

## ”המניעה המשפטית” של היועץ המשפטי לממשלה - ביקורת והערכה

אהרן גרבר\*

עבור בלוג ”רשות הרבים” של הפורום הישראלי למשפט וחירות

### א. מניעה משפטית או קרעכצן?

במהלך הסגר הכללי שהוטל בתחילת שנת 2021 כדי לבלום את נגיף הקורונה, ולאחר שעלה חשש כי המשך הכניסה החופשית מנתב”ג יוביל להתפשטות מוטציות אלימות של הנגיף בישראל, הוחלפו בין שר הבריאות ליועץ המשפטי האשמות בשאלת האחריות למחדל.<sup>1</sup>

חברי הממשלה טענו כי סברו, עקב יעוץ משפטי שקיבלו, כי קיימת ”מניעה משפטית” על קביעת מגבלה לכניסה חופשית של ישראלים לישראל. היועץ המשפטי לממשלה, ד”ר אביחי מנדלבליט, התנער פומבית מהצגת עמדה משפטית שאוסרת את המהלך והדגיש כי מעולם לא נשאל בנושא. הוא גם התקומם נגד הניסיון ליחס לו עמדה כזאת. גורמים משפטיים שליוו מטעם היועמ”ש את המאבק בקורונה ציינו כי אף אחד לא פנה אליהם וכי לכל היותר אחד מאנשיהם ”עשה איזה קרעכצן”, היינו עיקם את האף ונאנח כשנשאל בנושא.<sup>2</sup>

השיח הזה מעורר שאלות בקרב מי שלא מכיר את דרכי העבודה של מערך היעוץ המשפטי לממשלה בישראל. האם יתכן שממשלת ישראל תלך שולל אחרי יועץ משפטי זוטר שאמר משהו עמום, ובשל כך נדחה יישומה של מדיניות ממשלתית בנושא כה חשוב? ומהי בכלל ”מניעה משפטית” שהיועמ”ש יכול לקבוע ולבלום באמצעותה מדיניות ממשלתית?

אינני יודע מה היו חילופי הדברים בין שר הבריאות וראש הממשלה ליועציהם המשפטיים בשאלת סגירת נתב”ג, וכיצד השפיע ה”קרעכצן” של גורם משפטי על המדיניות שגובשה, אך בשורות הבאות אבקש להסביר כיצד שיטות העבודה שהוטמעו במערך היעוץ המשפטי לממשלה בשנים האחרונות עשויות לשמש קרקע פוריה לעמימות ומצע להתפתחותן של טעויות מהסוג הזה.

בחלק ראשון אציג את העמימות בדבר מעמד חוות דעתו של היועמ”ש. לאחר מכן אבחן את הרפורמה שהוביל היועמ”ש הנוכחי במדריך הפנימי לעבודת יועץ וחקיקה שעיגן את המניעה המשפטית כחלק משיטת העבודה של המשפטנים בשירות המדינה. לבסוף אבחן באופן ביקורתי את ההשלכות של הרפורמה ואת השפעתה על יחסי היועמ”ש והממשלה.

### ב. העמימות בדבר המצב החוקי הקיים

כידוע, סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בתחומי היעוץ והייצוג מעולם לא עוגנו בחקיקה. חרף זאת עמדת היועמ”ש שיוסדה על כמה אמרות-אגב בפסיקה היא כי פרשנותו לחוק מחייבת את הממשלה.<sup>3</sup> למרות שהמסקנה החד משמעית של עיקרון החוקיות היא שגוף ציבורי מנוע מלפעול במקום שהחוק לא הסמיך אותו, העמדה שהשתרשה בקרב היועצים המשפטיים בעשורים האחרונים היא כי הם מחזיקים בזכות וטו להורות לממשלה כיצד לפעול מכוח היותם הפרשן המוסמך של הדין. פסק הדין האחרון בדבר מונופול היעוץ של היועמ”ש ניתן בעניין חיסוני הקורונה לאסירים ומדגים את העמימות היטב. למרות שהעתירה

\* עו”ד אהרן גרבר משמש כסגן ראש המחלקה המשפטית וכחוקר בפורום קהלת למדיניות. בוגר תואר ראשון בחינוך במכללת הרצוג ותואר ראשון ושני (התמחות במשפט ציבורי ובינלאומי) במשפטים באוניברסיטה העברית.

<sup>1</sup> איתמר אייכנר, טובה צימוקי, נינה פוקס, אדיר ינקו וגד ליאור ”הקרב על נתב”ג ונגד היועמ”ש: בדיקת קורנה שלילית תהיה תנאי לכניסה לארץ ynet (18.1.2021)

<sup>2</sup> ישי שנרב, טוויטר (18.1.2021) ”גורמים משפטיים: אדלשטיין ורגב מכירים היטב את הטלפונים של אנשי היועמ”ש ושרים נוהגים להתייעץ תכופות תוך כדי ישיבות קבינט על כשרותה המשפטית של הצעה כזאת או אחרת. יתכן שבמהלך דיון במלי”ל עלה העניין של התניית בדיקות לחוזרים ואחד מנציגנו עשה קרעכצן, אבל בקשה ממש לא הגיעה עד שבוע שעבר”

<sup>3</sup> ”תפקידי היועץ המשפטי לממשלה” הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 (2002)

נמחקה, שלושת שופטי ההרכב בחרו לכתוב חוות דעת אגבית ארוכה, בה הסתייגו בחריפות מהעמדה שהציג שר הפנים לגופה, וביחס לעצם הפעולה בניגוד לעמדת היועמ"ש, תוך שהם נחלקים בדבר המצב המשפטי הקיים בדבר מעמד חוות דעתו של היועמ"ש במקרים בהם לא מתגלה אי חוקיות ברורה.<sup>4</sup>

האנומליה שבשילובן של אמרות אגב סותרות והעדר חקיקה מסמיכה יצרה סביבת עבודה עמומה. בעשור האחרון היו במשרד המשפטים מי שביקשו להציג את היועמ"ש כמי שמוסמך לקבוע "מניעה משפטית" שאוסרת על הממשלה לפעול בניגוד לעמדתו. לשיטתם, עמדתו מחייבת את הממשלה ולא רק מנחה אותו בכובעו כיועץ המשפטי של הממשלה.<sup>5</sup> כלומר, הוא לא משקף לממשלה את הדין כמו עורך דין פרטי שמעניק חוות דעת ובה הוא מציג את הדין. לטענתם, לחוות דעתו מעמד עצמאי שמונע מהממשלה את היכולת לפעול בניגוד לעמדתו. זאת כאשר מנגד, עמדתן המסורתית של ממשלות ישראל היא כי מלבד העדר העיגון החוקי, גם אין היגיון דמוקרטי ומשטרי לתמיכה בהפקדת סמכות להגבלת הממשלה ללא צו שיפוטי.<sup>6</sup>

למרות המחלוקת ועיסוק אקדמי וציבורי ער בסוגיה,<sup>7</sup> בפועל, הנטייה של נבחרי הציבור והיועמ"שים עד לאחרונה היתה להימנע מהתנגשויות עקרוניות. הגורמים הממשלתיים ניסו בדרך כלל להימנע מעימותים ישירים ולקדם את המדיניות שרצו גם אם נאלצו להטמיע הערות של יועמ"שים. הניסיון שלא למתוח את החבל ולחדד את המחלוקת העקרונית הותיר עמימות סביב שאלת מעמדה העקרוני של חוות דעתו של היועמ"ש שלא הוכרעה.<sup>8</sup> לא הובהר בחוק ובפסיקה מה משמעות קביעה כזאת על חופש הפעולה של

