

היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות

מוסדות היועץ המשפטי והתביעה הכללית:
עקרונות, מוסדות השוואתיים, ניתוח,
ביקורת והמלצות לרפורמה

ד"ר גד ברזילי
פרופ' דוד נחמיאס



ד"ר גד ברזילי, איש מדע המדינה ומשפטן, מרצה בכיר בחוג למדע המדינה, מלמד גם בפקולטה למשפטים, ומרכז את התוכנית לפוליטיקה, משפט וחברה בחוג למדע המדינה, אוניברסיטת תל אביב.

פרופסור דוד נחמיאס מופקד על הקתדרה למדע המדינה ע"ש רומלו בטנקורט וראש התוכנית למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל אביב; עמית בכיר וראש הפרוייקט "מרכזי סמכות ואחריות בסקטור הציבורי" במכון הישראלי לדמוקרטיה.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

עמ' 5	תודות
עמ' 7	מבוא: הצגת הבעיה
עמ' 11	פרק ראשון: דמוקרטיה ומוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית: מגמות כלליות
עמ' 19	פרק שני: קריטריונים לדין במוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית
עמ' 25	עצמאות מקצועית בהפעלת שיקול דעת
עמ' 26	שקיפות ודיווחיות ציבורית
עמ' 27	ייצוגיות ודרכי מינוי
עמ' 28	משילות ואפקטיביות
עמ' 29	פרק שלישי: היועץ המשפטי לממשלה בישראל והתביעה הכללית באספקלריה השוואתית
עמ' 29	עוצמה בצד חולשה:
עמ' 29	האם מוסד היועץ המשפטי לממשלה נחלש?
עמ' 35	גורמים לחולשת מוסד היועץ המשפטי: משטר, תחרות מוסדית ותרבות
עמ' 41	פרק רביעי: הצעות לרפורמות
עמ' 51	הערות
עמ' 57	רשימת ניירות עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה



עמוד 4 - ימני-ריק

תודות

מאמר זה הוא הראשון במחקר מקיף ומשווה הנערך ביוזמת המכון הישראלי לדמוקרטיה על היועץ המשפטי לממשלה, בנק ישראל וביקורת המדינה. לכל אחד ממוסדות אלה תפקידים מקצועיים-ייחודיים, אך שלושתם יחד מהווים מרכיבים מרכזיים במערכת הממשל. מנקודת מבט משטרית יש לשלושת מוסדות אלה הרבה מהמשותף. בעיקר, עליהם לשמר ולחזק את הדמוקרטיה, לתפקד כ"איזונים ובלמים", להיות חשופים ציבורית, ולדווח בכנסת ובציבור על פעולותיהם.

השאלות האמפיריות והתיאורטיות שמחקר זה בוחן, מנקודת מבט משווה, נוגעות במידת תרומתם של גופים אלה לדמוקרטיה והממשל בישראל, ומשמעותם לעקרונות הדמוקרטיה.

אנו מודים מאוד לכל אלה שסייעו לנו: ד"ר אריק כרמון, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, והעמיתים הבכירים של המכון, אשר האזינו למסקנותינו והעירו עליהן. תודות לעורך הסדרה, מר אורי דרומי, על עצות מועילות. גבי נעמי קוליץ ומר ישראל סגל ארגנו שני כנסי עיון מאלפים בנושא היועץ המשפטי לממשלה, מפגשים שסייעו לנו בגיבוש המחקר. אנו מודים למרצים בכנסים, שיחד עמנו התלבטו בנושא: עו"ד יגאל ארנון, פרופסור רות גביזון, עו"ד חיים צדוק, פרופסור מרדכי קרמניצר, נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז) השופט מאיר שמגר, פרופסור אמנון רובינשטיין. הוקרתנו לכל המשתתפים והנוכחים באותם המפגשים. פרופסור עמוס שפירא חיזק בנו את השאיפה לראות תופעות בהיבט השוואתי. מר מיכאל בן-יאיר, היועץ המשפטי לשעבר, חלק עמנו מזמנו. מר עודד ערן סייע בהפנייה לחומר. גבי מרל דנון סייעה באיסוף חומר. לכולם נתונות תודותינו מקרב לב. האחריות על כל הכתוב במחקר, היא עלינו בלבד.



עמוד 6 - ימני-ריק

מבוא: הצגת הבעיה

התאוריה הנורמטיבית של הפרדת רשויות, אחת התוצאות המרכזיות של הליברליזם המוקדם, הניחה כי חלוקת הכוח הפוליטי ואופני העיצוב של האינטרס הציבורי (Public Good) הינם בהירים. כך למשל, הרשות השופטת מכריעה בסכסוכים משפטיים בין אזרחים או בינם לבין "המדינה", בעוד שהרשות המבצעת מוציאה לפועל את פסקי הדין וגוזי הדין. הרשות המחוקקת מצידה, קובעת את הפרוצדורה ובעיקר את הדין המהותי, באמצעות חקיקה.¹ אך ההליכים הפוליטיים מורכבים יותר, דיאלקטיים יותר, מוסווים יותר ובעייתיים יותר מכפי שעולה מתיאור נורמטיבי פשטני זה.

החל משנות ה-30 של המאה העשרים החלו, בהדרגה, המדינות המודרניות להיענות למגוון דרישות ולחצים מקבוצות אוכלוסייה רבות ומגוונות. דרישות ולחצים פוליטיים, כלכליים וחברתיים אלה באו לביטוי באמצעות אליטות, שביקשו להשתתף ולהשפיע על האינטרס הציבורי. הדמוקרטיה המודרנית הגיבה בחקיקה מסיבית ובגידול המעורבות של הביורוקרטיה בחיים הציבוריים. התפתחות מדיניות הרווחה, הטכנולוגיה, מערכות מידע, מערכות נשק, תהליכי תיעוש מואצים ואורבניזציה מקיפה – כל אלה הביאו גם הם לביורוקרטיזציה של המדינה המודרנית.²

יחסי רשויות הממשל הפכו למורכבים ביותר: מחד גיסא, הרשות המחוקקת הפכה למעשה למוסד מפקח. מאידך גיסא, היא התקשתה להתמודד עם הרשות המבצעת, המרכזת סמכויות, משאבי אנוש, מידע ותקציבים בכמויות גדולות. הרשות המבצעת מצדה, נדרשת בעת ובעונה אחת לתפקד באפקטיביות וליישב קונפליקטים כלכליים, חברתיים ופוליטיים. בהקשר זה, מספקים מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית את ההצדקה החוקתית להתערבות המדינה בכלכלה ובחברה ולהגנת הציבור מפני כוחה העולה וגובר של המדינה. מנגד, מוסדות משפטיים אלה מסייעים לממשל להשתמש במשפט כדי להתמודד עם משברים, כישלונות, אי יכולת או אי רצון ליישב בעיות כלכליות, חברתיות ופוליטיות. פעמים רבות הם יצברו עוצמה וכוח משל עצמם, לעומת אליטות פוליטיות אחרות, תוך הסתייעות בפרסטיז'ה מקצועית.³ כך



נוצרה תופעה היסטורית של פיצול, לפחות לכאורה, במוקדי הכוח של הרשות המבצעת (Institutional Power Sharing), המכוונת למנוע פגיעה בלגיטימציה השלטונית; לגיטימציה המבוססת על הדגשת הייחודיות המקצועית של הייעוץ המשפטי לממשל ושל התביעה.

מערכות הענישה בדמוקרטיות קשורות בטבורן למבנה המדינה, והן משמעותיות למאבקי הכוח הציבוריים. השליטה במערכת הענישה מעניקה למדינה יכולת לממש את סמכותה לכפות את מרותה, לאכוף את דיניה, ולממש את ריבונותה כלפי פנים וחוץ.⁴ הסמכות להחליט בדבר הגשת כתבי אישום או אי הגשתם, כמו גם הסמכות לנהל הליכי משפט או להחליט על השעייתם והפסקתם, היא בעלת משקל רב מן ההיבט האישי, החשוב לכשעצמו, של הנאשם. מערכת הענישה משקפת את אופייה של הדמוקרטיה כולה; היא מלמדת לא רק על אופיים של הנאשמים, אלא גם מצביעה על אופיים של המאשימים. מספר שאלות חשובות עולות בהקשר זה: מהם מרכיביה של מערכת הענישה והייעוץ המשפטי לממשל? ומהי זיקתה של מערכת זו למדינה, למוקדי הכוח שבה, לגופים פוליטיים שונים ולציבור הרחב? מחקרנו עוסק בתביעה הכללית (General Prosecution), המהווה נדבך מרכזי במערכת הענישה המדינתית ובמוסד – או תפקיד – היועץ המשפטי לממשל הפוליטי (Attorney General), שהינו בעל משמעות לקביעת אופי מערכת המשפט כולה.

חשיבותן של פונקציות התביעה הכללית והייעוץ המשפטי, בין אם הן במסגרת מוסדית כזו או אחרת, אינה מתמצית בהיבט הפורמלי-פוזיטיביסטי: טעות היא להניח כי מדובר בפקידי ציבור בכירים – בעלי הכשרה משפטית – המהווים חוליה במנהל הציבורי. טעות קשה יותר היא הסברה, כי ניתן ליישב בקלות בין תפיסת הפרדת הרשויות לבין קיומן של התביעה הכללית והייעוץ המשפטי.⁵ לתובעים כלליים ויועצים משפטיים בדמוקרטיות מערביות מואצלות יכולות משמעותיות להשתתף בעיצוב אופי הפרוצדורה הפוליטית וכללי המשחק הפוליטי. ממלאי תפקידים אלה מוגדרים במדינות בעלות מערכות משפטיות מגוונות, כמייצגי "אינטרס הציבור" והם מזוהים במידה רבה עם "הסדר הציבורי". עובדה זו מלמדת על יכולתם להשפיע על ההווה הפוליטית תוך שהם עושים שימוש בסמלים של טובת הכלל. עם זאת, מידת המודעות הציבורית לעוצמתם הפוליטית קטנה. הנה למשל, ברוב המדינות הדמוקרטיות לא נמצאים סקרי דעת קהל המלמדים בשיטתיות על



ציפיות הציבור מהמוסדות או מבעלי התפקידים הללו.⁶ חוסר מודעות, כאמור, מחזק את עוצמתם הפוליטית של מוסדות ייעוץ משפטי ותביעה כללית, שכן מוסדות ציבור שונים, כגון אמצעי תקשורת, בתי מחוקקים ועוד, אינם נוטים להפעיל ביקורת עליהם. לפיכך, הבעיה המרכזית היא: האם וכיצד ניתן ליישב בין עוצמתם של נושאי תפקידים ומוסדות אלו לבין עקרונות הדמוקרטיה? אנו מתייחסים לבעיה עקרונית זו בשלוש רמות:

- ראשית, ברמה התיאורטית, שעניינה בעיצוב אמות מידה מושגיות.
- שנית, ברמה ההשוואתית, המתמקדת בניתוח משווה של מוסדות דומים בדמוקרטיות.
- שלישית, ניתוח מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית בישראל.

חשוב לציין, כבר בשלב זה, כי סערות ציבוריות סביב מוסדות של ייעוץ משפטי לממשלות ומערכות תביעה כלליות אינן ולא היו נחלת ישראל בלבד. הקשר הבעייתי בין מוסדות או פונקציות אלו לבין עקרונות דמוקרטיים הינו תופעה אוניברסלית.⁷ המעורבות הפוליטית של יועצים משפטיים לממשלות ותובעים כלליים בעיצוב כללי משחק פוליטי, השימוש שנעשה בהם לצורכי ליגליזציה של מעשי ומחדלי השלטונות, והלחצים המופעלים עליהם בעת מאבקים בעבריינות שלטונית – כל אלה הטילו את נושאי התפקידים בהם אנו עוסקים לעין הסערה של משברים ציבוריים.

פרק 1 עוסק בניתוח השוואתי של מוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית. פרק 2 מציב אמות מידה תיאורטיות/מושגיות להערכת מוסדות ייעוץ משפטי ותביעה כללית בדמוקרטיות. פרק 3 מנתח את מוסד היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית בישראל. פרק 4 מעלה הצעות לרפורמות, הנובעות מן הניתוח המשווה של מוסד היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית בישראל.

במהלך המחקר נעזרנו בחומר משפטי ופוליטי רב על מוסדות היועץ המשפטי והתביעה הכללית ברחבי העולם הדמוקרטי. במסגרת זו נבחנו ברמת החומר הראשוני המדינות הבאות: אוסטרליה, איטליה, אנגליה, ארה"ב, גרמניה, דנמרק, ספרד, פורטוגל, צרפת וקנדה. ניתוח המקרה הישראלי התבסס על ניתוח פסיקות בית המשפט העליון בישראל, חקיקה ישראלית וחומר ראשוני אחר, כדוגמת דו"ח ועדת אגרנט למעמד



היועץ המשפטי לממשלה מ-1962, הנחיות היועץ במשפטי לממשלה, ודיונים פומביים שערך המכון הישראלי לדמוקרטיה עם אישים בכירים בפוליטיקה והמשפט בישראל. בהקשר זה זכינו גם לסיוע מלשכת היועמ"ש* לממשלה בישראל.

* יועמ"ש – ראשי תיבות של יועץ משפטי. מכאן ואילך נשתמש, לעיתים, בקיצור זה, המקובל ביותר בחוגים המשפטיים, האקדמיים והממשליים, כשהכוונה היא ליועץ המשפטי לממשלה.



דמוקרטיזציה ומוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית: מגמות כלליות

מבנה המשטר הפוליטי, בין אם הוא פדרלי או אוניטרי, אינו מסביר את המבנה המוסדי או הפונקציונלי של מערכות תביעה כללית ויעוץ משפטי ברמה הלאומית. זאת למרות העובדה כי הריכוזיות במשטרים אוניטריים גבוהה יותר מאשר במשטרים פדרליים, שבהם קיימת אצילת סמכויות פוליטיות מוגבלות למדינות, לקנטונים או למחוזות השונים. לדוגמא, המבנה וחלוקת התפקידים בגרמניה, ספרד, איטליה ופורטוגל הם דומים, למרות העובדה כי שתי המדינות הראשונות הן פדרליות והאחרות אוניטריות. בכל המדינות האלו הייעוץ המשפטי לממשל הינו בידי שר המשפטים, או פרקליטים בשירות הציבור, מועצה חוקתית או יועץ משפטי הממונה לתפקידו, כלומר – משפטנים מקצועיים או פוליטיקאים. התביעה הכללית, לעומת זאת, היא נפרדת, והיא מסורה למשרד תביעה כללית, הנושא לפעמים את השם "משרד לענייני ציבור" או "המשרד לענייני תביעה כללית".

