

הייעוץ המשפטי והממשלה – עיון בסמכויות הייעוץ והייצוג

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

ייצוגה המשפטית של המדינה – מי צריך לקבוע את העמדה המוצגת בשם המדינה בפני בג"צ ובתי משפט לעניינים מנהליים?

פרופ' ברק מדינה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. פרופ' רון שפירא, נשיא המרכז האקדמי פרס. פרופ' גדעון ספיר, עמית בכיר בפורום קהלת, הפקולטה למשפטים בבר-אילן. ד"ר איתן לבונטין, חוקר תפקידי היועץ המשפטי לממשלה. יו"ר: ד"ר עמנואל נבון, עמית בכיר בפורום קהלת, אוניברסיטת תל אביב.

עמנואל נבון: ערב טוב לכולם, זהו המושב האחרון של הכנס של היום. הוא יעסוק בייצוגה המשפטית של המדינה, ובין השאר, בשאלות הבאות: האם ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יכפה על הממשלה עמדה שתוצג בבתי המשפט? האם ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה יסרב להגן על עמדת המדינה בבתי המשפט? האם יש לאפשר לממשלה ולשריה לפנות לייצוג משפטי פרטי כאשר היועץ המשפטי לממשלה מסרב להגן על המדינה בבתי המשפט? האם הגיוני שהמדינה לא תזכה לייצוג משפטי שמסקף את עמדתה שלה כאשר מוגשת עתירה נגדה? האם הגיוני להגיע למצב שבו יו"ר מועצת מקרקעי ישראל מתווכח עם היועץ המשפטי לממשלה מול בית המשפט בשאלת עמדת המועצה?

כדי לדון בשאלות האלו אני מתכבד להזמין ולהציג את הדוברים שלנו: פרופ' ברק מדינה, פרופ' רון שפירא, פרופ' גדעון ספיר וד"ר איתן לבונטין. פרופ' ברק מדינה הוא חבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, ולשעבר דיקן הפקולטה. הוא עוסק במחקר ובהוראה במשפט חוקתי. פרופ' רון שפירא הוא נשיא המרכז האקדמי פרס, פרופסור אורח באוניברסיטת קולומביה ומרצה בכיר באוניברסיטת תל אביב ודיקן לשעבר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. פרופ' גדעון ספיר הוא פרופסור למשפטים באוניברסיטת בר אילן ועמית בכיר בפורום קהלת, והוא שימש כפרופסור אורח באוניברסיטאות נורת'ווסטרן וטורונטו. ד"ר איתן לבונטין הוא מומחה בנושא ייצוג המדינה בבתי המשפט, שזו גם כותרת עבודת הדוקטורט שלו באוניברסיטה העברית, והוא שימש, בין השאר, כיועץ לוועדת שמגר לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה. אני אבקש מכל דובר להציג את דבריו תוך מקסימום 15 דקות, כדי להשאיר מספיק זמן לתגובות ולשאלות, ונתחיל איתך, פרופ' ברק מדינה, בבקשה.

ברק מדינה: תודה, שלום. אני אדבר בקצרה, אני חושב שאני לא אנצל את 15 הדקות, משתי סיבות עיקריות. האחת, יום ארוך, ואני חושב שרוב הדברים המעניינים כבר נאמרו, אז קשה לחדש, והסיבה השנייה היא, אולי יתקנו אותי חבריי, אני לא בטוח שזה נושא עד כדי כך קריטי. במקרים, לטוב או לרע, שבהם היועץ המשפטי לממשלה או מחלקת בג"צים או כל הדברים

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

הרלוונטיים מסרבים לייצג או עמדתם שונה, הם נדירים מאוד, הם לא קורים לעתים תכופות, ומשום כך הסוגיה הזאת היא אינה עד כדי כך בוערת, אבל כמובן היא מתעוררת לעתים, זו לא קבוצה ריקה של המקרים שבהם זה קורה, ובכל זאת יש מקום לדון בכך, שלא לדבר על העניין העקרוני שנובע מכל התחום הזה.

אני רוצה לומר בעיקרו של דבר שלושה דברים קצרים. הדבר הראשון שאני מבקש להתייחס אליו הוא השאלה מהו האופן שבו מבטאים את עמדת הממשלה לגבי השאלה מהו הדין בסוגיה מסוימת. כלומר, זאת נראית לי נקודת המוצא. עמנואל בדברי הפתיחה שלו דיבר שאל האם לא צריך לאפשר לשר להציג את עמדת המדינה או עמדת הממשלה? כלומר, יש איזושהי הנחה מובלעת שהשר או ראש מנהל מקרקעי ישראל או שזה ראש רשות מקרקעי ישראל או מי שזה לא יהיה, הוא זה שמייצג את עמדת המדינה, אבל זו שאלה שצריך לדבר עליה: מי מבטא את עמדת הממשלה בסוגיה מסוימת בשאלה מהו הדין, כן? בפני בית המשפט. בעקבות השאלה הזאת אני אנסה לברר בקצרה את העניין הזה של הייצוג. כלומר, האם יש מקום להבחין בין מי שהוא הגורם המוסמך לומר מהו הדין בסוגיה מסוימת לפי עמדת הממשלה לבין שאלת הייצוג, או בצורה ספציפית, האם יש בכלל זכות לייצוג לגורם שלטוני, כאשר הטענה הבסיסית שלי תהיה (אולי קצת טריוויאלית) שזכויות אדם מוקנות לאנשים פרטיים ולכן לגורמים שלטוניים, ובכלל זה לממשלה, אין זכויות ואין לה גם זכות לייצוג. הסוגיה השלישית שנדבר עליה בקצרה תהיה כמה שיקולי מדיניות שמתעוררים בהקשר הזה, אגב דברים שנאמרו קודם לכן, זו מסגרת הדין. אז אם כן, השורה התחתונה של הטענה שאני מבקש להציג היא שמי שאמור להציג את עמדת הממשלה בשאלה מהו הדין באופן כללי הוא היועץ המשפטי לממשלה או נציגה וכדומה, ולא גורם אחר. בוודאי אין לי כאן איזושהי טענה טהרנית נוקשה: אסור לשמוע אף אחד, אסור לתת לבית המשפט לדעת בכלל שיש שם חילוקי דעות מאחורי הקלעים, בוודאי אם יש שאלות עובדתיות וכו', אני חושב שיש מקום לאפשר לגורם המוסמך להחליט, לבית המשפט לקבל מידע רב ככל האפשר, בוודאי בשיטה כמו שלנו, שבה לכל אחד יש זכות או אין דרישה לזכות עמידה שבה אפשר להצטרף לעתירות ללא הגבלה כמעט, בוודאי אין מקום לגישה נוקשה כזאת של להסתיר מבית המשפט את העמדה של השרה הנוגעת בדבר, אבל מבחינת הקביעה מהי עמדת הממשלה ביחס לעתירה מסוימת, אני חושב שהסמכות צריכה להיות נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה.

אז כאמור, שאלה אחת היא, מי מייצג את עמדת הממשלה בסוגיה מסוימת, והשאלה הזאת מתעוררת בכל מיני הקשרים. אנחנו רגילים לחשוב על זה בהקשר של עתירות לבג"צ או עתירות לבית משפט לעניינים מנהליים, אבל זה ודאי לא המצב. הרי השאלה: "מהי עמדת הממשלה?" מתעוררת בהקשרים שבהם יש סכסוך בין שני גופים, נניח, בין שני אנשים פרטיים, ובית המשפט מבקש לדעת מהי עמדת הממשלה בסוגיה הזו, כן? נניח האם פנסיה חובה זה דבר טוב או לא טוב כשיש סכסוך בין העובד לבין המעסיק, או כל מיני שאלות שמתעוררות. כמובן, השאלה הזאת מתעוררת, אין צורך לומר, בהליכים פליליים, כן? יש הליך פלילי שבו מואשם אדם בביצוע עברה, ואנחנו רוצים לדעת מהי עמדת הממשלה לגבי השאלה האם האדם הזה ביצע עברה או לא ביצע עברה או מה העונש הראוי בגין ביצוע עברה. וכמובן, ישנה הסוגיה של עתירות לבג"צ ביחס לעניינים מנהליים. אני חושב שהתפיסה הבסיסית שלנו שאני חושב שאין עליה מחלוקת לגבי שתי

הדוגמאות הראשונות של מהי עמדת הממשלה ביחס לשאלה מהו הדין בסוגיה מסוימת, שהמדינה היא לא צד ישיר לעניין או בהקשר של הליכים פליליים, היא שהיועץ המשפטי לממשלה אמור לייצג את עמדת הממשלה בעניינים האלה והטעם לכך הוא לא רק איזשהו טעם פורמלי, שהיועץ המשפטי לממשלה הוא זה שמוסמך לאכוף את הדין הפלילי או איזשהו נורמות פורמליות כאלה, מיהו הלקוח בכל אחד מהטעמים. אלא הטעמים לכך הם בעיקרו של דבר שניים: טעם אחד הוא מקצועיות. השאלה מהו הדין זו שאלה של מקצועיות. הדיון כאן במהלך היום גלש לא אחת לאיזושהי הערכה ביקורתית שהיועצים המשפטיים לממשלה הם בעצם לא מקצוענים או לא רק מקצוענים, הם גם מתיימרים להכריע בסוגיות של מדיניות שחורגים מהשאלה המקצועית, ואם זו שאלה של מדיניות, אז כל אחד הוא משפטן, כל אחד יכול לתת תשובות, אולי אפילו יותר טובות מהמשפטנים, אבל כמובן זו שאלה, כמו שרותי גביזון אמרה קודם, זאת שאלה נפרדת לגבי השאלה מה צריך להיות הדין, עד כמה טוב שהדין יהיה רחב או צר, אבל בעיקרו של דבר, בהינתן שיש דין מסוים, השאלה מהו הדין היא שאלה של מקצועיות, והתפיסה היא שהמשפטנים בשירות המדינה הם המקצוענים שיודעים להשיב על השאלה מהו הדין בצורה הטובה ביותר, והם אלה שאמורים לדבר בשם הממשלה כשהיא באה לטעון מהו הדין.

