בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8948/22

בג"ץ 8949/22

בג"ץ 8982/22

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ח' כבוב

העותרים בבג"ץ 8948/22:
1. אילן שיינפלד
2. רבקה כרמי
3. דניאל כרמון
4. יהודה אפק
5. ברוך בינה
6. שמעון ינקלביץ
7. יוסף שילה
8. חגית מסר ירון
9. אביתר מנור
10. מקס הרצברג
11. רות אלון
12. רון כתרי
13. יעל אלעד
14. רון גורה
15. ניב אחיטוב
16. אורה דר
17. תמר פלש

העותרת בבג"ץ 8949/22: התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותרת בבג"ץ 8982/22: התנועה לטוהר המידות

המשיבים בבג"ץ 8948/22:	1. הכנסת 2. היועצת המשפטית לכנסת 3. היועצת המשפטית לממשלה 4. סיעת ש"ס 5. סיעת הליכוד 6. ח"כ בנימין נתניהו, יו"ר מפלגת הליכוד 7. ח"כ אריה דרעי, יו"ר מפלגת ש"ס 8. סיעת הציונות הדתית 9. סיעת עוצמה יהודית 10. סיעת יהדות התורה
המשיבים בבג"ץ 8949/22:	1. הכנסת 2. ח"כ אריה מכלוף דרעי 3. היועצת המשפטית לממשלה 4. ח"כ בנימין נתניהו
המשיבים בבג"ץ 8982/22:	1. ח"כ בנימין נתניהו 2. היועצת המשפטית לממשלה 3. ח"כ אריה דרעי 4. מפלגת ש"ס – התאחדות ספרדים העולמית שומרי תורה
המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט:	1. פרופ' איל בנבנישתי 2. פרופ' גילה שטופלר 3. פרופ' פרנסס רדאי 4. פרופ' דוד קרצמר

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריך הישיבה:	י"ב בטבת התשפ"ג	(5.1.2023)
בשם העותרים בבג"ץ 8948/22:	עו"ד דפנה הולץ-לכנר	
בשם העותרת בבג"ץ 8949/22:	עו"ד אליעד שרגא; עו"ד תומר נאור; עו"ד הידי נגב	
בשם העותרת בבג"ץ 8982/22:	עו"ד אביה אלף; עו"ד בעז ארד; עו"ד עומר מקייס	
בשם הכנסת:	עו"ד ענת גולדשטיין; עו"ד שירה גרטנברג	

בשם היועצת המשפטית לממשלה:	עו"ד ענר הלמן; עו"ד נטע אורן; עו"ד מוריה פרימן; עו"ד מתן שטיינבוך
בשם המשיבה 4 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד נתי שמחוני; עו"ד אסף קליין
בשם המשיב 6 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד מיכאל ראבילו; עו"ד רועי שכטר; עו"ד אופק ברוק
בשם המשיב 7 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד נבות תל-צור; עו"ד אלרן דולב
בשם המשיבה 8 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד אלי שמואליאן
בשם המשיבה 9 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד חנמאל דורפמן
בשם המשיבה 10 בבג"ץ 8948/22:	עו"ד אברהם יוסטמן
בשם המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט:	עו"ד גלעד ברנע; עו"ד עידן סגר

<u>פסק-דין</u>

<u>הנשיאה א' חיות:</u>

העתירות שבכותרת עניינן במינויו של חבר הכנסת הרב אריה מכלוף דרעי (להלן: **דרעי**), יו"ר תנועת ש"ס (להלן: **ש"ס**), לתפקיד שר הפנים ולתפקיד שר הבריאות. דרעי מכהן בתפקידים אלה החל מיום 29.12.2022, אז הודיעה הממשלה ה-37 על קווי היסוד שלה ועל חלוקת התפקידים בין שרי הממשלה, והכנסת הביעה בה אמון.

על פי הנטען בעתירות, משהורשע דרעי בבית משפט השלום בירושלים בת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21 ביום 25.1.2022 (להלן: **עניין עבירות המס**) ונידון למאסר על תנאי ביום 1.2.2022, הוא לא היה כשיר להתמנות לשר ללא קביעה של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (להלן: **יו"ר ועדת הבחירות**) כי אין בעבירות שבהן הורשע משום קלון. זאת, בהתאם לסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה (להלן גם: **חוק היסוד**) שקבע עד לאחרונה כי:

> "(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".

אלא שעוד טרם הקמת הממשלה, נחקק חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4, אשר נכנס לתוקף ביום 27.12.2022 (להלן: **תיקון מס' 11** או **התיקון**), ובו נקבע, בין היתר, כי ההוראה שבסעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד תחול רק על מי שנידון לעונש מאסר **בפועל**. לטענת העותרים, שינוי זה של תנאי הכשירות נועד לאפשר את מינויו של דרעי לשר בממשלה ללא צורך בפנייה ליו"ר ועדת הבחירות כדי שיכריע בשאלה האם דבק קלון בהרשעתו.

לאחר חקיקת התיקון הוגשו העתירות דנן, ובמרכזן ניצבות שלוש שאלות עיקריות:

1. האם יש להורות על ביטול ההוראות החדשות הנוגעות לתנאי כשירותם של שרים בתיקון מס' 11 בשל שימוש לרעה של הכנסת בסמכותה המכוננת או בשל פגמים שנפלו בהליך החקיקה?
2. האם החלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לתפקיד שר הפנים ושר הבריאות ולא להעבירו מתפקידו נגועה בחוסר סבירות קיצוני, וזאת בין היתר בשל עברו הפלילי של דרעי?
3. האם דרעי מנוע מלכהן בתפקיד שר הפנים ושר הבריאות, בהינתן הצהרותיו בפני בית המשפט שהרשיעו בעבירות המס?

רקע הדברים

1. בשים לב לכך שטענות העותרים נסובות, בין היתר, סביב עברו הפלילי של דרעי יובאו להלן, בתמצית, העובדות בהקשר זה הרלוונטיות לדיון בענייננו.

2. הצדדים התייחסו בטענותיהם לשלוש פרשות מעברו של דרעי, המוכרות בציבור בכינויים "התיק האישי"; "התיק הציבורי"; ופרשת "בר-און חברון". עניינו של "התיק האישי" בעבירות שביצע דרעי בשנים 1984-1990 בעת שכיהן בתפקידים ציבוריים בכירים במשרד הפנים, ובהם תפקיד שר הפנים. בכתב האישום יוחסו לדרעי לקיחת שוחד וניצול של תפקידו על מנת **לקדם את ענייניה של עמותה שהוא ניהל בעברו וזאת, בין היתר, בדרך של קבלת כספים במרמה מן הקופה הציבורית.**

לאחר שהוחלט על הגשת כתב האישום ב"תיק האישי" ומשסירב ראש הממשלה דאז להעביר את דרעי מתפקידו כשר הפנים בהתאם לסעיף 21א לחוק-יסוד: הממשלה (כנוסחו אז), הוגשו עתירות בעניין זה לבית משפט העליון, וביום 8.9.1993 נקבע, פה אחד, שעל ראש הממשלה להורות על העברתו של דרעי מכהונתו (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404

(1993) (להלן: **עניין דרעי הראשון**)). בהקשר זה צוין כי לנוכח חומרת העבירות המיוחסות לדרעי, אי-הפעלת סמכות ראש הממשלה להעבירו מתפקידו נגועה באי-סבירות קיצונית. בעקבות פסק הדין, התפטר דרעי מתפקידו.

3. בשנת 1999 הרשיע בית המשפט המחוזי בירושלים את דרעי בעבירה של לקיחת שוחד בסכום כולל של 155,000 דולר; בשלוש עבירות של מרמה והפרת אמונים; וכן בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בגין עבירות אלה נגזרו על דרעי ארבע שנות מאסר בפועל וקנס בסך 250,000 ש"ח או עשרה חודשי מאסר תמורתו (ת"פ (מחוזי י-ם) 305/93 **מדינת ישראל נ' דרעי**, פסקה 18 (15.4.1999) (להלן: **גזר הדין בתיק האישי**)). דרעי ערער על הכרעת הדין וגזר הדין לבית המשפט העליון, אשר קיבל חלקית את הערעור, זיכה **את דרעי באחת מעבירות המרמה והפרת האמונים שבהן הורשע, וצמצם את היקף הרשעתו בעבירת השוחד ובעבירה נוספת של מרמה והפרת אמונים** (ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 721 (2000)). בהתחשב בכך וכן בהינתן התמשכותו של ההליך הפלילי בעניינו של דרעי, הופחת עונשו של דרעי והועמד על שלוש שנות מאסר. בחודש יולי 2002 שוחרר דרעי מכלא מעשיהו, לאחר ריצוי שני-שלישים מתקופת מאסרו.

4. ב"תיק הציבורי" הורשע דרעי בעבירה של הפרת אמונים בשל מעשים שביצע בשנת 1989 בהיותו שר הפנים, כאשר פעל להסדרת תמיכה בסך של 400,000 ש"ח בעמותה שנוהלה על ידי אחיו, והקרויה על שם חותנו וחותנתו ז"ל, באמצעות עיריית ירושלים. בתיק זה נגזרו על דרעי שלושה חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 10,000 ש"ח או 15 ימי מאסר תמורתו (ת"פ (שלום י-ם) 1872/99 **מדינת ישראל נ' דרעי** (20.11.2003)).

5. הפרשה השלישית – "פרשת בר-און חברון" – עניינה בחשד שדרעי עשה שימוש בכוחו הפוליטי והתנה את תמיכתה של ש"ס בהסכם מדיני הידוע בכינויו "הסכם חברון", בכך שעו"ד רוני בר-און ימונה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. זאת, על פי הנטען, כדי שבר-און יקדם חתימה על עסקת טיעון שתיטיב עם דרעי בפרשת "התיק האישי". המלצת פרקליטת המדינה להעמיד את דרעי לדין בעבירות של מרמה והפרת אמונים, סחיטה באיומים ושיבוש מהלכי משפט, בכפוף לשימוע שייערך לו ולהסרת חסינותו, אומצה על ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז בחודש אפריל 1997, ואולם בסופו של יום הורה היועץ המשפטי לממשלה על סגירת התיק. זאת, נוכח הרשעתו של דרעי ב"תיק האישי" והתקדמות ההליכים נגדו ב"תיק הציבורי". בהודעת היועץ המשפטי לממשלה על סגירת התיק, צוין כי "היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה ראו בחומרה, אז כהיום, חשד לעסקה פוליטית למינוי יועץ משפטי שיהא להנחת דעתו של נאשם במשפט פלילי".

6. בשנת 2013, כעשור לאחר שסיים לרצות את עונש המאסר בגין "התיק האישי" ושב לחיים הפוליטיים, נבחר דרעי לכהן כחבר בכנסת ה-19 מטעם ש"ס. בשנת 2015, לאחר הבחירות לכנסת ה-20, מונה דרעי לשר הכלכלה והשר לפיתוח הנגב והגליל בממשלה ה-34. עתירה שהוגשה נגד מינויו של דרעי

לשר נדחתה (בג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (13.8.2015) (להלן: **עניין דרעי השני**)). בית המשפט ציין כי דרעי עומד בהוראות סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, אשר קבע "תקופת המתנה" של שבע שנים מעת סיום ריצוי עונש המאסר בטרם יוכל אדם להתמנות לשר. עוד נקבע כי אף שניתן לומר כי בשל עברו הפלילי של דרעי מינויו "מצוי על גבול מתחם הסבירות" (שם, בפסקה 23), אין מקום להתערב במינוי. זאת, בין היתר, בהתחשב בשיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בעניינים אלה ובפרק הזמן שחלף מביצוע העבירות ומסיום ריצוי העונש.

ביום 1.11.2015 הודיע דרעי על התפטרותו מתפקיד שר הכלכלה, וביום 10.1.2016 התקבלה החלטת ממשלה למנותו לתפקיד שר הפנים (לצד תפקיד השר לפיתוח הנגב והגליל). מינוי זה אושר בכנסת למחרת היום. עתירה שהוגשה לבית משפט זה נגד המינוי בטענה כי טמונה חומרה מיוחדת בכך שהעבירות שבהן הורשע נעברו, בין היתר, בעת הפעלת סמכויותיו של דרעי כשר הפנים – נדחתה אף היא, בדעת רוב (בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (8.5.2016) (להלן: **עניין דרעי השלישי**); השופט ס' ג'ובראן בהסכמת השופט י' דנציגר, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל)).

עניין עבירות המס

7. בחודש מרץ 2016 הורה היועץ המשפטי לממשלה דאז, אביחי מנדלבליט, על פתיחה בחקירה פלילית נגד דרעי בחשדות חמורים הנוגעים, בין היתר, לעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים והלבנת הון בפרשות שונות. בסופו של דבר, בחלוף מספר שנים, הודיע היועץ המשפטי לממשלה ביום 8.1.2021 כי נמצאה תשתית ראייתית מספקת לשקול את העמדת דרעי לדין, בכפוף לשימוע, בגין חלק מהאירועים שעניינם עבירות מס. ביחס ליתר העבירות, כך נקבע, לא נמצא בסיס ראייתי מספיק לצורך העמדתו לדין.

8. ביום 23.12.2021 חתם דרעי על הסדר טיעון, במסגרתו הוסכם כי דרעי יודה בעבירות מס שביצע בשני אירועים שונים. האישום הראשון בכתב האישום עניינו בנכס מקרקעין בגבעת שאול, שאותו מכר דרעי לאחיו תמורת 1.6 מיליון דולר, שהיו שווים באותה העת כ-5.78 מיליון ש"ח, אך מחיר העסקה שצוין בחוזה ובדיווח של אחיו לרשויות המס עמד על 4.25 מיליון ש"ח בלבד. בגין אירוע זה יוחסה לדרעי עבירה של סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה, לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 (להלן: **חוק מיסוי מקרקעין**). האישום השני עניינו בתשלום שכר טרחה שהועבר על ידי קרן פיננסית להשקעות בארצות הברית בשם "גרין אושן" לחברה בבעלותו של דרעי (ד.ר.א.ר שרותי ייעוץ בע"מ), בתמורה לסיוע מצד דרעי בגיוס משקיעים. לאחר שהחל לכהן כחבר כנסת בשנת 2013, סיכם דרעי עם "גרין אושן" שתגמוליו העתידיים יועברו לחברה בבעלות אחיו, ובין השנים 2013-2015 הועברו מחברת "גרין אושן" באופן זה כספים בסכום של 634,942 ש"ח, כולל מע"מ. בהקשר זה צוין בכתב האישום כי דרעי לא כלל הכנסה בגובה 101,074 ש"ח עבור שנת 2013 בדו"ח השנתי של החברה שבבעלותו; וכן לא ניהל פנקסי חשבונות ולא

הגיש את דו"חות החברה שבבעלותו לשנים 2014-2015, ובכך נמנע מלדווח על הכנסה בגובה 533,868 ש"ח. בגין מעשיו אלה, יוחסו לדרעי עבירות של דו"ח וידיעות לא נכונים ללא הצדק סביר לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **פקודת מס הכנסה**); אי הגשת דו"ח במועדו (שתי עבירות) לפי סעיף 216(4) לפקודת מס הכנסה; ואי ניהול פנקסי חשבונות (שתי עבירות) לפי סעיף 216(5) לפקודת מס הכנסה.

במסגרת הסדר הטיעון, הצדדים הסכימו כי יעתרו במשותף לעונש של 12 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים, וקנס בסך 180,000 ש"ח או שנת מאסר בפועל תמורתו (סעיף 2 להסדר הטיעון). בסעיף 4 להסדר הטיעון צוין: "רשמנו בפנינו את הודעת [דרעי] בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית".

ביום 26.12.2021 הוגש הסדר הטיעון לאישורו של בית משפט השלום בירושלים (ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21).

9. עתירה שהוגשה נגד הסדר הטיעון, בטענה כי היה על היועץ המשפטי לממשלה להודיע שבדעתו לבקש מבית משפט השלום בירושלים לקבוע שיש בעבירות שביצע דרעי משום קלון, נדחתה (בג"ץ 8954/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (17.1.2022) (להלן: **בג"ץ 8954/21**)). בית המשפט ציין כי ככל שדרעי יתפטר מהכנסת לפני הדיון בהליך הפלילי, לא תהיה תחולה לסעיף 42א(א) לחוק-יסוד: הכנסת – לפיו "חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת ביום שפסק הדין נעשה סופי", ובמקרה כזה – כך הוסיף בית המשפט וקבע שם – לא תהיה לבית המשפט הדן בהליך הפלילי הסמכות לקבוע אם יש בעבירות משום קלון. בית המשפט ציין בפסק הדין שניתן בעתירה כי הוא רשם לפניו את התחייבות היועץ המשפטי לממשלה ולפיה ככל שדרעי לא יתפטר מהכנסת, הוא יביע את עמדתו בעניין הקלון.

10. ביום 23.1.2022 התפטר דרעי מהכנסת ובדיון שהתקיים יומיים לאחר מכן בבית משפט השלום בעניין עבירות המס, הורשע דרעי על פי הודאתו ובהתאם להסדר הטיעון, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. לאחר מכן, ועוד באותו היום, השמיעו הצדדים טיעונים לעניין העונש. במסגרת זו עמד בא כוחו של דרעי על כך שדרעי לקח אחריות על מעשיו והתפטר מהכנסת, אף ש"זה מטה לחמו לאחר 9 שנים כח"כ וכשר, הוויתור שלו יכול להיות במיליוני שקלים צריך לחפש מאיפה להביא פרנסה עכשיו" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022). בהמשך הוסיף דרעי עצמו ואמר בפני בית המשפט "החלטתי 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" (שם, בעמ' 13).

11. ביום 1.2.2022 אישר בית משפט השלום בירושלים את הסדר הטיעון עם דרעי (הנשיא ש' הרבסט). בית המשפט עמד על ההלכות הנוגעות לאישור הסדרי טיעון על ידי בתי המשפט, וקבע כי אין מקום להתערב בהסדר הטיעון שהוגש לאישורו. בית המשפט הוסיף וקבע כי מעשיו של דרעי מנעו משלטונות המס לשום באופן נכון את המס, אך הדגיש כי חלקו בביצוע העבירות היה פאסיבי וכי יש לזקוף לזכותו, בין היתר, את העובדה שהחקירה בעניינו נמשכה כשבע שנים ואת העובדה שהתיק נפתח עם חשד לעבירות שחיתות שלטונית, אך הסתיים באישום בעבירות מס "המצויות ברף התחתון של משפחת עבירות זו" (ההדגשה במקור). עוד ציין בית המשפט כי התפטרותו של דרעי, אף שעל פני הדברים אינה קשורה באופן ישיר להליך הפלילי, היא נסיבה חשובה שיש להביא בחשבון. בית המשפט הדגיש בהקשר זה שני טעמים: האחד – כי דרעי בהיותו "איש ציבור מזה כשנים רבות, מדיר עצמו מעתה מרצון מעיסוק בצרכי ציבור", וכי נדמה "שהמאשימה עצמה רומזת [...] כי היא רואה בכך חלק מן העונש אשר אותו הטיל הנאשם על עצמו". והשני – נוגע למישור המניעתי ולפיו "כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד – יוכל למצוא מנוח לחשש זה ולומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית".

מן הטעמים שפירט אישר בית המשפט את הסדר הטיעון גם בכל הנוגע לעונש שעליו הוסכם, וגזר על דרעי "12 חודשי מאסר בפועל אשר לא ירוצו אלא אם יעבור [...] על אחת מן העבירות בהן הורשע, וזאת תוך שלוש שנים מהיום"; וכן קנס בסך 180,000 ש"ח או שנת מאסר תמורתו.

ההתפתחויות לאחר אישור הסדר הטיעון

12. יממה אחת בלבד לאחר שניתן גזר הדין, כינס דרעי מסיבת עיתונאים ובה השמיע טענות שונות באשר להליך הפלילי שהתנהל בעניינו. בין היתר טען דרעי כי החשדות החמורים שייחסו לו התגלו לבסוף כעבירות מס מינוריות, והוסיף כי "כולם יודעים שאם לא היו קוראים לי אריה מכלוף דרעי הנושא היה נפתר מול פקיד השומה כפי שמתרחש בתיקים אחרים". בהמשך, ציין דרעי כי:

> "מבלי לגרוע בחשיבות שאני מייחס להסדר הטיעון שלקחתי עליו אחריות, אני לא הולך לשום מקום. אני ניצב על משמרתי כיו"ר תנועת ש"ס וממשיך לנהל את ענייני הציבור מכל מקום – מהכנסת, ממשרדי התנועה, מסיורים בשטח ומכל מקום שארגיש צורך להיות בו. אמשיך להשתתף בישיבות ראשי מפלגות האופוזיציה, לנהל את ישיבות סיעת ש"ס [...]"

עוד הוסיף דרעי: "אני משוכנע שההסדר שהגענו אליו אין בו קלון. אני מודיע כבר מעכשיו, שאני בעזרת השם, בבחירות הקרובות ואני מקווה שהן יהיו מהר מאוד, אעמוד בראש תנועת ש"ס וארוץ לכנסת ואשרת בעזרת השם בתפקיד של שר. אני לא רואה שום מניעה לזה".

13. בהמשך להתבטאויותיו אלו של דרעי, פנתה התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: **התנועה למען איכות השלטון**) לפרקליט המדינה וכן אל היועצת המשפטית לממשלה (להלן גם: **היועצת**), בבקשה שישקלו לערער על פסק הדין שאישר את הסדר הטיעון. זאת, בין היתר בשל הטענה כי בבואו לאשר את הסדר הטיעון הסתמך בית משפט השלום בירושלים על פרישתו של דרעי מהזירה הציבורית. פרקליטות מחוז תל אביב (מיסוי וכלכלה) השיבה ביום 23.3.2022, במענה לפניות אלה, כי הודעתו של דרעי על כוונתו לפרוש מהכנסת לא הייתה חלק מהסדר הטיעון; כי נכון לאותה העת דרעי לא הודיע על התמודדות לתפקיד חבר כנסת; וכי בנסיבות אלו טרם נולדה עילה לשקול את סוגיית הקלון בעניינו.

14. ביום 30.6.2022 התקבל חוק התפזרות הכנסת העשרים וארבע ומימון מפלגות, התשפ"ב-2022, ומועד הבחירות לכנסת ה-25 נקבע ליום 1.11.2022. ביום 15.9.2022 הוגשה רשימת ש"ס לבחירות לכנסת, ודרעי הוצב בראש הרשימה. חמישה ימים לאחר מכן, ביום 20.9.2022, הגישה התנועה למען איכות השלטון בקשה ליו"ר ועדת הבחירות, השופט **י' עמית**, שיקבע כי על דרעי חל קלון ומשכך הוא אינו כשיר לכהן כשר (פ"מ 3/25 **התנועה לאיכות השלטון נ' דרעי**). באותו היום דחה השופט **עמית** את בקשת העותרת בציינו כי בהתאם להוראת סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, יו"ר ועדת הבחירות אינו מוסמך לדון בבקשות לקביעת **קיומו** של קלון (להבדיל מסמכותו לקבוע כי "חזקת הקלון" אינה חלה), וכי ממילא העותרת אינה רשאית להגיש בקשה בעניין בחינתו של קלון ליו"ר ועדת הבחירות. זאת, נוכח הוראת סעיף 3 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, הקובעת כי בקשה לפי סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה תוגש בידי ראש הממשלה או חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה. עוד צוין כי מדובר בבקשה מוקדמת, שכן הבחירות טרם התקיימו ומשכך חלוקת תפקידי השרים טרם החלה.

הליכי הרכבת הממשלה ה-37

15. ביום 1.11.2022 התקיימו הבחירות לכנסת, וש"ס זכתה בהן ב-11 מנדטים. ביום 13.11.2022 הטיל נשיא המדינה את תפקיד הרכבת הממשלה על ח"כ בנימין נתניהו, ובאותו היום, העביר מר צחי ברוורמן אל היועצת המשפטית לממשלה מכתב מטעם בא כוחו של דרעי, עו"ד נבות תל-צור, הממונן לח"כ נתניהו, בו צוין כי לשיטתו של עו"ד תל-צור לא קיימת מניעה משפטית למנות את דרעי לשר. זאת, לגישתו, משום שלפי הוראת סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה אין צורך לפנות ליו"ר ועדת הבחירות כדי שיבחן אם יש קלון בעבירות המס; ומשום שמינויו של דרעי לשר עומד במבחן הסבירות. ביום 17.11.2022 שלחה היועצת המשפטית לממשלה מכתב לח"כ נתניהו, ובו ציינה כי עמדתה היא שהוראות סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה חלות ביחס למי שהורשע ונדון לעונש מאסר, לרבות עונש מאסר על תנאי. משכך, ציינה היועצת כי על מנת למנות את דרעי לכהן כשר בממשלה, על ראש הממשלה המיועד להגיש בקשה ליו"ר ועדת הבחירות, לצורך הכרעה בשאלה אם הרשעתו של דרעי בעניין עבירות המס יש בה משום קלון. היועצת לא התייחסה במכתבה לשאלת סבירות מינויו של דרעי לשר.

תיקון חוק-יסוד: הממשלה

16. ביום 12.12.2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית מטעם חבר הכנסת משה ארבל מסיעת ש"ס (הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים), פ/91/25) שעניינה תיקון סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, כך שההגבלה הקבועה בו לעניין כהונת שר תחול רק במקרה שבו ריצה אדם עונש מאסר **בפועל**. כפי שצוין לעיל נוסחו של סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה טרם התיקון קבע כי "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 [...]". זאת, אלא אם קבע יו"ר ועדת הבחירות כי אין עם העבירה משום קלון.

בדברי ההסבר להצעת החוק המתקן צוין כי מדובר בהצעה מבהירה, שכן גם בנוסח הקיים, המאסר הנזכר בסעיף עניינו מאסר בפועל, ולא מאסר על תנאי. עוד הוצע לקבוע כי מניין שבע השנים יחל מיום תום ריצוי המאסר בפועל, תוך השמטת החלופה "מיום מתן פסק הדין".

17. ביום 13.12.2022 החליטה הוועדה המסדרת על קיצור תקופת ההנחה של הצעת החוק האמורה. באותו יום אושרה ההצעה במליאה בקריאה טרומית ובמהלך הדיון בהצעה הבהיר יו"ר הכנסת דאז, ח"כ יריב לוין, כי "חבר הכנסת אריה מכלוף דרעי מבקש לעשות גילוי נאות שייתכן שבנסיבות מסוימות יש בהצעת החוק השפעה לגביו" (פרוטוקול ישיבה 13 של הכנסת ה-25, 46 (13.12.2022)). לאחר מכן, קבעה הוועדה המסדרת כי תוקם ועדה מיוחדת, בראשות ח"כ שלמה קרעי, שתדון בהצעת החוק של ח"כ ארבל וכן בהצעת חוק נוספת שנוגעת למינוי שר נוסף במשרד שממונה עליו שר (להלן: **הוועדה המיוחדת**).

18. הוועדה המיוחדת קיימה שישה ימי דיונים בהצעת החוק. בישיבתה הראשונה ביום 14.12.2022 עמד היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד גור בליי, על כך שלעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת התיקון המוצע הוא תיקון מחדש, שיש בו משום שינוי של תנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, החלים גם מקום שבו נגזר עונש מאסר על תנאי. עו"ד בליי הוסיף כי לתיקון היבט פרסונלי משמעותי, והחלתו באופן מיידי מעוררת קשיים. המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-חוקתי), עו"ד אביטל סומפולינסקי, ציינה כי גם לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה תיקון מס' 11 הוא תיקון מחדש, וכי בעבר הכנסת מצאה לנכון להבחין בין תנאי הכשירות של שרים (שמתייחסים לעונש "מאסר") לתנאי הכשירות של חברי כנסת (שמתייחסים לעונש "מאסר בפועל", כאמור בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת). זאת, בשל שיקולים שנגעו לאיזונים בין עיקרון טוהר המידות ושמירה על אמון הציבור בנבחריו, ובין עיקרון הייצוגיות והזכות לבחור ולהיבחר. עו"ד סומפולינסקי הוסיפה עוד כי עיתוי הדיון בהצעת החוק ותחולתו המיידית מעוררים קשיים, בציינה:

> "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 יו"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" (**פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (פ/81/25) ובהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25), הכנסת ה-25, 29 (14.12.2022)**).

במענה לקשיים השונים שהועלו ביחס להצעת החוק, השיב ח"כ ארבל כי:

> "הציבור ידע היטב מה בוחר. הוא ידע היטב שאריה דרעי לא יהיה סתם חבר כנסת שעליו המגבלה לא חלה [...] 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 ששלח אותנו לכאן. לבצע את התיקונים הנדרשים ככל שהם נדרשים. לטעמי הם לא נדרשים אבל ככל שהם נדרשים נבצעם 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" (שם, בעמ' 42).

19. בתום הדיון הוחלט למזג את הצעת החוק בעניין סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה עם הצעת החוק הנוספת שנדונה בוועדה המיוחדת, ולמחרת פורסמה הצעת חוק לקריאה ראשונה של שני התיקונים. במהלך הדיון בקריאה הראשונה של החוק, טענו חברי כנסת שונים כי הצעת החוק מהווה חקיקה פרסונלית שנועדה לקדם את עניינו של דרעי. מליאת הכנסת אישרה את הצעת החוק בקריאה ראשונה ברוב של 63 תומכים מול 52 מתנגדים, והדיון בהצעת החוק הוחזר לוועדה המיוחדת לשם הכנתה לקריאה שנייה ושלישית.

20. בתום דיון נוסף בוועדה ביום 18.12.2022, נשלח לחברי הוועדה נוסח הצעה להגשת הסתייגויות, ובעקבות כך הוגשו לגביה קרוב ל-1,700 הסתייגויות. למחרת, החלה הוועדה המיוחדת לדון בהסתייגויות השונות שהוגשו. עוד באותו היום הוכנס בהצעה תיקון לפיו ייקבע כי "תחילתו של חוק-יסוד זה ביום קבלתו בכנסת" (להלן: **סעיף התחילה**), והתעוררה השאלה האם מדובר ב"נושא חדש", על כל ההשלכות הנובעות מכך. שאלה זו הועברה לדיון בוועדה המסדרת, אשר דחתה את הטענה כי מדובר בנושא חדש, ובהמשך לכך דחתה הוועדה המיוחדת את ההסתייגויות שהוגשו לעניין סעיף התחילה. ביום 22.12.2022 אישרה הוועדה המיוחדת את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. לקראת הדיון במליאה,

ולאחר שהסתייגויות רבות נמשכו על ידי מגישיהן, נותרו 63 הסתייגויות. בעקבות זאת, ביום 26.12.2022 החליטה הוועדה המסדרת, בין היתר, כי בהתאם לסעיף 98 לתקנון הכנסת, ייקבעו סדרי דין מיוחדים לעניין הדיון בהצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית. כך, נקבע כי שני גושי המפלגות בכנסת יוגבלו כל אחד, ל-4 הצבעות שמיות לכל היותר.

21. בערבו של יום 26.12.2022 התקיים במליאת הכנסת הדיון בהצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית. הדיון נמשך ברציפות כל הלילה והושלם בסביבות השעה 7:00 בבוקר יום 27.12.2022. שעות ספורות לאחר מכן פורסם התיקון לחוק היסוד ברשומות.

22. יומיים לאחר מכן, ביום 29.12.2022 הוצגה הממשלה ה-37 בפני הכנסת וקיבלה את אמונה. במועד זה ובמעמד זה הושבע דרעי לתפקיד שר הפנים ושר הבריאות. למען שלמות התמונה יצוין עוד כי על פי ההסכם הקואליציוני שנחתם ביום 28.12.2022 בין סיעת הליכוד ובין סיעת ש"ס בכנסת ה-25 והונח על שולחן הכנסת, דרעי יכהן גם כמשנה לראש הממשלה; ולאחר שהממשלה תשלים מחצית מכהונתה הוא יפסיק לכהן כשר הפנים וכשר הבריאות ויחל לכהן כשר האוצר.

הגשת העתירות והדיון בהן

23. העתירה בבג"ץ 8948/22 הוגשה ביום 27.12.2022 על ידי "אזרחי ואזרחיות המדינה, אנשי חינוך, אנשי אקדמיה ואחרים [...] החברים בקבוצת 'מבצר הדמוקרטיה'" (להלן: **עותרי שיינפלד**), והתבקשו בה סעדים ביחס לתיקון חוק היסוד; ביחס לסבירות מינויו של דרעי לשר; וכן ביחס להיותו של דרעי מושתק ומנוע מלהעלות טענות כנגד הטענות שמעלים העותרים לעניין מינויו לשר. העתירה בבג"ץ 8949/22 הוגשה אף היא ביום 27.12.2022, על ידי התנועה למען איכות השלטון. עתירה זו כללה במקור טענות לעניין תיקון חוק היסוד, אך ביום 3.1.2023 הוגשה עתירה מתוקנת אשר בה נוספו גם טענות וסעדים לעניין אי הסבירות שבהימנעות ראש הממשלה מלהעביר את דרעי מתפקידו כשר. העתירה השלישית שהוגשה ביום 27.12.2022 היא העתירה בבג"ץ 8982/22 מטעם התנועה לטוהר המידות, והיא מתמקדת בביטול מינויו של דרעי לשר הפנים ושר הבריאות, בהיותו מינוי פסול ובלתי סביר באופן קיצוני.

24. בהחלטותיי מיום 27.12.2022 ומיום 29.12.2022 נקבע כי הדיון בעתירות יתקיים בפני הרכב מורחב של 11 שופטים. בעתירות הוצאו צווים על תנאי ביחס לחלק מן הסעדים שהתבקשו, הנוגעים, בין היתר, לתיקון חוק היסוד; לשאלת סבירות ההחלטה על מינוי דרעי לשר וההחלטה שלא להעבירו מתפקידו; ולקיומם של השתק ומניעות הנובעים מהצהרותיו של דרעי בפני בית המשפט שהרשיעו בעבירות המס. בקשות לצווי ביניים שעניינם מניעת מינויו של דרעי לשר – נדחו ולפיכך, הוא מכהן בתפקיד שר הפנים ושר הבריאות החל ממועד השבעת הממשלה, ביום 29.12.2022.

הדיון בעתירות התקיים ביום 5.1.2023 ושודר בשידור ישיר. במהלך הדיון נשמעו טענות הצדדים לעתירות וחודדו הסוגיות שבמחלוקת, אשר יוצגו להלן בתמצית.

תמצית טענות העותרים

25. עותרי שיינפלד והתנועה למען איכות השלטון טוענים כי דינו של תיקון מס' 11 להתבטל. לשיטתם לא מדובר בתיקון מבהיר, אלא בתיקון ששינה את הדין הקיים, לפיו גם מי שנידון לעונש מאסר על תנאי לא יוכל להתמנות לשר, אלא אם יקבע יו"ר ועדת הבחירות כי "חזקת הקלון" אינה חלה בנסיבות המקרה. לטענת העותרים, בשל תחולתו המיידית ובשל ההיבט הפרסונלי המובהק שבתיקון מס' 11, התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת, בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה. בהקשר זה נטען, בין היתר, כי התיקון מתווסף לרשימת תיקונים חוקתיים שמטרתם לעצב את הבסיס החוקתי בישראל בהתאם לצרכיה המיידיים של הממשלה, ואף שהוא מנוסח כנורמה כללית הצופה פני עתיד, מאפייניו הפרסונליים מלמדים שלא כך הדבר וכי מדובר בנורמה ש"נתפרה" למידותיו של אדם, אשר חקיקתה נגועה בניגוד עניינים מוסדי ואינה תואמת את המארג החוקתי הקיים. על כן, כך נטען, התיקון אינו עומד במבחני העזר שנקבעו בפסיקה לזיהויה של נורמה חוקתית, ולא הוצג צידוק למהלך זה המעגן בחוק-יסוד הסדר הפוגע בטוהר המידות, בעקרון שלטון החוק ובאמון הציבור ברשויות השלטון.

עותרי שיינפלד והתנועה למען איכות השלטון טוענים עוד כי גם בהליך חקיקת התיקון נפלו פגמים מהותיים המצדיקים את ביטולו. בפרט, נטען כי ככל שמדובר בחוק יסוד יש לעמוד ביתר שאת על עקרונות בסיסיים הנוגעים להליכי חקיקה וכי בענייננו הדיונים נעשו במהירות ומבלי שהתקיים שיח ענייני ומקיף בתיקון המוצע.

26. כמו כן, טוענים העותרים בשלוש העתירות כי מינויו של דרעי חורג ממתחם הסבירות באופן קיצוני ודינו להתבטל, בהסתמכם על ההלכה המושרשת לפיה "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד", שאותה שב ושנה בית משפט זה בשורה של פסקי דין שדנו בסבירות מינויים של שרים וסגני שרים. העותרים טוענים, בין היתר, כי יש לייחס משמעות לא מבוטלת לעובדה שמדובר באדם שהורשע בעבר, והורשע שוב אך לאחרונה בעבירות נוספות שיש בהן משום פגיעה בקופה הציבורית. עוד נטען כי בעת מינויו לשר דרעי היה – ועודנו מצוי – בתקופת התנאי של המאסר שהוטל עליו; כי הוא לא הביע חרטה על מעשיו; כי מטרת התפטרותו מהכנסת הייתה להתחמק מקביעת הקלון בעניינו; כי הוא התנער מההתחייבות שלקח על עצמו בעניין עבירות המס לפרוש מהחיים הפוליטיים; כי מינויו נעשה בחוסר ניקיון כפיים ובחוסר תום לב, תוך עריכת שינויים חוקתיים לטובתו; וכי בחינת מעשיו מוליכה אל המסקנה הברורה שבהרשעותיו יש משום קלון, ולפיכך הוא אינו כשיר להתמנות לשר בממשלה.

27. עותרי שיינפלד אף הוסיפו ודרשו כי ייקבע שבהתאם לכלל ההשתק השיפוטי, דרעי מושתק כעת מלטעון טענות הקשורות למינויו לשר, וזאת לנוכח הצהרותיו בפני בית המשפט שדן בעניין עבירות המס, לפיו בכוונתו לפרוש מהחיים הפוליטיים. לטענתם, התחייבותו זו של דרעי בפני בית משפט השלום בירושלים היא שהובילה לכך שדרעי זכה בהסדר טיעון מקל תוך הימנעות מהכרעה בשאלת הקלון,

והתנהלותו לאחר פסק הדין בעניין עבירות המס מהווה הפרה של ההתחייבות המפורשת שנתן לבית המשפט בהקשר זה ומהווה ביזיון בית משפט. אף התנועה לטוהר המידות ציינה בעתירתה, מטעמים דומים, כי יש לראות בדרעי כמי שמושתק היום מלטעון בדבר זכותו לכהן כשר.

תמצית טענות המשיבים

28. היועצת המשפטית לממשלה סבורה כי דינם של הצווים על תנאי הנוגעים לתיקון חוק היסוד להתבטל, בהיעדר עילה משפטית להתערבות שיפוטית באותו התיקון. לשיטת היועצת תיקון חוק היסוד שינה את הדין הקיים בנוגע לתנאי הכשירות של שרים, שכן עד לחקיקתו גם ביחס למי שהורשע ונידון לעונש מאסר על תנאי נדרשה פנייה ליו"ר ועדת הבחירות על מנת שיקבע כי אין בעבירות שבהן הורשע משום קלון. היועצת מציינת כי הלכה למעשה התיקון לא נועד לפתור בעיה כללית אלא נועד לאפשר לחבר כנסת מסוים, שהורשע בדין, להתמנות לתפקיד שר ללא פנייה ליו"ר ועדת הבחירות בעניין הקלון. כמו כן צוין כי עיון בדיוני הכנסת מלמד שביסוד התיקון עומד מניע פרסונלי מובהק של הסדרת מינויו של דרעי לשר, וכי שינוי כללי טוהר המידות עבור שחקן פוליטי מסוים מעורר קושי רב. עם זאת, היועצת סבורה כי בהתאם להלכה הפסוקה, מניעי המחוקק, כשלעצמם, אינם מבססים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ובהתאם למבחני העזר לזיהויה של נורמה חוקתית דומה כי אין מקום לקבוע שחקיקת התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. זאת, בין היתר, בשים לב לכך שהחוק נחקק כנורמה קבועה בעלת תחולה כללית. עוד צוין כי לאורך השנים נחקקו הסדרים רבים לצרכים קואליציוניים ופוליטיים, חלק נכבד מהם בתחולה מיידית. על כן, היועצת טוענת כי אף שמדובר בתיקון חוקתי-משטרי חריג המעורר קשיים רבים, אין מדובר במקרה המצדיק התערבות שיפוטית בחוק יסוד. עוד טוענת היועצת כי לא נפל בהליך החקיקה עצמו פגם היורד לשורשו של עניין.

29. לעומת זאת, בכל הנוגע לסבירות המינוי, מציינת היועצת כי יישום המבחנים שנקבעו בפסיקה "מוביל למסקנה ברורה וחד-משמעית כי מינוי השר דרעי חורג ממתחם שיקול הדעת הרחב, הנתון לראש הממשלה בעניין זה". היועצת מציינת כי כבר בעניין דרעי השני ובעניין דרעי השלישי קבע בית המשפט כי מינויו לשר מצוי על גבול מתחם הסבירות, וזאת בהתבסס על העבירות הישנות שעבר דרעי. עבירות אלה, כך נטען, הן עבירות חמורות ביותר בתחום טוהר המידות והשחיתות השלטונית, ואף שהן נמחקו מהמרשם הפלילי יש להן משקל לעניין סבירות מינויו של דרעי לכהונה ציבורית. היועצת מוסיפה כי בינתיים

הורשע דרעי בעבירות מס בשתי פרשיות וכי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה טרם הסדר הטיעון, כמו גם עמדתה שלה כיום, היא – כי יש עמן קלון. עבירות אלה, שבגינן תלוי ועומד נגד דרעי עונש מאסר על תנאי, מעבירות לטענת היועצת את מינויו של דרעי אל מעבר למתחם הסבירות, ונטען כי כהונתו כשר בנסיבות אלה תגרום פגיעה חמורה באמון שהציבור רוחש לנבחרי הציבור ולטוהר מידותיהם. היועצת מוסיפה בהקשר זה כי חרף שיקול הדעת הרחב הנתון לראש הממשלה בעניין הרכב הממשלה וחרף העובדה שדרעי ורשימתו זכו אך באחרונה לאמון הבוחר ומינויו אושר על ידי הכנסת, ההחלטה למנות את דרעי אינה מבטאת את המשקל הכבד שיש לייחס בנסיבות העניין ל"שיקולים הנוגעים לשלטון החוק ולטוהר המידות של האוחזים בהגה השלטון", ובכך היא חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

בשולי הדברים מבהירה היועצת כי בניגוד לנטען בעתירות, הסדר הטיעון לא כלל התחייבות מצד דרעי לפרישה מהחיים הפוליטיים, אך לא ניתן להתעלם מן הפער בין הדברים שנאמרו על ידי דרעי במהלך הדיון בעת אישור הסדר הטיעון ובין הדברים שנאמרו על ידו כבר למחרת מתן גזר דינו. לגישתה, דבריו מעידים על כך שהוא נמנע מנטילת אחריות ומחרטה על מעשיו.

30. הכנסת סבורה כי דינן של העתירות התוקפות את התיקון לחוק היסוד להידחות. כהערה מקדימה מציינת הכנסת כי לגישתה יש בתיקון מס' 11 משום שינוי הדין. עם זאת, הכנסת סבורה כי ככלל אין מקום להעמיד חקיקת יסוד לביקורת שיפוטית, ומכל מקום, לשיטתה, התיקון לחוק היסוד עומד במבחנים שנקבעו בפסיקה במסגרת הדוקטרינה של "שימוש לרעה בסמכות המכוננת". לטענת הכנסת, תיקון מס' 11 הוא תיקון קבוע אשר יחול על כלל מינויי השרים בעתיד, ואף שאין חולק שעניינו של דרעי עומד ברקע התיקון, עצם העובדה שמקרה פרטי הוא זה שהיווה תמריץ לחקיקה או שקיימים מניעים פרסונליים שהניעו את תהליך החקיקה – אינה משנה מן המסקנה כי הוא עומד במבחנים שנקבעו בפסיקה לזיהויה של נורמה חוקתית. הכנסת מוסיפה ומדגישה כי לא ניתן היה לעגן את התיקון שלא בדרך של תיקון לחוק יסוד, ועוד נטען כי עצם העובדה שחוק מוחל באופן אקטיבי אינה עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, וכי אין מדובר בתיקון חוקתי המשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר.

אשר לטענות בדבר פגמים בהליך החקיקה, הכנסת סבורה כי הגם שהליך החקיקה של התיקון היה קצר יחסית, ויש בכך כדי לעורר קושי בהינתן העובדה שמדובר בתיקון לחוק יסוד, לא נפל בהליך פגם היורד לשורשו של עניין, כמשמעותו בפסיקה. הכנסת עומדת על כך שאופיו המואץ של הליך החקיקה נבע מהמועדים הסטטוטוריים להקמת הממשלה המעוגנים בחוקי היסוד; כי אין מדובר בנושא

ארוך או מורכב להבנה; וכי הליך החקיקה כלל ארבע קריאות, נמשך קרוב לשבועיים, והשתתפו בדיונים חברי כנסת רבים, נציגי משרד המשפטים, הייעוץ המשפטי לכנסת, וכן נציגי החברה האזרחית.

31. ראש הממשלה, המיוצג באופן פרטי בהליכים שלפנינו, טוען כי אין להלום ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ובפרט חוקי היסוד המשטריים, וכי במקרה דנן עסקינן בסוגיה פוליטית מובהקת שאינה שפיטה. לחלופין, נטען כי אין מקום להפעיל את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת ביחס לתוכנו של חוק יסוד או למטרותיהם של חברי הכנסת בעת חקיקתו, אלא אם "באופן מובהק השתמש הפרלמנט בסמכותו המכוננת לחקיקה בחוק יסוד שכלל אינה שייכת במהותה לחקיקת יסוד". ראש הממשלה מוסיף כי אין פסול עקרוני בתיקון חוקי יסוד לצורך כינון ממשלה; כי הדבר נעשה מספר פעמים בעבר; וכי באופן דומה אין מניעה לחוקק חוק רטרוספקטיבי, כל עוד האופי הרטרוספקטיבי נקבע במפורש על ידי המחוקק או המכונן. לטענתו, המהירות שבה נחקק התיקון אינה מהווה במקרה זה פגם מהותי היורד לשורש הליך החקיקה, והוא מדגיש כי ההליך נוהל באופן "סדור ומקיף", תוך כיבוד זכות ההשתתפות של חברי הכנסת.

ראש הממשלה מוסיף וטוען כי היקף הביקורת השיפוטית על החלטת הכנסת להביע אמון בממשלה ולהעניק תוקף למינוי שריה הוא "צר ומצומצם – אם בכלל קיים", וכי ענייננו אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות במינוי שר. ראש הממשלה מדגיש כי בעקבות חקיקת התיקון נושא העתירות דנן אין מחלוקת שדרעי עומד בתנאי הכשירות לכהונה כשר בממשלה, ועובדה זו מקרינה על סבירות ההחלטה למנותו לתפקיד שר. עוד נטען כי מינויו של דרעי סביר, בהינתן הצורך ביציבות שלטונית לאחר המשבר הפוליטי של השנים האחרונות; העובדה שלמעלה מ-2.3 מיליון איש הצביעו למפלגות הקואליציה "מתוך ידיעה ברורה [...] שהרב דרעי ישמש כשר בממשלה"; הצורך להתחשב ברצון הסיעות בעת הרכבת הממשלה; והעובדה שדרעי הוא השר הוותיק בממשלה אשר מחזיק בניסיון רב כשַׂר. לבסוף, מדגיש ראש הממשלה כי קיומו של עבר פלילי אינו פוסל כשלעצמו את מינויו של מועמד וכי בענייננו, העבירות שבהן הורשע דרעי לאחרונה מצויות "ברף התחתון" של עבירות המיסים; הן נוגעות לאירועים שהתרחשו לפני עשור; המשרה הציבורית לא שימשה כלי לביצוע העבירות; ודרעי הביע חרטה בגין ביצוען. ראש הממשלה מוסיף כי דרעי ריצה זה מכבר את עונשו בגין העבירות הישנות שבהן הורשע וכי הרישום הפלילי לגביהן נמחק בהתאם להוראות חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 (להלן: **חוק המידע הפלילי**), ומשכך אין להביאן בחשבון.

32. דרעי טוען אף הוא כי דין העתירות להידחות. לטענתו, הוא היה כשיר להתמנות לתפקיד שר בממשלה עוד טרם תיקון מס' 11. זאת, שכן גם לפי סעיף 6(ג) לחוק היסוד בנוסחו הקודם, לא נדרש לפנות ליו"ר ועדת הבחירות על מנת שיקבע בעניינו של מי שהורשע בעבירה פלילית ונידון למאסר על תנאי, כי אין בעבירה משום קלון. נטען כי פרשנות זו נלמדת, בין היתר, מלשונו המפורשת של חוק היסוד טרם התיקון, אשר מתייחסת למניין תקופת אי הכשירות של שבע שנים "מהיום שגמר **לרצות** את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, **לפי המאוחר**". דרעי עומד על כך שהתיקון לחוק היסוד נושא את המאפיינים הצורניים ואת סימני ההיכר של נורמה חוקתית וכי

ההבהרה שהוספה בתיקון איננה נטע זר, ויש לה צידוק מלא. לשיטתו, משלא הוטל עליו מאסר בפועל, לא קמה לחובתו "חזקת הקלון" הקבועה בהוראת סעיף 6(ג) לחוק היסוד, ובהתאם גם לא קמה חובה כלשהי על ראש הממשלה לפנות בעניין זה ליו"ר ועדת הבחירות, על מנת שיקבע אם דבק קלון בעבירות שבהן הורשע. דרעי מוסיף וטוען כי אין כל יסוד לטענה בדבר מצג שווא שהציג כלפי בית משפט השלום בירושלים בעניין פרישתו מהכנסת לצמיתות ומדגיש כי התפטרותו מהכנסת הקודמת לא הייתה חלק מהסדר טיעון שהושג עימו, ולא נעשתה לדרישת היועץ המשפטי לממשלה.

לבסוף, טוען דרעי כי מינויו לשר צולח גם את מבחני הסבירות. בהקשר זה הוא מציין כי העבירות שבהן הורשע ב"תיק האישי" וב"תיק הציבורי" נמחקו בהתאם לחוק המידע הפלילי ואין להביאן במניין השיקולים הנוגעים למינויו לשר. עוד טוען דרעי כי אופי עבירות המס שבהן הורשע ונסיבות ביצוען כמו גם חלוף הזמן והעובדה שנטל אחריות מלאה לעבירות – מטים את הכף לטובת קביעה כי מינויו לשר עומד במבחן הסבירות. כמו כן נטען שהתערבות בהחלטה בדבר מינויו של דרעי, תהווה התערבות מרחיקת לכת בשיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בעניין הרכב ממשלתו ובהחלטת הכנסת אשר זה מקרוב הביעה אמון בממשלה; וכן תסכל את הצבעתם של אזרחי המדינה שהעניקו לש"ס 11 מנדטים, תוך שהם מודעים לעברו הפלילי של דרעי.

33. ש"ס טוענת אף היא כי לא נפל פגם בתיקון לחוק היסוד או במינויו של דרעי לשר. ש"ס מדגישה כי בבחירות האחרונות הצביעו למפלגה, שבראשה עומד דרעי, כ-400,000 אזרחים, שעשו זאת מתוך היכרות עם עברו הפלילי של דרעי ומתוך ידיעה שהוא ישמש שר בכיר בממשלה. ש"ס סבורה כי התיקון לחוק היסוד הינו תיקון "מבהיר", וזאת, בין היתר, בשים ללב ללשון חוק היסוד ולהוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**). עוד נטען כי התיקון לחוק היסוד אינו פרסונלי וצולח את המבחנים שנקבעו בפסיקה, וכי ביטול התיקון או המינוי יערערו את הממשלה שקמה זה עתה. לבסוף, נטען כי השימוש בעילת הסבירות לפסילת מינויו של דרעי, משמעו ביטול החלטת הכנסת שהביעה אמון בממשלה וכן ביטול רצון הבוחר. לכן, כך נטען, יש לנקוט משנה זהירות בכל התערבות שיפוטית בנושא.

34. אגודת ישראל בסיעת יהדות התורה וסיעת עוצמה יהודית טוענות בתשובותיהן כי התיקון לחוק היסוד הוא נורמה חוקתית הצולחת את המבחנים שנקבעו בפסיקה לעניין
שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אשר נועד אך להבהיר את תנאי הכשירות לכהונת שרים, כפי שהיו קיימים לפני התיקון. לעניין סבירות המינוי, נטען כי שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה רחב ביותר וכי ביטול מינויו של דרעי יבטל למעשה את החלטתם של מאות אלפי בוחריו.

