

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 8948/22  
בג"ץ 8949/22  
בג"ץ 8982/22

קבוע לדיון: 5.1.23

**אילן שיינפלד ו-16 אח'**  
על ידי ב"כ עו"ד דפנה הולץ-לכנר  
רח' המעפילים 2, רמת השרון  
טל': 077-2040881; פקס: 077-2040882

העותרים בבג"ץ 8948/22

**התנועה למען איכות השלטון בישראל**  
על ידי ב"כ עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'  
רח' יפו 208 ירושלים, ת.ד. 36054 ירושלים 91043  
טל': 02-5000073; פקס: 02-5000076

העותרת בבג"ץ 8949/22

**התנועה לטוהר המידות**  
ע"י ב"כ עו"ד בעז ארד ואח'  
רחוב רמב"ן 32 ירושלים 92268  
טל' 02-5662211; פקס: 02-5666222  
דוא"ל: office.tlm.org.il

העותרת בבג"ץ 8982/22

נגד

1. **כנסת ישראל**
2. **היועצת המשפטית לכנסת**  
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
קרית בן גוריון, ירושלים  
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495
3. **היועצת המשפטית לממשלה**  
על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052  
טל' 073-3925084, פקס 02-6467011
4. **סיעת ש"ס**  
על ידי ב"כ עו"ד נדב עשהאל ואח'  
מרחוב הדגניות 8, רחובות  
טל': 054-4964646; דוא"ל: Nadav.asael@gmail.com
5. **סיעת הליכוד**
6. **ח"כ בנימין נתניהו – יו"ר הליכוד**  
על ידי ב"כ עו"ד מיכאל ראבילו ואח'  
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים  
טל': 02-6490649, פקס: 02-6490659
7. **ח"כ אריה דרעי – יו"ר מפלגת ש"ס**  
על ידי ב"כ עו"ד נבות תל צור ואח'  
ממגדל ב.ס.ר 4, רח' מצדה 7, בני ברק  
טל': 03-7177700; פקס: 03-7177711
8. **סיעת הציונות הדתית**
9. **סיעת עוצמה יהודית**
10. **סיעת יהדות התורה**

המשיבים בבג"ץ 8948/22

#### 1. הכנסת

על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
קרית בן גוריון, ירושלים  
טל': 02-6408636 ; פקס': 02-6753495

#### 2. חה"כ אריה מכלוף דרעי

על ידי ב"כ עו"ד נבות תל צור ואח'  
ממגדל ב.ס.ר. 4, רח' מצדה 7, בני ברק  
טל': 03-7177700 ; פקס': 03-7177711

#### 3. היועצת המשפטית לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052  
טל' 02-6467011 פקס 073-3925084

#### 4. חה"כ בנימין נתניהו

על ידי ב"כ עו"ד מיכאל ראבילו ואח'  
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים  
טל': 02-6490649 ; פקס': 02-6490659

ה מ ש י ב י ס ב ב ג "ץ 8949/22

#### 1. חה"כ בנימין נתניהו

על ידי ב"כ עו"ד מיכאל ראבילו ואח'  
מהגן הטכנולוגי, מלחה, מנחת בנין מס' 1, ירושלים  
טל': 02-6490649 ; פקס': 02-6490659

#### 2. היועצת המשפטית לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים  
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052  
טל' 02-6467011 פקס 073-3925084

#### 3. חה"כ אריה מכלוף דרעי

על ידי ב"כ עו"ד נבות תל צור ואח'  
ממגדל ב.ס.ר. 4, רח' מצדה 7, בני ברק  
טל': 03-7177700 ; פקס': 03-7177711

ה מ ש י ב י ס ב ב ג "ץ 8982/22

### כתב תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה

1. בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 27.12.22, מיום 29.12.22 ומיום 3.1.23 בעתירות שבכותרת, שבמסגרתן הוצאו צווים על תנאי בהתאם לסעדים א-ו בכתב העתירה בבג"ץ (להלן: **עתירת שיינפלד**), ובהתאם לסעדים ב.1 ו-ב.2 בכתב העתירה המתוקן בבג"ץ 8949/22 להלן: **עתירת התנועה לאיכות השלטון**), כאשר הצו על תנאי בהתאם לסעד ב.2 בכתב העתירה המתוקן ניתן "למען יעילות הדיון"; ובבג"ץ 8982/22 (להלן: **עתירת התנועה לטוהר המידות**), שם "למען יעילות הדיון ובשים לב לצו על תנאי שניתן בבג"ץ 8948/22 ובג"ץ 8949/22 ניתן צו על תנאי בהתאם לסעד א' בעתירת התנועה לטוהר המידות, מוגש בזאת כתב תשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה.

2. עניינן של **עתירת שיינפלד ועתירת התנועה לאיכות השלטון** בסעיפים 2 ו-8 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) (להלן: **תיקון חוק היסוד**), שהתקבל בכנסת ופורסם ברשומות ביום 27.12.22 (ספר החוקים, חוברת 3011, עמ' 4). כפי שיפורט בהמשך, בעתירות אלה התבקשו סעדים בנוגע לחוקתיות התיקון לחוק היסוד ולתחולתו.

**בעתירת שיינפלד** ובכתב העתירה המתוקן של **עתירת התנועה לאיכות השלטון** התבקש גם סעד הנוגע לסבירות מינויו של חה"כ דרעי לשר הפנים והבריאות בממשלת ישראל ה-37. עניינה של **עתירת התנועה לטוהר המידות** במישור המינהלי בלבד – קרי, סבירות המינוי האמור.

3. עתירות אלה מעוררות סוגיות כבדות משקל, מהמעלה הראשונה, בנושאים מהחשובים שניתן להעלות על הדעת – סמכותה של כנסת ישראל לחוקק ולתקן חוקי יסוד; כמו גם אמות המידה והשיקולים הרלוונטיים למינוי שר בממשלת ישראל. בליבן ניצב מעמדו של שלטון החוק והשוויון בפני החוק, כעיקרון יסודי במשטר הדמוקרטי של מדינת ישראל, והשפעתו של עיקרון זה על האפשרות למינויו של אדם שהורשע בפלילים באופן חוזר ונשנה לחבר בממשלה, המחזיק בסמכויות מנהליות נרחבות, באופן המשליך ישירות על אופן הציבור בטוהר המידות בשירות הציבורי ובמנהל התקין.

הכנסת, כרשות מכוננת, עיגנה בחוק-יסוד: הממשלה את נוסחת האיזון הכללית אותה מצאה ראויה לעניין מינוי לכהונת שר של מי שהורשע בפלילים ונגזר עליו עונש מאסר, בהתבסס על אמת המידה של קלון שנפל במעשיו של המועמד בנסיבות העניין. נוסחה זו לא נקבעה עבור אדם כזה או אחר, אלא מאחורי מסך בערות. לפי אמת מידה זו, לא ניתן היה למנות שר לממשלה אשר הורשע והוטל עליו עונש מאסר על תנאי, ללא קביעה כי בנסיבות העניין אין בהרשעתו האחרונה קלון.

כפי שיתואר בתגובה זו, אמת מידה זו לא יושמה בסופו של דבר בענייננו, משהחליטה הכנסת לתקן את תנאי הכשירות בחוק-יסוד: הממשלה.

כעת ניצבות בפתחו של בית המשפט הנכבד, סוגיית החוקתיות של התיקון של תנאי הכשירות בחוק-יסוד: הממשלה וסוגיית סבירות המינוי, על פי ההלכה המושרשת הקובעת כי "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".

הסוגיות האמורות הן מורכבות וכבדות משקל, וכרוכות זו בזו, ולהלן נפרט – עקב בצד אגודל – את התשתית העובדתית הנדרשת לעניין ואת עמדתה המשפטית של היועצת המשפטית לממשלה בעניינן של השאלות המשפטיות המתוערות. ואולם, מעל לכל אלה, יש לראות גם את התמונה השלמה המתגלה מתוך הפרטים, של מתן עדיפות מוחלטת

לשיקול הפוליטי במינויו של אדם לתפקיד של שר בממשלה, על פני שיקולים של שלטון החוק ואמון הציבור בטוהר המידות ובמנהל התקין.

בנושאים העומדים בפני בית המשפט הנכבד בעתירות אלו איננו צועדים בשדות חדשים. פסיקת בית המשפט הנכבד הוקדשה לעניינים אלה, בהקשרים פרטניים בעבר, ובמסגרת כתב תשובה זה נפרט בהרחבה את יישום המבחנים הפסיקטיים ביחס לעתירות שבפנינו.

4. תחילה יוצג בהרחבה הרקע העובדתי, ולאחריו תופיע התייחסות משפטית נרחבת ומפורטת הן לתיקון חוק היסוד והן לסבירות מינויו של השר דרעי.

5. כבר בפתח הדברים, ומבלי לייתר כמובן את הפירוט הרב שיובא בהמשך, מצאנו לנכון להציג את השורות התחתונות של עמדת היועצת המשפטית לממשלה:

6. אשר לתיקון חוק היסוד, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, **דינם של הצווים על תנאי – שעניינם ביקורת שיפוטית על התיקון – להידחות, בהעדר עילה משפטית להתערבות שיפוטית.**

ודוק, בבסיס התיקון לחוק היסוד עומדים **קשיים משמעותיים**, עליהם עמדו גם נציגי מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בדיונים בכנסת. בפרט, קשיים טמונים בהורדת רף טוהר המידות ביחס לכשירות שרים, בהיבט הפרסונלי של תיקון החקיקה ובתחולתו המיידית והפרוספקטיבית. ראוי להדגיש, אם כך, כי מדובר בתיקון חוקתי-משטרי חריג, והמעורר קשיים רבים, שאין להקל בהם ראש.

בד בבד, היועצת המשפטית לממשלה מצביעה על כך שהתערבות שיפוטית ביחס לחוקי יסוד היא חריגה ביותר, ומחייבת עמידה באמות מידה מחמירות.

בכתב התשובה מובהר כי הדוקטרינה המשפטית הרלוונטית והמרכזית בהקשר שלפנינו היא דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. יישום דוקטרינה זו מחייב משנה זהירות, על רקע הקשיים העיוניים שבבסיסה, והעובדה שעל הפרק עומדת ביקורת שיפוטית ביחס לתיקון חוק יסוד.

בהתאם למבחני העזר שפותחו בפסיקה, תיקון חוק היסוד אינו כזה אשר לא ניתן לזהותו כ-"חקיקת יסוד". לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יישום הדוקטרינה אינו מבסס עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד, עליו נסובות העתירות. למצער, לא באופן שדוקטרינה זו פותחה בפסיקה עד כה.

אשר לסבירות המינוי, כתב התשובה מבהיר כי "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", במילים אחרות – על ראש הממשלה להפעיל שיקול דעת ביחס להתאמת השר לכהונתו, ולהעניק משקל נכבד לכלל השיקולים הצריכים לעניין, וזאת על פי אמות המידה שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון.

**לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יישום מבחני העזר בפסיקה מוביל למסקנה ברורה וחד-משמעית כי מינוי השר דרעי חורג ממתחם שיקול הדעת הרחב, הנתון לראש הממשלה בעניין זה.**

עניינו של דרעי הובא לדיון בפני בית המשפט הנכבד בשנים 2015 ו-2016, אז גם נבחן מינויו לתפקיד שר. באותן שנים קבעו כבוד השופטים כי המינוי **מצוי על גבול מתחם הסבירות**.

חלפו מאז מספר שנים ובחודש פברואר 2022 הורשע דרעי על פי הודאתו בביצוע עבירות מס בשתי פרשיות שונות, אחת מהן בוצעה בעודו משמש כחבר כנסת. עבירות שלאור אמות המידה בפסיקת בית המשפט הנכבד יש עמן **קלון**. כך סבר גם היועץ המשפטי לממשלה לשעבר עובר להסדר הטיעון, וזו עמדת היועצת המשפטית לממשלה כעת.

עבירות אלה, בהן הורשע כאמור השר דרעי אך לאחרונה, מעבירות בראיית היועצת המשפטית לממשלה את מינויו של דרעי כעת לשר **אל מעבר לתחום הסבירות**, כלומר למקום שבו המינוי כבר איננו סביר ואין מקום לאשרו.

למרבה הצער, מהתנהלותו של השר דרעי לאורך השנים, בעודו משמש בתפקידים ציבוריים בכירים, נשקפת **תמונה חוזרת של אי ציות לחוקי המדינה ולאיסורים פליליים, קרי דפוס חוזר ונשנה של פגיעה בשלטון החוק**. עבירותיו הישנות של השר דרעי הן עבירות חמורות מאד מתחום טוהר המידות והשחיתות השלטונית. העבירות אמנם נמחקו מהמרשם הפלילי, אך עדיין יש להן משקל לעניין סבירות מינויו לכהונה ציבורית. לכך נוספו, כאמור, לפני פחות משנה עבירות מס (לגביהן אף טרם הסתיימה תקופת המאסר המותנה שהוטלה על השר דרעי).

מינויו כעת של השר דרעי לתפקיד הרם של שר בממשלה, פחות משנה לאחר שהורשע ואף נגזר עליו עונש מאסר על תנאי, **יביא לפגיעה חמורה באמון הציבור בטוהר המידות של נבחרי הציבור**.

בכתב התשובה מובאים השיקולים שאינם תומכים בהתערבות שיפוטית. בהם, העובדה שהשר דרעי עומד בראשות מפלגה אשר זכתה ב-11 מנדטים בבחירות לכנסת ה-25; ניסיונו העשיר של השר דרעי, שורת התפקידים הבכירים שמילא, וחיוניותו של השר לעבודת הממשלה ולהרכבתה. כן ניתן משקל לכך שהכנסת הביעה אמון בממשלה ה-37 כאשר החייב דרעי מכהן במסגרתה כשר הפנים, שר הבריאות והמשנה לראש הממשלה. שיקולים אלה לא נעלמו מעיני היועצת המשפטית לממשלה והם אכן שיקולים כבדי משקל.

עם זאת, ובשורה התחתונה, ההחלטה להביא לאישור הכנסת את המינוי של דרעי לתפקיד שר הבריאות ושר הפנים, ולאחר המינוי שלא להעביר את השר מתפקידו, **אינה נותנת משקל לחומרה שבה יש לראות מצב שבו חבר כנסת עובר פעם נוספת עבירות שיש עמן בנסיבות העניין קלון, תוך פגיעה חוזרת ונשנית בעקרון שלטון החוק**. החלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לשר, נותנת את הבכורה לשיקולים פוליטיים ולשיקול הדעת הרחב המסור לו ולכנסת, ואינה מבטאת את משקלם הכבד מאד של השיקולים הנוגעים לשלטון החוק ולטוהר המידות של האוחזים בהגה השלטון. **לפיכך היא חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ואנו סבורים כי אין לקבלה**.

8. הילוך הטיעון יהיה כדלקמן: תחילה, יוצגו טענות העותרים, לאחר מכן יוצג הרקע העובדתי והנורמטיבי הרלוונטי, ובכלל זה הליך החקיקה בכנסת לתיקון חוק-היסוד מושא העתירה; לאחר מכן, תפורט עמדת היועצת המשפטית לממשלה. סדר הטיעון יחל במישור החוקתי ולאחר מכן במישור המינהלי.

#### טענות העותרים בתמצית

9. העותרים **בעתירת שיינפלד** תוקפים את תיקון חוק היסוד במישור החוקתי ובמישור המינהלי, וטענותיהם בתמצית הן כדלקמן:

במישור החוקתי נטען כי התיקון עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת ועל כן יש לבטלו או לחלופין לא להחילו על חה"כ דרעי (במובן שכשירותו לכהן כשר תיבחן ע"פ הדין עובר לתיקון חוק היסוד). מבחינה תכליתית טוענת העותרת, כי התיקון עומד בסתירה לחובת הנאמנות של הרשות המכוננת לציבור, שהיא הבסיס העיוני לדוקטרינה האמורה, כאשר מוקד הקושי לטענתה גלום בתחולה הרטרופקטיבית והפרסונלית של התיקון, ביחס להרשעה בעבירת המס של חה"כ דרעי ולעקיפת בחינת הקלון, בשילוב ההתחייבות של חה"כ דרעי בפני הערכאה הדיונית הפלילית שלא לחזור לחיים הציבוריים.

עוד טוענים העותרים לפגמים בהליך תיקון החקיקה. נטען, כי הליך החקיקה היה מהיר, ערב הקמת הממשלה, ומבלי שהתקיים לגביו דיון ציבורי ממשי. לעמדת העותרים, מדובר בפגמים מהותיים ובאי קיום עקרון ההשתתפות, אשר כשלעצמם מצדיקים את ביטול התיקון.

העותרים ממשיכים וטוענים, כי בשל הצהרותיו של השר דרעי ובא כוחו בפני בית משפט השלום ירושלים בהליך הפלילי שהתנהל נגדו, במסגרת טיעונו לעונש, מהן הסיק בית המשפט השלום כי המשיב מתכוון להרחיק עצמו מהזירה הציבורית לעד, ואשר שימוש כנסיבה משמעותית לקולת העונש, חל על השר דרעי השתק שיפוטי המונע ממנו לטעון טענות בהקשר מינויו לשר.

בשולי העתירה הועלו בתמצית טענות גם במישור המינהלי. בהקשר זה נטען כי מינוי של חה"כ דרעי לשר אינו סביר באורח קיצוני, וזאת בשל נסיבות הרשעתו האחרונה, ו"בשים לב להיותו עבריין חוזר" וכן מכיוון ש"פעל, במודע ובמתכוון, כדי להטעות את בית המשפט וליצור את הרושם כאילו הוא עומד לעזוב את החיים הציבוריים".

10. העותרת **בעתירת התנועה לאיכות השלטון**, בכתב העתירה המתוקן, תוקפת את התיקון במישור החוקתי; ואת מינוי של חה"כ דרעי לשר במישור המינהלי, בטענה כי הוא חורג ממתחם הסבירות באופן קיצוני. טענותיה בתמצית הן:

### במישור החוקתי

- התיקון לחוק יסוד אינו בגדר תיקון מבהיר, כפי שנטען בדברי ההסבר על-ידי המציע, ולכן מדובר בשינוי של הדין הקיים.
- התיקון לחוק היסוד מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בהתאם למבחנים שנקבעו בעניין זה בפסיקה, על רקע התחולה המיידית שלו, שנועדה "לקדם פתרון לבעיה נקודתית, קצרת מועד...למנות את חה"כ דרעי לשר, וזאת על אף שזה עתה הורשע כדין ונגזר עליו עונש מאסר מותנה". זאת, משום שהתיקון אינו עומד בעקרונות היציבות והכלליות של ההסדר (עמ' 33-34 לעתירה); אינו משתלב במארג הנורמטיבי זאת משום שיש הצדקה חוקתית להבחנה בין כשירות שר לכשירות חבר כנסת; אין תכלית מבוררת להסדר, העומדת בפני עצמה, ומשכך הוא אף אינו עומד במבחן הצידוק.
- גם בעתירה זו נטען כי בהליך החקיקה נפלו פגמים מהותיים המצדיקים את ביטולו, ובראשם הפגיעה בעקרון השתתפות של חברי הכנסת – פטור מחובת הנחה; דיון מהיר שנקשר להקמת הממשלה; מיזוג חקיקה נוספת להצעת חוק היסוד; ותחולתו המיידית טרם פרסומו ברשימות; כשברקע חובה מוגברת לתקינות הליך בכל הנוגע לחוקי יסוד; סוגיה כבדת משקל המחייבת דיון מעמיק.

### במישור המינהלי

- מינויו של חה"כ דרעי לשר פוגע אנושות בטוהר המידות של הרשות המבצעת, באמון הציבור ובעקרון הנאמנות השלטונית ולכן חורג ממתחם הסבירות באופן קיצוני.
- מינויו של חה"כ דרעי לשר אינו עומד במבחני המידתיות.
- "בחינת תכליות הקלון ושיקולים לבר-סטטוטוריים ... מצביעים על כך שחה"כ דרעי מוחזק בקלונו גם לאחר התיקון"

11. העותרת **בעתירת התנועה לטוהר המידות** תוקפת את מינויו של חה"כ דרעי לשר במישור המינהלי, וטוענת כי הוא פסול ובלתי סביר באופן קיצוני, ואלו טענותיה בתמצית (עמ' 16-13 לעתירה):

- לא ניתן להתעלם מכללי הכשירות אשר היו בתוקף טרם תיקון חוק היסוד במרחב שיקול הדעת של ראש הממשלה בהחלטה על המינוי, ובפרט בעניינו של השר דרעי, מאחר שהסדר הטיעון בעניינו אושר בזמן שהיו קבועים כללי הכשירות הקודמים;

- בחירתם של ראש הממשלה והשר דרעי שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית ולבקש כי יקבע שלא דבק קלון במעשיו של זה האחרון, "מעידה כי גם הם סברו כי במעשיו של המשיב 3 [השר דרעי, הח"מ] דבק קלון" ובנסיבות אלו אין זה סביר למנותו לשר.
- ההחלטה על מינויו של השר דרעי - בשים לב להרשעתו האחרונה ולפרק הזמן הקצר שחלף ממנה, לחומרת העבירות בהן הורשע בעבר, ולקביעות קודמות של בית המשפט הנכבד בעניינו – חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ודינה בטלות.
- הצהרותיו של השר דרעי הובילו לקבלת הסדר הטיעון, ואפשר שאף להקלה בעונשו, ולפיכך הוא מושתק "מלטעון בדבר זכותו לבחור ולהיבחר לתפקיד שר".

12. כבר בפתח הדברים יצוין, כי הסעד החוקתי המבוקש בעתירת התנועה לאיכות השלטון, נוסח באופן כוללני, ומתייחס לכלל הסעיפים בתיקון חוק יסוד הממשלה, כאשר שישה מתוך שמונת הסעיפים עוסקים בנושא משטרי אחר - מינוי שר נוסף במשרד (המצוי בעיקרו בסעיף 5 לתיקון, המוסיף את סעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה). ואולם, העתירה גופה מתייחסת לסעיפים 2 ו-8 בלבד לתיקון חוק היסוד וכלל אינה פורשת טענות לעניינם של סעיפים נוספים בתיקון, ואך מטעם זה, דין הסעד המבוקש ביחס ליתר התיקון, להידחות על הסף. בהתאם לכך, כתב התשובה שלהלן יעסוק רק בסעיפים 2 ו-8 לחוק היסוד, הנוגעים לתיקון סעיף 6 לחוק היסוד: הממשלה ולמועד תחולתו.

### עמדת היועצת המשפטית לממשלה

13. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי גם במהלך הדיונים מפי נציגיה, הלכה למעשה התיקון לא נועד לפתור בעיה כללית אשר התעוררה עובר למקרה קונקרטי, אלא נועד להשליך על התוצאות במישור המשטרי-מינהלי של הרשעה פלילית מסוימת, ולאפשר לחבר כנסת מסוים, שהורשע בדו"ח, להתמנות לתפקיד שר, מבלי שיו"ר ועדת הבחירות יבחן את הקלון שדבק בהרשעתו. הסמכות המכוננת של הכנסת לא נועדה להסדרת עניינו הפרטני של חבר כנסת מסוים, בפרט בסוגיות רגישות וערכיות של טוהר המידות, תוך שינוי המגבלות החוקתיות שנבעו מהרשעתו בפלילים עובר להקמת הממשלה. בצד האמור, יש לזכור כי יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מחייב משנה זהירות, כפי שאף צוין על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה בהליכים הקודמים שעסקו בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. כפי שיפורט בהמשך, האופן שבו פותחה דוקטרינה זו בפסיקה עד כה, אינו מהווה בסיס להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.

14. יצוין, כי לצורך גיבוש עמדתה, קיימה היועצת המשפטית לממשלה שורה של היוועצויות, בן השתתפו פרקליט המדינה, המשנים ליועצת המשפטית לממשלה, מנהל מחלקת הבג"צים, גורמים שונים מפרקליטות המדינה ומהייעוץ המשפטי לממשלה. ביום 1.1.23 קיימה היועצת המשפטית לממשלה פגישה עם ראש הממשלה, בין היתר, בסוגיות המתעוררות בעתירות דנן. לאחר פגישה זו, התקיימה פגישה מסכמת עם הגורמים השונים במשרד המשפטים ולבסוף גיבשה היועצת את הכרעתה, אשר תפורט להלן.

## התשתית העובדתית וסקירת הליכים קודמים בעניינו של השר דרעי

א. תיאור העבירות הפליליות אשר עמדו כבסיס לבחינת סבירות מינויו של דרעי לשר בשנת

2015 ו-2016:

15. כידוע, במהלך השנים היה השר דרעי מעורב במספר פרשות משפטיות, אשר חלקן הגיע לכדי אישום ואף הרשעה בפלילים. על רקע הליכים פליליים אלה הוגשו לאורך השנים מספר עתירות נגד מינויו לתפקידי שר בממשלה. נתייחס כעת בתמצית להליכים הפליליים בעניינו של השר דרעי ולעתירות שהוגשו בעקבותיהם.

16. בשנת 1993 הוגש נגד השר דרעי כתב אישום, אשר תוקן בשנת 1994. בכתב האישום המתוקן הואשם דרעי כי בעת שכהן בתפקידים ציבוריים בכירים – תחילה כעוזר שר הפנים, אחר כך כמנכ"ל משרד הפנים ולבסוף כשר הפנים – לקח שוחד (בכספים, במימון נסיעות לחו"ל ובסיוע לרכישת דירות), וכן ניצל את תפקידיו כדי לקדם את עניינה של עמותה אשר בעבר כיהן כמנהלה האדמיניסטרטיבי, בין היתר בדרך של קבלת כספים במרמה מן הקופה הציבורית.

17. לאחר שהוגש כתב האישום האמור נגד השר דרעי, אשר שימש באותה עת בתפקיד שר הפנים, וראש הממשלה דאז החליט שלא להפעיל את הסמכות הנתונה לו מכוח חוק יסוד: הממשלה ולא להעביר את השר דרעי מכהונתו, הוגשה לבית המשפט הנכבד עתירה שהופנתה נגד ההחלטה האמורה - בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5), 404 (1993) (להלן – **עניין דרעי 1993**) בפסק הדין שניתן **בעניין דרעי 1993** נקבע, כי עמידה בתנאי הכשירות הפורמליים לצורך מינוי לכהונה ציבורית, וכן העדרם של תנאי כשירות סטטוטוריים למינוי, עדיין מותירים חובה על הרשות הממנה להפעיל את שיקול דעתה באשר לנאותות המינוי. בנסיבות המקרה הפרטני נקבע, כי החלטת ראש הממשלה שלא להעביר את השר דרעי מכהונתו נגועה בחוסר סבירות קיצוני, וכי מין הדין שראש הממשלה יפעיל סמכותו ויעביר את השר דרעי מכהונתו. לשלמות התמונה יצוין בתמצית, כי הלכה זו, ביחד עם פסק הדין שניתן בבג"ץ 4276/93 **אמיתי - אזרחים מען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל** פ"ד מז(5) 441 (להלן: **עניין פנחסי**) קבעו את ההלכה הידועה לפיה "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", עליה נרחיב בהמשך (תכונה להלן – **הלכת דרעי-פנחסי**).

18. בשנת 1999 הורשע השר דרעי בעבירה של לקיחת שוחד, בשלוש עבירות של מרמה והפרת אמונים וכן בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. פרשה זו כונתה "**התיק האישי**". בעקבות הרשעתו נגזרו על השר דרעי מאסר בפועל וקנס, כן נקבע כי בעבירת השוחד בה הורשע דבק קלון. דרעי ערער על הכרעת הדין וגזר הדין וערעורו התקבל באופן חלקי – היקף הרשעתו בשוחד צומצם והוא זוכה באחת מעבירות המרמה והפרת אמונים. גם העונש שהוטל עליו הופחת והועמד על שלוש שנות מאסר – ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 721 (2000). בחודש יולי 2002 שוחרר דרעי מן המאסר, לאחר ריצוי שני שלישים הימנו.

19. בשנת 2003 הורשע דרעי בפרשה אשר כונתה "התיק הציבורי" בעבירה של הפרת אמונים בשל מעשים שביצע בשנת 1989 בהיותו שר הפנים. באותו מקרה נקבע, כי דרעי פעל להסדרת תמיכה בסך של 400,000 ₪, באמצעות עיריית ירושלים, לטובת עמותה הקרויה ע"ש חותניו המנוחים, אותה ניהל אחיו, וגיסו שימש בה כגזבר. בתיק זה נגזרו על מר דרעי שלושה חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 10,000 ₪ (ת"פ (י-ם) 1872/99 מדינת ישראל נ' דרעי [פורסם בנבו] (20.11.2003)).

20. הפרשה השלישית בה היה השר דרעי מעורב זכתה לכינוי פרשת "בראון-חברון" ובה נחשד כי פעל לקידום מינויו של עו"ד רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בשל הבטחה שלכאורה ניתנה לו, כי הלה יטיב עימו בענייניו הפליליים אם ימונה לתפקיד. השר דרעי נחשד כי עשה שימוש בכוחו הפוליטי והפעיל לחצים על ראש הממשלה דאז, לצורך קידום מינויו של עו"ד בראון, באמצעות התניית תמיכתה של ש"ס בהסכם מדיני הידוע כ"הסכם חברון". תחילה, בחודש אפריל 1997, אימץ היועץ המשפטי לממשלה דאז את המלצת פרקליטת המדינה להעמיד את השר דרעי לדין בגין מרמה והפרת אמונים, סחיטה באיומים ושיבוש הליכי משפט, בכפוף לשימוע ולהסרת חסינות כח"כ. אולם, בחודש דצמבר 2001 הורה היועץ המשפטי לממשלה על סגירת התיק, לנוכח הרשעתו של השר דרעי בתיק האישי והתקדמות ההליכים שנוהלו נגדו בתיק הציבורי. עם זאת, צוין כי היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה רואים בחומרה חשד לעסקה פוליטית למינוי יועץ משפטי לממשלה, שיהא להנחת דעתו של נאשם בפלילים.

#### **ב. מינויו של דרעי לשר בשנת 2015 ו-2016:**

21. הן בכנסת ה-19 והן בכנסת ה-20 נבחר דרעי לכהן כחבר-כנסת מטעם מפלגת ש"ס. במהלך כהונתה של כנסת ה-19 מונה לעמוד בראשות ש"ס ועמד בראשה גם בכנסת העוקבת.

יוזכר, כי עוד קודם לכן, בשנת 2008 – לאחר שחלפה תקופה של 6 שנים ו-3 חודשים מיום שסיים לרצות את עונש המאסר שהושת עליו – ביקש דרעי להתמודד על ראשות עיריית ירושלים, תוך שהוא מבקש להתבסס על נוסחו הקודם של חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, שהיה בתוקף בעת שנגזר דינו, ואשר קבע תקופה של 6 שנים בלבד מיום סיום ריצוי עונש מאסר של שנה ומעלה בגין עבירה שיש עמה קלון לצורך זכאות להיכלל ברשימת המועמדים ולהיבחר כחבר-מועצה. פנייתו של דרעי לבית המשפט המחוזי בבקשה למתן פסק דין הצהרתי בדבר זכאותו ליטול חלק בבחירות האמורות נדחתה, בהתבסס על כך שהחוק האמור תוקן במהלך התקופה שבה ריצה דרעי את עונשו, באופן שבו תקופת המניעה להיבחר בבחירות לראשות הרשות המקומית ולמועצת הרשות הוארכה משש שנים מיום השחרור לשבע שנים מאותו היום. זאת, במטרה להשוות את ההסדר החל בעניין זה על נבחר הציבור ברשויות המקומיות לזה החל על חברי-כנסת (עת"מ (י-ם) 8774/08 דרעי נ' מנהל הבחירות לעיריית ירושלים (פורסם בנבו, 2.10.2008)). לאור האמור, נמצא דרעי לא כשיר להתמודד לראשות העיר.

22. לאחר כל אלה, לקראת הרכבת הממשלה ה-34 בחודש מאי 2015, החליט ראש הממשלה ח"כ בנימין נתניהו למנות את דרעי לכהן כשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל, חרף עברו הפלילי המתואר.

