

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסנר

נשיא

ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עו"ד ליאת אהרנסון

אלי גרונד

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי

ד"ר חן ליכטנשטיין

מזל מועלם

שגריר לשעבר סלי מרידור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהיג'א

עו"ד אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצ'יק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

אן אפלבוואם, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריי, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקושיץ, גרמניה

ד"ר שרון נריאן, ארה"ב

השופט אברהם סופר, ארה"ב

ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

ד"ר ישי ג'סי [ג'סי] פרס, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איתי אטר

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן [אורח]

פרופ' עמית כהן

מר תומר לוטן [אורח]

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' דניאל סטמן

פרופ' בני פורת

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שורץ אלטשולר

פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמן

מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ (1920-2021)

18 באוגוסט, 2024

מסבירון: התנהלות לא חוקית של הממשלה והממשק עם היעוץ המשפטי לממשלה

ד"ר גיא לוריא, עו"ד ענת טהון אשכנזי, עו"ד דפני בנבניסטי

שר האוצר טוען במכתבו כי חוות דעת של היועמ"שית ביחס לחוקיות סבסוד מעונות היום ניתנה בחוסר סמכות. זוהי דוגמה נוספת לניסיון שלו ושל הממשלה כולה להתעלם מתפקידה של היועצת ולנסות להתנער מפסיקת בג"ץ ומהגבלות שמציב שלטון חוק במדינה דמוקרטית. על אותם תהליכי עבודה משובשים מתריעה היועצת בתקופה האחרונה. לאילו מקרים היא מתייחסת, מה חשיבותן ומעמדן של חוות הדעת שלה ומדוע הן קריטיות לשלטון החוק?

1. מדוע התריעה היועצת המשפטית לממשלה על התנהלות בלתי-חוקית של הממשלה?

שר האוצר שלח בימים האחרונים (15.8.24) מכתב ליועצת המשפטית לממשלה תחת הכותרת "פגיעה דרמטית בכלכלה בחוסר סמכות". הוא טוען שחוות דעתה של היועמ"שית וצוותה באשר לסבסוד מעונות היום לאברכים ניתנה בחוסר סמכות ומורה על "המשך סבסוד המעונות" והתנערות מייצוג היועצת המשפטית לממשלה. בכך הוא מתעלם במפגיע מחוות דעת המשפטית ופועל בניגוד מפורש לדין בישראל, על פיו פרשנות היועמ"שית מחייבת את הממשלה כל עוד לא נקבע אחרת בבית המשפט. כך נפסק פעם נוספת, על ידי תשעה שופטים פה אחד בבית המשפט העליון: "היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת...ופירושה זה מחייב את הרשות המבצעת" וכן אושרר שוב כי ההחלטה על ייצוג נפרד נתונה אך ורק ליועצת המשפטית לממשלה. (בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (25.6.2024)).

בדיוק על דרך התנהלות זו התריעו היועצת המשפטית לממשלה וגורמים מטעמה במספר הזדמנויות שונות בפני הממשלה, על כך שהחלטותיה מתקבלות "בתהליכי עבודה משובשים". מסר זה מתווסף להתרעה קודמת של היעוץ המשפטי מפברואר 2024, כאשר המשנה ליועצת המשפטית לממשלה עמד על אי תקינות הליכי קבלת החלטות בממשלה על רקע קידום החלטת ממשלה בנושא ענף הבנייה, על אף העובדה שהייתה מניעה משפטית להעלותה לדיון בממשלה.¹

במכתביו השונים, היעוץ המשפטי לממשלה סיפק מספר דוגמאות לשיבוש בתהליכי העבודה: הסתמכות על חוות דעת משפטיות לא מוסמכות; קבלת החלטות בניגוד לדין וחרף התנגדות היעוץ המשפטי לממשלה; ומינויים ציבוריים שאינם עומדים בתנאי הסף.

תוצאתה של התנהלות זו, במילותיה של היועצת המשפטית, היא "הפרת דין ופגיעה בציבור".

¹ להרחבה אודות הדוגמאות ראו: ענת טהון אשכנזי ודפני בנבניסטי, **סקירת היוזמות של הקואליציה להחלשת הדמוקרטיה: "הרפורמה הלא שקטה" סקירה מספר 3: 1 ביוני עד 11 באוגוסט 2024** (13.8.2024).

