

## מסמך הכנה לדיון בוועדת החוקה ביום 17.1.2023 בטיטת הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון

### – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים)

בשל העברת הנוסח המוצע לדיון בסמיכות לתחילת הדיונים בוועדה, ונוכח העובדה שמדובר בנושא מורכב ורגיש, המסמך שמוצג כעת לוועדה הוא מסמך כללי בלבד, הכולל סקירה של המצב המשפטי הקיים ונקודות מרכזיות לדיון, ללא התייחסות מפורטת לנוסח המוצע ולנוסחים חלופיים אפשריים.

### **תפקיד היועץ המשפטי לממשלה – רקע**

האופן שבו התפתחו תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ומערכת היחסים בינו לבין הרשות המבצעת נמצאים במרכזו של דיון ציבורי. הנרטיב ההיסטורי בעניין זה מצוי במחלוקת עמוקה בין מלומדים, שחלקם מבקרים את תפיסת התפקיד הקיימת של היועץ כ"שומר סף" או כמגן שלטון החוק והאינטרס הציבורי. דיונים אלה הם בעלי חשיבות ויש מקום להציגם במסגרת הדיונים בוועדה, אך בשל קוצר הזמן והמסגרת של מסמך רקע זה, המסמך לא יעסוק בכך אלא יתמקד **בדין הנוהג**, ובפרט בוועדות הציבוריות ובפסקי הדין שעסקו בכך.

### תפקידי היועץ המשפטי לממשלה

אין דבר חקיקה אחד שמסדיר באופן מקיף את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה, את מכלול סמכויותיו ואת היחסים בינו לבין רשויות השלטון. עם זאת, החקיקה כוללת התייחסות למעמדו כראש התביעה הכללית, ובחוקים רבים הוקנו לו סמכויות שבהן בא לידי ביטוי תפקידו כמגן האינטרס הציבורי וכמוסד הפועל לשמירה על שלטון החוק (דו"ח ועדת שמגר משנת 1998, כולל הפניות ל-172 תפקידים שהוקנו לו בחוקים שונים). לצד זאת, גם בפסיקת בית המשפט העליון התעצבה במרוצת השנים הלכה לעניין היקף סמכותו, כמפורט להלן.

היועץ המשפטי לממשלה ממלא כיום ארבעה תפקידים עיקריים – ראשית, הוא עומד בראש התביעה הכללית וממונה על הפרקליטות, באמצעות פרקליט המדינה; שנית, הוא אחראי לייצוג המדינה בבתי המשפט בכל תחומי המשפט; שלישית, הוא משמש כראש מערכת הייעוץ המשפטי לרשות המבצעת – לממשלה, למשרדה ולכל שלוחותיה, ואחראי על מערכת הכנת החקיקה הממשלתית; רביעית, הוא אמון על שמירת האינטרס הציבורי הרחב בתחום המשפט, למשל על ידי התייצבות בבימ"ש לתת עמדה משפטית גם כשהמדינה אינה צד להליך, בנושאים בעלי אינטרס ציבורי; בנוסף, היועץ ממלא תפקידים משפטיים נוספים, כמו מתן עמדות במסגרת גופים העוסקים באכיפת החוק ובסוגיות משפטיות, וגם מייצג את עמדת הממשלה בוועדות הכנסת (ראו הנחיית יועץ מסי' 1.0000 מיום 16.2.2003 תפקידי היועץ המשפטי לממשלה).

### ועדות ציבוריות שעסקו בתפקידו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה

שתי ועדות ציבוריות דנו באופן מעמיק בהיבטים שונים הנוגעים לתפקידו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה: ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (ועדת אגרנט), והוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) (ועדת שמגר).

## (א) ועדת אגרנט –

הוועדה מונתה בידי הממשלה בתחילת שנות ה-60 על רקע חילוקי דעות בין שר המשפטים לבין היועץ המשפטי לממשלה באשר לשאלת היקף סמכויותיו ותחומי אחריותו של היועץ. הוועדה עסקה בעיקר בסמכויות היועץ בתחום הפלילי, ונדרשה בקצרה לשאלה אחת שנגעה ליחסים שבין הממשלה ורשויותיה לבין היועץ בהקשר שמחוץ לתחום הפלילי: "אם דברי שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה בישיבת הממשלה הנ"ל סותרים זה את זה – מהו הנכון מבחינת החוק הקיים?"

במסקנותיה בעניין זה ועדת אגרנט הבחינה בין הממשלה במליאתה לבין יתר הגופים שבמסגרתם פועלת הרשות המבצעת, כגון שרים, משרדי ממשלה ויחידות ממשלתיות אחרות:

- לגבי הממשלה, קבעה הוועדה כי "אם 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, צוין בדוח כי "רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסויים, לפי שיקול דעתה שלה" ("דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962)" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 421, 448-449 (1993)).

