

## בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה

מאת  
דפנה ברק-ארז\*

- א. מבוא
- ב. הביקורת על היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית
- ג. הביקורת על היועץ המשפטי לממשלה בתפקידו הייעוצי-הפרשני
- 1) ביקורת על החלטות ייעוציות אגב החלטות שעניינן אי-העמדה לדין
- (א) החלטה בדבר אי-העמדה לדין מטעמים של פרשנות החוק
- (ב) החלטה בדבר אי-העמדה לדין המלווה ביועץ
- (ג) החלטה בדבר אי-העמדה לדין על יסוד הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
- 2) ביקורת על החלטות ייעוציות מובהקות
- ד. הייחוד בביקורת על היועץ המשפטי לממשלה
- ה. השלכות ומשמעויות
- ו. לקראת העתיד

### א. מבוא

הרחבת התחומים של הביקורת השיפוטית השפיעה גם על היקפה של הביקורת המתייחסת להחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. אכן, דיון במתכונת העדכנית של הביקורת השיפוטית על תפקודו של היועץ המשפטי לממשלה חייב להיעשות בזיקה להערכה כוללת יותר של הפסיקה החדשה, שמקובל לאפיין אותה כ"אקטיביסטית".<sup>1</sup> אולם האופי הייחודי של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מצדיק גם התייחסות נפרדת להשלכות ולמשמעויות של התפתחות זו, בצידו של הדיון הכללי.

במדינת-ישראל, היועץ המשפטי לממשלה מחזיק, כידוע, בשני תפקידים עיקריים. מחד גיסא, הוא העומד בראש המערכת של התביעה הפלילית, ועל-כך מסורה בידיו סמכות ההכרעה העליונה בשאלות שעניינן הגשת כתבי-אישום.<sup>2</sup> מאידך גיסא, היועץ המשפטי

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ראו "גליון מיוחד: אקטיביזם שיפוטי בישראל" עיוני משפט יז(3) (תשנ"ג).

2 סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

לממשלה ממלא גם תפקיד ייעוצי ופרשני. כשמו כן הוא: היועץ המשפטי לממשלה, ובכשירותו זו הוא המוסמך להנחות את זרועות השלטון השונות במתן פרשנות מחייבת לחוקי המדינה.<sup>3</sup> בהתאם לפרשנות זו, הוא נותן שירות ייעוצי לממשלה באשר לחוקיותן של פעולות העומדות לבחינה ולהחלטה, לנוכח כמה פסקי-דין חשובים שניתנו בשנים האחרונות, הרחבת תחומי הביקורת על פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה נבחנה בעיקר ביחס לתפקידו כראש התביעה הפלילית. אולם עיון רחב יותר בתהליכים השלטוניים מן העת האחרונה מלמד, כי ההתפתחות החשובה יותר היא, כנראה, הביקורת האינסטנטיבית על פעילותו הייעוצית של היועץ המשפטי לממשלה. בהתפתחות זו אמקד את דברי. מובן שהדיון המוכר יותר בביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית יוכל לשמש כנקודת התייחסות והשוואה.

### ב. הביקורת על היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית

פסקי-הדין שנידונה בהם במישרין הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה התייחסו, כאמור, לתפקידו כראש התביעה הפלילית, ולסוג מטוים של החלטות בהקשר זה: החלטות שעניינן אי-העמדה לדין.

ההלכה המסורתית שנקבעה בשנות החמישים היתה, שביקורת בג"צ על החלטה של אי-העמדה לדין מוגבלת להיבט תום-הלב שבה, לאמור, אם התקבלה בתום-לב ושלא בשרירות.<sup>4</sup> אולם צמיחתה של עילת הסבירות כעילת ביקורת מרכזית במשפט המינהלי, החל בשנות השמונים,<sup>5</sup> פתחה את הדלת גם לביקורת על סבירותה של ההחלטה לא להעמיד לדין. את תחילת ההרחבה ציין בג"צ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה,<sup>6</sup> שנידונה בו עתירה להורות ליועץ המשפטי לממשלה לפתוח בהליכים נגד בעלה של העותרת. העתירה נדחתה, אך המשנה לנשיא (כתוארו אז) השופט שמגר הוסיף, שגם "חוסר סבירות קיצוני הורד לשורשו של עניין יכול להוות עילה להתערבותו של בית-משפט זה, גם אם אין מתלווים לכך סימנים של העדר תום-לב דווקא."<sup>7</sup> השופט ברק (כתוארו אז) אף הרחיב מעבר לכך, וקבע בדעת יחיד, כי "לעניין היקף התערבותו של

3 ראו דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (ועדת אגרנט) (מובא בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 421, 448). כן ראו א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה (תשנ"ג) 791-792.

4 ראו בג"צ 156/56 שור נ' י"מ, פ"ד יא 285; בג"צ 4/64 וגנאר נ' י"מ, פ"ד יח(1) 29; בג"צ 665/79 וינוגרד נ' י"מ, פ"ד לד(2) 634; בג"צ 650/82 בארי נ' י"מ, פ"ד לז(4) 216.

5 ראו בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421. לדיון בעילת הסבירות, ראו ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7; מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25.

6 פ"ד לז(4) 326.

7 שם, בע' 332.

בית-משפט זה אין כל הבדל בין היועץ המשפטי לממשלה לבין כל נושא תפקיד ציבורי.<sup>8</sup> גישה זו התקבלה גם בפסק-דינו של השופט כך בבג"צ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל,<sup>9</sup> שוב תוך דחיית העתירה.

בסופו של דבר, השינוי נתן את אותותיו גם בתוצאות האופרטיביות של פסקי-הדין. התקדים הראשון נרשם בבג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה,<sup>10</sup> עת התקבלה העתירה נגד החלטה לא להגיש כתב-אישום בגין עבירות סוביידיצה שבוצעו לכאורה בדיווחים עיתונאיים על "משפט דמיאניוק". השופט כך חזר ואימץ את הגישה שהחלטות היועץ המשפטי לממשלה כפופות לביקורת שיפוטית מלאה. על בסיס גישה זו נמצא, שההנמקה העיקרית שתמכה בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה אינה עומדת במבחן הסבירות. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היתה, שמשפט הנוגע בפשעי הנאצים נמצא ממילא במוקד של המולה תקשורתית, ולכן אין טעם בהפעלת כללי הסוביידיצה. השופט כך שלל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, מאחר שהיא שומטת את הבסיס מן הטענה שניתן לקיים במדינת-ישראל משפט הוגן לפושעים נאציים, ומבטלת למעשה את עבירת הסוביידיצה ביחס למשפטים של פושעים אלה.<sup>11</sup> ההתערבות הבאה בשיקול-דעת הנוגע בהעמדה לדין פלילי היתה בבג"צ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי.<sup>12</sup> במקרה זה נפסלה החלטה של הפרקליט הצבאי הראשי בדבר אי-העמדתו לדין פלילי של אל"מ יהודה מאיר, שפקד על הכאה של תושבים בשני כפרים בשומרון. בית-המשפט סבר כי חומרת המעשה, שהיה בלתי-חוקי בעליל, היתה צריכה לדחוק שיקולים אחרים לקולא. פסקי-הדין משקף את המדיניות השיפוטית החדשה ביחס להתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, לנוכח הדמיון הרב בין התפקיד שהפרקליט הצבאי הראשי ממלא לבין תפקיד היועץ המשפטי לממשלה,<sup>13</sup> דמיון שהודגש גם בפסקי-הדין עצמו.<sup>14</sup> מקרה נוסף שנפסלה בו החלטת היועץ המשפטי לממשלה עצמו היה בבג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה.<sup>15</sup> בג"צ קיבל את העתירה נגד החלטה לא להעמיד לדין את ראשי המערכת הבנקאית שהיו אחראים לפרשת הוויסות של מניות הבנקים. לנוכח "רעידת האדמה" שגרמה פרשת הוויסות, לא היה די בשיקולים האחרים נגד ההעמדה לדין.<sup>16</sup>