23. על מינויו של דרעי לשר הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, אשר ביקשה כי ראש הממשלה יעביר את דרעי מכהונתו כשר (בג"ץ 3095/15 **התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 13.8.2015) (להלן: **בג"ץ 3095/15**) בגין אי סבירות קיצונית של המינוי.

24. בתשובתו של דרעי לעתירה, נטענו מספר דברים. יובאו להלן שניים מתוכם:

הראשון הוא טענה בדבר פרק הזמן שחלף מאז שדרעי ביצע עבירות, תוך שהודגש הנתון להלן: "עשרות השנים שחלפו ממועד האירועים נשוא הרשעתו של המשיב 5 ועד למועד בחירתו לכנסת". זאת באופן היוצר מצג כאילו בתקופה זו דרעי לא ביצע עבירות פליליות נוספות (סעיפים 5 – 7 לכתב התשובה).

השני הוא המשקל הרב שיש ליתן לחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי), בשים לב כי ההרשעות אשר נשקלו אותה עת התיישנו על פי הוראות החוק. בתוך כך הפנה דרעי להוראות סעיף 19 לחוק המרשם הפלילי אשר קבע כי מידע על הרשעה שהתיישנה לא יובא בחשבון בין שיקוליו של מי שהיה זכאי לקבלו אילולא ההתיישנות. (סעיפים 89 – 99 לכתב התשובה).

25. בית המשפט העליון דחה את העתירה, תוך שהדגיש, בין היתר, את הדברים הבאים הרלוונטיים לענייננו:

הראשון הוא ביחס לעבר הפלילי שיש לשקול במסגרת ההחלטה, בשים לב לכך שהעבירות בהן הורשע דרעי כבר התיישנו אותה עת לפי כללי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים:

בית המשפט העליון קבע כי אין בהתיישנות העבירות לפי חוק המרשם הפלילי כדי להתגבר על החובה העומדת על הגורם הממנה לשקול את הרשעות המבקש לכהן בתפקידים ציבוריים ואף הביא בחשבון במסגרת פסק הדין את פרטי העבירות. לעניין העקרוני של אי התחשבות בעבר הפלילי התייחס פסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז) שקבעה כי: "בטיעוניהם התייחסו המשיבים בהקשר זה לעיקרון המונח ביסוד "תקנת השבים", המיועד לאפשר לאדם שהורשע בפלילים "לפתוח דף חדש" לאחר ששילם את חובו לחברה. עיקרון זה אומץ בדין הישראלי (...) וטעמיו עמו. אך בה במידה יש טעם בטענה כי "פתיחת דף חדש", כאמור, אין משמעה בהכרח מתן אפשרות לאדם שהורשע בפלילים לכהן בתפקידים ציבוריים. זאת בייחוד מקום שבו המעשים הפליליים שביצע נעשו תוך ניצול תפקיד ציבורי קודם שאותו מילא, כפי שאירע בענייננו. על כן, העיקרון שביסוד תקנת

השבים אף שהוא נושא משקל מסוים נוכח הזמן הניכר שחלף מאז ביצוע המעשים, אין לראות בו במקרה דנן שיקול המאפיל על כל יתר השיקולים והמכריע את הכף לטובת המיניו" (פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

על שיקול זה ציין בית המשפט העליון, במסגרת הבקשה לדיון נוסף, כדלקמן: "בהסתמכו על הלכות קודמות (...) קבע בית המשפט כי עברו הפלילי של המועמד אינו מהווה שיקול בלעדי, וכי פרק הזמן שחלף מאז ביצוע העבירות וריצוי העונש הינו "שיקול חשוב נוסף שיש להביא בחשבון": ככל שמדובר בפרק זמן משמעותי יותר, פוחת החשש כי מינוי העבריין המורשע יפגע באמון הציבור במערכת השלטונית – מה שמקריין ישירות על מידת הסבירות של המינוי. המשקל המדויק שיש לייחס לפרמטר זה משתנה "בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה", אולם בענייננו מצא בית המשפט כי נודעת לו חשיבות רבה: ראשית, מאז סיים דרעי לרצות את עונשו חלפו כ-13 שנים – כמעט כפול מפרק הזמן הקבוע בחוק במסגרת תנאי הכשירות, אשר "מקריין" על מתחם שיקול הדעת של הגורם הממנה. זאת ועוד, העבירות בהן הורשע דרעי בוצעו לפני 25 שנים ומעלה. בנסיבות אלה, ניתן אף לייחס משקל מסוים – אם כי מוגבל – לעיקרון שביסוד תקנת השבים, קרי מתן הזדמנות לעבריין לפתוח דף חדש בחייו (דנג"ץ 5806/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס" 3 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.10.2015)).

השני הוא שניתן משקל רב בהחלטה לכך שהתמונה העובדתית שהוצגה בפני בית המשפט הייתה כי במועד הדיון לא בוצעו עבירות נוספות על ידי דרעי. כפי שתואר בפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז):

"בבחינת מינוי של מועמד שהורשע בפלילים לכהונה ציבורית ניצבות בפנינו שתי מערכות שיקולים מרכזיות שיש לאזן ביניהן. מחד גיסא יש להתחשב בעברו הפלילי של המועמד ובחומרת מעשיו ומאידך גיסא יש ליתן את הדעת לפרק הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה וסיום ריצוי העונש וכן להתנהלותו של המועמד מאז ועד היום, והשאלה שיש להכריע בה היא האם יש בו בחלוף הזמן כדי להקהות מעוקצו של העבר הפלילי של המועמד באופן שיאפשר למנותו לכהונה ציבורית" (פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

בהמשך לכך, בפסק הדין נקבע כי "ההליכים הפליליים הנוגעים לשלוש הפרשות הסתיימו כמתואר לעיל בתחילת שנות האלפיים ומאז לא נזקפה לחובתו של דרעי מעורבות פלילית נוספת" (פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת חיות), וכן, בהמשך, כי: "דברים אלה יש בהם, אולי, כדי ללמד כי עתה ממרום 58 שנותיו נטל דרעי אחריות על מעשים אלה והפנים את הפסול שבהם" (פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת חיות).

השלישי הם מאפייני המינוי. מינויו של שר במסגרת על-ידי ראש הממשלה, כחלק ממלאכת הרכבת הממשלה, תוך קבלת אמון הכנסת – המרחיב את מתחם שיקול הדעת המסור לראש הממשלה.

26. לאחר כל אלה, קבע בית המשפט כי מינויו של דרעי לתפקיד שר אותה עת, אפילו חלפו שנים רבות מאז הרשעתו האחרונה, והגם התקיים הליך מינוי סדור ומינויו כשר זכה לאמון הכנסת, "מצוי על גבול מתחם הסבירות": "האמת צריכה להיאמר, האיזון הנדרש במקרה דנן בין השיקולים הנוגדים הינו מורכב ואיננו נטול קשיים. ניתן אף לומר כי מינוי של דרעי לתפקיד שר מצוי על גבול מתחם הסבירות, אך בהינתן מכלול השיקולים שעליהם עמדנו בפירוט לעיל ובהינתן שיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בעניינים אלה, לא מצאנו עילה להתערב בו". (פסקה 23 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (כתוארה אז), וראו דברים דומים בפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

27. בחלוף חצי שנה מפסק הדין המתואר, ביום 1.11.2015, הודיע דרעי על התפטרותו מתפקיד שר הכלכלה תוך שהמשיך לכהן בתור השר לפיתוח הנגב והגליל בלבד. לאחר התפטרותו של שר הפנים דאז, הונחה על שולחן הממשלה ביום 7.1.2016 הצעת החלטה למנות את דרעי לכהן כשר הפנים, אף בעניין זה צורפה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז מאותו היום, שמסקנה היא כי אין מניעה משפטית למנות את דרעי לתפקיד זה. ביום 10.1.2016 אישרה הממשלה את הצעת ההחלטה פה אחד. המינוי אושר על ידי הכנסת, כנדרש על פי חוק יסוד: הממשלה.

28. גם על החלטה זו הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 232/16 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2016) (להלן: בג"ץ 232/16), אשר ביקשה לבטל את ההחלטה. בעתירה נטען כי יש במינויו האמור כדי לשנות מנקודת האיזון שאליה הגיע בית המשפט בבג"ץ 3095/15 ולהעביר את המינוי אל מעבר לגבול מתחם הסבירות. העותרת טענה כי במינויו לתפקיד שר הפנים – המשרד והתפקיד שבהם ביצע את עבירותיו הפליליות – מתקיימות נסיבות ההופכות את המינוי לבלתי סביר באופן קיצוני.

29. ביום 8.5.2016 דחה בית משפט העליון את העתירה נגד מינוי דרעי לשר הפנים. חוות דעת הרוב ניתנה מפי כב' השופט ג'ובראן והצטרף אליה כב' השופט דנציגר, אל מול דעתו החולקת של כב' השופט הנדל. כב' השופט ג'ובראן עמד על כך שנקודת המוצא לדיון בעתירה היא פסק הדין ב-בג"ץ 3095/15, שבו כאמור נדחתה עתירה נגד מינויו של דרעי לתפקיד שר הכלכלה והשר לפיתוח הנגב והגליל. צוין כי החלטה בדבר מינוי של אדם לתפקיד שר היא החלטה מינהלית ועל הגורם הממנה להפעיל שיקול דעת סביר; וכי שיקול הדעת המסור לראש הממשלה בעניין זה רחב מאוד נוכח מאפייניה המיוחדים של הסמכות. עוד עמד בית המשפט על כך שעל אף שעברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הוא שיקול שאותו מחויבת הרשות הממנה להביא בחשבון, מדובר בשיקול אחד מבין רבים, שיש לאזנו אל מול שיקולים אחרים ובהם חומרת העבירות וזיקתן לתפקיד; אופיין של העבירות; התמשכות העבירות; חלוף הזמן מאז ביצוען; ושיקולים נוספים.

30. כבוד השופט ג'ובראן קבע בפסק דינו כי "מינויו של דרעי לתפקיד שר פנים נותר בגדר "מקרה גבול" אשר חרף הקשיים אותם הוא מעורר הוא אינו מקים מניעה משפטית המצדיקה התערבות בו (פסקה 45 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

31. לפסק הדין העיקרי הצטרף כאמור כב' השופט דנציגר, אל מול דעתו החולקת של כב' השופט הנדל שסבר כי ההחלטה על מינויו של דרעי לשר הפנים נגועה בחוסר סבירות בעוצמה המצדיקה את ביטול המינוי. בעיקרו של דבר סבר כב' השופט הנדל כי מינוי דרעי לשר הפנים משנה מנקודת האיזון שנקבע בבג"ץ 3095/15. זאת, הן בשל קיומה של זיקה ישירה וברורה בין תפקיד שר הפנים לבין העבירות שבהן הורשע דרעי, הן בשל הייחוד של תפקיד שר הפנים, שהבקרה על השחיתות השלטונית ברשויות המקומיות היא חלק מרכזי בתפקידו.

32. בפסק דינו עמד כב' השופט הנדל על כך שהעבירה שעבר דרעי במסגרת התיק הציבורי נעשתה תוך ניצול תפקידו הספציפי במשרד הפנים; ועל כך שבמסגרת התיק האישי ניצל דרעי את תפקידו כמנכ"ל משרד הפנים לשם ביצוע העבירה. עמדת כב' השופט הנדל הייתה כי הקשר שבין העבירות לבין תפקיד שר הפנים מקיים את דרישת הזיקה הנדרשת כדי לפסול את מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים. לבסוף קבע כב' השופט הנדל כי חרף המשקל שיש לאישור הכנסת את מינויו של דרעי, אין באישור זה כדי להכשיר את המינוי. אישור שכזה יכול להועיל במקרי גבול בלבד – ומקרה זה אינו מקרה גבול נוכח עוצמת הזיקה בין העבירות לבין התפקיד.

33. על פסק דין בבג"ץ 232/16, הוגשה בקשה לדיון נוסף. בית המשפט העליון (כב' השופט פוגלמן) דחה את הבקשה לדיון נוסף, תוך שהוא קובע כדלקמן: "טרם חתימה אוסיף ואעיר כי אין לכחד שהמינוי מעורר קשיים במישורים שונים, כאמור גם בחוות דעת הרוב, שהכריעה אמנם כי אין בקשיים אלה כדי להקים עילה משפטית להתערבות במינויו".

#### ג. החקירה משנת 2016 והסדר הטיעון:

34. ביני לביני, לאחר הגשת העתירה ועוד בטרם ניתן פסק הדין בעניינה, בחודש מרץ 2016 החליט היועץ המשפטי לממשלה דאז לפתוח בחקירה נוספת בעניינו של דרעי, בחשדות, בין היתר, לעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים והלבנת הון במספר פרשות שונות ונפרדות. הודעה בדבר פתיחת החקירה נמסרה לבית המשפט העליון אך בשל השלב המקדמי של החקירה, לא ניתן לה משקל בהחלטת בית המשפט (לעניין זה ר' ס' 48 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן).

35. לאחר פרסום דבר החקירה, ביום 14.6.17 הוגשה עתירה נוספת, אשר במסגרתה התבקש בית המשפט הנכבד להורות על העברתו של ח"כ דרעי מכהונתו כשר בממשלה, לנוכח חקירה פלילית המתקיימת בעניינו. בתום דיון שהתקיים בעתירה, הודיע בא-כוח העותרת

באותו ההליך, בהמלצתו של בית המשפט, כי הוא אינו עומד על העתירה, והיא נמחקה (בג"ץ 4839/17 תנועת אומ"ץ נ' ראש ממשלת ישראל (5.6.18)).

36. ביום 8.1.21, הודיע היועץ המשפטי לממשלה כי הגיע להחלטה בתיק החקירה בעניינו של ח"כ דרעי לפיה נמצא בסיס ראיתי המצדיק שקילת העמדתו לדין בגין ביצוע מספר עבירות פליליות בתחום המיסים. בה בעת גם הבהיר היועץ המשפטי לממשלה כי לא נמצא בסיס ראיתי מספק להעמדה לדין פלילי בגין ביצוע של עבירות אחרות מתחום טוהר המידות, הלבנת הון, וכן מסירת דיווח כוזב ותצהיר כוזב.

37. בד בבד נשלחה לבא כוחו של ח"כ דרעי, הודעה בדבר שקילת העמדתו של ח"כ דרעי לדין פלילי והזמנה לשימוע, במסגרתה פורטו החשדות המיוחסים לח"כ דרעי בגין ביצוע עבירות מס בשלושה אירועים שונים.

38. ביום 24.2.21 התקיים בפני היועץ המשפטי לממשלה שימוע בעל פה, במסגרתו העלה בא כוחו של ח"כ דרעי את טענותיו, זאת בהמשך לטענות בכתב שנשלחו מטעמו עובר לשימוע. בהמשך לכך, לאחר השלמת הליכי השימוע ובחינת הטענות שעלו בו, החל שיח מול בא כוחו של ח"כ דרעי, שבסיומו הגיעו הצדדים להסכמה על הסדר טיעון, אשר נחתם בין הצדדים ביום 23.12.21. על פי הסדר הטיעון, ח"כ דרעי הודה במיוחס לו בכתב האישום בגין ביצוע עבירות מס בשני אירועים שונים, כפי שיפורטו להלן.

39. בסעיף 4 להסדר הטיעון נרשמה הבהרתו של היועץ המשפטי לממשלה לפיה נוכח הודעתו של ח"כ דרעי בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת, אין בכוונת היועץ המשפטי לממשלה לטעון בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית, היא הערכאה הדנה בהליך פלילי – בית המשפט השלום בירושלים.

צילום ההודעה על הסדר הטיעון מצורף ומסומן מ/ש/1.

צילום כתב האישום מצורף ומסומן מ/ש/2.

40. עובר לחתימה על הסדר הטיעון, ביום 22.12.2021 הביע היועץ המשפטי לממשלה דאז במסגרת תרשומת פנימית את עמדתו לפיה בעבירות בהן מואשם דרעי על פי הסדר הטיעון דבק קלון. תרשומת זו הועברה לצוות התביעה.

41. לשם השלמת התמונה יצוין, כי במסגרת תשובת המדינה לעתירה התוקפת את הסדר הטיעון שנתאר בהמשך (בג"ץ 8954/21 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.1.2022) הודיע היועץ המשפטי לממשלה לעניין האירועים שיוחסו לדרעי בכתב החשדות כי: "אף בשים לב לקשיים אלה, ואף שאינם מבוטלים, עדיין קיים סיכוי סביר להרשעת ח"כ דרעי ביחס לשלושת האירועים שנזכרו לעיל".

צילום תגובת המדינה בבג"ץ 8954/21 מצורף ומסומן מ/ש/3.

42. על פי הסדר הטיעון, ח"כ דרעי הודה במיחוס לו בכתב האיטום שעליו הוסכם, והמתייחס לשני אירועים:

43. על פי האירוע הראשון, שכונה "עסקת גבעת שאול", מר דרעי ואשתו רכשו בשנת 2010 באמצעות נאמן חלק ממגרש מקרקעין בגבעת שאול, תמורת סכום של מיליון דולר, יחד עם קבוצת רוכשים, במטרה לפעול לבניית שלושה מבני מגורים על אותו המגרש ובמגרשים סמוכים לו. בהמשך לכך, במהלך שנת 2013 סיכם מר דרעי על מכירת מלוא זכויותיו וזכויות אשתו במגרש, לרבות זכויותיהם העתידיות בבניין שיוקם, וכן חלקם בקבוצת הרכישה, לאחיו, שלמה דרעי, תמורת סכום של 1.6 מיליון דולר ששווים באותם העת היה כ-5.78 מיליון ₪. חרף האמור, חוזה המכירה והדיווח לרשויות המס אליו הוא צורף לא שיקפו את פרטי העסקה, בין השאר משום שתמורת העסקה שצוינה הייתה 4.25 מיליון ש"ח, כ-1.5 מיליון ₪ פחות מסכום העסקה האמיתי שנחתם בין הצדדים. לאור דיווח כוזב זה, סייע מר דרעי לאחיו שלמה דרעי, ביודעין וללא הצדק סביר, לערוך הצהרה למיסוי מקרקעין שלא צוינה בה, בין היתר, תמורת העסקה המלאה.

בגין מעשים אלו, הורשע דרעי בעבירה לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין: מי שסייע לאחר לערוך הצהרה, ידיעה או הודעה לצורך חוק זה, ביודעו שאינן נכונות, או שהתייצב כמיופה כוח של אחד ומסר הצהרה, ידיעה או הודעה כאמור, ביודעו שאינן נכונות, דינו – כמי שמסר את ההצהרה, הידיעה או ההודעה בניגוד לסעיף קטן (ג). סעיף העונשין בחוק מיסוי מקרקעין שבו הורשע השר דרעי מגלם סיוע לעבירה שנעשתה כאמור, והוא קובע כי דינו של המסייע בהקשר זה, הוא כדינו של המבצע העיקרי לביצוע עבירה ביודעין, לפי סעיף 98(ג) לחוק.

44. על פי האירוע השני, קרן פיננסית להשקעות בארצות הברית בשם "גרין אושן", פנתה אל מר דרעי בשנת 2011 בבקשה שיסייע לה בגיוס משקיעים בתמורה לקבלת עמלה. מר דרעי אכן גייס עבור חברת "גרין אושן" משקיעה בשם חברת South Ferry, ובתמורה לכך, חברת "גרין אושן" שילמה לחברה שבבעלותו של מר דרעי עמלת מגייס שהועברה לו בסכומים שונים מעת לעת. בסמוך לאחר שנבחר לכנסת בתחילת שנת 2013, סיכם ח"כ דרעי עם חברת "גרין אושן", שתשלומים עתידיים שהוא זכאי להם, יועברו לאחיו, שלמה דרעי. בהתאם לכך, בין החודשים אפריל 2013 עד מאי 2015, הועברו מחברת "גרין אושן" לחברה שבבעלות אחיו, שלמה דרעי, סכום של 533,868 ₪. על פי המתואר, הכנסות אלו של ח"כ דרעי לא דווחו על ידו לפקיד שומה כמתחייב בדין.

בגין מעשים אלו, הורשע דרעי בעבירה לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה שזה לשונו: "אדם אשר ללא הצדק סביר ערך דו"ח לא נכון, מתוך שהשמיט הכנסה כלשהי שעליה הוא נדרש לפי הפקודה למסור דו"ח, או מתוך שרשם אותה בחסר, או אדם שמסר ידיעות לא נכונות בנוגע לכל עניין או דבר המשפיעים על חיובו במס או על חיובו של אדם אחר או של שותפות, דינו - מאסר שנתיים או קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין וסכום החסר בהכנסה שנקבעה מחמת אותם דו"ח או ידיעות לא נכונים או שעלולה היתה להיקבע, אילו נתקבלו הדו"ח או הידיעות כנכונים, או שני הוענשים כאחד. הטוען כי היה לו הצדק סביר - עליו

הראיה".

כן הורשע דרעי באישום זה בעבירות אי הגשת דו"ח, שתי עבירות לפי סעיף 216(4) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש); ואי ניהול פנקסי חשבונות – שתי עבירות לפי סעיף 216(5) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש).

צילום הכרעת הדין, פרוטוקול הדיון בטיעונים לעונש, וגזר הדין מצורף ומסומן מש/4.

**ד. מינויו של דרעי לכהן כשר בריאות ושר פנים:**

45. ביום 30.6.22 התקבל בכנסת החוק לפיזור הכנסת העשרים וארבע ומימון מפלגות, התשפ"ב-2022, וביום 1.11.22 התקיימו בחירות לכנסת ה-25.

46. ביום 20.9.22, במהלך מערכת הבחירות לכנסת ה-25, הגישה העותרת בעתירת התנועה לאיכות השלטון, בקשה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, כבי' השופט עמית, לקביעה כי חל על מר אריה דרעי קלון (אז, מועמד ברשימת מפלגת ש"ס לכנסת ה-25) וכי על כן הוא אינו כשיר לכהן כשר בממשלה, וזאת עקב הרשעתו הפלילית וגזר דינו מיום 1.2.22 (הליך פ"מ 3/25 התנועה לאיכות השלטון נ"י אריה דרעי). בין היתר נטען, כי מאחר שמר דרעי מציג את עצמו לציבור כמועמד מטעם ש"ס לכהן בממשלה לאחר הבחירות, יש צורך בהבהרה כבר בשלב זה שהוא אינו כשיר לכהונה זו.

47. בו ביום דחה יו"ר הוועדה את הבקשה על הסף. זאת, מן הטעמים הבאים; משום שסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה אינו מסמיך את יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לדון בבקשות לקביעת קיומו של קלון; משום שבהתאם לסעיף 3 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, מי שמוסמך להגיש בקשה לקביעת היעדר קלון הוא ראש הממשלה או חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה; ומשטרם בשלה העת לדון בסוגיית כשירותו של מר דרעי להתמנות לשר, כאשר באותה העת הבחירות טרם התקיימו, ועל כן הבקשה מוקדמת ותיאורטית.

צילום ההחלטה בפמ 3/25 מיום 20.9.22 מצורף ומסומן מש/5.

48. ביום 1.11.22 התקיימו הבחירות לכנסת ה-25. רשימת ש"ס אשר בראשה עומד ח"כ דרעי זכתה ל-11 מנדטים וחה"כ דרעי נבחר לכהן כחבר כנסת מטעמה.

49. ביום 13.11.22, הטיל נשיא המדינה, בתוקף סמכותו לפי סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה, את תפקיד הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו.

50. ביום 13.11.22 העביר מר צחי ברוורמן אל היועצת המשפטית לממשלה מכתב קצר, על גבי נייר המכתבים של חה"כ בנימין נתניהו, בו נכתב כדלקמן: "אתכבד להעביר לעיוןך את המכתב המצורף, שהגיע ללשכתנו".

51. המכתב שצורף הוא מכתבו של עו"ד נבות תל צור, מטעם חה"כ אריה דרעי, הממוען לחה"כ בנימין נתניהו, ראש הממשלה המיועד (באותה העת). כותרת המכתב הייתה "יו"ר מפלגת ש"ס, הרב אריה דרעי – כשירות וסבירות מינוי לתפקיד שר בממשלה".

52. במכתב הבהיר עו"ד תל צור כי לשיטתו לא קיימת מניעה משפטית למינויו של אריה דרעי לתפקיד שר בממשלה "ואין שמץ אי סבירות במינויו". זאת, משום שלפי פרשנתו את הוראות סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, ולאור גזר דינו של דרעי, אין צורך לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, כדי שיבחן האם דבק קלון בעבירות בהן הורשע. כמו כן נטען כי מינויו של דרעי לכהן כשר עומד במבחני הסבירות.

צילום מכתבו של מר צחי ברוורמן מיום 13.11.22 וחוות דעת של עו"ד תל צור מיום 13.11.22 מצורף ומסומן מש/6.

53. ביום 15.11.22 הושבעה הכנסת ה-25.

54. ביום 17.11.22 השיבה היועצת המשפטית לממשלה לחה"כ נתניהו (נספח ע/16 לעתירה התנועה לאיכות השלטון), כי "לאחר שבחנתי חוות דעת שהונחו בפניי וקיימתי דיון בהשתתפות פרקליט המדינה, המשנים ליועצת המשפטית לממשלה, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, וגורמים נוספים מפרקליטות המדינה וממערך ייעוץ וחקיקה, מסקנתי היא שהוראת סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, העוסקת בתנאי כשירותם של שרי הממשלה, חלה גם על מי שנגזר עליו עונש של 'מאסר על-תנאי'".

עוד הבהירה היועצת המשפטית לממשלה מבחינה מעשית, כי מאחר ועל חה"כ דרעי נגזר עונש הכולל מאסר על תנאי, הרי ש"על מנת למנות את חה"כ דרעי לכהן כשר בממשלה, יש לפעול בהתאם לאמור בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, וקודם למינוי להגיש ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית בקשה לפי סעיף 3 לחוק יסוד הממשלה, התשס"א-2001. זאת, על מנת שיקבע האם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, יש משום קלון".

צילום תשובתה של היועצת המשפטית לממשלה מיום 17.11.22 מצורף ומסומן מש/7.

עוד הובהר כי הייעוץ המשפטי לממשלה כבר נדרש בעבר לסוגיה זו והחזיק באותה עמדה אשר הובאה גם בפני בית המשפט הגבוה לצדק, בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, סעיף 10 לפסק דינה של כבי' השופטת פרוקציה (6.12.07). (להלן: עניין רמון).

55. יצוין כי באותה עת, לא נדרשה היועצת המשפטית לממשלה לשאלה סבירות המינוי של חה"כ דרעי לשר, אשר הייתה באותה עת תיאורטית ומוקדמת. זאת, משום שכאמור לפי עמדתה המשפטית לפי המצב החוקי הקיים על דרעי לפעול על פי המנגנון הסטטוטורי המורה על בחינת כשירותו על ידי יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית. על כן, וכאמור במכתבה של היועצת, על מנת שדרעי יוכל להתמנות לתפקיד שר בממשלה, היה עליו לפנות תחילה אל יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לבחינת כשירותו לכהן כשר, וממילא לא הייתה בשלב זה כל רלוונטיות לבחינת הסבירות שבמינוי זה. לאחר שהובהרה עמדת היועצת המשפטית לממשלה, ובעקבות כך שונו תנאי הכשירות בתיקון מושא העתירה, לא שב ופנה ראש הממשלה לקבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה בשאלת סבירות המינוי בטרם הוא הביא אותו לקבלת אמון הכנסת.

### ה. תיקון חוק יסוד: הממשלה והקמת הממשלה ה-37

56. משהובהר כי עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא שעל ראש הממשלה לפנות ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לשם בחינת שאלת הקלון שבהרשעתו האחרונה של דרעי, ביום 12.12.22, עם ההנחה הראשונה של הצעות החוק הפרטיות על שולחן הכנסת ה-25 הונחה גם הצעתו של ח"כ משה ארבל, מסיעת ש"ס - הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים), (הצעת חוק פ/91/25) (להלן: הצעת חוק היסוד).

הצעה זו ביקשה לערוך תיקונים בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, כך שתנאי הכשירות לכהונת שר יחולו על הרשעות שבצדן עונש מאסר בפועל (לרבות בדרך של ביצוע עבודות שירות, ומאסר על תנאי שהופעל), אך לא יחולו על הרשעות שבצדן עונש מאסר על תנאי.

57. השתלשלות הליכי החקיקה של הצעת החוק האמורה תפורט בהמשך, ואולם נציין כבר עתה, כי הצעת החוק אושרה בדיון המוקדם ביום 13.12.22 ובקריאה הראשונה ביום 15.12.22.

58. בין לבין, ביום 21.12.22 הודיע ח"כ נתניהו לנשיא המדינה וליושב ראש הכנסת, לפי סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, כי עלה בידו להרכיב ממשלה.

59. ביום 27.12.22 אושר בקריאה השנייה והשלישית חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ופורסם ברשומות עוד באותו יום (ס"ח התשפ"ג, חוברת 3011, עמ' 4).

60. ביום 29.12.22 כוננה ממשלת ישראל ה-37, משהביעה בה הכנסת אמון, לפי סעיף 13 לחוק-יסוד: הממשלה. ח"כ דרעי מונה לכהן כשר הפנים, ושר הבריאות. כמו כן, על פי ההסכם הקואליציוני, הוסכם כי דרעי יכהן כמשנה לראש הממשלה וכי במחצית השנייה לכהונת הממשלה ה-37 יכהן כשר האוצר, חלף תפקידו כשר הפנים ושר הבריאות (על-פי סעיף 1.1 לנספח התפקידים של ההסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-37 בין סיעת הליכוד וסיעת ש"ס שהונח בפני הכנסת ביום 28.12.22).

## ו. הליכי גיבוש עמדת היועצת המשפטית לממשלה בעניין העתירות דנן

61. לצורך גיבוש עמדתה, קיימה היועצת המשפטית לממשלה מספר של ישיבות עבודה, בהן השתתפו פרקליט המדינה, המשנים ליועצת המשפטית לממשלה, מנהל מחלקת הבג"צים, גורמים שונים מפרקליטות המדינה ומהייעוץ המשפטי לממשלה. כמו כן ניתנו חוות דעת ביחס לסוגיות שונות שעולות מן העניין.
62. ביום 1.1.23 התקיימה פגישת עבודה ראשונה בין ראש הממשלה והיועצת המשפטית לממשלה בה עלתה, בין היתר, סוגית הבחינה המשפטית של מינויו של דרעי לכהן כשר בממשלה. ראש הממשלה הציג בפני היועצת את עמדתו ביחס לסבירות המינוי הדומה לזו המובאת בהרחבה בתגובתו לעתירות.
- לאחר פגישה זו, קיימה היועצת המשפטית לממשלה פגישות עבודה נוספות, במהלכן ניתן משקל גם לנתונים שהציג ראש הממשלה ביחס לסבירות המינוי, ובעקבותיה מובאת תגובה זו.

## התיקון לחוק יסוד: הממשלה

63. סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה, עובר לתיקון מושא העתירות, קבע כך:

"(א) לא יתמנה לשר מי שאינו אזרח ישראלי ותושב ישראל.  
(ב) לא יתמנה לשר מי שמכהן במשרה או בתפקיד המפורטים בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, אלא אם כן חדל לכהן באותה משרה או באותו תפקיד עובר למינויו או במועד מוקדם יותר, כפי שייקבע בחוק.  
(ג) (1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון.  
(2) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון".

64. וזוהי לשונו של הסעיף לאחר תיקונו:

"(א) לא יתמנה לשר מי שאינו אזרח ישראלי ותושב ישראל.  
(ב) לא יתמנה לשר מי שמכהן במשרה או בתפקיד המפורטים בסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, אלא אם כן חדל לכהן באותה משרה או באותו תפקיד עובר למינויו או במועד מוקדם יותר, כפי שייקבע בחוק.  
(ג) (1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל,

אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית  
כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין,  
משום קלון;

(2) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע  
כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי  
יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון.

[...]

