

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס׳ 25:

שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים

הופץ ביום 9.3.2023*

פניה של מדינת ישראל למשבר חוקתי. **משבר חוקתי הוא מצב בו שתי רשויות שלטון שונות טוענות כי בסמכותן לקבוע הסדרי יסוד במדינה,** אך בחוקה אין מנגנון מוסכם להכרעה ביניהן ואחת אינה נסוגה מפני האחרת משום ששתיהן נהנות מתמיכה פוליטית משמעותית. בישראל, נכון למועד כתיבת הדברים, נתיב ההתנגשות הוא בין בית המשפט לבין שתי הרשויות האחרות. מהלכי הממשלה והרוב שסר למרותה בכנסת מובילים להפיכה משטרית, שאם תיושם תבטל את הפרדת הרשויות. הממשלה חותרת להגביל באופן ניכר את סמכותו של בית המשפט העליון לפסול חקיקה, למינוי פוליטי של שופטים בהליך ספק-דמוקרטי, ולמנוע מבית המשפט לקבוע שאדם שהורשע בפלילים אינו רשאי לכהן בממשלה. בית המשפט מצידו עשוי להכריז על המהלכים הללו כבלתי חוקתיים בחלקם או במלואם, ולפיכך על בטלותם.

המחאה החברתית הרחבה והדיון הציבורי הער מצביעים על חלק מהסכנות הרבות המתעוררות במציאות של משבר חוקתי ובתוכנית החקיקה המובילה אליה. לצידן של סכנות אלה, משבר חוקתי יעמיד קושי משמעותי בפני דרג משרתות ומשרתי הציבור המקצועיים, שעליהם נסמכת פעולת המדינה ושירותיה לאזרח ביום יום. משרתי הציבור עלולים למצוא את עצמם קרועים בין הנחיות סותרות של שני מוסדות שלשניהם תביעה לסמכות ההכרעה. בתנאים אלה **השאלה איננה האם לציית אלא למי יש לציית,** כאשר מוסדות שונים תובעים ממשרתי הציבור נאמנות להנחיות מנוגדות או שנמצאות במתח זו עם זו. **ההחלטה למי לציית נגזרת בראייתנו בנסיבות הללו משני סוגים של שיקולים: האחד, הערכה מיהו הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין; והשני, החובה להעניק שירות שווה ומיטבי לאזרחי המדינה.**

---

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: https://lawprofsforum.org. עקבו אחרינו בטוויטר https://twitter.com/lawprofsforum. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

מסמך זה נועד להבהיר את מקורות הקושי, את היבטיו המיוחדים, ולהצביע על שיקולים שונים שעשויים לסייע בניווט שלו. בתמצית, בנסיבות הידועות בעת כתיבת הדברים (ראשית מרץ 2023), הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין מבחינת הממשלה ורשויותיה ולמי יש לציית היא היועצת המשפטית לממשלה, שאמורה לפעול בהתאם לחוק ולפרשנות והכרעות בג"ץ בנושאים חוקתיים. שינוי בנסיבות הקיימות יצריך בחינה מחדש גם של כלל הכרעה זה.

א. הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין בנסיבות הידועות כיום

הקביעה מהו הדין היא עניין פשוט בימי שגרה: הפרשן המוסמך של הדין הוא בית-המשפט. כך, למשל, אך לאחרונה שב והבהיר בית-המשפט העליון באנגליה כי החובה של עובדי ציבור לציית לפסק-דין עומדת בעינה גם אם הם משוכנעים שפסק-הדין שגוי, למשל משום שניתן בחוסר סמכות וקיומו יגרום לאדם עוול חמור (R (on the application of Majera (formerly SM (Rwanda)) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2021] UKSC 46). בישראל, קבע בית-המשפט בישראל כי בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית, או כאשר נדרשת פרשנות של הכרעה שיפוטית קיימת, הדין המחייב מבחינת כלל הגורמים ברשות המבצעת, שרים ועובדי ציבור כאחד, הוא זה שנקבע על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (ראו למשל, בג"ץ 4648/08 **לביא נ' ראש הממשלה** (12.10.2008), פסקה 33).