<sup>4</sup> בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (31.1.2021) (להלן - "עניין חיסוני הקורונה"). שלושת השופטים היו תמימי דעים כי דחיית חיסוני האסירים המבוגרים עד להשלמת חיסוני הסוהרים נעשתה ללא סמכות ולכן ביקרו בחריפות את השר על הסטייה מחו"ד היועמ"ש שכן קבעו כי דובר במקרה של פעולה באי חוקיות ברורה וגלויה. השופטים נחלקו בשאלת מעמד חוות דעת היועמ"ש במקרים בהם לא מדובר על חוסר סמכות מובהק. העמדה לפיה היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של החוק בוססה בפסיקה על קריאה מוטעית בדוח אגרנט ובדוח שמגר ומעולם לא נערך דיון סדור בבית המשפט בעניינה. להרחבה בדבר האופן השגוי בו הלכה והתבססה אמרת האגב הזאת בקרב חלק מהשופטים ראו איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהווייתה: יובל לדוח ועדת אגרנט" **ספר לבונטין 132** (2013) וכן אהרן גרבר "הייתה או לא הייתה" - האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? עתיד להתפרסם בפורום **עיוני משפט** נד (צפוי ב-2021). זמין כאן -

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3703246](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3703246)

<sup>5</sup> גיל ברניגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף'" **השילוח** 11 (2018).

<sup>6</sup> ראו לדוגמה פרוטוקול ישיבת הממשלה מיום 28.10.1962 עמ' 51; ברק רביד ותומר זרחין "נאמן הציע להגביל את מעורבות היועצים המשפטיים בהחלטות הממשלה" **הארץ** (14.8.2012); איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר** א 221, 248-283 (2003) (להלן: "לבונטין וגביון"); לאחרונה דווח על עימות נוסף בין היועמ"ש לראש הממשלה במהלך ישיבת ממשלה בה התקיימה הצבעה בנוגע לסגר הקורונה. על פי הדיווח, היועמ"ש קרא לביטול ההצבעה בשל פרשנותו לחוק וראש הממשלה והשרים התעמתו איתו בשאלת מעמד חוות דעתו: "מנדלבליט השיב לו [לשר אוהנה] בישיבת הממשלה: 'לא מסמכותך לקבוע ולפרש את החוק. אתה עדיין לא אחראי על הייעוץ המשפטי לממשלה', ואוהנה ענה: 'אתה צריך לחזור למקום הטבעי שלך. אתה יועץ'. נתניהו התערב ואמר למנדלבליט: 'אתה לא נבחרת.' "טובה צימוקי ואיתמר אייכנר "המשנה ליועמ"ש לשרים: 'אתם יוצרים כאוס. מה יעשה עם ישראל בבוקר" **ynet** 5.2.2021

<sup>7</sup> ראו למשל דו"ח ועדת אגרנט משנת 1962 דוח ועדת המשפטיים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בתוך **ספר קלינגהופר** על המשפט הציבורי, 419 (1993); דוח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) (להלן: "דו"ח שמגר"), וכן רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה 27 (1996); אריאל בנדור, זאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה" הפרקליט מד (1999) 423; אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק- מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט יז 7 (2001); יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 53 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); Yoav Dotan, *Lawyering for the Rule of Law: Government and the Rise of Judicial Power in Israel* (2014) Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel; אביעד בקשי הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות (2014); אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד רשות חולקת בהליכים משפטיים" **עיוני משפט** לח 361, 366 (2016); דינה זילבר "המון דברים יפים ראו עיני: מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי" **מעשי משפט** ט(1) 153, 156 (2017); דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך ד 22 (2017); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2401 (2017).

<sup>8</sup> השרים בחרו בדרך כלל "לאכול ענבים ולא לריב עם השומר" ולכן נטו לפייס את דעתם של היועמ"שים ולהגיע עימם להסכמות גם אם הדבר דרש משאבי אנרגיה וזמן. ראו לדוגמה התבטאויות של שרי הממשלה בכנס פורום קהלת שנערך ב-26 בפברואר 2016 זמין **לצפייה כאן: אבי גבאי**: "הייתי שר בממשלה, הממשלה חוקקה כל מה שהיא רצתה. לא ראיתי משהו משמעותי שהממשלה רצתה לחוקק ועצרו אותה. זה הכוח של הממשלה, לחוקק... אני מאמין ששר ענייני גורם למערכת להיות עניינית ולהפך. כשמערכת רואה שר פחות ענייני היא מתחילה לייצר הגנות ותהליכים שמונעים מהשר מה שהוא רוצה לעשות. כשהם רואים שר ענייני הם מתייחסים אחרת." **זאב אלקין**: "קם מישהו מהלשכה המשפטית של המשרד ואומר 'זה לא נכון', לא משפטית, מקצועית, ולכן אנחנו לא יכולים לאשר את זה או משפטית. כשניסיתי לרדת לעומקם של דברים אם ההתנגדות היא מקצועית הוא אמר שכן. שאלתי למה יש לכם סמכות לשפוט בנושאים מקצועיים? צריך להבין שהפעילות הלא נכונה מבחינה מקצועית מעוררת קושי משפטי שאנחנו לא יודעים להגן עליו.

הממשלה: האם מדובר ב'טו' ששולל מהממשלה את הסמכות לקדם החלטה בניגוד לעמדת היועמ"ש בדומה לצו שיפוטי, או שהממשלה שומרת על ריבונותה והיועמ"ש רק מנחה אותה בעוד היא חשופה להתערבות של בית המשפט במידה ותסטה מהנחיותו.<sup>9</sup>

מכיוון שסמכות היועמ"ש לא עוגנה בחוק או בפסיקה, גם לשיטת מי שסובר שחוות דעתו של היועמ"ש מחייבת, לא הובהר באילו מקרים ועל בסיס אילו עילות יוכל היועמ"ש לקבוע כי יש להימנע מקידום מדיניות ממשלתית. לכן גם כאשר שופט או גורם משפטי קובע כי מעמד החו"ד מחייב, כוונתו נותרת עמומה. לא ברור האם לשיטתו עמדת היועמ"ש מחייבת רק כאשר המדיניות מנוגדת חזיתית לחוק מפורש – אי חוקיות ברורה וגלויה – כלשונה של ועדת שמגר, או שהסמכות בידי של היועמ"ש והוא יכול להחליט על קיומה של מניעה משפטית מכל סיבה שהיא, גם כאשר איננה מיוסדת על חקיקה ברורה.<sup>10</sup> למרות עיקרון שלטון החוק יש מי שאוחזים בעמדה לפיה היועמ"ש רשאי להכריז על מניעה משפטית אפילו שלא מכוח החוק.<sup>11</sup>

**"יועץ משפטי צריך להיות מספיק זהיר ומספיק צנוע כדי לא להתיימר לקבוע דברים נחרצים כשאין לו בסיס איתן לכך. אבל יחד עם זאת, אני חושב שהוא לא צריך להיות זהיר מדי, כי אני חושב שליועץ המשפטי אין מנוס. הוא נתקל בדברים לא מעטים, שבהם למרות שאין תשובה ברורה, האינטואיציה המשפטית שלו אומרת לו שזה דבר לא חוקי, ולמרות שהוא לא יכול להצביע על חוק או על פסק דין שמבסס את זה, הוא צריך לעמוד מאחורי אמירה כזו, גם אם היא לא סגורה בפסיקה או בחקיקה".**

העמדה הרדיקאלית הזאת מלמדת על עוצמתה האפשרית של חוות דעת היועמ"ש. ככול שפרשנותו של היועמ"ש לדין משתרעת גם על מישורי הסבירות והמידתיות, מחזיק היועמ"ש בעוצמה שלטונית כמעט בלתי מוגבלת לקבוע כי פעולות מסוימות אינן סבירות בעיניו (ועל כן כביכול אינן חוקיות) מבלי להציג נימוק חד משמעי. חסרונותיה של עילת הסבירות ידועות,<sup>12</sup> וכאשר היועמ"ש יכול להורות לממשלה כי פעולותיה אינן סבירות הוא למעשה נוטל לעצמו את היכולת לקבוע את מדיניות הרשות המבצעת כולה. זאת לאור השילוב בין האופי העמום והכללי של עילת הסבירות, הניתנת על פניו להחלה על כל פעולה מינהלית-ממשלתית באשר היא, לבין ה"מניעה המשפטית" הנובעת כביכול מהכרעת היועמ"ש כי הפעולה "אינה סבירה". העדר הכרעה שיפוטית ועיגון חוקי הביאו אפוא להצגת מעמדה של חוות דעת היועמ"ש כשנויה במחלוקת ועמומה תוך שחלק מהמשפטנים מייחסים לה מעמד משפטי חריג.

