

איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי

אוולין גורדון

פסיקת בית המשפט העליון מיום 8 בספטמבר 1993 חוללה מהפך במבנה החוקתי של הרשות המבצעת בישראל, והפכה את היועץ המשפטי לממשלה – משרה בעלת חשיבות פחותה יחסית בימים עברו, כפי שמעיד שמה הצנוע – לאחד הגורמים החזקים ביותר במערכת השלטון. בעקבות הפסיקה, מחזיק כיום הנושא בתפקיד בידיו את הסמכות הרשמית להטיל וטו על החלטות הממשלה לפי שיקול דעתו, ללא התראה ובלי שיהיה ניתן לערער על כך. וזאת כי, אליבא דבית המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה אינו "יועצה" כלל וכלל, אלא שופטה.

בית המשפט הגיע למסקנה מפתיעה זו כך: נוסף על האחריות שנושא היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית של המדינה, הוא מופקד גם על מתן ייעוץ משפטי לממשלה. הוא זה שנותן את הביטוי הבלעדי והרשמי לחוות הדעת המשפטית של הממשלה בבית המשפט העליון, ולו בלבד ניתנה הסמכות לייצג את הממשלה בבית משפט. אך מה על היועץ המשפטי לעשות אם הוא סבור שפעולה מסוימת של הממשלה אינה חוקית? זהו המקרה שבפניו ניצב בית

המשפט העליון בספטמבר 1993: הוא התבקש להכריע בשאלה אם סגן שר הדתות רפאל פנחסי צריך להתפטר מתפקידו לאחר שהוכן נגדו כתב אישום בגין עבירות על חוקי המס ועל חוק מימון מפלגות. ראש הממשלה דאז, יצחק רבין, סירב לפטר את פנחסי, והיועץ המשפטי דאז יוסף חריש, שחלק נמרצות על עמדתו של רבין, מיהר להצהיר כי לא יוכל להגן על עמדה זו בבית המשפט.

בפסק דין פנחסי, שחתומים עליו נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר וארבעה שופטים נוספים, התלבט סגן הנשיא דאז אהרן ברק בשאלה האם חרג חריש מסמכויותיו כאשר סירב לייצג את הממשלה. מסקנתו של ברק הייתה שזו אינה השאלה הנכונה: לדידו, השאלה אינה האם חריש רשאי לסרב להופיע בבית המשפט, אלא האם החוק מתיר לראש הממשלה להתעלם מחוות דעתו של היועץ המשפטי. תשובתו של ברק על שאלה זו הייתה מתמיהה: הוא קבע כי למעשה היועץ המשפטי אינו היועץ המשפטי של הממשלה, אלא הוא הפוסק עבורה בענייני משפט, וכי הממשלה מחויבת לקבל את החלטותיו.¹

משפטנים בירכו על קביעתו של ברק כעל ניצחון חשוב לשלטון החוק: לראשונה נמצאה הממשלה כפופה על פי חוק למרותו של היועץ המשפטי. ואולם, במובנים רבים, פסיקה זו רק נתנה גושפנקה רשמית למהפכה תפיסתית מרחיקת לכת שחולל עשרים וחמש שנים קודם לכן מאיר שמגר עצמו, כאשר כיהן כיועץ המשפטי לממשלה. על פי תפישה מהפכנית זו, היועץ המשפטי לממשלה ממלא תפקיד של שופט, ולא של עורך דין; ותפקידו אינו להקל על פעולות הממשלה, אלא לשפוט אותן.

חצי יובל מאוחר יותר חתם שמגר על יציר כפיו הרעיוני, והפכו לחלק מהנורמות החוקיות במדינה. עתה, הודות לפסק דין פנחסי, מוענקת לאדם אחד – שאינו נבחר ציבור ושאינו מחויב לתת דין וחשבון לאיש – הזכות החוקית לטרפד מדיניות ממשלתית, או אף להכתיב מדיניות משלו. סמכותו חלה על כל פן של פעולות השלטון, ובכלל זה ניתנת בידיו הקביעה מי רשאי לכהן כשר במשרד מסוים ומי לא. השתלשלות העניינים שהביאה למצב זה, מבלי שהמחוקק יעניק לו כל תוקף, היא עוד פרק בסיפור עיוותה של הדמוקרטיה הישראלית בידי מערכת משפט בעלת כוונות טובות והיפראקטיבית.

ההכשר שניתן בתוקף החוק לפקיד ממונה לרכז בידיו סמכויות כה רבות הוא תופעה חדשה בישראל, אולם שורשי התהליך נעוצים עוד בימי הקמת המדינה.

בתקופת המנדט עוצב תפקידו של התובע הכללי – המכונה היום היועץ המשפטי לממשלה – על פי הדגם הבריטי. בבריטניה זכה התובע הכללי למעמד של שר והיה חבר פרלמנט שנשא באחריות הציבורית הנובעת מכך; בפלשתינה המנדטורית היה התובע הכללי חבר במועצה המבצעת, המוסד הקרוב ביותר בטיבו לממשלה במערכת השלטון המקומית.² נראה כי עם הכרזת העצמאות התכוונה ממשלתה הזמנית של ישראל לשמר את הדגם הקיים ולהפקיד את הסמכות לפתוח בהליכים פליליים ולהפסיקם – סמכותו העיקרית של התובע הכללי – בידי שר המשפטים. בתכניות המקוריות של משרד המשפטים לא הוזכר כלל התובע הכללי; תחת זאת, דובר על עובד מדינה שיכונה "היועץ המשפטי לממשלה", שתפקידו להגיש לממשלה חוות דעת משפטיות לא מחייבות, ככל שיידרש.³ אולם יעקב שמשון שפירא, הראשון שמילא את תפקיד היועץ המשפטי (1948-1950), שם לו למטרה להגדיל את נתח סמכויותיו, ובמהלך שבועות מעטים שכנע את שר המשפטים דאז, פנחס רוזן, שעליו להעביר לידיו גם את סמכויות התביעה.⁴ על ידי הענקת סמכויות אלו לעובד מדינה שאינו נושא באחריות ישירה כלפי הציבור הרחב, סטתה מדינת ישראל כבר בראשית דרכה סטייה חדה מהדגם הבריטי, גם אם סמכויות התביעה היו עדיין מוגבלות לתחום הפלילי בלבד.

ברם, לא במהרה זכתה המשרה החדשה בעצמאות שהיא נהנית ממנה היום. במשך שנים רבות הייתה כפיפותו המוחלטת של היועץ המשפטי לממשלה מובנת מאליה, כמשתמע ממעמדה המשפטי העמום של המשרה. בשל היותה פרי יצירתה של הממשלה, לא ניתנה למשרה הגדרה רשמית בחוק, והממשלה הייתה רשאית לפטר את היועץ המשפטי כרצונה.

לפיכך היה מקובל על הכל ש"היועץ המשפטי" של הממשלה יזדהה עם האינטרסים הפוליטיים שלה. כך, היה שפירא דמות פעילה בפוליטיקה הישראלית; מאוחר יותר הוא נעשה חבר כנסת, ובשלב מסוים נתמנה גם לשר בממשלת העבודה. שום גבה לא הורמה גם כאשר יורשו, חיים כהן (1950-1960), כיהן חודשים אחדים בזמנית כיועץ המשפטי לממשלה וכשר המשפטים. מאחר שהיועץ המשפטי היה כל כך מזוהה עם עמדותיה של הממשלה, איש לא התייחס למילוי שני התפקידים בו־בזמן כאל ניגוד אינטרסים.⁵ אולם ניסיונותיו של כהן, בשלב מאוחר יותר, להרחיב את עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה (לאחר שבשל אילוצים קואליציוניים נשלל ממנו כובעו המיניסטרילי) נתקלו בביקורת ציבורית לא מבוטלת. כך אירע כשהחליט כהן לתבוע את חבר הכנסת מהקואליציה שלמה לורנץ בגין עבירות מטבע חוץ בלי להודיע על כך תחילה לשרים הנוגעים

לדבר. עיתון הארץ פרסם מאמר מערכת שמתח ביקורת חריפה על צעדיו של כהן, וטען שכדי לרסן את היועץ המשפטי לממשלה יש לעשותו לשר שיישא באחריות פרלמנטרית מלאה, או להכפיפו באופן מוחלט לשר המשפטים:

עתה הוכח כי השיטה הנהוגה בישראל אינה אלא פשרה לא בריאה בין שתי תפישות המנוגדות זו לזו ניגוד מהותי. אילו היה מר חיים כהן מכהן כחבר הממשלה, יכול לשאת בעצמו באחריות בעד כל מעשיו ולא היה זקוק להגנתו של שר המשפטים; ומר רוזן לא היה נאלץ להגן על צעדים שלא ידע עליהם לפני נקיטתם. התוצאה המעשית מעצם קיומם המקביל של שני שרי משפטים, שאחד מהם אחראי ואילו השני אינו אחראי, היא שהשר שאינו אחראי יכול לעשות כל מה שעולה על רוחו בלי לחשוש מפני תגובות פרלמנטאריות – בעוד שהשר האחראי צריך לחשוש מהן.⁶

יורשו של כהן, גדעון האוזנר (1960-1962), נלחם גם הוא למען יתר עצמאות בתפקיד, והשיג תוצאות דומות. דרישתו של האוזנר לעצמאות מוחלטת גרמה למשבר ממשלתי. הלחץ שהפעיל היה כה רב, עד שעלה בידו לשכנע את הממשלה להקים ועדה בלתי תלויה בראשות שופט בית המשפט העליון שמעון אגרנט, כדי להכריע בסוגיה.

מסקנות ועדת אגרנט לבחינת תפקיד היועץ המשפטי היו מאכזבות, לדידו של האוזנר. הוועדה קבעה אמנם שהיועץ המשפטי הוא "חופשי ועצמאי" לקבל החלטות בכל הנוגע לפתיחה בהליכים משפטיים, אך הוסיפה כי עליו להתייעץ תחילה עם שר המשפטים, וכי אם השר חולק על דעת היועץ, זכותו ליטול לעצמו את סמכויותיו של היועץ המשפטי. למעשה, קביעה זו העניקה לשר המשפטים זכות להטיל וטו על החלטות היועץ המשפטי לממשלה.⁷

אם לא די בכך, הרי שהוועדה גם הגיעה למסקנה כי בכל הנוגע לפעולות הממשלה, אין חוות דעתו של היועץ הממשלתי מחייבת כהוא זה. הוועדה קבעה שהממשלה צריכה אמנם להתייחס לחוות דעתו כ"משקפת את החוק הקיים" בדרך מסוימת, אך היא "רשאית להחליט כיצד עליה לפעול לפי שיקול דעתה היא".⁸ והממשלות הבאות הפנימו את קביעתה זו. כך, בשנת 1966, כאשר הותקף שר המשפטים (והיועץ המשפטי לשעבר) יעקב שמשון שפירא בכנסת על מינוי שהיועץ המשפטי משה בן-זאב (1962-1968) הסתייג ממנו, פתח שפירא את תשובתו לעמיתיו בכך שהזכיר להם כי רק לבתי המשפט ניתנה הזכות להכריע בדיון, והיועץ המשפטי אינו אלא יועץ.⁹

אף כי ראשוני היועצים המשפטיים לממשלה חתרו כולם להרחבת עצמאותם, אפילו תאבי השררה שבהם הבינו כי סוגיות מסוימות הן מחוץ לתחום מבחינתם. ולראיה דוח ממצא שכתב גדעון האוזנר בשנת 1960 על סוגיה הקשורה בפרשת לבון, בנוגע לקצין מילואים שנחשד בזיוף ובעבירות חמורות אחרות מתוך ניסיון לכאורה להפלייל את שר הביטחון לשעבר פנחס לבון כמי שהורה ליחידה ישראלית חשאית לחבל במטרות בריטיות ואמריקניות במצרים בשנות החמישים. האוזנר החליט, מסיבות שונות, שלא ניתן לפתוח בהליכים משפטיים נגד הקצין, אבל גם נמנע מלהמליץ על עונש לא פלילי, כגון פיטורים, מפני שהבין שאינו מוסמך להכריע בשאלות כגון אלה. הוא ציין ש"המוסדות המתאימים יצטרכו לשקול אם יש מקום להמשיך את שירותו בשירות קבע בעתיד".¹⁰

בן־זאב הפגין גם הוא מידה דומה של איפוק בהמשך הפרשה, כאשר דוד בן־גוריון ערער, בהסתמך על ראיות חדשות, על ממצאיה של ועדה מיניסטריאלית משנת 1960, שפטרה את לבון מאחריות. בשנת 1964 הגיע בן־זאב למסקנה כי החלטות הוועדה היו לקויות במובנים רבים; עם זאת, הוא הדגיש שהחלטתה לסיים את החקירה בפרשה הייתה עניין של מדיניות יותר משהייתה עניין של חוק (מאחר שהגוף שקיבל את ההחלטה היה גוף נבחר ולא גוף שיפוטי), ולפיכך אין בסמכותו לבטלה. וכך כתב: "אם הממשלה סבורה שנעשתה טעות, עליה לתקן את הטעות מיזמתה, ואילו אם אזרח נפגע ממעשה או מחדל של ממשלה – לו הזכות לפנות לבית הדין".¹¹

באותה תקופה לא זו בלבד שהכל קיבלו את העובדה שהיועץ המשפטי כפוף לממשלה הלכה למעשה, אלא גם הייתה הסכמה רחבה שכך ראוי שיהיה. הדבר ניכר, בין השאר, בדברים שנשא בן־זאב בפני הכנסת זמן קצר לאחר שפרש מתפקידו כיועץ המשפטי: "בוודאי שבסופו של דבר ידה של הממשלה על העליונה, משום שיש לה סמכות לפטר את היועץ המשפטי... כדי להגיע למצב הרצוי, צריך... לא ליצור מוסד שלממשלה לא תהיה עליו השפעה מחוץ לאפשרות הקיצונית של פיטורים".¹²

אולם במהלך כהונת יורשו של בן־זאב, מאיר שמגר (1968-1975), חל שינוי קיצוני באופייה של משרת היועץ המשפטי. שמגר נתמנה לתפקיד לאחר שכהן כפרקליט הצבאי הראשי, משרה מקבילה מבחינות רבות לתפקידו החדש, אולם, לדבריו, "בצבא ידעו שחוות הדעת שלי היא המחייבת על פי דין ושאני הולך לשיבות לא כדי לשתוק אלא כדי להביע את דעתי".¹³ שמגר היה נחוש בדעתו לצקת אותם תכנים לתפקידו החדש, והצליח בכך במידה רבה. אין זה מקרה שעד מהרה הדביקו לו עיתונאים את הכינוי "המנהל הכללי של המדינה".¹⁴

