

היועמ"ש שלך ואתה: מורה נבוכים לנבחר הציבור

הדרגים הפוליטיים מרבים לחשוש מפני היועצים המשפטיים והשפעתם הרבה על עניינים שבמדיניות. מודעות לכלים העומדים לרשות נבחרי הציבור תסייע להם ליצור שיתוף פעולה יעיל יותר

בישיבת הממשלה שהתקיימה באפריל 2021, ראש הממשלה דאז בנימין נתניהו העלה להצבעה את המינוי של השר אופיר אקוניס לשר המשפטים. נתניהו מנע מהיועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבליט, להביע את עמדתו כי ההצבעה בלתי חוקית – ואף התעלם מקביעה זו לאחר שהוצגה בתום ההצבעה. אמיר אוחנה, בתפקידו כשר לביטחון פנים, הורה בינואר 2021 שלא לחסן אסירים בטרם יחוסן סגל שירות בתי הסוהר. על פי מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, החלטה זו הייתה בלתי חוקית וניתנה בחוסר סמכות, אך אוחנה לא קיבל זאת והמשיך בשלו. עוד הגדיל לעשות ושלה למשנה ליועץ המשפטי לממשלה מכתב ובו טען כי הייעוץ המשפטי אינו יכול לתת הנחיות בניגוד לעמדתו כשר והוסיף: "יש לכם [אפשרות] ... להגיש את שמכם באחת מרשימות המועמדים לכנסת ה-24, ובמידה שתיבחרו לכנסת ולממשלה, בהחלט תוכלו לעשות כן. עד אז, הואיל והאחריות... מונחת על כתפיי, ואת הדין וחשבון לציבור אתן אני ולא אתם, החלטתי תעמוד בעינה". רק לאחר שבית המשפט פסק בעצמו לחסן את האסירים, הורה אוחנה לעשות זאת.¹

האם מקרים אלו הינם יוצאי דופן ביחס לעבודת הייעוץ המשפטי מול הדרג הנבחר

איתן דל עובד במשרד עו"ד אשר דל, המייצג רשויות מקומיות ומועצות דתיות. בעל תואר ראשון במשפטים מהמרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, ותלמיד לתואר שני במסלול ממשל ומדיניות ציבורית באוניברסיטת בר-אילן.

ורשויות השלטון? כל מי שמכיר מקרוב את הנפשות הפועלות יודע שבמקרים רבים שיתוף הפעולה עובד היטב. הייתה לי הזכות לעבוד במשרד המייצג רשויות מקומיות ומועצות דתיות, ונוכחתי לראות שביחסי עבודה תקינים וטובים רשויות יכולות ליהנות מן הייעוץ משפטי ולהפיק ממנו יתרונות רבים. ובכל זאת, מקרי הקצה שבהם המתח הבריא מגיע לידי יחסים עכורים, או אפילו לידי התנגשות של ממש, אינם יוצאי דופן חריגים אלא מיעוט מבוסס.

לקראת פרסום מאמר זה שוחחתי עם שרים בהווה ולשעבר (כגון השרים איילת שקד ויועז הנדל והשרים לשעבר אמיר אוחנה ומיכאל ביטון), עם יועצים פרלמנטרים, עם יועצים משפטיים ועם פקידים נוספים. בשיחות אלה נחשפתי למנעד רחב בכל הנוגע ליחסי העבודה בין מערך הייעוץ המשפטי לבין הדרג הנבחר ופקידיו – החל מיחסי עבודה מיטיבים ומאוזנים ועד לשרים ועוזרים מתוסכלים שהמדיניות שביקשו לקדם הוכשלה באופן בוטה. בשיחות אלו ניסיתי בעיקר להבין אם בעלי התפקידים נעזרו בכל הכלים הנתונים בידם לשם צמצום הפערים וגישור בין העמדות השונות, אך התפלאתי לגלות שבמקרים רבים הם כלל לא היו מודעים לאפשרויות העומדות בפניהם.

ככל שאנשי הרשות יבינו את תפקיד היועץ המשפטי ויכירו את הכלים לעבודה איתו, כך יוכלו לשפר את שיתוף הפעולה איתו – ואת עבודתם בכלל. הדבר נכון בקשר לעבודה עם יועצים משפטיים כמו שהוא נכון לגבי עבודה עם כל גורם מקצועי.

במאמר זה, אם כן, לא אעסוק הרבה במתח בין הרשויות ליועצים או בהצעות לשינויים חוקתיים מרחיקי לכת. מטרתו צנועה יותר, אך משמעותית לא פחות. נקודת המוצא (המבוססת על מחקר וניסיון בשטח) היא שגם במצב הקיים יש דרכים העשויות לצנן את היחסים המתלהטים בין הצדדים ולאפשר למתח המובנה והבריא שבתוך מערכות הממשל להפרות את כולם. שני הצדדים ירוויחו, ובעיקר הציבור הרחב. אבקש להראות, תוך מתן דוגמאות מהשטח, כיצד עשוי להפוך היועץ מגורם שמבקשים לחמוק ממנו לגורם שמסייע הן למדיניות המבוקשת, הן לתקינותה המשפטית.

אפתח בהסבר על אודות סוגי היועצים המשפטיים השונים ומעמדם המשפטי. לאחר מכן אפרט באשר לדרכי השפעתו של היועץ המשפטי על פי חוק ועל פי נוהג. ולבסוף אציע דרכים קונקרטיות להתמודדות ולשיתוף כאשר נוצרת התנגשות בין התנהלות היועץ לבין הרשות השלטונית ונציגיה.

הייעוץ המשפטי לסוגיו

ליועצים המשפטיים כמה תפקידים – ייצוג של רשויות המדינה בפני בית המשפט, הגשת תביעות מטעם המדינה, שמירה על האינטרס הציבורי – אך במאמר זה אתמקד בעיקר בתפקיד מתן הייעוץ, כלומר בהדרכה משפטית ומתן חוות דעת משפטיות.



"וכשהוא אומר שעל פי סעיף כזה או אחר יש מניעה משפטיח לפעול בדרך שרצית,
איפה זה פוגש אותך?"

בתפקיד זה, היועץ מחווה את דעתו בנוגע לחוקיות פעולות הרשות ומייעץ לה כיצד לפעול באופן חוקי. חוות דעת אלו של היועץ נמסרות בעקבות שאלות המופנות אליו מאת גורמים ברשות, או עקב פעולות אשר טעונות, מבחינה מנהלית, את אישורו. לפעמים היועמ"ש אף פונה מיוזמתו לרשויות שונות ומבהיר את המצב החוקי לשם מניעה של פעולות בלתי חוקיות וכדי לוודא את השמירה על החוק.²

מעמדם של היועצים המשפטיים שונה מרשות לרשות. אלה הם סוגי היועצים המשפטיים:

א. היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה.

ב. היועצים המשפטיים ברשויות המקומיות.

ג. היועצים המשפטיים ברשויות מנהליות אחרות.

בדרך כלל, העבודה עם היועצים המשפטיים השונים דומה, אולם הבסיס המשפטי שמכוחו הם פועלים והתפקיד המוסדי שלהם שונה.

תפקידו של היועמ"ש לממשלה נגזר מחוקים רבים ומפסיקות של בית המשפט העליון המעניקים לו סמכויות שונות. מעמדו של היועמ"ש לממשלה לא הוסדר בחוק, אך על פי כמה התבטאויות של בית המשפט העליון, חוות דעתו של היועמ"ש לממשלה בנוגע למצב המשפטי משקפת את המצב החוקי מבחינת הממשלה, ולכן על הממשלה לנהוג על פי חוות דעת זו. היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה פועלים מכוח היועץ המשפטי לממשלה והם למעשה ידו הארוכה במשרדי הממשלה השונים, ולכן מעמדם כמעמד היועץ משפטי לממשלה. אומנם עמדה זו שנויה במחלוקת, שכן ישנם אקדמאים ומשפטנים הסבורים שאין לראות בעמדת היועץ עמדה מחייבת אלא רק עצה שאפשר לשמוע לה; אך זוהי העמדה שנקבעה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, והיא הוזכרה פעמים רבות באמירות אגב של בית המשפט העליון (בהמשך נציג בקצרה כמה מנימוקי הצדדים). מעמד מחייב זה של היועץ מיוחד לישראל ושונה מהנהוג במדינות רבות אחרות דוגמת בריטניה, ארה"ב, אוסטרליה, ניו-זילנד ובלגיה.³

רשות מקומית חייבת למנות יועץ משפטי,⁴ ועל פי פסיקת בית המשפט העליון, עמדתו מחייבת. כך ניסח זאת השופט אליקים רובינשטיין: "חוות הדעת של היועץ המשפטי לעירייה בשאלה משפטית קובעת מבחינת גורמי העירייה, ובכלל זאת העומד בראשה, את המצב המשפטי המצוי".⁵

רשויות מנהליות שונות שאינן רשויות מקומיות ואינן חלק ממשרדי הממשלה (דוגמת בנק ישראל, המוסד לביטוח לאומי, תאגידי מים וביוב עירוניים ומוסדות אחרים שהוקמו בחוק וכן חברות ממשלתיות) יכולות לשכור את שירותיו של יועץ משפטי, אך אין חוק או פסיקה המחייבים לעשות זאת. ליועץ המשפטי של רשות כזאת אין מעמד מיוחד או סמכויות מיוחדות כגון קביעת המצב המשפטי. כשם שכל

חברה פרטית רשאית לשכור את שירותיו של עורך דין, אך אינה מחויבת לחוות דעתו, כך גם הרשויות הללו אינן מחויבות לעמדת היועץ המשפטי שלהן.