ימי שגרה הם אלה שבהם קיימת הסכמה ציבורית רחבה לכלל שלפיו פסיקותיו של בית המשפט המוסמך הן הקובעות מהו הדין. גם בימי שגרה יש הסבורים שההכרעה השיפוטית במקרים מסוימים שגויה. אך מה שמאפיין ימי שגרה בהקשר הנדון כאן הוא שגם מי שסבורים שבית-המשפט טעה אינם מתיימרים לשלול את התוקף המחייב של הכרעותיו. הטענה עשויה להיות שבית-המשפט טעה באופן חמור, ובמקרים של טעויות חמורות דיין אולי אף שראוי שלא לציית לפסיקתו, אך זו טענה שאינה כופרת בכך שהדין הוא כפי שפסק בית-המשפט וביסודה העמדה, שבמקרים מסוימים ראוי להפר את הדין. מבחינה זו, הטענה בימי שגרה דומה לטענה של מי שמבקש להצדיק אי-ציות לנורמה משפטית מבלי לחלוק על תוקפו המשפטי של הנורמה המשפטית הרלבנטית

נייר עמדה זה עוסק בימים שאינם ימי שגרה. אלה הם ימים שבהם גורם שלטוני, למשל הרוב בכנסת או הממשלה, יקבע שהכרעותיו של בית-המשפט העליון, זה המוכר לנו כיום, אינן מחייבות מבחינה משפטית. עמדה כזו עשויה להתבסס על שני סוגים עיקריים של טיעונים: האחד מוסדי והאחר מהותי. 1) הטיעון המוסדי עשוי להיות שקיים מוסד חלופי לזה המוכר לנו כיום, שהכרעותיו הן המחייבות. במסגרת זו עשויה להיכלל החלטה להעביר מתפקידה את היועצת המשפטית לממשלה ומינוי אדם אחר במקומה, חרף קיומה של הכרעה שיפוטית לפיה פיטורי היועצת המשפטית המכהנת אינם חוקיים והיא ממשיכה בפועל לשאת בסמכויות התפקיד; או החלטה להקים בית-משפט חדש, למשל בית-משפט לחוקה, בחוק-יסוד שבית-המשפט הקיים יקבע שאינו תקף, או החלטה על מינוי שופטים חדשים, בהליך שבית-המשפט הקיים יקבע שאין לו תוקף משפטי. הממשלה עשויה לטעון כי המוסדות או נושאי המשרה שמונו על ידה הם בעלי הסמכות, ולפיכך ההכרעות שלהם, ולא אלה של המוסדות ונושאי המשרה הקיימים, הן המחייבות. 2) הטיעון השני לכפירה בתוקף המחייב של הכרעותיהם של

נושאי המשרה הנוכחיים הוא מהותי. זו טענה שאף שנושאי המשרה הקיימים ממשיכים בתפקידם, קביעות מסוימות שלהם, למשל הכרעה שהוראה בחוק-יסוד אינה תקפה, מבטאות חריגה מסמכותם ולפיכך הכנסת והממשלה קובעות שאין לציית להכרעות אלה.

במקרים מסוג זה, יידרשו עובדי הציבור להחליט למי לציית. **ההנחה שעליה מבוסס הדיון כאן היא שחובתם של עובדי הציבורי היא לפעול לפי הדין, והשאלה היא כיצד עליהם להחליט מהו הדין.** ייתכנו אמנם נסיבות שבהן עובדי ציבור יהיו רשאים, ואף חייבים, מטעמים מוסריים, להפר את הדין ובאופן מודע לפעול בניגוד למה שמתחייב לפי הדין ; אך הדיון שמובא כאן עוסק בשאלה המקדמית שעניינה אופן הקביעה מהו בכלל הדין שלפיו על עובדי הציבור לפעול.

התשובה לשאלה זו אינה יכולה להתבסס, לפחות לא בלעדית, על תביעת הסמכות של הגורם הנחזה להיות בעל סמכות. זהו כמובן תנאי הכרחי להכרה בכך שגוף מסוים, בית-המשפט או היועץ המשפטי לממשלה, הוא אכן בעל הסמכויות שמסורות לגוף כזה, אך לא תנאי מספיק, שהרי הנחת הדיון היא שאנו נמצא במצב של משבר חוקתי, ושגורם מוסמך כלשהו מטיל ספק בתוקפה של תביעת הסמכות הזו או שיש גורם מתחרה, שתובע גם הוא סמכות כזו. לצורך הקביעה מיהו הגורם המוסמך מבחינה משפטית, אין ברירה אלא להדרש לשיקולים שמחוץ לעולם הנורמות המשפטיות הפורמליות עצמן.

