

הייעוץ המשפטי והממשלה – עיון בסמכויות הייעוץ והייצוג

כנס מיום כ"ד בתשרי תשע"ו – 7 באוקטובר 2015

מושב שלישי: האם ראוי שחוות דעתו של היועץ המשפטי תחייב את הממשלה?

משתתפים: פרופ' רות גביזון, פרופסור אמריטה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. פרופ' אמנון רייכמן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ד"ר אביעד בקשי, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת, הקריה האקדמית אונו. יו"ר: פרופ' משה קופל, יו"ר פורום קהלת, המחלקה למדעי המחשב, אוניברסיטת בר-אילן.

משה קופל: צהריים טובים, רבותיי. המושב הזה יעסוק בשאלה האם ראוי שחוות דעתו של היועץ המשפטי תחייב את הממשלה. מכיוון שאנחנו קצת בפיגור, אני לא אגזול מזמנכם. אני רק אודיע שד"ר גיא רוטקופף, שהיה אמור להשתתף בפאנל הזה, לא יכל להגיע, מכיוון שהוא אחד מהמועמדים להיות יועץ משפטי, והוא חשב שאולי יהיה לא ראוי להשתתף. בכל אופן, הפאנל הקודם כבר גזל את זמנו במילא.

מבנה המושב יהיה כך: אני אבקש מכל אחד מהמרצים לדבר כ-12 דקות, ואחר כך יהיה סבב שני, ככל שהזמן יאפשר. אני מתכבד להזמין את פרופ' גביזון, פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, וגם מי שהייתה חברה בוועדת שמגר, שדנה בסמכויות היועץ המשפטי ובדרכי מינויו. בבקשה.

רות גביזון: אני התלבטתי והחלטתי להמר על דבר שהוא בדרך כלל לא דבר נכון, והוא לא להגיד את מה שאני התכוונתי להגיד אלא לעשות את זה טיפה אחרת בעקבות הדברים ששמענו כאן במשך היום. היתה הצגה די טובה בהתחלה של כל הנושא של הסמכות המחייבת של היועץ המשפטי לממשלה, ודיברו על העובדה שהיועץ בעצם לא יועץ אלא הוא מנחה, הוא מחייב, וזה בסדר שהוא מחייב וכו'. אני לא רוצה לחזור על הדברים האלה, אבל אני חושבת שמה שיותר חשוב במה שקרה כאן במשך היום הוא שהעובדה שחילקו אותנו לפאנלים, ואמרו, קודם כל, אנחנו לא מדברים על השאלה של פיצול התפקיד ולדבר על הסמכות שלו כתובע, ואנחנו גם לא מדברים בפאנל אחד גם על היעוץ וגם על הייצוג, אם כי זה די השתרבב אחד לשני אלא אנחנו מפרידים את זה, אני חושבת שהדבר הזה התברר כלא נכון, ואני רוצה לשים את הדברים של הנושא של המעמד של חוות הדעת של היועץ המשפטי בתוך הקשר טיפה יותר רחב.

אני רוצה להתחיל מהנחת היסוד. אני חושבת שכולם מסכימים פה ששלטון החוק הוא ערך מאוד חשוב, ויש אנשים שאומרים שמפני ששלטון החוק חשוב, וגם הממשלה כפופה לחוק, שתי הנחות שנדמה לי שכולנו מקבלים, מכיוון שגם הממשלה כפופה לחוק, אזי הממשלה לא יכולה לעשות כל מה שמתחשק לה, כי היא כפופה לחוק. בית המשפט הוא לצרכים מסוימים הפרשן המוסמך של

¹ תכנית הכנס זמינה ב[באן](#), הקלטת השידור החי ב[באן](#).

החוק, אבל כשאין בית משפט או לפני שיש בית משפט או כשאנחנו מחליטים את ההחלטה בזמן אמת, עדיין אנחנו צריכים לקבל תשובה לשאלה מה אומר החוק, והסיבה לכך שחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת היא מפני שכלפי הממשלה חוות דעתו של היועץ המשפטי היא הפרשנות המוסמכת של החוק, ולכן פרשנות שלטון החוק היא שחוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת היא מפני שחוות הדעת של היועץ המשפטי היא החוק, ואמרנו כבר שהממשלה כפופה לחוק.

הטיעון הזה הוא הטיעון הבסיסי שמבסס את הקביעה שחוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת. אבל שמענו כבר שהדבר הזה הוא יחסית חדש במשפט. לא זו בלבד שהוא חדש במשפט אלא שהיועצים המשפטיים מאוד חזקים. מי שהיה היועץ המשפטי, נשיא בית המשפט העליון, השופט שמגר, כשהיה בראש הוועדה שדנה בסמכויות היועץ המשפטי, חזר על הקביעה של ועדת אגרנט, שבדרך כלל הממשלה רואה את חוות דעתו של היועץ המשפטי כמשקפת את המצב המשפטי אבל השיקוף של המצב המשפטי איננו קובע עבורה מה היא צריכה לעשות. זה לא אומר ששלטון החוק לא חל על הממשלה. זה רק אומר שהמצב במערכת השלטון הדמוקרטית הוא מצב הרבה יותר מורכב, והמורכבות הזאת מסבירה, לפי דעתי, את הדברים הכאילו מנוגדים ששמענו כאן, שמה זאת אומרת עכשיו זה נהיה מחייב? זה תמיד היה מחייב או אף פעם זה לא היה מחייב וגם עכשיו זה לא מחייב, כי בעצם הם יכולים להחליט מה שהם רוצים. והסיבה לשתי התפיסות המנוגדות האלה של תיאור המציאות היא בכך שהיועץ המשפטי הוא תפקיד באמת רב כוח, עוצמה ותפקידים בליבת הרשות המבצעת, שקיבל ספיחים מתוך רשויות אחרות, והיועץ המשפטי הזה מקבל תפקיד מפני שהוא, שלא כמו ועדת התקציבים או כלכלן או מישהו אחר, המומחיות שלו איננה בכלכלה או בצבא, הוא לא דרג מקצועי אחר שהאחריות הבלעדית על ההחלטה היא של הממשלה, כמו עם צבא וממשלה אלא הוא יועץ משפטי ומכיוון שהוא יועץ משפטי הוא בעת ובעונה אחת גם זה שאמור לעשות את עבודת המקצוע עבור הממשלה בכל מיני דברים, כתובעת, כמנהלת מדיניות של תביעה, כיועץ לחקיקה ולליווי של הנושא, וכייצוג בבתי המשפט, הכל פונקציות של הרשות המבצעת. אז הוא אמור לעשות את כל הפונקציות האלה, אבל מכיוון שהמומחיות שלו היא של המשפט, הוא כאילו מקבל על עצמו גם את התפקיד של קביעת הגבולות.

אני חושבת שבשביל להבין מה קרה פה אנחנו צריכים לחזור קצת באופן היסטורי על המודל ההשוואתי. מפני שהיועץ המשפטי לממשלה הוא התרגום הלא מוצלח שלנו ל"Attorney General". "אטרני ג'נרל" באנגליה הוא אדם שאכן ריכז בידו את כל האחריות המיניסטריאלית לכל הפונקציות האלה, אבל זו הייתה האחריות המיניסטריאלית. הוא היה חבר ממשלה, חבר קבינט ואיש פוליטי במובהק. ואת כל הפונקציות המקצועיות האלה הוא למעשה הוריד באופן רציני ביותר לדרגים מקצועיים שכפופים לו. ולכן בדרך כלל, את רוב ההחלטות עשו אנשי המקצוע, ברמה מאוד ברורה של עצמאות. והאתוס של העצמאות של אנשי המקצוע, עובד ופותר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אטרני ג'נרל, והממשלה שבה הוא היה חבר, אבל האחריות לפעולה שלהם הייתה של האטרני ג'נרל. ובמקרים מתאימים, חשובים, קיומיים, אחרים, הוא נטל לעצמו את הסמכות והפעיל אותה כסמכות פוליטית.