העמימות והתפיסות השונות בדבר מעמדה של חוות הדעת, אינן תאורטיות.

חרף הנטייה של שרי הממשלה שלא לחדד את המחלוקות מטעמים פרקטיים, מפעם לפעם התפתח עיסוק ישיר בשאלת גבולות מעמדו המחייב של חוות הדעת של היועמ"ש בפסיקה, אך גם הוא לא נערך באופן סדור. במקרה יוצא דופן, כאשר היועמ"ש קבע כי "הממשלה אינה רשאית, מבחינה משפטית" למנות מועמד לראשות מינהל מקרקעי ישראל בשל התבטאויות פוגעניות שלו והוסיף כי אין להעלות את מועמדותו לדין

זו דוגמה לשיח שגרם לי להפוך ישיבה של חצי שעה לישיבה של שעה וחצי כי הייתי צריך לשכנע את נציג הלשכה המשפטית."

<sup>9</sup> ראו לדוגמה יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** ג 2413-2409 (214): "היועץ המשפטי לממשלה רק קובע באופן מוסמך כלפי הרשות המינהלית מה אומר הדין בעניין מסוים, ואין הוא נותן לרשות הוראה לנהוג בדרך מסוימת. אין לו סמכות לתת הוראה כזאת, ואילו ביקש לתת הוראה לא היה לה תוקף."

<sup>10</sup> ראו סעיף 10 לחוות דעתו של השופט סולברג **בעניין חיסוני הקורונה** לעיל הע"ש 4 וכן לבונטין וגביון 234 "גישת העמדה המחייבת היא פסקנית, אבל ספק אם היא ברורה. היא בוודאי פתוחה לפירושים שונים" עיינו דוח שמגר 72-74 וכן בנדור וסגל 436.

<sup>11</sup> דברים שנשא בכנס לרגל פרישתו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון השופט אליקים רובינשטיין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ב-12.12.2017. זמין כאן - <https://youtu.be/bStL-JWFjgc>

<sup>12</sup> נועם סולברג "על ערכים אוביקטיביים ושופטים סוביקטיביים" **השילוח** יח (2020)

בממשלה והעניין הגיע להכרעת בג"ץ, קבעה השופטת בייניש כי היועמ"ש חרג מסמכותו ואינו מוסמך להורות אופרטיבית לממשלה כיצד לנהוג. אולם גם אז נמנעה מלהבהיר את משמעותו של המעמד המחייב<sup>13</sup>:

*"עמדה זו מעוררת קושי ניכר. עקרון יסוד במשפט הציבורי הינו כי החובה והאחריות להחליט, מוטלת על מי שסמכות ההכרעה נתונה בידיו כדין. על דרך הכלל, ולמעט במקרים חריגים ויוצאי דופן שלא כאן המקום לעמוד על טיבם, הצבת "מחסום" מראש בפני הרשות המוסמכת בנסיבות בהן קיימת מניעה משפטית לקבלת החלטה או לעשיית מעשה, ראוי שתבצע בדרך של מתן חוות-דעת משפטית הקובעת כי ההחלטה או המעשה הינם בלתי חוקיים או אסורים לפי דין. חוות-דעת משפטית זו תונח בפני הגוף המוסמך, ותחייב אותו בקבלת ההחלטה שהסמכות לה מסורה בידיו. ככלל, החובה והאחריות לפעול בהתאם לחוות-הדעת האמורה מוטלת על הרשות המוסמכת, ואל ליועץ המשפטי לאכוף בעצמו את חוות-דעתו שניתנה בכובעו הייעוצי-פרשני... קביעתו של היועץ המשפטי בנסיבות העניין שלפנינו ולפיה הממשלה מנועה מלדון במועמדותו של העותר, יצרה מצב בלתי רצוי שבו לא ניתנה לרשות המוסמכת ההזדמנות להפעיל בעצמה את סמכות ההחלטה המסורה בידיה".*

הנה כי כן, הבהירה השופטת בייניש כי היועמ"ש לא יכול להציב מחסום בפני הממשלה מכוח חוות דעתו אולם גם בדבריה לא הובהר עד תום מה המשמעות של חוות דעתו המחייבת.

#### ג. אכיפת עמדת היועמ"ש באמצעות סמכויות הייצוג

גם במקרים שהתגלתה מחלוקת בין השרים ליועציה המשפטיים, עשו האחרונים שימוש בהליך המשפטי הצפוי והודיעו כי יתקשו להגן על מהלכים ממשלתיים – אפילו על חקיקה ממשלתית – אם יוגשו עתירות נגד הממשלה.<sup>14</sup> כתוצאה מכך מעמדה המחייב של חוות דעת היועמ"ש לא זכה לפיתוח והכרעה כשלעצמו, שכן ממילא לרוב יכל היועמ"ש לאלץ את הממשלה לפעול לפי עמדתו ללא ליבון סוגיית הסמכות בבית המשפט, לאור יכולתו למנוע מהממשלה ייצוג ממשי בהליכים משפטיים נגדה. במקרים קיצוניים נעשה שימוש ישיר אפילו במונופול הייצוג לו טוען היועמ"ש, כדי להבטיח כי בית המשפט יקבל את עמדת היועמ"ש,<sup>15</sup> (עניין בעייתי כשלעצמו שנעדר גם הוא כל עיגון חוקי<sup>16</sup>) אך העימותים הללו היו נדירים והתבססו על תפיסה שרואה את בית המשפט כבעל הסמכות לבלום מדיניות בניגוד לעמדת הממשלה. במקרים אלו היועמ"ש לא הציג את עצמו כבעל הסמכות לאכוף את עמדתו על הממשלה, ומקרי עימות הסתיימו בדרך כלל לאחר שהממשלה הבינה כי מבחינה מעשית מוטב לה לקבל את עמדת היועמ"ש בטרם יכפה אותה בית המשפט.

כך לדוגמה הודיע היועמ"ש הקודם יהודה וינשטיין כי לא יוכל להגן בבג"ץ על מינויו של יואב גלנט לרמטכ"ל לאחר שהתפרסם כי פלש לקרקעות מדינה, והממשלה היא זו שהחליטה שלא למנותו. וינשטיין גם גרס לממשלה להטמיע שינויים בנוסח הסופי של חוק העמותות שרצתה הממשלה לקדם וכך גם בחוק החרם, אך נמנע מלהציג את עמדתו כמחייבת כשלעצמה. אדרבה, בכירים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה אפילו

<sup>13</sup> בג"ץ 4646/08 יואל לביא נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 12.10.2008) השופטת ברון חזרה על הדברים גם בבג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל פס' 49 (14.11.2016)

<sup>14</sup> כידוע בישראל בוטלה בפועל הדרישה לזכות עמידה ועותרים ציבוריים מגישים עתירות כמעט בכל נושא ציבורי שנוי במחלוקת, הכרזה תקשורתית של היועמ"ש על קשיים משפטיים בעמדת הממשלה מאותת לעותרים ציבוריים לבחון אפשרות להגשת עתירה. ראו אהרן גרבר זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל (2019).

