



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 59 : שלטון החוק ברשות המבצעת ותפקידו של הייעוץ המשפטי

הופץ ביום 18.9.2024

תמצית : עיקרי הטענות

נייר עמדה קצר זה נכתב בתגובה לעמדה הנשמעת יותר ויותר מפי דוברי הקואליציה, לפיה ניתן להתעלם מחוות דעת של הייעוץ המשפטי לממשלה ואף שומה על נבחרי ציבור לעשות כן, כאשר עמדת הייעוץ המשפטי אינה נראית להם. וזאת, לפי הטענה, בשמה של הדמוקרטיה. נייר העמדה מציג את הטיעון העקרוני – הנתמך גם בפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים ובפרקטיקה של ממשלות ישראל לאורך השנים – מדוע טענה זו אינה מתיישבת עם מובניו הבסיסיים של שלטון החוק בחברה דמוקרטית.

אנו מסבירים כי בדמוקרטיה המחויבת לעקרון שלטון החוק אף גורם שלטוני אינו יכול לטעון כי מעשהו חוקי רק משום שכך הוא עצמו קבע. נושא המשרה בחברה דמוקרטית אינו יכול להיות, הוא עצמו, "דובר החוק" הקובע את גבול החוק. ובדיוק מסיבה זו, דמוקרטיה רבות, כולל ישראל, פיתחו מודל מוסדי של "דובר החוק" שנדרש לקיים שלושה תנאים מצטברים: עצמאות, מקצועיות וסמכות (כלומר, מינוי ציבורי של גורם משפטי מסוים בהתאם להליך הקבוע בדין). רק הגורם המוסדי שמקיים את שלושת התנאים האלה הוא "דובר החוק" עבור השלטון, שמתוקף מעמדו זה הוא מאפשר לגורמי השלטון השונים לפעול בכפיפות לחוק. בהעדר גורם כזה לא ניתן לדבר ברצינות על כפיפות של השלטון לחוק. בדמוקרטיה רבות, כולל ישראל, מערך היועצים המשפטיים לגורמי המשטר השונים הוא הליבה המוסדית של דוברי החוק עבור השלטון. לכן, אף בהתגלע מחלוקות, יש להישמע למערך זה שכן הוא הגילום הראשי של הרעיון של שלטון החוק כמצב קבוע של כפיפות של כל פעולה שלטונית לחוק. בהיעדרה של כפיפות זו, ישתרש בארץ משטר שבו רצונו של השר – ולא דברו של החוק – חוק הוא.

על חיוניותו של עקרון שלטון החוק לדמוקרטיה

הרעיון של "שלטון החוק" הוא אחד ההישגים המרכזיים של התרבות הפוליטית הדמוקרטית המודרנית. ברמה הבסיסית ביותר, משמעות הרעיון היא שאין במדינה אף אדם (או קבוצת אנשים) שאינו כפוף לחוק, בעל כוח אבסולוטי לשנותו כרצונו, או חופשי להתעלם ממנו או לפרשו לצרכיו – כך במיוחד ככל שהמדובר ברשות המבצעת שבידה עוצמה אדירה במדינה המודרנית. בכך נבדלת הדמוקרטיה מן העריצות. בעריצות חל הכלל הרומי הידוע, לפיו "רצונו של הקיסר חוק הוא", על הסכנה הממשית הכרוכה בכך לשוויון, לחירות ולזכויות ולאינטרסים של הציבור. מנגד, השלטון במדינה דמוקרטית מוחזק כמי שאין דבר לו משלו; כמי שמחויבותו היחידה היא לציבור ופעולתו חייבת להיות כולה אך ורק למען טובת הציבור כולו. מכאן, כי מעצם הגדרתו, השלטון הדמוקרטי הינו – והוא חייב להיות – מוגבל. שלטון החוק בא לתת ביטוי מוחשי למגבלה הכרחית זאת.

