



הנדון: הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (ייצוג המדינה), התשע"ז-2017

אנחנו מתנגדים להצעת החוק שבנדון וסבורים שמן הראוי לדחות אותה. להלן חוות דעתנו.

1. ביום ראשון, 18.6.2017, תעלה לדיון ההצעה שבנדון, אשר נועדה לפי דברי ההסבר להצעה לקבוע כללים שיחייבו את היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו להציג בפניו בתי המשפט עמדה ש"תעלה בקנה אחד עם עמדת הממשלה".
2. ההצעה שבנדון חותרת תחת תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה לייצג את המדינה, את אזרחיה ואת שלטון החוק, תוך שהוא משמש שומר סף בפני הפרת החוק על ידי המדינה.
3. אכן, חשוב שהיועץ המשפטי לממשלה יעניק למדינה את הייצוג האפקטיבי ביותר בפני ערכאות שיפוטיות, יגן על עמדתה של הרשות המבצעת בבית המשפט, ויבטיח שהמדינה לא תדבר בשני קולות. אולם הצעת החוק נותנת לאינטרס זה קדימות מוחלטת, ומציעה לבטל כליל תפקיד אחר חשוב לא פחות: **על היועץ המשפטי לממשלה לשמש בלם פנימי בפני הפרת החוק על ידי המדינה, וזאת מתוקף תפקידו לייצג את המדינה, את אזרחיה ואת שלטון החוק במובנו הרחב.**
4. הבלעדיות של היועץ המשפטי לממשלה בייצוג המדינה לפי שיקול דעתו המקצועי והעצמאי היא אחד מהכלים העיקריים המאפשרים לו לתפקד כשומר סף מטעם שלטון החוק. אף שעליו להציג את עמדת שולחו - הרשות המבצעת - הוא גם מייצג את המדינה על פי שיקול דעתו המקצועי, באופן עצמאי ונטול פניות. כלומר, עליו לייצג באופן עצמאי את הרשות לפי תפיסתו המקצועית ולא לפי תפיסתה.
5. על שום כך, יש לדחות כליל את הצעת החוק. נפרט עתה מעט על כל אחד משלושת הנושאים העיקריים שבהם עוסקת הצעת החוק.

ייצוג האינטרס הציבורי בפני ערכאות שיפוטיות

6. סעיפים 1 ו-2 להצעת החוק מציעים להכפיף את שיקול דעתו המקצועי של היועץ המשפטי לממשלה לשר המשפטים בתחום ייצוג האינטרס הציבורי בערכאות

מר אמיר אלשטיין

יו"ד הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנד מרכוס

יו"ד בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ד המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ד של כבוד

חברי הוועד המנהל

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופט רוזלי סילברמן אבלה, קנדה

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופט דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

ד"ר איימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופט דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מונקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקסיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיין פרס, אסטרטגיה

פרופ' מרדכי קרמניצר, מחקר

פרופ' ידידיה צ' שטרן, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף [מיל'] עמיחי אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' עמיחי כהן

פרופ' שחר ליפשיץ

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' גדעון רהט

פרופ' יובל שני

פרופ' איתן ששינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמן



שיפוטיות, וזאת באמצעות תיקון הוראות פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה).

7. בניגוד לאמור בדברי ההסבר של הצעת החוק (שם נטען שהחקיקה בתחום זה "דלה עד מאוד"), תחום זה של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מוסדר מזה שנים רבות בדברי חקיקה רבים מאוד (לפירוט, ראו את רשימת 172 החיקוקים בהם מפורטות סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בנספח ה' לדו"ח ועדת שמגר), לרבות על ידי הפקודה שאותה ההצעה מבקשת לתקן.