והעניין השני, והוא ודאי רלוונטי בעיקר במשפט פלילי, אבל לא רק, בהקשר הזה של שלטון החוק ולא שלטון האדם. אז שלטון החוק ולא שלטון האדם, ברור לנו שמי שאומר מהו שלטון החוק, גם הוא אדם, אבל כשאומרים שלטון החוק ולא האדם, מתכוונים שמי שטוען מהו החוק הוא מישהו שאין לו אינטרס קונקרטי בעניין הזה, שהוא לא צריך לעמוד לבחירה מחודשת, שהוא לא בעל אינטרס, אפילו לא אינטרס אישי אלא גם לא בעל אינטרס מוסדי בקביעה מהו הדין בהקשר מסוים. אנחנו מבקשים ליצור ריחוק מסוים, ליצור כלליות מסוימת של המשפט, כדי שנשרת ערכים של כלליות, של שוויון בפני החוק, של הסתמכות, של ודאות וכדומה, והתפיסה היא שראוי לעשות זאת באמצעות כך שאנחנו מנתקים את הגורם שקובע מהו הדין מבחינת נקודת המבט של הממשלה מהגורם שמוסמך להכריע, מוסמך להפעיל סמכויות שלטוניות, מוסמך לקדם אידאולוגיה, מוסמך לדאוג לאינטרסים של מגזר כזה או מגזר אחר, מוסמך לפעול כדי לקדם את סיכוייו לשוב ולהיבחר וכדומה, והשיקולים הללו הם שיקולים שבאמור, אין עליהם מחלוקת רבה בהקשרים האחרים, בהקשרים של מי אמור להגיד לבית המשפט מהי עמדת הממשלה בסוגיה הזאת כאשר הממשלה לא צד לעניין, ומי אמור לייצג את הממשלה בהליכים פליליים ולהגיד מהו העונש הראוי על מעשה מסוים או האם זו עברה או לא.

והשאלה שמתעוררת היא, האם צריך להיות הבדל בהקשר של עתירות שמכוונות ישירות כנגד משהו שעשתה הממשלה או לא עשתה הממשלה, וזה מה שמוביל אותי לחלק השני של הטיעון, והוא העניין של הייצוג. כי הטענה היא שמה ששונה בהקשר שאנחנו מדברים עליו כרגע לעומת המקרים האחרים הוא שבהקשר של החלטות ממשלה יש אינטרס מסוים ישיר, מידי, לבעלי הסמכות שהחליטו את ההחלטה, הם לא רוצים שההחלטה שלהם תבוטל, הם רוצים לקדם מדיניות מסוימת, ועכשיו יש איום על המדיניות שלהם, ולכן צריך לאפשר להם להשמיע את טענתם. אז הטענה כאן היא בעצם טענה של זכות לייצוג, ולעניות דעתי כמובן, חבריי, אני יודע שאיתן יחלוק עלי, אני חושב שאין זכות לייצוג לגורם שלטוני. הגורם השלטוני מפעיל את סמכויותיו בכפוף

לדין והשאלה האם הוא פעל כדין או לא פעל כדין איננה עניין שיש לו לגביו זכויות. כלומר, זכות הייצוג היא נגזרת מזכויות מהותיות. לאדם יש אינטרסים מוגנים במשפט והתפיסה המקובלת היא שאין פוגעים באינטרסים מוגנים שלו אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות לטעון את טענותיו, לומר למה ביחס לנסיבות הספציפיות שלו אין הצדקה לעשות את זה או שזה לא היה כדין או לא היה חוקי, כלומר יש היבט חשוב של הקונקרטיזציה, של האפשרות לטעון את הטענות גם מהיבטים פסיכולוגיים וכיוצא בזה. אלו גורמים שקשורים לאינטרסים האישיים של הפרט, אבל הם לא קיימים כשמדובר בהפעלת סמכויות שלטוניות. ראש הממשלה, כאשר הוא מחליט שלא לפטר שר מסוים למרות שנגד השר הוגש כתב אישום חמור, בוודאי יש לו אינטרס פוליטי שהשר הזה ימשיך לכהן בתפקידו כי אחרת הקואליציה עלולה להתפרק, אבל האינטרס הזה הוא לא אינטרס פרטי, הוא לא אינטרס מוגן מכוח זכויות ואין לו לגביו זכות לייצוג או זכות להיות מיוצג או זכות טיעון בפני בית המשפט בהקשרים האלה. שוב, אני לא טהרן בעניינים האלו, בוודאי אני חושב ששיקולים פרקטיים ופרגמטיים צריכים להוליך לכך שבית המשפט ישמע גם את חילוקי הדעות בתוך המערכת הפוליטית. אם יש לשר הנוגע בדבר או לשרה הנוגעת בדבר משהו חשוב לומר, יש טיעונים עובדתיים או יש טיעונים משפטיים של היועץ המשפטי שחולקים עליהם, בוודאי כדאי שבית המשפט ישמע כמה שיותר, אבל השמיעה הזאת היא משיקולים פרגמטיים ולא משיקולים שקשורים לזכויות או לאיזשהם טיעונים מהסוג הזה.

ולבסוף, כמה שיקולי מדיניות בהקשר שאנחנו מדברים עליו ביחס לדברים שנאמרו קודם. אני חושב שאחד הדברים שחזרו בעיקר במושב שקדם למושב שלפנינו, כלומר, מושב של אנשים בשירות המדינה, הייתה איזושהי תחושה שהדין הוא לא בסדר, כן? לא דינה, הדין הוא לא בסדר, והתפיסה הזאת של: "הדין הוא לא בסדר", בוטאה בין היתר, תומר אמר: מספיק כבר עם הנחת הסבירות והתפיסה, כן, של צביקה הייתה, משגעים אותי עם כל הדרישות האלה, וכן מכרז, ודיני המכרזים האלה מוציאים אותי מדעתי והם פוגעים בנו. כל השאלות הללו: "מהו הדין?", הן שאלות שבוודאי כבודן במקומן מונח, צריך לברר את זה. א', אני רחוק מלהיות משוכנע שרק בגלל האנקדוטות ששמענו שהדין הקיים הוא לא טוב. בוודאי, כולנו טהורים וכולנו צדיקים, מי שיושב כאן, אבל אנחנו יודעים שיש שם בחוץ גם אנשים רעים, והאנשים הרעים האלה, גם מולם צריך להתמודד, וזה לא מובן מאליו שהעלות של ההסדרים המכבידים הללו הקיימים היא בהכרח גדולה מהתועלת שלהם של למנוע מעשים רעים, אבל כל זה שאלה שטעונה בירור, וגם אם צודקים המבקרים, אז הדרך היא לתקן את הדין. הדרך היא ליזום הליכים לתיקון הדין הקיים. הביקורת שלי היא שמה שהשתמע מהדברים של חלק מהדוברים היה שמכיוון שהדין כל כך גרוע, בוא נתחמק מעולם של היועצים המשפטיים. כלומר הבעיה שלנו עם היועצים המשפטיים היא לא האישיות שלהם, האימפריאליזם שלהם אלא כך שהם מבצעים את תפקידם כהלכה, שהם אוכפים את הדין, הבעיה שלנו שהדין הזה הוא לא טוב. אבל זה אותו סימפטום של מה שאני חושש שמתקיים לגביו בהקשר שאנחנו מדברים עליו כאן. כלומר, אחת הטענות המרכזיות היא שהיועץ המשפטי הזה לא מוכן לייצג אותנו לא משום שיש לו תפיסה שגויה של מהו הדין אלא משום שהוא אוכף את הדין יותר מדי ברצינות. אנחנו רוצים את ההזדמנות להתחמק מהתוקף של הדין הספציפי הזה ואני חושב שהשיקול הזה הוא כאמור לא במקומו.

הדבר האחרון שאני אומר, נוגע לביקורת שנשמעה בחלק מהדברים לפיה שבית המשפט לא מספיק מקצועי ולא תוחם את עצמו להיבטים המקצועיים של המשפטנות אלא הוא מסתכל גם על שיקולי מדיניות. אבל צריך לזכור שיש לנו כאן איזשהו מהלך שאם יתקבל, אם אנחנו אומרים, מי שמייצג אותנו בבית המשפט הוא לא דווקא היועץ המשפטי לממשלה, כי הוא רק המשפטן, הוא לא רואה את התמונה הכללית, אם אנחנו פותחים את הפתח ואומרים, יבוא השר או תבוא השרה, תבוא המנכ"לית, תבוא מנהלת האגף ותטען את הטענות בפני בית המשפט, אז היא מומחית למדיניות. היא בעצם מזמינה את בית המשפט להיכנס לשיקולי מדיניות. כלומר, יש פה טענה ששומטת את הבסיס תחת התזה הזאת של בית המשפט המקצוען הצר הפורמליזם, וכו' אם השאלות הן של הפורמליזם, אם צריכים היינו ללכת לשם, אז לא בטוח שזה הכיוון שראוי ללכת אליו, אבל ברור לי שאנחנו עדיין לא שם, אז יכול להיות שזה כיוון אפשרי, אז לכן העמדה שאני מבקש להציג היא כאמור עמדה שבמידה מסוימת תומכת במצב הקיים. תודה.

עמנואל נבון: תודה רבה.

רון שפירא: תודה, אני רוצה להתחיל בקצת התייחסויות. קודם כול, ברק מדינה התחיל בדברים שלא בטוח שהשאלה שאנו דנים בה במושב הזה היא בפני עצמה חשובה, היא כמובן קשורה קשר הדוק לשאלות האחרות, אז היא מתעוררת במגרון ב' ובפנחסי, אמיתי וכן הלאה, אבל בסופו של דבר כמות המקרים שבהם היא מתעוררת היא שולית. אני עדיין חושב שהיא חשובה, ולו רק בגלל העובדה שכאשר אנחנו נמצאים בשיטה שאמנון רייכמן הגדיר אותה כמאוד ייחודית, שבה היועץ המשפטי לממשלה יכול לא רק לקבוע כיצד עמדת המדינה תוצג בבג"צ, אלא הוא גם יכול למנוע מן המדינה להיות מיוצגת שלא על ידו ויכול למנוע מן המדינה, להשתיק את גופי המדינה הביצועיים ולטעון, אז יש לזה חשיבות לא רק במקרים שבהם זה מתעורר, אלא בעיקר במקרים שבהם זה לא מתעורר, וראיתי פעם בדברי ההצגה של מחלקת הבג"צים, כיצד היא מציגה את עצמה, כפי שמופיעים באתר האינטרנט של משרד המשפטים, שהם אומרים ששחלק גדול מחשיבות המחלקה הוא לא רק בתיקים שמגיעים לבג"צ, אלא בהליכים המקדמיים שנעשים בפנינו, התייעצויות, גם בהליכי "פרא-רולינג" כזה ובבג"צים שאנחנו מסכימים באופן חלקי ומורידים אותם וכן הלאה. כלומר זאת התפיסה הכללית, ולכן השאלה הזאת אכן קשורה קשר הדוק לשאלות אחרות, אי אפשר להפריד ביניהן, אבל גם בפני עצמה יש לה חשיבות.