מסר זה מבטא בדיוק את אחד התפקידים המרכזיים של היועצת המשפטית לממשלה כפרשנית המוסמכת של הדין ובעלת הסמכות הבלעדית ליעוץ משפטית לממשלה ולרשויות השלטון בנוגע לאופן קידום מדיניותן בגבולות הדין, ובהתאמה להתריע כאשר יש חריגה מהגבולות. כפי שבית המשפט העליון פסק לאחרונה פה אחד בהרכב מורחב של תשעה שופטים:²

“היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת...ופירושה זה מחייב את הרשות המבצעת”.

הממשלה כפופה לחוק. חוות הדעת המחייבת של היועצת המשפטית לממשלה נועדה לסייע אפוא לממשלה, על כל משרדיה, לקדם את יעדיה באופן חוקי ולהימנע מהפרה של החוק, תוך שמירה על האינטרס הציבורי וקידום שלטון החוק. תפקידה זה של היועצת המשפטית לממשלה הינו בנוסף על תפקידה כמייצגת את המדינה והאינטרס הציבורי בערכאות משפטיות, וכראשת התביעה.

סמכותה של היועצת המשפטית לממשלה כפרשנית המוסמכת של הדין היא מושכלת יסוד במשפט הישראלי. תפקיד זה נועד למקרים רבים בהם אין תשובה ברורה לשאלות בחוק ובפסיקת בית המשפט העליון, ועל כן פרשנות ויעוץ אלה הכרחיים. למשל, האם שר הממלא את מקומו של שר אחר רשאי להצביע בישיבת הממשלה פעמיים? האם הצבעה בממשלה הנוגדת את הוראות תקנון הממשלה – היא החלטה תקפה? לא פעם לשאלות של פרשנות הדין תהיינה השלכות על מימוש זכויות של אזרחי המדינה: לדוגמה אם נדרש לפרש עבור הממשלה מה היקפה של הזכות לחופש מידע ביחס לעיון בפרוטוקולים של ישיבות הממשלה, או אם נדרש לפרש עבור המשטרה את אופן היישום של חירות ההפגנה בהתאם לחקיקה ולפסיקה הרלוונטית.

2. דוגמאות למהלכים משובשים שננקטו על ידי הממשלה באופן המנוגד לדין

קבלת החלטות בממשלה בניגוד לחוק או בהליך לא תקין

התעלמות מפורשת מחוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה

- בעניין סבסוד מעונות היום – הייעוץ המשפטי לממשלה הודיע למשרדי הממשלה הרלוונטיים כי לאור פסיקת בג"ץ לא ניתן להמשיך ולסבסד את מעונות היום כפי שהיה נהוג עד כה, ועל אף שאין סמכות בחוק לסבסוד, הציע להתקין הוראות מעבר על מנת לסייע לציבור שהסתמך על סבסוד זה. בניגוד לכך, הודיע שר האוצר במכתבו (15.8) כי חוות הדעת מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה ניתנה בחוסר סמכות וכי הסבסוד יימשך. בכך פועל שר האוצר באופן מכוון כנגד פסיקת בג"ץ (6198/23) התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (25.6.2024) וכנגד חוות דעתה המחייבת של היועצת המשפטית לממשלה.

² בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (25.6.2024).

- בעניין אופן מינוי נציב שירות המדינה – הממשלה אישרה החלטה כי נציב שירות המדינה הבא יוצע לממשלה על ידי ראש הממשלה ויאושר על ידי הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים. זאת, אף שיש חוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה על כך שקיימת מניעה משפטית מהחלטה על אופן המינוי הזה, וכי לשם הבטחת הליך מינוי תקין והולם של נציב שירות המדינה הבא, יש לקבוע כי המינוי ייעשה על ידי ועדת איתור בראשות שופט בדימוס של בית המשפט העליון.

אישור החלטות שלגביהן יש מניעה משפטית; תהליכי עבודה משובשים בממשלה

בעניין אישור החלטת ממשלה בניגוד לתקנון הממשלה - שר האוצר העלה בעל-פה בסוף ישיבת ממשלה תוספות מהותיות להצעתו בנושא האצת ענף הבנייה והנדל"ן, וזאת כאשר ראש הממשלה ורוב השרים כבר עזבו את הדיון. נציגי היועצת המשפטית הבהירו כי לא ניתן להצביע על אישור התוספות, שכן הן מעוררות קשיים משפטיים, ולגבי אחת מהן אף קיימת מניעה משפטית. פרסומים בתקשורת העלו כי המניעה המשפטית נבעה מכך שהתוספות נעדרות ערובות שיבטיחו כי לא תהיה פגיעה בזכויות עובדים וגם נוכח הסכמים בינלאומיים שיש לישראל עם מדינות שונות, וכן עלה חשש כי מדיניות זו מנוגדת למדיניות ארצות הברית ביחס לסחר בבני אדם. למרות זאת, שתיים מהתוספות אושרו על ידי הממשלה, לרבות הנושא שלגביו קיימת מניעה משפטית. התנהלות זו הביאה את המשנה ליועצת המשפטית לממשלה לעמוד בפני מזכיר הממשלה על אי תקינות הליכי קבלת החלטות בממשלה. במכתב התשובה של מזכיר הממשלה, הוא למעשה כפר בסמכותו של הייעוץ המשפטי לפרש את הדין באשר לחוקיות דרכי קבלת החלטות בממשלה, כשכתב כי "לא בסמכותי ולא בסמכותך לבטל החלטות ממשלה".

