

מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג

מאת

אלון פריבר*

תקציר

ההלכה הרווחת בישראל, המבטאת גישה שלפיה המדינה "מדברת בקול אחד", היא שליועץ המשפטי לממשלה ישנה בלעדיות על ייצוג המדינה בפני בית המשפט. אולם לאחרונה, פסקי הדין בעניין **תנובה** ובעניין **אמיתי**, וההחלטה בעניין **האקדח על שולחן המטבח**, הציתו מחדש את המחלוקת הפסיקיתית, האקדמית והתקשורתית-ציבורית, והשמיעו קול הקורא לסטות מן ההלכה ולאפשר לרשות להיות מיוצגת על ידי עורך דין נפרד במקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מוכן לייצגה. אף על פי שהדיון בשאלה זו טמון בשאלה רחבה יותר הנוגעת לסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה והעיצוב המוסדי של תפקידו, רשימה זו תתמקד בשאלה הנורמטיבית על אודות בלעדיות הייצוג וההשלכות של פירוק "מונופול" זה, תוך התמקדות בשני מישורים מרכזיים. במסגרת המישור הראשון רשימה זו תצייע ניתוח של המסגרת הרגולטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה תוך הצגת אופן אסדרת המוסד כיום, השוואה להסדרים הקיימים במדינות השונות, והסיפור ההיסטורי של התפתחות המוסד, שממנו נלמד כיצד מקרי הקצה שנגעו למשברים הנוגעים בין היתר לשאלת הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים במשטר הישראלי הם שהניבו שינוי וחיזוק במעמדו. במסגרת המישור השני יוצגו ניתוח של מערך האיזונים והבלמים בישראל והטענה כי בשל כך שהיועץ המשפטי לממשלה ממלא תפקיד מרכזי במערך זה, חשיבותו כשומר סף מתעצמת לאור הליכים שונים המתרחשים בדמוקרטיה הישראלית. טענתי המרכזית ברשימה זו היא שבהתאם לניתוח של שני המישורים שצוינו והצגת ההשלכות האפשריות שתיגרמנה מפירוק מונופול הייצוג, יש להשאיר את ההלכה על כנה ולשמר את בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, זאת חרף ביקורות הנגד והקולות הקוראים לשינוי.

* תלמיד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. רשימה זו נכתבה במסגרת פרויקט הכתיבה הסטודנטיואלית "הערות במשפט" של כתב העת עיוני משפט. ברצוני להודות לד"ר דורין לוסטיג, עמר עין-הבר, אייה אומסי ועדן טאטור, עורכי עיוני משפט כרך מג, לאלאא חאג' יחיא, עורכת פורום עיוני משפט, וכן לשופט/ת החיצוני/ת, על הערותיהם המועילות שתרמו לי רבות בכתיבת רשימה זו.

מבוא

- א. המסגרת הרגולטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה
1. המסגרת הרגולטורית כ"שמיכת טלאים"
 2. מבט השוואתי על מוסד היועץ – האומנם חריג?
 3. עיצוב מוסדי בצל משברים – עיון היסטורי בתהליכים שהניבו את מאפייני מוסד היועץ המשפטי לממשלה
 4. המצב כיום
- ב. היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי במערך האיזונים והבלמים והפרדת הרשויות
1. היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מסייע להתמודדות עם הגירעון במערך האיזונים והבלמים
 2. היועץ המשפטי לממשלה – עזר כנגדו של בית המשפט העליון?
- ג. המחלקות בשאלת בלעדיות הייצוג – עניין תנובה, עניין אמיתי ועניין האקדה על שולחן המטבח
- ד. האם ראוי לפרק את בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה?
1. פגיעה בחוקיות החלטות הממשלה ובתמריצה
 2. חשיבות בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן במערך האיזונים והבלמים
 3. שאלת הכשירות המוסדית וקושי בניהול ההליך ובהכרעה בין הקולות השונים ברשות המבצעת
 4. ההשפעה של סוגיית בלעדיות הייצוג על עריכת הביקורת השיפוטית
- סיכום

מבוא

ההלכה הרווחת בישראל היא שליועץ המשפטי לממשלה יש בלעדיות בייצוג המדינה בפני בתי המשפט. הלכה זו מבטאת גישה שלפיה המדינה "מדברת בקול אחד", זאת בשונה מהעמדה שלפיה גופים שונים בתוך הרשות המבצעת רשאים להציג בבית המשפט עמדות שונות מזו של היועץ המשפטי לממשלה. יצוין כי הדיון בשאלת הייצוג, שבו תתמקד רשימה זו, מעורב פעמים רבות בשאלה רחבה יותר, שאדון אף בה להלן, הנוגעת לסמכויות היועץ המשפטי לממשלה בישראל והעיצוב המוסדי של תפקידו. בדומה לשאלת בלעדיות הייצוג, צירי המחלוקת בוויכוח הרחב יותר ניטשים בין מי שסבורים כי ליועץ המשפטי לממשלה בישראל סמכויות רחבות מדי, לבין האחרים המבקשים לשמר, או אף להעצים, את סמכויותיו.

לאחרונה, פסקי הדין בעניין **תנובה** ובעניין **אמיתי**¹, וההחלטה בעניין **האקדח על שולחן המטבח**², אשר יסקרו ברשימה זו, העלו מחדש את שאלת בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. בפסקי דין אלו עלתה השאלה האם רשויות יכולות להציג עמדה שונה מהעמדה המשפטית של המדינה הנקבעת ומיוצגת על ידי היועץ המשפטי לממשלה. זאת, כאמור, בניגוד לתפיסה הרווחת בישראל והמעוגנת הן בפסיקה והן בחקיקה.³ כנגזרת של שאלת בלעדיות הייצוג, פסקי דין אלו אף העלו סוגיה נוספת והיא מי מבין הגורמים, היועץ המשפטי לממשלה או הדרג הפוליטי הנבחר, ייטיב לייצג את האינטרס הציבורי.

מעבר למחלוקת הפסיקתית שתוצג בשני פסקי הדין וההחלטה,⁴ מתקיימים הן דיון תקשורתי-ציבורי⁵ והן דיון אקדמי בסוגיה זו.⁶ למשל, אדם שנער מצדד במאמרו

¹ בג"צ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשינוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו 4.3.2019) (להלן: עניין תנובה); בג"צ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (פורסם בנבו 4.3.2019) (להלן: עניין אמיתי).

² בג"צ 8451/18 האקדח על שולחן המטבח אשה לאשה מרכז פמיניסטי חיפה נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 18.10.2020) (להלן: עניין האקדח על שולחן המטבח).

³ למשל בסעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, שבו נקבע "בכל הליך שהמדינה צד לו, תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו".

⁴ ראו דיון בפרק ג ברשימה זו.

⁵ למשל, ביקורתו של השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, כלפי היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבלט, ראו "היועמ"ש, בגיבוי בג"צ, נעל את שערי ביהמ"ש לא בפני מחבלי החיזבאללה, ולא בפני אחרון הפושעים והעבריינים. הוא נעל אותו בפני נבחר ציבור, שר בממשלה, אני. בבחירות הבאות, זה יהיה הנושא הכי חשוב..." אמיר אוחנה (@AmirOhana) טוויטר (23.10.2020), (11: 34)

.twitter.com/amirohana/status/1319557697352749056?s=24

⁶ ראו למשל אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361 (2016) (להלן: שנער); אהרן גרבר "הייתה או לא הייתה" – האם תיתכן 'הלכה' שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על

בטענת "ריבוי קולות", זאת בדומה לעמדתו של השופט שטיין שהובאה בפסקי הדין שיוצגו ברשימה זו, וטוען כי בנסיבות מסוימות, לדוגמה כשמדובר בשאלות חשובות וכלליות או בגוף מקצועי בעל מומחיות ועניין מיוחד, יש הצדקה להעניק לרשויות את האפשרות להציג בפני בית המשפט את דעתן, גם אם זו שונה מדעת היועץ המשפטי לממשלה.⁷ טענתו של שנער נובעת משיקולים הנוגעים לחופש הביטוי, שיקולים מתחום הדמוקרטיה הדליברטיבית והמשפט המנהלי. לשיטתו, בלעדיות הייצוג ודיבור "בקול אחד" מונעת הגעה של מידע מהותי מהרשות המבצעת אל בית המשפט ופוגעת בשקיפות ההליך המנהלי,⁸ ומתן האפשרות לשמוע קולות מספר יעשיר את המידע שבידי בית המשפט, יאפשר פיקוח על ההליך המנהלי ויטיב את מבחני הסבירות והמידתיות.⁹ יצוין כי עמדתו של שנער קיבלה התייחסות בפסיקה בעניין גיני, שבו הביע השופט (כתוארו אז) רובינשטיין חשש מדיסהרמוניה שתיגרם עקב ריבוי קולות והתנגד לשינוי בסוגיית בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁰ לשיטתו של רובינשטיין, לפי המסורת במדינת ישראל אין ייצוג חיצוני אלא בהסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה, והחשיבות של עובדה זו היא בהימנעות מ"ג'ונגל ייצוגי" תוך הטלת שכר הטרחה על המדינה, ובעיקר תוך יצירת סיכון של עמדות סותרות בתחומים חשובים.¹¹

הגם ששאלת הייצוג זכתה לעיון אקדמי ונדונה בפסיקה, הרי שטרם נדונה שאלת בלעדיות הייצוג באופן ממצה באספקלריה תאורטית של משטר האיזונים והבלמים של הדמוקרטיה הישראלית. תרומתה של רשימה זו נעוץ, אפוא, בניסיון לאפיין ולמקם את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר סף במשפט הישראלי, ובפרט את התכליות הייחודיות של מנגנון בלעדיות הייצוג בהינתן מערך האיזונים והבלמים הישראלי. ברשימה זו אציג שיקולים מרכזיים לדיון בשאלת בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, ואדון בהם בנוגע להקשר הישראלי באמצעות התייחסות לפסיקה שעסקה בכך. טענתי היא שמונופול הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה משרת

הייצוג? "פורום עיוני משפט מד (2021); אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנוכה ואמיתי" **BLOG ICON-S-IL** (13.3.2019) (להלן: מי מדבר בשם המדינה?); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" **עיוני משפט** יא 411, 473 (1986); רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" **פלילים** ה 28, 43 (1996); איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר** 221 (2003); איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהווייתה: יובל לדו"ח ועדת אגרנט" **ספר לבונטין** (יהושע ויסמן, ברק מדינה, סיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013); אליקים רובינשטיין "יועץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק: מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת" **מחקרי משפט** יז 7, 10 (2001).

⁷ שנער, שם.

⁸ שם, בעמ' 365.

⁹ שם.

¹⁰ בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.6.2016) (להלן: עניין גיני).

¹¹ שם.

תכליות חשובות לקיום משטר איזונים ובלמים בישראל, וחיוני לשימור הדמוקרטיה הישראלית. ברשימה זו אציג את השיקולים המרכזיים לטובת שימור מונופול הייצוג: ראשית, שבירת מונופול הייצוג עלולה להוביל לפגיעה בחוקיות ההחלטות של הרשות המבצעת ובתמריצה. במצב העניינים הנוכחי, הרשות, אשר יודעת כי היועץ המשפטי לממשלה הוא זה שצריך לאשר ולייצג את עמדתה, פועלת לקבלת החלטה חוקית ולגיטימית שתעבור את "סף היועץ המשפטי לממשלה". אם ליועץ המשפטי לממשלה לא תהיה בלעדיות על הייצוג, ייחלש תמריץ הממשלה לבחון בצורה המיטבית את החוקיות והלגיטימיות של החלטותיה; שנית, לבלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה יש חשיבות בהיותו שחקן במערך האיזונים והבלמים. בעת תהליך קבלת ההחלטות של הממשלה, האחרונה יודעת שהיועץ המשפטי לממשלה מהווה מעין בלם ומבקר את החלטותיה, גם אם אינו רשאי לבלום את החלטותיה ככל שהן חוקיות. אולם, הידיעה שיש גורם בכיר אשר מבקר את עבודת הממשלה ויכול לאתגרה, עשויה להוביל אותה לבצע הליך קבלת החלטות שקול ו"נקי" יותר; שלישית, שאלת הכשירות המוסדית וקושי של בית המשפט בניהול ההליך ובהכרעה בין הקולות השונים ברשות המבצעת; ורביעית, לשימור המצב הנוכחי או שינויו יש השפעה גם על הממדים וגם על טיב הביקורת השיפוטית שבית המשפט יוכל לערוך.

כדי לדון בשאלה הנורמטיבית על אודות בלעדיות הייצוג והצגת ההשלכות הנגזרות משאלה זו, ברשימה זו אפסע בשני מישורים מרכזיים – דיון מוסדי במסגרת הרגולטורית של היועץ המשפטי לממשלה, ודיון תאורטי וניתוח של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מרכזי במערך האיזונים והבלמים בישראל. על כן, מבנה הרשימה יהיה כדלקמן:

בפרק א אערוך דיון מוסדי במסגרת הרגולטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה. במסגרת דיון זה אראה את אופן אסדרת המוסד כיום; אסקור את ההסדרים הקיימים במדינות שונות בנוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה וסמכויותו לייצע לממשלה ולייצגה, ואציג מסקנה שלפיה המצב בישראל אינו כה חריג וייחודי. כמו כן, אציג את התפתחותו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה תוך סקירת ההיסטוריה והליכי עיצובו של תפקיד זה החל מתקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל ועד ימינו, בדגש על הדיונים הנורמטיביים המשפטיים בנוגע לסמכות הייצוג, וחשיבותו של מוסד זה בהקשר של מערך האיזונים והבלמים הישראלי. מסקנתי מסקירה זו היא שחרף ההתפתחות ההיסטורית של המוסד, שעשויה לטענת מתבוננים בה את הרושם של מקריות ותלות מסלול, הרי שבראייה לאחור התפתחות זו נועדה להתמודד עם כשלי המערכת המשטרית הישראלית, והיא הכרחית להמשך כינונה כמערכת דמוקרטית מאוזנת.

בפרק ב אציג כיצד היועץ המשפטי לממשלה ממלא תפקיד מוסדי מרכזי במערך האיזונים והבלמים – מערך המהווה אבן יסוד במשטר הדמוקרטי בישראל. בפרק זה אדגים את חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר סף האמון על שמירת אינטרס הציבור ואת היותו מעין סוכן של בית המשפט העליון. בנוסף, אדון בכך שלאור הניסיונות להחלשת בית המשפט העליון בשנים האחרונות, התחזקותה של הרשות המבצעת על חשבון הרשויות האחרות והחרפת תופעת הפופוליזם, גוברת חשיבותו

של היועץ המשפטי לממשלה כבלם. יתר על כן, בפרק זה אדון בשאלה מדוע היועץ המשפטי לממשלה, ולא בית המשפט העליון, הוא שצריך להיות מוגדר שומר סף ו"לסכל" את פעולות הרשות במקרים שבהם הוא מוצא בה אי-חוקיות. לטענתי, בקצירת האומר, זאת בשל היותו כפוזיציה של Pre-ruling, הימצאותו כמנגנון פנימי ברשות בעל כשירות מוסדית והבנה בפעולותיה, ובהיותו שומר סף שיכול להכווין את התנהגות הרשויות עוד בטרם הוגשו עתירות.

בפרק ג אציג שני פסקי דין של בית המשפט העליון – עניין **תנובה** ועניין **אמיטי**¹² – שבהם קרא השופט שטיין לסטות מן ההלכה הרווחת כיום על אודות שאלת הייצוג ובלעדיותו של היועץ המשפטי לממשלה, ולאפשר לרשות להיות מיוצגת על ידי עורך דין נפרד במקרים שבהם אין היועץ המשפטי לממשלה מוכן לייצגה. כמו כן, אדון בהחלטה שניתנה בעניין **האקדח על שולחן המטבח** על ידי השופטים פוגלמן,¹³ סולברג ומזוז שבה הוצאה מן התיק הודעה שניתנה מטעם השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, מכיוון שלא הוגשה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ולא על דעתו.

בפרק ד אציג את השיקולים המרכזיים לטובת שימור מונופול הייצוג ואת ההשלכות האפשריות של פירוקו ומתן האפשרות לייצוג נפרד כפי שעולה מפסיקותיו של השופט שטיין בעניינים: **תנובה** ו**אמיטי** שאציג ברשימה זו. כמו כן, אתמודד עם ההשלכות שאציין תוך דיון בטענות נגד אפשריות. לבסוף, אסכם את הדיון שהצגתי במסגרת רשימה זו.

א. המסגרת הרגולטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה

1. המסגרת הרגולטורית כ"שמיכת טלאים"

בנקודת פתיחה זו אעמוד בקצרה על תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה ועל השוני וההבדלים בין סמכויותיו ובין סמכויות היועצים המשפטיים הפזורים במשרדי הממשלה השונים. ראשית, היועץ המשפטי לממשלה הוא ראש התביעה הכללית ואחראי על מערכת אכיפת החוק הפלילי; שנית, היועץ המשפטי לממשלה אחראי על ייצוג המדינה ורשויותיה בבתי המשפט בערכאות המשפטיות השונות. לתפקיד ייצוג המדינה, אשר עומד במרכז של רשימה זו, שתי מטרות: לספק ייצוג אפקטיבי ולהגן על עמדות הרשויות בבית המשפט; יחד עם זאת היועץ המשפטי לממשלה מייצג את המדינה, את אזרחיה ואת שלטון החוק, וככזה עליו לשמש כבלם בפני הפרות חוק המבוצעות על ידי המדינה ולשמור על אינטרס הציבור;¹⁴ שלישית, היועץ המשפטי לממשלה אחראי על פן הייעוץ המשפטי לממשלה ורשויותיה וייעוץ בענייני חקיקה,

¹² עניין **תנובה**, עניין **אמיטי**, לעיל ה"ש 1.

¹³ עניין **האקדח על שולחן המטבח**, לעיל ה"ש 2.

¹⁴ גיא לוריא **היועץ הטוב: אמות מידה להערכת היועץ המשפטי לממשלה**, 20, 136 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

הן בנוגע להצעות חוק המועלות לדיון, והן בנוגע להתייעצויות פרטניות על פעולות ספציפיות של הממשלה ורשויות המנהל. רביעית, היועץ המשפטי לממשלה אחראי על ייצוג האינטרס הציבורי ושמירה על שלטון החוק. תפקיד זה, יחד עם תפקידו בייצוג המדינה בערכאות המשפטיות, עומדים בבסיס הדיון של רשימה זו. נוסף על כך, היועץ המשפטי לממשלה משתתף בישיבות הממשלה באופן סדיר.

סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה במישור הפלילי עומדות לרשותו בלבד, כראש התביעה הכללית, והוא האחראי על מערכת אכיפת החוק הפלילי. במקביל לסמכות הפלילית, היועץ המשפטי לממשלה, בשונה מהיועצים המשפטיים במשרדים השונים, מחזיק בתפקידים נוספים הנוגעים לשמירה על האינטרס הציבורי, זאת לדוגמה בנושאים כגון חברות, ירושה, תביעות נזיקיות, ניירות ערך, תובענות ייצוגיות וכדומה. באשר ליועצים המשפטיים הפוזורים במשרדי הממשלה, הם כפופים מנהלית להנהלת המשרד, אך כפופותם המקצועית היא ליועץ המשפטי לממשלה וחוות דעתם מחייבת את הנהלת המשרד. הם מתמנים בהליך מרכזי של נציבות שירות המדינה, ולשם הפסקת עבודתם נדרשת הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה.¹⁵

בשונה מתפקידים רגולטוריים אחרים האמונים על קביעת מדיניות, תפקידם של היועצים המשפטיים לממשלה וסמכויותיהם אינם מוסדרים בחוק ספציפי, זאת בשונה למשל ממוסדות מבקר המדינה או הכנסת המוסדרים בחוקי יסוד.¹⁶ כדי להבין מוסד זה עלינו להסתכל על כל חלק ב"פאזל" בנפרד, שכן התבוננות ובחינה של הסדר או חוק יחיד בלבד אינו מספק דיו. מוסד היועץ המשפטי לממשלה מוסדר במגוון חוקים, החלטות ממשלה וועדות, פסיקות של בית המשפט וכן בהיסטוריה שלו המהווה מעין "תורה שבעל פה".¹⁷ ניתן להעלות על הדעת שבייחוד בעת זו, כשמוסד היועץ המשפטי לממשלה נמצא תחת ביקורות נוקבות ורצונות לשנותו ולצמצמו, שני הצדדים, המוסד עצמו והמחוקקים והפוליטיקאים שמתנגחים בו, אינם מעוניינים לקדם ולאסדר את התפקיד בחוק. מחד גיסא, מוסד היועץ המשפטי לממשלה ודאי שאינו מעוניין בחקיקה, שכן בהליך החקיקה יהיו ניסיונות להצר ולצמצם את היקפו וסמכותו; עד כה במרוצת השנים, פסיקות בית המשפט העליון הן שיצרו בעיקר את סמכויות היועצים המשפטיים לממשלה ואת הרחבותיהן. לכן ייתכן שהמצב הקיים כיום, קרי ללא אסדרה ברורה, הוא המצב האופטימלי מבחינת המוסד. מנגד, מלבד ניסיון החקיקה של "חוק

15 נתי פרלמן מעמדם ותפקידם של יועצים משפטיים במשרדי ממשלה – סקירה משווה 1 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2011).

16 חוק יסוד: מבקר המדינה; חוק יסוד: הכנסת.

17 באופן ספציפי יותר, בבדיקה שערכה לשכת היועץ המשפטי לממשלה נמצאו מעל מאה חוקים שונים העוסקים בסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה. ראו גם ברזילי היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי? 29 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010); גם ברזילי ודוד נחמיאס היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות – עקרונות, מוסדות השוואתיים, ניתוח, ביקורת והמלצות לרפורמה 29 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997).

היועמ"שים", שעליו ארחיב בהמשך רשימה זו,¹⁸ עד כה לא היינו עדים לניסיונות רבים מצד המחוקקים והגורמים הפוליטיים לאסדרה ברורה של מוסד היועץ המשפטי לממשלה וסמכויותיו, עובדה אשר יכולה לשמש כראיה לרצון לשמור על המצב הקיים או על מעין אדישות לקידום ניסיונות חקיקה לטובתם. כלומר, ייתכן שאמירות הגורמים הפוליטיים כנגד מוסד היועץ המשפטי לממשלה אינן נובעות בהכרח משיקולים מקצועיים או אג'נדה פוליטית סדורה, אלא נובעות מתוך רצון לגרוף הון פוליטי, או כחלק מתופעת הפופוליזם ההולכת ומחריפה, הכוללת הסתה כלפי בעלי עמדות נוגדות ומנגוני הבקרה, כדי לסייע לשלטון לגייס תמיכה במהלכו ועבור קידום ערכים לאומיים פטריקולריים והחלשת מערכות האיוון והבלימה.¹⁹ אפשרות נוספת אשר תיבחן במרוצת הזמן היא שלא מדובר בהכרח באדישות של הגורמים הפוליטיים לקידום ניסיונות חקיקה לצמצום סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, אלא שהמאבק הוסט מזירת הסמכויות אל זירת המינוי, כך שסמכויותיו הרחבות של היועץ המשפטי לממשלה תישמרנה, כל עוד האחרון יפעל בנאמנות לממשלה הממנה.

כאמור לעיל, היועץ המשפטי לממשלה, שהוא נושא משרה מקצועי, מרכז בידיו את סמכויות אכיפת החוק הפלילי, ייעוץ לממשלה ולרשויות השלטון וייצוגן של אלו בבית המשפט. סמכויות אלו מחזקות מוסד זה, ולפי ההלכה המושרשת כיום הן אלו המאפשרות לו להיות שומר סף המגן על שלטון החוק ומעניקות לו דה פקטו את הסמכות לשמירה על האינטרס הציבורי.²⁰ עבור שמירה על האינטרס הציבורי, ועבור מילוי תפקידיו באופן הנדרש, על תפקיד היועץ המשפטי להיות תפקיד א-פוליטי, ולכן האחרון קיבל עצמאות בהפעלת שיקול דעתו והוא אינו תלוי בגורמים שהוא מייצג, למשל מכוח אופן המינוי שלו שנעשה על ידי ועדה ציבורית מקצועית. עובדה זו מובילה לעיתים לאי הסכמות ולחילוקי דעות, ובכך משפיעה על סוגיית בלעדיות הייצוג והמונופול הקיים בנושא. בין שאר סמכויותיו, ליועץ המשפטי לממשלה סמכות מוסדרת בחקיקה להתייצב ולקחת חלק על פי החלטתו בכל הליך משפטי, זאת על סמך פקודת ההתייצבות.²¹ לפי סעיף 1 לפקודה, היועץ המשפטי לממשלה רשאי, לפי ראות עיניו, להתייצב בהליך, להשמיע דברו או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו, כאשר ראה כי זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים, עלולים להיות מושפעים או כרוכים בהליך שלפני בית המשפט. סמכות זו, אך לא רק היא, מעידה על תכליתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בהגנה על האינטרס הציבורי ופיקוח על

¹⁸ הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 20) (מינוי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה), התשע"ח-2017, ה"ח 1176. להצעת חוק היועץ המשפטי לממשלה קדמה הצעת חוק פטית אשר הציעה מנגנון של משרת אמן. בכתיבתה אעסוק בהצעת החוק הממשלתית.

¹⁹ גילה שטופלר "השתלטות חוקתית בישראל" *ICON-S-IL Blog* (8.6.2017); להרחבה על תופעת הפופוליזם ראו עמחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" *עיוני משפט* מד (2021).

²⁰ גביון, לעיל ה"ש 6.
²¹ פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

רשויות השלטון. קרי, תפקידו של היועץ אינו רק ייעוץ לממשלה, אלא גם תפקיד בעל נאמנות לציבור.

בישראל, התפתחותו ההיסטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה התרחשה ללא חשיבה מסודרת והתפתחה כטלאי על גבי טלאי, כאשר כל שלב בשרשרת התפתחות המוסד הכתיב והגביל את השלב שאחריו (Path Dependence).²² מעבר לחוסר התכנון המאפיינ את התפתחות התפקיד, בהשוואה למוסדות ותפקידי מפתח אחרים כגון הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת ומבקר המדינה, ניתן אף לומר שהתפתחות המוסד והתעצבותו התרחשו על רקע וכתגובה למשברים ואירועים מרכזיים לאורך שנות קיומה של המדינה, זאת כפי שיוצג בהמשך רשימה זו. מסקנתי, כפי שאדגים, הינה שחרף ההתפתחות ההיסטורית של המוסד, שעשויה לטעת במתבוננים בה את הרושם של מקריות ותלות מסלול, הרי שבראייה לאחור התפתחות זו נועדה להתמודד עם כשלי המערכת המשטרית הישראלית, והיא הכרחית להמשך כינונה כמערכת דמוקרטית מאוזנת.

2. מבט השוואתי על מוסד היועץ – האומנם חריג?

אף על פי שטענת רשימה זו היא שיש לשמר את ההלכה הרווחת שלפיה ליועץ המשפטי לממשלה ישנו מונופול ובלעדיות בתחום הייצוג, קרי לשמר את ריכוז הסמכויות הרבות בידיו של היועץ המשפטי לממשלה, אציין כי המודל הישראלי, שבו היועץ המשפטי לממשלה אחראי הן על התביעה הכללית והן על הייעוץ והייצוג המשפטי, הוא באופן מובהק חריג במשטרים דמוקרטיים בעולם בהיבט ריכוזיות הסמכויות.²³ בניגוד לישראל, הדפוס הרווח ברוב המדינות הדמוקרטיות הוא פיצול מוסדי בין הייעוץ והייצוג המשפטי לממשלה ובין התביעה הכללית.²⁴ כלומר, לרוב התביעה הפלילית מתנהלת תחת רשות עצמאית נפרדת, ופונקציות הייעוץ והייצוג לממשלה נתונות למוסד היועץ המשפטי לממשלה.²⁵ בישראל, נדמה כי הסיבה העיקרית לכך שאין פיצול מוסדי בתפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה היא החשש שמא יגרום פיצול זה להיחלשות המוסד והיחלשות תפקידו כיועץ וכמייצג הממשלה.²⁶ עם זאת, לא רק בישראל התעוררו סערות ומשברים סביב תפקידו וסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ובמדינות דוגמת ארצות הברית, אוסטרליה וקנדה הדיונים הציבוריים אף הובילו לשינויי חקיקה בנושא.²⁷

²² גיל ברניגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים לשומרי הסף" **השילוח** 11, 82 (2018).

²³ ברזילי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 20.

²⁴ שם.

²⁵ שם, בעמ' 13. כפי שניתן ללמוד ממחקרו של ברזילי, ב-37% בלבד מהמדינות הדמוקרטיות בעולם אין פיצול מוסדי והסדר שלפיו היועץ המשפטי לממשלה ממונה על התביעה הכללית לצד תחום הייעוץ והייצוג לממשלה.

²⁶ שם, בעמ' 15.

²⁷ שם, בעמ' 19.

בטרם ארד לשורשו של עניין הבלעדיות של ייצוג הממשלה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בישראל, אסקור בקצרה את ההסדרים הקיימים במדינות שונות בנוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה וסמכויותיו לייצג לממשלה ולייצגה. אראה בקצרה כי יש מדינות שבהן ההסדרים בנושא דומים לישראל דה יורה או דה פקטו. קרי, על אף הביקורות שנשמעות כנגד סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, אראה כי המצב בישראל אינו כה ייחודי וחריג באשר לסוגיות אלו. כפי שאדגים להלן, במדינות שתיסקרנה אין בהכרח הוראת חוק הקובעת שחוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה, אולם דה פקטו הפרקטיקה הנוהגת היא שרשויות השלטון מכבדות את עמדתו המשפטית ופועלות על פיה, זאת בדומה לישראל.²⁸ באשר לסוגיית הייצוג, נלמד כי הייצוג נעשה על פי רוב על ידי פרקליטים מטעם היועץ המשפטי לממשלה בלבד.²⁹ אולם יש מדינות, דוגמת קנדה ואוסטרליה,³⁰ שבהן בכפוף להנחיות פנימיות השרים ומשרדי הממשלה יכולים להסתייע בשירותים של עורכי דין פרטיים.³¹

באנגליה, אומנם אין כל הוראת חוק הקובעת שחוות הדעת המשפטית של ה- Attorney General, המכהן גם כשר בממשלה, מחייבת את הממשלה, אולם דה פקטו הממשלה מתייחסת אליה ככזו.³² באשר לייצוג הממשלה והשרים בבתי המשפט,

²⁸ אף על פי שברשימה זו לא סקרתי את אוסטרליה, היא דוגמה מעניינת בשל השוני הרב שלה מישראל. באוסטרליה קיים פיצול מלא בין הייעוץ המשפטי לתביעה הכללית. הסמכות להעניק ייעוץ משפטי לממשלה מפוצלת בין משרד הקאנצלר בענייני הפנים למשרד החוץ בענייני החוץ. כמו כן, כאשר המדינה מעורבת בהליך אזרחי היא מיוצגת על ידי התובע הכללי. ראו ליאור בן-דוד **היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות יעוץ, ייצוג ותביעה כללית – סקירה משווה** 2 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2007) (להלן: סקירה משווה).

²⁹ אולם, במקרים שבהם שרים מעורבים בליטיגציה פרטית (כלומר שלא כחלק מתפקידם במשרד ממשלתי), ברוב המדינות שנסקרו מי שייצג את השר יהיה עורך דין פרטי, אך בהיווצרות ועדכון של היועץ המשפטי לממשלה.

³⁰ כמו כן, ניתן לציין את קנדה כמדינה שיש בה הסדרים השונים מההסדרים הקיימים בישראל. בקנדה, היועץ המשפטי לממשלה הוא שר המשפטים וחבר בקבינט. אף על פי שתפקידו של היועץ המשפטי כולל מתן חוות דעת לממשלה בנושאים משפטיים, פונקציה זו אינה מתממשת באופן תדיר, וגם אם ניתנת חוות דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה אין היא מחייבת את האחרונה. בקנדה, בשונה מישראל, נשכרים לעיתים עורכי דין פרטיים לייצג את הממשלה בפני הערכאות השיפוטיות. ואולם, גם במקרים אלה ההליך מתבצע דרך משרד המשפטים, והעמדה שתוצג בפני בית המשפט צריכה להיות מותאמת לעמדת משרד המשפטים. כלומר, גם במקרים שבהם נשכר עורך דין פרטי לייצג את הממשלה הוא משמש כנציג היועץ המשפטי לממשלה לעניין זה. ראו סקירה משווה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 22.

³¹ סקירה משווה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 2.

³² שם, בעמ' 7; כך ניתן ללמוד מתשובה שהתקבלה ממשרד ה- Attorney General בלונדון לפניית מרכז המחקר והמידע בכנסת.

משרדי הממשלה והשרים מיוצגים על ידי פרקליטים הממונים על ידי ה- Attorney General בלבד.³³

בדומה לאנגליה, גם בניו זילנד ה- Attorney General הוא חבר פרלמנט ושר בממשלה (ובכפפות אליו מכהן ה- Solicitor General), אך בשונה מאנגליה, ה- Attorney General הניו זילנדי הוא לרוב חבר בקבינט ונושא באחריות פוליטית. בלשון אחר, ה- Attorney General הניו זילנדי אינו רק משרה משפטית בכירה, אלא משרה פוליטית מובהקת.³⁴ ה- Attorney General בניו זילנד הוא היועץ המשפטי של הממשלה, ובאחריותו לוודא כי הממשלה מתנהלת בהתאם לחוקי המדינה. אולם הצעותיו אינן מחייבות, אלא הן המלצות שמובאות בחשבון בעת עבודת הממשלה.

באוסטרליה, בדומה לניו זילנד, ה- Attorney General מכהן בכמה תפקידים: חבר פרלמנט, שר בממשלה וחבר קבינט. ה- Attorney General האוסטרלי עומד בראש משרד ה- Attorney General's Department שבאחריותו לסייע לממשלה בשמירה ובשיפור מערכות המשפט.³⁵ באוסטרליה אין כל הוראה הקובעת שחוות הדעת המשפטיות של ה- Attorney General, או מי מטעמו, מחייבת את הממשלה, אולם דה פקטו כאשר ה- Attorney General האוסטרלי מציג חוות דעת משפטיות היא תחייב את הממשלה.³⁶ באשר לסוגיית הייצוג, באוסטרליה יש הנחיות המחייבות את משרדי הממשלה להשתמש בשירותיהם המשפטיים של ה- Attorney General או של ה- Australian Government Solicitor.

יתרה מכך, **בארצות הברית**, היועץ המשפטי לממשלה ולנשיא מכהן בתור שר המשפטים ובתור חבר קבינט הנותן ייעוץ משפטי וחוות דעת משפטיות לנשיא ולשרים.³⁷ אף שאין כל התייחסות בחקיקה בנוגע למעמדה של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, הממשל רואה את חוות הדעת כמחייבות דה פקטו ולא כעצות בלבד.³⁸ ואולם, בשונה מחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה הפדרלי, ברוב המדינות בארצות הברית חוות הדעת של היועץ המשפטי הן בגדר עצות משפטיות גרידא.³⁹ באשר לייצוג הממשל, למעט במקרים שבהם המחוקק ציין מפורשות, ייצוג הממשל בהליכים משפטיים מתנהל על ידי משרד המשפטים תחת אחריותו של היועץ המשפטי.⁴⁰

בצרפת, בשונה מישראל, את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה ממלא מוסד בשם "מועצת המדינה", ולו שני כובעים: הוא משמש כבית הדין העליון לעניינים מנהליים,

33 שם.

34 שם, בעמ' 9; ברזילי, לעיל ה"ש 17; John McGrath QC, *Principles for Sharing Law*; 18 NZULR 197 (1998) *Officer Power: The Role of the New Zealand Solicitor-General*.

35 סקירה משווה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 13.

36 שם, בעמ' 14.

37 ראו באתר משרד המשפטים האמריקאי, www.usdoj.gov/jmd/mps/mission.htm.

38 סקירה משווה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 17.

39 שם.

40 28 USC s. 516; מי שאחראי על תחום הייצוג המשפטי דה פקטו הוא ה- Solicitor General, הכפוף ליועץ המשפטי לממשלה.

וכיועץ משפטי לממשלה.⁴¹ על פי הוראות החוקה, יש מקרים שבהם הממשלה תהיה מחויבת להיוועץ במועצת המדינה, בעיקר בהצעות חקיקה ממשלתיות. את הצעות החקיקה הממשלה מחויבת אומנם להעביר לחוות דעתה של מועצת המדינה, אולם הממשלה אינה מחויבת לחוות דעתה של המועצה באשר להצעות החקיקה.⁴² אם כן, כבר בנקודת הפתיחה של רשימה זו נמצאנו למדים כי אף על פי שישאל נחשבת חריגה בהיבט הריכוזי, בשל העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה אחראי הן על התביעה הכללית והן על הייעוץ והייעוץ המשפטי, ההסדר הנוהג בישראל בהיבט סמכויות הייעוץ והייעוץ למעשה אינו חריג מבחינה השוואתית.

3. עיצוב מוסדי בצל משברים – עיון היסטורי בתהליכים שהניבו את מאפייני מוסד היועץ המשפטי לממשלה

המסגרת המשמשת לעיצוב מוסד היועץ המשפטי לממשלה אינה מוסדרת במקור משפטי אחד סדור, ונבנתה לאורך השנים. על כן, כדי להבינה לאשורה נדרש מבט היסטורי על התפתחותו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל אשר התגבש במשך שנים ארוכות, עוד מימי המנדט הבריטי, עד למצב כפי שהוא מוכר כיום. כפי שעולה מהניתוח ההיסטורי שאציג להלן, מוסד היועץ המשפטי התפתח בצל שורה של משברים ואירועים ולאור מסקנתן של כמה ועדות לכדי מעמדו העכשווי, וייתכן שהחוסר באסדרת המוסד הבנתה מוסד "שברירי" וקל יותר לעיצוב בהתאם לצורכי השעה והגורמים העומדים בראש המערכת.