במשטרים פדרליים ובמשטרים אוניטריים התביעה הכללית נהנית, בדרך כלל, מרמה מסוימת של עצמאות (אוטונומיה), כאשר המשטר הפוליטי מדגיש את קיומה של אותה אוטונומיה כדי לחזק את תדמית המדינה כימדינת חוק.⁹ עם זאת, מבנה המשטר הפוליטי (פדרלי או אוניטרי) יכול להשפיע על היקף הפונקציות ואופי הפונקציות של התביעה הכללית והייעוץ המשפטי לממשל. לדוגמא, בגרמניה מסורה בידי התביעה הכללית גם סמכות של תיאום בעניינים חוקתיים בין הממשל המרכזי לבין המדינות השונות, במסגרת הפדרציה. התובע הכללי הפדרלי בגרמניה יכול להעביר עניינים שבסמכותו לשיקול דעת התובעים הכלליים במדינות; ולעומת זאת, במידה שמדובר בעבירות חמורות כנגד ביטחון המדינה, המוגדרות כעבירות ריגול, בגידה או טרור, הוא יכול להחליט לטפל בעניינים שהעיסוק המשפטי בהם החל ברמת המדינות. הדין הגרמני אוסר כל טיפול אפשרי של שר המשפטים או כל גורם ממסדי אחר, להוציא התובע הכללי הפדרלי, בעבירות חמורות מסוג זה.⁹



ניתן, בזהירות רבה, לאבחן בין מודל מערב-אירופאי של ייעוץ משפטי לממשל ותביעה, לבין מודל צפון-אמריקני. לפני עליית הנאציזם לשלטון, רווחה באירופה תפיסה שהיקלה ראש בצורך של פיצול עוצמה בכל האמור לעיצוב המשפט. כיום, המודל המערב-אירופאי ניוון מתפיסה שעוצבה לאחר מלחמת העולם השנייה, ולפיה יש חשש לדמוקרטיה מריכוז כוח פוליטי גדול בידי רשות חוק אחת. כתוצאה מכך, ברבות מן המדינות באירופה, התביעה הכללית מוסדה בנפרד ממושרד המשפטים, וקיים פיצול בריכוז הכוח המשפטי בין זרועות ממשל שונות. באיטליה בולטת העובדה כי מכוח חקיקה בסוף שנות השמונים, חוזקה המגמה האמורה כאמצעי להלחם בפשיעה על ידי זרוע עצמאית כביכול של תביעה כללית, שאינה נתונה להשפעות פוליטיות "זרות". עם זאת, המגמה האיטלקית אינה שונה מזו הרווחת באירופה המערבית כולה: ניסיון להעניק אפקטיביות לתביעה הכללית, באמצעות אוטונומיה מבנית-מוסדית מסוימת.¹⁰ למשל, התובע הכללי בצרפת מנותק מן המנהל הממלכתי ומהווה חלק בלתי נפרד ממערכת בתי המשפט. במסגרתה הוא יכול להמליץ על הטריבונל השיפוטי המתאים שבפניו ינוהל ההליך הפלילי, או להמליץ בפני שופט על אי הגשת כתב אישום, במידה שלא מתקיימת תשתית ראייתית.¹¹

למודל זה יש באירופה גרסה נוספת, הבולטת בדנמרק ובאוסטריה. במקרים בהם שר המשפטים אחראי ישירות לתביעה הכללית, או כאשר התביעה הכללית הנה חלק בלתי נפרד ממושרד המשפטים, הרי שהשר אינו עוסק בייעוץ משפטי לממשל. בדנמרק, למשל, התביעה הכללית (ולא הייעוץ המשפטי) הנה במסגרת משרד המשפטים. למנהל התביעה הכללית יש עצמאות פונקציונלית – אם כי לא מוסדית – להגיש כתבי אישום. לכך יש שני חריגים: ראשית, על החלטות התובע/ת הכללית/ת להגיש או לא להגיש כתבי אישום ניתן לערער בפני שר המשפטים. שנית, בעבירות חמורות כנגד המדינה, כגון בגידה או ריגול, החלטות על הגשת כתבי אישום מתקבלות על ידי שר המשפטים. בהקשר זה המצב בדנמרק אינו רצוי: על המאבק הציבורי כנגד עבריינות שלטונית עלולים להשפיע, בעליל, שיקולים פוליטיים, ולמרות ההפרדה הפונקציונלית בין שר המשפטים לבין מנהל התביעה הכללית, יכול הראשון להכתیب לשני הגשת או אי הגשת כתבי אישום בנושאים של עבריינות ביטחונית, פוליטית או אידיאולוגית. יחד עם זאת, החלטות בתחום מערכת הענישה בדנמרק יכולות להיתקל בחיווי או יעוץ משפטי ביקורתי, שאינו תלוי במשרד המשפטים או התביעה הכללית. זהו יתרון בולט של פיצול הסמכויות.



ההסדר המבני באוסטריה שונה במידה מסוימת מזה המצוי בדנמרק. מחד גיסא, התביעה הכללית הינה תחת אחריות משרד המשפטים, והתובע הכללי כפוף לשר המשפטים. מאידך גיסא, באוסטריה נהוג פיצול בסמכויות הייעוץ המשפטי לממשל. הייעוץ המשפטי בנושאי פנים מוענק על ידי השירות המשפטי של משרד הקנצלר, בעוד שבנושאי חוץ ניתן הייעוץ המשפטי לממשל הפדרלי על ידי השירות המשפטי של משרד החוץ. מדי פעם נוהג הממשל הפדרלי האוסטרי לפנות בבקשות יעוץ משפטי מלשכת עורכי הדין או מאנשי אקדמיה. יתרונו של הסדר כזה הוא בהיעדר עוצמה פוליטית המרוכזת בידי יועץ משפטי אחד. אך חסרונו הבולט של פיצול קיצוני כזה בסמכויות הייעוץ המשפטי, הוא בשליטה הכמעט מוחלטת של אנשי הממשל על זמינות ותכני חוות הדעת המוגשות להם.

אנגליה אימצה מודל ייחודי. בהיעדר משרד משפטים, כפופים התביעה הכללית והייעוץ המשפטי לממשל למשרד של ה-Lord Chancellor. האחרון, מתמנה לתפקידו על ידי ראש הממשלה, וזאת על בסיס שיקולים פוליטיים. בין שאר תפקידיו הוא ממונה גם על התובע הכללי ועל היועץ המשפטי לממשל. השניים הם אישים שונים, הממונים על מנגנונים ביורוקרטיים נפרדים, אולם שניהם כפופים מוסדית ל-Lord Chancellor. היועץ המשפטי לממשל (Attorney General), נעזר בסגנו (Solicitor General), והוא מפקח ואחראי הן בפני הלורד צינסלור והן בפני הפרלמנט על עבודת התובע הכללי והתביעה הכללית. אנגליה ייחודית, אם כן, בהיעדר פיצול מוסדי משמעותי בין הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית.

המודל הצפון-אמריקני, בארה"ב ובקנדה, שונה מזה הנהוג במערב-אירופה. בצפון אמריקה בולט הניסיון של הממשל הפדרלי לכוון עוצמה פוליטית וליישמה תוך ריכוז סמכויות, בידי משרד המשפטים הפדרלי. שר המשפטים הינו גם היועץ המשפטי לממשל ולמדינה הפדרלית כולה והוא/ היא מנחה כללית גם את מדיניות התביעה הכללית במדינות השונות. בקנדה, נוכח היריבות הפוליטית הקשה בין האזור הצרפתי-קנדי של קוויבק לבין האזור האנגלי-קנדי של אונטריו, מסורה בידי שר המשפטים הקנדי, בתפקידו גם כיועץ משפטי, סמכות פישור בעת קונפליקטים והגשת חוות דעת שעניינן מציאת פתרונות חוקתיים שישמרו על אחדותה הטריטוריאלית של המדינה.

בארה"ב, שר המשפטים מוסמך להורות לפרקליטים הפדרליים, הממונים על 94 מחוזות השיפוט הפדרליים, להגיש או להימנע מלהגיש תביעה. שר



המשפטים האמריקני יכול גם למנוע מפרקליט מסוים לנהל תיק פלילי או אף להביא להחלפתו באחר.¹² למרות סמכויות נרחבות אלה, שר המשפטים בארה"ב הוא דמות פוליטית לכל דבר, המקורבת לנשיא, ולרוב חברה במפלגתו. מידת הבעייתיות בחוסר ההפרדה בין התפקיד הפוליטי של שר המשפטים לבין התביעה והייעוץ היא כה רבה, עד כי מאז 1978 קיימת בארה"ב האפשרות למינויו של תובע מיוחד (Special Prosecutor), במקרים בהם נראה בעליל, וכפוף להחלטת שר המשפטים, כי יש צורך בהמשך חקירה ותביעה כנגד אישי ממשל בכירים. החלטת שר המשפטים (למנות או לא למנות תובע מיוחד) מחייבת אישור של בית המשפט הפדרלי לערעורים, היושב בעניינים אלו בהרכב מיוחד של שלושה שופטים.

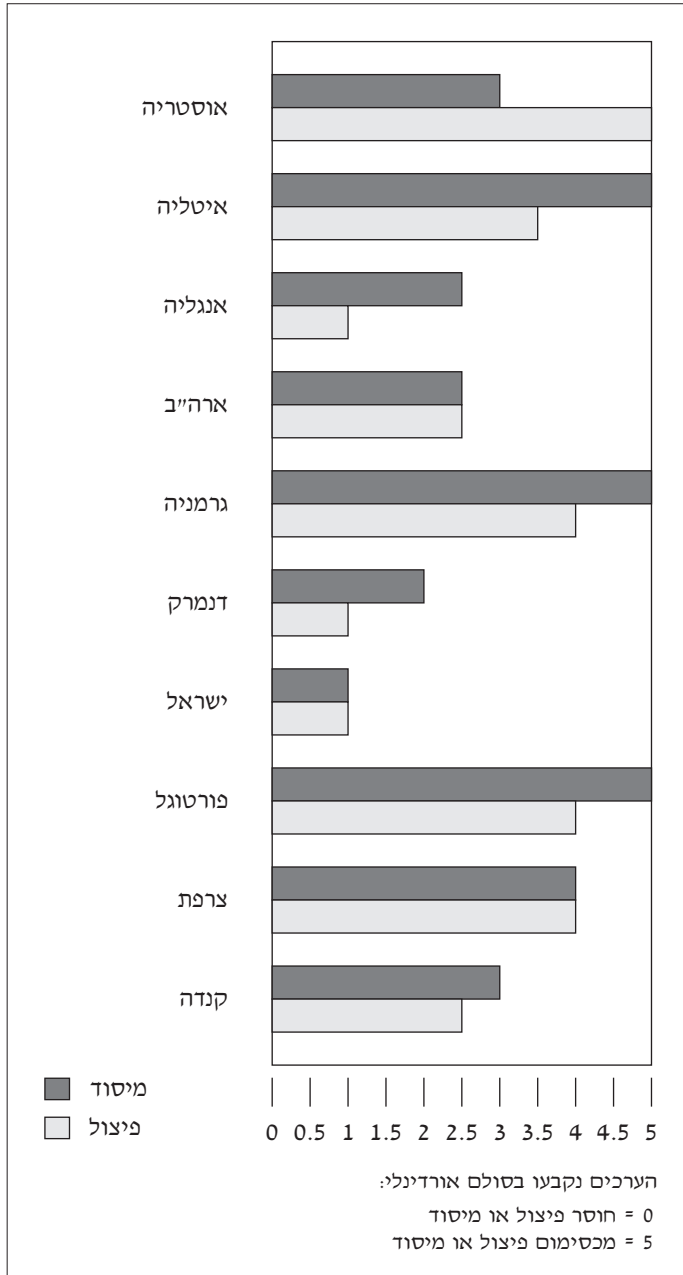
ההסדר האמריקני של יעוץ משפטי ותביעה כללית מקשה מאוד על מאבק בפשיעה של אליטות שלטוניות, וחושף את הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית ללחצים פוליטיים כבדים ביותר. עקב מיסוד זה של חוסר ההפרדה בין יעוץ ותביעה ובין אלה לבין תפקיד שר המשפטים, נוטים הפוליטיקאים, יותר מהרגיל, לעשות שימוש במשפטנים בשירות המדינה לצורך קידום אינטרסים אישיים ושלטוניים שלהם.¹³ המודל הצפון-אמריקני, שבו אינה מתקיימת הפרדה מוסדית או פונקציונאלית, עלול להביא לבעיות קשות בכל הנוגע להפרדת רשויות. לדוגמא, מאז 1840 מקובל בארה"ב כי שר המשפטים מסייע לנשיא באיסוף המידע ביחס למינוי שופטים פדרליים לבית המשפט העליון הפדרלי. במקרה זה, בולטת הבעייתיות בכך שהזרוע המאשימה והמוציאה לפועל הנה בעלת השפעה גדולה, לפעמים מכריעה, על מינוי אישים מרכזיים בזרוע השופטת.¹⁴

הניתוח ההשוואתי מלמד כי המשותף, בדרך כלל, לכל מוסדות או פונקציות הייעוץ המשפטי לממשל והתביעה הכללית הינו ניסיון להעניק להם יוקרה מקצועית-משפטנית, תוך הגדרה ייחודית של תביעה כללית לעומת יעוץ משפטי (הכולל לרוב גם ייצוג). השוני בין המוסדות והפונקציות, במדינות שונות, מתייחס לרוב להיקף העצמאות המוסדית, במידה ובכלל קיימת הגדרה מוסדית לאותן פונקציות, ולרמת הפיצול בין הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית. ברוב המקרים שנבחנו במחקר קיים פיצול כאמור, אם-כי לא תמיד יש לפיצול הפונקציונאלי היבט מוסדי ברור. גרף 1 מלמד על המגמה הכללית האמורה של יעוץ משפטי ותביעה כללית.



גרף מס. 1

יעוץ משפטי ותביעה כללית: מיסוד ופיצול



הסמכויות הכרוכות בפונקציות ובמוסדות משתנות בפרטי הפרטים ממדינה למדינה, אך ניתן בהחלט למפות את המשותף ולהתייחס לעקרונות השוני. יעוץ משפטי במדינות דמוקרטיות כרוך בחיווי דעה על שאלות חוקתיות ובייצוג משפטי בפני בתי המשפט. במקרים בעלי חשיבות חוקתית רבה, יופיע, בדרך כלל, היועץ המשפטי לממשל (לפעמים זהו שר המשפטים בעצמו) בפני בתי המשפט החוקתיים או העליונים ופעמים בפני טריבונלים בינלאומיים. כדי להקל על היועץ המשפטי בעבודתו, מקובל כי לרשותו תעמוד מועצה חוקתית או גוף מקצועי דומה. תפקיד חשוב נוסף של מרבית היועצים המשפטיים הינו יעוץ בנושאי חקיקה; הנחת המוצא המשטרית היא כי יועצים משפטיים לממשל הינם בעלי המומחיות ונקודת המבט הרחבה, העושות אותם כשירים לייעץ כיצד ליזום חקיקה שתהיה קוהרנטית עם עקרונות היסוד של השיטה הקונסטיטוציונית כולה. בחלק ממדינות אירופה, כמו בצרפת למשל, המועצה החוקתית (Conseil Constitunnel) היא הקובעת אמות מידה לחקיקה.

הפונקציה או מוסד הייעוץ המשפטי בדמוקרטיות חורגים מהמובן הצר והמוגבל של מתן הצעות, כפי שיכול להשתמע מהגדרתו המילולית של התפקיד. ברוב המדינות ניתנת ליועץ המשפטי עוצמה גדולה. עם זאת, הממסד הפוליטי נשאר סוכן החקיקה המרכזי, והיועץ המשפטי לא יכול להוות, לאורך זמן, אופוזיציה למגמות הממסד. בדרך כלל, עוצמתו של היועץ מוגבלת לפסילה על הסף של הצעות חקיקה המנוגדות לתשתית החוקתית הקיימת. מציאות זו עדיין מותירה לממסד הפוליטי עוצמה ניכרת, תוך שימוש בחיווי דעתו של היועץ למטרות טכניות בעיקר.

פונקצית התביעה הכללית מתמקדת בהגשת כתבי אישום ובניהול הליכי משפט פליליים. באיטליה, למשל, מסורה בידי התובע הכללי (Pubblico Ministero) גם סמכות לנהל חקירות, חיפושים, תפיסת מסמכים ורכוש. תפקיד חשוב אחר של תובעים כלליים הוא לעצב מדיניות בנושאי עבריינות, שבהם ראוי להתמקד, לדעת התביעה. במשטרים פדרליים עוסק התובע הכללי בתיאום בין רמת המדינות לרמת הממשל המרכזי. מידת עצמאותה של התביעה הכללית מן הממסד הפוליטי – בעיקר זה של הממשל – משפיעה על מידת יכולתה להיאבק בפשיעה בכלל, ובפשיעה פוליטית או שלטונית במיוחד. לפעמים, כמו בארה"ב ובאיטליה, מסורה הסמכות של ניהול הליכי אישום כנגד נשיא המדינה לבית



המחוקקים במסגרת הליך של הדחה (Impeachment). לכך יש יתרון, שכן הליך הדחה ברשות המחוקקת מונע את האפשרות שהחלטה על הגשת כתב אישום נגד ראש המדינה תהיה נגועה בשיקולים פוליטיים זרים של היועץ המשפטי או התובע הכללי. מצד שני, לעומת היתרון שבהפקעת סמכות החלטה מאדם אחד, מעורבים בתהליך ההדחה עצמו שיקולים פוליטיים של האישים הפוליטיים והמפלגות או הסיעות ברשות המחוקקת.



עמוד 18 - ימני-ריק

קריטריונים לדיון במוסדות יעוץ משפטי וחביעה כללית

יועצים משפטיים לממשלות ותובעים כלליים נהנים בעת ובעונה אחת משני מקורות עוצמה: הילה של מקצועיות משפטנית ושליטה. ראשית, היותם מרכיב דומיננטי בקהילה המקצועית-משפטית, מעניק להם עוצמה. קהילה זו, הכוללת בעיקר פרקליטים, שופטים, פרשנים משפטיים ואנשי אקדמיה, היא מרכזית להתוויות יסודות 'שלטון החוק'. איוש משרת היועץ המשפטי או התובע הכללי נחשב כאחד מן ההישגים המרכזיים אליהם יכול לשאוף איש (או אשת) מקצוע באותה הקהילה. יכולתו של יועץ משפטי או תובע כללי לעצב סמכות אפיסטמית בקהילתו, מהווה חולייה מרכזית בכוחו לגבש ולהקרין עוצמה ציבורית. הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית יכולים לתת ליגליזציה ולגיטימציה למעשי או מחדלי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. בנוסף, אליטות שיפוטיות נוטות לראות בנושאי משרות אלו כזרוע משמעותית להפצת הנורמות השיפוטיות. המרכזיות של הקהילה המשפטית בחברות המתנסות בתהליכי ליברליזציה והמדגישות את חשיבות העשייה המשפטית, יכולה להבטיח אוטונומיה חלקית של המכהנים בתפקידים אלו. מובן, כי ככל שהגדרת המוסד של התביעה הכללית או הייעוץ המשפטי תהיה ברורה יותר וככל שמוסדות אלו נפרדים במיוחד מן הרשות המבצעת, כן ניתן לראות בהם כבעלי עוצמה משל עצמם. במצב זה הם מוגדרים לא כסוכנים (Agents) של הרשות המבצעת, הכפופים לה והעונים לציפיותיה, אלא שבהשוואה לגופי שלטון אחרים הם מהווים מוסדות ציבוריים אוטונומיים, בעלי עוצמה משל עצמם.