(ו) לעניין סעיף זה –

**"מאסר בפועל" – לרבות מאסר על-תנאי שהופעל;  
"עבירה" – כל אחת מהעבירות שעליהן נידון לעונש  
של מאסר בפועל" (ההדגשות הוספו, הח"מ).**

65. חוק היסוד, לאחר תיקונו, קובע אם כן כי תקופת אי-הכשירות של שבע שנים למינוי לשר  
תחול רק על מי שנידון לעונש מאסר בפועל (אשר כולל גם מאסר בעבודות שירות), כך שמי  
שנדון לעונש שאינו כולל מאסר בפועל ובכלל זה מאסר על תנאי – כשיר להתמנות לשר –  
גם אם הורשע בעבירה שיש עמה קלון.

משמעות סעיף 6(ג)(1) המתוקן היא כי אדם אינו כשיר להתמנות לשר בממשלה אם: א.  
הורשע בעבירה ב. נגזר עליו עונש מאסר בפועל ג. ביום מינויו לא חלפו 7 שנים מיום סיום  
ריצוי עונש המאסר בפועל. תנאים אלה יוצרים "חזקת קלון" ומונעים מינויו של אדם  
לשמש כשר בממשלה. חזקה זו יכולה להיסתר במקרה שיו"ר ועדת הבחירות המרכזית  
יקבע כי למרות עונש המאסר בפועל שנגזר, אין בעבירה משום קלון. יו"ר ועדת הבחירות  
המרכזית אינו נדרש לקבוע זאת, אם בית המשפט שהרשיע את המועמד קבע על פי דין, כי  
יש בעבירה בה הורשע המועמד לכהן כשר משום קלון.

66. כבר עתה ייאמר, והדברים אף הובהרו מפורשות במהלך הליך החקיקה על-ידי חברי  
הכנסת עצמם כפי שיפורט בהמשך הדברים, כי בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד,  
כשירות לתפקיד איננה סוף פסוק, והפסיקה בהקשר של מינוי שרים כמו גם הפסקת  
כהונתם, עמדה על הכלל של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".

כדברי כב' הנשיאה חיות בבג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ  
המשפטי לממשלה** (6.5.20, אר"ש): "המשוכה הבאה בהקשר זה נטועה בהלכה המושרשת  
וארוכת השנים לפיה ככל שהדבר נוגע לתפקידים ציבוריים – "כשירות לחוד ושיקול דעת  
לחוד". הלכה זו משמיעה לנו כי אין די בכך שהמועמד לתפקיד ציבורי עונה על תנאי  
הכשירות הקבועים בחוק. לצד העמידה בתנאי הכשירות, נדרש הגורם הממנה להפעיל  
שיקול דעת בדבר התאמת המועמד לתפקיד ולשם כך עליו להעניק משקל נכבד לשיקולים  
הנוגעים להבטחת אמון הציבור במוסדות השלטון ולכך שנציגיו עושים את מלאכתם למען  
הכלל ביושר ובניקיון כפיים [...] (להלן יחד: הלכת דרעי-פנחסין)". מכל מקום, לעניין זה  
נידרש ביתר הרחבה בהמשך הדברים, במסגרת הבחינה במישור המינהלי של מינוי חה"כ  
דרעי לשר.

67. יצוין, כי סעיף 8 לתיקון חוק היסוד קובע כי "תחולתו של חוק-יסוד זה ביום קבלתו בכנסת". כבר עתה ייאמר, כי מאחר שהתיקון פורסם ברשומות ביום שהתקבל בכנסת בקריאה שנייה ושלישית, לא הייתה משמעות מעשית לקביעה זו בדבר מועד התחילה, ועל כן אין צורך להידרש לטענות העותרת **בעתירת שיינפלד** (סעיפים 102-108) ביחס לפגמים שנפלו לכאורה בעניין זה.

אחר שעמדנו על התשתית העובדתית הרלוונטית ובטרם נידרש לתיאור הליכי החקיקה לתיקון חוק היסוד מושא העתירה, נבקש לעמוד על ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה, שעניינו כשירותו של אדם לכהן כשר, אשר עומד במוקד העתירות, כמו גם יישומו בפסיקת בית המשפט הנכבד.

### כשירות כהונת שרים - רקע נורמטיבי

#### היסטוריה חקיקתית:

68. חוק יסוד: הממשלה משנת 1968, לא הטיל מגבלות פורמליות כלשהן על כשירותם של שרים, וכך גם חוק-יסוד: הכנסת באותה העת, ביחס לחברי הכנסת.

בשנת 1981 נכללה לראשונה בחוק-יסוד: הכנסת הוראת כשירות ביחס לחברי כנסת, בהתייחס להרשעה בעבירות ביטחוניות בלבד שכללו הטלת מאסר בפועל.

בשנת 1992, עם חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש (דאז), ששינה את שיטת הבחירות לבחירה ישירה לראשות הממשלה, נקבעה הוראת אי-כשירות מיוחדת בנוגע לשרים. בסעיף 16(ב) לחוק היסוד נקבע, כי "לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון וטרם חלפו עשר שנים מיום שגמר לרצות את עונשו". כלומר, כל הרשעה בעבירה שיש עמה קלון, ללא תלות בשאלה אם הוטל עונש מאסר, שללה את הכשירות לכהונת השרים לעשר שנים.

בדיוני הוועדה עמדו חברי הכנסת על הצורך בהעמדת רף טוהר המידות גבוה ביחס לכהונת שרים, וזאת בשים לב לסמכויות הביצועיות הרחבות המוקנות להן (ראו למשל דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 16.7.1991, בעמ' 43-49).

69. המגמה של הרשות המכוננת בהחמרת רף טוהר המידות של נבחרי ציבור נמשכה. כך, בשנת 2000 החליטה הכנסת להחמיר את דרישות הכשירות ביחס לכשירות חברי כנסת, וקבעה בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הכנסת כי מי שהורשע בעבירה ונגזר עליו עונש מאסר בפועל של שלושה חודשים לפחות, לא יהיה כשיר להיבחר לכנסת עד חלוף שבע שנים מיום ריצוי המאסר, אלא אם כן, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית קבע שאין בנסיבות העניין קלון. יודגש, כי בסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הכנסת נקבע מפורשות, כי הסדר הכשירות חל רק על מי שהוטל עליו עונש מאסר בפועל.

70. בשנת 2001, עת נחקק חוק יסוד: הממשלה אשר ביטל את שיטת הבחירות הישירה, התלבטו חברי הכנסת בשאלה מהו רף טוהר המידות שנכון לקבוע ביחס לשרים - האם יש עוד מקום להבחנה בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת לאלו של השרים, לאחר שגם תנאי הכשירות של חברי הכנסת הוחמרו, או שמא יש להותיר על כנה את ההוראה בחוק יסוד: הממשלה משנת 1992, אשר התייחסה להרשעה בעבירה שיש עמה קלון, ללא תלות בעונש.

כך למשל, בדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט מיום 20.2.01 שאלה נציגת משרד המשפטים, עוה"ד דלית דרור, האם אין מקום לקבוע סטנדרט מחמיר יותר לכהונה בממשלה מאשר לכהונה בכנסת. יו"ר הוועדה, ח"כ אמנון רובינשטיין, השיב כי לעמדתו דינו של שר צריך להיות כדין חבר כנסת לעניין זה (שם, בעמ' 10). בסופו של יום, ההכרעה בסוגיה זו, כפי שהשתקפה בנוסח החוק, הייתה כי יש לשמר את עצם ההבחנה בין כשירות שרים לכשירות חברי כנסת, ולקבוע ביחס לשרים רף מחמיר יותר מאשר ביחס לחברי כנסת, תוך שנערכו שינויים מסוימים ביחס להוראה שהייתה קבועה בחוק-יסוד: הממשלה משנת 1992.

71. וכך נקבע נוסחו של סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, אשר עמד בתוקפו מאז ועד לתיקונו כעת:

"(1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון.  
(2) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון."

72. מלשונו של הסעיף עולה כי לנגד עיני חברי הכנסת עמד סעיף הכשירות החדש שנקבע ביחס לחברי הכנסת, כאשר בחלקים מסוימים שלו הם אימצו את ההסדר ובחלקים אחרים לא.

כך למשל, התיקון לחוק יסוד: הממשלה החדש משנת 2001 ביקש להתמודד, בין היתר, עם העדר ההסדרה בחוק היסוד משנת 1992 בשאלה מי קובע את הקלון בהרשעה (ראו למשל דברי יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) בדיון בוועדת החוקה מיום 20.2.01). בעניין זה, בחרה הכנסת להיצמד להסדר הכשירות של חברי הכנסת לפיו הקביעה בעניין הקלון תיעשה על-ידי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, אלא אם בית המשפט המרשיע קבע פוזיטיבית שדבק בהרשעה קלון. כמו כן, תקופת הכשירות של השרים הותאמה לתקופת הכשירות של חברי הכנסת, וקוצרה בהתאמה מעשר שנים לשבע שנים.

באשר לעונש, בניגוד להסדר בחוק-יסוד: הכנסת אשר קבע חזקת קלון בהרשעה בגינה נגזר מאסר בפועל בלבד של שלושה חודשים לפחות, בהסדר בחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי לא יתמנה לשר מי שהורשע ונידון ל"עונש מאסר", מבלי לצמצמו לעונש מאסר בפועל בלבד. בהתאם לכך, ביחס לשרים נקבע הסדר רחב יותר הכולל הרשעה שבגינה הוטל מאסר

בפועל, מאסר בדרך של ביצוע עבירות שירות, או מאסר על תנאי, וכן לא נקבעה תקופת מינימום של המאסר. בכך שימרה הרשות המכוננת קיומו של פער בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת ושרים, על רקע ההבחנה המהותית בין נושאי משרה אלה.

יצוין, כי בשנת 2014 הגיש חה"כ משה מזרחי ז"ל הצעת חוק לתיקון חוק יסוד הממשלה (תיקון – נבחר ציבור שהורשע בעבירה שיש עמה קלון), בה הציע להחמיר עוד יותר את רף טוהר המידות של השרים ולקבוע כי תקופת צינון של 14 שנים על מי שנדון לעונש **מאסר בפועל** בעבירות מסוימות הנוגעות לשחיתות שלטונית. הצעת החוק אמנם אושרה בכנסת בדיון המוקדם ובשלוש הקריאות, אך משום שלא אושרה ברוב הדרוש לתיקונים בחוק-יסוד: הממשלה (61 חברי הכנסת), התיקון האמור לחוק יסוד: הממשלה לא נכנס לספר החוקים.

מעבר לאמור, ועל אף התיקונים התכופים שנעשו מעת לעת בהסדרים משטריים שונים בחוק-יסוד: הממשלה, עד לתיקון שבפנינו לא נערך תיקון או שינוי של הסדר כשירות כהונת שרים בכל הנוגע לרף טוהר המידות, והסעיף נותר על כנו כפי שאושר בכנסת בשנת 2001.

#### **סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו ערב התיקון כלל עונש מאסר על תנאי**

73. משהועלתה הטענה כי סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו קודם לתיקון משוא העתירה חל על עונש מאסר בפועל בלבד, נתייחס בתמצית לפרשנות סעיף זה – מבחינת לשונו ותכליתו.

ראשית נפנה ללשונה הטבעית של הוראת החוק, אשר משרטטת את קשת האפשרויות הפרשנויות העומדות בפנינו (א' ברק **פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות החקיקה** 81 (1993)).

74. אשר לתיבה "**עונש מאסר**" – לשון סעיף 6(ג) (1) בנוסחו עובר לתיקון, מחילה את הוראות ההסדר האמור על מי שנדון ל"עונש מאסר", וכבר בלשון רחבה זו יש כדי ללמדנו שהיא אינה כוללת עונש מאסר בפועל בלבד. לעניין זה, ניתן ללמוד בהשאלה מסעיף 52 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") המגדיר את עונש המאסר על-תנאי, וקובע בס"ק (א) כי "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי". דהיינו, "מאסר על-תנאי" הוא למעשה עונש מאסר, אשר ריצויו מותנה בביצועה של עבירה נוספת (ר' לעניין זה גם רע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 1, 11(2001)). כך, גם סעיף 355(ב) לחוק העונשין קובע, ביחס לענישת מינימום, כי "עונש מאסר, לפי סעיף... לא יהיה, בהיעדר טעמים מיוחדים, כולו על תנאי".

75. בנוסף, בחינת לשונם של הסדרים חוקתיים-משטריים דומים מלמדת כי מקום בו הרשות המכוננת ביקשה לייחד את תחולתם למקרים של הטלת מאסר בפועל, היא עשתה כן באופן מפורש. כך, כפי שצוין לעיל, סעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, קובע כי: "כל אזרח ישראלי ... זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם ... נידון, בפסק דין סופי, לעונש מאסר **בפועל** לתקופה העולה על שלושה חודשים ... אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון." הסדר דומה נקבע גם ביחס לנבחרי הציבור ברשויות המקומיות, אשר נדרשים לסטנדרט דומה, המעמיד את רף הפסילה על מאסר **בפועל** שמשכו למעלה מ-3 חודשים (סעיף 7(ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965).

השוואה זו אף היא מובילה לעיגון לשוני מובהק לכך שההסדר בחוק-יסוד: הממשלה ביקש לסטות מההסדר שנקבע ביחס לחברי כנסת, ולקבוע רף טוהר מידות אשר אינו כולל רק הרשעה שנגזר בגינה מאסר בפועל, אלא הסדר רחב יותר הכולל גם עונש מאסר על תנאי.

76. אשר לתיבה - "מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר" המתייחסת לאופן שבו יש לחשב את תקופת הכשירות. בחוק-יסוד: הכנסת, המתייחס כאמור למאסר בפועל בלבד, חישוב תקופת הכשירות נעשה ממועד תום ריצוי המאסר, כאשר אין כל התייחסות למועד פסק הדין. ואולם, משקבעה הרשות המכוננת ביחס לשרים הסדר רחב יותר, נדרש היה ליתן את הדעת לאופן חישוב התקופה ביחס למי שנגזר עליו עונש מאסר על תנאי, ועל כן תום מועד ריצוי עונש המאסר לא רלוונטי לגביו.

הפרשנות הלשונית הטבעית של תיבה זו מתארת אפוא שני מצבים אפשריים: **מצב אחד** שבו נגזר על אדם מאסר בפועל ועל כן שבע השנים מתחילות להיספר מן המועד בו סיים את ריצוי המאסר, בדומה להסדר ביחס לחברי כנסת **ומצב שני**, שבו נגזר על האדם מאסר על תנאי, ועל כן הוא אינו "מרצה" מאסר, ולפיכך שבע השנים מתחילות להיספר ממועד מתן פסק הדין. על מנת להתמודד עם מצבי קצה של הרשעה שכללה עונש מאסר בפועל, כאשר תקופת המעצר שבה שהה הנאשם הפכה בפועל לתקופת העונש שהוטלה עליו, הוספו המילים "לפי המאוחר".

77. אם כן, בחינת לשון חוק היסוד עובר לתיקונו מעלה כי הפרשנות הלשונית הטבעית וה"פשוטה", היא שהתיבה "עונש מאסר" מתפרשת ככזו שכוללת בתוכה גם עונש מאסר על-תנאי.

78. גם **תכלית החקיקה** מובילה למסקנה כי הפרשנות המתאימה יותר היא שהמילה "מאסר" כוללת גם חלופה של מאסר על תנאי.

ראשית, כפי שצוין לעיל, מתיאור ההיסטוריה החקיקתית עולה, כי במסגרת חקיקת סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה בנוסחו משנת 2001, חברי הכנסת ראו לנגד עיניהם את תנאי הכשירות שנקבעו על-ידם רק שנה בלבד קודם לכן ביחס לחברי הכנסת, וההסדר שנקבע נעשה תוך השוואה להסדרים אלה. בנסיבות אלה, קשה שלא לייחס משקל משמעותי להבחנה הלשונית בין חוק-יסוד: הכנסת המתייחס במפורש ל"מאסר בפועל", לעומת חוק-יסוד: הממשלה אשר כולל "מאסר" בלבד.

79. תימוכין נוספים לפרשנות זו מדברי הכנסת, ניתן למצוא בדיוני ועדת החוקה משנת 2014 בעניין הצעת חוק לתיקון חוק יסוד הממשלה (תיקון – נבחר ציבור שהורשע בעבירה שיש עמה קלון), עליה עמדנו לעיל. כאמור, בהצעת החוק ביקש המציע להחמיר את רף טוהר המידות בכל הנוגע למי שהורשע בעבירות של שחיתות שלטונית. במסגרת דיונים אלה הובהר היחס בין ההסדר הקיים בחוק-יסוד: הממשלה בנוגע לכשירות שרים, לבין הרף הנמוך יותר שנקבע ביחס לחברי כנסת. בין ההבדלים צוין במפורש כי ביחס לשרים, הכשירות כוללת גם הרשעה שהוטל בגינה מאסר על תנאי בלבד (ראו פרוטוקול הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 21.5.14, בעמ' 16). עניין זה אף הובהר במסמך ההכנה שהוכן על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה שהונח בפני חברי הכנסת בשעתו.

צילום מסמך ההכנה שהונח בפני חברי הכנסת משנת 2014 מצורף ומסמן מש/8.

80. אשר לתכלית האובייקטיבית שעמדה ביסוד הסדר הכשירות הנורמטיבי לשרים, עובר לתיקון חוק היסוד, דומה כי זו נוגעת להבטחת טוהר המידות השלטוני ושמירת אמון הציבור בהם (ר' רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך ב', 839 (2005); ש' שטרית הממשלה: הרשות המבצעת - פירוש לחוק יסוד: הממשלה 343-344 (כרכים א-ב, מסדרת פירוש לחוקי היסוד, י' זמיר עורך, 2018); פס' 14 לחוות דעתה של כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין רמון). פרשנות התיבה "מאסר", באופן אשר כולל במסגרתה גם הרשעות שבצדן עונש מאסר מותנה, מגשימה בצורה טובה יותר את התכליות האמורות, ואת ההבחנה המהותית בין כהונת שר לכהונת חבר כנסת.

81. יצוין, כי אף שתנאי הכשירות של שרים נדונה לא אחת בפסיקה, לא ניתן למצוא בה הכרעה מפורשת בשאלה הפרשנית של המונח "עונש מאסר", משסוגיה זו לא התחדדה באופן ממשי. כך, בבג"ץ 1993/03 התנועה לאיכות השלטון נ' ראש הממשלה (3.10.03), להלן: **עניין הנגבי הראשון**) נדונה עתירה בה ביקשה העותרת למנוע את מינויו של ח"כ צחי הנגבי לתפקיד השר לביטחון הפנים, וזאת לאור מעורבותו בעבר בפרשות בהן הפר את כללי הדין, האתיקה והמינהל התקין. בין הפרשות אשר עמדו בבסיס טענות העותרים, צוינה הרשעתו באשמת תגרה במקום ציבורי, בגינה הוטל עליו עונש מאסר על-תנאי וקנס. במסגרת דחיית העתירות, ציין בית המשפט הנכבד כי אין בענייננו תחולה להוראת סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה. אולם חשוב להזכיר כי הרשעתו של ח"כ הנגבי באותה פרשה התרחשה עוד בשנת 1982, כאשר מינויו לשר נעשה כעשרים שנה לאחר מכן, ולפיכך האמירה לפיה אין תחולה

להוראות סעיף 6 נובעת מחלוף הרבה למעלה משבע השנים המנויות בו. יוער, כי כב' השופט (כתוארו אז) חשין (שהיה בדעת מיעוט) תיאר את ההסדר בסעיף 6(ג) בלשונו הציורית כך: "ובכן, הרשעה (בת-קלון) אשר שילחה את פלוני לבית הסוהר, וטרם עברו שבע שנים מיום גמר ריצוי העונש (או מיום מתן פסק-הדין), הרשעה מעין-זו תמנע את מינויו של פלוני להיותו שר בממשלה" (שם, פס' 19 לחוות דעתו של כב' השופט חשין). לעמדת המשיבים, אין מקום לתלות באמירת אגב זו, אשר ניתנה כחלק מן הרקע הכללי להסדרים השונים המצויים ברקע ההחלטה המשפטית, כעמדתו של השופט חשין, לכאן או לכאן, בשאלה הפרשנית של התיבה "מאסר", ככוללת מאסר מותנה אם לאו.

82. הסוגיה התעוררה פעם נוספת בשנת 2007 במסגרת **עניין רמון**, אגב הטיפול בעתירות אשר תקפו את מינויו של ח"כ חיים רמון לשר בממשלה ה-31, בטענה כי הגם שמינויו אינו סותר את הוראות הכשירות החקוקות, במישור שיקול הדעת מינויו הוא בלתי סביר באופן קיצוני. במסגרת תגובת המדינה, אשר הוגשה על דעת היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, הובהר כי מגמת המחוקק ביחס לכשירותם הנורמטיבית של שרים (יחד עם הסדרי כשירות אחרים, אשר נקבעו באותה תקופה גם ביחס לנבחרי ציבור ברשויות המקומיות) שיקפה שאיפה ליצירת ודאות וכללים פורמליים-טכניים וברורים בנושא. בתוך כך, צוין בתגובת המדינה: "בהקשר זה, נדגיש כי המחוקק יצר רף מאד נמוך לפסילת אדם מכהונה כשר בממשלה, ודי בכך שאדם הורשע בעבירה והוטל עליו עונש של מאסר לתקופה כלשהיא **לרבות מאסר על תנאי**, בכדי שהוא יהיה פסול להתמנות כשר".

עם זאת, מאחר שעל ח"כ רמון לא נגזר עונש מאסר כלל, לא ניתנה הכרעה לגופה של סוגיה זו בפסק הדין. ברם, כב' השופטת פרוקצ'יה שכתבה את דעת הרוב, אשר אליה הצטרף כב' השופט גרוניס מטעמים שונים, בחרה להפנות בסעיף 10 לפסק דינה לעמדתו האמורה של היועץ המשפטי לממשלה וציינה, כעניין תיאורי, כי בית המשפט אשר גזר את דינו של רמון לא גזר עליו עונש מאסר בפועל או מאסר מותנה, כמו גם סירב לקבוע כי יש בעבירה משום קלון, ובכך כיוון לעמידתו בעתיד בתנאי הכשירות הסטטוטוריים אשר יאפשרו את המשך דרכו הציבורית (ראו בפס' 12 לחוות דעתה).

83. בבג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ** (אר"ש, 12.2.15, להלן **עניין צחי הנגבי השני**) אוזכר הסעיף פעם נוספת. פרשה זו נדונה תחילה בבית משפט השלום בירושלים, אשר הרשיע את ח"כ צחי הנגבי בעבירה של מתן עדות שקר בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, עת כיהן כשר בשנת 2002 ת"פ (שלום י-ם) 4063/06 **מדינת ישראל נ' הנגבי פס' 62** (נבו 9.11.10). במסגרת גזר הדין של בית משפט השלום, נקבע בדעת רוב כי יש בעבירה משום קלון, אולם ביחס להמשך דרכו הציבורית של הנגבי, נשמעו הערות בית משפט השלום כי לכאורה מגבלת הכשירות הן בהוראות חוק יסוד: הכנסת, והן בהוראות חוק-יסוד: הממשלה, נוגעת למאסר בפועל. משלא הוצג טיעון מלא ומסודר לעניין זה, נמנע בית המשפט השלום מלהכריע בשאלה זו, תוך מודעות לעמדת המדינה שהוצגה **בעניין רמון** ולקיום המחלוקת בסוגיה זו. לאור זאת, פסק בית המשפט השלום בסיכומו של דבר: "בהתאם להוראות סעיפים 42 א' ו-42 ב' לחוק יסוד: הכנסת, התוצאה של קביעתנו

בשאלת הקלון מתייחסת רק לכנסת הנוכחית. נוכח העובדה שהמאשימה לא ביקשה להטיל על הנגבי עונש מאסר לריצוי בפועל, וכיוון שלא הטלנו על הנגבי עונש מאסר לריצוי בפועל, הרי שמבחינת תנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת, אין מניעה חוקית לכך שהנגבי יציג את מועמדותו לשמש כחבר כנסת בכנסת הבאה. כיוון שלא הטלנו על הנגבי עונש מאסר, אפילו על תנאי, הרי שמבחינת תנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, אין גם מניעה חוקית לכך שהנגבי ישוב וישמש כשר".

84. בהמשך לדברים אלה, במסגרת פסק הדין של בית המשפט הנכבד **בעניין הנגבי השני**, אשר דחה עתירות נגד מינויו של הנגבי לתפקיד סגן שר החוץ, על יסוד הרשעתו הנזכרת לעיל, התייחס בית המשפט הנכבד לכך ששאלת פרשנות הביטוי עונש מאסר בחוק היסוד (בנוסחו דאז) לא הוכרעה בפסק דינו של בית משפט השלום, שכן העונש שהושת באותה פרשה לא כלל מאסר על תנאי, ועל כן, אף הוא לא נדרש לעסוק בה (ר' בסעיפים 4 ו-17 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס).

85. סיכומו של דבר: סעיף 6(ג) בנוסחו ערב התיקון מושא העתירות כלל הסדר כשירות שרים בנוגע לרף טוהר המידות, המחמיר מזה שנקבע ביחס לחברי כנסת, והכיר באפשרות שאדם יהיה כשיר לכהן כחבר כנסת, אך לא יעמוד ברף טוהר המידות הנדרש לשם קבלת סמכויות ביצועיות ורחבות כשר בממשלה. בהתאם לסעיף בנוסחו הקודם – מי שהורשע בעבירה והוטל עליו עונש מאסר – לתקופה כלשהי, לרבות מאסר על תנאי – לא יהיה כשיר להתמנות לשר אלא אם כן, יו"ר ועדת הבחירות קבע שאין בהרשעה זו קלון.

זוהי אפוא המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לסעיף 6 לחוק היסוד הממשלה, עובר לתיקונו הנוכחי, וזו נקודת המוצא הרלוונטית לבחינת התיקון מושא העתירות.

86. כעת, נעבור לפירוט ההשתלשלות העובדתית של הליך תיקון סעיף 6(ג) לחוק היסוד, כעולה מהפרוטוקולים של דיוני מליאת הכנסת וועדותיה.

### הליך החקיקה בכנסת של התיקון לחוק היסוד

87. בסמוך לאחר קבלת עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה מינוי חה"כ דרעי לשר מחייב פנייה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לשם בחינת הקלון שבהרשעתו, ביום 12.12.22, הניח ח"כ משה ארבל מסיעת ש"ס על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית - הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים), הצעת חוק פ/91/25 (להלן: **הצעת חוק היסוד**).

בדברי ההסבר להצעת החוק הוסבר, כי לעמדת המציע מדובר בתיקון מבהיר בלבד, שכן יש לפרש את סעיף 6(ג) לחוק היסוד בנוסחו הנוכחי ככזה הכולל כבר עתה תנאי כשירות של מאסר בפועל בלבד. עוד נטען, כי גם במישור המהותי יש הצדקה לערוך את התיקון, וזאת כדי לערוך התאמה חוקתית בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת לתנאי הכשירות של שרים.

88. כבר למחרת, 13.12.22, קיימה הוועדה המסדרת, אשר נכנסת בנעלי ועדת הכנסת בשלב הראשוני של כהונת הכנסת (בהתאם לסעיף 2א לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994), דיון בנושא הענקת פטור מחובת הנחה לקריאה טרומית להצעת חוק היסוד.

במהלך הדיון הציג חה"כ ארבל את הצעת חוק היסוד, ואת הטעמים לדון בה בדחיפות, כדלקמן:

"הצעת החוק המדוברת מבקשת לקבוע בהירות והרמוניה חקיקתית. בבואנו כולנו, כאן במליאת הכנסת, להצביע בימים הקרובים בתקווה בעד הקמת ממשלה שתוצג בפני הכנסת, הרי שחברי הכנסת כולם צריכים לדעת מה המצב המשפטי והאם יש להם אפשרות להצביע בעד אותה הקמת ממשלה אם לאו. במה דברים אמורים? כאשר סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה קובע שלא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונדון לעונש מאסר או ביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר – הסעיף הזה לטעמי, ואני מדגיש לטעמי כי עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה הייתה פרשנות אחרת וזה חשוב שזה יירשם בפרוטוקול – לטעמי, המשמעות של עונש מאסר בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה כיום הוא רק אם זה עונש מאסר בפועל כי רק עונש מאסר בפועל ניתן לריצוי. הדברים האלה ברורים גם מסעיף 19 לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים (...) ומכיוון שלטעמי הפרשנות הזאת לא מאפשרת לחבר הכנסת שקיבל את המנדט מהנשיא לפנות לי"ר ועדת הבחירות מכיוון שהוא לא קונה סמכות לדון בסוגיית היעדר הקלון, אשר על כן (...) מכיוון שאין לו סמכות מכיוון שמדובר אך ורק במאסר בפועל ולא במאסר על תנאי, ולכן כדי שהסוגיה הזאת תוכל לבוא לידי הכרעה עוד טרם הכרעת הממשלה וכוחה יפה לכול מועמד לכהן כשר שהרי שרים יכולים להתמנות גם אם אינם חברי כנסת, ואשר על כן ישנו צורך בהירות חוקתית ברורה לחברי הכנסת כולם, הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה, בבואם להצביע בעד הקמת ממשלה לכשתוגש בפני הכנסת, ולטובת אותה בהירות נדרש תיקון החקיקה הזה וזו הסיבה לדחיפות" (עמ' 123-124 לפרוטוקול הדיון בוועדה).

בתום הדיון, ולאחר הצבעה, אישרה הוועדה המסדרת את קיצור תקופת ההנחה של הצעת החוק, והיא הועברה עוד באותו היום לדיון המוקדם במליאת הכנסת.

89. ואכן, בהמשך אותו היום קיימה מליאת הכנסת דיון בהצעת חוק היסוד, ובראשיתו חזר ח"כ ארבל על עיקרי ההצעה:

"אני שמח לעמוד בפניכם היום ולבקש את תמיכתה של הכנסת בהצעת חוק חשובה ודחופה, שנועדה לתקן את שצריך תיקון במשטרנו החוקתי. במה דברים אמורים: סעיף 6(ג)(1) לחוק-יסוד: הממשלה קובע כיום הסדר לא ברור ביחס לכשירותם של שרים לכהן בממשלה, אשר ניתן לפרשו לכמה כיוונים. במדינה דמוקרטית אי-אפשר להסכים לפגיעה ולצמצום שיקול הדעת של חברי הכנסת מלבחור ומלהצביע למועמדות לכהונת שר בממשלה שנגזרת מחוק שאיננו ברור בנושא כל כך מרכזי – פגיעה

בחירויות היסוד של הזכות לבחור ולהיבחר. מבט אובייקטיבי בלשון החוק מצביע ללא ספק שמטרתו הייתה לעסוק אך ורק (...) במי שנידון לעונש מאסר בפועל, וכן יש לכך ראיות רבות (...) למרות כל הראיות הללו, עד היום בית המשפט העליון לא הכריע לכאן או לכאן מהי הפרשנות הנכונה. לטעמי, זה תפקידנו כמחוקקים, ובסמכות הכנסת כרשות מכווננת להיכנס בתווך הזה ולפרש בהר היטב את כוונתנו, הן בפני חברי הכנסת בעת שיבואו להצביע על הקמת ממשלה, שיונח לפניהם כשולחן ערוך, בצורה בהירה וברורה, מה כוונת המחוקק, והן בפני אזרחי ישראל, בפני יתר הרשויות, לרבות בית המשפט. זוהי חובתנו וזכותנו כמחוקקים. חובתנו היא להבהיר את שדרוש הבהרה" (עמ' 34-38 לפרוטוקול הדיון במליאה).