ב. ציות בשירות ציבורי בדמוקרטיה בימים כתיקונם

ככלל, הדרג הממונה בשירות ציבורי דמוקרטי מחוייב בציות לדרג הנבחר. לחובה זו יש שלושה טעמים:

1. בחירות כהאצלת סמכות. במערכת דמוקרטית מקור הסמכות המכריע אמור להיות העם. מכיוון ש"העם" הוא מושג מופשט, נדרש תרגום של אידיאל שלטון העם למבנה מוסדי והתרגום הנפוץ לכך הוא האצלה באמצעות בחירות. בישראל הבוחרים ממנים חברי כנסת במטרה שאלה ירכיבו ממשלה, והממשלה בתורה מעבירה את סמכות הפעולה למשרתי ציבור. במקרים בהם הנחיה מצד הדרג הנבחר סותרת את שיפוטה האישי של משרתת ציבור, השיפוט האישי ראוי שיידחה משום שאינו נהנה מאותו חיבור ישיר לריבונות הדמוקרטית כפי שמתבטאת בבחירות.

2. בחירות כמנגנון ביקורת. משרתת ציבור עשויה לחשוב במקרה מסויים שהנחיות הדרג הנבחר יפגעו באינטרס הציבורי או בזכויותיו של מי מהציבור, ולכן מוטלת עליו האחריות לעקוף את רצון הדרג הנבחר ולעשות את מה שהוא האינטרס הציבורי "האמיתי". מול סברה זו עומדת הטענה שעל משרתות ציבור להשאיר את השיפוט לבוחרים. בדמוקרטיה, אם הציבור מאמין שנבחריו שגו או פגעו באינטרס הציבורי, הוא יכול לבחור במפלגה אחרת בבחירות הבאות. מאידך, הדרג הממונה אינו עומד ישירות למבחן הציבור באותו אופן, ויכולתם של הבוחרים לבקר אותו על מהלכיו מוגבלת יותר.

3. רציפות מנהלית. מדינה מודרנית זקוקה לשירות ציבורי גדול, בעל ידע מקצועי וזכרון ארגוני. מנכ"לי המשרדים ויועצי שרים (אך לא יועצים משפטיים משרדיים) הם מינויים במשרות אמון, אך רוב השירות הציבורי נשאר בתפקיד שנים רבות. אם תשתרש נורמה לפיה משרתי ציבור ממלאים את הנחיות הדרג הנבחר אך ורק כשהם מסכימים איתן, חילופי ממשלות יפגעו קשות בתפקוד המדינה משום שכל שרה ושר הנכנסים לתפקידם יניחו כי הם אינם יכולים לסמוך על צוות המשרד שבראשותו הם עומדים, ינסו לפגוע בתפקודו ויחתרו תחת יכולתו לבצע את פעולתו לאורך זמן.

מסקירה זו עלולה להצטייר תמונה לפיה עובדי הציבור הם לא יותר מאשר מוציאים לפועל של רצונותיהם של פוליטיקאים. בפועל, המצב מורכב יותר:

1. מוסר בסיסי. משרתי ציבור אינם יכולים להפר חובות מוסריות אנושיות בסיסיות מתוקף תפקידם. להיפך, עליהם לסרב למלא הוראות בלתי חוקיות בעליל. האמירה "רק צייתתי לפקודות" משמשת הצדקה כנגד שגיאות, לא כנגד זוועות.

2. ציות לחוק. כחברי הרשות המבצעת וכאזרחי המדינה, משרתי ציבור מחוייבים לפעול על פי החוק. למעט במקרה יוצא הדופן שבו חיילים מחוייבים למלא פקודה בלתי חוקית כל עוד אינה בלתי חוקית בעליל, לדרג הפוליטי אין סמכות להורות למשרתי ציבור להפר את החוק, משום שגם שרים כפופים לחוק. בשאלת חוקיות הפעולה על משרתי הציבור להשמע תחילה למערך הייעוץ המשפטי המהווה את הפרשן המוסמך של החוק כלפי הרשות המבצעת, ולבסוף לבית המשפט שעל פי חקיקת הכנסת – ובאופן רחב יותר, על פי המסורת הדמוקרטית - אמור להיות עצמאי. במילותיו של חוק יסוד השפיטה: "אין מרות על מי שבידו סמכות השפיטה, זולת מרותו של הדין".