- |    |  |
|----|--|
| 8  | שם, בע' 334.   |
| 9  | פ"ד מב(4) 406.   |
| 10 | פ"ד מג(4) 356 (להלן: פרשת שפטל).   |
| 11 | שם, בע' 366.   |
| 12 | פ"ד מג(4) 718 (להלן: פרשת יהודה מאיר).   |
| 13 | לסמכויות הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), ראו סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171. |
| 14 | פרשת יהודה מאיר, לעיל הערה 12, בע' 725.  |
| 15 | פ"ד מד(2) 485 (להלן: פרשת הבנקאים).  |
| 16 | שם, בע' 517.   |

המשותף לכל הדוגמאות הוא, שהן מתייחסות לעתירות נגד החלטה בדבר אי-העמדה לדין פלילי, והבסיס המשפטי להתערבות השיפוטית היה עילת אי-הסבירות.<sup>17</sup> אם-כן, ביחס לתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית התגבשה הלכה ברורה, שיכולה לשמש בסיס להשוואה ולדיון בביקורת השיפוטית על שאר תפקידיו. אולם, למעשה, גם בגזרה מוגדרת זו לא נבחנו כל השלכותיה של ההלכה.<sup>18</sup> כך, למשל, טרם ניתנה הדעת באופן מספק על הצד השני של המטבע - על הביקורת השיפוטית על החלטה של היועץ המשפטי לממשלה להגיש כתב-אישום. לכאורה, אם יש מקום לביקורת שיפוטית על החלטה בדבר אי-העמדה לדין, יש מקום לביקורת מקבילה גם על החלטות בדבר העמדה לדין.<sup>19</sup> ניתן להעלות על הדעת טענה של נאשם או של נאשם-בכוח (שמיצה את הליך השימוע),<sup>20</sup> כי ההחלטה להגיש כתב-אישום בעניינו נובעת משיקולים זרים (ואולי אף פוליטיים);<sup>21</sup> כי היא מגלה הפליה בהשוואה למקרים אחרים שהוחלט בהם לא להגיש כתב-אישום;<sup>22</sup> או אף טענה בדבר חוסר סבירות כזוה. עניינו של

17 משמעותו המלאה של השינוי באה לידי ביטוי בעיקר במסגרת הדיון של השופט ברק בסוגיה. בפרשת הבנקאים, הוא החיל על החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה את אמות-המידה הרגילות לביקורת החלטות מינהליות. לדבריו: "ככל שיקול-דעת שלטוני, גם שיקול-דעתו של תובע בהחלטה על העמדה לדין, צריך להיות סביר." שם, בע' 515. לסקירת הפסיקה, ראו גם א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תשנ"א, כרך ב) 569-582; ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק (תשנ"א) 23-25, 211-227.

18 לשאלות שמתעוררות עדיין, ראו גם: A. Goldstein "The Public Prosecutor, the Court and the Public Interest: Some Reflections on the Role of the Attorney General in Israel and the United States" 3 *Pilim* (1992) 1, 8-9; ולאחרונה: "רב שיח בנושא: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי - החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט 5 (תשנ"ה) 4-10 (להלן: רב שיח).

19 השוו גביון, לעיל הערה 17, בע' 211.

20 לסוגית השימוע, ראו ר' גביון "שימוע, שוויון לפני החוק והיועץ המשפטי לממשלה" עיוני משפט טו (תש"ן) 457.

21 טענה כזו הועלתה נגד היועץ המשפטי לממשלה ביחס לבקשה להסיר את חסינותו של חבר-הכנסת פנחסני. ראו בג"צ 1843/93 פנחסני נ' כנסת ישראל (טרם פורסם) (להלן: פרשת חסינות פנחסני).

22 זו היתה טענה נוספת-משלימה שהועלתה שם. במקרים אחרים, טענת ההפליה יכולה להתייחס גם להימנעות מבחירה בדרכי פעולה חלופיות, כמו קנס מינהלי לפי חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1986, ס"ת 31, או תשלום כופר.

בשולי הדברים, יוער, שטענת ההפליה עשויה לעלות גם לפני בית-המשפט שדן באישום הפלילי עצמו. גישתו המסורתית של המשפט בישראל היתה שטענה מסוג זה אינה יכולה לפטור מהרשעה. לכל היותר, היה בית-המשפט יכול להתחשב בעובדת

הנאשם בהליך הביקורת המוקדם הינו ברור: החלטה להגיש כתב-אישום, כשלעצמה, צופנת לו נזק – ציבורי, כלכלי או אחר. הקושי שעתירות מסוג זה מעוררות הוא, שכאשר קיימים חשדות מבוססים לכאורה נגד אדם, הגשת כתב-אישום אמורה להיות הכלל, ולא החריג. קשה יותר להעלות על הדעת התערבות של בג"צ בהחלטה להעמיד אדם לדין. אחרי ככלות הכל, במקרה של ספק, סביר להביא את הדברים להכרעה בהליך משפטי מסודר. אם כך, גם אם מדיניות ההתערבות של בג"צ במקרים של אי-הגשת כתב-אישום הינה מצומצמת, ניתן להניח שביחס להחלטות להגיש כתב-אישום היא תהיה מצומצמת עוד יותר. שאלה שיכולה להתעורר היא: האין בחוסר איוון זה כדי להרתיע את היועץ המשפטי לממשלה מקבלת החלטה לא להגיש כתב-אישום?<sup>23</sup> סימני-שאלה נוספים מתעוררים כאשר להרחבת הביקורת גם על החלטות לא להגיש ערעור. עתירה נגד החלטה כזו נידונה לאחרונה בבג"צ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי,<sup>24</sup> תוך שבית-המשפט מסביר את הקושי המיוחד בעתירה, שהדיון בה מחייב נקיטת עמדה כאשר לגור-הדין שהוטל על הנאשם שלא במסגרת ערעור פלילי.<sup>25</sup>

האכיפה הסלקטיבית במסגרת גור-הדין. השוו ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מ"י, פ"ד (מו1) 441, והדיון אצל ד' אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477. לאחרונה ניתן להצביע על תמורה בכיוון של הענקת שיקולי-דעת לבית-המשפט לא להרשיע משיקולים ציבוריים. זו אחת התוצאות של ההכרה בעיקרון של "זוטי דברים" בסעיף 34 החדש לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226 (כחלק מן הרפורמה שהנהיג חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מיקדמי וחלק כללי), תשנ"ד-1994, ס"ח 348). על-פי עיקרון זה: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". לדיון ביישומו של העיקרון, ראו: רב שיח, לעיל הערה 18, בע' 8-9. הצעה נוספת, שהועלתה לאחרונה ומכירה בשיקולי-דעתו של בית-המשפט שדן בכתב-האישום, מבוססת על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי הצעה זו, יש מקום להכיר בעיקרון חוקתי של הגנה מן הצדק, שחלה בנסיבות של חוסר הגינות מצד רשויות התביעה. ראו ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוט" המשפט 5 (תשנ"ה) 15.

