



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3002/09

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

העותרת : ההסתדרות הרפואית בישראל

נגד

המשיבים : 1. ראש ממשלת ישראל, מר בנימין נתניהו
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. סיעת הליכוד בכנסת
4. סיעת יהדות התורה בכנסת
5. הממשלה ה-32 של מדינת ישראל

עתירה למתן צו על-תנאי ובקשה לצו ביניים

תאריך הישיבה : כ"ח בניסן תשס"ט (22.4.09)

בשם העותרת : עו"ד אורנה לין, עו"ד תמר וינטר-קמר,
עו"ד גלי זינגר

בשם המשיבים 1, 2 ו-5 : עו"ד דנה בריסקמן
בשם משיבה 3 : עו"ד אלי כהן-קגן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

העתירה

א. עתירה זו (שהוגשה ביום 5.4.09) מסבה עצמה על "מוסד" ותיק במערכת הממשל, שקנה לו שביתה מסוימת ובעייתית, והקרוי בעגה הפוליטית, ללא עיגון בדין, "סגן שר במעמד שר". על פי סעיף 11 להסכם הקואליציוני מיום ז' בניסן תשס"ט (1.4.09) בין הליכוד - מרכיב הממשלה - לבין סיעת יהדות התורה, ניתן ליהדות התורה בין השאר תפקיד של סגן שר במשרד הבריאות, וכך נאמר:

“ראש הממשלה יחזיק בתיק הבריאות במהלך כל הקדנציה. נציג יהדות התורה יכהן כסגן השר היחיד במשרד זה. ראש הממשלה יסמיך את סגן השר לפעול בשמו בכנסת ובמשרד הבריאות, בכל ענייני המשרד הנמצאים בתחום סמכותו וטיפולו. סגן השר כאמור אשר יכהן במשרד יוזמן להשתתף בישיבות הממשלה בהם נדונים נושאי משרד הבריאות ועניינים אחרים הנוגעים לענייני המשרד.”

בעת הגשת העתירה לא אויש עדיין תפקיד סגן השר, אך עוד בטרם שמיעתה מונה חבר הכנסת הרב יעקב ליצמן לכהונה זו. לטענת העותרת, ההסתדרות הרפואית בישראל, איגודם המקצועי של הרופאים, שלדבריה משמשת היא גם פה לכל עובדי מערכת הבריאות וגם לחולים, ההחלטה שלא למנות “שר בריאות במשרה מלאה” במשרד הבריאות סותרת את חוק יסוד: הממשלה, ולמצער את תכליתו שלפיה בראש כל משרד יעמוד שר, ועל כן אינה חוקית, ותפקוד ראש הממשלה כשר הבריאות יהיה פיקציה. הסעד שנתבקש הוא מינוי שר בריאות במשרה מלאה תוך שינוי בהסכם הקואליציוני הנזכר, כך שימונה שר בריאות; העותרת הדגישה כי אין בפיה כל טענה לגבי זהות הסיעה שתחזיק בתיק או מי שיחזיק בו מטעמה.

ב. בעתירה נטען, בין השאר, כי מן ההסכם הקואליציוני עולה שראש הממשלה לא יתפקד בפועל כשר בריאות, ואילו סגן השר, בשל מוגבלות סמכויותיו הפוליטיות והסטטוטוריות, לא יוכל להעביר שינויים ורפורמות ולמלא כהלכה את התפקיד הנועד לשר, תוך שהאוצר ישתלט על הנעשה במשרד הבריאות. זאת, בשעה שבממשלה מצויים מספר שרים ללא משרד, ואילו מערכת הבריאות מצויה במשבר מחריף הדורש תוספת תקציב של מאות מיליוני שקלים.

ג. נמסר, כי באסיפת חרום שיזמה העותרת עם גורמים שונים מתחום הבריאות והרפואה, חתמו הללו על עצומה - אשר צורפה לעתירה - האומרת בין השאר, כי “מערכת הבריאות נמצאת על סף תהום בתחומים רבים וסובלת ממחסור אקוטי בתקציבים, והיא זקוקה להצלה מיידית; ברור כי רק לשר, על כל סמכויותיו, מוקנים הכלים המתאימים להתמודדות עם אתגרים קשים אלו”.

ד. נטען, כי משרד הבריאות הוא השלישי בגודלו, בחשיבותו ובתקציבו בין המשרדים, תקציבו בשנת 2008 עמד על 24.67 מיליארד ₪ ומספר עובדי שירותי הבריאות על - 306,500 נפש. תוארו בפרטות תפקידי המשרד, באשר לחקיקת בריאות,

תכנון, רישוי ובקרה, שירותי אשפוז, פיקוח בתחומי בריאות שונים ובראשם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ארגון לשעת חרום, אשפוז סיעודי ועוד.

ה. נאמר כי על פי פסיקתו של בית משפט זה יש ליתן הגנה לזכויות כלכליות- חברתיות ובהן הזכות לבריאות, שהן חלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ו. תוארו בפרטות מצוקת האשפוז בישראל והתפוסה הגבוהה של בתי החולים, מעבר ליכולות האשפוז - דבר המשפיע כנטען על זכויות המטופלים ואיכות הטיפול, ויוצר פגיעה כלכלית. נטען, כי תכנית שהוגשה לעניין זה טעונה עדיין מימוש. לכן יש צורך, כך נאמר, בטיפול במצוקת כוח אדם, בתקינה, באלימות נגד רופאים, בנושאי אי שוויון במערכת הבריאות כעולה מהמלצות ועדה בעניין זה. נטען גם, כי המלצות "ועדת אמוראי" לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא לא קוימו; דרוש איפוא שר להרים נטלים אלה.

ז. נוכח כל אלה, נטען כי בהיעדר שר, האוצר הוא שיכתיב למשרד הבריאות את כל ענייני התקציב, השכר ועוד. למאבק מטעם משרד הבריאות כדי שמקומו של תקציב הבריאות בסדרי העדיפויות יהא כראוי, והמשרד לא יפול קרבן להמשך מגמות של הפרטה בצורות שונות, יש צורך, כך נטען, בשר במשרה מלאה.

ח. פורטו סמכויות שר הבריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ובהן נושאי סל הבריאות למיניהם על פי סעיפים 6, 7, 8, 10 ו-20 לחוק ועוד. בהתאם לכל אלה, השר הוא הקובע את שייכלל בסל, ומוסמך לערוך בו שינויים ולאשר תכניות לשירותי בריאות נוספים, וכן עומד הוא בראש מועצת הבריאות (סעיפים 48 ו-52 לחוק); לשר סמכויות לפי חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, פקודת הרופאים (נוסח חדש) תשל"ז-1976, פקודת בריאות העם וחוקים נוספים רבים.

ט. נאמר, כי על פי הדין מעמדם של סגני השרים, המוסדר בחוק יסוד: הממשלה וכן פורט בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, עניינו תפקידים ציבוריים ומינהליים ולא סטטוטוריים, ופעולת סגן השר מצומצמת לסיוע לשר ולהקלה עליו; ואף אם היקף התפקידים המוטל על סגן השר במשרד לא הוגבל, האחריות מוטלת על השר וסגן השר פועל מכוחו, אך "אינו פועל כשר, לא לענין אחד ולא לכל דבר"; אין לאצול לסגן השר סמכויות סטטוטוריות, ואין בידו ליטול חלק בישיבת הממשלה אלא באופן פסיבי בלבד, למעט בענייני משרדו. סוף דבר, נטען משפטית כי מינוי "סגן השר במעמד שר"

הוא חריגה קיצונית ממתחם הסבירות, וכי ראש הממשלה יכול לכהן כשר רק במצבים "פתולוגיים"; כי נפגע במינוי זה עקרון אחריותה של הממשלה; וכי הסעיף בהסכם הקואליציוני שנזכר למעלה לעניין משרד הבריאות דינו בטלות בשל העדר חוקיות וסתירת תקנת הציבור.

י"א. נטען - מה שהוברר כלא מדויק - כי ראש הממשלה לא הצהיר על עצמו כשר הבריאות ועל כן לא מונה שר בריאות. בהודעת עדכון לעתירה (מיום 16.4.08) נתבקש סעד נוסף, שעניינו פרסומים כי ח"כ יעקב ליצמן נכנס לתפקיד "סגן שר במעמד שר", ונתבקש להצהיר כי אין לתואר ותפקיד כאלה נפקות משפטית.

התשובה

י"א. בתגובת המדינה נטען, כי בהצגת הממשלה בכנסת נאמר שראש הממשלה יכהן, בין השאר, כשר הבריאות, והדבר אושר על-ידי 69 אל מול 45 חברי כנסת, ללא נמנעים (חמישה חברי כנסת לא השתתפו בהצבעה). ראש הממשלה והשרים הושבעו בהתאם. בהחלטת ממשלה מס' 17 מ-6.4.09, שהודעה לכנסת באשר למינוי סגני שרים, אושר בין השאר מינוי "חבר הכנסת יעקב ליצמן לתפקיד סגן שר במשרד הבריאות, ממונה על-ידי ראש הממשלה, המכהן גם כשר הבריאות". בכך נדחתה הטענה כי ראש הממשלה לא הצהיר על עצמו כשר הבריאות.

י"ב. לשיטת המשיבים היה צורך לצרף את ח"כ ליצמן כמשיב לעתירה.

י"ג. מכל מקום נטען, כי הן על פי דין הן על פי הפרקטיקה הנוהגת, בידי ראש הממשלה למלא תפקידי שר שונים, ומינוי סגני שרים אינו מותנה בשאלה אם מעליהם שר שזה כל תפקידו, או ראש הממשלה המכהן גם כשר. כך נהג לא אחת, גם כשהמדובר בסיעת יהדות התורה או אגודת ישראל, בכנסות ובממשלות שונות. עוד נטען, כי ימולאו הוראות הדין באשר לתפקודו של סגן השר, בין בישיבות הממשלה ובין בכלל, אך אין מניעה כי סגן השר יטפל בכל ענייני משרד הבריאות, עם שראש הממשלה נושא באחריות לפעולות המשרד. עוד נאמר, כי שאלת מינוי השרים וסגני השרים היא שאלה פוליטית ולפיכך שיקול הדעת לגביה רחב, והביקורת השיפוטית מוגבלת למתחם מצומצם, מה גם שניתן אישור הכנסת למינוי השרים, ועל כן אין עילה להתערבות.

הדיון בפנינו

י"ד. בדיון בפנינו טענה עו"ד לין, כי גם בכגון דא קיים מתחם צר של התערבות - כפי שהותוה, למשל, בפרשת אמונה (בג"צ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה (לא פורסם)) בעניין מינוי השר רמון) - ומכל מקום, משרד הבריאות מורכב ורב סמכויות, ונחוץ כי השר יקדיש לו את מלוא זמנו, ולא יימצא במצב החריג של ניהול פורמלי על-ידי ראש הממשלה. זאת, מה גם שראש הממשלה יימצא - בלשוני שלי - במצב של "ניגוד עניינים מיניסטריאלי" מול תפקידו כשר לאסטרטגיה כלכלית או כמעין "שר-על" לענייני הכלכלה, זאת - במקומות שבהם נדרשת הסכמה בין שר הבריאות לשר האוצר, כגון בנושאי סל הבריאות. באת כוח המדינה, מנגד, טענה כי אין לחרוג מן התפיסה המשפטית הקיימת, שלפיה מונה אף הפעם סגן שר הבריאות, כדרך שנעשה גם במקרים קודמים.

הכרעהמבוא ו"אלה תולדות"

ט"ו. התלבטנו בסוגיה זו המציגה פער בין נורמטיביות פורמלית, שניתנה לה גושפנקא כזו או אחרת לאורך השנים, לבין מה שלאמיתו מייצג אי תקינות מהותית, מצב שעל פניו הוא ישר ולעיצומו אינו כך. עקמומיות זו אינה חדשה עמנו, היא בת שנים רבות. יתכן - ויש לקוות כך - שהיא קרבה לקיצה, ונושמת את נשימותיה האחרונות. אודה על האמת - גם חלק מעמנו חזה בתפקידים קודמים בקיומה של סיטואציה זו, של סגן שר מטעם אגודת ישראל (כיום יהדות התורה) המנהל את מכלול ענייני המשרד; אך היא נתפסה כאילוץ פוליטי קואליציוני, ונודמן לי כשלעצמי להידרש לכך במאמרי ("חוק יסוד הממשלה המקורי - הלכה למעשה", משפט וממשל ג' (2) (תשנ"ו) 571, 590 וכן 625; פורסם גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 79, 134), שם תוארה התופעה, במסגרת תופעות בעייתיות אחרות, כ"אנומליה". אכן, אף המחברים אמנון רובינשטיין וברק מדינה (המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות (מה' 6, תשס"ה), 867) רואים פגם בהסדר זה. בדיעבד אוכל לומר, כי יתכן שהיה מקום לנכש עשב זה בעבר. בפנינו סיעה פרלמנטרית, שמטעמים שלא הובהרו, גם לא עתה (הסיעה עצמה היא משיבה בתיק אך לא הגיבה), מעדיפה שלא למלא פורמלית תפקידי שרים, ועל כן נותרת היא בייצוג ממשלתי של סגני שרים - ומנגד ניתן לה בהסכם הקואליציוני ניהולו ה"מלא" של משרד ממשלתי על כל המשתמע - כמעט כל המשתמע; ולכך נבוא. מפגש האינטרסים הפוליטי מייצר

אנדרוגינוס-בכפליים, לאחר שמוסד סגני השרים כל כולו אנדרוגינוס קונסטיטוציוני, בין הרשות המבצעת לכנסת (ראו מאמרי, עמ' 624; נתיבי ממשל ומשפט, 134), והתוספת של טיפול במכלול ענייני המשרד מכפילה את האנדרוגניות. ועם זאת, איננו יכולים להתעלם לעת הזאת מכך, שהמסגרת הנורמטיבית הקיימת עד הנה, לרבות בפסיקתו של בית משפט זה (ראו בג"צ 5079/90 ביטון נ' דאש הממשלה, פ"ד מה(2) 827). לא פסלה מוסד זה, אלא שניסתה להציבו במסגרת ולתחום לו גבולות. האם נשתנה הלילה הזה מכל הלילות, או שמא אך קרוב הוא להשתנות?