35. למען שלמות התמונה יצוין כי בהליך הוגשה בקשת הצטרפות במעמד של "ידיד בית המשפט" על ידי קבוצת מרצים למשפט ציבורי, וזאת בנוגע לשאלת חוקתיות תיקון סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, ובפרט בכל הנוגע לשאלה האם נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. ביום 4.1.2023 קבע ההרכב כי יסתפק בחומר הכתוב שהוגש על ידי המבקשים להצטרף. בתמצית יצוין כי בבקשת ההצטרפות

נטען שהתיקון נחזה כתיקון כללי, אך למעשה מדובר בתיקון פרסונלי ורטרוספקטיבי, המערער את היציבות החוקתית, ואשר נועד לתת מענה לצורך פוליטי נקודתי של הקמת קואליציה וכינון ממשלה, תוך עקיפת הצורך לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בנוגע לשאלת הקלון. עוד טוענים המבקשים כי חוקת המדינה אמורה לשקף את ערכי היסוד ואת ההסדרים המקובלים על רוב הציבור ועל רוב השחקנים בזירה הפוליטית, ואילו העברת תיקון באופן בהול תוך ניצול הרוב הקואליציוני "איננה ראויה כלל להיחשב כשימוש מותר בסמכות המכוננת של הכנסת".

דיון והכרעה

36. העותרים העלו, כאמור, שלוש קבוצות של טיעונים ביחס למינויו של דרעי לשר הפנים ושר הבריאות בממשלת ישראל ה-37. קבוצת הטיעונים **הראשונה** נוגעת לתיקון לחוק-יסוד: הממשלה. על פי הנטען, התיקון "נתפר למידותיו" של דרעי במטרה לעקוף את הצורך לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בעניין קיומו של קלון בעבירות המס שבהן הורשע. לפיכך, כך הטענה, חקיקת התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת. עוד נטען בהקשר זה כי נפלו פגמים בהליך חקיקת התיקון. קבוצת הטיעונים **השנייה** ממוקדת בטענות הנוגעות לסבירות החלטתו של ראש הממשלה למנות את דרעי לשר בממשלה ולא להעבירו מתפקידו בהתאם לסמכות הקבועה בסעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה. בעניין זה נטען כי נוכח עברו הפלילי של דרעי והתנהלותו בטרם מונה לתפקידו, החלטת ראש הממשלה למנותו לשר ולאפשר את המשך כהונתו, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. לבסוף, קבוצת הטיעונים **השלישית** מתייחסת להתחייבויותיו ולהצהרותיו של דרעי בפני בית משפט השלום בירושלים, אשר על פי הנטען יש בהן כדי למנוע ממנו מלכהן כיום כשר בממשלה, בהתאם לעקרונות של השתק ומניעות.

37. אומר כבר בפתח הדברים כי לגישתי אין צורך להכריע במכלול הטענות שהועלו בעתירות דנן, וזאת משהגעתי למסקנה כי בנסיבות העניין, ההחלטה בדבר מינויו של דרעי לשר בממשלה ואי-הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו זה היא החלטה אשר חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

אך טרם שאדרש לשאלת סבירות המינוי ראיתי לנכון להעיר מספר הערות ביחס לתיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה.

תיקון חוק-יסוד: הממשלה

38. מקובלת עליי עמדת היועצת המשפטית לממשלה ועמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, כי תיקון מס' 11 לחוק-יסוד: הממשלה אינו תיקון "מבהיר", אלא תיקון ששינה את הדין שהיה קיים טרם חקיקתו. סעיף 6(ג) לחוק היסוד, בנוסחו לפני התיקון (שכבר צוטט לעיל אך ראוי לשוב ולהביאו כאן), קבע כך:

> "(1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון ל**עונש 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" (ההדגשות הוספו)

39. בית משפט זה טרם נדרש עד כה באופן מפורש לשאלה האם "עונש המאסר" הנזכר בסעיף 6(ג) לחוק היסוד כולל גם מאסר על תנאי (אך ראו את עמדת המדינה שתוארה בבג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 465 (2007) (להלן: עניין אמונה); וכן את קביעת בית משפט השלום שהוזכרה בבג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ, פסקה 4 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (12.2.2015) (להלן: עניין הנגבי 2015); וחוות דעתו של השופט נ' הנדל בעניין הנגבי 2015). עם זאת, דומה כי הפירוש המתבקש לסעיף 6(ג) לחוק היסוד בנוסחו הקודם היא כי המילים "עונש מאסר" מתייחסות גם למאסר מותנה ולא רק למאסר בפועל. לכן, על פי חוק היסוד בנוסחו הקודם נדרשה פנייה אל יו"ר ועדת הבחירות בסוגיית הקלון גם בעניינו של מי שנגזר עליו עונש מאסר על תנאי.

40. פרשנות זו נלמדת, בין היתר, מהוראת סעיף 52(א) לחוק העונשין, הקובעת: "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי" (וראו גם: סעיף 355(ב) לחוק העונשין). כלומר "עונש מאסר" – גם מאסר על תנאי **בְּמַשְׁמָע**. הפסיקה שבה נקבע כי "במהותו עונש מאסר, בין שנקבע לריצוי בפועל ובין שהוטל על־תנאי, הוא אותו עונש. אלא שעונש המאסר על־תנאי הוא בבחינת מאסר שריצויו נדחה" (רע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 1, 11 (2001)), מלמדת אף היא על אותה פרשנות. כמו כן, ראינו כי מקום שבו ביקש המחוקק לקבוע תנאי כשירות שנוגע למאסר בפועל בלבד, הוא ציין זאת מפורשות. כך, סעיף 6(א) 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 [...]" (ההדגשה הוספה). תמיכה נוספת לפרשנות זו מצויה בשתי החלופות שנקבעו בסעיף 6(ג) לחוק היסוד למניין תקופת שבע השנים: חלופה אחת מתייחסת לשבע שנים

"מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר", וברי כי חלופה זו עניינה מאסר בפועל; החלופה השנייה מתייחסת לשבע שנים "מיום מתן פסק הדין", והיא מתאימה לסיטואציה של עונש מאסר על תנאי. לא למותר לציין כי חלופה זו אינה מופיעה בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, שתנאי הכשירות בו נוגע כאמור למאסר בפועל בלבד; ולא בכדי במסגרת תיקון מס' 11 הוסרה חלופה זו מנוסחו של סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, משהוחלט לקבוע כי הוא יחול רק ביחס למאסר בפועל.

לכל האמור יש להוסיף כי במסגרת הצעת תיקון לחוק-יסוד: הממשלה משנת 2014, הוצע להוסיף תנאי כשירות המונע, בנסיבות מסוימות, מאדם שנידון לעונש מאסר **בפועל** לכהן כשר לתקופה של 14 שנים מגמר ריצוי עונשו (הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 3) (כשירות לכהונה של חבר הממשלה או סגן שר שהורשע בעבירה שיש עמה קלון), ה"ח הכנסת התשע"ד 134). הצעה זו לא התקבלה משום שלא אושרה ברוב המיוחד הדרוש לצורך תיקון חוק היסוד, אך מהדיונים לגביה עולה כי נקודת המוצא הייתה שהמאסר שאליו מתייחס סעיף 6(ג) לחוק היסוד, כולל גם מאסר על תנאי (ראו: פרוטוקול ישיבה 184 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 16 (21.5.2014); פרוטוקול ישיבה 211 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 2 (2.7.2014)).

41. בעקבות תיקון מס' 11 לחוק היסוד שונו, כאמור, תנאי הכשירות בסעיף 6(ג) לחוק היסוד כך שהוא חל רק ביחס ל"מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר **בפועל** וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר **בפועל**" (ההדגשות הוספו). על פי הנטען בעתירת שיינפלד ובעתירת התנועה למען איכות השלטון, תיקון זה מהווה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, ומשכך יש לבטלו ולמצער לקבוע כי לא יחול ביחס לדרעי. לעניין התחולה נטען כי חקיקת התיקון והחלתו באופן מיידי "ביום קבלתו בכנסת", כאמור בסעיף 8 לתיקון, נועדו לשמש פתרון לבעיה של אדם אחד שנידון לעונש מאסר על תנאי, ולפי הדין הקודם לא יכול היה להתמנות לשר בהיעדר קביעה של יו"ר ועדת הבחירות שאין בעבירה שהורשע בה משום קלון. על כן, כך נטען, מדובר בנורמה פרסונלית ובעלת תחולה רטרואקטיבית, שאינה עומדת במבחנים השונים שנקבעו לזיהוי נורמה חוקתית בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר).

42. בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021) (להלן: עניין ממשלת החילופים) עמדתי על כך שעצם העובדה שהכנסת מתקנת את חוק היסוד ומחילה את התיקון באופן מיידי, כתיקון קבוע

מעתה ואילך, אין בה כשלעצמה כדי להצביע על כך שמדובר בנורמה שלא ניתן לזהותה כנורמה חוקתית (**שם**, בפסקה 14 לחוות דעתי; אך ראו המקרים החריגים שעליהם עמדתי בפסקאות 15-16 לחוות דעתי; וראו גם: **שם**, בפסקאות 15-18 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; פסקאות 5-6 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון; פסקה 17 לחוות דעתו של השופט ד' מינץ; פסקאות 15-22 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה 4 לחוות דעתו של השופט ג' קרא). לצד זאת, ציינתי כי "[...] לא ניתן להתעלם ממגמה מסתמנת של שינויים משטריים משמעותיים המבוצעים אד-הוק, לעתים בדרך של הוראת שעה, בתחולה מיידית (ולעתים בלעדית) לכנסת שביצעה אותם" (שם, בפסקה 11 לחוות דעתי; וראו גם דבריה של השופטת ברון בפסקה 8 לחוות דעתה). דומה כי דברים אלה – שנאמרו אגב דיון בעתירות שנוגעות לתיקון חוק יסוד היוצר מנגנון אופציונאלי שיבטיח אמון בין צדדים פוליטיים לצורך הקמת ממשלה – יפים מקל וחומר לגבי שינוי גורף של תנאי הכשירות לכהונת שרים, שבוצע טרם הקמת הממשלה, על רקע קושי שהתעורר ביחס למינויו של אדם ספציפי. במילים אחרות, הליך חקיקת תיקון מס' 11 אכן מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר.

הדברים נלמדים, בין היתר, מדבריו של יוזם הצעת התיקון, ח"כ משה ארבל, שציין כי "הציבור אמר את דברו וזו בדיוק חובתה ותפקידה שלנו כרשות מכוננת, לבצע את התיקון הזה **כדי שיהיה ברור וחד שאריה דרעי יוכל לכהן**" (ההדגשה הוספה) (ישיבה 1 של הוועדה המיוחדת לדיון בהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – שר נוסף במשרד) (פ/81/25) ובהצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – כשירותם של שרים) (פ/91/25), הכנסת 25, 42 (14.12.2022); וראו בהקשר זה את דבריו של היועץ המשפטי לוועדת החוקה, עו"ד גור בליי, וכן את דבריה של המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי-חוקתי), עו"ד אביטל סומפולינסקי: **שם**, בעמ' 17-18, 29).

43. אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 295-296 (2011); עניין **שפיר**, בפסקה 43 לחוות דעתי), קשה שלא לראות בתיקון מס' 11 לחוק היסוד שיא, או נכון יותר נקודת שפל, של אותה תופעה מדאיגה שעליה הצבעתי בעניין **ממשלת החילופים**, לפיה חברי הכנסת מנצלים את הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד לצרכים פוליטיים נקודתיים. בכך הם

גורמים לשחיקה ולזילות מסוכנת במעמדם של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית. בפרט, יש להצר על כך שהשינוי בו עסקינן נועד להנמכת רף הכשירות הנדרש לכהונת שרים בהיבטים הנוגעים לטוהר המידות.

44. אכן, הקשיים שעליהם הצביעו העותרים ביחס לתיקון לחוק היסוד אינם עניין של מה בכך והם מכתימים את התיקון בכתם פרסונלי מובהק. חרף האמור, הכלל הנקוט עמנו הוא ש"התערבות בחוק של הכנסת [...] צריכה לשמש [...] כאמצעי אחרון אשר יש לפנות אליו רק לאחר מיצוי דרכים משפטיות אחרות" (בג"ץ 813/14 **פלונים נ' שר הפנים**, פסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה **מ' נאור** (18.10.2017); ראו גם: **ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 349-350 (1995); ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, 547 (2002)). דברים אלה נכונים מקל וחומר ביחס לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, השמורה למקרים נדירים וחריגים ביותר. לפיכך, ומשניתן, כפי שיפורט להלן, לקבל את הטענות שהעלו העותרים במישור המנהלי לעניין מינויו של דרעי לשר ואי העברתו מתפקידו – מתייתר בעיניי הצורך להכריע לגופם של דברים בסעד החריג של בטלות תיקון מס' 11 על פי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

45. העותרים הוסיפו וטענו גם לפגמים בהליך חקיקתו של תיקון מס' 11. אכן, מוטב היה לו תיקונים לחוקי היסוד לא יקודמו בבהילות ובלוח זמנים מהיר ועוד טרם הקמת הממשלה. אל לנו לשכוח כי הוראות חוקי היסוד "מעצבות את דמותה של החברה ואת שאיפותיה. הן קובעות את מסגרותיה הפוליטיות. הן מניחות את היסוד לערכיה החברתיים. הן קובעות את שאיפותיה, את מחויבותה ואת מגמותיה של החברה. הן נועדו לכוון התנהגות לתקופה ארוכה. הן קובעות את המסגרות לחקיקתם של חוקים ולהתנהלותו של הממשל" (**בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17**, פ"ד נח(6) 685, 714 (2004)). מכאן מתחייבת "גישה המבוססת על מרב שיקול־הדעת האפשרי בכינונם של חוקי יסוד או בתיקונם" (**שם**). עם זאת, אינני סבורה כי בענייננו נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, במובן זה ש"לא ניתנה לחברי הכנסת האפשרות ללבן ולשקול, ולו באופן הבסיסי ביותר, את הצעת החוק" (בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, פסקה 79 לחוות דעתו של השופט **נ' סולברג** (6.8.2017)). כפי שציינה הכנסת, מדובר בתיקון שאינו מורכב מבחינת תוכנו, וכפי שעולה מסקירת המהלכים שהתקיימו בכנסת, הוועדה המיוחדת קיימה לגבי התיקון שישה ימי דיונים, בליווי ייעוץ משפטי, ובהשתתפות חברי הכנסת מהסיעות השונות ונציגי החברה האזרחית (ראו והשוו: בג"ץ 3234/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' יו"ר הכנסת**, פסקה 12 (9.7.2015)).

שיקול הדעת בעניין מינוי דרעי לשר ואי העברתו מתפקידו

46. אין מחלוקת כי בהתאם לנוסחו המתוקן של סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה אין מגבלה במישור הכשירות על כהונתו של דרעי כשר בממשלה, היות שהוא לא נידון לעונש מאסר בפועל. עם זאת ובהתאם לפסיקה ארוכת שנים של בית משפט זה, אין די בכך שמועמד לתפקיד ציבורי עונה על תנאי הכשירות הקבועים בחוק. לצד זאת "נדרש הגורם הממנה להפעיל את שיקול דעתו בדבר התאמת המועמד לתפקיד ובמסגרת זו עליו להעניק, בין היתר, משקל נכבד לשיקולים הנוגעים להבטחת אמון הציבור במוסדות השלטון ולכך שנציגיו עושים את מלאכתם למען הכלל ביושר ובניקיון כפיים" (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 9 (6.5.2020) (להלן: **עניין הטלת המנדט**)).

עקרון זה לפיו "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" נקבע תחילה ביחס לעובדי ציבור (בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: **עניין אייזנברג**)), והוא יושם לאחר מכן גם ביחס לשרים וסגני שרים במסגרת פסקי הדין בעניינם של אריה דרעי ורפאל פנחסי בתקופת כהונתם כשר וסגן שר, בהתאמה, בממשלת רבין (עניין **דרעי הראשון**; ובג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין פנחסי**; ולהלן יחד: **הלכת דרעי-פנחסי**)). בפסק הדין בעתירות בעניין **דרעי הראשון**, שהוגשו על רקע הגשת כתב האישום נגד דרעי ב"תיק האישי", הובהר כי קיימות נסיבות שבהן הסמכות שנתונה לראש הממשלה בחוק-יסוד: הממשלה להעביר שר מתפקידו הופכת מסמכות שבשיקול דעת לסמכות שקמה חובה להפעילה, וזאת "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" (עניין דרעי הראשון, בעמ' 421). בנסיבותיו של אותו עניין קבע הנשיא **מ' שמגר** כי כתב האישום נגד דרעי "מכיל טענות בדבר מעשי שחיתות שהם מפליגים בחומרתם. כתב האישום אינו פסק-דין [...] אולם לצורך המשך כהונה בממשלה יש משמעות גם לראיות לכאורה שגובשו בכתב האישום [...]" (**שם**, בעמ' 422). הנשיא **שמגר** הוסיף בהקשר זה:

> "אם יכהן בממשלה שר שהוגש נגדו כתב-אישום המאשימו בלקיחת שוחד במאות אלפי שקלים ובשימוש לרעה, באופנים אחרים, במשרות שלטוניות, תהיה לכך השלכה מרחיקת לכת על דמות השלטון בישראל, על תום-לבו ועל הגינותו" (**שם**, בעמ' 423).

על כן, נקבע כי ראש הממשלה נדרש להפעיל את סמכותו ולהעביר את השר דרעי מכהונתו.

למסקנה דומה הגיע בית המשפט גם בעניין **פנחסי**, שהוגש נגדו כתב אישום המייחס לו עבירות של הצהרה כוזבת, רישום כוזב במסמכי תאגיד וניסיון לקבל דבר במרמה. בהקשר זה צוין כי "דווקא עובדת היותו של אדם נבחר ציבור מחייבת אותו ברמת התנהגות קפדנית

יותר, אתית יותר, מעובד ציבור 'רגיל'. מי שנבחר על ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו" (**שם, בעמ' 470**).

47. במועד שבו ניתנו פסקי הדין בעניין **דרעי הראשון** ובעניין **פנחסי**, לא היו בחוק-יסוד: הממשלה, כנוסחו אז, הוראות לעניין כשירות שרים הנוגעות למעורבותם בפלילים. עם זאת, גם לאחר שבשנת 2001 נחקק חוק היסוד מחדש ונכללה בו הוראת הכשירות שבסעיף 6(ג), חזר בית משפט זה והבהיר כי הלכת דרעי-פנחסי "עומדת על מכונה", והיא מתייחסת לאותם "[...] מקרים מובהקים נוספים – המתווספים לאלה הנקובים בחוק היסוד – שבהם לא תוכל לעמוד החלטת ראש-הממשלה למנות אדם לתפקיד שר (או סגן שר) או להימנע מהעברתו מתפקידו" (בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 852 (2003) (להלן: עניין הנגבי 2003); להליכים נוספים שבהם שב ועמד בית המשפט על הלכת דרעי-פנחסי ראו, למשל: בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 21 (10.11.2015); בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון נ' ממלא מקום ראש הממשלה, פסקאות 7-8 (6.3.2006); עניין **הטלת המנדט**, בפסקה 9 לחוות דעתי ובפסקה 6 לחוות דעתו של השופט עמית בפסק הדין המשלים מיום 27.5.2020).

48. כפי שצוין בפתח הדברים, בשנים האחרונות דן בית משפט זה בסבירות מינויו של דרעי לשר בממשלה בשני הליכים קודמים. בעניין **דרעי השני** נתקף מינויו לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל בממשלה ה-34 – מינוי אשר זכה לאישור הכנסת במסגרת הבעת אמונה בממשלה כולה. באותו עניין ציינתי כי העבירות שבגינן הורשע דרעי ב"תיק האישי" וב"תיק הציבורי" הן "עבירות מובהקות של שחיתות שלטונית המטילות על איש הציבור החוטא בהן כתם מוסרי כבד", ואליהן מצטרפים החשדות שהועלו נגדו בפרשת "בראון-חברון" ולא הופרכו, ומשכך יש לראות בהן משום ראיות מנהליות לחובתו. עם זאת, קבעתי שם כי יש ליתן משקל לפרק הזמן שחלף מאז סיים דרעי לרצות את עונש המאסר – שהוא כמעט כפול מפרק הזמן בן שבע השנים שקבע המחוקק בסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה כמגבלת כשירות בהקשר זה; וכן לפרק הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים עצמם, שהוא משמעותי אף יותר. עוד צוין כי יש ליתן משקל לעובדה שמינוי דרעי לתפקיד שר קיבל "גושפנקה פרלמנטרית עם הבעת האמון של הכנסת בממשלה" (**שם**, בפסקה 22). בסופו של יום נקבע כי "מינויו 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" (**שם**, בפסקה 23).

49. העתירה בעניין **דרעי השלישי** הוגשה בעקבות מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים – מינוי שאושר על ידי הכנסת באופן פרטני. השופט **ג'ובראן** (בהסכמת השופט **דנציגר**) הבהיר כי לנוכח קביעת בית המשפט בעניין **דרעי השני**, השאלה הנשאלת היא האם העובדה שדרעי מונה לתפקיד שר הפנים, משנה מן התוצאה שנקבעה באותו עניין. השופט **ג'ובראן** קבע כי המעשים המיוחסים לדרעי אינם מבססים זיקה ישירה ומהותית לתפקיד שר הפנים, וכי העבירות שבהן הורשע דרעי אינן ייחודיות לתפקיד שר הפנים, ולא נעברו באופן שאינו אפשרי במסגרת תפקיד בכיר במשרד אחר. כן נדחתה הטענה כי תפקידו של שר הפנים מחייב

טוהר מידות "מיוחד", ונקבע כי אין מקום לקביעתם של תנאי כשירות שונים למשרדי ממשלה שונים. במכלול הדברים נקבע כי "מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים נותר בגדר 'מקרה גבול', אשר חרף הקשיים אותם הוא מעורר, הוא אינו מקים עילה משפטית להתערבות בו" (**שם**, בפסקה 45 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).

השופט **הנדל**, בדעת מיעוט, סבר כי ההחלטה למנות את דרעי לשר הפנים אינה יכולה לעמוד, בהיותה נגועה בחוסר סבירות "בעוצמה המצדיקה את ביטול המינוי". לגישתו, מתקיימת "זיקה ישירה וברורה" בין תפקיד שר הפנים לבין העבירות בהן חטא דרעי בעבר. בהקשר זה צוין כי זיקה זו נובעת ממהות וייחודיות תפקיד שר הפנים, אופי העבירות ונסיבות ביצוען הקונקרטיות, וכי כל אחד מהיבטים אלה נושא כשלעצמו משקל רב. לפיכך סבר השופט **הנדל** כי בשים לב לפגיעה בטוהר המידות, באמון הציבור ובעקרונות של מנהל ציבורי תקין – לא ניתן להותיר על כנו את מינויו של דרעי לשר הפנים.

50. בבואנו לבחון מה נשתנה מאז ההליכים בעניין **דרעי השני** ובעניין **דרעי השלישי** ניתן לומר, בקווים כלליים, כי מחד גיסא, חלף פרק זמן נוסף מאז הורשע דרעי ב"תיק האישי" ו"בתיק הציבורי"; ומאידך גיסא – אך לפני שנה הורשע דרעי בשתי עבירות נוספות, ונידון למאסר על תנאי, שעודנו תלוי ועומד נגדו. כל אלה עומדים ברקע החלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לשר הפנים ושר הבריאות בממשלת ישראל ה-37.

51. בכתב התשובה מטעמו עמד ראש הממשלה על השיקולים העיקריים שהנחו אותו בהחלטתו זו, ובכללם הצורך בהשבת היציבות השלטונית על כנה לאחר המשבר הפוליטי של השנים האחרונות; העובדה שבבחירות שהתקיימו לפני מספר חודשים למעלה מ-2.3 מיליון איש הצביעו למפלגות הקואליציה – מתוכם כ-400,000 איש שבחרו בסיעת ש"ס – בידיעה שדרעי ישמש כשר בממשלה; וכן ניסיונו וכישוריו הרבים של דרעי, בהיותו השר הוותיק בממשלה.

52. שיקולים אלה הם כמובן שיקולים רלוונטיים וחשובים, שניתן להביאם בחשבון במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לראש הממשלה בכל הנוגע למינוי שרים. רוחב שיקול הדעת נובע מזהותו של בעל הסמכות העומד בראש הרשות המבצעת, וכן מאופייה של הסמכות שהיא סמכות פוליטית במהותה, ובמסגרתה ניתן לשקול שיקולים פוליטיים ופרלמנטריים (בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(3) 46, 58-59 (1997); עניין **דרעי השלישי**, בפסקה 28 לחוות דעתו של השופט **ג'ובראן**). העובדה שמינויו של דרעי אושר על ידי הכנסת, כחלק ממתן האמון בממשלה כולה, מרחיבה אף היא את היקף מתחם הסבירות בכל הנוגע למינוי, ומצמצמת בהתאמה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטה זו (עניין **הנגבי 2003**, בעמ' 868; עניין **אמונה**, בעמ' 480-482). כמו כן, ואף שאין לנבחר הציבור "'זכות קנויה' להיות שר" בהתחשב בכך שבשיטת הבחירות שלנו האזרח מצביע לרשימה לכנסת ולא להרכב הממשלה (ראו: עניין דרעי השני, בפסקה 22), יש ליתן משקל לכך שאך לאחרונה התקיימו בחירות שבהן נתן הציבור אמון ברשימה בהובלתו של דרעי, ועברו הפלילי – לרבות הרשעתו

האחרונה בעבירות המס – היה ידוע לכל (ראו והשוו: עניין **הנגבי** 2015, בפסקה 33 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') **גרוניס**).

53. ואולם, שיקול דעת רחב אין משמעו שיקול דעת בלתי מוגבל, ואף החלטות בנוגע למינוי שרים – בדומה לכל החלטה מנהלית אחרת – אינן חסינות מביקורת שיפוטית וכפופות לכללי המשפט המנהלי (ראו: עניין **דרעי** הראשון, בעמ' 419; עניין **דרעי השלישי**, בפסקה 28 לחוות דעתו של השופט **ג'ובראן**). בשונה מעניין **הטלת המנדט** (שם קיבלו רוב חברי הכנסת את ההחלטה בדבר הטלת המנדט להרכבת הממשלה) – קיים בענייננו גורם מנהלי שאת אופן הפעלת סמכותו ניתן לבחון על פי כללי המשפט המנהלי. משלא ניתן בעתירות צו ביניים ומינויו של דרעי נכנס לתוקפו, הסמכות הרלוונטית לעניין זה היא הסמכות הקבועה בסעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה ולפיה "ראש הממשלה רשאי, לאחר שהודיע לממשלה על כוונתו לעשות כן, להעביר שר מכהונתו [...]".

54. לצד השיקולים הפוליטיים שצוינו לעיל, עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית – ובכלל זה משרה של שר – הינו שיקול רלוונטי, אשר הגורם הממנה רשאי, וחייב, להביאו בחשבון שיקוליו בטרם יוחלט על המינוי, ולאחר מכן – בבואו לבחון אם יש להעביר את נושא המשרה מתפקידו (ראו והשוו: עניין **הנגבי** 2003, בעמ' 834). בהקשר זה "[...] 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 [...]" (עניין **דרעי** השני, בפסקה 15; ראו גם: עניין אמונה, בעמ' 470; עניין **הנגבי** 2015, בפסקה 27 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') **גרוניס**; עניין **דרעי השלישי**, בפסקה 29 לחוות דעתו של השופט **ג'ובראן**).

55. בחינת שיקולים אלה ביחס לדרעי מלמדת, כפי שאף ציינה היועצת המשפטית לממשלה, כי הנסיבות בעניינו הן חריגות ביותר, וכי אין מנוס מן הקביעה שאי-העברתו של דרעי מתפקידו חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. מסקנתי זו מבוססת על שני טעמים עיקריים: ראשית, צבר הרשעותיו החריג של דרעי הכולל הרשעות "ישנות" בעבירות שחיתות חמורות, שבוצעו במהלך כהונתו בתפקידים ציבוריים וכן הרשעה מן העת האחרונה בעבירות מס שבוצעו אף הן בעת שכיהן כחבר כנסת. צבר ההרשעות הזה מוביל לגישתי אל המסקנה כי כהונתו כשר בממשלת ישראל יש בה משום פגיעה חמורה וקשה בתדמיתן ובמעמדן של רשויות השלטון בישראל ובעקרונות היסוד של ניקיון כפיים וטוהר המידות, שלהם מחויבים נבחרי הציבור. שנית, אני סבורה כי יש לייחס משקל משמעותי למצג שהציג דרעי בפני בית משפט השלום בירושלים שהרשיעו על פי הודאתו בעבירות המס, וכן להתנהלותו בהמשך למצג זה, אשר מחזקים את המסקנה כי אין מדובר עוד במינוי המצוי "על גבול מתחם הסבירות", אלא במינוי שחוצה גבול זה באופן ברור.

להלן אתייחס לכל אחד מטעמים אלה בהרחבה.

(1) הרשעותיו של דרעי

56. דרעי הורשע, כאמור, בפלילים שלוש פעמים – בתיק האישי, בתיק הציבורי ולאחרונה בעניין עבירות המס. בתיק האישי הורשע דרעי, בין היתר, בעבירת השוחד – שהיא מן העבירות החמורות שבספר החוקים (ובהקשר זה ראו: ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל**, פסקאות 2-3 לפרק "על השוחד ועל העיוורון" (29.12.2015)). בגזר הדין בתיק האישי צוין באשר לעבירת השוחד שבה הורשע דרעי כי "[...] קלון היא במהותה וקלון היא בנסיבותיה" (**שם**, בפסקה 7) וכי "אין מדובר בכשלון בודד של צעיר שעתה זה נחשף למנעמי השלטון, אלא במי שהתמיד באורח חיים המיוסד על אדני שוחד" (**שם**, בפסקה 3). אף שערעורו של דרעי לבית המשפט העליון התקבל באופן חלקי, נותרה הרשעה זו בעינה (אם כי בהיקף מצומצם יותר), כמו גם הרשעתו בעבירות נוספות של מרמה והפרת אמונים וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות. בתיק הציבורי, הורשע דרעי בעבירה נוספת של מרמה והפרת אמונים. באשר להרשעות בעבירות אלה, שבוצעו על ידי דרעי בעת כהונתו בתפקידים ציבוריים, ובכלל זה בתפקידו כשר הפנים, כבר ציינתי בעבר כי מדובר ב"עבירות מובהקות של שחיתות שלטונית המטילות על איש הציבור החוטא בהן כתם מוסרי כבד" (עניין **דרעי השני**, בפסקה 17).

57. אכן, אין חולק כי ההרשעות בתיק האישי והציבורי הן הרשעות "ישנות". למעשה, כבר במסגרת העתירה שעסקה במינוי דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל טען דרעי כי יש להתחשב בחלוף הזמן מאז הורשע באותן העבירות. בפרט, עמד דרעי על עקרון "תקנת השבים", המעוגן בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק המרשם הפלילי**), ולפיו יש לאפשר לאדם בעל עבר פלילי לשקם את חייו, בהדגישו כי העבירות שבהן הורשע בתיק האישי ובתיק הציבורי התיישנו לפי סעיפים 14(א)(1)-(2) לחוק המרשם הפלילי. באותו עניין צוין בפסק הדין כי חלוף הזמן הוא אכן שיקול רלוונטי, אשר "יש בו כדי להפחית מן החשש כי מינויו של מועמד שהורשע בפלילים לכהונה ציבורית יפגע באמון הציבור במערכות השלטוניות" (עניין **דרעי השני**, בפסקה 18). ואולם, באשר לחוק המרשם הפלילי צוין בפסק הדין כך:

> "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 המינוי" (**שם**, בפסקה 20) (ההדגשה הוספה).

58. בינתיים, חלפו מספר שנים וחוק המרשם הפלילי הוחלף בחוק המידע הפלילי. חוק זה, שנכנס לתוקפו בחודש יולי 2022, קיצר את תקופות ההתיישנות והמחיקה לעומת ההוראות שנקבעו קודם לכן בחוק המרשם הפלילי. כתוצאה מכך, אין חולק כי הרשעותיו של דרעי בתיק האישי ובתיק הציבורי עברו מסטטוס של "התיישנות" לסטטוס של "מחיקה". ראש הממשלה וכמוהו דרעי סבורים כי משמעות הדבר היא שאין מקום להביא את ההרשעות הישנות בחשבון במסגרת שיקוליו של ראש הממשלה לעניין מינויו של דרעי לשר. זאת, על פי הנטען, בהתאם לסעיף 38(א) לחוק המידע הפלילי ("מי שאינו זכאי לקבל מידע פלילי מסוים או ככלל, על פי דין, לרבות מידע על פרט רישום שהתיישן או שנמחק [...] לא יביא אותו בחשבון בין שיקוליו בקבלת החלטה [...]").

טענה זו דינה להידחות.

59. אכן, ביסוד ההסדרים הנוגעים להתיישנות ומחיקה של הרשעות ניצבת תכלית שיקומית ראויה, המשרתת את טובת הכלל – בכך שהיא מאפשרת לשלב מחדש בחברה עבריין שריצה את עונשו; וכן את טובתו של הפרט שיכול לפתוח דף חדש בחייו, באופן שמגן, בין היתר, על כבודו, על זכותו לפרטיות ועל חופש העיסוק שלו (דנ"פ 9384/01 **אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד נט(4) 637, 662 (2004) (להלן: **עניין אל נסאסרה**)). עם זאת, "ככל העקרונות והערכים בשיטתנו המשפטית, אף עקרון הרהביליטציה וזכויות היסוד המונחות בבסיסו יחסיים הם, ויש שהם נסוגים מפני עקרונות ואינטרסים אחרים שהחברה מוצאת להגן עליהם" (**שם**, בעמ' 664). כך, בדברי ההסבר להצעת חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ו-2016 הובהר בהקשר זה כי "[...] מחיקה, על פי טיבה, אינה מחיקה פיסית, אלא הגבלה משמעותית ביותר של מסירת המידע הפלילי, שמועבר לרשימה מצומצמת של גורמים המורשים לקבל ולשקול את המידע שנמחק [...]" (דברי הסבר להצעת חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1282, 1300). בהתאם לתפיסה זו קובע סעיף 21(ב) לחוק המידע הפלילי כי:

> "לא יימסר מידע על פרט רישום שנמחק אלא לגורמים המנויים להלן:
> (1) גופים המנויים בסעיף 10 בהתאם לכללים שנקבעו מכוח סעיף 10(ב) ;
> (2) בעלי התפקידים המנויים בפרט 5(12)(ב) עד (ז) לתוספת הראשונה, והממונה על רישוי אומנה לפי חוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016, מטעמים מיוחדים שיירשמו;
> (3) היועץ המשפטי לממשלה, **הגורמים המנויים בפרט 4(1) עד (5) לתוספת הראשונה**, וכן – מטעמים מיוחדים שיירשמו – בא כוח היועץ המשפטי לממשלה ובית משפט או בית דין בהליך משפטי שאינו הליך פלילי, אם הגילוי על פרט הרישום שנמחק הוא מהותי לדיון בהליך שיפוטי" (ההדגשה הוספה).

פרט 4 לתוספת הראשונה – שכותרתו היא "**גורמים הממנים בעלי תפקידים בשירות הציבורי**" מונה, בין היתר, את הגורמים הבאים:

> "(1) יושב ראש הכנסת – לעניין בחירת נשיא המדינה, וועדת הכנסת – לעניין מינוי מבקר המדינה;
> (2) הממשלה – לעניין מינוי בעלי תפקידים שמינוים מוטל עליה ולעניין סעיף 8 לחוק בנק ישראל, התש"ע-2010;
> [...]
> (5) שר, מנהל כללי או יועץ משפטי של משרד ממשלתי – לעניין מינוי לתפקיד שלא בדרך של מכרז שנעשה בידי שר או בידי הממשלה או מינוי הטעון את אישורה של הממשלה, למעט מינויים הנבדקים על ידי הוועדה לבדיקת מינויים [...];
> [...]"

60. פרט 4 אינו מתייחס באופן מפורש למינוי שרים, אך לגישתי ניתן ללמוד מכותרתו ומתוכנו כי הוא נועד להחריג את הכללים הנוגעים למחיקת עבירות מן המרשם, מקום שבו עסקינן במינוי של בעלי תפקיד בשירות הציבורי. דברים אלה הובהרו גם בדברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי, שכללה הוראה דומה, לגביה צוין כי "נקבעו בהצעה מגבלות אחדות על זכותו של העבריין שלא יזכרו חטאיו – בשל חומרת העבירה, בשל משרה שנושאה צריך לשמש דוגמה אישית לציבור, או בשל תפקיד שבו נדרש אמון ממלא התפקיד והאמון הדרוש נפגע כתוצאה מהעבירה" (דברי הסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, ה"ח 217; ראו גם: עניין **אל נסאסרה**, בעמ' 664). אין חולק כי תפקיד שר במשרד ממשלתי הינו תפקיד ציבורי רם דרג, אשר לצד המעמד השלטוני יש בו גם אחריות על מערך לוגיסטי שלם, עובדים רבים ותקציבים ציבוריים משמעותיים. חובת האמון והדוגמה האישית כלפי הציבור טבועות עמוק באופייה של משרה שלטונית זו, ומשכך יש לאפשר לגורם הממנה אדם למשרה זו לבחון את עברו הפלילי – לרבות הרשעות שנמחקו – ואף מצופה ממנו כי יעשה כן (ראו והשוו: עניין **אייזנברג**, בעמ' 269).

בהקשר זה ראוי לזכור כי הסדרי ההתיישנות והמחיקה של הרשעות בדין הישראלי עוצבו ברוח הכלל ההלכתי של תקנת השבים המבוסס על התפיסה כי "אין לפקוד אדם על חטאו עד אין קץ אלא יש לעודדו לתקן את דרכיו ולהקל עליו לשוב בתשובה" (עניין **אל נסאסרה**, בעמ' 661-662). עם זאת, בכל הנוגע למילוי תפקיד ציבורי, כבר צוין כי "ההלכה אינה מסתפקת בריצוי העונש ודורשת רף גבוה יותר, בהתאם לסוג העבירה ולמהות המשרה" (עניין דרעי השלישי, בפסקאות 15-16 לחוות דעתו של השופט הנדל; וראו גם: על"ע 18/84 כרמי נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 353, 376 (1990)). נחום רקובר בספרו תקנת השבים – מעמדו של עבריין שריצה את עונשו (2007) מסכם את מחקרו על עמדת המשפט העברי בנושא זה כך:

> "אשר לחזרתו של העבריין לתפקידו הקודם או למינויו לתפקיד, ראוי לכאורה שתהא התשובה השיקול העיקרי, ויהיה די בה כדי לאפשר לעבריין לשוב לתפקידו או להתמנות לתפקיד חדש. אבל אף שהתשובה היא תנאי הכרחי, אפשר שלא תהיה תנאי מספיק. אמת, לאחר שלקה העבריין, הרי הוא כאחיך, ואף על פי כן, לעתים נמנעת חזרתו של העבריין ששב בתשובה לתפקיד שמילא קודם לכן, בהתחשב באופייה של העברה, באופייה של המשרה ובאמון שהתפקיד דורש"

(שם, בעמ' 489; בהקשר זה מפנה רקובר בספרו, בין היתר, לתלמוד **ירושלמי** סנהדרין פרק ב הלכה א; שו"ת הרמב"ם סימן קעג; שו"ת הרדב"ז, חלק ו סימן ב אלפים עח; שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן קס; ושו"ת תועפות ראי"ם, א, עה).

61. על רקע האמור לעיל אני סבורה כי לנוכח השנים הרבות שחלפו מאז ביצוען של העבירות שעמדו במוקד התיק האישי והתיק הציבורי ומאז הרשעתו של דרעי בהן, אומנם יש לייחס להן משקל מופחת. אך בהינתן חומרתן של עבירות אלה וזיקתן ההדוקה לכהונתו של דרעי בתפקידים ציבוריים – ראש הממשלה לא יכול היה להתעלם מהן.

לכך יש להוסיף כי אחת מנקודות המוצא בעניין **דרעי השני** – שם פסקנו כי מינויו של דרעי מצוי על "סף מתחם הסבירות" – הייתה כי מאז מעורבותו בפרשות אלה "**לא נזקפה לחובתו של דרעי מעורבות פלילית נוספת**" (**שם**, בפסקה 6). נקודת מוצא זו אינה רלוונטית עוד, שכן דרעי הורשע ביום 25.1.2022, על פי הודאתו, בעבירת סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין ובעבירות של הגשת דו"ח וידיעות לא נכונות, אי-הגשת דו"ח למס הכנסה, ואי-ניהול פנקסי חשבונות לפי סעיפים 216(4), 216(5) ו-217 לפקודת מס הכנסה. בגין עבירות אלה נגזר על דרעי, כאמור, עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי לפרק זמן של שלוש שנים; וקנס בסכום 180,000 ש"ח. כלומר, מדובר ב**הרשעה חלוטה** נוספת, אשר משקלה גבוה מזה של **חשדות** או **כתב אישום** נוסף (שאף הם נושאים משקל כראיה מנהלית לעניין בחינת מועמדותו של אדם לכהונה בתפקיד ציבורי; ראו: בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון**, פ"ד סו(3) 135, 186-188 (2013) (להלן: **עניין ראשי הערים**)). העובדה שמדובר בהרשעה מן העת האחרונה נושאת אף היא משקל משמעותי. ולכך אוסיף כי תקופת התנאי שנקבעה בגזר הדין עומדת בתוקפה עד שנת 2025, ועצם הכהונה של שר בעת שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר על תנאי, מעוררת כשלעצמה קשיים לא מבוטלים.

62. דרעי סבור כי יש לייחס משקל נמוך להרשעתו בעבירות המס וזאת, בין היתר, בשים לב לכך שמדובר בעבירות "מינוריות" המצויות "ברף התחתון" של עבירות המיסים, וכן בהינתן שבתחילת החקירה יוחסו לו עבירות חמורות בהרבה. עוד מציין דרעי כי הוא היה גורם פאסיבי בביצוע העבירות, לא הפיק מהן טובת הנאה אישית, נטל עליהן אחריות מלאה ומשרתו הציבורית לא שימשה כלי לביצוע העבירות.

בהקשר זה יש לשוב ולהזכיר כי "חומרתן הרבה של עבירות המס, נובעת בין היתר מפגיעתן הקשה בקופה הציבורית והקושי הרב שבחשיפתן [...]" (רע"פ 5052/21 **שלמה נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (11.8.2021)). זאת, לצד פגיעתן במשק, בכלכלה ובערך השוויון של נטל המיסים החל על אזרחי המדינה (רע"פ 8038/22 **שילון נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (29.11.2022)). העבירות הספציפיות שבהן הורשע דרעי אכן אינן נמנות עם עבירות המס החמורות ביותר, אך

העבירה שבסעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין כוללת רכיב של ידיעה; ובגין כלל העבירות שבהן הורשע דרעי העונש המקסימאלי כולל גם עונש מאסר (בין שנה לשנתיים).

63. אשר לנסיבות ביצוע העבירות על ידי דרעי – בגזר הדין צוין אומנם כי חלקו בביצוע העבירות היה פאסיבי, וכי אין מיוחסים לו זדון או כוונה להונות את שלטונות המס. אך לצד זאת צוין כי:

> "מעשיו של הנאשם יצרו חלון מעוות דרכו נאלצו שלטונות המס להביט על קיומה של העסקה המופיעה **באישום הראשון** וממנה גזרו את סכום המס המתבקש, ובענייננו של **האישום השני** – הוריד הנאשם תריס אטום על חברת 'ד.ר.א.ר שירותי ייעוץ בע"מ' בעת שהעבירה לאחיו, שלמה דרעי, ובכך הותיר את הצוהר דרכו מביטים שלטונות המס ופקידי השומה לתוך החברה וספריה – סגור וחשוך.
>
> מעשים אלו מנעו משלטונות המס לגזור את סך המיסים הנכון אותו יש להשית על הנאשם ועל החברה – ובכך נוצר פוטנציאל לפגיעה בקופה הציבורית, אם כי לא הוכחה פגיעה שכזו" (ההדגשות במקור).

לכך יש להוסיף כי מדובר בהרשעה בגין שני אירועים נפרדים, אשר באחד מהם איפשר דרעי – שכיהן באותה עת כחבר כנסת – הצגתו של מצג כוזב לרשויות המס, באופן שעל פני הדברים סייע לאחיו "לחסוך" תשלום מס בשווי ניכר. בחינת מכלול הדברים מלמדת, אפוא, כי לא ניתן לקבל את טענתו של דרעי לפיה יש לייחס להרשעה זו משקל נמוך.

64. טענה נוספת שהועלתה על ידי חלק מן המשיבים היא שבענייננו יש להתחשב בקביעת הפסיקה לפיה "ככל שמתרחקים אנו מן הגבולות הסטטוטוריים, כך נתקשה למצוא טעם וצידוק להתערב בשיקול-דעתו של ראש-הממשלה במסגרת סמכותו" (עניין **הנגבי 2003**, בעמ' 834)). כאמור, אין חולק שדרעי עומד בתנאי הכשירות על פי נוסחו של חוק היסוד לאחר תיקון מס' 11. אך בענייננו "המרחק" בין תנאי הכשירות בנוסחו העדכני ובין הרשעתו של דרעי בעבירות המס אינו כה משמעותי. ראשית, מדובר במצב שבו אדם **הורשע** בדין. שנית, בענייננו חלפה כזכור כשנה בלבד מאז הרשעתו של דרעי בעבירות המס, ולא במצב שבו חלף פרק זמן ניכר מעבר לתקופת שבע השנים המנויה בסעיף 6(ג) לחוק היסוד (והשוו: עניין **דרעי השני**, בפסקה 19 לחוות דעתי).

ניתן אפוא לומר כי "הפערים" העיקריים ביחס לתנאי הכשירות הקבועים כיום בסעיף 6(ג) לחוק היסוד הם שניים: העובדה שדרעי נידון למאסר על תנאי ולא למאסר בפועל; והיעדר קביעה בעניין קיומו של קלון בעבירות שבהן הוא הורשע. העובדה שאין בענייננו כל קביעה לעניין הקלון, נובעת מהשתלשלות העניינים החריגה שהתרחשה במקרה דנן: הערכאה הפלילית לא הכריעה בנושא בשל התפטרותו של דרעי מהכנסת ולאחר מכן – בעקבות שינוי נוסח הסעיף בחוק היסוד – לא נעשתה פנייה ליו"ר ועדת הבחירות. זאת, אף ש"בזמן אמת" סבר היועץ המשפטי לממשלה כי יש בעבירות משום קלון, וזו גם עמדת היועצת המשפטית לממשלה כעת (פסקה 40 לכתב התשובה מטעמה).

65. לכל האמור יש להוסיף כי בבואנו לבחון את העבר הפלילי של דרעי, יש להתייחס גם להצטברותן של ההרשעות ולא רק לכל הרשעה בנפרד. עמד על כך המשנה לנשיא **ת' אור** בעניין **הנגבי 2003** בקובעו:

> "אכן, בעת שרשות מינהלית מחליטה על מינוי אדם למשרה ציבורית, עליה להביא בחשבון לא רק את ערכה של כל ראיה מינהלית לקיומה של עבירה פלילית כשלעצמה, אלא גם את משקלן המצטבר של הראיות. ייתכן כי בנסיבותיו המיוחדות של מקרה ספציפי הראיות ישתלבו זו בזו באופן המקנה למכלול הראיות תרומה מצטברת שהיא מעבר לערכה של כל ראיה וראיה בנפרד. על הרשות המוסמכת להביא ערך מוסף זה בגדר שיקוליה. בית-המשפט יתערב בהחלטה של הרשות רק כאשר משקלן המצטבר של הראיות מעיד על ערך מוסף מיוחד אשר התעלמות ממנו הופכת את החלטתה לבלתי סבירה באופן קיצוני" (**שם, בעמ' 877-878**; השוו לדבריו של השופט **א' ריבלין**, **שם**, בעמ' 857-858).

עניינו של דרעי מהווה, לדעתי, מקרה מובהק שבו המשקל המצטבר של הרשעותיו הוא משמעותי ביותר ויש בו כדי להכריע את הכף אל עבר המסקנה כי ההחלטה למנותו לשר היא החלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני.

66. אכן, השיקולים הפוליטיים שעמדו לנגד עיניו של ראש הממשלה בהחליטו למנות את דרעי לשר בממשלתו נושאים משקל לא מבוטל, בפרט בהינתן העובדה כי דרעי ורשימתו זכו לאמון הבוחרים שלהם בבחירות האחרונות. אך כפי שכבר נפסק "דין הבוחר, שעל חשיבותו אין חולק, אינו חלופי לדין המשפט [...]" (עניין **ראשי הערים**, בעמ' 242). בענייננו מדובר באדם שהורשע שלוש פעמים בעבירות שבוצעו לאורך תקופות שונות בחייו ובמעשים שאותם ביצע בעת שכיהן בתפקידים ציבוריים בכירים, תוך הפרת חובתו לשרת את הציבור בנאמנות ובניקיון כפיים ולשמש לו דוגמה אישית. בכל אחת מהרשעותיו פגעו מעשיו, בפועל או בכוח, בקופה הציבורית והוא נידון לעונש מאסר (בין בפועל ובין על תנאי). ניתן, אפוא, להצביע על "דפוס חוזר ונשנה של פגיעה בשלטון החוק" בהתנהלותו של דרעי (סעיף 7 לכתב התשובה מטעם היועצת המשפטית לממשלה). הצטברות עבירות השחיתות החמורות – שמשקלן פחת אומנם בשל חלוף הזמן – עם עבירות המס שבהן הורשע דרעי אך לאחרונה, היא נתון שראש הממשלה לא רשאי היה להתעלם ממנו, והוא מחייב אותו, לגישתי, להפעיל עתה את הסמכות להעביר את דרעי מתפקידו. זאת, שכן המשך כהונתו של דרעי כשר האחראי על שניים מהמשרדים החשובים בממשלה, פוגע פגיעה קשה בתדמיתן ובמעמדן של רשויות השלטון במדינה וסותר באופן מובהק עקרונות של טוהר מידות ונקיון כפיים שלהם מחויבים נבחרי הציבור.

(2) המצג שהוצג לבית המשפט אשר הרשיע את דרעי בעבירות המס

67. אף שלגישתי די בדברים שעליהם עמדתי לעיל כדי להתכנס אל המסקנה לפיה מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים ושר הבריאות אינו יכול לעמוד, בענייננו קיים טעם נוסף המחזק מסקנה זו, וכוונתי לדברים שהציג דרעי בפני בית משפט השלום בירושלים שהרשיעו בעבירות המס ולהתנהלותו לאחר שנגזר דינו.

68. כזכור, סעיף 4 להסדר הטיעון בעבירות המס כלל את ההבהרה הבאה: "רשמנו בפנינו את הודעת [דרעי] בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית". התפטרות זו ייתרה למעשה את הצורך בהכרעתו של בית המשפט בסוגיית הקלון, בהתאם לסעיף 42א לחוק-יסוד: הכנסת. דרעי טוען כי במסגרת הסדר הטיעון הוא לא התבקש להתחייב, ולא התחייב, לפרוש לצמיתות מהחיים הפוליטיים. והיוצאת המשפטית לממשלה מאשרת אף היא כי "הסדר הטיעון לא כלל התחייבות מצידו של דרעי לפרישה מהחיים הפוליטיים" (סעיף 205 לכתב התשובה מטעמה).

69. במהלך הדיון בבג"ץ 8954/21, שהתקיים כזכור טרם הדיון בהליך הפלילי שבו אושר הסדר הטיעון, ציין בא כוחו של דרעי כי "נכון, היום הוא חבר אופוזיציה, איננו יודעים כמה האופוזיציה הזאת היתה שורדת, הוא מוותר מיד על 40,000 ש"ח שכר לחודש לתקופה לא ידועה, יש לזה משקל ומסר וצריך לברך על זה" (עמ' 12 שורות 1-3 לפרוטוקול הדיון מיום 16.1.2022). מדברים אלה יש מי שמבקש להסיק – אף שהדבר לא נאמר במפורש – כי התפטרותו של דרעי נוגעת לכהונתו כחבר בכנסת ה-24 בלבד וכי הוא לא התחייב שלא ישוב לחיים הפוליטיים לצמיתות.

האומנם?