23 לבעיה זו של הטיה לכיוון של הגשת כתב-אישום, ראו גם: Goldstein, *supra* note 18, at pp. 8-9, ודברי פרופסור גביון ברב שיח, שם, בע' 8.

24 פ"ד מח(5) 573.

25 כך, למשל, מסביר השופט אור, כי: "בהחלטה לחייב את הרשות המוסמכת להגיש ערעור, יש מבחינה מעשית, הנחיה ברורה לערכאת הערעור שדין הערעור, משיוגש, להתקבל. במקרה כזה, בית המשפט הגבוה לצדק מחווה דעתו לגבי תוצאתו המתבקשת של ההליך המשפטי לגופו, בעוד ובמקרה בו הוא מחייב הגשת כתב אישום הוא רק מחווה דעתו כאשר לצורך בנקיטת הליך פלילי, ללא נקיטת עמדה לגבי תוצאתו". שם, בע' 585.

### ג. הביקורת על היועץ המשפטי לממשלה בתפקידו הייעוצי-הפרשני

לעומת הדיון הענף בשאלת הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית, לא זכתה הביקורת על החלטותיו הייעוציות להתייחסות מודעת בפסיקה. האם יש בעובדה זו כדי להעיד שהשאלה אינה מתעוררת? בהחלט לא. למעשה, הביקורת על התפקיד הייעוצי של היועץ המשפטי לממשלה מתעוררת בהכרח, ונראה שהיא אף שכיחה יותר. אולם, להבדיל מן הביקורת על החלטות בתחום ההעמדה לדין, היא נידונה במובלע, ועל-כן לא זכו השלכותיה להיבחן בחינה של ממש.

#### (1) ביקורת על החלטות ייעוציות אגב החלטות שעניינן אי-העמדה לדין

ראשית, החלטות שמקבל היועץ המשפטי לממשלה בעניין אי-העמדה לדין כרוכות בהכרעות מוקדמות בשאלות פרשניות ובגיבוש מדיניות. על-כן, ביקורת על החלטות אלה עשויה להיות, בעקיפין, גם ביקורת על מילוי התפקיד הייעוצי של היועץ המשפטי לממשלה.

#### (א) החלטה בדבר אי-העמדה לדין מטעמים של פרשנות החוק

היועץ המשפטי לממשלה נהנה משיקול-דעת רחב בקבלת החלטה שעניינה העמדה או אי-העמדה לדין.<sup>26</sup> החלטה זו מבוססת על שיקולים משפטיים במובן הצר, אך גם על שיקולים ציבוריים רחבים יותר. היא יכולה להתייחס לביסוס הראייתי של החשדות לביצוע העבירה, לנסיבות האישיות של החשוד ועוד.<sup>27</sup> אולם קודם כל, עליה להתייחס להגדרה של יסודות העבירה. היועץ המשפטי לממשלה עשוי לקבוע כי העובדות שהוכחו לכאורה בעניינו של החשוד אינן מגבשות עבירה. החלטה בשאלה זו היא החלטה משפטית-מקצועית מובהקת, שעליו לקבל על-יסוד מיומנותו כמשפטן. אם יחליט לא להגיש כתב-אישום מן הטעם שלא התקיימו יסודות העבירה, עתירה נגד ההחלטה תעמיד במבחן את כשירותו הפרשנית-ייעוצית, גם אם באופן פורמלי היא תתייחס להחלטה קונקרטית בעניין אי-העמדה לדין. דוגמה אחרת להכרעה פרשנית לצורך החלטה בעניין הגשת כתב-אישום יכולה להיות הימנעות מבקשה ליטול חסינותו של חבר-כנסת משום שפעילותו העבריינית לכאורה נעשתה במסגרת חסינותו המהותית לפי חוק חסינות חברי כנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951.<sup>28</sup>

דוגמה קונקרטית לדין בפרשנות החוק בויקה להחלטה בדבר אי-הגשת כתב-אישום

26 הבסיס הסטטוטורי לשיקול-הדעת נמצא בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי. נוסף על כך יש להזכיר את הסמכות הרחבה להחליט על עיכוב הליכים שקבועה בסעיף 231 לחוק זה.

27 ראו גביוון, לעיל הערה 17, בע' 133-168.

28 ס"ח 228. טענה בדבר היקפה של החסינות המהותית עלתה בפרשת חסינות פנחסי, אך מן הכיוון ההפוך - לצורך התנגדות להסרת החסינות וובהמשך לכך, להגשתו של כתב-

ניתן להביא מבג"צ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה.<sup>29</sup> במקרה זה נבחנה ההחלטה שהתקבלה בעניין החשדות נגד מפכ"ל המשטרה לשעבר, רפי פלד, בדבר קבלת טיובות-הנאה. העניין הועבר לחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, וזה החליט שאין מקום לנקיטת הליכים פליליים או משמעתיים נגד המפכ"ל (להוציא הערה משמעטית מטעמו של השר). ככל שהיתה העתירה מכוונת נגד ההחלטה לא לנקוט בהליך פלילי, היא נדחתה, לאחר שבית-המשפט אישר את פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה לעבירות הרלוונטיות כעבירות כוונה (כשבנסיונות העניין לא היה עיגון לכוונה בממצאים העובדתיים).

### (ב) החלטה בדבר אי-העמדה לדין המלווה ביועץ

במקרים אחרים, ההחלטה לא להעמיד לדין את החשוד בביצוע העבירה קשורה בקשר בליינתק בהמלצה לנקוט אמצעים אחרים בעניינו. אלה הם פני הדברים כאשר יש לחשוד זיקה למנגנון הממשלתי, בדרך-כלל זיקת העסקה. בנסיבות אלה עשוי היועץ המשפטי לממשלה לכרוך את ההחלטה לא להעמיד לדין בנקיטת סנקציה אחרת בעניינו של החשוד, במישור הלב-פלילי, כגון הליכים משמעתיים או הפסקת העסקה. לעיתים, קיומה של הסנקציה החלופית והומרתה היחסית הם הגורמים שמשליכים על סבירותה של ההחלטה לא להעמיד לדין. כך, למשל, ייתכן שהחלטה לא להעמיד לדין תהיה סבירה אם יינקטו הליכים אחרים בעניינו של החשוד, אך תיחשב לבלתי-סבירה אם משמעותה תהיה יציאתו פטור בלא כלום. במילים אחרות, החלטה לא להעמיד לדין חשוד המועסק במנגנון השלטוני עשויה להיות כרוכה בהנחיה ייעוצית באשר להמשך העסקתו של החשוד, לקידומו ולמעמדו. הביקורת על ההחלטה לא להעמיד לדין נהפכת איפוא לביקורת על תפקודו של היועץ המשפטי לממשלה גם בכשירותו הייעוצית.

ניתן להדגים את הדברים מפרשת רפי פלד, שעיקרי עובדותיה כבר פורטו. כזכור, במקרה זה נדרש היועץ המשפטי לממשלה לבחון לא רק את האפשרות של הגשת כתב-

אישום). העותר טען שהעבירות המיוחסות לו בקשר לפעילותו במערכת הבחירות של ש"ס נופלות במסגרת החסינות המהותית המוקנית לו כחבר-כנסת. המשיבה העיקרית בעתירה היתה הכנסת, אך מבחינה עניינית היתה הטענה מכוונת גם נגד החלטתו המקדמית של היועץ המשפטי לממשלה לבקש את הסרת החסינות. יש לציין שהיועץ המשפטי לממשלה צורף אף הוא כמשיב בעתירה, אולם שאלת הביקורת השיפוטית על החלטתו נידונה במישורין רק ביחס לטענה שפעל בחוסר תום-לב. בית-המשפט לא נתן ביטוי לכך שגם הדיון הפרשני בשאלת היקפה של החסינות המהותית היה במשתמע מקרה של הפעלת ביקורת שיפוטית על החלטה מקצועית שקיבל היועץ המשפטי לממשלה.