90. ח"כ גדעון סער, שבאותה העת כיהן כשר המשפטים בממשלה היוצאת, השיב כדלקמן:

"הצעת החוק שלפנינו, המבקשת לערוך שינוי חפוז וחטוף בחוק-יסוד: הממשלה, היא חקיקה פרסונלית מובהקת. זה נראה פחות כמו שינוי חוקה, והרבה יותר כמו שוד לאור יום... חקיקת יסוד פרסונלית ברוטלית כזאת... תהווה הסנונית לקראת חוקים פרסונליים נוספים בעתיד (...) הכנסת מתבקשת פה להוריד את הרף הנדרש מחברי ממשלה בכל הנוגע לטוהר המידות, וזאת לצורך הכשרת כהונתו של אדם מסוים לתפקיד שר (...) הטעם שמדובר בו בגלוי ובפומבי – כמו שאומרים, על השולחן – שבעטיו מבקשת הממשלה המיועדת לתקן את חוק-היסוד, הוא טעם פרסונלי. התיקון נעשה עבור אחד מחברי הממשלה המיועדים" (עמ' 39-42 לפרוטוקול הדיון במליאה).

בסיום הדיון, במסגרתו הביעו חברי כנסת רבים את עמדותיהם ביחס להצעת חוק היסוד, היא אושרה בקריאה הטרומית ברוב של 62 חברי כנסת תומכים.

91. בהינתן שבאותו השלב בכנסת כיהנו רק ועדת כספים זמנית וועדת חוץ וביטחון זמנית (בהתאם להוראות סעיף 2א לחוק הכנסת), בערבו של אותו היום החליטה הוועדה המסדרת להמליץ למליאת הכנסת על הקמת ועדה מיוחדת לדיון בהצעת חוק היסוד – "הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91), וכמו כן בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (פ/81)" (להלן: **הוועדה המיוחדת**), שבה יכהנו 17 חברי כנסת מסיעות הבית השונות, ובראשה יעמוד חה"כ שלמה קרעי.

מליאת הכנסת אישרה את המלצת הוועדה המסדרת ביום 13.12.22 והצעת החוק הועברה אליה לדיון.

92. כבר למחרת, ביום 14.12.22, התכנסה הוועדה המיוחדת לדיון ראשון בהצעת חוק-היסוד, אליה צורף גם דיון בהצעת חוק פרטית נוספת - ההצעה לתיקון חוק יסוד הממשלה לשם קביעת הסדר של שר נוסף במשרד. הדיון, שהחל בשעה 12:00 לערך, נמשך כ-11 שעות, ופרוטוקול הדיון נפרש על פני 274 עמודים, ובחלקו הראשון עסק אך בענייניו של התיקון שבפנינו.

בדיון נטלו חלק חברי כנסת רבים, בהם חברי הוועדה המיוחדת וכן חברי כנסת נוספים מסיעות שונות; היועץ המשפטי לוועדה; המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) ונציגי הייעוץ המשפטי לממשלה ממשרד המשפטים; וכן מומחים ונציגים מגופים חיצוניים שונים, שבהם המכון הישראלי לדמוקרטיה, האגודה לזכות הציבור לדעת, והתנועה למען איכות השלטון בישראל.

93. עובר לדיון, הפיץ הייעוץ המשפטי לוועדה מסמך הכנה, שבו נפרשו הסוגיות המרכזיות שעמדו על הפרק. במסגרת המסמך הוצגה ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, ועיקרי התיקון המוצע, וכן נפרש ניתוח פרשני מקיף של החוק בנוסחו הקיים. ממסמך ההכנה עולה, כי הייעוץ המשפטי לוועדה סבור אף הוא, בדומה ליועצת המשפטית לממשלה, כי סעיף 6(ג) בנוסחו ערב התיקון חל גם במקרה של הטלת עונש מאסר על תנאי, ועל כן הבהיר במסמך כי **אין מדובר ב"תיקון מבהיר" אלא יש בו משום שינוי הדין**. בנוסף, הניח הייעוץ המשפטי לוועדה דגשים לדיון: הזהירות הנדרשת בשינוי חוקי יסוד, ובמיוחד שינוי מגבלות מבניות הנכללות בחוקי היסוד המשטריים הכוללים את "כללי המשחק", כאשר רצוי כי אלו ייעשו במבט "צופה פני עתיד" ולא עם תחולה מיידית; שאלת ההצדקה להקלה בתנאי הכשירות של השרים; ושאלת ההשוואה בין תנאי הכשירות של שרים לתנאי הכשירות של חברי כנסת (צילום מסמך הכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה מיום 14.12.22 צורף לעתירת טוהר המידות כנספח 3/ע).

94. בפתח הדיון הציג ח"כ ארבל, המציע, את התכליות העומדות ביסוד התיקון, וחזר על האמור בדברי ההסבר מטעמו. הוא הבהיר כי לשיטתו אין המדובר בחקיקה פרסונלית, שכן "הצעת החוק הזו מסדירה לצמיתות באופן קבוע בחוק יסוד: הממשלה לגבי כל מועמד לכהונת שר, הן אם זה בממשלה הבאה עלינו לטובה והן בממשלה אחרות. כמובן ברור לכולם שמועמד לכהונת שר לא חייב להיות חבר כנסת(...). הסוגיה הזו והחקיקה הזו מיועדת בעיקר עבורנו כלל חברי הכנסת המתנגדים והתומכים להקמת ממשלה שתובא בפניהם, עבור כל מועמד שתנאי הכשירות ידונו בענייננו" (עמ' 10-12 לפרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת מיום 14.12.2022).

ח"כ ארבל גם התייחס לשאלת ההצדקה להבחנה בין כשירות שרים לכשירות חברי כנסת, לנוכח העובדה שלשר יש סמכויות משמעותיות, ביצועיות, והשיב, כי גם ביחס לראשי ערים, אשר להם סמכויות ביצוע נרחבות, נקבעו תנאי כשירות של מאסר בפועל. לעמדתו, "לטובת יצירת אותה הרמוניה חקיקתית שמדברת באופן חד וברור וגורף גם לגבי נציגי ציבור שעוסקים בפעילות ביצועית וגם כאלה שעוסקים וחברים בגוף קולגיאלי כדוגמת כנסת ומועצת רשות מקומית וגם לגבי נושאי תפקידי ביצוע – אל מול כל אלה נכון יהיה להבהיר את הדרוש להבהרה, לתקן את הדרוש תיקון."

בהתייחס לענייניו של חה"כ דרעי, אמר חה"כ ארבל כי הוא סבור שלא דבק קלון במעשיו, והוא מעריך כי לו ענייניו היה מובא בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית הוא היה נמצא כשיר לכהן כשר:

"...ולא להתעלם יחד עם כל הדברים הללו גם מהעובדה שהרשעתו בפלילים על סמך הסדר טיעון שאדבר פה ספציפית על חבר הכנסת אריה דרעי שהגיע לבית המשפט אחרי 6 שנים של עינוי דין מתמשך, ואמירתו של היועץ המשפטי הממשלה הקודם שההר לא הוליד אף לא עכברון בסופו של דבר מתוך אותו הסדר טיעון שדיבר באופן ברור ומובהק על עבירת מס מהדרגה הנמוכה ביותר שלא נועדה כדי להונות את רשויות המס והפעולות הללו וההרשעה הזו אין לי ספק שאם הייתה מובאית בפני יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, לו הייתה לו סמכות, לא היה נקבע קלון בעניינה. ברור לי מעל כל ספק גם לנוכח חלוף הזמן, כמעט עשור, מ-2013, מועד ביצוע אותן עבירות שהיו בהסדר הטיעון, ולאור כל האמור זה גם מנטרל את הטענה על הפרסונליות. הבעיה המרכזית שאין סמכות לטעמי ליושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לדון כלל סוגית הקלון. אשר על כן נכון יהיה שניצור הרמוניה חקיקתית, נאמר בצורה ברורה וחדה את מה שטעון להבהיר" (שם, בעמ' 12-13).

95. במענה לדברים אלה הבהיר היועץ המשפטי לוועדה, עוה"ד גור בליי, כי מעבר לסוגיית הכשירות, בהתאם להלכה הפסוקה, יהיה מקום גם להידרש בהמשך לשאלת הסבירות במינוי זה, כך שהדברים לא מתמצים רק בהיבטי בחינת הקלון (שם, בעמ' 14).

בהמשך לכך, פרש היועץ המשפטי לוועדה את עיקרי הדברים אשר הובאו על-ידו במסמך ההכנה. תחילה עמד על הפרשנות של סעיף 6(ג) לחוק היסוד בנוסחו הקיים, והסביר מדוע אין המדובר לשיטתו בתיקון מבהיר אלא ב"תיקון משנה דין" (שם, בעמ' 15-16). היועץ המשפטי לוועדה הדגיש את הזהירות הרבה הנדרשת בתיקון חוק יסוד, תוך כדי תנועה, ושלא מאחורי מסך בערות, ועמד על המימד הפרסונלי המובהק שיש בתיקון המוצע:

"כאמור על כנסת להתייחס בזהירות לכל תיקון בחוק היסוד ולהימנע משינויים תכופים שלהם, כי המשחק הדמוקרטי כמו כל משחק - אנו רוצים שיהיה יציבות בכללים כמה שאפשר ושהכללים ייקבעו בצורה צופה פני עתיד כמה שיותר. וככל הניתן לא להחיל אותם על אירועים נתונים ברגע מסוים. במקרה שלפנינו, זה לא מה שקורה. במקרה שלפנינו מדובר בתיקון חוקתי, שרוצה לצמצם מגבלה חוקתית. זו מגבלה חוקתית. לא מדובר במצב כמו מנגנון חדש כמו ממשלת חלופין או שר נוסף במשרד או דברים אחרים. מדובר במגבלה שלא מאפשרת לבן אדם להתמודד, ובעצם במצב שבו המגבלה הזאת עושה מלאכתה, עובדת כשהיא מגבילה אותנו, במצב הזה הכנסת מבקשת לשנות אותה, ולשנות בעצם את הרף מבחינת טוהר המידות של השחקנים במערכת הפוליטית עצמה. אם הכנסת הייתה סבורה, שזו מגבלה לא מוצלחת, ושצריך לשנותה - אפשר להחיל אותה עתידית, לומר: היא תחול מהכנסות הבאות ואז אנחנו במצב הכי נקי, אבל במצב הזה - אם הכנסת חושבת שצריך לשנות את הסטנדרט באופן

עקרוני, הייתה יכולה להחיל את זה למשל מהכנסת הבאה (...)  
בסיטואציה הזו אנו סבורים שיש פה היבט פרסונלי  
משמעותי שמקשה על הוועדה לדון בתיקון מאחורי מסך  
בערות מה שנקרא, וברור שזה משפיע. העובדה של  
הגורמים שמושפעים מזה, משפיע באופן טבעי על שיקול  
הדעת של חברי הכנסת, ובמובן זה – זה תיקון לא פשוט  
בכלל" (שם, בעמ' 18) (ההדגשה הוספה, הח"מ).

היועץ המשפטי לוועדה ציין בנוסף, כי התפתחה בפסיקת בית המשפט הנכבד דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, העוסקת בין היתר ב"סיטואציות שבהם תיקון שהוא לא הוראת שעה והוא קבוע וכללי ייחשב שימוש לרעה אם הכנסת נמצאת בניגוד עניינים מוסדי...במקרים שבהם הכנסת מיטיבה עם עצמה כמוסד, משנה בדיעבד כללי המסגרת שלה" "וכי הדוגמאות שהובאו בהקשר הזה הן מאוד קיצוניות". לכן, לא ניתן לדעת איך הפסיקה תתייחס לתיקון חוק היסוד שנדון בוועדה, ביחס לדוקטרינת השימוש לרעה המתפתחת, בין היתר, משנאמר בפסיקה כי מבחני העזר אינם רשימה סגורה, (עמ' 18 ו-20 לפרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת).

לשאלת חה"כ חנוך מלביצקי האם מעבר לקשיים יש לו הצעות שונות לתיקון ההסדר, השיב היועץ המשפטי לוועדה, כי דרך אפשרית לפתור את הקושי, תהיה בשינוי מועד התחילה של החוק וקביעה, למשל, שההסדר יחול מהכנסת הבאה (שם, בעמ' 21).

96. בהמשך הדיון התייחסה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי) (להלן: **המשנה ליועצת**), לסוגיות שהעלתה ההצעה (שם, בעמ' 27). תחילה התייחסה המשנה ליועצת לשתי ההצדקות שהציג המציע לשינוי ההסדר – הצורך בהבהרת החוק הקיים, ויצירת הרמוניה חקיקתית ורף שווה לחברי כנסת ושרים.

ביחס לפרשנות החוק הקיים, היא ציינה כי הפרשנות של סעיף 6(ג) בנוסחו הקיים מובילה, מבחינה לשונית ותכליתית, לכך שהסדר הכשירות חל גם על מאסר על תנאי. היא הבהירה כי מדובר בפרשנות שניתנה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה כבר בשנת 2007 ביחס לחה"כ רמון, ואין בה כל חידוש. כך גם עולה מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט משנת 2014 ביחס להסדר כשירות כהונת שרים. בהקשר זה היא חידדה, שגם מהתיקון עצמו של חה"כ ארבל עולה כי אין המדובר רק בתיקון "מבהיר" שכן התיקון אינו רק מוסיף את המילה "בפועל" לאחר המילה "מאסר", אלא גם מוחק את המילים – "לרצות את עונש המאסר או מיום פסק הדין לפי המאוחר", וגם בכך יש אינדיקציה לכך שההסדר הנוכחי כולל גם מאסר על תנאי.

בהתאם ציינה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה כי "אנו נמצאים היום בתיקון שמבקש לשנות את המצב הקיים וזו לעמדתנו צריכה להיות נקודת המוצא לדיון. לא סתם פלפול משפטי בשאלה איך פרשים את זה. זו נקודת מוצא מאוד חשובה לדיון הזה בעיקר בגלל העיתוי שבו מבקשים לתקן את הצעת החוק הזו".

ביחס להצדקה השנייה שהובאה לשינוי ההסדר - "להוריד את הרף ביחס לשרים כדי שיהיה תואם ביחס לרף חברי הכנסת" ציינה המשנה ליועצת כי מדובר בסוגיה כבדת משקל העומדת לפתחה של הכנסת. היא הסבירה כי מדובר בשינוי קונספציה של הכנסת עד כה (בחוק-יסוד: הממשלה בשנת 1992, בחוק-היסוד משנת 2001, וכן בדיוני החקיקה שנערכו בשנת 2014) שבחרה להעמיד רף כשירות גבוה יותר לשרים. לדבריה, "שר לא חייב להיות חבר כנסת מבחינת ההסדר שבחוק יסוד, והוא לא נבחר ישירות על ידי הציבור אלא על ידי הכנסת - בהקשרים האלה חברי הכנסת ביקשו לתת דגש יותר גדול לעיקרון של טוהר המידות ומלחמה בשחיתות שלטונית. אלה נקודות המוצא שחברי הכנסת סברו באופן מודע גם בשנות ה-90, גם ב-2001 ובוודאי ב-2014 כשביקשו להחמיר עוד יותר את הרף ביחס לשרים ל-14 שנים כאשר היה מדובר בהרשעה בעבירות שממש עסקו במילוי התפקיד" (שם, בעמ' 28).

97. לאחר מכן עמדה המשנה ליועצת על הקושי המשפטי העיקרי בהצעת החוק - התחולה המיידית שלה, ערב הקמת הממשלה (שם, בעמ' 29):

"אנו מדברים פה על הצעת חוק שיש לשים אותה על השולחן שמדברת בסוגיה מאוד רגישה של טוהר המידות של שרי הממשלה. זה לא מסוג ההצעות שאנחנו רגילים לערוך בהן שינויים, ודאי לא שינויים לצורך הקמת הממשלה או עובר להקמת הממשלה. אלה תיקונים שגם כשאנו בוחנים אותם בצורה נייטרלית לחלוטין בלי שאנו מסתכלים על מי השחקנים שהדבר הזה יחול עליהם, שאלת התחולה המיידית שלהם עולה לדיון (..) כלומר זה מסוג ההוראות שהתחולה המיידית שלהן היא מטרידה אותנו בלי קשר לשאלה, אם אנו יודעים על מי תחול או לא. פה הקושי הנוסף לא רק בזה. לא רק שאנו עוסקים בסוג ההוראות של חוק יסוד שלא נהוג לערוך בהן בסוג תכופים, ודאי לא ערב הקמת ממשלה, ודאי לא בסוגיה שעוסקת בטוהר המידות של שרי הממשלה. פה אנו עוסקים בהצעת החוק כפי שאנו יודעים, כפי שאמר חבר הכנסת ארבל בכנות, אנו יודעים מיהו השחקן שהצעת החוק הזו תשפיע עליו, תסיר לו מגבלה שקיימת ותמנע או תייתר לו את הצורך לבחון את ההרשעה שלו אל מול י"ר ועדת הבחירות. אלה לא נסיבות שאפשר להתעלם מהן כאשר הכנסת באה להפעיל את הסמכות המכוננת שלה לצרכים שאנו יודעים בדיוק מי השחקן שהדבר הזה ישפיע עליו מיידית. יכול להיות שבעתיד יהיו שחקנים אחרים, אבל מדובר בנסיבות שאי אפשר לא לבחון את השאלה האם לשם כך נועדה הסמכות המכוננת לערוך שינויים משטריים כדי לסדר הרשעה זו או אחרת ומינוי זה או אחר לכהונת שר".

המשנה ליועצת ציינה, כי דווקא בגלל המתחם הרחב הנתון לרשות המכוננת לקבוע את ההסדרים החוקתיים-משטריים, יש חשיבות רבה בכך שהכנסת תקיים דיון לא רק בשאלה המהותית של ההסדר אלא גם בשאלת גבולות הפעלת הסמכות של הרשות המכוננת ולמה היא נועדה (שם, בעמ' 32):

"העיקרון שיש כללי משחק שאי אפשר לשנות תוך כדי תנועה זה עיקרון שמקובל פה בכנסת. זה עיקרון שחברי הכנסת דנים בו ודאי כשעושים שינוים משטריים, כשמחילים אותם בתחולה מיידית. ודאי כשעושים זאת על סוגיה כה רגישה כמו זו של טוהר המידות של שרי הממשלה. עדיין אני מסכימה עם מה שאמר חבר הכנסת קרעי בתחילת דבריו - הדיון בחדר הזה לא צריך להתמצה בשאלה מה אותו מקרה קצה של קצה שאולי בית המשפט יתערב בו, כן או לא. פה אנו לא דנים בחלון הצר שדרכו בית המשפט יפעיל התערבות שיפוטית. פה הסוגיה הרבה יותר רחבה. הכדור פה במגרש. איך נכון לעצב את הכללים הללו. לא רק מה נכון שיהיו כללי הרשות אלא לצורך מה הרשות המכוננת צריכה להפעיל. גם שאלה כבודת משקל שהכנסת הזו לטעמנו חייבת לדון בה גם בלוחות הזמנים של ערב הקמת ממשלה כי זו שאלה שחורגת הרבה מעבר לנקודה של דיון כזה או אחר של מאסר או מאסר על תנאי (...) מה הגבולות של הפעלת הסמכות של הרשות המכוננת? איך הבית הזה חושב שנכון להפעיל את הסמכות שלו? שאלה אחת היא האם יש עלינו מגבלות, ושאלה אחר כך - האם בית המשפט צריך להתערב בהן. אלה שתי שאלות נפרדות. הבית הזה צריך להכריע איך הוא מפעיל את הסמכות של הרשות המכוננת ולאיזה מטרות מפעיל הסמכות ואיך הוא רוצה לעצב. אלה שאלות כבודת משקל שיש להכריע בהן" (עמ' 27-33 לפרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת).

98. במענה לדברים אלה, ולהערות שונות של חברי כנסת ולעמדות חלק מנציגי הארגוניים הציבוריים, התייחס חה"כ ארבל לענייניו של חה"כ דרעי ולהצדקה למנותו כשר (שם, בעמ' 42):

"תפיסתנו היהודית היא שיש משמעות רבה וחובה עלינו כנבחר ציבור כן לשמוע, להיות קשובים לרצון של 400,000 כפי שגברתי ציינה ו-11 מנדטים. ולא מדובר פה בהזזת השער או בשינוי תוך כדי תנועה. הציבור ידע היטב מה בוחר. הוא ידע היטב שאריה דרעי לא יהיה סתם חבר כנסת שעליו המגבלה לא חלה. אריה דרעי לא עמד במקום סמלי ב-120 ברשימה אלא במקום 1 ברשימה. הוא קם ויצא ובחר באריה דרעי כראש סיעה ורצה שהוא יהיה שר בממשלה, בצורה מאוד ברורה. האמירה שנאמרה פה שהמסר שיוצא מהכנסת כשמחוקקת חוק פרסונלי שחל מיידית, הכנסת היא המוסד לקבוע מה המותר, מה אסור. ודאי בסמכותה כמכוננת. אין פה מקרה קיצון של טענת התפרקות מסמכותה או שימוש לרעה. התהליכים הללו הם בדיוק אלה עוד טרם הקמת ממשלה - כן, לפני הקמת ממשלה להיות קשובים לרצון הציבור שהוא לשלח אותנו לכאן. לבצע את התיקונים הנדרשים ככל שהם נדרשים. לטעמי הם לא נדרשים אבל ככל שהם נדרשים נבצעים בצורה ברורה, ונהיה קשובים. לומר רטרואקטיביות על ממשלה שטרם קמה היא טענה מופרכת. העובדות הללו כולן לרבות הסדר הטיעון היו מונחים לפני הציבור. הציבור אמר את דברו וזו בדיוק חובתה ותפקידה שלנו כרשות מכוננת, לבצע את התיקון הזה כדי שיהיה ברור וחד שאריה דרעי יוכל לכהן. וכן, התפיסה שטוענת על קושי בשל פרסונליות אינה נכונה בשל העובדה שהוא מתקן תיקון רוחבי ארוך טווח למשך שנים ארוכות - לא בהוראת שעה כפי שנהגו לעשות פה ממשלות קודמות בחוקי יסוד אלא באופן חד וברור שכן מייצרת אותה הרמוניה חקיקתית."

99. בהמשך לדברים אלה הביעו חברי הכנסת את עמדותיהם השונות בסוגיה, כאשר מהפרוטוקולים עולה בבירור כי עניינו הקונקרטי של מינוי ח"כ דרעי לשר בממשלה, שב ועלה על ידי חברי הוועדה, ולמעשה במידה רבה עמד במוקד הדיון.

כך, חלק מחברי הכנסת טענו כי מדובר בחקיקה פרסונלית, שנועדה "לעקוף" את שאלת הקלון בעניינו של השר דרעי ועל כן מדובר בחקיקה פסולה (ראו למשל: דבריו של ח"כ גלעד קריב, בעמ' 128; ודבריו של שר המשפטים דאז, ח"כ גדעון סער, בעמ' 40 ו-46). מנגד, היו חברי כנסת שטענו כי מדובר בתיקון מבהיר בלבד, כי הפרשנות של היועצת המשפטית לממשלה אינה מקובלת עליהם, וכי אין הצדקה לערוך הבחנה בין תנאי הכשירות של חברי הכנסת לאלה של שרים (ראו למשל דברי ח"כ ארבל בעמ' 42; דברי ח"כ גוטליב בעמ' 50-49; דברי ח"כ בוסו בעמ' 98-99 לפרוטוקול הדיון).

100. כעבור מספר שעות של דיון, החליטה הוועדה המיוחדת למזג את הצעת החוק בעניין תנאי הכשירות הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (להלן: **הצעת חוק היסוד הממוזגת**). המשך הדיון עסק בעניין הצעת החוק השנייה, אשר אינה נוגעת לענייננו.

101. למחרת היום, ביום 15.12.22, המשיכה הוועדה לדון בסוגיית הסדר "שר נוסף במשרד", ובסופו של הדיון אושרה הצעת החוק הממוזגת, ברוב קולות, והיא הועברה למליאת הכנסת לקריאה הראשונה.

102. עוד באותו היום קיימה מליאת הכנסת דיון בקריאה הראשונה, שבמסגרתו נשאו דברים חברי כנסת רבים וכן שרים בממשלה היוצאת, והביעו עמדות שונות בסוגיה. בתום הדיון, אושרה הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 14) (שר נוסף במשרד וכשירותם של השרים), ברוב של 63 חברי כנסת תומכים, ו-52 מתנגדים.

צילום הצעת חוק היסוד הממוזגת ודברי ההסבר מיום 15.12.22 מצורף ומסומן **מש/9**.

103. ביום 18.12.22 החלה הוועדה המיוחדת בהכנת הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית, כאשר בשלב זה לא נערכה הפרדה של ממש בדיון בין שתי הסוגיות (כשירות שרים ושר נוסף במשרד), על רקע מיזוגן להצעת חוק אחת.

בפתח הדיון הדגיש היועץ המשפטי לוועדה כי על הדיון להתמקד בהצדקה המהותית לשינוי ההסדר, ולהתנתק מעניינו הפרטני של ח"כ דרעי:

"נכון לעכשיו, בהעדר הוראת תחולה ספציפית שמשנה מההסדר הבסיסי, יש כאן תחולה מיידית - זאת אומרת, זה יכול לחול כבר על הממשלה שמושבעת בקרוב. מכיוון שזה מעורר את הקשיים של הפרסונליות שדיברנו עליהם, ההצעה שלנו בישיבה הקודמת הייתה להחיל את זה מהכנסת הבאה, או להחיל את זה רק על הרשעות עתידיות (...). לנסות להתנתק מהמקרה הספציפי - בסוף זה שינוי

משטרי שיהיה איתנו באופן עתידי - ולשאל אם באופן מהותי, בלי קשר לשאלות של מה שקורה עכשיו, כדאי לשנות את נקודת האיזון בין שמירה על טוהר המידות במערכות השלטון מצד אחד, לבין הרצון לאפשר שיקול דעת רחב לראש הממשלה במינויים מצד שני (...). אנחנו שוב מזכירים את הפער מול הסטנדרט שחל על חברי הכנסת. מצמצמים פה את הפער בין שרים לחברי כנסת, זאת למרות שלגבי חברי כנסת יש שיקולים משמעותיים הרבה יותר לא להגדיל את הכשירות שלהם כמו שרים בגלל שהזכות להיבחר לכנסת היא זכות יסוד חוקתית ובגלל שח"כ נבחר על ידי העם לייצג ציבור באופן ישיר. ברור שלשר שמקבל לידיו סמכות ביצוע שלטונית יש גם אלמנט ייצוגי, רק הוא פחות משמעותי. ההיבט המרכזי אצל שר הוא יותר ההיבט שלו כחלק מהשלטון והצורך הרב יותר להבטיח את אמון הציבור בטוהר המידות שלר" (עמ' 5-6 לפרוטוקול הדיון בוועדה המיוחדת מיום 18.12.2022).

ואולם, כעולה מפרוטוקול הדיון, גם בדיון זה עניינו הפרטני של חה"כ דרעי שב ועלה. (ראו למשל, דברי ח"כ הרצנו בעמ' 10-11 לפרוטוקול; ודברי ח"כ גוטליב, שם בעמ' 33).

104. המשנה ליועצת עמדה על הקושי בשינוי הסדר כשירות הנוגע לטוהר המידות בעיתוי של ערב הקמת הממשלה, עובר למקרה קונקרטי:

"מדובר בשינוי קונספציה שהכנסת החזיקה עד כה כאשר היא חוקקה את ההסדרים האלה מבלי שהיה בפניה מקרה קונקרטי שבשבילו משנים את הכללים. הכנסת מתקשה עכשיו מאוד, וראינו את זה גם בדיון בקריאה הראשונה, לבחון את ההסדר הזה ממבט רחב, מלמעלה, מבלי שזה עובר למקרה קונקרטי. כאשר יו"ר הוועדה מסביר שצריך לשנות את ההסדר הזה כי יש אנשים שהורשעו שלא כדין, זה בדיוק הקושי בלדון בהסדר הזה, כי זה עובר למקרה הפרטני שבו יש שחקן ספציפי שמבקשים לשנות את ההסדר כדי להתאים את ההרשעה הספציפית שלו להסדר. השאלה היא לא רק אם נכון להעמיד את הרף במקום כזה או אחר, אלא גם אם נכון לשנות את הרף הזה בנקודת הזמן הזאת. אנחנו סבורים שצריך לבחון את הסוגיה הכל כך רגישה ומורכבת הזאת של טוהר המידות לשרים מנקודת מבט נקייה. אנחנו חושבים שצריך להחיל את זה מהכנסת הבאה ובדרך הזאת לנקות את הנסיבות של הזמן והמקום עכשיו שמקשות מאוד לעשות את החקיקה הזאת" (שם, בעמ' 11).

105. בהמשך, קיימה הוועדה שלושה ימי דיונים - בימים 19.12.22, 20.12.22, ו-21.12.22 אשר במסגרתם דנה הוועדה בהסתייגויות הרבות שהגישו חברי הכנסת להצעת החוק הממוזגת. כל ההסתייגויות שהוגשו נדחו על-ידי הוועדה, למעט הצעת יו"ר הוועדה מיום 19.12.22 להוסיף תיקון סעיף לפיו תחילתו של חוק יסוד זה מיום קבלתו בכנסת, ולא מיום פרסומו.

הייעוץ המשפטי של הוועדה הסביר, כי משמעות התיקון הוא כי הוא ייכנס לתוקף עוד לפני פרסומו ברשומות, וכי אף שהדבר אינו מקובל הוא נעשה בעבר בהקשרים משטריים (עמ' 9-10 לפרוטוקול הדיון בוועדה).

משהועלתה ביחס לתיקון זה טענת "נושא חדש", בהתאם לסעיף 85 לתקנון הכנסת, הוועדה המסדרת דנה בעניין זה ביום 20.12.22 ודחתה אותה.

בתום הדיונים בוועדה המיוחדת, ביום 21.12.22, היא אישרה, ברוב קולות, את הצעת החוק הממוזגת לקריאה השניה והשלישית. בקשות לדיון מחדש שהוגשו נדחו על-ידי הוועדה למחרת היום.

106. משהוגשו הסתייגויות רבות להצעת החוק הממוזגת, ביום 25.12.22 התכנסה הוועדה המסדרת לקיים סדרי דיון מיוחדים בהצעת החוק, לפי סעיף 98 לתקנון הכנסת, והבקשה התקבלה.

107. ביום 26.12.22, הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ולקריאה שלישית הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), היא הצעת חוק היסוד הממוזגת.

108. בדיון במליאה, שהחל ביום 26.12.22 ונמשך ליום 27.12.22, נערכו ההצבעות על ההסתייגויות הרבות בסעיפי הצעת חוק היסוד הממוזגת – שנדחו, ונערכה הצבעה בקריאה שנייה על סעיפי הצעת חוק-היסוד. סעיף 2 להצעת חוק היסוד התקבל בקריאה שנייה ברוב של 64 חברי כנסת תומכים ו-55 מתנגדים; סעיף 8 להצעת חוק היסוד התקבל בקריאה שנייה ברוב של 62 חברי כנסת תומכים ו-54 מתנגדים. הצעת החוק אושרה בקריאה השלישית ברוב של 63 חברי כנסת תומכים ו-55 מתנגדים.

פרוטוקולי הדיונים בוועדה המסדרת ובוועדה המיוחדת, ופרוטוקולי הדיון במליאה אינם מצורפים לכתב תשובה זה מפאת אורכם, והם זמינים באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת הבאה:

<https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2198130>

### הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

כאמור, בשתיים מהעתירות שבפנינו – **עתירת שיינפלד ועתירת התנועה למען איכות השלטון** – מתבקש בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ולקבוע כי התיקון לחוק בטל, או לחלופין כי תחולתו לא תהיה מיידית או פרוספקטיבית – כך שהיא לא תחול – כך או כך - על מינויו של חה"כ דרעי לשר.

לפיכך תחילה יש לעמוד בתמצית על סוגיית הסמכות של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ועל הפסיקה בעניין זה.