דרכי השפעתו של היועץ המשפטי

על פי תפיסת שלטון החוק הדמוקרטית, רשויות המדינה חייבות לפעול על פי חוק בלבד. על פי תפיסה זו, בשל סכנותיה של השחיתות השלטונית קיום מנהל תקין הוא בעל חשיבות עליונה. ממילא, עבודה תקינה של כל רשות דורשת פיקוח על שמירת החוק וייעוץ באשר לדרכי ההתנהלות המשפטית; מדובר בעניין מקצועי שאינו אמור להיות שנוי במחלוקת. ואכן, לשם כך ניתנו בידי היועצים המשפטיים בישראל סמכויות רבות עוצמה. ליועץ כמה וכמה דרכים להשפיע על עבודת הרשות ועל המדיניות שהיא מיישמת. בראש ובראשונה, כמובן, עליו למנוע חריגה מהוראות החוק ולהתריע על חריגה כזאת בפני הרשות. על כך נוספים כללי המשפט המנהלי, שלפיהם היועץ יכול לקבוע שרשות חייבת לעשות דבר מה או להימנע מלעשות דבר אחר בגין עילות משפטיות "רכות" יותר, כמו חוסר סמכות, חוסר סבירות, חוסר מידתיות וכלים נוספים שבאמצעותם היועץ המשפטי יכול לדאוג לשמירת המנהל התקין ברשות שהוא מייעץ לה.

הספרות בתחום המשפט המנהלי ענפה, ואין טעם להרחיב כאן בדבר. אולם ליועץ ישנן גם דרכי השפעה מוכרות פחות: אלו שאינן משפטיות גרידא. כוונתי לכלים המנהלתיים, קרי כלים הקשורים להתנהלות העבודה של היועץ המשפטי. ליועץ המשפטי, כמו לפקידים בכירים רבים אחרים, יש כוח בירוקרטי רב, נוסף על הכוח המשפטי המוענק לו על פי חוק. כוח זה נגזר ממרחב התמרון שניתן ליועץ להפעלת שיקול דעתו בנוגע למילוי תפקידו.

בשיטת המשטר הישראלית, אשר מקורותיה בשיטה הבריטית, לאנשי המקצוע במשרדי הממשלה יש מקום מרכזי בגיבוש המדיניות ובקידומה.⁶ המצדדים בכוח השפעתם של הפקידים טוענים כי ניסיונם הרב מאפשר להם להכיר את התחום שהם עוסקים בו באופן קרוב ומעמיק. נוסף על כך, יציבותם התעסוקתית מאפשרת להם לקדם מדיניות לטווח ארוך. להבדיל מן הדרג הנבחר, המתמרץ לבצע פעולות המעניקות לו את אהדת הציבור המיידית, הפקידים, כך נטען, נוחים יותר לקדם מדיניות המועילה לטווח הארוך, שכן חרב הבחירות אינה מתהפכת תמידית מעל ראשם.

בריאיון שערכתי עם אחד ממנהלי האגפים הבכירים לשעבר במשרד ממשלתי גדול, הוא הסביר כי הגישה הבסיסית של הפקידות הבכירה היא לשמור על המסגרת הקיימת ועל הקופה הציבורית ולא לקבל בקלות שינוי מדיניות שהשר ירצה לקדם. "שרים באים ושרים הולכים", הוא אמר, "שינויי מדיניות תזזיתיים בהסתכלות לטווח קצר נעשית פעמים רבות רק כדי לגרוף קולות בפריימריז או בבחירות, ולשינויים

כאלה עשויים להיות נזקים אדירים". גורמי המקצוע מכירים היטב את השטח ולכן, טען, אך טבעי הוא שהם ישפיעו על המדיניות בדרכם שלהם מתוך היכרות זו, גם במקומות שבהם יש להם חילוקי דעות עם נבחרי הציבור.

מובן שלגישה זו קמו מבקרים רבים, אשר הדגישו את חסרונותיה: לפקידים סמכויות רבות ללא אחריות, אפשרות הפיטורים שלהם קלושה, וקשה לדמיין פקיד המחליט לסגור את האגף שעליו הוא ממונה לאחר שגילה שהוא אינו יעיל. חמור מכל אלו, הפקידים אינם מייצגים את הציבור. אכן, על פי המדיניות המוצהרת של היועץ המשפטי לממשלה, יועצים משפטיים אינם אמורים לקדם מדיניות על בסיס שיקול דעתם. ואולם בפועל, כפי שאראה בהמשך, אין תמימות דעים לגבי גישה זו בקרב מערך היועץ המשפטי ויש אף יועצים משפטיים המשתמשים בכוחם הביורוקרטי כדי לקדם מדיניות לפי השקפתם המקצועית.⁷

הנה כמה דרכים מנהלתיות שבהן יכול יועץ משפטי להשפיע על פעילות הרשות ועל מדיניותה:

א. שיקול דעת בהתערבות היועץ

לכל אדם ולכל מערכת ישנם משאבים מוגבלים בזמן ומוגבלים באנרגיה. לכן על כל גורם מנהלי לקבוע את סדרי העדיפויות בעבודתו. סדר זה נתון בידי הרשות המנהלית באופן כמעט בלעדי. זו אחת הסיבות לכך שרשויות המדינה אינן אוכפות כל חוק באופן מלא: הן אינן יכולות להפנות את מלוא תשומת הלב לאכיפת כל חוק.⁸ גם יועמ"ש יכול שלא להתייחס לשאלות מסוימות באופן שמשפיע על המדיניות. בדרך זו היועמ"ש יכול לאפשר לרשות לקדם את מדיניותה בכך שהוא לא מתערב בה.

מנגד, יועמ"ש יכול להטיל על הרשות מטלות כה רבות במהלך בחינה של הליכי מדיניות עד שהללו יהפכו מסורבלים ומסובכים להשלמה. באפשרותו להתעכב במענה לפניית אליו, לדחות פגישות בנושא שרוצים לקדם וכן הלאה. נקיטה של דרך זו עשויה לעכב למשך חודשים ואף שנים מהלכים ששר במשרד או ראש ראשות מקומית רוצים לקדם, ולפעמים אף לגרום למקבלי ההחלטות לזנוח את המהלך כליל.

כך למשל, יועץ משפטי במועצה מקומית יכול לבחור במקרה מסוים להיצמד להוראות הדין בנוגע לזימון של ישיבת מועצה, ולקבוע שמכוון שהזימון לשיבת המועצה לא נעשה כדין, אין אפשרות לקיים את ישיבת המועצה – ואילו כאשר עומד על הפרק נושא חשוב שיש לדון בו, ודחייה של ישיבת המועצה תגרום לציבור נזק, הוא עשוי לנקוט גישה מקילה.⁹

לצורך הכנת מאמר זה שוחחתי עם כמה עוזרי שרים וכמה יועצים משפטיים על כמה דוגמאות שבהן יועץ משפטי פעל בדרך המשפיעה על מדיניות הרשות ופעולותיה. הדוגמה החריגה ביותר ששמעתי היא על מקרה שבו אחד השרים רצה לקדם את