זה בעצם נותן לנו את ההקשר שבו אנחנו דנים בשאלה הזאת. אנחנו שמענו עכשיו הרבה מאוד על ההתרחבות של שני דברים. לא שמענו מספיק על ההתרחבות של ההליך. כשאנחנו אומרים שהמשלה כפופה לחוק, שאלה חשובה מאוד היא, איך והאם בכלל הדבר הזה יכול להיאכף וצריך להיאכף. בחלק גדול מן הדברים, המערכות הפנימיות של האכיפה, אלה של האיזונים ובלמים, הן מערכות שעובדות ברמה היותר נמוכה, ברמה ששם יש אחריות מקצועית ואחריות מנהלית. אבל ברמה הגבוהה ביותר יש לנו מה שאנחנו קוראים חובות לא מושלמות. זאת אומרת, חובות שלא ניתנות לאכיפה. בשיטת משפט כמו שהייתה לנו עד לפני המהפכה החוקתית, שבה לא הייתה ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, פעולת החקיקה של הכנסת לא הייתה כל מה שמתחשק לכם. היו כל מיני כללים, אבל השאלה הייתה מה קורה אם מישהו טוען שהכללים האלה לא נשמרו. והתשובה הייתה, לא בטוח שהיה לזה מענה מוסדי. יכול להיות שהיה מצב שהדיון הציבורי, הפוליטי, האופוזיציה והעיתונות, וכל כלבי השמירה ושומרי הסף, היו עושים את עבודתם ואו שהצליחו או שלא הצליחו, כמו שקורה בכל מדינה מתוקנת, ויש אנשים שחושבים עד היום שזה פתרון עדיף על ביקורת שיפוטית, ואני לא אכנס גם לזה, כמובן.

מה קרה לנו כאן? אנחנו אומרים 'יש שלטון חוק'. אבל יש הרבה מאוד מצבים שבהם החלטות של ממשלה בדרג העליון, אין מסלול מוסדי שיכול להביא אותן לאכיפה, לא בבית משפט ולא בשום מסלול אכיפתי אחר. ידועה האמרה של לינקולן, כשאמרו לו שהוא לא יכול להשהות את ההביאס קורפוס, שהוא עקרון חוקתי בחוק האמריקאי, הוא אמר: שיבוא בית המשפט ויאכוף את החוקה. הוא לא אמר אני לא מציינת לחוקה. הוא אומר, לא, אני חושב שבתנאים האלה צריך לעשות את הדבר הזה שאני עושה, אבל הוא הסתמך על זה שאף אחד לא יכול היה ללכת לעתירה ולהגיש צו על תנאי, תפסיק להשהות את ההביאס קורפוס. עכשיו, אצלנו המצב הזה היה קיים והוא נשחק מאוד, כי היום אפשר להגיע לבית המשפט בהרבה מאוד צורות, בזמן אמת, בצורה שכמעט לא קיימת באף מערכת אחרת. זאת אומרת, יש לנו היום מנגנון אכיפה שלא קיים בהרבה מאוד מדינות, זאת אומרת, אתה יכול לאכוף. מה שעושה היועץ המשפטי במקרה הזה הוא דבר נוסף, כי מה שאנחנו אומרים הוא, שלטון החוק – הממשלה כפופה לחוק, אחרי שבית המשפט פסק, אין ספק שמבחינת הסדר, לא יעלה על הדעת שרשות מבצעת או רשות מחוקקת אם לבית המשפט יש סמכות תגיד "לא מקובל עליי". החלטת בית המשפט מחייבת לעניין שנפסק. אחר כך אפשר לנסות לשנות את החוק, אפשר לנסות כל מיני דברים אחרים, אפשר לחוקק חוק שאולי נותן מענה לטענה, אפשר לעשות כל מיני דברים. בית המשפט הוא הפרשן המוסמך והסופי של החוק כשפסק, אבל אפשר למשל להחליט, שהממשלה תחליט, שהיא תלך לבית המשפט אפילו יומיים אחרי זה, אולי לא סביר, אבל בוודאי שנתיים אחרי זה, ותגיד: אתם יודעים מה? אנחנו חושבים שטעיתם. אנחנו חושבים שפסקתם, אבל עכשיו אנחנו חושבים שטעיתם. כשאנחנו אומרים שחוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת, אז אנחנו אומרים בעצם כך: בית המשפט עוד לא פסק, אנחנו לא יודעים אם יפסוק, אנחנו לא יודעים אם זה יגיע לבית המשפט. יש דיון בממשלה. בדיון הזה בממשלה מתלבטים מה לעשות. היועץ המשפטי בא ואומר: זו חוות דעתי על מה אומר המשפט. שר המשפטים, או משפטן אחר או מישהו אומר: רגע, אבל למה זה מה שאומר החוק? אנחנו לא בטוחים שזה מה שאומר החוק, ואם זה מה שאומר החוק, צריך לשנות אותו, כי אנחנו מוכרחים

לעשות את מה שאנחנו רוצים לעשות. אז הוא אומר: אני לא יודע, אבל זה החוק. עכשיו, איך אני קובע שזה החוק?

אז זאת אחת מהשאלות הכי מעניינות. ואנחנו שמענו פה, אני חושבת, די הרבה, ואני חושבת שאפשר להגיד בכנות וביושר ששלטון החוק הוא מוגד לשלטון האנשים. אני חושבת ששמענו שגם הפוליטיקאים הם אנשים וגם המשפטנים הם אנשים, וגם השופטים הם אנשים, כולם הם אנשים. ואני מוכנה להניח שכל האנשים האלה רוצים לבצע את עבודתם כשירות לציבור על הצד הטוב ביותר. אני לא מייחסת להם כוונות רעות, לאף אחד מהם. ואני חושבת שכמו שכולם יודעים, שאנשים לא באים כשולחן חלק, הם באים כאנשים שיש להם דעות, וכשהם באים כאנשים שיש להם דעות, הם נוטים לפרש את המשפט כדבר שמשקף את מה שהם חושבים שהוא הדבר הנכון לעשות. אחד הדברים הכי יסודיים של משפטן מקצוען הוא ההבחנה בין משפט ומוסר, בין משפט וראוי, בין חוקי וראוי ובין לא חוקי ולא ראוי. יועץ משפטי טוב הוא איש חזק, הוא איש שאומר לאדם שעומד מולו את האמת גם על המצב המשפטי, שאולי הוא לא ברור, הוא אומר לו גם דברים מוסריים, גם דברים פוליטיים, גם דברים ציבוריים. אני חושבת שבמובן הזה אפשר לקבל את מבחן שניאור. אבל הוא אומר לו: זה לשיקול דעתך, זה לא החוק. ומכיוון שהוא אומר לו את התמונה הזאת, מי ששומע אותו נותן משקל עצום להצעה שלו, לחוות הדעת שלו.

אני מסכימה לגמרי עם ביילין, שאחד מהנזקים שקרו למערכת הממשלתית והמשפטית הוא שלפי דעתי יש לנו תהליך של זילות של היועץ המשפטי לממשלה, מהבחינה הזאת שכמו שקרה עם שופטים, אנחנו עכשיו לא מוכנים לקבל שופטים דעתניים, עצמאיים, כי אנחנו רואים שהם מכניסים את הפוליטיקה שלהם, אז אנחנו רוצים שופטים בראש שלנו, ואנחנו רוצים יועץ משפטי בראש שלנו. ואנחנו רוצים יועץ משפטי בראש שלנו. ואנחנו רוצים יועץ משפטי בראש שלנו, מפני שחלק מהתפקידים של היועץ המשפטי, כולם הודו פה, גם שי ניצן, חלק מהתפקידים של היועץ המשפטי הוא להיות בראש שלנו. אבל אם אתה אומר לי: אתה סכיזופרן, וחלקך הוא בראש שלי, אבל חלקך היותר חשוב הוא בראש נגדי, אני בתור ממשלה, לא מפני שאני מושחתת, אולי גם קצת כי אני מושחתת, אבל לא בעיקר מפני שאני מושחתת, אני ארצה מישהו שלא ישים לי מקלות בגלגלים. לכן התשובה לשאלה האם חוות דעת היועץ המשפטי צריכה להיות מחייבת היא לא. אבל התשובה לשאלה האם צריך להיות לחוות הדעת של היועץ המשפטי משקל עצום אצל הרשות המבצעת, עד כדי כך שברוב גדול של המקרים, גם כשהיא חושבת שהוא אולי טועה, היא תלך בדרכו, התשובה לשאלה הזאת היא בהחלט כן וכך היה תמיד. לכן כשביילין אומר: מה זאת אומרת? לא קרה שום דבר, הוא ברמה מסוימת צודק, כי היו יועצים משפטיים שידעו להביא את הממשלה לעשות מה שהם חשבו שנכון לעשות, מפני שהייתה להם העוצמה האישית והמקצועית לעשות את זה. מה שיש לנו היום זה אנשים שאין להם העוצמה האישית והמקצועית לעשות את זה, והם תובעים את זה מכוח הדין, וכשהם תובעים את זה מכוח הדין, הם מכניסים אותנו למערכת שאכן, כמו שאמרו כאן, היא מערכת מוטה.