<sup>15</sup> בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25(2002) וראו גם בג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה נ' מינהל מקרקעי ישראל (30.3.2004)

<sup>16</sup> במקום אחר הרחבתי על כך, ראו גרבר לעיל הע"ש 4

הסבירו כי הם מרגישים בנוח לנסות ולקדם את תפיסת עולמם הערכית והפוליטית במסגרת ליווי משפטי שהעניקו לממשלה, דווקא בשל העובדה שידעו שהגורם המכריע הוא הדרג המדיני.<sup>17</sup>

כך, המשמעות המעשית של מעמדו של היועמ"ש כפרשן המוסמך של החוק לא חודדה מבחינה מעשית ולא הגיעה לידי הכרעה חד משמעית, לא בפסיקה, לא בחקיקה ולא בפרקטיקה.

#### ד. רפורמת הרמזור ועיגון בהנחיות היועמ"ש

בשנים האחרונות, עם התפתחותו של שיח המשילות בישראל, הפכה שאלת סמכויות היועמ"ש העקרונית לשאלה ציבורית בוערת. כך הציג היועמ"ש את הדברים בנאום שנשא לאחרונה:<sup>18</sup>

**"אחד הנושאים המרכזיים שעמד על הפרק בשנים האחרונות בתחום המשפט הציבורי... הוא סוגיית המשילות, והטענה כי גורמי המשפט – הן הייעוץ המשפטי לממשלה והן הערכאות השיפוטיות, פוגעים כביכול ביכולתו של הדרג הנבחר לממש את מדיניותו. השיח בנושא זה התמקד בעיקרו ביחסי הכוחות בין השחקנים המרכזיים במערכת הציבורית במדינת ישראל..."**

**בתקופה האחרונה, אני מזהה שתי מגמות מסוכנות ביותר, שמחליפות את שיח המשילות, תוך שהן מבקשות למעשה לקעקע את עקרונות היסוד המקובלים הללו. אני מכנה את המגמות האלו בשמות: שיח הנאמנות, ושיח הסמכות המוחלטת..."**

**מדובר על מצבים שבהם גורם פוליטי מחליט להתנער לחלוטין מהמגבלות החוקיות החלות עליו, ובאופן מודע ומכוון, ולעיתים אף מוצהר, פועל בניגוד לחוות הדעת המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה, המשקפת את הדין עבור הרשות המבצעת."**

כעת, לאחר שהמחלוקת העקרונית התעוררה במלוא עוזו, התברר כי לצד העיסוק האקדמי והציבורי בנושא החלו גורמים בייעוץ המשפטי ובאקדמיה בקידום העמדה, מרחיקת הלכת ואף הקיצונית יש לומר, לפיה חוות דעתו המחייבת של היועמ"ש מחייבת במובן ה"חזק", כך שכביכול פעולה בניגוד לעמדתו הינה פעולה בניגוד לחוק. יתרה מכך, החלו להישמע קולות לפיהן פעולה בניגוד לעמדתו המחייבת של היועמ"ש מאיינת את תוקף הפעולה מבחינה משפטית (void) בכל נושא ומכל עילה.<sup>19</sup> כלומר, הפעולה אינה עוד "כנגד דעתו החולקת" של היועמ"ש, אלא היא נעדרת תוקף משפטי והיא כאילו לא בוצעה. על פי התפיסה החדשה תוקפה של עמדת היועמ"ש עומד לה לעצמה להכריז מניעה משפטית, ואין צורך בצו בית משפט שיאכוף את האיסור. כפועל יוצא מכך חוות דעת היועמ"ש החלו לכלול גם הוראות אופרטיביות לגורמים במשרדי הממשלה בכדי לאכוף את עמדתו, כאשר היועצים המשפטיים פונים באופן ישיר לעובדי ציבור ומורים להם לאפשר פעולות או לשלול כספים. חוות דעתו של היועמ"ש החלה לשמש לא רק לאזהרה ולמניעה אלא גם כצו עשה בפועל שנוטל לעצמו את החרב והארנק.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> ראו לדוגמה את דבריו של מי ששימש כמשנה ליועמ"ש מייק בלאס שסבור כי קביעת המדיניות נתונה בסופו של יום בידי הממשלה: "לטענתו של בלאס החלטותיו מתקבלות על-פי מצפונו המקצועי ובידיעה שהוא לא התחנה הסופית במשרד המשפטים, ושהוא עומד לביקורת הכנסת, בגי"ץ והתקשורת. בפועל יש לציין כי נדירים המקרים שבהם החלטותיו נהפכות על-ידי הרמות הממונות מעליו." [שלטון הפקיד של מייק בלאס](https://rotter.net/forum/scoops1/680661.shtml), אורי ישראל פז, **מקור ראשון** 2.3.2011.

<sup>18</sup> בנאום מיום 28.1.2021 בכנס העמותה למשפט ציבורי. זמין כאן: <https://rotter.net/forum/scoops1/680661.shtml>

<sup>19</sup> **ראו** ציטוטים מנאומו של מנדלבליט בועידת גלובס לעסקים 20.12.2018 "פעולה בניגוד לחוות-דעת של יועץ משפטי הקובעת מניעה משפטית, היא פעולה בניגוד לחוק... שלטון החוק במדינה דמוקרטית איננו נתון לבחירה. החובה לפעול לפי החוק חלה על האזרח ועל רשויות המדינה, על הממשלה ועל הכנסת. כולם כפופים לחוק. זאת ליבה של השיטה הדמוקרטית. אין לנו שיטה אחרת." ; וכן יובל שני "תפקידו של היועץ ליעץ ושל הממשלה לכבד את החוק" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 16.9.2019.

<sup>20</sup> ראו לאחרונה כשהמשנה ליועץ המשפטי לממשלה עו"ד ארז קמיניץ הודיע לשר יעקב אביטן כי מינויים שמינה בטלים: "אין מנוס מלקבוע כי החלטתו של השר לשירותי דת נעשתה בניגוד לדין ועל כן דינה בטלות מעיקרא (void). לנוכח האמור ולאור בטלות ההחלטה, יש להורות על החזרת המצב לקדמותו" בסיום מכתבו מפנה קמיניץ גם דרישה אופרטיבית: "אבקש מהלשכה המשפטית של משרדך להעביר מכתבי זה לכל מי שמונה שלא כדין על ידך שמינויו בטל"

מייד עם כניסתו ללשכת היועמ"ש ביקש אביחי מנדלבלט לבסס את התפיסה הרחבה הזאת בדבר מעמדו העצמאי המחייב של היועמ"ש. הוא החל למסד הבחנה בין "מניעה משפטית" – מקרה שבו הוא אוסר על קידום הפעולה השלטונית – לבין מקרים של "קשיים משפטיים". הבחנה זו היתה קיימת גם קודם לכן אך לא היתה חלק מובנה משיטת העבודה של מערך הייעוץ המשפטי. כפי שראינו, גם שררה עמימות ביחס לעילות ולנושאים שלגביהם יכולה להיקבע מניעה משפטית, כאשר גם הקביעה שזכרה בפסיקה לפיה היועמ"ש הוא "הפרשן המוסמך של הדין" לא הבהירה מה מרחב הפעולה של היועמ"ש. האם הוא יכול להנחות את הממשלה רק במקרים בהם המחלוקת נובעת מפרשנותו של סעיף חוק ברור, כפי שהציעה ועדת שמגר, או שמא מדובר על פרשנות הדין במובן הרחב הכולל את סבירותה של כל החלטה שלטונית. על פי המסגור החדש שאומץ, היועמ"ש יכול להכריז על מניעה משפטית שמעקרת את הפעולה מבחינה משפטית ושאוסרת על סטיה מעמדתו, בכל נושא ובכלל זה קידום חקיקה, כאשר עילת ההתערבות יכולה להיות פרשנות של הדין, שיקולי סבירות או אפילו עקרונות היסוד של השיטה.<sup>21</sup> כתוצאה מכך נטל היועמ"ש לעצמו את הסמכות לקבוע מה תהיה החקיקה הממשלתית שתקודם, ובכך הוא למעשה חולש לא רק על פעילות הממשלה אלא גם על הכנסת, שמרבית החקיקה שמתקבלת בה היא חקיקה ממשלתית. למעשה, היועמ"ש מנדלבלט אימץ את העמדה הקיצונית ביותר בדבר מעמדה המחייב של חוות דעתו וביקש לעגן אותה בשיטת העבודה של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כולו.

