



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3132/15

לפני :
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרת : מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד

נ ג ד

המשיבים :
1. ראש ממשלת ישראל
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. הממשלה ה-34 של מדינת ישראל
4. סגן שר הבריאות
5. סגן השר לשיתוף פעולה אזורי
6. סגנית שר החוץ
7. סיעת הליכוד
8. סיעת יהדות התורה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריכי הישיבות : כ"ו באב התשע"ה (11.8.2015)

כ"ח בחשוון התשע"ו (10.11.2015)

בשם העותרת : עו"ד גיא בוסי ; עו"ד רונן אביאני

בשם המשיבים 1-6 : עו"ד שרון רוטשנקר ; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיבה 7 : עו"ד אבי הלוי

בשם המשיבה 8 : אין התייצבות

פסק-דין משלים

הנשיאה מ' נאור:

האם חוק-יסוד: הממשלה מקנה לראש הממשלה סמכות לכהן במקביל כשר הממונה על משרד? זו השאלה הניצבת לפתחנו.

ההליך בקליפת אגוז

1. העתירה שלפנינו הוגשה ביום 6.5.2015 ועניינה היה במוסד הפוליטי של "סגן שר במעמד שר". ביום 7.7.2015, לאחר שנשמעו טענות הצדדים על-פה, נעתרנו לבקשת העותרת להגיש עתירה מתוקנת. ביום 12.7.2015 הוגשה העתירה המתוקנת ובה התבקשו בנוסף גם צווים על תנאי בשאלת סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל גם כשר הממונה על משרד – סוגיה עקרונית אשר לא עלתה בעתירה המקורית. לפיכך, החלטנו (ביום 13.7.2015) כי יש לפצל את ההליך כך שבעניין המוסד של "סגן שר במעמד שר" יינתן פסק דין חלקי, ולאחר מכן יימשך הדיון לגבי הסוגיה הנוספת. ביום 23.8.2015 ניתן פסק דינו החלקי בו נקבע כי אין תוקף למוסד של "סגן שר במעמד שר". ביום 10.11.2015 שמענו את טענות הצדדים על-פה בעניין הסוגיה הטעונה עתה הכרעה, דהיינו סמכותו של ראש הממשלה לכהן גם כשר.

2. טענת העותרת הייתה כי חוק-יסוד: הממשלה אינו מסמיך את ראש הממשלה לכהן במקביל כשר. טענתה של העותרת נסמכה בעיקר על השמטתה של הוראת סעיף 33(ד) שהייתה קיימת בחוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 (להלן: חוק היסוד משנת 1992) מחוק היסוד בנוסחו הנוכחי, כפי שתוקן בשנת 2001 (להלן: חוק היסוד הנוכחי). ההוראה האמורה קבעה מפורשות כי "ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד". כן הפנתה העותרת לסעיף 24 לחוק היסוד הנוכחי, המסדיר את המקרים בהם יכול ראש הממשלה למלא באופן זמני את מקומו של שר.

מנגד, עמדת המשיבים 1-6 הייתה כי מצב הדברים שבו ראש הממשלה מקבל על עצמו בנוסף תפקיד מיניסטרילי מתיישב עם הוראות חוק היסוד הנוכחי ועולה בקנה אחד עם הנוהג החוקתי הקיים מאז קום המדינה.

דיון והכרעה

3. לאחר שקראנו בעיון את טענות הצדדים והוספנו ושמענו טענות על-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות. לדעתי, פרשנות תכליתית של חוק היסוד הנוכחי מלמדת כי קיימת סמכות לראש הממשלה לכהן במקביל כשר. מפרשנותו של חוק היסוד עומדת ביסוד ענייננו, אתאר בקצרה את התהפוכות שעבר חוק היסוד במרוצת השנים.

4. חוק-יסוד: הממשלה כונן לראשונה בשנת 1968 (להלן: חוק היסוד משנת 1968), ובמסגרתו הוסדר מעמדו של ראש הממשלה כשר, שהוא ראש וראשון לשרים האחרים, ונקבע בו כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים" (סעיף 5(א) לחוק היסוד משנת 1968; עיינו גם: אליקים רובינשטיין "חוק-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" משפט וממשל ג 571, 590 (1996)). תפיסה זו השתנתה עת כונן חוק היסוד משנת 1992, במסגרת שינוי כולל בשיטת הממשל הישראלית, אשר עיקרו בבחירה ישירה של ראש הממשלה על ידי הציבור. בתוך כך השתנה גם מעמדו של ראש הממשלה בגדרי חוק היסוד, כמי שמעמדו מובחן מזה של שרי הממשלה, ונקבע כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים" (סעיף 3(א) לחוק היסוד משנת 1992). על רקע ההבחנה המושגית בין ראש הממשלה לבין השרים, הוסדרה במפורש סמכותו של ראש הממשלה לכהן גם כשר הממונה על משרד (סעיף 33(ד) לחוק היסוד משנת 1992). בשנת 2001, לנוכח ההחלטה לבטל את הבחירה הישירה לראשות הממשלה, כונן חוק היסוד מחדש פעם נוספת. זהו חוק היסוד הנוכחי, אשר אימץ בעיקרו את ההסדרים שנכללו בחוק היסוד משנת 1968, בין היתר, כך שמעמדו של ראש הממשלה במסגרת ממשלתו הוסדר כ"ראשון בין שווים" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של ישראל – רשויות השלטון ואזרחות 834 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). אף בו נקבע, בסעיף 5(א), כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים". הוראת סעיף 33(ד) הנזכרת, אשר נעדרה מחוק היסוד משנת 1968, נעדרת כליל גם מחוק היסוד הנוכחי.

5. חוק היסוד הנוכחי שותק, אפוא, באשר לסמכותו של ראש הממשלה לכהן בנוסף כשר הממונה על משרד. למשמעותה של שתיקה זו התייחס בית משפט זה בהערת אגב, ומבלי שהסוגיה הוכרעה, במסגרת בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.6.2009) (להלן: עניין ההסתדרות הרפואית). באותו מקרה ראה חברי השופט ח' מלצר להעיר הערות מספר בעניין שאלת סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל כשר – שאלה שלא עלתה במישורין מן העתירה שם. עמדתו הייתה כי את שתיקתו של חוק היסוד הנוכחי יש לפרש כהסדר שלילי. זאת, בשל שני טעמים

מרכזיים, הנעוצים בתכליתו הסובייקטיבית של חוק היסוד: ראשית, השמטת סעיף 33(ד) האמור, אשר במסגרתו הוסדרה במפורש סמכותו של ראש הממשלה לכהן גם כשר; שנית, הסדרת המקרים בהם יכול ראש הממשלה למלא באופן זמני את מקומו של שר למשך שלושה חודשים בסעיף 24 לחוק היסוד הנוכחי. הנשיאה ד' ביניש התנגדה לעמדה שהציג שם חברי השופט ח' מלצר. חברי השופט א' רובינשטיין, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית באותו מקרה, הותיר את הסוגיה בצריך-עיון, בצינונו כי היא טעונה "ליכון לעתיד לבוא" (שם, בפסקה מ"ג).

6. לגישתי, שתיקת חוק היסוד אינה מהווה הסדר שלילי חוקתי, אלא השתמעות חוקתית חיובית (ראו והשוו: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 429 (1994); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 440 (2003) (להלן: ברק פרשנות תכליתית)). מתוך המובן המפורש של הטקסט ניתן להסיק מובן משתמע. אכן, המובן המשתמע יכול להיות שלילי – הסדר שלילי – שמשמעותו היא כי ההסדר שנקבע באופן מפורש לא יחול על הסוגיה שלא הוסדרה במפורש. אך המובן המשתמע עשוי גם להיות חיובי, כך שההסדר שנקבע במפורש יחול גם על הסוגיה שאינה מוסדרת במפורש. זהו לדעתי המקרה שלפנינו. בשתיקתו, לא ביקש חוק היסוד הנוכחי לשלול את סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל כשר. מסקנה פרשנית זו מתבקשת מהתכליות המונחות ביסודו של חוק היסוד הנוכחי, עליהן אעמוד עתה.

פרשנות תכליתית של חוק היסוד הנוכחי

7. לשיטת העותרת, השמטת הוראת סעיף 33(ד) מחוק היסוד הנוכחי מצביעה על תכלית סובייקטיבית למנוע מראש הממשלה לכהן במקביל גם כשר הממונה על משרד. לדעתי, הפרשנות שמציעה העותרת היא פרשנות צרה, אשר אינה הולמת את ייחודו של הטקסט החוקתי. אכן, את חוק היסוד יש לפרש "מתוך מבט רחב" (שם, בעמוד 460). פרשנות חוקתית "צריכה להיות נדיבה, ולא לגליסטית או פדנטית" (שם), כיאה למעמד הבכורה של חוקי היסוד. מכל מקום, לדעתי לא זו התכלית אשר ביקשו יוצרי הטקסט החוקתי להגשים.

8. עיון בהיסטוריה החוקתית של חוק היסוד הנוכחי מעלה כי לא ניתן לייחס לכנסת כרשות מכוננת רצון למנוע את כהונתו של ראש הממשלה כשר הממונה על משרד. סוגיה זו לא נדונה בדברי ההסבר לחוק היסוד הנוכחי. אף אין לה ביטוי בדיונים שנערכו בוועדת החוקה, חוק ומשפט להכנת חוק היסוד הנוכחי לקריאה שנייה ושלישית או בדיונים במליאת הכנסת (ראו: ד"כ 15(3), 3145 (התשס"א) (ובמיוחד

שם, דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת א' רובינשטיין המציין את השינויים העיקריים שנעשו בחוק היסוד, מבלי להזכיר את הסוגיה בה עסקינן); פרוטוקול ישיבה מס' 258 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (13.2.2001); פרוטוקול ישיבה מס' 264 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (20.2.2001); פרוטוקול ישיבה מס' 266 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (26.2.2001); פרוטוקול ישיבה מס' 268 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (27.2.2001); פרוטוקול ישיבה מס' 272 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (5.3.2001); פרוטוקול ישיבה מס' 273 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (6.3.2001).

9. את מסקנתי מחזקת בחינת ההיסטוריה הטרומ-חוקתית של חוק היסוד. ההיסטוריה הטרומ-חוקתית מהווה את הרקע החברתי והמשפטי לחוקה, ו"הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953)). הפרקטיקה לפיה מוסמך ראש הממשלה למנות עצמו לשר נהוגה מימיה הראשונים של המדינה, עוד בטרם כונן לראשונה חוק היסוד משנת 1968 (ראו: ד"כ 10, 198 (התשי"ב) (הממשלה השלישית); ד"כ 15, 718 (התשי"ד) (הממשלה החמישית); ד"כ 18, 2147 (התשט"ו) (הממשלה השישית); ד"כ 19, 233 (התשט"ז) (הממשלה השביעית); ד"כ 23, 564 (התשי"ח) (הממשלה השמינית); ד"כ 28, 92 (התש"ך) (הממשלה התשיעית); ד"כ 32, 204 (התשכ"ב) (הממשלה העשירית); ד"כ 37, 2162 (הממשלה האחת-עשרה); ד"כ 41, 677 (התשכ"ה) (הממשלה השתיים-עשרה); ד"כ 44, 350 (התשכ"ו) (הממשלה השלוש-עשרה), והרשימה אינה ממצה).

10. הפרקטיקה נמשכה גם לאחר כינונו של חוק היסוד משנת 1968, אף שגם ממנו נעדרה הוראה מפורשת בסוגיה (ראו: ד"כ 97, 3403 (התשמ"ד) (הממשלה העשרים); ד"כ 12(1), 215 (התשמ"ט) (הממשלה העשרים ושלוש); ד"כ 12(2), 421 (התש"ן) (הממשלה העשרים וארבע); ד"כ 13(1), 11 (התשנ"ב) (הממשלה העשרים וחמש), והרשימה אינה ממצה). כך, למשל, הודיע ראש הממשלה מ' בגין ליושב ראש הכנסת על הצלחתו להרכיב ממשלה:

"לכבוד

כבוד יושב-ראש הכנסת, מר יצחק שמיר

ירושלים.

אדוני היו"ר,
 ביום כ"א בסיון תשל"ז, 7 ביוני 1977, הואיל כבוד נשיא
 המדינה להטיל עלי את התפקיד להרכיב ממשלה. הנני
 מתכבד להודיע לאדוני, על-פי הסעיף 13 (ב) לחוק
 יסוד: הממשלה, כי מילאתי את התפקיד הזה ואציג את
 הממשלה, כחוק, על הרכבה וחלוקת התפקידים בתוכה,
 לפני הכנסת, ביום ד' בתמוז תשל"ז, 20 ביוני 1977.

וזה הרכב הממשלה:
 מנחם בגין – ראש הממשלה, שמחה ארליך – שר
 האוצר, אהרון אבו-חצירא – שר הדתות, יוסף בורג –
 שר הפנים, משה דיין – שר החוץ, יגאל הורביץ – שר
 המסחר, התעשייה והתיירות, זבולון המר – שר החינוך
 והתרבות, עזר ויצמן – שר הביטחון, דוד לוי – שר
 הקליטה, יצחק מודעי – שר האנרגיה והתשתית, גדעון
 פת – שר הבינוי והשיכון, אליעזר שוסטק – שר
 הבריאות, אריאל שרון – שר החקלאות.

בתקופת מעבר קצרה יהיה ראש הממשלה אחראי למשרדי
 הרווחה, המשפטים, התחבורה והתקשורת.

כבוד רב,
 מ. בגין" (כפי שהובא ב-אריה נאור בגין בשלטון – עדות
 אישית 60 (1993) (ההדגשה הוספה – מ.נ.)).

11. למותר לציין, כי הפרקטיקה האמורה נהגה עד ימינו אנו, גם לאחר כניסתו
 לתוקף של חוק היסוד משנת 1992 (ראו: ד"כ 14(1), 13 (התשנ"ו) (הממשלה העשרים
 ושבע); ד"כ 15(1), 251 (התשנ"ט) (הממשלה העשרים ושמונה); ד"כ 15(3), 3209
 (התשס"א) (הממשלה העשרים ותשע)) וגם לאחר ביטולו וכניסתו לתוקף של חוק
 היסוד הנוכחי (ראו: ד"כ 16(1), 124 (התשס"ג) (הממשלה השלושים); ד"כ 18(1),
 486 (התשס"ט) (הממשלה השלושים ושתיים); פרוטוקול ישיבה מס' 16 של הכנסת ה-
 19, 23 (18.3.2013) (הממשלה השלושים ושלוש); פרוטוקול ישיבה מס' 9 של הכנסת
 ה-20, 19 (14.5.2015) (הממשלה השלושים וארבע)). לא בכדי ציינה הנשיאה ד' ביניש
 כי פרקטיקה זו נטועה "עמוק במסורת הפוליטית של שיטת המשטר בישראל" וכי
 "קשה לראות בהשמטת סעיף 33(ד) לחוק-יסוד הממשלה הקודם, ביטוי לרצון המחוקק
 לערוך שינוי כה משמעותי בשיטה המשטרית-חוקתית המקובלת במקומותינו" (עניין
 ההסתדרות הרפואית, בפסקה 2).

12. גם בלשון חוק היסוד הנוכחי לא מצאתי תימוכין לגישתה של העותרת.
 ההסדר הנוגע למילוי מקומו של שר באופן זמני, המעוגן בסעיף 24 לחוק היסוד

הנוכחי, אינו מצביע לדעתי על כוונה לשלול את סמכות ראש הממשלה למנות את עצמו לשר במשרד נוסף. ההסדר הנוגע למילוי מקומו של שר הוא הסדר פרטני. הסיבה לקציבת הזמן בהסדר זה נעוצה בכך שמילוי מקום של שר איננו טעון אישור של הכנסת (ראו: סעיף 24 לחוק היסוד הנוכחי), וזאת להבדיל מכהונתו של ראש הממשלה כשר הממונה על משרד, הטעונה הבעת אמון מצד הכנסת (ראו: סעיף 13(ד) לחוק היסוד הנוכחי).

13. אכן, אין קיומה של סמכות אחת שוללת את הסמכות האחרות:

”גם בשינויים שביצע המחוקק בהסדר הנוגע למילוי מקומו הזמני של שר (היום סעיף 24 לחוק היסוד) אין כדי להצביע על שינוי מהותי בתפיסות המקובלות והנהגות. 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” (עניין ההסתדרות הרפואית, בפסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ד’ ביניש; ראו והשוו: בג”ץ 6924/00 שטנגר נ’ ראש ממשלת ישראל, פ”ד נה(2) 485, 494 (2001) (להלן: עניין שטנגר)).

14. זאת ועוד: כאשר ביקש חוק היסוד הנוכחי להוציא את ראש הממשלה מתחולת הדיבור “שר” הוא עשה כן במפורש (ראו, למשל: סעיף 22 לחוק היסוד הנוכחי). זאת, בניגוד לחוק היסוד משנת 1992, שבו – בדומה להוראת סעיף 33(ד) הנזכרת – נכללו הוראות אשר בהן הוכלל במפורש ראש הממשלה במסגרת הדיבור “שר” (ראו, למשל: סעיפים 41-42 לחוק היסוד משנת 1992, שעניינם אצילת ונטילת סמכויות). הסיבה להבדל זה נעוצה במעבר לשיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה. מעבר זה הוליד צורך להבהיר כי ראש הממשלה היה מוסמך לכהן במקביל כשר, וזאת בשל השינוי במעמדו של ראש הממשלה לעומת השרים. בחוק היסוד הנוכחי, בדומה לחוק היסוד משנת 1968, כלול ראש הממשלה בין השרים ולא קיימת הבחנה כאמור – שכן, כפי שצוין, “הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים” (סעיף 5(א) לחוק היסוד הנוכחי). משכך, התייתר צורך בהוראה מפורשת בעניין סמכותו לכהן כשר הממונה על משרד:

"נזכיר כי חוק היסוד משנת 1992 קבע כי 'הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים', קרי, ברגיל ראש הממשלה אינה נמנה על השרים. אי לכך, מן ההכרח היה להבהיר כי גם הנושא בתפקיד ראש הממשלה רשאי לכהן במקביל כממונה על משרד בממשלה. עם החזרה לשיטה הפרלמנטארית בחוק משנת 2001, הרי ששוב לא היה צורך בהוראת סעיף 33(ד) הנ"ל, שכן ראש הממשלה גם הוא כלול בין השרים" (שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק-יסוד: הממשלה 234 (עמיד להתפרסם); עיינו באופן כללי, שם, בעמודים 233-235 לכתב היד שבידי).

15. קשה, אפוא, לייחס למכונני חוק היסוד כוונה ליצור הסדר שלילי באשר לסמכותו של ראש הממשלה לכהן כשר. ממילא, בפרשנות חוקי היסוד לא התכלית הסובייקטיבית היא המכרעת, כי אם התכלית האובייקטיבית (ראו: ברק פרשנות תכליתית, בעמוד 456). התכלית האובייקטיבית משקפת, במספר רמות הפשטה, את תפיסות היסוד, את הערכים ואת המטרות שהטקסט החוקתי נועד להגשים במדינה דמוקרטית (ראו: שם, בעמודים 444-445). מהתכלית האובייקטיבית של חוק היסוד הנוכחי מתבקש הפירוש לפיו ראש הממשלה מוסמך לכהן במקביל כשר הממונה על המשרד.

16. אחת התכליות האובייקטיביות המונחות בבסיס חוק היסוד הנוכחי היא מעמדו של ראש הממשלה במסגרת ממשלתו כ"ראשון בין שווים" (רובינשטיין ומדינה, בעמוד 834), וכבעל הסמכות לעצב את הרכב הממשלה וחלוקת התפקידים בה. זוהי תפיסת יסוד במשטרנו הדמוקרטי, המשקפת גם את הערך החוקתי של הפרדת רשויות. יפים לכך דבריו של הנשיא א' ברק:

"ראש-הממשלה הוא שר (סעיף 5(א) לחוק-יסוד: הממשלה [הנוכחי – מ.ג.]). כל דין הנגזר ממעמדו של שר נגזר גם ממעמד ראש-הממשלה, עם זאת ראש-הממשלה הוא שר מיוחד במינו. הוא ראש וראשון לשרים. כך הדבר בשל הוראות אחדות שבחוק-יסוד: הממשלה: ראשית, ראש-הממשלה הוא המרכיב את הממשלה. נשיא המדינה מטיל את תפקיד הרכבת הממשלה על חבר-כנסת (סעיף 7(א) לחוק-יסוד: הממשלה). משהורכבה הממשלה על-ידי אותו חבר-כנסת הופך הוא לראש-הממשלה (סעיף 13(ג) לחוק-יסוד: הממשלה) [...]. שנית, הממשלה אחראית אחריות משותפת בפני הכנסת, אולם השרים עצמם אחראים בפני ראש-הממשלה על התפקידים שעליהם הם ממונים (סעיף 4 לחוק-יסוד: הממשלה). זוהי אחריות אישית של כל שר ושר כלפי ראש-הממשלה באשר למילוי תפקידו כשר. שלישית, ראש-הממשלה הוא המנהל את ישיבות הממשלה (ראו והשוו סעיף

16(א) לחוק-יסוד: הממשלה). רביעית, התפטרותו, או פטירתו, של ראש-הממשלה דינה כהתפטרות הממשלה כולה (סעיפים 19 ו-20 לחוק-יסוד: הממשלה). זאת ועוד, בידי ראש-הממשלה מצויה הסמכות להביא בנסיבות מסוימות ובהסכמת נשיא המדינה לפיזור הכנסת כולה (סעיף 29(א) לחוק-יסוד: הממשלה). לבסוף, אם חדל שר לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו, ממלא את מקומו ראש-הממשלה או שר אחר שקבעה הממשלה (סעיף 24(ב) לחוק-יסוד: הממשלה). הנה-כי-כן, ראש-הממשלה הוא אמנם חבר בממשלה, אך מעמדו הוא מעמד מיוחד. הוא ראשה של הממשלה. הוא המרכיב אותה. הוא המעצב את הרכבה ואת חלוקת התפקידים בה, והוא המנווט את פעילויותיה ואת יעדיה העיקריים" (בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 461 (2004) (להלן: עניין פוקס) (ההדגשות הוספו – מ.ג.)).

17. תכלית זו נלמדת מלשון הטקסט החוקתי ומערכי היסוד של השיטה (ראו ברק פרשנות תכליתית, בעמודים 447, 449). היא נלמדת גם מההלכה הפסוקה (ראו: שם, בעמוד 448). בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדו המיוחד של ראש הממשלה, ועל שיקול הדעת הרחב המסור לו בהרכבת ממשלתו (ראו: עניין פוקס, בעמוד 465; בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, 476 – 478 (2007) והאסמכתאות שם; ראו והשוו גם: בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 58 (1997); עניין שטנגר, בעמוד 492; עיינו גם: רובינשטיין ומדינה, בעמוד 836).

18. העתירה שלפנינו עסקה אך ורק בשאלה האם ראש הממשלה מוסמך לכהן גם כשר הממונה על משרד. תשובתי על כך היא בחיוב. לא הכרעתי – לכאן או לכאן – במה שאינו טעון הכרעה במקרה דנן: רוחב שיקול הדעת הנתון לראש הממשלה בכגון דא ומידת התערבותו של בית משפט זה.

אשר על כן, עמדתי היא כי יש לדחות את חלקה השני של העתירה, ללא צו להוצאות.

19. אחר הדברים האלה, עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר. עמדתי לא השתנתה, ואבקש להדגיש כמה עניינים.