על מנת להשיב על שאלה זו יש לבחון את האופן שבו הוצגה התחייבותו של דרעי בפני בית משפט השלום ביום 25.1.2022, במהלך הטיעונים לעונש. במעמד זה התייחס בא כוח המדינה להתחייבות דרעי כשיקול לקולא המצדיק עונש מופחת, בציינו "אמירתו הציבורית של הנאשם **ופרישתו מחייו הפוליטיים** משקפים כי פיו וליבו שווים" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון; ההדגשה הוספה). דברים אלה נאמרו בנוכחות דרעי ובא כוחו, והם לא ראו לנכון להבהיר "בזמן אמת" כי אין מדובר בפרישה לצמיתות מן החיים הפוליטיים אלא בהתפטרות מוגבלת בזמן מן הכנסת ה-24 בלבד. בהמשך אותו דיון, ציין בא כוחו של דרעי: "האיש התפטר מהכנסת וזה מטה לחמו לאחר 9 שנים כח"כ וכשר, הוויתור שלו יכול להיות במיליוני שקלים צריך לחפש מאיפה להביא פרנסה עכשיו" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון). ולאחר כל אלה אמר דרעי עצמו את הדברים הבאים:

> "הבנתי שמגישים כתב אישום ועורך הדין שלי הסביר לי את האפשרויות, נטיית ליבי הייתה לא להסכים, חשבתי שאני בכל זאת איש ציבור, יש ציבור גדול שאני מייצג, שנתן לי אמון ב-4 מערכות בחירות האחרונות למרות כל החשדות בכל זאת האמינו בי והתייעצתי עם רבותיי אם מותר לי על פי דין לעשות מה שאני עושה ולהתפטר מהכנסת ולהגיד לציבור שבחר בי אני בוחר בחיים הקלים ועוזב את הכנסת, הייתה לי התלבטות קשה מאוד [...] החלטתי 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**. החלטתי בלב לא קל אבל בעצתם ובהוראתם של הרבנים שאני מתייעץ איתם, היה חשוב לי להדגיש. אני לוקח אחריות, מצטרף לבקשה של המדינה ושל עורך דיני, ומבקש מכב' השופט הנכבד, אני גם מודה לכם שהקלתם עלינו בצורה שעשיתם את הדיון, אני מבקש לאמץ את ההסדר והבקשה שלי לעשות את זה במהרה" (שם, בעמ' 13; ההדגשות הוספו).

70. בגזר דינו התייחס בית משפט השלום להתחייבותו של דרעי בהקשר זה וציין:

> "הודעת ההסדר מלמדת כי הנאשם החליט להתפטר מכנסת ישראל. על פניו, מדובר בהודעה אשר אינה קשורה להליך הפלילי, אין בה כדי ללמד על סנקציה פלילית כזו או אחרת המהווה חלק מהסדר הטיעון ועניין זה מעלה תמיהה – מדוע אם כן, נכתב סעיף זה ומה הוא בא ללמדנו?
>
> אלא, שמדובר בנסיבה חשובה הבאה ללמד שתי נקודות חשובות אודות הנאשם.
>
> הראשונה, הנאשם, איש ציבור מזה כשנים רבות, **מדיר עצמו מעתה מרצון מעיסוק בצרכי ציבור**. שיקוליו הרחבים אינם פרושים בפניי, אך נדמה כי תולדות חייו מלמדים כי הוא ראה בהיותו נבחר ציבור ייעוד ודרך חיים, וכעת נוכח התיק דנן ואישומיו – הרי שהוא מוותר על כך, וזאת מרצונו. אין זה קורבן קל למי שמיצב עצמו כשליח ציבור בעשורים האחרונים ונדמה כי המאשימה עצמה רומזת על כי היא רואה בכך חלק מן העונש אשר אותו הטיל הנאשם על עצמו.
>
> הנקודה השנייה, הינה מניעתית בטיבה. כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד - יוכל למצוא מנוח לחשש זה **ולומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית**". (ההדגשות הוספו).

קביעות אלה מלמדות כי בית המשפט הבין את התחייבותו של דרעי כהתחייבות לפרוש לצמיתות מהחיים הפוליטיים ואין לתמוה על כך בהינתן האופן שבו הוצגו הדברים בפניו. בית משפט השלום אף הדגיש מפורשות כי פרישתו של דרעי מן החיים הפוליטיים מהווה מבחינתו שיקול רלוונטי במניין השיקולים ששקל לזכותו בגזר הדין. נדמה כי הוא לא ראה לנגד עיניו בגוזרו את הדין תרחיש שבו דרעי שב – ודאי לא בתוך תקופה כה קצרה – לתפקיד שלטוני בכיר (השוו לעניין אמונה, בעמ' 482-483; ועניין הנגבי 2015, בפסקה 32 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') גרוניס).

71. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו ביום 5.1.2023, טען בא כוחו של דרעי כי האופן שבו פירש בית משפט השלום את התחייבותו של דרעי בגוזרו את הדין בעבירות המס מקורה ב"אי הבנה" מצערת (עמ' 24, שורות 10-11 לפרוטוקול הדיון מיום 5.1.2023). זוהי טענה תמוהה למדי. מכל מקום, בנסיבות שתוארו לעיל, מקובלת עליי טענת העותרים לפיה האמירות שנשמעו במהלך הדיון היוו בבירור – בין אם מחמת אי-הבנה ובין אם לאו – שיקול שבית המשפט הביא בחשבון בגוזרו את הדין ובאמצו את העונש שעליו הסכימו הצדדים. להתחייבותו זו של דרעי, כפי שצוינה בפסק דין חלוט, יש משמעות שאין להתעלם ממנה.

72. לכך יש להוסיף כי יום לאחר שניתן גזר הדין בעבירות המס, השמיע דרעי, כפי שצוין לעיל, דברים שונים לחלוטין מאלה שהושמעו על-ידו בדיון בפני בית המשפט שהרשיעו. כך, במסגרת מסיבת עיתונאים שקיים ביום 2.2.2022 ציין דרעי כי "מבלי לגרוע בחשיבות שאני מייחס להסדר הטיעון שלקחתי עליו אחריות, אני לא הולך לשום מקום. אני ניצב על משמרתי כיו"ר תנועת ש"ס וממשיך לנהל את ענייני הציבור מכל מקום – מהכנסת, ממשרדי התנועה, מסיורים בשטח ומכל מקום שארגיש צורך להיות בו. אמשיך להשתתף בישיבות ראשי מפלגות האופוזיציה, לנהל את ישיבות סיעת ש"ס [...]" עוד ציין דרעי שם:

> "אני משוכנע שההסדר שהגענו אליו אין בו קלון. אני מודיע כבר מעכשיו, שאני בעזרת השם, בבחירות הקרובות ואני מקווה שהן יהיו מהר מאוד, אעמוד בראש תנועת ש"ס וארוץ לכנסת ואשרת בעזרת השם בתפקיד של שר. אני לא רואה שום מניעה לזה".

התבטאויות אלה שונות בתכלית – בתוכנן ובנימתן – מהתחייבותו של דרעי ומן ההצהרות שלו בפני בית המשפט שגזר את דינו והדבר מעלה תהיות באשר לתום ליבו ולניקיון כפיו בהתנהלותו מול בית המשפט שדן בעניינו.

73. עוד יצוין כי התפטרותו של דרעי מן הכנסת, שנועדה למנוע את ההכרעה בשאלת הקלון באותו שלב ולדחותה למועד שבו תהיה רלוונטית, הסתיימה בסופו של דבר בהתחמקות מהכרעה זו, לאחר שחבר מפלגתו של דרעי יזם הצעת חוק ששינתה, בתחולה מיידית, את תנאי הכשירות הקבוע בסעיף 6(ג) לחוק היסוד.

74. לגישתי, המצג שהוצג על ידי דרעי במהלך הדיון בפני בית משפט השלום בדבר פרישתו מהחיים הציבוריים והתנערותו ממצג זה לאחר מכן – כמו גם ההתחמקות מהכרעה בשאלת הקלון – מעוררים קושי של ממש באשר לכהונתו של דרעי בתפקיד שר. התנהלות חריגה שכזו אף היא שיקול שהיה על ראש הממשלה לשקול בבואו להחליט בעניין מינויו של דרעי לשר. הדבר מחזק בעיניי את המסקנה בדבר אי-סבירות המינוי הנובעת ממילא מצבר ההרשעות בפלילים, שעליו עמדתי לעיל.

75. נוכח המסקנה שאליה הגעתי בסוגיית הסבירות מן הטעמים שפורטו לעיל, אינני רואה צורך להכריע בטענות שהעלו חלק מהעותרים לעניין קיומם של השתק או מניעות, החוסמים כשלעצמם את דרכו של דרעי מלכהן כשר בממשלה.

סוף דבר

76. לא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטה למנות שר בממשלה או להעבירו מתפקידו, והביקורת השיפוטית בהקשר זה שמורה למקרים חריגים ומצומצמים בלבד. כלל מחמיר זה עולה מפסקי הדין של בית משפט זה מאז הלכת **דרעי-פנחסי**. בכולם מצא בית המשפט כי אין מקום להתערב בעניין מינויים כאמור בנסיבות שנדונו. אלא שהפעם שונים הם פני הדברים. מדובר באדם שהורשע בעבר בעבירות חמורות ביותר שבוצעו בעת שכיהן בתפקידים ציבוריים. הוא ריצה בגינן עונש מאסר בפועל וחזר לחיים הפוליטיים. אך הוא שב לסורו וביצע עבירות מס בעודו מכהן כחבר כנסת. בגין עבירות אלה הוא הורשע אך לאחרונה בפסק דין חלוט, ובגזר הדין צוין – על רקע הצהרותיו שלו – כי לא יעסוק עוד בכספי ציבור. בנסיבות אלה, דבק במינויו של דרעי לשר בממשלה ה-37 פגם של חוסר סבירות קיצוני משום שהוא עומד בסתירה חמורה לעקרונות היסוד אשר מן הראוי כי ינחו את ראש הממשלה במינוי שרים. על עקרונות יסוד אלה עמד בית המשפט בעניין **אמונה** בציינו:

> "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 שעליהם מושתתים חיי החברה בישראל" (**שם**, בעמ' 470).

77. אשר על כן, אציע לחבריי כי נקבל את העתירות במובן זה שנוציא צו מוחלט המורה לראש הממשלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה ולהעביר את דרעי מתפקידו כשר הפנים ושר הבריאות. עוד אציע כי בנסיבות העניין ובהינתן הסוגיה הציבורית כבדת המשקל אשר עמדה במוקד העתירות – לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

<u>השופטת ד' ברק-ארז:</u>

1. האם קמה מניעה משפטית לכך שחבר הכנסת הרב אריה מכלוף דרעי, הנמנה עם המשיבים שבפנינו, יכהן כשר בממשלת ישראל הנוכחית? חברתי הנשיאה **א' חיות** משיבה על השאלה בחיוב, ואף אני עושה כן. עם זאת, כשלעצמי, אני סבורה שבמקרה דנן "דרך המלך" המובילה לתוצאה זו מבוססת קודם כול על נסיבותיו המיוחדות, ובפרט על משמעותן המשפטית של ההצהרות שנתן דרעי במשפטו הפלילי האחרון, קודם למתן גזר דינו, כמו גם על פעולותיו והתבטאויותיו לאחר מכן.

פתח דבר

2. כפי שפירטה חברתי הנשיאה, העתירות שבפנינו נסבו על שלושה מישורים עיקריים של טענות שכוונו נגד מינויו של דרעי כשר בממשלת ישראל: האחד – עניינו בתוקפו של תיקון מס' 11 לחוק היסוד (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11)), ובפרט בתחולתו המיידית של התיקון והשלכותיה על שאלת כשירותו של דרעי לתפקיד; השני – עניינו בשיקול דעתו של ראש הממשלה בהתייחס למינויו של דרעי לשר, בהתאם להבחנה הנוהגת בין שאלת הכשירות לשאלת שיקול הדעת; והשלישי – עניינו בהשלכות המשפטיות העצמאיות הנובעות מהתנהלותו של דרעי בגדרי ההליך הפלילי שבו הורשע בהסדר טיעון ביחס לתוקף מינויו כיום (כאשר חלק מן העותרים הדגישו בהקשר זה קיומו של "השתק שיפוטי", דהיינו מניעות דיונית מלהעלות טענה נוגדת בהליך אחר, וחלקם התייחסו באופן יותר רחב ל"מניעות" או "השתק" בשל חוסר תום לב וניקיון כפיים). בהמשך לכך, בהחלטות מהימים 27.12.2022, 29.12.2022 ו-3.1.2023 ניתנו צווים על-תנאי בהתאם לסעדים שונים שהתבקשו בעתירות ואשר התייחסו יחדיו לכלל טענות אלו. בהתאמה, אף בגדרו של הדיון שהתקיים בפנינו ביום 5.1.2023 המשיבים בעתירות השיבו לצווים שניתנו ולטענות שהופנו כלפיהם בהתייחס לכל אחד משלושת מישורי הטיעון האמורים.

3. לאחר שחזרתי והפכתי בדבר, הגעתי לכלל מסקנה כי בנסיבות העניין אין מנוס מלקבוע כי כהונתו של דרעי בתפקיד שר היא פסולה. כאמור, הנתיב המשפטי המוביל אותי להכרעה זו נעוץ, קודם כול, בהתנהלותו הדיונית של דרעי במסגרת ההליך הפלילי ובהסדר הטיעון שהתגבש בעניינו. כפי שאסביר, יש בהתנהלות זו כדי להקים כנגדו מניעות מלקבל על עצמו מינוי כשר בעת הזו, בשל הפרה של חובת ההגינות שחלה עליו כלפי בית המשפט, כרשות מרשויות המדינה. זאת, על רקע הפער הבולט בין התפטרותו של דרעי מתפקידו כחבר כנסת והצהרותיו בדבר עתידו הציבורי, אשר בית משפט השלום ייחס להן משקל בגזירת עונשו, לבין חזרתו לפעילות פוליטית כשר כבר בסמוך לאחר מתן גזר הדין. אשר על כן, לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבל את העתירות כך שייקבע כי מינויו של דרעי פסול, וכי במובן זה דין הצו על-תנאי שניתן בבג"ץ 8982/22 להפוך למוחלט.

4. כאמור, העותרים ביססו את טענותיהם גם על עילות נוספות – עילת הסבירות והעילה שעניינה שימוש לרעה בחוק יסוד. חברתי הנשיאה סבורה כי במקרה זה ראוי לבסס את התוצאה, בראש ובראשונה, על עילת הסבירות, באופן שמייתר את ההכרעה בהיבטיה האחרים של העתירה. לעומת זאת, אני סבורה שסדר הדברים הוא אחר. לשיטתי, דרעי מנוע מלקבל על עצמו כהונה כשר. מניעות זו מבוססת על עקרונות תשתיתיים יותר של המשפט הציבורי, ולמעשה של המשפט בכלל: חובות של

הגינות ותום הלב, ויישומן הספציפי בנסיבות שבהן אדם מציג בפני ערכאה שיפוטית מצג שמניב לו טובת הנאה. מצג זה הוא הבסיס לקביעה כי חלה כלפי אותו אדם מניעות מהתכחשות עתידית לתוכנו ומפעולה בניגוד לו. ממילא, הכרעה על-פי עילת הסבירות, ולא כל שכן על בסיס טענות חוקתיות, אינה נדרשת. ניתן אפוא לומר כי מבחינות רבות חוות דעתי מתחילה במקום שבו מסתיימת חוות דעתה של חברתי הנשיאה, כפי שאסביר בהמשך.

התנהלותו הדיונית של דרעי במסגרת הסדר הטיעון

5. לא אחזור כאן על כל גלגוליה של פרשה סבוכה זו, כפי שפורטו בהרחבה על-ידי חברתי הנשיאה. עם זאת, מאחר שעמדתי מבוססת על מצגיו והצהרותיו של דרעי במסגרת משפטו הפלילי ובקשר אליו, אני מבקשת לחזור ולהזכיר מספר עובדות יסוד הנוגעות לניהולו של אותו הליך, כמו גם להתנהלותו הדיונית של דרעי במהלכו ולאחריו.

6. כפי שציינה חברתי הנשיאה, בחודש דצמבר 2021, לאחר דין ודברים בין דרעי לבין התביעה הכללית, הושג הסדר טיעון במסגרתו הודה דרעי בביצוע עבירות מס: סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; עבירות של הגשת דו"ח וידיעות לא נכונים ללא הצדק סביר לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], אי-הגשת דו"ח למס הכנסה לפי סעיף 216(4) לפקודה זו וכן אי-ניהול פנקסי חשבונות לפי סעיף 216(5) לה. במסגרת ההסדר, הצדדים עתרו במשותף להטלת עונש מאסר על-תנאי למשך 12 חודשים לתקופה של שלוש שנים, לצד קנס כספי של 180,000 שקלים (או שנת מאסר בפועל תמורתו). כבר בראשית הדברים יוער כי בסעיף 4 להסדר ציינו נציגי המדינה כך: "רשמנו בפנינו את הודעת הנאשם בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית". יחד עם זאת, במסגרת הטיעון העדכני בהליך הנוכחי, שהוצג בפנינו בשם היועצת המשפטית לממשלה, הובהר כי הסדר הטיעון (דהיינו במישור היחסים שבין דרעי ובין רשויות התביעה) לא כלל התחייבות משפטית של דרעי לפרישה מכהונה בכנסת או בממשלה כתנאי פורמלי להסכמת התביעה להסדר. נאמנים עלי דבריה אלו, וזו תהיה נקודת המוצא שלי להמשך הדיון.

7. כידוע, מהות ההסכמה בגדרו של הסדר טיעון עם רשויות התביעה אינה סוף פסוק. הסדר הטיעון כפוף לאישורו של בית המשפט, כך שזה רשאי שלא לאשרו אם הוא מוצא שאינו משרת באופן ראוי את האינטרס הציבורי. על רקע זה, לתמונה העובדתית המלאה שהובאה בפני בית משפט השלום על-ידי הצדדים, ובכלל זה למצג שהציג דרעי עצמו, יש חשיבות משמעותית. כפי שאסביר להלן, הדברים אמורים

בשים לב להצהרותיו של דרעי בבית משפט השלום במקרה שבפנינו, וחשוב לא פחות – למידה שבה הסתמך עליהן בית משפט השלום בגזרו את דינו.

8. זה המקום לחזור ולהזכיר את הדברים שנאמרו ונטענו בבית משפט השלום. בדיון שהתקיים ביום 25.1.2022 הודה דרעי במיוחס לו בכתב האישום ובית משפט השלום הרשיע אותו בעבירות שנכללו בו. כמו כן, במעמד זה מסר דרעי כי הוא כבר אינו מכהן כחבר כנסת, והציג לבית משפט השלום את מסמך ההתפטרות שהגיש ליושב ראש הכנסת יומיים קודם לכן. ההתפטרות נכנסה לתוקף בבוקרו של יום הדיון. בהמשך לכך, ועל בסיס ההבנות שנכללו בהסדר הטיעון, טענו הצדדים לעונש מוסכם, כמפורט לעיל. בכל הנוגע לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, נציג הפרקליטות ציין, לצד שיקולים נוספים לחומרא ולקולא, כך:

> "אבקש להציג שיקולים לקולא שמצדיקים עונש שלא מכיל רכיב מאסר, בראש ובראשונה הודאתו של הנאשם ונטילת אחריות על מעשיו, בהקשר זה אמירתו הציבורית של הנאשם **ופרישתו מחייו הפוליטיים** משקפים כי **פיו וליבו שווים**" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום, ההדגשה הוספה).

ניסוח הדברים הוא בעל חשיבות רבה: נציג הפרקליטות דיבר על **פרישה מהחיים הפוליטיים** ולא על הפסקה זמנית או קצרה מכהונה כחבר כנסת או כשר. אם כן, הגם שכאמור הדבר לא היווה תנאי פורמלי שנקבע בהסדר הטיעון, התביעה ראתה בנסיבה זו, בזמן אמת, גורם בעל משקל במסגרת השיקולים הרלוונטיים לקביעת עונשו של דרעי.

9. חשובים יותר, ולמעשה קריטיים לענייננו, הם דבריו של דרעי עצמו בבית משפט השלום, שבאותה עת היה עדיין במעמד של נאשם המקווה לאישורו של הסדר הטיעון. דרעי לא הסתייג מדבריו של נציג הפרקליטות או מדרך ניסוחם, וממילא אף לא מצא להבהיר כי אין מדובר בפרישה מהחיים הפוליטיים. למעשה, דרעי אף הוסיף על הדברים בהצהרתו שלו:

> "נטיית ליבי הייתה לא להסכים [להסדר הטיעון – **ד' ב' א'**], חשבתי שאני בכל זאת איש ציבור... והתייעצתי עם רבותיי אם מותר לי על פי דין לעשות מה שאני עושה ולהתפטר מהכנסת ולהגיד לציבור שבחר בי אני בוחר בחיים הקלים ועוזב את הכנסת, הייתה לי התלבטות קשה מאוד, אני חייב לומר... קיבלתי את זה במודעות ובלב לא קל... שקלתי שיקולים והחלטתי שאני לא רוצה לחזור למה שהיה לפני 20 ו-30 שנה ורוצה **להמשיך עם הזמן שנשאר לי** להשקיע בצרכי ציבור... ולהמשיך לייצג את השכבות והציבור שאני מייצג בצורה אחרת **גם אם לא מהכנסת**" (עמ' 13 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום, ההדגשות הוספו).

אם כן, הדברים שאמר דרעי במו פיו מדגישים את הלבטים הקשים שנלוו להחלטה להתפטר מתפקידו כחבר כנסת, ומלמדים כי דבריו בעניין לא נאמרו בהיסח הדעת. חרף אותם לבטים, הוא בחר להבהיר כי החליט להמשיך את עשייתו הציבורית **שלא מהכנסת**, לתקופה שהוא הגדיר כ"**הזמן שנשאר לי**".

10. להשלמת התמונה, ראוי להזכיר עוד כי קודם לאישורו של הסדר הטיעון הוגשה לבית משפט זה עתירה כנגדו (בג"ץ 8954/21). באותה עת, במסגרת התגובה שהוגשה מטעמו של דרעי, נטען כי את התפטרותו "יש לראות כחלק **ממהלך רחב** של נטילת אחריות... המתבטא בראש ובראשונה בחתימתו על הסדר הטיעון, וכן בעזיבתו את כהונתו הציבורית" (פסקה 83 לתגובתו המקדמית של דרעי מיום 6.1.2022, ההדגשה במקור). גם בדיון שהתקיים באותו הליך ביום 16.1.2022 ציין בא-כוחו של דרעי, שהוא גם בא-כוחו בפנינו, ביחס להתפטרות כך: "איני אומר שזה לא הקל על כל הצדדים לצאת לדרך עם העסקה שהיתה קשה לכולם, אבל זו היתה החלטה אסטרטגית שלו **לצאת לדרך חדשה**" (עמ' 12 לפרוטוקול הדיון בבג"ץ 8954/21, ההדגשה הוספה). הדברים אף חזרו והודגשו במסגרת הטיעונים לעונש בבית משפט השלום, שם ציין בא-כוחו של דרעי כי "כאן יש מהלך שלם של ההתפטרות שהגשתי הבוקר לבית משפט ויש פה הודאה שאפשרה את הגשת כתב האישום" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום).

11. עוד יצוין, והיבט זה אף חשוב יותר, כי בא-כוחו של דרעי הדגיש בשלב הטיעונים לעונש כי פרישתו צפויה לגרום לו להפסד כספי בהיקף של מיליוני שקלים: "האיש התפטר מהכנסת וזה מטה לחמו לאחר 9 שנים כח"כ וכשר, הוויתור שלו יכול להיות **במיליוני שקלים** צריך לחפש מאיפה להביא פרנסה עכשיו" (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום, ההדגשה הוספה). על פני הדברים, זהו טיעון המשקף שמדובר בפרישה ממושכת, לפחות למספר שנים, שאם לא כן קשה להבין כיצד אובדן משכורתו של דרעי כחבר כנסת לתקופה קצרה יכול להצדיק את הטיעון האמור. בהקשר זה, יוער כי בתשובתו לעתירות דנן טען דרעי כי דברים אלו של בא-כוחו נועדו "להמחיש גם את המחיר הכלכלי האישי הכרוך באותה התפטרות, עקב אובדן משכורת של חבר כנסת" (פסקה 109 לתשובה מיום 3.1.2023), והדגיש כי הסכום שננקב ("מיליוני שקלים") הביא בחשבון את האפשרות שעמדה באותה עת על הפרק ביחס להמשך הכהונה הצפוי של הממשלה דאז, כמו גם את שיעור משכורתו החודשית של דרעי כחבר כנסת (כ-40,000 שקלים).

12. ההתבטאויות הנזכרות לא רק נאמרו והוצגו בדרך זו לבית משפט השלום, אלא גם הובנו על-ידו כבעלות משמעות בסופו של יום. וכך ציין נשיא בית משפט השלום בירושלים, שדן בעניינו של דרעי, בגזר דינו מיום 1.2.2022:

"הודעת ההסדר מלמדת כי הנאשם החליט להתפטר מכנסת ישראל. על פניו, מדובר בהודעה אשר אינה קשורה להליך הפלילי, אין בה כדי ללמד על סנקציה פלילית כזו או אחרת המהווה חלק מהסדר הטיעון ועניין זה מעלה תמיהה – מדוע אם כן, נכתב סעיף זה ומה הוא בא ללמדנו?
אלא, **שמדובר בנסיבה חשובה** הבאה ללמד שתי נקודות חשובות אודות הנאשם.
הראשונה, הנאשם, איש ציבור מזה כשנים רבות, **מדיר עצמו מעתה מרצון מעיסוק בצרכי ציבור**. שיקוליו הרחבים אינם פרושים בפניי, אך נדמה כי תולדות חייו מלמדים כי הוא ראה בהיותו נבחר ציבור ייעוד ודרך חיים, וכעת נוכח התיק דנן ואישומיו – הרי שהוא **מוותר על כך**, וזאת מרצונו.
אין זה קורבן קל למי שמיצב עצמו כשליח ציבור בעשורים האחרונים ונדמה כי המאשימה עצמה רומזת על כי היא רואה בכך **חלק מן העונש** אשר אותו הטיל הנאשם על עצמו.
הנקודה השנייה, הינה מניעתית בטיבה.
כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד – יוכל למצוא מנוח לחשש זה ולומר **בוודאות** כי הנאשם **לא ייגע עוד** בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל **התרחקותו מהזירה הציבורית**" (עמ' 7 לגזר הדין, ההדגשות הוספו).

גם בהמשך דבריו חזר וציין בית משפט השלום כי לזכותו של דרעי ניצבת, בין השאר, "**עזיבתו את הזירה הציבורית**" (עמ' 8 לגזר הדין). על רקע זה, לא ניתן לחלוק על כך שבגזר הדין ניתן משקל ברור לקולא להתפטרותו של דרעי מהכנסת ולהצהרתו האמורה ביחס לעתידו, שהוגדרו כ"**נסיבה חשובה**". פעולות אלה הובנו כמהלך הטומן בחובו ויתור משמעותי מצדו על פעילותו הציבורית העתידית בגדרי הכנסת או הממשלה. יתרה מכך, הדברים נתפסו על-ידי בית משפט השלום כצעד מניעתי שיש בו להפחית באופן ודאי את הסיכון העתידי הנשקף מדרעי.

13. ומה קרה לאחר מעשה? כאמור, ביום 1.2.2022 גזר בית משפט השלום את דינו של דרעי. כבר למחרת היום, כפי שהודגש על-ידי העותרים, כינס דרעי מסיבת עיתונאים בכנסת, שבה הוא התייחס להליך הפלילי וכן להמשך עשייתו הציבורית. באותו מעמד אמר דרעי, בין השאר, את הדברים הבאים:

"כפי שאולי הבנתם בשבוע האחרון, ומבלי לגרוע בחשיבות שאני מייחס להסדר הטיעון שלקחתי עליו אחריות, אני לא הולך לשום מקום. אני ניצב על משמרתי כיושב ראש תנועת ש"ס וממשיך לנהל את ענייני הציבור מכל מקום – מהכנסת, ממשרדי התנועה, מסיורים בשטח ומכל מקום שארגיש צורך להיות בו. אמשיך להשתתף בישיבות ראשי מפלגות האופוזיציה, לנהל את ישיבות סיעת ש"ס".

בהמשך לכך, הוא הוסיף והבהיר מהן כוונותיו העתידיות:

"ההסדר שהגענו אליו אין בו קלון. **אני מודיע כבר מעכשיו שאני בעזרת השם בבחירות הקרובות**, ואני מקווה שהן יהיו **מהר מאוד**, אעמוד בראש תנועת ש"ס **וארוץ לכנסת ואשרת בעזרת השם בתפקיד של שר**. אני לא רואה שום מניעה" (ההדגשות הוספו).

אם כן, יממה בלבד לאחר אישורו של הסדר הטיעון, התבטאויותיו הציבוריות של דרעי, שנאמרו מחוץ לבית המשפט, היו שונות באופן ניכר מאלה שנאמרו בתוך אולם הדיונים ואשר באו בסופו של דבר לידי ביטוי בנוסחו של גזר הדין. להשלמת התמונה, יצוין כי חרף הקושי הברור, לא הוגשה כל הבהרה נוספת מצדו של דרעי בגדרי ההליך הפלילי – לא בשלב של הקראת גזר הדין ואף לא במועד מאוחר יותר.

14. בעתירות שבפנינו נטען כי דברים אלו, כמו גם פרסומים אחרים שעסקו בחזרתו של דרעי לכנסת, מלמדים על תכניתו, כבר במועד גזר הדין, לשוב ולפעול בזירה הציבורית והפוליטית בניגוד למצג שעליו הסתמך בית משפט השלום.

בכלל זה, בבג"ץ 8948/22, שחלק ניכר מהטענות בו הוקדשו לסוגיה זו, נטען בין השאר כי –

"מינויו של [דרעי] לשר פנים וכן לכל תפקיד נוסף ברשות המבצעת תהווה ביזיון בית משפט והפרה בוטה של ההתחייבות שהשתמעה מדבריהם של [דרעי] ושל בא כוחו בפני בית המשפט..." (בפסקה 36 לעתירה זו).

עוד נטען כי –

"התנהלות זו מחייבת את המסקנה לפיה התפטרותו מהכנסת, יומיים לפני הכרעת הדין במשפטו הפלילי, וההתחייבות שנתן לבית המשפט לעזיבת החיים הציבוריים, כפי שתוארו לעיל, נעשו אך ורק לשם השגת התועלות האישיות, כאמור.
כל זאת כאשר מלכתחילה התכוון [דרעי] להפר באופן מידי את התחייבותו. לפיכך פעל [דרעי] במרמה, בתחבולה, בחוסר תום לב מוחלט, תוך הטעיה מכוונת של בית המשפט ומשיקולים זרים, בעת שאמר את דבריו לבית המשפט" (בפסקה 38 לעתירה זו).

בבג"ץ 8982/22 הועלו טענות דומות, בדגשים מעט שונים, כך נטען –

"בעת הדיון באישור הסדר הטיעון בתיק עבירות המס הצהיר [דרעי] בפני בית המשפט דברים, אשר ניתן היה ללמוד מהם כי בכוונתו לפרוש מן החיים הציבוריים. דומה, כי כך הובנו דבריו גם ע"י ב"כ המאשימה... נוסח הדברים... אף הביא את כב' הנשיא הרבסט לקבוע כי ניתן '**לומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי**'...

> הצהרותיו של [דרעי] בדבר כוונת פרישה מן החיים הציבוריים הובילו לקבלת הסדר הטיעון, ואפשר שאף להקלה בעונשו. לפיכך **מושתק [דרעי] היום מלטעון בדבר זכותו לבחור ולהיבחר לתפקיד שר**" (בפסקאות 59 ו-62 לעתירה זו, ההדגשות במקור).

15. מנגד, בתשובתו לעתירות דוחה דרעי כל טענה למצג שווא שהופנה מצדו כלפי רשויות התביעה או בית המשפט עצמו, וטוען כי אין שחר לניסיונם של העותרים להרחיב את הודעתו בדבר ההתפטרות מהכנסת ולציירה כהודעה על פרישה מהחיים הפוליטיים לצמיתות. דרעי מוסיף כי לשיטתו "אין כל מקום לבנות תילי תילים של עתירות וטענות מרחיקות לכת על יסוד אי הבנה וטעות שאולי נפלה בגזר הדין" (פסקה 107 לתשובה). הוא אף מדגיש כי הדברים שנאמרו מטעמו בבית משפט השלום, כמו גם בבג"ץ 8954/21 שנזכר לעיל, "אינם מתיישבים כלל עם מצג על פרישה **לצמיתות** מהחיים הפוליטיים, אלא מלמדים דווקא על התפטרות **לתקופת זמן לא ידועה**, תוך צפי לחזרה אפשרית בעתיד" (פסקה 114 לתשובה, ההדגשות במקור).

16. בהמשך לכך, בדיון שהתקיים בפנינו שב וטען בא-כוחו של דרעי כי הסדר הטיעון בעניינו לא כלל שום התחייבות בעניין זה, באומרו כי "דרעי לא התחייב מעולם ולא הציגו [כך במקור – **ד' ב' א'**] לנו מעולם מצג של פרישה לצמיתות מחיים פוליטיים... הסדר הטיעון נסגר ונושא הפרישה לא היה חלק ממנו" (עמ' 23-24 לפרוטוקול הדיון בפנינו). בא-כוחו של דרעי ציין כי אף נציגי הפרקליטות הבינו את הדברים כך. כמו כן, הוא חזר וטען כי הבהרתו בבית משפט השלום לעניין ההפסד הכספי שצפוי להיגרם לדרעי נבעה מהצפי להמשך כהונתה של הממשלה דאז, לתקופה של שלוש או ארבע שנים נוספות. במובן זה נטען כי חזרתו הזריזה לחיים הפוליטיים היא תולדה של התפזרותה הלא צפויה של הכנסת חודשים אחדים לאחר מכן. לצד דברים אלו, בהתייחסו ללשונו של גזר הדין ובמענה לשאלות בית המשפט, מצא בא-כוחו של דרעי להבהיר כי ייתכן שניסוח הדברים בבית משפט השלום היה "**לא מוצלח**" וכי מדובר ב"**אירוע נדיר של אי הבנה**" וב"**קֻצָר**" שעליו יש להצר, אך מכל מקום לשיטתו אין מדובר בהטעיה.

17. כעת, השאלה שמתעוררת היא באיזה מובן יש בעובדות אלה כדי להשליך על מינויו של דרעי כשר בממשלה, ובהתאמה על החלטתו שלו לקבל על עצמו תפקיד זה.

18. כפי שציינתי בפתח דברי, אני סבורה כי נוכח העובדות המתוארות, שלהן היו כאמור השלכות משפטיות קונקרטיות בעולם המעשה, תוך מתן הטבה פוטנציאלית לדרעי מבחינת תוצאותיו של ההליך הפלילי, יש לומר שקמה מניעות משפטית לפיה דרעי מנוע מלקבל על עצמו תפקיד של שר, לפחות לתקופה מסוימת, כמפורט בהמשך הדברים, וזאת מכוח הצהרותיו והתנהלותו הדיונית. ויודגש כבר עתה – מניעות משפטית זו חלה כלפי דרעי **עצמו** במובן של יכולתו המשפטית להסכים למינוי, ומשכך אני סבורה כי איננו נדרשים כלל לבחון את מישור שיקול הדעת שהפעיל ראש הממשלה בהתייחס למינוי או את משמעויותיו המשפטיות של התיקון לחוק יסוד: הממשלה שעומד ברקע הדברים. עוד אבהיר כי

הכרעתי אף אינה מבוססת על ביקורת שיפוטית ביחס לשיקול דעתו של דרעי בהחלטתו להסכים להתמנות. בית משפט זה עמד בעבר על הקושי הכרוך בביקורת שיפוטית הממוקדת בשיקול הדעת של אדם המסכים לקבל על עצמו תפקיד (ראו והשוו: בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה **חיות** (6.5.2020) (להלן: עניין **הטלת המנדט**)). בשונה מכך, הדיון בכלל המניעות בהקשרנו מבוסס על קיומו של מחסום משפטי למתן ההסכמה, ללא דיון נוסף בשיקולים שהנחו את דרעי בנסיבות העניין.

19. אוסיף ואומר עוד זאת: בהתאם לגישתי, לנוכח השפעתן הפוטנציאלית והממשית של הצהרות דרעי על ההליך הפלילי, אין חשיבות לכך שעל-פי חוק היסוד במתכונתו המתוקנת מתקיימים בו תנאי הכשירות הפורמליים לכהונה בתפקיד שר. במובן זה, תיקון מס' 11 לא מעלה ולא מוריד בכל הקשור לסוגיית המניעות החלה על דרעי. יחד עם זאת, ולמען הסר ספק, אציין כי אני מסכימה להנמקתה של חברתי הנשיאה באשר לכך שהתיקון לחוק היסוד אכן שינה מן המצב המשפטי הקודם, ולא היה בבחינת "חוק מבהיר" בלבד. בשלב זה, אפנה להצגת גישתי.

השתק, תום לב וחובת הגינות של הפרט

20. בעיקרו של דבר, אני סבורה שעניינו של דרעי נופל לגדרו של עיקרון משפטי ותיק שנים שנקלט לשיטתנו עוד מדיני היושר של המשפט האנגלי, הוא עקרון ההשתק (ראו: ע"א 23/49 **חברת י. צגלה ושות' בע"מ נ' אהרון חיות בע"מ**, פ"ד ד 475, 484-485 (1950) (להלן: עניין **צגלה**)). כידוע, משמעותו המשפטית המסורתית של עקרון ההשתק היא פשוטה: כאשר אדם יוצר מצג מסוים בכוונה להשפיע על התנהלותו של הזולת, ואחרים אכן הסתמכו עליו, אותו אדם יהיה מנוע מלהתכחש לו בדיעבד ולפעול בניגוד אליו (ראו: גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום-לב" **משפטים** טז 295, 310 (1986)). עיקרון משפטי זה מושתת על אדנים של צדק ויושר, מתוך הבנה יסודית כי "אין זה מן הראוי, כי המתאר יהנה מהתיאור המוטעה, אם ע"י תאורו הביא אדם אחר לידי מעשה מסוים" (עניין **צגלה**, בעמ' 485). במובן זה, תחולתה של דוקטרינת ההשתק מתקשרת אף לפריסתו הרחבה של עקרון תום הלב במשפט הישראלי (ראו למשל: רע"א 4928/92 **עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד**, פ"ד מז(5) 94, 100-101 (1993); בג"ץ 7852/98 **ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת**, פ"ד נג(5) 423, 428 (1999)) ובכלל זה גם במשפט הפלילי הדיוני (ראו: רע"פ 8083/10 **בכור נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (7.4.2011)). במלים אחרות, עסקינן במחסום משפטי מהותי שנועד בעיקרו לשמור על טוהר ההליך המשפטי ולמנוע תוצאות בלתי מוצדקות הנובעות מהשגת הקלה או יתרון בדרך פסולה (באופן כללי, ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 90-99 (מהדורה שנייה 2018)).

21. מעבר לכך, ובמבט רחב יותר, ניתן לומר כי עקרון ההשתק בהקשר הנדון בפנינו, דהיינו בהתנהלותו של הפרט אל מול גופי המדינה, קשור בטבורו בהכרה המשפטית, ולו הכרה מתוחמת, בקיומה של חובת הגינות המוטלת על הפרט כלפי רשויות השלטון, לצד חובת ההגינות (הנרחבת יותר) שחלה על הרשויות כלפי כל אחד ואחד מיחידי הציבור. חובת ההגינות המוטלת על הפרט, במצבים מסוימים, נדונה בהרחבה בבג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289 (1998) (להלן: עניין **קונטרם**). אכן, במהלך השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין, הובעו דעות שונות ביחס להיקפה הראוי של חובת ההגינות שמוטלת על אדם כלפי הרשות. מטבע הדברים, חובת ההגינות במישור זה עשויה ללבוש צורות שונות בהתאם לאופי ההתנהלות ולמאפייניו הקונקרטיים של המקרה (ראו למשל: עש"ם 5246/99 **אהרוני נ' נציבות שירות המדינה**, פ"ד נו(1) 481, 489 (1999)). יחד עם זאת, ניתן לומר כי בשלב הנוכחי, כבר זכתה חובה זו להכרה במצבי "גרעין" של אי-הגינות בולטת בהתנהלותו של הפרט (ראו: ע"א 8189/11 **דיין נ' מפעל הפיס**, פסקה 40 (21.2.2013); עע"ם 89/13 **עיריית רמת גן נ' הראל** (25.2.2015); ע"א 3604/13 **מנהל רשות המסים נ' אייזינגר** (10.5.2015)). כך למשל, התכחשות להתחייבות או למצג קודם של הפרט בפני הרשויות עשויה לעלות בנסיבות המתאימות לכדי הפרה של חובת ההגינות, המקימה מניעות כלפיו (ראו והשוו: בג"ץ 1930/94 **נתן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(4) 643, 655-657 (1994); עניין **קונטרם**, בעמ' 322; ע"א 8958/10 **עיריית רמת השרון נ' טו-מז חברה קבלנית בע"מ**, פסקה 16 (9.7.2012); עע"ם 6945/21 **ק.מ. מדף 4 בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל**, פסקה 18 (18.11.2021)).

22. על רקע תשתית נורמטיבית זו, אפנה עתה לבחון את משמעות התנהלותו של דרעי בבית משפט השלום.

23. במקרה דנן, כאמור, המצג שיצרו דרעי ובא-כוחו בהצהרותיהם נעשה בפני נשיא בית משפט השלום שישב בדין. ואולם, הוא לא היה מכוון באופן "אישי" לשופט המסוים שדן בתיק. מושכלות יסוד הן כי השופט שדן בעניינו של כל אדם, ועל אחת כמה וכמה בעניינים פליליים, אינו יושב שם ב"כובעו" כאדם פרטי. השופט היושב בדין עושה זאת מכוח הסמכות שהוענקה לו בחוק וככזה הוא פועל בשם המדינה, ולמעשה בשם האינטרס הציבורי הכללי באכיפת הדין. פסיקתו של בית משפט זה כבר הבהירה כי "**מעת מינויו פועל השופט כנאמן הציבור שדרכו היא 'דרך הנאמן, שמשלו אין לו ולא כלום וכל אשר הוא עושה כשליח הציבור עושה הוא'**" (בג"ץ 6301/18 **פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים**, פסקה 62 לפסק דינו של השופט **ע' פוגלמן** (27.12.2018)). באופן יותר כללי, יפים לענייננו הדברים הבאים:

> "אכן, בית-המשפט הוא זרוע של המדינה. כאשר בית-המשפט מדבר, המדינה מדברת, וכאשר בית-המשפט

פועל, המדינה פועלת" (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט
כרך שלישי: פרשנות חוקתית 663 (1994)).

24. בהתאמה, ההתחייבויות שנוטל על עצמו בעל דין בהליך פלילי, והמצג שהוא מציג בפני בית המשפט העומד לגזור את דינו, אינם מכוונים אך כלפי השופט באופן אישי, אלא כלפי המדינה בכללותה. בהיבט זה, בית המשפט מייצג את האינטרס הציבורי שהמדינה ומוסדותיה מופקדים עליו. על כן, יש לראות את המצג שיצר דרעי ככזה שנעשה כלפי המדינה במובן הרחב. בנקודה זו יש לחדד פעם נוספת כי אף הבהרת הפרקליטות באשר למהות ההסכמות בינה ובין דרעי אינה משנה בהקשר זה. לדבריהם של דרעי ובא-כוחו בפני בית משפט השלום יש כוח משל עצמם במנותק מעמדת התביעה, ולמקרא גזר הדין ניתן להתרשם בבירור כי הם אף הותירו את רישומם מבחינת אופן סיומו של ההליך הפלילי ותוצאותיו.

25. כך, הלכה למעשה, וכפי שנלמד מהפירוט של השתלשלות הדברים, אני סבורה כי אופן התנהלותו של דרעי, ובכלל זה ניסוח הדברים מטעמו, הקים יסוד סביר למסקנה לפיה יש בכוונתו לפרוש מעיסוקיו הפוליטיים בכנסת ובממשלה לפרק זמן ממושך ומשמעותי, כזה הנפרס לכל הפחות על פני מספר שנים. לא בכדי כך הובנו הדברים על-ידי בית משפט השלום בציינו כי "הנאשם **לא ייגע עוד** בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית". בכלל זה יש לחזור ולהדגיש את דבריו של דרעי על ההתלבטות הקשה שליוותה את החלטתו להתפטר מהכנסת ועל שאיפתו להשקיע את הזמן שנשאר לו בצרכי ציבור – גם אם לא מהכנסת. בחירה זו הוצגה על-ידי בא-כוחו כחלק ממהלך רחב של לקיחת אחריות שיש לו השלכות כבדות על דרעי. בנסיבות אלו, אין בידי לקבל את הגרסה לפיה הדברים הובנו באופן שגוי – אלא, דומה שהם הובנו באופן **המתבקש והפשוט** בנסיבות העניין. זאת ועוד, בהקשר זה לא ניתן להתעלם מן העובדה כי מדובר בבעל דין שאינו נעדר תחכום וידע, מי שמילא שורה של תפקידים ציבוריים רמים לאורך השנים, ואשר בעברו, כפי ששב והוזכר לאורך ההליך שבפנינו, רקע קודם בהליכים פליליים בבתי המשפט. כל זאת, כאשר הוא מלווה בייצוג משפטי מקצועי ובהכוונה לאורך כל שלבי הגיבוש של הסדר הטיעון ואישורו בבית משפט השלום. בנסיבות אלו ניתן היה לצפות כי כל מילה וכל מצג מצדו של דרעי ובא-כוחו ייעשו בשום שכל ובמחשבה תחילה, תוך הבנה של ההשלכות שעשויות לנבוע מכך ביחס להליך הפלילי ולתוצאותיו.

26. למעשה, יש להדגיש כי במקרה שבפנינו המצג האמור נעשה כחלק מרצונם הברור של דרעי ושל בא-כוחו להוביל לאימוצו של הסדר הטיעון שהושג, לרבות לעניין אי-התערבותו של בית משפט השלום בעונש שהוסכם על הצדדים. ויודגש, אימוצו של העונש המוסכם היה בעל חשיבות רבה מבחינתו של דרעי, בשים לב להשלכות הברורות שעלולות היו להיגרם באם היה נגזר דינו לעונש מאסר בפועל, ובכלל זה על כשירותו לכהן בתפקידים ציבוריים.

27. כידוע, במסגרת הוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), כפי שעוגנו בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012 (להלן: **תיקון מס' 113**), התווה המחוקק מנגנון סדור של שיקולים לאורם נדרש בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם וכן את העונש המתאים לענייננו הקונקרטי של הנאשם בתוך אותו המתחם (ראו: סימן א'1 לחוק העונשין שכותרתו היא "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה"). בכלל זה, בבואו לקבוע את העונש המתאים רשאי בית המשפט להתייחס, בין היתר, ל"פגיעה של העונש בנאשם, לרבות

בשל גילו", ל"נזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו"; ל"נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב"; וכן ל"מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה" (ראו בהתאמה: סעיפים 40יא(1) ו-(3)-(5) לחוק העונשין). על רקע זה, מובן כי להתנהלותו של הנאשם בגדרי ההליך הפלילי, לרבות כפי שבאה לידי ביטוי בהצהרותיו ביחס לכוונותיו העתידיות ולמגבלות שהוא נכון ליטול על עצמו מיוזמתו, עשוי להינתן משקל בגזירת דינו. במלים אחרות, התחייבויותיו של הנאשם, אף כאשר הן נעשות שלא כחלק "רשמי" מן העונש, עשויות ללמד על מידת האחריות שנטל ועל גודל הנזק שצפוי להיגרם לו בהמשך חייו כתוצאה ממעשיו ומההרשעה. כך למשל, ובקרבה לענייננו, הדברים עשויים לבוא לידי ביטוי מעשי במקרים של פרישת הנאשם מתפקידו והפסקת עיסוקו. לעתים הדבר נעשה מיוזמתו של האדם הנוגע בדבר (ראו: ע"פ 9893/06 **לאופר נ' מדינת ישראל**, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת **א' פרוקצ'יה** (31.12.2007). להחלטה דומה בהקשר של הליכי משמעת, ראו והשוו: עש"ם 8431/01 **מדינת ישראל נ' דניגו**, פ"ד נו(2) 577, 580-581 (26.12.2001)). במקרים אחרים, מדובר בתולדה של סנקציות ציבוריות שאינן תלויות בהליך הפלילי (ראו: ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221, 377 (1996) או של ההרשעה עצמה (ראו: ע"פ 7024/93 **פלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(1) 2, 29 (1995)).

28. עוד יש להבהיר כי שיקולים אלו, המתווים ברגיל את מלאכת גזירת הדין, רלוונטיים אף כאשר עסקינן בהחלטתו של בית המשפט לאמץ או לדחות הסדר טיעון, לרבות כאשר הוא כולל עונש מוסכם. כידוע, "נקודת המוצא לכל דיון הנוגע להסדרי טיעון הינה כי תפקיד גזירת הדין מוטל על שכמו של בית המשפט. על בית המשפט רובצת האחריות לאזן בין זכויות הנאשם ובין אינטרס הציבור, כך הוא בכל הליך פלילי, וכך הוא גם כאשר בא בפני בית המשפט הסדר טיעון בין הצדדים" (ראו: ע"פ 3193/07 **טבאגה נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (2.4.2009)). אישור הסדר טיעון בידי בית המשפט אינו אוטומטי. בית המשפט הפלילי אינו כבול להסדר הטיעון ובוודאי שאינו משמש חותמת גומי. ביכולתו לסטות מההסכמות אליהן הגיעו הצדדים בנסיבות שראוי לעשות כן (ראו למשל: בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550, 643-644 (2008) (להלן: **בג"ץ 5699/07**)). בהתאם, כבר בעבר קבע בית משפט זה כי "קיומו של הסדר טיעון הוא שיקול מרכזי בשיקוליו של בית-המשפט הגוזר את העונש. ככלל, בית-המשפט יראה לקיים את הסדר הטיעון בשל הטעמים הקשורים בחשיבותם ובמעמדם של הסדרי הטיעון. **עם זאת תמיד חייב בית-המשפט עצמו לשקול את השיקולים הראויים לעונש**, שכן תפקידו ואחריותו אינם מאפשרים לו להסתתר מאחורי גבה של התביעה" (ראו: ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 608 (2002) (להלן: **ע"פ 1958/98**), ההדגשה הוספה). תפישה זו נותרה על כנה גם לאחר תיקון מס' 113 לחוק העונשין, ובהקשר זה הובהר כי "אין בקביעת טווח ענישה מוסכם על ידי הצדדים כדי להשפיע על קביעת מתחם הענישה ההולם בגין ביצוע העבירה" (ע"פ 1548/18 **גיא נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 (28.11.2018); ראו

גם: ע"פ 512/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 15-19 (4.12.2013)). כמו כן, נקבע זה מכבר כי בטרם יכריע בית המשפט אם לקבל הסדר טיעון או לדחותו, עליו לתת דעתו גם ל"אינטרס הציבורי שבהשגת הודיית הנאשם ובקבלת אחריותו למעשיו" (ראו: ע"פ 1958/98, בעמ' 609. עוד על משקלה של קבלת אחריות והכרה מצד הנאשם במעשיו בהחלטה על אישור הסדר טיעון, ראו: ע"פ 2021/17 **מצגר נ' מדינת ישראל**, פסקאות 23-24 (30.4.2017)). בהקשר זה יש להזכיר, בהתייחס לענייננו, כי לעיתים הסדרי טיעון עשויים לכלול אף התחייבות מפורשת מצד הנאשם להתפטר מתפקידו (ראו: **בג"ץ 5699/07**, בעמ' 624. כדוגמה, ראו למשל גם: ת"פ (שלום ת"א) 13977-01-17 **מדינת ישראל נ' ליברזון** (7.3.2017)). לנוכח זאת, אך מובן הוא כי גם במקרה זה יכול היה בית משפט השלום להחמיר בעונשו של דרעי מעבר לעונש המוסכם בהסדר הטיעון, ככל שהיה מתרשם כי יש מקום לעשות כן.

29. המסקנה הנלמדת מהאמור לעיל היא כי להתנהלותו של דרעי במסגרת ההליך הפלילי, ובאופן קונקרטי למצג הברור שיצר בפני בית משפט השלום באשר לטיב פרישתו ולנטילת האחריות הנובעת ממנה, ניתן משקל של ממש, שפעל לטובת אישורו של הסדר הטיעון שהוצג על-ידי הצדדים. בהתחשב בכך, אין לשלול את האפשרות שבית משפט השלום היה מחמיר בעונשו של דרעי מעבר לעונש שעליו הסכימו הצדדים בהסדר הטיעון, אלמלא היה מצהיר על פרישה ממושכת מהחיים הפוליטיים. מאפייניו המיוחדים של מצב דברים זה מבטאים אפוא הפרה של חובת ההגינות של דרעי כלפי בתי המשפט, ולמעשה כלפי רשויות המדינה בכללותן, המונעת ממנו לפעול בניגוד למצג שהציג. למעשה, עניינו הוא מקרה "גרעיני" של הפרת חובת הגינות מצד הפרט – חזרה ממצג ברור, שניתן כדי לקבל הטבה או הקלה במשפט פלילי, וזאת בסמוך לאחר סיומו של ההליך. לכל הפחות, הדברים הטילו על דרעי להסיר בזמן אמת את הרושם שדבריו יצרו, ואשר לשיטתו היה רושם מוטעה. אכן, אילו עמדו דבריו של השופט בהליך הפלילי לבדם, ניתן היה לומר כי הם נאמרו על דעתו בלבד. אולם, כפי שהראיתי, הדברים לא היו קלוטים מן האוויר. הם מבוססים על מצגים מפורשים שהוצגו לבית המשפט ונועדו לשכנעו כי הסדר הטיעון הוא ראוי. ואמנם, במישור המעשי, דרעי ובא-כוחו הצליחו בכך, לפחות במובן זה שבית המשפט אכן גזר עליו את העונש שעליו הוסכם במסגרת הסדר הטיעון.

