

היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?  
גד ברזילי



# היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית – פיצול מוסדי?

גד ברזילי



**מחקר מדיניות 84**

ירושלים, אב תש"ע, יולי 2010

The Attorney General and the State Prosecutor – Is Institutional Separation Warranted?  
Gad Barzilai

עריכת לשון: מיכאלה קלי  
סדר והדפסה: ארט פלוס, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-076-2 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:  
טלפון: 1-800-20-2222, 02-5300800; פקס: 03-5300867  
דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)  
אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)  
המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תש"ע  
Copyright © 2010 The Israel Democracy Institute (R. A.)  
Printed in Israel

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ("הספרייה לדמוקרטיה"), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הרברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



מוקדש באהבה לילדינו דניאל וארי ברזילי,  
בתקווה שמסילות דרכם תהיינה תמיד  
מסילות של יושר, אמת, צדק ושלום





## תוכן העניינים

11	שלמי תודה
13	תקציר
15	מבוא הצגת הבעיה
19	פרק ראשון מחקר השוואתי
28	פרק שני הייעוץ המשפטי בישראל – חולטה או עוצמה?
41	פרק שלישי הגיון הפיצול המוסדי
41	1. עומס עבודה אדיר וחוסר יעילות במצב הקיים
43	2. חלוקת תפקידים עמומה בתחום המשפט הפלילי
44	3. ניגוד עניינים
45	4. היעדר בקיאות מספקת ברזי המשפט הפלילי
46	5. מעמדו המוחלש של פרקליט המדינה
46	6. פוליטיזציה של קבלת החלטות בתחום הפלילי
47	7. ריכוז עוצמה
49	פרק רביעי חשיבותם הדמוקרטית של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית
53	פרק חמישי במה מותנה הכוח של הייעוץ המשפטי ושל התביעה הכללית?

58	<b>פרק שישי הצעה לרפורמות</b>
60	1. פיצול מוסדי
63	2. מינוי התובע הכללי
63	3. מינוי היועץ המשפטי
64	4. תנאי הפסקת כהונה
65	5. דיווחיות
66	6. השתתפות בישיבות ממשלה
66	7. אופי עבודתם של היועץ המשפטי והתובע הכללי
67	8. ביצוע הפיצול המוסדי

69	<b>רב-שיח האם פיצול הסמכויות יחזק את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה או יחליש אותו?</b>
----	--

## שלמי תודה

אני מבקש להודות מאוד למכון הישראלי לדמוקרטיה ולנשיאו ד"ר אריק כרמון על היוזמה לתרום במחקר זה לשיח הציבורי בדבר אפשרות של פיצול מוסדי בישראל בין התביעה הכללית ליועץ המשפטי לממשלה. סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, פרופ' מרדכי קרמניצר, העיר והאיר על טיוטות המחקר. הערותיו המעולות ומאירות העיניים תרמו במידה ניכרת להשבחת המונוגרפיה. הערות נוספות ניתנו בדיוני השולחן העגול של המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנחייתה של גב' כרמית גיא. תודתי הרבה על הערותיהם המועילות של עו"ד דן אבי-יצחק, שר המשפטים לשעבר ד"ר יוסי ביילין, עו"ד משה גביש, שופט בית המשפט העליון לשעבר פרופ' יצחק זמיר, היועץ המשפטי לשעבר עו"ד מני מזוז, שר המשפטים פרופ' יעקב נאמן, פרופ' סוזי נבות, יו"ר לשכת עורכי הדין בישראל עו"ד יורם (יורי) גיא-רון, פרופ' ידידיה שטרן ונשיא בית המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר. תודות רבות נתונות לעו"ד דבורה חן ולעו"ד רנאטו יאראק שהקדישו לי מזמנם והתראיינו למחקר זה. גב' מיכאלה קלי וגב' תמר שקד סייעו בעת הכנת המחקר לבהירות השפה בעריכתן הלשונית מאירת העיניים.

האחריות לכל הכתוב היא כמובן עליי בלבד.



## תקציר

בחינה מדוקדקת של שיטות המשפט והפוליטיקה ב-57 משטרים פוליטיים דמוקרטיים ברחבי העולם מעלה כי הדפוס הרווח ביותר ליחס בין תפקידי התביעה הכללית הפלילית ליועץ משפטי לממשלה הוא של פיצול מוסדי בין היועץ המשפטי לממשלה או לרשות המבצעת לבין התביעה הכללית. בדרך כלל – בערך בשני שלישים מן המדינות הדמוקרטיות בעולם – התביעה הפלילית הכללית מתנהלת באמצעות רשות נפרדת ועצמאית באופן מוסדי, והיועץ המשפטי לממשלה או לרשות המבצעת, כמו גם ייצוג המדינה בנושאים אזרחיים (הן כנתבעת הן כתובעת), נתונים למוסד היועץ המשפטי לממשלה שהוא בדרך כלל חלק ממשרד המשפטים. היעדר מוחלט של פיצול מוסדי ותפקודי ומצב שבו היועץ המשפטי ממונה ישירות גם על התביעה הכללית – בדרך כלל כחלק ממשרד משפטים – יש רק ב-37% מן הדמוקרטיות בעולם.

במדינות שבהן אין פיצול מוסדי כאמור יש בדרך כלל פיצול תפקודי: למרות היעדרה של הפרדה מוסדית היועץ המשפטי אינו מתערב בהחלטות התביעה הכללית. לכן המצב בישראל – היעדר פיצול מוסדי בין היועץ המשפטי לממשלה לבין פרקליטות המדינה וגם היועץ המשפטי, שלרוב אינו מומחה במשפט פלילי, אחראי על פרקליט המדינה ויכול לבטל את החלטתו – הוא מצב חריג למדי בהיבט השוואתי.

במחקר זה נבחנו היבטים של המצב בישראל לנוכח תרחישים של תפקוד היועץ המשפטי והתביעה הכללית במצב של פיצול מוסדי. נבחנו גם היבטים מוסדיים היכולים ללמד אם אכן יביא הפיצול המוסדי להיחלשות מעמדו של היועץ המשפטי כמוסד מנחה ומייעץ לכלל המנהל הציבורי בישראל; כמו כן נבחנו השפעות הפיצול על מעמד התביעה הכללית – פרקליטות המדינה כיום. ההמלצה המרכזית המפורטת במחקר היא להביא לפיצול מוסדי: להערכתנו יביא הפיצול לחיזוק ניכר של התביעה הכללית בישראל ואולי גם של היועץ המשפטי לממשלה.

הפרק הראשון בספר הוא ניתוח השוואתי של מגמות איחוד מוסדי מול מגמות פיצול מוסדי של תפקידי היועץ והייצוג האזרחי אל מול התביעה הפלילית ברחבי העולם. ניתוח זה מתבסס בעיקר על חומר ראשוני שאפשר השוואה בין 57 שיטות משפט במדינות דמוקרטיות.

הפרק השני של הספר מנתח את התפתחותו הספציפית של מוסד היועץ המשפטי בישראל ואת התמורות ההיסטוריות שחלו בו במשך השנים.

הפרק השלישי מסביר מדוע פיצול מוסדי בין מוסד היועץ המשפטי לפרקליטות המדינה עדיף לשלטון החוק בישראל מהמצב כיום.

הפרק הרביעי והפרק החמישי של המחקר מבהירים מדוע פיצול מוסדי לא יחליש את מוסד היועץ המשפטי וייתכן שאף יחזק אותו, ומציינים את הגורמים שיבטיחו עוצמה של ייעוץ משפטי ותביעה כללית לאחר הפיצול המוסדי בהשוואה למצב כיום.

הפרק השישי והאחרון של המחקר מבהיר את הרפורמה המוצעת בהסתמך על פיצול מוסדי בין מוסד היועץ המשפטי לבין פרקליטות המדינה, שתהיה לרשות תביעה כללית ועצמאית מבחינה מוסדית.

## מבוא

### הצגת הבעיה

זה שנים חוזרת ועולה לדיון ציבורי ומקצועי בישראל סוגיית הפיצול המוסדי האפשרי בין מוסדות התביעה הכללית ופרקליטות המדינה לבין מוסד היועץ המשפטי לממשלה.<sup>1</sup> הדילמה הזאת אינה ייחודית לישראל והיא נדונה ברחבי העולם, לרבות בדמוקרטיות מבוססות, חלקן בעלות שיטת משפט קונטיננטלית וחלקן בעלות שיטת משפט מקובל. עם זאת ברוב מדינות העולם הוכרעה הכף לטובת הפיצול, ואילו בישראל, כמו גם באנגליה ובכמה מדינות נוספות, יש מבנה ייחודי ובעייתי, כפי שעוד יוסבר, שלפיו אין פיצול מוסדי. ועדת שמגר, לבחינת מוסד היועץ המשפטי ובעיקר דרכי מינויו, דנה בין שאר הסוגיות גם בסוגיית הפיצול המוסדי והחליטה נגדו.<sup>2</sup> הסיבה המרכזית שניתנה לכך ברוח הוועדה – ובדבריהם של אישים בכירים כשופטים יצחק זמיר, מאיר שמגר ואהרן ברק – היא הסברה שפיצול מוסדי יביא להיחלשות יתרה של מוסד היועץ המשפטי בתפקודו כיועץ וכמייצג של הממשלה וכמנחה המשפטי של הממשל הציבורי

- 1 ראו למשל אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" הפרקליט מ"ד 423 (תש"ס); רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה(2) 27 (1996); עלי זלצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה(2) 149 (1996); יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט ל"ז 47 (תשמ"ה); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה(2) 173 (1996); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא 411 (1989). לדיון נרחב ראו גד ברזילי ורוד נחמיאס **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות – עקרונות, מוסדות השוואתיים, ניתוח, ביקורת והמלצות לרפורמה** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997).
- 2 ראו **רוח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו התשנ"ט-1998** (להלן: **רוח שמגר**). חברי הוועדה היו יו"ר: מאיר שמגר, נשיא בית המשפט העליון בדימוס; חברים: פרופ' רות גביון, פרופ' דוד ליבאי, עו"ד משה נסים ועו"ד חיים צדוק. הרוח ניתן להורדה באתר האינטרנט של משרד המשפטים: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7356210A-9133-4729-B146-56B6D5F69788/0/MicrosoftWord42.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7356210A-9133-4729-B146-56B6D5F69788/0/MicrosoftWord42.pdf) (כל אתרי האינטרנט בספר זה אווזרו לאחרונה באוקטובר 2009).

על זרועותיו. החשש הוא שהפיצול המוסדי יביא להפיכת מוסד היועץ המשפטי לנמר של נייר ושלטון החוק בישראל ייפגע חמורות עקב פיצול כזה. למעט ציון כללי של שיטות משפט שבהן המצב דומה לזה שבישראל לא הביאה ועדת שמגר ראיות וממצאים השוואתיים לטיעוניה.<sup>3</sup>

מחקר זה נועד להציג מצע חדש ומושכל לדיון ציבורי נוסף בשאלת הפיצול של מוסד היועץ המשפטי מהתביעה הכללית בישראל אגב ראייה עקרונית והשוואתית. מסמך זה אינו מתיימר להציג תכנית מתאר מעשית של פרטי פרטים טכניים בכל הנוגע לתהליך הפיצול המוסדי אלא לתאר את הקריטריונים לקבלת החלטה בדבר פיצול מוסדי. מונוגרפיה זו היא פרי מחקר ואין היא עוסקת בשאלת המניעים של איש ציבור זה או אחר ובתמיכתו או בהתנגדותו לפיצול המוסדי בין הייעוץ לתביעה. היא מבוססת על מחקר שיטתי של מוסדות הייעוץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית בעולם ובישראל, בהסתמך על חומר ראשוני השוואתי רב.

דיון בפיצול מוסדי אפשרי חייב להיערך על בסיס של מודעות לפוליטיקה במשפט וערנות למשמעויות הפוליטיות של רפורמות משפטיות. המשפט אינו רק קובץ של כללים מכווני התנהגות; המשפט הוא מערכת של מהויות ערכיות מוצהרות או משתמעות ושל אינטרסים לקידום המטרות של שחקנים פוליטיים. המשפט אינו רק אוסף של פרוצדורות לניהול 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 מטה-לגלית המכתיבה ומעצבת את תוכני המשפט. המורכבות של המשפט והאתגר בהכנתו נובעים מהיותו בעת ובעונה אחת שיקוף של הפוליטיקה והחברה ואמצעי לעיצובם – כמו גם אמצעי בדיהם של פוליטיקאים ובידי המדינה לקידום אינטרסים. נוסף על כך, המשפט הוא אמצעי בידי הציבור ובידיהן של קבוצות לחץ בו לנסות ולהביא לשינוי חברתי או למנוע שינוי כאמור, כמו גם מסגרת ליישוב קונפליקטים, מסגרת ליצירת קונפליקטים ושפה לניהול חיים. לכן המשפט אינו יכול להיות שדה הנושא את עצמו במנותק מממדים אחרים של חיים ציבוריים ופרטיים. התנגדות לפיצול מוסדי או תמיכה ברפורמה כזו חייבת להביא בחשבון את מיקומו הפוליטי והציבורי המשמעותי של היועץ המשפטי בישראל.

שאלה היא, למשל, אם רצוי כי במדינה שאין בה חוקה כתובה ומערכת חוקתית מפותחת בנוגע לזכויות אדם ואזרח, יחזיק פקיד ציבור – מומחה ככל שיהיה – בעוצמה ציבורית רבה עד כדי כך שתכלול גם שליטה על מערכת התביעה הכללית. הבנה של המשפט וכן זיהוי והבנה של השחקנים המשפטיים, הכוחות החברתיים



הפוליטיים והמוסדות השלטוניים המתפקדים מחייבים ניתוח קפדני של ההקשרים המשפטיים, המוסדיים, החברתיים, הפוליטיים והתרבותיים בפעולותיהם של היועץ המשפטי והתובע הכללי. מרחבי פעילותם ואופני פעילותם של מוסדות אלה יושפעו במידה רבה מהשפה המטה-לגלית, מהאידיאולוגיה המדינתית ומהאופי הפוליטי של המשפט שבמסגרתו הם מתפקדים.

לפיכך יש לדון בשאלת הפיצול המוסדי והתפקודי בין מוסד היועץ המשפטי למוסד פרקליט המדינה בהקשר הפוליטי והמשפטי הרחב. התאוריה בדבר הפרדת הרשויות – שהיא אחת התוצאות המרכזיות של הליברליזם המוקדם – הניחה שהרשות השופטת מכריעה בסכסוכים משפטיים בין אזרחים או בינם לבין המדינה ושהרשות המבצעת מוציאה לפועל את פסקי הדין וגזרי הדין. הרשות המחוקקת, מצדה, קובעת את הדין המהותי וגם את הפרוצדורה באמצעות חקיקה ראשית. יישום התאוריה בדבר הפרדת הרשויות לענייננו מצדיק פיצול מוסדי, שתכליתו צמצום סמכויות רחבות ביותר של רשות אחת (היועץ המשפטי) והגברת העצמאות והעוצמה המוסדית של רשות אחרת (התביעה הכללית). ודאי שהתאוריה בדבר הפרדת רשויות תצדיק פיצול מוסדי במדינה שאין בה חוקה כתובה המעגנת זכויות אדם ואזרח ולנוכח ריכוז סמכויות נרחב כל כך בידי היועץ המשפטי – כמו בישראל.

עם זאת התהליכים הפוליטיים הם מורכבים, דיאלקטיים, מוסוים ובעייתיים יותר מהתמונה המצטיירת מתיאור נורמטיבי בסיסי זה של התאוריה בדבר הפרדת הרשויות. למעשה, במדינה המודרנית מעולם לא התקיימה הפרדת רשויות מלאה. למן שנות השלושים של המאה העשרים החלו המדינות המודרניות, בהדרגה, להיענות לדרישות ולחצים של קבוצות אוכלוסייה רבות. דרישות ולחצים פוליטיים, כלכליים וחברתיים אלה באו לידי ביטוי בעיקר באמצעות אליטות שביקשו להשתתף ולהשפיע על האינטרס הציבורי. הדמוקרטיה המודרנית הגיבה לתהליכים כמו תיעוש, עיור וקפיטליזציה בחקיקה מסיבית ובמעורבות רבה יותר של הבירוקרטיה בחיים הציבוריים, בין השאר באמצעות חקיקת משנה מסיבית של הרשות המבצעת. ההתפתחות של מדיניות הרווחה וכן התפתחות הטכנולוגיה, המדע, מערכות מידע, מערכות נשק ומערכות פיננסיות מורכבות היו חלק מהגורמים שהביאו לבירוקרטיזציה של המדינה המודרנית.<sup>4</sup>

Claus Offe, *Ungovernability: On the Renaissance of Conservative Theories of Crisis*, 4  
in OBSERVATIONS ON "THE SPIRITUAL SITUATION OF THE AGE" (Jürgen Habermas ed.,  
Cambridge: MIT Press, 1984); CHARLES TILLY, *CITIZENSHIP: IDENTITY AND SOCIAL HISTORY*  
(Cambridge: Cambridge University Press, 1995); Michel Foucault, in *POWER AND  
KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972-1977* 1 (Colin Gordon  
ed., New York: Pantheon House, 1980)

בהקשר זה מנגנוני האכיפה של הדין הפלילי בדמוקרטיה קשורים בטבורם למבנה המדינה והם משמעותיים למאבקי הכוח הציבוריים. השליטה במערכת התביעה והענישה מעניקה למדינה יכולת פוליטית לכפות את מרותה, לאכוף את דיניה ולממש את כוחה הפוליטי ואת ריבונותה כלפי פנים וכלפי חוץ. הסמכות להחליט בדבר הגשה או אי-הגשה של כתבי אישום, הסמכות לנהל הליכים במשפט פלילי והסמכות להחליט על השעיתם או על הפסקתם הן סמכויות בעלות משקל כבד בהיבט של שליטה, מרות, ענישה וזכויות אדם. לפיכך אין תמה שמבנה התביעה הפלילית והיקף סמכויותיה זוכים לתשומת לב ציבורית בכל רחבי העולם. סמכויות אלה יכולות לקבוע את היקף האופוזיציה הפוליטית המותרת ואת היקף הענישה על מעשים ומחדלים. מערכת הענישה משקפת את אופייה של הדמוקרטיה במדינה ומלמדת לא רק על אופיים של הנאשמים אלא גם על זה של המאשימים. בהקשר זה עלות כמה שאלות חשובות: מה הם רכיביה של מערכת התביעה הפלילית והייעוץ המשפטי לממשל – או לממשלה? מה זיקתה של מערכת זו למדינה, למוקדי הכוח שבה, לגופים פוליטיים ולציבור הרחב?

מחקר זה עוסק במוסד התביעה הכללית (General Prosecution), שהוא נדבך מרכזי במערכת הענישה המדינית, ובמוסד היועץ המשפטי לממשלה (General Attorney). אף על פי שברחבי העולם מוסדות אלו מכונים בשמות שונים, ניתן לקבוע בוודאות כי שני תפקידים אלו נבדלים במהותם העקרונית. היועץ המשפטי לממשלה הוא למעשה עורך דינה של הממשלה והממונה על ייעוץ חוקתי לממשל כולו, על אגפיו המנהליים. בדרך כלל היועץ המשפטי גם מייצג את המדינה לפני בתי המשפט בתיקים אזרחיים, בין שהמדינה היא התובעת ובין שהיא הנתבעת. כמו כן בישראל היועץ המשפטי לכנסת כפוף ליועץ המשפטי לממשלה למרות הצורך הברור בהפרדת רשויות גם בהקשר זה. מבחינה השוואתית מדובר במצב חריג – וכמוהו גם הפרדוקס הנוצר מכך שהיועץ המשפטי הוא גם היועץ החוקתי של מבקר המדינה, אף זאת בניגוד להיגיון של הפרדת הרשויות בין הרשות המבצעת (שהיועץ המשפטי הוא חלק ממנה) לבין הגוף המבקר אותה. בו בזמן, התביעה הכללית אחראית על ניהולם של הליכי חקירה פלילית ואכיפת המשפט הפלילי, כמו גם על ניהולם מטעם המדינה של המשפטים הפליליים בבתי המשפט של המדינה. כיצד – אם בכלל – אפשר ורצוי לשלב בין תפקידים אלו ברמה המוסדית? מה הן ההשלכות של פיצול או איחוד בין מוסדות העוסקים בתפקידים שונים כאמור? על כך אעמוד בפרקים הבאים.

## פרק ראשון

### מחקר השוואתי

חשיבות התביעה הכללית והייעוץ המשפטי אינה מתמצה בהיבט הפורמליסטי-פוזיטיביסטי. טעות היא להניח כי מדובר בפקידי ציבור בכירים בעלי הכשרה משפטית גרדא שהם חוליה במנהל הציבורי. טעות חמורה יותר היא הסברה שניתן ליישב בקלות בין התפיסה בדבר הפרדת רשויות לבין קיומם של התביעה הכללית והייעוץ המשפטי. בדמוקרטיה מערבית מואצלות לתובעים כלליים וליועצים משפטיים סמכויות שיכולה להיות להן השפעה מהותית על עיצוב החיים הציבוריים לרבות עיצוב תוכני חוק, היקפן של חירויות דמוקרטיות וזכויות אדם, היקף מעורבותה של המדינה בחברה האזרחית, אופי הפרוצדורה הפוליטית וכללי המשחק הפוליטי. ממלאי תפקידים אלה מוגדרים תדיר כמייצגים של "אינטרס הציבור" ויש בכך כדי ללמד על יכולתם להשפיע על ההווה הפוליטית אגב שימוש בסמלים של טובת הכלל. חשוב לציין כי סערות ציבוריות סביב מוסדות של ייעוץ משפטי ושל תביעה כללית אינן ולא היו נחלתה של ישראל בלבד. במדינות רבות (למשל אוסטרליה, אירלנד, ארצות הברית וקנדה) הובילו הדיונים הציבוריים בנושאים אלה לשינויי חקיקה מהותיים. הקשר הבעייתי בין מוסדות ופונקציות אלה לבין עקרונות דמוקרטיים הוא תופעה אוניברסלית. המעורבות הפוליטית של יועצים משפטיים לממשלה ושל תובעים כלליים בעיצובם של כללי המשחק הפוליטי, השימוש שנעשה בהם לצורכי לגליזציה של מעשי השלטונות ומחדליהם והלחצים המופעלים עליהם בעת מאבקים בעבריינות שלטונית – כל אלה הטילו את נושאי התפקידים הללו למרכזם של משברים ציבוריים.

לאחר בחינה השוואתית של 57 שיטות משפטיות ברחבי העולם, על סמך חומר ראשוני, אפשר לקבוע בוודאות כי פיצול מוסדי מלא בין התביעה הכללית לבין היועץ המשפטי הוא הדפוס העולמי הרווח ביותר בשיעור של כ-58% מהדמוקרטיות בעולם (בכללן ישראל) ובשיעור של 61% מהדמוקרטיות המערביות. היעדר מוחלט של פיצול מוסדי ופיצול תפקודי וכן מצב שבו היועץ המשפטי ממונה ישירות גם על התביעה הכללית (בדרך כלל כחלק ממשרד משפטים) נמצאו רק ב-37% מהדמוקרטיות בעולם.

במילים אחרות: מודל ממשלי-משפטי של תביעה וייעוץ משפטי דוגמת זה שבשראל כיום הוא באופן ברור ומובהק היוצא מן הכלל במשטרים דמוקרטיים.

קבוצת מדינות עם מודל מוסדי הדומה לישראלי כוללת את המדינות שהלכו בעקבות המודל החוקתי האנגלי. על פי מודל זה הרשות המבצעת מקיימת את התביעה הכללית כהמשך היסטורי לידו הארוכה של המלך, ללא פיצול משמעותי בין ייעוץ משפטי לתביעה פלילית. נוסף על אנגליה, שהיא מודל האם של המשפט המקובל (common law) להיעדר פיצול מוסדי כאמור, קבוצה זו כוללת את ארצות הברית,<sup>5</sup> בוטסואנה, הודו, ישראל, ניו זילנד, סינגפור, סרי לנקה וקניה.<sup>6</sup> לעתים מדינות אלו נבדלות זו מזו בחלוקת התפקידים בין היועץ המשפטי לתביעה הכללית. כך למשל, באנגליה ובניו זילנד התביעה הכללית נהנית מאוטונומיה תפקודית ניכרת בקבלת החלטות על הגשת כתבי אישום ובניהול תיקים פליליים, אף על פי שמבחינה פורמלית הסמכות העליונה לקבלת ההחלטות בעניינים אלה היא של היועץ המשפטי. עם זאת באנגליה ובניו זילנד היועץ המשפטי הוא שר בממשלה; בניו זילנד הוא אף נושא באחריות מיניסטריאלית החורגת מהיותו היועץ המשפטי.<sup>7</sup> שונה המצב בישראל שבה היועץ המשפטי הוא דמות מקצועית-משפטית והוא אינו חבר ממשלה.

יש מדינות בעלות מבנה חוקתי קונטיננטלי שאימצו מודל לא מפוצל מוסדית כחלק מתפיסה של ריכוז שלטוני וריכוז תפקידים באותו מוסד פוליטי-משפטי. קבוצה זו כוללת את אוסטריה (שבה היועץ המשפטי נפרד מן התביעה הכללית אך שניהם כפופים ישירות לשר המשפטים), אורוגוואי, ארגנטינה, בלגיה, דנמרק, טייוואן, לוקסמבורג, לטביה, מלטה, מקסיקו, פולין, פורטוגל, קפריסין, שווייץ ותאילנד.<sup>8</sup> בשווייץ, למשל,

5 אם כי המודל האמריקני כולל גם אלמנטים של פיצול מוסדי ותפקודי, כפי שיובהר בהמשך.  
6 לתיאור המודל האנגלי, שלפיו היועץ המשפטי מפקח על התביעה הכללית, ראו ברזילי ונחמיאס, **לעיל** ה"ש 1; ליאור בן-דוד **היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות יעוץ, ייצוג ותביעה כללית – סקירה משווה** (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2007). בוטסואנה: [www.agc.gov.bw](http://www.agc.gov.bw); סרי לנקה: [www.attorneygeneral.gov.lk/Profiles/ProfileAG.htm](http://www.attorneygeneral.gov.lk/Profiles/ProfileAG.htm); קניה, סעיף 26 לחוקת קניה (מהדורת 2008): [www.kenya.rcbowen.com/constitution/chap2\\_3.html](http://www.kenya.rcbowen.com/constitution/chap2_3.html).  
7 ברזילי ונחמיאס, **לעיל** ה"ש 1; ליאור בן-דוד, **לעיל** ה"ש 6.  
8 אוסטריה: [www.euro-justice.com/member\\_states/austria/country\\_report/1363](http://www.euro-justice.com/member_states/austria/country_report/1363); אורוגוואי: [www.assetrecovery.org/kc/node/b84045a2-5721-11dd-9116-b9dd47fdd61d.2](http://www.assetrecovery.org/kc/node/b84045a2-5721-11dd-9116-b9dd47fdd61d.2); בלגיה: [www.euro-justice.com/member\\_states/belgium/country\\_report/1479/](http://www.euro-justice.com/member_states/belgium/country_report/1479/); דנמרק: [www.euro-justice.com/member\\_states/denmark/country\\_report/2735/](http://www.euro-justice.com/member_states/denmark/country_report/2735/); תאילנד: [www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfcjmx.txt](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfcjmx.txt); מקסיקו: [www.ago.go.th/eng/p1.pdf](http://www.ago.go.th/eng/p1.pdf); פולין: [www.moj.gov.tw/ct.asp](http://www.moj.gov.tw/ct.asp); טייוואן: [www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjpol.txt](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjpol.txt); לטביה: [www.euro-justice.com/member\\_states/latvia/country\\_report/2817](http://www.euro-justice.com/member_states/latvia/country_report/2817); לוקסמבורג: [www.euro-justice.com/member\\_states/](http://www.euro-justice.com/member_states/);

הקריטריון הממשלי היה עיצוב מבנה של תביעה כללית וייעוץ משפטי שיפקח במרוכז על המבנה הפדרלי וימנע חוסר התאמה בין אינטרסים פוליטיים של הקנטונים. כאמור, ברוב המדינות הדמוקרטיות בעולם – בכללן מדינות עם שיטת משפט קונטיננטלית ומדינות עם שיטת משפט מקובל – יש פיצול מוסדי בין הייעוץ המשפטי לתביעה הכללית. במחקר זה נבדקו אוסטריה, אוקראינה, איטליה, אירלנד, אסטוניה, ארמניה, בולגריה, ברזיל, גרמניה, דרום אפריקה, דרום קוריאה, הולנד, הונגריה, ונצואלה, יוון, יפן, ליטא, נורווגיה, נמיביה, סלובניה, סלובקיה, ספרד, סקוטלנד (מערכת התביעה בסקוטלנד נפרדת מזו שבאנגליה ובוויילס), פינלנד, צ'ילה, צ'יה, צרפת, קולומביה, קוסטה ריקה, קנדה, רוסיה, שוודיה וטורקיה.<sup>9</sup> אם כן, בניגוד למיתוס הרווח, יש פיצול מוסדי גם במדינות המשפט המקובל ולא רק במדינות המשפט הקונטיננטלי. הוא מתקיים גם במדינות שבהן היועץ המשפטי – או גוף הקרוי בשם אחר אך ממלא פונקציות של ייעוץ והכוונה משפטית לממשל – הוא גוף נפרד מהממשלה עצמה ורק יועץ לה, כדוגמת אירלנד (משפט מקובל), פינלנד, שוודיה ובגרסה מוסדית שונה מעט גם צרפת (משפט קונטיננטלי).

---

luxembourg/country\_report/2806 /קפריסין, ראו חוקת קפריסין משנת 1960, סעיף 113: web.worldbank.org/ ; למדינות נוספות ראו: www.servat.unibe.ch/icl/cy00000\_.html WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTINST/0,,contentMDK:20755168~ menuPK:2035446~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:1974062,00.html ; וכן: www.ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/wfcj.htm

9 אסטוניה: www.euro-justice.com/member\_states/estonia/country\_report/2770 ; ארמניה: www.genproc.am ; ברזיל: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfcjsbr.txt ; גרמניה: www.euro-justice.com/member\_states/germany/country\_report/2788 ; דרום אפריקה, חוקת דרום אפריקה, 1996, סעיף 179: www.servat.unibe.ch/icl/sf00000\_.html ; דרום קוריאה: www.euro-justice.com/ ; הונגריה: www.moj.go.kr/HP/ENG/eng\_03/eng\_3050.jsp ; קוסטה ריקה: www.ojp.usdoj.gov/member\_states/hungary/country\_report/2800 ; ונצואלה: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfcjsvz.txt ; יוון: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfcjsr.txt ; ליטא, סעיף 118 לחוקת ליטא משנת 1992: www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm ; וכן: www.euro-justice.com/member\_states/lithuania/country\_report/2823 ; נמיביה: www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Independence\_Judiciary/indongo.pdf ; צ'יה: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjhun.txt ; סלובניה, סעיף 136 לחוקת הסלובניית משנת 1991: www.servat.unibe.ch/icl/si00000\_.html ; צרפת: www.euro-justice.com/ ; בולגריה: www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ ; קולומביה: www.assetrecovery.org/kc/node/6d13a7b2-1b49-11dd- ; טורקיה, סעיף 154 לחוקת הטורקית מ-1982: www.byegm.gov.tr/ ; 95ef-c3cba758e5a8.16 sayfa.aspx?Id=78 ; כן ראו במאגרי המידע הכלליים כמפורט לעיל, ה"ש 8.

באוסטרליה – מדינת משפט מקובל – התביעה הפלילית הכללית היא רשות נפרדת לחלוטין וסמכויותיה נקבעות על פי חוק מיוחד.<sup>10</sup> נדיר שהיועץ המשפטי מתערב בשיקול דעתו של התובע הכללי אם לפתוח בהליכים פליליים או להימנע מכך; מקבל ההחלטות האולטימטיבי בעניינים אלו הוא כמעט תמיד התובע הכללי. באוסטרליה מקפידים הקפדה יתרה על הימנעות מכל מעורבות של היועץ המשפטי בהגשת כתבי אישום נגד שרי ממשלה ואנשי ממשל בכירים. היועץ המשפטי הוא גם שר וחבר קבינט ובסמכותו להוציא הנחיות לתובע הכללי – רק לאחר היוועצות עם האחרון; הנחיות אלו חייבות להתפרסם רשמית, והן חייבות בדיווח לשני בתי הפרלמנט האוסטרלי.<sup>11</sup> אוסטרליה היא דוגמה למדינה שבה ריכוז הסמכויות של התביעה והיועץ המשפטי פוצל באופן מוסדי. הדבר אפשר להגדיל את עצמאותה של התביעה הכללית כמו גם את היקף הדיווחיות והשקיפות הן של מוסד הייעוץ המשפטי הן של מוסד התביעה הכללית.

מדינות בולטות אחרות שיש בהן פיצול מוסדי כאמור הן דרום אפריקה, דרום קוריאה וברזיל. בסוף שנות השמונים נערכה במדינות אלה רפורמה שנועדה להפריד בין התפקידים עקב חשש מהתערבות יתרה של היועץ המשפטי בשיקול הדעת של התביעה הכללית. עם זאת ברוב המדינות שיש בהן פיצול מוסדי היועץ המשפטי הוא גם דמות פוליטית – למשל שר וחבר קבינט. בישראל היועץ המשפטי הוא אמנם דמות מקצועית ומשפטן מובהק ולא שר בממשלה, אך מינויו הוא מינוי ממשלתי-פוליטי ותלותו בממשלה עלולה להיות רבה מאוד. כך למשל, ניכר לכאורה החשש שיועץ משפטי בעל הזדהות פוליטית עם הממשלה יימנע מהגשת כתבי אישום נגד חבריה. פיצול מוסדי בין התביעה הפלילית לייעוץ המשפטי יסייע מאוד לניתוק ניכר של התביעה הכללית ממוקדי הכוח הפוליטי שעליהם היא אמורה לפקח ועלולה להידרש להעמיד לדין. כך בישראל וכך במדינות דמוקרטיות אחרות.

בארצות הברית – אף היא ביסודה מדינה של משפט מקובל – שר המשפטים מכהן כיועץ המשפטי וגם כתובע הכללי הפדרלי. בולט הניסיון של הממשל הפדרלי לכוונן עוצמה פוליטית לאומית וליישמה מתוך ריכוז סמכויות בידי משרד המשפטים הפדרלי: שר המשפטים הוא חבר הקבינט, הוא היועץ המשפטי לממשל ולמדינה הפדרלית כולה, והוא גם מנחה את מדיניות התביעה הכללית במדינות השונות. כשר המשפטים הוא מוסמך להורות לפרקליטים הפדרליים, הממונים על 94 מחוזות

10 ראו Director of Public Prosecutions Act, 1983: [www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/EDBAFC12001D771ECA25766B001A4B7A?](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/EDBAFC12001D771ECA25766B001A4B7A?OpenDocument)

OpenDocument

11 ראו למשל, סעיפים (3)(2E), 8 לחוק, שם.

