

דיון בוועדת חוקה בנושא "ציון במשפט תיפדה – סמכות הממשלה
והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות
שיפוטיות" –

דברי המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), ד"ר

גיל לימון

אני מתכבד להציג בפני הוועדה הנכבדה את עמדת היועצת המשפטית
לממשלה בשאלות שעל סדר יומה של הוועדה – סמכות הממשלה והשרים
לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות.
מדובר בנושא עקרוני וחשוב.

השתתפותנו בדיון היום מבטאת את חובתנו, בתור הייעוץ המשפטי
לממשלה, לסייע לשר המשפטים ולממשלה בכללותה, לוועדה זו, לוועדות
אחרות של הכנסת, לעצב הסדרים מאוזנים וראויים בנושאים המשטרניים
העקרוניים והבסיסיים ביותר המונחים על סדר יומן של הממשלה ושל
הכנסת, ולספק התייחסות מקיפה ככל הניתן לקשיים שעלולים להיות
כרוכים בהצעות העומדות לדיון.

אנו תקווה שיהיה רצון אמיתי לקיים שיח ענייני ופתוח ביחס לרפורמות
כאלה ואחרות שנוגעות לגופי החוק והמשפט, באופן ההולם את חשיבות
הנושא ומתוך חשיבה מעמיקה וראייה ארוכת טווח.

עוד בטרם אפנה להתייחס למצע לדיון ולנוסח הצעת החוק שהופצו מטעם
יו"ר הוועדה, אבקש להתייחס לנושא מנקודת מבט רחבה יותר, שמביאה
בחשבון את מכלול ההצעות שעומדות על סדר היום הציבורי בימים אלה –
מינוי יועצים משפטיים כמשרות אמון, ביטול המעמד המחייב של חוות
דעת היועץ המשפטי, ביטול בלעדיות הייצוג בערכאות על-ידי פרקליטות
המדינה, הרחבת ההשפעה הפוליטית בהליכי מינוי שופטים, התגברות על
פסיקת בית המשפט העליון ברוב פרלמנטרי רגיל וביטול עילת הסבירות.

מדובר במכלול אחד שיש לבחון אותו ציבורית ומשפטית יחד.

נקודת מבט זו מגלה כי הנושא שבו אנו דנים היום הוא חוליה אחת מתוך רצף של מהלכים שתוצאתם המצטברת עלולה להיות קעקוע של מעמד שלטון החוק במדינה דמוקרטית.

אכן, השאלה שעומדת למעשה על הפרק אינה מתייחסת לתפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה, אלא לכפיפותה של הממשלה, על שריה וכל זרועותיה לשלטון החוק.

כפיפות זו היא מושכלת יסוד, העומדת בבסיס שיטת המשטר הדמוקרטית במדינת ישראל עוד משנותיה הראשונות של המדינה.

כפי שפסק השופט חשין האב, באחד מפסקי הדין הראשונים שמצאתי שמוזכר בו המונח "שלטון החוק" – פרשת אלדד שייב, משנת 1950: "מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים".

במשך השנים, התפתחו במדינת ישראל מנגנונים שונים להבטחת שלטון החוק בפעולתה של הרשות המבצעת. חלקם – כמו מערך הייעוץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה – הם פנימיים לרשות המבצעת. אחרים – כמו הרשות השופטת – הם חיצוניים לרשות המבצעת, בהתאם לעיקרון הפרדת הרשויות.

היה וצבר ההצעות שהזכרתי יהפוך למציאות, המנגנונים הללו עלולים להפוך לכלי חלול.

למראית של שלטון החוק.

וזוהי למעשה הנקודה המרכזית שחשוב לי להבהיר:

אם יתקבלו מכלול ההצעות שעל הפרק בנוסחן הקיים, הממשלה ושריה יפסיקו בפועל להיות כפופים לדין.