ט"ז. סבורני כי נסיוננו מתיר לנו להפיק לקחים של משפט מינהלי, ולנסות להנחילם למערכת הממשל באמצעות פסיקתנו. לימוד ממשגי עבר ומבט רחב, ממקומנו כיום, אל תופעות ממשליות, מאפשרים לפתח את המשפט המינהלי לתועלת הכלל. גישה כזאת יש כמובן לנקוט בזהירות ובאחריות; אבל הימנעות ממנה תעשה פלסטר את תפקידנו. בעבר נדונו תפקידו של סגן שר וסמכויותיו, בפסיקה ובכתיבה האקדמית, ופותחו בין השאר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה (בחלקן בתקופת כהונתי בתפקיד זה). דומה כי הגיעה עת להניח תשתית לפיתוח נוסף, גם אם בסופו של יום לא נוציא את הדברים במקרה זה מן הכוח אל הפועל. פער - דיסוננס מתמיד - בין המשפט למציאות, אינו בריא, הוא שוחק את אמון הציבור במערכת הפוליטית, וראוי לתקנו. כך בנידון דידן; ההסכם הקואליציוני מנוסח בלשון פורמלית, הגזורה ותפורה לעמוד לכאורה בדרישות הדין, בעקבות פסיקת עבר (פרשת ביטון) והנחיות היועץ המשפטי לממשלה - אך הדיבור בלשון כפולה מוצא ביטוי בהודעות הממשלתיות, בדרך בה מוצגת ברבים פעילות סגן שר הבריאות במשרדו, ובסופו של דבר במציאות היומיומית שבה מתפקד סגן השר כ"בעל הבית" במשרד כאילו היה שר. כך, למשל, בברכו את הרב ליצמן בישיבת המליאה ביום 6.4.09, לאחר ההודעה על מינוי סגני השרים, אמר ח"כ הרב משה גפני מיהדות התורה, על פי פרוטוקול המליאה מאתר הכנסת: "אני רוצה לברך את חברי חבר הכנסת הרב יעקב ליצמן על בחירתו לסגן שר הבריאות במעמד של שר".

י"ז. בטרם נמשיך, נציין כי שקלנו אם להוסיף את ח"כ הרב ליצמן כמשיב לעתירה, אך נוכח התוצאה אליה הגענו, ולא בלי התלבטות, החלטנו לוותר על כך.

סגן שר במעמד שר

י"ח. עיון קצר מגלה, כי בהיסטוריה הממשלתית הישראלית מוסד סגן השר הממלא במהות את פונקציות השר במשרד עד קצה היכולת הפורמלית (קרי, למעט אותם תפקידים פורמליים שהחוק ייחד לשר), יסודו בעיקר בנסיבות הפוליטיות הקשורות

בסיעת אגודת ישראל. משכבר הימים היו גם חריגים נוספים; בשנים 1961-1965 החזיקה המפלגה הדתית-לאומית בידי שר אחד במשרד הפנים ובמשרד הבריאות; מתוך השניים, את משרד הבריאות ניהל "כמעין שר" סגן שר מטעמה. לימים – 1992-1990 – תיפקד מטעם אותה מפלגה סגן שר במשרד לאיכות הסביבה בשעה שראש הממשלה החזיק בתפקיד השר.

י"ט. עיינו בטבלה שסיפקה הפרקליטות, מתוך אתר הכנסת, שדומה כי אינה שלמה. הפרקליטות ביקשה להשוות בין ענייננו לבין סגן שר במשרד הביטחון, שעה שראש הממשלה כיהן כשר הביטחון. השוואה זו אין בידינו לקבל. ראש הממשלה, באופן אינהרנטי, בין אם הוא ממלא את תפקיד שר הביטחון בין אם לאו, מעורב דרך קבע בענייני הביטחון, וסגן השר במשרד הביטחון בשום פנים אינו "במעמד שר". הוא הדין למקרה שבו כיהן ראש הממשלה כשר החוץ ומונה סגן שר במשרד החוץ; ראש הממשלה מעורב באופן עמוק והכרחי בענייני החוץ, ואיש לא ראה את סגן השר כמצוי "במעמד שר".

כ'. אף שונה ענייננו במהות ממקרים בהם מונה סגן שר למשרד שהיה מעוט סמכויות (המשרד לענייני ירושלים קצר הימים – 1990-1992 – בו מונה סגן שר למכלול הפעולות, אף הוא מסייעת אגודת ישראל). בראשית ימי הממשלה שמונתה ביוני 1977 "החזיק" סגן שר במספר משרדים, כפיקדון עד להרחבת הקואליציה והשלמתה, ואף שהדבר אינו הולם כלל, שוב אין שכמותו על הפרק, כך יש לקוות. אך בעייתיים ככל שיהיו אלה, שונה הדבר מקום שמדובר במשרד ככל משפטו וחוקתו, שנמסר בפועל לניהול סגן השר, ולכל תקופת כהונתה של הממשלה.

כ"א. דוגמאות בולטות ל"סגן שר במעמד שר" הן אלה של נציגי אגודת ישראל, ואחר כך יהדות התורה, מאז 1988 - במשרד העבודה והרווחה (לעתים שני סגנים - אחד לביטוח הלאומי) ב-1988-1992, ובמשרד השיכון ב-1996-1999 (ב-2001-2003 – כיהן מטעמה סגן שר "רגיל" במשרד הבינוי והשיכון).

כ"ב. מקרים אלה אכן מייצגים אותו קו שננקט בהסכמים הקואליציוניים בין אגודת ישראל/יהדות התורה לבין המפלגות הראשיות בקואליציות, לפיו נבנה המבנה המלאכותי של מה שכוונה בציבור, גם אם ללא בסיס פורמלי, של "סגן שר במעמד שר". על כך משיגה העותרת, קרי - על שיטת "כאילו", בצירוף הטענה כי משרד הבריאות על שלל סמכויותיו, מצדיק מינוי שר במשרה מלאה.

כ"ג. לא למותר לציין, לשלמות התמונה, כי אגודת ישראל השתתפה בממשלה בראשית ימי המדינה, מן הממשלה הזמנית בתש"ח ואילך, בתפקידי שר. השר מטעמה, הרב יצחק מאיר לויין המנוח, הצהיר אמונים - למשל כחבר הממשלה בכנסת הראשונה - בלשון הזה: "אני, יצחק-מאיר לויין, מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה ולקיים את החלטות הכנסת", בדיוק ככל שאר חברי הממשלה (דברי הכנסת, כרך ראשון, מושב ראשון של הכנסת הראשונה, ישיבת ט' אדר תש"ט (10.3.49), עמ' 144). כך עשה גם בכנסת השניה (דברי הכנסת כרך עשירי, עמ' 270, ישיבת ח' תשרי תשי"ב (8.10.51)); אמנם לימים עזבה סיעתו את הממשלה (הודעת ראש הממשלה דוד בן גוריון מיום ט"ו חשון תשי"ג (3.11.52), דברי הכנסת כרך 13, עמ' 1). כנאום ביום ד' טבת תשי"ג (22.12.52) (דברי הכנסת כרך 13, עמ' 304), בהצגת ממשלה חדשה, הסביר הרב לויין כי הסיעה יצאה מן הממשלה שכן "לא יכולנו לשאת עוד באחריות, כי השקפתנו ברורה, שמדינת ישראל, שחייכנו לה כל כך הרבה, לא תוכל להתקיים בלי שתיבנה כולה על יסודות התורה והאמונה. בלי תורה אין עם ואין מדינה, אין ביטחון ואין התפתחות". ואולם, לא היה בדבריו של הרב לויין משום אמירה עקרונית בדבר אי נכונות לישיבה בממשלה, ובלשונו (עמ' 305) "ארבע שנים וחצי ישבתי בממשלה במלוא הסבלנות. התאמצתי למצוא תמיד את הדברים המאחדים אותנו, ולא את המפרידים. כל זמן שהרגשתי אפשרות להשיג מינימום בשטח הדתי אמרתי שטוב וכדאי הדבר, אולם בראותי את השתלשלות פני הדברים, הסקתי את המסקנות".

כ"ד. יתר על כן, במסגרת בג"צ ב"טוון הנזכר הודיעה סיעת אגודת ישראל בכנסת, באמצעות עורך דינה, והדבר נרשם בפסק הדין, כלהלן (עמ' 830):

"א. המשיבה מכחישה את האמור בסעיפים 9 ו-26(ד) של העתירה על קיום הוראה של 'מועצת גדולי התורה' האוסרת על המשיבים 2 ו-3 לכהן בממשלה כשרים מטעמים אידיאולוגיים של 'אי הכרה במדינה ובמטרה החילונית'.

ב. 'מועצת גדולי התורה' לא קיבלה בעבר ובהווה החלטה האוסרת על מי מחברי אגודת ישראל לכהן כשר בממשלה.

ג. בהקשר זה יצויין כי מנהיג אגודת ישראל הרב יצחק מאיר לויין ז"ל כיהן בשעתו כשר הסעד בממשלה".

כ"ה. ועוד אזכיר, כי האדמו"ר מקלויזנבורג, הרב יקותיאל יהודה הלברשטם ע"ה (תרס"ד-תשנ"ה, 1904-1995), בספר שאלות ותשובות דברי יציב, חלק אורח חיים סימן פ' נשאל (בשנת תשמ"ב) על-ידי מי שנבחר לנציג באחד המוסדות הנבחרים (כנראה רשות מקומית, ראו איש לדעהו) (בעריכת הרב י' בן אהרן, ח' אייר תשס"ט) לעניין הצבעות בנושאים שיש בהם איסור תורה, ואלה דבריו:

"ומה ששאלת אודות להצביע עמהם בכמה ענינים שעוברים על דברי תורה הקדושה וכגון שיש בתקציב דברים של חילול שבת וכדו'. הנה כל ערום יעשה בדעת, בכהאי גוונא שיכולים להפק את זממם ולהוציא אל הפועל גם בלי הצבעתך, אם כן לא הוי תרי עברי דנהרא, וע"י שלא תצביע ותתגרה בהם יתנגדו הם כשיגיע לעניני דת בתקציבי הישיבות וכדו'..."

והכלל בזה כמו שאמרו חז"ל באבות פ"ב, וכל העמלים עם הציבור יהיו עמלים עמהם לשם שמים... ומסיים, ואתם מעלה אני עליכם שכר כאילו עשיתם, כלומר אף אם לא תעלה בידכם להצליח, מעלה אני עליכם כאילו עשיתם את אשר חשבתם לעשות, והבן".

כלומר, לכאורה משקפים דברים אלה היתר הלכתי, בגדרי המשפט העברי, להשתתפות בדיון ובהצבעה בכל נושא.

סגן שר - מתווה הדין ועוד מקצת היסטוריה

כ"ו. סעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה קובע בחלק הרלבנטי:

"(א) שר הממונה על משרד רשאי, בהסכמת ראש הממשלה ובאישור הממשלה, למנות לאותו משרד, מבין חברי הכנסת סגן שר אחד; סגן שר ייכנס לתפקידו משהודיעה הממשלה בכנסת על מינויו; לסגן שר שמונה על-ידי ראש הממשלה יקרא 'סגן שר במשרד ראש הממשלה'.

(ב) סגן שר יפעל, בכנסת ובמשרד שנתמנה לו, בשם השר שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו.

... .."

כ"ז. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1300 מאדר ב' התשס"ג (מרץ 2003) - בהמשך להנחיות קודמות - מתארת בין השאר את ההשתלשלות באשר לתפקידיהם של סגני השרים. ברי כי מלכתחילה, כעולה גם מדברי שר המשפטים ויושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת, בדיונים על חוק המעבר (תיקון), תשי"א-1951 שיסד מוסד זה של סגני השרים, היה המדובר בפונקציית-עזר לשר, ויסודה במבנה הממשלה

הבריטי (ראו גם מאמרי הנזכר, בעמ' 624, נתיבי ממשל ומשפט, 134). ואכן בסיוע לשר בעבודתו עסקינן – בשעתו נאמר כי הסיוע יהא בעיקר בעבודה הפרלמנטרית, שוב במתכונת הבריטית, אך חוק היסוד משווה בין פעולה בכנסת לבין פעולה במשרד. בהנחיית היועץ צוין, כי בעוד אשר בחוק המעבר נקבע בסעיף 11א(ג) כי:

”סגן שר יפעל, במשרד ובכנסת, בשם חבר הממשלה שמינה אותו במסגרת העניינים שהוקצו והסמכויות שהוענקו לו, על-ידי אותו חבר הממשלה”,

הנה בסעיף 35 לחוק יסוד: הממשלה במתכונתו הראשונה מתשכ”ח, סעיף ששומר גם בגלגוליו הבאים של חוק יסוד: הממשלה עד כה, הוסר הביטוי ”הסמכויות שהוענקו לו”, ומדובר על פעולה ”במסגרת העניינים שמסר לו השר”. לשון זו ברורה היא: סגן השר הוא ידו הארוכה של השר, מכוחו הוא שואב, ומשול הוא לענף הצומח מגזע העץ; אין לענף חיות ללא העץ; אין הוא מחזיק בסמכויות. התפיסה היא של סיוע, לא של עצמאות; ראו גם דברי ח”כ דוד בר-רב-האי בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט בקריאה השניה של חוק המעבר, כי ”אין רואים את סגני השרים כחברי הממשלה, אלא רואים בהם יד עוזרת לשר במילוי תפקידו” (דברי הכנסת תשס”א, כרך 8, 1017) ודוק: חוק היסוד בנוסחו דהאידינא נוקט, לגבי פעולת סגן השר, בלשון ”עניינים” - ”העניינים שמסר לו” השר; וכאמור, המונח ”סמכויות” שבחוק המעבר איננו עוד. על כן ברי כי אין יצור סטטוטורי של סגן שר שהוא ”במעמד שר”. מכאן ההקפדה על כך שסגן השר יפעל במסגרת שתיחם השר, וכדברי ההנחיה ”יש להישמר מטשטוש האבחנה הברורה בין שר לבין סגן שר, ועל סגן שר למלא תפקידו בפועל בהתאם לכך”. אמנם, הנחיית היועץ המשפטי 1.1301 (מ- 1990, 1996, 2003 ו-2009) אינה מסייגת את מסגרת העניינים שרשאי שר למסור לסגנו, וכוללת בה אף ”מכלול ענייני המשרד”. דבר זה הוא היסוד לאפשרות שכונתה ”סגן שר במעמד שר”. ואולם, על פי דין אין במסירת תפקידים לסגן שר כדי לגרוע מאחריות השר לענייני משרדו ”ולא נגרע כל מאום מתפקידו, או מחובתו, או מאחריותו של השר” (וראו גם אמנון רובינשטיין ומדינה, שם 867-866). בפרשת ביטון הנזכרת אותגרה בעתירה לבית משפט זה הפרופוזיציה של ”במעמד שר”, כפי שנוסח ההסכם הקואליציוני לאותם ימים עם סיעת אגודת ישראל לעניין משרד העבודה והרווחה, וכה אמר בית המשפט (עמ' 830-831, מפי המשנה לנשיא אלון):

”סגן השר אינו נמנה עם חברי הממשלה. מינויו בא כדי להקל על השר - הממונה על המשרד - בעבודתו ולסייע לו בכל אשר יתבקש על ידיו, הן במשרד, בוועדות שרים ובוועדות הקשורות לעבודת המשרד והן בכנסת

ובוועדותיה... היקף התפקידים שהשר רשאי להטיל על הסגן אינו מוגבל, ובלבד שמתקיימים ונשמרים שני תנאים: האחד - שהאחריות לענייני המשרד, הן כלפי ראש הממשלה והן כלפי הכנסת, מוטלת היא על השר; והשני - שסגן השר פועל בשמו של השר, מכוחו ועל דעתו. במסגרת פעילות זו רשאי, ואף רצוי, כי סגן השר ישתתף השתתפות פעילה בישיבות הממשלה, כאשר מתקיים דיון בעניינים הקשורים למשרד בו הוא מכהן כסגן שר. מובן, ואין צריך לומר, שאין סגן השר נוטל חלק בהצבעות הנערכות בממשלה ובהחלטות המתקבלות על ידיה ואשר להזמנתו של סגן שר להשתתף דרך קבע בישיבות הממשלה, גם בעניינים שאינם קשורים למשרד בו הוא מכהן, אין לנו צורך לפסוק בעניין...; זאת, לאחר הודעה מפי סגן השר כי 'באשר להשתתפותי בישיבות הממשלה מקובל עלי כי אשתתף בדיונים אך בנושאים בהם הנני עוסק'."