הערה שנייה באשר לייחוד שלנו: אומר אמנון רייכמן, תראו הייחוד שלנו נובע מהתאוריה של אהוד שפרינצק שאומר, זה נכון שבמדינות עולם אחרות אין מצב כמו המצב אצלנו, אבל אצלנו יש מדינה של אי לגליסטים במובן שפרינצק. אנחנו לא מדינה רגילה. אצלנו אנשים הם באופן כללי לא שומרי חוק, כמו שאומר אהוד שפרינצק, זו תרבות הסמוך מהפלמ"ח והאי-לגליזם ממזרח אירופה שנמהל בתרבות הגלותית וכן הלאה. אצל אהוד שפרינצק הוא עוד מפתח את זה ורוב עיסוקו בשנים שלאחר כתיבת הספר הזה, ב-86' נדמה לי, בסמוך לבג"צ רסלר (שהוא קשור לעניין, תכף אני אומר למה). אז רוב עיסוקו במחחרות ימין וכן הלאה והמסר שלו הוא: הברברים בפתח. אנחנו בתרבות מאוד בעייתית. טבועה בנו אי-שמירת חוק, ולכן, מה לעשות, אנחנו צריכים כלים יוצאי דופן מיוחדים. אני חולק על זה מכמה אופנים. קודם כול, אני לא חושב שיש

בגנום היהודי תרבות של חוסר כבוד לחוק. אדרבה. אני לא מפריך ישירות את הסיפור ששפרינצק מספר, הוא סיפור מעניין, אני קראתי אותו בעניין כבר לפני הרבה שנים. אפשר לספר אותו אחרת לגמרי. ראשית, התרבות היהודית היא מהרבה בחינות יותר לגליסטית מתרבויות אחרות. הדיון המשפטי והמעין-משפטי דבק בהרבה פנים של החיים. זאת אומרת, משפטיזציה של התנהגויות זה במידה רבה עניין שיהודים פיתחו אותו והיא נותרה בהם גם לא בהקשרים דתיים. למשל, בתרבות הקיבוצים, טלי מרגלית חקרה את זה פעם. קיבוצים ומושבים, הם היו עושים, ככה, קבוצות מאוד קטנות של אנשים, והיו דנים על סעיפים בתקנון ומנהלים דיון משפטי בפני ועד של אנשים בשנות ה-20 לחייהם שמתעסקים בעבודת כפיים וניהלו דיונים משפטיים. מבחינות מסוימות התרבות שלנו היא יותר לגליסטית מתרבויות של מדינות אחרות. שנית, אני קצת מטריאליסט בתפיסת העולם שלי, אני מודה, כשם שאני לא חושב שעודף משפטיזציה הוא עניין יהודי, שאגב, גם זו טענה שטוענים נגדנו. אומרים, יש הצפה של המקצוע, אנחנו צריכים יותר תקנים של שופטים, כי הרי ידוע שיהודים אוהבים ללכת לבתי משפט, גם זו טענה שמייחסים אותה לגנום היהודי. אני לא חושב שזה נכון. אני חושב שיש עודף משפטיזציה כי מדינת ישראל מסבסדת את ההליכים המשפטיים באופן יותר בוטה מאשר מרבית מדינות העולם, הן באגרות, הן במדיניות הטלת ההוצאות, והן בדברים אחרים. הסיבה שיש לנו צריכת-יתר של המוצר המשפטי זה שהוא מסובסד יותר מדי ומוצרים מסובסדים - יש בהם צריכת-יתר, וזה לא בגלל משהו שנולדנו איתו.

ואני נוטה לחשוב שתרבות האי-לגליזם שלנו לא בהכרח נובעת מאיזה רבדים תרבותיים עמוקים שטבועים בנו או מאיזה אלמנט של שלילת הגלות ששפרינצק מתחבר אליו. אני חושב שיש לה שורשים הרבה יותר חומריים. על כל פנים, בואו נראה במבחן התוצאה: הרי כשאנחנו למדנו לתואר ראשון במשפטים, כבר אז מדינת ישראל הייתה יוצאת דופן באחיזת הכוחות המשפטיים במערכת השלטונית שלה. כבר אז היינו יוצאי דופן. עברו עשרות שנים, אם באמת מה שנחוצ כדי לשרש את התרבות הגלותית וזה עוד כוח למשפטנים ועוד כוח ליועצים משפטיים, אז למה זה לא קרה ב-30 השנה לפחות שבהן אנחנו כל כך יוצאי דופן? למה היום אנחנו לא המדינה הלגליסטית ביותר בתבל? זאת שאלה. כשאנחנו עורכים את הדיון על מעמד היועץ המשפטי ובעקיפין, מעמד המשפט או מעמד המקצוע המשפטי בניהול ענייני המדינה, אנחנו קודם כול צריכים לעשות את הדיון הזה כשהוא חף מאינטרסים. במילים אחרות, אסור שנעשה את הדיון הזה כשאנחנו חושבים איזו מין הבחנה סוציולוגית מגושמת שאומרת: כולנו בעצם יודעים שכשאנחנו אומרים "משפטנים", אנחנו מתכוונים לאשכנזים, חילונים, בעלי השקפה ליברלית וכן הלאה, וכשאנחנו מדברים על פוליטיקה, אנחנו מדברים על פוליטיקאים שמבטאים הלך רוח עממי, מסורתי, ימני. כי אם נעשה את זה, אז השיחה לא תהיה חפה מאינטרסים, אנחנו לא נדבר על שיחה מוסדית לעומת, בנייה מלכתחילה של המוסדות כפי שאנחנו חושבים שצריך לבנות אותם אלא אנחנו נידרדר לשיחה שהיא שיחה על הדברים האלה, אבל היא בעקיפין שיחה פוליטית. חשוב שנזהיר את עצמנו בדבר הזה, אני חושב שגם היסטוריה של הוויכוחים על מעמדו של המשפט בניהול ענייני המדינה מראה את זה. הדברים לפעמים מתחלפים. אני מאוד לא אתפלא אם הם ימשיכו להתחלף ביום מן הימים. ברור שאנחנו צריכים לעשות את השיחה הזאת, בלי להזכיר

את הרובד הפוליטי שכנראה נמצא בפסיכולוגיה שלנו מאחורה אלא שנהיה מודעים לו ונזהיר את עצמנו שלא לנהל את השיחה הזאת. אז אם אנחנו רוצים להתווכח עם מעמדם של המשפטנים, בואו נדמיין את העולם שאולי יהיה עולמנו עוד עשר שנים. בואו לא נתווכח עם ברק ועם בייניש. בואו נתווכח עם שופטי העליון הבאים, בואו לא נתווכח עם דינה זילבר, נתווכח עם מוריה כהן. יום אחד היא תהיה שם. יום אחד נתווכח, ובואו נניח לצורך דיון שאנחנו מתווכחים עם אנשים שאין איזו חפיפת שסעים בין העיסוק המקצועי שלהם לבין השיוך הפוליטי שלהם, אחרת הוויכוח לא מתנהל בכנות. אומר ברק מדינה: היתרון של משפטנים זה שהם נטולי אינטרסים. אני חושש שזה לא נכון. יש אינטרס. המשפטנות כקבוצה היא קבוצת לחץ לכל דבר ועניין. זה מתבטא בשביתת הפרקליטים, זה מתבטא בעמדותיה של לשכת עורכי הדין, זה מתבטא בהתאגדות הקבוצה, שבמידה רבה המשפטנים שבינינו שייכים לה, להגנה על המשפט ועל כבודו של המשפט ועל כבודם של המשפטנים ועל המשרות שמשפטנים יזכו להן וכן הלאה. אין מה לעשות, המשפט הוא קבוצת האנשים שמתעסקים בניהול ענייני מדינה ויש להם אינטרס, חוצה גבולות פוליטיים לפעמים, להגן על משפטנים. משפטנים מאמינים בתום לב, אבל גם בעלי אינטרס מובהק לומר שחשוב שמשפטנים יקבלו החלטות. זה אינטרס חשוב, הוא זה שעומד ביסוד מה שאלי זלצברגר קרא בשעתו "קשר המשפטנים" בעניין מעמדה של לשכת עורכי הדין, והוא עומד הרבה פעמים ביסוד הדיונים שהיו בפני ועדת שמגר לפחות להבנתי, וביסוד הדיונים על מעמד ביקורת הפרקליטות, וביסוד הדברים האחרים שבהם אנחנו מיוחדים. למשל שאצלנו, בניגוד למרבית שיטות המשפט הפליליות ברוב העולם, בין אם בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות ובין אם בשיטות המשפט הקונטיננטליות והנובעות מהן, תובע במשפט פלילי מגיש כתב אישום בלי שום בקרה ציבורית מוקדמת. זאת אומרת, אין שימוע מקדים, אין חבר מושבעים, אין שופט חוקר וכן הלאה. אנחנו מיוחדים גם בזה.

קריאת ביניים (אחד מחברי הפאנל): היה פעם.

רון שפירא: היה פעם ובוטל, כן, כן. אז גם פה יש עניין של המשפטנים כקבוצת לחץ, כאיגוד ועדי עובדים חזקים שכוללים את לשכת עורכי הדין, הפרקליטים, עובדי השירות הציבורי המשפטי והשופטים. הם אותה חבורה והם אינטרס מובהק. עכשיו לעניין הדיון האנליטי, ופה צריך להתייחס לזכותה של הממשלה להיות מיוצגת באופן שבו איתן לבונטין הציג את זה וברק חולק על זה. איתן לבונטין, לטעמי לפחות, מבין היושבים כאן, הוא המומחה הספציפי הטוב ביותר לשאלה, הוא באמת חקר את זה באופן אינטנסיבי. אומר ברק: מה פירוש "זכותו של היועץ המשפטי לממשלה"? הממשלה, אין לה זכויות. זה זכויות אדם, אין לה זכות שקולה יישמע, אין לה זכות לאקספרסיביות של העמדות שלה, אין לה זכות שיהיה לה יומה בבית המשפט. אדרבה, היא מוגבלת מכוח עקרון חוקיות המנהל, אין לה שום דבר שלא נתנו לה, היא הרי לא אדם. זה נכון, אבל אני חושב, או לפחות אני מרשה לעצמי לפרש את איתן לבונטין, כשאומרים שיש למדינה זכות שקולה יישמע, זה נובע מטיבו של המשפט או מטיבו של ההליך השיפוטי. יש הנחה שאומרת שההליך השיפוטי הוא הליך קבלת החלטות שנעשה באופן המיטבי כאשר מציגים בפני מקבל החלטות שני צדדים של המטבע, ומקבל החלטות יכול לשפוט ביניהם באופן אובייקטיבי. יש פה איזו הנחה אפיסטמולוגית כזאת על כיצד אנחנו לומדים על העולם, כיצד אנחנו רואים את

העולם מכל היבטיו. הנחה שהיא די יוצאת דופן, זאת אומרת, כי ברור שבהקשרים אחרים אנחנו לא מנהלים דיון כזה, אנחנו ממנים "פרקליטו של השטן" כדי שיטען ההפך וכן הלאה. בהקשר המשפטי, בוודאי בשיטות אוניברסליות, אבל לא רק בשיטות אוניברסליות, זאת הנחה מאוד חזקה. זאת אומרת, כשאומרים, "זכותה של הממשלה שיהיה לה יומה בבית המשפט", זה לא מטעמים של זכויות אדם או מטעמים של הבעת האמת הפנימית שלה. אין לה אמת פנימית, משום שהיא אישיות משפטית מלאכותית, ריקה מזכויות אדם אלא זאת הזכות שלנו שתישמע עמדה בהליך שכל כולו בירור העמדות באמצעות הצגת שני צדדים.