הסיבה לכך היא שבשיטתנו הפרלמנטרית, הממשלה משפיעה בצורה כמעט מוחלטת על הקואליציה בכנסת, ועל כן היא יכולה לחוקק בהתאם לרצונותיה, בוודאי כאשר היא נשענת על רוב פרלמנטרי מוצק; הממשלה גם יכולה לתקן בקלות את חקיקת היסוד, ולפי אחת ההצעות, במקרה זה

לא תהיה עליה ביקורת שיפוטית כלל; בהתאם להצעה שעומדת בפנינו היום, הממשלה תפרש את הדין עבור עצמה ותסתייע בעורכי דין פרטיים אשר יגבו אותה היה והחלטותיה ייתקפו בהליכים משפטיים; במקרה שבו גורם כלשהו יבקש לאתגר את קביעותיה של הממשלה, התיק ינותב למערכת משפטית שאת שופטיו – לפי הצעה אחרת שעלתה – הרשות המבצעת תמנה; אותה רשות מבצעת תוכל גם לעקוף את קביעותיה של המערכת המשפטית הזו, באמצעות הרוב הפרלמנטרי הנתון לה בכנסת, בדרך של פסקת התגברות שדורשת רוב רגיל.

אין צורך בהסברים מורכבים אודות דמוקרטיה כדי להבין זאת: מי שגם כותב את החוק, גם מחליט עבור עצמו אם הוא מקיים את החוק, גם שולט בבחירת השופטים שעוסקים בביקורת שיפוטית על החלטותיו, וגם מוסמך לעקוף את פסיקתם כשהיא אינה לרוחו – איננו כפוף למעשה לחוק.

במצב הזה, הממשלה אפילו לא תהיה מעל לחוק. הממשלה תהיה החוק.

עתה ברשותכם אני מבקש להסביר מעט יותר לעומק את הדברים בהתייחס להצעה שעל הפרק.

מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, הפרוס בכל משרדי הממשלה, רשויות המדינה, גופי הביטחון, ויחידות הסמך, הוא קו ההגנה הראשון על שלטון החוק בפעילותה של הרשות המבצעת.

תפקידו הוא להעמיד לרשותם של גופי הממשלה את הכלים המשפטיים להגשמת מדיניותם, תוך עמידה בהוראות הדין.

מדובר בתפקיד כפול – קידום מדיניות הממשלה, ושמירת סף מפני הפרה של החוק.

ביסוד התפקיד הכפול עומדת התפיסה לפיה רשויות השלטון במדינת ישראל מבקשות לפעול על-פי החוק ובגבולותיו.

הייעוץ המשפטי לממשלה מסייע להן בכך.

מדי יום ביומו, רשויות המנהל במדינת ישראל מקבלות מאות ואלפי החלטות, בליווי של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה – ניהול כוח האדם הממשלתי, עריכת מכרזים, קידום החלטות ממשלה, ניסוח חקיקה, התקנת חקיקת משנה, מתן וביטול רישיונות וזיכיונות, הענקת וביטול היתרים, קידום הליכי תכנון ובניה, ועוד ועוד.

הייעוץ המשפטי לממשלה פועל להבטיח שההחלטות הללו מתקבלות בסמכות, בהליך מנהלי תקין, תוך שמירה על טוהר המידות והגנה על זכויות האדם.

הדבר נעשה באמצעות ליווי שוטף של עבודת משרדי הממשלה, תוך היכרות קרובה של היועצים המשפטיים עם מטרות המשרד וצרכיו, ועם עובדיו ומנהליו.

בזכות מעורבות הייעוץ המשפטי לממשלה – המתנהלת כתף אל כתף עם גורמי הביצוע – ההחלטות המתקבלות זוכות למעטפת הגנה המאפשרת להן לעמוד היטב גם בהליכים משפטיים ולצאת מהכוח אל הפועל, כפי שאסביר בהמשך כשאתייחס לנושא הייצוג.