מה שמכונה 'אוכלוסיית מוחלשות', ובין השאר את אוכלוסיית יוצאי אתיופיה. השר הכין תוכנית עבודה מסודרת לקידום מדיניות שעיקרה היה תמיכה בפעילות חברתית ואומנותית של יוצאי אתיופיה, ופירוט התוכנית הועבר גם ליועץ המשפטי במשרדו. בפגישה של מנכ"ל המשרד והצוות של השר עם היועץ המשפטי הם העלו גם את הנושא הזה לדיון, והיועץ המשפטי התנגד לקידום המהלך כי "אנחנו לא עובדים ככה במשרד". לאחר הפגישה הוסבר לצוות שהיועץ גם לא הספיק לקרוא את החומר ולכן עוד לא יכול לאשר את חוקיות המהלך. בפגישה שלאחר מכן, הנושא עלה שוב לדיון והיועץ המשפטי התנגד ליישום התוכנית משום שהיא לא הייתה טובה לדעתו, ובין השאר העלה חשש לפגיעה בערך האומנותי והחברתי של הפעילות שתקבל את תמיכת המשרד, וכן חשש כי תיקון התוכנית ידרוש זמן רב. לאחר הפגישה, הצוות של השר חיפש פתרון לבעיה ופנה לשם כך לגורמים נוספים במשרד המשפטים. משנודע ליועץ המשפטי על הפנייה למשרד המשפטים, הוא הסכים לקדם את המהלך, אבל דרש שלפני כן הצוות של השר יוכיח שיוצאי אתיופיה הם אכן 'אוכלוסייה מוחלשת' הזקוקה להעדפה מיוחדת ושהתוכנית שהוא רוצה לקדם היא באמת תוכנית טובה. לשם כך השר הקצה כמה אנשים מצוותו האישי שיבדקו סוגיה זו. הם הכינו מסמך מסודר ומפורט שכלל היבטים רבים: למה אין ייצוג תרבותי-חברתי ליוצאי אתיופיה, איפה יש הצדקה לייצוג כזה, באילו מסגרות ישנם פעילים חברתיים יוצאי אתיופיה, מה שיעור התמיכה במוסדות המיודעים ליצירה אתיופית, אילו החלטות ממשלה התקבלו בנושא, איך משרדים אחרים מתייחסים לנושא זה, מה המדיניות במדינות אחרות בסוגיות דומות והיבטים נוספים. אחד האנשים שעסקו בעריכת דוח זה סיפר שהיועץ המשפטי לא הבהיר אילו תבחינים בדיוק צריכים להיבדק בדו"ח שהם כותבים ולכן הם החליטו לבחון היטב את כל הכיוונים האפשריים. לאחר שהדו"ח נכתב הוא הוגש ליועץ המשפטי, אך הוא היה ארוך מדי לטעמו. היועץ ביקש לקבל דו"ח מתומצת יותר שמסביר, באמצעות מודל כלכלי, את ההצדקה של התוכנית ואת העדפתה על פני אחרות. הצוות של השר התקשה לגבש דו"ח כזה, כי חסרו לו נתונים לשם כתיבתו. לאחר ויכוח, היועץ המשפטי הסכים לוותר על הדרישה להצגת מודל כלכלי, אבל דרש שייכתב דו"ח ממוקד יותר. הדו"ח צריך היה לסקור את התוכנית, את תחום היזמות החברתית באופן כללי, את התייחסות המשרד לנושא, את החסמים שהצוות זיהה בתוכנית הקודמת, פירוט שיחות שהיו לצוות עם גורמי שטח על חסמים אלו, והצעות לשיפור. הצוות של השר אכן הכין דו"ח זה, אך היועץ המשפטי לא התייחס אליו עד שהצוות פנה למשרד המשפטים שוב. עם כל הרצון הטוב של השר ושל צוותו, התוכנית לא יצאה אל הפועל עד היום.

דוגמה זו הריגה למדי, אך התנהלות כזאת לעיכוב מהלכים שמקדם שר ממחישה את יכולתו של יועץ משפטי לסכל כיווני פעולות שאינם לרוחו, בלי קשר לשאלה המשפטית.

ב. שיתוף פעולה כתנאי לעבודה

הרשויות השונות נזקקות לעמדתו של יועץ משפטי באופן יומיומי ושוטף בנוגע לשאלות משפטיות העולות בעבודת הרשויות, בנוגע לפעולות הטעונות את אישורו, ובנוגע לניסוח מסמכים משפטיים דוגמת מכרזים וחוזים. כיוון שכך, כאשר עמדתו של היועץ המשפטי אינה מכובדת, הוא יכול להבהיר שאם הרשות לא תנהג בהתאם לעמדתו המשפטיות הוא לא ישתף פעולה עם הרשות באופן מלא. מדובר במעין איום ב"שביתה איטלקית" – אם לא שומעים את דעתי, לא אשתף פעולה.

ג. תנאי סף

ליועץ משפטי יש אפשרות להשפיע על מינויים באמצעות דקדוק, או היפוכו, בתנאי הסף של דרישות התפקיד הנפתח למועמדות הציבור במסגרת מכרז. זאת במיוחד כאשר כללים אלה מנוסחים באופן פתוח המותיר מקום לפרשנות (כמו למשל "בעל רקע ניהולי" או "ניסיון בתחום"). בדרך זו, יועץ משפטי יכול להגדיל את הסיכויים שיתקבלו מועמדים באופן שיתאים למדיניות שברצונו לקדם.

ד. המחזיק בקולמוס

כאשר חבר ננסת רוצה לקדם חקיקה וכאשר שר רוצה לתקן תקנות, כאשר רשות מקומית מחוקקת חוקי עזר וכאשר דרגים מקצועיים רוצים לקדם חקיקה מכל סוג – מי שמנסח את הדברים הם היועצים המשפטיים שבמחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים. עובדה זו מקנה ליועץ הזדמנות לעצב את החקיקה, להשפיע על תוכנה ולהציע את הדרך הנכונה בעיניו לכתוב אותה, במיוחד כאשר מדובר בחקיקה שאין אפשרות לקדמה משום שהיא מנוגדת לחוקי יסוד או משום שנפל פגם בהליך גיבושה.¹⁰

ה. פרשנות פתוחה

נשיא בית המשפט העליון לשעבר, פרופ' אהרן ברק, הוביל את הגישה שלפיה לשופט יש תפקידים עקרוניים רבים ובהם שמירה על החוקה, על הדמוקרטיה ועל שלטון החוק וכן שמירה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אחד הכלים העומדים לרשותו לשם שמירה על ערכים אלו הוא הכלי הפרשני המכונה "פרשנות תכליתית": פירוש החוק בהתאם לתכלית שהוא בא לממש. הכלי הפרשני יכול לשמש בעיקר במקומות שבהם ניתן להבין את הדין בכמה דרכים.¹¹

כלי זה נתון לא רק בידיהם של השופטים, אלא גם בידיהם של היועצים המשפטיים. היועץ המשפטי רשאי להגביל פעולות נוגדות את החוק או להטיל על הרשות חובה לפעול באופן מסוים בהתאם לפרשנות שהיועץ המשפטי בוחר לתת לחוק, בהתאם

לתכליתו. עו"ד אבי ליכט, בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אמר בכנס של פורום קהלת שנערך לפני שנים אחדות שבמסגרת ייעוץ משפטי הוא יכול לכתוב חוות דעת משפטיות יצירתיות (כלומר, שאינה תואמת את הדין בפרשנותו הפשוטה), כאשר הוא סבור שהדבר תואם את האינטרס הציבורי, כפי שהוא רואה אותו, ובכך להשפיע על פעילות הממשלה.¹²

ו. חבר הנהלה

בדרך כלל יועצים משפטיים הם חלק מהנהלת הרשויות, גם כאשר אינם בתפקיד מקבלי ההחלטות. מעמד זה מקנה ליועץ הזדמנות להציע קידום של הליכי מדיניות וחקיקה ולהביע את דעתו האישית, גם אם אינה משפטית, אם כי עליו להסביר שהוא לא אומר את הדברים בכובעו כיועץ משפטי וכי עצתו אינה מחייבת.¹³

ז. מייצג הרשות

היועץ המשפטי של הרשות הוא נציגה הרשמי בפני ערכאות, והוא המוסמך לבוא בדברים עם כל מי שעומד כנגד הרשות בהליך משפטי. על פי הנוהג, ועל פי מספר אמירות אגב של בית המשפט העליון, למדינת ישראל אין ייצוג חיצוני אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. כפי שניסחה זאת שופטת בית המשפט העליון דליה דורנר: "עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה".¹⁴ היועמ"ש לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבלית, ציין בכנס שנערך באוניברסיטת בר-אילן שכשיש חילוקי דעות, הוא מנהל משא ומתן עם הגורמים הרלוונטיים כגון השר, אך בדרך כלל המילה האחרונה בידיו.¹⁵ מאמר זה אינו מתמקד בייצוג הרשויות בפני בית המשפט, אך בקצרה אציין כי ישנם החולקים על קביעה זו שהרשות מחויבת להיות מיוצגת על ידי הייעוץ המשפטי לממשלה וטוענים שאמירות בית המשפט העליון בנושא אינן נחשבות להלכות מחייבות. לפי עמדה חולקת זו, לרשות יש אפשרות לקבל ייצוג בבית משפט על ידי עורך דין פרטי במקרים שבהם היועמ"ש עשוי להימנע מהבאת עמדת הרשות בפני בית המשפט.¹⁶