עוד עניין והוא הקשר ההדוק בין זה לבין גבולות המשפט או בכלל לבין התאוריה, נקרא לה האמת הנורמטיבית שלנו. יש לטעמי קשר הדוק, ואני אסביר למה. אומר ברק מדינה: תראו, בואו נבחין הבחנה קפדנית בין סדרי שיח. קודם כול, מהו הדין. בהינתן שיש דין, ברור שמי שצריך להתעסק בו זה משפטנים ולא אף אחד אחר כי זו הגדרתו של דין. הבחנה חדה שמחלקת את השיח על פי רבדיו היא בהחלט לא מובנת מאליה, זאת אומרת, זה לא בדיוק שתי שאלות שאנחנו רשאים לדון בהן כסדרן ובנפרד ולהגיד: או.קיי, אני בשלב הזה לא דן בין פוזיטיביזם למשפט טבעי, אני לא דן בשאלה אם יש תת-היקבעות של התוצאות המשפטיות בידי הדין. על השאלה הזאת נדבר בשיעור אחר, בתורת המשפט, אבל יהא אשר יהא הדין, מכל מקום ברור שמי שצריך להתעסק בו זה משפטנים. זה לא מדויק. אפשר להציג תזה הפוכה שאומרת, אדרבה, ממה נפשך: אם הדין שלך הוא תפיסת משפט צרה, פוזיטיבית, ממילא יש בסיס לטענה שלך שהוא עניין למקצוענים, הוא עניין ליודעי ח"ן של החוק והפסיקות לגביו וכן הלאה. אם תפיסת הדין שלך בולעת לתוך הדין מטרייה נורמטיבית שפרוסה מעל כל המשפט כולו ושאפשר לשאוב מכל דבר, וגם הדין איננו מכתוב את תוצאותיו, אלא יש בו שיקול דעת גם במונח החזק וכן הלאה. אם כזה הוא הדין שלך, ובהינתן שאתה יוצר שיטה משפטית מיוחדת בעולם שבה הדין נקבע אך ורק על ידי מומחים בזכות מקצועיותם, אתה אומר, אני, בשונה ממדינות אחרות בעולם, נותן להם את הסמכות. אני חושב שיש קשר שאי אפשר לבוא ולסתום את הדיון באמצעות חלוקה שלו למחלקות. הדיון הוא אותו דיון.

גדעון ספיר: טוב, שתי הקדמות קצרות. הראשונה, הבעת צער. כבר כמה שנים אני עוסק בתחום המשפט החוקתי, ואחד הדברים שגיליתי להוותי זה שהשקפות בתחומים הללו תלויות או קשורות הן בצד המדבר והן בצד המקשיב באופן של מתאם כמעט מלא להשקפות פוליטיות. לא שאפשר לדעת מה אדם שם בדיוק בקלפי, אבל זו תחושה מאוד ברורה בעניין הזה. אז בהקשר הזה, למשל, אנשי שמאל כמעט ללא יוצאים מן הכלל יתמכו בהסדר הקיים, אנשי ימין יציעו לשנות אותו ואנשי אמצע, יהיה להם את מה שקוראים לו בארמית: "אין ולא ורפיא בידיה", ככה וככה וחצי חצי, אני חושב ששמענו היום דוגמאות משלושת הסוגים. צר לי, אני עדיין לא מצליח להבין את זה. יכול להיות שגם אני בתוך הלופ הזה, אז אולי אפשר לצאת החוצה, אבל אני באמת, לא מצליח להבין איך זה קשור לפוליטיקה. זה ממש לא קשור לפוליטיקה אלא אם כן זה קשור לדברים שרון אמר, ואז זה מצער מאוד. אז זאת האמירה הראשונה שיש לי לומר בהקשר הזה. האמירה השנייה היא שאני עומד לדבר פה עכשיו די בעל-כורחי ורק מסיבה אחת, מפאת הכבוד שאני רוחש לחברי ולדוקטורנט שלי אביעד בקשי. הסיבה לזה היא מאוד פשוטה. העולם מורכב

ואני עושה מזה כסף, ברוך השם. אני חושב על השאלות המורכבות ומדי פעם אפילו יוצא לי איזה רעיון מעניין, ואז אני מנסה לשתף את הציבור ברעיון, אולי מישהו יקנה אותו. חייב לומר לכם, כמה שאני רואה את המורכבות, ולעתים אני מלקה את עצמי על ראיית מורכבות של דברים, אני לא מצליח לראות פה שני צדדים. לא מצליח. למדתי בישיבה, לימדו אותי כל הזמן לחפש את ה'הווה-אמינא', אני לא רואה פה 'הווה-אמינא'. יש לי חברים חכמים שאומרים דברים אחרים, אבל אני שומע אותם ולא שומע כלום. לא כי אני לא מכבד אותם ולא מקשיב להם, אני פשוט לא שומע. אני אנסה להסביר לכם למה לדעתי אין אפילו התחלה לוויוכוח פה, אני ממש לא מצליח להבין אותו.

תראו, עמדתי בעניין הביקורת השיפוטית ידועה. אני לא בטוח שצריך חוקה, ואם צריך חוקה, אני חושב שזכות המילה האחרונה צריכה להישמר לבית המשפט. אבל דבר אחד אני בוודאי יכול להבין, הדבר הבסיסי הוא שהחיים שלנו הפרטיים והציבוריים הם חיים שחייבים להיות בהם בלמים ואיזונים, ושכח אחד חייב לקבל כוח אחר שבאיזושהי צורה מאזן אותו, ובסופו של דבר התוצר הסופי יהיה תוצר חיובי. עכשיו תראו, המשפט החוקתי הוא בחלקו הגדול, אולי כמעט המוחלט, הוא עניין של מדיניות ושל תפיסת עולם ושל השקפה. האם בגלל זה אני חושב שלא לגיטימי ששופטים יהיו מעורבים? בטח שלגיטימי, כי הם כגוף עם הסתכלות ונקודת מבט אחרת מאשר המערכת הפוליטית, יש להם אינפוט ייחודי שאולי המערכת הפוליטית מפספסת. הם מפרשים את החוק? קשקוש. אני לא חושב שזה נכון. אני חושב שב-90 אחוז מהשאלות שבהן בית המשפט הכריע בניגוד לעמדת המערכת הפוליטית אפשר היה באותה מידה גם לצדד בעמדת המערכת הפוליטית. והמקרים שבהם הדברים ברורים וחד-משמעיים וזועקים עד השמים הם מקרים שלא צריך להגיע לבית המשפט כדי להבין שהם כאלה. וחרף זאת, אני חושב שיש חשיבות לכך שיושב בית משפט. וחרף זאת, אני חושב שבסוף היום זכות המילה האחרונה במנגנון כזה או אחר צריכה להיות שמורה למערכת הפוליטית, וזה בלמים ואיזונים במיטבם, לפחות למיטב הבנתי ושיקול דעתי. אבל הסיפור שלנו זה לא סיפור של בלמים ואיזונים, חברים. אנחנו בכלל לא מגיעים לשלב הבלמים והאיזונים. כדי להמחיש את זה, אני אתן לכם דוגמה שהיא דווקא דוגמה קונטרוברסיאלית, אבל ממנה אפשר יהיה ללמוד משהו על ענייננו. במהלך כהונתה של הכנסת ה-11, חוקקה הכנסת חוק, הוסיפה לחוק יסוד הכנסת את סעיף 7א', שבעצם שלל את הזכות להתמודד בבחירות לכנסת. כלומר, השתתף במשחק הפוליטי מרשימות שמצען או התנהגותן כוללת מרכיבים מסוימים, בין היתר שלילת זהותה של ישראל כמדינת הלאום היהודי. כפי שאתם יודעים, בית המשפט העליון הפך את המרכיב הזה, את הסעיף הזה, לאות מתה, אני חושב שזה היום ברור ומובן מאליו ולא מוטל בספק. יש כותבים, כמו למשל פרופסור דוד קרצ'מר, שעוד מראשיתם של דברים אמר שכך ראוי לנהוג, ואני כרגע לא דן בשאלה אם מוסדית בית המשפט עשה את זה, אבל הוא מתח ביקורת חריפה מאוד על הסעיף הזה, ואני חייב לומר שלמרות שבהשקפת עולמי הפוליטית (יש לי השקפת עולם פוליטית, חברים, כמו שלדוד קרצמר יש השקפת עולם פוליטית). דוד קרצמר ואני נמצאים, אני לא יודע אם בשני קצוות, אבל במרחק לא מבוטל, אבל בענין זה אני מסכים איתו לחלוטין. מה הסיבה? אומר דוד קרצ'מר, תראו, דבר אחד זה לשרין שריון חוקתי של מאפייני יסוד של מדינה ואפיונה של מדינת ישראל כמדינת הלאום

היהודי זה בהחלט דבר שראוי לעגן אותו ולקבוע אותו בחוקה, אם חושבים שכך היא צריכה להיראות, אבל מה שעומד כאן לפנינו זה לא שריון בחוקה של מאפייני היסוד של מדינת ישראל, זה אפילו לא שריון מוחלט, כלומר משהו שלא ניתן לשנות אותו. יש דבר כזה, סעיפים וחוקות שמשוריינים שריון מוחלט ולבאורה לא ניתן לשנותם. מה שיש כאן בעצם זה שלילת האפשרות אי פעם לערער על העיגון החוקתי, מכיוון שאם אדם לא יכול להגיע לכנסת, הוא לעולם לא יוכל להציע את האלטרנטיבה. אז אם מישהו חושב שהאפשרות המוסרית היחידה הקיימת בעולם היא היותה של ישראל מדינה יהודית, אז הוא יכול להגיד, או.קיי, אם זה ככה, אז כל מכשיר טוב בעיני ובלבד שאף אחד לא יוכל אפילו להדליק את האש הקטנה הזאת שתביא בסופו של דבר לשינוי. אבל אם מישהו חושב כמוני, שהיותה של ישראל מדינה יהודית היא דבר מוסרי בהחלט, אבל אפשר לחשוב על טיעון מוסרי או על טיעון אחר שיציג אותה גם לא ככזאת, שלילת האפשרות לשחק את המשחק הפוליטי היא פאול בלתי נסלח, ובמובן הזה, אני נמצא באותו מקום יחד עם דוד קרצמר.