יש פה סכנה אחת שדיברו עליה כאן, אני אגיד אותה ממש בקיצור: יש פה באמת סכנה של הטרוריקה, מה שאמר ביילין ומה שאמרה קצת לבני, שבסוף אנחנו צריכים לבחור צד, ואנחנו

בחרים או את אלה שמחלישים את המערכת או את אלה שתומכים במערכת. המערכת הזאת היא קריטית ולכן אנחנו בצד של התומכים. אני יכולה להבין את זה בעניין פוליטי, ולצערנו אני חושבת שזה קורה כל הזמן, ואני חושבת שכולנו תורמים לזה בזה שאנחנו באמת עושים דה-לגיטימציה ומתלהמים ונותנים ציונים לכל מי שלא חושב כמונו, ואנחנו תורמים לזה שאי אפשר יהיה לנהל דיון מקצועי רציני, לא על הכול או לא כלום, לא על להחליש או להעצים אלא על איך אפשר לתקן, כי זאת אכן מערכת חיונית לכולנו, שחשוב שתפעל באופן הטוב ביותר. וכדי להיות מסוגלים מבחינה פוליטית, ציבורית ועניינית, לעשות את הדבר הקשה מאוד הזה, כי יש פה הרבה מאוד אינטרסים, ויש פה הרבה מאוד סטטוס-קוואים, ואף אחד פה הוא לא קדוש, אנחנו כולנו, כל מי שרוצה שינוי, חייב לקבל על עצמו את המשמעת שהוא מתאר את התמונה בכל המורכבות שלה. שאנחנו לא רוצים ממשלה שעושה רק מה בראש שלה, ואנחנו ודאי לא רוצים יועץ משפטי שבתום לב מרחיב את המשפט עד כדי כך שבשם החוק שאמור לחייב את כולנו, הוא אוכף עלינו מערכת של ערכים שקרובה ואינטואיטיבית ומובנת מאליה רק לחלקנו. כי זה עושה זילות של המשפט, עושה זילות של בית המשפט, מקטין את הדבק ההכרחי של החברה, שהוא שלטון החוק, והדבר המינימלי שכולנו מאוחדים מאחוריו, ובתוכו אנחנו גם חלוקים באופן עמוק. הדברים היסודיים האלה הם הדברים העיקריים והמהותיים שצריכים להביא לתובנה שלא נכון שהיועץ המשפטי יחייב את הממשלה, זה לא נכון, אפרופו הפאנל הבא, שיהיה לו מונופול על הייצוג שלה. תודה רבה.

משה קופל: תודה רבה. אני מזמין את פרופ' אמנון רייכמן מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

אמנון רייכמן: תודה. זה כבר לא קרה לי הרבה זמן, אבל הדבר הכי טוב שאני יכול לעשות עכשיו, אחרי שרותי גביזון דיברה, זה לשתוק. אבל אני רוצה להתחיל בנקודה מאוד לא נוחה להתחלה, והיא דווקא עם קלינטון, שנקלע לאיזו סוגיה משפטית מסוימת כאשר ניסו לעשות לו אימפיצ'מנט, והוא שאל שם: מה הכוונה במילה IS? אני לא יודע אם אתם זוכרים. אז אני רוצה להתחיל מנקודה דומה ולשאול מה הכוונה במילה 'מחייב'. מה שאני הבנתי כרגע מפרופ' גביזון זה שיש שני סוגים של 'מחייב'. יש 'מחייב' במישור הפורמלי - פוזיטיבי שנשען על סוג סמכות שנקרא לה הסמכות המקצועית היבשה, הרזה. ויש 'מחייב' שהוא 'מחייב' במובן היותר עמוק. דווקא אם משהו לא מחייב מכיוון שהוא מחייב משפטית, אז הוא יכול דווקא להיות מחייב במובן הזה שאי אפשר להתעלם ממנו, כי אם הוא כבר אמר את זה אז הוא באמת מחייב. אני חושב שיש פה איזו דקות מעניינת. אני רוצה להתייחס לעניין הזה קצת ברמה טיפה פחות מופשטת. בואו נסתכל מה היועץ המשפטי לממשלה עושה: הוא עושה הרבה מאוד דברים, אבל לצורך העניין שלנו הוא עושה שני דברים חשובים. דבר אחד, הוא מוציא הנחיות. גם אני לא אדבר על הפרקליטות למרות שאני חושב שאי אפשר להפריד. אני חושב שעצם העובדה שאנחנו באים ואומרים: לא נדבר פה על הצד הפלילי של תפקיד היועץ, אני חושב ששם ברור שחייבים לדבר עליו, כי הדברים קשורים, אבל אם אלה כללי הדיון, אני אכבד אותם. היועץ המשפטי מוציא הנחיות, וכפי שנאמר מקודם, הנחיות יועץ משפטי לממשלה הן מחייבות גם ברובד העמוק וגם מחייבות במישור הפורמלי פרופר, משום שזה רובד חקיקה ברובד שנקרא צו כללי, והממשלה

חייבת לפעול לפיו. יש חוות דעת שהיועץ המשפטי לממשלה מוציא לגבי אירוע נקודתי. ושואלים אותו האם במקרה הספציפי הזה, זה טקט אחד מתחת, לא באופן כללי איך צריך לנהוג, האם במקרה הספציפי הזה מותר לגרש או אסור לגרש. זה כבר מה שאנחנו קוראים יותר בכיוון של צו אישי, וכאן מתבצעת אינטגרציית היישום למקרה הקונקרטי, וכאן ברור שבהחלט יכול להיות מצב שבו תהיה מחלוקת לגבי מצב שבו הדין אומר דברים שונים, ואני בהחלט מסכים עם מה שפרופ' גביזון אמרה וגם נאמר במושבים קודמים, שאז צריך להציג את המחלוקת, להגיד: יש אמרות בפסיקה שאומרות ככה ויש אמרות בפסיקה שאומרות ככה, ולכן סביר שזה מה שיהיה אבל תיתכן גם דעה קודמת, ולכן אז יועץ משפטי לממשלה חכם צריך להיות מאוד מאוד רזה בתשובתו ולומר: כאן אני בטוח, כי בכל מקרה הוא צריך לתת כמו שמהנדס צריך לתת נאמרה גם הדוגמה הזאת, אבל 'כאן אינני בטוח' ולכן זה זה עובר לתחום הראוי, ולהצהיר את זה במפורש. זה חלק מהאיזונים והבלמים החשובים שלנו, ואני לא רוצה להרחיב על זה כי כבר נאמר על זה הרבה.