אם כך, בדמוקרטיה בה חל עקרון שלטון החוק אף גורם שלטוני אינו יכול לטעון כי מעשהו חוקי משום שכך הוא עצמו קבע, אלא שעליו להצביע על מקור הסמכה חיצוני לו. כך, בעוד שבולותיו של שלטון עריץ נקבעים רק על ידו ובכוחו לפגוע ללא גבול בנתיניו, בדמוקרטיה, גם מי שאוחז בכוח השלטון כפוף לגורם שמחוצה לו – לחוק. מדוע לחוק דווקא? במשטר דמוקרטי, מקור הלגיטימציה ל"שלטון" של החוק – על הרשות המבצעת ובעצם על כל רשויות השלטון – הוא בכך שהוא מבטא את רצונות הציבור כפי שנקבעו בהליך דמוקרטי פומבי והוגן, לפי תנאי החוקה. כלומר, החוק הוא האמצעי דרכו הציבור, שהשלטון הוא נאמן לו, מבטא את הערכים, ההעדפות והאינטרסים אותם מחויב השלטון לקדם, במסגרת החוקה.

שלטון החוק מתקיים הן ברמה האישית, והן ברמה המשטרית. ברמה האישית, **כל אדם** – יהיה חשוב וחזק ככל שיהיה – כפוף לאותם חוקים שחלים על יתר בני האדם. נשיא, ראש ממשלה, שר, שופט, כהן דת, בעל הון, ראש עירייה – כולם כפופים לדיני העונשין, לדיני החוזים, לדיני התכנון וכן הלאה – דינים החלים על כולנו. ואכן גם בישראל הורשעו ונענשו אנשים כאלה בגין ביצוע עבירות פליליות חמורות. ברמה המשטרית, בה מתמקד נייר קצר זה, **כל רשויות השלטון** כפופות לדין, ואין רשות שלטונית שרשאית להפעיל כרצונה את כוחות המדינה ומשאביה בהתעלם מן הכללים המשפטיים שקובעים את סמכויותיה, את תכליותיהן ואת האופן בו עליה לבצען.¹

חשיבות שלטון החוק, בשני מובניו, ברורה אם כן: הוא מבטיח שוויון, מונע עריצות, ומספק תנאים והנחיות כלליים וידועים מראש להתנהלות עניינית ובלתי-שרירותית של רשויות השלטון. בדרך זו מובטח שהשלטון, או מי מהאוחזים בכוח השלטון, אינו מנצל את הכוח שהציבור הפקיד בידי כדי להטיב עם עצמו או להרע לאחרים שהוא אינו חפץ ביקרם. כך מובטח שהשלטון יישאר נאמן לציבור, ולא לעצמו.

¹ "The most important demand of the Rule of Law is that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of well-established public norms rather than in an arbitrary, ad hoc, or purely discretionary manner on the basis of their own preferences or ideology."
Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>

מי קובע מה קובע החוק?

בה בעת, שלטון החוק מציב אתגר מעשי מורכב ביותר לכל משטר דמוקרטי: זיהוי תוכנו של החוק. חוק המדינה מגולם באסופה של מקורות מילוליים – חוקים, תקנות, צווים, נהלים, תקנונים, פסקי דין, חוות דעת – וגם לא מילוליים, כמו מנהגים, מסורות ונורמות מקובלות. גם במשטר המחויב לשלטון החוק, החוק המצוי בכל אלה אינו יכול "לשלוט" בעצמו. הוא זקוק ל"דובר" – לגורם אנושי כלשהו שיתרגם את המכלול הזה לכדי מסקנה עבור המכהנים ברשויות השלטון באשר לתנאים, לאפשרויות ולמגבלות שהחוק קובע להפעלת הכוח השלטוני.

מי יהיה, אפוא, **דובר החוק** עבור השלטון בכלל והרשות המבצעת בפרט?

גישה אפשרית אחת לשאלה זו – שיש לה כמדומה תומכים רבים בקרב ממשלת ישראל הנוכחית – תגיד שהדובר הזה צריך להיות הגורם השלטוני עצמו: השרה, המנכ"לית, המפקדת, הפרקליטה, המורה, פקידת השומה, השוטרת – הן (בעצמן או באמצעות אנשי שלומן) יבחנו את מכלול מקורות החוק, יגיעו למסקנה עצמאית באשר לתנאים, לאפשרויות ולמגבלות שהחוק מטיל עליהן, ואז יפעלו בהתאם למסקנה זו.

