

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 ח"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 שתניתן 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 הוועדה 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, וזוהה 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 החוק, 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 ח"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 ועדת 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 שלפניו. 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 "רטורואקטיביות – 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. בענייננו, 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, ולו 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 – באישום הראשון יוחסה לו עבירה של סיוע לעריכת הצהרה שאינה נכונה, לפי סעיף 98(ג) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. באישום 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 (שבת, 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 מדצון 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 מושג 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 ונתרה 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.

הכי צד 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 בענייניו 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 בענייננו.

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.

30. בהינתן עמדתו 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 המסכה גאוה. 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 מאתגרת 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’בארין 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’ ברוך, 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’ ברוך, 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