

## דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל

מאת  
עלי זלצברגר\*

- א. מבוא
- ב. ניתוח נורמטיבי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה במסגרת המבנה האידיאלי של המדינה
1. ההצדקה להקמת מדינה ושלטון מרכזי
  2. הפרדת רשויות – מודלים שונים
  3. המודל הרצוי של הפרדת רשויות
  4. בחינה של מוסד היועץ המשפטי לממשלה לאור המודל הרצוי של הפרדת רשויות
- ג. ניתוח פוזיטיבי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה והשינויים שחלו בו
1. הוויכוח במסגרת הגישה הכלכלית למשפט על הניתוח הפוזיטיבי של הפרדת רשויות
  2. המודל המוצע לניתוח פוזיטיבי של הפרדת רשויות ולתפקיד שממלא בפועל היועץ המשפטי לממשלה
  3. האצלת סמכויות כפתרון לבעיות של הכרעה קולקטיבית
  4. האצלת סמכויות כהיסט אחריות
  5. היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון כמוסדות חילופיים
- ד. ניתוח פוזיטיבי של הניתוח הנורמטיבי של הפרדת הרשויות על-ידי בית-המשפט העליון

### א. מבוא

כברת דרך ארוכה עשה המוסד של היועץ המשפטי לממשלה מעת שתוכנן בידי אדריכלי משרד המשפטים בחודשים שלפני קום המדינה ועד הלום. היו אלה חיים כהן ושבתאי רוזן, שבלילות שמירה בירושלים הנצורה, תכננו את מבנה משרד המשפטים העתידי.<sup>1</sup> הם שקלו את התפיסה המוסדית הבריטית מול זו הקונטיננטלית ובהרו

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 לסקירה היסטורית של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ראו י' גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה (תשמ"א).

באחרונה. על-פי מבנה מוסדי זה, היה שר המשפטים אמור לעמוד בראש הפירמידה המשפטית, כפוף לו מנכ"ל ומתחתיו שתי מחלקות ראשיות – מחלקת הייעוץ המשפטי, המיועדת בעיקר לענייני חקיקה, ומחלקת התביעה הכללית, המופקדת על העמדה לדיון. היועץ המשפטי היה אמור לעמוד בראש מחלקת הייעוץ המשפטי. התגלגלו העניינים כפי שהתגלגלו, והיועץ המשפטי לממשלה נהפך מראש מחלקה במשרד המשפטים למוסד שהסממנים הסמליים של רשות שלטונית אינם פוסחים עליו. כך, ביצע הכבוד בבניין הכנסת החדש שמור מקום קבוע, לצד נשיא המדינה, מבקר המדינה ונגיד בנק ישראל, גם ליועץ המשפטי לממשלה, ומכונתו של היועץ נושאת לוחית רישוי ממלכתית, שלצידה סמל מדינת-ישראל.<sup>2</sup>

במסה זו איני מתכוון לעסוק בניתוח היסטורי של אופי ההתרחשות של שינוי זה והסברים לו או בניתוח פרסונלי של אלה שתרמו ליצירתו. אתמקד כאן בצד המבני-הארגוני של "הרשות השלטונית" החדשה, כלומר בתפיסת תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה בישראל בפרספקטיבה של הדוקטרינה של הפרדת הרשויות, ובמסגרת הרחבה יותר של התיאוריה של המדינה. אנסה לענות במסגרת זו על שתי שאלות עיקריות. הראשונה היא: האם השינוי בתפיסת תפקידו של היועץ המשפטי והפיכתו ל"רשות שלטונית" ראוי הוא? השנייה היא: מדוע התרחש שינוי זה מבחינה מבנית-מוסדית? דברי יתחלקו אם-כן לשני חלקים מרכזיים. בראשון אציע שרשרת טיעונים נורמטיביים בנוגע למבנה המדינה הרצוי, ובמסגרתו ניתוח נורמטיבי של מתכונת הפרדת הרשויות. מניתוח זה ייגזרו כמה מסקנות לגבי התפקיד הרצוי של היועץ המשפטי לממשלה, או, יותר נכון, מסקנות לגבי אי-הצורך בתפקיד זה כפי שהוא מקובל כיום בישראל. החלק השני יתמקד בניתוח פוזיטיבי של מבנה השלטון בארץ מבחינת הדוקטרינה של הפרדת הרשויות. מניתוח זה יועלו טיעונים לגבי התפקיד שממלא בפועל היועץ המשפטי לממשלה ותפיסת תפקידו המצויה. אסיים את דברי בניסיון לקשר בין רמת הניתוח הנורמטיבית לרמת הניתוח הפוזיטיבית של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות מילים מספר על הקשר בין מוסד היועץ המשפטי לבין בית-המשפט העליון, דרך תפיסת התפקיד של הרשות השופטת על-ידי שופטי בית-המשפט העליון.

האוריינטציה הכללית של גישתי לנושא (הן ברמת הניתוח הנורמטיבית והן ברמת הניתוח הפוזיטיבית) היא זו של הגישה הכלכלית למשפט,<sup>3</sup> אם כי, כפי שיוכח במהלך דברי, אותן מסקנות לגבי תפקיד היועץ המשפטי אפשר להסיק מנקודות-מבט אחרות, כמו זו של הגישה הביקורתית למשפט.<sup>4</sup> מהי המשמעות של אוריינטציה כללית זו בהקשרנו?

- 2 היה זה מאיר שמגר, שבהיותו יועץ משפטי לממשלה (1968–1975), עסק בקידום מעמדו הסמלי והטקסי של היועץ המשפטי. בתקופת כהונתו אושרה למכונתו לוחית הרישוי הממלכתית. ראו גוטמן, שם, בע' 272.
- 3 לסקירה מפורטת יותר של הגישה הכלכלית למשפט והנחות ניתוחיה ראו ע' זלצברג "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261.
- 4 אלה הן שתי הגישות הפופולריות ביותר כיום בארצות-הברית כלפי המחקר המשפטי, והן נתפסות כגישות מנוגדות ואף קוטביות, עד כדי סכסוכים אישיים בין הנוקטים בהן.

ראשית, הגישה הכלכלית היא צינית בנוגע להנחות היסוד לגבי התנהגות הפרטים, ולצורך זה, גם הפרטים הפועלים במסגרת המוסדות השלטוניים, התנהגות שמאפייניה בשוק הכלכלי דומים למאפייניה מחוץ לשוק הכלכלי. ההנחה הבסיסית של הגישה הכלכלית היא שפרטים הינם רציונליים ומונחים על-ידי המטרה למקסם אינטרסים עצמיים (אני משתמש במתכוון במונח עמום זה, ולא במונחים של אושר או עושר, שכן, הניתוח המוצע סובל הגדרה רחבה של "אינטרסים עצמיים"). הנחה זו משמעותה בוירה הציבורית היא, שהפועלים במסגרתה מבקשים למקסם את האינטרסים שלהם, יהיו אינטרסים אלה כוח פוליטי, עוצמה, הערכת הציבור, סיכויים להיבחר מחדש, סיכויים להתמנות לתפקיד חשוב יותר ואפילו סיכויים לקדם אמונות ואידיאולוגיות אישיות. הנחה זו תקפה גם לגבי פוליטיקאים, גם לגבי בירוקרטים וגם לגבי שופטים. היא תקפה גם לגבי מי שמכהן כיועץ המשפטי לממשלה. נחזור להנחה זו ביתר פירוט כשאעבור לחלק השני של דברי, שיעסוק בניתוח הפוזיטיבי של מוסד היועץ המשפטי.

שנית, מבחינה נורמטיבית, תורת המדינה הקשורה לגישה הכלכלית למשפט והגישה המוסרית שהיא נשענת עליה מצויות ברביע תוצאתי-אינדיווידואלי או טלאולוגי-ליברלי של מפה אפשרית של תורות מדינה. אסביר את דברי בקיצור נמרץ ופשטני: ניתן למקם תורות של המוסר או פילוסופיות פוליטיות על מפה דו-ממדית. ציר אחד של מפה זו הוא הציר של גישות טלאולוגיות מול גישות דאונטולוגיות. גישות טלאולוגיות שופטות ערכית מעשים או כללים על-פי התוצאה של אותם מעשים או כללים. התועלתנות היא דוגמה מובהקת לגישה כזו. גישות דאונטולוגיות שופטות מעשים או כללים על-פי ערכם הטבעי, ההתנהגות או הכוונה שמאחוריהם. הגישות השונות של המשפט הטבעי הן הדוגמה הקלסית לגישות דאונטולוגיות. בציר השני של המפה ניתן למקם גישות אינדיווידואליות מול גישות קבוצתיות. גישות אינדיווידואליות (או ליברליות) שופטות מעשים או כללים אך ורק מבעד עיני הפרטים שמעשים או כללים אלה משפיעים עליהם. גישות קבוצתיות (או קומיוניטריות) מאמינות בקיום מידות חברתיות שהן מעבר או בנפרד מסכום ערכי הפרטים המרכיבים את החברה, ולכן, קביעה עד כמה מעשה, כלל או מוסד רצויים אינה מוכרעת אך ורק על-ידי בדיקת אותו מעשה, כלל או מוסד בעיני הפרטים שהוא משפיע עליהם. על-פי גישות אלה, הרצון הכללי אינו זהה לרצון הכלל.<sup>5</sup> הגישה הכלכלית משתייכת לקבוצת תורות המצויות ברביע התוצאתי-האינדיווידואלי. אין היא מאמינה בקיום "טוב" טבעי ואין היא מאמינה בקיום ערך חיצוני לפרטים המרכיבים את החברה. באופן ספציפי יותר, גישה זו יונקת, כפי שיתברר מייד, מתורות האמנה החברתית ובעיקר מהנחות היסוד של תומס הובס, אבי גישות האמנה החברתית.

לטענתי, הקוטביות האמריקאית מטשטשת קווי דמיון משמעותיים בין טענות מבית-מדרשן של שתי הגישות.

5 אם לאמץ את המינוחים של ז'אן ז'אק רוסו. ראו: ז' ז' רוסו על האמנה החברתית או עקרונות המשפט המדיני (מהדורה המיטית, ח"י רות עורך, תש"ה) (פורסם לראשונה בשנת 1762). במובנים רבים היה רוסו הקומיוניטרין הראשון.

אנו יכולים אם-כן לעבור לחלק הראשון של המאמר: לטיעון הנורמטיבי בנוגע למבנה המדינה, הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה.