אף שיש חשיבות רבה שנושאי משרות שלטוניות, בכל הדרגים, יהיו בקיאים בדינים המסדירים את סמכויותיהם ויתחשבו בהם בהפעילם את סמכויותיהם, הקושי בגישה המסתמכת על גורמים אלה לבדם ניכר: ראשית, הוא מפקיד את הכוח לקבוע את מגבלות הכוח בידי מי שאת כוחו יש להגביל. החשש לשימוש לרעה ("חתול השומר על השמנת") בולט, והאפשרות לשחיקה בעוצמת ההגבלות החוקיות על השלטון, וכתוצאה מכך החשש לעריצות ולשרירות, גדלים. בנוסף, גישה זו מפקידה את המשימה המורכבת של זיהוי החוק בידי אנשים שזו אינה הכשרתם המקצועית. במלים אחרות, היא מבטאת כפירה בעצם הרעיון של "שלטון החוק", ואימוץ גישה שלפיה בעל הכוח בזמן נתון הוא "החוק", ותו לא.

מן הטעם הזה, פיתחו דמוקרטיות רבות, כולל ישראל, מודל מוסדי של "דובר החוק" שנדרש לקיים שלושה תנאים מצטברים² –

- **עצמאות** – בראש ובראשונה, על דוברו של החוק עבור רשויות השלטון להיות עצמאי ביחס לאותן רשויות, כלומר חופשי לקבוע את תוכן החוק לפי הבנתו המקצועית, ולא מתוך כפיפות לגוף השלטוני. עליו להיות מחויב מקצועית רק למשימה של זיהוי תוכנו של החוק, ולא לאינטרסים או להעדפות של גורם שלטוני מסוים כלשהו. הסיבה היא, כאמור, ששלטון החוק נועד, בין היתר, להגביל את השלטון ולוודא שכוחו מופעל בנאמנות לטובת הציבור כולו. הסיכוי להשגת מטרות אלה עולה אם דובר החוק עבור השלטון מקיים עצמאות מוסדית מן האוחזים בכוח השלטון, והחשש לניצול לרעה של החוק פוחת.³

² ראו, למשל, יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 2406-2416 (כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית, 2017).

³ לפיכך, רצוי שגם הליכי המינוי/פיטורין של "דובר החוק" ישקפו עצמאות יחסית זאת, כך שמינויו או פיטוריו לא יהיו תלויים אך ברצונם של גורמים שחוקיות פעולותיהם נתונה לבחינתו. ראו החלטות הממשלה 2274 (20.8.2000), 1773 (10.6.2007).

● **מקצועיות** – משימת הזיהוי של החוק, כלומר הפקת המסקנה באשר לתנאים ולמגבלות שהחוק קובע ביחס לכל פעולה שלטונית, צריכה להתבצע על ידי בעלי הידע המקצועי המתאים. הרעיון של שלטון החוק מניח, בהכרח, שיש כזה דבר "חוק", שהינו מובחן ממערכות אחרות של היגדים וטעמים (כמו מוסר, דת, העדפה, או אידיאולוגיה), ושקיימת דרך מעשית לזהות אותו, או להתקרב לזיהוי שלו. במלים אחרות, הרעיון של שלטון החוק מניח קיומה של מומחיות משפטית שבכוחה להגיד משהו אובייקטיבי על תוכנו של החוק. יודגש שאין בכך כדי להניח שפעולת זיהוי החוק היא פשוטה והחלטית כמו, למשל, קביעת התנאים ההנדסיים לעמידותו של גשר, ותיתכנה מחלוקות סבירות והוגנות בין א.נשי מקצוע על תוכנו הנכון של הדין בעניין מסוים. ועדיין, קבלת הרעיון של שלטון החוק מחייבת הסכמה שגם לזיהוי התנאים החוקיים למעשה שלטוני קיימת שיטה בעלת מאפיינים מוסכמים **כלשהם**. כמו במקצועות אחרים, החינוך המשפטי והתירבות של משפטנים ומשפטניות במערכת של כללים ייחודיים של שיח ופרקטיקה מבטאים את ההסכמה שקיימת ליבה מתודולוגית אובייקטיבית כלשהי לזיהוי תכניו של החוק, גם אם גבולותיה נתונים לעיתים לוויכוח, ושניתן ללמוד ולפתח בקיאות מקצועית במתודה זו.

