

השקפה, ניסן 1999, חוברת 8, עמ' 101-102/1999

## היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל

מאת: ד"ר אריאל בנדורי ופרופ' זאב סגל\*\*

- א. פתיחת דברים
- ב. מינוי היועץ המשפטי לממשלה, משך כהונתו וסיומה
- ג. כשירות היועץ המשפטי לממשלה ואיזוקתו הפוליטית
- ד. השתתפות היועץ המשפטי לממשלה בישיבות הממשלה
- ה. היועץ המשפטי לממשלה ושר-המשפטים – עצמאות והיוועצות
- ו. היועץ המשפטי לממשלה והכנסת
- ז. חוזה-דעת היועץ המשפטי לממשלה וכוח היועצו שלו
- ח. חוזה-דעת היועץ המשפטי לממשלה – בין משפט לאתיקה
- ט. האם יש מקום למצל את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה?
- י. "פרקליט עצמאי" בחלופה לפיצול של משרת היועץ המשפטי לממשלה
- יא. היועץ המשפטי לממשלה כעותר לבג"ץ
- יב. ביצוע חוק שהיועץ המשפטי לממשלה סובר כי הוא סותר חוק-יסוד
- יג. עניינים שלא נדונו, דברים שראויים להידון

### א. פתיחת דברים

מוסד היועץ המשפטי לממשלה הוא מעמודי התווך של שלטון החוק ועליונות המשפט בישראל. הוא נמנה עם האמצעים המרכזיים הבאים להבטיח את מהותה הפורמלית והערכית של מרות המשפט. היועץ המשפטי לממשלה ניצב בשורה אחת עם בית-המשפט הגבוה לצדק ומבקר המדינה במאבק על חוקיות השלטון.

שיטת המימשל הישראלית הפקידה בידיו סמכויות רבות. תפקידיו העיקריים הינם בתחום דיני העונשין, בהיותו ראש התביעה; בתחום המשפט החוקתי והמינהלי, בהיותו מייצג את רשויות המדינה בפני בית-המשפט הגבוה לצדק ובפני בתי-משפט אחרים, שלהם סמכויות בתחום זה; ובהיותו יועץ לממשלה ולרשויות השלטון האחרות בתחום השלטוני ובתחומים אחרים.

עצמאות היועץ המשפטי ואי-תלותו בממשלה שמינתה אותו נחשבים כנכסי-צאן-ברזל של שיטת המשפט הישראלי מאז התפרסם בשנת 1962 דו"ח ועדת המשפטים, בראשות השופט שמעון אגרנט, על סמכויות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>1</sup> הדו"ח, שאומץ על-ידי הממשלה, הוגדר כ"מסמך יסוד חוקתי".<sup>2</sup> במשך השנים

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* פרופסור-חבר למשפטים, התוכנית למדיניות ציבורית, הפקולטה למדעי החברה, אוניברסיטת תל-אביב.

1. הדו"ח (להלן: דו"ח ועדת אגרנט) פורסם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 421.

2. דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (תשמ"ח) 83. בראשות הוועדה עמד נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס), משה לנדוי.

כלכלי, והחוקים המהימנהלי במיוחד, בידי נושא-משרה אזרחי, ואילו את תפקידו בתחום אליפות המשפט הפלילי להפקיד בידי נושא-משרה אזרחי. עיקר העצות אלה הן בענין שפרקליט-המדינה יפקדו בלצדו על הפעלת דיני העונשין, ולא יהיה נפוץ עזר לצדן המשפטי לממשלה, כך שייחוצו שתי רשויות נפרדות ועצמאיות.