## ב. ניתוח נורמטיבי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה במסגרת המבנה האידיאלי של המדינה

### 1. ההצדקה להקמת מדינה ושלטון מרכזי

כדי להגיע לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, עלינו להתחיל מבראשית, והכוונה היא לראשיתה של המדינה. פילוסופיה פוליטית תוצאתית-אינדיווידואלית רואה את ההצדקה היחידה להקמת המסגרת המדינית בעובדה שהקמת המדינה מיטיבה עם הפרטים הנמנים עימה. כאן יש וריאציות שונות, שלא אכנס לפרטיהן, לגבי אותה "הטבה"<sup>6</sup>. אומר רק שתפיסות האמנה החברתית מדברות בדרך-כלל על כך שהמדינה היא מכשיר להגדלת אושרו של כל אחד מתושביה. לכן, המעבר ממצב הטבע למצב המדיני הוא תוצר של הסכמה חברתית כללית או חוזה חברתי. כולם יצטרפו לחוזה זה מכיוון שהוא יגדיל (או לפחות לא יגרע) את אושרם.<sup>7</sup> ביטוי המשפטי של חוזה זה הוא החוקה, האמורה לייצג הכרעה קולקטיבית פה-אחד.

גם לגבי תוכנו ומהותו של החוזה יש וריאציות רבות. הובס, למשל,<sup>8</sup> ראה ברווח מהחוזה רווח צר יחסית, הכולל רק את בטחון החיים. בעבור ביטחון זה, על-פי הובס, מוכנים כולם לוותר על כל יתר חירויותיהם הטבעיות (או חירויותיהם הקיימות במצב הטבע). הגישה הכלכלית רואה ברווח זה רווח רחב יחסית, הכולל, מחד גיסא, מיסוד מסגרת של השוק החופשי (ואמצעים למניעת עקיפתו), דבר המאפשר לפרטים בחברה לפעול כדי למקסם את האינטרסים העצמיים שלהם; מאידך גיסא, הקמת המדינה מאפשרת ייצור מוצרים ציבוריים, כמו ביטחון, חינוך ובריאות, שלא ניתן לייצרם, מסיבות שונות, במסגרת השוק החופשי.<sup>9</sup>

בכל מקרה, החוזה החברתי מייצג את הליך ההכרעה הקולקטיבית היחיד שיש לו

6 גישה תועלתנית קלסית, למשל, המודדת את חיוניותה של המסגרת המדינית במונחים של סך אושרם של התושבים, תתייחס אחרת לאופיה של הטבה עם הפרטים המקימים את המסגרת המדינית מאשר גישתו של וילפרדו פרטו. האחרונה תבחן אם הקמת המסגרת המדינית מיטיבה לפחות עם פרט אחד, מבלי לפגוע באושרו של אף פרט אחר. על עקרון פרטו ראו זלצברגר, לעיל הערה 3, בע' 276-277, 292-295.

7 במובן זה, גישות האמנה החברתית דומות לגישת פרטו. ראו זלצברגר, שם.

8 ת' הובס לויתן או החומר, הצורה והשלטון של הקהילה (מהדורה שנייה, תשל"ג) (פורסם לראשונה בשנת 1651).

9 ראו, למשל: J.M. Buchanan *The Limits of Liberty - Between Anarchy and Leviathan* (Chicago, 1975).

הצדקה נורמטיבית – הכרעה פה-אחד. הוא מתווה את הכללים המנחים אינטראקציות בין פרטים, מה שכונה על-ידי James Buchanan המדינה המגינה (protective state), וכן את הכללים המנחים פעילות קולקטיבית – המדינה היצרנית (productive state) בלשונו של Buchanan.<sup>10</sup> אולם באופן טבעי, חוזה ארוך-טווח זה אינו יכול להקיף את כל הבעיות הפוטנציאליות שעלולות להתעורר בשני תחומים אלה של המדינה המגינה והיצרנית. על-פי הרציונל החוזה, היה צורך, במקרה של שאלה לא-פתורה על-ידי החוקה, לאסוף את כל אזרחי המדינה ולהחליט לגביה פה-אחד. פתרון זה אינו ישים בגלל ההוצאות העצומות הכרוכות בתהליך זה. זוהי ההצדקה הנורמטיבית להקמתו של ממשל מרכזי, שבידיו מופקדות, כבנאמנות, הסמכויות להגן ולייצר.

אבל ממשל מרכזי חייב לפעול באמצעות בני-אנוש, והללו, על-פי ההנחות הבסיסיות של הגישה הכלכלית, הינם אינטרסנטים עצמיים. על-כן יש צורך להכפיף את אנשי הממשל לפיקוח העם. גם פיקוח העם על הממשל אינו יכול שיעשה בהכרעה פה-אחד, ולכן הוא נעשה על-פי כלל רוב.<sup>11</sup> הנה אנו מגיעים לאחד מעיקריו של השלטון הדמוקרטי. על-פי ההשתלשלות של טיעון זה, יש לשים-לב כבר כאן לכמה נקודות-מפתח. הראשונה היא ההבחנה בין השלב החוקתי, המשקף הסכמה פה-אחד, לשלב הפוסט-חוקתי, המשקף הסכמות רוב. שנית, הסמכויות במסגרת השלב הפוסט-חוקתי אינן בלתי-מוגבלות. הן תחומות על-ידי החוזה הראשוני. שלישית, גם כלל הכרעת הרוב בשלב הפוסט-חוקתי מוצדק נורמטיבית בגלל היותו תוצר של החוזה הראשוני. אין לכלל הרוב הדמוקרטי הצדקה טבועה;<sup>12</sup> הוא בבחינת הרע במיעוטו, ולכן יש נסיונות שונים לשכלל או לשקלל אותו, כך שישקף רוב גדול יותר מתמישים ואחד אחוזים. המסקנה האחרונה מרמזת על מקומה של הפרדת הרשויות, שאנו מגיעים אליה כעת.

## 2. הפרדת רשויות – מודלים שונים

הפרדת רשויות היא מושג-גג הטומן בחובו וריאציות רבות ושונות.<sup>13</sup> זהו מושג המורכב אנליטית מכמה נדבכים: הפרדת פונקציות שלטוניות, הפרדת אורגנים

10 J.D. Gwartney & R.E. Wagner *Public Choice*, Buchanan, *ibid*, at pp. 68–69. כן ראו: Buchanan, *ibid*, at pp. 68–69. *Choice and Constitutional Economics* (Conneticut, 1988) ch. 1.

11 כלל הרוב מהווה כלל הכרעה אוֹפְטִימָלִי, המביא לידי מינימום את הוצאות הפרוצדורה של קבלת ההחלטה (הוצאות פנימיות), מחד גיסא, ואת ההוצאות הנגרמות לאלה המושפעים מההחלטה (ההוצאות החיצוניות), מאידך גיסא. ראו: J.M. Buchanan & G. Tullock *The Calculus of Consent – Logical Foundation of Constitutional Democracy* (Michigan, 1962).

12 על נסיונות להצדקת כלל הרוב וביקורות עליהם, ראו: E. Spitz *Majority Rule* (Chatham, 1984).

13 על הפרדת רשויות ראו: M.J.C. Vile *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford, 1967).

שלטוניים, הפרדת פרסונות ומתכונת יחסים בין כל אחד ממרכיבי ההפרדה. ניגש כעת לבחינת הנדבכים האלה. מתיאורינו עד כה את הקמת המדינה וצמיחת ממשלה המרכזי נגזרת הפרדת הפונקציות הראשונה – זו שבין המדינה המגינה על החוזה החברתי לבין המדינה היצרנית. יש מתח אינהרנטי בין שתי הפונקציות, שכן, המדינה היצרנית תיטה להסיג את גבולות המדינה המגינה. המדינה היצרנית עוסקת בייצור מוצרים ציבוריים; עלותם מתחלקת בין התושבים, ולכן, אחת מפעילויותיה המרכזיות היא חלוקה מחדש של משאבים, דבר שעלול להתנגש בהסכמה הכללית של החוזה הראשוני. בגלל מתחים אלה, הגיוני ואף רצוי לא רק להסתפק בהפרדה של הפונקציות ההגנתית והיצרנית, אלא גם בהפרדה של האורגנים השלטוניים האמונים על ביצוע פונקציות אלה והפרדה פרסונלית של המאיישים אורגנים אלה.

בעולם האנגלו-אמריקאי מקובל שהתפקיד ההגנתי של המדינה מסור בידי מערכת בתי-המשפט הכללית. לעומת זאת, בקונטיננט (בגרמניה ובצרפת, למשל) תפקיד זה מסור לבית-משפט מיוחד – בית-המשפט החוקתי. תפקידו אינו נתפס כתפקיד השיפוטי הקונוונציונלי של הכרעה בסכסוכים, אלא כתפקיד המיוחד של אכיפת החוזה החברתי. כפי שהראיתי, יש במבנה זה היגיון רב, מבחינת פילוסופיה פוליטית, אך נושא זה חורג ממסגרת הדיון במוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, ולכן לא ארחיב בו. אציין רק שלדעתי, לא ניתן לראות באורגן הנוסף העומד כאן לדיון – היועץ המשפטי לממשלה – תחליף נאות לביצוע הפונקציה ההגנתית של המדינה, אלא אם נערוך שינוי מבני כה מרחיק-לכת, שיתיר על כנו, למעשה, רק את השם של המוסד. הסיבה לכך היא, שמי שמוטל עליו התפקיד של אכיפת החוזה החברתי חייב להיות מנותק לחלוטין מהשותפים לחוזה, או כשניתוק כזה אינו אפשרי, עליו לייצג את השותפים לחוזה באופן שוויוני. שתי הדרישות אינן מתקיימות לגבי היועץ המשפטי לממשלה. דרישות אלה אינן מתקיימות גם במבנה של רשות אחרת כלשהי במדינת-ישראל. אין במבנה השלטון שלנו מי שמסוגל למלא כראוי את הפונקציה ההגנתית של המדינה.

כאן אנו מגיעים להפרדת הפונקציות והאורגנים המוכרת יותר. ההפרדה בין הפונקציות של יצירת כללים, הפעלת כללים ושפיטה על-פי כללים – או בלשון הפופולרית יותר: חקיקה, ביצוע ושפיטה – וההפרדה בין האורגנים של רשות מחוקקת, רשות מבצעת ורשות שופטת. המעניין כאן מבחינה דוקטרינרית הוא, שבניגוד להפרדת הרשויות מהסוג הראשון, כאן אין בהכרח זהות בין הרציונלים של הפרדת הפונקציות השלטוניות והפרדת האורגנים השלטוניים. אסביר את דברי: הפרדת הפונקציות של קביעת כללים, פעילות על-פיהם ובחינה אם תאמה הפעילות את הכללים נובעת משיקולי יעילות הדומים לאלה של התמחות בשוק הכלכלי.<sup>14</sup> תיאורטית, היה ניתן לשלוט (גם במסגרת החוזה של כלל הכרעה פה-אחד וגם במסגרת הדמוקרטיה של הכרעה רוב) ללא הפרדה כזו. כל שאלה הדורשת הכרעה חברתית מועלית לדיון ומוכרעת על-פי כלל הכרעה הרצוי – פה-אחד או רוב דעות או כלל הכרעה אחר. מנגנון כזה אינו יעיל.