● **סמכות** – בדיוק בגלל שזיהוי החוק הוא פעולה מורכבת, ומשום שייתכנו מחלוקות סבירות והוגנות ביחס למסקנות הנכונות אודות תוכנו של החוק, חיוני שלשלטון תהיה כתובת משפטית עצמאית מקצועית **מסוימת וברורה** שתשמש דוברת החוק עבורו. ללא הסכמה מראש על הזהות של דובר החוק עבור השלטון, כל מחלוקת בדבר תוכנו של החוק תוביל למחלוקת בדבר זהות הדובר הנכון של החוק, והמשטר לא יוכל לתפקד. הסמכה חוקית – כלומר, מינוי ציבורי בהתאם להליך הקבוע בדין (ורצוי שיהיה זה הליך המקדם את ערכי העצמאות והמקצועיות) – שניתנת לגורם משפטי מסוים להיות דובר החוק עבור השלטון מספקת הכשר דמוקרטי למסקנות של אותו גורם אודות תוכן החוק, וזאת ללא קשר לשאלה אם כל מסקנה ומסקנה שהגורם מקבל היא הנכונה ביותר האפשרית, או אם קיים גורם עם מומחיות גדולה יותר שסבור שהמסקנה שגויה.

הגורם המוסדי שמקיים את שלושת התנאים האלה הוא "דובר החוק" עבור השלטון. במלים אחרות, הוא האמצעי המאפשר לגורמי השלטון השונים לפעול בכפיפות לחוק. **בהעדר גורם כזה, המאופיין בשילוב של עצמאות, מקצועיות וסמכות, לא ניתן לדבר ברצינות על כפיפות של השלטון לחוק** – שכן אין לחוק יכולת לכופף אליו את השלטון בלא גורם אנושי מסוים שיעשה זאת.

בדמוקרטיה רבות, כולל ישראל, מערך היועצים המשפטיים לגורמי המשטר השונים, מקובעי המדיניות ועד מבצעה בכל שדרות השלטון, הוא הליבה המוסדית של דוברי החוק עבור השלטון; ליבה שבהעדרה, כאמור, לא ניתן לדבר ברצינות על "שלטון החוק". מערך זה – ולא בית המשפט – הוא הגילום הראשי של הרעיון של שלטון החוק **כמצב קבוע של כפיפות של כל פעולה שלטונית לחוק**.⁴ כמובן, גם לרשות השופטת תפקיד מרכזי בשמירה על שלטון החוק, אך זה תפקיד **ספורדי ושיורי**, שנועד להכריע במצבים בהם נטען שגורם שלטוני פעל בניגוד לחוק, בעוד הגורם השלטוני טוען שפעל כחוק, כלומר פעל מתוך מחויבות לשלטון החוק כפי שזוהה על ידי דוברי החוק עבור השלטון, ולא מתוך כפירה בשלטון החוק. במצבים תדירים אלה בית המשפט – שגם הוא גוף

⁴ ראו, השוואתית, Conor Casey & David Kenny, *The Gatekeepers: Executive Lawyers and the Executive Power in Comparative Constitutional Law*, 20(2) I•CON 664 (2022), doi.org/10.1093/icon/moac034

שמאופיין בעצמאות, מקצועיות וסמכות – עשוי לקבוע שדוברי החוק עבור השלטון שגו במסקנתם אודות תוכן החוק, ואז קביעתו גוברת. במקרים אלה, בית המשפט הפוך לדובר החוק עבור השלטון באותה סוגיה, וזאת משיקולים של הפרדת רשויות (המחייבים הקפדה יתירה על עצמאותו, מקצועיותו וסמכותו שלו).

אם גורמי השלטון סבורים שהחוק, כפי שהוסק בידי ייעוץ משפטי עצמאי, מקצועי ומוסמך, אינו רצוי, **בכוח לפעול לשנותו**.⁵ זאת, לא על ידי הפרת החוק או התעלמות ממנו,⁶ אלא על ידי ייזום תיקון החוק בהליכי חקיקה