לעמדת חברי, מפרשנותו של חוק היסוד הנוכחי עולה כי ראש הממשלה נעדר סמכות לכהן במקביל גם כשר הממונה על המשרד. את טענתו זו מבסס חברי הן על קיומו של הסדר שלילי – הנלמד לשיטתו מהשמטתה של הוראת סעיף 33(ד) מחוק היסוד הנוכחי ומקיומו של הסדר הנוגע למילוי מקומו של שר באופן זמני (סעיף 24 לחוק היסוד הנוכחי) – הן על הוראות אחרות, המצויות בחוק היסוד הנוכחי, כגון, ההוראה הקובעת כי חוק יכול שיסמיך את "ראש הממשלה או שר" להתקין תקנות (סעיף 37(ב) לחוק היסוד הנוכחי) וההוראה הנוגעת לאחריות המיניסטריאלית. דעתי, כאמור, אינה כדעתו. לא מצאתי אחיזה לשיטתו של חברי, לא בלשונו של חוק היסוד הנוכחי, אף לא בתכליתו. הרחבתי על כך לעיל, ועל כן לא אחזור, אך אדגיש כי לדעתי, מפרשנות של חוק היסוד מתוך מבט רחב, שאינה לגליסטית או פדנטית, עולה כי הסמכות קיימת; וכי מהיעדרה של ההוראה שבה הוסדרה במפורש סמכותו של ראש הממשלה לכהן גם כשר (סעיף 33(ד) לחוק היסוד משנת 1992) – אין ללמוד "לאו", כי אם "כן".

20. אין בידי לקבל את טענתו של חברי כי מגישה פרשנית זו נובעים קשיים מעשיים. ממילא, רובם ככולם פתרון מצוי בכללים הפרשניים ובמידות הפרשניות הנהוגים עמנו (כגון, *lex specialis derogat lex generali* ו-*ejusdem generis*). אף לא מקובל עלי כי חוק היסוד הנוכחי "לא צפה מצב שבו ברגיל ראש הממשלה יכהן גם כשר הממונה על משרד" (פסקה 15 לחוות דעתו של חברי), וזאת לנוכח ההיסטוריה הטרומ-חוקתית, עליה עמדתי בחוות דעתי, אשר מהווה כאמור מקור לגיבוש התכלית (ולפיכך איני רואה להידרש כלל למעמדו של נוהג חוקתי).

21. אשר למשפט המשווה, אליו התייחס חברי בהרחבה, אכן, ככלל, מדובר במקור חשוב להשראה פרשנית ובכך פורה להרחבת האופקים. אולם לא תמיד יש מקום להשראה פרשנית כזו. מעבר לקיומו של בסיס אידיאולוגי משותף בין שיטות המשפט ונאמנות משותפת לערכי יסוד, נדרש גם כי "אין דבר בהתפתחות ההיסטורית ובנסיבות החברתיות העושה את השיטה המקומית או הזרה לשונה באופן שהשראה פרשנית קשה היא" (ברק פרשנות תכליתית, בעמוד 452). איני סבורה כי השראה פרשנית כזו היא מתאימה בנסיבות המקרה שלפנינו, לנוכח ההיסטוריה החוקתית המורכבת ולנוכח ההבדלים המהותיים בשיטות הממשל. מכל מקום, רבות מהדוגמאות שהביא חברי, למשל בעניין המגמות הנהוגות בגרמניה ובאנגליה כלל אינן מצביעות על גישה של

היעדר סמכות, כי אם על נוהג שלא להפעילה. מדובר, אפוא, במישור שיקול הדעת – אשר, כזכור, לא עלה כלל בעניין שלפנינו.

22. לטעמי, חלק מסוים מטענותיו של חברי, אף שבחר להעלותן במסגרת הדיון במישור הסמכות, עוסקות למעשה במישור שיקול הדעת. כך, למשל, ציין חברי כי לפי הפרשנות המוצעת "ראש הממשלה יכול למלא גם את תפקידם של כל השרים" (פסקה 9 לחוות דעתו; ההדגשה הושמטה – מ.ג.), וכן הצביע על העומס הרב המוטל על ראש הממשלה, אשר עלול למנוע ממנו להקדיש את מלוא הזמן ותשומת הלב המתחייבים לתפקידיו המיניסטריאליים (ראו: פסקה 17 לחוות דעתו). עוד ציין חברי כי במקרים מסוימים כהונתו של ראש הממשלה גם כשר הממונה על משרד עלולה להוביל לפגיעה בזכויות היסוד (ראו: פסקאות 38-40 לחוות דעתו). מבלי להביע עמדה לגופם של דברים, אין עניינן של סוגיות אלה בשאלת סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל כשר, כי אם בשאלת שיקול הדעת בהפעלתה של הסמכות. כאמור, אין בכוונתי לדון בסוגיות אשר לא עלו מן העתירה שלפנינו ולהכריע במה שאינו טעון הכרעה.

23. ובהתייחס לחוות דעתם של חבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט נ' הנדל, ובמיוחד לתוצאה שאליה הגיעו. חבריי הצטרפו למסקנתי כי דינה של העתירה להידחות שכן חוק היסוד הנוכחי לא ביקש לשלול את סמכותו העקרונית של ראש הממשלה לכהן במקביל כשר. ואולם, חבריי קבעו כי לצד דחיית העתירה יש להוציא בהליך דנן "התראת בטלות" במובן זה שככל שלא ישתנה המצב הקיים מהותית כתום תקופה של שמונה חודשים, יתכן מקום לבירור מחדש של שאלת הסמכות והפעלתה. לתוצאה זו הגיעו חבריי לאור מסקנתם כי חריגה קיצונית ממתחם הסבירות בהפעלת הסמכות, עשויה בעתיד לצבוע אותה "בצבעים של חריגה מסמכות". במילים אחרות, חבריי קבעו כי יש מקום להוצאת "התראת בטלות" שכן הפגמים הלכאוריים עליהם הצביעו במישור שיקול הדעת, עשויים יהיו להצדיק בעתיד את הקביעה כי ראש הממשלה אינו מוסמך לכהן בתפקידים מיניסטריאליים נוספים בהיקף מסוים (ראו פסקה י' לחוות דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין ופסקה 3 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל).

24. הדיון שקיימו חבריי בעילת הסבירות, ובשאלה האם פגמים במישור שיקול הדעת יצדיקו בעתיד מסקנה של חוסר סמכות, הוא דיון שחורג ממסגרת הטענות שהוצגו לפנינו בעתירה זו. חבריי לא הסתפקו בדיון בסוגיה של שיקול הדעת. חבריי הוסיפו ועיצבו את הסעד המוצע על ידם בעתירה בהתחשב במסקנות הלכאוריות שאליהן הגיעו במישור שיקול הדעת. לעניין זה אבקש להדגיש: בעלי הדין לא העלו לפנינו כל טענה הנוגעת למישור שיקול הדעת. למשיבים לא ניתנה הזדמנות להשמיע את טענותיהם במישור זה. לא ניתנה להם הזדמנות להתייחס לסעד של "התראת הבטלות". העותרת עצמה הבהירה באופן שאינו משתמע לשני פנים, כי טענותיה מתמקדות במישור הסמכות ובמישור זה בלבד (בא-כוח העותרת ציין במהלך הדיון: "אני טוען אך ורק לעניין הסמכות. אין סמכות לראש הממשלה לאור התיקון שהיה להחזיק במשרדים נוספים" (עמ' 2 לפרוטוקול מיום 10.11.2015)). ממילא, העותרת לא טענה כי פגמים במישור שיקול הדעת עשויים להוביל לחוסר סמכות.

25. להשקפתי אין מקום לדון בטענות שלא נשמעו ובסוגיות שלא הועלו על ידי בעלי הדין. על כן איני סבורה כי היה מקום לדון בשאלות ממישור שיקול הדעת, ובוודאי שלא היה מקום לתת סעד של "התראת בטלות" שכלל לא נתבקש ומבלי שניתנה למשיבים הזדמנות נאותה להתייחס לכך. כשלעצמי אני נמנעת מלחוות כל דעה בנושאים שלא עמדו לפנינו. לשיטתי יש להעדיף קביעה לפיה "כשנגיע לגשרים נחצה אותם" (ראו והשוו: דבריי בע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים (28.12.2009); דבריי בע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (6.7.2011); ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פסקה 2 לחוות דעתי (28.5.2012); דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' כהן, פסקה 49 לחוות דעתי (14.4.2013)).

על כן נמנעתי מלחוות כל דעה בעניין עתירה או סעדים שאינם עומדים להכרעה במסגרת הדיונית שנקבעה.

ה נ ש י א ה

1. לאחר עיון בחוות דעתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור – אין בידי להצטרף לעמדתה ולתוצאה המוצעת על ידה.

לשיטתי היה מקום להוצאת צו-על-תנאי בעתירה לשם בירור הסוגיה: האם חוק יסוד: הממשלה מאפשר לראש הממשלה בנסיבות רגילות (שאינן מוסדרות בסעיף 24(ב) ו-ג) לחוק היסוד האמור) – לשמש, בצד כהונתו הרמה, גם כשר הממונה על משרד (וממילא למנות לעצמו סגן שר). להשקפתי, בעקבות הצו-על-תנאי, ככל שהמשיבים לא היו נותנים טעם להצדקת הדבר – ראוי היה כי נעשה צו מוחלט במכלול ונאסור על ראש הממשלה כפילות מעין זו.

2. את הבסיס לגישתי הנ"ל התוויתי לראשונה בגדר הערה נרחבת שהצגתי ב- בג"צ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (09.06.2009) (להלן: ענין ההסתדרות הרפואית). באותה פרשה נדונה עתירה כנגד כהונתו של חבר הכנסת, הרב יעקב ליצמן, שמונה בשעתו, בתאריך 6.4.2009, לכהונת סגן שר הבריאות במעמד של: סגן שר במעמד שר. בפסק-הדין שהוצאנו בפרשה, קבענו כי למוסד האמור – אין עיגון בחוק יסוד: הממשלה. עם זאת בשל הרקע ההיסטורי ובשים לב למעין-הסתמכות שנוצרה – העתירה שם נדחתה, תוך שאנו מבהירים כי מצב דברים שכזה איננו יכול להישנות בעתיד ולכן הוצאנו לגביו: "התראת בטלות" (ראו: פסקה מ"א לפסק דינו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית שם, ולעמדתו הצטרפנו: הנשיאה ד' ביניש והח"מ).

בענין ההסתדרות הרפואית העליתי טעם אפשרי נוסף ל"התראת הבטלות". הצגתי שם שאלה האם נוכח ביטולה של ההוראה, שהיתה קיימת בחוק יסוד: הממשלה הקודם (שהיה מבוסס על תפיסה של בחירה אישית וישירה של ראש הממשלה בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות וחשאיות) ואשר איפשרה במפורש לראש הממשלה לכהן גם כשר ממונה על משרד – אין מקום לומר שעל פי חוק יסוד: הממשלה הנוכחי (שהתקבל בכנסת בתאריך 7.3.2001) כהונה מקבילה שכזו אסורה היא (למעט בנסיבות של סעיפים 24(ב) ו-ג) לחוק יסוד: הממשלה, שמכלל הן שבהם, אתה למד לאו בשאר המקרים), וממילא מאחר שראש הממשלה איננו יכול לכהן כשר כאמור – הוא לא רשאי למנות לעצמו ככזה סגן שר (להלן: הפרשנות החדשה). מניתי בהקשר זה שורה של שיקולים פרשניים וחוקתיים, בין השאר, תוך הפניה למשפט משווה – המצדדים בפרשנות החדשה, ואולם ציינתי כי יש בנמצא גם נימוקים אחדים להצדקת הפרקטיקה שנהגה עד אז ולפיה ראש הממשלה כיהן לעתים אף כשר הממונה על משרד (להלן:

הפרשנות הישנה). בסיום הדברים בסוגיה הבעתי את הדעה, כי אפילו אם הפרשנות החדשה נראית עדיפה – יש לאפשר למערכת החוקתית להפנים ברירה זו ולהסתגל אליה, או להגיב עליה. הוספתי בהקשר זה כך:

”כאן אף מתבקש שאם הרשות המכוננת תהיה סבורה שאין לקבל את הפרשנות האמורה, היא ודאי תשכיל להאיר את עמדתה – וזאת בדרך של הבהרה, או תיקון של חוק היסוד הרלוונטי”.
(שם, בפסקה 6 (ב) לחוות דעתי).

הנשיאה ד' ביניש התנגדה לגישתי האמורה, אף שציינה כי הניתוח שערכתי הוא: ”מקיף ומעניין”, ו”מעורר חשיבה חדשה – אולי גם ראויה – בשיטתנו”. יחד עם זאת היא סברה – על פי ניתוח של פסיקה קודמת ושל הפרקטיקה שנהגה – כי שינוי, כפי שהצבעתי עליו, מחייב התייחסות מפורשת בחוק היסוד, וזו היתה חסרה לדעתה (שם, בפסקה 2 לחוות דעתי).

חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, הגיב, מאידך גיסא, על דברי באלו

המלים:

”דומני כי כיום עודנו מצויים בגדרי 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-ידיו, על פניה; אלא שאיננו חיים בעולם אידיאלי, וטעונה היא ליבון לעתיד לבוא, וכדברי הפתגם הסיני, גם המסע הארוך ראשיתו בצעד אחד”
(שם, בפסקה מ”ג לחוות דעתו).

3. לא עברו אלא כשש שנים ושוב חזרה הקושיה לפתחנו – בכל היבטיה, שכן ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בעת שהציג בפני הכנסת, בתאריך 14.5.2015, את הממשלה החדשה שהרכיב, קיבל על עצמו לכהן גם כשר החוץ, כשר הבריאות, כשר התקשורת וכשר לשיתוף פעולה אזורי, ומינה לעצמו, לאחר מכן, סגני שרים במשרד הבריאות (את חבר הכנסת הרב יעקב ליצמן), במשרד החוץ (את חברת הכנסת ציפורה חוטובלי) ובמשרד לשיתוף פעולה אזורי (את חבר הכנסת איוב קרא).

4. במסגרת העתירה שהוגשה על-ידי העותרת כנגד ההתנהלות הנ"ל, החלטנו, בתאריך 13.7.2015, כי הליך הבירור יפוצל, כך שבעניין המוסד של: "סגן שר במעמד שר" יינתן פסק-דין חלקי ולאחר מכן ימשך הדיון בסוגיה האחרת לגבי סמכותו של ראש הממשלה לכהן במקביל גם כשר הממונה על משרד.

5. בתאריך 23.8.2015 הוצאנו – לאחר שמיעת טיעונים מצד ב"כ הצדדים – פסק-דין חלקי, בגדרו קבענו כי אין עוד תוקף למוסד של: "סגן שר במעמד שר". בעקבות פסק-דיננו זה – ראש הממשלה בנימין נתניהו חדל מלכהן כשר הבריאות, וסגן שר הבריאות, חה"כ הרב יעקב ליצמן, מונה, בתאריך 2.9.2015, כשר הבריאות.

6. לאחר הדברים הללו שמענו, בתאריך 10.11.2015, טיעונים בסוגיה השניה שנותרה תלויה ועומדת, ובשאלה זו הגעתי כאמור למסקנה כי לכאורה, בנסיבות רגילות – אין לראש הממשלה סמכות לשמש, בצד כהונתו הרמה, כשר הממונה על משרד, שהרי לא רק שהפרשנות החדשה אותה הצגתי בעניין ההסתדרות הרפואית היא עדיפה, אלא שהתיקונים שהוכנסו בינתיים בחוק יסוד: הממשלה מחייבים תוצאה על פיה עתה זוהי הפרשנות האפשרית היחידה המתבקשת.

אעבור לפיכך עכשיו להנמקה. הילוך טיעוני יתנתב כדלקמן: בפרק א' אדון בפרשנות הטקסט החוקתי מתוכו; בפרק ב' אציג את תורת הפרשנות החוקתית המשתמעת ואת הכלים והמרכיבים שבעזרתם היא מתעצבת ואשר ישמשו אותי בהמשך הדרך; בפרק ג' אעסוק בהיסטוריה החוקתית והפסיקתית הרלבנטית; בפרק ד' אעבור לבירור הערכים החוקתיים העומדים בבסיס הדברים וכן אעמוד על ההשלכות הנלמדות מהמשפט המשווה לענייננו. תוך כדי הדיון בפרקים הנ"ל אשלול, במקומות המתאימים, טיעונים נוגדים שהעלו המשיבים; בפרק ה' אבדוק מה כוחו של הנוהג הקונסטיטוציוני הנטען בהקשר שלנו ובפרק ו' אביא סיכום ומסקנות. בשים לב לעובדה שלאחר הדברים האלה הגיעו אלי חוות הדעת של חברי ותוספות של חברתי הנשיאה – אציג בקצרה בפרק ד' תגובות והערות לאלה, ואשלים את הניתוח בסוף דבר קצר.

אפרט, איפוא, עכשיו ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

פרק א': פרשנות הטקסט החוקתי מתוכו

7. חוק יסוד: הממשלה, כמו-גם חוקי היסוד האחרים אצלנו הם פרקים בחוקה העתידית שלנו. פרשנותם מבוססת בראש ובראשונה על הטקסט הכתוב, זאת מתוך הנחה שמדובר בחוקה פורמלית (Formal Constitution) ולא בחוקה שאיננה כתובה (Unwritten Constitution), לה כללי עיצוב ופרשנות שונים. בפיענוח הנוסח החוקתי הפורמלי (להלן – החוקה המפורשת) יש ליתן משמעות למובן המפורש של הטקסט הכתוב, אך גם להתייחס למובן המשתמע שלו (להלן – החוקה המשתמעת). ראו: פרופ' אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה כתובה", עמ' 1-6 (עתיד להתפרסם בכתב העת משפטים בשנת 2016 (להלן: ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה). המסגרת הפרשנית האמורה, תחומה היא: מחד גיסא אין היא עוסקת ב"רקמה פתוחה", כמו חוקה-לא-כתובה, הניזונה רבות ממנהגים ומקונבנציות חוקתיות (עיינו רשימת ההפניות בה"ש 20 למאמרו של ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה), ומאידך גיסא אין היא מתייחסת גם לחוקה כקודקס, שההנחה היא שהוא מסדיר-כל. במיוחד נכונים הדברים אצלנו, כאשר המפעל החוקתי שלנו טרם בא לידי סיום. לפיכך בצד הנורמות החוקתיות, אותן אפשר לחלץ מההוראות המפורשות שבחוקי היסוד, ניתן לדלות גם כללים נוספים ממה שנלמד, או משתמע מ"בין השורות", כאילו אלה היו כתובים שם – בלשונו המטפורית של הנשיא א' ברק – "בדיו בלתי נראית" (ראו: בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 703 (2004) (להלן: ענין סיעת חד"ש); עיינו והשוו):

LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008) (TRIBE : להלן);

AKHIL REED AMAR, AMERICA'S UNWRITTEN CONSTITUTION: THE PRECEDENTS AND PRINCIPLES WE LIVE BY (2012) (AMAR : להלן)

גישה זו תואמת באופן בסיסי אף את מורשת ישראל – ביחס שבין התורה שבכתב לתורה שבעל-פה, ולא ארחיב בנושא זה כאן.

8. אפתח, איפוא, בליבון ההוראות המפורשות שבחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, הרלבנטיות לענייננו – ובהשלכותיהן על הסוגיה שבפנינו. בעשותי כן אתייחס לנוסחו הקיים של חוק יסוד: הממשלה, וזאת, בין השאר, בשים לב לנתון הקונסטיטוציוני שחוק יסוד: הממשלה ככזה (ככל חוקי היסוד) – איננו נושא תאריך (לנפקות הדבר – ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, 560-561 (1995), דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין שם (להלן: ענין בנק המזרחי). בהמשך, נוכח טיעוני ב"כ הצדדים ועמדת חברתי הנשיאה – אדון בנפרד בפרק ג' – בהשפעת תהפוכות "תולדותיו" של חוק יסוד: הממשלה והפסיקה שדנה בו על פרשנותו (השוו: בג"ץ 4031/94 ארגון בצדק נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (1994)).

אפנה איפוא עתה לסקירת ההוראות הנ"ל – מנקודת מבט של משפטן המנתח ומפרש את ההוראות השונות שבחוקה המפורשת **מתוכה**.

9. סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה מורה כדלקמן:

המהות "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"

להוראה זו משמעות רבה, שכן היא מציגה (ככותרת הסעיף) את מהותו של הגוף הקולקטיבי. מכוחו של סעיף זה – הממשלה (בשונה מראש הממשלה) היא זו שנחשבת לרשות המבצעת של המדינה (עיינו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה 100, 235 (עתידי להתפרסם ב-2016) (להלן: שטרית – הרשות המבצעת)). בכך הממשל שלנו שונה, למשל, מהממשל הנשיאותי הנוהג בארה"ב (שם הנשיא הוא הרשות המבצעת). יש להזכיר עקרון יסודי זה, שכן נציגת הפרקליטות אישרה, בדיון שהתקיים בתאריך 10.11.2015, בשם המשיבים 1-6, כי על פי התפיסה המשפטית, לה היא טענה – ראש הממשלה יכול למלא גם את תפקידם של כל השרים (שם בעמ' 5 לפרוטוקול). גישה זו מרוקנת מתוכן את האמור בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה הנ"ל, וכן את קביעת סעיף 5 לחוק יסוד: הממשלה, בו אדון בפסקה הבאה. ראוי לציין בהקשר זה כי פרופ' שטרית, אף שהוא תומך בספרו בהשאת הפרשנות הישנה על כנה (בין היתר על פי הציטוט שהובא בפסקה 14 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה) – סבור כי גם מצב שבו ראש הממשלה ממונה על מספר משרדים בלבד: "אינו מתיישב עם רוחו של חוק היסוד, לפיו הרשות המבצעת היא הממשלה בכללותה" (שטרית – הרשות המבצעת, בעמ' 235).

10. סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה קובע כך:

"הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים".

מהוראה זו אנו לומדים מספר עניינים:

(א) הגוף הקולקטיבי (הממשלה) כולל שני רכיבים: את ראש הממשלה מצד אחד, ואת השרים מצד שני (למשמעות הצירוף: "שרים אחרים" – עיינו בס"ק ד) שלהלן).

הנה כי כן לכאורה כל רכיב בהגדרה זו עומד לעצמו, ובעת שהיה צורך להכלילם – המכונן קרא להם: חברי הממשלה. עיינו: סעיף 5(ו) לחוק יסוד: הממשלה, המורה כדלקמן:

”מספר חברי הממשלה, ובכלל זה ראש הממשלה, לא יעלה על 19, אלא אם כן הביעה הכנסת אמון בממשלה או החליטה לאשר צירוף שרים לממשלה, ברוב של שבעים חברי הכנסת לפחות”
(ההדגשה שלי – ח”מ).

זה המקום להעיר כי על פי גישת המשיבים, אשר מכוחה ראש הממשלה גם הוא בבחינת שר – ניתן היה להסתפק בקביעה כי: ”מספר השרים – לא יעלה על 19”. זאת ועוד, בהתאם לשיטה שבאת-כוח המשיבים 1-6 טענה לה – ראש הממשלה יכול לאייש בעצמו את כל תפקידי השרים, ונמצא שהוראת סעיף 5(א) הנ”ל נעשית פלסטר.