14 ראו: H.G. Brennan & J.M. Buchanan *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy* (Cambridge, 1985) 82–133.

עלויות הפעלתו גבוהות, הן מבחינת הגוף המחליט (הוצאות פנימיות בלשונם של Buchanan and Tullock) והן מבחינת המושפעים מן ההחלטה (הוצאות חיצוניות).<sup>15</sup> אכן, הניסיון ההיסטורי מלמד כי שלוש הפונקציות השלטוניות הללו התפתחו באופן טבעי בכל סוגי המשטרים ובכל התקופות.<sup>16</sup>

במסגרת הפרדה פונקציונלית זו, אין ליועץ המשפטי לממשלה תפקיד ייחודי. הוא עוסק בנתח של הפונקציה הביצועית, אם כי גם ביצירת כללים. בכל מקרה, אין לו פונקציות נוספות לשלוש הפונקציות השלטוניות המוכרות, המוזכרות כאן, ששלוש הרשויות הראשיות של המדינה נוטלות חלק בביצוען. כך, אין סיבה פונקציונלית להפריד בין פעילויות המשטרה, הגוף המרכזי הפועל לאכיפת החוק במסגרתה של הרשות המבצעת, לבין פעילויותיו של היועץ המשפטי לממשלה באותו תחום. אין סיבה להניח שהוא מומחה גדול יותר בסוג זה של פעילות שלטונית. תפקידו "החקיקתי" של היועץ המשפטי לממשלה, שהתמסד בעקבות העלאת הנחיות היועץ על הכתב ופרסומן על-ידי מאיר שמגר, בתקופת היותו היועץ המשפטי לממשלה, אינו ייחודי מבחינת הפונקציה של יצירת הכללים. גם כאן אין סיבה פונקציונלית ליטול תפקיד זה מהרשויות המפקדות על קביעת כללים – הכנסת והממשלה – ולהעבירו לגוף אחר, כמו היועץ המשפטי. כאן ברור עוד יותר שאין ליועץ יתרון התמחותי בפונקציה שלטונית זו, מה גם שפונקציה שלטונית זו, יותר מאשר הפונקציות האחרות, אמורה לשקף סיכום כלשהו של עמדות האזרחים, דבר שאינו מתקיים אצל היועץ המשפטי לממשלה. ניתן לכן לומר, שמבחינה פונקציונלית, היועץ המשפטי מתאים פחות מהרשויות האחרות לפעילות השלטונית של יצירת כללים.

הרציונל שעומד מאחורי הפרדת האורגנים השלטוניים שונה. מדובר כאן ברציונל אנטי-מונופולי. ריכוז כל סמכויות השלטון בידי אורגן אחד יוצר מונופול, שגורם גם לחוסר יעילות (מבחינת התוצר השלטוני) וגם לחלוקה מעוותת של משאבים. במילים אחרות, הפיקוח הדמוקרטי התקופתי של האזרחים על הממשל אינו מספיק כדי למנוע מהממשל, המאויש על-ידי פרטים שמבקשים לדאוג לאינטרסיהם, להציל את כוחו לרעה.<sup>17</sup> כדי למנוע ניצול לרעה של כוח השלטון, יש לנקוט באמצעים אנטי-מונופוליים

<sup>15</sup> Buchanan & Tullock, *supra* note 11.

<sup>16</sup> כבר Adam Smith כתב במאה השמונה-עשרה על הפרדה בין הרשות המבצעת לרשות השופטת כנובעת מחלוקת עבודה או התמחות כלכלית. הוא קבע, בין השאר: "The separation of the judicial from the executive power seems originally to have arisen from the increasing business of the society in consequence of its increasing improvement. The administration of justice became so laborious and so complicated a duty to require the undivided attention of the persons to whom it was entrusted." A. Smith *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (London, 6th ed. by E. Canan, 1961) Book 5, ch. 1, Part 2 (first published in 1776).

<sup>17</sup> רעיון זה נוסח בצורה משכנעת בשנת 1788, על-ידי James Madison, אחד מאבות

ובאמצעים המקטינים את הוצאות השליחות (agency cost)<sup>18</sup>. אחד האמצעים האלה הוא פיצול כוח השלטון בין אורגנים שונים, המאוישים על-ידי פרסונות שונות. במינוח כלכלי מדובר בדיסאינטגרציה אנכית.<sup>19</sup> מנגנונים אנטי-מונופוליים נוספים או מקבילים להפרדת אורגנים הם אופציית ה-exit, דהיינו, קיומן של מדינות מתחרות שניתן להגר אליהן,<sup>20</sup> ומבנה פדרלי או הפרדת רשויות אנכית, המשמשת פונקציה דומה.

הפרדת האורגנים האופטימלית תלויה בגורמים שונים, כגון גודלה של המדינה (הפרדת האורגנים הרצויה בסין אינה דומה לזו הנאותה בלוקסמבורג), קיומו או היעדרו של מבנה פדרלי או מתכונת היחסים והסמכויות בין רשויות מקומיות לשלטון המרכזי, יעילות מנגנון הפיקוח הדמוקרטי העיתי, מבני הייצוג השונים של האורגנים השלטוניים השונים ועוד. אבל הנקודה החשובה בהקשר זה היא, שבניגוד לתפיסה הקונוונציונלית או הקלסית של הפרדת הרשויות, אין הכרח שהפרדת האורגנים תתאים להפרדת הפונקציות. במילים אחרות, אין זה הכרח דוקטרינרי שהשלטון יורכב משלוש רשויות – אחת מופקדת על חקיקה, אחת על ביצוע ואחת על שפיטה. מבנה כזה הינו קומפקטי, לאור המסקנה בדבר הצורך בהפרדת פונקציות, נוסף על הפרדת אורגנים, ועל-כך רצוי אולי במדינות קטנות. בארצות-הברית, שאינה בגדר מדינה קטנה, התפיסה הדוקטרינרית היא של איוונים ובקרות. יש בה הפרדה של סמכויות השלטון לכמה אורגנים, אבל כל אחד מהם נוטל חלק בשלוש הפונקציות השלטוניות: על יצירת הכללים (חקיקה) מופקד בעיקר הקונגרס, אבל שותפים בה גם הנשיא, באמצעות הווסו הנשיאותי, וגם הרשות השופטת,

החוקה האמריקאית, מעל דפיו של *The Federalist Papers*, no. 47, במילים אלה: "The Accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny". ראו:

A. Hamilton, J. Madison & J. Jay *The Federalist Papers* (New York, 1962)

18 כאשר שליח עושה פעולה בשמו של שולח, מיתוספות לעולם הוצאות שאינן קיימות כאשר הפעולה געשית באופן בלתי-אמצעי. אלה כוללות הוצאות למניעת השליח מלפעול בשם האינטרסים שלו עצמו, הוצאות לפיקוח על פעילות השליח והפסד שולי. פעולות במסגרת מבנים מורכבים, הן בשוק הכלכלי (למשל, פעולות במסגרת פירמות) והן בשוק הפוליטי (פעולות של נבחר בשם בוחריו), חייבות להיעשות באמצעות שליחים, והוצאות השליחות, על-כך, הן בלתי-נמנעות. קיים ענף שלם בכלכלה (Transaction Costs Economics) המטפל בניחות הוצאות אלה, בהשלכותיהן על פתרון השוק ובמציאת דרכים להקטינן. ראו: M.C. Jensen & W.H. Meckling "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" *J. Financ. Econ.* (1976) 305

19 ראו: M. Silver "Economic Theory of the Constitutional Separation of Powers" *Public Choice* (1977) 95

20 ראו: A.O. Hirschman *Exit, Voice and Loyalty – Responses to Decline in Firms (Organisations and States)* (Cambridge, Mass., 1970)



באמצעות הביקורת השיפוטית. על הביצוע מופקד בעיקר הנשיא, אך נוטל בו חלק גם הקונגרס, על-ידי אישור מינויים בכירים, ובאופן עקיף גם הרשות השופטת. ועל שפיטה מופקדת בעיקר הרשות השופטת, אך נוטלים בה חלק גם הנשיא, באמצעות מינוי שופטים, וגם הסנט באמצעות אישור המינויים.<sup>21</sup> באחרונה מתפתחת בארצות-הברית התפיסה ששיפור הפעילות של השלטון יכול להיעשות על-ידי הפקדת נושאי שלטון או נושאי הכרעה קולקטיבית צרים יותר בידי סוכנויות מינהליות עצמאיות, הממלאות את שלוש הפונקציות השלטוניות באותו נושא גם יחד.<sup>22</sup>

ובכן, הפרדת הפונקציות אינה צריכה לתאם את הפרדת האורגנים, אך מחויבת המציאות על-פי תפיסה נורמטיבית זו היא ההפרדה הפרסונלית בין הפועלים במסגרת האורגנים השונים, דהיינו, שלא אותם אנשים יכהנו באורגנים השלטוניים השונים. אין שום משמעות להפרדה האורגנית ללא הפרדה פרסונלית, שכן פונקציית התועלת או התמריצים המניעים כל נושא-תפקיד בכובעו הציבורי מושפעים ממבנה הייצוג של תפקידו, ממידת עצמאותו ומושאיה ומשאר המרכיבים המבניים-המוסדיים של עמדתו. אין כל משמעות למרכיבים אלה אם אותו אדם עצמו מכהן באורגן שלטוני אחר. כך, למשל, בארצות-הברית מקפידים על הפרדה פרסונלית מלאה, שנותנת גם יתר אפקטיביות למבני הייצוג השונים (של הנשיא, בית-הנבחרים, הסנט ומערכת בתי-המשפט הפדרליים).

יוצא-הדופן היחיד בעניין זה הוא סגן הנשיא, המכהן גם כיושב-ראש הסנט.

הנדבך האחרון בשרשרת הטיעונים הנורמטיביים המוצגת כאן נוגע ביחס הרצוי בין האורגנים השונים או בין הרשויות. יחס זה קשור גם להתאמה שבין הפרדת האורגנים להפרדת הפונקציות השלטוניות. לשם פשטות, ניתן להציג שלושה מודלים אפשריים של מערכת יחסים זו. המודל הראשון הוא המודל ההיררכי. זה המודל של הדמוקרטיה הפרלמנטרית האירופית, המיוצג מבחינה דוקטרינרית בצורה המוכרת ביותר על-ידי פירמידת הנורמות ופירמידת הרשויות של הנס קלון.<sup>23</sup> המודל השני הוא מודל הפרדת הרשויות הטהורה, על-פיה יש לכל אורגן תחומי עיסוק משלו, המופרדים מתחומי הסמכויות של האורגנים האחרים, וכל רשות הינה עצמאית במסגרת תחומי עיסוקיה.<sup>24</sup> מודל זה מרמז בדרך-כלל על זיהוי בין הפרדת הפונקציות לבין הפרדת האורגנים, שכן, אם המצב אינו כזה, דהיינו, אם האורגנים השונים ממלאים אותן פונקציות, לא תיתכן גדר הפרדה ברורה בין הרשויות, כפי שנדרש על-ידי מודל זה.<sup>25</sup> המודל השלישי הוא מודל

21 ראו: W.N. Eskridge, Jr. & P.P. Frickey *Cases and Materials on Legislation – Statutes and the Creation of Public Policy* (St. Paul, Minn., 1988).