30. לבסוף, יש אף להביא בחשבון בעניינו את התנהלותו הדיונית של דרעי לאחר גזירת דינו. במסגרת ההליך דנן ציין בא-כוחו של דרעי בהגינותו, הן בכתב והן בעל פה, כי אכן, ולו בדיעבד, ניתן להבין כי גזר דינו של בית משפט השלום מבטא "אי הבנה" ו"קָצָר", על רקע התנסחות "לא מוצלחת". לנוכח הבהרה זו צפה ועולה התהייה – ככל שאכן לא התכוון דרעי לפרוש מהחיים הציבוריים, מדוע לא מצא לנכון להעמיד את בית משפט השלום על טעותו, אם במעמד של שימוע גזר הדין בבית משפט השלום, ואם בשלב מאוחר יותר לאחר שהתאפשר להם לעיין בגזר הדין במלואו. הדברים מקבלים משנה תוקף בשים לב לאותן הפעולות שכן ננקטו על-ידו מיד לאחר מתן גזר הדין: הכרזה מפורשת לתקשורת ולציבור על כוונתו הנחרצת לשוב ולהתמודד, כמה שיותר מהר, בבחירות הקרובות לכנסת בשאיפה לכהן כשר בממשלה – הבהרה חד משמעית, אשר מסיבות שלא ניתן להן הסבר של ממש,

נעדרה מדבריו של דרעי בבית משפט השלום רק זמן קצר קודם לכן. הפער המשמעותי באופן שבו בחר דרעי להציג את הדברים – בבית משפט השלום ובמסיבת העיתונאים למחרת מתן גזר הדין – הוא אפוא מהותי ובולט ונובע מבחירתו שלו. כפי שציינה חברתי הנשיאה, הדברים אף מעוררים תהיות קשות לגבי ניקיון כפיו של דרעי בהליך שהתנהל בענייננו. על רקע זה, ההפרה של חובת ההגינות זועקת.

31. לסיכום הדברים, נוכח ההשתלשלות העובדתית שעליה עמדתי לעיל, אני סבורה כי נסיבות העניין שבפנינו נופלות באופן מובהק לגדר תחולתו של עקרון ההשתק, הנגזר במקרה דנן מחובת ההגינות כלפי הרשויות. המשמעות המעשית של הדברים היא יצירת מניעות משפטית לכהונה של דרעי בתפקיד ציבורי פורמלי. כמוסבר להלן, בשלב זה דרעי מנוע מלהתכחש למצג שיצר בהתנהלותו ולפעול בניגוד אליו, דהיינו לכך שלא ייטול על עצמו כהונה בתפקידים בזירה הציבורית, להבדיל כאמור מאשר "להמשיך לייצג את הציבור... בצורה אחרת, גם אם לא מהכנסת". אם כן, אני סבורה כי בעת הנוכחית דרעי מנוע מלפעול בניגוד למצג זה.

32. בשלב זה, יכולה הייתה להתעורר השאלה מה היה ההיקף המדויק של המצגים מצדו של דרעי. כאמור, בא-כוחו חזר וטען בפנינו כי אין להלום פרשנות לפיה ההצהרה נסבה על פרישה שהיא "לצמיתות". על כך אשיב כי אף אם הייתי מקבלת טענה זו, אין משמעות הדברים שניתן לקבל פרשנות לפיה משכה של הפרישה היה קצר ביותר, עד כדי בלתי קיים כמעט (כפי שארע לכאורה בפועל מהתנהגותו של דרעי). כאמור, ממהלך הדברים ניתן היה לקבל תמונה ברורה כי הצהרותיו של דרעי שיקפו מחויבות אישית לפרישה ממושכת מכהונה ציבורית בכנסת ובממשלה, אף כי לא ננקבה בהן תקופת זמן מסוימת.

33. אכן, ככל שהדברים מתייחסים להתבטאויותיו של דרעי עצמו כפשוטן, דומה שאלו התייחסו לתקופת זמן לא קצובה, בבחינת יתרת הזמן שנותרה לו כמנהיג ציבור. לאמיתו של דבר, יש יסוד לסברה לפיה בית משפט השלום אף הבין את הצהרותיו של דרעי ובא-כוחו ככאלו המלמדות על פרישה מן החיים הפוליטיים לצמיתות (כפי שמציינת גם חברתי הנשיאה בפסקה 70 לפסק דינה). מנגד, ייתכן שיש לתת משקל לניסיון החיים, שהוא גם ניסיון המשפט, המלמד כי מעטות הן ההתחייבויות שניתנות ללא מגבלת זמן. על רקע זה, לכאורה, אפשר לשקול כאן מספר פרשנויות מתחרות באשר לתוכנן של ההצהרות: פרישה לצמיתות כאמור; פרישה למשך שבע שנים (פרק הזמן הסטטוטורי לאי-כשירות למשרת שר במקרה של הרשעה שלצדה עונש מאסר לפי סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה כנוסחו במועד גזר הדין, בכפוף לקביעה אחרת של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית בשאלת הקלון); או למצער – וזו החלופה המקלה ביותר – פרישה למשך יתרת תקופת כהונתה הסטטוטורית של הכנסת ה-24 שממנה פרש, שבעת גזר הדין עמדה על שלוש שנים וחצי נוספות לערך (דהיינו ככל שהייתה ממלאת את ימיה כדין בהתאם להוראות סעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: הכנסת).

34. בנסיבות העניין, כאשר הצדדים לא התייחסו בטיעוניהם לשאלה זו במישרין, וכן מאחר שממילא העתירות מכוונת לביטול מינויו של דרעי בעת הזו, אינני סבורה שאנו נדרשים להכריע בין חלופות אלה. לצורך קבלת העתירה די לי בכך שהמצג שיצר דרעי בבית משפט השלום שיקף, ברמה המינימלית, מחויבות לפרישה ממושכת מהחיים הפוליטיים למשך יתרת כהונתה המלאה של הכנסת הקודמת, ככל שהייתה משלימה את ימיה כדין. יוער, כי לעמדה זו יש אף עיגון בטענותיו של דרעי עצמו בהליך הנוכחי. כך, בטיעוניו בכתב, ציין בפנינו דרעי כי "במועד הטיעונים לעונש... **איש לא צפה** תוחלת חיים כה קצרה לממשלת בנט-לפיד, **נהפוך הוא**. ההנחה הסבירה שרווחה אז הייתה שאותה ממשלה תשרוד גם 4-3 שנים **ומכאן ייחוס החשיבות בטיעונים לעונש לאקט ההתפטרות** של [דרעי] מהכנסת הקודמת, כפי שמהלך זה נתפס אז" (פסקה 122 לתשובה, ההדגשות הוספו). גם בדיון שהתנהל בפנינו בא-כוחו של דרעי חזר ואמר כי בעת שהדברים הוצגו לבית משפט השלום, דרעי ובא-כוחו לא העריכו שהחזרה שלו לחיים הפוליטיים תהיה כל כך מהירה וכי מדובר היה באירוע בלתי צפוי. דהיינו, גם מבחינתו של דרעי עצמו, לפחות כפי שבחר להציג את הדברים בעמדתו בהליכים המשפטיים השונים, לא הייתה קיימת ציפייה לגיטימית כי פרישתו תהיה לתקופה כה קצרה, ודומה כי בדבריו לבית משפט השלום הוא ראה לנגד עיניו פרק זמן שמשכו ארוך יותר בהשוואה למה שאירע בפועל. לא למותר לציין כי במישור המעשי תוצאה שכזו תוביל, במידה רבה, לקוהרנטיות אף עם אורכו של עונש המאסר על-תנאי שנגזר על דרעי בהליך הפלילי (הגם שאין חולק כי הפרישה מהחיים הפוליטיים אינה חלק מרכיבי העונש).

35. להשלמת התמונה, אבקש להעמיד את התוצאה שאליה הגעתי בהקשרה הרחב. על פני הדברים, ניתן לתהות – האם התכחשותו של דרעי למצגו והתנהלותו בנסיבות העניין אינה חלק מדרכו של עולם? האם אין מקרים נוספים שבהם נאשמים בהליך פלילי מביעים חרטה, ואף נוטלים על עצמם לכאורה התחייבות מסוימת, ולאחר מעשה, משלא עמדו בדבריהם, אין בנמצא דרך לאכוף אותה התחייבות? אבקש להשיב בתמצית אף על קושיות משלימות אלה.

36. האמת ניתנת להיאמר: לא תמיד קיימת אפשרות לאכוף על נאשם לעמוד בדיעבד בהתחייבויות ובהצהרות שמסר, ואשר השפיעו מלכתחילה על תוצאות משפטו. אולם, אין בכך כדי לומר שהדבר אינו אמור להיות רלוונטי ואף ישים, באותם מקרים שמזמנים אפשרות זו. ניתן לחשוב על מספר דוגמאות אפשריות. נשווה בדעתנו הליך פלילי שנסב על עבירות מס, ובו נטען, והדבר נלקח אף בחשבון בגזירת הדין, כי יש בדעת הנאשם לשלם את שומת המס שהושתה עליו במלואה מבלי להשיג עליה. האם בתום ההליך הפלילי יוכל הנאשם, שאולי קיבל הקלה והתחשבות נוכח המצג שהציג, לכפור בהתחייבות זו ולנקוט בהליכי השגה מינהליים מול רשויות המס, או שמא יהיה מנוע מלהגיש השגה (אף אם פורמלית הדבר מתאפשר מכוח הוראות החוק הכלליות)? אני סבורה שחובת ההגינות, והמניעות הנובעת ממנה,

יכולות להיות יפות שם, כפי שהן יפות כאן. באופן דומה, ניתן להעלות על הדעת מקרה של קבלן המעניק שירותים לגופים ממשלתיים ומנהל הליך פלילי על רקע פעילותו העסקית האמורה. אף בעניין שכזה עשויה לקום תחולה לעקרון ההשתק ולחובת ההגינות, וזאת בנסיבות שבהן מודיע הקבלן לבית המשפט על כוונתו להימנע מהשתתפות במכרזים ממשלתיים בשנים הקרובות, ומבקש לקחת זאת בחשבון בקביעת העונש. המשותף לדוגמאות אלה הוא קיומו של מצג ברור כלפי בית המשפט, ועל-ידי כך כלפי מוסדות המדינה בכללותם, מצג שנועד להטות את הכף לטובת הנאשם ואשר מתייחס להתחייבות עתידית הנוגעת לרשויות המינהל והמדינה ולפעילותן. משעה שמצג זה התקבל על-ידי הרשות המוסמכת והשפיע לטובה על מצבו של הנאשם, ולו באופן פוטנציאלי – הרי שקמה לנאשם חובת הגינות כלפי המדינה והוא יהיה מנוע מלפעול בניגוד אליו. על כך אוסיף, כי במבט הצופה פני עתיד, יש בגישה המוצגת על-ידי אף להיטיב עם נאשמים באופן יותר כללי. זאת, מאחר שבתי המשפט לא יחששו לתת משקל להצהרות מן הסוג הנדון.

37. וכאן יש לעורר קושיה: באי-כוחם של דרעי ושל ראש הממשלה נתניהו חזרו וטענו בפנינו כי בבחירות שהתקיימו לפני זמן לא רב "הציבור אמר את דברו" במובן זה שדרעי זכה לאמון גדול מצדם של מצביעי ש"ס, בהיקף של כארבע מאות אלף מצביעים אשר חפצו בכך שהוא, ולא אחר, יהיה מנהיגם, ויעמוד בראש המחנה שעליו הם נמנים. בנקודה זו אני מבקשת להבהיר כי טיעון מסוג זה אינו יכול לעמוד בהקשרו של המקרה דנן, כאשר מדובר בהתחייבות אישית או במצג שניתנו לבית משפט והשפיעו על פסיקתו. הלכה למעשה, המניעות מכך שדרעי יכהן כשר בממשלה היא חלק מאכיפת תוצאותיו של ההליך הפלילי, ותוצאותיו אלו אינן עניין לדעת "רוב" או להחלטת הציבור בכלל. אכן, יש מדינות שבהן הכרעה במשפט פלילי מתקבלת גם באמצעותם של שנים עשר מושבעים. אולם, אין אף מדינה דמוקרטית שבה תוצאותיו של הליך פלילי מסוים מוכרעות בדיעבד בבחירות כלליות. אין מדובר במחלוקת שמתנהלת באותו מישור. גם מנהיגם של ארבע מאות אלף מצביעים מחויב לנהוג בהגינות בבית המשפט ובמצגים שהוא מציג כלפיו.

38. בשלב זה עשויה הייתה לעלות תהייה נוספת – האם העובדות המתוארות, ככל שיש בהן להקים מניעה משפטית מכהונה של דרעי כשר, לא היו אמורות למנוע ממנו גם לכהן כחבר כנסת? הרי, הצהרותיו של דרעי התייחסו באופן גורף לפרישה גם מכהונה בכנסת, ולא רק מכהונה בממשלה.

39. התשובה לכך מבוססת על ההבחנה הברורה שקיימת במשפט החוקתי בין הטלת מגבלות על הזכות לבחור ולהיבחר לבין הטלת מגבלות על כהונה בתפקידים מינהליים מסוימים, ובכללם תפקידי שרים. בית משפט זה עמד לא אחת בעבר על מעמדה החוקתי הרם של הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, המהווה אבן יסוד של המשטר הדמוקרטי, וככזו הגבלתה תיעשה בנסיבות חריגות ביותר, בצמצום רב, ובמסגרת הוראות הדין המפורשות המסדירות זאת (ראו: בג"ץ 6600/22 **התנועה למען איכות**

השלטון בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, פסקאות 20-21 לפסק דינה של הנשיאה **חיות** (19.10.2022); ע"ב 6615/22 שיקלי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, פסקה 28 לפסק דינה של הנשיאה **חיות** (3.11.2022). לשם השוואה, יצוין כי אף במישור של השלטון המקומי, לא הוטלה מגבלה על עצם החלטתו של אדם להציג עצמו כמועמד לבחירות, אף כאשר נמצא פסול בכהונה שלו בתפקיד של ראש מועצה (השוו: בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון**, פ"ד סו(3) 135, 196-198 (2013)). על כן, גם אם הצגת מועמדותו של דרעי כראש רשימת ש"ס לכנסת עלתה כדי התנערות בוטה מהצהרותיו בהליך שהתקיים בבית משפט השלום, הרי שההגנה החוקתית החזקה על הזכות לבחור ולהיבחר לא אפשרה להציג טענה משפטית בת-תוקף כנגד התמודדותו בבחירות, וממילא גם כנגד כהונתו בכנסת.

40. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לכהונה בממשלה. היבחרות לכנסת אינה שקולה באופן אוטומטי לכהונה בממשלה. הדבר נכון אף במקרים הנוגעים לחברי כנסת שלהם מעמד פוליטי נכבד במפלגותיהם. בהקשר זה יש לציין כי עוד לפני כשלושים שנה, בעת שעניינו של דרעי הגיע לראשונה לפתחו של בית משפט זה, ולצדו עניינו של רפאל פנחסי, חבר כנסת נוסף מסיעת ש"ס באותה עת, פסיקתו של בית משפט זה באשר להפסקת כהונתם בממשלה (כשר וכסגן שר בהתאמה) לא נגעה בכל אופן שהוא לכהונתם בכנסת. פנחסי אף מונה לימים כיושב ראש ועדת הכנסת, הגם שלא יכול היה לכהן כסגן שר, ובית משפט זה הבחין הבחן היטב בין היקף ההתערבות בכהונה פרלמנטרית, לבין היקף ההתערבות בכהונה בממשלה (ראו: בג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(4) 547, 555-559 (1998); עניין **הטלת המנדט**, בפסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה **חיות**).

41. ויוטעם, לכהונה של אדם כשר יש שני פנים – מצד אחד, עומדת החלטתו של ראש הממשלה למנותו, אך מצדה האחר עומדת הסכמתו של אדם המועמד לתפקיד להתמנות. לא אחת, אנשים מקבלים הצעות לכהן בתפקידים, אף תפקידים רמי מעלה, והם בוחרים אם לקבל על עצמם את התפקיד, אם לאו. ללא ההסכמה של האדם הנוגע בדבר לקבל על עצמו את התפקיד ממילא לא ניתן למנותו. הדברים אינם נאמרים מן השפה ולחוץ, ואין מדובר בהסכמה פורמלית. ניתן להצביע על דוגמאות רבות למצבים שבהם אנשים סירבו להתמנות לתפקיד של שר. משהסכמתו של אדם למינוי היא תנאי בלעדיו-אין להחלטה עליו, ממילא יש להוסיף ולשאול האם חלה עליו מניעה משפטית לתת הסכמה זו. ויובהר פעם נוספת, כפי שציינתי קודם לכן: אין מדובר בביקורת על שיקול דעתו של הגורם המתמנה, אלא על מצבו המשפטי וכוחו המשפטי להסכים למינוי.

42. אם כן, אשוב ואסכם את עמדתי כך: במקרה זה, המצג שיצר דרעי כלפי בית משפט השלום, שנועד להשפיע על פסיקתו, ואף השפיע עליה בפועל, הוא הבסיס להחלתו של עקרון המניעות כלפיו, מכוח חובת ההגינות שחלה עליו בהתנהלותו מול בית המשפט, כאורגן של המדינה. על כן, הוא היה מנוע מלקבל על עצמו תפקיד של שר, ומשעשה כן, יש לראות את החלטתו כבטלה ואת המינוי כפסול.

המישורים הנוספים של העתירה

43. משזוהי מסקנתי בשאלת המניעות, אני סבורה כי מקרה זה אינו מחייב הכרעה על-פי שתי העילות האחרות שנטענו בפנינו, מבלי להמעיט כהוא זה מהחשיבות העליונה הנודעת להגנה על טוהר המידות. עם זאת, פטור בלא כלום אי אפשר. מאחר שהדברים הובאו לפתחנו ונדונו בהרחבה, ואף חברתי הנשיאה התייחסה אליהם, אוסיף מספר הערות קצרות.

44. **עילת הסבירות** – על-פי הסדר הכרונולוגי של הדברים, אפתח בעילת הסבירות. עילה זו נמנית, כידוע, עם עילות הביקורת של המשפט המינהלי משחר ימיו של המשפט הישראלי, החל בשנות החמישים, לרבות בכל הנוגע לשיקול דעת של שרים (ראו למשל: ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1026, 1039 (1959); בג"ץ 156/75 **דקה נ' שר התחבורה**, פ"ד ל(2) 94, 105 (1976)). וכך היה גם בהמשך, מבלי שכאן נדרשת התייחסות מפורטת לכך (באופן כללי, ראו: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 723-767 (2010)). בהתאם, וכפי שהבהיר בית משפט זה אך בעת האחרונה, ההלכה המשפטית ארוכת השנים הקובעת כי "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" בהתייחס להליכי מינויים של שרים עודנה שרירה וקיימת (ראו: עניין **הטלת המנדט**, בפסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה **חיות**). הדברים היו נכונים אז והם עודם יפים ואף ביתר שאת גם כיום. למען הסר ספק, וכפי שציינה חברתי הנשיאה (בפסקה 53 לפסק דינה), באותו עניין עילה זו לא שימשה בסיס לקבלת העתירה מאחר שהדיון לא נסב על החלטה של גורם מינהלי בנושא מינוי (אלא על החלטה שקיבלו חברי הכנסת במישור הפרלמנטרי).

45. אף על פי כן, ומבלי לגרוע מהאמור, לא העמדתי את עילת הסבירות במרכז דבריי במקרה הנוכחי. זאת, כאמור, משום שאני סבורה כי בנסיבות העניין קיימים טעמים בסיסיים יותר לפסילת המינוי, כאלה שאינם כרוכים בביקורת על שיקול דעת מינהלי: עקרון ההשתק וחובת ההגינות, ובהקשר זה באופן ספציפי, החובה לכבד הליכים משפטיים המתנהלים בבתי המשפט של המדינה. יוער, כי ההכרעה על-פי עקרונות אלה שונה במידת מה מהדיון המבוסס על עילת הסבירות, במובן זה שאינה כרוכה באיזונים נוספים. על פני הדברים, כאשר ההכרעה נעשית על-פי עילת הסבירות, מנקודת מבטו של ראש הממשלה, היא עשויה להביא בחשבון גם שיקולים נוספים שאף זכו להתייחסות בפנינו (כדוגמת החשיבות שראש

הממשלה מייחס בטיעוניו לניסיונו של דרעי בממשלה). אולם, כאשר הדברים נבחנים באספקלריה של התנהלותו של דרעי עצמו, אין מקום לאיזונים מסוג זה. מדובר בהחלטה אישית שקיבל, ושהפכה להיות בעלת משמעות מכרעת לאחר שפסק הדין במשפט הפלילי הפך לחלוט. המוקד כאן הוא בטוהר ההליך השיפוטי ובהגנה עליו, עקרונות יסוד מושרשים המחייבים כל אזרח במדינת ישראל.

46. **שימוש לרעה בחוקי יסוד** – בהמשך לכך, אף אני אינני נדרשת כאן באריכות לסוגיה הסבוכה של שימוש לרעה בחקיקת חוק יסוד. את דעתי בעניין זה הצגתי בפירוט בעניין **שפיר** ובעניין **ממשלת החילופים** (ראו בהתאמה: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021); בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021)). במקרה דנן, איננו נדרשים במישרין להכרעה בעניינו של התיקון שהתקבל לחוק יסוד: הממשלה (ובאופן קונקרטי יותר, ביחס לתחולתו המיידית של תיקון מס' 11), מאחר שזו התייתרה. כפי שציינה חברתי הנשיאה, איננו עוברים לדיון במישור החוקתי, כאשר זה אינו נצרך, על בסיס הכבוד ההדדי שרשויות השלטון אמורות לנהוג זו בזו.

47. בצד זאת, למעלה מן הצורך אוסיף כי התרשמותי היא שהתיקון לחוק היסוד שנדון בפנינו מעורר לכאורה קשיים של ממש מבחינת התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה ביחס לשימוש תקין בסמכות המכוננת – על רקע השילוב שנוצר כתוצאה מתחולתו המיידית של ההסדר, מועד כניסתו לתוקף ומאפייניו הפרסונליים המובהקים. אכן, אין מחלוקת על כך שהכנסת הייתה רשאית לתקן את חוק יסוד: הממשלה בכל הנוגע לקביעת תנאי הסף של כשירות לכהונה בממשלה לאחר הרשעה בפלילים (כך שרק משפט שהסתיים גם בהטלת מאסר בפועל ישמש "טריגר" למניעת כהונה כאמור). עניין זה, אף שהוא עלול לעורר שאלות במישור הערכי-ציבורי, מצוי בליבת סמכותה של הרשות המכוננת. על כן, אתייחס בהמשך הדברים רק להיבטים הנוגעים להחלתו של התיקון "מיד", ובפרט לשימוש הברור שנעשה בו כך שיתאים לנסיבותיו האישיות של דרעי.

48. בעניין **ממשלת החילופים** נקבע, ואף אני הייתי שותפה לעמדה זו, כי תחולתו המיידית של חוק יסוד אינה מקימה כשלעצמה בסיס אוטומטי לקביעה כי מדובר ב"שימוש לרעה בחוק יסוד". אכן, החלה מיידית של תיקון חוקתי היא פרקטיקה לא רצויה, אך כבר נעשו בעבר תיקונים לא מעטים בחוקי יסוד שתחולתם הייתה מיידית (**שם**, בפסקאות 18-19 לפסק דיני). אולם, המקרה שבפנינו הוא שונה הן מבחינת טיבו והן מבחינת מאפייניו הפרסונליים. שלא כבמקרים קודמים שבהם התיקון בחוק היסוד נסב אך על היבטים משטריים של מבנה הממשלה ומתכונת פעולתה (כמו במקרים שבהם הוכנסו שינויים בנושאים של מספר השרים בממשלה ומעמדם או מודל "ממשלת החילופים" עצמו), במקרה דנן אופי התיקון שהוכנס (קביעת הרף של אי-כשירות לכהונה) והחלתו המיידית היו כרוכים בהשפעה מעין-רטרואקטיבית על תוצאותיו של הליך פלילי מסוים ועל מצבו המשפטי של אדם קונקרטי.

49. בעת שאושר הסדר הטיעון בעניינו של דרעי, בית משפט השלום יכול היה לצפות כי כל מהלך עתידי של דרעי לחזור לכהונה בממשלה, בתקופת השנים הסמוכה להרשעה, יעבור במסננת הביקורת של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית (לנוכח קביעתו של חוק היסוד באותה עת כי רק אם יקבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית שלא דבק קלון בעבירה שבה הורשע המועמד הוא יוכל לכהן בממשלה). התיקון לחוק היסוד והחלתו על דרעי באופן מיידי לא רק שינו סדרי עולם וממשל, אלא היו בעלי השפעה נקודתית, שלא לומר "כירורגית", ששינתה בדיעבד את התוצאות המשפטיות שנבעו ממשפטו הפלילי של דרעי. זאת, כאשר מביאים בחשבון כי, הלכה למעשה, אין מחלוקת שדרעי היה המועמד היחיד לתפקיד שר ש"נהנה" ממהלך זה. דהיינו, במישור התוצאה, התחולה המיידית באה לידי ביטוי בשינוי ההשלכה המשפטית הנוגעת להליך פלילי יחיד, ותו לא. קושי זה מתחזק אף כאשר מביאים בחשבון את ההוראה בדבר מועד כניסתו המיידי של התיקון לתוקף, עוד טרם פרסומו ברשומות – הוראה שמבחינה מעשית הייתה בעלת נפקות אך ורק לגביו של דרעי (וזאת הגם שסוגיה זו, כשלעצמה, הפכה לתאורטית בהינתן העובדה כי בסופו של דבר התיקון פורסם ברשומות זמן קצר בלבד לאחר אישורו הסופי בכנסת).

50. בהתחשב בכך, על פני הדברים, ומבלי להכריע, דומה שזהו אחד מאותם מקרים שאמורים לשמש חריג לקביעה כי אין פסול בתחולה מיידית של חוק יסוד. הייחוד של המקרה הוא השפעתה של התחולה המיידית על תוצאות מגובשות של הליך פלילי מסוים. כשלעצמי, אוסיף כי נקודת מבט נוספת ממנה ניתן להשקיף על הדברים נעוצה באמת המידה של "מובחנות", שבה צידדתי אני בעניין **שפיר** (**שם**, בפסקה 23 לפסק דיני). לשיטתי, החלתו של התיקון לחוק היסוד כך שזה יתפוס ברשתו את עניינו של דרעי עשויה להיחשב "חדירה" או אף "הסגת גבול" של הרשות המכוננת אל תחומיה הברורים של הרשות השופטת, מאחר שנועדה להשפיע על תוצאותיו של הליך פלילי קונקרטי.

סוף דבר

51. מכל מקום, בעניינו די לי בכך שבפנינו מניעות ספציפית החלה כלפי מי שהציג מצג שהיה בו כדי להשפיע, ואף השפיע בפועל, על תוצאותיו של ההליך הפלילי בעניינו.

52. על כן, אני מסכימה עם חברתי הנשיאה **חיות** כי דין העתירות להתקבל. על רקע טעמיי לקבלת ההחלטה, אני סבורה כי על הצו על-תנאי להפוך למוחלט במובן זה שיוצהר כי מינויו של דרעי לכהונת שר הוא פסול וחסר תוקף.

ש ו פ ט ת

<u>המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:</u>

אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה **א' חיות**. אף לשיטתי מינויו של חבר הכנסת אריה דרעי (להלן: **דרעי**), שהורשע בדין שלוש פעמים, לכהונה כשר הפנים וכשר הבריאות חורג ממתחם הסבירות ודינו להתבטל. נוכח מסקנתי זו לא ראיתי לטעת מסמרות ביחס לאמור בחוות דעתה של חברתי השופטת **ד' ברק-ארז** בנוגע לקיומה של מניעות משפטית שקמה בעניינו של דרעי. אסתפק אפוא אך בהערות קצרות משלי בכל הנוגע לסוגיות העיקריות שהונחו לפנינו.

סבירות המינוי

1. בבחינת שאלת מינויו של חבר כנסת בעל עבר פלילי לתפקיד שר צועדים אנו בתלם חרוש בפסיקתנו (ראו והשוו, בין היתר: בג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 15 (13.8.2015) (להלן: עניין **דרעי השני**); בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, 468-469 (2007); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 256-257 (1993) (להלן: עניין **אייזנברג**)). למותר הוא לחזור על הדברים, ודי אם אציין כי כפי שנקבע פעמים רבות, מינויו של אדם לתפקיד ציבורי אינו מתמצה אך בהתקיימותם של תנאי הכשירות הפורמליים, אלא גם בהפעלת שיקול דעת סביר בבחינת תקינות המינוי. במסגרת בחינה זו על הגורם הממנה להידרש, בין היתר, לשאלה אם המינוי מתיישב עם "עקרונות של הגינות, טוהר מידות ואמון הציבור ברשויות השלטון" (בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 8 לפסק הדין של השופט **ס' ג'ובראן** (8.5.2016) (להלן: עניין **דרעי השלישי**)). באופן קונקרטי, בענייננו שלנו, נדרשים אנו לבחון את שיקול דעתו של הגורם הממנה – הוא ראש הממשלה – ואת המשקל שניתן לעברו הפלילי של המועמד במסגרת הפעלתו של שיקול דעת זה.

2. בהקשר זה יש לחזור על מושכלות יסוד של הביקורת השיפוטית: בבחינת ההחלטה אם להעביר או לא להעביר שר מכהונתו, בית המשפט לא בוחן האם החלטת ראש הממשלה היא טובה וראויה. בית המשפט לא ייכנס בנעליו של ראש הממשלה, ויתערב בהחלטתו רק מקום שבו היא חורגת ממתחם הסבירות (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980); וראו למשל מהעת האחרונה: בג"ץ 6654/22 **פורום קהלת נ' ראש הממשלה**, פסק הדין של הנשיאה **א' חיות** ופסק דיני בשאלה השלישית (13.12.2022); בג"ץ 5782/21 **זילבר נ' שר האוצר**, פסקה 38 לפסק הדין של השופט **א' שטיין** ופסקה 3 לפסק דיני (12.1.2022)). הביקורת השיפוטית מופעלת אפוא על שיקול הדעת של הגורם

המינהלי-הממנה בהפעלת הסמכות המינהלית למנות שר או להעבירו מתפקידו (וזאת בשונה מעניין **הטלת המנדט** שבמסגרתו ביקשו העותרים שנעביר תחת שבט הביקורת את שיקול דעתם של חברי הכנסת, שם דפוס הביקורת השיפוטית שונה בתכלית; בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (6.5.2020, 27.5.2020); כן ראו פסקה 53 לחוות דעתה של הנשיאה). במסגרת העברתה של החלטת ראש הממשלה תחת שבט הביקורת השיפוטית, ייתן בית המשפט משקל לכך שלא כל התנהגות פלילית או לא אתית מצדו של שר תהפוך את המשך כהונתו לבלתי סבירה. כפי שכבר צוין בעבר, גם בהקשר זה:

> "על בית המשפט לתת דעתו, בין השאר, גם למציאות החיים, הגורמת לכך שלעתים הציבור מבקש להיות מיוצג על-ידי אדם שאינו מופת להליכות נאותות" (עש"ם 4123/95 **אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה**, פ"ד מט(5) 184, 190 (1996); וראו: בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(3) 46, 62 (1997)).

3. בעניינו האישי של דרעי, נקודת המוצא לדיון נעוצה בפסקי הדין הקודמים שדנו בשאלה זו בדיוק. בעניין **דרעי השני** קבע בית המשפט כי מינויו של דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל מצוי "על גבול מתחם הסבירות" (עניין **דרעי השני**, פסקה 23 לפסק הדין; בקשה לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדחתה, דנג"ץ 5806/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (28.10.2015)). על מנת שלא לחזור על העובדות שלא לצורך, אזכיר בתמצית כי ברקע לאותו פסק דין ניצבו שתי פרשות שבמסגרתן הורשע דרעי בפלילים: **הפרשה הראשונה**, שידועה בכינויה "התיק האישי", מתייחסת לשורת עבירות חמורות שביצע דרעי בשנים 1984-1990 עת שכיהן כעוזר שר הפנים, כמנכ"ל המשרד וכשר הפנים. בגין הרשעתו בעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, הוטלו עליו ארבע שנות מאסר שהופחתו לשלוש בשלב הערעור (ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 721 (2000)). בחודש יולי 2002 שוחרר דרעי, לאחר ריצוי שני שלישים מתקופת מאסרו. **הפרשה השנייה**, ידועה בכינויה "התיק הציבורי", ובמסגרתה הורשע דרעי בשנת 2003 בעבירת הפרת אמונים כשפעל במהלך כהונתו כשר פנים להסדרת תמיכות לטובת עמותה שקרויה על שם חותניו ואשר נוהלה על ידי אחיו. על דרעי נגזרו שלושה חודשי מאסר על תנאי וקנס. לצד זאת, אוזכרה גם מעורבותו של דרעי בפרשת "בראון-חברון" (פסקה 5 לפסק הדין; וראו גם פסקה 5 לחוות דעתה של הנשיאה).

4. בפסק הדין בעניין **דרעי השני**, קבעה השופטת **א' חיות** כי לא ניתן להפריז בחומרת הפרשיות שתוארו לעיל, אשר בוצעו בזיקה ישירה לתפקידים הציבוריים שמילא דרעי באותה עת; וכי יש בהן כדי להטיל עליו "כתם מוסרי כבד" (שם, פסקה 17). מן העבר השני, צוין כי יש לתת משקל רב לחלוף הזמן במסגרת בחינת מינויו לשר של מי שהורשע בפלילים. בכלל זאת, עמדה השופטת **חיות** על חלוף הזמן מתום תקופת המאסר שריצה דרעי (כ-13 שנים), ועל חלוף הזמן מביצוע המעשים שבגינם הורשע בתיק האישי (כ-25-30 שנים). עוד צוין בפסק הדין כי הגם שדרעי לא הביע בקולו חרטה על המעשים, ייתכן שהשנים הרבות שחלפו מאז – שבהן לא שב וביצע עבירות נוספות (על פי התשתית העובדתית שהייתה לפני בית

המשפט אז) – מלמדות על הפנמת הפסול שבמעשיו (שם, פסקה 20). בנוסף התייחסה השופטת **חיות** לשיקול של "תקנת השבים", שמיועד לאפשר לאדם שהורשע בפלילים לפתוח "דף חדש" לאחר ששילם חובו לחברה. משכך נקבע, בשים לב גם להיקף שיקול הדעת שמסור לראש הממשלה בעניינים אלה, כי מינויו של דרעי לתפקיד שר לא מקים עילה להתערבות ומצוי "על גבול מתחם הסבירות". חודשים ספורים לאחר מתן פסק הדין הובאה לפני בית משפט זה שאלת מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים, המשרד שבו כיהן בתקופת ביצוע העבירות בתיק האישי ובתיק הציבורי. בית המשפט דחה את העתירה בדעת רוב, וקבע כי מדובר ב"מקרה גבול", שחרף הקשיים שהוא מעורר, לא מקים עילה להתערבות (עניין **דרעי השלישי**, פסקה 45 לפסק הדין של השופט **ס' ג'ובראן**; בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין נדחתה, דנג"ץ 4145/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (7.8.2016)).

5. הנה כי כן, פסקי הדין שניתנו בעניין **דרעי השני** ובעניין **דרעי השלישי** מצאו קשיים ניכרים במינויו לתפקיד שר, אך נוכח המשקל שניתן לשיקול חלוף הזמן בבחינת סבירות המינוי, לא היה בקשיים אלה כדי להכריע כי המינוי אינו חוקי. עם זאת, אין זו התשתית העובדתית שניצבת לפנינו כיום. בעיני, שלושה הם השיקולים שמסיטים את נקודת האיזון בעניינו של דרעי ואשר מוליכים למסקנה כי ההחלטה למנותו היא החלטה בלתי סבירה שמחייבת התערבות: הרשעתו החדשה; המצג שהציג למערכת המשפט ואשר הוביל לגזר הדין בעניינו; והעובדה כי בעודו משמש חבר ממשלה תלוי ועומד נגדו עונש מאסר על תנאי.

6. **ראשית, הרשעתו החדשה של דרעי**. חברתי הנשיאה פירטה בחוות דעתה את הצריך לענייננו בדבר הרשעתו החדשה (שם, פסקאות 7-11). די אם נשוב ונזכיר כי מדובר בהרשעה בשתי עבירות מס, הראשונה נוגעת לכך שדרעי סייע לאחיו לערוך הצהרה לשלטונות מיסוי מקרקעין שלא צוינה בה תמורת העסקה המלאה; והשנייה נוגעת לכך שהכנסות של דרעי לא דווחו לפקיד השומה כמתחייב בדין. מדובר אפוא בהרשעה בעבירות שבמסגרתן פעל דרעי **ביודעין** להציג מידע כוזב לרשויות המס לצורך הקטנת חבות המס. הרשעה זו – בניגוד להרשעותיו הקודמות – היא מהעת האחרונה, מחודש ינואר 2022. הצדדים שניהם ניסו להתבסס על האמור בגזר הדין ביחס להרשעות אלו, ואכן התמונה המצטיירת מגזר הדין ביחס לעבירות שבהן הורשע היא מורכבת: מחד גיסא, נקבע כי מדובר בעבירות ש"אינן כוללות זדון או כוונה להונות" מצדו של דרעי; כי "חלקו של [דרעי – ע' פ'] בביצוע העבירות המיוחסות לו הינו **פאסיבי**" (ההדגשה במקור – ע' פ'); וכי מדובר בעבירות שמצויות ברף התחתון של משפחת עבירות המס. מאידך גיסא, נקבע גם כי "מעשיו של [דרעי – ע' פ'] יצרו חלון מעוות דרכו נאלצו שלטונות המס להביט על קיומה של העסקה המופיעה **באישום הראשון** [...] ובעניינו של **האישום השני** – הוריד הנאשם תריס אטום [על החברה שהקים – ע' פ'] [...] ובכך הותיר את הצוהר דרכו מביטים שלטונות המס ופקידי השומה לתוך החברה וספריה – סגור וחשוך" (ההדגשות במקור – ע' פ'). על דרעי נגזרו 12 חודשי מאסר "אשר לא ירוצו אלא אם יעבור [דרעי – ע' פ'] על אחת מהעבירות בהן הורשע, וזאת תוך שלוש שנים מהיום" וקנס כספי בסך 180,000 ש"ח.

7. אף אם אניח לטובתו של דרעי שאין מדובר בעבירות ברף החומרה הגבוה (ומדובר בהנחה לצורך הדיון ולא בקביעה) השאלה אינה חומרתה של העבירה במדרג עבירות המס כי אם הכשל המוסרי שטמון בה. מערכת

גביית המס מושתת על דיווח מסודר ואמיתי לרשויות המס, ועבירות מעין אלו שהורשע בהן דרעי מסמאות את עיניי הרשויות ופוגעות ביכולתן לגבות מס אמת (רע"פ 9/09 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (6.1.2009)). הן חותרת תחת ערך השוויון בנטל המס בין אזרחי המדינה ומכרסמות באמון הציבור במערכות הגבייה (רע"פ 977/13 **אודיז נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (20.2.2013)). זאת ועוד, הרשעתו הנוכחית מתבססת גם על מעשים שבוצעו בעת כהונתו כחבר כנסת. לכך יש להוסיף כי מדובר בהרשעה נוספת של מי שכבר הורשע פעמיים בביצוע עבירות פליליות. הצטרפותה של הרשעה זו להרשעותיו הקודמות מלמדת על הפרה חוזרת ונשנית של חוקי המדינה ושל איסורים פליליים הקבועים בדין. ברי כי יש ליתן לנתון זה משקל ממשי בשאלת סבירות המינוי; זאת בצד השיקולים הנוספים שעליהם אעמוד להלן.

8. בא כוחו של דרעי ביקש לטעון לפנינו שלא ניתן עוד ליתן משקל לעברו הפלילי המכביד של דרעי – וזאת מן הטעם שהעבירות שבהן הורשע במסגרת התיק האישי והתיק הציבורי, נמחקו מן המרשם הפלילי. תחילה, יש לדחות את הטענה כי ראש הממשלה אינו מוסמך לשקול עבירות אלו נוכח מחיקתן מהמרשם. סעיף 21(ב)(3) לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 (להלן: **חוק המידע הפלילי**) מתיר לגורמים שמפורטים בו לשקול אף עבירות שנמחקו (וראו בהקשר זה את האמור בחוות דעתה של הנשיאה, פסקאות 59-60). ההיתר שניתן בחוק המידע הפלילי לגורמים ממנים לשקול עבירות שנמחקו נובע בין היתר מן האינטרס לשמור על רמתו וטוהרו של השירות הציבורי ועל אמון הציבור בנושאי משרות שלטוניות בכירות (ראו והשוו: דנ"פ 9384/01 **אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי**, פ"ד נט(4) 637, 645, 664 (2004) (להלן: עניין **אל נסאסרה**); כן ראו: בש"פ 1408/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (14.4.2014); יצחק עמית **חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 813 (2021)). משכך, בעת בחינת מינויו של אדם – לא כל שכן מינויו למשרה רמה כשר בממשלה – על הרשות הממנה לבחון את מלוא התשתית הראייתית **המינהלית** שניצבת לפניה בדבר התאמתו של אותו אדם למשרה. בנסיבות מעין אלו רשאית הרשות ואף מחויבת היא להידרש גם לעבירות פליליות שבהן הורשע (אף אם אלו נמחקו) ובידה להתייחס גם למעשים שבסופו של יום לא הולידו הרשעה פלילית (ראו והשוו: עניין **אייזנברג**, בעמ' 272; בג"ץ 24/58 **ארביב נ' שר הביטחון**, פ"ד יב 651 (1958); בג"ץ 178/55 **ארביב נ' מנהל המכס והבלו, חיפה**, פ"ד י 407 (1956); כן ראו באופן כללי: דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 451-455 (2010)).

9. בכל הנוגע לשאלת **המשקל** שיש ליתן לאותן הרשעות, ובכלל זאת לשאלה אם העבירות התיישנו או נמחקו, מקובלת עלי במישור העקרוני העמדה שהובעה גם בעניין **דרעי השני** ובעניין **דרעי השלישי**, שלפיה שיקול אחרון זה הוא מהשיקולים העיקריים שמקהים את משקל חומרת המעשים שבהם הורשע. זאת ועוד, מקובלת עליי נקודת המוצא של בא כוחו של דרעי בטיעונו כי מחיקת ההרשעה (בנוסף על התיישנותה) נושאת עמה משקל בהקשר זה (וראו באופן כללי: ש"ז פלר **יסודות בדיני העונשין** כרך ב 663-664 (1987)). עם זאת, כאמור, לפני כשנה הורשע דרעי – בפעם השלישית – בביצוע עבירות פליליות. לכאורה, עשוי הדבר לעורר שאלה בדבר **עצם מחיקת** האישומים הקודמים (ראו את הוראות הדין שנוגעות לתקופת המחיקה מקום שבו נצברה

לחובתו של אדם הרשעה נוספת: סעיף 21(ג) לחוק המידע הפלילי, ובמסגרת החוק הקודם: סעיף 16(ב1) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981). ואולם, אף בהנחה שעבירות אלו אכן נמחקו (נוכח העמדה הפרשנית שהציג בא כוח היועצת המשפטית לממשלה בדיון לפנינו בהקשר זה, שאיני נוטע בה מסמרות), העבירה הנוספת מפחיתה בעיני באופן ניכר את המשקל שיש ליתן לחלוף הזמן כשיקול ממתן. בא כוחו של דרעי ביקש לסמוך ידיו על הרציונלים השיקומיים שביסוד חוק המידע הפלילי, אך יפים לעניין זה דבריה של השופטת **ד' ביניש** בעניין **אל נסאסרה**:

> "אין ספק כי התכלית השיקומית המונחת בבסיס הסדר ההתיישנות והמחיקה של ההרשעות ראויה היא. יש בה כדי לשרת את טובת הכלל, שהרי שילובו בחברה של עבריין שריצה את עונשו **ולא שב לבצע מעשי עבירה**, מאפשר לו לתרום מכישוריו לטובת הרבים באופן שהחברה כולה יוצאת נשכרת. ברי כי התכלית האמורה משרתת את טובתו של הפרט **המצליח להתנתק ממעגל העבריינות** ולהגשים עצמו באופן התורם לחברה שבקרבה הוא חי. זאת ועוד, מתן אפשרות לעבריין שריצה את עונשו **ושב לנהל חיים נורמטיביים** לפתוח דף חדש בחייו בלא שעברו הפלילי יעמוד לו לרועץ, מגנה על כבודו כאדם ועל זכותו לפרטיות ולצנעת הפרט – זכויות יסוד שזכו למעמד חוקתי מפורש בשיטתנו המשפטית בעקבות עיגונן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] זכות חוקתית נוספת הזוכה להגנה במסגרת הסדר ההתיישנות והמחיקה של ההרשעות היא זכותו של עבריין שריצה את עונשו לחופש עיסוק **ובלבד ששב למוטב**" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; שם, בעמ' 662).

בהינתן הרשעתו החדשה, לא ניתן להתייחס אל דרעי כמי "ששב למוטב" או כמי "שריצה את עונשו ולא שב לבצע מעשי עבירה". נהפוך הוא: הצטרפותה של ההרשעה החדשה מלמדת על דפוס של פגיעה בשלטון החוק. בנסיבות אלו, המשקל שיש ליתן לשיקול חלוף הזמן ולתקנת השבים בבחינת סבירות מינויו פוחת באופן ניכר. משכך, ואף בהנחה שהרשעותיו הקודמות של דרעי במסגרת התיק האישי והתיק הציבורי נמחקו מן המרשם, הן נושאות – במצטבר להרשעתו האחרונה – משקל ניכר בבחינת סבירות ההחלטה למנותו כשר בממשלה.

10. **השיקול השני שמסיט את נקודת האיזון בענייננו של דרעי** הוא מצג השווא שהציג לפני מערכת המשפט כמי שעתיד לעזוב את החיים הפוליטיים. בפתח הדברים בהקשר זה יש להדגיש כי **הסדר הטיעון** לא כולל הבטחה של דרעי לפרוש מן החיים הפוליטיים. עם זאת, דומה כי דרעי יצר במכוון מצג של פרישה כאמור וזאת בין היתר כדי להימנע מהכרעה בשאלת הקלון שדבק בעבירות שביצע וכדי להיטיב עמו בגזר הדין. כך, כבר במסגרת תגובתו של דרעי לעתירה שהוגשה נגד הסדר הטיעון, ציין ביום 6.1.2022 כי הסדר זה הוא חלק "ממהלך רחב של נטילת אחריות מצד [דרעי – ע' פ'], המתבטא בראש ובראשונה בחתימתו על הסדר הטיעון, וכן **בעזיבתו את הכהונה הציבורית**" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; סעיף 83 לתגובת דרעי לעתירה בבג"ץ 8954/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**). בהמשך, במסגרת הטיעונים לעונש בבית משפט השלום, ציין התובע במפורש כי כנסיבה לקולא, על בית המשפט לשקול את הודאתו של דרעי, את נטילת האחריות שלו על מעשיו ואת "פרישתו מחייו הפוליטיים" (פרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022,

בעמ' 6, ש' 8-9). בשלב זה, ניתן היה לצפות כי מי שמתעתד להמשיך בחייו הציבוריים יתקן את בא כוח התביעה, ויבהיר כי המהלך האישי מתמצה בהתפטרות מתפקידו כחבר כנסת. חרף האמור, בדבריו של דרעי עצמו לפני בית המשפט אך חיזק את המצג האמור: "[אני – ע' פ'] רוצה להמשיך עם הזמן שנשאר לי להשקיע בצרכי ציבור בלי לערב את המלחמות הללו ולהמשיך לייצג את השכבות בציבור שאני מייצג **בצורה אחרת גם אם לא מהכנסת**" ומיד לאחר מכן הוסיף "אני לוקח אחריות" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; פרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022, בעמ' 13, ש' 17-23). על רקע מצג זה קבע בית משפט השלום בגזר דינו כי התרחקותו של דרעי מהחיים הציבוריים היא "נסיבה חשובה" לגזר הדין בענייננו, וכלשון בית המשפט בגזר הדין:

> "[...] מדובר בנסיבה חשובה הבאה ללמד שתי נקודות חשובות אודות הנאשם.
> **הראשונה**, הנאשם, איש ציבור מזה כשנים רבות, מדיר עצמו מעתה מרצון מעיסוק בצרכי ציבור. שיקוליו הרחבים אינם פרושים בפניי, אך נדמה כי תולדות חייו מלמדים כי הוא ראה בהיותו נבחר ציבור ייעוד ודרך חיים, וכעת נוכח התיק דנן ואישומיו – הרי שהוא מוותר על כך, וזאת מרצונו.
> אין זה קורבן קל למי שמיצב עצמו כשליח ציבור בעשורים האחרונים ונדמה כי המאשימה עצמה רומזת על כי היא רואה בכך חלק מן העונש אשר אותו הטיל הנאשם על עצמו.
> **הנקודה השנייה**, הינה מניעתית בטיבה.
> כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד - יוכל למצוא מנוח לחשש זה ולומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית" (ההדגשה במקור – ע' פ'; שם, בעמ' 7).

ואולם, דרעי הבהיר בדבריו ובמעשיו כי בין המצג בבית המשפט לבין המציאות קיימת זיקה רופפת לכל היותר, שמתמצית בהתפטרותו מהכנסת. כך, למחרת היום התייצב דרעי מול הציבור והבהיר, בלשונו, כי אינו "הולך לשום מקום" וכי ימשיך לשרת את הציבור גם מהכנסת (ראו סעיף 209 לתשובת היועצת המשפטית לממשלה; כן ראו פסקה 12 לחוות דעתה של הנשיאה ופסקה 13 לחוות דעתה של השופת **ד' ברק-ארז**). להתנהלות זו של דרעי, שבמסגרתה פעל בניגוד למצגיו לפני בית המשפט, יש ליתן משקל בבחינת מינויו לתפקיד שר (וראו בהקשר זה את חוות דעתה של חברתי השופטת **ברק-ארז**). לבסוף, אני סבור כי התנהלות זו מלמדת גם על היעדרה של חרטה, לא כל שכן הכאה על חטא ולקיחת אחריות מצדו של דרעי בגין הרשעותיו הפליליות. ונזכיר כי קיומה או היעדרה של חרטה כבר הוכרו בפסיקתנו כשיקול בבחינת סבירות ההחלטה למנות לתפקיד בכיר את מי שהורשע בפלילים (ראו, למשל: בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון נ' שר החוץ**, פסקה 27 (12.2.2015); עניין **אייזנברג**, בעמ' 262).

11. **שלישית**, העובדה שנגד דרעי תלוי ועומד מאסר על תנאי (תקופה זו תסתיים ביום 31.1.2025) מקרינה כשלעצמה על סבירות המינוי. המצב שבו שר בממשלה הוא מי שהורשע בעבירות פליליות שהענישה בגינן עודנה מרחפת מעליו טומן בחובו פגיעה משמעותית באמון הציבור במוסדות השלטון ובטוהר המידות של נושאי המשרות הבכירות בשירות הציבורי.