כ"ח. (1) לשלמות התמונה יוזכר, כי מספר הנחיות נוספות של היועץ המשפטי לממשלה, המשקפות כידוע את הדין כלפי הרשות המבצעת, עוסקות אם במלואן ואם בחלקן בתפקידי סגן שר ובתפקודו. אטעים, ראשית, כי גם אם ניתן - כאמור - למסור לסגן השר מכלול רחב של עניינים במשרד, תפקידו, כמוגדר בהנחיה 1.1301, הוא אך "לסייע לשר במילוי תפקידו, וכל פעולתו היא בשם השר שמינה אותו. כללו של דבר, על-ידי מסירת תפקידים לסגן שר רק הוקל מעל השר העומס אשר עליו, ולא נגרע כל מאום מתפקידו, או מחובתו, או מאחריותו של השר" (הדגשה הוספה - א"ר). על כן גם (הנחיה 1.1304) אין לאצול לסגן שר סמכויות סטטוטוריות; אותה הנחיה מפנה ל"עירוב סמכויות" שבין תפקיד סגן השר כפרלמנטר, חבר כנסת, לבין מעמדו ברשות המבצעת (ראו גם בג"צ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד לו(1) 645, שם נדונה שאלת כהונתו של סגן שר כחבר ועדת המינויים לשופטים לתקופת מעבר, וברוב דעות נדחתה עתירה נגד עניין זה; שניים מחברי בהרכב הנוכחי, הנשיאה ביניש והשופט מלצר, הופיעו שם משני עברי המתרס כבאי כוח הצדדים). ההנחיה האמורה מונה איפוא הגבלות שהוטלו על סגן שר - איסור לכהן כיושב ראש או כסגן יו"ר הכנסת (סעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת); איסור לדבר בכנסת בניגוד לעמדת הממשלה (ראו גם הנחיה 1.1000); איסור לשמש יושב ראש בוועדה קבועה (סעיף 10(ג) לתקנון הכנסת) או להגיש הצעת חוק פרטית (ראו גם הנחיה 1.1002); בעניין ההשתתפות בוועדות חלו התפתחויות שייסקרו מייד; עוד ראו הנחיה 1.1002 לעניין השתתפות בדיונים בכנסת. סגן שר אינו נחשב עובד ציבור לעניין אצילת סמכויות, שכן לגביו ישנו הסדר סטטוטורי ספציפי, שמכוחו נמנע הדבר.

(2) כאן המקום להזכיר, כי הכנסת עצמה התחבטה לאורך השנים באשר לאותו "אנדרוגינוס חוקתי", סגן השר. לפי סעיף 20(א) לחוק יסוד: הכנסת היותו של אדם,

בין היתר, סגן שר אינה מאפשרת לו לכהן כיושב ראש הכנסת בפועל (ופשיטא שלא יוכל לכהן - כאמור - כיושב ראש קבוע). הדילמה החשובה של השתתפותו (או אי השתתפותו) של סגן שר בועדות הכנסת עברה גלגולים; אפרט את כולם, אך עד ראשית 2008 חל על סגן שר איסור לשמש יושב ראש בועדה קבועה (סעיף 10(ג) לתקנון הכנסת); ואולם בשנת תשס"ח (ילקוט הפרסומים תשס"ח, 2184) הוסף סעיף 9(ג) לתקנון הכנסת, שלפיו "שר או סגן שר לא יכהן כועדה מועדות הכנסת או כממלא מקום של חבר ועדה", קרי, החמרה לעומת המצב הקודם עד כדי איסור להשתתף בועדה. והנה לא יבש הנייר, ולאחרונה ממש אושר בועדת הכנסת (ביום כ"ה אייר תשס"ט (19.5.09) תיקון - הטעון אישור המליאה לפי סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת - שבו נמחקו המלים "סגן שר" מסעיף 9(ג), וההגבלה הגורפת לגבי סגן שר הוחלפה בהגבלה מצומצמת יותר, אשר עוגנה בסעיף 9(ד) לפיו:

"(1) סגן שר לא יכהן כאחד מאלה: (א) יושב ראש ועדה או ועדת משנה; (ב) חבר בוועדת הכספים או בוועדה לענייני ביקורת המדינה או ממלא מקום בהן לפי סעיף 9א או 9ב; (ג) חבר או ממלא מקום בוועדה שענייני משרדו נדונים בה. (2) סגן שר לא ישתתף, כחבר ועדה או כממלא מקום בה, בישיבת ועדה הדנה בנושא שהוא מענייני משרדו."

עינינו הרואות, כי התיקון המוצע, מבלי שנידרש אליו כשלעצמנו, אוסר על סגן שר להיות מעורב בדיוני ועדות הנוגעים למשרדו בצורה זו או אחרת וכן בועדות הכספים או ביקורת המדינה, וכן כיו"ר ועדה או ועדת משנה, אך אינו כולל איסור גורף על השתתפותו בועדות.

(3) יצוין כי התיקון האחרון עבר שני דיונים סוערים בועדת הכנסת ב-13.5.09 וב-19.5.09 (ראו תיאור ההיסטוריה של הנושא - משנת 1951 - מפי יו"ר הועדה ח"כ זאב אלקין בעמ' 18 לפרוטוקול הישיבה מ-13.5.09). בדיון הועלו גם שאלות חוקתיות של מעמד סגני השרים. היועצת המשפטית לועדה, עו"ד ארבל אסטרסון, ציינה כי עמדת הייעוץ היתה - כמו של יושבת ראש הכנסת הקודמת - שראוי למנוע את חברותם של סגני שרים בועדות, במובן משפטי וקונסטיטוציוני, אף כי אין לדעת הייעוץ המשפטי מניעה משפטית לתיקון המוצע (עמ' 18-19). היועצת המשפטית ציינה כי "סגני השרים הם יצור ייחודי, מצד אחד הם חברי כנסת, הם לא חברי ממשלה, אבל מבחינה קונסטיטוציונית כן רואים אותם כחלק מהרשות המבצעת". ראו גם ד' בלאנדר, "סגני שרים או חברי כנסת", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (20.5.09), הסבורה כי "סגני השרים הם בעלי מעמד מיוחד: בניגוד לשרים הם אינם חלק אינטגרלי של הממשלה, ואף על פי כן הם חברים ברשות המבצעת בשל שייכותם לרשות המבצעת. השתתפותם בועדות הכנסת ובהצבעות בועדות יש בה טעם לפגם, שכן מדובר בדריסת רגל של הרשות

המבצעת במנגנון הראשי של הכנסת... (הדגשה במקור - א"ר). המחברת קוראת להערכה מחודשת של נחיצות משרתם של סגני השרים.

כ"ט. על פי הנחיה 1.1302 יכול סגן שר להשתתף בישיבות הממשלה בשעה שנדון עניין מענייני המשרד שנמסרו לו, אך "אין הדעת סובלת השתתפות דרך קבע של סגן השר בישיבות הממשלה בכל העניינים אשר על סדר יומה בישיבותיה". על כן אם נוהג סגן שר ליטול רשות הדיבור בנושאים שאינם נוגעים למשרדו, להבדיל מענייני המשרד שבהם הרשות נתונה – אין הדבר תואם את החוק; ראו גם ההתחייבות הנזכרת בפרשת ביטון בשעתו. אך כשבידי סגן השר מופקד מכלול העניינים, יכול הוא - לפי ההנחיה - לשבת דרך קבע בישיבות ממשלה, בנוכחות פסיבית. כך גם לגבי ועדות שרים, בשני המקומות ללא זכות הצבעה (ראו הנחיה 1.1202).

ל'. אטעים עוד את עניין האחריות המשותפת החוקתית של הממשלה, לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה; שר אחראי בפני ראש הממשלה אחריות משותפת. הנחיה 1.1000 מחילה על סגן שר, נוכח מעמדו כמסייע בידי שר בכנסת ובמשרד את עקרונותיה של האחריות המשותפת - תמיכה בהחלטות הממשלה ומחויבות להלן, וחופש מוגבל בהבעת דעה; ראו גם הנחיה 1.1004.

ל"א. כן אזכיר, כי למצבו האנדרוגני של סגן השר בין הרשות המבצעת למחוקקת ביטוי סמלי - לדידי לא יותר מסמלי - בהתחייבויות שהוא נוטל על עצמו בפני מליאת הכנסת. בהתאם לנוסח הקבוע בסעיף 15(5) לחוק יסוד: הכנסת מצהיר חבר כנסת:

"אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי בכנסת".

לעומת זאת חבר הממשלה, הרשות המבצעת - שאינו חייב להיות חבר כנסת - מצהיר:

"אני מתחייב כחבר הממשלה לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, למלא באמונה את תפקידי כחבר הממשלה ולקיים את החלטות הכנסת" (סעיף 14 לחוק יסוד: הממשלה).

סגן שר (החייב - שלא כשר - להיות חבר כנסת לפי סעיף 4ב לחוק יסוד: הממשלה) אינו נתבע להצהרת אמונים לתפקידו כסגן שר, מעבר להצהרתו כחבר הכנסת - ולכאורה אינו מתחייב לשמור אמונים לחוקי המדינה. קרי, חוקי היסוד מטילים על סגן השר את התחייבויותיו של מחוקק, אך במהות - והיש חשוב מן המהות, והאמת תורה

דרכה - הריהו חלק מהרשות המבצעת, חלק מן הממשלה לעניין זה, ואם כן מה לי הצהיר אמונים כחבר ממשלה למדינת ישראל "ולחוקיה" מה לי הצהיר כחבר כנסת למדינת ישראל ללא הוספת "ולחוקיה".

ל"ב. נחזור לעיקר: עינינו הרואות, כי מחד גיסא, תפקידו של סגן שר שואב את כל חיותו מן השר, ואינו כולל סמכויות סטטוטוריות, ואין הוא גורע במובן המשפטי מאחריותו של השר; נוכחותו של סגן השר בממשלה מוגבלת לדיונים בענייני משרדו. דבר זה יאה ביסודו לסגן שר "רגיל". קשה יותר להלמו לגבי סגן שר שנמסר לטיפולו מכלול ענייני המשרד ("במעמד שר"), אך באופן משפטי אינו שונה מסגן שר אחר, "רגיל".

חזרה ללב העניין - "סגן שר במעמד שר"

ל"ג. דומה, כי הבעיה המרכזית העולה מסקירת התפקידים והסמכויות - שישנן ושאינן - הוא הפער שבין "בעל-ביתיות" מעשית לאחריות. אכן, כפי שהבהיר חברי השופט מלצר (פסקאות 7-8 לחוות דעתו), אין עוד בחוק היסוד הנוכחי הקביעה שהיתה בסעיף 33(ד) לחוק היסוד הקודם, כי "ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד" ואולם, כדרך שציין חברי בניתוחו המאלף (פסקה 10) יש תימוכין טובים, בנימוקים שהביא, לכך שראש הממשלה יכול לכהן כשר, אם מכוח נוהג, אם מכוח היעדר שלילה בנוסח הנוכחי, ואם נוכח אישור הכנסת. יוצא אני לצורך דיונו מן ההנחה כי גם אם ניתן בניתוח עיוני לסבור אחרת (פסקאות 7-8 לחוות דעת חברי, אליהן אשוב), המציאות המשפטית הנוהגת וזו הריאלית היא כי ראש הממשלה יכול לכהן במקביל כשר. פסק דין זה אינו עוסק בכך. מדוע איפוא ירע המצב לכאורה בשל מינוי "סגן שר במעמד שר" שעה שהשר הוא ראש הממשלה - והרי יכול הטוען לטעון כי תוספת כוח האדם תוכל רק להועיל לענייניו של המשרד? סבורני כי הבעיה נעוצה בפער המהותי בין האחריות - המסורה בדין לראש הממשלה; לבין הניהול המעשי - הנמסר לסגן השר. הראשון נסמך על האחר שיפטור אותו ממעורבות אמיתית בענייני המשרד; אך השני, המנהל למעשה את המשרד (כאמור בהסכם הקואליציוני עם יהדות התורה "ראש הממשלה יחזיק בתיק הבריאות במהלך כל הקדנציה. נציג יהדות התורה יכהן כסגן השר היחיד במשרד זה. ראש הממשלה יסמיך את סגן השר לפעול בשמו... בכל ענייני המשרד" - הדגשה הוספה, א"ר) - ובכך יוקרתו של התפקיד (השוו לנוסח הלאקוני של סעיף 12 להסכם הקואליציוני שענייניו סגן שר במשרד החינוך: "סגן שר

מטעם יהדות התורה יכהן במשרד החינוך") - אינו נושא באחריות כלפי הממשלה, הכנסת והציבור.

"האחריות המיניסטריאלית מוטלת על השר גם כאשר במשרד מכהן סגן שר... משום כך קיים פגם בהסדר, לפיו סגן שר ממלא, הלכה למעשה, את כל תפקידי השר" (דובינשטיין ומדינה, עמ' 867).

אילולא היה ממונה סגן השר, חייב היה ראש הממשלה - השר האחראי - להיות מעורב פי כמה בניהול המשרד, ואם לא כך - לתת את הדין בפני הכנסת והציבור. מעשית וציבורית, אך לא משפטית, שונים הדברים כשממונה סגן שר האחראי על כל ענייני המשרד - ובפער זה בין המעשה והמשפט נעוצה העתירה.

ל"ד. קשה מאוד להניח, כי ראש הממשלה יוכל להתמסר למשרד הבריאות - למעט במקרי משבר או מחלוקת כבדה - באופן שאחריותו לא תהא נומינלית בלבד אלא תקבל תוכן של ממש; האם ניתן לומר ביושר לבב כי חתימה על מסמכים המחייבים חתימת שר - כגון חקיקת משנה ומינויים - די בה כדי לתת תוכן לאחריות, כאשר דעת לנכון נקל, כי החתימה עלולה להיות פורמלית, כמצוות אנשים מלומדה? ראו גם מאמרי הנזכר, בעמ' 625. ככל שהמדובר במהות, ברי כי סגן השר הרב ליצמן יפעל במשרד הבריאות כשר כמעט לכל עניין, גם אם על התקנות ומסמכים אחרים שיביא לפני ראש הממשלה יחתום ראש הממשלה כשר הבריאות. ובמה תתבטא, למשל ביחסים עם האוצר, היותו של ראש הממשלה שר הבריאות, הנושא באחריות וכל הכרוך בה? אדם מן היישוב שיביט על כך יראה דרך פתלתלה, ובטוחני שגם ראש הממשלה וגם סגן שר הבריאות מבינים זאת. על כן קשה להלום כי המינוי בא "להקל על השר-הממונה על המשרד בעבודתו ולסייע לו בכל אשר יתבקש על-ידיו...", כדברי בית המשפט בפרשת ביטון, שהרי המינוי בא ליתן משרד לסיעת יהדות התורה בלא מחויבות מיניסטריאלית, ולא להקל על ראש הממשלה.