22 ראו את אסופת המאמרים בנושא סוכנויות מינהליות עצמאיות ב: Symposium: "The Independence of Independent Agencies" (1988) *Duke L. J.* 215 וכן: W.T. Mayton "The Possibilities of Collective Choice: Arrow's Theorem, Article I and the Delegation of Legislative Power to Administrative Agencies" (1986) *Duke L. J.* 948.

23 ראו ב' אקצין תורת המשטרים (מהדורה שנייה מתוקנת תשכ"ח, כרך א) 120.

24 על מודל זה ראו: Vile, *supra* note 13, at pp. 13–20.

25 מודל זה מיוחס, כנראה שלא בצדק, למונטסקיה וספרו רוח החוקים (1748). מונטסקיה

האיוונים והבקריות. מודל זה מרמז שיש הפיפה פונקציונלית בין האורגנים, ועל-כן לא תיתכן הפרדה מוחלטת בין הרשויות. הוויכוח בין השופטים אלון וברק, כפי שהוא בא לידי ביטוי, למשל, בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נגד ראש הממשלה,<sup>26</sup> ניתן להצגה כוויכוח בין המודל הטהור של הפרדת רשויות (שתומך בו השופט אלון) לבין מודל האיוונים והבקרה (בו דוגל השופט ברק).

### 3. המודל הרצוי של הפרדת רשויות

מהו הדגם הרצוי של היחסים בין הרשויות? הדגם הראשון – ההיררכי – חייב להידחות, שכן, אין הוא מקיים את הרציונלים של הפרדת האורגנים, כפי שפורטו בחוליות הקודמות של הטיעון. בראש ובראשונה אין הוא ממלא את היעד האנטי-מונופולי, אחד היעדים העיקריים של הפרדת רשויות. המחלוקת היא אם-כן בין הדגם השני לשלישי. הדגם השני, דגם של הפרדת רשויות טהורה, ישים למספר קטן יותר של מדינות, שכן, מאחר שהוא מזהה בין הפרדת הפונקציות להפרדת האורגנים, הוא מתאים רק למדינות בעלות גודל אוכלוסייה נתון. בעיה מהותית יותר עם דגם זה היא, שהפרדה מוחלטת בין הפונקציות על-ידי ייחוד האורגנים יכולה ליצור קרטל, במקום מונופול, עם אותן תוצאות, מבחינת ניצול כוח לרעה, או אף גרועות יותר. אם לכל רשות טריטוריה משלה, ללא חיכוכי סמכויות עם הרשויות האחרות, שלוש הרשויות עלולות לחבור יחדיו ולשתף-פעולה על חשבון האזרחים (בחלק השני של המאמר אטען שזה למעשה מה שקורה גם במסגרת המודל השלישי של הפרדת רשויות). טירן אחד מוחלף בשלושה טירנים. הדגם השלישי של מודל האיוונים והבקריות גראה אם-כן כאנטי-פוס האידיאלי של הפרדת הרשויות.

מתכונת היחסים הרצויה בין הרשויות ברמה הפונקציונלית יכולה להיות שונה מהמתכונת הרצויה ברמה הפרסונלית. ניתן לטעון, למשל, לטובת הפרדה טהורה במישור הפרסונלי ולמודל האיוונים והבקריות ברמה הפונקציונלית. יש ממש בגרסה זו, שכן, ברמה הפרסונלית, על-פי ההנחות הנורמטיביות של הגישה המוצעת כאן, המאיישים את האורגנים השונים עתידים ליתן דין וחשבון (או להיות אחראים – accountable) – מונח שלא במקרה, כנראה, אין לו תרגום נאות לעברית) לפני האזרחים, ולא לפני רשויות אחרות, ומה שמייחד את האורגנים השונים הוא מבני ייצוג שונים, שמטרתם ריחוק של הליך ההכרעה הקולקטיבי מכלל הרוב הפשוט וקירובו לכלל החווי של הכרעה פה-אחד. כך, בארצות-הברית, למשל, הנשיא נבחר על-ידי כל האזרחים, בעוד חברי הקונגרס נבחרים איש איש על-ידי בוחרים באיזור בחירה מסוים, ויש גם הבדל במפתח הייצוג בין שני בתי הקונגרס. השופטים נבחרים על-ידי הנשיא, ומינוים עובר הליך אישור על-ידי הסנט, כך שמבנה הייצוג שלהם שונה משל שאר המוסדות. אם הכרעה חברתית צריכה

כיוון למודל האיוונים והבקריות. ראו: C.L. Montesquieu *The Spirits of Law* (New York, trans. by T. Nugent, 1949).

26 פ"ד מה(1) 749.

לקבל אישור של שלושה אורגנים (או במקרה האמריקאי – ארבעה), כשכל אחד מחליט בדוב קולות, אך מבנה הייצוג שלו שונה ממבני הייצוג של האורגנים האחרים, הרי ההכרעה החברתית משקפת הסכמה רחבה יותר מזו של רוב פשוט של 51 אחוז מהבוחרים. לעומת זאת, ברמה הפונקציונלית-אורגנית, שמטרתה העיקרית הן פעילות אנטי-מונופולית ויעילות שלטונית, יש טעם בביקורת הדדית ובאיזון הרשויות זו את זו. מטרה זו חשובה במיוחד בהיעדר פיקוח יעיל של האזרחים בין מועד בחירות אחד לאחר. אשאר נושא סבוך זה לפיתוח במועד אחר, כדי לעבור לכמה יישומים של הניתוח המוצע.

#### 4. בחינה של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה לאור המודל הרצוי של הפרדת רשויות

לא אתיחס לכל היישומים של שרשרת הטיעונים הנורמטיביים שהובאו לעיל בכלל מבנה השלטון בישראל, אף שיש לקו טיעון זה השלכות חשובות (למשל, בשאלת ההפרדה בין הכנסת לממשלה, על רבדיה השונים). אצטמצם במסגרת הנוכחית בהערכת מוסד היועץ המשפטי לממשלה. וכשאני מדבר על הערכת המוסד של היועץ המשפטי לממשלה, אין אני מתכוון לבחינת הצורך שיהיה לממשלה יועץ משפטי, כשם שלכל גוף עסקי או ציבורי יש יועץ משפטי; אין אני מתכוון גם לבחינת הצורך במערכת תביעה ציבורית שבראשה עומד תובע ראשי; אלא אני מכוון לבחינת הצורך במוסד בעל סמכויות רחבות, ייחודיות ועצמאיות, כפי שהתפתח מוסד הייעוץ המשפטי ולאופן שרוב המלומדים מסנגרים בו על התפתחות זו.<sup>27</sup>

כפי שטענתי לעיל, אין ליועץ המשפטי לממשלה, בתפיסת תפקידו הנוכחית, ייחוד מבחינה פונקציונלית. במילים אחרות, אין הוא ממלא פונקציות שלטוניות ייחודיות או פונקציות שלטוניות שיש לו עדיפות בהפעלתן על הרשויות האחרות. ההצדקה האפשרית היחידה לקיומו היא אם-כן הצדקה אורגנית. לדעתי, גם במישור זה אין הצדקה לקיום המוסד באופן בו התפתח בישראל. קיימים נימוקים אחדים, הקשורים זה לזה, המובילים למסקנה האמורה. ראשית, דומני שבנתוניו של מדינת-ישראל, מבחינת אוכלוסייה וגיאוגרפיה, אין הצדקה לקיומן של יותר משלוש רשויות, אם מתכונתן נשמרת על-פי הדגם המוצע. ציינתי קודם-לכן שמספר הרשויות האופטימלי תלוי, בין השאר, בגודל המדינה ואוכלוסייתה. הגדלת מספר הרשויות מעלה את העלות של קבלת ההחלטות הקולקטיביות, מחד גיסא, ומפחיתה את העלות החיצונית של הליך ההכרעה או את הנוק המונופולי של הליך זה, מאידך גיסא. עלויות אלה תלויות בגודל האוכלוסייה שההכרעות הקולקטיביות מיושמות לגביה.<sup>28</sup> מבנה המדינה האופטימלי מקטין את סכום העלויות

27 ראו, למשל, ז' סגל דמוקרטיה ישראלית – עיקרים חוקתיים במשטר מדינת ישראל (תשמ"ח) 179; י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 411.

28 לניתוח הקשר בין גודל האוכלוסייה למידה האופטימלית של הפרדת הרשויות, ראו: Silver, *supra* note 19, at pp. 101–105.

למינימום. אם מצאו מלומדים שמבנה השלטון האופטימלי בארצות-הברית היה בעבר מבנה פדרטיבי של שלוש רשויות שלטוניות, ורק בעשורים האחרונים, עם גידול האוכלוסייה האמריקנית, נמצא שיש מקום להגדלת מספר הרשויות על-ידי ייסוד הסוכנויות המינהליות העצמאיות,<sup>29</sup> נראה שבתנאיה של מדינת-ישראל כיום, קיומן של יותר משלוש רשויות אינו מצב יעיל (כאשר אני משתמש בהגדרה רחבה של המושג "יעילות", ככולל את שני סוגי ההוצאות החברתיות – הוצאות חיצוניות ופנימיות).