12. כמשקל נגד לשיקולים אלה ביקשו דרעי וראש הממשלה נתניהו להעלות שורה של טעמים שממקמים לשיטתם את מינויו של דרעי בתוך מתחם הסבירות. בכלל זאת, ניתן למנות בין היתר את הצורך ביציבות שלטונית, את כישוריו וניסיונו של דרעי ואת העובדה שציבור גדול בחר בו כיו"ר מפלגת ש"ס. אכן, שיקולים אלה הם שיקולים רלוונטיים בבחינת סבירות מינויו של דרעי. חברתי הנשיאה **חיות** התייחסה לסוגיות אלו בחוות דעתה (פסקאות 51-52). כמוה – אף אני בדעה כי אין בהן כדי להטות את הכף בעניינו של דרעי. בהקשר לטיעונים אלה אך אוסיף ואעיר כי ציבור הבוחרים שבחר בדרעי בחר בו לכהונה **כחבר כנסת**. כפי שכבר ציינו בעבר, לנבחר הציבור אין זכות קנויה לשמש כשר (עניין **דרעי השני**, פסקה 22; כן ראו חוות דעתה של השופטת **ד' ברק-ארז**, פסקאות 39-40). זאת ועוד, מקום שבו נבחר חבר כנסת לכהונת שר, מוטלת עליו חובה לשרת את ציבור בוחריו אך בה בעת את כלל הציבור (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 426 (1993)). בכובעו זה, נתון הוא לביקורת שיפוטית, שבגדרה עלול להידרש בית המשפט גם למצב שבו "ייכשל השר וידבק בו רבב של עבירה על החוק. יש שבשל מהות העבירה והנסיבות שבהן התבצעה תועמד בסימן שאלה האפשרות שיוסיף ויכהן בתפקידו" (שם). לשיקולים הקואליציוניים שאותם מנה ראש הממשלה, אכן ניתן לתת משקל, אך אין בהם עצמה מספקת כדי להוות משקל נגד לעברו הפלילי של דרעי (ראו והשוו לאמור שם, בעמ' 427).

13. הנה כי כן, מאז פסקי הדין הקודמים שמצאו את מינויו של דרעי "על גבול" מתחם הסבירות אירעו תמורות משמעותיות. בראשן, הרשעתו של דרעי בשתי עבירות נוספות ואף בפעם זו, מבלי שהביע חרטה. תמורות אלו מטות – באופן מובהק וברור – את נקודת האיזון בעניינו של דרעי. נוכח כל האמור לעיל, מינויו של דרעי לתפקיד שר בממשלת ישראל חורג בצורה קיצונית ממתחם הסבירות, ולפיכך אינו יכול לעמוד.

חוקתיות התיקון לחוק-יסוד: הממשלה

14. במסגרת התיק שלפנינו הועלו גם טענות נכבדות שכוונו לחוקתיות התיקון לחוק-יסוד: הממשלה (להלן גם: **התיקון**) שנועד לאפשר לדרעי לקיים את תנאי הכשירות לכהונת שר. תחילה אציין כי איני רואה לקבל את טענות הכנסת (ראו למשל סעיפים 7, 69-72 לתשובה מטעמה) שלפיה בית משפט זה נעדר סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד וזאת בפרט בהינתן פסיקתנו – שניתנה בהרכבים מורחבים – בשאלת השימוש לרעה בסמכות המכוננת (בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון**

בישראל נ' כנסת ישראל (12.7.2021); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (23.5.2021) (להלן: עניין **שפיר**)). עם זאת, משמצאתי כי דין המינוי להיפסל במישור המינהלי, איני נדרש לטעת מסמרות בשאלה אם הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת במסגרת התיקון, שכן הטענות המכוונות לחוקתיות התיקון אינן מכוונות בעיקרן כלפי התיקון גופו כי אם לתחולתו בענייננו של דרעי. מסקנה זו נטועה בכלל שלפיו בית המשפט יפנה לפסילת חוק כ"מוצא אחרון". כבר בעניין **בנק המזרחי** עמד בית משפט זה על הריסון המתחייב בכל הנוגע לביקורת חוקתית, בהפנותו לקווים המנחים שהתווה השופט ברנדייס בפרשת אשוונדר (Ashwander v. Tennessee Valley Auth., 297 U.S. 288 (1936)). לענייננו חשוב הוא הכלל שלפיו בית המשפט ידון בשאלות בעלות אופי חוקתי רק כאשר הדבר דרוש **באופן החלטי** (Absolutely necessary) (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 349-350 (1995); כן ראו: בג"ץ 5744/16 **בן מאיר נ' הכנסת**, פסקה 3 לפסק הדין של השופט **מ' מזוז** (27.5.2018); וראו והשוו: פסק דיני בבג"ץ 5469/20 **אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל** (4.4.2021); בג"ץ 813/14 **פלונים נ' שר הפנים**, פסקה 24 (18.10.2017); בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פסקה 84 לפסק דינו של השופט **ס' ג'ובראן** (17.9.2014); בג"ץ 7146/12 **אדם נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(2) 717, 848 (2013); בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג – פרשנות חוקתית 737 (1994); יגאל מרזל "השהיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39, 87-88 (2005)). הדברים נכונים, על דרך קל וחומר, כאשר עסקינן בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (ראו והשוו: בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פסקה 9 לפסק דיני (8.7.2021); עניין **שפיר**, פסקה 4 לפסק הדין של השופט **י' עמית**). לגופם של דברים, אציין כי מקובלים עליי דבריה של הנשיאה בחוות דעתה, לרבות הקשיים עליהם היא מצביעה בתיקון נושא דיוננו (פסקאות 42-45).

סוף דבר

15. ראש הממשלה בחר למנות לתפקידי שר את מי שהורשע שלוש פעמים בעבירות פליליות: הראשונה, בשלהי שנות ה-90 בעבירות חמורות של טוהר המידות, ובהן לקיחת שוחד; השנייה, בראשית שנות ה-2000 בעבירת הפרת אמונים; והשלישית, לפני כשנה, בעבירות מס שביסודן העלמת והסתרת מידע מרשויות המס, שחותרת תחת רעיון השוויון בנטל המס. כל אותן שנים דרעי לא הביע חרטה על העבירות שביצע, ויצר מצג שווא של פרישה מהחיים הפוליטיים שעליו נשען בית משפט השלום כשגזר את עונשו. בנסיבות אלו, מינויו של מי שבאופן שיטתי במהלך כהונה במשרה ציבורית פוגע בשלטון החוק ולא מציית לחוקי המדינה חורג בצורה ניכרת ממתחם הסבירות, ואינו חוקי.

משכך, מצטרף אני לתוצאה המוצעת על ידי חברתי, שלפיה ייעשה הצו על תנאי למוחלט וגם להשקפתי ראוי להורות כי על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה ולהעביר את דרעי מתפקידו כשר הפנים ושר הבריאות.

המשנה לנשיאה

<u>השופט א' שטיין:</u>

הצהרתו של מר אריה מכלוף דרעי בבית משפט השלום ירושלים

1. ביום 25.1.2022, נתקיימה בבית משפט השלום ירושלים (הנשיא **ש' הרבסט**) (להלן: **בית משפט השלום**) ישיבה בה אישר בית המשפט את הסדר הטיעון שערך מר אריה מכלוף דרעי – משיב 7 בבג"ץ 8948/22, משיב 2 בבג"ץ 8949/22, ומשיב 3 בבג"ץ 8982/22 (להלן: **דרעי**) – עם התביעה בגדרו של ת"פ 56231-12-21 (להלן: **הסדר הטיעון** או **ההסדר**). באותה ישיבה, הודיע דרעי כי הוא התפטר מכהונתו כחבר כנסת, הגיש לבית המשפט את כתב התפטרותו מכהונה בכנסת, אישר את הסכמתו המלאה להסדר הטיעון, הודה בעובדות כתב-האישום אשר הוגש נגדו במסגרת ההסדר, והצהיר, בין היתר, כדלקמן:

> "[...] שקלתי שיקולים והחלטתי שאני לא רוצה לחזור למה שהיה לפני 20 ו-30 שנה **ורוצה להמשיך <u>עם הזמן שנשאר לי</u> להשקיע בצרכי ציבור בלי לערב את המלחמות הללו ולהמשיך לייצג את השכבות והציבור שאני מייצג בצורה אחרת <u>גם אם לא מהכנסת</u>. החלטתי בלב לא קל אבל בעצתם ובהוראתם של הרבנים שאני מתייעץ איתם, היה חשוב לי להדגיש**. אני לוקח אחריות, מצטרף לבקשה של המדינה ושל עורך דיני, ומבקש מכב' בית המשפט הנכבד, אני גם מודה לכם שהקלתם עלינו בצורה שעשיתם את הדיון, אני מבקש לאמץ את ההסדר והבקשה שלי לעשות זה במהרה" (ראו: עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022; ההדגשה הוספה – א.ש.).

2. הצהרה זו אומרת בלשון שאינה משתמעת לשני פנים – כמעט ב"רחל בתך הקטנה" – את הדברים הבאים: **דרעי, חבר הכנסת לשעבר ושר לשעבר, פורש מהזירה הפוליטית ועובר לעשייה הציבורית שמחוץ לכנסת ולממשלה**. אין מקום עמנו לקבל את טענת בא-כוחו של דרעי, עו"ד נ' תל-צור, אשר עלתה בדיון בעתירות שהתקיים לפנינו, לפיה הסברה כי דרעי התחייב לפרוש מהחיים הפוליטיים – מקורה ב"אי-הבנה" (ראו: עמ' 23 לפרוטוקול הדיון בעתירות מיום 5.1.2022). איני רואה מקום לאי-הבנות באשר להצהרתו של דרעי ולמה שמשתמע ממנה לכל בר-דעת. ברי הוא, כי אין מדובר בפליטת-פה. דרעי מסר הצהרה זו בישיבה מכרעת של בית המשפט ובנוכחות סנגוריו – תוך שהוא מדגיש כי עשה כן, כלשונו, "בלב לא קל אבל בעצתם ובהוראתם של הרבנים שאני מתייעץ איתם". אשר על כן, מדובר בהצהרה ברורה וחד-משמעית אשר נמסרה על ידי דרעי ביישוב דעת ובמתכונת הידועה של "סבר, קיבל והצהיר".

3. בעקבות הצהרה זו, אושר הסדר הטיעון בהתאם לבקשתם המשותפת של דרעי והתביעה. בהתאם לאותו הסדר, הרשיע בית משפט השלום את דרעי בעבירות מס, ובהן: מסירת הצהרה כוזבת לרשויות מיסוי מקרקעין, אשר סייעה לאחיו להפחית מס רכישה שלא כדין; וכן דיווח כוזב לרשויות מס הכנסה, אשר הסיט חלק מהכנסות החברה בבעלותו של דרעי לחברה של אחיו. בהמשך לכך, השית בית המשפט על דרעי את העונשים עליהם הוסכם בהסדר הטיעון: קנס כספי בסך של 180,000 ש"ח ומאסר על תנאי (ראו: גזר הדין מיום 1.2.2022 שניתן בת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21 (להלן: **גזר הדין**)).

4. במסגרת גזר הדין, הדגיש בית המשפט את הדברים הבאים:

> "כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד – יוכל למצוא מנוח לחשש זה ולומר **בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור** הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת **בשל התרחקותו מהזירה הציבורית**" (ראו: עמ' 7 לגזר הדין; ההדגשה הוספה – א.ש.).

5. ברי הוא, כי דברים אלה של בית משפט השלום נאמרו בהסתמכו על הצהרתו של דרעי שצוטטה לעיל.

התועלת שדרעי הפיק מהצהרתו בפני בית משפט השלום

6. כדי להבין את התועלת העיקרית אשר הופקה על ידי דרעי בעזרתה של אותה הצהרה, חובה עלינו לעיין בסעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת, אשר קובע לאמור:

> "חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת ביום שפסק הדין נעשה סופי, ואין נפקא מינה אם העבירה נעברה בזמן שהיה חבר אותה הכנסת, חבר כנסת קודמת או לפני שהיה לחבר הכנסת".

7. לאור האמור בסעיף זה, ברי הוא כי התפטרותו של דרעי מהכנסת עובר לאישורו של הסדר הטיעון ומתן גזר הדין בעניינו על ידי בית משפט השלום השילה מבית המשפט את סמכותו למצוא קלון בעבירות בהן דרעי נמצא אשם. דרעי הופיע לדיון בבית המשפט כאחד האדם ולא כחבר-כנסת, דבר שמנע את החלתו של סעיף 42א(א) לחוק יסוד: הכנסת על עניינו. הדיון בקלון אשר יכול שדבק בעבירותיו של

דרעי נמצא מחוץ לדל"ת אמות סמכותו של בית המשפט אחרי התפטרותו של דרעי מהכנסת – זאת, בשעה שהעבירות בהן הורשע דרעי, אשר מכילות בתוכן רכיב תרמיתי, הן עבירות בנות קלון (ראו והשוו: עש"מ 4123/95 **אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה**, פ"ד מט(5) 184, 192 (1996); בג"ץ 103/96 **כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(4) 309, 326 (1996)).

8. מכאן עלה החשש, שייקרא "הדלת המסתובבת": החשש שדרעי ישוב וייבחר לכנסת מבלי ששאלת הקלון עמדה לדיון ולהכרעה ביחס לעבירותיו. תרחיש "הדלת המסתובבת" עלה לדיון במסגרת העתירות נגד הסדר הטיעון בבג"ץ 8954/21 ובבג"ץ 33/22, אשר נדונו יחדיו (ראו: פרוטוקול הדיון בבג"ץ 8954/21 מיום 16.1.2022, בעמ' 10-11; בג"ץ 8954/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 6 (17.1.2022)). באותה נקודת זמן, תרחיש זה היה בלתי-רלבנטי בעיני המותב שישב על מדין (אם כי לא בהכרח בלתי-רלבנטי בעיניו של דרעי עצמו) – והעתירות נדחו. תרחיש כאמור הפך למעשי בדיון בעבירותיו של דרעי אשר התקיים בפני בית משפט השלום – זאת, מאחר שסעיף 4 להסדר הטיעון תיעד את הודעת התביעה בזו הלשון:

> "רשמנו בפנינו את הודעת הנאשם בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית".

9. מילות ההסדר "החלטתו להתפטר מהכנסת" דיברו אמנם "רק" על התפטרות, ולא על אי-חזרה, אך הן בלי ספק הובנו כך שעיניו של דרעי אינן נשואות אל "הדלת המסתובבת". בהתבסס על הבנה זו, מנה בא-כוח המדינה בין השיקולים שתומכים בהקלה בעונשו של דרעי כאמור בהסדר הטיעון "בראש ובראשונה את הודאתו [...] ונטילת אחריות למעשיו, [וכן] את אמירתו הציבורית [...] **ופרישתו מחייו הפוליטיים** [אשר] משקפים כי **פיו ולבו שווים**" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022; ההדגשה ומילות הקישור הוספו – א.ש.).

10. הצהרתו של דרעי על אי-חזרתו לזירה הפוליטית הבהירה לבית המשפט ולתובע כי אין מקום לחשוש מתרחיש "הדלת המסתובבת". תרחיש זה לא יתממש, לפי דבריו של דרעי כי "[אני] רוצה 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** [...] – [החלטה שקיבלתי] בלב לא קל אבל בעצתם ובהוראתם של הרבנים שאני מתייעץ איתם, **היה חשוב לי להדגיש**" ((ראו: עמ' 13 לפרוטוקול הדיון מיום 25.1.2022; ההדגשה ומילות הקישור הוספו – א.ש.). הפגת החשש כאמור היתה אפוא בין השיקולים אשר שכנעו את בית המשפט לאשר את הסדר הטיעון כמות שהוא.

11. אולם, עצם אישורו של הסדר הטיעון לא היה בגדר התועלת היחידה – ואף לא העיקרית – שהפיק דרעי מהצהרתו האמורה. באמצעות שני המעשים הללו: האחד – התפטרותו מהכנסת, והשני – הצהרתו כי הוא פורש לאלתר מהחיים הפוליטיים, השיג דרעי את אישורו של הסדר הטיעון, שסיים את

משפטו הפלילי, **מבלי שבית משפט השלום נדרש לעסוק בסוגיית הקלון או בבעיית "הדלת המסתובבת"**. זאת היתה התועלת העיקרית שהופקה על ידי דרעי באמצעות הצהרתו. ברי הוא, כי מדובר בתועלת משמעותית מההיבט המשפטי והציבורי כאחד.

"הדלת המסתובבת"

12. בחלוף פחות משנה, התברר כי תרחיש "הדלת המסתובבת" התממש בגאון ובקול תרועה רמה. דרעי התמודד בבחירות לכנסת; הוא ומפלגתו זכו להצלחה מרובה בקרב ציבור הבוחרים – ואחר-כך הוא ביקש להתמנות לתפקיד של שר בממשלה.

13. אחרי נטרולה של בעיית הקלון של חבר כנסת כחבר כנסת במסגרת ההליך שכאמור התקיים בבית משפט השלום, זכה דרעי לעזרת המחוקק בכבודו ובעצמו, אשר ראה לטוב בעיניו להפעיל לטובת דרעי – ובמבט הצופה קדימה, לטובת כל שרי העתיד – את הסמכות המכוננת לתקן הוראה בת-תוקף חוקתי: סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה. הוראה זו במתכונתה הישנה קבעה כך:

> "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".

14. בהוראה זו, המילה "מאסר" בלי ספק התייחסה גם למאסר-על-תנאי – עונש שהביא להפעלת ההוראה נגד כל מועמד ומועמדת לתפקיד של שר או שרה במשך **"שבע שנים [...] מיום מתן פסק הדין"** אשר הטיל עליו או עליה מאסר-על-תנאי (כאשר במקרה של מאסר בפועל, ספירתן של שבע השנים מתחילה בתום ריצוי עונש המאסר על ידי המועמד לתפקיד של שר). זאת, מאחר שסעיף 52(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), שעניינו דרכי ענישה, קובע כך: "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, **כולו או מקצתו**, יהיה על תנאי" (ההדגשה הוספה – א.ש.); ומאחר שהכללתו של מאסר-על-תנאי במילה "מאסר" היא נחלתם של כל הוראות העונשין, זולת אלו שקובעות את ההפך בלשון מפורשת (ראו, מני רבים: סעיפים 355(ב) ו-368ג1(ג) לחוק העונשין). כפועל יוצא מכך, על-פי הנוסח הישן של הסעיף, מועמד לתפקיד של שר אשר נדון למאסר-על-תנאי זקוק היה לקביעתו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי "אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון" – זאת, כאמור, במשך שבע שנים מיום מתן פסק הדין שהשית עליו את המאסר-על-תנאי.

15. כאמור, הכנסת, בפועלה כרשות מכוננת, תיקנה את סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה באופן ששינה את נוסחו הקודם לנוסח הבא:

> "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".

נוסח זה קובע כי הדרישה לקבלת חוות דעתו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית חלה רק על מועמד לתפקיד של שר בממשלה אשר נדון למאסר בפועל, להבדיל ממאסר-על-תנאי. במילים אחרות ופשוטות יותר: נוסח זה קובע לעניין עצם הכשרות להתמנות לשר בממשלה את הכלל **"אין כלא – אין קלון"** (זולת אם בית המשפט אשר הרשיע את הנאשם קבע במפורש כי היה במעשיו משום קלון). כלל חדש זה נקבע במסגרת תיקון מס' 11 לחוק היסוד אשר נחקק, או כונן, בשנת התשפ"ג-2022, כאשר הוראת התחולה שלו קובעת כי כל מועמד להתמנות לשר בממשלתנו הנוכחית יחסה בצלו של הכלל. נוסחו הישן של סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה, שכאמור עמד כאבן-נגף בדרכו של דרעי לממשלה החדשה, ירד לתהום הנשייה.

16. תיקון זה של חוק היסוד שינה את המצב המשפט הכללי – ואין בדעתי לדון בחוקתיותו בהיותי נאמן לכלל הגדול אשר אוסר עלינו להיזקק למשפט החוקתי כאשר הפתרון למחלוקת המונחת לפתחנו מצוי בחיקו של דין רגיל. כך לימדנו הנשיא **מ' שמגר** בפסק דינו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 350 (1995), בהסתמכו על פסק הדין הידוע של בית המשפט העליון של ארה"ב, Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288, 346 (1936) – וכך חובה עלינו לנהוג כאן ובכל מקרה דומה (ראו גם: רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן**, פסקה 25 לפסק דיני והאסמכתאות שם (19.8.2019)).

17. ברם, כפי שאראה להלן, **המצב המשפטי הכללי שהכנסת כוננה אינו משנה כהוא זה את <u>מצבו המשפטי האינדיווידואלי של דרעי</u>, אשר נוצר בעקבות ההצהרה שהלה מסר לבית המשפט אגב אישורו של הסדר הטיעון**. הצהרה זו והסתמכותו של בית המשפט והתובע עליה יוצרות "השתק שיפוטי" ומעמידות בפני דרעי, בבואו להתמנות לשר בממשלה, אבן-נגף משפטית שאין לה הופכין, ששמה "מניעות": **מניעות אישית** אשר חוסמת בפני דרעי – וכפועל יוצא מכך, בפני ראש הממשלה שמבקש למנות את דרעי לשר – את האפשרות להתמנות לשר גם על-פי המתווה החדש שנקבע בסעיף 6(ג)(1) המתוקן לחוק יסוד: הממשלה.

השתק שיפוטי, מניעות והשלכותיהם על עניינו של דרעי

18. דוקטרינת ההשתק השיפוטי וכללי המניעות המקבילים, אשר נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה ויושמו על ידו במגוון רחב של מקרים, נמצאים עמנו מזה זמן רב (ראו: ע"א 513/89 S/interlego a נ' lines bros. S.a-exin, פ"ד מח(4) 133, 195 (1994) (להלן: **ע"א 513/89**); רע"א 4224/04 **בית ששון**

בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 633 (2005); ע"א 196/90 **ירמיהו עיני חברה לבנין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות**, פ"ד מז(2) 111, 135 (1993); רע"א 15/12 **עזבון המנוח אליה פרג' ז"ל נ' אלעזר**, פסקה יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה **א' רובינשטיין** (1.3.2015) (להלן: עניין **פרג'**); רע"א 8297/12 **הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי**, פסקה 13 (16.7.2013) (להלן: עניין **הפניקס**)). כללים משפטיים אלה באים למנוע ניצול לרעה של ההליך השיפוטי, להבטיח את תקינותו, וכן **למנוע את שחיקתו של משאב ציבורי-מוסרי הקרוי יושרה**. לפיכך "בעל דין שטען טענה בהליך אחד וטענתו התקבלה, מושתק מלהתכחש לטענתו גם בהליך נגד יריב אחר [...] ולטעון טענה הפוכה" (ראו: **ע"א 513/89**, בעמ' 195); וכפי שהוסבר על ידי המשנה לנשיאה **רובינשטיין**:

> "על המעוניין לפנות למערכת המשפט לשם קבלת סעד לדבוק בגרסה אחת לאורך ההליכים, או לכל הפחות להציג הסבר מניח את הדעת לשינויה. אם לא כן – נתון הוא להשתק שיפוטי" (ראו: עניין **פרג'**, בפסקה יא לפסק דינו של המשנה לנשיאה **רובינשטיין**).

19. בהקשר זה הובהר כי –

> "מכל מקום, ומבלי להידרש ליתרונותיה של גישה זו או אחרת, נראה שהיום הכול יסכימו כי בעל דין שטען טענה **<u>או</u>** **<u>נקט עמדה בפני בית משפט</u>**, וכתוצאה מכך **צמחה לו 'הנאה' כלשהי – במובן הפשוט של המילה – בפסק הדין, אף אם טענתו לא התקבלה**, אינו רשאי לטעון, בשל כללי ההשתק השיפוטי, טענה מנוגדת לאותה טענה או עמדה בה נקט במסגרת הליך קודם" (ראו: עניין **הפניקס**, בפסקה 13; ההדגשה הוספה – א.ש.).

20. הבהרה חשובה זו מחדדת כי דיננו מכיל בחובו את כלל המניעות הרחב אשר מונע מאדם לשחק בתפקידים הפוכים בשני מגרשים משפטיים שונים. אין אדם יכול לומר במסגרת משפטית אחת – במקרה דנן: הליך האישור של הסדר הטיעון במשפטו הפלילי – כי הוא פורש מהזירה הפוליטית כדי לפעול למען הציבור בזירה אחרת, וכעבור זמן קצר לבשר לציבור בוחריו ולעולם כולו על שובו לזירה הפוליטית ואחר-כך לחזור על אותה עמדה, אשר מנוגדת להצהרתו הראשונית, במסגרת הליכי הבחירות לכנסת וההתדיינות בעתירות שלפנינו.

21. דוקטרינת ההשתק השיפוטי וכללי המניעות המקבילים הובאו לתוך הדין הישראלי מהמשפט המקובל האנגלו-אמריקני, אשר אימץ את הדוקטרינה לפני למעלה מ-150 שנה (ראו: Hamilton v. Zimmerman, 37 Tenn. (5 Sneed) 39, 47 (1857)). כללים אלה "חיים ובועטים" בגדרו של הדין האמריקני עד עצם היום הזה (ראו, מני רבים: New Hampshire v. Maine, 532 U.S. 742 (2001);Rissetto v. Plumbers & Steamfitters Local 343, 94 F.3d 597, 605 (9th Cir. 1996); Arizona v. Shamrock Foods Co., 729 F.2d 1208, 1215 (9th Cir. 1984); Edwards v. Aetna Life Insurance Company, 690 F.2d 595 (6th Cir. 1982); וכן Kira A. Davis, *Judicial Estoppel*

and Inconsistent Positions of Law Applied to Fact and Pure Law, 89 CORNELL L. REV. 191 (2003)).

22. כמו אצלנו, לפי הגישה הרווחת בארצות הברית, דוקטרינת ההשתק השיפוטי באה להגן על מערכת המשפט כמערכת שבנויה על יושרה:

> "One view focuses on the harm to the opposing party by having inconsistent positions adopted against it. […] This observation has a solid foundation in traditional principles of estoppel doctrine. It follows from this view that *judicial estoppel is triggered when a litigant wins the first time and then tries to win a second time against the same adversary by contradicting itself*. Few fact patterns fall within this strict view of the doctrine. Other courts, while recognizing the basic estoppel concept of detrimental reliance, view the inconsistency as harming the court and judicial system rather than the litigant. […] Some commentators have even argued that limiting the doctrine to litigation between the same parties renders the two doctrines redundant. *More courts apply this broader view than the narrow one previously described*".

ראו: David S. Coale, *A New Framework for Judicial Estoppel*, 18 REV. LITIG. 1, 9 (1999) (ההדגשה הוספה – א.ש.); וראו גם Nicole C. Frazer, *Reassessing the Doctrine of Judicial Estoppel: The Implications of the Judicial Integrity Rationale*, 101 (VA. L. REV. 1501 (2015) (להלן: *Frazer*).

23. לענייננו-שלנו, יפים במיוחד דבריו של השופט **פרנק איסטרברוק** (Easterbrook) מבית המשפט לערעורים של המחוז הפדראלי השביעי:

> "The offense is not taking inconsistent positions so much as it is *winning*, twice, on the basis of incompatible positions".

ראו: Astor Chauffeured Limousine Co. v. Runnfeldt Inv. Corp., 910 F.2d 1540, 1548 (7th Cir. 1990) (להלן: עניין *Astor*).

24. עיקרון פשוט זה מסכם את דוקטרינת ההשתק השיפוטי ואת כללי המניעות הנלווים אליה בארצות הברית ובמשפטנו שלנו – שכידוע כולל בתוכו, בין השאר, את **ההלכה** הפסוקה, כאמור בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ואת **"דיני המשפט המקובל ועקרוני היושר של אנגליה, כפי תקפם במדינה"**, כאמור בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981. יישומו על המקרה שלפנינו מוליך אל המסקנה המתחייבת כדלקמן: **דרעי אינו יכול לקבל את מבוקשו <u>פעמיים</u> על ידי (1) הצהרה "אני פורש מהזירה הפוליטית", שכאמור נועדה להביא לאישורו של הסדר הטיעון שלו עם התביעה ולהפוך את סוגיית הקלון ואת בעיית "הדלת המסתובבת" לבלתי רלבנטיות במסגרת הליכי האישור; ועל ידי (2) חזרה מהצהרתו זו במסגרת הליכי מינויו לשר בממשלת ישראל זמן קצר אחרי מסירתה לבית המשפט**. פשיטא הוא, כי מהלך זה, אשר הופך את הצהרתו של דרעי לחוכא ואטלולא, חסום בפניו מניה וביה על ידי כללי המניעות.

25. סבורני אפוא כי עלינו להפעיל את דוקטרינת ההשתק השיפוטי ואת כללי המניעות הנלווים על המקרה שלפנינו, שבמרכזו הפרה בוטה של ההצהרה שניתנה על ידי דרעי לבית משפט בהליך פלילי במסגרת אישורו של הסדר טיעון. אוסיף ואדגיש כי כללים אלה מונעים חזרה מהצהרות כאלה לא רק בגדרו של הליך שיפוטי או מעין-שיפוטי אחר, אשר בא אחרי ההליך בו ניתנה ההצהרה, אלא גם בכל הליך בו נדרשת הפעלת הוראות הדין על ידי רשות שלטונית או אחד ממוסדות המדינה – ובכך אין כל רבותא (ראו והשוו: *Frazer*, בעמ' 1502; Michael D. Moberly, *Playing "Fast and Loose" or Just Fast?: A Look at Judicial Estoppel in the Ninth Circuit,* 33 GONZAGA L. REV. 171, 194, 196 1998)); כמו כן ראו: **ע"א 513/89**, בעמ' 198-199; ע"א 4330/07 **אוריאל נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות – בית חולים רמב"ם חיפה**, פסקה מד (5.3.2009)). זאת, מאחר שדוקטרינת ההשתק השיפוטי וכללי המניעות הנלווים – כפי שעוצבו במשפטנו שלנו ובמשפט המקובל – נועדו להגן על היושרה (integrity) של **המערכת המשפטית כולה** וכן למנוע מצב דברים אנומאלי שתואר על ידי השופט האמריקני איסטרברוק כניצחונו הכפול של מי שמקדם את ענייניו מתוך שתי עמדות הסותרות זו את זו אהדדי: "winning, twice, on the basis of incompatible positions" (ראו: עניין *Astor*, בעמ' 1548).

26. כך או אחרת: ההליכים בפני בג"ץ אשר מתנהלים כעת לפנינו, הם הליכים שיפוטיים מובהקים, אשר בוודאי חוסים בצלם של דוקטרינת ההשתק השיפוטי ושל כללי המניעות הנלווים. להליכים אלה יש להוסיף את הליך הבחירות לכנסת והליך מינויו של דרעי לתפקיד שר אשר ממילא כורכים בתוכם, מכוח הדין, הליכים מעין-שיפוטיים בפני ועדת הבחירות המרכזית והיושב בראשה – בכל הקשור לאישור רשימת המפלגות ובדיקת סוגיית הקלון בהתאם לאמור בסעיף 42א לחוק יסוד: הכנסת וסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה (למעמד ההליכים בפני ועדת הבחירות המרכזית כהליכים מעין-שיפוטיים, ראו: ע"ב 6615/22 **שיקלי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-25, יצחק עמית**, פסקה 27 לפסק דינה של הנשיאה **א' חיות** (3.11.2022); תר"מ 144/98 **טולדנו נ' יעקב פרץ ראש-עיריית קרית-אתא**, פ"ד נב(4) 666, 670-671 (1998); א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 61

(2003); בג"ץ 1262/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס**, פ"ד סא(1) 185, 204 (2006); וכן ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 254 (1985)).

27. זאת ועוד: הסדרי טיעון, כדוגמת זה שנערך בין דרעי לבין התביעה במשפטו הפלילי, אינם יוצרים מערכת יחסים דואלית בין התביעה לנאשם, ותו לא. הסדרי טיעון יוצרים מערכת משולשת של יחסים משפטיים בין הנאשם, התביעה ובית המשפט אשר מופקד על האינטרס הציבורי בענישה (ראו: ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543, 549 (1972); ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 588, 605, 611 (2002) (להלן: עניין **פלוני**); בג"ץ 2925/19 **נגר נ' פרקליטות מחוז צפון**, פסקה 7 (24.6.2019); בג"ץ 3036/10 **נגר נ' פרקליטות המדינה (מחוז תל אביב)**, פסקה 32 (3.11.2010); וכן אליהו הרנון "עסקות טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית המשפט ומעמדו של הקורבן" **משפטים** כז(3) 543, 561 (1997); להרחבה בדבר תפקידו של השופט במסגרת הסדרי טיעון, ראו: אליהו הרנון וקנת מן **עסקות טיעון בישראל** 100-126 (1981)). מערכת משולשת זו אינה מכילה בתוכה רק את הסדר הטיעון, אלא גם את הצהרותיהם של בעלי הדין – ובפרט, זאת של הנאשם – בהליך בו מובא ההסדר לאישורו של בית המשפט. שכן, גם בהתקיים הסדר טיעון, בית המשפט אינו משיל מעצמו את תפקידו השיפוטי בהרשעה ובהטלת העונש – תפקיד שעיקרו הבטחת האינטרס הציבורי באכיפת הדין הפלילי. במסגרת זאת, לעניין ההקלה בעונשו של הנאשם, נדרש בית המשפט להעריך את משקלה של נטילת האחריות מצדו של הנאשם (ראו: עניין **פלוני**, בעמ' 593) – בין היתר, בהתחשב בהצהרות הנאשם בפניו.

28. אשר על כן, הצהרתו של דרעי כי "בשנים שנותרו [לו]" הוא לא יפעל עוד בזירה הפוליטית – לצד טענת התובע כי עזיבת הזירה הפוליטית על ידי דרעי היא בגדר שיקול שתומך באישורו של הסדר הטיעון – אינה בגדר מילים ריקות ונטולות נפקות משפטית. מבחינתו של בית המשפט שאישר את הסדר הטיעון, הצהרה זו שיקפה את הגזרה שגזר על עצמו דרעי כחלק מנטילת האחריות על מעשיו. הצהרה זו כמוה כחלק מהסדר הטיעון גופו אשר נותנת משמעות לסעיף 4 להסדר, בו הצהירה התביעה כי רשמה לפניה "את הודעת הנאשם בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית". מצב דברים זה נותן משנה תוקף לצורך לאכוף את ההתחייבות שדרעי נתן בהצהרתו ולחסימת מינויו לכהונה כשר בממשלה. מינוי זה מפר באופן בוטה את התחייבותו האמורה של דרעי – ואותו לא נוכל לאפשר. אינני בטוח אם ההתחייבות, שכאמור ניתנה על ידי דרעי, תהא תקפה לכל שנות חייו הפעילים, אולם בטוחני כי יש בה כדי לחייבנו לעצור את תרחיש "הדלת המסתובבת" אשר החל להתרחש לנגד עינינו, ומול עיניי הציבור כולו, בחלוף זמן כה קצר מאז שניתנה.

29. מצב משפטי זה, הקרוי השתק שיפוטי או מניעות, מונע מדרעי מלכהן כשר בממשלה בנקודת הזמן הנוכחית, כטענת העותרים. מאחר שאורכה המדוייק של תקופת המניעה אינה עומדת להכרעתנו, לא אנסה לקבעו. אסתפק בלומר כי דרעי מנוע מלהציג את מועמדותו לכהונה בממשלה הנוכחית, וכי מצב

משפטי זה מחייב גם את ראש הממשלה. זאת, מאחר שהחלטתו של ראש הממשלה למנות את דרעי לכהונת שר עומדת בניגוד לדין – שכפי שהוסבר על ידי בהרחבה, מונע מדרעי עצמו להתמנות לשר. החלטתו של ראש הממשלה למנות את דרעי לשר, בהתעלם מהמצב המשפטי המתואר השורר בקשר לדרעי – אינה יכולה לעמוד.

30. מטעמים אלה – ומטעמים אלה בלבד – מצאתי כי העותרים זכאים לסעדים שנתבקשו על ידיהם בסעיף ד' לעתירה שהוגשה בבג"ץ 8948/22, בסעיפים ב.2 ו-ב.2.א לעתירה שהוגשה בבג"ץ 8949/22, וכן בסעיפים א' ו-65 לעתירה שהוגשה בבג"ץ 8982/22 (ראו גם: סעיפים 295, 316, 318, 323 לעתירה בבג"ץ 8949/22; סעיפים 59, 62 לעתירה בבג"ץ 8982/22; וכן סעיפים 49-50, 52, 113 לעתירה בבג"ץ 8948/22).

31. סבורני כי חובה עלינו לעצור את "הדלת המסתובבת". אשר על כן, אציע לחבריי כי נוציא מלפנינו פסק דין המצהיר כי מר אריה מכלוף דרעי מנוע מלכהן כשר בממשלה הנוכחית, וכי ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, אף הוא היה מנוע מלמנות את מר אריה מכלוף דרעי לכהונת שר כאמור וכעת חייב הוא להעביר את מר דרעי מתפקידיו כשר הפנים ושר הבריאות. כמו כן מציע אני כי ניתן צו מוחלט שיבטל את מינויו של מר אריה מכלוף דרעי לתפקיד של שר בממשלת ישראל ואת ההליכים שהביאו למינוי זה ושיחייב את ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, להעביר את מר דרעי מתפקידיו כשר הפנים ושר הבריאות.

32. כאן המקום לסיים את דבריי. אולם, מפאת חשיבותו הציבורית של הדיון בעתירות שלפנינו, ראיתי לנכון להתייחס, בקצירת האומר, לחלק מדברי חבריי, לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, וכן לטענת המשיבים אשר שואלת אותנו "כיצד ייתכן שתחסמו את דרכו לממשלה של נבחר ציבור שבחירתו למשרה הרמה באה מכוח הצבעתם של כ-400,000 אזרחים ואזרחיות אשר נתנו את קולותיהם למפלגת ש"ס בראשותו של אותו נבחר ציבור – מר אריה מכלוף דרעי?".

33. בכל אלה אדון כעת, ואשתדל שלא להלאות את קוראי פסק הדין.

הערות סיום

34. אני מצרף את דעתי לתוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה **חיות**, בחוות דעתה. באשר לנימוקיה – אלו מקובלים עלי ככל שעניינם הצהרה שנתן דרעי בפני בית משפט השלום. הנשיאה סבורה כי הצהרה זו והמצג שהיא הציגה בפני בית משפט השלום גורעים באופן משמעותי מסבירות החלטתו של ראש הממשלה למנות את דרעי לשר. לטעמי, משקלה העצמי של הצהרה כאמור הוא משקל מכריע. כפי שהוסבר על ידי, הצהרה זאת יוצרת השתק שיפוטי ומניעות – מצב משפטי אינדיווידואלי שמונע את מינויו של דרעי לכהונה בממשלה. פעולה בניגוד למצב משפטי כאמור בלי ספק עולה כדי חוסר סבירות קיצוני – מבלי לקחת בחשבון את צֶבֶר ההרשעות של דרעי – אך לטעמי סיווג זה של עילת ההתערבות

בהחלטתו של ראש הממשלה איננו דרוש. **לדידי, העילה להתערבותנו היא עצם הצורך למנוע פעולה שנוגדת את הדין**.

35. את דעתי בעניינה של "דוקטרינת הסבירות" כבסיס לביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות הבעתי במספר הזדמנויות; ולא כאן המקום להאריך. אחזור על הדברים בקיצור נמרץ. הנני מתנגד להפעלתה של דוקטרינת הסבירות במתכונת שכיניתיה "המשפט זה אני", במסגרתה בית המשפט מעמיד את איכות השיקולים אשר נשקלו על ידי הרשות עובר לקבלת החלטתה לבחינה מוסרית-ערכית משל עצמו. התערבות זו בשיקול הדעת המינהלי אינה מקובלת עלי כלל ועיקר. לטעמי, דוקטרינת הסבירות מעמידה לרשותנו כלל שיורי שפועלו זהה מבחינה פונקציונלית לפועלו של הכלל "הדבר מעיד על עצמו" בגדרם של דיני הנזיקין, אשר מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע מבלי להוכיח את פרטי ההתרשלות בנסיבות מהן עולה – במאזן ההסתברויות – כי הנתבע התרשל בדרך כלשהי, שאינה ידועה, ועל ידי כך גרם נזק לתובע (ראו: עע"מ 1798/20 **עמותת פורום המזרח התיכון ישראל נ' עיריית תל אביב-יפו**, פסקה 2 לפסק דיני (7.1.2021) (להלן: עניין **פורום המזרח התיכון**); וכן דנ"פ 5387/20 **רותם נ' מדינת ישראל**, פסקאות 1-7 לפסק דיני (15.12.2021)). בדומה לכך, דוקטרינת הסבירות קובעת כי החלטה מינהלית אשר נראית, על פניה, בלתי סבירה במידה קיצונית "היא החלטה שלבטח לוקה באחד הפגמים היסודיים כדוגמת שרירות, שיקולים זרים והפליה, וזאת על אף שקיומו של פגם כגון דא איננו גלוי לעין" (ראו: עניין **פורום המזרח התיכון**, בפסקה 2 לפסק דיני; וכן בג"ץ 8173/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פסקאות 44-45 לפסק דיני (22.5.2022) (להלן: עניין **פרץ**)). בפועלה במתכונת שיורית זו, דוקטרינת הסבירות מביאה תועלת חברתית מרובה: היא מספקת לבתי המשפט כלי יעיל והכרחי לביקורת שיפוטית תחת חוסר ודאות ואינה מאפשרת לרשויות השלטון להסתיר את קלקלתן על ידי ניצול של עמימות המסד העובדתי. טוב אפוא נעשה אם נשמרה במתכונת זו. במקרה שלפנינו, סבורני כי היזקקות לדוקטרינת הסבירות אינה נדרשת.

36. בהקשרה של דוקטרינה זו, אציין כי קשה להלום את עמדתה של היועצת המשפטית לממשלה (להלן: **היועמ"ש**) אשר דוגלת בתקפותו של סעיף 6(ג)(1) החדש לחוק יסוד: הממשלה, אינה טוענת לקיומו של השתק שיפוטי כמונע את מינויו של דרעי לשר, ויחד עם כך מצדדת בבטלות המינוי בשל היותו בלתי סביר באופן קיצוני. לטענת היועמ"ש, עֲבֶר העבירות שנרשמו לחובתו של דרעי, **הוא עצמו** הופך את מינויו להחלטה שלוקה בחוסר סבירות קיצוני אשר יורד לשורש העניין – וזאת, אני מתקשה לקבל. חלק מעבירותיו של דרעי – שוחד והפרת אמונים – הן עבירות חמורות, אך ישנות מאד; ועל כן, גם אם נתעלם ממעמדן של עבירות אלה לפי חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019, לא נוכל, לדעתי, לחלוק על הפררוגטיבה של ראש הממשלה לתת להן משקל נמוך מפאת חלוף הזמן. באשר לעבירות המס בהן הורשע דרעי בעקבות הסדר הטיעון – הנחת היסוד של היועמ"ש, שכאמור דוגלת בתקפותו של סעיף 6(ג)(1) החדש לחוק יסוד: הממשלה ובכלל "אין כלא – אין קלון" אשר עולה מהאמור באותו סעיף, חייבת היתה, לטעמי, להוביל למסקנה כי ראש הממשלה רשאי היה לתת משקל נמוך גם לעבירות אלה בהחלטתו למנות את דרעי לשר. בנסיבות אלה – ובהתעלם מההשתק השיפוטי, כפי שעשתה היועמ"ש – גם אם נמצא כי

החלטתו של ראש הממשלה ראויה לביקורת מטעמים כאלה או אחרים, לא נוכל לומר, בפה-מלא ובלי היסוס, שלפנינו החלטה בלתי סבירה במידה כה קיצונית עד ששום ראש ממשלה לא היה מקבל אותה, בניסיונו להרכיב ממשלה, מטעמים שבטובת הציבור. הרכבת ממשלה על ידי מי שאמור לעמוד בראשה היא פעילות פוליטית מובהקת הכרוכה בבניית קואליציות ובריתות שונות על בסיס של "תן וקח". פעילות זו מתקיימת תחת אילוצים שונים ומגוונים, לרבות האפשרות של פיזור הכנסת ובחירות חדשות. בפעילות זו, כל אימת שאינה מפרה את הוראות הדין, אין בידינו להתערב: פעילות כאמור והאיזונים המורכבים עליהם מופקד ראש הממשלה במהלכה מקבלים גושפנקא "ביום הבוחר, ולא ביום העותר" (לפי מטבע לשון בו עשיתי שימוש בבג"ץ 5004/14 **ג'קלין נ' משרד החינוך**, פסקה 4 לפסק דיני (7.8.2019)). לפיכך, אם לפנינו החלטה שראש הממשלה יכול היה לקבלה כאשר הוא מעמיד לנגד עיניו את טובת הציבור, שומה עלינו למשוך את ידינו ממעשה ההתערבות, שאם לא כן, נמצא את עצמנו פועלים במרחב הפוליטי, הלבר-משפטי, ומחליפים את שיקול-דעתו של ראש הממשלה בשיקול-דעתנו (ראו: עניין **פריץ**, בפסקה 45 לפסק דיני).

37. בהקשר זה, ביקש מאתנו נציג היועמ"ש, בכתובים ובמהלך הטיעון בעל-פה, לעשות הבחנה בין כשירותו הפורמאלית של דרעי להתמנות לשר בממשלה לבין סבירותו של המינוי; ומכאן השאלה שעלתה בדיון: אם נכבד בקשה זו כמות שהיא, כיצד נוכל להתעלם מהכלל "אין כלא – אין קלון" אשר הופך את מינויו של דרעי לשר ליותר סביר בהשוואה למצב המשפטי הקודם? התשובה שניתנה לנו לשאלה זו, אם הבנתיה נכון, עומדת על כך שבמסגרת בדיקתו של סבירות המינוי – אשר לוקחת בחשבון את אמון הציבור בממשלה ובמי שעומד בראשה – אפשר בהחלט לראות בעבירות המס של דרעי עבירות חמורות שדבק בהן קלון. ברם, בצאתי מן ההנחה שהונחה על ידי היועמ"ש, שכאמור מאשרת את חוקתיותו ואת תקפותו של סעיף 6(ג)(1) החדש לחוק יסוד: הממשלה, הנני מתקשה להסכים עם תשובה זו. לטעמי, ראש הממשלה בהחלט רשאי לכלול במניין שיקוליו את הכלל "אין כלא – אין קלון" אשר עולה מהאמור בסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה.

38. לזאת אוסיף את המובן מאליו: באומרי את אשר אמרתי על אודות עמדתה של היועמ"ש, איני משנה כהוא זה ממסקנתי לפיה מינויו של דרעי אינו יכול לעמוד – זאת, כאמור, מטעמי השתק ומניעות, ומטעמים אלו בלבד.

39. ברצוני לומר מילים אחדות גם על חוות דעתה של חברתי, השופטת **ד' ברק-ארז**. דרישת ההגינות עליה נסמכת חברתי בחוות דעתה וכלל המניעות, אשר נגזר מדרישה זו, מתכתבים היטב עם הרציונל של יושרה אשר עומד בבסיסה של דוקטרינת ההשתק השיפוטי. האמור בחוות דעתה של חברתי מקובל עלי אפוא לחלוטין ככל שבבסיסו עומד הרעיון הזהה לזה אשר עומד מאחורי דוקטרינת ההשתק השיפוטי וכללי המניעות הנלווים אליה.

40. לבסוף, אענה לכ-400,000 בוחרים ובוחרות שנתנו את קולם למפלגת ש"ס ולעומד בראשה. ראשית, אציין כי הציבור הנכבד הזה נתן את קולו לבחירתו של דרעי כנציגו בכנסת, וממילא לא בחר את שרי הממשלה. גדולה מכך: בחירתו של אדם לכהונה בכנסת ועלייתו לאיגרא רמא של הממשלה אינה מקנה לאותו אדם זכויות יתר, אינה פוטרת אותו מחובותיו המשפטיות ואינה נותנת לו פטור מתוצאותיהם של הליכים משפטיים, פליליים או אזרחיים, בהם הוא היה מעורב כנאשם או כנתבע – משל היה מלך שאינו אחראי לעוולותיו ("The King can do no wrong"). במשטרנו המשפטי, אשר חרט על דגלו את העיקרון של שלטון החוק, כולם שווים בפני הדין. אנשים רמי מעלה אינם נמצאים מעל הדין, והאזרח הפשוט אינו נמצא מתחתיו (ראו: בג"ץ 2534/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1, 13 (1997); בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969)). כולנו מרכינים את ראשינו בפני הדין, ואילו הדין אינו מרכין את ראשו בפני איש.

ש ו פ ט

<u>השופט י' עמית:</u>

אני מצטרף לפסק דינה של חברתי הנשיאה, ואוסיף מספר הערות משל עצמי.

פתח דבר

1. אי היציבות הפוליטית בישראל בשנים האחרונות, כפי שבאה לידי ביטוי בחמש מערכות בחירות תוך כשלוש שנים וחצי, קולעת את מערכת המשפט פעם אחר פעם ל"חלום בלהות חוקתי" ולעין הסערה הפוליטית. בד בבד, למרבה הצער, אנו עדים לירידה ברף הנורמות הערכיות והמוסריות שנבחרי הציבור מציבים לעצמם, כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון לחוק יסוד: הממשלה (להלן גם: **חוק היסוד**) נושא דיון זה. אך נזכיר כי גם אמת, הגינות, יושר, ניקיון כפיים, טוהר השירות הציבורי – כל אלה הם חלק מהדרישות שהציבור מצפה להן מנבחריו ובכיריו.

2. "אשריה חברה שתרבות ה- it isn't doneמוטמעת באורחות השלטון שבה. אשריו בית-משפט שלא הוטל עליו להכריע בנושאים שתרבות ה-it isn't done מכריעה בהם, ובעצם הכרעתה מרחיקה היא אותה מחצרו" (דברי השופט **מ' חשין** בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נז(6) 817, 918 (2003) (להלן: עניין **הנגבי הראשון**) אגב מינויו של הנגבי לתפקיד השר לביטחון פנים). אך מדינת ישראל אינה מדינה של it isn't done, ושלא בטובתנו אנו נדרשים לנושאים שלא חזו ראשונים.

3. הייתה זו הכנסת אשר כבר בשנת 1950 קיבלה את החלטת הררי שלפיה "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (דברי הכנסת 5, 1743 (התש"י)). וכפי שנזדמן לי לומר:

> "יום חקיקתו של חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד אמור להיות יום חגיגי שבו הכנסת לובשת לבן ומצטחצחת בהתרגשות לקראת המאורע ולא יום קטנות פוליטי" (בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסקה 4 לפסק דיני (23.5.2021)).

אך אוי לאותה חוקה, שנעשתה על ידי הכנסת כחומר ביד היוצר – לא כאבן בידי המסתת ולא כיריעה ביד הרוקם, אלא כפלסטלינה בידי המכונן. יציבות חוקתית? תרבות תיקון חוקתית (amendment culture)? מן הסתם מונחים שאינם הולמים את תנאי הארץ ותושביה:

> "קצרים היו ימי שני חייה של הכנסת ה-23, משך כתשעה חודשים בלבד, אך במהלך תקופה קצרה זו תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים (!!!) בהוראת שעה, בגדר שיא אולימפי בתיקוני חוקה למרחקים קצרים (לשם השוואה, החוקה בארצות הברית התקבלה בשנת 1787 ומאז, בחלוף למעלה ממאתיים ושלושים שנה, התקבלו 27 תיקונים לחוקה)" (שם).

כאמור, הדברים נאמרו ביחס לכנסת ה-23, אך דומה כי לנוכח התיקון הנוכחי לחוק יסוד: הממשלה, כוחם יפה גם כעת.

מינוי שר לאחר הרשעה בפלילים

4. עודנו באים לעיצומם של דברים, ולנוכח העושר הפסיקתי בכל הקשור בנושא מינוי בכירים, אבקש לנצל את ההזדמנות ולסווג ולמיין את הנושאים השונים הכרוכים באותו משולש של טוהר מידות – מינהל תקין – אמון הציבור, שילוש שהפסיקה חזרה וציינה בהקשר של נושא הכשירות והסבירות במינוי בכירים ("כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד").

ניתן להצביע על שלושה מצבים שאליהם התייחסו החקיקה והפסיקה:

מצב א': בעקבות חקירה פלילית שאמנם לא הסתיימה בהגשת כתב אישום, אך הניבה המלצה משטרתית להעמדה לדין (כמו פרשת "דרך צלחה" שנדונה בעניין **הנגבי הראשון**) או הניבה המלצת פרקליטות להעמדה לדין (כמו פרשת בר-און-חברון, שם אימץ היועץ המשפטי לממשלה את המלצת הפרקליטות להעמיד לדין את דרעי, אך בהמשך נמלך בדעתו והורה על סגירת התיק נוכח הרשעתו של דרעי ב"תיק האישי" וההליכים שננקטו נגדו ב"תיק הציבורי").

מצב ב': בעקבות הגשת כתב אישום (לדוגמה, פרשות דרעי-פנחסי בעניינם של השניים – בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993); ובג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין **פנחסי**); ופרשת הטלת המנדט בעניינו של ח"כ נתניהו – בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (6.5.2020, 20.5.2020) (להלן: עניין **הטלת המנדט**)).

מצב ג': בעקבות הרשעה (כמו המצב בעתירה דנן; כמו בעניינו של דרעי בבג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (13.8.2015) (להלן: עניין **דרעי השני**); כמו המצב שנדון בבג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ** (12.2.2015) (להלן: עניין **הנגבי השני** אגב מינויו לתפקיד סגן שר החוץ)).