ל"ה. בעיות נוספות הן "ניגוד העניינים" אליו טוענת העותרת, ושאלת ההשתתפות בישיבות הממשלה. אשר ל"ניגוד העניינים", עולה השאלה, כיצד יבואו האינטרסים של מערכת הבריאות לביטוי מלא בשקלא וטריא. האם ראש הממשלה כשר הבריאות, מזה וכשר לאסטרטגיה כלכלית השלוב באופן בכיר בפעולת האוצר מזה, יבוא בדברים בשני כובעיו עם שר האוצר? אכן, דומה כי קושי זה אינו נובע ממינוי סגן השר - והיה קיים בה במידה אילו לא היה ממונה (ראו למשל סעיף 37 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; וסעיף 31 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, הכוללים מגוון פעילויות המשותפות

לשר הבריאות ולשר האוצר). אשר לשאלת ההשתתפות בישיבות הממשלה, זו מעמידה את סגן השר במעין "ניגוד עניינים" משלו - מחד גיסא, הוא יושב בישיבות הממשלה אך ורק כנציג משרד הבריאות בעניינים הנוגעים לו; מאידך גיסא, הוא יושב כנציג בכיר של סיעתו בממשלה, אשר לה עמדות בנושאים שונים העולים בממשלה - בעניינים נאסר עליו להתבטא, אלא אם כן יוצר אותו "ישראלוף" ישראלי מוכר, רחמנא ליצלן.

ל"ו. אכן, בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 428 נאמר מפי השופט א' גולדברג, כי:

"להבדיל מעובדי ציבור... אין שר וסגן שר מתמנים לתפקידם רק על פי כישוריהם, סגולותיהם ומידותיהם האישיות. אינטרסים מפלגתיים וקואליציוניים הם שעומדים במרכזם של מינויים אלה, ומירקם החיים הציבוריים אינו נפגע עקב כך כי נתמנה שר או סגן שר אשר אינו ניחן בתכונותיהם של אנשי מעלה, או שאינו מתאים לתפקידו".

ראו גם רובינשטיין ומדינה (שס עמ' 836), העומדים על רוחב שיקול הדעת של ראש הממשלה בקביעת הרכבה, ועל הרכיב הפוליטי הדומיננטי בהקשר זה. נזכיר גם כי מינוי סגן שר אינו טעון אישור הכנסת אלא הודעה בלבד ("סגן שר ייכנס לתפקידו משהודיעה הממשלה בכנסת על מינויו"; סעיף 25(א) לחוק יסוד: הממשלה). אך השאלה שבפנינו איננה מיהותו של שר או סגן שר פלונים, אלא שאלת התפקוד הממלכתי במשרד "ממשי" שאין לו שר מכהן היכול להיות מעורב כדבעי, והפער בין נורמה פורמלית למציאות בניהול המשרד על-ידי סגן השר.

ל"ז. הנתונים שלפנינו הם איפוא אלה: הממשלה פעלה גם הפעם בהסתמכה על מתווה העבר במקרים שבהם סגני שרים מונו למכלול ענייני המשרד. באופן פורמלי, מצויה היא גם בגדרי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה - אם יקוימו הללו כדבעי בפעולתו של סגן השר, כגון שאכן יישב בממשלה באופן פסיבי, ולא ישא דברים אלא בענייני משרדו, אף שבכך לא יוכלו עמדות סיעתו, שותפה בקואליציה, לבוא לידי ביטוי בשאר התחומים, ונוכח זאת לפתח דברים פיתוי רובץ. אך מה על המהות, והיא עיקר, ומה על מראית העין?

מתחם ההתערבות

ל"ח. בבג"צ אמונה נתגלעה מחלוקת בין שופטי ההרכב - השופטים פרוקצ'יה, גרוניס וארבל - באשר לעילת חוסר הסבירות. אמנם, דומה שלא היתה מחלוקת, כדברי השופטת פרוקצ'יה, כי "מתחם שיקול הדעת של ראש הממשלה בהרכבת ממשלתו...

הוא שיקול דעת רחב... מצד שני, שיקול דעת זה נתון לביקורת שיפוטית ואינו חסין באופן מוחלט מפניה". אך השופט גרוניס הקדיש דברי ביקורת להתפתחותה של עילת חוסר הסבירות, אשר "התפתחה לממדים קרובים לאלה של 'נורמת על' (כדומה לתום לב ולתקנת הציבור)". לכן סבר השופט גרוניס כי יש להעדיף שימוש בעילות שברמת הפשטה נמוכה יותר, ולהידרש לעילת חוסר הסבירות אך במקרים קיצוניים – של חוסר סבירות קיצוני. השופטת פרוקצ'יה השיבה וחלקה, בציינה כי עילת הסבירות משמשת כיום מכשיר מרכזי לביקורת שיפוטית על המינהל ולהגנה מפני שרירות השלטון, והצרתה עלולה להביא למהפכה בתפיסת העיקרון של חוקיות המינהל. עם זאת, גם לשיטת השופטת פרוקצ'יה מחייבת העילה הקפדה וריסון, כדי שבית המשפט לא יעמיד שיקול דעת במקום זה של הרשות. השופטת ארבל, גם על פי עמדתה באותו תיק, סברה כי עילת חוסר הסבירות על מכונה כפי שהיתה. לא אמנע מהבעת דעתי שלי כי עילת חוסר הסבירות בעינה במובהק ונחוצה היא עד מאוד במצבו של הממשל הישראלי, אף שכמובן החלתה טעונה שיקול דעת זהיר; ראו לסקירה עדכנית שלה א' שרגא ור' שחר, המשפט המינהלי; עילות התערבות (התשס"ח-2008), פרק אחד עשר מעמ' 219 ואילך; עוד ראו ז' סגל ול' ליטור, אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי, תשס"ח-2008, 125.

לקראת חתימה

ל"ט. בענייננו איננו זקוקים להכרעה בין העמדות הללו שבמחלוקת, שכן הצד השווה בהן הוא קיומה העקרוני של עילת חוסר הסבירות, והגבלת ההידרשות לה אך למקרים בולטים, ללשון אחת, או קיצוניים, ללשון אחרת. האם עסקינן במקרה כזה? ענייננו - לעת הזאת - גבולי, נוכח הרקע הנורמטיבי עד הנה, אך חלפו ח"י שנים מאז בג"צ ביטון ומה שהיה בדוחק במתחם הסבירות מתקרב לאי סבירות בולטת, אם לא למעלה מזה. מסופקני אם העוסקים בכך עצמם במערכת הפוליטית, אנשים פיקחים ומנוסים, יוכלו לקבל כביטוי ראוי לתכליתו של חוק יסוד: הממשלה, כי משרת שר – ולא כל שכן שר במשרד חשוב – לא תאויש ויינתן לה תחליף הכבול בידיו בהפעלת סמכויותיו. על כן מוסד "סגן השר במעמד שר" ראוי שיחלוף מן העולם. לא כל שכן, שעה שלא הוצג כל אילוץ אמיתי מאחוריו.

מ'. אמרנו כי "מוסד" זה מתקרב לאי סבירות בולטת, אך הרקע הנורמטיבי ששורטט מעלה בהרחבה מקשה עלינו, בשעה זו, להתערב במינוי, אף שלעצמי לא הייתי רחוק מכך. חברי השופט מלצר הפנה, בעת הדיון, לסעיף 24(ג) לחוק יסוד: הממשלה, המאפשר מילוי מקום של שר שחדל לכהן או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, לתקופה של עד שלושה חודשים. ניתן לפרש סעיף זה, כי מכונן חוק היסוד

סבר שהסדר זמני למילוי תפקיד שר צריך להיות תחום בזמן קצר יחסית, של שלושה חודשים. דומה כי ניתן ללמוד מכך על ציפייתו של חוק היסוד, כי השר ימלא את תפקידו דרך קבע. על כן ספק רב אם הסדר לפיו ראש ממשלה, שבין שפעת אחריותו ומשימותיו ממלא את תפקיד שר הבריאות, גם כשסגן השר מטפל במכלול ענייני המשרד, הוא בחינת מילוי רצון החוק ורוחו.

מ"א. בסופו של יום נאמר דברינו במבט צופה פני עתיד, ואכנה זאת "התראת בטלות"; לדיון בבטלות החלטה מינהלית מתוך הסתייגות מתורת הבטלות היחסית, ראו דפנה ברק-ארז, "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות", 90 יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (י' דותן וא' בנדור, עורכים (2005), 283, 320-321. נראה כי המוסד של "כאילו", של סגן שר הממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכולת הפורמלית כשהשר המכהן הוא ראש הממשלה, להבדיל מסגן שר במתכונתו הבסיסית, הוא מוסד הקרב לתום דרכו. על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית נוכח הרקע שתואר, מהוה תמרור לעתיד. מה שאין אדם מן היישוב יכול לקבל כהגיוני ומתקבל על הדעת, ושיש לו פתרון אחר – ראוי כי ייפתר בדרך הנכונה, ההוגנת כלפי כולי עלמא והמגשימה את רוח החוק, קרי, מינוי שר ככל משפטו וחוקתו. ראוי משרד ממשלתי כי מי שעומד בראשו בפועל, במהות, יהא בעל כל הכוחות והסמכויות, מהחל ועד כלה, למלא את תפקידו ולשרת את הציבור כך יהא לעתיד לבוא, ואנו יוצאים מהנחה כי כך יהא בממשלה הבאה למצער. יתכן כמובן תמיד מינויו של סגן שר - אך ב"ממדיו הטבעיים", לצד השר הפועל במשרד כשר. .

מ"ב. עד אותו מועד, פשיטא כי על ראש הממשלה האחריות לממש את אחריותו למשרד הבריאות באופן פעיל, וכן כי עליו להקפיד עם סגן השר באשר להנחיות היועץ המשפטי לממשלה כולן, לרבות המגבלות השונות ובתוכן התבטאויות בממשלה, התחומות לענייני משרד הבריאות. נוכח מגבלות אלה, לוא דעתי נשמעה, לא היו הנוגעים בדבר ממתינים עד להרכבת ממשלה נוספת, והכל אתי שפיר, שריר ובריר וקיים. בדרך זו ייטב למשרד הבריאות ולציבור, המשרד יטופל במלוא הסמכויות ככל משפטן וחוקתן, וסיעת יהדות התורה גם תוכל לבטא בישיבות הממשלה את עמדותיה בכל נושא, כשליחת ציבור, ולא רק בענייני משרד הבריאות. נקוה כי הדבר ייעשה עוד בקדנציה זו; אמנם כדברי מדרש תנחומא (פרשת בא סימן י"ג) "יש מחר שהוא עכשיו ויש מחר שלאחר זמן" (וראו גם רש"י שמות י"ג, י"ד), וכמאמר השיר, "אם לא מחר - מחרתיים"; אך יפה שעה אחת קודם.

מ"ג. אחר הדברים האלה היתה לי ההזדמנות לעיין בעניין רב בחוות דעתו המאלפת של חברי השופט מלצר. חברי, בשלל ידיעותיו, הרחיב את היריעה ונדבה רוחו אותו לסקור פן חוקתי בנושא סגן השר. כשלעצמי, הואיל והעתירה גדרה עצמה בתוככי המשפט המינהלי ולא נטענו טענות בהקשר החוקתי, התמקדתי בחוות דעתי באשר היה לפנינו. אך משטרח חברי וכתב את אשר כתב, ודומה כי אף לדעתו בחינת פתחי הלכה לעתיד לבוא, אדרש לכך בקצרה. הקו שחידש חברי מחזק לטעמי את גישתי, ואף מרחיק לכת הימנה. חברי מוביל במישור העיוני לאפשרות כי ראש הממשלה לא יכהן כשר במשרד אחר כל עיקר; זאת - על פי פרשנות אפשרית לחוק יסוד: הממשלה, לאחר שבוטלה ההוראה הנזכרת בסעיף שאיפשרה מפורשות לראש הממשלה לכהן גם כשר ממונה על משרד. דומני כי כיום עודנו מצויים בגדר הנוהג הקונסטיטוציוני הקיים, שלא נשלל בחוק היסוד הנוכחי, ושניתן לו אישור הכנסת - ועל כן לא קמו עוררין על כך שראש הממשלה ממלא תפקידים מיניסטריאליים נוספים. את ההכרעה בשאלות שעורר חברי הניח אף הוא לעתיד לבוא, אך כשלעצמי שבתה את לבי הגישה שהועלתה על-ידי, על פניה; אלא שאיננו חיים בעולם אידיאלי, וטעונה היא ליבון לעתיד לבוא, וכדברי הפתגם הסיני, גם המסע הארוך ראשיתו בצעד אחד.

מ"ד. ולבסוף, כדי שחתימת הדברים תהא במסורתנו ולא בסין הרחוקה, ולא אוכל שלא לומר, כי דברי הנשיא ג'ורג' וושינגטון ודברים נוספים שציטט חברי, הזכירוני - לעניין ראש הממשלה העמוס לעייפה - את דברי יתרו חותן משה, הרואה את חתנו יושב "לשפוט את העם ויעמוד העם על משה מן-הבוקר עד-הערב" (שמות, י"ח, י"ג); ואומר לו יתרו "לא טוב הדבר אשר אתה עושה, נבול תיבול גם אתה גם העם הזה אשר עמך, כי-כבד ממך הדבר, לא תוכל עשהו לבדך" (שם, י"ז-י"ח) - ואזי מוקמת רשת "שרי אלפים שרי מאות שרי חמשים ושרי עשרות" (שם, כ"א). יפה כוחם של דברים אלה, בשינויים המחייבים, אף לענייננו.

סוף דבר וסיכומן

מ"ה. נחזור להכרעה ונאמר: בנתון לנכתב מעלה, ובמיוחד בפסקאות ל"ט-מ"ב, איננו נעתרים לעתירה.

1. חוות דעתו המקיפה של חברי, השופט א' רובינשטיין, מתמקדת במספר סוגיות אותן העלתה העותרת בעתירה שבפנינו, אשר הדאגה לגורלה של מערכת הבריאות הביאה אותה לפתחנה. הנושאים שנדונו בעתירה נוגעים בהסדרים החוקתיים שליוו שני עניינים:

(א) מינוי שר בריאות בממשלת ישראל ה-32, שהתייצבה לפני הכנסת בהתאם לסעיף 13 לחוק יסוד: הממשלה בתאריך 31.3.2009 וקיבלה את אמון הבית באותו היום (ברוב של 69 מחברי הכנסת כנגד 45 מחברי הכנסת וללא נמנעים, כאשר חמישה מחברי הכנסת לא השתתפו בהצבעה. הפרוטוקול המלא של הדיון מופיע באתר הכנסת בכתובת: <http://www.knesset.gov.il/plenum/data/01122709.doc>).