כפי שאטען בחלקו השני של המאמר, התפתחות של מוסד היועץ המשפטי לממשלה באופן בו התפתח נובעת מפגמים מסוימים במתכונת ובתפקידים של שלוש הרשויות המרכזיות במבנה השלטון הישראלי. מדובר בעיקר בתפיסת התפקיד של הרשות השופטת, שהשתנתה בעשורים האחרונים והביאה לידי החלשתו – המוצדקת לטעמי – של היועץ המשפטי. בכל מקרה, בהינתן תפיסה נכונה של שלושה אורגנים שלטוניים – רשות מחוקקת, מבצעת ושופטת – אין מקום במדינה קטנה כישראל לרשות שלטונית רביעית. הצעדים, הנכונים ברוחם, של מייסוד ההפרדה בין הרשות המבצעת למחוקקת, כפי שהם באים לידי ביטוי בשינויים בחוק-יסוד: הממשלה, צריכים לחזק מסקנה זו.<sup>30</sup>

שנית, אם יש מקום לשלוש רשויות המאזנות ומפקחות זו על זו, צריכה להישאל השאלה: האם מוסד היועץ המשפטי אינו יכול להיות תחליף גאות לאחת הרשויות הקלטיות, בהיעדר הפרדה במתכונת נאותה בין שלוש הרשויות המרכזיות? התשובה גם כאן היא, לדעתי, שלילית. בעוד, כפי שציינתי, המתכונת האידיאלית של הפרדת רשויות הינה עצמאות פרסונלית ואי-עצמאות פונקציונלית (הפרדת רשויות טהורה ברמה האישית ומודל האיוונים והבקות ברמת ההפרדה הפונקציונלית), מוסד היועץ המשפטי בנוי בדיוק להיפך – עצמאות פונקציונלית וחוסר עצמאות פרסונלית. הסמכויות שיש בידי היועץ המשפטי בתחום התביעה, הפסקת ההליכים והנחיית המינהל, הן סמכויות בלעדיות, והן נשמרות באופן קפדני ככאלה. ניסיון למעורבות בהן על-ידי שר המשפטים או בג"צ מעורר ביקורת, כולל ביקורת מלומדים.<sup>31</sup> מאידך גיסא, היועץ אינו זוכה בעצמאות פרסונלית. הוא מתמנה ותלוי בפיטורי הממשלה, משכורתו ותנאי עבודתו אינם חסינים מפגיעה. נוסף על כך, היותו סמוך על שולחן הממשלה, מחד גיסא, ומעורב ברובד המשפטי הבכיר, כולל השיפוטי, מאידך גיסא, אורגים אותו בקשרים חברתיים הדוקים, שעלולים להגדיל את תלותו הפרסונלית.

שלישית, הפונקציות שממלא היועץ המשפטי לממשלה טומנות בחובן ניגוד אינטרסים טבוע – בין נאמנות לממשלה, כמייצגה (הבלעדי, כך קבע בית-המשפט העליון בבג"צ

29 ראו המאמרים המוזכרים, לעיל הערה 22.

30 סעיפים 3, 4, 19, 22, 27 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214.

31 ראו את אסופת המאמרים בכרך זה של פלילים: מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי באכיפת החוק" פלילים 2 (1996) 5; ר' גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" שם, בע' 27; ד' קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" שם, בע' 121.

4267/93 אמיתי נ' ראש הממשלה<sup>32</sup>, מחד גיסא, ונאמנות לחוק, המציבה אותו כנגד הממשלה, מאידך גיסא.<sup>33</sup> סתירה זו, לצד הייחודיות הפונקציונלית וחוסר העצמאות הפרסונלית, אינן יכולות לאפשר תפקוד סביר של הנושא במשרה.

נימוק אחרון הקשור לנקודה הקודמת, ובעיקר לנושא העצמאות הפרסונלית, נעוץ במתכונת הייצוג של רשויות הממשל. התפיסה הבסיסית שהצגתי היא, שכל אחת מרשויות השלטון צריכה לייצג את הציבור או חלקים ממנו וליתן דין וחשבון לפניו. לכל רשות מבנה ייצוג שונה (והדבר נכון גם לגבי רשויות שאינן נתונות לפיקוח דמוקרטי ישיר של האזרחים, כמו הרשות השופטת). היועץ המשפטי הוא אדם אחד, ואין בתפיסת תפקידו כל יסוד של מתן דין וחשבון (accountability) לפני האזרחים; הוא בסך-הכל פקיד ממשלתי בכיר.

מהסיבות הללו, מסקנותי הן שאין צורך במוסד היועץ המשפטי כרשות שלטונית נפרדת וכי מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה במתכונתו הנוכחית אינו יכול להיות תחליף נאות לאחת משלוש רשויות השלטון המסורתיות. אני מתנגד על-כן למלומדים הרבים המבקרים את הפגיעה או הכרסום במעמדו של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה.<sup>34</sup> זוהי נקודת-מעבר טובה לחלקם השני של דברי, שיעסקו לא בצד הנורמטיבי, אלא בניתוח פוזיטיבי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ובשאלה: אם כך, מדוע התפתח המוסד של הייעוץ המשפטי באופן שהתפתח בו ומה גרם לירידת קרנו של המוסד בעשור האחרון?

## ג. ניתוח פוזיטיבי של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה והשינויים שחלו בו

### 1. הוויכוח במסגרת הגישה הכלכלית למשפט על הניתוח הפוזיטיבי של הפרדת רשויות

עד עתה שרטטתי מבנה אידיאלי של הפרדת רשויות. הגיע הזמן לעבור מהאידיאלי למעשי, או מהמישור הנורמטיבי של הרצוי למישור הפוזיטיבי של המצוי. מהו ההסבר להפרדת הרשויות שדפוס זה או אחר שלה מיוצג ברוב המשטרים הדמוקרטיים בעולם? מהן ההשלכות של הסבר כללי זה על הפרדת הרשויות בישראל ועל אופן ההתפתחות של מוסד היועץ המשפטי לממשלה? התשובה התמימה לשאלה זו היא שהמצוי נבנה על-פי הרצוי, או שהפרדת הרשויות בפועל נבנתה או התפתחה על-פי המודל האידיאלי של הפרדת רשויות. תשובה דומה ניתנה באופן מפתיע, בין השאר, על-ידי כמה מלומדים,

32 פ"ד מז(5) 441, 473.

33 התנגשות אינטרסים זו מתוארת על-ידי זמיר, לעיל הערה 27, בע' 412. מסקנותיו של זמיר לגבי תפקיד היועץ המשפטי שונות משלי. הסיבה העיקרית לכך היא שפרופסור זמיר מקבל את הנחות ההתנהגותיות של הגישה הכלכלית לגבי פוליטיקאים (ראו שם, בע' 414 (סעיף ד)), אך אין הוא מקבל הנחות אלה לגבי פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה.

34 ראו, למשל, זמיר, שם.

אנשי האסכולה הכלכלית למשפט.<sup>35</sup> בצד אחד של הוויכוח, שהתפתח בשנים האחרונות במסגרת הגישה הכלכלית למשפט, באשר לניתוח הפוליטיבי של הפרדת הרשויות, עומדת גישה מסורתית זו, המזהה את הניתוח הפוליטיבי עם הניתוח הנורמטיבי והטוענת שיש הפרדת רשויות מכיוון שהרשויות מאזנות זו את זו ומפקחות זו על זו ומונעות ניצול לרעה של כוח השלטון.<sup>36</sup>

אך גישה זו הינה בעייתית לנוכח נקודת-המוצא שלה, המושתתת על הנחות-היסוד של הגישה הכלכלית. הגישה הכלכלית מניחה, בין השאר, שפרטים, כולל פוליטיקאים, ביורוקרטים ושופטים, פועלים באופן רציונלי למקסום אינטרסים עצמיים. אם הנחות אלה נכונות, אזי כיצד ייתכן שאותם פוליטיקאים – שיש להם לרוב הכוח למנוע התפתחות של רשויות נוספות, למנוע סמכויות שלטוניות מרשויות אלה ולמנוע את עצמאותן – מאפשרים התפתחויות אלה אם התפתחויות אלה פוגעות בכוחם? תהייה זו נכונה, לדעתי, גם במשטרים שיש בהם חוקה נוקשה, המחלקת את הסמכויות בין רשויות שלטון שונות (שכן, גם במשטרים אלה תלויים כוחן ועצמאותן של הרשויות "החלשות" ברשויות "החזקות" – בפוליטיקאים<sup>37</sup>), אבל היא בוודאי נכונה בשיטה כמו זו שלנו, שאין בה חוקה

35 ראו, למשל: A. Downs *An Economic Theory of Democracy* (New York, 1957); Buchanan, *supra* note 9.

36 לתומכים עכשוויים של גישה זו ראו: R.A. Epstein "Beyond the Rule of Law: Civic Virtue and Constitutional Structure" 56 *Geo. Wash. L. Rev.* (1987) 149; R.A. Epstein *Takings: Private Property and the Problem of Eminent Domain* J. Macey "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model" 86 *Colum. L. Rev.* (1986) 223, 225-226.

37 כפי שיכולה להעיד השתלשלות העניינים סביב נסיונותיו של בית-המשפט העליון האמריקאי לסכל את תוכנית ה-New Deal של הנשיא רוזוולט, ואימו של האחרון להציף את בית-המשפט העליון בשופטים חדשים עושי-דברו (packing the Court), הכל במסגרת המשחק החוקתי הלגיטימי. במקרה של רוזוולט לא מומשו איומים אלה, אך כמאה שנים קודם-לכן השתמשו הפוליטיקאים בסמכות לקבוע את מספר השופטים הפדרליים כדי להשפיע על עצמאותם. ראו: P.M. Bator, D.J. Meltzer, P.J. Mishkin & D.L. Shapiro *Hart and Wechsler's the Federal Courts and the Federal System* (New York, 3rd ed., 1988) 30-45. דרכים אחרות, גלויות פחות, להשפעה על השופטים הפדרליים בארצות-הברית במסגרת המשחק החוקתי הלגיטימי הן שינויים במבנה ובסמכויות של בתי-המשפט הפדרליים הנמוכים ובסמכויות של בית-המשפט העליון, שליטה בתקציב בתי-המשפט ושימוש בהליך ההדחה - impeachment. ראו: U.F. Toma "Congressional Influence and the Supreme Court: The Budget as a Signaling Device" 20 *J. Legal Stud.* (1991) 131; D.W. Rohde & H.J. Speath *Supreme Court Decision Making* (San Francisco, 1976) ch. 5.

נוקשה, וכוחן של הרשויות השלטוניות "החלשות" תלוי עוד יותר ברצונם הטוב של הפוליטיקאים – הממשלה והכנסת.<sup>38</sup>

המסתכל על ההיסטוריה של בתי המשפט בישראל וכן של מוסד היעץ המשפטי לממשלה אינו יכול שלא להגיע למסקנה שמעמד הרשות השופטת, מידת עצמאותה, וכך גם מעמדו ועצמאותו של היעץ המשפטי לממשלה, הם תוצאה של האצלת סמכויות מפורשת ומשמעת על-ידי הממשלה והכנסת, או הסכמה גלויה או סמויה של פוליטיקאים להתפתחות עצמאית של מוסדות אלה. המקבל את הנחות היסוד של הגישה הכלכלית, שפוליטיקאים ומחוקקים פועלים למקסום האינטרסים העצמיים שלהם, חייב להסיק שהרשות השופטת ומוסד היעץ המשפטי פועלים להעלאת תרומה בכיוון זה, דהיינו, הם תורמים למקסום האינטרסים של הפוליטיקאים.

