



פורום המרצות והמרצים למשפטים
منتدى محاضرات ومحاضري القانون
لمعן הדמוקרטיה | من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 35: הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות

לממלכה ולא למלך

הופץ ביום 22.3.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את **שאלת הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי**.
אנו מוצאים כי:

- **כל עובד ציבור חייב לפעול על פי החוק במדינה.**
- **בית המשפט העליון הנו הפרשן המוסמך של החוק בישראל. לכן פרשנותו מחייבת את כל הרשויות האחרות במדינה. גם אם לממשלה ולכנסת פרשנות שונה של החוק, היא לא הפרשנות המחייבת בישראל. עובדי הציבור אינם רשאים לציית להוראה הסותרת את המתחייב על-פי הדין, כפי שזה פורש על-ידי בית-המשפט.**

* 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 – שעניין 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://lawprofssforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofssforum>. ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com.

- כל עוד בית המשפט לא הורה אחרת, כל עובד ציבור חייב לפעול בהתאם לפרשנות המשפטית של היועצת המשפטית לממשלה.
- אי ציות לצו של בית משפט, גם אם הדבר נעשה על-פי הוראה של השר הממונה, גוררת אחריות בגין בזיון בית המשפט.

נייר העמדה:

נייר זה מורכב משני חלקים: ראשית יוצגו הדברים בתמצית, ולאחר מכן הם יפורטו בהרחבה.

א. תמצית הדברים:

1. עקרונות יסוד:

- עובדי הציבור פועלים מכוח סמכות שהוקנתה להם ישירות בחוק או מכוחו ולכן הם כפופים לחוק והגדרת התפקיד שלהם וסמכויותיהם מוגדרות בחוק או מכוחו.

- כגורמים מקצועיים, החוק מחייב אותם לשקול את העמדה של השר הממונה עליהם ושל הממשלה ככלל, אך זהו רק אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את עמדתם המקצועית. עמדה זו צריכה לכוון לטובת הציבור בכללותו ולהיות תואמת למטרת החוק המסמיך. מובן שעמדת השר עצמה צריכה להיות תואמת את הדין ואת תכלית הסמכות שנתונה בידו, ושיקולים אישיים או אחרים הם זרים לתפקידו ואינם שיקולים שניתן לשקלם.

- הכללים האמורים לעיל חלים ביתר שאת לגבי נושאי תפקידים ביטחוניים במדינה, שהם תפקידים רגישים במשטר דמוקרטי שבו יש חשש שגורם פוליטי אחד יעשה שימוש לרעה במעמדו כדי לצמצם את הכוח של גורמים פוליטיים אחרים.

2. מהו החוק לו כפוף עובד הציבור?

- בית המשפט העליון הנו הפרשן המוסמך של החוק בישראל. לכן פרשנותו מחייבת את כל הרשויות האחרות במדינה. גם אם לממשלה ולכנסת פרשנות שונה של החוק, היא לא הפרשנות המחייבת בישראל. עובדי הציבור אינם רשאים לציית להוראה הסותרת את המתחייב על-פי הדין, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט.

- לפי הדין בישראל, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון, היועצת המשפטית לממשלה (יועמ"ש) היא המפרשת המוסמכת של הדין עבור הרשות המבצעת, לכן, כל עוד בית המשפט לא הורה אחרת, **כל עובד ציבור חייב לפעול בהתאם לפרשנות המשפטית של היועצת המשפטית לממשלה.**

3. כיצד יזהה עובד הציבור את החוק בעת משבר חוקתי?

- משבר חוקתי יתרחש כאשר הכנסת, הממשלה, או אחד השרים מתעלמים מפסיקת בית המשפט (או, לגבי הממשלה והשרים, מתעלמים מפרשנותה של היועמ"ש), ומורים לעובד הציבור לפעול על פי הוראה הסותרת את פרשנות בית המשפט (או פרשנותה של היועמ"ש) (להלן – הוראה סותרת). דרישה זו יכולה להיות מלווה בהוראה בחוק או מכוחו שיקבע שעמדתה של היועמ"ש אינה מחייבת יותר את עובד הציבור, או שהוא מצווה לפעול על פי ההוראה הסותרת ללא הפעלת שיקול דעת עצמאי. **במקרה כזה על עובד הציבור לפעול על-פי הדין כפי שפורש על-ידי בית המשפט והנחיית היועמ"ש.**

- **אם היועמ"ש תנחה את עובד הציבור לפעול על פי הוראה שבית המשפט יקבע שהיא הוראה סותרת, על עובד הציבור יהיה לפעול בהתאם לפסיקת בית-המשפט, לרבות על-פי צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת, וצו בית המשפט ישמש הנחייה מחייבת במקום הנחייתה של היועמ"ש.** הטעם לכך הוא שהיועמ"ש כפופה גם היא לדין כפי שפירש בית המשפט ולכן במקרה שהיא מתעלמת ממנו או סוטה ממנו, הוראתה חסרת תוקף.