(ב) כינויו של מי שעומד בראשות הממשלה הוא: ”ראש הממשלה”, ולא ראש השרים, או ראשון השרים. אני רואה להדגיש את הדבר, שכן בבריטניה, ממנה שאבנו בתחילת הדרך את עיקרי השיטה החוקתית שלנו (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ’ 280; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל – כרך א’: עקרונות יסוד 17 (מהדורה 6, 2005)) – תפקיד ראש הממשלה התפתח בשיטה של ”קונבנציה קונסטיטוציונית”, שהתבססה על מוסד שהגיע לאנגליה מצרפת, שם אחרי מותו של לואי ה-14 (ב-1715) נתמנה לראשונה מי שתואר כ- Premier Minister, או Principle Minister. בעקבות זאת, Sir Robert Walpole האנגלי, שמונה בבריטניה לתפקיד מקביל ב-1722, כונה: Premier Minister ונחשב כ- "First Prime Minister Of England", למרות שתוארו המיניסטרילי הרשמי היה רק: "The First Lord Of The Treasury" (ראו: LORD ROBERT BLAKE, THE OFFICE OF PRIME MINISTER 6 (1975);

RODNEY BRAZIER, MINISTERS OF THE CROWN 5 (1997) (להלן: BRAZIER);

LEOPOLD, O. HOOD PHILLIPS AND JACKSON -
HOOD: CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 358-360 (8th ed., 2001) (להלן: HOOD);
A.W BRADLEY AND K.D EWING CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 969 (14th ed., 2008) (להלן: BRADLEY).

(ג) זה המקום לציין כי ברבות השנים, ראש הממשלה הבריטי נטל על עצמו מעת לעת גם תפקידים מיניסטריליים שונים (כך, למשל, נהג צ’רצ’יל בעת מלחמת העולם השנייה; עם זאת האחרונים שעשו כן בבריטניה היו: קלמנט אטלי, שכינה גם כשר ההגנה ב-17 החודשים הראשונים לכהונתו (שנמשכה מתאריך 27.7.1945 ועד תאריך

26.10.1951) והרולד וילסון, שניהן 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 צמח כאמור מתפקיד של שר רגיל, שהשרים האחרים סרו למרותו. פורמאלית עד היום ראש הממשלה הבריטי מכהן גם בתואר של: Minister for the Civil Service-וכ- First Lord of The Treasury (אף ששרד ממשלתי זה בוטל באנגליה עוד ב-1981), ואולם אנומליה זו מוסברת שם בכך שרק בזכות תארים אלה והמסורת האנגלית רשאי ראש הממשלה הבריטי (מכוח החוקים הרלבנטיים) – לקבל משכורת ופנסיה (עיינו: HOOD PHILLIPS, בעמ' 309).

להשלמת התמונה אבהיר עם זאת כי בסוגיה שלפנינו גם "הקונבנציה החוקתית" בבריטניה נעה בעשורים האחרונים לכיוון התואם את הפרשנות החדשה, והכלל החוקתי מנוסח שם עתה ב- Understatement אנגלי טיפוסי – כך:

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

זאת ועוד – בפועל הן בבריטניה (בעקבות כהונתו של Herold Wilson כראש ממשלה שם בשנים: 1964 – 1970) והן בקנדה (בעקבות כהונתו של Jean Chrétien כראש ממשלה שם בשנים 1993 – 2003) התגבשה התפיסה שעל ראש הממשלה לתפקד בעקרון רק כמנצח על תזמורת וככלל אין עליו לשמש, בנוסף, כנגן בתזמורת (ראו: HEROLD WILSON, THE LABOUR GOVERNMENT 1964-1970: A PERSONAL RECORD (1971); JEAN CHRÉTIEN, MY YEARS AS PRIME MINISTER, 33 (2010)). זהו אף המודל המקובל ביפן לגבי מעמדו ותפקידו של ראש הממשלה שם. עיינו: Peter Gourevitch "Domestic Politics and International Relations" in HANDBOOK OF INTERNATIONAL RELATIONS 309 (Eds. Walter Carlsnaes, Thomas Rise, and Beth A. Simmons, (London: Sage, 2002).

אצלנו גישה דומה, כך נראה, מבוטאת כאמור – אפילו בשמו של בעל התפקיד (ראש הממשלה), מה שמגלם הפרדות מהתפיסה האנגלית הקלסית לפיה המכהן בתפקיד זה הוא רק: "ראשון בין (שרים) שווים" (Primus Inter Pares). כך פירשה את הדברים אף הועדה לבחינת מטה ראש הממשלה (שחבריה היו: מר יוסי קוצ'יק (יו"ר), גב' יעל אנדורן, פרופ' דוד דריי, פרופ' גדעון ספיר ועו"ד דרור שטרום), אשר בהתייחסותה לסעיף 5 לחוק יסוד: הממשלה הביעה דעתה כדלקמן:

”לא מדובר במודל של ראשון בין שווים, כי אם במודל של ראש ממשלה שהוא בעל מעמד שונה וקודם לשריו” (דו”ח הוועדה מאפריל 2012, בעמ’ 28).

(ד) המשיבים מבקשים כאמור ללמוד מהצירוף: ”הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים” ומהמיקוד שהם שמים על המילה: אחרים שם, שאף ראש הממשלה הוא בבחינת שר. יתכן והבנה כזו אפשרית לצרכים מסוימים (למשל לענין משכורות וגמלאות – עיינו: סעיף 36 לחוק יסוד: הממשלה והשוו לפרקטיקה באנגליה המתוארת בס”ק ג) שלעיל), ואולם אני קורא את הדגש במילה: אחרים – אחרת.

לדעתי יש להסיק מהאמור בסעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה, כי המכוון ביקש להדגיש בפנינו שהשרים הם שונים (אחרים) מראש הממשלה, ואילו האחרון מתייחד בכך שהוא יחיד ומיוחד (Sui Generis), כאשר שאר חברי הממשלה הם ”שרים אחרים”.

הפרשנות שבה נוקטים המשיבים היא מנגד דו-שלבית:

בשלב הראשון הם מסיקים מהעובדה שסעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה מדבר ב”שרים אחרים” כי ראש הממשלה אף הוא בחזקת שר. בשלב השני הם מבקשים להחיל כל הוראה שבחוק יסוד: הממשלה, שמזכירה שר, כאילו היא מדברת גם בראש הממשלה, אלא אם כן נאמר בטקסט החוקתי במפורש אחרת (ראו למשל: סעיפים 22(א), 24(א) ו-31(א) לחוק יסוד: הממשלה). עמדה זו לוקה, להבנתי, בשני פגמים:

(1) היא ”מותחת” את הגישה ”המרחיבה” הנקוטה בפרשנות חוקתית (אשר אומצה ב-בג”ץ 6924/00 שטנגר נ’ ראש הממשלה פ”ד נה(2) 485 (2001)) – אל מעבר לגייטימי, שכן פרשנות קונסטיטוציונית צריכה – אפילו היא ”מרחיבה” – להלך בנתיב המרכזי, להיות נאמנה ”לרוח החוקה” ולהיות מובנת, ללא פלפולים, לכל שדרות העם (השוו: ”WE THE PEOPLE...” בחוקה האמריקאית, ועיינו: AMAR ו-TRIBE, *BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991); *BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS* (1998); *BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION* (2014); *JAMES E. FLEMING, FIDELITY TO OUR IMPERFECT CONSTITUTION: FOR MORAL READING AND AGAINST ORIGINALISMS*, Chapter 7 *Fidelity to Our Living Constitution: Honoring the Achievements of We The People* (2015).

(2) היא סוטה מהנושא, שהרי השאלה כאן היא לא האם ראש הממשלה יכול להיחשב, לעתים ולנושאים מסוימים גם כשר, אלא אם ראש הממשלה יכול לשמש, בצד

כהונתו הרמה האמורה, גם כשר הממונה על משרד (להבחנה בין שני המושגים – עיינו, למשל: סעיפים 5(ג) ו-26(2) לחוק יסוד: הממשלה). בסוגיה זו התשובה העולה, לשיטתי, הן מהחוקה המפורשת והן מהחוקה המשתמעת (כפי שאראה בהמשך) היא שלילית, שכן את סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה יש לקרוא כך: "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים (שהם) אחרים".

גישתי האמורה באה לידי ביטוי פרטני ברבות מהוראותיו של חוק יסוד: הממשלה (ולגבי משמעות העובדה שהנוסח הנוכחי של סעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה היה קיים בחוק יסוד: הממשלה המקורי, שונה לאחר מכן בחוק יסוד: הממשלה מ-1992 וחזר במתכונתו זו לחוק היסוד בשנת 2001, אתייחס בנפרד בפרק ג', שיעסוק בהיסטוריה החוקתית הרלבנטית).

אדגים הדברים מיד בסמוך.

11. תפיסת המיוחדות של מעמד ותפקיד ראש הממשלה מקבלת נופך נוסף למה שנאמר קודם – בהוראת סעיף 5(ב) לחוק יסוד: הממשלה, 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(ד') לחוק יסוד: הממשלה).
(ההדגשות שלי – ח"מ).

יתר על כן, סעיף 5(ג) לחוק יסוד: הממשלה, שבא מיד לאחר סעיף 5(ב) הנ"ל, מדגיש וקובע:

"שר יהיה ממונה על משרד, ואולם יכול שיהיה שר בלי תיק".

דומה שהמונח שר איננו כולל כאן את ראש הממשלה, שהרי בהשלמה לכך ובנפרד מקביעת סעיף 5(ג) לחוק יסוד: הממשלה הנ"ל – הוראת סעיף 25(א) לחוק יסוד: הממשלה מלמדת אותנו כי ראש הממשלה הוא הממונה על משרד ראש הממשלה. לכן גם – מכוחו של אותו סעיף 25(א) הנ"ל – סגן שר הממונה על ידי ראש הממשלה נקרא: "סגן שר במשרד ראש הממשלה".

12. מסקנה דומה לזו שהובאה לעיל אפשר להסיק אף מהוראת האחריות המיוחדת שבסעיף 4 סייפא לחוק יסוד: הממשלה ("שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם ממונה השר"), שקודמת להוראת סעיף 5(ג) לחוק יסוד: הממשלה. זוהי אחריות

אישית של כל שר ושר כלפי ראש הממשלה באשר למילוי תפקידו כשר (ראו: בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(12), 446, 461 (2009)). הקביעה האמורה מבהירה, לפיכך, מדוע ברגיל – אין ראש הממשלה יכול לכהן כשר הממונה על משרד, שכן במקרה כזה תבוא האחריות המיניסטריאלית בפניו.

13. הגישה המוצגת פה אף מתבקשת מהצהרת האמונים הנפרדת שמצהיר ראש הממשלה, ככזה, מחד גיסא וכל אחד מהשרים, בכשירותם ככאלה, מאידך גיסא – בהתאם לסעיף 14 לחוק יסוד: הממשלה. נוסח זה איננו מתאים לראש ממשלה שהוא גם שר, ואכן ראש הממשלה, חה"כ בנימין נתניהו מסר, בתאריך 14.5.2015, רק הצהרת אמונים כראש ממשלה ולא מסר הצהרות אמונים נוספות בתוקף מעמדו כשר החוץ, כשר הבריאות, כשר התקשורת וכשר לשיתוף פעולה אזורי (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 – איננה מסדירה מילוי מקום של כהונת שר, שראש הממשלה ממלא. אף מכאן מתבקש לכאורה שכפילות זו איננה אפשרית.

14. סתירה של גישת המשיבים מתחייבת גם מהוראת סעיף 37(ב) לחוק יסוד: הממשלה, הקובעת כך:

"חוק יכול שיסמיך את ראש הממשלה, או שר להתקין תקנות בענין שנקבע בהסמכה".
(ההדגשה שלי – ח"מ).

לשיטת המשיבים ה-או הנ"ל לכאורה מיותר, שהרי הם קוראים שר ככולל גם את ראש הממשלה ולפיכך תמיהה-פליאה היא, על פי עמדתם, מדוע נוסח הסעיף, כפי שנוסח.

15. גישת המשיבים מעוררת אף קשיים מעשיים רציניים. ארחיב ואפרט:
(א) סעיף 42(ב) לחוק יסוד: הממשלה מורה כדלקמן:

"הכנסת רשאית, לפי דרישה של לפחות ארבעים מחבריה, לקיים דיון בהשתתפות ראש הממשלה בנושא שהוחלט עליו; דרישה כאמור יכול שתוגש לא יותר מאחת לחודש".

(סעיף 45 לתקנון הכנסת מפרט את ההסדרים המיוחדים שיש לקיים בדיונים מסוג זה).

טעם ההוראה ברור – לחייב את ראש הממשלה להופיע בפני הכנסת בנושא חשוב לסדר היום הציבורי, ובלבד שמתקיימים תנאי סעיף 42(ב) לחוק יסוד: הממשלה הנ"ל (ראו: שטרית – הרשות המבצעת, בעמ' 517-518).

בצד הוראה זו נאמר בסעיף 42(ג) לחוק יסוד: הממשלה כך:

"הכנסת, וכל ועדה מועדותיה במסגרת מילוי תפקידה, רשאיות לחייב שר להופיע בפניהן, ורשאיות לחייב סגן שר, באמצעות השר שמינה אותו, או בידיעתו להופיע לפניהן". (ההדגשה שלי – ח"מ).

(לפרשנות הסעיף – עיינו: שטרית – הרשות המבצעת, בעמ' 518).

עתה כשראש הממשלה מכהן גם כשר הממונה על משרד – האם רשאית הכנסת וכל ועדה מועדותיה לחייב את ראש הממשלה להופיע בפניהם במעמדו כשר שלא על פי הפרוצדורה הקבועה בסעיף 42(ב) לחוק יסוד: הממשלה? דומני שהמענה צריך להיות שלילי, שכן נראה שסעיף 42(ב) הנ"ל הוא בבחינת דין מיוחד (Lex Specialis) לראש הממשלה. ברור מכאן שחוק יסוד: הממשלה לא צפה מצב שבו ברגיל ראש הממשלה יכהן גם כשר הממונה על משרד, ולפיכך הוראת סעיף 42(ב) לחוק יסוד: הממשלה לא רק שהיא ייחודית וממצה, אלא שאין היא מטפלת במצב של כפילויות תפקידים מעין אלה, שהם נשוא דיוננו.

(ב) בחוק יסוד: הממשלה ובחוק הממשלה, התשס"א-2001 – אין הסדר לגבי הצבעותיו של ראש הממשלה, המכהן גם כשר הממונה על משרד. כיצד יש למנות, איפוא, את קולו? פעם אחת בלבד, או כמספר השרים שהוא משמש בתפקידים בפועל, בנוסף לקולו כראש הממשלה. אין זאת אלא שמצב כזה לא נצפה כאפשרי דרך כלל ולא הוסדר על-ידי המכונן והמחוקק, והרי להצבעות שכאלו יכולה להיות חשיבות קריטית בממשלה, בוועדת השרים לביטחון לאומי ובוועדות שרים נוספות (היועץ המשפטי לממשלה נדרש לעניין זה בהנחייה מס' 1.1101 מתאריך 01.12.1985, שעודכנה לאחרונה במאי 2015 ושם הוא הגיע למסקנה שמספר הקולות בממשלה כמוהו כמספר החברים בממשלה והוא מתחלק ביניהם – קול אחד לכל חבר ממשלה).

(ג) נניח, למשל, שראש הממשלה קיבל על עצמו לשמש גם כשר הכלכלה. בתור שכזה הוא אמור להיות חבר בוועדת הבחירה לשופטי בית הדין לעבודה (ראו: סעיף 4(ב) לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 4 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969). האם הוא ישב במקרה כזה תחת שר/ת המשפטים האמור/ה לכהן כיו"ר הוועדה? שוב – דומה כי אין תשובה בדין למצב הדברים האמור, שכן הנחת המחוקק היתה שכפילות מעין זו ברגיל לא תתכן (הסיטואציה הנוצרת כאשר מופעל סעיף 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה שונה היא ובת-פיתרון, נוכח זמניותה על פי סעיף 24(ג) לחוק יסוד: הממשלה, מה שמאפשר דחייה של ישיבות ועדת הבחירה לתקופה של עד שלושה חודשים, או על דרך של העברת סמכות על פי סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה).

16. לכל ההוראות הנ"ל יש להוסיף את הסעיפים שבחוק יסוד: הממשלה 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 בנוסף לכך (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 יכולים "להתמזג" בגדר אישיות אחת.

17. עד הנה הבאתי הוראות שונות מחוק יסוד: הממשלה, המצביעות על כך שכהונה של ראש הממשלה איננה מתיישבת עם היותו גם שר הממונה על משרד ממשלתי. עתה אנסה להראות "מן הישר אל הפוך", שהרי בחוק יסוד: הממשלה מנויים חריגים לכלל שנזכר ברישא, והיא הנותנת שרק בגדרם ראש הממשלה רשאי לשמש כשר ממונה על משרד ממשלתי. הוראות אלה צריכות להתפרש בצמצום ויש לקבוע לגביהן שמכלל הן שבהם – אתה שומע לאו במקרים אחרים (עיינו: פסק דינה של חברתי הנשיאה ב-בג"צ 10017/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' ממשלת ישראל, (25.05.2010) (להלן: ענין קרן דולב) ופסק דיני ב-בג"צ 2944/10, בג"צ 8692/11 אברהם קוריציקי נ' בית הדין לעבודה (13.10.2015), עתירות לדיון נוסף על פסק דין זה (דנג"צ 7730/15; דנג"צ 7649/15) נדחו בתאריך 23.2.2016; הרחבה נוספת ביחס לכלל זה תבוא בפרק ג' שלהלן).

ההוראה בה מדובר קבועה בסעיף 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה, המורה כדלקמן:

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

סעיף 24(ג) לחוק יסוד: הממשלה משלים את ההסדר האמור, וקובע כך:

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

צירוף ההוראות הנ”ל מלמד כי כאשר שר חדל מלכהן או שנבצר ממנו למלא את תפקידו – ראש הממשלה הוא ברירת המחלף למילוי מקומו (עיינו: שטרית – הרשות המבצעת, בעמ’ 362), וזאת לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים ומבלי צורך בקבלת אישור של הכנסת, הנדרש בכל מקרה אחר (עיינו עם זאת סעיף 10(ב)(6) לחוק הממשלה, התשס”א-2001, המחייב את הממשלה לפרסם במקרה שכזה הודעה ברשומות בדבר מינוי ממלא מקום לשר).

ניתן להסיק מכאן שראש הממשלה, מלבד כהונתו הרמה, יש לו תפקיד נוסף-בכח – לשמש עד תקופה של שלושה חודשים (ואם הממשלה לא קבעה אחרת) כממלא מקום של שר שחדל לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו. מעבר לכך – דומה שאין הוא יכול לשמש כשר הממונה על משרד, שהרי כהונה מקבילה שכזו במצבים אחרים חסרה עיגון בחוק יסוד: הממשלה, כמו שפסקנו לגבי: סגן שר במעמד שר (סעיף מסמך מפורש שהיה קיים בעבר בנושא זה בחוק יסוד: הממשלה הקודם בוטל כאמור, ולהשלכות הדבר עוד אחזור וארחיב בפרק ג’ שלהלן).

זה המקום להזכיר כי הסמכות הקבועה בסעיף 24(ב) לחוק יסוד: הממשלה הופעלה אפילו לאחרונה (בעת שעתירה זו היתה תלויה ועומדת) – פעמיים: פעם אחת לאחר ששר הכלכלה, חבר הכנסת אריה מכלוף דרעי, התפטר מתפקידו זה בתאריך 01.11.2015, ופעם שנייה לאחר ששר הפנים, חבר הכנסת סילבן שלום, התפטר מתפקידו בתאריך 24.12.2015 – ואז ראש הממשלה תפס את מקומו כאשר התפטרותם נכנסה לתוקף (זאת בנוסף להיותו באותה העת ראש ממשלה והשר הממונה על המשרדים הבאים: משרד החוץ, משרד התקשורת והמשרד לשיתוף פעולה אזורי).

דבר זה מלמד ש**סמכות-שבכח** זו, שהיא גזירת הכתוב ובכחינת פיתרון לאילוץ שיכול להיווצר לעתים – אין להוסיף עליה עוד סמכות ללא עיגון סטטוטורי, מה גם שהיא ממילא מכבידה בעת התממשותה (הבלתי צפויה לרוב) על ראש הממשלה.

בהקשר זה מהדהדים דברי האזהרה שהשמיע יתרו למשה:

”לא טוב הדבר אשר אתה עושה; נבול תיבול – גם אתה, גם העם הזה אשר עימך; כי כבוד ממך הדבר לא תוכל עשהו לבדך” (שמות י”ח, י”ז-י”ח).

18. סיכום חלקי עד כאן מוביל, לדעתי, למסקנה שהחוקה המפורשת (חוק יסוד: הממשלה) – איננה מקנה, ככזו, לראש הממשלה סמכות לכהן במקביל כשר הממונה על משרד ממשלתי, למעט במצב הדברים המוסדר בסעיפים 24 (ב) ו-24 (ג) לחוק יסוד: הממשלה (מילוי מקומו של שר שחדל לכהן, או שנבצר ממנו זמנית למלא את תפקידו). נשאלת עדיין השאלה האם החוקה המשתמעת, ככל שהיא קיימת, עשויה לשנות תשובה זו. בסוגיה האמורה ובנגזר הימנה אתמקד בהמשך הדיון.

19. חברתי הנשיאה יוצאת מנקודת הנחה שונה במעט מזו שלי. היא סבורה כי חוק היסוד הנוכחי שותק באשר לסמכותו של ראש הממשלה לכהן, בנוסף לתפקידו הרם, כשר הממונה על משרד, זאת בניגוד להשקפה שביטאתי, על פי ניתוחה, בענין ההסתדרות הרפואית, שם לסברתה עמדתי היתה כי את שתיקתו של חוק היסוד הנוכחי יש לפרש כהסדר שלילי. לגישה – שתיקת חוק היסוד איננה מהווה הסדר שלילי חוקתי, אלא השתמעות חוקתית חיובית, במשמעות ההבחנות שהציע פרופ' א' ברק בכתביו (ראו פסקאות 5 ו-6 לחוות דעתה). מעבר לכך מדבריה עולה כי לא מדובר בשאלה סמכותית, אלא רק בסוגיה הנוגעת לשיקול דעתו הרחב של ראש הממשלה, המסור לו בהרכבת הממשלה (וענין זה ניתן, כידוע, לתקיפה נפרדת – בעילות של חוסר סבירות וחוסר מידתיות, במיוחד כאשר הכמות יש בה כבר מן המהות).

הנה כי כן חברתי הנשיאה ואנוכי – שנינו מסכימים כי מתוך המובן המפורש של הטקסט החוקתי ניתן להסיק מובן משתמע, ואולם בו בזמן שאני סבור שיש בפנינו הסדר שלילי – חברתי הנשיאה סבורה שמדובר בהשתמעות חיובית ולפיכך היא אוזרת בדעה שההסדר שנקבע במפורש בחוק היסוד – יכול לחול גם על הסוגיה שאינה מוסדרת בו במפורש, וזהו לדעתה המקרה שבכאן (לשיטה זו עדיין נדרש מענה מדוע ההשתמעות החוקתית החיובית חורגת מתקופת שלוש החודשים הקבועה בהסדר שבסעיף 24(ג) לחוק יסוד: הממשלה). המסקנה הפרשנית של חברתי הנשיאה מתבקשת, לגישה, מהתכליות המונחות ביסודו של חוק היסוד הנוכחי ומהפרקטיקה שנהגה בנושא זה. הננו חלוקים איפוא לא על עצם קיומה של תורת ההשתמעות, אלא על דרך ישומה במקרה שלפנינו ועל היקפה. לפיכך אקדיש לנושא זה מספר אקדמות מילין, טרם שאגיע לבירור המחלוקת לגופה.

פרק ב': תורת הפרשנות החוקתית המשתמעת

20. תורת ההשתמעות יש לה מקורות פילוסופיים, בלשניים (בפרגמטיקה של הלשון), לוגיים ומשפטיים נכבדים. ראו: ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה.

