

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה בנושא גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים

הופץ ביום 15.1.2023*

עיקרי הדברים

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לעריצות הממשלה, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה.

בהתייחס באופן קונקרטי להצעת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, לתיקון חוק יסוד: הממשלה, לפיה הסמכות לקבוע עמדה משפטית ולייצגה בפני ערכאות שיפוטיות תהיה נתונה לממשלה או לשרים תוך שאין בעצה משפטית בעניין קיומה של מניעה משפטית כדי לחייב אותה, הצעה זו תפגע קשות בעקרון חוקיות המינהל, תעודד ותתמרץ את הרשויות לפעול שלא כחוק ומתוך שחיתות מוסדית ותביא לפגיעה אנושה בתפקודה התקיין של הממשלה ומכאן - לפגיעה יומיומית במערכות הכלכלה והחברה בישראל. יודגש כי כיום רוב העתירות נגד המדינה נדחות כי בתי המשפט סומכים על הייעוץ המשפטי המקצועי והעצמאי. אף בזירה הבינלאומית, המדינה נהנית מאמינות בשל הערכה לייעוץ המשפטי ולבתי המשפט שלנו. יתרונות אלה יעלמו תחת ההצעה החדשה. בעוד שהאינטרס הראשון במעלה של כל ממשלה הוא שציבור האזרחים יציית לחוק, לפי המוצע החוק לא יחול על הממשלה שכן אין משקל לעמדת יעוץ משפטי, והיא תפעל גם כאשר ייאמר לה במפורש שפעולותיה עתידות להיות לא חוקיות.

נייר עמדה זה נכתב כתגובה מיידית למצע לדיון שהניח יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, מסמך אשר לפי מכתב היועצת המשפטית לכנסת גובש בלא כל מעורבות הייעוץ המשפטי, באופן החורג ממסלולי חקיקה מקובלים, ובאופן העלול להטעות. בצוק העתים ותוך התנגדות לטיב ההליכים המתבצעים כעת ולמידת התאמתם לנורמות מקובלות של חקיקה, נציג כאן את עמדתנו בנוגע להצעה המסוימת. יתר על כן, המצע הקונקרטי הינו חלק ממהלך כולל ורב זרועות שאנו רואים בו כמכוון לביטול אופיה הדמוקרטי של ישראל, ביטול מעמדו העצמאי של בית המשפט העליון, וקיבוע עריצות הממשלה לדורות. אנו מתנגדים בכל תוקף למהלכים אלה, ואין בהתייחסותנו הממוקדת להלן כדי לבטא כל נכונות או הסכמה עמם.

* ליצירת קשר עם הפורום: lawprofessorsforum@gmail.com.

תקציר

הצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק יסוד: הממשלה שהופצה ביום 11.1.2023 על ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, מבקשת לקבוע את עצמאותה של הממשלה ושרי הממשלה בקביעת עמדתם המשפטית, לרבות הקביעה כי עמדה משפטית שתיתן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי המשרדי, לא תחייב את הדרג הפוליטי, וכי הוא רשאי לפעול בניגוד לה. הצעה זו מעוררת שלל קשיים, עקרוניים ופרקטיים. היא תאפשר לדרג הפוליטי לבצע מעשים לא חוקיים, ללא כל ביקורת פנימית על פעולותיו. היא תחשוף את המשרד הממשלתי ללחץ של קבוצות אינטרס שהשפעתן לא תיחסם על-ידי הגורמים המקצועיים. היא תביא לאובדן האמון הציבורי במערכת שעד כה הוסדרה כמערכת א-מפלגתית ומקצועית. אובדן האמון ייגרם אף מעצם העובדה שהממשלה והשר אינם כפופים אפקטיבית למגבלות החוק. ההצעה גם תשבש את עבודת המשרד הממשלתי, שיתקשה לתפקד כאשר השר יורה להתעלם מחוות דעת משפטית. היא גם תחשוף את עובדי המשרד לסיכונים משפטיים בעקבות התעלמותם מעמדת המערך המשפטי.

ההצעה לא תביא לשיפור המשילות. ללא ביטחון משפטי, היא תקשה על הדרג הפוליטי להתנהל, והמעורבות השיפוטית בהחלטות המשרד רק תהיה נחוצה ומוצדקת יותר בעקבות העדר גושפנקה משפטית לפעולות המשרד, שכן פעולה בניגוד ליועץ המשפטי לא נוכל ליהנות מחזקת התקינות. לבסוף, יש לראות הצעה זו במסגרת המארג הכולל של השינויים שעל הפרק. החלשת מערך הייעוץ המשפטי בפני עצמו לא מבטלת את קיומם של מנגנוני פיקוח חיצוניים. ואולם, לא רק שמנגנוני פיקוח חיצוניים חלשים באופן כללי, אלא שהם יספגו מכה נוספת בעקבות הרצון להחלישם עוד יותר במסגרת השינויים השונים שעל הפרק. אף אם יש מדינות בהן הייעוץ המשפטי אינו מחייב את הממשלה, השוואות אליהן נדונו לכישלון, משום שבמדינות אלה קיימים בלמים אחרים ונוספים על כוחו של הרוב ועל כוחה של הממשלה, בלמים שלא קיימים בישראל או שמבוקש לבטלם.

