכור לאדם את חטאו כל ימיו ויש לאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו ולעודד את שיקומו והשתלבותו המלאה בחיי החברה' (הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, בעמ' 216). יש לאפשר לו 'להשתלב בחברה כשווה בין שווים'... 'אין לנעול את הדלת מפני השבים באמת ובתמים, אדרבה, באין נימוק כבד משקל יש לאפשר להם לחזור למסלול חייהם, למשלח ידם, ואף לתפקידים'... 'אמש היה זה שנוא לפני המקום משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום הוא אהוב ונחמד קרוב וידיד' (רמב"ם, תשובה, ז, ו [א]). אכן, חברה מתוקנת אינה רודפת את עברייניה עד חורמה, אלא מושיטה להם יד, לטובתם שלהם ולטובתה שלה... השירות הציבורי צריך לתרום את תרומתו שלו במשימה זו".

29. עוד נוסף כי השתלבות בשוק העבודה היא מרכיב משמעותי בשיקומו של אדם. העבודה היא מקור מחייתו של אדם, ואולם אין היא מתמצה בכך. העבודה מעצבת את זהותו של האדם ותורמת להתפתחותו. בהקשר זה נציין כי הוועדה בראשות פרופ' רות קנאי שישבה על המדוכה בהקשר לתיקון חוק המרשם הפלילי, כשלחוק זה נתייחס להלן, "שמה דגש על הטיית הכף לטובת אינטרס השיקום ועל חשיבות שילובו של בעל הרישום הפלילי בשוק התעסוקה, בשל הקשר בין תעסוקה ושיקום" (מתוך הצ"ח 1071, 27.7.16).

30. אחד מדברי החקיקה המרכזיים המגלם איזון בין האינטרסים המתגוששים הוא חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 (להלן – **חוק המרשם הפלילי**). חוק זה תוחם את היקף מסירת המידע מהמרשם הפלילי ואת משך רישום המידע בו, קרי הוא מסדיר את משך חייה של ההיסטוריה הפלילית (באמצעות הסדרי התיישנות ומחיקה המידע) ואת אופן השימוש במידע במהלך



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

חייה של ההיסטוריה הפלילית (באמצעות קביעת מגבלות עיון ומסירת המידע לגופים שונים). נציב שירות המדינה מוסמך לקבל מידע מן המרשם הפלילי בכפוף למגבלות בחוק המרשם הפלילי (סעיף 5א) לחוק המרשם הפלילי יחד עם סעיף ו' לתוספת הראשונה לחוק זה). בכך משלימות הוראות חוק המרשם הפלילי את הוראות חוק שירות המדינה (מינויים). הנציב הוסמך לשקול את עברו הפלילי של המועמד ובידו לקבל מידע בנוגע לעבר זה במישרין מן המרשם הפלילי בכפוף למגבלות הקבועות בחוק זה, והמגלמות את האיזון עם תקנת השבים. למען שלמות התמונה נציין כי לאחרונה, ובעקבות המלצת ועדת קנאי הנזכרת לעיל, נחקק חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019, והוא צפוי להיכנס לתוקף בשנת 2021.

31. אולם, האיזון בין האינטרס הציבורי בשמירה על אמון הציבור ובין עקרון תקנת השבים אינו מתמצה באיזון החוקי הגלום בהוראות חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים. הטעם לכך הוא שגם ביחס למידע שהנציב זכאי לקבל לידו מכוח חוק המרשם הפלילי עליו לערוך איזון בין האינטרסים לצורך קביעת משקלו היחסי של שיקול העבר הפלילי בנסיבות הענין המיוחדות. בהקשר זה נקבע בבג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (8.5.16) (להלן - **ענין התנועה לאיכות השלטון**) כך:

"בעת הערכת משקלו של העבר הפלילי, נקבע כי יש לשקלל ולאזן בין שורה של שיקולים: (א) חומרת העבירות המיוחסות למועמד וזיקתן לתפקיד אותו הוא מיועד למלא; (ב) אופיין של העבירות; (ג) התמשכות העבירות; (ד) חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות והאינטרס החברתי בשיקום עבריינים; (ה) קיומו של קלון בעבירות; (ו) הבעת חרטה מצדו של המועמד; (ז) חיוניותו של המועמד לתפקיד. באמצעות האיזון בין השיקולים הללו, בוחן בית המשפט האם מעשיו של המועמד מעידים על פגם ערכי-נורמטיבי בהתנהלותו, אשר יש בו להשפיע על כשירותו למלא את התפקיד אליו הוא מיועד ולהשליך על אמון הציבור בשירות הציבורי".

