

על דרעי ועל קלון

מאת

איתן קידרון *

מבוא

סוגית ה"קלון" שבה בימים אלה להיות במוקד השיח הציבורי. הסוגיה עלתה נוכח מהלכיו של ראש הממשלה המיועד, בנימין נתניהו, למנות את חבר הכנסת אריה דרעי לתפקיד שר. בתגובה, מיהרה "התנועה למען איכות השלטון בישראל", לבקש את בית המשפט הגבוה לצדק לאסור את הכהונה של דרעי כי דבק בו קלון.¹ דרעי כידוע הורשע בעבירות מס בשתי פרשות ונידון לעונש של 12 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לצד קנס בסך 180,000 ₪.² זאת אינה ההרשעה הראשונה של דרעי, שבעבר הורשע בעבירות של שוחד, מרמה והפרת אמונים בפרשות בהן מילא תפקיד ציבורי ונידון בין היתר לעונש של שלוש שנים מאסר בפועל.³ לשיטת "התנועה למען איכות השלטון בישראל", דבק בדרעי קלון בשל הפגיעה בטוהר המידות, אמון הציבור בנבחרי הציבור ובעקרון הנאמנות השלטונית; וכן בשל חוסר ניקיון הכפיים, תום הלב, הסבירות והמידתיות שבמינוי. אם כן, נוכח העתירה כנגד מינויו של דרעי לשר, בית המשפט יידרש לשוב ולבחון את המושג "עבירה שיש עמה קלון".

השאלה שאבקש להתמקד ברשימה זו היא, מהם השיקולים שראוי לשקול במסגרת ההחלטה להטיל קלון? ברשימה אחרת הסברתי ש"קלון" הוא מושג עמום במשפט הישראלי.⁴ המחוקק השתמש בכלי המשפטי של "קלון" כדי להגביל את העיסוק בתפקידים ציבוריים ובתחומי עיסוק

* ד"ר איתן קידרון מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; שותף, מיתר עורכי דין. רשימה זו מבטאת את עמדתו של כותב המאמר בלבד.

אזכור מוצע: איתן קידרון "על דרעי ועל קלון" **פורום עיוני משפט** (תגובות משפט) מז (4.1.2023) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/kidron>

¹ עתירה מיום 25.12.2022 ועתירה מיום 27.12.2022.

² ת"פ 56231-12-21 **מדינת ישראל נ' דרעי** (נבו) 01.02.2022 (להלן: "דרעי-2021").

³ ע"פ 3575/99 **דרעי נ' מדינת ישראל**, נד(2) 721 (2000).

⁴ איתן קידרון "קלון כאכיפה מנהלית – דוקטרינת הגבלת הכהונה" **משפטים** נ, 425 (2020) (להלן: "קידרון").

רבים, אך לא טרח בהגדרתו. בית המשפט ניסה במשך השנים להגדיר את המושג "קלון" הגדרה קוהרנטית, ברם לבסוף נאלץ לקבוע כי המושג הוא בגדר רקמה פתוחה, הנתונה לשינויים על פי השקפות החברה המשתנות. מלומדים ביקרו את עמימות המושג "קלון", וטענו כי נוכח העמימות הוא בהכרח מוטל באופן שרירותי, ובכך שוחק את עקרון החוקיות.⁵ נוכח העתירה בעניינו של דרעי, עולה השאלה האם ראוי, כפי שטוענת "התנועה למען איכות השלטון בישראל", לבחון שאלות בעלות אופי מוסרי-ציבורי כגון הפגיעה בטוהר המידות ובאמון הציבור, או שמא יש להתמקד בפריזמה צרה, של שאלות בתחום המשפט בלבד. ואמנם השאלה שמטרידה רבים היא האם יש למנוע את מינויו של דרעי לתפקיד שר. ברם היות שבית המשפט או יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית עתידים לדון בנושא, אני אמנע מלהביע עמדה ביחס לשאלה הקונקרטי לגופו של אדם, ואתמקד בשאלה העקרונית בלבד.