109. עקרון הפרדת הרשויות מגלם את הרעיון הבסיסי כי לכל אחת מרשויות השלטון – מחוקקת, מבצעת ושופטת – מסורות פונקציות משטריות שונות. כך, למשל, בעוד הכנסת היא הרשות המחוקקת את חוקי המדינה, הרשות השופטת היא שנדרשת לפירושם, ובעשותה כן היא מפרשת אם הרשויות האחרות חרגו מתחום סמכותן. על יסוד המשגה זו, מקובל לראות את הליך הביקורת השיפוטית החוקתית כמתן פרשנות לחוקי היסוד ולחוקים רגילים, במטרה לזהות אם החקיקה הראשית חרגה מן המגבלות שנקבעו בחוקי היסוד. פרופ' ברק היטיב לתאר מלאכה זו באופן הבא:

”בית המשפט ממלא את תפקידו הקלאסי. הוא מפרש את הנורמה העליונה של הכנסת – את חוקי היסוד, הוא מפרש את החוק הרגיל והוא קובע אם יש סתירה ביניהם. כאשר הוא מכיר בסתירה זו, הוא נותן תוקף לנורמה העליונה של הכנסת – לחוק-היסוד. [...] אכן, יש להבחין בין כנסת המכוננת חוקי-יסוד לבין כנסת המחוקקת חוקים רגילים. כאשר בית משפט בוחר את חוקתיותו של חוק 'רגיל' הוא אינו מבקר את מעשיה המכוננים של הכנסת. הוא מבקר את מעשי המחוקקים. [...] הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת. היא פועלת מעל הכנסת כרשות מחוקקת. תפקידו של השופט הינו לפרש הוראות הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת, ולקבוע האם הן מתיישבות זו עם זו” (אהרן ברק מבחר כתבים ד’ – על בית המשפט ושופטיו, עמ’ 71-72 (2017)).

על בסיס תיאור זה של המלאכה השיפוטית, ברי כי ביצוע ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד עצמם, בהעדר חוק יסוד: חקיקה שמעגן סמכות זאת, מהווה תהליך חריג ומוקשה שמעורר מתח מול עקרון הפרדת הרשויות, והדברים אף באו לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט הנכבד.

110. בשנים האחרונות עמדה הפסיקה על שתי דוקטרינות אפשריות לביסוס התערבות שיפוטית גם בחקיקת יסוד: **”דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי”** ו”**דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת**” (להלן גם: **דוקטרינת השימוש לרעה**).

דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי לובנה בהרחבה במסגרת העתירות שהוגשו נגד חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (בג”ץ 5555/18 חסון נ’ הכנסת 8.7.21, (להלן: **עניין חוק הלאום**)). בפסק הדין בעניין חוק הלאום עמד בית המשפט הנכבד על הקשיים העיוניים המהותיים באימוץ הדוקטרינה של התיקון החוקתי לא חוקתי בישראל – וזאת בהעדר עיגון מפורש או משתמע לעקרונות על חוקתיים שמהם לא ניתן לסטות, ונוכח העובדה שהמארג החוקתי הישראלי טרם התגבש במלואו וטרם הושלם. כמו כן, בית המשפט הנכבד עמד על הקושי בהכרה בסמכות של בית המשפט להתערב בתוכנם של חוקי יסוד, ללא עיגון מפורש או משתמע לסמכות שכזו. **בעניין חוק הלאום**, בית המשפט דחה את טענות העותרים לגופן, ועל כן לא נדרש היה להכריע בסוגיה העקרונית של סמכות הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, תוך שבית המשפט הנכבד הותיר בצריך עיון את האפשרות של התערבות שיפוטית על-פי הדוקטרינה של התיקון החוקתי הלא-חוקתי רק באותם מקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי

והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו". לצד הותרת הסוגיה בצריך עיון הובהר במישור העקרוני כי "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוונת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (ר' בסעיף 16 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין חוק הלאום).

111. מכל מקום, העותרים שבפנינו אינם מבקשים להסתמך בעתירותיהם כלל על דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" ובעתירת שיינפלד אף הובהר (בסעיף 56 לעתירה) כי בית המשפט הנכבד אינו מתבקש לדון ולהתערב בשאלת תוכנו של התיקון לחוק היסוד. כך גם בעתירת התנועה למען איכות השלטון לא מסתמכת העותרת על "דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי". משכך, אין דוקטרינה זו רלוונטית להפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית המתבקשת במקרה שבפנינו.

כעולה מן העתירות, העותרים מנסים, לבסס את עתירותיהם להתערבות בתיקון לחוק היסוד הנתקף בעתירה, על יסוד דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות המכוונת". נוכח האמור, נעמוד להלן על עיקרי דוקטרינה זו ועל התפתחותה בפסיקת בית המשפט הנכבד.

### דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוונת

112. עניינה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוונת היא להבטיח שחוקי היסוד והתיקונים להם, ישמשו לצורך להם נועדה הסמכות המכוונת – עיגון עקרונות משטריים וחוקתיים, על-זמנים, הקובעים את "כללי המשחק" הבסיסיים של הרשויות.

בניגוד לדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, דוקטרינה השימוש לרעה בסמכות המכוונת אינה עוסקת בתוכן המהותי-תוכני של הנורמה שנקבעה, אלא בשאלת הזיהוי שלה כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות. בדוקטרינה זו נבחנת – באופן הפורמלי והמהותי – השאלה האם מה שנחזה להיות חוק יסוד אכן מעגן הסדר חוקתי שהוא התוצר הרגיל של הרשות המכוונת, וניצב בראש מדרג הנורמות, או שמא הרשות המכוונת עשתה שימוש לרעה בסמכותה והוציאה תחת ידיה נורמה אשר אינה בגדר נורמה המוצדק להכיר בה כנורמה חוקתית.

113. דוקטרינה זו פותחה בפסיקה, ובגדרה קבע בית המשפט הנכבד מבחני עזר, שאינם בגדר רשימה סגורה, לצורך מתן מענה לשאלה האם דבר חקיקה הנחזה להיות חוק יסוד, אכן מהווה את אותו תוצר "רגיל" של הרשות המכוונת. להלן נעמוד על עיקריה של הדוקטרינה, ולאחר מכן נעבור ליישומה על המקרה שבפנינו בהתאם לפסיקה האמורה.

## המבחן הצורני

114. כידוע, בניגוד למדינות דמוקרטיות רבות, אין בשיטת המשפט הישראלית נורמה עליונה המסדירה את אופן חקיקת חוקי היסוד, ואין כל מגבלה פורמלית באשר לאופן שבו צריך להתקבל חוק יסוד. בעבר הונחו על שולחן הכנסת הצעות שונות לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה, שנועד לקבוע את ההסדרים לחקיקת חוק יסוד. ואולם, המאמצים לגבש תשתית הולמת להצעת חוקה שלמה, אשר תכלול גם הסדרים מפורטים באשר להליך השינוי והתיקון החוקה, לא צלחו עד עתה. לפיכך, הליך החקיקה של חוק היסוד זהה במתכונתו להליך החקיקה של חוק "רגיל" ונעשה בהתאם להוראות תקנון הכנסת ובכפוף להוראות מפורשות בחלק מחוקי היסוד, באשר לרוב הדרוש לשינויים מסויימים בהם.

115. בנסיבות אלה, כבר בראשית הדרך עסק בית המשפט הנכבד בשאלה מתי תזוהה נורמה כנורמה חוקתית. בפסק הדין **בבנק המזרחי** (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, מט(4) 221, 349 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**), אומץ מבחן טכני במהותו – כותרת של "חוק יסוד", ללא ציון שנת החקיקה (דבר המבטא את העדר התלות של חקיקת היסוד בזמן ושעה). בית המשפט הנכבד קבע אפוא, כי ההבחנה בין תוצרי פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת ובין דברי חקיקה, שהם תוצר של פעולתה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, נקבעים על-ידי **מבחן צורני פשוט** שנתון בעצם בידי הכנסת עצמה: "הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת חקיקה)" (**שם**, בעמ' 403).

116. כפי שיפורט להלן, במהלך השנים הוסיפה הפסיקה לצד המבחן הצורני גם בחינה מהותית, וזאת במסגרת פיתוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

## ההתפתחות הפסיקתית של הדוקטרינה

117. את ניצניה של דוקטרינת השימוש לרעה ניתן למצוא כבר בפסק הדין **בעניין בנק המזרחי** עצמו, שבמסגרתו העלה בית המשפט ספק באשר לסמכותה של הכנסת לעגן בחוקי היסוד הוראות אשר אינן מתאימות מבחינה מהותית להיכלל בחקיקת יסוד, והדבר סווג בפסק הדין כשימוש לרעה בכותרת חוק יסוד. בשלב זה האפשרות של הגבלת הסמכות של הרשות המכוננת הועלתה על-ידי הנשיא ברק כאפשרות בלבד שנותרה בצריך עיון (**בנק המזרחי**, בעמ' 406):

"מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר [...] אני מבקש להשאיר [אותה] בצריך עיון."

גם כבי' השופט בך התייחס בפסק דינו לשימוש אפשרי לרעה בסמכות המכוננת, ביחס לנושאים אשר "משקלם הציבורי-ממלכתי" אינו מצדיק את השימוש בסמכות המכוננת ואינם ראויים להיכלל בחוקה (שם, בעמ' 580).

התייחסות לאפשרות המושגית של שימוש לרעה בסמכות, הועלתה גם כעבור מספר שנים בדבריה של כבי' השופטת דורנר בבג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת** (5.8.99) בעמ' 95: "השאלה אם הכנסת מוסמכת לכלול בחוק יסוד נורמות שאינן חוקתיות מבחינת נושאן אינה פשוטה, ובית משפט זה העדיף להשאירה בצריך-עיון".

118. בשלב מאוחר יותר, בשני פסקי הדין שעסקו בעניין התקציב הדו-שנתי, נדונה האפשרות להכיר במצב נוסף שבו חקיקת חוק יסוד תעלה לכדי "שימוש לרעה" הנובעת מעצם השימוש בנורמה חוקתית - מצב שבו חקיקת היסוד נעשתה בדרך של הוראת שעה. זאת, משום שחקיקת יסוד זמנית סותרת באופן אינהרנטי את העל-זמניות של חוקי היסוד.

119. בפסק הדין הראשון שעסק בתקציב הדו-שנתי הראשון - בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל** (סד(3), 275 (2011) (להלן: **עניין בר-און**), עמדה כבי' הנשיאה ביניש על כך שבמהלך השנים הזיהוי של חוק יסוד על-ידי הכנסת ועל ידי בית המשפט, נעשה על-פי המבחן הצורני, אך העלתה את האפשרות לפיה לצד המבחן הצורני ישולב גם מבחן מהותי או מבחן משולב, כך שלא די יהיה בכותרת "חוק יסוד" כדי להעמיד את דבר החקיקה כנורמה עליונה. סוגיה זו נותרה בפסק הדין בצריך עיון.

כאמור, פסק הדין התמקד בכך, **שהתיקון נעשה באמצעות הוראת שעה**, ועמד על הקושי המושגי הנובע מקביעת חוק יסוד, שאמור לבטא נורמה תשתיתית ועל-זמנית, לתקופה התחומה מראש בזמן. בצד האמור נקבע, כי במערך החוקתי הישראלי אין בזמניות של חקיקת יסוד כדי לפסול אותו מעיקרו או כדי להעמידו במדרג נורמטיבי נמוך. עם זאת הובהר, כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות לכדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד", "בבחינת כל מקרה לגופו", וכי על הכנסת לשאוף להימנע מעריכת הסדרים חוקתיים זמניים נוכח הבעיות הנובעות מעצם הזמניות של הנורמה החוקתית.

כבי' הנשיאה ביניש הציגה שלושה פרמטרים שיש לבחון בהקשר של הוראת שעה בחוק יסוד: (1) ההצדקה לעריכת הסדר זמני; (2) בחינת המאטריה אותה מסדירה הוראת השעה; (3) מידת פגיעתו של ההסדר בעקרונות חוקתיים ומשטריים ובזכויות יסוד אחרות.

120. כעבור מספר שנים סוגיית התקציב הדו-שנתי נדונה בשנית. בפסק הדין השני שעסק בתקציב הדו-שנתי - בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם באר"ש, 6.9.17) (להלן: **עניין המרכז האקדמי לעסקים ולמשפטים**) - נבחנה חקיקת הסדר נוסף של תקציב דו-שנתי מלא (אשר הלכה למעשה היווה תקציב דו-שנתי חמישי במספר). בית המשפט הנכבד הוציא "התראת בטלות", לפיה הכנסת לא תוכל לתקן

שוב את חוק היסוד ולכונן תקציב שאינו חד-שנתי על דרך של הוראת שעה, וזאת בהתבסס על דוקטרינת "השימוש לרעה" בכותרת חוק יסוד, תוך יישום המבחנים שהתוותה כב' הנשיאה ביניש בפסק הדין **בעניין בר-און**.

הדגש שהושם על-ידי בית המשפט הנכבד ב"שימוש לרעה" היה על כך שמדובר **בהוראת שעה זמנית**, חמישית במספר, אשר הובילה בפועל ל"שחיקה" של הוראת הקבע החקיקתית בדבר תקציב חד-שנתי, עד כדי ריקונה מתוכן (כלומר, על היחס שבין הוראת השעה להוראת הקבע). כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין ביסס את התשתית העיונית של הדוקטרינה על כללי היסוד של המשפט המינהלי, מהם עולה כי גם הרשות המכוננת צריכה להפעיל את סמכותה בתום לב ומשיקולים ענייניים. השימוש לרעה בסמכות מכוננת מתקיים, בהתאם לקביעת כב' השופט רובינשטיין, במקרים בהם מזהים שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט החוקתי (פס' ל' לפסק דינו). בדבריו של כב' השופט מלצר באותו ענין הובהר, כי יש לפרש את המונח תום לב "במשמעותו ובנפקותו המשפטית העמוקה של מושג זה" (פס' 8 לפסק דינו).

ראו בהקשר זה גם את דברי פרופ' רוזנאי במאמרו, "שימוש לרעה בחוק היסוד", שמסביר את הבסיס התיאורטי אשר לגישתו עומד ביסוד דוקטרינת השימוש לרעה – חובת הנאמנות של הרשות המכוננת לריבון – לעם (עמ' 1268-1270).

#### **המבחנים העדכניים לזיהוי נורמה חוקתית**

121. רק לאחרונה פותחו על-ידי בית המשפט הנכבד עקרונות נוספים ליישום דוקטרינת השימוש לרעה, וזאת באופן רחב יותר מסוגיית עיגון הוראת שעה בחוקי יסוד, במסגרת פסק הדין בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.21), להלן: **עניין שפיר**.

122. פסק הדין **בעניין שפיר** עסק בחוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה), אשר התקבל בכנסת ביום 24.8.2020 וכלל שתי הוראות שעה המתקנות חוקי יסוד, אשר התייחסו לאופן אישור התקציב בשנת 2020 ולחישוב ה"תקציב ההמשכי" של אותה השנה. אחת הטענות שעלתה בעתירות הייתה כי מדובר בהוראת שעה, אשר אין להעמידה ברמה של נורמה חוקתית, מאחר שהיא נובעת מהנסיבות הפוליטיות הקונקרטיות של אי-אישור התקציב במועד, ונעדרת הצדקה העומדת בפני עצמה, וכן משום שהיא אינה מעגנת במהותה נורמה על-חוקתית.

דעת הרוב **בעניין שפיר** קיבלה חלק מטענות העותרים, וקבעה כי מקרה זה אכן עולה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. מאחר שהסוגיה הפכה במידה רבה לתיאורטית באותו מקרה, נקבע כי יש להסתפק "בהתראת בטלות". פסק הדין העיקרי נכתב על-ידי כב' הנשיאה חיות (אליה הצטרפו כב' השופטים הנדל, עמית, ברון וקרא). כב' השופטת ברק-ארז סברה אף היא שהתיקון עולה לכדי שימוש לרעה, אך הציעה דרך ניתוח שונה, שנתייחס אליו בהמשך.

123. כב' הנשיאה חיות הרחיבה את המבחנים לזיהוי נורמה כ"כנורמה חוקתית", כפי שנקבעו בפסקי הדין בעניין בנק המזרחי ובעניין התקציב הדו-שנתי, וקבעה לעניין זה **מבחן דו שלבי** :

השלב הראשון - **שלב הזיהוי**. מעבר למבחן הצורני – אשר כאמור מהווה בחינה טכנית כי כותרת הנורמה היא אכן "חוק יסוד" והיא אינה כוללת את שנת חקיקתה, יש לבחון אם הנורמה היא בעלת מאפיינים של נורמה חוקתית על-חוקית, תוך שנקבעו לעניין זה מספר מבחני עזר לקיומם של סימני ההיכר של נורמה חוקתית, **שאינם בגדר רשימה סגורה** :

- **מבחן היציבות** - האם הנורמה נושאת אופי זמני, קרי, תחולתה קצובה מראש בזמן או שמא מדובר בהסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד ;
- **מבחן הכלליות** - האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבינית כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים ;
- **מבחן ההתאמה** - האם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של אותם נושאים שהוסדרו בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד אליו מתווסף התיקון.

השלב השני - **שלב הצידוק**. רק אם הנורמה **אינה** עומדת באחד משלושת המבחנים האמורים, כלומר אין לה סימני היכר של נורמה חוקתית, יש לבחון האם מוצדק היה לקבוע אותה כנורמה חוקתית דווקא, על אף העדר סימני ההיכר. במסגרת בחינת ההצדקה נלקחות בחשבון הנסיבות החריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת ומידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.

124. כב' השופטת ברק-ארז סברה, שאין מקום לאמץ את מבחן הצידוק. לעמדתה, מבחן הצידוק תר אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי המצדיק את הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי, ובמובן זה הוא עלול לגרור את בית המשפט לזירה הפוליטית, תוצאה שאינה רצויה.

חלף מבחן זה הציעה כב' השופטת ברק-ארז לאמץ מבחן **חד-שלבי** לבחינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. לעמדתה, הביקורת השיפוטית בהקשר של שימוש לרעה אינה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון שעניינו עומד על הפרק, אלא רק דיון פורמאלי בשאלת היקפה של הסמכות המכוננת. המבחן החד-שלבי לזיהוי הנורמה כנורמה חוקתית, מורכב לשיטתה משלושה מבחני עזר :

- **מבחן היציבות** - לשיטתה לא ניתן באופן גורף לחוקק הוראת יסוד כהוראת שעה, יהא הצידוק אשר יהא ;
- **מבחן הכלליות** - הסדר חוקתי חייב להיות בעל תחולה כללית ולא פרסונלית ;
- **מבחן המובחנות** – יש לבחון שמדובר בחקיקה שתפקידה להיות פרק בחוקה ואין המדובר ב"פלישה" לתפקידן של הרשויות האחרות.

ככל שהנורמה איננה עומדת באחד ממבחני העזר האמורים, יש לראות בה שימוש לרעה מבלי אפשרות לבחון את ההצדקה לחריגה זו, ואין להידרש כלל למבחן הצידוק.

125. כב' השופטים סולברג, מינץ ואלרון סברו, בדעת מיעוט, שאין מקום להרחבה הפסיקתית של דוקטרינת השימוש לרעה, בהעדר סמכות לבית המשפט להתערב בחוקי יסוד, וכן הסכימו לטענות המדינה לכך שמדובר היה בעתירה תיאורטית.

### ניגוד עניינים מוסדי

126. בפסק הדין בעניין ממשלת החילופים - בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' הכנסת (12.7.21), (להלן - עניין ממשלת החילופים), דן בית המשפט הנכבד באפשרות קיומו של מבחן עזר נוסף, כחלק ממבחן הכלליות או מבחן היציבות - בחינת השאלה האם ההסדר נחקק תוך "ניגוד עניינים מוסדי".

פסק הדין עסק בחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), שהתקבל בכנסת ביום 7.5.2020, עובר להקמת הממשלה ה-35. התיקון האמור עוסק ברובו בתיקון לחוק-יסוד: הממשלה, אשר הוסף אליו הסדר המאפשר להקים ממשלת חילופים.

127. בית המשפט הנכבד מיקד את הדיון בעניין ממשלת החילופים במידה רבה בעצם התחולה המיידית של ההסדר על אותה הכנסת שחוקקה את התיקון לחוק היסוד ושנועד לאפשר את הקמת הממשלה בה. כך, אחד מראשי הצו על-תנאי נוסח כך "מדוע לא יקבע כי חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) וחוק ממשלת חילופים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התש"ף-2020 וההסדרים הכלולים בהם – כולם, או חלקם, אשר אמורים לחול בתקופת כהונתה של הכנסת ה-23 – בטלים, ככל שלא יוחלו רק בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 ואילך, זאת תוך קביעת הוראת מעבר מתאימה."

בית המשפט הנכבד (כב' הנשיאה חיות בהסכמת כב' השופטים הנדל, עמית, סולברג, ברק-ארז, ברון, ג' קרא וד' מינץ) דחה את העתירה ומצא, אל מול דעתו החולקת של כב' המשנה לנשיאה מלצר, כי אין הצדקה להתערבות שיפוטית – לא לפי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, ולא לפי דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.

יודגש, כי בחינת תחולתו המיידית של ההסדר החוקתי נעשתה באספקלריה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (מפני שמדובר במאפיין פורמלי של הוראת חוק היסוד ולא בתוכן שלה). כב' הנשיאה חיות עמדה על הקושי הגלום בכך שהרשות המכוננת קובעת הסדרים שאותה הכנסת אף "נהנית" מהם והם נועדו לשרת אותה. היא עמדה על כך שכאשר הנורמה המיועדת מאפשרת לשחקן פוליטי אחד להתגבר על משוכות פוליטיות, אך מציבה רף גבוה יותר בפני שחקן אחר, אזי היא לוקה בפרסונליות מוסדית, אשר יכולה לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, כדלקמן:

"קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית (ראו: איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק יסוד: הממשלה – חוקתיותו" הפרקליט מד 151, 171-172 (1998) (להלן: גבאי)). טלו למשל מקרה שבו כנסת פלונית מתקנת את חוק-יסוד: הכנסת וקובעת כי תקופת כהונת הכנסת תעמוד – החל מאותה הכנסת – על 8 שנים, חלף 4 שנים... העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ"הטבה" זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מידי, וניגוד עניינים זה מעורר חשש כי מדובר בהוראה פרסונלית שנועדה בראש ובראשונה להיטיב עם חברי הכנסת המכהנים.

16. דוגמה אחרת היא הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרופקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר. הוראה כזו עלולה לעורר קושי גם בכל הנוגע למבחן היציבות. כידוע, אחד מהמאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות הוא מעמדן היציב והבלתי-משתנה (עניין שפיר, בפסקה 38 לחוות דעתי). פגיעה ביציבות חוקי היסוד נגרמת, למשל, כשהוראה חוקתית נחקקת כהוראת שעה (שם, בפסקה 39), אך בכך אין כדי למצות את כלל המצבים שעלולים להוביל לפגיעה ביציבות חוקי היסוד, והוראה רטרופקטיבית שיש בה משום שינוי משמעותי של "כללי המשחק" בדיעבד עלולה לפגוע פגיעה קשה ביציבות המפעל החוקתי, גם אם היא מוחלת כתיקון של קבע. זאת, שכן מרכיב מרכזי ביציבותה של חוקה – אולי המאפיין המרכזי ביותר שלה – הוא הביטחון שהיא מקנה לאזרחי המדינה שכללי המסגרת המעצבים את חייהם לא ישתנו למפרע. כך למשל, הכפלת תקופת כהונת הכנסת והחלתה על הכנסת המכהנת באופן מידי כמתואר לעיל, שומטת את הקרקע מתחת לכללי המסגרת הבסיסיים אשר בהתאם להם הצביעו אזרחי המדינה בבחירות לכנסת...

בהתאם לכך, ככל שמועד התחולה של נורמה חוקתית גורר פגיעה גדולה יותר ב"וודאות החוקתית", כך ניתן יהיה לקבוע באופן מובהק יותר כי החלתה במועד זה סותרת את מבחן היציבות (ראו והשוו: גבאי, בעמ' 166).

128. באשר לחקיקת התיקונים לחוק היסוד אשר איפשר את כינונה של ממשלת החילופים בתחולה מיידית, קבעה כב' הנשיאה חיות, כי אין בו כדי לפגוע במבחן הכלליות והיציבות. הובהר שוב, כי "המניעים לחקיקת חוק יסוד, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד". מעבר לכך, מצאה כב' הנשיאה חיות שאין המדובר בניגוד עניינים כה מובהק, המצדיק התערבות שיפוטית בחוקי יסוד, וציינה כי גם אם המקרה הפוליטי-פרטי שימש תמריץ לחקיקת ההסדר, יש לו תכלית העומדת בפני עצמה – מניעת חוסר יציבות שלטונית.

129. כבי המשנה לנשיאה מלצר, בדעת מיעוט, סבר כי יש מקום להוציא "התראת בטלות" ביחס לתיקון לחוק היסוד, כאשר עיקר הקושי בעינינו גלום בהיבט הרטרואקטיבי של התיקון, כלומר שינוי משמעותי של מבנה הממשלה לאחר הבחירות, והידיעה הברורה עם מי הוא בא להיטיב, אשר פוגמים בכלליות ההסדר.

130. ומן הכלל נעבור על הפרט.

## עמדת היועצת המשפטית לממשלה ביחס לסעדים שעניינם ביטול התיקון לחוק

### היסוד

131. כפי שצוין לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שבאה לידי ביטוי גם במהלך הדיונים מפי נציגיה, הלכה למעשה התיקון לא נועד לפתור בעיה כללית אשר התעוררה עובר למקרה קונקרטי, אלא נועד להשליך על התוצאות במישור המשטרי-מינהלי של הרשעה פלילית מסוימת, ולאפשר לחבר כנסת מסוים, שהורשע בדין, להתמנות לתפקיד שר, מבלי שיו"ר ועדת הבחירות המרכזית יבחן את הקלון שדבק בהרשעתו. הסמכות המכוננת של הכנסת לא נועדה להסדרת עניינו הפרטני של חבר כנסת מסוים, בפרט בסוגיות רגישות וערכיות של טוהר המידות, תוך שינוי המגבלות החוקתיות שנבעו מהרשעתו בפלילים עובר להקמת הממשלה.

בצד האמור, יש לזכור כי יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת מחייב משנה זהירות, כפי שאף צוין על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה בהליכים הקודמים שעסקו בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. כפי שיפורט בהמשך, האופן שבו פותחה דוקטרינה זו בפסיקה עד כה, אינו מהווה בסיס להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד.

132. נבחן כעת את התיקון לחוק היסוד בהתאם למבחני המשנה ומבחני העזר שהובאו בפסיקה לזיהוי נורמה כנורמה חוקתית, במסגרת יישום דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת:

**מבחן היציבות** - התיקון נושא העתירה לא נחקק כהוראת שעה אלא **כנורמה קבועה**. לפיכך, נראה כי התיקון עומד בתנאי זה. בצד האמור, לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בשינוי תנאי כשירות בתחום טוהר המידות, לצורך מתן מענה למקרה קונקרטי של מינוי אדם מסוים לשר. בהיבט זה יש בוודאי כדי לפגום בוודאות החוקתית וביציבות של תנאי הכשירות, על רקע התכלית האובייקטיבית העומדת ביסוד דבר החקיקה ושמירה על טוהר המידות.

**מבחן הכלליות** - הנורמה שבתיקון לחוק ביחס לרף הכשירות של שרים מנוסחת כנורמה **בעלת תחולה כללית**, ותחולתה מכאן ולהבא, על כל מינויי השרים בכל ממשלה עתידית. לפיכך, נראה שהתיקון צולח מבחן זה. מנגד, כפי שעלה במהלך הדיונים בכנסת, תכלית

מרכזית של התיקון הייתה להבטיח את מינויו של ח"כ דרעי לשר בממשלה החדשה, אשר לולא התיקון נדרש היה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות ולטעון כי אין קלון בהרשעתו מלפני כשנה. מיקוד החקיקה בעניינו של השר דרעי פוגם בהיבט הכללי של התיקון, הגם שאין בכך כדי לאיין את התחולה הכללית העתידית של ההסדר.

**מבחן ההתאמה למארג החוקתי** – התיקון לחוק היסוד מתקן נורמה, אשר עוגנה גם עובר לתיקון בחוק-יסוד: הממשלה, בסעיף המסדיר ענייני כשירות של שרים, ובחוק-יסוד: הכנסת ביחס לחברי כנסת. מכאן, כי כשירותו של אדם לכהן כשר היא נורמה השייכת למדרג הנורמטיבי החוקתי, וגם מבחן זה מתקיים בעניינו. בהקשר זה יש לדחות את הטענות בעתירת התנועה למען איכות השלטון (סעיף 217 לעתירה), לפיהן התיקון אינו עומד במבחן זה משום שמהותית אין מקום להוריד את רף טוהר המידות של שרים. שאלת רף טוהר המידות הראוי לשרים, היא אמנם סוגיה כבדת משקל המאזנת בין ערכים ואינטרסים שונים, אך היא אינה נבחנת במסגרת מבחן משנה זה. השאלה הנבחנת בשלב זה היא האם קביעת רף טוהר המידות, יהא זה אשר יהא, מהווה חלק מן המטריה החוקתית, ונראה כי אף מטיעוני העותרת עולה שגם לעמדתה כך הדבר. בהקשר זה, יצוין, כי גם בהתאם למבחנים שהציעה כב' השופטת דפנה ברק-ארז **בעניין שפיר** (הגם שמדובר בעמדת מיעוט), המסקנה המתבקשת היא כי מדובר ב"נורמה חוקתית". על-פי **מבחן המובחנות** – קביעתה של הכשירות לכהן כשר היא נורמה שמתאימה להיות מוסדרת על ידי הרשות המכוננת ואף מוסדרת עובר לתיקון חוק היסוד ברמה נורמטיבית זו, ולפיכך גם מבחן זה מתקיים.

133. למעשה, עיקר טענות העותרים בנוגע לאי עמידה במבחן הזיהוי, מתמקדות בטענה לפיה תכלית ההסדר החדש היא פוליטית ופרסונלית – לאפשר לח"כ דרעי להתמנות לשר מבלי שיידרש להוכיח בפני יו"ר ועדת החירות המרכזית כי לא דבק קלון בהרשעתו מלפני שנה. לעמדתם, התחולה המיידית של התיקון, בשילוב עם הפרסונליות שבו, פוגמים בכלליות וביציבות של התיקון.

134. באשר להיבט הפרסונלי העומד ביסוד התיקון לחוק –

עיון בפרוטוקולי דיוני החקיקה מעלה בבירור כי ביסוד התיקון עומד מניע פרסונלי מובהק של הסדרת מינויו של ח"כ דרעי לשר בממשלה החדשה, וזאת – יש להניח – מתוך חשש כי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית יקבע שהוא אינו כשיר לכהן כשר, על רקע הרשעתו בפלילים מלפני כשנה. מדובר אפוא בתיקון שביסודו טעמים פוליטיים-קואליציוניים ופרסונליים מובהקים. אולם, בהתאם להלכה הפסוקה מניעים אלה – **כשלעצמם** – אינם מבססים עילה לביקורת שיפוטית חוקתית עצמאית על חוקי יסוד.

נורמה בעלת מאפיינים פרסונליים היא נורמה אשר התחולה שלה אינה כללית, אלא היא חלה על נסיבות מסוימות ביותר או על אדם ספציפי. כידוע, כל חוק, ומקל וחומר חקיקת יסוד, צריך להיות כללי, וזאת כנגזרת מעקרון שלטון החוק במובנו המהותי. דרישות אלה

נועדו להבטיח שההסדר הנורמטיבי יעוצב, ככל הניתן, מאחורי "מסך בערות" – בתנאים שבהם אין ודאות באשר לשאלה עם מי יטיב החוק הרלוונטי (בג"ץ 6971/11 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל** (אר"ש 2.4.12)). בחינת התחולה של הנורמה – ככללית או פרסונלית – מתבצעת ביחס לחוקי יסוד, במסגרת "מבחן הכלליות", וכאמור במקרה זה, כפי שפורט לעיל, התיקון המוצע עומד בבירור במבחן זה, בהיותו בעל תחולה כללית.