תיקון שהוכנס לחוק יסוד הממשלה בשנת 1968 העניק לשמגר הזדמנות פז. בתיקון, שנועד לתת תוקף לנוהל שכבר היה קיים, נקבע כי "שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה". זמן קצר לאחר שהכנסת אישרה את התיקון לחוק, נסע שמגר לחוץ לארץ בענייני הממשלה, ושר המשפטים שפירא התכונן ליטול לידיו את סמכויות היועץ המשפטי, כדרך שנהגו תמיד במקרים כגון אלו בעבר. אך הפעם הגיב שמגר במתן פרשנות משלו לחוק החדש: הוא טען שסמכויות היועץ המשפטי לממשלה הנן "בעלות אופי שיפוטי", ולפיכך אין השר יכול ליטול אותן לעצמו.¹⁵

התפישה שלפיה האדם העומד בראש התביעה – שלמעשה הנו צד ובעל עניין בכל תיק פלילי – ממלא תפקיד שיפוטי ולא תפקיד של עריכת דין, חרגה באופן מהותי מהתפישה המסורתית של התפקיד בדמוקרטיה המערביות, וחברי הכנסת בוועדת המשנה שדנה בהצעת החוק אף דחו אותה מפורשות.¹⁶ לא זו בלבד, אלא שמאוחר יותר דחתה הכנסת כולה הצעה לתיקון החוק שהוציאה במפורש את היועץ המשפטי ממניינם של עובדי מדינה שהשר רשאי ליטול לעצמו את סמכויותיהם.¹⁷

ואולם, ללא סיבה נראית לעין, קיבל שפירא את קביעתו של שמגר, וויתר על הזכות ליטול לעצמו את סמכויותיו של היועץ. בכך השמיט שפירא מידי אמצעי חשוב שהבטיח את שליטת הממשלה ביועץ המשפטי לממשלה ובמעשיו. ואולי משמעותית עוד יותר היא העובדה שהמהלך אפשר לשמגר להנהיג שינוי מכריע בתפישה הכללית של המשרה: היועץ המשפטי חדל להיות אישיות פוליטית והיה לאישיות שיפוטית – ולפיכך לא נתפש עוד כעושה דברה של הממשלה אלא כשומר צעדיה.

שמגר לא איחר לעשות שימוש בפרדיגמה חדשה זו כדי להנהיג את אחד החידושים מרחיקי הלכת ביותר שנקבעו בתקופת כהונתו. לפני כהונתו של שמגר נחשב היועץ המשפטי לממשלה ל"עורך דינה של הממשלה", וציפו ממנו שייצג אותה בבית המשפט, בין אם הסכים עם פעולותיה ובין אם לא, בדיוק ככל עורך דין האמור לייצג את האינטרסים של מרשו, יהיו דעותיו אשר יהיו. ברם, כיוון שאליבא דשמגר היועץ המשפטי ממלא תפקיד שיפוטי, הוא סבר שעליו להיות לא עורך דינה של הממשלה, אלא הפוסק שלה בענייני משפט; ושאם דעתו אינה נוחה מצעדי הממשלה, הרי שזכותו לסרב לייצג אותה בדין. בשנת 1970 מימש שמגר לראשונה את סמכותו החדשה וסירב לייצג את הממשלה כאשר הלן זיידמן, גיורת רפורמית מארצות-הברית, עתרה לבג"ץ נגד

סירובו של משרד הפנים לרשום אותה כיהודייה. שמגר חשב שעמדת הממשלה אינה חוקית לאור פסיקה קודמת של בג"ץ, ובפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל כפה היועץ המשפטי את דעתו על הממשלה וסירב לייצגה בבית המשפט.¹⁸ לא זו בלבד ששמגר עצמו סירב להופיע בבית המשפט; הוא גם הודיע שלא ירשה לאיש מעורכי הדין במשרדו (כולם שכירים של משרד ממשלתי) לעשות כן.¹⁹ סירובו של שמגר כמעט הוליד משבר קואליציוני, שנמנע רק בזכות החלטתה של העותרת עצמה לעבור גיור אורתודוקסי ולמשוך את עתירתה. אולם להוציא את המפלגות הדתיות (שאותן הטרידו רק ההשלכות הדתיות והפוליטיות של החלטת שמגר), לא נשמעו כמעט דברי ביקורת על מהלכו חסר התקדים של שמגר; אדרבה, הוא נהנה מתמיכה רחבה בכלי התקשורת. כך, למשל, כתב יעקב רוזנטל בפרשנותו בעיתון הארץ, שהחוק, בפירושו הנכון, הנו "חד משמעי לטובת העותרת, ובכך לטובת סירובו של היועץ המשפטי לממשלה להתנגד לעתירתה".²⁰ רוזנטל היה מהפרשנים היחידים שלא רק היללו את מהלכו של שמגר, אלא גם הבינו את מלוא משמעותו (אף כי במפגן מפתיע של שכתוב היסטורי, הוא התעקש לקבוע ששמגר רק יישם את מסקנות ועדת אגרנט משנת 1962):

עם כל החשיבות המהותית של מכלול הבעיות המתעוררות מפרשת זיימן, נסוגה כל הפרשה למקום שני במעלה, לפני האתגר אשר אותו הציב מר שמגר על ידי עצם שלילתו את השליחות שהוטלה עליו... כנגד "יהודי מיהו?" מותר לשאול עתה: היועץ המשפטי לממשלה – מיהו, או מהו?... [הוא] בעל תפקיד ומעמד מעין שיפוטי, עצמאי לחלוטין, בלתי תלוי בכל גורם שהוא, לרבות הממשלה או שר המשפטים; וזאת לא רק זכותו, אלא גם חובתו. הוא רשאי לאמץ דעתו של גורם כלשהו, אבל רק במידה ששכנעה אותו... יתרה מזו: לא רק שר המשפטים, אלא אף הממשלה באורח קיבוצי אינם נושאים בכל אחריות, לרבות פרלמנטרית, בעד אורח פועלו של היועץ המשפטי... בטווח ארוך, ייהנו הזועקים היום חמס – מן התקדים לטובה אשר אותו הציב עתה היועץ המשפטי לממשלת ישראל.²¹

תפישתו של שמגר את עצמו כמפקח המשפטי על הממשלה הובילה אותו גם למסקנה מהותית נוספת, והיא שמשרד היועץ המשפטי אינו צריך להסתפק בהיענות לפניות, אלא עליו אף ליזום מהלכים בעצמו. על כן, שלא כקודמיו בתפקיד, נהג שמגר לפרסם את חוות דעתו המשפטית כל אימת שנתקל במצב שהיה לא נאות בעיניו – לפני שהשר ביקש זאת ממנו – והפיץ אותה כנורמה

מחייבת. עד סוף כהונתו הספיק שמגר לצבור מאות חוות דעת משפטיות בעשרה כרכים עבי כרס, שעדיין משמשים את פקידי משרד המשפטים, ומכונים בפייהם "התנ"ך של שמגר".²²

באופן אירוני, אותו אדם אשר הגדיר מחדש את משרת היועץ המשפטי לממשלה כתפקיד שיפוטי היה גם זה שהביא את משרדו למעורבות חסרת תקדים בעניינים פוליטיים. אולי בגלל הגדרתו העצמית כמעין מפקח משפטי, ששום פעולה ממשלתית אינה חורגת מתחום שיפוטו, התערב שמגר רבות בענייני היום-יום של הממשלה. הוא הוזמן להשתתף ברוב ישיבות הממשלה – פרום שבעבר היה סגור בפני היועץ המשפטי, אלא אם כן נוכחותו הייתה נחוצה²³ – ונעשה מעורב בשלל סוגיות שאופיין היה פוליטי יותר מאשר משפטי. כך, למשל, נשא ונתן עם חברת החשמל הירדנית על הסכם לאספקת חשמל לשכונות במזרח ירושלים; עמד בראש ועדה ממשלתית שעסקה בפיתוחה של מעלה אדומים; וידו הייתה בהסדר בין הממשלה לסוכנות היהודית בנוגע לחלוקת כספים מחוץ לארץ.²⁴

הסטייה הניכרת ביותר של שמגר מההגדרה המסורתית של תפקידו באה לידי ביטוי במעורבותו הרבה בעניינים דיפלומטיים – תחום שבעבר לא ניתנה בו ליועצים המשפטיים כל דריסת רגל. שמגר היה חלק בלתי נפרד מצוות שהכין את הסכם הפסקת האש עם מצרים לאחר מלחמת יום כיפור – עובדה שנודעה לשר המשפטים, שהיה לכאורה ממונה על שמגר, רק לאחר מעשה.²⁵ כאשר התפטר שפירא מתפקידו כשר זמן קצר לאחר מכן, ניהל שמגר בפועל את משרד המשפטים במשך חמישה חודשים, תחת פיקוחה המזערי של ראש הממשלה גולדה מאיר, שנטלה לעצמה את תיק המשפטים. במהלך תקופה זו הוא היה מעורב מאוד גם במשא ומתן על הפסקת האש עם סוריה ובהכנות לוועידת ז'נבה.²⁶

כאשר התמנה שמגר בשנת 1975 לשופט בבית המשפט העליון, תפסה את מקומו אישיות חזקה אחרת שהייתה שותפה לתפישתו בדבר אופיו המשפטי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה. אהרן ברק (1975-1978) המשיך במגמת ההרחבה של התפקיד מהנקודה שבה הפסיק שמגר. ההליכים הפליליים שברק פתח בהם נגד כמה מן האישים החזקים במפלגת העבודה – ששיאם היה החלטתו בשנת 1977 להגיש כתב אישום נגד אשת ראש הממשלה, לאה רבין – העלו עוד את קרנו של היועץ המשפטי. ברק תרם רבות לטיפול התפישה שלפיה רק יועץ משפטי בלתי תלוי באמת, וחף מכל שיקול פוליטי, מסוגל להילחם בשחיתות בחלונות הגבוהים.

בד בבד עם ביצור יוקרתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, עשה ברק רבות גם כדי להוסיף ולהגדיל את כוחו. זמן קצר לאחר שנכנס לתפקידו, נתבקש ברק על ידי שר הביטחון שמעון פרס לפסוק בשאלת חוקיותו של תפקיד יועץ לענייני ביטחון לראש הממשלה, שהיה מיועד לאריאל שרון, וכלל חברות בוועדה הבין-משרדית לענייני ביטחון. ברק קבע כי "אין זה תואם כללי מנהל תקינים, כי היועץ ישב ראש או יהיה חבר בוועדות בין-משרדיות העוסקות בענייני ביטחון שבהן הרמטכ"ל הוא חבר שווה זכויות". כן הוסיף כי "אין זה תואם כללי מנהל תקין" שהיועץ ישמש כמתווך בין ראש הממשלה לרמטכ"ל.²⁷ וכך קבע ברק עיקרון חשוב: סמכותו של היועץ המשפטי אינה רק לפסוק מה חוקי ומה לא, אלא גם לאכוף את דעתו בנוגע לכל מה שאינו "מנהל תקין" לטעמו.

ברק גם מחה את שרידיהן האחרונים של מסקנות דוח ועדת אגרנט משנת 1962: הוא אף לא נועץ בשרים הנוגעים לדבר לפני הגשת כתבי אישום שהיו עשויות להיות להם השלכות פוליטיות. כאשר החליט להגיש כתב אישום נגד ראש עיריית בני ברק – שהיה חבר באחת ממפלגות הקואליציה – הודיע על כך לשרים שהעניין נגע להם רק לאחר מעשה, אף שהחלטתו עוררה סערה פוליטית.²⁸ למעשה, היה הדבר פועל יוצא מתפישתו את תפקידו כתפקיד משפטי: ככלות הכל, שופטים אינם נועצים בפוליטיקאים בעת קבלת ההחלטות.

אך כוחו של ברק התעצם במידה המשמעותית ביותר דווקא בעקבות המהפך של בחירות 1977, שהעלה את האופוזיציה לשלטון, לראשונה מאז קום המדינה. למעשה תכנן ברק לפרוש מיד לאחר הבחירות, אך שינה את דעתו עם ניצחון הליכוד, כיוון שחש שחשוב לבסס עיקרון שלפיו היועץ המשפטי לממשלה אינו דמות פוליטית המתחלפת יחד עם המפלגה השלטת.²⁹ מאחר שראש הממשלה הנכנס, מנחם בגין, היה להוט להשאירו בתפקיד, נקבע התקדים ללא מהומה – עניין פעוט לכאורה, אך למעשה בעל השלכות מרחיקות לכת. מאז שעוצבה משרת היועץ המשפטי כתפקיד א-פוליטי ולא כמינוי מפתח פוליטי, היו ממשלות חדשות עתידות להתקל בקשיים רבים כאשר ביקשו להחליף יועץ משפטי מכהן, גם אם הערים זה מכשולים רציניים בדרכן למימוש מדיניותן.

ניצחון הליכוד הביא עמו גם ברכה נוספת לברק. מאחר שבגין ביקש לשמור את תיק המשפטים עבור מפלגת ד"ש, שהוא חизר אחריה בתור שותפה-בכוח לקואליציה, הוא נטל את התיק לעצמו והשאיר בידי ברק את ניהול המשרד בפועל במשך ארבעת החודשים הראשונים לכהונת הממשלה החדשה.³⁰ כך התרגלו עד מהרה בגין ושרי ממשלתו להסתמך על חוות דעתו. בשבוע הראשון לכהונתו

כראש ממשלה הכריז בגין כי ברק ישתתף בכל ישיבות הממשלה, הישג שאפילו שמגר לא יכול לזקוף לזכותו.³¹

ברק מיהר לנצל את המצב כדי לנווט את משרדו למחוזות שכף רגלו של יועץ משפטי טרם דרכה בהם – קביעת המדיניות הממשלתית הלכה למעשה. כאשר הציע שר האוצר דאז, שמחה ארליך, לגייס מיליונים ממסים שלא נגבו על ידי הענקת חנינה למעלימי מס שיסכימו להצהיר על הונם ולשלם עליו מסים, הביע ברק את התנגדותו. הוא התנגד להצעה לא משום שהיה מדובר בצעד לא חוקי, אלא משום שהיה סבור שמדובר במדיניות פגומה. ברק טען שלחנינה תהיה השפעה מזיקה על מערכת אכיפת החוק, ולמעשה היא תתגמל פושעים על פשעיהם. בממשלה פרץ ויכוח חריף בנושא, ובסופו של דבר נדרש בגין להכריע בסוגיה – ועשה זאת לטובת ברק.³² וכך, למרות שברק הוסיף להדגיש את אופייה השיפוטי של משרתו, הוא לא נמנע מלספח לתפקידו הרבה ממאפייני התפקיד של שר בממשלה.

