

הכנסת העשרים וחמש

יוזם : חבר הכנסת אביחי אברהם בוארון

פ/25/3594

הצעת חוק-יסוד : הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים)

הוספת סעיף 34 א 1. בחוק-יסוד : הממשלה¹, אחרי סעיף 34 יבוא :

”סמכויות הממשלה 34א. (א) התעוררה שאלה משפטית בפני הממשלה, בעניינים משפטיים שר משריה או רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, יחליטו הממשלה או השר הנוגעים בדבר כיצד לפעול לפי שיקול דעתם כל עוד לא הורה בית משפט לפעול אחרת באותו עניין ;

(ב) הממשלה או שר משריה יקבעו את העמדה שתוצג בשם, או בשם רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בכל הליך משפטי ;

(ג) הממשלה או שר משריה הניצבים בפני הליך משפטי רשאים לקבוע אם היועץ המשפטי לממשלה או נציגו ייצגו אותם בהליך או מייצג אחר לפי בחירתם, לרבות ייצוג בידי עורך דין פרטי ;”

¹ ס”ח התשכ”ח, עמ’ 226.

דברי הסבר

מטרתה של הצעת חוק יסוד זו היא להבהיר בחוק יסוד את מה שאמור היה להיות מובן מאליו גם בלעדיה: הממשלה מושלת והיועץ המשפטי מייעץ.

מערך הייעוץ המשפטי לממשלה הוא מערך חיוני לתפקודה של הממשלה, ומדינת ישראל חייבת רבות ליועצים משפטיים ולפרקליטים ששרתו אותה בנאמנות לאורך כל שנותיה. אולם החל משנות התשעים הולכת ומתפתחת בישראל גישה הגורסת כי הייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה מחייב את הממשלה. לפי גישה זו, הנתמכת במידה מסוימת בדברים שנאמרו בפסקי דין, היועץ המשפטי לממשלה משמש למעשה ערכאה שיפוטית ביחס לפעולות הממשלה ועצותיו הן בגדר פסק דין מחייב. המחוקק מעולם לא הסמיך את היועץ המשפטי לשמש כשופט. יתרה מכך, אילו היה מסמיך את היועץ המשפטי כשופט הרי שכדי שיתקיים משפט היה מתבקש למנות לממשלה עורך דין אחר אשר ייעץ לה ואשר ייצג אותה בפניו.

בעיית הייעוץ המחייב מחריפה נוכח העובדה שהפסיקה הישראלית הפכה את עילת הסבירות לעילה להתערבות משפטית בשיקול דעתה של הממשלה. בהמשך לכך, כל הפעלת שיקול דעת ממשלתי, גם כזה שנמצא בלב סמכויותיה ומופעל כדין ללא שיקולים זרים כלשהם, מוצג כשאלה משפטית. צירופה של עילת הסבירות עם רעיון הייעוץ המשפטי המחייב מביא לכך שהממשלה המוסמכת נדרשת להגיע להסכמות עם היועץ המשפטי על כל החלטה עניינית בכל נושא, לרבות זהותם של מועמדים למינויים בשירות הציבורי. כך יוצא שהציבור בוחר בממשלה באמצעות נציגיו בכנסת, אך הממשלה נדרשת לחלוק את סמכויותיה ואת שיקול דעתה עם יועצים משפטיים שמעולם לא קיבלו את אמון העם או את הסמכות החוקית לקבל את ההחלטות. מטבע הדברים יועצים משפטיים אלה, שביכולתם למנוע מן הממשלה הנבחרת להגשים את מדיניותה, אינם נושאים באחריות הממשלה לעמוד ביעדיה.

כך למשל אירע לאחרונה בעת שהממשלה החליטה ביום 8.2.2020 על העלאתם של מאות עולים מאתיופיה, היועץ המשפטי לממשלה הכריז כי יש "מניעה משפטית" על הממשלה לעשות כן. לדעתו, ההחלטה חרגה מ"מתחם הסבירות" בשל העובדה שמדובר בתקופה הסמוכה לבחירות. באותו יום ומאותה עילת חוסר הסבירות, הכריז היועץ המשפטי לממשלה גם כי יש "מניעה משפטית" על הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית אשר תחקור את אופי הפעילות של המחלקה לחקירות שוטרים ותציג בפני הממשלה הבאה המלצות כיצד לשפר את תיפקודה.