במסגרת זו הציג חה"כ בנימין נתניהו את ההרכב המיועד של ממשלתו וציין, בין היתר, כדלקמן:

"בנימין נתניהו [יכהן כ] – ראש הממשלה והשר לאסטרטגיה כלכלית, השר לענייני גימלאים, שר הבריאות ושר המדע, התרבות והספורט" (שס, בעמ' 59 לפרוטוקול; התוספת וההדגשה שלי – ח"מ).

(ב) מינוי חה"כ יעקב ליצמן לכהונת סגן שר במשרד הבריאות, שמונה לתפקידו זה באישור הממשלה בתאריך 6.4.2009 ע"י ראש הממשלה, המשמש כאמור גם כשר הבריאות. הודעה על דבר המינוי נמסרה לכנסת בהתאם לסעיף 25(א) לחוק יסוד: הממשלה בתאריך 6.4.2009. המינוי נעשה בהמשך להסכם קואליציוני שנחתם בין סיעת "הליכוד" בכנסת ה-18 לסיעת "יהדות התורה" בכנסת ה-18 ואשר הודע למזכיר הכנסת, בהתאם לסעיף 1 לחוק הממשלה, התשס"א-2001, בתאריך 1.4.2009. סעיף 11 לאותו הסכם קואליציוני קובע כדלקמן:

"ראש הממשלה יחזיק בתיק הבריאות במהלך כל הקדנציה. נציג יהדות התורה יכהן כסגן השר היחיד במשרד זה. ראש הממשלה יסמך את סגן השר לפעול בשמו בכנסת ובמשרד הבריאות, בכל ענייני המשרד הנמצאים בתחום סמכותו וטיפולו. סגן השר כאמור אשר יכהן במשרד יוזמן להשתתף בישיבות הממשלה בהם נדונים נושאי משרד הבריאות ועניינים אחרים הנוגעים לענייני המשרד."

2. השגות העותרת מכוונות כנגד העובדה שכתוצאה מההסדרים האמורים מחד גיסא לא יכהן כשר הבריאות מי שזהו כל תפקידו. מאידך גיסא, היא מתרעמת על כך, שלסגן השר שמונה לכהונה זו במשרד הבריאות, הובטח – לא רק שיהיה שם "סגן השר היחיד", כאמור בהסכם הקואליציוני (ובכך אין כל רבותא, שכן על פי סעיף 25(א) לחוק יסוד: הממשלה הקיים, ניתן למנות ממילא במשרד ממשלתי רק סגן שר אחד), אלא גם שבפועל הוא יתפקד בכל ענייני המשרד, מה שזכה בתחום החיים הפוליטיים לכינוי: "כהונה של סגן שר במעמד של שר" (הודעה לעיתונות לגבי מינויו של חה"כ ליצמן יצאה מלשכת ראש הממשלה בניסוח מעין זה, על פי מה שנטען בבקשת העותרת לתיקון העתירה, שלא נסתרה, ואף חה"כ גפני בירך בכנסת את חה"כ ליצמן על מינויו האמור בהשתמשו במונח זה). לדעת העותרת, מעמד של "סגן שר במעמד של שר" – אין לו עיגון חוקתי וההסדר כולו מפקיר למעשה את משרד הבריאות, שהוא, לטענת העותרת, המשרד השלישי בגודלו בממשלה, לפעור בלתי נסבל (במונחים משפטיים: לא סביר מהותית) בין הסמכות והאחריות הפורמאלית (הנתונה בידי ראש הממשלה, המכהן כשר הבריאות להלכה) לבין מי שפועל בשמו בכנסת ובמשרד בכל העניינים (סגן השר, חה"כ ליצמן). נתון זה מקבל משנה חומרה, לשיטת העותרת, בשים לב לכך שממשלה זו רחבה במיוחד ומכהנים בה גם שרים רבים "בלי תיק" (במשמעות סעיף 5(ג) לחוק יסוד: הממשלה הקיים).

כאן המקום לציין כי העותרת הבהירה כי השגותיה הן עקרוניות בלבד ולכן אין לפרש בשום צורה ואופן את הנטען בעתירתה כמביע הסתייגות כלשהי מסיעת "יהדות התורה", עימה נחתם ההסכם הקואליציוני הנ"ל (הסיעה צורפה כמשיכה לעתירה ואולם היא לא התייצבה לדיון בצו על תנאי), או מחה"כ יעקב ליצמן אישית, שמונה כאמור כסגן שר הבריאות. להדגשת הצהרתה האמורה הוסיפה העותרת כי אם חה"כ ליצמן היה מתמנה לשר בריאות (במשרת שר מלאה) עתירתה היתה מתייתרת, ו"בגישה חיובית" זו (שרק להיטיב, כביכול, עם חה"כ ליצמן היא באה, ולא לפגוע בו) ניסתה העותרת אף לתרץ את העובדה שלא צירפה את חה"כ ליצמן כמשיב לעתירה, דבר שבהחלט התחייב לפי כללי הדיון הנוהגים עמנו (לגבי מי שעלול להיפגע). בהקשר זה אעיר כי לעתים די באי-צירוף שכזה כדי להביא לדחיית עתירה, אפילו היא נכבדה (עיינו: בג"ץ 84/82 הסתדרות פועלי אגודת ישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד לז(1) 813 (1983); בג"ץ 828/90 סיעת "הליכוד" בעיריית חיפה נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד מה(1) 506 (1991); בג"ץ 1901/94 לנדאו נ' עיריית ירושלים, פ"ד מח(4) 403 (1994); בג"ץ 5662/99 עמותת נפגעי הבורסה נ' יו"ר ועדת הבוררים לנפגעי המניות (לא פורסם, 7.11.1999)).

3. חברי, השופט א' רובינשטיין, בחן את הדברים משתי זוויות:

(א) גדר סמכויותיו של סגן שר.

(ב) מתחם ההתערבות של בג"ץ בנושאים הכרוכים בהרכבת ממשלה.

במכלול הראשון הוא הגיע למסקנה (בפיסקה ט"ז לחוות דעתו) כי ההסכם הקואליציוני מנוסח בלשון פורמאלית, הגזורה ותפורה לעמוד בדרישות הדין, בעקבות פסיקת עבר (בג"ץ 5079/90 ביטון נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(2) 827 (1991) (להלן – פרשת ביטון)) והנחיות היועץ המשפטי לממשלה (בהן כאלה שהוצאו על ידי השופט א' רובינשטיין עצמו, בעת שניהן בתפקיד זה). עם זאת הוא הביע דעה (בפיסקה מ"א לחוות דעתו) כי מוסד זה של סגן שר, הממלא את פונקציות השר עד קצה גבול היכולת הפורמאלית, כשהשר המכהן הוא ראש הממשלה, להבדיל מסגן שר במתכונת הבסיסית, הוא מוסד, אשר לשיטתו הוא קרב לתום דרכו, שכן ראוי להחזיר את מעמדו של סגן שר ל"מימדיו הטבעיים".

במכלול השני הוא עמד על רוחב שיקול הדעת של ראש הממשלה בקביעת הרכב ממשלתו ועל הרכיב הפוליטי הדומיננטי בהקשר זה, מה שמותר לבית משפט זה מרווח צר של התערבות, כפי שנפסק בפרשת אמונה (בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 6.12.2007)). לאור ניתוח זה הוא הגיע למסקנה, שהיא משותפת לכל חברי ההרכב, כי נוכח הרקע הנורמטיבי שנסקר עד הנה – אין להיעתר לעתירה ולהוציא צו על תנאי בגדרה. עם זאת, ובמבט צופה פני עתיד, הוא סבר שיש להוציא "התראת בטלות" לכל הנוגעים בדבר וראוי להביא דבריו כלשונם (בפיסקה מ"א לחוות דעתו):

"על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות נוכח הרקע שתואר, מהווה תמרור לעתיד. מה שאין אדם מן היישוב יכול לקבל כהגיוני וכמתקבל על הדעת, ושיש לו פתרון אחר – ראוי כי ייפתר בדרך הנכונה, ההוגנת כלפי כולי עלמא והמגשימה את רוח החוק, קרי, מינוי שר ככל משפטו וחוקתו. ראוי משרד ממשלתי כי מי שעומד בראשו בפועל, במהות, יהא בעל כל הכוחות והסמכויות, מהחל ועד כלה, למלא את תפקידו ולשרת את הציבור. כך יהא לעתיד לבוא ואנו יוצאים מההנחה כי כך יהא בממשלה הבאה למצער. יתכן כמובן תמיד מינויו של סגן שר – אך ב"ממדיו הטבעיים", לצד השר הפועל במשרד כשר".

4. בנסיבות העניין שבפנינו אני מצרף קולי לתוצאה בדבר דחיית העתירה, אליה הגיע חברי וכן לעיקרי הנמקתו, כפי שהדברים מסוכמים על ידי כאן. באשר ל"התראת

הבטלות", המוצעת על ידו ראיתי להעיר הערות אחדות משלי, שכן נראה לי שניתן לשקול אותה רק אם בוחנים אותה מזווית ראייה חוקתית נוספת, שהעותרת לא חידדה אותה במידה מספקת בעתירתה וממילא לנוכח הנוהג החוקתי הקיים – לא היה מקום לעשות בה שימוש זה הפעם, במסגרת העתירה שלפנינו (אף כי יתכן ויהיה צורך להידרש לה בעתיד). על כך בהמשך.

5. השאלה היא האם לאור הוראותיו של חוק יסוד: הממשלה הקיים, ראש הממשלה יכול למלא, בנוסף לתפקידו כראש הממשלה, גם תפקידים של שר (להלן יתואר מצב זה גם כ- "כהונה מקבילה"), ואם כן – באילו נסיבות. הנוהג החוקתי, ויתכן אפילו שהקונבנציה החוקתית, או "המוסכמה החוקתית", אם להתייחס לשיטת המיון ולמונחים שהציג פרופ' שמעון שטרית במאמרו "המנהג במשפט הציבורי" 1990 קלינגהופר על המשפט הציבורי 375 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן – מאמרו של שטרית)) – משיבים על הקושי שהצגנו בחיוב, והטבלה שצורפה כמש/3 לתגובה מטעם פרקליטות המדינה, לגבי מקרים מהעבר, בהם ראשי ממשלה כיהנו גם בתפקידי שרים – תוכיח.

עם זאת, הקושי המשפטית היא האם התנהלות שכזו תואמת את הוראותיו של חוק יסוד: הממשלה הנוכחי, שהרי ישנם מצבים שבהם נוהג שהיה קיים במשפט הציבורי במשך זמן הופך לבלתי חוקי כתוצאה מחקיקה ויש להפסיקו (עיינו: מאמרו של שטרית, בעמ' 399; השוו: בג"ץ 265/77 ועד מקומי סביון נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 561 (1978)). נראה לי שפרשנות, שמתירה את הכהונה המקבילה, היא אפשרית (ואפילו מתחייבת במקרים מיוחדים) ואולם יש לשקול בעתיד גם פרשנות אפשרית אחרת, שאוסרת את הדבר (אלא בהתקיים חריגים).

בהינתן שקיימים שני פירושים אפשריים אנו נתקלים בדילמה שנוסחה על ידי

השופט (כתוארו אז) א' ברק, כך:

"כאשר המנהג שעל פיו נהגו בעבר מבוסס על פירוש אפשרי וחוקי של החוק, אם גם לא פירוש הנראה לבית המשפט כפירוש הטוב... יש להתחשב במציאות העובדתית שנוצרה בעבר ולקחתה בחשבון השיקולים, אם לסטות בפירוש החדש מזה שנהגו על פיו בעבר... התנהגות עובדתית על יסוד פירוש אפשרי עשויה להפוך אותו בדיעבד לפירוש הראוי, גם אם מראש ייתכן, שהיה מקום לבחור בפירוש אפשרי אחר. אף כאן יש מקום לבחון את התקלות הצומחות מאימוץ הפירוש החדש ומזניחת הפירוש הישן, לעומת היתרונות הצומחים מכך. רק אם היתרונות עולים על התקלות, יש מקום לזנוח את

הגישה המקובלת ולבחור בגישה חדשה" (בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 145-146 (1986) (להלן – פרשת עוף העמק) (ההדגשות שלי – ח"מ; עיינו גם: SUZIE NAVOT, THE CONSTITUTIONAL LAW OF ISRAEL 64-66 (2007))

6. על מנת לתרום לדיון החוקתי בשתי הפרשנויות האפשריות, כדי שניתן יהיה לשקול בעתיד, במידת הצורך, זניחה של הגישה המקובלת ובחירה בגישה האחרת על פי המבחן הנ"ל, שנקבע בפרשת עוף העמק – נרחיב מעט להלן. אולם טרם שאנו באים לטרקלין הדיון האמור נציין במבוא לו מספר השגות מתבקשות:

(א) בניגוד לסיטואציה שנדונה בפרשת עוף העמק, הפרשנות הקיימת לא נדונה ככזו ולא זכתה בעבר לגושפנקא של בית משפט זה במישרין, וביחס לחוק יסוד: הממשלה הקיים, אלא היתה רק נהוגה "בשטח" – בספירה הקונסטיטוציונית. בהקשר זה – אמונים אנו על הכלל כי פרשנות של הוראות דין ראוי לה כי תהא דינמית ותתאים עצמה, ככל הניתן, לנסיבות החיים המשתנות (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני 264 ואילך (1993); בג"ץ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(3) 14, 27 (2004) ולאחרונה: בג"ץ 7993/07 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסק דינה של השופטת א' חיות (לא פורסם, 30.4.2009)). כלל זה חל גם בתחום החוקתי, שכן הפרשנות החוקתית מבוססת על עקרונות חוקתיים, ואלה עשויים להשתנות עם חלוף השנים. במיוחד ישימים הדברים ביחס להוראות חוקתיות הנוגעות למוסדות השלטון וליחסייהם ההדדיים, כאשר אלה משתנים תדיר (כפי שקרה אצלנו ביחס לחוק יסוד: הממשלה). ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי 255-256 (1994) והאסמכתאות המובאות שם.

(ב) פירוש של בית משפט "מכה" פירושה של רשות-מינהל לאירועים שלעתיד לבוא, ובמיוחד בנושאים נורמטיביים וחוקתיים, כדברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין, בהסכמת השופטות ד' דורנר וד' ביניש (כתוארה אז) בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 741-746 (1999). עיינו גם: בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 550-551 (1990) – דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) א' ברק). לפיכך אין אני סבור שיש לשקול את החלתו המיידית של השינוי הגלום בפרשנות השניה (החדשה), אפילו זה יראה עדיף (אגב הכרעה בכל השיקולים הנוגדים והמורכבים הרלבנטיים לעניין זה), אלא ראוי לאפשר למערכת החוקתית להפנים ברירה זו, להסתגל אליה, או להגיב עליה. מכאן אף מתבקש

שאם הרשות המכוננת תהיה סבורה שאין לקבל הפרשנות האמורה, היא ודאי תשכיל להאיר את עמדתה – זאת בדרך של הבהרה, או תיקון של חוק היסוד הרלבנטי.