אני רוצה להזכיר ממש בקצרה עוד שני דברים שלא דיברנו עליהם, וזה שני איזונים חשובים מאוד בתוך המבנה שלנו. האחד: בין השלטון המרכזי לשלטון המקומי. לא דיברנו על זה בכלל, זה מאוד חשוב, הרבה כוח נמצא פה. היועץ המשפטי לשלטון המקומי, חוות דעתו איננה מחייבת, וכתוב בחוק שהיא איננה מחייבת והיא אף נתפסת שהיא איננה מחייבת, למרות שבית המשפט העליון לפעמים אומר שהיא כן מחייבת, לא משנה. ותראו מה קורה שם. אתגרים מאוד רציניים, מה קורה כאשר חוות הדעת של היועץ המשפטי לרשות המקומית לא מחייבת. שימו לב לניואנס הזה. השני, זה האיזון בין סוג השיח המקצועי-ביורוקרטי לבין השיח הנבחר. כמו שאנחנו יודעים, דמוקרטיה היא לא רק איזונים ובלמים מוסדיים אלא גם בין סוגי שיח. ואנחנו מבינים שבסיס הלגיטימציה שהיועץ המשפטי לממשלה יושב עליו הוא לא בסיס לגיטימציה של הגורם הנבחר, הוא יונק מבסיס לגיטימציה של הגורם המקצועי ואני לא ארחיב כי הדברים כבר נאמרו. חייב להיות אינפוט מקצועי. האם האינפוט המקצועי הזה צריך לחייב? רק במקרי קיצון. עכשיו בואו נדבר, האם אנחנו ייחודיים או לא ייחודיים. 'רק אצלנו', נאמרו כל מיני כאלה דברים, 'רק אצלנו קורה כך וכך ורק אצלנו קורה כך וכך'. נכון, אנחנו ייחודיים. אכן אנחנו ייחודיים בהרבה מאוד דברים. רק אצלנו יש בג"ץ במתכונת של בג"ץ. האם זה אומר שעכשיו צריך לבטל את בג"ץ? יכול להיות, יש אנשים שאומרים: כן, בואו נבטל את בג"ץ. ואותם אנשים, הייתי שואל אותם, גם אצלנו יש רבנות ראשית, אפשר לבטל גם את זה, בואו, אם אנחנו כבר במסע המשפט ההשוואתי של רפורמות, או.קיי. וגם נישואים וגירושים, רק אצלנו זה ככה, וגם אצלנו יש הליך חוקה שהוא כל כך ייחודי, שקרה רק אצלנו, אז יאללה. אז העובדה של הייחודיות היא כמובן צריכה להיות נר לרגלנו, אבל לא כל מה שיחודי הוא פסול. אם תגידו לארה"ב אתם ייחודיים, הם יגידו, יופי, בוודאי שאנחנו ייחודיים. ייחודיות (exceptionalism) זו מעלה בארה"ב. אם מישהו בארה"ב יגיד 'אתם כמו כולם', הם יגידו: "מה? בשביל מה עשינו את מלחמת העצמאות שלנו? אנחנו רוצים לא להיות כמו כולם." אז הנושא של הייחודיות, הייתי מציע לשים אותו בסוגריים.

אני רוצה לתת את ההקשר שלנו וזה ההקשר התרבותי. שפרינצק כתב בזמנו על תרבות האי-לגאליזם שלנו. זה נושא שאי אפשר להתעלם ממנו כאשר מדברים על השאלה האם חוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת או לא. אנחנו בבסיסנו תרבות שבה יש יסוד אי-לגאליזם חזק ובמידה

מסוימת טוב שכך, כי אנחנו ראינו מה קורה כשהחוק הוא נוקשה מדי, גם באירופה וגם במקומות אחרים. החוק אף פעם לא היה שלנו, הוא תמיד היה של הפריץ, תמיד ניסינו להתחמק ממנו, וכשלא ניסינו להתחמק ממנו, הוא נשך אותנו, כי לא היתה לנו אמירה בעיצוב שלו. כשהקמנו את המדינה, הקמנו אותה בצורה אי-לגאלית. מה זה עלייה ב' אנחנו בנויים בילט-אין על אי-לגאליזם. כשאומר מזכיר הממשלה לשעבר, שמאוד נהניתי מההרצאה שלו: "ביקשתי ממנו לעשות קצת קוּוץ", מה כבר יכול להיות? קצת קוּוץ' מהחבר שלי, שיעזור לי, שישים את הטופס זה מלמעלה בערימה". אז אנחנו צריכים להבין שאנחנו בתרבות אי-לגאליזם אמיתית. כשעשינו את זה למטרות קולקטיביסטיות אז בסדר. אחרי זה עברנו איזה שינוי דווקא האתוס של הליכוד היה דווקא לצאת נגד העניין הזה מכיוון שתרבות האי-לגאליזם שימרה מערכות כוח - כולנו מאותו הכפר עם אותו חיתוך דיבור ואותה תעודה אדומה, וכולנו מכירים את זה. אנחנו נמצאים היום במצב כל כך מורכב, שיש לחצים כלכליים, לחצים ביטחוניים, לחצים מקבוצות כוח רציניות שנקודת המוצא שלהן היא לא חוקית, היא לא תרבות החוקיות. היא, "בוא נסדר". תרבות הקומבינה. במצב כזה אני חושב שכשאנחנו מסתכלים על הייחודיות של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, צריך לקחת גם את זה בחשבון.

עכשיו אני רוצה להתייחס לעוד נקודה אחת ממש בקצרה. דובר על פרשת קו 300. פרופ' פרידמן הזכיר את פרשת קו 300. מה זה פרשת קו 300? בואו נעצור רגע לחשוב. השב"כ שיקר לוועדת חקירה ממשלתית. ראש השב"כ הודיע לנציג השב"כ, אתה תשבש את כל הליכי החקירה. קודם הוא הרג מישהו. על זה אני כבר לא מדבר. הם הרגו מחבלים ואחרי שהרגו שיקרו בשם המדינה בעצמה, אורגן של המדינה בעצמו, השב"כ. והיה גיבור אחד, זמיר (היו כמה שם בתוך הייעוץ המשפטי) שבא ואמר: עד כאן. עכשיו בא פרופ' דניאל פרידמן ואומר: הוא טעה לגבי החנינה. אז אני רוצה לשים את הדברים בהקשר ובפרופורציה קצת אחרת. מזל שהיה שם זמיר והחבר'ה שהיו מתחתיו. גם שם וגם בבר-און חברון, תודה להם. אנחנו לא שונים בהרבה מדרום אמריקה או ממדינות מסוימות במזרח אירופה שהגבול הוא מאוד דק בינינו לבין משהו שהוא לא במיוחד דמוקרטיה אמיתית מהותית, לא משנה איך נקרא לזה. אז אנחנו משווים את עצמנו לגרמניה ולכל מיני מדינות אחרות שגם להן יש עבר לא כל כך פשוט, אבל בואו נשים את עצמנו בפרופורציות שלנו מול הראי שלנו. האם באמת יש בעיה? האם באמת הבעיה פה היא בייעוץ המשפטי? יש בעיה. יש לנו כל מיני בעיות, אבל אני רוצה להגיד שאני חושב שהבעיה האמיתית היא לאו דווקא ב-overreach של הייעוץ המשפטי במובן הזה שהוא נכנס לתחום שהוא לא צריך להיות שם. יכול להיות שאם הייתי מתכנן את המערכת מראש, הייתי מזיז קצת את נקודות האיזון ומשנה קצת, אני מקבל שבאמת אם הייתה פה אפשרות לשיח מקצועי פחות מתלהם בהחלט יכול להיות שצריך לשנות את נקודות האיזון. אני כבר אתן דברים שאני חושב שצריך לשנות, למשל: קדנציות. זה מהלך מבורך שמשנים קדנציות. קדנציות צריכות להשתנות גם אצל היועצים המשפטיים של המשרדים. יועץ משפטי של משרד, שנמצא שם כל כך הרבה זמן, זה בעיני בעייתי. גם ראשי מחלקות, אם זה הרבה מדי זמן, זה בעייתי. ביקורת - או.קיי. להפריט אותם לא הייתי ממליץ, אבל סוג מסוים של קדנציות, אפשר לחשוב בכיוון הזה. מה בעצם פה מפריע? האם מפריע שהוא כותב חוות דעת על מתווה הגז? לא, וטוב שהוא עושה את זה. האם בנושא של המינויים? כפי

שנאמר, ואני מסכים עם העניין הזה דווקא בנושא של המינויים, היועץ המשפטי לא הזיק. אני חושב שזה לא נכון שהתפיסה של היועץ המשפטי צריכה להיות שהמועמד צריך להיות הראוי ביותר. אם זו התפיסה, זה רע מאוד. אבל אני חושב שנוכחותו של היועץ המשפטי בתהליך המינויים לא הזיקה.