שיטת העבודה החדשה כונתה "רמזור", והיא ביקשה להבנות את סדרי העבודה של היועץ המשפטי לממשלה. המתודה ביקשה לדחות את העמימות שנהגה עד כה. על פי ה"רמזור", יועץ משפטי שמלווה החלטה שלטונית צריך לחדד האם הפעולה כשירה מבחינה משפטית (אור ירוק) או שמא קיימים קשיים משפטיים בקידום המדיניות. הרמזור דורש הבחנה מוצהרת בין מקרים של "אור אדום", שבהם קיימת אליבא דמנדלבלט "מניעה משפטית" שאוסרת על קידום המדיניות; לבין מקרים של "אור כתום" בהם מתעוררים קשיים משפטיים שמוטב לפתור, אך ההחלטה האם לקדם את המדיניות מבלי לפתור את הקשיים נותרת בידי הגורם המדיני, והחלטתו צפויה לעמוד למבחן בג"ץ. ואולם, בפועל הרמזור הגביר את המתח בין היועמ"ש והממשלה, שכן מתודה זו מבנה את הצורך לבחון בכל מקרה ומקרה האם קיימת "מניעה משפטית" נוקשה, כלומר האם היועמ"ש יכול לבלום לחלוטין את המדיניות, ועל כן היא מגבילה מאוד את יכולתם של הממשלה והיועמ"ש להגיע להסכמות במקרה שהוכרזה "מניעה משפטית".

כך הוצגה הרפורמה בביקורו הראשון של מנדלבלט כיועמ"ש בוועדת החוקה, חוק ומשפט ביולי 2016:<sup>22</sup>

**"אחרי שיש מדיניות עולות שאלות משפטיות. בשאלות המשפטיות צריך להבחין בין מה שנקרא "קשיים משפטיים" לבין "מניעה משפטית" ... בסוף-בסוף, כשאני אגיע למקום שאני אגיד "מניעה משפטית", אני אגיד את זה בצורה ברורה וגלויה, ציבורית אם צריך, אבל זה לא דבר שאני מגיע אליו בנקל. קשה לי להגיע למקומות האלה, אני מקווה לא להגיע אליהם. אני מקווה לפתור בדיאלוג את הבעיות... כשאני מגלה מניעה משפטית אני חייב לשקף את זה לדרג המדיני, ואם צריך, לשקף גם לציבור שזאת עמדתני, והמשמעות היא שלא ניתן לקדם את הדבר הזה. לעומת זאת, כשיש קשיים משפטיים, אני מציף אותם, שם את סימני השאלה והאזהרה. דרך אגב, יכול מאוד להיות שאני אגיד "קשיים משפטיים", ובית המשפט, שהוא זה**

מכתב מיום 27.12.2020 זמין כאן; ראו גם בחוות דעתה של דינה זילבר "[ככה \(כבר\) לא בנויים חומה" צבר אנומליות בקשר שבין החטיבה להתיישבות לבין המדינה והתיקון המחייב](#)" (26.2.2015) חוות הדעת כוללת פרק שנושא את הכותרת "הוראות אופרטיביות" ו"הוראות לתקופת מעבר והתארגנות" ובו הוראות שפונות ישירות לחשבים בשירות המדינה ויועצים משפטיים משרדיים: "על היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה ועל החשבים במשרדים אלו לוודא כי הנחיה זו תיושם על ידי הדרגים המקצועיים במשרדיהם, ושלא יועברו לחטיבה תקציבים שלא במסגרת ההתקשרויות בהתאם לפרמטרים שפורטו" שם עמ' 13; לדוגמא נוספת מהעת האחרונה ראו את מכתבה של זילבר שפנתה ישירות למנכ"ל רשות החברות והורתה לו להתעלם מהוראות השר הממונה עליו בשל חוות דעתה.

<sup>21</sup> יהודה יפרח "בלשכת היועמ"ש שכחו מה זה להיות פרקליטים" **מקור ראשון** 25.12.2017 וראו להלן הע"ש 21-23-22 פרוטוקול 237 ועדת החוקה חוק ומשפט – הכנסת 18 ביולי 2016

**שקובע, יגיד: טעית, אין קשיים משפטיים, זו מניעה משפטית... במקום שיש קשיים משפטיים "בלבד", בוודאי שהדרג המדיני רשאי לקבל כל החלטה שהוא ימצא לנכון, ואין מה לעשות, ההחלטה נמצאת בידי.**

שנה לאחר מכן עוגנה דוקטרינת הרמזור ב"מדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה" שנכתב על ידי המשנה ליועמ"ש אבי ליכט.<sup>23</sup> שרת המשפטים סירבה לסמוך את ידיה על המדריך לאחר שהבינה שהמדריך מאמץ את העמדות הרדיקאליות ביותר בנוגע לסמכויות היועמ"ש, ואינו מסתפק בהנחיה כיצד להפעיל סמכויות אלא מבקש ליצור סמכויות יש מאין. לסירובה של שקד לחתום על המדריך לא היתה משמעות אופרטיבית אלא פוליטית בלבד, שכן ממילא אין למדריך מעמד משפטי עצמאי וממילא הסכמתה למסמך לא היתה נחוצה בכדי להעניק לו תוקף. בפועל המדריך מבנה את שיטת העבודה של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה וחולש דרכו על התנהלות הרשות המבצעת כולה ואפילו על החקיקה הממשלתית בכנסת.<sup>24</sup> המדריך עיגן בכתב את תפיסות ההפעלה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, תוך הכרעה בין גישות שנויות במחלוקת בקרב בכירי מערך הייעוץ המשפטי לממשלה ותוך אימוץ עמדה אקטיביסטית מוצהרת.<sup>25</sup> מאחר שהוא נעדר מעמד רשמי, מיהר היועמ"ש ופרסם ב-2018 הנחיית יועמ"ש בנוגע לטיפול בהצעות חוק ממשלתיות, שעייגנה את הרמזור ואת היכולת לקבוע מניעה משפטית על קידום חקיקה גם בהנחיה רשמית, ובכך ביקש ליטול לידי את הסמכויות שמעולם לא הוענקו לו בחקיקה.<sup>26</sup> למעשה עשה היועמ"ש שימוש בסמכותו להנחות את הכפופים לו בכדי ליצור סמכויות חדשות שזכרון לא בא בחקיקה, זאת לכתחילה ללא כל סמכות.

