

מדינת ישראל

משרד המשפטים

המשנים ליועצת המשפטית לממשלה

(משפט ציבורי-חוקתי)

(משפט ציבורי-מינהלי)

ירושלים: כ' שבט תשפ"ג

11 פברואר 2023

תיקנו: 803-98-2022-000055

סימוכין: 803-99-2023-011177

לכבוד
חה"כ יריב לוין
שר המשפטים

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' ...)(תיקון – ביקורת שיפוטית לעניין כשירות במינוי בלבד) (פ/2314)

על דעת היועצת המשפטית לממשלה, נבקש להביא בפנייך את חוות דעתנו להצעת החוק שבנדון, כדלקמן:

1. ביום 6.2.2023 הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק שבנדון, אשר הוגשה על-ידי חה"כ אופיר כץ ו-36 חברי כנסת נוספים מסיעות הקואליציה. בהצעת החוק מוצע לקבוע כלל גורף של אי שפיטות מוסדית, לפיו לא ניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית בנוגע לעניין הקשור או נובע ממינוי או מכהונה של שר, למעט לעניין עמידתו של שר בתנאי הכשירות הקבועים בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה.

בדברי ההסבר צוין, כי מינוי והעברה של שרים מכהונה מהווים פעולה המצויה "בליבת הפעילות הדמוקרטית", ועל הביקורת השיפוטית להתמקד אך בבחינת התקיימות תנאי הכשירות האמורים ולא "להרחיבם". דברי ההסבר מתייחסים בהקשר זה ל"הלכת דרעי-פנחסני" שנקבעה בפסיקה לפני כשלושים שנה, הקובעת כי לצד תנאי הכשירות, יש להבטיח גם שמיוני נושא המשרה הציבורית, ובכלל זה שרים, אינו חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות. נטען, כי על אף שנעשה ניסיון בעבר לתקן את ההלכה בחוק-יסוד: הממשלה, ניסיונות אלה לא צלחו וההלכה נותרה על כנה. לעמדת המציעים, נדרש להבהיר שאין מקום כי בית המשפט יבחן את שיקול הדעת של הגורם הממנה, הממונה או המאשר – במעשה או במחדל.

2. אף שדברי ההסבר עוסקים לכאורה בסוגיה במישור העקרוני, ברור כי במוקד הדברים עומד עניינו הפרטני של חה"כ אריה דרעי והרצון למנותו לשר בממשלה הנוכחית. אך לפני כשלושה שבועות קבעו אחד-עשר שופטי בית המשפט העליון, כי בנסיבות העניין נפל פגם בכהונת חה"כ דרעי כשר בממשלה (בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (אר"ש 18.1.2023); להלן: **עניין שיינפלד**). מרבית השופטים סברו כי "דבק במינויו של דרעי לשר בממשלה ה-37 פגם של חוסר סבירות קיצוני משום שהוא עומד בסתירה חמורה לעקרונות יסוד אשר מן הראוי כי ינחו את ראש הממשלה במינוי שרים" (פס' 76 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

חלקם סברו כי התנהלות חה"כ דרעי במסגרת ההליך הפלילי מקימה מניעות **אישית** שלו מלכהן בממשלה. שופט אחד קבע כי חרף תיקון חוק היסוד, נדרש להביא את עניינו של חה"כ דרעי בפני יו"ר ועדת הבחירות המרכזית על מנת לבחון האם נפל קלון בהרשעתו בפלילים.

הצעת החוק נועדה אפוא להסדיר פרטנית את מינויו מחדש של חה"כ דרעי לממשלה הנוכחית, באמצעות קביעת כלל שיוביל לביטול הנפקות של שני פסקי דין בעניינו – פסק הדין הפלילי אשר הרשיע אותו, ופסק הדין של בית המשפט העליון אשר קבע, כאמור, כי במינויו נפל פגם והוא אינו יכול על כן לכהן עוד כשר בממשלה. זאת, בנוסף לתיקון קודם לחוק יסוד: הממשלה, שנועד לאותה מטרה – תיקון סעיף 6(ג) לחוק יסוד: הממשלה.

3. אכן, בפני הרשות המכוננת פרוש מתחם רחב ביותר לעצב בחוקי היסוד את הכללים המשטריים והיסודיים של השיטה. ואולם, סמכות רחבה ותשתיתית זו יש להפעיל בזהירות, באופן ההולם את מהותה ואופייה של המדינה ואת תפקידה של הרשות המכוננת. כלל הבסיס הוא כי הסדרים משטריים, בהיותם עקרונית-על, צריכים להיקבע מתוך ראייה עקרונית ורחבה, ולא לשם מתן מענה לצרכי השעה של אינטרסים פוליטיים וקואליציוניים, כל שכן אינטרסים פרטניים של אדם מסוים, על רקע הרשעתו המסוימת. **לא לשם כך נועדה הסמכות המכוננת.**

הצעת החוק פוגעת גם בעקרון הפרדת הרשויות, משהיא מבקשת להסיג את גבולה של הרשות השופטת, ולקבוע הסדר אשר במהותו נועד "להתגבר" על פסקי דין פרטניים שניתנו בעניינו של אדם מסוים, על רקע נסיבותיו האישיות.