ברק גם העמיק באופן ניכר, ביחס לשמגר, את מעורבותו של היועץ בענייני החוץ של המדינה. גם לאחר שמונה שר משפטים באוקטובר 1977, הוסיף בגין להיפגש עם ברק כמעט מדי יום ביומו,³³ וכאשר חודש לאחר מכן החלו שיחות השלום עם מצרים, ביקש בגין מברק למלא בהן חלק פעיל. ברק קיים שיחות בארבע עיניים עם מזכיר המדינה האמריקני סירוס ואנס, עם הנשיא ג'ימי קארטר ועם שר המלחמה המצרי מוחמד גמאסי; היה אחד מיושבי ראש המשלחת הישראלית במהלך השיחות עם המצרים בירושלים; והציע שינויים משלו לתכנית האוטונומיה של בגין. ברק מילא תפקיד כה חיוני בשיחות, עד שגם לאחר מינויו לשופט בבית המשפט העליון בשנת 1978, עמד בגין על כך שהוא ינטוש לזמן מה את כס השופטים כדי ליטול חלק בשלבים האחרונים של המשא ומתן.³⁴

ואמנם, מעורבותו של ברק בעניינים פוליטיים עוררה תמיהה מסוימת. "כאשר ראש הממשלה מצווה על היועץ המשפטי להתלוות אל שר הביטחון לקהיר, לא לשם מתן ייעוץ משפטי. אלא כדי לעשותו שותף במשא ומתן – מותר להציג את השאלה אם שליחות בעלת אופי מדיני מסוג זה לא הייתה הולמת יותר את מעמדו של שר המשפטים", כתב אחד העיתונאים שסיקרו את התהליך.³⁵ עיתונאי אחר כתב במאמר מערכת כי בגין הוכיח "נטייה גוברת להפוך את מר ברק ליועץ מדינה כללי על כמעט כל דבר תחת השמש".³⁶ ברם, מספר המצדדים בדבר היה גדול בהרבה. כך, עיתון הארץ פרסם מאמר מערכת תחת הכותרת "לשמור על עצמאות היועץ המשפטי", ובו נכתב כי כהונתו של ברק "[המחשיה] לציבור הרחב את חשיבותה של משרה זו".³⁷

ברק השאיר אחריו משרה בעלת עצמה רבה, ויורשו, יצחק זמיר (1978-1986), קיבל את הנורמות שקבעו שמגר וברק כמובנות מאליהן. בתחום קביעת המדיניות, למשל, זמיר לא נפל מברק בתוקפנותו: כאשר הגישה הממשלה הצעת חוק לכנסת להקמת רשות עצמאית לתקשורת, סייג אותה זמיר ברשימה של נימוקים שכנגד – לא מסיבות הנוצרות בחוק, אלא מטעמים כלכליים. הוא סבר שהצעת החוק מעניקה לרשות החדשה מונופול כה נרחב, עד שהדבר יעצור את התפתחותה של תעשיית התקשורת בישראל.³⁸ כמו כן התנגד זמיר להקמת רשות דואר עצמאית מטעמים כלכליים. הוא טען שאין צורך ברשות כזו, ושהיא רק תיתן בידי העובדים תירוץ לתביעות להעלאת שכר.³⁹ נוסף לכך, זמיר המשיך את מדיניות קודמיו וניצל את שליטתו בייצוג המשפטי של הממשלה כדי להטיל עליה מורא. בשנת 1983, לדוגמה, ביקשה הממשלה להעניק לתלמידי ישיבות שלא שירתו בצבא קצבאות ילדים זהות לאלו של יוצאי צבא, אולם חזרה בה מהצעתה לאחר שמדיניותה הובאה לדיון בפני בג"ץ וזמיר איים שלא יגן עליה.⁴⁰

במקרה אחר העלה זמיר את מעורבותו הפוליטית של היועץ המשפטי לשיאים חדשים. לאחר בחירתה של מפלגת "כך" לכנסת בשנת 1984, פתח זמיר במסע הסברה נמרץ – בכתב ובעל־פה – נגד הסיעה החדשה ומנהיגה, ח"כ מאיר כהנא. "הכהניזם, אשר הפך שם נרדף לגזענות, היא תופעה מבישה, מתועבת ומסוכנת, אשר עומדת בניגוד מוחלט לערכים המקובלים עלינו". במילים אלה פותח זמיר מאמר ארוך שכתב בנושא. והוא ממשיך:

חבר של ועדת הפנים השווה את הכהניזם לנאציזם, וייטב אם נישאר ערים לקווי הדמיון שבין שתי תנועות אלו... המאבק נגד הכהניזם, ולמען ההומניזם, צריך להיערך בדרכים שונות. עלינו לפעול לא רק בדרכים משפטיות, הנראות קלות ומפתות יחסית, מאחר שאין בידי החוק לבדו לפתור את הבעיה. יתר על כן, אם נרכז את מאמצינו בדרך אחת, אנו עלולים להזניח את השאר.

זמיר הוסיף בהמשך המאמר, כי במקרה של כהנא הוא בעד הצעת חוק שתגביל את חופש התנועה הניתן בדרך כלל לכל חברי הכנסת, כל עוד ההחלטה "מנוסחת באופן שמגביל אותה לנסיבות המיוחדות לאיש זה בפרט ולנושא זה בפרט, מבלי ליצור תקדים למקרים אחרים ושונים". מסקנתו הייתה: "לדעתי, על הכנסת להביע באופן חד-משמעי את התנגדותה למעשיו של כהנא, ולהגביל מעשים אלה באופן פעיל".⁴¹

יש להניח שזמיר לא היה האדם היחיד בישראל שראה בכהניזם דבר "מתועב". אולם התגייסותו של היועץ המשפטי, שניצל את מלוא הסמכויות שמעניק לו תפקידו למלחמה נגד מפלגה בכנסת אשר נבחרה כדין, היא מעשה פוליטי מובהק, שבהחלט אינו עולה בקנה אחד עם משרה "א-פוליטית".

אולם אף כי זמיר עשה שימוש נרחב בכוח שירש, הוא לא נמנה עם מקימי האימפריות, כמו שמגר וברק. תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה לא התעצם באופן ניכר בתקופת כהונתו, ומבחינות מסוימות אף הצטמצם מעט, אולי בשל הענווה של זמיר. כך, בשנת 1979 פסק בג"ץ כי על הממשלה לפנות את ההתנחלות באלון מורה, וקבע תאריך יעד להשלמת הפינוי. הממשלה החליטה על דעת עצמה לדחות את תאריך היעד בחמישה שבועות, וזמיר הזהיר כי לא יוכל להגן על החלטה זו בבית משפט.⁴² ברם, כאשר הוגשה לבית המשפט עתירה נגד הדחייה, נמנע זמיר מלעשות כמעשה שמגר והחליט לבסוף לייצג את הממשלה בבית המשפט.⁴³

אירוע המעיד אף יותר על גישתו של זמיר התרחש לאחר הפינוי הכפוי של העיר ימית, במהלך הנסיגה מסיני בשנת 1982. זמיר ביקש להגיש כתבי אישום נגד מתנחלים שארגנו את מערך ההתנגדות לפינוי, בטענה שהתנגדות מאורגנת יש בה משום "סכנה אמיתית למרקם הפנימי של החברה". ראש הממשלה בגין טען, לעומתו, בגיבוי הממשלה, כי הגשת כתבי האישום רק תעמיק את הקרע שנוצר בחברה כתוצאה מהפינוי, והוא ביכר לנסות לאחות את הפצעים. בגין עצמו הכיר בכך שזמיר לא היה מחויב כלל לבטל את דעתו מפני דעתה של הממשלה, ולמרות זאת הסכים זמיר לעשות כן הפעם, באמרו שאם בממשלה סבורים "כי במקרה מיוחד זה מוצדק הוא לסלוח ולדרוש פיוס, להושיט יד בשלום, אני אקבל את מדיניות הממשלה, אם כי קשה לי מאוד".⁴⁴

אולי בגלל גישתו זו של זמיר, ואולי גם מפני שמעולם לא שררה בינו לבין בגין הסכמה כשיעור ההסכמה בין ברק לבגין, לא נכנעה הממשלה מיד לכל חוות דעת של זמיר, כפי שנהגה לעשות בעת כהונת קודמו. לראשונה מאז שנות השישים – כאשר העניקה ועדת אגרנט לממשלה את זכות המילה האחרונה בהחלטות הנוגעות למדיניות – אירע מפעם לפעם שהממשלה דחתה את חוות דעתו של היועץ המשפטי. בשנת 1980, למשל, אישרה הממשלה סלילה של כביש חדש לאלון מורה, למרות התנגדותו של זמיר.⁴⁵

עם זאת, הכרסום הקל שחל בתקופת זמיר בסמכויות התפקיד המורחבות השפיע אך בקושי על הדפוס הכולל של התעצמות כוחו של היועץ המשפטי לממשלה. ואמנם הכוח שניתן בידי נושא המשרה היה כה גדול בעת התפטרותו

של זמיר בשנת 1986, עד שהחל לעורר ביקורת בחוגים משפטיים ופוליטיים מסוימים. קלוד קליין מהאוניברסיטה העברית – דיקן הפקולטה למשפטים לשעבר ומומחה לחוק קונסטיטוציוני – טען כי סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה חרגו מכל "פרופורציות הגיוניות".⁴⁶ ממלא מקום ראש הממשלה יצחק שמיר וחברי כנסת אחרים מן הליכוד קראו להגבלת סמכויותיו של היועץ המשפטי.⁴⁷ ברם, הייתה גם תמיכה משפטית ופוליטית חזקה בשימור כוחו של היועץ המשפטי לממשלה. דוד קרצמר, לדוגמה, גם הוא מומחה לחוק קונסטיטוציוני באוניברסיטה העברית, טען שמשרת היועץ המשפטי בישראל היא מושא לקנאה ברחבי העולם, משום ש"במדינה העוסקת בפוליטיקה במידה כה רחבה, מוסד היועץ המשפטי – על מיטב מסורת אי-הפניות שלו – הנו מקור של עצמה".⁴⁸ דוד ליבאי, פרופסור למשפטים וחבר הכנסת מטעם מפלגת העבודה, טען כי כל ניסיון להחליש את היועץ המשפטי "מערער את שלטון החוק".⁴⁹ וכך, כאשר יוסף חריש קיבל לידיו את משרת היועץ המשפטי לממשלה ביוני 1986, הוא נהנה מסמכויות שעלו בהרבה על סמכויותיו של כל תובע כללי בעולם המערבי.⁵⁰

ש לא כרוב קודמיו, נחשב יוסף חריש (1986-1993) ליועץ משפטי לא יעיל ביותר. באחת הסקירות העיתונאיות שעסקו בקריירה שלו, נכתב עליו כי הוא

ספג בשנות כהונתו ביקורת חריפה יותר מכל היועצים המשפטיים שקדמו לו. הגדירוהו כחסר חוט שדרה; אמרו עליו שהוא הססן ונעדר כושר החלטה... [כלי התקשורת] הטיחו בו ביקורת חריפה. טענו כי אינו מתאים לתפקידו; אמרו שגרם פיחות במעמד היועץ המשפטי, וכי התפקיד איבד מיוקרתו לעומת תקופת כהונתם של מאיר שמגר, אהרן ברק ויצחק זמיר".⁵¹

אך שלושה חודשים לפני פרישתו, בנובמבר 1993, קיבל פתאום חריש כוחות חדשים. כפי שצוין באותה סקירה, חריש "התגלה לפתע כאדם אחר. בפרשות דרעי ופנחסי התייצב חריש על רגליו האחוריות, הזדקף מלוא קומתו והיה תקיף ונחוש בהחלטותיו".⁵²

"פרשות דרעי ופנחסי" עלו לבימה הציבורית בקיץ 1993, כאשר לאחר חקירה משטרתית שארכה שנים, הכריז חריש על כוונתו להגיש כתב אישום נגד

שר הפנים אריה דרעי באשמת קבלת שוחד, מרמה, הפרת אמונים ורישום כוזב במסמכי תאגיד. התנועה לאיכות השלטון בישראל, שניסתה לפעול במשך שנים קודם לכן לסילוקו של דרעי מתפקידו בשל החקירה שהתנהלה נגדו, ושאנשיה עתרו לבג"ץ נגד המשך כהונתו של דרעי זמן קצר לפני חשיפת כתב האישום הצפוי, שינתה עתה את נוסח העתירה, והציבה את טיטת כתב האישום במרכז טיעוניה. דעתו של ראש הממשלה יצחק רבין הייתה שהכוונה להגיש כתב אישום אינה משנה מאומה. אמנם החוק נותן בידו את הסמכות לפטר את דרעי, כך טען, אך לא מפורש בו מתי יש להשתמש בסמכות זו, ולפיכך העדיף רבין לחכות עד שיוגש כתב האישום בבית המשפט. רבין קיווה שיום זה לא יבוא, שכן הגשת כתב אישום תחייב הצבעה בכנסת להסרת חסינותו הפרלמנטרית של דרעי. רבין טען שאף בהתחייבותו לפטר את דרעי עם הגשת כתב האישום יש משום עשיית יותר מן המתחייב, מאחר שרוב נבחרי הציבור נדרשים להתפטר רק לאחר הרשעתם. עוד הוסיף רבין ששום חוק מן החוקים הקיימים אינו מפרש מתי שומה על שר להתפטר, וחוק שעבר לא מכבר בכנסת והיה אמור להיכנס לתוקפו אחרי הבחירות הבאות, קבע כי שרים יתפטרו רק לאחר שהורשעו בביצוע פשע. מבחינתו של רבין, החלטתו תאמה את לשון החוק ואת רוחו.⁵³ אולם חריש – בין אם הניע אותו שאט נפש אמיתי, ובין אם היה זה כעס שעוררו בו השמועות בדבר כוונותיו של רבין להחליפו בנובמבר – סירב לחזק את ידו של ראש הממשלה. תחת זאת אמר בבית המשפט כי הוא מסכים עתה עם העותרים: "הנורמה הראויה, על פי עקרונות יסוד של משפט וממשל, היא כי שר הפנים לא יוסיף לכהן במשרתו".⁵⁴

בחודש אוגוסט, בעוד עניינו של דרעי עדיין תלוי ועומד בבג"ץ, הגישה קבוצה אחרת, "אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין", עתירה בדרישה להרחיק מתפקידו את סגן שר הדתות רפאל פנחסי, אף הוא מש"ס, שגם נגדו הכין חריש זמן קצר קודם לכן טיטת כתב אישום בגין עבירות על חוקי המס ועל חוק מימון מפלגות במהלך מסע הבחירות של ש"ס בשנת 1988. גם במקרה זה צידד חריש בעותרים, ואילו רבין התנגד התנגדות עיקשת לפיטוריו של פנחסי. חריש סירב להופיע בבית המשפט לדיונים בשתי העתירות, והניח לפרקליטת המדינה דורית בייניש משימה שאין להתקנא בה: לייצג בבית המשפט הן את היועץ המשפטי והן את ראש הממשלה, למרות עמדותיהם המנוגדות בתכלית.