היכולת של הייעוץ המשפטי לממשלה למלא את תפקידו בהבטחת שלטון החוק בעבודת הרשות המבצעת נשענת על שני מרכיבים עיקריים: היותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה עצמאי, מקצועי וא-פוליטי, והמעמד המחייב של חוות הדעת המשפטית של היועץ המשפטי, המבטאת עבור המשרד הממשלתי את הדין, אלא אם בית משפט מוסמך קבע אחרת.

המעמד המחייב של חוות הדעת המשפטית נובע מכך שהיועץ המשפטי של המשרד משמש זרועה הארוכה של היועצת המשפטית לממשלה במשרד הממשלתי, אשר כפוף לה מבחינה מקצועית.

אם השר חולק על חוות דעתו של היועץ המשפטי של המשרד, הוא יכול להשיג על כך בפני היועצת המשפטית לממשלה.

התפיסה לפיה היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הממשלה, וחוות דעתו מחייבת את כלל רשויותיה, מעוגנת בשורה ארוכה של פסקי דין.

הרציונל העומד בבסיס התפיסה הזו הוא שמבחינה מוסדית, האורגן הממשלתי שאמון על פירוש המצב המשפטי הקיים עבור כל הממשלה, הוא היועץ המשפטי לממשלה.

אפשר להזכיר בהקשר הזה את פרשת פנחסי¹; פרשת חוות השקמים²; פרשת לביא³; פרשת גרמן, ורק כדי לסבר את האוזן אצטט מפרשת גרמן בה נקבע כי: "הדין הוא כי על הממשלה ורשויותיה לקיים את חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. וליתר דיוק: עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כענין מוסדי, על ידי היועץ המשפטי לממשלה".

תפיסה זו אף עוגנה בדוח הצוות הבינמשרדי לבחינת מערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה ("דוח אברמוביץ"), שהמלצותיו אושרו ע"י הממשלה (החלטה מספר 4528, מתאריך 1.3.2009).

הצעת החוק שהונחה בפני הוועדה תמוטט למעשה את הערובות הפנים-ממשלתיות לשמירה על שלטון החוק בפעולתם של משרדי הממשלה.

לפי ההצעה, השר הוא שיקבע את העמדה המשפטית ביחס לפעולות משרדו או רשויות המנהל הנתונות לאחריותו; חוות הדעת המשפטית, המכונה בהצעה בשם "עצה", לא תחייב את השר; והוא יהיה רשאי לדחותה.

משמעות הדברים היא ברורה.

אם שר ירצה להשתמש במשאבי המשרד לצורך קידומו האישי במסגרת קמפיין בחירות והיועץ המשפטי יבקש לאסור זאת – השר יוכל להתעלם.

¹ בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 476 (1993).

² בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, פסקה 48 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 14.11.2016).

³ בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 12.10.2008), בפסקה 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

אם שר הכלכלה יבקש להיטיב עם מפעל מסוים השייך לקרוב משפחתו, והיועצת המשפטית של משרדו תקבע כי הדבר מנוגד להסדר ניגוד העניינים שלו, השר יוכל להגיד לה – שמעתי את עצתך, אבל אני מחליט להתעלם.

אם שר השיכון יבקש לשווק קרקעות באופן המפלה לרעה קבוצה מסוימת, והיועצת המשפטית של משרדו תסביר כי הדבר מנוגד לחוק ולפסיקה, הוא יוכל להתעלם מה"עצה".

ואם השר לשירותי דת ימנע מנשים לשמש כעוזרות משפטיות לדיינים בבתי הדין הרבניים, והיועצת המשפטית של משרדו תפנה אותו לתקדימים האוסרים על כך, גם הוא יוכל להתעלם מעמדתה.

אם שר הפנים יורה לרשות האוכלוסין שלא לרשום זוגות חד-מיניים כנשואים, בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון, והיועץ המשפטי של משרדו יקבע כי הדבר אינו חוקי, השר יוכל להתעלם מחוות הדעת.