טענתי המרכזית היא שבהחלטה להטיל סנקציה משפטית של "קלון" יש לשקול שיקולים משפטיים בלבד, ולא שיקולים בעלי אופי ציבורי-מוסרי. טענה זו מבוססת על פרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן, עליה ארחיב מעט בהמשך המאמר, לפיה יש לראות בהטלת קלון דוקטרינה מנהלית של איסור כהונה שתכליתה מניעת סיכון. דוקטרינה זו פועלת על פי אותה הגיון של דיני המעצרים. לפיכך, במסגרת ההחלטה אם להטיל קלון יש להתמקד בסיכון הנשקף מהמועמד פן יבצע עבירות נוספות. גישה זו, המתנגדת למניעת כהונה מנימוקים חיצוניים למשפט כגון "אמון הציבור" ו"טוהר מידות", מרסנת את מוסד הקלון מניה וביה ומגינה על עקרון החוקיות ועל זכות היסוד לעיסוק של המועמדים.

הרשימה תמשיך אפוא כדלקמן: ראשית, אציג את המסגרת הנורמטיבית לדיון, הקובעת את התנאים לכשירותם של שרים, ובתוך כך את חזקת הקלון ומנגנוני ההתגברות עליה; בהמשך אנתח את סנקציית הקלון, על פי הדין המצוי והדין הראוי, ואטען כי השיקול הראוי להטלת הסנקציה של איסור כהונה הוא שיקול המסוכנות להישנות העבירה בלבד.

מסגרת נורמטיבית לדיון – תנאי כשירותם של שרים

⁵ שם, בעמ' 425-428.

חוק יסוד: הממשלה קובע את תנאי כשירותם של שרים, ובתוך כך את חזקת הקלון ומנגנוני ההתגברות עליה. הרשות המכוננת תיקנה את חוק היסוד בימים האחרונים. בין יתר תיקוניו לחוק היסוד, תיקן המכונן את סעיף 6(ג) שקבע עד לפני התיקון 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 העניין משום קלון."

לאחר שהמכונן תיקן את חוק היסוד, נוסחו הוא כדלקמן:

*"(1) לא יתמנה לשר מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל וביום מינויו טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות העניין, משום קלון."*⁶

במילים אחרות, לפני התיקון, מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל או על-תנאי הוחזק כמי שכבר עבירה שיש עמה קלון. בנסיבות אלה, אותו אדם לא יוכל לכהן כשר. לאחר התיקון, לכאורה רק מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר בפועל מוחזק כמי שעבר עבירה שיש עמה קלון. יחד עם זאת, ניתן להתגבר על "חזקת הקלון" בשני אופנים: אם חלפו שבע שנים מיום סיום ריצוי עונש המאסר; או אם יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית קבע שאין זו עבירה שיש עמה קלון.

שאלה שעולה אגב עניינו של דרעי היא האם מי שהורשע בעבירה ונידון לעונש מאסר על-תנאי מוחזק כמי שעבר עבירה שיש עמה קלון? כאמור, דומה שהמכונן ביקש להבהיר בתיקון חוק היסוד שרק מאסר בפועל מפעיל את חזקת הקלון. יחד עם זאת, לשון חוק היסוד המתוקן מותירה ספק. בין יתר התיקונים, ובנוסף על תיקון סעיף 6(ג), המכונן קבע כי הכוונה ב"מאסר בפועל" היא גם ל"מאסר על-תנאי שהופעל". כוונת המכונן היא שאם אדם הורשע ונגזר דינו למאסר על-תנאי, ולימים אותו אדם עבר עבירה נוספת שהפעילה את התנאי, יש לראות במאסר על-תנאי שהופעל כאילו היה מלכתחילה מאסר בפועל. כלומר מעשיו של נידון בביצוע עבירה נוספת שמפעילה את

⁶ חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), ס"ח התשפ"ג 4.