מכל מקום, אפשרות זאת של היועץ המשפטי לממשלה, להציג את עמדת המשרד בניגוד לעמדתו של השר, באה לידי ביטוי בפרשת אקוניס.¹⁷ בפרשה זו שר המדע והטכנולוגיה דאז, אופיר אקוניס, החליט שלא לקבל את המלצת הדרג המקצועי במשרדו, ולהימנע ממינוי פרופ' יעל אמיתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי מכיוון שחתמה על עצומה שהביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים "המסרבים לשרת כחיילים בשטחים הכבושים". לדעתו החתימה על העצומה נחשבת לקריאה לסרבנות ועידוד פעיל שלה, ולכן היא "עבירה פלילית והפרה של שלטון החוק". בנסיבות אלה, השר סבר שאין זה מן הראוי למנות את פרופ' אמיתי

לייצג את מדינת ישראל במועצת הנגידים של קרן המחקר. אמיתי עתרה לבג"ץ נגד החלטת השר. מי שאמור היה לייצג את עמדתו היה היועץ המשפטי לממשלה – אך הלה גרס שעמדתו של אקוניס לא הייתה סבירה, ולכן סירב לייצגה. במקום זאת, היועץ המשפטי לממשלה הביע את עמדתו המשפטית, בניגוד לעמדת השר, ואקוניס הגיע בכבודו ובעצמו לבית המשפט כדי להביע את עמדתו. היועץ"ש התנגד אפילו לכך: הוא טען שהוא מוסמך לא רק שלא להגן על החלטתו של שר בממשלה, אלא גם שלא לאפשר לאותו שר להציג את עמדתו בעצמו או להיות מיוצג על ידי עורך דין פרטי שיגן על החלטתו במקום היועץ המשפטי.¹⁸ באותו מקרה, בית המשפט התיר לשר להציג את עמדתו בעצמו, בניגוד לעמדת היועץ. אך לא כל שופטי בית המשפט העליון מצדדים בהיתר זה.

במילים פשוטות, לדעתו של היועץ המשפטי לממשלה ושל כמה מן השופטים בבית המשפט העליון, בהליך משפטי יש ליועץ המשפטי לממשלה אפשרות לקבוע מהי עמדת הממשלה, גם בניגוד לעמדת חברי הממשלה עצמם.

*

כפי שהסברתי לעיל, מעורבות הדרג המקצועי בגיבוש ויישום המדיניות יעילה בדרך כלל ומתאימה לשיטת המשטר הישראלית, אך למרות ההצדקות הללו, הדרג הנבחר עלול לחוות התערבות של הדרג הייעוצי כפגיעה במשילות שלו, ולמצוא עצמו בעמדה לעומתית מול היועץ המשפטי של הרשות או המוסד שבראשו הוא עומד.

ראינו את אופני ההשפעה האפשריים של הייעוץ המשפטי, מתוך מחשבה שעצם ההיכרות עם דרכי ההתנהלות של היועץ המשפטי יכולה להקל על נבחרי הציבור להבין כיצד לקיים יחסי עבודה תקינים יותר. אך מלבד ההיכרות עם מעמדם וכוחם של היועצים המשפטיים, על נבחרי הציבור להכיר את הכוח המצוי בידיהם שלהם. מנגנון האיזון בין הרשויות עדין ומורכב, וכאשר אחד מן הצדדים מרפה מן המושכות שבידיו, המתח המפריח עלול לאבד מגמישותו וליצור סדקים ושבירים. הפרק הבא יוקדש אפוא להבנת הכלים העומדים לרשות הדרג הנבחר בעבודתו עם הייעוץ המשפטי.

הכלים העומדים לרשות הדרג הפוליטי

א. הידברות

גם נבחרי הציבור וגם היועצים המשפטיים באים לפעול למען הציבור, ולכן כאשר אין הסכמה על הדרך מומלץ לקיים הידברות. אפשרות ההידברות עשויה להישמע מובנת מאליה ואף מיותרת, אך הניסיון מלמד אחרת. לפעמים הדרגים הנבחרים חשים משותקים עקב התנגדות של היועצים המשפטיים, וכלל אינם מנסים לברר את סיבת

ההתנגדות או לשכנע בצדקתם. לעיתים אנשים חושבים שקביעה משפטית היא עניין מוחלט, כזה שלאחריו אין טעם לנסות ולשכנע; ולא כך הדבר.

אף שהשיח בתקשורת כיום בנוגע ליחסים שבין נבחר ציבור לבין הייעוץ המשפטי סוער ולוהט, רשויות מקיימות שיח פורה ומועיל עם יועציהן המשפטיים וזו הדרך הטובה ביותר לעבודה משותפת. ככלל, יועצים משפטיים באים לשרת את הציבור והם פועלים למענו, ולדעתי כדאי לכל עובד ציבור לאמץ נקודת מוצא זו. שרים וראשי רשויות ששוחחתי עימם רגל מאמר זה סיפרו שקשיים משפטיים רבים שנתקלו בהם נפתרו באמצעות שיח פתוח עם היועץ המשפטי. לדברי שרת המשפטים לשעבר, ח"כ איילת שקד, שר שלא מצליח ליישם את המדיניות שלו בגלל היועמ"ש שלו, או שהוא שר גרוע או שהיועמ"ש גרוע; אך לדבריה מקרים כאלה הם המיעוט.¹⁹

בשיחה עם יועץ משפטי, יש לבחון שתי שאלות: ראשית, האם עמדת היועץ המשפטי היא עמדה משפטית או שהיא עמדה אישית? מעבר להיותו גורם מקצועי, יועץ משפטי הוא אדם פרטי, ולפעמים הוא יכול להביע את דעתו האישית בנוגע לעניין מסוים בלי להתייחס לשאלה המשפטית שקשורה בו. יועץ משפטי, שהוא חלק מצוות ההנהלה של המשרד, רשאי לומר מה דעתו האישית, במיוחד כשהיא מבוססת על ניסיון מקצועי בגיבוש מדיניות ציבורית, גם בשאלה שאינה משפטית – ואם דעתו זו אינה מתקבלת מובן שאין בכך מניעה משפטית.

שנית, אם מתברר שהעמדה אכן משפטית, מומלץ להציג בפני היועמ"ש את המהלך שרוצים לקדם בצורה מפורטת, להסביר לו את היתרונות שבמהלך ואת הקונצנזוס סביבו בקרב נבחר הציבור או אנשי המקצוע, ולחשוב יחד איתו האם אפשר להגיע למטרה הרצויה בדרך אחרת? כך למשל, אם מועצה מקומית רוצה לשפר את פניה של שכונה מסוימת, ולשם כך לטפל בגינות הפרטיות של תושביה, היא עשויה לשאול את היועץ המשפטי שאלה פשטנית: "האם אנחנו יכולים לשלוח את הגננים של המועצה לטפל בגינות הפרטיות של תושבי השכונה?" היועץ המשפטי עשוי להסביר אז שהדבר בלתי אפשרי, משום שמועצה אינה רשאית לטפל בגינות פרטיות של תושבים. אבל לאחר שיוסבר ליועץ המשפטי ההיגיון שבתוכנית אפשר יהיה לחשוב על פתרונות משפטיים שיאפשרו זאת, כמו לפנות אל התושבים ולבקש את הסכמתם שהמועצה תטפל בגינתם תמורת תשלום.

ב. ערעור על עמדת היועמ"ש

לפעמים גורמים ברשות – בעלי השכלה משפטית או שאינם כאלה – סבורים שהיועמ"ש פשוט טועה. כמובן עדיף לפתור את המחלוקת בהידברות, אך אם הדבר אינו מצליח אפשר לערער על עמדת היועמ"ש.

1. משרדי ממשלה

על פי הנחיה 9.1000 של היועץ המשפטי לממשלה, כאשר מתעורר ספק או קושי בקשר לחוות דעת של היועץ המשפטי למשרד ממשלתי, יש לשר ולמנכ"ל המשרד אפשרות לפנות ישירות אל היועמ"ש לממשלה ולבקשו לעיין בחוות הדעת ולהביע את דעתו בעניין; אך הומלץ בהנחיית היועץ לעשות זאת מתוך תיאום עם היועמ"ש למשרד, או לכל הפחות ליידע אותו בכך. על פי הנחיה זו, על היועץ המשפטי במשרד ליידע את השר והמנכ"ל של המשרד על האפשרות לערער על חוות דעתו כבר עם כניסתם לתפקיד.²⁰

ביררתי מהו אופיו של הליך זה והאם נעשה בו שימוש. על פי תשובה שקיבלתי מלשכת היועץ המשפטי לממשלה במסגרת בקשה לחופש מידע, הליך הערעור ליועץ המשפטי לממשלה אינו הליך פורמלי (דוגמת ערעור לבית המשפט), אלא הוא נעשה במסגרת העבודה השוטפת של הייעוץ המשפטי לממשלה. הפניות וההתכתבויות בהליך זה אינן שונות מכל התייעצות משפטית אחרת, והן אינן נשמרות באופן מובחן ומופרד מכל מאות הפניות המגיעות אל היועץ המשפטי לממשלה מדי יום.