⁵ שאלה כרוכה, אך נפרדת, עוסקת בייצוג גורמי שלטון אלה בהליכי משפט (בעיקר, בפני בג"ץ). כלומר, השאלה היא: האם, ובאילו נסיבות, מן הראוי להתיר לגורם שלטון החולק על עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה להביא את עמדתו החולקת בפני בית המשפט עת זה האחרון נדרש לשאלת חוקיות ההחלטה של אותו גורם שלטוני. ישנן מגוון דעות בשאלה זו, ונייר עמדה זה אינו מתמקד בה. אך זאת יש להדגיש: בכל מקרה, גם בנסיבות בהן ראוי להתיר לגורם שלטוני להביא את עמדתו החולקת בפני בית המשפט **בייצוג נפרד** – כלומר, ייצוג שלא על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה האוחז בעמדה שונה מהגורם השלטוני – אין מקום לאפשר **ייעוץ משפטי נפרד** לגורם שלטוני. הפיכת ייצוג נפרד לייעוץ נפרד משמעה קביעת "דוברי חוק" נפרדים העומד לשירותם של גורמים שלטוניים, וזאת, כאמור, אין מתיר שלטון החוק.

⁶ בישראל אין כיום חקיקה המסדירה את מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה, את תפקידיו או את סמכויותיו בתחום הייעוץ. עם זאת, במהלך השנים השאלה כיצד יש לפעול במקרים של חילוקי דעות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין נושאי משרה בכירים ביחס לתוכנו של הדין העסיקה גורמי משפט, ממשל ומחקר. חשוב במיוחד בקשר זה הוא תזכיר שחיבר שר המשפטים הראשון של המדינה, פנחס רוזן, בחודש דצמבר 1948, לקראת ישיבת הממשלה בה נדון המוסד החדש של היועץ המשפטי לממשלה (שלא נהג בתצורתו הישראלית בימי המנדט), ובו הוא אמר את הדברים המפורשים הבאים: "בתורת יועצה המשפטי הראשי של הממשלה תפקידו הקונסטטוטיוני העיקרי של היועץ המשפטי הוא להבטיח שכל פעולותיה של הממשלה על כל משרדיה ומחלקותיה, תהיינה חוקיות בתכלית]. . . לפיכך, גם מכרעת חוות דעתו של היועץ המשפטי בענייני משפט וסמכויות הממשלה וכל משרדי הממשלה ומחלקותיה חייבים להקפיד ולנהוג לפי חוות דעת כאלה". בישיבת הממשלה הוחלט כי שכו של היועץ יהיה כשכרו של שופט בית המשפט העליון בהתבסס על הניתוח שנערך בתזכירו האמור של רוזן. ראו משרד המשפטים, **תזכיר בדבר מעמדו של היועץ המשפטי במדינה**, 5.12.1948, עמ' 2-1; פרטי-כל ישיבה של הממשלה הזמנית, 12.12.1948, עמ' 48; <https://www.themarker.com/law/2024-09-01/ty-article-magazine/00000191-a6ad-dd1e-adb5-acef9f3d0000>

בהמשך, שלוש ועדות ציבוריות עסקו בשאלה דן: **ועדת אגרנט** (1962), שעסקה בעיקר ביחסים בין היועץ המשפטי לממשלה והדרג הפוליטי בהקשר לסמכויות האכיפה הפלילית, הציעה בשולי הדו"ח שלה גם הבחנה לא מנומקת בין הממשלה כאורגן ליתר גופי הרשות המבצעת. הוועדה קבעה שכלל על הממשלה לצאת מן ההנחה שחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה "משקפת את החוק הקיים", ועדיין היא רשאית "לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול-דעתה שלה". זאת, בעוד מחובתן של יתר הרשויות "לראות את חוות דעתו של היועץ כמדריכה בשאלות חוק ומשפט". כאמור, ועדת אגרנט לא הסבירה את טעם ההבחנה, והדוגמה היחידה שהביאה להמחשת העקרון היתה מקרה בו היועץ סבור שהדין מתיר פעולה ולמרות זאת הממשלה מחליטה להימנע מעשייתה – כלומר מקרה הפועל לכיוון ההפוך מזה בו עוסק נייר העמדה.