המאסר על-תנאי, מקרינים אחורה בזמן על חזקת הקלון שקיימת לעבירה – לפני ביצוע העבירה הנוספת, העבירה לא היתה עבירה שיש עמה קלון, ואחרי ביצוע העבירה הנוספת, העבירה כן היתה עבירה שיש עמה קלון. לא ברור אם מהלך רטרואקטיבי שכזה הוא ראוי (ארחיב בהמשך לגבי הפרשנות שלדעתי ראויה), אך משמעותו היא שעד תום תקופת התנאי של המאסר – קיימת "חזקת קלון על-תנאי", שכן רק בסיום תקופת התנאי ניתן יהיה לקבוע שלא מדובר בעבירה שיש עמה קלון. אך שאלת קיומה של חזקת קלון היא משנית היות שממילא נבחנת השאלה המהותית באם מדובר בעבירה שיש עמה קלון. אם חלה החזקה, אז יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית יידרש לשאלה המהותית, בהתאם לסיפא של סעיף 6(ג)1. אם לא חלה החזקה, אז בית המשפט יידרש לשאלה המהותית, בהתאם להלכה הידועה של "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד"⁷. כידוע, במסגרת הדין הנוהג בית המשפט נוהג להעביר ביקורת שיפוטית על ההחלטה המנהלית להטיל קלון. ביקורת שיפוטית זו מתמקדת בסבירות ההחלטה המנהלית למנות את המועמד לכהונה או שלא להפסיק את כהונתו.⁸ לפי הלכה זו, גם אם מועמד לתפקיד שר עומד בתנאי הכשירות הסטטוטוריים לתפקיד ציבורי, עדיין המינוי כפוף לכללי שיקול הדעת המנהלי. לכן שממילא יש לבדוק האם מדובר בעבירה שיש עמה קלון, ולדין בנושא זה אעבור כעת.

שיקול הדעת במינוי – דוקטרינת איסור כהונה

סוגית השיקולים הראויים לשקילה במסגרת הטלת קלון היא סוגיה שכאמור עסקתי בה בהרחבה ברשימה אחרת.⁹ בתמצית, על פי הדין המצוי, יש שני סיכונים מרכזיים המצדיקים הטלת קלון: האחד, הסיכון התדמייתי העלול להיגרם למוסד בעל חשיבות ציבורית מכך שאותו אדם יימנה עם שורותיו – כגון הפגיעה ב"אמון הציבור" או ב"טוהר המידות"; השני, הסיכון העלול להיגרם למוסד

⁷ ראו למשל בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 15 (נבו 13.08.2015) (להלן: "דרעי-2015"), וההפניות הרבות שם; וכך בג"ץ 3059/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2015) (להלן: "גלנט"); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2016) (להלן: "דרעי-2016").

⁸ הרשות המנהלית שמחליטה על הכהונה מחויבת לבחון את תנאי הכשירות הפורמליים שבדין לצד שיקול דעת רחב משיקולים אשר אומנם אינם מופיעים בתנאי הכשירות הפורמליים, ברם ראוי שיובילו להפסקת כהונה. היעדר שקילת שיקולים רחבים אלה, או אי-מתן משקל מתאים להם, יכול להיות לא סביר ("היעדרן של הוראות 'כשירות' אינו שולל (בבחינת 'הסדר שלילי') את שיקול הדעת הנתון לרשויות השלטון בגיבוש עמדתן באשר למינוי לכהונה או הפסקת כהונה. כשירות לחוד ושיקול-דעת לחוד"), ראו בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 260, 229 (1993). כן ראו דרעי-2015, שם, בעמ' 2; גלנט, שם, בעמ' 19; דרעי-2016, שם, בעמ' 7.

⁹ קידרון, לעיל הי"ש 4.