אשר ליישום הנחיה זו – מתברר שאין מידע מסודר. יצרתי קשר עם כמה שרי ממשלה שונים בעבר ובהווה כדי לברר עד כמה ההליך בשימוש. מתשובותיהם עולה שהנהוג אינו מוכר לכל השרים, וגם כאשר הוא מוכר בדרך כלל הוא לא נצרך ולא בשימוש.

שרת המשפטים לשעבר איילת שקד הכירה נוהל זה אך לא נזקקה לו שכן היועצת המשפטית במשרדה שיתפה איתה פעולה באופן מלא. יחד עם זאת, השרה לשעבר טיפלה ביישום אפשרות זו במשרדים אחרים באמצעות הנחיה משותפת עם היועמ"ש לממשלה.

השרות לשעבר יעל גרמן ואורלי לוי-אבקסיס וכן השר לשעבר צחי הנגבי לא ערערו על חוות הדעת של היועמ"ש במשרדיהן, אף שהכירו אפשרות זו, מכיוון שלא נזקקו לכך.

שר התקשורת יועז הנדל נזקק לכך כאשר רצה לקדם החלטה לתקצוב על פי קריטריונים שיעודדו יצירה של "תכנים בעלי זהות ישראלית, ולא עוד 'מאסטר שף' או 'האח הגדול'" (כלשונו). לפי הבנתו, החוק הקנה לו את הזכות הזאת כשר התקשורת, אך הייעוץ המשפטי במשרדו חשב אחרת ולא התיר לו לעשות זאת. הנדל נפגש עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ערער על חוות דעתו של היועמ"ש במשרדו, והצליח לאשר מתווה שיאפשר את המדיניות שביקש לקדם.

השר מיכאל ביטון השיב שהיועמ"ש במשרדו לא סיפר לו על אפשרות הערעור (ומדבריו נשמע שגם לא ידע על אפשרות זו), אך הוא גם לא נזקק לכך בזכות שיתוף הפעולה היעיל ביניהם.

לעומת זאת, שר אחר שכיחן כשר בעשור האחרון (וביקש לשמור על עילום שמו) אמר שלא ידע על אפשרות זאת, וסיפר שהיועץ המשפטי במשרדו לא שיתף פעולה עם המדיניות שרצה לקדם והפריע לו מאוד במהלך עבודתו. רק לאחר שעוזריו חיפשו דרך להתגבר על עמדת היועץ המשפטי במשרדו במקרה מסוים, הם גילו את האפשרות לערער בפני היועץ המשפטי לממשלה, והוא אכן עשה זאת והיועץ המשפטי לממשלה קיבל את עמדתו. מיום שגילה אפשרות זו והלאה השתמש בה פעמים רבות נוספות, אך הוא מעיד שהעדיף לערער רק בסוגיות עקרוניות ולא על כל חוות דעת שיצאה מטעם היועץ, גם אם הוא חלק עליה. במובן זה, אף שאותו שר למד לערער על היועץ המשפטי, זה האחרון הוסיף להצר את צעדיו ואילץ אותו לבחור באילו נושאים לוותר מראש.

2. רשויות מקומיות

שופטי בית המשפט העליון המליצו בפס"ד עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן גם לראש המועצה (להבדיל ממליאת המועצה) לפנות אל היועץ המשפטי לממשלה לשם ערעור על חוות דעתו של היועץ המשפטי של הרשות המקומית.²¹ על פי תשובה לפנייה שקיבלתי מלשכת היועץ המשפטי לממשלה במסגרת בקשה לחופש מידע, היועץ המשפטי לממשלה מקבל עשרות רבות של פניות בתחום השלטון המקומי. לא תמיד הפנייה מנוסחת באופן מפורש כבקשה לערער על חוות הדעת של היועץ המשפטי ברשות המקומית או כבקשה לקבלת חוות דעת אחרת; לעיתים ניתן להבין זאת ממהותה.

מהתשובה שקיבלתי לא ברור אם היועמ"ש לממשלה אכן משמש בפועל כערכאת ערעור הסותרת את עמדת היועמ"ש ברשות המקומית, או שהוא רק מעמיד חוות דעת נוספת; אך ברור שהוא אכן יכול לשמש כלי עבודה משפטי חלופי ליועמ"ש של הרשות.

פניות מסוג זה אל היועץ המשפטי לממשלה נדירות ביותר. ברוב המקרים ראשי רשויות אינם מודעים לאפשרות הזאת. הפניות אל היועץ המשפטי לממשלה מתקבלות ככל פניית ציבור אחרת, ולא קיים מאגר מובחן של פניות מסוג זה, כך שקשה לדעת עד כמה כלי זה מיושם. ואולם מבין עשרה ראשי רשויות שהשיבו לפנייתי, שבעה כלל לא הכירו אפשרות ערעור זו; ומתוך השלושה שהכירו, רק אחד, ראש העיר אילת, פנה אל היועץ המשפטי לממשלה לערער על עמדת היועץ המשפטי ברשות שלו.

ג. חוות דעת חלופית

קיימת גם האפשרות לפנות לבקשת חוות דעת חלופית מעורך דין אחר. אפשרות זו יכולה לעלות בשיחה עם היועמ"ש, אם אחד השלבים ביישום המדיניות בעייתי

מבחינה משפטית והוא לא מצליח להציע דרך אחרת שבה ניתן ליישם את המדיניות; או כשהוא פשוט לא בקיא בתחום המשפטי המדובר, ולכן נזהר מלהתיר את יישום המדיניות המבוקשת. אפשר לפנות לקבלת חוות דעת חלופית גם כשיועמ"ש סבור שהמדיניות שרשות רוצה לקדם היא מדיניות לא חוקית בעיקרה.

פנייה לגורם חיצוני עלולה לעורר מתח מסוים, ולכן תמיד עדיף להגיע להחלטה כזו מתוך שיתוף פעולה עם היועמ"ש ולמנוע חילוקי דעות. או-אז, ייתכן שהיועמ"ש אף ימליץ על עו"ד מסוים המבין בתחום הנדרש או כזה שחושב בדרך אחרת ועשוי למצוא פתרון.

האפשרות קיימת ביחס לכלל היועצים המשפטיים משלושת הסוגים השונים. עם זאת, כשלא מצליחים להגיע להבנות ולהסכמות משותפות עם היועמ"ש, יש מקרים שבהם ניתן לפנות לחוות דעת חלופית גם ללא הסכמת היועמ"ש, בהתאם לסוגי הרשויות השונות.

1. משרדי ממשלה

כאמור, ישנה מחלוקת עד כמה עמדתו של היועץ המשפטי מחייבת, אך על פי התבטאויות חוזרות ונשנות ועל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, הממשלה ואגפיה מחויבים לעמדתו של היועמ"ש או הבאים מכוחו. לכן ישנה בעיה לשכור שירות של חוות דעת מעו"ד אחר ללא הסכמת היועמ"ש לממשלה. לאור זאת, תהיה בעיה אם שר או גורם אחר במשרד ממשלתי ירצה לפעול בניגוד לחוות דעתו של היועמ"ש של משרדו או היועמ"ש לממשלה. גם האפשרות לאמץ חוות דעת משפטית שונה באמצעות החלטת ממשלה לא הוסדרה בחקיקה.

בהסכמת היועץ המשפטי, היעזרות ביועץ משפטי חיצוני אפשרית. הנחיה 9.1001 של היועמ"ש לממשלה בנוגע לרכישת שירותים משפטיים חיצוניים על ידי משרדי ממשלה קובעת שהיועצים המשפטיים רשאים לבקש ייעוץ משפטי חיצוני אם הם זקוקים לכך עקב צורך במומחיות מיוחדת שאינה מצויה בשירות המדינה או בשל עומס עבודה מיוחד.