- לגבי כל יתר גופי הרשות המבצעת, סברה ועדת אגרנט כי "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" (שם).

הממשלה אישרה את מסקנותיה של ועדת אגרנט, ודוח הוועדה שימש מאז כמורה דרך בקביעת מעמדו של היועץ.

## (ב) ועדת שמגר –

הוועדה מונתה בשנת 1997, בידי שר המשפטים דאז, לאחר הסערה הציבורית שכונתה "פרשת בראון-חברון" ועסקה בהיבטים שונים הנוגעים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה וביניהם – כשירות, דרך המינוי, משך הכהונה, ונושאים שונים הקשורים להיקף סמכויותיו.

### באשר לפן ה"ייעוצי", מסקנות הוועדה היו כדלקמן:

1. מהות התפקיד ומטרותיו: היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך להעניק ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות השלטון, הוא חייב בנאמנות להן כך שעליו לסייע להן כמיטב יכולתו למלא את תפקידיהן ולממש את מדיניותן, כשהוא כפוף להוראות החוק ומגן על שלטון החוק. לכן, כשיש התנגשות בין הוראות החוק, לרבות ערכי היסוד החוקתיים, לבין מדיניות הרשות – יש לחוק עדיפות חד משמעית (דוח שמגר, בעמ' 43).

2. הכוח המחייב של עמדת היועץ: מסקנת הוועדה היתה כי "בבואו להציג דעתו בפני הרשויות, משמש היועץ המשפטי כפרשן המוסמך של החוק, כל עוד לא יצאה הלכה מלפני בית המשפט" (שם, בעמ' 44). ועדת שמגר לא מצאה לנכון לחלוק על ההבחנות שנעשו בוועדת אגרנט ותוארו לעיל בין מתן ייעוץ לממשלה לבין מתן ייעוץ לרשויות השלטון האחרות (שם, בעמ' 44).

### באשר לפן ה"הייצוגי", מסקנות הוועדה היו כדלקמן:

1. הכלל הוא כי סמכות הייצוג או של רשות שלטונית מסורה בידי היועץ המשפטי (שם, בעמ' 75).

2. **מה עושים במצבי מחלוקת – בין הממשלה לבין היועץ או בין רשויות ציבוריות שונות?** הוועדה עמדה על שני עקרונות חשובים – האחד, כי "אין לדרוש מן היועץ המשפטי כי יטען בבית המשפט טענות שאינן מקובלות עליו מאחר ואינן חוקיות או אינן הולמות את העקרונות החוקתיים המנחים אותנו". השני, כי "לרשות רשמית, כמו לכל אדם, הזכות להיות מיוצגת על ידי עורך דין שיפרוש את עמדתה בפני בית המשפט בצורה המשכנעת ביותר שהדין ואתיקה מאפשרים". לאור עקרונות אלה, מסקנת הוועדה הייתה כי **ניתן לאפשר ייצוג נפרד של עמדת הרשות הנוגדת את עמדת היועץ**, בכפוף לעקרונות הבאים (שם, בעמ' 74-77):

א. מקרים של ייצוג נפרד יהיו "נדירים וחריגים", שכן "ממשלה המחליטה להעמיד נושא להכרעה שיפוטית בניגוד לחוות הדעת של היועץ המשפטי פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ביועץ המשפטי";

ב. ייצוג נפרד יתאפשר רק במקרה של **חילוקי דעות בתום לב בנושא היכול להיות נתון לפרשנויות שונות ולא במקרה של אי-חוקיות ברורה וגלויה**;

ג. אם היועץ סבור שהרשות פעלה שלא כדין הוא יציג את דעתו האמורה בפני בית המשפט;

ד. הייצוג הנפרד יהיה רק באישור היועץ המשפטי, שיבחן האם המקרה מצדיק הצגת עמדה נפרדת;

ה. הייצוג יכול שיהיה על ידי היועץ בעצמו או פרקליט מטעמו שיציגו בנוסף לעמדת היועץ גם את עמדת הרשות, ויכול שיהיה על ידי משפטן משירות הציבור או מהמגזר הפרטי.

הוועדה סברה שהמלצותיה אלו לא משנות את מערכת היחסים בין היועץ המשפטי לבין הממשלה, ולכן עמדתה הייתה שאין מקום לעגן אותן בחקיקה, אלא להותירן למשפט המקובל הישראלי, לרבות הפסיקה והמסורת המשפטית המתגבשת (שם, בעמ' 72-79).