- **במקרה שהיועמ"ש תפוטרו ותוחלף ביועמ"ש אחרת, עובד הציבור יידרש להסתמך על פסיקת בית המשפט העליון בעתירות שתוגשנה, לרבות צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת, באשר לחוקיות הפיטורים של היועמ"ש ולמעמדה החוקי של היועמ"ש שהממשלה מינתה.** אם בית-המשפט קבע שפיטורי היועמ"ש אינם תקפים או שהמינוי של היועמ"ש המחליפה לא בוצע כדין, אזי על עובד הציבור להמשיך להישמע להנחיות של היועמ"ש שבית המשפט הגדירו כיועמ"ש החוקית.

- **ככל שהיועמ"ש מנחה את עובד הציבור לפעול על-פי הוראה שהיא במובהק הוראה סותרת, או בהעדר כל הנחייה, ואין לעובד הציבור אפשרות להמתין לצו של בית המשפט לגבי חוקיות ההוראה, או במקרה קיצון שבו הרכב בית המשפט שונה באופן שבית המשפט העליון פסק שאינו חוקתי, עובד הציבור לא יוכל להסתמך על הנחיית היועמ"ש או על פסק דינו של בית המשפט שהרכבו שונה כאמור מבלי לבחון באופן עצמאי האם מחובתו לקיים או שלא לקיים את ההוראה הסותרת.** בבחינה זו על עובד הציבור לפעול תוך שהוא מנחה את עצמו על-פי העקרונות והשיקולים הבאים:

- תפקידו לפעול לטובת הכלל, באופן ממלכתי.
- עליו להפעיל את שיקול דעתו למטרת החוק המסמך את פעולתו, באופן עצמאי ומשיקולים מקצועיים.

- כחלק מתפקידו, עליו להבטיח זכויות האדם, לרבות הזכויות הפוליטיות, באופן שוויוני לכל אזרח, לרבות מימוש חופש הביטוי וההפגנה, והזכות לבחור ולהיבחר.

הוראה המנוגדת לעקרונות אלה היא הוראה סותרת במובהק. ציות לה אינה בסמכותו של עובד הציבור, והיא לא תשחרר את עובד הציבור מאחריות אישית למעשיו, לרבות אחריות פלילית. עובד הציבור עלול להיות אחראי בפלילים אם ההוראה שציית לה לא הייתה הוראה שלפי הדין היה חייב לציית לה, ולבטח אם ההוראה הייתה "בעליל שלא כדין".
ככל שההוראה הסותרת לא ניתנה בכתב על עובד הציבור לדרוש שהיא תינתן בכתב בטרם פעולה, ולתעד את נסיבות נתינתה ואת שיקוליו לגבי הציות לה, או הסירוב לציית לה.

ב. הרחבה והסברים

1. מטרה

מסמך זה מבקש לברר כיצד על עובדי ציבור לפעול כאשר הכנסת, הממשלה, או אחד השרים מתעלמים מפסיקת בית המשפט (או, לגבי הממשלה והשרים, מתעלמים מפרשנותה של היועמ"ש), ומורים – בחוק, חוק יסוד או הוראת מנהל – לעובדי ציבור שונים (במשרדי ממשלה, בצבא ובמשטרה, ברשויות המקומיות וכו') לפעול על פי הוראה הסותרת את פרשנות בית המשפט (או פרשנותה של היועמ"ש) (להלן – הוראה סותרת).
מקרה פרטי בהקשר זה הוא כאשר יש מחלוקת באשר לשאלה מיהו נושא המשרה המוסמך – למשל, הממשלה מחליטה על העברת היועמ"ש מתפקידה וממנה אחרת במקומה, אך בג"ץ קובע שהפיטורים אינם תקפים; או כאשר הממשלה מחליטה לבחור שופטים חדשים או להקים בית משפט חדש ובג"ץ קובע שהמינוי או בית המשפט החדש אינם תקפים ויש מחלוקת בשאלה מיהם השופטים המוסמכים.