לנוכח הביקורת על הגישה הפוזיטיבית המסורתית להפרדת רשויות, זו המזהה בין הניתוח הנורמטיבי לפוזיטיבי, זו הטוענת שהפרדת הרשויות משמשת בפועל יסוד אנטי-מונופולי, התפתחה במסגרת הגישה הכלכלית למשפט תיאוריה חדשה יותר וציגה יותר לניתוח הפוזיטיבי של הפרדת רשויות. התיאוריה החדשה טוענת שהניתוח הנורמטיבי של הפרדת רשויות אינו טוב ויפה, אבל בפועל, יש לנו הפרדת רשויות מסיבה הפוכה בדיוק לזו שנותן הניתוח הנורמטיבי: ההפרדה עוזרת לפוליטיקאים להגדיל את כוחם ואת סיכוייהם להיבחר מחדש. חלוצי גישה זו הם William Landes & Richard Posner, שניתחו את העצמאות של הרשות השופטת בהקשר של תיאוריית קבוצות האינטרסים.<sup>39</sup> הרחיבו אותה Mark Crain & Robert Tollison, שכללו בה גם הסבר של הווטו הנשיאותי ושל המנגנון החוקתי בכללותו, המנותחים בהקשר האמריקאי והמוצגים, בניגוד למקובל, כמכשירים לקידום האינטרסים של הפוליטיקאים – המחוקקים.<sup>40</sup> בעבר השמעת ביקורת על המודל של Landes-Posner-Crain-Tollison, בעיקר בגלל ההנחות הבעייתיות שלו בנוגע להתנהגות שיפוטית. לא כאן המקום להיכנס לפרטיה.<sup>41</sup> אבל למרות הביקורת, אני מסכים למסקנות המודל. אנסה לשרטט כאן בקווים כלליים את המודל החלופי שהצעתי לניתוח העצמאות של הרשות השופטת, שהינו יפה, לדעתי, גם לניתוח של מוסד היעץ המשפטי לממשלה.

38 לפירוט הפער בין מה שאני מכנה "עצמאות מבנית" לבין "עצמאות מהותית" בהקשר של הרשות השופטת בארצות-הברית, בבריטניה ובישראל, ראו: E.M. Salzberger "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?" 13 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1993) 349, 352–358.

39 W.M. Landes & R.A. Posner "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective" 18 *J. L. & Econ.* (1975) 875.

40 W.M. Crain & R.D. Tollison "Constitutional Change in an Interest-Group Perspective" 8 *J. Legal Stud.* (1979) 165; W.M. Crain & R.D. Tollison "The Executive Branch in the Interest Group Theory of Government" 8 *J. Legal Stud.* (1979) 555.

41 ראו: Salzberger, *supra* note 38, at p. 359.

## 2. המודל המוצע לניתוח פוזיטיבי של הפרדת רשויות ולתפקיד שממלא בפועל היועץ המשפטי לממשלה

הנחת היסוד של הגישה הכלכלית בדבר רציונליות ומקסום של אינטרסים עצמיים, בצירוף העובדה שכותן של הרשויות ה"חלשות" (וכאן אני מתכוון בעיקר לרשות השופטת, ולענייננו – ליועץ המשפטי לממשלה) נובע מהענקת סמכויות מפורשת או משתמעת על-ידי הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, חייבות להוביל למסקנה שיש לדחות את הניתוח הפוזיטיבי המסורתי של הפרדת הרשויות. הנחות אלה צריכות להוביל אותנו למסקנה הפוכה: שכוחה ועצמאותה של הרשות השופטת, כמו גם כוחו ועצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה, קיימים ברמה שהם קיימים בה כי הם תורמים לחיזוק כוחם של הפוליטיקאים. אם נתמקד במוסד היועץ המשפטי לממשלה, ניתן להצביע, כהוכחה מסוימת לטיעון זה, על כך שבאופן עקבי בהיסטוריה הקצרה של מדינת ישראל, ההתקפות המרכזיות על יועצים משפטיים ספציפיים ועל המוסד של היועץ המשפטי לממשלה באו מכיוון האופוזיציה, ולא מכיוון אלה המחזיקים בכוח הפוליטי. הגדיל לעשות מנחם בגין: כראש האופוזיציה, הוא הסתייג פעמים רבות מעצם קיומו של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. אך עם עליית הליכוד לשלטון, היה זה הוא שטיפח את המוסד, הוסיף לו סמכויות (בעיקר בתחום המדיני) והזמין את היועץ להיות נוכח דרך קבע בישיבות הממשלה.<sup>42</sup> נראה לי שעובדות אלה יש בהן כדי לתמוך בטענה שהמוסד של היועץ המשפטי, בניגוד לגישה הקונוונציונלית, אינו פועל מתוך אינטרסים המתנגשים או מנוגדים ברוב המקרים לאלה של הממשלה; נהפוך הוא, היועץ המשפטי לממשלה מסייע לפוליטיקאים בהשגת מטרותיהם. הכיצד?

טענתי היא שקיומם של רשויות או מוסדות הנתפסים כעצמאיים בעיני הציבור (ולעניין זה אין נפקא מינה מה דרגת העצמאות האמיתית שלהם)<sup>43</sup> מאפשר לפוליטיקאים למקסם את האינטרסים שלהם באמצעות האצלת סמכויות לרשויות אלה. האצלה כזו מסייעת לפוליטיקאים בשתי צורות עיקריות: היא פותרת על-פי כלל הרוב הפשוט בעיות של הכרעות קולקטיביות שמאפיינות החלטות ממשלתיות או חקיקתיות, והיא מאפשרת לפוליטיקאים להסיט אחריות מעצמם. על-כן, קיומם של מוסדות אלה ועצמאותם פועלים לטובת הפוליטיקאים. גם כאן לא אכנס בעובי הקורה של המפרטים המתמטיים של שני מרכיבי-הסבר אלה. אסתפק בהסברים כלליים בלבד.<sup>44</sup>

42 על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה בעת שלטונו של מנחם בגין, ראו גוטמן, לעיל הערה 1, בע' 322–342.

43 ראו גם הבחנתי בין עצמאות מבנית לעצמאות מהותית במאמרי: ע' זלצברגר "Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 535, 540–536 (מאמר זה מהווה מאמר ביקורת על הספר: S. Shetreet *Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary* (Dordrecht, 1994).

44 להסברים מפורטים ראו: Salzberger, *supra* note 38, at pp. 358–369.



### 3. האצלת סמכויות כפתרון לבעיות של הכרעה קולקטיבית

היו אלה המרקיוז דה קונדורסה והמלומד בורדה שגילו עוד במאה השמונה-עשרה את הפרדוקס של כלל הרוב הפשוט.<sup>45</sup> כיצד קורה שקבוצת פרטים רציונליים, בעלי מערכת העדפות מלאה וטרנסיטיבית, אינה יכולה להגיע בעזרת הצבעת רוב להכרעה שהינה גם יציבה וגם לא-שרירותית – פרדוקס האדם הרציונלי והחברה הבלתי-רציונלית. הכלכלן Kenneth Arrow הרחיב את הפרדוקס והראה שאין אף כלל של הכרעה קולקטיבית המקיים כמה דרישות מינימליות של הכרעה חברתית.<sup>46</sup> תהליכים של קבלת החלטות ממשלתיות והכרעות הקיקטיות סובלים מפרדוקס זה. אחד הפתרונות האפשריים של הכרעות כאלה, הסובלות מבעיית המעגליות, היא האצלתן לגוף אחר.<sup>47</sup> כדי שהאצלה לגוף כזה תהיה אפקטיבית, על הגוף המואצל להיות מנותק ממערכת ההעדפות של הגוף המאציל, או עליו להיות גוף ששיקוליו מונחים על-ידי מערכת תמריצים שונה מזו של הגוף המאציל, ורצוי שיהיה מקובל על המאצילים ועל אלה שהם מייצגים (דהיינו, הציבור הרחב) כגוף עצמאי, שהכרעותיו אינן לוקות במידת האפשר באותם כשלים שיצרו את בעיית ההכרעה בגוף המאציל, דהיינו, בממשלה או בכנסת. מואצלים קלסיים כאלה הם בית-המשפט והיועץ המשפטי לממשלה.

לא ארחיב בדוגמות; רק כדי לסבר את האוזן אומר, שבהקשר השיפוטי, חלק משמעותי ממעורבותו של בית-המשפט העליון בענייני דת ומדינה ניתן, לדעתי, להסבר על רקע זה – רקע של חוסר יכולת של קואליציות ממשלתיות להכריע באופן קוהרנטי בסוגיות אלה, או חוסר יכולת של אותן קואליציות להסיט את הכרעות בית-המשפט שהפרו את הסטטוס קוו. בהקשר של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ניתן לתת כדוגמה את מעורבותו של מאיר שמגר, בשנת 1973, בעניין ההתיישבות היהודית בקריית-ארבע, כקשורה להסבר תיאורטי זה של האצלת סמכויות עקב בעיות של קבלת החלטות קולקטיביות. מעורבותו של שמגר, בחוות-דעת המתירה את הבינוי וההתיישבות בקריית-ארבע, היתה פתרון לקרע בצמרת של מפלגת העבודה בנושא זה. למעורבות זו היתה השפעה היסטורית מכרעת על כל ההתנחלויות בשטחים.<sup>48</sup> במקרה זה, כבמקרים אחרים, היה זה היועץ המשפטי שהיטה את כף ההכרעה לטובת עמדת ראש הממשלה (או גולדה מאיר), בניגוד

45 ניתן לראות בקונדרסה ובורדה ואחר-כך בריצ'רד דודג'סון, הלא הוא לואיס קרול, את מייסדי ענף הבחירה החברתית (Social Choice), העוסק בניתוח של קבלת החלטות קולקטיביות. לסקירה מקיפה על הענף ראו: D.C. Mueller *Public Choice* (Cambridge, 1979); D.C. Mueller *Public Choice II* (Cambridge, 1989); I. Mclean *Public Choice – An Introduction* (Oxford, 1987).

46 K.J. Arrow *Social Choice and Individual Values* (New Haven, 2nd ed., 1963).

47 לפתרונות אחרים, כגון שליטה על סדר-היום, זכות וטו וכללים פרוצדורליים אחרים, ראו: K.A. Shepsle & B.R. Weingast "Structure-Induced Equilibrium and Legislative Choice" 37 *Public Choice* (1981) 503.

48 על הפרשה ניתן לקרוא בספרו של גוטמן, לעיל הערה 1, בע' 238-242.