### התייחסות הפסיקה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה

#### באשר להיבט "הייעוצי" בתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה –

במספר רב של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי היועץ המשפטי לממשלה הוא "הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת". כלומר, שחוות הדעת שלו בשאלות משפטיות משקפת מבחינת הרשות המבצעת את הדין הקיים. מכאן נגזר, לדעת בית המשפט, כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות מחייבת את הממשלה ורשויותיה כל עוד בית המשפט לא פסק אחרת (ראו, בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993), בפסקה 42; בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008), בפסקה 33).

בית המשפט חזר וקבע כי הלכה זו מעוגנת במסורת החוקתית שלנו, נחשבת כ"עקרון חוקתי" או כ"נוהג חוקתי" (ראו למשל, בג"ץ 3495/06 הרב לישראל הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (2007), פסקה 8). לצד זאת הובהר בפסיקה כי "החובה והאחריות לפעול בהתאם לחוות-הדעת האמורה מוטלת על הרשות המוסמכת, ואל היועץ המשפטי לאכוף בעצמו את חוות-דעתו שניתנה בכובעו הייעוצי-פרשני" (עניין לביא, בפס' 34).

#### יודגש כי אין כל עמימות בפסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין זה, ומדבר בהלכה פסוקה ומחייבת.

כך למשל, בבג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (25.3.2021) (פיסקאות 27-28 לפסק דינה), דחתה הנשיאה חיות את הטענה שחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה אינה מחייבת את הממשלה והדגישה: "טענה זו מנוגדת להלכה מושרשת הנוהגת עמנו ודינה להידחות" (תוך הפנייה לשורת פסקי דין) (ראו גם דברי השופט מזוז ופוגלמן (כנגד דעת מיעוט של השופט שטיין) בבג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (2019)).

אף כי היו מלומדים שביקרו הלכה זו, ואף את אופן היווצרותה, למעט עמדת היחיד של השופט שטיין שטען במפורש שלא מדובר בהלכה מחייבת, הפסיקה עקבית באשר לעצם קיומה של הלכה פסוקה בעניין זה.

#### **בנוגע לסמכות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה –**

שורה ארוכה של פסקי דין עמדו על כך שייצוג המדינה ורשויות השלטון מופקד בידי היועץ המשפטי לממשלה. יתירה מזאת, בית המשפט העליון אף קבע שמכיוון שהיועץ הוא הפרשן המוסמך של החוק עבור הרשות המבצעת וחוות דעתו המשפטית משקפת את הדין הקיים, ממילא העמדה המשפטית שתוצג בפני בית המשפט היא זו של היועץ. אם לדעת היועץ הרשות השלטונית אינה פועלת כדיון, הוא רשאי להודיע לבית המשפט כי לא יגן על פעולותיה (פסק הדין המנחה בעניין זה – עניין אמיתי, בפס' 42; וראו למשל, דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים (2017), פס' 44 לפסק הדין של הנשיאה נאור).

בהתאם, לאורך השנים העמדה המקובלת בבית המשפט העליון היתה כי, ככלל, אין מקום לייצוג קולות שונים מטעם הממשלה בבית המשפט, שכן "כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת" (בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (2012), פסקה ז').

לצד זאת, בית המשפט הכיר בכך שבמקרים חריגים יש מקום שהיועץ יאשר להביא בפני בית המשפט גם עמדה של רשות החולקת על עמדתו, והיועץ המשפטי לממשלה נהג כך במקרים שונים לאורך השנים (ראו למשל, עניין תנובה, פס' 7 לפסק דינו של השופט מזוז). על פי רוב, עמדת השר החולקת הובאה לידיעת בית המשפט באמצעות נציגי היועץ המשפטי (למשל, בעניין התאחדות הסוחרים, שהובא לעיל). במספר מקרים מצומצם ביותר הובאה העמדה החולקת באמצעות ייצוג של עו"ד חיצוני (למשל, עורך דין פרטי בעתירה נגד חוק ההסדרה - בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (2020); או היועץ המשפטי של הרבנות הראשית בבג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (2016), שעסק במחלוקת בעניין פרשנות חוק איסור הונאה בכשרות). במקרים אחרים, סבר היועץ כי אין מקום להביא את עמדת הרשות החולקת, משסבר שהיא פעלה בחוסר סמכות מובהק והעמדה לא יוצגה בפני בית המשפט כלל (למשל, בבג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (2021), שעסק בהחלטת השר לביטחון פנים דאז להימנע ממתן חיסונים נגד קורונה לאסירים עד לקבלת אישורו).