אציג עתה שתי דוגמאות, הממחישות את הצורך בתורת ההשתמעות ובנפקויותיה – על דרך של הסדר שלילי, או השתמעות חיובית:

(א) Grice, שפיתח את יסודות הפרגמטיקה, מביא כמשל את המקרה הבא:

מורה לפילוסופיה נתבקש לכתוב מכתב המלצה לאחד מתלמידיו; בהמלצתו הוא כותב אך זאת שהתלמיד שולט באנגלית וכי השתתפותו בשיעורים היתה סדירה. דומה שלא נתקשה להסיק מכאן, במשתמע, כי המורה אינו מעריך את הרמה הפילוסופית של התלמיד. מובן זה – היעדר הערכה לרמה הפילוסופית – אינו נלמד במישרין מלשון התשובה; הוא משתמע מההקשר שבו היא ניתנה וגלומה בו השתמעות שלילית. (עיינו: Paul Grice, Studies In The Way of Words (1989) 33; ניסוח הדברים שלעיל הוא על פי מה שמובא ב- ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה, עמ' 2).

(ב) פרופ' Amar מנתח בספרו, הנזכר בפיסקה 7 שלעיל, את הליך ההדחה (Impeachment) של נשיא ארה"ב, המוסדר בחוקה האמריקאית. הליך ההדחה מתנהל בפני הסנאט, ואולם בו בזמן שבדרך כלל מי שמנהל את ישיבות הסנאט הוא סגן נשיא ארה"ב – בהליך ההדחה הנ"ל על פי החוקה האמריקאית מי שיושב בראש הסנאט הוא נשיא בית המשפט העליון האמריקאי. הטעם לכך ברור מאליו – סגן הנשיא יש לו ענין בתוצאות ההליך. עם זאת בחוקה האמריקאית לא נקבעו הוראות מיוחדות לגבי הליך ההדחה של סגן הנשיא, שאמור להתקיים אף הוא בפני הסנאט. היתכן שסגן הנשיא ישב במקרה כזה בראש הסנאט, כאשר עניינו הוא מתברר. התשובה המשתמעת דורשת להחיל כאן הסדר דומה לזה שחל על הליך ההדחה של הנשיא, ובכך מופעלת פה דוקטרינת ההשתמעות החיובית (עיינו Amar בעמ' 5-13).

21. זה המקום להעיר כי "שתיקת" המחוקק יכולה להתפרש לעיתים בעוד מספר אופנים: לעיתים ה"שתיקה" מהווה חוסר (לאקונה); לעיתים ה"שתיקה" יש בה אי-נקיטת עמדה בסוגיה המשפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המפורש. עיינו: בג"צ 4267/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מ"ז (5), 441, 457, 475 (1993).

נוכח העובדה שבגלגולי חוק יסוד: הממשלה – הסוגיה שבפנינו הוסדרה כבר בעבר – אין כאן איפוא לאקונה, או אי-נקיטת עמדה (השוו: בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נ"ז (11) 419, 439 (2002)), אלא אחד מהשניים: "הסדר שלילי", או "השתמעות חיובית", אפילו מדובר בהשמטה מקרית.

לאיזו קטגוריה נופל איפוא הענין, מושא העתירה, ומהם הכלים שיובילו אותנו להחלטה הנכונה בנושא – אלה הן השאלות שעל יסודן נגיע להכרעה.

22. דומה שבסוגיה הנ"ל כולי עלמא לא פליגי שהקשר הפנימי והחיצוני (הקונטקסט) הוא הקובע. בסביבה החוקתית - ההקשר הפנימי נשען על הניסוח הלשוני, על מבנה החוקה כמכלול ועל תכליות החוקה. ההקשר החיצוני כולל את הנסיבות שמחוץ ללשונו של הטקסט החוקתי. אלה משתרעות, בין השאר, על ההיסטוריה החוקתית והפסיקתית, על הערכים החוקתיים ועל המשפט המשווה. עיינו: ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה, עמ' 23 ו-28; Stephen Breyer, Making Our Democracy Work (2010) XIV-XIII. מעבר לכך יש חשיבות רבה גם לרציונליות הכוללת (עיינו: Asa Kasher, Gricean Inference Revisited, 29 PHILOSOPHICA 25 (1982). או כמו שחברי המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, מגדיר זאת: "השכל הישר אף הוא חבר במועדון" (ראו לדוגמה: דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, בפסקה יב' (9.1.2012); ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל, בפסקה סח' (31.8.2015); ע"א 5884/08 כפר ויתקין מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית נ' המוסד לביטוח לאומי (26.8.2010), בפסקה יד' (26.8.2010)).

23. בעזרת אמות המידה הנ"ל אנסה להראות להלן שבענייננו אכן מדובר בהסדר שלילי (ולא בהשתמעות חיובית) וכי ההתפתחויות החוקתיות האחרונות בארץ ובעולם, כמו גם הערכים החוקתיים הבסיסיים שלנו, מכתבים תוצאה זו. זה המקום להזכיר כי על פי תפיסתו של פרופ' ברק במאמרו הנ"ל:

"השינוי החוקתי עשוי לשנות במישרין את המובן המשתמע בקביעה מפורשת המשנה אותו. השינוי החוקתי עשוי לשנות את המובן המשתמע בעקיפין, שכן הוספת טקסט חוקתי גוררת אחריה מסקנה פרשנית השוללת את קיומו של מובן משתמע או המשנה את תוכנו" (ברק על ההשתמעות בחוקה הכתובה, בעמ' 14, ה"ש 84).

שינויים כאלה אכן חלו במכלול שלפנינו והם שהפכו את הפרשנות החדשה – מהיותה מועדפת בלבד, לזו הבלעדית והנכונה בימינו אלה.

עתה אתאר את הדברים על פי סדרם.

פרק ג' – ההיסטוריה החוקתית והפסיקתית הרלבנטית

24. ההיסטוריה החוקתית והפסיקתית הרלבנטית תומכת לכאורה בגישתי ואסקור אותה להלן אגב התייחסויות לטענות הצדדים בהקשר אליהם:

(א) 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.

בחוק יסוד: הממשלה הקודם נקבעה, בסעיף 33(ד) שבו, הוראה ברורה וחד-משמעית, שקראה כך:

“ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד”.

(ב) 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”.

(ג) 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, 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, כפי שהראיתי בפיסקה 17 שלעיל – לאו לגבי מצבים אחרים, במיוחד לאחר 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" – אפנה, מבלי להאריך, לעניין סיעת חד"ש, לעניין קרן דולב וכן לבג"צ 869/92 ניסים זווילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מ"ו (2) 692, 706-707 (1992), שם הסיק השופט א' ברק (כתארו אז) על קיומו של הסדר שלילי מהעדר אזכור בחקיקה למצב דברים מסוים, ופסק שבמקרה כזה:

"ממילא אין השופט רשאי להשלים את שהמחוקק לא הסדיר".

פרופ' Goldsworthy, אחד מגדולי החוקרים של תורת ההשתמעות החוקתית חיווה דעתו כי יש ליתן משקל דומה להחלטות המכונן להשמיט סעיפים מהחוקה (דוגמת סעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם אצלנו), כמו לעיצוב סעיפים קיימים, לגדרותיהם ולמבנה החוקה (עיינו: Goldsworthy, *Constitutional Implications* (Revisited), 30 U. QUEENSLAND L.J. 9, 21 (2011)). לגבי מצב דברים חוקתי, הדומה לזה שבפנינו, הוא התבטא כך:

"When the provisions of a legal instrument expressly cover only some instances of a potentially broader class, it is usually more plausible to infer that its limited coverage was deliberate, and to ascribe to it an implication that it excludes members of the class not expressly covered. That implication is expressed by the maxim *expresio unius est exclusio alterius*.

Judges are surely bound not only by the framers' ends, but by the means they selected to achieve those ends. That is why it has been said that the framers' decisions to omit

provisions from the Constitution are entitled to as much respect as their decisions to include provisions. Otherwise a constitution is just a set of abstract objectives, which the judges can choose to implement in any way they think fit." (שם, בעמ' 24).

25. המשיבים מנסים להסביר כי הוראת סעיף 33(ד) הנ"ל הוכללה בחוק יסוד: הממשלה הקודם ונמחקה בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, שכן לאחר המעבר לשיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה – ראש הממשלה גילם מוסד שהוא שונה מהותית משאר השרים, ואילו עם ביטול הבחירה הישירה הוא הפך שוב רק "לראשון בין שווים". לכן לשיטתם – המכונן חזר לנוסחים שהיו מקובלים עליו בחוק יסוד: הממשלה המקורי, על פיהם, בהתאם לגירסה זו – ראש הממשלה כלול בין השרים (כך בסעיף 5(א) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי וכך בסעיפים המסדירים אצילה ונטילה של סמכויות – היום סעיפים 33 ו-34 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי).

דא עקא שהסבר זה איננו נותן תשובה לפירוכות שהעליתי ביחס לפרופוזיציה זו בפרק א' (בהקשר לפרשנות חוק יסוד: הממשלה מתוכו), כמו, למשל, כיצד מתיישבים הדברים עם אחריותו האישית של השר הממונה על משרד – בפני ראש הממשלה (סעיף 4 סייפא לחוק יסוד: הממשלה). יתר על כן בעמדתם זו המשיבים מתעלמים מהמשמעות הדרמטית שיש לתיקון שהוכנס בחוק יסוד: הממשלה – בתאריך 11.03.2014 (ס"ח 2440 מיום י"ז באדר ב' התשע"ד – 19.03.2014, עמ' 346) – בסוגיה של הבעת אי-אמון בממשלה – על ענייננו, נושא אותו אבהיר מיד.

26. בתיקון הנ"ל (להלן: תיקון הגברת המשילות) המכונן אימץ את התפיסה של "אי האמון הקונסטרוקטיבי המלא" – אותו "ייבאו" מציעי התיקון משיטות המשפט החוקתי של גרמניה ושל בלגיה בשינויים מסויימים (קודם לכן היתה נהוגה אצלנו הצבעת אי-אמון קונסטרוקטיבית חלקית, כאשר יוזמי הצעת אי-האמון לא נדרשו להציג ממשלה חלופית, או להביע תמיכה בה, אלא רק לציין מועמד פוטנציאלי, שעשוי להרכיב ממשלה חדשה, וקבלת החלטה של הכנסת בדבר אי-אמון בממשלה המכהנת – ברוב של חברי הכנסת (עיינו: הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) (הגברת המשילות), הצ"ח הכנסת 512 מט"ו באב התשע"ג, 22.07.2013 עמ' 46-47; דברי היועצת המשפטית לועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בישיבת הועדה מתאריך 25.11.2013 בעמ' 29; להשתלשלות מנגנון אי-האמון בחוקי יסוד: הממשלה – ראו עוד: שטרית – הרשות המבצעת 380-386).

הנוסח הקיים, המגלם את אי האמון הקונסטרוקטיבי המלא, קובע בסעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי כך:

“הבעת אי-אמון בממשלה תיעשה בהחלטה של הכנסת, ברוב חבריה, להביע אמון בממשלה אחרת שהודיעה על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים כאמור בסעיף 13(ד); הממשלה החדשה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם.”

זוהי “תמונת מראה” להוראות סעיף 13(ד) לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, המורה

כדלקמן:

“משהורכבה הממשלה, תתייצב לפני הכנסת, תודיע על קווי היסוד של מדיניותה, על הרכבה ועל חלוקת התפקידים בין השרים, ותבקש הבעת אמון; הממשלה תיכון משהביעה בה הכנסת אמון, ומאותה שעה ייכנסו השרים לכהונתם.”

נוכח ההוראות הנ”ל – אם הפרופוזיציה של המשיבים נכונה, כי אז גם היום לאחר מיסודו של אי האמון הקונסטרוקטיבי המלא בתיקון הגברת המשילות, לכאורה די בכך – לצורך סעיף 28(ב) לחוק יסוד: הממשלה, שמציעי אי-האמון ינקבו רק בשמו של ראש ממשלה חליפי מוצע (שישמש גם כשר הממונה על יתר משרדי הממשלה, שהרי ב”כ המשיבים 6-1 הצהירה כאמור כי, לשיטתה, ראש הממשלה יכול למלא גם את תפקידם של כל השרים (ראו פסקה 9 לעיל)). הנה חזרנו, איפוא, על פי שיטת המשיבים 6-1 למצב החוקתי הקודם, מכוחו מספיק היה ש-61 מחברי הכנסת יתאגדו לשם הפלת הממשלה ויציעו ראש ממשלה-בכח, ויצא שתכלית התיקון תסוכל.

דומה שמיותר לומר פה כי אין ליתן פרשנות שונה להרכב ממשלה קיימת, הזוכה לאמון הכנסת, ביחס להרכב ממשלה חליפית מוצעת במסגרת הצבעת אי-אמון על פי תיקון הגברת המשילות, ומכאן שכל הפיגום עליו בנו המשיבים את טענותיהם – נמצא מתמוטט, ועתה הפרשנות החדשה היא היחידה המתחייבת.

זה המקום לציין כי במשפט החוקתי הגרמני, ממנו נשאב אצלנו, כאמור, עקרונית הרעיון של אי-אמון קונסטרוקטיבי מלא – הגיעו המפרשים שם למסקנה דומה (זאת בהוויה הפוליטית בגרמניה שאחרי מלחמת העולם השנייה, שכן מאז ימיו של הקנצלר קונרד אדנאואר (בשנות ה-50 של המאה הקודמת ואילך) – הקנצלר הגרמני לא

קיבל על עצמו לכהן גם בתפקיד של שר ממונה על משרד). אסקור הדברים בפרק ד' שלהלן.

27. זאת ועוד – אחרת. במסגרת הנדונה בפרק זה – שוקלים לא רק תיקונים שהוכנסו בחוק היסוד, אלא גם פסיקה חוקתית. לפיכך ראוי להזכיר שעוד קודם לעניין ההסתדרות הרפואית הועלו, כפי שהזכירה העותרת בדיון, השגות כנגד כהונה של ראש הממשלה כשר הממונה על משרד, זאת במסגרת עתירות שהוגשו על-ידי: עו"ד יריב לוין (כמעמדו אז) והתנועה לאיכות השלטון בישראל כנגד ראש ממשלת ישראל, אהוד אולמרט (עתירות ב-בג"צ 7375/06 וב-בג"צ 9617/06 בהתאמה). הטענות כווננו כנגד כהונתו של ראש הממשלה אהוד אולמרט כשר הרווחה, כאשר העותרים שם גרסו כי משפטית על פי חוק יסוד: הממשלה כהונה מקבילה שכזו איננה אפשרית, וכי עניינית – אין לדבר מקום נוכח חשיבותו הרבה של תיק הרווחה.

עו"ד יריב לוין (כתארו אז) הוסיף בעתירתו, בין היתר, כך:

"האם ניתן לטעון שיש כאן "הסדר שלילי", המונע מראש הממשלה לכהן, בו זמנית, גם כשר. ככל שעלה בידי העותר לברר, שאלה זו לא הועמדה להכרעה בפני בית משפט זה. יחד עם זאת העותר סבור כי מצב בו מחזיק ראש הממשלה בתיק, בנוסף לתפקידו, הוא מצב לא רצוי הטומן בחובו באופן אינהרנטי מצב של ניגוד אינטרסים בין תפקידו ואחריותו של ראש הממשלה, לבין האינטרסים של המשרד עליו הוא מופקד. זאת לנוכח מהות תפקידו של ראש הממשלה, המחייבת אותו לראות את "התמונה בכללותה" ולהכריע, במקרים רבים, בשאלת העדפת האינטרסים של משרדי ממשלה שונים אלה על פני אלה. ברי, כי יקשה על ראש הממשלה למלא משימתו זו, שעה שהוא מכהן גם כשר במשרד שעליו להכריע בעניינו. על כן סובר העותר, יש טעם להוראה המפורשת בסעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה בדבר הפקדת משרד ממשלתי בידי ראש הממשלה במינוי זמני, אל מול היעדרה של הוראה כאמור בשעה שמדובר במינוי של קבע. נדמה, כי אף המחוקק סבר כי מצב בו ראש הממשלה מחזיק גם במשרת שר במשרד ממשלתי אינו המצב הרצוי והנכון לתפקודם התקין של המשרד ושל הממשלה כולה".

(שם, בעמ' 15-16 לעתירתו ב-בג"צ 7375/06 הנ"ל בפסקה 44(ג)).

דיון ראשוני התקיים בעתירות הנ"ל בתאריך 29.1.2007 (בהרכב: הנשיאה ד'

ביניש, המשנה לנשיאה א' ויבלין והשופט ד' חשין), ובמהלכו נמסרה הודעה מטעם

הממשלה כי בקרוב ימונה שר רווחה. לפיכך עוד באותו היום ניתן פסק דין קצר בזו הלשון:

”בהתחשב בהודעת המדינה כי בקרוב ימונה שר רווחה וכן על פי המלצות בית-המשפט חזרו בהם העותרים מעתירתם תוך שמירת טענותיהם. העתירות נמחקות.”

לאחר מכן, בתאריך 19.3.2006, אכן נתמנה שר רווחה (חה"כ יצחק הרצוג).

דומה כי השתלשלות הדברים האמורה והציטוטים הנ"ל – מדברים בעד עצמם. פרק זה הוכיח, איפוא, כי גם ההיסטוריה החוקתית והפסיקתית מובילה למסקנה שברגיל כהונה מקבילה של ראש הממשלה כשר הממונה על משרד – אסורה היא.

בפרק הבא אראה כי אף הערכים החוקתיים הרלבנטיים וכן השראות מהמשפט המשווה מוליכים כולם לאותה מסקנה.

פרק ד': הערכים החוקתיים העומדים בבסיס הדברים וההשלכות הנלמדות מהמשפט המשווה – לענייננו

28. פרופ' Amar, מגדולי המשפטנים החוקתיים בארה"ב וממפתחי תורת ההשתמעות החוקתית שם, הסביר בספרו, הנזכר בפסקה 7 שלעיל, כי יש לקרוא חוקה לא באופן דווקני (literally), אלא באופן נאמן (faithfully) ליוצריה ולמוטביה (האזרחים), וזאת ראוי לעשות לאור הערכים החוקתיים העומדים בבסיסה. וכך הוא כותב בהקשר זה (שם, בעמ' 6):

“The key that unlocks the door is the simple idea that no clause of the Constitution exists in textual isolation. We must read the document as a whole. Doing so will enable us to detect larger structures of meaning—rules and principles residing between the lines. For example, although no single clause explicitly affirms a “separation of powers,” or a system of “checks and balances,” or “federalism,” the document writ large does reflect these constitutional concepts. This much is old hat.”

(בהמשך הוא טוען כי לעתים ניתן אף לחלץ מובן משתמע בניגוד לאמור במפורש בחוקה, וכאן אני מצטרף לדעתו של פרופ' ברק הסבור כי יש בכך הרחקת לכת, שכן המובן המשתמע – אפילו בהגדרה אנליטית – איננו יכול לסתור את המובן המפורש. ראו: ברק, על ההשתמענות בחוקה הכתובה, עמ' 6, ו-16).

אפנה איפוא עתה לניתוח הערכים החוקתיים הרלבנטיים, שמוליכים כולם לתובנה שאין ראש הממשלה יכול לכהן ברגיל כשר הממונה על משרד ממשלתי.

29. מהם אותם ערכי יסוד שבבסיס חוקי היסוד הקיימים, שמכוחם יש להגיע כאן למסקנה שראש הממשלה איננו יכול לכהן ברגיל כשר הממונה על משרד. מדובר בשלושה עקרונות כאלה:

- א. תפיסת האיזונים והבלמים (Checks and Balances) ועקרון הפרדת הרשויות, אשר מכתבים לנו כי ראש הממשלה הוא בדיוק כשמו – לא פחות ולא יותר. מקורות ההשראה ההשוואתיים הם: ראשי הממשלה במדינות ה-C.L, ולאחרונה – בעקבות אימוץ המנגנון הגרמני של אי-אמון קונסטרוקטיבי מלא אצלנו, ראוי לתשומת לב – גם מעמד הקנצלר/ית הגרמני/ת, שם עוצב מודל של: "ראש ממשלה דמוקרטי".
- ב. עקרון החוקיות, הגורס שלכל פעולה שלטונית דרושה ככלל הסמכה בדין, ומבלעדיה אין סמכות (כנגד זאת לפרט מותר לעשות הכל, אלא אם כן חירותו, או זכויותיו הוגבלו כדין).
- ג. כפיפות חוקי היסוד המוסדיים לזכויות היסוד, המעוגנים בחוקי היסוד הערכיים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק), על כל מה שנגזר מכך.

עתה ארחיב ואפרט.

א. תפיסת האיזונים והבלמים ועקרון הפרדת הרשויות

30. במרחב הדמוקרטי בעולם נבנו מודלים שונים – מוצלחים יותר ומוצלחים פחות – לגבי מי שעומד בראש הרשות המבצעת. אצלנו – למעט בעידן הבחירה הישירה לראשות הממשלה – ראש הממשלה איננו נבחר במישרין על-ידי הציבור, אלא על-ידי הכנסת שאמורה להביע אמון, או אי אמון בממשלה שהורכבה (לאחר הקמת

קואליציה). בכך יש דמיון בין בחירתו של ראש הממשלה הישראלי – לבחירת הקנצלר/ית בגרמניה (ראו: שטרית – הרשות המבצעת, בעמ' 26) וכן להליך של בחירת ראש הממשלה בכריטניה וברוב שאר מדינות ה-C.L. מכאן שניתן לבחון את המודלים שמעצבים את מעמדם ותפקידיהם של ראשי הממשלות בארצות אלה, ולקבל מהם השראה לענייננו.

31. כפי שהראיתי בפיסקה 10(ג) שלעיל, למצער ראש הממשלה הבריטי מתפקד כיום כמנצח על תזמורת ולכן, ככלל, מזה עשרות בשנים – אין הוא מקבל על עצמו כהונות נוספות של שרים הממונים על משרדי ממשלה אחרים. כלל זה התעצב מתוך התפתחות של הקונבנציה החוקתית שם ובשל העומס האדיר המוטל במדינה המודרנית על ראש הממשלה, כמו גם בהתחשב בצורך של ראש הממשלה להראות כ"ניטרלי" בין המשרדים ולהכריע במחלוקות המתגלעות ביניהם שלא מתוך מעורבות אישית.

32. אף בגרמניה, שם החוקה היא פורמלית, שלא כבאנגליה – רוב הפרשנים הקונסטיטוציוניים מחזיקים בדעה שהחוקה הגרמנית החדשה (שכוננה לאחר מלחמת העולם השנייה) איננה מאפשרת כהונה מקבילה שכזו. הדיון שם בא בעקבות העובדה שהקנצלר קונארד אדנאוארד כיהן בשנים 1951-1955 גם כשר חוץ (הדבר לא נתקף אז חוקתית בבית המשפט), אף שיש לציין כי משנת 1955 ואילך – הדבר לא חזר כאמור על עצמו.

פרופ' רומן הרצוג, שכיהן כנשיא בית המשפט החוקתי בגרמניה ואחר כך כנשיא גרמניה מביע בספרו את הדעה שהקנצלר בגרמניה איננו יכול לכהן (מכוח האמור בסעיף 64 לחוקה הגרמנית) – כשר הממונה על משרד ממשלתי, שכן עליו להציג לנשיא הגרמני את: "רשימת השרים שלו" ואין הוא יכול לכלול את עצמו במסגרת זו. מעבר לכך – הקנצלר איננו אמור להסיג את גבול הממשלה, שהיא הרשות המבצעת (נימוק זה דומה למה שהובא בפיסקה 9 שלעיל מפיו של פרופ' שטרית). עיינו: Herzog in Manuz/Durig. Grundgesetzkommentar, Band 1, May 2008, Art. 64 GG, para 1-7.