מנגד, כאשר אנו מתמקדים במניעים העומדים ביסוד הנורמה, לא התוכן שלה הוא הנבחן, קרי: האם היא בעלת תחולה כללית או פרסונלית, אלא המניעים הסובייקטיביים של חברי הכנסת שהובילה לחקיקתה. ההיבט הפרסונלי שנבחן הוא האם ביסוד ההוראה עומדים שיקולים פוליטיים או אישיים. ודוק: בפסיקתו העקבית עמד בית המשפט על כך שהמניעים הפוליטיים והאישיים העומדים ביסוד חקיקה, ובכלל זה חקיקת יסוד, אינם עילה להתערבות שיפוטית.

כך, בעת שדן בעתירה שהוגשה נגד הוספת פסקת ההתגברות לחוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994 (בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(5) 913 (1994)), ואשר הוספה כדי לענות על "צרכי שעה קואליציוניים" (החשש מפסילת חוקים שאסרו על יבוא בשר לא כשר) נטען, כי חוק-היסוד החדש אינו חוקתי משום ש"לא נועד לתכלית ראויה ולא מטעמים של טובת הכלל". בית המשפט דחה טענה זו והבהיר כי אם הכנסת פעלה בהתאם להוראות הנוקשות הפורמליות בחוק-היסוד, הרי מדובר בשינוי לגיטימי ואין מקום לבחינה מהותית של השינוי בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, אשר אחד מהם הוא בחינת תכלית ההסדר.

135. כאשר דן בית המשפט בעתירה נגד התיקון לחוק-יסוד: הממשלה בעניין הגדלת מספר השרים בממשלה (בג"ץ 5160/99 **התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת חוקה**, פ"ד נג(4) 92 (1999)), טענו העותרים כי תיקון זה נחקק באופן תכוף, לצרכים קואליציוניים זמניים, ואינו משקף תפישה חוקתית, וטענות אלה נדחו:

"אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים [...] [אולם] **ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית.** על-כל-פנים, במניעי החקיקה במקרה זה, כמו גם בתוכן הפוליטי של התיקון, אין סתירה של עקרונות-על של שיטתנו. והלוא גם אלה שאינם שוללים על הסף את האפשרות מרחיקת הלכת של ביקורת שיפוטית על תוכן חוק יסוד וחוקים שאינה מבוססת על טענה להפרת חוקי יסוד, מגבילים את האפשרות למקרים של פגיעה בעקרונות-על כאלה."

גם בפסק הדין **בעניין בר-און** נטענו טענות דומות לענייננו, אשר פורטו בפסק הדין, ונמצא שאין בהן כדי לבסס עילה להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית (שם, בעמ' 295-296):

"העותרים טענו בהרחבה כי לא ניתן להפקיע עיקרון חוקתי המעוגן בחוקי היסוד בהוראת שעה שמשך תחולתה נקבע אך ורק למשך תקופת כהונתה של

הממשלה הנוכחית. לפי הטענה, ממשלת ישראל מבקשת לנצל את הרוב שיש לה בכנסת כדי לשנות את כללי המשחק הפרלמנטרי, "תוך ניצול לרעה של הרוב האוטומטי הנתון היום לממשלה בבית הנבחרים, על מנת לשנות חוק יסוד באופן זמני ומגמתי – עד תום כהונת הממשלה הנוכחית בלבד... עוד טענו העותרים כי "לא שיקולים של טובת המשטר הפרלמנטרי או של טובת הדמוקרטיה עמדו לנגד אדריכלי החוק, כי אם שיקולים של נוחות והישרדות הממשלה..."

ייאמר תחילה כי ככלל, "ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד – אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים – עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית... גם אם מוכנה הייתי להניח כי המניע לחקיקת החוק היה, כטענת העותרים, רצון של הקואליציה להימנע מהצורך לאשר את חוק התקציב אחת לשנה, אין בנימוק זה כשלעצמו כדי להצדיק ביקורת שיפוטית; בפרט מקום בו הסעד המבוקש הוא להורות על בטלות חוק יסוד."

וכן ראו דבריו של כב' השופט (כתארו אז) פוגלמן בעניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים** :

"בהקשר זה יוער, כי בחוות דעתו ציין חברי כי בבסיס התיקון המוצע שלפנינו עומדים, בפועל, טעמים של נוחות פוליטית (פסקאות ו, כ"ה ול"ב לחוות דעתו). להשקפתי, גם אם אכן שיקולים פוליטיים, ובפרט – רצונה של הממשלה להקל על המורכבות הכרוכה באישור שנתי של תקציב המדינה, הם אלה שהובילו לתיקון שלפנינו, **היבט זה כשלעצמו לא מצדיק לדעתי התערבות שיפוטית מן הסוג המבוקש במקרה דנא**" (פס' 5 לחוות-דעתו).

136. לבסוף יצוין, כי גם בחינה היסטורית מעלה קושי ממשי לייחס משקל מכריע לכך שביסוד התיקון המוצע עומדים שיקולים פוליטיים-אישיים, וזאת משום שתיקונים משטריים רבים, בפרט בחוק-יסוד: הממשלה, נערכו על רקע אילוצים קואליציוניים או פוליטיים כאלה ואחרים, ובית המשפט עמד על כך בעניין **ממשלת חילופים** (שם), בעמ' בסעיף 13 לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) הנדל). לאור האמור, גם בהינתן שביסוד התיקון עומדים מניעים פוליטיים או פרסונליים, אין בכך **כשלעצמו** כדי לבסס עילה להתערבות שיפוטית.

137. באשר **לתחולה המיידית** של התיקון -

העותרים אינם ממקדים את טענותיהם רק בהיבט הפרסונלי של התיקון, ומחדדים כי הקושי נובע מהשילוב בין ההיבט הפרסונלי לתחולה הפרוספקטיבית של התיקון. בהקשר זה מבקשים העותרים להתבסס על מבחן עזר נוסף שפותח בעניין **ממשלת החילופים**, כחלק ממבחן הכלליות או מבחן היציבות, ולפיו יש לבחון האם ההסדר על-ידי הרשות המכוננת נחקק תוך **ניגוד עניינים מוסדי**. לעמדתם, מדובר בתיקון שבו "הכנסת מחוקקת לעצמה", ועל כן לא ניתן היה במקרה זה להחיל את התיקון על מינוי קונקרטי של שר בממשלה, ואף אם אין מקום לביטולו המוחלט לכל היותר יש מקום לדחות את מועד תחילתו או את היקף תחולתו על הרשעות קיימות.

כפי שיפורט להלן, היבט זה של התיקון אכן מעורר קושי רב. ברם, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התיקון לחוק היסוד אינו עומד ברף של אותם מקרי קצה שהוזכרו **בעניין ממשלת החילופים**, כמעוררים את אותו ניגוד עניינים מוסדי אשר יכול להצדיק הפעלת ביקורת שיפוטית חריגה על חוקי יסוד, ונבהיר.

כפי שצוין לעיל, בפסק דין **בעניין ממשלת החילופים**, בית המשפט הנכבד חידד (בדעת רוב) כי יכולים להיות מקרים חריגים שבהם **תיקון קבוע וכללי** של חוק יסוד המוחל **מיידי**, לא יעמוד במבחן שנקבע **בעניין שפיר**, וזאת שעה שהכנסת מצויה בניגוד עניינים מוסדי. כאמור לעיל, הדוגמאות שניתנו בפסק הדין **בעניין ממשלת החילופים** עסקו בנסיבות שבהן הרוב בכנסת המכהנת עושה שימוש בסמכות המכוננת כדי להעניק לעצמו יתרון או הטבה משמעותיים על חשבון כנסת עתידית או כדי לשנות בדיעבד את כללי המסגרת לבחירות או את תוצאותיה (לדוגמה, כנסת המאריכה את תקופת כהונתה מכאן ואילך, או המשנה באופן מיידי ועתיד את מספר חברי הכנסת (ראו ציטוט סעיפים 15 ו-16 מדברי כב' הנשיאה חיות בפסק הדין **עניין ממשלת החילופים**, כאמור לעיל). הדברים יכולים לבוא לידי ביטוי גם בכך שרוב בכנסת מסוימת יעשה שימוש בסמכותו המכוננת, כדי לשנות מהותית את כללי המשחק המסדירים את מערכת היחסים בין הרוב למיעוט, ובאמצעות חוקי היסוד יעניק לעצמו יתרון "לא הוגן", אשר יהיה בו כדי לעוות את תוצאות הבחירות ואת כוחו היחסי באותה הכנסת. בכל המקרים הללו ההוראה הנורמטיבית עצמה שמבקשים לשנות לא בהכרח תעורר קושי מבחינת תוכנה, אך הפגיעה הקשה נובעת מעצם העובדה שהיא מוחלת באופן מיידי על אותה הכנסת אשר משנה את הכללים עבור עצמה.

אכן, במובנים מסוימים יש ממש בטענת העותרים לכך שהתיקון דגן מבטא מעשה חקיקה של הרשות המכוננת בהיותה במצב של ניגוד עניינים מוסדי - הרשות המכוננת משנה את כללי המשחק עבור קואליציה קונקרטית, רגע לפני הקמת הממשלה, כדי שחבר כנסת מסוים יוכל לכהן כשר בממשלה החדשה, אשר תנאי הכשירות הקיימים לא מאפשרים לו לעשות כן מבלי להוכיח שבהרשעתו לא דבק קלון.

138. החריגות של המקרה שבפנינו באה לידי ביטוי במספר אופנים :

תחילה, יש לומר, כי הוראות הכשירות של שרים הן מסוג ההוראות בחוק-יסוד: הממשלה הנושאות מטען ערכי-קונסטיטוציוני משמעותי. תיקון סעיפים כאלה, "תוך כדי תנועה", לטובת שחקנים נקודתיים מעורר קושי רב יותר, מאשר תיקונים של סעיפים מסוימים בחוק היסוד העוסקים במבנה הממשלה. בחלק נכבד מהתיקונים המשטריים שנערכו עד כה, והוחלו באופן מיידי, דובר בהסדרה של מערכת היחסים בתוך הממשלה ובין חברי הממשלה – קרי, הסדרת מערכת היחסים בתוך הרוב, באופן שלא השפיע, בוודאי לא באופן מהותי, על יחסי רוב-מיעוט, או על יחסי כנסת-הריבון (הציבור).

שינוי כללי טוהר המידות עבור שחקן פוליטי מסוים, המחייב באופן אינהרנטי תחולה מידית, מעורר קושי רב יותר, בשל המטריה החוקתית שבה אנו עוסקים. למותר לציין, כי גם מבחינה מעשית, רף טוהר המידות הנדרש משרים אינו מסוג סעיפי חוק היסוד אשר נעשה בהם שינוי תכוף, ומעולם לא נעשה בו שימוש עובר להקמת ממשלה, או כדי להכשיר אדם קונקרטי לכהונה כשר.

139. מעבר לאמור, מדובר בתיקון שעוסק בכללי האתיקה והמוסר החלים על חברי הכנסת עצמם, משמרבית השרים מתמנים מבין חברי הכנסת. במובן זה, יש קושי מובנה אינהרנטי מעצם הקביעה של חברי הכנסת את מגבלות טוהר המידות שיחולו עליהם. במצב זה, כפי שאף ציינה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה בדיונים בכנסת, גובר הצורך שחקיקת היסוד תיעשה מאחורי מסך בערות ומתוך בחינה ערכית ורוחבית של הסוגיה, ולא לצורך הסדרה קונקרטית של מינויו של אדם מסוים על רקע אי עמידתו ברף כשירות טוהר המידות הקיים.

הקושי במקרה דנן אינו טמון אפוא (רק) בעצם העובדה שקיימים מניעים פרסונליים או פוליטיים ביסוד התיקון. התיקון מבקש - במבחן התוצאה - לשנות באופן נקודתי את ההשלכות המשפטיות במישור הציבורי-משטרי של הרשעה פלילית מסוימת, וקשה לראותו ככזה אשר נועד במהותו לפתור בעיה כללית אשר התעוררה עובר למקרה קונקרטי. נדמה שאין צריך להרחיב על הקושי המהותי הטמון בשימוש בסמכות המכוננת לצורך הסדרת עניינו הפרטני של חבר כנסת מסוים, בפרט בסוגיות רגישות וערכיות של טוהר המידות.

140. בתוך כך, על אף הקשיים המהותיים האמורים, נדמה כי תיקון זה אינו עולה לכדי "ניגוד עניינים מוסדי", כפי שהותווה עד כה בפסיקה. התיקון לחוק היסוד אינו מקנה יתרון בלתי הוגן לשחקן פוליטי בכנסת הנוכחית על פני משנהו. כמו כן, אין המדובר בתיקון המשנה "סדרי בראשית". בתחולתו המיידית או בתוכנו של התיקון – אין אפוא כדי לפגוע באופן מהותי וקשה בעקרונות היסוד של השיטה או ביחסים שבין הרוב והמיעוט בכנסת הנוכחית.

141. עוד יש לזכור, כי לאורך השנים נחקקו הסדרים רבים לצרכים קואליציוניים ופוליטיים, וחלק נכבד מההסדרים המשטריים נחקקו בסמוך לבחירות הכלליות, עם תחולה מיידית, באופן אשר שירת בטווח הקצר קואליציה מסוימת. קביעת מדרג בין המקרים השונים ובין "המניעים הפוליטיים" השונים, עלולה להכניס את בית המשפט הנכבד, בעל כורחו, עמוק לתוך הזירה הפוליטית (השוו לעניין זה דברי כב' השופט ברק ארז **בעניין שפיר**, בעמ' 63-62). בהתאם לכך, הפסיקה קבעה כי הפעלת ביקורת שיפוטית חריגה שכזו יכולה להיות מוצדקת במצבים **קיצוניים** המעלים קושי דמוקרטי מהותי (כגון מצבים שבהם הכנסת מאריכה את כהונתה שלה).

142. בהתאם לכל האמור לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה התיקון לחוק עומד במבחני הזיהוי כפי שהותוו עד היום בפסיקה. למען הזהירות, ולאור הקשיים שהוצגו, נעבור לבחון בתמצית את התיקון גם בהתאם למבחן הצידוק.

143. עיון בפרוטוקולי הדיון מעלה, כי אף שדיוני הכנסת התמקדו במידה רבה בעניינו הפרטני של השר דרעי, ניתן למצוא גם עוגנים אובייקטיביים מסוימים העומדים ביסוד התיקון. בדברי ההסבר מובהר כי לעמדת המציע מדובר בתיקון משטרי רצוי, אשר נועד לממש את רצון הבוחר ולהעניק בידי הכנסת מתחם רחב של שיקול דעת למנות ממשלה כרצונה. כך, בדיוני החקיקה עלה הקושי הנובע מכך שאדם שיש לו תמיכה ציבורית רחבה ביותר להתמנות כחבר כנסת ולהוביל מפלגה עם 11 מנדטים, לא יכול מבחינת כשירות להתמנות כשר, ועל כן יש הצדקה להשוות ככל האפשר את תנאי הכשירות בין שרים לבין חברי כנסת. בהקשר זה, בדברי ההסבר נכתב כי: "התיקון יביא לצמצום הפער בין הרף הנדרש למינוי השרים הקבוע בסעיף 6 לחוק היסוד ובין הסף הקבוע בסעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת, לעניין הזכות לבחור ולהיבחר כחבר כנסת."

לכך נוסיף כי בדיוני הכנסת בחוק-יסוד: הממשלה שנת 2001, בשאלת רף טוהר המידות של שרים, אשר עסקו בשאלה במישור העקרוני ולא עובר למקרה פרטני, הועלתה האפשרות להשוות בין רף הכשירות של חברי הכנסת לזה של שרים.

בנסיבות אלה, יש קושי לבסס באופן חד-משמעי כי על אף המימד הפרוסנלי המובהק שביסוד התיקון, אין לו הצדקה ותכלית העומדת בפני עצמה. בנסיבות אלה, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, התיקון צולח - גם אם בקושי רב - גם את מבחן הצידוק.

### טענות נוספות

144. כעת נבקש להסיר מן הפרק שתי טענות העולות בעתירות שאף לגביהן ניתן צו על תנאי - ובהן בקשה לביטול סעיף 8 לחוק יסוד: הממשלה בשל "הוראת מהות הסעיף" וכן "לאור הפגמים המהותיים שנפלו בהליך החקיקה" (ר' סעיף ב' **לעתירת שיינפלד**). כך גם **בעתירת התנועה לאיכות השלטון** נטען באופן כללי כי יש להורות על ביטול כל התיקון "לנוכח הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת התיקון לחוק היסוד" (ר' סעיף ב.1.ג. לעתירת התנועה לאיכות השלטון).

### טענות לבטלות תחולת הכניסה המיידית של התיקון לחוק היסוד

145. אשר לטענות ביחס לביטול סעיף 8 לחוק היסוד ומועד תחילת החוק "ביום קבלתו בכנסת" ולא מעת פרסומות ברשומות, הרי כפי שפורט לעיל, התיקון ברשומות פורסם **בו ביום** שבו אושר התיקון לחוק היסוד בכנסת בקריאה שניה ובקריאה שלישית. משכך, לא הייתה להוראת התחילה הייחודית בעניין זה כל משמעות מעשית, והדיון בסוגיה זו התייתר מאליו.

### טענות לבטלות התיקון לחוק היסוד בשל פגמים בהליך החקיקה

146. העותרות מבקשות כי בית המשפט הנכבד יורה על ביטול התיקון לחוק היסוד בשל פגמים שנפלו לטענתן בהליך החקיקה. על פי הנטען, בהליך החקיקה לא מומש עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת במלואו, משלא ניתן לחברי הכנסת פרק זמן ראוי לדון בשינויים המשטרניים והשלכותיהם; וההליך נעדר תשתית עובדתית ומשפטית ראויה באופן שגם חורג מהדרך שבה נחקקו חוקי-יסוד בעבר (ראו למשל בסעיפים 94-101 **לעתירת שיינפלד** ובפרק ד.4. **לעתירת התנועה לאיכות השלטון**).

147. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בהתאם להלכה הפסוקה בעניין היקף התערבותו המצומצמת של בית המשפט הנכבד בהליכי חקיקה, לא קמה עילה להתערבותו השיפוטית בהליך החקיקה דנן.

148. הלכה פסוקה היא, כי היקף התערבותו של בית המשפט הנכבד בהליך חקיקה, יהא מצומצם ביותר, ויעשה במקרים חריגים ויוצאי דופן ביותר, שבהם נפל פגם היורד לשורשו של הליך, המתבטא בפגיעה קשה בעקרונות יסוד של הליך החקיקה, הנוגעים ליסודות המשטר החוקתי בישראל, וביניהם גם עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך.

בתמצית, בית המשפט הנכבד נדרש לאורך השנים בפסיקתו לשאלת ההתערבות בהליכי חקיקה של הכנסת על רקע טענות לפגמים בהליך החקיקה. בית המשפט הנכבד נדרש לסוגיה זו באופן נרחב בבג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (27.9.04); להלן **"עניין ארגון מגדלי העופות"**, שעסק בהליך חקיקתו בכנסת של פרק החקלאות ב"חוק ההסדרים" משנת 2003.

בעניין **ארגון מגדלי העופות** נקבע על-ידי בית המשפט הנכבד [מפי כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש] כי על רקע עקרון הפרדת הרשויות, "המבחן להתערבותו של בית-משפט זה בהליך החקיקה הוא אם הפגם שנפל בהליך החקיקה הינו "פגם היורד לשורש ההליך" (עמ' 41). באשר לשאלה מהו פגם היורד לשורש ההליך, נקבע כי זו תוכרע "על-פי עוצמת הפגיעה שפגם זה פוגע "בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" או בערכים הבסיסיים של משטרנו החוקתי המונחים ביסוד הליך החקיקה" (עמ' 42), וכי הפרשנות שניתנת למושג "פגם היורד לשורש ההליך" – "מגבילה אותו רק לפגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (עמ' 42). בכלל זה נקבע שם כי אין בעצם העובדה שמדובר בהליך חקיקה מזורז מסוג של חוק ההסדרים (שבו דובר שם), כשלעצמה, כדי להביא להכרזה על בטלותו של חוק.

בהידרשו לעקרונות הספציפיים שפגיעה קשה בהם מהווה פגיעה במשטר החוקתי, ועל כן עשויה להקים עילה להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה, קבעה כב' השופטת (כתוארה אז) ביניש, כי עם עקרונות אלה ניתן למנות "את עקרון הכרעת הרוב; את עקרון השוויון הפורמאלי (שלפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי-הכנסת); את עקרון הפומביות; את עקרון ההשתתפות (שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה)" (עמ' 43).

149. באשר לעקרון ההשתתפות, שעומד במוקד טענות העותרים בעתירות דנן, נקבע כי "עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק" (עמ' 50). בית המשפט קבע כי:

"על-מנת להביא להתערבות שיפוטית בהליך החקיקה אין די בהוכחת פגיעה בעקרון יסוד של הליך החקיקה, כגון עקרון ההשתתפות, אלא יש להצביע על פגיעה קשה וניכרת באותו עיקרון. על-כן אף אם יוכח כי הליך החקיקה מנע קיומו של דיון מעמיק וממצה ופגע ביכולתם של חברי-הכנסת לגבש עמדה מבוססת לגבי כל אחד מהנושאים המופיעים בהצעת החוק, אין די בכך כדי להצדיק התערבות שיפוטית... קשה לכאורה להעלות על הדעת מה יהיו המקרים הקיצוניים, אם בכלל, שבהם היקף הנושאים בהצעת החוק יהיה כה רב, והליך החקיקה יהיה כה מזוהז, עד כי יהיה מקום לקבוע כי נשללה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לדעת על מה הם מצביעים. רק במקרים קיצוניים ונדירים כאלה, אשר נקווה כי במציאות הפרלמנטרית שלנו אינם צפויים, לא יהיה מנוס מן המסקנה כי נשללה למעשה מחברי-הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה" (עמ' 50-51; ההדגשות במקור).

150. בבג"ץ 3234/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת (9.7.15) (להלן: עניין יש עתיד) נדונה עתירה בעניין תיקון חוק יסוד: הממשלה, שכללה טענות על פגמים בהליך החקיקה, בין היתר על קיצור המועדים וסדרי הדיון המיוחדים שננקטו באישור ההליך. העתירה נדחתה תוך שבית המשפט הנכבד חזר על ההלכה בעניין ארגון מגדלי העופות וקבע בנוסף כי:

"אין חולק כי התיקון נחקק בהליך מזוהז, אשר ככלל אינו רצוי, ובפרט כאשר מדובר בחוק-יסוד (...) לאחר עיון בטענות הצדדים, איני סבורה כי במקרה שלפנינו המהירות שבה נחקק התיקון מהווה פגם היורש לשורשו של ההליך. אכן, מעמדם של חוקי היסוד מחייב את "מירב שיקול הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם" (...) אך יש לתת את הדעת גם לאילוצי חוסר הזמן האמורים ואין זה ברור כלל כי הצגת ממשלה חלקית לאמון הכנסת הייתה עדיפה בענייננו. לא זו אף זו: בתגובת המשיבים 1-3 פורט בהרחבה הליך החקיקה שעבר התיקון, וצורפו הפרוטוקולים הרלוונטיים. עיון בהם מלמד כי חרף פרק הזמן הקצר, התנהלו לגבי התיקון – הכולל שני הסעיפים – דיונים ערים וארוכים בוועדה המסדרת, בוועדה המיוחדת ובמליאת הכנסת. במסגרת דיונים אלה נשמעו עמדותיהם של חברי הכנסת שהתנגדו לתיקון, כמו גם עמדותיהם של הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט ושל הייעוץ המשפטי לכנסת. לא ניתן לומר כי בענייננו לא הייתה לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת התיקון".

151. בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (6.8.17; להלן: **עניין קוונטינסקי**), בית המשפט הנכבד פסק אמנם, בדעת רוב, כי בהליך החקיקה נפל פגם היורד לשורשו של עניין, והורה על החזרת הדיון בהצעת החוק לשלב שבו נפל הפגם, אך התחדד שאמת המידה בעניין זה אינה נאותות ההליך. במסגרת דעת הרוב נקבע, כי הלכת **ארגון מגדלי העופות**, על קביעותיה ומבחניה, עומדת על מכונה, וכי פסק הדין בעניין **קוונטינסקי** מהווה רק "פיתוח מסוים" שלה, אך עדיין בגדרי הלכת **ארגון מגדלי העופות** (ראו פסקה 107 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג), תוך שהודגש הצורך לאפשר דיון ולו מינימלי כדבריו בהצעת החוק בוועדה. כב' השופט סולברג עמד על הצטברות הנסיבות במקרה הספציפי, כפי שנטען על ידי היועץ המשפטי של הכנסת, שהביאה במקרה דנן לקביעה כי נפל פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה, אך לצד זאת הדגיש, כי אין במסקנה שאליה הגיע כדי לקבוע שעל הכנסת או חבריה לקיים "הליך חקיקה נאות" וכי בית המשפט הנכבד אינו בוחן את איכות הדיון שקיימו חברי הכנסת, אלא מגן על הדרישה לאפשר לחברי הכנסת לגבש עמדה מושכלת ולו באופן מינימלי (ראו פסקה 106 לחוות דעתו של כב' השופט סולברג).
152. הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה שיצאה מבית המשפט הנכבד, התערבות בהליך חקיקה שהתקיים בכנסת, יכול שתיעשה **במקרים חריגים ויוצאי דופן ביותר, שבהם נפל פגם היורד לשורשו של הליך, המתבטא בפגיעה קשה בעקרונות יסוד של הליך החקיקה הנוגעים ליסודות המשטר החוקתי בישראל, ובהם עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך**. בית המשפט הנכבד עמד על כך שעילה להתערבות שיפוטית לא תקום בשל כך שהליך החקיקה לא היה אידיאלי, ושאינן מוטלת על הכנסת בהליך החקיקה חובה של קיום "הליך נאות". בעניין **קוונטינסקי**, עמד בית המשפט הנכבד על כך שנדרש לאפשר קיומו של דיון מינימלי, וכי בנסיבות העניין החריגות שם, כפי שפורטו על ידי היועץ המשפטי לכנסת, קמה עילה להתערבותו.
153. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, בשים לב לאמות המידה המחמירות שנקבעו בפסיקה בדבר התערבות בית המשפט הנכבד בהליכי חקיקה, לא קמה עילה להתערבותו הנכבד בהליך החקיקה דנן.
154. אכן, בהתאם להלכה הפסוקה, מעמדם של חוקי יסוד, שנועדו לקבוע הסדרים חוקתיים-משטריים, מצדיקים בפרט כי הכנסת תנהל לגביהם דיון מעמיק, על פני פרק זמן ראוי, ללא לוחות זמנים צפופים המוכתבים מראש בשל מועד הקמת הממשלה.
155. עם זאת, כפי שפורט בפרק הרקע העובדתי, לא ניתן לומר כי במקרה זה לא התקיים עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה. הוועדה המיוחדת הקדישה להצעת החוק מספר ימי דיונים, שנמשכו שעות ארוכות, בהשתתפות חברי כנסת מסיעות שונות. פרוטוקולי הדיונים מצביעים על כך שחברי הכנסת הביעו את עמדותיהם בסוגיה, שאלו שאלות, וקיבלו הסברים מפורטים מהיועץ המשפטי לוועדה, כמו גם מנציגי הייעוץ המשפטי לממשלה ביחס לעיקרי ההסדר ולמהותו. בנוסף השתתפו בדיוני הוועדה המיוחדת גם מספר נציגי ארגונים ציבוריים, לרבות חלק מהעותרים, אשר התייחסו לסוגיות העולות מהתיקון.

156. **לסיכום החלק הנוגע לתיקון חוק היסוד**, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא, כי יישום של מבחני המשנה שעיצב בית המשפט הנכבד בהקשר של הדוקטרינה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שפותחו בפסיקה עד כה, מצביע על כך שניתן לזהות את התיקון כ"נורמה חוקתית". בתוך כך, המניעים הפוליטיים העומדים בבסיסו, בדגש על העובדה משרת את צרכיו האישיים של חבר כנסת מסוים, מעוררים קשיים רבים – אשר יש בהם כדי לפגוע מהותית בעקרון טוהר המידות, במלחמה בשחיתות שלטונית ובעקרון הבסיס של שלטון החוק והשוויון בפני החוק. ואולם, להבנתנו, אין בקשיים מהותיים אלה, כדי לבסס את המסקנה שמקרה זה מוציא את התיקון מגדר "נורמה חוקתית".

### **סבירות מינויו של חה"כ דרעי לשר בממשלת ישראל ה-37**

157. הסוגיה המרכזית השניה המועלית בעתירות היא סבירות מינויו של חה"כ דרעי לכהונת שר הפנים, שר הבריאות והמשנה לראש הממשלה בממשלה ה-37.

158. **בעתירת שיינפלד**, אשר בעיקרה מעלה טענות חוקתיות נגד תיקון חוק היסוד, טוענים העותרים גם לחוסר סבירות קיצוני במינוי חה"כ דרעי לשר, ואולם טענותיהם במישור המינהלי הובאו בתמצית יתר, בשולי העתירה (בעמודים 53-56 בלבד). את טענתם לחוסר סבירות המינוי מבססים העותרים על נסיבות הרשעתו האחרונה של חה"כ דרעי ו"בשים לב להיותו עבריין חוזר" וכן מכיוון ש"פעל, במודע ובמתכוון, כדי להטעות את בית המשפט וליצור את הרושם כאילו הוא עומד לעזוב את החיים הציבוריים".

159. העותרת **בעתירת טוהר המידות** תוקפת את מינויו של חה"כ דרעי לשר ומציגה טענות מינהליות בלבד. בסעד א' לעתירה, אשר רק לגביו ניתן צו על תנאי, למען יעילות הדיון, התבקש כדלקמן: "מדוע לא יבוטל מינוי המשיב 3 לשר הפנים ושר הבריאות, בממשלת ישראל ה-37 (להלן גם "הממשלה") בהיותו מינוי פסול ובלתי סביר באופן קיצוני, היורד לשורשם של דברים ופוגע פגיעה אנושה באמון הציבור". טענות העותרת בתמצית (עמ' 16-13 לעתירה) הן כדלקמן:

- כי לא ניתן להתעלם מכללי הכשירות אשר היו בתוקף טרם תיקון חוק היסוד במרחב שיקול הדעת של ראש הממשלה בהחלטה על המינוי, ובפרט בעניינו של השר דרעי, מאחר שהסדר הטיעון בעניינו אושר בזמן שהיו קבועים כללי הכשירות הקודמים;
- כי בחירתם של ראש הממשלה נתניהו והשר דרעי שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות ולבקש כי יקבע שלא דבק קלון במעשיו של השר דרעי, "מעידה כי גם הם סברו כי במעשיו של המשיב 3 [השר דרעי, הח"מ] דבק קלון" ובנסיבות אלו אין זה סביר למנותו לשר.

- כי ההחלטה על מינויו - בשים לב להרשעתו האחרונה ולפרק הזמן הקצר שחלף ממנה, לחומרת העבירות בהן הורשע בעבר, ובשים לב לקביעות קודמות של בית המשפט הנכבד בעניינו – חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ודינה בטלות.
- כי הצהרותיו של השר דרעי הובילו לקבלת הסדר הטיעון, ואפשר שאף להקלה בעונשו, ולפיכך מושתק השר דרעי "מלטעון בדבר זכותו לבחור ולהיבחר לתפקיד שר".

160. עתירת התנועה לאיכות השלטון תוקנה ביום 2.1.23, ונוסף לה סעד אשר רק בגינו הוצא על-ידי בית המשפט הנכבד צו על תנאי, המבקש להורות לראש הממשלה להעביר את השר דרעי מכהונתו על-פי הסמכות הנתונה לו בסעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה.

### הסעד האקטואלי לעניין סבירות מינויו של ח"כ דרעי לשר בממשלה ה-37

161. הן עתירת שיינפלד, הן עתירת התנועה לאיכות השלטון, הוגשו עוד בטרם מונה ח"כ דרעי לשר. כעת, משכבר נכנס השר דרעי לכהונת שר הפנים, שר הבריאות והמשנה לראש הממשלה, הסעד האקטואלי שעומד להכרעתו של בית המשפט הנכבד הוא הסעד שלגביו ניתן צו על-תנאי בעתירה המתוקנת של התנועה למען איכות השלטון, קרי, מדוע לא יעביר ראש הממשלה את השר דרעי מכהונתו בממשלה, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה (בהקשר זה ראו והשוו, סעיף 14 לפסק הדין של כב' הנשיאה חיות בעניין דרעי 2015).