חברים, זה בדיוק הסיפור במקרה שלנו. וכאן ההבדל. אני מתבייש שאני צריך אפילו להגיד את זה, אני מצטער, אני לא בא לזלזל במי שחושב אחרת ממני, זו כנראה חולשה בהבנה שלי, אני לא מצליח להבין. תראו, כשהכנסת משחקת, מקבלת החלטה, והעניין מגיע לבית המשפט, היה משחק פוליטי, הושקעו תשומות פוליטיות, הציבור היה בתוך העניין, התקבלה החלטה של המערכת הפוליטית ובית המשפט לקח גיליוטינה וחתך. זה דבר בעיני בעייתי, אבל זה קורה. נקרא לזה ביקורת שיפוטית אפוסטריורית, לאחר מעשה, אחרי שכל הדברים התבררו והתבררו בצורה הרצינית ביותר. על מה אנחנו מדברים כאן? אנחנו מדברים כאן על ייעוץ משפטי. אגב בואו לא נעשה דמוניזציה, אנשים נהדרים, יושבת כאן דינה זילבר, יושבים אנשים אחרים, יש מישהו שמטיל ספק ביושרה של האנשים האלה ובמחויבות שלהם למדינת ישראל? אני חושב שהם טועים טעות חמורה ואני לא רוצה לתת אפילו סיבות או ניסיונות להבין ממה זה נובע. אני חושב שהם טועים טעות חמורה, חמורה ביותר ואני חושב שהם פוגעים בדמוקרטיה הישראלית, משום שהם מאפשרים למערכת הפוליטית לקיים את התהליך שהוא נשמת אפה של הדמוקרטיה, דיון במחוקק והצבעה במחוקק או החלטה של הרשות המבצעת. יש כאן כמובן גם תהליך. פעם זה היה החלטות של הרשות המבצעת, היום זה כבר יוזמות חקיקה ממשלתיות, ולא מחר אלא אתמול, זה גם מתן הוראות אופרטיביות לגופי שלטון כיצד לפעול. חברים, מישהו פה לדעתי, אני מצטער שאני אומר את זה ככה, מישהו פה פשוט איבד משהו. איך אפשר לנהל מדינה? איך אפשר לנהל מערכת דמוקרטית? איך זה בכלל קשור לעניין של כן שמירת חוק, לא שמירת חוק? איך אפשר לנהל מערכת? או שאנחנו אומרים, חבר'ה, בואו נסגור לחלוטין את העסק, אנחנו לא יכולים להאמין לא בציבור ולא בממשלה, כן לגליזם - לא לגליזם. או שאנחנו אומרים, אנחנו פשוט מערב פרוץ ובואו שנמצא מישהו שינהל אותנו. אז פעם הדיון התנהל על בית המשפט. זה כבר בכלל לא בית המשפט. אגב, יש הרגשה שאפילו בית המשפט כבר מרגיש את עצמו נגרר אחרי. זה כבר עבר לשלב המקדמי, אז בואו נבטל את זה לגמרי. עכשיו, אני אומר את זה, חברים, לא בהתרסה, ואני אומר את זה לא בכעס. אני אומר את זה בתימהון. אני באמת תמה. ועומדת כאן ציפי לבני ומדברת איתנו על: "כן, גם יכולה להיות יהודית ודמוקרטית". את באה ללמד אותי שהיא יכולה להיות

יהודית ודמוקרטיה? נו באמת, תעשי לי טובה. ואחרי זה היא מסבירה לנו על עקרון שמירת החוק. זה הסיפור שעומד כאן על הפרק? כן שלטון חוק, לא שלטון חוק? מה, מי שמתנגד להתנהלות העכשווית של גורמים שונים בפרקליטות הוא בן אדם שמתנגד לעיקרון של שמירה על שלטון החוק? לאן הגענו? מי שמתנגד למה שקורה היום זה בן אדם, בעיני לפחות ואני מצטער שאני אומר את זה בצורה כל כך נחרצת, אבל אני לא רואה שום צד אחר, זה בן אדם שאומר שדמוקרטיה חייבת להתנהל. אנחנו מאבדים לחלוטין את שפיות הדעת שלנו בכל מה שקשור לניהול המערכת הדמוקרטית. ככה אני רואה את הדברים. זכות ייצוג לראש הממשלה? (פונה ל- ברק). על מה אנחנו מדברים? זאת השאלה שעומדת? אם לראש הממשלה יש זכות ייצוג? לראש הממשלה יש זכות ייצוג כנציג של הציבור שבחר בו! תן לו את ההזדמנות לכל הפחות להעלות שאלה על הפרק, להצביע עליה, לקבל החלטה, זה הרי יגיע לבית המשפט. אני גם חושב שגם שם זה לא צריך להתקבל בדרך הזאת, כי כפי שאמרתי, החלטת בית המשפט ב-90 אחוז מהמקרים של חוק לא תהיה החלטה חוקתית במובן של: זה מה שהחוק או המוסר המוחלט קובע אלא שאלה של בלמים ואיזונים ותפיסות עולם ודברים מן הסוג הזה, אבל אני חושב שזה חשוב שבית המשפט יהיה מעורב. אבל לעצור את זה שלב אחד קודם ולהגיד, "לא בית המשפט?" ואז מתחילים לספר סיפורים מדהימים על אהוד אולמרט שקם כאשר מייצגים אותו ואומר: "אבל זה לא מה שאני חושב". ואומרים לו: "שב, שב, תשתוק". אז אתה אומר, ברק, זה מאוד יפה, בנדיבות באמת מרשימה, "באמת חשוב שגם התפיסה של ראש הממשלה תישמע", ורון שפירא מסביר שזה נובע מאיפה? זה נובע מזה שלפני הגורם המחליט צריכים להיות כל הנתונים. מי הגורם המחליט, חברים? כל הנתונים צריכים להיות לפני הגורם המחליט ואולי בגלל הסיבה האלמנטרית שראש הממשלה או השר מייצג את הציבור במדינת ישראל שקיבל החלטה? אולי מהסיבה הזאת? וגם אם אנחנו נותנים לבית המשפט את האפשרות להחליט, אז לכל הפחות מספיק עם הדיונים האלה הדיבורים האלה על זכויות אדם, זה הדבר היחיד שבגללו לבן אדם יש את היכולת לבוא ולהישמע? הרי בית המשפט הוא לא בית המשפט במובן הצר של המילה. הוא גוף שאמור להחליט ולהכריע בהחלטת מדיניות. בואו לא נטיח את הדברים. אלה הדברים. אז שקולו של (ראש הממשלה) יישמע, איך? שצבי אגמון יבוא ויצג את העמדה של ראש הממשלה. אני הייתי אז מתמחה חברים, עוד הייתי ינוקא מבחינת החשיבה שלי, אבל אפילו אז אני פשוט הסתכלתי על זה ואמרתי, משהו עקום, משהו כאן לא נורמלי. מה, לא יכול להיות שיבוא מישהו שלא ייצג את אריה דרעי אלא פשוט ייצג את עמדת ראש הממשלה? מה קורה כאן? ואומר בית המשפט: "לא..."

קריאה מהקהל: מה? שי ניצן אמר שזה הדין וצריך לכבד אותו.

גדעון ספיר: אז בסדר, חברים, אז אם זה הדין, לא רוצה להישמע קיצוני, אז בואו נסגור את מראית העין הזאת ונסגור את הבסטה. נו, בשביל מה זה נחוץ? בשביל מה? חברים, מה שאני רואה מול העיניים שלי, ואני אומר לכם באמת, יש הרבה שאלות שהן שאלות מורכבות. לא יודע, יש לי עמדה, אבל... זו פשוט פארסה. תודה.

עמנואל נבון: תודה רבה. אנחנו נעבור לד"ר איתן לבונטין. בבקשה.

איתן לבונטין: תודה רבה. שלום לכולם, תודה על ההזמנה. קשה ומתסכל לנסות לומר משהו חדש בעשר דקות או ברבע שעה, אבל קודמיי הצליחו אז גם אני אנסה. אני אתמקד לא בביקורת על הדין הקיים אלא בעיקר להציע איזשהו כיוון מחשבה לעתיד לבוא. אבל קודם, אני מושפע מהריגוש שאחז בגידי ואני רוצה קצת אולי לנסות להרגיע אותו.

גידי ספיר: לא ראית שום דבר. זה ריגוש? זה ריגוש קל.

איתן לבונטין: ואני רואה את המצוקה. וגידי חזר ואמר שהוא לא מבין את הוויכוח. אני מזדהה עם הדברים האלה. מבחינה אינטלקטואלית גם אני לא רואה את תחילת הוויכוח. מבחינה משפטית, אני חושב שהדין הקיים לא מתבסס על כלום, במחילה מכבודכם, סליחה. אבל אם רוצים להבין את הוויכוח, הוויכוח הזה הוא לא משפטי, הוא לא אינטלקטואלי, הוא מאבק של כוח, ומאבק הכוח הזה נובע ביסודו של דבר מתגובה פוסט-טראומטית, לפי דעתי, לפרשת השב"כ, להתנגשות החריפה ביותר בין פוליטיקה למשפט בהיסטוריה של מדינת ישראל. המשפט הישראלי נכוון ברותחין והוא נזהר גם בצוננין. הוא פיתח חרדה, פוביה, לא פחד מהפוליטיקה שכולנו שותפים לו בצדק אלא פוביה, חרדה מהפוליטיקה, שהיא לא טבעית והיא לא בריאה, ופיתח תגובה פוסט-טראומטית שבאה לידי ביטוי בדין הקיים. החשש הוא מפני השתלטות של הפוליטיקה על המשפט, ועל כן המשפט משתלט על הפוליטיקה. מכוונות טובות. כולנו אנשים טובים כפי שאמרנו, כולנו רוצי הטוב וזה ההסבר שלי אם אתה מחפש הסבר. מבחינה אינטלקטואלית, אין הסבר. הטיעונים חלשים מאוד מהצד השני, אני מסכים איתך.

עכשיו אני עובר למה שרציתי לומר, אולי פתרתי מקצת המצוקה, אני לא יודע, נקווה. מה שאני רוצה לומר: הפאנל שלנו, מי צריך לקבוע את עמדת המדינה בבית המשפט? השאלה הזאת מבליעה בתוכה הנחה, והיא שיש עמדת מדינה שצריך לקבוע אותה. אם נקפוץ מיד לקצה של הפירמידה, ההנחה היא שיש לנו מצד אחד ממשלה עם עמדה, מצד שני יועץ משפטי עם עמדה, וצריך לומר מי קובע. כך גם אמרה שרת המשפטים בתחילת היום. בסופו של דבר השאלה היא למי הסמכות העליונה. כמובן שבדרך כלל בפועל עמדת המדינה נקבעת בשיתוף פעולה מתוך הקשבה. הפרקליטים מבינים בדרך כלל שבעלת הדין היא הרשות, שהרשות היא האחראית, שהיא מקבלת את ההחלטות, ושתפקידם לייצג אותה פחות או יותר כפי שהתבקשו, והרשות מבינה שאין טעם ואין צורך ולא כדאי גם להתעקש על עמדות שלדעת הפרקליטים הן בלתי חוקיות. אם יש מחלוקות מיישבים אותן. אבל כמובן, הניסיון מלמד, כולנו יודעים, שיש מחלוקות שאי אפשר ליישב אותן, הן גוברות והולכות, ואז צריך באמת לשאול מי מחליט. אנחנו עוסקים הרי בשאלה של סמכות, ונושא הפאנל שלנו מניח, אני חושב, שבסוף כל הסופים, אחרי כל המשאים והמתנים, צריך לקבוע למי הסמכות העליונה: לממשלה או ליועץ? אבל כדרכן של הנחות, הנחה הזאת היא נמהרת ויש תשובה שלישית. התשובה השלישית הזאת נהגת בפועל בעשרות מדינות, כפי שאני תכף אנסה לתאר לכם בקיצור נמרץ, והיא פשוטה מאוד. התשובה השלישית היא, יישמעו הן היועץ והן הממשלה. שני הצדדים יישמעו. היועץ יציג את עמדתו בדבר הדין והאינטרס הציבורי כפי שהוא רואה אותם, והממשלה, מפי פרקליטים נפרדים כמובן, תציג את הדין ואת האינטרס הציבורי כפי

שהיא רואה אותם. זה אפילו יותר טוב משניים אוחזין בטלית, שם בסופו של דבר כל אחד נותר עם חצי תאוותו בידו, ופה כולם יישמעו ובית המשפט יחליט.