יצוין כי בשנים האחרונות ניתן לזהות בפסיקת בית המשפט העליון מגמה של חלק מהשופטים המבקשים להרחיב את האפשרות של רשות ציבורית לקבל ייצוג עצמאי כשעמדתה שונה מעמדת היועץ בסוגיה משפטית תוך הדגשת ההמלצות שבדו"ח ועדת שמגר להתיר ייצוג נפרד לעמדת הרשות במקרים שלא מדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה (עניין גיני, פס' 21-26 לפסק דינו של השופט סולברג; בג"ץ 5769/18 פרופ' יעל אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (2019), פסקאות 7-11 לפסק דינו של השופט שטיין). עמדה זו מדגישה את החשיבות במתן ייצוג משפטי נאות לרשות, כדי לקדם את ההליך המשפטי, ולהבטיח שההכרעה השיפוטית שתתקבל תהיה מבוססת, מאוזנת ולגיטימית. ואולם, נראה כי גישה מרחיבה זו היא בגדר עמדת מיעוט בפסיקת בית המשפט, והגישה הרווחת יותר היא כי גם על-פי דוח שמגר יש לאפשר ייצוג עצמאי לעמדת הרשות רק אם היועץ אישר זאת, במקרים "נדירים וחריגים" וכי מדובר במצב שיש "לעשות כל מאמץ להימנע ממנו" (עניין תנובה, פס' 7 לפסק דינו של השופט מזוז).

## התיקון המוצע

הנוסח לדיון שהונח על שולחן הוועדה, מבקש להוסיף לחוק-יסוד הממשלה הסדר שלפיו הממשלה, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה בנוגע למשרדו או לרשויות המינהליות הנתונים לאחריותו –

1. מוסמכים לקבוע את עמדתם המשפטית, דרך כלל או למקרה מסוים;
2. אינם מחויבים לעצה משפטית שניתנת להם, היא אינה משנה את המצב המשפטי עבורם והם רשאים לדחות אותה ולפעול בניגוד לה;
3. יקבעו את העמדה שתוצג בשמם בפני ערכאות שיפוטיות, ואת הזהות של מי שייצג את עמדתם.

**התיקון נועד לשנות באופן משמעותי שני היבטים מרכזיים באופן פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה:**

**האחד, בתפקידו הייעוצי כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת** – התיקון מבקש לבטל את המצב המשפטי הנוהג, לפיו היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת, שמחויבת לפרשנותו כל עוד בית המשפט לא קבע אחרת. על-פי המוצע, אף אם היועץ מצביע על אי חוקיות ברורה בפעולת השר או הממשלה, אין משמעות מבחינתם לחוות דעתו והם אינם מחויבים לקבלה עד להכרעת בית המשפט בעניין.

**השני, בתפקידו כמייצג המדינה בבתי המשפט** – התיקון מבקש לבטל את המצב המשפטי הנוהג, לפיו ייצוג המדינה בבתי המשפט נעשה, ככלל, באופן בלעדי על ידי היועץ המשפטי לממשלה (למעט מקרים חריגים), ומציע לקבוע כי הממשלה תוכל לבחור את זהות הגורם שייצג אותה בפני בית המשפט, לרבות ייצוג משפטי פרטי.

### המטרות העומדות ביסוד התיקון

במצע לדיון מאת יו"ר הוועדה ובכתיבה האקדמית העוסקת בעניין, הועלו מספר **קשיים** המתעוררים במצב הקיים ואשר התיקון המוצע מבקש לתת להם מענה –

בכל הנוגע למעמד המחייב של חוות הדעת של היועץ **בתחום "הייעוץ"** נטען:

**ראשית**, כי קיים קושי במתן מעמד מחייב לחוות הדעת בהיעדר עיגון סטטוטורי לכך, שכן הפעלת סמכות מינהלית מן הדין חייבת עיגון מפורש בחוק.

**שנית**, נטען כי ההסדר הקיים יוצר פער במישור האחריותיות (accountability) כתוצאה מכך שהסמכות מופקדת בידי היועץ שעמדתו בסוגיות משפטיות מחייבת, אך האחריות בפני הציבור נותרת בידי הממשלה הנבחרת.

**שלישית**, נטען כי המעמד המחייב פוגע בעקרון הדמוקרטי של יציגות ומשילות ולפיו מקבל החלטות אמור להיות הגורם הנבחר – הממשלה ונבחרי הציבור, בעיה המתחדדת במיוחד כשהסוגיה המשפטית שעל הפרק מערבת שיקול דעת ומתמקדת בסבירות ההחלטה או מידתיותה.

**לבסוף**, וכהשלמה לאמור, נטען כי ככל שאכן קיים ספק באשר לחוקיות פעולתה של הממשלה, הרי שההכרעה בעניין זה צריכה להיות מובאת בפני בית המשפט.

בכל הנוגע למעמד היועץ **בתחום הייצוג** הטענה העיקרית היא כי המצב הנוכחי פוגע בהליך האדברסרי בבית המשפט ובהליך ההוגן, מכיוון שבמצבים שבהם יש מחלוקת בין הממשלה והיועץ, עמדת הממשלה הנוגדת לא "תקבל את יומה" בבית המשפט.