כדי להבין את גודל הצרה שרבין נקלע אליה, יש לזכור שבאמצע אוגוסט גילתה הממשלה לציבור את דבר שיחותיה החשאיות עם אש"ף, שהיו עתידות

להוביל לחתימה על הסכמי אוסלו ביום 13 בספטמבר. זו הייתה היזמה המדינית החשובה ביותר של הממשלה, נושא שהעמידה בראש סדר העדיפויות שלה, אבל כיוון שלממשלה היה רוב זעום בכנסת, פיטוריהם של דרעי ופנחסי היה בהם כדי לפגוע פגיעה קשה במחויבותה של ש"ס לקואליציה, ולטרפד את ההצבעה על הסכמי אוסלו שהייתה עתידה להתקיים בכנסת. אין פלא, אם כן, שרבין דבק בעקשנות בפרשנותו לחוק הקיים.

ביום 8 בספטמבר 1993 תמך הרכב של חמישה שופטים בחוות דעתו של חריש, ופסק שעל רבין לפטר את דרעי ואת פנחסי כאחד. אולם סגן נשיא בית המשפט, אהרן ברק, שהוציא תחת עטו את פסק דין פנחסי, לא הסתפק בתמיכה בחריש רק לגופו של המקרה. בתשובה לטענה שהעלו עורכי דינו של פנחסי, שלפיה כפל התפקידים של בייניש הותיר את רבין מיוצג שלא כראות, השיב ברק שגם אם רבין לא יוצג באופן אישי, הממשלה זכתה למיטב הייצוג, שכן בכל מקרה שבו היועץ המשפטי אינו מסכים עם הממשלה או עם ראש הממשלה, דעתו של היועץ המשפטי היא הקובעת תמיד, והיא נעשית עמדתה הרשמית של הממשלה:

אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה. הטעם העומד ביסוד גישה זו נעוץ בהשקפה, כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת... היא הפכה לחלק מהמשפט הנוהג בישראל.⁵⁵

חשיבותה של אמרת אגב זו נעלמה במידה רבה מעיני הציבור בשל הסערה הפוליטית שהוליד פסק הדין, ובפרט השאלה אם ש"ס תעזוב את הקואליציה ותסכן את הרוב שרבין קיווה לו בהצבעת הכנסת על הסכמי אוסלו. אולם הפרשנים לענייני משפט בהחלט שמו לב לכך.

"בג"ץ מבהיר את שאמור להיות ברור", כתב זאב סגל מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב בידיעות אחרונות. "היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן העליון של החוק עבור הממשלה, וחוות דעתו היא שמחייבת את הממשלה... אם היועץ המשפטי סבור שרשות שלטונית אינה פועלת כדין – רשותו להודיע, כי לא יגן על פעולתה. ניתן לומר, שזוהי גם חובתו".⁵⁶ משה ריינפלד, כתב הארץ לענייני בית המשפט העליון, ציין כי "בג"ץ מבהיר כעת כי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, ולא אחרת, עמדתו של ראש הממשלה בתחום המשפטי".⁵⁷

הארץ אף פרסם מאמר מערכת ששיבח את בית המשפט על שנתן "חיזוק נוסף למוסד היועץ המשפטי לממשלה" בכך שפסק ש"רק פרשנותו את החוק מחייבת את הממשלה ואת ראש הממשלה, ורק הוא יכול לייצג את ראש הממשלה בבית המשפט".⁵⁸

מבחינות רבות, פסק הדין הזה לא העניק אלא תוקף רשמי לתפקיד שהיועצים המשפטיים לממשלה נטלו לעצמם מאז סירב שמגר להיות נתון למרות הממשלה בשנת 1968. ברם, לפסק דין פנחסי עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת. לראשונה בתולדות מדינת ישראל ניתנה לפקיד ממונה סמכות לפעול כפוסק עליון בכל הנוגע למדיניות ממשלתית. וכך, אף כי הבעייתיות שביועץ משפטי בעל סמכויות רבות מדי ואדיש לשיקולים פוליטיים לא הייתה תולדה של פסק הדין הזה, הוא החמיר והעמיק אותה.

פסק דין פנחסי הביא לסילוקם של שני גורמים חשובים שהגבילו עד לאותה עת את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה. ראשית, ממשלה שהאמינה באמת ובתמים כי מעשיה חוקיים ונאותים, יכלה להתעלם מחוות דעתו של היועץ המשפטי, ובשעת הצורך להגן על מדיניותה בבית משפט. אף שרוב הממשלות ניצלו אפשרות זו רק לעתים רחוקות, מהלכים כאלה עדיין ננקטו באמצע שנות השמונים. כוחו הרב של היועץ המשפטי היה לפיכך רחוק מלהיות אבסולוטי.

פסק דין פנחסי שם קץ למצב עניינים זה. לממשלה אין עוד זכות חוקית להתנגד לחוות דעתו של היועץ המשפטי, אפילו במקרים שבהם לשון החוק רחוקה מלהיות חד-משמעית. כך, קשה מאוד לומר שעמדתו של ראש הממשלה רבין בעניין דרעי ופנחסי הייתה נטולת בסיס חוקי. החוק הכתוב היחיד שהציב אמות מידה לנסיבות שבהן מחויב ראש הממשלה לפטר שר או סגן שר טרם נכנס אז לתוקפו, ובכל מקרה נקבע בו מפורשות שאמת המידה היחידה לכך היא הרשעה. וכך נוצר פתח לחילוקי דעות, שאכן נתגלעו בין משפטנים, בשאלה מי צודק מבחינה משפטית: רבין או חריש. אולם לאחר פסיקתו של ברק נשללה מהממשלה הזכות להעמיד את תפישתה למבחן בבית המשפט; מעתה נגזר עליה לציית תמיד לחוות דעתו של היועץ המשפטי, או להתייצב בפני בית המשפט ללא ייצוג משפטי.

הגבלה פוטנציאלית שנייה על כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, שבוטלה עם פסיקתו של ברק, היא תפישת תפקיד צנועה והולמת שבעל המשרה היה

עשוי להחזיק בה עד כה. נראה שתסריט כמו החלטתו של יצחק זמיר משנת 1982 שלא להעמיד לדין את מפוני ימית לא ייתכן עוד בעתיד, משום שהיה מותנה בשעתו בנכונותו של זמיר להכפיף את עמדתו המשפטית לשיקולים אחרים של הממשלה, כמו הצורך בפיוס לאומי. זמיר לא חזר בו מחוות דעתו כמשפטן; הוא רק הרגיש שבמקרה זה יש לייחס לעמדות הממשלה, המבוססות על שיקולים כוללים שהם מעבר לעניין המשפטי הטהור, משקל רב יותר מאשר לעמדתו שלו. אך מאז הופקד בידי היועץ המשפטי פיקוח על הממשלה בענייני משפט, איזו זכות יש לו לבטל את דעתו מפני דעתה של הממשלה?

ואכן, בשנים שחלפו מאז פסק דין פנחסי החלו היועצים המשפטיים לממשלה להשתמש בסמכותם החדשה כדי לסכל את רצונם של ציבור הבוחרים ושל נציגיו בענייני מדיניות. כך, בשנת 1994 חתמה ממשלת העבודה על הסכם קואליציוני עם מפלגת ש"ס; בהסכם נקבע ש"במידה שיופר הסטטוס קוו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה".⁵⁹ תנאי זה בהסכם, שנוסח כמענה לסדרת הכרעות של בית המשפט העליון אשר פגעו פגיעה קשה במדיניות ממשלתית ארוכת שנים וכן בחוקי עזר עירוניים בעלי נגיעה לאינטרסים דתיים, נועד להבטיח שכל פסיקה מסוג זה בעתיד תחייב חקיקה בכנסת שתשיב את המדיניות או את חוק העזר שבוטלו על כנם.⁶⁰ ההסכם הובא לדיון בפני בג"ץ, ויורשו של חריש בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר (1993-1997), צידד במוצהר בעמדת העותרים, ודיווח לבית המשפט שאותה פסקה בהסכם הקואליציוני "אינה ראויה, ואין לנהוג לפיה".⁶¹ שלא במפתיע, הוציא בית המשפט צו על תנאי נגד ההסכם (כצעד מקדים מתחייב לפני הכרזה כי זהו הסכם בלתי חוקי), והתבסס בראש ובראשונה על העובדה שחוות דעתו של בן-יאיר מחייבת את הממשלה, ודעתו שההסכם אינו ראוי עושה אותו לבלתי חוקי לכאורה.⁶² ראש הממשלה רבין, שחזה את הפסיקה הסופית הבלתי נמנעת, פתח מיד במשא ומתן קדחתני עם ש"ס לשינוי ההסכם.

הכרעת בית המשפט במקרה זה מעוררת תמיהה. הבטחות לעגן מדיניות בחוק הן מרכיב שגרתי בכל הסכם קואליציוני, וכן אמצעי חיוני למתן ביטוי לרצונו של הציבור בדמוקרטיה פרלמנטרית. העותרים טענו כי ההבטחה שניתנה לש"ס שונה בטיבה, בשל אופייה הגורף ומפני שיש בה משום הסתלקות בלתי חוקית מחובת הממשלה לשקול כל חקיקה מוצעת לגופה. אולם מאחר שהסכמים קואליציוניים אינם מחייבים מבחינה משפטית, קשה לראות כיצד היה בהסכם מסוג זה כדי להכריח את הממשלה להעביר בכנסת כל חוק שלא ייראה מוצדק בעיניה. למעשה, הבסיס המשפטי לעתירה היה כה מפוקפק, עד שבן-יאיר עצמו

סירב להשתמש במונח "בלתי חוקי"; הוא רק סבר שהסעיף האמור בהסכם "אינו ראוי". לשון אחר, זו הייתה החלטה שנגעה למדיניות יותר מאשר החלטה משפטית. אך בעידן שלאחר פסק דין פנחסי, די היה גם בכך.⁶³

בסוגיה כה מכרעת להמשך קיום הקואליציה – ש"ס איימה שבלעדי ההסכם לא תחזור לממשלה – ולפיכך כה חיונית להצלחת היזמות ההיסטוריות של הממשלה בתחום המדיני, היה ניתן לצפות ממי שתוארו הוא "היועץ המשפטי לממשלה" שיעשה כמיטב יכולתו כדי להגן על מרשתו בבית המשפט – מה עוד שהטיעונים המשפטיים נגד ההסכם היו קלושים כל כך. אולם בן-יאיר בחר לחבל במאמצי הממשלה, יהיו התוצאות אשר יהיו.

בסופו של דבר הבטיחה גרסה מעודנת יותר של אותו הסכם את כניסתה של ש"ס לקואליציה. להסכם נלוותה הסכמה שבעל פה, שהניסוח החדש אינו משנה את מהותו של ההסכם. אולם המקרה ממחיש די הצורך את כוחו הלא ייאמן של היועץ המשפטי לממשלה: ללא חזרתה של ש"ס לקואליציה, היה המשך תהליך אוסלו מוטל בספק. די היה בחוות דעתו של בן-יאיר, שבהחלט היה אפשר לערער עליה מבחינה משפטית, כדי לטרפד את היזמה שהייתה גולת הכותרת של מדיניות הממשלה – ואולי אף להגותה מן המסילה לחלוטין – אלמלא נכונותה של ש"ס לסמוך על מילתו הלא-כתובה של רבין.

דוגמה נוספת לכוחו הבלתי מוגבל של היועץ המשפטי לממשלה היא מה שאירע מיד לאחר הבחירות של 1996, שעה שראש הממשלה בנימין נתניהו עסק בהרכבת ממשלתו החדשה. רפאל איתן תבע לעצמו את תיק המשרד לביטחון פנים. היועץ בן-יאיר היה בדעה שבשל כתב אישום שהיה תלוי נגד איתן בגין פגיעה בפרטיות על רקע מאבקים סמויים בתוך מפלגתו, לא יכול איתן להחזיק בתיק ביטחון הפנים או בכל תיק אחר המאפשר גישה למאגרי נתונים המכילים מידע רגיש על אישים.⁶⁴

גם במקרה זה היה הבסיס המשפטי להחלטתו של בן-יאיר מפוקפק למדי. כפי שצינו מומחים רבים לענייני משפט, איתן השתתף בישיבות הקבינט הביטחוני המיוחד של הממשלה והייתה לו גישה לכל מסמך מסווג שעלה על שולחן הממשלה.⁶⁵ לדעת אותם מומחים, אי מינויו כשר במשרד מסוים לא היה בו כדי להגביל את גישתו למידע רגיש. אלמלא פסק דין פנחסי, שהעניק ליועץ המשפטי לממשלה את זכות המילה האחרונה, יכלה הממשלה פשוט להתעלם מההמלצה, או לחלופין, איתן יכול לעתור נגדה בבית משפט. אך הפרדיגמה המשפטית החדשה סיכלה כל דרך לערער על חוות דעתו של היועץ המשפטי או לעקפה, ואיתן נאלץ להסתפק במשרד החקלאות ואיכות הסביבה.