הטעמים להפסדה, כפי שהוצגו בפני הוועדה, נשמעו בעיקרם על היעדר לתוך את הקשר בין מי שמטפל בייצוג המשפטי לממשלה ומקיים למטרה זאת מניע שוטף עם גורמי הממשלה, לבין מי שנקרא להחליט בעניין העמדה לדין של נושא-משרה בראשות השלטון.<sup>56</sup>

בתוכו שהוגש לוועדה הוטעם, כי מדובר בשני תפקידים שונים במהותם, העלולים בבקל להגיע ליד התנגשות. שורש ההתנגשות הוסבר בכך, שתפקיד הייצוג מחייב עבודה משותפת והדוקה עם הממשלה וראש-הממשלה, בעוד תפקיד השליטה החוקי מחייב יחוקי מוחלט של הנרשא בו מן המצד השלילי. המצד השלילי של פרקליט-המדינה ליועץ המשפטי לממשלה, שלפי המצב הקיים סמוך מדי שבעה על שולחנה, עלול להזרים לעורקי התפקיד שיקלים בלתי-ענייניים. מקום שבו מדובר בסכנות והצמדה לדין פלילי, אין זה רצוי שתיווצרו ולו מראתי-יעין שהחלטת הייצוג, כראש וראשון לאוכפי החוק, והשפעה מהימנה ומייצג לממשלה. לדעת כותבי החזית, הפיצול ראי גם כדי לא להפקיד כוח רב מדי בידי נושא-משרה יחיד.<sup>57</sup>

ועדת שמגר, למרות שלא הקלה ראש בעצמים אלה, הגיעה לכלל מסקנה, כי לא רצוי לפצל את תפקידי הייצוג המשפטי לממשלה בין נושא-משרה שונים. לדעת הוועדה, פיצול כזה עלול לפגום בקיום הנכון והמלא של הפונקציות המהותיות שאותן ממלא הייצוג המשפטי, ואף לפגום ביכולת הפיקוח המשפטי המתבצע על-ידי ובתוקף המעשי של התחיתור המשפטי. הוועדה סברה, שהצעה מדי הייצוג המשפטי לממשלה של תחום דיני העונשין עלולה להוביל לתחמת מעמור.

הוועדה הוסיפה והביעה חשש, כי פיצול יביא ליצור-עניינים ולמתן חוזק-ידע סותרות. הוועדה לא מצאה גיבוי עובדתי לטענה המרכזית בזכות הפיצול, שלפיה כרוך תפקיד הייצוג בקירבה יתרה בין הייצוג המשפטי לממשלה לנושא-משרה שליוני, המלילה ספק בדבר יכולתו להחליט לגבי העמדה לדין. לדבריה, בעבר נקטו יוצגים משפטיים החליטים כנגד נושא-משרה בכירים, ולא הוכח, כי הייצוג המשפטי נותן מהצמדה לדין של נושא-משרה כאלה. הוועדה ציינה עוד, כי הביקורת הישירות של בג"ץ על החלטות הייצוג המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין מטעמים הנראים פסולים מספקת פיקוח נאות על החלטותיו.<sup>58</sup>

חברת ועדת שמגר, פרופ' רות גבירון, שהסכימה לדין זה הוועדה אך הוסיפה דברים כמה שכינתה "דעת יחיד", ציינה בהקשר זה, כי פיצול תפקידי הייצוג המשפטי "יביא להדגשת התצמאות באכיפת החוק, ולהדגשת השותפות בתחומי הייצוג

על אודות "תחומי עננה שהתחלטה לעיניהם".<sup>59</sup> חזות-דעת פרקליטת המדינה, שהיא שהכריעה שלא להעמיד לדין באותו עניין את שר-המשפטים, צווי הנבי, כוללה קביעה בתחום האתי, שלפיה בהתנהגות השרי הייתה מושגם "התנהגות חוזרונה מהתנהגות תקינה".<sup>60</sup> על רקע זה החליט בג"ץ שלא לחייב את ראש-הממשלה להעביר מתפקידו את שר-המשפטים, בהטעמו את ההבדל בין פגם אתי גרידא שנפל בהתנהגות שר-המשפטים לבין פגם שר היתה מתקבלה והולטה להעמיד את שר-המשפטים לדין פלילי בעבירה המורה.<sup>61</sup>

להצטרות אתיות אלה החורספה אמידות של הייצוג המשפטי לממשלה, אליקים ורכינטיין, שתקדו בהרופות את ראשי המערכת הפוליטית על שהתחמקו מנגודי שול אריה דרעי לאחר הרשעתו בקבלת שוחד. לדבר הייצוג, "אישים פוליטיים מוכרים על ח"כ דרעי כשותף למר"מ קואלציוני, ושחקים שחקת כבשים באשר לחומרת המעשים". הייצוג המשפטי הוסיף וציין, כי "ההגנות הצרכניות מהיבות, שאם הרשעות של דרעי תעמוד בעצור, עליו לפורש מהחיים הצרכניים".<sup>62</sup>

במקום החוקתי של ישראל משמש הייצוג המשפטי לממשלה כשליח הציבור כולו וכמי שפועל לחיזוקם של אורחות-חיים, שיקדמו את הדמוקרטיה המהותית כאשר קברניטי המדינה אינם מאזינים כראוי בין אינטרסים שונים. על רקע היינו של הייצוג המשפטי נאמן הציבור כולו, מתבקשת גם התייחסותו לשאלות אתיות וערכיות. חזקה על הייצוג המשפטי, כי הוא רואה לנגד עיניו את האינטרסים הציבורי ללא פניות, שבוין עלולים להיות נגרמים גורמים פוליטיים. עם זאת, בהצדהות האתיות של הייצוג המשפטי לממשלה אין כדי לחייב את רשויות השלטון, או אישים פוליטיים, לפעול על-פיהן. לא הרי קביעות משפטיות של הייצוג המשפטי לממשלה כרוי הצהרותיו האתיות.

**ט. האם יש מקום לפצל את תפקידי הייצוג המשפטי לממשלה?**

כפני רצות שמגר הועלו הצעות להפריד ולפצל בין תפקידים שונים של הייצוג המשפטי לממשלה. כך, הוצע להפקיד את תפקידי הייצוג הייצוג בתחום האזרחי פנימי ורצוי של ע"ד רות כהרן לכהונת הייצוג המשפטי לממשלה — במצבים מספקים.<sup>63</sup>

החלטת הייצוג המשפטי לממשלה, אליקים ורכינטיין, 20.4.97 (מס' 3164/97) בעניין "חוקיות פורש מניו של ע"ד רות כהרן לכהונת הייצוג המשפטי לממשלה — במצבים מספקים", 4' ב'.

לעיל הערה 15, בע' 53.

ראו בני"ב 2533/97 הנחיה לממן ארבת השלטון בראשאל 2 בממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46.

לדבר הייצוג המשפטי לממשלה בענין זה, שמאנו לאחר מתן חזר חזר, ולמתכות הוכח שעוררו במכתב הפוליטי, שהשפעה מהדברים, וראו ט' צמחק "דרכישיין על הפוליטיקאים: שחקת הכבשים" ייצגת אחרות (18.4.99), בע' 3. להוכיח הדין המשפטי של דרעי תאו ר"ס (18) 305/99 מ"י ב' דרעי (מס' פורס); ניתן במאריך 17.3.99). גור-חזרן, שן את דרעי לארבע שנות מאסר, ניתן במאריך 15.4.99.

החלטות של הייצוג המשפטי לממשלה בעניינים כפלי ששטעת ציבורית, הקובעת שאין להעמיד אדם לדין, כוללות לא את הצרות ערכות בזכות פסולתו של ההתנהגות נרשא החולטה, כך, למשל, החלטת הייצוג המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין תליל את חזק עבדה יוסף גנן ובניו בליב בית-המשפט העליון, שאותם הנדיר הייצוג המשפטי בהתבטאת "שמקומה לא ידענה בכל קנה מידה". ראו החלטות בהקשר זה במאריך 21.2.99 (מס' 1313/99).

56. ראו ד"ר רות שמגר, לעיל הערה 5, בע' 52-53.

57. ראו תכירים של פרופ' אהרן סגל ופרופ' לואיס שילר, שהוגשו לוועדת שמגר במאריך 8.7.97 והצעה לפצל בין שני התפקידים החלטה כפי הוועדה גם על-ידי פרקליטת המדינה, עובדה ארבל.

58. הצעה דומה ראו גם 2 כהרן רות' הנחיה הייצוג המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות (נשני).

47-45

והייצוג; אולם, לדבריה, ראוי שלא לתמוך בכך, הואיל ש"רק שמירת הריכוז בידי גורם אחד תשמור על עצמתו, ותחייב אותו להתמודד עם המורכבות של התפקיד".<sup>59</sup> טיעונה האמור של ועדת שמגר, שלפיו אין צורך לפצל את תפקידי היועץ משום שהוא לא נרתע מהעמדה לדין פלילי של נושאי משרות שלטוניות, שהוא משמש כיועצם, איננו נסמך על תשתית עובדתית. אומנם, יועצים משפטיים לממשלה הגישו במשך השנים כתבי אישום כנגד בכירים, אך נמנעו לא אחת מאישום בנסיבות שבהן היו פנים לכאן ולכאן.<sup>60</sup> זאת ואף אחרת. אין זה מן הראוי לקבוע עקרונות בעלי משמעות חוקתית אך על-סמך השערות ותקוות, כי הרשויות השונות לא יסטו בעתיד מדרך המלך.<sup>61</sup> כבר אירע בעבר שבג"ץ התגבר על רותיעתו מלהתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין חברי-הכנסת, וקבע, בניגוד לדעת היועץ, שקיים עניין לציבור בהעמדה לדין.<sup>62</sup>

טיעונה של ועדת שמגר, שלפיו הפיקוח השיפוטי מהווה אמצעי ממשי כנגד החלטות פסולות לכאורה של היועץ המשפטי לממשלה להימנע מאישום, איננו תואם את הגישה השיפוטית הרווחת. התערבות בג"ץ בהחלטה האמורה שלא להעמיד לדין הינה בבחינת חריג המאשר את הכלל. בית-המשפט כמעט ואיננו נוהג להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין, אפילו נראה לו שניתן היה להגיע למסקנה השונה מן המסקנה, שאליה הגיע היועץ.<sup>63</sup>

59. ראו שם, בע' 90.

60. כך, למשל, דחה בג"ץ עתירות כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את ראש-הממשלה בנושא מינויו של כ"ראון, הואיל והחלטתו לא חרגה ממתחם הסבירות באופן קיצוני. עם זאת, בית-המשפט קבע כי ניתן לחלוק על מסקנת היועץ ואף להגיע לתוצאה אחרת, אשר הייתה מצדיקה הגשת כתבי-אישום כנגד ראש הממשלה. ראו בג"צ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המודיעין, פ"ד נא(3) 1 (להלן: בג"צ יחב).

61. ראו בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, דברי השופט אהרן ברק, בע' 606: "אין בונים נורמות קונסטитуציוניות על יסוד תקוות. אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטитуציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים שלא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות". דברים אלה נאמרו במסגרת פסק-דין המיעוט של השופט ברק, אך משמעותם היא כללית.

62. ראו בג"צ 3425/94 גנור נ' י"מ, פ"ד נ(4) 1.

63. ראו בג"צ יחב, לעיל הערה 60, כמיוחד דברי השופט תאודור אור. לגישה המצדדת באי-התערבות בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ראו מאמרו של היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מ' כן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה (תשנ"ז) 5. לטענה, כי בג"ץ מתערב ביד רחבה, ואף יתר על המידה, בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ראו, למשל, מאמרה המעניין של ד' ברק-ארו "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 219. באותה רוח ראו ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה (תשנ"ז) 121. ואולם, כעולה מפסיקה ענפה, בג"ץ שינה החלטות של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין פלילי אך במקרים נדירים, שניתן למנותם על אצבעות קהירי אחת. נוסף לפסק-הדין הנזכר בהערה 62 לעיל, התערב בג"ץ בהחלטות מסוג זה רק בפסק-הדין: בג"צ 223/88 שפטל נ' י"מ, פ"ד מג(4) 356; בג"צ 935/89 גנור נ' י"מ, פ"ד מד(2) 485. פסק-הדין בעניין שפטל, שניתן בנובמבר 1989, הוא הראשון שבו התערב בג"ץ בשיקול-דעת היועץ המשפטי שלא להעמיד אדם לדין. לגישה שצידדה בהתערבות שיפוטית בחקשו זה, ראו ד' סגל "יועץ ללא ביקורת" הארץ (21.4.89), בע' 33.

אין יסוד במציאות לטענה, כי בג"ץ מרובה להתערב בהחלטות היועץ בחקשו זה. באשר לביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה, ראו גם Y. Dotan "Should Discretion Enjoy Special Treatment in Judicial Review? A

עם זאת דומה, כי הטיעון בדבר החשש שכוחו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה נוכח רשויות השלטון ייגרעו אם תפקידו יפוצל, אינו נעדר בסיס. שאלה היא אם בחשש זה כשלעצמו יש כדי להצדיק הימנעות מפיצול. ניתן גם לטעון, כי הפיצול נדרש דווקא כדי למנוע ריכוז סמכויות בידי אדם יחיד. יש להביא בחשבון גם אפשרות של מינוי בלתי-ראוי לתפקיד. בסוגייה זו יש פנים לכאן ולכאן. ספק אם באמור בדו"ח ועדת שמגר יש כדי למצות את הדיון בה.<sup>64</sup>

### י. "פרקליט עצמאי" כחלופה לפיצול של משרת היועץ המשפטי לממשלה

ניסיון אמריקני מעניין נרעד להתמודד עם הקושי שמציבות חקירה והעמדה לדין של אישי-ציבור בכירים. קושי זה בולט כמיוחד בישראל בהעדר פיצול בין תפקידי היועץ המשפטי לממשלה כיועץ, מחד גיסא, וכבעל סמכות עצמאית באכיפת המשפט הפלילי, מאידך גיסא. בארצות-הברית התמודדו עד לאחרונה עם הקושי שבחקירת בכירים ובהעמדתם לדין על-ידי תפקיד ה-independent counsel<sup>65</sup> (כמקור (special prosecutor)).<sup>66</sup> התפקיד עוגן ב-Ethics in Government Act, 1978, שחוקק בעקבות פרושה ווטרגייט. לפי חוק זה חריב ה-Attorney General – היועץ המשפטי, שהוא גם שר-המשפטים – לקיים חקירה מקדימה אם קיים חשד לזעזורה פלילית חמורה מצד נושא משרה בכירה. אם החליט היועץ שלא נמצאו ראיות מספיקות לכאורה, היה עליו לדווח על כך להרכב מיוחד של שלושה שופטים פרדליים, שבוקרו לעומקה את סבירות החלטתו ויכלו להתערב בה על-פי שיקול-דעתם. אם החליט היועץ שמתבקשת חקירה ממשית, הוא פנה לבית-המשפט כדי שימונה פרקליט עצמאי מיוחד ויוגדרו סמכויותיו. לפרקליט ניתנה "סמכות מלאה ועצמאית" להפעיל כל אמצעי הנתון על-פי דין בידי רשויות החקירה והתביעה. בחוק גם נקבע, שהקונגרס יכול לפנות ליועץ המשפטי בבקשה שזה יפעיל את סמכותו למנות פרקליט עצמאי. הקונגרס אף הוסמך להעביר פרקליטים עצמאיים מכהונתם. בשלהי שנות ה-80, בעת שחקרה פרקליטה עצמאית חשודות כנגד בכירים במשרד המשפטים שהואשמו בהטעיית הקונגרס, עלתה לדין בבית-המשפט העליון

64. לגישה החומכת בריכוז התפקידים, אך זאת חוץ שינויים במצב הקיים, כגון אי-שיתוף היועץ המשפטי לממשלה ריך קבע בישיבות הממשלה, ראו גביון, לעיל הערה 38, בע' 111-112.

65. ראו, כללית, K.J. Harriger *Independent Justice: The Federal Special Prosecutor in American Politics* (1992); Symposium: "The Independent Counsel Act: From Watergate to Whitewater and Beyond" 86 *Georgetown L.J.* (1998) 2011-2389; Symposium: "Special Prosecutions and the Role of the Independent Counsel" 16 *Hofstra L. Rev.* (1987) 1-130; J.E. Nowak & R.D. Rotunda *Constitutional Law* (5th ed., 1995) 267-272; L. Fisher *Constitutional Conflicts between Congress and the President* (4th ed., 1997) 73-75, 185-186.

66. התואר של המשפטן הממונה לפי החוק שונה מ-independent special prosecutor ל-council כדי למנוע יצירת רושם, כי מינויו יביא בהכרח להגשת אישום פלילי. ראו S. Dash "Independent Counsel: No More, No Less a Federal Prosecutor" 86 *Georgetown L.J.*