דעה דומה (אף כי פחות נחרצת לגבי התוקף המשפטי של הדברים) מביע פרופ' Busse, הסבור כי הטעם לקביעה האמורה נעוץ בצורך של הקנצלר להיות "ניטרלי" בין שריו ובין משרדי הממשלה השונים. עיינו: Berliner Busse in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, C art. 4 GG, p.10 et seq.

פרופ' Schenke גם הוא אוחז בדעה דומה לזו של פרופ' Busse, ואולם לשיטתו הטעם לכך הוא העומס המוטל על הקנצלר (עיינו: *Schenke in: Bonner Kommentar* (Grundgestez, December 2014, Art. 64 GG, P.59 et seq., fn 134).

כל המלומדים הגרמנים, על אף הניואנסים השונים בהשקפותיהם, מאוחדים, עם זאת, בדעה שהמודל של הקנצלר הגרמני הוא מודל של: "ראש ממשלה דמוקרטי". ממודל זה מתבקשים הכללים הבאים:

- (א) ראש הממשלה צריך להניח לנגד עיניו את העקרונות הדמוקרטיים ולהתוות בפני שריו את מדיניות הממשלה, תוך שהוא נשאר "ניטרלי" ביניהם.
- (ב) על ראש הממשלה להימנע מניגודי עניינים מוסדיים ביחסו למשרדי הממשלה השונים.
- (ג) על ראש הממשלה לתפקד באופן מיטבי, כך שהעומס המוטל עליו לא יפגע ביכולתו לבצע את תפקידו כראוי ולא יפגע בקשר ההכרחי שבין סמכות לבין אחריות.

33. גם בארצות הברית מתפתחת לאחרונה גישה חוקתית קרובה, המוצאת את ביטויה הן בחוקות כתובות של המדינות, והן בהשתמעות חוקתית, על פיה צריך לשכלל את עקרון הפרדת הרשויות ולהחילו אף על הפרדה פרסונלית בין ממלאי תפקידים שונים. ראו: Steven G. Calabresi & Joan L. Larsen, *One Person, One Office: Separation of Powers or Separation of Personnel?*, 79 CORNELL L. REV. 1045, 1047 (1994).

בהקשר זה, כותבים המחברים כך:

"[t]wo hundred years of American history have added their gloss, and today we largely understand the separation of powers to include a one person, one office codicil. Unwritten traditions disfavor plural office holding of any kind. These traditions, together with the Incompatibility Clause itself, now form a vital part of America's structural 'Constitution'".
(שם, בעמ' 1047-1048).

בהמשך הם מוסיפים:

"These facts make clear that the rule of one person, one office is fast becoming the constitutional norm in America...America has

progressed from a separation of powers to a separation of institutions to a separation of personnel".

(שם, בעמ' 1155).

34. בעקבות המקורות הנ"ל מהמשפט המשווה, ניתן לומר כי אף את תפיסת ראשות הממשלה אצלנו, על פי חוק יסוד: הממשלה יש לעצב לאור המודל של: "ראש הממשלה הדמוקרטי", שהוא "מנצח" על "תזמורת השרים" (ואיננו אחד מהם). בהקשר זה יש גם להקפיד על כך שהתנהלות בחסות חוק יסוד: הממשלה הנוכחי לא תוביל אותנו בעקיפין חזרה למשטר שהונהג בחוק יסוד: הממשלה הקודם, שהתקרב במידה מסוימת ל"מודל נשיאותי". זה המקום לציין כי "הכהונה המקבילה" אף מעוררת קשיים במישור של מדע המדינה במשטר הנוהג, שכן היא "משדרת" לשרים המכהנים ולאופוזיציה כאחד כי יש להם כביכול "סיכוי" להתמנות למשרדים הפנויים ובכך גלומה פגיעה בעצמאותם (עיינו והשוו: דברי עו"ד סיגל קוגוט בישיבת החוקה חוק ומשפט של הכנסת מתאריך 21.10.2013, שדנה בתיקון הגברת המשילות (שם בעמ' 13-14)).

35. בהקשר שלנו, יש לשים לב גם לעומס, שאין לו כמעט אח ורע בעולם, המוטל אצלנו על ראש הממשלה, שמעבר לתפקידיו על פי חוק יסוד: הממשלה וחוק הממשלה, התשס"א-2001, הוא המופקד על, המפעיל והמנחה של המטה לביטחון לאומי, מכוח חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008; אחראי על השב"כ, מכוח חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, וכן ממונה על: המוסד לתפקידים מיוחדים, הוועדה לאנרגיה אטומית והמכון הביולוגי. זאת ועוד – לראש הממשלה מוענקות במישרין, בין היתר, סמכויות לפי חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979; חוק הארכיונים, התשט"ו-1955; חוק בתי דין מנהליים, התשנ"ב-1992; חוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; חוק הרשות לפיתוח ירושלים, התשמ"ח-1988; פקודת הסטטיסטיקה [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (מכוחה הוא מופקד על הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה), והוא אף ממונה על ביצוע חוק הרשות הלאומית למלחמה בסמים ובשימוש לרעה באלכוהול, התשמ"ח-1988 (עיינו: שטרית – הרשות המבצעת, בעמ' 312).

הנה כי כן, הוספת תפקידים שלא מכוח הוראות סטטוטוריות כנ"ל – לראש הממשלה, שהוא כה עמוס על-פי הדין, על דרך של מינוי, בנוסף, כשר הממונה על משרדים ממשלתיים (וכאן לא על אחד אלא על ארבעה!) – פוגעת במשילות ויורדת לשורש סמכות, שכן אין בנמצא בעולם בן אנוש, ויהיה מוכשר ככל שיהיה, שיכול לבצע בו-זמנית כל-כך הרבה מטלות. זאת ועוד – מטבע הדברים, סגני השרים שמונו

על ידי ראש הממשלה, מקבלים בפועל בנסיבות שכאלו מעמד של: "סגן שר במעמד שר", והרי את המוסד האמור הורינו לבטל בפסק דיננו החלקי.

התופעה הנ"ל גם גורמת להפרדה לא ראויה בין סמכות לאחריות. חברי המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין, התריע כבר בעבר כנגד מצבים מעין אלה, במאמרו: "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" (שנכתב לזכר ראש הממשלה, יצחק רבין עליו השלום) ופורסם במשפט וממשל ג', 571, בעמ' 589-590 (תשנ"ו), וראה בהם: "מצב בלתי תקין בהחלט מבחינה משפטית וציבורית כאחד", אשר "מרוקן מתוכן מהותי את מושג האחריות" (שם, בעמ' 590).

תפקידו של בית המשפט במקרה כזה, על פי התזה של פרופ' Stephen Breyer, שופט בית המשפט העליון האמריקני, בספרו: MAKING OUR DEMOCRACY WORK (2010), היא להעמיד דברים על מכונם כדי לאפשר לדמוקרטיה לתפקד, כפי שמתבקש מהחוקה וכפי שמצופה מהמנהיגים על ידי האזרחים.

ב. עקרון החוקיות

36. עקרון החוקיות קובע כי רשות מנהלית – אין לה סמכות אלא על פי מה שהוענק לה בחוק (ראו: בג"צ 5936/97 ד"ר אורן לם נ' מר בן ציון דל מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט, נג (4) 673 (1999) (להלן: עניין לם); בג"צ 1405/14 פרופ' שמעון סליון נ' המשנה למנכ"ל משרד הבריאות (07.08.2014) (להלן: עניין סליון); בג"צ 6665/12 אי.טיג בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (03.12.2014) (להלן: עניין אי.טיג)).

על פי שיטתו של פרופ' יצחק זמיר בספרו הסמכות המנהלית, כרך א 73 (מהדורה שניה מורחבת, 2010): העיקרון הנ"ל נובע מעצם המהות של הדמוקרטיה, וכך הוא דורש:

"הדמוקרטיה מקנה את הריבונות לעם. העם הוא שמקנה לממשלה ולכל רשות מנהלית אחרת את כל הסמכויות שיש בידיהן. הוא עושה זאת באמצעות חוקים. הסמכויות שהחוק הקנה לרשות הן כל הסמכויות שיש בידיה. החוק, אם כך, הוא לא רק המקור, אלא גם הגבול של כל תפקיד וכל סמכות של כל רשות. שני היבטים יש לעיקרון בדבר חוקיות המנהל: העיקרון דורש לגבי כל מעשה מנהלי, ראשית – הסמכה בחוק, ושנית – התאמה לחוק" (שם, בעמ' 73. ראו גם: ע"א

1644/04 עיריית רמלה נ' מרכז סליקה בנקאית בע"מ, פ"ד
 ס(3) 330 (2005), ועיינו: דפנה ברק ארז משפט מנהלי,
 כרך א', פרק 4 (2010).

לעיקרון זה, מבחינה חוקתית, יש מספר חריגים, והחשוב לענייננו הוא זה העשוי להכשיר פעילות של רשות – כאשר ורק אם הפעילות מתחייבת מתוך ההשתמעות החוקתית, ובלבד שהחוקה לא שוללת במפורש סמכות שכזו (ראו: ברק, על ההשתמעות בחוקה הכתובה, בעמ' 18-19).

37. במקרה שלפנינו, אפילו המשיבים מסכימים כי לאחר ביטול הוראת סעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם – אין סמכות מפורשת לראש הממשלה לכהן ברגיל גם כשר הממונה על משרד, ומאידך גיסא, דומני שהבהרתי לעיל די הצורך כי תוצאה כזו – לא רק שאין היא מתבקשת מתוך השתמעות חוקתית כלשהי, אלא שהיא נוגדת את ההשתמעות החוקתית, שהרי עניין לנו בהסדר שלילי. היא גם פוגעת בעיקרון הפרדת הרשויות. יתר על כן, אף בהתאם לשיטה הגורסת אחרת, הסבורה כי יש כאן השתמעות חיובית – אין בכוחה של זו להתגבר, בנסיבות, על עקרון החוקיות, או להיכנס בגדר החריג לעיקרון, מה גם שההסדר המשתמע על דרך של היקש – חורג מההסדר החוקתי המקורי (המוגבל למצבים של אילוץ ותחום לתקופה של שלושה חודשים בלבד).

ג. כפיפות חוקי היסוד המוסדיים לזכויות היסוד

38. חוק יסוד: הממשלה (כמו שאר חוקי היסוד) הוא פרק מהחוקה הישראלית, בעקבות התפיסה שהתוותה על ידי "החלטת הררי". בתור שכזה, הוא משתלב עם חוקי היסוד המוסדיים האחרים (חוק יסוד: הכנסת ו-חוק יסוד: השפיטה), מהם נובע עקרון הפרדת הרשויות וכן עם חוקי היסוד הערכיים (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו-חוק יסוד: חופש העיסוק), שמבטיחים את זכויות היסוד של הפרט (אשר מהן נגזרות גם חירויות וזכויות בנות שונות).

39. על פי סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל פי סעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק – כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי היסוד הללו. מכאן שראש הממשלה והממשלה חייבים לכבד, בין היתר, את חופש הדיבור ואת חופש העיתונות, שזכו להכרה קונסטיטוציונית בתור זכויות בנות חוקתיות, שכוחן רב להן עד כדי ביטול חוק נוגד מפניהם, ככל שהפגיעה איננה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה (ראו: בג"צ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015)).

אם נמשיך בתיאור הדברים ובניתוחם – נציין כי ראש הממשלה קיבל על עצמו בממשלה הנוכחית גם את תפקיד שר התקשורת, וזהו המשרד היחידי שבו הוא לא מינה לעצמו סגן.

בכך יש שני פסולים:

(א) בהיות ראש הממשלה עומד בראש הרשות המבצעת – פעילותו כשר תקשורת פוגעת, לכאורה, בהפרדת הרשויות, שכן המדיה התקשורתית נחשבת בעולם המודרני כמעין רשות רביעית. יש בכך חזרה לא ראויה לימים שבהם משרד ראש הממשלה בישראל היה מופקד על כלי התקשורת האלקטרוניים והדבר נחשב כפוגם בדמוקרטיה. יש בכך אף התעלמות מהעובדה שבעבר נחקקו חוקים שהבטיחו עצמאות לרשות השידור הציבורית וכן לרשות השנייה, המפקחת על שידורי הרדיו והטלוויזיה הפרטיים.

(ב) הדבר פוגע בחופש העיתונות כזכות יסוד – מבלי לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. בהקשר זה אזכיר כי מקדמת דנא – העיתונות והעיתונאים אינם נתונים ואינם צריכים להיות נתונים בעיסוקם לרישוי מהותי כלל – עיינו והשוו: עניין לס; בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, נח (5) 70, 76 (2004); בג"צ 10324/07 שורת הדין נ' לשכת העיתונות הממשלתית (01.07.2008); עניין סלוין; עניין אי.סיג; ראו גם: ישגב נקדימון, חיסיון עיתונאי 165-174 (תשע"ג-2013); שירן ירוסלבסקי קרני ותהילה שוורץ אלטשולר, הסדרת החיסיון העיתונאי 77 מחקר מדיניות 104 של המכון הישראלי לדמוקרטיה – 2015).

40. הדוגמה הנ"ל היא רק אחת מני רבות שיכולות להיווצר בסיטואציה של כפילות התפקידים, ולפיכך לא אכביר עוד בדוגמאות נוספות. עם זאת, מאחר ואנו חיים עתה ב"כפר גלובלי עולמי" – רואה אני לנכון להפנות לחומר משפטי השוואתי נוסף וללקחים הנלמדים הימנו. זאת אעשה בתת הפרק הבא.

הקבלות נוספות מהמשפט המשווה

41. בדיקה במדינות דמוקרטיות אחרות לגבי כהונה של ראש ממשלה בתפקיד של שר הממונה על משרד, העלתה כי באותן מדינות שאין בהן – בחוקה – הרשאה מפורשת לכך (בשונה למשל מניו-זילנד ופולין, שבחוקותיהן מופיעה הוראה מפורשת, כפי שהיתה קיימת אצלנו בסעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם) – הדבר איננו מקובל (למשל: באוסטרליה ובדנמרק) מטעמים דומים לאלו השוללים כפילות מעין זו, שהצגתי לעיל. אציין עם זאת, כי בניגוריה, ראש הרשות המבצעת, מר Muhammadu

Buhari (הנושא שם בתואר של נשיא) מינה עצמו לאחרונה (בספטמבר 2015) גם לשר האנרגיה באותה מדינה (נוכח הזעזועים במשק הדלק העולמי), וזאת מבלי שתהיה לכך הסמכה מפורשת בחוקה, ואולם גם שם התעורר בעניין משבר קונסטיטוציוני שטרם נפתר.

42. כנגד כל הטיעונים הללו ניסו המשיבים להעלות שתי תשובות:

(א) מינוי ראש הממשלה כשר הממונה על המשרדים, אותם נטל לעצמו – אושר על ידי הכנסת משהביעה אמון בממשלה, כאשר זו הוצגה לה על ידי המיועד להיות ראש הממשלה.

(ב) הפרקטיקה של ראש ממשלה המכהן גם כשר הממונה על משרד – היא נוהג קונסטיטוציוני שיש ליתן לו תוקף.

שני הטיעונים הללו, בכל הכבוד, אינם מבוססים, ואבהיר הדברים להלן.

הבעת אמון מצד הכנסת איננה יכולה להכשיר חוסר סמכות

43. במשפט החוקתי והמנהלי מקובל כי החלטה של הכנסת – איננה בבחינת חוק ולפיכך אין בה כדי לשלול את סמכותו של בית משפט זה לבחון את חוקיות המעשה הנבחן במקרה של חריגה מסמכות (ראו: בג"צ 157/63 בוקסבאום נ' שר האוצר, פ"ד יח(1) 115, 131 (1964); עיינו גם: ברוך ברכה, משפט מנהלי כרך א', 244 (תשמ"ז)).

זה המקום לציין כי בעבר נפסקה הלכה לפיה ניתן להכשיר חוסר סמכות בדרך של חוק (ראו: בג"ץ 243/52 ביאלר נ' שר-האוצר, פ"ד ז 424 (1953)), ואולם על הלכה זו נמתחה ביקורת אקדמית קשה (ראו: הנס קלינגהופר "על תקנות שעת חירום בישראל" בתוך ספר יובל לפנחס רוזן 86 (חיים כהן עורך, 1962); בנימין אקצין "פסק דין ביאלר ומערכת המשפט בישראל" הפרקליט י 113 (תשי"ד). בהקשר לסוגיה זו כולה – עיינו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך ב' – רשויות השלטון ואזרחות 947 (2005) וכן לאחרונה: בג"צ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ד) נ' ראש ממשלת ישראל פסקאות קכג ו-קכח לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין (27.03.2016)).

יצוין עוד כי היום ממילא אין משמעות מכרעת אפילו לאישור על דרך של חקיקה, שהרי עתה ניתן לבטל גם חוק – אם אין הוא עומד בדרישות פיסקת ההגבלה. יחד עם זאת יש נפקות מסוימת להחלטת הכנסת, שכן בהתחשב בה נקבל תוצאה של בטלות יחסית, אשר תמנע את ביטול הפעולות שנעשו עובר להכרזת הבטלות על ידי בית המשפט.

44. אעבור עתה לבירור "קו ההגנה האחרון" של המשיבים על פיו הפרקטיקה הקונסטיטוציונית שנהגה בעבר מצדיקה את גישתם.

פרק ה': שלילת הטיעון כי יש בכוחו של הנוהג הקונסטיטוציוני להכשיר את הכהונה הכפולה

45. המשיבים טוענים כי עובר לחוק יסוד: הממשלה על גלגוליו השונים, במהלך תקופת תוקפו, וכן לאחר כניסתו לתוקף של חוק יסוד: הממשלה הנוכחי, נהגה פרקטיקה חוקתית שעל פיה, ראש הממשלה כיהן, מעת לעת, גם כשר שהיה ממונה על משרדים ממשלתיים שונים. בכך יש לדעתם כדי להכשיר את ההתנהלות האמורה.

46. המשיבים, בכל הכבוד, אינם מדויקים בהצגת המצב המשפטי בסוגיה זו. בסיטואציה שבה קיימת חוקה כתובה – אין בכוחו של נוהג קונסטיטוציוני להוסיף על הוראות החוקה וליצור יש מאין. הנוהג הקונסטיטוציוני יכול, לכל היותר, להביא רק להתעלמות מהוראה חוקתית שלא הופעלה מזה זמן רב, והפכה לאות מתה. ראו: Richard Albert, *Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude*, 62 AM. JOURNAL OF COMP. LAW 641 (2014). המחבר קובע בהקשר זה כדלקמן:

"Statutory desuetude occurs when some combination of the sustained non - application of a law, contrary practice over a significant duration of time, official disregard and the tacit consent of public and political actors leads to the implicit repeal of that law. By analogy, constitutional amendment by constitutional desuetude occurs when an entrenched constitutional provision loses its binding force upon political actors as a result of its conscious sustained nonuse and public repudiation by preceding and present political actors."

(שם, בעמ' 644).

הוא מביא לצורך זה, בהסכמה (שם בעמ' 646), את גישתו של פרופ' David Law, שקרא להוראות חוקתיות שהמנהג גרם להתעלמות מהן: "Zombie provisions", אשר: "endure in a formal sense but are for intents and purposes, dead." (ראו: David S. Law, *The Myth of the Imposed Constitution, in* SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTION, 239, 248, 250 (Denis J, Galligan & Mila Versteegs eds., 2013).
 עיינו גם: פרופ' שמעון שטרית במאמרו: "המנהג במשפט הציבורי", שפורסם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375, בעמ' 399 (יצחק זמיר עורך, 1993).

47. ההוכחה הניצחת לנכונות קביעתי הנ"ל מצויה בפסק הדין החלקי, לגבי אי תקפותו של מוסד "סגן השר במעמד שר", שבוטל על ידינו, על אף שהיה מדובר בנוהג קונסטיטוציוני.

הדברים חלים כאן מקל וחומר, הן בשים לב לביטול הוראת סעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה הקודם, והן משום ריבוי תפקידי השרות שאותם ממלא כעת ראש הממשלה, המעידים שאנו מצויים במדרון חלקלק שבגדרו ריבוי הכמות הוא איכותי ומאיין (השוו: בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, מב(2) 441 (1988); בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, נב(5) 481 (2001); בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא(1) 619 (2006); בג"צ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.2.2012); בג"צ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי הדת (8.5.2012)).

מעבר לכל האמור לעיל, הנוהג הקונסטיטוציוני שנטען כאן פעל בעבר (לרוב על פי הצהרה מראש) – לזמן מוגבל, ואילו במקרה שלפנינו לא באה התחייבות לסיום המצב, מצד המשיבים, כמו שקרה, למשל, בבג"צ 7375/06 ובבג"צ 9617/06 הנ"ל ובדוגמה המובאת ע"י חברתי הנשיאה בפסקה 10 לחוות דעתה.

הגענו, איפוא, לשלב הסיכומים והמסקנות, ואלו יוצגו בקצרה בפרק הבא.

פרק ו': סיכום ומסקנות

48. העולה מכל המקובץ מלמד:

(א) פרשנות הטקסט החוקתי מתוכו מראה כי אין עיגון בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי לאפשרות על פיה ראש הממשלה יוכל לשמש, בצד כהונתו הרמה, גם כשר הממונה על משרד (וממילא למנות לעצמו, בתור שכזה, סגן שר).

(ב) תורת הפרשנות החוקתית המשתמעת והאינדיקטורים שבעזרתם נשלפת ההשתמעות האמורה מובילים למסקנה שמדובר כאן בהסדר שלילי לגבי הכהונה הכפולה ולא בהשתמעות חיובית, המאפשרת את הדבר. הדבר נלמד מההיסטוריה החוקתית של תיקוני חוק יסוד: הממשלה ואף היה לו הד בטיעוניהם של העותרים שהביאו סוגיה זו לראשונה לפתחו של בית משפט זה וגם בפסיקה קודמת. אף הערכים החוקתיים העומדים בבסיס הדברים וההשלכות הנלמדות מהמשפט המשווה מובילים כולם לאותה תוכנה. מעבר לכך אפילו מדובר היה בהשתמעות חיובית – המצב הקיים חורג מ"הסדר המודל" הקבוע בסעיף 24 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, המוגבל לתקופה של שלושה חודשים בלבד.

(ג) אין בכוחו של הנוהג הקונסטיטוציוני הנטען בהקשר שלנו להשאיר את ההתנהלות שנתקפה בעתירה – על כנה.

(ד) הקביעות הנ"ל מבוססות, בין השאר, גם:

(1) על מעמדו הראוי של ראש הממשלה מכח חוק יסוד: הממשלה הנוכחי, שעל פיו הוא אמור לפעול כ"ראש ממשלה דמוקרטי", וכ"מנצח" על "תזמורת השרים" (ולא כאחד הנגנים);

(2) על העומס המוטל על ראש הממשלה מתוקף תפקידו הסטטוטוריים, ועל הצורך להבטיח את ה"ניטרליות" שלו ביחס לשרים ולמשרדים, כדי שלא ייקלע לניגוד עניינים מוסדי פוסל.

(ה) הקביעות האמורות נתמכות אף על ידי עקרון הפרדת הרשויות, עקרון החוקיות, ומתחייבות מהכפיפות הנדרשת לזכויות יסוד חוקתיות כמו: חופש העיתונות.

49. האמיתות הנ"ל היו ברורות בארה"ב כבר בשנת 1789, כאשר הנשיא ג'ורג' וושינגטון ראה להעיר 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"

(30 Writings of George Washington, 333-334 (May 25, 1789) (John C. Fitzpatrick ed., 1939))

מקורותינו אף קדמו לכך בהנחותם: "תפסת מרובה – לא תפסת, תפסת מועט – תפסת", וראוי שפרנסינו ינהגו כאמור.