2. החובה לציית לחוק

עובדי הציבור כשם הם – נאמנים של הציבור בכללותו. תפקידם להבטיח את זכויותיהם ורווחתם של כלל האזרחים במדינה. הם פועלים מכוח סמכות שהוקנתה להם ישירות בחוק או מכוחו (למשל, מפכ"ל המשטרה, רשם המפלגות, וכו'). ולכן הם כפופים לחוק והגדרת התפקיד שלהם וסמכויותיהם מוגדרות בחוק או מכוחו).
כגורמים מקצועיים ולא פוליטיים, שיקול הדעת שהחוק מוסר להם מחייב אותם לשקול את העמדה של השר הממונה עליהם ושל הממשלה ככלל, אך זהו רק אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את עמדתם המקצועית. עמדה זו צריכה לכוון לטובת הציבור בכללותו ולהיות תואמת למטרת החוק המסמך. כפי שבג"ץ קבע עוד בשנת 1950, "אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שקול דעתו, הרי על המוסד או הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו אחר... יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה."¹ במקרים מסוימים, לשר הסמכות ליטול לידי את סמכותו של עובד הציבור, אך בכך אין כדי לשלול את חובתו של עובד הציבור להפעיל שיקול דעת עצמאי כל עוד הסמכות נתונה בידי. זאת ועוד, לעובדי

¹ בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד(1) 319, 323 (1950).

ציבור, מלבד אלו המשרתים בכוחות הביטחון, אסור לציית לאף הוראת ממונה שקיומה כרוך בביצוע דבר עבירה, ולאילו המשרתים בכוחות הביטחון (מלבד ראשי הארגונים) אסור לציית לפקודת ממונה כשהיא בלתי-חוקית בעליל.²

עם זאת, בעוד חובת המרות המוטלת על הפקודים בכוחות הביטחון רחבה יותר, הרי שהדין החל על ראשי כוחות הביטחון (הרמטכ"ל, המפכ"ל, ראש השב"כ, וראש המוסד) דורש מהם ביתר שאת להקפיד על עצמאות שיקול הדעת שלהם, וזאת מפאת העובדה שמדובר בתפקידים רגישים במשטר דמוקרטי שבו יש חשש שגורם פוליטי אחד יעשה שימוש לרעה במעמדו כדי לצמצם את הכוח של גורמים פוליטיים אחרים. נושאי משרה אלה כפופים אמנם להוראות הממשלה באמצעות השרים הממונים,³ אבל הם נדרשים לציית רק להוראות חוקיות (וממילא, הממשלה והשרים מוסמכים לתת רק הוראות חוקיות, והוראות בלתי חוקיות הן מחוסרות כל תוקף משפטי).⁴ בנוסף, לשר הממונה אין סמכות להתערב בשרשרת הפיקוד המוסדית בצבא ובמשטרה. בהתאם נקבע, כי שר הבטחון אינו המפקד העליון של צה"ל ולכן הוא אינו יכול לתת הוראות ישירות למפקדים בצה"ל למעט הרמטכ"ל,⁵ וכך גם לגבי מפכ"ל המשטרה.⁶ באופן קונקרטי, בשל הרגישות המיוחדת הכרוכה באפשרות הפעלת

² ראו: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסי' 39. וכן ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פסי' 30.
³ חוק יסוד: הצבא, סעיף 3(ב) ("ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון"); פקודת המשטרה סעיף 38 ("א) משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה; (ב) השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה"); חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002 (סעיף 4 (א) השירות נתון למרות הממשלה;").