3. משרתי ציבור כשמם כן הם: משרתיו של הציבור. אחד מאתגריה של המערכת הדמוקרטית הוא כיצד ליישב בין האינטרס האישי של פוליטיקאים לרכז כוח וטובות הנאה בידיהם לבין האינטרס הציבורי ובין הכרעת הרוב לבין זכויות המיעוט. הבחירות הן מנגנון אחד לשם כך, אבל הן אינן המנגנון היחיד. בשיטה הישראלית סמכויות השלטון מרוכזות ביותר, אין למשל מערכת פדרלית או חוקה נוקשה שיגבילו את הרשות המבצעת. לפיכך, לצד הרשות השופטת, משמש השירות הציבורי, הבלתי מפלגתי ברובו המוחלט, כמנגנון מאזן נוסף נגד הסכנה שבריכוז סמכויות יתר בידי הממשלה. בשיטה הישראלית, בדיוק משום שמשרתי ציבור אינם תלויים ברצון הטוב של פוליטיקאים כדי לשמור על משרתם, הם יכולים ביתר קלות להביע התנגדות למהלכים לא חוקיים, המשרתים אינטרס פוליטי צר, ובמקרה הצורך יכולים משרתי הציבור לקדם מהלכים לא פופולריים אך הכרחיים. במקרים מסויימים, ההפרדה בין פוליטיקאים לבין הדרג המקצועי הכפוף להם אף נעשית באופן רשמי מתוך הכרה בניגוד העניינים בו מצויים פוליטיקאים כמו במקרה של שליטה במשטרה (לפחות עד שינויי החקיקה האחרונים), בבנק ישראל או במערך המשפטי המקצועי. במילים אחרות, בדמוקרטיה, לצד נבחריו הישירים, יש לציבור גם את משרתיו שאינם נבחרים. במיוחד הדברים אמורים ביחס לפעולות של הדרג הנבחר ששומטות את הקרקע מתחת להצדקות המקוריות לציות: ניסיון לפגיעה בתחרות הדמוקרטית

והפיכתו של השירות הציבורי לשירות ציבורי "מטעם" כך שאין עוד הגיון בניסיון להגן על השירות מפוליטיזציה חריפה.

ג. ציות בשירות ציבורי בדמוקרטיה בשעת משבר חוקתי – האתגר ושיקולים להתנהלות

ההבדל המרכזי בין ימים כתיקונם לבין ימים של משבר חוקתי הוא קיומה או היעדרה של הסכמה לגבי מקור הסמכות במדינה. במצב העניינים הרגיל גם כשהממשלה אינה מרוצה מפסיקת בית המשפט, בית המשפט אינו מרוצה מחקיקת הכנסת, או הכנסת מתוסכלת מהתעלמותה של הממשלה מזכותה לפקח על הרשות המבצעת, הרשויות נוטות להכיר באיזור הפעולה השמור להן ולקבל זו את סמכותן של זו. אפילו אי הסכמה של ממש בין רשויות איננה מספיקה בהכרח כדי לייצר משבר חוקתי. כדי ליצור משבר חוקתי התביעות של שתי הרשויות צריכות ליהנות ממידה רצינית של תמיכה בקרב החברה ומוסדות השלטון.

בחייה של מדינה עולה לעתים השאלה מתי מוצדק שמשרתת ציבור תנהג על פי צו מצפונה ותסרב לציית לגורמים שמעליה בהיררכיה הארגונית, ובניסוח אחר, מתי מוצדק לנקוט בתוך השירות הציבורי באי-ציות מקצועי. אך אין זה המקרה בו אנו דנים כאן. **במשבר חוקתי חובת הציות עדיין חלה. אלא שלא ברור למי יש לציית.** משרתי ציבור המעוניינים לציית לסמכות ולמלא את חובתם בתוך המסגרת ההיררכית של תפקידים במדינה **נדרשים להכריע בין שני מוסדות הטוענים שיש להם את הסמכות להורות להם כיצד לפעול.** משרתי ציבור אינם יכולים לפתור את המשבר בעצמם, והם אינם יכולים במצב זה להשען על מנגנוני ההכרעה היומיומיים שלהם משום שהמחלוקת נוגעת ישירות למנגנונים הללו: מי קובע מה חוקי, מי מחזיק בתביעה הדמוקרטית והחוקתית הלגיטימית יותר, ובשורה התחתונה, מי מדבר בשמה של הסמכות המדינתית.