פרק ז': תגובות והערות לעמדות חברי

50. לאחרונה הגיעו אלי חוות הדעת של חברי: המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, השופט ט' ג'ובראן, השופט נ' הנדל וכן התוספות שהכניסה חברתי הנשיאה בפסק דינה, בעקבות גישתי ועמדות חברי. הדברים החשובים הללו מחייבים התייחסות ואעשה זאת בקצרה להלן.

51. חברי סבורים, כעמדת הנשיאה, כי אין חוק יסוד: הממשלה שולל במתכונתו הנוכחית מראש הממשלה את הסמכות לכהן במקביל כשר הממונה על משרד. עם זאת, חברי: המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט נ' הנדל ובמידה מסוימת אף חברי השופט ט' ג'ובראן אוחזים בדעה כי יתכן ושפעת התיקים שאוחז בהם ראש הממשלה לעת הזו מובילה למצב של חוסר סבירות, העלול להגיע לכדי חוסר סמכות.

52. אחרי שקראתי בעיון את כל חוות הדעת הנ"ל – לא שיניתי מדעתי שכבר עתה יש בפנינו מצב של חוסר סמכות, זאת מהטעמים הרבים שמניתי לעיל, ואולם נוכח עמדת חברי – מוכן אני להצטרף לגישתו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, שגם חברי השופט נ' הנדל מצדד בה, כי העתירה תידחה, בכפוף ל"התראת בטלות" שנוציא למשיבים (כפי שעשינו בשעתו בעניין ההסתדרות הרפואית).

גישתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין גורסת למעשה כי ראש הממשלה המכהן בכהונה אחת נוספת של שר (שר ביטחון, או שר חוץ, או משרד אחר המצריך את תשומת ליבו המיוחדת) אפשרית היא במישור הסמכות ובמישור שיקול הדעת, שכן הדבר לא נשלל חד-משמעית בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי וכבר היו דברים מעולם. חברי, השופטים: נ' הנדל ו-ט' ג'ובראן מבקשים שלא לקבוע בעתירה זו מסמרות בנושא מספר המשרדים שיכול ראש הממשלה להחזיק בהם, שכן העתירה עניינה בסמכות של ראש הממשלה לכהן כשר הממונה על משרד, בנוסף לכהונתו כראש הממשלה, ולא בסבירות מינויו כשר של מספר משרדי ממשלה. יחד עם זאת גם הם סבורים שהיקף השימוש בסמכות זו יתכן ועשוי להצדיק התערבות של בית משפט זה בעתיד. לכן חברי, השופט נ' הנדל סבר כמוני כי ראוי היה להוציא צו על-תנאי בעתירה והוא אף מוכן כי תינתן "התראת בטלות", כהצעת חברי, המשנה לנשיאה.

53. נוכח האמור לעיל – ובשל הצורך ליתן ביטוי למיצוע כלל הדעות השונות במכלול – מוכן אני להצטרף לחילופין לגישתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין

כי נוציא "התראת בטלות" למשיבים. דרך דומה של מיצוע ננקטה ב-דנ"א 3393/07 פקיד שומה ירושלים נ' איקאפוד (14.07.2011), שם חברי השופטים: מ' נאור, ו-א' רובינשטיין (כתוארם אז) והשופט ס' ג'ובראן הצטרפו אופרטיבית לתוצאה שהוצעה ע"י חברתי השופטת א' חיות שם, מבלי לבטל דעתם העקרונית בנושא שעמד לדיון באותה פרשה.

אוסף ואעיר כי ניתן למצוא תימוכין מסוימים לעמדת חברי, המשנה לנשיאה, במישור התת-חוקתי בהוראת סעיף 8 לחוק שירות מילואים, תשס"ח – 2008 (שנחקק אמנם טרם שנפסק ענין ההסתדרות הרפואית וטרם שבאו לעולם תיקוני חוק יסוד: הממשלה האחרונים). ההוראה האמורה מניחה אפשרות שראש הממשלה יכהן גם כשר ביטחון וקובעת כדלקמן:

" 8. (א) על אף הוראות סעיפים 6 ו-7, רשאי השר (שר הביטחון – הבהרה שלי – ח"מ), באישור הממשלה, בנסיבות חירום ולאחר ששוכנע שביטחון המדינה מחייב זאת –

(1) לקרוא, בצו, לכל חייל מילואים להתייצב לשירות מילואים כפי שנקבע בצו, במקום ובזמן שנקבעו בצו, ולשרת שירות מילואים כל זמן שהצו עומד בתוקפו;

(2) להסמיך, בצו, פוקד או מוסמך, לקרוא לחייל מילואים להתייצב ולשרת כאמור בפסקה (1).

(ב) (1) שוכנע השר, כי עקב דחיפות העניין יש לקרוא לחייל מילואים לשירות לפי סעיף קטן (א) עוד לפני שניתן לקבל את אישור הממשלה, רשאי הוא, בהסכמת ראש הממשלה, לקרוא לשירות בנסיבות חירום בלא אישור כאמור; מכהן ראש הממשלה כשר הביטחון, יתייעץ עם ממלא מקום ראש הממשלה, אם מונה;

(2) פעל השר לפי הוראות פסקה (1), יודיע על כך מיד לממשלה, והיא רשאית לאשר את הקריאה לשירות בשינויים או בלי שינויים או שלא לאשרה; אישרה הממשלה את הקריאה לשירות, יראו אותה כאילו אושרה מראש על ידי הממשלה לפי הוראות סעיף קטן (א); תוקפה של קריאה לשירות כאמור יפקע כעבור שבעה ימים מיום שניתנה, אם לא אושרה בידי הממשלה קודם לכן.

(ג) צו לפי סעיף קטן (א) או (ב) יובא על ידי השר, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-48 שעות מעת שניתן, לאישור הוועדה, אשר רשאית לאשרו, בשינויים או בלי שינויים, לא לאשרו, או להביאו לפני הכנסת; תוקפו של צו כאמור יפקע כעבור 14 ימים מיום שניתן, אם לא אושר בידי הוועדה או בידי הכנסת, קודם לכן".

(ההדגשות שלי – ח"מ).

מוצא אני אף לנכון לציין כאן – ביחס למודל של המנצח על התזמורת, אותו אזכרתי קודם לכן – כי יש בנמצא בעולם מנצחים בודדים שבצד ניצוחם הם מנגנים יחד עם התזמורת בכלי אחד (ואחד בלבד), ואולם אלה הם בבחינת יוצאים מן הכלל נדירים ביותר, המעידים דווקא על הכלל.

54. חברי, השופט נ' הנדל סבור כי בתקופת הביניים – בזמן ש"התראת הבטלות" תהיה בתוקף – יכול המכונן לתקן את חוק יסוד: הממשלה ולהביע דעתו בסוגיה. אינני שולל גישה זו ואף הבעתי בשעתו כאמור עמדה דומה בעניין ההסתדרות הרפואית. הנני אף מסכים לדעתו שהקריאה למכונן לעגן בחוקי היסוד את מבני היסוד של המשטר הישראלי – איננה בגדר הוראה. עם זאת קביעתו הנוספת כי בכל מצב אין בידינו להורות למחוקק לחוקק – ראוייה לסיוג במקרים חריגים מסוימים (עיינו: אהרון ברק, "הזכות החוקתית להגנה והחובה לכבדה" (אמור להתפרסם השנה במשפט וממשל, כרך יז); רונן פוליאק, בית המשפט והחובה לחוקק (המאמר הוגש לכנס לרגל פרישתו של נשיא בית המשפט העליון (בדימ') אשר גרוניס וטרם פורסם).

55. חברתי הנשיאה סבורה כי אין מקום ליתן כאן סעד של "התראת בטלות", שכן זה לא נתבקש ולא ניתנה למשיבים הזדמנות נאותה להתייחס לכך. על כך משיב חברי, המשנה לנשיאה:

"אוי לי מיוצרי ואולי לי מיצרי", ואי התיחסות כמחרישים היתה מותרת לטעמי את פסק דיננו כמעין "תעודת הכשר" למצב קיים, שלא לה היתה כוונתנו; "אדברה וירוח-לי" (איוב ל"ב, כ') משפטית, ואולי גם נועיל. מכל מקום, ככל שהנושא ישוב ויידון, פתוחה כמובן הדרך לטענות הצדדים שיישמעו בנפש חפצה".

בנושא זה מצרף אני את קולי לדעת חברי המשנה לנשיאה. הטעם לכך כפול:

(א) אם הצדדים אינם מעלים בפנינו, למשל, הוראת חוק רלבנטית, היתכן שבפסק דיננו נתעלם מהמצאותה של זו ומהשלכותיה על העתירה (אגב דחייתה) ולו לעתיד. דין דומה צריך לחול, לדעתי, ביחס לאי-סבירות ולחוסר מידתיות הנגלה לכאורה לעינינו.

(ב) בבג"צ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע (22.06.2011) (להלן: עניין האגודה לסיוע) הוצא בדעת רוב של חברי השופטים: א' פרוקצ'יה ו-ס' ג'ובראן (כנגד דעתה החולקת של השופטת (כתארה אז) מ' נאור) צו מוחלט שחרג לכאורה מהצו-על-תנאי שהוצא בעתירה.

הטעם, עליו התבססה תוצאה זו שם, נתלה, בין השאר, בכך שהצו המוחלט שהוצא הוא בבחינת "מועט" הנכלל בגדרו של "המרובה" לגבי הצו-על-תנאי המקורי שהוצא.

מבלי להביע דעה נחרצת לגבי המחלוקת שנתגלעה בנושא האמור בעניין האגודה לסיוע – המקרה שבפנינו הוא בבחינת קל וחומר למה שאירע שם, שכן אף פה מדובר ב"מועט", מה גם שכאן אנו דוחים את העתירה, בכפיפות ל"התראת הבטלות", אשר ביחס אליה – אם המצב לא ישתנה – יוכלו עותרים להגיש עתירה חדשה בעתיד, וזכויות המשיבים תשמרנה בהליך הבא. כך נהגנו אף אנו בשעתו בעניין ההסתדרות הרפואית והשתלשלות האירועים שהביאה לפסק הדין החלקי – על דעת כולנו – מלמדת שדרך זו אכן ראויה היא.

סוף דבר

56. לסיום דומני שראוי להזכיר את הלקח שלימד אותנו רש"י בפירושו לבראשית י"ח, פסוק ב' (פרשת וירא), כאשר הסביר את הטעמים להופעת שלושת המלאכים שניצבו על אברהם אבינו, זאת תוך שהוא מביא ציטוט מבראשית רבה נ', ב', הקובע כדלקמן:

"אין מלאך אחד עושה שתי שליחויות".

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. האם מוסמך ראש הממשלה להחזיק בתיק או תיקים מיניסטריאליים בנוסף לכהונתו כראש ממשלה? שאלה נוקבת זו היא ביסוד המחלוקת שנפלה בין חברתי הנשיאה לחברי השופט מלצר. העותרת משתיתה עמדתה כי הדבר אסור, על השינוי בחוק יסוד: הממשלה, שבו נשרה ההוראה ה"היסטורית" שאיפשרה לראש הממשלה לכהן כשר (סעיף 33(ד) הישן), וכן להוראת מילוי המקום ה"זמני" של שר (סעיף 24 כיום). המשיבים סבורים כי עולם כמנהגו נוהג, כך נהג מקדמת דנא, ואין להשמטה משמעות, ואין הנעשה כיום סותר את הדין. אקדים מסקנה לביאור, ואומר שלדעתי גם אם המצב המשפטי כיום נוטה לכיוון עמדתה של חברתי, וכך ככל הנראה, הריהו עלול

לעמוד על כרעי תרנגולת אילו נדון בגדרי אי סבירות, שכן זו עלולה להפוך לחוסר סמכות, ואזי לפנינו עמדת חברי. לא אטע מסמרות כאן ועכשיו, משלא שמענו כל טיעונים בהקשר זה; אך אקרא על הדברים, ולא לזמן רב לטעמי, את "התראת הבטלות" שניתנה בבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2009) (להלן עניין ההסתדרות הרפואית) שם לעניין המוסד של "סגן שר במעמד שר" (פסקה מ"א לחוות דעתי), והכל כפי שאנמק בקצרה.

ב. חברתי תיארה את תולדות הנושא והגיעה למסקנה כי שתיקת חוק היסוד כיום לעומת המצב ששרר "אינה מהוה הסדר שלילי חוקתי, אלא השתמעות חוקתית חיובית" (פסקה 6), וזאת מתוך מבט רחב אל ההיסטוריה הטרומ חוקתית, שקדמה לחוק יסוד: הממשלה, ההיסטוריה החוקתית והפרקטיקה מקדמת דנא. לשיטת חברתי אין הסדר מילוי המקום הזמני מוציא את הסמכות ה"קבועה". לשיטתה, מתכליתו האובייקטיבית של הנושא, הנלמדת – בין השאר – מן ההיסטוריה, מתחייבת תפיסת-יסוד שראש הממשלה מוסמך לכהן גם כשר ממונה על משרד.

ג. אחרת סבור חברי השופט מלצר, שהשלב הנוכחי בתיק יסוד בהערותיו בעניין ההסתדרות הרפואית (הנזכר), שהושלם למעשה בפסק דיננו החלקי בתיק הנוכחי ובא למשרד הבריאות, תחת "סגן השר במעמד שר" שעבר מן העולם, גואל מיניסטריאלי ככל משפטו וחוקתו. בעניין ההסתדרות הרפואית הביע חברי דעה, כי ראש הממשלה אף אינו יכול לכהן כשר ממונה על משרד, למעט לתקופה זמנית (על פי סעיף 24 הנזכר), וממילא – שם – לא למנות סגן שר. השקפתי בעניין הערה זו היתה, כפי שהביא חברי עתה, כי הסוגיה טעונה ליבון לעתיד לבוא, ו"כדברי הפתגם הסיני, גם המסע הארוך ראשיתו בצעד אחד" (פסקה מ"ג לחוות דעתי). בסקירה רחבה של המשפט הפנימי והמשה סבור חברי, כי עצם ההנחה המשפטית (אוסף: גם אם היא תיאורטית במציאות הגיונית) שראש הממשלה יכול למלא את תפקידי כל השרים (כעולה משאלה שנשאלה באת כוח המדינה בדיון בפנינו בתיק הנוכחי), מרוקנת את הוראות חוק היסוד לעניין מהות הממשלה כרשות המבצעת (סעיף 1) ולעניין מעמד ראש הממשלה אל מול השרים (סעיף 5(א)), בהיות ראש הממשלה בכינויו ובתפקידו לא "שר" כאחרים, לא "ראשון בין שוים" אלא בעל מעמד מיוחד, לא כמעמד כל שר שיהיה "ממונה על משרד" (סעיף 5(ג)). חברי מביא לכך ראיות שונות, שלא אחזור עליהן כדי שלא להלאות. בשונה מחברתנו הנשיאה, הוא סבור כי עניינו משמיע הסדר שלילי ולא השתמעות חיובית, ולשיטתו השמטת סעיף 33(ד) בחוק היסוד בנוסחו הנוכחי היא בחינת הסדר שלילי, כעולה גם מן הוראת אי האמון הקונסטרוקטיבי המלא בסעיף 28(ב) לחוק היסוד הנוכחי. לשיטתו, על פי ערכי היסוד של שיטתנו "ראש הממשלה

הוא מנצח על התזמורת" ולא נגן, גם בשל העומס המוטל עליו ועקרון החוקיות. הוא סבור, כי הנוהג עד הנה היה מוגבל בזמן, ומכל מקום דינו בטלות כמו "סגן השר במעמד שר".

ד. חברתי משיבה כי ההיסטוריה הטרומ-חוקתית המלמדת על התכלית, אינה תומכת בעמדת חברי במישור הסמכות, וכי עסקינן איפוא במישור שיקול הדעת, שאינו חלק מן העתירה ואינו טעון הכרעה (כגון למשל נושא העומס המוטל על ראש הממשלה בריבוי משרדים שבאחריותו).

ה. איזוהי הדרך שיבור לו הפרשן? לפני שני עשורים כתבתי מאמר, שגם אזכר על-ידי חברי, ושמו "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה", משפט וממשל ג' (תשנ"ו) 571, אשר פורסם בשנית לימים בעריכה קלה בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 79. המאמר נכתב זמן קצר לאחר שסיימתי שבע וחצי שנות כהונה כמזכיר הממשלה בארבע ממשלות וכלל חלק מלקחיי מאותן שנים. בינתיים ישבתי עוד כשבע שנים ליד שולחן הממשלה כיועץ משפטי לממשלה (פברואר 1997 – סוף 2003), ונתוספו לקחים, שלא שינו את העיקר. במאמר נכתב בהרחבה על "משחקי התיקים", תחת הכותרת "אחריות: עיוות ואי תקינות", והובאו דוגמאות למצבים אנומליים בממשלה שלא אשוב עליהן (ראו בספרי עמ' 97-98). וכך נאמר בין השאר (עמ' 98 בספר):

"סוג אחר של אי תקינות, פחות במישור הפורמלי (וכחלוף הזמן גם בו) ויותר במהות, השתקף בשנים האחרונות בהחזקת תיקים כמו הדתות והפנים במשך תקופה ארוכה על-ידי ראש הממשלה, דבר שמנע ניהול מיניסטריאלי אמיתי של המשרדים, ורוקן מתוכן מהותי את מושג האחריות ... האמור ממקד את תשומת הלב לשאלות של תרבות השלטון וכיבוד שלטון החוק – נושא הטעון בראש ובראשונה הפניית הערכים והעקרונות אל תוך הפרקטיקה הממשלתית, ועיקרו תהליך חינוכי, שספק אם נותנים עליו את הדעת".

מה שהיה כך לפני עשורים אחדים התעצם לנגד עינינו; כיום מחזיק ראש הממשלה גם בתיקי החוץ, הכלכלה, התקשורת והפיתוח האזורי. גם לשיטת חברתי לעניין הסמכות, שביסודה כנראה אכן משקפת את הכוונה האובייקטיבית והכוונה הסובייקטיבית ההיסטורית אליהן אשוב, אומר מצדי כי ברי שלפנינו תהליך לא בריא של שימוש בעייתי בסמכות – אף אם הכוונות טובות והאילוצים מכבידים. עצם היכולת התיאורטית הלכאורית לריבוי התיקים עוד ועוד אומרת אף היא דרשני. דעתי משכבר

היתה, כמצוטט מעלה, כי יש במצב כזה "אי תקינות, פחות במישור הפורמלי (וכחלוף הזמן גם בו) (הדגשה הוספה –א"ר), ויותר במהות...". שאלה היא, גם בהנחת סמכות קיימת, האם "עיוות ואי תקינות של הסמכות" ככותרת הפרק במאמרי, אינה עוברת את אט לכיוון חוסר סמכות; הדבר אינו בלתי אפשרי במישור המשפטי. הנה מפי השופט (כתארו אז) מישאל חשין בבג"ץ 1730-96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נ(1) 353 (1996), שם אמר (עמ' 365), כי יכלה להיות סיטואציה של "החלטה שלא כדין... שאינה תומכת עצמה בשיקול דעת ראוי, החלטה היא השקולה להחלטה שנעשתה בחריגה מסמכות" (הדגשה הוספה; הובא גם בדברי השופט מזוז בבג"ץ חאלד אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2015), פסקה 16).

ו. נקלעתי לכלל דילמה; המציאות, שהתרחבה לנגד עינינו מאז הגשת העתירה, שבה מחזיק ראש הממשלה לא פחות מארבעה תיקים נוספים לתקופה ארוכה, להבדיל מתקופה קצרה של מעבר שמאפשר חוק היסוד כאמור, זועקת דרשני. יתכן כי המצב נובע בחלקו מאילוצים פוליטיים אמיתיים כאלה ואחרים, אך ברי כי גם אם פורמלית היא תקינה, מהותית אין כאן תקינות. האם איננו מתקרבים ל"קו האדום" של אי סבירות ההופכת לחוסר סמכות? היכול אדם אחד, מוכשר ככל שיהא, ואין ספק בכשרונות ראש הממשלה, ושהוא "העסוק שבעסוקים, אבי כל העסוקים" (ראו פסקה כ"ג לפסק דינו החלקי בעתירה זו), למלא כראוי את כל שפעת התפקידים, שכל אחד מהם, בודאי רובם הגדול, דורש תשומת לב מרבית של "משרה שלמה" ויותר – משרד החוץ, משרד הכלכלה, משרד התקשורת והמשרד לשיתוף פעולה אזורי. האם הציבור מקבל את השירות שהוא ראוי לו מן השר? דומני שגם ראש הממשלה – הבקי מכל אחר – לא יאמר כך, ויהיו משרתי הציבור הנושאים בנטל היומיום טובים וראויים. ספק רב איפוא אם התשובה לשאלה זו יכולה להיות חיובית. אכן היו תקדימים שונים, במיוחד לתפקיד מיניסטריאלי חשוב אחד – בתולדות המדינה היה זה בעיקר משרד הביטחון, מימי דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון הראשון (וכך גם לוי אשכול (עד 1967), יצחק רבין, אהוד ברק ובתקופות קצרות מנחם בגין ויצחק שמיר), אך ראש הממשלה השני, משה שרת, היה גם שר החוץ. יתכן שאין לנעול את הדלת לחיבור כזה, אף כי נשתנו הזמנים והמעמסה בכל משרד, מאלה, בודאי משרד הביטחון ומשרד החוץ, למיטב הבנתי כבוגר המשרדים הללו, הלכה וגברה. באופן רצוי צודק חברי השופט מלצר בהביאו לדוגמה ממשלים חשובים בעולם החופשי שבהם ראש הממשלה הוא "המנצח על התזמורת" אך אינו, בנוסף, גם נגן באחד הכלים. ניצבת איפוא השאלה כיצד להתיחס למצב שבו ראש הממשלה מרבה לו תיקים, ויהיו השיקולים אשר יהיו, וזאת לא לתקופת מעבר קצרה אלא ב"חתימת קבע".

ז. לא אוכל בהקשר דנא שלא להזכיר את עצת יתרו חותן משה לחתנו המנהיג, לאחר שראהו יושב לשפוט את העם "מן-הבקר עד-הערב" (שמות י"ח, י"ג) ושאלו "... מה-הדבר אשר אתה עשה לעם, מדוע אתה יושב לכרך וכל-העם נצב עליך מן-בקר עד-ערב" (שם, י"ד). ובהמשך מזהיר יתרו את משה "... לא-טוב הדבר אשר אתה עשה; נבל תבל גם-אתה גם-העם הזה אשר עמך, כי כבוד ממך הדבר, לא-תוכל עשהו לכרך" (שם, י"ז-י"ח). ועל כן באה העצה "ואתה תחזה מכל-העם אנשי-חיל יראי אלהים אנשי אמת שנאי בצע ושמת עליהם שרי אלפים שרי מאות שרי חמשים ושרי עשרות" (שם, כ"א). יש רואים את יתרו כיועץ הארגוני הראשון, מכל מקום במשפט העברי. כמה יפים דברים אלה לענייננו, והרי אזהרת יתרו למשה אינה רק באשר לכוחו שלו, אלא להשפעת הדבר על העם, וכדברי רש"י על הדיבור "כי כבוד ממך" – "כובדו רב יותר מכוחך". הנה כל התורה המינהלית בפרק אחד.

ח. והנה הדילמה: עתירה זו הוגבלה ויוחדה על-ידי העותרים עצמם לשאלת הסמכות, ולא לשאלת הסבירות. נושא הסבירות לא נדון בפנינו איפוא כל עיקר, כאמור. על כן קשה, בנושא רגיש כל כך, להלום שימוש ויישום כאן ועתה בתיזה של אי הסבירות ההופכת לחוסר סמכות.