מה יש כאן? וכאן תרשו לי, אני הולך להכניס צלם להיכל: חברים, יש פה פיל בחדר שגם עליו לא דיברנו חוץ מתרבות האי-לגליזם, והפילים קשורים. הכיבוש. יכול להיות שאין כיבוש, כן. ההתנגשות האמיתית זה מה שקורה בשטחים ביהודה ושומרון ומה שקרה בעזה. שם ההתנגשות האמיתית, כי כל הסיפור הזה מבחינה משפטית לא תפור טוב. אם נספח את השטח אז נספח. אם לא נספח לא נספח. אבל מה שקורה היום בשטחים, אי אפשר לאכול אותו בצורה משפטית, לא משנה איך הופכים את זה. זה מאחז לא חוקי. אני מדבר על מה שלא החלנו עליו את הריבונות. אתה רוצה להחיל את הריבונות? תחיל את הריבונות, יהיה הרבה יותר פשוט מבחינה משפטית. אני מדבר רק מבחינה משפטית. כל עוד לא החלנו את הריבונות מבחינה משפטית, אבל דרך צווי אלוף הקמנו את אוניברסיטת אריאל, ואנחנו התחכמו ונחיל את הצו הזה ונבנה את הכביש הזה ונגבה את המס הזה ולא נעשה את ההוא ונכשיר את המאחז החוקי הזה ואת זה וכו' - כאן ההתנגשות. ולכן דווקא בפורום הזה, דווקא כאן חשוב לי לבוא ולהגיד, חברים, זה מחיר גדול מאוד שאנחנו משלמים בנושא של שלטון החוק שחשוב פה לכולנו.

איפה כן הבעיה שאני חושב שאנחנו יכולים לאפיין: אני חושב שדיבר על זה צביקה האוזר מקודם, ובאמת צריך לשים את הדברים שלו בקובץ סיפורי מזכירי הממשלה, גזור ושמור כזה. באמת סיפורים מעולים. אותו דבר היה אפשר לשמוע מקישון בשנות ה-60, שאזרח היה מגיע לרשות לבקש רישיון בשביל לפתוח עסק בשביל למכור עגבניות, (אגב, גם מחיר העגבניות תלוי ביועץ המשפטי? גם בשביל זה יש לנו יועץ משפטי? לא משנה) הוא היה שולח אותו מפקיד לפקיד ותלך ותביא ואישורים והכול. יש לנו בעיית ניהול בשירות הציבורי והיא בעיה סיסטמית. יש לה היבטים משפטיים אבל הם לא הדומיננטיים. יש בעיית ניהול שחסר לנו אר-איי-איי (RIA), במובן הזה של "רגולטורי אימפקט אססמנט", אנחנו לא עובדים נכון. חלק מזה קשור בתרבות האלתור שלנו, שיש לה הרבה מעלות, אבל יש לה גם מגרעות. קוצר הקדנציה של הפוליטיקאים, כל מיני סיבות. יש לנו דווקא גירעון של גורמים מקצועיים בתוך המנהל. יש לנו חוסר של גורמים מקצועיים, ואז היועץ המשפטי צריך להגיד: רגע, איפה התשתית העובדתית שלכם ואיפה התשתית הכלכלית שלכם ואיפה הזה שלכם ואיפה הזה שלכם. אז הפתרון הוא לחזק את הגורמים המקצועיים פרופר של הכלכלה, של גורמי התוויית המדיניות הציבורית, של גורמי המנהל, וזה ישים את היועץ המשפטי בפרופורציה הנכונה.

דווקא מתוך הממשלה מאוד קשה, דווקא מתוך השירות הציבורי יותר קל. אבל המנכ"לים גם הם מתחלפים, וגם הסמנכ"לים. הקושי האמיתי שלנו הוא מתוך השירות הציבורי עצמו. כשאתה רוצה לקבוע יעדים ומדדים, זה לא היועץ המשפטי שדופק אותך, זה שלשירות הציבורי שלנו עצמו קשה מאוד לקבוע יעדים ולעמוד בהם, לא בגלל הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי אולי לא עוזר. בזווא נאתר את הבעיה ואחרי שאיתרנו את הבעיה, נמצא לה את הפתרון ולא נלך 30 מעלות הצידה

ואז רק נקלקל. כי אם בסופו של דבר כן נחליש את היועץ המשפטי לממשלה, וכאן אנחנו כן נכנסים למשחק הבינארי של להחליש או לא להחליש, כולנו נצטער על כך. טוב שיש יועץ משפטי לממשלה, טוב שגם שומעים חוות דעת חלופיות ליועץ המשפטי. אבי בל למשל, שלח חוות דעת חלופית לכנסת, וטוב שהוא עשה ככה, מצוין בהקשר הזה, יופי שהכנסת שמעה גם משהו אחר. קרה משהו? נפלו השמים? לא. חוות דעת של היועץ המשפטי נשמעה, הכל בסדר. בואו נראה רק שאנחנו מאפיינים את הבעיה נכון בתוך ההקשר התרבותי-מוסדי שלנו, ואז אני חושב שאולי נוכל להתקדם. תודה.

משה קופל: תודה רבה. עכשיו ד"ר [אביעד בקשי](#), ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת.

אביעד בקשי: השאלה שאנחנו עוסקים בה במושב הזה זו שאלה שבעצם מלווה אותנו כל היום, האם חוות הדעת של היועץ המשפטי צריכה לחייב את הממשלה, כן או לא? למה אנחנו מתכוונים כשאנחנו אומרים לחייב? התשובה היא פשוטה, לפחות אצלי כמשפטן. שאלת הסמכות. למי בסופו של דבר זכות המילה האחרונה. זאת אומרת, שאלה אחת היא מה המשקל שצריך להיות לדעות השונות במהלך הדיון, ובוודאי, אין שום ספק שיועץ משפטי מאוד חיוני וחשוב בכל התהליכים שמתרחשים, כמו כל יועץ מקצועי בכל תחום אחר. כאשר הממשלה מקבלת החלטות בעניינים ביטחוניים, מופיעים בפניה מומחים ביטחוניים מהשורה הראשונה עם נגישות לעובדות הרבה מעבר לזו של השרים, אם זה צבא, אם זה מוסד, אם זה שב"כ, אם זה משטרה ועוד. ברור שבסופו של דבר מי שמקבל את ההחלטה זה מי שנבחר לכך. זאת אומרת, בסופו של דבר השאלה היא למי, בשלב שבו לא מגיעים להסכמה, צריכה להישמר המילה האחרונה? התשובה שלי: לממשלה, לשריה וגם לפקידות מקצועית בכירה בעניין הזה. הראיתי במחקר שעשיתי כאן שלפחות ברמת קודקוד הרשות המבצעת, המקובל בעולם המערבי זה שחד-משמעית הממשלה היא זאת שנותנת בסופו של דבר את המילה האחרונה. אני רוצה לגעת בכמה טיעונים בזכות העניין. שלושת הטיעונים הראשונים הם הטיעונים החשובים ביותר, אבל הם כבר נידונו פה כמה וכמה פעמים ולכן לא נחזור עליהם, רק נזכיר שזו שאלת הדמוקרטיה בסופו של דבר, שאלת המשילות ושאלת האחריות של הממשלה, הפרדה בין סמכות לאחריות. אלו בעיני הטעמים הכי חשובים, אבל הם כבר נאמרו, לא נרחיב. אני רוצה להוסיף עוד כמה נקודות.

טיעון רביעי הוא הטיעון של הזכות להליך הוגן, ואני לא מדבר פה על הטיעון של הזכות להליך הוגן של המושב הבא, שעוסק בכך שהממשלה עצמה לא מסוגלת לייצג את עצמה בפני בג"צ אלא השאלה האחרת. אם הפכנו את היועץ המשפטי בסופו של דבר למישהו שמסוגל לתת צו, כי הוא המוצב הקדמי של בית המשפט בפני הממשלה, אז מי מייצג את הממשלה בפני היועץ המשפטי? אם היועץ המשפטי הוא גורם שהוא רגולטור חיצוני, הוא זה ששופט אותה כמישהו מבחוץ, הוא לא מישהו שעובד אצלה אלא מישהו שהוא שומר סף, חשוב ככל שיהיה, נדרש ככל שיהיה על פי תזה כזו או אחרת, מי מייצג את הממשלה בפניו? הבוקר פרקליט המדינה אמר כאן שהתשובה שלו לשאלה האם יש לראות ביועץ המשפטי שומר סף או עורך דין היא גם וגם. החרה החזיקה אחריו השרה לשעבר חברת הכנסת ציפי ליבני. זו טענה שובת לב. נשמע מאוד נחמד, הכול טוב ויפה. מי לא רוצה שמירת חוק? מי לא רוצה שומר סף? מי לא רוצה עורך דין? אבל כשחושבים על זה