לא קיימת תשובה עקרונית לשאלה מי מוסמך לדבר בשמה של המדינה במצב של משבר חוקתי. התשובה נגזרת מההקשר המסויים בו מתפתח המשבר החוקתי. בנסיבות הקיימות בישראל **כרגע** הכף נוטה לקביעה כי יהיה על כלל הגורמים ברשות המבצעת, שרים ועובדי ציבור כאחד, למלא את הוראות היועצת המשפטית לממשלה, הן בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית, והן ביחס לשאלת יישום הכרעות שיפוטיות קיימות על נסיבות קונקרטיות. הסמכות האחרונה לפרש את הוראות הדין ולבקר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה נתונה בידי בג"ץ. הטעם לכך הוא שההסדר החלופי שהממשלה מנסה לקדם סובל מגרעון דמוקרטי חמור בתוכנו ובאופן קידומו. מבחינת תוכנם, המהלכים שמקדמת הקואליציה ייצרו מבנה חוקתי נטול הפרדת רשויות או מנגנוני ריסון כלשהם על הקואליציה המכהנת, מנגנונים הנחשבים חלק יסודי מהמערכת הדמוקרטית אפילו במובן מינימלי של מילים אלה. התוכנית המשפטית המונחת כעת על שולחן הדיונים מבטיחה שליטה קואליציונית מוחלטת במינוי ובפיטורי שופטים, ביטול בפועל של הביקורת על חקיקה והגבלה קיצונית של ביקורת על פעולת הרשות המבצעת, פוליטיזציה של מערך הייעוץ המשפטי, הקמת מערכת חקירות שנועדה להרתיע את הפרקליטות הציבורית ועוד. התוכנית הזו אינה מאוזנת בשום צורה שהיא על ידי הגבלת הממשלה מול הכנסת, בה היא שולטת כבר כיום, או בעיגון בחוק של תהליכי חקיקה והמגבלות על כוחו של רוב מזדמן שיבטיח כי

החוקים שתחוקק הכנסת יצדיקו את המעמד המוגן שתומכי ההפיכה החוקתית מעוניינים להעניק להם. התוצאה תהיה ממשלה היכולה לעשות ככל העולה על רוחה בלי כנסת או בית משפט שיוכלו לה. אם ממשלה כזו תחליט לערוך פוליטיזציה עמוקה של השירות הציבורי, הגבלה של הזכות להשתתף בבחירות, או הגבלה של חירויות יסוד כמו חופש הביטוי וההתארגנות הפוליטית, לא יהיה ניתן לערער על צעדיה.

הרפורמה סובלת מגרעונות דמוקרטיים לא רק בתוכנה אלא גם בדרך קידומה. ניסיונות קודמים לחוקק חוקה או חוקי-יסוד בישראל קודמו על פני זמן רב, במטרה מוצהרת להשיג הסכמה רחבה ככל האפשר סביב תוכנם. ההסדרים הנוכחיים מקודמים בהליך מואץ באופן חסר תקדים, עם הגבלה של יכולתם של מתנגדי המהלך להביע את עמדתם או להשפיע על תוכנו, ותוך דחייה של קריאות מוסדיות וציבוריות להאט את קצב התהליך על מנת לאפשר להשיג פשרה מוסכמת. עמדת גופי ייעוץ נדחית על הסף ומחאה ציבורית רחבה, כולל מצד מי שתמכו בממשלה, נתקלת בדחייה ובזלזול ולמעשה לא מתנהל דיון פתוח שבו מובילי המהלכים מוכנים להשתכנע מדברי המתנגדים להפיכה המשטרית התנהלות זו, ואמירות מפורשות מצד יוזמי המהלך כמו יו״ר ועדת חוקה חוק ומשפט כי הוא ״מסיר״ את בג״ץ, מצביעות על כוונות הממשלה בתוכניתה המשפטית. לכך נוספים מהלכים המערערים נורמות שלטוניות בסיסיות שהתקבלו בישראל במשך עשורים בשל הצורך לשמר את הקואליציה הקיימת.

מצבר ראיות אלה עולה ששלטון החוק והמוסדות הדמוקרטיים מאויימים על ידי מהלכי הממשלה ולכן הסמכות לקבוע את הוראות הדין ראוי שתישאר, גם לאחר שהאיומים יתממשו, בידי מי שאחזו בה קודם לפתיחת המערכה נגד מערכת המשפט ושיטת המשטר הישראלית. אין בכך כדי לומר שלא יתכנו מהלכים לגיטימיים המשנים את המבנה החוקתי של ישראל, אלא רק שהמהלכים הנוכחיים אינם כאלה, ושאם המוסדות הקיימים יקבעו כך, קביעתם היא הקביעה המוסמכת שיש לציית לה. כאמור, זו אינה קביעה עקרונית אלא כזו הנטועה עמוק בנסיבות הנוכחיות. שינוי אופיים או הרכבם של המוסדות הקיימים, בין אם על ידי פיטורי היועצת המשפטית לממשלה ובין אם בשינוי קיצוני של הרכב בית המשפט ברוח המהלכים שנקטה ממשלת פולין בשנים האחרונות יחייב בחינה מחדש של האמור כאן, וייתכן שינביע מסקנות אחרות.

