

## יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

### מרים בן-פורת\*

א. מבוא. ב. מעמד היועץ והמבקר – סקירה ביקורתית. ג. מסלול התלונות המוגשות לנציבות כחלופה למסלול השיפוט – השונה והדומה. ד. דוגמאות לחיכוך בין עמדת היועץ לבין עמדת הנציב. ה. סוגיית שכרם של עובדי משרד עובדי המדינה. ו. אצילת סמכויות. ז. סוף דבר.

#### א. מבוא

למבקר המדינה המבצע ביקורת יש כידוע תפקיד נוסף: בירור תלונות של בני הציבור הטוענים שזכויותיהם נפגעו בידי זרועות השלטון<sup>1</sup> – למשל, שרשלנות שלטונית של העירייה היא שגרמה להתהוות תעלה מסוכנת על אם הדרך, ובנו הקטין של המתלונן נפל לתוכה ונפגע. במקום לפנות לבית המשפט נגד העירייה – הליך יקר וארוך, העלול להימשך חודשים, או אף שנים – פתוחה בפני האזרח דרך אחרת, פשוטה, בלי צורך בייצוג וללא הוצאות. הוא יכול להתלונן בפני מבקר המדינה בתפקידו כנציב תלונות הציבור, המצויד מכוח החוק בסמכויות לברר תלונות נגד הרשויות ולהמליץ<sup>2</sup> כיצד לתקן את העוול שנגרם

\* המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס); מבקרת המדינה ונציבת תלונות הציבור (בדימוס); תודתי נתונה לאבי לובין על הערותיו הענייניות והמועילות. תודה גם לאחי כהן-רז על סיועו בכתיבת המאמר.

1 לפי לשון ס' 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, בסמכותו של המבקר (כנציב תלונות הציבור) לברר תלונות "על גופים ואנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו". אלה מפורטים בחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] (להלן: "החוק המשולב"). כל אדם בעל משרה ציבורית וכל גוף שממלא אחר התנאים המפורטים בחוק זה (לדעתי האישית, כולל שופט) כפוף לביקורתו של המבקר ויכול להיות הנילון בתלונה שמוגשת לנציב. הקשת רחבה מאוד וכוללת חברות ממשלתיות וכל גוף שלמדינה יש אינטרס כלכלי בו.

2 אך לא לתת החלטה מחייבת, להבדיל מבית משפט. עם זאת, ראו להלן ה"ש 38.

למתלונן. לרשות הנציב עומד צוות נאמן ומיומן הבקיא בחוק ומסוגל לפתור למתלוננים את בעיותיהם אלה. החלטות הנציב ניתנות תוך זמן סביר, במיומנות, וכאמור, חניס אין כסף. בכך גם נחסך מספר לא מבוטל של תיקים מבתי המשפט, שהעומס הרובץ עליהם הוא מן המפורסמות. ודוק, אם מתלונן לא בא על סיפוקו, הוא חופשי לפנות לערכאה שיפוטית כל עוד העילה לא התיישנה, כאילו הבירור אצל הנציב כלל לא התקיים; ואם מדובר בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק – כל עוד לא חל שיהוי.

דא עקא, רק כעשרת אלפים תלונות מוגשות מדי שנה<sup>3</sup>. רובן נמצאות מוצדקות. מה שחשוב לא פחות – חרף היותן אך המלצות<sup>4</sup> – הן מיושמות (בחריגים נדירים ביותר), והאזרח שהתלונן בא בדרך כלל על סיפוקו. אין בלבי ספק שהנציבות יכולה לעמוד בנטל גדול הרבה יותר מזה שהיא נושאת בו, וכי הרבה יותר אזרחים, אם יהיו מודעים ליכולותיה, יוכלו להיעזר בשירותיה הטובים, ובכך גם להפחית במידה משמעותית יותר את העומס בבתי המשפט.

אולם קיימות כמה סוגיות שמן ההכרח להבהיר, כדי שהמכשיר של "בירור תלונות" יהיה יעיל יותר ומקובל יותר כמסלול חלופי למסלול השיפוטי. אחת החשובות שבהן היא סוגיית יחסי הגומלין בין מבקר המדינה, גם כנציב תלונות הציבור (ה"כובע" השני שלו) מזה, לבין היועץ המשפטי לממשלה מזה. אני מאמינה שאם יוסרו אבני הנגף, הקיימות לדעתי במישור זה, תקבל הפנייה לנציב ממדים רחבים הרבה יותר, והתועלת שתצמח מכך תהיה נחלתם של האזרחים שיבחרו מרצונם במסלול זה במקום במסלול השיפוטי<sup>5</sup>.

שתי השאלות העיקריות שבהן תעסוק הרשימה הן: (1) האם חוות דעתו של היועץ בשאלה משפטית המשפיעה על תוצאות הבירור מחייבת את הנציב, או שמא יש לאחרון סמכות, ואולי אף מוטלת עליו החובה, להחליט בעניין לפי עמדתו העצמאית? (2) כאשר הנציב והיועץ חלוקים בשאלה משפטית (כמתואר), האם רשאית הרשות המבצעת שהתלונה היא נגדה (הנילונה) ליישם את החלטת הנציב, או שמא היא חייבת לפעול לפי חוות דעתו החולקת של היועץ, כלומר – לסרב ליישם את דברו של הנציב בשל כפיפותה ליועץ? אציין כבר עתה, כי עמדתי היא (ואותה אבקש לבסס), שהנציב אינו חייב לקבל את פרשנות

3 כך עולה מהדו"חות השנתיים שמפרסמת נציבות תלונות הציבור – ראו למשל נציב תלונות הציבור דו"ח שנתי 34 לשנת 2007 (2008), בדברי הפתיחה; זאת, אף שדרכי הפנייה לנציבות גמישות מאוד מבחינה פרוצדורלית וסגנונית, ואף שהפנייה יכולה לעשות בדרכים פשוטות, באמצעות הדואר האלקטרוני, הפקס או אתר האינטרנט של נציבות תלונות הציבור: [www.mevaker.gov.il/serve/site/ntz\\_ombuds\\_complaint.asp](http://www.mevaker.gov.il/serve/site/ntz_ombuds_complaint.asp).

4 בכפוף לחריגים. לפירוט, ראו להלן ה"ש 38.

5 סיבות נוספות להימנעות חלק מבני הציבור להתלונן בפני הנציב הן: חוסר מודעות מספקת לאפשרות הפנייה לנציב והעובדה שהחלטותיו הן המלצות בלבד. עם זאת, ראו בהמשך את הסבריי שבפועל מיושמות כמעט כל ההחלטות שלו.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

היועץ, וכן, שכדי לתת משמעות לביורור תלונה, הכרחי לאפשר לגוף הנילון ליישם את החלטת הנציב, גם אם דעתו סותרת את זו של היועץ. מאחר ששתי השאלות שבהן אדון נוגעות ליעילות הציבורית של ביורור הנציב, אביא בזה סקירה על מעמדו של כל אחד מהם (היועץ והמבקר/הנציב), וכן החלטות לדוגמה שיבהירו את יחסי הגומלין ביניהם.

## ב. מעמד היועץ והמבקר – סקירה ביקורתית

קיימות נקודות חיכוך רבות בין תפקיד היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ") לבין תפקיד מבקר המדינה. הן נובעות מחובות דומות המוטלות על השניים: על היועץ מוטלת חובה, הנובעת מטיב משרתו ומתוארה (שאינה מעוגנת בחוק), להדריך את הרשות המבצעת ואת זרועותיה כיצד לנווט את מדיניותן באפיק משפטי נכון<sup>6</sup>. הוא נחשב לפרשן המוסמך של הדין כל עוד בית המשפט לא קבע פרשנות מחייבת; ואילו על המבקר מוטלת חובה, מכוח הוראה חוקתית, לבחון "את חוקיות הפעולות [...] של הגופים המבוקרים"<sup>7</sup>, ובתפקידו כנציב תלונות הציבור<sup>8</sup> – לברר "תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו"<sup>9</sup>, כולל בנושאים שכרוכה בהם שאלת פרשנות של דבר חקיקה או מסמך<sup>10</sup>. בעיקר אתרכזו בנקודות החיכוך עם היועץ הנוצרות בתפקידו של המבקר כנציב, בעת ביורור תלונות של בני הציבור.

הדיון ברשימה זו במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, לעומת מעמדו של נציב תלונות הציבור, ובתוצאות ההתנגשות בין דעותיהם, נועד לבסס את מסקנותיי שאין לחייב נילון לפעול לפי החלטת היועץ המשפטי לממשלה כאשר המבקר/הנציב החליט אחרת בעקבות עמדותיהם השונות בשאלה משפטית. יש לאפשר למבקר/הנציב למלא את חובתו

6 אינני מתייחסת לתפקידו של היועץ כראש התביעה בפלילים.  
7 ס' 2(ב) לחוק-יסוד: מבקר המדינה; ראו גם ס' 10(א)(1)(ד) לחוק המשולב.  
8 ההחלטה שמבקר המדינה ימלא את תפקיד נציב תלונות הציבור (אומבורסמן) התקבלה ב-22 בספטמבר 1971. ראו חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשל"א-1971, ס"ח התשל"א (להלן: "תיקון 5 לחוק מבקר המדינה"); לפירוט תולדות נציב תלונות הציבור בישראל, ראו מרים בן-פורת **חוק-יסוד: מבקר המדינה** 26–33 (יצחק זמיר עורך, 2005) (במסגרת פירוש לחוק-היסוד בעריכת יצחק זמיר).  
9 ס' 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה.  
10 כידוע, המבקר (בשני תפקידיו) אינו עוסק בדיני עונשין, אלא מעביר ליועץ המשפטי לממשלה כל חשד שהתעורר בו שנעברה עברה פלילית. ראו ס' 14(ג) לחוק המשולב.

החוקתית לבדוק את חוקיות פעולותיהם של הגופים המבוקרים<sup>11</sup> בלי להכפירו לדעתו השונה של היועץ.

בשנת 1992 דנה ועדת השרים לתיאום ומנהל במצב שבו עמדתו של המבקר בשאלת פרשנות משפטית היא שונה מזו של היועץ<sup>12</sup>, ואלה דבריה:

“לאחר שהועדה (ועדת השרים לתיאום ומנהל) שמעה את היועץ המשפטי לממשלה, ואת נציגי שירות הביטחון הכללי, החליטה הועדה כי על פי המקובל במשפט הישראלי **ובעקבות ועדת אגרנט** בנושא מעמד היועץ המשפטי לממשלה משנת 1962, במקרה של מחלוקת משפטית בין רשויות המדינה, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, היא המחייבת עד קבלת הכרעה בסוגיה זו, על ידי בית המשפט העליון. **כלל זה יחול גם על מחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה ובין מבקר המדינה**, זאת אף כי יו”ר ועדת השרים נטה לדעה, כי עדיפה עמדתה של מבקרת המדינה [במקרה הקונקרטי שנדון שם] מבחינת ההגנה על זכויות האזרח” (ההדגשות שלי – מ.ב.)<sup>13</sup>.