אישור מינויים בממשלה בהליך לא תקין

- **הממשלה הודיעה על מינוי ממלאת מקום ליו"ר מועצת הרשות השנייה, חרף התנגדות הייעוץ המשפטי למשרד התקשורת, שסבר כי המועמדת, ד"ר אודליה מינס, אינה עומדת בתנאי הכשירות לתפקיד.** לאחר אישור המינוי בממשלה, הייעוץ המשפטי לממשלה הבהיר לשר התקשורת כי "הואיל והממשלה אינה מוסמכת לאשר את מינויו של אדם שאינו עומד בתנאי הכשירות [...], מדובר בהחלטה שהתקבלה בחוסר סמכות, ודינה בטלות". כן הובהר כי תהליך קבלת ההחלטה בממשלה היה פגום אף הוא, באשר הצעת ההחלטה על המינוי לא הופיעה על סדר היום של ישיבת הממשלה, אלא היא הונחה על שולחן הממשלה תוך כדי ישיבתה.
- **הממשלה אישרה את מינוי אליעזר (צ'ייני) מרום לתפקיד פרויקטור הצפון, למרות שהיועצת המשפטית לממשלה הזהירה מפני ניגוד עניינים בשל מעורבותו של מרום בפרשת הצוללות, וקראה להשיב את העניין לבדיקה נוספת של ועדת המינויים.**

ניסיון להרחיב ללא סמכות את הייצוג הפרטי והסתמכות על חוות דעת משפטיות של גורמים שאינם מוסמכים

• **ניסיון לקבל ייצוג משפטי פרטי ללא סמכות** – הממשלה החליטה שהייצוג הנפרד שהיועצת המשפטית אישרה לממשלה בהליך בבג"ץ ביחס לפטור מגיוס לתלמידי ישיבות, מהווה ייצוג נפרד לכל משרדי הממשלה וגופי המדינה הרלוונטיים לעתירות. החלטת הממשלה בוטלה על ידי בג"ץ, שהבהיר כי "ייצוג נפרד אינו ייעוץ נפרד", וכי ההיתר לייצוג משפטי נפרד אינו מקנה את האפשרות ליטול מהיועצת את סמכותה לשמש כפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הממשלה.

• **הסתמכות על חוות דעת שנכתבו בחוסר סמכות על ידי גורמים שאינם מהייעוץ המשפטי לממשלה**

○ מזכיר הממשלה סיפק חוות דעת – בחריגה מסמכות – שהיא בעלת השלכות כבדות משקל בתחום הביטחוני (לא צוין במכתבה של היועצת המשפטית לממשלה מה היה ההקשר).

○ מזכיר הממשלה פירש עבור הצבא באופן החורג מסמכותו את מצב הדין בתחום הגיוס לאחר מתן פסק הדין בנושא.

○ הממשלה קיימה דיון בנוגע להצעת החלטה (שלא התקבלה בסופו של דבר) ביחס לחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בעניין חוקיות הכיבוש הישראלי בגדה המערבית. הצעת ההחלטה נכתבה ללא שיתוף של הייעוץ המשפטי לממשלה, ואליה צורפה חוות דעת פרטית של פרופ' טליה איינהורן, ללא חוות דעת מטעם הגורמים המוסמכים לכך בייעוץ המשפטי לממשלה.

3. ההשלכות של התנהלות ממשלתית זו על שלטון החוק ועל הציבור הרחב

היועצת המשפטית לממשלה ציינה כי קבלת החלטות בתהליכי עבודה משובשים מהווה הפרה של הדין ומביאה לפגיעה בציבור. כך, התנהלות זו עלולה להוביל להתנערות של הממשלה מחובתה לציית לפסקי דין של בתי משפט, ולהתנערות מסמכותו של הייעוץ המשפטי לממשלה להנחות את הממשלה כיצד לעשות זאת, וכך עלולה לפגוע במימוש זכויות של אזרחים שפסקי דין מעין אלה ניתנו לטובתם.