חודשים לאחר מכן זוכה איתן מכל אשמה, אך הנזק שנעשה היה בלתי הפיך. זיכויו לא רק הוכיח את חפותו; הוא גם המחיש כמה כוח מרוכז בידיו של היועץ המשפטי לממשלה, אדם שאינו נבחר ציבור ואינו חייב לתת דין וחשבון לאיש. בלהיטות של עריץ הצליח בן־יאיר לתרגם את תפישותיו הלא־משפטיות לגבי נאותות פוליטית למסקנה בדבר אשמת אדם ללא משפט, ולכפות אותן על העוסקים בהרכבת הממשלה, בלי שיצטרך לשכנע איש בצדקתו – תוך שהוא שם מכשול רציני בדרכו הפוליטית של איתן, החף מפשע, ובדרכם של עשרות אלפי הבוחרים שמפלגתו נתנה ביטוי לקולם.

פסק דין פנחסי סימן את קו פרשת המים במאבק הכוחות בין עשרות השנים בין הממשלה הנבחרת ליועץ המשפטי הלא־נבחר: עם פסק דין זה הוכרעה הכף לטובת היועץ המשפטי. והיועץ, שההצלחה שנחל בפרשת פנחסי נתנה לו כמין זריקת עידוד, רשם לזכותו בשנים האחרונות שורה של ניצחונות נוספים במסעו הבלתי פוסק, שתכליתו לשלול מהממשלה את האמצעים האחרונים שעוד נותרו בידיה להגבלת סמכויותיו.

אמצעי ההגבלה החשוב מכולם הוא יכולתה של הממשלה לפטר יועץ משפטי הנראה לה משולח רסן. דווקא משום שמעמד היועץ המשפטי לממשלה מעולם לא עוגן בחוק, הוא אינו נהנה מהגנתו: תקופת כהונתו אינה מוגדרת, וניתן לפטרו בכל עת על פי החלטת ממשלה. עם זאת, בפועל כמעט לא ניתן לפטר יועץ משפטי על שלא שירת את צורכי הממשלה, בגלל מיתוס היועץ המשפטי העומד "מעל לפוליטיקה", שכבר השתרש היטב. ולאור פסיקת בג"ץ מהעת האחרונה, פיטורי היועץ המשפטי עשויים להתפרש כמעשה לא חוקי.

התקדים המכריע בתחום זה נקבע בשנת 1996, במהלך מאבק סביב חילופי גברי במשרה אחרת, גם היא "א־פוליטית" כביכול. כמו היועץ המשפטי לממשלה, גם נציב שירות המדינה הוא עובד מדינה בכיר ור־בעצמה אשר, על פי הדעה הרווחת בשנים האחרונות, אמור להיות עצמאי ומרוחק מהפוליטיקה. ועם זאת, הוא גם מפקח על יישום מדיניות ממשלתית בתחום המינהל וכוח האדם, ומאחר שראש הממשלה נתניהו תכנן לארגן מחדש את משרדי הממשלה, הוא ביקש למנות נציב שיסכים עם תפישותיו ויעשה מאמץ ליישמן. לכן פיטר נתניהו את יצחק גל־נור, נציב שירות המדינה באותה עת, והחליפו בשמואל הולנדר, גם הוא עובד מדינה ותיק ובכיר ששימש, בין שאר תפקידיו, כמזכיר הממשלה שיצחק רבין עמד בראשה.

ואולם התנועה לאיכות השלטון עתרה לבג"ץ נגד פיטוריו של גל-נור (גל-נור עצמו הצטרף לעתירה בשלב מאוחר יותר), בטענה שאחד מתפקידי העיקריים של נציב שירות המדינה הוא למנוע מינויים פוליטיים, ולפיכך עליו להיות עצמאי וא-פוליטי, ואין להחליפו עם התחלפות הממשלה. בדיון הראשוני הבהירו השופטים כי אהדתם נתונה לעותרים, ונתניהו קרא את הכתובת על הקיר. הוא ביטל את הפיטורים בלי להמתין לפסק דין בעניין, ומסר לבית המשפט הצהרה בכתב שבה הוא ביטא את "[תמיכתו] המלאה במעמדו העצמאי של נציב שירות המדינה ובמעמד נציבות שירות המדינה, ובחשיבות של שמירת מוסד זה כגוף עצמאי ובלתי מושפע משינויים פוליטיים".⁶⁶

אולם בכך לא בא בית המשפט על סיפוקו: בצעד נדיר הוא הסכים לבקשת העותרים להכריע בעתירה בכל מקרה, אף כי המחלוקת כבר יושבה. חודש לאחר מכן פרסם בית המשפט את פסק דינו הרשמי: "עצם החילופים בשלטון אינם מצדיקים חילופים בשירות הציבורי, למעט אותן משרות מעטות שאותן ניתן לכנות 'משרות אמון'".⁶⁷ המונח "משרות אמון" מתייחס לאותם בעלי תפקידים החייבים, מטבע משרתם, להיות מסוגלים לעבוד עם השר האחראי באופן הדוק מאוד ולרכוש את אמונו. משרתו של נציב שירות המדינה, אליבא דבית המשפט, אינה משרת אמון; יעילותו אינה תלויה בנטייתו הפוליטיות, ולכן חילופי שלטון אינם יכולים לשמש עילה להחלפתו.

השלכות פסק דין זה לגבי היועץ המשפטי לממשלה ברורות. גם אותו מקובל לראות כפקיד עצמאי ולא-פוליטי – אהרן ברק, כיום נשיא בית המשפט העליון, חש עוד בשנת 1977 שאין להחליף את היועץ המשפטי רק בגלל התחלפות השלטון.⁶⁸ אם ממשלה נכנסת אינה חופשית להחליט בדבר החלפת נציב שירות המדינה על פי שיקול דעתה, קל וחומר שאין באפשרותה להחליף את יועצה המשפטי. ברם, אם ממשלה אינה יכולה להחליף יועץ משפטי לפי שיקול דעתה עם היבחרותה, מתי תוכל לעשות זאת? המסקנה ההגיונית – שאינה נאמרת בקול אך מרחפת כענן שחור מעל לסוגיה כולה – היא שאין באפשרותה לעשות זאת כלל.

אף שהסבירות לכך נמוכה, הרי שגם אם בית המשפט לא יאסור על ממשלה עתידית כלשהי לפטר את היועץ המשפטי שלה, המיתוס הציבורי של האישיות "העצמאית, הא-פוליטית" יתגלה כמחסום בפני עצמו. הזעקה שקמה בעקבות שמועה על כוונתו של נתניהו לפטר את מיכאל בן-יאיר המחישה זאת די והותר. בסופו של דבר החליט נתניהו להשאיר את בן-יאיר בתפקידו, מחשש לתגובת הציבור.⁶⁹ לשון אחר, זכותה-בכוח של הממשלה לפטר את היועץ המשפטי

התערערה, גם אם לא בוטלה עדיין הלכה למעשה, ואמצעי נוסף להגבלת עצמתו של היועץ המשפטי הוסר מן הדרך.

יתרה מזו, אפילו זכותה של הממשלה לבחור את האדם שיכהן כיועצה המשפטי – המאפשרת לה לפחות למנות למשרה המתפנה אדם המזדהה עם מדיניותה – נתונה כיום להתקפה, בעטיה של פרשת בר־און שאירעה בראשית 1997. לאחר התפטרותו של בן־יאיר בדצמבר 1996 נאלץ יורשו בתפקיד, רוני בר־און, להתפטר פחות מיום לאחר שמינויו נכנס לתוקפו, תחת כובד הביקורת שהשמיעו נגד המינוי, מנימוקים מקצועיים ופוליטיים, חוגים עיתונאיים, משפטיים ופוליטיים – ובכלל זה חברים רבים בממשלתו של נתניהו. עשרה ימים לאחר ההתפטרות הביאו טענותיה של הכתבת איילה חסון מהערוץ הראשון, שלפיהם מונה בר־און בראש ובראשונה כדי לאפשר עסקת טיעון לאריה דרעי במשפטו, לפתיחת חקירה פלילית בפרשה. בין השאר היו מעורבים בשערורייה גם ראש הממשלה בנימין נתניהו ושר המשפטים צחי הנגבי. מחליפו של בר־און בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, החליט בסופו של דבר כי אין די ראיות להגשת כתבי אישום נגד נתניהו והנגבי, וכי יש מקום לכתב אישום נוסף נגד דרעי, החלטה שבג"ץ אישר אותה.

חשובות בהרבה מההשלכות שהיו לפרשה על אדם זה או אחר, היו השלכותיה על תהליך המינוי של היועץ המשפטי. בעקבות הפרשה הציגו כמה מהשותפים הקואליציוניים אולטימטום לנתניהו. הם תבעו ממנו לשנות את תהליך המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ושל בעלי תפקידים בכירים אחרים, ואיימו לפרוש מהקואליציה ולהפיל את הממשלה אם לא יעשה זאת. ביוני 1997 הקימה הממשלה ועדה לבדיקת מועמדים למשרת היועץ המשפטי, שתורכב משופט בדימוס, נציב שירות המדינה ודמות ציבורית שטיבה לא יוגדר מראש.⁷⁰ לוועדה זו שמורה הזכות לדחות כל מועמד שייראה "לא ראוי" בעיניה, הגדרה החלה בין השאר על אדם בעל קשרים אישיים או פוליטיים עם חבר בממשלה.⁷¹ וכך החליטה הממשלה, לאחר שנכוונה ברותחין של השפלות, להיזהר בצוננים, והגבילה במידה רבה את יכולתה למנות אדם המזדהה עם מצעה, שיוכל לתרום לקידום סדר יומה המדיני. כל אדם מעין זה צפוי שיהיו לו קשרים אישיים או פוליטיים עם חבר כלשהו בממשלה, ולפיכך צפוי – בהתאם למידת התקיפות שבה תבצע הוועדה החדשה את שליחותה – שיימצא פסול מראש.

כמה מחברי הממשלה אף ניסו להביא להתפתחות מרחיקת לכת עוד יותר. שר המשפטים צחי הנגבי הציג לאחרונה להקים ועדת חמישה שתציע מועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה, ועדה שישבו בה שר המשפטים, שופט בית

המשפט העליון בדימוס, יועץ משפטי או פרקליט מדינה לשעבר, נציג לשכת עורכי הדין ופרופסור למשפטים. על פי תכניתו של הנגבי, תקבל ועדה זו פניות של מועמדים, תשקול אותן ותמליץ על המועמד שהיא רואה אותו כמתאים ביותר לתפקיד; הממשלה תהיה מחויבת לבחור מתוך הרשימה המצומצמת שאישרה הוועדה.⁷² יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז ושר התחבורה כיום, שאול יהלום, הגיש הצעת חוק שתמסד נוהל מחמיר עוד יותר: על פי הצעתו של יהלום, ייבחר היועץ המשפטי לממשלה על ידי ועדה של אחד-עשר איש, שחמישה מחבריה לא יהיו פוליטיקאים, ואחד משישה נוספים יהיה נציג האופוזיציה. כך תיוותר הממשלה עם ייצוג של מיעוט בוועדה; את היועץ המשפטי יהיה ניתן לפטר רק בהסכמת תשעה מחברי הוועדה.⁷³

גם אם הצעות אלה, או הצעות אחרות ברוח זו, לעולם לא יגיעו לידי מימוש, הרי שהמציאות עגומה דיה. על גבה של הממשלה רוכב עתה פקיד בכיר בעל סמכות חוקית להטיל וטו כמעט על כל פעולה או מדיניות ממשלתית, פקיד שאין לממשלה שום אמצעי לערער על החלטותיו, ורק מאמצים עילאיים יכולים לפטור אותה ממנו, אם בכלל. על כך יש להוסיף ועדה חיצונית שלה נתונה הסמכות להטיל וטו על כל מועמד שיש לגביו סבירות גבוהה שהוא יפעיל את סמכותו בהתאם לרצונותיה של הממשלה. או, אם נאמר את הדברים כהווייתם: הממשלה הנבחרת חדלה להיות, לפחות להלכה, הרשות המבצעת העליונה של המדינה.

מהו, בעצם, הפסול ביועץ משפטי רב-עצמה, כעין שופט, המשמש ככלב השמירה של הממשלה? בראש ובראשונה, הפגיעה בדמוקרטיה הכרוכה בכך. בישראל נשללה כיום מהעם במידה ניכרת יכולתו להכריע בענייניו – החל מקביעת זהותם של האנשים שיחזיקו בתפקידי המפתח במדינה וכלה בזכות להטיל וטו על מדיניותה של הממשלה הנבחרת – והועברה מידי נציגיו הנבחרים לידי פקיד שלא זו בלבד שאינו נבחר, אלא מועמדותו גם אינה עוברת שום תהליך של אישור על ידי הנבחרים. זאת שלא כמו בארצות-הברית, למשל, שם חייב מינויו של התובע הכללי – שכוחו נופל בהרבה מכוחו של היועץ המשפטי לממשלה – לקבל את אישור הסנאט. היועץ המשפטי שמונה לתפקידו בעל הסמכויות הרבות והמתרבות, אינו חייב כלל בדין וחשבון כלפי הציבור, וכמעט לא ניתן לפטרו.

בעיה נוספת מתעוררת בקשר לסמכותו "השיפוטית" של היועץ. אחת מזכויות היסוד שכל אזרח נהנה ממנה היא הזכות להעמיד את פרשנותו החלופית לחוק

לבחינה בבית משפט. אולם אלו מותרות שהממשלה הנבחרת בישראל אינה יכולה עוד ליהנות מהן: שום מידה של עמימות בחוק אין בה די כדי לאפשר לממשלה לבחור את הפרשנות המתאימה ביותר לצרכיה ולנסות להגן עליה. תחת זאת, הפך "היועץ המשפטי לממשלה" למוסד השופט אותה מראש, שבפניו אין היא זכאית להגנה משפטית אוהדת, ושאינן היא יכולה לערער על החלטותיו.⁷⁴ ניתן, אם כך, לטעון שאין ליועץ המשפטי לממשלה אלא להגביל את הכרעותיו למצבים משפטיים שאין בהם עמימות. אבל המציאות מזמנת מעט מאוד מקרים כאלה: עורכי דין, שופטים ומשפטנים חלוקים ביניהם בסוגיות רבות שבמבט ראשון אינן משתמעות לשתי פנים. ייעודה העיקרי של מערכת בתי המשפט, על אִין־סוף התביעות, תביעות־הנגד, הערעורים והדיונים הנוספים שבה, היא לנסות ליישב את המחלוקות האלה. אולם כאשר מדובר בפעולות הממשלה, קורסת כל המערכת לידי של אדם אחד ויחיד, ומחיר השגיאה האפשרית הוא גדול בהרבה: שיפוט מוטעה עלול לא רק לשלול דין צדק מאחד הצדדים המתדיינים, אלא אף לסכל את רצונה של אומה שלמה, כפי שהוא בא לידי ביטוי במעשיהם של מושליה הנבחרים; במצב זה מוטל עצם הדמוקרטיה בספק.