4. עוד יצוין, כי ברקע עומד כאמור תיקון חוק היסוד שהתקבל אך לאחרונה, אשר נועד אף הוא להכשיר את כהונת חה"כ דרעי לשר בממשלה, באמצעות קביעת כלל אחר - **הנמכת** רף טוהר המידות של כשירות שרים כדי "לעקוף" בכך את הצורך בבחינת השאלה האם נפל קלון במעשיו בגין הרשעתו האחרונה בפלילים. אף שתיקון זה נתקף בעתירות בעניין **שיינפלד**, בשים לב לסעדים אחרים שנתנו מענה לעתירה, בית המשפט הותיר בצריך עיון את סוגיית הביקורת השיפוטית על תוקפו של אותו סעיף, לצד דברי ביקורת נוקבים עליו שהובאו על-ידי חלק מהשופטים (שנעמוד עליהם בהמשך).

5. זאת ועוד. מעבר להיבט הפרסונלי המובהק שבו לוקה הצעת החוק, גם **בחינת ההסדר המוצע לגופו מעלה קשיים מהותיים**. הצעת החוק מבקשת לקבוע כלל חריג של אי שפיטות מוסדית, לפיו מינויים של שרים לממשלה (לרבות בממשלה הנוכחית), והעברתם מכהונה, לא יוכלו להיבחן כלל על-ידי בית המשפט מעבר לתנאי הכשירות שנקבעו בסעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, תהא העילה אשר תהא, יהיו הנסיבות אשר יהיו.

6. קביעת כלל בדבר אי שפיטות מוסדית בנסיבות הקיימות, שעה שהנורמות המשפטיות בגין נפסל מינויו של חה"כ דרעי לתפקיד שר עומדות בעיני, ואף קיימת פסיקה של בית המשפט לפיה המינוי הקונקרטי מנוגד לכללי המשפט המינהלי בהיותו בלתי סביר באופן קיצוני ובהתקיימותה של מניעות אישית מצדו, מעורר קשיים מהותיים לנוכח הפגיעה בעקרונות של תקינות פעילות המינהל, טוהר המידות בשירות הציבורי ובאמון הציבור בעבודת הממשלה. הקושי המהותי הגלום בהסדר מעצים את ההיבט הפרסונלי שלו.

7. לנוכח הקושי הרב הנובע מן ההיבט הפרסונלי המובהק שביסוד התיקון המוצע ובתיקון שקדם לו, והקשיים המהותיים הגלומים בהסדר עצמו, העומדים גם בפני עצמם, יש לעמדתנו להתנגד להצעת החוק. נסיבות אלה אף מעלות חשש ממשי כי אם ההסדר יעמוד בפני ביקורת שיפוטית, בית המשפט יקבע שמדובר במקרה קצה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת אשר יוביל להתערבות שיפוטית חריגה ביותר בחקיקת יסוד.

בצד האמור יצוין, כי הסדרת היקף ההתערבות השיפוטית על החלטות נבחרי הציבור היא סוגיה כבדת משקל, ואינה ייחודית למינוי שרים והעברה מכהונתם, ויש לבחון אותה בפריזמה רחבה יותר של המשפט המינהלי (עניין זה נדון בהקשר הקונקרטי של ביטול עילת הסבירות בחוות דעת היועצת המשפטית לממשלה שהועברה לידך ביום 2.2.2023). כך, בהקשר הנקודתי של מינוי שרים, ובשים לב לחששות המוצגים בדברי ההסבר להצעת החוק, ניתן לקדם עבודת מטה מקצועית לבחינת אמות מידה מהותיות לביקורת שיפוטית, באופן אשר יביא לצמצומה ולגידורה במקרים המתאימים. הסדרה כזו צריכה להיעשות במבט צופה פני עתיד, ולא אגב מקרה קונקרטי.

ומכאן ביתר הרחבה.

חשיבות הביקורת השיפוטית על מינוי שרים

8. על מנת לעמוד על מהותו של התיקון המוצע לחוק-יסוד: הממשלה, יש מקום לבחון תחילה כיצד הוראה זו משתלבת במארג הדינים הקיים במשפט הישראלי בכל הקשור למינוי שרים. כפי שיפורט להלן, ההסדר המוצע צפוי למנוע באופן גורף ומוחלט ביקורת שיפוטית ביחס למגוון של סוגיות ונושאים הקשורים למינויים של שרים בממשלה, באופן שעלול להביא לפגיעה בסדרי הממשל התקין של עבודת הממשלה ולפגיעה קשה באמון הציבור.

9. אמנם, גם לאחר התיקון, ימשיך להתקיים פיקוח פרלמנטרי מסוים על מינוי שרים, לאור הצורך באישור הכנסת לכך. אולם, מלכתחילה, פיקוח זה מוגבל, שכן הוא נוגע אך ורק לשלב המינוי, להבדיל מפיקוח לאורך תקופת הכהונה, שיש בו כדי לתת מענה אפקטיבי לאירועים מאוחרים למינוי. יתרה מכך, יעילותו המעשית של הפיקוח הפרלמנטרי למצער מוגבלת. זאת, בשל כוחה המשמעותי של הממשלה לנתב את פעילות הכנסת, בהינתן המשמעת הקואליציונית ההדוקה הנוהגת בחיי המעשה הפרלמנטריים בישראל, בוודאי בנושאים מעין אלה. ראה למשל לעניין זה דברי השופט עמית בעניין שיינפלד (פס' 15 לפסק דינו):

"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 למינוי 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'זבראן [פורסם בנבו] (8.5.2016) (להלן: עניין דרעי השלישי); וראו עניין הנגבי הראשון בעמ' 933 בפסקה 67 לפסק דינו של השופט מ' חשין).