5. שלושה מצבים אלה – לאחר המלצה להעמדה לדין או לאחר הגשת כתב אישום או לאחר הרשעה – הוסדרו בחקיקה ונבחנו בפסיקה אל מול עובדי ציבור ונבחרי ציבור כלהלן:

(-) עובד ציבור ובעל משרה ציבורית (לדוגמה, מינויו של גינוסר, שקיבל חנינה ולא הורשע, לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון – בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993) (להלן: עניין **אייזנברג**); מינויו של איתמר רבינוביץ לשגריר ישראל בארצות הברית לאחר תשלום כופר בגין עבירות מס ומטבע – בג"ץ 194/13 **שגב נ' שר החוץ**, פ"ד מט(5) 57 (1995)).

(-) חבר מועצה ברשות מקומית (לדוגמה, בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר**, פ"ד סו(3) 135 (2013) (להלן: עניין **ראשי הערים**) – בשלב הגשת כתב אישום; ובעניינו של צבי בר – בג"ץ 4888/10 **ליליאן נ' ראש עירית רמת גן ויו"ר הוועדה המקומית לתכנון ובניה** (27.12.2010) – בשלב החקירה, ובג"ץ 5141/11 **ליליאן נ' ראש עיריית רמת גן ויו"ר החברה הכלכלית לרמת גן** (14.7.2013) – בשלב הגשת כתב אישום; ולאחר הרשעה – סעיף 7(ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965; סעיף 20 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975; סעיף 6ב לחוק המועצות האזוריות (בחירת ראש המועצה), התשמ"ח-1988; סעיף 120(8) לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 101(7) לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950; סעיף 19(ב) לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958).

(-) חבר כנסת (סעיף 6(א) לחוק יסוד: הכנסת – לאחר הרשעה).

(-) שר בממשלה (סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה – לאחר הרשעה).

(-) ראש ממשלה (סעיף 18 לחוק יסוד: הממשלה – לאחר הרשעה).

בתיקון הנוכחי של חוק היסוד, ביקשה הכנסת **להוריד** את רף הכשירות של שר והשוותה אותו לרף הכשירות של חבר כנסת (בהבדל אחד – בעניינו של חבר כנסת המאסר בפועל צריך להיות של שלושה חודשים לפחות, תנאי שממילא מתקיים כמעט תמיד, שעה שבית המשפט מורה על מאסר בפועל). בעקבות התיקון הנוכחי לסעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה, רק עונש מאסר **בפועל** מפעיל את "חזקת הקלון" שאותה יכול להסיר יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, וזאת, על אף שאחריותו וסמכויותיו של שר מצדיקות מבחן כשירות מחמיר יותר משל חבר כנסת.

עניינו שלנו בהצלבה כלהלן: מינוי לתפקיד **שר** במצב **שלאחר הרשעה**.

6. כאמור, מצטרף אני לדעתה של הנשיאה כי יש לפסול את מינויו של דרעי בשל אי סבירות קיצונית שנפלה במינוי ומשכך איננו נדרשים לעילה החוקתית, הגם שהדברים אינם נקיים מקשיים. אני מסכים גם כי דרעי יצר מצג שווא בפני בית משפט השלום. לכל אלה אתייחס בהמשך, אך תחילה אומר מילים מספר על התנהלותו של דרעי בפרשה שלפנינו.

התפטרות מהכנסת לפני גזר הדין ושינוי החוק לאחר הבחירות

7. דרעי הועמד לדין בגין עבירות מס, כמפורט בפסק דינה של הנשיאה. עובר להצגת הסדר הטיעון ומתן גזר הדין בעניינו, הצהיר דרעי כי בדעתו להתפטר מהכנסת. לנוכח הצהרה זו, נכתב בסעיף 4 להסדר הטיעון כלהלן: "רשמנו בפנינו את הודעת הנאשם בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה **לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית**". מסעיף זה משתמע בבירור כי אילולא הצהרתו של דרעי, היה היועץ המשפטי טוען לקלון. ככל שהיו ספקות למאן דהוא, הרי שבתשובת היועצת המשפטית לממשלה הובהר כי היועץ המשפטי לממשלה דאז סבר כי בעבירות שבהן הואשם דרעי על פי הסדר הטיעון דבק קלון, ועמדה זו עוגנה בתרשומת פנימית.

עובר להצגת הסדר הטיעון בבית משפט השלום, הגישה העותרת דכאן עתירה שבה נתבקש היועץ המשפטי לממשלה להודיע כי בדעתו לבקש מבית משפט השלום להטיל קלון על ח"כ דרעי. העתירה הוגשה מתוך חשש כי "התפטרותו של ח"כ דרעי היא בבחינת 'קונץ-פטנט' שנועד לסלול את דרכו חזרה לכנסת, כשר או כחבר כנסת, לבחירות הבאות" (בג"ץ 8954/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (17.1.2022) (להלן: **בג"ץ 8954/21**)). העתירה נדחתה לנוכח הוראת סעיף 42א לחוק יסוד: הכנסת, הקובע כלהלן:

הפסקת חברות של חבר הכנסת

42א. (א) **חבר הכנסת שהורשע** בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם

> העבירה קלון, **תיפסק חברותו בכנסת** ביום שפסק הדין נעשה סופי, ואין נפקא מינה אם העבירה נעברה בזמן שהיה חבר אותה הכנסת, חבר כנסת קודמת או לפני שהיה לחבר הכנסת.

התפטרותו של דרעי מהכנסת, באה בבירור על מנת לחמוק מהאפשרות שבית המשפט יקבע כי יש עם העבירה קלון ועל מנת לחמוק מכוונתו של היועץ המשפטי לממשלה לדרוש קביעת קלון אם דרעי לא יתפטר מהכנסת. כפי שאמרנו בפסקה 5 סיפא לפסק הדין בבג"ץ 8954/21 הנ"ל: "**רשמנו לפנינו כי במקרה כאמור, היועמ"ש יביע את עמדתו לעניין הקלון**".

8. ויהי אחר הדברים האלה, לאחר הבחירות לכנסת ה-25, ביקש דרעי לכהן כשר וראש הממשלה ביקש למנותו כשר. ברם, בנקודת זמן זו, היה על ראש הממשלה לפנות אל יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לשם קביעת היעדר קלון, על פי הוראת סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו דאז. אלא שבמקום לילך בדרך המלך, תוקן חוק היסוד, והכל כמפורט בפסק דינה של הנשיאה. בכך, שימש התיקון לחוק היסוד כ"דלת אחורית" להכנסתו של דרעי לממשלה, מבלי שיידרש לעבור תחילה בדרך המלך המחייבת קביעה של יו"ר ועדת הבחירות אם בהרשעה "קלונית" עסקינן אם לאו.

שני צעדים אלה – תחילה התפטרות מהכנסת ובהמשך תיקון חוק היסוד – נועדו אפוא להרחיק את דרעי מהחשש שיוטל עליו קלון. בהליך שלפנינו שלפה היועצת המשפטית לממשלה את חץ הקלון שטמן באשפתו היועץ המשפטי הקודם (לנוכח התפטרותו של דרעי מהכנסת עובר למתן גזר הדין בתיק עבירות המס), ושיגרה את החץ אל דרעי בציינה כי גם לדעתה יש קלון בהרשעתו. לא עצם ההרשעה בפלילים יוצרת את הקלון, "הקלון שבהתנהגות מסוימת אינו נובע מן העובדה שההתנהגות הזו מהווה עבירה פלילית. הקלון נובע מכך, שהתנהגות זו נראית כבלתי מוסרית" (רות גביזון "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה צבורית" **משפטים** א 176, 180 (1968)).

9. בנקודה זו אסתייג מאמירתו של חברי, השופט **א' שטיין**, שממנה משתמע כי בעקבות תיקון סעיף 6(ג) לחוק היסוד, המחוקק קבע את הכלל "אין כלא – אין קלון". המחוקק אכן הוריד את תנאי הכשירות בכך שקבע כי חזקת הקלון לא תחול מקום שבו לא נפסק מאסר בפועל, אך אין משמעות הדבר קביעה שאין קלון בכל הרשעה ובכל גזר דין שאינו כולל מאסר בפועל. ברי כי כל בית משפט אשר דן בענייננו של נבחר ציבור רשאי לקבוע כי יש בעבירה קלון, גם אם אינו מטיל מאסר בפועל.

אופי העבירות שבהן הורשע דרעי

10. הנשיאה עמדה בפסק דינה על העבירות שבהן הורשע דרעי, ולא אחזור על הדברים. סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 קובע כלהלן:

> 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).

ודוק: אין מדובר בכשל טכני, אלא בעבירה שבוצעה **ביודעין**. בתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין, עוסקים לא אחת בעניינם של עורכי דין שנתנו ידם למסירת הצהרה כוזבת ביודעין לרשויות המס. כך, נאמר בעל"ע 8280/05 **הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' שלם** (7.12.2005), שם נדון עניינה של עורכת דין שהושעתה לפרק זמן של מספר חודשים בשל עבירה על סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין:

> "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 דוגמא ומופת להקפדה על שמירת החוק וטוהר מידות" (שם, פסקה 8).

הדברים נכונים לגבי עורכי דין מן השורה, ונכונים גם, שמא על דרך של קל וחומר, על שר בממשלת ישראל.

11. מאלף להשוות את המקרה שלפנינו למקרה שנדון בבג"ץ 8290/03 **אלחלים נ' יו"ר ועדת הבחירות** (24.9.2003). שם ביקש העותר, בשנת 2003, להתמודד בבחירות לרשויות המקומיות כמועמד לראשות מועצה מקומית או לחלופין כחבר במועצה המקומית. העותר הורשע בשנת 1997 בעבירה של ניכוי ביודעין של מס תשומות שלא על פי חשבונית מס שהוצאה כדין, עבירה שבוצעה בשנים 1992-1991, שבגינה הושת עליו מאסר בפועל של חמישה חודשים אותם ריצה בעבודות שירות. משכך, נקבע כי לא נסתרה חזקת הקלון והוא אינו כשיר להתמודד בבחירות וכי "מינויו של העותר לתפקיד עליו מבקש הוא להתמודד יפגע באמון הציבור הרחב בנבחרים, באינטרסים החיוניים של השרות הציבורי ויתווה נורמות פסולות של הגיינה ציבורית". אכן, העבירה שבה הורשע המערער באותו מקרה חמורה מזו שבה הורשע דרעי, אך מנגד, באותו מקרה חלף זמן רב מעת ביצוע העבירות, בעוד שבענייננו המדובר בעבירות שבהן הורשע דרעי אך לאחרונה.

התיקון לחוק היסוד

12. איני רואה להוסיף על דברי הנשיאה ודברי חבריי, המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן** והשופטת **ד' ברק-ארז**, בנושא זה ואסתפק בשתי הערות.

א. אף אני סבור כי התיקון לחוק היסוד הוא בגדר תיקון משנה ולא תיקון מבהיר, כפי שהוסבר על ידי הנשיאה בפסקאות 38-42 לפסק דינה. כך כאמור סברו גם הכנסת והיועצת המשפטית לממשלה. מצב דברים זה היה ידוע לעוסקים במלאכה. לא בכדי, נמנע בית משפט השלום מלכתחילה מלהטיל על צחי הנגבי עונש של מאסר על תנאי, על מנת שלא למנוע בעדו לחזור ולכהן כשר:

> "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" (כפי שצוטט בעניין **הנגבי השני** בפסקה 4).

ב. תוכנו של התיקון הוא בגדר נורמה כללית וקבועה, אשר כשלעצמה אין בה פסול, הגם שניתן להצר על הורדת רף הכשירות שהנורמה החדשה מבטאת. ברם, דומה כי זו הפעם הראשונה של חקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר המידות, על מנת לתפור את חוק היסוד למידותיו של דרעי עוד טרם הקמת הממשלה. אף דומה כי זו הפעם הראשונה שחקיקה פרסונלית בתחום הרגיש של טוהר מידות נעשית בבהילות כה רבה, כדי כך שנקבע באופן כמעט חסר תקדים, כי תחולתו של התיקון היא מיום קבלת התיקון בכנסת, חלף המועד של פרסום החוק ברשומות.

סבירות המינוי

13. נעמיד עצמנו בנעלי היועץ המשפטי לממשלה, בנעלי דרעי ובנעלי הנשיא **ש' הרבסט** בבית משפט השלום, בעת שגזר את הדין. נגד עיני הצדדים ונגד עיני בית המשפט עמד הנוסח הקודם של סעיף 6(ג) לחוק היסוד, והם ידעו בידיעה שאין ברורה הימנה, כי הטלת עונש מאסר על תנאי, תחייב את ראש הממשלה, ככל שיבקש למנות את דרעי לשר, לפנות אל יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, על מנת שידון בנושא הקלון. הדבר היה ברור לכל הצדדים, גם למדינה וגם לדרעי בעת שחתמו על הסדר הטיעון. בית משפט השלום הטיל עונש "מכובד" של מאסר על תנאי של שנה ולתקופה המכסימלית של שלוש שנים.

נקודת המוצא של המחוקק היא שהרשעתו של שר בעבירה שיש עמה קלון מחייבת את הפסקת כהונתו (סעיף 23(ב) לחוק יסוד: הממשלה). במקרה דנן, דרעי חמק משאלת הקלון בפני בית משפט השלום בהתפטרותו מהכנסת, וחמק משאלת הקלון בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית על ידי שינוי חוק היסוד, ביודעו כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דאז, יש בעבירות שבהן הורשע משום קלון.

14. תנאי הכשירות מקרינים מטבע הדברים על סבירות המינוי: "למגבלות הסטטוטוריות למינוי ישנה הקרנה על אמות המידה הערכיות הנדרשות בעיני המחוקק לצורך מינוי" (בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, בפסקה 24 (6.12.2007) (להלן: עניין **אמונה**); "על ההקרנה של מגבלת הכשירות הקבועה בחוק על מתחם שיקול הדעת של הגורם הממנה, עמד בית משפט זה בעניין אמונה" (דברי השופטת **א' חיות** בעניין **דרעי השני**, פסקה 19).

ככלל, "עברו הפלילי של מועמד למשרה ציבורית הינו שיקול רלוואנטי, אשר הרשות הממנה רשאית וחייבת לקחתו בחשבון שיקוליה בטרם ייעשה המינוי [...] **מינויו של בעל עבר פלילי – ובעיקר בעל עבר פלילי מכביד כגון מי שעבר עבירה שיש עמה קלון – פוגע באינטרסים החיוניים של השירות הציבורי**. הוא פוגע בביצוע הראוי של התפקיד. הוא פוגע בסמכותו המוסרית והאישית של בעל התפקיד ובכוחו לשכנע ולהנהיג. הוא פוגע באמון שהציבור הרחב רוחש לרשויות השלטון" (עניין **אייזנברג**, עמ' 256-257, 262; ההדגשה הוספה – י"ע).

15. אכן, כ-400,000 איש בחרו ברשימת ש"ס בבחירות לכנסת ה-25 אך "**דין הבוחר אינו בא במקום דין המשפט** ואין הוא יכול להחליפו. אכן, דווקא עובדת היותו של אדם נבחר ציבור מחייבת אותו ברמת התנהגות קפדנית יותר, אתית יותר, מעובד ציבור 'רגיל'" (עניין **פנחסי**, עמ' 470; ההדגשה הוספה – י"ע); "דין הבוחר הוא אחד מן השיקולים [...] ובכל מקרה אין בכוחו של אינטרס זה להאפיל על עקרון שלטון החוק וטוהר המידות [...] דין הבוחר, שעל חשיבותו אין חולק, אינו חלופי לדין המשפט ולביקורת השיפוטית בנושא, והמשימה המוטלת על כתפו של כל אחד מאלה – הבוחר ובית המשפט – שונה באופן מהותי" (עניין **ראשי הערים**, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת **ע' ארבל**).

לאישור הכנסת את הממשלה הנבחרת יש ליתן משקל, אך "אין דין אישור הניתן על ידי הכנסת במסגרת מתן אמון בממשלה, שעניינו של השר הפרטני 'נבלע בו', כדין אישור למינויו של השר באופן ספציפי, שניתן לאחר דיון בהיבטיה השונים של הסוגיה" (בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 45 לפסק דינו של השופט **ס' ג'ובראן** (8.5.2016) (להלן: עניין **דרעי השלישי**); וראו עניין **הנגבי הראשון** בעמ' 933 בפסקה 67 לפסק דינו של השופט **מ' חשין**).

16. בעניין **דרעי השני** נאמר: "האמת צריכה להיאמר, האיזון הנדרש במקרה דנן בין השיקולים הנוגדים הינו מורכב ואיננו נטול קשיים. ניתן אף לומר כי מינויו של דרעי לתפקיד שר מצוי **על גבול מתחם הסבירות**" (שם, פסקה 23; ההדגשה הוספה – י"ע).

בעניין **דרעי השלישי** סבר השופט **ג' הנדל** (בדעת מיעוט) כי הגם שמינויו של דרעי לשר אושר בעניין **דרעי השני**, הרי שמינויו לתפקיד שר הפנים חורג ממתחם הסבירות.

הנה כי כן, עוד לפני ההרשעה החדשה, הייתה הווה אמינא של ממש אם ראוי דרעי לשמש כשר הפנים. כיום, לאחר ההרשעה החדשה בעבירות מס, דומה כי הוסרו הספקות לעניין אי סבירות מינויו לשר הפנים ושר הבריאות, ובהמשך, לשר האוצר, הממונה על רשות המיסים והכנסות המדינה ממיסים. ההרשעה הנוספת של דרעי היא השלב הנוסף בסולם, אשר מעביר אותנו מ"גבול מתחם הסבירות" אל מחוץ למתחם. כבר אין מדובר אך ברבב שדבק בשר, אלא בהצטברות: "תלמיד חכם שנמצא רבב על בגדו – חייב מיתה (**שבת**, קיד, א). פלוני שנמצא רבב על בגדו – שר וקצין יהיה לנו?" (דברי השופט **מ' חשין** בעניין **הנגבי הראשון**, עמ' 915).

הפסיקה נתנה סימנים כדי לזהות אי סבירות במינוי, והגם שהדברים נאמרו לגבי עובד ציבור, כוחם יפה גם למינויו של שר:

> "לא הרי מי שעבר עבירה בילדותו כהרי מי שעבר עבירה לאחר שבגר; לא הרי מי שעבר עבירה אחת כהרי מי שעבר עבירות הרבה; לא הרי מי שעבר עבירה קלה כהרי מי שעבר עבירה חמורה; לא הרי מי שעבר עבירה בנסיבות מקילות כמי שעבר אותה עבירה עצמה בנסיבות מחמירות; לא הרי מי שעבר עבירה והביע חרטה עליה כהרי מי שעבר עבירה ולא הביע כל חרטה עליה; לא הרי מי שעבר עבירה 'טכנית' כהרי מי שעבר עבירה שיש עמה קלון; לא הרי מי שעבר עבירה לפני שנים הרבה כהרי מי שעבר עבירה אך לאחרונה; לא הרי מי שעבר עבירה כדי לקדם את ענייניו שלו כהרי מי שעבר עבירה תוך שירות המדינה" (עניין **אייזנברג**, עמ' 262).

דומה כי בענייננו של דרעי התמלאו כל הסממנים, וגם אם חיסר אחת מכל סממניה – הצטברות הסממנים הנותרים שוללת את סבירות המינוי. על רקע האמור לעיל, חזרתו של דרעי לכנסת זמן קצר לאחר התפטרותו מהכנסת והרשעתו, אינה מניחה את הדעת גם מן הפן הערכי (השוו לעניין **ראשי הערים**, פסקה 50 לפסק דינה של השופטת **מ' נאור**).

17. ולבסוף, קשה להתעלם מכך שדרעי, ככל הנראה מתוך רצון לחזק ולבצר את מעמדו של הסדר הטיעון, יצר מצג בפני בית משפט השלום, הן בדבריו והן בשתיקתו, לנוכח טיעוני התובע שהפליג בדבריו על כך ש"אמירתו הציבורית של הנאשם **ופרישתו מחייו הפוליטיים** משקפים כי **פיו וליבו שווים**". דרעי שמע את הדברים ולא מיחה ולא ביקש לתקן, ורק כעת הוא מבקש להבהיר את אותה "אי הבנה" שנפלה לשיטתו בעת הצגת הדברים בפני בית המשפט. שנינו ולמדנו כי "מָוֶת וְחַיִּים בְּיַד לָשׁוֹן" (**משלי** יח, כא), והיה על דרעי להיזהר בדבריו. הכרזתו של דרעי לתקשורת ולציבור יום לאחר מתן גזר הדין, אך תורמת לנופך הכללי של חוסר תום הלב שנלווה למהלך בבית משפט השלום.

סוף דבר, מצטרף אני לתוצאה שהוצעה על ידי הנשיאה.

ש ו פ ט

<u>השופטת י' וילנר:</u>

1. במסגרת העתירות שלפנינו מתעוררת השאלה, אם יש מקום להתערבות שיפוטית בהחלטת ראש הממשלה למנות לתפקיד שר את חבר הכנסת אריה מכלוף דרעי (להלן: **דרעי**), בעיקר לנוכח עברו הפלילי והתנהלותו סביב ההליך בבית משפט השלום, שגזר את דינו לפני כשנה.

שאלה זו קשורה בטבורה לסוגיית טוהר המידות של עובדי הציבור ונבחריו, ולכן אקדיש מילים מספר לסוגיה זו בטרם אציג את עמדתי בשאלה שעל הפרק.

2. חשיבות רבה נודעת לשמירה על טוהר המידות של אישי ציבור, והדבר נלמד, בין היתר, מהביטוי הנרחב של עיקרון זה בחוקי היסוד (ראו: סעיף 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה; סעיף 6(א) לחוק-יסוד: הכנסת; וסעיף 20(א) לחוק-יסוד: נשיא המדינה) ובחקיקה ראשית (ראו: חוק לעידוד טוהר המידות בשירות הציבור, התשנ"ב-1992; סעיף 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963; סעיף 46 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; סימנים ד'-ה' לפרק ט' בחוק העונשין, התשל"ז-1977; חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ם-1979). גם בפסיקה הודגשה, חזור והדגש, חיוניות השמירה על יושרו של השירות הציבורי, כחלק מאיכותו הערכית-מוסרית, המקצועית והתפקודית; וכן כבסיס לאמון הציבור בעובדיו ובנבחריו, שהוא תנאי הכרחי לפעילותן התקינה של מוסדות השלטון (ראו: בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פס' 14 לחוות-דעתה של השופטת **א' פרוקצ'יה** (6.12.2007) (להלן: **עניין אמונה**)). כמו כן, כך נקבע באחת הפרשות:

> "מינויו של בעל עבר פלילי – ובעיקר בעל עבר פלילי מכביד כגון מי שעבר עבירה שיש עמה קלון פוגע באינטרסים החיוניים של השירות הציבורי. הוא פוגע בביצוע הראוי של התפקיד. הוא פוגע בסמכותו המוסרית והאישית של בעל התפקיד ובכוחו לשכנע ולהנהיג. הוא פוגע באמון שהציבור הרחב רוחש לרשויות השלטון. השירות הציבורי צריך – בלשונו של ראש הממשלה, דוד בן גוריון, בהציגו את הצעת חוק שירות המדינה, בכנסת בקריאה ראשונה – להיות 'מבטח לכל אזרח, משגב למדינה וכבוד לעצמם' (ד"כ 14 (התשי"ג) 1425)" (בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229, 265 (1993)).

עוד הודגש בפסיקה, כי "טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו" (שם, בעמ' 269); וכי "מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו" (בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5)

441, 470 (1993); וכן ראו: בג"ץ 4668/01 **ח"כ שריד נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(2) 265, 279-280 (2001); ע"פ 121/88 **מדינת ישראל נ' דרוויש**, פ"ד מה(2) 663, 692 (1991)).

3. גם עיון במקורות שופך אור על חשיבות הסוגיה, ולהלן אציין בתמצית דוגמאות מספר בהקשר זה. ראו, למשל, דברי דוד המלך: "מִי-יַעֲלֶה בְהַר-יְהוָה; וּמִי-יָקוּם, בִּמְקוֹם קָדְשׁוֹ: **נְקִי כַפַּיִם, וּבַר-לֵבָב**: אֲשֶׁר לֹא-נָשָׂא לַשָּׁוְא נַפְשִׁי; וְלֹא נִשְׁבַּע לְמִרְמָה" (תהילים כ"ד, ג'-ד'). גם מהציווי "וְהְיִיתֶם נְקִיִּם מֵה' וּמִיִּשְׂרָאֵל" (במדבר ל"ב, כ"ב), למדו חז"ל על החשיבות שבהבטחת התנהלות נקייה מבחינה ערכית-מוסרית של בעלי תפקידים ציבוריים, תוך הימנעות אף ממראית עין של היעדר-יושרה. בתוך כך, מסופר על בני משפחה שהייתה ממונה על הכנת הקטורת בבית המקדש, שמעולם לא יצאה כלה מבושמת מביתם, כדי שלא יאמרו הבריות שהתבשמה הכלה מהקטורת, אשר הייתה מיועדת רק למקדש (ראו: בבלי, יומא ל"ח, ע"א). דוגמא נוספת היא הקביעה, ש"אין עושין שררות על הציבור פחות משניים", כך שיהיה פיקוח הדדי, ועל-מנת למנוע חשד שמא התפקיד הציבורי מנוצל לרעה (בבלי, בבא בתרא ח, ע"ב). כמו כן, הודגשה הקפדתו של משה רבנו, להפקיד את מלאכת החשבונות של כספי הציבור בידי אחרים (ראו: שמות רבה, פרשה נ"א).

4. על רקע דברים אלה, אזכיר את עיקרי הנתונים הרלוונטיים לעברו הפלילי של דרעי, ולהתנהלותו סביב ההליך בבית משפט השלום, שגזר את דינו לפני כשנה.

(-) בשנת 1999 הורשע דרעי, בפרשת "התיק האישי", בעבירת שוחד, בעבירות מרמה והפרת אמונים ובעבירת קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, שבוצעו על-ידו שעה שכיהן כעוזר שר הפנים, כמנכ"ל המשרד וכשר הפנים; ונגזרו עליו ארבע שנות מאסר בפועל וקנס (ערעור שהגיש לבית משפט זה התקבל בחלקו ועונשו הועמד על שלוש שנות מאסר בפועל).

(-) בשנת 2003 הורשע דרעי, בפרשת "התיק הציבורי", בעבירת הפרת אמונים, בגין מעשים שביצע במהלך כהונתו כשר הפנים, ונגזרו עליו עונש מאסר על תנאי וקנס.

(-) בשנת 1997 אימץ היועץ המשפטי לממשלה דאז את המלצת פרקליטת המדינה, להעמיד את דרעי לדין בעבירות מרמה והפרת אמונים, סחיטה באיומים ושיבוש מהלכי משפט. זאת, בגין חשד כי פעל לקידום מינויו של עו"ד רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בשל הבטחה שלכאורה ניתנה לו מצד עו"ד בר-און, שיפעל לטובת ענייניו הפליליים של דרעי, בפרשות הנ"ל, אם ימונה לתפקיד היועמ"ש (פרשה זו נודעה בכינוי "בראון-חברון"). בשלהי שנת 2001 הודיע היועמ"ש על סגירת התיק נגד דרעי בפרשת "בראון-חברון", לנוכח הרשעתו ב"תיק האישי" והתקדמות ההליכים ב"תיק הציבורי", אך בהודעת היועמ"ש הודגש כי "היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה ראו בחומרה, אז כהיום, חשד לעסקה פוליטית למינוי יועץ משפטי שיהא להנחת דעתו של נאשם במשפט פלילי".

(-) בשנת 2020 נמחקו מהמרשם הפלילי העבירות שדרעי הורשע בהן במסגרת פרשות "התיק האישי" ו"התיק הציבורי", בהתאם לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019 (להלן: **חוק המידע הפלילי**).

(-) בחודש פברואר 2022 הורשע דרעי, על-פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעבירות מס בגין שני אירועים נפרדים. דרעי הורשע, בין היתר, בעבירת סיוע לעריכת "הצהרה, ידיעה או הודעה [...] ביודעו שאינן נכונות", לפי סעיף

98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; ובעבירת דו"ח וידיעות לא נכונים ללא הצדק סביר, לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **עבירות המס**). בגזר הדין אימץ בית משפט השלום את העונש שהוסכם בהסדר הטיעון וגזר על דרעי 12 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שלוש שנים, וקנס בסך 180,000 ש"ח.

(-) מספר ימים לפני הרשעתו בעבירות המס התפטר דרעי מכהונתו כחבר כנסת, ובשל כך הודיע בא-כוח המדינה לבית משפט השלום כי לא יטען בסוגיית הקלון ביחס לעבירות הנ"ל.

(-) גזר הדין בעבירות המס ניתן על רקע מצג שהציג דרעי לבית משפט השלום, שלפיו הוא פורש מהחיים הפוליטיים. כך, למשל, במסגרת דיון הטיעונים לעונש, הצהיר דרעי, בין היתר, כי "החלטתי [...] עם הזמן שנשאר לי להשקיע בצרכי ציבור [...] להמשיך לייצג את השכבות והציבור שאני מייצג בצורה אחרת גם אם לא מהכנסת [...] היה חשוב לי להדגיש. אני לוקח אחריות"; בא-כוחו של דרעי הדגיש כי מדובר ב"מטה לחמו לאחר 9 שנים כח"כ וכשר, הוויתור שלו יכול להיות במיליוני שקלים, צריך לחפש מאיפה להביא פרנסה עכשיו"; בא-כוח המדינה ציין במעמד זה כי יש לשקול לטובת דרעי את "פרישתו מחייו הפוליטיים משקפים כי פיו ולבו שווים".

(-) על רקע מצג זה, בגזר הדין נקבע כי יש לשקול לזכות דרעי, בין היתר, את "עזיבתו את הזירה הציבורית"; וצוין כי "כל החושש מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית ויטען כי קיימת בו מסוכנות בכל הכרוך במשאו ובמתנו בענייני ממון הרבים או היחיד – יוכל למצוא מנוח לחשש זה ולומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית".

(-) טרם יבשה הדיו על גזר הדין, כיממה לאחר נתינתו, ערך דרעי מסיבת עיתונאים והצהיר, בין היתר, כי "כולם יודעים שאם לא היו קוראים לי אריה מכלוף דרעי הנושא היה נפתר מול פקיד השומה"; וכי "אני לא הולך לשום מקום. אני ניצב על משמרתי כיו"ר תנועת ש"ס וממשיך לנהל את ענייני הציבור מכל מקום – מהכנסת, ממשרדי התנועה, מסיורים בשטח ומכל מקום שארגיש צורך להיות בו. אמשיך להשתתף בישיבות ראשי מפלגות האופוזיציה, לנהל את ישיבות סיעת ש"ס [...]".

(-) במהלך חודש דצמבר 2022 תוקן, בעקבות הצעת חוק פרטית שהגיש חבר כנסת מסיעת ש"ס, סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה. לפי נוסח הסעיף המתוקן, מי שנגזר עליו עונש מאסר על תנאי יהיה כשיר לכהן כשר, ללא צורך בבירור השאלה אם דבק בו קלון בשל מעשיו. מהדיונים בהצעת החוק שנערכו בכנסת עלה, באופן ברור ומפורש, כי התיקון האמור נועד לאפשר לדרעי לכהן כשר בממשלה.

(-) ביום 29.12.2022 הביעה הכנסת את אמונה בממשלה ה-37. דרעי הושבע כשר הפנים ושר הבריאות, כשלפי ההסכם הקואליציוני בין סיעות הליכוד וש"ס, בחלוף מחצית מתקופת כהונת הממשלה ימונה דרעי לתפקיד שר האוצר.

אלו אפוא עיקרי המצע העובדתי – בכל הנוגע לעברו הפלילי של דרעי ולהתנהלותו סביב ההליך המשפטי בעניין עבירות המס – אשר עמד, כך יש להניח, לנגד עיני ראש ממשלת ישראל בהחלטתו על מינוי דרעי לשר בממשלה.

5. אם כן, עלינו להכריע בשאלה אם לנוכח מצע עובדתי זה, ההחלטה למנות את דרעי לתפקיד שר בממשלת ישראל התקבלה כדין.

בנסיבות המקרה דנן, אף אני סבורה כי אין מנוס מן המסקנה, שלפיה התשובה לשאלה זו – שלילית.

6. אקדים ואומר כי לגישתי, הביקורת השיפוטית במישור שיקול הדעת, שהופעל בהחלטה על מינוי לתפקיד ציבורי, צריכה, ככלל, להיות מרוסנת, ולהיעשות "בזהירות רבה, בְּשׂוֹם שֵׂכֶל ובענווה" (ראו והשוו: בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שרת החינוך**, פס' 51 לחוות-דעתי (29.3.2022)). זאת, ביתר שאת, בכל הנוגע להחלטות ראש הממשלה שעניינן מינוי שרים והפסקת כהונתם, אשר קשורות בקשר הדוק לשיקולים פרלמנטריים ופוליטיים (עניין **אמונה**, בפס' 22). הדברים מקבלים משנה תוקף, כאשר תנאי הכשירות הראויים למינוי הנדון נקבעו בחקיקה, ועל בית המשפט להישמר, בהקשר זה, פן יימצא מוסיף עליהם תנאים שהמחוקק, או המכונן, לא התכוונו לקבוע (ראו והשוו: עניין **אייזנברג**, בפס' 50). במקרים אלו, לדעתי, על הביקורת השיפוטית להיות מופעלת בריסון רב, ואין להתערב בהחלטות מהסוג הנדון אלא במקרים חריגים וקיצוניים.

7. אם כן, גישתי האמורה, בדבר הריסון שיש לנקוט בביקורת שיפוטית בהקשר הנדון, נשענת במידה לא מבוטלת על הנחה עקרונית, שלפיה הסדרים חוקיים, לא כל שכן חוקתיים, ובפרט כאלה הנוגעים לתנאי כשירות, כבענייננו, נקבעים, מאחורי מעין "מסך בערות", הסדרים אלו מגובשים מתוך שאיפת המחוקק או המכונן לקבוע את תנאי הכשירות הראויים, על-בסיס ראייה רחבה של האינטרס הציבורי, להבדיל מאינטרסים פוליטיים צרים וקצרי-טווח.

8. ואולם, במקרה דנן, התיקון לסעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, שמגדיר כאמור את תנאי הכשירות הרלוונטיים לענייננו, אינו עומד בעיקרון חשוב זה. זאת, שהרי דומה כי אין חולק, שתכלית התיקון הייתה להכשיר את מינויו של דרעי לשר, לנוכח עברו הפלילי, תוך עקיפת הצורך להידרש להכרעה בשאלה אם דבק קלון במעשיו בעבירות המס. ובמילים אחרות, תנאי הכשירות לכהונת שר, כנוסחן בתיקון הנ"ל, נתפרו והוגמשו על מנת להלום את מידות עברו הפלילי של דרעי. בנסיבות חריגות אלו, נשמטת הקרקע תחת הצדקה מרכזית לגישה המשמיעה לנו לנהוג בריסון מיוחד בבואנו להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מהסוג הנדון.

9. בראי האמור, ולנוכח חשיבותו של עקרון טוהר המידות של אישי ציבור, כמובהר לעיל, יש לבחון אם ההחלטה על מינוי דרעי לשר באה בגדר המקרים החריגים והקיצוניים, שבהם הביקורת השיפוטית על ההחלטה תוביל להתערבות בה.

10. ויודגש: נקודת המוצא לבחינת שאלה זו נעוצה בפסקי דינו של בית משפט זה בבג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (13.8.2015) (להלן: עניין **דרעי השני**) ובבג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (8.5.2016) (להלן: עניין **דרעי השלישי**), שהם בבחינת הלכה מחייבת, שעל-פיה יש להכריע בענייננו.

כך, בעניין **דרעי השני** צוין, בין היתר, כי העבירות שביצע דרעי במסגרת ה"תיק האישי" וה"תיק הציבורי", הן עבירות מובהקות של שחיתות שלטונית, אשר מטילות על מבצען דופי מוסרי כבד; וכי לעבירות אלו מתווספים החשדות נגדו

בפרשת "בראון-חברון", שמהווים ראיות מינהליות לחובתו. מנגד, הודגש המשקל שיש להעניק לחלוף הזמן, הן מאז ביצע דרעי את מעשי העבירה הנ"ל, והן מאז סיים לרצות את עונש המאסר בגינם. לנוכח האמור, וכן, בין היתר, בשים לב לשיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בהקשר הנדון, ולכך שהכנסת הביעה אמון בממשלה, הכוללת את דרעי כשר, נפסק כי "מינויו של דרעי לתפקיד שר מצוי **על גבול מתחם הסבירות**" (שם, בפס' 23; ההדגשה הוספה – י"ו).

11. זהו, אפוא, הבסיס לדיוננו, שבגדרו יש לקחת בחשבון, בעיקרו של דבר, אף את משמעות הרשעתו של דרעי בעבירות המס, ואת התנהלותו סביב ההליך בבית משפט השלום, שגזר את דינו לפני כשנה, כמפורט לעיל.

12. כאמור, דרעי הורשע בביצוע עבירות מס, שהן עבירות חמורות המופנות, בעיקרו של דבר, נגד הציבור הרחב והקופה הציבורית (ראו, למשל: ע"פ 5529/12 **אוהב ציון נ' מדינת ישראל**, פס' 11 לחוות-דעתו של השופט **נ' הנדל** (9.11.2014); ע"פ 2636/12 **עזבון המנוח יהושע שלוש ז"ל נ' מדינת ישראל**, פס' 9 (5.3.2013)). הרשעתו בעבירות אלו מצטברת להרשעותיו החמורות בעבירות של קבלת שוחד ומרמה והפרת אמונים, שביצע בעודו מכהן בתפקידים ציבוריים רמי מעלה, לרבות תפקיד שר הפנים, במסגרת "התיק האישי" ו"התיק הציבורי", תוך שימוש בתפקידים אלו ככלי לביצוע העבירות. מכלול הנסיבות מלמד אפוא על דפוס חוזר מצד דרעי, של זלזול ופגיעה בשלטון החוק וביצוע עבירות פליליות שקורבנן הוא הציבור בישראל. דפוס זה עומד בסתירה לציפייה מאישי ציבור, ואף לחובה המוטלת עליהם, לשמור על עיקרון טוהר המידות, ולשמש, כאמור לעיל, דוגמא ומופת לעם, ולהיות נאמנים וראויים לאמון שאזרחי המדינה העניקו להם (אמנם, כאמור, בשנת 2020 נמחקו מהמרשם הפלילי העבירות מושא "התיק האישי" ו"התיק הציבורי". ואולם, לפי חוק המידע הפלילי, אף הרשעות שנמחקו הן בגדר נתון רלוונטי שיש לבחון במסגרת החלטה על מינויו של אדם לתפקיד שר, וראו חוות-דעתה של חברתי הנשיאה, בפס' 59; חוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן**, בפס' 8).

13. יתר על כן, **ושמא אף עיקר בענייננו**, דרעי יצר, כמתואר לעיל, מצג לפני בית המשפט שגזר את דינו בעבירות המס, כי הוא פורש מהחיים הפוליטיים. לנוכח מצג זה, כאמור, בגזר הדין נזקפה לזכות דרעי "עזיבתו את הזירה הציבורית"; וצוין כי ניתן "לומר בוודאות כי הנאשם לא ייגע עוד בצרכי ציבור הכורכים בתוכם עיסוק כלכלי, וזאת בשל התרחקותו מהזירה הציבורית", כך שמתפוגג החשש "מן הנאשם ומפגיעתו בקופה הציבורית". למרות המצג הנ"ל, אך יממה חלפה והנה דרעי מצהיר, קבל עם ועדה, כי הוא "לא הולך לשום מקום" וממשיך בעשייתו הפוליטית כיו"ר תנועת ש"ס, על כל המשתמע מכך. התנהלות זו של דרעי מבטאת זלזול בוטה בהליך השיפוטי, ומשדרת מסר – שקשה להפריז בחומרתו – לכל אזרח ובעל דין במדינת ישראל, שלפיו ניתן "לתמרן" את בית המשפט באמצעות מצגי-שווא והתחייבויות שאין כוונה לקיים. ברי כי אף בכך, פעל דרעי תוך הפרת עקרונות היושרה המחייבים אישי ציבור, בשים לב לחיוניות השמירה על טוהר המידות.

14. לא זו אף זו. מעבר למצג הנ"ל, להשלכותיו על גזר הדין ולהתנהלותו של דרעי מיד לאחר מכן, הרי שהתפטרותו מהכנסת לפני מתן גזר הדין נועדה, למעשה, למנוע מבית משפט השלום להכריע בשאלת הקלון בעניינו; והתחמקותו מהכרעה בשאלת הקלון הושלמה, עם שינוי תנאי הכשירות לכהונת שר, בעקבות הצעת חוק פרטית שהגיש חבר סיעת ש"ס לתיקון חוק-יסוד: הממשלה. אף תיקון זה, אשר נתפר במטרה להכשיר את מינויו של דרעי לשר חרף עברו הפלילי, תוך עקיפת הצורך בהכרעה בשאלת הקלון, מעורר אי נוחות ביחס לתפישת החוק והמשפט.

15. כל האמור לעיל, **במצטבר** – בהינתן הקביעות שנפסקו בפסק הדין בעניין **דרעי השני**, ובשים לב לחשיבות עיקרון טוהר המידות של אישי ציבור – מוביל למסקנה, חד-משמעית, שלפיה עניינו של דרעי עולה כדי מקרה חריג וקיצוני,

שאינו מותיר ברירה אלא להתערב בהחלטה על מינויו כשר בממשלה, חרף הריסון ואמות המידה המחמירות שיש להחיל על ביקורת שיפוטית בתחום זה.

16. ודוק: קיימים במקרה דנן שיקולים כבדי-משקל, אשר מושכים לעבר אי-התערבות ונקיטת ריסון מוגבר בהחלת הביקורת השיפוטית. מבין שיקולים אלו ניתן למנות, בין היתר, את שיקול הדעת הרחב המסור לראש הממשלה בהחלטות כגון דא; את האמון שהביעה הכנסת בממשלה הנדונה; ואת העובדה כי מאות אלפי אזרחים הצביעו בבחירות למפלגת ש"ס בראשות דרעי. אלא ששיקולים מסוג זה ניצבו, בעיקרו של דבר, כבר ביסוד ההכרעה בעניין **דרעי השני**, ולמרות אותם שיקולים, נפסק שם כאמור כי "מינויו של דרעי לתפקיד שר מצוי **על גבול מתחם הסבירות**". מאחר שפסק הדין בעניין **דרעי השני** משמש כנקודת מוצא מחייבת להכרעתנו, אין בשיקולים האמורים, כשלעצמם, כדי להטות את הכף לעבר מסקנה שלפיה מינויו של דרעי לשר יכול לעמוד.

17. **סוף דבר**: בשים לב לכל האמור לעיל, אני סבורה כי מינויו של דרעי לכהונת שר בממשלת ישראל ה-37 אינו יכול לעמוד, ומשכך מצטרפת אני לתוצאה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה.

בנסיבות אלו, איני נדרשת להביע עמדה בטענות שהוצגו בעתירות שלפנינו נגד תוקפו של התיקון האמור לחוק-יסוד: הממשלה. אסתפק, אפוא, בכך שאזכיר כי הלכה עמנו, שאין להתערב בחוק-יסוד מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אלא במקרים נדירים וקיצוניים (ראו, למשל, בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פס' 10 לחוות-דעתו של השופט **נ' הנדל**; פס' 6 לחוות-דעתה של השופטת **ד' ברק-ארז** (12.7.2021)); וכי ככלל, מניעיו של המכונן אינם, כשלעצמם, עילה להתערבות מכוח הדוקטרינה האמורה (שם, פס' 12 לחוות-דעתו של השופט **הנדל**; פס' 20 לחוות-דעתה של השופטת **ברק-ארז**; בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פס' 43 ו-62 לחוות-דעתה של הנשיאה **א' חיות** (23.5.2021)).

ש ו פ ט ת

<u>השופט ח' כבוב:</u>

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה **א' חיות**, אשר לאי-הסבירות הקיצונית שבמינויו של ח"כ אריה דרעי לשר בממשלה – זאת, נוכח צָבָר הרשעותיו בפלילים, כמו גם המצג שהציג בפני בית משפט השלום במסגרת עסקת הטיעון, בגדרי עניין עבירות המס. אי-סבירות זאת מחייבת, גם לטעמי, כי ראש הממשלה יפעיל את הסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה, ויורה על הפסקת כהונתו של ח"כ דרעי כשר הפנים ושר הבריאות.

גם אני סבור כי לא ניתן להלום את מינויו של דרעי כשר בהתאם לכללי המשפט המינהלי ופסיקת בית משפט זה, בדבר **ההבחנה בין** תנאי הכשירות להתמנות לתפקיד שר בממשלה לבין אופן הפעלת שיקול הדעת של ראש הממשלה, בהיותו הגורם הממנה (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון**

בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין פנחסי**). ולא למותר להזכיר, כי הלכה זו פרסה אברותיה אף מעבר לכהונתם של שרים או סגני שרים שהואשמו בפלילים (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת **ד' ברק-ארז** (27.05.2020)). כידוע, בנדון דידן מדובר במי שלחובתו שתי הרשעות קודמות, אליהן הצטרפה אך לאחרונה הרשעה חדשה, שבוצעה בעת כהונתו כחבר כנסת, ואשר בעטיה הוא עודנו נושא בעונש מאסר על תנאי. כפי שהיטב לבאר חברי, המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן**, לנתונים אלה משקל ממשי בשאלת סבירות המינוי (פסקאות 7-8, 11-13 לחוות דעתו).

שׂוּמָה עלינו לזכור ולהזכיר, כי ביסוד הלכת דרעי-פנחסי ניצב הצורך בהגנה על אמון כלל הציבור ברשויות השלטון, הגנה על טוהר המידות של השירות הציבורי ושימוש דוגמה לכיבוד נורמות חוקיות וציבוריות, שכן:

> "מי שנבחר על-ידי העם צריך לשמש מופת לעם, נאמן לעם וראוי לאמון שהעם נתן בו. על כן, כאשר נתונה לרשות שלטונית סמכות הפסקת כהונה, עליה לעשות בה שימוש כאשר בעל הכהונה פוגע באמון הציבור בשלטון, בין אם בעל הכהונה הוא נבחר (כגון חבר כנסת המכהן כסגן שר) ובין אם הוא עובד ציבור (כגון עובד מדינה ששר מוסמך לפטרו)" (עניין **פנחסי**, בעמוד 473).

2. ומעניין לעניין. קראתי בעיון רב את חוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז, שביקשה לחרוש תלם מובחן, במידה מה, מבחינת סבירות שיקול דעתו של הגורם הממנה, כמקובל; וכזה אשר מתמודד עם הקושי בהכפפת הגורם המתמנה לכללי המשפט המינהלי (כמפורט בפסקה 18 לחוות דעתה). לאחר שהפכתי בדברים, ועל אף שדברים אלה לא נעלמו מעיניי בעת בחינת סבירות המינוי, אני מסכים **גם** לדרך הילוכה, למסקנותיה ולעיקרי נימוקיה של חברתי השופטת **ברק-ארז**. לפיהם, יש בהתחייבויותיו ובהתנהלותו של ח"כ דרעי, ובפרט השינוי המהיר והחד בעמדתו בתוך יום אחד בלבד (כמתואר בפסקאות 13-14 לחוות דעתה), בפני בית משפט השלום בירושלים, **גם** כדי להקים נגדו מניעות מלקבל על עצמו מינוי כשר בעת הזו – בשל הפרה של חובת ההגינות שחלה עליו כלפי בית המשפט, כרשות מרשויות המדינה. כל זאת, בכפוף לאמור בפסקאות 33-34 לחוות דעתה של חברתי בנוגע למשכה של המניעות האמורה.

3. בנסיבות אלה ומשהגענו לתוצאה אליה הגענו, בדרך זו או אחרת, אין דרישה מוחלטת להכריע לגופם של דברים בשאלות החוקתיות, כבדות המשקל, שהונחו לפנינו (כפי שגם היטיב להבהיר חברי, המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן**, בפסקה 14 לחוות דעתו). ברם, בצד האמור, אבקש להוסיף הערה קצרה המשקפת את דעתי שלי, בנוגע לאופן הפעלת סמכותה המכוננת של הכנסת במקרה זה.

4. כידוע, בהחלטה הידועה גם כ'החלטת הררי' מיום 13.06.1950 נקבע, כי הכנסת הראשונה, שנבחרה כאסיפה המכוננת, לא תחוקק חוקה למדינת ישראל וכי החוקה תיכתב פרקים-פרקים, בדמות

חוקי יסוד, ואלו יתאגדו לבסוף לכדי חוקת מדינת ישראל (ד"כ 5, 1743 (תש"י)). על אף שחלפו למעלה משבעים שנה, זהו המצב עד ימינו-אנו. וכך, עד עתה, כוננה הכנסת בפועלה כרשות המכוננת, שלושה-עשר חוקי יסוד המסדירים את כללי המשטר, חלוקת התפקידים והסמכויות בין רשויות השלטון ומערכת היחסים בינן ובין עצמן ובינן ובין האזרחים (חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק-יסוד: נשיא המדינה; חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: משק המדינה; חוק-יסוד: הצבא; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק-יסוד: השפיטה; חוק-יסוד: מבקר המדינה; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: משאל עם; חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי).

5. במצב דברים זה, קרי בהיעדרה של חוקה שלמה ופורמלית ובהינתן המציאות מזה עשרות שנים, בה נורמות חוקתיות בישראל נקבעות, בהליך חקיקתי רגיל וללא הבחנה בין הכובע המכונן והכובע המחוקק, בניגוד להליכים המקובלים בעולם (הנס קלזן **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** 67-77 (יצחק אנגלרד מתרגם (תשס"ה)) – סבורני כי קיימת חשיבות לא מבוטלת, לשימור מערך האיזונים והבלמים העדין שקיים בין הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת (יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" **ספר רובינשטיין** 1349, 1379-1387 (2021)). למעשה, תיקונו של חוק היסוד בעניין המונח לפנינו, מדגיש ביתר שאת חשיבותם של הדברים (שם, בעמודים 1386-1387; אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443, 445 (התשנ"ה)), ובהקשר זה אין לי אלא להצטרף לדברי חברתי, הנשיאה **א' חיות**, בפסקאות 42-45 לחוות דעתה. תפקידו של בית המשפט בהקשר זה ברור עוד יותר בעיניי, נוכח המאפיינים הייחודיים של המערכת השלטונית-מוסדית בישראל, ובפרט ההשפעה הרבה, והכמעט בלעדית, של הממשלה על הליכי חקיקה בכנסת (בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסקה 32 לחוות דעתה של הנשיאה **א' חיות** (23.05.2021)).

6. ייאמר מיד, כי השאלה בדבר ביקורת שיפוטית על הוראה בחוקי יסוד, איננה חדשה, ו"עמדתה המסורתית" של הכנסת, בהקשר זה, אינה מקובלת עלי. שאלה זו נזכרה כבר בפרשת תנועת לאו"ר (בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990)), בפסק הדין בעניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 326-327, 394 (1995)), ובפסקי דין רבים זולתם (ראו: בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פסקה 1 לחוות דעתו של השופט **מ' מזוז** וההפניות שם (08.07.2021)). כפי שציינה חברתי, הנשיאה **א' חיות**, בפסקה 43 לחוות דעתה, המקרה שלפנינו מעורר קושי רב, ואף נקודת קיצון. שכן, לפנינו תיקון לחוק-יסוד שתכליתו לשנות את תנאי הכשירות שנקבעו לכהונת שרים, במטרה לאפשר לח"כ דרעי להתמנות כשר – מבלי שתקום חובה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות, כדי שזה יקבע האם נפל קלון בהרשעתו האחרונה בפלילים. הליך החקיקה המהיר, שהסתיים עוד בטרם הושלמה מלאכת הקמת הממשלה, ובהיעדר דיון ממצה במכלול השיקולים הרלבנטיים שהוצגו הן על-ידי הייעוץ המשפטי לכנסת הן על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה –

אומר, לטעמי, דרשני. תיקון חוק יסוד משטרי, הגם שנעשה תוך שימוש ברוב הנוכחי בכנסת בסמכותה המכוננת – אין בו כדי לתקף, כשלעצמו, את נכונות התיקון. שכן, "ביטויו העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהן, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה רבה" (דברי הנשיא **מ' שמגר** בע"ב 2/84 **ניימן נ' ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 261 (1984)).

ש ו פ ט

<u>השופט ד' מינץ:</u>

1. מצרף אני את עמדתי לעמדתה של חברתי השופטת **ד' ברק-ארז** על נימוקיה כי חה"כ הרב אריה מכלוף דרעי (להלן: **חה"כ דרעי**) מנוע מלכהן כשר, בתור מי שהציג בהליך הפלילי שהתנהל בעניינו מצג שווא שהיה בו כדי להשפיע על תוצאותיו של ההליך. משכך, גם לעמדתי דין העתירות להתקבל במובן זה שהצו על-תנאי יהפוך למוחלט ויוצהר כי מינויו של חה"כ דרעי פסול וחסר תוקף.