לעמדת חלק גדול משרי הממשלה, נדמה לי שגם תפקידו של משה בן-זאב במסגרת פרשת לבון ותקרע בין בן-גוריון לאשכול ניתן לניתוח בהתבסס על המסגרת התיאורטית של האצלה ליועץ המשפטי כפתרון לבעיות הכרעה קולקטיביות.<sup>49</sup>

#### 4. האצלת סמכויות כהיסט אחריות

אבל ההסבר החשוב יותר בהקשר של מוסד היועץ המשפטי לממשלה והאצלת הסמכויות אליו הוא היסט האחריות. פוליטיקאים מבקשים למקסם את כוחם הפוליטי ואת סיכוייהם להיבחר מחדש. לכאורה, כדי לשפר סיכויים אלה, היה עליהם לייצג את דעות בוחריהם. אבל מסיבות רבות ומגוונות, אין הם יכולים או רוצים לעשות כן תמיד. הדבר גובע, בין השאר, מהסיבה הפשוטה שאין הם יודעים איזו הכרעה תקלע לדעת בוחריהם, או שבוחריהם חלוקים בנושא, וכל החלטה תגרום לאובדן תמיכה מסוימת (ולעיתים בלתי-יודעה). לעיתים אין בעיה של מידע לגבי דעות הבוחרים, אך יש אילוצי החלטה אחרים, כגון הצורך לספק את רצונם של שותפים קואליציוניים, שכדי לשמור על השלטון, יש לרצותם ולתמוך בהכרעה המנוגדת לדעת הבוחרים.<sup>50</sup> בכל המצבים הללו, יהיה לפוליטיקאי הבודד או לקבוצת פוליטיקאים בעלי אינטרס זהה (סיעה) כדאי להימנע מהכרעה לגופו של עניין, ובמקום זאת, להאציל את סמכות ההכרעה לגוף אחר, כגון בית-המשפט או היועץ המשפטי לממשלה. האצלה כזו תיתן רווח לפוליטיקאי אם היא תיצור חוסר איוון בין היסט האשמה לבין היסט הקרדיט. במילים אחרות, קבלת ההחלטה לגופו של עניין על-ידי גוף מואצל, כגון בית-משפט או יועץ משפטי, מביאה לידי כך שגם האשמה שיטילו הבוחרים על הפוליטיקאי בעקבות ההכרעה וגם הקרדיט שיתנו לפוליטיקאי על ההחלטה יהיו מופחתים יחסית למצב שהפוליטיקאים עצמם יקבלו בו את ההחלטה. אבל אם הפוליטיקאי יכול לטעון ולזכות בנתח גדול יותר מהקרדיט להחלטת בית-המשפט או להחלטת היועץ המשפטי, נתח גדול יותר מאשר נתח האשמה כתוצאה מהחלטות אלה, אזי ההאצלה כדאית לו.

הכדאיות להאצלה תלויה גם בסוג הגוף המואצל, במידת עצמאותו, בהיקף שיקול-דעתו ובפרמטרים מוסדיים נוספים. יהיו עניינים מסוימים שמקסום האינטרסים של הפוליטיקאי יתממש בהם באמצעות האצלה לגוף עצמאי פחות, כמו פקידות בכירה או סוכנות מינהלית. יהיו מקרים שהאינטרסים של הפוליטיקאי המאציל יכוונו האצלה לגוף עצמאי יותר, כמו בתי-המשפט או היועץ המשפטי לממשלה.<sup>51</sup>

בהקשר הישראלי, מעורבות בג"צ בשטחים היא אולי הדוגמה המובהקת ביותר להיסט אחריות שכזה. קבלת החלטות בענייני השטחים על-ידי בית-המשפט העליון נותנת לפוליטיקאים לגיטימציה, מחד גיסא, ומאפשרת להם להאשים את בית-המשפט בהחלטות

49 שם, בע' 166-179.

50 על ניתוח מסודר יותר של סיטואציות אלה ראו: Salzberger, *supra* note 38, at pp. 361-366.

51 לפירוט ראו: Salzberger, *ibid*.

לא-פופולריות, מאידך גיסא. במקרה כזה, הרטוריקה (ולמעשה, גם הפרקטיקה) של עצמאות שיפוטית הינה גורם מרכזי ביכולת לעשות היסט אחריות שזוהי. אין פלא איפוא שבאופן עקבי למן 1967, אין הממשלה טוענת לחוסר סמכות של בג"צ לדון בעתירות מהשטחים.

אך גם היועץ המשפטי משמש באותה פונקציה. אחת הדוגמות הבולטות הבוטות ביותר לכך היא שימושו הגלוי של בן-גוריון בחוות-דעת שכתב לו היועץ המשפטי לממשלה דאז, גדעון האוזנר, בעת שכראש ממשלה, השיב בן-גוריון, בשנת 1962, מעל דוכן הכנסת, וביקש לדחות הצעת-חוק לתיקון דיני העונשין (בגד וריגול), תשי"ז-1956.<sup>52</sup> היתה זו הצעת-חוק פרטית שהגישו כמה חברי-כנסת לנוכח ביקורת הריפה על החוק שהשמיע בית-המשפט העליון. השימוש שעשה בן-גוריון בחוות-הדעת, שנכתבה כמסמך פנימי וכללה ביטויים בוטים למדי, עורר סערה גדולה בכנסת. היה לבן-גוריון נוח באותו מקרה להסתתר מאחורי כתפיו של היועץ המשפטי לממשלה, ש"חוקה" עליו כי שיקוליו תואמים את העקרונות של שלטון-החוק ועקרונות נאורים אחרים, ואינם נגועים בטעמים פוליטיים. האשמה על עמדת הממשלה הוסטה אל היועץ המשפטי שלה.<sup>53</sup>

קיימות דוגמות בוטות פחות, אך משמעותיות לא-פחות, לשימוש ביועץ המשפטי כמי שהאחריות מוסטת אליו. כך, למשל, ניתן להציג את נושא החקירות הפליליות וההעמדות לדין של אישים המקורבים לשלטון כאחד הנושאים הקלטיים שלממשלה נוח שהאחריות בהם אינה רובצת על כתפיה, אבל התהילה של ביעור שחיתויות בשלטון – דווקא כן. דרך ארוכה עבר נושא זה מפרשיות טוביאנסקי-בארי בשנת 1949<sup>54</sup> ולורנץ ורוזנברג בשנת 1954<sup>55</sup> ועד לפרשת דרעי. בפרשות הראשונות עדיין לא היה מעמדו של היועץ מבוסס, הפוליטיקאים לא הכירו ביתרונות העצמאות של היועץ ובאפשרות השימוש בו להסרת האחריות מכתפיהם. כך בפרשת סגן שר הסעד, הרב רוזנברג, איש המפד"ל. פתיחת החקירה בעניינו חוללה משבר ממשלתי ויצרה לחץ מטעם ראש הממשלה על היועץ המשפטי להימנע מהעמדה לדין. כשלון התביעה נתפס גם ככשלון הממשלה. רק מאוחר יותר גילו הפוליטיקאים שנוח יותר להסתתר מאחורי עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה, להניח לו לעשות את עבודתו, להאשימו בכשלונות ולקצור את פירות נצחונותיו.

טלו לדוגמה את פרשת אשר ידלין.<sup>56</sup> ניהול החקירה בעניינו נעשה בניצוחו של היועץ המשפטי אהרון ברק, וכך גם ההחלטה על ההעמדה לדין וההחלטה בעניין עסקת-הטיעון. הפוליטיקאים, ובכללם גם שר המשפטים, היו רק מדווחים, או לפחות הציגו את עצמם ככאלה. אחת התוצאות החשובות של האצלה זו או ריחוק זה של הפוליטיקאים מן ההליך של קבלת ההחלטות בפרשה היתה, שהביקורת של האופוזיציה על עסקת-הטיעון, על כך

52 ה"ח 2.

53 על הפרשה ראו בספרו של גוטמן, לעיל הערה 1, בע' 143-144.

54 גוטמן, שם, בע' 61-68.

55 שם, בע' 98-107.

56 שם, בע' 294-307.

שהיא נועדה מעיקרה להגן על מפלגת העבודה ולגנוז סודות שעלולים להיחשף, זכתה בהד קלוש מאוד.<sup>57</sup> בצדק מציין יהואל גוטמן, ש"אגב פרשת ידלין 'גילה' שר המשפטים את היתרונות שבעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה."<sup>58</sup> הכוונה במקרה זה היתה לא רק להיסט האחריות כלפי חוץ, אלא גם לאחריותו של שר המשפטים כלפי פנים, בנוגע לאישומים של פגיעה במפלגת העבודה.<sup>59</sup> בצד היסט האשמה אל היועץ המשפטי, קיים גם הפן השני של נטילת הקרדיט. כך, למשל, השכילו ממשלת רבין הראשונה ושר המשפטים דאז, חיים צדוק, להפוך את התקופה של גילוי השחיתויות הכלכליות של בן-ציון, מיכאל צור ואחרים ליתרון פוליטי, ולהציג את הממשלה כגורם החושף שחיתויות ואינו מחפה גם על המיוחסים.<sup>60</sup> גם פרשת העמדתו לדין של השר לשעבר אריה דרעי שונה מבחינה זו מאוד מסיפורו של סגן השר רוזנברג.

## 5. היועץ המשפטי לממשלה ובית-המשפט העליון כמוסדות חילופיים

המסקנה שתואר זה מוביל אליה היא, שמוסד היועץ המשפטי לממשלה ממלא פונקציה דומה לזו שממלאת הרשות השופטת (ובעיקר בית-המשפט העליון). שני המוסדות משמשים מואצלי סמכויות הכרעה חברתיות בעלי תדמית עצמאית, הפותרים לממשל ולכנסת בעיות של הכרעה קולקטיבית ומשמשים מוסטי אחריות. מהו אם-כן היחס בין הרשות השופטת לבין היועץ המשפטי, והאם יחס זה יכול להסביר את התמורות שחלו במעמד של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בעשור האחרון, דהיינו, את ירידת קרנו של המוסד? התשובה לשאלות אלה מתבקשת כמעט מאליה. בתי-המשפט (ובעיקר בית-המשפט העליון) ומוסד היועץ המשפטי משמשים כמוצרים חליפיים, ומי שמכיר את הניתוח הכלכלי של מוצרים חליפיים יודע, שכאשר גובר הביקוש לאחד מהם, קטן הביקוש לאחר. אכן, אם מסתכלים על ההתפתחות הממסדית המקבילה של שתי הרשויות, ניתן לראות בה סממנים של מוצרים חליפיים.

בשנים הראשונות של המדינה, הלך היועץ המשפטי ותפס מקום דומיננטי כגוף המואצל על-ידי הפוליטיקאים, וכך גדלו כוחו ועצמאותו בצורה משמעותית. דו"ח ועדת אגרנט משנת 1962,<sup>61</sup> חוקי-סוד: הממשלה משנת 1968, המונע נטילת סמכויות של היועץ על-ידי שר המשפטים,<sup>62</sup> המיסוד והפרסום של הנחיות היועץ המשפטי בשנות השבעים והזמנת היועץ לשבת דרך קבע בישיבות הממשלה מהווים נקודות-ציון חשובות בתהליך

57 שם, בע' 306-307.