ד. דוגמאות ועקרונות לקבלת החלטות

שוו בנפשכם את המציאות בה תחוקק הכנסת חוק האוסר על בתי המשפט לפסול חקיקה (כפי שהיא אכן מאותתת כעת שבכוונתה לעשות) ובית המשפט העליון יקבע כי החקיקה, אף אם הוכתרה בכותרת ״חוק יסוד״, היא בלתי חוקתית. במצב זה יווצרו שלל מקרים של התנגשות בין הסמכויות.

לדוגמה, אם תתעקש הממשלה לנצל את הרוב שלה בכנסת על מנת לחוקק שוב את החוק המכשיר את כהונתו של אריה דרעי כשר, למרות הכרעת בג״ץ שקבע שהדבר אינו כדין. בג״ץ פסל חוק זה בגרסה אחת, וסביר כי יעשה זאת שוב אם יידרש לכך שנית. אם הכנסת תחוקק את החוק ובג״ץ יפסול אותו, ואם אף רשות לא תיסוג, סביב מעמדו של דרעי כשר יווצר ספק שישפיע על משרתי ציבור רבים שיאלצו לבחור כיצד לפעול. הספק ישפיע

על שאלות כמו: האם לבצע הנחיות שחייבות על פי חוק באישור שר ממונה? האם הוא זכאי לקבל מידע שרק השר זכאי לקבל? האם הוראותיו מחייבות כהוראות של שר? הספק עשוי גם להשפיע על האופן בו נספרת השתתפותו בהצבעות ממשלה ובכך יעורר ספק לגבי תקינותן של פעולות שלטוניות רחבות עוד יותר.

זאת דוגמה קלה יחסית, בהשוואה לכאלו העוסקות בכוח הכפייה של המדינה. כך למשל, עלול להיווצר מצב בו השר לביטחון לאומי מורה למפכ"ל או ישירות למפקד מחוז למנוע "בכל מחיר" חסימת כבישים בעת הפגנה. בג"ץ לעומת זאת מורה לאפשר את קיום ההפגנה, להגן על המפגינים, ולהפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין חופש ההפגנה לבין חופש התנועה ועושה זאת על אף תיקונים בחוק שהוכתרו כחוקתיים על ידי הדרג הפוליטי במטרה למנוע מבית המשפט לבקר את החלטות ממשלה. בפועל בעת ההפגנה מפגינים חוסמים כבישים. השר לבטחון לאומי מורה בזמן אמת להפעיל כל כוח על מנת לפנות את הצירים, אפילו אם יהיו נפגעים. האם על מפקדי המשטרה לציית לבית המשפט או לשר הממונה? כמובן, במקרים כאלה גם שיקולים מוסריים רלבנטיים, גם אם אין להם תוקף משפטי. אבל ברגע של משבר חוקתי, יש לשוב ולהדגיש, המתח אינו (רק) בין ציות לגורם מוסמך משפטית לבין דרישות המוסר, אלא נוגע לשאלה מיהו הגורם המוסמך משפטית.

ראוי לשוב ולהדגיש מה מייחד את ההתלבטות בפניה ניצבים משרתי ציבור במקרה זה. הם אינם נדרשים להכריע בין צו מצפונם לבין חובת הציות שבתפקידם או בין הוראות שרים ממונים לבין שלטון החוק. ההתלבטות כאן היא בין הנחיות של שתי רשויות שאחת מהן משקפת תביעה חזקה יותר להגנה על הסדר הדמוקרטי ומוסדותיו. פעולה בנסיבות הללו תלויה במגוון פרטים הנוגעים להקשר הספציפי ונגזרת משני שיקולים עיקריים. האחד הוא השיקול הקבוע לאורו אמור השירות הציבורי לפעול והוא כיצד לנהל את היומיום המדינתי באופן שמיטיב ככל האפשר עם אזרחי המדינה באופן שוויוני ושמוציא לפועל את מדיניות הדרג הנבחר. השני, הוא כיצד להוביל את המדינה לחוף מבטחים חוקתי שבו ההסדרים היציבים ביום שאחרי המשבר משקפים את החובות המוסריות והערכיות של החברה.