[ההדגשות במסמך אינן במקור]

10. כידוע, סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה קובע מספר תנאי כשירות בסיסיים לכהונה בתפקיד שר ובהם: אזרחות ותושבות ישראלית; מניעת העסקה בתפקיד ציבורי אחר; היעדר הרשעה פלילית הנושאת עמה קלון; ויתור על אזרחות נוספת ככל שניתן; ואי-פרישה מסיעה בכנסת ללא התפטרות ממנה בתקופת אותה כנסת.

לצד תנאי הכשירות הקבועים בחוק-היסוד, קבע בית המשפט העליון, בפסיקה ארוכת שנים ועקבית, את העיקרון הכללי שלפיו "כשירות לחוד – ושיקול-דעת לחוד". לפי עיקרון זה, עמידה בתנאי הכשירות הסטטוטוריים לצורך מינוי לכהונה ציבורית אינה גורעת מהחובה של הרשות הממנה להפעיל את שיקול-דעתה באשר לנאותות המינוי ולהשלכות אפשריות של העברה מכהונה (ראה והשווה: בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 424 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 459-457 (1993); בג"ץ 5853/07 אמונה-תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (אר"ש 6.12.2007) (להלן: עניין אמונה); בג"ץ 3997/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר החוץ (אר"ש 12.2.2015)).

כדברי השופטת פרוקצ'יה בעניין אמונה (פס' 13 לפסק דינה):

"אין חפיפה הכרחית בין עמידה בתנאי כשירות פורמליים לכהונה במשרה, לבין התאמת מועמד לתפקיד ציבורי בהיבטים שונים, ובכלל זה, מבחינת רמתו האישית, המוסרית, והאנושית. על הרשות הממנה להפעיל את שיקול דעתה בענין המינוי, על פי אמות מידה הנתועות במשפט הציבורי; על שיקוליה להיות ענייניים, הוגנים, תמי לב, ומתוחמים במתחם הסבירות."

11. בד בבד, הובהר בפסיקה כי הגם שהחלטות בעניין מינויים של שרים וסגני שרים והעברתם מכהונה אינן חסינות מביקורת שיפוטית ובכך הן דומות לכל החלטה אחרת של רשות מינהלית, הרי שמתחם הסבירות הנתון לראש הממשלה (או, לחבר-הכנסת שהוטל עליו על-ידי הנשיא להרכיב את הממשלה, לפי העניין) בקביעת הרכב ממשלתו ובמינוי השרים שיהיו חברים בה, הוא רחב ביותר. כפועל יוצא מכך בית משפט יתערב בהחלטות אלה רק במקרים קיצוניים.

יסודו של מתחם רחב זה של שיקול-דעת נטוע הן במיהות בעל הסמכות (מי שעומד או עתיד לעמוד בראש הרשות המבצעת) והן במהות הסמכות (שהינה בעלת אופי פוליטי-מפלגתי מובנה). הדבר נועד לקדם את יכולת הממשלה לתפקד כראוי כרשות המבצעת של המדינה ולהגשים את יעדי המדיניות הניצבים בפניה, ולהגשים בכך את האינטרס הציבורי להבטיח את יציבותה של הממשלה ואת יכולתה לעמוד במשימותיה (עניין אמונה, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

ואכן, עד היום, מיעט בית המשפט מלהתערב בהחלטות מעין אלו, וההתערבות נשמרה למקרים חריגים שבחריגים, בעוד שמרבית העתירות שהוגשו בעניינים שכאלה – נדחו.

12. אכן, כפי שנאמר לעניין סמכות ההעברה מכהונה (והדברים יפים גם לעניין סמכות המינוי), מדובר ב"סמכות מיוחדת במינה, הן בשל המעמד של ראש-הממשלה בנוגע להרכב הממשלה והן בשל האופי הפוליטי של הממשלה. היא חובקת מגוון רחב של שיקולים ומשתרעת על מיתחם רחב של סבירות" (בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 58 (1997)).

שיקול נוסף שהוכר על-ידי הפסיקה כפועל להרחבת מתחם שיקול-הדעת הנתון לגורם הממנה בהקשר זה, וכפועל יוצא מכך, להצרתו של מתחם הביקורת השיפוטית על מעשה המינוי, נוגע לכך שמינויים של שרי הממשלה עוברים פיקוח של הכנסת. זאת, בראש ובראשונה, מכוח הוראת סעיף 13(ד) לחוק-היסוד, המורה כי "הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם"; וכאשר מדובר בצירוף שר לממשלה מכהנת, מכוח סעיף 15 לחוק היסוד, הקובע כי מקום בו החליטה הממשלה על צירוף שר נוסף, תודיע על כך ועל תפקידו של השר האמור לכנסת, וזה ייכנס לכהונתו עם אישור ההודעה על-ידי הכנסת. על-פי הפסיקה, האישור הפרלמנטרי הניתן להחלטת המינוי מגלם את הסכמת המוסד הנבחר במדינה למינוי ולזהות הנבחר לתפקיד, ומשכך, הוא משפיע גם על מרחב שיקול-הדעת במינוי (עניין **אמונה**, בפסקה 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נז(6) 817, 848 (2003)).