השיפוט הפדרליים, להגיש או להימנע מלהגיש תביעה; הוא מוסמך למנוע מפרקליט מסוים לנהל תיק פלילי או אף להביא להחלפתו באחר. למרות סמכויות נרחבות אלה שר המשפטים בארצות הברית הוא דמות פוליטית לכל דבר: הוא מקורב לנשיא, על פי רוב חבר במפלגתו, הוא מתמנה לתפקידו על ידי הנשיא ונתון להדחה מתפקידו על ידי הנשיא.

המודל האמריקני שתואר לעיל מקשה מאוד על מאבק בפשיעה של אליטות שלטוניות וחושף את הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית ללחצים פוליטיים כבדים. עקב מיסודו של היעדר ההפרדה בין הייעוץ לתביעה ובין לבין תפקיד שר המשפטים הפוליטיקאים יכולים להשתמש במשפטנים שבשירות המדינה לקידום אינטרסים אישיים ושלטוניים. מודל זה, הנעדר הפרדה מוסדית ופונקציונלית, עלול לפגוע קשות בהפרדת רשויות. לדוגמה, מאז 1840 מקובל בארצות הברית ששר המשפטים מסייע לנשיא באיסוף המידע הנוגע למינוי שופטים פדרליים לבית המשפט הפדרלי העליון: יש בעייתיות בכך שהזרוע המאשימה ומוציאה לפועל היא בעלת השפעה גדולה – לפעמים מכריעה – על מינוי של שופטים פדרליים.

עם זאת יש בארצות הברית מסורת מצומצמת של יועצים משפטיים ותובעים עצמאיים. בשנת 1978, בעקבות משבר ווטרגייט וסירובו של הנשיא דאז ריצ'רד ניקסון לשתף פעולה עם רשויות החוק הפדרלי ולמסור לידהן מסמכים נשיאותיים שעלולים היו להפילו, הוקם בארצות הברית מוסד התובע המיוחד. המטרה הייתה ליצור רשות חקירה ותביעה עצמאית לחלוטין מן הממסד הפוליטי של הרשות המבצעת (United States Office of the Independent Counsel). על פי החוק דאז, בהתקיים חשד לעברה של אישיות ציבורית פדרלית או של חברי ועדות למימון בחירות לנשיאות הוסמך בית משפט פדרלי בהרכב של שלושה שופטים להמליץ על מסירת החקירה לידיו של תובע מיוחד, החייב אמנים לקונגרס ולא לרשות המבצעת.<sup>12</sup> מוסד זה בוטל בשנת 1999 עקב ביקורת הולכת וגוברת בממשל הפדרלי על עצמאותו המוחלטת למעשה של התובע המיוחד ועל היותו מעין "רשות שלטון רביעית". נכון להיום עדיין פועל בארצות הברית מוסד היועץ המיוחד (Special Counsel) הפדרלי. מדובר בגוף חקירה ותביעה עצמאי מוגבל, שעניינו להגן על עובדי הממשל הפדרלי מפני לחצים והשפעות לא ראויים.<sup>13</sup>

הוויכוחים הציבוריים הניטשים היום בישראל התקיימו באירלנד בשנות השבעים ובקנדה ובפינלנד בשנות השמונים המאוחרות ובשנות התשעים. על פי רוב הובילו

12 ראו Title 28 of the Judiciary and Judicial Procedure in the U.S. Code

13 ראו Civil Service Reform Act: 1978

ויכוחים אלה לפיצול מוסדי, חלקי או מלא. בקנדה, אף היא מדינת משפט מקובל, התבצע ב-2006 פיצול מוסדי חלקי. הוקמה רשות נפרדת ועצמאית לתביעה כללית האחראית על מאבק בפשעים פדרליים ועל ניהול הליכים פליליים בטריטוריות הצפוניות של קנדה ובקוויבק. הפיצול המוסדי לא מתקיים לעניין עברות ברמת המדינה המקומית אלא רק בעברות פדרליות.<sup>14</sup> בוויכוחים שקדמו לשינוי בקנדה הודגש הרצון להפריד את התביעה הכללית מן היועץ המשפטי שהוא דמות פוליטית ושר בממשלה, בדומה למצב בארצות הברית. עם זאת גם היום רשאי שר המשפטים הקנדי – שהוא גם היועץ המשפטי – לבקש כי החלטה של התביעה הכללית תועבר לעיונו אם הוא סבור שיש חשש לעיוות דין, בהתאם לנוהג החוקי במשפט הקנדי מאז סוף המאה התשע עשרה. נוסף על כך, בשל היריבות הפוליטית הקשה בקנדה בין האזור הצרפתי-קנדי של קוויבק לבין האזור האנגלי-קנדי של אונטריו, שר המשפטים הקנדי מחזיק בסמכות פישור בעת קונפליקטים הכוללת מציאת פתרונות חוקתיים שישמרו על אחדותה הטריטוריאלית של המדינה. המודל בקנדה ובארצות הברית – שבו היועץ המשפטי הוא גם שר המשפטים, ובארצות הברית גם התובע הכללי – הוא בעייתי במיוחד לעומת המודל הישראלי שבו היועץ המשפטי הוא דמות מקצועית שאינה מכהנת בתפקיד מפלגתי או מיניסטריאלי כלשהו.

אם כן, מבט השוואתי מעלה כי היעדר מוחלט של פיצול מוסדי בין התביעה הכללית לבין היעוץ המשפטי הוא מצב נדיר המתקיים רק בכשליש – לכל היותר – מהמדינות בעולם הדמוקרטי. המודל השכיח בעולם הוא פיצול מוסדי, והמודל הישראלי הוא חריג בולט. עוד עולה מהשוואה כי יש מגוון עצום של יחסים מוסדיים בין התביעה הכללית לרשויות שלטון אחרות הנובע בעיקר משיקולים מקומיים ומהקשר תרבותי. פעמים התביעה הכללית היא עצמאית לחלוטין, כרשות נפרדת; פעמים היא חלק מהרשות השופטת, פעמים היא חבה אמונים לרשות המחוקקת ופעמים היא חלק ממשרד המשפטים. במקרים רבים שבהם רשות התביעה הכללית היא רשות נפרדת, הפיקוח עליה מצומצם לדרישות של דיווח על מדיניות ולפיקוח על תקנים ועל שימוש בכספי ציבור.

מבנה המשטר הפוליטי (פדרלי או אוניטרי) יכול להשפיע על ההיקף והאופי של התביעה הכללית והיעוץ המשפטי לממשל או לממשלה. כך למשל, התביעה הכללית בגרמניה מוסמכת לתאם בין הממשל המרכזי לבין המדינות בפדרציה בעניינים חוקתיים. התובע הכללי הפדרלי של גרמניה יכול להעביר עניינים שבסמכותו לשיקול דעתם של התובעים הכלליים במדינות, ואלה נושאים בעיקר הנטל של התביעה



הפליילית בגרמניה. לעומת זאת, ככל שמדובר בעברות חמורות נגד ביטחון המדינה – המוגדרות כעברות של ריגול, בגידה וטרור – הוא יכול להחליט לטפל בעניינים שהעיסוק המשפטי בהם חל ברמת המדינות. הדין הגרמני אוסר כל מעורבות של שר המשפטים או של גורם פוליטי-מפלגתי אחר בעברות חמורות מסוג זה.<sup>15</sup>

אחד העקרונות המרכזיים בשיטות המשפט בעולם הוא פיצול מוסדי שמטרתו למנוע ריכוז מוגזם של כוח בידיו של היועץ המשפטי, העלול להיות נתון להשפעה פוליטית – בין שהוא דמות מקצועית-משפטית מובהקת ובין שהוא שר או חבר פרלמנט. טרם עליית הנאציזם לשלטון, למשל, רווחה באירופה תפיסה שהקלה ראש בצורך לפצל עוצמה בכל האמור לעיצוב המשפט. כיום המודל במערב אירופה ניוון בעיקר מהתפיסה שעוצבה אחרי מלחמת העולם השנייה שלפיה ריכוז כוח פוליטי גדול בידי רשות אחת עלול לסכן את הדמוקרטיה. עקב תפיסה זו מוסדה התביעה הכללית במדינות רבות באירופה בנפרד משרד המשפטים, בפיצול של הכוח המשפטי לזרועות ממשל שונות. באיטליה, למשל, העצמאות המוסדית של התביעה הפליילית הכללית מובטחת בחוק המדינה: באופן זה המלחמה בפשיעה מתבצעת על ידי רשות של תביעה כללית שאינה נתונה להשפעות פוליטיות זרות או להוראות משרד המשפטים בנוגע לנקיטת הליכים פלייליים או להפסקתם. כמו כן, החוקה האיטלקית מעניקה לתביעה הכללית מעמד דומה מאוד לזה של הרשות השופטת. התובעים הכלליים נהנים מחסינות ומאוטונומיה מוסדית כמו בתי המשפט והשופטים, והם נבחרים לתפקידם על ידי גוף בעל רוב מקצועי – שני שלישים הם שופטים ושליש הם חברי פרלמנט – בראשות נשיא איטליה. הדחה של תובע כללי אפשרית רק בהליך משמעותי מיוחד בגין עברות משמעות.<sup>16</sup>

המודל האיטלקי האמור אינו שונה מהמודל הרווח במדינות רבות אחרות באירופה המערבית, והוא משקף את הרצון להעניק לתביעה הכללית אפקטיביות באמצעות אוטונומיה מבנית-מוסדית. תפיסה דומה באה לידי ביטוי במדינות בצפון מערב אירופה כמו שוודיה, נורווגיה ופינלנד, שגם בהן רשות התביעה היא עצמאית ואוטונומית.<sup>17</sup>

בצרפת התובע הכללי מנותק מהמנהל הממלכתי, והוא חלק בלתי נפרד ממערכת בתי המשפט. במסגרת זו הוא מוסמך להמליץ על הטריבונל השיפוטי המתאים שלפניו

15 [www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjger.txt](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/ascii/wfbcjger.txt)

16 סעיפים 107-108 לחוקה האיטלקית: [www.servat.unibe.ch/icl/it00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html); כן ראו:

[www.euro-justice.com/member\\_states/italy/country\\_report/4513/](http://www.euro-justice.com/member_states/italy/country_report/4513/)

17 שוודיה: [www.euro-justice.com/member\\_states/sweden/country\\_report/637/](http://www.euro-justice.com/member_states/sweden/country_report/637/); נורווגיה:

[www.euro-justice.com/member\\_states/finland/country\\_report/2776/](http://www.euro-justice.com/member_states/finland/country_report/2776/); פינלנד: [www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?inford=12](http://www.riksadvokaten.no/ra/ra.php?inford=12)

יתנהל ההליך הפלילי; כמו כן הוא מוסמך להמליץ על אי-הגשה של כתב אישום בהיעדר תשתית ראייתית שדי בה לאישום בפלילים.

ההסדר המוסדי באוסטריה הוא שונה. התביעה הכללית כפופה למשרד המשפטים אך הפיצול מתקיים בנוגע לסמכויות הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי בנושאי פנים ניתן על ידי השירות המשפטי של משרד הקנצלר, והייעוץ המשפטי בנושאי חוץ ניתן על ידי השירות המשפטי של משרד החוץ. מדי פעם נוהג הממשל הפדרלי האוסטרי לפנות ללשכת עורכי הדין ולאנשי אקדמיה בבקשות לייעוץ משפטי. יתרונו של הסדר כזה טמון בהיעדר עוצמה פוליטית המרוכזת בידי יועץ משפטי אחד. חסרונו הבולט של פיצול קיצוני זה בסמכויות הייעוץ המשפטי הוא השליטה הכמעט מוחלטת של אנשי הממשל על זמירות ועל תוכנן של חוות הדעת המשפטיות המוגשות להם.

אנגליה עיצבה מודל ייחודי. עד שנת 2007, בהיעדר משרד משפטים באנגליה, היו התביעה הכללית והייעוץ המשפטי כפופים למשרדו של הלורד צ'נסלור (Lord Chancellor) שהתמנה לתפקידו על ידי ראש הממשלה על בסיס שיקולים פוליטיים. בשנת 2007 הוקם באנגליה משרד משפטים, בוטל משרדו של הלורד צ'נסלור, ומאז היועץ המשפטי והתובע הכללי הכפוף לו הם יחידות במשרד המשפטים. מדובר בשני מנגנונים בירוקרטיים נפרדים זה מזה הכפופים מוסדית למשרד המשפטים. היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General) מפקח ואחראי לפני משרד המשפטים ולפני הפרלמנט על העבודה של סגנו התובע הכללי (General Solicitor) ושל התביעה הכללית. אם כן, אין באנגליה פיצול מוסדי משמעותי בין הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית. עם זאת הפיקוח הפרלמנטרי על עבודת היועץ המשפטי באנגליה הדוק בהרבה מזה שבישראל, שבה אין כמעט ביקורת ציבורית על היועץ המשפטי למעט ביקורת של כלי התקשורת ולעתים נדירות זו של בג"ץ.

הניתוח ההשוואתי מעלה כי המשותף בדרך כלל לכל המוסדות והפונקציות של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית הוא ניסיון להעניק להם יוקרה מקצועית-משפטית בד בבד עם הגדרה ייחודית של תביעה כללית לעומת ייעוץ משפטי (הכולל לרוב גם ייצוג אזרחי). ההבדל בין המוסדות והפונקציות במדינות שונות נוגע לרוב להיקף העצמאות המוסדית ולרמת הפיצול בין הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית. ברוב הדמוקרטיות בעולם יש פיצול מוסדי ברור ויש רשות עצמאית של תביעה כללית. הסמכויות המוענקות לפונקציות ולמוסדות אמנם משתנות בפרטי הפרטים ממדינה למדינה, אך אפשר בקלות למפות את המשותף. ייעוץ משפטי במדינות דמוקרטיות כרוך בחיווי דעה על שאלות חוקתיות וכייצוג משפטי לפני בתי המשפט, בדרך כלל בנושאים אזרחיים. במקרים בעלי חשיבות חוקתית רבה יופיע בדרך כלל היועץ המשפטי (לפעמים מדובר בשר המשפטים בעצמו) לפני בתי המשפט החוקתיים או העליונים ולעתים לפני טריבונלים בין-לאומיים. כדי להקל על היועץ המשפטי

בעבודתו מקובל כי תעמוד לרשותו מועצה חוקתית או גוף מקצועי דומה. תפקיד חשוב נוסף של מרבית היועצים המשפטיים הוא ייעוץ בנושאי חקיקה. הנחת המוצא המשטרית היא שיועצים משפטיים הם בעלי המומחיות ונקודת המבט הרחבה העושות אותם כשירים לייעוץ כיצד ליזום חקיקה שתהיה קוהרנטית עם עקרונות היסוד של השיטה הקונסטיטוציונית כולה. בחלק ממדינות אירופה תפקיד הייעוץ המשפטי לחקיקה נתון בידי מוסדות אחרים ולא ליועץ המשפטי. בצרפת, למשל, המועצה החוקתית (Conseil Constitutionnel) היא הקובעת את אמות המידה לחקיקה, בהתאם לחוקה הצרפתית של הרפובליקה החמישית מ-1958 והצהרת זכויות האדם והאזרח מ-1789, ושר המשפטים יועץ בענייני משפט מנהלי. לעומת זאת רשויות תביעה עצמאיות עוסקות בחקירות פליליות, בפיקוח על חקירות פליליות ובניהול הליכים פליליים בבתי המשפט.

הבחינה ההשוואתית אינה מעלה בסיס רחב לטענה שפיצול מוסדי בין הייעוץ המשפטי לתביעה הפלילית מחליש את אחד המוסדות; אדרבה, חלוקת תפקידים ברורה, על בסיס מוסדי, יכולה לייעל את תפקודם של שני המוסדות הללו. יתר על כן, כפי שנבהיר בהמשך, העובדה שיש לישראל מאפיינים ייחודיים אינה מייתרת את הפיצול המוסדי אלא דווקא מחזקת את הצורך בו. כך למשל, העובדה שאין בישראל חוקה כתובה ואין בה מגילה משוריינת חוקתית של זכויות אדם ואזרח מצדיקה דווקא הפרדה בין התפקידים והסמכויות. איחוד הסמכויות, במצב היום, הופך את הייעוץ המשפטי – שהוא גם מפקח על התביעה וממונה פוליטי על ידי הממשלה – לאחת מזרועות השלטון הכי חזקות והכי פחות מבוקרות במדינה. כאמור, בפרק הבא נתבונן מחקרית במצב בישראל, שכמותו וברומה לו יש רק בכשליש מהמדינות הדמוקרטיות בעולם.

## פרק שני

### הייעוץ המשפטי בישראל – חולשה או עוצמה?

מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל, כהתגלמותו בשנים 1948–2009, שונה במידה רבה מהמודלים הרווחים בעולם הדמוקרטי. ארבעה נושאים עיקריים מבדילים בינו לבין מוסדות אחרים בעולם: ריכוז הסמכויות, היקף הסמכויות, היעדר מיסוד מספיק של התביעה הכללית (התפקיד המסור כיום לפרקליט המדינה) והיעדר פיצול מוסדי בין הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית.<sup>18</sup> יועצים משפטיים לממשלה בישראל היו מעורבים בפרשות ציבוריות מאז קום המדינה: בשנים הראשונות היו אלה פרשות כמו חקיקת חירום נגד אנשי האצ"ל או ברית הקנאים (מחתרת ג'מיי); בשנות החמישים והשישים היה זה, למשל, "עסק הביש"; בשנות השבעים היו אלה פרשות שחיתות; בשנות השמונים והתשעים – פרשת קו 300 ופרשת בר-און; ובעיקר בעשור האחרון (2000–2010) עסקינן בהגשת כתבי אישום נגד בכירי המדינה – ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט ונשיא המדינה לשעבר משה קצב. יועצים משפטיים לדורותיהם היו מעורבים בהגשת כתבי אישום נגד פוליטיקאים בכירים כדוגמת שר השיכון לשעבר אברהם עופר, שר הביטחון לשעבר יצחק מרדכי, שר הפנים לשעבר אריה דרעי, שר המשפטים והמשנה לראש הממשלה לשעבר חיים רמון, שר המשפטים בממשלת נתניהו הראשונה יעקב נאמן, ושר האוצר לשעבר אברהם הירשזון.

היו גם מקרים רבים שבהם החליט היועץ המשפטי לא להגיש כתבי אישום למרות המלצת המשטרה. כך היה בחקירות נגד שר המשפטים לשעבר צחי הנגבי, נגד נשיא המדינה לשעבר עזר ויצמן, נגד ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון – כמו גם בחלק מהתיקים המשפטיים שעסקו בראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט. הקושי הבולט ביותר להגיע להכרעה ברורה היה בעניינו של הנשיא לשעבר משה קצב. לכאורה, מעורבות זו של היועץ המשפטי בחיים הציבוריים מורה על עוצמתו של מוסד זה – ולא היא. נראה כי בתחילת המאה העשרים ואחת מוסד היועץ המשפטי לממשלה

18 ראו ברזילי ונחמיאס, **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 11–17, 19–39.

מעורב יותר מבעבר בווכחנות פוליטית-מפלגתית-ציבורית הן בכל הקשור להגשה או לאי-הגשה של כתבי אישום והן בכל הקשור למעמדו המקצועי שלו עצמו; אך חולשתו של מוסד גדלה לעומת העבר. לחולשתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה עלולות להיות השלכות קשות על מרות המשפט בישראל ועל יסודות הדמוקרטיה שבה. כמה דברים אמורים? ללא הפיצול המוסדי המוצע על ידינו כולל ריכוז הסמכויות בידי היועץ המשפטי לממשלה בישראל ארבעה תפקידים עיקריים: ייעוץ משפטי לכל רשויות השלטון; ייעוץ לחקיקה, בכללו בחינת הצעות של תזכירי חוק והצעות חוק פרטיות; ייצוג משפטי של כלל מוסדות המדינה; אכיפת החוק הפלילי כראש התביעה הכללית, בכללה הגדרת המונח "עניין לציבור" (למשל בסעיף 62 א) לחוק סדר הדין הפלילי). מדובר בריכוז סמכויות חריג למדי בעולם הדמוקרטי. אפילו במדינות שאין בהן פיצול מוסדי בין תביעה פלילית לבין ייעוץ משפטי, דוגמת ניו זילנד ואוסטריה, היועץ המשפטי אינו ניצב בעמדה רמה כל כך הכוללת ייעוץ לכל זרועות המנהל ובכללן לרשות המחוקקת. זאת ועוד: מאחר שהמשטר הפוליטי בישראל הוא אוניטרי, אין בו פיצול של תפקידי הייעוץ והתביעה בין הרמה הפרדלית לרמה המדינתית כמו בארצות הברית, למשל.

מיקומו הציבורי הרם של היועץ המשפטי לממשלה בישראל, כדמות ומוסד מרכזיים במסגרת הדין, אינו מתמצה רק בארבעת התפקידים האמורים. יש במשפט הישראלי כ־170 דברי חוק הקובעים את הסמכויות הסטטוטוריות של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>19</sup> חשוב להזכיר, למשל, את סמכות היועץ המשפטי להחליט על הגשת כתבי אישום בפשעים או את סמכותו להורות על עיכוב הליכים פליליים מכוח חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982. סמכויותיו הסטטוטוריות של היועץ המשפטי לממשלה חורגות מהשדה הפלילי המובהק גרדא, והן קשורות גם להפעלה של שיקול דעתו המנהלי בתחום הפלילי. לדוגמה, סעיף 25 לחוק יסוד: הממשלה קובע כי לא תיפתח חקירה פלילית נגד ראש ממשלה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, וכי לא יוגש כתב אישום נגד ראש ממשלה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה. כך היה, למשל, בעת הגשת כתב האישום נגד ראש הממשלה דאז אהוד אולמרט. עוצמתו הפורמלית של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת אינה מותנית רק בחקיקה: היועץ המשפטי מנחה את כל רשויות הממשל בפעולותיהן, והוא הסמכות העליונה להנחות משפטית את המנהל הציבורי כולו.

הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל – בניגוד למשל למצב בארצות הברית – יכול להנחות משפטית גם את הכנסת. אף שיש לכנסת יועץ משפטי משלה שנבחר על

19 ראו דוח שמגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 113-122, נספח ה.

ידה, היועץ המשפטי לממשלה הוא מעין יועץ-על משפטי בנוגע לרשות המחוקקת. במקרים של חילוקי דעות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין היועץ המשפטי לכנסת יכול הראשון לתת היתר לייצוג עצמאי של הכנסת בהליכים משפטיים בנושא ספציפי. גם במקרה כזה ברור כי מבחינה משפטית וציבורית היועץ המשפטי לממשלה הוא – בלשונה של ועדת שמגר – היועץ המשפטי הראשי.<sup>20</sup> בכך גבר מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בישראל על עקרון הפרדת הרשויות. נסיגה זו בעקרון הפרדת הרשויות היא תוצאה של רצונם של בית המשפט העליון ושל ועדת שמגר לגבש את היועץ המשפטי כמוסד ציבורי רב-עוצמה.<sup>21</sup>

היועץ המשפטי לממשלה הוא מוסד ציבורי בעל סמכויות ייחודיות גם בכל הקשור למוסדות שלטוניים אחרים. הנה שתי דוגמאות מני רבות. הדוגמה הראשונה היא סעיף 14 (ג) לחוק מבקר המדינה (נוסח משולב), התשי"ח-1958, שעל פיו אם מצא מבקר המדינה חשש לעברה – חובה עליו להפנות לכך את תשומת לבו של היועץ המשפטי ולבקשו לפתוח בחקירה. הדוגמה השנייה היא סעיף 16 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, המאפשר ליועץ המשפטי לממשלה להתערב במהלך הדיונים בוועדה כדי לחקור עדים מטעמו ולהשמיע את דעתו. כך יכול היועץ המשפטי להתערב בפעולותיו של טריבונל מעין-שיפוטי שבראשו שופט בית המשפט העליון, אם כי הדבר יכול להיעשות במסגרת סדרי העבודה שקבעה הוועדה ובכפיפות להם. ככלל, הדין הפורמלי העניק ליועץ המשפטי לממשלה, שהוא תובע כללי ועורך דין של הממשלה בעת ובעונה אחת, שפע סמכויות משפטיות שהיקפן נדיר ביותר – בעולם, במשפט הישראלי ובמשטר הפוליטי של ישראל. במידה מסוימת קיבלה עובדה זו את תמיכתו של בג"ץ. למשל, בשנת 1993 פסק בית המשפט העליון בפרשת דרעי כי חוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה היא שמחייבת את ראש הממשלה ואת הרשות המבצעת כולה – כלומר היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של הדין, כל עוד לא נפסק אחרת על ידי בית המשפט העליון.<sup>22</sup>

כך היה גם בפסיקות בג"ץ בעתירות שהוגשו נגד ההחלטות של פרקליטת המדינה עדנה ארבל ושל היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין שלא להגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה דאז בנימין נתניהו ונגד שר המשפטים דאז צחי הנגבי. הנגבי ונתניהו

20 **רוח שמגר, לעיל** ה"ש 2, בעמ' 85, סעיף 71(לא).

21 השוו **לרוח שמגר, לעיל** ה"ש 2, בעמ' 50-52; כן ראו בג"ץ 7157/95 **ארד נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(1) 573 (1995).

22 בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404 (1993). כן ראו לעניין זה בג"ץ 4267/93 **אמיתי נ' רבין ופנחסי**, פ"ד מז(5) 144 (1993); בג"ץ 6009/94 **שפרן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מח(5) 375 (1994).

נחשדו על ידי המשטרה בהפרת אמונים לאחר שניסו למנות את עורך דין רוני בר-און ליועץ משפטי בשנת 1997. על פי החשד היה מינויו של בר-און חלק מעסקה פוליטית חסויה שלפיה תתמוך ש"ס בנסיגת צה"ל מחברון ובתמורה יפעל היועץ המשפטי להשגת הסדר טיעון נוח עבור ראש התנועה אריה דרעי. בר-און אכן מונה לתפקיד היועץ המשפטי, אך עקב מחאה ציבורית רחבה התפטר מהתפקיד ימים ספורים לאחר מכן. העתירות הוגשו לבג"ץ לאחר שפרקליטת המדינה והיועץ המשפטי החליטו לא להגיש כתבי אישום על אף המלצת המשטרה. הנימוק היה שלמרות הספקות החמורים בדבר כשרות מעשיהם ומחדליהם של ראש הממשלה ושר המשפטים אין ההחלטות של היועץ המשפטי ופרקליטת המדינה לוקות בחוסר סבירות קיצוני. עם זאת ראוי לציין שאכן הייתה מחלוקת בין השופטים בשאלה עד כמה הייתה החלטתו של היועץ המשפטי שגויה, אם בכלל.<sup>23</sup>

זו גם הייתה רוח הדברים בפסיקתו של בג"ץ בעתירות שהוגשו בעניין הסדר הטיעון בין היועץ המשפטי מני מזוז לבין הנשיא לשעבר משה קצב.<sup>24</sup> אמנם בעת הדיון הראה בג"ץ נכונות עקרונית לפקח על כמה מהחלטות היועץ המשפטי, אך ככלל עוצבה בו דמותו של היועץ המשפטי לממשלה כסמכות המשפטית המכרעת בשירות המשפט הציבורי, הכפוף לפיקוחו של בית המשפט העליון ולפיקוחו בלבד. בבג"ץ 5699/07 בעניין זה קבעה דעת הרוב כי למרות הבעייתיות של הסדר הטיעון בין היועץ המשפטי לבין הנשיא קצב אין להתערב בו ואין לפסול אותו – והעתירות נגד היועץ המשפטי לעניין בטלותו של הסדר הטיעון נדחו.

מאז פרשת גנור ועד פרשת קצב מדיניות בג"ץ בנוגע ליועץ המשפטי מבוססת על שני עקרונות. הראשון הוא חיזוק מעמדו של היועץ המשפטי כעובד ציבור ראשון במעלה המנחה משפטית את כל זרועות הממשל בישראל ובכללן את הרשות המחוקקת. העיקרון השני הוא פיקוח שיפוטי על היועץ המשפטי כדי למנוע ממנו מעמד הגמוני לחלוטין בתחומי המשפט והפוליטיקה. כאמור, פסיקות בג"ץ מבטיחות כי גם במקרה של פיצול מוסדי ימשיך מוסד היועץ המשפטי, במהדורתו המפוצלת, להיות חשוב ומשמעותי בחיים הציבוריים בישראל. אין כל סיבה להניח כי הקמתה של רשות תביעה עצמאית תביא להחלשת מעמדו של היועץ המשפטי ולהחלשת מעמדו של ראש התביעה הכללית בעיני בית המשפט העליון; נהפוך הוא: פרשת מזוז-קצב מלמדת כי חולשה כאמור בעיני הרשות השופטת אינה תלויה כלל ועיקר בפיצול מוסדי אלא

23 בג"ץ 2534/97, 2535/97, 5241/97 **ח"כ יהב נ' פרקליטות המדינה**, פ"ד נא 39 (1997).

24 בג"ץ 5699/07, 5747/07, 5749/07, 5773/07, 5828/07 **פלוגנית, התנועה למען איכות השלטון**

**בישראל נ' היועץ המשפטי ומשה קצב** (להלן: עניין **משה קצב**);

[www.elyon1.court.gov.il/Files/07/990/056/n45/07056990.n45.HTM](http://www.elyon1.court.gov.il/Files/07/990/056/n45/07056990.n45.HTM)

דווקא במעמדו המקצועי והאישי של היועץ המשפטי. עובדה היא שבבג"ץ 5699/07 תמכה דעת המיעוט של השופטים דורית ביניש ואדמונד לוי בביטול הסדר הטיעון בין מזוז לקצב, בניגוד מוחלט לדעת היועץ המשפטי. לא סביר להניח כי פיצול מוסדי יביא לשינוי במדיניות הפיקוח השיפוטי של בית המשפט העליון על היועץ המשפטי, שכן התערבות שיפוטית או אי-התערבות שיפוטית בהחלטות היועץ המשפטי תלויה במעמדו המקצועי-אישי ולא במבנה המוסדי. מעקב שיטתי אחר פסיקות בג"ץ מגלה כי ככל שגברו הספקות באשר לרמה המקצועית של היועץ המשפטי, כן גברה מגמת הפסיקה – מאז פרשת גנור – להתערב בשיקול דעתו. אם כן, הסכנה להחלשת מעמדו של מוסד היועץ המשפטי אינה טמונה בפיצול מוסדי בינו לבין התביעה אלא ברמתו המקצועית והאישית של היועץ המשפטי עצמו.

בית המשפט העליון הגדיר בפסיקותיו את מתחם הסבירות של החלטות היועץ המשפטי כרחב מאוד ואת עילות ההתערבות בשיקול דעתו כצרות מאוד ובנסיבות חריגות דוגמת חוסר תום לב, טעות עקרונית ומובהקת בהבנת הדין, החלטה – או הימנעות מהחלטה – שיש בה פגיעה קשה בחיים הדמוקרטיים בישראל וטעות יסודית של התביעה בהחלטה מהו "עניין לציבור" בנושאים כגון הגשת כתב אישום והסדרי טיעון. נקבע שבית המשפט העליון יסיק כי טעתה התביעה וכי יש הצדקה להתערבות שיפוטית אם התביעה לא הביאה בחשבון את כל היסודות הדרושים להחלטה שתטיב עם האינטרס הציבורי או אם השקול של יסודות אלה היה שגוי ביסודו.<sup>25</sup> אמת המידה העקרונית לבחינתם של מונחי שסתום אלה היא פגיעה יסודית ביותר בערכי הבסיס של שיטת המשפט והמשטר בישראל.<sup>26</sup> למרות הניסוח הרחב למדי של עילות ההתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי (כפי שהדבר בא לביטוי הן ברעת הרוב הן ברעת המיעוט בפסיקת בג"ץ בפרשת מזוז-קצב) בדרך כלל תמך בג"ץ בעמדותיו של היועץ המשפטי ובהחלטותיו ובכך מנע למעשה שינוי בסטטוס קוו ונמנע מפגיעה של ממש במעמדו של היועץ המשפטי.

היבט נוסף: עד פרשת בראון פסק בית המשפט העליון כי מעמדו של היועץ המשפטי הוא כמעמד של פקידי ציבור לעניין החלת פיקוח שיפוטי; מאז פרשת בראון בשנת 1997 התערבותו של בג"ץ בהחלטות היועץ המשפטי בעניינים הקשורים לחומר ראיות היא נדירה אף יותר מהרגיל בעניינים של פקידי ציבור אחרים.<sup>27</sup>

25 **לעיל** ה"ש 22-24. כן ראו דוד קרצ'מר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" **פלילים** ה(2) 121 (1996).

26 עניין **משה קצב, לעיל** ה"ש 24, סעיף 51 לפסק הדין.

27 בג"ץ 5675/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי**, פ"ד נט(1) 199 (2004), (להלן: עניין **היועץ המשפטי**). לפירוט נוסף ראו ברזילי ונחמיאס, **לעיל** ה"ש 1; בנדרד וסגל, **לעיל** ה"ש 1.



חומר הראיות בעניינים רגישים מבחינה ציבורית הוא לרוב עצום בהיקפו, ולכן ברור החשש של בית המשפט העליון לקבל על עצמו אחריות לבחינה מדוקדקת של כמויות חומר כאלה, בייחוד משום שאין לבית המשפט העליון ולא אמורים להיות לו אמצעי חקירה עצמאיים. בית המשפט העליון גם הדגיש בפסיקותיו את החשש שהתערבותו בשיקול דעתו של היועץ המשפטי באשר לחומר הראיות תשפיע על דיון בערכאה דיונית המתבסס על אותו חומר ראיות.<sup>28</sup> מגמת פסיקה זו מבטיחה כי פיצול מוסד התביעה הכללית ממוסד היועץ המשפטי תקנה לתביעה הכללית מעמד מיוחד בשיטת המשפט הישראלית. במילים אחרות, ניתוח פסיקות בג"ץ מלמד כי פיצול מוסדי כמוצע לא יביא לפגיעה במעמדם של שני גופים אלו בשיטת המשפט הישראלית המייחסת להם חשיבות עצומה. ראשית, בהתאם למדיניותו השיפוטית יעדיף בג"ץ לשמר את כוחם המוסדי של שני גופים חשובים אלו (היועץ המשפטי והתובע הכללי); שנית, מבחינת נכונותו של בג"ץ להתערב בשיקול דעת ובהחלטות תהיה חשיבות לרמתם האישית-מקצועית של המתמנים לתפקידם, כאמור, ולשיקול הדעת של נושאי התפקידים.

מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל הוקם ללא תכנון מנהלי מסודר. דוד בן-גוריון, ראש הממשלה ושר הביטחון דאז, ביקש אדם וגוף שימשו משקל נגד במשרד המשפטים למפלגה הפרוגרסיבית ולשר המשפטים מטעמה, פנחס רוזן. הבחירה נפלה על יעקב שמשון שפירא, משפטן ומקורב לראש הממשלה. עובדות אלו מלמדות כי מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל לא הוקם לשם שלטון החוק אלא לשם חוק השלטון, וכי ריכוז הסמכויות – היעדר הפיצול המוסדי – לא נוצר מטעמים ענייניים של השבחת המשפט הישראלי אלא מטעמים פוליטיים של שליטה. האוטונומיה ההדרגתית שרכש היועץ המשפטי הראשון, יעקב שמשון שפירא, נבעה מבקאותו הרבה במשפט הפלילי האנגלי בזמן שרוזן היה בעל השכלה משפטית קונטיננטלית.<sup>29</sup> מאז ועד היום, גם לאחר שהוגשו המסקנות וההמלצות של ועדת שמגר משנת 1998, לא נחקק בישראל חוק המגדיר באופן שיטתי את מעמדו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה. בניגוד לרוב הדמוקרטיות בעולם, שבהן מעמדם של היועץ המשפטי ושל התביעה הכללית מעוגן בחוק או בחוקה, בישראל מעוגן מעמדו של היועץ המשפטי ברמה המנהלית גרדא. לכאורה, היועץ המשפטי הוא פקיד ציבור (civil servant) הכפוף לשר המשפטים ולמנכ"ל משרד המשפטים והוא ממונה על פרקליטות המדינה

28 ראו למשל עניין **היועץ המשפטי, לעיל** ה"ש 27, בעמ' 199, 209, 212.

29 ברזילי ונחמיאס, **לעיל** ה"ש 1, בעמ' 31-32; יחיאל גוטמן **היועץ המשפטי נגד הממשלה** 46-54 (ירושלים: עידנים, 1981); מיכאל ששר **חיים כהן – שופט עליון** 95-103 (ירושלים: כתר, 1989).

ועל העומד בראשה; למעשה אין אלה פני הדברים במדויק. פעמים רבות היה היועץ המשפטי לרמות חשובה הרבה יותר ממנכ"ל משרד המשפטים ולעתים גם חשובה יותר משר המשפטים. על רקע זה ברור כי היעדר פיצול מוסדי הוא בעייתי במיוחד, שכן הוא מקפא מצב ארכאי שבא לעולם על רקע פוליטי ומפלגתי מסוים.

מעמדו הפורמלי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה הוגדר בישראל לראשונה בשנת 1962 על ידי ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה. הוועדה הוקמה עקב יחסים עכורים בין שר המשפטים דאז רב יוסף לבין היועץ המשפטי דאז גדעון האוזנר. בדוח שלה ביקשה הוועדה (להלן: דוח ועדת אגרנט) לכונן את מעמדו החוקתי של היועץ המשפטי כפקיד ציבור בעל שיקול דעת שיפוטי. הוועדה שקדה להדגיש את הייחודיות המקצועית של היועץ המשפטי כראש מערכת התביעה הכללית וכראש וראשון בשירות המשפט הציבורי. הוועדה מייעטה מאוד לעסוק במשפט השוואתי והושפעה מהמודל האנגלי. היא ראתה את ריכוז הסמכויות של ייעוץ ותביעה כתכונה ראויה למוסד זה. מצד אחד נטה הרוח להתעלם מדיון בסכנות הטמונות בכך שראש התביעה הכללית הוא גם מינוי ממשלתי לתפקיד היועץ המשפטי; מצד אחר הבהיר הרוח רטורית את הסכנה הטמונה בהתערבות מפלגתית בשיקול דעתו של היועץ המשפטי ובכך ניסה להצדיק עצמאות מקצועית, מוסדית ואישית של היועץ המשפטי ולגבשה. האחרון הוגדר אחראי כלפי הממשלה בלבד וחייב בהתייעצות עם שר המשפטים מדי פעם בפעם – ובנושאי ביטחון ומדיניות גם עם הממשלה. דוח ועדת אגרנט הבהיר כי במקרים של חילוקי דעות בין היועץ המשפטי לבין הממשלה או בינו לבין שר המשפטים חובתו של היועץ המשפטי להכריע על פי שיקול דעתו המקצועי. עם זאת ברור כי לנוכח דמותו של היועץ המשפטי לממשלה, שהוא מינוי ממשלתי, התעלמה הוועדה מדיון בסכנות לפוליטיזציה של הכרעותיו. הוועדה לא הביאה בחשבון שחילוקי דעות בין השר הממונה או הממשלה לבין היועץ המשפטי עלולים להוביל להפעלת לחצים פוליטיים קשים על היועץ המשפטי לפעול בניגוד לשיקול דעתו המקצועי.<sup>30</sup>

רוח ועדת שמגר משנת 1998 נמנע אף הוא מעיסוק בסוגיה זו והניח כי מקצועיותו של היועץ המשפטי תמנע השפעות פוליטיות פסולות על שיקול דעתו. הבעייתיות שבהנחה זו ברורה במיוחד לנוכח העובדה שהממשלה יכולה להדיח את היועץ המשפטי; ועדת אגרנט עצמה קבעה כי גם שר המשפטים יכול ליטול לעצמו את הסמכויות שהוענקו ליועץ המשפטי בכל הנוגע להגשה של כתבי אישום, לעיכוב

30 ברזילי ונחמיאס, לעיל ה"ש 1, בעמ' 32-33.

הליכים ולהכרעה בעררים.<sup>31</sup> הסכנה המרכזית אינה שהשר ייהפך ליועץ משפטי ולתובע כללי; הסכנה האמיתית היא שהשר או אישים פוליטיים מטעמו יפעילו לחצים פוליטיים וישפיעו בכך על מהלכי התביעה.

מאז דוח ועדת אגרנט התאפיין מוסד היועץ המשפטי לממשלה במקורות עוצמה פורמליים נוספים. כך למשל קבעה ועדת אגרנט כי המלצות היועץ המשפטי מדריכות את הממשלה באשר לאופן שבו יש לראות את הדין. לעומת זאת – ובהמשך לכך – פסק בית המשפט העליון כי המלצות היועץ המשפטי מחייבות את ראש הממשלה, את הממשלה ואת זרועות הממשל האחרות. בכך ביקש בג"ץ להגביר את עוצמת האכיפה של היועץ המשפטי לממשלה כמוסד מנחה ומדריך. ממשלות ישראל עשו גם הן להרחבת סמכויותיו של היועץ המשפטי בכל הנוגע למעורבותו בהליכים פוליטיים. מאז ממשלת בגין הראשונה (1977–1981) היה מקובל שהיועץ המשפטי משתתף דרך קבע בישיבות הממשלה. הסיבה לזימונו של אהרן ברק, היועץ המשפטי דאז, לישיבות הממשלה הייתה נעוצה ככל הנראה בחוסר הביטחון שחש מנחם בגין כראש ממשלה והערכתו הגדולה למשפטנים בכירים. אכן, מאז סוף שנות השבעים היו היועצים המשפטיים לשותפי סוד בתהליכי קבלת החלטות של ממשלות ישראל; השתתפותו של היועץ המשפטי בכל ישיבות הממשלה הופחתה במידת מה בתקופת כהונתו של מני מזוז. נוסף על כך, היועצים המשפטיים עצמם עשו, כל אחד בדרכו, לחיזוק סמכויותיו הפורמליות של מוסד היועץ המשפטי. מאיר שמגר, למשל, כונן את הנוהג החשוב של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שבאמצעותן ביקש לשפר את היכולת של מוסד היועץ המשפטי להנחות את הממשל כולו.<sup>32</sup>

אם כן, הדין הישראלי עיצב את תפקיד היועץ המשפטי כדמות ומוסד בעלי סמכויות רחבות היקף ביותר – ולכן פיצול מוסדי הוא אינטרס דמוקרטי, בעיקר באין חוקה כתובה לישראל ובה עיגון חוקתי של זכויות אדם ואזרח. היקף הסמכויות של היועץ המשפטי חורג מן ההיבט המצומצם של ייעוץ והחלטות על העמדה לדין או על עיכוב הליכים; סמכויותיו נושאות אופי מעין-שיפוטי (מעצם יכולתו, למשל, להחליט "עניין לציבור" מהו כאמת מידה להגשת כתב אישום, בשונה ממדינות שבהן אין לתביעה הכללית שיקול דעת מסוג זה); סמכויותיו נושאות גם אופי מעין-חקיקתי (באמצעות הנחיות היועץ המשפטי), וכן יש לו סמכויות ביצועיות של ייעוץ, ייצוג

31 דוח ועדת אגרנט ט"ז-כ"ו (1962).

32 לקובצי ההנחיות של היועץ המשפטי ראו באתר משרד המשפטים:

[www.justice.gov.il/MOJHeb/YoezMespatii/Odot.htm](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YoezMespatii/Odot.htm)

ופיקוח. נוסף על כך, מכוח הנחיותיו הוא גם מבקר את היצמדות הממשל למאפייני שלטון החוק.

חשוב שגם לאחר הפיצול המוסדי יהיה היועץ המשפטי דמות חשובה בחיים הציבוריים בישראל. בשל סמכויותיו הפורמליות רחבות ההיקף גם לאחר הפיצול המוסדי יוכל היועץ המשפטי לשמש סמן נורמטיבי של המותר והאסור. כך למשל, ביכולתו לקבוע את קו התיחום שבין חופש ביטוי, ביקורת פוליטית ופגיעה בשם טוב; ביכולתו לקבוע את היקף אחריותה של המדינה בנזיקין, את חובותיה של הממשלה ליתן מידע לציבור ואת קווי הגבול ושיתוף הפעולה שבין הממשלה לבין רשויות שלטון אחרות; ביכולתו להשפיע עוד מיני השפעה רבים ומגוונים בתחום עיצוב הממשל, ואלה ייוותרו על כנם גם לאחר פיצול מוסדי. בכל אלו יש בידי היועץ המשפטי כדי להשפיע במידה ניכרת על עיצוב אופיו של המשפט הנוהג. היועץ המשפטי הוא מוסד המקודד סמלים של מותר ואסור, מטביע דרכי התנהגות ונורמות ומעצב את הדין. בכך הוא יכול לתרום לרמוקרטיה – אך גם להזיק לה, הן במצב הנוכחי והן במצב של פיצול מוסדי.

היקף הסמכויות העצום של היועץ המשפטי, במהדרתו כיום טרם הפיצול המוסדי, כרוך גם בכפיפתו לפיקוח. בית המשפט העליון סייע ליועץ המשפטי להיות סמכות ראשונה בחשיבותה לעיצוב כללי הציות לדין של השירות הציבורי. לעומת זאת, אגב תחרות בין מוסדית על הגמוניות ציבורית, הבהיר בית המשפט העליון כי היועץ המשפטי אינו יכול ליהנות מחסינות מפני ביקורת שיפוטית וכי מדיניותו והחלטותיו יכולות לעבור ביקורת שיפוטית ואף להיפסל. רשויות שלטון אחרות רצו גם הן לצמצם את היקף ההתערבות של היועץ המשפטי בחיים הציבוריים. מבקרת המדינה מרים בן פורת, למשל, חלקה בכמה הזדמנויות על פרשנויות שהעניק היועץ המשפטי להבדל בין עברה לבין חריגה מנהלים. באחד המקרים הבולטים התגלעו חילוקי דעות קשים בין היועץ המשפטי דאז מיכאל בן יאיר לבין המבקרת בשאלה אם העדפות שניתנו למקורבי השר בנימין בן אליעזר במימון ואישור פרויקטים על ידי משרד השיכון ברשויות מקומיות הגיעו לכדי עברה של מרמה והפרת אמונים. המבקרת חלקה בפומבי על קביעת היועץ המשפטי שמדובר בפגם אתי של שר השיכון דאז בן אליעזר אך לא בעברה בת ענישה פלילית. המבקרת סברה כי היועץ המשפטי שגה כשהחליט לא להגיש כתב אישום עקב ספקותיו החמורים אם יהיה אפשר להוכיח את תנאי העברה של מרמה והפרת אמונים (סעיף 284 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). מקרה זה מעיד כי דווקא העוצמה הפורמלית שהוענקה ליועץ המשפטי הביאה להתמודדות חריפה בינו לבין מוסדות שלטוניים אחרים. התוצאה של מחלוקת זו הייתה היחלשות מעמדו של מוסד היועץ המשפטי לנוכח רשויות שלטון חזקות ממנו (בית המשפט העליון) או מתחרות לו בהיבטים מסוימים (ביקורת המדינה). נראה שקיומה של רשות תביעה

נפרדת ועצמאית, שתפקידיה מוגדרים היטב ובראשה עומד מומחה מן המעלה הראשונה בתחום התביעה הפלילית, ימנע תחרות מוסדית בדומה לזו שמתרחשת כיום.

נוסף על כך חשוב לציין שממילא חלה בשנים האחרונות מגמה מסוימת של פרגמנטציה – פיצול – בסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה. לפרגמנטציה זו היו שני היבטים מרכזיים. ראשית, ממשלות ישראל החלו להיעזר ביועצים משפטיים פרטיים שהעניקו ייעוץ משפטי אישי וציבורי לראשי ממשלות ולשרים, נוסף על – או במקום – ייעוץ של היועץ המשפטי. הדבר נעשה, למשל, כשראש הממשלה העדיף יועצים משפטיים המקורבים לו אישית לטיפול בנושאים "ייחודיים" דוגמת הסכמי הביניים עם הפלסטינים; כך גם נעזרו ראש הממשלה והשרים ביועץ משפטי בנושאים אישיים הקשורים למשורתם הפוליטית. אין ספק שהייעוץ המשפטי לראש הממשלה ולשריה עבר תהליך מוגבל ופרקטי של הפרטת השירותים המשפטיים. על כך אפשר להוסיף את פרשות השחיתות שבהן נקשרו שמותיהם של ראש ממשלה ושרים והביאו אותם להסתמך על עורכי דין פרטיים שייצגו אותם אל מול היועץ המשפטי. נוצר מצב פרדוקסלי: היועץ המשפטי נכח בישיבות ממשלה והעניק ייעוץ משפטי לראש ממשלה ולשרים ובה בעת שימש תובע שלהם.

ההיבט השני של הפרגמנטציה נבע מהיריבות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים וברשויות אחרות כגון הכנסת. למרות העבודה הרבה שהשקיעו יועצים משפטיים בריכוז ובארגון היררכי של עבודת הייעוץ המשפטי – במיוחד בלט בעניין זה היועץ המשפטי לשעבר מאיר שמגר – היועצים המשפטיים לממשלות מתקשים להתמודד כראוי עם שטף הדרישות המופנות אליהם מהיועצים של משרדי הממשלה. כמות העבודה המוטלת כיום על היועץ המשפטי היא אינה אנושית בהיקפה. על כן הפיצול המוסדי ייטיב מאוד עם עבודת היועץ המשפטי מצד אחד ועם עבודת התביעה הכללית כרשות עצמאית מן הצד שני. אחזור ואדגיש עניין זה בהמשך הדברים.

ללא הפיצול המוסדי כאמור ייעשה תפקידו של היועץ המשפטי קשה עוד יותר, במיוחד על רקע הקיטוב החברתי והפרגמנטציה הפוליטית הגוברים בחברה הישראלית. המשטר הפוליטי בישראל נוסד בעיקר על שני יסודות מצטברים: אתניות יהודית-ציונית שיצקה את ההגמוניות היהודית-ציונית כבסיס למדינה, וקונסוציונליזם (Consociationalism) בקרב הרוב היהודי, שפירושו הסכמה של האליטות בקרב הרוב היהודי על דפוסים של שיתוף פעולה למרות סעעים וקרעים חברתיים ותרבותיים קשים. מאז סוף שנות השבעים התערערו שני יסודות אלו בחברה הישראלית במידה ניכרת: הייתה לכך השפעה ישירה על מוסדות השלטון ובכלל זה על מוסד היועץ המשפטי לממשלה. אבהיר סוגיה זו.

מאז אמצע שנות החמישים, ובמיוחד מסוף שנות השבעים של המאה העשרים, נחלשו מוקדי הכוח הפוליטי הממוסד והמדינתי בישראל. מפא"י – מפלגת העבודה – איבדה בהדרגה את הדומיננטיות הפוליטית שלה, ותופעת הקיטוב המפלגתי החלה לאפיין את המערכת הפוליטית. קיטוב זה בא לידי ביטוי מרכזי לא רק בקשיים להקים קואליציות מושלות (קשיים שהלכו וגברו מאז 1981) אלא גם בצמיחתם של מקורות חדשים של כוח פוליטי ושל קבוצות וטו חדשות בפוליטיקה הישראלית. דוגמה לכך היא המרכזיות של המפלגות החרדיות בהקמת קואליציות.

הקיטוב המפלגתי והחברתי שיקף את חילוקי הדעות בין שחקנים פוליטיים באשר למהות של כללי המשחק הפוליטיים; לא זו בלבד אלא שהוא אף הגביר אותם. ככל שגברה הפרגמנטציה – כלומר הפיצול של מוקדי הכוח הפוליטיים – וככל שגברה הסיעתיות כביטוי אחד של פרגמנטציה – קרי התפצלות גופים פוליטיים לקבוצות פוליטיות קטנות יותר – כך גבר הקונפליקט בפוליטיקה הישראלית באשר לכללי המשחק הפוליטי. מהו ההיקף הראוי של מינויים פוליטיים? מהי חובתם, אם בכלל, של שר וסגן שר להתפטר מתפקידם עם הגשת כתב אישום נגדם? מהו הגבול בין שוחד לבין אמצעים חוקיים לתגמול פעילים פוליטיים כשמדובר בנבחר ציבור? מה הם הכללים הספציפיים לפיקוח מיניסטריאלי על מנגנוני הביטחון? מה הם התנאים המכשירים, אם בכלל, עינויים של פלסטינים החשודים בשותפות בטרור? מהו הגבול בין חופש ביטוי להסתה ובין מחאה אידאולוגית לבין עבריינות? מה הם המושגים וההיקף של חוקיות וחוסר חוקיות, של האסור והמותר, במסגרת השליטה של ישראל ופעולותיה בשטחים שכבשה במלחמת 1967? לא חסרות דוגמאות. היועצים המשפטיים לממשלה נאלצו לטפל בכמות עצומה של מקרים של חשד לעברות לנוכח שימוש לא הוגן בעוצמה פוליטית עקב היעדרם של כללי משחק ברורים ועקב החרפת התחרותיות הפוליטית והמפלגתית. נוסף על כך נדרשו היועצים המשפטיים לתת את דעתם על שאלות רבות בתחומי הפרוצדורה הדמוקרטית – נוהלי עבודה של הכנסת, נוהלי עבודה ברשויות המקומיות, נוהלי עבודה של שרים, של סגני שרים ושל ממשלות ועוד סוגיות סבוכות רבות.

הקיטוב הפוליטי בממדים השונים של החברה הישראלית אפשר לגופים משפטיים לזכות בהתבלטות ציבורית חסרת תקדים. האי־בהירות והקונפליקט באשר לכללי המשחק הפוליטי ולערכיו, כמו גם ציפיות בציבור הרחב – ובמיוחד בקרב אליטות חברתיות ופוליטיות – שבית המשפט העליון ישמש מוסד לפתרון סכסוכים מעין אלה, חיזקו מאוד את המגמה האמורה.<sup>33</sup> כך למשל גברו מאוד ההתדיינות המשפטיות

33 ראו למשל מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** (תל אביב: עם עובד, 2008); גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית", קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי "פוליטיקה 2" 51-31 (1998).

בחברה הישראלית והניסיונות להמיר בעיות חברתיות, כלכליות, ביטחוניות, ממשליות ופוליטיות לשפה של התדייניויות משפטיות.<sup>34</sup> אל המרחב הפוליטי המשוסע והמקוטב הזה חדר גם מוסד היועץ המשפטי לממשלה.

היועץ המשפטי נעשה שחקן פוליטי מרכזי שהתחרה עם בית המשפט העליון על הגמוניות בחיים הציבוריים. תהליך זה בלט בפסיקות בג"ץ שראה ביועץ המשפטי חוליה הכרחית וחשובה בהנחלת השיח המשפטי שבית המשפט ניסה לעצב בזרועות הממשל. אך עם זאת בג"ץ הרחיב את עילות התערבותו במעשי היועץ המשפטי ובמחדליו מעבר למקובל בעבר. לכן עם התגברות התערבותו של היועץ המשפטי בחיים הציבוריים הרחיב בית המשפט העליון את התערבותו בהחלטות היועץ המשפטי ומנה רשימה של עילות אפשריות להתערבות כאמור אפילו אם התקבלו החלטות היועץ המשפטי בתום לב. כפי שכבר ציינו, בפרשת מזוז-קצב הבהיר בית המשפט העליון כי לא יהסס לבחון אם בקבלת ההחלטה שקל היועץ המשפטי את כל היסודות הרלוונטיים וכיצד שקל אותם.<sup>35</sup>

השליטה הישראלית בשטחים שנכבשו ב-1967 ובפלסטינים, ההתמודדות הצבאית עם האינתיפאדות והתגברות המתיחות בין הרוב היהודי לבין המיעוט הערבי-פלסטיני בתוככי ישראל העמידו אתגרים נוספים לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה. נושאים דוגמת חקירות חשודים בתחומי הביטחון הלאומי וחקר הריגתם של שלושה עשר אזרחים ערבים-ישראלים באוקטובר 2000 העמידו את מוסד היועץ המשפטי במוקדם של ויכוחים ציבוריים נוקבים.

ככל שהתרכבו האתגרים הציבוריים שהופנו ישירות ליועץ המשפטי לממשלה וככל שהאחרון היה יכול להתערב בתחומים שונים של עניין ציבורי, כן גדל מקומו בזירה הפוליטית וממילא גברו גם העניין התקשורתי והביקורתי בעבודתו. החשדות לעברות מין חמורות שביצע לכאורה נשיא המדינה לשעבר משה קצב והחשדות הקשים נגד ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט בפרשות שחיתות אישית חיזקו מגמה זו. ממילא נחשפה משרתו של היועץ המשפטי לביקורת ציבורית חסרת תקדים הן בקהילה המשפטית, הן בקרב אליטות פוליטיות והן בקרב הציבור. בהיעדר פיצול מוסדי נהפך היועץ המשפטי לממשלה להיות גם המאשים את הממשלה. עובדה זו הייתה עלולה

Gad Barzilai, *The Ambivalent Language of Lawyers in Israel: Liberal Politics, Economic Liberalism, Silence and Dissent*, in *FIGHTING FOR POLITICAL FREEDOM: COMPARATIVE STUDIES OF THE LEGAL COMPLEX AND POLITICAL LIBERALISM* 247-279 (Terrence C. Halliday, Lucien Karpik, & Malcolm M. Feeley, eds., Oxford ; Portland, OR: Hart Publications, 2007)

35 ראו לעיל ה"ש 26.

ליצור – ופעמים רבות אכן יצרה – אי־נוחות רבה וקשיים ניכרים בעבודת הייעוץ ובעבודת התביעה. נוסף על כך היה היועץ המשפטי חשוף לביקורת למשל בגין היעדר מומחיות מספקת לנהל את התביעה הכללית והיותו בדרך כלל חסר ניסיון של ממש בניהול תיקים פליליים בבתי משפט. מרכזיותו של המשפט בחיים הפוליטיים הייתה כה רבה, ומעורבותו של היועץ המשפטי בסוגיות ציבוריות ופוליטיות הייתה כה ברורה, עד שפוליטיקאים ראו בהשפעה על מוסד היועץ המשפטי לממשלה – ובכלל זה התביעה הכללית – יעד פוליטי ראשי. פרשת הנשיא לשעבר משה קצב הייתה נקודה בולטת בתהליך זה: תחילה הודיע היועץ המשפטי מני מזוז לכנסת – בעת הדיונים בשלילת זכויותיו הכספיות של הנשיא לשעבר – על הכוונה להגיש כתב אישום חמור נגדו ובו סעיף אונס. הסדר הטיעון המפתיע והבעייתי בין היועץ המשפטי לנשיא לשעבר, כמו גם הדיון בבג"ץ שבו הוטל ספק ניכר בשיקול דעתו המקצועי של היועץ המשפטי, הפגינו את חולשת המצב המוסדי שבו הדמות המנחה משפטית את השירות הציבורי עוסקת גם בהגשת כתבי אישום נגד בכירי הממשל.<sup>36</sup> ניכר כי העובדה שמדובר באותו נושא משרה – תובע כללי ויועץ משפטי – דווקא מחלישה את נושא המשרה ולא מחזקת אותו.



## פרק שלישי

# הגיון הפיצול המוסדי

ריכוז וניתוח של המידע ההשוואתי, של שיחות וראיונות עם מומחים למשפט פלילי ולמשפט מנהלי וחוקתי ועם פרקליטים בשירות המדינה בעבר ובהווה, מעלים כמה נימוקים ברורים בזכות פיצול מוסדי בין הייעוץ המשפטי לתביעה הכללית בישראל ובין אחריות לתחום הפלילי לבין אחריות בתחומי משפט אחרים. להלן אמנה את עיקר הנימוקים.

### 1. עומס עבודה אדיר וחוסר יעילות במצב הקיים

ריכוז סמכויות מנהליות, חוקתיות ואזרחיות (למשל בתחומי הנזיקין, המקרקעין והבינוי, המסחר והמיסוי), כמו גם סמכויות בתחום הפלילי ובתחום המשפט הבין-לאומי – הן ברמת הייעוץ, ההכוונה, הייצוג המשפטי והחקיקה והן ברמת החקירה והאכיפה – בידיו של מוסד אחד יוצר נטל סמכויות ותפקידים אדיר וכמעט לא נסבל על היועץ המשפטי בישראל. ללא פיצול מוסדי מוסד היועץ המשפטי לא רק חייב להנחות משפטית את כל גורמי הממשל בישראל אלא גם להיות הממונה המרכזי על הלוחמה המשפטית בפשיעה על כל היבטיה ומורכבויותיה ולנהל את כלל ההליכים המשפטיים – אזרחיים ופליליים – של המדינה בבתי המשפט. זמנו של היועץ המשפטי, שהוא גם ראש התביעה הכללית, מתכלה על טיפול בעניינים שוטפים רבים ומגוונים ואין לו הפנאי והיכולת להידרש לתפקידו החשוב – ניהול האסטרטגיה של המאבק בעבריינות וטיפול בסוגיות מהותיות בדמוקרטיה כמו למשל קידום שוויון ומאבק בגזענות. פיצול מוסדי והקמה של רשות תביעה נפרדת ועצמאית, כמקובל במדינות רבות בעולם, יביאו להקלה ניכרת בהיקף הפונקציות של כל נושא תפקיד, וממילא צפויה גם להתגבר היעילות במילוי של כל תפקיד – ייעוץ משפטי וייצוג המדינה בתחום האזרחי מזה ותביעה כללית בתחום הפלילי מזה.

האצלת סמכויות בתוך המערכת הקיימת או הוספת כוח אדם לא יביאו להקלה של ממש, שכן התערבותו האישית של היועץ המשפטי נדרשת במקרים משפטיים רבים

מספור – ייעוץ משפטי למערכות השלטון, ייעוץ לחקיקה וטיפול בתיקים פליליים מורכבים וסבוכים. חשוב להדגיש כי היועץ המשפטי בישראל אינו רק המפקח על פרקליט המדינה אלא גם העומד רשמית ומעשית בראש התביעה הכללית, והוא לכל דבר התובע הכללי של ישראל. הדבר דומה, למשל, לכהונה של שר האוצר גם כנגיד בנק ישראל; לכהונה של הרמטכ"ל גם כראש השב"כ וכראש המוסד; לכהונה של יו"ר רשות השידור גם כצנזור הצבאי הראשי; לכהונה של דובר הממשלה גם כנשיא מועצת העיתונות ולכהונה של ראש הממשלה גם כמבקר המדינה.

לפיכך, עקב סתירה בסיסית זו במבנה של מוסד היועץ המשפטי, לא מצאנו במחקר בסיס מוצק לטענה שלפיה יביא הפיצול המוסדי לפגיעה קשה ביכולת של המוסד המשפטי לנהל מאבק בפשיעה חמורה. נכון אמנם כי המאבק בפשיעה הוא רב-ממדי ודורש שיתוף פעולה בין גופים מגופים שונים, אך האם הרב-ממדיות של התחום הכלכלי מונעת את עצמאותו של בנק ישראל? האם הרב-ממדיות של התחום הביטחוני מונעת את עצמאותו של משרד הביטחון? מדוע אם כן לפסול את האפשרות שבמקרה הצורך יתרחש שיתוף פעולה בין לשכת היועץ המשפטי לבין רשות תביעה עצמאית? יתר על כן: כיום לא ברור כיצד הפרקליטים בשירות פרקליטות המדינה יכולים לפעול בנחרצות נגד פשיעה שעה שעליהם לעסוק גם באלפי הצעות חוק, להנחות משפטית את זרועות השלטון, לנהל ולייצג את המדינה בתחומי המשפט האזרחי והחוקתי, לרבות ייצוג באלפי עתירות המוגשות מדי שנה לבג"ץ – ובר בר לעסוק גם בתיקים משפטיים פליליים מורכבים.

למשל, בין 2005 ל-2007 הועברו לפרקליטות המדינה 115,896 תיקי חקירה לצורך החלטות אם לפתוח תיקים פליליים. לאחר גניזה מיידית של 41,175 מקרי חקירה נותר לפרקליטות להחליט בתקופה זו על כ-74,721 תיקי חקירה, כלומר: רק בתחום הפלילי נדרש משרד היועץ המשפטי להחליט בכ-24,907 תיקי חקירה פלילית במוצע לשנה.<sup>37</sup> בה בעת עסקה מחלקת הבג"צים של הפרקליטות בכ-2,729 תיקים בשנת 2005, ב-2,600 תיקים בשנת 2006 וב-2,847 תיקים בשנת 2007.<sup>38</sup> בכך לא די: מספר התיקים האזרחיים שבהם המדינה היא הנתבעת או התובעת ככל המחוזות של פרקליטות המדינה עמד בשנת 2005 על 18,621 תיקים; בשנת 2006 על 21,695

37 ראו [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/E21B9A84-330D-428E-8C02-47954EB60759/13062/genfull.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/E21B9A84-330D-428E-8C02-47954EB60759/13062/genfull.pdf)

38 ראו [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/268B3DA9-1D6C-44D6-B77A-B2BD396F488E/12965/genbagatz2.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/268B3DA9-1D6C-44D6-B77A-B2BD396F488E/12965/genbagatz2.pdf)

תיקים ובשנת 2007 על 21,888 תיקים.<sup>39</sup> במילים אחרות, מדי שנה נדרש משרד היועץ המשפטי על אגפיו, בכללם פרקליטות המדינה, לקבל החלטות בכ-48,367 תיקים משפטיים (24,907 בממוצע שנתי בתחום הפלילי; 2,725 בממוצע שנתי בתחום המנהלי ו-20,735 בממוצע שנתי בתחום המשפט האזרחי). חשוב לציין כי המספרים גדולים בהרבה אם מביאים בחשבון גם תיקים משפטיים שהפרקליטות מחליטה על גניזתם מיד לאחר הגשתם. כל אלה אינם כוללים טיפול שוטף באלפי הצעות חוק ממשלתיות ופרטיות והנחיה משפטית שוטפת של כלל המערכת הציבורית בישראל, על כל זרועות השלטון. לאור כל האמור לעיל יש בסיס מחקרי מוצק לטענה שפיצול מוסדי יביא בהכרח לייעילות רבה יותר בלוחמה בפשיעה חמורה ובעבודתם של היועץ המשפטי מזה ושל התביעה הכללית מזה; ודאי שאין בסיס מחקרי מוצק לטענה שפיצול מוסדי יחמיר את המצב הקיים.

## 2. חלוקת תפקידים עמומה בתחום המשפט הפלילי

במצב הנוכחי של איחוד מוסדי אין חלוקת תפקידים ברורה ומדויקת בין היועץ המשפטי לפרקליט המדינה בתחום המשפט הפלילי, בעיקר בכל הקשור להכרעות על הגשה ואי-הגשה של כתבי אישום. אילו תיקים פליליים יובאו להכרעת היועץ המשפטי ואילו לא? לדוגמה: האם היועץ המשפטי יכריע בכל תיקי הרצח או רק באלה שהובאו לידיעת הציבור? האם ידון בכל תיקי העברות החמורות או רק באלה הקשורים לאישי ציבור? באילו תנאים – אם בכלל – תיסוג דעתו של היועץ המשפטי מפני דעתו של פרקליט המדינה, שבדרך כלל בקי ומנוסה ממנו במשפט פלילי? לחלופין, אם היועץ המשפטי הוא הבקי יותר בתחום המשפט הפלילי – מה תהינה ההשלכות של עובדה זו על דפוסי עבודתו עם פרקליט המדינה? כאמור, כיום שוררת אי-בהירות רבה בכל הנוגע לחלוקת התפקידים האמורה. פרקליטים בכירים לשעבר בשירות הפרקליטות, הן בתחום הפלילי הן בתחום האזרחי, לא ידעו להסביר מה הם הקריטריונים לחלוקת העבודה. חוסר ההבחנה האמור נובע מהיעדר פיצול מוסדי; פיצול מוסדי יביא בהכרח להגדרה מפורשת וברורה של נושאי התפקידים ושל אחריותם לניהול הליכים פליליים.

### 3. ניגוד עניינים

שני כללי יסוד בעבודתם של עורכי דין, המעוגנים גם בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, הם נאמנות של עורך דין ללקוחו וקיומו של חיסיון על מידע העובר מהלקוח לעורך הדין. הלקוח חייב להיות משוכנע שעורך הדין יועץ לו ומייצג אותו נאמנה וללא משוא פנים, ועל סמך אמון זה הלקוח יכול לגלות לעורך הדין את כלל הדילמות והמידע שברשותו. לעניין זה אין הבדל אם הלקוח הוא אדם פרטי המגיע לפגישה עם עורך דינו או אם הוא שר או מנכ"ל הנעזר ביועץ המשפטי לממשלה. העובדה שהיועץ המשפטי הוא ראש וראשון לנציגי שלטון החוק אינה פוטרת אותו מהדילמה האתית: כיצד לנהוג בשר או במנכ"ל שהוא אמור לקבל ממנו את מלוא החומר הרלוונטי בעניינו, לייעץ לו ולייצגו – ובמידת הצורך גם להפעיל נגדו הליך פלילי בעת ובעונה אחת. מנקודת מבטו של הלקוח אין הבדל אם הוא לקוח פרטי או שר: הלקוח חייב להיות משוכנע שמידע שיעביר לעורך דינו לא יימסר על ידו לרשויות התביעה נגדו. מצד אחד היועץ המשפטי הוא עורך דינו של הפוליטיקאי – למשל של ראש הממשלה, של שר או של סגנו בכל הנוגע למילוי תפקידיהם; מצד שני אותו היועץ המשפטי עלול להיות גם חוקר ותובע בעניינה של האישיות הפוליטית המדוברת על סמך מידע שמסרה לו מתוך הנחה שהוא – היועץ המשפטי – מייצגה נאמנה.