סמכותו של היועץ המשפטי לכפות תכתיבים על הממשלה לא הייתה מתקבלת על הדעת גם לו הגביל עצמו לשאלות משפטיות בלבד. אולם אופייה האנטי־דמוקרטי של השיטה בולט ביתר שאת כאשר בוחנים את סוג השאלות שהיועץ המשפטי מכריע בהן לא אחת. שאלות כגון תקפותו של ההסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לש"ס או התקינות שבמינוי אדם שתלוי ועומד נגדו כתב אישום, הן בראש ובראשונה סוגיות מוסריות ופוליטיות, ולא משפטיות. זהו בדיוק שיקול הדעת שהממשלה נבחרת כדי להשתמש בו, ושציבור הבוחרים הוא אשר צריך לפקח עליו. בעבר, אם האזרחים חשו שוויתוריה של מפלגת העבודה לש"ס אינם מתקבלים על הדעת, או שאין להתיר לדרעי להמשיך לכהן כשר, הם יכלו להביע זאת בכל הדרכים הדמוקרטיות, החל מהפגנות וכלה בהליכה לקלפי. החלפת שיטות הפיקוח הדמוקרטיות הרגילות בפיקוחו של פקיד אחד כל־יכול שאינו נבחר ציבור, טיבה אינו לגמרי שונה מהחלפת שלטון דמוקרטי בשלטון יחיד.

ליועץ המשפטי לממשלה יש אִין־ספור הזדמנויות לנצל לרעה את כוחו החדש. מיכאל בן־יאיר כפה את רצונו על הממשלה במידה שאמנם הייתה ניכרת, אך מצומצמת יחסית לאפשרויות שהיו בידו. כאשר לוקחים בחשבון את טווח היזמות הממשלתיות שהיועצים הקודמים התנגדו להן נחרצות – החל מהתנגדותו של ברק למתן חנינה למעלימי מס וכלה בהתנגדותו של זמיר לחלקים שונים בתכנית ההתיישבות של בגין – ואת המידה שבה הם הצליחו לכפות את דעתם

עוד בטרם העניק להם פסק דין פנחסי את הסמכות החוקית לכך, ברי שהיועץ המשפטי הלא־נבחר יכול להפוך בקלות לדמות מרכזית ומכרעת בעיצוב המדיניות הממשלתית.

התנוונות שיטות הבקרה הדמוקרטיות במערכת השלטון הישראלית היא הנזק הבולט ביותר שנגרם כתוצאה מההפרזה בכוחו ובסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, אך אין זה הנזק היחיד. השפעתה על מערכת המשפט הפלילי הרסנית כמעט באותה מידה.

הרעיון העיקרי מאחורי התפישה הדוגלת ביועץ משפטי בלתי תלוי ובעל סמכויות נרחבות הוא הדאגה לכך שמערכת המשפט תישאר חפה מפוליטיקה. כמובן, זוהי מטרה נאצלת: מערכת לאכיפת חוק הנגועה בפוליטיקה מערערת את אמון הציבור במוסדותיה. אולם התוצאה הייתה ההפך הגמור ממה שהתכוונו לו התומכים ברעיון: מעורבותו הגוברת והולכת של היועץ המשפטי בפעילותה השוטפת של הממשלה והרחבת פעילותו אל מעבר לזירה המשפטית – לתחומי המוסר והמדיניות – הביאו באופן בלתי נמנע לפוליטיזציה של משרתו, ובה במידה, לחוסר אמון במערכת המשפט בכללותה.

החלטתו של יוסף חריש להגיש כתב אישום נגד אריה דרעי ממחישה היטב בעיה זו. מפלגת ש"ס הצליחה לשכנע את מצביעיה ששורת כתבי האישום הארוכה נגד מנהיגי המפלגה (דרעי לא היה הראשון, ולא האחרון) מקורה באפליה עדתית ולא באמות מידה משפטיות. חריש רק חיזק את התפישה הזאת בקרב בוחריו ש"ס, כאשר קבע כי על דרעי ופנחסי להתפטר מעמדותיהם הבכירות בממשלה בשל כתבי האישום שמשדרו הגיש נגדם. גם במקרה זה מדובר בהחלטה שאופייה מוסרי־פוליטי הרבה יותר מאשר משפטי, מאחר שלא היה דבר בספרי החוקים שחייב צעד כגון זה. חריש ביסס את החלטתו הנחרצת על מה שכינה "עקרונות יסוד של משפט וממשל", ולא על חוק כלשהו. התוצאה המתחייבת הייתה שכתבי האישום נראו בעיני מצביעי ש"ס, וכן בעיני כל אלה שלא היה משוכנעים שיש בסיס להאשמה, כניסיון נוסף לקדם מסע פוליטי־עדתי נגד ש"ס.

אולם הפוליטיזציה של משרת היועץ המשפטי לממשלה הגיעה לשיאה בפרשת יעקב נאמן. ראש הממשלה נתניהו מינה את נאמן לשר המשפטים ביוני 1996, וכבר ביום המינוי עתר נגדו לבג"ץ עיתונאי, שהייתה לו היסטוריה ארוכה של קובלנות נגד נאמן. בעתירה הואשם נאמן בעבירות פליליות אחדות; רוב ההאשמות כבר נחקרו קודם לכן והוכחו כחסרות בסיס. האשמה אחת, עם זאת, הוסיפה להטריד את בית המשפט: הטענה כי נאמן ניסה להדיח עד במשפטו של דרעי.

ההאשמה התבססה על מזכר משטרתי של שיחה שהתקיימה בשנת 1992 בין קצין משטרה לעד, שאמר לכאורה לקצין שנאמן ניסה באותה עת להביאו לשנות את עדותו. גם המשטרה וגם פרקליטות המדינה ידעו על קיומו של המזכר במשך ארבע שנים, אך מעולם לא ראו לנכון לחקור את העניין. עם זאת, בתגובה על העתירה אמר היועץ המשפטי בן-יאיר כי "אין מנוס" אלא לפתוח בחקירה לבדיקת הטענות. בתום חקירה משטרית מלאה מצאה פרקליטת המדינה עדנה ארבל (שלקחה לידיה את התיק, מאחר שהיחסים בין בן-יאיר לנאמן נעשו קשים מאוד) כי אין די ראיות כדי להאשים את נאמן בהדחת עד, אולם החליטה תחת זאת להאשימו בעדות שקר ושיבוש הליכי משפט, בשל התנהגותו במהלך הדיונים בבית המשפט ובחקירת המשטרה. אף כי לאחר זמן קבע בית המשפט כי האשמות אלה חסרות שחר, נאלץ נאמן להתפטר מתוקף פסק דין פוחסי.

פרשה זו רצופה מקרים של טיפול לקוי ומניעים מפוקפקים, החל בכך שטענה שהממסד המשפטי התעלם ממנה במשך ארבע שנים נעשתה "מחויבת חקירה" רק עם מינויו של נאמן לשר. חשודה עוד יותר היא החלטתו של בן-יאיר לפתוח בחקירה פלילית בתיק, אף שהוא ידע שאין לה שמץ של סיכוי להניב תוצאות: מאחר שהן נאמן והן העד שהוא הדיח לכאורה הכחישו בעקביות את מהימנות המזכר המשטרתי, לא היו כלל עדים שיתמכו בהאשמה. זו למעשה הסיבה שארבל החליטה בסופו של דבר לא להגיש כתב אישום. העובדה שארבל בחרה תחת זאת להעמיד את נאמן לדין באשמת עדות שקר ושיבוש הליכי משפט מעלה לא פחות סימני שאלה, בשל הבסיס הקלוש להאשמות אלה: הן התבססו על טעויות בתצהיר המקורי שהגיש נאמן לבג"ץ, כמו העובדה שהוא ציין תאריך מסוים כ-22 ביולי 1992 במקום 22 ביולי 1991,⁷⁵ ועל טעויות עובדתיות דומות בעדותו הראשונית במשטרה. נאמן עצמו עמד על טעויות אלה, דיווח עליהן לבית המשפט ולמשטרה ומסר את התיקונים. כפי שקבע מאוחר יותר בית המשפט שדן בתביעה: "לא יהיה זה נכון להתוות מדיניות שיפוטית, לפיה נאשם החפץ להשלים פרטים ייטול על עצמו סיכון כי יואשם בעבירה [נוספת]".⁷⁶

אך המתמיה ביותר בפרשה כולה הוא אופי ההצהרות שיצאו ממשרדיהם של בן-יאיר וארבל. נטען בהן שאף על פי שאין "ראיות מספיקות לביסוס אישום" של נאמן בהדחת עד, בכל זאת קיימים "חשדות... כי אכן הדיח את העד מרטין בראון".⁷⁷ למעשה, זוהי קביעה שלא תיאמן, שעולה ממנה כי תפקידם של בכירי הפקידים הממונים על אכיפת החוק במדינה כולל גם הכפשה של אישי ציבור שלא עולה בידם להרשיעם, קביעה שלא נתקלה למעשה בשום התנגדות ציבורית. התבטאות זו מעידה כאלף עדים לא רק על המגמתיות מעוררת ההסתייגות של

בן-יאיר וארבל, אלא גם על עירוב התחומים ההרסני בין האחריות המשפטית לאחריות המוסרית שהציבור הורגל לו בכל הנוגע ליועץ המשפטי לממשלה.

הבלבול בין תחום המוסר לתחום המשפט עושה את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה מורכב יותר, מאחר שלכל זיכוי משפטי נוספים, בעיני הציבור לפחות, ממדים של זיכוי מוסרי. אך אם היועץ המשפטי אינו חפץ שזיכוי נאשם מעבירה על חוק יתפרש גם כזיכוי מוסרי, הוא יכול לעשות זאת רק אם יאמר כי יש עדיין סבירות גבוהה שהנחקר אמנם אשם, כפי שעשו בן-יאיר וארבל. ברם, הצהרות מעין אלה מערערות בהכרח את האמון במערכת המשפט הפלילי, שכן הצהרה ברוח "אנחנו מאמינים שהוא עשה זאת, אך אין באפשרותנו להרשיעו" מעידה כמאה עדים על האין-אונים של המערכת. יתר על כן, זוהי הזדמנות פז ליועץ המשפטי לממשלה המבקש לפגוע ביריב פוליטי, מקצועי או אישי. לאור טיב היחסים בין בן-יאיר לנאמן, ניתן להבין את ההאשמות שהשמיעו תומכיו של נאמן, שלפיהן בן-יאיר וארבל פשוט ניסו לחסלו פוליטית.

טשטוש הגבולות בין ההיבט המשפטי להיבט המוסרי שב והסתמן בפרשת בר-און. היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין ופרקליטת המדינה עדנה ארבל החליטו כי בפרשה זו אין די ראיות כדי להגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה נתניהו ושר המשפטים צחי הנגבי.⁷⁸ במסיבת העיתונאים שבה הודיעו על החלטתם הצהיר רובינשטיין כי "הדוח הזה עוסק בתחום הפלילי ולא בתחום הציבורי".⁷⁹ אולם הדוח עצמו סתר את דבריו לחלוטין. כלולות בו קביעות כדוגמת "קיים חשש ממשי שהמניע הזה [של נתניהו] הוא מניע פסול..." וכן "מסקנתנו היא כי אמנם קיים חשד ממשי לכך שראש הממשלה הציע לממשלה למנות את עו"ד בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, רק או בין היתר, כדי לרצות את ח"כ דרעי, מתוך מודעות או עצימת עיניים לאפשרות קיומו של קשר פסול בין דרעי לבר-און"⁸⁰ – למרות העובדה שלא היו די ראיות כדי להצדיק הגשה של כתב אישום.

מקום נרחב בדוח הוקדש להבעת פליאה וחשד נוכח התנהגותו של נתניהו, אפילו בנוגע לדברים שנראה כי אין בהם כלל מקום לפליאה. כך ציינה ארבל, בין היתר, שבר-און לא נחשב לעורך דין ממדרגה ראשונה בעיני כמה מהאנשים שנתניהו נועץ בהם, ולפיכך לא היה "מועמד טבעי" לתפקיד. היחיד שלא הסכים עם הערכה זו לגבי כישוריו של בר-און היה הנגבי, שהתמחה כעורך דין במשרדו של בר-און והמליץ עליו בחום. כשר המשפטים, היה זה תפקידו של הנגבי להציע מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה; אם נוסיף לכך את העובדה שהנגבי היה אחד מתומכיו הנאמנים המעטים של נתניהו בממשלה, אין תמה שנתניהו העריך את

חוות דעתו של הנגבי די הצורך כדי לזמן את בר־און לריאיון. אולם ארבל ורובינשטיין כתבו כי "נסיבות אלה מעוררות פליאה אודות עצם קיום הריאיון".⁸¹ התמונה העולה מהדוח היא שנתניהו היה לכאורה אשם למדי, ולמרות זאת החליטו רובינשטיין וארבל לא להגיש נגדו כתב אישום. אולם כאשר החלטתם של השניים לא להגיש כתב אישום הועמדה למבחן בבג"ץ, הצטיירה תמונה שונה בתכלית: פרקליטות המדינה מסרה לבית המשפט שלא זו בלבד שארבל ורובינשטיין חשבו שלנתניהו היו סיכויים טובים לצאת זכאי אילו היה מוגש נגדו כתב אישום; הם גם היו סבורים כי הראיות נגדו היו כה קלושות, שבית המשפט שהיה דן במקרה היה דוחה את האישום אפילו בלי לבקש מנתניהו להציג את הגנתו.⁸² למעשה, מי שייצג את הממשלה במשפט, איש הפרקליטות שי ניצן, אמר לבית המשפט שגם לו יכלה המדינה להוכיח שנתניהו ידע על מניעיו של דרעי למינויו של בר־און, בכל מקרה לא היה במינוי משום מעשה פלילי מצד נתניהו, אלא אם כן היה ניתן להוכיח שנתניהו אישר את המינוי הזה כדי לעזור לדרעי לסדר לעצמו עסקת טיעון.⁸³ אם הראיות נגד נתניהו אמנם היו כה קלושות, כיצד יכלו רובינשטיין וארבל להצדיק תליית חשדות כה כבדים בנתניהו למלוא אורכו של הדוח?