הבעייתיות שבתפיסת הייעוץ המחייב ניכרת גם בתחום ייצוגה של הממשלה בפני בית המשפט. היועץ המשפטי, ללא כל בסיס בחוק ובהסתמך על כמה אמירות של שופטים בפסקי דין שנויים במחלוקת, מייחס לעצמו את הסמכות לכפות על הממשלה ושריה את תוכן העמדה אשר תוצג בשם שלהם בפני בית משפט. כך למשל, כאשר התגלעה מחלוקת בין השר לביטחון פנים לבין היועץ המשפטי לממשלה באשר לאופן שבו הוא יכול לקבוע תבחינים לנשיאת נשק (והשר ביקש להמשיך לפעול באותה הדרך שבה פעלו קודמיו), היועץ המשפטי לממשלה השיב לעתירה בעניין, בשם השר עצמו, כי יש לקבל את העתירה נגד השר. בית המשפט מצא עצמו מקיים "משפט" בין עותרים שדורשים לפסול את החלטת השר לבין תשובה שמוגשת בשם השר ולפיה יש לפסול את החלטת השר. השר פנה ישירות לבית המשפט והודיע כי היועץ המשפטי אינו מייצג אותו, אך השופטים קבעו שמבחינתם עמדתו אינה רלוונטית והוציאו את מכתבו מהתיק שעוסק בעתירה נגדו.

כך יוצא שממשלת ישראל והציבור שבחר בה באמצעות הכנסת אינם זכאים להליך הוגן ולהצגת עמדתם באופן אותנטי בפני בית משפט, בניגוד למושכלות יסוד ולכללי הצדק הטבעי. כך יוצא שבכל הנוגע להליכים משפטיים נגד הממשלה, בית המשפט כלל אינו מקיים הליך משפטי תקין שבו הוא פוסק לאחר ששמע את טענות שני הצדדים. כתוצאה מכך, נאלצים שרי הממשלה להתפשר מראש עם היועץ המשפטי על החלטותיהם ועל העמדה שתוצג בשם בפני בית המשפט. נזקה של דוקטרינת היעוץ המחייב אינו נמדד אפוא רק במקרים המעטים שבהם היועץ המשפטי כופה את עמדתו באופן פומבי אלא בכלל התנהלותה של הממשלה ושריה.

פסק הדין המרכזי שבו השופט ברק הציג את רעיון היעוץ המשפטי המחייב ואת רעיון הייצוג הכפוי התיימר להישען על מסקנות ועדה בראשות השופט אגרנט אשר דנה בסמכויות היועץ המשפטי. אלא שוועדת אגרנט (שכמובן מסקנותיה אינן מחייבות) קבעה את ההיפך:

"הסדר הטוב במדינה מחייב כי בדרך-כלל תתייחס הממשלה לחוות-דעתו של היועץ המשפטי כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק בית-המשפט אחרת. על אף האמור לעיל רשאית הממשלה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים לפי שיקול-דעתה שלה".

בהמשך לכך, גם ועדת שמגר שעסקה באותו הנושא בשנת 1998 סמכה את ידיה על קביעה זו. דמוקרטיה מבוססת על הפרדת רשויות שבמסגרתה שלושת רשויות השלטון מציבות בלמים ומאזנות זו את זו. אולם עקרונות שלטון העם, המשילות, האחריותיות ושלטון החוק מחייבים כולם כי כל רשות תקבע את חלקה שלה במשולש הרשויות באופן עצמאי. כנגזרת מכך, מתבקש כי המילה האחרונה בקביעת עמדותיה של הרשות המבצעת בתוכה פנימה תהיה שמורה לממשלה ושריה. תפקידה של הפקידות לגווניה, ובכלל זה היעוץ המשפטי, לסייע בידי הרשות המבצעת לקבל החלטות מושכלות, ראויות וחוקיות, אך הסמכות והאחריות על פעולות הממשלה תהייה של הממשלה בלבד, הנהנית מהאמון הדמוקרטי של הכנסת. הרשות השופטת מוסמכת כמובן ליתן צווים המחייבים את הממשלה ואף לרשות המחוקקת עומדים כלי התערבות במסגרת מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות, אך כל עוד הן לא עושות זאת הרי שמן הראוי להגן על ריבונותה של הממשלה לקבוע את דרכה.