שיטת הרמזור הוצגה ככלי העבודה שלאורו נדרשים גורמי הייעוץ המשפטי לממשלה לפעול. על פי המדריך, יועץ משפטי יוכל להכריז על מניעה משפטית אפילו בהליכי חקיקה כאשר המשפטן סבור שהחוק מנוגד לחוקי היסוד (למשל – בלתי מידתי על פי המבחן הצר, כלומר פגיעתו בזכויות עולה על תועלתו) או שהחוק מנוגד לעקרונות היסוד של השיטה, או אפילו אם המשפטן סבור שהליך החקיקה סובל מפגמים.<sup>27</sup> המדריך קובע כי במקרים של פעולה שלטונית ניתן להכריז על מניעה משפטית בהעדר סמכות או סתירה להוראות חוק, בשל הליך לא תקין ואפילו בשל פגמים בשיקול הדעת של הגורם השלטוני. על פי המדריך, יועמ"ש יכול להכריז על מניעה משפטית אפילו מטעמים ערכיים מבלי לפרש את החוק, אם יסבור כי המדיניות המוצעת פוגעת בטוהר המידות או שאינה סבירה.<sup>28</sup>

מלבד המניעה המשפטית קובע המדריך כי יועצים משפטיים יתריעו על קשיים משפטיים משלל טעמים. במקרים שהם סבורים כי יתכן ובית המשפט יפסול את החקיקה, ואפילו כאשר המשפטן סבור כי החקיקה

<sup>23</sup> המדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה זמין באתר משרד המשפטים -

<https://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/Documents/LegislationGuide.pdf>

<sup>24</sup> רויטל חובל וחיים לוינסון "שקד תמכה בנוהל שמגדיר את היועמ"ש כשומר סף - וחזרה בה לאחר שהודפס" הארץ (7.11.2018)

<sup>25</sup> במבוא למדריך מציינים כותביו את חילוקי הדעות ואת החששות כי כתיבת העקרונות יביאו לחידוד המתחים הקיימים מול מי שמתנגדים לעמדות המובעות במדריך. אך ליכט ומנדלבלית הכריעו לטובת כתיבת המדריך: "לטובת ייעוץ וחקיקה ועובדיה קיים הכרח להגדיר את עקרונות היסוד שלנו ואת שיטות העבודה שלנו. הגנה זו מגנה עלינו ולא מחלישה אותנו. היא מאפשרת לנו להציג חזית אחידה ומגובשת ועוזרת ביצירת לגיטימציה לעבודה החשובה שלנו. לא ניתן עוד להתנהל ללא חשיפה ברורה של הבסיס המשפטי לעמדות שאנו מציגים וחשוב כי נהיה פתוחים וגלויים בפני כל. איננו יכולים להתעלם עוד מההשפעה של צורת העבודה הקודמת שלנו על היחסים בתוך ייעוץ וחקיקה ועל היחסים בינינו לבין שותפינו. יש לתת משקל גם לתופעות ומגמות סביבנו שדרשו את המיקוד והדיוק של תפקידנו" ראו <https://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/Documents/LegislationGuide.pdf>

<sup>26</sup> הנחיית יועמ"ש 2.3005 טיפול בהצעת חוק ממשלתיות (5.3.2018)

<sup>27</sup> עמ' 15 במדריך: "כאשר מדובר בהערה בדבר מניעה משפטית בקידום חקיקה ראשית, משמעות הדברים היא כי לא ניתן לקדם את החקיקה במסגרת החוקתית הקיימת בישראל או על בסיס עקרונות היסוד של שיטת המשפט בישראל. סוג נוסף של מניעה משפטית לגבי קידום חקיקה ראשית הוא כאשר נפל פגם חמור בהליך המנהלי של גיבוש החקיקה אשר מונע לאשר את ההצעה בוועדת שרים."

<sup>28</sup> שם: "כאשר מדובר בשאלה הנוגעת לפעולה שרשות מבקשת לבצע או החלטה שהיא מבקשת לקבל בהתאם לדין הקיים ובכלל זה גם התקנת חקיקת משנה, יכולה המניעה המשפטית לנבוע מסיבות נוספות. המניעה יכולה לנבוע מהוראות החוק, מהליך לא תקין בהתאם להוראות המשפט המנהלי או מפגם מנהלי אחר כמו שיקולים זרים, ניגודי עניינים, פגיעה בטוהר המידות ועוד."

אינה מתיישבת מבחינה מהותית עם חקיקה אחרת בנושא, או כאשר היועץ סבור כי קיימת עילה משפטית כלשהי שמקשה על קבלת ההחלטה המינהלית – בכל המקרים הללו יוכל היועמ"ש, או יועצים משפטיים שכפופים לו, להצביע על קושי משפטי ולדרוש עיון ודיון נוסף עם הגורם המדיני. בפועל ההכרזה על קשיים משפטיים הספיקה במקרים רבים בכדי למנוע יישום של מדיניות ממשלתית. כך לדוגמא נדחה ניסיונה של שרת התרבות מירי רגב לשלול תמיכה ממשלתית (של תקציבי תרבות) מתומכי טרור: תחילה היועמ"ש עצר את ניסיונה לקידום מדיניות זו על סמך החקיקה הקיימת בטענה של מניעה משפטית שמחייבת תיקון חקיקה; ולאחר מכן נבלמה הצעת חוק ממשלתית בעניין, בטענה לקושי משפטי בחקיקה.<sup>29</sup>

למרות שהמדריך דורש כי תוצג הבחנה ברורה בין מקרים של קושי משפטי לבין מקרים של מניעה משפטית או הערות מדיניות, המדריך מדגיש כי במקרים רבים לא ניתן לזהות בשלבי הטיפול הראשוניים האם מדובר בקושי משפטי או במניעה משפטית וכי על כן ניתן להציג קשיים משפטיים בעלי משקל משתנה. המשמעות המעשית היא שיועמ"ש יוכל תמיד להכריז על קיומו של קושי משפטי, ויוכל להתעכב בהכרעה האם לפניו קושי משפטי או מניעה משפטית. עיכוב שכזה עשוי לשכנע את הרשות לשנות את המדיניות מטעמים מעשיים. יתרה מכך, בפועל ולאור התפתחותה של עלת הסבירות החריגה בישראל אין הבחנה אנליטית אובייקטיבית בין הקטגוריות השונות.<sup>30</sup> לצד הרטוריקה הדורשת הבחנה בין מניעה לקושי משפטי, המדריך גם מסמך את המשפטיים לקבוע כי קושי משפטי יהפוך למניעה משפטית במקרים בהם סבור הגורם המלווה בייעוץ וחקיקה כי השיח שנערך עימו אודות הקשיים אינו "בלב פתוח ונפש חפצה".<sup>31</sup> למרות הניסיון המוצהר ליצוק ודאות, בסופו של יום, המדריך מאפשר הכרזה על מניעה משפטית משלל טעמים ומדגיש את טשטוש ההבחנה האובייקטיבית בין התחומים.

#### ה. המניעה המשפטית והרמזור – ביקורת והערכה

כהונתו של מנדלבליט כיועמ"ש רצופה בהתנגשויות בינו לבין הממשלה ושריה. לאחרונה אף דווח על עימות בין היועמ"ש לראש הממשלה בשאלת מעמד חוות דעתו של היועמ"ש במהלך ישיבת ממשלה בה התקיימה הצבעה בנוגע לפתיחת סגר הקורונה.<sup>32</sup>

היועמ"ש עשה שימוש רחב בהכרזה על מניעה משפטית ביחס להצעות חוק ממשלתיות. הוא הורה על מניעה משפטית לקדם חוק שיאסור על טבילה שאינה על פי הוראות הרבנות הראשית לישראל במקוואות ציבוריים אחרי שבג"ץ פסל פרקטיקה קיימת; הכריז על מניעה משפטית לקידום חוק ההסדרה, שקודם לבסוף כהצעת חוק פרטית; ואף הכריז על מניעה משפטית לקידום חוק המצלמות שמפלגת הליכוד רצתה לקדם כמענה לטענות על זיופים לפני הבחירות. במקרה של חוק המצלמות הממשלה החליטה לקדם את הצעת החוק בניגוד לדעתו.