גם כאן טמונה התשובה באי יכולתו של היועץ המשפטי לממשלה להגביל את עצמו להכרעות משפטיות גרידא. רובינשטיין וארבל כאחד הודו בגלוי שמה שהניע אותם היה הרעיון המדאיג ביותר שאדם החשוד בביצוע פשע הוא שיבחר את בכיר אוכפי החוק בישראל. כדברי רובינשטיין, הטענות העלו את החשד כי "היה כאן איום על שלטון החוק".⁸⁴ הם חששו כי אם יסתפקו בהצהרה בדבר העדר ראיות מספיקות לצורך הגשת כתב אישום, עלול יהיה להשתמע מכך שנתניהו – ככלות הכל, הוא זה שקידם את עניין מינויו של בר־און – נוקה מכל אשמה לא רק מבחינה משפטית, אלא גם מבחינה מוסרית. המוצא היחיד היה להבהיר כי הזיכוי המשפטי רחוק מלהיות חד־משמעי. וכך מילאו השניים את הדוח שכתבו ברמיזות לגבי אשמתו בעיני החוק – רמיזות שאין להן מקום במסמך משפטי טהור.

כריכת התחום המוסרי והתחום המשפטי יחדיו בכל הנוגע לשאלות ציבוריות מאפשרת לייחס בקלות רבה משוא פנים למערכת המשפטית. כך, נאמן טען שהמניע להגשת כתב האישום נגדו היה בראש ובראשונה רצון לפטור את משרד המשפטים משר שומר מצוות – טענה שכל המפלגות הדתיות מיהרו לאמצה. אם אמנם זה היה המניע או לא, הרי שמכל מקום היו לנאמן סיבות לחשוד שלא רק שיקולים משפטיים היו מעורבים בעניין. במקרים כאלה היועץ המשפטי

למשלה חושף את עצמו בהכרח להאשמות בדבר משוא פנים – משוא פנים דתי במקרה של נאמן, עדתי במקרה של דרעי, או פוליטי במקרה של "כך"; וכאשר חשדות כאלה מתעוררים, קשה מאוד להפריכם, והם מערערים את אמונו של הציבור במערכת המשפט – אמן שבלעדיו חברה דמוקרטית אינה יכולה לשרוד זמן רב.

וכך, כוחו החריג של היועץ המשפטי לממשלה ומעורבותו המתמדת בעניינים חוץ-משפטיים יתנקמו בסופו של דבר בתפקיד עצמו. התפישה שדגלה ביועץ משפטי "עצמאי וא-פוליטי" התבססה על ההנחה שהוא יגדיל את אמן הציבור בממשלה בכך שידאג שזו תפעל בדרך חוקית ומוסרית. כפי שכתב אהרן ברק בפסק דין פנחסי: "יכולתו של השלטון לשלוט מבוססת על אמן הציבור בו. בלא אמן הציבור, אין השלטון יכול לתפקד".⁸⁵ ברם, משרת היועץ המשפטי לממשלה במתכונתה הנוכחית השיגה את ההפך הגמור: היא הכתימה את מערכת המשפט עצמה ברושם שהיא נגועה בפוליטיזציה, וערערה את אמן הציבור במוסד מרכזי זה.

אך הנזק אינו מסתכם בזאת. מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות מוסר מעוותות במידה ניכרת גם את הדיון הציבורי בהן: שהרי אם ניתן לבחון מוסריות באמות מידה משפטיות, האם לא משתמע מכך שכל פעולה שמערכת המשפט או היועץ המשפטי מאשרים היא פעולה מוסרית? הרושם הנוצר כתוצאה מכך הוא כי יש מי שדואג לסוגיות המוסר, והציבור בהכרח יתפוש עצמו כפחות ופחות מחויב לתפקידו החיוני כשומר המוסר הפוליטי – ובמהלך הזמן יקרו חושיו ביחס למידת מוסריותם של הנבחרים שלו.

פרשת בר-און היא דוגמה מאלפת לכך. עוד לפני שנפתחה החקירה הפלילית בפרשה היה גלוי וידוע שהתנהגותו של הנגבי רחוקה מלהיות ראויה לשבח: הוא גרם לחבריו לממשלה לחשוב שנשיא בית המשפט העליון ברק סמך את ידיו על מינויו של בר-און, בעוד ההפך הגמור היה הנכון. רובינשטיין וארבל הסיקו כי התנהגות כזאת אינה פלילית, גם אם ראויה למלוא הגינוי. הנגבי עט על המציאה כהוכחה ליושרו: "התחזקתי בדעתי כי לא נפל כל פגם מהותי בדרך שבה נהגתי לכל אורך הליכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה, והחלטת פרקליטת המדינה, עדנה ארבל, מטהרת את שמי מהאשמות השווא שהוטחו בי".⁸⁶ הדבר המתמיה באמת היה הקלות שבה קיבלו הציבור ועמיתיו השרים טענה זו. ברוב המדינות עמיתיו של שר שהטעה את הממשלה היו לוחצים עליו להתפטר, מחשש שהישארותו בתפקידו תעורר את תגובת הציבור. אולם כאן, למעט חריגים מעטים, התייצבה הקואליציה מאחורי עמדתו של הנגבי, שלפיה בהעדר כתב אישום אין

לכאורה סיבה שיתפטר, וגם בציבור לא ניכרה התנגדות רצינית לעמדה זו. נראה שהנחה כי לא קיימת עוד עבירה חמורה על חוקי המוסר שאין עמה גם עבירה משפטית נעשתה משותפת לכל.

הנחה מעין זו מסוכנת בכל דמוקרטיה. החוק, על פי ההגדרה, קובע את אמות המידה המינימליות להתנהגות מותרת. עם זאת, להבטחת קיומו של ממשל תקין יש צורך באמות מידה מוסריות גבוהות בהרבה. דעת הקהל היא שעשויה לשמור על אמות המידה המוסריות בתקיפות ובעקביות הרבות ביותר. זוהי אחת הסיבות לכך שחופש העיתונות, חופש הדיבור וחופש המידע הם רכיבים חיוניים של דמוקרטיה תקינה. אך אם הציבור מורגל לחשוב ששיפוט מוסרי הוא בתחום אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה, רבים הסיכויים כי הוא יוותר על אחריותו מתוך תחושת ביטחון נוחה שיש מי שיעשה את העבודה השחורה – וזהו במידה רבה מצב הדברים בישראל היום. התוצאה המסוכנת היא מעגל קסמים: הממשלה, שהציבור אינו שם לה רסן, נוטה בדרך הטבע לשקוע ביתר שאת בתחומים אפורים מבחינה מוסרית, כל עוד הם תקינים מבחינה משפטית, והיועץ המשפטי מגיב על כך בנטילת יותר ויותר סמכויות מוסריות לעצמו – תהליך המביא לאדישות ציבורית מסוכנת לעוונותיהם ולמעלותיהם של הנבחרים.

הקהילה המשפטית בישראל אינה מתעלמת כליל מן הבעיות הנובעות מריבוי תפקידיו של היועץ המשפטי כשופט של הממשלה, כיועצה המשפטית וכתובע הראשי, ומכך שמעורבותו הגוברת והולכת בענייני הממשלה מחריפה אותו. פרקליטת המדינה עדנה ארבל הציעה לאחרונה פתרון חלקי: העברת הסמכות לפתוח בהליכים פליליים ולסגור אותם מידי היועץ המשפטי לממשלה לפרקליטת המדינה. היא טענה שמאחר שהפרקליטות מנותקת לגמרי מהממשלה, יחזק הדבר את מעמדה של התביעה כמוסד עצמאי לחלוטין.⁸⁷

אין בהצעה זו כדי לפתור שום בעיה מהבעיות שהמערכת סובלת מהן כיום. בעיות אלו אינן נובעות מקשריו של היועץ המשפטי לממשלה עם המערכת הפוליטית, אלא דווקא מהיותו מנוחק משיקולים פוליטיים. עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה מחמירה ביתר שאת את שתי הבעיות הרציניות ביותר הכרוכות בתפקיד זה כיום. ייתכן שסמכותו לכפות את רצונו על הזרוע המבצעת לא הייתה מזיקה לדמוקרטיה במידה כזאת, לו היה מחויב לתת דין וחשבון לציבור. וכן, עירוב התחומים בין ענייני מוסר ומשפט, עירוב הגורם לפוליטיזציה של

מערכת המשפט הפלילי מחד ומסרס את חוש המוסר של הציבור מאידך, הוא בעייתי באמת רק אם היועץ המשפטי מצטייר כמי שניצב מעל לפוליטיקה – שכן מי ייחס משקל משפטי של ממש לקביעותיו המוסריות של פוליטיקאי, או משקל מוסרי לקביעותיו המשפטיות? מסיבות אלה בדיוק בחרו דמוקרטיות מערביות רבות למנות למשרת התובע הכללי דמות פוליטית מובהקת, בבחינת הרע במיעוטו.⁸⁸

ישראלים רבים בוחלים ברעיון שהיועץ המשפטי לממשלה יהיה דמות פוליטית, מחשש מפני החלטות בעלות אופי פוליטי במסגרת הליכים פליליים. אולם אפשר שהפחד הזה אינו אלא חזיון תעתועים. מבחינה היסטורית, בישראל בעידן כהונתם של היועצים המשפטיים הראשונים, וכן במדינות אחרות, אירעו מקרים מעטים יחסית שבהם הואשמו אנשים שלא בצדק או נוקו מאשמה שלא כדין בשל שיקולים פוליטיים, מאחר שברוב הדמוקרטיות התובע הכללי אינו חומת המגן היחידה נגד ממשלה מושחתת. בפרשת ווטרגייט, למשל, היה התובע הכללי הראשון של הנשיא ניקסון, ג'ון מיטשל, מעורב עמוקות בטיחה, ויורשו, ריצ'רד קליינדינסט, נכשל לכל הפחות בגיבושה של תביעה פעילה. אולם בלחץ הציבור נאלץ ניקסון בסופו של דבר למנות תובע מיוחד, שלא היה כפוף למשרד התובע הכללי. במאי 1973 העביר הסנאט פה אחד החלטה שקראה לנקיטת צעד כזה, ביזמת חבריו של ניקסון למפלגה הרפובליקנית.⁸⁹ מאוחר יותר באותה שנה פיטר ניקסון את התובע המיוחד, אך הלחץ הציבורי – שגם הפעם מפלגתו הייתה בראש מפעיליו – אילץ אותו למנות לו מחליף.⁹⁰ עבודתם של שני התובעים המיוחדים הללו אילצה את ניקסון להתפטר בסופו של דבר והניבה שורה ארוכה של כתבי אישום, הרשעות ועונשי מאסר, ובכלל זה תקופת מאסר ארוכה למיטשל. במובנים רבים, הסכנה גדולה פי כמה כאשר מדובר ביועץ משפטי א־פוליטי, משום שיועץ משפטי פוליטי באופיו נתון תמיד למידה של פיקוח ציבורי, מידה שנחסכת כמעט כליל מיועץ משפטי "עצמאי". יועץ משפטי פוליטי באופיו הנכשל בניהול התביעה של שערורייה רבתי, או מנצל לרעה את סמכויותיו כדי לתבוע יריבים פוליטיים, מכתים את הממשלה, וזו מסתכנת בתגובת הציבור בקלפי. הדבר מספק תמריץ שלילי נגד חריגתו של היועץ המשפטי מגבולות סבירים, ומדרבן את עמיתיו הפוליטיים לרסנו או להחליפו אם יתעלם מגבולות אלה. במקרה של יועץ משפטי עצמאי, לעומת זאת, הגבולות היחידים הם אלה שמציב אופיו של הנושא בתפקיד; וככל שייראו החלטותיו לא נאותות בעיני הציבור, כמעט שאין אמצעים לסלקו.

הדבר תקף עוד יותר בכל הנוגע לתחום המדיניות. יועץ משפטי פוליטי באופיו העושה לו מנהג לסכל מדיניות ממשלתית יסולק עד מהרה מתפקידו, אך הממשלה עומדת חסרת אונים אל מול תכתיביו של יועץ משפטי עצמאי, המייצג לכאורה עמדה א־פוליטית (שכמובן אינה קיימת בשאלות מדיניות). וחשוב מכך: יועץ משפטי פוליטי יחזיר את זכות השיפוט לגבי מידת הנאותות של מדיניות מסוימת למקומה הראוי – לידי נציגיהם הנבחרים של המצביעים, ובסופו של דבר לידי המצביעים עצמם, אשר יגמלו לממשלה או יענישו אותה על החלטותיה ביום הבחירות. כמו כן, הציבור לא יישאר חסר אונים אם היועץ המשפטי יאשר עניין לא חוקי בעליל: תמיד ניתן לעתור נגד המדיניות לבית המשפט.

סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה התרחבו באופן לא מבוקר במשך קרוב ליובל שנים, וזאת בגין תפישה מעוותת של המשרה כתפקיד שיפוטי וא־פוליטי. על רקע תפקידם המתרחב בהתמדה של בתי המשפט בישראל, יש במשרת היועץ המשפטי כיום משום פלישה מאיימת של הרשות השופטת לתחומה של הרשות המבצעת, הפקעה גוברת של זכויות הבוחר לקבוע את גורלו, במדינה הסובלת זה כבר ממצב עניינים שבו מערכת המשפט פעילה יתר על המידה וכוחם של המצביעים נחלש והולך. הגיעה השעה לתקן את המעוות ולהשיב את הסמכויות שהתגלגלו לידי היועץ המשפטי לממשלה שנבחרה כדי להפעילן.

אווילין גורדון היא עיתונאית הכותבת על ענייני חוק ומשפט.

הערות

1. אמיחי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, בג"ץ 4634/93, 4287/93, 4243/93, פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל מז' (5), עמ' 441 (להלן: אמיחי). מאחר שהחלטת בית המשפט נגעה בעיקר לעניין רפאל פנחסי, ופנחסי עצמו היה בין המשיבים לעתירה, נודע פסק הדין כפסק דין פנחסי.