ברוב המדינות שאנחנו בדרך כלל מסתכלים בהן לצורך השוואה, יש בהן "אטורני ג'נרל", אני אקרא לו "יועץ משפטי", זה מצחיק, זה אפילו מגוחך לקרוא לאטורני ג'נרל היועץ המשפטי, אבל כדי שהלשון שלי תתגלגל בעברית כל הזמן, אני אקרא לו יועץ משפטי. ברוב המדינות, היועץ המשפטי הוא שר, הוא פוליטיקאי, הוא חבר ממשלה, ומטבע הדברים וגם מתוקף הדין, הוא כפוף לממשלה שהוא חבר בה ולראש הממשלה שמינה אותו. התמונה הזו נכונה באנגליה, היא נכונה בממשל הפדרלי של ארה"ב, היא נכונה באוסטרליה ובקנדה, היא נכונה בפרובינציות של קנדה, היא נכונה במדינות של אוסטרליה, באירלנד, בצורה קצת שונה, בכל המקומות. המצב שתיארתי לא נכון לגבי הרוב המכריע של המדינות בארה"ב. ב 43 מתוך 50 המדינות של ארה"ב, היועץ המשפטי, האטורני ג'נרל, נבחר ישירות על ידי הציבור. הוא נבחר ישירות על ידי הציבור בדיוק כפי שהמושל נבחר ישירות על ידי הציבור. קורה לא פעם, זה לא מאוד נפוץ, אבל זה גם לא נדיר, קורה לא פעם שהמושל הוא רפובליקני והיועץ המשפטי דמוקרטי או להפך, כי כך הציבור בחר. הוא נושא משרה חוקתית והוא חב את המחויבות הראשונה שלו, מטבע הדברים, לציבור שבחר בו ולאג'נדה שהוא הציג בפני אותו ציבור, ולא לרשויות שזקוקות לו כפרקליט מייצג. שלא יהיה ספק, תפקידו כמו בשאר השיטות של ה-common-law הוא לייצג את המדינה. זה תפקיד שמעוגן בחוק. כדרכם של האמריקנים גם ברמה הפדרלית וגם ברמה המדינתית, החוק מאוד מפורט. יש לנו הרבה, הרבה מה ללמוד מהם. לא חייבים להסכים איתם, אבל ללמוד יש לנו הרבה, והיועץ המשפטי במדינות ארה"ב הוא אדם פוליטי. תפקידו כיועץ משפטי הוא לעתים קרובות מאוד קרש קפיצה לתפקיד המושל, הוא הרבה פעמים רוצה לקדם אג'נדה משלו, והרבה פעמים, אני שוב אומר, הרבה פעמים, לא כל הזמן, אבל הרבה פעמים, יש לו שאיפה פוליטית אישית להחליף את המושל. אז מספיק התיאור הקצר הזה כדי להבין שההתנגשויות שם בין רשויות לבין פרקליטים הן בלתי נמנעות. זאת זירה גועשת של התנגשויות בין פרקליטים לבין רשויות. כמו שאמרתי לכם, אני מייחס הרבה מאוד חשיבות למשפט המשווה, בניגוד לכמה מקודמי. אני חושב שהוא קריטי, אני חושב שהמשפט הישראלי חייב ללמוד מהמשפט המשווה. אם אני אומר את האמת, אני חושב שהוא חייב ללמוד הכול כמעט מההתחלה בנושא שלנו. ומדינות ארה"ב הן הכר הכי פורה ללימוד ולהשוואה, משום שההתנגשויות שם הן מתמידות, ולכן יש שם גם פסיקה מאוד ענפה ומאוד מרשימה בדיוק בשאלות שאנחנו מדברים עליהן. יש שם הלכה למעשה כל הזמן, באופן מתמיד, מקרים שבהם יועצים משפטיים מסרבים לייצג את הרשויות, מסרבים להגיש הליכים שהרשויות רוצות ליזום, מגישים הליכים שהרשויות לא רוצות ליזום, למשל, מגישים ערעור בניגוד לדעת הרשות, וגם בעצמם מגישים עתירות נגד הרשויות כדי לאכוף עליהן את הדין, כמו עותר ציבורי. כלומר, היועץ המשפטי, האטורני ג'נרל, בכובעו כמגן האינטרס הציבורי, תובע את המושל כדי שהמושל יקיים את הדין כפי שהיועץ המשפטי הבין אותו. זה לא דבר של יום ביומו, אבל זה לא נדיר. לכן, אם אנחנו רוצים ללמוד, אנחנו צריכים להסתכל קודם כול על המדינות (של ארה"ב) ואם יש כאן, אני לא יודע אם יש כאן, אם יש מי מחבריי המשפטנים שנוטה לזלזל אולי בפסיקה של ערכאות עליונות במדינות ארה"ב, אני מציע להיפטר מהזלזול הזה. יש

שם פסקי דין מרשימים מאוד, הרבה יותר מרשימים מאשר אמרות האגב הבודדות שיש אצלנו, גם הרבה יותר מרשימים מהפסיקה הפדרלית בנושא הזה. והטענה היסודית שהיועץ המשפטי טוען במדינות ארה"ב היא הטענה שאנחנו שומעים כאן. אין השוואה מבחינה חוקתית בין מדינות ארה"ב לבין ישראל, אבל יש השוואה בהתנגשויות ויש השוואה בטיעון היסודי, והטיעון היסודי של היועץ המשפטי בארה"ב הוא זה: "אני מופקד על הייצוג, לפי חוק, לפי החוקה, אני זה שהוסמך לפרש את הדין, החובה העליונה שלי היא לא למושל ולא לרשויות אלא לחוק ולציבור". תמיד מי שרוצה הרבה כוח, החובה שלו היא לישויות מופשטות, זה אנחנו יודעים, כי אז הוא קובע בעצמו. זה אנחנו יודעים. "ואני אציג את האינטרס הציבורי ואת הדין כפי שאני רואה אותם". זאת הטענה. זאת הטענה שנשמעת כאן וזאת הטענה שנשמעת שם. צריך להבין שבשהטענה נשמעת שם, יש לה לכל הפחות בסיס. יש לה בסיס דמוקרטי, הוא אכן נבחר על ידי הציבור. יש לה בסיס חוקתי, הוא נושא משרה חוקתית, תפקידו מוגדרים בחוקה. יש לו בסיס סטטוטורי. בהחלט יש לטענות האלה בסיס, נכונות או לא נכונות. בישראל, לצערי הדברים לגמרי שונים. כמו שאמרתי, אין בסיס. לא דמוקרטי, לא סטטוטורי, לא חוקתי, אין גם הלכה פסוקה. אני חושב שאביעד הזכיר את הלכת פנחסי ואמר שהוא לא יודע אם זה אוביטר או לא אוביטר. אמיתי, פנחסי, אני קורא לזה פנחסי תמיד. אנחנו נוטים לפרסוניפיקציה, כמו שאמרה דינה, אז אני קורא לזה "פנחסי", ואין שום ספק, לפי מיטב הבנתי, שמדובר באוביטר. הפסק בעצמו אומר שהוא אמרת אגב. זה כתוב בפסק עצמו. אם יהיה לי זמן אני אחזור לזה, אבל אני לא בטוח שיהיה לי. על כל פנים, אין שום בסיס אצלנו לטענה כפי שיש שם, אבל הטענות זהות.

מה שנוותר לי זה להציג את התגובה של הדין במדינות ארה"ב לטענה הזו של היועץ המשפטי, לטענה של משהו כמו: בבית המשפט, המדינה זה אני. באופן סכמתי יש שתי תשובות לטענה הזאת. התשובה האחת היא לדחות את הטענה. בתי משפט בחלק מהמדינות דוחים את הטענה של היועץ המשפטי. אומרים לו, סליחה, אתה אינך מבחין בין מעמדך כאורגן של המדינה. למשל, כשאתה מגיש הליך פלילי. כשאתה מגיש הליך פלילי, אתה אורגן של המדינה. אתה המדינה. אין מאחוריך רשות אחרת. אתה קובע את המדיניות הציבורית, אתה מגיש את ההליך, אין רשות שעומדת מאחוריך ויכולה לתת לך הנחיות או מנסה לתת לך הנחיות, ואתה, אתה המדינה, אתה העם. אצלנו קוראים לזה "המדינה נגד הנאשם", ושם זה העם. לעומת זאת, תפקידך כפרקליט כאשר רשות נתבעת בבית המשפט, כאשר היא מקבלת החלטה או מבצעת מדיניות, אתה אינך מבטא את האינטרס הציבורי, תפקידך איננו לגבש מדיניות. תפקידך הוא להשמיע את עמדתה של הרשות. אתה לא בעל דין, אתה בעל לשון. אתה פרקליט. זו תגובה אחת. היועץ המשפטי לא מוסמך לעשות בהליכי המדינה כבתוך שלו, הוא לא מוסמך לטעון מה שהוא רוצה, הוא לא מוסמך לטעון כראות עיניו וליזום הליכים כפי שהוא רוצה. התגובה השנייה היא זאת שאני הזכרתי קודם. כלומר, היועץ המשפטי יישמע וגם המושל או רשות אחרת תישמע. יש בתי משפט, אגב, כמו למשל, בקליפורניה, שלא השלימו עם החיזיון הזה של יועץ משפטי שמצד אחד מייצג את הרשויות ומצד שני תובע אותן. לא התקבל על דעתן. ערכאות אחרות, בהרבה מדינות זה כן התקבל על דעתן. כלומר, היועץ המשפטי, יש לו תפקיד דואלי, הוא גם מגן על האינטרס הציבורי וגם פרקליט של המדינה ויכול לתבוע את המדינה. אבל כמובן זה מובן מאליו, על זה אני רציתי

לדבר וכנראה לא יהיה לי זמן, מובן מאליו שאם היועץ המשפטי תובע למשל את המושל, ברור שהמושל יוכל להתגונן באמצעות פרקליט אחר. אצלנו יש מין "ישראל-בלוף" בקטע הזה, ואצלנו היועץ המשפטי מחכה שתוגש עתירה ואז מצטרף אל העותרים ואז מונע מהממשלה להישמע. אותה תוצאה. אצלנו היה ברור שאילו, למשל, היועץ המשפטי בעצמו הגיש עתירה נגד ראש הממשלה כדי שיפטר את פנחסי, אז ראש הממשלה היה זכאי לייצוג. כולנו היינו מבינים את זה. גם המשפטנים, גם ברק מבין את זה. יש לנו את הסיפור עם פרשת הדולרים, שהוא אמר לשר האוצר שהוא יוכל לשכור לעצמו פרקליט אם צריך. ברק יתבע אותו והוא ישכור פרקליט. אבל אנחנו משלימים עם זה. לא גידי ולא אני, אבל "אנחנו", הדין בישראל, משלימים עם זה שהיועץ המשפטי לא תבע בעצמו את ראש הממשלה בפרשת פנחסי. חיכה שמישהו אחר יתבע, אז התייצב כאילו להגן על יצחק רבין, ולמעשה תקף אותו ולמעשה הגענו לאותה תוצאה, אין ייצוג לעמדת ראש הממשלה. יש ייצוג לעותר וליועץ שתוקף את ראש הממשלה. אותו הליך בדיוק, רק מה? הוא נסתר אצלנו תחת ערפל, תחת ה"ישראל-בלוף" הזה, ואנחנו לא רואים את מה שכולנו היינו רואים אילו היועץ בעצמו תקף את ראש הממשלה. הינו אומרים אז, ברור שראש הממשלה מקבל ייצוג.

לתגובה הזאת של: ישמעו שני הצדדים, יש המון וריאציות, המון הסדרים. חלקם אד הוק, חלקם מוסדיים, חלקם בחוק, חלקם אפילו בחוקה. על זה אני לא יכול לדבר, אבל אני חושב שאת העקרונות אפשר להציע גם בישראל. והעקרונות הם פשוטים: בואו נדבר רגע על הפונקציות ולא על הפונקציונרים. אנחנו כל הזמן מתמקדים בפונקציונרים ולא בפונקציות. ולפי דרכו של עולם, הפונקציה קודמת לפונקציונר. קודם צריך להיות מיוצג ואחר כך מוצאים מי יעשה את זה. עיקרון אחד אומר, אפשר בהחלט שיהיה נושא משרה עצמאי, לא תלוי בישראל, לא פוליטי ולא נבחר, מן הסתם, שיוכל לבוא לבית המשפט בכל הליך של המדינה, ואפילו בהליכים שהוא בעצמו יוזם נגד המדינה ויוכל להביע עמדה עצמאית בשאלה כיצד הוא רואה את הדין ואת האינטרס הציבורי. הוא יהיה עצמאי לחלוטין. יש היגיון בעמדה כזאת שיהיה לנו אדם כזה. בד בבד ברור לגמרי, לטעמי ואני חושב לטעמו של כל העולם, פה אני חולק על ברק, אני מתקשה לקבל את העמדה שלו, שהממשלה צריכה ייצוג נמרץ ומסור שיעשה את שליחותה. שיציג את עמדתה בבית המשפט. ומכאן התוצאה שאנחנו מגיעים אליה. אם יש עתירה והיועץ המשפטי רוצה להתערב בעתירה, נגיד שיש לממשלה נציג משלה, פרקליט משלה שמציג את עמדתה, והיועץ המשפטי סבור שהעמדה הזאת איננה צריכה להישמע, היא לא מייצגת את הדין כפי שהוא רואה אותו, אדרבה, שיבוא וישמע. בית המשפט ישמע את כולם ויחליט, ושלום על ישראל. תודה רבה.

עמנואל נבון: האם מישהו מהפאנל רוצה להגיב למה שנאמר, או שניקח שאלות?

רון שפירא: אני רוצה להתייחס לנקודה ההיסטורית, האם זה פוסט-טראומה לדוח ועדת לנדוי ופרשת קו 300, אני חושב שלא. האמת היא שאני חושב שאתה בעצמך [לבונטין] וגם במה שכתבת עם רות גביזון בעצם הצעת תזה אחרת. אני חושב ששורש העניין הוא הרבה לפני כן גם מבחינה היסטורית. אתה הפנית את תשומת הלב לעניין הלן זיידמן ובמקום אחר גם בשנית. אני רוצה להגיד, זה גם לא במקרה. נקודות ציון חשובות בהתנגשות בין המערכת המשפטית בכללותה והיועץ המשפטי בפרט לבין הרשות המבצעת, היו קשורות בוויכוח על דת ומדינה ולא במקרה.

ולכן, לא במקרה שנקודות הציון היו ב-1968-שליט ולאחר מכן פרשת הלן זיידמן שקצת נשכחה כי היא לא הגיעה לעליון אבל היא הייתה מאוד חשובה, היא הייתה מאוד חשובה גם ביחסי ציונות דתית וחרדים, משום שסיפור מרכזי בה היה היציאה המאוד מרה של הגרי"ש אלישיב נגד הרב גורן שהיה מעורב בגיור בשלבים המאוחרים שלו כדי להכשיר את הגיור הרפורמי שהיה שם, עוד לפני פרשת האח והאחות. ולא במקרה זאת הייתה "ממשלת הליכוד הלאומית" עוד לפני שהשתמשו במילים "ממשלת אחדות לאומית". בממשלת לוי אשכול קראו לזה "ממשלת ליכוד לאומית" אחר כך כשגח"ל לקחו את השם "ליכוד", שינו את זה ל"ממשלת אחדות לאומית". אז למה? משום שבין השנים '67 ו-'70 היה ברור שיש אפשרות לקואליציה חילונית. אמנם החזית הדתית היו בפנים, אבל הברית הזאת שנוצרה סביב שליט וסביב הלן זיידמן, בין שפירא ושפירא, זאת אומרת, חיים משה שפירא ויעקב שמשון שפירא, שר הפנים ושר המשפטים, הברית הזאת הייתה הרבה יותר חלשה כאשר יושבים בפנים גם גח"ל וגם מפא"י. ולכן באותה תקופה הרשה לעצמו היועץ המשפטי שמגר (אגב, אני לא בטוח שאלמלא הייתה ממשלת אחדות לאומית או ממשלת ליכוד לאומית היועץ המשפטי יכול היה בכלל להיות שמגר, אילו היה מדובר בממשלת מפא"י נטו) לבוא ולהגיד: "אני לא מגן על עמדת שר הפנים חיים משה שפירא", מה שהוביל לתיקון בחוק השבות שבסופו של דבר המחוקק צריך היה לתקן את החקיקה הזאת, שהיא גם בעצם רובד במשפט החוקתי שלנו. היא קצת חורגת מחקיקה רגילה. ובני הישיבות: הסיפור של קריאת התיגר מתחיל בהחלטה של משה דיין ב-1968 לשים מכסה של 800 איש לבני הישיבות, שגם היא כמעט הביאה ליציאת המפד"ל עם זרח ורהפטיג ובורג ממשלת הליכוד הלאומית. המשך סיפור בני הישיבות: ב-1986 ברסלר, שוב בממשלת הרוטציה. בין השנים '84 ו-'90, ממשלות שמיר, פרס, עד התרגיל המסריח ב-1990, התרחשה ההתקדמות המשמעותית ביותר בעלית כוח המשפטנות בשיטת המשטר שלנו. בין השאר בגלל בג"צ רסלר.

אז נכון, הייתה הנקודה הזאת של קו 300, ועדת לנדוי וכן הלאה, זה נכון, גם זאת היתה נקודה, אבל אני חושב שהסיפור הוא אחר לגמרי. אני חושב שהיסטוריה ישראלית צריכה יותר להדגיש פה את הסיפור של דת ומדינה לפחות החל משנות ה-60. אם יש לי עוד שנייה אחת, אני רוצה רגע גם לומר מה החשיבות התאורטית של זה מעבר לקוריוז ההיסטורי: עוד מאפיין של המשפט, חוץ מזה שאנחנו מדברים על המתח, על גבולותיו, וחוץ מזה שאנחנו מדברים על המשפט כהליך של בירור החלטות באמצעות הצגת שני הצדדים, זה שיש בו הנחה של מה שקוראים בקבלת החלטות sincere voting (הצבעה כנה), זאת אומרת שלא מערבים בין שאלות. מובחן מהמערכת הפוליטית, שבה אני יכול לסחור בשאלות של דת ומדינה, למשל מול שאלות של גבולות המדינה. במשפט אומרים, כשאתה דן בשאלה הזאת, אסור לך לבוא ולהגיד: בוא, אני אוותר לך משהו בדת ומדינה ואתה תוותר לי משהו בשאלה הזאת, אסור לך לבוא ולהגיד: בוא, אני אוותר לך משהו בדת 'השחרור'. למה? כי במשפט יש איזו הנחה של חלוקת השיח ושאתה מצביע בכל דבר. זו שאלה שאפשר לדון בה. חסרון של sincere voting זה שהוא יוצר מה שקוראים בקבלת החלטות - פרדוקס. ברגע שאתה מפריד את השאלות זו מזו, אתה יכול להגיע למצב של חוסר יכולת החלטה. לעומת זאת, אם אתה יכול לסחור בכל הערכים אתה מניח שהם בני המרה אחד לשני, אז בסופו של דבר אתה מגיע להחלטות. מה שקרה בשאלות דת ומדינה זה למשל שהמפד"ל ההיסטורית,

זאת שכבר ב-68' המר קרא עליה תיגר, אבל היא היתה של זרח ורהפטיג וחיים משה שפירא, היתה בקואליציה עם השמאל, שינתה את טעמה ועברה במהלך שנות ה-70' המוקדמות להיות עם הימין. המפנה הזה לא יכול היה לקרות בבית המשפט. ברגע שמעבירים את שאלות דת ומדינה לבית המשפט, מכחידיים את היכולת לעשות קואליציות. מכחידיים את היכולת לבוא ולהגיד: תשמע, אני אוותר לך על משהו בדת ומדינה, תוותר לי על משהו בשאלת הפוליטיקה של מדיניות החוץ של מדינת ישראל. ולכן כאן נוצרה תקלה בקבלת ההחלטות שהיא זאת שבאמת מעמתת בין המערכת המשפטית לבין המערכת הפוליטית. בגלל שהמערכת המשפטית אוסרת על המערכת הפוליטית לבצע המרות ערכים שהם לכאורה מתחומי חיים שונים.

עמנואל נבון: תראו, יש לנו אולי מספיק זמן לקחת שאלה אחת או שתיים מן הקהל. אני רואה שיש עוד תגובה, סליחה.

איתן לבונטין: לגבי הדברים שרון אמר עכשיו: הכל נכון, הכל מקובל. אני גם פה נוטה קצת לפרסוניפיקציה, אני חושב שאבי הדין הקיים הוא יצחק זמיר, שמעורב קשות בפרשת השב"כ, כתב מאמרים מהר מאוד לאחר התביעה, והמאמרים האלה מצאו את דרכם מיד לפסיקה והשאר הוא היסטוריה. כך אני חושב שהדברים התנהלו, אבל גם התאוריות האחרות הן מקובלות. לגבי הדברים שאמר ברק, שהנושא לא קריטי משום שאין הרבה מקרים שבהם היועץ מסרב לייצג. אני רוצה להגיב על זה מאוד בקצרה. אם אני מחזיק אקדח, אתם תקשיבו לי גם אם אני לא יורה. זהו. היועץ המשפטי יתקשה להגן, אז לא הולכים לבית משפט, אז מההתחלה עושים מה שהוא אומר. אם אתם לא מאמינים לי, תקראו את זמיר. הוא כתב את זה כמעט במילים שאני אומר עכשיו. כמעט. ברק אמר עוד: אין לאדם אינטרס בשאלה מהו הדין ולכן אין ליועץ המשפטי אינטרס. בוודאי שיש ליועץ המשפטי אינטרס בשאלה אם הוא מחייב את הממשלה בדין שחל עליו. אם הוא מחייב את הממשלה ואם הוא בלבד מוסמך לייצג אותה. ואני מציע לזכור שבפרשת פנחסי, שגם לפי דעתי זו פארסה, מעבר לזה שזו אמרת אגב, הנפגע העיקרי לא נשמע. מי הנפגע? רבין והממשלה. הנפגע מכל הלכת פנחסי הוא הממשלה שאיננה מקבלת ייצוג. היא לא נשמעה בכלל בשאלה אם היא מקבלת ייצוג. ראש הממשלה בפרשת פנחסי לא נשמע פעמיים, עוול על גבי עוול. א', הוא לא נשמע בשאלה אם הוא חייב או לא חייב לפטר את פנחסי, ב', הוא לא נשמע בשאלה אם מותר לו בכלל להישמע. מי כן נשמע? היועץ המשפטי. זאת אומרת, לכאורה היינו צריכים לצפות שרבין יבוא ויאמר, כפי שקורה בארצות אחרות, כפי שקרה: "היועץ המשפטי בעניין הזה איננו מייצג אותי". אנחנו כולנו מבינים, אני מקווה, שכאשר אדם כאשר הרשות טוענת שהיועץ המשפטי שלה לא מייצג אותה כהלכה, היועץ המשפטי לא ייצג את הרשות כאשר היא טוענת נגדו. נכון? אם אני טוען נגד הפרקליט שלי שהוא לא מייצג אותי, אז הפרקליט לא ייצג אותי בטענה שאני מעלה נגדו. זה בדיוק מה שהיה בפנחסי, וזו באמת פארסה. המילה פארסה, אני משתמש בה בכוונה, כי היא לקוחה מפסק דין אפילו. בארה"ב, באחד הפסקים במדינות, האפשרות הזו לא התממשה אבל בית המשפט העלה בדעתו מה יקרה אם. הוא דאג לכך שזה לא יקרה: היתה בעיה שבה הרשות באמת לא היתה מרוצה מהיצוג שהיא קיבלה מהפרקליטים הסטטוטוריים שלה והיה צריך לברר האם הפרקליטים כן ממלאים את תפקידם או לא ממלאים את תפקידם, משפט זוטא, עוד לפני שמגיעים לבעיה העיקרית. בית המשפט אמר: במקרה הזה ברור שאם רשות רוצה לתקוף

את פרקליטיה, אז לא פרקליטיה ייצגו אותה. אחרת זה יהיה 'על גבול הפארסה' אני זוכר את המילים. זו אכן פארסה. ופסק דין פנחסי זה פארסה. זה ניגוד עניינים עוד יותר מובהק, אבל אני פשוט לא יכול פה להרחיב את הדיון הזה.

לגבי הדברים שרון אמר והזכירו גם דברים שאמנן אמר, תרבות האי-לגליזם. אני מאוד מסכים עם אמנן. יש תרבות של אי-לגליזם בתרבות הישראלית, אבל יש גם הצד השני של המטבע. יש תרבות של יתר לגליזם. ובעניין הזה אנחנו דומים לאבותינו למרות שניסינו להתרחק מהם. על כל דבר הלכו לרב, ועל כל דבר הולכים לבג"צ. כל דבר נתפס בעולמה של הלכה, כל דבר הוא שפיט ונתפס בעולמו של משפט. כאילו הלכנו למקום אחר, אבל נשארנו באותו מקום. יש לנו אדמו"ר שהוא גם מורה הלכה וגם מורה מוסר, יש לנו שופטים בבית המשפט העליון שהם גם פוסקי הלכה וגם מורים מוסריים. שני הדברים, יין ויאנג, שניהם קיימים אצלנו.

טוב, דבר אחרון שאני אומר רק כדי להבהיר את עמדתי: בעיני רוחי אני מציע לכם תמונה שנחשוב עליה. הפיצול הרי מרחף מעל ראשינו כשאנחנו מדברים כאן. אני חושב שהפיצול לא הכרחי אבל אפשרי, אפשר לעשות אותו באופן פונקציונלי, באופן מנהלי ולא סטטוטורי, אבל בעיני רוחי אני רואה שלושה תפקידים: אחד, תובע כללי שכשמו כן הוא, והוא מגיש הליכים פליליים. הוא תובע פלילי. שתיים, פרקליט מדינה שכשמו כן הוא והוא מייצג את ממשלה ומיעץ לה. ושלוש, פרקליט ציבורי שאחראי למשל להגשת עתירות ציבורית כולל נגד רשויות המדינה, שאחראי לדאוג לאינטרס הציבורי כאשר יש זיקה של הציבור במקרקעין, כאשר יש ירושות לטובת הציבור, כאשר יש הקדשים ציבוריים, כאשר צריך להתערב בהליכים פרטיים בין אנשים וצריך להתייבב מטעם האינטרס הציבורי, כל הדברים שמטעם הציבור, לא מטעם הממשלה. תובע כללי, פרקליט מדינה, פרקליט ציבורי, בלי השמות המוזרים שהתרגלנו אליהם, בלי להתבלבל בין מה יועץ ולא יועץ, תמונה פשוטה. תעלו אותה בעיני רוחכם.

עמנואל נבון: תודה רבה. רק אני אעיר שלגבי הפסיקה שדיברת עליה בארה"ב, יכול להיות שבית המשפט בישראל יקבע שיש גם פארסה שיכולה להיות סבירה.

שאלה מהקהל - צביקה האוזר: אני רוצה רק להוסיף עוד קיסם אחד קטן למדורה בשאלה מאיפה הקונפליקט מתחיל וקצת מהזווית היותר פוליטית, נקרא לזה "פשטנית". אני חושב שהמהפך של '77 הוא לא רק מהפך פוליטי, אלא הוא בדיוק קשור לקונטקסט הזה. שערנו בנפשכם שמגיעה נבחרת שמלוהקת מהנהגת מדינה משובצת בתוך רשות מבצעת שמעולם לא ביצעה תפקידים ברשות המבצעת ואותו מהפך נתפס על ידי גם המערכות התקשורתיות, גם מערכות ציבוריות אחרות ואולי במערכות משפטיות, כמהפך חום-ירוק. הירוק זה הדבר הטריטוריאלי. האנשים האלה לא ניהלו מעולם, גם בימי טרום המדינה, הם לא באמת אחזו בהגה. זה דבר אחד. אז אולי כדאי להוסיף עוד עוד שלט 'נהג חדש' או לשים לידם כמה נהגי משנה או כמה אנשים על הברקסים, וזאת מערכת משפטית עם רמת איזונים רבה יותר מהרשות המבצעת, והחום, שהיום זה נשמע אולי ככה ארכאי, אבל היה איזה ניחוח סמי-פשיסטי באותו מהפך. זכורה אמירה של יצחק בן אהרון, והוא לא היה בספסל אחורי איזה חבר כנסת סהרורי שאמר, הוא היה מאושיות המפלגה,

הוא ביטא מה שרבים חשבו, שדין הבחירות, לא בטוח שהוא הדבר הנכון והראוי לעשות. אז זה היד הנותנת או אלה שמזדכים על המפתחות.

הצד השני, אלה שמקבלים; בגין שמגיע עם אתוס של אידיאליזציה של מערכת משפטית. שכן בכל אותן שנים שהוא לא היה ברשות המבצעת וסבל מחולאים של מערכת ראשונית עם הרבה מאוד עיוותים והרבה מאוד 'הנ"ל מאנ"ש', ופנקסנות וזה, המזור היחידי היה במערכת המשפט. בגין ב-30 השנה הראשונות של מדינת ישראל הולך כל פעם או להפגין או עם אופנועים או לבית משפט, כאשר התרופה בבית משפט היא הרבה יותר אפקטיבית מאופנועים. ולכן כשהוא מגיע, מבחינתו בית המשפט מקבל מקום אחר ממה שהיה בהנהגה המפא"יניקית דאז. יועץ משפטי לממשלה פעם ראשונה נכנס לשיבות ממשלה. לפני כן זה לא נשמע. מה עניינו של יועץ משפטי? מה לכהן בבית קברות? ואנחנו היום בסיטואציה בהרצה-קדימה של המהלך שלא עולה החלטת ממשלה בלי שהיא מאושרת על ידי יועץ משפטי. תראו את תהליך קבלת החלטות ממשלה. אגב, אני לא מדבר מ-77' או עד 77'. עד אי שם בשנות ה-80, שנות ה-90, יש איזושהי הסכמה אולי של יועץ משפטי משרדי, ויושב יועץ משפטי לממשלה שבגין הכניס אותו במטותא לשיבה ונותן את דעתו תוך כדי דיון ממשלה. היום אי אפשר להעלות החלטת ממשלה בלי חוות דעת כתובה של היועץ המשפטי של המשרד המסוים לאחר שקיבל חוות דעת משפטיות בכתב של שלל היועצים המשפטיים של המשרדים הרלוונטיים במישרין או בעקיפין לאותה החלטה. לאחר שגיבש את אותה חוות דעת משפטית שמאפשרת לקבל החלטת ממשלה, זה עובר לחוות דעת של המערכת הבכירה, מה שנקרא, 'סדרי משנה', ישיבת הממשלה האמיתית הייתי קורא לזה, ביום חמישי בצהריים, שבה יושבים משנים ליועץ המשפטי לממשלה, למרות שיש חוות דעת משפטיות שמאפשרות, עדיין יש העברה ועדיין צריך אישור בכתב של יועץ משפטי לממשלה ויועץ משפטי גם יכול לשלוח, להיות, או לשלוח, תלוי מה הנוהג שלו, בישיבת ממשלה.

עכשיו, תראו כמה זמן זה לוקח ותבינו כמה אפשר לקבל החלטת ממשלה שהיא החלטה שהיא בסוף החלטת מדיניות. וזה קו פרשת המים של התהליך הזה של הקורפורטציה והקורפורציה של ניהול המדיניות של הדרג הנבחר, הדרג המשפטי. אני חושב שב-77' נפל דבר, הנושא הזה גם מבחינת אובדן הביטחון של מערכת פוליטית חדשה וגם אידיאליזציה של המערכת המשפטית, מגיעים מראש, בניגוד למה שאומרים, המחלוקת היא חוצה מפלגות. ויש אקטיביסטים משפטיים מהימין ויש מינימליסטים משפטיים מהשמאל. אפשר לראות את זה בהקשר הימני, שם זאת מורשת מובהקת של אותה התפתחות היסטורית.

עמנואל נבון: תודה רבה. תודה, אני רוצה להודות לדוברים ולמשתתפים, תודה רבה.