ועדת שמגר (1998) דנה בין היתר בשאלת ייצוג הממשלה בערכאות ובהקשר זה גם במעמדה המחייב של חוות דעתו ביחס לדין. הוועדה סמכה ידה על מסקנות ועדת אגרנט מבלי לחדד את משמעויותיהן למצב בו היועץ המשפטי קובע שדרך פעולה שהממשלה מבקשת לנקוט היא בלתי חוקית; ניכר שהיא שמה עיקר יתרה על בית המשפט כפוסק האחרון בכל מקרה של מחלוקת. בה בעת, דו"ח הוועדה מציין ש"ההבחנות האמורות [בדו"ח ועדת אגרנט] . . . נשענות על הגדרתה של האחריות הממלכתית הכוללת אשר בה נושאת הממשלה. היא אינה גורעת כמו, כשלעצמה, מן האחריות המשפטית, הפרלמנטרית והציבורית של הממשלה" (עמ' 44) – ובכך היא מעלה את האפשרות שתיכנה (גם) תוצאות משפטיות להתעלמות הממשלה מדעת היועץ. אשר לתוכן של תוצאות משפטיות אלה, שומר הדו"ח על עמימות אך מציין שאלה כוללות גם את "האחריות המשפטית האישית, ככל שהדבר נוגע למי שמבצע את הדברים" (עמ' 22); וראו גם דברי פרופ' גביון בהערותיה בשולי הדו"ח, לפיהם גם אם הממשלה רשאית, "במסגרת אחריות[ה] הציבורית, . . . להחליט לקבל על עצמ[ה] אחריות ולפעול לפי שיקול דעת[ה]" – אף ש"עד עתה לא היה מקרה בו בחרו הרשויות לעשות כן" – הרי "רשאי היועץ המשפטי הראשי להניע את המשפט הפלילי נוכח מעשי עבירה, אף אם אלה נעשו על ידי אנשים בדרגים הגבוהים של השלטון" (עמ' 94).

גישה דומה ביטאה **ועדת וינוגרד** (2008) שעסקה במלחמת לבנון השניה. הוועדה דנה בין היתר בשאלה כיצד על הממשלה לנהוג אם הייעוץ המשפטי קובע שדרך פעולה שנסקלת במלחמה נוגדת את המשפט הבינלאומי. בדו"ח נאמר כי "האחריות הסופית להחלטות בנושאים מדיניים-ביטחוניים מרכזיים היא על הדרג המדיני הבכיר. החלטות כאלה צריכות להתקבל על ידי מנהיגי המדינה, ולא על ידי דרגי ייעוץ מקצועיים, בכירים ככל שיהיו. למותר לציין, כי החלטות כאלה תתקבלנה רק לעתים נדירות ביותר ובמקרים של צורך ברור וחינוי, וכי מי שמקבל החלטה כזו – בידיעה כי היא מנוגדת לפירוש מקובל של המשפט החל על הנושא – צריך גם להיות מוכן לקבל אחריות לתוצאותיה, אם וככל שיידרש הדבר. זהו חלק בלתי נפרד ממנהיגות" (עמ' 489-490).

שלוש הוועדות ראו, אפוא, במצבים כאלה מקרים חריגים ביותר, העלולים להתעורר, אם בכלל, רק נוכח מחלוקת סביב שאלות מדיניות-אסטרטגיות רחבות. ראו גם Casey & Kenny, לעיל ה"ש 4, בעמ' 670, ביחס לנהוג בארצות הברית, קנדה, אנגליה, ואירלנד ("it seems to be very rare for the executive to advance its own legal or constitutional interpretation that runs contrary to its advisor's guidance").

מכל מקום, ההלכה המשפטית בישראל זה מספר עשורים, כפי שנקבע בבית המשפט העליון, היא ברורה: היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין ברשות המבצעת, ועמדתו ביחס לדין – היא עמדת הרשות המבצעת, כל עוד בית משפט מוסמך לא קבע אחרת. ראו לאחרונה את פסק הדין ב-בג"ץ 6198/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הבטחון** (25.6.2024), שניתן פה אחד מפי תשעה שופטים: "נחזור למושכלות ראשוניים – היועצת המשפטית לממשלה היא הפרשנית המוסמכת של הדין כלפי הרשות המבצעת. כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת, פירוש את הדין משקף את המצב המשפטי – הקיים והמצוי – ופירושה זה מחייב את הרשות המבצעת" (פסי' 84).

מתאימים – בהגשה של הצעת חוק ממשלתית לכנסת, בתיקון חקיקת משנה, בהוצאת נהלים חדשים, וכן הלאה. חשוב לזכור עם זאת, שגם בקידום חקיקה כפוף השלטון לשלטון החוק. זה מבוטא בכוחה המחייב של החוקה ובכוחם המחייב של דיני החקיקה, הקובעים את התנאים, האפשרויות והמגבלות על תכני החקיקה ועל אופני קידומה. שהרי, כזכור, סמכות ללא גבולות אינה דמוקרטית.

