



המכון הישראלי לדמוקרטיה

www.idi.org.il

26/6/2017

מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאר תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנוב, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיין, פרס, אסטרטגיה

פרופ' מרדכי קרמניצר, מחקר

פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמית אילון

פרופ' תנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' עמית כהן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמן

לכבוד

מר צחי ברורמן, מזכיר הממשלה

גב' איילת שקד, שרת המשפטים

עו"ד אביחי מנדלבלט, היועץ המשפטי לממשלה

חברי ועדת השירות, נציבות שירות המדינה

ירושלים

[במייל]

שלום רב,

הנדון: חוות-דעת בנוגע להחלטת ועדת שירות המדינה מיום 21.5.2017

1. ביום 21.5.2017 התקבלה החלטה בוועדת שירות המדינה ובה צעדים לשינוי דרכי המינוי של בכירים בשירות המדינה, בהמשך להמלצות של ועדת שרים אותה הסמיכה הממשלה בנושא זה. להן תובא עמדתנו ולפיה השינויים המוצעים בהחלטת ועדת השירות הם פסולים מבחינה משפטית בגין פגמים מנהליים שמובילים לחוסר סמכות.

רקע עובדתי והנחות לדיון

2. מזה שנים נשמעות הצעות לרפורמה בשירות המדינה. בשבועות אחרונות מתגבשת יוזמה לשינוי בדרכי מינוי בכירים בשירות המדינה. ההצעות החלו בהצהרה מפי ראש-הממשלה לפיה הגיעה העת לשנות את מודל השירות הציבורי בישראל ולקרבו למודל 'אמריקני'. בהמשך, התבהרה היוזמה באמצעות החלטת ממשלה אשר הסמיכה ועדת שרים מיוחדת (שחבריה הם שרת המשפטים, שר התיירות ושר הבינוי והשיכון, להלן – ועדת השרים) להמליץ המלצות לרפורמה ברוח זו.

3. ועדת השרים דנה בשורה של הצעות קונקרטיות לחיזוק השליטה הפוליטית של שרים במשרדי הממשלה באמצעות מינויים לתפקידים בכירים. למרות שלא ערכה כל תהליך יציאה אל הציבור או היועצות פורמליים, מהדיווחים על פעילותה עולה כי בין היתר, נשקלו על ידה הצעות רבות בהן ביטול הרפורמה במינוי דירקטורים בחברות ממשלתיות, מינוי כל הסמנכ"לים במשרדי הממשלה במשרת אמון ועוד. היוזמה הנוכחית מתמקדת במספר הצעות מרכזיות: צמצום מספר החברים בוועדות איתור למשרות הבכירות בשירות המדינה מחמישה לשלושה בכדי לאפשר מעורבות חזקה יותר של השר/ה הממנה בהליך הבחירה ושינוי מודל הבחירה של הוועדות מ'בחירה' ל'המלצה'; מינוי משנים-למנכ"לי המשרדים הממשלתיים כ'משרות-אמון'; ולצד זאת, במקביל לדיון בוועדת השרים, הצעות לרפורמה בבחירת היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

4. ביום 21.05.2017, לאחר שהוצגה לה עמדת ועדת השרים, [החליטה](#) ועדת שירות המדינה שבנציבות שירות המדינה על "עדכון מתכונת הפעילות של ועדות איתור" (שם, סעיף 7 – להלן ההחלטה הראשונה) ועל "קביעת פטור ממכרז למשרות משנה למנהל כללי במשרדי הממשלה" (שם, סעיף 8 – להלן ההחלטה השנייה).

5. שתי ההחלטות מבקשות לשנות את האיזון שבין הדרג הפוליטי והמקצועי בשירות המדינה. חוות דעת זו אינה טוענת ששינוי יסודי שכזה אינו לגיטימי בחברה דמוקרטית ואפילו מוכנה להניח, לצורך הדיון המשפטי, שהגברה של היקף ההשפעה הפוליטית בדרגים שונים של שירות המדינה, למשל, לאור הנחות יסוד של ה-"מודל האמריקני",¹ יכולה להיות – תחת תנאים מסוימים ונדידים – שינוי חוקתי לגיטימי.

עם זאת, עמדתנו היא שחובה לומר במפורש ששינויים מסוג זה הם שינויים חוקתיים. הם מתנגשים עם עקרונות חוקתיים ומשנים את המבנה המוסדי-משפטי הקיים והמעוגן בחוקה המבנית של ישראל. העקרונות החוקתיים המוגנים מצויים מעל ל'פוליטיקה הרגילה' ולא ניתן לחולל בהם שינוי 'פוליטי' רגיל. לכן, לכל הפחות, שינויים מסוג זה דורשים תנאים פרוצדורליים עבים להוצאתם אל הפועל שוודאי לא מתקיימים במקרה הנוכחי. מיקוד הדיון באלמנטים החוקתיים של השינויים המוצעים חשוב גם בשל הפער המתקיים בין השיח הפוליטי-הציבורי (וגם המשפטי-ייעוצי) בישראל לבין מגמות ודפוסי התנהגות שלטוניים שמזהה ספרות המחקר הגלובלית בנוגע ל-'נסיגה דמוקרטית'.² תהליך של נסיגה דמוקרטית אינו מתרחש באבחה. הוא תוצאה של שורה של תהליכים מוסדיים הדרגתיים, לגיטימיים ודמוקרטיים כעומדים בפני עצמם, שגם לפי רוב מוצאים לפועל בהליכים משפטיים או חוקתיים תקפים. תפקידם של משפטי הציבורי במציאות שכזו הופך למורכב: עליהם להיות מסוגלים להצביע על תהליכים יסודיים שכאלה והלקויים החוקתיים והמשפטיים שהם מעלים מחד, אך לכבד את הלגיטימיות של הצעות לרפורמה מצד ממשלות נבחרות מאידך. ובמקומות שבהם שינויים פוליטיים הדרגתיים ו'שקטים' הם למעשה שינויים חוקתיים ויסודיים – עליהם להתריע על כך.

6. בנוסף, ולמרות שמדובר לכאורה ב'רפורמה', שמטרתה לקדם מטרות מערכתיות חשובות, אין לשכוח כי בסופו של יום, ההצעות הנדונות משפיעות גם על היכולת להגביר את המינויים הפוליטיים. לצד השלכותיהן ארוכות-הטווח, שאינן בהכרח ברורות, מה שכן ברור הוא שהן יובילו להגברת מידת של היכולת למנות אנשי-אמון. מינוי נאמנים – כשלעצמו ומבלי הצגת קשר רציונלי בינו לבין מטרות ציבוריות לגיטימיות – הוא מינוי פוליטי אסור. על כן, דיני המינויים הפוליטיים צריכים לשמש ברקע בבחינת חוקיות הרפורמה. בדמוקרטיות 'שבריריות' או מתפתחות גם מתקיים קשר בין רציפות שלטונית (קרי, שמירה ממושכת על השלטון של צד אחד של המפה הפוליטית) לבין החמרה של תופעות של קליינטליזם (clientelism) בכלל ומינוי מקורבים בפרט, עניין המחייב זהירות יתר בבחינה משפטית של רפורמות מסוג שכזה, בשל החשש שהמדובר בחריגה מדפוסי

¹ ככל שמודל כזה, בטהרתו, בכלל קיים במציאות הממשלית של מדינה כלשהי, ראו יצחק קליין ואביטל בן-שלמה, משילות ומינויים בישראל (פורום 'קהלת', 2015). כך או אחרת, ההתייחסות לאחוז המשרות הממונות באופן פוליטי לא יכולה להיות אמת המידה היחידה להשוות שיטה משטרית אחת עם רעותה. **כלל מערך האיוונים והבלמים** הוא זה שצריך לעמוד להשוואה.

² See, for example, Nancy Bermeo, *On Democratic Backsliding*, 27 J. DEM. 5 (2016).



מינוי תקינים. ייתכן כי ההצעות הנוכחיות אף משקפות, בין השאר, את הצורך לפתח דינים מבניים בנוגע למינויים פוליטיים או להנמיך את הסטנדרט הפסיקטי להוכחת מינוי פוליטי.³

אין הכוונה לומר בכך, שכל הצעה לרפורמה ושאיפה להצמיד את השירות הציבורי אל העתיד נגועה בשחיתות או בשאיפה פוליטית אסורה. גם אין הכוונה להוביל לכך שכל רפורמה תתפס בתוך הקטגוריה של מינוי פוליטי 'פסול'.⁴ עם זאת, במקומות שבהם הצעות ל'רפורמות' מפירות את האיוונים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, לא מיוסדות על תשתית עובדתית מינימאלית ומנוגדות, במפגיע, לרפורמות מרכזיות שמוצאות לפועלת ביחס לשירות המדינה – חובה להציף את הבחינה המשפטית מכוח דיני המינויים הפוליטיים ולא להתנצל על העלאת החשש שהמדובר, למעשה, במינויים פוליטיים אסורים.

7. יתרה מזאת. יש לנתח את ההחלטה לאור כלל השינויים המוצעים בעת האחרונה על ידי הממשלה. בחודשים האחרונים, שרי הממשלה מקדמים שורה של רפורמות מרחיקות לכת שלכולן יומרה מוצהרת (אף אם לא תמיד אמינה או מוצלחת) לשנות בצורה דרמטית את פניו של שירות המדינה. כך ביחס למינוי בכירים במשרדי הממשלה; למחיקת הרפורמה במינוי מקצועי של דירקטוריות לחברות ממשלתיות; לשינוי בהליך בחירת היועצים המשפטיים לממשלה; ולשינוי מבני, שכבר התרחש בפועל, של מבנה והרכב רשויות מינהליות ורגולטוריות בתחום האנרגיה.⁵ על רקע זה יש להוסיף שינוי עומק שעוברים על המנהל הציבורי בשנים האחרונות, שמובילים לשינוי המבנה ואף האתוס של השירות, והגברת ההשפעה הפוליטית על דמותו. אפשר כמובן, לאמץ עמדה משפטית צרה, לנתח כל הצעה לשינוי במצב הקיים כעומדת בפני עצמה ולהיצמד למשטרים המשפטיים הרלוונטיים לכל הצעה. אבל נכון יותר להפנים את חשיבותה של החוקה המבנית ולהכיר בחשיבותו של שירות המדינה למערכת האיוונים והבלמים,⁶ עניין שמעלה את הצורך בהתחשבות באפקט המצטבר של פעולות שלטוניות אלה.⁷

הרקע החוקתי

8. עצמאותו של שירות המדינה היא נתון חוקתי. אמנם, זיהוי המשפט החוקתי שלנו קשה, אבל העמדה המקובלת על הכל היא שאפיון 'רשויות השלטון' הנעשה בחוקה כולל גם את

³ והשוו, בג"ץ 4566/90 דקל נ' שר האוצר ואח' פ"ד מה(1) 28 (1990); יצחק זמיר, מינויים פוליטיים, משפטים כ' (תש"ן). וראו דפנה ברק ארז, משפט מינהלי (כרך ב') (2010), 635.

⁴ לסקירה היסטורית, מבט השוואתי ודיון בעניין זה ראו דוד דרי, מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות (1993).

⁵ ראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (אר"ש, 27.3.2016); בג"ץ 8612/15 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (אר"ש, 17.8.2016).

⁶ לדיון תורתי מקיף בעניין זה, אגב הגדרה מחודשת של עיקרון הפרדת הרשויות ואפיון הפרדת הרשויות ה'פנימית' והפיקוח ה'פנימי', ראו יובל רוטמן, פיקוח מינהלי פנימי על גופי רגולציה בישראל (2016).

⁷ See Eric Posner and Ariel Porat, PRESIDENT TRUMP'S NEW TRAVEL-BAN EXECUTIVE ORDER AND NORMATIVE AGGREGATION OF CLAIMS, [Eric Posner's Blog](#) (5.3.2017) ("a statute, or an executive order, that "almost" violates two or more provisions of the constitution might be struck down even if each "almost violation" standing alone is not sufficient for this").



המכון הישראלי לדמוקרטיה

האפיון הבסיסי של היחס שבין הרשויות הנבחרות לבין הבירוקרטיה של המדינה ושייך לחוקה המשטרית בלתי-כתובה של ישראל.⁸

9. אין בישראל הסדרה חוקתית חרותה של מעמדו החוקתי של שירות המדינה או אפילו חוק שירות ציבורי מקיף ועדכני. זאת, בניגוד לכך שבתחומים משפטיים אחרים, ישראל מתאפיינת בחוקה חלקית-כתובה, כמו למשל בחוק יסוד: מבקר המדינה. מטעם זה, כעולה לעיל, אין לומר ששינוי חוקתי באופיו של שירות המדינה הוא בלתי לגיטימי לחלוטין. אכן, לאחרונה גם נשמעו בישראל קולות חשובים לפיהם הגיעה העת לחוקק חוק שירות ציבורי או לכונן חוק יסוד שיסדיר את עקרונות היסוד של שירות המדינה.⁹

10. הקריאה לכינון מעמדו החוקתי של שירות המדינה היא חשובה, אך אינה סותרת את עובדת היותו של שירות המדינה עצמאי ובלתי-תלוי נתון חוקתי פוזיטיבי משמעותי. עצמאותו ומקצועיותו של שירות המדינה בישראל הוא נתון חוקתי משמעותי, המהווה חלק מעקרונות היסוד של השיטה המשטרית שלנו. בליבת האסדרה של מערכת היחסים שבין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי בישראל קיימים עקרונות יסוד שכבר כיום מעמדם חוקתי:

11. הראשון הוא הדה-פוליטיזציה של שירות המדינה. עקרון זה חולש על כל דפוסי האסדרה המשפטית וקיים עמנו עוד מקום המדינה והקמתו של מנגנון הבירוקרטיה שקדם לחוק שירות המדינה.

12. השני הוא עיקרון העצמאות והמקצועיות של עובדי שירות המדינה והפרדתם מהדרג הפוליטי. עקרון זה הוא חלק חשוב משאיפת האבות המייסדים ומאוחר יותר, אבן פינה של חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן – חוק שירות המדינה, שקשה לראות בו אך חוק "רגיל" ונכון לומר שהוא "סופר-חוק"). עיקרון זה הוא שגזר את כינונו של שירות המדינה באופן הקרוב יותר ל'מודל' – (הטיפולוגי) – הבריטי, בו שירות המדינה הוא יציב, המשכי ומקצועי ובכך מהווה בלם על כוחו של השלטון הנבחר. עיקרון זה הוא גם ביטוי לעיקרון הפרדת הרשויות.

13. העיקרון השלישי, שנקבע עוד לכתחילה ואף קיבל חיזוק בעשורים האחרונים, הוא עקרון ההזדמנות השווה בקבלה ובשירות המדינה.

⁸ כפי שצינה פרופ' גביון, שיטות משפט כישראל, שאין בהן חוקה כתובה מלאה, מתאפיינות בהיעדרו של "קנה-מידה חיצוני-צורני מוסכם כזה לזיהוי התחום" (רות גביון, ארבעים שנה למשפט החוקתי, משפטים יט' (1989), 618). אולם, כפי שהיא מטעימה: "העמדה המקובלת היא שמשפט חוקתי אינו תלוי בהכרח בחוקה נוקשה וכי הוא כולל לפחות שני נושאים חשובים ומרכזיים: אפיון רשויות השלטון, הרכבן, תפקידיהן והיחסים ביניהן וזכויות היסוד של האזרח" (שם, שם).

⁹ ראו, למשל, המרכז להעצמת האזרח, חוק יסוד שירות המדינה - אתגרים והזדמנויות, 8.10.2015, זמין ב[כאן](#); והשוו, המכון הישראלי לדמוקרטיה, חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005), עמ' 205-206.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

14. עקרונות אלה התגבשו לאורך שנות קיומו של מנגנון המדינה ושירות המדינה. הן לאור כוונת מייסדי שירות המדינה;¹⁰ הן גם מכוח המנהג החוקתי שהשתרש לאורך כל שנות קיומו של שירות המדינה;¹¹ הן לאור הרגע החברתי-פוליטי המשמעותי בו מפלגת הליכוד נבחרה לשלטון בשנת 1977 ושמרה על צביונו הממלכתי של השירות ומשימתו 'לשרת ולא לרשת', לאחר שנים של פעולה אופוזיציונית לשמירה על עקרונות חוקתיים אלה ממש; וכך ודאי לאור העיגון של עצמאותו במשפטנו הציבורי לאורך כל עשורים אלה, ברבדיו הרבים והשונים, בראשם חוק שירות המדינה.

15. מהן ההשלכות של היות עצמאות שירות המדינה נתון חוקתי משמעותי?¹² וודאי שלא יכול להיות לו משקל נוצה בשעה שמנסים לשנות את אופיו של שירות המדינה מן הקצה אל הקצה. בענייננו, השלכתו המרכזית והמידית של 'נתון חוקתי' זה היא על המשפט המנהלי, קרי, על הדרישות הפרוצדורליות המחמירות שיש להטיל על ממשל המעוניין לבצע שינוי יסודי באופיו של השירות. בכדי להגשים את ההגנה החוקתית יש לנקוט, לכל הפחות, ב'החמרת המבט המנהלי' בכל הנוגע לבחינת הסמכות לבצע רפורמה מקיפה באופיו של השירות; בדרכי האיסוף של תשתית עובדתית לקראת רפורמה שכזו; בחובה לחוקק רפורמות משמעותיות בתחום זה בחקיקה ראשית או אפילו בחקיקת יסוד; ובהנמכת הסטנדרט הראייתי לבחינת מינוי פוליטי במקרה שבו הרפורמה מוצאת לפועל בכל דרך אחרת.

ניתוח ההחלטה בראי המשפט המנהלי

ההחלטה השנייה: מינוי סמנכ"לים בדרך של מינוי מנכ"לים באמצעות טעיף 21?

16. ועדת השרות דנה בהמלצת ועדת השרים למנות שכבה חדשה של "משני-אמון" למנכ"ל המשרד הממשלתי. לעמדתנו, הממשלה אינה מוסמכת למנות שכבה ניהולית בכירה ושלמה נוספת בתוך משרדי הממשלה ב'מינוי-אמון'. הניסיון למנות שכבה בכירה נוספת של משרות בתוך הדרג המשרדי ב-'נוהל מנכ"ל' אינו חדש.¹³ לפי ההצעה הנוכחית, המדובר, ככל הנראה, במינוי פוליטי 'טהור' שיתמנה באופן דומה למשרת המנכ"ל ובאותו הליך המינוי או בהליך קרוב. בעניין זה, החליטה ועדת השרים להקים צוות לבחינה הנושא ולא אימצה כל מסקנה, לאור הצורך לבחון, בין היתר, את 'הגורם הממנה והליך המינוי' (סעיף 8א' להחלטה).

¹⁰ ראו ניר קידר, בן-גוריון והחוקה (2015) בפרק "המאבק ליצירת מנהל ציבורי ממלכתי"; והשוו ד"ר כ' 24, יוני 1953, דברי ראש-הממשלה וחברי הכנסת שוסטר ובגין

¹¹ על המעמד הנורמטיבי של המנהג החוקתי ראו בג"ץ 9029/16 יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (אר"ש), 1.2.2017 והמקורות שם

¹² האם יש צורך לשנות נתון זה בשינוי חוקתי בלבד? או האם המדובר בנתון חוקתי ששינויו גם בהליך חוקתי יהיה בלתי חוקתי? נדמה לי שהמצב הנוכחי לא דורש מענה על שאלה זו. לדיון מחקרי בחובה לייצר 'מינימום חוקתי-מוסדי' ולא להתרחב מעבר לו במהלך בחינה שכזו, ראו, Rosalind Dixon and David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment* 13 International Journal of Constitutional Law 606 (2015).

¹³ השוו בג"ץ 5114/96 פורד נ' ממשלת ישראל, החלטה בבקשה לפסיקת הוצאות (אר"ש, 13.5.1997).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

17. לעמדתנו, הממשלה אינה מוסמכת למנות 'שכבת סמנכ"לים' במשרת-אמון מבלי לתקן את חוק שירות המדינה ולקבל הסמכה מפורשת בחקיקה של הכנסת. אכן, לכאורה, סעיף 21 לחוק קובע כי הממשלה רשאית לפטור לא רק משרות ספציפיות אלא גם 'סוגים של משרות' מחובת המכרז של סעיף 19. דא עקא, שקיומו של סעיף 12 לחוק המינויים, לפיו: "הממשלה תמנה, בכפוף להוראות חוק זה ובתנאים שתקבע, לכל משרד מנהל כללי על פי הצעת השר הממונה על אותו משרד, ועל המינוי לא תחול חובת המכרז לפי סעיף 19", מאיין את סמכותה לעשות זאת ככל שהדברים נוגעים לשכבת הניהול שמתחת למנכ"ל המשרדים.

18. מינוי מנכ"ל לפי סעיף 12 הוא חלק מקבוצת המשרות להן נקבע הליך מינוי מפורש וספציפי.¹⁴ סעיף 12 מובחן במיוחד אפילו בתוך סעיפים אלה היות שהמחוקק הסמיך את הממשלה למנות שכבה מיוחדת של משרות, מנכ"לים, בפטור ממכרז. כלומר, כאשר המחוקק ביקש להתיר לממשלה למנות את השכבה הבכירה העליונה של מנהלי המשרדים הממשלתיים, הוא ציין זאת במפורש. הפרשנות הסבירה (לטעמנו, היחידה) של החוק מובילה למסקנה שהמחוקק לא התכוון להתיר לממשלה למנות 'שכבה ניהולית בכירה' נוספת באותו האופן שבו הסמיך אותה סעיף 12 לעשות זאת. סמכותה של הממשלה בסעיף 21 לא יכולה לשאת פרשנות לפיה ניתן לפטור 'שכבה בכירה' נוספת באמצעות החרגתה מכלל המכרז, שכן פרשנות הסעיף על רקע סביבתו החקיקתית מעלה שברור שזו לא הייתה כוונת המחוקק. ההסמכה לפטור 'סוגים' של משרות אינה מכוונת, אם כן, לפטור של שכבות על גבי שכבות של דרגים ניהוליים בכירים בשירות המדינה אלא למשל, למשרות שגוררים¹⁵ או 'סוגים' אחרים שמצדיקים פטור שכזה ברמה העניינית ובאופן שאינו מסכל לחלוטין את המטרה המכרזית של סעיף 19 ואת היחס בינו לבין סעיף 12.

19. על כן, טוב עשתה ועדת השירות שלא החליטה להמליץ על המלצת ועדת השרים בעניין זה, שעלולות היו להכשיל את הממשלה. המלצותיו הסופיות של הצוות שנבחר מבין חברי ועדת השירות צריכות להעלות שמינוי שכזה, ב'נוהל מנכ"לים', בעייתי במישור הסמכות.

ההחלטה הראשונה – שינוי הרכבן של ועדות האיתור

20. ההחלטה הראשונה של ועדת השירות עוסקת בשינוי הרכבן של ועדות האיתור. אין המדובר בעניין טכני, אלא בהסדר דרמטי שמשנה את האזון במינוי כל בכירי שירות המדינה הממונים באמצעות ועדת איתור באופן שמטה את האזון לטובת הדרג הממנה. ועדת השירות החליטה להמליץ לממשלה לתקן את החלטת הממשלה מס' 2541 מיום 28.9.2002 (להלן – החלטה 2541), שקבעה את סדרי מינוין של ועדות איתור, באופן שיפחית את מספר החברים ב(כל) ועדת איתור מחמישה לשלושה (סעיף 17(א) להחלטה) וישנה את כלל ברירת המחדל שבהחלטה 2541 כך שייקבע שוועדת איתור אינה ועדה 'ממנה' אלא 'ממליצה' (סעיף 17(ב) להחלטה).¹⁶

¹⁴ ביחד עם משרת היועץ המשפטי לממשלה ונציב שירות המדינה, ראו סעיפים 5 ו-6 לחוק; בג"ץ 2699/11 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל (אר"ש, 17.5.2011); בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ נ' ממשלת ישראל (אר"ש, 1.3.2016) בהתאמה.

¹⁵ ראו, למשל, בג"ץ 7402/11 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל, פס" 10 (אר"ש, 4.1.2012).

¹⁶ להרחבה על ההבדל ראו משרד מבקר המדינה, ועדות איתור בשירות הציבורי, דו"ח ביקורת 61 (2010).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

21. האם מוסמכת ועדת השירות להמליץ המלצה שכזו? לעמדתנו, גם כאן פעלה ועדת השירות בחוסר סמכות וזאת משלושה טעמים מצטברים.

22. הראשון, הוא שהמלצותיה של ועדת השירות לפטור משרה ממכרז לפי סעיף 21, לאורך השנים, הותנו בכינון של ועדות איתור שהרכבן רחב וזאת כדי להגשים את האלמנט השוויוני והתחרותי שביסוד סעיף 19 ובאופן שייצר מודל 'היברידי' ולא מודל 'פוליטי' של מינוי. הסדר זה הוא פשרה מאזנת והוא שקיבל תוקף משפטי בדין.

הטעם השני הוא שסעיף 21, שקבע את הסמכות לפטור ממכרז ובמקור היה 'חריג' לעיקרון היסוד של מינוי במכרז שוויוני ותחרותי שבסעיף 19, הלך והפך, עם השנים, ל'כלל' בכל נוגע למינוי בכירי שירות המדינה. השימוש האינטנסיבי במודל ועדות האיתור מעלה את השאלה האם לא הגיעה העת לומר שהממשלה מיצתה את סמכותה להשתמש בו מבלי לקבל הסמכה מפורשת חדשה.

הטעם השלישי הוא שצירוף שני הטיעונים ביחד מעלה כי אף שלא ברור האם הממשלה וועדת השירות מיצו את סמכותן לפי סעיף 21 לחוק המינויים – הרי שברור שלא ניתן 'לקצץ' באופן גורף מהאלמנט המכרזי שמגולם בחברות הנציגים המקצועיים בוועדת האיתור שכן צמצום שכזה בוודאי יוביל למיטוט המודל 'היברידי' ולמיצוי הסמכות. בפסקאות הבאות נפרט טענות אלה.

[א] השלכות המודל 'היברידי' על סמכות הממשלה לפטור משרות מכוח החוק

23. חוקת מינוי בכירי שירות המדינה מורכבת ממכלול סעיפי החקיקה, ההחלטות האקזקטיביות והמנהגים המשפטיים היוצרים את האיזון העדין שבין מתן 'מרחב מינוי' לדרג הפוליטי הנבחר לבין שמירה על עצמאות ואי-תלות של שירות המדינה כעיקרון חוקתי. הברית התיכון שלה הם סעיפים 19, 21 ו-23 לחוק המינויים. סעיף 19 קובע את עיקרון היסוד המכרזי לפיו "לא יתמנה אדם עובד המדינה אלא לאחר שנציב השירות הכריז על המשרה בפומבי...". סעיף 21 קובע את ה'חריג' ולפיו: "הממשלה רשאית, על פי הצעת ועדת השירות ובהודעה שתפורסם ברשומות, לקבוע משרות וסוגים של משרות שעליהם לא תחול, בתנאים שתקבע, חובת המכרז האמורה בסעיף 19...". סעיף 23, גם הוא חריג, מאפשר לממשלה מעורבות במינוי משרות וקובע כי: "למשרה מן המשרות המפורטות בתוספת השנייה לחוק זה לא יתמנה אדם אלא באישור הממשלה ובתנאים שתקבע...".

24. מודל המינוי שקובעים סעיפים אלה הם של 'כלל' ו-'חריג'. הכלל הוא מכרז. ה-'חריג' הוא פטור ממכרז במשרות לפי הצעת ועדת השירות (לה 'סמכות וטו') וקביעת הממשלה וסמכות האישור של הממשלה בסעיף 23. זוהי הפרדת הרשויות הפנימית והעדינה של מינויים בשירות המדינה שבנויה על מאזני כוחות בין הכלל והחריג ובין הסמכויות של ועדת השירות לבין הסמכויות של הממשלה. על רקע ניסיונות גוברים של הממשלה להרחיב את סמכותה המשפטית, הפסיקה פירשה את היחס בין הסעיפים. התקדים המחייב בעניין זה פסל החלטת ממשלה למנות אדם תוך שימוש בסעיף 23 בגין חוסר סמכות. היועץ המשפטי לממשלה ניסה להגן באותו ההליך על עמדה לפיה ניתן לפרש את סמכותה של הממשלה



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לפי סעיף 23 בהרחבה. עמדתו זו לא התקבלה. בפרשת איינשטיין¹⁷ נקבע כי סעיף 23 אינו מסמיק את הממשלה 'לעקוף' את חובת המכרז שבסעיף 19 (שם, בפס' 20-21). עוד במסגרת פסק-הדין נקבעו העקרונות לשימוש בסעיפים אלה והתפיסה לפיה שימוש זה צריך להיות בצמצום לאור החשש משימוש לרעה בסמכות הפטור בכדי לקדם מינויים פוליטיים.

25. הלכת ההסתדרות התייחסה למשרות הפטור ככאלה שצריכות להיות "בודדות וחריגות במהותן" (עניין ההסתדרות, בפס' 14). הדין שנקבע בהלכת ההסתדרות הוביל ל'שווי משקל' מנהלי חדש. הייעוץ המשפטי לממשלה פרש את הלכת ההסתדרות באופן שאפשר לממשלה להשתמש בסמכותה לפי סעיפים 21 ו-23 במידתיות, וזאת באמצעות 'מכרז חלקי' של הליך הפטור והממשלה, מצדה, הכירה בחובתה לנהל הליכי מינוי בפטור בהליך המקרב את המינוי למכרז. כך נולדו ועדות האיתור. ועדות אלה הן פשרה בין הליך מינוי פוליטי מלא לבין הליך מכרזי מלא. הן מאפשרות איתור חיצוני, פוליטי יותר ומהיר יותר של מועמדים למשרות בכירות מחד; אך זאת בהליך הוגן ומקצועי, עם היבטים המגשימים את הצורך במקצועיות, עצמאות ושוויוניות מאידך. החלטות ממשלה מספר 345 משנת 1999 ומספר 2541 משנת 2002 ייסדו את המשטר המשפטי הזה; שמאוחר יותר גם קיבל תיקוף משפטי בפסיקה, אשר הדגישה את "משקלה הכבד" של המלצת ועדת איתור.¹⁸ במועד הורתן, ברור היה כי השימוש בוועדות איתור יהיה 'חריג', שעדיין ישמר לכמות קטנה של משרות, לאחר בחינה, ותוך מתן הצדקה מיוחדת בכל פעם ופעם. החשש מפני פוליטיזציה של המודל ורצונה של הממשלה להרחיב את השימוש בו עמד תמיד ברקע.

26. מציאות החיים המנהלית מאז הייתה שונה. בשני העשורים האחרונים, מודל המינוי בוועדות האיתור, על סוגיהן ומקור סמכותן השונה, נשתרש, והממשלה הוסיפה משרות רבות למסלול 'היברידי' זה. נתונים שאסף מבקר המדינה (ושאינם מקיפים) מעלים כי נכון לשנת 2009, לא פחות מ-100 משרות של בכירי שירות המדינה כבר ממונים כיום באמצעות ועדת איתור וזאת מבלי לקחת בחשבון ועדות בתאגידים ממשלתיים, חברות ממשלתיות ומוקדים אחרים (ראו דו"ח המבקר 2010 לעיל). בדו"ח משנת 2015, עמד המספר הכולל של המשרות בפטור ממכרז על 360 והוחרפה הקריאה מצד מבקר המדינה לנהל עבודת מטה לאפיון וסיווג המשרות השונות ש'נותבו' למודל זה, תוך הבעת חשש לגידול בהיקף המינויים הפוליטיים בשירות המדינה.¹⁹

¹⁷ בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים נ' איינשטיין (אר"ש, 13.10.98), להלן – פרשת ההסתדרות.
¹⁸ בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (אר"ש, 29.1.2012), בפס' 13 לפסק דינו של המשנה-לנשיאה ריבלין וראו גם פסק דינו של השופט רובינשטיין; והשוו בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל, פס' 13 (אר"ש, 20.4.2009); לנכונות של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על כשירות חברי הוועדה הנוספים ועל הקשר בין ביקורת זו לבין מינוי פוליטי ראו בג"ץ 5599/11 אגודת העיתונאים בתל אביב נ' ממשלת ישראל (אר"ש, 24.11.2011), בפס' 15-17 לשופט פוגלמן.
¹⁹ משרד מבקר המדינה, ועדות איתור בשירות הציבורי, דו"ח שנתי 2015, 222-226.



27. מציאות זו הובילה לכך שה-'חריג' ביחס למינוי בכירים הפך ל'כלל'. דה-פקטו, חל שינוי במודל הבסיסי של שירות המדינה. הוא הפך ל'היבריד' ולא 'מקצועי', תוך חיזוק דרמטי של האלמנט הפוליטי במינוי בכירי שירות המדינה.

28. השאלה האם קיימת מניעה משפטית לממשלה ולנציבות מלהמשיך ולפטור משרות היא שאלה קשה והתשובה עליה צריכה להיות מבוססת-מידע. אך כך או אחרת, כל ניתוח של רפורמה במינוי בכירים בשירות המדינה חייב להכיר בכך ששאלה זו מרחפת בחלל ודווקא לצאת מנקודת המוצא ההפוכה מזו של השיח התקשורתי: כבר כיום שונה האזיון שבין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי בצורה משמעותית ביותר ושינוי נוסף מחייב הליכים 'עבים' יותר בשל היותו נוגד את המבנה הבסיסי של חוק שירות המדינה. המידע שבפנינו מעלה חשש שעברנו את הסף ונפרט.

29. השיח הציבורי, וככל הנראה גם המקצועי, נוטה עדיין לראות את שירות המדינה כמקצועי ונעדר כל השפעה פוליטית ואת בכיריו כממונים באמצעות שיטות מכרזיות. זאת, בשעה שכעניין עובדתי, כלל לא ברור שזוהי התפיסה הנכונה. החל מתחילת שנות ה-2000, בתהליך זוחל, השכבה הבכירה של שירות המדינה ממונה בהליך 'היבריד', עם השפעה הולכת וגוברת של הדרג הפוליטי הנבחר על עוד ועוד משרות וסוגים של משרות בכירים. גם תקנים בכירים חדשים שהוקצו נותבו למינוי באמצעות ועדת איתור. לכך יש להוסיף את המשרות שממונות באמצעות ועדת מינויים ומשרות אמון במינוי פוליטי 'טהור', כמו שכבת היועצים לשרים, שמונות מאות בעלי-תפקיד, עניין שמגדיל את קבוצת הבכירים הממונים בהשפעה פוליטית. מציאות שכזו, שעה שדה-פקטו בכירי שירות המדינה כבר ממונים, הלכה למעשה, עם השפעה ניכרת של הדרג הפוליטי, מעלה את השאלה האם בכלל נכונות הטענות לפיהן רצוי להגביר את ה-'פוליטיזציה' של מינוי בכירי שירות המדינה או שמא, המודל ה'היבריד' כבר הוביל לכך הלכה למעשה?

30. ברמה המשפטית, עניין זה מעלה שאלה, שלהבנתי לא נדונה עדיין בפסיקה, והיא האפקט המצטבר של מינוי בכירי שירות המדינה בוועדות איתור על העיקרון שבסעיף 19 לחוק המינויים. הטענה המשפטית, בהקשר זה, היא שהממשלה מיצתה את סמכותה לפטור נושאי משרה באמצעות סעיפי החריג ועליה לעשות זאת באמצעות חקיקה חדשה או אולי אפילו חקיקה חוקתית. טלו מצב שבו הממשלה מחליטה, בהסכמת ועדת השירות, לפטור את 500 התקנים הבכירים בשירות המדינה ממכרז ולמנות אותם בדרך של ועדת איתור ממליצה בת-שלושה. אין מחלוקת שמהלך שכזה הוא נעדר סמכות וסותר את עיקרון היסוד שבסעיף 19 לחוק המינויים. אבל, נראה כי גם המצב הנוכחי, לפיו משרות רבות, מקצועיות ורגולטוריות, ישנות וחדשות, שמינוין נעשה מכוח הסמכות שונות, הופטרו באופן 'זוחל' מחובת המכרז צריך להעלות את השאלה האם אין המדובר בחוסר סמכות 'מצטבר' לכל הפחות, חייבת להיערך בדיקה מלאה בכדי לקדם טענה לפיה מותר להמשיך ולפטור משרות ולא לצמצם את דפוס המינוי ה'איתורי' של משרות בכירות ולהחזיר אותן לחיקן של סעיף 19.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

31. לניתוח שלעיל השלכה משמעותית על חוקיות וסבירות המשך השימוש בפטור שלפי חוק שירות המדינה והרחבתו למשרות נוספות. הכמות נעשתה איכות. הגיעה העת לשאול את השאלה האם האפקט המצטבר של השימוש בסעיף לא הוביל לכינונה של שיטת מינויים כמעט 'נשיאותית' הלכה למעשה, במסגרתה כל בכירי שירות המדינה כבר לא ממונים באמצעות מכרז, בלי הסמכה חוקית כנדרש, מבלי שניתנה על כך הדעת החוקתית, מבלי שנאספה תשתית עובדתית מינימלית, ומבלי הליכים פורמליים לעיגון שינוי מוסדי רחב-היקף זה.²⁰ חשוב לציין כי לא "שוא עמלו בוניו" (תהלים קכ"ז, ב') של המודל ההיברידי. מוסד ועדת האיתור, אם ממשים את האלמנט המכרזי הטמון בו באופן כנה, טומן בחובו גם יתרונות. עם זאת, נדמה שגם אדריכליו יסכימו כי עוד לא ניתנה הדעת על השלכות המודל שהתפתח וכי פרשנות סבירה של חוק שירות המדינה צריכה הייתה להוביל לכך שבנקודה מסוימת, תוגדש סאת הפטור ממכרז של בכירי שירות המדינה. ייתכן שעברנו את הנקודה הזו.

[ג] האם ניתן לשנות את הרכבן ההיברידי של ועדות האיתור באופן 'גורף'?

32. החלטת ועדת השירות לצמצום חברי ועדות האיתור מחמישה לשלושה מהווה, הלכה למעשה, החלטה גורפת לשינוי דרמטי של כל המודל ההיברידי ולהשמטת רוב הנציגים המקצועיים וכל הנציגים החיצוניים לממשלה בתהליך המינוי והותרת נציגי השר ונציבות שירות המדינה. האם ניתן לבצע שינוי שכזה בהחלטה כללית וגורפת של ועדת השירות? האם יכולה ועדת השירות להמליץ על שינוי החלטה 2541 באופן שכמעט יאיץ את האלמנט המכרזי שבועדות האיתור מבלי לצמצם בצורה משמעותית את כמות המשרות הממונות בדרך זו? בניגוד לשאלות כבודות המשקל לעיל, נראה שהתשובה לשאלה זו היא פשוטה ושליטית.

33. אם קיימת לממשלה בעיה, במישור הסמכות, בהרחבת השימוש בסמכות הפטור, הרי בוודאי שצמצום גורף של האלמנט המכרזי של כל ועדות האיתור – באמצעות הקטנת הנציגים המקצועיים והמרת המודל ה'ממנה' ב'ממליץ' – לוקה באותו פגם גם כן. ראשית, איגודן של כל ועדות האיתור ל'מקשה אחת' מטשטש את השוני הדרמטי שיכול להיות בין סוגים שונים של משרות, מצמצם באבחה את כל החברים החיצוניים בוועדות ולמעשה מהווה שינוי מוסדי דרמטי רחב היקף בכל המודל ההיברידי של מינוי בכירים בשירות המדינה שממוטט את האיזון שנוצר כתוצאה מכמעט שני עשורים של מינוי באמצעות המודל של ועדת האיתור. כאמור, המודל ההיברידי מבוסס על פשרה בין הכלל המכרזי לבין החרוג הפוליטי ופשרה חכמה זו היא שאפשרה את הרחבת השימוש בו. שינוי האיזון שבין האלמנט המכרזי לבין המשקל הפוליטי מחייב, לכל הפחות, צמצום משמעותי מקביל של נתח משמעותי מהמשרות הממונות באמצעות ועדת איתור והחזרת יתר המשרות למינוי באמצעות מכרז רגיל (כפי שנעשה, למשל, כבר בסעיפים 6-7 להחלטה 345 מיום 1999, ככל הנראה מתוך הגיון זה בדיוק).

34. שנית, שינוי כה דרמטי צריך להיעשות בחקיקה. בניגוד להחלטות הממשלה המקוריות, שכוננו את המודל שעה שבפנינו היו מעט מאוד משרות שהופטרו, לא ניתן לצמצם את כל

²⁰ לדיון ב'עליונות הממשלה' בהקשר החוקתי-מוסדי כנתון בסיסי ראו גביוון, לעיל, בעמ' 621.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המודל בהחלטה כללית וגורפת של ועדת השירות. בין מועד החלטות הממשלה המקוריות למצב היום, נוספו לפחות 100 משרות בכירות ובכך עוגן הליך מינוי 'היברדי' ביחס למשרות אלה. ההצעה כלל אינה מתייחסת לנתון זה, אינה מבחינה בין סוגים שונים של משרות ומאפייניהן המקצועיים ולא מכירה בכך שחלק מהמשרות שממונות באמצעות ועדת איתור הינן משרות שהממשלה מוסמכת למנות באופן ישיר, חלק הן משרות שהממשלה פטרה לפי סמכותה, אבל בתנאי שתוקם להן ועדת איתור, וחלק הן משרות שבעבר היו אף בפטור ממכרז. לא ניתן להחליט על צמצום מבלי לבחון את השלכותיו על כל משרה באופן פרטני; וצמצום גורף הוא בוודאי לא בסמכות ועדת השירות, ולטעמי גם לא בסמכות הממשלה. עצם ה'מתיחה הפרשנית' של החריג של מתן פטור ממכרז מעלה שאלות של חוקיות כעומדת בפני עצמה. אך מהלך המבקש להסיט את המודל כולו לקוטב השליטה הפוליטי באמצעות איון הנציגים המקצועיים החברים בכל ועדות האיתור הוא וודאי מחוץ לסמכות.

35. אגד השינויים המוצע, ובפרט שינוי הרכבן של ועדות האיתור באופן שמטה את האיזון לטובת פוליטיזציה של מינויים בכירי שירות המדינה דורש חקיקה ראשית של הכנסת, אינו יכול להיעשות בהחלטות ועדת השירות, בהחלטת ועדת שרים ולטעמנו גם לא בהחלטת ממשלה; לא כל שכן בהחלטה גורפת. לפיכך החלטה זו נגועה בחוסר סמכות. אפילו העמדה האוהדת ביותר שמצאנו בספרות בישראל לרפורמה הדומה במהותה לזו שנקבעה בהחלטת ועדת השירות, המקדמת כינון של "משרות משילות", מכירה בכך שהמדובר בשינוי שיכול להיעשות רק באמצעות תיקון (תשתיתי) של חוק שירות המדינה.²¹ הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמחקר עדכני יותר אף הצביע על הקשר השלילי שבין פוליטיזציה של מינויים ואפקטיביות שלטונית,²² עניין המביא אותנו לשאלת התשתית העובדתית.

פגם חמור בתשתית עובדתית

36. נוסף על האמור לגבי מישור הסמכות, מהמידע המצוי בידנו עולה כי ההחלטה הראשונה התקבלה בהיעדר תשתית עובדתית ופסולה גם מטעם זה. רשות מנהלית צריכה לקבל החלטות לאחר איסוף תשתית עובדתית ראויה. עילת התשתית העובדתית משקפת את החובה לניהול רציונלי של תהליכי קבלת החלטות מנהליות, וודאי החלטות כה חשובות שהשלכותיהן משפיעות על סדר הדברים החוקתי.

37. ההחלטה הראשונה אינה כוללת בחינה עובדתית כלשהי של השלכות צמצום מספר החברים ושינוי מודל הבחירה על המשרות השונות ואינה מבחינה בין סוגים שונים של משרות. הפגם בתשתית העובדתית עולה מלשונה של ההחלטה, שנוקטת במתודה של "נעשה ונשמע": ביטול הנציגים ושינוי המודל מגיע ראשון ורק לאחריו נקבע כי יוקם צוות לבחינת "הכישורים הנדרשים לנציג השלישי בוועדת האיתור" של כל המשרות וכן כי צוות זה ימליץ על הותרת חמשת החברים ב-"מקרים מיוחדים" ולצורך כך על "כל אחד משרי הממשלה שעם משרדו נמנות משרות שהמינוי אליהם נעשה באמצעות ועדת איתור, יעביר

²¹ ראו, משילות ומינויים, לעיל, בעמ' 57.

²² מומי דהן, אפקטיביות הממשלה בישראל במבט בינלאומי משווה (2016).



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לצוות בתוך 14 ימים" את התשתית העובדתית. כלומר, הועדה החליטה על רפורמה (מרחיקת לכת, כאמור לעיל) ורק אז החלה את איסוף התשתית העובדתית לבחינת השלכותיה. לא לעיתים קרובות החלטה מנהלית כתובה מצהירה על עצמה שנתקבלה בלא איסוף תשתית עובדתית ראוי, אבל הנה לפנינו מקרה שכזה.

38. הפגם בהעדר איסוף התשתית העובדתית יתחזק, לטעמנו, אם יוכח כי המלצות ועדת השרים מנוגדות לתהליכי רפורמה קיימים. בשנים האחרונות מוצאת לפועל רפורמה רחבת-היקף בממשלה, בשירות המדינה ובגורמי מטה רלוונטיים. המדובר בעבודת-מטה ממשלתית שהורתה בהחלטת ממשלה, מהמעמיקות שנראו בשנים האחרונות, לה מוקצים משאבים רבים. יתרה מזאת, ביום ט"ו בשבט התשע"ו אישרה מליאת הכנסת את החלטת ועדת הכנסת בדבר הקמת ועדה מיוחדת לנושא הרפורמה בשירות המדינה כך שלא רק הממשלה, אלא גם הכנסת הפכה שותפה לפיקוח על הרפורמה.²³

39. נראה כי דווקא רפורמה זו מוצאת לפועל בפעולה מנהלית ראוי, קרי, עבודת מטה מקיפה, שימוש בגורמי מקצועי להצפת בעיות ופתרון, איסוף מקיף ותשתיתי של תשתית עובדתית, היועצות עם משרדי ממשלה וגורמים חיצוניים והצבת חלופות לפעולה; כולל ביחס לשאלות המינוריות של הדרג הבכיר בשירות המדינה. זו דוגמא לכך שצעדים רפורמטיביים מעין-חוקתיים יכולים להתאפיין בסטנדרטים הליכיים תקינים ומשמעותיים.

כמה היבטים נוספים ראויים לציון בקצרה:

40. שיתוף ציבור ואקדמיה – למיטב ידיעתנו, ההצעות השונות שעל הפרק לא הועמדו לדיון פומבי בפני מומחים מן האקדמיה (מתנגדים – או תומכים), בתחום המנהל הציבורי ומדיניות ציבורית, מדעי-המדינה, המשפט המנהלי, המשפט החוקתי, ותחומים רלוונטיים נוספים. יש בכך טעם מיוחד לפגם. במקום שבו לשינויים המוצעים השפעה משמעותית על צביונו של שירות המדינה והיחס העדין ורב-המורכבויות שבין ה'פוליטי' לבין ה'מקצועי', הדרישה לניהול הליך מעין-חוקתי צריכה לכלול היועצות והשתתפות פומבית של מומחים ואנשי ציבורי חיצוניים לממשלה ולשירות המדינה. זאת, בכדי להגביר את הלגיטימיות הדמוקרטית של המהלך ולאפשר דיון מושכל שהולם את חשיבות השלכותיו. נציין, בהקשר זה, כי דווקא השואפים לצמצם את היקף ותדירות הביקורת המשפטית צריכים לנקוט, בהתאמה, בפרסום מקדים של מידע על רפורמות רחבות-היקף ולא להמתין להגשתה של עתירה לבג"ץ ואז לפרסם את המידע הציבורי רק בתשובת המדינה לעתירה, שעה שכבר נתקבלה החלטת ממשלה וחלה עליה 'חוקת התקינות' המנהלית. ראוי גם שהייעוץ המשפטי לממשלה יציין זאת בפני המציעים ואף יקבע נהלים לסוגים מסוימים (ורחבי-היקף) של רפורמות, שמחייבים יציאה אל הציבור כחלק מחובת הפומביות של הרשות המנהלית.

41. בנוסף, השינוי המוצע נעשה ערב בחירתו של נציב(ת) שירות מדינה חדש(ה) ותוך התנגדותו של נציב שירות המדינה היוצא. בנסיבות אלה, התניית מינוי נציב השירות

²³ ראו הכנסת, הועדה המיוחדת לנושא הרפורמה בשירות המדינה, ד"ח המלצות הועדה, יולי 2016, זמין ב[בא](#); ראו במיוחד בעמ' 30-33.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

בהסכמה לרפורמה או אפילו יצירת סמיכות בין מועד מינויו לבין החלטה על שינוי גורף במודל שירות המדינה עלולה להוות כבילה אסורה של שיקול דעתו, עוד בטרם נכנס לתפקידו. אך בעניין זה לא ערכנו ניתוח עובדתי ומשפטי מספק בכדי לקבוע שזהו המצב.

42. ככל שההצעה תעלה להצבעה בממשלה, אם תמצא לנכון, נודה על הפצת המסמך לשרים.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה נוספת שתידרש.

בברכה ובכבוד רב,

פרופ' מרדכי קרמניצר
סגן נשיא למחקר
המכון הישראלי לדמוקרטיה

נדיב מרדכי
חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה
עמית מחקר, הפקולטה למשפטים,
האוניברסיטה העברית

העתק:

עו"ד משה דיין, נציב שירות המדינה היוצא
מר אהוד פראור, נציב שירות המדינה (בפועל)
עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)
עו"ד רוז נורי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-חוקתי)