13. בצד סוגיית שיקול דעתו של ראש הממשלה ביחס למינויו או לפיטוריו של שר אשר הואשם או הורשע בפלילים, הפסיקה התייחסה לשיקול הדעת הכרוך במינוי שרים גם בהקשר של ניגוד עניינים אפשרי ביחס לתפקידו של השר וכן לגבי הסבירות שבהיקף תפקידי השר בהם נושא אדם אחד (ראה: בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל** (אר"ש 13.4.2016); בג"ץ 3002/09 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (אר"ש 9.6.2009)). בין כל אותם מקרים הנזכרים לעיל, ניתן לראות כי רק במיעוט זעיר של פסקי הדין נקבע כי נפל פגם בשיקול הדעת המצריך את התערבותו של בית המשפט.

14. ביטול האפשרות לביקורת שיפוטית על כל עניין הנוגע למינוי שרים, למעט עצם עמידת המועמד בתנאי הכשירות הסטטוטוריים, אינו מונע רק את הבחינה השיפוטית ביחס למקרים מעין אלה שתוארו לעיל – הנוגעים לאמון הציבור ולתפקוד תקין של עבודת הממשלה, אלא עלול לכלול עוד סוגי מקרים נוספים.

כך למשל, אף אם מינוי אדם לכהונת שר נעשתה תוך שקילת שיקולים זרים פסולים, עדיין לא יהיה בכך כדי למנוע את המשך כהונתו. כך הוא הדבר גם במקרה שבו שר יעשה שימוש נמשך בסמכויותיו לשם ביצוע עבירה וראש הממשלה יסרב להעבירו מתפקידו על רקע אילוצים פוליטיים. גם מינוי תוך קיומו של ניגוד עניינים מובהק לא יוכל עוד להימנע על פי ההסדר המוצע ואף לא להיבחן משפטית. דוגמא נוספת היא מינוי של אדם כשר בממשלה, גם במקרה שבו נקבע כי הוא אינו כשיר להיבחר לכנסת בשל אחת מהעילות הקבועות בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. ניתן אף לטעון כי ניסוח ההסדר המוצע עשוי לחסום ביקורת שיפוטית על פעולה הנעשית בחוסר סמכות בהקשר של מינוי שר. ספק אם התכלית המוצהרת של הצעת החוק, שהיא על פי דברי ההסבר – ביטול "הלכת פנחסי-דרעי", מצריכה ביטול גורף ומוחלט כמותואר של כל ביקורת שיפוטית על פגמים הקשורים בשיקול הדעת למינויו או להעברתו מכהונה של שר, על חשיבותה ותרומתה של ביקורת זו למינהל התקין ולשלטון החוק.

15. קושי נוסף הגלום בהצעה הוא שהתיקון המוצע מתמקד, כאמור, בנקודת המבט של הביקורת השיפוטית, מבלי לשנות את הדין המהותי החל על ראש הממשלה בבואו למנות שרים או לפטרם. משמעות הדברים היא שראש הממשלה יוכל למעשה למנות שר, תוך קבלת החלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני או בטעמים פסולים אחרים על פי כללי המשפט המנהלי שממשיכים לחייב אותו, אך בית המשפט יהיה מנוע מלהושיט סעד ומלבטל את החלטה. התוצאה המשפטית של ההסדר המוצע

היא יצירת "חור שחור" נורמטיבי, דווקא בתחום כה רגיש מבחינת שיקולים של טוהר המידות, המנהל התקין ואמון הציבור במערכות השלטון.

עקרון שלטון החוק, אשר חולש על כל פעולה שלטונית של כל רשות מרשויות המנהל, "יאלם דום" דווקא שעה שמדובר על מינוי שר בממשלה, אשר מחזיק בסמכויות מרחיקות לכת בתחומי האחריות של משרדו, ואשר נושא באחריות קולקטיבית עם הממשלה לכל פעולותיה. וזאת, גם בשים לב לכוח ההשפעה המיוחד של לחצים המופעלים במסגרת פעולות להקמת קואליציה. בנסיבות אלה, היעלמותו המוחלטת של כלי הביקורת השיפוטית על מינוי שרים עלולה להכשיל את יכולתו של כל ראש ממשלה לעמוד בדרישות הדין.

16. הקושי הגלום בהסדר מתחדד גם על רקע התיקון האחרון לחוק-יסוד: הממשלה שבו הנמיכה הכנסת את רף טוהר המידות, כאשר אל מול עיניה עמדה האפשרות לאמץ את ההסדר המוצע כעת, אך נמנעה מלעשות כן. עינינו הרואות אפוא כי בהעדר חוק-יסוד: חקיקה, ניתן לערוך שינויים חוקתיים באופן תדיר ובהליך חקיקה מהיר ביותר, תוך הנמכה של המגבלות על הכוח השלטוני, עד כדי מצב שבו לכאורה לא תהיה כל מגבלה. שיקולים כבדי משקל שעומדים ביסודה של פסיקת בג"ץ בנושא – שלטון החוק, טוהר המידות, המנהל התקין, אמון הציבור – אינם זוכים לביטוי בתהליך חקיקה המזורז שבמוקד שלו הסדרת עניין קונקרטי.

דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

17. כאמור, ההסדר המוצע כשלעצמו מעורר קושי רב ועל כן מוצע להתנגד לו. לכך מתווסף ההיבט הפרסונלי המובהק והחריג שביסוד הצעת החוק, והשימוש בסמכות המכוננת באופן שאינו הולם חקיקת יסוד ועלול להביא לפסילתה בבית המשפט.

18. דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת עוסקת בשאלת הזיהוי שלה כנורמה מסדר הנורמות החוקתיות (להבדיל מביקורת שיפוטית המופנית כלפי תוכנו המהותי של ההסדר). בדוקטרינה זו נבחנת השאלה האם מה שנחזה להיות חוק יסוד אכן מעגן הסדר חוקתי שהוא התוצר הרגיל של הרשות המכוננת וניצב בראש מדרג הנורמות, או שמא הרשות המכוננת עשתה שימוש לרעה בסמכותה והוציאה תחת ידה נורמה שבעצם אינה נורמה חוקתית.

19. עיקרה של דוקטרינה זו פורט בהרחבה ופותח במסגרת פסק הדין בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (אר"ש 23.5.2020) (להלן: עניין שפיר), אשר בו קבעה הנשיאה חיות מבחן דו שלב, לזיהוי נורמה כ"כנורמה חוקתית".

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

מבחן היציבות – האם הנורמה נושאת אופי זמני שתחולתה קצובה מראש בזמן או שמא מדובר בהסדר קבע יציב, הצופה פני עתיד; מבחן הכלליות – האם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית כללית או בנורמה שיש לה מאפיינים פרסונליים; מבחן ההתאמה – האם הנורמה עולה בקנה אחד עם אופיים של

אותם נושאים המוסדרים בחקיקת יסוד ככלל, ובתוך כך בחוקי-יסוד אחרים או בחוק-היסוד אליו מתווסף התיקון.

השלב השני - **שלב הצידוק**. אם הנורמה אינה עומדת באחד מתתי המבחנים של הבחינה (קרי, אין לה סימני היכר של נורמה חוקתית), בוחנים האם מוצדק היה לקבוע אותה כנורמה חוקתית דווקא על אף העדר סימני ההיכר. במסגרת בחינת ההצדקה נלקחות בחשבון נסיבות החריגות המצדיקות את השימוש בסמכות המכוננת ומידת הפגיעה בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות.

20. השופטת ברק-ארז, סברה שאין מקום לאמץ את מבחן הצידוק. לעמדתה, מבחן הצידוק תר אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי המצדיק את הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי, ובמובן זה הוא עלול לגרור את בית המשפט לזירה הפוליטית, תוצאה שאינה רצויה. משום כך היא הציעה לאמץ מבחן **חד שלבי** לבחינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת. לעמדתה, הביקורת השיפוטית בהקשר של שימוש לרעה אינה צריכה לכלול יסוד של שיקול דעת מהותי ביחס להצדקה שהובילה לתיקון שעניינו עומד על הפרק, אלא רק דיון פורמאלי בשאלת היקפה של הסמכות המכוננת. המבחן חד-שלבי לזיהוי הנורמה כנורמה חוקתית, מורכב לשיטתה משלושה מבחני עזר: **מבחן היציבות** (לשיטתה לא ניתן באופן גורף לחוקק הוראת יסוד כהוראת שעה, יהא הצידוק אשר יהא), **מבחן הכלליות** (הסדר חוקתי חייב להיות בעל תחולה כללית ולא פרסונלית), ו**מבחן המובחנות** – יש לבחון שמדובר בחקיקה שתפקידה להיות פרק בחוקה ואין המדובר ב"פלישה" לתפקידן של הרשויות האחרות. ככל שהנורמה איננה עומדת באחד ממבחני העזר האמורים, יש לראות בה שימוש לרעה מבלי אפשרות לבחון את ההצדקה לחריגה זו, ואין להידרש כלל למבחן הצידוק.

21. בפסק הדין בעניין **ממשלת החילופים** (בג"ץ 2905/20), דן בית המשפט בפיתוח של מבחן עזר נוסף, כחלק ממבחן הכלליות או היציבות – בחינת השאלה האם ההסדר נחקק תוך **"ניגוד עניינים מוסדי"**. הנשיאה חיות עמדה על הקושי הנובע במצבים שבהם הרשות המכוננת מחוקקת הסדרים שהכנסת שבה הם נחקקו "נהנית" מהם, והתייחסה לאפשרות המושגית במצבי קצה בלבד, שבהם התחולה המיידית של ההסדר תעלה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת:

"קושי מעין זה עלול, לשיטתי, להתעורר כאשר ההוראה מוחלת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה. מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם "אינטרסים פרטיקולריים" של חברי הכנסת בכנסת הספציפית..."

דוגמה אחרת היא הוראה חוקתית המוחלת באופן אקטיבי או רטרואספקטיבי – ומשנה מן היסוד את התוצאות המשפטיות של פעולות ואירועים שהתרחשו בעבר. הוראה כזו עלולה לעורר קושי גם **בכל הנוגע למבחן היציבות**.

22. **ולענייננו**: משנראה כי גם במקרה זה מדובר בתיקון פרסונלי מובהק העומד ביסוד התיקון שבפנינו – ניסון (נוסף) של שינוי הכללים כדי להכשיר את כהונת חה"כ דרעי לשר בממשלה, יש לבחון את אופן השימוש החריג בסמכות המכוננת בנסיבות אלה, והאם אין בו כדי להוות שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

על מנת לעמוד על עוצמת הפרסונליות הגלומה בתיקון המוצע, נעמוד על עיקרי השתלשלות העניינים הנוגעת לעניין זה.