גם החלטות ממשלה נתקלו בהכרזה בדבר מניעה משפטית לקידום. חלק מההחלטות קודמו למרות המניעה המשפטית שהכריז היועמ"ש. כך היה כאשר קבע כי קיימת מניעה משפטית לקדם את העלאת בני הפלאשמורה מאתיופיה בשל קבלת ההחלטה בתקופת בחירות, או כאשר ביקש למנוע את הקמתה של ועדת בדיקה לבחינת המחלקה לחקירות שופטים במשרד המשפטים. במקרה הראשון ההצעה עברה על אף עמדתו

<sup>29</sup> מורן אזולאי וטובה צימוקי "פרקליט המדינה ניצן' חוק הנאמנות בתרבות פוגע בחופש הביטוי האומנותי" *ynet* 14.10.2018

<sup>30</sup> אסנת מנדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים" *מעשי משפט* ב 56-60-59 (2009) "שונה בתכלית תפקידו של פרקליט בעידן "משפט של ערכים", שבו אנו חיים. בעולם זה, לטענה כי תוצאתו של המעשה המנהלי "אינה צודקת" עשוי להיות מקום, וכדי להתמודד עמה אין די בבחינתה של המסכת העובדתית אל מול הוראות החוק ועילות הפסלות המנהלית המקובלות. בעולם כזה ניתן מקום נכבד לצורך לאזן בין אינטרסים וערכים מתנגשים, ותוצאתה של הבחינה צריך שתצביע על היותו של המעשה המנהלי ראוי מבחינת הדין — ובמסגרת זו אף מבחינת הערכים העומדים ביסודו והאופן שבו הוא משקף את האיזון ביניהם."

<sup>31</sup> סעיפים 55-56 בעמ' 42 במדריך.

<sup>32</sup> ראו הע"ש 6.



העולים הגיעו לארץ, ואילו ועדת מח"ש נבלמה באמצעות צו-ביניים של בית המשפט לאחר שהממשלה התעלמה מעמדת היועמ"ש והקימה את הוועדה.

במקרים אחרים הודיע היועמ"ש לשרים כי החלטות שקיבלו אינן בתוקף, בשל מניעה משפטית שעליה הכריז. כך לדוגמה ביקש היועמ"ש להפוך את החלטתו של שר המדע אקוניס שסרב למנות את הפרופ' יעל אמיתי לתפקיד ייצוגי בשל תמיכתה בסרבנות בצה"ל, חרף עמדה משפטית שקבעה כי סירובו של השר אינו סביר. היועמ"ש גם עשה שימוש במונופול הייצוגי שבביל למנוע מאקוניס ייצוג משפטי בעתירה, אך אקוניס בחר להגיע לדיון. השופטים הקשיבו לטענותיו ואיפשרו לו להגיש עמדה כתובה לדיון, תוך דחיית טענות היועמ"ש בדבר קיומו של מונופול על הייצוג.<sup>33</sup> היועמ"ש נדרש בחלק מהמקרים גם לסגת מהכרזה על מניעה חוקתית בשל ביקורת ציבורית או לחץ מהממשלה. כך היה כאשר הממשלה החליטה להכריז על הקמתו הרשמית של ישוב חדש בבקעת הירדן, לאחר שהיועמ"ש הבין שהממשלה תתעלם מהחלטתו אם ידבוק בהכרזתו על קיומה של מניעה המשפטית.<sup>34</sup>

המקרים הללו מדגישים את חולשת דוקטרינת המניעה המשפטית ואת תוצרי הלואי של ניסיונות הפגת העמימות. הבניית ה"רמזור" כשיטת העבודה היועמ"שית מנכיחה במערכת את היכולת של היועץ המשפטי להכריז על מניעה משפטית ומצמצמת את מתחם ההסכמות המעשי בין הגורם המדיני לבין הגורם המשפטי. ריבוי המניעות והקלות שבה הוכרזו הרגיל את הממשלה להתעמת עם היועמ"ש ולדחות את עמדתו המשפטית במהלך שנתפס בעיני היועמ"ש כ"שבירה של הכלים". היו אמנם מקרים בהם קיבלה הממשלה את עמדתו של היועמ"ש, ואף ניתנו לאחרונה בבג"ץ החלטות שחזקו את מונופול הייצוג והייעוץ,<sup>35</sup> אך ריבוי המקרים שבהם הכריז היועמ"ש על מניעה משפטית והבחירה החוזרת של הממשלה לפעול בניגוד לעמדתו רק חידדו את המתח שבין הגורמים המדיניים לבין היועמ"ש. היועמ"ש חידד את עצמאותו ואת שיקול הדעת הרחב שלו בקביעת מניעה משפטית עצמאית, והממשלה בתגובה חידדה את עמדתה. במקום שיח פורה בין יועץ ונועץ, שעשוי לעודד את הממשלה לשקול בכובד ראש את הסתייגויותיו של הייעוץ המשפטי, נוצר שיח לעומתי וריב על סמכויות.

במדיניות המניעה המשפטית היועמ"ש מנסה ליטול לעצמו עוצמה פוליטית שעולה על עוצמתו של בית המשפט. בית המשפט יכול להוציא צווים שיפוטיים ולקבל עתירות רק לאחר הליך אדברסרי, ולהעניק סעד רק לאחר שהוצא צו בעתירה, וגם זה בהרכב ולאחר הליך דו-שלבי פומבי של דיונים, וגם אז הוא מחויב לפרסם פסק דין פומבי ומנומק. היועמ"ש לעומת זאת מבקש לבטל החלטות שלטוניות ללא כל דיון ולאכופף אותן רק מכוח מעמדו, לעיתים אפילו ללא הנמקה או מסמך כתוב. "מ"הנחיה" ו"ייעוץ" עמדתו הפכה לצו מניעה, ואפילו צו עשה, שניתן על פי שיקול דעתו הרחב בלא סמכות ובניגוד לעקרונות היסוד של דמוקרטיה, הזכות להליך הוגן, ותפיסות יסוד בדבר הרציונאל שבהליך אדברסרי והפרדת רשויות.<sup>36</sup> הניסיון לבלום אפילו חקיקה בשם היותו "הפרשן המוסמך של הדין" מדגישה את הדיסוננס המשטרי שנוצר. היועמ"ש שתפקידו לסייע לממשלה לקדם את מדיניותה על פי הדין מבקש למנוע חקיקה – שתקבע מהו הדין, ואת כל זה הוא עושה "בדן יחיד" ובלי דיון סדור עוד בטרם באה החקיקה לעולם. בניגוד להמלצות ועדת שמגר, היועמ"ש מוכן לפסול מדיניות ממשלתית בשל פגמים בשיקול הדעת של הממשלה ושריה ובכללם העדר סבירות ואפילו מטעמים של עקרונות יסוד עמומים ואינטואיציה אישית. הטשטוש המובנה בשיטת המשפט הישראלי בין פעולה בניגוד לסמכות לבין יועמ"ש שסבור כי החוק לא סביר רק מחמירים את הבעיה. יתרה

<sup>33</sup> בג"ץ 5769/18 יעל אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (4.3.2019).

<sup>34</sup> טל שניידר "היועץ המשפטי הסיר את התנגדותו והממשלה אישרה הקמת ישוב מבואות יריחו" גלובס 15.9.2019.

<sup>35</sup> בג"ץ 8451/18 האקדח על שולחן המטבח נ' השר לביטחון פנים (החלטה מיום 18.10.20) וכן עניין חיסוני הקורונה לעיל הע"ש 4.

<sup>36</sup> ראו לדוגמה את ביקורתו של יואב דותן בשולחן עגול שעסק במדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה במכון הישראלי לדמוקרטיה 6.5.2018 "אני לא בטוח שעמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את כל משרדי הממשלה. זה טוב בתור סיסמא פוליטית אבל לא מבחינה משפטית. היועץ המשפטי הוא לא בית משפט ואם יש לו סמכות זהה - אין הפרדת רשויות".