שנית, היועצים המשפטיים והתובעים הכלליים הם חלק אינטגרלי מן השלטון. עובדה זו ניכרת בכך שהם מתמנים לתפקידם על ידי הרשות המבצעת, הממשלה או הנשיא. עובדה זו באה לביטוי נוסף בכך שבדרך כלל, יועצים משפטיים ותובעים כלליים אינם יוצאים כנגד ראשי המדינות שמינו אותם, ולעיתים קרובות הם התגלו כחסרי כוח של ממש בלוחמה משפטנית כנגד עבריינות שלטונית. זאת ועוד, הסטטוס החברתי של נושאי תפקידים אלו הינו לרוב הומוגני. יועצים משפטיים ותובעים כלליים



משתייכים, בדרך כלל, לקבוצות החברתיות הדומיננטיות. מיעוטים יתקשו לקבל דריסת רגל כממונים על מוסדות הייעוץ והתביעה הכללית. מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית הם הגמוניים ורובניים. השלטון אינו מעודד את כהונתו של יועץ משפטי או תובע כללי אשר עלול לבקר את השלטון או את קבוצות הכוח התומכות בו. מצד אחר, היותו של היועץ המשפטי או התובע הכללי חלק מן השלטון מאפשר לו עוצמה באכיפת נורמות משפטיות. בעלי תפקידים אלו מעצבים למעשה את הגיונותיו של 'שלטון החוק' במדינה. הם מייצגים אישית את המדינה בדיונים משפטיים מן המעלה הראשונה. לרוב הם מייצגים את המדינה בפני פורומים או טריבונלים בינלאומיים. למשל, היועץ המשפטי לממשלה באנגליה מייצג מדינה זו בעת דיונים משפטיים במוסדות השוק האירופאי. חוות הדעת של בעלי התפקידים הללו נחשבות כביטוי של האינטרס הציבורי, ואכיפת המלצותיהם נתפסת כהכרח לצורך ניהולה של המדינה במסגרת של פרוצדורות דמוקרטיות.

חשיבותם של יועצים משפטיים ותובעים כלליים בולטת במיוחד בתרבויות משפטיות של ה-Common Law, המעניקות שיקול דעת נרחב לפרקליט המדינה האם להגיש או לא להגיש כתב אישום. בכפוף לפיקוח שיפוטי, יכולים בעלי תפקידים אלו לעצב במידה רבה את אופי הפעלתה של מערכת הענישה. הם אינם כפופים רק לשאלות של אופי הראיות ולמידת היותן של הראיות תשתית להליך פלילי ותשתית סבירה להרשעה. בנוסף, הם מפעילים שיקול דעת רחב בהתאם לסוגייה של קיום או אי קיום 'עניין לציבור' בהגשת כתב אישום. היכולת להחליט האם התקיימה תשתית ראייתית שיש בה סבירות להרשעה, ובמיוחד היכולת לעצב את המשמעות של הנוסחה המעורפלת 'עניין לציבור', מעניקות לתביעה ולייעוץ עוצמה פוליטית רבה. עוצמה שלטונית זו תשקף את זהותו החברתית, התרבותית והפוליטית של הפרקליט, את המעמד החברתי ממנו הוא בא, את הפרופיל החברתי האישי שלו, את עמדותיו ותפיסותיו הפוליטיות, ואת האינטרסים שלו. כל אלה ישפיעו על החלטותיו בשאלה האם התקיימה תשתית ראייתית סבירה והאם יש לציבור עניין בהגשת כתב אישום. עוצמה זו קיימת גם בשיטות משפט קונטיננטליות, שאינן מבוססות על אותה מידה של מרחב בהפעלת שיקול דעת בתחום הפלילי. בשיטות אלו חובה על הפרקליט, בדרך כלל, להגיש כתב אישום עם התגבשותן של ראיות פליליות.



הנאמנויות של היועץ המשפטי והתובע הכללי לדיסציפלינה המשפטית, מצד אחד, ולשלטון מצד שני, עלולות לעמוד בסתירה. במיוחד כאשר על הפרקליט לנקוט בעמדה אנטי-ממשלית, הנגזרת מחובתו המקצועית. סתירה זו אינה בעלת משמעות נורמטיבית בלבד ויש בה היבט אתי משמעותי, קרי: כיצד היועץ המשפטי או התובע הכללי תופס את נאמנותו שלו, למי הוא חושב כי הוא חב את תפקידו – לשלטון שמינה אותו או לקהילה המקצועית, שבמסגרתה רכש את חינוכו וניסיונו המקצועי? יתרה מזו, לנאמנות מפוצלת זו יש גם היבט מעשי. באלו תנאים יחליט פרקליט מדינה לגבש כתבי אישום כנגד צמרתה של האליטה השלטונית במדינתו? לשאלות אלו יש השלכה משמעותית על עתידם של משטרים דמוקרטיים. פרקליטי מדינה יכולים לתת ליגליזציה ובכך גם לגייטימציה מלאה לשלטון מושחת או לקשרי שחיתות בין האליטה השלטונית לבין אליטות אחרות. עם זאת, יתכן כי ביכולתם של פרקליטי מדינה להיות חוד החנית של לוחמה בעבריינות שלטונית.

יתר על כן, הבעייתיות במוסדות אלו אינה מתמצית בסתירה אפשרית בין נאמנויות. פעמים רבות לא תיווצר סתירה בין נאמנותו של היועץ או התובע לקהילה המשפטית ובין נאמנותו למדינה, וזאת למרות קיומן של תופעות של עבריינות שלטונית. סתירה כאמור לא תיווצר כאשר הפרקליט עצמו משרת במודע אינטרסים של האליטה השלטונית ומזדהה לחלוטין עם מטרותיה. ובדומה לכך, סתירה בין נאמנויות לא תיווצר, למרות שראוי היה כי תיווצר, גם כאשר המשפט עצמו, במובנו הפוזיטיביסטי, אינו חד משמעי בתכניו. ייתכן בהחלט כי המערכת המשפטית והתרבות המשפטית שבמסגרתן היועץ או התובע מתפקדים אינן מעודדות אותם לנקוט במדיניות ברורה כנגד תופעות הפוגעות במשטר הדמוקרטי.

המשפט אינו מהווה רק קובץ של כללים מכווני התנהגות בלבד. משפט הוא מערכת של מהויות ערכיות, מוצהרות או משתמעות. משפט אינו רק אוסף של פרוצדורות במסגרתן מנהלים משחק פוליטי, חיים ציבוריים וחיים פרטיים. המשפט משקף את התרבות ואת העולם הפוליטי והחברתי והוא אמצעי לעיצובו של אותו עולם. בכל מערכת משפטית יש שפה מטא-לגלית המכתיבה והמעצבת את תוכנה. המורכבות של המשפט והאתגר בהבנתו נובעים מכך שהמשפט הוא בעת ובעונה אחת שיקוף הפוליטיקה והחברה, אמצעי לעיצוב פוליטיקה וחברה, אמצעי בידי



פוליטיקאים ובידי המדינה, אמצעי בידי הציבור וקבוצות הלחץ שבו, מסגרת ליישוב קונפליקטים, מסגרת היוצרת קונפליקטים, ושפה לניהול חיים. לכן, המשפט אינו יכול להיות מוסד הנושא את עצמו במנותק מממדים אחרים של חיים ציבוריים או פרטיים. הבנת המשפט והבנת השחקנים המשפטיים, הכוחות החברתיים והפוליטיים, והמוסדות השלטוניים המתפקדים גם בהיבט המשפטי, מחייבות ניתוח קפדני של ההקשרים המשטרניים, המוסדיים, הערכיים והתרבותיים לפעולות המוסדות והאישים. מרחבי פעילותם ואופני פעילותם של היועץ המשפטי והתובע הכללי יושפעו במידה רבה מהשפה המטא-לגלית, מהאופי הפוליטי של המשפט במסגרתו הם מתפקדים.¹⁵

לפיכך, מקור נאמנות נוסף לפעולות היועץ המשפטי והתובע הכללי הוא האופי הפוליטי, המהווה את השפה המטא-לגלית של המשפט. חובה על פרקליטי מדינה להיות נאמנים לאופייה הדמוקרטי של המדינה ולעיקרון היסוד שראוי כי דמוקרטיה תהיה מחויבת לו: שמירת זכויות אדם, אזרח ומיעוטים. מחויבות זו, היא סוג של נאמנות המשמשת אתגר למוסדות יעוץ ותביעה כללית בדמוקרטיה. בעייתית היא הסיטואציה שבה מתעוררת סתירה בין אינטרס שלטוני לבין אותם עקרונות דמוקרטיה. כיצד ינהג אז יועץ משפטי או תובע כללי? התשובה לכאורה פשוטה: ינהג על פי לשון החוק או הדין הקיים. ומה במידה שאלו מתעלמים או סותרים עקרונות דמוקרטיים? למי נתונה אז נאמנות פרקליטי המדינה? ברמה האמפירית, פרקליטי מדינה נוטים בדרך כלל להיענות לציפיות השלטון. ברמה הנורמטיבית חייבת נאמנותו הראשונית של הפרקליט להיות נתונה לעקרונות הדמוקרטיה, אם הישרדותה אכן נחשבת לערך עליון. בכך אנו חולקים על ההנחה המטעה כאילו הדילמה המרכזית של פרקליטי מדינה (יועצים משפטיים או תובעים כלליים) היא כיבוד שלטון החוק מול כיבוד דרישות השלטון.¹⁶ הדילמה המרכזית היא כיבוד דרישות האליטות השלטוניות מול עקרונות הדמוקרטיה. פרקליטי מדינה חייבים להעדיף את האחרונים על פני הראשונים ולהביא זאת לביטוי גם בעת פרשנות הניתנת למידת האיזון ויחסי הגומלין שבין זכויות שונות במשפט.¹⁷

אין הצדקה משמעותית לקיומו של מוסד היועץ המשפטי, אלא אם יש בו כדי לתרגם את הנאמנות העקרונית לדמוקרטיה לשפה מעשית של פרשנות, חיזוי דעה והכוונה משפטית. במידה שאין בידי היועץ היכולת להביא לתרומה משמעותית לכיבוד עקרונות הדמוקרטיה על ידי השלטון, אין הצדקה למוסד ממלכתי של יעוץ משפטי. במצב זה, של אי יכולת



להביא לכיבוד השלטון את עקרונות הדמוקרטיה, פוחתת מאוד עדיפותו של יעוץ משפטי ממלכתי על פני יעוץ משפטי הניתן לממשלה על ידי עורכי דין פרטיים. מידת הנחיצות העקרונית של מוסד היועץ המשפטי מותנית ביכולתו ונכונותו של היועץ לתרום מסמכותו לכיבוד זכויות אדם, מיעוטים ואזרח, וזאת עד כמה שניתן במסגרת הדין הקיים. במידה שהדין הקיים סותר את עקרונות הדמוקרטיה, חובה על היועץ המשפטי, בכל מדינה, להתריע בפני הסכנות הצפויות.

ניתן לסבור כי טענתנו זו אונסת את הניתוח התיאורטי למסגרת ערכית. אולם, תפיסה פוזיטיביסטית של הדין אינה נכונה אמפירית, שכן הדין אינו רק אוסף כללים פורמליים; מובנו של הדין הוא במידה רבה ברמת ההכרעות הערכיות והפוליטיות המביאות לעיצוב המשפט הקיים. חובתו של היועץ המשפטי שלא להסתפק במובנו הפוזיטיביסטי של הדין. במידה שהיועץ חושף את העובדה כי הדין סותר את עקרונות הדמוקרטיה חובתו להתריע על כך, שכן המרחב המרכזי לתפקידו הינו המרחב הדמוקרטי. במידה שהמוסד של הייעוץ המשפטי עומד בקריטריון זה, נאמנות לעיקרון של שמירת זכויות אדם, זכויות אזרח וזכויות מיעוטים, יש מקום לקיומו של מוסד זה. במידה שהייעוץ המשפטי לממשל אינו עומד בתנאי נורמטיבי זה, אין הכרח בקיומו ואין הצדקה של ממשל לחרוג מן המתכונת הברורה של הפרדת רשויות. יעוץ לממשלה בענייני חוק ומשפט יכול להיעשות על ידי כל פרקליט פרטי, שהממשלה תבחר כי יעבוד לצידה.

אומנם נכון, כי מוסד של יעוץ משפטי לממשל יכול לכאורה להשיג מטרות ממשליות חשובות: אכיפת הדין על הממשלה ואכיפת הדין על רשויות הממשל השונות. אך ספק רב הוא האם אכיפת הדין על הממשלה אכן יכולה להיעשות על ידי גורם שלטוני המתמנה לתפקידו על ידי הגוף השלטוני המקבל את הייעוץ. רשויות ממשל אחרות יכולות באותה מידה להיעזר ביעוץ משפטי משלהן. ניתן לסבור כי מוסד הייעוץ המשפטי מבטיח כי פרקליטי מדינה, בניגוד לפרקליטים פרטיים, יתפסו את הדין במלוא היקפו ומנקודת מבט של טובת הכלל. אך ספק רב הוא האם אומנם נקודת המבט של פרקליטי מדינה רחבה יותר ואינטרסנטית פחות מזו של עורכי דין פרטיים.

נוכח העובדה כי בתי משפט מגיבים לעתירות המובאות בפניהם וכי יכולתם ונכונותם לעסוק באופן שיטתי ויזום בדין הרצוי מוגבלת, יכולה להיות חשיבות מיוחדת למוסד הייעוץ המשפטי לממשל כגורם הממליץ על דרכים לעיצוב המצב המשפטי הרצוי בדמוקרטיה. טענה עקרונית זו נכונה



במידה פחותה יותר לגבי מוסד התביעה הכללית והיא רלוונטית לתרבויות משפטיות שבהן יש מקום נרחב יחסית לשיקול דעת התביעה האם להגיש כתב אישום.

אם נקבל את הטענה כי למוסד הייעוץ המשפטי תפקיד נורמטיבי החורג מפרשנות משפטית גרידא, מהי ההצדקה הדמוקרטית לתפקוד היועץ המשפטי כמוסד המעצב את מהות הדין? ובהנחה כי הצדקה דמוקרטית כזו קיימת, מהי יכולתו של מוסד הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לשמור על רמה סבירה של עצמאות ועם זאת לבקר את התנהגות הממשל? בהקשר זה יש חשיבות רבה לדרכי המינוי של יועצים משפטיים ותובעים כלליים.

התערבות גופים מקצועיים וגופי מנהל בחיים הציבוריים חייבת במקור לגיטימציה כלשהו. הייצוגיות מהווה בסיס נורמטיבי וחוקתי מקובל להקניית לגיטימציה במסגרת דמוקרטית. אחד החריגים האפשריים לכך היא התערבות שיפוטית. ניתן לטעון כי הלגיטימציה להתערבות שיפוטית אינה מותנית בייצוגיות, שכן בתי משפט, בהגדרתם, מיועדים להיות עצמאיים. עצמאות מוסדית בהפעלת שיקול דעת, עומדת בסתירה לייצוגיות, שכן ייצוגיות משמעותה גם תלות בהפעלת שיקול הדעת.¹⁸ מהו בסיס הלגיטימציה למוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית? אפשרות אחת היא לקבוע כי הלגיטימציה לפעילותם היא השתייכותם לרשות המבצעת. אך נימוק זה מנוגד לצפייה כי מוסדות אלו יהנו מאוטונומיה מקצועית משמעותית, וכי אלמלא אותה אוטונומיה אין הצדקה לקיומם. אם כן, מהו בסיס הלגיטימציה לקיום מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית כמוסדות אוטונומיים, במובנים שאותם הבהרנו?