2. רשויות מקומיות

על פי דו"ח מבקר המדינה משנת 2006 בנושא ייעוץ והספקת שירותים משפטיים בשלטון המקומי, רשויות מקומיות נעזרו בעורכי דין חיצוניים כאשר היועץ המשפטי של הרשות היה עמוס מכדי לטפל בכל צורכי הרשות, בשל נושאים מורכבים הדורשים מומחיות מיוחדת, או במטלות מיוחדות הדורשות כוח אדם נוסף לעניין מסוים. לפעמים שירותים אלה ניתנו לרשויות אף על בסיס קבוע. מטבע הדברים ייעוץ כזה ניתן בהסכמת היועץ המשפטי, שכן רשויות מקומיות מחויבות לחוות הדעת של

היועץ המשפטי שלהן; אולם מליאת המועצה רשאית לאמץ בהצבעה חוות דעת משפטית אחרת שהוצגה בפניה בישיבת המועצה, גם בניגוד לעמדת היועץ שלהן.²²

כדי לקבל חוות דעת חלופית אפשר לפנות אל היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוסבר לעיל, וכן לפנות אל עו"ד פרטי שיכתוב חוות דעת בשכר. אין פירוש הדבר שחוות דעתו של היועמ"ש אינה מחייבת – אלא שניתן לאמץ חוות דעת אחרת, באמצעות הצבעה על כך. בית המשפט ציין בעבר שראוי למועצה שתשקול היטב נקיטת צעד כזה, וכי ראוי שתפנה תחילה ליועץ המשפטי לממשלה שיחווה את דעתו בנושא. אולם אין מדובר בפסיקה שמחייבת לעשות כן, אלא רק בקביעה שהדבר הוא בגדר "ראוי".²³

ראשי רשויות רבים, ואולי אפילו רובם, אינם מכירים כלל אפשרות זו. מביין המכירים אותה, רק בודדים השתמשו בה.²⁴ ראש המועצה המקומית קדומים השתמש במנגנון זה כאשר רצה לתמוך בפרשנות מסוימת לתקנון תוכנית בניין עיר (תב"ע) בדבר היקף הסמכויות שיש לוועדה המקומית בנושא איחוד וחלוקה של מגרשים המיועדים לבנייה. היועמ"ש של המועצה המקומית סבר שהפעולה שהמועצה רצתה לעשות מחייבת אישור של מועצת התכנון העליונה (מת"ע) בבית-אל. חוות דעת אחרת שהמועצה קיבלה פירשה את התקנון באופן המותר סמכות זו בידי הוועדה המקומית. ראש המועצה העלה להצבעה במועצה את אימוץ חוות דעת זו, ולאחר שההצעה נתקבלה יכלה המועצה לנהוג על פיה.²⁵

3. רשויות מנהליות

ברשויות שבהן היועץ המשפטי אינו בעל מעמד משפטי מיוחד ניתן לפנות אל עו"ד חלופי ללא כל נטילת רשות מאת היועמ"ש וללא הליך מקדים. למשל, מועצות דתיות אינן מחויבות לקבל ייעוץ משפטי, ולכן אם אין הן מרוצות מחוות הדעת של היועמ"ש שלהן, הן יכולות לפנות אל עו"ד אחר שייתן להן חוות דעת משפטית שתתאים להן. באחד המקרים שטיפלתי בהם, מועצה דתית הפיקה ערב אמירת "סליחות" ורצתה להזמין פייטן שישיר במהלכן. היועמ"ש של אותה מועצה קבע שהדבר לא חוקי, משום שהמועצה הדתית לא אמורה לתקצב אירועי בידור. המועצה הדתית פנתה אל המשרד שאני עובד בו, והוא מסר למועצה הדתית חוות דעת שלפיה ניתן להזמין את הפייטן לאירוע, משום שחזנות אינה 'בידור' אלא חלק מהתוכן הדתי של האירוע.

*

עד כה הפנינו את הזרקור לעבר כלים קיימים ושימושיים שהמודעות אליהם לעיתים חלקית או נעדרת כליל. כעת אדון בשני כלים נוספים, מאתגרים וחרिפים יותר, אך כאלה שכדאי להניח על השולחן שכן ייתכן שעצם המודעות אליהם תסייע באיזון היחסים הקיימים.

ד. פנייה לערכאות

בדרך כלל, אפשר ועדיף לפתור מחלוקות מתוך הידברות. עם זאת, בשנים האחרונות אנו עדים לריבוי מקרים שבהם היחסים בין הרשות לבין היועמ"ש כבר יצאו מגדר חילוקי דעות נקודתיים והגיעו לידי יחסים לעומתיים, ונראה שאין אפשרות להגיע לעמק השווה, לפחות לא בתוך פרק הזמן שבו יש צורך ביישום המדיניות שעומדת על הפרק.

במקרים אלה ניתן להתייחס לפעולה של היועץ המשפטי עצמה כפעולה מנהלית הכפופה לכללי המשפט המנהלי. כללים אלה מחייבים שהפעולה לא תינקט בהשפעת מניעים פסולים, ושיובאו בה בחשבון כל השיקולים, שיקול שיקול כמידתו. אם עמדתו של היועמ"ש נראית לאנשי הרשות בלתי סבירה או בלתי מידתית, ניתן לעתור נגדה בבית המשפט.

ככלל, בית המשפט לא יתערב בפעולה מנהלית אלא אם נפל בה פגם. עמדת יועמ"ש המובעת, למשל, בלי לשקול אינטרס ציבורי חשוב, אשר צפוי להיפגע באופן משמעותי בעקבות יישום חוות הדעת, עשויה להיראות בעיני בית המשפט כבלתי סבירה ולהיפסל. כך גם במקרים שהיועמ"ש עשוי להיחשב כמי שפועל בדרך שאינה ראויה, כגון אם הוא נתון בניגוד עניינים בנושא שבו הוא מביע את דעתו, או כאשר נראה שעמדתו נובעת ממניעים זרים.²⁶ כך למשל, בית המשפט העליון דן אך לאחרונה – בעקבות עתירה של התנועה לאיכות השלטון – בשיקול דעתו של היועמ"ש לממשלה בנוגע להסדר ניגוד העניינים שהכין לראש הממשלה לשעבר נתניהו. אומנם בית המשפט לא פסל את עמדת היועמ"ש במקרה זה, אך הוא לא דחה את האפשרות לבקר את שיקול דעתו.²⁷ מדובר בעתירה נדירה יחסית, וכזו שהוגשה על ידי עמותה ציבורית, אך לכאורה אין מניעה לאיש ציבור או מפלגה לעתור נגד יועץ משפטי שבהחלטתו נפל פגם.

אומנם, בכלי זה ישנן שתי בעיות שראוי לציין. ראשית, בתי המשפט אינם מכירים תמיד בהנחיה של יועץ משפטי כפעולה מנהלית, ולכן גם אינם מקבלים עתירות נגד הנחייתו של היועץ המשפטי. שנית, בעתירה שמגישה רשות, מי שמייצג אותה הוא היועץ המשפטי שלה שנגדו היא מבקשת לעתור. לגבי מקרים שבהם יש ניגוד של ממש בין עמדת הרשות לבין עמדת הייעוץ המשפטי, הומלץ בוועדת שמגר שהרשות תיוצג על ידי עורך דין אחר; אך הדבר טרם עוגן בחקיקה ולא ברור כיצד מהלך מעין זה יסתיים.²⁸

אפשרות מעניינת נוספת במסגרת פנייה לבית המשפט היא לבקש מבית המשפט שיחווה את דעתו בנוגע לשאלה המשפטית שבה הכריע היועץ המשפטי. הליך זה נקרא 'אבעיה', והוא אינו הליך מנהלי, אלא פנייה בשאלה משפטית לבית המשפט. מכיוון שעמדתו של יועץ משפטי מחייבת כל עוד בית המשפט לא פסק אחרת,

פסיקה של בית משפט במסגרת זו מאפשרת לקבל את הכרעת בית המשפט במקום את עמדת היועץ המשפטי.

כיום, הליך 'אבעיה' משמש בעיקר בוררים שרוצים לדעת מה תחום סמכותם במסגרת הבוררות שבה הם בוררים (כמו למשל, באילו שאלות יש להם סמכות לעסוק, ואילו סעדים הם רשאים לפסוק). מכיון שלא ברור שרשות רשאית לפנות אל בית המשפט בהליך כזה, כדאי להסדיר אפשרות זאת ולאפשר לרשויות להפנות לבית המשפט שאלות בהליך 'אבעיה', כדי שיכריע בכל שאלה משפטית שיתבקש (להבנתו, הסדרה כזו יכולה להיעשות באמצעות תקנות שיתקין שר הפנים או שר המשפטים).

ה. התעלמות

הכלי החמישי לעבודה עם היועמ"ש הוא לא להישמע לחוות דעתו. זו אפשרות קיצונית ונדירה אך מתבקשת בנסיבות מסוימות, ועל כן אבקש להניחה על השולחן.

ראשית, בנסיבות שבהן היועמ"ש הציג חוות דעת המתיימרת להיות משפטית, אך היא אינה משפטית אלא עמדה אישית, עמדה זו אינה מחייבת. דינה זילבר, בתפקידה כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הביעה את עמדתה האישית כשהתנגדה להצעת חוק הנאמנות בתרבות בוועדת הכנסת: "תרבות היא דמיון חופשי ויופי וגיוון וריבוי קולות ואומץ והתרסה וכנות וריגוש וביטוי שאיננו מתחנף ואיננו מתאים את עצמו למד פטריוטיות מזויף או למבחני התאמה שלטוניים ... 'נאמנות בתרבות' הוא אוקסימורון. הנאמנות היחידה שתרבות צריכה להתיישר לפיה היא נאמנות לעצמה, ליצירה ולאמת הפנימית הנובעת ממנה". כפי שאמרה בעצמה באותו מעמד, עמדה זו הייתה דעתה האישית ולכן לא הייתה מחייבת.

לכאורה אין בדבר חידוש, אולם לעיתים יועמ"ש עשוי להביע את דעתו האישית ולשלב בדבריו סעיפי חוק ופסיקה של בית המשפט כמקור השראה, עד כדי כך שהדבר עשוי להיראות כעמדה משפטית-מקצועית. הדברים נכונים במיוחד לאור העובדה שבחלק מהמשרדים מקובל לראות ביועץ המשפטי גם חלק מהנהלת המשרד, כך שהוא מוזמן להביע את דעתו האישית על סמך הניסיון המצטבר בשירות הציבורי.

במקרה שניתוח פשוט של טענות היועמ"ש מלמד כי הן אינן משפטיות, או במקרים מורכבים יותר לאחר התייעצות עם משפטן שאכן סבור שמדובר בעמדה שאינה משפטית, ניתן להתעלם מעמדת היועמ"ש ולפעול בניגוד לה ללא הליך מיוחד, שכן עמדתו לא ניתנה בכובעו כיועץ משפטי. כאמור, מטבע הדברים, תופעה כזאת אינה נפוצה.

כלי ההתעלמות נעשה בעייתי יותר כאשר מדובר בחוות דעת שהיא אכן משפטית; וגם כאן הדבר תלוי ברשות שבה מדובר. כאשר מדובר ברשות מנהלית השוכרת שירותי ייעוץ משפטי ללא מחויבות, התעלמות איננה עניין דרמטי – אך לא כדאי

לנהוג כך, משום שהדבר מסכן את הרשות: היא חושפת את עצמה להתקפות משפטיות ואין לה מי שיגן עליה (אלא אם תקבל חוות דעת חלופית).

לעומת זאת, כאשר מדובר ברשות ממשלתית או מקומית, שאלת הציות נעשית שאלה של איזונים בין רשויות. אין זה המקום להרחיב לגבי היחסים והאיזונים שבין רשויות המדינה; אולם לשם השלמת התמונה עליי להתייחס כאן בקצרה לשאלת סמכותיותן של עמדות היועץ המשפטי לממשלה. כפי שהוסבר לעיל, אף שבית המשפט חזר כמה פעמים על הקביעה שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המחייב של החוק מבחינת הממשלה, ואף שקביעה זו מופיעה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ישנן דעות שלפיהן דעתו אינה מחייבת. עמדה זו מנומקת בכמה דרכים – למשל, שעל פי דו"ח ועדת אגרנט ודו"ח ועדת שמגר חוות הדעת של היועמ"ש לממשלה אינה צריכה לחייב את הממשלה עצמה, אלא רק את הגורמים שתחת הממשלה; וכן, שבית המשפט כלל לא פסק כי הנחיית היועץ מחייבת, אלא רק ציין זאת באמירת אגב.²⁹

גישה כזו הובעה על ידי ראש הממשלה לשעבר, בנימין נתניהו, במסגרת העתירה של התנועה לאיכות השלטון שהזכרנו לעיל, מתחילת השנה, בעניין סירובו של נתניהו לקבל את הסדר ניגוד העניינים שחיבר היועץ המשפטי לממשלה. עמדתו סוכמה בדברי נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות: "לטענת ראש הממשלה... חוות דעתו של היועץ אינן מחייבות את הממשלה, להבדיל מרשויות שלטוניות אחרות".³⁰ עמדה מחודדת יותר הביע השר לשעבר אמיר אוחנה בריאיון שערכתי עימו. כאשר שאלתי אותו אם הכיר את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה המאפשרת לערער על עמדת יועץ משפטי במשרד אמר: "איני מכיר את ההנחיה ואינני מכיר בהנחיה. היועמ"ש לממשלה הוא יועץ ואינו מוסמך לשמש כערכאת ערעור". לדעתו, ממילא עמדת יועמ"ש לממשלה או במשרד אינה מחייבת וכך גם נהג בעניין מדיניות החיסונים לאסירים, כשלא נשמע לייעוץ המשפטי שקיבל.³¹

נוכר כאן כי ישנם מקרים שבהם הממשלה, פועלת בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון פעם אחר פעם, כמו למשל באשר לפינוי ח'אן אל-אחמר; ואף שיש בכך משום פגיעה באיזון הרשויות, לנוכח נסיבות מדיניות ואחרות מקרים אלו מתקבלים בהבנה יחסית.

מובן שנקיטת צעד שכזה טומנת בחובה סכנה ממשית ליציבות השלטונית, משום שהתעלמות מהלכת בית המשפט מערערת את מושכל היסוד של שיטת המשטר הישראלי. מתפקידו של בית המשפט לאזן את הרשויות השלטוניות שלצידו, ואם הן לא תשמענה לו, לא יוכל לעשות כן. בכך עלול להתערער הכיסא בן שלוש הרגליים של הדמוקרטיה הישראלית.

המצדדים בגישה זו יטענו כי מכיוון שגם כיסא שרגליו אינן שוות הוא כיסא בלתי יציב, התעלמות מעמדת היועץ המשפטי לממשלה תביא דווקא לאיזון הראוי. טענה חזקה יותר היא שמכיוון שהלכה המתווה עיקרון (להבדיל מהוראה קונקרטיית) של בית המשפט אינה דבר מוצק לחלוטין, עימות זה ברשות השופטת הוא לגיטימי. פרקטיקה זו אין יסודה בעמדה משפטית בלבד, אלא בתפיסה שונה לגבי הדמוקרטיה בישראל ולגבי מיקומו של בית המשפט במערכת זו. על פי גישה זו, הכלל הוא שצריך לנהוג על פי העקרונות שנפסקו על ידי בית המשפט, אבל יש מקרים שבהם פסיקת בית המשפט עלולה להביא לשינוי במאזן הדרוש בין הרשויות. יצוין כי אף כי גישה זו מציעה להתעלם מעקרונות העולים מפסיקות עבר של בית המשפט, התעלמות כזאת אינה בהכרח עבירה על החוק.³²

להבנתי, על פי גישה זו, למרות ההצדקות לשימוש בכלי זה, לאור העובדה שמדובר בכלי אגרסיבי שעשוי לטלטל את יסודות שיטת המשטר, אין זה מן הראוי שגורמים ממונים – ואולי אפילו לא הדרג הנבחר ברשויות המקומיות – ישתמשו בו. גם במקרים הנדירים במיוחד שבהם יש מקום לשימוש בעיקרון זה, מן הראוי שיעשה בו שימוש רק בקרב הדרגים הנבחרים הגבוהים ביותר – שרי הממשלה והכנסת, אשר קיבלו בעצמם את אמון כלל הציבור.

*

הצגתי במאמר כלים פורמליים ובלתי פורמליים מרכזיים הנתונים בידי הרשויות כדי לקדם את מדיניותן, וכאלה הנתונים בידי היועץ המשפטי כדי לייעץ ולהשפיע על גיבוש המדיניות. אין מדובר ברשימה סגורה, ויש דרכים וכלים נוספים; אך אני מקווה שמאמר זה יהיה צוהר לחשיבה פרגמטית יותר על הליך גיבוש המדיניות ועל שילוב הזרועות השונות של המדינה.

תהליך גיבוש המדיניות של שני הצדדים הללו – הדרג המקצועי והדרג הפוליטי – מביא לאיזון בין רצונות שונים ובין צרכים שונים של האזרח באופן שלם יותר. כך נוצר איזון בין חשיבה ארוכת טווח לבין הצורך המיידי, בין הצורך ביציבות לבין חשיבות ההתקדמות, ובין הצורך בשלטון העם על ידי נציגיו לבין הצורך במקצועיות השלטון. האיזון הנכון בין הגורמים השונים מתקיים בעיקר כאשר אלו ואלו מכירים את הכלים העומדים לרשותם. כך הם יכולים לשרת את הציבור בדרך הטובה ביותר.

1. סיפור המעשה על מתן החיסוני האסירים מובא בבג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (נבו 31.1.2021).
2. דו"ח שמגר, עמ' 20 והנחיה מספר 1.0000 להנחיות היועמ"ש לממשלה.
3. דו"ח מרכז המחקר והמידע של הכנסת על מעמדם ותפקידם של יועצים משפטיים במשרדי ממשלה: סקירה משווה, מאת עו"ד נתנאל פרלמן.
4. חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי), תשל"ו-1975.
5. עע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה (פורסם כנבו, 13.01.2013), פסקה מ"ד לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין.
6. ניסים כהן ושלמה מזרחי, **מבוא למינהל וניהול ציבורי**, האוניברסיטה הפתוחה, 2017, כרך ב, פרק 3.
7. על פי דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, בראשות השופט שמעון אגרנט (מכונה בקיצור "דו"ח ועדת אגרנט"), על יועץ משפטי גלגול פתיחות להשגותיה של הנהלת משרד המתנגדת לחוות דעתו, "ולהיזהר והירות רבה שלא לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעת הגורם המוסמך". כך אף נקבע בדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים מקשורים לכהונתו (המכונה גם "דו"ח שמגר"), עמ' 14. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלביט, צידד בגישה זו בפומבי פעמים רבות, וזו גם העמדה שהציגו בפני השופט ישראל פת (היועמ"ש למשרד הדתות לשעבר), ועו"ד דלית דרור (יועמ"שית למשרד להגנת הסביבה).
8. להרחבה בנושא הפעלת שיקול דעת באכיפה ראו מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית**, נבו: 2008, עמ' 36.
9. אין פירוש הדבר שהיועץ יכול לפעול בניגוד לחוק; שכן אם אחד מחברי המועצה יתנגד לקיום הישיבה בשל בעיה זו, הוא יאלץ לקבל את דבריו ולהודיע על אי חוקיות ישיבת המועצה. אך אם התנגדות כזאת לא הועלתה, היועץ אינו חייב להעלותה בעצמו.
10. אבי ליכט, המדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה (2017), עמ' 15 וחלק ד', פרק ב'.
11. אהרן ברק, פרשנות תכליתית במשפט, נבו: 2003, פרק שלישי.
12. "המשנה ליועמ"ש, אבי ליכט על זכות הטוטו של היועצים המשפטיים", הופעה בפורום קהלת ב-26.10.2016, YouTube.
13. אבי ליכט, עמ' 16, הערת שוליים 10. עו"ד דלית דרור, היועצת המשפטית של המשרד להגנת הסביבה, ציינה
- במענה לפנייה שלי אליה שלדעתה יועץ משפטי, כחלק מצוות ההנהלה של המשרד, רשאי לומר מה דעתו בשאלה שאינה משפטית, אבל אז עליו להדגיש שבהקשר זה אין הוא אומר את דעתו כיועץ משפטי אלא כחבר בצוות הנהלת המשרד, ושאינו מדובר במניעה משפטית אם דעתו אינה מתקבלת.
14. בג"ץ 4287/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, מז(5) 441 (1993), בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, לט(3) 141 (1985), בג"ץ 320/96 יעל גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, נב(2) 222 (1998). וראו בהנחה מספר 1.0000 להנחיות היועמ"ש לממשלה.
15. "שיחה עם ד"ר אביחי מנדלביט, בכנס על היועץ המשפטי – הפקולטה למשפטים בר-אילן", YouTube, דקה 14:40.
16. ראו אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה": האם תיתכן 'הלכה' שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על הייצוג, פורום עיוני משפט, מד.
17. בג"ץ 5769/18 פרופ' יעל אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (נבו 4.3.2019).
18. אבישי גרינצייג, "בניגוד לעמדת הפרקליטות: בג"ץ אישר לשר אקונים לייצג את עצמו בעתירה נגדו", מעריב, 11.11.2018.
19. כך גם טענו השרים לשעבר יעל גרמן, משה (בוגי) יעלון ואורלי לוי-אבקסיס, וראשי רשויות דוגמת ראש מועצת בנימינה איתי ויסברג, ראש המועצה האזורית עמק הירדן עידן גרינבאום, וראש מועצה אזורית דרום השרון אושרת גי גונן.
20. פנייה כזו יכולה לבוא גם מצד היועמ"ש למשרד, במקרים שבהם הוא חושש לתמוך בעמדת הרשות ורוצה גיבוי לעמדתו מצד היועץ המשפטי לממשלה.
21. בפסק דין עע"מ 6145/12 עיריית נצרת עילית נ' זאב הרטמן, חבר המועצה.
22. חוק הרשויות המקומיות (ייעוץ משפטי), תשל"ו-1975.
23. בפסק דין הרטמן (הערת שוליים 5 לעיל), כתב השופט רובינשטיין בפסק דינו: "דאוי לה למועצה שתשקול היטב היטב בטרם אימוץ חוות דעת משפטית אחרת, ותפנה ליועץ המשפטי לממשלה לשם חוות דעתו בטרם תנקוט צעד קיצוני". בפסק דין זה הודגש שסמכות זו עומדת למועצה ולא לראש המועצה אשר אינו יכול להחליט על דעת עצמו לסטות מעמדתו של היועמ"ש.
24. כדי להבין עד כמה כלי זה בשימוש, פנית למרבית

בפסיקה במקרה מסוים שהגיע בפניו (להבדיל מאי-ציות להוראה קונקרטיית) אינו שווה מבחינת חומרתו לעבירה על החוק. זאת, מכמה טעמים:

א. חוק חל מהרגע שהוא פורסם ועד לרגע שהוא מבוטל (על ידי הכנסת או על ידי בית המשפט). לעומת זאת הלכה תמיד חלה גם על מקרים מסוימים באופן רטרואקטיבי, על המקרים שלגביהם נתנה ההלכה ולפעמים גם על מקרים נוספים.

ב. לפעמים לא ברור אם הלכת בית משפט תקפה, בשל פסיקות מאוחרות שלא ברור אם הן חותרות או בשל שינויים בחוק שלא ברור אם שינו את מעמד ההלכה או לא. כך למשל "הלכת אפרופים", שלא היה ברור אם היא ממשיכה לחול לאחר שינוי חוק החושים; או "הלכת דרעי-פנחס", שלא ברור היה אם היא ממשיכה לחול לאחר שינוי חוק יסוד: הממשלה. עד שלא ניתנו החלטות נוספות של בית המשפט לאחר שינוי החוק, לא היה ברור אם הן חלות או לא. חוק שריר וקיים גם אם הוא חוקק לפני שנים רבות, ואילו הלכה שניתנה לפני שנים רבות, לא בטוח שתכובד על ידי בית המשפט, שכן שינוי הזמן עשוי לשנות עמדת בית המשפט בנוגע להלכה העתיקה.

ג. לשון החוק כלל לא מחייבת את רשויות המינהל להישמע להלכות בית המשפט העליון, אלא רק את בתי המשפט שתחתיו. סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה אומר כך: "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". בית המשפט הוא שפירש שתקדימו מחייבים את הציבור ואת רשויות המינהל. (בדנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ (נבו 14.07.2011)) ובבג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, (3) 505 (1986), אך כמובן יש כאן שאלה של ביצה ותרנגולת – מי אמר שפסקים אלו מחייבים את המנהל? שאלה זו טעונה בירור עצמאי שלא כאן המקום לעורכו.

ראשי הרשויות המקומיות בישראל ושאלתי אותם אם הם הכירו אפשרות זו ואם הביאו בפועל בפני המועצה חוות דעת חלופית. מתוך 12 ראשי רשויות שענו לפניי, שישה ענו שלל לא הכירו אפשרות זו ומתוך השישה שהכירו אפשרות זו, רק שניים השתמשו בה בפועל.

25. גם ראש העיר אילת, מאיר יצחק הלוי, השתמש במנגנון זה יותר מפעם אחת.

26. אפשרות זו מוזכרת בדו"ח שמגר, עמ' 24 המזכירה שני מקרים שבהם חוות דעת היועמ"ש עמדה לביקורת שיפוטית: בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, מד(2) 485 (1990) ובג"ץ 329/81 מירה נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, לו(4) 326 (1983).

27. בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 25.3.2021).

28. דו"ח שמגר, עמ' 76.

29. להרחבה ראו גם את דו"ח ועדת אגרנט; את דו"ח שמגר, עמ' 19; ואת עמדתה של פרופ' רות גביון שם בעמ' 93-94. וראו עוד איתן לבונטין ורות גביון, "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה",

ספר שמגר, תל-אביב: לשכת עורכי הדין, תשס"ג, מאמרים א; וראו להנמקת עמדה זו מאמרו של גיל ברינגר "המוחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף'", השילוח, 11 (תשרי תשע"ט), עמ' 75-100; וכן את נייר העמדה מאת אביעד בקשי "הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות", פורום קהלת, 2014.

30. בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה.

31. סיפור המעשה מובא בבג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (נבו 31.1.2021).

32. אי-קיום של עיקרון שנקבע על ידי בית המשפט