1. רקע

השינויים המוצעים לחוק-יסוד: הממשלה (ואלה המתוכננים, שטרם פורטו אך פורסמו ברבים, בפרט שינוי בדרך המינויים והפיטורים של היועצים המשפטיים), צפויים לשנות באופן דרמטי את אופיו ואת התנהלותו של השירות הציבורי. השירות הציבורי בישראל קם בהשראת המודל הבריטי, של *civil service*. הוא תוכנן עוד לפני הקמת המדינה, ב-1947, על-ידי גוף שנקרא "ועדת המצב". גוף זה תכנן שירות ציבורי מקצועי, נייטרלי, ומנותק מהשפעה מפלגתית. כמובן שלא כל המלצות הגוף באו לידי ביטוי במדינה החדשה, והשירות הציבורי לא היה נקי מהשפעות מפלגתיות, אבל עם הקמת נציבות שירות המדינה ב-1950, וחקיקה נוספת בשנים שלאחר מכן, נעשה ניסיון לעצב שירות ציבורי ברוחה של ועדת המצב, חף מהשפעות מפלגתיות ופוליטיות, כשהוא מחויב לערכים של ניטרליות ומקצועיות.

בסופו של יום, נוצר בישראל מצב ביניים, של דרג ניהולי פוליטי בכיר (שבראשו עומדים השר והמנכ"ל, ונושאי משרות אמון נוספות), ושל מנגנון פקידותי מקצועי לצדו. כך, למשל, מרבית המשרות מחייבות מכרז שוויוני ותקן, כאשר הקריטריונים לאיושן של רוב המשרות הוא מקצועי וא-פוליטי. בתוך כך, החקיקה הנוגעת לשירות הציבורי (למשל חוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959; וחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), תשי"ט-1959)) מבקשת לנתק את ההשפעה הפוליטית על המנגנון הפקידותי, למשל באיסור על פעילות פוליטית החל מדרג מסוים. כמובן שהניתוק אינו מוחלט, ואין הפרדה הרמטית בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי, שכן פעמים רבות קידומים בתוך המשרד תלויים גם

בדרגים הפוליטיים, וכיוצא בזה. אוסף דינים אלה מבטא הכרה עקרונית בחשיבותה של ההפרדה וביכולתם של עובדי הציבור לפעול באופן ציבורי וחרף משיקולים פוליטיים מפלגתיים.

כך בכלל, וכך בהקשר של יועצים משפטיים בפרט. היועץ המשפטי לממשלה, ובעקבותיו, היועצים המשפטיים למשרדים, נחשבו תמיד לגורמים עצמאיים האמונים על עקרון חוקיות המינהל ואשר הממשלה כפופה לעמדתם המשפטית.

2. תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי למשרדים – המצב כיום

על פי הדין הקיים, היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשתי משימות מרכזיות: האחת היא קידום המדיניות של הממשלה, תוך זיהוי של דרכי פעולה שיאפשרו את מימושה של המדיניות בדרך חוקית;¹ ואילו השניה היא בלימה של פעולות שיש בהן משום הפרה של הדין. תפקיד כפול זה חל באופן דומה גם על היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי: עליו לקדם את מדיניותו של השר בכל דרך חוקית, אך למנוע מן השר לממש החלטות החורגות מגבולות החוק. כאשר יועץ משפטי של משרד ממשלתי מתריע כי פעולה מסוימת אינה חוקית, עומדת לשר הזכות לערער על קביעה זו בפני היועץ המשפטי לממשלה. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את השר (ואת הממשלה כולה), אלא אם נקבע אחרת בבית המשפט. אם השר מבקש לבחון את עמדת היועץ המשפטי בבית המשפט, המציאות היא כי (למעט במקרים נדירים ביותר) יש בכוחו להשמיע את עמדתו בהליך כזה – בין באמצעות ייצוג של פרקליטות המדינה, ובין באמצעות ייצוג פרטי (כפי שאירע לאחרונה במקרה של חוק ההסדרה, או בעתירות נגד "חוק דרעי").

3. השינויים המוצעים באשר להגדרת תפקידו של היועץ המשפטי

השינויים המוצעים, עיקרם בכך שהתרתו של היועץ המשפטי לממשלה כי פעולת הממשלה אינה חוקית – לא תמנע עוד מן הממשלה לבצע את הפעולה, חרף אי חוקיותה. כך גם ביחס ליועץ המשפטי למשרדי הממשלה – בשתי הרמות של היועץ המשפטי, כך לפי ההצעה, עמדת היועץ המשפטי לא תחייב ולא תגביל את הממשלה והשרים. הממשלה ומשרדי הממשלה יוכלו אפוא לבצע כל החלטה בלתי חוקית שיחפצו בה, מבלי שמנגנון פנימי, הממוקם בתוך המשרד הממשלתי, או בממשלה עצמה, ימנע זאת מהם.

קשה להפריז בהשלכות ההרסניות ששינויים אלה עלולים לגרום. הממשלה עלולה להפוך ממוסד המזוהה עם עקרונות המינהל התקין ושלטון החוק, למוסד פורע חוק – ה"מצפצף" על כללי המשחק כדי לקדם אינטרס פוליטי או אישי של בעל תפקיד. הם אף עלולים לחשוף את המשרד הממשלתי ללחץ של קבוצות אינטרס, שהשפעתן על מדיניות המשרד לא תיחסם על ידי הגורמים המקצועיים שבו. כך למשל, בעלי הון יוכלו להשפיע באמצעות כוחם הכלכלי על החלטות השר, ובכך להמיר את הכוח הכלכלי לכוח שלטוני. המדיניות השלטונית תוסט לקידום ענייניהם של בעלי הון, בדרך המנוגדת לחוק ולאינטרס הציבורי.