החוק והפסיקה יחשבו להמלצות, כך גם הסדרי ניגוד עניינים, הנחיות של יועצים משפטיים לפעול בהתאם לדיני המכרזים, הנחיות לחלוקת תמיכות ממשלתיות ולהקצאת נכסי הציבור באופן שוויוני, כללי מנהל תקין בגיוס כוח אדם לשירות המדינה, הנחיות למינויים בחברות ממשלתיות, איסור הפליה והעדפת מקורבים, וכן הלאה.

אינני מבקש לטעון כי שרי הממשלה יבחרו בהכרח להתעלם מהייעוץ המשפטי שניתן להם.

למעשה, בשגרת העבודה של הייעוץ המשפטי לממשלה, הרוב המכריע של החלטות השרים מתקבלות בשיתוף עם היועצים המשפטיים של המשרדים, המשולבים בעבודת המשרד ומוצאים מתוקף תפקידם פתרונות משפטיים שיגשימו את מדיניות השר.

הקושי מתעורר באותם מקרי קצה שבהם מדיניות השר או דרך הפעולה בה הוא מבקש לנקוט אינה חוקית לפי חוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי.

או אז, בהתאם להסדר המוצע, הברירה תהיה בידי של השר אם לקיים את חוות הדעת או לקבוע עבור עצמו את הדין.

ופה טמון קושי נוסף שקיים בהצעה – כיצד השר יקבע לעצמו את הדין?

האם השר יתעמק בניתוח המשפטי, יקרא את התקדימים, את דברי ההסבר לחקיקה ואת הספרות הרלוונטית? האם הוא יבחן חוות דעת קודמות של הייעוץ המשפטי של המשרד? האם יפנה להיוועץ ביועצת המשפטית לממשלה?

לפי נוסח ההצעה לפחות, התשובה לכך היא בשלילה, שכן היא קובעת שהשר יקבע על פי רצונו את המצב המשפטי.

ואם השר מוסמך, בשמה של המשילות והיותו נבחר הציבור, לקבוע עבור עצמו את הדין, מדוע שלא יהיה מוסמך לבוא גם בנעליהם של בעלי תפקיד אחרים במשרד, פרט ליועץ המשפטי?

באותה מידה, אפשר לקבוע כי שר התחבורה יהיה מוסמך לקבוע לפי רצונו אם כביש הוא בטיחותי; כי שר האוצר יהיה מוסמך לקבוע לפי רצונו את גובה מדד המחירים לצרכן; וכי השרה להגנת הסביבה תהיה מוסמכת לקבוע לפי רצונה אם מפעל הוא מזהם.

הייעוץ המשפטי לממשלה מורכב מאנשי מקצוע, בעלי ניסיון רב, היכרות עם עבודת הממשלה ועם התקדימים המחייבים, עמוד שדרה ערכי ומקצועי, ויכולת קבלת החלטות משפטיות באופן ענייני ונטול פניות, המבוסס על ראיית האינטרס הציבורי הרחב.

כל אלה יהיו חסרים כאשר חוות דעתם תהיה בגדר עצה לא מחייבת.

ועוד קושי הגלום בהצעה נוגע למצבים בהם מעורבים מספר שרים, החלוקים ביניהם בנוגע למצב המשפטי.

כך, למשל, שר האנרגיה מבקש למנות את מקורבו לתפקיד יו"ר דירקטוריון של חברת החשמל, ושר האוצר – שנדרש אף הוא לחתום על המינוי – סבור כי הדבר אינו חוקי.

שר החוץ מבקש שהמדינה תחתום על אמנה בינלאומית מסוימת בתקופת בחירות, ושרת הפנים סבורה כי דיני הבחירות אוסרים על כך.

שר השיכון מבקש לממן הקמת שכונה חדשה בשטחי יהודה והשומרון, ושר הביטחון מתנגד לכך משום שהדבר כרוך בפגיעה בקניין פרטי.

הענקת הסמכות לכל שר לקבוע לעצמו את הדין תוביל לעמדות משפטיות סותרות בתוך הממשלה.

במצב הקיים, היועץ המשפטי לממשלה הוא שמכריע במחלוקות משפטיות בין המשרדים. מי יכריע במחלוקות הללו לפי הצעת החוק? בית המשפט? האם כך נראית משילות? ומה אם לא יתקיים הליך משפטי?

הוודאות הקיימת בשיטתנו המשפטית, הנובעת מכך שהיועץ המשפטי לממשלה – המהווה אוטוריטה מקצועית, א-פוליטית ונטולת פניות, הוא המכריע במחלוקות משפטיות בין משרדי הממשלה, תיעלם.

אבקש לציין בקצרה מספר משמעויות נוספות של הפיכת חוות דעת היועץ המשפטי לבלתי מחייבת עבור הממשלה והשרים:

ראשית, במצב המשפטי הקיים, נקודת המוצא בהליכים משפטיים המתנהלים נגד המדינה היא שהפעולה המינהלית נעשתה כדין ועל הטוען אחרת מוטל הנטל לשכנע.

זוהי "חזקת תקינות המנהל", אשר מבוססת, בין היתר, גם על כך שהפעולה המינהלית נעשתה על יסוד חוות דעת משפטית מייעוץ משפטי ציבורי, מקצועי ועצמאי בשיקול דעתו, וגם בעל מוניטין בעיני בית המשפט.

הדבר מביא לכך שמעטים הם פסקי הדין שפוסלים פעולה מינהלית או מתערבים בה.

שינוי מהותו של הייעוץ המשפטי לממשלה ברוח ההצעות שעל הפרק עלול להביא לכך שחזקה זו לא תעמוד עוד, שכן הרציונאלים שבבסיס הנחת תקינות המנהל נחלשים מקום שבו הפעולה המינהלית לא נבחנה על ידי

ייעוץ משפטי ציבורי שמעייניו ותמריציו נתונים לטובת שלטון החוק ואינטרס הציבור.

הדבר משמעותי במיוחד בתיקים ביטחוניים, המהווים כיום כשליש מהעתירות המתנהלות בבג"ץ.

בהליכים אלו, כיום כמעט תמיד העותרים מסכימים שבית המשפט יראה את החומרים החסויים שעליהם התבססה המדינה בהחלטתה במעמד צד אחד בלבד – גורמי הביטחון והפרקליטות, שכן על פי פסיקת בית המשפט העליון המפורשת, אם יסרבו העותרים לכך – חזקת תקינות מעשה המנהל תביא לדחיית עתירתם. במצב המשפטי הקיים כאשר המדינה מצהירה שיש חומר סודי שתומך בטענותיה הגלויות, נקודת המוצא היא שמדובר בטענה נכונה, שנבדקה מקצועית ומשפטית.

אם לא תהיה חזקת תקינות – העותרים ודאי יסרבו שיוצג חומר סודי במעמד צד אחד, המדינה לא תוכל להציג את המידע רק בפני בית המשפט, והתוצאה תהיה הפוכה – המדינה לא תוכל לשכנע את בית המשפט שאכן שקיימת סכנה ביטחונית והעתירה תתקבל.

החלשתה של חזקת תקינות המנהל תביא אפוא לפגיעה בביטחון המדינה.

שנית, החלשת גופי המשפט, בהם גם הייעוץ המשפטי לממשלה, עלולה להוביל לפגיעה כלכלית, למשל, בשל רתיעה של שחקנים כלכליים מהתמודדות במכרזים, שהייעוץ המשפטי המלווה אותם עלול לסגת לנוכח החלטת השר שלא לשעות לחוות דעתו. מערכת שלטונית שמאבדת את אמון השחקנים הכלכליים המקומיים והבינלאומיים בכך שהיא פועלת לפי הדיון, תתקשה לכרות חוזים עם גורמים פרטיים, לנהל מכרזים, ליטול הלוואות, ולשמור על דירוג אשראי גבוה.