יתר על כן: היועץ המשפטי צריך להחליט אם לפתוח בחקירה פלילית ואם להעמיד לדין בעלי תפקידים שהוא מעניק להם שירות משפטי של ייעוץ והנחיה על בסיס שיטתי וקבוע. כך תמהים רבים – האם במצב כזה היועץ המשפטי יכול לקבל החלטות ענייניות ונקיות לחלוטין ממשוא פנים? האם הציבור יאמין שההחלטות הן אכן כאלה? יש במצב הנוכחי ניגוד עניינים עמוק ויסודי המביא הן לירידה במעמדו של היועץ המשפטי (בעיני הפוליטיקאים ובעיני הציבור גם יחד) הן להפרטת הייעוץ המשפטי לפוליטיקאים, שכן הפוליטיקאי יעדיף להיעזר בעורך דין פרטי ולא ביועץ המשפטי שעלול להיות התובע בעניינו. פיצול מוסדי יביא לכך שהיועץ המשפטי יהיה יועץ משפטי בלבד, ינחה את הממשל בתחומי המשפט שאינו פלילי וייצג את הממשלה וזרועותיה בתחום המשפט האזרחי. כך תוכל הדמות הפוליטית לבטוח בו, מאחר שהעיסוק הפלילי יהיה נחלתו הבלעדית של התובע ברשות תביעה עצמאית ונפרדת לחלוטין מן היועץ המשפטי. ממילא ברור כי היעדרו של פיצול מוסדי פוגע שלא לצורך במעמדו הנורמטיבי והמוסדי של היועץ המשפטי המשלב שני תפקידים מרכזיים בעלי ניגוד פנימי במהותיהם.

זאת ועוד: הדילמה המרכזית שיועצים משפטיים ותובעים כלליים ניצבים לפניה במשטרים דמוקרטיים היא כיבוד הדרישות של האליטות השלטוניות לנוכח עקרונות הדמוקרטיה. פעמים רבות עלולות להיות סתירות בין שני ממדים אלו – אינטרסים

שלטוניים מצד אחד וערכים דמוקרטיים מצד שני. פרקליט המדינה והיועץ המשפטי חייבים להעדיף את האחרונים על הראשונים ולהביא זאת לידי ביטוי גם בפרשנות שהם נותנים לאיזון וליחסי הגומלין שבין זכויות שונות במשפט. כל עוד היועץ המשפטי הוא גם התובע הכללי הוא יתקשה למלא את חובותיו המקצועיות ולהעדיף ערכים דמוקרטיים על פני אינטרסים שלטוניים.

במצב הקיים היועץ המשפטי חייב להיות מצד אחד שותף סוד של השלטון ומצד אחר התובע שנגדו. מדובר במצב אבסורדי. ברור כי קרבתו הרבה של היועץ המשפטי למוקדי הכוח הפוליטי – לרבות זהותו החברתית, התרבותית והפוליטית – תשפיע על החלטותיו בשאלה אם התקיימה תשתית ראייתית סבירה ואם יש עניין ציבורי בהגשה של כתב אישום; לכן ראוי כי התביעה הכללית תופרד מהיועץ המשפטי. אלה הם פני הדברים גם בשיטות משפט קונטיננטליות שאינן מבוססות על אותו היקף של שיקול דעת בתחום הפלילי. בשיטות אלו הפרקליט חייב בדרך כלל להגיש כתב אישום עם התגבשותן של ראיות פליליות.

#### 4. היעדר בקיאות מספקת ברזי המשפט הפלילי

עד היום רוב היועצים המשפטיים בישראל לא היו בעלי התמחות מרכזית בתחום הפלילי. הייעוץ המשפטי כרוך בעיקר בהנחיית המערכת השלטונית בתחומי המשפט המנהלי והחוקתי ולעתים תכופות בתחומי המשפט האזרחי, המסחרי והבין-לאומי. התוצאה היא שפעמים רבות מתקבלות החלטות בתחומים פליליים על ידי דמות משפטית – היועץ המשפטי – שאין לה בהכרח בקיאות מספקת בתחום המשפט הפלילי, ובמילים אחרות: ראש התביעה הכללית בדרך כלל אינו מומחה למשפט פלילי. מובן שמדובר במצב אבסורדי העלול להוביל לטעויות קשות בניהול תיקים פליליים העוסקים בלב לבם של החיים הציבוריים.

לעומת זאת רשות נפרדת ועצמאית של תביעה כללית מחייבת תובע כללי בעל כישורים משפטיים מתאימים של משפטן פלילי מובהק ופרקליט מנוסה בתחום הפלילי. זו הדרישה הברורה ברוב המדינות הדמוקרטיות בעולם, ואין ספק שהמצב בישראל טעון רפורמה. כך למשל, הכרעות בתחום הפלילי בדבר הגשה או אי-הגשה של כתבי אישום דורשות רמה גבוהה של בקיאות בדיני הראיות של המשפט הפלילי ומידה רבה של ניסיון בהתדיינות פליליות ובחקירות עדים בערכאה ראשונה. פרשת קצב – שהתאפיינה בשינוי החלטות מפתיע ו"מזוגג" של היועץ המשפטי, כמו גם בקשיים להכריע אם להגיש כתב אישום ומה יהיו תוכני האישומים – מלמדת מה עלול להתרחש כשבעל התפקיד, הממונה ומפקח על כלל התובעים ובכללם על מקצוען כפרקליט המדינה, אינו משפטן מובהק ובעל ניסיון רב-שנים בתחום הפלילי.

וגם אם היועץ משפטי הוא דווקא מומחה מן המעלה הראשונה במשפט פלילי, הוא עלול למצוא את עצמו בקונפליקט חמור עם פרקליט המדינה, שהוא כיום למעשה התובע הכללי. פיצול מוסדי יפתור בעיה זו בכך שיחייב בקיאות מקצועית מן המעלה הראשונה בתחום הפלילי של התובע הכללי, בראשות התביעה כמוסד עצמאי – ואילו היועץ המשפטי עצמו יהיה מומחה מן המעלה הראשונה בתחומי משפט שאינם פליליים.

## 5. מעמדו המוחלש של פרקליט המדינה

נכון להיום פרקליט המדינה כפוף ליועץ המשפטי וחייב להסיג את דעתו מפני דעת היועץ המשפטי. היועץ המשפטי – ואין נפקא מינה מהי מומחיותו המשפטית – מוסמך להחליט בלעדית באילו תיקים פליליים יכריע בעצמו ובאילו יאציל סמכויות הכרעה לדרגים הכפופים לו. על פי רוב היועץ המשפטי אמנם משתף את פרקליט המדינה בהכרעות שהוא מקבל בתיקים פליליים סבוכים ובולטים מבחינה ציבורית, אך במקרים של חילוקי דעות מהותיים ביניהם תכריע דעתו של היועץ המשפטי. מובן כי מצב כזה מוביל להחלשת מעמדו של פרקליט המדינה ולמעשה כופף את כל מערכת התביעה הפלילית לשיקול דעתו של היועץ המשפטי. אם כן, היעדר הפיצול המוסדי אינו הגיוני משום שהוא כופף את המקצוען הבקי בתחום (פרקליט המדינה) לסמכותו של מקצוען פחות ממנו (היועץ המשפטי) שהוא בעל המילה האחרונה. גם אם נניח שבמקרה מסוים היועץ המשפטי הוא דווקא בעל המומחיות הגדולה מהשניים בתחום המשפט הפלילי, עדיין לא ברור מהי חלוקת התפקידים בינו לבין פרקליט המדינה.

## 6. פוליטיזציה של קבלת החלטות בתחום הפלילי

סיבה נוספת לצורך בפיצול המוסדי בין הייעוץ המשפטי לתביעה הכללית היא הנאמנויות של היועץ המשפטי לשלטון הממנה אותו. נאמנויות אלו עלולות לעמוד בסתירה עמוקה לחובותיו כתובע כללי, במיוחד כאשר על הפרקליט לנקוט עמדה אנטי-ממשלית הנגזרת מחובתו המקצועית. לסתירה זו אין משמעות נורמטיבית בלבד, שכן בהיעדר פיצול מוסדי ולנוכח החשש שהתובע הכללי רואה את עצמו כנאמן לשלטון שמינה אותו, עלול לחול עיוות ממשי בתפקידו כאחד משומרי הסף החשובים ביותר של שלטון החוק הדמוקרטי. באילו תנאים יחליט היועץ המשפטי לגבש כתיב אישום נגד הצמרת השלטונית במדינתנו ונגד האינטרסים החברתיים, הפוליטיים והכלכליים שלה? מדובר בדילמה שיש לה השלכות כבדות משקל על עתידו של משטר

דמוקרטי.<sup>40</sup> יועץ משפטי שהוא גם פרקליט המדינה עלול להעניק לגליזציה – ובכך גם לגיטימציה מלאה – לשלטון מושחת ולקשרי שחיתות בין האליטה השלטונית לבין אליטות אחרות. בתנאים של פיצול מוסדי ייתכן שיהיה ביכולתו של פרקליט המדינה לשמש חוד החנית של הלוחמה בעבריינות שלטונית (ובלבד שמובטח תהליך מינוי אפוליטי לתפקיד ראש התביעה הכללית).

אין מקום לחשש שדווקא הפיצול המוסדי יביא לפוליטיזציה של משרת היועץ המשפטי. ראשית, גם לאחר היישום של דוח ועדת שמגר מינויו של היועץ המשפטי הוא אקט פוליטי, והיועץ המשפטי אמור להיות אדם המקובל על הממשלה. המשבר הפוליטי בנובמבר 2009 בנוגע לבחירת היועץ המשפטי ואי-יכולתה של ועדת אור – שהוקמה על פי דוח ועדת שמגר – להחליט על מינוי מוסכם לתפקיד מוכיחים עד כמה מינויו של יועץ משפטי הוא פוליטי באופיו. המינוי הוא פוליטי גם כשהממונה לתפקיד היועץ המשפטי הוא משפטן מקצועי ביותר. למרות ועדת האיתור על פי ההרכב שהומלץ בדוח ועדת שמגר, ולנוכח העובדה שוועדת האיתור אכן סיננה מתוך המועמדים את רשימת ארבעת המועמדים הסופיים לתפקיד, מינויו של היועץ המשפטי החדש, עו"ד יהודה וינשטיין, היה נתון בסופו של דבר להחלטה פוליטית ואולי גם מפלגתית, בעיקר של שר המשפטים וראש הממשלה. בהקשר זה, פיצול מוסדי דווקא ייטיב עם שלטון החוק ולא זיק לז: הוא יותיר את תהליך המינוי לתפקיד היועץ המשפטי על כנו, כהמלצתה של ועדת שמגר, אך יבודד מתהליך זה את מינוי התובע הכללי שייבחר במסגרת אחרת ועל פי שיקולים הנגזרים מאופי תפקידו של תובע כללי – על בסיס כישוריו ויכולתו בתחום זה של המשפט הפלילי. בנוסף, במצב של פיצול מוסדי יתאפשרו בסופו של דבר חקירה ואישום פלילי על ידי התביעה הכללית כאשר הדרגים הפוליטיים נהגו בניגוד להמלצותיו של היועץ המשפטי לממשלה. תופעה זו יכולה למנוע פוליטיזציה נוספת של תפקיד היועץ המשפטי בעקבות פיצול מוסדי.

## 7. ריכוז עוצמה

האיחוד המוסדי בין היעוץ המשפטי לתביעה הכללית יצר בישראל מוסד ציבורי בעל עוצמה רבה שהיקף אחריותו וסמכויותיו כמעט חסרי תקדים בדמוקרטיה מודרנית. כל זאת במשטר פוליטי אוניטרי שאין בו פיצול סמכויות בין הממשל המקומי-מדינתי לבין הממשל הפדרלי ברמת התביעה והיעוץ המשפטי, בשונה ממשטרים פדרליים

Gad Barzilai & David Nachmias, *Governmental Lawyering in the Political Sphere: Advocating the Leviathan*, ISRAEL STUDIES 3 (2) 30-46 (1998)

שבהם עוצמת התביעה הכללית והיועץ המשפטי מבוזרת יותר (דוגמת גרמניה, שווייץ, ארצות הברית וקנדה). ריכוז עוצמה ציבורית כה רבה בידי של מוסד ציבורי אחד הוא בעייתי בכל משטר דמוקרטי, ועוד יותר במערכת פוליטית כה שסועה ומקוטבת כמו זו שבישראל. ככל שהמערכת הפוליטית בישראל מקוטבת יותר כך גדלה עוצמתו הפורמלית של מוסד היועץ המשפטי, משום שהוא מתבקש להכריע משפטית בסכסוכים ציבוריים רבים. עוצמה זו מציבה את מוסד היועץ המשפטי אל מול ביקורת ציבורית גוברת שמחלישה את האפקטיביות שלו. נוסף על כך אין במשטר הישראלי גופים ציבוריים שמסוגלים לבקר ולפקח על היועץ המשפטי עצמו למעט בג"ץ, שאינו נוטה להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי אלא בהתגבש עילות משפטיות נדירות למדי. בהיעדר פיקוח שיפוטי מתאים על מוסד התביעה הכללית הכפופה ליועץ המשפטי ראוי ורצוי שיחול פיצול מוסדי של סמכויות שיאפשר מעקב ובקרה גם אחר היעילות והתבונה שבקבלת ההחלטות בתחומי הייעוץ והתביעה. היעדרה של חוקה כתובה בישראל ובה עיגון ברור של זכויות אדם ואזרח מצדיק אף הוא הידוק הבקרה באמצעות פיצול מוסדי כאמור.



## פרק רביעי

# חשיבותם הדמוקרטית של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית

על היועץ המשפטי רובצת אחריות ציבורית כבדה מאוד. ההצדקה לקיומו של מוסד זה תקפה ככל שיש בו כדי לתרגם את הנאמנות לעקרונות הדמוקרטיה לשפה מעשית של פרשנות משפטית, חיווי דעה והכוונה משפטית. אם מוסד היועץ המשפטי אינו יכול לתרום תרומה ניכרת לכיבוד עקרונות הדמוקרטיה על ידי השלטון, אין הצדקה לקיומו ואין סיבה להעדיף אותו על פני ייעוץ משפטי הניתן לממשלה על ידי עורכי דין פרטיים. אם הדין הקיים סותר את עקרונות הדמוקרטיה, חובה על היועץ המשפטי בכל מדינה להתריע על הסכנות הצפויות. פיצול מוסדי של התפקידים יאפשר ליועץ המשפטי לבצע את תפקידו הממלכתי החיוני האמור בלי לסבול פגיעות במעמדו ובעוצמתו עקב קונפליקטים הנובעים מהחלטות של התביעה הכללית. מובן כי גם בהתקיים פיצול מוסדי על הנחיותיו של היועץ המשפטי לחייב את כל זרועות הממשלה על פי הדין הנוהג מכוחן של פסיקות בג"ץ. כמו כן, גם בהתקיים פיצול מוסדי יוסיף היועץ המשפטי להיות אחראי לניהול התיקים האזרחיים ולייצוג הממשלה בנושאים אזרחיים-חוקתיים, בין כתובעת ובין כנתבעת.

אפשר לטעון שאמירה זו כופה מסגרת ערכית על הניתוח התאורטי. אולם תפיסה פוזיטיביסטית בלבד של הדין אינה נכונה אמפירית שכן הדין אינו רק אוסף של כללים פורמליים. הדין, במובנו העמוק, הוא במידה רבה ברמת ההכרעות הערכיות והפוליטיות המביאות לעיצוב המשפט הנוהג. היועץ המשפטי לממשלה חייב לא להסתפק במובנו הפוזיטיביסטי של הדין: אם גילה כי הדין סותר את עקרונות הדמוקרטיה חובתו להתריע על כך, שכן תפקידו יונק את חיותו מעולם הערכים הדמוקרטי. קיומו של מוסד זה, שנועד למנוע מן הממסד הפוליטי לפעול כ"נבל ברשות התורה", כדברי הרמב"ן, מותנה בנאמנות לשמירה על זכויות אדם, זכויות אזרח וזכויות מיעוטים. אם הייעוץ המשפטי לממשלה אינו עומד בתנאי נורמטיבי זה אין הכרח בקיומו: ייעוץ לממשלה בענייני חוק ומשפט יכול להינתן על ידי כל פרקליט פרטי. אם כן, חשיבותו של

מוסד היועץ המשפטי טמונה דווקא בהיותו גורם הממליץ לממשלה על דרכים לעיצוב הדין בהתאם לעקרונות הדמוקרטיה. הייעוץ המשפטי בדמוקרטיה חורג מהמובן הצר והמוגבל של מתן עצות משפטיות. ברוב המדינות ניתנת ליועץ המשפטי סמכות רחבה הנוגעת לפעולותיה של המערכת הבריורקרטית כולה, על כלל זרועות השלטון, לרבות ייצוג המדינה בנושאים אזרחיים. עוצמתו זו של היועץ המשפטי לא תלויה בשאלת הפיצול המוסדי מן התביעה הכללית.

הפיצול המוסדי, במתכונת המומלצת בספר זה, לא נועד להחליש את מוסד היועץ המשפטי בישראל, ואין עדות לכך שבמדינות שבהן מתקיים פיצול מוסדי הייעוץ המשפטי הוא חסר ערך או חלש מזה שבישראל. האם אפשר לטעון כי שלטון החוק באוסטרליה, באירלנד ובצרפת גרוע מזה שבישראל? ברור כי "שלטון חוק" אינו מותנה רק במבנה מוסדי של הייעוץ המשפטי לממשלה, אך אין ראייה לכך שפיצול מוסדי פוגע בו.

לעומת הייעוץ המשפטי פונקציית התביעה הכללית עוסקת במהות שונה לחלוטין – ולכן ברוב מדינות העולם יש פיצול מוסדי כאמור: התביעה הכללית מתמקדת בהגשת כתבי אישום ובניהול הליכי משפט פליליים, והיא מנותקת מוסדית מן הייעוץ המשפטי. באיטליה, למשל, התובע הכללי (Pubblico Ministero) מוסמך גם לנהל חקירות, חיפושים, תפיסת מסמכים ורכוש; תפקיד חשוב אחר של תובעים כלליים הוא עיצוב מדיניות המאבק בעבריינות. מידת עצמאותה של התביעה הכללית מן הממסד הפוליטי (במשטרים פדרליים הכוונה בעיקר לממשל המרכזי) משפיעה על מידת יכולתה להיאבק בפשיעה בכלל ובפשיעה פוליטית או שלטונית במיוחד. בחלקים הקודמים של חיבור זה הבהרתי מדוע היעדרו של פיצול מוסדי עלול לפגוע ביעד זה. עם זאת קיומו של פיצול מוסדי אינו סותר תיאום בין גופי שלטון, בכללם התביעה הכללית, לעיצוב המאבק בעבריינות ובפשיעה מאורגנת.

בכל המשטרים הפוליטיים שבחנתי היועצים המשפטיים והתובעים הכלליים נהנים משני מקורות עוצמה: הילה של מקצועיות משפטנית ושליטה במנגנון של חיווי דעה וניהול הליכים פליליים. עצם היותם מרכיב דומיננטי בקהילה המקצועית-משפטית מעניק להם עוצמה ציבורית. קהילה זו, הכוללת בעיקר פרקליטים, שופטים, פרשנים משפטיים ואנשי אקדמיה, היא מרכזית להתוויית יסודות שלטון החוק, והאיוש של כל אחת מהמשרות נחשב להישג המרכזי שאליו יכול לשאוף חבר בה. היכולת של יועץ משפטי או של תובע כללי לעצב סמכות אפיסטמית בקהילתו היא חוליה מרכזית בכוחו לגבש עוצמה ציבורית ולהקרינה. כמו כן, אליטות של משפטנים נוטות לראות בנושאי משרות אלו זרוע מרכזית להפצת הנורמות המשפטיות המרכזיות של הקהילה המשפטית. בחברות המתנסות בתהליכי ליברליזציה ומדגישות את חשיבות העשייה המשפטית יוקרה מקצועית יכולה להבטיח אוטונומיה חלקית של המכהנים בתפקידי

הייעוץ והתביעה. מובן כי ככל שהגדרת המוסד של התביעה הכללית או הייעוץ המשפטי תהיה ברורה יותר וככל שהתביעה הכללית תהיה נפרדת מן הרשות המבצעת, כך יקל לראות בנושאי משרה אלה בעלי עוצמה משל עצמם.

במדינות שיש בהן פיצול מוסדי בין היועץ המשפטי לתביעה הכללית היועץ המשפטי מייצג את המדינה בפורומים ובטריבונלים בין-לאומיים, והוא גם מייצג את המדינה בדיונים משפטיים אזרחיים בבתי המשפט של המדינה. חוות הדעת של היועץ המשפטי נחשבות כביטוי של האינטרס הציבורי ואכיפת המלצותיו נתפסת כהכרחית לניהולה של המדינה במסגרת של פרוצדורות דמוקרטיות. לשם כך אין הכרח שהיועץ המשפטי יהיה גם התובע הכללי, שכן חוות הדעת המשפטיות שלו מחייבות ממילא. כמו כן, גם בהתקיים פיצול מוסדי אין מניעה שהמריית המלצותיו של היועץ המשפטי תוביל את התביעה הכללית לפתוח בהליכים פליליים (בעקבות תלונה של היועץ המשפטי או של גורם אחר). דווקא מצב שבו התובע הכללי הוא גם עורך דינה של הממשלה עלול להוביל להימנעות מחקירה פלילית ומהליכים פליליים גם כשהם מתבקשים. יתרה מזו: גם המעורבות התקשורתית באירועים ציבוריים, חלקם פליליים וחלקם אזרחיים – ההולכת וגדלה עם השנים – תקנה משמעות ציבורית להמלצות היועץ המשפטי כמו גם משמעות דמוקרטית ותוקף ציבורי.

חשיבותם של תובעים כלליים – ובאין פיצול מוסדי גם חשיבותו של היועץ המשפטי – בולטת במיוחד בתרבויות משפטיות של המשפט המקובל המעניקות לפרקליט המדינה שיקול דעת רחב אם להגיש או לא להגיש כתב אישום. בכפוף לפיקוח שיפוטי, בעלי תפקידים אלו יכולים לעצב במידה רבה את אופייה של מערכת הענישה. הם אינם כפותים רק לשאלות של אופי הראיות ולמידת היותן תשתית להליך פלילי ותשתית סבירה להרשעה. כמו כן, בהגשה של כתב אישום הם מפעילים שיקול דעת רחב בהתאם לסוגיה של קיום או אי-קיום עניין לציבור. היכולת להחליט אם יש תשתית ראייתית בעלת סבירות גבוהה להרשעה ובעיקר היכולת לעצב את המשמעות של הנוסחה המעורפלת "עניין לציבור" – מעניקות לתביעה הפלילית עוצמה פוליטית רבה. ראוי שעוצמה זו תהיה נבחנת ומופרדת מזו של היועץ המשפטי הקרוב לשולחן הממשלה וקרוב באופן אישי לראש הממשלה, לשרים ולאישים פוליטיים בכירים אחרים. מצד אחר, ידיעתם של הגופים הציבוריים כי היועץ המשפטי, בנפרד מן התביעה הכללית, הוא הגוף שמייצג את המנהל בתחומים האזרחיים, תשמור על כוחו של היועץ המשפטי גם במקרה של פיצול מן התביעה הכללית. היועץ המשפטי יופקד על חייוי דעה לממשל וייצוג המדינה בנושאים אזרחיים, ואילו התובע הכללי יופקד על אכיפת המשפט הפלילי ויהיה חוד החנית של הלוחמה בפשיעה. היה ולא תכובד הנחייתו של היועץ המשפטי על ידי גוף מגופי המדינה, תיפתח הדרך למעורבות של התביעה הכללית ובתי המשפט.

אמנם אין ערובה שבהתקיים פיצול מוסדי לא יתגלעו חילוקי דעות בין התובע הכללי ליועץ המשפטי, ולפיכך אין ודאות שהראשון יגבה את השני באמצעות פתיחת חקירה והגשת כתב אישום נגד פוליטיקאי שסרח. עם זאת הפרת הנחיה של היועץ המשפטי יכולה לגרור חקירה ותביעה של התביעה הכללית, פנייה של היועץ המשפטי לבג"ץ או פנייה של גופים ציבוריים אחרים – דוגמת מבקר המדינה – שיתבעו חקירה בעקבות הפרה כאמור. גם בהיעדר פיצול מוסדי פרקליטי מדינה מתמודדים עם השאלה כיצד לנהוג בפוליטיקאים שהתעלמו מהמלצותיהם, בהיותם למעשה עורכי דינם ושותפי סודם; בהתקיים פיצול מוסדי הדילמה ודאי לא תהיה קשה יותר.

## פרק חמישי

# במה מותנה הכוח של הייעוץ המשפטי ושל התביעה הכללית?

כוחו של הייעוץ המשפטי להנחות משפטית וכוחה של התביעה הכללית לחקור ולהגיש כתבי אישום אינם תלויים באיחוד מוסדי שלהם אלא בגורמים אחרים. אחד מהם הוא הייצוגיות. ככלל, התערבות של גופים מקצועיים וגופי מנהל בחיים הציבוריים חייבת לגיטימציה כלשהי, וייצוגיות היא בסיס נורמטיבי וחוקתי מקובל להקניית לגיטימציה במסגרת דמוקרטית. הייצוגיות של התביעה הכללית ושל הייעוץ המשפטי מותנות בהליכי מינוי שעניינם שיפור ההזדמנויות העומדות לפני מעמדות חברתיים, קבוצות ומגזרים באוכלוסייה להגיע לתפקידים אלה. מובן כי בהיותו של ראש התביעה הכללית אדם אחד תהיה הייצוגיות מוגבלת תמיד; עם זאת הליכי המינוי לתפקיד רם זה חייבים לאפשר הזדמנות שווה לזכות בו. נוסף על כך, הליכי המינוי חייבים למנוע תלות של פרקליטי המדינה בקהלי היעד שלהם. ברור כי עוצמתו המקצועית של ראש התביעה הכללית תלויה מאוד במומחיותו המקצועית בתחום הפלילי וביכולתו לקבל הכרעות גורליות על סמך ניסיון רב־שנים בתחום המשפט הפלילי; כפי שהסברנו, פיצול מוסדי יחזק מאוד היבט זה. כמו כן פיצול מוסדי יחזק מאוד את האפשרות לבחור לתפקיד היועץ המשפטי אדם בעל כישורים מקצועיים מתאימים, בעיקר בתחומי המשפט המנהלי והחוקתי.

הטענה שהייעוץ המשפטי והתביעה הכללית חייבים לעמוד בתנאי דמוקרטי של ייצוגיות חברתית אינה ברורה מאליה. ייצוגיות במשטרים דמוקרטיים תלויה בקיומן של בחירות חופשיות. ההנחה שביסודן של דמוקרטיות היא שבהיעדר אפשרות לדמוקרטיה ישירה, המודל הפוליטי הרצוי והאפשרי מבוסס על הדמוקרטיה הייצוגית. בדרך כלל, יועצים משפטיים ותובעים כלליים אינם נבחרים לתפקידם על ידי הציבור הרחב אלא ממונים על ידי הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת או על ידי ועדות מינויים. מדוע אם כן יש להחיל על נושאי תפקידים כאמור את עקרון הייצוגיות החברתית? לדעתי, החלה של עקרון הייצוגיות החברתית על מוסדות אלה חיונית להגשמת הערך של

שוויון ההזדמנויות בנגישותו של הציבור לתפקידי מפתח בממסד הפוליטי והמשפטי. ייצוגיות חברתית שתביא לאמון ציבורי רב יותר גם תבטיח אפקטיביות רבה יותר באכיפת המשפט על ידי הממונים לתפקידיהם. ייצוגיות חברתית בתפקידי הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית במשטרים דמוקרטיים אינה אתגר של מה בכך. בארצות הברית, למשל, מתוך 82 היועצים המשפטיים שכיהנו גם כתובעים כלליים מאז שנת 1789 ועד שנת 2010, כיהנו בתפקיד הרם רק אפרו-אמריקני אחד ורק אישה אחת. בישראל מאז 1948 ועד 2010 לא נשא באף אחד מהתפקידים אף לא ערבי-ישראלי אחד, ובתפקיד היועץ המשפטי לא נשאה ולו אישה אחת. שתי נשים כיהנו בישראל כפרקליטות מדינה: דורית ביניש (1989-1995) ועדנה ארבל (1996-2004). במילים אחרות: ייצוגיות בתפקידי הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית היא אתגר דמוקרטי, שכן מוסדות אלה משקפים את מוקדי הכוח של המדינה – והם יתקשו לעשות צדק לתפקידם הדמוקרטי בהיעדר ייצוגיות חברתית.

הריבוד החברתי-כלכלי מעצב תהליכים פוליטיים ומוסדות שלטון. מוסדות של ייעוץ משפטי ותביעה כללית נגישים במיוחד לקבוצות החזקות מבחינה חברתית-כלכלית, ונדיר למצוא מיעוטים בחברות דמוקרטיות המגיעים לייצוג בעמדות של הנהגה במוסדות אלה. מוסדות אלה מביאים לביטוי את הריבוד החברתי-כלכלי ואת העובדה כי העוצמה הפוליטית מרוכזת בידי העשירונים החברתיים-כלכליים הגבוהים ככל 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 ואפקטיבית יותר של מערכת הענישה ושל הייעוץ המשפטי גדלה ככל שמוסדות אלו יהיו ייצוגיים יותר.

העובדה ששיטת המינוי למוסד ציבורי מסוים מאפשרת נגישות לקבוצות חברתיות מגוונות אינה צריכה להפחית מהאוטונומיה המקצועית של אותו מוסד ומיכולת עמידתו בלחצים חברתיים-פוליטיים. העובדה ששחקן ציבורי מסוים רואה לנגד עיניו פלורליזם חברתי אינה כובלת אותו באופני פעילותו. קל וחומר אמורים הדברים ביועצים משפטיים ובתובעים כלליים החייבים ממילא להיות מונחים ומודרכים על ידי הדין. לכן נגישותם של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לקבוצות ולמעמדות חברתיים שונים אינה עומדת בסתירה עם המקצועיות הנדרשת מפרקליטי מדינה.

מרכיב אחר בכוחם של היועץ המשפטי והתובע הכללי הוא העצמאות המוסדית המאפשרת להם שיקול דעת מקצועי בתחומי הדין המצוי והדין הרצוי. כפי שאפרט בהמשך, עצמאות מוסדית זו תלויה גם בדרכי המינוי וההדחה לתפקידים אלה. הציפייה היא שמוסדות אלה לא ישמשו אמצעי שלטוני לקידום מטרות פוליטיות של הממסד ולא יהוו מכשיר ללגליזציה של מעשים ומחדלים לא חוקיים של הרשויות. באותה מידה

הציפייה היא שהפוליטיקאים לא יטילו על מוסדות אלה את האחריות לפעולותיהם ולא ישתמשו בהם להסתת אחריות פוליטית מן הדרג הפוליטי הנבחר אל הדרג המשפטי. סכנה זו רלוונטית במיוחד במדינות העוברות תהליכי ליברליזציה שמשמעותם המרת קונפליקטים כלכליים, חברתיים ופוליטיים בשיח ליברלי של זכויות.

שיח ליברלי של זכויות מניח כי למוסדות משפטיים דוגמת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה יש יכולות ליישב קונפליקטים חברתיים ופוליטיים באמצעים משפטיים. מכאן יש סכנה גדולה שהדרגים הפוליטיים יסיטו את האחריות להחלטות חברתיות פוליטיות חשובות אל הדרג המשפטי אגב התערבות באוטונומיה המקצועית של יועצים משפטיים ופרקליטי מדינה יש יכולות ליישב קונפליקטים חברתיים ופוליטיים באמצעים משפטיים. מכאן יש סכנה גדולה שהדרגים הפוליטיים יסיטו את האחריות להחלטות שיקול דעת מקצועי אינה מכוונת רק להעניק ליועץ המשפטי ולפרקליט המדינה או לתובע הכללי חסינות חלקית מפני התערבות ממסדית פוליטית בקבלת החלטות; היא גם מחייבת אותם לנהוג כשחקנים פוליטיים נבונים, כלומר: להימנע מהתערבות בפוליטיקה היום-יומית העלולה להביא לעתים לפגיעה קשה באוטונומיה המוסדית שלהם. בכפוף לטענה שנאמנותם חייבת להיות נתונה בראש ובראשונה לעקרונות הדמוקרטיה, עליהם גם להימנע מהתערבות שאינה הכרחית בהיבטים פוליטיים וציבוריים העלולה לפגוע בטווח הרחוק במוסדות הייעוץ והתביעה. תאורטית רצוי כי העצמאות (אוטונומיה) תהיה מרבית בעיקר בכל האמור בכוחם של פרקליטי המדינה כתובעים כלליים להיות נאמנים לעקרונות הדמוקרטיה ולהיאבק בעבריינות, במיוחד זו הפוליטית והשלטונית. כבר הבהרתי לעיל כי עצמאות כזו אינה אפשרית ללא פיצול מוסדי.<sup>41</sup>

מרכיבים אחרים המגדירים את עוצמתם של היועץ המשפטי והתובע הכללי הם שקיפות (transparency) ודיווחיות (accountability). משטרים דמוקרטיים מיועדים להתבסס במידה רבה על שקיפות מוסדית של גופים ציבוריים באופן המאפשר לתקשורת, לקבוצות אינטרס ציבוריות, למפלגות, לפוליטיקאים ולציבור הרחב לבקר ולהגיב על פעולותיהם. לעתים קרובות פוליטיקאים מעוניינים בשקיפות ציבורית מוגבלת משום שחיסיון מונע ביקורת ציבורית ומחזק את סיכוייהם להיבחר שוב אגב ביצוע מניפולציות והסתרת מחדלים. למוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית יש עוצמה פוליטית רבה משום שהם שולטים במידע, בחיווי דעה ובאמצעי החקירה והאישום המשפטיים. נוסף על כך, ברמה הלאומית או הפדרלית, מוסדות אלו לרוב אינם נבחרים לתפקידיהם על ידי הציבור הרחב ואינם נתונים לבחירות כלליות. תפקידם אפוף בהילה ובמיתוס של מומחיות ויוקרה מקצועית המונעים

ביקורת ציבורית עליהם ומקשים על קיומה. לכן שקיפותם הציבורית חשובה מאוד לדמוקרטיה. פיצול מוסדי יביא לנתק בין התביעה הכללית לבין הממשלה וממילא יגביר את השקיפות והדיווחיות של התביעה הכללית בכל הקשור ללוחמה בפשיעה בלי להיות נתונה למניפולציות אפשריות של הממשלה ואולי אף של היועץ המשפטי הממונה על ידה. דיווחיות כאמור חייבת להיות מופנית גם כלפי הרשות המחוקקת ולהיות נתונה לביקורת פרלמנטרית ותקשורתית. חשוב לציין שדיווחיות כאמור מקובלת למדי ברוב המשטרים הדמוקרטיים.

ברור כי בכל מקרה של פיצול מוסדי יש להבטיח שקיפות ודיווחיות ציבורית באמצעות מנגנוני דיווח של המוסדות על פעולותיהם והחלטותיהם ובאמצעות מתן מידע בסיסי ובהיר שיאפשר לציבור לפתח מודעות ודיון ציבורי. מנגנון כזה יכול להיות, למשל, דוח תקופתי של התביעה הכללית הנמסר לרשות המחוקקת ולאמצעי תקשורת, כמקובל ברחבי העולם. מובן כי המידע הנמסר לציבור באמצעות מנגנוני דיווח אינו בלתי מוגבל: מגבלות של פרטיות, של יחסי עורך דין-לקוח ושל אפשרות קרובה וממשית לפגיעה קשה בביטחון המדינה – כל אלה נמנים עם השיקולים שאפשר להביא בחשבון. כל דמוקרטיה תימצא חסרת ערך ללא מנגנוני דיווחיות שיאפשרו תגובה ציבורית על פעולותיהם של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית. חשוב לציין כי עד כה, עקב הבעייתיות והעמימות של היחסים בין מוסדות אלו לבין הרשויות הציבוריות האחרות, לא הודגשה בספרות המקצועית בישראל חשיבותם האופרטיבית של עקרונות השקיפות והדיווחיות של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית.

מרכיב חשוב נוסף בכוחם של הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית הוא משילות ואפקטיביות. תכליתם של מוסדות אלה היא לאכוף כללי התנהגות נורמטיבית על מוסדות השלטון: הייעוץ המשפטי מיועד לתרום להכוונה חוקתית של הממשל ושל זרועותיו, והתביעה הכללית מיועדת להיאבק בבעיות קשות של פשיעה, בכללן עבריינות שלטונית ועבריינות אידאולוגית. אחד ההבדלים המשמעותיים בין מוסד הייעוץ המשפטי לבין ייעוץ משפטי פרטי הוא שתכליתו של הראשון לאכוף על הממשל התנהגות נורמטיבית מסוימת בהתאם לקריטריונים רחבים של דמוקרטיה וכיבוד זכויות אדם ואזרח אפילו נגד אינטרסים שלטוניים. הפרטה של הייעוץ המשפטי לעורכי דין פרטיים בעלי אינטרסים פרטיקולריים של קידום טובתם האישית שלהם ושל לקוחותיהם – ומחוץ לכל מנגנוני בקרה ציבורית – מלמדת על כשל של ממש במוסד הייעוץ המשפטי לממשלה. היכולת של הייעוץ המשפטי להימנע מפיצול יתר של פונקציות הייעוץ ומהפרטת הייעוץ לגורמים פרטיים היא קריטית להצלחתו של מוסד זה במסגרת דמוקרטית. לכן בצד הפיצול המוסדי המומלץ בין תביעה כללית לבין ייעוץ משפטי יש להימנע מהפרטת פונקציות הייעוץ המשפטי לעורכי דין פרטיים כפי שקורה בפועל ב־30 השנים האחרונות.



יש קשר חיובי ומשמעותי בין ייצוגיות חברתית ושקיפות פוליטית מצד אחד לבין משילות ואפקטיביות של הייעוץ והתביעה הכללית מצד שני. שקיפות ציבורית תסייע מאוד למוסדות הייעוץ והתביעה לגבש מודעות ציבורית באשר 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. בהקשר זה, פיצול מוסדי בין התביעה לייעוץ המשפטי לממשלה לא יפגע במוסד היועץ המשפטי. חשוב לציין כי מוסד הייעוץ המשפטי אינו מוסד כופה אלא מוסד מנחה, שחוות דעתו מחייבת את הרשות המבצעת. תפקידו להנחות את זרועות הממשל בנוגע לאסור ולמותר מבחינה משפטית, להזהיר מפני הפרות הדין ולהצביע על ליקויים בדין המצוי לעומת הדין הרצוי. במידת האפשר על היועץ להציע למקבלי ההחלטות חלופות אפשריות ואף להדגיש סדרי עדיפויות לפעולה מנקודת מבטו של הדין, אם יש כאלה. ייצוגיות ושקיפות יגבירו את ההסתברות שהמלצות היועץ המשפטי לא יופרו – גם במקרה של פיצול מוסדי כאמור.

## פרק שישי

# הצעה לרפורמות

ההצעה לרפורמות במבנה של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל מבוססת על ניתוח השוואתי של מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית ברחבי העולם ועל ניתוחם של מוסדות אלה בישראל. ברור כי אופני הפעולה של היועץ המשפטי ושל פרקליטות המדינה בישראל נבדלו זה מזה בהתאם לאדם שאייש את התפקיד וברור שכך יהיה גם בעתיד. כך למשל ידע המוסד הזה יועצים משפטיים מרוסנים יחסית גם ביחסם לשר המשפטים; אחרים היו אסרטיביים בהרבה ובלטו יותר בעוצמתם הציבורית משר המשפטים וממנכ"ל משרד המשפטים. למרות ההבדלים עדיין אפשר לזהות במשך השנים מגמות מוסדיות ומאפיינים מוסדיים מרכזיים – ובהתאם לכך גם לתת המלצות.

ככלל, הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל, על אגפיו, אינו די יציג חברתית. כמו כן דרכי המינוי לתפקיד – במיוחד של פרקליט המדינה או התובע הכללי – הן ארכאיות ולא נגישות לביקורת דמוקרטית גם אחרי המלצותיה של ועדת שמגר משנת 1998. אין שותפות של הכנסת בתהליכי המינוי לתפקידי היועץ המשפטי ופרקליט המדינה, ואין תהליך ציבורי מקיף של שימוע, פיקוח ובקרה. מצד אחד הייעוץ המשפטי בישראל ובמיוחד התביעה הכללית אינם נהנים מאוטונומיה מקצועית מספקת, אך מצד אחר התערבותו של מוסד היועץ המשפטי בישראל בפוליטיקה הבינ־מפלגתית גדולה מאוד. פעמים לא מעטות מתבקש היועץ המשפטי לבחון את חוקיות התנהגותם של חברי כנסת ושרים, דוגמת השאלה אם היה בהתנהגותו של חבר כנסת מסוים משום הפרה של חובות אמון ציבורי או מתן שוחד.

בהשוואה לדמוקרטיה מערביות שקיפותם של מוסדות היועץ המשפטי ופרקליט המדינה היא מעטה יחסית: בניגוד למקובל בדמוקרטיה רבות אין כללי דיווחיות לכנסת או לוועדותיה. התוצאה היא שהיועץ המשפטי – ראש וראשון למערכת המשפט הציבורית בישראל – אינו חייב דיווח לגוף ציבורי בעל שקיפות, להציג חובת היוועצות אקראית עם הממשלה ובמיוחד עם שר המשפטים. במדינות רבות מקובל כי

התביעה הכללית מדווחת לציבור ולרשות המחוקקת דיווח שגרתי על עבודתה, אך תקנות ונהגים כאלו טרם נקבעו וממילא טרם מוסדו בישראל.

ההתפתחות ההיסטורית של מוסד היועץ המשפטי בישראל, כפי שתוארה ונותחה בחיבור זה, הביאה להסדרים עמומים ולא שקופים שיצרו תלות רבה של מוסד זה ביחסים האישיים שבין הדמויות המעורבות בפעילותו כגון שר המשפטים, מנכ"ל משרד המשפטים, היועץ המשפטי ופרקליט המדינה. במצב דברים זה לא ברור עד כמה היעוץ המשפטי בישראל אפקטיבי, תורם לתהליכי קבלתן של החלטות ממשלתיות ומביא לאכיפה יעילה של המשפט הפלילי. כבר הבהרתי עד כמה בעייתית ואפילו פרדוקסלית הציפייה שעורך דינה של הממשלה גם יאכוף עליה את הדין או שיביא להגשת כתבי אישום נגד אישים שהוא מייעץ להם. גם מערכת היחסים בין פרקליט המדינה ליועץ המשפטי אינה שקופה ואינה מדווחת לציבור, וחלוקת העבודה ביניהם אינה תמיד ברורה, הן בתוך המערכת הן מחוצה לה. הפיצול המוסדי המוצע להלן יסייע מאוד בהבהרה ברורה יותר של כללי השקיפות והדיווחיות.

בחלק מן התחומים של החיים הציבוריים היעוץ המשפטי הוא אפקטיבי יותר (נוהלי בחירות, ניהול רשויות מקומיות, עיצוב כללי משחק פרלמנטריים), ובתחומים אחרים הוא אפקטיבי פחות (לוחמה בטרור, חקירות ועינויים). נראה כי חלק מהיועצים המשפטיים בישראל השלימו עם המרת התחומים, קרי: מצב של כביכול פשרה מוסדית בין מוסד היועץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה וגורמי ביטחון, שלפיה בתחומים אחרים ניתנה להם השפעה ובלבד שלא יסיגו את גבולה של הרשות בתחומים של "ביטחון לאומי". בצד תלותו של פרקליט המדינה ביועץ המשפטי חלה פרגמנטציה בסמכויותיו של היועץ המשפטי וירידה במעמדו. העובדה שהיועץ המשפטי משתתף בישיבות הממשלה, דרך קבע או לרוב, אינה מוסיפה למעמדו וודאי שאינה תקינה בהתחשב בהיותו גם התובע הכללי. הנוהג שהשתרש מאז ממשלת בגין הראשונה לזמן את היועצים המשפטיים דרך קבע לישיבות ממשלה הוא נוהג פסול. נוהג זה מערב את היועץ המשפטי בשיח הביניים-מפלגתי באופן שעלול ליצור מסווה של לגיטימיות ולגליות גם להחלטות, לדיונים, למעשים או למחדלים שהיועץ המשפטי אינו מסכים להם או שראוי היה שלא יסכים להם כאיש מקצוע – עצם נוכחותו בישיבות הממשלה יוצרת רושם של הסכמה מפורשת או משתמעת. נוכחותו של היועץ המשפטי בישיבות הממשלה יוצרת גם סכנה של ייעוץ "אינסטנט" – ייעוץ מידי לבעיות מידיות, ללא בירור ובדיקה – שאינו עומד בדרישות המקצועיות.

## 1. פיצול מוסדי

שני נימוקים מרכזיים הועלו בשיח הציבורי בישראל נגד ההפרדה בין תפקידי היועץ המשפטי לתפקידי התביעה הכללית. נימוק מרכזי אחד הוא שההפרדה תפגע קשות באפקטיביות של היועץ המשפטי, שכן בהיעדר ריכוז סמכויות בידי ספק רב אם הדרג הפוליטי המבצע יכבד את הנחיותיו ויציית להן, אף על פי שהדין מחייב זאת.

כפי שהראיתי ספק רב אם שיקול כזה ראוי להיות דומיננטי; ולדעתי הוא שיקול מוטעה כנימוק לשלילת ערכו של פיצול מוסדי. במחקר מצאתי כי עוצמתו של היועץ המשפטי מושפעת ממשתנים רבים ובעיקר ממעמדו האישי-מקצועי של היועץ המשפטי בקרב הקהילה הפרשנית – קרי קהילת המשפטנים – ובשדה המשפטי בכלל. אם סמכותו האפיסטמית של היועץ המשפטי רבה, יהיה ביכולתו להשפיע על הממשלה והמנהל כולו גם אם – ואולי בעיקר – יחול פיצול מוסדי. המחקר ההשוואתי לא העלה כי מעמדו של היועץ המשפטי ייחלש עקב פיצול כזה. נוסף על כך פיצול הסמכויות בין התביעה הכללית לבין הייעוץ המשפטי עדיין מותיר את סמכות הייצוג המשפטי בנושאים אזרחיים – לרבות לפני בג"ץ – בידי היועץ המשפטי. עובדה זו תסייע לו בשמירה על עוצמתו אל מול הממשלה והמנהל כולו. חשוב לציין כי במקרה של הפרת הנחיותיו של היועץ המשפטי תוכל התביעה הכללית לפעול ביתר קלות וביתר נחישות במצב של פיצול. כפי שהראיתי בהיעדר פיצול כזה התביעה הכללית נחלשת במידה ניכרת – וגם מוסד היועץ המשפטי אינו מוגן.

הנימוק המרכזי האחר נגד הפיצול המוסדי הוא שפיצול כזה ייצור בעיות תיאום בין יחידות מנהליות במשרד המשפטים ומחוצה לו ובכך יכביד מאוד על מאמציו של היועץ המשפטי לאכוף את שלטון החוק בישראל. טענה זו אולי נכונה עקרונית ותאורטית, אך שתי עובדות בסיסיות מחלישות אותה: ראשית, ממילא חלה פרגמנטציה בתפקידי הייעוץ המשפטי, והוא סובל מווכחנות ציבורית, פוליטית ומפלגתית באשר למעמדו; שנית, פיצול מוסדי והקמת רשות תביעה עצמאית יכולים לסייע בלוחמה בפשיעה עקב עצמאות מוסדית רבה יותר. בצד זאת עצמאות של התביעה הכללית אינה צריכה למנוע תיאום בין יחידות מנהליות, בכללן התביעה והייעוץ המשפטי.

בזכות הפיצול המוסדי הועלה טיעון מרכזי של יעילות: פיצול מוסדי יגביר במידה ניכרת את היעילות הן בעבודת הפרקליטות כתביעה כללית והן בעבודת הייעוץ המשפטי. שני הגופים סובלים מעומס יתר מנהלי הנובע מריבוי דרישות שמופנות אליהם ומריבוי לחצים פוליטיים וציבוריים נוסף על העומס של תיקים משפטיים. מצב זה הוא תולדה של אופיין של החברה והתרבות ובעיקר של פיצול במקדי הכוח הפוליטי. פוליטיקאים רבים מעדיפים שהיועץ המשפטי יאמר את דעתו בסוגיות פוליטיות ויתרום נימוקים של לגליות לפעולות פוליטיות שבהן הם חפצים ונימוקים

של חוסר לגליות לפעולות פוליטיות שהם מתנגדים להן. לפיכך היועץ המשפטי משמש אמצעי להמרת קונפליקטים חברתיים ופוליטיים ולהדחתם במקום שייפתרו אגב דיונים ציבוריים גלויים. מדובר כאן לא רק בהסטת אחריות ציבורית אלא ביצירת אשליה ציבורית בדבר כוחו של משפט המדינה. בהתחשב בכך ספק רב אם דווקא הפיצול המוסדי הוא שיביא להיחלשות נוספת במעמדו של היועץ המשפטי. כמו כן דווקא פיצול מוסדי יכול להביא ליותר יעילות בפעילותם של אגפי התביעה הכללית, שיעמדו בזכות עצמם כרשות עצמאית בעלת ייחודיות ומקצועיות מוגדרת.

פיצול מוסדי מתחייב אף מסיבה מרכזית אחרת שאינה פונקציונלית. הבהרתי כי תפקיד מפתח של תביעה כללית במשטרים דמוקרטיים חייב להיות מאבק בעבריינות שלטונית ובעבריינות אידאולוגית. מדובר בתפקיד לא פשוט הואיל והמדינה עצמה שולטת במערכת האכיפה והענישה ומתווה את הגיונותיה ואת דרכי פעילותה. מחקרים רבים הראו עד כמה רווח השימוש הפוליטי במערכות ענישה למטרות דיכוי של "אויבים" פוליטיים פנימיים ולמטרות של קידום אינטרסים שלטוניים ואידאולוגיים. הסכנה של שימוש מניפולטיבי במערכות תביעה וענישה רובצת לפתחו של כל משטר פוליטי – קל וחומר בישראל, שאין בה חוקה כתובה מקיפה ואין בה תרבות שלטונית ומסורת פוליטית המעגנות את זכויות האדם והאזרח. וכל זאת לנוכח השליטה בשטחים, לוחמה בטרור, אלימות חברתית ושחיתות גואה, פשע מאורגן, החמרה בריבוד חברתי כלכלי, שסעים חברתיים ופוליטיים עמוקים, שחיתות שלטונית, עבריינות אידאולוגית ואפליה שיטתית של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל. במצב דברים זה יש סכנה שהפעלת התביעה הכללית תהיה מודרכת במידה ניכרת משיקולים פוליטיים וגם משיקולים מפלגתיים.

פיצול מוסדי בין תפקידי הייעוץ המשפטי לבין התביעה הכללית יגביר את האוטונומיה של כל אחד מהגופים ויהיה בו כדי לסייע במניעת תופעה מסוכנת של קואופטציה מוחלטת בין האליטות הפוליטיות לבין התביעה הכללית. היועץ המשפטי ימונה על ידי הממשלה (בהליך שיפורט להלן), ועל פי הגדרת תפקידו יהיה חייב להיות אמין ומקובל עליה. האוטונומיה המקצועית שלו הכרחית אף היא, אולם התאמתו העקרונית למסד הפוליטי היא הגיונית ומתבקשת מעצם תפקידו – הגם שנאמנותו הראשונית היא לשלטון חוק דמוקרטי. אין סיבה ואין מקום לכפות על ראש ממשלה או על ממשלה יועצים משפטיים למורת רוחם. תפקידו של יועץ משפטי הוא להציע לממשלה אפשרויות וחלופות שיאפשרו לה לבצע את מדיניותה בלי להפר משפט ובאופן שיהלום את הדין. במסגרת זו היועץ המשפטי יהיה אמור גם לייצג את הממשלה ואת המדינה בתיקים משפטיים אזרחיים. עוצמתו תיגזר גם ממאפייני מינויו שיבטיחו כי רמתו המקצועית תהיה גבוהה ומהידיעה שהפרת המלצותיו המשפטיות עלולה לפתוח את הדרך לתביעה בלתי תלויה פוליטית על ידי רשות תביעה עצמאית.

חלוקת תפקידים מוסדית כזו תבטיח שלטון חוק משמעותי יותר ואין בה כדי להחליש את מעמדו של היועץ המשפטי – היא עשויה דווקא להביא לחיזוק המוסדי.

עוצמתו של היועץ המשפטי כלפי אישיות פוליטית דוגמת שר בממשלה גם היא נגזרת של יכולתו לטעון כי ייצוג משפטי של הממשלה על פי קו פעולה מסוים אינו רצוי ואינו אפשרי. היועץ המשפטי יכול להתפטר במקרים של חילוקי דעות חמורים או לאיים בהתפטרות – עובדה שיכולה להיות לה השפעה תקשורתית וציבורית חמורה על הממשלה. מובן כי היועץ המשפטי יכול וצריך גם להנחות את מערכת הממשל כולה בהתאם לתפיסתו את הדין הקיים ואת הדין הרצוי. חשוב לציין כי היועץ המשפטי הוא סמכות מחייבת עבור זרועות הרשות המבצעת וכך עליו להישאר. לעומת זאת הרשות המחוקקת צריכה להיעזר בשירותי היועץ המשפטי שלה. לא ראוי שהיועץ המשפטי לכנסת יהיה כפוף לייעוץ המשפטי לממשלה, שכן בכך כפופה הכנסת למעשה להנחיות הרשות המבצעת. לעומת זאת התביעה הכללית חייבת להיות נפרדת מוסדית מהייעוץ המשפטי כדי להבטיח ניתוק מוסדי חלקי לפחות של התביעה ממוקדי העוצמה הממשלתיים והפוליטיים בכלל ומהשיח הבין-מפלגתי בפרט. במובן זה המודל הראוי הוא מודל המעגן פיצול מוסדי עקרוני בין הגופים ומבקש להביא לעצמאות רבה יותר של התביעה הכללית ממוקדי הממסד הפוליטי.

המלצתי היא לפיצול מוסדי באופן הזה: תוקם רשות תביעה עצמאית שתהיה אחראית על אכיפת המשפט הפלילי במדינת ישראל ותינה מהסמכויות הנתונות כיום בתחום הפלילי ליועץ המשפטי ולפרקליטות המדינה. רשות זו תהיה אחראית על ייזום של חקירות פליליות ועל הפיקוח עליהן (לרבות בתחום הביטחוני-פלילי), תחליט בלעדית על הגשת כתבי אישום או על אי-הגשתם ותנהל את ההליכים הפליליים לפני בתי המשפט של המדינה ולפני טריבונלים של מדינות אחרות ושל מוסדות בין-לאומיים במידת הצורך. התביעה הפלילית תייצג את המדינה בנושאים חוקתיים בתחום הפלילי, כמקובל ברוב הדמוקרטיות. ברמה העקרונית, כל הנושאים שעליהם מופקד כיום פרקליט המדינה יועברו לסמכות התביעה הכללית כרשות עצמאית. מוסד היועץ המשפטי ישמור על כל סמכויות הייעוץ המשפטי, כולל ייצוג המדינה בנושאים אזרחיים וכן ייעוץ לחקיקה.

עם זאת המשפט הישראלי כולל חוקים רבים המעניקים סמכויות ליועץ המשפטי לממשלה ורלוונטיים למסגרת פעולתו כיום. אינני ממליץ כי הפיצול המוסדי ייעשה מידית ובאופן חפוז וכוללני; ראוי שוועדת מומחים ובה משפטנים, מומחי ממשל ומדעני חברה תפקח על ההיקף והקצב של תהליך הפיצול המוסדי מתוך שימת לב לכל אחד מדברי החקיקה הרלוונטיים לתביעה הכללית וליועץ המשפטי ולהשפעות של הפיצול המוסדי על מבנה משרד המשפטים. המלצתי היא שפרקליטות המדינה

תהיה לרשות עצמאית ככל הקשור לתביעה הכללית ולרשותה תעמוד מועצה מייעצת של מומחים בתחומי המשפט והממשל שימונו על ידי התובע הכללי. בכך יושגו כל מטרתיו ויתרונותיו של הפיצול המוסדי – והיועץ המשפטי לא יאבד מכוחו, ותפקידו דווקא יצא מחוזק עקב הגדרה מדויקת יותר וריאלית יותר של סמכויותיו.

## 2. מינוי התובע הכללי

אם אכן ייערך הפיצול המוסדי המוצע, מומלץ כי המינוי לתפקיד התובע הכללי לא ייעשה על ידי הממשלה אלא על ידי ועדה מקצועית קבועה שתיבחר לחמש שנים על ידי נשיא בית המשפט העליון בהיוועצות עם לשכת עורכי הדין. על פי הצעתי תכלול הוועדה שופט בדימוס של בית המשפט העליון עם ניסיון בשיפוט בתחום הפלילי, שימונה על ידי הנשיא המכהן של בית משפט העליון ויהיה יו"ר הוועדה; נוסף עליו יכהנו בוועדת המינוי יועץ משפטי לשעבר, שייבחר על ידי יו"ר הוועדה; פרקליט מדינה לשעבר וסגור ציבורי ראשי לשעבר, שייבחרו על ידי יו"ר הוועדה; עורך דין בתחום הפלילי, שייבחר על ידי לשכת עורכי הדין; איש אקדמיה בעל מומחיות במשפט פלילי ושופט בערכאה פלילית ראשונה, שגם הם ימונו לתפקידם על ידי יו"ר הוועדה. חשוב שכל הממונים לתפקידם לא יהיו חברי מפלגה פוליטית בעת כהונתם או בתקופה קרובה לה.

ועדה כאמור תפקח גם על תנאי סיום הכהונה של התובע הכללי. משך הכהונה יהיה זהה לזה של היועץ המשפטי, כלומר חמש שנות כהונה. כדי להתמנות לתפקיד יהיה התובע הכללי חייב לענות על כמה דרישות מוקדמות: משפטן מובהק בעיקר בתחום המשפט הפלילי; בעל ותק של לפחות 20 שנה בעיסוק מקצועי במשפט פלילי; בעל ניסיון מוכח בפרקטיקה של ניהול הליכים פליליים מורכבים בערכאות ראשונות ובערכאות ערעור, בעיקר בתחום המשפט הפלילי; בעל איכות מקצועית של שופט בית משפט עליון לרבות הקפדה על יושרה אישית והיעדר ניגוד עניינים מעל לכל ספק. החלטות הוועדה תתקבלנה ברוב קולות (ארבעה לפחות) מתוך חברי הוועדה כולה (שבעה חברי ועדה).

## 3. מינוי היועץ המשפטי

המלצתי היא להשאיר על כנן את ההמלצות של דוח ועדת שמגר משנת 1998. עם זאת דוח הוועדה לא פתר את הקושי הטמון במינוי למשרת היועץ המשפטי והתובע הכללי גם יחד. על פי דוח שמגר המומחיות הנדרשת מן היועץ המשפטי היא הן במשפט

פלילי הן במשפט חוקתי ומנהלי:<sup>42</sup> "היועץ המשפטי משמש ראש התביעה הכללית ומכאן מתחייבת בקיאותו בתחום דיני העונשין. לאור אופי עיסוקיו – נדרשת ממנו גם בקיאות בתחומי המשפט החוקתי והמנהלי".<sup>43</sup> כל עוד לא יהיה פיצול מוסדי לא ברור לחלוטין אם המינוי למשרת היועץ המשפטי חייב להדגיש במיוחד בקיאות מופלגת במשפט פלילי או אולי דווקא בקיאות מופלגת במשפט חוקתי או מנהלי; המשבר של נובמבר 2009 במינוי למשרת היועץ המשפטי הדגיש עובדה זו: ועדת האיתור למשרת היועץ המשפטי לא הצליחה לגבש הסכמה אם המועמד הראוי חייב להיות בראש ובראשונה מומחה בפלילים או אולי דווקא מומחה במשפט אזרחי. פיצול מוסדי בין התביעה הכללית לבין הייעוץ המשפטי יוכל להקל במידה ניכרת על הדילמות הנלוות לתהליכי המינוי.

#### 4. תנאי הפסקת כהונה

גם לאחר הפיצול המוסדי חשוב לקבוע את תנאי הדחתו של היועץ המשפטי מתפקידו או את התנאים לסיום תפקידו לפני תום חמש השנים כדי לצמצם את האפשרויות למניפולציות פוליטיות. תנאי הפסקת כהונה לפני תום חמש השנים יהיו מוגדרים היטב: גיל פרישה של שופטים (גיל 70); מצב בריאותי פיזי או נפשי לקוי המונע תפקוד; חוסר התאמה מובהק ביותר לתפקיד עקב התנהגות אישית; או התפטרות שאינה נובעת מלחצים פוליטיים. הוועדה המקצועית הקבועה תאשר את הפסקת כהונה אם תמצא כי אכן התמלא אחד התנאים האמורים לעיל ותנמק פומבית את העילה. שר המשפטים יודיע לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הפסקת כהונתו של היועץ המשפטי וינמק את הסיבה לה. תנאי הפסקת כהונה כאמור יבטיחו כי היועץ המשפטי לא יפוטרו על ידי הממשלה רק משום שהמלצותיו וחוות דעתו אינם נראים למי מהשרים או ראש הממשלה.

חשוב ביותר לקבוע גם את תנאי הדחתו של התובע הכללי מתפקידו או התנאים לסיום תפקידו לפני תום חמש השנים כדי לצמצם את האפשרויות למניפולציות פוליטיות ובעיקר ללחצים פוליטיים בנוגע להגשה של כתבי אישום. אלה יהיו תנאי הפסקת כהונה לפני תום חמש השנים: גיל פרישה של שופטים (70 שנה); מצב בריאותי פיזי או נפשי לקוי המונע תפקוד; חוסר התאמה מובהק ביותר לתפקיד עקב התנהגות אישית; מעילה בתפקיד; או התפטרות שאינה נובעת מלחצים פוליטיים.

42 רוח שמגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61, סעיף 56(ג).

43 שם.



הוועדה המקצועית הקבועה תאשר את הפסקת הכהונה אם תמצא כי אכן התמלא אחד התנאים האמורים ותנמק פומבית את העילה. שר המשפטים יודיע ויסביר לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הפסקת כהונתו של התובע הכללי. לדעתי, מחד גיסא יש בעילות להפסקת הכהונה כדי למנוע הפעלת לחצים פוליטיים קשים על התביעה הכללית, בייחוד בתחום העבריינות השלטונית והאידיאולוגית. מאידך גיסא אם תדרוף התביעה הכללית פוליטיקאים ללא הצדקה עניינית יהיה אפשר – נוסף על עתירות לבג"ץ נגד החלטות ספציפיות של התביעה – לטעון לפני הוועדה על מעילה בתפקיד. להוציא זאת עילות הפסקת הכהונה לפני תום חמש שנותיה זהות לאלו של הפסקת כהונת היועץ המשפטי. הגדרה ברורה וסטטוטורית של תנאי הפסקת הכהונות תאפשר אפקטיביות רבה יותר של מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית.

## 5. דיווחיות

בניגוד למקובל בדמוקרטיות רבות בולט בישראל היעדרם של מנגנוני דיווחיות ציבורית של היועץ המשפטי והפרקליטות. מדובר בפגם ממשי חמור הנוגע לאושיות הדמוקרטית. מהיבט זה הייתה לפרשת בר-און-חברון (1997) תרומה חיובית, שכן לנוכח לחצים ציבוריים, הדלפות מכוונות וגורלה האפשרי של הממשלה פורסמו בנושא חוות הדעת של היועץ המשפטי דאז אליקים רובינשטיין ושל פרקליטת המדינה דאז עדנה ארבל. לעומת זאת בפרשת הנשיא לשעבר קצב (2006-2009) בלט היעדרם של מנגנוני דיווחיות כאלה לציבור הרחב ואת מקומם תפסה חרושת של שמועות עיתונאיות – הן באשר לנסיבות שהצדיקו הגשת כתב אישום והן באשר לנסיבות שהצדיקו את הסדר הטיעון ולאחר מכן את הגשת כתב האישום המחודש בעקבות ביטול ההסדר. הנוהג הישראלי של הימנעות מדיווח פומבי הוא חריג בהיבט השוואתי – חריג לא רצוי. במרבית הדמוקרטיות המערביות מקובל דיווח של התביעה הכללית או של הייעוץ המשפטי לפני הפרלמנט, ויש לכונן הסדר דומה גם בישראל. לפי המלצתי יוגשו מדי שנה דוחות פעילות כללית של מוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כמו גם לאמצעי התקשורת. הכוונה היא לדיווח בלבד, בלי לאפשר לפוליטיקאים לחקור את התובע הכללי ואת היועץ המשפטי על תכנים וראיות שהביאו אותם להפעלת שיקול דעתם בתיקים ובמקרים מסוימים.

יישום של המלצה זו יביא לשקיפות גדולה יותר של הייעוץ המשפטי ושל התביעה הכללית בישראל. בכל הקשור לתקציב, לשימוש בו, לתקנים ולגיוס כוח אדם יהיו התביעה הכללית ולשכת היועץ המשפטי לממשלה כפופים לביקורת המדינה. עם זאת אין מקום לכפיפות כלשהי של אותם גופים לביקורת המדינה בכל האמור להפעלת שיקול דעתם. אם תעלה תלונה על החלטות התביעה הכללית תהיה הדרך פתוחה

לעתירות לבית המשפט העליון. לעומת זאת ביקורת המדינה צריכה להיות כפופה לייעוץ משפטי של עצמה. אולם במקרים הנקובים בחוק של חשד לעברה (סעיף 14 [ג] לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958) יועבר נושא החשד לבדיקתה של התביעה הכללית, שהיא הממונה הבלעדית על ניהול הליכים פליליים בישראל.

## 6. השתתפות בישיבות ממשלה

השתתפות של היועץ המשפטי בכל ישיבות הממשלה היא נוהג פסול. יש לכונן בישראל את הנוהג המקובל ברוב המדינות הדמוקרטיות, שבהן יש פונקציית ייעוץ נפרדת: הזמנת היועץ המשפטי לממשלה לישיבה שבה מתבקשת חוות דעתו הקונקרטית. אם יעלה על הפרק נושא פלילי יוזמן לישיבה התובע הכללי, גם זאת במקרים חריגים. משמעות השתתפותו המתמדת או התכופה של היועץ המשפטי בישיבות ממשלה – קל וחומר כשהוא גם התובע הכללי, כפי המצב כיום – מביאה למחויבות יתר שלו ולמתן לגליזציה לפעולות הממשלה, ומערבת אותו באופן מזיק בשיח הבינ־מפלגתי. ההנחה שלפיה השתתפותו של היועץ המשפטי בישיבות הממשלה תמנע קבלת החלטות לא חוקיות היא בעייתית, שכן הממשלה יכולה לקבל החלטות גם בפורומים לא רשמיים על ידי ראש הממשלה ומקורביו. דווקא הידיעה של השרים ושל ראש הממשלה שהיועץ המשפטי הוא שותף סוד לכל החלטות חושפת את האחרון ללחצים פוליטיים ומפלגתיים ועלולה להחליש עוד יותר את המוסד הזה. היועץ המשפטי יהיה אפקטיבי בהרבה ויתרום הרבה יותר למשילות אם יימנע מהשתתפות שוטפת בישיבות הממשלה ואם חייוי דעתו יהיה קונקרטי וממוקד.

## 7. אופי עבודתם של היועץ המשפטי והתובע הכללי

כאמור, פיצול מוסדי יביא לתביעה כללית ולייעוץ משפטי חזקים יותר. הגדרה ברורה של דרכי עבודתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל התובע הכללי תתרום מאוד לאפקטיביות האפשרית של עבודתם. כאשר קו פעולה של הממשלה מנוגד לדין חובה על היועץ להבהיר זאת חד־משמעית. המלצתי היא לעגן בחוק עילות הדחה קונקרטיות בלבד, כך שהיועץ המשפטי יוכל ליהנות מאוטונומיה חלקית מפני הממשלה וראש הממשלה. היועץ המשפטי צריך להבהיר לממשלה אלו אפשרויות פעולה חוקיות עומדות לרשותה ולהסתפק בכך. לא מומלץ כי היועץ המשפטי יחייב, ינסה לחייב או ינסה להבהיר חד־משמעית קו פעולה אחד בלבד תוך התעלמות מחלופות אחרות במסגרת הדין. אשר לסוגיות עקרוניות הנוגעות לזכויות אדם, לזכויות אזרח, לזכויות מיעוטים ולעניינים הנוגעים במישרין לאופי המשטר הפוליטי, מומלץ כי היועץ

המשפטי יביע את דעתו גם ביחס לדין הרצוי ולפער בינו לבין הדין המצוי, תוך ציון ההבחנה בין השניים.

התביעה הכללית חייבת להיות רשות ממוסדת נפרדת לחלוטין מן היועץ המשפטי. מומלץ כי התביעה הכללית תתנזר לחלוטין מחיווי דעה משפטי לממשלה ולרשויות המנהל אלא אם מדובר בסוגיה פלילית עקרונית ולאחר שתבקש לעשות כן על ידי היועץ המשפטי או על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

## 8. ביצוע הפיצול המוסדי

ראוי שמוסדות הייעוץ המשפטי והתביעה הכללית יעוגנו בחוק שיעבור תהליך חקיקה של הכנסת. חקיקה זו תבצע בהסתמך על המלצותיה של ועדה מקצועית ובלתי תלויה שתמליץ על תהליך הפיצול המוסדי ועל שינויי החקיקה הנדרשים. במדינות רבות סמכויות אלו של ייעוץ ותביעה כללית מעוגנות הן בחקיקה רגילה הן בחוקה כתובה. בהקשר הישראלי, לנוכח חשיבות הסוגיה, יש לשקול כבוד ראש חקיקה של חוק יסוד: היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית. חוק זה יקבע את עקרונות היסוד ואת סמכויות היסוד של שני מוסדות אלה. חשוב גם כי בשל החשש ללחצים פוליטיים יעוגנו הסמכויות של גופים אלו – במיוחד אלו של התביעה הכללית – בשריון חוקתי הדורש רוב מיוחד לשינוי סטטוטורי. מובן כי סמכויות קונקרטיות יותר הנגזרות מהשינוי המוסדי המוצע יעוגנו, כמקובל במדינות רבות, בחקיקה ספציפית דוגמת חוק סדר הדין הפלילי.

לאור העקרונות שצוינו ועל בסיס המחקר מוצע פיצול מוסדי כדלקמן:

**מוסד היועץ המשפטי לממשלה** יכלול את היחידות המקצועיות המשפטיות האלו: לשכת היועץ המשפטי לממשלה, ייעוץ חקיקה (משפט כלכלי ופיסקלי, משפט אזרחי, משפט בין-לאומי, משפט עברי), מחלקת בג"צים (להוציא משפט פלילי) ופרקליטות המחוזות (אזרחי, כלכלי ומיסוי).

**מוסד התביעה הכללית** יכלול את היחידות המקצועיות המשפטיות האלו: לשכת התובע הכללי (תובע כללי, סגני ומנכ"ל הרשות), ייעוץ חקיקה (פלילי), מחלקת בג"צים (פלילי), פרקליטות המחוזות (פלילי), אגף לחקירת שוטרים ועברות ביטחוניות.

היועץ המשפטי יישאר חלק מנהלי במשרד המשפטים והתביעה הכללית תהיה לרשות נפרדת ועצמאית. עם זאת תוקם ועדה מתאמת בראשות מנכ"ל משרד המשפטים שתתאם את הפעולות של שני המוסדות, למשל בתחום של לוחמה בפשיעה מאורגנת ובעניינים משפטיים (למשל הצעות חוק) שכרוכות בהם במובהק סוגיות אזרחיות ופליליות. לפי המלצתי נושאי תקציב, משכורות ותקנים ינוהלו על ידי התביעה הכללית כחלק מהנהלת בתי המשפט. מתכונת מוסדית אחרת היא שהתביעה הכללית

תיוותר רשות עצמאית במשרד המשפטים, אך סמכויות המשרד תהיינה מוגבלות לייצוג של התביעה הכללית בנושאי תקנים, משכורות ותקציב. האפשרות הראשונה (רשות שופטת) קשה יותר לביצוע מנהלי אך מאפשרת עצמאות רבה יותר לרשות התובעת. השנייה – היוותרות התביעה הכללית כחלק ממשרד המשפטים – קלה יותר לביצוע מנהלי אך ייתכן שעלולה להוביל לתלות של התביעה הכללית בשר המשפטים. בכל מקרה בראש התביעה הכללית יעמוד התובע הכללי של מדינת ישראל ולצדו יכהנו סגניו ומנכ"ל הרשות. המנכ"ל והסגנים יהיו כפופים רק לתובע הכללי. יש להבטיח בחוק כי הרשות תיהנה מתקנים ומתקציבים שיאפשרו לה להתגבר על עומס התיקים המשפטיים ולנהל את מהלכיה ביעילות.

לסיום – אזהרה והסתייגות: ההמלצות במחקר זה ממוקדות בעיקר בפיצול המוסדי. פיצול מוסדי בלבד לא יביא לכשעצמו לשינוי דרמטי במשטר הפוליטי בישראל. לרפורמות מבניות ותפקודיות יש תוחלת חיים ואפקטיביות מוגבלות. מכאן חשיבותם הרבה של הדיונים הציבוריים והוויכוחים המקצועיים, שהם מרכז ההוויה הדמוקרטית ותחילתה של כל רפורמה חשובה. בכל מקרה ראוי לשנות את המבנה הקיים של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בישראל. שינוי כאמור חייב להיעשות על פי קווי הנחיה של ועדה מקצועית ובהליך חקיקה. כפי שמחקר השוואתי זה מראה, ברוב מדינות העולם מעמדם של היועץ המשפטי והתביעה הכללית מוסדר בחקיקה ראשית, פעמים אפילו בחוקה שממנה נגזרים חוקים ספציפיים נוספים המגדירים את פרטי הפרטים של תפקוד היעוץ המשפטי והתביעה הכללית. כאמור, בהתחשב במעמדם החשוב של מוסדות התביעה הכללית והיעוץ המשפטי במשטרים דמוקרטיים ובישראל יש לשקול אף את עיגונם בחוק יסוד. חוק יסוד כאמור יסייע לעיצובה של רשות תביעה כללית, שתהיה עניינית, עצמאית ואפקטיבית לצד יועץ משפטי לממשלה שסמכויותיו תהיינה מוגדרות במסגרת דמוקרטית של הפרדת רשויות.

רב־שיח

האם פיצול הסמכויות יחזק את מעמדו של  
היועץ המשפטי לממשלה או יחליש אותו?  
התקיים ב-7 בספטמבר 2009, י"ח באלול תשס"ט

**מנחה:**

**גב' כרמית גיא**, מנהלת פורום השולחן העגול ע"ש ג'ורג' שולץ, המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**משתתפים:**

**עו"ד דן אבי־יצחק**, מחבר הצעת חוק היועץ המשפטי לממשלה

**ד"ר יוסי ביילין**, לשעבר שר המשפטים

**עו"ד משה גביש**, לשעבר נציב מס הכנסה ויושב ראש רשות השידור; יו"ר ודירקטור  
חברות ציבוריות ופרטיות

**עו"ד יורי גיא־רון**, ראש לשכת עורכי הדין

**פרופ' יצחק זמיר**, לשעבר שופט בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה

**ד"ר אריק כרמון**, נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה

**עו"ד מני מזוז**, היועץ המשפטי לממשלה

**פרופ' יעקב נאמן**, שר המשפטים

**פרופ' סוזי נבות**, המכללה למינהל

**פרופ' מרדכי קרמניצר**, סגן נשיא לחקר הדמוקרטיה, המכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' ידידיה שטרן**, סגן נשיא לחקר ישראל כמדינה יהודית, המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**השופט מאיר שמגר**, לשעבר נשיא בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה

**כרמית גיא**

ערב טוב לכולם. ברוכים הבאים למכון הישראלי לדמוקרטיה. בינואר 1997, לפני  
שנים עשרה שנים וחצי, התקיים כאן, במכון הישראלי לדמוקרטיה, כנס שולחן עגול

על סמכויותיו ומעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. במקומי ליד השולחן ישב חברנו המנוח ישראל סגל. הימים היו ימי פרשת בראון-חברון. הרוחות סערו. גם הקולות בדיון היו הרבה יותר רמים מהמקובל אצלנו בדרך כלל. על הפרק עמדו השאלות האם היועץ המשפטי לממשלה סובל מעודף סמכויות וכוח או שמא הוא חלש מדי; האם צריך לצמצם או להרחיב את סמכויותיו; איך מבטיחים שלא תהיה פוליטיזציה במינויו; האם להפריד בין סמכויות התובע הכללי לסמכויות היועץ המשפטי לממשלה; מי ייצג את הממשלה בבית המשפט או בכג"ץ אם וכאשר; עוד ועוד שאלות שנראות לקוחות ממש מהכרוניקה העיתונאית של הימים האלה. שתיים עשרה שנה מאוחר יותר אנחנו כאן, שוב לפני חילופי יועץ משפטי לממשלה. נראה לי שהפעם הנסיבות טבעיות – ערב כינוסה של ועדת איתור, ועדה מקצועית ציבורית לבחירת יועץ משפטי חדש. שוב עולות על הפרק אותן שאלות בדיוק, אבל נדמה שהפעם העמדות חוצות מחנות. יש תומכים ויש מתנגדים להצעות השונות וכל אחד מציג טעמים שונים וסדר יום שונה, ואלה הופכים את הדיון להרבה יותר מעניין וגם הרבה יותר קריטי. במשך הזמן הזה עבד במכון צוות בראשותו של פרופ' גד ברזילי. המסמך שהכין הצוות מונח לפניכם, והוא ודאי עוד יוזכר ויצוטט במשך הערב. בימים אלה שר המשפטים מקיים התייעצויות עם גורמים משפטיים ואחרים. חשבנו שלפחות חלק מהדיונים האלה ראוי שיתקיים בפומבי ולא רק בחדרי חדרים, כדי שגם הציבור הרחב ישמע על הדילמות, יהיה מודע להן ויוכל לגבש עמדה מושכלת ואולי אפילו להביע אותה. לפיכך העמדנו את השולחן העגול של המכון הישראלי לדמוקרטיה וזימנו לכאן אנשי משפט שיש להם נגיעה לנושא ואנשי אקדמיה שיכולים לתרום את זווית הראייה הייחודית להם. ראשון יישא דברים המארח, פרופ' מרדכי קרמניצר, סגן נשיא המכון.

### **מרדכי קרמניצר**

שלושה חלקים בדבריי: אמות מידה להכרעה; שיקולים בעד הפרדה; שתי אמירות של אזהרה.

#### **1. אמות מידה להכרעה**

הכרעה מושכלת מחייבת תחילה את קביעתן של אמות מידה להכרעה, שלוש נראות בעיניי עיקריות. הראשונה, היכולת למלא את התפקידים השונים הכלולים במשרת היועץ המשפטי לממשלה על הצד הטוב ביותר. השנייה, היכולת לזכות בלגיטימציה ציבורית במילוי התפקידים הללו. השלישית מתייחסת להקשר שבו נבחנת השאלה; וההקשר הוא של מציאות משתנה: כאשר יש שינויים בתנאים הסביבתיים – במדינה, בחברה ובפוליטיקה – יש לבחון אם מבנה שהיה יפה בשעתו יפה בהכרח גם לשעתנו.

לאמות מידה אלה מתווספים השיקולים האלה: כאשר חושבים על תפקידים שלטוניים או מעין שיפוטיים, לנגד עינינו צריך לעמוד ממלא התפקיד הממוצע הרגיל ולא יחידי סגולה או ענקי הדור. לכן העובדה שהיו יועצים משפטיים שעמדו היטב במשימה אינה יכולה להיות מכריעה.

למשפט המשווה יש חשיבות, ולענייננו הוא מלמד – אם רק יוצאים מן העולם של המשפט האנגלי-אמריקני אל העולם הרחב יותר – שברוב הדמוקרטיות נהוג מודל מפוצל; שהמגמה המסתמנת היא של מעבר מריכוז לפיצול (ולא הייתי מזדרז לתאר בפשטות את המודלים של ארצות הברית, אוסטרליה וקנדה כמודלים טהורים של פונקציה אחת), וכי יש קשר היסטורי בין המודל המאוחד ובין תפיסה פוליטית של התפקיד על צדדיו השונים.

אף שיש חשיבות לשינויים מהותיים במגמות, לא נכון לגזור גְּרָה מאפיזודה או מאפיזודות מסוימות כמו למשל העובדה שלאחרונה הוגש כתב אישום נגד ראש הממשלה לשעבר, ושני שרים בעבר נשלחו אל בית האסורים.

את הנתונים הללו יש לראות על רקע המגמה של רפיסות באכיפת החוק הפלילי נגד בכירי השלטון בשנים האחרונות, ועל רקע האפשרות המסתברת שאחרי מזוו נשוב לאותה רפיסות. וכשם שיש להיזהר מפני חדשנות לשמה, יש גם להישמר מפני שמרנות לשמה, ומפני כוחו, העשוי להיות מעוור, של הקיים ומה שהורגלנו בו והתרגלנו אליו.

## 2. השיקולים העיקריים בעד הפרדה

(א) אין זיקה טבעית-אורגנית בין סמכות הייעוץ לסמכות התביעה הכללית. מדובר בסמכויות שונות (אף שאין בכך כדי לשלול את הצורך בשיתוף פעולה בהיבטים מסוימים בין שני בעלי התפקידים, אם תחולק המשרה); והא ראייה שבמרבית המדינות הדמוקרטיות הסמכויות הללו מופרדות. הטענה העולה מדוח שמגר שליועץ אין כוח כיועץ בלעדי כוחו להגיש אישום פלילי היא בעיניי בלתי משכנעת בלשון המעטה: בידי היועץ המשפטי הכוח לייצג או שלא לייצג; אין שום בסיס להנחה שהתובע העצמאי לא יגיש אישום נגד ממלא משרה שהפר את עצתו של היועץ המשפטי ועבר עברה פלילית; ואם יקרה כמקרה הזה, על כך נאמר "יש שופטים בירושלים".

(ב) הסמכויות השונות מחייבות מומחיות בתחומים שונים, ולכן ריכוזן בידי אדם אחד מחייב כמעט בהכרח שבאחד התחומים לא תהיה לו המומחיות הנדרשת. בהיעדר מומחיות ברמה הגבוהה ביותר לא ניתן להבטיח את מילוי התפקיד על הצד הטוב ביותר. לא סביר בעיניי שמי שיש לו האחריות הסופית – של המילה האחרונה והאחריות העליונה על מערכת מקצועית – לא יהיה המקצוען בה"א הידיעה בתחום הפעולה של אותה מערכת. זה מפחית את התמריץ לכהן כפרקליט המדינה. זה שולח

מסר רע למערכת כלפי פנים וכלפי חוץ. ולכן נוצר גם תמריץ לממשלה למנות לתפקיד מי שאינו מומחה במשפט הפלילי כדי להבטיח, עד כמה שהדבר ניתן, שהוא יימנע מנטילת סיכונים מחושבים וילך רק על בטוח.

(ג) בעולם שבו, בניגוד לעבר, הסמכות כשהיא לעצמה אינה מעניקה כמעט שום לגיטימציה, ולעומת זאת החופש והנכונות לבקר הם בלתי מוגבלים, הסיכוי היחיד של הסמכות לקבל לגיטימציה ציבורית תלויה בשני גורמים: במקצועיות מן הדרגה הגבוהה ביותר, ובדרכי מינוי וסיום כהונה שהולמים את אופי התפקיד.

(ד) כל אחד מהתחומים הוא עצום בהיקף ובמורכבות וראוי להיות מנוהל בקודקוד על ידי אדם שמקדיש את כל זמנו ומרצו לתחום. ויודגש: מקדיש את תשומת הלב האישית שלו – להבדיל מהאצלת סמכויותיו הרבות לאחרים. לא מדובר בנוחות של ממלא התפקיד, אלא בצרכים הענייניים של התפקידים שיש להם חשיבות ראשונה במעלה לקיום שלטון החוק במדינה. אין שום דמיון אמתי בין תפקידים של רמטכ"ל או מפכ"ל שאינם ניתנים לפירוק ובין צירוף התפקידים של תובע כללי ויועץ משפטי תחת כובע אחד. אם אין כלל בעיה של מוטת שליטה, מדוע לא נצרף גם את הפונקציה של ביקורת המדינה לממלא התפקיד הזה? דווקא משום שיש בישראל תרבות בעייתית מבחינת היחס לחוק, מתחייב ניהול נפרד ברמה הגבוהה ביותר של שתי המערכות.

לא אפרט אבל אפשר להראות שהעומס הן בצד של אכיפת החוק הפלילי הן בצד של היעוץ המשפטי לממשלה, או אף לרשויות השלטון ככללן ("למדינה"), הוא גדול לאין שיעור היום משהיה לפני שלושים או עשרים שנה.

רק כדי לסבר את האוזן אזכיר את הביקורת השיפוטית על החקיקה שמטילה על היעוץ המשפטי תפקיד נוסף; את הממד הנוסף שממלא היום המשפט הבין-לאומי בהשוואה לעבר; את ההשלכות של תהליכי גלובליזציה על שיטת משפט מדינתית; את השינויים בתפקוד בג"ץ (בהקשר של זכות העמידה ועילת חוסר הסבירות) והשפעתם על היעוץ המשפטי; ואת התופעות של פשיעה גלובלית ופשיעה מאורגנת. די ברור שהיעוץ במתכונת הקיימת לא מסוגל למלא את התפקיד החיוני בתחום אכיפת החוק הפלילי של קביעת אסטרטגיה למאבק בעבריינות ושל ניהול מערך בקרה שוטף על פעילות מערכת החוק. ודברים ברוח זו כתבה פרופ' רות גביון בחוות דעת היחיד שלה ברוח שמגר. די ברור שהיעוץ במתכונת הקיימת לא מסוגל למלא את התפקיד החיוני בתחום היעוץ של נשיאה בעול העיקרי של ייזום חקיקה, בניהול אסטרטגי של מערך היעוץ הכולל – על כל המשתמע מכך – ובמטלות קריטיות נוספות הקשורות לשלטון החוק במדינה המחויבת לעקרון השוויון, כמו למשל להיות היזם המוביל בשינוי הגישה השלטונית כלפי האוכלוסייה הערבית. ריבוי הסמכויות הוא בעיני עושר השמור לבעליו לרעתו, ומה שחשוב מכך, השמור לבעליו לרעתו של הציבור.



(ה) כאשר בוחנים את דרכי המינוי וסיום הכהונה של שתי הפונקציות מזדקרת לעין העובדה שמדובר בפונקציות שונות במובהק. כשם שמן ההכרח שהממשלה תמנה את היועץ המשפטי שלה (כשהיא מונחת על ידי ועדה מעוגנת בחוק לפי דוח שמגר), מן ההכרח שהממשלה לא תמנה את האחראי על התביעה הכללית. האחראי על התביעה הכללית חייב להיות עצמאי ובלתי תלוי לחלוטין, לא פחות ואף יותר משופט של בית המשפט העליון. מכאן נגזר גם הבדל לעניין סיום הכהונה: אף שבאשר לסיום כהונתו של היועץ המשפטי אפשר אולי להסתפק בהתייעצות עם הוועדה, סיום תפקידו של האחראי על התביעה הכללית חייב להיות מוגבל לעילות לסיום כהונתו של שופט, והסמכות נתונה בירי הגוף הממנה.

(ו) ניגוד העניינים המובנה שבין שני התפקידים – של ייעוץ ושל תביעה פלילית. האם היה מתקבל על דעתנו שיועץ משפטי של חברה – והיועץ המשפטי הוא אמנם של המדינה ושל האינטרס הציבורי, אך גם של הממשלה – יהיה מי שיחליט על העמדתם או אי-העמדתם לדין פלילי של בכירה? האופי המיוחד של ייעוץ משפטי לממשלה איננו שולל את ניגוד העניינים האמור. ניקח לדוגמה גוף אחר שהייעוץ המשפטי הניתן לו הוא ציבורי מובהק כגון הסוכנות היהודית. ושוב נשאלת השאלה: האם הרעיון שהיועץ המשפטי של הסוכנות יכריע בעניין חקירתם והעמדתם לדין של ראשיה לא היה נראה לנו הזוי?

בשיטה הקיימת היועץ המשפטי מחליט לעתים, בניגוד מוחלט לכללי הצדק הטבעי, בנושאים שהוא עצמו מעורב בהם אישית, למשל מכוח העובדה שהוא נתן ייעוץ מתיר כמו בפרשת עמותות ברק. ואגב הקשר עם הממשלה, העומד בראשה ושריה עשוי להשפיע לא רק לטובה אלא גם לרעה עקב חיכוך אפשרי בין מי שנותן עצה לבין מי שאמור לקבלה ולא תמיד עושה כך בנפש חפצה, ואפילו לא בנימוס המחייב. כמו בנושאים אחרים של ניגוד עניינים, השאלה אינה מתמצה בסוגיית ההשפעה בפועל אלא מצריכה התייחסות לפוטנציאל של השפעה, לנראות של הדברים ולסוגיית הלגיטימציה הציבורית. זאת ועוד, מה שאולי היה נכון בעת שוועדת שמגר כתבה את הדוח שלה, שבו ציינה שלא מצאה בעיה של רפיסות בהחלטות בדבר העמדה לדין כלפי בכירי השלטון, לא משקף את המציאות בכמעט תריסר השנים שחלפו מאז. במחקר מדיניות שפרסם המכון, פרי עטו של גיא לוריא ובהנחייתי, "כישלון במבחן בוזגלו: התמודדות רשויות אכיפת החוק עם עברות של אישי ציבור", נותחו לעומק חוות דעת של מי שכינה במשרה זו עד פרשת האי היווני, כולל פרשה זו, והתמונה שהתקבלה שונה. המסקנה הייתה שלא התקיים "מבחן בוזגלו" במקרים אלה. האפיוזורות של הגשת אישומים נגד בכירים, בכללן כתב אישום נגד ראש הממשלה לשעבר בזמן האחרון, אינן מבשרות בהכרח על שינוי מגמה; יש להניח שהממשלה

הנוכחית תמשיך לנהוג כפי שממשלות ישראל נהגו בכירור בבחירת יועץ משפטי חדש מאז "התפטרותו" של יצחק זמיר – לחפש יועץ שיהיה נוח הן לשלטון באופן כללי, ולאוו דווקא לשלטון החוק, והן לשריה מבחינת אכיפת החוק הפלילי עליהם. ברור שהצלחתו של איתור כזה היא לעולם בעירבון מוגבל, אולם אין גם ערובה שהמגמה המשפיעה על הבחירה תוכשל על ידי המתמנה.

ואם בניגוד עניינים מובנה עסקינן, מבקש אני לעמוד על היבט נוסף והוא הזדהות יתר של היועץ המשפטי לממשלה עם תפיסת התביעה הכללית על חשבון הזכויות והאינטרסים של חשודים ואשמים ועבריינים – שהיא פועל יוצא מבני של המערכת הקיימת.

מה שהיה אינו מה שהוזה: זכור לי אירוע מתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת. הייתי אז בצוות התביעה הצבאית במשפטו של קוזו אוקמוטו. אחד מעורכי הדין שלו הראה לי מכתב מהיועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, שהעמיד אותו על גבולות הראוי בנושא הקשר שקיימה ההגנה עם התקשורת. זכורה לי יראת הכבוד, החיל והרעדה, כמעט חרדת הקודש, שבה התייחס עורך הדין למכתבו של היועץ המשפטי לממשלה. כיום אין הדברים כך. לא דומה מידת הלגיטימציה שממנה נהנה ממלא התפקיד בעבר למידת הדה-לגיטימציה המאפיינת את זמננו. גם המתקפה עליו וניסיונות הדה-לגיטימציה מצד גורמים במערכת השלטונית וגם עוצמת הביקורת הציבורית עליו. מובן מאליו שזהו תפקיד שהלגיטימציה הציבורית חיונית לו, ולכן הן מבחינת התפקוד והן מבחינת הלגיטימציה הציבורית זו בעיני טעות קרדינלית לעצום עיניים לנוכח המציאות ולדבוק בעמדה שלפיה מה שהיה ראוי שיהיה גם בעתיד.

### **3. שתי אזהרות**

אינני תמים. ברור לי שאפשר לערוך את הפרדת התפקידים באופן שיהרוס את שלטון החוק בישראל. ברור לי גם שחלק מן התומכים ברעיון ההפרדה עושים כן כדי לשחרר את הפוליטיקה מכבלי החוק ואת הפוליטיקאים מאימת אכיפתו של המשפט הפלילי עליהם. לכן השאלה בעיניי איננה הפרדה או אי-הפרדה אלא הפרדה כיצד. שנית, חיוני שההליך של ההכרעה יהיה תקין וראוי. חייבות להיבחן בקפידה וביסודיות כל ההשלכות של ההפרדה. אם למשל נוצר חסר בפיקוח בתחום זה או אחר, יש למצוא דרכים למילוי. מאליו מובן כי אחרי בחינה מדוקדקת כזו צריכה ההכרעה לעבור אל המחוקק, שאמור גם הוא לשבת על המדוכה לפחות "שבעה נקיים".

### **כרמית גיא**

תודה רבה. ודאי נשמע תגובות וגם הרחבה בנוגע לנקודות שהעלית. היועץ המשפטי מני מזוז, אני מבינה שאתה מתנגד בתכלית ההתנגדות לפיצול אף על פי שבזמנו היו מונחות על שולחן הצעות לשינוי בהגדרת התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה.

## מני מזוז

חשוב להדגיש שאיננו עוסקים בדיון אקדמי של אנשי מדע המדינה או בשאלה "מהו המודל הנכון" בסביבה סטריילית. בדיון כזה הייתי מביע כנראה עמדות קצת שונות. אנחנו עוסקים בשאלה שאינה מנותקת מהמציאות הקונקרטית של מדינת ישראל כיום. כמו שכבר הוזכר, הסוגיה נבחנה לפני כעשר שנים על ידי ועדה רמת דרג בראשותו של הנשיא שמגר, שמנתה גם שלושה שרי משפטים לשעבר – חיים צדוק המנוח, פרופ' דוד ליבאי, משה נסים וכן את פרופ' רות גביון. דוח הוועדה שלל פה אחד ובתוקף את רעיון ההפרדה, וכשחזרתי לדוח הזה – לא פעם ולא פעמיים במשך השנים – מצאתי שהדוח הוא מועט המחזיק את המרובה. על פני חמישה עמודים הוועדה תמצתה כמעט כל נימוק רלוונטי בסוגיה, ומכאן אפשר רק להרחיב ולפתח. אציין בקצרה כמה נקודות שיש בהן כדי להוסיף על נימוקי הוועדה או להשלים אותם. אין ספק שצירוף התפקידים של היועץ המשפטי לממשלה מעורר שאלות; הוא לא נראה אופטימלי או אידאלי, אבל כשבוחנים את התמונה הכוללת אפשר לומר עליה את מה שנאמר על הדמוקרטיה: היא אולי לא שיטת משטר טובה אבל כל האחרות גרועות ממנה. בחינה לעומק של האפשרויות האחרות מעלה שמגרעותיהן מובהקות בהרבה וודאיות בהרבה מיתרונותיהן. אני מסתייג מהאמירה החוזרת ונשנית כאילו החיבור בין תפקידי היועץ המשפטי לתביעה הכללית אינו טבעי. זה המודל המקובל, בגרסאות שונות, בכל המדינות האנגלוסקסיות – בכל מדינות ה־ common law – והוא מקובל גם בלא מעט ממדינות המשפט הקונטיננטלי. באותן מדינות אין פיצול בין תפקיד הייעוץ לתפקיד התביעה. לא זו בלבד אלא שברוב המדינות האלה – כמעט ככולן – אותו נושא משרה מחזיק גם בתפקיד שלישי, מיניסטריאלי-פוליטי – שר המשפטים. אצלנו מבקשים היום לפצל את התפקיד הזה לשלושה. פרופ' קרמניצר דיבר על המגמה העולמית לפיצול המשרה לשני התפקידים, וחשוב להסביר מאיפה נובעת המגמה הזאת. אצלנו, הנושא במשרת היועץ המשפטי לממשלה וגם במשרת התובע הכללי הוא עובד ציבור ולא אדם פוליטי כמו במדינות האחרות. מגמת הפיצול במדינות האלה נובעת מהרצון ליצור ריחוק מסוים בין הדרג הפוליטי לתביעה. הבעיה הזאת אינה קיימת במדינת ישראל. אגב: גם האורגן שנוסד בזמנו בארצות הברית ונקרא "תובע מיוחד" לא קיים שם כבר עשר שנים. הוא בוטל כי הגיעו למסקנה שנוזק רב מתועלתו. היום יש שם הסדר צנוע בהרבה של "יועץ מיוחד": כאשר מתעורר צורך לחקור מישהו מתוך הממשל ממנים את אחד התובעים של אחת המדינות לניהול ההליך.

בעיניי לא נכון לומר שיש סתירה או מצב לא הולם בין עבודת הייעוץ לעבודת התביעה. זה המצב הרגיל במערכות המשפטיות השונות גם בתוך מדינת ישראל. בצבא הפצ"ר (הפרקליט הצבאי הראשי) הוא גם הממונה על הייעוץ וגם התובע הראשי; ברמה המוניציפלית היועץ המשפטי של העירייה הוא גם ראש התביעה העירונית; ברמה

המיניסטריאלית – במשרדים שיש בהם תביעה כמו רשות המסים, במשרד לאיכות הסביבה, במשרד התחבורה – היועץ המשפטי הוא גם הממונה על התביעה. שתי הפונקציות הן שני פנים של אותו מטבע; הן משלימות זו את זו. אלה שני כלים או שני אמצעים להשיג את אותה מטרה, והדבר בולט במיוחד דווקא בעבודת השלטון המרכזי. כפי שציינה ועדת שמגר, השילוב הזה מאפשר יותר אפקטיביות בחיבור שבין כוח התביעה לכוח הייעוץ. הוא מאפשר גם טיפול כוללני בכל בעיה. אני יכול לתת דוגמאות רבות מאוד מחמש השנים האחרונות איך חשיפה של תופעה פלילית מטופלת בד בבד במסלול הפלילי ובכלים של ייעוץ משפטי לממשלה. כך למשל, תופעת המינויים הפסולים שבגינה הוגש כתב האישום ב-2005 טופלה – בו זמנית עם ההליך הפלילי – במסלול של שינוי נהלים, הנחיות למשרדי הממשלה ולשרים. כך הדברים מתנהלים וזו השיטה. כאשר נחקרת תופעה של שחיתות במערכת שלטונית, צוות החקירה המשטרתי אמור לייצר בצד החקירה מסמך תובנות ארגוני העוסק בשאלות כמו איפה כשל הארגון ומה הן הפרצות בו. בצד הטיפול בתוצרים הפליליים מתקיים טיפול מנהלי בהיבט הארגוני. זו השיטה – ולא רק בתחום העבריינות השלטונית או השחיתות השלטונית. זו השיטה גם בתחום הפשיעה השגרתית או הפשיעה המאורגנת. תהליכי העבודה של מערכות האכיפה הם תהליכים של טיפול משולב. אנחנו מקיימים כבר קרוב לארבע שנים פורום שנקרא "צוות על למאבק בפשיעה החמורה והמאורגנת". בצוות הזה מיוצגים גם גורמי אכיפה קלסיים וגם גורמי ייעוץ וחקיקה. כאשר מזהים בעיה תוקפים אותה מכל הכיוונים במשולב – מהכיוון הפלילי, מהכיוון המנהלי, מהכיוון הכלכלי ומהכיוון החקיקתי; מדובר בצוות אחד שמייצר פתרונות משולבים. ייתכן אמנם מצב שבו מערכות שונות יושבות סביב שולחן אחד: אך כל מי שעבד במערכת ארגונית כלשהי יודע שבדרך כלל במצב כזה כמעט כל האנרגיה מושקעת בהבאה של כולם לשולחן אחד. להביא את כולם לשולחן אחד – ואחר כך לתרגם שולחן אחד להחלטה מסכמת. אם אין ראש מערכת אחד שמחזיק בסמכות ההכרעה, בהרבה מאוד מקרים הדבר אינו אפשרי.

הטיעון של ניגוד עניינים, לצורותיו השונות, מגיע מכיוונים שונים וסותרים. לעתים נטען שהקרבה של היועץ המשפטי לממשלה ולדרג הפוליטי – מתוקף תפקידו כיועץ לשרי הממשלה – מונעת ממנו את מיצוי סמכויותיו. שמענו גם את הטענה ההפוכה, שלפיה מעמדו של היועץ כראש התביעה מונע ממנו לתת ייעוץ, מחייב אותו לסוג של ויתור ומשפיע לרעה על מערכת היחסים שלו עם השרים. לדעתי שני הטיעונים האלה לא מבוססים ולא עומדים במבחן המציאות. אין ספק שהמעמד של היועץ המשפטי אינו נוח. אני יכול לומר את זה מניסיון אישי ויש לי ניסיון לא מבוטל בהיבט הזה. זה לא נוח לעבוד מול שר או ראש ממשלה שנמצא בחקירה; אבל אני יכול לומר גם שההשפעה על העבודה השוטפת אינה קיימת או שהיא שולית מאוד.

צריך גם לומר – וזה אפילו חשוב יותר – שרוב השרים, רוב הזמן, לא נחקרים ולא עומדים לדין, לכן אי-הנוחות הזאת נמצאת בשוליים של התפקיד גם בתקופה סוערת כמו השנים האחרונות.

נקודה נוספת: היועץ המשפטי משמש גם כגורם פיקוח ובקרה על התביעה ועל מערכות האכיפה האחרות. ליועץ המשפטי לממשלה יש שורה של תפקידים וסמכויות, המעוגנים בחוק, של פיקוח ובקרה על הליכים כגון החלטה בעררים, החלטות בבקשות לעיכוב הליכים וכיוצא באלה. מבחינת הבקרה, המשמעות של הפיצול יכולה להיות אחת משתיים: ויתור על מנגנוני הבקרה או העברה שלה לידיים של גורם אחר; כלומר מי שיפקח על עבודת התביעה יהיה התביעה עצמה. ניקח כדוגמה את הנושא של האזנות סתר. ליועץ המשפטי לממשלה יש תפקיד סטטוטורי בנוגע להאזנות סתר של המשטרה ושל השב"כ. במקרה של פיצול הסמכויות, האלטרנטיבה היא שהתביעה הכללית תפקח על האזנות סתר שהמשטרה מבצעת בתיאום עם התביעה. מי שמאמין שיכול להיות פיקוח אפקטיבי במצב כזה הוא נאיבי. תובע כללי שיפקח על האזנות סתר של המשטרה ימצא במצב של ניגוד עניינים חמור מזה שמייחסים ליועץ.

היבט נוסף של היחסים בין הייעוץ לתביעה אינו קשור לפיקוח ובקרה אלא לאיזון וריסון. כמו כל מערכת הומוגנית, התביעה רואה בדרך כלל מטרה אחת מול העיניים; היועץ המשפטי לממשלה במידה מסוימת הוא חיצוני למערכת; למיטב ידיעתי מעולם לא מונה יועץ משפטי לממשלה מקרב התביעה. העובדה שהוא בא מבחוץ, העובדה שהוא נמצא בריחוק מסוים מהעבודה היום-יומית השוטפת של התביעה ומהאנשים שעוסקים בה, העובדה שהוא עוסק גם ביעוץ משפטי ורואה תמונה רחבה בהרבה – כל אלה מעניקים ליועץ פרספקטיבה רחבה ואינטגרטיבית של הדברים. הפרספקטיבה הזאת מתורגמת להחלטות בחיי היום-יום.

לעניין עומס היתר. אין ספק שעומס עבודה רב מוטל על היועץ המשפטי לממשלה אבל נדמה לי שזו הקטנה בצרותיו. בצדק ציינה ועדת שמגר שבעיית העומס אינה ייחודית לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. אני לא מכיר בעלי תפקידים מרכזיים – ודאי במערכות הציבוריות אבל גם במערכות אחרות – שלא סובלים מעומס יתר בעבודה. זה המצב במגזר הציבורי וגם במגזר הפרטי ולא שמעתי שרוצים לפצל את תפקיד ראש הממשלה כי יש לו עומס יתר; את תפקיד הרמטכ"ל כי יש לו עומס יתר; את התפקידים של המפכ"ל, של שר הביטחון או של שר האוצר בגלל עומס. כך גם במגזר הפרטי. אגב: גם פרקליט המדינה סובל מעומס רב מאוד ואם נוסיף לו את התפקידים שרוצים להוריד מהיועץ המשפטי לממשלה, אני לא בטוח שהוא לא יהיה עמוס יותר מהיועץ המשפטי לממשלה היום. צריך לזכור שפרקליט המדינה – בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה – הוא גם המנהל בפועל. הוא אחראי לניהול השוטף של הפרקליטות, להבריל מהיועץ המשפטי לממשלה שמנהל את מערכת התביעה והייעוץ

בראייה יותר אסטרטגית. כפי שהצהירה ועדת שמגר, בבעיית העומס אפשר לטפל בכלים אחרים כמו ביזור, האצלת סמכויות ותגבור. הדברים האלה נעשו ב-2004 עם תחילת כהונתי. העברנו תיקון חקיקה בנושא הזה והיום עשרות סמכויות של היועץ המשפטי לממשלה מטופלות בפועל על ידי ראשי מערכת התביעה. אני לא בטוח שהדרך הזאת מוצתה.

לסיכום: המסקנה שלי בסוגיה – ועסקתי בה גם בשנים שקדמו לכהונתי בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה – היא שכיום, במדינת ישראל, החיבור בין הייעוץ המשפטי לתביעה הוא קריטי. הפיצול יחליש במידה עצומה בראש ובראשונה את מערך הייעוץ המשפטי, אך גם את התביעה, אבל פחות. בניגוד לדעה הרווחת מרכיב מאוד משמעותי במאבק על טוהר המידות נעשה על ידי היועץ המשפטי בחדרי חדרים, בייעוץ השוטף ובבחינה השוטפת של עבודת השלטון, ולא בחקירות פליליות או בתיקים משפטיים שתמיד יהיו מוגבלים. להערכתי, החלשה של מוסד היועץ המשפטי על ידי הפיצול תביא לקריסה – לא פחות מכך – של מערך הייעוץ המשפטי, שהוא שומר סף מרכזי בשמירה על טוהר המידות.

יתר על כן: גם אם לא זו הכוונה, אין בעיניי שום ספק שהתוצאה המידית והישירה של פיצול תהיה פוליטיזציה של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. אם יש איזשהו סכר שמנע את התופעה הזאת – ואנחנו יודעים על ניסיונות כאלה גם היום – הסכר הזה הוא העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה הוא ראש התביעה. אין לי ספק שיועץ משפטי שיהיה רק יועץ משפטי ייהפך להיות יועץ משפטי פוליטי; היועץ האישי של ראש הממשלה ושל השרים – ומדינת ישראל תאבד את הפונקציה המוכרת לנו היום של יועץ משפטי לממשלה.

דבר אחרון: בקשיים צריך לטפל נקודתית. חלק מהקשיים טופלו, חלקם בטיפול ואפשר לשפר את הטיפול. האמריקנים אומרים "אם זה לא שבור – לא צריך לתקן את זה". אי-אפשר לומר שהכלי הזה שבור. אני מאמין שהפיצול יוביל לתביעה מוחלשת ולייעוץ משפטי מוחלש. גם אם זו לא המטרה של הפיצול, זו עלולה להיות התוצאה שלו. אנחנו יודעים שלרעיונות הפיצול מתלווה מגמה ברורה; אפשר לראות את זה בבירור בהצעת החוק שחיבר דן אבי-יצחק. זה כתוב שם שחור על גבי לבן. להערכתי, עם תביעה מוחלשת וייעוץ משפטי מוחלש מדינת ישראל לא הייתה מסוגלת להתמודד עם גל השחיתות שהיה כאן בשנים האחרונות.

### **כרמית גיא**

תודה רבה. הוזכרה ועדת שמגר ואני פונה אל מאיר שמגר, הנשיא בדימוס של בית המשפט העליון. האם אתה עדיין דבק בעמדתך שפיצול יחליש את המשרה, למרות חילופי הנסיבות שעליהן דובר?

**מאיר שמגר**

אינני רוצה להותיר ספק: מהרגע הראשון אני מתחזק בדעתי, לא שיניתי אותה במאומה. אני רואה בפיצול תפקידו של היועץ המשפטי עריפת ראש; יצירת מציאות חדשה עקב פיצול הציר המרכזי במלחמה בעבריינות ובשחיתות השלטונית. אם יתקיים הפיצול ודאי ייקבעו אמצעי עזר לתיקון תופעות שרוצים להילחם בהם, אולם בסופו של דבר יצטערו על כך. צריך להבין שאנחנו איננו יוצרים היום את המערכת המשפטית של מדינת ישראל וצריך להכיר בכך שמשמעות הפיצול היא שינוי מהותי במערכת הזאת. בתזכיר שהגיש המכון מדובר על שתי פרקליטויות – פרקליטות שתעסוק בבג"ץ ופרקליטות שתעסוק במשפטים הפליליים, ואם יהיו בעיות היועץ המשפטי יפנה לבג"ץ נגד פרקליט המדינה. אני רואה הסדר כזה בעין מאוד לא טובה. אני רואה בהצעה הזאת עיוות יסודי של מערכת היחסים. צריך להכיר במציאות שלנו. זו מדינה שלא מסוגלת להעביר חוקה – ואני מדגיש את זה: מדינה שלא מסוגלת להעביר חוקה, לא רק של המכון אלא חוקה כלשהי. במציאות כזו זה בעייתי מאוד לקחת את הציר המרכזי של המלחמה בעבריינות ובשחיתות ולפצל אותו. לא שמעתי שפיצול הוא אמצעי להגברת היעילות של הגופים הנפרדים וההשוואה עם מדינות אחרות אינה לעניין. במדינות האחרות יש חוקה: כך בצרפת, כך בגרמניה וכך באיטליה, וגם בהן יש תופעות שיש להצטער עליהן. במציאות שלנו הפיצול יחליש מאוד את שני האגפים שבהם מדובר – הפרקליטות ומערכת הייעוץ המשפטי – וייצור מציאות שונה באופן מהותי ביותר, לרעה, בהשוואה למציאות שאנחנו חיים בה. יש משהו טרגי־קומי בכך שדווקא בתקופה שבה שני שרים יושבים בבית הסוהר ויש כתב אישום נגד ראש הממשלה, ואני מאחל לו כל טוב – דווקא בתקופה הזאת דנים בפיצול התביעה הכללית מן הייעוץ המשפטי. בתקופה כזאת צריך היה להיערך לחידוד הכלים האלה, לשיפור שלהם, להוסיף להם אמצעים ותקציבים ואנשים – ודווקא הפיצול הוא הרעיון שעלה. אני גם לא יכול להתנתק מכך שהטענות שהופנו כלפי היועץ המשפטי בשנים האחרונות הגיעו מתוך פיהן של רשויות משפטיות רשמיות, ושהטענות האלה היו על הגשת אישומים, לא על אי־הגשת אישומים. כך היה במקרה הקודם של שר שהואשם וכך גם כעת בהגשת כתב האישום נגד ראש הממשלה. שמעתי ברדיו את התגובה של שר המשפטים הקודם. יש במציאות שלנו תקיפה פרמננטית של רשויות המשפט. אני דוגל בהעברת חוקה וביצירת כלים שיחזקו את המערכת המשפטית שצריכה להתמודד עם התופעות האלה. יתר הנימוקים כתובים בחוברת שלי.

**כרמית גיא**

תודה רבה לנשיא בדימוס שמגר. עמדה שונה לחלוטין מייצג עורך הדין דן אבי־יצחק, שניסח את הצעת החוק ועומד מאחוריה.

## דן אבייזחק

פרופ' קרמניצר ריכז בצורה מאוד תמציתית ובעיניי גם מאוד משכנעת את הנימוקים שלעניות דעתי מחייבים – והתהליך הוא בלתי נמנע – את הרפורמה בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה. דובר פה רק על הפיצול. אני חושב שיש צורך ברפורמות חשובות נוספות, אבל אם נתייחס רק לנושא הפיצול, לא שמעתי נימוק משכנע נגד הנימוקים שהובאו בעד הפיצול. גם אני יכול להפנות לחוברת שמפרטת ביתר הרחבה את הנימוקים בעד הפיצול; זו חוברת אחרת, חוברת דברי ההסבר להצעת החוק שחיברתי. כל אחד מחזיק בחוברת שלו. הנושא הזה לא מרפה מאתנו – לפני ועדת שמגר, אחרי ועדת שמגר, נדמה לי שרק במכון זה כבר הדיון השלישי – והוא לא מרפה גם מהציבור, וזה מראה שיש בעיה אמיתית. יכול להיות שיש גם פוליטיקאים שבוחשים בקדרה, אין ספק; אבל זה לא צריך להסיט אותנו מהדיון. מכיוון שהדברים נאמרו פה בתמציתיות ובבהירות אני רוצה רק להעיר הערות אחרות. ההערה הראשונה היא בעיניי האמרה המפורסמת שלא מתקנים דבר שאינו מקולקל. אני דווקא שמעתי שדבר שאינו מקולקל צריך לתחזק, לשפר ולשפץ לפני שהוא מתקלקל לחלוטין. אני גם בהחלט חולק על הדעה שכיום המערכת הזאת לא מקולקלת. בעיניי היא מאוד מקולקלת. בשנים האחרונות נוצרה פגיעה קשה באמון הציבור במערכת הזאת והפגיעה הזאת נובעת, בין היתר, מאותו ניגוד עניינים מובנה שעליו דיבר פרופ' קרמניצר, והדברים ידועים. העובדה שאפשר להשתמש בנימוק הזה משתי נקודות מוצא שונות לחלוטין, כפי שציין מר מזוז, אינה מחלישה את הנימוק אלא רק מחזקת אותו. אני בטוח, למשל, שיש מצדדים בפיצול הבאים מאסכולות שונות לגמרי מזו של פרופ' קרמניצר, אבל עצם העובדה שכולם מתאחדים ותומכים בפיצול מראה שיש בעיה בהגדרת התפקיד הזה והבעיה הזאת צריכה להיפתר. יש הסבורים שהיועץ המשפטי נושא פנים לשרים, ויש הסבורים כי הוא מתנכל להם – אך כל הטענות נובעות מאותו מקור, והוא ניגוד האינטרסים המובנה.

ההערה השנייה שלי נוגעת לחשדנות כלפי פוליטיקאים. בעיניי החשדנות הזאת מוצדקת לחלוטין. הרבה שנים ייצגתי פוליטיקאים, ראיתי את הפעילות שלהם, ולכן בעיניי החשדנות מוצדקת. החשדנות מוצדקת בה במידה כלפי נושאי תפקיד מקצועי שיש הפרזה בסמכות הניתנת להם. כוח רב מדי, ללא בקרה, יש בו משום פגיעה. כל האנשים – גם כשהם מכוונים למלחמה בשחיתות – עדיין פועלים מתוך אגו מסוים ומתוך רצון להעצים את סמכויותיהם, ולכן כשהסמכות אינה מוגבלת התוצאה איננה טובה.

## כרמית גיא

אם כך, אתה מאשר את הדברים של היועץ מזוז: אתה בעד הגבלה של הסמכויות והחלשה של המוסד הזה, שלדעתך מחזיק בסמכויות רבות מדי.



## דן אבי-יצחק

יש הבדל בין החלשה או חיזוק של נושא תפקיד מסוים – במקרה הזה היועץ המשפטי לממשלה – לבין החלשה או חיזוק של מערכת אכיפת החוק בכללותה. אני סבור שהתפקידים והסמכויות שנתונים היום בידי היועץ המשפטי לממשלה הם מזיקים ומופרזים מדי. עם זאת אני סבור שבסופו של דבר ההצעה שהצענו תחזק במידה ניכרת את המערך הכללי של אכיפת החוק. פרופ' קרמניצר הציג דוגמה שהיא טובה בעיניי ולכן אתעכב עליה. כיום איש איננו מעלה על דעתו שלא לתת לממשלה את המילה האחרונה במינוי היועץ המשפטי שלה; הרי לא ייתכן שמישהו אחר ימנה עבורה את היועץ המשפטי שלה. לא זה המצב בנוגע למי שממלא תפקיד מעין שיפוטי, שבאמצעות הקונטיננט בכלל נחשב לחלק מהמערכת של בתי המשפט; תפקיד שמחייב קבלה יום-יומית של החלטות מעין שיפוטיות שהן שונות לחלוטין מייעוץ לממשלה ומייצוגה. דרכי המינוי לתפקיד הזה – ולא פחות חשוב, ואולי אף יותר, דרכי סיום הכהונה – צריכות להיות מנותקות מהממשלה ככל האפשר. בהצעה שהבאתי בעניין סיום כהונתו של התובע הכללי הרחקתי לכת בהרבה מההצעה של השופט שמגר. הצעתי – ואינני יודע אם הממשלה ושריה היו חותמים על זה בשתי ידיים – שאת התובע הכללי לא יהיה אפשר לסלק מתפקידו אלא בהסכמת הוועדה המקצועית. ההצעה של השופט שמגר הסתפקה בהתייעצות עם הוועדה המקצועית; אני הצעתי שיהיה לה וטו. כך לעניין התובע הכללי. לא כך לעניין היועץ המשפטי כי זה תפקיד אחר.

נשמעה פה הצעה שאני בהחלט מכבד אותה, וייתכן שהיא אפשרית – להעלות את מעמדו של התובע הכללי עד כדי מינויו על ידי הוועדה למינוי שופטים או ועדה מקבילה; מבחינה זו מעמדו יהיה כמו של שופט. זו הצעה ראויה לדיון, אבל דיון כזה אינו אפשרי במסגרת הקיימת, במצב של איחוד התפקידים. דיון כזה יתאפשר במצב של פיצול. זו דוגמה בולטת לפיצול שמחזק בסופו של דבר את המערכת המשפטית. לדעתי, ריבוי סמכויות לא תמיד מחזק; לפעמים הוא מחליש וגורם לפיחות בדעת הקהל.

נקודה נוספת התעוררה בשלהי כהונתו של היועץ המשפטי הקודם. היינו עדים לכך, וזה לא סוד, שבתקופות קודמות הדואליות שבתפקיד גרמה להתנגשות בין היועץ המשפטי לפרקליט המדינה. מי שמכיר את המציאות יודע שלא פעם הייתה פעילות של פרקליט המדינה נגד היועץ המשפטי, אפילו על ידי הדלפת חומר לעיתונות ודברים מהסוג הזה. ערב כהונתו של מר מזוז אפילו הגענו למצב שבו התפרסמו שתי חוות דעת סותרות, ונושא משרה אחד חתר נגד האחר. זה נקרא חיזוק שלטון החוק? בעיניי לא; בעיניי זו פגיעה חמורה – גם במעמד וגם בדעת הציבור. לא היינו עדים לכך בשנים האחרונות, וזה ודאי לזכותו של מר מזוז, אבל זוהי תקלה מובנית ואין שום בטוחה שהיא לא תחזור.

דבר נוסף, הפעם מנקודת הראות של הפוליטיקאים שאנחנו כל כך מגנים אבל אי-אפשר בלעדיהם. אני יודע – ואולי מר מזוז או שר המשפטים יוכלו לאשר את זה – שלפעמים בכואם להצביע בממשלה החלטות של שרים נובעות מפחד אישי מפני חקירות והליכים שנמצאים על שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה. אלה לא דברים בעלמא; אני אומר אותם מתוך ידיעה אישית ומתוך התבטאויות של שרים. זה מצב מאוד לא ראוי. זוהי מערכת יחסים מקולקלת, והיא נובעת, בין היתר, מעודף הסמכויות שבידו של היועץ המשפטי לממשלה, מריכוז הסמכויות בידי אדם אחד. לכן אני חושב שבסיכומי של דבר ההצעות הן לטובת המערכת.

נוסף על מה שכבר נאמר אני סבור שיש ליקוי בתפיסה הנוכחית של התפקיד שרואה את הייעוץ המשפטי לממשלה כייעוץ כופה – ייעוץ שכופה את ההחלטה גם על הממשלה עצמה ומונע הבאה של הדברים להכרעת בית המשפט. יש החלטות של בית משפט שתרמו לתפיסה הזאת. אני חושב שזה מצב לא בריא ולא רצוי, מצב שפוגם גם בסמכות של בית המשפט, מצב שיוצר מערכת יחסים קשה, לא טובה ולא יעילה בין הייעוץ המשפטי לבין הממשלה שמקבלת את הייעוץ.

### **כרמית גיא**

שאלת המשקל של ההמלצות או האמירות של היועץ המשפטי לממשלה היא אכן סוגיה חשובה, אם כי בדיון הזה אנחנו מתמקדים יותר בשאלת הפיצול. הדובר הבא הוא יורי גיא רון, יושב ראש לשכת עורכי הדין. האם בכלל יש ללשכה עמדה או שהעמדה שתציג היא עמדתך האישית?

### **יורי גיא-רון**

רק עמדתי האישית; ללשכה עדיין אין עמדה. אם וכאשר תונח הצעת חוק בכנסת, אני מניח שתהיה. בתחילת המושב הקרוב של הכנסת מתוכננת ישיבה משותפת לכנסת וללשכת עורכי הדין בנושא הזה. אני רוצה להתייחס למשהו שאמר דן אבי-יצחק, אף על פי שאני לא מסכים עם העקרונות שהוא תומך בהם: הוא אמר שלרוב השרים בממשלה יש תחושת אי-נוחות. זה אכן המצב. רוב שרי הממשלה שעמם דיברתי חשים מבוכה ואפילו מותחים ביקורת, וזה בהחלט מצב שצריך לתת עליו את הדעת. חלק גדול מהם מרגישים שאין להם יועץ משפטי, שהם לא יכולים לעשות שום דבר, שהמשפט עריך ושהייעוץ המשפטי משתלט על יכולת המשילות. העמדה הזאת – ואני לא מצדיק אותה – נאמרה על ידי הרבה מאוד שרים בשתי הממשלות האחרונות. בהיבט אחר, לנוכח בחירתו הצפויה של יועץ משפטי חדש אני פונה לשר בבקשה ליידע את המועמדים ולומר להם אם יש כוונה לבצע איזשהו שינוי בתפקיד. שוחחתי

עם חלק מהאנשים שאני סבור שהם מועמדים רציניים לתפקיד, והם ממתנינים למידע מהסוג הזה. זה יכול להשפיע על החלטתם.

בעניין הפיצול עמדתי כעמדת היועץ המשפטי וכעמדת הנשיא שמגר, וזה אולי משום שלא שמעתי את דבריו של פרופ' קרמניצר בראשית הדיון. אבל אני רוצה להציע הצעה נקודתית שיכולה להתקבל די בקלות ואולי לענות במידה מסוימת על חלק מהדברים. במקום לפצל את תפקיד היועץ המשפטי נכון אולי יותר לפצל את תפקיד פרקליט המדינה. אפשר למנות אדם לתפקיד מקביל לפרקליט המדינה (שיישאר התובע הכללי הראשי בפועל) – פרקליט הממשלה או שם אחר, והמטרה היא שפרקליט הממשלה ייתן ייצוג וייעוץ אזרחי ומנהלי למדינה. אמר דן אבי-יצחק, ושמעתי גם את השר אומר: "בתפקיד היועץ המשפטי יש ניגוד עניינים מובנה". לדעתי אין שום ניגוד עניינים מובנה. כמו כן על פי ההצעה הזאת, בייצוג ובייעוץ היום-יומי של הממשלה יעסוק פרקליט הממשלה, ואילו היועץ המשפטי יתערב רק במידה שבה הוא מתערב בנושאים מהותיים או בחלק קטן מאוד מהעניינים – אבל עדיין מלוא הסמכות והאחריות יהיו שלו, והוא יהיה בראש הפירמידה. היתרון במצב כזה הוא שהסמכויות של היועץ המשפטי לממשלה לא ייפגעו, היועץ המשפטי לא יורחק פרסונלית מהגנה על עמדות שונות של המדינה בכל הנוגע להתנהלות יום-יומית שוטפת, ועדיין האיזון והריסון יישארו אצלו.

אני לא בטוח שהיינו רוצים תובע שאין מעליו יועץ משפטי מאזן ומרסן; אנחנו כל הזמן מדברים על הכיוון ההפוך. בואו נחשוב אחרת: בואו נחשוב על יועץ משפטי שמרסן את הראש התביעתי של ראש התביעה. במצב של היום ליועץ המשפטי יש וצריכה להיות ראייה כוללת יותר. היתרון של ההצעה הזאת טמון גם בכך שהאלטרנטיבות רעות בהרבה.

כמה הערות נוספות קצרות. ראשית אני סבור שחוות הדעת של היועץ המשפטי חייבת לחייב את הממשלה. לא די "להיזקק" לחוות הדעת שלו. ייתכן שצריך לקיים דיון נפרד על היקף הנושאים שבהם היועץ המשפטי מתערב בעשייה הממשלתית; אבל כשהוא מתערב – חוות דעתו צריכה להיות מחייבת.

ההערה השנייה עוסקת ביחסים שבין היועץ המשפטי לבין היועץ המשפטי של הכנסת. הועלתה בזמנו טענה שהייעוץ המשפטי של הכנסת הוא ייעוץ משפטי של רשות אחרת, ולכן צריך להיות מנותק מהאחריות של היועץ המשפטי לממשלה. לדעתי גם בעניין הזה ראוי לקיים דיון נוסף ונפרד.

הערה שלישית לעניין העומס. דיברתי על הנושא הזה עם היועץ המשפטי הנוכחי בראשית כהונתו, וכבר אז הוא התכוון לנקוט שני אמצעים: לשבת פחות בישיבות ממשלה ולפתח את האצלת הסמכויות. היו בידיו של היועץ המשפטי לממשלה הרבה

סמכויות שלא היו צריכות להיות שם מלכתחילה. אולי צריך לעשות מאמץ מרוכז ולשחרר אותו מהרבה סמכויות מיותרות נוספות.

אני מבקש לחזור לטענה בנוגע לניגוד עניינים מובנה של היועץ. בעיניי מדובר בטעות קונספטואלית. הממשלה היא לא לקוח רגיל: אין לה זכויות כשהיא מפרה את החוק. בעיניי, הלקוח של היועץ המשפטי לממשלה הוא הדין ולא השר. השר צריך לקיים את הדין. אין ליועץ לקוח אישי עם עמדות אינטרסנטיות ועם צרכים רנטביליים, ולכן כשהוא מייעץ לממשלה וכשהוא מייצג את עקרון שלטון החוק – היינו הך הוא. לכן אני סבור שהטענה לניגוד העניינים היא טענה תחושתית. בצר לו, כשנטענת נגדו טענה, השר או איש הממשלה חש בנוכחותם של שלושה אנשים בחדר: מי שמדבר נגדו מבחוץ, מי שחושב עליו רק ברמה הפרסונלית והיועץ המשפטי שמגן על הדין. לשר הפועל כדין אין ולא יכול להיות ניגוד בינו לבין העמדה של היועץ המשפטי במקרה של חוקיות הפעולה, אבל השר כאדם פרטי – זה כבר עניין אחר. מכאן ועד תקיפת הסמכות של היועץ המשפטי רחוקה הדרך. אני מאוד מתחבר לתחושה שההחלשה של מעמד היועץ המשפטי עלולה להיות הרת אסון. לדעתי, לנוכח מה שקורה בשנים האחרונות בישראל מבחינת טוהר המידות וטוהר השלטון, דווקא בתקופה הזאת צריך לשמור על סמכויותיו ועל מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה.

### **כרמית גיא**

פרופ' זמיר, גם אתה היית יועץ משפטי, הנסיבות שלך היו יותר מסובכות מאשר היום – ואתה מתנגד בתוקף לפיצול הסמכויות.

### **יצחק זמיר**

אני מתנגד באופן ברור ונחרץ להצעה לפצל את מוסד היועץ המשפטי לממשלה. אם להציג את זה בצורה חיובית, אני תומך בהמלצות של ועדת שמגר. הוועדה הזאת לא הייתה רק ועדה מכובדת מאוד, היא גם עשתה בדיקה יסודית מאוד ופתחה לציבור, שמעה את כל הנוגעים בדבר והביאה שורה של טעמים נגד הפיצול. אני חושב שהטעמים האלה הם טעמים נכונים שמשקפים ניסיון אמתי, וכך גם הטעמים שהעלה עכשיו היועץ המשפטי מזוז. דעתי מתבססת על ניסיון ומעקב אישי של עשרות שנים, ולא דווקא מתקופת כהונתי כיועץ משפטי לממשלה. טוענים עכשיו שבגלל הכהונה הזאת הראייה שלי משוחדת; אינני סבור כך. אין לי שום אינטרס. רוב שנותיי – עשרות שנותיי במקצוע – הייתי בעמדה לעומתית כלפי היועץ המשפטי לממשלה: כך כמורה למשפטים שהתמחה בתחום הזה וכך גם כשופט של בית המשפט, כשהיועץ המשפטי לממשלה היה אחד הצדדים לפני בית המשפט. על יסוד ניסיון מגוון זה אני חושב שהפיצול של המשרה יהיה לא פחות מאסון חברתי. זו מילה קשה אבל אני חושב

שהיא מדויקת. הפיצול הזה מאיים על שלטון החוק במדינה. אני חושב שזה יהיה צעד גרוע יותר מכל הצעדים שהוצעו לאחרונה כרפורמה של בתי המשפט. היועץ המשפטי לממשלה הוא לא רק ציר מרכזי, הוא צומת שבו תלוי התפקוד הטוב של המשטרה וגם התפקוד הטוב של בג"ץ. גם אם נקבל את כל הטעמים שהושמעו בזכות הפיצול, אין ספק שההצעה הזאת מחלישה את מוסד היועץ המשפטי לממשלה. לא יכול להיות אחרת. מטבע הדברים, אם לוקחים ממנו סמכויות הוא חלש יותר – כלפי הממשלה וכלפי כל אדם אחר. ועדת שמגר קבעה בזמנו שצריך יועץ משפטי חזק. אם בכלל השתנה משהו במרחב הישראלי, ברור שהיום צריך יועץ משפטי חזק במיוחד, משום שהמלחמה שלו היום קשה בהרבה מכפי שהייתה. זה תפקיד קשה מאוד והוא צריך את כל הכוח שיש לו. אנחנו נמצאים במאבק איתנים נגד כוחות חזקים על שלטון החוק, על טוהר המידות, על אמות המידה של החברה, כדי שלא ניהפך למדינה של עולם שלישי. זה תלוי ביועץ המשפטי לממשלה יותר מבבית המשפט ולכן חס וחלילה לנו לעשות דבר שיפגע בתפקיד. למה בעצם מציעים את ההצעה הזאת כשברור שהיא מחלישה את התפקיד? זה לא בגלל מה שקורה עכשיו. כשהייתי יועץ משפטי לממשלה התמודדתי עם אותה טענה, וזה היה לפני שנות דור. התומכים העיקריים בהצעה – לא כולם, יש כאן אנשים מכובדים בעלי כוונות טובות – אבל התומכים העיקריים בהצעה הם אנשים שבאמת לא נוח להם עם היועץ המשפטי לממשלה. כך זה היה בכירור גם בתקופה הקודמת במשרד המשפטים, אז כמו היום. יהיה להם מאוד לא נוח גם להבא, אלא אם היועץ המשפטי שייבחר יהיה איש שלהם, פוליטיקאי – וזה ודאי שיקרה; דן אבי-יצחק כתב על זה במפורש. אנחנו לא יכולים להתעלם מזה. כאן באים להחליש מוסד. אני חושב שזה מוסד מוצלח ומצליח במשך שישים שנות המדינה. היועץ המשפטי נושא באחריות מרכזית ובזכות מרכזית לקיום שלטון החוק כפי שהוא היום. המוסד הזה לא פחות חשוב מבית המשפט. יש כאלה שמפריחים את הטענה – ואז היא מתקבלת כעובדה – שהמוסד הזה אינו פועל טוב. אני לא מסכים עם זה. אכן קיימת ביקורת על היועץ המשפטי. זה שנים שאין במדינת ישראל גוף שאיננו פתוח לביקורת מלאה, ולפעמים פרועה, כולל היועץ המשפטי לממשלה. אבל אני לא חושב שיש פחות אמון ציבורי ביועץ המשפטי מאשר בכל גוף אחר; להפך: בזמן האחרון קראתי בתקשורת – והיא משקפת את דעת הציבור – רק שבחים על היועץ המשפטי.

### אריק כרמון

לפי מדרד הדמוקרטיה במכון שלנו, מידת האמון של הציבור ביועץ המשפטי מתחת ל-40% כבר כמה שנים. יש ירידה.

## יצחק זמיר

אצל מי לא הייתה ירידה? אני רוצה לומר שכאשר אתה בא לשנות מוסד – כל מוסד, קל וחומר מוסד מצליח ומוצלח בן שישים שנה, שכל אחד יודע את התרומה העצומה שלו לחברה בישראל – עליך הראיה. צריך טענות חזקות. את הטענות ששמענו לא ניסחו אנשים שמכירים את המערכת מבפנים – הנשיא שמגר, היועץ מזוז, אני. הן אבי־יצחק אמר "לא שמענו שום תשובה לטענות ולשיקולים של פרופ' קרמניצר". שמענו גם שמענו, ואני אחזור עליהן. הטענה הראשונה של פרופ' קרמניצר הייתה שיש פיצול ברוב מדינות העולם. התשובה היא שזו ראייה מוטעית. גם במדינות האנגלוסקסיות אין בדרך כלל מערכת אחת שבראשה שני ראשים. זו מתכונת לצרות גדולות, ולכן בראש המערכת המשפטית בכל המדינות עומד אדם אחד – שר המשפטים. אלא מאי? אצלנו זה לא שר. מה עדיף? פוליטיקאי שיהיה ממונה על התביעה כמו בארצות הברית או באנגליה? כל המדינות שהחלו לאחרונה להקים יחידות נפרדות של התביעה עשו את זה מהטעם הזה, משום שהתביעה הייתה כפופה לשר המשפטים, והיו חייבים להפריד אותה מהפוליטיקה. אצלנו אף פעם לא נטען שצריך למנות תובע מיוחד כמו בארצות הברית, או שאי־אפשר לסמוך על היועץ המשפטי משום שהוא מינוי של הנשיא ותלוי בו בהמשך כהונתו. הכרחי שבראשה של כל מערכת מנהלית יעמוד אדם אחד ולא שניים שווים; השאלה היא אם זה יהיה פוליטיקאי או איש מקצוע. ברור שבתחום זה עדיף איש מקצוע, כמו בישראל, ולא פוליטיקאי.

יש עוד שתי טענות עיקריות בעניין זה: ניגוד עניינים ועומס. יש כמובן עוד טענות משניות, אבל אני אעמוד בקיצור נמרץ על שתי אלה. הטענה של ניגוד עניינים היא טענה מופרכת. אין ניגוד עניינים. הטענה הזאת נובעת מחוסר הבנה של המשרה שניזון במידה רבה מאוד מהשם של המשרה. שמגר הציע, בצדק מוחלט, לשנות את שם המשרה. "היועץ המשפטי לממשלה" – מה תפקידו? אין זה תפקיד של יועץ משפטי לחברה ביטוח או לחברה עסקית, שברצונן שואלות אותו וברצונן מתחשבות או לא מתחשבות בו. מצב כזה אפשרי בעסק פרטי, לא בעניינים ציבוריים שהם נכס של כל אחד מאתנו. התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה הוא לבוא לשר ולומר לו "אדוני, במסגרת החוק תעשה מה שנראה לך. אם יש לך בעיה אני אסייע לך במסגרת החוק". כך זה פועל, הלכה למעשה. זאת ועוד, גם אם יש ניגוד עניינים הוא נוגע למספר קטן מאוד של אנשים: בעיקר שרים אחרים החשודים בפלילים. להם לא נוח עם היועץ המשפטי. האם בגלל זה מוצדק להוציא את כל התביעה הפלילית שדנה בעשרות אלפי תיקים מתחום פעילותו של היועץ המשפטי? והרי ברור שאין חשש שהיועץ המשפטי נושא פנים לשרים אלא להפך, ישנה מורת רוח על כך שהוא מקפיד עמם לא פחות מאשר עם כל חשוד אחר.

לעניין העומס: זו לא טענה שהעלה מזו או שהעליתי אני או שהעלה ברק. התפקיד הזה לא עומס יותר מהתפקיד של הרמטכ"ל, של שר הביטחון, של שר האוצר או של נשיא ארצות הברית. אז מה – נתחיל לפצל? שיהיה נשיא לענייני כלכלה ונשיא לענייני פנים? יש עומס והוא מתקיים בכל תפקיד מרכזי במדינה. הפתרון הוא סידור עבודה והאצלת סמכויות. כשכיהנתי כיועץ משפטי ניסיתי לעשות את זה. הכנסת התנגדה כשביקשתי להאציל סמכויות. צריך לאפשר את זה. אך עומס ודאי אינו סיבה לפיצול התפקיד.

### אריק כרמון

אני, בעונותיי, וכך גם יוסי וקרמית, איננו משפטנים. אני רוצה לבחון את הדיון בפרספקטיבה אחרת ולטפס לתפר שבין הצד העיוני לצד הפרקטי. אנחנו שוכחים בדיון הזה שיש שירות ציבורי ויש ממשלה ויש להם תפקיד מאוד ברור – לשרת את הציבור ולבצע את החלטות הממשלה. אין ויכוח ולא יכול להיות ויכוח, ודאי לא סביב השולחן הזה, בהכרח לבער את השחיתות ולהיאבק למען טוהר המידות וכן הלאה; אבל בד בבד יש גם דעה נחרצת שצריך לשמור על התהליך הפוליטי כדי שימלא את תפקידיו. ישראל מבקשת להצטרף למדינות OECD. ישראל צריכה לאמץ את אופני התפקוד של מדינות OECD. בין שנות השבעים של המאה הקודמת ועד סיום המאה הקודמת עברו מדינות OECD רפורמות מרחיקות לכת במגזרים הציבוריים שלהם. מה שייחד את התהליכים האלה היה ביזור של האחריות והגדרה מחדש של סמכות ואחריות. אחד הדברים שיצאו מהתהליך הזה שממשלות במדינות OECD חדלו לבצע. הן לא מבצעות. הן קובעות מדיניות, הן קובעות סטנדרטים, הן מפקחות, הן מקצות משאבים – ויש סוכנויות ביצוע. אחד הדברים שקרו בכל מדינות OECD היה אימוץ עקרונות מהמנהל העסקי אל המנהל הציבורי, ובין היתר יועץ משפטי לכל סוכנות ביצוע. אצלנו יש את זה ברשות שדות התעופה וברשות הדואר, ואני מקווה שמחר זה יקרה בכל משרדי הממשלה. תפקידו של יועץ משפטי לגוף מבצע הוא כתפקידו של יועץ משפטי בפירמה. כך הוא מתפקד. כך גם חשב כללי: בדיוק כמו בפירמה. אנחנו נמצאים במציאות אחרת לגמרי. כל החשיבה שלנו מונחית על ידי המציאות האחרת הזאת ואנחנו נשארים בתוך הקופסה בגלל המציאות הזאת. אין לי ספק שכשם שמדינת ישראל זקוקה לחוקה – ואני אופטימיסט ומאמין שמאיר שמגר יזכה לראות חוקה במדינת ישראל – גם תהליך ההבראה של המגזר המנהלי הוא הכרחי. אחד הדברים החשובים שצריך לציין הוא הגדרה מובהקת של יועץ משפטי כעורך דין של כל אחת מסוכנויות הממשלה, החל ביועץ המשפטי לממשלה וכלה ביועצים במשרדים אחרים. במדינות OECD היועצים המשפטיים של סוכנויות הביצוע אינם כפופים כמו בישראל ליועץ המשפטי לממשלה; שם הביזור עבר תהליכים אחרים. מנקודת המבט הזאת אני

כמובן תומך בעמדה שהמכון מציע. אני מציע להסתכל על הנושא גם מהזווית הזאת. במקרה הזה, השמרנות תהיה בעוכרינו.

### יעקב נאמן

ראשית אני רוצה להשתמש במאמר חז"ל "פותחים בכבוד האכסניה". אני צריך להודות למכון הישראלי לדמוקרטיה על הדיון היום ועל חומר הרקע שהוכן כי אני מאוד מתלבט בנושא זה. אין בו שחור ולבן; אני רוצה להדגיש את זה. יש יתרונות וחסרונות לכל אחת מההצעות. צריך לדעת מה העיקר ולא להיסחף לכל מיני סמאות כמו "זה יחליש מאוד את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה" או "זה יחזק מאוד את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה". שמעתי היום דברים רבים; גם ניהלתי שיחות – וזה לא סוד – עם גורמים שונים במערכת ותמיד שמעתי רק שחור או לבן. זה מזכיר לי את הגמרא במסכת סנהדרין. סנהדרין של שבעים ואחד חבר – זה היה בית המשפט העליון בתקופה שבה שלטה דעת תורה – "סנהדרין שראו כולן לחובה פוטרים אותו" [סנהדרין יז ע"א]. רבותיי, אין בנושא הזה "כזה ראה וקדש". אני שומע נימוקים בעד ונגד. לכל אחד מהנימוקים יש לתת את המשקל הראוי. אני רוצה להדגיש את זה. היום רציתי לשמוע את הנימוקים בעד ונגד, אולי בגלל טבעי כעורך דין. כאשר באו אליי ואמרו זו חוות הדעת ואין בלתי כבר הבנתי שמשוהו פסול, ואני חוזר ואומר שבנושא הזה יש פנים לכאן ולכאן.

אציין כמה עובדות שמצאתי. בשנת 1999 היו במשרד המשפטים 482 פרקליטים. בשאר משרדי הממשלה היו 740. בסוף שנת 2008 היו במשרד המשפטים 856 פרקליטים ובשאר משרדי הממשלה יותר מ-1,717 פרקליטים. אני רוצה להדגיש שההיקף של החוקים גדל עשרות מונים. בשנים 2000-2008 היה היועץ המשפטי צריך לחוות דעה ביותר מעשרת אלפים הצעות חוק פרטיות. איך ייתכן שבראשו של משרד עורכי הדין הגדול במדינה, שצריך לעסוק בכל כך הרבה דברים, יעמוד אדם אחד? ישבתי עם היועץ המשפטי לממשלה ועם פרקליט המדינה ודנו בדברים הללו וקיבלתי הסברים. אני בהחלט ער לדבר החשוב ביותר במעמדו של מי שמייעץ לממשלה: שלממשלה יהיה ברור שכל עוד בית משפט לא שינה את הדברים, חוות הדעת של היועץ שלה מייצגת את המצב החוקי. אבל אם בשעה שיועץ משפטי נותן לאדם חוות דעת בדבר המצב החוקי בענייניו הוא עוסק גם בהכנת כתב אישום נגדו – איך אותו אדם יבין בצורה אובייקטיבית שזה באמת החוק ולא שיקולים אחרים? אני לא חושד באף אחד מהיועצים המשפטיים לממשלה שיינתנו חוות דעת שאיננה החוק אבל חשוב גם איך זה נראה. אתם אומרים שאין ניגוד עניינים, אבל כעורך דין, אילו עסקתי בתשקיף של חברה או במתן ייעוץ לחברה, ובאותה עת הייתי מייצג לקוח אחר המבקש להגיש כתב אישום נגד מנכ"ל החברה או נגד יושב ראש מועצת המנהלים שלה – לשכת



עורכי הדין מיד הייתה אומרת לי שמדובר בניגוד עניינים. צריך למצוא לזה פתרונות. אי-אפשר לומר שאין בעיה; יש בעיה וצריך למצוא לה פתרונות. לי אין פתרון, לא בצד הזה ולא בצד הזה. אני לומד את הדברים; אולי זה מהתקופה שהייתי מרצה באוניברסיטה: התרגלתי לחשוב בכמה קטגוריות ולא בקטגוריה אחת. רבותי, אנחנו לא פוסקים פה בדברים שהם פשוטו של מקרא. מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה – ועברתי את זה בכמה מדורים, גם במשרד האוצר וגם במשרד המשפטים – אינו עניין שאפשר לתת בו פסיקה חד-משמעית. במצב הקיים – וצודק נשיא המכון ד"ר אריק כרמון – אנחנו נמצאים בבעיה גדולה מאוד של משילות במדינת ישראל. אני רואה את זה לפני ולפנים. אחת מבעיות המשילות היא שהממשלה צריכה גיבוי חזק מאוד. אני מדבר בעיקר על התחומים הכלכליים, אל מול עורכי דין פרטיים שיש להם כוח ולקוחות חזקים מאחוריהם, וצריך לדעת איך להתמודד ולאזן בין האינטרסים. בסיכומו של דבר אני יכול להגיד שלמדתי הרבה מאוד הערב מכל הטיעונים בעד ונגד. צר לי שגם אלה שטוענים לצד הזה וגם אלה שטוענים לצד הזה לא מצאו גם נימוקים לכאן ולכאן. אני רוצה להדגיש שבדקתי איך נוצר במדינת ישראל המוסד של היועץ המשפטי לממשלה. לאחר קום המדינה, שר המשפטים שהתמנה היה איש מפלגה מסוימת שלא הייתה מפלגת השלטון. בדקתי פרוטוקולים ונאמר שם שראש הממשלה אמר, שימו לב, אני צריך איש מהמדיה שלי, מהמפלגה שלי, ולכן אני לא אתן לשר המשפטים – כמו בכל המדינות שהזכרתם שהוא אישיות פוליטית – להיות ה- attorney general. ואז הוא בחר בפעיל במפלגת מפא"י, פעיל מאוד פעיל, להיות היועץ המשפטי לממשלה. ההיסטוריה מלמדת זאת; לא תמיד שר המשפטים הוא זה שאומר דברים בניגוד. היו שרי משפטים שבאמת נטו לכאן או לכאן, והיו שרי משפטים שנהגו אחרת. אין בדברים האלה דפוס קבוע. כללו של דבר: אני בוחן את הנושא הזה. אני בוחן אם בכלל צריך לעשות חלוקה. אני בכוונה קורא לזה חלוקה כי הביטוי האחר כבר מבטא עמדה לכיוון זה או אחר. כל שיש כאן הוא חלוקה: חלוקת תפקידים.

### **כרמית גיא**

מה עמדתך בנוגע לחוות הדעת של היועץ המשפטי – האם היא צריכה להיות מחייבת, כמו שמקובל היום לפי פסיקות של בג"ץ, או המלצה בלבד?

### **יעקב נאמן**

לדעתי אם יועץ משפטי נתמנה על ידי הממשלה היא צריכה לקבל את עמדתו, אלא אם כן יש טעות גלויה על פני הדברים וכיוצא באלה. אני אתן דוגמה מהניסיון האישי שלי. בזמנו הוגשה עתירה לבג"ץ נגד ראש הממשלה אריאל שרון על כך שהוא שולח את הבן שלו להיפגש עם ערפאת. היועץ המשפטי לממשלה חשב שזה באמת לא בסדר

שראש הממשלה שולח את בנו. ראש הממשלה סבר אחרת וביקש מעורך דין חיצוני – במקרה זה הייתי אני, לייצג אותו בבג"ץ. נשמעו טיעונים לכאן ולכאן, ובסוף התיק הזה לא הגיע להכרעה שיפוטית. מאחר שלא היה מדובר בעניין כמו שחיתות, בג"ץ בצדק דאג לכך שהעניין ייפתר ללא הכרעה שיפוטית. מכאן עמדתי שלפיה יועץ משפטי שמייצג את הממשלה לא יכול לנהל נגדה חשבונות אחרים, אחרת עלולה להישמע הטענה שחוות הדעת של היועץ המשפטי נובעת מחשבונות עם השר הזה ועם השר ההוא. האמת היא שזה לא קורה אבל די בכך שזה יכול לקרות. אלה התומכים בהפרדה – מה שאני מכנה "חלוקה" – יבואו על סיפוקם בכך שלא היועץ המשפטי לממשלה הוא שיקבע אם להגיש או לא כתב אישום נגד שר. במצב כזה לא תהיה אפשרות לטעון שהוא לא אובייקטיבי.

### משה גביש

נאמרו פה הרבה דברים בעניין ההצעה לפצל את התפקידים של היועץ המשפטי והתביעה הכללית. עניין נוסף שצריך לדבר עליו הוא ההקשר הכללי יותר של הדברים. יחד עם היוזמה הזאת יש הצעת חוק נוספת שכבר עברה חקיקה חלקית, בצורה זו או אחרת – לפטר את כל היועצים המשפטיים הפועלים היום. אגב: ההצעה המקורית של חבר הכנסת גפני הייתה לפטר אותם, ושהשרים עצמם ימנו את היועצים המשפטיים שלהם במשרדיהם. שאלה נוספת שעומדת על הפרק היא אם חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה תהיה מחייבת או לא. אם מסתכלים על התמונה הגדולה קשה שלא להתחבר לפרופ' זמיר ולנשיא שמגר. אני לא חסיד של תאוריות קונספירציה אבל נוצר פה מצבור של עניינים, והחלטה בנוגע לכל אחד מהם צריכה להתקבל מתוך התייחסות לכולם. גם אם אנחנו נאיבים, התחושה היא שנוצר תהליך של "שיטת הסלמי": פה נבטל, שם נפטר ושם חוות הדעת תהיה רק המלצה. צריך לראות את כל אלה כמקשה אחת ולברוק מה התוצאה הסופית כי אחרת, לדעתי, אנחנו עולים על דרך מסוכנת.

### יעקב נאמן

אני מאוד מודה לך על ההערה. ברור שאי־אפשר ליצור מצב שבו השרים הם הממנים את היועצים המשפטיים. אם תקבל ההצעה הזאת של ההפרדה או החלוקה, על אחת כמה וכמה שלא השר הוא שימנה את היועץ המשפטי לאותו משרד, כי אז היועץ המשפטי לא יכול להיות אובייקטיבי כשהוא מתמנה על ידי השר או מפוטר על ידי השר. על זה אמר עורך הדין דן אבי־יצחק שהגשת כתבי אישום לא תהיה בידי היועץ המשפטי לממשלה אלא בידי גורם אחר, ראש התביעה. ראש התביעה צריך להתמנות בדרך הרבה יותר עצמאית ממינוי על ידי הממשלה כמו שקורה היום. כך גם החלטות בנוגע להמשך פעילותו ואי־הפסקת כהונתו. פרופ' קרמניצר דיבר על זה. כאשר מדובר

לא בעורך דין שנותן עצות אלא במישהו שצריך לקבל החלטה אם להעמיד לדין – וזו החלטה של חיים או מוות פוליטיים ואישיים, אנחנו רואים את זה בצורה מאוד בולטת בשנים האחרונות – זה צריך להיות מישהו שלא מתמנה על ידי הממשלה.

### **כרמית גיא**

מדברך עולה הרושם שהחלטה שתקבל הולכת ומסתמנת. האם אתה מתכוון להעביר אותה בהחלטת ממשלה או באמצעות תהליך – ארוך ומייגע אבל חיוני – של חקיקה?

### **יעקב נאמן**

עד היום כל ההחלטות והסמכויות של היועץ המשפטי התקבלו על ידי הממשלה. לדעתי, אם באמת תהיה חלוקה, השאלה מי עומד בראש התביעה צריכה להתקבל באמצעות חקיקה. אני רוצה להדגיש שוועדת שמגר המליצה שהכול ייעשה באמצעות חקיקה. לצערי הרב ההחלטות של ועדת שמגר בנושא הזה לא בוצעו עד היום. בדברים שאמרתי ניסיתי להטות קצת את כף המאזניים ולהראות שלא הכול שחור ולא הכול לבן ושיש דרך אמצע, הרמב"ם קורא לזה "שביל הזהב". יש דרך אמצע. אם לסכם את דעתי, אין ספק שהמצב הקיים אינו רצוי; פיצול שיאפשר לממשלה להשתלט על תפקיד היועץ המשפטי גם הוא לא רצוי. פרופ' קרמניצר ניסה להראות את שביל הזהב בין הדברים הללו, וזו דעתי: צריך לברוק איך מיישבים בין היתרונות של כל אחת מהשיטות ובין החסרונות של כל אחת מהשיטות. אני לא אשתכנע שכל אחת מהשיטות היא כולה טובה או כולה שחורה. יש לבחון את הדברים לגופו של עניין.

### **יצחק זמיר**

השאלה היא איך להתקדם. העניין הזה נבדק בצורה היסודית ביותר והפומבית ביותר על ידי ועדת שמגר. נניח שחל שינוי מהותי במצב. אם כך, לפי דעתי, הדרך הנכונה לטפל בזה היא להקים ועדה שתבדוק אם השינוי במצב מצדיק שינוי בשיטה.

### **יעקב נאמן**

פרופ' זמיר, יש גם לוח זמנים. אני ישבתי עם הנשיא שמגר בוועדה שהכינה את חוק יסוד החקיקה. עבדנו על זה ימים ולילות. אני אגיד לך מה שאמר לי עורך הדין חיים צדוק, זכרו לברכה, בישיבה האחרונה של הוועדה שלנו: "תפסת מרובה לא תפסת. קודם נחוקק את חוק יסוד החקיקה. נעביר את זה ונראה איך אנחנו מתקדמים". בסיכומו של דבר אני פונה לכל אלה שעוסקים בנושא ואני מבקש לא להקצין עמדות. למצוא את הדרך הנאותה לאזן בין הדברים. לשיטה הקיימת יש יתרונות ויש

חסרונות. גם להצעות האחרות יש יתרונות ויש חסרונות. אי־אפשר יהיה לקבל הכרעה בצורה של "כזה ראה וקדש". צריך לראות איך פותרים את הבעיות שהשיטה הקיימת מעוררת ואיך פותרים את הבעיות שההצעה הקיצונית לצד השני מעוררת. את זה אני מנסה לעשות.

### **כרמית גיא**

ד"ר יוסי ביילין, שר המשפטים לשעבר – אתה התמודדת עם הסוגיות האלה?

### **יוסי ביילין**

באופן שולי משום שאני באתי לתפקיד אחרי שהדוח של ועדת שמגר היה מונח לפניי. עסקתי אז בשאלת הרפורמה בבתי המשפט. בנושא של מינוי היועץ המשפטי לממשלה חשבתי שזה לא יהיה נכון לבוא זמן קצר כל כך אחרי עבודת הוועדה ולברוק את עבודתה כמו מטאטא חדש, ולכן לא נגעתי בשאלה הזאת. הדוח מאוד מקובל עליי עד היום. אני חושב שהוא נכון אבל אני לא חושב שעל השאלה הזאת מבוססת הדמוקרטיה בארץ. אם יהיה פיצול בתפקידים זה לא סוף הדמוקרטיה, ואם לא יהיה פיצול זה לא הצלת הדמוקרטיה. מהבחינה הזאת אני מקבל את מה שאמר השר נאמן. עם זאת אני חושב שפיצול יהיה טעות. העובדה שהמצב הקיים התחיל מסיטואציה היסטורית כזו או אחרת היא לא רלוונטית לחלוטין; העובדה שיש מדינות שפועלות בצורה אחת ויש מדינות שפועלות בצורה אחרת אומרת הכול. הרפורמה האחרונה נעשתה באנגליה ב־2007, ושם הגיעו להסדר שהוא קרוב להסדר שלנו יותר מכל הסדר אחר. אם רוצים לשנות את המצב הקיים אצלנו, הייתי אומר שיש מקום להסתכל על המדינה שעשתה את הרפורמה האחרונה ולראות מה אפשר ללמוד ממנה – ומה שצריך ללמוד ממנה הוא שהיא דווקא למדה מאתנו. אגב, באמת קשה להעלות על הדעת מה היה שם קודם: כל הרשויות באיש אחד. היום זה כבר לא כך. הקושי אצלנו הוא שאנחנו נמצאים כאן זמן לא ארוך אחרי כהונה הזויה של שר משפטים שבא להרוס את בג"ץ ואת היועץ המשפטי לממשלה. לשם כך מינו אותו ולשם כך הוא היה שם. זו הסיבה שכשבא עכשיו מישהו באופן תמים ואומר "בדקתי בכל העולם במשך עשר שנים וראיתי שזה נכון לבטל" – אף אחד לא יקבל את זה. אם היום חלילה יקבלו את ההצעה ויפצלו את התפקידים יגידו שמי שבא להרוס – ניצח. זה הסיפור על רגל אחת. אני מציע לא להיכנס לזה עכשיו. אם ירצו להקים ועדה אולי זה הדבר הנכון. יש לפנינו תפקיד חשוב מאוד, וחלק מהעוצמה שלו זה גם רשות התביעה. אם כמה שרים שנמצאים בחקירה ועומדים לפני משפט חושבים שזה לא בסדר שהיועץ המשפטי הוא גם התובע הכללי – האם זו באמת הבעיה שלנו? האם אנחנו צריכים להפיס את דעתם? הבעיה היא שלהם, לא שלנו ולא של היועץ המשפטי. כדי לצאת ידי חובה של שינוי הייתי

מציע בקצרה כמה דברים. הראשון הוא לשנות את שם התפקיד. זה שם נורא; הוא לא רלוונטי. זה צריך להיות "המשפטן הראשי", "משפטן המדינה" – לא "יועץ". כאשר שר חדש נכנס לתפקיד והוא שומע שיש לו יועץ, הוא תכף ומיד מבקש ממנו עצה – וזה לא התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה. הוא לא legal advisor, בשום מקום בעולם.

הדבר השני, שאותו היועץ הנוכחי לממשלה כבר עשה, הוא לא להשתתף בישיבות הממשלה. ברגע שאתה משתתף בישיבות הממשלה אתה חלק מקבלת ההחלטות, ולא פעם אתה גם נאלץ לקבל החלטות מן השרוול וזה לא לעניין. בתפקיד הזה אתה צריך להיות ערכאה הרבה יותר רחוקה. יכול להיות שיהיה יועץ משפטי למשרד ראש הממשלה, או אפילו מישהו מטעם מזכירות הממשלה שבאמת ייתן ייעוץ שוטף ויגיד: "רגע, מה אתם עושים? זה ממש בניגוד לחוק". לא פעם קורה שהשרים פועלים בניגוד לחוק ואחר כך חוזרים בהם פשוט כי הם לא בקיאים בחוק.

דבר אחרון. גד ברזילי מדבר על שקיפות ועל דיווח קבוע של הייעוץ המשפטי לכנסת. לדעתי המהלך הזה חשוב, והוא לא תלוי בפיצול. לדעתי זה נכון שהיועץ המשפטי ידווח מעת לעת לוועדת חוקה חוק ומשפט על המעשים שלו באופן הכי שקוף. אין שום בעיה עם זה. השילוב של שינוי השם, אי-השתתפות בישיבות הממשלה ודיווח ושקיפות – השילוב הזה יכול ליצור רפורמה בלי לבצע כרגע את הפיצול. כיום הפיצול יהיה איתות חמור מאוד; בעתיד אפשר יהיה לדרון בזה מחדש במסגרת המתאימה.

### סוזי נבות

אני מרגישה נוח מאוד עם הדברים שכתב נשיא בית המשפט העליון בדימוס השופט שמגר בחוות דעת הוועדה לפני אחת עשרה שנה. אבקש לפתוח במשפט הזה מתוך דוח הוועדה: "התפתחויות במערכת השלטון בכלל, ובמערכת המשפט בפרט, מחייבות לטעמנו גם בחינה, בדיקה והתייחסות לנושאים נוספים על אלו שנידונו בוועדת אגרנט".

משפט זה, שנכתב בשנת 1998, נכון שבעתיים היום. יש כיום התפתחויות שלא היו בעבר במערכות השלטון, במערכות המשפט ובמערכת החיים הציבוריים. יש כיום מגמה של "משפטיזציה" קשה וגוברת. יש עומס על ערכאות שלטוניות. ישנם על סדר היום נושאים שהיום הם משפטיים ופעם לא נתפסו כמשפטיים; שאלות שהיום מחייבות התייחסות "משפטית" ופעם הן לא היו כאלה. כל אלה מחייבים בחינה מחודשת של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה.

אני מצטרפת – בזהירות – לעמדה התומכת בפיצול התפקיד ובהפרדת הסמכויות. אבקש לשים דגש על המילה "בזהירות". בעיניי לא כל פיצול הוא ראוי ולא לכל

הצעה צריך להתייחס ברצינות. הכול תלוי בסוג הפיצול ובמתכונת ההפרדה. בעניין זה אלוהים נמצא בפרטים הקטנים.

לדעתי פיצול לשני תפקידים עצמאיים, חזקים ומופרדים יהווה מודל ראוי להתמודדות עם הפגמים והכשלים הקיימים כיום בתפקיד בגלל ריכוז הסמכויות. מדובר במוסד המרכז כוח שלטוני שאין כדוגמתו בכל מישורי המשפט – אזרחי, חוקתי, מנהלי ופוליטי. כולנו יודעים – אולי בניגוד למה שנכתב במחקר המדיניות – כי בפועל אין פיקוח ממשי ואין פיקוח אפקטיבי על מוסד היועץ המשפטי לממשלה. לא ניתן גם להתעלם מהחשש לניגוד עניינים. זה משהו שלא צריך להתקיים. אין די בכך שייאמר "אני נוהג בלא משוא פנים". הדבר צריך לא רק להיעשות אלא גם להיראות, ועל כן ראוי לנתק את הקשר בין מי שמטפל ביעוץ משפטי שוטף לממשלה לבין מי שמתבקש להעמיד לדין את אחד מחבריה. מהלך כזה מעולם לא נראה טוב.

אבקש לומר מילה על העומס. אני לא מתייחסת לזה כאל "עומס" אלא כאל ריבוי כובעים. מדובר בריבוי של סמכויות ותפקידים שמונע טיפול נכון ויעיל בכל הנושאים שעומדים לפתחו של היועץ המשפטי לממשלה. השופט זמיר הזכיר שהוא ראה בכלי התקשורת רק שבחים על תפקודו של היועץ המשפטי לממשלה. בהקשר זה אני מבקשת להזכיר כי עכשיו מסתיימת תקופת כהונתו של מני מזוז. אינני מדברת על האדם אלא על התפקיד: המדרד היחיד שנברק בנוגע לעוצמתו או לחולשתו של היועץ המשפטי לממשלה הוא מספר כתבי האישום נגד אישי ציבור שהוגשו או שהסתיימו בהרשעה. אם זהו המדרד היחיד, אזי בפועל אנחנו מתעלמים ומעלימים לחלוטין את יתר התפקידים של היועץ המשפטי לממשלה. נדמה לי שהיועץ המשפטי לממשלה גם לא יכול להתעלם מכך שזהו המדרד להצלחתו בסופו של יום.

מילה אחת על נושא היעילות. ריבוי הכובעים מחייב יעילות בכל התפקידים. עם כל הכבוד, לא בטוח שאדם יכול למלא את כל התפקידים, שחלקם מפורטים בכמאתיים סעיפי חוק, בתביעה הפלילית, בפרקליטות ובכל יתר הסמכויות.

מילה אחת על הכישורים שעליהם דיבר פרופ' קרמניצר. אני מצטרפת לדעתו. הכישורים הנדרשים מכל אחד מהתפקידים שונים במהותם. צריך להיות אוטוריטה בכל אחד מהתחומים: בתחום הפלילי מצד אחד וכמובן בתחום המנהלי-חוקתי מהצד השני.

הסיבה המרכזית שהוצגה הן בוועדת שמגר, והן בדבריהם של פרופ' זמיר ושל הנשיא שמגר, לשמירת הסמכויות היא הטענה בדבר החשש להיחלשותו של היועץ המשפטי לממשלה. לדבריו של פרופ' זמיר צריך יועץ משפטי חזק כי הפיכתנו למדינת עולם שלישי תלויה ביועץ המשפטי לממשלה. אבקש לומר כי אם הפיכתנו למדינת עולם שלישי באמת תלויה אך ורק ביועץ המשפטי לממשלה – אני מוטרדת מכך. לדעתי הדבר תלוי בהרכב יותר מאשר אדם אחד, ואסור שהדבר יהיה תלוי באדם אחד.

שתי הערות בעניין החלשה וחיזוק. ההיחלשות או החיזוק של מוסד היועץ המשפטי לממשלה היא לא מטרה בפני עצמה. המטרה המרכזית היא טובת הציבור. השאלה שלנו צריכה להיות "מהי הדרך הטובה והיעילה להבטיח את אינטרס הציבור כפי שהיועץ המשפטי צריך לייצג אותו?" אינני מאמינה במוסדות חלשים או חזקים. יש אצלנו הרבה מאוד מוסדות שנתפסים כחלשים משום שכרגע אולי יש בהם אנשים שגורמים להם להיראות כאלה – ואני לא מדברת על מוסד היועץ המשפטי לממשלה אלא באופן כללי. זה יכול להיות נכון בנוגע לכנסת או בנוגע לנשיא המדינה, למבקר המדינה, בנוגע לממשלה וגם בנוגע לבית המשפט העליון. לא המוסד הוא חזק או חלש. גם אם יפוצלו התפקידים, בסופו של יום המבחן יהיה באנשים שימלאו את הפונקציות. במעמד שלהם, במקצועיות שלהם, ביושרה שלהם, בעצמאות שלהם, בהיותם האוטוריטה המשפטית העליונה, כל אחד בתחומו.

### **כרמית גיא**

עו"ד משה גביש הוא ותיק המערכת הציבורית – עו"ד גביש, אתה בעצם הבעת את דעתך.

### **משה גביש**

אולי בשונה מיתר הדוברים אני הייתי בעיקר משתמש של יועצים משפטיים, גם בתפקידי כנציב מס הכנסה, גם כיושב ראש הוועד המנהל של אוניברסיטת חיפה, של חברת חשמל תקופה מסוימת, יושב ראש רשות השידור ובעסקי הפרטיים. אני רואה את ההבדל בין ייעוץ משפטי ציבורי לייעוץ משפטי פרטי. אין דמיון ואסור שיהיה דמיון. לדעתי אי-אפשר לפצל את ההצעה הזאת – של מעמד המוסד של היועץ המשפטי לממשלה – לשתיים-שלוש הצעות כמו שיש עכשיו. הצעת החוק המפורשת של חבר הכנסת גפני קבעה שבתוך שנה יש לפטר את כל היועצים המשפטיים בשירות המדינה בלי קשר לתנאי העבודה, לתנאי ההעסקה וליחסי עובד-מעביד, ושהשרים ימנו יועצים משפטיים חדשים. הצעה אחרת העלו אותם שרים שמתלוננים על הלחץ שמפעילים עליהם: לפי ההצעה שלהם היועץ המשפטי ימליץ מה שימליץ, והם יעשו מה שהם רוצים. פיצול התפקיד הוא כבר הצעה שלישית. אי-אפשר לדון בכל נושא כזה בנפרד. מדובר במערכת שלמה המורכבת מכמה וכמה משבצות שכולן מצטרפות בסופו של דבר לרקמה אחת. לכן למשל, גם אי-אפשר לדבר על פיצול בלי לדבר על סמכויות. שמחתי לשמוע שהשר נאמן עדיין סבור – בניגוד להרבה שרים בממשלה – שחוות הדעת של היועץ המשפטי תמשיך להיות מחייבת.

צריך לראות את זה בהקשר הכללי שבו מנכ"ל משרד ראש הממשלה – שזה אחד התפקידים הפקידותיים הבכירים – אומר בכנס פתוח לעיתונות שהיועצים המשפטיים

אשמים בכך שהממשלה לא מתפקדת. באותו נאום הוא גם אמר משהו לא סימפטי על הדרוזים: היו על עניין הדרוזים צעקות, ואז נטען כמובן שהדברים הוצאו מהקשרם. בנושא היועצים המשפטיים אף אחד לא צעק. אנחנו מוכרחים לראות שגם פוליטיקאים וגם בעלי תפקידים בכירים פועלים ב"שיטת הסלמי", וצריך להיזהר מזה. חלק גדול מההמלצות – גם אלה של הן אבי-יצחק וגם של אחרים – ניתנות ליישום במצב הנוכחי. כך למשל, אם רוצים לשנות את אופן המינוי של פרקליט המדינה כך שבמקום על ידי הממשלה הוא ימונה על ידי מישו אחר – למשל הוועדה שממנה את היועץ המשפטי – אין שום מניעה לעשות את זה. אין שום קשר בין הצד ההיררכי לבין אופן המינוי ולא חייב להיות קשר כזה.

לעניין "האיש הכי חזק במדינה". לא היועץ המשפטי לממשלה הוא בעל ההשפעה הגדולה ביותר על הציבור. הרבה יותר ממנו משפיעים על הציבור בעלי תפקידים אחרים כמו מפכ"ל המשטרה וראש רשות המסים. שני אלה יכולים מחר להתחיל בחקירה בלי אישור של היועץ המשפטי או של מישו אחר. הם יכולים מחר לחקור כל מי שנמצא בחדר הזה, לזמן אותו וגם לעצור אותו. יש להם ולאנשים שלהם סמכויות מעצור, והם עובדים עם כל האוכלוסייה. הם יכולים להגיש כתבי אישום לא רק נגד שרים וחברי כנסת אלא נגד כל אחד. ראש רשות המסים או מפכ"ל המשטרה הם תפקידים עם הרבה יותר עוצמה מזו של היועץ המשפטי לממשלה. מכאן שחלק גדול מהטענות שנשמעו לא תואם את המציאות. חלק גדול מהן גם ניתן לפתור במערכת הקיימת. לדעת הרבה החשוב ביותר הוא לראות הכול בהקשר הכללי – מה רוצים לעשות בבתי המשפט, מה רוצים לעשות ליועצים משפטיים בשירות המדינה ומה רוצים לעשות להיקף הסמכויות של היועץ המשפטי – אסור לדון בכל עניין כזה בנפרד, כי אז נמצא את עצמנו כל פעם הולכים צעד אחד בלי לראות לאן נגיע.

### **ידידיה שטרן**

נדמה לי שאני האחרון. אני כל הזמן מחייך לעצמי משום שחוץ מהדובר האחרון החלוקה בין הדוברים ברורה לגמרי; לא צריך אפילו להגיד אותה: מי שכיהן בתפקיד רלוונטי מתנגד לפיצול ולהפך. אפשר כמובן לדרוש את זה לשבח ואפשר לדרוש את זה לגנאי; אני מעריך שאם הדוברים ידרשו לשבח או לגנאי של המצב הזה נקבל את אותה חלוקה וחזון חלילה.

### **מאיר שמגר**

אני רק חושש ממציאות חדשה שתיווצר כשיתחילו למנות אנשים לתפקיד – ובלבד שלא לשמוע את הקודמים שהיו בתפקיד.



### **ידידיה שטרן**

אני לא מציע את זה. ההרכב של האנשים שהוזמנו לכאן מעיד שלא זה המצב. אני משקף מה שראיתי כעובדה, וקשה להתמודד עם העובדות. יכול להיות שהחלוקה הזאת בין דעות הדוברים היא תולדה של הבנה עמוקה יותר של התפקיד ויכול להיות שלא.

### **דן אבי-יצחק**

באופן טבעי אנשים שהיו בתפקיד נוטים לשמר אותו ולחשוב שמה שנעשה היה טוב. זה טבעי. כולנו משפטנים ואני מעיד על עצמי שכשאני רואה חוק חדש אני חושש לגשת אליו.

### **ידידיה שטרן**

אני רוצה לומר דבר משל עצמי. אפשר לפרש אותו כך או אחרת וכל אחד יפרש כהבנתו. אני מעלה את ההתבוננות. אותי מטריד הטיעון המרכזי נגד הפיצול, והוא שהפיצול יביא להיחלשות של היועץ המשפטי. ולמה הוא יוחלש – למה הפיצול אמור להחליש אותו – כי לא יקשיבו לו. למה לא יקשיבו לו – כי הוא כבר לא עומד בראש התביעה. הטיעון הזה הוא אנטי-תרבותי. זה מפחיד במיוחד לחשוב ששלטון החוק בישראל, ערכי הדמוקרטיה בישראל, המשטר החוקתי בישראל – כל אלה תלויים בכך שהיועץ המשפטי לממשלה שולט בתובע הכללי מבחינה מוסדית. זה נראה לי טיעון קשה מאוד. יכול להיות שהוא נכון בפועל, ואם זה אכן כך מובן שזה עצוב. אם זה אכן המצב צריך לטפל בו – ולא באמצעים כל כך קהים כמו צירוף של שתי הפונקציות האלה שאין ביניהן קשר פנימי. אפילו אם אין ניגוד עניינים טבוע הקשר הפנימי בין הפונקציות הוא לא ברור וזה נובע מהיעדר המומחיות. דובר על עניין המומחיות ואני לא אחזור על הטיעונים, אבל באמת אין מומחה שיכול לקחת את התפקיד לגופו של עניין. לכן לדעתי צריך לחזק את שני התפקידים, ועל העניין הזה אני מקווה שאין לנו מחלוקת.

### **מני מזוז**

אם מישהו חושב שיש היום היתכנות להעביר בכנסת או בממשלה פיצול עם שמירת כוחם של שני הצדדים, שיבדוק מה היה בעשר שנים האחרונות, בשנים עשרה השנים האחרונות. תבדקו מי העלה את הצעות הפיצול ולא תמצאו חריג אחד לאפיון של המציעים ושל האג'נדה שלהם בנושא של חיזוק או החלשה של המערכת המשפטית בכלל.

### **יצחק זמיר**

זה לא שתיים עשרה שנים, זה עשרים וחמש שנה.

### **מני מזוז**

אני אומר לכם שאין היתכנות; אפילו לא אחוז אחד. מה שהציע דן אבי-יצחק משמעותו החלשה. אני מכבד את דעתו; הוא מאמין בזה והוא לא מסתיר את זה, אבל יש מי שמסתירים את הכוונה להחליש. מה שיגיע לכנסת ילך שני צעדים נוספים לכיוון של החלשה.

### **דן אבי-יצחק**

אני הצגתי חיזוק נכבד של המערכת בכללותה.

### **ידידיה שטרן**

אני שמח שיצא הפקק מן הכיור והדברים זורמים עכשיו; יכול להיות שזה הזמן להתחיל את הדיון.

### **מאיר שמגר**

לעניין חוסר הקשר בין שתי הפונקציות: יש לא מעט התייחסויות בין תפקיד היועץ המשפטי לתפקיד התובע.

### **ידידיה שטרן**

יש בעיה מוסדית ויש בעיה פונקציונלית וצריך לדבר על כל בעיה בנפרד. אני בעד חיזוק שתי הפונקציות. אני חושב שהתובע הכללי בישראל חלש מדי; לדעתי הסמיכות שלו ליועץ המשפטי לממשלה מחלישה אותו. אני חושב שצריך למצוא דרך שהתובע הכללי לא ימונה על ידי אדם ולא יפוקח מוסדית על ידי אדם שממונה על ידי הממשלה – גם אחרי ההסדר שהציעה ועדת שמגר.

### **כרמית גיא**

פרופ' קרמניצר, משפט סיכום?

### **מרדכי קרמניצר**

אני לא אסכם את הדיון כי זה לא הוגן שיעשה את זה מישהו שיש לו עמדה בוויכוח. אני רוצה להודות לכולם על ההשתתפות.