(ג) באנגליה, ממנה ינקנו את עקרונות המבנה החוקתי שלנו הנוהג עתה לפי חוק יסוד: הממשלה הקיים (ובכלל זה את מבנה הממשלה ואת תפקידי ראש הממשלה וסמכויותיו) – "הקונבנציה החוקתית" בסוגיה שלפנינו נעה לכיוון התואם את הפירוש השני החדש, ובכך (וכן במקבילות אחדות נוספות מהמשפט המשווה) אדון בפיסקאות 15-16 שלהלן.

(ד) חוק יסוד: הממשלה הנוכחי ביטל הוראה מיוחדת שהיתה קיימת בחוק יסוד: הממשלה הקודם ואשר איפשרה במפורש לראש הממשלה לכהן גם כשר הממונה על משרד. לביטול זה (כמו גם להוראות משתלבות אחרות בחוק היסוד הקיים) יש ליתן לכאורה את הנפקות הראויה לצורך העמדתו של הפירוש השני לדיון. נפתח נושא זה עתה.

7. חוק יסוד: הממשלה הנוכחי (חוק יסוד הממשלה, ס"ח התשס"א 158; לעיל ולהלן – חוק יסוד הממשלה הנוכחי, או הקיים) התקבל בכנסת בתאריך 7.3.2001 וחל על הבחירות ועל כינון הממשלה החל בבחירות לכנסת ה-16. הוא ביטל את חוק יסוד: הממשלה הקודם (חוק יסוד הממשלה, ס"ח התשנ"ג 214; לעיל ולהלן – חוק יסוד הממשלה הקודם), שנתקבל בכנסת בתאריך 18.3.1992 והיה מבוסס על קונספציה של בחירה אישית וישירה של ראש הממשלה (בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות וחשאיות).

בחוק יסוד: הממשלה הקודם נקבעה, כאמור, בסעיף 33(ד) שבו, הוראה ברורה וחד-משמעית, שקראה כך: "ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד". בעת שסעיף זה היה קיים, חה"כ רחבעם זאבי ז"ל הגיש, בתאריך 22.11.1999, הצעה (שלא התקבלה) לסייג את תחולתו לגבי משרד הביטחון. דברי ההסבר להצעה קראו כך:

"הניסיון הוכיח שעיסוקיו של ראש הממשלה הם כה רבים ומקיפים עד שלא נותר לו זמן למלא ברצינות ובאחריות גם את תפקיד שר הביטחון, שאף הוא תפקיד רב היקף ואחריות ומחייב שר במשרה מלאה. ראש הממשלה ממונה בתוקף תפקידו על המוסד למודיעין ועל שירות הביטחון הכללי. שר הביטחון ממונה על צה"ל, ובכך גם על אגף המודיעין. ראש הממשלה, שהוא גם שר ביטחון ימצא עצמו אחראי על

שלוש זרועות בקהילת המודיעין ובכך יש טעם לפגם חמור.
מטרת חוק זה למנוע מצב, שבו ראש הממשלה משמש גם כשר הביטחון" (ראו: ד"כ התש"ס 4938. עיינו גם בדברים שנשא חה"כ זאבי ז"ל בפני מליאת הכנסת בנמקו את הטעמים שהביאו אותו להגיש הצעת חוק זו - שס, בעמ' 4848).

גישה דומה באותו נושא ביטא בשעתו בכנסת, בתאריך 9.2.2000, גם חה"כ ראובן ריבלין (כתוארו אז) בהצעה שהגיש לסדר היום, אשר הביאה לליבון המכלול (ראו: ד"כ התש"ס 5436).

עם זאת הוראת החוק הנ"ל, שהתירה במפורש את הכהונה המקבילה – לא שונתה כל עוד היה חוק יסוד: הממשלה הקודם בתוקף.

בצד הוראת סעיף 33(ד) הנ"ל היתה קיימת באותו חוק יסוד הוראה נוספת (סעיף 36 לחוק יסוד: הממשלה הקודם), שהסדירה מקרה מיוחד – מילוי מקום של שר – ואף היא הסמיכה את ראש הממשלה לכהן כשר, בקובעה כדלקמן:

"(א) חדל שר לכהן, נעדר מן הארץ או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ימלא את התפקיד ראש הממשלה או שר שיקבע ראש הממשלה, עד שיחזור השר למלא את תפקידו או עד שיתמנה מחליפו; על מילוי מקומו של שר ימסור ראש הממשלה הודעה לממשלה וליושב-ראש הכנסת, ויושב ראש הכנסת יודיע על כך לכנסת.
(ב) תקופת מילוי המקום של שר שחדל לכהן כאמור בסעיף קטן (א), לא תעלה על שלושה חודשים; בסיומה רשאי ראש הממשלה, באישור הממשלה, למנות חבר הכנסת להיות שר בתפקידו של השר שחדל לכהן כאמור, לתקופה שלא תעלה על שנה, ומינויו אינו טעון אישור הכנסת."

בשעתו, בעקבות התפטרותם של מספר שרים מהממשלה, התעוררה השאלה האם ראש הממשלה יכול למלא את תפקידם של אותם שרים, מעבר לאמור בסעיף 36 לחוק היסוד הנ"ל, גם מכוח סעיף 39(א)(1) ו-39(א)(2) לחוק יסוד: הממשלה הקודם (שהורה כי: "ראש הממשלה רשאי (1) לקבוע את תפקידי השרים; (2) לשנות את חלוקת התפקידים בין השרים") וזאת ללא קבלת אישור של הכנסת. בית משפט זה השיב על שאלה זו בחיוב בבג"ץ 6924/00 שטנגר נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נה(2)

485 (2001) (להלן: פרשת שטנגר) וההנמקה, כפי שנוסחה על ידי הנשיא, א' ברק, הושתתה, בין השאר, על הביאור הבא:

"אין קיומה של הסמכות האחת שולל את קיומה של הסמכות האחרת. מסקנה זו מתבקשת מהגישה הפרשנית הראויה לחוקי היסוד. גישה זו צריכה להיות מתוך "מבט רחב" (השוו ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442; ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 306). טקסט חוקתי יש לפרש מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני. הפירוש צריך להיות תכליתי ולא פדנטי. הוא צריך להיות פונקציונלי ולא לגליסטי. אמות מידה אלה מובילות לפירוש עליו עמדנו, לפיו אין לראות במסלול שנקבע בסעיף 36 לחוק-יסוד: הממשלה מסלול פעולה יחיד, לעניין שינוי תפקידי שרים, במקרה בו חדל שר מלכהן." (שם, בעמ' 494).

8. חוק יסוד: הממשלה הנוכחי השמיט כליל – מבלי שקדם לכך דיון במליאת הכנסת, או בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת – את הוראת סעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם הנ"ל, שקבע כי: "ראש ממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד". הוא אף שינה מההסדר לגבי מילוי מקומו של שר בקובעו, בסעיף 24 שבו, כדלקמן:

(א) נעדר שר, למעט ראש הממשלה, מן הארץ, רשאית הממשלה לקבוע כי שר אחר ימלא את מקומו; ממלא המקום ימלא את תפקידיו של השר, כולם או מקצתם, הכל כפי שתקבע הממשלה.

(ב) חדל שר לכהן או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ימלא את התפקיד ראש הממשלה או שר אחר שתקבע הממשלה.

(ג) תקופת מילוי המקום של שר שחדל לכהן כאמור בסעיף קטן (ב) לא תעלה על שלושה חודשים."

מכלל הן שבסעיף זה, המדבר פוזיטיבית בכך שראש הממשלה יכול למלא את מקומו של שר בתנאים הקבועים בסעיף, ניתן ללמוד לכאורה לאן לגבי מצבים אחרים, במיוחד שהסעיף הקודם שאיפשר את הכהונה המקבילה גם במצב רגיל – בוטל כאמור. לדיון נרחב ביחס למשמעותה של השמטה בעת תיקון חוק יסוד, לרבות הסקה מלשון ה"הן" על ה"לאו" – נפנה, מבלי להאריך ל-בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושב

ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685 (2004) (להלן – פרשת סיעת חד"ש).

9. העולה מן המקובץ מלמד שעל פי סעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי (לשיטת הגורסים את הפירוש השני) ראש הממשלה (או שר אחר שתקבע הממשלה) – יכול למלא – ללא אישור הכנסת – את מקומו של שר שחדל לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, רק על דרך של סידור ארעי מיוחד. סידור זה עוגן לכאורה בחוק היסוד הנוכחי כחריג לכלל שברגיל אין ראש הממשלה רשאי לכהן בכהונה מקבילה ולפיכך הוא הוגבל לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים. יתר על כן, היום לפי חוק יסוד: הממשלה הנוכחי (כאמור בסעיף 31(א) בו) – שינוי חלוקת התפקידים בין השרים הינו בסמכות הממשלה, אך הדבר מותנה באישור הכנסת ואין הוא חל על תפקיד ראש הממשלה. מכאן שההלכה שנקבעה בפרשת שטנגר איננה ישימה עוד, אף כי ההנמקה הפרשנית החוקתית שניתנה שם – בעינה עומדת.

10. הפירוש האחר האפשרי (המקובל והנוהג עד היום) גם לו יש תימוכין לא מבוטלים, והוא מתבסס על שלושה אדנים:

(א) הנוהג הקונסטיטוציוני הקיים, שיש בו כדי לשמש מכשיר חשוב בפרשנות, לרבות חוקתית, ולעיתים אף ליצור הוויה (ראו: מאמרו של שטרית, בעמ' 400-402; לסקירה עדכנית בנושא עיינו: N.W Barber, *Laws and Constitutional Conventions*, 125 L.Q.R 294 (2009). השוו:

BRITISH COAL CORP V THE KING [1935] A.C. 500 PC (Can) ; COPYRIGHT OWNERS REPRODUCTION SOCIETY V. EMI (AUSTRALIA) PTY LTD [1958] 100 C.L.R 597 HC (Aust) ; MARSHALL, CONSTITUTIONAL CONVENTIONS 12-17 (1986); ANDREW HEARD CANADIAN CONSTITUTIONAL CONVENTIONS – THE MARRIAGE OF LAW AND POLITICS (1991); Matthew S.R Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, 54 AM. J. COMP. L. 588 (2006).

(ב) העובדה שמצב זה של כהונה מקבילה לא נשלל במפורש בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי מצביעה על כך שהדבר מותר לכאורה (אף כי לא שולבה בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי הוראה דוגמת סעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם), כאשר "קרום המעטפת הלשונית", כביטוי של השופט מ' חשין (שאומץ על ידי בית המשפט בפרשת סיעת חד"ש) מצוי – לשיטה זו – בהוראת סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי. גישה פרשנית חוקתית שכזו מופעלת לעתים בארצות הברית. עיינו: WALTER F. MURPHY,

JAMES E. FLEMING, WILLIAM F. HARRIS, AMERICAN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 7 (1986); Akhil Amar Reed, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747 (1999).

אצלנו ניתן למצוא הד לגישה מעין זו ב-בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה, יצחק רבין, פ"ד מז(5) 441, 456-457 (1993).

(ג) העובדה שחלוקת התפקידים בין השרים (לרבות הצגתו של ראש הממשלה כמי שמכהן גם כשר) נדרשת לקבל את אישור הכנסת בין מכוח סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, בין מכוח סעיף 31(א) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי נותנת ל"כהונה המקבילה" סוג של גושפנקא פרלמנטרית. לשיטה זו – סעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי בא רק לקבוע שמילוי מקום של שר איננו טעון אישור של הכנסת לתקופה מוגבלת של 3 חודשים, ואין לגזור ממנו מסקנות נוספות מעבר לכך.

לשלושת הנימוקים הנ"ל יש להוסיף את העובדה הקונסטטוציונית שחוק יסוד ככזה איננו מתוארך (לנפקות הדבר עיינו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 560-561 – דברי השופט מ' חשין (1995)). נסיבה זו – מעבר לתכליות נוספות המניעות אותה – מלמדת (כפי שנהוג לעתים בפרשנות חוקתית בארצות הברית) שאין לקרוא את חוק היסוד בהכרח על רקע "תולדותיו" (אם כי הפסיקה החוקתית הישראלית ערכה לעיתים השוואות בין נוסחים שונים של חוקי היסוד לתקופותיהם). עיינו גם: בג"ץ 4031/94 ארגון בצדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (1994).

11. חוזרת איפוא קושיה לדוכתא – איך נבחר בין שני הפירושים האפשריים והתשובה היא כאמור: בדרך של פרשנות חוקתית על רקע של "מבט רחב" (ראו: הלכת שטנגר; השוו: בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209-210 (1998)), כאשר אם נגיע למסקנה שהפירוש החדש עדיף על הפירוש הנוהג, נבחר בו רק אם נמצא כי היתרונות שבו עולים על התקלות שבזניחת הפירוש הישן, הכל כמבואר בפרשת עוף העמק. כמצע לדיון החוקתי העתידי נציג איפוא להלן ביתר הרחבה את הפירוש החדש האפשרי. זאת נעשה בשני שלבים:

(א) סקירה מעמיקה יותר של הוראות חוק יסוד: הממשלה הנוכחי.

(ב) משפט משווה והיבטים כלליים.

נפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

12. חוק יסוד: הממשלה הנוכחי בנוי על התפיסה שראש הממשלה הוא בבחינת שר, אבל יחיד במינו ומיוחד: "ראש וראשון לשרים", כתיאורו של הנשיא א' ברק בבג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 461 (2004). את ההבחנה שבין ראש ממשלה לבין השרים האחרים נהגו להסביר בעבר בכך שראש הממשלה הוא "ראשון בין (שרים) שווים" (עיינו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 834 (מהדורה שישית, 2005)). הדבר בא לידי ביטוי ראשוני בהוראות סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי הקובעת כי: "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים" (בחוק יסוד: הממשלה הקודם הוראה זו היתה, מסיבות מובנות של יסודות הבחירה הישירה, החלטית עוד יותר והבליטה דווקא את השוני שבין ראש הממשלה לשרים, בקבעה בסעיף 3(א): "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים" (אחרים – לא נאמר שם)).