2. לא ראיתי לנכון לחזור על ציטוטי הפרוטוקולים וגזר הדין שניתן בעניינו של חה"כ דרעי בבית משפט השלום, התבטאויותיו החיצוניות, התגובות שהוגשו על ידו בהליכים שונים וכן הלאה. אלו צוטטו בהרחבה על ידי חבריי. כמו כן לא ראיתי לחזור על חוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת **ברק-ארז** בעניין. די לי לומר כי אני שותף למסקנה שהתמונה המתבהרת ועולה מאליה מכל החומר הרלוונטי היא של **מניעות משפטית** הקמה בעניינו של חה"כ דרעי **מלקבל על עצמו** תפקיד של שר, מכוח הצהרותיו והתנהלותו הדיונית שלו, מטעמיה של חברתי. כמו כן, בהתחשב בכך שלא נטען לפנינו לגבי **אורך התקופה** שבה חלה מניעות זו (הנעה, לעמדת חברתי, בין תקופה של כשלוש שנים ומחצה לבין צמיתות), אינני רואה לנכון להכריע בעניין, משאין מקום לספק כי בעת הנוכחית מניעות זו עומדת במלוא תוקפה. אציין גם, כי מצטרף אני למסקנה אליה הגיע חברי השופט **א' שטייף**, בהניחו תשתית דומה בלבוש שונה, לקיומם של השתק ומניעות המונעים את מינויו של חה"כ דרעי לתפקיד שר.

די לי בהתייחס להתנהלותו של חה"כ דרעי, לצטט מדברי הרמב"ם המפורסמים בהלכות דעות, פרק ב הלכה ו כי: "**אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי. ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב אלא תוכו כברו והענין שבלב הוא הדבר שבפה [...] ואפילו מילה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות**". והמבין יבין.

3. מסקנה זו על פיה די במניעות אשר חלה על חה"כ דרעי להתמנות לשר כדי להביא לפסילתו, מנותקת מבחינת מישור שיקול הדעת שהפעיל ראש הממשלה בהתייחס למינוי. כשלעצמי, ובניגוד לחוות דעתה של חברתי

הנשיאה, אליה הצטרפו מספר חבריי, אינני סבור כי מנקודת מבט הבוחנת את נסיבות המקרה בעיניו של ראש הממשלה ניתן להגיע למסקנה כי מדובר במינוי הלוקה בחוסר סבירות קיצוני. אסביר.

4. נקודת המוצא היא כי חוסר סבירות נמדד על פי אמת המידה של "האדם הסביר". כפי שהיטיב לתאר זאת השופט **א' ברק** בבג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1981) מקדמת דנא:

> "האדם הסביר בהקשר זה הוא עובד הציבור הסביר, העומד במקומו ובפתחו של עובד הציבור, שקיבל את ההחלטה. השאלה היא, אם כן, אם עובד ציבור סביר, הנתון במצבו של עובד הציבור, שקיבל החלטה פלונית, היה עשוי לקבל, בנסיבות העניין, אותה החלטה" (שם, עמ' 439-440).

ויודגש, הכלל לפיו בית משפט אינו מתיימר להיכנס בנעלי הרשות ואינו מתיימר להחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשיקול דעתו (וראו למשל: בג"ץ 10242/03 **מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה**, פ"ד נח(6) 673, 679 (2004); בג"ץ 43/16 **תנועת אומ"ץ – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל**, פסקה 38 (1.3.2016)), לא נאמר על דרך המליצה בלבד. משמעותו כי עילת הסבירות איננה מיועדת לקבוע מהי ההחלטה שעל הרשות המינהלית לקבל. הנחת היסוד היא כי קיים מתחם של החלטות סבירות, שבחירה בכל אחת מהן תעמוד בדרישת הסבירות (בג"ץ 8134/11 **אשר נ' שר האוצר, ד"ר יובל שטייניץ**, פסקה 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה **א' ריבלין** (29.1.2012); בג"ץ 3758/17 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט**, פסקה 35 (20.7.2017)). מתחם הסבירות ייקבע גם בהתחשב במעמדה ובמאפייניה המוסדיים של הרשות מפעילת הסמכות (דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 757 (2010); בג"ץ 2534/97 **חבר-הכנסת יונה יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(3) 1, 29 (1997)).

5. מהו אפוא מתחם הסבירות הרלוונטי לענייננו? תחילה אציין במבט על כי סמכות ראש הממשלה הנוגעת להרכבת הממשלה היא סמכות מיוחדת במינה, הן בשל מעמדו של ראש הממשלה והן בשל אופייה הפוליטי של סמכות זו. לפיכך, מתחם הסבירות בנוגע להפעלת הסמכות הוא רחב ביותר (בג"ץ 2533/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נא(3) 46, 58-59 (1997); בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 460 (1993); בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, מר אריאל שרון**, פ"ד נז(6) 817, 846 (2003) (להלן: עניין **הנגבי**)). הנחת היסוד היא כי מדובר בסוגיה המערבת מעצם טבעה שיקולים פוליטיים, פרלמנטריים ומפלגתיים כאלה ואחרים, כאשר הרכיב הפוליטי שבה הוא אף זה שמכתיב בין היתר שיקול דעת רחב מאוד ומתחם התערבות צר ביותר של בית המשפט (ראו למשל: בג"ץ 1400/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה**, פסקה 9 (6.3.2006); עניין **הנגבי**, עמ' 847-848).

6. מתחם שיקול הדעת הרחב נועד לקדם את יכולתה של הממשלה לתפקד כראוי, וביסודו עומד "האינטרס הציבורי להבטיח את יציבותה של הממשלה ואת יכולתה לעמוד במשימותיה" (בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האשה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט**, פ"ד סב(3) 445, 477 (2007-2008)). צמצום גדר ההתערבות הינו גם פועל יוצא של קיומה של הביקורת הפרלמנטרית על מינויים של שרים בממשלה, נוכח הוראת סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקובע כי "הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם" (וראו: בג"ץ 232/16 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 28 (8.5.2016); בג"ץ 3059/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל**, פסקה 24 (10.11.2015)). על כך יש להוסיף כי '"הבחירות לכנסת מהוות יישום של כלל ההכרעה היסודי במשטר הדמוקרטי – הכרעה על פי עמדות הרוב' [...] לב ליבו של התהליך הדמוקרטי הוא האפשרות לתרגם את הקולות שקיבלו חברי הכנסת, כנציגיו הנבחרים של העם, לכדי השפעה פוליטית" (בג"ץ 2144/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת**, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה **א' חיות** (23.3.2020)).

יישומם של כללים אלה בענייננו מביא לדידי למסקנה אחת ברורה. בהינתן השיקולים הפרלמנטריים והפוליטיים הברורים שעמדו על הפרק, כמו גם הנתונים האובייקטיביים של אותה תקופה במציאות של מערכת בחירות חמישית בארבע שנים, לא ניתן לומר כי קיים מתחם של אפשרויות "סבירות" אחרות כלשהן שמרכיב ממשלה "סביר" אחר באותן נסיבות היה מקבל.

7. במציאות הפוליטית שבה ניתנה ההחלטה על מינויו של חה"כ דרעי לשר, ניתן לשער ברמה קרובה לוודאית כי **כל** מרכיב ממשלה "סביר" אחר עליו הייתה מוטלת מלאכת הרכבת הממשלה – בנסיבות הספציפיות שנוצרו לאחר הבחירות תוך התייחסות לכוחן היחסי של כל המפלגות בכנסת ומספר המנדטים שזכו בהם – היה מנהל משא ומתן עם רשימת ש"ס בראשותו של חה"כ דרעי על כל המשתמע מכך. קביעה אחרת, משמעותה על פני הדברים התעלמות מהמציאות שרבצה לפתחו של ראש הממשלה שהיה אמון על הרכבת הממשלה והמשמעויות מרחיקות הלכת שהיו יכולות להיות להחלטה אחרת, לרבות גרירת המדינה למערכת בחירות נוספת – שישית במספר. בחינת "סבירות" ניהול המשא ומתן ומינוי חה"כ דרעי לאחר מעשה במסרקות של ברזל ולאחר הרכבת הממשלה, לוקה להשקפתי במידה לא מועטה של "חכמה שבדיעבד" ומתעלמת מהאילוצים הפוליטיים, מהמציאות האובייקטיבית ומהאינטרס הציבורי שביציבות הממשלה, שהיו קיימים ונוכחים בזמן אמת. קשה אפוא בעיניי הקביעה כי החלטה שניתנה במציאות חד-סטרית וקשיחה אשר במובן מסוים "נכפתה" על ראש הממשלה, אינה באה בגדרי "מתחם הסבירות" של "האדם – מרכיב הממשלה – הסביר".

8. ואדגיש כי בניגוד לעמדת חברתי הנשיאה והתומכים בעמדתה, הטיעון שעניינו בכך שחה"כ דרעי זכה לאמון מצביעי ש"ס בהיקף של כארבע מאות אלף איש ושאר השיקולים הקואליציוניים אותם מנה ראש הממשלה בתגובתו, מכריעים לדעתי את הכף בכל הנוגע לבחינת סבירות החלטת ראש הממשלה. זאת נוכח העובדה שניתן לומר כאמור כי כל "מרכיב ממשלה" "סביר" אחר באותן נסיבות שהיו באותה עת, היה פועל באותו האופן. היינו מבלי לגמד את התנהלותו הפסולה של חה"כ דרעי, האילוצים הפוליטיים שניצבו לפני ראש הממשלה להקמת הקואליציה היו, בזמן אמת, בבחינת מציאות כפויה בלתי ניתנת לפתרון חלופי. בבחינת הרע במיעוטו. במובן זה, איני סבור כי ניתן למצוא מענה למציאות החריגה והייחודית שהתעוררה בעניינו, בפסיקת בית משפט זה בעבר. לו אכן נתונים חריגים אלו לא היו בנמצא, ההחלטה למנות את חה"כ דרעי לשר, מהשיקולים שפורטו בחוות הדעת של חבריי בעניין טוהר המידות, הייתה חורגת ממתחם הסבירות.

לסיכום אפוא, מבלי שמצאתי עילה להתערבות בשיקול דעתו של ראש הממשלה במינויו של חה"כ דרעי, אני סבור כי המינוי פסול וחסר תוקף לאור המניעות החלה על חה"כ דרעי להתמנות לתפקיד שר. בעניין זה מסכים אני עם חברתי השופטת **ברק-ארז** כי הטיעון שעניינו "הציבור אמר את דברו" אינו יכול לעמוד לטובת חה"כ דרעי בכל הנוגע למניעות הנובעת מהתנהלותו.

9. לבסוף, רואה אני לנכון להוסיף מספר מילים באשר לטיעוני העותרים ככל שהם נוגעים לתיקון לחוק יסוד: הממשלה. נקודת המוצא היא כפי שגם ציינו חבריי, כי אין מקום להידרש לדיון בסוגיות מתחום המשפט החוקתי כאשר הוא אינו נצרך. אולם על כך יש להוסיף כי זו לא המשוכה היחידה העומדת לפני העותרים. כפי שציינתי בעבר (בבג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסקה 8 לחוות דעתי (23.5.2021) (להלן: עניין **שפיר**); בג"ץ 5555/18 **ח"כ אכרם חסון נ' כנסת ישראל**, פסקה 1 לחוות דעתי (8.7.2021); בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פסקה 9 לחוות דעתי (12.7.2021) (להלן: עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**)), לעמדתי שאלת סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על הוראות חוק יסוד היא שאלה שהמענה עליה הוא שלילי, ומסכים אני בעניין זה עם הכנסת. גם סמכותו של בית משפט זה לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים", אינה מושתתת על יסודות איתנים. מכל מקום, הסמכות לבקר חוקים או לבטלם מכוח חוקי היסוד נשענת על ההכרה במעמדם החוקתי הרם של חוקי היסוד, מכוח סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. על כן, מהלך החותר תחת הנחת יסוד זו, הינו אפוא מוקשה ביותר. משבית המשפט נוטל על עצמו סמכות לבקר חוקי יסוד, מתחזקת הטענה כי התאוריה בדבר עליונות חוקי היסוד איננה כנה, כי אם נועדה אך ורק לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים (וראו: אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" **ספר ברנזון** כרך ב 119, 168 (התש"ס)). כפי

שפירטתי בעניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, הקושי הקיים בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד לא נעלם על ידי שימוש בכותרת של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת". דוקטרינה זו, אשר עשויה לגלוש אל עבר בחינת מאפיינים מהותיים שונים, תוך הותרת פתח רחב מאוד וגמיש לשיקול דעת שיפוטי, אינה פשוטה כלל ועיקר. על כן, איני יכול להסכים עם דברי הביקורת שהעבירו חלק מחבריי על תוכנו של תיקון חוק היסוד והמניעים שעמדו מאחוריו. רק אזכיר, כי גם לפי ההלכה שנפסקה בבית משפט זה, מניע לדבר חקיקה – אף מניע "פוליטי" – אינו עומד כשלעצמו כעילה לביקורת שיפוטית של דבר חוק, בוודאי לא חקיקת יסוד (וראו למשל: בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); בג"ץ 4908/10 **ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, 295-296 (2011); **עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל**, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה **א' חיות**).

ש ו פ ט

<u>השופטת ע' ברון:</u>

1. על פי ההלכה שהשתרשה בבית משפט זה, עילת הסבירות משמשת כלי מרכזי לפיקוח שיפוטי על מעשה המינהל – זאת תוך הקפדה שלא להסיג את מרחב שיקול הדעת הנתון לרשות בעת הפעלת סמכויותיה כדין. בהקשר של סמכות ראש הממשלה למנות שרים ולהרכיב ממשלה, כבר נפסק כי מינויו של שר באופן המסב פגיעה חמורה לערכי היסוד והעקרונות האתיים שעליהם בנויים החברה והמשטר בישראל, הוא מינוי בלתי סביר עד כדי שדינו להתבטל.

ב-בג"ץ 3095/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (13.8.2015) (להלן: **עניין דרעי 2015**) נקבע כי חבר הכנסת הרב אריה מכלוף דרעי (להלן: **דרעי**) נושא עימו עבר פלילי מכביד בתחום טוהר המידות, באופן שחרף חלוף הזמן הממושך ממועד ביצוע העבירות (בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת) מינויו כשר לממשלה ה-34 "**מצוי על גבול מתחם הסבירות**". באותו עניין בית המשפט לא התערב במינויו כשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל, אולם מאז שניתן פסק הדין בשנת 2015 השתנו הנסיבות שינוי מהותי. דרעי הורשע בביצוע עבירות פליליות נוספות, הפעם בתחום המס (להלן: **עבירות המס**); עונש מאסר על תנאי שהושת עליו עודנו תלוי ועומד; חרף הוראתו המפורשת של חוק-יסוד: הממשלה, דרעי עשה כל שביכולתו על מנת להימנע מהכרעה

בשאלה אם דבק קלון בעבירות שבהן הורשע, עד כדי שינוי חקיקת יסוד לטובתו האישית; וחמור לא פחות, מינויו לתפקיד שר מהווה הפרה בוטה של המצג שהציג בפני בית משפט השלום בדבר פרישתו מהחיים הפוליטיים, מצג שווא ששימש נימוק ומסד לאישור הסדר הטיעון שעליו חתם בקשר עם עבירות המס. נסיבות אלה, לא כל שכן הצטברותן, מובילות למסקנה אחת ברורה – והיא שגבול הסבירות שסומן בעניין **דרעי 2015** נחצה ברגל גסה.

2. אני מסכימה אפוא עם פסק דינה של חברתי הנשיאה **א' חיות**, על כל נימוקיו, ולקביעתה שלפיה מינויו של דרעי לשר בממשלה ה-37 לוקה באי-סבירות קיצונית המחייבת את ראש הממשלה להעבירו מתפקידו כשר הפנים וכשר הבריאות. כן אני מצטרפת לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן** בנדון, ולדבריהם בהקשר זה של חבריי השופט **י' עמית**, השופט **ח' כבוב** והשופטת **י' וילנר**.

קראתי את חוות דעתם של חבריי השופטת **ד' ברק-ארז**, השופט **א' שטיין** והשופט **ד' מינץ**. כמוהם, אף אני סבורה כי יש פסול בהתנהלותו של דרעי ובפרט בהפרת התחייבותו לפרוש מהחיים הפוליטיים, התחייבות שעמד מאחוריה כל עוד שירתה את עניינו לצורך אישור הסדר הטיעון בעבירות המס – וחזר בו ממנה בלי להניד עפעף מיד לאחר שההסדר אושר וכבר לא היה לו עניין בה. התנהלות מעין זאת מבזה את בית המשפט וחותרת תחת יסודות שלטון החוק, וכפי שציינתי נודע לה משקל משמעותי בבואנו לבחון את סבירות מינויו של דרעי כשר בממשלה. משכך איני נדרשת להכריע אם התנהלותו של דרעי אף מקימה מניעות או השתק בקשר עם מינויו, אך פטור בלא כלום אי אפשר. המקרה שלפנינו הוא מקרה מובהק המחייב את בית המשפט להוציא מלפניו אמירה ברורה: אדם שפעם אחר פעם במשך עשרות שנים ובעודו משמש בתפקידים ציבוריים בכירים, חוזר ומבצע עבירות פליליות מבלי להפנים את חומרת מעשיו ונוהג בזלזול מופגן כלפי בית משפט ושלטון החוק, אינו מתאים לשמש כשר במדינת ישראל. כך מתחייב משום הגנה על טוהר המידות של הממשלה ועל ניקיון כפיו של השלטון. לטעמי, לא ניתן "לעקוף" את הדיון בסוגיות מהותיות אלה תוך שימוש בכללים סטריליים של השתק ומניעות.

עילת הסבירות וכלל ה"כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד"

3. כידוע, במסגרת הפעלת הסמכות השלטונית נתון לרשות מתחם רחב של שיקול דעת. הדברים מקבלים משנה תוקף מקום שבו מדובר בהפעלת סמכותו של ראש הממשלה להרכיב ממשלה ולקבל את אמון הכנסת (עניין **דרעי 2015**, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת **א' חיות**; בג"ץ 3059/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל**, פסקאות 22-25 לפסק דינו של השופט **ח' מלצר** (10.11.2015), להלן: **עניין גלנט**; בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פסקה 25 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') **א' גרוניס** (12.2.2015), להלן: **עניין הנגבי 2015**). עניין זה לובן והובהר בפסיקה זה מכבר:

> "בית-המשפט אינו מעמיד את שיקול-דעתו במקום שיקול-דעתה של הרשות המוסמכת, אינו שם עצמו בנעליה, ואינו שואל את עצמו אם הוא עצמו היה פועל באותה דרך לו הייתה הסמכות בידיו. בית-המשפט אינו בוחן את תבונתן של

> הרשויות השלטוניות האחרות, כי אם את חוקיות פעולתן (ראו גם א' ברק 'על רשויות וערכים בישראל', בעמ' 382). כאשר בית-המשפט בוחן את סבירותן של החלטותיו של ראש-הממשלה בענייני הרכבת הממשלה, מכיר הוא בכך שרק במקרים חריגים ונדירים יוחלפו מאזניו ומשקולותיו של ראש-הממשלה במאזניו ובמשקולותיו של בית-המשפט" (בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, מר אריאל שרון**, פ"ד נז(6) 817, 859 (2003), להלן: **עניין הנגבי 2003**).

4. ואולם רחב ככל שיהיה שיקול הדעת המינהלי – לעולם אינו מוחלט.

על פי מושכלות יסוד במשפט מינהלי, הרשות המינהלית משמשת נאמן של הציבור ובידיה מופקדים אינטרס הציבור ונכסי הציבור על מנת שתעשה בהם שימוש לטובת הכלל. מעמד מיוחד זה מטיל על הרשות חובה לפעול בהגינות וביושר, בתום לב ובטוהר מידות. אל לה לפעול מתוך שרירות, הפליה, משוא-פנים, ניגוד עניינים, חוסר תום-לב או חוסר סבירות. עליה לשקול את כל השיקולים הנוגעים לעניין ואותם בלבד, וכן שומה עליה לקיים את כללי הצדק הטבעי (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421, 435 (1980), להלן: **עניין דפי זהב**; בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 749, 841 (1991); בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 319 (1998)).

שיקול הדעת המינהלי כפוף לפיקוח שיפוטי במספר עילות ביקורת תחומות ומגודרות – ובהן **עילת הסבירות**. הביקורת השיפוטית על מעשה המינהל נועדה להגן על זכויות אדם ועל ערכי יסוד מפני שימוש לרעה בכוח, ולהבטיח ממשל תקין, נקי כפיים והוגן. בית המשפט הוא המופקד על שמירת גבולות הסמכות של הרשות המינהלית ועל חוקיות הפעלת הסמכות (בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 40 (1997)). זאת תמציתה של דוקטרינת האיזונים והבלמים שביסוד עקרון הפרדת הרשויות; זאת מהותה של הדמוקרטיה (בג"ץ 742/84 **כהנא נ' שלמה הלל יו"ר הכנסת**, פ"ד לט(4) 85, 91-92 (1985); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ה – עילות הביקורת המשפטית 3613 (2020)). השופט **מ' חשין** היטיב לבטא רעיון זה (בדעת יחיד) בלשונו הייחודית:

> "בימים שמכבר ניסה המחוקק לחסום דרכים לביקורת שיפוטית על פעילות מינהלית, ולעניין זה עשה שימוש בנוסחאות מנוסחאות שונות, ביניהן בשיקול דעת שהוא 'מוחלט' (השווה ד"נ 16/61 הנ"ל, בעמ' 1217). בתי המשפט עמדו במערכה זו - עמדו ויכלו. ימים אלה חלפו עברו, וקשה להניח שיחזרו אלינו. נזכור עם זאת תמיד ונשווה נגד עינינו, כי אבסולוטיזם נאור ככל שיהיה – הינו אויב החופש. בני חורין אנו, ומי שנולד חופשי או מי שידע חופש, לא ישתעבד לאדם – לא לאדם ולא לשיקול דעת מוחלט" (בג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505, 528 (1992)).

5. גבולות התערבותו של בית משפט זה בהחלטת הרשות הוא נושא שעמד לא פעם במוקד השיח הציבורי, וכפי העולה גם מדברי השופט **חשין** המצוטטים לעיל, מאז ומתמיד היו מי שניסו לרפות את ידי בית המשפט מלעמוד על המשמר ולבצע את תפקידו באופן אפקטיבי. אף על פי כן עילת הסבירות העומדת ביסוד העתירות שלפנינו נטועה עמוק בקרקע המשפט המינהלי, ותחולתה במשפט הישראלי אינה מוטלת בספק.

בניגוד למה שעלול להשתמע מן התיבה "עילת הסבירות", כבר הובהר בפסיקה כי בית המשפט אינו שם עצמו בנעלי הרשות ואינו בוחן את תבונתה של ההחלטה. התערבות שיפוטית בהחלטות מינהליות שמורה למקרים חריגים של חוסר סבירות ניכר. בית המשפט לא שואל את עצמו מה **הוא** היה מחליט בנסיבות המקרה, אלא מה **רשות סבירה** היתה מחליטה. בהקשר זה, מתחם שיקול הדעת הנתון לרשות בהחלטותיה הוא רחב, וכולל מגוון אלטרנטיבות שכולן עשויות להיות סבירות. מכל מקום, עילת הסבירות אינה מאפשרת לשופט לפסול כל החלטה שנראית לו "בלתי סבירה" כמשמעותו של מונח זה בלשון שאינה משפטית (ראו דברי הנשיא **מ' לנדוי** בעניין **דפי זהב**, עמ' 432-433), ואין היא משמשת "**כסות ומסך להשקפותיו של בית המשפט**" (דברי השופט **א' ברק** בעניין **דפי זהב**, עמ' 440).

6. במהלך השנים השתרשו בפסיקה אמות מידה להפעלתה של עילת הסבירות בהקשרים שונים (ראו מני רבים: בג"ץ 5263/16 **נשר – מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה**, פסקה 11 (23.7.2018); בג"ץ 6271/11 **דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' שר האוצר** (26.11.2012); בג"ץ 88/10 **שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקאות 10-11 (12.7.2010); דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 729-769 (2010)). הכלל המנחה העובר כחוט השני בפסיקה הענפה הוא שיש לעשות בעילה זו שימוש בזהירות יתרה ומתוך כבוד לעקרון הפרדת הרשויות:

> "מכאן האחריות הכבדה המוטלת על בית המשפט, אשר חייב להבחין בין הפתרון הנראה לו כרצוי לבין הפתרון, שרשות סבירה עשויה לקבלו. לעתים קיימת חפיפה בין השניים, שכן הפתרון הנראה לבית המשפט כרצוי הוא גם הפתרון היחיד שרשות סבירה עשויה לקבל. אך לעתים קרובות אין זהות בין השניים, שכן הפתרון הנראה לבית המשפט כרצוי הוא רק אחד הפתרונות, שרשות סבירה עשויה לקבלו. במקרה זה על בית המשפט לרסן עצמו, ועליו לאפשר לרשות המינהלית לבחור באופציה הנראית לה כראויה.." (עניין **דפי זהב**, שם).

7. ומתחולתה הכללית של עילת הסבירות, להחלתה בהקשר של סמכות ראש הממשלה למנות שרים ולהעבירם מתפקידם.

סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: **חוק היסוד**) קובע תנאי כשירות לתפקיד שר בממשלת ישראל. על פי ההלכה הידועה כ**הלכת דרעי-פנחסי**, תנאי הכשירות קובעים אך **מניעות**

סף לכהונה בתפקיד של שר; והמשמעות היא כי "**היעדרה של הוראה בדבר אי כשירות לכהן במשרה בתנאים מסוימים (קיום חקירה, הגשת כתב-אישום, הרשעה) אינו שולל את הסמכות והחובה להתחשב בתנאים אלה (חקירה, הגשת כתב-אישום, הרשעה) בגדר שיקול הדעת של הרשות בעלת הסמכות למנות לכהונה או להפסיק המינוי**" (בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 457-458 (1993); כן ראו: דברי השופטת **א' פרוקצ'יה** ב-בג"ץ 5853/07 **אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה אהוד אולמרט**, פ"ד סב(3) 445, 468-471 (2007), להלן: **עניין אמונה**).

במילים אחרות, לצד עמידתו של המועמד לתפקיד שר בתנאי הכשירות, נדרש ראש הממשלה להפעיל שיקול דעת בדבר התאמת המועמד לתפקיד; ו"**לשם כך עליו להעניק משקל נכבד לשיקולים הנוגעים להבטחת אמון הציבור במוסדות השלטון ולכך שנציגיו עושים את מלאכתם למען הכלל ביושר ובניקיון כפיים**" (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 9 (6.5.2020), להלן: **עניין הטלת המנדט**). זהו כלל ה"כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד". כלל זה הוחל בפסיקה על מינוי לתפקידים שונים בשירות הציבורי; ובהקשר של כהונת שרים משמעותו היא שבנסיבות מסוימות נדרש ראש הממשלה להימנע ממינוי של מועמד לתפקיד שר, או **להעביר מתפקידו שר מכהן**. כך, באותם מקרים שבהם כהונתו של אדם כשר אינה מתיישבת עם ההגינות ועם טוהר המידות הנדרשים מן השירות הציבורי (עניין **הטלת המנדט**, שם; עניין **דרעי 2015**, פסקה 15).

בעניין **הטלת המנדט** הבהירה הנשיאה **א' חיות** כי כלל ה"כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" שנקבע בהלכה הפסוקה קודם לחקיקתו של חוק היסוד בשנת 2001, עודנו שריר ותקף גם לאחר מעשה חקיקה זה (שם, פסקה 9). לא למותר להוסיף ולציין כי לנוכח נסיבותיו הייחודיות, באותו עניין כלל ה"כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד" לא יושם וממילא לא הביא לקבלת העתירה. זאת משום שבמוקד עניין **הטלת המנדט** עמדה החלטת **הכנסת** להטיל על חבר הכנסת בנימין נתניהו את המנדט להרכבת ממשלה, ומדובר בהחלטה פרלמנטרית להבדיל מהפעלת סמכות מינהלית. כפי שציין גם המשנה לנשיאה **ע' פוגלמן**, הביקורת השיפוטית על החלטת הכנסת שונה בתכלית מן הביקורת השיפוטית על ההחלטה המינהלית (ראו בפסקה 2 לפסק דינו).

8. בפסיקה שיצאה מלפני בית משפט זה במרוצת השנים, פורטו השיקולים שנדרש ראש הממשלה לשקול בבואו להחליט על מינוי אדם שנפל דופי בעברו לתפקיד שר (או בבואו להחליט אם יש מקום להפסיק את כהונתו בתפקיד זה). בתוך כך, יש לתת את הדעת לעברו הפלילי של המועמד; לחומרת הפגם המוסרי שדבק בהתנהלותו; לחלוף הזמן מעת ביצוע העבירות; לשאלה אם דבק בהן קלון; למידת חיוניותו של המועמד לתפקיד ולהרכבת

הממשלה; ולאינטרס הציבורי בשיקום וחזרה למוטב (עניין **הנגבי 2015**, פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') **א' גרוניס**; עניין **אמונה**, עמ' 471-474; עניין **דרעי 2015**, פסקה 15).

אין לכחד, סמכותו של ראש הממשלה למנות שרים נושאת מאפיינים ייחודיים ואופי פוליטי מובהק; היא נועדה לאפשר לו להגשים את המנדט שנתן לו הציבור ולהרכיב ממשלה שתפעל באופן אפקטיבי ותוציא לפועל את מדיניותה (בג"ץ 232/16 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 28 לפסק דינו של השופט **ס' ג'ובראן** (8.5.2016), להלן: **עניין דרעי 2016**)). ואולם לא ניתן להסכין עם מינוי שאינו הולם את מעמדה של הממשלה ופוגע במראית פניה הציבוריים; "**ועיקר העיקרים, כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים שעליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה הקמות ועולות מכך**" (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 422 (1993)). באספקלריה זו אנו נדרשים לבחון את החלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לשר הפנים ולשר הבריאות בממשלה ה-37, ולכך אפנה כעת.

עניינו של דרעי

9. ערב הקמתה של הממשלה ה-37, דרעי לא עמד בתנאי הכשירות שהיו קבועים בסעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד בנוסחו דאז:

> (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 קלון. (ההדגשות שלי-ע'ב').

בעת הרכבת הממשלה ה-37 חלפה **פחות משנה** מאז הורשע דרעי בביצוע עבירות המס ונגזר עליו עונש **מאסר על תנאי** וקנס. בית משפט השלום שהרשיע את דרעי וגזר את דינו **לא דן בשאלת הקלון**, ויושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא נתבקש אף הוא להכריע בסוגיה זו. פשיטא כי באותו מועד לא ניתן היה למנות את דרעי כשר. על מנת להתגבר על מכשול זה, סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד תוקן סמוך לאחר הבחירות תוך שנתפרה לדרעי "חליפת כשירות" התואמת את מידותיו – קרי: תואמת לעונש שהושת עליו בגזר הדין בעבירות המס. בתמצית, התיבה "**מאסר**" שכללה עד לאותה עת גם **מאסר על תנאי**, שונתה ל"**מאסר בפועל**"; וההוראה שלפיה תקופת שבע השנים תחל להימנות ממועד סיום תקופת המאסר (כשמדובר במאסר בפועל) **או** מיום מתן פסק הדין (כשמדובר במאסר על תנאי) שונתה בהתאם, תוך השמטת החלופה המתייחסת למניין שבע השנים במקרה של מאסר על תנאי. בהתאם לנוסחו המתוקן

של חוק היסוד, עונש המאסר על תנאי שהושת על דרעי בגין עבירות המס לא היווה עוד מניעות סף למינויו כשר.

ואולם אפילו נצא מנקודת הנחה שמדובר בתיקון חוקתי ולגיטימי של חוק היסוד, ברי כי תיקון זה אינו יכול למרק בדיעבד את עברו הפלילי של דרעי או להלבין את אי-המוסריות שבהתנהלותו לאורך כהונתו הציבורית. על כן גם אם נכון לעת הזו דרעי צולח את תנאי הכשירות שבחוק היסוד – מינויו לשר חותר תחת ערכים בסיסיים של שלטון החוק, ועל כן טובל עמוק במימי אי-הסבירות. ואפרט.

10. עברו הפלילי של דרעי פורט בהרחבה בהליכים קודמים שהתנהלו בעניינו, בעתירה שהוגשה בעקבות מינויו לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל בממשלה ה-34 (עניין **דרעי 2015**, פסקאות 3-5), ובעתירה נוספת שהוגשה עם מינויו לתפקיד שר הפנים באותה ממשלה (עניין **דרעי 2016**, פסקאות 2-4 לפסק דינו של השופט **ס' ג'ובראן**). בשנות ה-80 וה-90 של המאה הקודמת היה דרעי מעורב בשלוש פרשות פליליות חמורות. בפרשת "**התיק האישי**", דרעי הורשע בעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, עבירות שביצע לאורך ימים ושנים ובעת ששימש בתפקידים ציבוריים בכירים במשרד הפנים ואף כשר הפנים. לאחר דיון בערעור, ב"תיק האישי" הושת על דרעי ביום 12.7.2000 עונש של שלוש שנות מאסר בפועל (ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 721 (2000), להלן: **פסק הדין בתיק האישי**), **תוך שבית המשפט עמד על "אווירת השוחד" שיצר דרעי בסביבותיו ועל החומרה היתרה שדבקה במעשיו:**

> "...ליחסי השוחד שהתקיימו בין דרעי לבין המערערים האחרים הייתה מתכונת מיוחדת: לא היה זה שוחד 'בין זרים', שבעל עניין מעניקו לעובד הציבור מכיסו תמורת פעולה מסוימת, אלא שוחד בין חברי קבוצה מלוכדת, הניתן מכספי הציבור לאחד מהם שעלה לגדולה, על-מנת שישתמש בכוחו ובמעמדו למתן סיוע לקבוצה ולחבריה. **דרעי היה מנהיגה של הקבוצה, בעוד שהמערערים האחרים היו משמשיו הסרים לפקודתו ובמידה רבה אף שבויים בידיו**. כמוסבר לעיל (בפיסקה 38), בלב-בנים (עמותה שהיה לדרעי עניין אישי בה-ע'ב') שרתה 'אווירה של שוחד'. אווירה זו, אשר נבעה מן השליטה שהייתה לדרעי בלב-בנים, ושדרעי עצמו תרם לא במעט ליצירתה, היא שהביאה מחד לשעבוד המערערים האחרים לרצונו של דרעי, ומאידך להשתרשות התודעה, בקרב נושאי התפקידים בלב-בנים, שיש מקום לתגמל את דרעי כמי שביכולתו לגייס כספים ללב-בנים. אכן, בהיותו מנהיגם של המערערים האחרים, שתחת להתרחק בעצמו ממעשי השחיתות ולהרחיק מהם גם את הכפופים לו, תרם ליצירת האווירה שאפשרה אותם וניצל אותה להפקת טובות הנאה פסולות לעצמו, ראוי דרעי להיענש על-פי אמת-מידה מחמירה בהרבה מזו שעל-פיה נקצבו עונשיהם של המערערים האחרים" (ההדגשה שלי-ע'ב') (שם, עמ' 836).

11. בפרשת "**התיק הציבורי**", ביום 24.9.2003 הורשע דרעי בבית משפט השלום בביצוע עבירה של הפרת אמונים – בגין כך שבהיותו שר הפנים בשנת 1989, פעל להסדרת תמיכה בסכום של 400,000 ש"ח, באמצעות עירית ירושלים, לטובת עמותה נוספת שהיה לו בה עניין

אישי (ת"פ (שלום י-ם) 1872/99 **מדינת ישראל נ' דרעי**). בתיק זה הושת על דרעי עונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי וקנס בגובה 10,000 ש"ח, תוך שבית משפט השלום הדגיש כי דרעי אינו מכיר באי המוסריות שדבקה בהתנהלותו:

> "דווקא הנאשם – במעמדו ועם סגולותיו האישיות המיוחדות – לא היה צריך להיכשל במעשה העבירה. יתר על כן, היה עליו להפנים את משמעותה, לפחות מן השלב שבו ניתן פסק הדין בערעורו, וממנו יכול היה ללמוד, שגם במקרה הנידון ביצע עבירה שלא היה לו לבצעה. **כפירתו של הנאשם בעבירה זו ודבריו בעדותו לפנינו מלמדים כי הנאשם עדין לא קיבל עליו, באופן מלא וללא כל הסתייגויות, את הדרישה החד משמעית וחסרת הפשרות מעובד הציבור לנהוג בטוהר-מידות מוחלט**" (ההדגשה שלי-ע'ב') (פסקה 13 לגזר הדין מיום 20.11.2003).

בפרשת "**בר-און–חברון**", דרעי נחשד כי עשה שימוש פסול בכוחו הפוליטי לצורך קידום מינויו של עו"ד רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה – זאת על יסוד הבטחה לכאורה שניתנה לדרעי כי מינוי זה ייטיב עם ענייניו הפליליים (ב"תיק האישי"). בין היתר, דרעי נחשד שהתנה את תמיכת ש"ס בהסכם הידוע כ"כהסכם חברון", בהוצאתו לפועל של מינוי זה. פרקליטת המדינה המליצה להעמיד את דרעי לדין בעבירות מרמה והפרת אמונים, סחיטה באיומים ושיבוש מהלכי משפט (בכפוף לקיום שימוע ולהסרת חסינותו) – ואולם ביום 16.12.2001 הורה היועץ המשפטי לממשלה על סגירת התיק, זאת על רקע הרשעתו ב"תיק האישי" והתקדמות ההליכים ב"תיק הציבורי". כפי שצוין בעניין **דרעי 2015**, היועץ המשפטי לממשלה הבהיר כי החשדות שהועלו נגד דרעי בפרשה זו לא הופרכו ויש לראות בהם משום ראיות מנהליות לחובתו (שם, פסקה 17).

12. מן האמור לעיל מצטיירת תמונה ברורה, שלפיה בעודו נושא בתפקידים ציבוריים בכירים ומשמש כנאמן הציבור – דרעי מעל פעם אחר פעם באמון הציבורי שניתן בו ושלח ידו במעשי שחיתות. המעשים החמורים שביצע "**הטביעו חותם קשה על מערכות הציבור בישראל**" (ראו: **פסק הדין בתיק האישי**, עמ' 835); וכבר נפסק כי אמון הציבור במערכת השלטונית "**חיוני לקיום חיים דמוקרטיים תקינים ו[ש]עלול להיפגע אם השירות הציבורי ייתפס בעיני הציבור כמושחת וכמי שעובדיו נוהגים לקבל שוחד**" (דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פסקה 14 (2.3.2009)).

כפי שביארה הנשיאה **א' חיות** בפסק דינה, הרשעותיו של דרעי ב"תיק האישי" וב"תיק הציבורי" עברו מסטטוס של "התיישנות" לסטטוס של "מחיקה" בהתאם להוראותיו של חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019. ואולם הכללים הקבועים בחוק זה ונוגעים למחיקת עבירות מהמרשם הפלילי אינם חלים במקרה של **מינוי בעלי תפקיד בשירות הציבורי** – לא כל שכן במקרה של מינוי שר בממשלה (ראו סעיפים 59-60 לפסק דינה של הנשיאה). עברו הפלילי של דרעי, הגם שמדובר בעבר רחוק למדי, הוא שיקול משמעותי בבחינת סבירות מינויו לשר – לא כל שכן בשים לב לחומרת העבירות, לזיקתן לתפקידו הציבורי, וביתר שאת לנוכח העובדה שברבות השנים חזר דרעי והורשע בפלילים, כפי שיפורט בהמשך.

מכל מקום, לאחר חזרתו של דרעי לחיים הפוליטיים בשנת 2013, ועם בחירתו לחבר כנסת בכנסת ה-19, התעוררו ספקות בנוגע לסבירות מינויו כשר בממשלה ה-34 ואלה קיבלו ביטוי בעתירות שהוגשו בעניין **דרעי 2015** ובעניין **דרעי 2016**. אמנם לא היתה מחלוקת שדרעי עמד בתנאי הכשירות שהיו קבועים באותה עת בסעיף 6(ג) לחוק היסוד, שלפיהם לא ניתן למנות לתפקיד שר אדם שהורשע בעבירה שיש עימה קלון והוטל עליו עונש מאסר אלא בחלוף 7 שנים ממועד סיום ריצוי העונש. כך, משום שבעת מינויו כשר חלפו כ-13 שנים מסיום ריצוי עונש המאסר שהושת עליו ב"תיק האישי", וכ-12 שנים מאז שניתן גזר הדין ב"תיק הציבורי". עם זאת, בשים לב לטיב העבירות שבהן הורשע בעבר, חומרתן והיקפן, על מינויו של דרעי כשר בממשלה העיב צל כבד. סופו של דבר, וחרף עברו הפלילי המכביד, בעניין **דרעי 2015** נקבע כי אין להתערב בהחלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל. השיקול המרכזי שהוביל לתוצאה זו היה חלוף פרק הזמן המשמעותי מעת ביצוע העבירות ומהמועד שבו סיים דרעי לרצות את עונשו (שם, פסקאות 19-20); עם זאת הובהר, כי "**מינויו של דרעי לתפקיד שר מצוי על גבול מתחם הסבירות**" (שם, פסקה 23). בהמשך לכך, בעניין **דרעי 2016** נקבע כי אין מקום להתערב גם בהחלטת ראש הממשלה למנות את דרעי לשר הפנים בממשלה ה-34 (בדעת רוב של השופטים **ס' ג'ובראן** ו-**י' דנציגר**, כנגד דעתו החולקת של השופט **נ' הנדל**).

13. בדיעבד מתברר, כי במקביל לחזרתו לחיים הפוליטיים דרעי ביצע עבירות פליליות נוספות – עבירות המס כהגדרתן לעיל. עובדה זו לא היתה ידועה בעת שניתנו פסקי הדין בעניין **דרעי 2015** ובעניין **דרעי 2016**, שכן החקירה הפלילית בנדון נפתחה רק בחודש מרץ 2016. במהלך השנים 2013 עד 2015 נמנע דרעי מלדווח למס הכנסה על הכנסות שהיו לחברה שבבעלותו, בסכום כולל של מאות אלפי שקלים; וכן סייע לאחיו לדווח דיווח פיקטיבי לרשויות המס, בנוגע לשווי עסקת מקרקעין שביצעו דרעי והאח בזכויות בנכס שהיה בבעלותו של דרעי. ביום 26.12.2021 הוגש הסדר טיעון לאישורו של בית משפט השלום בירושלים (הנשיא **ש' הרבסט**) שכלל את המעשים המתוארים (ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21); ביום 25.1.2022 הרשיע בית המשפט את דרעי בעבירות שיוחסו לו ושבהן הודה; וביום 1.2.2022 השית בית המשפט על דרעי עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי, שירוצו בפועל אם יעבור תוך שלוש שנים על איזה מהעבירות שבהן הורשע, וכן קנס בסך 180,000 ש"ח.

במערכה זו מופיע לראשונה "האקדח של צ'כוב" – הוא שאלת **הקלון**, שתחזור ותופיע גם במערכה הבאה. בעת הדיון בהסדר הטיעון, הודיע דרעי לבית משפט השלום כי התפטר מכהונתו כחבר כנסת והציג לו את מכתב התפטרותו. מעמדת היועצת המשפטית לממשלה בעתירות שלפנינו עולה, כי בעת ההיא סבר היועץ המשפטי לממשלה כי בעבירות המס דבק קלון – אולם לנוכח התפטרותו של דרעי מהכנסת, היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלטעון בעניין זה בבית משפט השלום (הדברים קיבלו ביטוי מפורש בסעיף 4 להסדר הטיעון). כך, בשים לב להוראת סעיף 42א(א) לחוק-יסוד: הכנסת שזו לשונה:

> חבר הכנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה פלילית, וקבע בית המשפט, ביוזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, תיפסק חברותו בכנסת ביום שפסק הדין נעשה סופי, ואין נפקא מינה אם העבירה נעברה בזמן שהיה חבר אותה הכנסת, חבר כנסת קודמת או לפני שהיה לחבר הכנסת.

הנה כי כן, התפטרותו של דרעי מהכנסת הביאה לכך שבית משפט השלום לא נדרש לשאלת הקלון.

14. בגזר הדין אימץ בית משפט השלום את העונש שעליו הסכימו הצדדים בהסדר הטיעון. בהקשר זה צוין, מצד אחד, כי העבירות המיוחסות לדרעי אינן כוללות זדון או כוונה להונות את רשויות המס, וכי חלקו בביצוען היה פאסיבי. מצד שני, נקבע כי בביצוע עבירות אלה פגע דרעי "**ביכולתן של רשויות המס להביט אל תוך קירבה וכריעה של הפעילות העסקית המתקיימת, וגזירת חיוב המס העולה מתוכה**"; ועוד צוין כי מעשיו מנעו מרשויות המס להשית על דרעי מס אמת, ובכך נוצר פוטנציאל לפגיעה בקופה הציבורית.

עוד עולה מגזר הדין, ומפרוטוקול הדיון שקדם לו, כי בקביעת העונש ייחס בית משפט השלום משקל משמעותי לקולא לעובדה שדרעי בחר להתפטר מתפקידו כחבר כנסת ולסיים את דרכו בזירה הפוליטית. החלטה זו הוצגה על ידי בא כוחו של דרעי כלקיחת אחריות על מעשיו הפליליים תוך מוכנות לשאת במחיר אישי כבד. הדברים צוטטו במלואם בחוות דעתם של חבריי הנשיאה **א' חיות**, השופטת **ד' ברק-ארז** והשופט **א' שטיין**; וניכר מהדברים כי התפטרותו של דרעי נתפשה על ידי הערכאה הדיונית הן כוויתור משמעותי מצידו על כל פעילות ציבורית בכנסת או בממשלה, הן כאקט מניעתי המפחית באופן ממשי כל סיכון עתידי לפגיעה מצידו של דרעי בקופה הציבורית.

אלא שבחלוף יממה בלבד מעת שנגזר דינו, חזר בו דרעי באופן פומבי ומפורש מהצהרתו בנוגע לפרישה מהחיים הפוליטיים. מדובר בהתנערות מוחלטת מהמצג שהציג לבית המשפט, לאחר שמצג זה הביא לכך שנגזר עליו העונש שהוסכם בהסדר הטיעון ולכך שההליך הפלילי בעניינו הסתיים מבלי להידרש לשאלת הקלון, וכל זאת טרם שיבשה הדיו על גזר הדין. התנהלות זו מקוממת, מעידה על זלזול בבית המשפט, מבזה את סמכותו וחותרת תחת תוקפן המחייב של החלטותיו.

15. במערכה הבאה, שנפתחה פחות משנה לאחר שניתן גזר הדין בעבירות המס, ביום 1.11.2022 דרעי התמודד בבחירות לכנסת ה-25 כראש מפלגת ש"ס ומפלגתו זכתה לכ-400,000 קולות מן הציבור ול-11 מנדטים. בניגוד לעמדת היועצת המשפטית לממשלה מיום 17.11.2022, ראש הממשלה המיועד מר בנימין נתניהו נמנע מלפעול בהתאם למתווה שבסעיף 3 לחוק הממשלה, התשס"א-2001 – שלפיו היה עליו לפנות ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית על מנת שיקבע אם בעבירות המס שבהן הורשע דרעי **"אין משום קלון"** (כלשון

סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד). תחת זאת, ביום 12.12.2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעה לתיקון סעיף 6(ג)(1) לחוק היסוד – כך שהגבלת הכשירות שקבועה בו תחול רק ביחס למועמד לתפקיד שר שהושת עליו עונש מאסר **בפועל**, כמפורט לעיל. בפסק דינה מפרטת הנשיאה **א' חיות** את הליך הבזק שבו נחקק התיקון לחוק היסוד ואת הוראת התחולה הייחודית שנקבעה בו (ראו שם, בסעיפים 16-21), ואין צורך לחזור ולפרט את האמור שם.

אבהיר כי תמימת דעים אני עם חברתי הנשיאה, כי התיקון לחוק היסוד "**מדיף ריח חריף של פרסונליות משום שהוא נועד בראש ובראשונה כדי לסלול את הדרך למינויו של דרעי לשר**" (פסקה 42 לפסק דינה); וכי חקיקה מסוג זה גורמת ל"**שחיקה ולזילות מסוכנת במעמדם של חוקי היסוד שנועדו להיות פרקים מפוארים במפעל החוקה הישראלית**" (פסקה 43 לפסק דינה). ואולם כחבריי אף אני סבורה כי לא זה המקום לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, שהיא כידוע חריגה ושמורה למקרים ייחודיים של שימוש לרעה בסמכות המכוננת (בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסקאות 28-45 לפסק דינה של הנשיאה **א' חיות** (23.5.2021); בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (12.7.2021), פסקה 10 לפסק דינו של השופט **נ' הנדל**). עילת הסבירות, לעומת זאת, היא תלם חרוש היטב ובו נכון שנצעד, בזהירות המתבקשת.

ובחזרה לענייננו. פעם ועוד פעם עלה בידו של דרעי לחמוק מהכרעה בסוגיית הקלון שבעבירות המס שבהן הורשע: פעם אחת במסגרת ההליך הפלילי עצמו, כאשר החליט להתפטר לשם כך מהכנסת והודיע על פרישתו מהחיים הפוליטיים; פעם שנייה לאחר שחזר בו מהתחייבות זו, ערב מינויו כשר לממשלה ה-37. כך, הגם ששאלת הקלון שבעבירות היא שאלה רבת משקל לעניין כשירותו לשמש כשר וכך גם לעניין סבירות המינוי.

איזון השיקולים והמסקנה המתחייבת

16. נקודת המוצא לדיון בסבירות מינויו של דרעי כשר בממשלה ה-37 היא שמדובר באדם רב זכויות, שבמשך שנים רבות הקדיש את עצמו לעשייה ציבורית ענפה וצבר ניסיון פוליטי שלא יסולא בפז בתפקידים בכירים. דרעי ידוע כאדם כריזמטי, שמו הולך לפניו, ותוצאות הבחירות האחרונות לכנסת מעידות יותר מכל על כך שחלק נכבד מהציבור רואה בו מנהיג. ברי כי יש תועלת ציבורית משמעותית במינויו כשר בממשלה, בשים לב לניסיונו ולכישוריו, וניכר כי מינוי זה אף נתפס על ידי ראש הממשלה כהכרחי להרכבת הממשלה. שיקולים אלה רבי-חשיבות בבחינת סבירות מינויו לתפקיד שר.

עם זאת, מינויו של דרעי לשר חותר תחת עקרונות יסוד של הגינות שלטונית ושלטון החוק, באופן שאינו מאפשר לעבור לסדר היום. כמפורט לעיל, בראשית דרכו הציבורית ובמשך תקופה ארוכה של ימים ושנים, הנהיג דרעי "אווירת שוחד" בסביבותיו ועל כך הורשע בעבירות חמורות מתחום טוהר המידות. ישנן ראיות מנהליות לכך שבניסיון להיחלץ מליתן את הדין על מעשי שחיתות אלה, דרעי עשה שימוש פסול בכוחו הפוליטי כדי להביא למינויו של יועץ

משפטי לממשלה שימתיק את הדין עבורו. זאת, תחת קבלת מרותו של הדין והכרה בחומרת המעשים שבהם שלח את ידו. לאחר שסיים לרצות את עונשו, ניתן היה לצפות מדרעי כי ירחיק עצמו מהדרך הרעה ויקפיד על טוהר המידות, על קלה כחמורה. אלא שמתברר כי בד בבד עם חזרתו לחיים הפוליטיים בשנת 2013 חזר דרעי לסורו מעת שביצע את עבירות המס. עבירות אלה שבהן הורשע חותרות תחת עקרון השוויון בנטל המס שבו נושאים אזרחי המדינה. הן מצויות אמנם ברף נמוך יותר של חומרה מוסרית ביחס לעבירות השוחד והפרת האמונים שבהן הורשע דרעי בעבר הרחוק – ואולם לא מן הנמנע כי גם בהן דבק קלון; ויצוין כי לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, כפי שהובאה לפנינו במסגרת הדיון בעתירות, בעבירות המס יש אמנם קלון וזו גם היתה עמדת היועץ המשפטי לממשלה ב"זמן אמת". מכל מקום, שאלת הקלון לא הוכרעה – לא על ידי בית המשפט שהרשיע את דרעי בעבירות המס, לא על ידי יושב ראש ועדת הבחירות; והימנעותו של דרעי מלהביא סוגיה זו להכרעה בהתאם למתווה שבחוק היסוד זועקת דרשני. ולבסוף, חזרתו הבוטה מהתחייבותו לפרוש מהחיים הפוליטיים, על פי המצג שהציג בפני בית משפט השלום ושהביא לאישור הסדר הטיעון שבו חפץ, מבזה את בית המשפט ומעידה על אי הפנמה של חומרת מעשיו.