בסיס הלגיטימציה מעוגן בשני יסודות: ייצוגיות יחסית וההליך הדמוקרטי. ייצוגיות יחסית פירושה אינו תלות אלא הליכי מינוי, שעניינם בשיפור ההזדמנויות שעומדות בפני מעמדות, קבוצות וסקטורים שונים באוכלוסייה להגיע לתפקידים אלה של יועצים ותובעים/ת כללית. יחד עם זאת, הליכי המינוי חייבים למנוע את תלות פרקליטי המדינה בקהלי היעד שלהם. מקור שני ללגיטימציה הוא ההליך הדמוקרטי עצמו. הליך זה מקנה לגיטימציה למוסדות שעניינם בשימורו. ההליך אינו עניין פורמאלי אלא מהותי. חשיבות רבה יש לאופן שבו הופנמה בציבור מודעות לזכויות בדמוקרטיה; ככל שרמת ההפנמה של זכויות תגדל, כך גדול הסיכוי כי מוסדות ייעוץ משפטי ותביעה כללית, שיאבקו בעבריינות פוליטית



ושלטונית, בנוסף לפשיעה בכלל, יזכו ללגיטימציה ציבורית. כיוון שיסודו של המשפט, בין השאר, במיתוסים המתיימרים לצדק מוחלט, חשוב כי פרקליטי מדינה לסוגיהם יהיו מודעים לכך כי אסור שהמשפט יישאר ברמתו הפוזיטיביסטית בלבד.¹⁹

הדיון, עד כה, מצביע על קריטריונים ברורים לניתוח תרומתם של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לדמוקרטיה ומידת התאמתם לה. עתה נציג בקצרה את הקריטריונים המרכזיים:

עצמאות (אוטונומיה) – חלקית, לפחות – בהפעלת שיקול דעת בתחומי הדין המצוי והדין הרצוי

הציפייה היא כי מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לא ישמשו אמצעי שלטוני לקידום מטרות פוליטיות של הממסד וכי הם לא יהוו מכשיר למתן ליגליזציה למעשים ומחדלים בלתי חוקיים של הרשויות. באותה מידה, הציפייה היא כי הפוליטיקאים לא יטילו על אותם מוסדות את האחריות לפעולותיהם, וכי לא ישתמשו במוסדות אלו כאמצעי להסחת אחריות פוליטית מן הדרג הפוליטי הנבחר אל הדרג המשפטי. סכנה זו רלבנטית במיוחד במדינות העוברות תהליכי ליברליזציה, שמשמעותם המרת קונפליקטים כלכליים, חברתיים ופוליטיים לשיח ליברלי של זכויות. שיח ליברלי של זכויות מניח כי למוסדות משפטיים, כדוגמת היועץ המשפטי לממשלה, יש יכולת ליישב קונפליקטים. מכאן גדולה הסכנה כי הדרגים הפוליטיים יסיטו את האחריות להחלטות חשובות אל הדרג המשפטי, אגב התערבות באוטונומיה המקצועית של פרקליטי המדינה. עצמאות יחסית בהפעלת שיקול דעת אינה מכוונת רק להוות חסינות חלקית מפני התערבות ממסדית-פוליטית בהחלטות היועץ/ת והתובע/ת. עצמאות יחסית כזו מחייבת גם את האחרונים לנהוג כשחקנים פוליטיים נבונים, כלומר, להימנע מאותה התערבות בפוליטיקה היום-יומית, העלולה לפעמים להביא לפגיעה קשה באוטונומיה המוסדית שלהם. בכפוף לטענה כי פרקליטי מדינה חייבים להיות נאמנים בראש ובראשונה לעקרונות הדמוקרטיה, עליהם גם להימנע מהתערבות בלתי הכרחית בהיבטים פוליטיים וציבוריים, העלולים להביא בטווח הארוך לפגיעה במוסדות הייעוץ והתביעה המשפטית.²⁰ תיאורטית, רצוי כי



העצמזז (זוטונזמיה) תהיה מכסימלית בכל הזמור ליכולתם של פרקליטי הזדינה להיות נזמנים לעקרונות הזמוקרטיה ולהיזבך בעבריינות, במיוחד זו הפוליטית והשלטונית.

שקיפות (Transparency) וזיווחיות (Accountability)

משטרים דמוקרטיים מיועזים, במידה רבה, להתבסס על השקיפות של מוסדות הזיבור, בזופן הזאפשר לתקשורת, לקבוצות אינטרס זיבוריות שונות, למפלגות, לפוליטיקזים, ולזיבור הרחב להגיב על פעולות זוטם מוסדות. פוליטיקזים מעונינים, לעתים קרובות, בשקיפות זיבורית מזגבלת, משום שזיסיון מזוע זיקורת זיבורית ומזק את סיכוייהם להיבחר שוב, זגב ביצוע מניפולזיות והסתרת מזחלים. למוסדות יעוז משפטי ותביעה כללית עוצמה פוליטית רבה, שכן הם שולטים על מזגרי מידע, חיזוי הזעה וזמצעי הזקירה והזישום המשפטיים. עם זזת, ברמה הזזומית או הזדרלית, הם לרוב אינם נבחרים לתפקידיהם על ידי הזיבור זאינם זאזוימים על-ידי זחירות. תפקידם זפוז בהילה ומיתוס של מזמחיות וזקרה מקצועית הזונעים או הזקשים על זיקורת זיבורית. לכן, שקיפותם הזיבורית חשובה מזוד לדמוקרטיה.

זמצעי מזכי, במסגרת דמוקרטיה, להבטיח שקיפות הזא פיתוח מנגנוני זיווחיות זיבורית (Public Accountability); הזווה הזא למנגנוני זיווח של המוסדות על פעולותיהם והחלטותיהם ומתן מידע בסיסי ובהיר הזאפשר לזיבור מזועות ופיתוח דרכי תגובה.²¹ מזבן כי המידע הנמסר בזמצעות מנגנוני זיווחיות אינו בלתי מזגבל. מזגבלות של זנעת הפרט, סוב-זודיזה, זיסיון על מידע שבין עורכי זין ללקוחותיהם, זפשרות קרובה ביותר לפגיעה קשה במיוחד בביטחון הזדינה, הם בין השיקולים שיכולים להילקח בחשבון כטעמים זפשריים, למגבלות על המידע שיימסר לזיבור. זך דמוקרטיה, ללא קשר להגדרתו הייחודית של זופי המשטר הדמוקרטי, תימצז כזסרת ערך ללא מנגנוני זיווחיות, שיזפשרו דרכי תגובה זיבורית לזופי הפעילות של מוסדות היעוז המשפטי והתביעה הכללית. חשוב לזיין כי עקב הזעייתיות והעמימות של הזחסים בין מוסדות זלו לבין הרשויות הזחרות, לז הזגשה בספרות המקצועית הזשיבות הזופרטיבית של עקרונות השקיפות והזיווחיות של היעוז המשפטי והתביעה הכללית.



ייצוגיות ודרכי מינוי

הטענה כי מוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית חייבים לעמוד בתנאי דמוקרטי של ייצוגיות אינה ברורה מאליה. ייצוגיות במשטרים דמוקרטיים תלויה בקיומן של בחירות חופשיות. ההנחה ביסוד הגיוןן של דמוקרטיה היא כי בהיעדר אפשרות לדמוקרטיה ישירה, המודל הפוליטי הרצוי והאפשרי מבוסס על הדמוקרטיה הייצוגית. בדרך כלל, יועצים משפטיים ותובעים כלליים אינם נבחרים לתפקידם אלא ממונים לו. מדוע יש להחיל עליהם את עיקרון הייצוגיות? לדעתנו, החלת עיקרון הייצוגיות על מוסדות אלה חיונית לצורך הגשמת ערך שוויון ההזדמנויות.

חברות דמוקרטיות מרובדות כלכלית וחברתית. הריבוד החברתי-כלכלי הוא גם תוצאה של החלטות פוליטיות וככזה הוא גם מעצב תהליכים פוליטיים ומוסדות שלטון. מוסדות אלה, לרבות מוסדות של יעוץ משפטי ותביעה כללית, נגישים במיוחד לקבוצות החזקות מבחינה חברתית-כלכלית.²² נדיר למצוא מיעוטים בחברות דמוקרטיות, המגיעים לייצוג בעמדות של הנהגה במוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית. מוסדות אלה מביאים לביטוי את הריבוד החברתי-כלכלי ואת העובדה כי העוצמה הפוליטית מרוכזת בידי העשירונים החברתיים-כלכליים הגבוהים בכל חברה נתונה. זאת ועוד, רוב הנענשים בפלילים משתייכים למעמדות הנמוכים. כדי להגשים את ערך שוויון ההזדמנויות חשוב כי מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית יהיו נגישים לייצוגיות חברתית מגוונת. ההסתברות להפעלה צודקת יותר של מערכת הענישה ושל הייעוץ גדלה ככל שמוסדות אלו יהיו ייצוגיים יותר. דרכי המינוי משפיעים על מידת הייצוגיות. לדעתנו, דרך מינוי התורמת לייצוגיות חייבת להיות מכוונת אל קהלי יעד שונים ולאפשר להם ליטול חלק בתהליך המינוי. בנוסף, מעורבות הרשות המחוקקת במינויים של הרשות המבצעת מבטיחה ייצוגיות הולמת יותר.

כיצד ניתן לדרוש מקצועיות וייצוגיות בעת ובעונה אחת? על פניהם של דברים קיימת סתירה בין שתי הדרישות. האם מחויבותו של מוסד לייצוגיות אינה פוגעת באופיו המקצועי? לדעתנו, העובדה כי שיטת מינויים למוסד ציבורי מסוים מאפשרת נגישות לקבוצות אינטרס שונות, אינה צריכה להפחית מן האוטונומיה המקצועית שלו כלפי לחצים פוליטיים. העובדה כי שחקן ציבורי מסוים רואה נגד עיניו פלורליזם חברתי, לא כובלת אותו באופני פעילותו. קל וחומר אמורים הדברים



ביועצים משפטיים או תובעים החייבים, ממילא, להיות מונחים ומודרכים על ידי הדין. לכן, נגישותם של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לקבוצות ומעמדות שונים אינה נמצאת בסתירה עם המקצועיות הנדרשת מפרקליטי מדינה.

משילות ואפקטיביות

מוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית מיועדים לאכוף כללי התנהגות נורמטיבית על מוסדות השלטון. הייעוץ המשפטי מיועד לתרום להכוונה חוקתית של הממשל כולו, או של איזו מבין זרועות השלטון, בעוד התביעה הכללית מיועדת להיאבק במידה רבה בבעיות קשות של פשיעה, לרבות עבריינות שלטונית. היכולת של הייעוץ המשפטי להימנע מפיצול יתר של פונקציות הייעוץ וההכוונה הנורמטיבית היא משמעותית ביותר להצלחתו של מוסד זה במסגרת דמוקרטית. אחד ההבדלים המשמעותיים בין מוסד של הייעוץ המשפטי לבין יעוץ משפטי פרטי הוא בכך שהראשון מיועד לאכוף על הממשל התנהגות נורמטיבית מסוימת. פרגמנטציה של הייעוץ המשפטי מלמדת על כשל של ממשל במוסד הייעוץ. שיעור גבוה של זיכויים יכול להעיד כי הנורמות, אותן מעצבת התביעה הכללית, אינן מקובלות על בתי המשפט בהם נדונים האישומים כנגד אישי ציבור נבחרים וממונים.²³

קיים קשר חיובי ומשמעותי בין ייצוגיות ושקיפות לבין משילות ואפקטיביות. בולטות ציבורית תסייע מאוד למוסדות הייעוץ והתביעה לגבש מודעות ציבורית ביחס לחשיבותם. הייצוגיות, במובן של נגישות לקבוצות שונות באוכלוסייה, תקל על הייעוץ והתביעה להיות אפקטיביים בהנחלת נורמות של מהות המשפט בקרב קבוצות כוח שונות, אליטות מתחרות והממסד הפוליטי. חשוב לציין כי מוסד הייעוץ המשפטי אינו מוסד כופה אלא מוסד מנחה. תפקידו להנחות את זרועות הממשל לגבי האסור והמותר, להזהיר מפני הפרות הדין ולהצביע על ליקויים בדין המצוי לעומת הדין הרצוי. במידת האפשר, על היועץ/ת להציע למקבלי ההחלטות חלופות אפשריות, נוכח פרשנויות משפטיות, ואף להדגיש סדרי עדיפויות לפעולה מנקודת מבטו של הדין. ייצוגיות ושקיפות יגבירו את ההסתברות כי המלצות היועץ לא תופרנה.



היועץ המשפטי לממשלה בישראל והתביעה הכללית באספקלריה השוואתית

עוצמה בצד חולשה: האם מוסד היועץ המשפטי לממשלה נחלש?

תשובתנו לשאלה זו חיובית. המגמה הכללית היא של היחלשות הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל. אך כתנאי להסבר הדברים חשוב לציין גם כמה מהיבטי עוצמתו של מוסד זה ואת מרכזיותו בחייה הפוליטיים של ישראל.

מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל שונה במידה רבה מן המודל האירופאי והצפון אמריקני. השוני הוא בארבעה היבטים: ריכוז הסמכויות, היקף הסמכויות, היעדר מיסוד מספיק של התביעה הכללית (לשכת פרקליט/ת המדינה), והעדר פיצול בין תפקיד הייעוץ המשפטי לבין תפקיד התביעה הכללית.²⁴ יועצים משפטיים בישראל היו מעורבים בפרשיות ציבוריות החל מקום המדינה (הפעלת חקיקת חירום כנגד אנשי האצ"ל, פרשת מחתרת גילמי), שנות החמישים והשישים ("עסק הביש"), עבור דרך פרשיות השחיתות בשנות השבעים, ועד פרשת קו 300 ופרשת בר-און, בשנות השמונים והתשעים. לכאורה, מעורבות פוליטית זו מורה על עוצמתו של מוסד זה, ולא היא. נראה כי בשנות התשעים מוסד היועץ המשפטי לממשלה מעורב יותר מבעבר בווכחות פוליטית-ציבורית, אך חולשתו גדלה. לחולשתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה עלולות להיות השלכות קשות על מרות המשפט בישראל בכלל, וממילא על יסודות הדמוקרטיה שבה.²⁵

ריכוז הסמכויות של מוסד היועץ המשפטי בישראל כולל בחובו ארבעה תפקידים עיקריים: יעוץ, ייצוג, אכיפת החוק הפלילי, והגדרת עניין הציבור. אולם, מיקומו של היועץ המשפטי כדמות ומוסד מרכזיים במסגרת הדין הקיים אינו מתמצה רק בסיווג כאמור. במשפט הישראלי מצויים כמאה וארבעים חוקים ובהם מרוכזות סמכויות היועץ המשפטי לממשלה.²⁶ מבין אלה חשוב להזכיר את סמכויות היועץ המשפטי להחליט על הגשת כתבי אישום בפשעים, או על עיכוב הליכים, וזאת מכוח חוק



סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב-1982. סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה חורגות מן השדה הפלילי גרידא. הנה למשל, היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להתערב בשיקול דעתן של רשויות שלטון אחרות. דוגמא לכך הינה סמכותו מכוח סעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951. כאן מוסמך היועמ"ש להגיש בקשה ליו"ר הכנסת, לגבי נטילת חסינות מחבר כנסת לגבי אשמה מסוימת. בג"ץ עוד הרחיב את משמעות תפקידו של היועמ"ש לעניין זה, בקובעו כי חובה על הכנסת לדון באפשרות הסרת חסינותו של חבר כנסת רק כאשר החומר שמוגש היועמ"ש לכנסת מונח בפני חברי הכנסת.²⁷ סעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה קובע כי לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש ממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, ולא יוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה. עוצמתו הפורמאלית של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לרשויות המבצעת והמחוקקת אינה מותנית רק באותה חקיקה. היועץ המשפטי לממשלה בישראל – בניגוד למשל למצב בארה"ב – יכול להנחות גם את הכנסת, שלה יש יועץ משפטי משלה, אך היועץ המשפטי לממשלה הוא מעין יועץ-על משפטי לגבי הרשות המחוקקת. היועמ"ש מנחה את כל רשויות הממשל בפעולותיהן.

היועץ המשפטי לממשלה הינו מוסד בעל סמכות ייחודית גם ביחס למוסדות אחרים. הנה שתי דוגמאות מני רבות. למשל, מכוח חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 (נוסח משולב), היה ומבקר/ת המדינה רואה חשד לעבירה חובה עליהם להפנות את תשומת ליבו של היועמ"ש ולבקשו לפתוח בחקירה. חוק ועדות-חקירה, התשכ"ט-1968, מאפשר ליועץ משפטי לממשלה לבקש ולהתערב במהלך הדיונים בוועדה כדי לחקור עדים מטעמו. כך יכול היועמ"ש להתערב בהליכי פעולותיו של טריבונל מעין-שיפוטי ובראשו שופט בית המשפט העליון.

הדין הפורמאלי העניק ליועמ"ש שפע סמכויות, שספק רב אם נתונות שכדוגמתן למוסד אחר, כלשהו, במשפט הישראלי ובמשטר הפוליטי של ישראל. עובדה זו זכתה, במידה מסוימת, לתמיכה בפסיקת בג"ץ. הנה למשל, בעת הדיון בפרשת דרעי (1993), פסק בית המשפט העליון כי חוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה היא שמחייבת את ראש הממשלה ואת הרשות המבצעת כולה. בעיני אלה, היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של הדין.²⁸ בכך הגדיר בית המשפט העליון ועיצב את דמותו של היועץ המשפטי כסמכות המשפטית המכרעת בשירות המשפט הציבורי,



הכפוף לפיקוח בידי בית המשפט העליון בלבד.²⁹ מגמה זו המשיכה לבוא לביטוי בפסיקת בג"ץ בעתירות שהוגשו נגד החלטות פרקליטת המדינה והיועמ"ש, שלא להגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו ושר המשפטים, צחי הנגבי, שנחשדו על ידי המשטרה בהפרת אמונים, שהביאה אותם למנות את עו"ד רוני בר-און כיועץ המשפטי לממשלה.³⁰

עקב מחאה ציבורית רחבה התפטר בר-און מן התפקיד, והעתירות לבג"ץ הוגשו לאחר חקירת משטרה שבסיומה הומלץ להעמיד לדין גם את ראש הממשלה ושר המשפטים. בג"ץ דחה את כל העתירות שהוגשו בעניין זה. בית המשפט פסק כי למרות הספקות ביחס למעשי ומחדלי ראש הממשלה ושר המשפטים, אין החלטות היועמ"ש ופרקליטת המדינה, שלא להגיש נגדם כתבי אישום, לוקות בחוסר סבירות קיצוני.³¹ פסיקת בג"ץ הייתה המשך לקו פסיקתו בעבר, לאמור – חיזוק מעמדו של היועמ"ש, מחד גיסא, והטלת פיקוח שיפוטי עליו כדי למנוע ממנו מעמד הגמוני במרחב המשפטי והפוליטי, מאידך גיסא. למרות הספיקות הקשים של השופטים ביחס למעשי ומחדלי שר המשפטים, ובמיוחד ראש הממשלה, הם קבעו כי החלטות היועמ"ש ופרקליטת המדינה לא חרגו מ"מיתחם הסבירות". בית המשפט הגדיר את מיתחם הסבירות הזה כרחב. בג"ץ תמך בעמדת היועמ"ש שממנה השתמע חוסר רצון להביא לשינוי בסטטוס קוו הפוליטי ולהסתכן במשבר קשה העלול לפגוע במעמד היועמ"ש במערכות השלטון. נראה כי השופטים חששו שמא התערבות בג"ץ בהחלטה שלא להגיש כתבי אישום, כאמור, הייתה פוגעת לא רק במעמד היועמ"ש אלא גם במעמדו השלטוני של בג"ץ. בעוד שבפסיקות קודמות של בג"ץ קבע בית המשפט כי מעמדו של היועמ"ש הוא כמעמד פקידי ציבור לעניין החלת פיקוח שיפוטי, הודגש בפסיקת בג"ץ בעניין בר-און כי התערבות בג"ץ בהחלטות היועמ"ש בעניינים הקשורים לחומר ראיות תהיה נדירה יותר מהרגיל בעניינם של פקידי ציבור אחרים.³²

מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל הוקם ללא תכנון מנהלי מסודר מראש. מוסד היועמ"ש הוקם במידה רבה בעקבות רצונו של דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון, באדם וגוף שימשו משקל נגד במשרד המשפטים למפלגה הפרוגרסיבית ולשר המשפטים מטעמה, פנחס רוזן. הבחירה נפלה על יעקב שמשון שפירא, משפטן ומקורב לראש הממשלה.³³ מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל לא הוקם עבור 'שלטון החוק' אלא במידה רבה עקב חוק השלטון. האוטונומיה ההדרגתית שרכש היועמ"ש הראשון, יעקב שמשון שפירא, נבעה משליטתו



במשפט הפלילי האנגלי, לעומת רוזן, שהיה בעל השכלה משפטית קונטיננטלית.³⁴ מאז ועד היום לא נחקק כל חוק בישראל המגדיר באופן שיטתי את מעמדו של מוסד היועמ"ש. כביכול, היועץ המשפטי לממשלה הינו פקיד ציבור (Civil Servant) הכפוף לשר המשפטים ולמנכ"ל משרד המשפטים, והממונה על פרקליטות המדינה ועל העומד בראשה – פרקליט/ת המדינה. למעשה אין הדברים כך. פעמים רבות היה היועמ"ש לדמות חשובה הרבה יותר מן המנכ"ל, ופעמים לא מעטות גם חשוב יותר משר המשפטים.

מעמדו הפורמלי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה הוגדר לראשונה בישראל על ידי ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, מ-1962. הוועדה הוקמה נוכח יחסים עכורים בין שר המשפטים דאז דב יוסף לבין היועמ"ש, גדעון האוזנר. בדו"ח שלה (להלן – דו"ח ועדת אגרנט) ניסתה הוועדה לכוון את מעמדו החוקתי של היועץ כפקיד ציבור בעל שיקול דעת שיפוטי. הוועדה שקדה להדגיש את הייחודיות המקצועית של היועץ כראש מערכת התביעה הכללית וכראש וראשון בשירות המשפטי הציבורי.

הוועדה הושפעה מהמודל האנגלי והקולוניאלי בישראל וראתה בריכוז סמכויות ייעוץ ותביעה כתכונה ראויה של מוסד זה. מצד אחד, הדו"ח התעלם מדיון בסכנות האפשריות לכך שראש התביעה הכללית הינו גם מינוי ממשלתי לתפקיד היועץ המשפטי. מצד שני, הדו"ח הבהיר רטורית את הסכנה שבהתערבות מפלגתית בשיקול דעת היועץ המשפטי ובכך ניסה לגבש ולהצדיק עצמאות מקצועית של היועץ. האחרון הוגדר כחייב את אחריותו כלפי הממשלה בלבד, וכמי שחייב להיוועץ בשר המשפטים, מדי פעם בפעם, ובנושאי ביטחון ומדיניות גם בממשלה. הדו"ח הבהיר כי במקרים של חילוקי דעות בין היועמ"ש לבין הממשלה או בינו/ה לבין שר המשפטים, חובתו של היועמ"ש להכריע על פי שיקול דעתו. עם זאת, ברור כי נוכח דמות היועץ המשפטי לממשלה, שהוא מינוי ממשלתי, התעלמה הוועדה מדיון בסכנות לפוליטיזציה בהכרעות היועמ"ש. הבעייתיות בכך ביחס למעמד היועמ"ש ברורה במיוחד נוכח העובדה כי הממשלה יכולה להדיחו. הוועדה עצמה קבעה כי גם שר המשפטים יכול ליטול לעצמו את הסמכויות שהוענקו ליועמ"ש בתחומי הגשת כתבי אישום, עיכוב הליכים, והכרעה בעררים.³⁵

מאז דו"ח וועדת אגרנט התאפיין מוסד היועץ המשפטי לממשלה במקורות עוצמה פורמליים נוספים. למשל, וועדת אגרנט קבעה כי



המלצות היועמ"ש מדריכות את הממשלה לגבי האופן שבו יש לראות את הדין הקיים. בית המשפט העליון, לעומת זאת ובהמשך לכך, פסק כי המלצות היועמ"ש מחייבות את ראש הממשלה, הממשלה ואת זרועות הממשל האחרות.³⁶ בכך ניסה בג"ץ להגביר את עוצמת האכיפה של היועץ המשפטי כמוסד 'מייעץ'. ממשלות ישראל עשו גם הן להרחבת סמכויות היועמ"ש. מאז תקופת ממשלת בגין הראשונה (1977-1981), מקובל היה הנהוג כי היועמ"ש משתתף דרך קבע בישיבות הממשלה. הסיבה לזימונו של אהרן ברק, כיועמ"ש, לישיבות הממשלה הייתה נעוצה ככל הנראה בחוסר הביטחון שחש בגין כראש ממשלה, והסגידה שהפגין כלפי משפטנים בכירים. לכן, מאז סוף שנות השבעים היו היועצים המשפטיים לשותפי סוד בתהליכי קבלת החלטות של ממשלות ישראל. בנוסף לכך, היועצים המשפטיים עצמם עשו – איש איש בדרכו – ניסיונות לחזק את היקף סמכויותיו הפורמליות של מוסד היועמ"ש. מאיר שמגר, למשל, כונן את הנוהג החשוב של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שבאמצעותן הוא ניסה לשפר את יכולת הפיקוח על הממשל כולו בהנחיית היועמ"ש.

הדין הישראלי עיצב, אם כן, את היועמ"ש כדמות ומוסד בעלי סמכויות רחבות היקף שאין כדוגמתן במשטרים דמוקרטיים אחרים. היקף הסמכויות חורג מן ההיבט המצומצם יותר של יעוץ או החלטות על העמדה לדין או עיכוב הליכים. היועמ"ש הוא בעל סמכויות מעין-שיפוטיות (מעצם יכולתו, למשל, להחליט על משמעותו של 'עניין לציבורי כאמת מידה האם להגיש כתב אישום, אם לאו).³⁷ היועמ"ש הוא בעל סמכויות מעין-חקיקתיות (באמצעות הנחיות היועמ"ש),³⁸ ובנוסף יש לו סמכויות ביצועיות של יעוץ ויצוג. היועמ"ש הוא גם בעל כוח פיקוחי, הוא מבקר במידה רבה את היצמדות הממשל למאפייני 'שלטון החוק'. נוכח הסמכויות הפורמאליות רחבות ההיקף של היועמ"ש יש ביכולת המוסד הזה להוות סמן נורמטיבי של מותר ואסור. למשל, יועמ"ש יכול לקבוע את קו התיחום שבין חופש ביטוי לבין הסתה. היועמ"ש הוא במידה רבה ווסת של התנהגויות חברתיות, הוא יכול לקבוע את קו התפר שבין עבירה להתנהגות בלתי אתית. בכל אלו יש בידי היועמ"ש כדי להשפיע משמעותית על עיצוב אופי המשפט הנוהג. היועמ"ש הוא מוסד המקודד סמלים, המטביע דרכי התנהגות ונורמות, והמעצב את הדין הקיים באופן משמעותי. בכך יכול הוא לתרום לדמוקרטיה אך גם להזיק לה. בעוצמתו של היועמ"ש בישראל גם טמונים זרעי חולשתו.



חולשתו של היועמ"ש מתאפיינת בצמצום יכולת תמרונו במרחב הציבורי. עובדה זו באה לביטוי בקריאות תגר על עוצמתו מצד גורמי שלטון אחרים. כך למשל, בית המשפט העליון פסק כי היועמ"ש הינו פקיד ציבור לכל דבר, וכי בג"ץ מוסמך להתערב בשיקול דעתו במידה שהיועמ"ש לא הפעיל את שיקול דעתו כראוי. שקילת שיקולים זרים, הפרת ערך השוויון, אי-סבירות בהפעלת שיקול הדעת, הם כולם עילות להתערבות שיפוטית של בג"ץ בשיקול דעת היועמ"ש. הנה, מחד גיסא הדגישו פסיקות בית המשפט העליון את חשיבות הציות של רשויות השלטון לחוות דעת היועמ"ש. מאידך גיסא, בג"ץ רצה למנוע את ההגמוניות האפשרית של הייעוץ המשפטי והוא כפף אותו לכללי ביקורת שיפוטית.³⁹

בית המשפט העליון סייע ליועמ"ש להיות בגדר סמכות ראשונה בחשיבותה לעיצוב כללי ציות של השירות הציבורי לדין. מצד שני, ותוך כדי תחרות בין-מוסדית על הגמוניות פוליטית, בית המשפט העליון הבהיר כי היועמ"ש אינו יכול ליהנות מחסינות מפני ביקורת שיפוטית. רשויות שלטון אחרות רצו גם הן בצמצום היקף ההתערבות של היועמ"ש. הנה, מבקרת המדינה חלקה במספר הזדמנויות על פרשנות היועמ"ש ביחס להבדל שבין עבירה לבין חריגה מנוהלים.⁴⁰ באחד המקרים הבולטים התגלעו חילוקי דיעות קשים בין היועמ"ש דאז, מיכאל בן-יאיר, לבין מבקרת המדינה, מרים בן-פורת, על השאלה האם העדפות שניתנו למקורבי השר בנימין בן-אליעזר במימון ואישור פרויקטים על ידי משרד השיכון ברשויות מקומיות, הגיעו לכדי עבירה של מרמה והפרת אמונים. המבקרת חלקה פומבית על קביעת היועמ"ש כי המדובר היה בפגם אתי של שר השיכון דאז, בן-אליעזר, אך לא בעבירה. המבקרת סבורה הייתה כי היועמ"ש שגה בהחלטתו, שלא להגיש כתב אישום עקב ספקותיו החמורים האם ניתן יהיה להוכיח את תנאי העבירה (סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) של מרמה והפרת אמונים.⁴¹ הנה, דווקא העוצמה הפורמלית שהוענקה ליועמ"ש הביאה להתמודדות חריפה בינו לבין מוסדות שלטוניים אחרים, והתוצאה הייתה היחלשות היועמ"ש נוכח רשויות שלטון חזקות ממנו (בית המשפט העליון) או מתחרות לו (ביקורת המדינה).

בנוסף לכך, חלה בשנים האחרונות מגמה ברורה של פרגמנטציה בסמכות היועץ המשפטי לממשלה. לפרגמנטציה זו היו שני היבטים מרכזיים: ראשית, ממשלות ישראל החלו להיעזר ביועצים משפטיים נוספים על אלו של היועמ"ש. הדבר בלט במיוחד בממשלת נתניהו אך היה לו ביטוי גם



בתקופת ממשלת רבין (1992-1995). הדבר נעשה כאשר ראש הממשלה העדיף יועצים משפטיים, המקורבים לו, לטיפול בנושאים 'ייחודיים', כדוגמת הסכמי הביניים עם הפלשתינאים. כמו כן, גברה היריבות שבין פרקליטות המדינה ללשכת היועמ"ש. יריבות זו באה לביטוי בקרבה גדולה יותר של חוקרי המשטרה ושירותי הביטחון לאנשי הפרקליטות, שאף אמורים לפקח משפטית על פעולותיהם. שנית, גברה הפרגמנטציה והיריבות שבין היועמ"ש לבין היועצים המשפטיים במשרדים השונים או ברשויות אחרות, כגון הכנסת.⁴² למרות העבודה הרבה שהושקעה על ידי יועצים משפטיים בריכוז וארגון היררכי של עבודת הייעוץ המשפטי – ובלט במיוחד לעניין זה היועמ"ש שמגר – מתקשים היועצים המשפטיים לממשלות להתמודד כראוי עם קצב וכמות הדרישות המופנות אליהם מיועצי משרדי הממשלה השונים.

מוסד חלש של יעוץ משפטי מסוכן ליסודות הדמוקרטיים יותר מכפי שהוא מסוגל לתרום להם. ככל שמוסד הייעוץ המשפטי יהיה חלש יותר, כן יגבר הסיכוי לסירוס מערכת הייעוץ והתביעה למטרות אינטרסנטיות צרות של אליטות שלטוניות. הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל לא מקיים את דרישות האוטונומיה המקצועית, השקיפות, הדיווחיות, הייצוגיות, המשילות והאפקטיביות שניתן היה לצפות ממנו לאור הקריטריונים שמנינו. נראה עתה מהם הגורמים ההיסטוריים המסבירים את מגמת החולשה ולבסוף נציע מספר המלצות לרפורמות על בסיס אמות המידה התיאורטיות.

גורמים לחולשת מוסד היועמ"ש: משטר, תחרות מוסדית ותרבות

המשטר הפוליטי בישראל נוסד בעיקר על בסיס שני יסודות מצטברים: אתניות ציונית, שיצקה את ההגמוניות היהודית-ציונית כבסיס למדינה, וקונסוציונליזם (Consociationalism), שפירושו כי האליטות בקרב הרוב היהודי מסכימות ביניהן על דפוסים של שיתוף פעולה למרות שסעים וקרעים חברתיים ותרבותיים קשים. החל מסיום שנות השבעים התכרכמו שני יסודות אלו באופן משמעותי, ולכך הייתה השלכה ישירה על מוסדות השלטון, ובכלל זאת על מוסד היועץ המשפטי לממשלה.



החל מתחילת שנות השישים, ובמיוחד מסיום שנות השבעים, נחלשו מוקדי הכוח הפוליטי בישראל. מפא"י/מפלגת העבודה איבדה בהדרגה את הדומיננטיות הפוליטית ותופעת הקיטוביות החלה לאפיין את המערכת הפוליטית. קיטוביות זו באה לביטוי מרכזי לא רק בקשיים להקים קואליציות מושלות (שהלכו וגברו מאז 1981 ועד 1992) אלא גם בצמיחתם של מקורות כוח פוליטי חדשים וקבוצות וטו חדשות בפוליטיקה הישראלית. דוגמא לכך הייתה המרכזיות של החרדים בהקמת קואליציות. הקיטוביות לא רק שיקפה, אלא גם הגבירה את חילוקי הדיעות בין שחקנים פוליטיים ביחס למהות כללי המשחק הפוליטיים. ככל שגברה הפרגמנטציה, כלומר – הפיצול של מוקדי הכוח הפוליטיים, וככל שגברה מגמת הסיעתיות, קרי: התפצלות גופים פוליטיים לקבוצות פוליטיות קטנות יותר, כך גבר הקונפליקט בפוליטיקה הישראלית על כללי המשחק הפוליטיים. היועצים המשפטיים לממשלה נאלצו לטפל בכמות עצומה של מקרים של חשד לעבירות נוכח שימוש בלתי הוגן בעוצמה פוליטית והם גם צריכים היו ליתן דעתם על שאלות רבות ומגוונות בתחומי פרוצדורה דמוקרטית – נוהלי עבודה של הכנסת, נוהלי עבודה ברשויות המקומיות, נוהלי עבודה של שרים, סגני שרים, וממשלות, ועוד סוגיות רבות.

הקיטוביות הפוליטית אפשרה לגופים משפטיים לזכות בבולטות ציבורית חסרת תקדים. אי הבהירות והקונפליקט על כללי המשחק הפוליטי, והציפיות בציבור הרחב ובמיוחד בקרב אליטות כי בית המשפט העליון ישמש כמוסד הפותר קונפליקטים, חיזקו מאוד את המגמה האמורה. אל המרחב המשוסע הזה חדר גם היועץ המשפטי לממשלה. הוא הפך לשחקן פוליטי שהתחרה עם – ואפילו נגד – בית המשפט העליון על עמדת הגמוניות ברורה יותר בפוליטיקה. תהליך זה בלט בפסיקות בג"ץ. בית המשפט תפס את היועץ כחולייה הכרחית וחשובה ביותר, היכולה לשמש אמצעי להנחלת השיח המשפטי שבית המשפט מעצב, בזרועות הממשל. עם זאת, בג"ץ הרחיב את עילות התערבותו במעשי ומחדלי היועמי"ש, וזאת מעבר למה שהיה מקובל בפסיקות בג"ץ בעבר. כך השווה בג"ץ את היועמי"ש לכל פקיד ציבור אחר, ומנע או ניסה למנוע סכנה להגמוניה השיפוטית של בית המשפט העליון. עד שנות השמונים הייתה זו הלכה פסוקה של בג"ץ, כי העילה להתערבות בית המשפט היא פעולת היועמי"ש בחוסר תום לב. עם התגברות התערבותו של היועץ המשפטי בחיים הציבוריים, הרחיב בית המשפט את התערבותו בהחלטות היועץ, תוך שהוא מונה שורת עילות אפשריות, כדוגמת חוסר סבירות. נכון אומנם כי



בית המשפט חזר והדגיש כי התערבותו בהחלטות היועמ"ש תהינה נדירות, אך הוא הרחיב את התפריט המשפטי המאפשר התערבות.⁴³

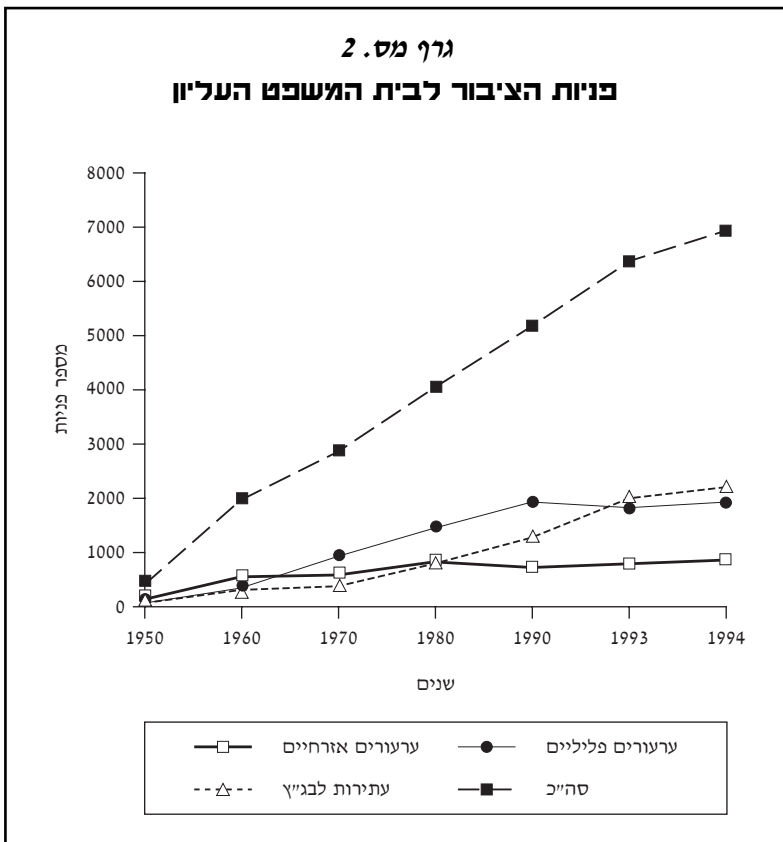
השליטה הישראלית בשטחים ובפלשתינאים, וההתמודדות הצבאית באינתיפאדה, יצקו אתגר נוסף לידי היועץ המשפטי לממשלה. בנוסף לשלל המקרים של עבריינות שלטונית, נמנו גם בעיות גוברות של אלימות פוליטית יהודית ואלימות פוליטית פלשתינאית, שהצריכו הנחיות משפטיות לדרג הצבאי והביטחוני. המצב בכל האמור בתחום חקירות ועינויים של חשודים פלשתינאים בתכנון פיגועים היה חמור במיוחד. דו"ח ועדת לנדוי בעניין שיטות החקירה של שירותי הביטחון לא השאיר ספקות רבים לגבי הפרות הדין השיטתיות של שירותי הביטחון. עם זאת, גם היועצים המשפטיים שיירשו את הפרופסור יצחק זמיר (יוסף חריש ומיכאל בן-יאיר) התקשו מאוד להתוות קווי הנחיה משפטית שיהיו דמוקרטיים והומניים, מצד אחד, ובעלי כושר אכיפה ברמת הפרקטיקה של חקירות חשודים, מצד אחר. כך יצא כי הממסד היה חסין למדי מפני פיקוח חיצוני בראשות היועץ המשפטי לממשלה.

הדילמה שהתעוררה מבחינתם של כמה מן היועצים המשפטיים הייתה חמורה במיוחד: הם התנגדו לעינויים שיטתיים של חשודים פלשתינאים אך בעת ובעונה אחת נאלצו להגן על המדינה כמשיבה בעתירות של החשודים. בג"ץ דחה את העתירות כעניין שבשגרה, והיועצים המשפטיים היוו חלק אינטגרלי מן המצב המשפטי הבעייתי הזה, שנוצר במידה רבה עקב האתניות היהודית של המדינה ותנאי הכיבוש בשטחים. בדרך כלל שימשו היועצים המשפטיים כאמצעי בידי הממשלה לתת ליגליזציה לפעולות ספק חוקיות או בלתי חוקיות בעליל או בלתי מוסריות בעליל בתחומי 'הביטחון הלאומי'. במידה ורצו למחות כנגד המצב, והדבר היה בבירור למורת רוחה של הממשלה, הם תומרנו על ידי הממסד הפוליטי למצב שבו נאלצו להתפטר.⁴⁴ בחברה הנוטה להדגיש מיתוסים צבאיים וביטחוניים שימשו נימוקים של ביטחון המדינה אפילו כאמצעי בידי בית המשפט, והיועמ"ש, להצדיק עבירות. פרשת השב"כ (פרשת קו 300) היא דוגמא מאלפת למצב שבו יועץ משפטי שיסיכן את ממשלת 'האחדות הלאומית', נאלץ להתפטר, והיועץ הנכנס מיהר להצדיק את עמדת המדינה בזכות החנינות לראשי השב"כ.⁴⁵

מוגבלות התערבותו של היועמ"ש בתחומים מסוימים עמדה בסתירה ברורה לריכוז סמכויותיו בדין הפורמאלי ולצפיות החברתיות הגבוהות ממנו. החברה בישראל התנסתה בחלקה, מאז שנות השבעים, בתהליכי



אמריקניזציה וליברליות שאפיינו בעיקר את המעמד הבינוני והגבוה של האוכלוסייה היהודית החילונית. חברות אשר עוברות תהליכים מסוג זה מתאפיינות בגידול הבולטות הציבורית שניתנת לאינדיווידואליזם, רכושנות, פרטיות ומקצועיות. חברות כאלה מפתחות שיח ליברלי מוגבל של זכויות פרט. שיח זה מדגיש בעיקר חופש ביטוי, חופש התארגנות וזכויות קניין. האשליה הרווחת היא כי השיח הליברלי מסוגל להציע לקולקטיב וליחיד גם דרכי מאבק חברתי. במרכז החוויה הליברלית עומדים בתי המשפט, בית המשפט העליון במיוחד, וההתדיינות המשפטיות. גרף 2 מתאר את העלייה החדה שחלה בישראל עם השנים בהתדיינות משפטיות.



בחברה קיטובית, כגון זו הישראלית, הפכו בתי המשפט למוסדות מרכזיים של יישוב קונפליקטים. ההנחה שרווחת היא כי ההתדיינות בבתי משפט, או פנייה ליעוץ משפטי, הן חלופה מועדפת לדרכי מאבק חברתיות ופוליטיות אחרות, למשל – באמצעות מפלגות או קבוצות חוץ-

פרלמנטריות. המשפט נתפס, בהקשר זה, כמערכת נורמטיבית הפותרת סכסוכים, והוא התחזק כמקצוע. המשפט לא היה רק כוח פוליטי, אלא הוא הפך לשפה ציבורית. המשפט כשפה, תרם להמרת השדה הפוליטי למרחב של התדיינויות משפטיות או ניסוחים משפטיים פורמליסטיים. המשפט כשפה הפך למסגרת קוגניטיבית שבמסגרתה מתנהלים החיים הפוליטיים. להלן הביטויים הבולטים לכך: חקיקת חוקי יסוד שהוגדרו על ידי נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, כ'מהפכה חוקתית'; הניסיון לשנות את שיטת הממשל על ידי תיקון חוק יסוד: הממשלה, מתוך תקווה כי בחירות ישירות הן מזוור לתחלואי הפוליטיקה; עלייה חדה במספר עורכי הדין, במיוחד מאז שנות ה-70; גידול חד בשיעורי העתירות לבג"ץ; השימוש שעושים פוליטיקאים במשפט כדי לקדם את האינטרסים שלהם; החקרנות הציבורית המתעצמת ביחס למעשי או מחדלי הצבא; והבולטות התקשורתית הגדלה של מוסדות המשפט, לרבות היועמ"ש. במצב כזה, ככל שגברו האתגרים הציבוריים שהופנו ליועץ המשפטי לממשלה, וככל שהאחרון יכול היה פורמלית להתערב בתחומי עניין ציבורי שונים, כן גדלה בולטותו הציבורית והתקשורתית. משרת היועמ"ש נחשפה לביקורת חסרת תקדים. מרכזיות המשפט בחיים הפוליטיים הייתה כה רבה, ומעורבות היועץ המשפטי כה ברורה, עד שפוליטיקאים ראו בהשפעה על מוסד היועץ המשפטי לממשלה יעד בעדיפות ראשונה.



עמוד 40 - ימני-ריק

הצעותינו לרפורמות מבוססות על העקרונות התיאורטיים, הניתוח המשווה של מוסדות ייעוץ משפטי ותביעה כללית, ועל ניתוח המקרה של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית בישראל לאור העקרונות שהצבנו. קיומו של מוסד יועמ"ש אינו הכרחי, שכן ניתן להניח כי עקרון הפרדת או חלוקת הרשויות הוא מספיק. יתר על כן, פרוצדורות ומוסדות אינם העיקר לקביעת אופיו של משטר פוליטי. חשובה הרבה יותר היא מידת ההפנמה של הפרוצדורה הפוליטית בקרב אליטות והציבור הרחב. ניתן לכן לשער קיומה של דמוקרטיה ללא מוסד של ייעוץ משפטי לממשל. טענה זו נכונה נורמטיבית, תיאורטית, והיא נכונה גם מן ההיבט המשווה.

בעוד שקיומו של מוסד יועמ"ש אינו הכרחי, הרי שקיומו כדאי במידה שהוא עונה על אמות המידה אותן ציינו. ברור כי אופני הפעולה בישראל שונים היו, ועוד יהיו שונים, מיועץ משפטי אחד לאחר/ת. המוסד הזה ידע יועצים משפטיים מרוסנים יחסית, גם ביחסם לשר המשפטים, ואחרים היו אסרטיביים בתפקידם הרבה יותר ובלטו בתפקידם יותר משר המשפטים או מנכ"ל משרד המשפטים. אך למרות זאת, בהחלט יכולים היינו ללמוד על מגמות לאורך שנים ועל מאפיינים מוסדיים מרכזיים, ובהתאם גם ליתן המלצות. מוסד ופונקציות הייעוץ המשפטי כפי שהן בישראל כיום, עד למחצית שנת 1997, אינם עונים על אמות המידה התיאורטיות וההשוואתיות.

הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל אינו יציג ודרכי המינוי לתפקיד הן ארכאיות ובלתי נגישות לביקורת דמוקרטית. אין שותפות של הכנסת בתהליכי המינוי לתפקידי היועץ המשפטי ופרקליט המדינה ואין כל תהליך ציבורי של פיקוח, בקרה או סינון. אין לייעוץ המשפטי בישראל אוטונומיה מקצועית מספיקה, ומצד אחר התערבותו של מוסד היועמ"ש בישראל בפוליטיקה הבין-מפלגתית גדולה מדי ובסופו של דבר נמצאת מזיקה יותר מאשר מועילה. בהשוואה לדמוקרטיות מערביות, שקיפותו של היועמ"ש מעטה יחסית. לדוגמא, אין כל כללי דיווחיות לכנסת או לוועדותיה, והיועמ"ש, שהוא ראש וראשון למערכת המשפט הציבורית בישראל, אינו חייב בדיווח לגוף כלשהו להוציא חובת היוועצות אקראית עם הממשלה ובמיוחד שר המשפטים.



חשוב לציין כי ההתפתחות ההיסטורית של מוסד היועמ"ש בישראל מלמדת כי הסדרים עמומים ובלתי שקיפים יוצרים התניה של חובת ההיוועצות המינימלית הזו ביחסים האישיים שבין האישים המעורבים. נוכח כל אלו ספק עד כמה, אם בכלל, יכול היועמ"ש להיות גורם המעצב פרקטיקות חברתיות-משפטיות בזכות כיבוד זכויות אדם, זכויות אזרח וזכויות מיעוטים. לכל היותר יכול הייעוץ המשפטי בישראל להימדד בקנה מידה אינסטרומנטלי. לדוגמא, במסגרת פונקציות הייעוץ המשפטי מקובל תהליך השימוע. היועמ"ש יכול לזמן אליו חשוד לצורך בירור מידת אשמתו האפשרית במסגרת ההליך לגיבוש כתב האישום. מהם הקריטריונים לפיהם יוחלט איזה חשוד יוזמן לשימוע ואיזה לא יוזמן? כדי למנוע אפליה בין חשודים ראוי להבהיר לציבור ולנבחרינו את אופי הליך השימוע.

ספק רב הוא עד כמה הייעוץ המשפטי בישראל אפקטיבי או תורם לתהליכי קבלת החלטות ממשלתיות. מידת ההשפעה נמוכה יחסית, במיוחד בתחומים המוגדרים כביטחון לאומי. בחלק מן התחומים הייעוץ המשפטי הוא אפקטיבי יותר (נוהלי בחירות, רשויות מקומיות, עיצוב כללי משחק פרלמנטריים), בעוד שבתחומים אחרים הייעוץ המשפטי אפקטיבי הרבה פחות (לוחמה בטרור, חקירות ועיניניים). נראה כי חלק מן היועצים המשפטיים בישראל השלימו עם המרת התחומים, קרי: בתחומים אחדים ניתנה להם השפעה ובלבד שבתחומי 'ביטחון לאומי' הם לא יסיגו את גבולה של הרשות.

שינוי שיטת הממשל ב-1992 לשיטת בחירה ישירה לראשות הממשלה הוסיפה בעייתיות למעמד היועמ"ש. השיטה מתמרצת את ראש הממשלה להקיף עצמו ביועצים אישיים, לרבות משפטיים, ובכך לעקוף מערכות קיימות. בתופעה זו אין בהכרח חסרון, אם-כי ההשלכה ברורה: נפגעת יכולת ההשפעה של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה. זו הסיבה לכך שבשנה הראשונה לכהונת ממשלת בנימין נתניהו (1996-1997), חלה פרגמנטציה של ממש בתפקידי הייעוץ המשפטי. מה שנשמר הוא הנוהג הקיים מאז ממשלת בגין הראשונה, לזמן את היועצים המשפטיים דרך קבע להשתתפות בישיבות ממשלה. זהו נוהג פסול. הוא מערב את הייעוץ המשפטי בשיח הבין-מפלגתי באופן שעלול ליצור מסווה של לגיטימיות או לגליות גם להחלטות, דיונים, מעשים או מחדלים, אשר היועמ"ש אינו מסכים להם או שראוי היה כי לא יתערב בהם, אך עצם נוכחותו בישיבות הממשלה יוצרת את הרושם בדבר הסכמתו להם.



המלצות

א. שינוי דרכי המינוי

תהליך המינוי יהיה בארבעת השלבים הבאים:

1. המלצת שר המשפטים על מינוי יועמ"ש תובא בפני הממשלה. המלצתו תבוסס על הצעת וועדת מומחים ציבורית שתוקם על ידי השר, ובה אנשי אקדמיה ואנשי פרקטיקה משפטית. הוועדה הציבורית תוקם אד-הוק על ידי שר המשפטים לצורך זה בלבד.
2. מינוי היועמ"ש יעשה על ידי הממשלה.
3. לאחר המינוי על ידי הממשלה, תערוך וועדה מקצועית קבועה לעניין בחירת יועמ"ש הליך של שימוע פומבי, בו יישאל היועמ"ש החדש, בין השאר, על השקפת עולמו החברתית, על האופן בו היא/הוא רואה בעיות עקרוניות של סדר וקונפליקט ציבורי. כן ישאל המועמד על כישוריו המקצועיים, ניסיונו ותוכניות עבודתו. וועדה מקצועית קבועה זו תמונה על ידי נשיא המדינה ויכהנו בה מיטב אנשי האקדמיה והפרקטיקה בתחומי המשפטים ותחומים קרובים להם בנושאי חברה, פוליטיקה וממשל. הוועדה תוכל – ברוב מיוחס – להחליט על הדחתו של היועמ"ש, כלומר – להטיל ווטו על המינוי הממשלתי, היה ותראה כי אין היועמ"ש מתאים לתפקיד. שתי הוועדות, זו הממליצה וזו הבוחנת, ייצגו עד כמה שניתן את כלל מגזריה של החברה הישראלית: נשים וגברים, ערבים ויהודים, חילוניים ודתיים, ובני עדות שונות. משך המינוי של היועמ"ש הוא לכהונה בת חמש שנים, שאינה ניתנת להארכה.
4. לאחר אישור מינויו יופיע היועמ"ש בפני וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ויפרט בה את דרכי עבודתו המתוכננת כיועמ"ש.

לדעתנו הליך מינוי זה יבטיח כי מצד אחד, על הממשלה לא ייכפה יועמ"ש שאין היא רוצה בו. כפיית יועמ"ש על הממשלה היא בלתי אפשרית פוליטית, שכן יועמ"ש כזה ינוטרל. מצד אחר, לדעתנו יש לכונן את מוסד השימוע הפומבי והסיון הפומבי כחלק אינטגרלי של הליך המינוי.⁴⁶

כשרות היועמ"ש: כדי להתמנות לתפקידו/ה חייב יועמ"ש לענות על כמה דרישות מוקדמות: משפטן מובהק, ותק של לפחות חמש עשרה שנים של עיסוק מקצועי במשפטים, ניסיון מוכח בפרקטיקה או באקדמיה, איכות של שופט/ת בית משפט עליון.⁴⁷



תנאי הפסקת כהונת היועמ"ש: לדעתנו חשוב ביותר לקבוע את תנאי הדחת היועמ"ש מתפקידו או סיום תפקידו לפני תום חמש השנים, וזאת כדי לצמצם את האפשרויות למניפולציות פוליטיות. תנאי הפסקת הכהונה לפני תום חמש שנותיה, יהיו: גיל פרישה של שופטים, מצב בריאותי לקוי המונע תפקוד, חוסר התאמה מובהק ביותר לתפקיד עקב התנהגות אישית, התפטרות או פיטורים. הוועדה המקצועית הקבועה תאשר את הפסקת הכהונה, אם תמצא כי אכן התמלא אחד התנאים האמורים, ותנמק פומבית את העילה. שר המשפטים יודיע לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הפסקת כהונת היועמ"ש.

תביעה כללית: במידה שייערך פיצול בין תפקידי היעוץ המשפטי לבין תפקידי התביעה הכללית, אנו ממליצים כי המינוי לתפקיד התובע/ת הכללית/ת יעשה שלא על ידי הממשלה אלא על ידי הוועדה המקצועית הקבועה. התובע/ת הכללית/ת יופיע לאחר מינויו בפני וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ויפרט בפניה את תוכניות עבודתו. וועדה כאמור גם תפקח על תנאי סיום הכהונה של התובע/ת הכללית/ת. משך הכהונה יהיה זהה לזה של היועמ"ש, חמש שנות כהונה.

כשרות התובע הכללי: כדי להתמנות לתפקיד חייב התובע/ת הכללית/ת לענות על כמה דרישות מוקדמות: משפטן מובהק בעיקר בתחום המשפט הפלילי, ותק של לפחות חמש עשרה שנים של עיסוק מקצועי במשפטים, ניסיון מוכח בפרקטיקה או באקדמיה בעיקר בתחום המשפט הפלילי, איכות של שופט/ת בית משפט עליון.

תנאי הפסקת כהונה: לדעתנו חשוב ביותר לקבוע את תנאי הדחת התובע/ת הכללית/ת מתפקידו או סיום תפקידו לפני תום חמש השנים, וזאת כדי לצמצם את האפשרויות למניפולציות פוליטיות. תנאי הפסקת הכהונה לפני תום חמש שנותיה, יהיו: גיל פרישה של שופטים, מצב בריאותי לקוי המונע תפקוד, חוסר התאמה מובהק ביותר לתפקיד עקב התנהגות אישית, מעילה בתפקיד, התפטרות. הוועדה המקצועית הקבועה תאשר את הפסקת הכהונה, אם תמצא כי אכן התמלא אחד התנאים האמורים, ותנמק פומבית את העילה. שר המשפטים יודיע לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הפסקת כהונת התובע/ת הכללית/ת. לדעתנו יש באותן עילות להפסקת הכהונה כדי למנוע, מחד גיסא, הפעלת לחצים פוליטיים קשים על התביעה הכללית להימנע מהגשת כתבי אישום, במיוחד בתחום העבריינות השלטונית. מאידך גיסא, במידה והתביעה



הכללית רודפת פוליטיקאים שלא לצורך, ניתן – בנוסף לעתירות לבג"ץ כנגד החלטות ספציפיות – לטעון בפני הוועדה על מעילה בתפקיד.

להוציא זאת, עילות הפסקת הכהונה לפני תום חמש שנותיה זהות לאלו של הפסקת כהונת היועמ"ש, להוציא הבדל מרכזי אחד – הממשלה לא יכולה לפטר תובע/ת כללי/ת.

ב. פיצול הדרגתי ומבוקר של הייעוץ המשפטי מן התביעה הכללית

שני נימוקים מרכזיים הועלו ביחס לאפשרות פיצול תפקידי היועמ"ש מתפקידי התביעה הכללית. נימוק אחד מרכזי אשר שלל את כדאיות הפיצול היה כי פיצול פונקציונלי או מוסדי יפגע קשות באפקטיביות של יועמ"ש, שכן בהיעדר ריכוז סמכויות בידי ספק אם הדרג המבצע יכבד את הנחיותיו, למרות שהדין מחייב זאת. ספק רב עד כמה שיקול זה ראוי להיות דומיננטי. במחקר מצאנו כי עוצמתו של יועמ"ש מושפעת ממשנתנים מתערבים שונים, ובעיקר, ממעמדו של היועמ"ש בקרב הקהילה הפרשנית, קהילת המשפטנים, אליה הוא משתייך. במידה שסמכותו האפיסטמית רבה, יהיה ביכולתו כדי להשפיע גם במידה ויחול פיצול פונקציונלי או מוסדי. נוסף לכך, פיצול הסמכויות שבין תביעה לבין ייעוץ עדיין מותר את סמכות הייצוג המשפטי בנושאים אזרחיים וחוקתיים, לרבות בפני בג"ץ, בידי היועמ"ש, עובדה שתסייע לו בשמירת עוצמתו כלפי הממשלה. כן הועלתה הטענה כי פיצול ייצור בעיות תאום בין יחידות מנהליות שונות. טענה זו יכולה להיות נכונה עקרונית, אך היא נסוגה בפני שתי עובדות בסיס: ראשית, ממילא חלה פרגמנטציה בתפקידי הייעוץ המשפטי, ושנית, פיצול מסייע לתחרות בין תפיסות שונות של דין.

בזכות הפיצול הועלה טיעון מרכזי של יעילות. הטענה היא כי פיצול יגביר את היעילות הן בעבודת הפרקליטות והן בעבודת הייעוץ המשפטי. ההנחה היא כי שני הגופים סובלים מבעיית עומס יתר הנובע מריבוי דרישות המופנות אליהם. נכון הוא כי גופים אלו חייבים להתמודד עם עומס, אך הדבר נובע מאופייה של החברה, התרבות, ומהעובדה שפוליטיקאים רבים מעדיפים כי היועמ"ש יאמר את דעתו בסוגיות פוליטיות וכך יתרום נימוקים של לגליות לפעולות פוליטיות בהן הם חפצים. כך משמש היועמ"ש אמצעי להמרת קונפליקטים והדחקתם במקום שאלה ייפתרו



אגב ויכוחים גלויים. לא רק בהסחת אחריות מדובר כאן אלא ביצירת אשליה ציבורית בדבר כוחו של המשפט. עם זאת, ועקב תופעות אלה, ספק רב האם פיצול יביא לשיפור משמעותי באפקטיביות של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית. עקרונית, אין כל וודאות בכך.

פיצול מתחייב לדעתנו עקב סיבה מרכזית אחרת, שאינה פונקציונלית. הבהרנו כבר כי תפקיד מפתח של תביעה כללית במשטרים דמוקרטיים חייב להיות המאבק בעבריינות שלטונית. אך המדינה שולטת על מערכת הענישה ומתווה את הגיונה. מחקרים רבים הראו עד כמה רווח השימוש הפוליטי במערכות ענישה למטרות דיכוי של 'אויבים' פוליטיים פנימיים.⁴⁸ ברור לחלוטין כי הסכנה של שימוש מניפולטיבי במערכות תביעה רובצת לפתחה של כל דמוקרטיה. קל וחומר אמורים הדברים כאשר המדובר במשטר פוליטי כישראל, החסר תרבות שלטון ומסורת פוליטית המעגנות את זכויות האדם. וכל זאת נוכח השליטה בשטחים, לוחמה בטרור יהודי ופלשתינאי, החמרה בריבוד חברתי, שסעים חברתיים ופוליטיים עמוקים ואפליה שיטתית של המיעוט הערבי-פלשתינאי בישראל. נוכח כל אלו, קיימת סכנה כי הפעלת התביעה הכללית תהיה מודרכת במידה משמעותית משיקולים פוליטיים.

פיצול בין תפקידי הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית יגביר את האוטונומיה החלקית של כל אחד מגופים אלו, והוא יכול לסייע למנוע תופעה מסוכנת של קואופטציה מוחלטת בין האליטות הפוליטיות לבין התביעה הכללית. היועמ"ש ימונה בידי הממשלה (בהליך שפירטנו לעיל), ובהגדרת תפקידו הוא חייב להיות אמין ומקובל על הממשלה. האוטונומיה המקצועית שלו הכרחית אף היא, אולם התאמתו העקרונית למסד הפוליטי היא הגיונית ומתבקשת. אין סיבה ואין מקום לכפות על ראש ממשלה או על ממשלה יועצים משפטיים למורת רוחם. תפקידו של יועץ משפטי הוא להציע לממשלה חלופות שיאפשרו לה לבצע את מדיניותה מבלי להפר משפט ובאופן שיהלום את הדין. במסגרת זו, היועמ"ש אמור גם לייצג את הממשלה במקרים חשובים. עוצמתו של היועמ"ש תיגזר ממאפייני מינויו המבטיחים כי רמתו המקצועית תהיה גבוהה.

עוצמת היועמ"ש כלפי שולחו היא גם נגזרת של יכולתו לטעון כי ייצוג הממשלה על פי קו פעולה מסוים אינו רצוי ואינו אפשרי. ביכולת היועמ"ש גם להתפטר במקרים של חילוקי דיעות חמורים, או לאיים בהתפטרות. מובן כי היועמ"ש יכול וצריך גם להנחות את מערכת הממשל כולה



בהתאם לתפיסתו את הדין הקיים ואת הדין הרצוי. חשוב לציין כי היועמ"ש הוא סמכות מחייבת לגבי זרועות הרשות המבצעת. הרשות המחוקקת, לעומת זאת, צריכה להיעזר בשירותי יועצה המשפטי שלה. אין זה ראוי ורצוי כי הייעוץ המשפטי לכנסת יהיה כפוף לייעוץ המשפטי לממשלה. התביעה הכללית, לעומת זאת, חייבת להיות נפרדת מן הייעוץ המשפטי, וזאת כדי להבטיח ניתוק חלקי לפחות של התביעה ממוקדי העוצמה הפוליטיים ומן השיח הבין-מפלגתי. במובן זה אנו ממליצים על המודל האירופאי (המקובל בחלק מאירופה), המעגן פיצול עקרוני בין הגופים והמנסה להביא לעצמאות רבה יותר של התביעה הכללית ממוקדי הממסד הפוליטי. מובן כי הצלחת הניסיון למסד אוטונומיה מקצועית רבה יותר של מוסד התביעה הכללית, מותנית גם בהליכי המינוי עליהם המלצנו.

יחד עם זאת, המשפט הישראלי כולל חוקים רבים שבהם מוענקות סמכויות ליועץ המשפטי. אנו איננו ממליצים כי הפיצול המוסדי יעשה מיידית ובאופן חפוז וכוללני. לדעתנו ראוי כי וועדת מומחים ובה משפטנים, מומחי ממשל, מדעני חברה, ואנשי ממשל, המייצגים במגווני תכונותיהם את החברה הישראלית, תפקח על היקף וקצב הפיצול, תוך תשומת לב לכל אחד מדברי החקיקה הרלוונטיים לתביעה הכללית ולייעוץ המשפטי ולהשלכות של הפיצול על מבנה משרד המשפטים. המלצתנו היא כי פרקליטות המדינה, בכל הקשור לתביעה הכללית, תהיה לשכה עצמאית ולרשותה מועצה מייעצת של מומחים בתחומי המשפט והממשל שימונו על ידי התובע/ת הכללית. בהתייחס למבנה הנוכחי של משרד המשפטים, אנו ממליצים כי למרות הפיצול, הרי שבתחומי חקיקה תוקם וועדה משותפת ליועץ המשפטי ולפרקליטות המדינה, בראשות היועמ"ש.

ג. דיווחיות

היעדר מנגנוני דיווחיות של היועמ"ש והפרקליטות בישראל הינו פגם ממשי חמור ביותר. מהיבט זה הייתה לפרשת בר-און תרומה חיובית, שכן נוכח הלחצים הציבוריים, הדלפות מכוונות וגורלה האפשרי של הממשלה, פורסמה חוות הדעת של היועמ"ש ופרקליטת המדינה בנושא. הנהוג הישראלי של הימנעות מלפרסם דין וחשבון הוא חריג בהיבט השוואתי, וחריג בלתי רצוי. במרבית הדמוקרטיות המערביות מקובל דפוס של דיווח התביעה הכללית ו/או הייעוץ המשפטי בפני הפרלמנט.



לדעתנו יש לכונן הסדר דומה גם בישראל. אנו ממליצים כי מדי שנה יוגשו דו"חות פעילות של מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית בפני הממשלה ובפני וועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. אנו גם ממליצים כי בעקבות הדו"ח תוכל הוועדה לזמן את היועץ/ת והתובע/ת להישאל על ממצאי הדו"ח.

המלצה זו תביא לשקיפות גדולה יותר של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית. אנו ממליצים כי בכל הקשור לתקציב, שימוש בתקציב, תקנים וגיוס כוח אדם, יהיו התביעה הכללית ולשכת היועץ המשפטי כפופים לביקורת המדינה. עם זאת, אנו פוסלים כפיפות כלשהי של אותם גופים לביקורת המדינה בכל האמור להפעלת שיקול דעתם. ביקורת המדינה, מצד אחר, צריכה להיות כפופה לייעוץ משפטי של עצמה. במקרים הנקובים בחוק של חשד לעבירה (סעיף 14 (ג) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958) יועבר נשוא החשד לבדיקתו של היועץ המשפטי, ובמקרה של פיצול – לתביעה הכללית.

ד. השתתפות היועמ"ש בישיבות ממשלה

הנוהג של השתתפות היועמ"ש בישיבות ממשלה הוא פסול. יש לכונן בישראל את הנוהג המקובל ברוב המדינות הדמוקרטיות, שבהן יש פונקציית יעוץ נפרדת: פעמים יוזמן היועץ המשפטי לישיבה שבה מתבקש חייוי דעתו הקונקרטי. במקרים חריגים מתבקש אותו הליך לגבי התובע הכללי. משמעות השתתפותו המתמדת של יועץ משפטי בישיבות ממשלה מביאה למחויבות יתר שלו ולמתן ליגליזציה לפעולות הממשלה והיא מערבת אותו/ה באופן מזיק בשיח הבין-מפלגתי. ידיעת השרים וראש הממשלה כי היועץ המשפטי הוא שותף סוד לכל תהליכי קבלת ההחלטות, חושפת את האחרון ללחצים פוליטיים ומפלגתיים ועלולה להחליש עוד יותר את המוסד הזה. היועמ"ש יהיה אפקטיבי הרבה יותר ויתרום הרבה יותר למשילות, במידה שהוא ימנע מהשתתפות שוטפת בישיבות הממשלה ובמידה שחייוי דעתו יהיה קונקרטי וממוקד ביחס לבעייתיות מסוימת.

ה. אופי עבודת היועמ"ש

נוהג ברור של דרכי עבודת היועץ המשפטי יתרום מאוד לאפקטיביות האפשרית של עבודתו. כאשר קו פעולה של הממשלה נוגד לדין, חובה על

היועץ להבהיר זאת חד-משמעית. חשוב לציין כי אנו ממליצים לעגן בחוק עילות הדחה קונקרטיות בלבד, כך שהיועץ יוכל ליהנות מאוטונומיה חלקית מפני הממשלה או ראש הממשלה. במקרים אחרים, חייב היועמ"ש להבהיר לממשלה מהן אופציות הפעולה החוקיות העומדות לרשותה, ולהסתפק בכך. לא מומלץ כי היועמ"ש יחייב או ינסה לחייב או להבהיר חד משמעית קו פעולה אחד בלבד, ויתעלם מהחלופות האפשריות, גם הן במסגרת הדין. במקרים בהם נדונות סוגיות עקרוניות ביחס לזכויות אדם, זכויות אזרח, זכויות מיעוטים, או סוגיות הנוגעות במישרין לאופי המשטר הפוליטי, מומלץ כי היועמ"ש יביע את דעתו גם ביחס לדין הרצוי ולפער בינו לבין הדין הקיים, תוך שהוא מציין את ההבחנה בין השניים.

ההמלצות במאמר זה הן בתחום המוסדי ובתחום התפקודי. הראינו כי הבעייתיות במוסדות יעוץ משפטי ותביעה כללית היא גם ברמה המשטרית ובהקשר של התרבות המשפטית והתרבות הפוליטית. מובן מאלינו כי בכל הקשור לאלה, אין בהמלצות כדי לשפר את המצב. רפורמות מבניות ותפקודיות הן בעלות תוחלת חיים ואפקטיביות מוגבלת. אין רפורמה שתהיה טובה כמו עינו השוזפת של הציבור. הדיון הציבורי הוא מרכז ההווה הדמוקרטית, הוא תחילת כל שינוי מבורך, ואולי גם תמצית כל שינוי כזה. ראוי כי עין הציבור תשזוף גם את היעוץ המשפטי הציבורי והתביעה הכללית בישראל.



עמוד 50 - ימני-ריק

הערות

1. לניתוח תפיסות ליבראליות, ראה:
D. Marsh, G. Stoker, **Theory and Methods in Political Science**, London: Macmillan, 1995.
2. D. Nachmias, D. Rosenbloom, **Bureaucratic Government**, New York: St. Martins, 1980.
3. ראה למשל,
C. Offe, "Ungovernability: On the Renaissance of Conservative Theories of Crisis," in J. Habermas, ed., **Observations on "the Spiritual Situation of the Age"** Translated by A. Buchwalter, Cambridge: MIT Press, 1984; M. Foucault in C. Gordon, ed., **Power and Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977**, by Michel Foucault, New York: Pantheon House, 1980, pp. 1-36.
4. להיבט רחב יותר, ראה:
C. Tilly, **Citizenship: Identity and Social History**, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
5. להעלאת מספר תמיהות בהיבט זה, ראה: ע. זלצברגר, "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל," **פלילים ה (2)** 1996, עמ' 149-171. למאמר מקיף בנושא אחריות ותפקידי התובע במשפט פלילי בשיטות אינקוויזטוריות לעומת אדוורסריות, ראה: מ. קרמניצר, "תפקידו של התובע בהליך פלילי," **פלילים ה (2)** 1996, עמ' 173-187.
6. מעניינת העובדה כי למרות היקף גדל והולך של סקרי דעת קהל בישראל, אין מחקרים ממצים על תפיסות הציבור את מוסד היועץ המשפטי או התביעה הכללית בישראל. צוות מחקר זה עתיד לבצע סקר דעת קהל כאמור. לסקר מקיף מקביל על מעמדו של בית המשפט העליון בישראל, ראה: ג. ברזילי, א. יוכטמן-יער, ז. סגל, **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית**, ת"א: פפירוס, 1994.



7. ראה למשל:
 W. C. Clayton, **Government Lawyers: The Federal Legal Bureaucracy and Presidential Politics**, Kansas: University Press of Kansas, 1992.
8. דוגמא לכך הוא סעיף 221 לחוקה הפורטוגזית או החוק מ-1981 בספרד:
 Organic Statute of the State Attorney General's Office.
9. לסיכום טוב של המצב המשפטי בגרמניה תוך ניתוח החוקה הגרמנית וחוק השיפוט הגרמני, ראה בחוות דעת מפורטת של משרד התובע הכללי הגרמני:
The Federal Public Prosecutor's Authority, by the Federal Public Prosecutor at the Federal Court of Justice (1.1.1996).
10. Garcia Mahamut Rosario, "La Justicia Politica en Italia," **Revista de Las Cortes Generales**, 38 (1996), pp. 193-236.
 הסתמכנו על המאמר בתרגומו האנגלי, כפי שבוצע על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה.
11. **Le Citoyen, La Democratie, Les Institutions**, Centre d'information Civique, 1996.
12. מעניין לנתח את חוות הדעת השנתיות של משרד המשפטים האמריקני וללמוד מהן על ניסיון משרד המשפטים בארה"ב לגבש מדיניות אחת של אכיפת חוק והוצאתו לפועל:
 The Attorney General's Annual Report (1995), (1996).
13. J. Eisenstein, **Counsel for the United States: U.S. Attorneys in the Political and Legal Systems**, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978; L. Huston, **The Department of Justice**, New York: Praeger, 1967; M. Edelman, "Malfeasance by High Government Officials," unpublished paper, 1997.
- על הלחצים הכבדים שהופעלו על שרת המשפטים האמריקנית, גינט רינו, להימנע ממינוי תובע מיוחד שיחקור חשד לעבירות מימון פוליטי של הנשיא ביל קלינטון, שנעברו על פי החשד, בתקופת מערכת הבחירות לנשיאות של 1996, ראו: ג'פרי גולדברג, "חידה ושמה גינט רינו", מוסף הארץ, יום שישי, 25.7.1997, עמ' 26-30 (הכתבה התפרסמה במקור בניו יורק טיימס).



14. למינוי שופטים פדרליים לבית המשפט העליון בארה"ב, ראה: H. Abraham, **Justices and Presidents**, 3th ed., New York, Oxford: Oxford University Press, 1992.
15. לתפיסות עקרוניות של המשפט, ראה: D. Kairys, ed., **The Politics of Law: A Progressive Critique**, New York: Pantheon Books, 1990; M. W. McCann, M. M. Feeley, G. N. Rosenberg, "The Supreme Court and Social Change" **Law and Social Inquiry**, Vol. 17 (4), Fall 1992, pp. 715-778.
16. ראה: זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון", **עיוני משפט י"א**, עמ' 411-421. זמיר במאמרו עוסק בעיקר בקונפליקט בין שלטון החוק לנאמנות היועמ"ש לממשלה, ומניח כי הדין המצוי משקף את עקרונות הדמוקרטיה. לעומת זאת, אנו סבורים כי יש להבחין בין דין פוזיטיביסטי לבין דין רצוי.
17. לביקורת ברוח זו על משרד המשפטים האמריקני בתקופת השמרנות של הנשיא רייגן ויועצו המשפטי, אדווין מיז, ראה: L. Guinier, **The Tyranny of the Majority**, New York: The Free Press, 1994, pp. 25-27.
18. ראה דיון בסוגיה זו, למשל: J. H. Ely, **On Constitutional Ground**, Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 340-365.
- להרחבת הדיון התיאורטי בהקשר הישראלי, ראה: מ. מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**, ת"א: מעגלי דעת, 1993; מ. קרמניצר, "יגורש הגירוש", **פלילים** כרך ד, 1994, עמ' 17-38.
19. במאמר זה אין אנו דנים בהרחבה בהיבט המיתי. ראה להרחבת הדיון במשפט כמיתוס חברתי: G. Barzilai, "Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in Comparative Perspective," a paper presented at Berkeley University, Summer 1996.
20. ביטוי לחשש של פגיעה במוסדות היעוץ והתביעה, ראה: מ. בן-יאיר, "הביקורת השיפוטית על החלטות היעוץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק", **פלילים** ה (2), 1996, עמ' 5-26. לסכנת הסחת האחריות, ראה: ע. זלצברגר, "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היעוץ



המשפטי לממשלה בישראל, "פלילים ה (2) 1996, עמי 149-171. למסגרת תיאורטית אפשרית להבנת סוגיה זו של הסחת אחריות, ראה:

Hirschman O.A., **Exit, Voice, Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States**, Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

21. על התפתחות מושג הדיווחיות בדמוקרטיה, ראה:

Aberbach D. J., **Keeping a Watchful Eye**, Washington: Brookings, 1990; Rosen B., **Holding Government Bureaucracies Accountable**, New York: Praeger, 1982; Zimmerman J., **Curbing Unethical Behavior in Government**, Westport: Greenwood Press, 1994.
22. D. Nachmias, "Israel's Bureaucratic Elite: Social Structure and Patronage," **Public Administration Review**, Vol. 90 (3), 1991.
23. לפיתוח מעניין של רעיון דומה, ראה: ד. אבן-להב, "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק," **משפט וממשל ב (תשנ"ה) 477**.
24. למאמר מקיף ביותר על המעמד המשפטי של היועמ"ש בישראל: ר. גביזון, "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות," **פלילים ה (2) 1996**, עמי 27-120. כן ראה: י. זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל," **הפרקליט ל"ז 61-47**.
25. לניתוח יפה של מרות המשפט בישראל, על המגבלות והבעיות, ראה: ל. שלף, **מרות המשפט ומהות המשטר**, ת"א: פפירוס, 1996.
26. נתון זה הועבר לי על בסיס בדיקה של לשכת היועץ המשפטי לממשלה. תודתי נתונה לרב דוד בס ולמר אודי ערן על מתן המידע.
27. בג"ץ 1842/93 פנחסי נ. כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 166.
28. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404. כן ראה: בג"ץ 4267/93 אמיתי נ. רבין ופנחסי, פ"ד מז (5) 144.
29. ראו לעניין הדגשת מעמדו המיוחד של היועמ"ש בפסיקת בג"ץ: בג"ץ 6009/94 שפרן נ. התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח (5) 375.
30. בג"ץ 2534/97, 2535, 5241, ח"כ יונה יהב נ. פרקליטת המדינה, 15.6.1997, עדיין לא פורסם.



31. ש.ס.
32. ש.ס.
33. על השתלשלות האירועים ההיסטוריים, ראה: י. גוטמן, **היועץ המשפטי נגד הממשלה**, ירושלים: עידנים, 1981, עמ' 46-54.
34. ש.ס. על חילוקי דיעות בין רוזן לשפירא ראה גם: מ. ששר, **חיים כהן – שופט עליון**, ירושלים: כתר, 1989, עמ' 95-103.
35. דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, 1962, עמ' טז-כו.
36. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ. ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404.
37. ראה לעניין זה חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב-1982, סעיפים 59-66.
38. הנחיות היועמ"ש מתפרסמות מאז 1969. מאז 1994 מתקיימות גם הנחיות פרקליטות המדינה, שאותן ערכה פרקליטת המדינה, דאז, דורית ביניש. ראה: הנחיות פרקליט המדינה (ירושלים: משרד המשפטים, 1994). הנחיות הפרקליטות צריכות להיות כפופות להנחיות היועמ"ש.
39. בג"ץ 935/89 גנור נ. היועמ"ש, פ"ד מד (2) 485.
40. מהלכי ביקורת מס' 3, היועץ המשפטי לממשלה וביקורת המדינה (ירושלים: משרד ראש הממשלה, האגף לביקורת המדינה וביקורת פנימית, 1996).
41. ראה: החלטת היועץ המשפטי לממשלה בעניין השר בן-אליעזר, בעקבות דו"ח ביקורת המדינה, מס' 44. לדברי הביקורת של המבקרת, הגב' בן-פורת, על תפיסת היועמ"ש כאילו יש להבחין בין נטילת כספים על ידי נושא תפקיד ציבורי לעצמו לבין שימוש לא תקין בהם לצורכי ציבור, ראה: דברי מרים בן-פורת בפני הוועדה לביקורת המדינה בכנסת, ביום 20.5.1996, כפי שאלו פורסמו במהלכי ביקורת מס' 3, ש.ס. לביקורת על דברי בן-פורת, ראה: ר. גביון, "ההפסד כולו שלנו", **ידיעות אחרונות**, 25.5.1996; ח. י. צדוק, "בן-יאיר צודק", **ידיעות אחרונות**, 27.5.1996.
42. הנה לדוגמה שני מקרים של ביטויים ליריבויות כאמור: פרקליטת המדינה, עדנה ארבל, המליצה בפני וועדת שמגר, לעניין היועץ המשפטי לממשלה, על שלילת סמכות היועמ"ש להחליט סופית על



העמדה לדין. סמכות כזו, לדבריה, חייבת להיות בידי פרקליטות המדינה; ראו: **הארץ**, 15.6.1997, עמ' 6א'. דוגמא שנייה הינה המחלוקת שפרצה בין היועץ המשפטי של הכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה על הפרשנות לחוק יסוד: הממשלה. הראשון סבור היה כי די ברוב של 61 לשינוי סעיף 19 לחוק. האחרון סבור היה כי דרוש רוב של 80 ח"כ לשינוי כאמור. ברור בעליל כי פרשנות היועץ המשפטי לממשלה מסייעת לראש הממשלה, בנימין נתניהו, שלא להסתכן באי-אימון פרלמנטרי, בעוד פרשנות היועץ המשפטי של הכנסת תגביר את יכולת הבקרה הפרלמנטרית על הממשלה. ראו דיווח על המחלוקת: ג. אלון, "מלכוד 72", **הארץ**, 24.7.1997, עמ' 3ב.

43. השווה: בג"ץ 156/56 שור נ. מדינת ישראל, פ"ד יא 285; בג"ץ 665/79 וינוגרד נ. מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 634; בג"ץ 322/88 שפטל נ. היועמ"ש, פ"ד מג (4) 356; בג"ץ 935/89 גנור נ. היועמ"ש, פ"ד מד (2) 485.

44. ראה למשל: פ. להב, "חבית ללא חישוקים", **מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים** 33 (1990) עמ' 19-50; י. גוטמן, **טלטלה בשב"כ**, ת"א: ידיעות אחרונות, 1995.

45. בג"ץ 428/86 ברזילי נ. ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505.

46. הצעות חוק שהוגשו לכנסת לעניין דרכי מינוי יועמ"ש מתעלמות חלקית משני היבטים אלה. ראה: הצעות חוק של ח"כ משה גפני, נעמי חזן, שאול יהלום, רענן כהן.

47. יצויין כי מזה 37 שנים קיים הנוהג בישראל כי רק מועמד שראוי להתמנות כשופט עליון יוכל להתמנות לתפקיד היועמ"ש. זאת על פי הודעת ממשלת ישראל מיום 9.5.1960, מכוח חוק שירות המדינה (מינויים) תשי"ט-1959.

48. ראה למשל בהקשר פוליטי, היסטורי וחברתי מקיף:

Evans P.B., Rueschemeyer D., Skocpol T. ed., **Bringing the State Back In**, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.