⁴ לעניין הרמטכ"ל ראו: ועדת החקירה לעניין מלחמת יום הכיפורים **דין וחשבון חלקי** (1974) [ועדת אגרנט] ("דבר אחד ברור מבחינה חוקתית: לא נקבע מעולם ששר הביטחון הוא מעין 'רמטכ"ל-על' החייב להנחות את הרמטכ"ל בתחום אחריותו של זה בשטח האפורטיבי, או שהוא בבחינת מפקד עליון של צה"ל מכוח היותו שר הביטחון"); כן ראו: צבי הדר "סמכותם הפיקודית של ראש המטה הכללי ושר הביטחון כלפי צה"ל" **הפרקליט** לא 219, 222 (1977) ("שר הביטחון אינו מצוין במפורש בח"צ או בכל חוק אחר כמי שהוסמך בעצמו להוציא פקודות לחיילי צה"ל, בין פקודות כלליות ובין פקודות אישיות. מכאן אף ששר הביטחון אינו מוסמך לתת פקודות לרמטכ"ל במסגרת [חוק השירות הצבאי, חש"צ]; "כפיפותו של הרמטכ"ל לשר הביטחון, כאמור בסעיף 3(ב) לחוק יסוד: הצבא אינה מקנה כשלעצמה סמכות לשר הביטחון לתת פקודות לחיילי צה"ל במסגרת חש"צ"; יצוין שהדר סבר ששר הביטחון יכול ליטול לעצמו את סמכות מתן הפקודות של הרמטכ"ל, אך עמדה זו נדחתה בפסיקה, ראו פסי"ד **מאיר**, להלן ה"ש 5). לעניין המפכ"ל ראו: ועדת חקירה ממלכתית לביורר התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 **דין וחשבון**, שער 6 פסי' 21 (2003) [ועדת אור] ("למשד לבטחון פנים, ולשר העומד בראשו, תפקיד חשוב בפיקוח ובבקרה על המשטרה במילוי תפקידיה, ובשמירה על האיזון העדין [בין הסדר הציבורי לבין חירויות האזרח] הכרוך בכך... [אך] השר לביטחון פנים אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות של המשטרה. הוא גם אינו אמור להתערב בהחלטות בנושאים מקצועיים, כמו חקירות"). לגבי ראש השב"כ וראש המוסד ניתן ללמוד בדרך ההיקש מהדין החל על הרמטכ"ל והמפכ"ל. עוד ראו באופן כללי בנוגע להיקף חובת הציות הצר יותר החל בהקשרם של בכירים; זיו בורר "כן, אדוני השר: על חובתו של עובד ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות שניתנו לו מגבוה, ועל ההגנה בפלילים עקב ציות כזה" **עיוני משפט** לה 185 (2012).

⁵ מ/ 1/90 (מיוחד צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' מאיר** (23.4.1991).
⁶ ראו, ועדת אור, לעיל הע"ש 4, שער 6 פסי' 21 ("השר לביטחון פנים אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות של המשטרה. הוא גם אינו אמור להתערב בהחלטות בנושאים מקצועיים, כמו חקירות"); ראו גם: הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש דין וחשבון (1999) [ועדת צדוק] (1). המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרות של החוק בלבד. 2. במקרים של ספק לגבי דרך הפעולה של המשטרה בתחום החקירות והתאמתה לחוק, הסמכות להורות למשטרה כיצד לנהוג (או לא לנהוג) צריכה להיות בידי היועץ המשפטי לממשלה... 4. השר אינו רשאי ליתן למשטרה הוראות לגבי חקירות ספציפיות, ואינו רשאי להתערב, בכל דרך שהיא, בחקירה ספציפית: לא במתן הוראות, לא ברמיזות לגבי התוצאות הרצויות, לא בהחלפת החוקרים או בדרישה מהמפכ"ל להחליטם, ולא בכל דרך אחרת... 7. אשר לתחומי פעולתה האחרים של המשטרה, מחוץ לחקירות, הוועדה סבורה כי השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות, ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, או בפרטים, נושא השמור לדרג המקצועי").

כוחות הצבא והמשטרה למטרות פוליטיות, הטעים בית המשפט, כשנדרש לנושא המעמד של המפכ"ל מול השר הממונה, כי המפכ"ל-

"הוא העומד בראשות המשטרה, אשר במוקד תפקידיה אכיפת החוק והגנה על ביטחון הציבור ושלומו... מכאן החשיבות הרבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידיה... '...השמירה על עצמאותו ועל אי תלותו של מוסד זה היא על כן אחת הערובות המובהקות לקיומה של הדמוקרטיה בישראל".⁷

בהתאם הדגיש המשנה ליועמ"ש (משפט ציבורי-מינהל), ד"ר גיל לימון, את עמדת היועמ"ש, לפיה:

"המשטרה היא גוף עצמאי, היא גוף שיש לו שיקול דעת עצמאי. למה יש לה שיקול דעת עצמאי? כי המשטרה מפעילה את הסמכויות הכי חזקות של המדינה, שוללת חופש ביטוי ואת חופש התנועה וכשיש סגר הם אוכפים אותו. למשטרה יש המון המון כוחות, הכנסת נתנה לה את הכוחות האלה בחקיקה מפורטת, ועל כן, המשטרה הזאת, אחד מהמרכיבים הבסיסיים שלה זה עצמאות".⁸

