



נייר עמדה - לועדת החוקה חוק ומשפט

הצעת חוק פיצול תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, התשפ"ה-2025

התנועה למשילות ודמוקרטיה פועלת למען חיזוק המשילות ומתן כלים ואפשרויות לנבחרי הציבור לקדם את המדיניות בשמה נבחרו, באופן המשקף את רצון בוחריהם, העם במדינת ישראל. במסגרת זו, פעלה התנועה למן הקמתה לחשיפת ליקויי, כשליי ועיוותי השורש בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בתצורתו בעשורים האחרונים, התפתחותם והשלכותיהם על מדינת ישראל.

1. תמצית

הצעת החוק נשוא דיוננו מהווה רפורמה מבורכת ומשמעותית, המבצעת שינוי מבני מהותי וחיוני בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, תפקיד ייחודי למערכת המשפט הישראלית, ללא אח ורע בעולם, ואשר במרוצת השנים רוכזו בידיו סמכויות שלטוניות מגוונות ועתירות כח, הסותרות חזיתית את עקרון הפרדת הרשויות וביזור הכוח (Separation of powers). זאת, בין היתר, באמצעות פסיקתו של בית המשפט העליון, ללא עיגון מספק בחקיקה ראשית, תוך חריגה ממשית מעקרונות יסוד קונקרטיים של המשפט המנהלי, ניגודי עניינים ויצירת כר פורה לשחיתות שלטונית, רמיסת מדיניות נבחרי הציבור ואף שימוש לרעה בכוח המשרה.

להשלמת התמונה, צירוף העובדה הנתונה בדבר העדר מנגנוני ביקורת ואכיפה אפקטיביים על היועץ המשפטי לממשלה - לרבות כפיפיו, פרקליטות המדינה וכיוצ"ב - מצייר תמונת פלצות המחזורת לעיני כל דמוקרט. כח מוחלט, ללא בלם ורסן, בידי גורם שלטוני אחד, המחזיק ביד אחת מונופול על אכיפת החוק, לרבות אי אכיפת החוק, וביד השניה מונופול על הייעוץ והייצוג.

הצעת החוק הנוכחית מבצעת תיקון מבני ומהותי עמוק הטומן בחובו רסטורציה (Restoration) של ממש אל ליבת עקרון הפרדת הרשויות וביזור הכוח השלטוני. יצירת הפרדה ברורה בין הסמכויות השונות – היועץ/המייצג והתובע, תוך מתן מענה לליקויים הפנימיים הקיימים כיום בכל אחד מהתפקידים, תביא לדעתנו לתרומה ממשית למערכות המשפט והאכיפה בישראל.

בנייר עמדה זה נבקש להתמקד במספר סוגיות עקרוניות אשר ראוי כי המחוקק יכירן בבואו לגבש את עמדתו באשר להצעת החוק. לעמדתנו, זו מבטאת את התיקון הנדרש בהן, אולם לדידנו יש לבצע עוד מספר שינויים עליהם נצביע במסמך זה וכפי שיפורט כדלקמן.

2. עוצמה יוצאת דופן: מונופול הייצוג, עמדה מחייבת ושליטת ייצוג

ייחודיות תפקיד היועמ"ש בישראל

תפקידו של היועמ"ש, כפי שהוא מיושם כיום, הינו חריג ומרחיק לכת ואין לו אח ורע במדינות דמוקרטיות אחרות המשמשות להשוואה. מודל זה, שהתגבש והתקבע במהלך הדור האחרון, מעניק ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות ייחודיות המציבות אותו בעמדה שונה מהותית מזו של מקביליו בעולם.

המצב הנוכחי נשען על שלושה עמודי תווך מרכזיים המעניקים ליועמ"ש עוצמה יוצאת דופן. הבנת יסודות אלה חיונית להערכת ייחודיותו של המודל הישראלי, שכן צירופם יוצר מציאות משפטית חסרת תקדים:

1. המונופול על הייצוג, לפיו היועמ"ש הוא הפרקליט הבלעדי של המדינה וכל רשויותיה, ובידו השליטה המוחלטת על אופן ייצוג עמדת הממשלה ועל מניעתו במידה והעמדה אינה מקובלת עליו.

2. הקביעה החריגה כשלעצמו בדבר "העמדה המחייבת", פרי פסיקה בלבד, ללא מקור בחוק, שלפיה חוות דעתו המשפטית של היועמ"ש מחייבת את כל רשויות המדינה, לרבות הממשלה.

3. היועץ מוסמך להחליט על פתיחה בחקירה ועל הגשת כתבי אישום והעמדה לדין של חברי הממשלה והעומד בראשה ולמעשה אוחז בכח תלת ראשי מעל ראשם של הזקוקים לעצתו ובניגוד עניינים מובנה כיועץ מחד, כתובע מאידך וכמייצג בפועל, בנוסף.

צירופם של שלושת יסודות אלה הופך את היועמ"ש מפרקליט גרידא ל-dominus litis- בעל השליטה בהליך (אך ללא בדל אחריות על השלכותיו) ובכך מערער את יסודותיו של המשפט האדברסרי ועקרון ביזור הכח. מאפיינים ייחודיים אלה עומדים בניגוד חריף למודל המסורתי הנהוג במדינות מהן שאב המשפט הישראלי את השראתו.

מתוך בחינה מעמיקה של מעמדו, תפקידו והיקף סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בישראל, מתגבשת תמונה חריגה ובלתי סבירה במשטר דמוקרטי: מדובר בריכוז חסר תקדים של סמכויות שלטוניות מהותיות בגורם יחיד, שאינו נבחר ציבור, ואינו כפוף לביקורת אפקטיבית.

במבנה החוקתי הקיים, היועץ המשפטי לממשלה ממלא בפועל תפקידים המצטברים לכדי "פרלמנט של איש אחד", "מוסד שיפוט מקביל לבג"ץ של איש אחד", וכן "משרד בלעדי להגשת כתבי אישום ולניהול ושליטה על חקירות בעבירות מן החמורות במערכת המשפט הישראלית". היועץ המשפטי לממשלה פועל הלכה למעשה כגורם שקובע מדיניות חקיקתית מחייבת, מונע יוזמות ממשלתיות לתיקוני חקיקה גם כאשר הן מגובות בתמיכת הכנסת,



ומכפיף את דרכי הפעולה של הממשלה ושריה למדיניות פרטית של יועץ אחד וחבר מצומצם של משנים. במקום ששיקול דעתו יהיה ייעוצי ותומך במדיניות הממשלה הנבחרת, הפך מעמדו של היועץ למחייב ומאפשר ליועץ לקדם מדיניות מתחרה בממשלה, מדיניות משלו ועל דעתו בלבד. בכך, הוא מתפקד כ"פרלמנט של איש אחד", הפועל במקביל ובניגוד לעמדותיהם של נבחרי הציבור, תוך שהוא סותר במפורש את עקרון ריבונות העם באמצעות נציגיו, מרכיב חיוני והכרחי בכל משטר דמוקרטי תקין.

כמו כן, נוצר בפועל "מוסד שיפוט מקביל לבג"ץ של איש אחד", שבו היועץ המשפטי לממשלה מפרש את החוק, מכריע בסוגיות חוקתיות, ולעיתים אף מונע מהמערכת השיפוטית להכריע בנושאים אלו - על ידי כך שהוא קובע מראש כי מדובר בהליכים שאינם חוקיים, ובכך חוסם את עצם האפשרות ליישם ראשית את מדיניות הממשלה ורק אחר כך להתמודד עם עתירות משפטיות נגד מדיניות זו. בהיעדר אפשרות לערער על עמדותיו - לבד מהגשת עתירה לבג"ץ, אשר גם בו ניכר כי ישנם הרכבים המקבלים את פרשנות היועץ כמחייבת - הפך היועץ בפועל לערכאת שיפוט תלויה ברצונו, גחמותיו ושרירות אדם אחד, שאינו נושא באחריות, ואינו כפוף למנגנוני איזון או בקרה. אף לדעת הרכבי בג"ץ הסוברים כי בסמכות הממשלה שלא לקבל את דעתו הסותרת של היועץ כמילה אחרונה ומחייבת, הרי שהביקורת על היועץ כאשר הוא מנכס לעצמו מעמד של פוסק אחרון, מוגבלת מאוד.

2. הייעוץ המשפטי לממשלה - ממנגנון מסייע למוקד סמכות מחייב

הצעת חוק פיצול תפקידי היועץ המשפטי לממשלה מחייבת עיסוק ייעודי בשאלת מהותו ותפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה. סוגיה זו ניצבת בלב הכשל המוסדי שהתפתח בישראל, ובמסגרתו חרג הייעוץ המשפטי מתפקידו הטבעי כגורם מקצועי מסייע - והפך בפועל למוקד סמכות מחייב, בעל כוח הכרעה עצמאי ביחס לפעולת הממשלה והשרים.

במודל המשטרי המקובל בדמוקרטיות מערביות, הייעוץ המשפטי נועד לשרת את הדרג הנבחר: להעמיד בפניו את המסגרת הנורמטיבית, להצביע על סיכונים משפטיים, ולהציע דרכי פעולה חוקיות למימוש מדיניותו. הייעוץ איננו תחליף להכרעה פוליטית, ואינו נושא באחריות הציבורית הנלווית לה. בהתאם לכך, עמדת היועץ איננה מחייבת את הממשלה, והאחריות להכרעה - לרבות נטילת סיכון משפטי - נותרת בידי הגורם הנבחר.

לעומת זאת, בישראל התפתח לאורך השנים מודל ייחודי וחריג, שבו הייעוץ המשפטי לממשלה קיבל מעמד נורמטיבי מחייב. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי היועץ המשפטי לממשלה הוא "הפרשן המוסמך של הדין" עבור הרשות המבצעת, וכי עמדתו מחייבת את הממשלה והשרים הן במישור הייעוצי והן במישור המעשי. משמעות קביעה זו היא שלמעשה ניטלה מן הדרג הנבחר האפשרות לפעול על פי פרשנות משפטית חלופית, גם כאשר מדובר בשאלות מורכבות, שנויות במחלוקת, או כאלה שאין להן תשובה חד-משמעית בדין.

הרחבה זו של סמכות הייעוץ אינה מתמצה בהענקת "וטו משפטי" למהלך ממשלתי, אלא יוצרת שינוי עמוק באיזון בין הרשויות. הייעוץ המשפטי אינו מסתפק עוד בהצגת גבולות הדין, אלא



קובע בפועל מהי המדיניות המשפטית המחייבת את הממשלה. בכך מועתקת נקודת הכובד מן הדרג הנבחר - הנושא באחריות דמוקרטית - אל דרג מקצועי שאינו נבחר, אינו אחראי ציבורית, ואינו נתון לפיקוח אפקטיבי שוטף.

יתרה מכך, הייעוץ המשפטי בישראל אינו מוגבל למענה לפניות הממשלה, אלא רשאי ליזום חוות דעת, להתערב ביוזמות מדיניות בשלבים מוקדמים, ואף להשפיע על עיצוב מדיניות בטרם התקבלה הכרעה של הדרג המוסמך. סמכות יזומה זו, שאינה קיימת במרבית המדינות שנבחנו בהשוואה, מחזקת את מעמדו העצמאי של היועץ ומטשטשת את ההבחנה בין ייעוץ לבין קביעת מדיניות.

ההשוואה הבינלאומית מחדדת עוד יותר את חריגות המצב בישראל: כאשר במדינות ברות השוואה אין חוות הדעת של יועץ משפטי מחייבת את הממשלה או את השרים ובכך נשמר עיקרון יסוד שלפיו הממשלה רשאית לפעול גם בניגוד לעמדת היועץ, תוך נשיאה באחריות המשפטית והציבורית לכך. לעומת זאת, בישראל נוצרה מערכת שבה הייעוץ המשפטי הפך למעין "רגולטור-על" של פעולת הממשלה, ללא עיגון מפורש בחקיקה ראשית וללא הכרעה מודעת של המחוקק.

מכאן החשיבות המרכזית של הצעת החוק לפיצול התפקידים. פיצול זה נועד להשיב את הייעוץ המשפטי למקומו הטבעי: גורם מקצועי, עצמאי במובן המקצועי, אך כזה שתפקידו ללוות, לייעץ ולהמליץ כשהוא מתבקש לעשות כן, ולא להחליף את שיקול הדעת של הדרג הנבחר. השבת הייעוץ המשפטי למסגרת זו היא תנאי הכרחי לאיזון ראוי בין הרשויות ולתפקוד תקין של ממשלה נבחרת במדינה דמוקרטית.

2. המודל המקביל במשפט המקובל: פרקליט בשירות הלקוח

כדי להבין את עומק סטייתו של המצב הישראלי, חיוני לבחון את המצב הנהוג במדינות המשפט המקובל, דוגמת אנגליה וארצות הברית. מודל זה, המבוסס על יחסי עורך דין-לקוח, שימש כנקודת הייחוס המקורית גם בישראל, אך נזנח עם השנים.

באנגליה, ובעקבותיה בישראל בראשית ימיה, תפקידו של ה-AG (Attorney General) נתפס כפרקליט המייצג את הרשות המבצעת כלקות. חובתו המקצועית הייתה להציג בנאמנות את עמדת הלקוח בבית המשפט, גם אם הוא עצמו חלק עליה. תפיסה זו רואה בממשלה, כרשות נבחרת, את בעל הדין הזכאי לייצוג הולם.

באופן דומה, המודל האמריקאי מבטא היררכיה ברורה, אך עם ניואנס חשוב. כפי שהבהיר ויליאם באר, שכיהן כתובע הכללי של ארה"ב, חוות דעתו של ה-AG אינה יכולה לחייב את הנשיא, אך בכוחו של צו נשיאותי, חוות דעתו אכן מחייבת את הרשות המבצעת, לפחות בכל הנוגע לסכסוכים פנים-משרדיים. עיקרון זה מכיר בכך שהרשות האקזקטיבית העליונה, המיוצגת על ידי הנשיא הנבחר, אינה כפופה ליועצה המשפטי, בעוד שהיועץ משמש כבורר מחייב בתוך המערכת הביצועית עצמה.

נקודה מכרעת נוספת היא שגם במקרים שבהם ה-AG במדינות אלו מסרב לייצג עמדה מסוימת, הרעיון של שלילת ייצוג חלופי מהממשלה אינו קיים. המדינה אינה נותרת ללא ייצוג, וזכותה הבסיסית להישמע בבית המשפט נשמרת. הפער בין מודל זה לבין המודל הישראלי מעלה שאלה מתבקשת: כיצד ומדוע סטה המשפט הישראלי באופן כה דרמטי מהמסורת המשותפת הזו?

3. ההתפתחות ההיסטורית של הדין בישראל: הדרך אל החריג

התגבשות הנורמות הייחודיות של מוסד היועמ"ש בישראל לא הייתה תהליך ליניארי או מתוכנן. היא מורכבת מתקופות שונות, מתפיסות עולם מתנגשות, ומאירוע טראומטי מרכזי אחד ששימש כזרז לשינוי רדיקלי. סקירת התפתחות זו חושפת כיצד מודל שהחל כמקביל למסורת האנגלית, הפך לחריג עולמי.

3.1 הדין הישן (1948 - שנות ה-60): מורשת אנגלית ומסורת של ייצוג

בראשית ימי המדינה, תפיסת תפקיד היועמ"ש הייתה נאמנה למורשת האנגלית. היועצים המשפטיים הראשונים, יעקב שמשון שפירא וחיים כהן, ראו עצמם כפרקליטים שתפקידם לייצג את הממשלה כלקוח. חיים כהן, הדגים תפיסה זו באופן מובהק בפרשת בג"צ שייב נ' שר הביטחון, בה הגן על עמדת המדינה למרות שהתנגד לה אישית. הוא עשה זאת מתוך תפיסה שלרשות מגיע "יומה בבית המשפט", ואף הביע שמחה כאשר טיעונו שלו נדחו והעותר זכה. כהן תיאר את מערכת היחסים במונחים ברורים: הוא ראה עצמו כ"עורך הדין של הממשלה" ואת השרים כ"קליינטים" שלו. בתקופה זו, כוחם של היועצים נשען על סמכות מקצועית ושכנוע, ולא על סמכות כפייה משפטית.

3.2 ועדת אגרנט (1962): נקודת מפנה והפרשנות המאוחרת

ועדת אגרנט ערכה הבחנה ברורה בין התחום הפלילי, בו הוכרה עצמאותו של היועמ"ש, לבין התחום האזרחי-מינהלי. בתחום הלבר-פלילי, קבעה הוועדה כי לאחר שהיועמ"ש נתן את עצתו, "רשאית הממשלה... להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול דעתה שלה". הוועדה אף הבחינה בין הממשלה, לבין "יתר הרשויות", וקבעה כי רק האחרונות חויבו לראות בחוות דעת היועמ"ש "מדריכה". באופן אירוני, מסקנות מתונות אלו, שהלמו את המסורת המקובלת, עברו פרשנות מרחיבה והוטמעו, בניגוד חזיתי לכוונתן המקורית-לתשתית דוקטרינת "העמדה המחייבת".

החל משנות השמונים, ניכרה מגמה של עיוות מכוון של מסקנות ועדת אגרנט. יצחק זמיר, היועץ המשפטי לממשלה היוצא, טען בהרצאה¹ שנשא ב-1986, בסמיכות לאירועי קו 300 שהביאו או זרזו את החלפתו, כי חוות דעת היועץ "מחייבת" את הממשלה, בניגוד ללשון הוועדה המפורש.

¹ יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 417 (תשמ"ו).

אף שזמיר עצמו הודה ב־1993 כי משמעות מסקנות אגרנט "אינה ברורה לגמרי"², חזרתו של זמיר מטעותו זו, לא מנעה מהשופט אהרן ברק לקבוע בפסק דין פנחסי³ כי היועץ המשפטי לממשלה הוא "הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת", וכי עמדתו מחייבת את הממשלה. בכך הפך ברק את מסקנות ועדת אגרנט על פיהן, והכפיף את הרשות המבצעת לעמדת היועץ. לא למותר לציין כי בעשותו כן, הסתמך ברק בדבר קיום "מסורת פרשנית" על דבריו של זמיר בהרצאתו מ-1986, אך לא לחזרתו מהם.

בהמשך, ועדת שמגר (1998) ניסתה קמעא להשיב את הגישה המקורית, אך בג"ץ והיועצים משפטיים עצמם המשיכו להרחיב את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה והפיכתו לגורם בעל עוצמה חסרת תקדים במבנה המשטרי בישראל.

כך למשל, מופיע היועץ המשפטי לממשלה באמצעות פרקליטי⁴ מחלקת הבג"צים⁵ באלפים רבים של הליכים בעתירות מדיניות-ביטחוניות בכובעו כמייצג ה'מדינה', קרי, הממשלה, צה"ל וכוחות הביטחון או כמשיב לעתירה כנגדו הוא. הרחבת סמכויותיו בידי שופטי בג"ץ משפיעים במישרין על ניהול ההליכים להם הוא שותף והיא משמשת בידי בג"ץ דרך נוספת להשפעה על עתירות מדיניות-ביטחוניות או עתירות הנוגעות לסמכויות נבחרי הציבור, החלטותיהם, תוקפם של חוקים ועוד.

בנוסף, במהלך השנים הכפיף בג"ץ את הפרקליט הצבאי הראשי לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה⁶ והרחיב את כוחו וסמכותו של היועץ להתערב ואף להורות לפרקליט הצבאי הראשי, האמון על המשפט והשיפוט הצבאי, כיצד לנהוג בהחלטות שלדעתו יש בהן עניין מיוחד לציבור והשלכות רחבות. להכפפת הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, משמעויות רבות הקשורות הן להתנהלות צה"ל בלחימה והן להעמדה לדין של לוחמים שנטענו נגדם טענות במהלך פעילות מבצעית.⁷

3.3 התקבעות הנורמות החדשות בפסיקה (שנות ה-90)

² יצחק זמיר "הערת העורך" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי. 419, 420 (1993).

³ בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין (נבו 8.9.1993).

⁴ כתיאורו של דותן: "מאפיין נוסף של דרכי העבודה של מחלקת הבג"צים הוא קשרי העבודה היומיומיים בינם ובין שופטי בג"ץ. עורכי הדין במחלקה מופיעים כמעט מדי יום ביום בפני שופטי בג"ץ במאות ובאלפי התיקים הנידונים בבית המשפט מדי שנה." (יואב דותן "קדם-בג"ץ' ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז' 159, 169 (תשס"ד-תשס"ה)).

⁵ "על אודות מחלקת הבג"צים" באתר פרקליטות המדינה.

<https://www.gov.il/he/pages/hcj-dap-about>

⁶ בג"צ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 (1997).

⁷ בעקבות פסק דין בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (ארי"ש 21.8.2011), העוסק במדיניות החקירות והעמדה לדין של לוחמי צה"ל על ידי הפצ"ר שעקרונותיו, בין היתר, אומצו על ידי ועדת טירקל לבדיקת האירוע הימי (משט המרמרה) ובעקבות המלצותיה, פרסם בשנת 2015 היועץ המשפטי לממשלה כתוארו דאז יהודה ויינשטיין את הנחיה 9.1002 שעניינה "הפרקליט הצבאי הראשי". הנחיה זו עיגנה את הכפיפות המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי.

(ועדת הבדיקה והחקירה לעניין תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי דו"ח הוועדה דו"ח שני (31.5.2010) (משט המרמרה).

https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/alternatefiles/he/turkel_heb_b1and2.pdf.

בשנות ה-90, הנורמות החדשות עוגנו בפסיקות בג"ץ, בעיקר בפרשות דרעי ופנחסי. בפרשת פנחסי, קבע השופט אהרן ברק כי היועמ"ש מייצג "לקוח אחד בלבד – את המדינה", וכי עמדתו המשפטית היא העמדה המחייבת, גם אם היא שונה מעמדת ראש הממשלה. פסיקות אלה ביססו את התפיסה כי "יומה בבית המשפט" של הרשות השלטונית אינו עוד זכותה שלה, אלא למעשה "יומו" של היועץ המשפטי.

תהליך היסטורי זה, שהחל במסורת של ייצוג, עבר דרך פרשנות מרחיבה של דוח מתון והוצת מחדש על ידי טראומה מערכתית (פרשת קו 300), הגיע לשיאו בהתקבעות נורמות חריגות בפסיקת בית המשפט העליון.

4. ניתוח השוואתי של ההבדלים המהותיים

הסקירה ההיסטורית חושפת פער הולך וגדל בין המודל הישראלי למודל המקובל במדינות המשפט המקובל. הטבלה הבאה מרכזת באופן שיטתי את ההבדלים המהותיים בין שתי התפיסות.

המודל המקובל במשפט המקובל	המצב בישראל
הלקוח הוא הרשות המבצעת/הממשלה.	הלקוח הוא "האינטרס הציבורי" ו"שלטון החוק" כפי שהיועמ"ש מפרשם.
חוות הדעת מייצגת, אך הרשות המבצעת העליונה רשאית להחליט אחרת.	חוות הדעת מחייבת את כל הרשות המבצעת.
הפרקליט מציג את עמדת הלקוח-הממשלה.	היועמ"ש קובע באופן בלעדי את העמדה שתוצג.
עקרונית אפשרית, והמדינה אינה נותרת ללא ייצוג.	הזכות לייצוג חלופי נשללת; דורשת את אישור היועמ"ש.

הטבלה מדגימה את הפער התהומי בין שתי התפיסות. בעוד שהמודל המקובל רואה ביועץ פרקליט הפועל בשירות לקוח דמוקרטי נבחר, המודל הישראלי מעצב אותו כרשות עצמאית הכופה את פרשנותה המשפטית על הרשות המבצעת כולה.

5. ביקורת והשלכות של המודל הישראלי

השלכה ישירה וקשה מכך היא הפגיעה בזכות היסוד של המדינה ל"יומה בבית המשפט". שלילת הייצוג מהמדינה, במיוחד כשהיא נתבעת בבג"ץ המשמש כערכאה ראשונה ואחרונה, מהווה פגיעה חמורה בעקרונות הצדק הדיוני, שאין לה אח ורע בדמוקרטיות בנות השוואה.

טענת נגד נפוצה היא שמתן היתר לייצוג חיצוני ישרת "אינטרס פוליטי" פסול. אולם, התשובה לטענה זו היא שכל בעל דין, ובמיוחד המדינה, מבין כי הצגת עמדות מופרכות ובלתי חוקיות תוביל להפסד ודאי, לביקורת שיפוטית נוקבת ולאובדן אמינות. לכן, למדינה עצמה יש אינטרס מובהק בייצוג אחראי, שקול ואפקטיבי, גם אם הוא חיצוני.

6. סיכום ומסקנות

ניתוח זה מראה כי מודל הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה בישראל הוא חריג באופן קיצוני בהשוואה לדמוקרטיות בנות השוואה. הוא מעניק ליועמ"ש שילוב סמכויות ייחודי – מונופול על הייצוג, עמדה משפטית המחייבת את הממשלה, והכוח לשלול מהממשלה ייצוג חלופי – שאין לו אח ורע.

התפתחותו של מודל זה לא הייתה מתוכננת, אלא תוצר של תהליך היסטורי מורכב. הוא נבט ממורשת אנגלית של ייצוג, עבר פרשנות מרחיבה של מסקנות ועדת אגרנט, וקיבל דחיפה מכרעת בעקבות "טראומת פרשת השב"כ". טראומה זו הולידה נורמות הגנה מחמירות, אשר התקבעו לבסוף בפסיקת בג"ץ בשנות ה-90.

המסקנה העולה מן הניתוח היא שהדין הקיים בישראל, שנולד מתוך חרדה וטראומה, פוגע בעקרונות יסוד דמוקרטיים. הוא מערער את ההבחנה בין פרקליט ללקוח, פוגע בזכותה של הרשות המבצעת הנבחרת לייצוג הולם ולעיתים לייצוג בכלל, ומציב את היועמ"ש כשופט-על של הממשלה, וזאת בניגוד גמור למסורת המשפטית שממנה צמח הדין הישראלי.

ההבנה של ייחודיות המודל הישראלי, של שורשיו ההיסטוריים ושל הביקורת העקרונית עליו, היא צעד הכרחי לקראת דיון מושכל על עתיד מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ועל האיזון הראוי בין שמירה על החוק לבין כיבוד סמכותה של הרשות המבצעת הנבחרת.

"כמשפטנים, איננו מוגבלים לפירושו ולהפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר וטוב יותר [...] אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צודקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו כמוגבל לטכנאות המשפטית; אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית". אהרן ברק בהיותו היועץ המשפטי לממשלה, בהרצאה לשופטים בשנת 1976.⁸

7. המלצות

לאור האמור, ברור כי לא ניתן להשאיר את המצב הנוכחי כפי שהוא, כאשר נפגעת יכולתם של נבחרים הציבור ליישם מדיניות ולהפעיל את שיקול דעתם, וישנו גורם בלתי נבחר שעמדתו ושיקול דעתו גוברים על עמדת נציגי הציבור. מציאות זו סותרת גם את הכלל לפיו סמכות

⁸ אהרן ברק "שלטון החוק" קובץ ההרצאות: בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט 25 (תשל"ז).



צריכה להיות מלווה באחריות. כל עוד האחריות כלפי הציבור נתונה בידי הממשלה, יש לוודא כי הסמכות לביצוע ויישום מדיניות נמצאת גם היא בידיה.

בהתאם, נדרש לפעול לפיצול תפקידי היועץ המשפטי לממשלה בחוק, תוך הגדרה ברורה של הסמכויות ליועץ, לייצוג ולהגשת כתבי אישום, כאשר כל אחת מן הסמכויות המנויות לעיל מסורה בידי גורם נפרד ובלתי תלוי.

בנוגע לתחום הייעוץ, נדרש להשוות את המצב המקובל בעולם, ולדרישת ההיגיון הבריא, לפיה היועץ המשפטי לממשלה, והיועצים למשרדי הממשלה, הינם אנשי אמונם של הממשלה והשרים בהתאמה, ממונים על ידה ויכולים להיות מועברים מתפקידם על ידה. נושא המינוי והפיטורין צריך להיות מוסדר בחוק, תוך ביטול ועדת האיתור.

בנוסף, נדרש לקבוע בחקיקה ראשית (לאור פסיקת בית המשפט בנושא) כי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה תישמע על ידי הממשלה, אולם לא תחייב אותה אלא תהווה ייעוץ והנחיה בלבד.

בנוגע לסוגיית הייצוג, עמדתנו הינה כי מן הראוי שיצוג הממשלה, כל עוד לא הופרד בחוק מתפקיד הייעוץ, יבוצע דרך כלל על ידי היועץ המשפטי לממשלה. ככל והודיע היועץ המשפטי לממשלה כי אינו יכול לייצג את הממשלה בעניין שהובא בפני בית המשפט, ובהתאם כי הוא מתפטר מתפקידו, תהיה הממשלה (לרבות שר משרי הממשלה) רשאית לבחור לה ייצוג חיצוני לפי שיקול דעתה.



בברכה,
שלומי פרץ

מנהל הפעילות