לאורם של שני היעדים הללו – מתן שירות מיטבי לאזרח, ותרומה לייצוב הסדר החוקתי הרצוי – מספר שיקולים עשויים לסייע למשרתי הציבור לנווט בין מקורות הסמכות השונים ומחויבויותיהם. ארבעה מהשיקולים הללו הם: טבע הסוגיה שעל הפרק, טיב המוסד בו ממוקמים משרתי הציבור, התפקיד והדרג בהם הם מכהנים וטיב הפעולה שנדרשת מהם.

1. **הסוגיה שבמחלוקת** – יש הבדל מהותי בין סוגיות הנוגעות לאינטרס הציבורי לבין כאלה הנוגעות לטיבה של המערכת הדמוקרטית עצמה. גם כשמשרתי הציבור סבורים שהממשלה היא ששוגה בפרשנותה את הסדר החוקתי הראוי, וגם כשמתקיים דיון ציבורי בתועלת שבאפיק הפעולה הקונקרטי שבוחרת הממשלה, ראוי להשמע להנחיותיה בכל הנוגע להיבטים התפעוליים של המדינה כשהמדיניות שהיא מבקשת להוציא אל הפועל אינה משליכה ישירות על הסדר החוקתי וכשהיא במתחם הפעולות שסביר שכל ממשלה שהיא תכריע בהן. לא משום שהסוגיות הללו אינן מעוררות דילמות פוליטיות (להיכן יוקצו תקציבים זו סוגיה פוליטית באופן פרדיגמטי), אלא משום שבמקרים אלה הכף נוטה לכיוון מתן כבוד לתפקידה הסטנדרטי של הרשות המבצעת. בקצה השני של הסקאלה נמצאות הנחיות

שמטרתן פירוק המוסדות הדמוקרטיים עצמם. המקרים הקיצוניים ביותר הם ביטול בחירות, השתלטות פוליטית על תפקידים שאמורים להיות עצמאיים במערכת דמוקרטית, פגיעה מהותית בתחרות הפוליטית או בחירויות פוליטיות יסודיות, ופגיעה מהותית בזכויות אדם ואזרח. בשאלות מעין אלה, הכף נוטה לכיוון פעולה שנועדה להבטיח את הישרדות מוסדות הדמוקרטיה הליברלית. בין לבין קיימת קשת רחבה של סוגיות והכרעות שאינן דוגמה מובהקת של אף אחת משתי הקטגוריות ועל משרתי הציבור לשקול האם פעולותיהם צפויות לתרום לערעור הסדר החוקתי הדמוקרטי או לחיזוקו.

2. **טיב המוסד המדובר** – השירות הציבורי גדול ומגוון. במדינת ישראל הוא כולל משרתות ציבור בארגונים חמושים כמו צה״ל והמשטרה, ארגונים שנמצאים במגע יומיומי עם אזרחיות כמו מערכת הבריאות והחינוך ומשרדי ממשלה העסוקים בעיקר בפיקוח ומדיניות שרוב עבודתם פונה אל תוך הממשלה עצמה או מול גופים מקצועיים. ההשלכות של בחירה בציות לרשות אחת ולא לאחרת משתנות בין המוסדות הללו. הסיכון הגדול ביותר לשלמות המדינה וביטחונה נשקף מצד הארגונים המדינתיים החמושים ובייחוד הצבא והמשטרה. על אלו המשרתים בארגונים אלה לחתור ככל הניתן להימנע מלהישאב אל המשבר החוקתי ובעיקר להמנע מלהפוך לזרוע המכריעה את הוויכוח על ידי פגיעה בחירויות פוליטיות המבוטאות באופן שאיננו אלים. לגבי גופים אלו אנו סבורים שבמיוחד עליהם להימנע מלהפעיל את הכוח האלים שברשותם לטובת צד כזה או אחר בסכסוך המשטרי. יחד עם זאת במקרים שבהם אין ברירה, רצוי להשתמש במנגנון הייעוץ המשפטי כפרשן מוסמך של הדין, וככזה שיוכל לסייע לנושאי המשרה להחליט למי עליהם להישמע בנסיבות אלו. ובלבד שמערך הייעוץ המשפטי נותר עצמאי ולא הפך בעצמו למשרת של רשות אנטי דמוקרטית. לעומת משרתי הציבור החמושים, מי שנמצאים בגופים שאינם חמושים נדרשים להיות פתוחים יותר לאפשרות שעליהם לפעול בדפוסים אחרים מאלה הנוהגים בימים כתיקונם.