עוד נקבע כי מלאכת האיזון, אינה ענין טכני, אלא יש לתת לכל שיקול את משקלו היחסי הראוי, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובשים לב לתכלית העומדת ביסודו. כפי שהטעים השופט הנדל בהחלטתו בדנג"ץ 5806/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (28.10.15), (בפסקה 5):



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

"אין משמעות למספרם הכמותי של השיקולים המתחרים. ההכרעה באשר לסבירות המינוי איננה אריתמטית, תוך מתן ניקוד לכל שיקול ועריכת תחשיב סופי בהתאם. אלא, ההכרעה בכגון דא נגזרת מההערכה המהותית לגבי מידת הפגיעה ביכולת המועמד למלא את התפקיד נורמטיבית, מעשית וערכית – לרבות השלכות המינוי על אמון הציבור – בהתחשב במכלול נסיבות העניין".

32. הנה כי כן, מהוראת סעיף 46(א)(1) לחוק שירות המדינה מינויים, ושיקולי המדיניות המונחים ביסודו, עולה כי נציב שירות המדינה מוסמך ליתן משקל לשיקול העבר הפלילי. כמו כן, הוא מוסמך לבטל החלטת ועדת בוחנים אם וככל שלא נתנה משקל ראוי לעברו הפלילי של המועמד לשירות המדינה, וזאת כחלק מבחינת התאמתו הערכית של המועמד לשירות הציבורי ואף אם הוא כשיר מבחינת עמידה בתנאי הסף למשרה. החלטתו, כאמור, היא החלטה מינהלית הנתונה לביקורת שיפוטית. אולם, בית הדין בודק אם נפל בה פגם על פי כללי המשפט המנהלי – כגון, שלא ניתנה בחריגה מסמכות, שניתנה בתום לב, שנאספו כלל הנתונים הרלבנטיים, שלא הושפעה משיקולים זרים – ולרבות סבירותה. אך בית הדין לא שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של הנציב.

מן הכלל אל הפרט

33. נקדים ונציין כי לא היה חולק על כך שהמשיב עומד בתנאי הסף למשרה וכי כשרותו לתפקיד לא נשללה מחמת עברו הפלילי על ידי הוראת דין אחרת. במועד בו ניגש למכרז לא הוטלה הגבלה על עיסוקו כרופא, וזאת נוכח החלטתה של הוועדה המיוחדת. אולם, כאמור לעיל, כשירות לחוד והתאמה לחוד, כשעבר פלילי הוא כאמור שיקול רלבנטי בעת הערכת התאמת מועמדתו של אדם לשירות הציבור. מיקודו של הערעור בפנינו הוא איפוא בהפעלת שיקול הדעת הנתון לנציב ובקביעת משקלו היחסי של שיקול העבר הפלילי בראי האיזונים המתחייבים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה.

34. **על כף המאזנים האחת** מונחים אופי העבירות – המוגדרות כעבירות מין בחוק על החומרה הנלוות להן – ובמיוחד זיקת ביצוע לקטינים. שיקול נוסף הוא אופי המשרה וקיומה של זיקה בדרך ביצוע לקטינים. אמת, זיקה זו אינה בדרך של טיפול קליני בקטינים אלא נובעת מהיות חלק ממטלות התפקיד מתבצעות בשטח בתי הספר ובמהלך יום הלימודים. בהקשר זה אציין כי בין הצדדים ניטשה מחלוקת ביחס לרכיב זה, קרי אם חלק מהמטלות מחייבות נוכחות בשטח בתי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