תפיסת המיוחדות של תפקיד ראש הממשלה מקבלת נופך נוסף בהוראת סעיף 5(ב) לחוק יסוד הממשלה הנוכחי, המורה כך: "ראש הממשלה יהיה מבין חברי הכנסת; שר אחר יכול שיהיה שלא מבין חברי הכנסת" (אף ממלא מקום ראש הממשלה, כאשר נבחר כזה – חייב להיות חבר הכנסת – עיינו: סעיף 5(3) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי). יתר על כן, סעיף 5(ג) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, שבא מיד לאחר סעיף 5(ב) הנ"ל מוסיף וקובע: "שר [ולא ראש הממשלה – ח"מ] יהיה ממונה על משרד". ראש הממשלה הוא הממונה על משרד ראש הממשלה, שכן, כדברי הנשיא א' ברק בפרשת פוקס (בעמ' 461): "כל דין הנגזר ממעמד של שר נגזר גם ממעמד ראש הממשלה" (מכאן, לשיטתי, אין להסיק בהכרח שגם ההיפך הוא נכון, דהיינו שראש הממשלה יכול שיהיה ממונה גם על משרד מיניסטריאלי). מסקנה דומה ניתן להסיק אף מהוראת האחריות שבסעיף 4 סייפא לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי ("שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונה השר"). הקביעה האמורה מבהירה מדוע ברגיל אין ראש הממשלה יכול לכהן כשר, שכן במקרה כזה אנה תבוא האחריות המיניסטריאלית בפניו (סוגיה זו של אחריות מיניסטריאלית בכלל ושל המרכיב שבה, המופנה כלפי ראש הממשלה בפרט – היא מורכבת ביותר ולכן אין מקום להידרש לה פה ביתר הרחבה. עיינו: אביגדור קלגסבלד ועדות חקירה ממלכתיות 332-338 (2001); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב' 866-868 (2005)).

הגישה המוצגת כאן אף מתבקשת מהצהרת האמונים הנפרדת שמצהיר ראש הממשלה, ככזה, מחד גיסא וכל אחד מהשרים, בכשירותם ככאלה, מאידך גיסא –

בהתאם לסעיף 14 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי (נוסח זה איננו מתאים לראש ממשלה שהוא גם שר, ואכן ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו, מסר רק הצהרת אמונים כראש ממשלה). לחשיבות הניסוח בהצהרת האמונים – ראו: בג"ץ 400/87 הרב מאיר כהנא נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(2) 729 (1987).

זאת ועוד – אחרת. ההוראה בדבר מילוי מקומו של ראש הממשלה, הכלולה בסעיף 16(ב) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, איננה מסדירה מילוי מקום של כהונת שר, שראש הממשלה ממלא לפי הנוהג החוקתי הקיים (ומכאן לכאורה שכפילות זו איננה אפשרית).

13. לכל ההוראות הנ"ל יש להוסיף את הסעיפים שבחוק יסוד: הממשלה הנוכחי הדנים במינוי סגני שרים ובהעברת סגני שרים מתפקידם (סעיפים 25 ו-26 לחוק היסוד האמור), המתנים את המינוי בפעולה של "השר הממונה על המשרד", בהסכמת ראש הממשלה (ובאישור הממשלה), ובמקרה של פיטורין על ידי ראש הממשלה, בהודעה מוקדמת על הכוונה לעשות כן לממשלה ולשר שמינה את סגן השר. אף מכאן ניתן להסיק לכאורה שראש הממשלה והשר הממונה על המשרד, ככלל אינם "מתמזגים" בגדר אישיות אחת. מעבר לכך יש לציין עובדה חוקתית-היסטורית שעד כה שר שהיה ממונה על משרד אחד לא היה נכון שיכהן אצלו "סגן שר במעמד של שר". מוסד זה התפתח איפוא רק ביחס לראש הממשלה (ולשר המחזיק ביותר מתיק אחד), בהתבסס על הנחה (בעייתית-משהו), שהמכהן פורמאלית בכהונה המקבילה איננו מסוגל למלא בפועל כראוי את "כפילות", או את שלל תפקידיו.

14. לבעיית העומס האובייקטיבי, המביאה למצב שראש הממשלה המכהן כשר איננו יכול, מטבע הדברים, להקדיש את מלוא הזמן הדרוש ותשומת הלב המתחייבת לתפקידו המיניסטריאליים המקבילים באם הוא נוטל אותם על עצמו (על כל המשמעויות והתוצאות שתופעה זו נושאת בחובה) מתווספות עוד שלוש סוגיות חוקתיות נכבדות (עליהן רמזנו כבר לעיל):

(א) שאלת "ניגוד העניינים", העלולה להיווצר בין תפקידיו השונים והצורך לישיבה.

(ב) גורלה של "האחריות המיניסטריאלית" הקיימת כאמור ברגיל ביחסים שבין שר לראש הממשלה מכוח סעיף 4 סייפא לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי.

(ג) מעמדו של סגן שר במשרד הממשלתי הרלבנטי במצב שכזה – האם אין הוא הופך למעשה למרכיב מהרשות המבצעת, מעבר למעמדו של סגן שר "סתם" (השוו: בג"ץ 9/82 חה"כ וירשובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד לו(1) 645 (1982)).

דומה שעניינים אלה דוחקים לכאורה לעבר הצורך לשקול בעתיד את הפרשנות החדשה שהוצעה ואולם כאשר יעלה העניין שוב לבירור משפטי תידרשנה עדיין שתי הכרעות נורמטיביות לפי מבחני הלכת עוף העמק:

(א) מהו הפירוש החוקתי העדיף.

(ב) בהנחה שהפירוש השני ימצא עדיף – האם הצער שבשינוי שווה בנוק המלך.

לצורך זה ראוי להפנות אף מבט לעבר המשפט המשווה. בתחום זה ניתן לזהות בסוגיה שלפנינו – שינויים, שיתוארו להלן.

15. בריטניה, ממנה שאבנו את עיקרי השיטה החוקתית שלנו (ראו: פרשת בנק המזרחי הנ"ל, 280; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 17 (מהדורה שישית, 2005)), פיתחה את תפקיד ראש הממשלה בשיטה של "קונבנציה קונסטיטוציונית". מוסד זה של ראש ממשלה הגיע לאנגליה מצרפת, שם אחרי מותו של לואי ה-14 (ב-1715) נתמנה לראשונה Premier Minister, או Principal Ministre. בעקבות זאת Sir Robert Walpole האנגלי כונה Premier Minister ונחשב ל-"First Prime Minister of England", למרות שתוארו המיניסטריאלי הרשמי היה רק: "The First Lord of the Treasury" (ראו: LORD BLAKE, THE OFFICE OF PRIME MINISTER OF THE CROWN 5 (1997); MINISTER 6 (1975) RODNEY BRAZIER, MINISTERS OF THE CROWN 5 (1997); MINISTER 6 (1975) PAUL JACKSON AND PATRICIA LEOPOLD, O. HOOD PHILLIPS AND JACKSON - CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 358-360 (8th ed., 2001) (להלן – HOOD PHILLIPS); A.W. BRADLEY AND K.D. EWING, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW (14th ed., 2008) (להלן – BRADLEY)).

ברבות השנים ומכוח הקונבנציה החוקתית האנגלית, ראש הממשלה הבריטי נטל על עצמו מעת לעת גם תפקידים מיניסטריאליים (כך, למשל, נהג צ'רצ'יל בעת מלחמת העולם השנייה; האחרונים שעשו כן היו קלמנט אטלי, שכיהן גם כשר ההגנה ב-17 החודשים הראשונים לכהונתו (שנמשכה מתאריך 27.7.1945 ועד תאריך 26.10.1951) והרולד וילסון, שכיהן גם כשר הכלכלה ב-1967 – ראו: BRAZIER, בעמ' 81, ה"ש 16 ו-BRADLEY, בעמ' 970). הדבר לא היה זר לתרבות הקונסטיטוציונית

האנגלית, שכן תפקיד ראש הממשלה שם התפתח כאמור מתפקיד של שר, שהשרים האחרים סרו למרותו.

פורמאלית, עד היום ראש הממשלה הבריטי מכהן שם גם בתואר של First Lord of The Treasury וכ-Minister for the Civil Service (אף שמשרד ממשלתי זה בוטל באנגליה ב-1981) ואולם אנומליה זו מוסכרת בכך שרק בזכות תארים אלה רשאי ראש הממשלה הבריטי (מכוח החוקים הרלבנטיים) למשכורת ולפנסיה (עיינו: HOOD PHILLIPS, בעמ' 309). עם זאת הכלל החוקתי בבריטניה בסוגיה שלפנינו מנוסח עתה ב- understatement אנגלי טיפוסי – כך:

“No Prime Minister, however, is likely to burden himself with another department nowadays”
(BRAZIER, בעמ' 81).

מגמה כזו אף עולה מתיאור תפקידיו של ראש הממשלה הקנדי (עיינו: (PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 274-281 (5th ed., 2007).

16. מעניין לציין שבארצות הברית, בה השיטה היא, כידוע, נשיאותית (בשונה משלנו) והנשיא, על פי סעיף II, פסקה 1 לחוקה שם, הוא הרשות המבצעת – ורשאי למנות לעצמו (באישור הסנאט) מכוח פסקה 2 לסעיף II לחוקה שם מזכירים (שרים) וליטול מהם עצה – השאלה, כפי שהעמדנו אותה לעיל – לא התעוררה. עם זאת בחוות דעת של ה-Office of Legal Council האמריקאי (ה-OLC), המתפקד כמו משרד היועץ המשפטי לממשלה שלנו, מצאנו חוות דעת שאפשר ולאמור בה יש השלכה מסוימת לענייננו ולכן ראוי לצטט קטע ממנה:

“The President cannot carry out the executive power alone, and so the Constitution further contemplates that executive power will be delegated to officers to help the President fulfill this duty. The constitution recognizes that the President would need to delegate authority to others in, among other places, the clauses empowering him to “take care that the laws be faithfully executed,” and then, immediately following, providing that the President “shall commission all the Officers of the United States.”
Id. § 3 (ההדגשות הוספו – ח"פ 3)

(עיינו: OLC Memorandum Opinion for the General Counsels of the Executive Branch entitled "Officers of the United States Within the Meaning of the (Appointments Clause)" (2007 OLC LEXIS 3 (OLC 2007), April 16, 2007)

חוות הדעת הנ"ל מתבססת, בין היתר, על דבריו של הנשיא ג'ורג' וושינגטון, שראה להעיר כבר בשנת 1789 כך:

"The impossibility that one man should be able to perform all the great business of the State, I take to have been the reason for instituting the great Departments, and appointing officers therein, to assist the supreme Magistrate in discharging the duties of his trust"

(שם, שם, תוך ציטוט מ- 30 WRITINGS OF GEORGE WASHINGTON 333, 334 (May 25, 1789) (John C. Fitzpatrick ed., 1939).

17. לסיכום ייאמר כי בעתיד ניתן יהיה לשקול משפטית אם ההיגיון הנ"ל, שהדריך בזמנים שונים את האמריקאים והבריטים, יפה אף למציאות הישראלית ולפרשנות הראויה של חוק יסוד: הממשלה בסוגייתנו, מה גם שעוד מקדמת דנא נאמר אצלנו (ראו: בבלי סנהדרין כ"ט, ע"א): "כל המוסיף – גורע".

נראה שאמירה זו יפה לענייננו תרתי משמע, ואף לגבינו היא חלה ולפיכך לא אוסיף עוד.

ש ו פ ו ט

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני עם התוצאה אליה הגיעו חבריי השופטים רובינשטיין ומלצר בפסקי דינם לפיה אין העתירה דנן מקימה עילה להתערבותנו. חבריי פרשו יריעה רחבה ולפיכך אבקש להתייחס בקצרה לטעמים העומדים בבסיס עמדתי זאת.

1. שני היבטים עיקריים עמדו לדיון במסגרת עתירה זו. ההיבט הראשון עסק בשאלת סמכותו של ראש הממשלה למינויו של כשר נוסף בממשלתו, ובהמשך לכך בשאלת סמכותו למנות לו סגן שר שהוא למעשה "במעמד של שר" במשרדו בהתאם להוראות חוק יסוד: הממשלה. ההיבט השני עסק בשאלת סבירותה של החלטת המינוי הנתקפת בעתירה.

2. היבט הסמכות עצמו מעורר כאמור דיון בשני רכיבים. הראשון – היבט מקדמי לבחינת סמכותו של ראש הממשלה למינוי סגן שר - נוגע לשאלת מינויו של ראש הממשלה עצמו כשר בממשלתו. בהיבט זה ערך חברי השופט מלצר ניתוח מקיף ומעניין. בהתאם לעמדה שהציג חברי, בחינת הוראות חוק היסוד בשים לב לנוסחי העבר, המציאות ההיסטורית ומשפט מדינות העולם עשויים להוביל למסקנה פרשנית לפיה ראש הממשלה כלל אינו יכול למלא בנוסף לתפקידו כראש ממשלה גם תפקיד של שר הממונה על משרד ממשרדי הממשלה. קביעה פרשנית זו עומדת בניגוד לפרשנות החוק כפי שנהגה עד היום. אף חברי השופט מלצר הציג את הפרשנות המוצעת על-ידו כאופציה פרשנית אך נמנע מלהכריע בה. כשלעצמי סברתי כי הגם שניתוחו של חברי מעורר חשיבה חדשה - אולי גם ראויה - בשיטתנו, קשה בסופו של יום למצוא אחיזה לתיזה לפיה נוסחו של חוק יסוד: הממשלה כפי שתוקן, מאפשר להנהיג שינויים מרחיקי לכת ביחס לתפקידו של ראש הממשלה ויכולתו לכהן כשר הממונה על משרד; ונזכיר, כי בהתאם לתפיסות היסוד הקונסטיטוציוניות של מטרנו, ראש הממשלה הוא "ראשון בין שווים", והוא האמון על מינויים של השרים כולם המביא לאישורה של הכנסת את הרכב הממשלה (ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות (מהדורה 6 תשס"ה) עמ' 834-835, להלן: רובינשטיין ומדינה). בהתאם לעקרון יסוד זה, התבססה אף הפרקטיקה הנוהגת מאז ימיה הראשונים של המדינה, הנטועה עמוק במסורת הפוליטית של שיטת המשטר בישראל, לפיה ראש הממשלה רשאי למנות עצמו לשר במשרדים נוספים. בנסיבות אלו, שינוי התפיסה הפוליטית והקונסטיטוציונית שעוגנה בחוק יסוד: הממשלה מחייב לדעתי התייחסות מפורשת. מכל מקום, בעיניי, קשה לראות בהשמטת סעיף 33(ד) לחוק יסוד הממשלה הקודם, ביטוי לרצון המחוקק לערוך שינוי כה משמעותי בשיטה המשטרית-חוקתית המקובלת במקומותינו (גם אם יכול וראויה היא לשינוי). דומה שבהעדר דיון בנושא בקשר לתיקון סעיף 33(ד) קשה לקבל כי הוא מבטא מגמה חדשה היכולה לבסס פרשנות לחוק (והשוו, בשינויים המחויבים: בג"ץ 2257/04 סיעת חדש-תע"ל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685 (2004)). גם בשינויים שביצע המחוקק בהסדר הנוגע למילוי מקומו הזמני של שר (היום סעיף 24 לחוק היסוד) אין כדי להצביע על שינוי מהותי בתפיסות המקובלות והנוהגות. זאת ראשית, בשל כך שההסדר הנוגע למילוי מקומו הזמני של שר נכלל גם בחוק היסוד בנוסחו הקודם לצד סעיף 33(ד) הנזכר לעיל; ושנית, בשל כך שממילא הסדר זה עוסק בהיבט ממוקד ופרטני ואינו נוגע, לשיטתי, לסוגיית מינוי הקבע של ראש הממשלה כשר. מעבר לכך, יש לבחון את מכלול סמכויותיו של ראש הממשלה בראייה רחבה, ובאופן המתיר קיומה של סמכות מינוי הקבע לצד סמכויות פרטניות אחרות, כפי

שנקבעו על-ידי המחוקק (והשוו: בג"ץ 6924/00 חיים שטנגר נ' אהוד ברק, פ"ד נה(2) 485 (2001)).

