

שאלת תוקפו של חוק יסוד במלאות שלושים שנה

להלכת דרעי-פנחסי

מאת

רבקה ווייל*

בית המשפט העליון ידון בהרכב של אחד עשר שופטים בשאלת תוקפו של תיקון מספר 11 לחוק יסוד: הממשלה, אשר אומץ ערב הקמת הממשלה ה-37.¹ תיקון זה אף זכה לכינוי "חוק דרעי" בשל טענת האופוזיציה שהוא נועד להכשיר את מינוי ח"כ אריה דרעי לשר.² העתירות מבקשות גם לקבוע כי מינוי דרעי לשר אינו חוקי ובלתי סביר.³ ברקע, ש"ס זכתה באחד עשר מנדטים בבחירות, ובלעדיה אין לראש הממשלה בנימין נתניהו קואליציה. קרוב לארבע מאות אלף איש הצביעו לש"ס, למרות שמנהיגה הורשע פעמיים בפלילים:⁴ לפני כעשרים שנה, דרעי הורשע בעבירות שוחד, מרמה והפרת אמונים ונדון למאסר בפועל; בתחילת שנת 2022, הוא הורשע במסגרת עסקת טיעון בעבירות מס ונדון למאסר על תנאי ולקנס.⁵

רשימה זו מורכבת משלושה חלקים. ראשית, אבחן את כשירותו של דרעי לכהן כשר לפי נוסחו של חוק יסוד: הממשלה מ-2001. מסקנתי הינה כי הוא כשיר לכהן למרות המאסר על תנאי שהושת עליו לאחרונה. שנית, אדון בסבירות מינויו של דרעי לשר, ומסקנתי הינה כי מינויו אינו עולה כדי חוסר

*פרופ' חבר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. רשימה זו מפתחת ומבססת את מאמר הדעה שלי "קופת השרצים התלויה מאחורי דרעי לא פוסלת אותו מלכהן כשר" גלובס (29.12.2022) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001434036>. אני מודה לנועם קוזלוב וליוחאי רוזנר על העזרה המעולה במחקר. אני מודה מקרב לב לעורכי פורום עיוני משפט על ההערות המעולות.

אזכור מוצע: רבקה ווייל "שאלת תוקפו של חוק יסוד במלאות שלושים שנה להלכת דרעי-פנחסי" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מז (4.1.2023) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/weill>.

¹ חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) ס"ח התשפ"ג 4.
² פרוטוקול ישיבה מס' 8 של הוועדה המסדרת של הכנסת ה-25, 218 (13.12.2022) (ח"כ גלעד קריב ממפלגת העבודה) (מדובר ב"הצעת חוק פרסונלית שנתפרה למידותיו של אדם אחד, חבר הכנסת אריה דרעי"); פרוטוקול ישיבה מס' 13 של הכנסת ה-25, 38 (13.12.2022) (שר המשפטים גדעון סער) ("ישוד לאור יום"); פרוטוקול ישיבה מס' 19 של הכנסת ה-25, 245 (26.12.2022) (ח"כ מירב בן ארי ממפלגת יש עתיד).
³ בג"ץ 8948/22 שינפלד נ' הכנסת (טרם הוכרע).
⁴ וועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים וחמש, זכרון דברים (9.11.22) https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/appendixtomemorandum/he/results_memorandum25.pdf

⁵ ת"פ (מחוזי י-ם) 305/93 מדינת ישראל נ' אריה דרעי (נבו) 15.4.1999; ת"פ (שלום י-ם) 1872/99 מדינת ישראל נ' אריה דרעי (נבו) 20.11.2003; ת"פ (שלום י-ם) 56231-12-21 מדינת ישראל נ' אריה דרעי, בעמ' 4 (נבו) 1.2.2022 (להלן: הלכת השלום).

סבירות קצונית המצדיק התערבות במלאכת הרכבת ממשלה. לבסוף, אבחן את שאלת תוקפו של תיקון מס' 11 לחוק יסוד: הממשלה, שביקש להבטיח את כשירותו של דרעי לכהן כשר. אטען כי בשל אופיו הפרסונלי, הוא אינו חל על דרעי.

1. כשירות לכהן כשר לפי חוק יסוד: הממשלה מ-2001

שאלת כשירותו של דרעי נסבה סביב פרשנותו של סעיף 6(ג)(1) לחוק יסוד: הממשלה משנת 2001. הסעיף 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, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון".⁶ השאלה אם הסעיף חל גם על מי שנידון למאסר על תנאי בלבד היא סוגיה הנתונה לפרשנות, שטרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון.⁷

א. עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת

היועצת המשפטית לממשלה, עו"ד גלי בהרב-מיארה, חיוותה את דעתה כי סעיף זה חל גם אם הוטל על מועמד לשר עונש מאסר על תנאי. לפיכך, היא דרשה מנתניהו שלא למנות את דרעי לשר אלא אם כן יו"ר ועדת הבחירות המרכזית יכריע כי אין בעבירות המס בהן הורשע דרעי משום קלון. היועמ"שית הביאה שלושה נימוקים לתמיכה בעמדתה. ראשית, הכנסת יודעת לומר מפורשות כשפסילה מלכהן מותנית בריצוי עונש מאסר בפועל דווקא. היא עשתה זאת בחוק יסוד: הכנסת לגבי כהונה בכנסת, שפוסל רק מי שנידון דווקא למאסר בפועל. שנית, יש להגן על הזכות לבחור ולהיבחר בעיקר בהקשר של הבחירות לכנסת, ולא לגבי כהונה בממשלה. שלישית, חוק העונשין מגדיר "מאסר" ככולל אף מאסר על תנאי.⁸

הייעוץ המשפטי של הכנסת הוסיף נימוק רביעי. תקופת הצינון של שרים, שהורשעו בפלילים, מלכהן בתפקיד מתחילה מיום סיום המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר מביניהם. הדבר מלמד כי

⁶ חוק-יסוד: הממשלה ס"ח התשס"א 158.