כפי שניווכח לאורך רשימה זו, יש בעמדה זו כדי לפגוע במעמדו ובעצמאות תפקודו של מבקר המדינה בשני תפקידיו. יתרה מכך, לטעמי, ההסתמכות על דו”ח ועדת אגרנט בנושא העדפת דעתו של היועץ על זו של המבקר/הנציב בטעות יסודה<sup>14</sup>.

ועדת אגרנט מונתה ב־1962 בעקבות חילוקי דעות בין שר המשפטים ליועץ בעניין סמכויותיו בתחום דיני העונשין ובעניין מידת הפיקוח של שר המשפטים על השימוש בסמכויות אלה. לענייננו חשוב כי בדו”ח של הוועדה<sup>15</sup> נאמר שכל עוד לא קבע בית המשפט אחרת, לא יכול להיות ספק כי מחובתן של הרשויות **השייכות לזרוע המבצעת**

- 11 הן כמבקר במסגרת הביקורת והן כנציב בכירור תלונות הציבור.
- 12 הוועדה הוקמה בעקבות הביקורת שנמתחה במבקר המדינה דו”ח **שנתי 43**, 335 (1993) (להלן: “דו”ח 43 של מבקר המדינה”), על הפרשנות שנתנו משרד המשפטים ומשטרת ישראל להוראות מסוימות בחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ”א-1981.
- 13 ראו הערות שר הכלכלה והתכנון לדו”ח 43 של מבקר המדינה, שם בעמ’ יט.
- 14 ראו מרים בן-פורת “מבקר המדינה ופסיקת בית המשפט העליון” **ספר זיכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי** 93, 106 (יצחק אנגלרד עורך, 1995): “עם כל הכבוד, נראה שההסתמכות של ועדת השרים על מסקנות ועדת אגרנט לוקה באי־דיוק; שכן, כאמור, הוועדה לא דנה ולא קבעה דבר באשר למחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה לבין מבקר המדינה.”
- 15 “דו”ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה” **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 421 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: “דו”ח ועדת אגרנט”).

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

**במדינה** "לראות את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות של חוק ומשפט"<sup>16</sup>. אולם, מאחר שמבקר המדינה אינו שייך לזרוע המבצעת במדינה<sup>17</sup>, "ועדת אגרנט" כלל לא קבעה שחובה זו חלה עליו. מכאן, שהדו"ח שלה כלל אינו רלוונטי לשתי השאלות שהצגנו במבוא<sup>18</sup>. הוועדה גם לא יכלה לשקול אם חוות דעת משפטית של היועץ מחייבת את נציב תלונות הציבור, שכן תפקיד זה הוענק למבקר רק ב-1971<sup>19</sup>, כעשר שנים לאחר מינוי הוועדה. אכן, ניתן לעתים להחיל את הנאמר בחוק על גופים שקמו ועל סמכויות שהוענקו לאחר כניסתו לתוקף – בין על דרך האנלוגיה ובין מטעם סביר אחר, אך לא זה המצב בענייננו. הדו"ח דן במפורש ברשויות השייכות לרשות המבצעת, וכאמור אין למבקר, כולל בתפקידו כנציב, שום שייכות לזרוע זו. אדרבה, הוא מונה לבקר את פעולותיה של רשות זו ולפקח (בין היתר) על חוקיותן. למעלה משלושים וחמש שנים לאחר דו"ח ועדת אגרנט, הוקמה בשנת 1998 "ועדת שמגר", שדנה שוב במעמדו המצוי והרצוי של היועץ המשפטי לממשלה<sup>20</sup>. לענייננו חשובים הדברים הבאים הכלולים בדו"ח שהגישה:

"תחום פעולה זה [תחום הייעוץ] נובע כל כולו ממהות התפקיד וממה שמתבקש ממנו לפי תואר המשרה כפשוטו ולפי המסורת המקובלת אצלנו ובמקור האנגלו-אמריקאי. היועץ-המשפטי מגיש ייעוץ משפטי לממשלה, לשרים ולגורמים ממלכתיים אחרים. הייעוץ יכול שיתבקש על-ידי כל גורם ממלכתי. הייעוץ גם יכול להיות יזום על-ידי היועץ המשפטי במידה והוא מוצא צורך בכך לשם הכוונתה המשפטית הנכונה של פעולה ממלכתית מסוימת" (ההדגשות שלי – מ.ב.)<sup>21</sup>.

משמע, ככל הנראה הוא יועץ בשאלות של חוק ומשפט לא רק של הממשלה, אלא גם של כל מוסד ממלכתי באשר הוא. על מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, כלפי היועצים

- 16 ש.ם.  
17 בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 622 (1985).  
18 לניתוח יחסה של ההלכה הפסוקה לדו"ח ועדת אגרנט ראו מרים בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 114–122.  
19 חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשל"א-1971, ס"ח 112. נכנס לתוקפו ביום ג' בתשרי התשל"ב (22 בספטמבר 1971).  
20 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דו"ח הוועדה (1998) (להלן: "דו"ח ועדת שמגר").  
21 ש.ם, בעמ' 19.

המשפטיים במשרדים הממשלתיים והממלכתיים וכלפי הגופים והמוסדות עצמם, קובעת הוועדה לאמור:

“המגמה הראויה והרצויה של היועץ המשפטי לממשלה, הייתה והנה כי היועצים במשרדי הממשלה ובגופים הממלכתיים האחרים יהיו מחויבים על-ידי הנחיותיו ועצותיו ויראו בו את הסמכות המקצועית העליונה המדריכה את פעולותיהם כלפי הגופים והמוסדות אשר הם משרתים בהם, או אשר הם משמשים להם כיועצים” (ההדגשות שלי – מ.ב.)<sup>22</sup>.

כמו כן, דנה הוועדה במעמד חוות דעתם של היועצים במשרדי הממשלה וביחידות ממשלתיות אחרות כלפי עובדי משרדים אלה, וקובעת:

“דינה [של חוות-דעתו של יועץ משפטי של משרד] כלפי עובדי אותו המשרד כדין חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה כלפי כל גורם ממלכתי, והוא כל עוד לא ניתנה חוות דעת שונה של היועץ המשפטי לממשלה, שהרי סמכותו המקצועית של זה האחרון גוברת על זו של יועץ במשרד או ביחידה ממשלתית אחרת” (ההדגשות שלי – מ.ב.)<sup>23</sup>.

אם ירדתי לסוף דעתה של הוועדה, היא כללה כנראה גם את משרד מבקר המדינה, בהיותו גורם “ממלכתי”<sup>24</sup>, בין שאר הגורמים הממלכתיים, ולדעתה (שוב, כנראה), היועץ המשפטי, שהמבקר בוחר בו כיועץ למשרדו, הוא הקובע את פירושו המחייב של דבר חקיקה, כאילו ניצב בנעליו של היועץ המשפטי לממשלה, וזאת לא רק כלפי עובדי המשרד, אלא גם כלפי המבקר<sup>25</sup>. אם דעתו של המבקר בשאלות חוק ומשפט שונה מזו של יועצו, אין לו בררה אלא לפנות ליועץ המשפטי לממשלה כדי לקבל את אישורו, ועמדתו של האחרון היא המחייבת אותו. אם זו הכוונה (ואני מקווה שלא), נוצרת בזה, לדעתי, כפיפות העומדת בסתירה חזיתית להוראה בחוק מבקר המדינה שעובדי המבקר חייבים לפעול אך ורק על פי הוראותיו (של המבקר)<sup>26</sup>, ויועציו הם חלק מחבר עובדיו. היא גם עומדת בסתירה

22 שם, בעמ' 19–20.

23 שם.

24 לשימוש במונח “גורם ממלכתי” ראו ציטוט מדברי הוועדה, לעיל ה”ש 21.

25 אם כי מבחינה מילולית ניתן לפרש את הכתוב פירוש שמתייחס רק לכפיפותם של עובדי המשרד, להוציא המבקר, אך לטעמי זה היה מוביל לתוצאה אבסורדית: יתרוצצו במשרד שני פירושים שונים לאותו דבר חקיקה – של העובדים, מזה, ושל מבקר המדינה, מזה.

26 ס' 22(א) לחוק המשולב.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

מוחלטת לאי־תלותו החוקתית של המבקר בממשלה<sup>27</sup>, המחייבת, לטעמי, אי־תלות גם ביועצה של הזרוע המבצעת, קרי – היועץ המשפטי לממשלה. והעיקר, היא אינה מתיישבת עם חובתו של המבקר, על פי הוראה חוקתית, לבחון את חוקיות הפעולות (וכו') של הגופים המבוקרים ואפילו "כל עניין אחר שיראה בו צורך"<sup>28</sup>. חובות אלה עליו למלא באורח עצמאי ולא בכפיפות לדעה חיצונית כלשהי.

שוב, אם הכוונה של ועדת שמגר היא (כמצוין לעיל) לכלול בין הגורמים הממלכתיים הכפופים לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה גם את מבקר המדינה בשני תפקידיו, היא הופכת את היועץ המשפטי לממשלה לסמכות הפרשנית המחייבת את המבקר, ואפילו מעניקה ליועץ המשפטי של משרד המבקר מעמד של פוסק כמעט אחרון. אין לשכוח כי מבקר המדינה הוא שנבחר ברוב קולות חברי הכנסת<sup>29</sup> לכהן בשני תפקידיו, והסמכויות בחוק היסוד הוענקו לו כמבקר המדינה. ייעודו של מבקר המדינה הוא לעמוד על משמר תקינותו של המנהל, כולל חוקיות פעילותו, לערוך ביקורת על הזרועות השייכות לרשות המבצעת ועל גופים נוספים, וכן (כנציב) לברר תלונות של בני הציבור על התנהגותן של הזרועות האמורות, אם נפגעו מהן. כל אלה הם תמצית תכליתם של תפקידי המבקר והצידוק לעצם קיומו. המטלות הוטלו עליו אישית, והוא, ורק הוא, חתום על דו"חותיו והחלטותיו כמבקר וכנציב<sup>30</sup>. לכן לא ייתכן, לטעמי, שבמסגרת מילוי תפקידיו אלה, הוא יהיה כפוף ליועץ המשפטי לממשלה. גם העמדה של "ועדת שמגר" – בהנחה שהיא כוללת את היועץ המשפטי של משרד מבקר המדינה בין היועצים המשפטיים שניצבים בשאלות של חוק ומשפט בנעליו של היועץ המשפטי לממשלה – אינה מקובלת עליי. לא יעלה על הדעת שהמבקר יהיה מחויב לנהוג לפי עצתו המשפטית של יועץ משרדו, שאותו הוא ממנה כעוזרו האישי אף ללא מכרז<sup>31</sup> – וכי הדרך היחידה הפתוחה בפניו כדי לא לפעול לפי עצתו, תהא לפנות ליועץ המשפטי לממשלה ולנסות לשכנעו לשנות את דעתו.

27 ס' 6 לחוק־יסוד: מבקר המדינה.

28 שם, ס' 2(ב).

29 לעתים – רוב הנוכחים, ולא אפרט.

30 לדיון בנושא של אצילת סמכויות, ראו תת־פרק בשם זה להלן.