הספר במהלך יום הלימודים ומה נפחו של חלק זה. לטעמינו, מטלות התפקיד נקבעות בידי המעסיק, כחלק מהפררוגטיבה הניהולית שלו, באשר הוא מכיר את הצרכים העומדים ביסוד הגדרת התפקיד. לכן קביעה שיפוטית – בניגוד לעמדת המעסיק – כי מטלות התפקיד שונות מאלה הנטענות על ידי המעסיק מצריכה זהירות ותשתית ראייתית איתנה. בשים לב לנקודת מוצא זו, ובשים לב לעדותו של ד"ר קליינר (סעיף 8 לתצהירו): "תדירות ההגעה של בעל התפקיד לבתי הספר בשנת הלימודים הינה גבוהה... למעשה יש לבעל התפקיד כניסה חופשית לתחום בתי הספר ללא פיקוח". כן ראו חקירתו בעניין זה בעמ' 30-32 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי) - לא מצאנו שבוססה עילה להתערב בעמדת הנציב בהקשר להיות הנוכחות בבית הספר חלק מהגדרת התפקיד. שאלה נפרדת היא אם חלק זה ניתן למילוי באופן סביר ויעיל שלא באמצעות נוכחות (כגון, בדרך של היוועדות חזותית) כסוג של התאמה, וככל שכן, אם יש מקום לערוך התאמה זו, ואולם משסוגיה ממוקדת זו לא עמדה בחזית המחלוקת בבית הדין האזורי והועלתה על ידי המערער רק בערעור – לא מצאנו מקום להידרש לה. שיקול נוסף בנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון, כמוסבר בסעיף 27 לעיל, הוא שמירה על תדמית השירות הציבורי ועל אמון הציבור במוסדות הציבור ובעובדיו. בהקשר זה יפים הדברים כי "במסגרת האיזון בין השיקולים השונים יש ליתן משקל רב לשיקול בדבר אמון הציבור במערכת השלטון" (בג"ץ 4287/93 **אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל (8.9.93)**), וכפי שפירטנו לעיל.

35. **על כף המאזנים השניה**, מונחים התהליך השיקומי שעבר המשיב, ועובדה היא שניתן לו היתר להמשיך לשמש כרופא ילדים. כמו כן, יש משקל לאחריות שנטל למעשיו והחרטה שהביע עליהם. שיקול נוסף מצוי בנתון שנקבע בידי בית הדין האזורי כי מאז הרשעתו התאמץ המשיב למצוא עבודה בהיקף משרה מספק לצורך פרנסתו ופרנסת בנו, אך ללא הצלחה והוא נאלץ לעבוד בהיקף מצומצם. אמנם, קושי זה אינו מגיע לכדי פגיעה בזכות היסוד לחופש העיסוק, שכן ככלל הזכות לחופש העיסוק אינה כוללת את החובה להעסיק. בבג"צ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך (2.9.99)**, נקבע כי "רשות המהווה מונופול לעניין העסקתם של בעלי מקצועות או משלחי-יד מסוימים, או שהיא צרכנית יחידה של תוצרי עבודתם, והמטילה הגבלות על העסקתם או על ההיזקקות לתוצרי עבודתם, פוגעת בכך בחופש העיסוק". עם זאת, נקבע כי "אם הדרך לעיסוק פתוחה בפני



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-20515

אדם למרות סירוב הרשות לקבל את תוצרי עיסוקו, לא ייחשב הסירוב כפגיעה בחופש העיסוק" ... ואולם, נתון זה בעל משקל בהגשמת ערך תקנת השבים, שכן תקנה זו מוגשמת באמצעות השתלבות מחודשת במעגלי החיים לרבות ההיבט התעסוקתי, וכאמור גם על השירות הציבורי לתרום את תרומתו בעניין זה (עניין אייזנברג).

36. אין חולק כי שיקול חלוף הזמן רלבנטי, שכן ההנחה היא כי "הפצעים מגלידים. המועמד משתקם. בעיני הציבור הנאור' שוב לא ייתפס מינויו כפעולה הפוגעת בטוהר השירות וביכולת תיפקודו, אלא דווקא כהתעמרות וכמיצוי 'דין' בלתי ראוי" (מתוך עניין אייזנברג, פסקה 56). בהקשר למשך הזמן נאמר בעניין אייזנברג כך:

"משך הזמן שראוי לו שיחלוף בין ביצוע העבירה וריצוי העונש לבין המינוי משתנה לפני הנסיבות. אין הוא נמדד בוודאי בשנים אחדות בלבד. אך אין גם לדרוש עשרות שנים. בין שני קצוות אלה תנוע מטוטלת הזמן, והיא תיעצר על-פי נסיבות הזמן והמקום" (שם, שם).

37. מלאכת האיזון בין השיקולים השונים, שהיא לא אחת מורכבת ומאתגרת, נעשית בידי נציב שירות המדינה, כשעליו לבחון את מכלול השיקולים הרלבנטיים להחלטה, ולייחס לכל אחד מהם המשקל היחסי המתאים. החלטת הנציב כפופה לביקורת שיפוטית, ונחזור ונזכיר את שהובהר בעניין התנועה לאיכות השלטון כי זו "מתמחה לשאלה האם האיזון אותו ערך חרג ממתחם הסבירות. לא אחת, הובהר כי בתוך דלת אמותיו של מתחם הסבירות, תיתכנה מספר חלופות שכולן תהיינה סבירות, וכל עוד האיזון שנערך על ידי הגורם הממנה נותר בגדרי מתחם הסבירות, בית המשפט לא יתערב בו – וזאת, אף אם ישנה דרך פעולה הנראית עדיפה יותר בעיניו".