שלישית, היכולת של המדינה להתמודד עם הליכים בזירה הבינלאומית תיפגע, שכן נציגיה של המדינה בהליכים אלו לא יוכלו עוד להסתמך בטענותיהם לדחיית ההליכים על קיומה של מערכת משפטית עצמאית,

המחזיקה בסמכות להבטיח את פעולתם של כוחות הצבא בלחימה בהתאם לדין.

כעת, אבקש להתייחס לקביעה בהצעת החוק לפיה לא רק שהשר יקבע לעצמו את העמדה המשפטית, אלא גם שכל שר יוכל לקבוע את העמדה שתוצג בשם משרדו בהליך משפטי, ואת הגורם שייצג אותו בהליך זה, כולל ייצוג בידי עורך דין פרטי.

קביעה זו בהצעת החוק פועלת לפורר לגורמים את הייצוג המשפטי של הממשלה בערכאות על ידי פיזורו בידי עורכי דין פרטיים. כל שר ועורך הדין שלו. כל משרד ממשלתי ועורך הדין שלו. כל רשות מנהלית ועורך הדין שלה.

וכל עורכי הדין הללו אינם מחויבים לאינטרס הציבורי הרחב, אלא לאינטרס של הגורם שמשלם את שכר הטרחה שלהם.

הדבר עומד – מבחינה מעשית – ליצור כאוס ממשלתי מוחלט, המהווה ההיפך הגמור מתפיסת המשילות, תוך פגיעה קשה ביכולתה של הממשלה לקבל החלטות מדיניות ולהביאה לידי ביצועה בפועל.

זאת לדעת, שפרקליטות המדינה מייצגת את משרדי הממשלה בכ-21,000 הליכים משפטיים אזרחיים ומנהליים מידי שנה בכל תחומי המשפט.

הפרקליטות מייצגת את המדינה בקידום רפורמות, בהגנה על מכרזים, בשחרור תכניות ותמ"ליות לטובת פתרון משבר הדיור, בהפשרת קרקעות להקמת תשתיות, בהגנה על חיילי צה"ל הנתבעים בגין פעילות מלחמתית, בסכסוכים חוזיים מורכבים ובאכיפת תשלום המיסים.

הפרקליטות הגישה בשנת 2022 תביעות יזומות בשם המדינה בסכום של כ-2.5 מיליארד שקלים.

האם מישהו באמת מעלה על דעתו ברצינות שאת 21,000 ההליכים הללו – הנפתחים מידי שנה בכל הארץ בכל הערכאות – אפשר לנהל בתפזורת, כשכל שר בוחר את התיקים שלו ואת הייצוג שלו בכל תיק ותיק? האם

אפשר לנהל 21,000 תיקים בלי מערך מקצועי של פרקליטים מיומנים הפועלים תחת ארגון מסודר ומנוהל?

ואיך תיראה התנהלות המשרדים, כשהמשלה תאבד את הראיה הרוחבית שבאה לידי ביטוי בכך שהייצוג בתיקי המדינה נתון בידי גוף אחד?

איך תיראה התנהלות המשרדים כשעורך דין של שר אחד יטען כי מכרז ממשלתי, או חוזה ממשלתי או סוג של החלטה ממשלתית, אמור להתפרש באופן אחד, ועורך דין של שר אחר יבחר לטעון טיעון הפוך?

כיצד תיראה "המשילות", כאשר בסכסוכים משפטיים מורכבים בהם מספר משרדי ממשלה מקדמים אינטרסים שונים ומנוגדים, יגיע כל משרד עם עורך הדין שלו לבית המשפט, ובית המשפט הוא זה שיכריע בסופו של יום בסכסוך הפנים מדינתי, שבין משרדי הממשלה?

כך, לדוגמא, בסכסוך קיבוצי של עובדי מערכת הבריאות, יגיע עורך דין אחד בשם הממונה על השכר ואחר בשם משרד הבריאות והם יתכתשו זה נגד זה אל מול ארגון העובדים; בסכסוך הנוגע לכריית מחצבים – משרד הכלכלה יגיע עם עורך דין משלו, משרד האוצר עם עורך דין משלו, רשות מקרקעי ישראל עם עורך דין משלה והמשרד להגנת הסביבה עם עורך דין משלו, ולעיתים גם נציג רשות התחרות, וכולם יתכתשו אלה מול אלה מול הצד שכנגד באולם בית המשפט, במקום לדבר בקול אחד שאותו מתכלל פרקליט בשם הממשלה.

והדוגמאות הן רבות מספור – בסכסוך על קיצור המשמרות של המתמחים ברפואה יגיעו עורכי דינם של שר האוצר, שר הכלכלה ושר הבריאות; בתיק נזיקין ביחס לאסון מירון יגיעו עורכי הדין של המשרד לשירותי דת, המשטרה והמשרד לביטחון הפנים; ובתיק העוסק במשבר החלפת העוברים באסותא יגיעו עורכי הדין של משרד הבריאות, משרד הרווחה ורשות אוכלוסין. כל אחד בשם האינטרס האישי של השר אשר שכר אותו.

על כך אמר בית המשפט העליון באחת הפרשות כי: "אילולא היועץ המשפטי לממשלה, במצב של מחלוקת בין שרים (מצב לא בלתי שכיח במדינתנו) כל שר היה שוטח את טענותיו בפני בית המשפט שהיה הופך, שלא בטובתו, לבורר בין משרדי הממשלה השונים".⁴

ועוד חשוב לומר – הפרקליטות מייצגת את הממשלה, אך היא גם מייצגת את האינטרס הציבורי, ולא פעם מול המדינה עומד אזרח שנפגע שלא כדין מפעולות הממשלה.

לפיכך, חובתה של המדינה להבטיח כי הייצוג המשפטי ישים לנגד עיניו לא רק את האינטרס "הממשלתי" אלא גם את זכויותיו של "הצד שכנגד". כלומר, נדרש להבטיח כי מייצגיה של המדינה בהליכים משפטיים יהיו גם "שומרי סף" וידעו לזהות כשלים בפעילותה.

כך, למשל, כאשר פרקליטות המדינה מזהה כשל בפעילות משרד השיכון ובעקבות זאת המדינה חוזרת בה מסירובה להעניק לאזרח דירה בדיור הציבורי; או כשהפרקליטות מודיעה לבית המשפט שהמדינה תשתלם פיצוי לאזרח שנעצר שלא כחוק; או כאשר הפרקליטות מודיעה לבית המשפט שיש לבטל צו אשפוז פסיכיאטרי שניתן שלא כדין; או כשמתברר שהחלטה של ועדת מכרזים נעשתה תוך פגיעה בשוויון. מדובר באינטרס ציבורי רחב.

חשוב לזכור בהקשר זה שהכנסת עצמה הכירה במעמד המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה בהליכים משפטיים, כמי שמייצג את האינטרס הציבורי הרחב, וקבעה כי הוא יכול להתייצב אפילו במקרים שהמדינה היא לא צד להליך בשמם של שיקולים רחבים של אינטרס ציבורי, ואני מתייחס כמובן לפקודת סדרי הדין (התנייבות היועץ המשפטי לממשלה).

אכן, בדומה לכלל בדבר המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, גם הכלל בדבר ייצוג המדינה בערכאות שיפוטיות באמצעות

⁴ פרשת לביא, בפיסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית.

אנשי פרקליטות המדינה, המהווים באי-כוח היועץ המשפטי לממשלה, מעוגן היטב בפסיקת בית המשפט.

כדי לסבר את האוזן אזכיר ציטוט אחד, מתוך פרשת אדם טבע ודין, שם נקבע כי "יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה"⁵.

ציטוט זה מבטא את הקשר ההדוק בין המעמד המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לבין בלעדיות הייצוג בערכאות.

עוד חשוב להדגיש כי כבר במצב המשפטי הקיים, קיימת אפשרות לשר שאיננו מקבל את עמדת היועצת המשפטית לממשלה, להציג בפני בית המשפט עמדה סותרת, בנוסף לעמדת היועצת.

בדו"ח ועדת שמגר נקבע כי: "עקרון החוקיות והסדר הטוב מחייבים כי מקרים של ייצוג נפרד יהיו נדירים וחריגים. ממשלה המחליטה להעמיד נושא להכרעה שיפוטית בניגוד לחוות דעתו של היועץ המשפטי פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ביועץ המשפטי"⁶.

בשנים האחרונות, היו מספר מקרים בהם היועצת המשפטית לממשלה וקודמיה בתפקיד התירו לממשלה או לשר משרי הממשלה להציג עמדה נפרדת בהליכים משפטיים. לעיתים, הדבר נעשה באמצעות הצגת העמדה בגוף תגובת המדינה, ולעיתים באמצעות ייצוג נפרד מלא של עורך דין חיצוני.

באופן כללי ניתן לומר שהמדיניות הקיימת בנושא מרחיבה יותר מאשר הייתה בשנים עברו, מתוך הבנה בדבר החשיבות כי תוצג בפני בית המשפט עמדתם של הממשלה ושל חבריה, גם אם בחרו לפעול בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

⁵ בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פסקה ז' להחלטת השופט רובינשטיין (3.7.2012). ראו גם דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, בפסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 26.10.2017).

⁶ שם, בעמוד 77.

ואולם, אל מול התפתחות הדרגתית ומדודה זו, השומרת ככלל על העיקרון לפיו ייצוג נפרד הוא דבר חריג, הצעת החוק שלפנינו תגרום כאמור לפירוק מוחלט של מערך הייצוג המשפטי של המדינה בהליכים משפטיים, ועל כן, יש בה כדי לפגוע בערובה חשובה לשלטון החוק.

לסיכום הדברים, נדמה שקיים פער כמעט בלתי ניתן להבנה בין הבעיה שהצעת החוק מבקשת כביכול להתמודד עמה לבין המציאות בשטח.

רק לעתים רחוקות קובע הייעוץ המשפטי לממשלה כי קיימת מניעה מלקדם מדיניות מסוימת של הדרג הפוליטי. ובמקרים נדירים עוד יותר לא מתאפשר לדרג הפוליטי לייצג את עמדתו בבית המשפט, כאשר ברוב המכריע של המקרים עמדת הדרג הפוליטי מוצגת באופן אפקטיבי כזה או אחר בפני בית המשפט.

מעבר לכך, משילות אין משמעה אפשרויות פעולה בלתי-מוגבלות, שכן – כפי שפתחתי ואמרתי – הממשלה כפופה בפעולתה לעקרון שלטון החוק.

הן הכלל בדבר חוות דעתה המחייבת של היועצת המשפטית לממשלה והן הכלל בדבר בלעדיות הייצוג בערכאות מבקשים לשמור על שלטון החוק ברשויות השלטון, ולמנוע מצב שבו רשויות המדינה השונות יפעלו על בסיס ייעוץ משפטי שאיננו עצמאי ובלתי תלוי, אשר "נתפר למידותיה" של הרשות המזמינה, ועל כן לא מטיל עליה, בפועל, את מגבלות החוק והמשפט.

שינוי הכללים האמורים ללא מתן מענה חלופי ומשמעותי לקשיים שתיארתי, יפגע קשות באפשרות להבטיח כי הפעילות של כלל הרשויות הממשלתיות היא בהתאם לדין.

כאשר בוחנים את ההצעה שהונחה בפני הוועדה, אין מנוס מהמסקנה כי חברי הוועדה מתבקשים למעשה לדון בשאלה – האם נכון כי הממשלה תפסיק להיות כפופה לחוק.

לדעתנו, לדעת היועצת המשפטית לממשלה, התשובה לשאלה זו הינה ברורה.

התשובה היא – לא.