23. כידוע, לאחר שהטיל נשיא המדינה בחודש נובמבר האחרון את מלאכת הרכבת הממשלה על חה"כ נתניהו, הוא הפנה ליועצת המשפטית לממשלה, באמצעות מר ברורמן, חוות דעת שנמסרה לו בעניין מינוי חה"כ דרעי לשר בממשלתו המתהווה. בחוות הדעת נטען, כי יש לפרש את סעיף 6(ג) לחוק-יסוד: הממשלה, בנוסחו באותה העת, ככזה המאפשר למי שהורשע והוטל עליו עונש מאסר על תנאי לכהן בממשלה, וכי מינוי חה"כ דרעי לשר, על אף הרשעתו האמורה ושתי ההרשעות שבעברו, אינו עולה לכדי חוסר סבירות. היועצת המשפטית לממשלה השיבה כי בהתאם ללשון ותכלית סעיף 6(ג) לחוק היסוד, גם מי שהוטל עליו עונש מאסר על תנאי אינו יכול לכהן כשר, ועל כן נדרש לפנות ליו"ר ועדת הבחירות על מנת שיבחן האם נפל במעשיו קלון.

24. תחת פנייה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית, הניח חה"כ משה ארבל, מסיעתו של חה"כ דרעי, הצעת חוק פרטית על שולחן הכנסת, אשר ביקשה לשנות את סעיף 6(ג) לחוק היסוד, באופן אשר ינמיך את רף טוהר המידות, כך שתנאי הכשירות לכהונת שר יחולו על הרשעות שבצדן עונש מאסר בפועל (לרבות בדרך של ביצוע עבודות שירות, ומאסר על תנאי שהופעל), אך לא יחולו על הרשעות שבצדן עונש מאסר על תנאי בלבד.

כעולה מפרוטוקולי הדיונים בכנסת, ביסוד תיקון החקיקה עמד עניינו של חה"כ דרעי. כדברי השופט ברון בעניין **שיינפלד**: "תכלית 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."

25. הצעת החוק אושרה ביום 27.12.2022, ויומיים לאחר מכן קיבלה הממשלה ה-37 את אמון הכנסת, כאשר בין שריה חה"כ דרעי אשר מונה לכהן כשר הבריאות, שר הפנים וכמשנה לראש הממשלה.

בעקבות כך, הוגשו שלוש עתירות שבהן הועלו טענות שונות בגין מינוי חה"כ כשר בממשלה. בין היתר נטען כי התיקון נחקק תוך שימוש לרעה בסמכות המכוננת, נוכח הפרסונליות המובהקת שביסודו, והניסיון להתגבר באמצעות שינוי הסדר משטרי על תוצאות של הליך פלילי. לפיכך נטען כי אין מקום לתחולה המידית של ההסדר ויש לקבוע לכל הפחות כי לא ניתן למנות את חה"כ דרעי לשר ללא בחינת שאלת הקלון שבמעשיו.

26. ביום 18.1.2023 ניתן פסק הדין, בהרכב מורחב – **אחד-עשר שופטי ההרכב קבעו כי קיים פגם בכהונתו של חה"כ דרעי כשר**. רוב השופטים סברו שמינוי חה"כ דרעי לשר, בנסיבות העניין, חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות, ועל כן על ראש הממשלה לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 22(ב) לחוק-יסוד: הממשלה ולהעבירו מכהונתו. חלק מהשופטים סברו שחה"כ דרעי מנוע, באופן אישי, מכוח דוקטרינת ההשתק השיפוטי, לכהן כשר על רקע דבריו בטיעונים לעונש מהם ניתן היה להבין כי בכוונתו לפרוש מהחיים הפוליטיים. השופט אלרון, בדעת יחיד, סבר שבנסיבות העניין על אף תיקון חוק היסוד, כהונת חה"כ דרעי מותנית בכך שהוא יפנה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לבחון את סוגיית הקלון.

27. באשר לתוקפו של סעיף 6(ג) לחוק היסוד, נקבע כי מאחר שניתנו סעדים במישור המינהלי, אין מקום להכריע בשאלה האם התיקון לחוק היסוד עולה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בצד האמור, התייחסו חלק מהשופטים לתיקון האמור, ומדברי חלקם עולה, כי אף שכלל עקרוני הוא כי מניעים פוליטיים ותחולה מיידית של הסדר משטרי אינם עילה להתערבות שיפוטית, בוודאי לא בחקיקת יסוד, מדובר במקרה קצה של קביעת הסדר משטרי פרסונלי, אשר יתכן ועולה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

28. הנשיאה תיות עמדה על כך שתחולה מיידית של הסדר משטרי, אין בה כשלעצמה כדי להצביע על כך שמדובר בנורמה שלא ניתן לזהותה כנורמה חוקתית. בצד האמור ציינה כי התיקון האמור הוא בגדר "נקודת שפל" של התופעה שבה חוקי היסוד מנוצלים לטובת צרכים פוליטיים נקודתיים:

"[...] 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...

אף שמניעיו של המחוקק, כשלעצמם, אינם מהווים עילה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד... 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 מנוצלים 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.

אכן, הקשיים שעליהם הצביעו העותרים ביחס לתיקון לחוק היסוד אינם עניין של מה בכך והם מכתמים 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"... 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 – מתייטר בעיני הצורך להכריע לגופם של דברים בסעד החריג של בטלות תיקון מס' 11 על פי הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת."