38. הנציב סבר כי בנסיבות העניין הכף נוטה לצד מניעת המינוי בשים לב לאופי העבירות, סוג התפקיד והמטלות הכרוכות בביצועו. בקשר למשמעות סוג התפקיד נאמר בעניין אייזנברג כך:

"סוג המשרה, אותה אמור עובד הציבור למלא, משפיע על משקלו של העבר הפלילי באיושה. לא הרי משרה זוטרה כהרי משרה בכירה; לא הרי משרה שאין עמה מפגש עם הציבור כהרי משרה שיש עמה מפגש עם הציבור; לא הרי משרה שאין עמה שליטה, פיקוח, הכוונה והדרכה של אחרים, כהרי משרה שיש עמה פיקוד על אחרים ואחריות על המשמעת. לא הרי מי



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

שמשרתו להיות מובל כהרי מי שמשרתו להיות מוביל; לא הרי
משרה שבעצם מהותה אין בה דרישות אתיות מיוחדות מבעל
המשרה ומזולתו כהרי משרה שכל כולה היא הטפה לרמה
אתית גבוהה".

39. בהינתן כל האמור לעיל, החליט הנציב ליתן משקל יחסי גבוה מזה שנתנה הוועדה
בהחלטתה הלקונית לערך של שמירה על תדמית השירות הציבורי ועל אמון
הציבור במוסדות הציבור.

40. בשים לב לעקרונות הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות ולנסיבותיו
המיוחדות של המקרה לא מצאנו כי החלטת הנציב חורגת ממתחם הסבירות
במידה המצדיקה את ביטולה. כעולה מהחלטתו של הנציב, הוא בחן את
השיקולים הרלוונטיים וערך איזון ביניהם, ולא מצאנו כי האיזון שערך חורג
במידה קיצונית ממידת הסבירות. גם אם ניתן היה להגיע להחלטה אחרת, כפי
שבית הדין האזורי סבר, שתי ההחלטות מצויות במתחם הסבירות - ולכן אין זה
מקרה המצדיק התערבות בשיקול דעתו של הנציב. כידוע, בהתאם לעקרונות
הביקורת השיפוטית בית הדין אינו מחליף את שיקול דעת הנציב בשיקול דעתו.
בע"ע (ארצי) 451/06 סלימאן ברקאת - משרד החינוך ואח' (16.10.06)) נאמר כך:

"הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט ובית הדין לעבודה בכללו,
לא ישים שיקול דעתו תחת שיקול דעת הרשות המוסמכת –
היא המנהלת הכללית בענייננו- כל עוד לא נפל בהפעלת שיקול
הדעת פגם היורד לשורשו של דבר וכל עוד באה ההחלטה
בגדרי מתחם הסבירות".

ראו גם: בג"צ 973/08 סימה בן שמעון ואח' נ' משרד החינוך (15.9.09); ע"ע
(ארצי) 1279/02 מדינת ישראל - שלמה כרמי (16.1.03).

41. טענה אחרונה נוגעת להליך השימוע שנערך בפני יועמ"ש הנציבות במסגרת
ההליך. בהקשר זה פסק בית הדין האזורי, "שעה שהחליט [הנציב] שלא לקחת
חלק בהליך השימוע ולמנות גורם מקצועי אחר תחתיו, חזקה כי היה עליו לקבל
את חוות דעתו של האחרון ולסטות ממנה רק בהתקיים נסיבות חריגות וכן לדאוג
ולנמק באופן משכנע את החלטתו שלא לקבלה" (סעיף 7כ).

42. בסעיף 42 להודעת הערעור וכן בסעיף 29 לסיכומי המדינה נאמר ביחס לעמדת
יועמ"ש הנציבות כי האחרון "סבר שניתן להגן על החלטת ועדת הבוחנים חרף
פגמים בנימוק הוועדה וכי לא מתחייב ביטולה". המשיב לא התייחס לטענה זו
בסיכומים מטעמו. למען שלמות התמונה נציין כי בסעיף 19 לתצהירה של הגב'



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20-06-20515

מיכל הורן, סגנית מנהל אגף בכיר (מערכת הבריאות) בנציבות שירות המדינה, נאמר כי "עורך השימוע הביא בפני הנציב המלצתו שלא לבטל את הזכייה במכרז. בסופו של דבר, הסמכות נתונה לנציב עצמו, ולאחר שהובאו בפניו גם עמדות אחרות של גורמי מקצוע בנציבות... החליט הנציב ביום 28.8.2019 להורות על ביטול החלטת ועדת הבוחנים".