## נקודות מוצעות לדיון

מעבר להשלכות התיקון המוצע כשלעצמו, שיידונו להלן, יש לקחת בחשבון שההצעה היא חלק ממכלול הצעות לתיקוני חקיקה הכוללים, בין היתר, מתן רוב מובהק לדרג הפוליטי בוועדה לבחירת שופטים; חקיקה של פסקת התגברות שתאפשר לרוב של 61 חברי כנסת לפגוע בזכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד בלי שניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית על כך; צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית על חוקים שפוגעים בזכויות אדם באמצעות קביעת רוב מיוחס גבוה בבית המשפט העליון שיידרש לפסילתם; החלשת הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת באמצעות צמצום משמעותי (או ביטול) של עילת הביקורת השיפוטית של סבירות; מניעת האפשרות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בכל עילה שהיא; ומינוי יועצים משפטיים למשרדי הממשלה כמשרות אמון של השר.

**בחינת השינוי המוצע בתפקיד היועץ והשפעתו על מערך האיזונים והבלמים בין הרשויות, צריכה להיעשות גם על רקע שורת התיקונים המוצעים האמורים, והשינוי המשטרי הכרוך בהם שעיקרו: הפחתה משמעותית בבלמים המוטלים על הרשות המבצעת והרוב הקואליציוני ברשות המחוקקת, לרבות כשפעולת הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת מערבות פגיעה בזכויות אדם.**

### (1) הרמה הנורמטיבית המתאימה וה"מסלול החקיקתי" המתאים לחקיקת ההסדר המוצע

ככלל, הסדרים משטריים הנכללים בחוקי היסוד עוסקים במבנה של רשויות השלטון והיחסים בינן לבין רשויות השלטון האחרות. ואולם, הצעת החוק שבפנינו עוסקת בעיקרו של דבר ביחסי הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה, עניין שהוא בעיקרו **פנים-ממשלתי**. נוכח האמור, האם אין מקומו של התיקון המוצע **בחוק הממשלה ולא בחוק-יסוד: הממשלה**, בדומה להסדרת תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת שנעשית **בחוק הכנסת**, ולא **בחוק-יסוד: הכנסת**? אם כך הדבר, יש קושי בקידום הצעת החוק כהצעת חוק מטעם ועדת החוקה, שכן עריכת תיקונים בחוק הממשלה אינם מצויים בסמכותה של הוועדה לפי סעיף 80 לתקנון הכנסת (אלא אם הם מתחייבים מתיקון חוק יסוד ומוצעים לצדו).

יתר על כן, אף אם יש הצדקה לעיגונו של התיקון בחוק-יסוד: הממשלה, עולה השאלה האם נכון להביאו כהצעת חוק מטעם ועדה, בהתחשב בכך שמדובר ב"מסלול חקיקתי" נדיר יחסית, שברוב המוחלט של המקרים יוחד בוועדת החוקה לנושאים שאינם שנויים במחלוקת או לנושאים הקשורים קשר הדוק לכנסת ולפעולותיה.

### (2) מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כמרכיב משמעותי באיזונים והבלמים שבשיטה

כאמור, אחד מהטיעונים המרכזיים בבסיס התיקון המוצע, הוא כי במצב הקיים שבו עמדתו המשפטית של היועץ מחייבת את הממשלה, קיימת הפרדה בין סמכות לבין אחריות, משהסמכות מצויה בידי היועץ בעוד האחריות נותרת בידי הדרג הנבחר – הממשלה. בהתאם לכך, על-פי הנטען, יש להותיר את סמכות ההכרעה, גם בסוגיות משפטיות, בידי הממשלה ושריה, וככל שאינם פועלים כדין, ניתן לפנות לבית המשפט שיורה להם לפעול כנדרש.

ואולם, מנגד, ניתן לגרוס כי גם במצב הנוכחי אין הפרדה ממשית בין אחריות ובין סמכות שהרי תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה אינו להכריע במקומו של הדרג הנבחר, אלא לקבוע את "גבולות הגזרה" החוקיים – לשקף עבור הממשלה את המצב המשפטי הקיים שבמסגרתו נתונה לממשלה חופש פעולה לבחור בדרך הרצויה בעיניה.

יתר על כן, ניתן להצביע על יתרונות מובהקים בקיומה של ביקורת משפטית **פנים-מוסדית**, קרי באמצעות בקרה של היועץ על פעולות הממשלה, כחלק ממערך האיזונים והבלמים של השיטה. קודם כל, מבחינת **היקף הפעולות הנתונות לפיקוח** – מספר המקרים שמגיע בפועל לבית המשפט זניח ביחס לכלל פעולותיה של הרשות המבצעת

ושהיועץ חשוף להן. כך למשל, במצב שבו אי חוקיות בפעולת הממשלה אינה נחשפת לציבור, ממילא לא יהיה מענה לאי החוקיות בדרך של פנייה לבית המשפט. בנוסף, ההליך המשפטי יקר, ארוך ומסורבל, ולא תמיד יש בכוחו לתת מענה זמין ומיידי לשאלות משפטיות המתעוררות בפעולות הרשות המבצעת, וייתכן שעד למועד הפנייה לבית המשפט ההתערבות השיפוטית כבר לא תהיה רלוונטית.

זאת ועוד, הצורך באיזונים נוספים, מעבר לבית המשפט, נדרש ביתר שאת בהתחשב בכוח הרב יחסית הנתון בידי הרשות המבצעת במשטר בישראל – משטר פרלמנטרי שבו הממשלה נהנית מרוב מובנה בכנסת (בשונה ממשטר נשיאותי), שאינו במבנה פדרלי, שבו יש בית מחוקקים אחד (ולא שני בתי מחוקקים כמו ברבות מהדמוקרטיות), שאין בו חוקה שלמה ומשורינת ועוד.

לבסוף, כשבוחנים את הטענה שיש להותיר את הבקרה על פעולותיה של הממשלה בידי בית המשפט (ולא בידי היועץ), כאמור יש לקחת בחשבון את השינויים הנוספים שעל הפרק. ככל שבית המשפט יוגבל בעילות הביקורת שלו, וככל שלרשות המבצעת ולרוב הקואליציוני תינתן השפעה רבה יותר על הרכבו, נחלשת משמעותית הטענה שניתן להסתפק בבית המשפט כגורם "מאזן" בלעדי לכוחה של הרשות המבצעת תוך צמצום תפקידו המאזן של היועץ.

**מוצע כי הוועדה תיתן דעתה להיבטים האמורים בבואה לבחון את ההצדקה לעריכת שינויים בהקשר זה.**

### **(3) החשיבות בכך שהממשלה תדבר ב"קול אחד"**

על-פי הנוסח המוצע, כל שר יהיה מוסמך לקבוע באופן עצמאי את עמדת משרדו או את עמדת הרשויות המינהליות שבאחריותו בנושאים המשפטיים לפי ראות עיניו. שינוי זה במתכונת העבודה של הממשלה עומד בניגוד לתפיסה הקיימת ולפיה יש לגבש עמדה ממשלתית אחידה בסוגיות משפטיות ולדבר "בקול אחד" – עיקרון שיש לו חשיבות רבה בהתנהלות השוטפת של הממשלה. בתוך הממשלה – עקרון זה מאפשר להגיע להסכמה ולתיאום בין משרדי ממשלה שצריכים לשתף פעולה ומצויים במחלוקת משפטית. כלפי האזרח – העקרון מאפשר להציג הכרעות עקביות וקוהרנטיות שמקלות על האזרחים להתנהל מול הרשויות ולממש את זכויותיהם. כלפי בית המשפט – הצגת עמדה אחת מטעם המדינה מצמצמת את היקף ההתדיינויות המשפטיות. נטישת גישה זו עלולה להגדיל התדיינויות ולהפוך את בית המשפט לגוף שאמור להכריע במחלוקות הפנימיות שבין משרדי הממשלה השונים.

**מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לקשיים המעשיים המתעוררים בהקשר זה בכל הנוגע להסדר המוצע.**

יצוין כי הצעות שהועלו בספרות, ואף בדיון הוועדה, לפיהן הממשלה (או ראש הממשלה) הם שיכריעו בין זרועותיה השונות של הרשות המבצעת בשאלות משפטיות ולא היועץ המשפטי לממשלה נראות כלא מציאותיות. ספק אם לממשלה במליאתה או לראש הממשלה יש יכולת מעשית להכריע בצורה מושכלת, מהירה ויעילה בעשרות המחלוקות המשפטיות המתעוררות בין משרדי הממשלה השונים באופן יום-יומי.

זאת ועוד, באשר לטענות נגד גישת "הקול האחד" של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הייצוג, ובראשן הטענה כי המצב הנוכחי פוגע בהליך האדברסרי ובזכות הטיעון של הממשלה במצבים של חוסר הסכמה בינה ובין היועץ, מוצע כי הוועדה תבחן האם המצב הנוכחי אכן משקף התנגשות כה חריפה בין היועץ לרשות המבצעת, במידה המצדיקה את התיקון המוצע? האם ההסדר הקיים, במיוחד בגרסתו העדכנית, ולפיה ביותר מקרים מבעבר היועץ מאפשר ייצוג עצמאי או הבאת עמדת הרשות החולקת על דעתו בפני בית המשפט, נותן מענה לצורך בכך שגם עמדה נוגדת של הממשלה "תקבל את יומה" בבית המשפט? והאם המענה שנותן הנוסח המוצע אינו רחב יתר על המידה אפילו ביחס לבעיה הנטענת?

#### (4) המשמעויות של מתן אפשרות גורפת לרשות המבצעת לעשות שימוש ביעוץ משפטי פרטי

מן הנוסח המוצע עולה כי תינתן אפשרות נרחבת לרשות המבצעת לעשות שימוש ביעוץ משפטי פרטי. מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לקשיים העקרוניים והמעשיים העולים מכך.

בראש ובראשונה, מבחינה עקרונית, יש לתת את הדעת לשוני היסודי שבין לקוח פרטי ובין הממשלה כ"לקוח". כך, בשונה מלקוח פרטי שרשאי לעשות כל מה שהחוק לא אסר עליו, ממשלה שמבקשת לקדם מדיניות, כפופה לכללי המשפט המינהלי שמטילים עליה הגבלות שונות. כללים אלה נועדו להגביל את כוחה של הרשות המבצעת כדי להגן על הפרט מפני פגיעה בזכויותיו כשהממשלה מבקשת להגשים את מדיניותה. נוכח האמור, התפיסה המקובלת היא שיש לאפשר לגורם משפטי ציבורי לפרש את היקפם של כללים אלה, שכן ברור שהרשות המבצעת לא תיטה להגביל בעצמה את הכוח שהיא רשאית להפעיל (ולמעשה הנחה זו עומדת ביסוד הרעיון של הפרדת רשויות). אכן, רבים מהמלומדים בתחום, לרבות מבקרי המצב הקיים, יוצאים מתוך הנחה שתמיד יימצאו עורכי דין פרטיים שיסכימו להכשיר לממשלה את כל מה שתבקש, ולהגן עליה בפני בית המשפט. בהתאם לכך, מתעורר החשש ששימוש תכוף של הממשלה בעורכי דין פרטיים "ייצור גישה אינסטרומנטאלית כלפי החוק, שלא בטובת הממשלה עצמה ושלא בטובתם של שלטון החוק והאינטרס הציבורי" (איתן לבונטין ורות גבזון, "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר כרך ג 221 (2003)).

מעבר לכך, ברמה המעשית, העסקה רחבת היקף של עורכי דין פרטיים כיועצים משפטיים לגורמים שונים ברשות המבצעת מעוררת שאלות רבות באשר לאופן ההתנהלות השוטף של העבודה הממשלתית. כך למשל, האם לפי ההסדר המוצע כל שר יכול להביא עורך דין מטעמו לשיבות ממשלה? האם השר יוכל לחשוף בפני עורך הדין הפרטי חומרים סודיים כחלק מהתשתית העובדתית הנדרשת לגיבוש חוות דעתו? האם יחולו על עורך דין פרטי שמייצג שר הוראות החלות על עובדי מדינה מתחום טוהר המידות? מי יישא במימון שכרם של עורכי הדין הפרטיים – המדינה או השר? ושאלות רבות נוספות.

**נוכח האמור, מוצע לוועדה לשקול את מכלול ההשלכות האפשריות של קבלת ייעוץ וייצוג מעורכי דין פרטיים על ידי רשויות השלטון כדבר שבשגרה.**

#### (5) הפערים המשמעותיים בין הנוסח המוצע לבין המודל שהוצע בוועדת אגרנט ועדת שמגר

ככלל, מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לכך שהנוסח המוצע על-ידי יו"ר הוועדה, מבקש לערוך שינוי מקיף במעמד היועץ המשפטי לממשלה, המבטא שינוי משמעותי לא רק ביחס למצב הקיים כיום אלא גם ביחס למסקנות ועדת אגרנט ועדת שמגר והמודלים המוצעים בכתבי מלומדים בהקשר זה, וזאת בין היתר, בהיבטים הבאים:

א. הגופים עליהם חל ההסדר המוצע – ועדות אגרנט ושמגר סברו כי יש מקום להבחין בין הממשלה – שרשאית לסטות מחוות הדעת של היועץ, לבין יתר הגופים ברשות המבצעת, כגון שרים ורשויות מינהליות אחרות. מנגד, הנוסח המוצע קובע כלל גורף של העדר מחויבות לחוות הדעת של היועץ ביחס לכלל זרועות הרשות המבצעת.