3. **תפקיד ודרג משרתות הציבור** – השירות הציבורי הוא היררכי בחלקו הגדול. בעוד שנושאי משרות בכל הדרגים נושאים באחריות גם לסדר הדמוקרטי וגם לתפקוד המדינתי והשירות לאזרח, האחריות החוקתית מוטלת בכובד רב יותר על גבי מי שנושאות במשרות בכירות יותר ושהשפעתן רבה יותר. אחריות זו היא צידו השני של המטבע של היתרונות והנכסים המלווים תפקידים מעין אלה. היא קשורה גם להיכרות העמוקה יותר עם המערכת הפוליטית והשיקולים המאפיינים אותה שמשרתות ציבור בכירות נוטות לצבור לאורך שירותן. זו אינה אמירה פשוטה. מי שנמצאות בתפקידים בכירים הן במקרים רבים מי שעלולות לשלם את המחירים הגבוהים ביותר על פעולה שבוחרת צד במשבר החוקתי.

4. **אופני הפעולה** – עצם העיסוק בהתנהלות במהלך משבר חוקתי מושך את השיחה לכיוון הכרעות חדות לטובת רשות אחת או אחרת, ובהחלט סביר שהחלטות כאלה ידרשו לעתים ובתפקידים מסויימים. בפרט, במקרה שלפנינו עבור מי שמופקדים ישירות על נושאי משפט וחוקה שבלב המחלוקת החוקתית. עם זאת, ככל שניתן לפעול באופן שנמנע מהמשבר, שתורם ישירות לשירותים הניתנים לאזרחים ושמכבד ומשמר מוסדות דמוקרטיים, מוטב לפעול באופן הזה. במקרים בהם המשבר החוקתי נוגע

ישירות להכרעה העומדת לפתח משרתי ציבור יש ברשותם מגוון אפשרויות פעולה. אפשרויות אלה כוללות בין היתר להימנע מפעולה מבלי להצהיר הצהרות בנושא, לעכב החלטות, לשתף מידע עם הכנסת, הציבור או עם משרתי ציבור אחרים, לבטא סירוב פומבי להישמע להנחיות במטרה לכפות פיטורין או התפטרות פומבית יזומה ועוד. מחוץ להקשר לא ניתן להמליץ בצורה חד משמעית כיצד לפעול כשהמתח בין הרשויות בלתי ניתן למסמוס, אך על משרתי ציבור לקחת בחשבון הן את תוצאות המהלך הנוכחי שלהם לסוגייה שעל הפרק, הן את השלכותיו לשרידות המוסד שעליו הם מופקדים, והן את יכולתם להמשיך לתרום לייצוב הסדר הדמוקרטי אם יוחלפו במי שנאמנותם אינה נתונה לסדר הדמוקרטי הרחב.

לסיכום, במציאות של משבר חוקתי, הסדר המדינתי שבתוכו פועלים משרתי ציבור בימים כתיקונם מופר וחובתם העקרונית לציית מאותגרת, לא משום שהיא בטלה אלא משום שלא ברור להיכן היא מופנית. זאת ועוד, האפשרות להמשיך כאילו אין משבר חוקתי אינה קיימת עוד. פעולה בנסיבות הללו צריכה לקחת בחשבון גם את הצורך להמשיך לספק שירותים טובים ככל האפשר לאזרח, אך גם את תרומת משרת הציבור להיווצרותו של סדר חוקתי דמוקרטי יציב ביום שאחרי המשבר החוקתי. אופן הפעולה של משרתי ציבור בנסיבות הללו נגזר בין היתר מהשאלה האם הפעולה שלהם משליכה ישירות על כללי המשחק הדמוקרטי או לא, המוסד בו הם פועלים, דרגתם בתוך המוסד ודרכי הפעולה הזמינות להם. נוכח מאפייני הפעולה של הממשלה בתחום החוקתי, ככלל על משרתי ציבור להשמע להוראות היועצת המשפטית לממשלה ולבג"ץ במקרים בהם פסיקותיו נוגעות לפעולותיהם, אך קביעה זו תשתנה ככל שישתנו התנאים הקיימים ובראשם עצמאות הייעוץ המשפטי ובג"ץ.

<u>נייר עמדה זה נכתב על ידי:</u>

ד"ר אבישי בן ששון גורדיס, אוניברסיטת הרווארד

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן