

הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה - בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה²

אורי שהם*

א. מבוא

ב. פרשת שדיאל

1. הרקע העובדתי
2. חוות דעת הפרקליטות הצבאית
3. השגת הורי החייל, רב"ט חיים בר-נתן ז"ל
4. החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ אישה
5. החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בהשגת הוריו של רב"ט בר-נתן ז"ל
6. מכתבו של הפרקליט הצבאי הראשי אל היועץ המשפטי לממשלה
7. התשובה - מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)
8. החלטת בית המשפט העליון בעתירת הורי החייל, רב"ט חיים בר-נתן ז"ל

-
- 1 צפ59/265 / התובע הצבאי נ' סגן שדיאל (לא פורסם) (להלן: עניין שדיאל).
 - 2 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא(3) 714 (להלן: פרשת עטייה).
 - * שופט בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו; תא"ל (מיל'), לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי והמשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים. תודתי נתונה לאלוף אילן שיף, לאל"ם שי יניב, לאל"ם חני כספי, לעו"ד אסף פורת, לסגן אודיה קגן ולטליה כהן על סיועם לי בכתיבת המאמר, בעריכתו ובהוצאתו לאור. מאמר זה נועד להתפרסם ב"ספר שמגר", ספר הוקרה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט שמגר. אך מפאת היקפו הרחב של המאמר וחוסר נכונות מחברו להשמיט הימנו חלקים מהותיים או לצמצמו באורח ניכר רואה המאמר אור בנוסחו המקורי באכסניה זו לכבודו של הנשיא שמגר.

א' שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה - בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16 (התשס"ב) 203

9. ההליכים בבית הדין הצבאי מחוז שיפוט צפון
10. החלטת בית הדין הצבאי והשלכותיה על נוהל ההשגה
- ג. בג"ץ עטייה
1. העובדות
2. פסק דינה של השופטת דורית ביניש
3. פסק דינו של הנשיא אהרן ברק
4. פסק דינו של המשנה לנשיא שלמה לוין
- ד. מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, סמכויותיו וכשירותו
1. הקדמה
2. כשירותו של היועץ המשפטי לממשלה ודרכי מינויו
3. תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה ותחומי פעילותו
- ייעוץ
- ייצוג
- אכיפת הדין הפלילי
- ייצוגו של האינטרס הציבורי ושמירתו
4. היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת
- ה. הפרקליט הצבאי הראשי - מעמדו, סמכויותיו ותפקידיו במסגרת הצבאית
1. הקדמה
2. מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי וסמכויותיו
3. שר הביטחון והפרקליט הצבאי הראשי
4. הרמטכ"ל והפרקליט הצבאי הראשי
5. מעמד הפצ"ר כלפי הסנגוריה הצבאית
6. היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי
- ו. סיכום והמלצות

א. מבוא

בבוקרו של יום שישי, ה-1 בספטמבר 1995, נכנסתי לראשונה ללשכת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), לאחר שנתמניתי על ידי ראש הממשלה ושר הבטחון דאז, מר יצחק רבין ז"ל, ובהמלצת הרמטכ"ל, לפרקליט הצבאי הראשי השנים עשר של צה"ל.

עם כניסתי ללשכה, שאותה פקדתי פעמים כה רבות בתפקידי השונים בפרקליטות הצבאית, הפניתי את מבטי לעבר הקיר שבו התנוססו דיוקניהם של הפרקליטים הצבאיים הראשיים אשר קדמו לי, וביניהם ניבטה אליי דמותו של הפצ"ר, מאיר שמגר, אשר סיים זה עתה את כהונתו כנשיא בית המשפט העליון³.

זכורני כי המחשבה הראשונה שחלפה במוחי, הייתה האם בתום כהונתי אזכה להימנות על אותה חבורה נבחרת המופיעה על הקיר בלשכת הפצ"ר.

מאז ומתמיד היה הנשיא, מאיר שמגר, דמות נערצת בפרקליטות הצבאית, ועצם העובדה כי "אחד מאתנו" זכה להיות היועץ המשפטי לממשלה, שופט בית המשפט העליון ולבסוף נשיא בית המשפט העליון, מילאה את לבנו גאווה בלתי מוסתרת.

במהלך שירותו בפרקליטות הצבאית, ובעיקר בתקופת כהונתו כפצ"ר⁴, תרם מאיר שמגר תרומה חשובה ביותר להגברת המודעות

3 מאיר שמגר כיהן כנשיא בית המשפט העליון מיום 27.11.1983 ועד ליום 13.8.1995.
4 מאיר שמגר שימש כפרקליט צבאי ראשי בין השנים 1961-1968. החל מראשית 1968 שימש גם כיועץ משפטי למערכת הבטחון.

לעליונות החוק והמשפט בצה"ל ופעל לביצור מעמדה המקצועי והבלתי תלוי של הפרקליטות הצבאית.

גולת הכותרת של פעילותו של מאיר שמגר בפרקליטות הצבאית הייתה הקמת המסגרת המשפטית של הממשל הצבאי הישראלי ביהודה ושומרון, עזה, סיני ורמת הגולן. את ההכנות המוקדמות בנושא זה עשה מאיר שמגר עוד טרם פרוץ מלחמת ששת הימים.

לצערי הרב, לא זכיתי לשרת בפרקליטות הצבאית בתקופת כהונתו של מאיר שמגר, אך דמותו כאדם וכמשפטן עמדה תמיד לנגד עיניי כמודל לדמות הפצ"ר האידיאלי.

עלעול ביומני משנת 1995 מלמד כי אחת הפגישות הראשונות שקיימתי עם כניסתי לתפקיד, הייתה עם הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר על מנת לקבל את ברכת הדרך ואת עצותיו המועילות לקראת הכניסה לתפקיד.

פנייתו של נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, ליטול חלק במפעל החשוב לציון פועלו של הנשיא מאיר שמגר באה אליי לאחר סיום כהונתי כפצ"ר. נעניתי ללא היסוס לפנייה זו ובחרתי בנושא אשר יעסוק בשניים מהתפקידים החשובים שעשה מאיר שמגר והטביע בהם את חותמו, פרקליט צבאי ראשי ויועץ משפטי לממשלה, והיחס ביניהם. זאת על רקע שתי פרשיות אשר הגיעו לכלל הידיעות בערכאות משפטיות שונות, ואשר העלו לדיון נוקב את שאלת מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי וסמכויותיו למול היועץ המשפטי לממשלה.

כוונתי למה שכונה פרשת שדיאל ולפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין העותרת אביבית עטייה⁵.

במאמר זה אסקור את הסוגיות והקשיים שהתעוררו במערכת היחסים הפורמליים בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה, על רקע שתי הפרשיות הנ"ל. זאת לאחר הצגת העובדות וההחלטות שהתקבלו בפורומים המשפטיים השונים. בחינת תפקידיהם, סמכויותיהם ומעמדם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפרקליט הצבאי הראשי תשמש מבוא לבירור הסיבות שהביאו לאותה "התנגשות סמכויות". לבסוף אציע קווים לפתרון אפשרי.

ב. פרשת שדיאל

בחודש ספטמבר 1995, עת נכנסתי לתפקידי כפרקליט הצבאי הראשי, עדיין נשמעו הדי המחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מיכאל בן יאיר, לבין קודמי בתפקיד, תא"ל (כדרגתו אז) אילן שיף.

מחלוקת זו עסקה בשאלה האם מוסמך היועץ המשפטי לממשלה, לאחר דיון בהשגת משפחה שכולה על החלטת הפצ"ר, להורות לו ובאמצעותו לתובע צבאי להגיש כתב אישום לבית דין צבאי - חרף עמדתו של הפצ"ר כי אין מקום להגשת כתב אישום.

1. הרקע העובדתי

תחילתה של הפרשה באירוע קשה וכואב שבו מצא את מותו לוחם חטיבת "גולני", רב"ט חיים בר-נתן ז"ל. הדבר היה ב-12 בדצמבר 1992

5 פרשת עטייה, לעיל, הערה 2.

בשעות הערב, עת יצא כוח בראשותו של המ"מ סג"ם יהושע שדיאל (להלן: שדיאל), לביצוע מארב על ציר תנועתם של מחבלים באזור הביטחון בדרום לבנון.

הכוח יצא ממוצב "ריחן" לאחר שקיים שלושה ימי הכנה לקראת המשימה, הכנה שכללה אימונים ותרגולות שונות, קבלת פקודת מבצע מסודרת, וביצוע "נוהל קרב" כהלכתו.

הכוח, אשר מנה 12 לוחמים מחטיבת "גולני", החל את תנועתו במזג אויר חורפי למדי כשערפל סמיך מכסה את השטח, מקשה עד מאד את התנועה ומגביל את טווח הראייה. כל החיילים נעו כשנשקם דרוך ונצור, כמתחייב מתנועה בשטח עויין בו נדרשת יכולת פעולה מיידית.

תנועת הכוח אל מקום הנחת המארב חייבה מעבר בוואדי "חאנוק", שבו נדרש הכוח לפלס דרכו בצמחייה סבוכה ובינות לסלעים גדולים, כאשר באפיק הוואדי שצפו מי הנחל.

לנוכח תוואי הדרך הקשה החליט שדיאל בשלב כלשהו לסטות כשלושה מטרים ימינה מערוץ הוואדי על מנת להמשיך בתנועה במקביל לערוץ עד להגעת הכוח אל מקום המארב. שדיאל פנה, אפוא, ימינה, טיפס מספר מטרים במאונך לקו הערוץ והתקדם קמעא לאורך הוואדי - כאשר רב"ט בר-נתן ז"ל (להלן: המנוח) בעקבותיו. בשלב כלשהו עצר שדיאל את תנועתו וכרע במקומו על מנת להמתין לשאר חיילי הכוח, וגם המנוח כרע לידו.

החייל השלישי בטור לא הבחין, תחילה, בסטייה והמשיך לנוע קדימה בערוץ, אך משראה כי אין איש לפניו, הביט והבחין במנוח במעלה הוואדי מצד ימין, וטיפס בעקבותיו.

החייל הרביעי איבד אף הוא קשר עין עם החיילים שנעו לפניו, כאשר לפתע זיהה מימינו דמות מטושטשת שלא ניתן היה לעמוד על טיבה. החייל עצר במקומו והמתין לחייל החמישי שבא בעקבותיו, וכאשר זה הגיע אליו, הפנה את תשומת ליבו לאותה דמות באומרו "תראה, אני מזהה דמות למעלה".

החייל החמישי, רב"ט א', הבחין, לגרסתו, באותה דמות כשהיא קמה ממצב שכיבה לעמידה כשפניה לעבר הערוץ. רב"ט א' סבר כי מדובר במחבל אשר עומד לתקוף את הכח ולפיכך פתח את ניצרת רובהו וירה שני כדורים לעבר הדמות. לדאבון הלב, הסתבר כי אותה דמות היתה רב"ט בר-נתן ז"ל, אשר קם ממצב כריעתו ונורה בשוגג על ידי חברו.

שלא כמקובל באירוע אשר התרחש במהלך פעילות מבצעית, נפתחה חקירת מצ"ח - ביוזמת אלוף הפיקוד. החקירה, אשר נתקיימה בהמשך לתחקירים שנעשו על ידי הדרג הפיקודי, העלתה כי בתדריכים אשר קדמו ליציאה למארב עלתה שאלת הפתיחה באש במקרה של זיהוי דמות מאחורי הכוח והמ"פ הבהיר כי יש לבצע "נוהל מעצר חשוד" ולהמנע מירי מידי. משמעות הנוהל היא כי יש לוודא את זהותה של הדמות על ידי קריאה לעברה ורק משלא נענים, ניתן לפתוח באש.

עוד הוברר כי במהלך תנועתו של הכוח ביצע שדיאל שני מעברים מצדו של הערוץ - פעם ימינה ופעם שמאלה, והחיילים נעו בעקבותיו מבלי שהיה צורך בעצירה או בעדכון החיילים בדבר הכוונה לסטות מהערוץ.

2. חוות דעת הפרקליטות הצבאית

בתאריך 8 אוגוסט 1993, הופצה חוות דעתה של פרקליטת פיקוד צפון (להלן: הפרקליטה) לתיק החקירה, ולאחר ניתוח המסכת העובדתית

נדרשה הפרקליטה לשלושה היבטים בהתנהגותו של שדיאל. ההיבט הראשון והעיקרי עניינו בסטייתו של שדיאל מהערוץ אל המדרון, מבלי ליתן התראה מוקדמת לחיילי הכוח.

הפרקליטה ציינה בעניין זה כי, כחוכמה לאחר מעשה, טוב היה אילו עצר שדיאל עובר לביצוע הסטייה ודיווח לחייליו על כוונה זו. זאת, במיוחד נוכח העובדה כי תכנן מראש לבצע סטייה מערוץ הואדי בשלב כלשהו. עם זאת, נקבע בחוות הדעת כי אין לראות בפעולתו זו של שדיאל משום התרשלות אלא, לכל היותר, טעות בשיקול דעת.

ההיבט השני עניינו באי ביצוע אימון של חיילי הכח בשימוש בחבל, כאמצעי למניעת נתק במהלך התנועה - ואי קשירתם של החיילים בחבל במהלך הפעילות. לעניין זה נקבע כי קיימת אי בהירות בהנחיות ולכן אין לפקוד את הדבר לחובתו של שדיאל.

הנושא השלישי עסק בתחום הפינני הרפואי כאשר הסתבר כי המנוח נישא, לאחר פציעתו, על גבי אלונקה מבלי שהיה קשור אליה - וכתוצאה מכך נפל מן האלונקה ועירוי דם אשר חובר אליו ניתק ממקומו. בנושא זה נמצא כי היה זה מחובתו של שדיאל לודא כי המנוח יקשר לאלונקה, כמתחייב ממצבו ומתנאי השטח הקשים, והמנעותו מעשות כן מהווה, לכאורה, עבירה של התרשלות במילוי תפקיד, לפי סעיף 124 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן - חש"ץ).

עם זאת, הוחלט להמנע מהעמדתו של שדיאל לדין בגין התרשלותו זו, ולהסתפק בהערה פיקודית מטעם מפקדו, בשל העובדה כי מדובר בהתנהגות רשלנית לכאורה, במהלך פעילות מבצעית.

הפרקליטה בחנה גם את עניינו של החייל היורה, רב"ט א', והגיעה למסקנה כי אין לנקוט נגדו הליכים משפטיים כלשהם, מאחר שעומדת לו - לשיטתה - ההגנה של טעות בעובדה. טעות זו גרמה לרב"ט א' לחשוב כי אותה דמות שקמה ממקומה, אינה אלא דמות מחבל אשר עומד לפגוע בחיילי הכח. לדעת הפרקליטה, מדובר בטעות כנה וסבירה, לפיכך הורתה על סגירת תיק החקירה בעניינו.

3. השגת הורי החייל, רב"ט חיים בר-נתן ז"ל

חוות דעת הפרקליטה, אשר אושרה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, הועמדה לרשות הורי המנוח, ואלו פנו, בהתאם לנוהל בדבר "הטיפול בתאונות קטלניות בצה"ל", בהשגה אל היועץ המשפטי לממשלה על ממצאי ומסקנות חוות דעת הפרקליטות הצבאית.

בהשגתם טענו ההורים השכולים, כי יש להורות על העמדתם לדין של שורת מפקדים בכירים בפיקוד הצפון, בגין אחריות למותו של בנם. בין היתר, דרשו ההורים להעמיד לדין את אלוף הפיקוד, את מפקד חטיבת גולני, את מפקד הפלוגה, את המ"מ שדיאל ואת החייל היורה רב"ט א'.

לבקשת היועץ המשפטי לממשלה העבירה אליו הפרקליטות הצבאית את מלוא חומר החקירה לצורך הדיון בהשגת ההורים. עם קבלת החומר, מינה היועץ המשפטי לממשלה שני פרקליטים מפרקליטות המדינה, כדי לבחון את הראיות ולהכין חוות דעת המנתחת את העובדות,

6 כיום טעות במצב דברים, לפי סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
7 "תאונות קטלניות בצה"ל: החלטת הפרקליט הצבאי הראשי לסגור תיק - השגה ליועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 50.013 (20.1.1981). בנוהל זה נדון בהרחבה בהמשך.

מגבשת את הממצאים ומציגה את המלצות הצוות בהיבט האישי ובהיבט הכללי.

לאחר ניתוח העובדות הגיע צוות הפרקליטים למסקנה כי האשם בגרימת מותו של המנוח רובץ לפתחו של המ"מ שדיאל, אשר "חטא ביצירת סיכון אקוטי לשלום חייליו עת סטה מתואי הליכה שנקבע על ידו מראש, ותורגל על ידי חייליו בפקודתו". לדעת חברי הצוות, היה על שדיאל "לצפות את חומרת הסיכון הטמון בסטייה ואת האפשרות הסבירה שיווצר נתק בין חיילי הכח ותיפתח אש בשוגג, ביניהם". משלא עשה כן, ואחד מחייליו נהרג מאש שנורתה על ידי חייל אחר, יש לדעת הצוות, ליחס לשדיאל את האחריות למותו של המנוח.

אשר למפקד הפלוגה, קובע הצוות כי גם אם ניתן לתלות בהתנהגותו כשלים פיקודיים מסויימים, הרי שלא קיים קשר סיבתי בין מעשיו ומחדליו של המ"פ לאסון. עם זאת, ממליץ הצוות לשקול נקיטת הליך משמעתי כנגדו, בשל פגמים שונים בתפקודו בפרשה.

בחינת התנהגותו של החייל היורה הובילה את הצוות למסקנה כי "אין לתלות את קולר גרימת המוות בצוארו של רב"ט א', וכי אין דרך משפטית... להלין על רב"ט א' על כי פתח את נצרת רובהו וירה אל עבר הדמות, אותה זיהה, בטעות, כמחבל".

חוות הדעת הועברה לעיונו של הפרקליט הצבאי הראשי שסבר, לאחר ניתוח ההתרחשויות מבחינת נתוני המקום, הזמן, תנאי מזג האוויר ויתר הנסיבות האופפות את האירוע, כי אין מקום לנקיטת הליכים משפטיים נגד גורם כלשהו בפרשה עגומה זו. הפצ"ר אף חלק על חלק מהתיאור העובדתי שהופיע בחוות הדעת.

בעיקר אמורים הדברים בשדיאל אשר, לדעת הפצ"ר, ספק אם התרשל וגם אם עסקינן בהתרשלות ולא בטעות בשיקול דעת, הרי שמדובר בהתרשלות מזערית ללא קשר סיבתי לתוצאה הקטלנית, ולפי שמדובר בהתרשלות במהלך פעילות מבצעית בלבנון, אין מקום להעמדתו לדין.

עמדה זו הוצגה גם בדיונים שהתקיימו בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, ועקב הקיטוב בעמדות הוחלט להמתין לפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין אחר, עתירה⁸ שהוגשה על ידי אביו של לוחם יחידת "דובדבן", סמ"ר אלי אישה ז"ל, שמצא את מותו במהלך מבצע לכידת מחבל מבוקש בכפר ברטעה שבשומרון. החייל המנוח נורה בשוגג מאש כוחותינו והאב השכול דרש בעתירתו כי מפקד היחידה יועמד לדין פלילי.

4. החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ אישה

בעתירה זו עמדה למבחן גישתה של הפרקליטות הצבאית, לפיה תבחן התנהגות רשלנית של מפקד, תוך פעילות מבצעית, על-פי אמות מידה שונות מאלו הנקוטות בדרך כלל.

כאשר מדובר בפעילות מבצעית, תנתן, ככלל, עדיפות לתגובה ולצעדים הפיקודיים, חלף נקיטת הליכים משפטיים. זאת, אם אין מדובר ברשלנות גבוהה אשר גרמה למותו של אדם.

עמדה זו הובהרה היטב בחוות דעתו של הפרקליט הפיקודי, אשר חלקים נרחבים הימנה מצוטטים בפסק דינו של בית המשפט העליון.

כמסתבר, ננקטו בעניינו של מפקד היחידה צעדים פיקודיים חריפים: מיד לאחר האירוע הטראגי הוא הודח מתפקידו כמפקד יחידת "דובדבן"

8 בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח, פ"ד מט(5) 859 (להלן: עניין אישה).

ולאחר מכן הוחלט על ידי גורמי הפיקוד הבכירים בצה"ל כי הוא לא יקודם עוד בדרגה וכי לא ינתן לו בעתיד תפקיד פיקודי ביחידה לוחמת.

הפרקליט הצבאי הראשי גרס כי גם אם התרשל מפקד היחידה ואף אם קיים קשר סיבתי בין התרשלותו למותו של אלי אישה ז"ל, הרי שאין מדובר ברשלנות חמורה. לפיכך, ניתן להסתפק בצעדים הפיקודיים החמורים שננקטו, מבלי להורות על העמדתו לדין פלילי.

בית המשפט העליון, נדרש בפסק דינו, לשיקוליה של הפרקליטות הצבאית, בקביעת אמת מידה שונה להעמדה לדין, שעה שמדובר ברשלנות המתרחשת במהלך פעילות מבצעית.

וכה אמר השופט חשין בעניין זה:

הוא הדין באשר לכך שמחדל ההתרשלות היה במהלכה של פעילות מבצעית. לא הרי התרשלות במהלכם של אימונים כהרי התרשלות במהלכה של פעילות מבצעית, ובחינת מחדלו של סא"ל ע' על רקע הפעילות המבצעית שהייתה, נראית סבירה בעינינו, בוודאי לא ניתן לומר כי בלתי סבירה היא.⁹

כמו כן, מצא בית המשפט העליון כי יש לראות בצעדים הפיקודיים שננקטו בעניינו של סא"ל ע', כצעדים בעלי משמעות עונשית נכבדה, אשר אין להתעלם מקיומם בעת קבלת ההחלטות בתיק.

בלשונו של השופט חשין :

9 שם, בע' 873-874.

המערכת הצבאית ייחודיותה היא בסנקציות של משמעת ובסנקציות פיקוד שניתן לנוקטן כנגד חיילים וכנגד מפקדים. סנקציות מעין אלו הננקטות כנגד מפקד כסא"ל ע': כנגד מי שקשר את גורלו בצבא, כנגד מי שרואה את ייעודו בשירות הצבא ואת השירות בצבא כדרך חיים, יש שהן חמורות מסנקציות של דין פלילי... ויש אף האומרים כי במקרים כגון זה שלפנינו, האפיק הפיקודי-המינהלי עדיף על האפיק הפלילי... הסנקציות שנקטו נגד סא"ל ע' הן חמורות, ולא נוכל לומר כי באי נקיטת הליכים פליליים לאחר אותן סנקציות, חרגו המשיבים מן התחומים הראויים.¹⁰

סופו של דבר, קבע השופט חשין כי:

אכן, לו החליטו המשיבים להעמיד את סא"ל ע' לדין פלילי, גם אז לא היינו רואים להתערב בהחלטתם. ומשהחליטו שלא להעמידו לדין פלילי, גם כך אין אנו סוברים כי ראוי שנתערב בהחלטתם. המשיבים פעלו בגדרי שיקול הדעת שהם מחזיקים בו על-פי דין, ולא נמצאה לנו עילה ראויה להתערב בהחלטתם. אנו מחליטים, אפוא, לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירה.¹¹

5. החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בהשגת הוריו של רב"ט בר-נתן ז"ל

לאחר דחיית העתירה, ולנוכח דבריו הברורים של בית המשפט העליון, חזרה סוגיית שדיאל אל שולחן הדיונים, לשם הכרעה בהשגת

10 שם, בע' 874.

11 שם, שם.

ההורים השכולים. התקיים דיון נוסף בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ובעקבותיו הוציא האחרון תחת ידיו מסמך שכותרתו "החלטה". בגוף המסמך ציין היועץ המשפטי לממשלה כי

החלטה זו ניתנת בהשגה שהוגשה על-ידי הוריו של החייל המנוח רב"ט חיים בר-נתן ז"ל, שנהרג מיירי כוחותינו, בדרכו להצבת מארב בדרום לבנון בערבו של ה-12.12.92. ההשגה הוגשה על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי מיום 12.8.93, שהחליט לאשר את חוות דעתה של פרקליטת צפון מיום 8.8.93. בחוות דעתה המליצה פרקליטת צפון, שלא להעמיד לדין אף מפקד או חייל שהיו מעורבים בירי או מעשה, שהביא לירי הקטלני.

בהמשך, התייחס היועץ המשפטי לממשלה לבסיס העומד ביסוד הגשת ההשגה במקרה דנן, במילים אלו:

ההשגה הוגשה על-יסוד החלטת ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, מיום 14.12.80 ועל-יסוד הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 50.013, מיום 20.1.81, לפיהן ניתן להגיש השגה על החלטת פצ"ר, שלא להעמיד לדין בתיקים, שעניינם - מקרי מוות בלתי טבעיים של חיילי צה"ל, השגות כאלו הוגשו כשיגרה כבר במקרים אחרים בעבר, ואין בכך כל חידוש.

לאחר סקירת השתלשלות העניינים מאז הוגשה ההשגה, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי חוות הדעת של צוות הפרקליטים מפרקליטות המדינה מקובלת עליו והוא רואה לאמצה "בכפוף, לגישה משפטית אחרת בשאלת הקשר הסיבתי, והתוצאות הנגזרות מכך במדיניות התביעה".

בחוות דעתו, מציין היועץ המשפטי לממשלה כי מדובר "במקרה גבולי", כאשר ניתן לראות את מסכת העובדות ואת נפקותן המשפטית כדעת המחמירים או כדעת המקלים. היועץ המשפטי לממשלה מזכיר בחוות הדעת את ההקשר הכללי שבדלת אמותיו התרחש האירוע:

כזכור, ברקעו של האירוע הטראגי מצוייה המסגרת הצבאית-מבצעית, שבמהלכה קרה האסון. נסיבותיו המיוחדות של האירוע, ככל שהן נוגעות לתנאים המבצעיים, לאישיותו של המ"מ ולפעולותיו האחרות בראש הכח - פורטו כבר בחוות הדעת, ואין צורך לשוב ולמנותן כאן. יצויין, "בשורה התחתונה", שהמדובר במ"מ שמילא את תפקידו הקשה בנאמנות ובדבקות רבה לכל אורך הדרך, וכשל במעשה התרשלות שאירע במהלכן של נסיבות מבצעיות רוויות מתח ואחריות. כלומר, יש לשקול לכף זכות את העובדה, שאין אנו עוסקים בהתנהגות רשלנית בוטה, שדרגת חומרתה מעמידה אף בצל את עצם הפעילות המבצעית שבתוכה היא קרתה. להיפך, מדובר כאן במעטפת מבצעית, שקליפתה עבה, ועמוק בתוכה, באותו פרק זמן קצר ונמהר, ארעה התאונה.

בסכמו את עמדתו בשאלת הקשר הסיבתי, קבע היועץ המשפטי לממשלה:

גם אם אניח, שהמ"מ התרשל במחדל, עת יצר סכנה בסטייתו מן התוואי המתוכנן מבלי ליידע את חייליו על כך, האם שומה עליו לצפות שמכל התרחישים האפשריים יארע דווקא הירי, כפי שקרה? כלום אינו יכול להניח, ברמת צפיות סבירה, שלנוכח תחקיר המ"פ ופקודותיו,

שניתנו בסמוך ליציאה למארב, לא יקרה כלל אירוע ירי, כפי שקרה? כלום אינו יכול לסבור, שגם אם מאן דהוא יופתע לנוכח גילוי פתאומי של דמות בטווחים קרובים, תהיה חזקה עליו מצוות מפקדיו לא לירות אל הדמות בטרם וידא את זהותה בין בתצפית ובין בשאלה?

על יסוד האמור, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי "הצגת הפרופוזיציה בדרך זו", יכולה להביא למסקנה משפטית לפיה "נוצר נתק בין מחדלו של המ"מ, מזה, לבין המוות, מזה".

לאחר קביעתו כי שדיאל התרשל אמנם, אך התרשלותו מנותקת סיבתית ממותו של המנוח, פנה היועץ המשפטי לממשלה לבחון את שיקולי המדיניות בהעמדה לדין.

לגישת היועץ המשפטי לממשלה, גם כאשר מדובר בארוע המתרחש במהלך פעילות מבצעית, אין "חסינות מלאה ומוחלטת מפני נקיטת אמצעי משמעותי, פיקודי, או פלילי". יש ליתן את הדעת לגורמים שונים, לרבות חומרת המעשה וקירבתו ל"עין הסערה", ואלה אמורים לתת תשובה לבעיה בכללותה.

במקרה בו עסקינן, מדובר אמנם בפעילות מבצעית, אך "הולכת הלוחמים אל המארב בדרך ובתוואי שתוכננו מראש, בלא שקורים אירועים חריגים - במהלכה", היא, לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה "פן של פעילות מבצעית, שניתן וראוי ליישם בו מערכת דרישות מבוקרת", בייחוד, כשאין מדובר בארוע המתרחש ב"להט קרב" ובהעדר סיטואציה שבה ה"דבקות במשימה חוסה בצילה כל היבט חשוב אחר, כמו - שמירה על חיי חיילים ושלמות גופם".

לסיכום עמדתו בסוגייה זו קובע היועץ המשפטי לממשלה:

לדעתי, עיקר הכשל של המ"מ באירוע הנוכחי נעוץ ברמה הפיקודית. המ"מ שהלך בראש טור הלוחמים, כשל ביצירת האיזון הנכון בין ההיבט המבצעי שלשמו הופקד על חייליו לבין חובתו לשמור על חייליו מכל משמר ולהשיבם שלמים ובריאים לבסיסם. במדידת המרחק מ"עין הסערה", השלב בו אירעה התאונה הוא שלב של בטרם קרב, בטרם אש. בשלב זה, ראוי שהצורך לשמור על חיי חיילים יעמוד בראש מעייניו של המפקד, שאם לא כן - הוא נמצא מפקירם ליד הגורל, וזאת אסור שיקרה.¹²

מכאן, עובר היועץ המשפטי לממשלה לבחון את הצעדים אותם ראוי לנקוט נגד שדיאל, תוך השוואה לעניינו של סא"ל ע' אשר נדון בעניין אישה¹³.

לדעת היועץ המשפטי לממשלה, ענייניהם של סא"ל ע' ושל שדיאל שונים זה מזה, "הן בנסיבות שבעטיין קופדו חיי אדם, והן בשל העובדה, שסא"ל ע' היה קצין ותיק שבחר במסלול הצבאי-פיקודי כמקצוע וכאורח חיים, בעוד שהמ"מ היה קצין צעיר בראשית דרכו, שטרם גיבש, ככל הידוע לנו, החלטה לקשור את עתידו לצבא". משוני זה, מתחייב, לדעתנו, "גם שוני בטיב הצעדים הפיקודיים, שניתן היה לנקוט נגדו, ובעוצמתם של צעדים כאמור". לגישתו, בגין הכשל הפיקודי של המ"מ ראוי שייתן את הדין. עם זאת, מוסיף וקובע היועץ המשפטי לממשלה:

12 ההדגשה במקור.

13 לעיל, הערה 8.

לו נקטו רשויות צה"ל, לאחר האירוע הטראגי, בצעדים פיקודיים-משמעתיים הולמים נגד המ"מ, יתכן שהייתי סובר, שאין מקום להתערבות נוספת כלשהי עתה. אולם, עמדת הפצ"ר, לגופו של עניין, שונה מעמדתו, וממילא לא המליץ על נקיטת צעדים כלשהם בנדון. נראה, שעתה אף לא ניתן לנקוט אמצעים פיקודיים אפקטיביים כלפי המ"מ, שבינתיים השתחרר מצה"ל, בתום שירותו הסדיר. כיון שכך, מן הראוי לבחון את עניינו בהליך מתאים.

בשלב זה, פנה היועץ המשפטי לממשלה לבחון את אפשרויות ההעמדה לדין שהיו פתוחות בפניו. האפשרות להעמדה לדין בערכאה אזרחית נבחנה על-ידו ונפסלה, נוכח קביעתו כי אין לייחס לשדיאל עבירה של גרם מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין. היועץ הוסיף עוד כי לא מצא בחוק העונשין עבירה אחרת, אותה ניתן לייחס למ"מ.

נותרה, אפוא, האפשרות להורות על העמדתו לדין של שדיאל בבית דין צבאי, ועל כך אמר היועץ המשפטי לממשלה:

אף אם יישלל קיומו של קשר סיבתי בין התנהגותו של המ"מ לבין מותו של רב"ט בר-נתן ז"ל, עומדת בתוקפה הקביעה שבחוות הדעת, לפיה התרשל המ"מ, לכאורה, במילוי תפקידו. לפיכך, אני סבור, כי התנהגותו של המ"מ באה, לכאורה בגדרו של סעיף 124 לחוק השיפוט הצבאי, שעניינו "התרשלות". לכן, החלטתי, כי יש להעמיד לדין את המ"מ בשל עבירת התרשלות, לפי סעיף זה.

לאחר השלמת הדיון בשאלת אחריותו של שדיאל, פנה היועץ המשפטי לממשלה לבחון עניינם של אחרים הנזכרים במכתב ההשגה של ההורים. אשר למ"פ, קבע כי יש היבטים בהתנהגותו הראויים להערה ותיקון אך אלה אינם מגיעים לכדי נקיטת הליך משמעותי. לפיכך, ניתן להסתפק בהמלצתה של הפרקליטה הפיקודית לבחון מתן הערה למ"פ. לגבי החייל היורה, ציין כי "מקובלת עלי המסקנה, כי טעותו של החייל היורה, שסבר כי לפניו מחבל, היתה טעות שבעובדה, כנה וסבירה, ולכן הוא פטור מאחריות פלילית". בבוחנו את שאלת מעורבותו של הדרג הפיקודי הבכיר, מעבר לרמת המ"פ, קבע היועץ המשפטי לממשלה:

... לא מצאתי כשלים של ממש בהתנהגותה של מערכת הפיקוד. מטבע הדברים, מערכת כזו חייבת לסמוך על דרגים פיקודיים שמתחיתה, כלומר - פקודות, תחקירים, אימונים ופעולות מבצעיות נעשים תוך הקפדה מירבית. העובדה, שמתגלים כשלים בתחתית סולם הפיקוד, אין פרושה, בהכרח, שהחטאת רובץ גם לפתחם של אלוף הפיקוד והמח"ט. יש לא מעט ארועים, והאסון הנוכחי הוא אחד מהם, בהם יש לדון בבעיה בממדיה הנכונים, ואין לגרוף לתוכה את כל ממלאי התפקידים הפיקודיים שממעל.

את המסמך חתם היועץ המשפטי לממשלה בסעיף "סיכום", שבו

נאמר:

על-פי האמור בחוות הדעת, ועל-פי האמור בהחלטה זו, אני מקבל את ההשגה באופן חלקי, ומורה כדלקמן:
(א) המ"מ יועמד לדין בפני בית דין צבאי בשל עבירת התרשלות, לפי סעיף 124 לחוק

השיפוט הצבאי, הן בשל הסטייה מן הנתיב
 ללא יידוע הכח, והן בשל אי קשירת
 המנוח לאלונקה;
 (ב) במ"פ ינהגו כאמור בסעיף 6 לעיל;
 (ג) יתר ההמלצות שבהחלטת הפרקליט
 הצבאי הראשי יעמדו בעינן.

החלטת היועץ המשפטי לממשלה, בצרוף חוות דעת צוות
 הפרקליטים, שוגרה אל הפרקליט הצבאי הראשי ואל הוריו של החייל
 המנוח.

6. מכתבו של הפרקליט הצבאי הראשי אל היועץ המשפטי לממשלה

בתאריך 22 יוני 1995, שלח הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל (כדרגתו
 אז) אילן שיף, מכתב אל היועץ המשפטי לממשלה שכותרתו "השגת
 משפחות על חוות דעת פצ"ר". בפתח מכתבו מביא הפצ"ר את נוסחו
 המלא של הנוהל אשר התגבש, בהמלצת ועדת החוץ והבטחון של הכנסת,
 בעניין הטיפול בתיקי תאונות קטלניות בצה"ל. חשוב לענייננו סעיף 5, בו
 נאמר:

החליט היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקום
 להוסיף ולחקור בנסיבות התאונה, או כי יש
 מקום להעמיד אדם לדין בקשר לתאונה, יודיע
 לפצ"ר את החלטתו בדבר הצעדים שראוי
 לנקוט בהם.

לדעת הפצ"ר, "נוהל זה מעורר שאלות במישור יחסי הגומלין שבין
 היועץ המשפטי לממשלה לבין הפרקליט הצבאי הראשי, הן מבחינת היקף
 סמכות היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהחלטות הפצ"ר והן מבחינת
 האופן בו יפעיל סמכותו על-פי הנוהל".

הפצ"ר מציין, עם זאת, כי ניתן להותיר שאלות עקרוניות אלה בצריך עיון ולהתמקד בשאלה הנוגעת לנפקותה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה הניתנת על-פי סעיף 5 לנודהל.

שאלה זו עשוייה להתעורר, לגישת הפצ"ר, כאשר:

לא קיימת תמימות דעים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר, אשר לצעדים המשפטיים שיש לנקוט בתיק חקירה. או אז, צצה ועולה במלוא חריפותה השאלה, מהם יחסי הגומלין בין רשויות משפטיות אלו - יועץ משפטי לממשלה ופצ"ר - והאם רשאי היועץ המשפטי לממשלה לכוף על הפצ"ר את עמדתו.

לדעת הפצ"ר "תשובות לשאלות אלה נגזרות ממעמדו הסטטוטורי של הפצ"ר ומהלכת עצמאות שיקול הדעת במשפט המינהלי". בהמשך, נדרש הפצ"ר בהרחבה לשאלת מעמדו הסטטוטורי של הפצ"ר כפי שהדבר עולה מהחוק ומפסיקת בית המשפט העליון ולהלכה בדבר הפעלת שיקול הדעת על ידי בעל הסמכות. גישתו של הפצ"ר באה לידי ביטוי בדבריו הבאים:

... כלל מרכזי במשפט הישראלי הוא, כי בעל סמכות להפעיל שיקול דעת חייב להפעיל את שיקול הדעת בעצמו, ואין הוא יכול לוותר על עצם ההחלטה ("המילה האחרונה") ולקבל באופן אוטומטי הכרעה של אדם אחר, מבלי שהוא מסכים לה בעצמו, לאחר שיקול דעת. כלל זה חל גם במקרים, בהם מומחיותו של אותו אדם אחר, שהוא המפעיל למעשה את שיקול הדעת, אינה מוטלת בספק.

על בסיס גישה זו, פנה הפצ"ר לבחון את מצב הדברים בו היועץ המשפטי לממשלה מורה לו להגיש כתב אישום לבית דין צבאי בניגוד לעמדתו. לדעת הפצ"ר, ספק רב אם הוא רשאי, בנסיבות שכאלה, לפעול על-פי הוראת היועץ המשפטי לממשלה כאשר הוא אינו מסכים עימה:

זאת, נוכח מעמדו העצמאי של הפצ"ר, כפי שנקבע בחוק השיפוט הצבאי, בפסיקתו של בית המשפט העליון ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, וכן נוכח ההלכות שנקבעו בנושא עצמאות שיקול הדעת של רשות מינהלית, הקובעות חד משמעית, כי בעל סמכות אינו רשאי בשום אופן לנער חוצנו מאחריותו לקבל החלטה, קל וחומר אמורים דברים אלו כאשר בעל הסמכות - במקרה שלפנינו, הפצ"ר - מגלה דעתו כי אין זו עמדתו.

עוד סבר הפצ"ר, כי היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול להורות במישרין על פתיחת הליכים משפטיים בבית דין צבאי, וזאת מאחר שסמכויות היועץ המשפטי לממשלה, על פי החש"ץ, הוגדרו במפורש, וסמכות מעין זו אינה מופיעה ביניהן¹⁴.

לסיכום, אומר הפצ"ר כי:

לכאורה לא יכול הפצ"ר לפעול על-פי חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, אם אין הוא משוכנע לקבל את מסקנותיה. במקרה זה פתוחה, ככל הנראה, בפני היועץ המשפטי לממשלה דרך אחת בלבד, והיא נקיטת צעדים משפטיים בפני בתי המשפט האזרחיים, במקרים בהם מדובר בעבירה שאינה צבאית.

14 ראו סעיפים 13, 14, 15 א-2981 א עד 2982 א לחוק השיפוט הצבאי.

הפצ"ר חותם את מכתבו באומרו:

לנוכח הדילמה דלעיל אודה לך אם תודיעני
כיצד ניתן להתיר את הסבך וכיצד ניתן
להכשיר משפטית את הגשת כתב האישום. אם
אכן בסמכותי להגיש כתב אישום אגישו
כמצוותך.¹⁵

7. התשובה - מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)

תשובתו של היועץ המשפטי לממשלה לפניית הפצ"ר באה בדמות
מכתבו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד מני מזוז,
מתאריך 29 יוני 1995 שכותרתו "יחסי הגומלין שבין היועץ המשפטי
לממשלה לבין הפצ"ר בהפעלת סמכויות לפי דין".

בפתח מכתבו ציטט גם עו"ד מזוז את הנוהל שהתקבל בתאריך 14
דצמבר 1980 בועדת החוץ והבטחון של הכנסת, לאחר סיכום בין היועץ
המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר, על דעת הרמטכ"ל ושר הבטחון (נוהל
אשר עוגן בהנחייה 50.013 של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ובהנחיות
הפרקליט הצבאי הראשי). עו"ד מזוז המשיך וציין כי נוהל זה נהג, הלכה
ולמעשה, כאשר היועץ המשפטי לממשלה דן בהשגות שהוגשו לו על
החלטות הפצ"ר לסגור תיקי חקירה שעניינם מות חיילים בתאונות בצה"ל.
כך פעל גם הפעם בטיפולו בהשגת הורי החייל המנוח כאשר ניתנה
התחייבות היועץ המשפטי ליתן החלטה בהשגה במועד נתון¹⁶. לפיכך,
סבור היה עו"ד מזוז כי לא היה מקום:

15 ההדגשה אינה במקור
16 ההדגשה במקור.

לעורר בשלב הנוכחי את השאלה שבפנייתך
ביחס לאירוע הנדון, היינו - האם רשאי הפצ"ר
לפעול בהתאם להחלטת היועץ המשפטי
לממשלה בהשגה כאמור גם כאשר ההחלטה
אינה תואמת את החלטתך נשוא ההשגה.

לדעתנו של עו"ד מזוז, ההנחה המונחת ביסוד ניהול ההשגה היא כי
הפצ"ר הוא שצריך לשכנע את היועץ המשפטי לממשלה כי החלטתו, נשוא
ההשגה, בדין יסודה ואין היועץ המשפטי צריך "לשכנע" את הפצ"ר בצדקת
החלטתו.

אשר לטענה כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה אינה מתיישבת
עם הלכת שיקול הדעת העצמאי של "רשות מוסמכת", אין הדבר מעורר,
לדעת עו"ד מזוז, כל קושי. זאת, מאחר שרשות מוסמכת רשאית ואף
מחוייבת לעתים להיוועץ בגורמים מקצועיים ולהתחשב במדיניות הנוהגת
בעניין זה, ואף לאמצה. לפיכך, גם אם מדובר בשיקול דעת עצמאי שהלכה
זו חלה עליו (ולדעת עו"ד מזוז הדבר מסופק למדי), אין מניעה:

כי הפצ"ר יפעל בהתאם להכרעתו של היועץ
המשפטי לממשלה בהליך ההשגה, וזאת נוכח
מעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה
כראש מערכת התביעה והיועץ המשפטי,
וכפרשן המוסמך של הדין, עבור הרשות
המבצעת על כל זרועותיה...

עו"ד מזוז מזכיר במכתבו כי היועץ המשפטי לממשלה משמש כראש
מערכת התביעה הפלילית במדינת ישראל והוא גם יועצן המשפטי של כל
רשויות המדינה, כולל מערכת הבטחון. לאור סמכויותיו הרבות ובהתאם
לנוהג החוקתי שהתגבש במדינת ישראל "היועץ המשפטי לממשלה הוא

גם הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת וחוות דעתו מהווה עבור הממשלה, על כל זרועותיה ויחידותיה השונות, חוות דעת מוסמכת ומחייבת המשקפת את המצב לאשורו.

אשר לפצ"ר, ציין עו"ד מזוז כי "מעמדו של הפצ"ר במסגרת הצבא דומה, במידה רבה למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה באשר לכלל המערכת המשפטית". עם זאת, הוסיף וקבע עו"ד מזוז כי:

מכך אין להסיק כי במלאו את תפקידו בהשלטת המשפט בצבא, ובכלל זה באמצעות מערכת התביעה הצבאית, פועל הפצ"ר במנותק ובנפרד מהמערכת הכללית של אכיפת החוק ושמירת שלטון החוק, באשר לפעולות הממשלה על כל זרועותיה, עליה מופקד היועץ המשפטי לממשלה.

הפצ"ר נבדל, אמנם, מיועצים משפטיים במשרדי הממשלה השונים בכך שסמכויותיו קבועות בחוק, אך לדעת עו"ד מזוז, אין הוא "גורם עצמאי נפרד מכלל מערכת שמירת שלטון החוק במדינה, עליה מופקד היועץ המשפטי לממשלה. עצמאותו המקצועית-משפטית של הפצ"ר היא פנימית כלפי רשויות הצבא". לגישתו של עו"ד מזוז, תפיסה זו ישימה גם בנוגע להפעלת סמכויותיו של הפצ"ר באשר למערכת התביעה הצבאית. בחש"ץ נקבעה, אמנם, מערכת עונשית ייחודית ונפרדת אך אין היא מנותקת ממערכת אכיפת החוק הכללית במדינה. גם אם, היועץ המשפטי לממשלה אינו מתערב דרך שיגרה בהחלטות הפצ"ר ובהחלטות גורמים אחרים במערכת התביעה והשיפוט הצבאי, הרי שכאשר, לדעתו, החלטה שהתקבלה במערכת הצבאית אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות ראוייה של אכיפת החוק הרי "שרשאי הוא, ואולי אף מחוייב להתערב בעניין,

וזאת מכח תפקידו ואחריותו הכוללת על אכיפת החוק ושמירת שלטון החוק במדינה". לדעתו של עו"ד מזוז, נוהל ההשגה שסוכם בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר "מבטא ומשקף תפיסה זו", שכן נוהל זה

נועד לשמש כחוליה המקשרת בין שתי המערכות לשם הבטחת ההרמוניה המערכתית האמורה, ועל מנת להבטיח כי פעילותה של התביעה הצבאית בנפרד מהמערכת האזרחית לא תוביל לגיבוש נורמות שונות בתחום אכיפת החוק ושלטון החוק, וזאת מבלי להתעלם מאיפיוניו הייחודיים של ההקשר הצבאי.

לסיכום עמדתו, קובע עו"ד מזוז כי

תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה במבנה הקונסטיטוציוני במדינת ישראל, כאחראי על שמירת שלטון החוק וחוקיות פעולות הממשל על כל זרועותיו, משתרע גם על פעילות הצבא ומערכת התביעה הצבאית, וכשם שאלה כפופים, בעיקר בהיבטים של שמירת שלטון החוק, לפיקוח המערכת השיפוטית האזרחית של המדינה, כך הם כפופים גם לרשות המשפטית האזרחית הממונה על שמירת שלטון החוק ברשויות השלטון, והמייצגת רשויות אלה בפני המערכת המשפטית.

את מכתבו מסיים, עו"ד מזוז באומרו:

לאור כל המקובץ לעיל, אין אנו רואים מניעה משפטית להגשת כתב אישום כאמור בהחלטת היועץ המשפטי בהשגה בעניין הנדון.

בעקבות מכתבו זה של עו"ד מזוז, מטעם היועץ המשפטי לממשלה, החליט הפצ"ר כי יוגש כתב אישום לבית דין צבאי נגד שדיאל, והוראה על כך ניתנה לתובע הצבאי על ידי פרקליטת צפון, בהתאם לסעיף 280 לחש"ץ.

בתאריך 18 יולי 1995, הוגש כתב האישום לבית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון ובו יוחסה לסגן שדיאל עבירה של התרשלות, לפי סעיף 124 לחש"ץ על כך ש"בדרכו להצבת מארב, לא נקט באמצעים הדרושים על מנת להביא לידיעת על חיילי הכח שבפיקודו כי הוא סוטה מנתיב תנועתו; ובכך שלאחר שנורה סמל חיים בר-נתן ז"ל ונפצע, לא דאג לקושרו לאלונקה במהלך הפינוי הרגלי, וכתוצאה מכך נפל המנוח מן האלונקה".

יצוין, כי טרם הגשת כתב האישום פנה סגורו של שדיאל אל הפצ"ר וביקשו להמנע מהגשת כתב האישום, שהוא עצמו (הפצ"ר) אינו סבור כי יש להגישו. לדעת הסגור, כתב אישום שהוגש בהוראת היועץ המשפטי לממשלה, ובניגוד לדעת הפצ"ר, "פסול ופגום" ואין לו קיום. על כך השיב הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל אילן שיף, בתאריך 17 יולי 1995 :

1. היועץ המשפטי לממשלה הנו הפרשן של הדין כל עוד לא נקבע אחרת על-ידי ערכאה שיפוטית.
2. חוות דעתי נדהית מפני חוות דעתו המנומקת (חוות הדעת חתומה אמנם על-ידי עו"ד מזוז אך היא מבטאת גם את עמדת היועץ המשפטי לממשלה).
3. לפיכך הוריתי כי יוגש כתב אישום בהתאם להחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה.

8. החלטת בית המשפט העליון בעתירת הורי החייל, רב"ט חיים בר-נתן ז"ל

במקביל, וללא קשר למחלוקת שהתגלעה בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר, דן בית המשפט העליון בעתירת הוריו של החייל המנוח נגד היועץ המשפטי לממשלה והפצ"ר. לגישתם, אין די בקבלתה החלקית של ההשגה, שבאה לידי ביטוי בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה על העמדתו של שדיאל לדין שכן, לטעמם, החלטה זו

מתעלמת, התעלמות גמורה, מחלקם של
האחראים הנוספים לאסון, והם : אלוף פיקוד
הצפון - יצחק מרדכי; מפקד חטיבת גולני -
אל"ם י. נ.; היורה - רב"ט א.

כמו כן, ביקשו העותרים כי בית המשפט העליון יורה על מינוי
"וועדה עצמאית ובלתי תלויה שתחקור את האירוע, ותגיש את מסקנותיה
לבית המשפט."

בית המשפט העליון, שמע את טיעוני הצדדים והחליט לדחות את
העתירה. הנשיא ברק ציין בפסק דינו כי היועץ המשפטי לממשלה בסיוע
צוות פרקליטים בחן את מלוא התמונה העובדתית ו"דבר לא נעלם מעיניו".
בעניינים מסוימים נתקבלה עמדת העותרים ובעניינים אחרים נדחתה.
לפיכך, נחה דעתו של בית המשפט "כי לא נפל כל פגם בהחלטת היועץ
המשפטי לממשלה. הוא שקל את הגורמים השונים, נתן להם את משקלם
הראוי, והגיע למסקנתו". נוכח זאת לא נמצאה עילה להתערב בהחלטתו
הסבירה של היועץ המשפטי לממשלה.

17 בג"ץ 4461/95 בר-נתן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם).

יצויין, כי בית המשפט העליון לא נדרש כלל לשאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להורות על הגשת כתב אישום לבית דין צבאי, בעקבות קבלת השגה של משפחה שכולה, ובניגוד לעמדתו של הפצ"ר. נושא זה לא הועלה על ידי מי מבין הצדדים ועל כן כנראה לא נדון.

עתירה אחרת אשר הוגשה נגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, לא הגיעה לכלל דיון בבית המשפט לנוכח התוצאה אשר התקבלה בבית דין צפון¹⁸.

9. ההליכים בבית הדין הצבאי מחוז שיפוט צפון

כחודש ומחצה לאחר הגשת כתב האישום בתיק צפ55/265/ ועוד טרם החלו הדיונים בבית הדין, נכנסתי לתפקידי כפרקליט הצבאי הראשי. בשיחותיי עם היועץ המשפטי לממשלה, מר מיכאל בן-יאיר, הביע האחרון את חששו כי בבית הדין הצבאי תייצג התביעה הצבאית את עמדת הפצ"ר, ולא את עמדתו שלו בשאלת הסמכות. מאחר שראיתי בעצם הגשת כתב האישום משום קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, הבטחתי למר בן-יאיר כי התובע בתיק יפעל תחת הנחיותיו ויתודרך על ידיו כיצד להציג את הדברים בבית הדין. לשם כך נבחר עוד בהנחיית קודמי תובע צבאי בשירות מילואים על מנת לייצג את עמדת התביעה, וזה עמד בקשר ישיר עם היועץ המשפטי לממשלה.

בפתח הדיון בבית הדין הצבאי העלה סנגורו של שדיאל טענה טרומית לפי סעיף 351(ב)(5) לחש"ץ, שעניינה "פגם או פסול בכתב האישום". על פי הטענה, הוגש כתב האישום בניגוד לעמדת הגורם

18 בג"ץ 5362/95 נייגר ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'.

המוסמך להגישו, אשר לא מצא כי קיימת תשתית עובדתית ומשפטית להגשתו נגד הנאשם. בנסיבות אלה לא הופעל שיקול הדעת על ידי הגורם המוסמך, אלא על ידי גורם אחר שהסמכות אינה נתונה בידיו - ועל כן בפנינו כתב אישום פסול, שלא ניתן לקיים על-פיו הליך משפטי, כך בא כוח ההגנה.

בדברי תשובתו טען בא כוח התביעה הצבאית כי אל לו לבית הדין לבחון את דרך הפעלת שיקול הדעת על ידי הגורמים המוסמכים טרם הגשת כתב האישום. לדעת התובע, במסגרת הדיון בטענה טרומית רשאי בית הדין לדון רק בנושאים העולים במישרין מגוף כתב האישום. לחילופין טען התובע כי גם אם מוסמך בית הדין לבחון את ההליכים שקדמו להגשתו של כתב האישום, הרי שאין פסול בכך שכתב האישום הוגש בהוראתו של היועץ המשפטי לממשלה, בהיותו הגורם המופקד על מערכת התביעה הפלילית במדינת ישראל, לרבות מערכת הביטחון.

בהחלטתו פתח בית הדין את הדיון בטענה הטרומית בסקירה היסטורית נרחבת של המשפט הצבאי מאז ימי קדם ועד לימינו אלה. מסקנתו של בית הדין הייתה כי במהלך ההיסטוריה הוכר הצורך בקיומה של מערכת שפיטה צבאית עצמאית, נפרדת וייחודית במקביל למערכת השפיטה האזרחית, וישנם טעמים כבדי משקל התומכים בגישה זו. לאחר סקירתו הממצה הביא בית הדין "[דברים אודות מהותו של חש"צ וחוקת השיפוט שקדמה לו]". זאת לנוכח סברתו "כי בלעדי הבנת הרקע ההיסטורי... אי אפשר לעמוד על ייעודו של חש"צ ומסגרת הפעלתו". מכאן עבר בית הדין לדון במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה וסמכויותיו אל מול מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי. את הדיון בסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה ובמעמדו פתח בית הדין באומרו כי היועץ המשפטי

לממשלה נושא במשרה ציבורית רמה וחשובה. גם אם אין החוק מגדיר את אופי תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ואת דרכי מינויו ופיטוריו - הרי שסמכויותיו נקבעו בלמעלה מ-110 חוקים, לרבות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר מציבו בראש מערכת התביעה הפלילית במדינת ישראל. אשר לחש"ץ, הרי שכאן הוקנו ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות מפורשות, בעיקר בנושא העברת דיון מבית דין צבאי לבית משפט אזרחי¹⁹.

בהקשר זה הזכיר בית הדין את פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אבידע²⁰, שבו נקבע כי בראש מנגנון התביעה הצבאית עומד התובע הצבאי הראשי, הכפוף לפצ"ר, "ואין ליועץ המשפטי לממשלה כל מעמד במערכת השיפוט הצבאי"²¹.

בעוברו לדון במעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי ובסמכויותיו הזכיר בית הדין את סמכויותיו הנרחבות של הפצ"ר לפי החש"ץ וציין כי "הפצ"ר כפוף, אמנם, פיקודית לרמטכ"ל, אך בהפעילו את הסמכויות שהוקנו לו, על פי דין, אין הפצ"ר נתון למרות כלשהי". עוד ציטט בית הדין את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.869 מיום 1 נובמבר 1985, המגדירה את מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי ואת תוקף חוות הדעת הניתנות על ידו כלפי גורמי הצבא. בהמשך למד בית הדין מפסיקתו של בית המשפט העליון כי כללי ההתערבות בשיקול דעתו של הפצ"ר בהפעלת מערכת התביעה הצבאית הינם דומים, גם אם לא זהים, לכללי

19 ראו סעיפים 14 ו-15 לחש"ץ.

20 ע"149/56 / התובע הצבאי הראשי נ' רס"ן אבידע, פד"צ 1956 126. באותו פסק דין נדונה השאלה האם נדרשת הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להעמדת חייל בפני בית דין צבאי בעבירה על פקודת הסודות הרשמיים, כפי שהיא נדרשת במערכת האזרחית.

21 עניין שדיאל, לעיל, הערה 1.

ההתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בבואו להחליט על העמדה לדין של אזרחים.

לאחר בחינת מעמדם, תפקידיהם וסמכויותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפצ"ר, סיכם בית הדין את עמדתו באומרו:

אם הבנת הרקע ההסטורי של המשפט הצבאי, בכלל, והיסוד לחקיקתו של חש"צ, בפרט, מאששים את הדעה כי המחוקק נתכוון ליצור מסגרת יחודית לשיפוט חיילים, נפרדת מן המסגרת המקבילה לאזרחים, באה ההשוואה המפורטת של סמכויות הפרקליט הצבאי הראשי לאלה של היועץ המשפטי לממשלה ומבהירה, אל-נכון, כי המדובר במסגרות של סמכויות נפרדות, שאינן סרות זו למרותה של זו.

והתוצאה לדעת בית הדין הינה כי :

לא הוקנתה ליועץ [המשפטי לממשלה] סמכות הוראה לפצ"ר או לפרקליט צבאי, בכל הנוגע להפעלת סמכויותיהם בהגשת כתבי אישום לבי"ד צבאי.

עוד סבר בית הדין כי הנוהל אשר התגבש בהמלצת ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, בענין הטיפול בתיקי תאונות קטלניות בצה"ל לא נועד אלא "ליצור מעין אפשרות שקילה והערכה נוספת, ע"י גורם שמחוץ למערכת הצבאית, שבפניו יוכל קרוב המשפחה של הנספה להעלות את טענותיו, בטרם יפנה אל בית הדין הגבוה לצדק".

אשר על כן

אם דעתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה מדעת הפצ"ר, בענין מסוים, הוא יודיע את דעתו לפצ"ר, זה ותו-לא.

אין הוא מוסמך להורותו דבר, אף איננו מתיימר, בהוראה הזו, להיות בעל סמכות הוראה.

גיבוש עמדתו של הפצ"ר, לאחר שקיבל את עמדתו של היועץ המשפטי, הוא ענין שבשיקול דעתו של הפצ"ר: שוכנע מעמדתו של היועץ, יפעל על פיה, לא שוכנע - יורה על פי דעתו.

וכך היה מעולם.

וזה, לדעתנו, הדין הקיים.

השלב הבא בדיונו של בית הדין היה בנושא "רשות מינהלית ועצמאות שיקול הדעת באכיפת החוק". לאחר ניתוח ההלכה בראי הפסיקה וכתבי מלומדים הגיע בית הדין למסקנה לפיה "ברי הוא כי נפל פגם בדרך הגשתו של כתב האישום" מאחר שכתב האישום

לא הוגש על יסוד שיקול דעת ענייני...

יותר מזה, הרשות שהורתה על הגשת כתב האישום... עשתה כן בעת שדעתה, שנתבססה על בחינת חומר הראיות לכאורה, היתה שאין להגישו כלל.

ואם לא די בזה, הרשות שהורתה כאמור, עשתה כך מכח הוראה של בעל תפקיד שלא היה מוסמך, כך קבענו, להורות לעשות כן.

הפרק האחרון בהחלטתו של בית הדין הצבאי עניינו בשאלה, האם ניתן במסגרת ההליכים בבית הדין לתקוף החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה על הגשת כתב האישום ולפסול אותה. בית הדין הגיע למסקנה כי הוא מוסמך לבחון את חוקיותה של ההחלטה במסגרת תקיפה עקיפה

של חוקיות החלטות מנהליות. את החלטתו חתם בית הדין בפרק של "מסקנות וסיכום" שבו קבע כי כתב האישום בעניינו של שדיאל הוגש שלא בהליך ראוי כמתחייב מהדין, וכתוצאה מכך נפגעה זכותו החוקתית של הנאשם לקיים הליך נאות בעניינו.

הפגיעה בזכויותיו של הנאשם נבעה בראש ובראשונה מן העובדה כי

הרשות המוסמכת סברה, לאחר שיקול דעת עניני, כי אין מקום לפגוע כך בנאשם והיא נאלצה לעשות כן, מתוך קבלת "הדין", שאיננו דין, מכוח "הוראתו" של מי שאיננו מוסמך להורות, ובניגוד לדעתה שלה...

מצב עניינים זה הביא את כתב האישום, לגבי דינו של בית הדין, "עד כדי בטלות". נסיבות חריפות אלה והפגיעה המהותית בזכויותיו של הנאשם חייבו, לדעת בית הדין, התייחסות למעשי הרשות, ולכן לא ניתן היה "שלא לפשפש במעשיה הפגומים, הזועקים לעין-כל, אפילו אין תוצאותיהם מביאות לכדי בטלות מדעיקרא".

בית הדין ציין כי לא התעלם מהאינטרס הציבורי המחייב את בירור המשפט וחשיפת האמת, אך בנסיבות הקיצוניות במקרה זה, לגישתו של בית הדין, אין הפגיעה בציבור בשל אי קיומו של המשפט שקולה כנגד הפגיעה החריפה בנאשם "אם יוותר כתב האישום הפגום על כנו". סוף דבר, קובע בית הדין,

מכח הנתיב הזה, שעל פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לבטל כתב אישום, שהוגש בלא הליך נאות והוא פוגע, מהותית, בזכויות הנאשם.

בין אם כך ובין אם כך, החלטנו לבטל את כתב האישום, מתוך שאנו מכריזים על בטלותו.

10. החלטת בית הדין הצבאי והשלכותיה על נוהל ההשגה

החלטתו זו של בית הדין, שניתנה בתאריך 10 מרס 1996, זכתה לסיקור נרחב בכל אמצעי התקשורת, וכצפוי, הייתה לצנינים בעיניו של היועץ המשפטי לממשלה, מר מיכאל בן-יאיר. זכורני כי בשיחה שקיימתי עם מר בן-יאיר בסמוך למועד מתן ההחלטה, הוא לא הסתיר את אכזבתו הרבה מפסיקתו של בית הדין, אך לא דרש כי יוגש ערעור על החלטה זו לבית הדין הצבאי לערעורים. מטבע הדברים, לא ראיתי מקום להגשת ערעור מיזמתי מבלי שהוצגה בפני כל המלצה לעשות כן.

ימים ספורים לאחר החלטתו של בית הדין הצבאי שיגר היועץ המשפטי לממשלה מכתב אל יושב ראש ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, אל הרמטכ"ל ואל הפצ"ר עם העתק לראש הממשלה ושר הבטחון ולשר המשפטים. במכתבו ציין היועץ המשפטי לממשלה כי הנחת היסוד אשר רווחה עד כה בהליך ההשגה הייתה כי אם החליט היועץ המשפטי לממשלה לקבל השגה, כי אז "תבוטל או תשתנה החלטת הפצ"ר... ובמקומה תבוא החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה". הנחה זו התנפצה לרסיסים, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, עם החלטתו של בית הדין הצבאי המחוזי, אשר קבע, בין היתר, כי אין היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להורות לפצ"ר כיצד לנהוג, אלא עסקינן ב"נוהל המבוסס על אפשרות שכנוע", שמשמעותו כי הפצ"ר אינו מחוייב לקבל את דעתו של

היועץ המשפטי לממשלה, ובמילים אחרות "שוכנע מעמדתו של היועץ - יפעל על פיה, לא שוכנע - יורה על פי דעתו"²².

לדעת היועץ המשפטי לממשלה, פרשנות בית הדין הבהירה כי אין מדובר כלל בהליך של השגה, שכן "גם בתום הליך ההשגה, החלטתו של הפצ"ר עומדת בעינה, אלא אם הוא השתכנע שיש לשנותה".
לגישתו של מר בן-יאיר, היועץ המשפטי לממשלה,

פרשנות זו אינה ראויה להליך של השגה, כשם שאינה ראויה לאף אחד משלושת הגורמים השותפים להשגה: היא אינה ראויה לפצ"ר, שכן משמעותה, מבחינתו, היא, שהליך ההשגה הוא הליך של התייעצות בלתי מחייבת; היא אינה ראויה למשיג, שכן המשמעות לגביו היא, שאמונתו, לפיה הליך ההשגה יכול להביא גם לביטול החלטת הפצ"ר או לשינויה, היא אמונת שווא; היא אינה ראויה ליועץ המשפטי לממשלה, שכן אין להטיל עליו נקיטת הליך של השגה, שבו החלטתו בהשגה כפופה לשיקול דעתו של אותו גורם שעל החלטתו הוגשה ההשגה.

היועץ המשפטי לממשלה מסיים את מכתבו באומרו:

מאחר שהחלטתו של בית הדין הצבאי היא הקובעת, איני רואה כיצד הליך ההשגה יכול להמשיך ולעמוד בתוקפו. החלטת בית הדין הצבאי ביטלה, למעשה, את הליך ההשגה. על כן, אני מבקש להביא עמדתי זאת לידיעתכם, ואודה לפצ"ר, אם יחדל להפנות את המשפחות

22 ראו שם.

השכולות להליך ההשגה. כתוצאה מהחלטת בית הדין הצבאי, הליך זה אינו קיים עוד, הלכה למעשה, וראוי להפנות את המשפחות השכולות להליך הבג"צ במישרין.

את מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה קיבלתי בצער רב בעיקר בשל החשש כי ביטול הליך ההשגה יפגע, בראש ובראשונה, במשפחות השכולות, אשר ייאלצו להיזקק לערכאות שיפוטיות כל אימת שחוות דעת הפצ"ר לא תהיה מקובלת עליהן. לכך יש להוסיף את תחושתני כי ההבנה ושיתוף הפעולה המקצועי בין שתי המערכות, זו של היועץ המשפטי לממשלה וזו של הפרקליט הצבאי הראשי, הם מרכיב הכרחי לביצור שלטון החוק והמשפט בכלל ובמערכת הצבאית בפרט.

לפיכך החלטתי לשגר אל היועץ המשפטי לממשלה מכתב שבו ביקשתי שישקול מחדש את עמדתו. בין היתר, ציינתי במכתבי כי

...הליך ההשגה בפני היועץ המשפטי לממשלה, גם אחרי פסק הדין בעניין שדיאל אינו כלי ריק מתוכן. במשך עשרות שנים שההסדר שריר וקיים, לא היתה מחלוקת חזיתית עם היועץ המשפטי לממשלה, אשר יצאה אל מחוץ למגרש הדיונים הפנימיים בין המערכות המשפטיות.

במכתבי הבעתי דעתי כי הליך ההשגה בפני היועץ המשפטי לממשלה הוא הסדר וולונטרי אשר מאפשר לימוד מחדש של חומר הראיות והמסקנות שהתקבלו. בחינה זו מאפשרת דיון והחלפת דעות באשר למסקנות הראויות והצורך בשינוי ההחלטות המשפטיות שהתקבלו, וכל זאת "בשכנוע הדדי".

עוד הוספתי כי

בתהליך ההתדיינות ההדדית אפשר שיתגלו
 חילוקי דעות לגבי המסקנה המשפטית, ואולם
 על קודמי, ועלי ביתר שאת, מקובלת הגישה כי
 מרגע קבלת ההכרעה בהשגה על-ידי היועץ
 המשפטי לממשלה יש לאמץ, ככלל, את
 עמדתו.

גם אם קיים מקרה נדיר דוגמת עניין שדיאל, שבו סבור הפצ"ר כי אין
 לנקוט בהליך משפטי, אין ללמוד ממנו על קריסתו של הנוהל, ואין בהכרח
 להסיק ממנו כי נוהל רב שנים זה אינו נוהל ראוי.

בהמשך התייחסתי לשאלת מעמדו המיוחד של הפצ"ר ולחשש כי
 פגיעה במעמד זה, לרבות יצירת זיקות סטטוטוריות אל גורמים מחוץ
 לצבא, "תחליש את מעמדו של הפצ"ר כיועץ משפטי לרמטכ"ל ולגורמי
 המטה הכללי, וכמי שעומד בראש מערכת הפרקליטות ובכלל זה התביעה
 הצבאית". לבסוף ציינתי את העובדה "כי ברקע הדיון מצויות משפחות
 שכולות, שאיבדו את היקר להן מכל". יש הכרח לפתוח בפני משפחות אלה
 כל פתח אפשרי לשם הצגת טענותיהן והשגותיהן. שכן "סגירת דלת היועץ
 המשפטי לממשלה בפני משפחות אלה, עשויה להתפרש כהתנערות מהן.
 הפניית המשפחות לבית המשפט הגבוה לצדק משמעותה סיום הטיפול
 המערכתי והאישי בעניין, והטלת הוצאות וטרחה רבה על כתפי הפונים".
 לפיכך ביקשתי, כאמור, מהיועץ המשפטי לממשלה לשקול מחדש את
 עמדתו וכי במידת הצורך יביא את הנושא לדיון בפני הגורמים הנוגעים
 בדבר. כוונתי היתה כי הנושא יעלה לדיון ובחינה חוזרת בועדת החוץ
 והבטחון של הכנסת, אשר בחסותה גובש הנוהל.

דא עקא, תגובתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי אין עוד תוחלת בהליך ההשגה כל עוד נתפס הוא על ידי הפרקליטות הצבאית כהליך ביניים בלתי מחייב "בעוד שמדובר בהליך, שהוא במהותו ערר, שבו נבחנת החלטת הפצ"ר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה". לדעתו של מר בן-יאיר, אין בהפנייתן של המשפחות השכולות לבג"ץ "בהליך מקובל של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית", כדי להפוך את הטיפול בטענותיהן לטיפול "מנוכר". זאת, מאחר שנסיון החיים לימד כי גם לאחר הטיפול בהשגה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הוגשו עתירות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ "וזה, כידוע, מברר את הטענות לעומק, במלוא הרגישות ובלא שתיווצר הרגשת ניכור".

סופו של דבר, ובהתאם לגישתו זו של היועץ המשפטי לממשלה, חדלנו עד לסיום כהונתו של מר מיכאל בן-יאיר מלהזכיר בחוות הדעת שניתנו בתיקי תאונות קטלניות בצה"ל את האפשרות להגיש השגה על ממצאי חוות הדעת ומסקנותיה אל היועץ המשפטי לממשלה.

הרחבתי מעט בפרטיה של סקירה זו על מנת להמחיש את שלבי התפתחותה של המחלוקת העקרונית אשר התגלעה בין היועץ המשפטי לממשלה ובין הפרקליט הצבאי הראשי. לסיום הסקירה, אציין, כי עם תחילת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין, דנו בסוגיה זו והגענו להחלטה משותפת, וזאת מתוך הכרה בחשיבותו של העניין העומד על הפרק. סיכמנו כי נוהל ההשגה ישוב לקדמותו כאשר כל צד יהיה רשאי להחזיק בפרשנותו לגבי משמעות הנוהל וכוחו המחייב. עם זאת, סוכם כי יעשה כל מאמץ שלא להגיע "להתנגשות חזיתית" בתהליך קבלת ההחלטות, בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר וכי כל

מחלוקת תיפתר בדיאלוג ובדרך של התדיינות עניינית, ומתוך הכרה במעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה.

כך נהגנו עד לסיום תפקידי כפצ"ר, ולשמחתי הרבה לא היה צורך לחזור ולפרש מחדש את "נוהל הטיפול בתאונות קטלניות בצדה"ל". תם אך לא נשלם.

ג. בג"ץ עטייה

ההחלטה בפרשת שדיאל²³ ניתנה על ידי בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון בתאריך 10 במרס 1996, לאחר שטענת עוה"ד מטעם הסנגוריה הצבאית, בדבר עצמאות שיקול דעת הפצ"ר התקבלה על דעת בית הדין. כזכור, טען הסנגור, כי כתב האישום שהוגש בהתאם להוראתו של היועץ המשפטי לממשלה, בניגוד לעמדת הפצ"ר, הינו "פגום ופסול" ואין לו כל קיום. בית הדין המחוזי קיבל עקרונית גישה זו וקבע כי אין ליועץ המשפטי לממשלה כל סמכות להורות על הגשת כתב אישום לבית דין צבאי, מקום בו הגורם המוסמך על פי דין, קרי: הפצ"ר, אינו סבור כי יש מקום להגשתו.

העתירה בעניינה של החיילת אביבית עטייה הוגשה אף היא על ידי עורך דין מטעם הסנגוריה הצבאית, ובמסגרתה נטענו טענות הפוכות לחלוטין בהקשר למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ולסמכותו להתערב בהליכים המתקיימים בבית דין צבאי. עמדה זו מעוררת את השאלה האם סנגוריה "מוסדית", כמו הסנגוריה הצבאית או הסנגוריה הציבורית, יכולה להשמיע טענות העומדות בסתירה קוטבית לטיעונים שהוצגו על ידי נציג אחר של אותה הסנגוריה בפורום משפטי שונה, כאשר טיעונים מנוגדים

23 שם.

אלה עשויים לתרום, לדעת הסנגור המייצג, לעניינו של הלקוח. עוד מתעוררת אגב הדיון בעתירה בבג"ץ שאלת ייצוגו של הפצ"ר בפרט ושל הפרקליטות הצבאית בכלל - כאשר גישת היועץ המשפטי לממשלה וגישת פרקליטות המדינה שונות באורח מהותי. במקרה דנן הייתה תמימות דעים בין שתי המערכות לגבי "השורה התחתונה" - דהיינו כי דין העתירה להידחות. ואולם בדרך הצגת הדברים על ידי בא כוח היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע למעמדו של שולחו ולסמכויותיו להתערב בהליכים המתקיימים בבתי דין צבאיים לא הייתה תמימות דעים עם הפצ"ר.

1. העובדות

העובדות הרלבנטיות לעניינו סוכמו בפסק דינה של השופטת ביניש, ואין טוב מאשר להביא את הדברים כלשונם:

העותרת הינה חיילת בצה"ל, אשר ביום ה-19 לדצמבר 1995 הועמדה לדין בבית דין צבאי. בכתב האישום הואשמה בשימוש בסם מסוכן, עבירה לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ב 1972- בגין עישון סם מסוג מריחואנה ביום 15 באוקטובר 1995.

השתלשלות העניינים שקדמה להגשת כתב האישום היא העומדת ברקע העתירה, ומעשה שהיה כך היה: ביום ה-15 באוקטובר 1995 הגיעה העותרת למרפאת קצין העיר בתל אביב, לאחר שחשה מיחושים באיזור הלב. בבואה למרפאה סיפרה העותרת לאחת החובשות כי עישנה במהלך חופשתה סם מסוג מריחואנה. החובשת העבירה מידע זה לאחראית המרפאה, וזו האחרונה סיפרה על כך לרופאה הצבאית שהיתה בתורנות.

הרופאה הנחתה את אחראית המרפאה לדווח על המקרה למשטרה הצבאית. בעקבות פנייתה של אחראית המרפאה לשוטר צבאי שהיה במקום, הועבר המידע להמשך הטיפול למשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח). מצ"ח פתחה בחקירה, ובתום החקירה הוגש כנגד העותרת כתב האישום, כאמור לעיל. להשתלשלות עובדתית זו מן הראוי להוסיף כי על-פי ההודעה שמסרה העותרת בחקירת מצ"ח, אמרה היא עצמה בכניסתה למרפאה, לחייל ולשוטר צבאי שהיו בכניסה, כי עישנה "גראס" והיא עומדת להתעלף. על-פי גירסתה באותה הודעה היו במרפאה אנשים נוספים ששמעו את דבריה.

ביום ה-15.1.96 פנה בא כוח העותרת למשיב 2 (להלן: הפצ"ר) בבקשה שיורה על ביטול כתב האישום. בא כוח העותרת טען במכתבו כי מצב העניינים שנוצר - לפיו נפתחה חקירת מצ"ח בעקבות מידע חסוי שנמסר לעובד מרפאה, תוך פגיעה בסודיותה הרפואית של העותרת והפרת הכלל הנוגע לחיסיון הרופא כלפי החולה - ראוי לו שיתוקן באמצעות ביטול כתב האישום.

המשיב 3, סגנו של הפצ"ר, הודיע לעותרת כי הוחלט לדחות את בקשתה. בנימוקיו, ציין המשיב 3 כי במקרה זה לא חל החיסיון הרפואי מאחר והעותרת עצמה מסרה באופן גלוי לציבור שלם שהיה במרפאה על כך שהשתמשה בסם מסוג גראס.

ביום ה-20.5.96 התקיים הדיון הראשון במשפטה של העותרת בפני בית הדין הצבאי. בא כוחה של העותרת ביקש מבית הדין לבטל את האישום. הוא טען כי העותרת זכאית לסעד מן הצדק בשל הנסיבות שהביאו להגשת כתב האישום. בית הדין הצבאי דחה טענה זו. בשלב זה פנה בא כוחה של העותרת ליועץ המשפטי לממשלה וביקש כי יפעיל את סמכותו

לפי סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי"), ויעכב את ההליכים המתנהלים נגד העותרת בבית הדין הצבאי. היועץ המשפטי לממשלה השיב באמצעות עוזרו כי הוא סבור שסמכותו לעיכוב הליכים אינה משתרעת על הליכים המתנהלים בפני בית דין צבאי. לפיכך, נמנע היועץ המשפטי לממשלה מלהיזקק לבקשה לעיכוב הליכים לגופה.²⁴

העתירה כוונה בראש ובראשונה אל היועץ המשפטי לממשלה, אשר נמנע מלהפעיל את סמכותו לפי סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי ולעכב את ההליכים בעניינה של העותרת. לחילופין נתבקש בית המשפט העליון להורות ליועץ המשפטי לממשלה להפעיל את סמכותו ולחייב את הפצ"ר או את סגנו לבטל את כתב האישום "וזאת בתוקף סמכותו כמי שעומד בראש התביעה הכללית". לחילופי חילופין ביקשה העותרת כי בית המשפט העליון יורה במישרין לפצ"ר או לסגנו לבטל את כתב האישום בתוקף סמכותם לפי סעיף 308 לחש"ץ.

2. פסק דינה של השופטת דורית ביניש

לאחר סקירת פרק העובדות נפנתה השופטת ביניש לדון בראש העתירה הראשון בקובעה כי

ההכרעה בשאלה שבפנינו צריכה ליפול על-פי המבחן המהותי של היחס בין הסמכות הקבועה בסעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי, לבין ההסדרים המקבילים הקבועים בחוק השיפוט הצבאי לעניין הפסקת הליכים פליליים

24 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 718-720.

בפרט, וכן היחס בין הוראות חוק סדר הדין
הפלילי בכלל.²⁵

על רקע סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע את הכלל כי "סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה, זולת אם נקבע בחוק אחר או על-פיו סדר שונה לעניין הנדון", פנתה השופטת ביניש לבדוק את ההסדרים הקיימים בשני החוקים. בחינה זו נעשתה בשני מעגלים. במעגל הצר נעשתה השוואת סמכויות בין סמכותו של הפצ"ר לביטול כתב אישום לפי סעיף 308(א) לחש"פ לבין סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 231 לחסד"פ. כל זאת, על מנת לבדוק אם ניתן לראות בסמכות הביטול לפי סעיף 308 לחש"פ כ"סדר דין שונה לעניין הנדון".

במעגל הרחב, שהוא החשוב לדיוננו, מבקשת השופטת ביניש "לראות את מערכת השיפוט הצבאי בשלמותה, כפי שנקבעה בחוק השיפוט הצבאי, על הסמכויות שהוענקו בו לרשויות התביעה הפועלות על-פי אותו חוק". לדעת השופטת ביניש:

תכליתו של חוק השיפוט הצבאי, אופיו וההסדרים הכוללים הקבועים בו - הם המכריעים לעניין היחס שבין מערכת הדינים שנקבעה בו לבין הוראות סדר הדין הפלילי בדרך כלל. את הוראת סעיף 308 יש לבחון, איפוא, על רקע מערכת הדינים הכוללת שנקבעה בחוק השיפוט הצבאי המתאפיינת בהסדרים המיוחדים לה. בראייה רחבה זו ניתן לאמר ככלל, כי מערכת אכיפת החוק האזרחית, החולשת על אכיפת ההליך הפלילי

25 שם, בע' 721.

בכללו, אינה משתלבת בחוק השיפוט הצבאי,
ללא חקיקה מיוחדת.²⁶

במסגרת הדיון במעגל הצר נבחנה הסמכות לעיכוב הליכים המסורה בידי היועץ המשפטי לממשלה, מבחינת שורשיה ההיסטוריים, תכליתה והיקפה. ניתוח זה הוביל למסקנה כי, בשונה מהסמכות לחזרה מהאישום לפי סעיף 93 לחסד"פ,

סמכות עיכוב ההליכים היא, אפוא, אחד הכלים אשר היועץ המשפטי לממשלה יכול לעשות בו שימוש כאשר הוא מבקש - במקרים מיוחדים - להתערב בהליך הפלילי כדי להפסיקו, מתוך ראייה כוללת של מדיניות ניהול ההליכים הפליליים ותוך מימוש סדרי העדיפויות באכיפת החוק.²⁷

לעומת זאת, קיים דמיון לא מבוטל בין ההסדר של חזרה מאישום לפי סעיף 93 לחסד"פ לבין סמכות ביטול כתב האישום לפי סעיף 308 לחש"ץ. ואולם, מוסיפה וקובעת השופטת ביניש כי:

ההבדל העיקרי בין ההסדר הקבוע בסעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי לזה שנקבע בסעיף 308, הוא במעמדו של בעל הסמכות. סעיף 93 מקנה את סמכות החזרה מהאישום לכל תובע על-פי אותו חוק, ואילו על-פי חוק השיפוט הצבאי הסמכות נתונה רק בידי מי שעומד בראש מערכת התביעה הצבאית - הפצ"ר - כממונה על אכיפת החוק בצבא. יש בהבדל זה כדי לקרב את סמכות הפצ"ר לבטל כתב אישום,

26 שם, בע' 722-723.

27 שם, בע' 725.

לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים.²⁸

השופטת ביניש למדה מהוראת סעיף 178 לחש"ץ כי "בתוך המערכת של השיפוט הצבאי, הפרקליט הצבאי הראשי הוא הגורם הבכיר המופקד על אכיפת החוק, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה במערכת המשפטית כולה". אשר למעמדו של הפצ"ר כמי שמופקד על מדיניות אכיפת החוק בצבא, הביאה השופטת ביניש מדבריהם של השופט בייסקי ושל השופט ד' לויין בעניין צופאן²⁹.

הסמכות הנתונה לפצ"ר לבטל כתבי אישום, לפי סעיף 308(א) לחש"ץ מאפשרת לו לבטא את מדיניותו "באשר לניהול משפטים פליליים במסגרת בתי הדין הצבאיים, תוך הבאה בחשבון של מכלול האינטרסים שעל שמירתם הוא מופקד". מבחינה זו דומה, לדעת השופטת ביניש, "הסמכות הנתונה בידיו של הפצ"ר לסמכות המסורה בידי היועץ המשפטי לממשלה בבתי המשפט האזרחיים". סיכומו של דבר, ניתן, לגישת השופטת ביניש, להשוות ב"היבט זה" בין שני ההסדרים, באשר שניהם "נותנים כלי נוסף בידי ראש המערכת במימוש מדיניות התביעה עליה הוא מופקד", והתוצאה היא:

28 שם, בע' 726.

29 בג"ץ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג(4) 718 (להלן: עניין צופאן). בע' 725 אומר השופט בייסקי: "יש מידה רבה של דמיון בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה, הגם שאין זהות מוחלטת ביניהם. זה כמו זה, נהנה מעצמאות בכל הקשור להעמדה לדין, ואולם מפאת אופיה המיוחד של המסגרת הצבאית, הפצ"ר כפוף מבחינה פיקודית לרמטכ"ל, אם כי מינויו הוא בידי שר הבטחון ואף כי אין בסמכותו של הרמטכ"ל להורות לפצ"ר בעניין העמדה לדין אין להתעלם מן המערכת הצבאית - וההיררכיה בה הוא פועל". ואומר השופט ד' לויין בע' 742: "דעתי היא, ששיקול הדעת המסור לפרקליט הצבאי הראשי בעניין העמדתם לדין של אנשי צבא בפני בתי הדין הצבאיים לא נופל משיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה ככל שמדובר בהעמדתם לדין בפני בתי המשפט הרגילים".

כי על-פי המבחן הצר של השוואת ההסדרים
 הקבועים בדין לשם הפסקת הליכים תלויים
 ועומדים או חזרה מהם, יש בסיס לקבוע כי חוק
 השיפוט הצבאי בסעיף 308 קבע הסדר שלם
 המוציא את סעיף 231 מכלל תחולה.³⁰

גם בחינת הסוגייה בראייה הרחבה יותר מלמדת כי החש"ץ הינו חוק
 היוצר מערכת שיפוט נפרדת שהינה "מותאמת לצרכי הצבא ומביאה
 בגדרה את אופיו של השירות הצבאי, התנאים בהם מתקיים ההליך
 הפלילי בצבא, קיומן של עבירות פליליות המיוחדות למי שחוק השיפוט
 הצבאי חל עליו וכן סדרי דין המותאמים לצרכיה"³¹.

השופטת ביניש מביאה דברים מפסק דינו של השופט י' כהן (כתוארו
 אז) בד"נ 13/75 פלוני³² באשר לאופיו המיוחד של החש"ץ, ומציינת את
 ההוראות בו שבהן יוחדו סמכויות ליועץ המשפטי לממשלה³³, כאשר
 סמכות עיכוב ההליכים לא נכללה בין הסמכויות המפורשות שהוקנו לו,
 למרות שמוסד זה "כבר היה מוכר ומובנה בשיטה המשפטית שנהגה
 בישראל זמן רב לפני חקיקת חוק סדר הדין הפלילי". מוסיפה וקובעת
 השופטת ביניש כי

30 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 727.

31 שם, בע' 728.

32 ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני ואח', פ"ד ל(3) 617, 622-623: "חוק
 השיפוט הצבאי הוא בבחינת קודקס אשר בא להסדיר באופן מלא וממצה את הנושא של
 השיפוט הצבאי על כל שלוחותיו, כפי שברור מתכנו של החוק ומדיקפו. מדובר כאן
 בענייני צבא בהם דרושים הסדרים מיוחדים בגלל האופי המיוחד של השירות הצבאי,
 המשמעת והכפייה ההכרחיים לשם קיומו. לפיכך, יש להניח שהמחוקק התכוון לכלול
 באותו חוק את כל ההוראות הנחוצות בנושא השיפוט הצבאי". וראו גם בג"ץ 695/88
 אדלר ואח' נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מג(2) 185, 186.

33 סעיפים 14, 15, 2981-א לחש"ץ.

השיטה השלמה שהכיל חוק השיפוט הצבאי על המערכת הצבאית, הפקידה את האחריות לאכיפת החוק בצבא על הפרקליט הצבאי הראשי. בקבעו מערכת שיפוט צבאית נפרדת מן המערכת האזרחית, נתן המחוקק ביטוי להשקפה הנהוגה בשיטות משפט רבות בהן מתקיימת במקביל למערכת האזרחית, מערכת שיפוט נפרדת, המצויה במסגרת הצבא, ומביאה בחשבון את צרכיו המיוחדים של הצבא. לחקיקה מיוחדת זו שורשים עמוקים בשיטות המשפט מימים ימימה.³⁴

מגמת המחוקק לקלוט לתוך החש"ץ הוראות שונות בתחום סדר הדין, דיני המעצרים וחכויות הנאשם מלמדת גם היא, לדעת השופטת ביניש, כי "כדי לקלוט הסדרים דיוניים מחוק סדר הדין הפלילי למערכת הצבאית יש צורך בדרך כלל, בהוראה מיוחדת ואין להסתפק בהוראה כללית המצויה בסעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי."

סיכומו של דבר, ניתן לקבוע, לגישת השופטת ביניש, כי "לעניין ביטול האישום, או הפסקת הליכים התלויים ועומדים בפני בית דין צבאי, נקבע בחוק השיפוט הצבאי הסדר שונה לאותו עניין, המשתלב במכלול הוראות חוק השיפוט הצבאי".

לאחר דחיית העתירה העיקרית, נפנתה השופטת ביניש לבחון את הבקשה החלופית כי בית המשפט יורה ליועץ המשפטי לממשלה לחייב

34 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 729.

את הפצ"ר לבטל את כתב האישום שהוגש נגד העותרת "בתוקף סמכותו כמי שעומד בראש התביעה הכללית".

על-פי הטענה יש בידי היועץ המשפטי לממשלה היכולת לחייב את הפצ"ר לפעול בהתאם לסמכויות המוקנות לו בחש"ץ, גם אם הפצ"ר סבור כי אין לעשות כן. כעולה ממכתבו של עוזר היועץ המשפטי לממשלה אל בא-כח העותרת, טענה זו מקובלת, ברמה העקרונית על היועץ המשפטי לממשלה שכן, לגישתו,

ברי כי הפצ"ר כפוף ליועץ המשפטי לממשלה מכח עמידתו של היועץ המשפטי לממשלה בראש מערכת התביעה במדינת ישראל. מכך אין מוקנית סמכות, במישרין לעכב הליכים בבית דין צבאי. יחד עם זאת, לא מן הנמנע שהיועץ המשפטי לממשלה יזקק להנחות את הפצ"ר או ליתן חוות דעת בשאלות מסויימות אשר להן תהיה השלכה גם לענין הסמכות שלפי סעיף 308 לחוק השיפוט הצבאי.³⁵

ואולם, במקרה מסויים זה דחה היועץ המשפטי לממשלה, על הסף, את הדרישה להורות לפצ"ר לבטל את כתב האישום, מאחר שבקשה זו באה לאחר שהפצ"ר דחה מצידו בקשה לביטול כתב האישום ולאחר שפנייה אל בית הדין הצבאי לבטל את האישום בטענה של "הגנה מן הצדק", נדחתה אף היא.

35 שם, בע' 730-731.

השופטת ביניש קובעת בחוות דעתה כי גישתו של היועץ המשפטי לממשלה מקובלת עליה "הן בפן העקרוני והן בפן המעשי, כפי שיושמה על נסיבות המקרה שלפנינו".

לצורך דיוננו חשובה, כמובן, ההתייחסות לפן העקרוני. לעניין זה אומרת השופטת ביניש כדברים הבאים:

...אין באמור לעיל בכל הנוגע להפרדתה ולייחודה של מערכת השיפוט הצבאית, ואף לא בסמכויות הסטוטוריות שהוענקו לפרקליט הצבאי הראשי כמי שממונה על השלטת המשפט ואכיפת החוק בצבא, כדי לגרוע ממעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כ"גורם על" במערכת אכיפת החוק. הנחיותיו המקצועיות של היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל זרועות הממשל ורשויות המדינה, והמערכת הצבאית בכלל זה.³⁶

השופטת מצטטת בהסכמה קטעים מחוות דעתו של עו"ד מזוז מתאריך 29 יוני 1995, אשר הופנתה אל הפצ"ר בפרשת שדיאל. לגישתה, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין וחוות דעתו מחייבת את כלל רשויות המדינה³⁷. אכן, השופטת ממשיכה ומציינת כי גם חוות דעתו של הפצ"ר קובעת את המצב המשפטי, אך זאת כלפי הצבא פנימה והוא אינו פועל "במנותק ממערכת אכיפת החוק הכללית. ככל מערכות הממשל, נתון גם הפצ"ר להנחייתו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה ולחוות דעתו המשפטית".

36 שם, בע' 731.

37 השופטת ביניש מפנה בעניין זה לבג"ץ 4267/93, 4287, 4634 אמייתי - אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מז(5) 473, 441.

מבלי לדון בשאלת תקפו כיום של הכלל בדבר עצמאותה של הרשות המוסמכת בהפעלת שיקול דעתה, קובעת השופטת ביניש כי

גם בהתחשב בסמכויות המיוחדות שהוענקו לפצ"ר בחוק כרשות מוסמכת, חייב הפצ"ר בעבודתו היומיומית במסגרת הפעלת סמכויותיו להביא בגדר שיקוליו את המדיניות הכללית הנוהגת באשר לאכיפת החוק, וחייב הוא לקבל הפירוש של היועץ המשפטי לממשלה באשר להוראות הדין.³⁸

לגישת השופטת ביניש, אין הפצ"ר יכול להתנתק "מהעקרונות המנחים את המערכת הכללית ומכיבוד הנורמות הכלליות המחייבות את זרועות השלטון בתחום המשפטי". על הפצ"ר להביא בגדר שיקוליו את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהוא המנחה המקצועי של הפצ"ר. כמו כן, על הפצ"ר להתחשב במדיניות הנקוטה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, בכל הנוגע לאכיפת החוק ולבצע את ההתאמות הדרושות בין אכיפת החוק בצבא למדיניות החוק הכללית. לטעמה של השופטת ביניש, הרי שישנם תחומים בהם תחייב עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה את הפצ"ר, בלשונה:

...בסוגיות אשר על-פי תפיסתו של היועץ המשפטי לממשלה הן סוגיות בעלות חשיבות עקרונית, בסוגיות בהן הוא מוצא עניין מיוחד לציבור ובסוגיות אשר, לדעתו, השלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית,

38 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 732.

תהיה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מכרעת - אם הוא ראה להביע עמדתו. לפיכך, משימצא היועץ המשפטי לממשלה כי העניין המובא לפניו הוא עניין מיוחד כאמור, המצדיק את התערבותו בשיקול הדעת של הפצ"ר תחייב עמדתו את הפצ"ר.³⁹

השופטת ביניש סבורה כי על רקע זה נקבע נוהל הטיפול בתאונות קטלניות בצה"ל, לפיו דן היועץ המשפטי לממשלה בהשגה על החלטת הפצ"ר לסגור תיק שנפתח עקב תאונה קטלנית שהתרחשה בצה"ל. יצויין, כי השופטת אינה מחווה דעה מפורשת בשאלה אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הפצ"ר לשנות את עמדתו - אך מהקשר הדברים נראה כי זוהי אכן השקפתה.

אחר כל הדברים האלה, מסיקה השופטת ביניש כי אין בכך כדי לפגוע בעצמאותו של הפצ"ר בהפעילו את מערכת התביעה הצבאית בעבודתה השוטפת. היועץ המשפטי לממשלה אינו מתערב בפעילות היומיומית של הפצ"ר ואף אינו עוסק כדבר שבשגרה במערכת התביעה הצבאית "זאת כדי לא לפגוע במבנה המיוחד של מערכת השיפוט הצבאי, מחד גיסא, וכדי לא לשבש את סדרי העדיפויות שהוא מקיים לצורך מילוי תפקידיו במערכת אכיפת החוק, מאידך גיסא".

לסיכום עמדתה, קובעת השופטת ביניש קווים מנחים להתערבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות הפצ"ר:

(1) היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתערב, ואף להורות לפצ"ר כיצד לנהוג בהחלטות אשר

39 שם, בע' 733.

לדעתו יש בהן עניין מיוחד לציבור או שמוצא הוא שהשלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית. מעורבות היועץ המשפטי לממשלה בעניינים אלו תעשה במסגרת תפקידו כמי שנושא באחריות עליונה לרשויות התביעה השונות ולגורמים המשפטיים ברשות המבצעת.

2) היועץ המשפטי לממשלה יתערב בהחלטות הפצ"ר בכל אותם מקרים בהם החלטת הפצ"ר תחרוג מן הנורמות המשפטיות המקובלות. התערבות היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות אלו תעשה מכח סמכותו כמי שממונה על חוקיות פעולותיהן של זרועות הממשל השונות.

3) בעניינים הנוגעים למדיניות כללית, כגון מדיניות התביעה הצבאית בהעמדה לדין, חייב הפצ"ר להביא בגדר שיקוליו את מדיניות התביעה הכללית הנקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ואת הצורך באחידות ובהרמוניה של רשויות התביעה השונות. היועץ המשפטי רשאי להתערב בהחלטות הפצ"ר כאשר האחרון לא נתן משקל ראוי לשיקול זה.⁴⁰

על-פי העקרונות שנמנו לעיל, סבורה השופטת ביניש כי החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להנחות את הפצ"ר, "הינה החלטה סבירה שאינה מצדיקה כי נורה לו לשנות ממנה".

כאמור, זוהי עמדתה של השופטת ביניש במקרה פרטי זה אך נראה, לכאורה, כי לו סבר היועץ המשפטי לממשלה שיש להורות את הפצ"ר

40 שם, בע' 734.

לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 308(א) לחש"ץ, כי אז לא היה מקום להתערב בהחלטתו זו.

בראש העתירה השלישי, נתבקש בית המשפט העליון להורות לפצ"ר ו/או לסגנו לבטל את כתב האישום, שכן ההחלטה להמנע מכך לוקה בחוסר סבירות קיצוני ועומדת בניגוד לאינטרס הציבור. טענה זו נדחתה, כאשר השופטת ביניש מזכירה את ההלכות שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון לעניין ההתערבות בשיקול דעתו של הפצ"ר⁴¹, בהדגישה כי

בית משפט זה כבר חזר ושנה, כי - בבואו לבחון את שיקול הדעת שמפעיל הפצ"ר כשהוא מעמיד לדין על-פי חוק השיפוט הצבאי - אין בית המשפט שם את שיקול דעתו במקום הפצ"ר ולעניין העמדה לדין כמוהו כיועץ המשפטי לממשלה.⁴²

סוף דבר, קובעת השופטת ביניש כי

בשים לב להיקף ההתערבות של בית משפט זה בהחלטותיו של הפצ"ר כמי שמופקד על התביעה הצבאית, אין לומר כי החלטתו בעניין שבפנינו חורגת מתחום שיקול הדעת הסביר המסור בידו, ומצדיקה התערבותנו לביטולה.⁴³

41 ראו עניין צופאן, לעיל, הערה 29, בע' 725; בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(3) 154; בג"צ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573.
 42 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 737.
 43 עם זאת, כללה השופטת ביניש בפסק דינה המלצה המופנית אל הפצ"ר כי ישקול פעם נוספת את החלטתו בשים לב להנחיות שהוצאו על ידו, בכל הנוגע לשימוש בחומר אשר הועבר לגורמי החקירה בעקבות טיפול רפואי שניתן לנחקר.

3. פסק דינו של הנשיא אהרן ברק

גישתו של הנשיא ברק שונה, ככל שהדבר נוגע לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים פליליים המתנהלים בבית דין צבאי.

אף הנשיא ברק רואה את נקודת המוצא לדיון בהוראת סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי

סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה, זולת אם נקבע בחוק אחר או על-פיו סדר דין שונה לעניין הנדון.

לדעת הנשיא ברק, "סמכות העיכוב" הינה בגדר "סדר דין פלילי" ולכן כל שנותר הוא לבדוק האם בחש"ץ נקבע "סדר דין שונה לעניין הנדון". העניין הנדון הוא, לגישת הנשיא, "הסמכות להפסיק הליכים פליליים לאחר שהחלו ובטרם הסתיימו". לעניין זה, גורס הנשיא כי אין בחש"ץ כל הסדר או הוראה מתאימה. ואם תאמר כי סמכותו של הפרקליט הצבאי הראשי לבטל כתבי אישום, לפי סעיף 308 לחש"ץ, היא "הדין השונה", הרי שלשיטתו של הנשיא ברק אין הדבר כן משום ש"עיכוב הליכים וביטול האישום הן שתי פעולות שונות, אשר המבדיל ביניהן עולה על המשותף להן". השוני המרכזי נעוץ בכך, שבניגוד לסמכות העיכוב אשר אינה גוררת זיכוי, הרי שביטול כתב האישום לאחר תשובת הנאשם לאשמה, עשוי להביא לזיכוי על ידי בית הדין. הנשיא ברק מוסיף כי "עיכוב ההליכים הוא מכשיר רב חשיבות, אשר בצד הסמכות להגיש אישום פלילי, מהווה אמצעי מרכזי להגשמת מדיניות התביעה בהגשת

אישומים. הוא שונה במהותו מסמכות הביטול. הוא ממלא תפקיד שונה מהביטול בהליך הפלילי. אין האחד מהווה תחליף לאחר⁴⁴.

מכאן, עובר הנשיא ברק לבחון את הסוגייה העקרונית הנוגעת לעצם סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים המתקיימים בבתי דין צבאיים, בהנחה כי אין בחש"ץ "סדר דין שונה לעניין הנדון".

הנשיא ברק מצוין כי על-פי הגישה השוללת את סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, הרי ש"סוגיית עיכוב ההליכים על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אינה תואמת את המבנה של חוק השיפוט הצבאי, [ו]יהיה בכך משום הרכבת מין בשאינו מינו". לדעת הנשיא, "טיעון זה מחייב בחינה מעמיקה יותר של מעמד היועץ המשפטי לממשלה ויחסו להליכים הפליליים המתנהלים על-פי חוק השיפוט הצבאי". לגישתו, התשובה לשאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לגבי כתבי אישום שהוגשו על ידי תובע צבאי לאחד מבתי הדין הצבאיים הינה "סבוכה למדי". נקודת המוצא, לשיטתו של הנשיא ברק, הינה כי קיימת סמכות מקבילה לבתי הדין הצבאיים ולבתי המשפט האזרחיים בשפיטתם של חיילים, הנאשמים ב"עבירה צבאית" או בעבירה שאינה צבאית. זאת למד הנשיא מהוראת הסעיפים 13⁴⁵ ו-14⁴⁶ לחש"ץ. אכן מלשון סעיף 14 לחש"ץ למדים כי היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לקבוע, שעה שמתקיימים תנאים מסויימים, כי

44 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 741.

45 סעיף 13 (א) לחש"ץ קובע: "בית דין צבאי מוסמך לדון חייל שעשה מעשה המהווה עבירה צבאית, בין שעבר אותה במדינה ובין מחוצה לה; אין הוראה זו גורעת מסמכותו של כל בית משפט אחר במדינה לשפוט את החייל על אותו מעשה אם הוא מהווה עבירה לפי דין אחר" (ההדגשה אינה במקור).

46 סעיף 14 לחש"ץ קובע: "בית דין צבאי מוסמך לדון חייל, פרט למי שחוק זה חל עליו על-פי סעיף 8 (2) ו-3), שעבר בין במדינה ובין מחוצה לה עבירה כלשהי שאיננה עבירה צבאית, אולם אם היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא רשאי הוא בכל עת, עד להחלטה בדבר הרשעה או זיכוי (להלן - הכרעת הדין), לצוות כי דינו יתברר בבית משפט אחר" (ההדגשה אינה במקור).

העניין לא ידון בבית דין צבאי, כאשר עסקינן בעבירה שאיננה צבאית, שהוגשה לבית דין צבאי. מכאן ניתן להסיק כי בידי היועץ המשפטי לממשלה "שליטה מסויימת" על תחילת ההליך הפלילי בעבירות שאינן צבאיות. במצב דברים זה, שבו היועץ המשפטי לממשלה רשאי "להפסיק את ההליך הפלילי על-ידי העברתו לבית משפט אזרחי", תוהה הנשיא ברק "מדוע לא יוכל [היועץ] לעכב ההליכים בפני בית הדין הצבאי". שאלה זו מתחדדת נוכח יכולתו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים לאחר העברתם לבית משפט אזרחי, ועל כן נשאלת השאלה, לגישת הנשיא, "מדוע לא יכול לעשות כן בלא שיצטרך לנקוט במהלך של העברת הדיון לבית המשפט האזרחי בטרם יעכב את ההליכים". הנשיא סבור כי התשובה לשאלות אלה ברורה. לשיטתו, "דווקא הגישה הדורשת סימטריה בין הכוח להגיש אישום פלילי לכוח להפסיק הליכים פליליים מובילה למסקנה כי סימטריה כזו קיימת בעניינו של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לעבירות שאינן צבאיות"⁴⁷.

אשר לעבירות הצבאיות, מציין הנשיא ברק כי קיימת לגביהן סמכות שיפוט מקבילה לבית משפט אזרחי, ובלבד שמדובר במעשה המהווה עבירה לפי דין אחר. הכוונה לאותן עבירות צבאיות שיש להן מקבילה אזרחית, כמו: עבירות אלימות שונות⁴⁸, גרימת נזק או השמדת רכוש⁴⁹, אינוס⁵⁰, ועוד. עדיין נשאלת השאלה כיצד מופעלת סמכות שיפוט מקבילה זו במקרה של מחלוקת בין היועץ המשפטי לממשלה לבין התובע הצבאי.

47 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 742.

48 סעיפים 59-62 לחש"פ.

49 סעיף 76 לחש"פ.

50 סעיף 75 לחש"פ.

מחלוקת זו עשויה להתעורר בכל הנוגע לערכאה השיפוטית בה תידון העבירה, כאשר היועץ המשפטי לממשלה עשוי לסבור כי "עבירות צבאיות, הנעברות בנסיבות מסויימות, ראוי להן להידון בפני בית משפט אזרחי", ואילו התובע הצבאי יגרוס כי מקומן בבית דין צבאי. מחלוקת אחרת עשויה לצוץ כאשר התובע הצבאי מחליט "לסגור" תיק חקירה ואילו היועץ המשפטי סבור כי יש להגיש כתב אישום. הנשיא מביע עוד דוגמא למחלוקת אפשרית נוספת והיא כאשר היועץ המשפטי לממשלה מחליט לעכב הליכים באישום הנוגע לעבירה צבאית, אישום המתברר בבית משפט אזרחי. האם רשאי התובע הצבאי לפתוח בהליך פלילי בפני בית דין צבאי? מחלוקות אפשריות אלה מובילות את הנשיא ברק למסקנה כי יש למנוע במקרים מסוג זה ואחרים כמותם, מצב של "מירוץ סמכויות". ולשאלה, סמכותו של מי עדיפה? משיב הנשיא בלשון ברורה וחד משמעית:

יש להכיר במעמדו המרכזי של היועץ המשפטי לממשלה כקובע את מדיניות התביעה של המדינה. יש לכבד את עלינותו של היועץ המשפטי לממשלה על פני "תובעים" אחרים. הנה-כי-כן - גם לעניין העבירות הצבאיות נתונה ליועץ המשפטי שליטה מסויימת על ההליך הפלילי בבית הדין הצבאי. ממילא צריך להכיר גם-על-פי הגישה המבקשת לקיים סימטריה בין השליטה על פתיחת ההליך לבין השליטה על המשכו - בכוחו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים פליליים המתקיימים בפני בית הדין הצבאי.⁵¹

51 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 734.

כל שנאמר עד כה נוגע לגישתו של הנשיא ברק לצד "הטכני" של הבעיה, כאשר ההנחה היא כי לפנינו "בעיה קשה" שיש לה יותר מפתרון נכון אחד. נותר עדיין לבחון את הצד "המהותי" של הבעיה ו"להעדיף אותו פתרון המגשים יותר מרעהו את עקרונות היסוד של השיטה". ומהו הפתרון, אשר לדעת הנשיא ברק מגשים את עקרונות היסוד של השיטה?

הפתרון הראוי הוא זה המכיר בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים המתנהלים בפני בית דין צבאי. בכך ניתן ביטוי לעקרון הפורמלי של שלטון החוק. אכן, היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש התביעה הכללית. עליו מוטלת האחריות להשלטת המשפט הפלילי באמצעות ההליך הפלילי. הוא קובע את מדיניות התביעה.⁵²

הנשיא ברק ממשיך ומציין כי "מדיניות התביעה" אינה מוגבלת לחוק העונשין, התשל"ז-1977, דווקא - שכן מרבית העבירות פזורות בחוקים רבים אחרים ונידונות בפני ערכאות שיפוטיות שונות.

את פסק דינו מסכם הנשיא ברק באומרו את הדברים הבאים:

מן הראוי הוא להעניק ליועץ המשפטי לממשלה את מלוא הכלים המשפטיים להגשמת תפקידו, ולמיצוי אחריותו. אין זה ראוי כלל ועיקר להכיר בהסדר קטוע, המבחין בין אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה ואחריותו של הפרקליט הצבאי הראשי (והתובע הצבאי) בכל הנוגע להליך הפלילי בפני בית הדין הצבאי. בכל הנוגע להליך הפלילי - שהוא חיוני לרקמת החיים בחברה

52 שם, בע' 743.

ושתוצאתו מבחינת הפרט הנאשם היא קשה - יש להכיר בסמכות מרכזית אחת, אשר לה הכוח ועליה האחריות להגשמת המשפט הפלילי. אין לאפשר מוקדי כוח שונים, המושכים לכיוונים שונים. יש להכיר באחדות הסמכות והאחריות בכל הנוגע להליך הפלילי... כדי למצות אחדות זו של סמכות ואחריות, יש להכיר בשליטה של היועץ המשפטי לממשלה על ההליך הפלילי המתנהל בפני בית הדין הצבאי.⁵³

יוער, כי בדברו על "אחדות הסמכות והאחריות בכל הנוגע להליך הפלילי", מזכיר הנשיא ברק אף את אותה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 50.013 שהוזכרה על ידי קודם בדבריי על עניין שדיאל.

תוצאת פסק הדין, לשיטתו של הנשיא ברק, היא כי "יש להכיר בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים שנפתחו על-ידי תובע צבאי בפני בית הדין".

4. פסק דינו של המשנה לנשיא שלמה לויין

המשנה לנשיא, השופט שלמה לויין, הצטרף לעמדתה של השופטת ביניש, הגם שמוסכם עליו כי "שיקולים כלליים מצדיקים כעקרון הסדר חקיקתי המכיר בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, כמי שעומד בראש התביעה הכללית, לעכב הליכים המתנהלים בפני בית דין צבאי"⁵⁴. לדעתו של המשנה לנשיא, גם השופטת ביניש אינה חולקת על כך "ובפועל פער העמדות העקרוני בין עמדת הנשיא לבין עמדת ביניש אינו כה רב".

53 שם, בע' 744.

54 שם, שם.

את גישתו, לפיה, אין היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לעכב הליכים המתנהלים בבית דין צבאי מנמק המשנה לנשיא ב"טעמים פרגמטיים". זאת, לפי שקבלת עמדתו של הנשיא ברק במצב התחקיתי הקיים "עשויה ליצור ערבוב סמכויות ואנדרלמוסיה לגבי זהות בעל הסמכות הישירה לטפל בבקשה לעיכוב ההליכים".

לדעת המשנה לנשיא, יש הכרח להסדיר את הנושא כולו בחקיקה "אשר תקבע גם מדרג של סמכויות והוראות הירארכיות מפורטות לגבי סדרי הפנייה אם לפרקליט הצבאי הראשי ואם ליועץ המשפטי לממשלה".

התוצאה של עניין עטייה היא דחיית העתירה **ברוב דעות** נגד דעתו החולקת של הנשיא ברק.

פסק-דין זה, בו נדרש בית המשפט העליון, לראשונה, לשאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהליכים המתנהלים בערכאות צבאיות, אינו מזכיר ולו במילה את החלטת בית הדין הצבאי ב"עניין שדיאל".

אין צריך לומר, כי החלטת בית הדין הצבאי בעניין שדיאל אינה עולה בקנה אחד עם גישתם של שופטי בית המשפט העליון, אשר דנו בעתירתה של אביבית עטייה.

לגישתי, כפי שתוצג בהמשך, ניתן למצוא דרך המיישבת בין שתי הגישות, מבלי לפגוע במעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה.

ד. מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, סמכויותיו וכשירותו

1. הקדמה

במהלך שירותי בפרקליטות הצבאית, ובמסגרת התפקידים השונים שהוטלו עליי, התוודעתי למידת עוצמתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, בצד מורכבותו הרבה והפוטנציאל הגלום בו למתחים ואף למחלוקות. המדובר באחד התפקידים המרכזיים והבולטים במגזר הציבורי, שאין חולק על חשיבותו ומקומו הבלתי מעורער בביצור שלטון החוק וחוקיות השלטון⁵⁵.

55 להלן מבחר מייצג של ציטטות אשר דליתי מחלק מהמאמרים ומהספרות העניפה העוסקת במוסד היועץ המשפטי לממשלה, תפקידיו, סמכויותיו ומעמדו המיוחד: מ' בן-דרור, קווים לבחירת היועץ המשפטי לממשלה, המשפט ד (תשנ"ט) 46 ("מינוי יועץ משפטי לממשלה נתפס והובן על-ידי הכל כמהלך חשוב ביותר שיש בו כדי להשפיע כמעט על כל אורחות חיינו"); א' בנדור ו' סגל, "היועץ המשפטי לממשלה - המשפט והממשלה", הפרקליט מד (תש"ס) 423 ("מוסד היועץ המשפטי לממשלה הוא מעמודי התווך של שלטון החוק ועליונות המשפט בישראל. הוא נמנה עם האמצעים המרכזיים הבאים להבטיח את מהותה הפורמלית והערכית של מרות המשפט. היועץ המשפטי לממשלה ניצב בשורה אחת עם בית המשפט הגבוה לצדק ומבקר המדינה במאבק על חוקיות השלטון") המכון הישראלי לדמוקרטיה היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות (נייר עמדה מס' 6, 1997) 33 ("הדין הישראלי עיצב, אם כן, את היועמ"ש כדמות ומוסד בעלי סמכויות רחבות היקף שאין כדוגמתן במשטרים דמוקרטיים אחרים. היקף הסמכויות חורג מן ההיבט המצומצם יותר של יועץ או החלטות על העמדה לדין או עיכוב הליכים. היועמ"ש הוא בעל סמכויות מעין-שיפוטיות (מעצם יכולתו, למשל, להחליט על משמעותו של 'עניין לציבור' כאמת מידה האם להגיש כתב אישום, אם לאו). היועמ"ש הוא בעל סמכויות מעין חקיקתיות (באמצעות הנחיות היועמ"ש), ובנוסף יש לו סמכויות ביצועיות של יועץ ויצוג. היועמ"ש הוא גם בעל כוח פיקוחי, הוא מבקר במידה רבה את היצמדות הממשל למאפייני שלטון החוק; נוכח הסמכויות הפורמאליות רחבות ההיקף של היועמ"ש יש ביכולת המוסד הזה להיות סמן נורמטיבי של מותר ואסור"); א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה 5, תשנ"ז) 759 ("משרת היועץ המשפטי לממשלה הינה אחת המשרות הציבוריות החשובות ורבות ההשפעה ביותר במדינת ישראל"); דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (התשנ"ט) 12 (להלן - דוח ועדת שמגר) ("היועץ המשפטי לממשלה הוא עובד ציבור בעל שיקול דעת מקצועי עצמאי ובלתי תלוי ברשויות השלטון אשר מינהו בכל הנוגע לפעילותו המקצועית. על שיקוליו להיות אובייקטיביים ובלתי מפלגתיים. עליו להיות איש מקצוע בכיר ביותר אשר מקורות סמכותו בכל תפקידיו הם מקצועיותו יושרו ועצמאותו"); י' גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה (תשמ"א) 343 ("מוסד היועץ המשפטי לממשלה נהנה ממעמד של עוצמה שלטונית בלתי מעוררת שאין להשוותה כלל לזו הנגזרת

בתקופת כהונתי כפרקליט צבאי ראשי, זכיתי לעבוד במחיצתם של שניים מהיועצים המשפטיים לממשלה, מר מיכאל בן-יאיר ובעיקר עם מר אליקים רובינשטיין, ואף אם נתגלעו מחלוקות וויכוחים על רקע מקצועי, נעשה מאמץ מאת שני הצדדים לפעול בדרך של שיתוף פעולה והרמוניה מירבית. אין ספק, וכפי שיובהר בהמשך, יש חשיבות רבה למידת שיתוף הפעולה והגיבוי המקצועי הניתן על ידי היועץ המשפטי לממשלה כדי לאפשר לפצ"ר למלא את תפקידו כראוי.

בפרק זה אתמקד בעיקר בתפקידיו ובסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי, אך לא אמשוך ידי מלעסוק ביתר התחומים עליהם מופקד היועץ המשפטי לממשלה, ובשאלות הנוגעות לכשירותו ולדרכי מינויו.

לאחרונה התקבל תיקון לחוק הכנסת (תיקון מספר 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א 2000-, בו הוכר מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת. סוגיית יחסי הגומלין בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הכנסת בכלל ויועצה המשפטי בפרט, עמדה לא אחת במרכזו של פולמוס ציבורי ממושך, שעליו אעמוד בקצרה בהמשך תוך בחינת משמעויות החוק החדש.

2. כשירותו של היועץ המשפטי לממשלה ודרכי מינויו

כאחד מבעלי התפקידים המשפיעים והמרכזיים ביותר במגזר הציבורי והמשפטי במדינת ישראל, ניתן היה לצפות כי שאלות בדבר

מתפקידים אדמיניסטרטיביים בלתי קאבינטיים אחרים בשירות הציבורי... העוצמה הטמונה בתפקיד היועץ המשפטי ובסמכות הנובעת ממנו אינה תלויה בממלא התפקיד אלא היא קבועה וממוסדת במשנה - עוצמה אם מכוח חוק ואם מכוח נוהג ותקדים".

כשירותו, דרכי מינויו, מעמדו, תפקידו וסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה יוגדרו בחוק. ואולם, מסתבר כי גם אם היו יוזמות בעניין זה, הרי שהן לא הבשילו לכדי דבר חקיקה אשר יוקדש כולו לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. ניתן ליחס זאת, בין היתר, לעובדה כי שנים רבות, לא ניתן היה להגיע להסכמה מלאה לגבי מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כלפי הרשות המבצעת בכלל והממשלה בפרט⁵⁶.

56 ביקורת על מוסד היועץ המשפטי לממשלה במתכונתו המוכרת נשמעה במהלך השנים מכל קצווי הקשת הפוליטית והציבורית ואף מטעם חלק ממלומדי המשפט. ראו, למשל, מאמרה של אולין גורדון, "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" תבלת: כתב-עת למחשבה ישראלית 4 (תשנ"ח) 57, 87:

סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה התרחבו באופן לא מבוקר במשך קרוב ליובל שנים, וזאת בגין תפישה מעוותת של המשרה כתפקיד שיפוטי א-פוליטי. על רקע תפקידם המתרחב בהתמדה של בתי המשפט בישראל, יש במשרת היועץ המשפטי כיום משום פלישה מסויימת 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.

גם גוטמן, לעיל, הערה 55, אומר בע' 345 לספרו:

היועץ המשפטי לממשלה נחשב חריג, שכן בידיו מרוכזות סמכויות שלטוניות עצומות, אולם אין מוטלת עליו החובה לבקש את אמון ממניו בו, הוא אינו חייב לתת דין וחשבון על מעשיו בפני הכנסת והציבור, וכדונתו איננה מוגבלת לתקופת זמן קצובה, מעמדו של היועץ המשפטי הוא אקס-דימוקראטי, שהאיזונים והבלמים החיוניים כל כך לשמירת הדימוקראטיה אינם חלים עליו, אפילו הסמכות להעבירו מתפקידו, כפי שראינו, איננה ממשית.

וראו גם ע' ולצברגר "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל" פלילים ה(2) (תשנ"ז) 149.

במהלך השנים התחוללו מאבקי כוח לא מעטים בין היועץ המשפטי לממשלה לבין שר המשפטים לגבי סמכויותיו ומעמדו העצמאי של הראשון בתחום אכיפת הדין הפלילי ולגבי תוקפן של חוות הדעת הניתנות על ידיו לממשלה⁵⁷. מאבקים אלו הסתיימו בסופו של דבר בהכרה במעמדו הבלתי מעורער של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין וכמי שמופקד על אכיפת הדין הפלילי במדינת ישראל, כל עוד לא אמר בית המשפט אחרת.

תשובה לדברי הביקורת והמלצה לחיזוק מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ניתן למצוא בי' זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט (גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין, תשמ"ז) 61, 74:

כאשר אנחנו גאים, כלפי עצמנו וכלפי העולם, בשלטון החוק בישראל, כאחד ההשגים החשובים והבולטים של המדינה, אנחנו גאים, לא בהשלטת החוק על האזרח, אלא בראש ובראשונה בחוקיות השלטון. מוסד היועץ המשפטי לממשלה הינו שותף חשוב להישג זה. המוסד הצליח. מה הטעם לשנות ולפגוע במוסד שהצליח? לכן, אני רואה חובה לעצמי לקרוא ולהתריע: אל תפגעו במוסד היועץ המשפטי לממשלה, הניחו לו לפעול כפי שפעל עד כה, באופן עצמאי ומקצועי, על יסוד אמון ציבורי כתב, למען העקרון של שלטון החוק, ולמען תקינות הממשל, למען חריות האזרח ולמען הדמוקרטיה בישראל.

וראו גם י' זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמוסמך על חוקיות השלטון", עיוני משפט יא (תשמ"ז) 411.

57 הדוגמא הבולטת ביותר למאבק הכוחות בין שר המשפטים ליועץ המשפטי לממשלה מצוייה במחלוקת שהתגלעה בין שר המשפטים, דב יוסף לבין היועץ המשפטי לממשלה, גדעון האוזנר. מחלוקת זו נסבה סביב שאלת כפיפותו של היועץ המשפטי לממשלה לשר המשפטים, ומידת הפיקוח שיש לשר בתחום אכיפת הדין הפלילי. בעקבות מחלוקת זו מינתה הממשלה, בתאריך 17 יוני 1962, ועדת משפטיים בראשותו של שופט בית המשפט העליון (כתוארו אז) שמעון אגרנט (להלן: ועדת אגרנט). מסקנות הוועדה (להלן: דוח ועדת אגרנט) תרמו לביסוס מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושימשו תשתית נאותה לביצור עוצמתו, והמשך חיזוקו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה.

כאמור, דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה לא נקבעו בחוק, אך בסעיף 5 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959 (להלן: חוק המינויים) מופיעה ההוראה הבאה בעניינו של היועץ המשפטי לממשלה:

הממשלה רשאית לקבוע את הדרכים והתנאים למינויו של היועץ המשפטי לממשלה ובמידה שלא קבעתם יחולו על מינויו הוראות חוק זה.

ראוי עוד להפנות לסעיף 23 לחוק המינויים, שם נקבע כי הממשלה נדרשת לאשר כל מינוי "למשרה מן המשרות המפורסמות בתוספת לחוק זה". בסעיף הראשון לתוספת, מופיעה המשרה "יועץ לממשלה", וככל הנראה הכוונה היא ליועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, אין ודאות בדבר שכן תפקיד זה מופיע בתחום פעילותו של משרד ראש הממשלה ולא של משרד המשפטים. חשיבותו הנוספת של סעיף 23 לחוק המינויים באה לידי ביטוי בהקניית הסמכות לשר הממונה למנות ממלא מקום לנושא המשרה, לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים.

מכוח סמכותה לפי סעיף 5 לחוק המינויים קבעה הממשלה את הדרכים למינוי היועץ המשפטי לממשלה⁵⁸, בהתאם לעקרונות הבאים:

1. המועמד לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה יוצע לממשלה על ידי שר המשפטים.
2. על המועמד להיות כשיר להתמנות לבית-המשפט העליון.
3. המשרה תתפנה עקב מותו או התפטרותו של היועץ המשפטי לממשלה, או כאשר הממשלה מחליטה למנות אדם אחר תחתיו.

58 הודעת הממשלה פורסמה בילקוט הפרסומים 772, תש"ך, מיום 30 יוני 1960.

כבר במבט ראשון נראה כי בכללים שקבעה הממשלה חסרים מרכיבים חיוניים, שראוי היה לכללם שעה שמדובר בנושא משרה כה מרכזית. כך למשל, לא נקבע כיצד על שר המשפטים לבחור את המועמד אותו יציג בפני הממשלה, לא הוגדרה תקופת הכהונה, לא הובהר אם הכשירות להתמנות כשופט בית המשפט העליון מתייחסת אך לותק המקצועי או גם לכשירות המהותית, לא נקבעו העילות לפיטוריו או החלפתו של היועץ המשפטי לממשלה, ולא נאמר דבר לגבי קיומה או העדרה של זיקה פוליטית של המועמד והאם נדרשת תקופת צינון כלשהי⁵⁹.

ועדת אגרנט, בהתייחסה לאחריותה הקונסטיטוציונית של הממשלה לפעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה, נדרשה לכללים שקבעה הממשלה בציינה כי אחריות הממשלה באה לידי ביטוי באלה:

1. עצם סמכותה למנות את היועץ המשפטי לממשלה.
 2. אחריותה "להבטיח שרק אדם, שהוא בעל ההכשרה המשפטית המתאימה, יתמנה לאותה משרה, שהרי כל מינוי של מועמד שאינו ראוי לאיצטלא זו עשוי לגרור את הביקורת של הכנסת"⁶⁰.
 3. סמכות הפיטורין הנתונה בידי הממשלה. לדעת ועדת אגרנט, פיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה יתבצעו בדרך בה התמנה, היינו על-פי הצעת שר המשפטים ובאישור הממשלה.
- לגבי עילות הפיטורין קובעת ועדת אגרנט כהאי לישנא:

59 על הליקויים בהסדר המשפטי הקיים ראו בן-דרור, לעיל, הערה 55.

60 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 21.

לפיכך, אם השתמש היועץ המשפטי במשרתו לרעה, כי אז בכוחה להעבירו מתפקידו. כן בכוחה לעשות זאת אף אם החלטתו לנהוג בדרך מסויימת נעוצה בתום לב ונתקבלה לפי מיטב הבנתו, אם סבורה הממשלה שאותה החלטה נוגדת את אינטרס הציבור ומצדיקה את פיטוריו.⁶¹

הסדר בלתי מספק זה, האמור להגדיר את דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה, החזיק לא פחות מארבעים שנה, ועל-פיו נתמנו כל היועצים המשפטיים, לרבות היועץ המשפטי לממשלה המכהן, מר אליקים רובינשטיין.

בתאריך 13 בפברואר 1997, מינה שר המשפטים דאז, מר צחי הנגבי, ועדת משפטיים בראשותו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר ובהשתתפות שלושה שרי משפטים לשעבר, פרופ' דוד ליבאי, עו"ד משה נסים ועו"ד חיים צדוק, וכן פרופ' רות גביון מהאקדמיה (להלן: הוועדה או ועדת שמגר)⁶². בכתב המינוי של הוועדה נאמר כי מתפקידה "לבחון את אמות המידה הנדרשות בעניין כשירותו של מועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, דרך המינוי של נושא התפקיד האמור, לרבות דרך הצגת שמות המועמדים, ומשך הכהונה של נושא תפקיד כאמור". כמו כן, הוסמכה הוועדה "לדון ולהמליץ את המלצותיה גם בכל סוגייה אחרת הקשורה לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, ככל שתמצא לנכון". בסיום עבודתה הגישה הוועדה את מסקנותיה⁶³. כצפוי, הגיעה הוועדה למסקנה כי יש צורך ברוויזיה נרחבת בסוגיות הנוגעות לכשירותו של המועמד

61 שם, בע' 21.

62 על הרקע למינוי הוועדה ראו בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 424.

63 דו"ח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55.

למשרת היועץ המשפטי לממשלה ודרכי מינויו. הוועדה מציינת כי במצב המשפטי הקיים, אין מוטלת כל מגבלה חוקית על הממשלה בבואה למנות יועץ משפטי לממשלה או להביא לפיטוריו. לעניין זה, מזכירה הוועדה את האפשרות כי היועץ המשפטי לממשלה יוחלף, אף בלא שהוכרו על-פיטוריו, עם מינוי יועץ אחר תחתיו. לגישת הוועדה, גם אם נוצרו "מוסכמות חוקיות" המגבילות, במידת מה, את יכולתה של הממשלה לפטר יועץ משפטי לממשלה, עדיין יש מקום לשנות את המצב המשפטי הקיים.

עוד יש להבטיח כי "ייבחר לתפקיד אדם ראוי, וכי במהלך עבודתו יוכל ליהנות מרמה של אי תלות שתסייע בידיו למלא את תפקידו מתוך עצמאות ונחישות"⁶⁴.

בסכמה את עמדתה לעניין סגולותיו ותנאי כשירותו של המועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה, קובעת ועדת שמגר את העקרונות הבאים:

1. הוותק המקצועי הנדרש מהמועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה יהא זהה לזה הנדרש ממועמד לתפקיד שופט בית המשפט העליון. לדעת הוועדה, "תנאי זה בא להדגיש את החשיבות העליונה בסמכותיותו המקצועית של המועמד בכל תחומי המשפט"⁶⁵.
2. על המועמד לגלות בקיאות בתחום דיני העונשין ובתחומי המשפט החוקתי והמינהלי. עליו לגלות תכונות של מנהיגות משפטית ויכולת עמידה על עקרונות היסוד של ערכי המשטר הדמוקרטי.

64 שם, בע' 58.

65 שם, בע' 61.

3. לא יתמנה יועץ המשפטי לממשלה המעורב בפעילות פוליטית ונדרשת תקופת צינון של שלוש שנים, מאז חדל המועמד מפעילותו זו.

4. בסכמה את תכונותיו של המועמד הראוי, קובעת הוועדה כי "מדובר באישיות בעלת רמה מקצועית רב גונית וגבוהה ביותר הממזגת בתוכה הקפדה על יושר אישי, יושר אינטלקטואלי, כיבוד עקרונות, אי-מפלגתיות, אי-תלות נפשית, נאמנות לערכי היסוד של המדינה וליישומם ויכולת ביצוע, קרי, יכולת אירגונית. נדרשים ממנו נכונות להיאבק על דעותיו, שיקול דעת זהיר ומעמיק ויכולת לנתח סוגיות משפטיות מורכבות באופן ענייני"⁶⁶.

אשר לדרכי מינויו של המועמד, מקבלת הוועדה את העקרון לפיו יעשה המינוי על ידי הממשלה, אך בד בבד קובעת כי "אין המינוי יכול להיות נחלתה הבלעדית של הממשלה"⁶⁷.

לגישת הוועדה, ראוי כי בדיקת כשירותם והתאמתם של המועמדים תעשה על ידי ועדה מקצועית-ציבורית בלתי תלויה. הוועדה מציינת כי בשיטות המשפט האנגלו-סקסיות, היועץ המשפטי לממשלה הינו אישיות פוליטית המפנה את מקומה בעת חילופי שלטון⁶⁸, בעוד שבשיטתנו היועץ המשפטי לממשלה הוא "עובד ציבור מקצועי שאינו דמות פוליטית". לפיכך

66 שם, שם.

67 שם, בע' 62.

68 על דמותו של היועץ המשפטי לממשלה בארה"ב, שהוא גם שר המשפטים בממשל האמריקאי, ראו: C.W. CLAYTON, THE POLITICS OF JUSTICE : THE ATTORNEY GENERAL AND THE MAKING OF LEGAL POLICY (New York, 1992). על תפקידו של ה-Solicitor General בארה"ב, שאף הוא מינוי פוליטי ומייצג את הרשות המבצעת בערכאות השיפוטיות השונות, ראו: R.M. SALOKAR, THE SOLICITOR GENERAL: THE POLITICS OF LAW (Philadelphia, 1992). על היועץ המשפטי לממשלה באנגליה, שהוא חבר הממשלה המורחבת והפרלמנט הבריטי ראו: JOHN LI. J. EDWARDS, THE ATTORNEY GENERAL - POLITCS AND THE PUBLIC INTEREST (London, 1984).

התפתח הנוהג כי חילופי הממשלות בישראל אינם מביאים להחלפתו של היועץ המשפטי לממשלה, גם אם יש צורך בקיומם של יחסי עבודה תקינים בין היועץ המשפטי לבין הממשלה. לפיכך, סבורה הוועדה כי "אין הכרח בכך שאמון הממשלה ביועץ המשפטי יהיה מבוסס על כך שהיא עצמה בחרה בו"⁶⁹.

לאחר ששקלה ובחנה חלופות שונות, גיבשה הוועדה את ההמלצות הבאות לגבי אופן בחירת ומינוי היועץ המשפטי לממשלה⁷⁰:

1. תוקם ועדה קבועה אשר מתפקידה לסנן ולבדוק התאמת המועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה.
2. הוועדה תהיה מורכבת מחמישה חברים ובראשה יעמוד שופט בית המשפט העליון בדימוס וחבריה יהיו שר משפטים או יועץ משפטי לשעבר; חבר כנסת שייבחר על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; עורך דין שייבחר על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין; ואיש אקדמיה שייבחר על ידי פורום דיקאנים של הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות ובמכללות.
3. הוועדה תכונס משהתפנתה או עומדת להתפנות משרת היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות הודעה מטעם הממשלה החתומה על ידי שר המשפטים.
4. המועמדים שיידונו על ידי הוועדה יהיו אלה שיוצעו על ידי אחד החברים, על ידי ראש הממשלה או על ידי שר המשפטים.

69 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, ע' 63.

70 ועדת שמגר המליצה לשנות את תואר המשרה מ"היועץ המשפטי לממשלה" ל"היועץ המשפטי הראשי" מכיוון שלשיטתה, היועץ המשפטי אינו יועצה של הממשלה בלבד, אלא של כלל הרשויות הממלכתיות. לפירוט הנימוקים לשינוי תואר המשרה ראו שם, בע' 57.

5. שמו של המועמד יעלה לדיון רק אם הוא כשיר להתמנות לבית המשפט העליון והוא עונה על התנאים המקצועיים והאישיים שפורטו על ידי ועדת שמגר.
6. שמות המועמדים שהוצעו לוועדה יפורסמו ברבים והציבור יהיה רשאי להעביר השגותיו לגבי מועמד זה או אחר.
7. ההחלטה בדבר כשירותו של מועמד לשמש בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה צריכה להתקבל ברוב של ארבעה מתוך חמשת החברים, לפחות.
8. בתום דיוניה תגיש הוועדה לממשלה את שם המועמד המוצע על ידיה, והיא רשאית להציע מספר מועמדים גדול יותר.
9. הממשלה תדון ברשימת המועמדים ותהא רשאית למנות למשרת היועץ, רק מועמד שהוצע על ידי הוועדה.
- ועדת שמגר המליצה להגביל את תקופת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה לשש שנים, תקופה שאינה ניתנת להארכה. הפסקת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה תהא אפשרית, לפני תום תקופת השירות, בעילות מוגדרות ולאחר התייעצות עם הוועדה המקצועית-ציבורית. ההחלטה הסופית לעניין זה תהא נתונה בידי הממשלה. העילות שהוצעו על ידי ועדת שמגר להפסקת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה הן אלה:
1. קיומם של חילוקי דעות בין הממשלה לבין היועץ המשפטי לממשלה שאינם מאפשרים שיתוף פעולה יעיל.
 2. היועץ המשפטי לממשלה עשה מעשה שאינו הולם את מעמדו.
 3. היועץ המשפטי לממשלה אינו כשיר לבצע את תפקידיו.

4. מתנהלת נגד היועץ המשפטי לממשלה חקירה פלילית או הוגש נגדו כתב אישום.

הוועדה המליצה כי נושא כשירותו של היועץ המשפטי לממשלה, דרכי מינוי והפסקת כהונתו יעוגנו בחקיקה ראשית. נראה לוועדה כי אין מקום להותיר הוראות אלה לחקיקת משנה או להודעה מטעם הממשלה. עם זאת, בתקופת הביניים ועד להשלמת החקיקה בעניין זה, הציעה הוועדה כי תפורסם, על אתר, הודעה חדשה מטעם הממשלה לפי סעיף 5 לחוק המינויים, הודעה אשר תושתת על העקרונות והקווים שהותוו על ידיה. נוסח ההודעה המוצע צורף כנספח לדו"ח הוועדה. יצויין עוד, כי הוועדה המליצה שהממשלה תאמץ את הדו"ח אשר הוגש על-ידיה "על כל חלקיו".

דו"ח הוועדה הוגש לשר המשפטים ב-5 נובמבר 1998 אך, ככל הידוע, לא התקבלה החלטה בממשלה לאמצו, בהבדל מפעולתה של הממשלה בכל הנוגע לדוח ועדת אגרנט. עם זאת, פורסמה בתאריך 28 אוגוסט 2000 הודעת הממשלה "בדבר קביעת הדרכים והתנאים למינוי של היועץ המשפטי לממשלה"י. ככלל, אומצה במלואה הצעת הוועדה בשינויי נוסח קלים. הבדלים מהותיים יותר ניתן למצוא בנקודות אלו:

1. ועדת שמגר המליצה כי לא ימונה יועץ המשפטי לממשלה מי שכבר מלאו לו שבעים שנה. אך מי שמונה והגיע לגיל שבעים יוכל להשלים את תקופת כהונתו. הממשלה קבעה, לעומת זאת, כי "כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה תפקע בהגיעו לגיל שבעים" (סעיף 24(ג) להודעת הממשלה).

2. אחת העילות להפסקת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, לגישת ועדת שמגר, קיומם של חילוקי דעות בין הממשלה לבין היועץ "היוצרים מצב המונע שיתוף פעולה יעיל". הממשלה קיבלה, עקרונית, עמדה זו אך הוסיפה כי על חילוקי הדעות להיות "מהותיים וממושכים". (סעיף 26א(1) להודעת הממשלה).

ההסדר המשפטי החדש, לעניין כשירותו ודרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה, משפר, במידה רבה, את המצב ששרר קודם להודעת הממשלה מיום 28 אוגוסט 2000. ואולם, עדיין אין מדובר בהסדר מספק וזאת, בראש ובראשונה, בשל אי מימוש המלצתה של ועדת שמגר לעגן את הנושא בחקיקה ראשית. הממשלה בחרה להתעלם גם מהמלצת ועדת שמגר כי הדו"ח יאומץ על ידי הממשלה "על כל חלקיו", ונראה כי בכך הוחמצה הזדמנות להסדר מקיף של הסוגיות המרכזיות הנוגעות למוסד היועץ המשפטי לממשלה.

סוגייה נוספת, אשר לא הובהרה באורח משביע רצון, נוגעת לאי תלותו ומעורבותו הפוליטית של המועמד למשרת היועץ המשפטי לממשלה. בשל חשיבות הנושא, ראוי היה לכלול הגבלה זו במפורש בהודעת הממשלה, אך חרף זאת בחרה הממשלה בנוסח שהוצע על ידי ועדת שמגר עצמה, שאינו מתייחס לנושא זה במישורין. בסעיף 12 להודעת הממשלה נאמר כי על המועמד להיות "מתאים וראוי להתמנות על-פי העקרונות שהותוו בדו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה..." נוסח זה מחייב לפנות לדו"ח הוועדה, ושם ניתן למצוא התייחסות לסוגייה לפיה (בע' 61 לדוח) הוועדה ממליצה כי לא ימונה יועץ משפטי לממשלה המעורב אותה שעה בפעילות פוליטית, ונדרשת תקופת צינון בת שלוש שנים מאז חדל המועמד מפעילותו זו.

דרך עקיפה זו נראית בעיניי כבלתי מתאימה להסדרת שאלה כה חשובה ועקרונית.⁷²

אשר לעילות המאפשרות לממשלה להחליט על-פיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה, נראה כי יש טעם רב בדברי המלומדים בנדור וסגל⁷³ כי: "מסגרת העילות היא כה רחבה, עד כי למעשה די ברצונה של הממשלה להביא לפיטורי היועץ המשפטי לממשלה כדי להביא לסיום כהונתו." לעניין זה, יש לשבח את הממשלה על כי בחרה להחמיר יותר מוועדת שמגר בכל הנוגע לעילה שעניינה חילוקי דעות בין הממשלה לבין היועץ המשפטי לממשלה. החמרה זו באה לידי ביטוי בהוספת הדרושה כי חילוקי הדעות יהיו "מהותיים וממושכים". נראה, אפוא, כי אין די בחילוקי דעות סתם בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הממשלה אלא נדרשים חילוקי דעות עמוקים, ובסיסיים, המתפרסים על פני תקופה לא קצרה. במצב עניינים כזה, כאשר אמון הממשלה ביועצה המשפטי מתערער באורח כה מהותי, ניתן להצדיק החלטה על החלפתו באחר.

עדיין בנושא פיטוריו של היועץ המשפטי, סבורני, כי ניתן להסתפק בקביעה לפיה על הממשלה להוועץ בוועדה הציבורית, טרם החלטתה על-פיטוריו או על השעייתו של היועץ המשפטי לממשלה. הצעתם של בנדור וסגל⁷⁴, כי כוחה של הממשלה להורות על-פיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה יהא כפוף לסמכותה של הוועדה הציבורית "לקבוע, כי ברור וגלוי

72 ראו גם עמדתם של בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 428, ולפיה לא ניתן להסתפק "בתקופת צינון בת שלוש שנים כדי לנתק זיקתם הפוליטית של מועמדים... דימוי פוליטי של בני-אדם הינו חלק ממטענם הציבורי, שאינו נפרק מהם אלא בחלוף תקופת זמן ארוכה ביותר".

73 שם, בע' 426.

74 שם, שם.

שהאינטרס הציבורי מחייב שהיועץ המשפטי ימשיך בכהונתו חרף קיומה של אחת העילות שנקבעו לפיטורין, נראית לי בלתי רצויה. בכפוף לאפשרות לעתור לבג"ץ, במטרה למנוע את פיטוריו של היועץ המשפטי, נראה כי יש להותיר את "זכות המילה האחרונה" בידי הממשלה, אשר היא שהחליטה על המינוי. חזקה על בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כי ימנע את פיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה, אם אלה נעשו שלא כדין.

והערה אחרונה, הנוגעת למעמדה של הוועדה המקצועית-ציבורית בבחירת המועמד המתאים למשרת היועץ המשפטי לממשלה. ועדת שמגר התלבטה באשר למודל הראוי, תוך בחינת חלופות שונות.⁷⁵

בסופו של דבר המליצה הוועדה כי הוועדה המקצועית-ציבורית תסנן את המועמדים ותציע את אלה הראויים לדעתה לתפקיד. בחירתו של היועץ המשפטי לממשלה תעשה על ידי הממשלה עצמה מבין המועמדים שהוצעו לה על ידי הוועדה הציבורית. נראה כי יש הגיון רב בהצעת ועדת שמגר, שמהותה הותרת ההחלטה הסופית בידי הממשלה, נוכח העובדה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא, בראש ובראשונה, יועצה של הממשלה ויש הכרח כי יתקיימו יחסי אמון ויחסי ותקינים בינו לבין הממשלה.⁷⁶ ממילא יובן כי אין, לדעתי, לקבל את ההמלצה הכלולה בנייר העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה⁷⁷, לפיה תהא רשאית הוועדה המקצועית "להטיל וטו על המינוי הממשלתי, היה ותראה כי אין היועמ"ש מתאים לתפקיד".

75 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 63-64.

76 ראו לעניין זה בן-דרור, לעיל, הערה 55, בע' 51, וכן ר' גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה(2) (תשנ"ז) 27, 111.

77 לעיל, הערה 55, בע' 43.

3. תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה ותחומי פעילותו

היועץ המשפטי לממשלה נזכר בלא פחות מ-277 דברי חקיקה ראשיים ומשניים, ומספר החיקוקים שבהם פורטו סמכויותיו, עומד על 172.⁷⁸

את מגוון תפקידיו וסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, מקובל לחלק לארבעה תחומי פעילות עיקריים:

1. ייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות המדינה האחרות.
2. ייצוג המדינה בפני ערכאות שיפוטיות שונות, בהליכים שאינם פליליים.
3. אחריות כוללת בתחום אכיפת הדין הפלילי, כמי שעומד בראש התביעה הכללית.
4. ייצוגו ושמירתו של האינטרס הציבורי.⁷⁹

להלן אסקור בקצרה את תחומי הפעילות השונים, תוך התמקדות בתחום אכיפת הדין הפלילי שבו מתקיים עיקר הקשר עם הפרקליט הצבאי הראשי.

78 ראו נספח ה' לדוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55.

79 לחלוקה אחרת של תחומי פעילותו של היועץ המשפטי לממשלה, ראו א' וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג (תשנ"ז) 85. המחבר המלומד מחלק את תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה לשני תחומים עיקריים: ייעוץ משפטי לכלל רשויות המדינה, בכל התחומים ובכל הרמות; ייצוג המדינה בערכאות השיפוטיות השונות בהתדיינות בתחום האזרחי, המינהלי והפלילי. ועדת שמגר סברה כי ליועץ המשפטי לממשלה תחום פעילות חמישי והוא "ייעוץ וסיוע לממשלה בכלל ולשם המשפטים בפרט בהכנת חקיקה המוגשת על-ידי הממשלה לכנסת...". סבורני כי נושא זה, על אף חשיבותו הרבה, יכול להכלל בתחום הייעוץ המשפטי.

ייעוץ

תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה לספק ייעוץ משפטי לממשלה וליתר מערכות השלטון במדינה, אינו מעוגן בהוראת חוק כלשהי - חרף העובדה כי מדובר בתחום פעילות מרכזי.

כפי שמציינת ועדת שמגר: "תחום פעולה זה נובע כל כולו ממהות התפקיד וממה שמתבקש ממנו לפי תואר המשרה כפשוטו ולפי המסורת המקובלת אצלנו ובמקור האנגלו-אמריקאי"⁸⁰.