על פי הצעת חוק-יסוד זו, יתווסף לחוק-יסוד: הממשלה סעיף 34א אשר יקבע בסעיפיו הקטנים את העקרונות הבאים:

סעיף קטן (א) המוצע קובע את אחריותה של הממשלה להחליט לפי שיקול דעתה כיצד תנהג בענייניה המשפטיים.

סעיף קטן (ב) המוצע משלים את התמונה וקובע כי אחריותה של הממשלה להחליט לפי שיקול דעתה את העמדה המשפטית אשר תוצג בשמה בפני בית משפט. זאת, כדי להבטיח את זכותה של הממשלה וציבור הבוחרים שהיא משקפת לייצוג הולם, כמו גם לאפשר לבית המשפט לגבש את פסיקתו לאחר ששמע את עמדת הממשלה כהויתה.

סעיף קטן (ג) המוצע קובע כי הממשלה או שר משריה רשאים לקבוע האם היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו ייצגו אותם בהליך משפטי או מייצג אחר.

יש להדגיש כי הצעת חוק יסוד זו אינה עוסקת כלל בסמכויותיו הפליליות של היועץ המשפטי לממשלה ומותרת לו בעניין זה עצמאות מוחלטת. גם בתחומי המשפט המינהלי והאזרחי, הצעת חוק-יסוד זו אינה

מותירה את הממשלה נטולת פיקוח: כל מי שיראה עצמו נפגע מפעולותיה של הממשלה יוכל לקבל את הסעד הראוי לו ישירות מבית המשפט.

הצעת חוק-יסוד זו עולה בקנה אחד גם עם המקובל בסוגיה זו בקרב המדינות הבולטות בעולם המערבי, כפי שעולה ממחקר השוואתי שנערך בעניין (ראו: אביעד בקשי, הייעוץ המשפטי והממשלה – ניתוח והמלצות (2017)). בכל המדינות שנסקרו, ארצות הברית, בריטניה, גרמניה וקנדה, נוהגים הסדרים דומים למוצע בהצעה זו ביחס לסמכותם של בעלי האחריות ברשות המבצעת. המדינות שנסקרו אף אימצו מנגנונים המגבירים את שליטת הממשלה בענייניה המשפטיים יותר מן המוצע בהצעה זו. כך, למשל, בבריטניה ייצוג הממשלה בהליכים משפטיים מתבצע מלכתחילה ברובו באמצעות עורכי דין פרטיים, הנשכרים על-ידי המשרד הממשלתי עבור כל תיק ותיק. משרת היועץ המשפטי לממשלה בכלל המדינות שנבחנו היא משרה מיניסטרואלית-פוליטית, המחייבת אמון הדוק של הממשלה ושריה. הצעת חוק-יסוד זו אינה מאמצת לעת-עתה נורמות אלו, אך מבהירה עקרונות יסוד אשר יבטיחו כי הממשלה תישא באחריות ובסמכות לענייניה המשפטיים כל עוד לא ניתן נגדה צו שיפוטי.

תיקון זה נועד אפוא לתרום לקידום עקרונות הדמוקרטיה, המשילות והאחריותיות, בד-בבד עם המשך קיומה של בקרה שיפוטית אפקטיבית על פעולות הממשלה.

הוגשה ליו"ר הכנסת והסגנים
והונחה על שולחן הכנסת ביום
ז' בתמוז התשפ"ג (26.06.2023)