ט. במסגרת שבה אנו נתונים בעתירה, דומה איפוא שיד המצב המשפטי הותיק, שבו תומכת חברתי, על העליונה לעת הזאת. בשונה מחברי השופט מלצר איני סבור שניתן לומר כי השמטת הסעיף המסמיך משקפת רצון המחוקק-המכונן. מהכרת המערכת סבורני כי עסקינן בהשמטה אקראית של מה שנראה כמובן מאליו, כי כך היה מאז ה' באייר תש"ח, קרי, שראש הממשלה מילא תפקיד שר נוסף. על כן לא הייתי רואה בכך כיום הסדר שלילי, אך שהלב היה נוטה לכך בודאי כשהמדובר בשיירת משרדים גדולה הנגזרת אחרי רכב ראש הממשלה; אולי לא הייתי אומר כך בנחרצות אילו עסקנו בתיק חשוב אחד נוסף ותו לא. לא אתימר להכניס ראשי במינוח הרם של "השתמעות" כזו או אחרת; בעברית פשוטה, לטעמי קשה מאוד להניח שמי בכנסת סבר כי ננעלה הדלת לתיק מיניסטריאלי נוסף לראש הממשלה, וההיסטוריה מייצגת גם "תכלית אובייקטיבית"; מכאן כהכרעת חברתי בשאלת הסמכות לעת הזאת; אך מנגד מסופקני אם סבר מי מן המחוקקים כי ניתן לחשוב על "מדרון חלקלק" של שפעת תיקים, אף בגדרי השכל הישר. במכלול סבורני כי לעת הזאת יש ללכת בדרכה המשפטית של חברתי. עם זאת, ובלא נטיעת מסמרות, עלי להוסיף לכך בקול צלול את התראת הבטלות, בהקשר "אי הסבירות ההופכת חוסר סמכות". לטעמי חיוני שבית משפט זה האמון על משאלת הממשל התקין, יעיר כיום במבט צופה פני עתיד לא רחוק,

בדבר אפשרות זו. כשלעצמי סבורני, כי מחובתנו לתקינות החוקית של הממשל, עלינו לומר, כי ככל שלא ישתנה המצב הקיים מהותית במשך – למשל – כשמונה חודשים נוספים והנושא יבוא לביקורת שיפוטית, כמובן יישמעו טענות בלב פתוח, אך הסוגיה תהא ראויה לבירור מלא, שלא היה בעתירה זו.

י. לא אאריך במקום שראוי לקצר לאחר כל דבריהם היפים של חבריי, ואחזור ואומר – הסמכות דהיום קיימת לכאורה, אך היא קרובה לסכנת הידרדרות לאי סבירות ההופכת לחוסר סמכות, והנה לטעמי "התראת בטלות" כאמור – ויפה תיקונה שעה אחת קודם, באופן שיהא גם סביר, כך או אחרת, בממשל תקין וראוי. לעת הזאת אצטרף לחברתי הנשיאה.

יא. למקרא חוות דעתו של חברי השופט הנדל אוסיף: יש צדק בהערתו (פסקאות 4 ו-5) באשר לכך שנושא שנתר עמום במידה רבה בחוק יסוד: הממשלה דהאידינא ראוי להבהרה חקיקתית. הדבר נובע גם מהתרבות המשימות בכל משרד (ראו פסקה ו' לחוות דעתי). יש לכך גם השלכות על משילות ודמוקרטיה, וראש הממשלה, בשל נסיונו והכרת המטלות הרבות הרובצות לפתחו, הוא בודאי הראשון היודע זאת; והדברים נאמרים במונחים פשוטים של יכולת אנושית מול הררי החלטות, גם מעבר לשאלות פוטנציאליות של ניגודי עניינים, והכל כדי שלא להגיע חלילה ל"קש ששבר את גב הגמל". וכבר כתב המשנה לנשיא מ' חשין בע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות (2006) פסקה 57, שם בסוגיה של הפעלת הדוקטרינה של בטלות יחסית, "נזכור ונשמור: השכל הישר ותבונת האדם הם ידידינו הטובים והנאמנים ביותר; נחזיק אותם תמיד באשפה שעל שכמנו, ולעת פירוש חוק והכרעת-דין נחזיק אותם בידינו כל העת לבחינה אם מניעים הם את ראשיהם בהסכמה לנו".

יב. ולבסוף, חברי השופט הנדל הזכיר (פסקה 5) את חשיבות החקיקה במשפט העברי (אולי יש לומר – חשיבות בהירות החקיקה), והביא מדברי הרב א"י הכהן קוק לעניין כוחה של האומה בשעה שאין מלוכה בישראל – אם נרצה, כוח הדמוקרטיה. דברים אלא הובאו על-ידי ברשימתי "מלכות ישראל לעומת דינא דמלכותא, בעקבות ספרו של השופט ד"ר גרשון גרמן 'מלך ישראל: ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה'" מחקרי משפט כ"ב (תשס"ו-2006), 489, 494-493; דברי הרב קוק פותחו על-ידי הרב שאול ישראלי, פוסק ציוני מובהק, עורך קבצי התורה והמדינה שבאו להתמודד עם שאלות מדינה משקמה מדינת ישראל (ראו מהדורתם המחודשת במבחר בצומת התורה והמדינה (הרב י' שביב, עורך), תשנ"א וכן

אסמכתאות נוספות ברשימתי שם, וראו גם הרצאת פרופ' א' אדרעי בקבלת פרס צלטנר (22.3.16). הדמוקרטיה היא רעיון נפלא. יישומה ומניעת שיתוקה או התפוררותה יושגו, בין השאר, על-ידי מערכת חוקים שיאפשרו לתרגמה למציאות מתפקדת, חרף אילוצים וקשיים. בפסק דין זה מבקשים אנו לתרום לכך.

יג. ולבסוף, איני יכול שלא להידרש להערת חברתי הנשיאה לעניין "התראת הבטלות". "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי", ואי התיחסות כמחרישים היתה מותרת לטעמי את פסק דיננו כמעין "תעודת הכשר" למצב קיים, שלא לה היתה כוונתנו; "אדברה וירוח-לי" (איוב ל"ב, כ') משפטית, ואולי גם נועיל. מכל מקום, ככל שהנושא ישוב ויידון, פתוחה כמובן הדרך לטענות הצדדים שיישמעו בנפש חפצה.

המשנה לנשיאה

השופט ט' ג'ובראן:

1. הפכתי ועיינתי בחוות הדעת החולקות של חבריי – הנשיאה מ' נאור מזה, והשופט ח' מלצר מזה, ועל שאף שטעמיו של חברי השופט מלצר מאירי עיניים הם, אני מצטרף לדעתה של חברתי הנשיאה.

2. כפי שמפרטת חברתי הנשיאה, הנוהג לפיו ראש הממשלה מכהן במקביל גם בתפקיד של שר הוא נהוג מקובל בשיטת הממשל הישראלית (ראו פסקאות 9-11 לחוות דעתה; וכן בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (9.6.2009)). אני מסכים עם גישתה לפיה היעדרה של הוראה מפורשת המקנה סמכות זו לראש הממשלה איננה בגדר הסדר שלילי, אלא מעין השתמעות חוקתית חיובית. מבלי לצעוד בדרכו העשירה והמעשירה של חברי השופט ח' מלצר, דומני כי על מנת שאי-הכללת הסמכות בגדרו של חוק-יסוד: הממשלה המתוקן (משנת 2001) תיחשב הסדר שלילי, הייתה נדרשת התייחסות קונקרטית

ומודעת של המחוקק לשינוי שתיקת התיקון מביאה עמה (ראו והשוו: בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פסקה 70 לפסק דיני (1.3.2016)). זאת, בפרט כאשר מדובר בשינוי חוקתי משמעותי, המבטל נוהג מושרש בשיטה הישראלית.

3. אולם, לשיטתי, היקף השימוש בסמכות הוא אשר יתכן ועשוי להצדיק התערבות בית משפט זה, בפרט שעה שמדובר בסמכות משתמעת שאינה מפורשת. אמנם, בעבר אכן ראשי ממשלה כיהנו גם כשר – כפי שפירטה המשיבה בנספח מ/7 לתגובתה. עם זאת, לרוב היה מדובר בכהונה כשר הממונה על משרד אחד בלבד או על שניים לכל היותר, בדרך כלל משרד החוץ ו/או הביטחון. במקרים הבודדים שבהם ראש הממשלה כיהן כשר הממונה על שלושה משרדים ומעלה – היה זה לתקופה זמנית בלבד ולא כדרך קבע. כך למשל, מהדוגמה אותה הביאה חברתי הנשיאה בציטוט בפסקה 11 לחוות דעתה, ניתן להיווכח כי ראש הממשלה דאז מנחם בגין כיהן כשר הממונה על משרדי הרווחה, המשפטים, התחבורה והתקשורת "בתקופת מעבר קצרה". בפועל, תקופה זו אכן ארכה חודשים ספורים בלבד – ארבעה במספר – מיום 20.6.1977 ועד ליום 24.10.1977.

4. לטעמי, המצב הנוכחי שבו אנו נמצאים ושכלפיו מופנית העתירה, לפיו ראש ממשלה ממונה על מספר משרדי ממשלה לתקופה לא מוגבלת – ללא הסמכה מפורשת בחוק-היסוד – הוא בעייתי. במצב העניינים הקיים, ראש הממשלה מחזיק בנוסף לסמכויותיו הרבות כראשון בין שווים – גם את סמכויותיהם של מספר משרדים בעלי השפעה לא מבוטלת. בידי מרוכז כוח רב ויוצא דופן, כך שממשלו הוא הלכה למעשה "ממשל ראש הממשלה". אציין, כי מסופקני אם מצב זה ראוי הוא בשיטת ממשל דמוקרטית. לכך ניתן להוסיף ספקות בדבר תפקודה היעיל של הממשלה כאשר יש ריבוי משרדים בידי אדם אחד, בפרט כאשר אותו אדם הוא, כפי שחברי המשנה לנשיאה ציין, "עסוק שבעסוקים" (וראו: שמעון שטרית הממשלה: הרשות המבצעת – פירוש לחוק יסוד: הממשלה 235 (עתיד להתפרסם)).

חששות אלו רק מתעצמים נוכח היותה של הסמכות משתמעת ולא מפורשת. זאת, משום שגבולותיה של סמכות משתמעת, מעצם טיבה, אינם ברורים ונתונים ביתר

שאת לפרשנות – תכונה המחייבת, לדידי, משנה זהירות בשימוש בה כדי שהוא לא יעלה כדי חוסר סמכות. בדומה, חברי המשנה לנשיאה סבר כי על אף שהסמכות קיימת – היא קרובה לסכנת הידרדרות לאי-סבירות ההופכת לחוסר סמכות. עם זאת, כפי שציינה חברתי הנשיאה, עסקינן בעתירה שעניינה הסמכות של ראש הממשלה לכהן כשר בנוסף לכהונתו כראש ממשלה, ולא הסבירות של כהונתו כשר של מספר משרדי ממשלה. סמכות כזו – על אף שהיא משתמעת בלבד – סבורני כי אכן קיימת, ועל כן אינני רואה צורך להרחיב את היריעה בנושא לעת הזו.

5. על כל האמור, אני מסכים לחוות דעה של חברתי הנשיאה מ' נאור.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. ביום 23.8.2015 ניתן פסק דין חלקי בעתירה שבכותרת – במסגרתו נקבע על ידי מותב זה כי אין תוקף למוסד "סגן שר במעמד שר", והורינו כי יעקב ליצמן, שכיהן באותה עת כסגן שר הבריאות במעמד שר בעוד ראש הממשלה נשא בתואר השר הממונה, יחדל לכהן בתפקידו בתוך 60 יום (להלן: פסק הדין החלקי). עתה, ניצב לפתחנו היבט אחר של העתירה, שעניינו בשאלת הסמכות של ראש ממשלת ישראל לכהן, במקביל, כשר בממשלתו שלו.

ביום 14.5.2015 הביעה כנסת ישראל את אמונה בממשלה ה-34, בראשות בנימין נתניהו – אשר החליט להחזיק בידיו ארבעה משרדים ממשלתיים נוספים: החוץ, התקשורת, הבריאות והמשרד לשיתוף פעולה אזורי. בעקבות פסק הדין החלקי, נמסר תיק הבריאות לידיו הנאמנות של יעקב ליצמן. מאוחר יותר הביאו התפתחויות שונות להעברת תיק הכלכלה אל ראש הממשלה, כך שבמועד כתיבת שורות אלה, ראש הממשלה עודנו ממלא ארבע משרות מיניסטריאליות קבועות. לטענת העותרת, חוק

יסוד: הממשלה אינו מאפשר לראש הממשלה לכהן, במקביל לתפקידו העיקרי, כשר במשרד ממשלתי – ללא תלות בגודלו, היקף פעילותו או במספר התיקים (להלן: כהונה מקבילה). משום כך, מבקשת העותרת לבטל את מעמדו של נתניהו כשר בכל אחד מארבעת המשרדים שבהם הוא מחזיק.

בין חבריי התגלעה מחלוקת בסוגיה. על פי השקפת חברתי, הנשיאה מ' נאור, אין לראות בשתיקת חוק יסוד: הממשלה משום הסדר שלילי, המונע מראש הממשלה סמכות לכהונה מקבילה. אדרבה, תכליתו האובייקטיבית של חוק היסוד – כמו גם שורשיה העמוקים של פרקטיקה זו במסורת הפוליטית בישראל – מלמדים כי השתיקה יוצרת "השתמעות חוקתית חיובית", ופורשת את ההוראות הכלליות בדבר מינוי שרים גם על ראש הממשלה עצמו. למסקנה זו הצטרפו, איש איש בדרכו, חבריי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן. לעומתם, חברי השופט ח' מלצר סבור שאין מפלט מן המסקנה כי חוק יסוד: הממשלה אינו מסמיך את ראש הממשלה לכהן, במקביל, כשר הממונה על משרד ממשלתי. לדידו, ניתוח הוראות שונות בחוק היסוד מלמד כי ראש הממשלה איננו בבחינת שר, ומכאן שלא ניתן להחיל עליו את ההסדרים הכלליים הנוגעים לשרי ממשלה. נוכח ההיסטוריה החוקתית ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית, דוגמת הפרדת הרשויות ועקרון החוקיות, יש לראות בשתיקת חוק היסוד בעניין משום הסדר שלילי.

לאחר העיון בחומר, סבורני כי הסוגיה העומדת בפנינו מורכבת ורבת פנים. על כן, אילו נשמעה דעתי היה ניתן בזאת צו על תנאי המורה למשיבים לנמק את עמדתם, ולו כדי לאפשר ליבון מקיף ויסודי יותר שלה. ברם, אפשרות זו לא התקבלה על לב חבריי. לגופו של עניין, מצאתי להצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה – כי דין ההיבט הנוכחי של העתירה להידחות. עם זאת, להשקפתי אין להסתפק בניתוח בינארי של מעמד הכהונה המקבילה. דהיינו, כפי שיובהר להלן, אין להעניק תשובה של אור אדום או אור ירוק לשאלת חוקיותה של פרקטיקה זו, מאחר והתשתית העובדתית הקונקרטי עשויה להוביל למסקנה שונה בנסיבות המתאימות. כדי שעמדתי תובן כהלכה, נדרשת, אפוא, הרחבה. בשלב זה אומר, על קצה המזלג, כי תשובתי לשאלת חוקיות הכהונה הכפולה היא בגדר אור צהוב.

2. בטרם אדרש להשלכות התשתית העובדתית הקונקרטי, אקדים כי התוצאה אליה הגעתי, לפיה דין העתירה להידחות, מחייבת התמודדות עם שתי משוכות משפטיות משמעותיות. הראשונה, והעיקרית שבהן, היא השמטת הוראת ההסמכה המפורשת שהופיעה בסעיף 33(ד) לחוק יסוד: הממשלה (משנת 1992), ובה נאמר כי

"ראש הממשלה יכול שיכהן גם כשר הממונה על משרד". חוק היסוד הנוכחי, אשר התקבל בשנת 2001 וביטל את קודמו, אינו מכיל הוראה דומה – ובכך יש, לכאורה, כדי להצביע על כוונה לסטות מן ההסדר הקודם ולשלול את הסמכות לכהונה מקבילה. ברם, ב"כ המדינה, עו"ד שרון רוטשנקר, נתנה מענה משכנע לטיעון זה והבהירה בדיון כי יש לראות את ההשמטה על רקע התמורות הרחבות יותר שחלו בחוק יסוד: הממשלה במהלך השנים. לדבריה, חוק היסוד המקורי, משנת 1968, אף הוא לא כלל הוראת הסמכה מפורשת – משום שלא היה בה צורך. לעומת זאת, חוק היסוד שהתקבל בשנת 1992 אימץ את שיטת הבחירה הישירה, שעל פיה ראש הממשלה נבחר במישרין על ידי הציבור. נוכח תמורה זו, אשר יצרה הבחנה מהותית בין ראש הממשלה, שהוא נבחר ציבור, ליתר שרי הממשלה, נוצר הצורך לעגן במפורש את סמכות ראש הממשלה לחבוש במקביל את כובע השר. אולם, עם ביטול הבחירה הישירה והחזרה לשיטה הפרלמנטרית הוותיקה, בחוק היסוד הנוכחי, שבו ראש הממשלה ושריו לעמוד על מישור נורמטיבי זהה – ומכאן שההסמכה המפורשת לכהונה מקבילה שוב איננה נחוצה. משכך, אין לייחס להשמטה כוונה ליצירת הסדר שלילי; אדרבה, היא משקפת את התפיסה כי "מה שהיה" בטרם המעבר קצר הימים לשיטת הבחירה הישירה, "הוא שיהיה".

מסקנה זו מסתייעת, כפי שציינה חברתי הנשיאה (בפסקה 8 לחוות דעתה), בכך שהן בדברי ההסבר לחוק היסוד הנוכחי והן בהליכי כינונו בכנסת לא ניתנה התייחסות כלשהי לסוגיית הכהונה הכפולה. מאחר וענייננו בפרקטיקה פוליטית שימיה כמעט כימי המדינה, הטענה כי המחוקק ביקש לעקור אותה כלאחר יד, מבלי לבחון כלל את תכליותיו והשלכותיו של צעד כזה, רחוקה מלשכנע – לבטח על רקע קיומו של הסבר חלופי הולם להשמטה.

המשוכה השנייה, עליה עמד חברי, השופט ח' מלצר, היא תורת ההשתמעות החוקתית – המלמדת, לדבריו, כי חוק יסוד: הממשלה ביקש ליצור הסדר שלילי בסוגיה שלפנינו. אמנם, מעבר למורכבות הכללית הכרוכה ביישום תורה זו, גם במסגרת שיטת המשפט האמריקאית שם הורתה, בולטת הנקודה הבאה כבסיס לדחיית העמדה. חברי המשיל את היחס בין הטקסט החוקתי לפרשנות המשתמעת ליחס שבין התורה שבכתב לתורה שבעל פה. משל זה אכן מועיל להבנת הדוקטרינה, אך דווקא בשל כך, ועל רקע הפרקטיקה המקובלת במסורת הפוליטית הישראלית, יש בו כדי להפחית את משקל הדוקטרינה בענייננו. לשון אחר, העדר הרמוניה וחפיפה בין התורה שבעל פה – קרי, ההשתמעות החוקתית הלכאורית – למנהג הקיים מעורר את השאלה האם אותה תורה שבעל פה היא אכן פרשנות ראויה של התורה שבכתב, הלא היא חוק

יסוד: הממשלה, או שמדובר בשגגה שנפלה תחת ידי הפוסקים בהבנת דברי המחוקקים. אכן, חברי הפליא לתאר את הבעייתיות המובנית בכהונה של ראש ממשלה כשר במשרד מסוים – אם בשל הכרסום בעקרון הפרדת הרשויות, אם בשל הפגיעה האפשרית בזכויות יסוד ואם בשל אספקטים שונים של "נראות מעשית" בדבר המעמד של שר רגיל והקושי העולה כאשר הוא גם ראש ממשלה. אולם, לדעתי, מן הקביעה כי כהונה מקבילה אינה רצויה ועד למסקנה בדבר קיום הסדר חוקתי השולל את הסמכות לפעול בדרך זו, ארוכה הדרך. במובן זה, הנוהג הקיים, שעל פיו כיהנו ראשי ממשלה כשרים בממשלותיהם, מספק אינדיקציה משמעותית לכך שהפגמים עליהם הצביע חברי לא חצו את רף האיסור המשפטי, ולא תורגמו להגבלה חוקתית על כהונה מקבילה. ודוק, אין בכוונתי לטעון כי הנוהג "גובר" על הוראה חוקתית. אדרבה, ברוח האנלוגיה לתורה שבעל פה, סבורני שראוי ליישם בענייננו את הכלל התלמודי הקובע כי "כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג, ונהוג" (ירושלמי, מסכת פאה, ז, ה). בהעדר הוראה חוקתית מפורשת בעניין – כפי שמלמדת המחלוקת שבין חבריי – המנהג, גם אם אינו מחייב, עשוי לשפוך אור על התמונה וללמד מהי ההלכה. משכך, ומבלי להביע עמדה בדבר הדין הרצוי, לא מצאתי להצטרף לעמדת חברי כי ראש הממשלה נעדר סמכות לכהן כשר, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה.

3. העותרת בחרה לשים את ביציה בסל חוסר הסמכות, ונמנעה מהעלאת טענות כנגד אופן הפעלת שיקול הדעת על ידי ראש הממשלה. למעשה, בא כוחה הבהיר זאת בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים בדיון שהתקיים ביום 10.11.2015, כאשר השיב לשאלה ישירה כי "אני טוען אך ורק לעניין הסמכות". משכך, ניתן היה לסיים את הדיון בעתירה בשלב זה, נוכח הקביעה כי הפרשנות הראויה של מכלול הסדרי חוק יסוד: הממשלה מצביעה על קיום סמכות עקרונית לכהונה מקבילה.

עם זאת, לאור ההיבטים העקרוניים של הסוגיה, ועל רקע התשתית העובדתית החלקית שנפרשה בפנינו, סבורני כי מן הראוי ליחד מספר מילים לעילות הסבירות והמידתיות – על מנת שהתוצאה אליה הגעתי, דחיית העתירה הנוכחית, לא תיצור רושם שגוי לגבי נימוקיי והתמונה המשפטית המלאה, להבנתי. כאמור, במסגרת עתירה זו קבעתי כי לראש הממשלה עומדת סמכות עקרונית לכהן במקביל כשר בממשלתו. אולם, כפי שיובהר להלן, אין בכך כדי להכשיר באופן גורף כל כהונה מקבילה; מידתה והיקפה של כהונה משפיעות על סבירותה – כאשר חריגה קיצונית ממתחם הסבירות אף עשויה לצבוע אותה בצבעים של חריגה מסמכות (ביחס לקו הדק המבדיל בין אי סבירות לאי חוקיות, בייחוד נוכח אופייה המשתמע של ההסמכה לכהונה מקבילה, ראו

גם פסקאות ה' ו-ט' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' דובינשטיין ופסקה 4 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן).

ברי שאין להשלים עם מצב שבו ראש הממשלה ממנה עצמו לשר בכל משרדי הממשלה – ולמעשה, יושב לבדו אל שולחן הממשלה. צעד כזה מרוקן מתוכן את מוסד הממשלה, כך שגם אם מן הבחינה הפורמאלית כל אחד מן המינויים פֶּשֶׁר, פֶּשֶׁר, התוצאה הסופית אינה מתקבלת על הדעת. זו, בוודאי, תהיה המסקנה גם אם ראש הממשלה יקבל את האחריות ל-10 משרדים. לעומת זאת, יהיו שיטענו כי כהונה מקבילה במשרד ממשלתי אחד, בהתאם לפרקטיקה המקובלת מימים ימימה, מצויה בליבת מתחם הסבירות. בין שני קצוות אלה מצוי מרחב אפור, ואין מקום לקביעת נוסחה מספרית קשיחה. מכל מקום, ברי כי לנתון הכמותי משמעות בבחינת סבירות הכהונה המקבילה.