אובדן האמון במערכת השלטונית עלול אף לפגוע בשורה של היבטים אחרים הקשורים באינטרס הציבורי. מערכת שלטונית שמאבדת אמון תתקשה בכריתה של חוזים עם גורמים פרטיים, בניהול מכרזים, בנטילת הלוואות, בשמירה על דירוג אשראי גבוה, או בשמירה על מדיניות פיסקלית מאוזנת. אובדן האמון עשוי

¹ במקרים בהם היועץ המשפטי סבור שישנו קושי משפטי, או מציע לאמץ הסדר משפטי חדש, או מעיר הערות בדבר מדיניות רצויה, או מתייחס לנושאים אתיים וערכיים, או מסייע בניסוח מסמכים שונים עמדתו מייצגת בלבד לפי הדין הקיים. ראו אריאל בנדור "היועץ המשפטי לממשלה: בין עמדה משפטית לייצוג" **מחקרי משפט** לד 1, 4 (2022).

להיגרם מעצם העובדה שהשר אינו כפוף אפקטיבית למגבלות החוק – וזאת אפילו אם בפועל הוא בוחר לנהוג כחוק. הייעוץ המשפטי הפנימי, מבטיח לא רק את החוקיות עצמה, אלא גם את האמון שמקרינה הממשלה כלפי גורמים אזרחיים ובינלאומיים מחוצה לה.

מתן ה"רישיון" לשר לדבוק בפעילות, גם כאשר הגורם המקצועי התריע בפניו שאיננה חוקית, צפוי גם לשבש את עבודת המשרד הממשלתי עצמו. כאשר שר מורה על ביצוע הפעולה, לאחר שהייעוץ המשפטי התריע על אי חוקיותה – כיצד מצופה מן הדרג המקצועי לנהוג? האם עליו לציית להנחיית השר חרף אי חוקיותה, או שמא עליו לסרב לכך, ולפעול כחוק, כעולה מעמדת הייעוץ? כאן יש לזכור כי גורם מקצועי המממש הוראה בלתי חוקית חשוף לסיכון כי יינקטו הליכים משפטיים גם נגדו עצמו – נזיקיים, פליליים או אחרים. הכלל המוצע מעמיד אפוא את עובדי המשרד בדילמה בלתי אפשרית. יצוין כי מאחר שהליך הבחינה של החלטת השר (אם תתגלה) אורך לעתים זמן רב (ולעתים אף שנים) לאחר ביצוע ההחלטה – לא תהיה לעובדי המשרד כל אפשרות להגן על עצמם מתוצאותיה בזמן אמת.

ולבסוף, המחשבה כי שחרור הרסן, המאפשר התנהגות פורעת חוק של הממשלה, יסייע ל"משילות", אף היא משוללת יסוד. כושר המשילות של שלטון ניזון בעיקר מקיומה של הסכמה אזרחית רחבה כי הממשלה נבחרה כדין, ופועלת באופן לגיטימי ובמסגרת סמכויותיה. הנכונות לציית לחוק נשענת, במידה רבה, על הנחת היסוד כי את החוק מקיימים כולם, לרבות השלטון הנתמך על ידי הרוב הקואליציוני. כאשר הנחה זו מתערערת, הנכונות האזרחית לקיים את החוק ואת הוראות השלטון מתערערת יחד איתה. אין סכנה גדולה יותר למשילות של שלטון, מאובדן הלגיטימציה שלו ואובדן האמון הציבורי בו.

4. דוגמאות קונקרטיות

כדי לסבר את האוזן, להלן מספר דוגמאות הממחישות את סוג ההחלטות שעשויות להתקבל, כאשר הממשלה או השר יוכלו להתעלם מן הקביעה כי הן בלתי חוקיות, ולבצען בכל זאת.

- (1) ראש ממשלה מכנס את ועדת השרים לביטחון לאומי בהרכב חסר, בניגוד לדרישות החוק.
- (2) ממשלה הקובעת אזורי עדיפות לאומית כדי לרצות ראשי רשויות מקומיות הנמנים עם תומכיה הפוליטיים בניגוד לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה העומדת על החובה לנהוג בשוויון (בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בעניין דומה).
- (3) שר לביטחון לאומי המתערב בחקירות משטרה (במיוחד של אישי ציבור ומקורבים אחרים) ודורש מן המשטרה לבצע מעצרים בלתי חוקיים, אכיפה בררנית, או הפסקה של הליכי חקירה קיימים.
- (4) שר שיכון ובינוי המורה לוועדות מכרזים להורות על זוכה שלא עמד בתנאי המכרז כדי לקדם אינטרס כלכלי אישי שלו, של מקורב, או של בן ברית פוליטי.
- (5) שר המופקד על מערכת רגולטורית הדורש מן הדרג המקצועי לוותר על אמצעי אכיפה כלפי מקורבים, או להטיל אמצעי ענישה בלתי מוצדקים כלפי גורמים מתחרים.
- (6) שר הדוחה את מגבלות ניגוד העניינים הנוגעות למעורבותו בפעילות עסקית, ומפעיל את כוחו השלטוני כדי לקדם עניין אישי הקשור בפעילות זו.
- (7) שר הדוחה את הדרישה כי מדיניות ממשלתית תישען על שיקולים ענייניים ושוויוניים, ומנצל את כוחו השלטוני לשם העברת כספים, משרות, וטובות הנאה אחרות, לגורמים קשורים.

5. הצורך בשומרי סף – מבט מקומי והשוואתי

לכאורה, אפשר היה לטעון כי גם בהיעדרם של שומרי סף פנימיים, קיימים מנגנונים חיצוניים שעשויים להרתיע התנהגות בלתי חוקית באמצעים אחרים. ואולם כוחם של מנגנונים אלה הוא לעתים קרובות חלש; ואם יתקבלו חלקיה האחרים של הרפורמה עליה הכריזה הממשלה, הם יספגו מכה אנושה נוספת. לחולשה זו כמה טעמים מרכזיים. ראשית, חלק ניכר מפעולות המשרד הממשלתי נעלמות מן העין. פרטי מידע רבים הקשורים בפעילות המשרד אינם זמינים לגורמים החיצוניים לו, וגם אילו היו זמינים, אי אפשר היה לעקוב אחריהם – בשל היקפם העצום, בשל מורכבותם, ובשל המומחיות המקצועית הנדרשת כדי לנתחם. שנית, השר נהנה מחסינות רחבה, המגנה עליו מפני סיכון אישי גם כאשר הוא פועל בניגוד לחוק. שלישית, השינויים המוצעים על ידי הממשלה (אשר טרם גובשו להצעות חוק באופן רשמי) מבקשים להחליש גם את מנגנוני הפיקוח האחרים. על פי ההצעה, אותה הקואליציה הפוליטית היא זו שתמנה לבדה גם את השופטים; בית המשפט לא יוכל לבקר את החלטת השר על סמך תוכנה (ביטול "עילת הסבירות"); ואם ההחלטה תיפסל מטעמים של פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות – תוכל אותה הקואליציה שהפרה את הזכויות להתגבר על הפסילה באמצעות חקיקת חוק פעולה המובטחת לה בזכות הרוב האוטומטי הנתון לה בכנסת. הניטרול המקביל של גורמי הפיקוח החלופיים מעצים עוד יותר את הסכנה הגלומה בהצעה הנוכחית. לא ניתן לקרוא את ההצעה שעל הפרק מבלי לקשרה למכלול התכנית עליה הצהיר שר המשפטים באחרונה.

ישנן מדינות דמוקרטיות שבהן הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה אינו מחייב את הממשלה. ואולם במדינות אלה קיימים בלמים רבים אחרים על כוחו של הרוב. כך, למשל, במדינות רבות יש שני בתי פרלמנט; יש שיטה נשיאותית, שבמסגרתה לפרלמנט כוח פיקוח אפקטיבי על הממשלה; יש משטר פדרלי המבזר כוח בין יחידות שונות; יש בחירות אזוריות המייצרות מערכת תמריצים שונה מבחירות כלליות; יש חוקה עם מגילת זכויות אדם נוקשה שלבית המשפט סמכות לאכפה; או שיש כפיפות לבתי משפט בינלאומיים שבכוחם לגבור על החלטת הממשלה המדינתית. כל אלה מייצרים שורה של מגבלות על כוחו של הרוב הפוליטי. בישראל, לעומת זאת, רכיבים אלה נעדרים לחלוטין. ההצעות שעל הפרק מבקשות אפוא לשחוק, שלא לומר לחסל, את המגבלות הקיימות, מבלי שקיימים מנגנונים אחרים שעשויים למלא פונקציה תחליפית או מקבילה. התוצאה הבלתי נמנעת של ההצעה הנוכחית היא הסרת כל רסן של הכוח השלטוני.

במסגרת דברי ההסבר למצע לדיון של יו"ר ועדת החוקה, הובאה טבלה המונה מספר קריטריונים הייחודים, לפי הטבלה, ליועץ המשפטי לממשלה בישראל, החריגים מאלה המקובלים במדינות אחרות שנמנו שם. נניח לצורך הדיון, ומבלי להביע עמדה בדבר, שקריטריונים אלה מאפשרים להבחין בין יועץ משפטי פוליטי ומקצועי. ונניח גם שהתיאורים המובאים במצע לדיון מדויקים ביחס לאופיו הפוליטי של היועץ המשפטי לממשלה במדינות שנבחנו שם. לפי עמדתנו, קיומו של יועץ משפטי מקצועי היא חיונית בהינתן המכלול של מערכת האיזונים והבלמים שבשיטה. הטבלה הבאה מראה כיצד.

ישראל	גרמניה	קנדה	בריטניה	ארה"ב	
X	✓	✓	✓	✓	האם יש שני בתי פרלמנט
X	X	X	X	✓	האם יש שיטה נשיאותית
X	✓	✓	אוטונומיה טריטוריאלית מוגבלת בכמה אזורים (devolution)	✓	האם יש משטר פדרלי
X	✓	✓	✓	✓	האם יש בחירות איזוריות
X	✓	✓	X	✓	האם יש חוקה נוקשה שקשה או לא ניתן לשנותה
כיום כן, מבקשים לפגוע בכך	✓	✓	לבית המשפט סמכות להכריז על אי התאמה וכן לפרש חוקים בניגוד לטקסט כדי להגן על זכויות	✓	האם לבית המשפט סמכות לבקר חוקים הפוגעים בחוקה או בזכויות אדם
X	✓	X	✓	X	האם יש כפיפות לטריבונלים בינלאומיים

6. הטענות הנשמעות בעד השינוי המוצע

הרציונל שניתן להצעה לשם הצדקתה, מושתת על שני אדנים – שניהם בלתי מבוססים. האחד הוא כי היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי הוא "עורך הדין של השר". השני הוא שבמציאות הקיימת קולו של השר (ושל הדרג הפוליטי בכללותו) מושתק. ההצעה נדרשת, על פי הנטען, כדי לאפשר לקול זה לבוא לידי ביטוי. להלן התייחסות לכל אחת משתי הטענות לגופה.

(1) היועץ המשפטי אינו "עורך דין פרטי" של השר :

טענה זו מניחה כי המשרד הממשלתי, כמוהו כגוף פרטי – הזכאי למנות לו עורך דין, שכל תפקידו הוא לקדם את המטרה של לקוחו. ואולם השר איננו אדם פרטי; החלטות המדיניות שלו אינן החלטות פרטיות, אלא החלטות שהוא מקבל כנאמן הציבור, ועבור הציבור. שר אינו פועל לקידום מטרותיו האישיות, ואינו זכאי לכך שהמערכת הציבורית תאפשר לו לעשות ככל העולה על רוחו. משכך, הרשות השלטונית מעצם טיבה, נדרשת לעמוד בכללים של המשפט הציבורי, ובראשם החובה לפעול במסגרת החוק, בהגנות, בסבירות, בשוויון, ללא אפליה ושיקולים זרים, ושלא חובות נוספות. כל אלה הן חובות שהרשות חבה כלפי האזרח, מכוח חובת הנאמנות שלה, שכן כל כוחה מגיע מהאזרחים (ויודגש, כלל האזרחים, אלה שבחרו בממשלה

ואלו שלא), שהסמיכו אותה לפעול. תפקיד היועץ המשפטי הוא לוודא שהחלטות השר עומדות בגדר החוק ומקיימות את עקרונות האמורים.

כדי לקיים את חובתו כלפי הציבור, על היועץ המשפטי לפעול לא רק במקצועיות, אלא גם מתוך אי תלות בדרג הפוליטי. אחרת לא יוכל לבלום מהלכים מפוקפקים ובלתי חוקיים שהשר או המשרד מעוניינים לבצע. אחרת לא יוכל לוודא כי המדיניות שנוקט המשרד רואה את האינטרס הציבורי הרחב, ולא רק את סקטור הבוחרים של השר, או את עניינה של קבוצת מקורבים אחרת. כך, למשל, עליו לדאוג כי תמיכות ממשלתיות תהיינה שוויוניות (או לפחות תתבססנה על קריטריונים מבחינים ענייניים), שאזורי עדיפות לאומית ייקבעו בדרך שאינה מפלה, וכי מינויים יתבצעו בדרך תקינה.

זאת ועוד. היועץ המשפטי מסייע לגופים חיצוניים לפקח על מדיניותו באורח אפקטיבי. במערכת ממשל תקינה, המשרד מפקח לא רק על ידי היועץ המשפטי הפנימי, אלא גם על ידי הכנסת, בית המשפט, ומבקר המדינה. היועץ המשפטי (הבלתי תלוי) משמש מקור למידע אמין ומהימן על המתרחש במשרד. בעשותו כן, הוא מממש את אינטרס הציבור כי הרשות תפעל כחוק, לצד האינטרס הציבורי שהרשות תגשים את המדיניות שלשמה נבחרה. הפוליטיזציה הצפויה במינוי ופיטורי היועץ המשפטי, תשפיע בסבירות גבוהה על יכולת זו של פיקוח ובקרה, שכן ניתוק הקשר בין היועץ המשפטי המשרדי ליועץ משפטי לממשלה יפגע גם בזרימת המידע בין המשרדים השונים, ויפגע, גם, ביכולת התיאום של היועץ המשפטי.

היבט זה של תפקיד היועץ המשפטי מסביר מדוע משרה זו אינה מוגדרת כמשרת אמון, ומדוע אסור שכן תוגדר. לשר אמנם השפעה על תהליך המינוי של היועץ המשפטי (שכן מנכ"ל המשרד חבר בוועדה הממנה), ואולם מרגע המינוי עצמאותו של היועץ המשפטי נשמרת. היועץ כפוף למנכ"ל המשרד רק בהיבט המנהלי; ואילו בהיבט המשפטי הוא כפוף ליועץ המשפטי לממשלה. הצעת החוק מכפיפה את היועץ המשפטי לשר באופן מלא, ובכך מעקרת את מהותו של התפקיד מתוכנו.

נוסיף עוד, כי התפיסה ביחס לעורכי דין בשוק הפרטי כאילו תפקידם לשמש "חרב להשכיר" ולסייע ללקוח להגשים כל מטרה שהיא, ללא כל אחריות להשלכות מעשיהם, היא תפיסה שפסה מן העולם. כל עורך דין, גם עורך דין בשוק הפרטי, גם עורך דין בתאגיד, וודאי וודאי עורך דין במגזר הציבורי, פועל תחת מערך מורכב של חובות אמון - כלפי הלקוח, כלפי הציבור, כלפי שלטון החוק ובית המשפט. כך מורה חוק לשכת עורכי הדין כמו גם כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין. בארה"ב קיימות דוגמאות לחובות דיווח החלות על עורכי דין בתאגידים - דיווח כלפי מעלה בתוך התאגיד ומחוצה לו, וזאת מתוך הבנה כי תפקידו של עורך הדין שונה מתפקידיהם של יתר העובדים בתאגיד נוכח חובות האמון המרובות שלו, ונוכח יכולתו למנוע הפרה של החוק.

(2) קולו של השר אינו מושתק:

ההצעה מבוססת על ההנחה כי עמדתו של השר, ושל הממשלה, אינם מקבלים ביטוי מספק בהליך המנהלי ובשלב הייצוג מול בית המשפט. לפיכך, ההצעה שעל הפרק מבקשת לנתק את הקשר בין מערך הייעוץ המשפטי לבין הדרג הפוליטי, כשהיא מאפשרת לראש הממשלה, לשר, ולממשלה כולה, לדחות את העמדה המשפטית של הייעוץ המשפטי, לקבוע כי זו אינה מחייבת אותה, ולקבוע מהי העמדה שתוצג בפני בית המשפט (או כל גוף אחר). בתוך כך, ההצעה מבקשת לאפשר לשר (או לכל רשות תחתיו) לשכור את שירותיו של עורך-דין פרטי כדי שייצגה.

ההנחה בבסיס ההסדר המוצע היא כי המצב הקיים מעורר בעיה, באשר הוא "משתיק" את קולו השר ושל הממשלה כולה. ברם, הנחה זו אינה מבוססת, ולמעשה מנותקת מן המציאות. המקרים שבהם מערך הייעוץ המשפטי (בין אם המשרדי או פרקליטות המדינה) אינו מייצג את עמדת המשרד (את עמדת השר והממשלה) הם נדירים שבנדירים. מספר המקרים בהם הייצוג נמנע הוא קרוב לאפס. לא זו אף זו. כאשר היועץ המשפטי מסרב לייצג את עמדת המשרד, כמעט תמיד עמדת השר מובאת בכל זאת בפני בית המשפט – בין על-ידי היועץ המשפטי עצמו, ובין באמצעות ייצוג פרטי.² על כן, הטענה כי השר מושתק מלקדם את עמדתו הנה משוללת יסוד, והיא אינה נשענת על מציאות אמפירית. הצעת החוק מבקשת אפוא "לפתור" בעיה שאינה קיימת, בוודאי לא במידת העוצמה המתוארת.

7. התייחסות לסעיפים ספציפיים בהצעה לדיון

להלן נתייחס לסעיפים הספציפיים בהצעה לדיון שהונחה על ידי יו"ר הוועדה.

סעיף 32א(א): הממשלה מוסמכת לקבוע את עמדתה המשפטית דרך כלל או למקרה מסוים

סעיף זה אינו ברור. לממשלה יש, כמובן, סמכות לקבוע את עמדתה, אולם לא ברור מהי עמדה משפטית בהקשר זה. המצב המשפטי הוא דבר שנקבע ביחס לעמדה מהותית. כך, למשל, לממשלה יש סמכות לקבוע אזורי עדיפות לאומית. ואולם אופן יישום החלוקה לאזורי עדיפות לאומית מושפע משיקולים משפטיים, למשל שוויון. או דוגמה אחרת: לפי חוק חופש המידע הרשות צריכה להשיב לפונה תוך פרק זמן מסוים, הקבוע בחוק. האם הממשלה רשאית להתעלם ממועד זה בשל סמכותה "לקבוע את עמדתה המשפטית"?

שנית, תפקידו של מערך הייעוץ המשפטי הוא לקבוע את העמדה המשפטית (להבדיל מהעמדה המהותית) בשל היתרון המובנה שיש לו בהבנתו ובפרשנותו את הדין. ודוק: אין פירוש הדבר כי הייעוץ המשפטי עדיף על הדרג הפוליטי בקביעת העמדה המהותית, אולם יש לו יתרון בהוצאת עמדה זו לפועל בהיבט המשפטי. מתן אפשרות לממשלה לקבוע עמדה משפטית (שוב, להבדיל מעמדה מהותית) תייצר טשטוש לא רצוי בין שני שדות אלה, מה גם שהיא תעניק לממשלה סמכות בתחום שאין לה בו כל יתרון על פני מערך הייעוץ. הצעה זו מבטאת תפיסה שגויה ביחס למהות המושג "עמדה משפטית". הרי הממשלה לא תבקש לקבוע בעצמה את עמדתה ההנדסית, או את עמדתה הרפואית, או את עמדתה ביחס לשאלה מאיזה גובה על מטוסי חיל האוויר להפציץ יעדים מסוימים. עמדה משפטית היא עמדה מקצועית. היועץ משפטי מייצג לשרים ולממשלה בהסתמך על המומחיות והמקצועיות שלהם, ולאור ניסיונם המשפטי העשיר. התפיסה לפיה כל אלה הם בגדר דעה סובייקטיבית, שהממשלה זכאית להתעלם ממנו ברצותה ולקבוע עמדה משפטית משלה (שלא ברור על מה היא מתבססת) היא עמדה מסוכנת. כמובן שמקום שבו המצב החוק אינו בהיר, או כאשר יכולות לעמוד שתי פרשנויות משפטיות סבירות, מתפקידו של היועץ המשפטי להציב בפני הדרג הפוליטי את מרחב הדעות והאפיקים המשפטיים השונים בהם ניתן לצעוד, ולהעמיד בפני הממשלה את האפשרות לבחור מביניהם.

סעיף 32א(ב): ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, מוסמכים לקבוע את עמדת משרדם או הרשויות המנהליות הנתונות לאחריותם בנושאים משפטיים, דרך כלל או למקרה מסוים.

² לפירוט מצבים בהם הדבר ראוי ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361 (2016).

גם סעיף זה אינו ברור כל צרכו. ישנן רשויות מנהליות אשר אמורות להיות עצמאיות מהממשלה. כך, למשל, רשות מקרקעי ישראל נהנית ממעמד עצמאי לפי חוק מקרקעי ישראל, אף כי יש לה שר אחראי או ממונה. האם פירושו של סעיף 32א(ב) הוא כי מעתה הממשלה תחליף את שיקול דעתן של רשויות עצמאיות? ואם כן, מה נותר מעקרון עצמאות שיקול הדעת, הקיים בפסיקה מאז שנות החמישים (פרשת מיכלין)? ניכר כי סעיף זה מעלה שלל קושיות ובעיות שיש ליתן עליהן את הדעת.

קושי זה מתחדד גם לגבי המצב המשפטי בשטחים הכבושים. האם, בעקבות סעיף 32א(ב), נאמר ששר הביטחון הוא המוסמך לקבוע את העמדה המשפטית ביחס לשטחים? כידוע, בשטחים נוהג משטר צבאי, שבראשו עומד המפקד הצבאי, ולא סמכות אזרחית. מצב זה נגזר מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי החל בשטח. האם כעת סמכות זו תעבור לגורם אזרחי? היה והתשובה חיובית, ניתן לטעון כי יש בכך כדי לקדם סיפוח דה-פקטו, האסור על-פי המשפט הבינלאומי.

סעיף 32א(ג): עצה משפטית שתיתן לממשלה לא תחייב אותה ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבורה.

סעיף 32א(ד) עצה משפטית שתיתן לראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, לא תחייב אותם, ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבורם.

סעיף 32א(ה) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, רשאים לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה.

הרפורמה המוצעת לא רק שתשנה את אופן המינוי, אלא גם קובעת שמעמד חוות הדעת יוחלף: מכללים שמחייבים את המדינה להמלצה בלבד. זאת, בהתבסס על טעות נפוצה, לפיה משום שעורך הדין נקרא "יועץ משפטי", חוות דעתו הנה בגדר עצה שאין הכרח לקבלה. מקור הטעות נעוץ בתרגום לא מוצלח מהמקור הבריטי, אך אין להתבלבל: כפי שחוות הדעת של שופט בפרשה מסויימת איננה בגדר המלצה בלבד – זהו הביטוי שבו אנו משתמשים כדי לתאר את פסק דינו של השופט – כך גם באשר לחוות הדעת של היועץ, המשמש כפרשן המוסמך של החוק. כאמור, חוות דעתו מחייבת כל עוד בית המשפט לא פסק אחרת באשר למשמעות החוק או באשר לאופן יישום החוק (כך שיעלה בקנה אחד עם תכליתו). הרפורמה אם כן מרופפת את מנגנון הפיקוח החל על השלטון. נושא משרה, לרבות נבחר ציבור, יוכל, אם יחפוץ להתעלם מהייעוץ שניתן, ולפעול בסגנון "מצליח": אולי לא תהיה עתירה, או אם תהיה עתירה אולי הדיון בה ייקח הרבה זמן, ועד אז, המטרה תושג. כפועל יוצא, בית המשפט יאלץ להתערב כל אימת שהשלטון מצא לנכון שלא לפעול על פי חוות הדעת ולבחון מקרוב הן את חוות הדעת והן את החלטתו של הגורם השלטוני שלא לפעול על פיה. אם אמנם לשלטון יהיה שיקול דעת שלא לפעול בהתאם לחוות הדעת, הכלי הבסיסי הקיים כיום לבחינת שיקול הדעת הוא עילת הסבירות. והנה – גם עילה זו צפויה להיעלם במסגרת ההחלשה של הביקור השיפוטי. בכל מקרה, שינוי מעמד חוות הדעת להמלצות בלבד, צפוי (כל עוד יושבים שופטים בלתי תלויים בבתי המשפט) ליצור לחץ לביקורת שיפוטית הדוקה יותר, אשר אינה מעניקה למעשה השלטוני חזקת כשירות או תקינות. במילים אחרות, ייעוץ משפטי מוחלש משמע שהמעשה השלטוני ייחשב תמיד כחשוד באי חוקיות. מצב דברים זה יוביל לעומס של ממש על מערכת המשפט (העמוסה גם כן), להגברת החיכוך בין הרשויות, ולעיכוב במתן פסקי דין.

סעיפים אלה יוצרים קשיים נוספים. ראשית, התוצאה של השינויים המוצעים היא כי שרים יוכלו להתעלם מפסקי דין, שכן הגורם שאמור לפרש אותם עבור הממשלה הוא היועמ"ש. ביטול מעמדו של היועמ"ש, וניתוקו המקצועי מהמשרד הממשלתי, יביא לכך כי לא רק עצתו לא תהיה מחייבת, אלא גם פסקי דין, שכן פסקי הדין מתווכים למשרד הממשלתי באמצעות מערך הייעוץ המשפטי. מתן יכולת להתעלם מייעוץ משפטי, משמעו מתן יכולת להתעלם גם מיישום פסקי דין אותם היועץ המשפטי מבקש להטמיע במשרד.

שנית, מהו הדין לגבי אחריות פלילית? לדוגמה: יועץ משפטי קובע כי פעולה מסוימת אותה השר מעוניין לבצע היא פעולה שנגועה בניגוד עניינים, ועלולה לחשוף את השר לאחריות פלילית, למשל בשל העמדה לדין בעבירת הפרת אמונים. לפי הסעיף המוצע, השר רשאי לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה, גם אם הדבר מהווה עבירה פלילית. סעיף זה, על פי פרשנות סבירה, יחסן אפוא את השר או את ראש הממשלה מכל כתב אישום והעמדה לדין, אך בשל כך שבחרו לדחות עצה משפטית שהזהירה כי המעשה אותו הם עומדים לבצע הוא פלילי. זהו מצב פסול.

קושי נוסף הוא הבלבול וחוסר התיאום שיווצר בעקבות גיבוש עמדות משפטיות שונות וסותרות. כך, למשל, סוגיות רבות מערבות מספר משרדים ורשויות. חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה בעניינים אלה היא אדירה, שכן הוא משמש כגורם המתאם והקובע לגבי העמדה המשפטית המחייבת את כלל המשרדים. מצב בו כל משרד קובע לעצמו עמדה משפטית שונה, תוך התעלמות מהיועמ"ש, יביא לכך כי באותה סוגיה יהיו עמדות סותרות של רשויות שונות. דבר זה כמובן יסכל את ביצועה של מדיניות, אך גם יפגע באינטרס ההסתמכות של האזרח, ייצור קשיים מנהליים, ויביא לסרבול ועיכובים מיותרים. מצב זה, של ריבוי קולות, ייצור קשיי תיאום, מסרים בלתי-עקיבים, אי-ודאות, וחוסר יעילות ממשלתי, שבסופו של דבר יפגע לא רק בייעוץ המשפטי, אלא בשירות הניתן לאזרח.

סעיף 32(ו) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, יקבעו את העמדה שתוצג בשם, או בשם רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין.

סעיף 32(ז) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, רשאים לקבוע לפי שיקול דעתם כי עמדתם, או עמדת רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בהליך מסוים, תיוצג בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין בידי מייצג לפי בחירתם, לרבות ייצוג בידי עורך דין פרטי.

סעיף זה, יחד עם שאר הסעיפים, צפוי ליצור קושי משמעותי עבור הרשות והשר העומד בראשה. ראשית, הוא שב ומעלה את הבעיה של רשויות סטטוטוריות עצמאיות, שאמורות לפעול באופן עצמאי מהעמדה של הדרג הפוליטי. השתלטות הדרג הפוליטי על רשות עצמאית תסכל את התכלית שביסוד עצמאותה של הרשות המנהלית, והדבר יילקח כמובן בחשבון בשלב הביקורת השיפוטית.

שנית, סעיף זה מכוון למצב בו היועץ המשפטי סבור כי עמדת השר מוקשית או לא חוקית, אך השר מבקש לקדמה בכל זאת, ועל כן שוכר ייצוג פרטי. במצב דברים זה, המשקל שעמדת השר תקבל בבית המשפט יהיה נמוך. התוצאה הצפויה היא שבית המשפט, בעתירות שיגיעו אליו, יראה כי הייעוץ המשפטי לא אישר את הפעולה או הביע ספקות לגבי חוקיותה. במצב דברים זה, בית המשפט לא יוכל לסמוך על כך שהתקיימה בחינה ראויה של חוקיות ההחלטה, ועל כן עצם ההיזקקות לעורך דין פרטי תביא לכך שהפעולה המנהלית לא תיחנה מחזקת התקינות והכשירות המנהלית, מה שיביא, ככל הנראה, לביטולה. סעיף זה יש לקרוא יחד עם הרפורמה המוצעת לבצע פוליטיזציה של הייעוץ המשפטי, כך שגם אם השר לא יפנה לייעוץ משפטי, אלא

יקבע כי מי שייצגו הוא היועץ המשפטי המשרדי מטעם, הדבר ישפיע על סיכוי קבלת העתירה. כך, משום שכדי לשמור על חוקיות פעולות הממשלה נדרש שהיועצים המשפטים יהיו עצמאים ממשרדם בחוות דעתם המשפטית, מתוך כפיפות מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה ותיאום עימו. אם יהפכו היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אמון, ייפגע מעמדם, תסוכל יכולתם למלא את תפקידם כנדרש, והדבר לא ייעלם מבית המשפט, שעה שהוא יידרש להעניק משקל לעמדת השר. על כן, מרפורמה שמבקשת להעצים את משקל הדרג הפוליטי, התוצאה המסתברת תהיה הפוכה: הענקת משקל נמוך לעמדה המשפטית של השר בהשוואה למצב בו עמדה זו מיוצגת על-ידי יועץ משפטי עצמאי ומקצועי שאינו משרת אמון.

שלישית, ואולי החשוב מכל. האפקטיביות של היועץ המשפטי תלויה ביכולתו לייצג את המדינה. טול ממנו את בלעדיות הייצוג, נטלת ממנו את חשיבותו וכוחו. אם חוות דעתו אינה מחייבת, אם ניתן להתעלם ממנה, אם ניתן לקבל ייצוג מכל גורם בשוק הפרטי, מה נותר ממוסד היועץ המשפטי לממשלה? כפיפות השלטון לחוק - עקרון שלטון החוק - תלויה בעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה וביכולתו לחייב את כלל רשויות המנהל. נטלת את אלה, פגעת בעקרון שלטון החוק ובכפיפותו של השלטון לחוק.

ולבסוף, מילה על היחס בין עורכי דין בשוק הפרטי, ועורכי דין של המדינה: אכן, תאגידיים רשאים לבחור לעצמם עורכי דין, ועל פניו חוות הדעת של היועץ המשפטי אינה מחייבת תאגידי. אולם כל מי שהתנסה בכך יודע שנושא משרה בחברה אשר בוחר להתעלם מחוות דעת של יעוץ משפטי, חשוף לתביעה אישית (אם יתברר שבכך ביצע עוולה אזרחית או עבירה פלילית). עד היום, נהנו נושאי משרה בשלטון מחסינות, כל עוד פעלו במסגרת תפקידם וללא רשלנות. אם נאמץ את המתווה שמקובל בשוק ונחיל אותו על עובדי הציבור, עלינו לאמץ זכות תביעה אישית כנגד נושא משרה בשלטון שבחר לפעול שלא לפי חוות הדעת של היעוץ המשפטי כאשר פעולה כאמור עולה כדי הפרה של כלל במשפט האזרחי או הציבורי.