זה מכך שאותו אדם ישוב על מעשיו.¹⁰ לשיטתי, רק השיקולים מן הסוג השני הם שיקולים ראויים לשקילה. טענה זו מבוססת על פרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן.¹¹ לפיה, עבירה פלילית היא פגיעה רצונית ומפורשת ב"זכות הציבור" (בשונה מזכות הפרט),¹² והעונש הפלילי הוא תיקון הולם לפגיעה זו בנטילת חירות העבריין; ולעומת זאת הפרה מנהלית היא סיכון מופרז לזכות הציבור, ואילו הסנקציה המנהלית מתקנת את הסיכון המופרז באמצעות הגבלת חירות המפר.¹³ בהתאם לגישה זו הסקתי, כי הטלת קלון היא סנקציה מנהלית לתכלית של מניעה, שהגיונה פועל בדומה להגיון של דיני המעצר. בהקשר של כשירות לכהונה, המועמד, אדם הממלא תפקיד או מבקש למלא תפקיד במוסדות בעלי חשיבות ציבורית, אינו כשיר לכהונה מפני שהוא מהווה סיכון לציבור בהישנות ההתנהגות העבריינית. לדוגמה, כאשר מורה חשוד או הורשע בעבירות מין בילדים, קיימת סכנה שאם ישוב לעבודתו הוא יסכן את זכותם לשלמות גופם ולכבודם של ילדי בית הספר שבו הוא מלמד בביצוע עבירות מין דומות לאלה בהן הוא חשוד או הורשע. דוגמה נוספת היא ראש עיר החשוד או הורשע בקבלת שוחד, אשר לגביו קיים סיכון שיפעל למען אינטרס פרטי כזה או אחר, כגון שיטה מכרז או יפעל לקידום ענייניהם הכלכליים של קבלנים מסוימים. לעומת זאת, אם המורה או ראש העיר יואשמו או יורשעו בעבירת תעבורה, לא בהכרח תהיה סכנה בהמשך העיסוק המסוים שלהם בהעדר זיקה בין עבירות התעבורה לבין העיסוק המסוים. חיזוק לנקודת מבט זו, ניתן למצוא דווקא בתיקון חוק היסוד בהוספת תנאי מאסר בפועל לחזקת הקלון. על פי התיקון, רק מאסר בפועל (ולא על-תנאי) מהווה, כשלעצמו, ראיה לכאורה למסוכנות המועמד באופן שמצדיק את איסור כהונתו. לכן ראיית הפעלת מאסר על-תנאי כמאסר בפועל, לא מקרינה אחורה בזמן על העבירה (והופכת אותה מעבירה שאין עמה קלון לעבירה שיש עמה קלון); אלה מקרינה קדימה בזמן על הסיכון, ומהווה ראיה לכאורה למסוכנותו של העבריין החוזר. כלומר, רק עם ביצוע העבירה הנוספת, אשר מפעילה את התנאי, מתגברת המסוכנות לרמה המצדיקה "חזקת קלון". במילים אחרות, הטלת הקלון פועלת על פי ההיגיון של הצדק המתקן ומונעת את הסיכון לציבור באמצעות הגבלה של זכויות העיסוק של מועמד מסוים במוסדות ציבוריים מסוימים לתקופה

¹⁰ בת"פ (שלום י-ם) 4063/06 **מדינת ישראל נ' הנגבי**, עמ' 42 (פורסם בנבו, 9.11.2010).
¹¹ ראו Eithan Y. Kidron, *Understanding Administrative Sanctioning as Corrective Justice*, 51 U. MICH. J.L. REFORM 313, 313–355 (2018).

¹² בע"פ 478/72 **פנקס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כז(2) 617, 626 (1973) הבהיר השופט זוסמן את ההבדל בין פגיעה בזכות הפרט לזכות הציבור בנוזיקין ובפלילים, בהתאמה ("אדם יכול למחול לזולת על חבותו בנוזיקין הואיל ועל זכותו שלו הוא מוותר. אך אין אדם יכול למחול על אחריות הזולת בפלילים, הואיל והאישום הפלילי אינו בא לאכוף את זכותו אלא את זכות הציבור, ואין אדם יכול למחול על מה שאין לו").

¹³ קידרון, ה"ש 4, בעמ' 451-434.

מסוימות. תכלית הגבלת העיסוק היא אחת – מניעת הסיכון הישיר העלול להיגרם לציבור מכך שאותו מועמד ישוב על מעשיו.¹⁴

שיקולי "טוהר המידות" ו"אמון הציבור" אינם ראויים להיות רלוונטיים להטלת קלון והגבלת עיסוק.¹⁵ מניעת מילוי תפקידים במוסדות הציבוריים מסייעת בשמירה על טוהר השלטון ומחזקת את אמון הציבור במוסדות אלה. חיזוקו ושימורו של אמון הציבור במוסדות הציבוריים הוא אינטרס חשוב, אך יש להבחין בין הגנה על זכויות לבין הגנה על אינטרסים. תכלית הגבלת העיסוק היא מניעת הסיכון לזכויות הציבור שאותו אדם ישוב על מעשיו. לעומת זאת מניעת הסיכון התדמיתי העלול להיגרם למוסד מכך שאותו אדם ימָנֶה עם שורותיו, היא אינטרס הציבור בלבד.¹⁶ לכן לא ראוי להצדיק בשם אינטרס זה את הגבלת זכות היסוד לחופש העיסוק של המועמד.¹⁷ בנוסף, יישומם של שיקולי "התדמית" יכול להוביל לפגיעה בעקרון החוקיות ובעקרון ההליך ההוגן. כך לדוגמה, לגבי "אמון הציבור", לא ברור מהו אותו "ציבור" שאת אמונו צריך לשמר – האם מדובר על כלל הציבור או על ציבור מסוים? שהרי יש מגזרים שמאמינים יותר במערכות מסוימות ופחות במערכות אחרות. כמובן שקיים קושי לכמת את מידת ה"אמון" שהציבור רוכש למוסד מסוים, שהרי אין מקבלים החלטות משפטיות לפי סקרי דעת קהל, ואף אין אמת מידה ברורה לכימות "אמון". מידת ה"אמון" הראויה גם היא נתונה לוויכוח. מהו רף האמון שאליו יש לחתור (100% אמון? 51% אמון? רף גמיש?). כמו כן, קיימים מוסדות שלציבור (או לציבור מסוים) אין אמון רב בהם ממילא, ויהיה קושי להצדיק פגיעה בזכות על בסיס "פגיעה" בדבר שממילא קיים באופן דל. לבסוף, יש קושי לצפות את הנזק ל"אמון הציבור" במוסד מסוים בשל אי-הגבלת עיסוקו של אדם מסוים. לאור האמור, הגבלת עיסוק מחשש לפגיעה באמון הציבור כרוכה בשיקול דעת רחב מאוד למי שמחליט בסוגיה, שכן מדובר על מושג עמום במיוחד. שיקול הדעת הרחב הוא כשלעצמו מהווה

¹⁴ שם, לעיל בעמ' 451-454.

¹⁵ שם.

¹⁶ לפי הגישה הקאנטיאנית, שיקול "אמון הציבור" הוא אינטרס הציבור ולא זכות הציבור, שהרי לו היה "אמון הציבור" זכות, הייתה כנגדו גם חובה קורלטיבית (ראו למשל ERNEST J. WEINRIB, CORRECTIVE JUSTICE 19-20, 152 (2012)), הדין בכך בהקשר של המשפט הפרטי).

¹⁷ אם בכל זאת נעשה שימוש בשיקול "אמון הציבור", הרי שלפי הפסיקה יש לעשות איזון אנכי בין הזכות לחופש עיסוק לבין האינטרס של אמון הציבור (בשונה מהאיזון האופקי בין הזכות לחופש עיסוק לבין זכות הציבור שתיפגע מעיסוקו של המפר). על האיזון בין זכות היסוד לעיסוק לבין אינטרסים של הציבור לפי פסקת ההגבלה, ראו למשל בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.12.2006). ("חופש העיסוק הוא זכות חוקתית מוגנת. עם זאת, פסקת ההגבלה תורחמת את המסגרת המותרת לפגיעה בזכות זו. היא מבוססת על התפיסה כי זכויות אדם חוקתיות אינן יכולות בכל עת לזכות בהגנה מלאה על מלוא היקף התפרשותן, אלא בהגנה יחסית בלבד. זאת מן הטעם כי חיי אדם בחברה אנושית מחייבים הכרה גם בזכויות נוגדות של פרטים אחרים וכיבוד אינטרסים ציבוריים כלליים, שנועדו לאפשר חיים בצוותא. פסקת ההגבלה תורחמת, אפוא, את היחסיות שבהגנה הניתנת לזכות היסוד, בהתחשב באינטרסים נוגדים").

סכנה לאמון הציבור במערכת המשפט, שכן הוא חושף את ההליך של הגבלת העיסוק לטעויות, לאפליה ולשימוש לרעה בכוח. יש שיטענו שאמון הציבור הוא מושג נורמטיבי, פיקטיבי ולא מושג אמפירי.¹⁸ אך אדרבה, יש בכך רק לטשטש את המושג ולהרחיב את שיקול הדעת. נוצר אפוא פרדוקס שלפיו דווקא החלטה של בית המשפט על הגבלת עיסוק שתכליתה להשיא את אמון הציבור במוסד מסוים יכולה לפגוע באמון הציבור בבית המשפט. מן הצד השני, גם אם הציבור מביע אמון במינוי מסוים, אין בכך כדי לאיין את הסיכון הנשקף מפני המועמד. אם נחזור לדוגמת המורה החשוד בעבירות מין בילדים – יתכן שכל הורי הילדים בכיתה, בהיכרותם עם המורה, יסברו כי מדובר בחשדות שווא, ויסיכמו כולם לקבל את המורה בחזרה לעבודה. גם בנסיבות אלה, ראוי שבית המשפט יתערב ויבחן את מסוכנות המורה, שכן תפקידו של בית המשפט, בין היתר, הוא להגן על הילדים החשופים לסכנה. לפיכך, שיקולי "טוהר המידות" ו"אמון הציבור" אינם ראויים להיות שיקולים רלוונטיים להטלת קלון.

ראוי שמוסדות בעלי חשיבות ציבורית, כמו ממשלת ישראל, יפעלו באופן שישיא את אמון הציבור בהם וישמרו על טוהר מידות אנשיהם, אך לא ראוי שזו תהיה עילה להטלת קלון.¹⁹ כך לדוגמה, ראוי שבית המשפט יפעל באופן שישיא את אמון הציבור בו, אך הוא חייב לפסוק על פי הדין גם אם פסק הדין אינו נושא חן בעיני הציבור ועלול לפגוע באמון הציבור בו.²⁰ אף על פי כן, הדעת נותנת כי אם בית המשפט ישפוט בעקביות לפי הדין (ולא לפי גחמה של ציבור כזה או אחר בכל מקרה קונקרטי), אזי ממילא הוא יזכה לאמון הציבור ושופטיו יתפסו כאנשי מידות. לכן יש להבחין בין שיקולי הטלת הקלון לבין השלכות הטלת הקלון. בעוד ששיקולי הטלת הקלון הם שיקולים משפטיים גרידא, להטלת הקלון יכולות להיות השלכות במישורים אחרים, מוסריים וציבוריים. זאת ניתן ללמוד אף מדברי הנשיאה חיות בעניין מינוי דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל.²¹ הנשיאה חיות קבעה כי יתכן שמינוי לא מתיישב עם טוהר המידות וההגינות הנדרשים ממשרתי

¹⁸ בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, יצחק רוכברגר, ס(3) 135, פס' 10 לדברי השופטת ארבל (2013): "אמון הציבור, בהקשר זה, אינו סומך על ממצא אמפירי בדוק, אלא על הערכה של בית המשפט מה היא עמדתו של הציבור. הדבר דומה במידה מסוימת למושג "האדם הסביר". ברור, כי מדובר בפיקציה. בית המשפט קובע לעצמו ועל פי הערכתו כיצד ראוי לנהוג והוא מייחס את הדרישה שהציב לאותה דמות פיקטיבית – האדם הסביר. חרף הדמיון למושג "אמון הציבור" קיים הבדל ברור בין שני המונחים. את "אמון הציבור" ניתן למדוד באופן אמפירי באמצעות בחירות".

¹⁹ קידרון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 451-454.

²⁰ כך למשל, בפרשת זדורוב, בהחיר בית המשפט כי: "גם היותה של סוגיה בעלת תהודה ציבורית או תקשורתית אינה בגדר עילה משפטית לקיום דיון נוסף. יש להבחין בענייננו בין העניין הציבורי לבין דרישות הדין. בית המשפט לא יורה על קיום דיון נוסף מקום שאין הצדקה משפטית לעשות כן, יהיה העניין הציבורי רב ככל שיהיה" (דנ"פ 1329/16 זדורוב נ' מדינת ישראל, פס' 34 (פורסם בנבו, 5.7.2016)).

²¹ את דברי הנשיאה חיות מביאה התנועה לאיכות השלטון בישראל בעתירתה מיום 25.12.2022, בפס' 138 ו-139.

הציבור ואף עלול לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון.²² אך כדי להשיב על השאלה אם למנוע את המינוי, הנשיאה חיות קבעה שיש להתחשב בשני סוגי שיקולים: האחד, עברו הפלילי של המועמד וחומרת מעשיו; השני, פרק הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה וסיום ריצוי העונש, והתנהלות המועמד מאז. לשיטת בית המשפט, אפוא השאלה שיש להכריע בה היא "האם יש בו בחלוף הזמן כדי להקהות מעוקצו של העבר הפלילי של המועמד באופן שיאפשר למנותו לכהונה ציבורית".²³ הפרשנות שאני אציע לדברים היא שבעוד השלכות המינוי יכולות להיות פגיעה באמון הציבור ובטוהר המידות, השיקול למניעת המינוי הוא מסוכנות המועמד. ראוי אפוא שתכלית הגבלת העיסוק תהא אפוא אחת – מניעת הסיכון העלול להיגרם לציבור מכך שאותו מועמד ישוב על מעשיו.

בהתאם לגישה של צדק מתקן, הצעתי לזנוח את המושג המוסרי "קלון" ולעשות שימוש במושג המשפטי "איסור כהונה".²⁴ המושג "קלון" אמנם שאוב מעולם המוסר,²⁵ והפסיקה זיהתה את המושג עם התנהגות עבריינית בעלת דופי מוסרי²⁶ וקבעה שהכתם המוסרי מערער את אמון הציבור במבצע העבירה.²⁷ אך ההמשגה המוסרית מטעה, שכן מחד אכן ניתן להטיל קלון גם בגין מעשים שלא נפל בהם דופי מוסרי, ומאידך, לצורך התכליות של הגבלת העיסוק – לא נדרש לבזות את המועמד בהטלת קלון מוסרי עליו. לעומת זאת, לפי ההמשגה המשפטית, לשם הגבלת עיסוק צריך הגוף המוביל את הסנקציה לקבוע שיש סיכון לציבור בהמשך העיסוק של מועמד לכהונה, וזאת בלבד. לכן כבר הצעתי לזנוח לחלוטין את המושג "קלון", ולהשתמש במושג המשפטי המקובל

באכיפה המנהלית העכשווית להגבלת עיסוק – "איסור כהונה".²⁸

²² דרעי-2015, לעיל ה"ש 7, בפס' 15.

²³ שם.

²⁴ קידרון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 451-454.

²⁵ ראו רות גביזון "עבירה שיש עימה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א 176, 177-176 (1968); ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 35 (1992); קנת מן "הסמכות לקבוע קלון – לא לשאול את בית המשפט" עורך הדין 9 26 (2010); עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות" עלי משפט יא 7, 9 (2014) (להלן: "גרוס").

²⁶ ראו ע"פ 3295/15 מדינת ישראל נ' גפסו, 42 (פורסם בנבו, 31.3.2016); בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב ראש ועדת הבחירות, פ"ד נו(4) 145, 162 (2003) (בית המשפט קבע כי: "ה'קלון' הנלווה לעבירה מוסיף לה יסוד של שלילה החורג מממד הפרת החוק גרידא. זהו מונח הנושא עמו מטען מוסרי-ערכי שלילי, בבחינת דופי מוסרי, הניזון מתפיסות ערכיות ומאמות מידה מוסריות הרווחות בחברה"); בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 30 לפסק דינו של השופט לוי (2008); בג"ץ 436/66 בן אהרן נ' ראש המועצה המקומית פרדסיה, פ"ד כא(1) 561, 564-564 (1967); בג"ץ 251/88 עודה נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד מב(4) 837, 839 (1989); וכן ראו גרוס, שם, בעמ' 9.

²⁷ ראו בג"ץ 135/66 אוחנה נ' ראש המועצה המקומית קריית-שמונה, פ"ד כ(2) 634 (1966); בג"ץ 178/81 ג'אפר נ' ראש המועצה המקומית ג'לג'וליה, פ"ד לו(1) 40, 44 (1981); עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5) 184, 189 (1996); ער"מ 9449/06 זזון נ' עיריית ירושלים, 7 (פורסם בנבו, 22.10.2007); עת"מ (מינהליים י-ס) 13-02-38809 שבו נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פס' 13 (פורסם בנבו, 12.3.2013).

²⁸ קידרון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 451-454.

סיכום

לסיכום, סוגית ה"קלון" שבה לחיינו נוכח המינוי הצפוי של חבר הכנסת אריה דרעי לתפקיד שר. השאלה שבה בקשתי להתמקד היא, מהם השיקולים שראוי לשקול במסגרת ההחלטה להטיל קלון? טענתי המרכזית היא שבהחלטה להטיל קלון יש לשקול שיקולים משפטיים בלבד, ולא שיקולים בעלי אופי ציבורי-מוסרי, כגון "אמון הציבור" או "טוהר מידות". טענה זו מבוססת על פרדיגמה של אכיפה מנהלית כצדק מתקן, לפיה יש לראות בהטלת קלון דוקטרינה מנהלית של איסור כהונה שתכליתה מניעת סיכון.

לפיכך, בענייני של דרעי, ראוי שבית המשפט יתמקד בשאלת מסוכנותו, ולא בסוגיות אחרות. אגב, היה זה דווקא בית המשפט השלום שניסח חשש המסוכנות בצורה יפה:

*"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."*²⁹

עתה השאלה היא האם חזרתו של דרעי לזירה הציבורית מקימה את החשש עליו מדבר הנשיא הרבסט מחדש; או אם לאו.

²⁹ גזר הדין בעניין דרעי-2021, מיום 1.2.2022, בעמ' 7.