לצד מספר המשרדים שבהם מבקש ראש ממשלה להחזיק, ישנה, במישור הסבירות, משמעות רבה גם לאיכותם – למשל, היקף הפעילות הכרוך בהם, מרכזיותם במסגרת עבודת הממשלה ומידת השפעתם על זכויות יסוד. זאת בשני היבטים. ראשית, יש בכך כדי להשפיע על עוצמת הקשיים המשפטיים הכרוכים בכהונה מקבילה, דוגמת החשש לניגוד עניינים מוסדי בין תפקידיו השונים של ראש הממשלה; פגיעה במעמד הממשלה כגוף מתפקד עצמאי; או כרסום אפשרי בזכויות יסוד. שנית, על ניתוח הסבירות לייחס חשיבות גם לשיקולים פרקטיים יותר. ראש הממשלה נושא באחריות כבדה לביטחונם ורווחתם של אזרחי ישראל, והוא ממלא שורה ארוכה של תפקידים על פי חוק. יש יסוד לחשש כי נטילת מעמסה כבדה נוספת, בדמות מספר משרדי ממשלה בעלי היקף פעילות רחב, תפגע ביכולתו להקדיש את כולו למשימות שלפניו, ותאלץ אותו לפזר את משאביו בצורה שאינה מיטבית ואינה יעילה. חשש זה מתעצם ככל שהיקף המעמסה המיניסטרילית גדל – מבחינה כמותית ואיכותית גם יחד.

גם האדם המוכשר ביותר, ובעל הכוונות הטובות ביותר, כפוף למגבלות מרחב הזמן המשותף לכולנו, שלא ניתן להגמיש או להרחיב. בהקשר זה, ראוי לשוב ולהזכיר את הסיפור המקראי שכבר הזכירו חלק מחבריי: כאשר ראה יתרו, חותנו של משה רבנו, כי משה דן לבדו את העם, אמר לו "מה הדבר הזה אשר אתה עושה לעם, מדוע אתה יושב לבדך וכל העם נמצא עליך מבקר עד ערב [...] לא טוב הדבר אשר אתה עושה. נבול תיבול גם אתה, גם העם הזה אשר עימך, כי כבד ממך הדבר לא תוכל עשוהו לבדך (ספר שמות, פרק יח, יג, יז-יח). ביקורת זו התקבלה על ידי משה, אשר מינה בעקבותיה שופטים נוספים וחדל לשאת לבדו במעמסת התיקים. הביטוי "נבול

תיכול" שאוב, אמנם, מעולם חיי הצמח, אך נכון גם ביחס לאדם ואף האדם שמשמש כמנהיג (ראו והשוו פירוש רש"ר הירש על התורה, שמות פרק יח, יח). הנה כי כן, גם אם קשה לקבוע את גבול היכולת, אין ספק כי גבול כזה אכן קיים, ומן הראוי להתחשב בו הן לטובת הציבור – והן לטובת המנהיג.

לסיכום, גבולות המחלוקת שהתוותה העותרת אינם מאפשרים לבחון את סבירות כהונתו של ראש הממשלה כשר החוץ, הכלכלה, התקשורת והשר לפיתוח אזורי – וממילא, לא ניתן גם לקבוע שיש בה משום חריגה מסמכות. ובכל מקרה, אין זו השעה לכך.

נוכח הקשיים הכרוכים בכהונה מקבילה – ובייחוד על רקע מגמת ריבוי הכובעים עתירי הסמכות, האחריות והעומס שנוטל לעצמו ראש הממשלה – דומה כי הגיעה העת למתן "התראת בטלות" בדבר עתידה החוקי המעורפל של פרקטיקה זו (ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437, 449-447 (2011); להלן: אורגד ולביא). כלומר –

"על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית נוכח הרקע שתואר, מהווה 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" (בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' מ"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (9.6.2009); להלן: עניין ההסתדרות הרפואית).

בדרך זו פעל בית משפט זה בעניין ההסתדרות הרפואית, כאשר הבהיר שמוסד סגן השר המתפקד כשר "הוא מוסד הקרב לתום דרכו" – וכי אין מנוס ממינוי "שר ככל משפטו וחוקתו" (שם). ההתראה שניתנה באותו עניין הפכה, כזכור, להוראה בפסק הדין החלקי בעתירה הנוכחית. אמנם, במקרה שלפנינו לא ניתן לקבוע כי על הממשלה לפעול בדרך ספציפית, דוגמת שלילה מוחלטת של כהונה מקבילה – שכן, כפי שציינתי לעיל, מתחמי הסבירות והמידתיות עשויים להגן גם על הסדרים גורפים פחות. בנוסף, כאן ניתנת לרשויות הזדמנות לשקול תיקון חקיקתי שיסדיר את סוגיית הכהונה הכפולה, בגדר השלמת החסר, ולא רק התייחסות לדין הקיים. במובנים אלה, סוגיית הכהונה המקבילה שונה מסוגיית מעמדו של מוסד סגן השר, שם הכילה התראת הבטלות הנחיה ברורה לגבי אופן הפעולה הרצוי – ביטול מוחלט של מוסד זה. אף על פי כן, המשותף עולה על המפריד: בשני המקרים התברר כי אף שלא בשלו התנאים למתן סעד

אופרטיבי, סימני השאלה המרחפים מעל חוקיות הפרקטיקה הנידונה עלולים להוביל להתערבות שיפוטית עתידית – ועל כן ראוי להעניק לרשויות השלטוניות הזדמנות לגבש הסדר מאוזן.

אני מצטרף, אפוא, לעמדת חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, לפיה "ככל שלא ישתנה המצב הקיים מהותית במשך – למשל – כשמונה חודשים נוספים והנושא יבוא לביקורת שיפוטית [...] הסוגיה תהא ראויה לבירור מלא" (פסקה ט' לחוות דעתו). אכן, נימוקיו של חברי, השופט ח' מלצר, אינם מובילים, לדעתי, למסקנה כי חוק היסוד שולל לחלוטין את הסמכות לכהונה מקבילה. עם זאת, יש בהם כדי לבסס ולהעצים את עילת אי הסבירות – עד כדי קביעה כי בנסיבות מסוימות חוסר הסבירות שבכהונה מקבילה עשוי לעלות כדי חריגה מסמכות. משום כך, ראוי לצעוד בענייננו בעקבות מתווה ההסתדרות הרפואית ולהוציא התראת בטלות.

4. נימוק משמעותי נוסף להחלטתי זו נעוץ בתפיסה הכללית לגבי מעמדה הראוי של החקיקה במדינת ישראל. בספרו *The Dignity of Legislation* טוען המלומד Jeremy Waldron מניו זילנד – מן ההוגים הבולטים בתחום הפילוסופיה הפוליטית והפילוסופיה של המשפט – כי, מבחינה נורמטיבית וקונספטואלית, יש לראות במוסד החקיקה "Dignified mode of governance and a respectable source of law" (עמ' 2). לדידו, מנגנון ההכרעה של אסיפת הנבחרים מהווה, נוכח המצב הקבוע של חוסר ההסכמה הקיים בחברה ביחס לסוגיות מסוימות, "not just an effective decision-procedure, it is a respectful one" (עמ' 158). זאת, מפני שהוא מכבד את קיומן של דעות שונות ביחס ל"אמת" (גם אם זו עשויה להיות אבסולוטית), ומעניק לכולן משקל שוויוני.

כשלעצמי, הייתי רוצה למשוך את הרעיון של חקיקה "מכובדת" לכיוון אחר. אל כבוד החקיקה (במובן *Dignity of legislation*) ניתן להתייחס, במידה מסוימת, כאל שטר ששוברו בצידו. ההכרה במעמדה המכובד של החקיקה, מעוררת ציפיות להתנהלות תואמת של המחוקק – קרי, הכרה בחשיבות הפעלת מנגנון ההכרעה על ידיו, ועיגון ההכרעות שנתקבלו בחקיקה מפורטת ובהירה. כבר לפני למעלה מ-200 שנה, עמד תומאס ג'פרסון – מהאבות המייסדים של ארצות הברית, שהיה העורך העיקרי של הצהרת העצמאות שלה וכיהן כנשיאה השלישי – על הצורך החיוני בקביעת כללים, ללא קשר לתוכנם המהותי, בציינו כי –

"Whether these forms be in all cases the most rational or not, is really not of so great importance, It is much more material that there should be a rule to go by, than what that rule is` that there may be an uniformity of proceeding in business, not subject to the caprice of the Speaker, or captiousness of the members. It is very material that order, decency and regularity, be preserved in a dignified public body." (THOMAS JEFFERSON, A MANUAL OF PARLIAMENTARY PRACTICE, Sec. I (2nd. ed., 1812).

דברים אלה מתייחסים אמנם לצורך בקביעת פרוצדורת החקיקה, אך הם מלמדים על החשיבות בקביעת הסדרים ברורים שאינם מותירים את הבמה לקפריזות רגעיות או לצרכים משתנים – אלא מספקים הכרעה ברורה ומכובדת בשאלות הרלוונטיות.

גם הוגים אחרים שנדרשו למאפייני החקיקה, דוגמת יוסף רז – פילוסוף בולט של המשפט, המוסר והפוליטיקה – עמדו על הצורך הבסיסי ביצירת חקיקה בהירה שתאפשר לבריות לכלכל את צעדיהן בצורה מושכלת –

"All laws should be prospective, open, and clear. One cannot be guided by a retroactive law [...] The law must be open and adequately publicized. If it is to guide people they must be able to find out what it is. For the same reason its meaning must be clear. An ambiguous, vague, obscure, or imprecise law is likely to mislead or confuse at least some of those who desire to be guided by it (JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (1979)).

אם כך הדברים כלפי חקיקה עמומה, על אחת כמה וכמה ששתיקה מוחלטת – המותירה את הציבור ובתי המשפט בערפל – מעוררת קושי. המחלוקת שנפלה בין חבריי בשאלת פרשנות שתיקתו של המחוקק באשר לכהונה הכפולה, לרבות העמדה השוללת לחלוטין את הסמכות, מעידה על חשיבות ההסדרה החוקתית המפורשת של הסוגיה. למעשה, בענייננו קיימת חשיבות כפולה ומכופלת להסדרה שכזו, שכן סוגיית הכהונה המקבילה יורדת ליסודות מבנה המשטר הישראלי ומחייבת בחינה מעמיקה של היחס בין ראש הממשלה למוסד הממשלה. בהתקרב מדינת ישראל ליום הולדתה ה-68, ניתן לצפות כי תהליך ההתפתחות וההתבגרות של המשפט הישראלי יוביל למיסוד והסדרה ברורים ונהירים של מבנה, סמכויות ויחסי הרשויות השלטוניות.

5. אוסיף כי אף במשפט העברי הובלטה חשיבות מעשי החקיקה – והצורך בגיבוש הסדרים מפורטים וברורים שינחו את הציבור, ובייחוד את הרשות המבצעת. כך, מצווה התורה על מלך ישראל כי "כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת על ספר [...] והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו למען ילמד [...] לשמר את כל דברי התורה הזאת ואת החקים האלה לעשתם" (ספר דברים, פרק יז, יח; ראו גם ספר החינוך מצוה תק"ג).

"תרגום" דברים אלה לשפת המאה ה-21 מלמד כי המשפט העברי ייחס חשיבות רבה ליצירת מסגרת חקיקתית מפורטת ומחייבת – מטעמים דומים לאלה שהזכיר ג'פרסון: הצורך להבטיח כי הרשות המבצעת לא תפעל על פי גחמות רגעיות, תוך ניצול כוחה הרב, אלא תכפיף את שיקול דעתה לכללים שקופים, ברורים ואחידים. למעשה, הדרישה מן המלך לשאת עמו את ספר התורה המלא, על תרי"ג מצוותיו – ולא, נניח, את עשרת הדברות – מצביעה על כך שאין די בעיגון רופף של עקרונות היסוד. יש לצייד את הרשות המבצעת בהסדרים חקיקתיים פרטניים, המתווים את הדרך שבה עליה לצעוד. כמובן, הדרישה כי המלך יקרא בספר התורה כל ימי חייו מלמדת על הצורך בהפנמת ההסדרים החקיקתיים על ידי הרשות המבצעת.

היבט נוסף במשפט העברי מתייחס לתפקידה של הכנסת. לפני כמאה שנה, קבע הרב אברהם יצחק הכהן קוק, לימים הרב הראשי לישראל, את הכלל לפיו "בזמן שאין מלך, כיוון שמשפטי המלוכה הם גם מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה". הרב מבהיר כי נבחר העם – והייתי מוסיף כי בימינו מדובר בכנסת ישראל – ממלאים את תפקיד המלך (הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שו"ת משפט כהן, סימן קמד, סעיף טו). חובת המלך לכתוב, לקרוא ולהחזיק עמו ספר תורה, ממחישה, אפוא, גם את "חובתה" של הכנסת לא רק להגן על שלטון החוק אלא גם לעגנו בהסדרים מפורטים מתאימים שינחו את הציבור.

כמובן, הפער בין הרצוי למצוי הוא בלתי נמנע, ואין ספק שהציפייה להסדרה מידית ומלאה של כל סוגיה בחקיקה ראשית אינה ריאלית – לבטח במציאות החיים המודרנית. אולם, מדינת ישראל הינה כבת שבעים שנה, ואף על פי כן טרם זכינו לעיגון חוקתי מלא של מבנה המשטר, הרשויות השלטוניות השונות והיחסים ביניהן – כפי שמלמדת הסוגיה שלפנינו. אף שאיני מסכים עם התוצאה אליה הגיע, חוות דעתו היסודית והמאלפת של חברי, השופט ח' מלצר, מבליטה את החסר הקיים וממחישה את העמימות שנוצרה בשל שתיקת הרשות המכוננת בסוגיות ראשונות במעלה. עיון בחוק יסוד: הממשלה הנוכחי מלמד כי בנושאים מסוימים ישנה ירידה ראויה לפרטים. כך,

למשל, הוגדרו תנאי הכשירות של השרים (סעיף 6 לחוק), הוגבל מספרם סביב שולחן הממשלה (סעיף 5(ו) לחוק), ונקבעו הסדרים באשר להפסקת כהונת השרים ומילוי מקומם (סעיפים 22-24 לחוק). אולם, הדיון לעיל ממחיש כי, במידה רבה, עיקר חסר מן הספר. האם ראש הממשלה רשאי לכהן כשר? האם הוא רשאי לכהן כשר יחיד? האם ישנו מספר מינימום של שרים? לשאלות אלה ניתן למצוא מענה בדוקטרינות משפטיות כלליות – כפי שנהגנו בעתירה הנוכחית. אולם, דומה כי בהתקרבה לשנות חייו של אדם (תהלים, פרק צ, י) ראוי כי המדינה תסדיר את סוגיית הסמכות המקבילה בחקיקה בהירה ומפורשת.

אדגיש כי דברים אלה נכונים במיוחד נוכח המטריה שבה אנו עוסקים – שרטוט מאפייני היסוד של הרשות המבצעת, לרבות רכיבים בסיסיים דוגמת הגדרת מעמד ראש הממשלה והיחס בינו לבין חברי הממשלה. מן הראוי כי מבנה היסוד של המשטר הישראלי יזכה לעיגון חוקתי מפורש וקוהרנטי, ולא ייווצר בדרך של תקדימים שיפוטיים נקודתיים שאינם מבוססים על הנחיה מפורשת של הכנסת.

6. אכן, כפי ששב בית משפט זה והבהיר, אין בידינו להורות למחוקק לחוקק (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 48 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). ברם, הקריאה למחוקק – וליתר דיוק, למכונן – לעגן בחוקי היסוד את מבני היסוד של המשטר הישראלי אינה בגדר הוראה. אדרבה, מדובר ב"עצה שיפוטית" שתכליתה שיפור, קידום והבהרת סוגיות ליבה חוקתיות (ראו ליאב ואורגד, עמ' 441-445) – בניסיון להביא לשרטוט הסדר סביר ומאוזן שיצמצם את המרחב האפור, וכנגזר מכך יפחית את היקף ההתערבות השיפוטית בסוגיית הכהונה המקבילה.

אין חידוש בקביעה אודות הקשר האפשרי בין אי סבירות בולטת לבין חריגה מסמכות, שהרי הדבר מושרש היטב בפסיקה. במובן זה, היישום של התראת הבטלות נשען על ניתוח משפטי של הסוגיה. לצד זאת, ראוי להדגיש כי ההתראה אינה מצווה על הסדרה חקיקתית של סוגיית הכהונה המקבילה. היא מונעת מן השאיפה לצמצום ההתערבות השיפוטית ומבטאת הן את הכבוד למוסד החקיקה (ברוח דברי Waldron שהוזכרו לעיל) והן את ערך הכיבוד ההדדי בין הרשויות – המכוננת, המחוקקת

והמבצעת: חשיפת נורות האזהרה הנדלקות מאפשרת לכנסת ולממשלה לבחור, מבעוד מועד, בדרך פעולה שעשויה לייתר התערבות שיפוטית עתידית.

באופן קונקרטי יותר, דעתי היא, כאמור, כי ניתן לשקול הפעלת ביקורת שיפוטית בסוגיית הכהונה המקבילה על בסיס איכות וכמות המשרדים שבהם מכהן ראש הממשלה – זאת, במישור אי הסבירות ההופכת לחוסר סמכות. בהעדר הסדר חוקתי מפורש נוצר חלל, המביא, בדרך כלל, להרחבת שיקול הדעת של בית המשפט. נוכח חשיבות סוגיית הכהונה המקבילה יתכן ולא יהיה מנוס מעריכת ביקורת שיפוטית עתידית בעניין. ברם, מנקודת מבטי מוטב כי הכנסת תאמר את דברה, ובפירוט רב ככל האפשר, כדי להבהיר את המצב המשפטי, להפחית את הצורך בביקורת עתידית – ולמצער לצמצם את היקפה. כך, למשל, הסדרה שתעסוק מפורשות לא רק בסמכות הכללית לכהונה מקבילה, אלא גם במספר ואופי התיקים שיוכל ראש הממשלה להחזיק, ובתנאים לכך, תתרום להכוונת ההתנהגות, ליציבות שלטונית ולפיתוחה.

7. לבסוף, אשיב בקצרה לדברי חברתי, הנשיאה מ' נאור (פס' 23-25 לחוות דעתה), הסבורה כי לא היה מקום למתן התראת הבטלות, וכי הדיון בסוגיית הפעלת שיקול הדעת, להבדיל מעצם קיומה של סמכות לכהונה מקבילה, חורג ממסגרת הטענות שהוצגו בעתירה זו. אפתח בהיבט המעשי: גם אלמלא ניתנה התראת הבטלות – ודווקא משום שעילת הסבירות לא נידונה בפנינו, כפי שהדגישה חברתי בצדק – הרי שניתן היה להגיש עתירה חדשה המתמקדת במישור זה מיד למחרת מתן פסק הדין הנוכחי. משכך, יש בהתראת הבטלות מעין "עיכוב ביצוע" כלפי עותרים עתידיים, שכן במסגרתה ניתן למדינה פרק זמן בן שמונה חודשים לצורך בחינה יסודית של סוגיית הכהונה המקבילה, לרבות אפשרות הסדרתה בחקיקת היסוד, כפי שהדגשתי לעיל.

מן ההיבט המשפטי, יש לזכור כי שתי פנים לה לעילת הסבירות (ראו מרגית כהן "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 773, 792 (2013)); לגישה שונה ראו יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 262 (2012)): האחת, המכונה לעיתים "הסבירות החדשה", מורה כי על הרשות לשקול את מלוא השיקולים הרלוונטיים הנגזרים מתכלית החוק, ואותם בלבד, ולהעניק לכל אחד מהם את משקלו הראוי. ברם, ישנו פן אחר של עילת הסבירות, אותו ניתן לכנות "הסבירות הקלאסית" – והוא המרכזי בעניינו. בהתייחס לפן זה נאמר בפסיקה כבר לפני כ-60 שנה "שעניין הסבירות אינו בעצם אלא אחת הצורות של חריגה מסמכות" (ע"א 311/57 היועץ המשפטי

לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026, 1037 (1959)). זאת, כאשר מדובר באי סבירות קיצונית וברורה, המתנגשת עם מטרת החוק הרלוונטי ותכליתו.

נכון הוא, כפי שציינה הנשיאה, כי העותרת בחרה שלא להתייחס לעילת הסבירות, לרבות ההיבט הקלאסי שלה. כמובן, זכותה "ללכת על כל הקופה" ולטעון כי ראש הממשלה אינו מוסמך, בכל מצב, לכהן כשר – טענה שאף התקבלה על דעתו של חברי, השופט ח' מלצר. ברם, לא ניתן להתעלם מכך שטיעונים שונים שהעלתה העותרת – דוגמת העומס המוטל על ראש הממשלה, או הפגיעה האפשרית של הכהונה המקבילה בעקרון הפרדת הרשויות ובמעמדה העצמאי של הממשלה – מקרינים במישרין גם על מישור הסבירות, ולמצער זה של הסבירות הקלאסית. למעשה, שני הצדדים אף התייחסו בפנינו לאפשרות ההיפותטית כי ראש הממשלה יבחר להחזיק בכל משרדי הממשלה – סוגיה שבוודאי רלוונטית לדיון בעילת הסבירות. לפיכך, אף שמצאתי שאין די בנימוקי העותרת כדי לשלול כליל את הסמכות לכהונה מקבילה, מן הראוי לבחון את המשקל שעשוי להיות להם ביחס לפרשנות היקף הסמכות, כך שתעלה בקנה אחד עם דרישת הסבירות. על כורחנו נאמר, אפוא, כי בבסיס התראת הבטלות ניצבות טענות שזכו להתייחסות בעתירה הנוכחית, ועניינן פרשנות שתיקתו של חוק יסוד: הממשלה בסוגיית הכהונה המקבילה. "בכלל מאתיים – מנה", ובכלל סעד השלילה המוחלטת של הסמכות לכהונה מקבילה, גם סעד שלילתה החלקית – מאותם טעמים ומאותן עילות: הקשיים הכרוכים במימושה, העשויים להשליך על פרשנות חוק היסוד.

לסיכום, עילת הסבירות לא הועלתה לפנינו במישרין, ועל כן אינני מביע עמדה ביחס לתשתית העובדתית הקונקרטית מושא העתירה. עם זאת, ניתוח עיוני ועקרוני של הסוגיה מוביל אותי למסקנה שאין ליצור חומה בין מישורי הסבירות והסמכות, וכי סוגיית הסבירות מהווה חלק מן הדיון בשאלת הסמכות. להשקפתי מתן התראת הבטלות מקדם, את בירורה המלא של סוגיית הכהונה הכפולה, והוא רצוי מנקודת המבט של כל הגופים הרלוונטיים – מן הממשלה ועד לרשות המכוננת.

8. סוף דבר, אני מסכים עם חבריי, הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן, כי דין העתירה להידחות. זאת, בכפוף להתראת הבטלות, כאמור בחוות דעתו של המשנה לנשיאה, אליה הצטרף חברי השופט ח' מלצר בעמדתו החלופית.

הוחלט ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט מלצר לדחות את העתירה כיוון שקיימת לראש הממשלה הסמכות להחזיק בתיקים נוספים. זאת בכפוף לעמדותיהם של המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופטים מלצר והנדל לעניין "התראת בטלות".

ניתן היום, ה' בניסן התשע"ו (13.4.2016).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט