

י"ז בטבת, התשפ"ג  
15 בינואר 2023

לכבוד : ועדת החוקה, חוק ומשפט  
בראשות חבר הכנסת שמחה רוטמן

חברי וועדה נכבדים,

הצעת תיקון חוק-היסוד שבפניכם מבקשת להעביר את מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה מגישה דטרמיניסטית אחת (אותה נכנה "מודל שומר הסף") לאחרת (אותה נכנה, "מודל הלקוח הפרטי"). אין לכחד כי מודל שומר הסף החל כיום מהווה חריג בנוף העולמי ומעורר קשיים מסויימים. אך הצעת תיקון חוק היסוד טומנת בחובה סיכונים גבוהים וחמורים בהרבה. אימוצה צפוי לערער את יכולתה של הממשלה לקדם ולהוציא לפועל מדיניות ולפגוע בצורה קשה באיכות עבודת הייעוץ המשפטי לממשלה. אנו ממליצים לדחות את התיקון המוצע ולאמץ תחתיו שינויים אשר יתנו מענה לקשיים המתעוררים במצב הנוכחי. מודל האחריות המשותפת שנוצעה משמר את מעמד הייעוץ המשפטי תוך קידום האחריות המשותפת בין הממשלה והייעוץ המשפטי.

## תמצית עמדתנו

- אנו ממליצים לדחות את הצעת חוק היסוד שבפניכם. ההצעה מבוססת על מודל ייעוצי אשר יוביל לפגיעה במשילות, יערער את אמון הציבור בממשלה ובמערכת הייעוץ, יוביל להגברת ההתערבות השיפוטית במעשי המינהל והוא צפוי להקשות על הממשלה לפעול כשחקן בשוק הכלכלי מול גורמים מקומיים ובין-לאומיים.
- המודל הייעוצי הנוהג כיום מעורר אף הוא קשיים מהותיים, בכללם ניתוק הקשר בין סמכות ואחריות והענקת כוח וטו משמעותי לייעוץ המשפטי אשר בתנאים חריגים יכול להיות מנוצל לרעה לסיכול מדיניות הממשלה.
- אנו ממליצים על חלופה חדשנית המבוססת על מודל אחריות משותפת, לפיה הסמכות והאחריות ביחס לפונקציות ייעוציות שונות יחולקו בין הממשלה לייעוץ המשפטי.
- לפי מודל זה, תישמר עליונות הייעוץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת. לצד זאת, בסוגיות של ייצוג בערכאת וקידום הצעות חקיקה, הממשלה תוכל במקרים חריגים לסטות מעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה בהחלטת ממשלה שתתקבל על ידי רוב חבריה.
- ההמלצות המופיעות בנייר זה נשענות על הנחה בדבר המשך המצב המשטרי-חוקתי הנוהג כיום, ובפרט קיומם של בתי משפט עצמאיים בעלי סמכות לעריכת ביקורת שיפוטית על חקיקה ופעולות המינהל הציבורי ואיתור ומינוי יועצים משפטיים על בסיס מקצועי וא-פוליטי.

2. לכלל בדבר מונופול הייעוץ המשפטי לממשלה על ייצוג המדינה בערכאות הוכרו במהלך השנים חריגים. בדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של הייעוץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) ("דו"ח ועדת שמגר"), הוצע כי בנסיבות "בהן אין המדובר כאמור על אי-חוקיות ברורה וגלויה [בעמדת הרשות – א.ג.] אין "לשלול מרשות שלטונית את יומה בבית המשפט, היינו את הניסיון לשכנע את בית המשפט בחוקיות עמדתה." עם השנים

**מבחינתן את החוק הקיים, כל עוד לא נפסק אחרת על ידי בית משפט מוסמך** (בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פס' 5 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו, 31.1.2021). כנגזרת לכך, משמש הייעוץ המשפטי לממשלה גם כמייצג הבלעדי של עמדת הממשלה בהליכים משפטיים. באי הכוח של הייעוץ המשפטי לממשלה מציגים בבתי המשפט את עמדת הממשלה, הלו היא העמדה שקבע הייעוץ המשפטי לממשלה.<sup>1</sup>

## א. רקע: המצב המשפטי כיום והשינוי המוצע

1. מעמדן המשפטי של חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה לא הוסדרו עד היום בחוק חרות. על פי הדין הנוהג, אשר עוצב לאורך השנים בפסיקת בית המשפט העליון ובדוחות של וועדות מקצועיות שעסקו בנושא, "הייעוץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק עבור כל זרועותיה של הרשות המבצעת, וחוות דעתו המשפטית מחייבת אותן, ומשקפת

התבסס נהוג לפיו ייצוג נפרד הוא מקרה חריג ובלתי שכיח, אשר ההחלטה האם לאפשרו נתונה לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. בבג"ץ 6494/14 ג'ני נגד הרבנות הראשית, התיר בית המשפט באופן חריג לרבנות הראשית ייצוג על ידי יועצה המשפטי, נגד עמדתו החולקת של היועץ המשפטי לממשלה.

3. עקרונות העל בדבר מעמדה המחייב של חוות הדעת של היועץ המשפטי ובלעדיות הייצוג שלו בהליכים משפטיים עיגנו את האתוס והתרבות הארגונית העומדים ביסוד **מודל שומר הסף**. לפי גישה זו, **הלקוח האמיתי של היועץ המשפטי הוא הציבור**, ויש לקדם את ענייננו גם כאשר הדבר מתנגש בהחלטה או במדיניות שמבקשת הרשות לקדם. כפי שמסביר היועץ המשפטי לממשלה ושופט בית המשפט העליון לשעבר הפרופ' יצחק זמיר, תפקידו של המשפטן בשירות הציבורי אינו מתמצא בהדרכת הרשות שלא לחרוג מהיקף הסמכות שמתווה לה החוק. לשיטתו, "החלק החשוב יותר בתפקידו הוא זה המחייב אותו לשמור על כך שהרשות הציבורית תקיים את שלטון החוק במובן הרחב, הכולל גם את העקרונות של שוויון בפני החוק, זכויות האדם, ההגינות והסבירות ביחסים עם האזרח"<sup>2</sup>.

4. הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) – סמכויות הממשלה בענייניה (משפטיים) התשפ"ג-2023 ("הצעת חוק-היסוד") מבקשת לשנות מו היסוד את מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, ולאמץ מודל קוטבי לזה החל כיום. לפי המוצע, **חוות הדעת של היועצים המשפטיים ברשות המבצעת לא יחייבו את הממשלה ושריה**. הייעוץ יהפוך לעצה במובן הפשוט ביותר של המילה, אשר מקבלת רשאי לאמץ אותה או את חלקה, ויכול אף לדחותה. במקביל, **יוכלו הממשלה והשרים לבחור מי ייצג אותם בהליכים משפטיים**. מונופול הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה יפורק, ובמקומו יוכלו השרים לבחור ייצוג משרדם או מעורך דין פרטי לבחירתם. ההצעה אינה בהירה בנושא הנשיאה בעלויות הייצוג, אך יש להניח כי הייצוג הפרטי ישולם מקופת

המדינה.

5. כלומר, ביסוד הצעת חוק-היסוד מצויה גישה אחרת בתכלית לייעודו ותפקידו של הייעוץ המשפטי לממשלה. לא עוד שומר סף אשר לקוחו הוא הציבור. מעתה: יועץ שתפקידו לאפשר את מדיניות הממשלה, אשר לקוחו הוא השר או הממשלה בכללותה. **הממשלה כלקוח פרטי**.

לכאורה, נדרשת הכנסת לבחור בין שני מודלים בלתי מתפשרים: דחיית הצעת חוק-היסוד פירושה תיקוף וחזוק מודל שומר הסף; קידומה יכניס את הייעוץ המשפטי לממשלה לעידן חדש המבוסס על מודל הלקוח הפרטי.

**אנו ממליצים לכם לדחות את שתי החלופות ולאמץ תחתן מודל ביניים מאוזן, כמפורט להלן.**

## ב. הקשיים העולים מהשינוי המוצע

6. הצעת חוק-היסוד מעוררת קשיים ניכרים. **מודל הלקוח הפרטי** דורש מהיועץ להתאים את עצמו ועמדתו המקצועית למדיניות אותה מבקשת הרשות השלטונית לקדם, גם כאשר היא מעוררת קשיים משפטיים ואף נגועה לפי מיטב שיפוטו באי-חוקיות. פרקליט של לקוח פרטי נדרש להעלים עין מעובדות ונסיבות שאינן מסייעות ללקוחו, להעלות כל טענה משפטית שעשויה לסייע לו לקדם את ענייניו, ולקדם כל קו טיעון אפשרי אשר לשיטת הלקוח יסייע בידו. החלת נורמות מקצועיות אלה על יועצים משפטיים בשירות הציבורי עלולה להוביל לתוצאות חמורות ולפגיעה בעבודת הממשלה, כמפורט להלן:

6.1 **פגיעה בתפקוד הרשות המבצעת**. יתרונה המוסדי המשמעותי ביותר של הרשות המבצעת הוא המבנה ההיררכי שלה. הממשלה עומדת בראש הקודקוד הביצועי וחולשת על משרדים ויחידות ממשלתיות המופעלים דרך הנחייתיה לשם גיבוש והוצאה לפועל של המדיניות הציבורית הנבחרת<sup>3</sup>. הפגיעה במעמד המחייב ובלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה חותרת תחת

המאפיין המוסדי הקריטי הזה. **קיים חשש ממשי כי בעניינים המערבים יותר מיחידה ממשלתית אחת יאומצו פרשנויות סותרות לדין על ידי רשויות שונות, תוצאה אשר תוביל לשיתוק, בלבול ואפשרות סבירה שבהליכים משפטיים ימצאו עצמן רשויות שונות משני צידי המתרס**. לדוגמה, בתקופת הקורונה עלו שאלות ביחס לחובת החיסון של עובדי הוראה. לא קשה לתאר את הבלבול וחוסר היכולת לאכוף את המדיניות הנבחרת אם המסקנות המשפטיות היוצאות ממשרד הבריאות היו שונות מאלו של משרד החינוך. התנגשויות מסוג אלה יהפכו להיות עניין שכיח בעבודת הממשלה ולחתור תחת המבנה ההיררכי שלה.

בתקופת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה, השכיל נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר להעמיד מבנה משפטי היררכי בייעוץ המשפטי לממשלה אשר יתמוך ויהלום את המבנה ההיררכי של הרשות המבצעת<sup>4</sup>. השינוי המוצע כעת יקח אותנו עשרות שנים אחורה ויפגע באיכות ובמעמד הייעוץ המשפטי וביכולתו של המערך לתמוך בקידום מדיניות הממשלה.

6.2 **פגיעה באמון הציבור בממשלה ובייעוץ המשפטי**. בכל עת שהממשלה וזרועותיה יבחרו להתעלם מחוות דעתו של הגורם המשפטי המקצועי הבכיר שלה, המסר שיתקבל בציבור יהיה (לפחות) אחד משניים: או שהממשלה היא פורעת חוק המבקשת להעמיד עצמה מעל שלטון החוק; או שהיועץ אינו מקצועי או ראוי לאמון הממשלה. בשני המקרים, אמון הציבור במערכות השלטון ייפגע.

6.3 **פגיעה במעמדה של הממשלה כשחקן בשוק (המקומי והבינלאומי)**. הכאוס שעלול להיווצר מהפגיעה באחידות פרשנות הדין ברשות המבצעת עלול להוביל שחקנים מקומיים ובינלאומיים להימנע מהתקשרויות חוזיות עם הממשלה ומהשתתפות במכרזים ציבוריים. התוצאה הבלתי נמנעת של מהלך זה תהיה התייקרות של מוצרים ושירותים שהממשלה מספקת לציבור

באמצעות גורמים פרטיים ופגיעה בכלכלה הלאומית.

6.4. **עיקור מערך הפיקוח המשפטי הפנימי**. מציאות בה הממשלה זרועותיה פועלות בניגוד לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה תעקר את יכולתם של היועצים להבטיח את שלטון החוק בשלטון. כתוצאה מכך, צפוי זרם גובר של עתירות לבתי המשפט, אשר יידרשו להכריע בין עמדת הייעוץ המשפטי לבין עמדת הממשלה (אשר תיוצג על ידי פרקליט אחר). הדבר צפוי להגביר את החיכוך בין הרשות השופטת למבצעת ולהגביר את העומס על בתי המשפט. חמור מכך, בכל אלפי מקרים אשר לא יגיעו לבתי המשפט, לא יהיה אף גורם מקצועי וניטרלי אשר יהיה בכוחו לאכוף את החוק על שלטון.

6.5. **פגיעה באי-תלותם של היועצים המשפטיים**. תחת המודל החדש, יוקרתו והשפעתו של היועץ המשפטי ייקבעו לפי שביעות רצונו של "הלקוח" – הממשלה או אחד משריה. הכוח להתעלם מהעצה ישריש מערכת יחסים שבה נדרש היועץ "להילחם" על מקומו במערך קבלת ההחלטות, מתוך הבנה כי ככל שיתגמש ויאפשר יותר, כך יישמר מקומו ליד השולחן<sup>5</sup>. מציאות זו, במיוחד אם תשולב בעתיד עם שינוי בדרכי המינוי של היועץ והפיכתו לתפקיד אמון, תוביל לפגיעה באי-תלותו של היועץ ועלולה להעניק לו תמריצים לסייע בכיסוי והסתרה של פעילות בלתי חוקית.

6.6. **פגיעה באיכות פרשנות ויישום הדין ברשות המבצעת**. לבסוף, השינוי המשמעותי ביותר צפוי להיות פגיעה באיכות של פרשנות הדין ברשות המבצעת ונטייה מוגברת להפרות של הדין. היועץ המשפטי לממשלה מחזיק בכלים מוסדיים טובים יותר מהממשלה ושריה לפרש את החוק. מלבד היותו גורם מקצועי, הוא גם ניגש למלאכת הפרשנות ללא משוא פנים ומונחה על ידי אתוס מקצועי מחייב. כאשר הסמכות הפרשנית העליונה תועבר לשחקנים שאין להם מומחיות משפטית ואשר הפועלים תחת מערך תמריצים פוליטי, התוצאה הטבעית תהיה פגיעה באיכות הייעוץ המשפטי. לצד זאת, כשעמדתו לא תהיה עוד מחייבת, יש

להניח כי היועץ המשפטי לממשלה יהפוך להיות שחקן פאסיבי אשר לא נוקט יוזמה בבחינת חוקיות פעולות הממשלה.

## ג. הקשיים הקיימים במודל הנוהג כיום

7. על אף התנגדותנו לשינוי המוצע, אנו מוצאים להעיר כי גם **מודל שומר הסף מעורר קשיים ניכרים** אשר ראוי להתמודד עמם. ביסוד גישת שומר הסף מצויה ההנחה כי היועץ המשפטי הוא "קו ההגנה הראשון של שלטון החוק" המסייע להקל את הלחץ מקו ההגנה השני, הוא בית המשפט<sup>6</sup>. כלומר, ליועץ המשפטי לממשלה, על אף מיקומו המוסדי בתוך הרשות המבצעת, יש שותפות וקווי דמיון עם הרשות השופטת. בדומה לשופט, תפקידו אינו לסייע מבפנים לקידום המדיניות הממשלתית אלא לפקח עליהן כנציגו של שלטון החוק. תפיסה זו בדבר מיקומו המוסדי ויעוד עבודת היועץ המשפטי לממשלה בעייתית במספר מובנים, כמפורט להלן:

7.1. **ניתוק הקשר בין סמכות ואחריות**. הדין הנוהג היום מייצר פער עקבי בין סמכות ואחריות<sup>7</sup>. בעוד הסמכות לקביעת עמדתה המשפטית של הרשות היא בידי היועץ המשפטי, האחריות הציבורית על התוצאות של העמדה המשפטית נופלת על הרשות. כך, נפגעת האחריות של הממשלה כלפי הציבור, שכן ביכולתה לטעון כי בהיעדר הסמכות להגשים את מדיניותה, לא ראוי לדרוש ממנה לשאת באחריות למחדלים ולכשלונות. זהו אינו מצב דברים היפותטי, ולדעת חוקרים מאפיין מרכזי בתרבות השלטונית בישראל. כפי שמסביר פרופ' יואב דותן, "אחת הסיבות להיעדר תרבות ראויה של נשיאה באחריות ציבורית בישראל היא טשטוש מונח האחריות שנובע מטשטוש התחומים בין גופי ביצוע לבין גופי ביקורת שונים<sup>8</sup>". השלכת האחריות על גופי הייעוץ המשפטי פוגעת בהם, פוגעת בממשלה, ופוגעת באינטרס הציבורי.

7.2. **פגיעה בעקרון חוקיות המינהל**. קושי שלא לובן דיו ביחס למודל שומר הסף הוא מקור הסמכות החוקי ההופך את חוות דעתו של היועץ המשפטי למחייבת

את הממשלה. כאן מתגלה הפער בין היועץ לשופט והקושי במודל הרואה בשניהם שותפים למשימה הפועלים בקווי הגנה שונים. צו שיפוטי המחייב את הרשות לעשות או להימנע מלעשות מעשה הוא הפעלה של כוח משפטי שיש בצדו סנקציה. לא כך הדבר ביחס לייעוץ משפטי המתקיים בדלת אמותיה של הרשות המבצעת: הסמכות החוקית לקבל החלטה בעלת תוקף אופרטיבי מצויה בידי בעל הסמכות המיניסטריאלית ולא בידי היועץ המשפטי, אשר פועל בכובע של יועץ-פרשן. התפיסה לפיה עמדת היועץ מחייבת מעוררת קושי מכיוון שהלכה למעשה מהווה הפעלת כוח משפטי ללא סמכות חוקית.

7.3. **חשש לחריגה מסמכות**. טבע הדברים הוא כי אין תשובות משפטיות קלות לסוגיות המשמעותיות המגיעות לפתחו של הייעוץ המשפטי לממשלה. **בחי המעשה, אין קו גבול ברור בין משפט ומדיניות, אין שלטי דרך המבהירים מתי מתחיל מתחם הסבירות ומתי החלטה הופכת ממידתית ללא מידתית**. מאפיין קריטי של עבודת הייעוץ הוא ללוות את מקבלי ההחלטות בזמן גיבוש עמדתם ואף בעת יישומה. במודל הנוהג כיום, מוטלת על היועץ המשפטי המשימה לקבוע מהו קו הגבול שבו נגמר המשפט ומתחילה המדיניות. במילים אחרות, על לזהות מתי סמכותו המחייבת (בתחום המשפטי) הופכת לעצה בלתי מחייבת (בתחום המדיני). זהו מצב עניינים לא בריא, שכן לפי עקרון שלטון החוק אין זה ראוי כי גורם המפעיל כוח יידרש בעצמו וללא כל פיקוח או הנחיה בחוק החרות למתוח את גבולות סמכותו. מציאות זו מטילה עול כבד על היועצים, ומבלי להטיל דופי בעבודתם מייצרת לפחות במישור התיאורטי סיכון לניצול הכוח לרעה.

חסרונות הדין הנוהג (מודל שומר הסף)	חסרונות התיקון המוצע (מודל הלקוח הפרטי)
ניתוק הקשר בין סמכות ואחריות ❌	פגיעה בתפקוד הרשות המבצעת ויצירת חוסר אחידות בין יחידותיה ❌
פגיעה בעקרון חוקיות המינהל ❌	פגיעה באמון הציבור בממשלה וביעוץ המשפטי ❌
סיכון (ולו תיאורטי) לחריגה מסמכות של היועץ המשפטי וסיכול מדיניות דרג נבחר ❌	פגיעה במעמדה של הממשלה כשחקן בשוק (המקומי והבינלאומי) ❌
	עיקור מערך הפיקוח המשפטי הפנימי ❌
	פגיעה באי-תלותם של היועצים המשפטיים ❌
	פגיעה באיכות פרשנות ויישום הדין ברשות המבצעת ❌

**כהונת יועמ"שים במשרדי הממשלה** לשבע שנים (מהלך אשר צפוי להיכנס לתוקף בקרוב); **עיגון נוהל המאפשר ערעור ליועץ וחקיקה או ליועץ המשפטי לממשלה על החלטות של יועצים משפטיים במשרד**. על פי הנוהל, "התעורר ספק או קושי בקשר לחוות-דעת של היועץ המשפטי למשרד ממשלתי, יכולים השר, המנהל הכללי של המשרד או היועץ המשפטי שהכין את חוות-הדעת, לפנות אל היועץ המשפטי לממשלה ולבקשו לעיין בחוות-הדעת ולהביע דעתו באותו עניין"<sup>10</sup>. ולבסוף, הטמעת **מודל ייעוצי המכונה "הרמזור"** במסגרתו נערכת הבחנה בין מניעה משפטית, קושי משפטי, הערות בנושאי מדיניות והצעות לשיפור. במסגרת מודל זה מאומצת גישה שיתופית המבקשת לאתר יחד עם בעל הסמכות את החסמים המשפטיים ולנסות להסירם על מנת לקדם את מדיניות המשרד<sup>11</sup>.

12. אנו סבורים כי התפתחויות אלה מהוות נקודת מוצא לגיבוש מודל ייעוצי ראוי. להשלמתן, האתגר הוא להציג פתרונות לשני הסיכונים המרכזיים הכרוכים במודל הנוהג כיום, מבלי להגביר את הסיכונים המגולמים במודל הלקוח הפרטי.

**גישת הלקוח הפרטי** מעמידה מספר סיכונים מרכזיים אשר יש לתת עליהם את הדעת, ובפרט החשש לאי-אחידות בפרשנות הדין ברשות המבצעת, פגיעה באמון הציבור, פגיעה ביכולת של הממשלה לפעול בשוק, הצפת בתי המשפט ופגיעה באי-תלותם של היועצים המשפטיים.

**גישת שומר הסף** מעוררת סיכונים אחרים, אשר המרכזיים שבהם הם הפער בין סמכות לאחריות והיעדר הרסנים שימנעו שימוש לרעה בסמכות הייעוץ המחייבת.

10. חשוב להדגיש כי חיי המעשה מורכבים יותר ומייצגים מציאות שונה מהאתוס הציבורי הנלווה לגישה הנוהגת כיום. קיימות ראיות למכביר כי הפרקליטים בשירות הציבורי לא רואים עצמם רק "שומרי סף", אלא שותפים לעשייה הממשלתית אשר מטרתם לאפשר את קידומה. בהתאם לכך, במהלך הזמן הוטמעו במערך הייעוץ המשפטי נוהלי עבודה אשר נותנים מענה לפחות לחלק מהסיכונים המגולמים במודל זה.

11. אלה כוללים, בין היתר: **קציבת**

**ד. מודל האחריות המשותפת**

8. המסקנה העולה מן האמור עד כה היא כי הן מודל הלקוח הפרטי והן מודל שומר הסף מעוררים קשיים ניכרים (אם כי, לא שווים בהשפעתם הכוללת). אף אחד מהם לא הולם את תפקידו האמיתי של הייעוץ המשפטי לממשלה ולא מעניק לו את המסגרת המשפטית האופטימלית להגשמת ייעודו. אז, מהו המודל האידיאלי? פרופ' ג'ק גולדסמית מאוניברסיטת הרווארד, מהמומחים הגדולים בעולם בנושא ולשעבר ראש מחלקת הייעוץ (Office of Legal Counsel) במשרד המשפטים האמריקאי, היטיב להסביר כי **עבודת הייעוץ המשפטי לרשות המבצעת אינה דומה "לעצה מפרקליט פרטי מצד אחד, או לפסיקה מצד בית משפט נייטלי מצד שני**. יש לראות בה "דבר, שבאופן בלתי נמנע ולא נוח, מצוי בין שניהם"<sup>9</sup>.

9. תפיסה זו מבטאת את המורכבות והקושי של עבודת הייעוץ המשפטי, אך במקביל מספקת אמת מידה ראויה להערכתה. כלל יסוד בעיצוב הסדרי יסוד חוקתיים הוא כי אין עניינו בגיבוש פתרונות מושלמים, אלא במעורר סיכונים הנובעים מהסדרים שונים.

בקרה נוספים אשר יחזקו את התמריץ של הממשלה לקבל עצה משפטית טובה ולא רק עצה משפטית נוחה.

15. אם תתקבל הצעתנו, לצד המבנה הקיים היום יתגבש מודל היררכי חדש לגיבוש עמדת הממשלה בשאלות משפטיות המבוסס על האחריות המשותפת של הממשלה והיועץ המשפטי, כדלקמן.



### ה. הערה לסיום: תנאים לקידום הרפורמה המוצעת

16. הדיון הנערך בנייר זה וההמלצות הניתנות בו נשענות על הנחת היסוד בדבר המשך המשטר החוקתי הנוהג במדינה כיום. המודל המוצע על ידינו יכול לעבוד רק כאשר עבודת הייעוץ המשפטי נעשית על רקע של בית משפט עצמאי המחזיק בסמכות לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על חקיקה וביצוע. כמו כן, הנחתנו היא כי איתור ומינוי היועצים המשפטיים בממשלה ימשיך במתכונתו כיום כהליך מקצועי, נייטרלי וא-פוליטי, בו הכפיפות המקצועית של היועצים המשפטיים נתונה ליועץ המשפטי לממשלה. כל שינוי בהנחות יסוד אלה שומט את הקרקע מתחת להצעה המובאת בנייר זה.

נשמח להמשיך לעמוד לרשותכם ולהרחיב בעל פה על הנקודות המועלות בחוות דעת זו.

משנה, לא יכולה להיות מחלוקת כי היועץ המשפטי לממשלה מצוי בעמדה המוסדית הטובה ביותר לפרש את החוק. אנו סבורים כי החשש מפני ניצול לרעה של כוח הווטו שמקבל היועץ ניתן למזער בצורה ניכרת על ידי מתן זכות ייצוג נפרדת לממשלה ומתן אפשרות עבודה לעתור נגד עמדת היועץ המשפטי. מנגנון זה יוביל בסופו של דבר למתן ההכרעה הפרשנית לבית המשפט, הוא הפרשן

העליון של החוק בשיטתנו.

ביחס לייצוג הממשלה, אנו סבורים כי הקלה בתנאים למתן ייצוג נפרד לממשלה ונטילת כוח הווטו של היועץ המשפטי לממשלה משאלת הייצוג הנפרד הכרחית כדי לאפשר לממשלה את יומה בבית המשפט ולפקח על סמכותו הפרשנית העליונה של היועץ המשפטי. היא מתיישבת עם מגמות עכשוויות בפסיקת בית המשפט המלמדות על הקלה בתנאי הסף לייצוג נפרד.

ביחס לייעוץ חקיקה, העברת הסמכות העליונה בשאלה זו לממשלה תגביר את האחריותיות שלה. אכן, מדובר במהלך שיש בו כדי לפגוע במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, ואינו חף מקשיים. אולם אנו סבורים כי במשקל הכולל, יש לתת את הדעת כי הצעת חוק המעוררת קשיים חוקתיים צריכה לעבור את הכנסת וצפויה במציאות המשפטית הקיימת היום להיות מאותגרת בבית המשפט. כלומר, על הצעות חקיקה קיימים שני מנגנוני

13. עמדתנו היא כי את הרפורמה הדרושה יש לרכז בקצה הפירמידה, דהיינו בחלוקת הסמכויות בסוגיות משפטיות בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה, המהווה הגורם האחראי בפני הציבור על הרשות המבצעת. הצעתנו פשוטה: הייעוץ המשפטי לממשלה ממלא כיום שלוש פונקציות מרכזיות בתפקידו כיועץ לממשלה: ייעוץ חקיקה, פרשנות הדין וייצוג הממשלה בערכאות שיפוטיות. אנו מציעים לחלק את סמכות המילה האחרונה ביחס לשלוש הפונקציות הללו בין הממשלה ליועץ המשפטי, כדלקמן:

**פרשנות הדין:** היועץ המשפטי לממשלה ישמר את סמכותו כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת. עמדתו הפרשנית תוכר כעמדת הרשות, כל עוד לא התקבלה עמדה סותרת בבית המשפט.

**ייצוג הממשלה:** במקרים החריגים בהם הממשלה סבורה כי עמדת היועץ אינה משקפת את הדין, וכאשר אין מדובר "על אי-חוקיות ברורה וגלויה" (כלשונו של דו"ח שמגר), תוכל הממשלה בהחלטה שתתקבל בהצבעה על ידי רוב חבריה לפנות לייצוג פרטי ולעתור נגד עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

**ייעוץ חקיקה:** בשאלות העוסקות בחוקתיות הצעת חוק ממשלתית שאינן כוללות פגמים הליכיים, תהיה הממשלה רשאית בהחלטה שתתקבל בהצבעה על ידי רוב חבריה לקדם את הצעת החוק על אף עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. הצבעה כזו תתקיים לאחר שהוצגו בממשלה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה וחוות דעת משפטית נגדית.

14. אנו סבורים כי חלוקת עבודה זו מגבירה את האחריותיות הכוללת של הממשלה לעמדות המשפטיות על בסיסן פועלות יחידות הרשות המבצעת. הרעיון המארגן הוא כי כל אחת מהפונקציות השונות מעוררות סיכונים שונים בעצמות שונות, ויש הצדקה להעמיד בראש ההיררכיה לקבלת החלטות בהן גופים שונים.

ביחס לפרשנות דברי חקיקה וחקיקת



**תכלית - המכון למדיניות ישראלית (ע"ר)** הוא מכון חשיבה ציוני מוכון מדיניות, המבקש להביא לשינוי המציאות בישראל באמצעות הכוונה וסיוע למערכי קבלת ההחלטות הפוליטיים והבירוקרטיים ליישום מדיניות מושכלת ואפקטיבית, המחזקת את מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח מגילת העצמאות.

לצורך מימושיעדין, מפעיל המכון מארג של שלושה כלים, אשר שילובם מקנה ערך מוסף ייחודי בתחום המדיניות בישראל. מחקר עומק מוכון מדיניות, המתקיים בשיתוף פעולה עם אקדמאים ואנשי פרקטיקה מובילים מהארץ ומהעולם; פעילות תשתיתית שתכליתה תרגום והנגשה של המדיניות המופקת בידי המכון ישירות למקבלי ההחלטות הרלוונטיים ליישומה, וכן הטמעת מערך תמיכה היקפי המבקש לייצר שותפות שיח, על בסיס התוכן, עם מגזרים נוספים בישראל, כגון ארגוני חברה אזרחית, התקשורת, המגזר הפרטי והציבור הכללי הרחב.

מקורות:

- <sup>1</sup> בג"צ 4267/93 **אמית נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993). עוד ראו, יואב דותן, הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים, ספר דורית ביניש (קרן אזולאי ואח', עורכים) (2018).
- <sup>2</sup> יצחק זמיר - היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה' ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, 451 (1993).
- <sup>3</sup> תאגידים סטטוטוריים עצמאיים הפועלים להגשמת סמכות שהוקנתה להן כחוק מהווים חריג במבנה זה.
- <sup>4</sup> **דינה זילבר, בשם החוק: היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה**, 150-155 (2012).
- <sup>5</sup> לניתוח נקודה זו ראו Elad D. Gil, Totemic Functionalism in Foreign Affairs law, 10 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 316, 336-338 (2019).
- <sup>6</sup> ראו **זמיר**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 451.
- <sup>7</sup> איתן לבונטין ורות גביזון, עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה, **ספר שמגר חלק א** 253 (אהרן ברק יושב ראש המערכת, - 2003).
- <sup>8</sup> יואב דותן, על הקשר שבין סמכות לאחריות: בעקבות הספר אחריות ציבורית בישראל, עורכים רפאל כהן-אלמגור, אורי ארבל גנץ ואסא כשר (הוצ' הקיבוץ המאוחד-המרכז לאתיקה בירושלים, 2012), **משפטים על אתר** ו' (תשע"ג-2013).
- <sup>9</sup> ראו, JACK L. GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY, 35 (2007).
- <sup>10</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 9.1000 - היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה (עודכן: 2015).
- <sup>11</sup> מדריך פנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה, 14-18 (7 ביולי, 2017).