ב. הסוגיות המשפטיות לגביהן חל הסדר הייצוג מוצע – ועדת שמגר ערכה הבחנה בין אי חוקיות ברורה לבין שאלות משפטיות שבהן עשויה להיות מחלוקת בתום לב באשר לפרשנויות שונות של הדין. עוד לפי ועדת שמגר, הבאת עמדה משפטית נפרדת מטעם הרשות תהיה רק באישור היועץ המשפטי לממשלה. גם בנקודה זו, הצעת החוק סוטה באופן ניכר מהמלצות ועדת שמגר, וקובעת כלל רחב וגורף ולפיו הממשלה ורשויותיה רשאיות לבחור בכל גורם שייצג אותם בפני בית המשפט, ללא כל תנאי וללא קשר לסוג השאלה המשפטית.

ג. מעמדה של חוות דעתו של היועץ לפי הנוסח המוצע – הן ועדת אגרנט והן ועדת שמגר שסברו (בשונה מהפסיקה) כי הממשלה רשאית לפעול, **במקרה מסוים**, לפי שיקול דעתה, סברו כי מטעמים של "סדר טוב במדינה", **בדרך כלל**, על הממשלה להתייחס אל חוות הדעת של היועץ כמשקפת את החוק הקיים. גם בנקודה זו הצעת החוק סוטה באופן ניכר מהמלצות דו"ח ועדת אגרנט וועדת שמגר, וקובעת כללים גורפים, ולפיהם הממשלה וכל יתר הגורמים ברשות המבצעת מוסמכים לקבוע את עמדתם המשפטית **דרך כלל או במקרה מסוים**, **כך שלמעשה אין כל משמעות לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה וניתן להתעלם ממנה**.

מוצע כי הוועדה תיתן דעתה להבדלים ניכרים אלה בין הנוסח המוצע ובין המודלים הקודמים שעמדו על הפרק, ותדון בהצדקות לכך. האם לשיטת המצדדים בנוסח המוצע, המודל שהוצע בוועדת אגרנט ובוועדת שמגר אינו מספק מענה לקשיים שהוזכרו בהקשר זה?

#### (6) השלכות אפשריות של ההסדר המוצע על אופן ההתנהלות המשפטית של הממשלה ורשויותיה

המשמעות של ההסדר המוצע היא כי הממשלה, וכל אחד משריה, הם אלו שיקבעו עבור עצמם האם פעולותיהם עומדות בדרישות הדין, וזאת כל עוד בית המשפט לא פסק בעניין.

כך למשל, שר יוכל לקבוע עבור עצמו האם פעולה שלו נעשתה בניגוד עניינים, תוך התעלמות מחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה באשר לניגודי עניינים של שרים, אשר על-פי המוצע לא תחייבו כלל; השר יוכל לקבוע בעצמו האם העברת כספים לגופים המקורבים לו אישית נעשתה באופן שוויוני; השר יוכל לקבוע בעצמו אם קיים את דרישות הדין להליך מינהלי תקין, כגון מתן זכות שימוע בעת שהוא שולל היתר או רישיון מאזרח וכיו"ב.

**יודגש כי ברבים מהמצבים הללו גם בית המשפט לא יוכל לתת סעד מתאים בדיעבד**, בין משום שהגוף שהופלה בקבלת תקציב או הפעולה בניגוד עניינים כלל לא ייוודעו לציבור, ובין משום שעד המועד שבו בית המשפט יידרש לבחון את הפעולה הבלתי חוקית היא כבר הפכה לבלתי הפיכה, למשל משום שכספים כבר הוצאו וגורמים שונים הסתמכו עליהם.

בנסיבות אלה, מתן היתר להתנהלות מן הסוג האמור עלולה, בין היתר, לפגוע בעקרון שלטון החוק ובאמון הציבור בו; לפגוע במעמדה של "חזקת התקינות המינהלית" (החזקה הניתנת לסתירה ולפיה הרשות המינהלית פעלה כדיון) ובכך להוביל להתדיינות יתר בבית המשפט; ואף עלולה להוביל לשיבוש בעבודת משרדי הממשלה במצב שבו הדרג המקצועי במשרד יידרש לפעול בהתאם להנחיית השר כשהיועץ המשפטי סבור שמדובר בפעולה שלא כדיון.

ברור כי אין הטענה שרשויות השלטון יפעלו בהכרח שלא כדיון, בחוסר שוויון או בניגוד עניינים, כל הזמן, או אפילו רוב הזמן. ואולם, עצם האפשרות שלהן לעשות כן, היא שעומדת ביסוד התפיסה המחייבת עיצוב מנגנונים היכולים לאזן ולבלום את הכוח הרב המרוכז בידי רשויות אלה. **מוצע כי הוועדה תיתן דעתה לכך**.

#### (7) משפט משווה

יצוין כי לבקשת יו"ר הוועדה, ולבקשת היועץ המשפטי לוועדה, מחלקת המחקר והמידע של הכנסת נתבקשה להביא בפני הוועדה סקירה השוואתית הנוגעת להסדר המוצע, ואולם, בשל לחץ הזמן טרם גובשה סקירה זו.