### סמכות ראש הממשלה להעביר שר מכהונתו והיקף שיקול דעתו בעניין זה

162. הסמכות להעביר שר מכהונתו קבועה בסעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ולפיה:

"ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו".

163. שיקול הדעת המופעל על ידי הגורם הממנה, הן לעניין המינוי הן לעניין ביטול המינוי, כפוף לביקורת שיפוטית, מתמצה בשאלה האם האיזון שנערך חרג ממתחם הסבירות, אשר היקפו נקבע, בין היתר, על פי זהותו של הגורם הממנה ועל פי סוג המינוי (ראו: ראו: בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, [פורסם בנבו, פסקה 21 (10.11.2015), (להלן: עניין גלנט) פסקה 22); עניין הנגבי, פסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו דאז) א' ריבלין (2003)). שיקול דעת זה מחייב לבחון את מכלול השיקולים הרלבנטיים להחלטה, ולייחס לכל אחד מהם משקל מתאים בעת עריכת האיזון ביניהם (עניין גלנט).

164. בהתאם לפסיקה עליה שב בית המשפט הנכבד וחזר, הגם שהחלטות בעניין מינויים והעברה מכהונה של שרים וסגני שרים אינן חסינות מביקורת שיפוטית – ובכך דומות הן לכל החלטה אחרת של רשות מינהלית – מתחם הסבירות הנתון לראש הממשלה הממנה שרים

או לחבר-הכנסת שהוטל עליו על-ידי הנשיא להרכיב את הממשלה, לפי העניין, בקביעת הרכב ממשלתו ובמינוי השרים שיהיו חברים בה הוא **רחב עד מאוד** (ראו, למשל, בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2), 446 פסי' 3 (2004)).

165. מתחם רחב זה של שיקול-דעת – אשר יסודו הן בזהות בעל הסמכות (מי שעומד או עתיד לעמוד בראש "הרשות המבצעת") והן במהות הסמכות (שהיא בעלת אופי פוליטי-מפלגתי מובנה, ואשר מעורבים בה שיקולים קואליציוניים הנוגעים לעצם אפשרות קיומה של הממשלה), נועד לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת של המדינה ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה באופן יעיל; ביסודו ניצב, אפוא, האינטרס הציבורי להבטיח את יציבותה של הממשלה ואת יכולתה לעמוד במשימותיה (**עניין רמון**, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

166. אף אופיה הפוליטי המובהק של סמכות המינוי של שרים, לצד היותו של ראש הממשלה הגורם הממנה, מרחיבות את מתחם הסבירות. בהתאם לכך - גדרי התערבותו של בית המשפט בהחלטות המינוי מצטמצמים לאותם מקרים, בהם המינוי עשוי לפגוע פגיעה קשה וחמורה במעמדם של מוסדות השלטון ובאמון הציבור בהם (**עניין רמון**, פסקה 23; **עניין הנגבי**, פסקה 5 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא אור).

167. שיקול נוסף שהוכר בפסיקת בית המשפט הנכבד כפועל להרחבת מתחם שיקול-הדעת הנתון לראש הממשלה כגורם הממנה בהקשר זה, וכפועל יוצא מכך, להצרת מתחם הביקורת השיפוטית על מעשה המינוי, נוגע לכך שמינויים של שרי הממשלה עובר, ככלל, תחת שבט הביקורת של הכנסת. זאת, מכוח הוראת סעיף 13(ד) לחוק היסוד, המורה כי "הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם", וסעיף 15 לחוק היסוד לפיו גם צירוף שר חדש לממשלה טעון אישור הכנסת; על-פי פסיקת בית המשפט הנכבד, האישור הפרלמנטרי הניתן להחלטת המינוי של שר מגלם את הסכמת המוסד הנבחר במדינה למינוי ולזהות הנבחר לתפקיד, ומשכך, משפיע על מרחב שיקול-הדעת במינוי (**עניין רמון**, בפסקה 21 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נז(6), 817, 848 (2003), להלן: **עניין דרך צלחה**).

168. ההלכה הפסוקה שבה והדגישה, כי לא בנקל יקבע בית המשפט הנכבד כי מינויו של אדם לתפקיד שר בממשלה משקף איזון בלתי-ראוי בין השיקולים הצריכים לעניין, וכי בית המשפט יתערב ויאמר את דברו בהקשר זה, אך מקום בו "מינוי כזה עלול לפגוע במעמדם של מוסדות השלטון ובאמון הציבור בהם, בפגיעה שחומרתה כה קשה עד כדי הפיכת מעשה המינוי לבלתי סביר באופן קיצוני" (**עניין רמון**, בפסקה 23 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (6.12.07)).

169. כפי שנקבע על-ידי בית המשפט הנכבד מדובר ב"סמכות מיוחדת במינה, הן בשל המעמד של ראש-הממשלה בנוגע להרכב הממשלה והן בשל האופי הפוליטי של הממשלה. היא חובקת מגוון רחב של שיקולים ומשתרעת על מיתחם רחב של סבירות" (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 58, 46 (1997), להלן: עניין בר-און).

170. יצוין, כי המאפיינים הפוליטיים המובהקים של החלטה על מינוי שרים וסגני שרים וההצדקה הנובעת מהם להרחבת שיקול-הדעת של הגורם הממנה, הובילו את הפסיקה לאבחן בין החלטה על מינוי סגני שרים ושרים לבין החלטה על מינויים של בעלי תפקידים שהם מקצועיים במהותם, כדוגמת מינויים לתפקידים בשירות המדינה, כשלגבי האחרונים נקבע כי מתחם שיקול-הדעת האמור הוא, בהיבט זה, צר יותר (וראו למשל: עניין הנגבי בפסקה 31 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס).

גם בהקשר זה, שיקול-הדעת של הגורם הממנה הוכר כרחב יותר בהשוואה לזה החל ביחס למינוי למשרות ציבוריות, שכן במקרה זה קם הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי הברור בדבר שמירה על רמה ערכית ראויה של נבחרי הציבור (המתקיים, כמובן, גם ביחס לעובדי הציבור), לבין אינטרס הייצוגיות, קרי – הרצון לאפשר לציבור להיות מיוצג לפי בחירתו, הייחודי לעניין זה (וראו למשל: בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 18 (פורסם בנבו, 12.10.08)). ראו גם עניין הנגבי הראשון פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) ריבלין.

### "הלכת דרעי-פנחסי"

171. כאמור, סמכותו של ראש הממשלה במינוי שרים בממשלתו והעברתם מכהונתם היא רחבה ביותר. עם זאת, על פי ההלכה הפסוקה, שיקול דעת שניתן לרשות מינהלית, לעולם אינו "שיקול דעת מוחלט". ראו לעניין זה, ד"נ 16/61 כרדוש נ' רשם החברות, (21.6.1962):

"שיקול-דעת שניתן לרשות מינהלית – אפילו הוא מוחלט – צמוד תמיד לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה; ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהא בלתי-מוגבל".

172. בפסיקתו של בית המשפט הנכבד נקבע, כי מקום בו מסרבת הרשות לעשות שימוש בסמכות הנתונה לה, חייבת הרשות לבסס סירוב זה על אמות המידה המקובלות, ולהראות כי החלטתה זו נעשית מתוך שיקולים סבירים (ראו בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, סעיף 5 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק) (נבו 12.6.83).

ההחלטה בדבר מינוי אדם לתפקיד ציבורי היא החלטה מינהלית, וככזו היא כפופה לכללי המשפט המינהלי – ובפרט לחובתה של הרשות הממנה להפעיל שיקול דעת סביר בעת המינוי.

173. בפסקי הדין שניתנו בבג"ץ 3094/93 (להלן: עניין דרעי 1993) נבחן עניין הפעלת סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו לפי סעיף 21(א) לחוק יסוד: הממשלה הקודם, היתה בחלק הרלוונטי לנוסחו של סעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי.

במישור הפעלת הסמכות נקבע בפסק הדין בבג"ץ 3094/93 כי:

"סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין".

ובנסיבות אותו מקרה הפרטני נקבע בעניין דרעי 1993 כי החלטת ראש הממשלה שלא להעביר את השר דרעי מכהונתו לאחר שהוגש נגדו כתב אישום חמור נגועה בחוסר סבירות קיצוני, וכי מין הדין שראש הממשלה יפעיל סמכותו ויעביר את השר דרעי מכהונתו.

פסק הדין בעניין פנחסי דן אף הוא ביחס בין תנאי הכשירות הפורמליים לצורך מינוי לכהונה ציבורית, לבין שיקול הדעת המינהלי באשר לנאותות המינוי, ובו נקבע בתמצית, הכלל הידוע כ"הלכת דרעי-פנחסי", לפיו "כשירות לחוד ושיקול דעת" (סעיף 26 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק. קרי עמידה בתנאי הכשירות הפורמליים לצורך מינוי לכהונה ציבורית, וכן העדרם של תנאי כשירות סטטוטוריים למינוי, עדיין מותרים חובה על הרשות הממנה להפעיל את שיקול דעתה באשר לנאותות המינוי. יפים לענייננו, דבריו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ברק בעניין פנחסי, כדלקמן:

"טול מקרה, שבו קיימת הוראה בדבר כשירות, לפיה אדם אינו כשיר להתמנות למשרה פלונית אם טרם עברו חמש שנים מאז שהורשע בעבירה שיש עמה קלון. נניח כי עברו שש שנים מאז הורשע מועמד בעבירה שיש עמה קלון. פשיטא, שאותו מועמד כשיר להתמנות לאותה משרה. האם נובע מכאן שהרשות הממנה אינה רשאית להתחשב בעברו הפלילי בעשותה את המינוי? האם לא חייבת הרשות המנהלית לקחת גורם זה בחשבון שיקוליה?"

כלום יעלה על הדעת לטעון כי קיומו של הסדר מפורש בדבר הכשירות מהווה הסדר שלילי בדבר שיקול הדעת?"

174. יצוין, כי אך לפני כשנתיים וחצי דחה בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב של 11 שופטים, טענה כי הלכת דרעי-פנחסי בוטלה, הלכה למעשה, במסגרת חקיקת חוק-יסוד: הממשלה משנת 2001. בבג"ץ 2592/20, בהרכב מורחב של 11 שופטים, קבעה כב' הנשיאה חיות כדלקמן:

"העיקרון של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" הוחל בפסיקה ביחס לנושאי תפקיד שונים בשירות הציבורי. כך למשל, ביחס לשרים נקבע כי בנסיבות מסוימות חייב ראש הממשלה להפעיל את הסמכות הנתונה לו בחוק יסוד: הממשלה להעביר מתפקידו שר שהוגש נגדו כתב אישום

(הלכת דרעי-פנחסי). באופן דומה נקבע כי על ראש הממשלה להימנע ממינוי שר בנסיבות אלה...לא למותר לציין כי בניגוד לטענות שהועלו בפנינו במהלך הדיון, הלכה זו בכל הנוגע למינוי ולהעברה של שרים מתפקידם, ממשיכה לחול גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הממשלה החדש משנת 2001".

וראו גם דבריו בפסק הדין של כב' השופט עמית (סעיף 6 לחוות דעתו במסגרת פסק הדין המשלים בבג"ץ 2592/20 ((27.5.20):

"אקדים ואומר כי אני מסכים עם חברתי הנשיאה, כי הלכת דרעי-פנחסי עדיין חיה ובוועטת. מבלי להאריך בדברים, אציין את העובדה הפשוטה כי כיום, לאחר תיקון חוק יסוד: הממשלה, סעיף 22(ב) לחוק היסוד הקובע כי "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...]", "זהה בנוסחו לסעיף 21א(א) בחוק יסוד: הממשלה בשעה שניתן פסק הדין בעניין דרעי-פנחסי. חזקה על המחוקק-המכונן כי אילו ביקש לבטל את הלכת דרעי-פנחסי, היה עושה זאת במילים מפורשות".

175. דברים אלו, שנאמרו לפני כשנתיים וחצי בלבד, יפים גם לענייננו, שעה שהכנסת בכובעה כרשות מכווננת תיקנה זה עתה את חוק יסוד: הממשלה בעניין תנאי הכשירות לכהונת שר בממשלה, וזאת מבלי שביקשה לבטל את הלכת דרעי-פנחסי. יוער, כי העובדה שהלכת דרעי-פנחסי עומדת בתוקפה היתה ידועה לחברי הכנסת עת דנו בתיקון חוק היסוד, כמפורט בפרק העוסק בתיקון חוק היסוד, לעיל.

176. הנה כן כי כן, נקודת המוצא לענייננו, אף לאחר תיקון חוק היסוד מושא העתירות, היא "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" – ראש הממשלה נדרש להפעיל שיקול דעת בדבר התאמת השר לכהונתו, ובתוך כך, להעניק משקל נכבד לשיקולים הנוגעים להבטחת תקינות פעולת השירות הציבורי, אמון הציבור במוסדות השלטון ולכך שנציגיו עושים את מלאכתם למען הכלל ביושר ובניקיון כפיים (בג"ץ 2590/22, סעיף 9 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות).

#### שקילת עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית

177. בהתאם להלכה הפסוקה, עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הוא שיקול אותו מחויבת הרשות הממנה להביא בחשבון במניין שיקוליה בעת קבלת ההחלטה על מינוי. חובה זו נגזרת ממעמדה של הרשות הציבורית כנאמן של הציבור, אשר "משלה אין לה ולא כלום. כל שיש לה, למען הציבור יש לה" (ראו למשל בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד מז(2) 229, פסקה 40 (1993) (להלן: עניין אייזנברג)). לפיכך, כבר הודגש כי:

"אמון הציבור בעובדי הציבור ובנבחריה הוא תנאי מתחייב לפעולתו התקינה של השירות הציבורי ושל מוסדות השלטון. השרות הציבורי על כל זרועותיו בנוי על אמון הציבור הנשען לא רק על יכולותיהם הטיפקודיות של עובדיו ונבחריה 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". (עניין אמונה, פסקה 14; וראו גם: עניין אייזנברג, פסקה 46).

178. בפסק הדין **בעניין הנגבי השני**, סיכם כב' הנשיא גרוניס את ההלכה הפסוקה לעניין מכלול הנתונים (אשר אף הם אינם רשימה סגורה) אותם יש לשקלל בהחלטה על מינוי, או על הפסקת כהונה, של מועמד שנפל דופי בעברו, וכך נקבע (שם, בסעיף 27 לפסק הדין):

"בין נתונים אלו על בעל הסמכות לשקול, למשל, את חומרת העבירות המיוחסות למועמד והאם מדובר בעבירות אשר נועדו להגן על טוהר המידות ועל אמון הציבור ברשויות השלטון. נתון נוסף הוא האם מדובר בעבירות מתמשכות או בארוע חד-פעמי. כן יש ליתן משקל לחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות ועד למינוי. עוד יש לשקול האם מדובר במקרה שבו המשרה הציבורית שימשה ככלי לביצוע העבירה ... בפסיקה נמנו שיקולים רלוונטיים נוספים, ובהם, האם הביע המועמד חרטה, האם נועדו המעשים לקדם את עניינו האישי, והאם בוצעו המעשים במתכוון או בהיסח הדעת ... שיקולים אפשריים נוספים הם, למשל, חיוניותו של המועמד לתפקיד והאם ניתן למנות אחר תחתיו ... מובן, שגם השאלה כלום יש קלון ממעשים הנדונים היא בעלת משקל ... מנגד, יש ליתן משקל גם לאינטרס בדבר שיקום העבריין והשתלבותו המחודשת בחברה ... באמצעות שיקולים אלו יש לבחון, כך נקבע, האם מעשיו של המועמד מעידים על פגם ערכי מובנה בהתנהלותו, המשפיע על יכולתו למלא את התפקיד המיועד והמשליך על אמון הציבור בשירות הציבורי ... עוד נפסק, כי כאשר מדובר ב"מקרה גבול", הרי שיש לכבד את מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות הציבורית ולא להתערב בהחלטתה". (ההדגשות הוספו – הח"מ).

## עמדת היועצת המשפטית לממשלה

179. בשנה האחרונה עמד עניינו של דרעי על סף בחינה שיפוטית של השאלה האם דבק קלון בעבירות בהן הורשע בשנת 2022. תחילה על ידי הערכאה הדיונית. בעת שנכרת עם דרעי הסדר הטיעון, הלה שימש כחבר כנסת, ועל פי הוראות חוק יסוד: הכנסת, קמה חובה על הערכאה הדיונית להכריע בשאלה האם דבק במעשיו קלון. דרעי בחר להתפטר מכהונתו ערב גזר הדין, כך ששאלת הקלון לא הובאה להכרעה שיפוטית. לאחר מכן, הייתה אמורה סוגיית הקלון להיבחן על ידי יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית. על פי נוסח סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה שהיה תקף בעת שנכרת עם דרעי הסדר הטיעון ועד לאחרונה, עונש הכולל רכיב מאסר על תנאי הקים חזקה לפיה דבק בהרשעה קלון, ועל המבקש להתמנות לתפקיד שר לשכנע כי לא דבק במעשיו קלון. כאמור, הצעת חוק שהוגשה על ידי חבר מפלגתו של דרעי והתקבלה לאחרונה על ידי הכנסת, שינתה את המצב המשפטי.

המשמעות המיידית של קביעה כי דבק במעשיו קלון אלמלא ארועים אלה, הייתה פקיעת כהונתו כחבר כנסת בכנסת ה-24, וכן מניעה מלכהן כשר משך שבע שנים מיום גזר הדין.

180. על פי ההלכה המושרשת "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". לפיכך, קמה חובה לבחון את משמעות עברו הפלילי של השר דרעי, גם במנותק משאלת הכשירות הסטטורית. זאת, על פי אמות המידה שנקבעו לאורך השנים בפסיקות בית המשפט העליון.

181. בבסיס העמדה בשאלת סבירות מינויו של דרעי לכהן כשר בממשלה הנוכחית, מצויים פסקי דינו של בית המשפט העליון **בעתירות דרעי בשנים 2015 ו-2016** שבהם נקבע כי מינויו של דרעי לכהן כשר בממשלת ישראל מצוי על גבול מתחם הסבירות. זאת, בשים לב לשני נתונים עובדתיים משמעותיים, השלובים זה בזה: הראשון הוא חלוף הזמן מביצוע העבירות אשר משמשות בסיס לבחינת סבירות המינוי במסגרת פסקי הדין, והשני הוא אי ביצוע עבירות נוספות על ידי דרעי בכל התקופה האמורה.

לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, מבחני העזר להתוויית שיקול הדעת של הגורם הממנה, כפי שאלה נקבעו בהלכה הפסוקה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד, ונפנה בעניין זה לפסק הדין **בעניין הנגבי**, מובילים למסקנה ברורה כי מדובר במינוי החורג ממתחם שיקול הדעת הרחב הנתון לראש הממשלה בכגון דא.

נפרט.

182. נקודת המוצא לבחינת סבירות מינויו של דרעי בעת הזו הן כאמור הקביעות הנורמטיביות בפסקי הדין. מאז ניתנו פסקי הדין השתנו שלושה נתונים מרכזיים, הרלוונטיים לבחינת סבירות המינוי בעת הזו:

**הנתון הראשון:** ההרשעה האחרונה מחודש פברואר 2022 - דרעי הורשע על פי הודאתו מחודש פברואר 2022 בביצוע עבירות מס בשתי פרשיות שונות. פרשה אחת החלה עובר לחזרתו של דרעי לחיים הפוליטיים (גרין אושן), והפרשה השנייה בעודו משמש כחבר כנסת (גבעת שאול), וכיום תלוי ועומד נגדו מאסר על-תנאי בגין הרשעתו בעבירות אלה.

**הנתון השני:** חלוף הזמן - חלפו שבע שנים נוספות מאז פסק הדין, ובתוך כך תוקן חוק המרשם הפלילי (שהוחלף בחוק המידע הפלילי, התשס"ט-2019 (להלן: **חוק המידע הפלילי**)), ועבירות השחיתות שבהן הורשע דרעי עברו מסטטוס של התיישנות לסטטוס של מחיקה. אף מביצוע העבירות בגין הורשע במסגרת הסדר הטיעון חלף כעשור.

**הנתון השלישי:** תיקון סעיף הכשירות בחוק יסוד: הממשלה - על רקע הרצון לאפשר לדרעי לכהן כשר, באופן המוריד את רף טוהר המידות של המבקשים לכהן כשר תוקן החוק כאמור. לפי התיקון, יו"ר ועדת הבחירות מוסמך לבחון האם הרשעת אדם פוסלת את כשירותו, רק אם נגזר עליו עונש הכולל רכיב של מאסר בפועל.

183. כעת ניגש לבחון את כשירותו של דרעי לכהן כשר לאור מכלול נסיבות העניין, והנתונים האמורים לעיל.

#### **הרשעה בשנת 2022 – נסיבות, קלון וחומרה**

184. כמפורט ברקע העובדתי, דרעי הודה בכתב אישום שבו שני אישומים נפרדים. כל אחד מן האישומים הוא מתקופה מסויימת, עוסק בתחום כלכלי אחר, ובבסיסו סוג אחר של עבירת מס.

האישום הראשון עניינו בביצוע עבירה של סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה, לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. לפי כתב האישום, דרעי אפשר לאחיו להגיש הצהרה שלא שיקפה את פרטי העסקה האמיתיים, בין השאר משום שתמורת העסקה שצויינה הייתה נמוכה בסך של כמליון וחצי ש"ח מן המחיר האמיתי. כך נגבה מס חסר בהיקף של מאות אלפי שקלים מאחיו של השר דרעי. יובהר, כי מדובר בעסקת מקרקעין בה נקשרו השר דרעי ואחיו, במסגרתה האח רכש זכויות מקרקעין מהשר דרעי. מכאן שלשר דרעי היה אינטרס כספי אישי בעסקה ובמחירה. בשים לב כי מדובר באחיו של השר דרעי, לשר דרעי היה **אינטרס אישי בביצוע המעשים**. כפי שתואר על ידי התביעה בטיעונים לעונש בבית המשפט "הנאשם נתן ידיו למעשים ואם הוא לא היה העבירות לא היו מתרחשות" (עמ' 13 שורה 13 לפרוטוקול).

סעיף העונשין בחוק מיסוי מקרקעין שבו הורשע השר דרעי מגלם סיוע לעבירה שנעשתה ביודעין, והוא קובע כי דינו של המסייע בהקשר זה, הוא כדינו של המבצע העיקרי לביצוע עבירה ביודעין, לפי סעיף 98(ג) לחוק. מדובר בסעיפי עבירה שהעונש המקסימלי בגינם הוא עד שנתיים מאסר.

185. האישום השני בו הורשע השר דרעי עניינו בהתנהלותו של השר דרעי להסב את ההכנסות שהיה זכאי לקבל לחברה בבעלותו בגין גיוס משקיעים לקרן גרין אושן, אל אחיו שלמה דרעי. זאת ערב חזרתו אל כנסת ישראל. העבירה שיוחסה לשר דרעי הייתה עבירה לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה.

186. על דרעי נגזרו העונשים הבאים: (א) "12 חודשי מאסר בפועל אשר לא ירוצו אלא אם יעבור הנאשם על אחת מהעבירות בהן הורשע, וזאת תוך שלוש שנים מהיום"; (ב) קנס בסך 180,000 ₪ או שנת מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב-20 תשלומים שווים [...]".

187. להרשעה של דרעי מחודש פברואר 2022, ובפרט לעובדה כי העבירות הפליליות נושא ההרשעה בוצעו בין השנים 2013 – 2015, יש שתי משמעויות מרכזיות.

188. **המשמעות הראשונה של ההרשעה מחודש פברואר 2022:** הרשעה זו מביאה לכך שהקביעה בפסקי הדין מהשנים 2015 ו-2016 לפיה מינויו של דרעי לכהונת שר מצויה על גבול מתחם הסבירות מעבירה את המינוי אל מעבר לגבול מתחם הסבירות. כפי שתואר לעיל, ביסוד הקביעה בפסקי הדין מ-2015 ומ-2016 היו שני נתונים עובדתיים: **הראשון** הוא חלוף הזמן מביצוע העבירות אשר משמשות בסיס לבחינת סבירות המינוי במסגרת פסקי הדין, **והשני** הוא אי ביצוע עבירות נוספות על ידי דרעי בכל התקופה האמורה.

כפי שעולה מן המסד העובדתי, אף שדרעי הורשע בעבירות חמורות, וריצה מאסר בפועל, הוא שב וביצע עבירות פליליות נוספות, כאשר במהלך רוב התקופה בה ביצע עבירות כיהן כחבר כנסת.

כלומר, בעת שניתנו פסקי הדין מן השנים 2015 ו-2016, לא היתה ידועה לבית המשפט הנכבד התמונה המלאה הנוגעת לביצוע עבירות על ידי השר דרעי.

על רקע קביעתו של בית המשפט הנכבד בנוגע לקירבת החלטה דאז אל גבול מתחם הסבירות, לו היה ידוע באותה עת, כי במהלך השנתיים שקדמו לעתירה, בהיותו חבר כנסת, ביצע השר דרעי, בשני אירועים שונים, את העבירות בהן הודה, סבורים אנו כי מינוי זה היה חוצה כבר את זה את גבול מתחם הסבירות.

189. **המשמעות השנייה של ההרשעה מחודש פברואר 2022:** דרעי הורשע פעם נוספת בעבירות בעניינן נקבע בפסיקה, כי יש עמן קלון. כך סבר גם היועץ המשפטי לממשלה לשעבר עובר להסדר הטיעון וזו גם עמדת היועצת המשפטית לממשלה כעת.

כפי שפירטה התביעה בטיעון לעונש, הערך המוגן היסודי בעבירות מס הוא שמירה על קופת המדינה ושיויון נטל המס. בהתאם לעמדת התביעה כפי שהוצגה **במסגרת הדיון בטיעונים לעונש** ציין בא-כוח המדינה, כי "במקרה שבפנינו הערכים החברתיים המוגנים בעבירה נפגעו בשני האישומים נשוא כתב האישום אך ברף הנמוך" (עמוד 3 שורה 8 לפרוטוקול

הדין בטיעונים לעונש). בצד זאת צוין גם, על-ידי בא-כוח המדינה כי "התבוננות על שני האירועים כחד פעמיים, גם בג. שאול וגם עכשיו, חד פעמי, כל מקרה לבדו, חוטא למציאות, מדובר בשני אירועים שונים לגמרי שנעשו בסמיכות זמנים, בסמוך לאחר היבחרו של הנאשם לכנסת בינואר 13. האיזון בהקשר זה, שמחד מדובר בכל אחד מהאישומים באירוע נקודתי, גם בפרק הזמן וגם בטיב המעשים הפסולים ומאידך, סמיכות הזמנים ביניהם והפגיעה הדומה בערכים המוגנים מייצרת קשר בין האישומים ואי אפשר להתנתק מהם... נקודה נוספת שחשוב לציין לגבי שני האישומים, עבירות מס מהסוג הזה שיכולה לצמוח היא גדולה אך יכולתם של רשויות המס לחשוף אותם מאוד נמוכה, בעיקר במקרים של בני משפחה, בנסיבות אלה הפגיעה בערכים מוגנים גבוהה" (ראה נספח מש/4 לעיל).

כאמור, בגזר הדין נקבע ביחס לעבירות בהן הורשע השר דרעי כי מדובר ב"עבירות מיסים מינוריות המצויות ברף התחתון של משפחת עבירות זו" (ההדגשה במקור, הח"מ) (עמ' 7 לגזר הדין).

החומרה אינה נובעת מרף העבירות אלא מחומרת האירוע בו חבר כנסת מכהן עובר פעם נוספת, עבירות שיש עמן בנסיבות העניין קלון תוך פגיעה חוזרת ונשנית בעקרון שלטון החוק.

190. השאלה האם דבק קלון בעבירה, שאלת התוצאה, במובן של היקף הפגיעה בערכים המוגנים היא רק פרמטר אחד מבין כלל הפרמטרים שיש לבחון. נוסף לכך יש לבחון את אופי המעשה – **בעודו מכהן כחבר כנסת** איפשר השר דרעי לאחיו להציג **מצגים כוזבים** לרשויות המס, וכפועל יוצא נימנע האח מתשלום מס בהיקף של מאות אלפי ש"ח. נסיבה זו כשלעצמה מגלמת פסול משמעותי במעשיו של דרעי.

191. עיון בפסיקת בתי המשפט בכלל, ובפסיקתו של בית המשפט הנכבד בפרט, מלמד באופן ברור ומובהק, כי עבירות מס, בוודאי עת מוצגים מצגים כוזבים למדינה, נתפסות כעבירות שיש עימן קלון.

192. ניתן בעניין זה לעשות היקש ישיר מפסיקתו של בית המשפט הנכבד ביחס לעבירות מס שביצע עורכי דין; הטעמים לקביעת קלון כאשר מדובר בעורכי דין מתעצמים כאשר מדובר בשרים האוחזים בסמכויות ביצוע רחבות היקף וחובות אמון לציבור.

193. לעניין משמעותה של הרשעה בעבירות מס ראו בג"ץ 8290/03 **אלחלים נ' יו"ר ועדת הבחירות** (אר"ש 24.9.03). בית המשפט העליון התייחס לפסול שבהצגת מצגים כוזבים לרשויות המס על-ידי עורכי-דין, כך:

"הגשת הצהרה כוזבת ביודעין לרשויות המס מהווה, בכל הנסיבות, עבירה פלילית חמורה. בהגשת הצהרה כוזבת, כאמור, בידי עורך-דין יש גם משום כישלון אתי חמור. ובכך שעורך-דין מגיש את הצהרתו הכוזבת במטרה להשיג טובת-הנאה פסולה לעצמו, אין משום נסיבה מקילה כל-עיקר. עורך-דין המבצע עבירה פלילית שיש עימה קלון פוגע בדימויו ובכבודו של

המקצוע ובאמון שהציבור הרחב רוחש לעורכי- הדין. השעייתו מן המקצוע לתקופה מתאימה מיועדת, לא רק להגן על הציבור מפני הסיכונים הכרוכים ברכישת שירותיו של עורך- דין שסרח, אלא גם להרתיע עורכי- דין אחרים מפני עשייתם של מעשים דומים, ובכך להגן על שמם הטוב של עורכי- הדין ועל אמון הציבור בהם."

וכן כד :

"עבירות על חוקי מס בישראל, כאשר הן מתבצעות על ידי עורכי דין וכרוכות במצגי כזב והצגת נתונים פיקטיביים בפני רשויות המס, מצדיקות, כשלעצמן, ענישה משמעתית מחמירה. על הטעמים להחמרה זו עמדנו בפירוט בפרשת צלטנר (שם, פסקה 8). עבירות מס על פי אופיין מהוות פגיעה בקופה הציבורית, אשר נועדה להתקיים ממאמץ משותף של האזרחים כולם, ואמורה לשרת את צרכי החברה כולה; הן פוגעות גם בעקרון השוויון המחייב נשיאה שוויונית של כל בני הציבור בנטל הכלכלי המשותף הנדרש לקיומה של החברה. אלמנט הכזב בעבירות מס, הקשורות במצג פיקטיבי כלפי רשויות המס, משווה מישנה חומרה לעבירות המס, וחומרה זו מתעצמת כאשר העבירות מבוצעות בידי עורך דין, הנדרש לשמש דוגמה ומופת להקפדה על שמירת החוק וטוהר מידות. סטייה מנורמות התנהגות מחייבות על ידי עורך דין המבצע עבירות מס שנילווה להן יסוד של כזב פוגעת לא רק בתדמיתו האישית והמקצועית שלו, אלא בגוף המקצועי כולו עליו הוא נמנה. מתחייב, על כן, מסר עונשי- משמעותי 6 ברור ומרתיע מפני ביצוע עבירות מהסוג הנדון בידי עורכי דין, שאם לא כן, עלול ההליך המשמעותי להימצא מסוכל. אין צריך לומר, כי גם בהליך משמעת כאמור, יש מקום ליתן משקל יחסי לנסיבות אישיות של נאשם, אולם משקל זה יוערך ביחס לתכליות הענישה המשמעתית הנגזרות מטיב האינטרס הציבורי שהיא אמורה לשרת..."