29. השופטת ברק ארז התייחסה לקושי הטמון בכך שהרשות המכוננת באמצעות התיקון ביקשה לשנות תוצאות של הליך הפלילי של אדם מסוים:

"... 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...

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 ומעמד או מודל "ממשלת החילופים" עצמו), במקרה דנן **אופי התיקון שהוכנס (קביעת הרף של אי-כשירות לכהונה) והחלתו המיידית היו כרוכים בהשפעה מעין-רטורואקטיבית על תוצאותיו של הליך פלילי מסוים ועל מצבו המשפטי של אדם קונקרטי.**

... התיקון לחוק היסוד והחלתו על דרעי באופן מידי 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...

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."

30. גם מעמדתו של השופט גרוסקופף עולה הקושי הרב באופן שבו הרשות המכוננת עשתה שימוש בסמכותה כדי להכשיר כהונה לשר של אדם מסוים:

"... כלל, שימוש לרעה בסמכות (Abuse of Authority) הוא, בראש ובראשונה, שימוש למטרה זרה החורגת מגדר המטרות שלשמן הוקנתה הסמכות ... 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."

31. השופט כבוב עמד על כך שמדובר בתיקון שהוא בגדר "נקודת קיצון":

"...מקרה 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".

32. לעומתם, השופט מינץ, חזר על עמדתו העקרונית לפיה, אין מקום לאמץ את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. השופט אלרון התייחס לגופו של התיקון ולדבריו, אין המדובר ב"נורמה חוקתית המסבה גאווה". מבחינה מעשית, בהתאם לפסק דינו, על חה"כ דרעי היה לפנות ליו"ר ועדת הבחירות חרף התיקון של סעיף 6(ג) לחוק היסוד, ואולם הוא לא התייחס באופן ישיר לשאלה האם התיקון עלה לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. יצוין, כי בפסק דין אחר הצטרף השופט אלרון לעמדתם של השופטים מינץ וסולברג, לפיה אין מקום לאמץ את הדוקטרינה ולהרחיבה (פסק הדין בעניין שפיר, פס' 12-7 לפסק דינו של השופט אלרון).

33. בעקבות פסק הדין בעניין שיינפלד העביר ראש הממשלה את חה"כ דרעי מכהונתו בממשלה, וכעבור כשבועיים, הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק שבפנינו, אשר הוגשה על-ידי חלק נכבד מחברי הקואליציה, המבקשת לשנות פעם נוספת את סעיף 6 לחוק-יסוד: הממשלה, כך שיכלול כלל אי שפיטות גורף, לפיו למעט לעניין תנאי הכשירות שנקבעו בסעיף, לא ניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית על מינוי או העברה מכהונה של שר, יהיו הנסיבות אשר יהיו, תהא העילה אשר תהא.

34. נראה אפוא כי גם תיקון החקיקה המוצע כעת הוא בגדר הסדר פרסונלי ואף ביתר שאת – ניסיון נוסף להכשיר את כהונת חה"כ דרעי כשר בממשלה. אכן, לאורך ההיסטוריה היו מקרים לא מעטים שבהם נעשו שינויים בחקיקת יסוד כדי להגשים אינטרסים פוליטיים וקואליציוניים רגעים, ומניעים פוליטיים כשלעצמם אינם עילה להתערבות שיפוטית בחקיקה, כל שכן בחקיקת יסוד. ואולם, כפי שצוין בעניין שיינפלד, חקיקה פרסונלית מעין זו היא חריגה, ופוגמת באופן קשה ב"כלליות" וב"יציבות" של חוק היסוד. הקשיים הגלומים בהסדר עצמו, וכל שכן בתחולתו המיידית על עניינו של חה"כ דרעי, אינה מבססת צידוק הולם לקביעת הסדר פרסונלי, בניגוד לנורמות חוקתיות-משטריות אשר נדרשות לשקף הסתכלות רחבה, תחולה כללית ויציבות על-זמנית.

35. אם נסכם את עיקרי הטעמים ביסוד עמדתנו :