לגבי השב"כ, שפעילותו החשאית מקשה על בקרה חיצונית, נקבע בחוק באופן מפורש כי "השירות יפעל באורח ממלכתי; לא תוטל על השירות משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים- פוליטיים",⁹ ובין מטרותיו מנוייה השמירה על "סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני ... חתרנות, ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים".¹⁰ מכאן שגם ראש השב"כ, כמו גם הרמטכ"ל ומפכ"ל המשטרה, מחויב לאינטרסים ממלכתיים ולא מפלגתיים של ממשלה כזו או אחרת, והוא מחויב לשמור של עצמאות בהפעלת שיקול דעתו בכל הקשור לאיומים מכל סוג שהוא על הדמוקרטיה. הסביר זאת לאחרונה ראש השב"כ לשעבר, יורם כהן: "אני מקווה שלא נגיע למצב שבו שר ייתן הוראה כזו או שהכנסת תוביל חוק שאינו חוקתי, אך במקרה שנגיע למשבר כזה, הפרשנות היא בידי היועמ"שית ובית המשפט העליון... ראשי מערכות הביטחון אמונים על הממלכתיות, מכירים את החוק ומכירים בעצמאות בתי המשפט והיועצת המשפטית לממשלה. הם מבינים את העשה ואל תעשה ואת כללי המשחק, ולמרות שיש להם שרים ממונים והם כפופים לממשלה ביום-יום, בשום מצב הם לא עוברים על החוק עקב הנחיה של הדרג המדיני. אסור להם לעבור על חוק מוגדר וידוע".¹¹

תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה שנחקק לאחרונה נותן בידי השר הממונה סמכויות נרחבות בכל הנוגע להתווית מדיניות המשטרה והעקרונות הכלליים לפעילותה.¹² את הסמכויות הללו – שחוקיותן מוטלת בספק ועתירה בנושא זה תלויה ועומדת בפני בית המשפט – יש לפרש באופן שיעלה בקנה אחד עם העקרונות המנויים לעיל. המשמעות היא שהתוויות מדיניות ברמת הפשטה גבוהה – ברמה האסטרטגית – נתונה בידי השר, אך יישומה

⁷ בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל. לגבי היקף חובת הציות של בכירים בשירות הציבורי באופן כללי; ראו: בורר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 224-225. פנחס יחזקאלי ואורית שלו "היחסים שבין המפכ"ל לשר הממונה בישראל, 1948-1997" **משטרה וחברה** 4, 89, 98 (2000).

⁸ **פרוטוקול הדין** בוועדת הכנסת המיוחדת לדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג-2022 (פ/80/25) - חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג-2022, בעמ' 163.

⁹ סעיף 4 (ג) לחוק השב"כ.

¹⁰ סעיף 7(א) לחוק השב"כ.

¹¹ נינה פוקס "ראש השב"כ לשעבר כהן: 'במקרה של משבר חוקתי, צריך לשמוע לביהמ"ש העליון'", YNET, 1.3.2023, <https://www.ynet.co.il/news/article/s1akhc2ro>

¹² סעיף 8(א) "השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לענין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה".

במקרים פרטניים – ברמה הטקטית – היא בסמכות המפכ"ל (או מפקד אחר, כמו למשל, מפקד המחוז הרלוונטי לעניין הענקת רישיון להפגין והתנאים למתן רישיון, או לפעולות השיטור בהפגנות). בכל מקרה, גם התוויות המדיניות העקרונית על ידי השר לא יכולה לחרוג ממגבלות החוק כפי שקבע בית המשפט, בכל הקשור, למשל, לחופש ההפגנה וזכויות עצירים, והמפכ"ל או מי מפקודיו לא יהיה כפוף למדיניות לא חוקית כזו.