דוגמה לכך היא השלכות אפשריות לחריגה מסמכותו של מזכיר הממשלה בשאלת אופן היישום של פסיקת בית המשפט העליון בהליך על הפטור מגיוס לתלמידי ישיבות. באותו עניין פסק בית המשפט פה אחד בהרכב של תשעה שופטים כי אין הסמכה בחוק שמאפשרת להבחין בין תלמידי הישיבות לבין יתר המיועדים לשירות צבאי וכי "על המדינה לפעול לגיוסם". אשר לאופן אכיפת החוק ולהיקפי הגיוס של תלמידי הישיבות, לא הביע בית המשפט עמדה, אך פסק ש"על רשויות הצבא לפעול בהתאם לכללי המשפט המנהלי". אולם כאשר בעקבות פסק הדין המשנה ליועצת המשפטית לממשלה מילא את סמכותו בדין והנחה את הממשלה מהי הדרך ליישום פסק הדין, חלק על פרשנות זו מזכיר הממשלה וכתב – **בחוסר סמכות – פרשנות משפטית מתחרה. התעלמות מזכיר הממשלה מסמכות הייעוץ המשפטי להדריך את הצבא כיצד לממש את הדין, עלולה לאפשר לממשלה להתחמק מיישום פסק דינו של בית המשפט או לפרשו**

באופן המנוגד לדין. כך הממשלה תוכל להמשיך באכיפה בלתי-שוויונית של החוק ובאופן מעשי להמשיך להתנהל כפי שעשתה לפני פסק הדין: בדרך של מתן פטור גורף מגיוס לתלמידי ישיבות בלא כל סמכות בחוק.

דוגמה נוספת שממחישה את ההשלכות החמורות של התנהלות ממשלתית זו היא בדרך קבלת החלטות בנושאים ביטחוניים. אם, כפי שכתבה היועצת המשפטית לממשלה, הממשלה מקבלת החלטות בנושאים אלה תוך עקיפת הליכים תקינים – בלא עבודת מטה מקצועית ומסודרת, בדרך שאינה תואמת את חוק יסוד: הממשלה, ותוך העברת הצעות ההחלטה להתייחסות הגורמים הרלוונטיים בסמוך או במהלך ישיבת הממשלה – הרי שעלולות להתקבל החלטות אשר לא רק חורגות מהסמכות החוקית, אלא גם עלולות להוביל לפגיעה בביטחון המדינה. סכנה זו מתעצמת אף יותר כאשר מדובר בהחלטות ביטחוניות שמתקבלות בשעת חירום ואשר להן השלכות רחבות היקף.

4. **מדוע מעמדה המחייב של חוות הדעת של היועצת המשפטית לממשלה קריטי להגנה על שלטון החוק?**

הנחת המוצא היא כי על הממשלה ועל השרים בממשלה מוטלת האחריות לקדם את המדיניות המממשות את האינטרס הציבורי ואת תפיסת עולמם, בעוד שתפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה הינו לסייע להוציא לפועל את המדיניות הזו מבחינה משפטית ובמסגרת החוק, ולהציב גבול באותם מקרים בהם יש חריגה מהדין. בשל אופי תפקידו של הייעוץ המשפטי כ"שומר סף" ובהיותו אמון על האינטרס הציבורי ואכיפת החוק, יש חשיבות עליונה לכך שמוסד הייעוץ המשפטי לממשלה יהיה עצמאי ובלתי תלוי, על מנת שניתן יהיה לפרש את החוק לפי שיקול דעת מקצועי שאינו כפוף לממשלה. מנגד, הסכנה היא שפגיעה במעמד חוות דעתו תמוטט את הייעוץ המשפטי המקצועי והעצמאי לממשלה ובכך לא יהיה שום גורם מקצועי שיוכל להתריע בפני חריגה מהחוק, אלא אם הסוגייה תגיע לדיון בבית המשפט.

יותר מכך, חיוני לשמור על מעמדה של חוות הדעת של היועצת המשפטית ועל תפקידה ביחס לממשלה במיוחד על רקע מבנה המשטר בישראל, המתבטא בעוצמת הממשלה ובחולשת הבלמים המקובלים בעולם על כוחה של הממשלה, ובהם הקושי של הכנסת למלא את תפקידה לפקח על הממשלה, קיומו של בית מחוקקים אחד והמבנה הקואליציוני בישראל המבסס את שליטת הממשלה והעדר חוקה משוריינת המגבילה את כוחן של רשויות השלטון. בנוסף, אין בישראל מסורת מבוססת של שמירה על שלטון החוק. אדרבה, ההיסטוריה של התרבות הפוליטית בישראל מעידה על קיומן של תופעות עומק של חוסר כבוד לשלטון החוק וחולשה ביכולת הריסון העצמי של הממשלה.