מכך, היועמ"ש גם הבהיר כי גורמים משפטיים הכפופים לו יכולים להכריז על מניעה משפטית וכך הרחיב עוד יותר את הקושי.

מקרים שבהם קבע מנדלבלית כי קיימת מניעה משפטית בשל חוסר סבירות הדגישו את הבעייתיות שבהפקדת עוצמה שלטונית כה משמעותית בידי אדם אחד. כך לדוגמה ספג מנדלבלית ביקורת קשה על קביעתו לפיה שר המשפטים אוחנה היה מנוע מלמנות כל מועמד לתפקיד ממלא מקום פרקליט המדינה, זולת המשנה לפרקליט המדינה מומי למברגר בלבד, שמתחם הסבירות למינוי כלל רק אותו.<sup>37</sup> מנדלבלית מיהר לשנות את עמדתו בעקבות הביקורת וצמצם את המניעה המשפטית תוך קביעה מעודכנת בדבר מועמדים נוספים שיכולים להכנס בדוחק למתחם הסבירות המצומצם, שעתה באורח פלא התרחב. אולם הפרשה הזאת הדגישה, שוב, את הכשלים שבייחוס מעמד משפטי מחייב לכל חוות דעת שמופקת מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

## ו. סיכום

אם נבקש להציע סיכום ביניים לרפורמה שהטמיעו מנדלבלית וליכט במערכת, הרי שמאז פרסומו של מדריך החקיקה, משבר האמון החריף ותכפו ההתנגשויות בין הממשלה ליועצה המשפטי. אני סבור כי ריבוי העימותים נוצר כתוצאה מהשימוש התכוף ב"מניעות משפטיות" ועיגון בתכנית הרמזור תוך קביעה כי ניתן להכריז על מניעה משפטית גם ביחס לחקיקה וגם מטעמים שאינם פרשנות מובהקת של הדין, לצד ניסיון לייחס ליועמ"ש כוח עצמאי חזק שיכול לבטל פעולות שלטוניות בלי צו של בית המשפט.<sup>38</sup> ההחלטה להציג את היועמ"ש כמחזיק בכוח מוחלט להורות לממשלה כיצד לפעול הביאה להתנגשויות עקרוניות ולהרחבת העימותים בין היועמ"ש והממשלה.

רפורמת הרמזור שעליה הכריז מנדלבלית עם כניסתו לתפקיד ביקשה להפיג את העימות סביב מעמד חוות דעתו של היועמ"ש ולהבהיר לכל מי שנוגע בדבר כי עמדתו מחייבת כאשר הוא קובע זאת במפורש. אך היא נכשלה גם בכך, שהרי העימות לא הופגה בעקבות רפורמת הרמזור. הממשלה התרגלה לפעול למרות "מניעות משפטיות" וגורמי ממשל עדיין לא יודעים מתי יוכלו לקדם מדיניות, שכן גם לשיטת "המדריך הפנימי" קיים טשטוש מובנה בין קושי משפטי לבין מניעה משפטית בשלבי עיצוב המדיניות. אשר על כן בפועל הרמזור לא נכנס לפעולה עד לשלב מתקדם בעיצוב המדיניות. כפועל יוצא מכך ונכון לעת הזאת נראה כי רפורמת הרמזור תרמה בעיקר להגברת המתח, העוינות וההתנגשויות בין היועצים המשפטיים לבין מקדמי המדיניות.

בניגוד לאופן שבו מציג היועמ"ש את המניעה המשפטית כאירוע חד פעמי ונדיר, הניסיון מראה כי גורמים זוטרים ביועץ המשפטי לממשלה יכולים להצביע על קושי משפטי ולהדגיש את הבעייתיות שעלולה להתפתח גם בנושאי ליבה שהממשלה מבקשת לקדם.<sup>39</sup> חלק מהשרים החלו להתעמת עם היועמ"ש בנוגע למעמדה העקרוני של חוות דעתו. בה בעת חלק מהשרים שביקשו לקדם מדיניות מול גורמי היועץ המשפטי לממשלה עלולים לוותר על מדיניות רק בשל "הערת אזהרה" של יועמ"ש, בדיוק כפי שקרה לטענת שר הבריאות בשאלת סגירת נתב"ג. לכן, גם היום עלולה להיווצר מציאות בה ממשלה המבקשת לקדם מדיניות ולא להתעמת עם היועמ"ש תשנה את מדיניותה לאור הערות (לרבות הערות אגביות) של גורמים משפטיים שמלווים פעילות ממשלתית, גם כאשר מדובר בגורם משפטי שאינו בכיר וגם כאשר לא ברור האם מדובר בקושי או במניעה משפטית.

<sup>37</sup> ראו לדוגמה גיל ברינגר "כשמנדלבלית אומר מניעה משפטית למה הוא מתכוון" גלובס 6.2.2020.  
<sup>38</sup> בניגוד לכך, היועמ"ש סבר כמעט בתמונת מראה, כי ריבוי העימותים נובע מניסיונות לקדם כוח אבסולוטי לגורמים הפוליטיים. ראו בנאומו בכנס העמותה למשפט ציבורי לעיל הע"ש 18.  
<sup>39</sup> ראו פרוטוקול 586 מועדת הפנים והגנת הסביבה 5.3.2018 שם הודיעו גורמים משפטיים לחברי הכנסת כ כל עוד לא יתנו שלילת תושבות ממחבלים מורשעים בהסכמת היועמ"ש שתעוגן בחוק הרי שהחוק אינו מידתי. לאחר שתברי הכנסת התנגדו לעמדתם החוק חוקק ללא ההתניה.

אכן, השרים אינם יכולים להתנער מהאחריות המוטלת עליהם – למרות שהעמימות מקשה על קידום מדיניות, ממשלת ישראל מחזיקה בסמכות וממילא באחריות על פעולותיה ולכן שרי הממשלה נושאים באחריות לפעולות שבתחום סמכותם. הם אינם יכולים להטיל את האחריות על היועצים המשפטיים שמכריזים על בעיות משפטיות שמגבילות את יכולת הממשלה לקדם את מדיניותה. אלא שכאן המפתח להסברת אירועי אי-הבנה שבהם שר מוותר על מדיניות, ואפילו בנושא כה מרכזי וחשוב.

חשוב לחזור אל הראשונות: עם כל הרצון הטוב והניסיון להבטיח כי הממשלה תפעל במסגרת הדין, היועמ"ש אינו מחזיק בסמכות לקבוע נוהל שכזה, וגם בית המשפט לא יכול לקבוע הסדר שכזה יש מאין.<sup>40</sup> ישנם טעמים כבדי משקל לדחות את העקרונות שעמדו ביסוד הרפורמה גם אם זו היתה נקבעת ברשות ובסמכות בידי המחוקק. בראש ובראשונה יש לחזור אל מושכלות היסוד ואל עיקרון שלטון החוק שקובע כי החוק הוא שמנחה את הממשלה ולא שלטון היועמ"ש (בדומה לביטוי המוכר – "a government of laws and not of men").<sup>41</sup> אך אין צורך לתור אחר טעמים עלומים. קידומה של הרפורמה בניגוד לעיקרון החוקיות יחד עם ניסיונו של היועמ"ש לקבוע כי הוא עומד בראש מערכת השלטון בישראל, הם משוללי סמכות, ראויים לבלימה, ומדגישים את דחיפות הסדרת סמכויות היועמ"ש בחקיקה ראשית בהקדם.

---

<sup>40</sup> ראו גרבר לעיל הע"ש 4.

<sup>41</sup> ראו ס' 30 לחוקת מדינת מסצ'וסטס הנוגע להפרדה בין רשויות השלטון.