עקרון הכפיפות לחוק חל גם על כל עובד ציבור אחר (שאינו בעל סמכויות מכוח חוק) שחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963 חל עליו. חוק זה מגדיר עבירת משמעת ככוללת בין היתר אי קיום "את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין",¹³ במילים אחרות, החובה היא לציית רק להוראה התואמת את החוק. לפי הפסיקה, אין חובה לציית להוראות שהן לא חוקיות לפי המשפט המינהלי, כגון הוראות שהן חורגות מהסמכות.¹⁴ בית המשפט הדגיש (מפי השופט הנדל) כי "בגופים מנהליים לא ראוי שתהיה חובת ציות גורפת לכל הוראה שאינה בלתי חוקית בעליל. עינינו הרואות כי – במקרה זה כמו במקרים רבים אחרים – לא פעם דווקא העובדים הזוטרים בגופים מנהליים הם שבכוחם למנוע תרמית ולמגר את השחיתות. נכון לחזק את עצמאותם ואת שיקול דעתם גם כאשר הדבר עשוי לנגוס מעט במשמעת הפנימית של הארגון."¹⁵

הפעלה עצמאית של שיקול הדעת ופעולה ממלכתית ולטובת השמירה על הדמוקרטיה חשובה במיוחד כאשר ההוראה הסותרת נועדה לקידום האינטרסים האישיים של מי שנתנה, כגון הוראה לשלול את חופש הביטוי או את זכות ההפגנה של מתנגדיו של הגוף המורה.

3. המשמעות של חובת הציות לחוק במקרה של הוראה סותרת:

במקרים של הוראה סותרת כאמור לעיל, כיצד על עובד הציבור לפעול? התשובה: החוק הוא החוק כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון. גם אם לממשלה ולכנסת עמדה שונה, היא לא העמדה המחייבת לפי הדין בישראל. החובה החוקית המוטלת על עובדי הציבור היא לא לציית להוראה הסותרת את המתחייב על-פי הדין, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט. אי ציות לצו של בית משפט, גם אם הדבר נעשה על-פי הוראה של השר הממונה, גוררת אחריות בגין בזיון בית המשפט. הטעם לכך הוא העובדה שבית המשפט הוא המפרש המוסמך העליון של החוק במדינה, ופרשנותו מגדירה מהו הדין הנוהג. כדי שיתקיים במדינה שלטון של החוק, נחוץ שיהיה מפרש מוסמך אחד בלבד של החוק, ותפקיד זה מסור בכל מדינה לבית המשפט העליון (או לבית משפט חוקתי במדינות בהן יש בית משפט מיוחד כזה והנושא הוא פירוש החוקה).

עקרון זה עמד בבסיס פסיקת בתי המשפט ביחס לרשויות השלטון מאז קום המדינה: בית המשפט – הן בג"ץ הן בתי משפט אחרים – הם המוסמכים לפרש ולקבוע מה הדין שחל על זרועות השלטון. הכנסת כמובן רשאית לשנות את החוק, בכפוף למגבלות החוקתיות החלות עליה, אך בית המשפט, והוא בלבד, הוא הגורם המוסמך לפרש את החוק ולהגדיר מהי המשמעות המשפטית של השינוי שקבעה הכנסת. כפי שקבע בג"ץ:

"במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית המשפט... כל הוראה חקוקה כוללת בחובה, כדבר

¹³ סעיף 17(2).

¹⁴ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרך ב'** 931-932 (מהדורה שנייה, 2011).

¹⁵ ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פס' 39. וכן ע"פ 7704/13 מרגולין נ. מדינת ישראל, פס' 30.

טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית המשפט.... כל גישה אחרת תפגע בעצם מהותה של השפיטה ותשבש לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות ואת האיזון והבקרה (checks and balances) ביניהן, על-כן, הן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת והן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, עומד העיקרון, כי יהא פירושן של רשויות האחרות אשר יהא, הפירוש המחייב הוא זה של בית המשפט".¹⁶

זו העמדה המקובלת בכל מדינה דמוקרטית המחויבת לשלטון החוק. כפי שפסק בית המשפט הראשון שנוקק לנושא, בית המשפט העליון בארה"ב, בשנת 1803, בפרשת **מרבורי נ' מדיסון**:

"It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule."¹⁷

לפיכך נקבע שם, ובפסקי דין אחרים, כי חקיקה שתסתור את החוקה כפי שבית המשפט העליון האמריקאי פירש אותה תהיה חסרת תוקף.¹⁸

זו גם העמדה הנחרצת של ועדת ונציה (the European Commission for Democracy Through Law, "Venice Commission"), הגוף הבין-מדינתי שעוקב אחר תהליכי הדמוקרטיזציה באירופה ובאסיה החל משנת 1990, שישראל משתתפת בו.¹⁹ הוועדה קבעה ביחס למספר משברים חוקתיים במדינות שונות כי פסקי דין של בתי משפט חוקתיים מחייבים את כל רשויות המדינה; התעלמות מפסיקתם משמעותה התעלמות מהחוקה והפרתה:

"The Constitutional Court plays an essential role as gatekeeper of the Constitution and its values and as the arbiter of separation of powers."²⁰

"[T]he Venice Commission recalls that judgments of Constitutional Courts have a final and binding character and they have to be respected by all public bodies and individuals. This is a corollary of the supremacy of the Constitution. Disregarding a judgment of a Constitutional Court is disregarding the Constitution and the Constituent Power, which attributed the competence to guarantee this Constitution's supremacy to the Constitutional Court. When a public official refuses to execute a judgment of the Constitutional Court, he or she violates the Constitution, including the principles rule of law, separation of power and loyal cooperation of state organs."²¹

¹⁶ בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, 153.

¹⁷ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

¹⁸ למשל, City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

¹⁹ ראו נייר עמדה מס' 8 של פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה בנושא "צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה" (הופץ ביום 4.2.2023).

²⁰ https://www.venice.coe.int/files/2020_10_31_UKR_JointGRECOVeniceCommissionLetterSpeakerVerkhovnaRada.pdf

²¹ Venice Commission, [CDL-AD\(2017\)003](#), Spain - Opinion on the law of 16 October 2015 amending the Organic Law No. 2/1979 on the Constitutional Court, para. 69

4. כיצד אמור עובד הציבור לזהות את החוק? – מעמד ההנחיה של היועמ"ש

על פי הדין בישראל, כל עובד ציבור חייב להנחות את עצמו לפי הפרשנות המשפטית של היועמ"ש. זאת מכיוון שלפי עמדת בית המשפט, היועמ"ש הוא המפרש המוסמך של הדין עבור הממשלה. והיועמ"ש כמובן, כפופה לפרשנותו של בית המשפט. היא מחויבת לפעול על פי הפרשנות הזו בבואה לפרש את הדין גם בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית, או כאשר נדרשת פרשנות של הכרעה שיפוטית קיימת. כפי שקבע בית המשפט:

"חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות, מחייבת את הממשלה ורשויותיה כל עוד בית-המשפט לא פסק אחרת... חוות-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית משקפת מבחינת הממשלה את המצב המשפטי הקיים והמצוי."²²

בספרות התעוררה מחלוקת לעניין הרציות של ההלכה הזו. בין התומכים הודגש כי לאור מצב האיזונים והבלמים הקיים במשפט הישראלי, ליועמ"ש נועד תפקיד מרכזי של שומר סף שחשיבותו מתעצמת לאור התהליכים שונים המתרחשים בדמוקרטיה הישראלית.²³ בין המבקרים, הפרופסור רות גביזון הציעה לתת את הקביעה הזו באופן שיאפשר לממשלה לבקש מבית המשפט העליון לפרש את הדין באופן שונה מהאופן שבו היועמ"ש מפרשת את החוק, אך גם לגישה, "היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי הרשויות כל עוד לא אמר בית-המשפט את דברו. לגבי רשויות מינהליות, פרשנות מחייבת זאת כמוה כהנחיה מחייבת."²⁴

5. כיצד יזהה עובד הציבור את החוק בעת משבר חוקתי?

בעת משבר חוקתי עלול להיווצר חוסר בהירות שיקשה על עובדי ציבור לזהות מהו החוק. המשבר החוקתי יתרחש כאשר קיימת הוראה סותרת כאמור לעיל, וכאשר הכנסת, הממשלה, או אחד השרים, מתעלמים מהסתירה ודורשים מעובד הציבור ציות להוראתם הסותרת. דרישה זו יכולה להיות מלווה בהוראה בחוק או מכוחו שיקבע שעמדתה של היועמ"ש אינה מחייבת יותר את עובדי הציבור, או שהם מצווים לפעול על פי ההוראה הסותרת ללא הפעלת שיקול דעת עצמאי, או שהיועמ"ש תפוטור ותוחלף ביועמ"ש אחר שתאשר את תוקפה של ההוראה הסותרת. במקרה קיצון יכול שהכנסת תנסה לשנות את כללי בחירת השופטים ותמנה שופטים שיאשרו את הוראותיה הסותרות תוך שהם סוטים מפסיקה קודמת של בית המשפט העליון.

²² בג"ץ 4648/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסקה 33.

²³ אלון פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג" פורום עיוני משפט מד (תשפ"א), https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/law_heb/Cegla/Past_Events/alon-friber.pdf

לדעת פריבר "חשיבותם של היועצים המשפטיים לממשלה במערך האיזונים והבלמים מתגבר על רקע תהליכים שונים המתרחשים בישראל, לדוגמה החרפת הפופוליזם והתחזקות הרשות המבצעת, ועל רקע המציאות הפוליטית הרעועה בישראל בשנים האחרונות" (בעמ' 22).

²⁴ רות גביזון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה (1996) 27, 109. וראו גם איתן לבונטין ורות גביזון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר 221 (2003). שאלת הייצוג של הממשלה בבית המשפט לא מתעוררת בהקשר הנדון.

למעט במקרה הקיצון האחרון, עובד הציבור יוכל להסתמך ישירות על פסיקת בית המשפט העליון, לרבות צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת. הטעם לכך הוא שהיועמ"ש כפופה גם היא לדין כפי שפירש אותו בית המשפט ולכן, במקרה שהיא סוטה ממנו, הוראתה חסרת תוקף. במצב כזה, צו בית המשפט יוכל לשמש הוראה מחייבת במקום הוראתה של היועמ"ש.

כל עוד לא פסק או ציווה בית המשפט, ובמקרה הקיצון האמור לעיל שבו הרכב בית המשפט משונה בהוראה של הכנסת, עובד הציבור לא יוכל להסתמך ישירות על בית המשפט. במצב כזה, עמדת היועמ"ש לא תוכל לחייב אותו כבעבר. הטעם לכך הוא שהליך החלפת היועמ"ש מעיד על רצונה של הממשלה לתת תוקף להוראה הסותרת, ועל כן על הפרשנות של היועמ"ש שמונתה לתפקיד מוטל צל של אי חוקיות. במצב קיצון כזה על עובד הציבור להבין כי האחריות לפעול על פי ההוראה הסותרת מוטלת עליו מתוקף תפקידו. בהעדר הוראה מנחה של בית משפט או של יועמ"ש שתוקפה אמין, עליו להנחות את עצמו על-פי העקרונות והשיקולים הבאים:

- תפקידו לפעול לטובת הכלל, באופן ממלכתי.
- עליו להפעיל את שיקול דעתו למטרת החוק המסמך את פעולתו, באופן עצמאי ומשיקולים מקצועיים בלבד.
- כחלק מתפקידו, עליו להבטיח זכויות האדם, לרבות הזכויות הפוליטיות, באופן שוויוני לכל אזרח, לרבות מימוש חופש הביטוי וההפגנה, והזכות לבחור ולהיבחר.

הוראה המנוגדת לעקרונות אלה היא הוראה סותרת במובהק. ציות לה אינה בסמכותו של עובד הציבור, והיא לא תשחרר את עובד הציבור מאחריות אישית למעשיו, לרבות אחריות פלילית. על-פי החוק, לא תהיה לעובד הציבור פטור מאחריות פלילית למעשה שעשה אם ההוראה שציית לה לא הייתה הוראה שלפי הדין הוא היה חייב לציית לה, ולבטח אם ההוראה הייתה "בעליל שלא כדין".²⁵ הוראה סותרת במובהק, כיוון שניתנה תוך התעלמות מכוונת מעקרון שלטון החוק, ותוצאתה פגיעה בדמוקרטיה ובזכויות האדם, יש לראותה כהוראה שהיא בעליל שלא כדין.²⁶

כדי להבטיח את עצמו ככל האפשר מהפרת הדין או מאחריות אישית לכך, ככל שההוראה הסותרת לא ניתנה בכתב על עובד הציבור לדרוש שהיא תינתן בכתב בטרם פעולה, ולתעד את נסיבות נתינתה ואת שיקוליו לגבי הציות לה, או הסירוב לציית לה.

כדי לסייע לעובד הציבור בקבלת ההחלטה במצב של אי ודאות שכזה, מומלץ לעיין בנייר העמדה מטעם פרום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה מס' 25: [שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים](#).

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

ד"ר זיו בורר, אוניברסיטת בר-אילן

²⁵ חוק העונשין, סעיף 34ג.

²⁶ על שלטון החוק כערך מרכזי בכלל הדורש לא לציית לפקודה בלתי חוקית ראו בורר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 239-240. ראו גם אסא כשר "בין ציות למשמעת: בין חוק ואתיקה" **משפט וצבא** 16, 479, עמ' 501-502 (התשס"ג).