31 כרגיל, החוק דורש עריכת מכרז, אך עקב הצורך באמון אישי, יש שפוטרים מעריכתו (והממנה בענייננו הוא מבקר המדינה). הכוונה המשתמעת ממינוי כזה היא לדרוש ממי שמונה לשמור על יחסי אמון אישיים עם הממנה אותו. מינוי כזה עומד מעצם טיבו וטבעו בסתירה להענקת מעמד עצמאי למי שמונה במנותק מסמכותו של הממנה אותו, ועם אפשרות לכפות על הממנה את דעתו בבחינת הגולם שקם על יוצרו. וראו גם את הנאמר להלן תחת הכותרת "אצילת סמכויות", המבהיר שאפילו רצה המבקר/הנציב לאצול את סמכויותיו (כולן או מקצתן) ליועץ המשפטי של משרדו "לעמוד בנעליו" לצורך בדיקת חוקיותן של פעולות הגופים המבוקרים,

עמדתי עולה בקנה אחד עם הצעת חוק שהוכנה על ידי עו"ד דן אבי יצחק, בתיאום עם שר המשפטים דניאל פרידמן. ההצעה עוסקת בסמכויות היועץ המשפטי לממשלה. בסעיף 24(1) נקבע בה, כי "הכנסת, וועדותיה, יושב ראש הכנסת ומבקר המדינה אינם חייבים להתייחס לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמשקפת את הדין" (ההדגשה שלי – מ.ב.)<sup>32</sup>. בנוסף לכך נועדה רשימה זו לשכנע כי גם ללא שינוי החוק יש לאפשר לנילון לקיים את דברו של נציב תלונות הציבור, גם אם החלטתו מתבססת (למשל) על פירוש דבר חקיקה בדרך שאינה מקובלת על היועץ המשפטי לממשלה, לדידי – אפילו אם פירושו של היועץ כלול בהנחיות שהוציא לרשות המבצעת.

להמחשת הבעיה הנוצרת כאשר הנילון אינו מוכן לפעול לפי החלטת הנציב, מפני שדעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית רלוונטית היא אחרת, אביא בהמשך כמה דוגמאות מבין הביטויים בתקופת כהונתי. אוסיף לאלה גם מקרה של התערבות ישירה מצד היועץ בעניין המסור לדעתי כל כולו לסמכותו של המבקר, ואבהיר מה הנזק שעלול היה להיגרם למעמדו ולעצמאותו אילו השלים עם הכפפתו. אולם קודם כול אקדיש את תשומת הלב לדומה ובעיקר לשונה בין שני המסלולים – המסלול השיפוטי מזה, והמסלול של נציב תלונות הציבור מזה.

### ג. מסלול התלונות המוגשות לנציבות כחלופה למסלול השיפוטי – השונה והדומה<sup>33</sup>

בתמיכה לעמדתי שאין להכפיף את נציב תלונות הציבור ליועץ המשפטי לממשלה, אתייחס למסלולים שבכותרת. זאת, מאחר שדעותיו ועמדותיו של היועץ שייכות למסלול השיפוטי, ולא למסלול הנציבות, שעל טיבו וטבעו (בהשוואה למסלול השיפוטי) אעמוד להלן. בחוק המשולב הטיל המחוקק על נציב תלונות הציבור, כעניין שבחובה, לברר תלונות מאת הציבור נגד גופים רבים הכפופים לביקורתו כמבקר המדינה<sup>34</sup>. ההוראה המטילה על

אין לו היכולת לעשות כן. הוא אינו רשאי להתנער מסמכויותיו או להקים "רשות מוסמכת", אלא עליו אישית מוטלות החובות שחוק-יסוד: מבקר המדינה הטיל עליו.  
 32 ראו תזכיר חוק היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי (הפרדת סמכויות, מינוי, כהונה והוראות שונות), 48 התשס"ח-2008. ראו גם עמ' 3 לתזכיר החוק, שם מפורטים עקרונות הצעת החוק. בשלב זה מדובר בתזכיר חוק שהכינה מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים. לעיון בתזכיר החוק ראו: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/52B8FF96-6BF2-45C3-B794-06BA8A5F3AF6/0/YOETZVEPRAKLIT.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/52B8FF96-6BF2-45C3-B794-06BA8A5F3AF6/0/YOETZVEPRAKLIT.pdf)  
 33 הקדמתי את ה"שונה" ל"דומה", כי השוני הוא המאפיין הדומיננטי.



יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

הנציב חובה זו גלומה עתה, לפי הפירוש המקובל עליי, בהוראה חוקתית – סעיף 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, הקובע כי "מבקר המדינה יברר תלונות מאת הציבור" (ההדגשה שלי – מ.ב.). אולם, כמוסבר בהמשך, בשנת 2001 הוכנס לחוק המשולב (אך לא לסעיף 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה) תיקון מספר 33<sup>35</sup>, המסמיך את הנציב לסרב לדון בתלונה "אם סבר שהוא אינו הגוף המתאים לבירור העניין". אביע כבר עתה את דעתי ששינוי זה עומד בסתירה לחובה החוקתית שהייתה כבר קיימת בזמן התיקון, ולא שונתה עד היום. בשיקולים ביסוד השינוי אדון בהמשך ואבהיר מדוע אין הם מקובלים עליי ואף עומדים למיטב הבנתי, בסתירה למטרה המונחת ביסודה של הקמת יחידה מיוחדת לטיפול בתלונות הציבור, שבאמצעותה ממלא מבקר המדינה את תפקידו כנציב. אתייחס בדבריי הבאים לתפקידו של הנציב לפי הפירוש המרחיב המקובל עליי<sup>36</sup>.

בהטילו את התפקיד של בירור תלונות הציבור על המבקר כנציב, יצר המחוקק דרך בירור שאינה שיפוטית או מעין שיפוטית, אלא מסלול **חלופי** לשיפוטי. כאשר התלונה המוגשת היא בנושא הכפוף לביקורת שיפוטית, ניתנת למי שנפגע על ידי הפעולה הלא חוקית (הכפופה לסמכות בתי המשפט ה"רגילים"), או הלקויה מבחינה מנהלית (הכפופה לסמכות בג"ץ), בררה בין שני מסלולים: רוצה – הוא פונה לערכאה השיפוטית המתאימה; רוצה – הוא מגיש תלונה לנציב<sup>37</sup>.

עצם הבררה שהוענקה לנפגע יוצרת לדעתי דמיון בין שני המסלולים, בכך שכל אחד מהם יכול להחליט בעניין. עם זאת, רק במסלול השיפוטי ההחלטה מחייבת את שני הצדדים לפעול לפיה, ואילו לנציב אין כוח כפייה. דברו הוא בגדר המלצה בלבד<sup>38</sup>, אולם הלכה

34 החוק המשולב, כמצוין לעיל, קיים מאז שנת 1958 (החוק המקורי נכנס לתוקפו בשנת 1949); ס' 40(א) לחוק המשולב קובע לאמור: "משהוגשה תלונה, יפתח [לשון ציווין] נציב תלונות הציבור בבירורה" (בכפוף לתנאים שלא אכנס לפרטיהם ברשימה זו).

35 חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 33), התשס"א-2001, ס"ח 174 (להלן: "תיקון 33 לחוק מבקר המדינה").

36 לפיו, כאמור, חייב הנציב לברר כל תלונה של נפגע (בכפוף לתנאים מסוימים שלא השתנו).

37 ראו פרשת **איתורית**, לעיל ה"ש 17, עמ' 622–623; ראו גם יצחק ה' קלינגהופר "נציב תלונות הציבור" **משפטים** ד 148 (1972).

38 קיימים לכך שני חריגים: (א) אם עובד חושף "בתום לב ועל פי נהלים תקינים" מעשי שחיתות בגוף המבוקר שבו הוא מועסק, מוסמך הנציב להגן עליו מפני פיטורים שבאו בתגובה על חשיפה זו. הצווים שהנציב מוציא כדי להגן על עובד כזה מחייבים את העובד ואת הממונה עליו, והמפר עובר עבירת משמעת (ראו ס' 45ג(ד) לחוק המשולב); (ב) יש תוקף מחייב להגנה שהנציב מוסמך להעניק למבקרים פנימיים (ראו ס' 45א(2) לחוק המשולב); ראו בעניין זה גם בג"ץ 86/89 **שנקר נ' ורביץ**, פ"ד מב(4) 777, 780–781 (1989), לפיו בנושא זה סמכות הנציב היא סטטוטורית, ולכן לא ימהר בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעתירה כל עוד הבירור תלוי ועומד בפני הנציב. זאת, בניגוד לכלל ה**רגיל**, כאשר החלטת הנציב מהווה המלצה גרידא,

למעשה החלטותיו כמעט תמיד מיושמות<sup>39</sup>. סירוב ליישם הוא נדיר, ועל מי שנוהג כך להישען על שיקולים כבדי משקל<sup>40</sup>. ניתן לדעתי למצוא בזה דמיון ביעילותם של שני המסלולים לפתור את בעייתו של הנפגע (אם כי בדרכים אחרות ונורמות שונות). זאת ועוד, אם הבירור העלה שהתלונה מוצדקת והנציב המליץ כיצד לתקן את המעוות (בין על דרך תיקונו בפועל ובין על דרך פיצוי הולם) והחלטה **יושמה**, ברור שהעניין תם בזה והושלם: לא יעלה על הדעת שהנפגע יוכל במצב זה לפנות בתביעה לערכאה השיפוטית (המתאימה לעילה שלו) ולתבוע שם (דרך משל) פיצויים, בנוסף לתיקון המעוות או לפיצויים שניתנו לו לפי החלטת הנציב. זה אינו יוצר "דמיון" בין שני המסלולים, אך מצביע על כך שחרף היותם מסלולים מקבילים, יש גם נקודה שבה הם "נפגשים". בנוסף, מכלל ההן שומע אתה לאו. אם הבירור העלה שהתלונה אינה מוצדקת, פנויה בפני המתלונן הדרך להתעלם מהתוצאה ולפנות לערכאה השיפוטית, כאילו הבירור כלל לא התקיים<sup>41</sup>.

הנפגע אינו חייב לפנות בתלונה לפני שהוא פונה בתביעה או בעתירה (לפי העניין) למסלול השיפוטי או המעיין שיפוטי. בעבר אמנם נפסק שכאשר העניין מתאים לבירור של הנציב, על העותר לפנות אליו, ורק אם לא יבוא על סיפוקו, יהיו דלתות בית המשפט פתוחות בפניו<sup>42</sup>, אך בפרשת **איתורית** נקבעה הלכה הפוכה מפי הנשיא ברק (כתוארו אז), שלפיה הפנייה לנציב, המהווה מסלול "חלופי" למסלול השיפוטי, אינה מהווה סעד חלופי, ואין לשופטים סמכות לדחות עתירה רק מאחר שלא קדמה לה פנייה לנציב<sup>43</sup>. זו בעיניי ההלכה הרצויה, כי אין **לאליץ** את הנפגע לפנות למסלול מסוים כשהבררה בחוק היא שלו,

שהמתלונן יכול בכל עת ובכל שלב של הבירור לפנות לבית משפט, או בית דין מוסמך, ואז הבירור נפסק מאליו.