- מדובר בשימוש בסמכות המכוננת, בפעם השנייה בתוך זמן קצר, לשם הסדרת עניינו הפרטני של אדם מסוים, אשר כל אחד-עשר שופטי ההרכב שדנו בעניינו קבעו שנפל פגם במינויו כשר בממשלה.
 - ההסדר המהותי חריג בהיקפו. בין היתר בשים לב להצעה למנוע באופן מוחלט ביקורת שיפוטית בסוגיה זו, וכן להתייחסות הנקודתית בלבד להגבלת הביקורת השיפוטית אך לגבי מינויים של שרים, ללא בחינה רחבה יותר של היקף הביקורת השיפוטית הראויה על החלטות בעלות מאפיינים דומים השייכות לליבת הפעילות הפוליטית של הממשלה.
 - קביעת היקף הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות השלטון היא סוגיה כבדת משקל, היורדת לשורש הפרדת הרשויות. הסדרת סוגיה מעין זו מחייבת ראייה משטרית רחבה, וזאת מאחורי "מסך בערות". ההיבט הפרסונלי של ההסדר עומד בניגוד מוחלט לאופן הזהיר שיש לעשות בסמכות המכוננת בפרט בהסדרים רגישים מעין אלה. יתרה מכך, בניסיון להסדיר את עניינו האישי של אדם אחד, התיקון המוצע עלול כאמור להיות בעל השלכות רחבות וקשות על טוהר המידות של שרים, ובשל כך גם על שלטון החוק ואמון הציבור בעבודת הממשלה.
 - בדיוני הכנסת בתיקון סעיף 6(ג) לחוק היסוד, מלפני **כחודש וחצי בלבד**, עלה בבירור כי חברי הכנסת מודעים לכך שבנוסף להיבט הכשירות, בהתאם להלכה הפסיקתית מינוי שרים נבחן גם בהיבטי סבירות. על אף האמור, באותו השלב, שהיה טרם ההכרעה הקונקרטי בעניינו של חה"כ דרעי, לא סברו חברי הכנסת כי יש פגם בהלכה עצמה המצדיק את ביטולה או שינויה במסגרת התיקון שערכו אותה העת בחוק היסוד. יתרה מכך, חברי הכנסת ציינו כי הם סמוכים ובטוחים כי מינוי חה"כ דרעי לשר יצלח את מבחן הסבירות.
- בסופו של דבר נקבע כאמור, כי מינוי של חה"כ דרעי לשר עולה לכדי חוסר סבירות קיצוני. ויודגש, בהיבט זה אין בפסק הדין בעניין **שיינפלד** כל חידוש, והוא מהווה יישום קונקרטי של הלכת דרעי-פנחסי אשר עומדת על תלה מזה שלושים שנה. לפיכך, הצעת החוק אינה בגדר "שיח בין הרשויות", אלא שימוש בסמכות המכוננת באמצעות שינוי הכלל עצמו, כדי לעקוף את היישום הפרטני שלו בעניין מסוים. במובן זה, השימוש בסמכות המכוננת פוגם בכלליות של ההסדר וביציבותו, ואף יש בו כדי להסיג את גבולה של הרשות השופטת, בניסיון לשנות באמצעות חוקי היסוד את תוצאותיו של פסק דין קונקרטי.
- אמנם בית המשפט לא הכריע בשאלה האם כבר בתיקון סעיף 6(ג) האמור יש כדי להוות שימוש לרעה בסמכות המכוננת. אך העדר ההכרעה נבע מכך שעמד בפניו באותה העת סעד במישור המינהלי בכל הנוגע לסבירות או במישור המשפט הציבורי – בכל הנוגע להשתק השיפוטי. ככל שסעדים אלה לא יהיו רלוונטיים עוד (ולכך מכוון ההסדר המוצע), יתכן והעותרים ישובו לבית המשפט ויבקשו שיכריע כעת בטענותיהם ביחס לתיקון האמור. כתוצאה מכך, יש סיכוי גבוה שחוקתיות ההסדר שבפנינו תידון ביחד עם חוקתיות תיקון סעיף 6(ג).

בנסיבות אלה, ההיבט הפרסונלי של השימוש בסמכות המכוננת ילך ויתעצם. התייחסות כוללת לשני התיקונים גם יחד מצביעה על שימוש עקבי בסמכות המכוננת כדי לשנות את אמות המידה לכהונת שר

ולאופן בחינתו, על מנת שיתאמו לכהונת שר מסוים, על רקע הרשעה פלילית מסוימת שלו. כמו כן, קידום מהיר של הצעת החוק בכנסת, במקביל לדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בתיקון חוק-יסוד: השפיטה, במסגרתם נבחנת סוגיית עילת הסבירות בכללותה, מעמידים קושי נוסף.

סיכומו של דבר :

36. הצעת החוק שבנדון מהווה ניסיון נוסף, שני ברציפות, להסרת מגבלות חוקיות, המבוססות על עקרונות של שלטון חוק, טוהר המידות, המנהל התקין ואמון הציבור בכל אלה, העומדות בפני מינויו של חה"כ אריה דרעי לכהן כשר בממשלה. בהצעה זו יש כדי ליצור "חור שחור" של החלטות מנהל בתחום הרגיש של מינוי שרים, שלא יהיה נתון לביקורת שיפוטית למעט ביחס לתנאי הכשירות שנקבעו בסעיף, שעה שהכללים המהותיים הרחבים יותר המסדירים פעולה שלטונית זו ממשיכים לחול ולחייב את הממשלה והעומד בראשה.

מדברי בית המשפט הנוקבים ביחס לתיקון סעיף 6(ג) לחוק היסוד, עולה כי כבר בו יש כדי להוות מקרה קיצון אשר יתכן והיה מצדיק את אותה התערבות חריגה ביותר בחוקי יסוד לולא הייתה דרך אחרת ופחות חריגה לסעד המתאים.

37. על רקע האמור, חקיקת הסדר פרסונלי נוסף, המבטל תוצאות של שני פסקי דין, ושהמשמעויות המשפטיות שלו בכלל וביחס לתחום טוהר המידות בפרט, הן רחבות מאוד, תביא לכך **שקו הגבול ייחצה**. על כן, ישנה סבירות גבוהה לכך שבית המשפט לא יסתפק הפעם בהערת אזהרה או התראת בטלות, אלא יקבע נוכח כל המפורט לעיל, כי מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

לאור האמור, ועל דעת היועצת המשפטית לממשלה, עמדתנו היא כי בשל הקשיים המהותיים והאחרים שטמונים בהצעת החוק, יש להתנגד לה.

בברכה,


אביטל סומפולינסקי, עו"ד
המשנה ליועצת המשפטית לממשלה
(משפט ציבורי-חוקתי)


ד"ר גיל לימון, עו"ד
המשנה ליועצת המשפטית לממשלה
(משפט ציבורי-מינהלי)

העתק: היועצת המשפטית לממשלה