בצורה נקייה, זה פשוט לא הולך ביחד. אם היועץ המשפטי הוא שומר סף, כלומר הוא מישהו שמפעיל ביקורת ונותן צווים מול הממשלה אז הוא לא יכול להיות עורך הדין שלה. יש כזה אחד, זה בית המשפט. אני לא מבין למה צריך שניים. ובית המשפט בוודאי צריך להיות שם, אבל אם אני הוספתי מוצב קדמי לבית משפט, אז בסדר, אז עכשיו מוצב קדמי של בית משפט, אז מי עומד מטעם הממשלה בפני המוצב הקדמי הזה? אין זכות להליך הוגן לממשלה. היועץ המשפטי יושב בחדרו שומע מקיים את ההתייעצויות לפי מיטב יושרתו, הכול טוב ויפה, אבל בשורה התחתונה לא היה מישהו שבנה טיעון משפטי וייצג אותו בפני אותו יועץ. היועץ עצמו בדרך כלל כותב חוות דעת, נימוקים כאלה ואחרים, אבל זה לא משהו שמתקרב לפסק דין מנומק בהליך אדברסרי. זאת אומרת, הממשלה, בעצם אין לה את יומה.

נקודה נוספת שאני רוצה להאיר עליה, וזה מתחבר באמת לדברים יותר מהיבטים הפרקטיים נגעו בהם במושב הקודם. יש חוסר איזון אינהרנטי בין בלמים לבין עשייה מנקודת מבט של יועץ משפטי. ממשלה תימדד במה שהיא עשתה. היא תימדד גם במה שהיא עשתה לא נכון. זאת אומרת, היא תיענש גם על עשייה לא נכונה, אבל היא תיענש גם על חוסר עשייה. לעומת זאת, כאשר אני בא ומעביר את מרכז הכובד לשחקן שהוא שחקן שנמדד רק בשאלה מה עבר אצלו, אם עבר אצלו משהו חיובי, הוא לא יקבל שום קרדיט. אם הוא אפשר לעבור משהו שיכול להשתבש, שם הוא המקום שהוא ייתן את הדין הציבורי. ולכן בעצם יש לנו כאן הטיה. אנשים שונאי סיכון בסופו של דבר כשמישהו נמצא בעמדת היועץ, כשמישהו יחליף, לצורך הדוגמה התאורטית, תפקיד ממזכיר ממשלה ליועץ משפטי לממשלה, לא משנה מי אותו אדם ומה השקפותיו, בהגדרה - מרכז הכובד שלו ישתנה. הוא יהיה בצד הבלמים ולא בצד העשייה, וזה מייצר חוסר איזון. מי צריך לבלום? אני שוב אומר, בית משפט.

והנקודה האחרונה היא גם הנקודה שנכונה בעיניי גם ביחס לבית משפט וגם ביחס ליועצים המשפטיים. בשנים האחרונות אנחנו רואים הרחבה הולכת וגוברת של סמכויות ייעוץ משפטי שמתרחשות בחוות הדעת של היועץ המשפטי או של משנותיו, שם הן מתרחשות. זאת אומרת, יש לנו כאן גוף שהוא זה שקובע את גבול סמכותו. אני לא בא להטיל דופי כלשהו, לא בבית משפט, לא ביועצים המשפטיים, אבל אין בן אדם שמסוגל להיות אובייקטיבי כאשר הוא דן בהיקף סמכויותיו שלו. הדרך היחידה שהמציאו בדמוקרטיה לייצר מצב מאוזן, זה כאשר יש איזונים ובלמים בין שחקנים שונים. זאת אומרת, יש מסגרת, שבתוך המסגרת הזאת יש שחקנים שכל אחד, כאשר הוא חורג מסמכותו, השחקן השני בא ואומר לו, תשמע, חרגת, השגת את גבולי. כאן בישראל התפתחה פרקטיקה שלא נרחיב בה, אבל דוגמאות פה עלו, שהסיטואציה היא סיטואציה שבה ממשלה כמעט אף פעם לא מסוגלת לעמוד על שלה בצורה רצינית בסיטואציות הללו. המצב הזה הוא מצב שגם מבחינת החוק הקיים, וזה איזה פרט שולי ששוכחים אותו בדיון משפטי לפעמים, מבחינת החוק הקיים קשה מאוד להבין אותו. נכון, יש את האמירות בעניין אמיתי, והאמירות הללו שבו ועלו במשך השנים שוב ושוב ובבית המשפט, ואני כרגע לא נכנס לשאלה האם זה בגדר אוביטר, האם זה בגדר רציו ומה המשמעות של פסק דין כזה. אז אני לא בא כרגע לבוא ולומר מה המצב מבחינת בית המשפט, אני רוצה להתייחס קודם כול מבחינת המחוקק. מה המחוקק במדינת ישראל עשה? המחוקק במדינת ישראל הסמיך את הממשלה בחוק יסוד, לא

פחות, להפעיל את הסמכויות שלה. המחוקק במדינת ישראל במאות חוקים התייחס ליועץ המשפטי לממשלה, באף אחד מהם הוא לא מצא לנכון להסמיך אותו להיות שחקן וטו שיכול לתת צווי עשה ואל תעשה מוחלטים לממשלה. וכמה נקודות כלליות. אנחנו מכירים את כלל ההסדרים הראשוניים. זה כלל בסיסי בפעילות של הרשות המבצעת. כלל ההסדרים הראשוניים אומר, כאשר יש משהו שהוא עניין עקרוני, רחב, בעל משמעות רחבה על סדרי החברה בישראל, הרשות שצריכה לקבוע אותו היא הרשות המחוקקת. על רקע זה, למשל, באחד הסיבובים הקודמים של ענייני בחורי הישיבות אמרו, לא יכול להיות ששר הביטחון יהיה זה שיחליט האם דוחים או לא דוחים גיוס לכך וכך עשרות אלפי בחורי ישיבה, אלא זה דבר שחייב להיות מוכרע ברשות המחוקקת. כאן אנחנו רואים את ההסדר האולטרה-חוקתי הכי דרמטי שיכול להיות ותכף אני אגע גם עד לאן זה מגיע, שבסופו של דבר מעצב את סדר יומו של המשטר בישראל. כל יום ראשון ועדת שרים לענייני חקיקה, דיוני ממשלה, הכול מבוסס על זה שיש לנו כאן שחקן שהוא פשוט מתפקד כסוג של שחקן וטו, ולגבי ועדת שרים לענייני חקיקה, אני מסייג, אני אתייחס לזה. והדבר הזה לא נקבע מעולם לא בחוק יסוד, לא בחוק רגיל. אמרות אגב של שופטים בבית משפט, כאשר אתה רואה גם בהמשך לפעמים ששופטים אחרים אומרים, בעצם אולי זה לא בדיוק כך. יש שופטים שפתאום מעירים הערות מנוגדות להלכת אמיתי, ופתאום לאן נעלם כלל ההסדרים הראשוניים? מדובר בעצם בסמכות שמופעלת מחוק לא ידוע ואני חושב שזאת אולי הבעיה החמורה ביותר. אילו היה חוק יסוד שאומר: 'חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, בניגוד למקובל בעולם, היא זו שמחייבת את הממשלה, הממשלה כפופה לה', אני יודע איך לפעול לשינוי חוק יסוד. אני יודע לעשות את זה. אם יגידו לי, זה תקנות סדרי הדין, אני יכול לנסות לדבר עם שרת המשפטים. אם יגידו, החוק רגיל, יש לי איך לפעול בדמוקרטיה. אבל הסיטואציה הזו שבה אני עומד מול חוק בלתי ידוע, קונבנציה שאין לי מאיפה בכלל להתחיל לנגוע בה, אני בתור אזרח במדינה דמוקרטית מתקשה לראות איך אני יוצא מזה.

ואני רוצה לסיים בכמה הערות נקודתיות. אני, בנייר שכתבתי בסתיו שעבר, כתבתי על בעיה שישית: "עדיין לא באה לידי ביטוי מעשי עד היום, אך היא עלולה להיות השלב הטבעי הבא בתפיסת חוות הדעת של היועץ כמחייבת. עלולה להישמע טענה שלפיה חוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה גם בבואה ליזום הצעות חוק ממשלתיות". בינתיים עברו אי אילו חודשים, ואנחנו רואים שהדבר הזה פתאום נכנס כחלק מחוות דעת. ויש למשל, דנו כאן לא מעט, חוות הדעת בעניין החטיבה להתיישבות. אז אחד הדברים שנקבעו בחוות דעתה של המשנה ליועץ דינה זילבר: "על המדינה להפסיק את תקצובה הישיר של החטיבה להתיישבות בין בחוק התקציב ובין בדרך של העברות כספים ישירות אחרות". רגע, עברנו לדבר על חקיקה. הממשלה יוזמת חקיקה, היועץ המשפטי אמור להגיד מה קורה כשיש חוק, איך אני משתמש בו, אבל עכשיו הממשלה יוזמת חקיקה. מה המשמעות של זה? אנחנו שומעים ציבורית התנגדות של היועץ המשפטי לממשלה ליוזמת חקיקה ממשלתית, ראויה או לא ראויה, להחמרת עונשי המינימום על זוקי אבנים. אגב, לא תמיד זה נכון שהמילה שהשתמש בה אותו יועץ משפטי הייתה מילה של וטו, בניגוד למקרה של חוות הדעת בעניין החטיבה, ששם זה מפורש בחוות הדעת, אבל מספיק שציבורית מייצרים מהלך כזה שהשרים היום, התודעה של השרים היא, ואני לפעמים מדבר איתם

אפילו באופן ישיר, היא שהם חושבים שהם מנועים מלכת למהלך של יוזמת חקיקה ממשלתית אם יש התנגדות נחרצת של היועמ"ש. מדובר בענייני במהפכה חוקתית בחזקת לא יודע כמה. כי המהפכה החוקתית שיש עליה מחלוקות, בסופו של דבר על מה היא מדברת? מדברת על זה שבית משפט בהרכב מורחב כמעט בכל הפעמים, בית המשפט העליון, בדיון ממושך וארוך של כמה שנים, שנשמעו הטענות לכאן ולכאן, ובסופו של דבר ניתנו צווים בדיעבד, לאחר מעשה, אחרי שחוק נחקק. היו כמה מקרים פחות ממוצע של אחד לשנה (אמנם הגרף הולך ועולה, אבל אם ניקח את 20 השנים האחרונות, עדיין אין לנו 20 ביטולי חוקים) והיו מצבים שבהם בית המשפט בעצם בא ואמר, פה אני מתערב. לעומת זאת, כאן אנחנו מגיעים למצב שבו עשרות הצעות חוק עולות מדי שבוע לוועדת שרים לענייני חקיקה, ולאט לאט מתפתחת התפיסה שאי אפשר להעלות הצעה אם היא לא מוסכמת על הייעוץ המשפטי. המשמעות של וטו מראש על ידי יועץ משפטי, בלי הליך, שאין לה שמץ של מקבילה בעולם, עולה בדרגותיה לאין ערוך מזו של מהפכה חוקתית שהיא קונבנציה מקובלת, היא קונבנציה קיימת. אמנם לדעתי צריכה להיות חוקה, אבל אם אין חוקה שאומרת את זה, בסדר, עשיתם את זה במהפכה החוקתית, אבל זה לפחות מוגבל לזה.

שאלה מהקהל: אני קצת מתרגש מול אנשים. לא ראיתי, לא מצאתי את הפסוק הזה, אבל האם אפשר בעצם שתתייחסו למה זה אומר שחוות הדעת שלהם ממש מחייבות? מה זה אומר? מה זה מחייב? עברתי על פסקי דין מאז פרשת ועדת פנחסי ועד היום ולא מצאתי פסק דין אחד, לא של העליון ולא של המחוזי, שקונס רשות ממשלתית, רשות מנהלית כלשהי, על זה שהיא לא הקשיבה ליועמ"ש.

רות גביזון: אז אני אתן לך דוגמה אחת ניצחת. כאשר ממשלה רוצה למנות מישהו והיועץ המשפטי אומר שאסור לה למנות אותו, והיא הולכת לבית המשפט ובית המשפט אומר: כן, אין לי שום בעיה, אבל אתם צריכים, הלוא אמר לכם היועץ המשפטי לממשלה שאסור לכם למנות אותו.

השואל: אז הייצוג הוא הבעיה.

רות גביזון: לא, לא הייצוג. לא הייצוג.

השואל: אבל זה בדיוק מה שאני אומר. בית המשפט בעצם אומר לרשות, אני בכלל לא שומע לדעה שלכם, הדעה שלכם לא מעניינת אותי...

רות גביזון: לא, לא, אני יכול לשמוע את הדעה שלכם, אבל אין לכם בעצם חופש פעולה. כי היועץ המשפטי כבר אמר לכם מה אתם יכולים לעשות. זה לא שהייצוג הוא לא טוב, אלא שאין לכם שיקול דעת.

השואל: אבל הוא תמיד נותן בסוף גם פסק דין לגופו של עניין ואומר, גם מה שחשבתם לא נכון. הוא אף פעם לא אומר, שמעו, מה שאמרתם נכון, אבל לא היתה לכם סמכות כי היועמ"ש אמר אתם כך וכך. הוא לא אומר את זה, הוא לא בא ואומר, בואו נראה, אולי בכל זאת עשיתם טוב. הוא לא אומר את זה. הוא רק אומר שלא עשיתם טוב. המומחה יענה אחר כך.

משה קופל: תודה רבה על השאלה. עכשיו הסבב השני נעשה בסדר הפוך, אז אביעד, אתה תגיב לעצמך בעצם.

אביעד בקשי: טוב, אז אני רק אשתמש בזה כדי להשלים נקודה אחת שוויתרתי עליה ואני מנצל את ההזדמנות להשלים אותה. אני חושב גם שאחת הבעיות של עיסוק היתר של הייעוץ המשפטי במה שבעיני הוא מעבר למה שנדרש, זה שלפעמים מזניחים את הייעוץ המשפטי הקלאסי, ואני אדגים. אנחנו היינו מעורבים בסיפור של עתירה בעניין של פרס ישראל, המסגרת הייתה סמכות ראש הממשלה כממלא מקום שר החינוך שהתפטר בעניין הקמת ועדות פרס ישראל. אבל אז התברר, תשעים ומשהו יום אחרי התפטרותו של השר שי פירון, שבעצם חוק יסוד הממשלה מגביל את משך הזמן שבו ראש ממשלה יכול למלא את התפקיד ל-90 יום בלבד. אני חייב לומר שאני באופן אישי בתור מרצה למשפט חוקתי אמרתי לעצמי, וואי, פדיחה, איך לא שמתי לב לנקודה הזו? אבל השאלה השנייה ששאלתי את עצמי היתה: רגע, איפה היה הייעוץ המשפטי כל הזמן הזה? אני הייתי מצפה שייעוץ משפטי בראש ובראשונה, לפני שהוא נכנס לשאלות של מה ראוי ומה לא יודע מה, יקרא את חוק יסוד הממשלה, ישב ככה, עם שיעורי הבית, ביום שבו מתפטר שר החינוך, פונה לראש הממשלה ואומר לו, אדוני ראש הממשלה, דע לך שביום זה וזה בעוד 90 יום יפקעו סמכויותיך. עד אז, תעשה את החשבון שלך. או שתנקה שולחן ותפעיל את הסמכויות שאתה רוצה להפעיל לפני היום הזה או שתשנה את החוק או שתצליח בכל זאת למצוא סיטואציה פוליטית למנות שר. הסיטואציה שבה אחרי שעוברים 90 היום נודע במשרד החינוך לרבות עד הלשכה של ראש הממשלה שמתפקד כשר החינוך - וואלה, לא אמרו לי אז לא ידעתי, אני בעצם כבר אינני שר חינוך. ואיפה הייעוץ המשפטי הפשוט הזה? אולי הטכני, אבל זה הדבר הראשון שהייתי מצפה שיעשו באותו זמן שבו עסוקים ביוזמות הרבה יותר מרחיקות לכת.

אמנון רייכמן: או.קיי, אני באמת חושב שזה סגוויי מצוין להגיד שאם אנחנו חושבים שיש לנו ייעוץ משפטי חזק מדי (אני לא חושב שזה המצב) אני חושב שגם את מחלקות הייעוץ המשפטי צריך לנהל. המשבר הניהולי מתייחס גם לצד המשפטי, ואז צריך לקבוע מי אחראי תמיד להסתכל קדימה ולדעת איזה דברים משפטיים צריך להיות, ומי צריך לבוא ולהגיד, או.קיי, שהחוזים האלה שדיבר עליהם צביקה האוזר, האם אנחנו עושים אותם ואיך אנחנו עושים אותם. אני חושב ששביתת הפרקליטים קשורה יותר לעניין של משבר ניהולי באופן שבו מתנהלת הפרקליטות, מאשר לגופי ביקורת, כי הביקורת הפנימית על פרקליטים בכלל צריכה להיות מבפנים, כשפרקליט בא ואומר, חברים, פה טעיתי. שיהיה לו פורום פנימי שהוא יכול לבוא להגיד בכלל איפה הוא טעה, ואז לא צריך את הפורום החיצוני. לא חשוב. המשבר הניהולי רלוונטי גם לשם, זה נכון. כי גם את המחלקות האלה צריך לדעת לנהל. אני לא חושב שהייעוץ המשפטי חזק מדי ולכן אני חושב שקודם כל צריך לאתר את הבעיה, כמו שאמרתי, ורק אחרי זה את הפתרון. הוזכרה כאן גם ועדת השרים לענייני חקיקה. ועדת השרים לענייני חקיקה לא כתובה בשום חוק ואין אף חוק יסוד, וועדת השרים לענייני חקיקה הפכה להיות אחד הצמתים הכי מרכזיים בהליך החקיקה בישראל. אז מה? אז עכשיו אולי צריך גם לפרק את ועדת השרים לחקיקה? בקיצור, יש פה איזונים שהתפתחו בגלל ואקומים שנוצרו וצריך אכן לראות האם הפתרון הנכון הוא לבטל או הפתרון הנכון הוא לחזק גורמים אחרים שיחלישו את המקום שצבר יותר מדי כוח.

דווקא פרס ישראל, זו דוגמה מצוינת למצב שבו שוב הייתה לנו בעיה משפטית. הרי מה קרה לנו בפרס ישראל האחרון? אני רוצה להזכיר לכולנו את ההליך של פרס ישראל האחרון, שאף אחד לא יצא ממנו טוב. האופן שבו, בסופו של דבר, פרסים בתחומים מסוימים לא ניתנו בגלל בעיה אמיתית. בסדר, רצינו לשנות סדר עדיפויות שלא רק האשכנזים יקבלו, מעולה. אבל האופן שבו נעשה, זה ברור שיש לנו בעיה של תודעת חוקיות, אז אני אומר, בואו נבין שזאת הבעיה שלנו, ואז אולי נוכל לעשות את הרפורמות שצריך, אבל בצורה יותר מושכלת.

רות גביון: או.קיי, אני קודם כול מסכימה שחשוב מאוד לנסח מהי הבעיה, ואני חושבת שאם מדברים על שלטון החוק, אנחנו הסכמנו כולנו שבעצם את שלטון החוק מנהלים אנשים, והדרך שבה אנשים ותהליכים מנהלים את שלטון החוק היא על ידי הסמכויות שלהם. מה שאני חושבת שצריך לעשות, זה נכון שמערכת היא מאוד מאוד מורכבת וכל דבר שאתה עושה יגרום עזועים שקשה מאוד לצפות אותם מראש. גם נכון מאוד שבמערכת הפוליטית הנוכחית, בגלל העניין האידאולוגי, מאוד קשה להזיז את הכיול העדין של רפורמות נחוצות. אז אני מוכנה להסתפק בענין תודעתי, בלי רפורמות מוצעות. העניין התודעתי הוא שיש לנו גם בעיה במערכת המשפט. זה לא רק שכולם לא בסדר ומערכת המשפט היא הדבר שעומד בינינו ובין הכאוס. זה לא נכון. יש בעיות מבניות רציניות מאוד במערכת המשפטית, מערכת הייעוץ, הייצוג, התביעה. הבעיות האלה הן לא חדשות והן לא ייחודיות לישראל. ובכל מקום, גם אצלנו, מצאו דרכים לטפל בהן, והדרכים האלה תמיד היו תערובת של כללי סמכות ברורים ויחסים אישיים ואישויות ויחסי גומלין בין מערכות מאוד מאוד מורכבות של איזונים ובלמים. אני חושבת שמה שקרה אצלנו זה חולשה בסמכויות ובעיה בתהליך של המינויים. ואני חושבת שלכולנו מה שהכי טוב והכי חשוב הוא שאנחנו ניצור מחדש תפיסה של הסמכות שיש איתה גם הצורך לפעול, אבל גם הצניעות המתחייבת. נדמה לי שלא שמעתי התנגדות פה לאמירה שחיוני למערכת הייעוץ המשפטי הוא שתהיה לייעוץ המשפטי תפיסה צרה של המשפט. תפיסה שמבחינה בין מה דורש החוק ומה דורשים ערכים, מוסכמות, נורמות ודברים אחרים, ושהכוח של היועץ המשפטי הוא בזה שהוא מפעיל את החוק. זה דבר אחד. צניעות של תפקיד היועץ המשפטי. זה רק החוק, לא הדברים האחרים. אבל אחרי שאנחנו אומרים את הדבר הזה, אנחנו צריכים, אני חוזרת שוב, לבחור את האנשים. האנשים כולם, היועץ המשפטי וכל מי שמתחתיו צריכים להבין שהתפקיד שלהם הוא לא להציל את העולם. התפקיד שלהם הוא לא למנוע קטסטרופות. התפקיד שלהם הוא לא להגיד שאסור לגרש את 415 האנשים כי זה לא חכם. התפקיד שלהם הוא מאוד חשוב. הוא לשמור על זה שתישמרנה המסגרות החוקיות הקריטיות לכולנו. ואת כל הדברים האחרים הם צריכים לעשות במערכת הפוליטית. יצחק זמיר, שכתב מאמר מאוד מעניין, עכשיו אפרופו הוויכוח על היועץ המשפטי, הוא הראה דווקא הקשבה לחלק גדול מהביקורת שהושמעה כאן והוא הרבה יותר זהיר היום ממה שהוא היה לפני עשר שנים, כשהוא היה אחד מהתומכים הכי חזקים בלייעוץ, לחייב ולא לייצג. לכל הדברים האלה, הוא היה הדובר אולי הכי מובהק של הדברים האלה. הוא אומר, מה שצריך זה, א', שהממשלה תטפל בכל אחד וב', אנחנו צריכים שיהיה איזשהו מקום שבו הוויכוחים יסתיימו. אני חושבת שהלקח שלנו מכל הדיון הוא שהוויכוח המשפטי בסוף צריך להיחתך לזמנו ולסכסוכו בבית המשפט. אם יש סכסוך פנימי בתוך המערכת הממשלתית שמגיע עד

הדרגות העליונות ביותר, המשפטן צריך להבין שזה סוג של מחלוקת שהחלטה בה צריכה להיעשות על ידי הדרג הפוליטי. זה בדיוק אפיון של סוג המחלוקת שאותה צריך לקבל הדרג הפוליטי.

ומילה אחרונה על הדרג הפוליטי: אין לי ספק שצדקו אלה שאמרו כאן שהרבה מאוד מבעיות חוסר המשילות זה הברית הבלתי קדושה של המערכת הפוליטית שמפילה את הכשלים הפנימיים שלה בלקבל אחריות על המערכת המשפטית. אני חושבת שאנחנו צריכים לתבוע מן המערכת הפוליטית להגיד לנו אמת, וכשהם רוצים לא לבנות מחוץ לגושי ההתיישבות כי יש עליהם לחצים, זה בסדר גמור, ושיפסיקו להאשים את המשפטנים. זה לא המשפטנים. וזה לא רק שם, זה בהרבה מאוד מקומות אחרים, אם שתי המערכות תעמודנה מול הראי ותיקחנה אחריות על שלהן, אז אנחנו נקבל מצב הרבה יותר טוב ממה שיש לנו היום, שבו כל אחד מהצדדים מרחיב את סמכותו מצד אחד ומצמצם את אחריותו מצד שני.