39 אוכל להעיד שמשך עשר שנות כהונתי, 1988–1998, הייתה רק החלטה אחת שלא יושמה עליה אספר להלן בפרק העוסק בדוגמאות לחיכוך בין עמדת היועץ לבין עמדת הנציב; אני נוטה לחשוב שזה היה המצב גם בשנות כהונתם של כל קודמי ושל אלה שבאו אחריי.

40 בג"ץ 304/71, **דודאי נ' הראל**, פ"ד כה(2) 554, 555 (1971). בלשונו של השופט ברנזון: "מי שלא ינהג כך יצטרך לתת את הדין לפני דעת הקהל בארץ והכנסת, אשר לבטח לא תסבול מעשים נפסדים, שנמצאו על ידי הנציב שאינם לפי דרכו של מינהל תקין, או שיש בהם משום 'נוקשות יתירה' או 'אי-צדק בולט', יישארו בקלקלתם ולא יתוקנו כדרישתו". גישה זו מקובלת על מערכת המשפט. ראו, למשל, גם בג"ץ 766/87 **צוקר נ' ראש עיריית ת"א-יפו**, פ"ד מב(2) 610, 619 (1988), שם נקבע כי "מינהל תקין מחייב, כי ביקורתו של מבקר המדינה לגבי גוף הנתון לביקורתו לא תישאר אות מתה".

41 כזכור, גם כל עוד הבירור נמשך, יכול המתלונן לפנות לערכאה שיפוטית והבירור ייפסק מאליו.

42 פרשת **דודאי**, לעיל ה"ש 40, בעמ' 555.

43 פרשת **איתורית**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 624–625.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

מה גם שלא יוכל להשיג באמצעות הפנייה לנציב את מה שניתן להשיג בהליך השיפוט, כגון הכרעה מחייבת בת ביצוע.

בעבר גם רווחה בקרב משפטנים הדעה, שכמו באנגליה, גם בישראל אין להגיש תלונה לנציב בנושא הכפוף לביקורת בהליך שיפוט או מעין שיפוט<sup>44</sup>. בפרשת איתורית נקבע כי דעה זו בטעות יסודה<sup>45</sup>, וכי המחוקק הישראלי – בניגוד לכמה ארצות כמו אנגליה וניו-זילנד<sup>46</sup> – בחר לתת לנציב סמכויות רחבות, כמו בארצות דמוקרטיות מבוססות רבות שבהן מסלול התלונות מקיף גם נושאים הכפופים לביקורת שיפוטית<sup>47</sup>, וכי בשורה ארוכה של עניינים ישנה חפיפה בין סמכותו של הנציב לבין סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק (אוסף – ושל בית משפט מוסמך, הכול בהתאם לעילה הקיימת). כאמור, בפרשת איתורית הודגש גם כי הבחירה בין שני המסלולים "נתונה למתלונן עצמו"<sup>48</sup>.

בפנינו אפוא שני מסלולים נפרדים שאין לערבב ביניהם. אלה מוסדות ממלכתיים עצמאיים, ואין מלכות אחת נוגעת ברעותה. כפי שנקבע בפרשת איתורית, "הרקע הנורמטיבי לפעולותיהם של שני גופים אלה שונה הוא, הכוחות והכלים הניתנים להם שונים הם, מטרתם ותפקידם שונים הם"<sup>49</sup>. הם פועלים באופן שונה.

הנציב מברר תלונות באמצעות יחידה מיוחדת שהוקמה למטרה זו, שבה מועסקים למעלה משישים משפטנים, שכל אחד מהם מתמחה בתחומו. הטיפול בתלונות הוא יעיל ומהיר וכמובן חינם אין כסף. הנציב מברר את התלונות שבפניו בכל דרך שהוא מוצא לנכון<sup>50</sup>. הוא החוקר ובידו הסמכות לדרוש מכל אדם או גוף לתת לו כל ידיעה ומסמך העשויים, לדעתו, לעזור בבירור התלונה. הוא אינו קשור להוראות שבסדר דין או בדיני ראיות. הוא רשאי לשמוע את המתלונן, את הנילון וכל אדם אחר "אם ראה תועלת בדבר". ראוי אף להזכיר כי בפרשת איתורית מובעת הדעה כי הכלים השונים שבידי הנציב,

44 ראו מאמרו של Peter Elman, *The Isrei Ombudsman: An Appraisal*, 10 Isr. L. Rev. 293 (1975).

45 פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 625.

46 שם, בעמ' 622.

47 ואפילו הוענקה לנציב במדינות דמוקרטיות רבות זכות חוקית לזהות, ביזמתו, תחומי משפט שהמינהל אולי טעה בפרשו אותם פירוש לא נכון אשר פועל לרעתו של האזרח: ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 24 והאסמכתאות המוזכרות שם.

48 פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 622–625. גם בדברי ההסבר להצעת חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשכ"ט-1959, נאמר: "הבחירה היא בידי המתלונן"; לטעמי, אפשרות הסירוב לברר תלונה, לפי שיקול דעתו של הנציב, נוגסת מהפרורוגטיבה שהמחוקק העניק לנפגע, וסותרת (כאמור) את לשון ס' 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה ("יברר"). אעמוד על כך להלן בטקסט הנלווה לה"ש 64–72.

49 פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 625.

50 להרחבת אופן החקירה של הנציב, ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 35–70.

בהשוואה לבית המשפט, עשויים לעודד מתלונן לבחור במסלול החלופי השיפוטי, מסלול הפנייה לנציב.

לעומת זאת, בית המשפט פועל לפי השיטה האדברסורית. הצדדים היריבים מביאים את ראיותיהם ומזמינים את עדיהם, שנחקרים (בין היתר) שתי וערב על ידי הצד שכנגד. השופט כרגיל אינו מתערב, טענה שלא הועלתה אינה קיימת. כרגיל, השופט לא יזום העלאתה. אם (למשל) בא כוח התובע לא כלל בכתב ההגנה סעיף שלפיו "כל מה שלא הודינו בו, מוכחש בזה", הדבר עלול לעלות לשולחו בסיכויי לזכות במשפט.

המבקר (ממילא גם כנציב) כלל אינו חייב להיות משפטן, אך בפועל באו כל מבקרי המדינה מעולם המשפטנים, בהם גם כאלה שכיהנו כשופטים בבית המשפט העליון או המחוזי. כנציב הוא פועל כזכור, באמצעות יחידה שמועסקים בה משפטנים רבים שמתמקדים בידיעת החוק וההלכה הפסוקה בתחום התמחותם.

בית המשפט חותר להגיע ל"אמת המשפטית", ואילו הנציב חותר להגיע ל"אמת הריאלית". אצלו לא ייתכן שהמתלונן לא ימצא צודק מפני ששכח לטעון טענה זו או אחרת. המטלה של הנציב היא לברר בכוחותיו הוא, ובסיוע משפטי היחידה שבאמצעותם הוא פועל, אם הנילון פעל כשורה או שדבק בפעולתו ליקוי חוקי או מוסרי. די לו בעילה של אי-צדק בולט כעילה לבירור התלונה<sup>51</sup>, אך בפרק זה של הרשימה לא הנושאים שאינם כפופים לביקורת שיפוטית בראש מעייניי, אלא זכותו של הנציב לנקודות ראות שונות אפילו מאלה של שופט, וממילא גם מאלה של היועץ המשפטי לממשלה, שהוא הפרשן המוסמך והבכיר בשאלות משפטיות שבית המשפט עדיין לא דן בהן. כפי שהתבטא הנשיא ברק בצדק, הפנייה לנציב התלונות מהווה "מסלול מקביל ושונה" מן המסלול השיפוטי. האם קיים דמיון נוסף שלא הזכרתי בין שני המסלולים? מצאתי, כזכור, דמיון מסוים בעצם העובדה שמדובר בשני מסלולים שהנפגע רשאי לבחור ביניהם לשם בירור אותו נושא הכפוף לביקורת שיפוטית. מדובר בשתי אלטרנטיבות למטרה דומה<sup>52</sup>. כמו כן הצבעתי על דמיון המתבטא ביעילות כמעט שווה של כל אחד משני המסלולים להביא לכלל הכרעה את הבעיה של הנפגע. יתרה מכך, כבר עמדתי על כך שעם יישום החלטה של הנציב שמצא תלונה מוצדקת, ננעלות, לדידי, כדבר מובן מאליו, דלתות בית המשפט בפני הנפגע בכל הנוגע לנושא התלונה, גם אם המתלונן רואה בהחלטת הנציב רק הישג חלקי לעומת מה שקיווה להשיג. אין הוא יכול לאחוז בזה וגם מזה לא להניח את ידו<sup>53</sup>. ספק

51 ראו ס' 37 לחוק המשולב, המפרט את העילות שניתן לברר במסלול זה.

52 אמרתי "דומה", ולא "זהה", שהרי הצביון של המסלול משפיע גם על נקודת הראות שעשויה להיות שונה.

53 מותר לו לסרב שהחלטה תיושם, או פשוט לפנות לבית המשפט לפני שיושמה.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

בלבי אם התיאור "דומה" מתאים לכאן, אך נקודת השקה בין שני המסלולים המקבילים אכן קיימת, לפי ראות עיניי. פרט לכך, לא השכלתי למצוא דמיון בין שני המסלולים, לא בהרכב, לא בדרך הביורור, לא במטרות, ולא בנקודות הראות. אכן, אל לו לנציב להתעלם מפירוש שבית המשפט העליון נתן לדבר חקיקה, שהרי התקדים הופך את פירושו לחלק מן הדין. עם זאת, אין מניעה – ככל הידוע לי והמקובל עליי – שהנציב יחליט לעתים שבנסיבותיו המיוחדות של המקרה ייגרם למתלונן "אי-צדק בולט" או שתהא זו "נוקשות יתרה" אם מבוקשו לא יינתן לו, וכך גם תוך סטייה מודעת מהחוק עצמו ומפירושו המחייב של בית המשפט העליון או מקריטריונים קיימים<sup>54</sup>. אין לשכוח – שוב מדובר יותר בשוני מאשר בדמיון – כי בפני הנציב ניצב תמיד "נילון" השייך לנאמני הציבור. דרישות המוסר הנדרשות מנילון כלפי האזרח גבוהות במידה ניכרת מאלה המופנות לאדם ברחוב. זהו שיקול מובהק למבקר מדינה בשני תפקידיו, שאין להקל בו ראש ויש כרגיל לכבדו. לכן אפילו אמירה שכיבוד החוק וההלכה הפסוקה משותפים לשני המסלולים, או יוצרים "דמיון" בין השניים, אינה מדויקת כלל ועיקר.

עינינו הרואות שהמערכת השיפוטית מזה, ונציבות תלונות הציבור מזה, ניצבות כל אחת על רגליה היא, בכל הנוגע לנושאים הכפופים לביקורת שיפוטית, ו"אין מלכות אחת נוגעת ברעותה"<sup>55</sup>. לדידי, סמכויות הנציבות הן רחבות היקף, ויכולותיה לדון בסכסוכים מכל תחומי המשפט (להוציא מעשים פליליים) הן רבות וחשובות שיכולות לתרום תרומה הרבה יותר מקיפה מהיקף התלונות שהוגשו בפועל. אוסיף כי לנפגע יש רק מה להרוויח, ואין לו מה להפסיד אם יפנה תחילה למסלול החלופי לשיפוטי. לכך קיים חריג: אם מדובר בנושא הכפוף לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק ועלול להיווצר במהרה שיהוי שימנע עתירה לבג"ץ, ייטיב הנפגע לעשות אם ישקול בזהירות את הכדאיות של פנייה בתלונה לנציב<sup>56</sup>. המבקר אליעזר גולדברג, שהחל לכהן בתפקיד מבקר המדינה עם פרישתו, ככל הנראה חולק על דעתי באשר ליכולתם של הנציב וצוותו המיומן לברר תלונות בנושאים משפטיים

54 ראו ס' 37 לחוק המשולב. לדוגמה, המחברת כנציבת תלונות הציבור פנתה לוועדה לענייני ביקורת המדינה בבקשה לקיים דיון בנוכחות נציגי עיריית גבעתיים, לאחר שהעירייה סירבה לפעול לפי המלצת הנציב ולהקצות למתלוננת מקום חניה שמור לנכה סמוך לביתה (וזאת, אף שהמתלוננת לא עמדה בקריטריונים שנקבעו לשם כך, אך הנציבה קבעה כי ראוי להגמיש את הכללים בהתחשב בעובדה שהמתלוננת היא בת 75, עיוורת ומוגבלת בניידותה עקב נכות ברגליה, ובעלה הקשיש ממנה מסייע אותה במכוניתם. היא נאלצת לחכות לבעלה ברחוב, עד שימצא מקום חניה). חברי הוועדה תמכו בהצעת הנציבה, והעירייה פעלה בהתאם. ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 426, ה"ש 17.

55 ראו פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 624.

56 עניין זה נדון בהרחבה בפרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, כבסיס לדחיית העתירה שם.

מכל התחומים. כך נובע מהדוגמה הבאה, הלקוחה ממעשה שהיה ואף פורסם בדו"ח שנתי של הנציבות:

המתלוננת נתקלה במהמורה בכביש, שנבעה לטענתה מהתרשלות בתחזוקה של הרשות העירונית<sup>57</sup>. לאחר שנתקלה בסירוב מצד העירייה לפצותה על הנזק שנגרם לה, פנתה לנציב. הנציבות החלה בבירור התלונה לפני פרישתי מכהונתי, אך המבקר אליעזר גולדברג, שנבחר לתפקיד, החליט להפסיק את הבירור, וזאת משני טעמים: (1) המתלוננת לא הוכיחה ששיקולים בלתי סבירים הדריכו את הרשות בעת שהחליטה לא להכיר באחריותה. לכן לא ניתן היה לראות בסירוב "מעשה בלתי חוקי", כתנאי להגשת תלונה, לפי סעיף 37 לחוק המשולב; (2) משפטי נזיקין הם מעצם טיבם מסובכים ומעוררים שאלות עובדתיות ומשפטיות שהנציב אינו בנוי להתמודד אתן. ראוי לציין שבאותו הזמן היה הנציב חייב לפי החוק, לדון בכל תלונה שבירורה לא הוגבל, ולא היה לו שיקול דעת לסרב לדון בה<sup>58</sup>. שני נימוקיו של הנציב אינם מקובלים עליי. באשר לנימוק הראשון, אני סבורה כי פניית המתלוננת לרשות הייתה צעד ראוי ורצוי (כניסיון למנוע את עצם הצורך להגיש תלונה לנציב), אך לא היה בה כדי לשנות את מהות התלונה מתקיפת מחדל שלטוני (המהמורה בכביש) לתקיפת מעשה מותר (סירוב הרשות להכיר באחריותה).

לענייננו חשוב בעיקר טעמו השני דלעיל של הנציב לסגירת התיק, שלפיו אין לו כלים נאותים לברר (בין היתר) תלונות בתחום הנזיקין. זאת, אף שהחוק באותה עת הטיל **חובה** על הנציב לברר תלונה, ולא העניק לו שיקול דעת לסרב לדון בה. כאשר המחוקק מטיל חובה על בעל תפקיד (בענייננו – על הנציב), מובן מאליו שיש לצייד אותו בכל הסמכויות והכלים הדרושים לו כדי למלא אותה ביעילות. לפי הערכתי, פעל המחוקק בעניין זה כיאות. אולם בינתיים החוק שונה (כאמור) בהתאם לעמדתו של המבקר גולדברג, ולנציב הוענק שיקול דעת לסרב לברר תלונה "אם סבר שהוא אינו הגוף המתאים לבירור העניין"<sup>59</sup>. דברי ההסבר שנתלוו להצעת החוק מביאים – כדוגמה להיעדר כוחות מספיקים של הנציב – "תלונות שבהן מתבקש הנציב לחייב את הרשות בפיצויים למתלונן בטענה שגרמה לו נזק"<sup>60</sup>, בדומה להחלטת הנציב שהובאה לעיל. לא מן הנמנע שהתיקון הושפע מן הסמכות המצומצמת מאוד של ה"אומבודסמן" (הנציב) באנגליה, שם, ככלל, הוא אינו דן בנושא הכפוף לביקורת שיפוטית, וממילא גם אינו מהווה כרגיל "מסלול חלופי" למסלול

57 נציב תלונות הציבור דו"ח שנתי 26 (1999). ראו במבוא לדו"ח זה, וכן החל בעמ' 17; וראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 300–302.

58 אלא אם כן היא אינה עומדת בדרישות החוק, או שהיא קנטרנית וטרדנית; ראו ס' 40(א) לחוק המשולב בנוסחו המקורי.

59 ראו תיקון 33 לחוק מבקר המדינה, לעיל ה"ש 35.

60 הצעת חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 33), התשס"א-2001, ה"ח 498.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

השיפוטי<sup>61</sup>. לדידי, טעות היא להקיש מהמצב באנגליה (ובניו־זילנד) על סמכויותיו של הנציב בישראל<sup>62</sup>, שהן כאמור רחבות, כמו בעוד מדינות באירופה ובעולם שבהן המדיניות בכל הנוגע לאומבודסמן (כינויו בעולם) היא מתקדמת. אצלנו, בשונה מאנגליה, כפי שקבע השופט ברק בפרשת איתורית, קיימת חפיפה: "בשורה ארוכה של עניינים [...] בין סמכותו של נציב התלונות לבין סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק"<sup>63</sup>, והייתי מוסיפה – גם של ערכאות השיפוט ה"רגילות".

הסמכות לסרב לברר תלונה מנוגדת לדעתי לחוק־היסוד, הקובע שהנציב "יברר" תלונות<sup>64</sup>. לנציב הוענקו סמכות וכלים למכביר לברר תלונות על נזק שנגרם כתוצאה מהתרשלות שלטונית, ואפילו פרשות סבוכות הרבה יותר. יש ביכולתה של חקירה כזאת לרדת לחקר האמת המטריאלית ולטפל בשאלות משפטיות למיניהן הכרוכות בביורור תלונה<sup>65</sup>. דווקא רוחב היריעה הוא העושה את המסלול החלופי לשיפוטי, כפי שנקבע בפרשת איתורית, אפקטיבי ורב תועלת, תוך השארת חופש הבחירה בין שני המסלולים בידי הנפגע. חופש זה קיבל בזמנו ביטוי בדברי המבוא להצעת חוק מבקר המדינה לאמור: "הבחירה בין פנייה לנציב התלונות לבין הסעדים האחרים הניתנים על־פי דין היא בידי המתלונן"<sup>66</sup>. הכפפת הנציב ליועץ המשפטי לממשלה פוגעת בחופש זה. היא נוגסת, כאמור, מהפררוגטיבה שהעניק סעיף 4 לחוק־יסוד: מבקר המדינה, שלא שונה, לבחור בין שני המסלולים לפי בחירתו הוא. פירוש רחב לסמכות הסירוב שתיקון 33 מעניק לנציב – שכולל גם תביעה לפיצוי על רשלנות שלטונית – מגמד, לטעמי, את יכולותיו של המסלול, וספק אם מצב כזה מצדיק את הקמתה והמשך קיומה של יחידה, כפי שתוארה כאן לעיל.

61 בן־פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13–112, 303–304, 365–366; עם זאת, חשוב לציין, שכחריג מותר אפילו באנגליה לברר מטעמים מיוחדים תלונה שהנושא שלה כפוף לביקורת שיפוטית (למשל, כאשר הסכום שעשוי להגיע למתלונן לפי העובדות להן הוא טוען, עומד מחוץ לכל יחס להוצאות הגבוהות הכרוכות בהליך שיפוטי או מפני שההליך השיפוטי יהיה קשה ומורכב, ויש הצדקה להקל על האזרח מפאת גיל או מחלה).

62 באשר למצב באנגליה ובניו זילנד ראו את דברי הנשיא ברק בפרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 622, ואת האסמכתאות שמוזכרות שם.

63 פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 622; אגב, באנגליה לא זו בלבד שכרגיל אין הנציב מברר תלונה בנושא הכפוף לביקורת שיפוטית, אלא שלאזרח שם אין גישה ישירה לנציב, אלא רק לחברי הפרלמנט.

64 ראו ס' 4 לחוק־יסוד: מבקר המדינה.

65 להרחבת ההשוואה בין דרך החקירה האינקוויזטורית ודרך החקירה האדברסרית ראו בן־פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 35–70.

66 ראו דברי המבוא להצעת חוק מבקר המדינה (תיקון מס' 5), התשכ"ט-1969, ה"ח 402.

הן בתחום הביקורת והן בתחום בירור תלונות אזרחים נגד השלטונות, ישראל ניצבת בין המדינות המתקדמות בעולם<sup>67</sup>. שני תחומים אלה מצויים בישראל בידי ה"מבקר"<sup>68</sup>, שנבחר בקולות חברי הכנסת בהצבעה חשאית, בדומה לנשיא המדינה. מסירתם לישות אחת אין לה למיטב ידיעתי אחר ורע בעולם, וכך גם עצמת סמכויותיו של המבקר בשני התפקידים<sup>69</sup>, כפי שזו באה לידי ביטוי בחוק יסוד: מבקר המדינה. לכן הן חוקתית והן מעשית, חשוב לאפשר לבני הציבור לפנות אליו בתלונות גם בעניינים סבוכים, עובדתית ומשפטית. רצוי לתת לאזרח את האפשרות להשתמש בפוטנציאל הטמון בצוות המיומן, במקום לפנות לערכאות. מכאן גם המלצתי שלפחות השימוש בסמכות הסירוב ייעשה על דרך הצמצום<sup>70</sup>.

נראה לי שהנאמר לעיל נותן לקורא מידע מספיק כדי להבין את מהותם של שני המסלולים החלופיים, וממילא גם כדי להבין את הצורך לאפשר לנציב לחשוב בשאלות משפטיות אחרת מאשר ערכאה שיפוטית, וכפועל יוצא – גם אחרת מאשר היועץ המשפטי לממשלה<sup>71</sup>. כמו כן, מחויב ההיגיון הוא, שאם יש נפקות ציבורית להחלטות הנציב, יש לאפשר את יישומן, גם אם הפירוש של הנציב אינו לרוחו של היועץ<sup>72</sup>.

#### ד. דוגמאות לחיכוך בין עמדת היועץ לבין עמדת הנציב

(1) מעשה שהיה: אדם מצא אקדח, וכאזרח הגון הביאו למשטרה. מאחר שאיש לא תבע עליו בעלות, ביקש למסור אותו לקניינו בתור מי שמצא אותו, אך נתקל בסירוב. לכן פנה בתלונה לנציב (בתקופת כהונתי כמבקר המדינה). אחרי שביררתי שעברו של המוצא נקי

67 ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 347–348 תחת הכותרת "אי-תלותו של המבקר בגורם חיצון כלשהו: מבט משווה".

68 למעט בירור תלונות על שופטים המסור בידי "נציב" נפרד.

69 אם כי ספק רב בעיניי אם בישראל תזכה להכרה זכותו של האומבודסמן (הנציב) בדמוקרטיה המתקדמת בעולם לברוק את ההחלטות המנהליות אם הפירוש שניתן להן אינו מצר את זכויותיו של האזרח.

70 ולא ברוח ההסבר בדברי המבוא להצעת החוק, לעיל ה"ש 66.

71 דעותיו של היועץ שייכות למסלול השיפוטי, וממילא אינן צריכות להיות קובעות במסלול החלופי שאינו שיפוטי וגם לא מעין שיפוטי.

72 אגב, באנגליה יישמה הממשלה את החלטת האומבודסמן באשר לפיצויים שיש לשלם לנפגעי הנאצים. מדובר היה בסכום עתק. הממשלה לא הסכימה לשיקוליו וראתה בהחלטתו החלטה שגויה, אך מתוך הכבוד שהיא רוחשת למוסד האומבודסמן היא שילמה לנוגעים בדבר תשעים אחוזים מהפיצוי בהחלטה. ראו בעניין זה, בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 302, ה"ש 142 והאסמכתאות המובאות שם.



יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

וברשותו רישיון להחזיק נשק, סברתי שעל המשטרה להיענות לבקשתו, וכך החלטתי<sup>73</sup>. אולם הפעם נתקלתי בסירוב מצד המשטרה. הטעם לכך: מפכ"ל המשטרה, שהדין הסמיך אותו להחליט אם נשק יוחזר למוצא אותו או לא, קבע אחת ולתמיד כי "נשק אין להחזיר" למוצא. לכן ראו עצמם אנשי משטרת ישראל מוגבלים בשיקול דעתם, נוכח ה"חובה" לא להחזיר נשק. פירוש זה לא היה מקובל עליי. לטעמי הוסמך המפכ"ל להחליט, באילו נסיבות ראוי להחזיר את הנשק למוצא ובאילו אין להחזירו. קביעה שלעולם אין מחזירים נשק לא התקבלה על דעתי. אם המוצא הוא בעל עבר ללא רבב ובידו רישיון לרכוש נשק (או יכולת לקבל רישיון), ואין נסיבות המטילות עליו חשד מבחינת ביטחון המדינה, למה לא יקבל אותו כבעלים? אם נמנע זאת גם בנסיבות כאלה, איזה מניע יכול להיות למוצא למסור את הנשק שמצא לידי המשטרה? אזרחות טובה אינה נחלת כל תושבינו ואין יסוד להניח שכך כל מוצא ינהג. להפך – יש לעודד מסירת נשק לידי המשטרה ולמנוע ככל שניתן שיתגלגל ברשות הרבים, או (גרוע מזה) – ייפול לידיים זרות. יתרה מזו, אילו רצה המחוקק לקבוע ש"נשק אין להחזיר", לא היה כל צורך שיפקיד את שיקול הדעת בידי המפכ"ל. סביר להניח שהיו פשוט כוללים הוראה כזאת בדין עצמו. לכן דחיתי את פירושו של המפכ"ל.

נוכח הסירוב של משטרת ישראל ליישם את המלצתי למסור את האקדח למוצא, נקלעתי למצב ללא מוצא, שהרי החלטת המבקר, כולל כנציב, היא אך המלצה ואינה מחייבת יישום מבחינת החוק. יצרתי אפוא קשר עם היועץ המשפטי יוסף חריש, וביקשתי לדעת אם הוא מתנגד שהאקדח יוחזר. להפתעתי, הוא הגיב באומרו שיש לו אלפי תיקים המחכים לתורם, ואין לו כל כוונה להתפנות לשאלה זו. משהחליט המפכ"ל שאין להחזיר את הנשק למוצאו, זהו סוף פסוק מבחינתו. אולם "הישועה" באה לי ממקום אחר. התברר שהמוצא חשק מאוד באקדח המסוים (מטעמים השמורים עמו), עד כדי כך שלא חס על כספו ואיים לפנות בעתירה לבג"ץ. להפתעתי, כאשר נתבקש היועץ המשפטי לחוות דעתו בעניין כדי לנקוט עמדה אם יש לעתירה כזאת יסוד, הוא השיב לאמור: "המבקרת כמובן צודקת שיש להחזיר את האקדח לעותר, ואני אפילו איני מעלה על דעתי כיצד אפשר לחשוב אחרת". התוצאה הייתה, כמובן, שהחלטתי יושמה גם הפעם, אך זאת – נוכח עמדת היועץ שדעתו תאמה בשלב זה את שלי. בכך הפסדתי הזדמנות שתיקבע בבית המשפט העליון, כפרשן המוסמך של הדין, הלכה בשאלה: האם גוברת חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה על זו של המבקר בשאלה משפטית שמתעוררת במהלך בירורה של תלונה.

73 ראו נציב תלונות הציבור דו"ח שנתי 18, 40–45 (1990) (להלן: "דו"ח 18 של נציב תלונות הציבור").

עינינו הרואות שקבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית שהתעוררה בעת בירורה של תלונה, אם היא נוגדת את דעתו של הנציב, שעליה ביסס את החלטתו בסוף הבירור, מונעת את יישומה של החלטת הנציב, אלא אם כן יזום המתלונן פנייה לערכאות, ושם תוכרע השאלה. דרך אפשרית נוספת לגבור על סירובו של נילון לקיים את דברו של הנציב היא לפי החוק המשולב<sup>74</sup> – לפנות לשר הנוגע בדבר, או לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. אגב, ההפניה לגורמים אלה, ולא ליועץ המשפטי לממשלה, מצביעה אף היא שמדובר במסלול חלופי לשיפוטי, שעליו עמדותיו של היועץ בשאלות משפטיות אינן חולשות.

(2) מעשה נוסף שהיה<sup>75</sup>: המתלונן, נציב שירות המדינה, חתם עובר למינויו לתפקיד זה על הודעה שלפיה במקום להמשיך לעבוד לפי תנאי ההעסקה הקודמים שלו (בתפקיד שונה), הוא מעדיף את תנאי השירות של סגני שרים, שלהם הוא זכאי מתוקף תפקידו החדש. בעת שפרש מתפקידו כנציב שירות המדינה, טען המתלונן כי מגיע לו מענק עבור "תקופת שירות עודפת"<sup>76</sup>. משרד האוצר ופרקליטות המדינה (כנראה על דעת היועץ המשפטי לממשלה) השיבו על שאלה זו בשלילה, ואילו עמדתו, כנציב תלונות הציבור הייתה, כי לעניין הזכות למענק – מניין שנות השירות הקודם לא נמחק. ואולם נציבות שירות המדינה ראתה עצמה כבולה לחוות הדעת של פרקליטות המדינה ומשרד האוצר, ולכן הודיעה לי כנציב תלונות הציבור, כי אין היא רואה עצמה רשאית למלא אחר הוראותיה. חשוב להדגיש, כי למיטב ידיעתי הסירוב של נציבות שירות המדינה למלא אחר הוראותיה כנציב לא נבע מהשגותיה היא, אלא (כאמור) מהיותה כבולה לעמדת הפרקליטות שביטאה, למיטב הבנתי, את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. זהו המקרה היחיד שבו החלטתי כנציב לא יושמה.

זו התוצאה כאשר הנילון<sup>77</sup> הרואה עצמו כבול לעמדתו של היועץ (במקרה שלנו – דרך פרקליטות המדינה), מונע כאמור את יישומה של החלטה המבוססת על דעתו השונה בשאלה משפטית רלוונטית של נציב תלונות הציבור. השונות היא אחד המאפיינים של תחליף למסלול השיפוטי, שיש להכיר בלגיטימיות שלו. על תלונה כזאת ניתן לומר שמוטב שלא תוגש מלכתחילה, ובכך מצטמצמת קשת התלונות הראויות להתברר בפני הנציב,

74 ראו ס' 43 לחוק המשולב.

75 ראו נציב תלונות הציבור דו"ח שנתי 25, 31–37 (1998).

76 התקופה העודפת היא הפרש בין סך השנים שעבד (במקרה זה 41 שנים) לבין התקופה עליה הוא זכאי לקצבה על תקופת שירותו הקודם. ראו ס' 26 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970.

77 הגוף השלטוני שהתלונה היא עליו.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

נושא שאדון בו, אם כי בקצירת האומר, גם בהמשך<sup>78</sup>. בפועל, הנציב אמנם יוכל לדון בתלונה, אך מעשית לא יהיה לבירור שלו נפקות. אפשרות זו מן הסתם מרתיעה נפגעים, ולכן מצמצמת את מספר הפניות למסלול החלופי.

בהלכה הפסוקה נקבע, כי היועץ נחזה כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת "פנימה", כל עוד לא קבע בית המשפט העליון אחרת<sup>79</sup>. ביטוי זה ("פנימה"), מוציא, לדעתי, את מבקר המדינה מחוץ למסגרת הכפופים לפרשנותו של היועץ, כמי שאינו הרשות המבצעת ולכן **חיצוני** לה. יתרה מזו, פרשנות היועץ (כמו זו של המבקר), על אף היותה רבת משקל, אינה "דין". על המבקר **להתחשב** בה, אך אין לחייבו **לדבוק** בה ולכבול את שיקול דעתו לכל גורם שהוא. ניתן לבטא זאת גם אחרת: עצמאותו היא נשמת אפו. כאמור, דעתו של היועץ היא שיקול חשוב, אך לא בלעדי, בהחלטתו של הנציב (ובביקורתו של המבקר). כמו כן, כזכור, סעיף 2 לחוק-יסוד: מבקר המדינה קובע כי המבקר יבחן (בין היתר) את חוקיות הפעולות של הגופים המבוקרים. אולם אם דעתו של היועץ היא הקובעת בשאלות משפטיות, הכיצד יוכל המבקר למלא חובה זו באורח עצמאי? במצב זה התוצאה תהיה בלתי נסבלת, ולדעתי – בגדר אבסורד. האפקטיביות של בירור תלונות בני הציבור על זרועות השלטון מחייבת, כתנאי בלעדי אין, כי הנילון יוכל ליישם את המלצות המבקר, גם אם אלה כותרות את חוות דעתו של היועץ בשאלה רלוונטית של חוק ומשפט. החשיבות הציבורית-חברתית ליישם את "החלטותיו" (המלצותיו) של הנציב והמבקר הודגשה כמה פעמים בפסקי הדין של בית המשפט העליון<sup>80</sup>.

(3) כדוגמה להתנגשות בין הדעות הסותרות, אביא עוד מעשה שהיה: במקרה מסוים עוקלו מיטלטליו של המתלונן בשל חובו של אדם אחר ששמו ושם משפחתו זהים לשלו<sup>81</sup>. העיקולים בוצעו בהיעדרו, בנוכחותם של ילדיו הקטינים. קבעתי, כי עובדי משרד ההוצאה לפועל התרשלו בכך שלא בדקו בזהירות הראויה את זהותו של החייב לפני שהטילו עיקול, נטלו את מיטלטליו של ה"חייב" בהיעדרו ומכרו אותם בו ביום. אכן, שמו ושם המשפחה שלו היו (כאמור) זהים לאלה של החייב האמיתי, בהיותם קרובי משפחה, אך המעקלים לא רשמו את תעודת זהותו של החייב, רישום שהיה מונע את הטעות בזיהוי. המקום שיועד

78 תחת הכותרת "אצילת סמכויות".

79 ראו בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט (3) 141, 152 (1985); אגב, כך גם סברתי כמבקרת המדינה: ראו מבקר המדינה **דו"ח שנתי 45**, בעמ' 637 (1994); תגובה דומה המצוטטת בבג"ץ 1/98 **חבר הכנסת כבל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נג (2) 241, 249 (1999).

80 ראו למשל דברי השופט צבי ברנזון בפרשת **דודאי**, לעיל ה"ש 40, עמ' 555; ראו גם צבי ברנזון "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו" **הפרקליט** לא 194, 199–200 (1977). וראו גם פרשת **צוקר**, לעיל ה"ש 40.

81 ראו דו"ח 18 של נציב תלונות הציבור, לעיל ה"ש 73, בעמ' 46.

לכך בטופס הושאר ריק. לכן החלטתי שעל הנהלת בתי המשפט לחשב את הנזק שנגרם לו ולפצותו בהתאם. אולם פרקליטות המדינה (הגברת פליאה אלבק ז"ל) הייתה בדעה שמדובר בטעות סבירה גרידא, ולא בהתרשלות. לכן סירבה הנהלת בתי המשפט לפצות את המתלונן על נזקיו. פניתי אפוא לשר המשפטים, שהוא השר הנוגע בדבר, וזה האחרון הורה לאנשיו ליישם את החלטתי, לברר את נזקי המתלונן ולפצותו. השר כנראה הכיר בכך שהייתה התרשלות מצד עובדי ההוצאה לפועל, ועקב כך בצורך לפצות את המתלונן כהחלטת הנציב. אולם, אפילו הייתה דעתו המשפטית שאין לפצות את המתלונן, הייתה דעת הנציב צריכה לגבור עליה, כי שתי הרשויות הללו (המבקר/הנציב מזה, והיועץ המשפטי מזה) נפרדות זו מזו, ואין האחת אמורה לחדור למרחב הסמכות של רעותה. די בכך שהנציב סבור, למשל, שעובדי ההוצאה לפועל (הזרוע השלטונית) לא נהגו בזהירות הנדרשת מצדם כלפי האזרח שברכשו הם עומדים לפגוע, כדי לחייב ציבורית את החלטתו כלשונה (אפילו לא הייתה זו "רשלנות" ממש במובן החוקי של המונח).

אגב, הפנייה לשר הנוגע בדבר (או לוועדה לענייני ביקורת המדינה) היא הצעד הנכון לפעולה לפי החוק<sup>82</sup>, וכאמור, גם כאן ה"הן" משמיע "לאו" באשר לשייכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעניין.

יודגש, כי הרשות המבצעת אינה רשאית לסטות מחוות דעתו המשפטית של היועץ בשאלה משפטית תוך העדפת הדעה שלה<sup>83</sup>. אך כאן מדובר בדעתו השונה של הנציב, שפועל במסגרת של בירור תלונות, לפי הוראה חוקתית (סעיף 4 לחוק-יסוד: מבקר המדינה). במצב זה יש להחיר לנילון (הרשות המבצעת) ליישם את דברו של הנציב, ואף רצוי שיעשה כן, חרף דעתו השונה של היועץ. ציות להחלטותיו מגובה (כזכור) בהלכה הפסוקה.

המסקנות דלעיל אך מתחזקות, לטעמי, נוכח ההבדלים הלגיטימיים והצפויים בין השיקולים שמדריכים יועץ משפטי לממשלה בשעה שהוא מפרש את החוק, לבין אלה שעומדים לנגד עיניו של המבקר, כולל כנציב.

כפי שכבר צוין לעיל, אם הנילון יהיה כבול לפרשנותו של היועץ, הדבר יפגע בייחודה ובמאפייניה של נציבות תלונות הציבור המהווה מסלול חלופי למערכת המשפט<sup>84</sup>.

82 ראו ס' 43 לחוק המשולב.

83 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה כרך שני, 791 (1993).

84 כאשר היועץ חולק על דעתו בשאלה הנוגעת לחוק או למשפט שרלוונטיות לקביעת עמדתו של הנציב בבירור תלונה; פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 624; בכך למעשה נפגעות הוראות 14 (א) ו-43 לחוק המשולב, שעוסקות בדרישתו של המבקר/הנציב מהגוף המבוקר לתקן את הליקויים שמצא בתפקודו. ביתר הרחבה, ראו מרים בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 359, בטקסט הנלווה לה"ש 158, ובעמ' 362–363, בטקסט הנלווה לה"ש 174–177.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

## ה. סוגיית שכרם של עובדי משרד מבקר המדינה

להלן עוד דוגמה למצב הבלתי רצוי שייווצר אם יכפיפו את המבקר לדעת היועץ בשאלות משפטיות:

במכתב מיום י"ב באב התשנ"ד (22.7.94) כתב לי היועץ המשפטי לממשלה דאז, מיכאל בן-יאיר, כי לפי הפירוש שהוא נותן לסעיף מסוים בחוק<sup>85</sup>, ניתן לעדכן את שכרם של עובדי משרדו של המבקר אך ורק תוך תיאום עם שר האוצר. בלשונו: "עדכון השכר אינו יכול להיקבע באופן בלעדי על-ידי מבקר המדינה, ללא תיאום כאמור". כך כותב לדעתי מי שממונה על המכותב (כלומר, כאשר האחרון כפוף למרותו של הראשון). כדי למנוע אי-הבנה, אבהיר שלא ביקשתי שהיועץ יביע דעתו בסוגיה. אודה שלא פעלתי לפי הדרכתו וקבעתי את העדכון של שכר עובדיי כפי שנהגתי מימים ימימה וכפי שנהגו קודמיי בתפקיד: באורח עצמאי<sup>86</sup>. את הצעת התקציב (כולל עדכון השכר) הנחתי אפוא כמקובל על שולחנה של ועדת הכספים וביקשתי את אישורה<sup>87</sup>. הוועדה אישרה את התקציב, כולל העדכון, ובמהלך הדיון תמכו רוב החברים בעמדת. אולם השאלה העקרונית הושארה גם הפעם בצריך עיון.

ביום 25.12.95 החליטה ועדת המשנה של ועדת הכספים, כי עד קבלת החלטה אחרת, יש להמשיך ולעדכן את שכר עובדיו של משרד מבקר המדינה לפי השיטה הקיימת: שיטה שנקבעה במשרד מבקר המדינה בעקבות מינוי ועדת גלברזון, שהוקמה בשנת 1978, והייתה מורכבת מחברי הנהלה ומנציגי עובדים, בראשותו של פרופ' אריה גלברזון, מומחה לענייני עבודה מאוניברסיטת תל-אביב. לאחר שישבה על המדוכה משך כשנה, קבעה ועדה זו קריטריונים לקביעת שכרם של עובדי משרד המבקר, במה שמכונה "הסכם גלברזון". למעשה, נוהגים לפי קריטריונים אלה עד עצם היום הזה<sup>88</sup>.

85 ס' 22 (א) לחוק המשולב, הקובע כי "עובדי משרד המבקר דינם כדין שאר עובדי המדינה, אולם בקבלת הוראות ולגבי פיטורים יהיו נתונים למרותו של המבקר בלבד".

86 כך מקובל מאז שנת 1958, כאשר היועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן, הביע דעתו, כי ענייני שכר עובדיו של משרד המבקר נתונים לסמכותו הבלעדית של מבקר המדינה (ראו חוות דעתו מיום 19.12.58). בעקבות זאת נחתם כבר ב-1959 הסכם לדירוג מיוחד בין המבקר לבין נציגות עובדיו. הסכם נוסף נחתם ב-1972, לאחר ששר האוצר דאז העדיף לא להתערב, שכן סבר שהאחריות להסדרי שכר במשרד המבקר רובצת על המבקר בלבד: כך עולה מתרשומת שערך המבקר דאז יצחק נבנצאל ביום 4.12.72, השמורה במשרד מבקר המדינה. פעלנו בהתאם. אך בוועדת הכספים השאלה לא הוכרעה סופית, וגם שרי האוצר לדורותיהם לא נקטו עמדה אחידה.

87 כמצוות ס' 10 לחוק-יסוד: מבקר המדינה.

88 כך עלה מבירור עם משרד מבקר המדינה מיום 29.7.08.

אולם, לענייננו חשוב לציין שהייתה גם סיבה עניינית אחרת שלא לפעול לפי הנחיותיו של היועץ בן-יאיר. אם המבקר לא יהיה עצמאי לחלוטין בקביעת שכר עובדי משרדו, תיווצר בכך תלות בנושא עדכון השכר של עובדי המשרד בעמדתו של שר האוצר, שתגרור אחריה תלות במשרד האוצר לעניין התקציב, אשר 80% מתוכו מיועדים לתשלום שכר. הכפפה כזאת סותרת את אי-תלותו של המבקר בממשלה, המעוגנת בחוק היסודי<sup>89</sup>, והיא עלולה לפגוע גם באמון הבלתי מסויג שהציבור רוחש למבקר, על סמך עצמאותו והאובייקטיביות המיוחסת לו.

## ו. אצילת סמכויות

השאלה הקרדינלית אם המבקר מוסמך לאצול מסמכותו לזולת, ובפרט – ליועץ המשפטי של משרדו, עשויה לדעתי אף היא לשפוך אור על הנושא שבו עסקינן<sup>90</sup>. לטעמי, הנציב אינו יכול לאצול את סמכויותיו, ולהכפיף את שיקול דעתו בנוגע לשאלות משפטיות ליועץ המשפטי של משרדו ואפילו ליועץ המשפטי לממשלה, כיוון שכפי שאראה להלן, סמכות זו הוטלה עליו אישית.

כידוע, אצילת סמכות משמעה העברתה לאדם אחר אשר הופך ל"רשות מוסמכת" נוספת, אשר לה סמכויות שלטוניות כמו לרשות המוסמכת בחוק<sup>91</sup>. קיימת חזקה (שניתנת לסתירה), שכוונת המחוקק היא שבעל הסמכות, הוא ולא אחר, יפעיל את סמכותו, ושאינן לו רשות לאצול אותה לזולתו<sup>92</sup>.

89 ס' 6 לחוק-יסוד: מבקר המדינה.

90 אילו היה בית המשפט העליון, המוסמך לפרש דבק חקיקה בצורה מחייבת, מקבל את דעתי שאין למבקר סמכות לאצול את סמכויותיו או חלקן לאדם אחר, כי אז הייתי מביאה כלל זה כבר כנימוק ראשון ואולי אף בלעדי לשם סתירת הנאמר בדו"ח ועדת שמגר בעניין זה. אולם, בהיעדר פסיקה כזאת, העדפתי להביא את דעתי בנפרד מכל השיקולים האחרים.

91 בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ' נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, 423 (1992); להרחבת הדיון בנושא אצילת סמכויותיו של המבקר ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 156–161; ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ב 573–576 (1996).

92 ראו פרשת **פיליפוביץ'**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 420; פרופ' יצחק זמיר מציג עמדה אחרת: לגישתו רצוי להגביל את ההלכה הקיימת רק למקרים של אצילה "אופקית", כלומר – אצילה שמעבירה את הסמכות מארגון מנהלי אחד לארגון מנהלי אחר. לעומת זאת, רצוי לדעתו להחיל על אצילה "אנכית" (כלומר אצילה היררכית בתוך אותו ארגון מנהלי) חזקה הפוכה. זאת, מאחר שניתן להניח שבמקרה האחרון, להבדיל מהראשון, קיימת קרבה רבה בין האוצל לבין הנאצל בנוגע למטרות, למדיניות ולשיקולים הכרוכים בהפעלת הסמכות. ראו זמיר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 573–576.

יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

חוק-יסוד: מבקר המדינה אינו מתייחס במפורש לנושא אצילת הסמכויות, ולכן החזקה דלעיל חלה בענייננו. חזקה זו ניתנת אמנם לסתירה, אך לדעתי ניתן ללמוד על כוונה משתמעת של המחוקק שלא להתיר אצילת סמכויותיו מלשונו החד-משמעית של סעיף 1 לחוק-היסוד ("ביקורת המדינה תהיה נתונה בידי מבקר המדינה"), ממעמדו המיוחד של המבקר, מדרך בחירתו ומההשפעה שיש לדו"חותיו על תקינות המנהל, על ביטחון המדינה ועל יחסי החוץ והסחר שלה.

לפי סעיף 22(ג) לחוק המשולב, המבקר מוסמך "להסתייע" בביצוע תפקידיו גם במי שאינם עובדיו "במידה שיראה צורך בכך". לשון הסעיף מלמדת לפחות לכאורה, כי גם כאן מדובר בהסתייעות, ולא באצילת סמכות.

העיקרון המאפשר הסתייעות קיבל פרשנות גמישה. לפי ההלכה הפסוקה, אם ההסתייעות היא טכנית ביסודה, וכרוכה בעיקר בבירור עובדות, ולו גם תוך הפעלה מוגבלת של שיקול דעת על ידי המסייע, הנטייה היא להתיר זאת<sup>93</sup>. בהתאם לכלל זה, ניתן לעתים להעניק לאחר תפקיד שכרוך בו שיקול דעת (כגון לשמוע את עדותו של פלוני ולהעביר את מה שנאמר, בצירוף המלצה, למבקר המדינה), מבלי שהדבר ייחשב כאצילה<sup>94</sup>.

קשה לדון במסגרת רשימה זו בשאלה הלא פשוטה הנוגעת לקו הגבול בין אצילה להסתייעות<sup>95</sup>. אולם ניתן לדעתי להסיק כבר כאן כי העברת סמכות המבקר ליועץ המשפטי של משרדו לקבוע אם גופים מבוקרים נהגו לפי החוק חורגת מהסתייעות גרידא. גם אם נותרת למבקר זכות הפנייה ליועץ המשפטי לממשלה, בתקווה שיראה עין בעין עמו (ואם לאו – דעת היועץ המשפטי לממשלה היא המחייבת), זו חתירה תחת עצמאות המבקר שאינה מתיישבת עם עצמאותו ועם סמכויותיו החוקיות והחוקתיות.

לדעתי, כל החובות שמוטלות על מבקר המדינה, בשני תפקידיו, רובצות על שכמו אישית, ואין הוא יכול להתנער מהן על ידי העברתן לזולת. לכן אפילו רצה המבקר להפוך את היועץ המשפטי של משרדו, שאותו מינה ללא מכרז כעוזרו הקרוב והישיר, לא היה לו לדעתי הכוח לעשות כן, ואין תמה בדבר, שהרי הוא נבחר אישית, ועליו אישית הוטלו כל החובות המנויות בחוק.

93 בג"ץ 347/84 עיריית פתח תקוה נ' שר הפנים, פ"ד לט' 813, 819 (1) (1985).

94 פרשת פיליפוביץ', לעיל ה"ש 91, בעמ' 424; ראו גם בג"ץ 136/84 המועצה הישראלית לצרכנות נ' יו"ר המועצה להגבלים עסקיים, פ"ד לט' 265, 271 (3) (1985).

95 מקרה המדגים קושי זה נדון בע"א 3962/97 בארזתיים, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' ארד, פ"ד נב' 614, 619 (4) (1998). לדיון נרחב בפרשה זו ראו בן-פורת, לעיל ה"ש 8, בעמ' 159–161.

## ז. סוף דבר

לנושא יחסי הגומלין בין מבקר המדינה (בשני תפקידיו) לבין היועץ המשפטי לממשלה נודעת חשיבות ממדרגה ראשונה להבנת מעמדו של מבקר המדינה ונציב תלונות הציבור. המבקר מנהל מאבק עיקש וכפוי טובה בתופעות שליליות שמתגלעות בשירות הציבורי, בניסיון מתמשך ובלתי נלאה לשפר את פני המנהל, ודרכו – את פני החברה בישראל. ביקורת אובייקטיבית ומעמיקה תורמת תרומה אדירה לאיכות חיינו, תרומה המתבטאת הן בחשיפת ליקויים והן בעקירתם. כידוע, כוח נוטה להשחית ונדרשת ביקורת נוקבת ואפקטיבית ללא הרף כדי לבער את הרע ולשפר במידת האפשר את תקינות המנהל הציבורי. ככל שהעין המבקרת תהיה חדה יותר ותחשוף יותר סטיות מנורמות ראויות, באופן עצמאי ובלתי תלוי בגורם חיצוני כלשהו, כן ייטב. הצלחה מלאה כנראה לא תושג לעולם, אך שיפור מוחשי – או לפחות מניעת הידרדרות – הם צו השעה. עצמאות ביקורת על זרועות השלטון, כולל שמירה על חוקיות פעילותו, היא תנאי חיוני להשגת המטרות דלעיל (בין שאר התנאים).

בדברי המבוא ביקשתי לעודד את בני הציבור לעשות שימוש רב ככל שניתן באפשרות לפנות לנציבות תלונות הציבור, אם הם חשים שקופחו בידי זרועות השלטון. זה מזין את הביקורת שמטרתה לחשוף את הליקויים בתפקוד הדרג השלטוני-ציבורי, וזה מעניק שירות טוב, יעיל וללא תשלום, לפונים למסלול זה. כוחו של המבקר, כולל כנציב, טמון באמון שהציבור רוחש לו, דווקא בשל היותו בלתי תלוי ברשות המבצעת, לרבות במי שמכהן כיועץ המשפטי לממשלה. הנציב גם שואב את כוחו מ"חולשתו", קרי – העובדה שהחלטותיו אינן מחייבות, אלא בגדר המלצות המיושמות בפועל ממש: הבירור פותר אפוא כמעט תמיד את הבעיה ומונע את הצורך לפנות לערכאות השיפוטיות, אך אם האזרח אינו בא על סיפוקו, הוא יכול להתעלם מהבירור כלא היה<sup>96</sup>, ולעשות שימוש בעילת התביעה (בהנחה שזו קיימת) בפני הערכאה השיפוטית המוסמכת. לכן העובדה שהחלטותיו של הנציב הן בגדר המלצות בלבד אינה פוגעת במתלונן, אלא להפך.

היחסים בין מבקר המדינה, בשני תפקידיו, לבין היועץ המשפטי לממשלה הם יחסים בין שני גופים עצמאיים נפרדים. על מבקר המדינה בעת עריכת ביקורת, ועל נציב תלונות הציבור בעת בירור תלונות של בני הציבור נגד זרועות השלטון, להכיר את ההלכה הפסוקה. רצוי שיכיר גם את הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות משפטיות המתעוררות במהלך הבירור וייתן להן משקל רב, שהרי היועץ הוכר כפרשן המוסמך של הדין כל עוד

96 כל עוד לא השתתה, אם מדובר בפנייה לבג"ץ, או כל עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות, אם מדובר בפנייה לגוף שיפוטי.



יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה

בית המשפט לא קבע אחרת. בד בבד, עליו לפעול בתפקידו באורח עצמאי, שכן אין המבקר מצווה לפרש דבר חקיקה כמו היועץ המשפטי לממשלה. עליו לדבוק בנקודת הראות התואמת את שליחותו מזווית ששמה את הדגש קודם כל על זכויות אדם ועל עשיית צדק, אך (כאמור) לעשות כן חרף הכרת עמדתו של היועץ ולאחר שקילתה.

הבהרתי כי בירור תלונות הוא מסלול חלופי לשיפוטי. המשותף לשני המסלולים הוא שמטרתם לברר תלונותיו של הפונה אליהם נגד מי שהן מופנות כלפיו, בו בזמן שבמסלול השיפוטי הנתבעים יכולים להיות מכל שדרות העם, מייחדת את המסלול החלופי העובדה שהתלונות מופנות תמיד נגד אדם או גוף הממלא תפקיד ציבורי-שלטוני הכפוף לביקורתו של מבקר המדינה. לכן כפי שנקבע בהלכה הפסוקה<sup>97</sup>, מלכות אחת אינה נוגעת ברעותה, ואין לערבב ביניהן. כאשר הנציב מחליט שהנילון קיפח את המתלונן ומציע כיצד לתקן את העוול, דורש הסדר הציבורי הטוב (כפי שהודגש בהלכה הפסוקה) להתייחס למסקנות הנציב בכובד ראש וליישם אותן, גם אם לעתים הן אינן תואמות את דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מבחינת החוק. בתי המשפט אומנם שואפים גם הם לקרב ככל האפשר את החוק לצדק, אך אין הם יכולים להתעלם מהכתוב בחוק ולתת לו פירוש שלא מוצא ביטוי בנאמר בו. אם המעשה עליו מלין התובע הוא חוקי, אך לא הוגן או לא נכון, התביעה תידחה; אולם אם תוגש תלונה בפני הנציב נגד מי ששייך לזרוע השלטונית, ייתכן שהאחרון יורה לפצות את המתלונן, כגון בשל "נוקשות יתרה" או "אי-צדק בולט" על רקע נסיבותיו המיוחדות של המקרה<sup>98</sup>.

לא דנתי ברשימה זו במעשים פליליים. רק אזכיר כי החוק המשולב<sup>99</sup> מטיל על מבקר המדינה חובה להעביר את העניין ליועץ המשפטי לממשלה אם התעורר בלבו חשש למעשה כזה.

97 פרשת איתורית, לעיל ה"ש 17.

98 ראו ס' 37 לחוק המשולב וכן את הדוגמה המובאת לעיל בה"ש 54.

99 בס' 14(ג) לחוק המשולב.