כמובן, היועצים המשפטיים לשלטון נתונים לכל ההטיות ההתנהגויות והמנטאליות המאפיינות כל מומחה מקצועי אחר, ולמעשה כל אדם אחר שנדרש לקבל החלטות. הם נתונים להשפעות של זהות ואידיאולוגיה, של דינמיקות חברתיות ומוסדיות, של העדפות אישיות ואינטרסים פרטיים, של תבניות חשיבה ותעתועי רציונליות, של עומס, עייפות ולחץ, וכן הלאה. כל ההטיות האלה עשויות לפגוע ביכולתם לזהות נכונה את תוכן החוק (או להתקרב ככל הניתן לזיהוי נכון של תוכן החוק). אך המשמעות אינה יכולה להיות ויתור על תפקידם כדוברי החוק, או החלפתם בדוברי חוק שאינם מקיימים את השילוב של עצמאות, מקצועיות וסמכות. כאמור, המשמעות המעשית של מהלכים כאלה היא ויתור על שלטון החוק עצמו, שלא יכול להתקיים בהעדר דוברים עצמאיים, מקצועיים ומוסמכים. הדרך להפחית את ההטיות של היועצים המשפטיים – כמו של מחליטים אחרים – היא בתמרוץ אנשי מקצוע מעולים להתגייס למלאכת הייעוץ; בעיצוב הליכים איכותיים של קבלת החלטות בייעוץ המשפטי, שיבטיחו הבניה של ביזור, היוועצות, שקיפות, נסיינות וביקורת, חשיפה של סיכוני הטיה, והנמקה מלאה ובהירה; ובפיתוח תרבות של שיח ויחסי עבודה מיטיבים בין גורמי הייעוץ וגורמי השלטון, שיאפשרו התמודדות כנה עם מחלוקות והבחנה בהירה ככל הניתן בין שאלות שבדין ושאלות שבמדיניות. אלה יקדמו החלטות מקצועיות ויובילו לאחריותיות מרבית בייעוץ המשפטי, גם אם, כמובן, לא יאינו את סיכוני הטעות. לצד זאת, חשוב להזכיר את שכבת ההגנה כנגד החלטות מוטות או שגויות שעשויים לספק ערוצי הפיקוח השונים על הייעוץ המשפטי, ובראשם, ערוץ הפיקוח השיפוטי, ככל שנעשה בהם שימוש ענייני.

* *

השורה התחתונה ברורה: מצב הדברים הנוכחי בו גורמי שלטון מתייחסים למסקנות הייעוץ המשפטי כ"עצות בלבד", שניתן להחליפן בעמדות אחרות אם הן אינן הולמות את העדפות המדיניות שלהם, מהווה **דחייה גלויה של עקרונות שלטון החוק**, שיכולה להוביל לאורך זמן לקריסה כללית של המשטר הדמוקרטי. משמעותו שאותם גורמים אינם כפופים מעשית לחוק, ושאינן עוד להניח כי הם נוהגים כנאמני הציבור בהפעלת כוחה של המדינה ומשאביה. כאשר תופעה זו מתרחשת בקרב הבכירים שבמקבלי החלטות, כמו שרי הממשלה המכהנת כעת, עולה החשש לחלחול מסר של זלזול בחוק גם לדרגי הביצוע שתחתם, ובכך גדל משמעותית הסיכון להתפרקות כללית של רשויות המדינה מחובתן לפעול כדין. התרבות השלטונית שנהגה בישראל ברוב שנותיה, בה הממשלה נתפסת כמבקשת לפעול כחוק והייעוץ המשפטי נתפס כאמצעי חיוני למימוש מטרה זו, עומדת כיום למבחן. לפיכך, גם מי שסבור כיום שהייעוץ המשפטי שוגה במסקנותיו המשפטיות, או מוטה באופן ההגעה אליהן, צריך לחשוש מן המצב הנוכחי ומתוצאותיו המסתברות: משטר שבו רצונו של השר – ולא דברו של החוק – חוק הוא.

מסמך זה נכתב על ידי:

ד"ר אורי אהרונוסון, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' יאיר שגיא, אוניברסיטת חיפה