58 שם, בע' 307.

59 היות היועץ המשפטי לממשלה מואצל אחריות מרומזת גם על-ידי זמיר, לעיל הערה 27, בע' 415.

60 גוטמן, לעיל הערה 1, בע' 265.

61 דו"ח ועדת המשפטנים כדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה. הדו"ח פורסם באחרונה בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 421-449.

62 סעיף 32 לחוקי-סוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226; וראו פרשנותו של א' רובינשטיין

זה. בתקופה זו, לאחר פרק-זמן של התבססות ראשונית עם קום המדינה ושנותיה הראשונות, אין אנו עדים להתפתחות דינמית דומה באשר לרשות השופטת. רק בחמש-עשרה השנים האחרונות אנו עדים לשינויים משמעותיים במעמד בית-המשפט העליון, במידת מעורבותו בהכרעות החברתיות-הקולקטיביות בישראל ובמידת עצמאותו המהותית.<sup>63</sup> בתקופה זו, ובעיקר בעשור האחרון, ניתן להצביע על ירידה משמעותית בקרנו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה. כשיש בית-משפט עליון חזק, מעורב, הווכה באמון רב מהציבור, אין צורך ביועץ משפטי בעל תכונות דומות. יהיו בוודאי מלומדים שירצו לצבוע תיאור זה בצבעים פרסונליים, אך לדידי, ההסברים הפרסונליים שלובים בהסברים הממסדיים.

לירידת קרנו של מוסד היועץ המשפטי ועליית קרנו של בית-המשפט יש גם פן משלים, שקשור להיבטים הפרסונליים-הממסדיים הללו. חילופי התפקידים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין בית-המשפט אינם תלויים רק ברצון הפוליטיקאים, אלא גם בפוליטיקה של שופטי בית-המשפט העליון ושל היועצים המשפטיים לממשלה. על-פי התיאוריה המוצגת כאן, גם היועץ וגם השופטים הינם שחקנים רציונליים בזירה הציבורית. הם מעוניינים לקדם את האינטרסים שלהם, ואינטרסים אלה מוגדרים באופן רחב ביותר, הכולל גם קידום רעיונות לגבי המשטר התקין והרצוי, אך גם יסודות של עוצמה ציבורית. על-כן, החלטותיהם נעשות רק במסגרת המתחם המואצל. בית-משפט לא ייטה לקבל החלטה שהממשלה או הכנסת יהפכות, או החלטה שתוליך לקיצוץ בסמכויותיו או בכוחו, דהיינו, הכרעה שאינה במסגרת המתחם המואצל. כך גם היועץ המשפטי לממשלה. על רקע זה ניתן להסביר, למשל, את פסקי-הדין בעניין גירוש ארבע מאות אנשי החמאס,<sup>64</sup> או את ההחלטה הטרייה בעניין ההסכם הקואליציוני עם ש"ס.<sup>65</sup>

בסוף שנות השבעים ובשנות השמונים עשו היועצים המשפטיים לממשלה כמה טעויות טקטיות במסגרת המשחק שזה עתה שרטטתי את כלליו. במילים אחרות, הם החליטו כמה החלטות מחוץ למתחם ההאצל.<sup>66</sup> בית-המשפט העליון לא עשה טעויות דומות באותה תקופה. הפרשייה הבולטת בהקשר זה היא כמובן פרשיית העמדתם לדין של בכירי השב"כ, בשנת 1986, על-ידי היועץ המשפטי יצחק זמיר, בגין בידוי ראיות משפטיות, הדחה לעדות שקר ושיבוש הליכי משפט. החלטה זו של זמיר חוללה התנגשות חזיתית עם

המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת תשנ"א, כרך ב) 568-569.

63 ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

64 בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267.

65 בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית (טרם פורסם).

66 ייתכן שהיועצים דאו פשוט לא פעלו בהתאם להנחות של הגישה כאנשים כלכליים או כאנשים רציונליים. הסיבות לכך, יהיו אשר יהיו ויהיו ממניעים אשר יהיו, אינן משנות. המסקנה המתבקשת במסגרת המודל המוצע היא, שהיועצים עשו טעויות טקטיות במהלך המשחק.

ממשלת האחדות הלאומית וגרמה להפסקת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה.<sup>67</sup> בספיוחי אותה פרשה, הכריע בית-המשפט העליון לטובת הממשלה בשאלת חוקיות התניגה טרום המשפט לאותם אנשי השב"כ.<sup>68</sup> בכך הוכיח בית-המשפט שהוא שחקן פוליטי מנוסה יותר, דבר ששימש, לדעתי, לפחות זרז לחילופי התפקידים (כנשואי-האצלה) בין מוסד היועץ המשפטי לממשלה לבין בית-המשפט העליון.

#### ד. ניתוח פוזיטיבי של הניתוח הנורמטיבי של הפרדת הרשויות עלידי בית-המשפט העליון

בדברי עד כה ניסיתי להצביע על ניתוח נורמטיבי של הפרדת רשויות (מדוע רצויה הפרדת רשויות ומהו סוג ההפרדה הראוי) ששונה לחלוטין מהניתוח הפוזיטיבי של הפרדת רשויות (מדוע קיימת הפרדת רשויות למעשה). לסיום, ברצוני להציע קשר מסוים בין רמת הניתוח הנורמטיבי של הפרדת רשויות לבין התיאור הפוזיטיבי שזה עתה סיכמתי, קשר שיש בו גם הסבר נוסף לשינוי המתקם במתכונת הכוחות בין בית-המשפט העליון לבין היועץ המשפטי לממשלה. מדובר בתפיסה של הפרדת רשויות שהינה ראויה בעיניהם של שופטי בית-המשפט העליון ובשינויים שחלו בתפיסה זו. לא אכנס במסגרת זו לשאלה אם שינויי תפיסה אלה מונעים על-ידי ניתוח נורמטיבי טהור, או שגם הם מהווים ביטוי למאבקי כוחות ולפוליטיקה של בית-המשפט. נושא זה מצריך מאמר נפרד. אך ברצוני לטעון ששינוי כזה התרחש, וגם הוא תרם לשינוי במאזן הכוחות בין שני המוצרים החילופיים – בית-המשפט והיועץ המשפטי.

השינוי שמדובר בו הוא מעבר דו-שלבי של תפיסת מבנה המדינה על-ידי בית-המשפט. התפיסה הראשונית של בית-המשפט היתה היעדר הפרדת רשויות ותפיסה קלזיאנית של פירמידת נורמות ומוסדות, כאשר בית-המשפט וכן היועץ המשפטי לממשלה נתפסים כמוסדות אובייקטיביים וניטרליים, המצויים מחוץ לפירמידות ומיועדים לשמש מנוע המפעיל את הפירמידות הללו. נקודת-מבט זו מקבילה, לדעתי, לתפיסה הפורמליסטית של המשפט, כאשר זו מנותחת מזווית-הראייה של תורת המשפט, ולא מזווית-הראייה של תורת המדינה. עד מהרה גילו שופטי בית-המשפט העליון שאין הם יכולים לשמש מפעילים ניטרליים של המבנה המורכב הזה. הכרה זו הוליכה למעבר לתפיסה של הפרדת רשויות טהורה. על-פי תפיסה זו, בתי-המשפט מכירים בכוחם להשפיע על ההכרעות הקולקטיביות, אך כדי לרסן כוח זה, הם בונים חומות בינם לבין הרשויות האחרות ומונעים עצמם מלהתערב בעניינים מובהקים שבסמכות הרשויות האחרות – הכנסת, הממשלה ולצורך העניין גם היועץ המשפטי לממשלה. השלב האחרון באבולוציה זו הוא המעבר מהתפיסה הטהורה של הפרדת רשויות לתפיסה של מודל

67 על הפרשה ראו מ' נגבי מעל החוק – משבר שלטון החוק בישראל (א' שאלתיאל עורך, תשמ"ז).

68 בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.

האיוונים והבקרות. על-פי התפיסה האחרונה, בית-המשפט העליון מכיר בכוחו הפוליטי ובלגיטימיות שלו להיות שותף בהכרעות החברתיות הקולקטיביות במדינת-ישראל, והוא מאמץ על-כן את דגם האיוונים והבקרות, על-פיו כמה מתפקידיו הם פיקוח התערבותי בעניינין של הרשויות האחרות. זוהי תפיסה שמכירה בהיעדר הפרדה פונקציונלית בין הרשויות. תפיסה זו, שבאה לידי ביטוי בעיקר בגישותיהם של השופטים שמגר וברק (לעומת דעתו של השופט אלון, הדוגל בגישת ההפרדה הטהורה), לא פסחה גם על מעורבות בית-המשפט בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>69</sup> אימוץ הגישה האחרונה על-ידי בית-המשפט העליון תרמה, כפי שציינתי לעיל, לפחיתות במעמד תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ובייחודיותו הפונקציונלית.

כיצד יש להעריך שינויים אלה? כאן אני מבקש לסגור את המעגל ולחזור לחלקם הראשון של דברי, בנוגע לניתוח הגורמטיבי של הפרדת הרשויות. הניתוח שהצעתי מאמץ, כזכור, את תפיסת מודל האיוונים והבקרות לגבי הפרדת הפונקציות, או מאמץ תפיסה של היעדר הפרדה פונקציונלית, כאשר קיימת הפרדה אורגנית מלאה. במסגרת זו ביקשתי להראות שמוסד היועץ המשפטי לממשלה, במתכונתו הנוכחית, אינו יכול להשתלב. השינוי במתכונת של הפרדת הרשויות בישראל, שהובל על-ידי בית-המשפט העליון ובהסכמה, מפורשת או משתמעת, של המחוקקים והפוליטיקאים, ושבמסגרתו פחתה חשיבותו של מוסד היועץ המשפטי, נתפס אס-כן בעיני כשינוי רצוי.

האם ישכיל בית-המשפט העליון לשחק נכון במשחק הפוליטי, או שיטעה גם הוא וייכווה, ואז יתרחשו אולי חילופי תפקידים נוספים בין מוסד היועץ לבין בית-המשפט? ימים יגידו.

69 מגמה שהחלה בבג"צ 329/81 נוף נ' י"מ, פ"ד (4) 326, והבשילה בבג"צ 223/88 שפטל נ' י"מ, פ"ד (4) 356; ובג"צ 935/89 גנור נ' י"מ, פ"ד (2) 485. בשני פסקי-הדין האחרונים הפך בית-המשפט העליון את החלטות היועץ המשפטי לממשלה.

---