2. ג'דחלם פוסט, 4 ביולי, 1962.

3. יחיאל גוטמן, היועץ המשפטי לממשלה נ' הממשלה (ירושלים: עדנים, תשמ"א), עמ' 48.

4. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 52.

5. כהן היה שר במשך שבעה חודשים בלבד, אך הוסיף לכהן כיועץ המשפטי לממשלה בשמונה השנים הבאות. הוא נדחק ממושרד המשפטים לא מפני שנמצא טעם לפגם בתפקידו הכפול, אלא בשל פוליטיקה קואליציונית רגילה: שבעה חודשים לאחר שכהן התמנה לשר, עלה בידי בן-גוריון לשכנע מפלגה נוספת להצטרף לממשלתו, והוא נזקק לתיק שיוכל להציעו לשותפים החדשים. כהן, שלא היה נציג רשמי של מפלגה כלשהי, היה המטרה הנוחה ביותר לפיטורים כדי לפנות את תיק המשרד הנחוץ.

6. הארץ, 30 במאי, 1954.

7. הארץ, 29 באוקטובר, 1962.

8. הארץ, 29 באוקטובר, 1962.

9. הארץ, 3 בפברואר, 1966.

10. הארץ, 24 באוקטובר, 1960.

11. הארץ, 8 בדצמבר, 1964.

12. פרוטוקול ועדת המשנה של הכנסת לחוקי יסוד, 5 ביוני, 1968, עמ' 6.

13. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 211.

14. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 275.

15. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 232.

16. פרוטוקול ועדת המשנה של הכנסת לחוקי יסוד, 5 ביוני, 1968. ראה, למשל, את דבריהם של יושב ראש הוועדה חיים צדוק: "שר המשפטים יכול ליטול לעצמו את כל הסמכויות של היועץ המשפטי" (עמ' 8); ושל היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, חבר הכנסת משה בן-זאב: "נראית לי ביסודה ההצעה ששר המשפטים יוכל ליטול לעצמו רק אותן סמכויות של היועץ המשפטי הנתונות לו בחוקים שהוא ממונה על ביצועם, אך שרים אחרים לא יוכלו ליטול לעצמם סמכויות של היועץ המשפטי" (עמ' 6).

17. דברי הכנסת, 13 באוגוסט, 1968.

18. מאחר שראש הממשלה גולדה מאיר החליטה לקבל את דעתו של שמגר, ניתן לטעון כי הוא לא התייצב בעניין זה נגד הממשלה במלוא מובן המילה. עם זאת, היה ברור בשעתו לכל הנוגעים בדבר שמאיר בסך הכל נכנעה להחלטה שהיא חשה שלא היה ביכולתה לשנותה. זו הייתה הסיבה לכך שהמפלגות הדתיות הגיבו בניסיון ללחוץ ישירות על היועץ המשפטי, במקום לרכז את מאמציהן רק בראש הממשלה – שכן אנשיהן ידעו מי היה זה שקיבל את ההחלטה הלכה למעשה (ראה, למשל, הארץ, 24 במאי, 1970).

19. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 213.

20. הארץ, 26 במאי, 1970.

21. הארץ, 2 ביוני, 1970.

22. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 215.

23. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 216.

-
24. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 215-216.
 25. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 244.
 26. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 248.
 27. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 281.
 28. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 328-329.
 29. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 324.
 30. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 324.
 31. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 325.
 32. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 325-326.
 33. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 331.
 34. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 338-341.
 35. ידיעות אחרונות, 7 באפריל, 1978.
 36. גרדולם פוסט, 16 ביוני, 1978.
 37. הארץ, 10 ביולי, 1978.
 38. גרדולם פוסט, 8 במאי, 1981.
 39. גרדולם פוסט, 8 במאי, 1981.
 40. גרדולם פוסט, 18 במאי, 1986.
 41. גרדולם פוסט, 14 בדצמבר, 1984.
 42. גרדולם פוסט, 31 בדצמבר, 1979.
 43. גרדולם פוסט, 20 בינואר, 1980.
 44. גרדולם פוסט, 26 באפריל, 1982.
 45. גרדולם פוסט, 10 ביולי, 1980.
 46. גרדולם פוסט, 16 במאי, 1986.
 47. גרדולם פוסט, 13 במאי, 1986.
 48. גרדולם פוסט, 13 במאי, 1986.
 49. גרדולם פוסט, 13 במאי, 1986.
 50. קלוד קליין, מצוטט בגרדולם פוסט, 16 במאי, 1986.
 51. הארץ, 10 בספטמבר, 1993.
 52. הארץ, 10 בספטמבר, 1993.

-
53. גרזולם פוסט, 30 באוגוסט, 1993.
54. גרזולם פוסט, 10 באוגוסט, 1993.
55. אמיחי, עמ' 473.
56. ידיעות אחרונות, 9 בספטמבר, 1993.
57. הארץ, 9 בספטמבר, 1993.
58. הארץ, 9 בספטמבר, 1993.
59. גרזולם פוסט, 13 באוקטובר, 1994.
60. מאחר שבית המשפט העליון עמד לאחרונה על סמכותו לבטל גם חקיקה של הכנסת, אפשר שגם חקיקה לא יהיה בה כדי להגן בשלמות על המדיניות האמורה. אך אם תהיה חקיקה, יקשה הדבר מאוד על בית המשפט, מאחר שצידוקים הנדרשים לביטול חקיקה של הכנסת צריכים להיות כבדי משקל בהרבה מצידוקים לביטול החלטה מנהלית או חוק עזר עירוני.
61. גרזולם פוסט, 13 באוקטובר, 1994.
62. גרזולם פוסט, 13 באוקטובר, 1994.
63. כהחלטה בענייני מדיניות, תיוג ההסכם כ"בלתי ראוי" היה עוד יותר מתמיה. יש להניח שרבים התנגדו להסכם, ובהם גם אנשי מפלגת העבודה עצמה. אך לא היה מדובר כלל במדיניות לא סבירה הגובלת בשערורייה. ראשית, הסטטוס קוו בענייני דת היה מאז ומעולם סוגיה מרכזית במערכת הבחירות בישראל, וחלק נכבד מציבור הבוחרים תומך תמיכה נמרצת בשימורו. ואכן, שחיקת הסטטוס קוו בתקופת ממשלת העבודה־מרץ שכהנה בשנים 1992-1996 הוערכה כאחד הגורמים שהביאו לניצחוננו המפתיע של נתניהו בבחירות 1996, וההתחייבות לשמר את הסטטוס קוו הייתה חלק בלתי נפרד מההסכמים הקואליציוניים של ממשלת נתניהו. אולם כאשר רבין חתם על ההסכם, הדבר שהכריע את הכף היה העובדה שהוא היה זקוק נואשות לש"ס כשותפה קואליציונית על מנת להמשיך בתהליך אוסלו. בלא ששת המנדטים של ש"ס, היה רבין מוצא את עצמו עומד בראש ממשלת מיעוט, שספק אם היה בכוחה לעשות את הוויתורים השנויים במחלוקת שתכנן. אולם ללא הבטחה זו סירבה ש"ס להצטרף לממשלה. ככל פוליטיקאי, רבין היה מוכן לוותר על נושא משני בחשיבותו בעיניו – הסטטוס קוו בענייני דת – למען השגת יעדו המדיני העיקרי: גיוס תמיכה לתהליך השלום.
64. הארץ, 12 ביוני, 1996.
65. גרזולם פוסט, 13 ביוני, 1996.
66. גרזולם פוסט, 4 ביולי, 1996.
67. הארץ, 13 באוגוסט, 1996.
68. גוטמן, היועץ המשפטי, עמ' 324.
69. ראה, למשל, ידיעות אחרונות, 16 באוגוסט, 1996, והארץ, 4 בדצמבר, 1996. נתניהו, שאינו נותן לאיש "לסדר אותו", בחר בדרך המוכחת הנושנה של השארת היועץ המשפטי שלו מחוץ למעגל המידע עד כמה שאפשר, עד שהלה התפטר לבסוף כיוון שחש שאינו יכול עוד להשפיע. קשה לומר שזוהי הדרך היעילה ביותר לניהול ממשלה.
-

-
70. הארץ, 22 ביוני, 1997.
71. הארץ, 8 ביוני, 1997.
72. הארץ, 20 ביוני, 1997.
73. הארץ, 4 בדצמבר, 1996. יהלום הציע ועדה שתכלול את נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים שהוא יבחר; שני נציגים של לשכת עורכי הדין, שתבחר הלשכה; את ראש הממשלה, את שר המשפטים ושר נוסף שתבחר הממשלה; וכן את יושב ראש הכנסת ושני חברי כנסת שתבחר הכנסת (אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה).
74. הממשלה יכולה אמנם, להלכה, להשתמש בשירותיו של ארגון פרטי כדי לעתור לבג"ץ נגד חוות דעתו של היועץ המשפטי, אך סיכויי הצלחה של מהלך כזה נמוכים, מאחר שהממשלה עצמה לא תהיה מיוצגת בבית המשפט, ומאחר שהחוק נוטה לטובתו של היועץ המשפטי.
75. הארץ, 16 במאי, 1997.
76. הארץ, 16 במאי, 1997.
77. ציטוט מתוך ההודעה שהגישה פרקליטות המדינה לבג"ץ, 12 בנובמבר, 1996.
78. רובינשטיין החליט בעניינו של נתניהו, אולם השאיר את ההחלטה בעניין הנגבי לארבל, משום שחש כי הוא נתון במצב של ניגוד אינטרסים, שהרי אשתו של רובינשטיין היא פקידה בכירה במשרד המשפטים.
79. הארץ, 21 באפריל, 1997.
80. הארץ, 23 באפריל, 1997.
81. הארץ, 23 באפריל, 1997.
82. הארץ, 15 במאי, 1997.
83. הארץ, 15 במאי, 1997.
84. הארץ, 23 באפריל, 1997.
85. ג'דוולס פוסט, 9 בספטמבר, 1993.
86. הארץ, 24 באפריל, 1997.
87. הארץ, 15 ביוני, 1997.
88. בארצות־הברית התובע הכללי הוא חבר בקבינט, שהנשיא ממנה אותו והסנאט מאשר את מינויו. בבריטניה התובע הכללי הוא שר בממשלה, שחייב להיות גם חבר פרלמנט. לאחרונה הסתמנה בדעת הקהל האמריקנית, אצל אמריקנים מכל קצות הקשת הפוליטית, מגמה בולטת לצמצם עוד יותר את עצמאותה של מערכת התביעה בארצות־הברית; אף כי היא מרוסנת גם כיום, יחסית לעמיתתה הישראלית. לאחרונה קמה זעקה נגד מוסד החוקר העצמאי (independent counsel), שהוקם בעקבות פרשת ווטרגייט. למרות ההצלחה שבשילוב של תובע כללי ותובע מיוחד, שהניב כתבי אישום והרשעות בפרשה, האמריקנים היו מזועזעים כל כך מהשחיתות שנתגלתה במשרד התובע הכללי במהלך השערורייה, עד שהחליטו לנסות להרחיב את איתלותה של התביעה ברשות המבצעת. וכך, בשנת 1978 העביר הקונגרס את חוק האתיקה

בשלטון. חוק זה קבע שאם לתובע הכללי יש ראיות אמינות לכך שאחד משבעים וחמישה פקידי הרשות המבצעת ביצע פשע, הוא מוסמך לבקש מהרכב מיוחד של שלושה שופטים פדרליים למנות חוקר עצמאי. חוקר זה הוא בלתי תלוי לחלוטין, ואינו חייב בדיון וחשבון לאיש מנבחר הציבור. לפני עשר שנים הזהיר שופט שמרן בבית המשפט העליון, אנטונין סקאליה, שחוקר עצמאי שאינו חייב בדיון וחשבון עלול לנצל לרעה את סמכויותיו, מאחר שדווקא אחריות פוליטית היא הערובה הבטוחה ביותר להגבלת כוחו של השלטון. בשעתו היו דברים אלה בבחינת קול קורא במדבר. אולם הטקטיקות המפוקפקות שהשתמש בהן החוקר העצמאי קנת סטאר בחקירות המרובות שניהל נגד נשיא ארצות-הברית ביל קלינטון הכו בזעזוע את הממסד הליברלי, והליברלים מצטרפים כיום לשמרנים בדרישה לשים רסן למוסד זה. כיום, נכתב בניו יורק טיימס, עשר שנים לאחר השמעתה, חוות דעתו של סקאליה "מועברת בחוגים ליברליים כמו סמיזאט". Linda Greenhouse, "Ethics in Government: The Price of Good Intentions," *The New York Times*, February 1, 1998. לחזק את אמון הציבור למעשה מערער אותו", אמרה קטי האריגר, פרופסור למדע המדינה שחיברה ספר על מוסד החוקר העצמאי. ליברלים רבים אינם רואים עוד את הדבר כנושא להתלבטות. "כיום אני יודע שיצירתו [של מוסד החוקר העצמאי] הייתה טעות", כתב פול סיימון, סנאטור לשעבר מטעם הדמוקרטים, שהצביע בעד חוק האתיקה בשלטון בשנת 1978. סיימון טען כי המשרה הייתה לאבן שואבת לעורכי דין בעלי שאיפות פוליטיות, אשר מיד עם מינוים פותחים בחקירות ראוותניות כדי לפאר את שמם, "לעתים בלהט ותוך שימוש בתקציבים שאינם עומדים בשום יחס להפרה לכאורה של החוק". Paul Simon, "One Attorney General for 10 Years," *The New York Times*, February 1, 1998. "מחברי חוקתנו [האמריקאית] הבינו היטב את הסכנה שמגולמת בקנת סטאר: תן לפלוני סמכות ללא גבולות, והוא עלול לנצל לרעה, גם אם הוא פועל מתוך מיטב הכוונות", כתב בעל הטור הליברלי הידוע, אנתוני לואיס, "זו הסיבה שהם יצרו מערכת מורכבת של אמצעים להגבלת השררה. חוק החוקר העצמאי הקים לנו יצור המצוי מחוץ למערכת החוקתית". Anthony Lewis, "Abuse of Power," *The New York Times*, February 2, 1998.

.Fred Emery, *Watergate* (New York: Times Books, 1994), pp. 355-357. 89

.Emery, *Watergate*, pp. 397-407. 90