נוכח כל האמור לעיל אני גם אני, בדומה לחברי השופט רובינשטיין, כי חוק היסוד עצמו אינו מונע מראש הממשלה לכהן כשר הממונה על משרד נוסף. מודגש כי גם לשיטת חברי השופט מלצר, לעת הזאת סמכות זו מתקיימת.

3. רכיבו השני של היבט הסמכות עוסק בסמכותו של ראש הממשלה למנות סגן שר "במעמד של שר" למשרד עליו הוא ממונה. ההסדר החוקתי הרלוונטי לעניין זה נשען בעיקרו על הוראות סעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה (להלן: סעיף 25), הקובעות כדלקמן:

25. (א) שר הממונה על משרד רשאי, בהסכמת ראש הממשלה ובאישור הממשלה, למנות לאותו משרד, מבין חברי הכנסת, סגן שר אחד; סגן שר ייכנס לתפקידו משהודיעה הממשלה בכנסת על מינויו; לסגן שר שמונה על ידי ראש הממשלה ייקרא 'סגן שר במשרד ראש הממשלה'.

"סגני
שרים

(ב) סגן שר יפעל בכנסת ובמשרד שנתמנה לו, בשם השר שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו.

(ג) חבר הכנסת שפרש מסיעתו לא יתמנה לסגן שר בתקופת כהונתה של אותה כנסת; הוראה זו לא תחול על התפלגות סיעה בתנאים שנקבעו בחוק; לענין סעיף קטן זה, 'פרישה מסיעה' – כהגדרתה בסעיף 6א לחוק-יסוד: הכנסת."

4. כפי שפירוטו חבריי בפסקי דינם, ביום 31.3.2009 אישרה הכנסת את הודעת ממשלת ישראל ה-32 על קווי היסוד של מדיניותה, בכלל זה הרכבה וחלוקת השרים בה. ראש הממשלה ציין במסגרת ההודעה האמורה, בין היתר, כי הוא יכהן כראש הממשלה וכן יכהן כשר במשרדים נוספים, ביניהם שר הבריאות. ביום 6.4.2009, בהתאם להוראות סעיף 25(א) ובהתאם להסכם הקואליציוני שנחתם בין ראש הממשלה למפלגת "יהדות התורה", החליטה ממשלת ישראל על מינויים של מספר סגני שרים.

הודעה על כך נמסרה לכנסת. חבר הכנסת יעקב ליצמן מונה על ידי ראש הממשלה לתפקיד סגן שר במשרד הבריאות.

5. בהיבט הסמכות, מינוי זה הנתקף בעתירה שלפנינו, עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 25, מה גם שבהיבט הפורמלי, בהתחשב בפסיקה ובחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה שהיו בפני ראש הממשלה, הקפיד הוא שלא להציג את סגן השר כמי שמכהן ב"מעמד של שר". לפיכך, ובהיבט סמכות המינוי, על-פניו אין פגם בחוקיות הליך המינוי שננקט.

חרף זאת, עוררה העתירה שלפנינו קושי. כפי שהרחיב חברי השופט רובינשטיין ובהיבט זה מצטרפת אני לדעתו, קושי זה נבע בעיקרם של דברים מן הפער בין המסגרת המשפטית בה נע תפקיד סגן השר, היינו הגדרת תפקידו של "סגן שר" על-פי הוראות חוק יסוד: הממשלה והמגבלות הכרוכות בכך, לבין התפקיד שהוטל הלכה למעשה על סגן שר הבריאות בכהונה הנוכחית של הממשלה. פער זה הטרידנו, והוא אשר חייבנו להידרש כאמור להיבט נוסף של החלטת המינוי – הלא הוא זה העוסק בבחינת סבירותה של ההחלטה. שאלה זו, היא אשר עמדה בסופו של יום במוקד הכרעתנו, ולדיון בה אעבור כעת.

6. כפי שפורט בפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין, בשיטתנו החוקתית התפתח הנוהג לפיו קיימים שני סוגי תפקידים של סגן שר. הסוג הראשון, הינו סגן שר שיעודו לפעול במסגרת המגבלות הקבועות בסעיף 25, היינו לפעול בשם השר שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו, תוך שהוא ממלא תפקידו כעזר מטעמו של השר ולמען סיוע בקידום מדיניות השר והחלטותיו. מן הנתונים שהציגה המדינה בתשובתה, עולה כי סוג זה היה נפוץ בממשלות ישראל במהלך השנים. הסוג השני הינו סגן שר אשר מטעמים שונים הינו במעמד של "שר מוסווה", המכהן פורמלית כסגן שר, אך מיועד להיות דה-פקטו "במעמד שר". המורכבות וטשטוש הגבולות שיצרו הגדרות תפקיד אלו הציבו - ומציבות - קושי חוקתי היורד לשורש המבנה הפרלמנטרי של מטרנו וליחסים שבין הרשות המחוקקת והמבצעת, כמו גם ביחסי הרשות המבצעת פנימה (וראו לעניין זה רובינשטיין ומדינה, בעמ' 852-867, ובין היתר הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.1300 ; 1.1304 ; 1.1301). נוכח האמור, פורש סעיף זה בפסיקתו של בית משפט זה כמו גם בחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה כפי שפורטו בפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין באופן המבקש לשמור על גבולות הלגיטימיות של תפקיד סגן השר מבלי שיעמוד בסתירה לתפיסות היסוד של מטרנו. כך למשל, נמנע מאותו סגן שר להשתתף באופן פעיל בישיבות ממשלה ולהצביע על

החלטותיה. כן נאסר על השר הממונה להאציל לסגנו מסמכויותיו הסטטוטוריות. יצוין, כי חברי השופט רובינשטיין עמד על קשיים נוספים הנוצרים בעבודתו של סגן השר נוכח מעמדו הייחודי, אך אילו אינם מתעוררים בנסיבות העניין שלפנינו ולפיכך לא מצאתי להידרש אליהם לעת הזאת. מכל מקום, ובכך מצטרפת אני לגישת חבריי, ברור הוא שכתוצאה מהמגבלות המוטלות על סגן השר - ומקובל על הכל שמוצדקות הן לגופן - בהיות הסגן "במעמד של שר" הוא אינו יכול ליתן ביטוי מלא לתפקיד המוטל עליו.

7. התוצאה הנובעת מן האמור לעיל, הינה כי קיים פוטנציאל פגיעה משמעותית באפשרויות תפקודו של סגן השר במשרדו עת מדובר בסגן שר המכהן דה-פקטו במעמד של שר, כבענייננו. מצב דברים זה הופך מורכב יותר ככל שמדובר במשרד בו קיימת חשיבות מיוחדת בתפקוד מלא של שר, אם בשל חשיבותו של המשרד, אם בשל השפעת תפקודו על כלל הציבור בישראל ואם בהתחשב בסמכויות הייחודיות שמקנה הדין לשר, ולו בלבד. כך הם הדברים בענייננו, עת עסקינן במשרד חשוב כמשרד הבריאות, הזוכה לתקציבי ענק, שיש לו חשיבות ציבורית מן המעלה הראשונה העוסק בהיבטים רגישים ומורכבים ביותר עבור הפרט ואשר לשר האחראי עליו הוענקו סמכויות סטטוטוריות רבות, בהיבטים שונים ומגוונים. כזכור, סמכויות אלו, כעולה אף מהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.1304, אינן ניתנות להאצלה לסגן השר. מעבר לכך, קיים אף חשש ממשי כי מינוי של סגן שר "במעמד שר" יביא הלכה למעשה להתנערות מוחלטת של ראש הממשלה - השר הממונה - מתפקידו הרשמי כלפי אותו משרד. כפי שציין חברי השופט רובינשטיין, ניתן להניח כי בשל אופי תפקידו של ראש הממשלה והעומס האובייקטיבי המוטל על כתפיו, יקשה עליו להעניק לטיפול בענייני משרד הבריאות את תשומת הלב והמשאבים הנדרשים. בנסיבות בהן סמכויותיו של סגן השר במילוי תפקידו מוגבלות, כפי שפורט לעיל, מעורר עניין זה קושי. ויובהר - איני סבורה כי יש ממש בטענת העותרת לפיה החשש המתעורר בענייננו הינו דווקא החשש הנובע מניגוד עניינים בין תפקידו האחרים של ראש הממשלה לתפקידו כשר הבריאות. אמנם, ומטבעם של דברים, לכל משרד ממשלתי סדרי עדיפויות שונים אותם הוא מבקש לקדם באמצעים שברשותו. ברם, בכך אין כדי ללמד על ניגוד עניינים בו נמצא ראש הממשלה עת ממלא הוא תפקידי שר נוספים. כידוע, על-פי המבנה החוקתי-משטרי שלנו, נושאת הממשלה כולה באחריות משותפת למדיניות היוצאת מלפניה בכל תחום. לפיכך, ובוודאי עת מדובר בראש הממשלה הנושא באחריות כוללת, נחלש החשש הנתען לניגוד עניינים. בהקשר זה אף איני רואה שוני מהותי קונספטואלי בין ראש ממשלה המכהן במקביל כשר בטחון לבין ראש ממשלה המכהן במקביל כשר בריאות, אף כי מעשית יש להניח כי יש שוני במידת מעורבות ראש הממשלה בכל אחד

מהמשרדים, הנובע מתחומי האחריות הפרטניים. בנסיבות העניין שלפנינו מדובר לשיטתי בחשש ממשי מסוג אחר שמא מחד גיסא לא ימלא השר הממונה על משרד הבריאות את תפקידו ביחס למשרד זה ומאידך גיסא לא יעלה בידי סגן השר למלא את תפקידו באופן מלא, כנדרש וכמתחייב וזאת בשל המגבלות המוטלות עליו.

8. חרף הקשיים שפורטו לעיל, על אף הבעייתיות שמעוררת פרקטיקת מינויים של סגני שר בכלל וסגני שר "במעמד שר" בפרט, פעלו ראשי ממשלה משיקולים קואליציוניים באופן דומה פעמים רבות בעבר. נראה כי הצורך בשימוש בפרקטיקה האמורה נבע לעיתים מעמדתן של מפלגות מסוימות אשר ביקשו מסיבותיהן לקיים בדרך זו שותפות קואליציונית מוגבלת על-פי שיטתם. מכל מקום, לא כאן המקום לעמוד על הבעייתיות הקונסטרוקטיבית הרחבה שמעוררת שיטה זו, אך ברי כי עצם קיומה בעבר של פרקטיקה לפיה הוצבו סגני שרים כתחליף ממשי לשרים אינה יכולה, כשלעצמה, להצדיק את התמשכותה כשזו אינה נותנת משקל הולם למבנה חוקתי ראוי בהתאם לחוק יסוד: הממשלה. בנסיבות אלו, ונוכח הקשיים שפורטנו לעיל, עולה הצורך בבחינה פרטנית האם בנסיבות העניין שלפנינו חרגה החלטת המינוי בהתאם להוראות סעיף 25 לחוק היסוד ממתחם הסבירות באופן המחייב את התערבותנו.

9. כחלק ממכלול הנתונים שעלינו להביא בגדר שיקולינו לעניין סבירות החלטת המינוי, עלינו ליתן דעתנו במבט כולל למצב המשפטי השורר ול"תרבות" הפוליטית הנוהגת, מה גם שזו נשענת, בין היתר, על קביעות עבר של בית משפט זה. בנסיבות העניין שלפנינו, כאמור לעיל, החלטת המינוי אינה סותרת את הוראות סעיף 25 לחוק היסוד. מעבר לכך, כמפורט, "פרקטיקה" זאת אינה חדשה במקומותינו, והיא נהוגה בממשלות ישראל השונות – בצורה זו אחרת – משנותיה הראשונות של המדינה. איני רואה צורך להכריע בשאלה אם "פרקטיקה" זו התגבשה כדי "קונבנציה חוקתית" (וראו מאמרו של פרופ' שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" 1993 עמ' 386-390, אליו הפנה חברי השופט מלצר), הציבורי 375 (יצחק זמיר עורך, 1993) עמ' 386-390, אליו הפנה חברי השופט מלצר), אך מכל מקום אין חולק כי מדובר בפרקטיקה נוהגת שהשימוש בה בצורתה הנוכחית קיבל ביטוי פורמלי תוך התאמתה לדרישות הבסיסיות שהציב היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו ולא להשקעתו בפסיקתו של בית משפט זה (וראו בג"ץ 5079/90 ביטון נ' ראש המחשלה, פ"ד מה(2) 827 (1991) הנזכר בפסקי דינים של חבריי). במצב דברים זה, אין להתעלם מיסוד ההסתמכות – ולו הלכאורי – שקנו להם הן הצדדים למשא ומתן הקואליציוני והן ראש הממשלה שמינה את סגן השר. מעבר לאמור לעיל, יש אף לזכור כי הלכה למעשה מבקשת העתירה את התערבותנו במה שמכונה "מעשה המרכבה הפוליטי", הנושא עימו אופי פוליטי-דומיננטי ואשר נופל לגדרי העניינים בהם נוקט

בית משפט זה ריסון מיוחד (והשור: בג"ץ 3094/94 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 428, אליו מתייחס אף חברי השופט רובינשטיין). כך הם במיוחד הדברים לאחר שהחלטה על מינוי הממשלה קיבלה את אישורה של כנסת ישראל.

10. לאחר שבחנו את כלל ההיבטים שפורטו לעיל בשים לב לנסיבות העניין הפרטניות, ותוך שאנו סבורים כי דאגתה של העותרת מפני תוצאות השארת משרד הבריאות בידי סגן שר אינה נטולת בסיס, הרי שבסופו של יום – וגם אם סברנו כי החלטת המינוי מצויה על גבולותיו של מתחם הסבירות - לא מצאנו כי חרגה היא ממנו באופן המחייב את התערבותנו. יוער עוד, כי בכלל קביעותינו אלה לא הבענו כל הסתייגות מיכולותיו האישיות של סגן השר, ח"כ ליצמן, שאף העותרת ציינה כי יכול היה לשיטתה למלא תפקיד של שר במשרד. כל קביעותינו נשענות על הבחינה המשפטית הכוללת של הסוגיה המורכבת שלפנינו.

11. נוכח כל האמור לעיל, מסכימה אני עם חבריי כי בנסיבות העניין אין בידינו להושיט לעותרת את הסעד המבוקש על-ידה, ומכאן כי דין עתירה זו להדחות.

ה נ ש י א ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ז בסיון תשס"ט (9.6.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה