

# עמדתו "המחייבת" של היועץ המשפטי לממשלה

## איתן לבונטין\* ורות גביזון\*\*

מתוך ספר שמגר – מאמרים א'

### א. מבוא

#### 1. פתח-דבר

מחצית שבחו של אדם אינה נאמרת בפניו. אולם מותר לומר כי מאיר שמגר מצטייר בעינינו, באישיותו ובשבתו על כס המשפט ואפילו בתווי פניו, כסמל של עוצמה פנימית. אדם הניח בעוצמה פנימית אינו נבהל מן העתיד אך גם אינו ממחר לשכוח את העבר. בכוחו להינשא עם רוח הזמן אך לעמוד מול רוחות שעה, לצעוד קדימה בלי לסטות מן הדרך. מאמר זה נכתב לכבודו של הנשיא שמגר; ומטרתו לעמוד בין היתר על כמה עקרונות של משפט ודמוקרטיה, שאולי נשתכחו או הוזנחו מעט בלהט הרגע.

בחודש פברואר 1997 מינה שר המשפטים את "הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו", בראשות מאיר שמגר<sup>1</sup>. הוועדה נתבקשה לדון בעיקר בדרכי המינוי של היועץ המשפטי, לרבות כשירות ומשך כהונה, אם כי הוסמכה להמליץ "גם בכל סוגיה אחרת הקשורה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, ככל שתמצא לנכון"<sup>2</sup>. דו"ח ועדת שמגר הוגש לשר המשפטים בחודש נובמבר 1998. מסקנותיו סבות בעיקר על נושאי הכשירות ודרך המינוי, והצעת החוק שנכללה בו נוגעת לתחום זה בלבד<sup>3</sup>. שאר הדברים שמצאו ביטוי בדו"ח הם במידה רבה עבודת Restatement, אשר חלקה מוסיף להסתמך על הקיים ואילו חלקה האחר מניח, בזהירות ובאופן בלתי מחייב, תשתית ראשונית וגמישה להמשך הדרך. הדו"ח נתקבל כפי הנראה במידה מסוימת של אי-נחת במשרד המשפטים, ונותר זמן רב כאבן שאין לה הופכין. הוא נדון לבסוף בממשלה ביום 20.8.2000; והוחלט להטיל על שר המשפטים לגבש הצעת חוק בנושאי המינוי והכהונה בהמשך לאמור בדו"ח, ולאשר את המלצות הוועדה בנושאים אלה עד לקבלת חוק כאמור. שאר האמור בדו"ח מהווה לפי שעה נדבך נוסף בדיון ובחשיבה המתגבשים סביב מוסד היועץ המשפטי לממשלה.

\* LLB (האוניברסיטה העברית); BLL (אוניברסיטת אוקספורד).

\*\* פרופסור בקתדרה ע"ש חיים ה' כהן לזכויות האדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

<sup>1</sup> דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ירושלים, תשנ"ט) (להלן: "דו"ח ועדת שמגר").

<sup>2</sup> כתב מינוי הוועדה, שם, נספח א, בע' 97.

<sup>3</sup> הצעת חוק היועץ המשפטי הראשי (מינוי וכהונה), תשנ"ט-1998, שם, נספח ג, בע' 101. את התמקדות הוועדה בנושאי הכשירות והמינוי, ככל שנוגע להמלצות מעשיות, ניתן לראות כהיצמדות מדעת לכתב המינוי של הוועדה. ודוק: הוועדה הוסמכה להמליץ בכל סוגיה הקשורה לכהונת היועץ המשפטי, ולא דווקא בסוגיות הקשורות לתפקידו וסמכויותיו. הנסיבות שהביאו למינוי הוועדה נגעו כידוע לשאלת המינוי של יועץ משפטי חדש, ומכאן יסוד נוסף לעשיית הבחנה בין ענייני כהונה – כגון מינוי, קדנציה, כשירות ופיטורין – לבין ענייני תפקידים וסמכויות.

ועדת שמגר אינה ראשונה לעסוק ביועץ המשפטי, ואף אינה מביאה את העיסוק בו לידי גמר. עם זאת, מובנת מאליה הציפייה כי הדיון ביועץ המשפטי יעשה כיום על רקע העובדה שוועדת שמגר קמה ואף גיבשה מסקנות והמלצות. טבעי בעינינו כי דו"ח הוועדה יהא נקודת מוצא, או לכל הפחות נקודת ייחוס, הן לתומכיו והן למי שחולקים עליו בשאלה זו או אחרת.

והנה נתבדתה מחשבתנו בדבר מה שטבעי או מובן מאליו: בית המשפט העליון חזר וקבע לאחרונה, בלשון חריפה מאי-פעם, כי עמדת היועץ בשאלה משפטית היא עמדה מחייבת; אך עשה כן בלא שהזכיר כלל את גישתה השונה של ועדת שמגר בשאלה זו, וממילא בלא שניסה להתמודד עמה.<sup>4</sup> בכל הכבוד, נראה לנו כי בית המשפט המשיך בכך קו של חשיבה ופסיקה<sup>5</sup> אשר אינו מעמיד עצמו למבחן מול עמדות נוגדות, ואשר נוטה לקבע גישה שלא זכתה להנמקה וליבון של ממש.

לדעתנו, טעות היא לקבוע כי לעמדת היועץ כוח מחייב; וגם אין זה ברור מה משמעותה של קביעה זו ומה טיב "החייב" שבו מדובר. כן נראה לנו, בכל הכבוד, כי גישת העמדה המחייבת משקפת טשטוש מסוים בראיית כמה עקרונות יסוד של דמוקרטיה ומשפט. עקרונות אלה זקוקים לרענון ולהדגשה מחודשת על מנת שייראו ביתר חדות, הן בדיון העקרוני על מוסד היועץ המשפטי והן בדרך בה מיושמים בפועל ההסדרים הנוהגים מעת לעת.

מטרתנו אינה להציג עמדות נחרצות, אלא דווקא להזהיר מפניהן. קיימת מידה רבה של דינאמיקה במוסד היועץ המשפטי ובסביבה בה הוא פועל, ולעת עתה נראה לנו כי דרוש פרק זמן של מעקב אחר ההתפתחויות. עם זאת, נראה לנו שיש צורך אמיתי להרחיב את אופק הדיון ככל האפשר; ובכך אנו רואים את עיקר ההצדקה לכתיבת המאמר. ביסודו של דבר נראה לנו כי בדומה לחוק, אף מוסד היועץ המשפטי הוא "יצור החי בסביבתו".<sup>6</sup> מוטב לכן להרחיב מעט את "הסביבה" בה הוא חי, ואולי ירווח לו מעט.

## 2. הדין האמריקני כמקור להשוואה

ישראל רואה עצמה כמדינה מיוחדת במינה, שאורחותיה ואנשיה מיוחדים ולכן דרושים לה גם הסדרים מיוחדים. משום כך, בתחום המשפט והמשטר כמו בתחומים אחרים, נוטים אצלנו לחדשנות מבלי לייחס חשיבות יתרה לניסיונם של אחרים. כך גם בענייננו. היועץ המשפטי לממשלה הוא יצירה ישראלית ייחודית, בדומה לכל הסביבה השלטונית-משפטית המקיפה אותו. המשטר בישראל, בהלכו על חבל דק בין פרלמנטריזם לבחירה ישירה, אף הוא ייחודי. הוא הדין בשיטה הישראלית של חוקי-יסוד האמורים להצטרף יחדיו, בגישה הישראלית לביצוע "מהפכה"

<sup>4</sup> בג"צ 42427/97 סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, תקדין עליון 1998(4) 20 (להלן: עניין סיעת מרץ); ראו, להלן הטקסט המתייחס להערת שוליים 25.

<sup>5</sup> בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 425 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); בג"צ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473. ראו עוד, לאחרונה, בג"צ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצלייה, תקדין עליון 1998(2) 924, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת דורנר, אליו הצטרפו בהסכמה הנשיא ברק והשופט זמיר.

<sup>6</sup> בעקבות דברי הנשיא זוסמן בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513.

חוקתית שקטה מאין כמותה, וכן בדמותו של בית המשפט העליון ובדרך שבה ממנים את שופטיו. בכל אלה אנו ראשונים ומיוחדים.

לייחוד העצמי של ישראל יש כמובן שורשים עמוקים ומידה רבה של הצדקה, אולם נדמה גם כי לעיתים מגזימים בכך. בהקשר בו אנו עומדים, איננו סבורים למשל כי "פוליטיקאים" בישראל שונים עד כדי כך מעמיתיהם בדמוקרטיה המערבית, או כי ישראל נתייחדה מאומות העולם בצורך לנהל מאבק מתמיד על שלטון החוק. תככים, אינטרסים ויצרים, ולהבדיל שחיתות ועבריינות שלטונית, יש גם כאן וגם מעבר לים. סדנא דארע חד-הוא. מוטב לכן להיזהר בקביעת הסדרים מיוחדים – שונים לחלוטין מן המוכר במשטרים דמוקרטיים מנוסים – אשר אין להם הצדקה זולת הטענה שהמציאות והצרכים בישראל שונים מאשר בכל מקום אחר. חשיבות רבה נודעת משום כך למשפט המשווה. ניסיון של מדינות דמוקרטיות אחרות מקנה ביטחון, מרחיב את אופק החשיבה, מרחיק טענות מסוג "לא יעלה על הדעת" ומלמד על כוחם או על חולשתם של הסדרים שונים לעמוד במבחן הזמן.

מקורו של היועץ המשפטי הוא בדגם האנגלי של "אטורני ג'נרל", אשר אומץ בעיקרו גם בארצות-הברית ובמדינות אחרות ששאבו מן המשפט המקובל.<sup>7</sup> עם זאת, ספק רב אם המשפט והמשטר באנגליה נותרו קרובים די הצורך למציאות אצלנו. כידוע, ישראל מצויה הרחק בתהליך של הינתקות מן המשפט המקובל נוסח אנגליה, ובשנים האחרונות התרחקה גם מן המתכונת האנגלית של ממשל פרלמנטארי והיעדר חוקה פורמאלית. תחת זאת, בחירה ישירה לראשות הממשלה וכן חוקי-היסוד החוקתיים קירבו את ישראל אל המתכונת האמריקנית. גם בתחומים אחרים אנו חווים בדרך כלל התקרבות לארצות-הברית יותר מאשר למדינות אחרות, "אמריקניזציה" ובוודאי לא "אנגליזציה".

קיימים כמובן הבדלים מהותיים בין המשטר והמשפט בארצות-הברית ובישראל, וודאי שאל לנו ללכת שבי אחר הדין האמריקני. עם זאת, יהיה זה משום חוסר תבונה להתעלם מניסיון ומחשבה שהצטברו בארצות-הברית משך למעלה ממאתיים שנים. אלה באים לידי ביטוי במציאות המוסדית הקיימת וכן בספרות מחקר מעמיקה ומאירת עיניים,<sup>8</sup> ועל כן ראינו להרבות בהשוואה ובהתייחסות אל הדין האמריקני.

בעיות היסוד של השירות המשפטי הציבורי דומות בארצות-הברית ובישראל. בשתי המדינות מתלבטים היועצים המשפטיים בין נאמנות לרשות לבין נאמנות לחוק, בין קידום מדיניות שלטונית לבין עמידה על יושרה מקצועית בלתי תלויה. בשתיהן מתקשים היועצים להגדיר את תפקידם ולקבוע מיהו הלקוח, או מיהם הלקוחות, שאותם הם משרתים. בשתיהן הם חשופים

<sup>7</sup> על ה"אטורני ג'נרל" בבריטניה ובמדינות חבר העמים (הקומונוולת') הבריטי ראו: J.L.J Edwards *The Law Officers of the Crown* (London, 1964); J.L.J Edwards *The Attorney-General, Politics and the Public Interest* (London, 1984); J.L.J Edwards "The Integrity of Criminal Prosecutions" *Reshaping the Criminal Law* (London, P.R. Glazebrook ed., 1978) 364

<sup>8</sup> נוסף על המקורות, לעיל בהערה 7, ראו עוד: כרך שלם המוקדש לנושא: "Executive Branch Interpretation of the Law", בכתב העת: *Cardozo L. Rev.* (1993) 15; כרך שלם המוקדש לנושא: "Government Lawyering", בכתב העת: *C.W. Clayton (ed.) Government Lawyers – The*; 61 *Law & Contemporary Problems* (1998); *Federal Legal Bureaucracy and Presidential Politics* (Kansas, 1995); N.V. Baker *Conflicting Loyalties: Law and Politics in the Attorney General's Office, 1789-1990* (Kansas, 1992)

ללחצים קשים ומתחבטים בשרטוט "קווים אדומים". בשתי המדינות תלוי הרבה באישיותם של העושים במלאכה<sup>9</sup> ויש המצביעים, בהקשר זה, על ההבדל בין טיפוסים של "how you can" לעומת טיפוסים של "why you can't".

ה"אטורני ג'נרל" האמריקני הוא פוליטי במובהק, יותר מעמיתו האנגלי. הוא מתמנה על ידי הנשיא, באישור הסנאט, והנשיא גם רשאי בכל עת לפטר. הוא עומד בראש המערכת עצומת הממדים של מחלקת המשפטים, ונושא לפיכך באחריות מיניסטרואלית כבדה.<sup>10</sup> אין הוא הופך לפוליטי רק ex officio משעה שנתמנה, אלא בדרך כלל (אם כי לא תמיד) בא אל התפקיד כאישיות פוליטית שדמותה הציבורית עוצבה זה מכבר. רבים מן ה"אטורניס ג'נרל" נטלו חלק פעיל במערכת הבחירות שהביאה אל השלטון את הנשיא שתחתיו שירתו; ומשעה שנתמנו הוסיפו להיות מקורבים אל הנשיא הן באופן אישי והן מבחינה פוליטית.<sup>11</sup>

אלה כמה סעיפים בחוק האמריקני הרלוונטיים לענייננו<sup>12</sup>:

Attorney General, §503:

"The President shall appoint, by and with the advice and consent of the Senate, an Attorney General of the United States. The attorney General is head of the Department of Justice".

Attorney General to advise the President, § 511:

"The Attorney General shall give his advice and opinion on questions of law when required by the president".

Attorney General to advise heads of executive departments § 512:

"The head of an executive department may require the opinion of the Attorney General on questions of law arising in the administration of his department".

סעיפים אלה הם המשך ישיר, כמעט ללא שינוי, להוראות שנקבעו לפני למעלה ממאתיים שנים ב-Judiciary Act משנת 1789.<sup>13</sup> הם אינם מפורטים, אבל די בהם לקבוע מסגרת ברורה של סמכות.

---

<sup>9</sup> ראו גם: Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, supra note 7, at p. 62. מחלקת המשפטים האמריקנית (Department of Justice) הוקמה ב-1870, ורק כחמישים שנה לאחר מכן החלה לקרום עור וגידים בצורתה המודרנית. כיום מדובר במחלקה שתקציבה מיליארדים רבים של דולרים, ואשר בשנת 1995 הועסקו בה כ-90,000 עובדים.

<sup>11</sup> ראו בייחוד: Baker, supra note 8, at pp. 19-21.

<sup>12</sup> Attorney General 28 U.S.C §§503, 511, 512

<sup>13</sup> ה-Judiciary Act הקים את מוסד ה"אטורני ג'נרל" הפדראלי, ויחד עמו כונן גם את בית המשפט העליון, ערכאות פדראליות נמוכות ורשת של פרקליטים פדראליים. באשר ל"אטורני ג'נרל" נקבע כי ימונה: "[A] meet person, learned in the law, to act as attorney-general for the United-States... Whose duty is shall be to ... give his advice and opinion upon questions of law when required by the President of the

במסגרת זו, רשאים לפנות אל ה"אטורני ג'נרל" רק הנשיא וראשי המחלקות ולא זולתם.<sup>14</sup> הנשיא זכאי לחוות דעת בכל שאלה משפטית, ואילו ראש מחלקה רשאי לבקשה בענייני משרדו בלבד. הנשיא זכאי לחוות דעת אבל גם לעצה (advice and opinion), בעוד ראש מחלקה זכאי לחוות דעת בלבד. ה"אטורני ג'נרל" חייב לתת חוות דעת לבקשת הנשיא, אבל החוק אינו קובע בלשון החלטית כי הוא חייב להיענות לבקשת ראשי מחלקות. כך או אחרת, ה"אטורני ג'נרל" לא יחווה דעה אלא לאחר שנתבקש לעשות כן.<sup>15</sup>

חשיבות רבה נודעת לכך שהנשיא וראשי המחלקות אינם מחויבים מעיקרא לפנות אל ה"אטורני ג'נרל" ולבקש את חוות דעתו. השאלה אם לפנות אם לאו נתונה לשיקול דעתם. ל"אטורני ג'נרל" אין בתחום זה יוזמה משלו, וממילא אין הוא יכול לכפות עמדה משפטית שלא נתבקש כלל להציגה. מקובל גם כי בידי הרשות לבקש ייעוץ משפטי באופן בלתי פורמאלי, בעל פה ולא דווקא בכתב, כהכנה לאפשרות של פנייה פורמאלית.<sup>16</sup> ממילא קיימת הבחנה בין שתי צורות הייעוץ, וקיים גם מרחב מסוים של "משחק" ביניהן. לא תמיד חייב הדין ליקוב את ההר, ופנייה לא פורמאלית עשויה לעיתים למנוע התנגשויות חזיתיות שאין בהן צורך.

אין כלל מחלוקת כי עמדתו המשפטית של ה"אטורני ג'נרל" אינה מחייבת את הנשיא. מסקנה זו היא אף בגדר המובן מאליו. כשם שהנשיא רשאי לא לפנות אל ה"אטורני ג'נרל" מלכתחילה, כך הוא רשאי להתעלם מעמדתו משעה שניתנה. מורכב יותר הדין ביחס לרשויות שלטון אחרות, ובפרט ביחס למחלקות הממשל (executive departments) והעומדים בראשן. בשאלה זו מתנהל ויכוח מאז לידתו של ה"אטורני ג'נרל", אולם טרם הושגה הסכמה. הוויכוח מעיד על מציאות מורכבת, שאין לחפש בה כלל חד ופשוט. יש דעות לכאן ולכאן; ולצד זאת יש המבחינים בין חיוב משפטי לחיוב נורמטיבי, או בין חיוב למעשה לחיוב בתיאוריה.<sup>17</sup> כך או אחרת, מוסכם כי דעת ה"אטורני ג'נרל" נשמעת מעיקרא רק בשאלות שהופנו אליו לפי רצון הפונים – וזהו מיעוט קטן מקרב השאלות המשפטיות העומדות כל העת בפני מחלקות הממשל.<sup>18</sup>

יצוין כי ה"אטורני ג'נרל" עצמו גיבש במשך הזמן כללי סינון מעין פורמאליים שמכוחם הוא מסרב להיענות לחלק מן הבקשות המופנות אליו, בין לפי מהותן ובין לפי מקורן.<sup>19</sup> ואמנם ראינו לעיל כי הוא חייב להיענות לנשיא בלבד. אחד מכללי הסינון קובע כי רשויות המתעלמות מחוות דעת

---

United States, or when requested by the heads of any of the departments, touching any matters that may concern their departments".

<sup>14</sup> ראו עוד, להלן בטקסט הסמוך להערות 62-66.

<sup>15</sup> חלק ניכר מסמכות הייעוץ של ה"אטורני ג'נרל", בפרט בשאלות החשובות יותר, הואצל למעין "יחידת עילית", במחלקת המשפטים הקרויה בשם Office of Legal Counsel (OLC). יצוין עם זאת, מבלי שנוכל כאן להרחיב, כי ריבוי גורמי ייעוץ הביא לפרגמנטציה ניכרת בייעוץ המשפטי לממשל; ובייחוד ביחס לנשיא קיימת בין הגופים השונים תחרות מוסדית על "הזכות" לייעוץ.

<sup>16</sup> N. Lund "Rational Choice at the Office of Legal Counsel" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 437, 495, 504; S.

<sup>17</sup> A. Alito "Change in Continuity at the Office of Legal Counsel" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 507, 508-509 *Ibid*, at p. 489; M. Herz "Imposing Unified Executive Branch Statutory Interpretation" 15 *Cardozo L.*

*Rev.* (1993) 219, 227-229; Baker, *supra* note 8, at pp. 6-10.

<sup>18</sup> Herz, *ibid*, at p. 228.

<sup>19</sup> כללים אלה לא גובשו לכדי קודיפיקציה מסודרת, ונדמה כי יישומם בפועל גמיש למדי ומשתנה מעת לעת. ראו:

J.O. McGinnis "Models of the Opinion Function of the Attorney General: A Normative, Descriptive and Historical Prolegomenon" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 375, 426-29; H. Koh "Protecting the Office of Legal Counsel From Itself" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 513; L. Lessing "Readings by Our Unitary Executive" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 175, 190; Baker, *supra* note 8, at pp. 16-18.

משפטית אינן זכאיות להן; ומשרד הייעוץ במחלקת המשפטים – The Office of Legal Counsel – לא יכתוב חוות דעת אלא על יסוד הבנה זו. מכאן דרך מנהלית-פרקטית, ולא דווקא משפטית-פורמאלית, לשמור על מעמדן של חוות דעת בענייני משפט.

הנה כי כן, הגם שהפרקטיקה משלימה בדרך כלל את מה שהחוק מחסיר – החוק וודאי אינו מקנה לעמדת ה"אטורני גנרל" כוח מחייב. עם זאת, בידי הנשיא להשיג את הדבר מכוח הוראה מנהלית. ב-1918 הוטרה הנשיא וילסון מאי-הסדר שפשה במערכת המשפטית בזמן מלחמת העולם, ועל כן נתן את ההוראה המנהלית מספר 2877, אשר קבעה בין היתר כלהלן:

"[A]ny opinion or ruling by the Attorney General upon any question of law arising in any Department, executive bureau, agency or office shall be treated as binding upon all Departments, bureaus, agencies or offices therewith concerned"<sup>20</sup>.

הדעה המקובלת היא כי תוקפה של ההוראה פג זה מכבר. אך מכול מקום נראה לנו כי "השורה התחתונה" היא כלהלן:

"For all practical purposes opinions of the attorney general (*sic*) (including those from her delegee, the Office of Legal Counsel) do bind the agencies that request them. The uncertainty as to whether this is also true in theory can persist because, even under Executive Order 2877, agencies are not required to submit legal questions to the attorney general; as long as submission is voluntary, the question of whether the resulting advice is binding need never come to a head"<sup>21</sup>.

על רקע זה ייאמר מיד כי התמונה בישראל שונה בתכלית. היועץ מחייב את הרשויות כולן, לפי גישת העמדה המחייבת; ואף מצפים ממנו, כל אימת שהדבר נראה לו דרוש, ליזום חוות דעת ולכפותה על הרשות הגם שלא נתבקשה כלל ועיקר. זאת ועוד: נשכחה וזנחה ההבחנה הבסיסית שעשתה ועדת אגרנט בין הממשלה לבין "יתר הרשויות, השייכות לזרוע המבצעת במדינה"<sup>22</sup>. פסיקת בית המשפט אינה מגלה הבחנה בין הממשלה או ראש הממשלה לבין רשויות אחרות במסגרת הרשות המבצעת – ודין העמדה המחייבת שואף לחול על כולם כאחד, כאילו אין שאלה והכול חד וחלק ופשוט.

חריג לתמונה האמריקנית שהוצגה לעיל הוא מחלוקת בין רשויות מנהליות לבין עצמן. מצב דברים זה הוסדר על ידי הנשיא קרטור בזו הלשון, בהוראה מנהלית משנת 1979:

<sup>20</sup> Baker, *supra* note 8, at p. 9.

<sup>21</sup> M. Herz "The Attorney Particular: Governmental Role of the Agency General Counsel", Clayton, *supra* note 8, at p. 143, note 13 at pp. 171-172.

<sup>22</sup> דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "דו"ח ועדת אגרנט"), בתוך, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 421, 449.

1. "Whenever two or more Executive agencies are unable to resolve a dispute between them, including the question of which has jurisdiction to administer a particular program or to regulate a particular activity, each agency is encouraged to submit the dispute to the attorney general.
2. Whenever two or more Executive agencies whose heads serve at the pleasure of the President are unable to resolve such a legal dispute, the agencies shall submit the dispute to the Attorney General prior to proceeding in any court, except where there is specific statutory vesting of responsibility for a resolution elsewhere"<sup>23</sup>

הוזה אומר: רשויות שאינן כפופות במישרין לנשיא (ומקבילות "בשינויים המחויבים" לחלק מן התאגידים הסטטוטוריים אצלנו) אינן חייבות לפנות אל ה"אטורני ג'נרל" במקרה של מחלוקת ביניהן, אם כי מצפים מהן לעשות כן. לעומתן, רשויות הכפופות לנשיא באופן מלא (ומקבילות "בשינויים המחויבים" למשרדי הממשלה אצלנו) חייבות למסור סכסוך ביניהן ל"אטורני ג'נרל", וזאת בטרם יובא בפני ערכאה שיפוטית. יש הסבורים, מכאן, כי לרשויות הכפופות האלה אסור להשמיע בבית המשפט עמדה הסותרת את הכרעת ה"אטורני ג'נרל" במחלוקת ביניהן. אם פרשנות זו נכונה, אזי עמדתו של ה"אטורני ג'נרל" במחלוקת מעין זו היא בעלת כוח מחייב של ממש.

נסיים סקירה קצרה זו בסיכומו של: William Bar, שהיה ראש משרד הייעוץ במחלקת המשפטים האמריקנית, משנה ל"אטורני ג'נרל" ולבסוף "אטורני ג'נרל" בממשלת הנשיא בוש:

"*Obviously*, Attorney General Opinions cannot bind the President, but by executive order, the Attorney General's opinions do bind the executive branch, at least with respect to interagency. ...

Although the opinion is not uniform, many of the early Attorneys General looked upon their advice as no more binding on the executive branch than is a private attorney's on his client... *In the interest of uniformity* within the executive branch, the contrary view has prevailed, although the issue is not free from debate as to so-called 'independent' agencies. Therefore, when giving his opinion, the Attorney General, unlike a typical lawyer, must pay close attention to consistency and precedent, rather than simply to the immediate interests of his client. This necessary concern for continuity contributes to the Attorney General's resistance to temporary political pressures"<sup>24</sup> א.ל. (ההדגשות שלנו – א.ל. (ו.ר.ג.).

<sup>23</sup> McGinnis, *supra* note 19, at pp. 425-426; Lund, *supra* note 16, at pp. 425-426  
<sup>24</sup> W.P. Bar "Attorney General's Remarks, Benjamin N. Cardozo School of Law, November 15, 1992" 15  
*Cardozo L. Rev.* (1993) 31, 36

### 3. "העמדה המחייבת" בפסיקת בית המשפט העליון ובדו"חות ועדת אגרנט וועדת

#### שמגר

בית המשפט העליון, בהסתמך על קו קיים של פסיקה, חזר וקבע לא מכבר (מפי השופט דורנר) כי עמדתו המשפטית של היועץ היא עמדה מחייבת<sup>25</sup>:

"הדין הוא, כי עמדתן של הממשלה ורשויותיה (להבדילה מדעותיהם האישיות של הנבחרים ועובדי-הציבור המכהנים בהן) בשאלות בדבר תוכן הדין הקיים נקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה... מובן, כי אין בכוחו של היועץ המשפטי לממשלה עצמו לתת חוות-דעת בכל שאלה משפטית שבה נתקלת רשות מנהלית כלשהי. נציגו, וביניהם אנשי הפרקליטות והיועצים המשפטיים של משרדי הממשלה, פועלים לעניין זה בשמו. היועץ המשפטי לממשלה ונציגו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם 'יועצים' במובן השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או עובדי-ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות-הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגו. בסמכותו הייחודית של היועץ המשפטי לממשלה – במקרים המגיעים להכרעה שיפוטית – לייצג בבית-המשפט את רשויות המדינה, ואגב כך לבקש את בית-המשפט לאמץ את עמדתו, אין כדי לגרוע מן הכלל המחייב את הרשויות לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. הפרתו של כלל זה – תוצאתה הבלתי-נמנעת היא הפרה של חוקי המדינה ושל פסקי-הדין של בתי-המשפט, ובסופו של דבר פגיעה קשה בשלטון החוק".

אנו סבורים, בכל הכבוד, כי הגישה המבוטאת בדברים אלה כוללנית מדי, פסקנית מדי ובסופו של דבר מוטעית. הגם שיש לה היסטוריה, אין לה לדעתנו בסיס.<sup>26</sup> היא אינה מעוגנת בחוק, ואף אינה עולה בקנה אחד עם שום נורמה המוכרת לנו מן המשפט המשווה. היא יצירה ישראלית ייחודית בדומה ליועץ המשפטי עצמו, אבל אפילו בדין הישראלי אין לה עוגן מוצק. גישת "העמדה המחייבת" אף אינה מנומקת כדבעי. עד כמה שידיעתנו מגעת, מעולם לא נערך בבית המשפט העליון דיון ממצה ומקיף בשאלה אם עמדת היועץ המשפטי מחייבת אם לאו, או כיצד היא מחייבת. תחת זאת, הדין בסוגיה – אם אמנם זהו דין – מעוגן באמרות אגב של בית המשפט. אלה לא עומתו עם עמדה נוגדת, ולפי דעתנו אינן עולות בקנה אחד עם הגישה המשותפת שנקטו בשאלה זו ועדת אגרנט וועדת שמגר אחריה.

ראינו כי פסק הדין של השופט דורנר מתעלם מדו"ח ועדת שמגר, אשר פורסם קודם לנתינתו ואשר מסקנתו שונה מזו של פסק הדין. השופט חשין לבדו ציין כי "זה לא מכבר הונח על שולחנו דין וחשבון רחב יריעה שכתבה 'ועדת שמגר'... וראוי כי נלמד היטב דברים שנאמרו בו".<sup>27</sup>

<sup>25</sup> עניין **סיעת מרץ**, לעיל הערה 4, פסק דינה של השופטת דורנר. נראה כי היועץ המשפטי אי' רובינשטיין הצטרף לעמדה זו. במאמר מן העת האחרונה כתב כי "על פי המסורת בישראל הייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה מחייב את כל המערכת הממשלתית", אי' רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק" **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 7, 10.  
<sup>26</sup> ראו בהרחבה, ר' גביזון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" **פלילים** ה (תשנ"ז) 27.  
<sup>27</sup> עניין **סיעת מרץ**, לעיל הערה 4, פסקה 41 לפסק דינו של השופט חשין; ראו עוד, **להלן** הטקסט בהערת שוליים 42.



ואף על פי כן אין בכל פסק הדין אזכור של עמדת הוועדה, וממילא אין בו כל ניסיון להתמודד עמה. עוד בטרם יבש הדיו על דו"ח הוועדה – נדמה לנו כי די בעובדה זו לעצמה כדי להצדיק ביקורת וכדי שייעשה ניסיון להעמיק את הדיון ולהציבו בהקשר רחב יותר.

דרך היווצרותה וגלגולה של גישת "העמדה המחייבת" נדונה בהרחבה במקום אחר, ואין כאן צורך לחזור על כך.<sup>28</sup> אולם נקודת מוצא משותפת, שהכול כמדומה מסכימים עליה, היא דו"ח ועדת אגרנט משנת 1962. יורשה לנו עתה לשוב בקצרה אל דו"ח זה, בתקווה שלא נחזור על דברים שנאמרו.

לגבי דידנו, בולטת העובדה כי ועדת אגרנט הציבה לעצמה שאלה חדה – אך השיבה עליה תשובה מרוככת או אולי "פושרת",<sup>29</sup> אם כי ודאי לא "מעורפלת".<sup>30</sup> בלשון הוועדה, השאלה היא "אם העצה המשפטית, שנתן היועץ המשפטי לממשל, בעניינים שהם מחוץ לתחום העונשין, **מחייבת** אותה"<sup>31</sup> (ההדגשה שלנו – א.ל. ור.ג.). המעיין בדו"ח הוועדה ימצא כי הוצגו בפניה שתי גישות בשאלה זו, האחת מטעם היועץ המשפטי והשנייה מטעם שר המשפטים. עוד ימצא המעיין כי תשובת הוועדה היא במידה רבה ניסיון להרכיב את שתי הגישות זו על גבי זו, מתוך מגמה ברורה להמעיט מן הפער ביניהן. יחד עם זאת, לפי הבנתנו, פשוט וברור כי הוועדה **אינה** מוכנה לקבוע שעמדת היועץ המשפטי מחייבת. תשובת הוועדה היא כלהלן:

"אם כי אין כל הוראה מפורשת בחוק בעניין הנדון, הרי מחייב הסדר הטוב במדינה, כי בדרך-כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית של מי שממלא את התפקיד של 'היועץ המשפטי לממשלה', ואשר יש לו ההכשרה של שופט בית-המשפט העליון, כאל חוות-דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת, רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול דעתה שלה ... באשר ליתר הרשויות, השייכות לזרוע המבצעת במדינה, סבורים אנו, כי לא יכול להיות ספק בדבר, כי מחובתן לראות את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות חוק ומשפט".<sup>32</sup>

איננו יודעים כמה נתייגעה ועדת אגרנט על ניסוח מסקנותיה, אבל ניכרת בהן הזהירות היתרה. הוועדה שאלה אם עמדת היועץ **מחייבת** – אך השיבה רק כי היא "משקפת את החוק הקיים", ועל גבי זאת הוסיפה כי הממשלה רשאית לסטות ממנה לפי שיקול דעתה. אפילו לגבי "יתר הרשויות" לא קבעה הוועדה כי עמדת היועץ "מחייבת", אלא רק כי מחובתן לראותה "כמדריכה". נקל להיווכח כי הוועדה דוברת אלינו מן השורות ומבין השורות. תשובתה מעידה יפה על אי-נוחות

<sup>28</sup> גביזון, **לעיל** הערה 26; כן ראו, מזווית אחרת, א' גורדון "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" **תכלת** (תשנ"ח) 57.

<sup>29</sup> ראו, **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, לעיל** הערה 22, הערת העורך (י' זמיר): "מעניין לציין כי חוות הדעת של ועדת אגרנט נוקטת, בחלק האחרון (פיסקה ח') של הדו"ח עמדה פושרת בשאלת התוקף של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות משפטיות שמחוץ לתחום הפלילי", **שם**, בע' 419.

<sup>30</sup> א' בנדור וז' סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" **הפרקליט** מד (תש"ס) 423: "דבריה של ועדת אגרנט בעניין זה [כוחה המחייב של חוות דעת היועץ] הם תמציתיים ומעורפלים", **שם**, בע' 434.

<sup>31</sup> דו"ח ועדת אגרנט, **לעיל** הערה 22, בע' 448.

<sup>32</sup> **שם**, בע' 448-449.

מעצם הדיון במושגים משפטיים צרים של אסור או מותר, חובה או העדר חובה. ניסיונם ואישיותם של חברי הוועדה אינם מותרים מקום לספק שמא ניסחו את דבריהם ברשלנות או בהיסח הדעת. נהפוך הוא: אין לנו אלא להניח כי נתכוונו היטב לכל מה שאמרו, ולא פחות מכך למה שנמנעו מלומר. כמה קל היה לכתוב, אילו התכוונו לכך חברי הוועדה, כי עמדתו של היועץ מחייבת או אפילו כי חובה **לראותה ולהתייחס אליה** כמחייבת.<sup>33</sup> אבל דברים אלה לא נכתבו. טיבה של הסוגיה והעיון במשפטן של מדינות אחרות מלמדים אף הם כי עמדתה המאופקת של הוועדה אינה מקרית, לא בשאלה המהותית ואף לא בבחירה הקפדנית של מילים ובהתרחקות מקביעות פסקניות. ניתן אפוא לחלוק על דעת הוועדה, אבל אין זה נכון לנסח את דבריה מחדש או לצקת בהם משמעות שאיננה.

אולי אין זה מקרה כי נשכח מעט הטעם שנתנה ועדת אגרנט לעמדתה. מעבר להדגשה כי חסרה הוראת חוק בעניין הנדון – ולכך עוד נשוב – קבעה הוועדה כי **הסדר הטוב במדינה** הוא הבסיס לעמדתה. מן הראוי לזכור כי לא הדמוקרטיה, לא עקרונות וערכי יסוד ואף לא שלטון החוק לא שימשו לוועדת אגרנט משען, אלא הנימוק האחד של הבטחת הסדר הטוב במדינה. זה הבסיס הרעיוני, והוא בולט על רקע הגישה שנתגבשה בארצות-הברית.<sup>34</sup> כפי שראינו, לא **הדין** מקנה ל"אטורני ג'נרל" כוח מחייב, אם בכלל, אלא הוראות מנהליות שנועדו לשמור על אחדות ועל עקביות במסגרת הממשל. זהו ה"סדר הטוב במדינה". הוא מושג לא מתוקף חוק או הלכה שיפוטית, אלא מתוקף הנחיה מנהלית; לא באמצעות מלוא כוחה של המדינה, אלא באמצעות ההיררכיה הפנימית של הרשות המבצעת. ולא הרי זה כהרי זה. ממילא, הן בגישה האמריקנית והן בגישה של ועדת אגרנט, אין רואים את הרשות המבצעת כמקשה אחת, ואין מחלוקת כי עמדת היועץ **אינה** יכולה לחייב את הגוף האכסוקוטיבי העליון (נשיא או ממשלה).

ועדת שמגר לא ראתה לחלוק על ועדת אגרנט בשאלת הכוח המחייב, והשאירה את דבריה על מכונם כפי שנאמרו.<sup>35</sup> בשאלה זו כמו באחרות שמרה ועדת שמגר על הזהירות והגמישות שאפיינו גם את קודמתה. עמדתו של בית המשפט העליון, כפי שהיא הולכת ומתגבשת, עומדת לדעתנו בניגוד מוחלט לקו זה של שתי הוועדות; ומבלי שתיתנן על כך הדעת כפי שראוי ונכון לעשות.

<sup>33</sup> כפי שנאמר למשל בהוראה המנהלית שנתן הנשיא וילסון, **לעיל** הטקסט המתייחס להערת שוליים 20, ולפיה: "[A]ny opinion or ruling by the Attorney General ... shall be treated as binding".

<sup>34</sup> והשוו לדברי היועץ המשפטי א' רובינשטיין: "על פי המסורת בישראל הייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה מחייב את כל המערכת הממשלתית. הדבר... חיוני למניעת אנרכיה, ונחוץ אפוא כוח הכרעה בתוך המערכת... אלמלא הבקרה והאיזון מטעם היועץ המשפטי לממשלה היינו שרויים בתוהו ובוהו לא קטן בהקשרים הנוגעים במחויבויות המדינה". רובינשטיין, **לעיל** הערה 25, בע' 10. בכל הכבוד, אנו חולקים על הקביעה הבלתי מסויגת כי עמדת היועץ מחייבת (וכן על הקביעה כי זו "המסורת בישראל"); אך מסכימים כי ככל שהייעוץ המשפטי לממשלה ראוי למשקל נכבד מאוד, ובדרך כלל מכריע, הרי נימוק מרכזי לכך הוא "מניעת אנרכיה" ובלשון ועדת אגרנט – הבטחת "הסדר הטוב במדינה".

<sup>35</sup> דו"ח ועדת שמגר, לעיל הערה 1: "לא ראינו לחלוק על ההבחנות האמורות [של ועדת אגרנט] הנשענות על הגדרתה של האחריות הממלכתית הכוללת שאר בה נושאת הממשלה. היא אינה גורעת כמובן, כשלעצמה, מן האחריות המשפטית, הפרלמנטארית והציבורית של הממשלה", שם בע' 44.

## ב. מהי "עמדה מחייבת"?<sup>36</sup>

"There was a book laying near Alice on the table, and while she sat ... she turned over the leaves, to find some part that she could read... 'It seems very pretty', she said when she finished it, 'but it's rather hard to understand!' ... 'Somehow it seems to fill my head with ideas – only I don't know exactly what they are!'"<sup>37</sup>.

גישת העמדה המחייבת היא פסקנית, אבל ספק אם היא ברורה. היא בוודאי פתוחה לפירושים שונים. יכולים אדם או רשות לראות עצמם מחויבים לעמדה מסוימת, ויכול שיהיה בחיוב יסוד פעיל של כפייה מבחוץ. יכול חיוב להיות מוסרי או היררכי, יכול חיוב שיעמוד לבדו, ויכול שתעמוד מאחוריו סנקציה מסוג זה או אחר. ויש עוד כהנה וכהנה סוגים וגוונים של חיוב. מה טיב החיוב בעמדתו של היועץ המשפטי? מה אם בכלל הסנקציה הצמודה להפרתו? נראה כי כוחו של היועץ לובש צורות שונות בעת ובעונה אחת; כי בכלן מוטב להתרחק מפסקנות יתר; וכי מקורות הכוח השונים אינם מוציאים זה את זה אלא משתלבים לכדי פסיפס מורכב אחד.

### 1. הוראה מחייבת כפשוטה

באופן הראשוני ביותר, עמדה היא מחייבת כאשר נלווית לה סמכות לתת הוראה המוציאה אותה מן הכוח אל הפועל. "עמדתו" של שר מחייבת משום שנלווית לה הסמכות לתת הנחיה או הוראה מנהלית. בשני המקרים קיימת סנקציה המתאימה לסביבה הנורמטיבית: עונש לפי חוק השיפוט הצבאי נוכח סירוב פקודה, וסנקציה משמעתית או פיטורין נוכח סירוב עיקש למלא אחר הנחיה מנהלית מוסמכת. היועץ המשפטי אינו מפקד, וגם אינו מטיל מרות מנהלית על הרשויות להן הוא מייעץ. תחת זאת, סביבתו של היועץ היא משפטית. יש במשרתו מאפיינים שיפוטיים מובהקים, ולא פעם מכנסים אותו עם בית המשפט תחת קורת גג אחת. נשאלת אפוא השאלה, אם כוח המחייב דומה לכוח המחייב הגלום בהוראה שיפוטית.

<sup>36</sup> בדרך כלל נהוג להבחין בין ייעוץ לבין ייצוג, כמו גם בין חוות דעת פנימית לבין טיעון משפטי המוצג בפומבי בבית המשפט. אולם גישת העמדה המחייבת נוטה לכוון את השניים יחדיו לכדי מכלול אחד. בתחום הייעוץ על הרשות להפעיל את סמכותה בהתאם לחוות דעתו של היועץ, ולראותה בעת הצורך בבחינת צו עשה או לא תעשה. בתחום הייצוג עליה לכפוף עצמה, ללא סייג, לדרך בה בוחר היועץ לטעון בשמה בבית המשפט. בשני המישורים עמדת היועץ מחייבת את הרשות, כל עוד היא מוצגת או נחזית כעמדה "משפטית". גישת העמדה המחייבת מבטאת אפוא תפיסה עקרונית בדבר כוחו של מוסד היועץ המשפטי; ותפיסה זו ננסה לבחון, מבלי להעמיק בסוגיות הייעוץ והייצוג כשלעצמן ומבלי למצות את ההבחנה ביניהן כסוגיות נפרדות.

סוגיה קרובה היא סמכות היועץ המשפטי כתובע כללי. בתחום האכיפה הפלילית אין היועץ "מחייב" את הרשות, משום שהוא עצמו מהווה "רשות מוסמכת". הוא אינו מייעץ או מייצג, לפיכך, כי אם מחליט מכוח סמכותו לפי חוק (אם כי הוא מייצג כתובע את המדינה – ומיד ניתן לעורר את השאלה מהי "המדינה", והאם יש הבדל בין מי שמחליט עבורה לבין מי שמדבר בשמה). יחד עם זאת, גם אל המישור הזה מחלחלת כמדומה גישת העמדה ("המשפטית") המחייבת. לדעתנו, שאלה גדולה היא אם עצמאות התביעה הכללית בהחלטות ספציפיות של העמדה לדין (כפי שמקובל בישראל ובמדינות אחרות) פירושה גם עצמאות מוחלטת, או "עמדה מחייבת", בשאלה הרחבה יותר של מדיניות האכיפה הפלילית. ברוח העמדה המחייבת, הנטייה גם כאן היא להרחיב את תחומו של "המשפט", להקנות ליועץ "עצמאות" במדיניות האכיפה ולתת לעמדתו כוח מחייב. סוגיה זו מחייבת לדעתנו דיון נפרד, ועל כן נימנע מלהרחיב עליה במסגרת מאמר זה.

<sup>37</sup> "Through The Looking Glass" The Complete Illustrated Works of Lewis Carroll Chancellor Press, p. 134.

דין הוא כי החלטה שיפוטית מוסמכת יש לקיים, גם אם היא מוטעית. נתאר לעצמנו, למשל, פלוני אשר הפר בידועין צו מניעה שניתן נגדו. האם תהא לפלוני הגנה טובה בביזיון בית המשפט, או בדין פלילי אחר<sup>38</sup>, אם ערכאת ערעור תפסוק בדיעבד שצו המניעה היה שגוי? ודאי שהתשובה היא בשלילה. הפרת הוראה שיפוטית מוסמכת היא עצמה עברה, כל עוד ההוראה תקפה, ואין נפקא מינה אם נקבע לאחר מעשה כי הערכאה הראשונה שגתה והדין המהותי הוא עם פלוני. סדר חברתי ומשפטי אינו מתיישב עם הפרת הוראה שיפוטית תקפה, אך משום שהיא נראית שגויה בעיני המפר והוא מקווה שערכאה גבוהה יותר תסכים עמו. על המקרה המתואר להסתיים אפוא בתוצאה כפולה: לטובתו של פלוני בביטול צו המניעה על ידי הערכאה השנייה, ולחובתו במישור הפלילי של אי-ציות לערכאה הראשונה.

האם זה אופי החיוב הטמון בעמדת היועץ המשפטי? האם עצם הפעולה בניגוד לעמדתו יגרור סנקציה משפטית או ציבורית כפי הממשלה, ואפילו אם בית המשפט יקבע כי לגופו של הדין הצדק עמה? נתאר לעצמנו מקרה בו מליאת הממשלה סבורה, לאחר ששמעה את היועץ ושקלה בדבר, כי עמדתו בשאלה הרת-גורל אינה "משפטית" כלל; או שהיא מוטעית או בלתי סבירה בעליל; או שהיועץ אוטם את אוזניו, ומסרב לשקול חלופות חוקיות לצעד שאותו היא מבקשת לעשות. שאלה הרת-גורל כשמה כן היא, ויש כאלה במציאות חיינו. אין להניח במקרה כזה כי הממשלה תיכנע לעולם להחלטת היועץ. יתר על כן, לדעתנו תהיה זו כפירה בעקרונות בסיסיים של דמוקרטיה ואחריות ציבורית לטעון כי אחת דינה לפעול במצב כזה על פי עמדתו; ועוד נשוב לכך בהמשך הדברים.

הממשלה עשויה אפוא לפעול בניגוד לדעת היועץ, לאחר שייחסה לה את מלוא משקלה, ומוכן שפעולתה עשויה לעמוד למבחן שיפוטי. אם יקבע בית המשפט כי הפעולה מנוגדת לחוק, ודאי שהממשלה תשא באחריות משפטית וציבורית ואולי אף בינלאומית למעשיה, ובין היתר יהיה עליה להסביר בפומבי מדוע לא שעתה לחוות דעתו של היועץ המשפטי<sup>39</sup>. אך מה אם בית המשפט יצדיק לגוף העניין את עמדת הממשלה, ויקבע כי היועץ טעה? והרי כבר היו דברים מעולם. האם יבוא בית המשפט בטרוניה עם הממשלה, ללא קשר לפסיקתו המהותית, על עצם החלטתה לפעול בניגוד לדעת היועץ? יש להניח כי התשובה היא בשלילה. קשה לדמיין את בית המשפט פוסק לטובת הממשלה, תוך שהוא מאשר (או אף מצדיק) את פעולתה; ובה בעת מבקר אותה על כך שלא שעתה לחוות דעת משפטית שבית המשפט עצמו פסק שהיא מוטעית. סביר יותר להניח כי הממשלה תזכה במקרה כזה דווקא להערכה ציבורית – ובסופו של דבר גם משפטית – על שגילתה אומץ ונכונות ליטול על עצמה את מלוא האחריות להחלטה קשה. נוכח דין העמדה המחייבת, לא נתפלא אם באותה השעה תזרח דוקטרינה חדשה בשמי המשפט, הקובעת כי אמנם חובה על הממשלה לציית ליועץ, אולם רק אם דעתו אינה שגויה על פניה או בלתי סבירה בעליל, שאז מותר לממשלה (ואולי אף חובה עליה) לדחותה.

<sup>38</sup> כגון, סעיף 287 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

<sup>39</sup> יצוין כי בעניין **סיעת מרץ**, לעיל הערה 4, אמנם ננזפו הרשויות על כי לא שמעו ליועצים המשפטיים, אשר ייעצו להן בהתאם להחלטות קודמות של בית המשפט ולהחלטתו בעניין **סיעת מרץ** עצמו.

מכל מקום, איננו סבורים כי עצם הפעולה בניגוד לדעת היועץ מהווה בהכרח מעשה "לא ראוי", לא כל שכן מעשה לא חוקי. אין היועץ ערכאה שיפוטית ואין דינו כדינה. ככל שיש בידו כוח מחייב, היינו מעדיפים להורידו מן הפירמידה השיפוטית ולהציבו תחתיה על מדרגה פרקטית.

## 2. חוות דעת בלעדית

מקובל לומר כי הרשות אינה רשאית לפנות לגורם זולת היועץ כדי לבקש באופן רשמי חוות דעת משפטית. לשון אחרת: היועץ הוא "ספק בלעדי" של שירותי ייעוץ לרשויות. בראייה זו של הדברים, כוחו נובע לאו דווקא מן החובה לציית לו, אלא מסמכותו להשמיע את עמדתו ולהציבה בפני הרשות כעמדה אחת שאין בלתה. הממשלה יכולה אפוא לשמוע או לא לשמוע בקולו, אבל אין היא יכולה "לצאת לקניות" ולבחור דעה שתמצא חן בעיניה. אין היא יכולה לרעות בשדות זרים ולחפש בהם גיבוי משפטי שלא זכתה לו מידי היועץ.

בלעדיות בייעוץ המשפטי הציבורי יש לה כמה יתרונות. מבלי שנכביר על כך מילים, דינו לציין כי היא מבטיחה מידה רבה של אחידות ועקביות בעמדותיו המשפטיות של השלטון ותורמת בלי ספק ל"סדר הטוב במדינה". היא מאפשרת הליך מסודר של קבלת החלטות, תוך בחינת ההיבט המשפטי, בתוך הממשלה פנימה ולכל אורך ההיררכיה של השירות הציבורי. נוסף על כך, מקובלת עלינו ההנחה כי ימצאו תמיד משפטנים אשר יאמרו לממשלה את שברצונה לשמוע. אם תוכל הממשלה לפנות אליהם בכל עת ולקבל דרך שיגרה "אישור משפטי" למעשיה, יהיה בכך להעצים גישה אינסטרומנטאלית כלפי החוק, שלא בטובת הממשלה עצמה ושלא בטובתם של שלטון החוק והאינטרס הציבורי. ממילא, חוסר אחריות בגיבוש עמדותיה המשפטיות של הממשלה סופו לקרוס בבית המשפט ולהתנפץ בדעת הקהל.

עם זאת, גם "בלעדיות" במתן ייעוץ משפטי דורשת חידוד והבהרה.

ודאי אין לומר כי לשר בממשלה "אסור" לחשוב בעצמו על שאלות משפטיות (בפרט אם הוא עצמו משפטן); או כי אסור לו להשמיע את דעתו הן בפני היועץ והן בפני עמיתיו השרים, הגם שדעת היועץ היא הדעה המשפטית המוסמכת והמכרעת מבחינת הממשלה. זאת ועוד: אין זה מתקבל על הדעת, כך אנו מקווים, כי שר הנפגש ומשוחח עם פרקליט פרטי עובר בכך עברה פלילית או משמעטית או אפילו חורג מן "הנורמה הציבורית הראויה". אין לדעתנו מנוס מלומר כי שר בממשלה מותר לו להתייעץ עם אנשי אמונו בכל שאלה שירצה, בכפוף כמובן לכל דין ובעיקר לחובת הסודיות החלה עליו. איננו רואים כיצד ניתן למנוע ממנו לדון בשאלה משפטית עם עורך דין או עם מי שאינו עורך דין, במפגש פרטי או בכינוס ציבורי, גם אם היועץ המשפטי מגבש או גיבש כבר עמדה באותה שאלה. בדומה לכך, איננו סבורים כי אסור לשרים לקרוא דעות משפטיות "חיצוניות" בכתבי עת משפטיים או בעיתונים, הגם שיש בכך להשפיע עליהם ולתת בפייהם טיעונים משפטיים. שרים אינם מושבעים. לא ניתן ולא רצוי לבודד אותם מן העולם החיצון, תוך העמדת פנים שאין להם אלא מה שענייהם רואות בחוות דעתו של היועץ המשפטי.

יחד עם זאת, דומה שערעור על הנחות אלה מצטייר כבר על האופק. בבג"צ 3094/93 ביקש ראש הממשלה "לחלוק על חוות דעתו של היועץ המשפטי בדבר עצם מהותה של הנורמה המשפטית החלה בנושא העברתו של שר מתפקידו"<sup>40</sup>. אולם השופט מצא קבע, עוד בטרם פסק לגוף המחלוקת, כי ראש הממשלה לא יכול היה להישמע כלל בדעתו החולקת<sup>41</sup>. ודוק: אין השאלה כאן אם ראש הממשלה צדק או טעה, אלא אם הייתה לו הרשות להשמיע עמדה שונה משל היועץ. על יסוד זה, מותר וצריך לשאול במה נשתנה שלב הדיון השיפוטי משלב הייעוץ המשפטי. אם אל לרשות להישמע כלל בדעה שונה משל היועץ – מה נפקא מינה אם מדובר בשלב הייעוץ או בשלב הייצוג? מדוע בכלל תורשה הרשות להשמיע עמדה משפטית עצמאית? ואמנם פסק בית המשפט העליון, כפי שראינו כי דעתם של נבחרים על המצב המשפטי הקיים אינה רלוונטית<sup>42</sup>. מהי עמדה בלתי רלוונטית? גם בלשון הדיבור אבל בייחוד בלשון משפטית – עמדה לא רלוונטית קרובה מאוד להיות עמדה לא קבילה שכלל אין שומעים לה. האם איננו קרובים לערער על עצם זכותה (וחובתה) של הממשלה לקיים דיון בשאלות ציבוריות, כל אימת שהן מוצגות כ"עניין משפטי"? האם איננו קרובים לומר כי "אין זה ראוי" שנושאי משרה יחשבו בעצמם על שאלות משפטיות, ודרשו מן היועץ נימוקים ויקשו עליו בנושא "מקצועי" שאינם מבינים בו?

זאת ועוד. ועדת אגרנט קבעה כי בתפקידו כראש התביעה הכללית, על היועץ להתייעץ בעניינים בעלי חשיבות עם שר המשפטים ואף עם הממשלה כולה; וזאת על אף שההכרעה הסופית נותרת בידיו. הוועדה אף נקטה בלשון **חובה או מצווה** של התייעצות, ולא רשות גרידא.<sup>43</sup> והנה, עינינו הרואות שקביעה זו נשחקה וספק אם נותר בה ממש. ברוח הימים האלה, עצמאות הפכה לניתוק. קשה כיום לדמיין התייעצות בנושאי העמדה לדין בין היועץ לשר המשפטים, ועל אחת כמה וכמה בין היועץ לבין הממשלה, גם בעניין שיש לו חשיבות ציבורית מן המעלה הגבוהה ביותר. דיון ממשלתי על העמדה לדין, יהיה המקרה אשר יהיה, ייתפס ודאי כשערורייה. שר שיביע דעה בדיון כזה עלול להיתפס כמי שמנסה להתערב בעצמאות היועץ ולהפעיל עליו לחץ פוליטי "לא ראוי". על היועץ עצמו להישמר שמא ייראה כמי שנכנע לפוליטיקאים או עושה את דברה של הממשלה. הווה אומר: היועץ "עצמאי" בהפעלת סמכויותיו, עמדתו שלו היא "המחייבת" – ומכאן קצרה הדרך למחשבה שגם ה**תייעצות** עם הדרג הממשלתי היא מעשה פסול.

לאן מובילה אפוא גישת העמדה המחייבת במכלול הייעוץ והייצוג? האין בה ראשית דעה כי שר התובע דיון או מביע דעה, בעניין "משפטי", ייראה כמי שמתערב שלא כדין או "שלא כראוי" בעבודת היועץ? ומי יתווה, בבוא העת, את גבולות השאלה "המשפטית" שאסור כלל לדבר בה?

האמור לעיל אין פירושו, כמובן, כי מעמדו הבלעדי של היועץ הוא בבחינת מקסם שווא. ודאי שהיועץ הוא פרשן ראשי ועיקרי של החוק. הוא זמין לרשויות בכל עת, ופנייה אליו היא דרך המלך הפתוחה בפניהן. תורמים לכך יוקרתו האישית, המערכת המקצועית הסרה למרותו, וההכרה בחשיבותן של אחידות ועקביות במסגרת הרשות המבצעת. כן תורמת לכך ההנחה שהיועץ לבדו מוסמך לקבל את כל התשתית העובדתית העשויה להיות כרוכה בשאלה משפטית. יש לצפות לכך

<sup>40</sup> עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל הערה 5, בע' 425.

<sup>41</sup> שם, שם.

<sup>42</sup> ראו, עניין סיעת מרץ, לעיל הערה 4, בטקסט המתייחס לעיל, להערת שוליים 25.

<sup>43</sup> דו"ח ועדת אגרנט, לעיל הערה 22, בע' 433-436.

שיועץ חיצוני לא יוזמן לשיבת ממשלה, לא יזכה לפנייה פורמאלית וגם לא יהיה שותף סוד. עוד נראה לנו (כדין רצוי ומצוי גם יחד), כי כל פנייה אל גורם משפטי חיצוני היא אישית מטעמו של הפונה, ואינה נעשית בתוקף תפקידו הציבורי. היא עשויה לבוא מטעמו של אדם המכהן כשר, אך לא מטעמו של משרד ממשלתי או מטעם הממשלה. נובעת מכך מסקנה נוספת, והיא שפנייה אל גורם משפטי חיצוני תיעשה תמיד על חשבון הפונה. למדינה לא יהיה בה חלק, ולאוצר המדינה לא תהיה בגינה חבות.

נוסף על כך, נראה לנו כי מעמד היועץ כפרשן מוסמך פירושו שאסור **להתעלם** מדעתו. לשון אחרת: חוות דעתו של היועץ, משעה שניתנה, יש לייחס לה משקל נכבד ולהביאה בחשבון עובר לקבלת החלטה שלטונית. הגם שמותר להתגבר אליה, אסור להתעלם ממנה או לא לשמוע אותה כלל ועיקר. כידוע, הלכה היא בדיני המשפט המנהלי כי התעלמות מוחלטת משיקול רלוונטי עשויה לפסול החלטה. בלי ספק, המצב המשפטי הקיים בעניין פלוני הוא שיקול ראשון במעלה – ואף יותר מ"שיקול" גרידא – עובר לקבלת החלטה באותו עניין. היועץ המשפטי הוא פרשן מוסמך של המצב המשפטי הקיים; ועל כן התעלמות מוחלטת מעמדתו עשויה לשמש בנסיבות מסוימות עילה לפסילתה של החלטה.

אולי לכך כיוון את דעתו השופט חשין בפסק דינו בעניין סיעת מרץ, בהסכימו לדברי השופט דורנר "כי הרשויות [נשוא פסק הדין] נהגו שלא כדין ושלא כראוי בהתעלמן מן הייעוץ המשפטי שזכו לקבל" (ההדגשה שלנו – א.ל. ור.ג.). השופט חשין אף ציין כי "חברתי מוסיפה ומפרטת בנושא יחסי היועץ המשפטי לממשלה ורשויות המדינה, ואני מסכים לעיקרי דבריה"<sup>44</sup>; אולם סתם ולא פירש מה הם הדברים שעמם הוא מסכים, ומה עשוי להיות החלק הלא עיקרי שעליו הוא חולק.

לדעתנו, החובה לשמוע ולשקול את דעת היועץ נלמדת גם מדברי ועדת אגרנט. הוועדה קבעה כזכור כי הממשלה רשאית להחליט כיצד לפעול, אך הטעימה כי עליה לצאת מן ההנחה שחוות דעתו של היועץ משקפת את המצב הקיים. משתמע אפוא שעל הממשלה לשמוע את חוות הדעת, ולראותה כנקודת מוצא להחלטה שהיא אמנם רשאית לקבל לפי שיקול דעתה.

סיכומם של דברים: יש תוקף למעמדו הבלעדי של היועץ במתן ייעוץ משפטי לממשלה – ודאי באופן מעשי ובחיי היום יום – אך אין לו סמכות בלעדית של ממש, המונעת לחלוטין תרומה של גורמים חיצוניים. גם כאן, לפיכך, מן הראוי לסייג קביעה פסקנית.

### 3. ייעוץ מחייב מכוח סמכות ייצוג בלעדית

<sup>44</sup> השופט חשין מוסיף ורומז בעניין סיעת מרץ, לעיל הערה 4: "כולנו נסכים כי בית-המשפט הוא הפרשן המוסמך והאחרון של הדין. בריח-התיכון בכל פיתרון שנאמץ לנו חייב, אפוא, שיהיה מושתת על הנחה כי בהתגלע חילוקי-דעות בסוגיית-משפט, תינתן לבית-המשפט האפשרות לעיין בנושא מכל צדדיו; לעיין – ולהכריע בו", שם, פסקה 41 לפסק דינו של השופט חשין. ככל שהבנתנו מוגעת, משתמעת מכאן הדעה כי מוטב לקיים דיון חופשי בכמה וכמה דעות, תוך מתן אפשרות להצגת תמונה משפטית שלמה ככל האפשר בפני בית המשפט; מאשר להכיר בדעה "מחייבת" אחת שאין בלתה. זו גם נטייתנו, ונשוב לכך בהמשך הדברים. ראו עוד דברי השופט חשין בעניין סיעת מרץ, לעיל הערה 4, בטקסט המתייחס לעיל להערת שוליים 27.

"I Should not bind present judicial judgment by earlier partisan advocacy"<sup>45</sup>

בשנת 1941, בהיותו "אטורני ג'נרל", הגן רוברט ג'קסון על פעולה שלטונית שעשה הנשיא רוזוולט. לימים מונה ג'קסון לשופט בבית המשפט העליון, שם באה בפניו מחלוקת על פעולה שלטונית דומה שעשה הנשיא טרומן. הממשל ניסה להביא כתקדים את המקרה בו "אטורני ג'נרל" ג'קסון הגן על רוזוולט; ועל כך הגיב השופט ג'קסון בזו הלשון:

"I do not regard it as a precedent for this, but even if I did, I should not bind present judicial judgment by earlier partisan advocacy"<sup>46</sup>

במציאות הציבורית והמשפטית בישראל, בירור שיפוטי הוא בגדר הצפוי כמעט בכל עניין הנוגע לפעולת הרשות. היועץ שואב כוח רב, לפיכך, מן ההנחה שיש בידו למנוע מן הרשות ייצוג משפטי אפקטיבי אם תתעלם מחוות דעתו. הווה אומר: הרשות אינה חופשית באמת לדחות את עמדת היועץ בשאלה פלונית, אם ידוע לה מראש כי לא תזכה לייצוג כאשר תועמד אותה שאלה למבחן שיפוטי.

בשונה מייעוץ, אשר לאמיתו של דבר מהווה לעת עתה תפקיד ולא סמכות, ייצוג הרשות בבית המשפט הוא סמכות של ממש. סמכות זו מעוגנת בחוק ואף ניתן לאכוף אותה, אם כי החוק פתוח כמובן לפירושים שונים<sup>47</sup>. מכל מקום, אם בתחום הייעוץ ראינו כי אין דרך אמיתית למנוע משר, למשל, להתייעץ עם מי שיירצה ולגבש עמדה משפטית משלו; הרי בתחום הייצוג יכולת בית המשפט למנוע ייצוג "עצמאי" כשם שהוא מונע ייצוג על ידי עורך דין שאין בידו ייפוי כוח<sup>48</sup>. לסמכות הייצוג יש שיניים, אם כן, ומכאן העוצמה הרבה הטמונה בסמכות ייצוג בלעדית.

<sup>45</sup> אפיזודה זו נזכרת שוב ושוב בספרות המחקר האמריקנית. ראו למשל: Baker, *supra* note 8, at p. 31.

<sup>46</sup> שם.

<sup>47</sup> סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, קובע כי "בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה ע"י היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו". סעיף זה פירושו שייצוג המדינה **בעניינים אזרחיים** מסור באופן בלעדי לידי היועץ המשפטי. יחד עם זאת, שאלה היא אם אין לראות סמכות ייצוג זו כסמכות **חובה**, להבדיל מסמכות רשות. אחרי הכול, הסעיף קובע כי המדינה **תיוצג** על ידי היועץ המשפטי או בא-כוחו. אין הוא קובע – ודאי לא במפורש וספק אם במשתמע – כי היועץ המשפטי רק רשאי לייצג את המדינה לפי שיקול דעתו; או כי יש בידו הכוח להכתיב למדינה, בכל הנסיבות ללא סייג, מה תהיה העמדה המשפטית שתוצג בבית המשפט.

שונה הדין (הסטטוטורי) בעניינים הנידונים בבג"צ. סעיף 7(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, קובע כי "בית המשפט רשאי להזמין את המשיב לדיון בעתירה אם הוא סבור כי יהיה בכך כדי לסייע לבירורה היעיל והנכון; היה המשיב אדם שהיועץ המשפטי רשאי לייצגו לפני בית המשפט לפי כל דין – יוזמן היועץ המשפטי לממשלה לדיון בעתירה". הווה אומר: לשון התקנה אינה מניחה יסוד למסקנה כי סמכות הייצוג בבג"צ נתונה ליועץ המשפטי **באופן בלעדי**. אין אפוא מניעה משפטית – ודאי לא מכוח החוק או התקנות – כי גם פרקליטים זולת היועץ המשפטי או באי-כוחו יוסמכו לייצג גופים שלטוניים בפני בג"צ. היו אכן מקרים (בודדים) בהם אפשר היועץ ייצוג רשות שלטונית על ידי עורכי דין מן השוק הפרטי (אם כי יודגש כי הדבר נעשה בהסכמת היועץ, ולא מכוח טענה לזכות אוטונומית שאינה תלויה בהסכמתו). עוד היו מקרים, לאחרונה, בהם הכנסת וועדותיה יוצגו בבית המשפט על ידי היועץ המשפטי לכנסת. לבסוף, יצוין כי על שולחן הכנסת מונחת כעת הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת; ובה מוצע –

<sup>48</sup> בדרך כלל יש להניח כי בית המשפט ימנע ייצוג "עצמאי" לבקשת היועץ המשפטי או בהסכמתו. עם זאת, אפשר שבית המשפט יעשה זאת גם מיוזמתו, ואפילו **בניגוד** לדעת היועץ המשפטי. אם אמנם הדין קובע כי ייצוג גופים מסוימים הוא בסמכותו הבלעדית של היועץ המשפטי, הרי דין זה מחייב גם את בית המשפט. שאלה היא אם היועץ המשפטי מבקש "להאציל" או "למסור" סמכות בלעדית שהופקדה בידו לפי דין – דומה שעל בית המשפט למנוע זאת כשם שהוא מונע מרשויות מנהליות אחרות להתנצל מסמכויות שהופקדו בידיהן.





ודוק: מקובלת עלינו הטענה שיש להבחין בין עורך דין פרטי לבין פרקליט בשירות הציבור<sup>52</sup>. יועץ משפטי לא יאמר בבית המשפט, בשם הרשות הציבורית, כל מה שעורך דין פרטי עשוי לומר בשם לקוחו. אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה כבדה ומורכבת מאחריותו של עורך דין פרטי. אבל ייצוג הוא בכל מקרה פעולה אדברסרית ולא מעין שיפוטית. לדעתנו, יש להישמר מנורמה שבה היועץ המשפטי לא יסכים לטעון בשלב הייצוג האדברסרי מה שלא היה מוכן לקבוע בשלב הייעוץ המעין שיפוטי.

הזהירות המומלצת לעיל באה לביטוי בדין האמריקני. אחד מכללי הסינון שגיבש ה"אטורני ג'נרל" קובע כי לא יחוה דעה על עניין התלוי ועומד בפני בית המשפט, או העשוי להיות מובא בפני בית המשפט, וזאת מן הטעם הבא:

"OLC will not generally write an opinion about a matter in litigation because it is recognized that an argument asserted in litigation does not have to meet the same standard as one that forms the basis of an OLC opinion. Writing on matters in litigation would thus frequently force OLC to the unwelcome choice of abandoning its reputation for scrupulousness or clashing with the Department of Justice's litigating divisions"<sup>53</sup>

ובדומה לכך:

"The litigating divisions will often defend an agency action even if OLC would have advised against the action. Conversely, OLC does not give legal advice based on the notion that the law allows agencies to do anything that the Justice Department's litigators would be willing to defend in court"<sup>54</sup>.

ממילא אין ה"אטורני ג'נרל" כופה את עמדתו "הייעוצית", דרך שגרה, באמצעות שליטתו על סמכות הייצוג.

קיצורו של דבר: אין דין אחד לייעוץ ולייצוג. מותר ונכון להציג בבית המשפט טענות שלא היו מוצגות בחוות דעת; כשם שמותר בחוות דעת לדחות טענות שהיו מוצגות בהליך שיפוטי. מצד אחד על היועץ לחוות דעה מעין שיפוטית כפי הבנתו; ומצד שני עליו להגן בבית המשפט גם על עמדה שהיה דוחה אילו ישב לדין בעצמו.

"כלל סינון" כאמור לעיל אינו מתאים כפי הנראה לישראל, משום שאצלנו קשה יותר להפריד בין ייעוץ לייצוג או לצמצם את החיכוך ביניהם. בניגוד לארצות-הברית, אין אצלנו הפרדה מבנית של

<sup>52</sup> ראו למשל, דברי י" זמיר, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, לעיל הערה 22: "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה", שם, בעמ' 451.  
<sup>53</sup> McGinnis, *supra* note 19, at p. 426.  
<sup>54</sup> Lund, *supra* note 16, at p. 491.

ממש בין יחידות ייעוץ וייצוג; וגם אין זה מתקבל על הדעת, נוכח דלתו הפתוחה לרווחה של בג"צ, כי ישלל מן הרשות ייעוץ משפטי בכל עניין המשמש כבר או עשוי לשמש בעתיד נושא לעתירה. דווקא משום כך נדרשת זהירות מיוחדת מלאחד את תחומי הייעוץ והייצוג לכדי מכלול אחד, "אגרסיבי", הכופה על הרשות עמדה משפטית מכוח איום (מפורש או מרומז) על שימוש או אי-שימוש בסמכות הייצוג.

לבסוף – הבחנה מודעת בין ייעוץ לפני מעשה לבין ייצוג לאחר מעשה עשויה לתרום ליתר זהירות במתן חוות דעת משפטית מקום שלא נתבקשה או טרם נתבקשה על ידי הרשות; שכן חוות דעת משלב הייעוץ (המעין שיפוטי), ובפרט כזאת המתפרסמת ברבים, עשויה לכבול את ידי היועץ לאחר זמן, כאשר מוטל עליו להגן על הממשלה בשלב הייצוג (האדברסרי). הדברים אף מתקשרים, לדעתנו, עם שאלת השתתפותו של היועץ המשפטי בישיבות הממשלה. השתתפות היועץ בישיבות אלה דרך קבע – בניגוד לנוהג שהיה קיים בעבר – מחזק את הנטייה לראותו כמי שתפקידו להשמיע את דעתו המעין שיפוטית, גם מבלי שנתבקש, כל אימת שמתעוררת שאלה שניתן להצביע בה על היבט משפטי<sup>55</sup>.

#### 4. עמדה מקצועית שמוטב לשמוע

דיון במונחי זכויות וחובות משכיח לעיתים אמיתות בסיסיות שמקומן מחוץ לעולם המשפט. אחת מאלה היא שעצה טובה כדאי בדרך כלל לאמץ, ומי שמתעלם מעצה טובה עלול לשלם על כך מחיר. כך או אחרת הבחירה היא בידי מקבל העצה. הסוד הוא לדעת מתי עצה היא טובה ומתי איננה; ולכן מוכנים אנשים לשלם כסף רב כדי לקבל חוות דעת ממי שקנו לעצמם שם של יועצים טובים. הנה כי כן, חוות דעת משפטית טובה שואבת כוח בראש ובראשונה מכך שכדאי לשמוע לה. הן רשויות והן אנשים עלולים להסתבך בצרה אם יפעלו ללא ליווי משפטי כלל, או אם יתעלמו מחוות דעת שנתן להם גורם שאין עוררין על סמכותו המקצועית. לא רק לפרטים אלא גם לרשויות במדינה דמוקרטית, חריגה מן החוק היא לעיתים צרה צרורה.

המחשה טובה לענייננו היא ה"אטורני ג'נרל" הקנדי. קנדה הפכה כידוע למקור השוואה חשוב במשפטנו בעקבות "המהפכה החוקתית", אשר ינקה הרבה מן הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (Canadian Charter of Rights and Freedoms). לענייננו, די לומר בקצרה כי הצ'רטר השפיע באופן מכריע על הליך קבלת ההחלטות הפוליטי בקנדה, וחיצק באופן דרמטי את מעמדם, את כוחם ואת אחריותם של ה"אטורני ג'נרל" הקנדי והמערכת המשפטית הסרה למרותו<sup>56</sup>. היקף ההתדיינות החוקתית, לאור הצ'רטר, גדל עשרות מונים<sup>57</sup>. הממשלות מצידן (בפדרציה הקנדית

<sup>55</sup> לסוגיית ההשתתפות בישיבות הממשלה פנים לכאן ולכאן, ולא נוכל כאן להרחיב. נציין רק כי ועדת שמגר המליצה להפסיק את הנוהג הקיים בו היועץ משתתף בכל ישיבות הממשלה, ולהזמין רק לאותן ישיבות בהן נראה מראש כי השתתפותו תהיה דרושה.

<sup>56</sup> ראו למשל:

P. Monahan & M. Finkelstein "The Charter of Rights and Public Policy in Canada" 30 *Osgoode Hall L. J.* (1992) 501; M. Dawson "The Impact of the Charter on the Public Policy Process and the Department of Justice" 30 *Osgoode Hall L. J.* (1992) 595; I.G. Scott "The Role of the Attorney General and the Charter of Rights" 29 *Criminal L. Quarterly* (1986-1987) 187; G. Huscroft "The Attorney General and Charter Challenges to Legislation: Advocate or Adjudicator?" 5 *National J. of Const. L.* (1995) 125.

<sup>57</sup> נציין כהמחשה את עדות ה"אטורני ג'נרל" של מחוז אונטריו:

ובפרובינציות) למדו את השפעת הצירטר בדרך הקשה, לאחר שבתחילה התעלמו ממנו כאילו עולם כמנהגו נוהג. השינוי בגישתן בא לאחר שנחלו כמה מפלות צורבות בבית המשפט, מדיניות שעייגו בחקיקה הוכרזה בלתי חוקתית, והן אולצו להיערך בחיפזון למציאות חדשה שנכפתה עליהן. לא אחת חייב הדבר היערכות תקציבית יקרה ובלתי מתוכננת מראש. סופם של דברים שממשלות קנדיות הקימו "מערכות התראה מוקדמות" כדי לנטרל קשיים חוקתיים. הניסיון הכואב הוכיח להן עד מהרה את חשיבות שיתוף הפעולה עם המשפטנים, החל בשלבים המוקדמים ביותר של קבלת החלטות וגיבוש מדיניות חדשה.

בארצות-הברית, חלק ניכר מכוחו של ה"אטורני ג'נרל" נובע מיוקרתם הרבה של גופי הייעוץ והייצוג הכפופים לו. במיוחד בולטת סמכותו המקצועית של ה"סוליסטור ג'נרל" (המופקד על תחום הייצוג), הנהנה מהצלחה מרשימה ביותר כליטיגטור מטעם הממשל הפדראלי<sup>58</sup>. הצלחת ה"סוליסטור ג'נרל" הפכה את סמכותו המקצועית לאבן שואבת, חשובה לא פחות ואולי אף יותר מאשר סמכותו החוקית-שלטונית. מטעם זה, גם רשויות שהחוק מסמיך לייצג את עצמן מעדיפות להסתייע בו ולשתף עמו פעולה, על אף שאינן כפופות לסמכות הייצוג שלו<sup>59</sup>. כיוצא בזה, איש אינו רוצה לראות את ה"סוליסטור ג'נרל" מופיע נגדו בתור "ידיד בית המשפט" (*amicus curiae*); וגורמים רבים פונים אליו על מנת לנסות ולשכנעו להתייצב מטעמם ולטובתם.

הצלחה מקצועית זו נשענת בין היתר על האמון הרב לו זוכה ה"סוליסטור ג'נרל" בבית המשפט. הפרזה בעמדות משפטיות לא אחראיות או בלתי סבירות, מכוח תכתיבים פוליטיים גרידא, תפגע בסופו של דבר באמון זה. אובדן האמון יחליש כמובן את כוחו של ה"סוליסטור ג'נרל" בבית המשפט, ובסופו של דבר ייצא בהפסדם של "הפוליטיקאים" שדחקו בו יותר מדי<sup>60</sup>. כך בארצות-הברית וכך כמובן גם אצלנו – והכול שאלה של תבונה ושיקול דעת המופעלים במשותף על ידי פוליטיקאים ומשפטנים.

יש כמובן סיבות נוספות להתייעצות משפטית. הנה דוגמה משעשעת במקצת:

"Presidents ignore legal advice at their own risk. President Nixon, for example, was publicly embarrassed when he announced a policy change without consulting his attorneys in the Justice Department. Wanting to Demonstrate his seriousness about cutting the budget, Nixon informed Congress that he had

---

"Four years ago we received fourteen notices in one year that the constitutionality of a statute would be challenged; last year we received well in excess of seven hundred" – I. G. Scott, "Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980's" 39 *University of Toronto L. J.* (1989) 109, 124.

R. M. Salokar "Politics, Law and the Office of the Solicitor General", Clayton, *supra* note 8, at p. 59; <sup>58</sup>

R.M. Salokar *The Solicitor General: The Politics of Law* (Philadelphia, 1995) 3-5, 22-32

N. Devins "Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency <sup>59</sup>

Litigation" 82 *Cal. L. Rev.* (1994) 255, 311

<sup>60</sup> ראו למשל, את דברי ה"אטורני ג'נרל": "Bar, *supra* note 24 24 :

[T]he President has a responsibility to his office to advance responsible positions of law... ultimately, if you attempt to push too hard – even as a matter of litigation risks – and take legal positions that clearly will not be sustained, or that are not responsible and reasonable legal positions and lose, we ultimately weaken the office of the President", *ibid*, at pp. 35-36.

abolished the U.S. Board of Tea Tasters. Unfortunately, the abolition order had not been cleared through the Office of Legal Counsel. One Justice Department attorney explains: 'We sent back an opinion that you cannot eliminate the Board of Tea Tasters because it was created by statute. This made the President look silly... This is trivial but typical of what happens when advice is not solicited'<sup>61</sup>.

מעבר לכל אלה – מובן מאליו שעל כל הממשלה לשלם מחיר פוליטי וציבורי על חריגה מן הדין; וביתר שאת אם הדבר מגיע לדין שיפוטי ובית המשפט מותח עליה ביקורת. לא אחת זהו מחיר של ממש, גם אם אינו כבד מנשוא עבור ממשלה יציבה. התעלמות מעמדה משפטית מוסמכת עלולה גם להטיל אחריות אישית על נושאי משרה, ובכלל זה בפלילים. אף זה שיקול שאין להמעיט בו. לבסוף, המדינה ונציגיה נושאים כמובן באחריות משפטית (ומדינית) בינלאומית, ההולכת ומתעצמת בעידן הנוכחי של גלובליזציה ומשפט בינלאומי. התעלמות בוטה מחוות דעת משפטית עלולה אפוא להקשות על רשויות ונושאי משרה לא רק מבית, אלא גם כלפי חוץ.

סיכומם של הדברים בפרק זה:

עובדה היא כי בדרך כלל פועלת הרשות בהתאם לעמדתו המשפטית של היועץ המשפטי, ואף רואה לעצמה חובה לעשות כן. תמונת מציאות זו נובעת בחלקה מסמכותו המקצועית של היועץ ומיוקרתו האישית; בחלקה מחששה של הרשות שמא תינזק בזירה המשפטית והציבורית אם לא תשעה לו; בחלקה ממעמדו הבכיר של היועץ בהיררכיה המנהלית; בחלקה מן העובדה שבדרך כלל אין בפני הרשות אלא עמדה אחת שהיא עמדתו; בחלקה מן ההכרה בצורך לשמור על "הסדר הטוב במדינה"; בחלקה, כלפי דרגים נמוכים יותר, מן הגיבוי שהיועץ המשפטי זוכה לו מן הממשלה; ובחלקה מן "האיום" שמא תימצא הרשות בבית המשפט ללא ייצוג אפקטיבי או ללא ייצוג כלל.

כל אלה יוצרים תמונה מורכבת, העושה את עמדת היועץ בשאלה משפטית לשאלה הנהנית בדרך כלל ממשקל מכריע ומכוח מעין מחייב בחיי המעשה. אבל זהו לוח פסיפס ולא לוח בטון. התמונה אינה חדה וחלקה. היא מצטיירת יותר במישור המנהלי, הפרקטי והנורמטיבי מאשר במישור המשפטי הצרוף. ובזאת היא מתרחקת מגישתו של בית המשפט העליון – ומתקרבת, לפי הבנתנו, אל גישתן של ועדת אגרנט וועדת שמגר אחריה.

### ג. גישת העמדה המחייבת בראי המשפט והדמוקרטיה

" יש שגם דברים פשוטים וברורים מצד עצמם נעשים קשים ומסובכים בדרך מלאכותית, מתוך שנמצאו גואלים להם, שהשתדלו 'לבארם ולבררם' יתר הרבה מכפי הצורך, עד שנעלם המושג הפשוט בין המון הסברות הדקות שהעמיסו עליו... וכל מקום שאתה מוצא

<sup>61</sup> Baker, *supra* note 8, at p 6

בני אדם ממשמשים יותר מדי באיזו אורגניזציה והולכים ומתקנים בה תיקון אחר תיקון – סימן הוא, שעצם הרעיון המונח ביסוד האורגניזציה עדיין אינו ברור כראוי<sup>62</sup>.

גישת העמדה המחייבת אינה נטועה כמובן בחלל ריק. היא משקפת התפתחות נמשכת בדמותו של היועץ בעיני הדין, בתדמיתו הציבורית ובדרך בה הוא עצמו תופס את תפקידו. היא פועלת כמעין תחנת ממסר, המשקפת מגמות קיימות ואז שבה ומעצימה אותן.

מלכתחילה, גרעין תפקידו של היועץ המשפטי הוא **לסייע** לממשלה במילוי תפקידיה ולהשמיע את קולה בערכאות השיפוט. זה העיקר, והיתר טפל לעיקר ונובע ממנו. אולם תיאור זה נשמע היום כמעט אנכרוניסטי. מזה שנים, במידה גוברת והולכת, רואים את היועץ כמי שעיקר תפקידו **להצר** את צעדי הממשלה שמא תעבור על החוק. מתחזקת ומעמיקה הגישה הרואה אותו כמשרת הציבור **ולא** כמשרת הממשלה. הוא נתפס לפיכך כמי שעיקר מעייניו אינו לסייע לממשלה "מבפנים" אלא לפקח עליה "מבחוץ". יותר מאשר מבקשים את עצתו, נדרשים לאישורו. מכאן קצרה הדרך להקנות ליועץ הילה ומאפיינים שיפוטיים. מציבים אותו לפיכך לצד בית המשפט העליון בחזית המאבק על "שלטון החוק", או על קו הגנה ראשון הממוקם לפני בית המשפט עצמו. טרמינולוגיה זו יוצרת כמובן אווירה של עימות, ומטבעו של עימות שיהיו בו שני מחנות: מצד זה "הפוליטיקאים", ומצד זה מגני שלטון החוק העומדים עליהם לרסנם. שדה המערכה נפרס בהדרגה לעיני הציבור. את ערפל הקרב מפזרים אמצעי התקשורת, שמטבעם לצייר את המציאות בצבעים חדים, להדגיש קווי מחלוקת ולגבש קואליציות מאבק. טיפין טיפין מתמזגים התדמית והמציאות ונמהלים יחד בתודעת הציבור, במחשבה המשפטית וברבות הימים גם בתפיסתם העצמית של העושים במלאכה.

אנו מבקשים לעמוד להלן על גישת העמדה המחייבת לאור כמה עקרונות של משפט ודמוקרטיה, ולבחון שמא הלכה רחוק מדי והשאירה את חלקם מאחור. במידה רבה, עצם החלוקה לעקרונות נפרדים היא מלאכותית; שכן כולם שזורים זה בזה ומצטרפים יחד למה שכינה השופט הולמס: a seamless web, היינו יריעה אחת שחובה לה יחדיו. רוצה לומר: הבסיס לכל השקפתנו הוא אחד. הפיצול לנושאי משנה נועד בעיקר לנוחות הדיון והמחשבה, בידיעה שחלק מן הדברים יראה כחזרה על אותם הרעיונות מנקודת מבט שונה.

## 1. שלטון החוק

"אל תהי צדיק הרבה"<sup>63</sup>.

"Except for 'fairness' and its cognates, the phrase 'rule of law' may be the most abused term in modern legal writing, for it is too often employed as a low-cost substitute for a reasoned elaboration of the grounds of a controversial opinion"<sup>64</sup>

<sup>62</sup> אחד העם (אשר גינצברג) "תחיית הרוח" כל כתבי אחד העם (תשכ"ה) קעג, קפו.

<sup>63</sup> קהלת, ז, טז.

<sup>64</sup> Lund, *supra* note 16, at p. 438, note 4

ביסודו של דבר, פגיעה בשלטון החוק היא התכחשות או התנכרות לעליונות החוק. כך הדבר אם רשות שלטונית מזלזלת בחוק או בהוראה שיפוטית מפורשת, מסרבת לפעול לפי חוק, או מצהירה כי על החוק לסגת בעניין מסוים מפני שיקולים "חשובים יותר". כך גם אם רשות שלטונית חורגת באופן שיטתי מסמכויותיה, או מתיימרת ליטול לעצמה סמכויות שהחוק אינו מעניק לה. יחד עם זאת, תיתכן כמובן מחלוקת כנה ומועילה בשאלה מהו החוק ומה הוא דורש. במחלוקת כזאת מכריעה לעת הצורך ערכאה שיפוטית, מבלי שעצם קיומה של המחלוקת יעיד על כך שאחד הצדדים מבקש לפגוע בשלטון החוק. לא כל מעשה שיש בו חריגה מן החוק, כפי שקובע בדיעבד בית המשפט, עולה כדי פגיעה בשלטון החוק.

**מצער** הדבר כי שלטון החוק הפך קרדום לחפור בו, וערכו נשחק קשות בשל שימוש מוגזם ולא מבוקר. האזהרות המוגזמות בנושא זה שקולות לצעקה "זאב זאב" באגדה המפורסמת. כמו באגדה, סופם של דברים להביא לידי זילות ושחיקה: הציבור רואה ושומע כל שני וחמישי כי בכל דבר ועניין, חשוב או בלתי חשוב, יש "פגיעה בשלטון החוק". ואז כאשר באמת יש על מה לצעוק – איש אינו שומע ואיש אינו מבחין. ואולי חמור מזה: על רקע הבהלה להגן על שלטון החוק מכל סכנה, אמתית או מדומה, אין זה מפליא שהמטרה החלה לקדש את האמצעים.

שלטון החוק קובע בראש ובראשונה כי אסור לרשות לפעול מחוץ למסגרת סמכויותיה, וכי מותר לה רק מה שהחוק מתיר לה. אולם בהמולת המאבק בין טובים לרעים נשכחה מעט העובדה שהיועץ המשפטי אף הוא רשות מנהלית, ובדומה לכל עמיתיו אין לו אלא הסמכויות שהחוק מעניק לו. והנה, הגם שסמכויות היועץ מעוגנות בקרוב למאתיים (!) הוראות חוק שונות<sup>65</sup> – אין הוראת חוק המניחה בסיס לתפקיד הייעוץ או משרטטת בצורה כלשהי את גבולותיו. אין כל הוראה המסמיכה את היועץ לתת חוות דעת משפטית בכלל, קל וחומר חוות דעת מחייבת. היועץ המשפטי פועל אפוא בתחום הייעוץ בתפקיד מעין שיפוטי אך לא סטטוטורי; והוא עושה את מלאכת הייעוץ כדן יחיד, שלא בפומבי, בהיעדר פרוצדורה קבועה או כלים אדברסריים של דיון, ובלא שיש על החלטתו לא השגה ולא ערעור. ראינו גם כי אינו חייב להמתין שיפנו אליו. בניגוד מוחלט לבית המשפט שאליו הוא מידמה לעיתים, הרי היועץ רשאי – ויש אומרים חייב – לנקוט יזמה ולכפות את עמדתו כל אימת שמתגלה לפי דעתו חריגה מן הדין.<sup>66</sup>

היעדר עוגן סטטוטורי בתחום הייעוץ הוא נסבל, אם גם לא רצוי, כל עוד ייעוץ הוא לאמיתו של דבר תפקיד ולא סמכות. אדם המייעץ לחברו מסייע לו אך אינו נכנס בנעליו. ייעוץ לשלטון יש בו כוח של השפעה, אך אין בו כוח שלטוני. ייעוץ גרידא אינו שלטון ואינו סמכות שלטונית, כל עוד הסמכות והאחריות נותרים בידי הרשות עצמה. משום כך יכולה הרשות למנות לעצמה יועצים

<sup>65</sup> לרשימת החוקים בהם מפורטות סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ראו, דו"ח ועדת שמגר, לעיל הערה 1, נספח ה, בע' 111.

<sup>66</sup> ראו למשל, דברי י" זמיר, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, לעיל הערה 22, "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה", שם, בע' 451. ובהמשך: "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה", שם, בע' 451. ובהמשך: "היועץ המשפטי בשירות הציבורי מופקד על קו ההגנה הראשון של שלטון החוק. עליו להקל, ככל שיוכל, את הלחץ על קו ההגנה השני, הלא הוא בית-המשפט... אין הוא רשאי להמתין עד שעצתו תתבקש, אם בכלל. עליו להתעניין במתרחש ובצפוי בשירות הציבורי, וליזום מעורבות כאשר נראה כי הרשות עשויה לסטות מן הכללים או העקרונות המחייבים אותה. אין הוא רשאי להסתפק בעצה נכונה וטובה. אם יש צורך בכך, עליו להפעיל את הכלים שניתנו לו כדי להשפיע, לרסן ולהרתיע מפני מעשה שיסתור כללים ועקרונות אלה. הוא הוצב בעמדה בה ניתנה לו האפשרות להטביע חותם על אורחות השלטון, כדי שיהיה שלטון הוגן יותר, ועל איכות החברה, שתהיה חברה נאורה יותר. אסור לו להפקיר עמדה זו. אין מי שימלא את מקומו", שם, בע' 454-455; ראו עוד, י" זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411.

ככל שתתרחש, אך אסור לה למסור לידי אחר סמכות ואחריות שהחוק הפקיד בידיה. בעיני הדין, "יועץ משפטי" יעול ליעץ כמו כל יועץ אחר – גם מחוץ לתחום המשפטי – כל עוד הוא פועל תחת מטריית הסמכות והאחריות של הרשות. היועץ עצמו אינו "רשות מוסמכת" במצב זה, ובעיני הדין הוא אינו עושה את מלאכתו שלו כי אם משתתף בעשיית מלאכתה של הרשות אשר לה הוא מייעץ. שונה הדבר משעה שהפנייה אל היועץ היא בגדר "נעשה ונשמע"; ואף ביתר שאת משעה שהיועץ רשאי "לייעץ" מיוזמתו, באופן מחייב, לכל גוף שלטוני ובכל עניין שייראה לו כמצדיק את התערבותו. אם אמנם זהו הדין, אזי אין לפנינו תפקיד אלא סמכות של ממש.

ראינו לעיל את הגבולות הסטטוטוריים, צנועים אך ברורים, התוחמים את סמכות הייעוץ של ה"אטורני ג'נרל" האמריקני. ב-1818, כשלושים שנה לאחר ה-Judiciary Act, פנה פקיד באחת ממחלקות הממשל אל ה"אטורני ג'נרל" וירט (Wirt) בבקשה לחוות דעת. וירט סירב בנימוק שהחוק מסמיכות לחוות דעה רק לבקשת הנשיא או אחד מראשי המחלקות; והוסיף בזו הלשון:

"I should consider myself as transcending the limits of my commission in a very unjustifiable manner, in attempting to attach the weight of my *office* to any opinion not authorized by the law which prescribes my duties"<sup>67</sup>

שנתיים מאוחר יותר סירב וירט לבקשה שהעביר אליו הקונגרס, מאותו הטעם שלעיל:

"The Attorney General is sworn to discharge the duties of his office according to law. To be instrumental in enlarging the sphere of his official duties beyond that which is prescribed by law, would, in my opinion, be a violation of this oath... believing, as I do, that in a government purely of laws it would be incalculably dangerous to permit an officer to act, under color of his office, beyond the pale of the law, I trust I shall be excused from making any official report"<sup>68</sup>

עמדתו של וירט הפכה כמדומה לכלל בר-קיימא. ב-1892 הסביר ה"אטורני ג'נרל":

The civil Service Commission is not included within any of the great Departments of Government... Until the Commission shall request the President, to whom they are directly responsible, to present the question of law arising in the discharge of their duties to the Attorney General, he is not called upon to give, and should not under the law give, his opinion"<sup>69</sup>.

ובימינו העיד על עצמו ה"אטורני ג'נרל", Bar:

<sup>67</sup> Lessing, *supra* note 19, at pp. 188-189

<sup>68</sup> *Ibid*, *ibid*.

<sup>69</sup> D.W. Kemic "OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive" 15 *Cardozo L. Rev.* (1993) 337, 367 note 137



As head of the office of legal Counsel, I was often asked by members of Congress for legal advice. I would refuse: it is not the responsibility of the Attorney General's office to give legal advice to Congress, which has its own counsel. They would protest, but the statute dictates that the Attorney General is to give advice when asked by the president"<sup>70</sup>.

לענייננו, השאלה מי רשאי להפנות אל ה"אטורני ג'נרל" חשובה פחות מעצם ההקפדה על גבולות סמכות הייעוץ כפי שנקבעו בחוק. הקפדה זו האירה את דרכם של "אטורניס ג'נרל" אמריקנים, אשר שבו והבהירו כי אינם מוסמכים לעשות אלא מה שהחוק מתיר במפורש. בישראל, כפי שראינו, אין החוק מכיר בסמכות ייעוץ כלל, וממילא אין הוא מציב גבולות לסמכות בלתי קיימת<sup>71</sup>.

הנה כי כן, גישת העמדה המחייבת נראית כבלתי מתיישבת עם שלטון החוק. בעבר ניתן היה לומר כי ייעוץ גרידא אינו בגדר סמכות, שכן ההכרעה והאחריות הן בידי מקבל העצה ולא בידי הנותן. ניתן היה לדחוק לקרן זוית את השאלה אם היועץ רשאי או אינו רשאי לתת חוות דעת מיוזמתו, בלא שנתבקש; ואף ניתן היה להשלים עם היעדר כל הגדרה פונקציונאלית בעלת משמעות לתחום "המשפטי". אמנם גם מצב זה היה בלתי הולם, שהרי כל מעשי היועץ – אפילו "תפקידים" להבדיל מ"סמכויות" – מן הראוי שיעשו מכוח החוק שעל שלטונו הוא מופקד. אולם הדין נעשה פלסטר אם עמדתו "המשפטית" של היועץ אינה עוד עצה כי אם הנחיה או הוראה אשר חובה ליישם. הוראה מחייבת אינה אלא ביטוי להפעלת סמכות, וסמכות מנהלית מן הדין ומן הראוי שתעוגן בחוק מפורש<sup>72</sup>.

## 2. כוח שלטוני וריסון עצמי

גישת העמדה המחייבת נועדה "לחזק" את היועץ ולתת בידו כוח שלטוני נוסף במאבק על ערכי החוק והמשפט. אך היא באה על רקע טענה ותיקה ולפיה היועץ המשפטי מרכז בידיו כבר היום כוח רב מדי, מבי שיהיה אחראי בפני הציבור.

<sup>70</sup> Bar, *supra* note 24, at p 32

<sup>71</sup> מצב זה אינו רצוי, והוא מותיר ללא מענה שאלות רבות וחשובות. אין כמדומה תשובה לשאלה מי רשאי לפנות אל היועץ, ובאילו עניינים, בבקשה לקבל את חוות דעתו הרשמית. למעט הצורך להגדיר את השאלה הנשאלת כ"משפטית", אין למיטב ידיעתנו מגבלה של ממש על מקור השאלות או על היקפן; ואין גם פרוצדורה המסדירה את הדרך בה יש לפנות אל היועץ. לדעתנו, מן הראוי לבחון אם אין מקום להגביל את יכולתם של גורמים שונים לרתום את היועץ לעגלתם, בין בתום לב ובין במטרה לקבל "גושפנקה" להחלטה קיימת. האם ניתן תמיד לגייס את כל כובד משרתו ויוקרתו המקצועית של היועץ כדי "להשיג" חוות דעת, ובפרט אם זו נתפסה כעמדה מחייבת המורה לרשות כיצד תפעל? האם מעיקרא מוסמך היועץ, כנושא משרה שלטונית, להשיב לכל שאלה שעשויים להפנות אליו, ואפילו היא נראית בעיניו חשובה וראויה למענה? זאת ועוד: האם אין להטיל על חלק מן הפונים מחיר, כגון החובה להכין חוות דעת משלהם בטרם יפנו אל היועץ בבקשה פורמאלית לחוות דעת? האם אין טעם, ולו מן ההיבט המנהלי-ארגוני גרידא, להגביל את היקף הפניות אל היועץ ולקבוע סדרי עדיפויות שיקלו את עומס העבודה המוטל עליו ועל צוותו? <sup>72</sup> קושי דומה מעורר המסמך החדש והמעין פורמאלי המכונה "דו"ח ציבורי": החלטתו הפומבית והמנומקת של היועץ המשפטי לממשלה על דבר אי-הגשת כתב אישום כנגד אנשי ציבור בכירים. לדעתנו, שאלה של ממש היא אם זכותו (וחובתו) של היועץ לנמק החלטה בדבר אי-העמדה לדין פירושה היתר ללא סייג לצטט בהרחבה מחומר החקירה, לקבוע ממצאים עובדתיים, להתוות נורמות ציבוריות ולהביע דעה על הסטייה מהן; והכול בהיעדר הליך אדברסרי או אפשרות מובנית של השגה או ערעור.

לטענה ותיקה זו פנים לכאן ולכאן. מצד אחד חשוב עד מאוד לשמר בידי היועץ "שיניים" חדות די הצורך. מצד שני יש להישמר תמיד מפני ריכוז מוגזם של כוח שלטוני, בייחוד בידי גורם לא נבחר. מצד שלישי – לעולם יש לזכור כי קצת יותר כוח עלול להיות הקש האחרון על גב הגמל. כוח מוגזם עלול להמאיס עצמו על הכפופים לו, ו"קצת יותר" עלול להסתיים ב"הרבה פחות".

כך או אחרת – אחת מגלולות ההרגעה נגד כוח מוגזם היא "ריסון עצמי". הווה אומר: היועץ יהיה מאופק ומרוסן בהפעלת כוחו. כמו תכונות אחרות של המשרה, גם תכונה זו לקוחה מעולם המושגים השיפוטי, והנימה המובלעת בה היא מותר היועץ בעל המזג השיפוטי המאופק מן הפוליטיקה היצרית וחסרת האחריות.

ריסון עצמי הוא מידה טובה בהפעלת כוח שלטוני, אבל אינו תחליף לקיומה של סמכות מוגדרת המגבילה את בעליה. כך ברשות השופטת וכך גם ברשות המבצעת. על אף שהרטוריקה המשפטית והשיפוטית נוטה להשתבח בריסון עצמי, טעות היא לחשוב כי ההגבלה העיקרית על בתי משפט נובעת מן הריסון שהם גוזרים על עצמם. לאמיתו של דבר, ריסון עצמי הוא בשוליים. העיקר הוא תמיד החוק – ולצדו התקדים, המסורת המשפטית ומכלול של "גורמים סביבתיים". הוא הדין ברשות המבצעת. ריסון עצמי נדרש מכל נושא משרה שלטונית, אבל אין רבותא בריסון עצמי שאין מאחוריו רסן משפטי.

מוטב לזכור ולהזכיר כי הרעיון הגדול של החוק הוא לקיים נורמה קבועה, אובייקטיבית וחיזונית לאנשים המיישמים אותה. ואילו איפוק וריסון, חשובים ככל שיהיו, הם תכונות אנוש. הם באים והולכים עם נושא המשרה, והסתמכות יתרה עליהם פירושה בסופו של דבר העברת הדגש משלטון החוק לשלטון אנשים. כיוצא בזה, גם בהפעלת סמכות מוגדרת אין להגזים בערכו של ריסון עצמי. סמכות נועדה בדרך כלל על מנת שישתמשו בה. אם סמכות פלונית היא רחבה מדי מעצם טיבה, הפתרון הוא בדרך כלל לצמצם את היקפה ולא לסמוך על כך שיהיה ריסון בהפעלתה.

בשעתו היו אומרים כי בישראל אין מצפים לנסים, אלא **מביאים אותם בחשבון**. את האירוניה הביקורתית באמירה זו אפשר להעתיק גם אל הסוגיה שבפנינו. רוצה לומר: אפשר לצפות ולקוות כי נושאי משרה שלטונית יגלו מידה מתאימה של ריסון. אבל אין זה מתקבל על הדעת לעצב את הדין על יסוד ההנחה שריסון עצמי ישלים את מה שהדין מחסיר. לא לעולם חוסן. הכוח עלול להשחית בכל משרה שלטונית, תהא אשר תהא המשרה ויהיו אשר יהיו הערכים "הראויים" שאותם היא מנסה לקדם.

לבסוף לא למותר להעיר כי "ריסון עצמי", לפחות בחלק מהקשריו, הוא תרגום קלוקל למושג deference, הנטוע בדרך כלל במערכת היחסים שבין הרשות השופטת לשתי הרשויות האחרות. לאמיתו של דבר, פירושו של deference הוא לא איפוק ולא ריסון, אלא כניעה מתוך כבוד לדעתו או לרצונו של אחר. הוא מעיד על הזיקה בין שני גורמים, ולא על התנהגותו של גורם אחד עם עצמו. בענייננו, הדגש אינו על הריסון שהיועץ נוהג כלפי עצמו, אלא על הכבוד שהוא חייב לרשות ולהחלטותיה, ואשר הרשות רשאית לצפות לו כל עוד היא מנסה לפעול במסגרת החוק. לא

במקרה נשחקה אצלנו משמעות זו טיפין טיפין, במקביל לעליית כוחם של המשפטנים ולירידת קרנן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת.

כך או אחרת, ודאי אין זה גילוי של deference למנוע מראש הממשלה (!) את עצם היכולת להשמיע את דעתו בבית המשפט באופן מכובד. גם אין זה deference, לפי הבנתנו, להכריז כי "דעותיהם האישיות של נבחרים או עובדי-ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוואנטיות"<sup>73</sup>; כאשר נבחרים ועובדי ציבור אלה הם לא אחת מי שעיצבו את המצב המשפטי הקיים ומי שישי בידם עיקר הכוח והאחריות לשנותו.

### 3. "שוק הרעיונות" והשיטה האדברסרית

גישת העמדה המחייבת רואה מעצם טיבה עמדה מחייבת **אחת**; והיא מובילה עד מהרה, כפי שראינו, למחשבה שדעות אחרות הן בלתי רלוונטיות ואינן צריכות כלל להישמע. צעד אחד נוסף, ויהיה עלינו להבין כי דעה שאינה נשמעת ודאי אינה קיימת, ואם אינה קיימת ודאי "אינה עולה על הדעת". אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, ואין לדיון הציבורי או המשפטי אלא הטענות הנשמעות בו. פשוט ומובן מאליו.

משום כך, ריבוי דעות הוא יסוד מוסד לדמוקרטיה ולמשפט גם יחד. מכאן האמונה הדמוקרטית העמוקה בחופש הביטוי ובשוק רעיונות דינאמי, מתחדש תדיר, שבו כל הדעות נשמעות ומתחרות בחופשיות על לב השומעים. מכאן הבסיס להליך משפטי אדברסרי, המבוסס על מאבק דינאמי בין עמדות שונות ומנוגדות. מכאן התזה והאנטי תזה המובילות יחדיו לסירתה. קיצורו של דבר: המשפט והדמוקרטיה רואים פלורליזם רעיוני לא רק כמטרה ליבראלית המבטיחה חופש ואוטונומיה ליחיד; אלא גם כאמצעי הטוב ביותר לליבון מחלוקות ולמציאת פתרונות עבור הכלל. שניהם מאמצים מונופול של הכרעה "כתוקפה בכל עת נתונה"<sup>74</sup>; ובה בעת סולדים מכל צורה של מונופול על האמת.

בשאיפה להבטיח דעות שונות, נראה כי השיטה האדברסרית מרחיקת לכת אף יותר מן השיטה הדמוקרטית. הדמוקרטיה מסתפקת בכך שישמר החופש לבטא דעות קיימות. אין תפקידה לייצר דעות מקום שאינן, אלא היא מניחה כי תמצאנה בדרך כלל הדעות המנוגדות שתתגוששנה זו מול זו. הנחה זו מתגלה לא פעם כתמימה ושגויה, כאשר היא מובילה חברות דמוקרטיות להתנמנם בחיקן של אמיתות מקובלות ולהיקלע לאובדן כושר הייצור של רעיונות חדשים. זהו הקיפאון המחשבתי העמוק – יהא שמו "קונסנסוס" או "קונצפציה" – המתגלה לא פעם כתופעה הרת-אסון בחברות המתגאות בדרך כלל בדיון ציבורי פתוח וערני.

<sup>73</sup> עניין **סיעת מרץ, לעיל** הערה 4, הטקסט המתייחס לעיל, בהערת שוליים 25.

<sup>74</sup> פרפראזה על דברי השופט שמגר (כתוארו אז), בבג"צ 308/81 **פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד לה(4) 118 (להלן: עניין **פלאטו שרון**): "ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה", **שם**, בע' 141.

לעומת ההליך הדמוקרטי, הליך שיפוטי אדברסרי מסרב להשלים עם סכנה של "קונסנסוס". בניגוד לדמוקרטיה, השיטה האדברסרית מתייחסת להתמודדות רעיונית באופן אקטיבי. אין די לה לאפשר ביטוי לדעות נוגדות אם תהיינה כאלה, אלא תפקידה להבטיח שדעות נוגדות אכן תהיינה. היא מעדיפה להסתמך על באי-כוח; אבל במקום "להתעניין" בדעתם האישית היא מנהלת "משחק תפקידים" מתוכנן.<sup>75</sup>

כל צד יודע מראש מה תפקידו ומה פחות או יותר מצפים ממנו לומר; ולפחות שתי דעות מנוגדות תישמענה בקול רם בטרם תתקבל החלטה. יכולה האמת להראות חדה וברורה מלכתחילה, ובכל זאת אין "מאמינים" לה – אסור להאמין לה – בטרם נשמעה דעה שכנגד.<sup>76</sup>

אשר על כן, השיטה האדברסרית אינה פותחת את שעריה אלא בפני אנשים שיש ביניהם חילוקי דעות, ואשר עושים כמיטב יכולתם על מנת לנצח בהתמודדות. אין היא מוכנה לנהל משחק "מכור" בו אחד הצדדים מסכים מראש להפסיד, שכן התוצאה במשחק כזה פסולה וחסרת משמעות. היא מסרבת מראש להציע את שירותיה ולתת לגיטימציה שיפוטית לדעה זו או אחרת, בלא שהועמדה באופן אפקטיבי במבחן הדעה הנוגדת. על כן השקפה שאין לה כלל התנגדות עשויה להצליח בשוק הרעיונות הדמוקרטי – לטוב או לרע – אבל גושפנקא שיפוטית לא תינתן לה.<sup>77</sup>

הרשות השופטת, ובייחוד בית המשפט העליון, נוטלים כיום חלק פעיל בעיצוב דרכן של החברה והמדינה. דיון שיפוטי מתנהל לפעמים במקביל לדיון הציבורי, ולעיתים מהווה תחליף או משקל נגד לדיון הפוליטי בממשלה ובכנסת. בפועל, הכרעה שיפוטית מביאה לא אחת לתוצאה דומה לזו של חקיקה חדשה או החלטה שלטונית. רוצה לומר: לדיון השיפוטי כללים משלו, אבל ההקשר וגם התוצאה הם חלק ממנגנון ההכרעה הדמוקרטי – ולכן דרוש בו פלורליזם רעיוני ומחשבת, שהוא החוט המקשר בין כל המוסדות הדמוקרטיים המסדירים את ענייני הכלל.

<sup>75</sup> דומה שיתרונו הגדול של "משחק תפקידים" הוא בהקמת חיץ בין האדם עצמו, "האני", לבין התנהגותו ברגע מסוים או התפקיד שאותו הוא ממלא. פלוני המבקש לבחון בקול רם דעה העשויה להיראות תמוהה או מרגיזה יקדים ויבקש "לשחק את פרקליט השטן". בכך כמו ירחיק עצמו מדבריו וישמיעם מבלי שיחייבו אותו-עצמו, כאילו ציטט אדם אחר. ואף על פי כן הדעה נשמעת, ומשיצאה אל אוויר העולם אין לשומעים מנוס מלהתמודד עמה. יוזכר, בהקשר זה, כי הביטוי "פרקליט השטן" מקורו בהליך הקוננוציצה בכנסיה הקתולית, בו עמדו זה מול זה פרקליט השטן בתפקיד התובע (advocatus diaboli) ופרקליט האל בתפקיד הסניגור (advocatus dei). משחק תפקידים נועד אפוא למנוע זיהוי אישי עם דעה בלתי מקובלת – שתמיד קשה להשמיעה – ובד בבד לשמור על היכולת הקולקטיבית להעשיר את הדיון, לערער על תפיסות מאובנות ולהציע בזירות רעיונות חדשים. המחשה בולטת לחיוניותו של משחק התפקידים היא הליך משפטי אדברסרי. הליך כזה חייב להתנהל באופן חופשי, ללא מורא, ומבלי שהפרקליטים הטוענים יזוהו באופן אישי עם טענות מקוממות או בלתי פופולאריות שעליהם לטעון. לכן אין מבקשים מן הסניגור להאמין בחפות הנאשם, אלא רק לשחק תפקיד. אמונתו "הפרטית" אינה חשובה, אלא רק הדברים שהוא אומר במסגרת משחק התפקידים של המשפט. יתר על כן, הגם שקטיגור טוען לאשמה וסניגור לחפות, מניחים בדרך כלל שפרקליטים מוכשרים יוכלו להחליף ביניהם תפקידים ולמלא את שניהם בהצלחה. דווקא משום כך טמונה במשחק התפקידים האדברסרי אחת הערובות החשובות ביותר ליכולתו של המשפט – גם כדיסציפלינה (law) וגם כהליך (trial) – לבחון דברים מכמה זוויות, ולקיים אגב כך ביקורת על הסכמות מקובלות, על אמיתות "ברורות" ועל עמדות העשויות להיראות לרגע כסופיות או מוחלטות. הצגה פשוטה ומאלפת של הרעיון העמוק הטמון במשחק תפקידים – בהקשר לא משפטי, ראו, א' דה בונו (de Bono) **ששה כובעי השיבה** (תשנ"ו).

<sup>76</sup> כך מסביר גם, ג' ס' מיל, בחיבורו הקלאסי, **על החירות** (מהדורה ראשונה, תש"ו). מיל קובע במפורש כי: "יש לאמת תקווה רק במדה שיקומו פרקליטים לכל צד וצד שבה ולכל דעה שיש בה אך שמץ מן האמת, ואף לא פרקליטים סתם, אלא כאלה שיישמעו דבריהם בהקשבה", **שם**, פרק שני, בע' 90. מיד לאחר מכן הוא מסכם את צידוקי חופש הביטוי: ראשית, ייתכן שהדעה המושתקת נכונה; שנית, אף אם היא נכונה רק בחלקה, השמעתה תקדם את בירור האמת; ומכל מקום: אף אם הדעה המקובלת נכונה ומשקפת אמת שלמה, השתקת הדעה החולקת תביא לכך שתומכי הדעה המקובלת יחזיקו בה רק כמשפט קדום, ללא הבנת טעמיה. ובמצב כזה "תהיה סכנה שיאבד עצם מובנה של התורה האמורה, או שיתנוון כוחה, ושלא תהיה לה עוד השפעה חיונית על האופי ועל ההתנהגות", **שם**, פרק שני, בע' 90-91.

<sup>77</sup> על רקע זה, בין היתר, יש להבין את הקושי הגדול הטמון במוסד "עסקת הטיעון"; כמו גם את ההתנגדות לפרקטיקה של הרשעה על סמך הודאת נאשם בלבד. הגם שהליך אדברסרי אינו מונע קשיים בבירור האמת ואף אינו מבטיח התמודדות של ממש עם טענות הצדדים, הרי **היעדר** הליך אדברסרי יוצר חששות אמיתיים לשיבוש האמת ולעיוות דין.

האמור לעיל אינו מוגבל כמובן לתיאוריה. בפועל, סוגיות במשפט הציבורי הן בדרך כלל מורכבות ורבות-פנים. הן נוגעות לעיתים לחלקים גדולים בציבור או לציבור כולו. הן נידונות לא פעם לאור מושגים עמומים העשויים להכיל פרשנויות מגוונות, ובייחוד "בעידן החוקתי" הנמצא אצלנו בתחילת דרכו. חיוני הדבר שדיון שיפוטי, במסגרת הרחבה של קבלת הכרעות דמוקרטיות, ייעשה מתוך ניסיון מודע להרחיב את היריעה ככל האפשר. מירב הקולות צריכים להישמע ולהישקל, לא רק מחוץ לבית המשפט אלא גם בתוכו. יש לתת פתחון פה לקולות העשויים להראות בשעה מסוימת מקוממים או בלתי מוצדקים בעליל, על אחת כמה וכמה אם זהו קולן של רשויות שנבחרו כדי לייצג את הציבור. כך מוצאת הדמוקרטיה את דרכה; וכך – מכוח השתתפות פעילה של מירב הדעות – היא מקבלת לגיטימציה רחבה להכרעותיה.

בית המשפט העליון היה ונותר נושא הדגל בהבטחת החופש הדמוקרטי לבטא כל דעה, לא רק ערבה לאוזן אלא בייחוד קשה ומקוממת; ואגב כך הסביר כי התמודדות בין רעיונות היא מאבק על האמת ולא תחרות של כוח:

"במשטר דמוקרטי, קיומה או חדלונה של יצירה [ולענייננו גם דעה] הוא ביטוי לכוח הפנימי הטמון בה ולא ביטוי לכוח השלטון המפקח עליה... יצירה [מגונה] לא תניף כנף ולא תחדור לתודעה הציבורית בשל השקר שבה ובשל כישלונה 'באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות, המייחדת את הדמוקרטיה'... הדרך להתמודד עם יצירה כזו, במשטר דמוקרטי, אינה באמצעות הכוח השלטוני אלא באמצעות חינוך והסברה. כישלונה של יצירה זו הוא בחשיפתה, לא בדיכוייה"<sup>78</sup>.

ברוח זו, בפרשה אחרת, הכריז בית המשפט כי "אנו רשאים לומר בקול, כי אף שאיננו מסכימים לדעה פלונית, ניתן נפשנו על הזכות להשמיעה"<sup>79</sup>. והנשיא שמגר, הרואה את חופש הביטוי כזכות-על במשטר הדמוקרטי, ציטט באותה הפרשה את דברי השופט ברנדייס:

"To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government... If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence"<sup>80</sup>.

דברים מלאי עצמה. כוחם או חולשתם של רעיונות לא ייקבעו מתוקף כפייה שלטונית, אלא מתוקף ערכם ומידת האמת הטמונה בהם. חשיפה של דעות מקוממות או שקריות, ולא השתקתן, היא הדרך לשרשן ולהוקיע את אפסותן קבל עם ועדה. ועל רקע כל אלה עלינו להעריך את גישת העמדה המחייבת.

<sup>78</sup> דברי השופט ברק (כתוארו אז), בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433.  
<sup>79</sup> דברי השופט ברק (כתוארו אז), בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 323, 225.

<sup>80</sup> שם, בע' 273-274.

ליועץ המשפטי סמכות לדבר בבית המשפט בשם הממשלה. אולם גישת העמדה המחייבת עומדת על כך שסמכותו היא בלעדית, ועל כן הוא הקובע מה ייאמר בבית המשפט בשם הרשות<sup>81</sup>. ואילו גישה גמישה יותר כמו של ועדת שמגר, הפותחת דלת להצגת דעות מנוגדות, נתפסת כסכנה ל"עקרונות יסוד של שלטון החוק ברשויות השלטון כולן"<sup>82</sup>. היועץ רשאי אפוא לא לומר דבר או אף להצטרף לעותרים, ובד בבד למנוע מן הממשלה את עצם ההזדמנות להשמיע את עמדתה באופן אפקטיבי. לשון אחרת: בידי היועץ להשתיק את הממשלה ולשלוט ממנה ייצוג בזירה השיפוטית. וכל זה מכוח "הדין" ובתוקף גישת העמדה המחייבת.

צריך אפוא לקום ולשאול: מהי שלילת ייצוג, מכוח סמכותו השלטונית של היועץ המשפטי, אם לא כפייה שלטונית המדכאת ומשתיקה את היכולת להביע דעה? ואיזו דעה? – דעתן של רשויות ציבוריות ובראשן הממשלה, אשר חזקה שהיא מייצגת את רצונו של הריבון בכבודו ובעצמו! נזכיר שוב: אין לפנינו שאלה מי צודק או מי קובע, שכן ההכרעה היא לעולם בידי בית המשפט. הוויכוח הוא אך ורק על הזכות הבסיסית להשמיע דעה, אותה דעה "שניתן נפשנו על הזכות להשמיעה". השאלה היא רק אם תיתכן כפייה שלטונית מטעם יועץ משפטי (נבחר או ממונה), המביאה לסתימת פיה של הרשות הציבורית בבית המשפט.

אדרבה ואדרבה: אם עמדת הממשלה כה שגויה ומקוממת – מדוע תושתק מאחורי הקלעים ולא לאור השמש במשפט פומבי? מדוע לא תנוצל ההזדמנות לחנך את הציבור ולהסביר לו את מותר האמת מן השקר? היועץ מצדו יאמר את דעתו מראש, בתקיפות הנדרשת, ויעמיד את הממשלה על חומרת כוונותיה או מעשיה לפי מיטב הכרתו המשפטית. אבל אם זו ממאנת ומתעקשת – מדוע לא תקבל תזכורת כואבת, כל אימת שתשכח, לסמכותו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה? אם אינה שועה לו בעניין ברור כשמש אשר "לא תיתכן עליו מחלוקת" ואשר כל משפטן "סביר" יודע את תוצאתו מראש – מדוע לא יאפשר היועץ התמודדות פומבית, יכה את הממשלה מכה אחת אפיים וילמדה לקחת לעתיד לבוא, והכל לעיני הציבור ולמען חיזוק שלטון החוק?

השאלות ברורות, וישיב כל אדם לפי הבנתו. לנו נראה כי סירובו של היועץ לאפשר התמודדות עלול להתפרש בין כהודאה בכך שהוא חושש ואחרי ככלות הכול אינו בטוח בצדקתו; ובין כאי-אמון, מסיבה זו או אחרת, בכוחו של בית המשפט לפסוק כדין ולהגיע לתוצאה הנכונה. כך או אחרת אין הדבר רצוי כלל ועיקר<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> כך גישתו העקבית של בית המשפט העליון וכך גם בדברי מלומדים, ראו, בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 434-439.

<sup>82</sup> שם, בע' 438.

<sup>83</sup> נוכל להשקיף על הדברים גם מזווית נוספת. ייצוג הרשות נתפס בעבר כסמכות חובה, והיועץ לא זוהה באופן אישי עם העמדות שהציג בבית המשפט. לא ניתן היה לבקר אותו על ייצוג עמדות "לא ראויים", משום שטען בשם הרשות לפי חובתו החוקית. תמונה זו משתנה והולכת מעת שייצוג רשויות השלטון מתקרב בהדרגה למעמד של סמכות רשות. להבדיל מסמכות חובה, סמכות רשות פירושה שהחלטה אם לייצג או לאו נתונה ליועץ המשפטי עצמו; ומשתמע מכך שיש בידו הזכות – ואולי החובה – לסרב לייצג עמדות הנראות לו "בלתי ראויים". מכאן נטייה גוברת ליצור זהות אישית בין היועץ לבין העמדות שאותן הוא מוכן לייצג, שהרי נותנים בידו "זכות" מתרחבת והולכת שלא לייצג עמדות שהוא אישית מתנגד להן. זה סופו של "משחק התפקידים" האדברסרי, ככל שהוא מיועד לחצוץ בין דעתו האישית של פרקליט לבין הטענות שהוא טוען בבית המשפט בשם שולחו. בענייננו, ההתקרבות לסמכות רשות בתחום הייצוג חושפת את היועץ, באופן אישי, לאפשרות של גינוי וביקורת על עצם החלטתו לייצג את הרשות במקרים "קשים". מקרים כאלה עלולים אפוא לקלוע את היועץ לבחירה קשה בין חובתו כלפי הממשלה לבין שמירה על תדמיתו האישית כאדם וכמשפטן.

מכוח "העמדה המחייבת", יש הדוחים במפורש את ההנחה שרשות שלטונית זכאית ליומה בבית המשפט:

"גישתה של ועדת שמגר, הנשענת במידה רבה על הרצון שלא לשלול מהרשות השלטונית את יומה בבית המשפט ואת האפשרות לשכנע את בית המשפט בחוקיות עמדתה, איננה משכנעת... לא ניתן לדבר על שלילת יומה של הרשות השלטונית בפני בית המשפט, שהרי היום בבית המשפט, בשמה ומטעמה של הרשות השלטונית – של היועץ המשפטי לממשלה הוא"<sup>84</sup>.

בכל הכבוד, אנו חולקים על טענה זו מכל וכל. לתומנו היינו אומרים, באופן מטפורי, כי רשות ציבורית זכאית לכמה וכמה "ימים" בבית המשפט, כמספר האנשים שאותם היא מייצגת ובשמה היא פועלת. אבל ודאי אין לשלול מן הרשות את הזכות להשמיע את דברה באופן אפקטיבי ולו פעם אחת; וזאת בפני הפורום המוסמך לקבוע את "גורלה", לקיים או לפסול את החלטותיה ולהורות לה מה תעשה ומה לא תעשה. כך משמיעים לנו, לפחות על דרך ההשראה, העקרונות הגדולים של חופש הביטוי, שלילת "מניעה מוקדמת" של ביטוי (prior restraint) ואף זכות השמיעה כאחד מכללי הצדק הטבעי. אם מביטים לעומק, דין הרשות לעניין זה אינו שונה מדינו של הפרט.

ביסודו של דבר, "יומו" של אדם בבית המשפט הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי. פשוט וברור הוא שיום זה נועד לאדם אשר מעשיו והחלטותיו שלו עומדים למבחן, אשר פסיקת בית המשפט תכוון אליו, אשר עלול לשלם מחיר כבד אם בית המשפט יפסוק **לחובתו**, ואשר ישא **בעצמו** במלוא האחריות ליישום הכרעת הדין ולמצב שייווצר בעטייה. כך בהתדיינות פרטית וכך גם במשפט הציבורי. אם החלטת הרשות מותקפת ועומדת למבחן שיפוטי, לעג לרש הוא לומר שההזדמנות האחת להישמע שייכת לגורם אשר לא קיבל את ההחלטה המותקפת, ואשר אינו נושא באחריות לא ליישומה ולא למצב שייווצר אם תיפסל. לעג כפול ומכופל הוא לומר שאותו גורם רשאי להצטרף אל התוקפים, ובעצם הצטרפותו לשלול מן הרשות את זכותה להגנה עצמית. על כן משונה ומקוממת בעינינו, בכל הכבוד, הטענה שהיום בבית המשפט הוא יומו של היועץ המשפטי.

#### 4. מומחים והדיוטות

"Experts should be on tap but never on top"<sup>85</sup>.

"I knew nothing about science, but I knew something of scientists, and had had much practice as a Minister in handling things I did not understand"<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 438.

<sup>85</sup> Winston Churchill (Quotations, Jarold Publishing 1997)

<sup>86</sup> Winston Churchill *The second World War* (London, V.2) 311 (The reprint Society).

גישת העמדה המחייבת נובעת, בין היתר, מן המחשבה שהכרעה משפטית-מקצועית יש להוציא מידי הדיוטות ולהפקיד בידי יודעי דת ודין. עמדת היועץ צריכה לפיכך לחייב, שכן "מרבית נושאי המשורה ברשויות שלטוניות אינם משפטנים, הבקיאים בדינים המורכבים מתחום המשפט החוקתי והמנהלי המסדירים את הגבולות של סמכותם ושיקול דעתם"<sup>87</sup>. יתמקד אפוא כל אדם במה שהוא מבין: בשאלות ציבוריות יעסקו הפוליטיקאים, והחלטות מקצועיות יקבלו המומחים.

מחשבה זו, גם אם היא נאמרת בשפה רפה, עומדת לדעתנו בניגוד עמוק לפילוסופיה של הדמוקרטיה והמשפט כאחד. ננסה להסביר את דעתנו בקצרה.

אחד העיקרים הגדולים של דמוקרטיה, מן המסד ועד הטפחות, הוא שלילת המומחיות כקריטריון של הכרעה. המסד הוא כוחו השווה של כל אדם להשתתף מעת לעת בחיים הפוליטיים ומעל לכול בבחירות דמוקרטיות המעצבות את דמותה של המדינה. מומחה כהדיוט, משכיל כבור וחכם כטיפש – לכולם קול שווה, שכן כל עיקרה של הדמוקרטיה אינו לשקול קולות אלא לסופרם<sup>88</sup>. הטפחות הן הפירמידה השלטונית בה יושבים נבחר הציבור, הפוליטיקאים, שאף הם אינם נדרשים למומחיות במגוון העצום של נושאים העומדים כל העת להכרעתם.

ניטול למשל ענייני ביטחון שמציאות חיינו משופעת בהם, ונאמר את הדברים באחת: יכולים כל אלופי המטכ"ל להפציר בממשלות לעשות מעשה או להימנע ממנו – ובכל זאת הממשלה היא שקובעת. גם בשאלות שאין גורליות מהן לחיי המדינה ולחיי אדם, ההכרעה הסופית מופקדת בידי נבחרים שחלקם אולי מעולם לא לבשו מדים, אינם יודעים צורת רובה ואינם "מבינים" דבר וחצי דבר בנושאים צבאיים. ואף על פי כן ההחלטה היא בידיהם.

אמנם כן: כשם שמרבית נבחר הציבור אינם משפטנים – כך מרביתם אינם אנשי צבא או מנהל, כלכלה או בנקאות, חינוך או רווחה. ובכל זאת הם המכריעים בנושאים החשובים והגורליים ביותר בחיי הציבור, שבכולם ישנן תמיד כמה וכמה דעות "מקצועיות". קמה אפוא השאלה מדוע דעה **משפטית** מקצועית (מפי היועץ) תהא מחייבת, ולא כן דעה **צבאית** מקצועית (מפי הרמטכ"ל) או דעה **כלכלית** מקצועית (מפי נגיד בנק ישראל). והלא הרמטכ"ל ונגיד בנק ישראל אף הם "פרשנים מוסמכים" בתחומי עיסוקם. הוא הדין כמובן בכל שאלה ציבורית העשויה לעמוד על הפרק; והנה המשטר הדמוקרטי מתרחק ומצטמק ונעלם כלא היה. כך הם החיים הדמוקרטיים, למרבה התסבוכת: אין "שאלה ציבורית" שאינה "שאלה מקצועית", וגורלם של נבחר הציבור הוא לדון ולהכריע בכל דבר, גם אם אינם "מבינים" בשום דבר.

"המומחה" היחיד שדעתו מכרעת הוא בית המשפט; אבל גם הוא פועל בדרך כלל כהדיוט שאינו שועה למומחים. בתי משפט אינם רופאים, למשל, ובכל זאת מכריעים בשאלות רפואיות מסובכות המתבררות בפניהם. עשויים להעיד שני מומחים בעלי שם, זה אומר שחור וזה לבן, ועל בית המשפט להכניס ראשו בין הרים גבוהים ולקבוע דעת מי הוא מאמץ. יכול שיבוא עד מומחה אחד שרק דעתו נשמעת, ואפילו עד מטעם בית המשפט עצמו – ועדיין אין בית המשפט מחויב לקבל את

<sup>87</sup> בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 438.

<sup>88</sup> ראו, א' לבונטין "פרשנות: אקלימים וסינתזה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, לעיל הערה 22, בע' 269, 286.



דעתו. יכול אפילו שייאסר על בית המשפט להחליט בטרם יתייעץ בעצמו עם "מומחה"<sup>89</sup> – בדומה לרשויות מוסמכות אחרות – אבל גם כך ההחלטה בידיו.

גם כאן, לדעתנו, האמת הבסיסית היא פשוטה: בית המשפט מכריע בכל נושא, ואפילו בתחום המשפטי בו יש לו מומחיות, לא משום שהוא "מבין" אלא משום שתפקידו המשטרי והדמוקרטי הוא להכריע. וניתנה אמת להיאמר כי הן פוליטיקאים והן שופטים נשענים, בסופו של דבר, בעיקר על ניסיון החיים, על התרשמויות, ועל "אותות האמת"<sup>90</sup> שהם מגלים בדברי הבריות.

מכאן המוטו המובא לעיל מפי Churchill: מקבלי החלטות צריכים להסתייע במומחים בחפץ לב, אבל לעולם אינם צריכים לקבל על עצמם את מרותם. ושוב לפנינו יסוד משותף לדמוקרטיה ולמשפט.

אסונו של שלטון המומחים הוא שגם ההדיוטות עלולים לאמצו – בין כדי להתנער מאחריותם ומחובתם להכריע, בין כדי להאשים את המומחים במקרה של כישלון, ובין מתוך כניעה והתבטלות נוכח דעתם של מומחים התובעים לעצמם את הבכורה. כל אלה תופעות מוכרות. משום כך, לא למותר להזכיר כי שלטון של נציגים – הדיוטות אינו גחמה ואף לא אילוץ חסר טעם, אלא – עם כל חסרונותיו – השיטה הטובה ביותר שנמצאה עד כה לניהול ענייני הכלל.

"מומחיות יתר" בשאלות ציבוריות עלולה להוביל לדיון חסר דמיון וצר-אופקים, המגביל עצמו לדרכי החשיבה והניתוח של חוג המומחים הנותן בו את הטון. דיון כזה עשוי להיראות ערני ופורה למשתתפיו, מבלי שיבחינו כי אופקיו מוגבלים מראש. דווקא בשאלות הרות-גורל עלולה להתגבש עקב כך נקודת השקפה צרה, לעיתים שגויה ומסוכנת, על המציאות ועל הדרכים לפתרון בעיות העומדות בפני החברה והמדינה.

שוב אל ההמחשה הישראלית הבולטת, שאולי לחלה כבר אל התודעה הקולקטיבית, והיא "מומחיות היתר" בשאלות ביטחון. מומחיות זו מופקדת יתר על המידה בידי לובשי מדם, הנוטים מעצם עיסוקים לזהות "ביטחון" עם "צבא". התוצאה היא חשיבה "צבאית" צרה מדי על מרכיבי הביטחון הלאומי, והשתלטות חשיבה טקטית על מחשבה אסטרטגית ועל תפיסת ביטחון כוללת<sup>91</sup>. דוגמה דומה לזו, לפי דעתנו, היא המומחיות "המשפטית" למכלול בלול של מושגים דוגמת דמוקרטיה וליברליזם, פוליטיקה ושלטון, חוקים וערכים, חוקה ומשטר. המומחיות למושגים אלה מופקדת יתר על המידה בידי "לובשי גלימות" (משפטנים), אשר רואים אותם דרך המשקפיים המיוחדים להם. התוצאה היא גישה שהיא לדעתנו "משפטנית" מדי, צרה מדי, לחלק מערכי היסוד של המדינה, חברה, משפט ודמוקרטיה.

"המלחמה", אמר קלמנסו ואומרת גם הדמוקרטיה, "היא עניין חשוב מכדי להפקידו [רק] בידי גנרלים" – ואולי כבר למדנו על כך בישראל שיעור אחד או שניים. אבל הוא הדין בענייני כלכלה

<sup>89</sup> ראו למשל, סעיף 22 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

<sup>90</sup> סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

<sup>91</sup> ראו, ע' ולד קללת הכלים השבורים: דמדומי העוצמה הצבאית והמדינית הישראלית (1967-1982) (תשמ"ז) 14-24, 208 ואילך.

וחברה, ובכל שאלה ציבורית העשויה לעמוד על הפרק. כך גם בענייני משפט, לדעתנו; וזאת על אף ייחודו של המשפט, ועל אף שהוא זכאי למידה מיוחדת של עצמאות ואוטונומיה במסגרת החברה הדמוקרטית. כל אלה נושאים חשובים מכדי להפקידם אך ורק בידי מומחים.

## 5. סמכות ואחריות

לפי גישת העמדה המחייבת, בידי היועץ לתת לרשות חוות דעת שחובה עליה לקיים. בית המשפט העליון אף ציין כי היועץ ונציגיו "אינם 'יועצים' במובן השגור של המילה"<sup>92</sup>; ואנו מבקשים לשאול, ברוח זו, מדוע מתעקשים לכנות הוראות מחייבות בשם "חוות דעת". מכל מקום נתונה ליועץ הסמכות להורות לרשות מה תעשה או לא תעשה, ככל שהוראה זו נובעת מן "המשפט". על הרשות לציית – ומיד קמה השאלה על מי האחריות למעשה או מחדל שלטוני הנובע מהוראה מפורשת שניתנה מפי היועץ.

"סמכות ואחריות" היא מטבע שחוקה, ישנה ונושנה, ועדיין יקרת ערך מאין כמותה. אין אחריות ללא סמכות, ואין סמכות ללא אחריות.

המחשה מאלפת היא עלייתו ונפילתו של מוסד הפרקליט העצמאי (independent counsel) בארצות הברית<sup>93</sup>. מוסד זה נוצר בחוק שנתקבל בעקבות פרשת "ווטרגיטי", בניסיון להתמודד עם אכיפת הדין הפלילי על אנשי ציבור בכירים. החוק הפקיד בידי הרכב שיפוטי מיוחד את הסמכות למנות (לבקשת ה"אטורני גנרלי") פרקליט עצמאי בעל סמכויות; וכל עיקרו היה לשחרר פרקליט זה משליטת מחלקת המשפטים, כדי לאפשר לגורם לא מקורב ובלתי תלוי לחקור ולהעמיד לדין אנשי ממשל בכירים. החוק נתקבל ב-1978, אושרר מחדש ב-1982 וב-1987, אך ב-1992 פג תוקפו. הוא אושרר לחמש שנים נוספות ביוני 1994, אך עתה הוקפא פעם נוספת ודומה שזנח.

חייו של הפרקליט העצמאי התנהלו כל העת תחת ויכוח. תחילה התמקדה המחלוקת בשאלה אם ההסדר שנקבע הוא חוקתי מן ההיבט של הפרדת רשויות. לאחר שבית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב<sup>94</sup>, נתחלפו הטענות המשפטיות בטענות ציבוריים. ביסוד הטענות החדשים עמדה אי-נחת מכך שהפרקליט העצמאי עושה כרצונו אך אינו אחראי בפני איש. האשמות קשות הוטחו למשל בפרקליט העצמאי בפרשת "אירן-קונטרס", אשר נטען כי עצמאותו הסטטוטורית הפכה אותו לבלתי נשלט. רפובליקנים בקונגרס אף דרשו חקירה עצמאית בדבר פעילותו, היינו, חקירה עצמאית על ניהולה של החקירה העצמאית. ה"אטורני גנרלי" דחה את הדרישה, ופרק זה בסדרה "מי ישמור על השומרים" נסתיים בלא כלום.

הדים ותמונות מן הוויכוח בארצות-הברית הגיעו גם לכאן. עד כמה שניתן להתרשם מעבר לים, הפרקליט העצמאי הגיע לסוף דרכו מפני שלא היה accountable; או בניסוח אחר – מפני שניתק

<sup>92</sup> עניין **סיעת מרץ, לעיל** הערה 4, הטקסט הסמוך לעיל להערה 25.

<sup>93</sup> ראו, בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 443-446 והמקורות המובאים שם:

K. J. Harriger "Independent Justice: The Office of the independent Counsel", Clayton, *supra* note 8, at p.

85

<sup>94</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988)

את הזיקה ההכרחית בין סמכות לאחריות. זה העיקר, לפי הבנתנו, ואידך זיל גמור בספרות הענפה שנכתבה על כך.

בשולי הדברים, מעניין לציין את המחלוקת שנתגלעה סביב החוק בתוך הממשלה פנימה. ממשלו הדמוקרטי של הנשיא קרט נטה מטבעו לביזור סמכויות ולפיקוח מרכזי רופף יותר; ואמנם הביע את דעתו, מפי ראש משרד הייעוץ, כי החוק הוא חוקתי. התמונה התהפכה תחת ממשלו הרפובליקני של רייגן: מחלקת המשפטים תקפה את הוראות החוק, בעידודו של משרד הייעוץ, עד שבא בית המשפט והכריע.<sup>95</sup> הנה אפוא שתי עמדות מנוגדות באופן קוטבי – אשר כל אחת מהן, לפי תורה, הייתה תובעת לעצמה הכרה כעמדה משפטית מחייבת על פי הגישה המתגבשת כאן, בישראל.

להלן הפתיחה לאסופת מאמרים שהוקדשה לא מכבר ל-government lawyering, ואשר תיתן בידנו רקע להמשך הדיון:

The origins of this symposium date back to 1982, the year I graduated from law school. While working... on a project concerning religious liberty and private education, an epic policy blunder by the Reagan Administration piqued my interest in government lawyers. By claiming that 'as a matter of law' racist schools were entitled to tax breaks, the Administration was slammed by the press, the Congress, and, ultimately, the Supreme Court for listening to its lawyers'<sup>96</sup>

בהמשך מצטט הכותב את אחד מעוזריו הבכירים של הנשיא, אשר העיר כי רייגן טעה בדברו על הסוגיה רק עם הפרקליטים, אשר לא שקלו כלל ועיקר את צדה האנושי ואת הדרך שבה ייראו הדברים בעיני הציבור.<sup>97</sup>

עינינו הרואות כי נמתחה על הממשלה ביקורת "משום שהקשיב ליועציו המשפטיים". אבל מדוע לבקר את הממשל? הרי המשפטים הם אלה שטעו! הם אלה שהציגו את דעתם כעמדה "מן הדין" (או כ"עניין משפטי"), והם אלה שדעתם נדחתה מכל וכל בבית המשפט ובקונגרס ובאמצעי התקשורת כולם כאחד. מדוע אם כן לכוון את הביקורת כלפי הממשל ולא כלפי המשפטים?

שאלות אלה הן כמובן מעושות, והתשובה עליהן מובנת מאליה. הביקורת מכוונת כלפי הממשל משום שהוא מקור הסמכות והאחריות. מבקרים את הנשיא משום שמצפים ממנו לראות תמונה רחבה מזו שרואים יועצים או מומחים, לא לקבל דברים כפשוטם ולדעת להישמר מפני עצה מפוקפקת. אין מצפים שיבין את הסוגיה המשפטית בעצמו, אבל מצפים ממנו להבין במבינים. הוא רשאי ליהנות משכר עצה טובה, אולם חייב לשלם את מחירה של עצה גרועה. כך או אחרת הוא מחליט והוא גם אחראי. עד כדי כך העקרונות הבסיסיים הם פשוטים.

<sup>95</sup> Alito, *supra* note 16, at pp. 507-508

<sup>96</sup> N. Devins 'Foreword' in **Government Lawyering** 61 L. & Contemporary Problems (1998) 1

<sup>97</sup> *Ibid*, *ibid*

אבל מה היה אילו קבע הדין שהנשיא והממשל חייבים לקבל את עמדת המשפטנים? כיצד ניתן לבקר את הרשות על שהקשיבה ליועץ אשר הדין מחייב כי תקשיב לו ותפעל בהתאם לעמדתו? למי הסמכות במצב כזה? מי ייתן דין וחשבון בפני הציבור? מי יישא באחריות על המצב שנוצר בעטייה של העמדה המשפטית המוטעית, ועל מעשים או מחדלים שנעשו מכוחה? ועל מי תהיה האחריות, הן בעיני עצמו והן בעיני הציבור, לקום ולשנות את המצב שנוצר?

כידוע, שאלות אלה אינן תאורטיות כלל ועיקר. תופעה מוכרת היא ש"הפוליטיקה" מבקשת לעתים להעביר סוגיות קשות לידי "המשפט", ובכך להתנער מאחריות ולהסיר מעל עצמה קושי מהותי ופוליטי. תופעה זו אינה זרה למציאות החיים בישראל. היא קיימת כבר ביחסים בין הרשויות לבין בית המשפט<sup>98</sup>, והיא עלולה להחמיר אם תחלחל עמוק יותר, גם אל יחסי פוליטיקה ומשפט בתוך הרשות המבצעת פנימה.

ככל שסוגיות ציבוריות קשות נתפסות ברשת "המשפט", כך קל יותר לפוליטיקה לנער את חוצנה מאותן סוגיות. ככל שסוגיה מוצגת כ"משפטית" יותר, כך היא נשמטת מן הדיון הציבורי הרחב. ככל שעמדת יועצים "מקצועיים" נתפסת כמחייבת יותר – לא נותר מי שיעמוד בפני הציבור ויישא באחריות האפקטיבית על המצב הקיים ועל החיפוש אחר פתרונות. עד מהרה נבעט הכדור מן המגרש הפוליטי למגרש המשפטי וחוזר חלילה, מבלי שאיש ינסה להכריע את המשחק. זו שעתם הקשה של המשפט והפוליטיקה גם יחד. ובין זה לזו מאבד הציבור את אמונו הן בכוחם של פוליטיקאים להחליט ולשלוט, הן בסמכותם ובתבונתם של משפטנים ליעץ, והן ביכולתו שלו להשפיע על מהלך החיים במדינה דמוקרטית.

אחד הקיים שהגדולים במושג הסמכות, תאורטי ומעשי, הוא לקבוע את גבולותיו. אמנם כל הפעלת סמכות הנעשית בתום לב מעידה כי בעל הסמכות סבר שפעל בגדרי סמכותו; ועל כן חלק מן הסמכות הוא הצורך היומיומי לקבוע את גבולותיה. אולם הגבול עצמו הוא לא אחת חמקני ומטושטש, ומכאן טענה נוספת בפי תומכי העמדה המחייבת:

"אין זה ראוי, כי גבולות הסמכות וגבולות שיקול הדעת של רשות שלטונית ייקבעו, הלכה למעשה, על ידי נושאי המשרה המכהנים באותה רשות. קביעת גבולותיה של סמכות אינה חלק מן הסמכות... הדבר מתחייב, בראש וראשונה, מכך, שהסמכה של בעלי תפקידים ציבוריים להכריע בשאלות משפטיות הנוגעות לסמכויותיהם ולשיקול דעתם תעמיד אותם בניגוד עניינים שאין ממנו מוצא"<sup>99</sup> – ולכן היועץ המשפטי ובאי-כוחו הם אלה הצריכים לקבוע את הגבולות.

בכל הכבוד, דברים אלה אינם מובילים לפי הבנתנו אל המסקנה שמבקשים ללמוד מהם. נכון בעינינו לומר כי עניין אחד של הרשות הוא לקבל החלטות לפי רצונה ומדיניותה, ועניין אחר הוא לפעול כדין בגדרי סמכותה. אבל עדיין שאלה היא אם תיאור זה של המציאות נושא בחובו משמעות נורמטיבית. בעינינו, ספק אם אמנם הם מצביעים על מצב אמיתי של ניגוד עניינים.

<sup>98</sup> לבונטין, לעיל הערה 88, בע' 285.  
<sup>99</sup> בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 438.

כמו תקנת הציבור, גם ניגוד עניינים הוא סוס דוהר שקשה לרסנו. משעה שעלית על גבו אינך יודע מתי ואיפה תוכל לרדת. בסופו של דבר, אין לפנינו אלא הטענה כי בכל הפעלת סמכות יש פוטנציאל של ניגוד עניינים בין רצונו של בעל הסמכות לפעול לבין חובתו לגדור את מעשיו בגדר סמכותו. אם לכך ייקרא ניגוד עניינים הרי הוא טבוע במושג הסמכות עצמו, שכן סמכות דמוקרטית לעולם אינה רחבה מספיק כדי להגשים את מלוא שאיפותיו של בעליה. מכאן הנורמה הבסיסית, הקובעת כי אסור לרשות לעשות אלא מה שמותר לה במפורש. מאז ומתמיד, הדרך לשמור על נורמה זו היא באמצעות רשות שיפוטית עצמאית במסגרת הפרדת הרשויות.

אמור מעתה: ניגוד העניינים האמיתי הוא בין עצם הסמכות, שלעולם היא מוגבלת, לבין שאיפות שבדרך כלל אין להן גבולות. זה ההבדל בין "סמכות" לבין "יד חופשית". ומכאן ההקפדה הדמוקרטית שרצון שלטוני לא יוגשם אלא מכוח סמכויות מוגדרות שיש להן גבול.

יתר על כן: את החקיקה עצמה ניתן להציג כ"ניגוד" בין עניינים של מוסדות ואישים פוליטיים לחוקק את מצעם הרעיוני לבין עניינים לשמור על גבולות החקיקה כפי שנקבעו בחוק-היסוד. אם בניגוד עניינים מדובר – מה בין מחוקק החייב לפעול במסגרת החוקה לנושא משרה החייב לפעול במסגרת החוק<sup>100</sup>?

לדעתנו, אין מנוס מלהכיר בכך שחלק הכרחי בקיומה של סמכות ובהפעלתה הסדירה הוא שיפוט של בעל הסמכות עצמו באשר להיקפה ולגבולותיה. כך במישור המנהלי, בכל הנוגע לסמכויות נושאי משרה לפי חוק קיים; וכך גם במישור החקיקה עצמה. יצוין, בהקשר זה, כי היו מקרים בהם נציגי היועץ המשפטי טענו בפני חברי הכנסת כי אינם רשאים לעגן הוראות מסויימות בחוק, משום שאינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. לדעתנו, על אף החשיבות הרבה של ייעוץ משפטי בשלבי החקיקה, ההחלטה על תוכן החוק ועל מגבלותיה של "סמכות החקיקה" נתונה בסופו של דבר בידי המחוקקים ולא בידי היועצים המשפטים. הסמכות "לחסום" חקיקה בלתי חוקית היא בידי בית המשפט בלבד; כשם שבית המשפט בלבד רשאי לקבוע באופן מחייב, ללא עוררין, כי פעולה מנהלית מסוימת נעשתה תוך חריגה מן החוק.

להלכה ולמעשה, ניגוד העניינים החמור ביותר מתגלה דווקא במשרתו של היועץ המשפטי עצמו. בישראל כמו במדינות אחרות, משפטים בשירות הציבור חייבים נאמנות ללקוחות ולאינטרסים שונים בעת ובעונה אחת, ולעיתים לאינטרסים מנוגדים של אותו הלקוח עצמו. זהו ניגוד עניינים חריף, אמיתי, המופיע פעם אחר פעם בשטחי ההפקר שבין משפט לפוליטיקה. סמכותו של היועץ היא לחוות דעה בשאלות משפט, אך דומה שמצפים ממנו להחליט בעצמו אם שאלה היא משפטית אם לאו; אם היא נטועה במישור הנורמות המחייבות או "הראויות"; ואם התשובה היא בדין

<sup>100</sup> ברוח זו, מוטב לדעתנו לראות את הדברים כהווייתם: רשויות ציבוריות ונושאי משרה מצויים תמיד ובכל נושא בסוג מסוים של ניגוד עניינים. אבל זהו ניגוד עניינים מותר והכרחי. כל עיקרה של פוליטיקה הוא ניווט בלתי פוסק בין נאמנויות ואינטרסים ולחצים המושכים לצדדים; והכול במסגרת גוונים אינסופיים – לאו דווקא משפטיים – של מותר ואסור. שלטון בכלל, ושלטון דמוקרטי בפרט, הם ניגוד עניינים מתמיד בין טווח קצר לטווח ארוך, בין מדיניות לאופורטוניזם, בין אחריות לפופוליזם, בין אינטרסים פרטיקולאריים לאינטרסים ממלכתיים, בין קבוצה ספציפית לציבור כולו, בין פקידות מקצועית להנהגה נבחרת, בין "מקצוענות נייטראלית" ל"ייצוגיות דמוקרטית", בין מפלגה למדינה, בין יחיד לכלל, בין שיקולים מקומיים לשיקולים לאומיים, בין חיסכון להוצאה, בין השקעה לצריכה, בין אלפי תביעות מוצדקות ומאות קבוצות לחץ ועשרות יעדים חברתיים. כל אלה מלווים את הפוליטיקאי היחיד בינו לביןנו ואת הפוליטיקה כולה בכל מהליכה, ואיננו סבורים שנכון לראות במציאות זו חשש מתמיד ל"ניגוד עניינים".

הקיים או בדין הרצוי. לשון אחרת: הוא עצמו נדרש להחליט מתי דעתו "משפטית" ולכן מחייבת (לפי הגישה המתגבשת אצלנו), ומתי אינה משפטית ולכן אינה מחייבת<sup>101</sup>. לפי תפיסה זו, פשוט וברור כי חלק ממשי מסמכותו הוא לקבוע גבולות לסמכותו. אם לא די בכך, הרי אין ליועץ המשפטי אפילו נקודת משען סטטוטורית להנחותו – וזאת בניגוד גמור לנושאי משרה אחרים ואף לבתי המשפט, אשר גם קביעה עצמית של גבולות סמכותם נשענת לעולם על החוק.

## 6. מדיניות משפטית ושלטון ייצוגי

למרבה הצער קשה כיום לנתק "פוליטיקה" מ"שיקולים פסולים", ו"פוליטיזציה" נקשרת כמעט מיד לשחיתות ואף לעבריינות שלטונית. מגמה זו כשלעצמה היא מסוכנת, משום שאובדן אמון בפוליטיקה ובשלטון מסמל גם את אובדנם של הדמוקרטיה, הסדר החברתי והמשפט. מכל מקום, גישת העמדה המחייבת נועדה למנוע "הפעלה פסולה של שיקול הדעת השלטוני"<sup>102</sup>, ולשמר תרופה נוספת במאבק נגד מה שמכונה פוליטיזציה ובעד מה שקרוי חוקיות השלטון. אולם שאלת היסוד האמיתית היא מה פירוש "שיקולים פסולים", והיכן מסמנים את הגבול בין "פוליטיזציה" אסורה לבין שלטון ייצוגי לגיטימי. יהא הגבול אשר יהא – "חוקיות השלטון" אינה נקנית במחיר של ניתוק מתהליכים דמוקרטיים ומשלטון ייצוגי.

תוויות, סיסמאות והאשמות חובקות כל מסתירות את האמת ומחניקות את הדיון. "פוליטיקה" היא אינטרסים צרים, אבל גם אידיאולוגיה רחבה. היא עשויה לבטא כוח אופורטוניסטי, תככנות מפלגתית ושחיתות אישית – אבל גם פילוסופיה שלטונית שקולה, מדיניות ציבורית אחראית וסדר עדיפויות לגיטימי. אין די במילה "פוליטיזציה" כדי לשמש כתב אישום; ומוטב לרחוק ממחשבה דוגמאטית על ההשפעות המותרות של "פוליטיקה" בתחומים המתיימרים לעצמאות נייטראלית ומקצועית כביכול. יפים לענייננו דברים שנכתבו על מינויים פוליטיים בישראל – סוגיה שאף היא רדופה סיסמאות אשר לא תמיד זכו לליבון אמיתי:

"המלחמה בנגע המינויים הפוליטיים איננה מאבקם של 'טובים' נגד 'רעים'... ביסודה של שאלת המינויים הפוליטיים מונחת שאלה בסיסית יותר, הנוגעת לתפקידם של תהליכים פוליטיים במשטר דמוקרטי... למצדדים בתרבות פוליטית המצמצמת את תחום השפעתו של הדרג הפוליטי לטובת 'שלטון הפקידים', נוח אולי להציג את מאבקם במונחים של 'טוהר המידות'. אולם במישור העקרוני אין אנו נדרשים לבחור בין פוליטיקה 'נקייה' לפוליטיקה מושחתת, אלא בין תרבות פוליטית הרוחשת אמון לתהליכים פוליטיים בקביעת מדיניות ציבורית ומימושה, לבין תרבות פוליטית הרואה בפוליטיקה רע הכרחי, שמן הראוי לצמצם את פגיעתו"<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> ועדת אגרנט, כזכור, הקפידה להתייחס אל חוות דעתו המשפטית של היועץ; וברוח זו הקפיד היועץ המשפטי בן-זאב, למשל, להבחין בין חוות דעתו המשפטית בעניין ועדת השבעה (אגב "פרשת לבון") לבין המלצותיו הציבוריות באותו עניין. נראה לנו כי יועצים משפטיים בשנים האחרונות מקפידים פחות על הבחנה זו, ונוטים להביא בכפיפה אחת, יותר מבעבר, "נורמות" עם חוק ורצוי עם מצוי.

<sup>102</sup> בנדור וסגל, לעיל הערה 30, בע' 437. נדמה כי עצם הצגת היועץ בדרך זו מכביד על יכולתו לשתף פעולה עם הממשלה, לתת לה ייעוץ משפטי שוטף ולשמור על אמונה כיועץ קרוב למהלכה הלגיטימיים.

<sup>103</sup> די דרי מינויים פוליטיים בישראל: בין ממלכתיות לתנועתיות (תשנ"ג) 66-67.

מקובל על כולנו כי חילופי שלטון דמוקרטיים אינם צריכים כשלעצמם להביא לשינוי בשפיטה ובמדיניות השיפוטית. אולם מבלי משים נוצר אצלנו רצף ישיר בין שיפוט למשפט. הולכת ומתגבשת ההשקפה כי מניעת שינויים בשפיטה פירושה מניעת שינויים במשפט; והשקפה זו מחייבת לדעתנו בחינה זהירה יותר.

במשטר דמוקרטי יש לציבור כוח לשנות מדיניות שאינה נראית לו. אין שלטון ייצוגי אם חילופי שלטון אינם מביאים לשינויים במדיניות. אך כיצד מיישמים זאת בתחום המשפט? האם תיתכן השפעה ציבורית אפקטיבית על "מדיניות משפטית", בדומה למשל להשפעה הציבורית על מדיניות ביטחונית או כלכלית? האם צריך לצפות כי חילופי שלטון יביאו עמם גם שינויי כיוון בעולם המשפט, בדרך היכולה לבטא את רצון הבורחים? האין בכך כדי לפגוע באוטונומיה המשפטית והשיפוטית? ננסה לדון בשאלות אלה בקצרה, על רקע "הסביבה המשפטית" בה פועל היועץ המשפטי.

מערכת המשפט בכל מקום זוכה לבידוד יחסי מהשפעה ציבורית-דמוקרטית. שופטים מכהנים שנים ארוכות מבלי לעמוד למשפט הציבור. גם גורמי המשפט ואכיפת החוק ברשות המבצעת נהנים בדרך כלל ממידה מיוחדת של עצמאות, לפחות בחלק משטחי פעולתם. התוצאה היא שהמשפט נוטה יותר מעולמות אחרים לגלות אינרציה. לשון אחרת: הוא נוטה להמשיך ולהתקדם במסלול בו הוא נמצא – בין שמרני ובין אקטיביסטי-אוונגרדי – עד שיבוא כוח חזק מספיק ויסיטו מאותו מסלול. כידוע, אפילו דחיפה חזקה לשינויי חקיקה עשויה להתנגש זמן מה עם הדרך בה מפרש בית המשפט העליון את החוקה; ויעיד המאבק החוקתי המפורסם בין הנשיא רוזוולט לבית המשפט העליון של ארצות-הברית בראשית תקופת ה"ניו-דיל". יחד עם זאת, משטר דמוקרטי משלים בדרך כלל מרצון, מטעמים טובים שאין כאן צורך לציין, עם מערכת משפטית שהיא ייצוגית פחות ופתוחה פחות להשפעה מאשר מערכות אחרות.

עד כאן היסודות הנראים משותפים לכל דמוקרטיה, ומכאן והלאה נשאלת שאלה של מידה. המטרה היא שיווי משקל אופטימלי בין השפעה ציבורית אפקטיבית לעצמאות מוחלטת; בין "פוליטיזציה" הרסנית של המשפט לבין הוצאתו כליל ממעגל החיים הדמוקרטי-ייצוגי.

בארצות-הברית, הכוח למנות שופטים לבית המשפט העליון הוא בידי הנשיא (באישור הסנאט). בפועל, גורם מכריע במינוי הוא השתייכותם המפלגתית של המועמדים<sup>104</sup>. לפיכך, בהתאם לחילופי השלטון ולקצב הפרישה של שופטים מכהנים, "מתמלא" בית המשפט בכל פעם ממקור רעיוני אחר: פעם שופטים הנחשבים "דמוקרטים-ליברלים" ופעם שופטים הנחשבים "רפובליקנים-שמרנים" – אם כי שופטים ליברלים עשויים כמובן לתת פסיקות שמרניות, ולהיפך<sup>105</sup>. הרכב השופטים עשוי אפוא להיות שמרני יותר או ליברלי יותר בכל תקופה נתונה, אבל שום השקפת עולם בסיסית אינה יכולה להיאחז בו זמן ממושך מדי. הציבור מצדו זוכה להשפיע על דמותו של בית המשפט באופן מתון, עקיף וארוך טווח, מבלי לפגוע בעצמאותו השיפוטית; והכל דרך כוח המינוי של הנשיא העומד בעצמו לבחירות דמוקרטיות. את התמונה משלים

H. J. Abraham *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*<sup>104</sup> (Oxford, 3<sup>rd</sup> ed., 1992).

<sup>105</sup> שם, בע' 69.

ה"אטורני ג'נרל": נושא משרה פוליטי, אחראי בפני הנשיא, העומד למשפט הציבור כחלק מן הממשל בכללותו. מטבע הדברים, כפי שייראה להלן, מדיניות משפטית מהווה נושא לדיון ציבורי ערני בדומה לכל מדיניות אחרת. היא עשויה לשמש נושא במערת בחירות, ומטבע הדברים נעשים בה שינויי כיוון בעקבות חילופי שלטון.

ספרות המחקר האמריקנית עוסקת ברחבה ובאופן מאיר עיניים בקשר המשפטי-פוליטי, בעיצוב מדיניות משפטית ובמקומו של ה"אטורני ג'נרל" בתוכם. מפאת קוצר היריעה נסתפק בסיכום הבא, המתאר את המעבר מתפיסה אחת למשנהה על רקע התפתחויות שאין קושי לזהות גם אצלנו:

"Prior to the 1930's, government legal policymaking was generally viewed as a 'legal' rather than 'political' enterprise... the erosion of American political parties and the regularization of split-ticket voting in the post-1968 period<sup>106</sup>, [have] altered fundamentally the style of American politics. While the operations of nearly all major political institutions changed, the central role that 'the law' plays in the constitutional system put particular stress on the legal policy establishment... In the wake of the court-packing plan in 1937, President Roosevelt and his successor, Harry S. Truman, appointed the next thirteen Supreme Court justices. The new members of the lead of the executive... set the stage for an alliance between the executive and judicial branches that during the next two decades liberalized American public policy... In sharp contrast to the 1930's, the Justice Department during this period actively encouraged courts to resolve political disputes and supported expansion of judicial reliefs. The Justice Department's brief... urged a jurisprudence diametrically opposed to the one it supported in cases twenty years earlier. The Department also supported the Court's policy innovations through rhetoric and legislative proposals. By 1968, the Justice Department's activist alliance with the judiciary had become so controversial that Republican candidate Richard M. Nixon made an explicit campaign promise to appoint a new Attorney General if elected... he appointed his campaign manager, John Mitchell, to head the Department of Justice. Mitchell immediately set out to reverse departmental policies. He attacked judicial activism in a number of speeches, and... had the department file briefs urging the Court to restrict its scope of constitutional authority and limit its remedial power. The justice department's policy positions in a variety of controversial areas... were reversed"<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> split-ticket voting, פירושו הצבעה מפוצלת לנשיאות ולקונגרס, באופן המביא לכך שמפלגת הנשיא אינה המפלגה השולטת בקונגרס. במצב זה נדרש הנשיא להתמודד עם קונגרס הנשלט בידי יריביו הפוליטיים, ומובן מאליו שיש לך השפעה על המציאות הפוליטית והמשטרית. תופעה דומה לזו הפכה מוכרת גם אצלנו, ובמידה גוברת והולכת. Clayton, *supra* note 8, at pp. 3-5 <sup>107</sup>.



מגמה זו של שינויי כיוון נמשכה גם הלאה<sup>108</sup>. אחת מהשפעותיה של שערוריית "וوترגייט", בעקבות ממשלו של ניקסון, הייתה תביעה לטיהור מחלקת המשפטים מן הפוליטיזציה. הנשאים פורד וקרטר הבטיחו להשיב לה נייטרליות פוליטית ויושר מקצועי, ושניהם מינו "אטורניס ג'נרל" שהיו רחוקים מפוליטיקה מפלגתית. בתקופה זו אף נעשו ניסיונות, אמנם ללא הצלחה, לנתק את מחלקת המשפטים מן הפיקוח הפוליטי של הבית הלבן. והנה חלפו שנים מועטות, והמטוטלת נעה פעם נוספת. הנשיא רייגן שב והביא "פוליטיזציה" למחלקת המשפטים, ושלושת ה"אטורניס ג'נרל" ששירתו תחתיו יזמו מדיניות משפטית נמרצת לקידום עמדות הממשל. "אטורני ג'נרל" מיז (Meese) טען כי בעיות חברתיות שונות, כמו סמים ופורנוגרפיה, הן תולדה של פסיקה פדראלית ליברלית משנות ה-60 וה-70. מחלקת המשפטים בהנחייתו אכפה חוקים באופן סלקטיבי, הפצירה בבית המשפט להפוך תקדימים ונטשה עמדות שנתמכו על ידי הממשל הפדראלי למעלה מעשרים שנה. מיז תקף בנאומיו את בית המשפט וקרא תגר על מעמדו כבעל "המילה האחרונה" בפרשנות החוקה. המתקפה שיזם הייתה כה חריפה עד שחלק מן השופטים, בצעד חסר תקדים, ראו להגיב עליה בפומבי.

מדיניותו המשפטית של מיז הייתה קיצונית, ואולי עברה בחלקה את גבול הלגיטימיות. אולם חשוב לראות כיצד מתקיימת מזה עשרות בשנים השפעת הגומלין בין המשפט לפוליטיקה, לא רק מכיוון הרשות השופטת אלא גם מכיוון הציבור ונציגיו ברשות המבצעת.

מובן שגם בארצות-הברית נמתחה ביקורת על "פוליטיזציה" במדיניות המשפטית. כפי שראינו, ביקורת מסוג זה הוטחה בממשל ניקסון עוד לפני פרשת "וوترגייט", כאשר מחלקת המשפטים החדשה שינתה מקצה לקצה את עמדותיה בכמה נושאים בולטים. בין יתר המשיבים להאשמות היה ויליאם רנקויסט – אותה שעה משנה ל"אטורני ג'נרל" במשרד הייעוץ, ולימים נשיא בית המשפט העליון של ארצות-הברית:

"The basic charge made by the 'outs', as I understand it, is that the 'ins' – the Republicans under Attorney General Mitchell – have 'politicized' the Department of Justice... [L]et me summarize at the outset my reply to these charges. Each of them has a substantial amount of truth in it, and I would suggest that if this were not the case it would be serious reflection on the American political process and on two-party system. There have indeed been changes in the Department of Justice, changes which are entirely defensible to any objective observer of the situation, and entirely consistent with the expressed will of the electorate"<sup>109</sup>.

ולחן:

"That there should not have been changes in the Department of Justice would have been unthinkable under any meaningful system of two-party government. I am sure

<sup>108</sup> *Ibid*, at pp. 5-8  
<sup>109</sup> W.H. Rehnquist "The Old Order Changeth: The Department of Justice Under John Mitchell" 12 *Arizona L. Rev.* 251-252.

that policies of law enforcement, just as other types of governmental policies, are generally cyclical in nature, and your generation, if not mine, will undoubtedly live to witness departures from the policies of the present administration of the Department of Justice, and doubtless departures from those departures. Each of us retains his right to freely criticize, oppose, and vote at any opportunity against policies or changes for policy of which he does not approve. But it is a denial of the fundamental assumptions of representative government to suggest that John Mitchell ought no to have been a different kind of Attorney General than was Ramsey Clark”<sup>110</sup>

כנקודת מוצא לדיון, דברים מעין אלה ראויים להישמע ולהיבחן גם אצלנו.

בישראל נתאפשרה מלכתחילה מידה מעטה יחסית של השפעה ציבורית-דמוקרטית על המדיניות המשפטית – ולדעתנו בצדק. אלא שגם השפעה צנועה זו נראית היום כמצטמקת והולכת, עד כדי חשש לאובדן מוחלט של שיווי משקל. כפי שצינינו לעיל, גישת העמדה המחייבת היא מעין תחנת ממסר בדרך זו: משקפת מגמה קיימת, ונושאת אותה הלאה ביתר שאת. נעמוד על כך דבר דבר.

מינוי שופטים בישראל מופקד כידוע בידי ועדה מיוחדת, אשר למיטב ידיעתנו אין דומה לה במדינות אחרות. הרכב הוועדה לפי חוק הוא שלושה שופטי בית המשפט העליון ובכללם נשיאו, שר המשפטים ושר נוסף, שני חברי כנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין<sup>111</sup>. השופטים בוועדה הם רוב יחסי בה, וככל הידוע מצביעים בה בדרך כלל כחטיבה אחת. למעשה, פירוש הדבר הוא כי לבית המשפט העליון כוח רב למנות את שופטיו העתידיים; ואף יותר מכך כוח וטו, למעשה אם לא להלכה, למנוע מינויים שאינם לפי רוחו. ודאי אין זה מקרה שכית, אם בכלל ארע עד הנה, כי פלוני יתנה לשופט בבית המשפט העליון על אפם ועל חמתם של רוב השופטים המכהנים. ודאי אין זה טבעי, לפי הבנתנו, כי שופטים בוועדה יתמכו במינויו של פלוני המתנגד באופן נחרץ ופומבי למדיניות שיפוטית קיימת. נקל לראות כי הוועדה "מאוזנת" בהרכבה. יש בה כל העת ייצוג מספרי קבע לממשלה, אבל גם לכנסת וללשכת עורכי הדין, כך שחילופי שלטון כשלעצמם אינם משנים באורח דרמטי את צבעה הפוליטי. הוועדה מבודדת אפוא, במידה רבה, מהדי השאון הפוליטי-דמוקרטי שבחוץ. הגורם החזק והקבוע בתוכה הוא השופטים, אשר מלכתחילה אינם משמיעים את הקול הציבורי ואינם נשמעים לו<sup>112</sup>.

המקבילה הישראלית לממלכת ה"אטורני ג'נרל" היא מסגרת הסמכויות והאחריות של היועץ המשפטי ושר המשפטים גם יחד. מסגרת זו היא חלק מן המכלול הקרוי בעולם האנגלו-סקסי

<sup>110</sup> *Ibid*, at p. 259

<sup>111</sup> סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה. יודגש מלכתחילה כי לא באנו כאן לערער על אופן מינוי השופטים בישראל, ובוודאי לא באנו להמליץ על קבלת השיטה האמריקנית בתחום זה. מטרתנו אינה אלא להצביע על הזיקה בין שיטת מינוי השופטים למידת הייצוגיות של המשפט הישראלי (ודוק: ייצוגיות המשפט ולא דווקא ייצוגיות השפיטה או השופטים), ול"סביבה" בה פועל היועץ המשפטי.

<sup>112</sup> המחשה מאלפת לכוחות הפועלים בוועדה היא מינויו של השופט יצחק זמיר. כיועץ משפטי בעת פרשת השב"כ נאבק זמיר בממשלה באומץ מרשים ומעורר הערכה. מאבקו חסר הפשרות העלה את קרנו בקהילה המשפטית, ובה בעת הפך אותו כמעט ל"פרסונה נון-גראטה" במסדרונות השלטון. עם סיום כהונתו שב אל החיים האקדמיים, אך נתמנה לבית המשפט העליון לאחר שנתחלפה בישראל הממשלה. כך מבנה הדברים, שממשלות באות והולכות בתדירות גבוהה יותר מאשר שופטים; ומאבקו של זמיר בממשלה לא מנע לאורך זמן את מינויו לבית המשפט העליון.

בשם *administration of justice*, אשר אופן חלוקתו לתיקים מיניסטריליים משתנה ממדינה למדינה<sup>113</sup>. בישראל מתחלקת אחריות זו, באופן שאינו ברור כל צרכו, בין היועץ המשפטי הלא פוליטי לבין שר פוליטי. חלוקה מעורפלת של אחריות וסמכויות ודאי אינה תורמת לתהליך מסודר של גיבוש מדיניות כוללת לכן אין להתפלא על כך שהביטוי "מדיניות שיפוטית" מוכר בישראל וזוכה לדיון, והביטוי "שיקולי מדיניות" **בבית המשפט** אף הוא שכיח; ואילו הביטוי "מדיניות משפטית" בפרט במסגרת הרשות המבצעת, נדיר הרבה יותר וקשה להבינו. אך נניח למושג זה, וכן לתפקידו המעורפל של שר המשפטים, לעת מצוא.

היועץ המשפטי מתמנה בידי הממשלה, אבל בפירוש ובהדגשה אינו אישיות פוליטית. בראייה מוסדית ניתן לראותו כמי שמצוי בעת ובעונה אחת במרחבי ההשפעה של הרשות המבצעת והרשות השופטת. אבל הגם שהוא משרתם של שני אדונים, אין כיום ספק למי נתון לבו ואל מי נשואות עיניו.

בניגוד לעמיתיהם מעבר לים ולראשוני היועצים המשפטיים במדינת ישראל, הרי היועצים המשפטיים בדור האחרון באו מעולם המשפט, ואף ממה שניתן לכנות בשם "הממסד המשפטי". החל ממאיר שמגר, כולם באו אל משרת היועץ המשפטי מן האקדמיה או מן השפיטה, למעט מאיר שמגר עצמו שבא אליה מעמדת הפרקליט הצבאי הראשי. על כולם ניתן לומר כי בחרו לעצם קריירה בעולם המשפט; וזאת להבדיל ממי שרכשו השכלה משפטית אך התערו בעולם הפוליטי דווקא, דוגמת כמה מן היועצים המשפטיים הראשונים.

היועץ המשפטי בדור האחרון, אם כן, הוא משפטן מקצועי. הוא מזדהה ומזוהה בראש ובראשונה עם המשפט. שם הוא עומד למבחן, וכמו כל אדם הוא רואה עצמו בעיקר דרך עיני חבריו. הוא יודע מנין בא ולאן הוא הולך, וגם בעת שהוא "גולה" אל העולם השלטוני-פוליטי הוא נותר חלק מן ה-*milieu* המשפטי. בכל מקרה הנחזה או מוצג כהתנגשות בין שני העולמות, יש להניח שייטה במחשבתו ובלבו לעולם בו נטועים חינכו, מאווייו, חבריו ועמיתיו. כל אדם, ישר דרך ונטול פניות ואמין ככל שיהיה, הוא תבנית נוף הולדתו ותבנית נוף חייו.

אבל יתרה מזו: בייחוד בדור האחרון, ההשפעה על היועץ אינה רק משפטית אלא בפירוש **שיפוטית**. מטבע הדברים, אדם שבא מעולם המשפט ומיקם בו את מרכז חייו יבקש לשוב אליו ולהתקדם בו. מטבע הדברים, אדם שבא מעולם המשפט ומיקם בו את מרכז חייו יבקש לשוב אליו ולהתקדם בו. ואמנם היועצים המשפטיים שמגר, ולאחריו ברק וזמיר, נתמנו לאחר כהונתם לשופטים בבית המשפט העליון. שלושת הבאים אחריהם באו אל המשרה מבית המשפט המחוזי – וסוד גלוי הוא שהשפיטה, כמו כל מקצוע אחר, טומנת בחובה את המשאלה לעלות גבוה יותר בסולם. מסלול הקידום עבור מי שבחרו בשפיטה הוא ברור. עבור שופטים מחוזיים השאיפה המקצועית היא בית המשפט העליון, וטבעי להניח כי שאיפה זו אינה מתפוגגת בעת המעבר מבית המשפט ללשכת היועץ המשפטי. נהפוך הוא: יש להניח כי הציפייה לקידום אף מתגברת; שכן נוספה לה ברבות הזמן ראשיתה של מסורת – לא יציבה אך מורגשת – המלמדת כי כהונת היועץ המשפטי מצויה שלב אחד בלבד לפני פסגת הפירמידה המשפטית והשיפוטית.

<sup>113</sup> Edwards *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, *supra* note 7, at pp. 335-356.

קיצורו של דבר: קשה להתעלם מכך שנוצרה אצלנו מעין הכרה, שלא לומר ציפייה, כי כהונת היועץ המשפטי מובילה בדרך כלל לבית המשפט העליון, אלא אם תימצא לכך מניעה. אנושי ומובן מאליו כי יועץ משפטי יטה להישמר, מי יותר מי פחות, שמא תימצא בו אותה מניעה; ובתודעתו יתמקם מן הסתם, במודע או שלא במודע, הרכב הוועדה לבחירת שופטים.

אלה נתוני הרקע, וקשה להתעלם מהם. היועץ המשפטי עומד כל העת בפני בית המשפט העליון, אם לא בגופו הרי לפחות במדיניותו. נציגו טוענים בשמו ועמדותיו המשפטיות עומדות למבחן, בייחוד בעניינים בולטים המושכים תשומת לב. במידה גוברת והולכת, מזהים אותו באופן אישי עם עמדות משפטיות המוצגות בשמו. והוא "נבחן" לפיכך לא רק בפני חבריו ובפני העילית של קהילתו המקצועית, אלא גם בפני מי שעשויים לקבוע במישרין את גורלו.

על רקע זה עלינו לבחון את יכולתו של משרד היועץ המשפטי "להיאבק" בעת הצורך בבית המשפט העליון; לנסות ולהסיטו ממסלולו הקיים; לעצב את הדין בסוגיות יסוד יחד עמו, ולא רק בכפוף לו; והכול תוך מתן הד לתמורות ברצון הציבורי וביטוי אפקטיבי לשינויי מחשבה וכיוון ברשות המבצעת, הנבחרת מעת לעת.

נדגיש פעם נוספת, כי איננו נושאים עיניים לא לאימוץ הפילוסופיה האמריקנית בסוגיה דנן, ואף לא למהפכה בעקרונות היסוד המקובלים אצלנו מזה עשרות בשנים. לשיטה האמריקנית תלאות משלה; ובאשר לישראל – כבר הבענו את דעתנו כי מוטב להיזהר במהפכות מרחיקות לכת, או בקביעות נחרצות, אשר לא נבחנו דיין ואשר אינן מונחות על בסיס מוצק.

ויחד עם זאת, למרבה הצער, התמונה המצטיירת כיום היא שמוסד היועץ המשפטי עומד יתר על המידה בצלו של בית המשפט העליון. הוא הפך במידה רבה מגשר דו-סטרי לשסתום חד-כיווני, המעביר תמונות ומסרים מבית המשפט לממשלה ולציבור אך לא להפך. הוא אינו ערוך לחשל הלכות קיימות בכור ההיתוך של הליך שיפוטי דינאמי, אינטנסיבי, הבוחן סוגיות עקרוניות מכל צדדיהן. הוא מתקשה ליטול חלק במשחק התפקידים האדברסרי, שמא יזוהה באופן אישי עם הטענות שהוא מציג בשם הממשלה. הוא עשוי להיזהר יתר על המידה בהצגת טענות הנראות לכאורה כחריגה מן המוסכמות המקובלות בבית המשפט ובקרוב מרבית הקהילה המשפטית הממוסדת, ולהציג מראש כטענות "לא ראויות". הוא "מתוכנת" לאמץ את הטרמינולוגיה ואת דרכי החשיבה הנוהגים בבית המשפט, ואולי לאבד עקב כך חלק מן הדינאמיקה הנדרשת במחשבה המשפטית והחוקתית.

נקל להבין כי ככל שהיועץ "מחייב" את הממשלה, כך הוא ניצב מולה או מעליה אבל לא לצדה. הוא הופך לגוף פוסק יותר מאשר יועץ, שיפוטי יותר מאשר משפטי. רואים אותו והוא רואה את עצמו כמי שעיקר תפקידו להטיל על הממשלה את מרות המשפט מבחוץ, ולא דווקא להציג את עמדתה כלפי חוץ.

קיצורם של דברים: היועץ המשפטי נועד להיות שגריר הממשלה בבית המשפט – אולם הפך זה מכבר לשגריר בית המשפט בממשלה, ומעתה גם שגריר עם הכוח לחייב.

#### 7. הפרדת רשויות ומבחן בג"צ

הסוגיה שלפנינו מתבטאת גם ביחסי הגומלין בין הרשויות, ואין זו אלא זווית השקפה נוספת על אותם הדברים. עמד על כך הנשיא שמגר באחת הפסקאות המפורסמות של פסק דינו:

"ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, הלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר"<sup>114</sup>.

זו המסגרת שיש לצקת בה תוכן, ושוב לפנינו שאלה של מידה. תפקידה של הרשות השופטת להכריע בסכסוכים ואגב כך לפרש ולפתח את החוק; אבל בתוך כך היא צריכה להשפיע לא רק על החלטות שלטוניות ספציפיות, כי אם על תהליכי העבודה והחשיבה הפנימיים בקרב הרשות המבצעת. תפקידה של הרשות המבצעת הוא לקיים את החוקים ולבצע במסגרתם את מדיניותה; אבל בתוך כך עליה להפציר בבית המשפט לאמץ קווים מסוימים של חשיבה ופרשנות, לנסות לקדם פילוסופיה משפטית משלה, ולשמר בידיה חלק מסכות הפירוש של החוק.

יודגש המובן מאליו: פסיקת בית המשפט מכריעה לעולם בכל מחלוקת ספציפית המתבררת בפניו. גם אם כל הטיעונים המשפטיים הולכים בכיוון אחד, עדיין יכולה הפסיקה ללכת בכיוון אחר. אבל דיון שיפוטי אינו מצוות אנשים מלומדה. חזקה על השופטים שליבם פתוח לשמוע, ולשם כך מתקיים הדיון. טיעונים עשויים כמובן להידחות, אך בדרך כלל אין מתעלמים מהם והם חודרים אל המחשבה האישית והקולקטיבית. טיפין טיפין הם עשויים להשפיע, בפרט טיעונים עקרוניים ועקביים המוצגים בכישרון ובאחריות מטעם הרשות המבצעת. יחד עם זאת, אין לדיין אלא מה שעניו רואות ואוזניו שומעות, ומובן שאין השופטים יכולים לשמוע אלא את מה שמוכנים לומר להם. לא פעם מציינים שופטים במפורש כי לא שמעו כלל טענות לעניין פלוני; או כי היו נכונים לדון בטענה פלונית, אך זו לא הוצגה בפניהם.

עמדה מנומקת ועקבית עשויה לשכנע או להטות את הכף בין רוב למיעוט. טיעון אפקטיבי, גם אם לא יהפוך פרשנות קיימת, עשוי לפתח אותה ולבנות בה נדבכים חדשים. התנגדות לפרשנות מקובלת עשויה למתן או לסייג פסקנות יתר הכרוכה באותה פרשנות. טיעון נמרץ עשוי אפילו לחשל פסיקה קיימת – **בניגוד** לרצון הטוען – אבל אגב כך לחייב את בית המשפט להעמיק את יסודות פרשנותו ולהיטיב את נימוקיה. כל אלה יתרונותיו המובנים מאליהם של הליך אדברסרי ראוי לשמו<sup>115</sup>. אבל תנאי ראשון לכך הוא הנכונות והיכולת לקיים דיון חופשי, משוחרר, בלא מורא ובלא חשש מפני עמדה "שלא ניתן להגן עליה"<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> עניין פלאטו שרון, לעיל הערה 74, בע' 141.

<sup>115</sup> אנו מתמקדים כאן בתרומת היועץ המשפטי לניהול הליך אדברסרי יעיל ופורח. יחד עם זאת, מן הראוי להזכיר כי חלק נכבד מן האחריות לכך מוטל על בית המשפט. ודאי אין טעם להציג טענות ולנהל עימות אדברסרי אם אוזנם של השופטים אינה כרויה לשמוע ואם פסיקתם אינה מגלה התייחסות נאותה לטענות שהועלו בפניהם. לביקורת ברוח זו

אשר על כן, אנו סבורים שחלק מתפקידו של יועץ משפטי, בשם הרשות המבצעת, הוא להציג עמדות חדשות ובכך למנוע קיפאון במחשבה המשפטית והשיפוטית. עליו לאוורר תפיסות קיימות, בין שמרניות ובין אקטיביסטיות, ולבקש מבית המשפט לזנוח מחשבה או פסיקה שאולי עבר זמנן. ניסנו לעיל להראות כי הוא תורם בכך למשפט, ובה בעת משקף ולו במעט את רצון הציבור. מן הזווית של הפרדת רשויות – נראה לנו כי יועץ משפטי חייב לשמור מכל משמר על מונופול ההכרעה של בית המשפט; אולם חייב להתייבב, בעת הצורך, כנגד מונופול של פרשנות. קנאת סופרים תרבה חוכמה, וקנאת פרשנים תרבה משפט.

בארצות-הברית מתקיים דיון חשוב ומעמיק על סמכות הפרשנות העצמאית של הרשות המבצעת, שגם את קצה הקרחון שבה לא נוכל להציג כאן. חלק ניכר ממנו ממילא אינו רלוונטי לישראל. אבל הנה תובנה בסיסית ביחס לגיבוש עמדות משפטיות בקרב הרשות המבצעת, הראויה להישמע כאן בייחוד בעת שישראל עושה עדיין צעדים ראשוניים בעיצוב חוקה:

"One important conclusion of the inquiry into constitutional theory is that under any sophisticated model, executive branch interpretation, including that carried out by the Attorney General, cannot be simply interpretation by an executive officer that attempts to mimic the judiciary in either form or content. A recognition of the popular base of independent executive interpretation may in fact suggest that the executive, at least on occasion, should employ a some what different jurisprudential methodology of interpretation from that of the judiciary, one that better reflects the popular will"<sup>117</sup>.

ולהלן:

"[T]he strongest argument for the independent authority model of executive branch interpretation is the familiar need for [a]mbition... to counteract ambition'. If the President and his subordinates within the executive branch have the authority to interpret the Constitution independent of the Court, they may in sure that the debate about first constitutional principles is ever renewed and no usurpation is entrenched beyond challenge"<sup>118</sup>.

לפי דעתנו, אחד המכשולים על דרך סמכות פרשנית עצמאית ופיקוח הדדי בין הרשויות הוא מה שקרוי "מבחן בג"צ". נעמוד על כך בקצרה.

---

ראו, ס' פסברג "צדק ומשפט בביררת הדין: יחסי ממון בין בני זוג לאחר דני"א נפיסי" משפטים לא (תש"ס) 97, 137-136.

<sup>116</sup> נביא דוגמה בולטת אחת. משפטנים חלוקים ביניהם באשר לסוגיות, כגון היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי בדבר העמדה לדין, זכות העמידה או גבולות הדוקטרינה של אי-שפיטות; ודין הוא כי בית המשפט העליון מוסמך לעיין מחדש בסוגיות אלה (כמו באחרות) ולשנות את החלטותיו. אף על פי כן, למיטב ידיעתנו, היועץ המשפטי לא קרא לבית המשפט לבחון מחדש את ההלכות שנקבעו בסוגיות חשובות אלה; ואף קיבל על עצמו – ועל הממשלה – אמרות אגב שהצרו את צעדי הממשלה והגבילו את כוחה המוסדי כרשות מבצעת.

<sup>117</sup> McGinnis, *supra* note 19, at p 382.

<sup>118</sup> *Ibid*, at p. 391.

בשנים האחרונות נפל על השלטון מורא בית המשפט, וחלה "משפטיזציה" עמוקה בתוכן של החלטות שלטוניות ובדרך שבה הן מתקבלות. ייאמר מיד כי לא באנו להעריך תהליך זה. דיינו אם נאמר שיש בו הרבה מן הטוב וגם משהו מן הרע – ומכל מקום לפנינו מגמה עמוקה ורחבה, אשר אינה מיוחדת לישראל ואשר מוטב לראותה לעת עתה כעובדה קיימת. מכאן "מבחן בג"צ", המרחף כל העת מעל מרעשי השלטון ומחדליו.

מה פירוש עמידה במבחן בג"צ? נדמה כי התפיסה המושלת בכיפה היא שמצפים מן היועץ המשפטי, וכך הוא מצפה מעצמו, לגבש עמדה אשר תשאף להרמוניה מרבית עם מהלך הפסיקה הקיימת, ואשר תשקף ככל האפשר את פרשנות הדין כפי שהוא נראה בבית המשפט העליון. לפיכך, חוות דעת "נכונה" או מוצלחת תנסה להעריך באופן המדויק ביותר, על יסוד דרכו של בית המשפט בעבר, כיצד היה פוסק אילו דן בשאלה העומדת על הפרק. ודוק: מבחן בג"צ משמש לא רק להערכת סיכויי הרשות נוכח הליך שיפוטי צפוי או קיים. מבחן בג"צ עשוי להיות אמת מידה גם ליועץ פנימי – "בתוך" הרשות המבצעת – וזאת הן משום שהיועץ קרוב אצל בית המשפט, והן משום שדעתו עשויה אי-פעם לעמוד למבחן שיפוטי ממש.

"מבחן בג"צ" הוא לעתים קרובות מוצדק ואף הכרחי. ודאי שעל היועץ לתת לממשלה הערכה על סיכוייה בבית המשפט, ועל הממשלה להחליט אם ליטול על עצמה את הסיכון במקרה של סיכויים נמוכים. אבל אין לראות במבחן בג"צ את חזות הכול<sup>119</sup>. בסופו של דבר, מבחן בג"צ הוא מבחן העבר. אם ייטמע יתר על המידה בתפקידי היועץ והייצוג סופו לעודד בכל מקרה הערכה פסיבית על מה שיאמרו השופטים, על חשבון מאמץ אקטיבי לגבש עמדה ולהציגה בפני בית המשפט בניסיון לשכנעו. מבחן בג"צ מחדיר לרשות המבצעת ביתר שאת את המחשבה הנואלת, שכולנו עבדיה, כי ניתן לומר מה יהיה על יסוד מה שהיה. אלא שכאן, כמו בסוגיות אחרות, הדרך הטובה ביותר לחזות את העתיד היא לנסות ליצור אותו. דגש מוגזם על מבחן בג"צ עלול לעודד גישה סכולסטית אל המשפט במקום גישה יצירתית באמת. הוא עלול להביא לכך שתופעות או דינים חדשים ייראו דרך תופעה חדשה דוקטרינה או הלכה שלא נועדו לה ואינן מתאימות לה. כל אלה אינם רצויים בסביבה משפטית דינאמית, ובפרט בישראל המתלבטת עדיין בשאלות ראשוניות של חוקה.

האמור לעיל ראוי להדגשה מיוחדת נוכח נטייתו של בית המשפט העליון להרבות באמרות אגב; ונוכח נטיית הקהילה המשפטית, לרבות היועץ המשפטי, להתייחס לאמרות אלה כאילו היו הלכות בעלות תוקף מחייב. בדרך זו פתוחה הדרך לקביעת "אמיתות משפטיות", או מעין הלכות, שלא חושלו במבחנים המחמירים (אדברסריים ואחרים) הנדרשים בדרך כלל מהלכות שיפוטיות.

<sup>119</sup> ראה גם: Alito, supra note 16 :

"OLC would be irresponsible if, as part of its internal decision-making process, it did not attempt to predict and take into account what the courts would do. This does not mean, of course, that OLC should always decide such question exactly the way it feels that the courts would decide them. It may be completely responsible for OLC to adopt an interpretation that it believes is correct but that it predicts the courts will probably reject. Indeed, OLC attorneys may feel bounds as a matter of principle to adopt such an interpretation. But even in these instances, OLC has a duty to its "clients" to make sure, as best it can, that they understand the likely outcome in the courts so that they can make their own policy decisions accordingly", *Ibid*, at p. 510.

סמכות פרשנית עצמאית לרשות המבצעת, תוך ויתור במקרים מסוימים על מבחן בג"צ, אינה דבר שקל לעכלו. ודאי יהיו מי שיראו בכך איום על הפרדת הרשויות. כשם ש"חוק עוקף בג"צ" הפך אצלנו לשון גנאי גם לחקיקה דמוקרטית לגיטימית, כך יש להניח כי חלופה למבחן בג"צ עלולה להיראות כפגיעה בשלטון החוק.

את הדיון על כך אנו מציעים לפתוח, מבלי שנתיימר לסיים, בדבר ה"אטורני ג'נרל" Bar<sup>120</sup>:

"Observers often equate the correct [legal] result with that which is most consistent with a position previously adopted by the courts. Thus, when the Department tries to persuade a court to reconsider its position, or advances a novel argument on a subject previously thought to have been closed, some people have suggested that this is inappropriate – that this is being political. But it is entirely consistent with the Attorney General's duties to advocate such a position. If the Attorney General concludes that a particular line of precedent is incorrect as a matter of law, it is as much a policy decision, if not more so, to acquiesce in that line of decision as to argue that it be discarded... While the executive branch will not disregard a decision of the Supreme Court, even one that is clearly wrong, this does not mean that presidents are forever debarred from seeking reconsideration of a position that has previously been taken by the Court. I believe that urging the Court to reconsider a prior decision serves the executive branch's obligation to the Constitution, without diminishing the Court's constitutional role".

אנו סבורים כי דברים מעין אלה ראויים להישמע גם אצלנו<sup>121</sup>. אחרי ככלות הכול, פירושם הוא, שמבחן החוק עולה על מבחן בג"צ, כפוף לפסיקה ספציפית שתמיד חובה לציית לה. "אמת ויציב – אמת עדיף", גם בבית המשפט וגם במשרדו של היועץ המשפטי לממשלה.

#### ד. סוף דבר

"תפיסה צבאית פשטנית ונאיבית, שסגדה לכוח, גרמה לשחיקתו בפועל. החתירה להשיג ביטחון צבאי טוטאלי ומוחלט מפני כל איום אפשרי הובילה לפגיעה מובהקת בביטחון הלאומי היחסי ופעל כבומרנג על היכולת הצבאית ועל העוצמה הצבאית"<sup>122</sup>.

האם ניתן להשיג "ביטחון משפטי" מוחלט מפני כל איום אפשרי על ערכי מנהל תקין, שלטון החוק, הגינות, שוויון וכיוצא באלה ערכים שראוי להגן עליהם? האם הדרך לחתור ליתר שלמות

<sup>120</sup> Bar, supra note 24, at pp. 40-41.

<sup>121</sup> עמדה זו משותפת גם למלומדים הבוחנים מבחוץ את החוקה ואת האופן בו היא משפיעה על המערכת הפוליטית כולה. ראו לעניין זה: M. V. Tushnet Taking the constitution Away From the Courts (Princeton, 1999). טושנט מתאר במפורט את הדרכים הרבות בהן חיוני, לצורך הגנה על המסגרת החוקתית, כי פרשנות ראשונית של החוקה ומשמעותה תיעשה דווקא במסגרת רשויות הממשל.

<sup>122</sup> ע' ולד, לעיל הערה 91, בע' 21-22.



בערכים אלה היא לתת בידי היועץ המשפטי (וגורמים משפטיים-שלטוניים אחרים) "שיניים" חדות יותר, "כלים" חזקים יותר, כוח רב יותר? האין בחתירה לכוח "מחייב" מוחלט כדי לפגוע בכוח מחייב יחסי?

ביסוד גישת העמדה המחייבת ניצבת הנחה מובנת מאליה כביכול, כי "עמדה מחייבת" תחזק את היועץ המשפטי ואת שלטון החוק. אבל כדרכן של הנחות, ייתכן שאף הנחה זו נמהרת מעט.