ימי המנדט הבריטי בישראל הם נקודת הציון הראשונה בהתפתחות מוסד היועץ המשפטי לממשלה. כחלק אינטגרלי מהביקורות שנשמעות כנגדו, המבקרים מדגישים את היותו יועץ, זאת כפי שתוארו מלמד, ומדגישים כי תפקידו אינם כוללים מתן הנחיות או החלטות מחייבות, אלא מתן ייעוץ משפטי גרידא. ברובן המוחלט של ביקורות אלו, המבקרים אינם מבססים את ביקורתם על טענות סדורות או על נתונים היסטוריים, אלא נשענים על תואר התפקיד בלבד. ואולם, ייתכן שביקורת זו מושתתת מלכתחילה על "טעות נגרת" ועיוות של מהות התפקיד המלווה אותנו עוד מימי המנדט הבריטי. על כן, יש חשיבות רבה לביאור השתלשלות האירועים שהובילו להתפתחות שם המוסד "היועץ המשפטי לממשלה" עוד מימי המנדט הבריטי בארץ ישראל.

היועץ המשפטי הראשון בתקופת המנדט, נורמן בנטוויץ,⁴³ מונה לאחר שהנציב הבריטי מינה קבינט והחליט להעתיק לארץ ישראל את המודל הבריטי. עוד בימי הממשל הצבאי כיהן נורמן בנטוויץ' בגלגולים קודמים של ה-Attorney General בתור ה-Senior Judicial Office. ואולם, הקהילה היהודית בארץ ישראל בחרה לתרגם תואר

⁴¹ סקירה משווה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 26.

⁴² שם.

⁴³ יחיאל גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה 37 (1981).

זה כ"היועץ המשפטי", וכך היה נורמן בנטוויץ' מוכר בקהילה.⁴⁴ לאחר שנים מספר התחלף הממשל הצבאי בממשל האזרחי, ותפקידו של נורמן בנטוויץ' הוחלף ל- Legal Secretary. עם זאת, הקהילה היהודית בארץ המשיכה להתייחס לבנטוויץ' בתור היועץ המשפטי, גם לאחר החלפת התואר ואף על פי שהיה נכון לתרגם את שמו ל"מזכיר המשפטים". יתרה מכך, גם בגלגול השם החדש והחלפתו ל- Attorney General, עקב חלוקת סמכויות והגדרתן מחדש, המשיכה הקהילה היהודית בשלה וכינויו של נורמן בנטוויץ' נותר "היועץ המשפטי לממשלה",⁴⁵ זאת אף על פי שאין זה התרגום המילולי הרצוי והנכון. בהקשר זה, אחת מהטענות על אודות הכינוי "היועץ המשפטי לממשלה" היא שהיה ראוי לקרוא לתפקיד בשם אחר – פרקליט המדינה, זאת מכיוון שהשם "היועץ המשפטי לממשלה" ניתן מלכתחילה בטעות.⁴⁶ לפיכך, התרגום של Attorney General מוטעה הן מבחינה לשונית והן מבחינה נורמטיבית, שכן מלכתחילה הוא היה יותר מיועץ משפטי בלבד והחזיק בסמכויות רבות נוספות, בדומה למצב כיום. אולם הטעות הכתה שורש, השם לא שונה עד כה, וייתכן שהיועץ המשפטי לממשלה בישראל משלם את מחיר הטעות עד היום, שכן נמתחות ביקורות חריפות על כך שהוא חורג מתפקידו כיועץ משפטי, בעוד שיייתכן שזו טענת סרק המבוססת על טעות היסטורית גרידא.

עם קום המדינה בשנת 1948, "פקודת סדרי שלטון ומשפט" הסדירה והתוותה את המסגרת הלאומית.⁴⁷ מכיוון שבפקודה אין התייחסות ליועץ המשפטי ולשר המשפטים,⁴⁸ המודל הבריטי אשר היה נהוג בארץ המשיך להתקיים, ופנחס רוזן ושמשון שפירא מונו לשר המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה, בהתאמה. שפירא, שכהן ראשון בתפקיד לאחר קום המדינה, נתפס כיועץ משפטי עצמאי ואקטיביסטי אשר ביסס לעצמו סמכויות רחבות במיוחד בהעמדה לדין פלילי.⁴⁹ דוגמה מרכזית לכך הינה פרשת טוביאנסקי.⁵⁰ אירוע זה, שבו העמיד שפירא לדין את הנאשם אף על פי

44 ש.ם.

45 ש.ם.

46 טענה דומה נטענה על ידי שופט בית המשפט העליון בדימוס אשר כיהן גם כיועץ משפטי לממשלה, יצחק זמיר. אולם, בעוד שלפני ה- Attorney General היו שני תארים נוספים – Legal Secretary ו- Senior Judicial Officer – זמיר גרס כי השם Attorney General ניתן על ידי השלטון הבריטי כבר בשנת 1917, הרצאה "משרת היועץ המשפטי לממשלה" מפי יצחק זמיר, ראו שופטים ומשפטים – משרת היועץ המשפטי לממשלה עם השופט בדימוס יצחק זמיר גל"צ (29.10.2017)

https://www.nobexpartners.com/share.aspx?playurl=http://glzwizzvd.bynetcdn.com/P/RV/5GwTJT1GIT/App/5GwTJT1GIT_21.mp3?awCollectionId=misc&awEpisodeId=u.nilaw291017&stationid=16036

47 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

48 גוטמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 45.

49 ש.ם, בעמ' 52.

50 טוביאנסקי הואשם בריגול עקב מסירת מידע על מקורות אספקת חשמל. ערכו לו משפט שדה והוציאו אותו להורג. שפירא החליט להעמיד לדין את האחראי על ההוצאה להורג, זאת חרף התנגדותם של גורמים פוליטיים, ובראשם התנגדותה של מפלגת מפ"ם.

שסמכות זו לא הוסדרה בחוק, היה תחילתה של עצמאותו וסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה בהעמדה לדין. שנים לאחר מכן התייחס שפירא לפרשה זאת ואמר כי בה נקבע במידה רבה מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לממשלה: "זה לא היה כתוב בשום חוק, לא היה כתוב בשום החלטה, אבל ככה זה נקבע, וזה נקבע לתמיד".⁵¹

בשנת 1960 מינה דב יוסף, שר המשפטים דאז, לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה את גדעון האוזנר. בין השניים התגלעה מחלוקת מהותית על סמכויותיו ותחומי אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה, שכן האוזנר סבר שהיועץ המשפטי לממשלה אינו כפוף להנחיותיו של שר המשפטים ושהוא פקיד ממשלתי הנהנה מעצמאות בקבלת החלטות. מחלוקת זו, שנסבה בעיקר סביב אופן ניהולו של משפט אייכמן ובשאלה האם יש לפתוח ולדון מחדש ב"פרשת לבון",⁵² היוותה את נקודת הפתיחה למערכת יחסים מתוחה בין שרי המשפטים ובין היועצים המשפטיים לממשלה. יצוין כי היררכית היועץ המשפטי לממשלה כפוף לשר המשפטים, אולם דה פקטו הוא אמור להיות עצמאי ועבודתו אינה כפופה להנחיות השר, מצב שתורם למתח השורר ביניהם. כמו כן, אף על פי שהיועץ המשפטי לממשלה כפוף היררכית ופועל רשמית תחת משרד המשפטים, תפקידו הוא לשמש כיועץ לכל שרי הממשלה.

בעקבות המחלוקת בין האוזנר ליוסף בנוגע לשאלה החוקתית מי הוא האחראי על אכיפת החוק בישראל,⁵³ הוקמה ועדת מומחים משפטיים בראשותו של השופט אגרנט שמטרתה הייתה לבחון ולהבהיר את סמכויותיו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה.⁵⁴ לוועדת אגרנט חשיבות רבה, שכן הממשלה אישרה את מסקנותיה ודו"ח הוועדה שימש מאז כמורה דרך בקביעת התפקיד והאחריות המוטלת על היועץ המשפטי לממשלה, וכן סייע בגיבוש מסקנות דו"ח ועדת שמגר.⁵⁵ אחת הסוגיות המרכזיות שהועברו מהממשלה לבחינה ולקבלת חוות דעת של הוועדה עסקה בשאלה כיצד יש לפעול במקרים שבהם דעותיהם של שר המשפטים ושל היועץ המשפטי לממשלה סותרות זו את זו.⁵⁶ במענה לסוגיה זו ביקשה הוועדה להבחין בין הממשלה לבין משרדי הממשלה, קרי הפקידים המקצועיים. לדברי הוועדה, הממשלה רשאית להחליט כיצד לפעול במקרים אלו, קרי אינה מחויבת להחלטות היועץ. מנגד, משרדי הממשלה תחת הרשות המבצעת מחויבים לפעול בהתאם לדבריו של היועץ המשפטי לממשלה.⁵⁷

51 כפי שמצוטט אצל זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 416.

52 רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977** 215 (2014).

53 שם.

54 דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 421 (1993) (להלן: **דו"ח ועדת אגרנט**).

55 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דו"ח הוועדה** 36 (1998) (להלן: **דו"ח ועדת שמגר**).

56 שם, בעמ' 421-422.

57 שם, בעמ' 448; נוסף על כך, בדו"ח נקבע כי היועץ המשפטי לממשלה יש סמכות פלילית עצמאית. מוטלת עליו חובה להתייעץ עם שר המשפטים, אולם בסופו של דבר ההכרעה

אירוע משמעותי נוסף שהוביל לעיצוב מוסד היועץ המשפטי לממשלה הוא פרשת קו 300.⁵⁸ בזמן פרשה זו כיהן יצחק זמיר בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה; מינויו הגיע לאחר כהונתם של יועצים משפטיים דומיננטיים ובוולטים כמו שמגר וברק. בשנת 1986 דרש זמיר מראש הממשלה שמעון פרס, שר החוץ יצחק שמיר ושר הביטחון יצחק רבין לברר את הפרשה והציע להביאה לסיום בפיתוריו של אברהם שלום, ראש השב"כ דאז. לאחר שהם התנגדו לדרישתו, החליט זמיר לפתוח בחקירה פלילית בנושא. זמן קצר לאחר מכן החליטה הממשלה להחליף את זמיר ביוסף חריש, במטרה למנות יועץ משפטי "נוח" לשלטון. אומנם עלתה טענה כי זמיר הוא שביקש למצוא לו מחליף, אך בפועל הצטייר הדבר כפיטורים של זמיר בעקבות הפרשה. במעמד פרישתו ביקש זמיר להיפרד מעובדיו במכתב שמתאר את סערת הרגשות שבה היה מצוי ואת התסכול שפרשה זו גרמה לו. כמו כן, מכתבו מחזק את הטענה שכהונה בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה מלווה במאבקים ובמתחים בלתי נדלים. כך נכתב בו:

אכן, העמידה של היועץ המשפטי לממשלה על משמר החוק שהוא הבסיס לחיים משותפים במדינה, מעוררת בהכרח, מעת לעת, מחלוקות ועימות. לעתים נדמה, אם לגורמים ממשלתיים ואם לחוגים בציבור, שדרישת החוק, כפי שהיא מיוצגת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אינה מתיישבת עם טובת הציבור או עם ביטחון המדינה. ואיך לך טעות גדולה מזו. אם נרשה כי צורכי שעה, כפי שהם נראים לגורם זה או אחר במערכת השלטון, מצדיקים הפרת חוק על ידי אותו גורם, מתוך טענה של טובת הציבור או ביטחון המדינה, אנחנו עלולים למצוא עצמנו בדרך ממדינת חוק השומרת על זכויות האזרח, אל סוג אחר של מדינה.⁵⁹

תקופה קצרה לאחר פיתוריו על רקע הפרשה והמחלוקות עם הדרגים הפוליטיים פרסם זמיר מאמר בשם "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון".⁶⁰ במאמרו פרס זמיר בהרחבה את האופן שבו יש לראות את מוסד היועץ המשפטי לממשלה ואת הסיבות שבגינן יש חובה לקבל את עמדתו. המהלך שביצע זמיר במאמר

ההסמכות הפלילית שייכות ליועץ המשפטי לממשלה, וניתנות לנטילה במקרים חריגים בלבד על ידי שר המשפטים, שם בעמ' 433-436.

⁵⁸ בשנת 1984 חטפו מחבלים אוטובוס שנסע בקו 300. לאחר חילוף בני הערובה הרגו אנשי שב"כ את שני המחבלים שנתפסו, בהוראתו של ראש השב"כ דאז, אברהם שלום. אנשי השב"כ מסרו עדויות שקר מתואמות בפני ועדות החקירה שמונו לבדוק את נסיבות הריגת המחבלים.

⁵⁹ מכתב הפרידה אל המשפטנים בשירות הציבורי מאת היועץ המשפטי לממשלה, יצחק זמיר (1986.3.6).

⁶⁰ זמיר, לעיל ה"ש 6.

ספג וסופג ביקורות עד היום.⁶¹ זמיר השתמש בדו"ח ועדת אגרנט ועשה היקש מהמסקנות בתחום הדין הפלילי אל תחום הייעוץ. במסקנותיו קבע זמיר שתי טענות נפרדות: רק היועץ המשפטי לממשלה מייצג את הממשלה, והאחרונה מחויבת לקבל את עמדתו. לדבריו:

אכן, אומר דו"ח הוועדה, על היועץ המשפטי לממשלה להתייעץ בעניינים שיש להם משמעות ציבורית עם שר המשפטים ולעיתים גם עם הממשלה כולה, אולם "מקום שקיימים חילוקי דעות בין השניים (או בין היועץ המשפטי לבין הממשלה) נתונה ההכרעה הסופית בידי היועץ המשפטי".⁶²

בנוסף הוא טען כי אם הממשלה מסרבת לקבל את עמדת היועץ, הוא לא ייצג את הממשלה והיא לא תיוצג כלל במקרה שתוגש עתירה כנגד פעולותיה.⁶³ זמיר מעניק במאמרו את הבכורה לערכי שלטון החוק וחוקיות השלטון. לדידו השלטון, קרי הממשלה, אינו יכול לקבוע מה מותר ומה אסור, והיועץ המשפטי לממשלה הוא זה שצריך לעשות זאת עבורה. כך, לדעתו של זמיר, החוק והאינטרס הציבורי יישמרו בצורה האופטימלית.⁶⁴ פרשנותו של זמיר לדו"ח ועדת אגרנט ספגה ביקורות רבות. מתנגדיו גורסים כי בפרשנותו חטא למסקנת הדו"ח בכל הנוגע לייעוץ. אולם, בהסתמכות על דו"ח ועדת אגרנט ופיתוח מסקנותיה הניח זמיר את אחת מן התשתיות להתפתחות סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שאנו מכירים אותה כיום.⁶⁵ פרשת פנחסי, אשר אירעה שנים מספר לאחר מכן, הוסיפה תלמי נוסף על התפתחות ועיצוב מוסד היועץ המשפטי לממשלה. חשיבותה של פרשה זו באה לידי ביטוי גם בתמיכתו של בית המשפט העליון בפסק הדין המשמעותי הראשון שעוסק בסמכויות היועץ המשפטי.⁶⁶ בפרשה זו החליט היועץ המשפטי לממשלה דאז, חריש, להעמיד לדין את רפאל פנחסי, שכיהן כסגן שר הדתות. פנחסי עתר לבג"ץ נגד החלטת הכנסת להסיר את חסינותו. בג"ץ קיבל את עתירתו, העביר את העניין חזרה להכרעתה של הכנסת, וזו בתורה החזירה את חסינותו של פנחסי כך שלא יהיה ניתן להעמידו לדין. בתגובה דרש חריש מראש הממשלה, יצחק רבין, לפטר את פנחסי, וזאת בהתאם למה שנקבע בפרשת דרעי שהתרחשה בסמיכות זמנים לפרשה זו.⁶⁷ להבדיל מפרשת דרעי,

61 ראו למשל ברינגר, לעיל ה"ש 22.

62 זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 417.

63 שם.

64 שם.

65 ראו למשל בג"צ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473, בפס' 42 לפסק דינו של השופט ברק (1993) (להלן: עניין אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין).

66 שם.

67 בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (1993) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון).

לדידו של רבין היו העבירות שבהן הואשם פנחסי עבירות קלות יחסית ועמדה לו החסינות, ולכן בחר שלא לפטרו, זאת בניגוד לדרישת היועץ המשפטי לממשלה. בעתירה שהוגשה נגד החלטתו של רבין שלא לפטר את פנחסי סירב חריש לייצג בבית המשפט את דעתו של יצחק רבין, ועל כן ייצגה דורית ביניש, פרקליטת המדינה דאז, את שני הצדדים – הן את ראש הממשלה והן את היועץ המשפטי לממשלה – זאת אף על פי שלשניים עמדות שונות וסותרות.⁶⁸

לדידו של השופט (כתוארו אז) ברק, לא ייצגה פרקליטת המדינה ביניש את שני הצדדים אלא טענה בשמה של הרשות, קרי בשמו של ראש הממשלה, אולם אף על פי שהיועץ המשפטי לממשלה וראש הממשלה החזיקו בדעות שונות אישר היועץ להביא את דעתו האישית של ראש הממשלה, וזו הדעה השנייה שהציגה ביניש.⁶⁹ הסוגיה המרכזית לענייננו היא הקביעה של ברק לגבי סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ומערכת היחסים שבינו ובין הרשות המבצעת. בפסק דין זה הוא קבע כי סמכות פירושו של החוק נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו מחייב את הרשות המבצעת.⁷⁰ נוסף על כך, לפי קביעתו של ברק, במקום שבו עמדתו של גורם מהרשות המבצעת (במקרה זה ראש הממשלה) אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, ראשית עליהם לנסות לשכנע זה את זה. אולם אם אין הדבר עולה בידיהם, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג את הרשות המבצעת על פי תפיסתו המשפטית. ברק מנמק את קביעתו בכך שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת, והוא בעל הסמכות לפירוש החוק. מכאן שאם היועץ המשפטי לממשלה סבור שהרשות פועלת שלא כדין, עליו להודיע לבית המשפט שהוא לא יגן על פעולתה ולא ייצגה. לטענתו של ברק, ההשקפה שהיועץ המשפטי לממשלה הוא בעל הסמכות והאחריות על התפיסה המשפטית של הממשלה והרשויות ושארחריות ייצוג המדינה ורשויות השלטון נמצאת תחת סמכותו הבלעדית, יוצגה וגובשה בדו"ח ועדת אגרנט והפכה להיות הגישה הרווחת במשפט בישראל.⁷¹

בשל פרשת "בר-און חברון", אשר היוותה נקודת מתח נוספת ושלב בהתפתחות מוסד היועץ המשפטי לממשלה, הוקמה ועדה בראשותו של השופט שמגר שבחנה את האירועים והיוותה אבן דרך במסלול התפתחותו של המוסד. דו"ח ועדת שמגר, שהתבסס על התשתית שהונחה בדו"ח ועדת אגרנט, עיצב את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה והנחה כיצד מתבצעת בחירתו, מה סמכויותיו וכיצד יש לעגנון.⁷² בין המלצותיה הרבות של הוועדה הוצע שליועץ המשפטי לממשלה תהיינה סמכויות ייעוץ עצמאיות ומחייבות, על היועץ המשפטי להתוות את המדיניות המשפטית לפי החוק

⁶⁸ עניין אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין, לעיל ה"ש 65, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ברק.

⁶⁹ שם.
⁷⁰ שם; בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב ראש הכנסת, ל"ט(3) 141, 152 (1985).

⁷¹ עניין אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין, לעיל ה"ש 65; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 417–418.

⁷² דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 55.

ואסור לו לייצג עמדה אשר מנוגדת לחוק. אולם, ככל שלרשות המבצעת ישנה עמדה חוקית שונה מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, על היועץ לייצג עמדה זו, גם אם אינה זוכה לתמיכתו. כלומר, אחת ממסקנותיה של ועדת שמגר הייתה כי במקרים שיש דעות חלוקות בין הרשות לבין היועץ המשפטי לממשלה נותר פתח לרשות לייצג את דעתה. אולם משרד המשפטים נמנע מלאמץ ולעגן המלצה זו, אשר זוכה לפרשנויות שונות המשמשות כל אחד מהניצים שבמחלוקת (ובכלל זה אף שופטי בית המשפט העליון, למשל בעניין **תנובה** שיוצג בהמשך רשימה זו),⁷³ עובדה המעצימה את המאבק על אודות בלעדיות הייצוג ומחריפה את ההבדלים בין הגישות השונות לתפיסת תפקיד היועץ המשפטי לממשלה בכובעו כמייצג הרשויות.⁷⁴

בדומה לאירועים שצוינו לעיל, גם אירוע זה נולד עקב מחאות וסערות ציבוריות ופוליטיות, ולא בעקבות הליך משפטי או אסדרתי ברור ומכוון. הממשלה אימצה כמעט את כל המלצות ועדת שמגר בכמה החלטות ממשלה,⁷⁵ אולם המלצותיה לא עוגנו בחקיקה. בשנת 2004 מונה מני מזוז למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ובכך היה היועץ המשפטי לממשלה הראשון שנבחר בהתאם להחלטת הממשלה שהתבססה על המלצות ועדת שמגר.

המשמעויות האופרטיביות של הניתוח ההיסטורי שהוצג לעיל אינן חד-משמעיות. ניתן לפרש את התפתחותו ההדרגתית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה כאקראית ובלתי מכוונת, וייתכן שבשל כך כהתפתחות שגויה המחייבת חשיבה מחודשת על אופי וסמכויות המוסד. חלף כך, ניתן לראות בהתפתחות המוסד תוצר של התמודדות של רשויות השלטון בישראל עם המאפיינים הייחודיים של המשפט הישראלי ופרי של ניסיון ארוך שנים להקנות ליועץ המשפטי לממשלה את הסמכויות הנדרשות להתמודדות על רקע משטר האיוונים והבלמים החסר במשפט הישראלי. כלומר, מקרי הקצה שהניבו שינוי וחיזוק במעמד היועץ המשפטי לממשלה נגעו לדילמות ומשברים הנוגעים בין היתר לשאלת הפרדת הרשויות ואיוונים ובלמים במשטר הישראלי ומחדדים לנו, כמתבוננים בהיסטוריה זו ממעוף הציפור, את החשיבות של מוסד זה בהקשר של מערך האיוונים והבלמים הישראלי. מסקנה זו היא אבן הראשה של הדיון בפרק הבא, אשר יוקדש להצגת העיצוב של תפקידו המוסדי של היועץ המשפטי לממשלה באספקלריה של איוונים ובלמים במשפט הדמוקרטיה בישראל.

4. המצב כיום

גם כיום, ואולי אף ביתר שאת בשל כתבי האישום שהוגשו כנגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו, מוסד היועץ המשפטי לממשלה נמצא במרכזו של שיח ער המעלה תחושות קשות וביקורות חריפות הן מצד התומכים בעצמאותו והן מצידם של

⁷³ עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" **משפט וממשל** ו 173, 175 (תשס"א).

⁷⁴ ראו גביון, לעיל ה"ש 6; לבונטין וגביון, לעיל ה"ש 6; ברינגר, לעיל ה"ש 22.

⁷⁵ החלטה 2274 של הממשלה ה-28 "מינוי היועץ המשפטי לממשלה" (20.8.2000).

המבקרים המבקשים להגביל את כוחו ולהגדיר את סמכויותיו של המוסד ושל תפקיד זה מחדש. אולם כאמור, אלו אינם מתחים חדשים המאפיינים תקופה זו בלבד.⁷⁶ מוסד היועץ המשפטי לממשלה מרכז בידיו כוח וסמכויות רבות וחולש על תפקידים רחבים ומגוונים, הוא אחד מהתפקידים החזקים במערכת השלטונית, וככזה, הוא נתון ללחצים רבים ולניסיונות לצמצום סמכויותיו וכוחו. לאורך השנים אנו עדים למתחים בין היועצים המשפטיים לממשלה לבין נבחרי הציבור והשרים,⁷⁷ וכן עדים לניסיונות חוזרים ונשנים לשנות את תפקידם, ייעודם וסמכותם. דוגמה לכך היא הוויכוח והניסיונות לפצל את משרת היועץ המשפטי לממשלה ולהפריד את תפקידו כראש התביעה הכללית מתפקידי הייעוץ והייצוג שבהם הוא מחזיק,⁷⁸ ניסיון שנבלם עד כה.⁷⁹ נכון לכתביבת שורות אלו, אחת מנקודות המתח האחרונות במשבר סביב תפקיד היועץ המשפטי לממשלה וביחסי הפוליטיקאים והיועצים המשפטיים לממשלה, שאינה עוסקת במישרין בשאלת בלעדיות הייצוג, באה לידי ביטוי בהצעת חוק המכונה "חוק היועמ"שים".⁸⁰ חוק זה מבקש לשנות את דרך מינוי היועצים המשפטיים לממשלה ולהפוך את המינוי לפוליטי, וזאת באמצעות המלצה של ועדת איתור. על פניה, ועדת האיתור המוצעת שם היא ועדה מקצועית, ולכן הטענה שהמינוי באמצעותה הוא פוליטי אינה מובנת מאליה. אכן, אין מדובר בהצעת החוק ב"מינוי פוליטי" או במשרת אמון במונח הטהור, אולם הטענה שמדובר במינוי פוליטי, או במשרת אמון דה פקטו, נובעת מההשפעה הדרמטית שניתנת לשר המשפטים בהליך המינוי. לפי הצעת החוק, בראש הוועדה יעמוד מנכ"ל משרד המשפטים (שמשרתו היא משרת אמון), ולשר או למנכ"ל תהיה הסמכות למנות שניים מתוך ארבעת החברים הנותרים. יוצא, אפוא, שבוועדה המוצעת יש רוב לשר ולמנכ"ל איש אמונו.⁸¹ הצעת חוק זו עוררה דיון אשר הגיע לשיאו בדרישתה של שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, לפטר את המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, דינה זילבר, בעקבות ביקורת נוקבת שהשמיעה בכנסת על הצעת "חוק היועמ"שים" והצעות חוק אחרות שקודמו על ידי הממשלה.⁸² התבטאויות אלו של זילבר ביקרו תהליך והלך רוח רחב יותר, המתאפיין בניסיונות להחליש את מערכת המשפט (ואת מוסד היועץ המשפטי לממשלה בפרט, כגורם הנתפס כחלק משמעותי ממערכת זו) ולחזק את כוחם של נבחרי הציבור, הפוליטיקאים. לדידה של זילבר, הצעת "חוק היועמ"שים" מדרדרת את המוסד מכזה שנועד להיות מקצועי גרידא ללא זיקה פוליטית ופועל בשירות הציבור,

76 לוריא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 20.

77 ראו הרחבה בהמשך רשימה זו.

78 ברזילי, לעיל ה"ש 17; מרדכי קרמיניר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים (ה) 2017: 173 (1996).

79 לוריא, לעיל ה"ש 14.

80 לעיל ה"ש 18.

81 שם.

82 מתן גוטמן "הביאו לנו יועמ"שים צייתנים!" על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת" ICON-S-IL Blog (27.11.2018) (להלן: על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי).

למשרת אמון בעלת זיקה פוליטית מובהקת.⁸³ בנוסף להתבטאויותיה כנגד חוק היועמ"שים, בנוגע לחוק הנאמנות בתרבות גרסה זילבר שמבקשים מהיועצים המשפטיים לבחור בין ממלכתיות לנאמנות.⁸⁴ לביקורתה של זילבר הצטרפו גורמים בכירים רבים מעולם המשפט, ביניהם פרופ' יצחק זמיר, שופט בית המשפט העליון בדימוס ויועץ משפטי לממשלה בעברו. בביקורתו גרס זמיר שהצעת החוק שהובילה שרת המשפטים דאז, איילת שקד, טוביל לפוליטיזציה של השירות המשפטי ותפגע בשמירה על שלטון החוק ותקינות המנהל.⁸⁵

דוגמה נוספת למתח בין הדוג הפוליטי לדוג המשפטי הינה ביקורתם החריפה של שרי המשפטים לשעבר, איילת שקד ואמיר אוחנה, כנגד מעמדם של היועצים המשפטיים והצורך "לרסן" את האחראים. ניתן ללמוד זאת לדוגמה מהמו"מ להסכמים קואליציוניים בשלוש מערכות הבחירות העוקבות בשנים 2019–2020, שבהן היו מעמדו של בית המשפט העליון, אופן מינוי השופטים ונושא היועצים המשפטיים לממשלה ומעמדם נקודות חשובות בשיח הפוליטי והתקשורתי.⁸⁶ דוגמה מרכזית לביקורת שהעבירה שקד, אשר מבטאת את הלך הרוח של העמדה השמרנית יותר בשיח הישראלי, ניתן למצוא במאמרה "מסילות אל המשילות",⁸⁷ שבו יצאה כנגד טשטוש הגבולות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות, וכנגד פעולות היועץ המשפטי לממשלה, שלדידה מכוונות לשינוי א-פורמלי של תפקידם והרחבת סמכותם של היועצים המשפטיים לממשלה במשרדים השונים. טענתה המרכזית של שקד, שמזוהה ונשמעת בפיהם של מבקרים רבים אחרים, היא שמתרחש בישראל תהליך רחב של משפטיזציה, שבו הגורמים והמוסדות המשפטיים מצרים את צעדי נבחרי הציבור והשרים ופוגעים ב"משילות".⁸⁸ יש לציין שביקורת זו מופנית לא רק כלפי מוסד היועץ המשפטי לממשלה, אלא גם כלפי בית המשפט העליון. במרכזו של דיון זה נמצא עקרון עצמאותו של מערך הייעוץ והייעוץ המשפטי לממשלה, שנבחן בכתיבה זו. גם ממאמרו של יועצה של השרה לשעבר עולים קולות דומים, וטענתו היא שלאחרונה מתקיים תהליך "חדש" שבו היועצים המשפטיים לממשלה מוגדרים כ"שומרי הסף", תוך שינוי

⁸³ צבי זרחיה "דינה זילבר על חוק היועמ"שים: מבקשים מאיתנו לבחור בין ממלכתיות לנאמנות" **כלכליסט** (22.10.2018) www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3748191,00.html

⁸⁴ הצעת חוק התרבות והאמנות (תיקון מס' 2), התשע"ט-2018, ה"ח 1261.

⁸⁵ יצחק זמיר "חוק מינוי היועמ"שים – צורך מפלגתי צר ופוסל" **הארץ** – דעות (25.11.2018)

www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.6681588

⁸⁶ חגי עמית "ארבע השנים הקרובות של אזרחי ישראל יוכרעו בהסכמים הקואליציוניים" **TheMarker** (15.4.2019) www.themarker.com/news/politics/.premium-1.7119745; **אנה רייבה ברסקי** "השר אוחנה: 'הבחירות יהיו על שאלת ריסון הכוח של מערכת המשפט'" מעריב (25.12.2019) <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-737341>

⁸⁷ איילת שקד "מסילות אל המשילות" **השילוח** 1, 37 (2016).

⁸⁸ שם.

ייעודם וניסיונות להרחיב את סמכותם אל עבר תחומי אחריות חדשים.⁸⁹ יתר על כן, לטענתו, בשנים האחרונות היחס שהיועצים המשפטיים לממשלה מקבלים מבית המשפט העליון השתנה, באופן התורם להרחבת סמכויותיהם ומציבם כאחראים על האינטרס הציבורי, ובכך חורג מהגדרת ותכלית תפקידם.

ברצוני להדגיש כי אירועים וביקורות אלו אינם עומדים בפני עצמם כמאבק נגד סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בלבד. כלומר, לא ניתן לבחון את שהובא בפרק זה במנותק מאירועים המתרחשים בדמוקרטיה הישראלית, כגון ריכוז הכוח בידי הרשות המבצעת והפיכת הכנסת למעין חותמת גומי,⁹⁰ עליית הפופוליזם המקדמת תפיסה החותרת תחת יסודות השיטה הדמוקרטית עצמה ותחת מערכת האיוונים והבלמים,⁹¹ התעצמות זרם השמרנות, התגברות המחלוקת על המוסדות המשפטיים בישראל והמתקפות על הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק.⁹² באשר לאחרון, במהלך השנים האחרונות הועלו מספר רב של הצעות שנועדו לטשטש את הפרדת הרשויות במשטר בישראל ולרכז את הכוח בידי הרשות המבצעת,⁹³ אשר ביניהן ניתן למנות את הצעת החוק (הן הממשלתית והן הפרטית) שביקשה לשנות את אופן מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה – שהוזכרה לעיל בתור חוק היועצ"שים.

ב. היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי במערך האיוונים והבלמים והפרדת הרשויות

1. היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מסייע להתמודדות עם הגירעון במערך האיוונים והבלמים

כאמור, מטרת רשימה זו היא לדון בשאלה הנורמטיבית על אודות בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. עד כה התמקדה כתיבתי בדיון מוסדי, קרי כיצד סמכויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה נבנו לאורך השנים תוך התמקדות באספקלריה הן היסטורית והן השוואתית השמה דגש על הדיונים המשפטיים הנורמטיביים. בחלק זה אעסוק במישור השני, ואערוך דיון תאורטי וניתוח מוסדי של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן חשוב במערך האיוונים והבלמים בישראל, על רקע מערכת היחסים שלו עם הרשויות השונות. דהיינו, ניתוח זה וההתייחסות למצב המיוחד של מערך האיוונים והבלמים והפרדת הרשויות בישראל יתרום להבנת ההשלכות האפשריות שיכולות

⁸⁹ ברנינגר, לעיל ה"ש 22.

⁹⁰ גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" **ICON-S-IL Blog** (25.3.2018).

⁹¹ כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 19.

⁹² גילה שטופלר "חוקתיות סמי ליברלית ואיוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" **עיוני משפט** מד (2021) (להלן: שטופלר, חוקתיות סמי ליברלית ואיוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית).

⁹³ שם.

להיגרם מהשארית מונפול הייצוג על כנו או מפירוקו, זאת בהמשך לעמדתו של השופט שטיין כפי שילמד מפסיקותיו שיוצגו בפרק ג.

כדי לרדת לשורשו של דיון זה נדרש לדון בשאלת מעמדם של שומרי הסף בדמוקרטיה הישראלית, ובאופן שבו מוסד היועץ המשפטי לממשלה משפיע על תפיסת האיזונים והבלמים המוסדיים. הנחה בסיסית וחשובה לרשימה זו היא שאיזונים ובלמים מוסדיים הם אחד מהאדנים שהמשטר הדמוקרטי החוקתי מושתת עליהם.⁹⁴ בפרק זה אציג כיצד היועץ המשפטי לממשלה משפיע וממלא תפקיד מוסדי חשוב נוסף במערך האיזונים והבלמים במשטר בישראל, זאת מתוקף תפקידו והיותו אמן על שמירת האינטרס הציבורי ושלטון החוק. ברצוני להדגיש כי חשיבותם של היועצים המשפטיים לממשלה במערך האיזונים והבלמים מתגבר על רקע תהליכים שונים המתרחשים בישראל, לדוגמה החרפת הפופוליזם והתחזקות הרשות המבצעת, ועל רקע המציאות הפוליטית הרעועה בישראל בשנים האחרונות. בהקשר לנכתב לעיל יצוין כי בישראל, שלא כמו במדינות אחרות כדוגמת ארצות הברית, התפיסה הרווחת כלפי משפטים בשירות הציבור שונה. רוצה לומר, הדעת הרווחת בישראל היא שמשפטים ופרקליטים המייצגים את המדינה חבים קודם כל חובה לאינטרס הציבורי ולשמירתו (כלומר, הציבור הוא ה"לקוח" שעומד בראש מעיניהם, ולא העומד בראש המשרד הממשלתי), בעוד שבמדינות שונות, כמו בארצות הברית למשל, הדעה הרווחת היא שהפרקליטים מייצגים קודם כול את המדינה (כלומר את עמדת המשרד הממשלתי הרלוונטי שאותו הם מייצגים; לעיתים עמדת המדינה יכולה שלא לעלות בקנה אחד עם האינטרס הציבורי),⁹⁵ בדומה לאופן שבו עורך דין פרטי מייצג לקוח פרטי.⁹⁶

אחת מהמחלוקות העיקריות הנוגעות לשיטת המשטר הדמוקרטית הראויה בישראל עוסקת בשאלת האיזונים והבלמים הראויים במשטר דמוקרטי, ובפרט בשאלת ההגדרה של שומרי הסף בשיטתנו. לרוב, כאשר דנים במערך האיזונים והבלמים במשפט הישראלי, הדיון סובב סביב שלושה שחקנים מרכזיים: הרשות השופטת, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. רשויות אלו שוות במעמדן ומקיימות ביניהן מערכת של איזונים ובלמים ובקרה הדדית, במטרה למנוע ריכוז כוח שלטוני רב מדי בידה של אחת משלוש הרשויות. חלוקת הכוח השוויונית לכאורה בין שלוש הרשויות מסייעת לכך ששום רשות לא תהיה חזקה מספיק כדי לשלול את זכויות האזרח במדינה, שהרשויות תפעלנה על פי הסמכויות שניתנו להן בלבד ושייווצר ביזור כוח שימנע ריכוזיות מסוכנת.⁹⁷ בהקשר ישיר, גם בתוך הרשות המבצעת ישנה חשיבות לביזור הכוח; חלוקת הסמכויות, למשל בין הגורם הממונה (השרים) ובין הפקידים (היועץ

⁹⁴ איל בנבנישתי ודורין לוסטיג "שיקוי הלאומיות" *ICON-S-IL Blog* (24.10.2018).
⁹⁵ Geoffrey Miller *Government Lawyers' Ethics in a System of Checks and Balances* UNI.

.CHI. L.REV, 54(4), 1293, 1294 (1987)

⁹⁶ Michael Asimow & Yoav Dotan, *Hired Guns and Ministers of Justice: The Role of Government Attorneys in the United States and Israel*, 49 ISRAEL L. REV. 3, 5 (2016).

⁹⁷ איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" *משפטים* לא 797, 798-800 (2001).

המשפטי לממשלה לדוגמה), מסייעת בשמירה על ביזור הכוח המנהלי ומאפשרת לרשויות המוסמכות לערוך ולהעביר ביקורת הדדית. בנוסף, ביזור הכוח מסייע במניעת קבלת החלטות תחת שיקולים זרים או תחת השפעה של קבוצות אינטרס שונות אשר יכולות להטות את צעדיהם של מקבלי ההחלטות ברשויות. בנוסף לשלוש הרשויות שצוינו, הרשות הרביעית כוללת את המוסדות המדינתיים אשר מטרתם להגן על המשטר הדמוקרטי ולפקח על פעולותיהם של מוסדות המדינה האחרים,⁹⁸ במצבים שבהם מתקיים ניגוד עניינים מובנה בפעולות הרשויות.⁹⁹ בין מוסדות אלו, המרכיבים את הרשות הרביעית, ניתן למצוא את מבקר המדינה ואת ועדת הבחירות המרכזית,¹⁰⁰ ולענייננו גם את היועץ המשפטי לממשלה, אשר אחד מתפקידיו המרכזיים הוא שמירה על שלטון החוק במשטר הדמוקרטי. לפיכך, לנוכח הגירעון באיזונים והבלמים בשיטת המשטר הישראלית,¹⁰¹ חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כחלק מן המארג של הרשות הרביעית אשר שמה לנגד עיניה את השמירה על המשטר הדמוקרטי, וכשחקן מוסדי האמון על שמירת האינטרס הציבורי ושלטון החוק, רבה. ניתוח זה נכון ביתר שאת גם לכובעו כאחראי הבלעדי על ייצוג הרשויות בפני בית המשפט, שכן סמכות זו, כפי שאדגים בהמשך רשימה זו,¹⁰² היא שמעניקה לו את האפשרות לאזן את הרשות המבצעת, לבלום הפרות מצידה, ובסופו של דבר למנוע פגיעה אפשרית בפרט.

עלינו לתת את הדעת למצבה של מערכת הפרדת הרשויות בישראל לאור כמה הליכים מקבילים. בשנים האחרונות, עם עליית הלאומיות והפופוליזם, מתקיימת "מתקפה" על עקרונות היסוד בשלטון החוקתי בישראל וביניהם הפרדת הרשויות, עקרונות ליברליים של זכויות אדם ושלטון החוק.¹⁰³ בנוסף, בשנים האחרונות אנו עדים להגדלת כוחה של הרשות המבצעת בהליך שבו הכנסת מתחילה "להתפרק מסמכותה" מחד גיסא, ולהעברת סמכויות רבות ואפשרות לביצוע הסדרים שונים לרשות המבצעת מאידך גיסא. כלומר, נראה שהמבנה המשטרי הנוכחי בישראל מעניק כוח רב, ואף בלתי פרופורציונלי לעיתים, לרשות המבצעת, אשר מחזיקה לא רק בכוח לבצע אלא גם בכוח להתקין תקנות ולהעביר הסדרים.¹⁰⁴ לדוגמה, ניתן לציין את ועדת השרים לענייני חקיקה כהטיה מבנית לכיוון הרשות המבצעת בשיטתנו, זאת מכיוון שהוועדה

⁹⁸ Mark Tushnet, *Institutions Protecting Democracy: A Preliminary Inquiry*, 12 L. & Ethics of H.R. 181, 183 (2018).

⁹⁹ שטופלר, חוקתיות סמי ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית, לעיל ה"ש 92.

¹⁰⁰ שם.

¹⁰¹ כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 19; שטופלר, חוקתיות סמי ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית, לעיל ה"ש 92; קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד (2021).

¹⁰² ראו דיון בפרקים ג, ד לרשימה זו.

¹⁰³ שטופלר, חוקתיות סמי ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית, לעיל ה"ש 92.

¹⁰⁴ עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות: על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון** 21 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

היא שמכריעה ברובם של המקרים אילו חוקים יעברו לכנסת.¹⁰⁵ בנוסף, מכיוון שבכנסת יש רוב קואליציוני שתומך בממשלה, ואף כפוף לה דה פקטו, יכולה להיווצר בקלות יחסית היענות לדרישות הממשלה. לפיכך, אין בשיטתנו הפרדת רשויות מלאה.¹⁰⁶

בשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות שבהן יש דרכים שונות לקיים מערכת של איונים ובלמים, נראה שעקב העובדה שלישאל אין חוקה שלמה ומשוריינת,¹⁰⁷ האופן שבו מורכב הפרלמנט הישראלי (הכנסת מורכבת מבית אחד, בשונה ממדינות אחרות שבהן יש בית שני בעל כוח ממתן ומסן בשעת הצורך),¹⁰⁸ היעדר וטו נשיאותי ושיטת הבחירות,¹⁰⁹ לרשות המבצעת מוענק כוח ניכר, כמעט ללא אח ורע בדמוקרטיות בעולם,¹¹⁰ אשר מוביל לכך שהמוסדות הנבחרים בישראל יכולים לפעול כמעט ללא מגבלה כלל – מצב שעלול לשבש את תכליות המשפט המנהלי, וכיוצא מזה – לפגוע בפרט. כפי שאבקש להציג, לשיטתי, לנוכח הגירעון באיונים והבלמים בשיטה הישראלית נדרש מהיועץ המשפטי לממשלה יותר. כלומר, עקב כך שהפרדת הרשויות בישראל מעורעת, וכיוצא מכך גם האופן שבו מתפקד מערך האיונים והבלמים, גוברת חשיבות היועץ המשפטי לממשלה, ויש לו תפקיד חשוב כשומר סף המבטיח את חוקיות ותקינות פעולות הרשות המבצעת. זאת, במיוחד לאור היותו בעל המומחיות המשפטית ברשות המבצעת עצמה וגורם עצמאי פנימי בעל יכולת להעביר ביקורת יעילה. במציאות שכזו נדרשת אף שמירה על סמכות בלעדיות הייצוג, המעניקה ליועץ המשפטי לממשלה כלי בעל יכולות בלימה ואיזון של פעולות הרשות המבצעת.

2. היועץ המשפטי לממשלה – עזר כנגדו של בית המשפט העליון?

אחת מרגליו של המשטר הדמוקרטי הישראלי עומדת על בסיס זכויות האדם של אזרחי המדינה. נקודת המוצא היא שהמוסד המרכזי האחראי לשמור על זכויות האדם בישראל הוא בית המשפט. בהקשר זה, ישנו קשר ישיר בין תפקידו של בית המשפט ובין עקרון החוקיות, אשר ממנו נובעים עקרון חוקיות המנהל ועקרון שלטון החוק. דהיינו, על בית המשפט לדאוג שבמקום שיש בו פגיעה בזכויות האדם היא עומדת קודם כול בדרישות שלטון החוק, קרי היא צריכה להיעשות תוך הסמכה מפורשת. בית המשפט דן בטענות המועלות בגין פגיעה בזכויות האדם, באמצעות עריכת ביקורת שיפוטית על פעולותיה של הרשות המבצעת, אולם נראה שלא די בכך. היועץ המשפטי לממשלה מחויב להגנה על האינטרס הציבורי ושלטון החוק, זאת בהתאם להתפתחות

105 שם, בעמ' 77.

106 שם, בעמ' 78.

107 שם, בעמ' 68.

108 יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א 81, 137 (1992).

109 להרחבה בעניין זה ראו דוד נחמיאס ושי דוד "שיטות בחירה: ניתוח חלופות והמלצות לרפורמה בישראל" משפט ועסקים יד 511 (2012).

110 עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט 25 (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018).

המוסדית והגדרת התפקיד במרוצת השנים, כפי שתואר עד כה ברשימה זו. הוא מחויב ראשית להגנה על שלטון החוק במדינה, וכשלדעתו פעולות הממשלה פוגעות בשלטון החוק עליו להעדיף את הנאמנות לחוק על פני נאמנות לממשלה. יצחק זמיר היטיב להדגים נקודה זו בכתיבתו: "בו בזמן, היועץ המשפטי לממשלה ניצב מול הממשלה, כאילו היה **כלב שמירה**, להגן על שלטון החוק במובן הרחב שלו, שהוא לב ליבה של הדמוקרטיה. מצד זה הוא חייב נאמנות, בראש ובראשונה לחוק".¹¹¹ חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה והיותו "כלב שמירה" של שלטון החוק משמעותית עקב היחסים המיוחדים בין הרשות המבצעת למחוקקת, וההטיה המבנית הקיימת לטובת הרשות המבצעת. כלומר, לאור ההטיה הקיימת בין הרשויות, ולאור כך שהמערכת הישראלית לוקה בחסר בכללים ואיוונים, חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כממלא תפקיד מרכזי מתעצמת.¹¹²

אומנם, גם למערכת היחסים של היועץ המשפטי לממשלה עם הרשות השופטת ובית המשפט העליון יש השפעה רבה על התעצבותו וחשיבותו של המוסד. החל משנות השמונים התחוללו שינויים ניכרים במשפט הישראלי, ששיאם ב"מהפכה החוקתית" שהגיעה בעניין **בנק המזרחי**, שם הקנה לעצמו בית המשפט העליון לראשונה את הסמכות לבטל חוקים של הכנסת אשר עומדים בסתירה לחקיקת היסוד, אשר לה הוענק מעמד חוקתי על-חוקי.¹¹³ אחד השינויים המרכזיים שהתרחשו בתקופה זו התבטא בהחלפתו של סגנון השיפוט המרוסן והפורמליסטי בסגנון אקטיביסטי וליברלי.¹¹⁴ האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון התבטא בהרחבת זכות העמידה והרחבת שערי בית המשפט בפני עתירות, אשר מבטאת בין היתר הרחבת התערבותו של בית המשפט בפעולות הממשלה והכנסת; הרחבת דוקטרינת השפיות;

¹¹¹ זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 412. ההדגשה אינה במקור.

¹¹² בעניין העתירות נגד החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, המוכר בשם חוק ההסדרה, היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבליט, היה נאות לאשר לממשלה ייצוג נפרד, זאת מפאת חריגות המצב, ובהתאם לכך שכרה הממשלה עורך דין פרטי שייצג את עמדתה בעתירות. לבית המשפט הוגשו אפוא הן עמדת הממשלה, באמצעות עורך דין שנשכר, והן עמדת היועץ המשפטי לממשלה באמצעות פרקליטות המדינה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי חוק ההסדרה הוא חוק בלתי חוקתי שדינו בטלות. לשיטתו של היועץ המשפטי לממשלה, החוק אומנם נועד לתכליה ראויה, אך בפועל החוק מספק מענה גם למצבים של בינוי שבוצע תוך מודעות להיותה של הקרקע בבעלות פלסטינית פרטית. בנוסף, ההסדר שנקבע בחוק הוא הסדר גורף אשר מתעלם מזכויותיהם הקנייניות של בעלי הזכויות במקרקעין באזור, ועל כן מדובר בהסדר שאינו צולח את מבחן המידתיות. נמצאנו למדים אפוא כי באחריותו של היועץ המשפטי לממשלה להגן על שלטון החוק וזכויות האדם גם בהקשר של הגדה המערבית והתושבים בה. ראו אביחי מנדלבליט "שלטון החוק בעין ההסדרה – החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017" **שורשים במשפט** 957, 953 (דינה זילבר עורכת, 2020).

¹¹³ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

¹¹⁴ מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 506, 503 (1993).

וכינון של עילת הסבירות המופשטת ועילת המידתיות כעילות מרכזיות לפיקוח וביקורת על פעולות המנהל.¹¹⁵ אולם, אין לראות את המהפכה החוקתית ועליית האקטיביזם השיפוטי כהליך של בית המשפט העליון בלבד, אלא מדובר בהליכים אשר השפיעו במידה ניכרת גם על מוסד היועץ המשפטי לממשלה והעניקו לאחרון כלים רבים לביצוע תפקידו.

כאמור, טענתי היא שהמהפכה החוקתית לא התרחשה רק בבית המשפט העליון. אומנם עלייתו של האקטיביזם השיפוטי העצימה את כוחו, אך במקביל העצימה גם את סמכויותיהם של היועצים המשפטיים לממשלה וקיבעה אותם ככמה אופנים כמעין סוכנים של בית המשפט.¹¹⁶ ראשית, בית המשפט העליון קבע, בפסקי דין שונים, כי היועץ המשפטי לממשלה הוא האחראי הבלעדי על פרשנות החוק וחוות דעתו היא היא העמדה המחייבת את הרשויות; שנית, בדומה לאופן שבו הרחיב בית המשפט העליון את כוחו לביצוע ביקורת שיפוטית, זאת למשל באמצעות עילות הסבירות והמידתיות, כך גם היועץ המשפטי לממשלה קיבל "כלי עבודה" נוספים בדמות עילות אלו על מנת לבצע את תפקידו, לבחון את פעולות הרשות ולבלום אותן אם הן אינן חוקיות. אציין כי בדומה לאופן שבו בית המשפט העליון סופג ביקורות בעקבות השימוש בעילת הסבירות, כך גם נשמעות ביקורות כלפי השימוש בעילה זו על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהחלטותיו השונות;¹¹⁷ שלישית, היועץ המשפטי לממשלה ומקבלי ההחלטות ברשות עצמה יודעים סבירות גבוהה שבג"ץ יפסול את הפעולה שיבצעו אם זו אינה חוקית בעיניו. לכן, עוד בטרם מוגשת עתירה לבג"ץ, היועץ המשפטי לממשלה יבחן האם פעולת הרשות חוקית, ובהקשר זה, האם יכולה לעמוד בפני בחינה של בג"ץ. כלומר, נראה כי היועץ המשפטי לממשלה יבחן את פעולת הרשות ב"משקפיים" של שופטי בג"ץ, זאת כדי להימנע מהגשת עתירות ופסילה עתידית של פעולות הרשות. נקודה זו מראה כי דה פקטו היועץ המשפטי לממשלה מתנהל כמעין סוכן של בית המשפט העליון המשתמש במבחנים ובקריטריונים שבית המשפט בוחן, עוד טרם הוגשו עתירות. יש לציין כי אף על פי שבג"ץ הכפיף גם את מוסד היועץ המשפטי לממשלה לביקורת שיפוטית,¹¹⁸ דה פקטו בית המשפט העליון

¹¹⁵ מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 11 (2019).
¹¹⁶ טענתי זו מתכתבת עם טענה דומה שנשמעה בנוגע למחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה שלפיה החל מתחילת שנות השמונים מתקיימים קשרים פונקציונליים הדוקים בין בג"ץ ובין מוסדות מסייעים הפועלים לצידו ומאפשרים לו להפגין את עוצמתו המוסדית ולהוציא לפועל דוקטרינות משפטיות אקטיביסטיות. ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159, 160 (2004).

¹¹⁷ למשל ראו את ביקורתו של שר המשפטים לשעבר, אמיר אוחנה, כלפי היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבלט, שבה גרס הראשון כי "שמחתי לראות כי מתחם הסבירות התרחב עוד מעט בעיניך", נטעאל בנדל "אוחנה ליועמ"ש: אראיין מועמדים לתפקיד מ"מ פרקליט המדינה גם מחוץ לפרקליטות" הארץ – חדשות (23.12.2019) www.haaretz.co.il/news/law/1.8297772.

¹¹⁸ בג"ץ 935/89 גגור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד מד(2) 485 (1990) (להלן: עניין גגור).

כמעט אינו מתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט אימץ גישה מרוסנת שלפיה אין הוא שם את עצמו בנעליו של היועץ המשפטי לממשלה, ואינו מתערב אלא במקרים שבהם החלטות היועץ המשפטי לממשלה אינן סבירות ומבטאות חריגה קיצונית ממתחם שיקול הדעת.¹¹⁹

ואולם, בנושא יחסי בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה אציין גם טענה אפשרית הפוכה, שלא מדובר בהשפעה חד-צדדית של האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון על היועץ המשפטי לממשלה, אלא בהשפעות הדדיות שעיצבו זו את זו. דהיינו, התנהלות היועץ המשפטי לממשלה הייתה קרקע פורייה לפסיקות אקטיביסטיות של בית המשפט העליון בעתירות כנגד פעולות הרשות. ניתן להסביר טענה זו באופנים מספר: ראשית, פעמים רבות תהינה עמדות היועץ המשפטי לממשלה מונחות בפני שופטי בית המשפט העליון בהליכים השונים, ולכן עמדה אקטיביסטית של היועץ המשפטי יכולה להשפיע על פסיקת בית המשפט בהליך. שנית, ייתכן שמדובר באפקט פרסונלי, שכן במהלך השנים כיהנו יועצים משפטיים בולטים שלאחר מכן כיהנו כשופטי בית המשפט העליון (דוגמת מאיר שמגר, אהרן ברק ויצחק זמיר). על כן, ייתכן שבדומה לאופן שבו הם עיצבו את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה ואת התפתחותו התבצע תהליך דומה על ידם גם בבית המשפט העליון.

נקודת המוצא היא שמשרדי הממשלה, הרשות והעומדים בראשה רוצים לקדם את המדיניות שהם מעוניינים להתוות, אולם נראה שאין חולק על כך שהרשות שואפת לקיים ולפעול על פי החוק. אם כן, עולה השאלה מדוע היועץ המשפטי לממשלה הוא זה שצריך להיות מוגדר כשומר סף ו"לסכל" במקרים מסוימים את מדיניות השר הממונה, ולא בג"ץ יהיה זה אשר יבקר את הרשות בכל אופן אם תוגש עתירה. בלשון אחר, ברצוני להסביר מדוע ליועץ המשפטי לממשלה, ובפרט כאשר יש לו בלעדיות על ייצוג הרשויות, יש יתרון מסוים על פני בית המשפט בתור שחקן במערך האיזונים והבלמים: ראשית, כמות המקרים שיכולים להגיע להכרעה שיפוטית בבג"ץ זניחה. מעטים המקרים שבהם האזרח (או גוף מסוים אחר) מגיש עתירה כנגד הרשות – הן מכיוון שהפרט אינו מודע לפגיעה, והן מכיוון שלא עומדים בפניו התמריצים להגיש אותה. כלומר, אם בג"ץ הוא זה שיבקר בלעדית את המערכת וישמש בלם בפני פגיעה בשלטון החוק, הביקורת לא תתבצע באופן ובכמות האופטימליים. המתנגדים לטענה זו יכולים לטעון כי בניגוד לתמונה המצטיירת, בישראל מוגשות עתירות רבות לבג"ץ. אולם, גם אם זה אכן המצב, חשיבותו של היועץ המשפטי היא גם בהיותו כפוזיציה של Pre-ruling המייעלת את עבודת בית המשפט; שנית, במצבים שיש בהם מחלוקת בין כמה ממשרדי הממשלה, יש צורך במנגנון פנימי ברשות המבצעת שיש לו כשירות מוסדית והבנה עמוקה בפעולות הרשויות, זאת כפי שיורחב בפרק ד של רשימה זו; שלישית, ביקורת של היועץ המשפטי לממשלה על פעולות הרשות היא מיידית ומינה בקלות. יתרה מכך, ביקורת של שומר סף דוגמת היועץ המשפטי לממשלה תעזור להכווין את התנהגות הרשות עוד טרם הגשת העתירות.

¹¹⁹ בג"ץ 6702/05 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 16.3.2009).

בד בבד, ליועץ המשפטי לממשלה יש חשיבות רבה בתור שומר סף ובלם במערך הפרדת הרשויות בישראל, במיוחד לאור הליכים כנגד בית המשפט העליון אשר להם אנו עדים לאחרונה. רוצה לומר, בשנים האחרונות נמתחות ביקורות חריפות, בייחוד מצד נבחרי ציבור מהזרם השמרני, על בית המשפט העליון ובעיקר על ההליכים האקטיביסטיים המאפיינים אותו. בהמשך ישיר לביקורות אלו, הועלו הצעות שונות שתכליתן היא הגבלת כוחו של בית המשפט וריסונו. למשל, הועלו הצעות להגדלת משקל הפוליטיקאים בוועדה למינוי שופטים, הצעות לחייב מועמדים לשפיטה לעבור שימוע בפני הכנסת, הצעות חוזרות ונשנות להעברת פסקת ההתגברות וכדומה. מהליכים אלו בפרט, ומהכתוב בפרק זה בכלל, אנו לומדים כי יש ניסיונות שונים ל"נגיסה" במערך האיזונים והבלמים, הרעוע ממילא בישראל, המובילים לבעיה של גירעון דמוקרטי ואף להליך המכונה "השתלטות חוקתית"¹²⁰. מונח זה, אשר נטבע בשיח החוקתי-בינלאומי, מתייחס לתופעה רחבה שבה ישנם ניסיונות להחלשה שיטתית ומכוונת של מערך האיזונים והבלמים ומנגנוני הבקרה החיצוניים והפנימיים במערכת החוקתית במטרה לחזק את השלטון הקיים ולהשתיק את המתנגדים לו.¹²¹ בישראל, הליכים כגון הפיכתה של הכנסת לחותמת גומי דה-פקטו להחלטות הממשלה באמצעות ועדת השרים לענייני חקיקה, היוזמות להחלשת בית המשפט העליון ומגמת הפופוליזם המחריפה, הם צעדים היכולים להיקשר למונח זה.¹²² לכן, ניתן לומר כי לאור מגמות וניסיונות להחלשת בית המשפט (גם אם טרם צלחו) ומשבר של אובדן לגיטימציה שהמוסד סובל ממנו, יש צורך ביועץ משפטי לממשלה חזק שישימש בלם לפעולות העלולות לפגוע בציבור ובפרט. זאת מכיוון שבמקום שבו לא תצליח הרשות השופטת לרסן את הרשות המבצעת ייווצר קושי ומכשול שיתכן שיהיה ניתן ל"ריפוי" בעזרת היועץ המשפטי לממשלה כשומר הסף. הדברים נכונים בבחינת קל וחומר לנוכח הניסיונות להחלשת בית המשפט העליון, אולם יתרה מכך, ייתכן כי המתקפות על בית המשפט העליון הן עדות או ביטוי לסכנה שבהטלת מלאכת האיזונים באופן מובלט ודומיננטי על גורם מוסדי אחד ובלעדי במערכת. על כן, ייתכן שחשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה אינה רק למלא ואקום אפשרי של בית המשפט העליון, אלא תפקידו הוא לחלוק את נטל האיזונים יחדיו עם בית המשפט העליון, כך שלא תוטל על גורם מוסדי אחד כל מלאכת האיזונים, ואיתה הביקורות והמתקפות מצד מתנגדיו.

בפרק זה ביקשתי להציג את חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי משמעותי במערך האיזונים והבלמים, זאת על רקע הליכים שונים המתרחשים במשטר הדמוקרטי בישראל. כפי שרשימה זו מלמדת, בלעדיות הייצוג היא אחד מהכלים החשובים העומדים בפניו של היועץ המשפטי לממשלה ומסייעים לו לשמש כשומר

¹²⁰ שטופלר, לעיל ה"ש 19.

¹²¹ שם.

¹²² במאמר תגובה למאמרה של גילה שטופלר עלתה טענה נגדית הגורסת שלא מדובר ב"השתלטות חוקתית", אלא בתגובה דמוקרטית לגיטימית של צד אחד במפה הפוליטית לאור חולשתו בספרות מסוימות כגון הספרה המשפטית, התקשורתית והאקדמית. ראו עידו פורת "השתלטות חוקתית בישראל – האמנם?" (17.9.2019) ICON-S-IL-Blog.

ס'פ, שכן בכך "הוענק" ליועץ המשפטי לממשלה כלי בעל יכולות בלימה ואיזון של פעולות הרשות המבצעת כאשר זו מבצעת הפרות. נקודה זו מובילה לפרק הבא, שבו אדגים נקודה זו בעזרת פסקי הדין בעניין תנובה, אמיתי והאקדח על שולחן המטבח.

ג. המחלוקת בשאלת בלעדיות הייצוג – עניין תנובה, עניין אמיתי ועניין האקדח על שולחן המטבח

סוגיית ייצוג הממשלה בבית המשפט העליון והמונופול של היועץ המשפטי לממשלה בתחום זה, מתוקף הבלעדיות שיש לו על תחום ייצוג הממשלה בערכאות והייעוץ לה, גרמה למתחים רבים. בחינת דו"חות וועדות אגרנט ושמגר שהוצגו ברשימה זו¹²³ מלמדת שנתר פתח לייצוג נפרד לממשלה בבתי המשפט של דעות המנוגדות לעמדות היועץ המשפטי, זאת בשונה מהלך הרוח שעולה מפסיקותיו של בית המשפט העליון המקנה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות ייצוג כמעט בלעדית. עם זאת, בשנת 2019 פורסמו שני פסקי דין אשר בכל אחד מהם מתעוררת השאלה מי מבין הגורמים ייטיב לייצג את האינטרס הציבורי (היועץ המשפטי לממשלה או הדרג הפוליטי הנבחר), ואשר יכולים ללמד על ניסיונות של השופט שטיין לשינוי ההלכה הרווחת כיום בפן הייצוג, זאת אף על פי שפסיקותיו היוו דעת מיעוט ונשללו על ידי שופטי ההרכב האחרים. מנגד, ניתן לטעון כי פסיקותיו של השופט שטיין אינן משקפות הליך של ריאקציה או ניסיון לצמצם את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, אלא ניסיון וקריאה לאסדרה הכרחית וחזרה למסקנות שנקבעו בוועדות אגרנט ושמגר.

אומנם פסיקותיו של השופט שטיין מהוות נקודת מפתח בשיח על אודות בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, אך אין זו הפעם הראשונה שעולים קולות משופטי בית המשפט העליון הקוראים לסטות מהגישה המקובלת שלפיה המדינה מדברת בקול אחד.¹²⁴ בעניין גיני הציג השופט סולברג עמדה דומה לעמדתו של השופט שטיין.¹²⁵ השופט סולברג היה סבור כי היה מקום לתת לרבנות הראשית את יומה בבית המשפט בנפרד. לשיטתו, במקרים שבהם אין מדובר באי חוקיות ברורה וגלויה, ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יתיר ייצוג נפרד, גם אם חולק על דעתו, על ידי משפטן מהשירות הציבורי או מהמגזר הפרטי.¹²⁶ כתגובה לדבריו של השופט סולברג הוסיף המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) רובינשטיין, בהסכמתו של השופט שהם, הסתייגות שלפיה האפשרות לייצוג נפרד של הרשות תהא חריגה ונדירה מאוד, כאשר בעניין גיני היה צירוף נסיבות מיוחד ונדיר שהצדיק את החריג ואין לראות מקרה זה כתקדים.¹²⁷ בנקודה זו אציין כי במקרים "חריגים ויוצאי דופן", כך לפי היועץ המשפטי

¹²³ לעיל ה"ש 54; לעיל ה"ש 55.

¹²⁴ מי מדבר בשם המדינה?, לעיל ה"ש 6.

¹²⁵ עניין גיני, לעיל ה"ש 10.

¹²⁶ שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹²⁷ שם, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

לממשלה הנוכחי, אביחי מנדלבלויט, היועץ המשפטי לממשלה יכול להסכים לכך שלממשלה יהיה ייצוג נפרד באמצעות עורך דין פרטי.¹²⁸ בשנת 2019, בעניין **תנובה**,¹²⁹ סירב שר האוצר דאז, משה כחלון, לחתום על תיקון לצו הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים המאמץ את המלצת ועדת המחירים (על אף חתימתו של שר החקלאות). בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק החליט לקבל את עתירתה של חברת תנובה בנושא ולהורות לשר האוצר לאמץ את המלצת ועדת המחירים להעלות את מחירים המרבי של מוצרי החלב המפוקחים בשיעור של 3.4%.

פסק הדין קבע כי סירובו של שר האוצר לאמץ את המלצת ועדת המחירים לא נבע מהפעלה סבירה של שיקול דעתו, ונדמה כי אין לראות עניין זה במנותק מההקשר הפוליטי והציבורי ששרר במדינה באותה עת, שכן סירובו של שר האוצר לחתום על התיקון לצו התרחש בתקופה הסמוכה להחלטה על הקדמת הבחירות. בנוסף, יש לתת את הדעת לכך שהשר לא התייחס לכך שההמלצה להעלות את המחירים היא המלצה מקצועית שקיבלה ועדה בראשות פקיד ממושרד האוצר שעליו הוא עצמו מופקד. מכאן, ייתכן שאמירותיו של השר "לוחצים עליי להעלות את מחירי החלב ואני מסרב בכל תוקף" ו"לצערי פרקליטות המדינה מסרבת להגן עלינו בבג"ץ בפני תנובה; אני מתכוון להמשיך ולעשות ככל שביכולתי למנוע את העלת המחירים הזאת – כמובן, ככל שהחוק יאפשר לי",¹³⁰ נובעות מתוך רצון לגרוף הון פוליטי, ולא מתוך החלטה מקצועית בהכרח, ועל כן הובילו להתנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה.

בית המשפט העליון קיבל את עמדת המדינה שיוצגה על ידי היועץ המשפטי לממשלה (ושהייתה מנוגדת לעמדת שר האוצר). לדברי השופט פוגלמן, למרות הסתייגותו של שר האוצר, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שנמסרה לבית המשפט היא העמדה של המדינה.¹³¹ בדבריו, פוגלמן מצטט בהסכמה את המשנה לנשיאה רובינשטיין שקבע כי "כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה [...] תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכולל – הממשלה, שבמקרה של חילוקי

¹²⁸ מנדלבלויט, לעיל ה"ש 112. בעתירות לבג"ץ נגד חוק ההסדרה נאות היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבלויט, לאשר לממשלה ייצוג נפרד, ובהתאם לכך שכרה הממשלה עורך דין פרטי שייצג את עמדתה בעתירות. לבית המשפט הוגשו הן עמדות הממשלה, שכאמור יוצגה על ידי עורך דין פרטי, והן עמדת היועץ המשפטי לממשלה באמצעות פרקליטות המדינה.

¹²⁹ בג"צ 5124/18 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר** (פורסם נבנו 4.3.2019); ראו לעיל גם ה"ש 1.

¹³⁰ אבי וקסמן "כחלון יוצא לקרב תעמולה נגד תנובה – ומקריב את אנשי המקצוע" www.themarket.com/news/macro/1.6938535 (15.02.2019). TheMarker.

¹³¹ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 1, בפס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

דעות על ראש הממשלה להביא את הדברים לדיון ולהכרעה בה, ובמישור המשפטי – היועץ המשפטי לממשלה"¹³².

מנגד, השופט שטיין גרס כי במקרים של חילוקי דעות בין הממשלה ליועץ המשפטי לממשלה יש לחרוג מהעיקרון של "קול אחד" ולאפשר לרשות להיות מיוצגת בפני בית המשפט באמצעות עורך דין פרטי, זאת בין היתר על בסיס מסקנות דו"ח ועדת שמגר.¹³³ כלומר, לפי קביעתו של השופט שטיין, במקרים של חילוקי דעות לגיטימיים בנוגע ליישום של כללי משפט שונים, ולדבריו "ובפרט לגבי יישומם של עקרונות משפטיים גמישים ומושגי שסתום כגון סבירות, מידתיות וכיוצא באלה" יש מקום לאפשר לרשות להציג את עמדתה באמצעות עורך דין משל עצמה.¹³⁴ עם זאת, בנסיבות העניין, קבע השופט שטיין כי לא התקיימה מחלוקת לגיטימית ביחס לנכונותה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה המאפשרת לערער על עמדתו, ולכן ראוי להחיל את העיקרון של "קול אחד" ולהסתפק בעמדת היועץ המשפטי לממשלה.¹³⁵

דעת המיעוט של השופט שטיין לא נותרה ללא מענה, והיא זכתה לביקורת מצד שופטי הרוב; השופט מזוז (אשר כיהן כיועץ משפטי לממשלה בעברו) הסתייג בפסק דינו מדבריו של השופט שטיין על זכאותה של רשות שלטונית לייצוג נפרד על ידי עורך דין פרטי במקרה שהיא חולקת על עמדת היועץ המשפטי לממשלה. לדידו, ההלכה קובעת שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת, וחוות דעתו המשפטית מחייבת את כל זרועותיה, ולכן היא העמדה שתוצג על ידו בבית המשפט, גם אם לגורם ברשות ישנה עמדה אחרת באותו נושא.¹³⁶ השופט מזוז הוסיף שתפיסה זו מקובלת מאז ומתמיד ועוגנה באופן מפורש בשורה ארוכה ועקבית של פסיקות, החל משנת 1985.¹³⁷

ניתן רק לשער כי שיקולי מוניטין ופופולריות, או לחץ מצד קבוצות אינטרס שונות, הם שהובילו את שר האוצר להתנגד להחלטת הוועדה המקצועית. בעניין זה, עצם הימצאותו של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי במערך האיזונים והבלמים והתנגדותו לייצוגו של שר האוצר, והתעקשותו של היועץ על עמדתו, הובילה ככל הנראה בהתאם לדעת המומחים לקבלת החלטה טובה יותר בבית המשפט מבחינת האינטרס הציבורי במובנו הרחב, ולמזעור נזקים פוטנציאליים של התרחבות הפופוליזם הפוליטי ולחצים המופעלים על הדרג הפוליטי מצד קבוצות שונות.

בעניין אמיתי מאותה שנה¹³⁸ פסל בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק את החלטת שר המדע דאז, אופיר אקוניס, שלא למנות את פרופ' יעל אמיתי

¹³² בג"צ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פס"ז (פורסם בנבו 4.7.2012) (להלן: עניין אדם טבע ודין).

¹³³ דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 76.

¹³⁴ עניין תנובה, לעיל ה"ש 1, בפס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹³⁵ שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹³⁶ שם, בפס' 1-3 לפסק דינו של השופט מזוז.

¹³⁷ שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט מזוז.

¹³⁸ בג"צ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (פורסם בנבו 4.3.2019); ראו לעיל גם ה"ש 1.

לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל, בשל חתימתה בשנת 2002 על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים". מבלי להטיל דופי בכישוריה המקצועיים של פרופ' אמיתי, השר ביסס את החלטתו על הנימוק בדבר אופייה הפלילי של העצומה, וזאת בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה – האמון, כזכור, על העמדה לדין פלילי – כי לא מדובר בעבירה פלילית.

היועץ המשפטי לממשלה קבע שעמדת השר אינה חוקית, ומכאן שלא מצא לנכון להגן על עמדה זו בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. שופטי בג"ץ, מצידם, נעתרו לבקשת השר להציג בפני בית המשפט את עמדתו האישית, והתירו לו להשמיע את קולו באמצעות תצהיר, זאת בשונה מייצוג נפרד. יש לציין כי שר המדע לא ביקש להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי, ולא ביקש שהיועץ המשפטי לממשלה או פרקליט מפרקליטות המדינה ייצג אותו ואת עמדתו בבית המשפט לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה לא מצא לנכון לייצגו. אולם, אף על פי שאין זה שקול לייצוג, נקבע כי ניתנה לשר הזדמנות להציג את עמדתו בפני השופטים במלואה (ולפנים משורת הדין) באמצעות תצהיר שבו פרש בהרחבה את נימוקיו.

השופט שטיין הכיר בפסק דינו בכך שהעמדה המקובלת על רבים, ואף המוכרת כחלק מהדין הנוהג, היא שהיועץ המשפטי לממשלה יכול לא רק שלא להגן על החלטת שר שסטה מהדין, אלא גם שלא לאפשר לו להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שייצג את עמדתו.¹³⁹ לצד זאת, סבר השופט שטיין, במקום שבו היועץ המשפטי לממשלה מסרב להגן על החלטת השרים יש לדאוג לכך שהשרים יקבלו ייצוג אפקטיבי על ידי עורך דין אחר (פרטי או מפרקליטות המדינה);¹⁴⁰ תוצאה אחרת תוביל, כך סבר השופט שטיין, להליך משפטי "משתיק" את אחד מבעלי הדין ומונע ממנו את ההזדמנות להשמיע את טענותיו, באופן שפוגם בתקינות ההליך.¹⁴¹ השופט שטיין הסכים אומנם עם קביעתו של השופט קרא כי הדעה הרווחת בבתי המשפט היא שעמדתן של הרשויות נקבעת, כעניין מוסדי, על ידי היועץ המשפטי לממשלה,¹⁴² אולם גרס כי אינו יכול להצטרף לעמדה זו עד שתזכה במעמד של תקדים מחייב לאחר דיון ממצה.¹⁴³ נמצאנו למדים אפוא כי לגישתו של השופט שטיין הדעה הרווחת שליועץ המשפטי לממשלה ישנה בלעדיות על ייצוג עמדת הממשלה בפני בית המשפט טרם נדונה באופן מעמיק שיעניק לה מעמד של הלכה מחייבת.

גם כאן, עמדת הרוב עמדה על כך שלמרות הצהרתו של השופט שטיין שעמדה זו אינה בגדר הלכה מחייבת, פסקי דין רבים שיצאו מתחת ידיו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים קבעו כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא העמדה

¹³⁹ שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁴⁰ שם.

¹⁴¹ שם, בפס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹⁴² דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים, פס' 44 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו 26.10.2017).

¹⁴³ עניין אמיתי, לעיל ה"ש 1, בפס' 20 לפסק דינו של השופט שטיין.

המחייבת את הרשויות.¹⁴⁴ בפסיקות אלו, המדגישות את הצורך שהמדינה תדבר בקול אחד, ישנו היגיון רב, והן נועדו להגן על מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר על אינטרס הציבור וכפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת.¹⁴⁵ לאחרונה, בעניין **האקדה על שולחן המטבח**,¹⁴⁶ סוגיית בלעדיות הייצוג נדונה פעם נוספת בפני בית המשפט העליון. בעניין זה הודיע השר לביטחון פנים, אמיר אוחנה, באופן חד-צדדי כי היועץ המשפטי לממשלה אינו מייצג אותו בהליך זה, זאת לאחר שהאחרון סירב להגן על עמדתו שלפיה בסמכותו לקבוע תבחינים לאישור נשיאת נשק מבלי לקבל את אישור הרשות המחוקקת. לאחר שהשר לביטחון פנים נענה בשלילה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בבקשתו לייצוג פרטי בעניין זה, פנה השר לבית המשפט והודיע על הפסקת הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. בפנייתו ציטט השר את השופט שטיין מעניין **אמיתי**. שופטי בית המשפט העליון פסקו בהחלטה קצרה כי הודעתו של השר לא הוגשה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ולא על דעתו, ועל כן כל עוד לא הושגה לעניין זה הסכמתו לא ניתן היה להגיש את הודעת השר.¹⁴⁷ השופטים ציטטו בהחלטתם את פסק דינו של השופט מזוז מעניין **תנובה** שלפיו העמדה שתוצג בפני בית המשפט היא עמדת היועץ המשפטי לממשלה.¹⁴⁸ אירוע זה הוביל להתנגשות ולמתח רב בין השר לביטחון פנים ובין היועץ המשפטי לממשלה,¹⁴⁹ ו"הצית" פעם נוספת את השאלה שעומדת במרכזה של רשימה זו – מהו מעמדה הראוי והרצוי של ההלכה שלפיה ליועץ המשפטי לממשלה ישנו מונופול על ייצוג הממשלה.

ד. האם ראוי לפרק את בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה?

בפרק זה אציג את ההשלכות האפשריות של פירוק מונופול הייצוג ומתן האפשרות לייצוג נפרד כפי שעולה מפסיקותיו של השופט שטיין בעניין **תנובה** ובעניין **אמיתי**.¹⁵⁰ כמו כן, אתמודד עם ההשלכות והחששות שיוצגו להלן תוך הצגת טענות נגד אפשרויות. בדיון הנורמטיבי שיוצג בפרק זה אתבסס על שני האדנים המרכזיים שבהם עסקתי עד כה: מחד גיסא אבסס את טענותיי על הדיון המוסדי ועל התשתית ההיסטורית שהכתיבה את התפתחות מוסד היועץ המשפטי לממשלה. מאידך גיסא אבסס את כתיבתי על התשתית התאורטית והדסקריפטיבית שהוצגה בפרק על מערך האיזונים

¹⁴⁴ עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 132, שם; עניין **אמיתי** – **אזרחים למען מינהל תקין**, לעיל ה"ש 65; עניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 67; בג"צ 320/96 **גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה**, פ"ד נב(2) 239, 222 (1998); ראו גם: בג"צ 4247/97 **סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998).

¹⁴⁵ זמיר, לעיל ה"ש 6.

¹⁴⁶ עניין **האקדה על שולחן המטבח**, לעיל ה"ש 2.

¹⁴⁷ שם.

¹⁴⁸ שם.

¹⁴⁹ לעיל ה"ש 5.

¹⁵⁰ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 1; עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 1.

והבלמים בישראל וחשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי חשוב במערך זה.

תחילה אבהיר כמה הנחות יסוד. ראשית, היועץ המשפטי לממשלה אינו זה שקובע את ההחלטה המקצועית. סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה היא להשמיע את הקול המשפטי בלבד. היועץ המשפטי לממשלה מייצג את "הממשלה הנורמטיבית", וברי שאין עליו לייצג החלטות לא חוקיות. שנית, בהנחה שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מוכן לייצג את עמדת הממשלה בגין טענה שאינה חוקית, יש שתי אפשרויות: לרשות לא יהיה ייצוג, ואז העתירה תתקבל מכיוון שההחלטה אינה חוקית; או שהיועץ יאפשר לרשות ייצוג נפרד. בשלב זה היועץ המשפטי לממשלה יציין בפני בית המשפט שאינו מוכן לייצג את החלטת הממשלה ויאפשר ייצוג נפרד. המקרים האחרונים הם נדירים, ויתרחשו באירועים שבהם היועץ המשפטי לממשלה רואה את עמדת הממשלה כחוקית אך לא לגיטימית, קרי אין הוא מסכים איתה מבחינה עקרונית מכיוון שאינה מקיימת את שלטון החוק במובן הרחב, הכולל גם את העקרונות של שוויון בפני החוק, זכויות האדם, ההגינות והסבירות ביחסים עם האזרח, אך היא חוקית במובן הצר.¹⁵¹ המקרים שבהם היועץ המשפטי מסרב לייצג רשות מרשויות השלטון מתרחשים במקרים נדירים, ולכן ייתכן שמסיבה זו הביקורות של הגורמים הפוליטיים והלך הרוח המשתקף מהן על כך שמוסד הייעוץ המשפטי מצר את צעדיה של הממשלה, חורג מסמכויותיו ופוגע במשילות, נועדו לחזק את הלגיטימציה של החלטותיה בקרב הציבור, ואינו מבוסס בהכרח על עובדות מהימנות דיין.

יתר על כן, כפי שנלמד מהדיון שנערך לעיל, הנחת הבסיס לדיון זה היא שהיועץ המשפטי לממשלה אינו רק עורך הדין של הממשלה, אלא חייב חובת נאמנות לשלטון החוק וחייב לראות לנגד עיניו את האינטרס הציבורי הרחב.¹⁵² כך לדוגמה ניתן ללמוד מדבריו של זמיר:

המצב שונה כשמדובר במשפטן בשירות הציבורי. התפקיד שלו שונה בעיקר משום שהלקוח שלו שונה [...] עיקר השוני בין כל אחד מאלה לבין הלקוח הרגיל במשק הפרטי נובע מכך שעובד הציבור או גוף ציבורי פועל כנאמן של הציבור, אין הוא אמור לשרת עצמו אלא את הציבור. תפיסה זו מונחת ביסוד המשטר המדיני והמחשבה החברתית בישראל. היא קיבלה ביטוי ברור גם בפסיקה.¹⁵³

¹⁵¹ דוגמה למקרה זה היא עניין חוק ההסדרה שבו התיר היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבליט, לממשלה ייצוג על ידי עורך דין פרטי, ראו לעיל ה"ש 112; יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 451, 453 (1993) (להלן: זמיר, משרת הציבור ולא משרת הממשלה).

¹⁵² שם, זמיר, משרת הציבור ולא משרת הממשלה.

¹⁵³ שם, בעמ' 451.

בטרם אדון בהשלכות האפשריות של פירוק מונופול הייצוג, אבקש להציג את חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן מוסדי חשוב במערך התיאום והקוהרנטיות בין הפעולות והעמדות המתחרות של הרשויות השונות. במצב השורר כיום, היועץ המשפטי לממשלה, בכובעו כמי שאמון על ההיבטים המשפטיים ברשויות, מסייע בגיבוש ובתיאום עמדות שונות, זאת בכדי לייצר אחידות משפטית ועמדה אחידה של הרשויות. אם כן, חשש אפשרי החורג מגבולות השאלה של בלעדיות הייצוג בבית המשפט בלבד, ומהווה קושי אינהרנטי במצבים שבהם המדינה מדברת בכמה קולות, נוגע להיעדר אחידות וחוסר קוהרנטיות במדיניות הרשות. ראשית, היעדר קוהרנטיות וחוסר בתיאום עלולים לפגוע בשלטון החוק במובן הרחב, זאת בהיקש מהגותו של פולר¹⁵⁴ שלפיה על החוק להיות יציב וללא סתירות.¹⁵⁵ אם נסטה מהתפיסה הקיימת שלפיה המדינה מדברת בקול אחד ונסטה מבלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, ייתכן שתיגרם אי אחידות וחוסר קוהרנטיות עקב ריבוי הקולות השונים של הרשויות השונות, דבר שעלול אף לפגוע ביכולת הרשויות להכווין את התנהגות אזורחיה ואף להוביל להחלטות משפטיות שגויות.¹⁵⁶ יתר על כן, ריבוי הקולות, היעדר קול מתכלל בדמות היועץ המשפטי לממשלה ושימוש בעורכי דין שונים שייצגו כל רשות בנפרד עלולים להוביל לכך שגם לרשויות עצמן יהיה קושי לגבש מדיניות אחידה, שכן כל רשות תפעל על פי עמדות משפטיות וקריטריונים שונים.¹⁵⁷

1. פגיעה בחוקיות ההחלטות של הרשות המבצעת ובתמרציה

במרבית המקרים שבהם רשות מפנה שאלה משפטית ליועץ המשפטי לממשלה אין מדובר בהכרעה חד-משמעית על חוקיותן או אי חוקיותן של הפעולות, אלא לרוב מדובר במקרה שבו ישנו "תחום אפור" הפתוח לפרשנויות רבות. הקביעה שהיועץ המשפטי לממשלה אחראי על ייצוג החלטות הממשלה, ובמקרה שהוא חולק על חוקיותן הוא יימנע מייצוג, תורמת לפיקוח ולחוקיות ההחלטות אקס אנטה. במקרה שהרשויות, בין אם הרשות השופטת דרך פסיקות בית המשפט העליון ובין אם הרשות המחוקקת דרך אסדרה, תאפשרנה "טענה בשני קולות", השפעתו של היועץ המשפטי לממשלה על עיצוב החלטות הממשלה תקטן וחוקיות ההחלטות תיפגע. רוצה לומר, כפי שצוין, היועץ המשפטי לממשלה מייצג את עמדת "הממשלה

¹⁵⁴ ראו Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Rev. ed., Yale University Press, New Haven and London, 1969).

¹⁵⁵ אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" **משפט וממשל** ה, 375, 386 (2000).

¹⁵⁶ פרופ' אלון הראל דן בתאוריות קוהרנטיות של המשפט וטוען כי הקביעה אם כלל או עיקרון תקפים מבחינה משפטית, או אם החלטה מסוימת היא החלטה משפטית "נכונה", נקבעת על פי המידה שבה החלטה, הכלל או העיקרון תואמים קובץ של החלטות, כללים או עקרונות קודמים. ראו אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" **עיוני משפט** יח, 387, 390 (1994).

¹⁵⁷ שנער, לעיל ה"ש 6, בעמ' 395.

הנורמטיבית", הוא לא יציג עמדה לא חוקית בבית המשפט, שכן בתור שומר הסף הוא אחראי על האינטרס הציבורי. הממשלה, אשר יודעת שהיא צריכה לקבל החלטות שיעברו את אישור היועץ המשפטי לממשלה, שכן אחרת לא תיוצג בבית המשפט, דואגת ל"איכות" החלטות וחוקיותן עוד טרם שמוגשות עתירות בנושא. אם ליועץ המשפטי לממשלה לא תהיה בלעדיות על הליך הייצוג, ייחלש תמריץ הממשלה לבחון בצורה המיטבית את החוקיות והלגיטימיות של החלטותיה (שכן לא תיוותר ללא ייצוג), והשיח שצריך להתקיים בין הצדדים ידעך בסבירות גבוהה בעקבות הפגיעה במעמד היועץ המשפטי לממשלה והסרת החובה.

אולם, במצב העניינים הנוכחי, הרשות המבצעת, אשר יודעת כי היועץ המשפטי לממשלה הוא זה שצריך לאשר ולייצג את עמדתה, פועלת לקבלת החלטה חוקית ולגיטימית שתעבור את "סף היועץ המשפטי לממשלה", ובכך אנו משיגים ומתמרצים את הרשות המבצעת לקבל החלטות טובות יותר גם מבלי שתוגשנה עתירות. אם לא תישמר בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה לא תהיה לרשויות, שתוכלנה לייצג את עצמן, סיבה לנסות להגיע להסכמות עם היועץ המשפטי לממשלה וייווצרו מקרים שבהם אין הצדדים מגיעים להסכמות אף שהיה ניתן להשיג זאת.¹⁵⁸

ואולם, המתנגדים יכולים להציג שתי טענות אפשריות המערערות את החשיבות של בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה באספקט המצוין: ראשית, ניתן לערער על החשיבות של בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה באמצעות טענה שגם במציאות שבה נאפשר "שני קולות" (או אף יותר) סביר ששר יעדיף שלא להגיע לבית המשפט עם החלטה שהיועץ המשפטי לממשלה מסרב להגן עליה, שכן בכך הוא "מאותת" לבית המשפט על אי החוקיות או הבעייתיות המשפטית של ההחלטה, ולכן סביר שבית המשפט יפסול את החלטת השר. כלומר, גם בעולם של "פירוק המונופול", ספק אם הרשות תמהר לנצל את האפשרות שנפתחה בפניה "לעקוף" את היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, גם אם הרשות תבחר להשמיע את עמדתה במקרים שבהם יש חילוקי דעות עם היועץ המשפטי, יש הנחה כי במקרים שבהם החלטת הרשות התקבלה אף על פי שהגורמים המקצועיים, קרי היועץ המשפטי לממשלה בענייננו, התנגדו לכך, בית המשפט ייטה לבדוק את פעולות והחלטות הרשות באופן מבוקר ודקדקני יותר.¹⁵⁹ בהקשר לטענה זו, לעניות דעתי, לאור ההתנגשויות הרבות והשיח הלעומתי המתקיים כבר בין הגורמים המקצועיים והמומחים לבין נבחרי הציבור, וכן לאור התחזקות גל הפופוליזם המעודד שיח כזה, סביר שהחשש מ"איתות" לבית המשפט לא יהווה שיקול מכריע ומרתיע דיו על מנת לנסות להגיע להסכמות בין הצדדים, אלא אולי אף להפך.

שנית, גם ללא הבלעדיות של היועץ המשפטי לממשלה על ייצוג הרשות, ספק אם נראה יותר החלטות לא חוקיות, שכן סביר שהחלטות כאלו תיפסלנה בשלב אחר בשרשרת, דהיינו בפני בית המשפט, כך שבסופו של התהליך נגיע לאותה תוצאה בדיוק

¹⁵⁸ מי מדבר בשם המדינה?, לעיל ה"ש 6.

¹⁵⁹ Gillian Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 EMORY L. J. 423, 445 (2009).

מבחינת בלימת החלטות לא חוקיות, תוך מיתון הפגיעה ביכולת ההכרעה של הרשות המבצעת. ואף יותר מכך – טענה אפשרית היא שללא בלעדיות ייצוג היועץ המשפטי לממשלה יגיע מידע נוסף ורב יותר בפני בית המשפט, דבר שצפוי לשפר ולדייק את הביקורת השיפוטית, כך שיתכן שהדבר אף יטיב את התהליך. אולם, למותר לציין שהגעה לשלב האחרון בשרשרת, קרי לבית המשפט, כרוכה בגזלת משאבים של בית המשפט והקופה הציבורית, גזולת זמן שיפוטי יקר, וקבלת החלטה בבית המשפט נמשכת זמן רב. מנגד, התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה (אשר ברוב המקרים כנראה יקבל החלטה זהה להחלטת בית המשפט) תוביל להחלטה מהירה ויעילה, תימנע פגיעה באמון הציבור ברשות המבצעת במקרים שבהם פסילת החלטה לא חוקית של שר על ידי בית המשפט תתפרסם (בדומה לעניין תנובה), ותהיה טובה יותר, שכן בשל פרישת היועצים המשפטיים במשרדים השונים, היועץ המשפטי לממשלה חשוף יותר להחלטות לא חוקיות שמתקבלות, ואין לו להסתמך על עותרים פרטיים שאפשר שיגישו עתירה ואפשר שלא.

2. חשיבות בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה כשחקן במערך האיזונים והבלמים

בעת תהליך קבלת ההחלטות של הממשלה, הממשלה יודעת שהיועץ המשפטי מהווה מעין בלם ומבקר את החלטותיה, גם אם אינו רשאי לבלום אותן ככל שהן חוקיות. אולם, הידיעה שיש גורם בכיר אשר מבקר את עבודת הממשלה ויכול לאתגר עשויה להוביל אותה לבצע הליך קבלת החלטות שקול יותר ונקי מאינטרסים פוליטיים צרים.

אם כן, חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר סף המונע פגיעה באינטרס הציבורי ובשלטון החוק רבה. היועץ המשפטי לממשלה ממלא תפקיד מוסדי חשוב במערך האיזונים והבלמים במשטר הדמוקרטי בישראל, עובדה הבאה לידי ביטוי באופנים שהוצגו לעיל.¹⁶⁰ ראשית, לאור מאפייניו הייחודיים של מודל הפרדת הרשויות בישראל, חשיפתו הרבה של מבנה המשטר הישראלי להשפעות התחזקותה של התנועה הפופוליסטית,¹⁶¹ מגמת התעצמות הרשות המבצעת (וסוגיית היחלשותן של הרשויות האחרות), נראה שבכוחו של היועץ המשפטי לממשלה, בתור שחקן פנים-מוסדי בעל כלים ומאפיינים מתאימים, לשמש מנגנון בלימה אפקטיבי לפעולות הרשות המבצעת במידה שאינן עולות בקנה אחד עם שלטון החוק. שנית, ליועץ המשפטי לממשלה, כמעין סוכן של בית המשפט העליון, יש חשיבות רבה בתור היותו שומר סף המבצע

¹⁶⁰ ראו פרק ג ברשימה זו.
¹⁶¹ כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 19.

ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות המבצעת, במיוחד לאור ניסיונות החלשת בית המשפט.¹⁶²

יש לציין את ההנחה הבסיסית שהמשלה, מתוקף היותה גוף פוליטי, מקבלת החלטות פוליטיות. אולם החשש העולה הוא שהמשלה תקבל החלטות שאינן מטיבות עם כלל אזרחי המדינה, תדיר אוכלוסיות או תשקול שיקולים פסולים ולא לגיטימיים במהלך קבלת ההחלטות באופן המנוגד לתפיסת המחוקק את האינטרס הציבורי. החלטות כאלה עלולות להתקבל משלל סיבות, כך למשל מהעדפת שיקולים קצרי טווח על פני שיקולים ארוכי טווח;¹⁶³ מהעדפת שיקולים מפלגתיים;¹⁶⁴ מבחירה לקדם פעולות או מהלכי חקיקה עבור אינטרסים פרטיים ולא עבור טובת הציבור בלבד, כפי שנבחרו ציבור נוטים לפעול על פי תאוריית הבחירה הציבורית,¹⁶⁵ או מתוך כניעה לקבוצות אינטרס המפעילות לחצים על הפוליטיקאים.¹⁶⁶ לדוגמה, בעניין **אמיתי**, ייתכן שאילו לא היה היועץ המשפטי לממשלה אחראי על ייצוג הממשלה היה שר המדע מזהיר בריש גלי כי ברצונו לפסול את מועמדותה של פרופ' אמיתי מתוך השקפה פוליטית, החלטה שיכולה להצטייר כלא לגיטימית (גם אם אפשרי שתהיה חוקית בהתאם לדיני המשפט המנהלי). כלומר, ייתכן שעצם הימצאותו וקיבועו של היועץ המשפטי לממשלה כאחראי הבלעדי על ייצוג החלטות הממשלה מונע, אפילו אם במקצת, קבלת החלטות שמונעות משיקולים פוליטיים צרים אשר אינם משקפים את טובת כלל החברה וכלל האזרחים. דוגמה נוספת להשפעות תנועת הפופוליזם וחשש מעירוב של שיקולים זרים בהחלטות נבחרו הציבור אפשר ללמוד מעניין **תנובה**, אשר בו ניתן לשער כי שיקולי מוניטין ופופולריות, או לחצים מצד קבוצות אינטרסים שונות, הם שהובילו את שר האוצר להתנגד להחלטת הוועדה המקצועית. בעניין זה, עצם התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לייצוגו של שר האוצר, והתעקשותו של היועץ על עמדתו, הובילה לקבלת החלטה טובה יותר בבית המשפט מבחינת האינטרס הציבורי במובנו הרחב, ושעולה בקנה אחד עם עצת המומחים ולמזעור נזקים פוטנציאליים לפרט.¹⁶⁷

¹⁶² ניתן לדון בכך שבשל היותו סוכן של בית המשפט העליון, ייתכן כי ניסיונות החלשת בית המשפט יכולים להשפיע באופן דומה גם על היועץ המשפטי לממשלה. ואולם, כפי שנטען, היועץ המשפטי לממשלה הוא לא רק נאמן הממשלה או סוכן של בית המשפט העליון, אלא חב בנאמנות קודם כול לציבור ולשמירה על שלטון החוק.

¹⁶³ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** א 600 (2010).

¹⁶⁴ שם.

¹⁶⁵ ראו למשל Jerry Mashaw "Public Law and Public Choice: Critique and Rapprochement", *Research Handbook on Public Choice and Public Law* 19 (Daniel A. Farber & Anne Joseph O'Connell eds., 2010).

¹⁶⁶ שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 415, 391 (2015).

¹⁶⁷ באשר לעניין **תנובה**, ניתן לדון באפשרות שלפיה מנופול הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה מאפשר במידה מסוימת לנבחרו הציבור לפעול באופן פופוליסטי. כלומר, דווקא התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה לפעולות השר היא שאפשרה לשר

3. שאלת הכשירות המוסדית וקושי בניהול ההליך ובהכרעה בין הקולות השונים ברשות המבצעת

מעבר לעובדה שאם יתאפשר לרשות המבצעת ייצוג נפרד יושמעו בבית המשפט הן קול הרשות והן קול היועץ המשפטי לממשלה, במקרים שבהם אין היועץ מסכים עם החלטתה של הרשות, ייצוג נפרד יפתח צוהר גם למצבים שבהם יושמעו קולות שונים מתוך הרשות המבצעת עצמה. בשונה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר מתייחסת לפן המשפטי בעיקרה, קולות שונים מתוך הרשות המבצעת יובילו לכך שעל בית המשפט יוטל התפקיד להכריע בין עמדות שונות הנוגעות למחלוקות מקצועיות ודורשות מומחיות ייחודית. עובדה זו יכולה להערים קשיים בעת הדיון וקבלת ההחלטה. לדוגמה, בעניין **תנובה**, שר האוצר ושר החקלאות פעלו באופן שונה, שכן האחרון חתם על הצו ואילו שר האוצר סירב לחתום עליו. אם יושמעו שני הקולות (ואף יותר) בפני בית המשפט, קרי עמדתן של רשויות שונות המנוגדות זו לזו, יצטרך בית המשפט לקבל על עצמו תפקיד של מקבל החלטות מקצועיות ולהתוות מדיניות, אף שאין זה תפקידו ואין לו לגיטימציה מוסדית לכך. רוצה לומר, הענקת אפשרות לרשויות לייצוג נפרד במקום בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, תוביל לעמדות מנוגדות ושונות מתוך הרשות המבצעת, וכתוצאה מכך עלול בית המשפט להתקשות בהכרעה בין העמדות, זאת במיוחד כאשר עסקינן בעמדות שונות המבוססות על מומחיות.¹⁶⁸ יודגש שדה פקטו יש ליועץ המשפטי עדיפות על פני בית המשפט כ"מגשר" בין הצדדים בעלי העמדות המנוגדות, שכן בכוחו, בתור גורם מתכלל פנימי לרשות, לראות ולבחון את התמונה הכוללת ולבחון את כלל השיקולים הרלוונטיים לסוגיה הנדונה, זאת בשונה מבית המשפט ה"משקיף" מהצד.

כמו כן, גם אם היועץ המשפטי לממשלה ייצג את העמדה של כל משרד ומשרד (גם אם לא יתמוך בהן) וגם אם יתאפשר לכל משרד להציג את עמדתו בנוסף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה במקרה שהשניים אינם מסכימים, יהיה לבית המשפט (ובדומה לכך גם בהליכים אחרים, כמו דיונים בכנסת או דיונים עם הרגולטורים הרלוונטיים) קושי לנהל את ההליך בצורה תקינה ומיטבית עקב העמדות הרבות שיש להכריע ביניהן. כלומר, במקום שהמדינה תדבר בקול אחד ומול בית המשפט תהיה עמדה "מזוקקת" ומשקפת יחידה, על בית המשפט לנהל הליך שבו יכולות להיות עמדות "רשמיות" מרובות. השופט רובינשטיין, אשר היה בעברו גם יועץ משפטי לממשלה, עמד על קושי זה וביקר את עמדתו של שנער כפי שהיא מוצגת במאמרו.¹⁶⁹ לדידו של רובינשטיין, מתן ייצוג נפרד למשרדי ממשלה גורם לנזק רב יותר מאשר לתועלת,¹⁷⁰ וגם במקרה שמתקיים ויכוח בין הממשלה ליועץ המשפטי לממשלה על

להתנגד ולפעול לגריפת הון פוליטי. ובראייה רחבה יותר, ייתכן כי נבחרי הציבור יפעלו עבור הצעות פופוליסטיות ואף בעלות "סיכון" מסוים, תוך ידיעה כי היועץ המשפטי לממשלה יחסום את מימושן.

¹⁶⁸ מי מדבר בשם המדינה?, לעיל ה"ש 6.

¹⁶⁹ שנער, לעיל ה"ש 6.

¹⁷⁰ עניין גיני, לעיל ה"ש 10, בפסקה ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

המדינה לדבר בקול אחד. כמו כן, רובינשטיין טוען כי לפי המסורת במדינת ישראל אין ייצוג חיצוני אלא בהסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה, והחשיבות של עובדה זו היא בכך שהיא מונעת "ג'ונגל ייצוגי שבו כל פונקציונר בכיר שוכר ייצוג לעצמו, בקו שהוא בוחר לעצמו, תוך הטלת שכר הטרחה על המדינה, ובעיקר תוך סיכון של עמדות סותרות בתחומים חשובים".¹⁷¹ ביקורת אפשרית אשר ניתן להעלות הינה שבהליכים רבים יש כמה תובעים או נתבעים, ועם זאת ההליך המשפטי אינו נפגע. אולם, הליכים אלו לרוב יהיו הליכים מהמשפט הפרטי, שבהם גם אם יש נתבעים רבים אלה ידברו לרוב בקולות דומים ובסבירות גבוהה יציגו הלך רוח דומה ועובדות דומות, גם אם בשינויים מסוימים. בענייננו, החשש הוא שכל משרד ומשרד, בנוסף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, יביע עמדה רשמית שונה ואף מנוגדת, עובדה שיכולה להקשות פרקטית על ניהול תקין של ההליך, ולגזול זמן שיפוטי יקר ומשאבים ציבוריים נוספים, דוגמת פגיעה בדיון הציבורי ובלגיטימיות של מערכת המשפט.

4. ההשפעה של סוגיית בלעדיות הייצוג על עריכת הביקורת השיפוטית

לסיום אדון בהשפעות של פירוק מונופול הייצוג גם על ממדיה וטיבה של הביקורת השיפוטית שבית המשפט יערוך במקרים שבהם לא היועץ המשפטי לממשלה הוא שייצג את הממשלה. כאמור, בית המשפט העליון הכפיף גם את מוסד היועץ המשפטי לממשלה לביקורת שיפוטית.¹⁷² ואולם, בפרקטיקה הנוהגת בית המשפט העליון ממצע להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. כפי שתואר, בית המשפט העליון אימץ גישה מרוסנת שלפיה אין הוא שם את עצמו בנעליו של היועץ המשפטי לממשלה, ואינו מתערב אלא במקרים שבהם החלטת היועץ אינה סבירה או מבטאת חריגה קיצונית ממתחם שיקול הדעת.¹⁷³ הסבר אפשרי לביקורת השיפוטית המרוככת שבית המשפט העליון מעביר על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה הוא שכפי שהוסבר לעיל, היועץ המשפטי לממשלה בוחן מלכתחילה את פעולות הרשות ב"משקפיים" של בג"ץ, זאת כדי להימנע מהגשת עתירות ופסילה עתידית של פעולות הרשות. כלומר, היועץ המשפטי לממשלה מתנהל דה פקטו כמעין סוכן של בית המשפט העליון ומשתמש במבחנים ובקריטריונים שבית המשפט בוחן,¹⁷⁴ עובדה המובילה לריכוך הביקורת השיפוטית.

על כן, אפשר לטעון כי אם מונופול הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה יפורק והממשלה תיוצג על ידי עורך דין פרטי, הביקורת השיפוטית המרוככת תתחלף בביקורת שיפוטית דקדקנית ורחבה יותר. כלומר, נדמה כי במקרים שבהם הממשלה

¹⁷¹ אליקים רובינשטיין "יועץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק, מטלות ומורכבות במדינה יהודית, דמוקרטית ומקוטבת" מחקרי משפט יז 7, 10 (2001).

¹⁷² עניין גנור, לעיל ה"ש 118.

¹⁷³ עניין המרכז לפלורליזם יהודי, לעיל ה"ש 119.

¹⁷⁴ זאת כפי שבואר בפרק ב ברשימה זו; דותן, לעיל ה"ש 116.

תיוצג על ידי עורך דין פרטי, האמון שבית המשפט העליון נותן בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בשל הקשר המוסדי החזק שבין המוסדות יתחלף בחשדנות ובביקורת שיפוטית מחמירה יותר. רוצה לומר, נקודת הבסיס שבית המשפט יוצא ממנה בעת עריכת ביקורת שיפוטית היא שאינטרס הציבור הוא שעמד לנגד עיניו של היועץ המשפטי לממשלה מתוקף היותו שומר סף ושחקן מוסדי חשוב במערך האיזונים והבלמים. ואולם, בעת שעורך דין פרטי ייצג את עמדת המדינה (שכאמור לא תמיד עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי) יש מקום לחשש שמא לא אינטרס הציבור הוא שעמד לנגד עיני הממשלה, זאת במיוחד לאור העובדה שבמקרים אלו היועץ המשפטי לממשלה אינו מחזיק בדעה דומה לזו של הממשלה ובכך מאותת לבית המשפט על בעייתיות בפעולת הרשות.

יקשה הקורא – אם הביקורת שיפוטית שבית המשפט יערוך בעת שהממשלה מיוצגת על ידי עורך דין פרטי תהיה דקדקנית ורחבה יותר, מה החשיבות הגלומה בבלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה ובשמירת המונופול? לשאלה זו יפים הדברים שהובאו בפרק זה, וההשלכות האפשריות שפורטו לעיל אשר עלולות להיגרם מפירוק מונופול הייצוג. יתרה מכך, ברשימה זו אף התבאר מדוע היועץ המשפטי לממשלה הוא שצריך "לסכל" במקרים מסוימים את מדיניות הממשלה ולא בית המשפט העליון בעת עריכת ביקורת שיפוטית. בקצרה, וכפי שהובא לעיל, יתרונותיו של היועץ המשפטי לממשלה גלומים בהיותו בפוזיציה של Pre-ruling, בהיותו מנגנון פנימי ברשות המבצעת בעל כשירות מוסדית והבנה עמוקה בפעילות הרשויות, וכן בהיותו שומר סף המסייע להכווין את התנהגות הרשויות עוד טרם הגשת העתירות.¹⁷⁵ יחד עם זאת, יש משנה חשיבות לשמירה על בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה ולחיזוקו לצידו של בית המשפט כדי לשמור על עצמאותם, תפקודם והלגיטימציה המוסדית של השחקנים המוסדיים, ובראשם בית המשפט העליון, במערך האיזונים והבלמים. ניתן להבין את עליית הפופולריות בין היתר כתגובת נגד שמרנית למהפכה החוקתית, אשר שמה לה למטרה לפעול להגבלת מוסדות כגון בית המשפט העליון.¹⁷⁶ על כן, ביזור הכוח בין בית המשפט העליון לבין היועץ המשפטי לממשלה (וגורמים מוסדיים דומים אחרים) יכול להפחית את הנטל הרב המוטל על בית המשפט, ובכך אף לצמצם או "לפזר" את הביקורות הרבות שנשמעות כנגדו ואת הניסיונות להחלישו.

סיכום

ברשימה זו דנתי בשאלה ובמחלוקת על אודות בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. כאמור, בעוד שכיום ההלכה הרווחת מבטאת גישה שלפיה "המדינה מדברת בקול אחד" וליועץ המשפטי לממשלה מונופול בסוגיית הייצוג, יש קולות הקוראים

¹⁷⁵ להרחבה בעניין זה ראו פרק ב.

¹⁷⁶ כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 19; עמיהי כהן מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד פרק ג (2020).

לסטות מגישה זו ולאפשר לרשות המבצעת "לדבר" בכמה קולות. כלומר, במקומות שבהם אין שוררת הסכמה בין היועץ המשפטי לממשלה ובין הרשות המבצעת, לרשות זו תהיה אפשרות להשמיע את קולה בנפרד. שאלת בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה נדונה בעת האחרונה בשני פסקי דין של בית המשפט העליון – עניין **תנובה** ועניין **אמיתי**. בפסקי דין אלו קרא השופט שטיין לסטות מן ההלכה הרווחת ולאפשר לרשות להיות מיוצגת על ידי עורך דין פרטי במקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מוכן לייצגה. בנוסף, שאלת בלעדיות הייצוג נדונה בקצרה בהחלטה בעניין **האקדה על שולחן המטבח**, שבה חזרו שופטי ההרכב על שנקבע בעניין **תנובה** והוציאו מן התיק הודעה שניתנה מטעם השר לביטחון פנים מכיוון שלא הוגשה על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

במסגרת רשימה זו התמקדתי בשני מישורים: במישור הראשון ערכתי דיון מוסדי במסגרת הרגולטורית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה. במישור זה הראיתי את אופן אסדרת המוסד כיום; סקרתי את ההסדרים הקיימים במדינות שונות בנוגע למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה וסמכויותיו לייצג לממשלה ולייצגה, והראיתי כי על אף הביקורות שנשמעות, המצב בישראל אינו כה חריג וייחודי. בנוסף, הדגמתי את הסיפור ההיסטורי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה וכיצד הוא זה שיעצב והבנה את התפתחות המוסד ואת המונופול בסוגיית ייצוג הממשלה. מהצגה זו נלמד כיצד מקרי הקצה שנגעו לדילמות ומשברים הנוגעים בין היתר לשאלת הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים במשטר הישראלי הם שהניבו שינוי וחיזוק במעמד היועץ המשפטי לממשלה, ומחדדים לנו את החשיבות של מוסד זה בהקשר של מערך האיזונים והבלמים הישראלי.

במישור השני ערכתי דיון תאורטי וניתוח של מערך האיזונים והבלמים בישראל. טענתי היא שהיועץ המשפטי לממשלה מהווה שחקן מוסדי מרכזי במערך האיזונים והבלמים בשיטת הדמוקרטיה בישראל, ומעצם היותו כזה הוא בעל חשיבות רבה כשומר סף. זאת בייחוד לאור הליכים כגון התחזקותה של הרשות המבצעת על חשבון הרשויות האחרות,¹⁷⁷ החרפה של תופעת הפופוליזם וניסיונות להגבלת בית המשפט העליון. יתר על כן, במישור זה דנתי ביחסים המיוחדים השוררים בין בית המשפט העליון למוסד היועץ המשפטי לממשלה, בהיותו מעין סוכן של בית המשפט.¹⁷⁸ בנוסף, דנתי בשאלה מדוע היועץ המשפטי לממשלה, ולא בית המשפט שיבקר את פעולות הרשות אם תוגש עתירה, הוא זה שצריך להיות מוגדר כשומר סף ו"לסכל" את מדיניות הממשלה במקרים שבהם הוא מוצא בה אי-חוקיות. זאת, לדעתי, בשל היותו בפוזיציה של Pre-ruling, בהיותו מנגנון פנימי ברשות המבצעת בעל כשירות מוסדית

¹⁷⁷ להרחבה על עליית המדינה הרגולטורית ראו למשל דורין לוסטיג "קאדי בירושלים דמוקרטיה בעידן של ממשל גלובלי: רגולציה של מימון טרור בישראל" **מחקרי משפט** לא 881 (2018); יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** יח 219 (2017).

¹⁷⁸ דותן, לעיל ה"ש 116.

והבנה עמוקה בפעילות הרשויות, וכן בהיותו שומר סף המסייע להכווין את התנהגות הרשויות עוד טרם הגשת העתירות.

טענתי המרכזית ברשימה זו היא שבהתאם לניתוח של שני המישורים שצוינו לעיל והצגת ההשלכות האפשריות של פירוק מונופול הייצוג, יש להשאיר את ההלכה על כנה ולשמר את בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, זאת חרף ביקורות הנגד שהוצגו והקולות הקוראים לשינוי. אציין כי גם על פי ההלכה כיום, שאותה אני קורא לשמר, נקבע על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבלייט, כי במקרים "חריגים" ויוצאי דופן¹⁷⁹ היועץ המשפטי לממשלה יכול להסכים לכך שלממשלה יהיה ייצוג נפרד.

אין ספק שסוגיה זו תמשיך ללוות את המערכת המשפטית והפוליטית בישראל, וכולי תקווה שרשימה זו תסייע לפיתוח החשיבה העוסקת בשאלה זו.

¹⁷⁹ מנדלבלייט, לעיל ה"ש 112.