8. ליועץ המשפטי לממשלה נתון לפי חוקים רבים מגוון רחב של סמכויות להגן על האינטרס הציבורי או לייצגו. בדומה לאמור בפקודה שהצעת החוק מבקשת לתקן, ליועץ המשפטי סמכויות ייחודיות נוספות בתחום זה, למשל בהגנה על קטינים בהליכים משפטיים או בהשמעת עמדתו לפני ועדת חקירה. כפי שהסבירה פרופ' רות גביזון, מדובר בהגנה "שיורית" על האינטרס הציבורי בתחומים שאין בנמצא רשות ציבורית אחרת שאמונה עליהם (רות גביזון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים 27, 2, 45-47 (ספטמבר 1996)). כפי שהסבירה ועדת שמגר שעסקה בנושא: "היועץ המשפטי הוא בעל סמכויות שונות ומגוונות על פי שורה ארוכה של חיקוקים. [...] בכולן הוא מופקד על האינטרס הציבורי, כי זה הטעם הענייני בעטיו קבע המחוקק את מעורבותו של היועץ המשפטי. בהענקת הסמכויות בחוקים השונים באים לידי ביטוי הן האמון אותו רוחש המחוקק ליועץ המשפטי שיפעל באופן אובייקטיבי והוגן, והן מהות תפקידו של היועץ המשפטי בתחומי הפעולה השונים שלו, כמי שמתבקש לקיים פיקוח מקצועי לשם הבטחת שלטון החוק" (דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 23-24).

9. הענקת הסמכות הזו ליועץ המשפטי דווקא, הייתה מתוך תפיסתו כבעל תפקיד מקצועי, עצמאי ונטול פניות. תפקיד זה נועד – כי שנקבע בחקיקה ובפסיקה כבר לפני עשרות שנים – כדי להגן על האינטרס הציבורי. מבחינה עקרונית, אין כל הגיון בהכפפת שיקול דעתו המקצועי של היועץ המשפטי לממשלה לגורם פוליטי. מבחינה מעשית, לא ידוע לנו על טענות כלשהן כלפי תפקודם של היועצים המשפטיים לממשלה בתחום זה. **הכפפת שיקול דעתו המקצועי של היועץ המשפטי לממשלה לאישור שר המשפטים – כפי שמוצע בהצעת החוק – היא על כן פגיעה חמורה ונטולת כל הצדקה בשלטון החוק ובאינטרס הציבורי.**

העמדה המוצגת בבית המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה

10. בסעיף 3(א) להצעת החוק, מוצע לקבוע כי היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו יציגו בפני ערכאות שיפוטיות "את עמדת הממשלה, ולא יעלו עמדה או טענה הסותרת במפורש או במשתמע את החלטות הממשלה או החלטת שר משרי הממשלה". בכך, מנסה הצעת החוק לשנות סדרי בראשית בישראל. היועץ המשפטי לממשלה עוד מהקמת המדינה



המכון הישראלי לדמוקרטיה

(ואף לפני כן, בתקופת המנדט) ייצג את עמדת המדינה לפי שיקול דעתו המקצועי והעצמאי. סמכותו הבלעדית של היועץ המשפטי לממשלה לייצג את המדינה, ועצם העובדה שהלקוח שלו הוא המדינה והחוק שלה, הופכים את תפקידו למעין-שיפוטי. כאמור לעיל, עליו להציג את עמדת המדינה על פי שיקול דעתו המקצועי, באופן עצמאי ונטול פניות.

11. כך הסבירה זאת ועדת שמגר: "בהופיעו בפני בית המשפט יטען היועץ המשפטי אותן טענות, העולות מן הפרשנות המשפטית המקובלת עליו. [...] אם היועץ המשפטי סבור שהרשות פעלה שלא כדין, הוא יציג דעתו האמורה בפני בית המשפט" (דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 74).

12. היועץ המשפטי לממשלה נמצא במובן מסוים בתווך בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת ומסייע לאיזונים והבלמים שביניהן, בעיקר בכל מה שקשור למשפט הציבורי ולביקורת השיפוטית על רשויות המינהל. המשמעות של מעמדו העצמאי והמעין-שיפוטי היא שהוא מגן על העמדות של הרשות המבצעת ושל המדינה כמוסדות, ולא דווקא על העמדות של נושאי המשרה המכהנים בהן, כגון שר משפטים או ראש ממשלה כזה או אחר. יש לו גם מחויבות מיוחדת לרשות השופטת כשהוא מייצג לפניה את הרשות המבצעת, וזו נובעת ממעמדו המיוחד והמעין-שיפוטי.

13. אכן, נציגי היועץ המשפטי לממשלה צריכים לייצג את הרשות המבצעת, אולם נאמנותם זו כפופה לחובתם למלא את הדין באופן עצמאי ומקצועי. לפיכך הם חבים חובת הגינות מוגברת, ועליהם לסייע בעשיית צדק לפי פירושם את הדין ולא לפי הפירוש של שולחיהם - הממשלה ומשרדיה. אל להם להציג לפני בית המשפט עמדה שלדעתם אינה עולה בקנה אחד עם הדין. מבחינה עניינית, ברי כי היועץ המשפטי לממשלה הוא בר סמכא בפרשנות הדין יותר מן הממשלה ושריה, וכי הכפפתו לממשלה בתחום זה מגבירה מאד, ואינה מפחיתה, את הסיכון של פרשנות משפטית מוטעית, ואף חסרת יסוד.

14. לכן, כפי שהבהיר בית המשפט העליון בהלכה ברורה וחד-משמעית: "בייצגו רשות שלטונית לפני בית המשפט טוען היועץ המשפטי לממשלה את אותן טענות שהוא סבור, על פי תפישתו המשפטית, כי הן מצדיקות את פעולת הרשות במסגרת הדין. על כן אם, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הרשות השלטונית אינה פועלת כדין, הרשות בידי היועץ המשפטי לממשלה להודיע לבית המשפט כי הוא לא יגן על פעולת הרשות" (בג"ץ 4267/93 **אמיתי - אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993)).

15. בניגוד למה שנרמז בדברי ההסבר להצעת החוק, אין מדובר בהסדר ישראלי ייחודי. דברים דומים גם נאמרים, לדוגמא, בהקשר של ה-Solicitor General בארצות הברית (ראו לדוגמא: LINCOLN CAPLAN, THE TENTH JUSTICE: THE SOLICITOR



- (GENERAL AND THE RULE OF LAW (1987). כך, ידועים לא מעט מקרים של יועצים משפטיים של מדינות בארצות הברית, אשר סרבו להגן בבית המשפט על חקיקה מן הטעם שלדעתם מדובר בחקיקה המנוגדת לרוח החוקה של ארצות הברית.
16. מבחינה עקרונית, המשמעות של התיקון המוצע היא העמדת עמדות הממשלה מעל לחוק, והיא סותרת חזיתית את עקרון שלטון החוק. הפיכתו של היועץ המשפטי לעושה דברה של הממשלה, האמור לתת ביטוי לעמדותיה, תוך שלילת עצמאותו המקצועית לגבי עמדה משלו, תשפיע השפעה דרמטית על רמת האנשים שירצו למלא את התפקיד ועל אמון הציבור במוסד היועץ המשפטי לממשלה.
17. פגיעה בעצמאות שיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה בייצוג את עמדת המדינה היא לכן פגיעה בשלטון החוק ושלילת יכולתו לתפקד כשומר סף. על כן יש להתנגד לה.

בלעדיות ייצוג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה

18. בסעיף 3(ב) להצעת החוק, מוסיפה הצעת החוק עוד נדבך לפגיעה בשלטון החוק. לפי הסעיף המוצע, יהיו רשאים "הממשלה או שר המשפטים להורות שהמדינה תיוצג בהליך בידי עורך דין שאינו היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, אשר יאושר על ידי השר" כל פעם שהיועץ המשפטי לממשלה יודיע שאינו יכול להגן על עמדתם או שעליו להעלות עמדה הסותרת "את החלטות הממשלה או החלטת שר משרי הממשלה".
19. כאמור לעיל, בלעדיות הייצוג היא אחד מהכלים העיקריים המאפשרים ליועץ המשפטי לממשלה לתפקד כשומר סף מטעם שלטון החוק, ופגיעה בכלי זה היא פגיעה קשה בשלטון החוק. מדובר בפגיעה רחבת היקף שניכר כי היא מתוכננת להיות תדירה וסדירה, כפי שמעיד סעיף 4 להצעת החוק, המציע לאפשר להתקין תקנות לעניין "אופן גיבוש עמדת הממשלה דרך כלל, בהליך מסוים או לעניין מסוים".
20. הבלעדיות של היועץ המשפטי לממשלה וחוסר האפשרות לפנות לעורכי דין פרטיים היא אחד הנדבכים העיקריים שעליו בנוי תפקיד זה עוד מראשית ימי המדינה. כך, ב-15 באוקטובר, 1948, הבהיר היועץ המשפטי לממשלה הראשון של מדינה ישראל, יעקב שמשון שפירא, את עמדתו הנחרצת נגד ייצוג המדינה על ידי עורכי דין פרטיים: "לתופעה זו יש להתנגד [...] כשם שלא יתכן שמשד זה או אחר יקיים קשרים עם מדינות חוץ שלא באמצעות משרד החוץ [...] כן לא יתכן שיעסיק עזרה משפטית מן החוץ. משרד המשפטים צריך לרכז את כל העבודה המשפטית של המדינה. [...] אין לי חשד מיוחד או התנגדות מיוחדת לעורכי דין מסוימים. התנגדותי היא לכל עורכי הדין הפרטיים. (מכתב השמור בארכיון המדינה, תיק ג-5665/16).
21. אמנם, יכולות להיות מחלוקות פרשניות לגיטימיות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה. לעניין זה הבחינה ועדת שמגר בין מקרים שבהם הפעילות של הרשות לא חוקית באופן ברור וגלוי לבין מקרים שבהם האי-חוקיות אינה ברורה וגלויה. בסוג



המכון הישראלי לדמוקרטיה

השני של המקרים, כאשר יש מחלוקת פרשנית לגיטימית בין הרשות לבין היועץ המשפטי, אמנם אין לדרוש מן היועץ המשפטי "כי יטען בבית המשפט טענות שאינן מקובלות עליו מאחר ואינן חוקיות או אינן הולמות את העקרונות החוקתיים המנחים אותו", אך הוא יכול להתיר – לפי שיקול דעתו – ייצוג משפטי של הרשות בידי "משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי, הנכון להציג טעמיה של הרשות הממלכתית" (ראו דו"ח ועדת שמגר, בעמ' 71 ו-74). ההפקעה של שיקול הדעת הזה מהיועץ המשפטי לממשלה והעברתו לגורם הפוליטי היא ביטול מוחלט של יכולתו לשמור על שלטון החוק. עצמאות שיקול דעתו נחוצה דווקא למקרים קשים אלה, שבהם מבקשת הצעת החוק לפגוע בעצמאות היועץ המשפטי לממשלה. לכן, יש להתנגד להצעת החוק גם מטעם זה.

סיכום

22. ההצעה שבנדון חותרת תחת תפקידו המקצועי והעצמאי של היועץ המשפטי לממשלה. על היועץ המשפטי לממשלה לשמש שומר סף בפני הפרת החוק על ידי המדינה, וזאת מתוקף תפקידו לייצג את המדינה, את אזרחיה ואת שלטון החוק במובנו הרחב. ההצעה כשלעצמה (וגם במצטבר למהלכים שלטוניים אחרים) משקפת חתירה לשלטון ללא מצרים, המבקש להשתחרר מכול מוסרה, לרבות הציות לחוק וכיבודו, ללא איזונים וריסונים, כך שיוכל לפעול באורח שרירותי ועריץ. אם תתקבל הצעת החוק, היא תפגע פגיעה אנושה בשלטון החוק, ולכן אנחנו מתנגדים לה וסבורים שמן הראוי לדחות אותה.

בכבוד רב,

ד"ר גיא לוריא
חוקר בתכנית להגנה על מוסדות דמוקרטיים
המכון הישראלי לדמוקרטיה

פרופ' מרדכי קרמניצר
סגן נשיא למחקר
המכון הישראלי לדמוקרטיה