17. מונח לנגד עינינו צבר של הפרות חוק ואמון, שרשרת של חציית קווים אדומים. נדמה היה שהדברים מדברים בעד עצמם, אך למרבה האבסורד היוצרות התהפכו כך שנדרשים הסברים לאי-הסבירות שבמינוי. לא ניתַן לתת יד ל"נירמול" מצב שבו מי שנושא על גבו מטען פלילי חורג לפי כל קנה מידה, ומבזה את בית המשפט בהצגת מצג שווא בנוגע לפרישתו מהחיים הפוליטיים, יכהן בתפקיד שר בישראל. תוצאה אחרת תביא לזילות ערכי היסוד של שלטון החוק וטוהר מידות שלטוני, שהם מאבני הבניין שעליהן מושתתת הדמוקרטיה בישראל.

סופו של דבר, אני מצטרפת לתוצאה המוצעת על ידי הנשיאה **א' חיות** שלפיה נורה לראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולהעביר את דרעי מתפקידיו כשר הפנים ושר הבריאות.

ש ו פ ט ת

<u>השופט ע' גרוסקופף:</u>

אני מצטרף לעמדה לפיה יש לקבל את העתירות, כמוצע בפסקה 77 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה **אסתר חיות**. חברותיי וחבריי הרחיבו והעמיקו בניתוח הדברים, ועל כן אוכל לצמצם את התייחסותי למספר הערות קצרות.

1. ב**מישור הדוקטריניר**י, קבלת העתירות מנומקת על ידי חברותיי וחבריי בשני קווי הנמקה שונים: קו ההנמקה האחד, אותו מובילה הנשיאה **אסתר חיות**, נסמך על עילת הסבירות, ומעמיד במרכז הבמה

את שלוש הרשעותיו הפליליות של חבר הכנסת הרב אריה מכלוף דרעי (להלן: **חה"כ דרעי**), וכשחקן משנה את התנהלותו הפגומה במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל בעניינו באחרונה; קו ההנמקה השני, המוצג בעמדותיהם של השופטת **דפנה ברק-ארז** והשופט **אלכס שטיין**, נסמך על עילת המניעות או ההשתק, ומציב כהצגת יחיד את המצגים שיצר חה"כ דרעי במסגרת אישור עסקת הטיעון בבית משפט השלום לפני פחות משנה (ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21).

כשלעצמי, שתי העילות הללו לא רק שאינן מוציאות זו את זו, אלא שהן תומכות האחת בשנייה: עברו הפלילי המכביד של חה"כ דרעי במהלך כהונתו בתפקידים ציבוריים בכירים, בצירוף התנהלותו הפגומה בקשר להליך הפלילי האחרון, אכן הופכים את מינויו לבלתי סביר מבחינה משפטית, וזאת בראי שלטון החוק וטוהר המידות בשירות הציבורי; מצג הפרישה מהחיים הפוליטיים שיצר לפני בית משפט השלום (בין אם לתקופה מוגבלת ובין אם לצמיתות, ואיננו נדרשים להכריע בכך), אשר נדרש לו על מנת להביא לאישורו של הסדר טיעון מקל נוכח עבר פלילי מכביד, אכן יוצר מניעות מלהציג בתוך פחות משנה מועמדות לתפקיד שר. ויובהר, אף אם אחד מקווי הטיעון הללו איננו נקי מספקות, כפי שסבורים חלק מחבריי, הרי משנצטברו שניהם גם יחד, אין מינויו של חה"כ דרעי יכול לעמוד על מכונו.

2. העתירות שלפנינו מעלות גם מספר סוגיות ב**מישור היחסים שבין המשפט לבין הספירה הפוליטית-ציבורית**, אשר מצאתי לנכון לייחד מספר מילים ביחס לשתיים מהן. הראשונה, עניינה בטענת ראש הממשלה, חבר הכנסת בנימין נתניהו (להלן: **ראש הממשלה**), כי מינויו של חה"כ דרעי בעיניו הוא לא רק מינוי סביר "**אלא שאם לא היה מביא את מינויו של חבר הכנסת דרעי כשר, היה מדובר בפעולה בלתי סבירה**" (סעיף 72 לכתב תשובתו). ראש הממשלה מנמק עמדה זו לנוכח הצורך בהשבת היציבות השלטונית לאחר המשבר הפוליטי שפקד את ישראל בשנים האחרונות, לאור התמיכה הרבה לה זכתה הקואליציה בבחירות האחרונות ובפרט סיעתו של חה"כ דרעי שהוא העומד בראשה, בהינתן הצורך להתחשב ברצון הסיעות השונות בעת הרכבת הממשלה, ומעל לכול – בשל ניסיונו העשיר וכישוריו הרבים של חה"כ דרעי (סעיפים 72-76 לכתב תשובתו). אינני מטיל ספק בעמדתו זו. ואולם, שיקוליו של ראש הממשלה נטועים כולם במישור הפוליטי, בעוד שאלת תקינותו של המינוי אינה נבחנת על ידינו מנקודת המבט הפוליטית, כי אם מנקודת המבט המשפטית. על נקל ניתן להעלות על הדעת מינוי שהוא נכון ונדרש מבחינה פוליטית, אך בלתי תקין מבחינה משפטית. למעשה, אין אנו נדרשים לשם כך להרחיק לכת מעבר לענייננו של חה"כ דרעי עצמו. החלטתו של ראש הממשלה דאז, יצחק רבין ז"ל, שלא לפטר את חה"כ דרעי מתפקיד שר הפנים בעקבות הגשת כתב האישום הראשון נגדו באוגוסט 1993, הייתה בשעתו, ככל הנראה, החלטה נכונה ונדרשת מבחינה פוליטית. לראייה, התפטרותו בעקבות פסק דין דרעי הראשון (בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993)), וכן התפטרותו של חבר הכנסת רפאל פנחסי (בעקבות בג"ץ 4287/93 **אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: **עניין פנחסי**)), הביאו לפרישת תנועת ש"ס מהממשלה, דבר שהוביל לאובדן הרוב של הקואליציה דאז ולהחלשה משמעותית בכוחה. עם זאת, בהינתן כתבי האישום שהוגשו נגד חה"כ דרעי באותה עת, נפסק על ידי בית משפט זה כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה מבחינה משפטית. כך הם הדברים גם בעת הזו: ייתכן מאד שמבחינה פוליטית חה"כ דרעי הוא חבר נדרש בממשלה; ברם, מבחינה משפטית, קיימת מניעה למנותו. אכן, היגיון פוליטי אינו היגיון משפטי – הסמכות להכריע האם נכון **מבחינה פוליטית** למנות ולהותיר את חה"כ דרעי בתפקיד שר נתונה לראש הממשלה, ולו בלבד. בהפעלת שיקול דעת זה אין

לבית המשפט לא יומרה ולא סמכות להתערב; לעומת זאת, הסמכות להכריע האם ניתן **מבחינה משפטית** להותיר את חה"כ דרעי בתפקיד שר מסורה לבית המשפט, ובה, ורק בה, אנו מכריעים.

3. דברים ברוח זו אמורים גם ביחס לתקינות המינוי של חה"כ דרעי במבחן דעת הקהל. המתנגדים לקבלת העתירות הדגישו כי קבוצה גדולה של אזרחיות ואזרחים, כ- 400,000 אישה ואיש, הצביעו בעבור תנועת ש"ס, אשר חה"כ דרעי עומד בראשה, בבחירות שהתקיימו באחרונה. עוד טענו, כי ניתן לשער כי הצבעתם זו משקפת גם את רצון רובם ככולם כי חה"כ דרעי ישמש כשר בכיר בממשלה. אף ניתן להניח כי גם אזרחיות ואזרחים רבים שלא הצביעו בעבור תנועת ש"ס מחזיקים ברצון דומה. אכן כך, ואולם כפי שנפסק בעבר, "**דין הבוחר אינו בא במקום דין המשפט ואין הוא יכול להחליפו**" (עניין **פנחסי**, בעמ' 470. כן ראו: בג"ץ 4921/13 **אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון**, פ"ד סו(3) 135, 242-243 (2013)). ודוק, פסק דיננו איננו שקול למשאל עם, ועל כן איננו נגזר מעמדת רוב הציבור. ממילא, אין אנו מביעים עמדה, ואיננו מוסמכים להביע עמדה, בשאלה מהו רצון הציבור. תפקידנו הוא לפסוק האם חה"כ דרעי רשאי, מבחינה חוקית, לכהן כשר בממשלת ישראל. ככל שהדין מאפשר זאת, אין בכוחנו למנוע זאת גם אם רוב גדול בציבור היה מעוניין שנפסוק אחרת; ולהיפך, ככל שהדין אינו מאפשר זאת, איננו יכולים להתיר את כהונתו גם אם מרבית הציבור מעוניין בכך. בית המשפט אינו פוסק על פי קול ההמון; בית המשפט פוסק על פי שורת הדין.

4. לבסוף, לא אכחד כי התלבטתי בשאלה האם אין מקום לפסוק תחילה בשאלת תקינותו של תיקון חוק-יסוד: הממשלה (להלן: **חוק היסוד**), וליתר דיוק בסוגיית תקינות החלתו בעניין חברותו של חה"כ דרעי בממשלה הנוכחית. ככל שהיינו עושים כן, הרי שייתכן כי היינו מגיעים לתוצאה לפיה יש להחיות בעניינו של חה"כ דרעי את ההסדר שהיה קיים טרם תיקון חוק היסוד, ולאפשר פנייה ליושב ראש ועדת הבחירות לכנסת על מנת שייבחן האם ניתן לסטות מחזקת הקלון בקשר להרשעתו של חה"כ דרעי בהליך הפלילי האחרון בעניינו. בסופו של דבר, השתכנעתי כי בראי היקף התערבותו של בית משפט זה בחקיקת הכנסת, ובפרט בחקיקת חוקי היסוד, המדובר בצעד מרחיק לכת, שראוי להימנע מלעשות בו שימוש כאשר דין העתירות להתקבל מטעמים אחרים (וראו האסמכתאות בפסקה 14 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה **עוזי פוגלמן** ובפסקה 16 לחוות דעתו של השופט **אלכס שטיין**). לפיכך, אסתפק בעניין זה בהצטרפות להערות הנוכחות של חברתי הנשיאה **אסתר חיות** (פסקאות 42-43 לחוות דעתה) ושל חברתי השופטת **דפנה ברק-ארז** (פסקאות 46-50 לחוות דעתה), ובהערה קצרה משלי.

ככלל, שימוש לרעה בסמכות (Abuse of Authority) הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות (ראו בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פסקה ל' (6.9.2017); בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פסקאות 92-94, 143 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') **חנן מלצר** (12.7.2021); יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" **משפט וממשל** א 81, 90-91 (1992)). כך ביחס לכל סמכות הנתונה לגוף שלטוני, ובכלל זה, לכאורה, גם הסמכויות השונות הנתונות לכנסת בכובעיה השונים. בענייננו, קיים חשש כבד, ולמעשה אף מעבר לכך, כי השימוש בסמכות המכוננת המגולם בתיקון חוק היסוד, ובפרט הוראת התחילה שלו, לא נעשה לשם השגת מבנה משטרי טוב יותר בראייה כללית, אלא לצורך נקודתי ובעייתי – על מנת לעקוף את הדרישה לברר את השלכות ההליך הפלילי על כשירותו של חה"כ דרעי להתמנות לשר באמצעות המסגרת המשפטית שנקבעה לכך, קרי, פנייה ליושב ראש ועדת הבחירות לכנסת כאמור. לפיכך, על פני הדברים, אינני שולל כי נסיבות אלו עשויות לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת – ואולם, מהטעם שהוזכר לעיל, מקובל עליי כי אין אנו נדרשים להכריע בכך במקרה דנן.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

עיינתי בחוות דעתם של חברותיי וחבריי, ודעתי שונה.

איני רואה מקום להתערב בהחלטת ראש הממשלה, ח"כ בנימין נתניהו (להלן: **ראש הממשלה** או **ח"כ נתניהו**), שלא להעביר את הרב אריה דרעי (להלן: **דרעי** או **השר דרעי**) מתפקידו כשר הפנים ושר הבריאות. לטעמי, יש לדחות את העתירות בעיקרן באופן שבו מינויו של השר דרעי יוותר על כנו, ולצד זאת נורה לראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (להלן: **יו"ר ועדת הבחירות**) אשר יקבע האם אין בהרשעותיו האחרונות משום קלון.

פתח דבר

1. תמצית עמדתי היא שבהתאם לסעיף 6(ג)(1) לחוק-יסוד: הממשלה (להלן: **חוק יסוד הממשלה**) בנוסחו הקודם לא ניתן היה למנות את דרעי לכהונת שר מבלי שיו"ר ועדת הבחירות יקבע כי אין בעבירות האחרונות שבהן הורשע משום קלון. חובתו של ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות התגבשה בסמוך לאחר שהוטלה עליו מלאכת הרכבת הממשלה וקודם לתיקון סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה (חוק יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4; להלן: **תיקון חוק היסוד**).

2. לאחר היוודע תוצאות הבחירות לכנסת ה-25 סוגיית כשירותו של דרעי להתמנות לשר הועלתה תחילה בפניית בא-כוחו לראש הממשלה, עוד בטרם הוטלה עליו מלאכת הרכבת הממשלה. במענה, התקבלה עמדת היועצת המשפטית לממשלה המבהירה כי המצב המשפטי הקיים מחייב פנייה ליו"ר ועדת הבחירות לצורך קידום המינוי.

ראש הממשלה החליט שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות, כאשר רק בחלוף למעלה מחודש תוקן חוק יסוד הממשלה באופן אשר ייתר, כביכול, את עריכת הפנייה. בכך נפל פגם, מאחר שהסמכות שניתנה בידי חבר הכנסת שעליו הוטל להרכיב את הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות מהווה סמכות דיונית, כמעט טכנית, אשר ניתנה לו כדי ליזום את בירור סוגיית הקלון במקרים בהם הוא נדרש. תיקון חוק היסוד אינו חל למפרע, וממילא אין בו כדי "לרפא" את העדר הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות במועד המתחייב.

3. תוצאת הפגם היא שסוגיית הקלון בעניינו של השר דרעי נותרה ללא הכרעה. כעת, הלכה למעשה, מחלוקת זו הונחה לפנינו – מצד אחד, עמדת היועצת המשפטית לממשלה שלפיה המינוי חורג ממתחם הסבירות באופן קיצוני, בין היתר, מאחר שלשיטתה יש בהרשעות האמורות משום קלון. מנגד, עמדת בא-כוח השר דרעי כי כלל לא דבק בהרשעות אלו קלון, דבר המלמד על סבירות המינוי.

4. מאחר שסוגיית הקלון ודאי מקרינה, בין היתר, על סבירות המינוי, יש לפעול לתיקון הפגם על ידי הבאתה לבחינת יו"ר ועדת הבחירות. כפי שארחיב בהמשך, ניתן וראוי להורות כן גם בהתחשב בתיקון חוק היסוד והשלכותיו, אשר כמובן לא נעלמו מעיניי. לאחר שתינתן קביעת יו"ר ועדת הבחירות, ובכפוף לה, יהא מקום לדון ולהכריע בחוקיות מינויו של השר דרעי בראי תיקון חוק היסוד. מלבד זאת, לטעמי יש לדחות את העתירות.

מינוי שר – תנאי כשירות ופנייה ליו"ר ועדת הבחירות

5. סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה, בנוסחו הקודם, קבע בזו הלשון:

> "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."

אם כך, מי שהורשע בעבירה, נידון לעונש **מאסר** וטרם חלף פרק הזמן הקבוע בסעיף, היה יכול להתמנות לשר רק אם יו"ר ועדת הבחירות מצא כי בנסיבות העניין אין בעבירה משום קלון.

6. לצד האמור, בית המשפט המכריע בהליך פלילי נגד ראש ממשלה, שר, סגן שר, או חבר כנסת – עשוי להידרש לקבוע האם יש בעבירות שבהן אותו אדם הורשע "משום קלון" (בין היתר, סעיפים 17(ד), 23(ב), 27 לחוק יסוד הממשלה וכן סעיפים 42א(א) ו-42א(ב) לחוק-יסוד: הכנסת). מטעם זה נקבעה בסעיף 6(ג)(2) לחוק יסוד הממשלה הוראה משלימה שלפיה: "**יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לא יקבע כאמור בפסקה (1), אם קבע בית המשפט, לפי דין, כי יש עם העבירה שבה הורשע משום קלון.**"

יוצא אפוא, כי אם בית המשפט הכריע שיש משום קלון בעבירה בה הורשע אדם מסוים, ניטלת מיו"ר ועדת הבחירות הסמכות לדון ב"הסרתו". לשון אחר, סמכות יו"ר ועדת הבחירות לקבוע אם מדובר בעבירה שיש עימה קלון היא בגדר "ברירת מחדל" (שמעון שטרית **הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה** כרך א 345 (2018) (להלן: **שטרית**)).

7. מקום בו בהתאם לסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה השר המיועד אינו עומד בתנאי הכשירות וכאשר בית המשפט לא נדרש לסוגיית הקלון בסופו של ההליך הפלילי, סעיף 3 לחוק הממשלה, התשס"א-2001 (להלן: **חוק הממשלה**) קובע כיצד יש לפנות ליו"ר ועדת הבחירות:

> "בקשה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לפי סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה (להלן – חוק היסוד), תוגש בידי ראש הממשלה, או חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה, לגבי מי שמועמד להיות שר".

8. בסעיף זה נכללת קביעה מפורשת בדבר הגורם שרשאי להגיש בקשה מתאימה ליו"ר ועדת הבחירות "**ראש הממשלה, או חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה**"; וקביעה משתמעת ביחס לעיתוי הגשת הבקשה.

לשון החוק, כפשוטה, למעשה מתייחסת לשני מצבים אפשריים – **הראשון**, שבו מבוקש למנות שר במסגרת ממשלה קיימת. במצב כזה, ראש הממשלה הוא שיפנה ליו"ר ועדת הבחירות. במצב **השני**, שבו מבוקש למנות שר במסגרת הליכי כינון הממשלה, חבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה יפנה ליו"ר ועדת הבחירות. הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות במצב כזה תיעשה בפרק הזמן שבין הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על חבר כנסת מסוים, לבין כינונה.

הטעם לכך ברור – אם הפנייה לא תיעשה כבר על ידי ראש הממשלה המיועד, לא ניתן יהיה להכריע בה עד למועד כינון הממשלה. ההכרעה בסוגיית הקלון אינה נעשית באופן מידי (ראו והשוו: סעיף 56ב לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ובפרט סעיף 56ב(2)(ב) שלפיו "**יושב ראש הועדה המרכזית ייתן את החלטתו בתוך 10 ימים מיום הגשת הבקשה והחלטתו תהיה סופית**"); ואילו משהורכבה הממשלה הכנסת מביעה בה אמון "**ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם**" (סעיף 13(ד) לחוק יסוד הממשלה).

9. כאמור, הדין מעניק לראש הממשלה או לחבר הכנסת שהוטל עליו להרכיב ממשלה את הסמכות לפנות ליו"ר ועדת הבחירות. ההיגיון הוא, כי סמכות זו ניתנה בידי גורמים אלו נוכח תפקידו המרכזי של חבר הכנסת האמור בקביעת זהות השרים בהליך כינון הממשלה (**שטרית**, בעמוד 371); וסמכויותיו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו (סעיף 22(ב) לחוק יסוד הממשלה), ולהציע לצרף שר חדש לממשלה קיימת (סעיף 15 לחוק יסוד הממשלה).

היינו, מאחר שמינוי אדם לכהונת שר תלוי ברצונו של חבר הכנסת שהוטל עליו להרכיב את הממשלה – טרם כינונה, או ראש הממשלה – לאחר כינונה, מתבקש כי הגורם המציע את המינוי הוא שיתאפשר לו לפנות ליו"ר ועדת הבחירות.

10. בשלב כינון הממשלה, נשאלת השאלה על-פי אילו אמות מידה יש לבחון את החלטות חבר הכנסת שעליו הוטל תפקיד הרכבת הממשלה. ליתר דיוק, את ההחלטה לפנות, או לא לפנות, ליו"ר ועדת הבחירות בהתאם לסעיף 3 לחוק הממשלה.

ככלל, היקף וטיב הביקורת השיפוטית מוכתב, בין היתר, על-פי מיהות האדם או הרשות המבוקרת וסוג ההחלטה או הסמכות מושא הביקורת (בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית**

לאומית נ' ראש הממשלה, אהוד אולמרט, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט **א' גרוניס** (6.12.2007) (להלן: עניין **אמונה**)).

11. אשר **למיהות** הגורם מקבל ההחלטה או הנמנע מקבלתה, הרי שבמישור הפורמלי חבר הכנסת שהוטל עליו להרכיב ממשלה עודנו "חבר כנסת". הביקורת השיפוטית על החלטות הכנסת אינה דומה לביקורת השיפוטית על החלטות של רשויות מנהליות, אולם שיקול דעתם של חברי כנסת "**[...] אינו חסין מביקורת שיפוטית ולאורך השנים נבחנו בפסיקה החלטות שונות של הכנסת או של ועדותיה. החלטות אלה אינן עשויות מקשה אחת ועל כן היקף הביקורת השיפוטית עליהן אף הוא אינו עשוי מקשה אחת**" (בג"ץ 2592/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה **א' חיות** (6.5.2020)).

מבחינה מהותית, הסמכות המוקנית בסעיף 3 לחוק הממשלה נגזרת כאמור מתפקידו המרכזי של אותו חבר כנסת בבחירת השרים טרם כינון הממשלה, ולאחר כינונה אם יצלח במלאכתו. כשם שסמכות זו ניתנה לחבר הכנסת שהוטל עליו התפקיד להרכיב ממשלה, היא ניתנה לראש הממשלה במפורש.

מכאן, שלפנינו סמכות ייחודית ושונה מסמכויות אחרות שניתנו לחברי כנסת, וזהה לסמכות הניתנת לראש ממשלה. והרי, ראש הממשלה "**הוא חלק מן הרשות המינהלית, והעקרונות החלים על הרשות המינהלית ועל עובדיה חלים גם על ראש-הממשלה**" (בג"ץ 5261/04 **פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, אריאל שרון**, פ"ד נט(2) 446, 464 (2004)).

12. ביחס **לסוג** ההחלטה או הסמכות שבה מדובר – אין ספק כי לראש הממשלה או לחבר הכנסת שעליו הוטל להרכיב ממשלה שיקול דעת רחב באשר לזהות השרים שברצונו למנות (בג"ץ 3997/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ**, פסקה 25 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) **א' גרוניס** (12.2.2015) (להלן: עניין **הנגבי**)). כך מתחייב מאחר שמדובר בהחלטה המערבת גם שיקולים פוליטיים מובהקים (עניין **אמונה**, בפסקה 22 לחוות דעתה של השופטת **א' פרוקצ'יה**). אולם, לא זו ההחלטה שנבחנת בשלב הנדון.

שעה שמבוקש למנות אדם מסוים לשר, וכאשר אותו אדם מנוע מלהתמנות לתפקיד רם זה, הסמכות שניתנה בידי חבר הכנסת האמור לפנות ליו"ר ועדת הבחירות, אינה אלא סמכות דיונית במשפט הציבורי, שנקבעה לצורך יישום הוראות סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה. בעוד שביכולתו לבחור לוותר על מינויו של אותו מועמד לשר, אם ברצותו לקדם את המינוי, אין הוא יכול לבחור שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות.

השימוש בסמכות זו אינו אמור להיות כרוך בהפעלת שיקול דעת פוליטי רחב, אם בכלל. מדובר בסמכות כמעט טכנית, המוקנית לגורם החפץ בקידום המינוי (ראו והשוו: עע"מ 8595/17 **פלאח נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה - מחוז הצפון**, פסקה 61 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה **ח' מלצר** (20.8.2019)). מכך ראוי לגזור את מידת הביקורת השיפוטית שיש ליישם בעניין.

13. מכל מקום, איני נדרש לקבוע מסמרות בסוגיה זו, מאחר שאף אם ניישם בעניינה של החלטה זו אמת מידה מחמירה להתערבות שיפוטית, אני סבור כי קמה עילה להתערבותנו, ואולם לא באופן הילוכם של עמיתיי, כפי שארחיב כעת.

מן הכלל אל הפרט

14. עניינן של העתירות שלפנינו משלב בין ההליך הפלילי למשפט הציבורי. ההכרעה בהן מחייבת בחינה על ציר הזמן. תחילתו, בנקודת הזמן שבה ההליך הפלילי נגד דרעי הסתיים, כאשר החליט להתפטר מהכנסת על מנת להימנע, כך נראה, מהכרעה בסוגיית הקלון בעניינו באותה העת.

אבהיר, כי איני מוצא דופי בהתפטרות דרעי בעיתוי האמור. הדבר נקבע מבעוד מועד, כעולה גם מהסדר הטיעון שנחתם עמו – "**רשמנו בפנינו את הודעת הנאשם [דרעי – י' א'] בדבר החלטתו להתפטר מהכנסת ועל כן היועץ המשפטי לממשלה לא טוען בעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית**" (שם, בסעיף 4). בדיון לפנינו הבהיר בא-כוחו את ההיגיון הטמון בכך ברצונו כי סוגיית הקלון תוכרע במועד רחוק ככל שניתן ממועד ההרשעה וביצוע העבירות (פרו' מיום 5.1.2023, עמ' 25, ש' 18-19). לטעמי זהו שיקול ענייני ולגיטימי.

15. עם זאת, מאחר שבית משפט השלום לא נדרש לסוגיית הקלון; והואיל ואף אני סבור כי המונח "מאסר" שנכלל בנוסח **הקודם** של סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה התייחס גם לעונש של מאסר על תנאי; יוצא כי מינויו של דרעי לשר מותנה בקביעת יו"ר ועדת הבחירות כי אין עם העבירות שבהן הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון.

נקודת הזמן הבאה על ציר הזמן הנדרשת לענייננו היא פניית בא-כוח השר דרעי לח"כ נתניהו בסוגיית "**כשירות וסבירות מינויו**" לתפקיד שר בממשלה. פנייה זו נעשתה ביום 11.11.2022, ובטרם הטיל נשיא המדינה על ח"כ נתניהו את מלאכת הרכבת הממשלה. חוות דעתו של בא-כוח דרעי, שלפיה אין מניעה למנותו לכהונת שר, הועברה על ידי ראש הסגל של ח"כ נתניהו ליועצת המשפטית לממשלה ביום 13.11.2022.

ביום 17.11.2022, השיבה היועצת המשפטית לממשלה, ובתוך כך הבהירה "**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 הממשלה, התשס"א-2001. זאת, על מנת שיקבע האם בעבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, יש משום קלון".

בתשובה מטעם ראש הממשלה שהוגשה בהליך זה, נכתב כי "**[...] היועצת המשפטית לממשלה הנכבדה הסבה את תשומת לב ראש הממשלה לבעיה שהייתה לשיטתה בכשירות המינוי. בעיה שחייבה לשיטתה פניה ליו"ר וועדת הבחירות**" (סעיף 85 לתשובה מטעם ראש הממשלה לצווים על תנאי). ראוי לציין גם את פניית העותרת בבג"ץ 8949/22 לח"כ נתניהו, למחרת היום שבו הוטלה עליו מלאכת הרכבת הממשלה. בפנייה זו ביקשה כי יפעל לפי סעיף 3 לחוק הממשלה ויפנה ליו"ר ועדת הבחירות בנדון.

16. אם היה ספק האם ראש הממשלה נסוג מכוונתו למנות את דרעי לכהונת שר לאור הקושי שהוצג בעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הרי שספק זה הוסר גם לנוכח ההסכם שנחתם ביום 7.12.2022 בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס. לפי הסכם זה דרעי יכהן במחצית הראשונה של כהונת הממשלה ה-37 בתור שר הפנים ושר הבריאות, ובמחצית השניה לכהונת הממשלה בתור שר האוצר. הסכם זה נחתם כ-**20** יום עובר לתחילת התיקון לחוק היסוד.

17. נוסף על כל זאת, דומה שאין חולק כי אפשרות מינויו של השר דרעי לתפקיד שר בממשלה עמדה על הפרק לכל אורך הליך הבחירות. טענה זו היא מטענות הדגל של השר דרעי עצמו ושל מפלגת ש"ס אשר נשמעו בהליכים שלפנינו. לאור תוצאות הבחירות לכנסת ה-25, וכמובן שלאחר שנשיא המדינה הטיל על ח"כ נתניהו את תפקיד הרכבת הממשלה מועמדותו של דרעי לכהן כשר הייתה ברורה וגלויה.

18. הנה כי כן, סוגיית כשירותו של השר דרעי והצורך לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בהתאם למצב המשפטי שחל עובר לתיקון חוק היסוד, הונחה לפתחו של ראש הממשלה במלוא עוזה. חובתו לפעול לפי סעיף 3 לחוק הממשלה התעוררה גם לנוכח פניותיהם של גורמים חיצוניים כי יפעיל את הסמכות אשר יוחדה לו (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 692 (מהדורה ראשונה, 1996)).

את סירובו לפעול, במפורש או במשתמע, יש לראות כהחלטה שלא לעשות שימוש בסמכותו האמורה (שם, בעמוד 707), וכבר נפסק כי לעניין מידת הביקורת השיפוטית "**אין הבדל משמעותי בין הפעלת הסמכות לבין הימנעות מהפעלתה**" (בג"ץ 3059/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' בנימין נתניהו, ראש ממשלת ישראל**, פסקה 21 (10.11.2015) (להלן: עניין **גלנט**)).

ככלל, נראה כי אין להוציא מכלל אפשרות כי ייתכנו מקרים שבהם העיתוי המדויק לעריכת הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות יושפע משיקולים לגיטימיים, כגון אילוצים פוליטיים כאלו ואחרים. עם זאת, בנסיבות הקיימות, הימנעות מפנייה עד לשינוי החוק אינו שיקול שכזה. שיקול כזה הוא זר לתכלית לשמה

ניתנה לחבר הכנסת שעליו הוטל להרכיב את הממשלה הסמכות לפנות ליו"ר ועדת הבחירות. סמכות זו לא ניתנה על מנת למנוע בירור בעניין קלון על ידי יו"ר ועדת הבחירות אלא על מנת ליזום אותו בעיתוי המתאים.

יש להדגיש, כי גם כאשר סוגיה זו הועלתה בדיון לפנינו לא הוצג הסבר של ממש להעדר הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות באותה העת. בא-כוח השר דרעי אף הצר על כך שלא נבחר מסלול הפנייה ליו"ר ועדת הבחירות, חלף תיקון חוק היסוד. בד בבד, הנימוק האפשרי שהעלה לבחירה בנתיב תיקון החוק – משך הזמן שייקח להכרעה בסוגיה הקלון בעוד שהמעורבים רצו לפעול להקמת הממשלה מוקדם ככל שניתן – ספק אם משכנע בנסיבות שלפנינו. אם כבר, נימוק זה מבליט עוד יותר כי נדרש היה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בסמוך לאחר שהוטלה על ח"כ נתניהו מלאכת הרכבת הממשלה.

19. מן המפורט לעיל, ואף מבלי להידרש לסוגיית מעמדה של תשובת היועצת המשפטית לממשלה מיום 17.11.2022, עולה כי נפל פגם בהחלטה שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות. עם זאת, כפי שארחיב כעת, השלכותיו של פגם זה עומעמו במידה מסוימת נוכח תיקון חוק היסוד.

תחילת ותחולת תיקון חוק היסוד והשלכותיו

20. לצורך בחינת נפקות תיקון חוק היסוד על הפגם שנפל כאמור, ישנה חשיבות לסוגיית תחילתו ותחולתו.

ככלל, בעוד מועד **התחילה** עוסק בשאלה מתי החוק נכנס לתוקפו, מועד **התחולה** עניינו בשאלה על אילו פעולות מבחינת ציר הזמן החוק חל (יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר 'רק עניין של זמן'!" **משפט ועסקים** ט 395 (2008)). מבחינה מעשית, חשיבותו של מועד התחולה גדולה משל מועד התחילה "**משום שעד מועד התחולה הנורמה המשפטית נותרת רדומה: היא נורמה בכוח, אך עדיין לא נורמה בפועל. הנורמה משנה את המצב המשפטי רק ממועד התחולה**" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב – ההליך המינהלי 1338 (2011) (להלן: **זמיר**); להרחבה ראו: ע"א 1013/15 **מדינת ישראל משרד הפנים נ' מלול**, פסקאות 9-15 (1.11.2016)).

בהעדר קביעה מפורשת בחקיקה, שאלת תחולת החוק היא שאלה של פרשנות (ר"ע 231/86 **"הדר" חברה לביטוח בע"מ נ' רחמים פוני**, פ"ד מ(4) 160 (1986)) כאשר יש להניח כי מועד התחולה הוא מועד התחילה (**זמיר**, בעמוד 1339). בפסיקה אף נקבע כי "**חזקה על הוראת חוק שהיא מכוונת לעתיד לבוא ולא למפרע, אלא אם-כן משתמעת הוראה למפרע במפורש או באופן ברור מן החוק**" (ע"א 27/64 **ד"ר יוחנן בדר, עו"ד נ' לשכת עורכי־הדין בישראל**, פ"ד יח(1) 295, 300 (1964)).

21. בעניינו, בהתאם לסעיף 8 לתיקון חוק היסוד תחילתו "**ביום קבלתו בכנסת**" – קרי, ביום 27.12.2022. בתיקון חוק היסוד אין הוראה המפרידה בין מועד התחילה למועד התחולה. כפועל יוצא, ובהעדר טעם מיוחד, יש להניח כי מועדים אלו חופפים. מאחר שלשון תיקון חוק היסוד מלמדת כי הוא חל באופן מידי, תחולתו על מינויו של השר דרעי היא, אפוא, אקטיבית. המשמעות היא שבעת מינויו של השר דרעי הוא עמד בתנאי הכשירות.

אולם, החלטת ראש הממשלה שלא לפנות ליו"ר ועדת הבחירות התקבלה במועד מוקדם יותר. התיקון לחוק היסוד לא חל במועד שבו התקבלה, ולטעמי, התיקון אף אינו מרפא את הפגם שבה. מאותה העת שבה עמדה על הפרק שאלת כשירות דרעי לכהן כשר היה הוא, הלכה למעשה, בסטטוס של "ממתין לפנייה". פנייה שלא נעשתה.

באותו מועד, כמו גם במועד שבו היועצת המשפטית לממשלה השיבה לעמדה זו, וכך גם בכל הזמן שחלף מאז מענה זה ועד למועד תחולת התיקון לחוק היסוד – חל סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה בנוסחו הקודם.

22. תיקון חוק היסוד משמעותו כי הפגם שנפל אינו גוזר כי מינויו של דרעי לשר לא השתכלל, היות שבמועד המינוי עמד דרעי בתנאי הכשירות המתוקנים. בכל זאת, לפגם זה הייתה ונותרה חשיבות, גם במישור המעשי, ולוּ לצורך בחינה האם מינויו חורג ממתחם הסבירות.

תוצאת הפגם היא שאין לפנינו קביעה, לא של בית משפט השלום אשר גזר את דינו של השר דרעי ולא של יו"ר ועדת הבחירות, האם בעבירות האחרונות שבהן הורשע דבק קלון. משסוגיה זו נותרה ללא הכרעה, כל צד מבקש כי נניח שטענותיו היו מתקבלות לו הייתה מובאת סוגיית הקלון לפני יו"ר ועדת הבחירות.

לאמיתו של דבר, סוגיית הקלון "ריחפה" באולם בית המשפט בעת הדיון בעתירות ואף תפסה מקום נכבד בכתבי הטענות מטעם הצדדים. בא-כוח השר דרעי ביסס בהרחבה את עמדתו גם על הטענה כי אין בעבירות שבהן הורשע משום קלון, זאת נוכח אופי העבירות שבהן הורשע ובשל נסיבות ביצוען. הוסיף וטען, כי "**מתחייבת גישה זהירה במיוחד לגבי קביעה בדיעבד על קיום קלון, בידי כל טריבונל שיפוטי, על אחת כמה וכמה על ידי טריבונל שלא ניהל את המשפט [...]**" (ראו גם: סעיף 82 לתשובה לצווים על תנאי מטעם ראש הממשלה).

מנגד, היועצת המשפטית לממשלה טענה כי העבירות שבהן השר דרעי הורשע לאחרונה הן כאלו אשר יש עמן קלון ואף הקדישה לכך חלק ניכר מעמדתה. הודגש "**דרעי הורשע פעם נוספת בעבירות בעניינן נקבע בפסיקה, כי יש עמן קלון. כך סבר היועץ המשפטי לשעבר עובר להסדר הטיעון וזו גם עמדת**

היועצת המשפטית לממשלה כעת". טענה זו, בין היתר, היא מאלו שהובילו את היועצת המשפטית לממשלה למסקנה כי מינויו של דרעי לשר חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

למעשה, סוגיית הקלון שזורה לאורכה ולרוחבה של תגובת היועצת המשפטית לממשלה. מסקנתה כי המינוי חורג ממתחם הסבירות, מבוססת על ההנחה כי העבירות שבהן דרעי הורשע אכן נושאות את תווית הקלון. יהיה מי שיאמר שמבקשת היא מאתנו לקבוע זאת ומניחה זאת על שולחננו כאילו אנו הפורום הנכון והמתאים לכך.

23. יוזכר, כי כתב האישום שהוגש נגד השר דרעי במסגרת הסדר הטיעון מנה שני אישומים – ב**אישום הראשון** יוחסה לו עבירה של סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה, לפי סעיף 98(ג1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. ב**אישום השני**, יוחסו לשר דרעי עבירות של דוח וידיעות לא נכונים ללא הצדק סביר – עבירה אחת לפי סעיף 217 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **הפקודה**); אי הגשת דו"ח – שתי עבירות לפי סעיף 216(4) לפקודה; ואי ניהול פנקסי חשבונות – שתי עבירות לפי סעיף 216(5) לפקודה.

בהתאם להסדר הטיעון שהוגש לאישור בית משפט השלום בירושלים (ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21), הצדדים עתרו כי על השר דרעי ייגזר "**מאסר על תנאי למשך 12 חודשים, לתקופה של 3 שנים והתנאי שהנאשם [דרעי – י' א'] לא יעבור עבירה על פי פקודת מס הכנסה [נוסח חדש] התשכ"א-1961 או חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963**" (סעיף 2.1 להסדר הטיעון); וכן קנס כספי בסכום של 180,000 ש"ח או שנת מאסר בפועל תמורתו.

בגזר הדין, שבו אושר הסדר הטיעון, נקבע כי חלקו של השר דרעי בביצוע העבירות הוא "**פאסיבי**" וכי העבירות שיוחסו לו "**אינן כוללות זדון או כוונה להונות את שלטונות המס**". לא זו אף זו, נקבע כי הצדדים לא הציגו "**הוכחה או ראיה לנזק**" כתוצאה ממעשיו של השר דרעי וכי הוצגה תמונה כי עבירות המס המיוחסות לו "**לא נבעו מרצון לרווח כלכלי**".

24. סוגיית הקלון היא רבת משמעות וחשיבות. בפסיקה הובהר כי מושג ה"קלון" בעל "רקמה פתוחה" וכי הוא יכול לשאת משמעויות שונות בהקשרים שונים (בג"ץ 797/20 **סילבר נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-23**, פסקה 16 (6.2.2020)). נפסק, כי "**מושג הקלון ניזון מתפיסות ערכיות ומאמות-מידה מוסריות הרווחות בחברה, וכשהוא דבק במעשיו של אדם הנמנה על מערכת תפקודית-מקצועית מסוימת, עולה השאלה איזו השפעה יש לכך על מידת כשירותו של אותו אדם להמשיך ולעסוק בעיסוקו במסגרת**

אותה מערכת, ומה היא השלכת מעשי הקלון על תדמיתה ומעמדה של המערכת כולה בעיני הציבור" (על"ע 3467/00 **הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' מיכאל צלטנר עו"ד**, פ"ד נו(2) 895, 901 (2002)).

על רקע האמור, ניכר כי אין זה ההליך המתאים להכריע בסוגיית הקלון, לא במפורש ולא במשתמע. אף אין בידי להניח שהיה מושת קלון בגין הרשעת דרעי בעבירות אלו. ראוי שסוגיית הקלון, ולו מפאת חשיבותה, תשמע בהרחבה לפני יו"ר ועדת הבחירות. לא למותר לציין, כי אם ייקבע שבעבירות האחרונות של השר דרעי אין משום קלון מצב הדברים משתנה באופן משמעותי.

25. כמו כן, בעבר נפסק כי "**כשירותו של מועמד על פי מבחני החוק הנוגע בדבר עשויה להקרין על מרחב שיקול הדעת של הרשות הממנה בהליך המינוי**" (עניין **אמונה**, בפסקה 15 לחוות דעתה של השופטת **א' פרוקצ'יה**; ראו גם: עניין **גלנט**, בפסקה 29).

בצדק נטען על ידי היועצת המשפטית לממשלה כי בענייננו יש להעניק משקל מוגבל לתנאי הכשירות לאחר תיקון חוק היסוד, בהינתן הנסיבות שהובילו לשינויים. משראש הממשלה נמנע מלפנות ליו"ר ועדת הבחירות בעיתוי הנדרש, איננו יודעים את התשובה לשאלה האם השר דרעי היה עומד בתנאי הכשירות עובר לתיקון חוק היסוד. גם היבט זה משליך על בחינת סבירות המינוי.

26. זאת ועוד, עלול להיווצר מצב שבו בשל הימנעות ראש הממשלה מלפנות ליו"ר ועדת הבחירות מצבו של השר דרעי הורע. לו היה פונה, ולו היה נקבע שאין בהרשעותיו האחרונות של השר דרעי משום קלון – הדבר היה מקרין לא רק על סוגיית כשירותו לכהונה כשר, אלא גם על סבירות המינוי כאמור. לצד האמור, כמובן שאני ער לכך שלא הוצגה לפנינו דרישה של השר דרעי לראש הממשלה כי יפנה ליו"ר ועדת הבחירות לפי סעיף 3 לחוק הממשלה, כמו גם לעובדה כי הצעת החוק אשר הבשילה לתיקון חוק היסוד הוגשה על ידי ח"כ ממפלגתו של השר דרעי.

27. אם כך, סוגיית הקלון בגין הרשעותיו האחרונות של השר דרעי הייתה ונותרה רלוונטית גם לאחר תיקון חוק היסוד, ולמעשה הדיון בה לא מוצה. במידה רבה, היא הכרחית לצורך הכרעה בעתירות שלפנינו.

הסעד הראוי

28. מאחר שהדין שחל בעת הרלוונטית חייב את ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות יש להורות על תיקון הפגם שנפל באמצעות הנחייתו לעשות כן.

הכיצד ניתן לאחר תיקון חוק היסוד "להחזיר את הגלגל לאחור" ולחייב את ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בהתאם לסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה בנוסחו הקודם? כפי שציינתי לעיל, בפרק הזמן שבו התיקון לחוק היסוד לא חל, לאחר הטלת תפקיד הרכבת הממשלה על ח"כ נתניהו, פניית בא-כוח השר דרעי בסוגיית כשירותו, וקבלת עמדת היועצת המשפטית לממשלה – קמה החובה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות בעניינו של דרעי, וחובה זו עדיין בתוקף. כאמור, השר דרעי היה, ולמעשה נותר, בסטטוס של "ממתין לפנייה". כעת יש להורות על עריכת הפנייה – כפי שהתחייב בהתאם לדין שחל באותה העת.

אף איני רואה כל מניעה שיו"ר ועדת הבחירות ידון באותה פנייה. כך מתבקש לאור עיתוי הפגם מחד גיסא, ותיקון חוק היסוד מאידך גיסא (ראו והשוו להפעלת סמכות יו"ר ועדת הבחירות במסגרת "הכרעה מוקדמת" בדבר כשירות מועמדים לבחירות לכנסת; החלטת המשנה לנשיאה **ח' מלצר** בפ"מ 3/21 **פנחס עידן נ'**, פסקה 8(ב) (7.3.2019)). במקרה קודם קבעה הנשיאה, **ד' ביניש**:

> "[...] מן ראוי לציין ביחס לטענת המדינה, לפיה אין זה סביר שמשרד הפנים יבחן כעת את עניינם של המשיבים בהתאם להגדרה המקורית למונח "תושב אזור", שאינו תקפה עוד, כי הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המינהלית - בין אם בעתירות בפני בית המשפט קמא ובין אם בערעורים שלפנינו - בוחנת האם החלטתה של הרשות המינהלית נתקבלה בהתאם לדין שנהג בעת מתן ההחלטה. בוודאי שכך המצב כאשר דנים אנו בסוגיה של פגיעה בזכויות; [...] בנסיבות אלה מן הראוי כי משרד הפנים יבחן את בקשות המשיבים בהתאם לדין שהיה בתוקף בעת שקיבל את החלטותיו המקוריות ביחס לאותן בקשות. אין לומר כי תוצאה זו אינה סבירה, שכן תוצאה זו עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות החל על כל רשות מינהלית באשר היא. התוצאה מתיישבת אף עם עקרונות יסוד של צדק; שכן אלמלא נדחו בקשות המשיבים על הסף ושלא כדין [...] היה על משרד הפנים לבחון את הבקשות ולהכריע בהן לגופן" (ההדגשות הוספו – **י' א'**; עע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' עויסאת**, פסקה 11 (10.8.2008)).

בשינויים המתחייבים, ראוי ליתן סעד דומה גם בעניינו.

29. יהיה מי שיטען, כי נוכח תיקון חוק היסוד ומאחר שאיננו מתערבים בתוקפו, ממילא אין מניעה כי השר דרעי יתמנה לשר בהתאם לסעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד הממשלה בנוסחו המתוקן. לגישתי, לאור תיקון חוק היסוד ההשלכות של קביעת יו"ר ועדת הבחירות במישור כשירותו של דרעי לכהונת שר אינן ברורות לחלוטין. עם זאת, קביעתו של יו"ר ועדת הבחירות, לכאן או לכאן, ודאי משליכה על סוגיית סבירות המינוי. לאחר שתתקבל, ניתן יהא לדון ולהכריע בחוקיות מינוי השר דרעי, ככל שיידרש.

סוף דבר

30. בהינתן עמדתי זו, איני מוצא לקבוע שהחלטת ראש הממשלה שלא להעביר את השר דרעי מתפקידו חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

אף על פי כן, נוכח עמדת חלק מחבריי, מצאתי להתייחס לסוגיה זו בקצרה במישור העקרוני. בהתאם לפסיקת בית משפט זה, ככלל, קיימות שתי משוכות מרכזיות שעל מינוי שר לצלוח – משוכת הכשירות ומשוכת הסבירות. כנגזר מהכלל לפיו "**כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד**" (בג"ץ 4287/93 **אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 458 (1993)).

ניתן לתהות על תוקפה והגיונה של ההבחנה האמורה בהינתן העובדה שבחלוף השנים תנאי הכשירות לכהונת שר עוגנו במפורש בחוק יסוד הממשלה (עניין **הנגבי**, בפסקה 24 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) **א' גרוניס**). כך ביתר שאת, כאשר תנאי הכשירות שונו זה עתה.

אם כך, הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, דקדקה וקבעה מה הם תנאי הכשירות הראויים לשיטת חבריה לכהונה כשר. הצבת רף מחמיר יותר בפסיקה מתפרשת אפוא כהחלפת הרף שנקבע בחוק יסוד, ברף הראוי לשיטת בית משפט זה. ההצדקה להתערבות שכזו, לטעמי, מוטלת בספק.

31. יש לומר כי הקביעה המפורשת בחוק יסוד הממשלה לאחר תיקונו, שלפיה בנסיבות מסוימות גם מי שנגזר עליו עונש מאסר על תנאי יכול להתמנות לשר בממשלה, אינה בגדר נורמה חוקתית המסבה גאווה. במהלך עשרות השנים שבהן דנתי בהליכים פליליים שונים, עמדתי פעמים רבות על החומרה הגלומה בעבירות פליליות שבגינן הושת על הנידון לבסוף עונש של מאסר על תנאי "בלבד". משכך, קשה לברך על הנמכת רף הכשירות למינוי אדם לשר ועל המסר המשתמע מכך.

אולם, דומני כי מי שיבחן את חברי הכנסת על הרף שאותו בחרו להציב הוא הציבור עצמו, ביום הבחירות. על כך עמדתי בעבר ודעתי נותרה כפי שהייתה:

> "[...] הביקורת האפקטיבית העיקרית לבחינת ה'צידוק' להחלטות חברי הכנסת היא זו המופעלת כלפיהם על ידי בוחריהם – ולא על ידי בית המשפט. ציבור הבוחרים אינו אדיש לפעולות חברי הכנסת, ומודע היטב להחלטותיהם הכרוכות בפשרות פוליטיות שונות. בכוחו להשפיע על חברי הכנסת הן באופן ישיר על ידי פניה אליהם, הן באופן עקיף ביום הבחירות [...]" (בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסקה 9 לחוות דעתי (23.5.2021)).

ובמקרה אחר ציינתי:

> "אכן, אין חולק כי לבית משפט זה סמכויות רחבות. לא בכדי שאלות הנוגעות לתחומי גבולות הביקורת השיפוטית מצויות בלב השיח הציבורי; ולמרבה הצער, הלגיטימציה של פסיקות בית משפט זה מאותגרת פעם אחר פעם לנוכח טענות לדריסת רגלו בתחומים שראוי להותיר לשיקול דעת הרשויות האחרות. אולם, במקרים רבים אין צורך להידרש לדיון מורכב באשר לשאלת היקף הביקורת השיפוטית שיש להפעיל על החלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – ודי להקפיד כי בית משפט זה לא יידרש לסוגיות אשר לא בשלה העת להכריע בהן" (בג"ץ 4252/17 **ג'באריז נ' הכנסת**, פסקה 4 לחוות דעתי (14.7.2020)).

32. **בסיכומו של דבר**, בהינתן אופי הפגם עליו עמדתי לעיל, לו דעתי הייתה נשמעת היינו מורים על **דחיית** העתירות בעיקרן. לצד זאת, על ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות הנוכחי בתוך 30 יום ממועד פסק הדין, על מנת שיקבע האם אין בעבירות האחרונות שבהן הורשע השר דרעי, בנסיבות העניין, משום קלון. בכפוף לקביעת יו"ר ועדת הבחירות יישמרו טענות הצדדים במישור הכשירות ובמישור הסבירות.

ש ו פ ט

הוחלט לקבל את העתירות בדעת רוב של עשרה שופטים (הנשיאה א' חיות, **המשנה לנשיאה** ע' פוגלמן **והשופטים** י' עמית, ד' ברק-ארז, ע' ברון, ד' מינץ, **י' וילנר**, ע' גרוסקופף, א' שטיין, וח' כבוב, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון) ולקבוע כי מינויו של דרעי לתפקיד שר הפנים ושר הבריאות פסול ואינו יכול לעמוד.

הנשיאה א' חיות, **המשנה לנשיאה** ע' פוגלמן **והשופטים** י' עמית, ע' ברון, **י' וילנר**, ע' גרוסקופף וח' כבוב **החליטו** להפוך את הצו על תנאי למוחלט, במובן זה שייקבע שעל ראש הממשלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה ולהעביר את דרעי מתפקידו כשר הפנים ושר הבריאות. השופטים ד' ברק-ארז, ד' מינץ וא' שטיין **סברו** אף הם כי מינויו של דרעי לשר פסול, אך זאת מן הטעם שהוא מנוע מלכהן כשר לנוכח הנסיבות המפורטות בחוות דעתם, והנוגעות למצג שהציג דרעי בפני בית משפט השלום שגזר את דינו בעבירות המס. השופטים ע' גרוסקופף וח' כבוב **הצטרפו** גם הם לטעם זה כנימוק נוסף המצדיק את קבלת העתירות. השופט י' אלרון, בדעת יחיד, **סבר** כי יש להותיר

את מינויו של השר דרעי על כנו, כאשר לצד זאת על ראש הממשלה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות הנוכחי בתוך 30 יום ממועד פסק הדין, על מנת שיקבע האם בנסיבות העניין אין בעבירות המס שבהן הורשע דרעי משום קלון, וכן כי בכפוף לקביעת יו"ר ועדת הבחירות – יישמרו לצדדים טענותיהם במישור הכשירות ובמישור הסבירות.

ניתן היום, כ"ה בטבת התשפ"ג (18.1.2023).

ה נ ש י א ה	המשנה לנשיאה	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט	

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852* ; אתר אינטרנט, https://supreme.court.gov.il