[...]

מדובר בעבירות שנעברו אגב עבודתה המקצועית של המשיבה כעורכת דין, ואשר היו כרוכות לא רק בנסיון להימנעות מתשלום מס אמת המגיע למדינה בגין עיסקה שנעשתה, אלא גם במצגי כזב כלפי רשויות המס שנעשו בידי אדם החב חובת אימון ונאמנות מיוחדת לגורמים עימם הוא בא במגע בעבודתו המקצועית היומיומית. חומרת המעשים אינה צריכה הדגשה."

194. בה"ש 1/03 בעניינו של עמוס בר חיים, נקבע כי דבק קלון במי שעבר עבירה לפי סעיף 217 בסך 227 אלף ש"ח בלבד. כב' השופטת דורנר שעסקה בכך, הבהירה את חומרתן של העבירות בכלל, ובנסיבות סעיף 217 בפרט. כלשונה :

**"עבירות, שעניינן השתמטות מתשלום מס-הכנסה, אינן עבירות קלות ערך. בביצוען גורס העבריין לכך, כי כספים האמורים על-פי דין לשמש לצרכי הכלל, נותרים בידיו לשם העשרת כיסו הפרטי. זאת ועוד, במקרה שבפנינו חזר וביצע המבקש שורה של עבירות, במשך מספר רב של שנים. אף איני רואה כל נפקות בכך, כי המבקש הורשע, על-פי הסדר הטיעון, אך בעבירה לפי סעיף 217 לפקודת מס-הכנסה, שאינה החמורה מבין עבירות-המס ואשר אינה דורשת, לשם שכלולה, התקיימותה של מחשבה פלילית מצד העבריין. שכן, המבקש גילה במעשיו מחשבה פלילית של ממש, בהיותו אדיש לתוצאת מעשיו האסורים. אשר-על-כן, לאחר בחינת מכלול הנסיבות, ברי כי יש בעבירות שבהן הורשע המבקש משום קלון. משכך, מנוע הוא מלהיכלל ברשימת המועמדים בבחירות לראשות עיריית ירושלים."**

195. דברים דומים נקבעו בהש"ר 5/18 בעניינו של **בן עלי**, שעבר עבירות של אי הגשת דו"חות מע"מ תקופתיים (עבירה שנעשתה ביודעין, בדומה לעבירות שבהן הורשע דרעי). בן עלי ביקש לבטל את הקלון שהוטל אליו, אך כבי' המשנה לנשיאה ריבלין דחה את בקשתו, נוכח הדופי המוסרי הטמון בעבירות המס. כלשונו של המשנה לנשיאה: "דין הבקשה להידחות." "קלון" הנלווה לעבירה מוסיף לה יסוד של שלילה החורג ממימד הפרת החוק גרידא. זהו מושג הנושא עמו מטען מוסרי-ערכי שלילי, בבחינת דופי מוסרי, הניזון מתפיסות ערכיות ואמות מידה מוסריות הרווחות בחברה. זהו מושג רב-פנים הלובש ופושט צורה בהתייחס לאופי העבירה הנעברת ונסיבותיה, ולהקשר הדברים המיוחד בו הוא עומד למבחן".

על הפסול החמור שמייחס בית המשפט העליון בהצגת מצגים כוזבים במסגרת עבירות מס ניתן ללמוד מדברי בית המשפט העליון.

בעל"ע 8509/03 **הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' עו"ד נילי הרפז** (נבו 01.12.2004), המשנה לנשיא מצא דחה את ערעורה של עורכת דין שעברה עבירות לפי סעיפים 98(ג) ו-98(א), כנגד קביעת בית הדין המשמעתי, לפיה דבק במעשיה קלון. בין טענות הנאשמת, היא השיגה על הסכמה שנרשמה מפיה, לפיה בעבירות שעברה יש קלון. בית המשפט דחה טענה זו, ואף הוסיף והתייחס לחומרת הדברים שמצדיקה את הטלת הקלון:

"הגשת הצהרה כוזבת ביודעין לרשויות המס מהווה, בכל הנסיבות, עבירה פלילית חמורה. בהגשת הצהרה כוזבת, כאמור, בידי עורך-דין יש גם משום כישלון אתי חמור. ובכך שעורך-דין מגיש את הצהרתו הכוזבת במטרה להשיג טובת-הנאה פסולה לעצמו, אין משום נסיבה מקילה כל-עיקר. עורך-דין המבצע עבירה פלילית שיש עימה קלון פוגע בדימויו ובכבודו של המקצוע ובאמון שהציבור הרחב רוחש לעורכי-הדין. השעייתו מן המקצוע לתקופה מתאימה מיועדת, לא רק להגן על הציבור מפני הסיכונים הכרוכים ברכישת שירותיו של עורך-דין שסרח, אלא גם להרתיע עורכי-דין אחרים מפני עשייתם של מעשים דומים, ובכך להגן על שמם הטוב של עורכי-הדין ועל אמון הציבור בהם".

196. כך הם הדברים גם בפסיקה לגבי עבירות מיסוי המקרקעין בהן הורשע דרעי. בעל"ע 8280/05 **הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' שלם** (נבו 7.12.2005) קבעה כבי' השופטת פרוקצ'יה, לגבי עו"ד שעבר עבירה לפי סעיף 98(ג), כי לצד חומרתן של עבירות המס, יש ליתן דגש למיהותו של הנאשם, שבמעמדו כעורך דין, ביצע עבירות אלו:

"עבירות על חוקי מס בישראל, כאשר הן מתבצעות על ידי עורכי דין וכרוכות במצגי כזב והצגת נתונים פיקטיביים בפני רשויות המס, מצדיקות, כשלעצמן, ענישה משמעתי מחמירה... אלמנט הכזב בעבירות מס, הקשורות במצג פיקטיבי כלפי רשויות המס, משווה מישנה חומרה לעבירות המס, וחומרה זו מתעצמת כאשר העבירות מבוצעות בידי עורך דין, הנדרש לשמש דוגמא ומופת להקפדה על שמירת החוק וטוהר מידות. סטייה מנורמות התנהגות מחייבות על ידי עורך דין המבצע עבירות מס שנילווה להן יסוד של כזב פוגעת לא רק בתדמיתו האישית והמקצועית שלו, אלא בגוף המקצועי כולו עליו הוא נמנה. מתחייב, על כן, מסר עונשי-משמעתי ברור ומרתיע מפני ביצוע עבירות מהסוג הנדון בידי עורכי דין, שאם לא כן, עלול ההליך המשמעתי להימצא מסוכל".

197. הדברים האמורים באשר לפגיעה באמון הציבור ובעקרון שלטון החוק הנובעת מביצוע עבירות מס, אשר נקבעו ביחס לעורכי דין, יפים מקל וחומר ביחס לכהונת שר בממשלת ישראל.

198. הרשעתו של השר דרעי, אך לפני כ-11 חודשים בעבירות מס, מלמדת כי אין המדובר ב"מעידה חד-פעמית". אם במועד מינויו הקודם לשר הכלכלה והשר לפיתוח הנגב והגליל בשנת 2015 נקבע על-ידי בית המשפט הנכבד כי "דברים אלה יש בהם, אולי, כדי ללמד כי עתה ממרום 58 שנותיו נטל דרעי אחריות על מעשים אלו והפנים את הפסול שבהם" (פסקה 20 לפסק דינה של כב' השופטת חיות בבג"ץ 3095/15), הרי שהרשעתו בשנה האחרונה, בגין עבירות שבוצעו לאחר שכבר חזר לשמש כאיש ציבור וכיהן כחבר כנסת – אינה עולה בקנה אחד עם דברים אלה.

התנהלותו של השר דרעי בעודו משמש בתפקידים ציבוריים בכירים, ובשנים 2013-2015 עת בוצעו עבירות המס שימש השר דרעי כחבר כנסת, משקפת תמונה של אי-ציות לחוקי המדינה ולאיסורים פליליים שנקבעו בהם, המלמדים על דפוס חוזר ונשנה של פגיעה בשלטון החוק.

נתון משמעותי בהקשר זה הוא שהעבירות בוצעו על ידי מי שכבר ישב במאסר ונקבע כי הוא מנוע מכהונה ציבורית.

### **חלופ הזמן מאז ביצוע העבירות**

199. במסגרת בחינת נסיבות העניין, יש ליתן משקל לעובדה שחלפו כשני עשורים ממועד הרשעותיו של השר דרעי בעבירות הישנות ומסיום ריצוי עונש המאסר - הרשעות שבוססו על מעשים שבוצעו לפני למעלה מ-30 שנים, וכי כיום עבירות אלה אף נמחקו, בהתאם לחוק המידע הפלילי.

בהקשר זה יצוין, כי חוק המידע הפלילי, אשר החליף את חוק המרשם הפלילי, נותן משקל נוסף לשיקולי "תקנת השבים", בין היתר בדרך של קיצור תקופות ההתיישנות והמחיקה של עבירות לעומת הדין הקודם. לפיכך, פחת משקלן של העבירות הישנות של השר דרעי, אשר האחרונות בהן נמחקו בעקבות כניסתו לתוקף של חוק המידע הפלילי ביולי 2022, בכל הנוגע לשקילת סבירות מינויו לכהונת שר.

עם זאת, בהתאם לפסיקת בית המשפט ובנסיבות העניין, שיקול חלופ הזמן הוא שיקול משמעותי, אך אין לראות בו חזות הכל.

200. השר דרעי כבר הדגיש בטיעונו בפני בית המשפט הנכבד בעתירות בעניין **דרעי 2015 ודרעי 2016**, את העקרון המונח ביסוד תקנת השבים, כאשר באותה עת הרשעותיו הישנות (בתיק האישי והציבורי) כבר התיישנו. בית המשפט הנכבד ציין לעניין זה כדלקמן:

"בטיעוניהם התייחסו המשיבים בהקשר זה לעיקרון המונח ביסוד "תקנת השבים", המיועד לאפשר לאדם שהורשע בפלילים "לפתוח דף חדש" לאחר ששילם את חובו לחברה. עיקרון זה אומץ בדין הישראלי (ראו: חוק המרשם הפלילי; דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין (15.11.2004)) וטעמיו עמו. אך בה במידה יש טעם בטענה כי "פתיחת דף חדש", כאמור, אין משמעה בהכרח מתן אפשרות לאדם שהורשע בפלילים לכהן בתפקידים ציבוריים. זאת בייחוד מקום שבו המעשים הפליליים שביצע נעשו תוך ניצול תפקיד ציבורי קודם שאותו מילא, כפי שאירע בענייננו. על כן העיקרון שביסוד תקנת השבים אף שהוא נושא משקל מסוים נוכח הזמן הניכר שחלף מאז ביצוע המעשים, אין לראות בו במקרה דנן שיקול המאפיל על כל יתר השיקולים והמכריע את הכף לטובת המינוי. לכך יש להוסיף את העובדה שדרעי לא הביע עד כה, בקולו, חרטה על המעשים שבהם הורשע, אם כי בפסקה 69 לתגובתו המקדמית לעתירה צוין כי העבירות שבגינן הורשע "נעברו על ידו לפני כ-30 שנים, בעת שהיה אדם צעיר וחסר ניסיון, והוא כבן 30". דברים אלה יש בהם, אולי, כדי ללמד כי עתה ממרום 58 שנותיו נטל דרעי אחריות על מעשים אלה והפנים את הפסול שבהם".

צילום תגובות השר דרעי בעתירות 2015 ו-2016 מצורף ומסומן **מש/10**.

201. בהתאם לאמור, בשנת 2015, בדיון בפני בית המשפט הנכבד, אשר עסק בעבירות שהתיישנו 6 שנים עובר לדיון בסוגיית מינויו של מר דרעי לשר, נקבע כי תקנת השבים אינה חזות הכל וניתן משקל לעבר הפלילי שהתיישן. לאחר שנשקל עברו הפלילי שהתיישן, נקבע כי המינוי של מר דרעי לשר מצוי על גבול מתחם הסבירות.

ויודגש, כי נכון למועד זה, השר דרעי גם נמצא בתקופת המאסר על תנאי שנגזרה עליו לשלוש שנים, שתסתיים רק ביום 31.1.25. עצם כהונתו של שר בשעה שתלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי בעבירות הנוגעות למצגים כוזבים שיש בהן לפגוע בקופת המדינה, יש בה חוסר סבירות מובהק.

202. בהתייחס לחוק המידע הפלילי, כשמדובר במינויים לתפקידים ציבוריים בכירים, המחוקק חרג מהכלל הקבוע בחוק, וקבע סמכות לקבל ולשקול מידע פלילי בהיקף רחב, מתוך הרציונל שמי שנושא בתפקיד בעל השפעה רבה על הציבור ונגישות לקופה הציבורית, יש להחיל עליו סטנדרט מוגבר של טוהר מידות ושל אמון ציבור. לפיכך, כפי שמוסמך כל שר לבחון פריטי מידע פלילי שנמחקו ביחס לסוגי המינויים האמורים, ברי כי יש לראות אף בראש הממשלה כמוסמך לכך ביחס למינויים של שרים.

כל זאת, מכוח סעיף 11 לחוק המידע הפלילי, ביחד עם פרט (5)4 לתוספת הראשונה לחוק ולאור סעיף 8 של חוק יסוד: הממשלה וסעיף 22(ב) לחוק זה.

203. מעבר לכל אלה, בנסיבות העניין, יש לזכור כי התכלית המרכזית של תקנת השבים היא לאפשר למי שהורשע בעבר וחדל לבצע עבירות להשתקם ולפתוח "דף חדש". תכלית זו היא בעלת משקל מוגבל בנסיבות ענייננו משני טעמים:

- כפי שהובהר בפסק דינה של כב' השופטת חיות משנת 2015, פתיחת "דף חדש" אין משמעה בהכרח מתן אפשרות לאדם שהורשע בפלילים לכהן בתפקידים ציבוריים ובהקשר זה פריזמת הדיון רחבה יותר. תקנת השבים לא נועדה לאפשר לאדם שהורשע בפלילים אך לפני כשנה בעבירות בהן מדובר, "לפתוח דף חדש" דווקא תוך כהונה בתפקיד ציבורי.
- משבחלוף הזמן, בוצעו העבירות הפליליות הנוספות, לא כל שכן בסמוך לחזרה לחיים הפוליטיים – לא מתקיימים הרציונליים שהובאו לעיל עליהם הצביעה הפסיקה התומכים בטענה שהזמן מרפא את הפגם הטמון במינוי. זאת משום שבחינת ההתנהלות על פני רצף הזמן מלמדת על היחס לציות לחוק, שאינו עולה בקנה אחד עם רעיון של תקנת השבים או עם עקרון שלטון החוק, לא כל שכן כאשר מדובר במשרה ציבורית בעלת היקף השפעה וסמכויות נרחבות ביותר.

#### תיקון סעיף הכשירות בחוק יסוד: הממשלה

204. כמפורט לעיל, לאחר הבחירות השתנו "כללי המשחק" על-ידי תיקון חוק יסוד: הממשלה ושינוי תנאי הכשירות לכהונת שר במסגרתם, כך שהשר דרעי לא נדרש עתה לקביעתו של יו"ר ועדת הבחירות כי לא דבק קלון במעשיו, וזאת משום שלא נגזר עליו "מאסר בפועל".

סוגיית תנאי הכשירות לכהונה כשר, מהווה נסיבה לצורך בחינת סבירות המינוי לשר, והיא הובאה בחשבון גם בענייננו (וראו עניין רמון כמפורט לעיל). תיקון חוק היסוד טומן בחובו קשיים משמעותיים כפי שפורט לעיל. אמנם קשיים אלה, כפי שפורט בחלק העוסק בסעדים העל-חוקתיים, אינם מקימים עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד גופו, אך יש בהם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה כדי להשליך על המשקל שיש ליתן לכך שהשר דרעי צולח את תנאי הכשירות. בנסיבות אלה, מידת ההקרנה של תנאי הכשירות על סוגיית הסבירות בענייננו - מוגבלת.

**לאחר בחינת ההיבטים האמורים, נפנה להלן לבחינת היבטים נוספים המשמעותיים לבחינת סבירות המינוי, בהתאם לאמות מידה שהותוו בפסיקה.**

#### חרטה

205. הסדר הטיעון לא כלל התחייבות מצידו של דרעי לפרישה מהחיים הפוליטיים. התפטרותו מן הכנסת הייתה מטעמיו.

בבואנו לבחון האם הביע השר דרעי חרטה על ביצוע המעשים בגינם הורשע בשנת 2022 עולה תמונה, המגלמת פער בלתי ניתן לגישור בין הדברים שנאמרו על-ידי השר דרעי בפני בית משפט השלום במהלך הדיון באישור הסדר הטיעון, לבין הדברים שנאמרו על-ידו כבר למחרת היום, בו אישר בית משפט השלום את הסדר הטיעון, כמו גם חזרתו המיידית לזירה הציבורית-פוליטית, ולמעשה אי-עזיבתו אותה מעולם.

206. בהתאם להוראות החוק, וממכלול הדברים עולה כי הדבר היה ידוע היטב לשר דרעי, אילו היה ממשיך בכהונתו כחבר כנסת במועד הטיעונים לעונש, היה נדרש היועץ המשפטי לממשלה דאז להביא בפני בית משפט השלום את עמדתו בסוגיית הקלון, ובית המשפט שהרשיע את מר דרעי, היה נדרש לקבוע אם נפל קלון במעשיו אם לאו. השר דרעי, שהיה מודע לכך שלמצער קיימת אפשרות ממשית שהיועץ המשפטי לממשלה יטען כי נפל קלון במעשיו, בחר להימנע מהכרעת בית משפט השלום בשאלת הקלון בדרך של התפטרות מהכנסת. יובהר, בהקשר זה כי בהתאם לסעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת, חבר הכנסת מכהן שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע שיש עמה קלון, נפסקת כהונתו באופן מידי, ללא קשר לעונש שהוטל עליו. בהתאם לכך, בסעיף 4 להסדר הטיעון צוין כדלקמן: "רשמנו בפנינו את הודעת הנאשם בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית".

לשלמות התמונה יודגש, כי גם אם קיים ספק בדבר ידיעתו הברורה של השר דרעי בעת החתימה על הסדר הטיעון מהי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז בסוגיית הקלון שנפל בהרשעתו, הרי שהיועץ המשפטי לממשלה דאז סבר כי **נפל קלון** בעבירות בהן הורשע מר דרעי. רק מן הטעם שמר דרעי התפטר מן הכנסת עובר להבאת הסדר הטיעון לאישורו של בית משפט השלום, לא הוצגה עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה בפני בית משפט השלום.

207. במסגרת הטיעונים לעונש בבית משפט השלום, לאחר שאושר הסדר הטיעון עם השר דרעי, התייחסו הצדדים להתפטרותו של דרעי מהכנסת כנסיבה לקולה בגזירת דינו. דרעי עצמו, במסגרת דבר הנאשם, ציין בין היתר כי "...**ושקלתי שיקולים והחלטתי שאני לא רוצה לחזור למה שהיה לפני 20 ו-30 שנה ורוצה להמשיך עם הזמן שנשאר לי להשקיע בצרכי ציבור בלי לערב את המלחמות הללו ולהמשיך לייצג את השכבות והציבור שאני מייצג בצורה אחרת גם אם לא מהכנסת**".

208. במסגרת גזר הדין אשר ניתן ביום 1.2.22, בית משפט השלום התייחס בהרחבה להודעתו של דרעי על פרישתו מהחיים הפוליטיים. בית המשפט נתן לעובדה זו משקל וקיבל את הסדר טיעון שהוצג בפניו.

בגזר הדין שניתן בעניין ההרשעה בעבירות המס קבע כב' נשיא בית משפט השלום בירושלים, כב' השופט הרבסט, כי:

"קולו של הנאשם נשמע בדברו האחרון ובו ניכרו קבלת האחריות והאופן שבו הוא רואה את מעשיו...אלא שבסופם של השיקולים השכלתניים, עמד הנאשם, שר לשעבר וחבר לשעבר בכנסת ישראל, ונטל הנאשם אחריות על מעשיו...הנאשם אכן **עזב את החטא** ויש להניח כי גם הקפיד **להסירו ממחשבתו**, ואת זאת נלמד מקורותיו בשני העשורים האחרונים, במהלכם לא נרשמו לחובתו הרשעות נוספות. בהודעתו לפני ובנטילת האחריות אשר עליה הצהיר, נדמה כי **גמר בליבו** שלא לעשות כן, ואף הביע צער **והתנחם על העבר**, והפטיר בסיפא של דברי הרמב"ם ונהג לפיהם – **"וצריך להתוודות בשפתיו ולומר עניינים אלו שגמר בליבו"**

(...)

הודעת ההסדר מלמדת כי הנאשם החליט להתפטר מכנסת ישראל...אלא, שמדובר בנסיבה חשובה הבאה ללמד שתי נקודות חשובות אודות הנאשם...".

209. טרם יבשה הדיו על גזר הדין, ולמחרת היום שבו הורשע ונגזר דינו, 2.2.22, מסר השר דרעי הצהרה לתקשורת, במסגרתה מסר, בין היתר, כי:

"אני לא הולך לשום מקום, ניצב על משמתי כיו"ר תנועת ש"ס וממשיך לנהל את ענייני הציבור מכל מקום - מהכנסת, ממשרדי התנועה, בשטח ובכל מקום. אמשיך להשתתף בישיבות ראשי מפלגות האופוזיציה לנהל את ישיבות הסיעה

(...)

מודיע כבר מעכשיו, שבבחירות הבאות, שאני מקווה בעזרת השם שיתקיימו מהר מאוד, אעמוד בראש תנועת ש"ס ואשרת בתפקיד של שר. אני לא רואה שום מניעה לזה".

<https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-895357>

להלן קישור לצפייה בהצהרה בחשבון youtuben של ערוץ הכנסת:  
<https://www.youtube.com/watch?v=GGVS9U7zS9w>

210. כאמור אין טענה כי פרישה מן החיים הציבוריים הייתה חלק מההתחייבות בהסדר הטיעון. עם זאת, דבריו של השר דרעי בפני בית המשפט השלום על כוונתו לפרוש מהכנסת חשובים לענייננו לא בשל טענה להפרת הסדר הטיעון עם המדינה אלא בכך שדבריו משליכים על המשקל הנמוך שיש ליתן לחלק משמעותי מהדברים שנכתבו בגזר הדין.

על כל פנים, עיון בתגובת השר דרעי לעתירות שבפנינו מעלה כי אף היום הוא נמנע מנטילת אחריות וחרטה בגין מעשיו אשר הובילו להרשעתו, על-פי הודאתו, ולהטלת עונש מאסר על תנאי וקנס.

### **דפוס חוזר של ביצוע עבירות**

211. כאמור, העבירות הישנות בהן הורשע השר דרעי, בתיק הציבורי ובתיק האישי, הן עבירות חמורות מתחום טוהר המידות והשחיתות השלטונית, אשר כאמור לעיל נמחקו, ועמדנו על משמעות הדבר בהתאם לפסיקה בקשר לסבירות מינוי לכהונה ציבורית.

עם זאת, לפני פחות משנה הורשע השר דרעי בעבירות מס, אשר בוצעו בסמוך לחזרתו לכנסת בשנת 2013. הדברים עוצמתיים יותר כאשר העבירות בוצעו על-ידי חבר כנסת, אשר שב לחיים הפוליטיים לאחר שריצה מאסר והורחק מחיים אלה שנים קודם לכן.

גם אם ינתן משקל נמוך לעבירות העבר בתיק הציבורי ובתיק האישי - הרי שיש לתת משקל רב לדפוס החוזר של ביצוע העבירות. לא ניתן להסכים לגישה המתעלמת מהדפוס החוזר של ביצוע עבירות והיחס לעבירות אלה כאל ארוע קל ערך בשים לב למעמדו הרם של המבצע, חבר כנסת באותה עת, בשים לב לרום המעמד והיקף הסמכויות כשר, ובשים לב למהות העבירות עצמן.

### שיקולי אמון הציבור

212. ריבוי הרשעותיו של השר דרעי, בעבירות שבוצעו על פני תקופות שונות בחייו, בעודו משמש בתפקידים ציבוריים שונים, כולל תפקידים בכירים מאד, עבירות שהאחרונות בהן בוצעו לאחר שכבר ריצה עונש מאסר בפועל בגין התיק האישי, מוביל למסקנה ברורה כי מינויו עתה לתפקיד הרם של שר בממשלה, פחות משנה לאחר שהורשע בדין ואף נגזר עליו עונש מאסר על תנאי של 12 חודשים, יביא לפגיעה חמורה באמון הציבור בטוהר המידות של נבחרי הציבור.

213. בנוסף, במועד הבחירות לכנסת ה-25, טרם תוקן חוק היסוד, אשר שינה את כללי הכשירות לשרים. על כן במועד הבחירות, אפשרות מינויו של ח"כ דרעי לשר, היתה מותנית בהבאת סוגיית הקלון בעניינו בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית.

סוגיה זו אף הובאה במסגרת עמדת המדינה בעתירה בעניין אי הגשת בקשה לקביעת קלון בעניינו של דרעי (בג"ץ 8945/21), שם נכתב כי ככל שמר דרעי יבקש להתמנות בעתיד לשר, יהיה מוטל עליו או על ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות ולטעון בפניו כי לא נפל קלון במעשיו (תגובת המדינה בבג"ץ 8945/21 צורפה לעיל כנספח מש/3).

214. כמפורט לעיל, לאחר הבחירות השתנו "כללי המשחק" על-ידי תיקון חוק יסוד: הממשלה ושינוי תנאי הכשירות לכהונת שר במסגרתם, כך שהשר דרעי לא נדרש עתה לקביעתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית כי לא דבק קלון במעשיו, וזאת משום שלא נגזר עליו "מאסר בפועל".

אכן, בהתאם לפסיקה, סוגיית תנאי הכשירות לכהונה כשר, מהווה **נסיבה** לצורך בחינת סבירות המינוי השר, (וראו **עניין רמון לעיל**), ואולם כאמור "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". הלכה זו מקבלת משנה תוקף על רקע הקשיים המשמעותיים שנפלו בתיקון חוק היסוד בשל המניע הברור לתיקון זה. אמנם קשיים אלה, כפי שפורט בחלק העוסק בסעדים העל-חוקתיים, אינם מקימים עילה להתערבות שיפוטית בתיקון חוק היסוד גופו, אך יש

בהם לעמדת היועצת המשפטית לממשלה כדי להשליך על המשקל שיש ליתן לכך בדיון בשאלת הסבירות. בנסיבות שבהן תנאי הכשירות שונו על מנת לאפשר לשר דרעי לחמוק מהכרעה בשאלת הקלון שבעבירות בהן הורשע בשנת 2022, מידת ההקרנה של תנאי הכשירות על סוגיית הסבירות בענייננו מוגבלת יותר. למעשה לא ניתן להסתמך על קיומה של כשירות כמפחיתה או פוגעת באפשרות לטעון להיעדר סבירות. ההפך הוא הנכון.

### חיוניות המועמד לתפקיד ועקרון הייצוגיות

215. אל מול כל אלה, יש ליתן משקל לכך שהשר דרעי עומד בראש מפלגה, אשר רשימתה זכתה ב-11 מנדטים בבחירות לכנסת ה-25. בנוסף, השר דרעי מילא בעברו מילא שורת תפקידים בכירים, לרבות תפקידי שר במשרדים בכירים ובכלל זאת שר הפנים, ויש לו ניסיון מעשי עשיר בעבודת הממשלה. לעמדתו של ראש הממשלה, השר דרעי הוא שר חיוני מאוד לעבודת הממשלה ולהרכבת הממשלה בין היתר בשל תבונתו, ניסיונו וכישוריו.

כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, יש ליתן משקל לכך שהכנסת הביעה אמון בממשלה ה-37 שהוצגה בפניה ביום 29.12.22, כאשר ח"כ דרעי מכהן במסגרתה כשר הפנים, שר הבריאות והמשנה לראש הממשלה. שיקולים אלה לא נעלמו מעיני היועצת המשפטית לממשלה, כמו גם שיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה במינוי שרים. כל אלה הם אכן שיקולים כבדי משקל. ואולם, בהתאם לפסיקה העקבית של בית המשפט בסוגיה, הם אינם חזות הכל. בשקלול מכלול הנסיבות והאינטרסים הנוגעים בדבר, אין בשיקולים נכבדים אלה כדי להביא לכך שמינוי דרעי לשר יכנס למתחם הסבירות.

שיקולים אלה נשקלו על ידי בית המשפט בעתירות שנדונו בשנים 2015 ו-2016. אף שיקולים משמעותיים אלו הובאו בחשבון בגיבוש עמדת היועצת המשפטית לממשלה.

### סיכום

216. הנה כי כן, לאחר ניתוח כלל השיקולים ואף בהתחשב בשיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בעניינים הנוגעים להרכבת הממשלה ולכנסת, עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי מינוי זה חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

השאלה המשפטית שנבחנה היא במישור המינהלי - האם החלטתו של ראש הממשלה למנות ולאחר מכן להימנע מהעברה מכהונת שר, עומדת במבחני שיקול הדעת המינהלי אשר התווה בית המשפט וחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

**עמדת היועצת המשפטית לממשלה, אשר ביסודה פסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין העתירות מהשנים 2015 ו-2016 בעניינו של השר דרעי – היא כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.**

ההחלטה להביא לאישור הכנסת את המינוי לתפקיד שר הבריאות ושר הפנים אינה נותנת משקל לחומרת הארוע בו חבר כנסת עובר פעם נוספת עבירות שיש עמן, בנסיבות העניין, קלון, תוך פגיעה חוזרת ונשנית בעקרון שלטון החוק. החלטת ראש הממשלה הנותנת את הבכורה לשיקולים פוליטיים ולשיקול הדעת הרחב המסור לכנסת, אינה נותנת ביטוי למשקל הכבד של חשיבות השמירה על שלטון החוק מצד מי שאוחזים בהגה השלטון. בכך, היא חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

משכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק יסוד: הממשלה, ולהעביר את השר דרעי מתפקידו כשר הפנים, שר הבריאות והמשנה לראש הממשלה.

217. מכיוון שראש הממשלה סבור שאינו נדרש להעביר את השר דרעי מכהונתו בממשלה, ולפיכך גם אינו מתכוון להפעיל סמכותו זו, הרי ככל שהתיקון לחוק היסוד לא יבוטל, או לא תידחה תחילת תוקפו – היועצת המשפטית לממשלה סבורה שאין מנוס מלהפוך את הצו על-תנאי שניתן ביום 3.1.23 בעניין זה בעתירה המתוקנת בעתירת התנועה למען איכות השלטון, לצו מוחלט.

#### סוף דבר

218. עמדת היועצת המשפטית לממשלה היא כי ביחס לתיקון חוק היסוד, הגם שהתיקון מעורר קשיים לא מבוטלים, הרי שבהתאם לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, כפי שפותחה עד כה על-ידי בית המשפט הנכבד, אין עילה להתערבות בתיקון החוק. על כן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, דין הצווים על תנאי שהוצאו בכל הנוגע לתיקון חוק היסוד - להתבטל ודין של העתירות בעניין זה להידחות.


219. לעומת זאת, בכל הנוגע לסבירות מינויו של השר דרעי לכהונת שר בממשלה, הרי שלעמדת היועצת המשפטית לממשלה מינוי זה חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות ויש להפוך את הצו על-תנאי בעניין העברת השר דרעי מכהונתו – לצו מוחלט.


היום, י"א בטבת תשפ"ג

4 בינואר 2023

  
נטע אורן, עו"ד  
ממונה על ענייני בג"צים  
בפרקליטות המדינה

  
ענר הלמן, עו"ד  
מנהל מחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה

  
מתן שטיינבוך, עו"ד  
עוזר ראשי במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה

  
מוריה פרימן, עו"ד  
סגנית בכירה א' במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה