

הייעוץ המשפטי
והממשלה:
ניתוח והמלצות

ד"ר אביעד בקשי

מורום
קהלת
ריבונות לאומית. חירות הפרט.

תשע"ח - 2017
נייר מדיניות מס' 10 • מהדורה שנייה

אביעד בקשי
ראש המחלקה המשפטית
בפורום קהלת

ד"ר אביעד בקשי הוא ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת ומרצה למשפט חוקתי ומינהלי באוניברסיטת בר אילן ובקריה האקדמית אונו.



הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות

ד"ר אביעד בקשי



תשע"ח - 2017

נייר מדיניות מס' 10 • מהדורה שנייה

הייעוץ המשפטי והממשלה:
ניתוח והמלצות
ד"ר אביעד בקשי
עריכה לשונית: גיא פרמינגר
© כל הזכויות שמורות לפורום קהלת (ע"ר)
נדפס בישראל, תשע"ח - 2017

מסת"ב 978-965-7674-44-4 ISBN



לקראת המהדורה החדשה

מאז שפורסם נייר מדיניות זה לראשונה (בשנת 2014) התגבר העיסוק הציבורי, הפוליטי והמשפטי בשאלת סמכויות הייעוץ והייצוג שבידי היועץ המשפטי לממשלה.ⁱ מצד אחד הביע היועץ המשפטי עמדה, שאותה חזינו בנייר זה,ⁱⁱ לפיה חוות דעתו מחייבת את הממשלה גם בבואה ליזום חקיקה ראשית – באופן חסר תקדים בעולם.ⁱⁱⁱ מאידך, הצעות חוק שונות עלו על שולחן הכנסת במטרה להסדיר מחדש את סמכויות מערך הייעוץ המשפטי לממשלה,^{iv} ובית המשפט העליון ביקר את הפרקטיקה שלפיה היועץ המשפטי לממשלה רשאי להציג בשם המשיב עמדה שונה מעמדתו האותנטית.^v

הנחת היסוד שבגינה מבקש היועץ סמכות וטו על הצעות חוק ממשלתיות היא שהופקדו בידי סמכויות להסדרת פעילות הממשלה גם כאשר היא יוזמת חקיקה לפי תקנון הכנסת. אלא שאף לדעת המצדדים בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להנחות את הממשלה, עמדה שעליה מתחנו ביקורת בנייר מדיניות זה, סמכות זו נובעת מחובתה של הממשלה לפעול על פי חוק ומהיותו של היועץ הפרשן המוסמך של החוק. אולם בבואה ליזום חקיקה הממשלה איננה פועלת בכובעה כמבצעת החוק אלא כיוזמת שלו, כלומר בכובעה כשחקן ברשות המחוקקת לפי תקנון הכנסת. לפיכך בהנחיות יועץ על חקיקה ממשלתית היועץ לא אוכף את ריבונות המחוקק על הרשות המבצעת אלא מייצר ריבונות של הייעוץ המשפטי על סמכויות החקיקה של הממשלה.

יתרה מכך, בחלק מהמקרים ניתן לזהות בתקופה האחרונה אף התערבות ישירה בסמכויותיה של הכנסת ולא רק בסמכויות הממשלה כיוזמת חקיקה. דוגמה לכך ניתן לראות בהנחיה שפרסם היועץ המשפטי לממשלה לפקידות הממשלתית להימנע מלמלא את חובתה במתן סיוע לדיוני ועדות הכנסת ולהימנע מליישם העברות תקציביות שעליהן החליטה ועדת הכספים של הכנסת – אלא בתנאים שקבע היועץ^{vi} "ש. הנחיה זו לא רק מגבילה את סמכות הממשלה ליזום חוקים אלא מגבילה בפועל (גם אם לא דה-יורה) אף את סמכות ועדות הכנסת, שלהן היועץ המשפטי לממשלה כלל לא מוסמך לייעץ.

לצד עלייה משמעותית זו בסמכויות שנטל לעצמו היועץ המשפטי בתחום הייעוץ ניתן לזהות כאמור מגמה הפוכה בתחום הייצוג והפעם ביוזמת בית המשפט. במסגרת עתירה נגד מדיניות אכיפת חוק איסור הונאה בכשרות שמבצעת הרבנות הראשית לישראל, ביקשו הרבנים הראשיים להציג עמדה מסוימת אך היועץ המשפטי לממשלה סרב והתעקש להציג בשמם עמדה המנוגדת לעמדתם האותנטית. בזמן הדיון בבג"ץ אמרו השופטים לבא כוח המדינה שהציג את עמדת היועץ המשפטי כעמדת הרבנות, שנודע להם מכלי התקשורת כי לרבנות עמדה שונה מזו שהוא מציג בשמה. בא כוח המדינה טען שעמדתה המשפטית של הרבנות היא עמדת היועץ ואין נפקא מינה מהי עמדתה האותנטית. אך השופטים עצרו את הדיון והורו על דיון חדש שבו היועץ המשפטי של הרבנות יציג בפניהם את עמדתם האותנטית של הרבנים הראשיים בעוד מי שהופיע כבא כוח "המדינה" יציג בפניהם במקביל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה.^{viii} זו היא החלטה ראשונה של בית משפט בכיוון המצמצם את שליטת היועץ על עמדת הרשויות המדינתיות המיוצגות על ידו ועוד מוקדם להכריז על שינוי מגמה מבחינה נורמטיבית. ימים יגידו האם אכן מסתמן מפנה בסמכויות היועץ המשפטי בישראל ולאילו כיוונים. נמשיך ונלבן את ההתפתחויות במחקר המשך.

היועץ המשפטי לממשלה בישראל מחזיק בסמכויות חריגות ביחס לשרי הממשלה בשני תחומים עיקריים: בתחום הייעוץ, שבו חוות-דעתו נתפסת כמחייבת את לממשלה; ובתחום הייצוג, שבו היועץ רואה את עצמו כמוסמך לכפות על הממשלה עמדה שתוצג בשמה לפני בתי משפט, אף אם זו מנוגדת לעמדתה האוטנטית. במחקר זה נערכה השוואה בין הייעוץ המשפטי בישראל בעניינים שאינם פליליים לבין הייעוץ המשפטי בארצות-הברית, בקנדה, בבריטניה ובגרמניה, ולא נמצאה בו מקבילה לסמכויותיו החריגות של היועץ בישראל. העובדה שמינויו של היועץ המשפטי בישראל אינו פוליטי, בניגוד למקובל בכל יתר המדינות שנבחנו, כמו-גם עובדת כפיפותם החריגה של היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה ליועץ המשפטי לממשלה, מעצימות אף יותר את הפער בין ישראל לבין המדינות שנבחנו בכל הנוגע לסמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים.

בחלקו הנורמטיבי של המחקר נטען כי כפיפות הממשלה ליועציה המשפטיים פוגעת באופן חמור במשילות ובעקרון-היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב ונבחריו, וכן סותרת את מושכלות-היסוד שלפיהן לכל נתבע עומדת הזכות לייצוג הולם לפני בית-משפט. נוסף על כך נטען כי סמכויותיו החריגות של היועץ המשפטי לממשלה בישראל גורמות לפגיעה באחריותיות (accountability) של הממשלה. זאת משום שהיועץ אינו נושא באחריות לכשלונם של שרים בהשגת יעדי משרדיהם, ואילו שרים עלולים להסיר מעצמם, בשל התערבות היועץ, הן את אחריותם להשגת יעדי משרדיהם והן את אחריותם לשמירת החוק.

לאור כל זאת, מסקנות המחקר הן כי יש צורך ברפורמה יסודית בהגדרת תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה בעניינים שאינם פליליים. ראשית, על הייעוץ המשפטי לממשלה להיות בגדר ייעוץ בלבד בעוד הממשלה תהא מוסמכת להחליט כיצד לפעול בכל התחומים לרבות באופן ייצוגה בבתי המשפט. שנית, יש לאפשר לממשלה ושריה לפנות לייעוץ משפטי פרטי ולייצוג משפטי פרטי במצבים שבהם ימצאו לנכון. במקובל במדינות שנבחנו, אכיפת שלטון החוק על הממשלה צריכה להיעשות על ידי בתי משפט ולא על ידי יועציה המשפטיים.

בנוסף לשתי המסקנות העיקריות הללו, מומלץ גם לשקול כי היועצים המשפטיים של המשרדים השונים לא יהיו כפופים ליועץ המשפטי לממשלה, שחוות הדעת של היועצים תהיינה חסויות וכי המוסדות העוסקים בייעוץ משפטי לממשלה ובייצוגה יופרדו זה מזה.

המלצות המחקר הולמות את מסקנות ועדות אגרנט ושמגר שעסקו בנושא ואת המקובל במדינות שנבחנו במחקר.



תוכן העניינים

iii	לקראת המהדורה החדשה
v	תקציר
1	מבוא
3	א. מיפוי שאלות-המבחן
5	ב. מחקר השוואתי
5	1. שאלת נושאי התפקידים
7	2. שאלת הייצוג
10	3. שאלת הייעוץ
15	4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ לבין ייצוג
17	ג. המצב בישראל
17	1. שאלת נושאי התפקידים
18	2. שאלת הייצוג
20	3. שאלת הייעוץ
24	4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ וייצוג
27	ד. דיון נורמטיבי
	1. שאלת נושאי התפקידים – אי-התייחסותו של מחקר זה לסוגיה במישור הנורמטיבי
27	2. שאלת הייצוג
32	3. שאלת הייעוץ
34	4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ לבין ייצוג
36	5. תפיסות-הרקע שביסוד המצב המשפטי העכשווי: הצגה וביקורת
39	ה. מסקנות
41	הערות



”תפקיד היועץ חשוב לאין ערוך מתפקיד שופט בבית משפט עליון. כשופט אתה אחד מקבוצה של 11... ואתה בתפקיד של ביקורת, לא של קבלת החלטות. כיועץ אתה יחיד, ולא בתפקיד של ביקורת אלא אתה הוא זה שמקבל את ההחלטות... אני זוכר שבעת כהונתי כיועץ, כתבו בעיתונים שאני ’מנכ”ל המדינה’. כשעברתי מתפקיד היועץ לכהונה בבית המשפט העליון, זו הייתה נפילה מאוד גדולה...”¹

דברים אלה, מפי היועץ המשפטי לממשלה ונשיא בית-המשפט העליון לשעבר אהרן ברק, משקפים את עמדת הכוח החריגה שבה מחזיק כיום היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ”ש). בנייר זה נבקש להראות כי עמדת הכוח בה מחזיק היועץ המשפטי לממשלה היא יוצאת-דופן ביחס למקובל במדינות אחרות, ונטען כי היא אינה ראויה. מחקר זה מהווה המשך לכתיבתם של מלומדים אחדים, ובמיוחד לעבודותיהם המצוינות של יואב דותן ורות גביזון² ושל איתן לבונטין, אשר פרש את הבעיה הנידונה, בין היתר, בעבודת דוקטורט.³ במחקר זה נמשיך לפתח את הדיון, ונמקד אותו במתווה מוכוון המלצות לנקיטת צעדים אופרטיביים.

הדיון יתמקד בשניים מתפקידיו החשובים של היועמ”ש – ייעוץ משפטי לממשלה וייצוג המדינה בערכאות. מחקר-מדיניות זה אינו עוסק בתפקידיו של היועמ”ש כתובע כללי או כמי שמתייצב בשם ”אינטרס הציבור” בהליכים שבהם המדינה אינה מעורבת מלכתחילה, אלא רק בתפקידו כמייצג את עמדת המדינה בבתי-משפט וכמי שמעניק לה ייעוץ משפטי.

ניווכח כי בהיבט של הייעוץ היועמ”ש כבר אינו רק יועץ, אלא בעל סמכות לתת הוראה מחייבת לממשלה לשנות את מדיניותה. בהיבט של ייצוג המדינה ניווכח כי אף שהיועץ אמור להיות עורך-דינה של המדינה ומי שיטען בעבורה את טיעוניה בבית-המשפט, כיום היועץ יכול ואף ”מחויב” לשטוח את עמדתו שלו לפני בית-משפט, אף אם זו סותרת את עמדת הממשלה ופוגעת בה.⁴ יתרה מזו, בית-המשפט קבע כי ללא אישור היועמ”ש אסור לממשלה לבקש לעצמה ייצוג או ייעוץ חיצוני אחר אשר ישרת את עמדתה האוטנטית.

מטרתנו היא לבחון אם הגישה המקובלת כיום בישראל היא גישה ראויה, את תפיסות-היסוד העומדות בבסיסה ואת השלכותיה רחבות-ההיקף. על-מנת להעניק פרספקטיבה רחבה לדיון, נערוך השוואה בין מעמדו של היועץ המשפטי בישראל לבין מעמדם של נושאי התפקידים המקבילים במדינות בולטות בעולם המערבי: ארצות-הברית, בריטניה, קנדה וגרמניה. ניווכח כי היועץ המשפטי הישראלי חריג בסמכויותיו ונהנה מעצמאות מופרזת מול הדרג המדיני בהשוואה למקובל במדינות הנבחרות. בהמשך לסקירה המשווה נקיים דיון נורמטיבי במעמדו של היועץ, ונטען כי התפיסה המקובלת בישראל שוברת את מערכת האיזונים והבלמים החיונית לדמוקרטיה, ופוגעת הן בעקרון המשילות של הממשלה והן בערכים של הפרדת רשויות העומדים בבסיסה של התפיסה הדמוקרטית.

מבנה מחקר-מדיניות זה יהיה כדלהלן: בפרק א נמפה את שאלות-המבחן שבהן נעסוק; בפרק ב נסקור את המצב לאור שאלות-המבחן בארבע המדינות המערביות שחקרנו; בפרק ג נציג את המצב בישראל לאור אותן שאלות; בפרק ד נקיים דיון נורמטיבי בממצאים; ובפרק ה נרכז את מסקנותינו.

”במחקר מדיניות זה נבקש להראות כי עמדת הכוח בה מחזיק היועץ המשפטי לממשלה היא יוצאת-דופן ביחס למקובל במדינות אחרות, ונטען כי היא אינה ראויה.”

”מחקר זה אינו עוסק בתפקידיו של היועמ”ש כתובע כללי או כמי שמתייצב בשם ‘אינטרס הציבור’ בהליכים שבהם המדינה אינה מעורבת מלכתחילה, אלא רק בתפקידו כמייצג את עמדת המדינה בבתי משפט וכמי שמעניק לה ייעוץ משפטי.”



א. מיפוי שאלות-המבחן

את ההשוואה בין תפקידי היועמ"ש בישראל לבין תפקידיהם של בעלי הסמכויות המקבילות במדינות השונות נמקד בכמה שאלות עקרוניות, הנחלקות לשאלות-משנה. השאלות שנבחרו הן אלה המשקפות את מידת הכוח שהיועץ מחזיק בידיו ביחס לממשלה במסגרת סמכויות הייעוץ והייצוג שלו. ראשית, נבדוק מי הם הנושאים בתפקידים המקבילים בכל מדינה בשים לב לכך שישנן הגדרות שונות לתפקיד בכל מדינה ובחלקן אין תפקיד אחד המקבץ את כל הסמכויות. שנית, נבחן אם התפקידים האמורים הם תפקידים פוליטיים – או לחלופין, עד כמה נושאי התפקידים כפופים לדרגים הפוליטיים – וזאת כמדד לעצמאותם של נושאי התפקידים. שלישית, נברר אם סמכויות הייעוץ והייצוג בלעדיות לנושאי התפקידים האמורים, וזאת כמדד לכוח שהם מחזיקים בידיהם אל מול השלטון. רביעית, נבחן אם בעלי התפקידים המקבילים הם "יועצים" במובן הפשוט של המילה. במסגרת זו נבחן אם הם יכולים לכפות את דעתם על הממשלה, אם הם מחויבים לסודיות הייעוץ, ואם הם מחויבים לייעץ רק לממשלה, ולא לגורמים חיצוניים. שאלות-משנה אלה נועדו לבחון אם מערכת היחסים בין נושא התפקיד לבין הממשלה נושאת אופי של שירות לממשלה או שמא אופי עצמאי וביקורתי כלפיה. לבסוף, נבחן אם קיימת הפרדה במדינות השונות בין סמכויות הייעוץ לבין סמכויות הייצוג, כדי לברר אם ההשקפה כי יש לבזר את מוקדי הכוח הללו ולמנוע את ניגודי העניינים הנובעים מאיחודם מקובלת באותן מדינות או שמא מקובל שם לאחדם. [ודוק, מדובר בשאלה נפרדת משאלת הפיצול בין תפקיד היועץ כתובע כללי לבין יתר תפקידיו – שלא נדון בה במסגרת זו].

להלן רשימת השאלות באופן מפורט וממוקד יותר:

1. שאלת נושאי התפקידים

- 1.1 מי הם נושאי התפקידים הרלוונטיים, והאם משרותיהם נושאות אופי פוליטי?⁵
- 1.2 מה היא דרך המינוי של נושאי התפקידים?
- 1.3 האם ביכולתה של הממשלה לפטר את נושא התפקיד, והאם אפשרות זו ממשית?

2. שאלת הייצוג⁶

2.1 האם המייצג רשאי להתנגד לעמדתה של הרשות השלטונית שאותה הוא מייצג ולקבוע באופן עצמאי את העמדה שתוצג בשמה בבית-המשפט, אף בניגוד לעמדתה?

2.2 האם רשות שלטונית רשאית להשתמש בייצוג חיצוני?

3. שאלת הייעוץ

3.1 האם עמדתו של מערך הייעוץ מחייבת? אם כן, את מי?

3.2 מהו היקף הייעוץ, ומי רשאי ליזום אותו?

3.3 האם הרשות השלטונית רשאית לפנות לייעוץ חיצוני?

3.4 האם היועץ המשפטי רשאי לייעץ לגורמים פרטיים בנוגע לפעולות הממשלה?

3.5 האם תוכן הייעוץ שניתן למדינה פומבי או שהוא נותר חסוי?

4. האם יש הפרדה בין הייעוץ לייצוג, כיצד היא נעשית ועד כמה היא מוחלטת?



ב. מחקר השוואתי

1. שאלת נושאי התפקידים

בארצות-הברית בעל הסמכויות המקבילות לאלה של היועמ"ש הוא ה-Attorney General (להלן: AG). את סמכויותיו אלה הוא מיישם בעזרת ה-Solicitor General (להלן: SG) וה-Office of Legal Counsel (להלן: OLC).

אופי תפקידו של ה-AG הוא פוליטי באופן מובהק. הוא מכהן כשר וכחבר קבינט העומד בראש משרד המשפטים של ארצות-הברית, ונושא, ככל שר, באחריות המיניסטריאלית למשרדו. משרד המשפטים כולו כפוף ל-AG, הוא נושא בכלל הסמכויות המנהליות והמשפטיות במשרד, ורשאי להאצילן בתוך המשרד כפי שיראה לנכון. עם זאת, הוא אינו נדרש להיות מומחה בתחום המשפט. ⁷ תפקידיו העיקריים של ה-AG הרלוונטיים למחקר-מדיניות זה הם ייעוץ לנשיא וייצוגו בבתי-משפט. ⁸ אולם, כפי שנראה להלן, ברבות השנים הואצלו הסמכויות הללו לגורמים אחרים הכפופים ל-AG. מינוי ה-AG נעשה על-ידי הנשיא ועובר את אישור הסנאט. ⁹ סמכות הפיטורים נתונה אף היא בידי הנשיא, ללא צורך באישור הסנאט.

ה-AG הוא נושא התפקיד שאליו הואצלה הסמכות לייצג את המדינה לפני בית-המשפט העליון, וכן הסמכות להחליט אם לערער בשם המדינה בערכאות הפדרליות. בדומה ל-AG, הוא ממונה על-ידי הנשיא באישור הסנאט, ובסמכותו של הנשיא לפטרו. ¹⁰ אך להבדיל מן ה-AG, על ה-SG להיות מלומד בתחום המשפט. ¹¹ ה-SG ממלא את תפקידיו תוך כפיפות מקצועית ל-AG, אשר רשאי אף ליטול מהראשון את סמכויותיו לפי ראות עיניו.

בערכאות הפדרליות הנמוכות הואצלה הסמכות לייצג את המדינה לעורכי-הדין המחוזיים, הנקראים U.S. Attorneys. הללו ממונים אף הם על-ידי הנשיא, ופיטוריהם נתונים לשיקול-דעתו. ¹² בתפקידים אלה ניכר חיזוק של הפן המקצועי אך תוך שמירה על אופיו הפוליטי של התפקיד. זאת, על-ידי דרך המינויים והפיטורים, וחשוב מכך – על-ידי שמירת כפיפות מוחלטת של כל המערך המתואר ל-AG. ¹³

ה-Law Officers Act, שקובע כי ה-SG יכול למלא כל תפקיד שנמצא בסמכותו של ה-AG, אם כי תוך שמירת הכפיפות לו.¹⁷

סמכויותיהם של שני בעלי תפקידים אלה הן רבות. בסקירתנו זו נתמקד בשתיים הרלוונטיות למחקר-מדיניות זה: ראשית, השניים הם היועצים המשפטיים הבכירים לממשלה; שנית, הם המפקחים על הליכי הליטיגציה המשמעותיים המתקיימים לפני ערכאות לאומיות, ערכאות בין-לאומיות וטריבונלים שיפוטיים של האיחוד האירופי.¹⁸

בקנדה, בדומה למצב בארצות-הברית ובבריטניה, ה-Attorney General (AG) הוא שר וחבר קבינט. הוא ממונה על-ידי המושל הכללי¹⁹ בהמלצת ראש הממשלה, ומקובל שהמושל מאמץ את המלצת ראש הממשלה. פיטורי ה-AG אף הם בסמכותו של המושל הכללי. ראש הממשלה יכול לבקש מה-AG להתפטר מתפקידו, ובמקרה של סירוב הוא יכול להמליץ למושל הכללי לפטרו. אף במצבים כאלה המושל מאמץ למעשה את המלצת ראש הממשלה.²⁰

החוק הקנדי קובע כי ה-AG הוא הממונה על מתן ייעוץ משפטי לממשלה ועל ייצוגה בבתי-המשפט.²¹ למעשה, ה-AG אינו מעורב אישית באופן אינטנסיבי בייעוץ ובייצוג, וסגן השר הוא שממלא תפקידים אלה. סגן השר הוא איש מקצוע, אולם גם מינויו ופיטוריו נתונים לשיקול-דעתה של הממשלה.²² באופן זה הממשלה חולשת על מינויים ופיטוריהם הן של המייעץ והמייצג הרשמי שלה והן של מי שנושא באחריות זו בפועל.

ה-OLC הוא מערך הייעוץ המשפטי של הממשל בארצות-הברית. בראש המערך עומד ה-AAG Assistant Attorney General. גם ה-AAG ממונה על-ידי הנשיא באישור הסנאט, והנשיא מוסמך לפטרו ללא צורך באישור הסנאט.¹⁴ תפקיד ה-OLC הוא למלא בעבור ה-AG את תפקיד הייעוץ המשפטי לנשיא ולמשרדים השונים.¹⁵

”בארצות-הברית סמכויות הייעוץ והייצוג של הממשל מרוכזות יחדיו בידיו של ה-AG, שהינו גורם פוליטי מובהק. סמכויות אלה הופרדו על-ידי האצלתם לגופים מקצועיים שונים, אך תוך שמירת כפיפותם לדרגים הפוליטיים.”

לסיכום, בארצות-הברית סמכויות הייעוץ והייצוג של הממשל מרוכזות יחדיו בידיו של ה-AG, שהינו גורם פוליטי מובהק. סמכויות אלה הופרדו על-ידי האצלתם לגופים מקצועיים שונים, אך תוך שמירת כפיפותם לדרגים הפוליטיים.

בבריטניה ה-Attorney General (AG) הוא אחד משרי הממשלה וחבר באחד מבתי-המחוקקים.¹⁶ ה-Solicitor General (SG), שאף הוא שר בממשלה וחבר פרלמנט, הוא סגנו של ה-AG, וממלא את תפקידו בכפיפות לו. הסמכות למנות ולפטר את השניים מסורה לראש הממשלה. שני התפקידים נושאים אפוא אופי פוליטי מובהק. בשנת 1997 נכנס לתוקף

יתרה מזו, אף שאין הדבר שכית,³¹ במקרים שבהם בחרו הנשיא או ה-AG להתערב בעבודתו של ה-SC, הייתה כפיפותו של האחרון מוחלטת. Drew Days, שהיה ה-SC בשנים 1993-1996, פרסם מאמר שבו הוא מפרט מקרים שונים של מחלוקת שהתגלעו בין ה-SC לבין ה-AG או הנשיא. בכל המקרים הללו נשמרה זכות ההכרעה ל-AG ומעליו לנשיא. לשם המחשה נביא שתי דוגמאות לדבר:

במקרה הראשון התגלעה מחלוקת בין Days לבין מי שהייתה ה-AG בתקופתו. המחלוקת סבה על-אודות השאלה אם להתנגד לבקשת ערעור של צד שכנגד המדינה, כפי שסבר Days, או להסכים לעצם ניהולו של הליך הערעור, להופיע לפני בית-המשפט ולתמוך בלב שלם בהחלטה מן הערכאה הקודמת, כפי שסברה ה-AG. Days כותב כי היו נסיונות כנים להגיע להסכמה, אולם משאלה נכשלו, היה ברור כי המילה האחרונה שמורה ל-AG.³²

המקרה השני התרחש בתקופת כהונתו של ג'ורג' בוש כנשיא ארצות-הברית. העניין היה תמיכתה הכספית של מדינת מיסיסיפי במכללות שבאופן מסורתי תלמידיהן היו שחורים. בשלב המוקדם של התיק טען ה-SC כי אין להטיל חובה משפטית על מיסיסיפי להעניק את התמיכה הכספית, אולם לאחר שהנשיא בוש נפגש עם כמה מנשיאי המכללות, הוא דרש מה-SC להפוך את עמדת המדינה ולקבוע כי צריכה להיות תמיכה כזו, וכך אכן היה.³³

בגרמניה אין גוף המרכז את האחריות למתן ייעוץ לממשלה ולייצוגה. כל משרד ממשלתי מעסיק באופן עצמאי עורכי-דין על-מנת שיטפלו בענייניו המשפטיים, הן בתחום הייעוץ והן בתחום הייצוג, ולכל משרד נתון שיקול-דעת בנוגע למבנה המחלקה המשפטית שלו. אין בגרמניה חוק או פרוצדורה בנוגע לאופי מינוים של עורכי-הדין במחלקה המשפטית, אך בדרך-כלל הם ממונים כעובדי ציבור (civil servants), ולפיכך החוק הכללי הנוגע במינוים ובפיטוריהם של עובדי ציבור רלוונטי גם כלפיהם.²³

הגורם האחראי למתן ייעוץ לממשלה בכללותה ולייצוגה הוא משרד המשפטים, ובראשו שר המשפטים, שהוא כמובן תפקיד פוליטי.²⁴ המשרד מחולק לשש מחלקות: משפט אזרחי, משפט פלילי, משפט כלכלי ומסחרי, משפט חוקתי, משפט מנהלי ומשפט בין-לאומי.²⁵ בראש כל מחלקה עומד ה-Directorate General (DG), הממונה על-ידי השר כמינוי פוליטי, ולשר נתונה הסמכות להעבירו מתפקידו בכל עת.²⁶

2. שאלת הייצוג

בארצות-הברית, כפי שראינו לעיל, הגורם המוסמך בכל הנוגע בייצוג הוא ה-AG, אשר האציל את סמכותו ל-SC. כאמור, כפיפותו של ה-SC ל-AG מאפשרת פיקוח פוליטי על עבודתו.²⁷ גם כותבים המדגישים את עצמאותו של ה-SC רחוקים מלאפיין אותו כרשות עצמאית. ראשית, מדובר בעצמאות שמקורה בנוהג ואשר אינה מעוגנת בחוק או בפסיקה.²⁸ נוסף על כך, הנוהג אינו מבוסס על הרציונל של הפרדת רשויות אלא על נוחיות וחלוקת עבודה יעילה.²⁹ לבסוף, יש לציין כי ה-AG מעניק ל-SC עצמאות מתוך רצון לשמר מוניטין עצמאי בשירות הנשיא.³⁰

בבריטניה, להבדיל מארצות-הברית, מערך הייצוג מבוסס על מיקור חוץ. בראש המערך עומד ה-Treasury Solicitor's Department (TSol),³⁶ הנמצא תחת פיקוחו של ה-AG. מחלקה זו אחראית לניהול רשימות הפרקליטים הרשאים לייצג את המדינה, הנקראות "פנלים". הפרקליטים הנמנים עם פנלים אלה אינם עובדי מדינה, אלא עורכי-דין פרטיים.

"בכל הנוגע בייצוג הנשיא בארה"ב ה-SCג כפוף לדרג הפוליטי, הן ל-AG והן לנשיא, והם רשאים להכתיב לו את העמדה שהוא יציג בשם המדינה בבית-המשפט."

יש ארבעה פנלים של עורכי-דין – שלושה בלונדון ואחד כללי. הפנלים של לונדון מאורגנים בשלוש דרגות שונות, בהתאם למומחיותם של עורכי-הדין. תהליך הקבלה הוא תחרותי, ומדי תקופה ניתן להתמודד מחדש על כניסה לרשימות או על מעבר לרשימה מכובדת יותר. עורכי-הדין המופיעים בפנל מקבלים שכר-טרחה לפי שעת עבודה. המחלקה אינה מתחייבת לספק עבודה לעורכי-הדין הנמצאים ברשימה, אם כי היא משתדלת לעשות כן.³⁷

לסיום נביא את דבריו של Days המתארים את הריאיון שערך לו הנשיא ביל קלינטון בטרם קבלתו לתפקיד ה-SCג. כאשר שאל אותו הנשיא מה היא מערכת היחסים ביניהם, השיב Days כך:

"I responded, 'Mr. President, it is very simple. You are in the Constitution and the Solicitor General is not.' That statement certainly let the President know that I would defer to his authority.³⁴"

אם כן, בכל הנוגע בייצוג הנשיא ה-SCג כפוף לדרג הפוליטי, הן ל-AG והן לנשיא, והם רשאים להכתיב לו את העמדה שהוא יציג בשם המדינה בבית-המשפט.

משרדי הממשלה מיוצגים בבתי-המשפט על-ידי ה-SCג, והם אינם רשאים לפנות לייצוג פרטי.³⁵ אולם אם ה-SCג מסרב לייצג את עמדתו האוטנטית של המשרד, השרים רשאים לפנות ל-AG או לנשיא, ולהם נתונה המילה האחרונה. אם נרצה, מערכת היחסים של השרים עם ה-SCג אינה שונה ממערכת היחסים שבין השרים השונים בממשל האמריקאי לבין משרד האוצר. לכאורה, משרד האוצר שולט בתקציבי הממשלה, אולם אם פקיד במשרד האוצר מסרב להפנות תקציבים למשרד, השר העומד בראשותו יכול לפנות אל שר האוצר או אל הנשיא, הנושאים בסמכות העליונה להורות על העברת התקציב.

בגרמניה, כאמור, ייצוג המשרדים נעשה על-ידי מחלקות משפטיות פנימיות במשרדים. עורכי-הדין במשרד כפופים לחלוטין לשר, ואינם יכולים לפעול בניגוד לדעתו ולעמדתו. כמו-כן אין מניעה שהשר יפנה במקרה הצורך אל עורך-דין פרטי מחוץ למשרד.⁴¹ הממשלה הפדרלית בכללותה מיוצגת על-ידי משרד המשפטים באמצעות המחלקה הרלוונטית, תוך כפיפות לשר המשפטים.⁴²

”בגרמניה, ייצוג המשרדים נעשה על-ידי מחלקות משפטיות פנימיות במשרדים. עורכי-הדין במשרד כפופים לחלוטין לשר, ואינם יכולים לפעול בניגוד לדעתו ולעמדתו. כמו-כן אין מניעה שהשר יפנה במקרה הצורך אל עורך-דין פרטי מחוץ למשרד.”

”בבריטניה, משרדי ממשלה המבקשים לעצמם ייצוג מחויבים לפנות לעורך-דין פרטי המופיע ברשימות, אולם הם יכולים לבחור מתוכן כל פרקליט שירצו. כך, מטבע הדברים, יבחר המשרד הממשלתי בעורך-דין המייצג את עמדתו האותנטית.”

משרדי ממשלה המבקשים לעצמם ייצוג מחויבים לפנות לעורך-דין פרטי המופיע ברשימות, אולם הם יכולים לבחור מתוכן כל פרקליט שירצו. כך, מטבע הדברים, יבחר המשרד הממשלתי בעורך-דין המייצג את עמדתו האותנטית בצורה הטובה ביותר. התנהלות זו מייצרת את הדיון בשאלת סמכות ההכרעה במקרה של מחלוקת בין המייצג והמיוצג. כמו-כן, עורך-דין שכבר נבחר לייצג משרד ממשלתי בתיק מסוים יימנע מלייצג את המשרד בחוסר נאמנות, שכן התנהלות כזו תפגע בסיכוייו לקבל עבודה נוספת בעתיד.

בקנדה הממונה על ייצוג המדינה הוא העוזר למשנה ל-AG (Assistant Deputy Attorney General), הכפוף ל-AG. התפיסה המקובלת היא כי ל-AG יש עצמאות בנוגע לתביעות פליליות, אולם בייצוג הלב-פלילי ה-AG חייב באחריות הקולקטיבית של הממשלה, ואם ירצה לחלוק על עמדתה, הוא יצטרך לפרוש מתפקידו.³⁹ אם מוגשת בקשה לייצוג חיצוני, הדבר נתון להחלטתו של ראש המחלקה הרלוונטית במשרד המשפטים, בכפוף להתייעצות עם השר העומד בראש המשרד הרלוונטי.⁴⁰

3. שאלת הייעוץ

אף-על-פי שה-AG באותה תקופה Griffin Bell תמך בחוות-דעתו של ראש ה-OLC. יש לציין כי הנשיא קרטור בחר למנות את Bell מתוך רצון לשוות למשרד המשפטים מוניטין עצמאי יותר. לנוכח זאת יש חשיבות רבה לדבריו של Bell במכתב שכתב לנשיא בעקבות אותה פרשה:

“While no one likes to be overruled, I respect your authority to do so, for you, as President, are the one who is ultimately responsible under the Constitution, and to the people, for the actions of this government.”⁴⁹

בנוגע ליתר משרדי הממשלה יש להבדיל בין מקרים שבהם מדובר בפנייה על רקע חילוקי-דעות בין משרדי ממשלה לבין פנייה עצמאית של משרד לשם קבלת חוות-דעת. כאשר מדובר במחלוקת בין גופים ממשלתיים, הגופים חייבים כאמור להביא את מחלוקתם לפני ה-OLC לפני שהם פונים לבית-משפט.⁵⁰ בהיבט זה יש בידי ה-OLC כוח רב ביחס למשרדי הממשלה, אך אין בידיו לכפות הכרעה על הצדדים במקרה שבו הם מעדיפים להתפשר ביניהם בניגוד לדעתו. נוסף על כך, יש לזכור כי מדובר במחלוקת בין עמדות של שני גופים ממשלתיים, כך שבין אם תתקבל הכרעה לטובת האחד ובין אם תתקבל הכרעה לטובת האחר, אין מדובר בעמדה של ה-OLC הנוגדת את העמדה הממשלתית. כמו-כן, ה-OLC מדגיש כי קודם שייתן חוות-דעת שתכריע במחלוקת, הוא ידרוש מכל אחד מהצדדים להגיש את חוות-דעתו המשפטית העצמאית בעניין, וזאת לאור תפיסת ה-OLC כי הוא מחויב לבחון את מכלול השיקולים ולהתחשב בעמדתם של משרדי הממשלה.⁵¹

כאמור, **בארצות-הברית** משרד ה-OLC הוא הממונה על הייעוץ למדינה. ניתן לחלק את תפקידי המשרד לשלושה:

א. ייעוץ לנשיא - המשרד עונה על שאלות שלשכת הנשיא מפנה אליו, וכן מופקד על העריכה המשפטית והצורנית של הוראות הנשיא והחלטותיו.⁴³

ב. ייעוץ למשרדים השונים - משרד ה-OLC עונה על שאלות משפטיות שמשרדי הממשלה השונים מפנים אליו. לרוב אלה שאלות משפטיות בדרגת חשיבות גבוהה הנוגעות בסוגיות חוקתיות.⁴⁴

ג. פתרון סכסוך בין גופים ממשלתיים - בשנת 1979 חתם הנשיא על הוראה שלפיה אם התגלעה מחלוקת משפטית בין גופים ממשלתיים והם אינם מצליחים ליישבה בכוחות עצמם, מומלץ שהם יפנו אותה ל-AG. עוד קבעה ההוראה כי לפני כל פנייה לבית-משפט במצב של מחלוקת בין גופים ממשלתיים מסוימים יש חובה לפנות ל-AG, למעט אם קיימת הוראה סטטוטורית הקובעת אחרת.⁴⁵ את הסמכות הזו האציל ה-AG למשרד ה-OLC.⁴⁶

חוות-הדעת של ה-OLC אינן מחייבות את הנשיא, ואין מחלוקת בעניין סמכותו לפעול בניגוד להן.⁴⁷ בספרות מובאות דוגמאות למקרים שבהם נשיאים, לאחר ששמעו את חוות-דעתם של ה-AG ושאר הפרקליטים, כתבו חוות-דעת נוגדות, וקבעו כי אלה צריכות להנחות את ה-AG ביישום החוק.⁴⁸ לדוגמה, הנשיא קרטור פעל בניגוד לעמדת ה-OLC בנוגע לשאלת היכולת לסבסד בעלי תפקידים בבתי-ספר דתיים לאור עקרון הפרדת הדת והמדינה, וזאת

דעת לגבי שאלות שסביר שיעלו לדיון בבית- המשפט.⁵⁹ מעל לכל אלה חשוב לשוב ולהזכיר כי הנשיא, לכל הדעות, אינו כפוף לחוות-דעתו של ה-OLC. לפיכך, גם אם יש כפיפות מסוימת של משרדי הממשלה ל-OLC, פתוחה לפנייהם הדרך לפנות אל הנשיא, וזה רשאי לבטל את דעת ה-OLC מפני דעתו.

”הנשיא, לכל הדעות, אינו כפוף לחוות-דעתו של ה-OLC. לפיכך, גם אם יש כפיפות מסוימת של משרדי הממשלה ל-OLC, פתוחה לפנייהם הדרך לפנות אל הנשיא, וזה רשאי לבטל את דעת ה-OLC מפני דעתו. חוות-הדעת של ה-OLC הן חסויות, מתוך תפיסה של יחסי עורך-דין-לקוח. לנוכח זאת יימנע ה-OLC אף מלהעביר עותק של הפנייה למשרד ממשלתי אחר ללא אישורו של המשרד שפנה אליו. כמו-כן, ה-OLC אינו מוסמך לתת חוות-דעת לגורמים פרטיים, והוא רשאי להעניק חוות-דעת אך ורק בתגובה לפניות של משרדי הממשלה.”

בנוגע לפנייה עצמאית יזומה של משרד ממשלתי אל משרדי ה-OLC – ראשית, ל-OLC אין בלעדיות על חיווי-הדעת המשפטי; כל המשרדים חופשיים להעסיק עורכי-דין לפי שיקול-דעתם, ואלה כפופים לשר העומד בראש המשרד.⁵² נוסף על כך, ה-OLC אינו יוזם חוות-דעת בעצמו, אלא רק עונה על שאלות שהופנו אליו על-ידי המשרדים.⁵³ עם זאת, כאשר משרד פונה באופן עצמאי אל ה-OLC, בדרך-כלל הוא מכבד את חוות-דעתו של האחרון, ורואה את עצמו מחויב לה.⁵⁴

אולם שנים רבות קיימת מחלוקת בין משפטנים בשאלה אם עמדת ה-OLC מחייבת את שרי הממשלה.⁵⁵ באופן כללי ניתן לומר כי יש שלוש דעות בנושא. האחת היא שיש להתייחס לחוות-הדעת של ה-OLC כאל חוק מחייב, אלא אם כן נקבע אחרת על-ידי ה-AG או על-ידי בית-המשפט. דעה אחרת היא שעמדת ה-OLC היא רק עצה שנועדה לעזור לראשי המחלקות בקביעת עמדתם בנוגע לשאלות משפטיות. דעה שלישית היא עמדת-ביניים שלפיה ראוי שעמדת ה-AG תנחה את משרדי הממשלה כיצד לפעול, אך לא נקבעת חובה חד משמעית לפעול לפיה.⁵⁶ מכל מקום, דיון זה הוא תיאורטי בעיקרו, שכן ה-OLC מודע לאפשרות שהמשרדים יחרגו מחוות-דעתו,⁵⁷ והוא קבע נוהל שלפיו הוא מבקש מהמשרדים להתחייב מראש (התחייבות בלתי-משפטית) לכבד את חוות-דעתו כתנאי לנתינתה.

מעבר לכך, ה-OLC עצמו פיתח מנגנונים אשר מצמצמים את תחולת ההשפעה שלו. ראשית, המשרד עונה רק על שאלות צופות פני עתיד, ואינו בוחן פעולות שכבר נעשו בעבר.⁵⁸ שנית, המשרד עונה רק על שאלות שיש להן השלכות קונקרטיות, ולא על שאלות עקרוניות בעלמא. הוא נמנע ממתן סקירה כללית של המשפט וכן ממתן חוות-דעת רחבה או מופשטת. כפי שנראה בהמשך, ה-OLC אף נמנע ממתן חוות-

כבר באמצע המאה התשע-עשרה התפתח נוהג שלפיו הייעוץ שניתן לממשלה, על משרדיה השונים, הוא סודי. לפי מוסכמה זו, לא רק תוכן הייעוץ הוא סודי, אלא אף עצם השאלה אם הממשלה טרחה להתייעץ עם ה-Law Officers. נוסף על כך, לא זו בלבד שחוות-הדעת אינה נחשפת לפני הציבור, היא אף אינה גלויה לפרלמנט. עם הזמן עוגנה מוסכמה זו גם בחקיקה, וכיום היא קבועה בקוד המיניסטריאלי:

2.13" The fact that the Law Officers have advised or have not advised and the content of their advice must not be disclosed outside Government without their authority.⁶⁶

"בבריטניה, כבר באמצע המאה התשע-עשרה התפתח נוהג שלפיו הייעוץ שניתן לממשלה, על משרדיה השונים, הוא סודי... עם הזמן עוגנה מוסכמה זו גם בחקיקה, וכיום היא קבועה בקוד המיניסטריאלי."

בשנת 1865 הסביר ראש הממשלה דאז את הרעיון העומד מאחורי הנוהג. לדבריו, הסיבה שחוות-הדעת אינן מוצגות לפני בית-הנבחרים היא הרצון לוודא שהן יהיו כנות וממצות; אם ה-Law Officers ידעו שחוות-דעתם תפורסם, יש חשש שהם יהיו זהירים יתר על המידה בביטוי דעותיהם.⁶⁷ הסבר זה מאיר את תפיסת תפקידם של ה-Law Officers בבריטניה. לפי

חוות-הדעת של ה-OLC הן חסויות, מתוך תפיסה של יחסי עורך-דין-לקוח.⁶⁰ לנוכח זאת יימנע ה-OLC אף מלהעביר עותק של הפנייה למשרד ממשלתי אחר ללא אישורו של המשרד שפנה.⁶¹ כמו-כן, ה-OLC אינו מוסמך לתת חוות-דעת לגורמים פרטיים, והוא רשאי להעניק חוות-דעת אך ורק בתגובה לפניות של משרדי הממשלה.⁶²

בבריטניה לכל משרד בממשלה יש מחלקת ייעוץ משפטי נפרדת. עורכי-הדין במחלקות הללו מתמנים על-ידי מערך גיוס מיוחד של עורכי דין בשירות המדינה, Government Legal Service (GLS), ולעיתים קרובות עוברים משרד למשרד. אף שכל משרד ממשלתי מחזיק יועצים משפטיים משלו, יש מצבים שבהם המשרד מחויב לפנות אל ה-Law Officers (ה-AG וה-SC) על-מנת לקבל את חוות-דעתם. מצבים אלה מוגדרים בקוד המיניסטריאלי של אנגליה כך:

2.10"The Law Officers must be consulted in good time before the Government is committed to critical decisions involving legal considerations.⁶⁴

ה-Law Officers נעזרים במחלקה משפטית מצומצמת של כחמישה-עשר עורכי-דין, המושאלים להם לתקופות זמן קצובות על-ידי הלשכות המשפטיות של משרדי הממשלה השונים כדי לסייע להם בעבודתם.⁶⁴ ה-Law Officers הם יועצי הממשלה, ולפיכך הם אינם רשאים להשיב על כל פנייה משפטית מגורם פרטי.⁶⁵

"There is a further protection to the law officers in that there is a convention of the House of Commons that a Minister who faces criticism must defend his policy or action himself without attempting to hide behind the law officers' opinion. This means that the Minister who is advised by the law officers that he cannot do something simply has to say 'I just cannot do this.' He is not allowed to say, 'I cannot do it because the Attorney-General tells me that I cannot.'⁷⁰

שר שיידרש להסביר לפני הפרלמנט מעשה או מחדל יצטרך לעשות זאת בנימוקים משל עצמו; הטענה כי ה-Law Officers אמרו לו כי הדבר פסול, אסור או בלתי-אפשרי לא תהא קבילה. מדברים אלה עולה כי על שרי הממשלה מוטלת האחריות – ולפיכך גם מסורה הסמכות – להחליט אם לפעול בהתאם לייעוץ המשפטי שקיבלו או בניגוד אליו.

כך או כך, מקורות המשפט הבריטי אינם מטילים על הממשלה כל חובה לאמץ את חוות-הדעת של יועציה המשפטיים.

בקנדה סמכות הייעוץ נתונה לסגנו של ה-AG, אולם הייעוץ נעשה בפועל במחלקות האחראיות לתחומים המשפטיים הספציפיים במשרד המשפטים.⁷¹ משרד המשפטים "משאיל" לעיתים את עורכי-הדין שלו למשרדים על-מנת שיעצו להם באופן בלעדי, אולם גם היועצים המושאלים כפופים ל-AG. נוסף על כך קיימת אפשרות של גיוס ייעוץ משפטי מן החוץ, אך גיוס כזה מצריך את אישורו של ה-AG או של אדם מטעמו.⁷²

תפיסה זו, המדינה זקוקה לעורכי-דין שיספקו חוות-דעת מקיפות, ולעיתים אף ביקורתיות, כאינטרס פנימי של ממשלה אשר רוצה לוודא כי היא אכן מתנהלת על-פי חוק, ואינה רוצה למצוא את עצמה חשופה לתביעות משפטיות. אולם אין מדובר במערך ביקורת חיצוני שמרסן את הממשלה או שאמור להגן על "האינטרס הציבורי" מפניה.

יש לציין כי ל-Law Officers נתונה הסמכות לחרוג מן המוסכמה ולפרסם את חוות-דעתם. עם זאת, בהתחשב בכך שהם חלק מן הממשלה, סביר להניח שהם לא ירצו לפגוע בחבריהם באמצעות פרסום חוות-דעת המנוגדות לעמדת הממשלה – ולגרום בכך נזק פוליטי גם לעצמם – למעט במקרים קיצוניים ביותר.

האם חוות-הדעת של ה-Law Officers בבריטניה מחייבות את הממשלה? מבחינת המשפט הפורמלי אין כל הוראת חוק או פסיקה המחייבת את הממשלה לנהוג על-פי חוות-הדעת של ה-Law Officers. מבחינת הפרקטיקה הנוהגת קשה לענות על שאלה זו לחיוב או לשלילה, לנוכח העובדה שהמוסכמה בדבר סודיות הייעוץ נשמרת בבריטניה באדיקות.⁶⁸ לדעתנו, לא ברור כלל מהי משמעותה של מחויבות אפשרית כלפי חוות-הדעת של יועץ אם איש אינו יודע את תוכנה פרט לנועץ וליועץ, ואם היועץ עצמו מכהן במינוי פוליטי מטעם הנועץ. קשה לתאר סיטואציה שבה יוכלו היועצים לממש מחויבות כזו בתנאים של סודיות גם אם תעוגן נורמה מחייבת כזו בדין.⁶⁹ על תפיסת היחס בין חוות-הדעת לבין האחריות האישית של השרים ניתן לעמוד גם מדבריו של Elwyn Jones, אשר כיהן בתפקיד ה-AG הבריטי בשנים 1964-1970:

בדומה למצב באנגליה, גם חוות-הדעת של משרד המשפטים בקנדה אינן מתפרסמות, מתוך תפיסה של חיסיון יחסי עורך-דין - לקוח. הממשלה - ולא ה-AG - היא שקובעת אם לפרסם את חוות-הדעת.⁷⁷ משרד המשפטים מנוע גם מלתת לגורם פרטי כל ייעוץ, חוות-דעת או אף מידע משפטי, מחשש שהדבר ייחשב חוות-דעת משפטית הניתנת לגורם זולת הממשלה.⁷⁸

בגרמניה הייעוץ למשרדים נעשה על-ידי המחלקות המשפטיות הפנימיות של המשרדים הממשלתיים, ואילו הממשלה הפדרלית מקבלת ייעוץ ממחלקת הייעוץ המשפטי במשרד המשפטים, שאף מנסחת את החקיקה הממשלתית. כמו-כן, כל הצעת חוק של משרד ממשלתי עוברת בחינה של מחלקה חוקתית, מחלקה מנהלית ומחלקת משפט בין-לאומי, השייכות כולן למשרד המשפטים, כדי לוודא שהן תואמות את החוקה ואת המשפט הבין-לאומי ולייעץ למשרד הממשלתי בהתאם.⁷⁹

אין מניעה שהשר הרלוונטי יפנה לגורם חיצוני לצורך קבלת ייעוץ, כל עוד אין מדובר בעניינים סודיים וכל עוד אין התנגדות פוליטית של שרים אחרים.⁸⁰ באשר לשאלת החובה לפעול בהתאם לייעוץ המשפטי, אין הבדל בין חוות-דעתו של יועץ משפטי לבין חוות-הדעת של כל עובד מדינה אחר. היועצים המשפטיים כפופים לשר העומד בראש המשרד, ולא למשרד המשפטים או לקנצלר.⁸¹ המשרד אינו רשאי לתת חוות-דעת משפטית כלשהי לגורם מחוץ לממשלה, וחוות-הדעת שלו משמשות את הממשלה בלבד.⁸²

הייעוץ המשפטי אינו מחייב את הממשלה או את המשרד הממשלתי הרלוונטי.⁷³ אומנם יש גישות אקדמאיות בקנדה שלפיהן במקרה שהממשלה אינה מקבלת את חוות-דעתו של ה-AG הוא צריך לעתור נגד המדינה,⁷⁴ אולם מדובר בהצעה תיאורטית בלבד, מכיוון שמשמעות הדבר היא שיהיה עליו לפרוש מתפקידו, ואם לא יעשה כן, סביר להניח שראש הממשלה יפטר אותו. כמו-כן, טענה זו לא הושמעה מעולם מפי AGs מכהנים או מפי כאלה שביהנו בעבר. יש לשער כי במקרה כזה ינסו הצדדים לשכנע זה את זה,⁷⁵ ואם הדבר לא יעלה בידם, יבטל ה-AG את עמדתו מפני עמדתם של הממשלה והשרים, באשר סמכות ההכרעה נתונה להם.⁷⁶

”בדומה למצב באנגליה,

גם חוות-הדעת של

משרד המשפטים בקנדה

אינן מתפרסמות, מתוך

תפיסה של חיסיון ביחסים

שבין עורך-דין ולקוח...

משרד המשפטים מנוע גם

מלתת לגורם פרטי כל ייעוץ,

חוות-דעת או אף מידע

משפטי, מחשש שהדבר

ייחשב חוות-דעת

משפטית הניתנת לגורם

זולת הממשלה.”

4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ לבין ייצוג

בארצות-הברית, כפי שראינו לעיל, סמכות הייעוץ וסמכות הייצוג נתונות שתיהן ל-AC. בעבר תפקד בפועל גם משרד ה-OLC כחלק ממערך ה-SG, אולם בשנת 1933 הוא הופרד סטטוטורית.⁸³ להפרדה המנהלית בין שני המשרדים נלווית תפיסה עקרונית לפיה יש להשאיר את שני התחומים נפרדים מתוך זהירות. בחוזר של משרד ה-OLC נאמר כך:

"As a prudential matter, OLC generally avoids opining on questions likely to arise in pending or imminent litigation involving the United States as a party..."⁸⁴

מה מקורה של אותה זהירות? נראה שאפשר להתחקות אחר שורשיה בעזרת דבריו של Homer Cumming, אשר כיהן כ-AG בשנים 1933-1939, לגבי מתן חוות-דעת בנוגע לחוקתיותו של חוק לאחר שהתקבל.⁸⁵ לדבריו, ביטוי השגות על החוק בשלב זה ייצור בעייתיות כאשר ה-AG יהיה מחויב מתוקף תפקידו להגן על החוק לפני בית-המשפט העליון. נוסף על כך Cumming מעיר על הבעיה הטקטית שתיווצר אפילו במצבים שבהם עמדת הייעוץ תומכת בחוק, בשל העובדה שבעל-הדין של הממשלה יהיה חשוף לטיעון המשפטי של הממשלה במועד מוקדם מדי.⁸⁶ לפיכך יש למנוע מצב שבו הגורם שמייצג את הממשלה בהליכים משפטיים יהיה גם זה שמייעץ ומחווה את דעתו באופן אובייקטיבי בנוגע לחוקיות פעולותיה בשלב מוקדם יותר.

סיבה נוספת לחלוקה שהובאה בספרות, הפעם מצידו של ה-OLC, נובעת מן ההבנה שדין ניתוח משפטי הקודם לביצוע פעולה אינו כדין טענות משפטיות המיועדות להגן על פעולה שכבר ננקטה.⁸⁷ מכיוון שמצד אחד ה-OLC אינו מעוניין לוותר על מוניטין של דייקנות וקפדנות בייעוץ, ומצד אחר הוא אינו מעוניין להיכנס לקונפליקט עם ה-SG, משרד ה-OLC אינו מעניק ייעוץ ואינו עוסק בסוגיות הנמצאות בהליך משפטי או שיש סיכוי סביר שהן יגיעו להליך משפטי. נמצא כי לצד הפיצול שיצר הקונגרס בין המחלקות, פיתח גם ה-OLC עצמו נהלים פנימיים של זהירות כדי שתחומי הייעוץ לא ייגעו בתחומי הייצוג.

בבריטניה, כאמור, יש הפרדה מלאה בין הייעוץ, אשר נעשה בתוך המחלקות המשפטיות על-ידי עובדי המחלקה במשרד הממשלתי, לבין הייצוג, אשר נעשה על-ידי עורכי-דין פרטיים מן הפנלים שנועדו לכך.⁸⁸

בגרמניה אין הפרדה בין הייעוץ לבין הייצוג, ושניהם נעשים על-ידי המחלקות המשפטיות הפנים-משרדיות.⁸⁹

בקנדה, אף שהייעוץ והייצוג מופרדים בהתאם לסמכויות הנתונות למחלקות שונות, לא נמצאו מנגנונים שנועדו ליצור הפרדה מהותית ומניעת חפיפה בין המחלקות.





ג. המצב בישראל

1. שאלת נושאי התפקידים

בישראל הממונה על היעוץ לממשלה ועל ייצוגה הוא היועץ המשפטי לממשלה. בעבר היה מקובל שבידי הממשלה הסמכות לפטר את יועצה המשפטי אם רצונה בכך. דרך המינוי הייתה על-פי חוק שירות המדינה (מינויים) ועל-פי הוראות הממשלה שפורסמו מכוח סעיף 5 לאותו חוק ביום 30.6.1960.⁹⁰ לפי הוראות אלה, הממשלה הייתה עצמאית לחלוטין למנות את היועמ"ש על-פי המלצת שר המשפטים.⁹¹ אולם, ועדת שמגר שמונתה בעקבות פרשת בר-און⁹² המליצה בשנת 1998 על שינוי דרך מינויו של היועמ"ש.⁹³ הממשלה אימצה את דוח הוועדה, וקבעה את דרך המינוי הבאה:⁹⁴

א. תוקם ועדת איתור קבועה אשר תסנן את המועמדים הראויים, ומתוכם תמנה הממשלה יועץ משפטי.⁹⁵ משך כהונתה של כל ועדה יהיה ארבע שנים.

ב. יושב-ראש הוועדה יהיה שופט בית-משפט העליון בדימוס, אשר ייבחר בידי נשיא בית המשפט העליון באישור שר המשפטים. שאר חברי הוועדה יהיו: שר משפטים לשעבר או יועץ משפטי לשעבר שימונה על-ידי הממשלה; חבר-כנסת שייבחר על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט; איש אקדמיה מתחום המשפטים שימונה על-ידי פורום שחברים בו גם דקני הפקולטות למשפטים; עורך-דין שייבחר על-ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין.

ג. אורך הקדנציה של היועמ"ש יהיה שש שנים, ללא הארכה וללא קשר לכהונת המשלה.

ד. הממשלה רשאית להעביר את היועץ מתפקידו בשל עילות ספציפיות, המפורטות בדוח. עילות אלה כוללות, לצד נסיבות אישיות של היועץ, גם חילוקי-דעות בין היועץ לבין הממשלה המונעים שיתוף-פעולה יעיל. במקרה כזה תתכנס ועדת האיתור, תדון בעניין ותמסור לממשלה את דעתה בכתב. אולם, דעת הוועדה אינה מחייבת והממשלה רשאית להחליט לפטר את היועץ גם נגד דעת הוועדה. ליועץ תהיה זכות שימוע הן מול הממשלה והן מול הוועדה.

”התפיסה על פיה היועמ”ש מחויב להגן על עמדת המדינה לא החזיקה מעמד שנים רבות, ועם הזמן השתלטה תפיסה המעניקה ליועץ המשפטי עצמאות בייצוג המדינה.”

אולם תפיסה זו של מחויבות היועמ”ש להגן על עמדת המדינה לא החזיקה מעמד שנים רבות, ועם הזמן השתלטה תפיסה המעניקה ליועץ המשפטי עצמאות בייצוג המדינה. שינוי המגמה החל בשנות השבעים, בתקופת כהונתו של היועץ המשפטי מאיר שמגר אשר סירב בפומבי להגן על עמדת המדינה בפרשת זיידמן. בפרשה זו סירב שר הפנים לרשום גיורת רפורמית כיהודייה. תיק זה לא נידון בסופו של דבר בבית-המשפט, אולם הייתה זו הפעם הראשונה שבה סירב יועץ משפטי להגן על עמדת המדינה. המקרה הבא היה בשנת 1986, בתקופת היועץ המשפטי זמיר, בפרשת לאור נ’ המועצה לביקורת סרטים ומחזות. מן העמדה שהביע זמיר לפני בית-המשפט עולה כי לגוף ממשלתי אין זכות להביע את שיקוליו ולהסביר את החלטתו לפני בית-המשפט בניגוד לעמדת היועמ”ש. נוסף על כך עולה מעמדתו של זמיר כי מינויו של פרקליט פרטי שייצג את המדינה הוא מסמכותו של היועמ”ש וכפוף לשיקול-דעתו.⁹⁸

עם הזמן מצאה לה תפיסה זו ביטוי גם אצל שופטי בית-המשפט העליון, אשר אף עיגנו אותה בפסיקה.⁹⁹ בעניין אמיתי חייב בית-המשפט את ראש הממשלה לפטר את סגן השר פנחסי על רקע הגשת כתב אישום נגדו, תוך כתיבת דברים נחרצים לעניין ייצוגו של

היועץ המשפטי לממשלה קבע בהנחיה⁹⁶ כי היועצים המשפטיים למשרדים השונים כפופים אליו מבחינה מקצועית, אף שמבחינה מנהלית הם כפופים למשרדם.

2. שאלת הייצוג

סמכותו הבלעדית של היועץ המשפטי לייצג את המדינה בפני בג”ץ לא מעוגנת בחוק כלשהו. סמכותו של היועץ המשפטי לייצגה בהליכים אזרחיים מעוגנת בסעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי”ח-1958, אולם החוק אינו מפרט מה סמכותו כוללת, ואינו מגדיר את היחסים בין היועץ לבין הממשלה:

”4. בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו.”

כותבים שונים מייחסים בטעות לסעיף זה הסמכה של היועץ לייצוג המדינה גם בפני בג”ץ (ראו לדוגמה הע”ש 91 אצל לבונטין ”ייצוג המדינה בבג”ץ”) אך סעיף 10 באותו החוק קובע מפורשות כי החוק כולו אינו חל ”על ענינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק”.

בראשית שנותיה של המדינה, במה שנוגע במישור שאינו פלילי, היה היועץ המשפטי חייב לייצג את המדינה בהתאם לעמדתה. על כך ניתן ללמוד מדבריו של חיים כהן על-אודות התקופה שבה כיהן כיועץ משפטי לממשלה בראשית שנות החמישים. חיים כהן מעיד כי גם במקרים שבהם סבר כי המדינה לא נהגה כשורה הוא ראה את עצמו כעורך-הדין שלה, ולפיכך היה מחויב להגן על עמדתה כדי לתת לה את יומה בבית-המשפט.⁹⁷

מגמה זו נמשכה בפסק-הדין בעניין דרעי, בו כפה בית-המשפט על ראש הממשלה לפטר את השר דרעי על רקע הגשת כתב אישום נגדו. בפסק-דין זה ביקר השופט מצא את ראש הממשלה דאז יצחק רבין על שביקש לחלוק על עמדת היועמ"ש:

"[ראש הממשלה] ביקש לחלוק על חוות-דעתו של היועץ המשפטי בדבר עצם מהותה של הנורמה המשפטית החלה בנושא העברתו של שר מתפ-קידו. גישה זו מנוגדת לעיקרון החוקתי, המקובל בשיטתנו זה כבר, שמכוחו מוחזק היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת... וראש הממשלה, בכל הכבוד, לא יכול היה להישמע בטעמים אלה כלל."¹⁰²

משמעות הדברים ברורה: כאשר יש מחלוקת בין ראש הממשלה לבין היועץ המשפטי שלו, אין לראש הממשלה את הזכות והיכולת להביע את עמדתו שלו. כזכור, מסקירת המשפט המשווה בפרק הקודם עולה כי בכל המדינות שנסקרו, אם מתגלעת מחלוקת בין ראש הרשות המבצעת לבין מי שמופקד על ייצוגו, עמדתו של ראש הרשות המבצעת היא הקובעת.

ראש הממשלה לפני בית-המשפט.¹⁰⁰ בתגובה על טענתו של סגן השר פנחסי כי פרקליטת המדינה ייצגה שני לקוחות עם עמדות סותרות (היועמ"ש וראש הממשלה), השיב השופט ברק (כתוארו אז) כי אין כאן שתי עמדות שונות, וכי הפרקליטה ייצגה את ראש הממשלה (על-אף מחלוקתה עימו):

"אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על-פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה."¹⁰¹

"השופט ברק (כתוארו אז) בפרשת פנחסי: 'אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על-פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה.'"

3. שאלת הייעוץ

על אף שמסקנות הוועדה קבעו מפורשות כי הממשלה רשאית לסטות מחוות-דעתו של היועץ, נראה שהיועצים המשפטיים, ובעקבותיהם בית-המשפט, פירשו אחרת את המלצותיה של ועדת אגרנט. במאמר משנת 1986, שנכתב בעקבות פרשת קו 300,¹⁰⁷ כתב היועמ"ש דאז, יצחק זמיר, כי ועדת אגרנט קבעה במסקנותיה שני כללים: הכלל האחד הוא שבשאלות משפטיות הממשלה כפופה לחוות-דעתו של היועמ"ש, והכלל האחר הוא שרק היועמ"ש יכול לייצג את המדינה.¹⁰⁸ בפרשת סיעת כך העיר השופט ברק, באמרת-אגב, כי בידי היועץ המשפטי לממשלה סמכות הפירוש של החוק בעבור הרשות המבצעת, וכי זו מחייבת את הרשות פנימה,¹⁰⁹ ובפרשת אמיתי הוא אימץ להלכה את פרשנותו של זמיר וקבע כי חוות-דעתו של היועמ"ש מחייבת את הממשלה.¹¹⁰

"ועדת אגרנט קבעה כי:

**'הסדר הטוב במדינה מחייב
כי בדרך-כלל תתייחס
הממשלה לחוות-דעתו
של היועץ המשפטי
לממשלה כמשקפת את
החוק הקיים, כל עוד לא
פסק בית-המשפט אחרת...
על אף האמור לעיל רשאית
הממשלה, להחליט כיצד עליה
לפעול במקרה מסוים לפי
שיקול-דעתה שלה.'**"

שאלת הייעוץ המשפטי לממשלה התעוררה בישראל כבר בשנותיה המוקדמות. בשנת 1962 הוקמה ועדת אגרנט לנוכח מחלוקת בין שר המשפטים לבין היועץ המשפטי בשאלת חלוקת הסמכויות ביניהם ועצמאותו של היועמ"ש בתחום הפלילי. כזכור, התחום הפלילי אינו מעניינו של מחקר זה, אך עם זאת, בשולי מסקנותיה של ועדת אגרנט, שאותן אימצה הממשלה,¹⁰³ בחרה הוועדה לדון גם בנושאים מן התחום הלב-פלילי ובשאלת היחס שבין היועמ"ש לבין השרים והממשלה בתחום הייעוץ. מסקנות הוועדה הרלוונטיות לענייננו היו כדלקמן:

א. "הסדר הטוב במדינה מחייב כי בדרך-כלל תתייחס הממשלה לחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמשקפת את החוק הקיים, כל עוד לא פסק בית-המשפט אחרת."¹⁰⁴

ב. "על אף האמור לעיל רשאית הממשלה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים לפי שיקול-דעתה שלה."¹⁰⁵

ג. "באשר ליתר הרשויות השייכות לזרוע המבצעת, לא יכול להיות ספק בדבר כי מחובתן לראות את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות חוק ומשפט."¹⁰⁶

**”השופטת דליה דורנר:
’דעותיהם האישיות של
נבחרים או של עובדי ציבור
בדבר המצב המשפטי הקיים
אינן רלוונטיות. בהפעילם
את סמכויותיהם עליהם
לקיים את חוות הדעת
המשפטיות – של היועץ
המשפטי לממשלה ונציגיו...’”**

בהקשר זה מן הראוי להביא את ביקורתה של פרופ' רות גביזון בעניין גיוסה של ועדת אגרנט על-ידי בית-המשפט לשם ביסוס תפיסתו:

”ועדת אגרנט לא זו בלבד שלא נתנה תמיכה לכללים שמדובר בהם, אלא אף שללה אותם במפורש. אמרות-אגב בפסיקה וניתוחים של מלומדים הצליחו לא רק ליצור אמונה שקיימת קונוונציה, אלא אף להציגה כמובנת מאליה... מרוב שקבעו כי היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי הממשלה כל עוד לא אמר בית המשפט אחרת... וכי מותר ליועץ המשפטי לעשות שימוש בסמכות הייצוג (או ההימנעות מייצוג) שלו על-מנת להציג רק את עמדתו הוא לפני בית-המשפט – קיבלו את הדבר גם הממשלה וגם קהיליית המשפטנים מבלי לחשוב על המשמעות והתוצאות המסוכנות של קביעה זו.”¹¹¹

גישתו זו של בית-המשפט לגבי מעמדה של חוות-הדעת של היועץ אף הורחבה עם השנים. דוגמה לכך ניתן לראות בפרשת סיעת מרץ, שנגעה בהחלטתה של ועדת שרים לפסול את מועמדותם של נציגי התנועה היהודית המסורתית (הקונסרבטיבית) ונציגי התנועה היהודית המתקדמת (הרפורמית) לכהונה במועצה דתית. בעניין זה קבעה השופטת דליה דורנר:

”דעותיהם האישיות של נבחרים או של עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות-הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו.”¹¹²

**”השופט בדימ’ יצחק זמיר:
’זה לא נכון לומר שלשר אין
כל מעמד. לשר יש say...
כשהיועץ המשפטי לממשלה
שוקל נושא שהוא צריך
להכריע בו, במסגרת שיקוליו
עליו לתת מעמד ומשקל
גם לדברי השר שהוא איש
פוליטי ומביא לך נקודת מבט
נוספת, של הממשלה. זה
שיקול חשוב, אך ההכרעה
בסוף צריכה להיות לפי מה
שהיועץ המשפטי לממשלה
חושב שהוא חוקי ונכון.”**

דוגמה נוספת אפשר לראות בפרשת גרמן, שנגעה בהשתתפותה של מועצת עיריית הרצליה בהוצאות המשפט של ראש העיר בעקבות זיכוי. שר הפנים אישר את ההוצאות בכפוף להפחתה מסוימת מן הסכום. העותרת סברה כי הסכומים ששולמו על-ידי המועצה היו גבוהים מדי, והיועמ”ש סבר גם הוא כי על שר הפנים להפחית את הסכום. אולם בבית-המשפט טען נציג היועמ”ש, בניגוד לעמדתו המקורית של היועץ בשלב הייעוץ, כי דין העתירה להידחות, וכי החלטתו של שר הפנים אינה צריכה להתבטל. השופטת דורנר דחתה את טענת בא-כוחו של שר הפנים בשלב הייצוג בשל הטענה הבאה:

”השר נמנע מלקיים באופן מהותי את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה... [אף ש] הדין הוא כי על הממשלה ורשויותיה לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. וליתר דיוק: עמדתן של הרשויות (להב-דילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.”¹¹³

יצחק זמיר, בריאיון שנערך עימו לאחר פרישתו מתפקידו כיועמ”ש וכשופט בית-המשפט העליון, הופך לחלוטין את היוצרות ודן בצורך של היועמ”ש להתחשב בדעתו של השר בטרם יכריע היועמ”ש בדבר האופן שבו יפעל השר:

”זה לא נכון לומר שלשר אין כל מעמד. לשר יש say בכך שהוא מביא את דבר הממסד הפוליטי בפני היועץ, שיקול שהוא בהחלט רלוונטי, אך זה צריך להיות שיקול אחד ולא תכתיב. כשהיועץ המשפטי לממשלה שוקל נושא שהוא צריך להכריע בו, במסגרת שיקוליו עליו לתת מעמד ומשקל גם לדברי השר שהוא איש פוליטי ומביא לך נקודת מבט נוספת, של הממשלה. זה שיקול חשוב, אך ההכרעה בסוף צריכה להיות לפי מה שהיועץ המשפטי לממשלה חושב שהוא חוקי ונכון.”¹¹⁴

”כוחו של היועץ המשפטי טמון לא רק בכך שעמדתו מחייבת, אלא גם בכך שהוא משמש, על פי התפיסה בישראל, 'ספק בלעדי' של – שירותי הייעוץ לרשויות”

כוחו של היועץ המשפטי טמון לא רק בכך שעמדתו מחייבת, אלא גם בכך שהוא משמש, על-פי התפיסה בישראל, "ספק בלעדי" של שירותי הייעוץ לרשויות".¹¹⁵ אומנם, במסגרת הנחיות היועמ"ש קיים הסדר המאפשר קבלת ייעוץ משפטי חיצוני, אולם הסדר זה מוגבל מאוד.¹¹⁶ ראשית, לא השר עצמו הוא הרשאי לפנות לייעוץ חיצוני, אלא היועץ המשפטי במשרדו, אשר כפוף כאמור מבחינה מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. אף לאחר שהוחלט לפנות לייעוץ חיצוני, יהיה היועץ החיצוני רק בלי-עזר בידי היועץ המשפטי וכפוף לו.¹¹⁷ שנית, הסדר זה מוצא לפועל רק במקרים של עומס-יתר או צורך במומחיות מיוחדת. מקרים רגישים אינם כלולים בהסדר זה, אלא מחייבים אישור של ועדה אשר רוב חבריה הם אנשי משרד המשפטים ואשר אין בה כל ייצוג למשרד המבקש.¹¹⁸

לעניין השאלה למי היועמ"ש רשאי לחוות את דעתו, ישראל חריגה בכך שאין בה ניהול או תקנה המונעת את היועץ המשפטי מלחוות את דעתו לגורמים חוץ-ממשלתיים. כמו-כן, בעניין סודיות הייעוץ, בהתאם לנוהג שהחל בו מאיר שמגר בתקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה, היועץ מפרסם מדי פעם הנחיות כלליות ליועצים המשפטיים ולמשרדים בעניינים שונים. נוסף על כך, חלק מהנחיותיו של היועץ המשפטי מתפרסמות באתר האינטרנט

של משרד המשפטים,¹¹⁹ והתנגדויותיהם של יועצים משפטיים לממשלה לעמדות הממשלה מדווחות בגופי התקשורת.¹²⁰ כל זאת, כזכור, באופן חריג ביותר בהשוואה למדינות שאותן בחנו, בהן יש נוהג – ולרוב אף חובה – של שמירה על סודיות.

לעניין יוזם הייעוץ, כאמור, היועמ"ש מפרסם הנחיות כלליות למשרדים השונים אף מבלי שהתבקש לייעץ למשרד מסוים. חיזוק לסמכותו של היועץ ליזום ייעוץ ניתן למצוא בדבריה של ועדת שמגר: "הייעוץ גם יכול להיות יזום על ידי היועץ המשפטי במידה והוא מוצא צורך בכך לשם הכוונת המשפטית הנכונה של פעולה ממלכתית מסוימת."¹²¹

**”ישראל חריגה בכך שאין
בה נוהל או תקנה המונעת
את היועץ המשפטי מלחוות
את דעתו לגורמים חוץ-
ממשלתיים. כמו-כן,
בעניין סודיות הייעוץ...
התנגדויותיהם של יועצים
משפטיים לממשלה לעמדות
הממשלה מדווחות בגופי
התקשורת. כל זאת, כזכור,
באופן חריג ביותר בהשוואה
למדינות שאותן בחנו, שבהן
יש נוהג – ולרוב אף חובה –
של שמירה על סודיות.”**

4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ וייצוג

הן לעיתים צעד מקדמי לפני עתירת העותר לבג"ץ, המחלקה יכולה להודיע לרשות כי אם תסרב לקבל את דעתה, היא לא תוכל להגן עליה בפני בית-המשפט. זו דוגמה מובהקת לעירוב השורר בישראל בין ייעוץ וייצוג. ראוי לציין כי נוהג זה התפתח בידיעתו של בית-המשפט ואף בברכתו:

"אפשר לראות את תופעת קדם-הבג"ץ כשלב נוסף ומרחיק-לכת לתופעה... שבמסגרתה פרקליטות המדינה הופכת הלכה למעשה לידו הארוכה של בית-המשפט. תהליך זה נעשה בברכתו ובעידודו של בית-המשפט..."¹²⁵

לבסוף, נציין כי הפרקליטים ממחלקת הבג"צים ועורכי-הדין ממחלקת ייעוץ וחקיקה מקיימים באופן שוטף ישיבות משותפות – הן על נושאים שהונחו לפתחה של מחלקת ייעוץ וחקיקה לצורכי ייעוץ והן על נושאים שהגיעו לטיפול של מחלקת הבג"צים במסגרת הליך משפטי.

מבחינה מנהלית יש בישראל הפרדה בין מתן ייעוץ לממשלה לבין ייצוגה. היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה מייצגים למשרדיהם, מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מייצגת לממשלה בכללותה, ואילו הפרקליטות, על מחלקותיה השונות, מייצגת את המדינה בערכאות השונות. אולם בפועל היועמ"ש ממונה הן על מערך הייעוץ והן על מערך הייצוג. אומנם, כפיפות של מערך הייעוץ ומערך הייצוג לאדם אחד קיימת גם במדינות השונות שאותן בחנו, אך ישראל נבדלת מהן בכך שכפיפות משותפת זו יוצרת הצלבת סמכויות בין מערכי הייעוץ והייצוג. כפי שראינו, בפרשת אמיתי הסיק בית-המשפט מן העובדה שהיועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק בעבור הממשלה את סמכותו להחליט לייצגה בבית-המשפט גם כנגד עמדתה של הממשלה עצמה.¹²² ניכר אפוא שלא-ההפרדה בין סמכות הייעוץ לבין סמכות הייצוג בישראל יש השפעה מכרעת על אופן ייצוגה של המדינה.

אי-ההפרדה בין ייעוץ לייצוג ניכרת גם בתופעות אחרות. ראשית, מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, הכפופה ליועמ"ש, מחווה את דעתה גם בעניינים התלויים ועומדים לפני בית-משפט (בניגוד למצב בארצות-הברית, למשל).¹²³ יתרה מזו, במסגרת נוהל שהתפתח במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, אשר זכה לשם "קדם-בג"ץ", עותר יכול לפנות למחלקה בטענה כי נעשה לו עוול על-ידי אחת מרשויות השלטון.¹²⁴ המחלקה, שתפקידה המובהק הוא רק לייצג את המדינה בעתירות מסוג זה, שוקלת אם לקבל את "עתירתו" של המתלונן. אם היא מחליטה בחיוב, היא פונה לרשות ומייצגת לה (ייעוץ מחייב מכוח סמכותו של היועמ"ש) לשנות את עמדתה. מכיוון שתלונות מעין אלה

לסיכום, השוואת הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל למקביליו בארבע המדינות שבחנו מראה כי היועמ"ש הישראלי חריג ביותר בהיקף סמכויותיו. בעוד בשום מדינה אין עמדת היועצים מחייבת את הממשלה או את השרים,¹²⁶ בית-המשפט בישראל קבע כי היועץ יכול לחייב את הממשלה בעמדתו הן בתחום הייעוץ והן בתחום הייצוג. לא זו בלבד שהדברים מנוגדים למקובל בעולם, הם אף מנוגדים למסקנותיהן של ועדת אגרנט וועדת שמגר שמונו לבחון את תפקידי היועמ"ש. הדברים מקבלים משנה תוקף מן העובדה שהיועץ הישראלי נהנה מבלעדיות, אשר אף לה אין מקבילה במדינות האחרות. סמכויות רחבות כאלה אין לשום שירות משפטי במדינות שנבחנו.

עוד עולה מסקירתנו כי למערכת הפוליטית אין כמעט פיקוח על היועמ"ש, למעט פעולה חריגה של פיטורים, אשר אף היא צריכה להיבחן על-ידי ועדה מקצועית (גם אם מסקנותיה אינן מחייבות את הממשלה). כל זאת בניגוד למצב בשאר המדינות שבחנו, בהן לנשיא, לראש הממשלה או לשרים יש פיקוח ישיר על הפרקליטים אשר מייעצים להם ומייצגים אותם – הם ממנים אותם על-פי שיקול-דעתם, והם רשאים לפטרם בכל עת.¹²⁷

את עיקרי סקירתנו ניתן לתמצת בטבלה הבאה:

היועמ"ש מול נשיא/ממשלה

ישראל	גרמניה	קנדה	בריטניה	ארה"ב	
x	✓	✓	✓	✓	האם היועמ"ש הוא תפקיד פוליטי?
x	✓	✓	✓	✓	האם הנשיא/הממשלה רשאים לפעול נגד עמדת היועץ?
x	✓	✓	✓	✓	האם הנשיא/הממשלה רשאים להכתיב ליועץ את העמדה שתוצג בשםם בפני בית-משפט?
x	✓	x	✓ ¹²⁸	✓	האם הנשיא/הממשלה רשאים להשתמש בייצוג חיצוני ללא אישור היועמ"ש?
x	✓	✓	✓	✓	האם היועץ מנוע מלהשיב על פנייתו של גורם שאינו ממשלתי?
x	✓	✓	x ¹²⁹	✓	האם הנשיא/הממשלה רשאים לכפות סודיות על חוות-דעתו של היועץ?

היועמ"ש מול שר

ישראל	גרמניה	קנדה	בריטניה	ארה"ב	
x	✓	✓	✓	✓ ¹³⁰	האם שר רשאי לפעול בניגוד לעמדתו של היועמ"ש?
x	✓	✓	✓	x	האם שר רשאי להכתיב ליועץ את העמדה שתוצג בשמו בבית-משפט?
x	✓	x	✓	x	האם שר רשאי להשתמש בייצוג חיצוני ללא אישור היועמ"ש?
x	✓	x	✓	✓	האם יועץ משפטי של משרד ממשלתי כפוף לשר בענייני משפט?

חשוב להדגיש כי גם בנקודות המעטות שבהן מדינה כלשהי דומה לישראל אין למעשה כל דמיון. זאת, מכיוון שהיועץ בכל המדינות האחרות הוא שר בממשלה, ובכזה הוא מזוהה מראש עם עמדותיה, נושא עימה באחריות, וכהונתו מותנית במחויבותו כלפיה.



ד. דיון נורמטיבי

1. שאלת נושאי התפקידים – אי-התייחסותו של מחקר זה לסוגיה במישור הנורמטיבי

המבנה הראוי של השירות המשפטי של מדינת-ישראל וחלוקת התפקידים הראויה בו נגזרים מן המסקנות על-אודות אופיים של כלל התפקידים השונים שהיועמ"ש בישראל ממלא כיום. מחקר זה ממוקד רק בתפקיד הייצוג ובתפקיד הייעוץ, ולא בכלל התפקידים שהיועמ"ש בישראל ממלא כיום, ועל-כן לא נטפל במסגרת מחקר זה בשאלת נושאי התפקידים. אומנם, במסגרת ההשוואה שערבנו לעיל למדינות אחרות נגענו גם בחלוקת התפקידים באותן מדינות, אך עשינו זאת רק כדי לייצר מצע שווה לדיון על-אודות סמכויות הייעוץ והייצוג, ולא כמושא דיון עצמאי.

2. שאלת הייצוג

"כשהיה צריך להשיב לבג"ץ בעתי-רות בנוגע לדרעי אמרה בייניש לרבין 'אפשר ואפשר להגן על עמדתך שאריה דרעי לא צריך לפרוש, אך אין ערובה שבג"ץ יקבל את זה'. רבין השיב לה – 'ביקשתי ערובות? את חברת הבי-טוח שלי? בשבילי מספיק שתגנו עלי'. דורית השיבה לו בחיוך 'דע עקא שהוא (חריש) לא מסכים'." ¹³¹

באמור, התפיסה המשפטית בישראל היא שהיועץ (על כל נציגיו) נהנה מסמכות בלעדית לעצב את תוכן העמדה שתוצג בשם המדינה לפני בתי-המשפט על-פי סברתו ועמדתו שלו, אף אם הממשלה או השרים סבורים אחרת. במקרים שבהם היועץ מחליט לא להגן על עמדת הממשלה, הוא גם מחליט על-פי שיקול-דעתו אם לאפשר לממשלה ייצוג על-ידי גורם חיצוני. מצב זה גורם לכשלים רבים.

דוגמה נוספת, אשר ממחישה היטב נקודה זו, ניתן למצוא בפרשת קיבוץ כפר עזה.¹³⁴ בפרשה זו התגלעה מחלוקת בין יושב-ראש מועצת מקרקעי ישראל לבין היועמ"ש בשאלה אם דין עתירה שהוגשה נגד מועצת מקרקעי ישראל להתקבל אם לאו. היועמ"ש, בייצג את מועצת מקרקעי ישראל, אמר לבית-המשפט כי "המשיבה" סבורה שדין העתירה להתקבל. אולם יושב-ראש מועצת מקרקעי ישראל דאז אהוד אולמרט, שנכח באולם בית-המשפט, ביקש לחלוק על עמדת היועמ"ש, והודיע לשופטים כי לא זו עמדת "המשיבה". בית-המשפט קרא ל"צדדים" – כלומר, לשר וליועץ המשפטי לממשלה המייצג אותו – להגיע לעמדה אחידה.¹³⁵

בהמשך לאירוע זה הבהיר היועמ"ש לשר אולמרט את עמדתו, והודיע לו כי לא יגן על עמדתו של אולמרט. לנוכח זאת תיאר אולמרט לפני מועצת מקרקעי ישראל "את עמדת היועץ המשפטי ואת ההשלכות הגלומות באי קבלתה ובהימנעותו של האחרון מלהגן על הוראות המעבר הראשונות בדיון שיתקיים בפני בית המשפט",¹³⁶ ובעקבות זאת התאימו אולמרט והמועצה את עמדתם לזו של היועמ"ש. כך אילץ היועץ את השר והמועצה שאותם ייצג להסכים לעמדתו, ובהמשך לכך פסק לבסוף בית-המשפט בעמדת "המדינה" שעיצב היועץ. בעקבות השתלשלות עניינים זו הוגשה עתירה של בעלי עניין בקרקעות נגד ההסדר שכפה היועץ על מועצת מקרקעי ישראל, בטענה כי "הוראות המעבר החדשות התקבלו על-ידי המועצה תוך כניעה ללחץ של היועץ המשפטי לממשלה ותוך התנערות שלא כדין משיקול-דעתה העצמאי".¹³⁷ אחדים מן העותרים אף הציגו מכתב שכתב השר ובו נאמר כי "שינוי החלטת המועצה נבע במפורש מהלחץ שהפעיל היועץ המשפטי לממשלה", וכי הוראות המעבר החדשות היו בבחינת "פשרה כפויה" על מועצת מקרקעי ישראל.¹³⁸ אולם בית-המשפט

ראשית, לממשלת ישראל אין ייצוג – פשוט כמשמעו.¹³² לאחרון העבריינים בישראל שמורה, בצדק, הזכות להליך הוגן באמצעות ייצוג משפטי בפני בית-משפט, אך דווקא לממשלת ישראל, המייצגת את הבחירה הדמוקרטית של אזרחי ישראל, אין זכות לייצוג אותנטי של עמדתה כאשר מוגשת עתירה נגדה לבית-המשפט. הממשלה יכולה לרצות לקדם מדיניות כזו או אחרת, אולם אין בידיה כל דרך להגן על עמדתה בפני בית-המשפט אם היועץ קובע כי עמדה זו אינה ראויה מבחינה משפטית. כעולה מפרשת אמיתי,¹³³ עמדת היועץ – ולא עמדת הממשלה – היא "עמדת המדינה".

"לאחרון העבריינים בישראל שמורה, בצדק, הזכות להליך הוגן באמצעות ייצוג משפטי בפני בית-משפט, אך דווקא לממשלת ישראל, המייצגת את הבחירה הדמוקרטית של אזרחי ישראל, אין זכות לייצוג אותנטי של עמדתה כאשר מוגשת עתירה נגדה לבית-המשפט."

**”כאשר יועץ משפטי מורה
לממשלה לבצע פעולה,
לא הוא יישא בבוא העת
באחריות מול הציבור
לתוצאות המעשה. אין
הצדקה מוסרית להעניק
סמכות למי שאינו נושא
באחריות. גם מבחינת
יעילות כלכלית, אם הגורם
המוסמך לקבל החלטות
מחצין את הנזק ואינו
נושא באחריות לתוצאות
פעולותיו, יש חשש שהוא
לא יהיה זהיר די הצורך.
בסופו של יום, הן היועץ
והן הממשלה אינם
נושאים באחריות.”**

סירב לקבל את "עדותו" של השר, ופסק כי לדידו המדינה היא שהחליטה לאמץ את גישת היועמ"ש חרף הנסיבות המתוארות. לא למותר לציין כי גם בדיון זה היועמ"ש הוא זה שייצג את השר.

כך נוצר מצב אבסורדי: המועצה והשר נסוגו מעמדתם מתוך הבנה כי היא לא תזכה בהגנה בבית-המשפט, ולבסוף נאלצו לתת את הדין לפני בית-המשפט על העמדה שכפה עליהם היועמ"ש. אבסורד גדול אף יותר טמון בכך שהיועמ"ש, אשר הכריח את השר לקבל את עמדתו, הוא אשר ייצג אותו כאשר הוא הותקף על כך שנכנע לדעת היועמ"ש.

בעיה שנייה היא חוסר האיזון בין הסמכות לקבל החלטות לבין האחריות לתוצאותיהן. זהות בין בעל הסמכות לבין הנושא באחריות היא תנאי לתפקוד שקול ויעיל של כל גוף. כאשר יועץ משפטי מורה לממשלה לבצע פעולה או להימנע מביצוע פעולה, לא הוא יישא בבוא העת באחריות מול הציבור לתוצאות המעשה או המחדל אם הנחייתו טוביל לתוצאות גרועות או חלילה הרות-אסון. אין הצדקה מוסרית להעניק סמכות למי שאינו נושא באחריות. גם מבחינת יעילות כלכלית, כאשר גורם העלול לגרום נזקים נושא באחריות לנזקים שיגרום, אזי יש לו תמריץ מצוין למנוע את הנזק. לעומת זאת, אם הגורם המוסמך לקבל החלטות מחצין את הנזק ואינו נושא באחריות לתוצאות פעולותיו, יש חשש שהוא לא יהיה זהיר די הצורך במניעת נזקים מיותרים או חסרי הצדקה.

צידה האחר של אותה בעיה הוא הסרת האחריות מהממשלה. אם הממשלה בעלת הסמכות נאלצת להסיג את דעתה מפני דעתו של היועץ משפטי, אזי במקרים של כישלון היא יכולה לטעון, לא בלי צדק, כי הכישלון לא נגרם באשמתה. כך, בסופו של יום, הן היועץ והן הממשלה אינם נושאים באחריות מלאה לאופן הפעלת הסמכות.

פרשה זו מעלה גם **בעיה רביעית**. התוצאה של הגישה המקובלת כיום היא שהיועמ"ש מונע את הדיון המשפטי.¹⁴¹ אילולא עתרה ארד לבית-המשפט, לא הייתה ליושב-ראש הכנסת שום דרך לאתגר את עמדת היועץ המשפטי לפני בית-המשפט, שכן עמדתו המקורית של יושב-ראש הכנסת לא הייתה יכולה לזכות בייצוג לנוכח בלעדיותו של היועמ"ש בייצוג המדינה.¹⁴² זאת, נוסף על הבעיה החמורה אף יותר והיא שהעותרת נדרשה לעמוד בנטל הפיכת עמדתו של יושב-ראש הכנסת בהליך שיפוטי אף שלאמיתו של דבר יושב-ראש הכנסת דווקא צידד בעמדתה.

בעיה חמישית במצב הקיים בישראל נוגעת באיכות הייצוג שהממשלה זוכה בו כתוצאה מבלעדיות הייצוג. כפי שראינו עד כה, הסמכות להחליט אם לייצג את עמדת הרשות אם לאו נתונה בידי היועמ"ש, ואף הסמכות לאפשר ייצוג חיצוני נתונה לשיקול-דעתו הבלעדי. כתוצאה מכך נוצר מצב שבו היועץ ונציגיו יכולים להסכים לייצג את הרשות אך יעשו זאת בלב חצוי ובשפה רפה. התוצאה היא מצג-שווא: לכאורה הרשות נהנית מהגנה משפטית, אולם בפועל ייצוג כזה עלול לפגוע בה ובעמדתה. מצב זה בעייתי במיוחד מכיוון שקשה להוכיח את קיומו של ייצוג חסר מוטיבציה כזה, ולכן גם קשה לבוא בטענות אל המייצג. כך נפגעת גם שקיפות ההליך. היכולת להצביע על קיומה של תופעה זו תלויה בהבחנתם של השופטים כי הייצוג נעשה בחצי-פה. דוגמה למקרה כזה ניתן לראות בפסק-דין יונס:

"כנגד טענת ההפליה השמיעה גב' ביניש, ככל הנראה ללא שכנוע פנימי רב, טענה, שלעותר אין זכות המוגנת בדיון לקבלת הסעד שהוא מבקש."¹⁴³

בעיה שלישית היא שאלת הסמכות מול האחריות המשפטית. נתאר מקרה בו המדינה רוצה לקדם מדיניות כלשהי, אולם היועמ"ש סבור כי המדיניות אינה נכונה מבחינה משפטית. במצב זה תיהפך מדיניותו של היועץ למדיניות הננקטת בפועל. כעת, במקרה שיעתרו נגד המדיניות והיועץ לא יצליח לשכנע את בית-המשפט בצדקת דרכו, הממשלה והשרים (שהם "המדינה") יישאו באחריות המשפטית למדיניות שלא הם קבעו, וזאת אף שאין להם דרך לבטא את התנגדותם למדיניות המיוחסת להם. על-מנת לחדד את האבסורד, אפשר לומר שאם המדינה רוצה לאתגר את דעתו של היועץ, היא אינה יכולה לעשות זאת אלא אם כן תמצא עותר חיצוני שיעתור נגדה. אולם גם אם יימצא אותו עותר חיצוני, מי שיישא במחיר ובאחריות המשפטית לא יהיה היועץ, אלא הממשלה, אשר שעתה בלית בררה לעצותיו המחייבות.

נדגים את הדברים. לאחר רצח ראש הממשלה רבין ז"ל, עמדה נאוה ארד להיבחר לכנסת בהיותה המועמדת הבאה ברשימת מפלגת העבודה. אולם באותה עת כיהנה ארד כיועצת ראש הממשלה למעמד האישה. היועמ"ש, בניגוד לעמדתו של יושב-ראש הכנסת, התנגד להשבעתה על רקע תפקידה ברשות המבצעת.¹³⁹ ארד עתרה לבג"ץ, אשר קיבל את טענתה בניגוד ל"עמדתו" של יושב-ראש הכנסת.¹⁴⁰

בעיה שישית היא שהרשויות המוסמכות יימנעו מלכתחילה מגיבוש עמדה העלולה לעורר קונפליקט עם עמדת היועץ המשפטי. מכיוון שהשרים ושאר הרשויות יודעים כי מי שיצגם בבית-המשפט הוא היועמ"ש, הם נמנעים מלגבש עמדה הנוגדת את עמדתו, שכן הם יודעים כי אין טעם לעשות זאת אם עמדתם שלהם לא תזכה בייצוג. באופן זה עמדתה האוטנטית של הרשות המוסמכת אינה מתגבשת כלל.

”בעיה שישית היא שהרשויות המוסמכות יימנעו מלכתחילה מגיבוש עמדה העלולה לעורר קונפליקט עם עמדת היועץ המשפטי... באופן זה עמדתה האוטנטית של הרשות המוסמכת אינה מתגבשת כלל.”

”הסמכות לאפשר ייצוג חיצוני נתונה לשיקול-דעתו הבלעדי של היועץ. כתוצאה מכך נוצר מצב שבו היועץ ונציגיו יכולים להסכים לייצג את הרשות אך יעשו זאת בלב חצוי ובשפה רפה. התוצאה היא מצג-שווא: לכאורה הרשות נהנית מהגנה משפטית, אולם בפועל ייצוג כזה עלול לפגוע בה ובעמדתה... כך נפגעת גם שקיפות ההליך.”

עוד יש לציין בעניין פוטנציאל הייצוג הלקוי כי המציאות שבה מי שמעצב את עמדת המדינה ומייצג אותה הוא היועץ המשפטי גורמת ל”בעיית נציג”¹⁴⁴ חמורה. עמד על כך יואב דותן:

”אין לראות בפרקליטות המדינה שחקן 'שקוף' שכל תפקידו הוא לייצג את האינטרס של שולחתו - הרשות המינהלית המשיבה - בבג"ץ. אלא - כפי שהראינו - מדובר בגורם בירוקרטי הנהנה מרמת אוטונומיה מינהלית ומקצועית גבוהה ביותר לגבי לקוחותיו, שלו אידיאולוגיה, אינטרסים ואף מדיניות ייחודיים במקרים מסוימים, ועשויים להיות לו גם אינטרסים אסטרטגיים החורגים מההתדיינות הרלבנטית ולפיכך אינם תואמים בהכרח את האינטרס המידי של הרשות המשיבה.”¹⁴⁵

3. שאלת הייעוץ

התפיסה כי הייעוץ המשפטי לממשלה הוא בלעדי ומחייב מעלה בעיות נורמטיביות קשות. גורמים שונים, ביניהם אף היועמ"ש עצמו, מגדירים את סמכויותיו של היועץ, ובכלל זה את סמכויות הייעוץ, בנושאות אופי מעין-שיפוטי.¹⁴⁷ הגדרה זו משקפת תפיסה שלפיה היועמ"ש אינו חלק מן הממשלה, אלא גורם חיצוני המבקר אותה. להלן נפרט את הבעיות העולות מגישה זו.

בטרם ניגע בבעיות המרכזיות המתעוררות כתוצאה מהמצב הקיים, יש לציין כי מוסד הייעוץ המחייב יוצר אי-בהירות. מחויבותה של הרשות המבצעת כלפי חוות-דעתו של היועץ המשפטי מוגבלת מטבע הדברים לשאלות משפטיות בלבד. דא עקא, במקרים רבים לא ברור כלל מהי שאלה משפטית. לנוכח הרחבת גבולותיו של השיח המשפטי בישראל, ברי כי ליועץ תהיה נטייה לראות כל שאלה כמשפטית, בעוד השר הרוצה לשמור על עצמאותו ייטה לצמצם את היקף ההגדרה.

אי-בהירות נוספת נוגעת במשמעותה של המחויבות המשפטית להישמע ליועץ. נניח כי שר נהג בניגוד להנחיית היועמ"ש והמקרה הגיע לפתחו של בית-המשפט. לא יעלה על הדעת שבית-המשפט יבחר לפסול את פעולת השר מחמת עצם התעלמותו מעמדת היועמ"ש אם לגופו של עניין יעדיף בית-המשפט את עמדת השר על זו של היועץ.

נפנה עתה לפירוט הבעיות שגישת הייעוץ המשפטי המחייב מעוררת:

בעיה שביעית היא הבעיה הדמוקרטית. על-פי כללי המשפט החוקתי והמנהלי הנהוגים בישראל, שאלות הנוגעות בסבירות, בשיקולים רלוונטיים, במידתיות ובתכלית ראויה של מדיניות ציבורית הן כולן שאלות משפטיות. מצב זה, בצירוף סמכויותיו המתוארות של היועץ בישראל, מקנה ליועץ המשפטי לממשלה – אשר אינו נבחר ציבור – יכולת לקבוע עניינים שבמדיניות. קביעותיו אלה מחליפות את קביעותיהם של שרי הממשלה, אשר הם אלה שמונו בעקבות בחירתו של הריבון במדינה דמוקרטית – העם. כך, למשל, החליט המשנה ליועץ המשפטי לממשלה להכיר בפלסטינים שאינם אזרחים המתגוררים ממערב לגדר-ההפרדה באזור ירושלים כזכאים לזכויות סוציאליות מן הביטוח הלאומי, וזאת במסגרת הליך משפטי שהתנהל בבית-דין לעבודה.¹⁴⁶ היועמ"ש אינו נבחר ציבור, אולם להחלטתו זו של המשנה ליועץ יכולה להיות השפעה רבה: היא מכריעה עניינים בעלי ערך כלכלי עצום; היא מגדירה את יחסה של המדינה לגדר-ההפרדה כאל גדר מדינית או בטחונית; היא אף יכולה לפתוח פתח לקביעה העומדת בלב ריבונותה הטבעית של מדינה – התאזרחות עתידית של אותם פלסטינים או מניעת התאזרחות כזו. כל השאלות הנזכרות הן שאלות שראוי כי הממשלה היא שתכריע בהן. אולם השופטת שדנה בעניין לא פנתה אל הממשלה כדי לברר את עמדתה בנושא, אלא אל היועץ המשפטי לממשלה. יתר על כן, לנוכח האמור לעיל, ספק גם אם ביכולתה של הממשלה לערער על עמדתם של היועץ ובאי-כוחו.

”הבעיה הראשונה והחמורה ביותר היא שגישת הייעוץ המשפטי המחייב סותרת עקרונות של שלטון דמוקרטי. עקרון-יסוד במשטר דמוקרטי הוא כי נבחרו הציבור הם שיקבעו את מדיניות השלטון. כאשר נבחר ציבור כפוף לחוות-דעת של פקיד, בכיר ככל שיהיה, נגרמת פגיעה בעקרון שלטון העם.”

בעיה שלישית היא בעיית ההפרדה בין בעל הסמכות לבין הנושא באחריות, שכבר הוצגה בדיון בסמכויות הייצוג ואשר מתעוררת כאן באופן חריף אף יותר. מכיוון שעמדתו של היועץ מחייבת את השר, במקרים של מחלוקת בין השניים הסמכות מועברת אל היועץ. אולם לא היועץ הוא שישא באחריות הציבורית לתוצאות המעשה או המחדל, ולפיכך התמריץ שלו למנוע נזק עקב החלטות שגויות קטן מזה של השר. צידו האחר של המטבע הוא אפשרותה של הממשלה להסיר מעצמה אחריות לכשלונות בטענה כי אין בסמכותה לקבל החלטות נדרשות בשל התנגדותם של היועצים המשפטיים. תופעה בעייתית זו כבר נתנה את אותותיה בישראל.¹⁴⁸

”בעיה שנייה היא הפגיעה ביכולת המשילות של הממשלה והשרים... כאשר הממשלה כפופה לחוות-הדעת של היועצים המשפטיים, יכולתה לקדם את מדיניותה נפגעת.”

הבעיה הראשונה והחמורה ביותר היא שגישת הייעוץ המשפטי המחייב סותרת עקרונות של שלטון דמוקרטי. עקרון-יסוד במשטר דמוקרטי הוא כי נבחרו הציבור הם שיקבעו את מדיניות השלטון. כאשר נבחר ציבור כפוף לחוות-דעת של פקיד, בכיר ככל שיהיה, נגרמת פגיעה בעקרון שלטון העם. בעיה זו מתחזקת במיוחד במצבים בהם השקפת-עולמו הערכית של היועץ המשפטי אינה תואמת את זו של השר. מכיוון שקיים סיכון ששיקולים פסולים של העדפות ערכיות ישפיעו על חוות-דעתו של היועץ, במצב שבו חוות-דעת זו מחייבת יש חשש שתיכפה על הממשלה השקפת-עולם שונה משלה.

בעיה שנייה היא הפגיעה ביכולת המשילות של הממשלה והשרים. פגיעה במשילות היא פגיעה ביכולתם של נבחרו העם ושליחיהם לקדם מדיניות ציבורית שיטתית. כאשר הממשלה כפופה לחוות-הדעת של היועצים המשפטיים, יכולתה לקדם את מדיניותה נפגעת.

**”טענה רווחת היא כי השרים
אינם משפטנים ולכן חובה
עליהם להישמע למומחי
המשפט. טענה זו אינה
משכנעת. בתחומים אחרים
שרים אינם מחויבים לקבל
את עמדתם של מומחים, כגון
מומחים בטחוניים, רפואיים,
סוציולוגיים ואחרים.”**

טענה רווחת המנסה להצדיק את הקשיים באשר לסמכויות הייעוץ היא כי השרים אינם משפטנים ולכן חובה עליהם להישמע למומחי המשפט. טענה זו אינה משכנעת. בתחומים אחרים שרים אינם מחויבים לקבל את עמדתם של מומחים, כגון מומחים בטחוניים, רפואיים, סוציולוגיים ואחרים. שמיעת חוות-דעתו של מומחה חשובה בתחום המשפט כבכל תחום אחר, אולם על ההכרעה להיות בידי נבחר הציבור, בהיותו הנושא באחריות.

העדפת תחום המשפט על תחומי מומחיות אחרים גורמת לכך שהיועצים המשפטיים מכריעים בתחומים שבהם אין להם מומחיות, ואף נגד דעתם של מומחים באותו תחום. לדוגמה, לפי הנהלים הנוהגים כיום, לא זו בלבד שהיועצים המשפטיים נותנים למפקדי צה"ל ייעוץ משפטי ביחס לפעולות מבצעיות, הם גם מאשרים פעולות מבצעיות או אוסרים את ביצוען. דו"ח וינוגרד מצא כי במלחמת לבנון השנייה נמנע הצבא מלפעול כאשר היועצים לא נתנו הכשר לפעולותיו. הדוח ביקר התנהלות זו הן בשל פגיעתה בפעילות המבצעית והן בשל הסטת האחריות מהנבחרים ומהמפקדים אל היועצים המשפטיים.¹⁵⁰ חרף המלצות דו"ח וינוגרד, דומה כי במבצע צוק איתן בקיץ 2014 תופעה זו רק הלכה והחריפה.

בעיה רביעית, המתקשרת לאותה הפרדה בין סמכות לאחריות, נוגעת בחוסר איזון אינהרנטי אצל היועץ המשפטי בין התמריצים להתרתה של פעולה לבין התמריצים למניעתה. מטבע הדברים, רוב הביקורת המופנית כלפי היועמ"ש עוסקת בפעולות שאישר, ולא באלה שאסר, ומאידך גיסא, הוא אינו מקבל שום נקודת-זכות על אישור מדיניות שהתבררה כמוצלחת. לפיכך, נטייתו של היועץ היא "לשנוא סיכון" ולהעדיף לטעות באיסור המותר מאשר לטעות בהתרת האסור. באופן טבעי, נטייתו של היועץ תהיה להערים קשיים על קידומה של מדיניות, בניגוד לשר או לממשלה, אשר ינסו לקדמה.

בעיה חמישית נובעת אף היא מן ההפרדה בין בעל הסמכות לבין הנושא באחריות. לעיל דנו בקושי להגדיר מהי שאלה משפטית.¹⁴⁹ בעיה זו מתעצמת לנוכח העובדה שהיועץ המשפטי נהנה מסמכות ואינו מחזיק בעיקר האחריות. במצב זה אין ליועץ תמריץ להגביל את הגדרתה של שאלה משפטית, מכיוון שהוא לא יישא במחיר כשלונו.

בעיה שישית עדיין לא באה לידי ביטוי מעשי עד היום, אך היא עלולה להיות השלב הטבעי הבא בתפיסת חוות-הדעת של היועץ כמחייבת. עלולה להישמע טענה לפיה חוות-דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה גם בבואה ליזום הצעות חוק ממשלתיות. חקיקה היא אחד הביטויים המרכזיים והחשובים ביותר בשיטה הדמוקרטית, משום שהיא הכלי הראשי לשינוי מדיניות מקיף. על-פי עקרון הייעוץ המחייב, יועצים משפטיים עלולים לטעון כי בסמכותם למנוע את קידומן של הצעות חוק ממשלתיות שאינן חוקתיות בעיניהם. נסיונות כאלה עלולים להיות התערבות בלב סמכותה של הממשלה בענייני חקיקה, וכתוצאה מכך אף בסמכותה של הכנסת לדון ולקבל החלטות. שלב הייעוץ בתחום החקיקה מעניק כלי חשוב לממשלה בבואה ליזום הצעות חוק, אך עליו להישאר בגדר ייעוץ בלבד.

4. שאלת ההפרדה המוסדית בין ייעוץ לבין ייצוג

הגישה המשפטית המקובלת בישראל, הכורכת יחדיו את תחום הייעוץ המשפטי לממשלה ואת ייצוגה לפני ערכאות, היא מלאכותית ובלתי-יעילה, וזאת מכמה טעמים:¹⁵¹

ראשית, מכיוון שייעוץ הוא שלב מקדמי, הנעשה לפני שנגקטת כל פעולה, עליו להיות אובייקטיבי ולשכלל הן את הטענות המשפטיות התומכים בפעולה הממשלתית והן את אלה התומכים במניעתה, וזאת כאינטרס של המדינה, אשר רוצה להימנע ממחיר הטעות. לעומת הייעוץ, על הייצוג להיות קונקלוסיבי, שהרי תפקידו העיקרי הוא לשכנע כי המעשה שנעשה הוא חוקי. לנוכח השוני העקרוני בין התפקידים, יש קושי גדול להפקידם בידי גורם אחד, במיוחד כאשר חוות-דעתו אינה סודית. כיצד יוכל היועץ להגן על פעולת המדינה בבית-המשפט כאשר זו נעשתה בניגוד לחוות-דעתו והדבר פורסם וידוע לכל?

נוסיף ונדגיש כי טענה זו רלוונטית אף אם מאמצים את עמדתם של אלה הסוברים כי ראוי שחוות-דעתו של היועץ תהא מחייבת. זאת, מכיוון שאף לדעתם של אלה אין משמעות הדברים כי המדינה אינה זכאית להגנה לפני בית-המשפט במקרה שבו סתה מהנחיית היועץ. לא זו בלבד שהבעיה רלוונטית אף אם תופסים את הייעוץ כמחייב, היא אף קשה יותר במצב זה. הרי אם המדינה תפעל בניגוד לחוות-דעתו של היועץ, ייתכן שבית-המשפט לא יתיר ליועץ לשנות את דעתו בייצוג את המדינה, עקב המעמד המחייב של חיווי דעתו, וכך תיפגע זכות הייצוג באופן חמור במיוחד.

שנית, בעוד תפקיד היועץ הוא לשקף את המציאות המשפטית הקיימת, תפקידו של המייצג מתבטא גם בניסיון להשפיע על בית-

המשפט לשנות מן ההלכה.¹⁵² בהעדר הפרדה בין הייעוץ לייצוג, אין למייצג מניע לפעול לשינוי ההלכה המשפטית. אדרבה, הוא יעדיף לשמר אותה, משום שהיא מחזקת את עמדתו הראשונית כיועץ – עמדה שבמסגרתה הוא מציג את ההלכה הקיימת. כתוצאה מתופעה זו אנו עדים למקרים בהם היועץ מודיע מראש כי הוא לא יוכל לייצג עמדות "שלא יעברו את מבחן בג"ץ".¹⁵³

שלישית, התפיסה החריגה בישראל, שלפיה היועץ "ש" רשאי לחוות את דעתו לגורמים פרטיים המבקשים לבקר את הממשלה, פוגעת פגיעה כפולה בהתדיינותה של המדינה בערכאות:

1. פנייה מוקדמת ליועץ מהווה בחינה מקדמית של סיכוייה של עתירה נגד המדינה, הניתנת בהתנדבות דווקא מצידו של עורך-הדין שאמור לשמור על האינטרסים המשפטיים של המדינה.

2. אם עמדת המדינה תהא שונה מזו שהיועץ חיווה בעבר לגורם כלשהו, יקשה עליו מאוד לייצג את המדינה, שהרי אותו גורם יוכל לעמת את היועץ עם דבריו בעבר. בעיות אלה מקבלות משנה תוקף בהתחשב בכך שלעיתים מתן חוות-הדעת לגורמים חיצוניים נעשית ללא כל התייעצות מוקדמת עם הרשויות הרלוונטיות.

לבסוף, נזכיר כי אף ממסגרותיה של ועדת אגרנט ניתן לגזור תמיכה בהפרדת שני התחומים. הוועדה קבעה כי הממשלה צריכה להתייחס לחוות-דעתו של היועץ כמשקפת את המצב המשפטי כל עוד לא אמר בית-המשפט אחרת, אך היא רשאית להחליט נגד עצתו.¹⁵⁴ מסקנה זו מחייבת כי תהיה בידי הממשלה האפשרות להציג לפני בית-המשפט את עמדתה הנוגדת את עמדת היועץ המשפטי, כדי שבית-המשפט יאמר את דברו.

5. תפיסות-הרקע שביסוד המצב המשפטי העכשווי: הצגה וביקורת

לנוכח כל האמור, כיצד ניתן להסביר את הסמכויות החריגות שהיועמ"ש בישראל מחזיק בידיו? נדמה כי ביסודה של עמדה זו נמצאות שתי תפיסות-יסוד שהשתרשו בשיח המשפטי בישראל, ואשר להשקפתנו אינן ראויות: האחת מניחה כי היועץ המשפטי הוא שומר-הסף של החוק; והאחרת גורסת כי לא הממשלה היא הלקוח של היועמ"ש, אלא הציבור בכללותו. אף ששתי התפיסות אינן זהות, הן משפיעות זו על זו.

הכתרת היועמ"ש כ"שומר-הסף" משמעה שתפקידו להגן על שלטון החוק אף מפני הפרות מצידן של רשויות השלטון. במילים אחרות, תפיסה זו רואה את היועץ המשפטי לממשלה כנציגו של בית-המשפט בתוך הממשלה. ביטויים לגישה זו ניתן למצוא במקומות שונים: בפרשת סיעת כך התייחס הנשיא ברק ליועץ המשפטי לממשלה כאל חלק מן המערכת הכללית של פירוש החקיקה על-ידי בית-המשפט;¹⁵⁵ בהזדמנות אחרת כינה השופט זמיר את היועמ"ש "הבלם הפנימי של הממשלה... הוא יוצר קו הגנה ראשון לשלטון החוק המאפשר לבית-המשפט לפעול כקו הגנה שני";¹⁵⁶ יש אף הנחיה מפורשת של היועמ"ש עצמו הקובעת כי הוא שומר-הסף;¹⁵⁷ אפילו ועדת אברמוביץ, אשר דנה ביועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, אימצה תפיסה זו.¹⁵⁸

לטעמנו, תפיסה זו אינה ראויה. במצב שבו היועץ המשפטי הוא בעל הסמכות הבלעדית לייעץ לממשלה ולייצגה, לעיתים הממשלה נותרת ללא ייעוץ משפטי וייצוג, אשר אף אחרון הפושעים זכאי להם. כמו-כן, תפיסה זו מונעת את הנבחרים המייצגים את העם מלממש את חזונם, ופוגעת באחד הרעיונות הבסיסיים ביותר בדמוקרטיה – הפרדת הרשויות. על נבחריו הציבור עצמם להיות אחראים לכך שהם

שומרים על החוק, והמפקח עליהם צריך להיות בית-המשפט, כמו-גם העם הבוחר בהם, ולא עורך-דינם.

כאמור, יש הטוענים כי שולחו של היועץ המשפטי ולקוחו האמיתי הוא הציבור כולו, ולא הממשלה.¹⁵⁹ תפיסה זו עולה בקנה אחד עם הטיעון הקודם, שכן הגנה על שלטון החוק היא אינטרס ציבורי. לדוגמה, אהרן ברק סובר כי "ראוי הוא ליועץ המשפטי להרבות בפעילות כעותר במקרים מתאימים בהם השלטון פועל בניגוד לחוק";¹⁶⁰ רובינשטיין ומדינה סוברים כי "בסמכותו [של היועמ"ש] – ולמעשה חובתו – לפנות במידת הצורך לבית-המשפט בבקשה למתן סעד, שתכליתו חיוב הרשות השלטונית לפעולות בהתאם לחוק";¹⁶¹ אף זאב סגל צידד בגישה זו.¹⁶²

"יש הטוענים כי שולחו של היועץ המשפטי ולקוחו האמיתי הוא הציבור כולו, ולא הממשלה... אך, לא ברור כלל מי הוא אותו ציבור, וכיצד היועץ המשפטי יכול לעמוד על רצונו וטובתו. היועמ"ש אינו נבחר ציבור, אלא פקיד ממשלתי בכיר. זאת, בניגוד לממשלה, אשר נהנית מאמון הציבור."

תפיסה זו בעייתית מכמה סיבות: ראשית, לא ברור כלל מי הוא אותו ציבור, וכיצד היועץ המשפטי יכול לעמוד על רצונו וטובתו. היועמ"ש אינו נבחר ציבור, אלא פקיד ממשלתי בכיר. זאת, בניגוד לממשלה, אשר נהנית מאמון הציבור. לנוכח זאת נראה כי הדרך הנכונה ביותר לשרת את הציבור היא על-ידי סיוע לנבחריו להגשים את רצון הציבור.

אחד מתפקידיו של היועמ"ש הוא אומנם ייצוג האינטרס הציבורי. תפקידו זה בא לידי ביטוי בשורה של חוקים שעל-פיהם היועץ המשפטי נדרש לחוות את דעתו בעניינים מסוימים לפני בתי-משפט.¹⁶⁵ אולם יש לערוך הבחנה ברורה בין "התייצבות יועץ" בשם האינטרס הציבורי לבין תפיסת היועץ כמגן על אינטרס הציבור בהליכים שהממשלה היא צד טבעי להם. בכובעו כמייצג האינטרס הציבורי במסגרת "התייצבות יועץ", היועמ"ש מתערב במקרים שבהם המדינה אינה צד לדיון והמחוקק הטיל עליו לייצג את אינטרס הציבור. התערבותו של היועץ נובעת מן ההכרה שאף-על-פי שהמדינה אינה צד במקרה המסוים המתברר בבית-המשפט, יש לציבור אינטרס בשאלה העומדת לדיון, ועל-כן חובה על היועץ לייצגו. לעומת זאת, במצב שבו הממשלה היא אחד הצדדים, הממשלה היא שמופקדת על אינטרס הציבור, והיועץ הוא בא-כוחה. במקרים אלה הייצוג צריך להיעשות לאור עמדת הממשלה, מדיניותה ועמדותיה.

אין בהגדרת תפקידו של היועמ"ש כנאמן של ממשלה ספציפית, ולא של הציבור בכללותו, כדי לפגוע בשלטון החוק. בתי-המשפט מוסמכים למנוע את הממשלה מלחרוג מהחוק, וחזקה עליהם שידעו לעשות זאת כפי שעושים זאת בתי-המשפט ביתר המדינות שאותן בחנו במחקר זה, שבהן היועמ"ש הוא נאמן של הממשלה הספציפית. זהו תפקידו של בית-המשפט, ולא תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה.





ה. מסקנות

1. ממשלה או שר הניצבים בפני הליך משפטי צריכים להיות מוסמכים לקבוע את עמדתם, ותפקידו של היועץ המשפטי המייצג אותם הוא לייצג נאמנה את עמדתם מבחינה משפטית.
2. ממשלה או שר הסבורים כי לא ייוצגו נאמנה על-ידי היועמ"ש צריכים להיות זכאים לייצוג פרטי.
3. תפקידו של יועץ משפטי הוא להעניק עצות משפטיות לחבר הממשלה, ועמדתו אינה צריכה לחייב את נבחר הציבור.
4. יועצים משפטיים של משרדי ממשלה אינם צריכים להיות כפופים ליועץ המשפטי לממשלה. תפקידם לתת ייעוץ מקצועי לשר תוך כפיפות אליו, בדיוק כמו יועצי שרים בכל תחום אחר.
5. יש לשקול גישה שלפיה חוות-הדעת של יועצים משפטיים יהיו חסויות, וייעדו אך ורק לרשות השלטונית שהתייעצה איתם.
6. במקרים חריגים ממשלה או שר צריכים להיות זכאים לייעוץ משפטי פרטי לפי שיקול-דעתם.
7. יש ליצור הפרדה מוסדית בין ייעוץ לבין ייצוג, ולבטל את מוסד הקדם-בג"ץ.
8. מינויו ופיטוריו של יועץ משפטי לממשלה צריכים להיות מסורים לשיקול-דעתה הפוליטי של הממשלה, ככל שיופרדו מתפקידו הסמכויות הפליליות.

v	בג"ץ 6494/14 שי יניני נ' הרבנות הראשית לישראל (2016).	i	ראו לדוגמה: בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל (2016); שרת המשפטים: "ליועמ"ש אין וטו על חקיקה" 26.10.2016 nrg; מנדלבליט נכנס לתפקיד: "היועמ"ש אינו נתון למרותו של איש" ynet 1.2.2016.
vi	הנחיית יועמ"ש 1.1081 ממרץ 2015 בעניין יישום הסכמים פוליטיים בעלי משמעות תקציבית.	ii	ראו עמוד 34.
vii	עניין יניני לעיל. בפסק הדין התגלעה מחלוקת בין השופטים לגבי המקרים שבהם יינתן ייצוג עצמאי תוך שהשופט רובינשטיין מרכך את האמירות שנאמרו במהלך הדיון נגד הייצוג הבלתי אותנטי של עמדת הרבנות.	iii	ראו לדוגמה את דברי היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.12.2016 בכנס העמותה למשפט ציבורי: "אתמול, אישרה הוועדה המיוחדת שהוקמה בכנסת לצורך כך לקריאה ראשונה את הצעת החוק להסדרת התיישבות ביהודה והשומרון... כחוות הדעת המשפטית שהצגתי בפני ועדת השרים לענייני חקיקה קבעתי כי אין מקום לקדם הצעת חוק זו בשל אי החוקיות החמורה הגלומה בה, העולה כדי מניעה משפטית. זוהי קביעה לא פשוטה. האמירה כי קיימת מניעה משפטית מצד הממשלה מלבצע פעולה מסוימת, ובפרט כשמדובר באישור דבר חקיקה בוועדת השרים לענייני חקיקה, שמורה למקרים חריגים בהם אין מנוס מקביעה כאמור... הקביעה כי קיימת מניעה משפטית מצביעה על כך שאני סבור כי הצעת חוק ההסדרה בנוסחה העומדת להצבעה בכנסת חוצה באופן מובהק את גבולות הדין, כך שאין יכולת או מקום לקדמה".
1	דבריו של נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק, כמצוטט אצל דינה זילבר בשם החוק 161 (2012).	iv	פורסם תזכיר חוק לשינוי שיטת בחירת היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה- תזכיר חוק שירות המדינה (מינויים) מינוי יועצים משפטיים למשרדי ממשלה, התשע"ז 2017; הונחה על שולחן הכנסת הצעה נוספת באותו עניין: 4012/2009 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון - מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשע"ז-2017; וכן פ/20/2089 הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי הדין והתייצבות היועץ המשפטי לממשלה) וייצוג המדינה, התשע"ז-2017
2	יואב דותן ורות גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 96-95 (1996).	5	מכיוון שהגדרה של "תפקיד פוליטי" עלולה להיות נזילה, הגדרנו תפקיד כפוליטי רק כאשר הוא כזה באופן מובהק, כתפקידו של שר בממשלה או של חבר קבינט.
3	איתן לבונטין ייצוג המדינה בבית-המשפט 231 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2009) (להלן: לבונטין ייצוג המדינה בבית-המשפט); איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהווייתה: יובל במשפט לכבודו של אבינודר לבונטין 131 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013) (להלן: לבונטין "אמת מדומה"); ראו גם את מאמרם המשותף של איתן לבונטין ורות גביוון "עמדתו המחייבת של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר חלק א 221, 237 (אהרן ברק עורך, 2003).	4	אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 1002 (מהדורה שישית, 2005).
5	מכיוון שהגדרה של "תפקיד פוליטי" עלולה להיות נזילה, הגדרנו תפקיד כפוליטי רק כאשר הוא כזה באופן מובהק, כתפקידו של שר בממשלה או של חבר קבינט.		

19	המושל הכללי בקנדה מייצג את הכתר הבריטי, ותפקידו בעיקרו טקסי, בדומה לתפקידו של נשיא המדינה בישראל.	6	כאמור, ייצוג "המדינה" בהליכים פוליטיים אינו מעניינו של מחקר-מדיניות זה.
20	Eugene A. Forsey, <i>How Canadians Govern Themselves</i> 37 (Department of the Secretary of State of Canada, 2nd. ed. 1988).	7	.U.S.C. § 510 (1966)
21	.Department of Justice Act, R.S., c. J-2, s. 4	8	28 U.S.C. § 516 (1966); Judiciary Act of 1789, ch. 20, § 35; An Act to Establish the .Department of Justice, ch. 150 (1870)
22	www.justice.gc.ca/eng/abt-apd/org.html	9	.28 U.S.C. § 503 (1966)
23	כך על-פי תשובתו של משרד המשפטים הגרמני מיום 28.8.2012 לפנייתו של פורום קהלת ולהלן: תשובתו של משרד המשפטים הגרמני.	10	.28 U.S.C. § 505 (1966) מעבר לעובדה שבידי הנשיא הסמכות לפטר את ה-SC, חלק מן החוקרים סבורים כי ניסיון של הקונגרס להגביל את סמכותו זו בחקיקה יהיה בלתי-חוקתי. ראו: Joshua I. Schwartz, <i>Two Perspectives on the Solicitor General's Independence</i> , 21 Loy. L.A. L. Rev. 1119 (1987–1988); Janene M. Marasciullo, <i>Removability and the Rule of Law: The Independence of the Solicitor General</i> , 57 Geo. Wash. L. Rev. 750 (1988–1989)
24	German Federal Ministry of Justice, <i>Tasks and Organisation of the Federal Ministry of Justice</i> (2013), http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/EN/information_brochure.pdf?__blob=publicationFile	11	.28 U.S.C. § 505 (1966)
25	שם.	12	.28 U.S.C. § 541 (1966)
26	שם. בגרמניה השירות הציבורי מחולק לרנות שונות. ה-DG הוא עובד ציבור בדרג Ministerialdirektor, שהוא דרג גבוה, וכונה מינויו ופיטוריו הם פוליטיים בעיקרם.	13	בנוגע לכפיפותו של ה-SC ראו: Nelson Lund, <i>Rational Choice at the Office of Legal Counsel</i> , 15 Cardozo L. Rev. 437, 490 (1993–1994)
27	Lund לעיל ה"ש, 13.	14	בנוגע לכפיפותם של ה-U.S. Attorneys ראו סי' 9 ל-An Act to Establish the Department of Justice; Gregory C. Sisk, <i>Litigation with the Federal Government</i> 12 (Ali-Aba Comm on Continuing, 2006)
28	Marasciullo, לעיל ה"ש 10, בעמ' 750.	15	.28 U.S.C. § 506 (1966)
29	על-פי חוות-הדעת של משרד ה-OLC משנת 1977, המצוטטת אצל Marasciullo, שם.	16	Office of the Assistant Attorney General, <i>Memorandum for Attorneys of the Office Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions</i> (July 16, 2010), available at http://www.justice.gov/olc/pdf/olc-legal-advice-opinions.pdf
30	Rex E. Lee, <i>Lawyering for the Government Politics, Polemics & Principle</i> , 47 Ohio St. L.J. 595, 597 (1986)		וכניסה אחרונה 12.6.2013 (להלן: IOLC). Memorandum
31	:"No" Drew S. Days, III, <i>When the President Says A Few Thoughts on Executive Power and the Tradition of Solicitor General Independence</i> , 3 J. App. Prac. & Process 509 (2001). הרציונל מאחורי אי-ההתערבות הוא, כאמור, הרצון לשמור על המוניטין של ה-SC וההכרה במקצועיותו וברצון שלו לקדם את מטרות הנשיא באופן הטוב ביותר. בעניין זה ראו Lee, לעיל ה"ש 30;		לרוב הוא חבר בית-הנבחרים, אך לעיתים הוא מבית-הלורדים. GLS – Government Legal Service, <i>Guide to Government Legal Service Departments</i> , https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277712/Department_Guide_updated_July_2013.pdf
32	Richard L. Pacelle, Jr., <i>Amicus Curiae or Amicus Praesidentis? Reexamining the Role of the Solicitor General</i> . in <i>Filing Amici</i> , 89 <i>Judicature</i> 317 (2006)		וכניסה אחרונה 12.3.2014.
33	Days, שם, בעמ' 516-517.	17	שם.
34	שם, בעמ' 513.	18	שם.

- 35 זאת, למעט רשויות ספציפיות הנהנות מעצמאות ביחס לנשיא.
- 36 בשל שמו המבלבל נבחר כי אין קשר בינו לבין משרד האוצר.
- 37 ראו אתר ה-TSol – http://www.tsol.gov.uk/PanelCounsel/appointments_to_panel.htm (כניסה אחרונה 12.6.2013).
- 38 שם.
- 39 Kent Roach, *Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law*, 31 Queen's L.J. 598, 606–607 (2005–2006).
- 40 ראו אתר משרד המשפטים הקנדי - <http://www.justice.gc.ca/min-la/aboutus.aproposdenous-eng.asp#sec4tt>
- 41 תשובתו של משרד המשפטים הגרמני, לעיל ה"ש 23.
- 42 German Federal Ministry of Justice, לעיל ה"ש 24.
- 43 ראו אתר ה-OLC – <http://www.justice.gov/olc/index.html> (כניסה אחרונה 12.6.2013).
- 44 שם.
- 45 Exec. Order No. 12,146, 3 C.F.R. 409, 411, §§ 1-401 & 1-402 (1979).
- 46 Randolph D. Moss, *Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel*, 52 Admin. L. Rev. 1303, 1308 2000.
- 47 Lund, לעיל ה"ש 13, בעמ' 449.
- 48 שם, ה"ש 23.
- 49 Griffin B. Bell & Ronald J. Ostrow, *Taking Care of the Law* 27, 1982. חשוב לציין כי בהמשך דבריו Bell כותב כי הוא אינו יודע אם הוא עצמו יוכל להגן על עמדת הממשל לפני בית-המשפט העליון, וכי הוא צריך לבחון את השאלה אם מבחינה אתית ניתן למצוא טיעון שיתמוך בה. בסופו של יום מי שהגן על עמדת המדינה היה מחליפו בתפקיד, אולם יש לשים לב ש-Bell מראה נכונות לבחון את הדברים אף שדעתו האישית כבר ידועה, כלומר, הוא מכיר בחובתו הבסיסית לייצג לא את עמדתו שלו, אלא את עמדת המדינה.
- 50 ראו לעיל ה"ש 45 והסקסט שלידה.
- 51 OLC Memorandum, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3-4.
- 52 שאלה מעניינת שעולה לנוכח זאת היא מדוע המשרדים יפנו בכלל אל ה-OLC. ניתן לומר כי איכותו ואמינותו Lund מפקפק בכך, ומציין אינטרס אחר. לטענתו, המשרדים פונים אל ה-OLC במקרים שבהם יש להם ספקות באשר לחוקיות פעילותם, והם מעוניינים להיתמך בגורם חוץ-משרדי על-מנת לצמצם נזקים פוליטיים. ראו Lund, לעיל ה"ש 13, בעמ' 493-494.
- 53 הערות על 3106 U.S.C. § 5; Lund, לעיל ה"ש 13, בעמ' 488; לבונטין **ייצוג המדינה כבית-המשפט**, לעיל ה"ש 3.
- 54 Lund, לעיל ה"ש 13, בעמ' 489. Lund מעיר עם זאת כי אין בנמצא מנגנון שיכול לבחון אם המשרדים אכן פועלים לפי חוות-הדעת.
- 55 Moss, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1318.
- 56 Moss, לעיל ה"ש 46, בעמ' 1319. עמדת-ביניים זו אינה ברורה כל צורכה, ודומה ללשונה העמומה של ועדת אגרנט ואשר תידון להלן בתת-פרק 3).
- 57 OLC Memorandum, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.
- 58 שם.
- 59 ראו להלן בתת-פרק 4.
- 60 OLC Memorandum לעיל ה"ש 15, בעמ' 6.
- 61 שם, בעמ' 3.
- 62 אתר ה-OLC, לעיל ה"ש 43.
- 63 Cabinet Office, Ministerial Code (May 2010) *available at* https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61402/ministerial-code-may-2010.pdf מעניין שבקוד משנת 2007 היה פירוט נרחב יותר של המקרים שבהם חלה חובת ייעוץ, אולם גם אז נאמר כי אין מדובר ברשימה ממצה.
- 64 נתי פרלמן "מעמדם ותפקידם של יועצים משפטיים במשרדי ממשלה - סקירה משווה" (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 12.7.2011). <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/mo2906.pdf>, Guide to Government Legal Service Departments, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5.
- 65 כך על-פי תשובתו של משרד המשפטים האנגלי מיום 28.6.2012 לפנייתו של פורום קהלת.
- 66 לעיל ה"ש 63.

- 67 Lord Palmerston's Statement to the House of Lords on 17th February 1865, *House of Lords on 17th February 1865*, John Llewelyn Jones Edwards, מצוטט אצל: *The Law Officers of the Crown*. 257 (1964).
- 68 ראו על כך באריכות אצל: K.A. Kyriakides, *The Advisory Functions of the Attorney-General*, 1(1) Hertfordshire L.J. 73–94 (2003).
- 69 נציין כי מחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת קובע כי אומנם אין הוראת חוק שקובעת כי חוות-הדעת של ה-AG מחייבת את הממשלה, אך בפועל הממשלה מתייחסת אליה כאל חוות-דעת מחייבת. ראו ליאור בן דוד "היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותביעה כללית - סקירה משווה" 8 (הכנסת - מרכז המחקר והמידע, <https://www.knesset.gov.il/mmm/14.2.2007/data/pdf/mo1701.pdf>). אנו כאמור סבורים כי בהינתן סודיות, אי-אפשר לקבוע כי קיימת מחויבות כזו במצבים שבהם נבחרו הציבור מסרבים לקבל את חוות-הדעת של היועצים.
- 70 Elwyn Jones, *The Office of Attorney-General*, 27 Camb. L.J. 43 (1969).
- 71 אתר משרד המשפטים הקנדי - <http://www.justice.gc.ca/eng/abt-apd/index.html> (כניסה אחרונה 12.6.2013).
- 72 Mark J. Freiman, *Convergence of Law and Policy and the Role of the Attorney General*, 16(2) S.C.L.R. 335 (2002).
- 73 Roach, לעיל ה"ש 39, בעמ' 634.
- 74 כנישתו של John LL.J. Edwards, המובאת שם.
- 75 שם.
- 76 Ian G. Scott, *The Role of the Attorney General and the Charter of Rights*, 29 Crim. L.Q. 187, 194 (1986–1987).
- 77 Roach, לעיל ה"ש 39, בעמ' 632.
- 78 אתר משרד המשפטים הקנדי - <http://www.justice.gc.ca/eng/contact/Comm4.html> (כניסה אחרונה 12.6.2013).
- 79 אתר משרד המשפטים הגרמני - <http://www.bmjv.de/EN/Ministry/StructureOrganisation/Tasks/AdministrativeResponsibilities.html?nn=6950968> (כניסה אחרונה 12.6.2013).
- 80 תשובתו של משרד המשפטים הגרמני, לעיל ה"ש 23. חיצוני "כאשר יש צורך במומחיות מיוחדת ברמה גבוהה", אולם נראה שמטרת הסייג הזה היא למנוע התפתחות נהג של פנייה לעורכי-דין חיצוניים אשר עלול לעלות כסף רב. מכל מקום גם אין זו מטרת הסייג לא נראה שיש גורם כלשהו אשר צריך לאשר את הפניה.
- 81 תשובתו של משרד המשפטים הגרמני, לעיל ה"ש 23.
- 82 שם.
- 83 28 C.F.R. § 0.25(a) (2010); Douglas W. Kmiec, *OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive*, 15 Cardozo L. Rev. 337 (1993–1994).
- 84 OLC Memorandum, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.
- 85 Carl Brent Swisher, *Selected Papers of Homer Cummings, Attorney General of the United States 1933–1939*, 276 (1939). בהקשר זה צטט את דבריו של Cumming המעידים על מערכת היחסים הראויה, על-פי הבנתו, שבין ה-AG לבין הקונגרס והנשיא (שם):
"The situation is fundamentally different when the Attorney General is asked to pronounce upon the constitutionality of a statute after it has been passed by the Congress and approved by the President. Both then have evidenced their determination that the measure is constitutional. What before remained in the sphere of debate has now been elevated to the domain of law. Should the Attorney General now vouchsafe his opinion holding the legislation unconstitutional, he would set himself up as a judge of the acts of the Congress and of the President."
- 86 אף שתוכן הייעוץ סודי, קיים תמיד חשש שמי שהיה נוכח בדיון או נחשף למסמך עלול להדליפו.
- 87 John O. McGinnis, *Models of the Opinion of the Attorney General: A Normative, Descriptive, and Historical Prolegomenon*, 15 Cardozo L. Rev. 375, 427 (1993–1994).
- 88 ראו לעיל ליד ה"ש 36-38 וכן לעיל אחרי ה"ש 62 ואילך.
- 89 תשובתו של משרד המשפטים הגרמני, לעיל ה"ש 23.
- 90 ס' 5 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

- 91 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דין וחשבון** 38 (1998) (להלן: **דוח שמגר**).
- 92 בפרשת בר-און עלה חשד כי מינויו של עו"ד רוני בר-און ליועץ המשפטי לממשלה, בשנת 1997, היה חלק מהסכם בין ראש הממשלה בנימין נתניהו ואריה דרעי שלפיו ש"ס תסיר את התנגדותה להסכם חברון בתמורה למינויו של בר-און, כנראה בתקווה שעל-ידי כך יזכה דרעי בעסקת-טיעון מקילה בהליך הפלילי שהתנהל נגדו.
- 93 **דוח שמגר**, לעיל ה"ש 91, 63-72. יש לזכור שדרך המינוי שנקבעה עוסקת ביועץ שמשורות לו גם סמכויות של תובע כללי ולאור פרספקטיבה זו יש להתבונן כשיטת המינוי.
- 94 החלטה 2274 של הממשלה ה-28 (20.8.2000).
- 95 בהחלטת הממשלה המקורית לא נדרשה הסכמת שר המשפטים למינוי שממנה נשיא בית המשפט העליון. זו נוספה בהחלטת ממשלה משנת 2007 שקבעה זאת יחד עם הסמכת שר המשפטים לדרוש מועדת האיחוד להמליץ על שניים או שלושה מועמדים לפי בחירתו. על-פי המלצותיה של ועדת שמגר, על-מנת להחליט כי מועמד כשיר ומתאים, דרושה הסכמה של ארבעה מחברי הוועדה לפחות. יצוין כי במינויו של היועץ המשפטי המכהן יהודה ויינשטיין לא הצליחה הוועדה להגיע להסכמה כזאת. לנוכח זאת הגישה הוועדה לשר המשפטים את שמות המועמדים שזכו ברוב של שלושה חברים, והממשלה בחרה בוויינשטיין מתוקף סמכותה לסטות מפרוצדורת המינוי שנקבעה בהחלטת הממשלה שאימצה את דוח שמגר.
- 96 "היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 9.1000, 2 (התשס"ב) <http://www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/9.1000.pdf> (להלן: **הנחיות היועץ המשפטי למשרדי הממשלה הנוגעות למערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה** (2008) (להלן: **דוח אברמוביץ**). דוח זה אומץ על-ידי הממשלה בהחלטה 4528 של הממשלה ה-32 (1.3.2009).
- 97 מיכאל ששר **חיים כהן שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר** 220 (1989).
- 98 בג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421 (1987).
- 99 ייתכן ששינוי התפיסה של בית-המשפט העליון היה תוצאה של מינוים לבית-המשפט העליון של היועצים המשפטיים אשר קידמו את התפיסה הזו. בכלל אלה ניתן למנות את השופטים שמגר, זמיר וברק.
- 100 בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מזו(1) 441 (1993).
- 101 שם, בעמ' 475 (ההדגשה הוספה).
- 102 בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מזו(1) 404, 427 (1993) (ההדגשה הוספה). במקרה זה, כמו במקרים אחרים שנעמוד עליהם בהמשך, ניתן לראות את הקישור הלא-מחויב שבית-המשפט עושה בין הייעוץ והייצוג.
- 103 לא מצאנו את מספר ההחלטה, אולם כך מופיע **בדוח שמגר**, לעיל ה"ש 91, ואצל לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 3.
- 104 "דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 421 ויצחק זמיר עורך, 1993 (להלן: **דוח אגרנט**). לניתוח מעמיק העומד על סילוף מסקנותיה של ועדת אגרנט ראו לבונטין "אמת מדומה", לעיל ה"ש 3.
- 105 שם. שאלה חשובה היא אם שר רשאי לחרוג מהנחיות היועץ. אין **בדוח אגרנט** (שם) ו**בדוח שמגר** (לעיל ה"ש 91) תשובה חד-משמעית בעניין. להבנתנו, שר בישראל, החב אמונים כלפי הכנסת, דינו כממשלה מבחינת הרציונל הדמוקרטי.
- 106 שם.
- 107 בתמצית, מדובר בפרשה שהתפוצצה בשנת 1984 בעקבות אירוע שבו הוציאו אנשי השב"כ להורג מחבלים שחטפו אוסובוס בקו 300 מבלי להביאם לדין ומבלי לדווח על כך. עוד על פרשה זו ועל היקף השפעתה ראו יחיאל גוסמן **טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300** (1995).
- 108 יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט** יא 411 (1986). הפרסום עצמו נעשה באוקטובר 1986, אך מושתת על דברים שנשא זמיר בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ביום 8 באפריל 1986. אך שוועדת אגרנט לא דנה ואף לא הזכירה את עניין הייצוג, נראה שזמיר הגיע למסקנה זו לאור הבנתו כי הממשלה מחויבת לקבל את עמדת היועץ המשפטי בעניין הייעוץ. כאמור, היקף זה מייעוץ לייצוג הוא בעייתי, ונעמוד על כך בהרחבה בהמשך.
- 109 בג"ץ 73/85 **סיעת כך נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985).
- 110 פרשת **אמיתי**, לעיל ה"ש 101.
- 111 גביוון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-96. ראו גם את דבריו של היועץ המשפטי לשעבר משה בן זאב על העיוות החוקתי שגרמו פסקי-דין אלה, כמצוטט אצל זילבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

- 112 בג"ץ 4247/97 **סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 421, 277 (1998) (ההדגשה הוספה).
- 113 בג"ץ 320/96 **גורמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, פ"ד נב(2) 222, 239 (1998) (ההדגשה הוספה).
- 114 מתוך ריאיון בספרה של זילבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 200.
- 115 לבונטין ובניזון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 237.
- 116 "רכישת שירותים משפטיים חיצוניים על ידי משרדי הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשע"ו) 9.1001
index.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/91001.pdf
- 117 **דוח אברמוביץ**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 10.
- 118 **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 117.
- 119 אתר משרד המשפטים –
index.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Pages/Hanchayot.aspx
(כניסה אחרונה 18.2.2014).
- 120 ראו, לדוגמה, עדנה אדסו ונדעון אלון "יחוק התורמים - השרים אישרו, היועמ"ש מתנגד" **ישראל היום** (17.6.2013).
- 121 **דוח שמגר**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 20.
- 122 פרשת **אמיתי**, לעיל ה"ש 100. תפיסה זו של בית-המשפט מופיעה גם ב**דוח שמגר**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 46, וכן בבתיבה האקדמית בישראל (ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1002 ובהערות שם).
- 123 ראו להלן ה"ש 146 והטקסט שליידה.
- 124 יואכ דוחן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות לבני תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 173, 160, 159 (2004).
- 125 שם, בעמ' 177.
- 126 לכאורה יש להזכיר את החריג של השרים בארצות-הברית. אולם בכל-זאת אין מדובר במצב דומה לזה שבישראל, משום שבארצות-הברית – בניגוד לישראל וליתר המדינות שנחקרו בנייר זה – הנשיא הוא הרשות המבצעת, ולא השרים.
- 127 לכאורה אין הדבר נכון ביחס למערכת היחסים של ה-AG עם השרים בארצות-הברית, אך כאמור הרשות המבצעת בארצות-הברית היא הנשיא, ולא השרים.
- 128 כבריטניה כל הייצוג נעשה באמצעות עורכי-דין פרטיים.
- 129 אף שהממשלה אינה יכולה **לכפות** סודיות על ה-Law Officers, יש להדגיש כי הפרקטיקה הבריטית שונה לחלוטין מזו הישראלית, ובכפועל-חוות-הדעת של ה-Law Officers נותרות חסויות.
- 130 למעט במקרה שבו שני שרים חולקים והנשיא לא הכריע, שאז חוות-דעתו של היועץ היא שתכריע.
- 131 זילבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 243.
- 132 עוד על זכות המדינה לקבל את יומה בבית-המשפט, ועל חשיבותה של זכות זו, ראו אצל לבונטין **ייצוג המדינה בבית-המשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 102.
- 133 פרשת **אמיתי**, לעיל ה"ש 100.
- 134 בג"ץ 10934/02 **קיבוץ כפר עזה נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 30.3.2004) (החלטה). בהחלטה זו ניתן לקרוא את השתלשלות הפרשה.
- 135 שם.
- 136 שם, פס' 5.
- 137 שם, פס' 2.
- 138 שם, פס' 4.
- 139 באותה תקופה יוצגה גם הכנסת לפני בת-משפט באמצעות היועץ המשפטי לממשלה. לאחר פרשה זו נקבע בחוק תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת כמחליף את תפקידו ההיסטוריים של היועמ"ש ביחס לכנסת.
- 140 בג"ץ 7157/95 **ארד נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נ(1) 573 (1996).
- 141 להרחבה על חשיבותה של הפומביות בדמוקרטיה בכלל ובבית-המשפט בפרט ראו לבונטין **ייצוג המדינה בבית-המשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 106.
- 142 בהקשר זה ראו גם את דבריו של השופט בדימוס מישאל חשין "כי בכל מקרה של מחלוקת יש לאפשר לה [למדינה] ייצוג נפרד, שאם לא כן הפכת את היועץ לגורם מכריע שאין בלתו ולסוף פסוק, בשעה שההכרעה הסופית בדבר חוקיות הפעולה השלטונית צריכה להיות נתונה לבית-המשפט העליון". מצוטט אצל זילבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371.
- 143 בג"ץ 509/80 **יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה**, פ"ד לח(3) 589, 592 (1981) (ההדגשה הוספה).

- 144 בעיית הנציג היא בעיה במדע המדינה, בכללה, כדיני התאגידים ובניהול, המתייחסת למצב שבו סוכן הנדרש לייצג בפעולותיו ציבור כלשהו ישתמש בסמכויותיו כדי לקדם אינטרסים עצמיים על-חשבון אינטרסים של הציבור אשר מינה אותו. לדין כמושג "בעיית הנציג" (principle-agent problem) ראו, למשל, יוסף גרוס "משולש הכוחות בחברה והיווצרות דילמת הנציג" **ספר ברנזון** כרך ב 443 (2000); ניר מנדל **תרופת ההערכה כפתרון לבעיית הנציג** (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, 2006); Kathleen M. Eisenhardt, *Agency Theory: An Assessment and Review*, 14 Acad. Mgmt. Rev. 57 (1989).
- 145 דותן, לעיל ה"ש 125, בעמ' 191.
- 146 יהודה יפרח ושי כהן "מייקים פלייס" מקור ראשון, **מוסף "צדק - משפט, דין והלכה"** 12.10.2012 <http://zfonim.files.wordpress.com/2012/10/792.pdf>
- 147 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 997; "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.0000, 2 (התשס"ב) <http://www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/10001.pdf>
- 148 אמילי גרינצווייג "בן מנחם: האוצר מעכב מינוי כתב מדיני" **הארץ** 9.2.2012 <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1637532>
- 149 ראו לעיל בפסקה השנייה לתת-פרק זה.
- 150 הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) **דין וחשבון סופי** כרך א (2008) 487-488. על התערבותם של היועצים בהתנהלות הצבא ראו גם זילבר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154.
- 151 לדיון מפורט וחדשני בחיבור שבין היועץ והייצוג בישראל ובכשלויו ראו לבונטין **ייצוג המדינה בבית-המשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 224.
- 152 ראו שם.
- 153 עוד בעניין זה ראו לבונטין ובניזון, לעיל ה"ש 3.
- 154 דוח אגרנט, לעיל ה"ש 104, בעמ' 448 (פס' ח).
- 155 פרשת **סיעת נך**, לעיל ה"ש 109.
- 156 יצחק זמיר "היועץ המשפטי בשעת משבר: פרשת שירות הביטחון הכללי (השב"כ)" **ספר אורי דין** כרך ב 47, 54-55 (אהרן ברק וטנה שמיץ עורכים, 1990).
- 157 ראו הנחיות היועמ"ש 9.1000, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1.
- 158 דוח אברמוביץ, לעיל ה"ש 96, בעמ' 3.
- 159 שם, בעמ' 5-6; יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 451 (יצחק זמיר עורך, 1993).
- 160 אהרן ברק **שיקול דעת שיפוט** 489 (התשמ"ז).
- 161 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1002. יש לציין כי פסקי-הדין המובאים שם עוסקים ברשויות שלטון בדרג נמוך יותר. האחת היא ועדת ערר, והשנייה היא בית-הדין לעבודה. הפרדה זו בין דרגים שונים של הרשויות עולה כאמור בקנה אחד עם מסקנותיה של ועדת אגרנט.
- 162 זאב סגל **זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק** 212, 268-270 (מהדורה שנייה, 1993). מעניין שאחד הנימוקים לרעיון זה הוא שכיום זכות העמידה מאפשרת לעותרים ציבוריים רבים גישה לבית-המשפט, ולכן על אחת כמה וכמה שהיועמ"ש צריך לשמש ככובע זה. לעניות דעתי המסקנה צריכה להיות הפוכה. מכיוון שזכות העמידה בוטלה למעשה, והשערים נפתחו לפני העותרים הציבוריים, אפשר להניח ש"האינטרס הציבורי" מוגן יותר ואין צורך ביועמ"ש כעותר ציבורי. לפיכך הוא יכול כעת להתפנות לתפקידו כמייצג המדינה.
- 163 לרשימה המלאה ראו נספח ה **לדוח שמגר**, לעיל ה"ש 91, בעמ' 113.



פורום קהלת

פורום קהלת הוא מכון מחקר השוכן בירושלים ופועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל במדינת הלאום של העם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. הפורום איננו מפלגתי ונשען על מקורות עצמאיים פרטיים ללא מימון ישיר או עקיף ממדינת ישראל או מכל ישות מדינית אחרת. כל תוצרי הפורום מוגשים למקבלי ההחלטות ולציבור ללא תמורה.



פורום קהלת (ע"ר)

רח' עם ועולמו 8

ירושלים, 9546306

טל' 02-6312720

פקס' 02-6312724

office@kohelet.org.il

www.kohelet.org.il

ISBN 978-965-7674-44-4



9

789657674444