43. כידוע, על פי המשפט המינהלי אין מניעה במקרים מתאימים לקיים את השימוע בפני גורם אחר מזה שיקבל את ההחלטה בסופו של יום. בענין זה נאמר בבג"ץ 5770/05 נגה ויזל נ' מפכ"ל המשטרה (23.8.06) כך :

"חובת השימוע - אחת היא. דרכי שמיעת המועמד לפיטורין הן רבות ומגוונות, וניתן להגשים את החובה במספר רב של אופנים... בענייננו, עורך השימוע היה 'זרועו הארוכה' של המפכ"ל לעניין זה, ודי בכך שהדברים הוגשו למפכ"ל טרם קבלת ההחלטה :

'נראה לנו, שבנסיבות המקרה דנן זכות הטיעון של העותר מוצתה באופן מלא. הרי מבקר העירייה, ששימש זרועו הארוכה של ראש העיר בעניין זה, קיים בנושא זה בירור יסודי ושמע את העותר ואת השגותיו, כשם ששמע ראיות נוספות. את סיכום הבירור, כול דברי העותר וטענותיו, הביא לידיעת ראש העיר, בטרם החליט על הפיטורין. במקרה כגון דא אין זה מן ההכרח שראש העיר יחזור וישמע את העותר אישית'... (בגץ 6/88 ישראל אברביה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מב(4) 647, 657).

וכן :

'כמובן שאין צורך לתת לו אפשרות להופיע בפני המועצה עצמה ודי בכך שבירור התלונות נגד העותר, ושמיעת דברי העותר יעשו בפני אדם או גוף שיקבע לכך, ודו"ח על הבירור יוגש למועצת העירייה'... (בג"ץ 290/65 אלטר נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד כ(1) 29, 40).

במקרה דנן טענה המדינה כי הנציב לא התכוון למסור ליועמ"ש הנציבות את סמכות ההכרעה אלא אך את הסמכות לערוך את השימוע. לא מצאנו מקום להטיל ספק בכך שיועמ"ש הנציבות סייע בידי הנציב בכך שערך את השימוע בעל פה, וכי לא ניתנה בידו סמכות ההכרעה. אנו סבורים שיש מקום ליתן משקל מיוחד לעמדת הנציבות בסוגיה זו, ובפרט משעמדתה עולה בקנה אחד עם דרך ההתנהלות בפועל "בזמן אמת", שהרי יועמ"ש הנציבות העביר לנציב את המלצתו, וההכרעה ניתנה בסופו של יום בידי הנציב עצמו. המשיב טען בבית הדין



בית הדין הארצי לעבודה

ע"ע 20515-06-20

האזורי לקיומו של טעם לפגם בכך שהנציב לא אימץ את המלצת יועמ"ש הנציבות. אשר לפרשנות תוכן עמדת היועמ"ש, היינו אם סבר כי קיימת חובה משפטית לאשר את המינוי או שמא סבר כי אין מניעה משפטית לכך וכי הרשות נתונה בידי הנציב - המדינה טענה לפרשנות השניה, ולא מצאנו מקום להתערב בכך. נציין כי חזקה על יועמ"ש הנציבות שלו סבר כי ניתנה לו סמכות ההכרעה ו/או כי קמה חובה משפטית לאשר את המינוי היתה החלטת הנציב מובאת על ידו להכרעת היועץ המשפטי לממשלה, שהוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת. כאמור, ולגוף הענין, לא מצאנו כי החלטת הנציב חורגת ממתחם הסבירות במידה המצדיקה את ביטולה.

44. **סוף דבר** – הערעור מתקבל. בנסיבות הענין, אין צו להוצאות. ניתן היום, כ"א אב תש"פ (11 אוגוסט 2020) בהעדר הצדדים ויישלה אליהם.

חני אופק גנדלר,
שופטת

לאה גליקסמן,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
נשיאה, אב"ד

מר צבי טבצ'ניק,
נציג ציבור (מעסיקים)

גברת רחל בנזימן,
נציגת ציבור (עובדים)