לעומת זאת, בבג"צ 5151/95 כהן נ' י"מ (טרם פורסם), המאוחר יותר, היתה העתירה מכוונת במישורין נגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לא לפתוח בחקירה בעניין גילוי מידע סודי על-ידי חברי-הכנסת נתגיהו במהלך דיון בכנסת, על-יסוד חוות-דעתו כי המעשה נופל למסגרת החסינות המהותית.

29 פ"ד מח(2) 749 (להלן: פרשת רפי פלד).

אישום נגד המפכ"ל, אלא גם חלופות אחרות. בנסיבות העניין, הוא המליץ לבחור בסנקציה של הערה משמעתית מטעמו של השר. בג"צ פסל הנחיה ייעוצית זו, לאחר שקבע כי החלופה האחרת – נקיטת הליכים משמעתיים פורמליים – לא התבררה די צורכה. דוגמה אחרת שאולה מפרשת יהודה מאיר. הפצ"ר (שהוא, כאמור, בעל התפקיד הצבאי המקביל ליועץ המשפטי לממשלה) כרך את החלטתו לא להעמיד לדין את הקצין החשוד גם בהחלטת הרמטכ"ל על הפסקת שירותו הפעיל בצה"ל.<sup>30</sup> שוב איפוא, ההחלטה של ראש התביעה הפלילית כרוכה בהחלטה אחרת הקשורה לתפקוד המערכת השלטונית, והביקורת השיפוטית המתייחסת למישור הפלילי משתרעת בהכרח גם מעבר אליו.

### (ג) החלטה בדבר אי-העמדה לדין על יסוד הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

אפשרות אחרת היא שאי-העמדה לדין מבוססת על הנחיה עקרונית של היועץ המשפטי לממשלה בדבר הנסיבות והשיקולים שרק בהתקיימם יוגש כתבי-אישום בגין אותה עבירה. במקרה מסוג זה נוצרת חפיפה בין הסמכות התביעתית של היועץ המשפטי לממשלה לבין סמכותו הייעוצית. בהוצאת ההנחיה, היועץ המשפטי לממשלה יוצר מציאות נורמטיבית חדשה, שיש לה השלכות החורגות ממסגרת הנסיבות של המקרה הקונקרטי העומד להחלטה בפני רשויות התביעה. דוגמאות הלקוחות מן העבר הן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר אי-הגשת כתבי-אישום במקרים שהעבירה של משכב זכר בוצעה בהם בין בגירים מסכימים,<sup>31</sup> וכאשר העבירה של בעילת קטינה בוצעה בנסיבות של הסכמה בין נער ונערה מאותה קבוצת גיל.<sup>32</sup> בפועל, ההנחיות מחקו עבירות מספר החוקים עוד לפני שהכנסת עצמה החליטה על כך.<sup>33</sup> עתירה לבג"צ נגד הנחיות מסוג זה תהיה איפוא בעיקר עתירה המתייחסת לסמכותו הייעוצית של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>34</sup>

30 פרשת יהודה מאיר, לעיל הערה 12, בע' 723.

31 "הגשת כתבי-אישום ענין משכב זכר" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.049 כרך ה (1.1.72).

32 "בעילת קטינות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.047 כרך ה (1.5.71).

33 המצב המשפטי בתחומים אלה השתנה, בסופו של דבר, בעקבות חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, ס"ח 62. לדיון במדיניות של אי-אכיפה ביחס ל"חוקים רעים", ראו למשל ד' ליבאי "בעילת קטינות" הפרקליט כז (תשל"א) 422 R. Yaron "Laws Disregarded" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 188.

34 לכאורה, ניתן להעלות על הדעת הימנעות של בג"צ מהפעלת ביקורת שיפוטית על הנחיות מסוג זה, בנסיבות שהעתירה אינה מתייחסת בהן למקרה ספציפי, בשל היותה "תיאורטית" או "כללית". כך למשל, על דרך ההשוואה, סירב בג"צ לפסוק בשאלת חוקיותן של ההנחיות הקיימות לגבי שיטות החקירה של השב"כ. ראו בג"צ 2581/91 סלחאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 837. לעומת זאת, בדנג"צ 4110/92 הס נ' שר הכטחון, פ"ד מח(2) 811, חזר בו בג"צ מדחייה על הסף של עתירה שהתייחסה לחוקיותן של הוראות הפתיחה באש הנוהגות בצה"ל, ובכך הפך את פסק-הדין הקודם שניתן בבג"צ



## (2) ביקורת על החלטות ייעוציות מובהקות

מן הדוגמאות שהובאו ברור שהביקורת השיפוטית על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הפלילית כרוכה, בחלק לא-מבוטל מן המקרים, בביקורת על החלטות ייעוציות-מנחות שלו. אולם למעשה, הביקורת על החלטותיו הייעוציות של היועץ המשפטי לממשלה מקיפה הרבה יותר. שורש הדבר הוא בכך, שחלק גדול מן העתירות המוגשות לבג"צ נגד מדיניות הממשלה כוללות השגה על הבסיס המשפטי להחלטות הממשלה, כפי שאושר והתווה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. על-כן, למעשה, רבות מן העתירות נגד הממשלה הן, לאמיתו של דבר, עתירות נגד החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, גם אם ניתן לדבר ביטוי מפורש רק בחלקן. כאמור, "היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת."<sup>35</sup> על-כן, כאשר נפסלת החלטה שקיבלה הממשלה על-סמך ייעוץ משפטי של היועץ המשפטי לממשלה, נפסלת בכך גם ההנחיה המשפטית שקיבלה הממשלה.

דוגמה מובהקת לביקורת עקיפה על חוות-דעת משפטית של היועץ המשפטי לממשלה ניתן להביא מבג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל,<sup>36</sup> בעניין צירופה לקואליציה של סיעת "יעוד", שהתפלגה מסיעת "צומת". כרקע לעתירה שימשו הוראות חוק-יסוד: הממשלה,<sup>37</sup> לפיהן לא ניתן למנות לשר או לסגן שר חבר-כנסת שפרש מסיעתו.<sup>38</sup> על-פי הנוסח המקורי של ההוראות (אשר עמד לדיון), לא סוייגה הגבלה זו לגבי חבר-כנסת שפרש בתנאים של "התפלגות סיעה" (כפי שסוייגה ההגבלה על הכללתו של חבר-כנסת פורש ברשימת מועמדים שהגישה סיעה של הכנסת היוצאת בבחירות לכנסת הבאה).<sup>39</sup> השאלה הפרשנית שהתעוררה היתה: האם ההגבלה על מינויים של חברי-כנסת פורשים לשרים ולסגני שרים חלה גם על מי שפרש בתנאים של התפלגות סיעה? בהסכם קואליציוני שנעשה עם סיעת יעוד התחייבה סיעת העבודה, המרכיבה את

873/89 הס' נ' שר הבטחון (לא פורסם). ואומנם, נראה שעתירה נגד מציאות נורמטיבית

שיוצרת הנחיה מטעם היועץ המשפטי לממשלה אינה עוסקת בשאלה תיאורטית.

35 בג"צ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (להלן: פרשת פיטורי

פנחס). ראו גם בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152

(סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה,

ופירושו שלו מחייב אותה פנימה); ע"א 1186/93 מדינת ישראל נ' בנק דיסקונט

לישראל בע"מ, פ"ד מח(5) 353, 369 ("מן המפורסמות היא, שחוות-דעתו של היועץ

המשפטי לממשלה נודע לה מעמד-על בתחומי הרשות המבצעת"); והערה 3 לעיל.

36 פ"ד מח(5) 1 (להלן: פרשת יעוד).

37 ס"ח תשכ"ח 226.

38 סעיפים 5(ב) ו-34(ב) לחוק-יסוד: הממשלה.

39 סעיף 6א לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69.

מאוחר יותר, בעקבות פסק-הדין, נחקק חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 18), ס"ח תשנ"ה

42, ששינה את המצב המשפטי ואימץ את הסייג שנקבע בחוק-יסוד: הכנסת.

הממשלה, למנות את נציגי סיעת יעוד לממשלה. התחייבות זו נתמכה בעמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר לפיה, מינויים כאמור הינם חוקיים על-פי חוק-יסוד: הממשלה. העתירה נגד חוקיות המינויים היתה מכוונת באופן פורמלי נגד הממשלה והעומד בראשה. אולם למעשה, לא היה לה דבר וחצי דבר עם החלטות של הממשלה או עם שיקול-דעתה. השאלה שעמדה לדיון היתה שאלה משפטית, וההחלטה שעמדה לביקורת היתה החלטת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה לא היה צד לעתירה, ואין בפסק-הדין כל אזכור לשאלת הביקורת על עמדתו. אולם למעשה, הפרשנות המשפטית שהיועץ המשפטי לממשלה נתן לה גיבוי היא שעמדה למבחן. בסופו של דבר התקבלה העתירה ברוב של שלושה שופטים כנגד שניים, ובכך נהפכה גם חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה.

הדוגמה הלקוחה מפרשת יעוד הינה פשוטה יחסית, במובן זה שחוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה התייחסה להוראות חוק קונקרטיות, שלרשות אין שיקול-דעת באשר להפעלתן. השאלה שנדרשה להכרעה היתה צרה מאוד ונסבה על הוראה סטוטורית ספציפית, לאמור: האם היא חלה גם בנסיבות של התפלגות סיעה? במקרים אחרים, חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת יישום של עקרונות-יסוד, שמטיבם הם מופשטים ובעלי תחולה משתנה. אתגרים משפטיים מסוג זה זימנו ההסכמים הקואליציוניים שנעשו בשנים האחרונות. הם עוררו לא-אחת ספקות כבדים באשר לכשרותם, גם כאשר לא היה ניתן להצביע על הפרה של הוראות דין מפורשות.<sup>40</sup> דוגמה חדשה יחסית ניתן להביא מבג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית,<sup>41</sup> שנסב על חוקיות ההסכם הקואליציוני "עוקף בג"צ" בין סיעות העבודה וש"ס. השאלה שנדרשה כאן להכרעה היתה: האם ניתן להתחייב מראש לתמוך בחקיקה שתהפוך פסקי-דין שישנו את "הסטטוס קוו" החילוני-הרדי? היועץ המשפטי לממשלה הציג עמדה משפטית שתמכה בחוקיותו של הסכם כזה (בניגוד לעמדתו של שר המשפטים). מטבע הדברים, ההכרעה בשאלה לא יכלה להיות מצומצמת לפרשנותן של כמה הוראות חוק; היה עליה לגבוע מהשקפת-עולם משפטית לגבי ערכי-היסוד של השיטה, נורמות שלטוניות והפרדת רשויות. בשולי הדברים ייאמר, כי בנסיבות העניין נדחתה העתירה, ונותר על כנו ההסכם שהיועץ המשפטי לממשלה ראה בו הסכם חוקי – אך לאו דווקא מטעמיו (עמדת שופטי-הרוב הושפעה בעיקר משיקולים של ריסון שיפוט).<sup>42</sup>

40 ההסכמים שנולדו על רקע המשבר הקואליציוני של שנת 1991 היו הראשונים שבקשר אליהם נכחנה כשרות הנורמות השלטוניות שהם מבטאים. הכוונה היא להסכמים שנידונו בבג"צ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד(2) 213, ובבג"צ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (להלן: פרשת זרז'בסקי).

41 טרם פורסם (להלן: פרשת ההסכם עוקף בג"צ).

42 ביחס לדוגמה זו ניתן להעיר, כי באופן פורמלי, ההסכם הקואליציוני נעשה בין סיעות, שהן "יחידות חוקתיות" עצמאיות (כדברי השופט ברק בפסק-דינו בפרשת ההסכם עוקף בג"צ), המובחנות מן הממשלה. ככאלה, לכאורה, היועץ המשפטי לממשלה אינו מופקד על הייעוץ להן. אולם, לדעתי, כאשר ההסכם מהווה תשתית לפעילותה של הממשלה

כאמור, לדעתי, פסקי־דין שהתקבלה בהם טענה בעניין אי־חוקיותו של המעשה השלטוני נשוא העתירה צריכים להיבחן כחטיבה נוספת של מקרי ביקורת שיפוטית על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. הטענה שניתן להעלות נגד הפרשנות המוצעת לפסקי־הדין היא, שכאשר היועץ המשפטי לממשלה מציג צידוק משפטי למעשה השלטוני, הוא פועל רק כבא־כוחו של השלטון, כעורך־דינו. הוא מנסה להציג טיעון שיסייע לשולחו, ואינו מחווה את דעתו בשאלה מהי העמדה המשפטית המועדפת.<sup>43</sup> אולם טענה זו מתעלמת מן הייחוד של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. כידוע, בקביעת עמדתו, הוא חייב לשוות לנגד עיניו גם את האינטרס הציבורי הרחב. אין הוא רק "עורך־הדין" של הממשלה, אלא חייב חובת נאמנות לשלטון־החוק במובנו המהותי.<sup>44</sup> לכן, כאשר היועץ המשפטי לממשלה מגן על חוקיותה של פעולה שלטונית מסוימת, הוא מזהה עצמו גם עם הלגיטימיות של הפעולה. בהמשך לכך, כאשר חוקיות הפעולה נפסלת, פסקי־הדין הפוסל מבקר לא רק את המעשה השלטוני, אלא גם את העמדה המשפטית אשר באמצעותה ניסה היועץ המשפטי לממשלה להגן עליו.

#### ד. הייחוד בביקורת על היועץ המשפטי לממשלה

הביקורת השיפוטית על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה במתכונתה העדכנית יוצרת מציאות חדשה, שיש להידרש להשלכותיה. היועץ המשפטי לממשלה חשוף לביקורת שיפוטית בעוצמה ובהיקף שלא היה להם תקדים. אכן, בעידן הנוכחי של ביקורת שיפוטית, ניתן לומר דברים דומים גם בהתייחס להתערבות בהחלטות של רשויות

וראש הממשלה עצמו מחויב בו, יהיה זה מלאכותי לטעון שהסכם נמצא מחוץ לתחום אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה. טשטוש התחומים גובר בהסכמים קואליציוניים אחרים, שכוללים גם התחייבויות בעניין מינויים למשרות שונות במערך השלטוני. שאלת כשרותם של מינויים כאלה נופלת בוודאי במסגרת אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה. בפרשת ז'רדובסקי, השופט ברק דחה את האפשרות שהיועץ המשפטי לממשלה "ייהפך ליועצן המשפטי של הסיעות והמפלגות השונות". יחד עם זאת הוא מוסיף וקובע: "אשר להסכם פוליטי לו צדדים שרים או עובדי מדינה בעניינם של הסכמים אלה, ראוי כי יישמע קולו של היועץ המשפטי לממשלה וחוות־דעתו תחייב את רשויות השלטון". שם, בע' 864.

43 טענה זו מדגישה את ההיבט של היערכות מראש לתקיפה פוטנציאלית של המעשה השלטוני לפני בית־המשפט. אולם למעשה, אין היא מגבילה עצמה רק לנסיבות שקיימת בהן אפשרות קרובה של עתירה לבג"צ. לכאורה, יש לממשלה עניין בהצגת פעולותיה כחוקיות גם מבחינת מעמדה הציבורי.

44 ראו י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 411.

מינהליות אחרות, אולם גם על רקע זה יש ייחוד לביקורת השיפוטית על פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה.

ראשית, לבית המשפט קל יחסית לבחון מחדש החלטות משפטיות של היועץ המשפטי לממשלה, משום שמקצועיותו היא בתחום המשפט. בעוד שביחס לדיסציפלינות מקצועיות אחרות, בית המשפט מייחס עדיפות מקצועית לרשות המחליטה בתחומה, אין היועץ המשפטי לממשלה נהנה מחזקת עדיפות כזו. מקצועיותו היא גם מקצועיותם של השופטים, וכך, שיקול המקצועיות אינו פועל כגורם המרסן את הביקורת השיפוטית. אכן, ניתן לכאורה להטיל ספק אם כל החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה הן החלטות משפטיות. הרי יש בהן מקום גכבד לשיקולים שעניינם האינטרס הציבורי. אולם גם בהקשרים אחרים, הכרעות משפטיות מתייבות שקילה של ערכים דוגמת "טובת הכלל", "רגשות הציבור" ו"תקנת הציבור". מכל מקום, ככל שהדברים מתייחסים לפן הייעוצי-הפרשני בפעילותו של היועץ המשפטי לממשלה, להבדיל מהחלטותיו כראש התביעה הפלילית, מילוי התפקיד מבוסס בעיקר על הפעלת שיקול-דעת משפטי-מקצועי ופחות על מדיניות אכיפה. ניתן להוסיף, כי הדרישה הפורמלית מאדם המתמנה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה היא כשירות לכהונה בבית המשפט העליון.<sup>45</sup> דרישה זו מדגישה עוד יותר את החפיפה בין סוג המקצועיות הנדרש מהיועץ המשפטי לממשלה, מחד גיסא, ומשופטי בית המשפט העליון, מאידך גיסא. אכן, בית המשפט נוהג כבוד במקצועיותו של היועץ המשפטי לממשלה. בפסקי-הדין נכתב לא-אחת, כי בית המשפט יתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה רק לעיתים רחוקות, בשל אי-סבירות קיצונית. אולם בשל זהות הדיסציפלינה, ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה נתפסת בכל זאת כקלה יותר.<sup>46</sup>

שנית, הביקורת על תפקודו של היועץ המשפטי לממשלה נוגעת בתפקודן של כל זרועות השלטון. רשות מינהלית רגילה נתונה לביקורת שיפוטית ביחס להחלטות שהיא עצמה מקבלת בגדר סמכויותיה הסטטוטוריות. מטבע הדברים, המדובר בביקורת על החלטות בתחומי עשייה מוגדרים ובעניינים שהרשות נושאת באחריות הישירה להם. הביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה בכשירותו כראש התביעה הפלילית מתאימה למודל זה. בעניין הגשת כתבי-אישום, היועץ המשפטי לממשלה הוא בעל הסמכות הסטטוטורית, והחלטותיו במסגרת סמכותו זו כפופות לביקורת שיפוטית כמו החלטותיה של כל רשות מינהלית אחרת במסגרת סמכותה. פני הדברים שונים ביחס

45 לפי סעיף 5 לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט-1959, ס"ח 86, "הממשלה רשאית לקבוע את הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה". ההחלטה בעניין זה פורסמה בהודעה על קביעת הדרכים והתנאים למינויו של יועץ משפטי לממשלה, י"פ תש"ך 1690.

46 בהקשר זה ניתן להפנות לביקורתו של פרופסור מאוטנר על הפעלתה של עילת הסבירות ביחס להחלטות המקצועיות של רשויות השלטון השונות (ביקורת "הסבירות המקצועית"). ראו מאוטנר, לעיל הערה 5. ביקורת זו אינה תופסת במקרים שהרשות המבוקרת היא משפטית. ואכן, פרופסור מאוטנר רואה בביקורת על סבירות החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה מקרה שונה מן הרגיל. שם, בע' 29-30.

לתפקיד הייעוצי-הפרשני של היועץ המשפטי לממשלה. בהקשר זה הוא חשוף לביקורת שיפוטית בגין פעולות שביצעו כלל רשויות השלטון. מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של חוקי המדינה כלפי המינהל פנימה, כאשר פעולה של רשות שלטונית עומדת לביקורת בג"צ, עומד לביקורת שיפוטית גם תוקף הייעוץ המשפטי שניתן בקשר אליה. בראש ובראשונה, אלה הם פני הדברים במקרה הרגיל, שהרשות נוהגת בו על-פי הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שמחייבים סדרי המינהל התקינים. אולם למעשה, כך גם באותם מקרים חריגים, שהרשות אינה נוהגת בהם על-פי הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>47</sup> באלה, הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה עומדת בעקיפין לביקורת, מאחר שרחיית העתירות עלולה להתפרש כדחיית חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. כך נחשף היועץ המשפטי לממשלה למשנה ביקורת - מאחר שלא תמך בעמדה ממשלתית שהתבררה בדיעבד כלגיטימית.<sup>48</sup> מכל מקום, התוצאה היא ריבוי יחסי של מקרים שהחלטות של היועץ המשפטי לממשלה עומדות בהם למבחן ולביקורת.

#### ה. השלכות ומשמעויות

השאלה המתעוררת בשלב זה מתייחסת להשלכותיה של הביקורת השיפוטית על תפקודו של היועץ המשפטי לממשלה במערכת השלטונית. בחינת ההשלכות צריכה להיעשות מתוך מודעות לריבוי העתירות שמעמידות במבחן חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה. כאמור, בניגוד לרושם הראשוני, במקרים רבים אין אלה עתירות שנסבות על החלטות בעניינם של כתבי-אישום, אלא דווקא עתירות שעניינן חוקיות של פעולות

47 דוגמה מן העת האחרונה למקרים כאלה ניתן להביא מן המחלוקת בין ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה בעניין המשך כהונתם של השר דרעי וסגן השר פנחסי. ראו בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 411-414 (להלן: פרשת פיטורי דרעי); פרשת פיטורי פנחסי, לעיל הערה 35, בע' 449-453.

48 בהקשר זה ניתן להזכיר את מורכבותו של הדיון בבג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505. באותו עניין נידונה שאלת סמכותו של נשיא המדינה לחון עבריינים לפני הרשעה, על רקע "פרשת קו 300". היועץ המשפטי לממשלה, יוסף חריש, הגן על עמדת הממשלה על-יסוד התיזה הפרשנית שסמכותו של נשיא המדינה משתרעת גם על חנינה בנסיבות אלה. זאת בניגוד לעמדת קודמו בתפקיד, פרופסור יצחק זמיר, שניתן לה ביטוי בהנחיותיו ("סמכותו של נשיא המדינה לחון עבריינים: האם היא כוללת סמכות לחון נאשמים שמשפטם טרם נסתיים - חוק-יסוד: נשיא המדינה, סעיף 11(ב))" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.333 כרך ב (15.6.85)). פסק-דינו של בג"צ, ברוב-דעות, דחה את העתירה. אגב כך, הוא נתן גושפנקה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, וחשף לביקורת ציבורית את פרשנותו של פרופסור זמיר (שדעת-המיעוט צידדה בה).

שלטוניות אחרות, ובעיקר חוקיות פעולותיה של הממשלה. כך, למשל, כאשר מוגשת עתירה נגד חוקיותו של הסכם קואליציוני שהיועץ המשפטי לממשלה נותן לו גיבוי, העתירה מעמידה במבחן גם את שיקול-הדעת המשפטי של היועץ המשפטי לממשלה. הוא הדין בעתירה נגד חוקיות של מינוי שהיועץ המשפטי לממשלה מאשר.<sup>49</sup> ניתן לומר כי באופן סמוי, יש בעתירות מסוג זה בקשה של "חוות-דעת נוספת" (second opinion) על חוקיות המעשה השלטוני, לאחר חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

במילים אחרות, הרחבת הביקורת השיפוטית על מעשי השלטון הולידה סוג חדש של ביקורת על החלטות היועץ המשפטי לממשלה – רחבה מזו שהיתה מוכרת עד לעת האחרונה. בעתירות נגד החלטות שעניינן אי-העמדה לדין, בית-המשפט מזהיר עצמו לנהוג איפוק וריסון.<sup>50</sup> לעומת זאת, בעתירות נגד חוקיותן של פעולות שלטוניות אחרות, אין לקיומה של חוות-דעת מטעם היועץ המשפטי לממשלה כל משקל. בית-המשפט בודק, לגופו של עניין ומחדש, מהו המצב המשפטי לאשורו, כפי שהוא עושה בערעור על פסק-דין של ערכאה נמוכה יותר.<sup>51</sup> אכן, להתייחסותו השונה של בית-המשפט אל שני סוגי העתירות יש לכאורה הצדקה מסוימת. כאשר היועץ המשפטי לממשלה מקבל החלטה בעניין של העמדה לדין, החוק עצמו מורה לו לא רק לבחון שאלות של דין במובן הצר, אלא גם לשקול את "האינטרס הציבורי". עם זאת, כאמור, ההצדקה להבחנה נחלשת במקרים רבים ואף נעלמת. התחומים שבין שאלות של פרשנות חוק במובן הצר לבין שאלות ציבוריות הולכים ומיטשטשים. הכרעה בעניין העמדה לדין עשויה לקום וליפול על

49 לעיתים, היועץ המשפטי לממשלה מצורף כאחד המשיבים הפורמליים. כך נעשה בבג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מר(3) 353 (עתירה לגילוי תוכנם של הסכמים קואליציוניים), בפרשת ז'רזיבסקי, לעיל הערה 40 (עתירה נגד ההסכם בין סיעת הליכוד והסיעה לקידום הרעיון הציבורי), בפרשת פיטורי דרעי, לעיל הערה 47, ובפרשת ההסכם עוקף בג"צ, לעיל הערה 41. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה אינו נתפס במקרים אלה כצר ממשי, שחובה לצרפו כצד. כך, למשל, בפרשת פיטורי פנחסי, לעיל הערה 35, ובפרשת יעור, לעיל הערה 36, לא היה היועץ המשפטי לממשלה צד לעתירות. במילים אחרות, לשאלת צירופו של היועץ המשפטי לממשלה כצד אין חשיבות אופרטיבית. כך, בעניין שמוגשות בו עתירות אחרות, ייתכן שהיועץ המשפטי לממשלה יצוין כצד רק בחלק מהן.

50 ראו, למשל, פרשת שפטל, לעיל הערה 10, בע' 367.

51 כך, למשל, בבג"צ 869/92 זוילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, 703, כותב השופט ברק (כתוארו אז) כך: "החובה לפרש את החוק היא חובתנו. אין זה מספיק כי הפירוש, הניתן על ידי אורגן ממלכתי – שר, יועץ משפטי לממשלה, שופט המכהן כיושב ראש ועדה שלטונית וכל אורגן ממלכתי אחר – הוא סביר. על השופט להשתכנע כי זהו גם הפירוש הנראה לו עצמו."

לשאלת הויקה בין פרשנות החוק על-ידי הרשות המבצעת לבין הפרשנות השיפוטית, באופן כללי, ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 791–805. נראה, שברק אינו רואה בפרשנות של היועץ המשפטי לממשלה מקרה מיוחד של פרשנות מטעמה של הרשות המבצעת.

פרשנות חוק, ואילו חוות-דעת לגבי חוקיותו של מעשה שלטוני עשויה להיות מבוססת על הכרעה ערכית לגבי נורמות ההתנהגות הראויות במילוי תפקידים שלטוניים.<sup>52</sup> מכל מקום, עם הרחבת הביקורת השיפוטית על מעשי השלטון, ובמיוחד לנוכח הסרת המשוכות של זכות עמידה ושפיטות,<sup>53</sup> איבדה חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, במידה רבה, את מעמדה המיוחס. הלכה למעשה, בחלק לא-מבוטל מן המחלוקות החשובות שעומדות על סדר-היום הציבורי, הייעוץ המשפטי המחייב ניתן, בסופו של דבר, בבית-המשפט. לתוצאה זו תורם גם השימוש הגובר בנורמות מופשטות וגמישות, כמו עילות הסבירות והיחסיות.<sup>54</sup> כאשר הנורמה עצמה אינה מוגדרת, הצורך בחוות-דעת נוספת מורגש לעיתים מזומנות יותר. כך, למשל, בית-המשפט מתבקש לחוות את דעתו אם מה שסביר לדעת היועץ המשפטי לממשלה סביר גם בעיניו.

פסיקתו של בית-המשפט מלמדת שאין הוא מייחס משקל לקיומה של חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה בנושא העתירה. הדבר בא לידי ביטוי בכך שחוקיות הפעולה השלטונית נבחנת לגופה ובאותו אופן בין שהיא נתמכת על-ידי חוות-דעת היועץ המשפטי לממשלה ובין שאינה נתמכת בה. בשל כך, תוצאת-לוואי נוספת של הרחבת הביקורת השיפוטית היא היחלשות מעמדה של חוות-הדעת גם כלפי המינהל פנימה. רשויות השלטון ייטו לא לייחס חשיבות של ממש לחוות-דעת שמערערת על חוקיות החלטות שהתקבלו. ממילא, חוות-הדעת המחייבת היא רק זו שניתנת בסופו של דבר על-ידי בית-המשפט עצמו. כך אירע בפרשת פיטורי דרעי ובפרשת פיטורי פנחסי. ראש הממשלה לא קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר חובתם של השר דרעי וסגן השר פנחסי להתפטר. על-כן, כהונתם באה לכלל סיום רק לאחר שפסק בג"צ בעניינם, אף-על-פי שפסקי-דינו של בג"צ בפרשות אלה רק אישרו מה שקבע היועץ המשפטי לממשלה עוד קודם-לכן.<sup>55</sup> כמובן, מהלך דברים כזה הינו בלתי-רצוי מאוד מהיבט השמירה על שלטון-

52 ראו למשל בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (העתירה נגד מינויו של יוסי גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון על רקע עבירות שביצע בתקופת שירותו בשב"כ בפרשת "קו 300" ובפרשת נאפסו).

53 ראו בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (להלן: פרשת רסלר).

54 ראו גם ז' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תש"ן) 507.

55 כך, למשל, בפרשת פיטורי פנחסי, לעיל הערה 35, נמנע השופט ברק מלגנות את העובדה ש"אמת, דעתו של מר יצחק רבין, ראש הממשלה, היא שונה." מבחינתו, היה די בכך ש"לא עמדה זו היא שיוצגה לפנינו." שם, בע' 473. למעשה, שורת-הדין מחייבת שראש הממשלה יקבל עליו את הדין כקביעתו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, מבלי שהנושא יצטרך לבוא למבחן בג"צ.

דוגמה בודדת לגינוי הפרקטיקה של התעלמות מחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ניתן להביא מדברי השופט מצא בפרשת פיטורי דרעי, לעיל הערה 47. הוא כותב: "הצטערתו להיווכח, כי גם משהועמד על כך שההסכם שערך עם השר דרעי היה חסר תוקף מעת כריתתו, נותר ראש הממשלה דבק בעמדתו המקורית, תוך שהוא מבקש

החוק. לרשות אין תמריץ לנהוג על-פי חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. בין שתקבל עליה את מרות היועץ המשפטי לממשלה ובין שתמאן – היינו הך. תוצאה אחרת של הדיון בעתירות המחייבות ביקורת על חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה היא כרסום במעמדו הציבורי. קבלת עתירה בניגוד לעמדה שהציג היועץ המשפטי לממשלה מתפרשת בציבור הרחב ככשל מקצועי – כתוצאה של חוסר ידיעה או חוסר הבנה. כמובן, במקרים רבים אין מקום לפרשנות כה מחמירה לדחיית עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בבית-המשפט. פרשנות כזו מבוססת במידה רבה על תפיסה של פורמליזם משפטי, המכיר בפתרון "נכון" אחד לכל שאלה משפטית.<sup>56</sup> התפיסה המודרנית של המשפט אינה מקבלת קיומו של פתרון ברור ומוכן מראש לכל שאלה, ומכירה בקושי להכריע בין כמה פתרונות אפשריים.<sup>57</sup> באספקלריה של תפיסה זו, במקרים רבים, העדפתה של עמדה אחת אינה הופכת את החלופות האחרות לשגיאות משפטיות (להוציא עמדות המנוגדות בעליל לערכי-היסוד של השיטה). דא עקא, תחושתה היא שהתפיסה החדשה היא לפי שעה, במידה רבה, נחלתם של העוסקים בתחום התיאוריה של המשפט. בחיי המעשה, הפסד בבית-המשפט נתפס כטעות, ועל-כן גם ככישלון.

### 1. לקראת העתיד

דברים אלה אינם מכוונים לגרוע מן הלגיטימיות של עתירות נגד פעולות שלטוניות שהיועץ המשפטי לממשלה חיווה את דעתו לגביהן. אולם חשוב שבית-המשפט יהיה מודע למכלול התוצאות של ההכרעה השיפוטית בעתירות אלה. זהו, כנראה, מחיר נוסף של השלטת מרות החוק על השלטון באמצעות הרחבת תחומיה של הביקורת השיפוטית. במה תועיל מודעות לתוצאת-לוואי זו? בית-המשפט אינו אמור להימנע מביקורת שיפוטית בשם ההגנה על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. אף-על-פי-כן, המודעות לדברים הינה חשובה. כידוע, כאשר בג"צ שוקל התערבות במקרה שבא לפניו, הוא נדרש גם לשיקולים

להצדיקה בעזרת נימוקים משפטיים הסותרים את חוות-הדעת המחייבת של היועץ המשפטי. שם, בע' 425. מכל מקום היו אף דברים אלה גינוי בלבד, ולא נתון שהשפיע על הכרעת הדין לגופו של עניין. לפרקטיקה של הימנעות היועץ המשפטי מייצוג הממשלה כאשר הוא סבור שהדין עם העותרים, ראו גם ח' ה' כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 265, 284-286.

56 מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 1, 7.

57 שם, בע' 18-19. לדיון רחב בהתפתחות המשפט הישראלי מעמדת המוצא הפורמליסטית שלו, ראו מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.



מוסדיים.<sup>58</sup> שיקול מוסדי נוסף שראוי להתחשב בו (וכיום לא ניתן לו ביטוי) הוא קיומה של חוות-דעת של היועץ המשפטי לממשלה בנושא העתירה.

אנו עדים לתהליך שבג"צ נהפך בו בהדרגה ליועץ המשפטי לממשלה. לכאורה, יש לסייג את הדברים: העתירה לבג"צ נעשית לאחר מעשה (ואינה חלק מתהליך קבלת ההחלטה); כמו-כן, בג"צ אינו חלק מן המערך של הרשות המבצעת, ולכן הוא משוחרר לכאורה משיקולים של טובת הרשות עצמה. למעשה, סייגים אלה משמעותיים פחות מכפי שנדמה בתחילה. ראשית, העתירה לבג"צ עשויה להיות מוגשת עוד לפני שהשתכללה הפעולה השלטונית, וריבוי מספרן של העתירות המוגשות לבג"צ תורם לכך שההתדיינות בבית-המשפט נהפכת לחלק בלתי-נפרד מתהליך קבלת ההחלטות. שנית, אף בג"צ אינו רואה עצמו פטור מלהתייחס לאילוצים מעשיים, דוגמת מחסור בתקציב.

החשש המתקדם הוא שהשלטת שלטון-החוק על-ידי בית-המשפט באה בהקשר זה גם על-חשבון הסמכותיות שאפיינה בעבר את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. אין לבוא בטרוניה על בית-המשפט שהוא ממלא את תפקידו נאמנה ומנחה את הרשויות אגב פסיקתו בעניינן, אולם רצוי שבית-המשפט יעשה את מלאכתו תוך חיזוק המעמד של חוות-הדעת שנותן היועץ המשפטי לממשלה. כך, למשל, היה ניתן להעלות על הדעת יצירת חוקה של אי-תקינות ביחס לפעולה שנעשתה בניגוד לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. לחיזוק מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה תהיה תרומה ארוכת-טווח מבחינת השמירה על שלטון-החוק. בסופו של דבר, גם בית-משפט פעיל ויעיל אינו יכול למלא תפקיד של יועץ משפטי לממשלה במשרה מלאה. אין זו קריאה להימנעות מביקורת שיפוטית; זו קריאה למדיניות ביקורת, שתסייע ליועץ המשפטי לממשלה להשליט את שלטון-החוק גם במקרה הבא שתידרש בו חוות-דעתו, מבלי שיהיה צורך בהתערבות שיפוטית.

לקראת סיום ראוי לציין, כי היחלשות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כרוכה בתהליכים נוספים, רחבים יותר, כמו התפתחות גישה אינסטרומנטלית לשלטון-החוק בקרב בכירים ברשות המבצעת.<sup>59</sup> אכן, הדיון בשאלת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול להתעלם מן ההקשר המערכתי שלה. עם זאת, הבנת ההקשר אינה יכולה לבוא במקום התייחסות לדינמיקה השלטונית שהדיון השיפוטי עצמו יוצר.

58 לשיקולים מוסדיים ניתן ביטוי, בין השאר, במסגרת דוקטרינת השפיטות. ראו, למשל, פרשת רסלר, לעיל הערה 53, בע' 488-496.

59 להתערעות שלטון-החוק במהלך שנות השמונים, ראו מאוטנר, לעיל הערה 57, בע' 582-580.