הבלם העיקרי בישראל על כוחה של הממשלה הוא בית המשפט, אולם בית המשפט נחשף רק להפרות חוק שפוגעות באזרחים העותרים לסעד. זהו קצה הקרחון המשאיר את רוב פעילות הממשלה מתחת לפני המים, בלא שיש אפשרות מעשית לקיים בעניינה ביקורת שיפוטית אפקטיבית. אילולי תפקיד היועצת המשפטית לממשלה ומעמד חוות דעתה, הפרה של סדרי מינהל תקינים הפוגעים בחוק ובאינטרס הציבורי עלולה להימשך בלא ששום גורם בקרה יהיה ער לה.

5. הקשר בין התנהלות הממשלה ביחס ליעוץ המשפטי לבין הקידום המחודש של "הרפורמה המשפטית"

במהלך ינואר 2023, כחלק ממה שהממשלה כינתה "הרפורמה המשפטית", הציג יו"ר ועדת חוקה ח"כ שמחה רוטמן מצע לדיון וטיוטה ראשונית של הצעת חוק, שלפיה "עצה משפטית שתינתן לממשלה לא תחייב אותה", וכי "הממשלה, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, רשאים לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה". אף שטיוטת הצעת החוק הזו לא הפכה לחוק, ניתן היה לסבור מהתנהלות הממשלה שהחקיקה הזו הושלמה. במובן זה, התנהלות הממשלה היא המשך "הרפורמה המשפטית" על ידי יישומה בפועל במדיניות הממשלה ובהחלטותיה, ללא הבסיס החוקי לכך.

על שולחן הכנסת הונחו הצעות דומות נוספות שמציעות לקבוע כי ראש הממשלה, הממשלה או שר רשאים לפנות לקבל ייעוץ משפטי מהיועץ המשפטי לממשלה או מגורם אחר, וכי ייעוץ משפטי לא יחייב את הגורם שקיבל אותו [ראו לדוגמא, הצעתה של ח"כ טלי גוטליב לתיקון חוק יסוד: הממשלה (תיקון – ייעוץ משפטי אינו מחייב), פ/3435/25]. לכך יש להוסיף כי על שולחן הכנסת מונחת הצעת חוק פרטית שמציעה לקבוע כי היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה יתמנו כמשרות אמון [ראו הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט מדינה), פ/2803/25].

גם כאן, החקיקה אמנם לא הושלמה, אך הממשלה בפועל נסמכת על חוות דעת מטעם גורמים פרטיים ובלתי מוסמכים, וזאת, כאמור, ללא הסמכה בחוק.

לכך יש להוסיף כי הממשלה מרבה לבקש מהיועצת המשפטית לממשלה לאשר לה ייצוג משפטי נפרד, לאחר שהיועצת מסרבת לייצג את עמדת הממשלה, באשר היא בלתי חוקית. העתירות הרבות שבהן כבר אושר לממשלה ייצוג משפטי נפרד הינן בסוגיות ליבה – ביחס לתיקונים חוקתיים (כגון חוק הנבצרות, וביטול עילת הסבירות); סביב חוקים שפוגעים בזכויות יסוד (כמו התיקונים לפקודת המשטרה); ובסוגיות שעומדות במוקד הדיון החברתי (כגון חוק הגיוס). יש בהחלטות ובחוקים אלה, וכן בהתנערותה של הממשלה מפרשנות הייעוץ המשפטי לממשלה, כדי להעיד כי הממשלה חותרת תחת שלטון החוק ותחת יסודות דמוקרטיים בסיסיים.

ביטוי נוסף לכך ניתן למצוא בהתבטאויותיו האחרונות של שר המשפטים בישיבת הממשלה השבוע בדבר הצורך לקדם את "הרפורמה המשפטית" ואת כוונותיו לעשות כן במושב החורף הקרוב בכנסת. מהלכים אלו, אשר ביקשו מחד לפגוע באופן משמעותי בסמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית ומנגד ביקשו לפגוע בסמכותם של שומרי הסף למנוע הפרה של הדין – משתלבים עם מהלכי הממשלה המפורטים מעלה, לחתור תחת שלטון החוק בד בבד עם ניסיון לצבור כוח בלתי מוגבל.