⁷ אמרת אגב של בית המשפט כי במקרה של חיים רמון אין מדובר במאסר בפועל או מותנה, ולכן כלל לא מתעוררת שאלת פרשנות סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, אין בה כדי להכריע למקרה בו עולה במפורש השאלה אם המונח "מאסר" כולל מאסר מותנה. בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה, פ"ד סב (3) 445, 467 (2007). השוו לאמרת אגב אחרת, הפעם בעניינו של צחי הנגבי: בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נוז (6) 817, 895 (2003) ("הרשעה (בת-קלון) אשר שילחה את פלוני לבית הסוהר, וטרם עברו שבע שנים מיום גמר ריצוי העונש (או מיום מתן פסק-הדין), הרשעה מעין-זו תמנע את מינויו של פלוני להיותו שר בממשלה").

⁸ היועצת המשפטית לממשלה תחולת סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה (2022).

בשונה מחברי כנסת— אשר תקופת הצינון לגביהם מתחילה מסיום המאסר בפועל— די ששרים יידונו למאסר על תנאי כדי לפסול אותם. לכן, המחוקק ציין כי תקופת הצינון בעניינם עשויה להתחיל מיום מתן פסק הדין, ולא דווקא מיום סיום מאסרם.⁹

ב. השוואת תנאי כשירות ח"כים ושרים

האמנם, חוק היסוד התיר את בחירתו של דרעי לכנסת, אבל אסר עליו להתמנות לשר בממשלה? אפתח בבחינת עמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת ואמשיך עם דיון בעמדתה של היועמ"שית. היועצת המשפטית לממשלה סברה כי הכנסת ביקשה להחיל "רף מחמיר יותר של כשירות נורמטיבית" על שרים מאשר על ח"כים.¹⁰ אולם עיון בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בשנת 2001 מעלה כי הכנסת ערכה הקבלה מפורשת בין דיני הכשירות של שרים וחברי כנסת. על סמך הקבלה זו, הכנסת ביקשה להקל בקביעת תנאי הכשירות של שרים ביחס לדין שחל עליהם תחת חוק היסוד משנת 1992. ההקלה נועדה לקרב את דין השרים לדין הח"כים. שעה שב-1992 חוק היסוד דרש משר תקופת צינון של עשר שנים, תקופה זו צומצמה ב-2001 לשבע שנים. ב-1992 שר נדרש לתקופת צינון אם הורשע בעבירה שיש עימה קלון. מאז 2001, הוא פסול מלכהן רק אם נדון למאסר וגם מדובר בעבירה שיש עימה קלון.¹¹

כאשר ביקשו חברי הכנסת בוועדת חוקה, חוק ומשפט לעמוד על ההבדלים בין דיני הכשירות של ח"כים ושרים, הסבירה היועמ"שית של הוועדה, עו"ד סיגל קוגוט, לחברי הכנסת כי הדין "דומה, אבל לא זהה".¹² ההסבר שסיפקה יועמ"שית הוועדה מציע הסבר חלופי לפער שבין ח"כים לבין שרים לגבי תחולת תקופת הצינון. כך, היא לא טענה כי שרים (בשונה מח"כים) פסולים מלכהן אם הוטל עליהם מאסר על תנאי. במקום זאת, היא הסבירה כי השוני הוא שביחס לשרים "פסק-דין לא חייב להיות פסק-דין סופי", שאינו ניתן לערעור.¹³ עילת הפסילה מכהונת שר מתגבשת כבר ממועד מתן פסק הדין. הסיבה היא שהכנסת היתה מוסמכת בשעתו, ומאז 2007 אף חייבת, להשעות חבר כנסת שהורשע בעבירה שיש עימה קלון, אפילו בטרם נעשה פסק הדין סופי.¹⁴ לגבי שרים "אין [מנגנון] השעיה, לכן אני

⁹ "מסמך הכנה לדיון הקבוע ליום 14.12.2022 – הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון-כשירותם של שרים) של חה"כ משה ארבל (פ/91/25) – הכנה לקריאה ראשונה" (חוות דעת הייעוץ המשפטי לוועדה המיוחדת 14.12.2022).

¹⁰ חוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה, לעיל ה"ש 8.

¹¹ סי' 16 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 214.

¹² פרוטוקול ישיבה מס' 266 של ישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-15, 2 (26.2.2001).

¹³ שם.

¹⁴ סי' 42 לחוק-יסוד: הכנסת.

צריכה כבר כאן להגיד שמי שמורשע במחוזי, הוא גם לא ראוי להיות שר".¹⁵ לפיכך, הכנסת ניסחה את תקופת פסלות הכהונה של שרים כך שמחד גיסא היא תתחיל לרוץ כבר מהמועד המוקדם של מתן פסק דין, אפילו אם לא התחיל אדם לרצות מאסר בפועל, שכן ייתכן שיעוכב ביצועו של המאסר עד לסוף הליכי הדיון בערעור. ומאידך גיסא, תקופת הפסילה תסתיים בתקופה המאוחרת של שבע שנים מסיום ריצוי המאסר בפועל. עולה אפוא כי הסיבה להוספת האפשרות של תחילת הפסילה עם מתן פסק הדין ביחס לשרים, בשונה מחברי הכנסת, היא כדי למנוע מצב שבו אלה ימשיכו לכהן בזמן ניהול הליכי הערעור, ולא הצורך להוסיף חלופה לעניין מניית ימי תקופת הצינון במקרים של מאסר על תנאי בלבד. יתירה מכך, חוק יסוד: הממשלה דורש מהמועמד לשר תקופת צינון שמתחילה "מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר", ונראה תמוה כיצד יכול אדם לרצות מאסר על תנאי.

ג. עצלנות המחוקק

העובדה שהכנסת נקטה בלשון מפורשת של "מאסר בפועל" ביחס לחברי כנסת, אינה מחייבת שניסיק שדי במאסר על תנאי כדי לפסול שרים. פעמים רבות, הכנסת "מתעצלת" בלשונה ובית המשפט עורך היקש מהסדר אחד לאחר, אפילו כאשר שני ההסדרים נחקקו בסמיכות זמנים. כך, למשל, פסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק לאחר חוק יסוד: חופש העיסוק, כוללת ניסוח מקוצר שלא קובע שפירוש הדין הישן ייעשה ברוח הוראות חוק היסוד.¹⁶ על אף שהוראה זו הושמטה, ההלכה שנקבעה בדרך של היקש מחוק יסוד: חופש העיסוק שכן כלל הוראה שכזו,¹⁷ היא שיש לקרוא את שמירת הדינים כאילו ההוראה קיימת.¹⁸ דוגמא נוספת עוסקת ברוב הדרוש לשינוי חוק יסוד: חופש העיסוק. שעה שלשונו המפורשת של סעיף 46 לחוק יסוד: הכנסת שתוקן ב-1990 דורשת רוב מיוחד בכל אחת משלוש הקריאות לתיקון הוראות מסוימות בחוק היסוד,¹⁹ בחוק יסוד: חופש העיסוק נאמר באופן סתמי שדרוש רוב חברי כנסת כדי לשנותו.²⁰ הפרשנות המקובלת של חוק יסוד: חופש העיסוק היא עדיין שהרוב הדרוש לשינוי צריך להיות בכל אחת משלוש הקריאות שלו.²¹

¹⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 266 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-15, 3-2 (26.2.2001).

¹⁶ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ס"ח התשנ"ב 150.

¹⁷ ס' 6 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114.

¹⁸ ראו למשל בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדי, פ"די מט(3) 355, 411-410 (1995).

¹⁹ חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 11) ס"ח תש"ן 1329.

²⁰ ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

²¹ רבקה ווייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" ספר גרוניס 291, 322-323 (2023).

ד. שיקולי מדיניות משפטית

שיקולי מדיניות משפטית תומכים אף הם במסקנה הפרשנית שחוק יסוד: הממשלה אינו פוסל שרים מלכהן, כשהושת עליהם מאסר על תנאי. כך, במקרה של ספק בפרשנות, יש לבחור בפרשנות שמגנה על הזכויות לבחור ולהיבחר.²² אמנם, רק הכנסת נבחרת במישרין על ידי הציבור. אבל, בשיטה פרלמנטרית שרים נבחרים בעקיפין באמצעות הכנסת שעה שהיא מרכיבה קואליציה. בנוסף, יצירת פער בין כשירות לכהן כח"כים וכשרים, מקום שאינה מתחייבת מלשון חוק היסוד, היא בעייתית. היא מקשה על הקמת ממשלות בישראל ותורמת לחיזוק חוסר היציבות המשטרי. היא מצמצמת את מספר המפלגות מתוכן ניתן להקים קואליציה, אם בראש אחת המפלגות עומד אדם שהורשע בפלילים. ביחוד נכונים הדברים כאשר מדובר בראשי מפלגות, הנהנים מתמיכה ציבורית, המתורגמת למצב שבו המפלגה מזוהה במידה רבה עימם במהלך הבחירות.²³

ה. פרשנות "מאסר" בחוק העונשין

היועמ"שית סברה שאת שהשמיט חוק יסוד: הממשלה, משלים חוק העונשין אשר מתיר לבית המשפט להטיל את עונש המאסר בדרך של תנאי.²⁴ אולם, עיון בחוק העונשין מלמד ש"מי שנידון למאסר על תנאי לא ישא את ענשו" אלא אם ניתן צו שיפוטי המפעיל את המאסר על תנאי.²⁵ קשה לפיכך לפרש את חוק יסוד: הממשלה כדורש להמתין שבע שנים מהיום שאדם גמר לרצות את עונש המאסר על תנאי, כשמאסר על תנאי מעצם הגדרתו בדרך כלל לא דורש את 'ריצויו' בפועל. יתירה מכך, הלכת **אבני** קבעה כי בשל מעמדם העליון של חוקי יסוד, אין בכוחם של חוקים רגילים להכתיב את פרשנותם של חוקי יסוד.²⁶ כך, למשל, בית המשפט קבע שהמונח "חוק" לצורך פסקת ההגבלה כולל גם פיתוח שיפוטי (common law) של בית המשפט העליון,²⁷ אף שפרשנות זו נוגדת את המונח "חוק" לפי חוק הפרשנות, שכולל רק "חוק של הכנסת או פקודה".²⁸ אסכם, כי אף לפי נוסח חוק יסוד: הממשלה משנת 2001, מאסר על תנאי לא שלל כשירותו של שר לכהן בממשלה.

²² בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר** פ"ד 693, 698 (1969).

²³ על אתגר חוסר היציבות השלטוני ראו רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** 321, 326-336 (2021).

²⁴ ס' 52(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226.

²⁵ שם, ס' 52(ב) ו-59.

²⁶ בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה** פ"ד נב(5) 206 (1998).

²⁷ דנ"א 5698/11 **מדי נ' דיראני** (נבו 15.1.2015).

²⁸ ס' 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302.

2. סבירות מינוי דרעי לכהונת שר

הכנסת אינה נדרשת לסבירות בבואה למנות ממשלה, שהרי איננו מהרהרים אחרי מעשי הבוחרים אם סבירים הם או לאו. הכנסת עוסקת בתרגום תוצאות הבחירות למלאכת הרכבת ממשלה.²⁹ עם זאת, העובדה שדרעי כשיר לכהן כשר, אין משמעותה כי זה סביר למנותו לשר. במלאות שלושים שנה לפסיקת **דרעי-פנחסי**, אנו נדרשים מחדש לשאלת סבירות פעולת ראש הממשלה בהביאו למינויו של דרעי לשר. הלכה זו קבעה כי "כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד".³⁰ אם מינויו אינו סביר "באופן קיצוני", יכול שבית המשפט ידרוש מראש הממשלה לפטרו בהתאם לסמכותו מכוח חוק יסוד: הממשלה.³¹ הרעיון הוא שהלכות המשפט המנהלי חלות על הרשות המבצעת ויוצרות הגבלות נוספות על כהונת שרים, שאינן חלות על כהונת ח"כים.³² ההנמקה לפסיקת **דרעי-פנחסי** הינה ששרים הינם בעלי כוח ביצועי, מופקדים על תקציבים ועובדי ציבור, וממונים על קביעת חקיקת משנה בתחום אחריותם. יש לוודא שאין במינויים כדי לפגוע בטוהר השירות הציבורי.³³

אמנם, עוד לא מלאה שנה מאז הורשע דרעי בבית המשפט השלום בעבירות מס במסגרת עסקת טיעון. עם זאת, בית המשפט הדגיש בפסק דינו כי "העבירות המיוחסות לנאשם אינן כוללות זדון או כוונה להונות את שלטונות המס".³⁴ דרעי גם היה "**פאסיבי**" ביחס לבצוע העבירות.³⁵ "לא הוכחה פגיעה" בקופה הציבורית.³⁶ חלפו כבר תשע שנים מאז ביצוע העבירות ב-2013, כשבית המשפט קובע כי החקירה בתיק נמשכה כשבע שנים ועלתה כדי עינוי דין.³⁷ התיק החל ב"חשד רחב היקף לעבירות של שחיתות שלטונית, והסתיים בעבירות מיסים מינוריות".³⁸ בית המשפט גם קבע כי היו מקרים דומים באיכות ובהיקף לכתב האישום אשר הסתיימו ב"תשלום כופר בלבד, ללא הליך פלילי נלווה".³⁹ לפיכך, ספק אם מינויו של דרעי לשר עולה כדי חוסר סבירות קצוני.

²⁹ רבקה ווייל "על השילוש הקדושי: על ראש ממשלה, ממלא מקום ראש ממשלה וראש ממשלה חלופי הנאשמים בפלילים" **ICON-S-IL Blog** (5.5.2020).

³⁰ בג"ץ 4267/93 **אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 457 (1993), (להלן: פרשת **פנחסי**).

³¹ סי' 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה; בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 422 (1993), (להלן: פרשת **דרעי**).

³² שם, בעמ' 426.

³³ ראו גם: רבקה ווייל "האם הדחה שיפוטית של ראש ממשלה בישראל היא חוקתית?" **משפט וממשל** כא 49 (תש"ף).

³⁴ הלכת **השלום**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6.

³⁵ שם (הדגשה במקור).

³⁶ שם. ראו גם: "הצדדים לא הציגו בפניי הוכחה או ראיה לנזק [ריאל]". שם, בעמ' 8.

³⁷ שם, בעמ' 7.

³⁸ שם.

³⁹ שם, בעמ' 10.

עדיין עולה השאלה אם דרעי הטעה את בית המשפט השלום בהציגו מצג שהוא פורש מהחיים הצבוריים, אך בחר לשוב ולהבחר לכנסת, ואף לכהן כשר. בשום מקום בפסק הדין לא נקבע מה משך הזמן שדרעי יתרחק מהחיים הצבוריים או כיצד תתבטא התרחקותו מהחיים הצבוריים. כל שנאמר הוא שהוא התפטר מהכנסת לפני מתן גזר הדין. יתירה מכך, בית המשפט הדגיש כי "אין בה [בהתפטרות] כדי ללמד על סנקציה פלילית כזו או אחרת המהווה חלק מהסדר הטיעון".⁴⁰ אמנם, בית המשפט קבע כי בגלל שדרעי התפטר מהכנסת, היועץ המשפטי "לא יטען לעניין הקלון בפני הערכאה הדיונית".⁴¹ אבל הסדר זה היה מחוייב מכוח חוק יסוד: הכנסת, ואין לו כל השלכה על האופן שבו הצדדים פירשו את המונח מאסר בחוק יסוד: הממשלה. לפי חוק יסוד: הכנסת, "חבר הכנסת שהורשע בעבירה פלילית וקבע בית המשפט, ביזמתו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, שיש עם העבירה קלון, יושעה מכהונתו בכנסת מיום קביעת בית המשפט ועד למועד שבו פסק הדין נעשה סופי".⁴² משנעשה פסק הדין סופי, ההשעיה הופכת להפסקת כהונה בעבירה שיש עימה קלון.⁴³ חוק היסוד מקפיד יותר עם מי שכבר מכהן בכנסת, והוא מורחק אוטומטית מהכנסת בעבירה שיש עימה קלון, אפילו אם אין עונש מאסר. הרעיון הוא שהציבור לא ידע בזמן הבחירות שהאדם יורשע, ולכן לא שיקלל מידע זה בבואו להצביע. במקרה של דרעי, כיוון שבחר להתפטר, היועץ המשפטי לא העלה את ענין הקלון.

יתירה מכך, דרעי לא הטעה את רשויות התביעה. בזמן חתימת עסקת הטיעון בין המדינה לדרעי, העיתונות דיווחה כי התפטרותו של דרעי "מייצרת את הצורך לקבוע אם דבק קלון במעשיו", והוא יוכל לרוץ לכנסת הבאה.⁴⁴ אף הוסבר לציבור כי "ההתפטרות מהכנסת אינה דרישה של מנדלבליט אלא יוזמה של דרעי. בכך למעשה הוא מייצר את הדיון בשאלת הקלון. כך, הוא מאמין, הוא יוכל להישאר יו"ר ש"ס ולשלוט במפלגה, ויוכל בהמשך להיבחר לכנסת הבאה ואף להתמנות לתפקיד שר - אם יצלח את משוכת בג"ץ".⁴⁵ סביר להניח שדרעי לא היה מסכים כלל לעסקת הטיעון עימו אילו סבר שיש בה כדי לחסום את דרכו לשוב לחיים הצבוריים. חזקה גם על רשויות התביעה ועל בית המשפט שהיו יודעים היטב לכתוב ברחל בתך הקטנה כי דרעי מנוע מלרוץ שוב לכנסת ולכהן כשר במשך שבע שנים, אם התחייבות מעין זו היתה חלק מעסקת הטיעון.

⁴⁰ שם, בעמ' 8.

⁴¹ שם, בעמ' 4.

⁴² סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴³ סעיף 42 לחוק-יסוד: הכנסת.

⁴⁴ חן מענית "הושג הסדר טיעון עם אריה דרעי: יודה בעבירות מס, ישלם קנס ויתפטר מהכנסת" הארץ (12.12.2021).

⁴⁵ מעריב אונליין "בדרך החוצה מהכנסת? אריה דרעי חתם על הסדר הטיעון מול היועמ"ש" מעריב (22.12.2021).

נותר לבחון אם הרשעותיו של דרעי מלפני עשרים שנה פוסלות אותו מלכהן כשר. בענין זה, כבר פסק בית המשפט פעמיים באמצע העשור האחרון כי אין הוא מנוע מלכהן כשר.⁴⁶ ספק גם אם ראוי לנסות לטעון כי יש לצרף את ההרשעות מהעבר להרשעה בהווה כדי לפסול את דרעי מלכהן. יש גבול עד כמה חברה יכולה לרדוף אדם בגין מעשיו בעבר.⁴⁷ מה עוד, שהציבור ידע במועד הבחירות על הרשעתו האחרונה, ועדיין בחר בו לכהן בכנסת, ובעקיפין בממשלה.

מסקנתי היא שדרעי היה כשיר לכהן כשר לפי חוק יסוד: הממשלה מ-2001. מינויו לשר גם אינו עולה כדי חוסר סבירות קיצוני שיש בו כדי לחייב התערבות שיפוטית. אולם, חוק היסוד משנת 2001 לכאורה אינו תקף עוד. יש לבחון את מינויו של דרעי לשר לפי חוק היסוד החדש שתוקן ב-2022, כפי שאעשה להלן.

3. חקיקה פרסונלית ורטרוספקטיבית

משניתנה חוות דעת היועמ"שית היה מצופה מחברי הקואליציה לעתור כנגד פרשנותה בפני בג"ץ. אף שהיועמ"שית הפנתה אותם להכרעת יו"ר וועדת הבחירות המרכזית, אין מדובר בהליך המסור לסמכותו כי הוא מוסמך להכריע רק בשאלת הקלון.⁴⁸ השאלה כאן היא מקדמית ועניינה אם בכלל מאסר על תנאי פוסל מלכהן כשר. במקום לפנות לערכאות השיפוטיות, הקואליציה תיקנה את סעיף 6(ג) לחוק היסוד, כך שייאמר בו מפורשות כי הוא חל רק במצבים של מאסר בפועל.⁴⁹ לטענת תומכי התיקון, הדבר נועד "להבהיר" את הדין הקיים, ולא לשנותו.⁵⁰ הם גם סבורים שזה הדין הרצוי כדי ליצור "הרמוניה" בדינים של פסול מלכהן בכנסת ובממשלה.⁵¹ כיוון שהם לא הבינו את תכלית ההסדר הישן, שקבע מרוץ "מהיום שגמר לרצות את עונש המאסר או מיום מתן פסק הדין, לפי המאוחר", כדי להתמודד עם העדר מנגנון להשעית שרים, התיקון לחוק היסוד שינה מהותית את הדין עובר לתיקון בנושא זה. תחת הנוסח החדש של חוק היסוד יש להמתין שבע שנים מסיום ריצוי המאסר בפועל בלבד. להלן אבחן את הדוקטרינות המשפטיות העומדות לרשות בית המשפט בבחנו את תוקפו של התיקון לחוק יסוד: הממשלה. אף שהעותרים נשענו על דוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוונת", אסביר

⁴⁶ בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (נבו 13.8.2015) (מינוי דרעי לשר הכלכלה ופיתוח הנגב והגליל); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה (נבו 8.5.2016) (מינוי דרעי לשר הפנים).

⁴⁷ ראו: חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019, ס"ח 298. מעניין לציין כי גם לפי חוק זה המונח "מאסר" אינו כולל מאסר על תנאי אלא רק מאסר על תנאי שהופעל.

⁴⁸ סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה.

⁴⁹ סעיף 2 לחוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11) ס"ח 4.

⁵⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 8 של הועדה המסדרת של הכנסת ה-25, 123-124 (13.1.2.2022) (ח"כ משה ארבל מש"ס).
⁵¹ שם.

מדוע לשיטתי עדיף לבחון את התיקון תחת דוקטרינה מהותית, שעניינה אפיה היהודי והדמוקרטי של המדינה. לבסוף, אציע כי הסעד החוקתי הראוי הוא בדרך של פרשנות מקיימת.

א. דוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוונת"

העיתרות מבקשות לתקוף את התיקון לחוק היסוד באמצעות דוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוונת". היתרון של מהלך זה הוא שבית המשפט היה כבר נכון להשתמש במסלול זה כדי להפעיל ביקורת שפוטית על חוקי יסוד. בית המשפט פירש דוקטרינה זו כמתמקדת **בהליך** חקיקת חוקי יסוד, ולא בתוכנם.⁵² ככזו הוא סבר שהיא קוראת תגר פחות על סמכויות הכנסת מדוקטרינה שמבקשת להתערב בתוכן חוקי יסוד, דוגמת דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". כחלק מדוקטרינה זו, בית המשפט בהלכת **סתיו שפיר**, ולאחר מכן בהלכת **ממשלת החילופים**, קבע כי חקיקה פרסונלית, שנועדה להטיב או להרע עם אדם פלוני או קואליציה פוליטית מסוימת, עולה כדי שמוש לרעה בחוקי יסוד. חקיקה שכזו נוגדת את עקרון שלטון החוק הפורמאלי, שמחייב כי הכנסת תקבע חקיקה כללית, החלה על ציבור לא מסוים. במקרה כזה, הנטל עובר למשיבים לשכנע כי יש הצדקות מיוחדות לחקיקה שכזו.⁵³

ב. הקשיים בדוקטרינת "שימוש לרעה בסמכות מכוונת"

אני סבורה שדוקטרינת שמוש לרעה בסמכות מכוונת היא בעייתית ממספר טעמים. ראשית, שעה שהיא מתיימרת להתערב פחות בכינון חוקה מדוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", יש בה התערבות גדולה יותר כי היא מבקשת להתערב בסמכות ליצור חוקה מלכתחילה, ואין עניינה רק בבחינת תיקונים לחוקה.⁵⁴ שנית, כיוון שדוקטרינה זו לובשת לבוש פורמאלי-הליכי, קל לכנסת לעקוף את הפורמליזם של בית המשפט בפורמליזם חקיקתי. ככזו, נזקה של דוקטרינה זו היוצרת התנגשות קשה בין רשויות השלטון עולה על תועלתה.⁵⁵ שלישית, דוקטרינה זו יוצרת כאוס גדול בשיטה המשפטית. אחד ממאפייני חוקה פורמאלית הוא זיהוי קל של החומר החוקתי. תחת הלכת **בנק המזרחי**, כל מה שנשא כותרת

⁵² מסגור דוקטרינה זו כעניין הליכי, ולא תוכני, נעשה ככל הנראה לראשונה במאמרי: רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוונת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (6.10.2019) (להלן: ווייל "על שימוש לרעה").

⁵³ בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת**, פסי' 40 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 23.5.2021). השוו: שם, פסי' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז השוללת את שלב הצידוק. בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פסי' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 12.7.2021) (להלן: הלכת **ממשלת חילופים**).

⁵⁴ ווייל "על שימוש לרעה", לעיל ה"ש 52. Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, 14 L. & ETH. OF HUM. RTS. 227 (2020) (להלן: ווייל "בית משפט אסטרטגי").

⁵⁵ רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו" **ICON-S-IL Blog** (16.12.2021) (להלן: ווייל "ביקורת שיפוטית").

"חוק יסוד" היה חלק מהחוקה הישראלית.⁵⁶ עתה, יש לבחון אם חוק היסוד עומד במבחני דוקטרינת שמוש לרעה בסמכות מכוונת.⁵⁷ לבסוף, דוקטרינה זו יוצרת סולם ערכי שגוי למדינה. אם יש סטייה קלה מעקרון שלטון החוק הפורמאלי-הליכי אזי בית המשפט יבטל חוק יסוד מכוח דוקטרינת שמוש לרעה בסמכות מכוונת. כך הוא פסק בהלכת **סתיו שפיר** לגבי תוספת תקציבית של 11 מליארד ש"ח לתקציב המדינה, שהינה תוספת זניחה באופן יחסי. אבל אם יש פגיעה בערכי העל של המדינה היהודית והדמוקרטית, אזי רק פגיעה **אנושה** תביא אולי להתערבות בית המשפט באמצעות דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". בית המשפט השאיר מקרה כזה בצריך עיון. ההיסטוריה של ישראל אינה תומכת בהעמדת עקרונות שלטון החוק הפורמאלי מעל עקרונות המדינה היהודית והדמוקרטית, באופן המצדיק הגנה מוחלטת על הראשונים והגנה מצומצמת על האחרונים. למעשה, בשם שלטון החוק הפורמאלי נעשו מעשים איומים לאורך ההיסטוריה האנושית.⁵⁸

ג. ערכי העל של מדינה יהודית ודמוקרטית

בעניינו של דרעי, אין ספק כי כוונת הכנסת בתקנה את חוק יסוד: הממשלה עובר להשבעת הממשלה, ובהעניקה תוקף לתיקון בטרם פרסומו ברשומות, היתה לשים "חגורה על שליקס". היא ביקשה לוודא שלא יהיה ניתן להיתלות בחוק יסוד: הממשלה מ-2001 כדי לפסול את כשרותו של דרעי מלכהן. שעה שפעמים רבות עלינו להסתפק בבחינת תוצאות חקיקה כדי להוכיח את הפלייתו, כאן התכלית הסובייקטיבית הפסולה של תיקון חוק היסוד הינה ברורה לעין כל.⁵⁹ אמנם, כחלק מדיאלוג חוקתי ראוי בין רשויות השלטון, לעיתים בית המשפט ממתין לחקיקת הכנסת בצל הליכים משפטיים, אבל בכל המקרים אין המדובר בניסיון לחוקק כדי להשפיע על דינו של פלוני.

חקיקה פרסונלית במובן האישי (ואיני דנה בחקיקה פרסונלית במובן המוסדי ברשימה זו) היא פסולה גם אם היא נעשית בחוק יסוד כי היא סותרת את עקרונות שלטון החוק המהותי וערכי העל של המדינה היהודית והדמוקרטית. עקרונות אלה זוהו כעקרונות על של המדינה בסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, עד

⁵⁶ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי בע"מ פ"ד מט(4) 221 (1995).
⁵⁷ ווייל "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 55.

⁵⁸ שם.

⁵⁹ כך, למשל, מפלגת הליכוד התבטאה רשמית כי "אין שום כוונה להשביע ממשלה בלי דרעי, זה מדע בדיוני". מורן אזולאי, "השבעה בלי דרעי: מדע בדיוני": ההכנות לפסילת החוק בבג"ץ והבהרת הליכוד " YNET (18.12.2022). ראו גם: אמיר אטינגר "הביאו את הסעיף: בקואליציה המתגבשת דרשו לשנות את חוק דרעי, הדיון בוועדה פוצץ" **ישראל היום** (19.12.2022).

כי בגינם נמנע מאנשים לרוץ לכנסת, אם הם מבקשים לשנות ערכים אלה מתוך הכנסת.⁶⁰ ההגנה הכי בסיסית על זכויות האזרחים היא אופיה הדמוקרטי של המדינה. אנו בוחרים כנסת כדי שתחוקק חוקים כלליים, החלים על ציבור לא מסוים של אנשים. חזקה על חברי הכנסת שמחוקקים חוקים, החלים גם עליהם, שיחוקקו חוקים שמבקשים להיטיב עם הציבור. חזקה זו נסתרת כאשר חקיקה היא פרסונלית. במקרה כזה, המחוקק הופך גם לשופט ולמבצע. חקיקה פרסונלית משמעותה פגיעה אנושה בעקרון הפרדת הרשויות, וככזו היא מאיימת על חירות כלל האזרחים.⁶¹

ד. פרשנות מקיימת

אין מקום לסעד חוקתי שעניינו החלת התיקון לחוק יסוד: הממשלה מהכנסת הבאה בסגנון שהוצע למשל על ידי המשנה לנשיאה מלצר בדעת מיעוט בהלכת **ממשלת חילופים**.⁶² סעד כזה הוא רחב מדי וצר מדי בעת ובעונה אחת. הוא רחב מדי, במובן שככל שהתיקון נועד לקבוע נורמה כללית ראויה, אין סיבה שלא יחול מיידית על כל מי שאין כתב אישום תלוי ועומד נגדו. הוא צר מדי, במובן שגם לו כונן לפני בחירות, לא היה מקום להחילו אם נועד להטיב או להרע עם פלוני. האופי הפרסונלי של התיקון לא נעלם רק משום שהתקיימו בחירות.

במקום זאת, הסעד הראוי במקרה זה הוא לפרש את תיקון מס' 11 לחוק יסוד: הממשלה באמצעות פרשנות מקיימת, כך שלא יחול על דרעי או ח"כים מכהנים שנאשמים בפלילים. פרשנות מקיימת מניחה היררכיה בין ערכים חוקתיים, והשימוש בה בפרשת **חסון** עלה לטענתי כדי יישום של דוקטרינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".⁶³ ההגיון בישומה הוא שאלמלא הפרשנות המקיימת, דינו של חוק היסוד היה בטלות. למעט פרשת **חסון**, בכל המקרים בהם השתמש בית המשפט בפרשנות מקיימת דובר במצבים בהם אלמלא פרשנות זו, בית המשפט היה מבטל את החוק כלא חוקתי. באותם פסקי דין גם התקיימה בדרך כלל מחלוקת בין שופטים, כשחלקם סבר שעדיף ביטול חוק על פרשנות מקיימת העולה כדי כתיבה מחדש של החוק, וככזו הינה מתערבת יותר בדברי המחוקק.⁶⁴

⁶⁰ על עיגון דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בפסילת מפלגות, ראו למשל רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 566-567 (2016). לסיכום כתיבה ענפה שלי בנושא, ראו גם: רבקה ווייל "נשק יום הדין: מסלולים לביטול חוק יסוד – יתרונות וחסרונות" **ICON-S-IL Blog** (22.11.2020).

⁶¹ זו היתה אף עמדתי כשהוצע לתקן את חוק היסוד כדי לשלול מנתניהו להרכיב ממשלה. ראו: רבקה ווייל "הביטה וראה את חרפתנו": על ראש ממשלה נאשם בפלילים" **ICON-S-IL Blog** (2.4.2020).

⁶² הלכת **ממשלת חילופים**, לעיל ה"ש 53, פסקאות 126-128 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

⁶³ ווייל "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 55.

⁶⁴ שם.

מסקנה

הסאגה הנוכחית סביב מינויו של דרעי מלמדת על כשל חמור ביותר של הרשויות השלטוניות בהנהגתה של המדינה. עובר לתיקון חוק יסוד: הממשלה, הקואליציה סברה שהדין עימה ומאפשר לדרעי לכהן כשר. עם זאת, היא לא פנתה להכרעת הרשות השופטת לגבי פרשנות הדין בשל העדר אמון בה. במקום זה, היא בחרה לתקן את חוק יסוד: הממשלה מתוך כוונה להסיר כל ספק באשר לכשירותו של דרעי לכהן כשר. חקיקה פרסונלית שכזו פוגעת פגיעה אנושה באופיה הדמוקרטי של המדינה. כדי להמנע מביטול התיקון לחוק היסוד, ראוי לנקוט בדרך של פרשנות מקיימת. לפיה, תיקון חוק יסוד: הממשלה אינו תקף ביחס לדרעי, ויש לבחון את דינו של דרעי לפי חוק היסוד הישן. עם זאת, חוק יסוד: הממשלה כנוסחו מ-2001 כבר הקנה לדרעי כשירות לכהן כשר, למרות קופת השרצים התלויה מאחוריו. גם מינויו של דרעי אינו עולה כדי אי סבירות קיצוני שעה שהרשעתו מ-2021 הייתה משוללת כוונה פלילית, ולא הזיקה לקופה הציבורית.

אנחנו עדים לתרבות שלטונית חדשה בה כל צד מבקש להכניע או לקבל יתרון מול המחנה היריב באמצעות תיקון חוקי יסוד שיעלו כדי חקיקה פרסונלית ורטרוספקטיבית. כאשר הועלו הצעות לתקן את חוקי היסוד, כך שישלל מנאשם בפלילים להרכיב ממשלה, זעקו חברי הקואליציה הנוכחית שמדובר בתיקון פסול שאינו תקף.⁶⁵ עתה, משחוקקו בעצמם חקיקה פרסונלית ורטרוספקטיבית המטיבה עימם, הם לא רואים בה פגם. תפקידו של בית המשפט לא משתנה רק בגלל שהתחלפה זהות השחקנים. המשפט הוא אחד לכולם.

אוי לה לאותה חברה, שמחריביה באים מקרבה. אין לרשות השופטת לא חרב ולא ארנק, אלא את אמון הציבור.⁶⁶ בית המשפט לא נועד להיות ה"יס-מן" של הגופים הנבחרים, ולהשמיע להם את שהם חפצים לשמוע, אלא להוות עזר כנגדם.⁶⁷ הוא אמור להאיר את עיניהם במקום שהם נצבים עלי תהום. חברה חפצת חיים צריכה לעודד את שמיעת הקולות הנגדיים כי רק מתוך התמודדות עם הביקורת תיתכן צמיחה. זו תמציתה של אופיה היהודי, ולא רק הדמוקרטי, של המדינה. אם הרשויות השלטוניות

⁶⁵ ראו, למשל, מורן אזולאי "הצעת החוק של סער פורסמה: נאשם בעבירות שדין משלוש שנות מאסר ומעלה לא יוכל להרכיב ממשלה" YNET (19.10.21) (הליכוד ראו בהצעה זו "חוק אנטי-דמוקרטי נוסח איראן.")
⁶⁶ להרחבה על שקולים אסטרטגיים, ובכללם אמון הציבור, בהכרעה שיפוטית, ראו: ווייל "בית משפט אסטרטגי" לעיל ה"ש 54.

⁶⁷ השוו: "לא טוב היות האדם לבדו אעשה לו עזר כנגדו". בראשית ב 18.

הנבחרות לא ידעו לשמור על אמון הציבור ברשות השופטת כבבת עינן, נהיה עדים לתחילת תהליך התפוררותה של החברה.