בתחום הייעוץ המשפטי מתעוררות שאלות לא מעטות, בהעדר חקיקה המסדירה את הנושא, ולהלן נבחן אחדות מהן:

1. מיהו "לקוחו" של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הייעוץ המשפטי.
 2. כוחה של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לחייב את הממשלה עצמה ואת יתר רשויות השלטון.
 3. האם על חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה להצטמצם לתחום המשפטי הצר, או שמא רשאי היועץ להזקק גם לשאלות ערכיות אחרות ולשאלות של מינהל תקין.
- לשאלה הראשונה, הנוגעת לזהות לקוחו של היועץ המשפטי לממשלה, עשוייה להיות חשיבות רבה. התשובה לשאלה זו, מאפשרת, או לפחות מקלה על יכולתנו להגדיר את חובותיו ואחריותו של היועץ המשפטי כלפי הממשלה, יתר רשויות השלטון, הציבור בכללותו, והחוק במדינת ישראל.

80 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 19.

פרופ' זמיר סבור כי "... הרשות הציבורית, והיה זה שר או משרד ממשלתי או אפילו הממשלה, אינה הלקוח האמיתי של היועץ המשפטי לממשלה בשירות הציבורי. הלקוח האמיתי, כפי שמתבקש מיחס של נאמנות הוא הציבור"⁸¹.

גם פרופ' רובינשטיין⁸² מחזיק בדעה כי "... כאשר מיישם היועץ המשפטי לממשלה את החוק, גם בייצגו את הממשלה, הוא פועל בכך לטובת הציבור במובן הרחב. במילים אחרות: מדובר למעשה "בייעוץ משפטי למדינה" - ולא כפרקליטה של הרשות המבצעת... מכאן עולה ההתנגשות המתמדת שבין היועץ המשפטי לבין מי שהוא אמור לשרתו - השלטון, הממשלה"⁸³.

לעומת זאת, מציעה פרופ' גביון⁸⁴ לראות את ההתבטאויות לפיהן "הלקוח" של היועץ המשפטי לממשלה "אינו הרשות כלל, אלא החוק, שלטון - החוק או הציבור כולו" בגדר "מטפורות בלבד". לדעתה, הדימוי של הציבור כלקוחו של היועץ המשפטי לממשלה מטעה, מכיוון ש"הוא עלול לרמוז כי המחוייבות היחידה של יועצים משפטיים בשירות המדינה הוא ללקוח דיפוזי, שאינו ניתן לזיהוי...". פרופ' גביון נוטה לזהות את הרשות הציבורית "כלקוחו" של היועץ המשפטי לממשלה ושל נציגיו, אך בד-בבד סבורה כי יש להדגיש את מחוייבותו של המשפטן בשירות הציבורי "לאינטרס הציבורי ולנורמות של יושרה מקצועית".

81 'זמיר' היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ז' זמיר עורך, תשנ"ג) 451, 454.

82 א' רובינשטיין, לעיל הערה 55, בע' 764.

83 וראו גם דעתו של וינרוט, לעיל, הערה 79, בע' 86: "היועץ המשפטי לממשלה מייצג את הרשות המנהלית והוא משמש כעורך הדין של הממשלה, אך הלקוח שלו אינו הממשלה - אלא הציבור הרחב".

84 לעיל, הערה 76, בע' 42.

גישות שונות אלה, יש בהן כדי להדגיש את הקושי הרב בהגדרת "לקוחו" של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שקיים קושי להגדיר גם את "לקוחו" של הפרקליט הצבאי הראשי. דומה בעיני כי קיימת בעייתיות רבה, בהגדרת "לקוחו" של היועץ המשפטי לממשלה, מתוך אנלוגיה למגזר הפרטי, שם ניתן לזהות את לקוחו של הפרקליט. קושי זה נעוץ בעובדה כי היועץ המשפטי לממשלה, חב חובת נאמנות לגורמים שונים (החוק, הציבור הרחב, הממשלה, ויתר רשויות השלטון) והוא מייצג, לעיתים, אינטרסים מתנגשים. לפיכך, ראוי לשים את הדגש על העקרונות המנחים את היועץ או את הפרקליט הציבורי, בשונה מעמיתו במגזר הפרטי.

אין חולק כי תפקידם המרכזי של היועץ המשפטי לממשלה, ושל יתר היועצים במגזר הציבורי, הוא ליתן ייעוץ משפטי מקצועי ונאמן לממשלה ולשאר רשויות השלטון, על מנת לאפשר להן לממש את ייעודן לפעול לטובת הציבור, בהתאם לקווי המדיניות שקבעו לעצמן. מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מזוהה עם קו פוליטי זה או אחר, אין הוא רשאי לפסול או להכתיב לממשלה את מדיניותה בתחומי הפעילות השונים, כל עוד אין מדיניות זו עומדת בניגוד לחוק. כפי שמציין פרופ' זמיר⁸⁵, היועץ המשפטי לממשלה "חייב נאמנות לממשלה, כשם שכל עורך דין חב נאמנות כלפי לקוח, ועליו לסייע בידה כמיטב יכולתו למלא את תפקידיה ולממש את מדיניותה, תהא אשר תהא". עם זאת, מחוייב היועץ המשפטי לממשלה לפקח על פעילותן של הממשלה ושל יתר רשויות השלטון, לבל יחרגו ממסגרת החוק, ולעניין זה חייב הוא ליטול יוזמה כדי להתריע על כל הפרה אפשרית של החוק. שלא כעורך דין פרטי, אין היועץ המשפטי לממשלה נכנס לפעולה רק משנתבקש לכך על ידי לקוחו אלא עליו לפעול

85 זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה", לעיל, הערה 56, בע' 412.

בדרך המתאימה, משמתעורר חשש להפרת החוק או לפגיעה באינטרס הציבורי, בין שנתבקש לכך על ידי הרשות, ובין אם לאו⁸⁶. היועץ המשפטי לממשלה מחוייב לאינטרס הציבורי, ולעיתים גוברת מחוייבות זו על רצונו לאפשר לרשות לפעול ביעילות ולממש את יעדיה. דימויו של היועץ המשפטי לממשלה כ"כלב שמירה" שנועד להגן על שלטון החוק, מדגים היטב את השוני המהותי בין תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ושל יתר היועצים במגזר הציבורי, לעומת תפקידו ואחריותו של עורך הדין הפרטי. בסופו של דבר, עדיפה הגישה הקובעת עקרונות כלליים לקווי פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה בייצגו את הרשויות והגורמים השונים, מבלי להכריע בשאלה שעניינה הגדרת "לקוחו" של היועץ.

הנושא הבא, אשר ראוי לדון בו הוא מעמד חוות הדעת הניתנת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה וכוחה לחייב את הממשלה ואת יתר רשויות השלטון במדינה. ועדת אגרנט, אשר נדרשה לנושא זה, ציינה בחוות דעתה כי אף שאין הוראת חוק מפורשת בעניין זה:

... הרי מחייב הסדר הטוב במדינה, כי בדרך כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית של מי שממלא את התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה, ואשר יש לו ההכשרה של שופט בית המשפט העליון, כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת, רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה

86 פעילות יוזמה של היועץ המשפטי לממשלה (וכך הוא הדבר גם לגבי הפצ"ר) יכולה לבוא בעקבות ידיעה בעיתון או באמצעי התקשורת האחרים, מכתבים של נבחרי ציבור ושל אזרחים מן השורה, דו"חות מבקר-המדינה, פניות של ארגוני זכויות האדם, ועוד. אין צריך לומר כי יוזמות מעין אלה לא התקבלו, בדרך כלל, בברכה. זאת, בשל העדפתה של הרשות כי חוות הדעת, כמו גם הייעוץ המשפטי, ינתנו על-פי בקשה ופנייה מפורשת מצידה.

האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה
המסויים לפי שיקול דעתה שלה.⁸⁷

אשר לרשויות האחרות, מלבד הממשלה, אומרת ועדת אגרנט:

באשר ליתר הרשויות, השייכות לזרוע
המבצעת במדינה, סבורים אנו, כי לא יכול
להיות ספק בדבר, כי מחובתן לראות את חוות
דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה
בשאלות חוק ומשפט.⁸⁸

נראה, על-פי פשוטו של מקרא, כי ועדת אגרנט מצאה להבחין בין
חוות דעת משפטית הניתנת לממשלה עצמה לבין חוות דעת דומה
המוגשת ליתר גופי הרשות המבצעת. כאשר מדובר בממשלה הרי שזו
תתייחס, בדרך כלל, לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה "כמשקפת
את החוק הקיים", אך רשאית היא לפעול לפי שיקול דעתה. יתר הרשויות
מחוייבות להדריך עצמן על-פי חוות דעת היועץ "בשאלות חוק ומשפט".
ואולם, מסתבר כי פירוש זה לדברי ועדת אגרנט לא הפך לנחלת הכלל. כך,
למשל, מציין פרופ' זמיר⁸⁹ כי התפתחו שני כללים אשר העניקו ליועץ
המשפטי לממשלה את הכח לעמוד במאבק על חוקיות השלטון: "כלל
ראשון, שגם הוא מצא ביטוי בדו"ח ועדת אגרנט ולאחר מכן אף נתחזק,
אומר שחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית
משקפת, מבחינת הממשלה את המצב המשפטי. כיוון שמקובל על הכל כי

87 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, ע' 28.

88 שם, בע' 28.

89 י' זמיר, "היועץ המשפטי לממשלה", לעיל, הערה 56, בע' 417.

הממשלה צריכה לנהוג על-פי החוק, יוצא שהממשלה צריכה לנהוג, בכל הנוגע להיבט המשפטי, על-פי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה⁹⁰.

פרופ' זמיר אינו מזכיר בדבריו את עמדתה של ועדת אגרנט, לפיה תהא הממשלה רשאית, בסופו של דבר, להחליט כיצד לפעול "לפי שיקול דעתה שלה".

גם פרופ' רובינשטיין קובע בספרו כי

[ועדת אגרנט] קבעה גם, שחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מהוות את "עמוד האש" של רשויות השלטון בשאלות של חוק, ועליהן לנהוג על-פי הנחיותיו.

כפי שניתן לראות, ההבחנה שעשתה ועדת אגרנט בין הממשלה לבין יתר הרשויות, נעדרת מהקטע אשר צוטט לעיל.

הגושפנקא הרשמית למעמדה הבלתי מעורער של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, בלא הבדל בין הממשלה לבין יתר זרועותיה של הרשות המבצעת, ניתנה על ידי בית המשפט העליון. מעמד זה הוכר בפסיקה, במקביל להגברת מעורבותו של בית המשפט העליון בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה ובדרך הפעלת שיקול דעתו. עמדתו של בית המשפט העליון בסוגייה זו באה לידי ביטוי מפורש בפסקי הדין בעניינם של השר דרעי⁹² ושל סגן השר פנחסי⁹³, שניתנו באותו יום (8 ספטמבר 1993).

90 ההדגשות אינן במקור.

91 רובינשטיין, לעיל, הערה 55, בע' 761.

92 בג"ץ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 404 (להלן: פרשת דרעי).

בעניין דרעי דחה ראש הממשלה את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כי יש להעביר את השר דרעי מכהונתו בממשלה. את הסתייגותו מגישה היועץ המשפטי לממשלה תלה ראש הממשלה בחשש לפגיעה באמינותו בעיני הציבור אם לא יקיים התחייבות שנתן לשר דרעי, וכן בטעמים משפטיים שונים. אשר לטעם הראשון, אומר השופט מצא "אף שמן הבחינה המשפטית לא היה קביל, ניתן היה, למצער להבינו". ואולם, לעניין הטעמים המשפטיים קובע השופט מצא:

בעזרת טעמים אלה לא ביטא ראש הממשלה עמדה ציבורית עצמאית, אלא ביקש לחלוק על חוות-דעת של היועץ המשפטי בדבר עצם מהותה של הנורמה המשפטית החלה בנושא העברתו של שר מתפקידו. גישה זו מנוגדת לעיקרון החוקתי, המקובל בשיטתנו זה כבר, שמכוחו מוחזק היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת, וראש הממשלה, בכל הכבוד, לא יכול היה להישמע בטעמים אלה כלל.⁹⁴

בעניין פנחס מתייחס השופט ברק (כתוארו אז) לטענה כי פרקליטת המדינה ייצגה שני לקוחות, ראש הממשלה והיועץ המשפטי לממשלה, שעמדותיהם שונות וסותרות, וזאת בניגוד לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין. את התייחסותו של השופט ברק לטענה זו נביא במסגרת הדיון באחריותו של היועץ המשפטי לממשלה לתחום הייצוג. ואולם, השופט ברק מביע את דעתו גם בנושא דיונו, באומרו כהאי לישנא:

93 בג"ץ 4267/93 אַמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מו(5) 441 (להלן: פרשת פנחס).

94 עניין דרעי, לעיל, הערה 92, בע' 425. ההדגשות אינן במקור.

היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת... השקפה זו יונקת חיותה מהמסורת החוקתית שלנו. מסורת זו גובשה בדו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962). מאז היא הפכה לחלק מהמשפט הנוהג בישראל.⁹⁵

בצד הכרה זו במעמד חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה,

אומר השופט ברק:

למותר לציין כי היועץ המשפטי לממשלה - ככל נושא משרה בשלטון - כפוף אף הוא לחוק ונתון לביקורת שיפוטית, אכן, הרחבנו בשנים האחרונות את היקפה של ביקורת זו, על מנת שכוחו של היועץ המשפטי לממשלה, לייעץ לממשלה, לייצגה בבית המשפט ולהביא אישומים בשם המדינה, יהא נתון לפיקוח שיפוטי.⁹⁶

עמדתו של בית המשפט העליון, בדבר כוחה המחייב של חוות דעת

היועץ המשפטי לממשלה כלפי הממשלה ורשויותיה, זכתה לאישור

מחודש בפסיקה מאוחרת יותר ולכאורה אין עליה עוררין.⁹⁷

95 עניין פנחס, לעיל הערה 93, בע' 473. השופט ברק מפנה לדבריו בבג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, בע' 152:

... סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו שלו מחייב אותה פנימה.

96 עניין פנחס, לעיל, הערה 93, בע' 473.

97 ראו בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד נב(2) 222, שבו קובעת השופטת דורנר בע' 239:

הדין הוא כי על הממשלה ורשויותיה לקיים את חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. וליתר דיוק: עמדתו של

גם ועדת שמגר קובעת בדין וחשבון שהגישה כי

היועץ המשפטי הוא יועצן של זרועות השלטון בענייני משפט. חוות דעתו של המשפטן הבכיר בשירות המדינה משקפת ומייצגת את הפרשנות המשפטית המוסכמת, כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת.⁹⁸

עם זאת, מציינת הוועדה כי

ועדת אגרנט ראתה להבחין בתחומי הייעוץ בין הייעוץ לממשלה לזה שניתן לרשויות שלטון אחרות: לגבי רשויות השלטון המשניות שהן חלק מן הרשות המבצעת, ייעוץ וחוות דעתו של היועץ המשפטי הם הקובעים והמכריעים, ובלשונה של ועדת אגרנט, הם המדריכים את הרשויות הללו. לגבי הממשלה צוין בדו"ח ועדת אגרנט כי בדרך כלל מחייב הסדר הטוב במדינה כי הממשלה תתייחס לחוות הדעת המשפטית של היועץ המשפטי כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. אולם הוועדה האמורה הוסיפה וכתבה כי "עם זאת רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסויים, לפי שיקול דעתה שלה".⁹⁹

הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.

גישה זו מקובלת גם בקרב האקדמיה. ראו, למשל, ד' ברק-ארו "בג"צ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים (2) (תשנ"ז) 219, 227, 231, וכן המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל, הערה 55, בע' 30-31.

98 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 21.

99 שם, בע' 44.

בהמשך לקטע זה, בו מציגה ועדת שמגר את עמדתה של ועדת אגרנט, קובעת ועדת שמגר בקצרה:

לא ראינו לחלוק על ההבחנות האמורות הנשענות על הגדרתה של האחריות הממלכתית הכוללת אשר בה נושאת הממשלה. היא אינה גורעת כמובן, כשלעצמה, מן האחריות המשפטית, הפרלמנטרית והציבורית של הממשלה.¹⁰⁰

גישה זו של ועדת שמגר עומדת, לכאורה, בסתירה להלכה שנתגבשה בפסיקתו של בית המשפט העליון, כמפורט לעיל. דומה בעיני, כי אין מקום "להחזיר הגלגל לאחור" לתחילת שנות השישים, עת נתנה ועדת אגרנט את חוות דעתה. שלושים השנים שחלפו מאז לימדונו כי יש להוסיף ולחזק את מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ומתן חירות לממשלה להחליט אם לאמץ את חוות דעתו - אם לאו, אין בה כדי לתרום למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה¹⁰¹. עם זאת, ראוי להדגיש כי חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה לא נועדה, תמיד, לחייב את הממשלה ורשויותיה, לנקוט בדרך פעולה מסויימת. במקרים לא מעטים, מציגה חוות הדעת מספר דרכי פעולה שכולם עשויים להיות חוקיים, והבחירה תהיה בידי הממשלה.

100 שם, שם.

101 ראו לעניין זה דברי ביקורתם של בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 436.

גישה של ועדת שמגר יכולה להביא להחלשת המעמד של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה מול רשויות חזקות במיוחד, כגון הממשלה, השב"כ ושרים בכירים. ניסוחי הוועדה עלולים לשמש עילה לגורמים שלטוניים להתעלם מחוות דעת של עורכי דין פרטיים, שמחויבותם העיקרית היא ללקוחותיהם ולא דווקא לשלטון החוק, כחובת הנאמנות העיקרית של היועץ המשפטי לממשלה.

דווקא הדוגמא המופיעה בדו"ח ועדת אגרנט, מצביעה על מתן חופש הבחירה בידי הממשלה "ללכת לפשרה" במשפט התלוי ועומד, או "ללכת למשפט ולא להתפשר", כדעת היועץ המשפטי לממשלה, שכן "יש לממשלה סיכויים טובים להצליח במשפט נגד פלוני"¹⁰². במקרה המתואר על ידי הוועדה, הממשלה פועלת, למעשה, "כלקוחו" של היועץ המשפטי לממשלה ובידיה להחליט אם להסכים לפשרה או להמשיך בהתדיינות המשפטית. החלטה לכאן או לכאן, אינה צריכה להיחשב כמנוגדת לחוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה, להבדיל מעצתו לגבי דרך הפעולה המומלצת. חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה תחייב כאשר מדובר בפרשנות החוק או בהצגת קו פעולה אחד שרק הוא חוקי, לדידו. במקרים מעין אלה אין, לדעתי, מקום כי הממשלה תהא בת חורין, לקבל את חוות הדעת או לדחותה, ובעמדתה של ועדת שמגר בסוגייה זו, הנני רואה נסיגה לעומת המצב הקיים¹⁰³.

אשר לשאלה השלישית, היינו: האם ראוי כי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה תעסוק גם בעניינים שאינם משפטיים טהורים, כמו נושאי אתיקה ומינהל ציבורי תקין, מציינת ועדת שמגר:

בדרך כלל מצמצם היועץ המשפטי את דברו
למישור המשפטי-המקצועי הטהור. אולם אין
אפשרות להתעלם מכך שחיי היום-יום, בעיקר

102 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 28.

103 ואולם ראו עמדתה של גביון, לעיל, הערה 76, הסבורה כי הממשלה ויתר ה"רשויות העליונות" (שרי הממשלה, הכנסת וועדותיה וכן מבקר המדינה) רשאים להחליט על קו הפעולה המתאים לאחר ששקלו את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. לגישתה, "האיוון המוצע בדו"ח ועדת אגרנט משקף לא רק עמדה שקולה יותר ונכונה יותר של המצב המשפטי שהיה קיים אז, אלא גם את המצב הרצוי עתה" (בע' 96). יצוין כי השקפתה זו של פרופ' גביון הוצעה בטרם קמה ועדת שמגר, אך היא משתקפת בעמדת הוועדה, שבה היתה פרופ' גביון חברה.

במישור המשפט הציבורי, שזורים ומשולבים בנושאים שאינם משפטיים טהורים ולא אחת לא ניתן להתייחס למקצתו של נושא, מבלי לנגוע ביתרתו.¹⁰⁴

לאור האמור, מגיעה ועדת שמגר למסקנה הבאה:

היועץ המשפטי יכול להידרש לנושאים אשר להם השלכה ישירה על קיום עקרונות היסוד החוקתיים של המדינה וערכי המשטר והמינהל התקינים אשר מן הראוי שישררו בה. הוא גם עשוי להביע דעתו לגבי כל סוגיה אשר אותה הוא מתבקש לייצג בפני בית המשפט. היועץ המשפטי גם אינו יכול להתעלם מנושא שהוא בעל מהויות מעורבות, משפטיות ובלתי משפטיות, בייחוד כאשר היסוד המשפטי הוא המרכיב השליט שבו.

כך, למשל, יכול נושא הנוגע לסדרי עבודה בתוך מערכת ממלכתית פלונית, להיות כרוך בסוגיה מרכזית ודומיננטית של מינהל ציבורי תקין, חסר פניות ושוויוני או במחלוקות בקשר למעשים או מחדלים של עובד ציבור כלפי אורח, שיש להם משמעות לפי כללי הדין המינהלי או לפי חיובים העולים במישור החוקתי. שאלת התערבותו של היועץ המשפטי ומידתה מוכרעת במקרה כמתואר על-פי המרכיב הדומיננטי מבין מרכיביה של הפרשה.¹⁰⁵

עמדה שונה מביעה פרופ' גבזון במאמרה. היא ממליצה לחדד היטב את ההבחנה בין המרכיב המשפטי - מקצועי לבין המרכיב של קביעת

104 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 44.

105 שם, בע' 45.

המדיניות בחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. לגישה, אל לו ליועץ המשפטי לממשלה להתנדב לספק חוות דעת מיוזמתו ורצוי להמנע ממתן חוות דעת כאשר היסוד המשפטי אינו דומיננטי. פרופ' גביון טוענת כי

... מקור כוחו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה הוא מקצועיותו, השאלה של ההבחנה בין המרכיב המקצועי-המשפטי לבין המרכיב החוץ-משפטי בהחלטותיו הינה מרכזית. ככל שמרכיב החוק והמשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי גדול יותר, כן גדולה ההצדקה לתבוע את קבלתן וללכת בעקבותיהן. לעומת זאת, ככל שהמרכיב החוץ-משפטי גדול בהן, כן הלגיטימיות של דרישות אלה נעשית בעייתית יותר.¹⁰⁶

דילמה זו, הנוגעת בשאלה האם ראוי לו ליועץ המשפטי להזקק בחוות דעתו למרכיבים אתיים-ערכיים וכן לעסוק בשאלות של תקינות המינהל הציבורי, אינה ניתנת לפתרון פשוט וחד ממדי. מחד גיסא, ראוי כי היועץ המשפטי לממשלה יקדיש את זמנו (המצומצם ממילא) לנושאים משפטיים טהורים ולא יעסוק בשאלות מדיניות, כמו גם בשאלות של מוסר

106 שם, בע' 39. וראו גם עמדתה של פרופ' גביון ב"דעת יחיד" שצרפה לדו"ח ועדת שמגר. בגישה שונה נוקטים בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 440, בקובעם כי

על רקע היותו של היועץ המשפטי נאמן הציבור כולו, מתבקשת גם התייחסותו לשאלות אתיות וערכיות. חוקה על היועץ המשפטי, כי הוא שם לנגד עיניו את האינטרס הציבורי ללא פניות, שבהן עלולים להיות נגועים גורמים פוליטיים. עם זאת, בהצהרות האתיות של היועץ המשפטי לממשלה אין כדי לחייב את רשויות השלטון, או אישים פוליטיים, לפעול על-פיהן. לא הרי קביעות משפטיות של היועץ המשפטי לממשלה כהרי הצהרותיו האתיות.

ציבורי. נושאים אלה יעמדו, בסופו של דבר, למבחן הבוחר אשר אמור להעריך את תפקודה של הממשלה גם בתחומים אלה. מאידך גיסא, קשה אם לא בלתי אפשרי, למקד את חוות הדעת בנושאים משפטיים-טהורים גרידא, ולהמנע מלעסוק בעניינים מעורבים. ההזקקות ההולכת וגוברת לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, תוך גלישה למגרש הפוליטי והעלאת נושאים הנוגעים לתקינות המינהל הציבורי, מכתיבים את סדר יומו של היועץ המשפטי לממשלה¹⁰⁷. נראה בעיני, כי על היועץ המשפטי לממשלה להמנע מלחוות דעתו, באורח יזום, בנושאים שהמרכיב המשפטי בהם הינו משני. זאת ועוד, ראוי כי היועץ המשפטי לממשלה ידחה פניות ליתן את חוות דעתו כאשר השאלה המשפטית המתעוררת אינה עומדת במרכז של הסוגייה, ואל לו להגרר לשאלות של מדיניות ואתיקה ציבורית¹⁰⁸.

ייצוג

הגישה הרווחת בתחום זה היא כי ייצוגה הבלעדי של הממשלה ורשויותיה בערכאות משפטיות יכול להיעשות אך ורק על ידי היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו. הכוונה היא בעיקר לייצוגן של הממשלה ושל

107 ועדת שמגר מביאה כדוגמא לנושא בעל אופי מעורב משפטי-פוליטי את העניין אשר נדון בבג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2); שעניינו בהפעלת סמכותו של שר המשפטים לפי חוק ההסגרה. ניתן להציג דוגמאות רבות שבהן נדרשה חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בנושאים שהינם שנויים במחלוקת פוליטית, למשל בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 433, שבו נדרש בית המשפט העליון לדון בשאלה האם רשאית הממשלה לקיים משא ומתן להסדר מדיני עם הרשות הפלסטינית לאחר התפטרותו של ראש הממשלה ולקראת בחירות לראשות הממשלה. הדיון התקיים על רקע מכתב ששלח היועץ המשפטי לממשלה אל ראש הממשלה בעניין זה.

108 לא אחת נתקלתי בתפקידי כפצ"ר בדילמה קשה זו, והיה עלי להכריע אם יש מקום למתן חוות דעת בשאלות שאינן משפטיות מובהקות, או להימנע מכך. שאלה זו מתחדדת בעיקר נוכח היוקקותו של בית המשפט העליון לשאלות של סבירות הפעולה המנהלית.

זרועות הרשות המבצעת בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, אך יש לזכור כי היועץ המשפטי לממשלה הוא המייצג את המדינה גם בהליכים אזרחיים¹⁰⁹ ורשאי הוא להצטרף לכל הליך משפטי גם אם המדינה אינה צד לו, אם ראה כי זכות המדינה או זכות ציבורית עשויה להיות מושפעת מהליך זה או כרוכה בו¹¹⁰.

ביטוי לגישה הרווחת נתן פרופ' זמיר במאמרו על "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון"¹¹¹ בהציגו את שני הכללים אשר מעניקים ליועץ המשפטי לממשלה את הכוח לעמוד במאבק על חוקיות השלטון. עמדנו בדברינו הקודמים על הכלל הראשון, כי חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה משקפת מבחינת הממשלה את המצב המשפטי לאשורו. לגבי הכלל השני אומר פרופ' זמיר:

כלל זה [הכלל הראשון - א' ש'] מתחזק על-ידי כלל שני הקובע כי הייצוג של המדינה בבתי המשפט מופקד כולו בידי היועץ המשפטי לממשלה בלבד. מכאן שאם רשות ממלכתית היתה מסרבת לפעול על-פי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, לא היה מי שיגן על עמדתה בבית המשפט.¹¹²

גם פרופ' רובינשטיין סבור, כמו פרופ' זמיר, כי

109 סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין), התשי"ח-1958, וכן ראו סעיף 11, שבו נקבע כי דין "מוסד המדינה שאינו תאגיד" כדין המדינה לעניין הייצוג על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

110 פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

111 לעיל, הערה 56.

112 שם, בע' 418.

שני כללים מרכזיים, שאוזכרו לעיל, מסייעים ליועץ המשפטי לממשלה במילוי תפקידו המורכב: האחד, מעמדה של חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בכל שאלה משפטית, כמייצגת את הדין המחייב בעניין כלפי רשויות השלטון; והשני, חובת רשויות אלו להיות מיוצגות גם בבת-המשפט על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, או על-ידי אחר, באישורו. המשמעות וההשלכות שיש לכללים אלו היא ברורה: רשויות השלטון, שלא יחפצו להישאר ללא הגנה בבית-המשפט, יתייעצו עם היועץ המשפטי לממשלה קודם קבלת החלטה שיש עמה קושי משפטי, או שיקבלו את הכרעתו בדיעבד באשר לחוקיות פעולה שנעשתה.¹¹³

האישור הרשמי והמפורש ביותר לגישה זו ניתן על ידי בית המשפט העליון בפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אהרון ברק בפרשת פנחסי¹¹⁴. במקרה זה, התגלעה מחלוקת בין ראש הממשלה לבין היועץ המשפטי לממשלה באשר להמשך כהונתו של פנחסי כסגן שר במשרד לענייני דתות. ראש הממשלה סבר כי סגן השר יכול להמשיך בתפקידו, ואילו היועץ המשפטי גרס כי אין מנוס מהעברתו מכהונתו. סגן השר פנחסי עצמו היה מיוצג כעתירה, ואילו עמדת ראש הממשלה הוצגה באמצעות מכתבו אל היועץ המשפטי לממשלה ואף ניתן לה ביטוי בכתב התשובה מטעם היועץ המשפטי. פרקליטת המדינה, אשר הופיעה בבית המשפט, הציגה את גישתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה דין העתירה להתקבל. במהלך הדיון בעתירה, קבל פרקליטו של סגן השר פנחסי כי פרקליטת המדינה מייצגת למעשה, שני לקוחות: את ראש הממשלה ואת היועץ המשפטי

113 רובינשטיין, לעיל, הערה 55, בע' 764.

114 לעיל, הערה 93.

לממשלה שעמדותיהם סותרות, דבר המנוגד לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין. בהשיבו לטענה זו אומר השופט ברק:

פרקליטת המדינה ייצגה לקוח אחד בלבד - את ראש הממשלה. זאת היא עשתה כבאת כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, כאילו היועץ המשפטי לממשלה הופיע בפנינו בעצמו. אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה היתה מעמדתו של ראש הממשלה, הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג בפנינו 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.

מדבריו אלה של השופט ברק עולה כי הייצוג הבלעדי של הממשלה, כמו גם של ראש הממשלה ושל יתר רשויות הממשל נתון בידי היועץ המשפטי לממשלה "על-פי תפישתו המשפטית". לפי גישה זו, אין מקום לייצוג נפרד, גם אם עמדת הממשלה וראש הממשלה עצמו שונה, וכך מוסיף ואומר השופט ברק:

נמצא, כי אין לומר כלל שפרקליטת המדינה טענה בפנינו בשמם של שני לקוחות, שענייניהם סותרים. היא טענה בפנינו בשמה של רשות מוסמכת אחת ויחידה - היא ראש הממשלה, אמת, דעתו של מר יצחק רבין, ראש הממשלה, הינה שונה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו. זאת

סמכותו. אך לא עמדה זו היא שיוצגה בפנינו.¹¹⁵

ואולם, לעמדה חד משמעית זו נמצאו מתנגדים חריפים, ובסופו של דבר היא נתקלה גם בהסתייגותה של ועדת שמגר. ההתנגדות החריפה ביותר באה מטעמה של פרופ' גביון. לדעתה: "היועץ אינו רשאי לאפשר מצב שאין בו טיעון מטעם המדינה המצדיק את פעולת הרשות, כאשר זו - לאחר שקילת עמדתו של היועץ המשפטי - בוחרת להביא את הנושא להכרעה שיפוטית"¹¹⁶.

לטעמה של פרופ' גביון יש מקום לאמץ, בהקשר זה, את האיזון המוצע בדו"ח ועדת אגרנט בהיותו "משקף לא רק עמדה שקולה יותר ונכונה יותר של המצב המשפטי שהיה קיים אז, אלא גם את המצב הרצוי"¹¹⁷. איזון זה מחייב את הגישה כי

לרשות ציבורית העומדת לפני בירור משפטי מגיע יומה בבית המשפט. על היועץ לדאוג שיינתן לעמדתה ייצוג הולם, במסגרת אילו ציפים אתיים בסיסיים. עדיף שייצוג זה יינתן על-ידי איש מאנשי הפרקליטות.¹¹⁸

פרופ' גביון מדגישה כי ההבדל בין גישתה לבין הגישה האחרת אינו גדול "מפני שרק לעיתים נדירות תפעל רשות עליונה נגד חוות-דעתו של

115 שם, בע' 473.

116 גביון, לעיל, הערה 76, בע' 32.

117 שם, בע' 96.

118 שם, שם.

יועץ משפטי לממשלה, אף אם אינה מחייבת¹¹⁹. לסיכום עמדתה, וכחלק מתפיסת תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה, אומרת פרופ' גביון:

היועץ המשפטי חייב לדאוג שתהיה לרשויות השלטון הזדמנות נאותה לייצג את עמדתן באופן מקצועי. מי שמייצג רשות ציבורית חייב בחובות של אתיקה מקצועית כלפי "לקוחו". חובות אלה כוללות הן נאמנות ללקוח ולאינטרסים שלו והן אחריות כלפי בית המשפט והחוק עצמו. היועץ המשפטי חייב לשרת את האינטרס הציבורי גם בייצוגו את רשויות השלטון... ליועץ המשפטי הסמכות הבלעדית לקבוע איך ייוצגו רשויות השלטון, אולם עליו להפעיל סמכות זו כפוף לחובתו לנאמנות הרשות.¹²⁰

גם ד"ר וינרוט מביע את הדעה במאמרו¹²¹ כי תתכן אפשרות שבה הממשלה תופיע בבג"ץ כשהיא איננה מיוצגת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אלא על ידי עורך דין אחר שיציג עמדה מנוגדת לעמדת היועץ המשפטי. לדעת ד"ר וינרוט, "סיטואציה זו אפשרית, במקרים מסויימים, במקום שבו עתר אזרח נגד הרשות, ודעת הממשלה חלוקה על דעת היועץ המשפטי לממשלה". לגישתו של ד"ר וינרוט,

... הסנקציה המופקדת בידי היועץ המשפטי לממשלה במקרה שהרשות מפירה את הוראתו ופועלת בניגוד לדעתו, אינה להותיר את הממשלה כשהיא בלתי מיוצגת אלא בהבאת עמדתו העצמאית, הנוגדת לעמדת הממשלה,

119 שם, בע' 97.

120 שם, בע' 109.

121 לעיל, הערה 75.

בפני בית המשפט, תוך שהוא מאפשר
לממשלה להביע את עמדתה היא.¹²²

ועדת שמגר, אשר דנה בסוגייה זו, היתה ערה לפסיקתו של בית המשפט העליון ולמחלוקת שהתגלעה בין מלומדי המשפט, והמליצה לנקוט בדרך ביניים. לגישת הוועדה, יש לעשות הבחנה בין מעשים ותחומים הנגועים, לדעת היועץ המשפטי, באי חוקיות שעליהם לא ניתן להגן, לבין מקרים בהם ייתכנו השקפות או פרשנויות שונות של המצב המשפטי. במקרים חריגים ומיוחדים אלה, על היועץ המשפטי למצוא פתרון שיאפשר הצגת עמדתה השונה של הרשות הממלכתית במסגרת ההתדיינות המשפטית. עמדתה הבסיסית של ועדת שמגר היא כי

... הייצוג בהליכים משפטיים הוא בין הזכויות המובטחות לכל צד בהליך פלילי או אזרחי; ניתן לומר כי זכות זו עומדת, מקל וחומר, לרשות ציבורית המבקשת לטעון כי פעלה כדין ומבקשת הכרעתו של בית המשפט.¹²³

122 שם, בע' 90. וראו גם דעתו של מ"מ נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ח' כהן, אשר גורס במאמרו, "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 265, כי

מקום שהממשלה או אחד משריה לא קיבלו עצתו של היועץ המשפטי - אפילו בשאלה משפטית, ומכל שכן בשאלה שמשפטיותה שנויה במחלוקת, והם עומדים על כך שבית המשפט יכריע ביניהם לבינו, בעתירה שהוגשה נגדם מצד האזרחים, אין היועץ המשפטי יכול - ואין זה יאה לו - לסתום להם את הפה ולכוף עליהם את דעתו הר כניגית. הדרך הנכונה ליועץ המשפטי ללכת בה היא, לדעתי, ליפות כוחו של עורך דין פרטי שיטען בבית המשפט את טענות הממשלה - בין אם יתייצב גם היועץ המשפטי בעצמו, או על-ידי אחד מפרקליטי המדינה להגן על חוות דעתו, ובין אם יסתפק במתן הסכמה לעשיית הצו כמבוקש.

123 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 47.

על עמדתה זו חוזרת הוועדה בסעיף 12 לפרק "המסקנות וההמלצות" הדין ב"בעיות של ייצוג כאשר הדעות חלוקות". נקודת המוצא של הוועדה היא כי אין לדרוש מהיועץ המשפטי כי יציג בבית המשפט טענות שאינן מקובלות עליו, בהיותן טענות הנוגדות את החוק או "את העקרונות החוקתיים המנחים אותו". שאלת הייצוג עשויה להתעורר גם כאשר מדובר בהליכים בהם מעורבים כמה רשויות ממלכתיות, החלוקות לגבי פירוש הדין ושאלת יישומו במקרה הקונקרטי.

כאמור, הוועדה חוזרת ומציינת כי

מבחינת הכללים החוקתיים המנחים צריך להזכיר כי לרשות רשמית, כמו לכל אדם, הזכות להיות מיוצגת על-ידי עורך דין שיפרוש את עמדתה בפני בית המשפט בצורה המשכנעת ביותר שהדין והאתיקה מאפשרים, כמו כן, מן הראוי לשוב ולהפנות אל המובן מאליו והוא שההכרעה הסופית היא בידי בית המשפט, וכבר אירע שבית המשפט לא אימץ את גישת היועץ המשפטי לגבי פרשנותו הראויה והנכונה של בית הדין.¹²⁴

הוועדה סבורה כי גם פסה"ד שניתן בפרשת פנחס¹²⁵ אינו סותר את הגישה, לפיה זכאית הממשלה וכל רשות ציבורית אחרת כי עניינה יוצג בפני בית המשפט, גם אם עמדתו של היועץ המשפטי שונה. הוועדה מציינת, בהסתמכה על "דברי בית המשפט" כי

124 שם, בע' 71.

125 לעיל, הערה 93, בע' 473.

במקרים מיוחדים שבהם מתחייב הדבר לאור
אופי המחלוקת, רשאי היועץ המשפטי לנקוט
בצעד ראוי כדי שגם עמדתה החולקת של
הרשות השלטונית הנוגעת בדבר תובא לידיעת
בית המשפט.¹²⁶

בפרשת פנחסי הוצגה עמדתו החולקת של ראש הממשלה בדרך של
הבאת מכתבו לידיעת בית המשפט. לגישת הוועדה "ניתן להסיק מן האמור
בפסק הדין כי הצגת מכתב כמתואר אינה בהכרח דרך בלעדית, וכי ניתן גם
לבחור, באישור היועץ המשפטי... בדרכים אחרות ואף יעילות יותר לשם
הצגת עמדתה של הרשות השלטונית..."¹²⁷. הוועדה דוגלת ב"מתן יומו
בבית המשפט" של מי שהינו צד לעתירה, ויש מקום, לגישה, ליתן
הזדמנות גם להשקפה שונה להשמע במסגרת ההליכים המשפטיים.

הוועדה מבחינה בין עניינים בהם מתברר "מקרה הלוקה באי-חוקיות
ברורה וגלויה" לבין "מקרה בו יכולות פרשנויות שונות לדור זו לצד זו".
בעניינים מהסוג השני, אם אין מיישבים את הבעיה לפני תחילת ההליכים,
סבורה הוועדה כי "אין לשלול מרשות שלטונית את יומה בבית המשפט,
היינו את הנסיון לשכנע את בית המשפט בחוקיות עמדתה". מקום בו
קיימים חילוקי דעות, היועץ המשפטי לממשלה יוכל להתיר לרשות להיות
מיוצגת על ידי משפטן אחר מהמגזר הציבורי או מהמגזר הפרטי. מועצה או
רשות עצמאית רשאית להיות מיוצגת על ידי יועצה המשפטי או על ידי
עורך דין אחר לפי בחירתה. עם זאת, מטעימה הוועדה כי:

126 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 72.

127 שם, בע' 72.

עקרון החוקיות והסדר הטוב מחייבים כי מקרים של ייצוג נפרד יהיו נדירים וחריגים. ממשלה המחליטה להעמיד נושא להכרעה שיפוטית בניגוד לחוות דעתו של היועץ המשפטי פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ביועץ המשפטי. מצב בו היועץ המשפטי מאפשר ייצוג לטענות שהוא סבור כי אל לרשות ציבורית להשמיען ראוי שיהיה מצב חריג, ויש לעשות כל מאמץ להמנע ממנו.¹²⁸

גישתה זו של ועדת שמגר, זכתה לביקורת נוקבת במאמרם של בנדור וסגל, הסבורים כי עמדת הוועדה עשויה להביא להחלשתו של היועץ המשפטי לממשלה מול "רשויות חזקות במיוחד". הכותבים מביעים את החשש כי ההזקקות ליועצים משפטיים מהמגזר הפרטי, עשויה להפוך לתופעה רווחת, גם אם יתאפשר הדבר, אך "במקרים בהם אין המדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה". זאת, מאחר שברוב רובם של המקרים אין עסקינן באי-חוקיות ברורה ובולטת אלא באי-חוקיות, הנובעת מהפעלה פסולה של שיקול הדעת השלטוני. לדעת המחברים, גם אם ההחלטה להתיר ייצוג נפרד תהא מסורה ליועץ המשפטי לממשלה, הרי "שבמציאות יוכלו נושאי-משרה שלטוניים להפעיל עליו לחץ שיהיה קשה לעמדו כנגדו. ההצעה לייצוג נפרד תהיה, בנסיבת מסויימות, הצעה שאי אפשר יהיה לסרב לה"¹²⁹. עוד נטען כי הסמכתם של בעלי תפקידים ציבוריים להכריע בשאלות שעניינן גבולות סמכותם, עלולה להעמיד אותם בניגוד עניינים קשה.

128 שם, בע' 75.

129 בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 437.

כוח הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה הוא ערובה לכיבוד החוק על ידי הרשויות, ועמדת ועדת שמגר, גם אם לא זו היתה הכוונה, עלולה לפגוע בעליונות המשפט. עם זאת, סבורים בנדור וסגל כי יש להותיר בצריך עיון את השאלה האם כוחה המחייב של חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה אמור לחול גם על תאגידים סטוטוריים הפועלים מכוח חוקים מיוחדים (כמו, רשות הנמלים, רשות השידור, המועצה לביקורת סרטים מחוזות וכד'), וכן הדבר לגבי שאלת ייצוגם הבלעדי על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

במחלוקת המתוארת לעיל, הנני מוצא עצמי מצדד בעמדת המלומדים בנדור וסגל, ואף אני סבור כי אין מקום לייצוג נפרד של הממשלה ורשויותיה, גם אם עמדתם המשפטית שונה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה. ראשית, מן ההכרח לציין כי בית המשפט העליון בפרשת פנחס¹³⁰ לא פתח כל פתח - ולו הצר ביותר - לייצוג נפרד של הרשויות. היועץ המשפטי לממשלה הציג את מכתבו של ראש הממשלה, אך עמדתו של ראש הממשלה לא יוצגה בדיון, באורח מעשי. נהפוך הוא, השופט ברק (כתוארו אז) מציין כי פרקליטת המדינה טענה בשמו של ראש הממשלה שהיה אחד המשיבים בעתירה, גם אם דעתו היתה שונה. גישה זו מבטאת היפוכה הגמור של העמדה, המצדדת בייצוג נפרד של הממשלה ורשויות השלטון האחרות. לגופו של עניין, סבורני כי מתן האפשרות לייצוג נפרד (גם אם למעשה מדובר במקרים חריגים ובודדים), תחליש עד מאד את מעמדו של היועץ המשפטי כפרשן החוק במדינת ישראל, ותפגע בתוקף חוות דעתו המשפטית. שהרי, בחלק נכבד מהמקרים יתכנו גישות משפטיות שונות לגבי פרשנות החוק ויישומו במקרה הקונקרטי. זאת,

130 לעיל, הערה 93.

בעיקר כאשר עולה על המדוכה שאלת סבירותו של שיקול הדעת המינהלי. מתן האפשרות לחלוק על חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ואף לזכות בייצוג עצמאי בערכאות שיפוטיות, לאחר שהסתיימו הויכוחים והדיונים הלגיטימיים, תוביל בהכרח להזמנת חוות דעת נוגדות ולנסיון למצוא פירכות בעמדותיו של היועץ המשפטי לממשלה.

אציין מנסיוני כפצ"ר, כי אחת ממשענות הכוח שעמדה לרשותי בדיונים בלשכת שר הבטחון והרמטכ"ל היתה ההכרה בתוקפה המחייב של חוות דעתו המשפטית של הפצ"ר (וכמובן של היועץ המשפטי לממשלה) וההבנה כי עמדה משפטית נוגדת לא תוכה לייצוג, היה ותוגש עתירה לבית המשפט העליון.

יש לזכור כי היועץ המשפטי לממשלה הינו גורם מקצועי-אובייקטיבי ונהיר שאינו נחשד בכוונה (סמוייה או גלוייה) להגביל או לסכל את הגשמת מדיניותה של הרשות הציבורית, כל עוד עומדת היא במבחן החוק ואינה נגועה בחוסר סבירות מהותית. עם זאת, אין לשלול אפשרות כי היועץ המשפטי לממשלה, על-פי שיקול דעתו ובמקרים נדירים ביותר, יציג בעצמו (או באמצעות נציגו) את עמדתה הנוגדת של הרשות (כפי שנעשה בפרשת פנחסני), **מבלי להתיר ייצוג נפרד**.

אשר לתאגידים הסטטוטוריים, ניתן לשקול מדיניות שונה, כל עוד אין מדובר בייצוג עמדה שאי חוקיותה ברורה ובולטת לעין כל.

אכיפת הדין הפלילי

היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש התביעה הכללית במדינת ישראל, ושלא כמו ביתר התחומים, מעמדו זה מוסדר בחוק. סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982 - (להלן - חסד"פ) קובע כי:

המאשים במשפט פלילי הוא המדינה והיא תיוצג בידי תובע שינהל את התביעה.

התובעים, אשר מתפקידם לייצג את המדינה בהליכים פליליים, הוגדרו בסעיף 12 לחסד"פ, שזה לשונו:

(א) ואלה התובעים:

(1) היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, ואלה הם:

(א) פרקליט המדינה, משנהו, פרקליטי המחוז פרקליטים אחרים מפרקליטות המדינה ששר המשפטים קבע את תאריהם בצו שפורסם ברשומות;

(ב) מי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיכו להיות תובע, דרך כלל, לסוג של משפטים, לבתי משפט מסויימים או למשפט מסויים;

(2) שוטר שנתקיימו בו תנאי הכשירות שקבע שר המשפטים בהתייעצות עם שר הפנים ונתמנה להיות תובע בידי המפקח הכללי של המשטרה.

(ב) תובע כאמור בסעיף קטן (א)(2) מוסמך לשמש תובע בבתי המשפט העירוניים ובסוגי הליכים בבתי משפט אחרים, הכל כפי שיקבע שר המשפטים בהתייעצות עם שר הפנים; אולם רשאי היועץ המשפטי

לממשלה להורות שסוג של משפטים,
משפט פלוני או הליך פלוני ינוהלו בידי
תובע אחר.

אין ספק, כי כל בעלי התפקידים המנויים בסעיף 12(א)(1)(א) כפופים ליועץ המשפטי לממשלה ומשמשים כנציגיו בערכאות המשפטיות השונות. העמדה לדין פלילי נעשית מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, ולבד מאותם ההליכים הטעונים, על-פי חוק, הסכמה או אישור מוקדם של היועץ המשפטי לממשלה¹³¹, פועלת התביעה הכללית בהתאם להנחיותיו ולמדיניותו של היועץ¹³².

אשר לתובעים המשטרתיים הרי, שלכאורה, אין מדובר בתובעים הכפופים ליועץ המשפטי לממשלה או מודרכים על ידיו¹³³. עם זאת, ליועץ המשפטי לממשלה יכולת לפקח על פעילותם של התובעים המשטרתיים מכח סמכותו "להורות שסוג של משפטים, משפט פלוני או הליך פלוני ינוהלו בידי תובע אחר"¹³⁴ (סעיף 12(ב) סיפא לחסד"פ). בחיי המעשה, אין מי שיחלוק על כי התובעים המשטרתיים רואים עצמם כפופים מקצועית

131 ראו, למשל, סעיף 9(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הדורש הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה להעמדה לדין ב"עבירת חוץ", וכן סעיף 123 לחוק העונשין, המחייב הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב אישום לפי פרק ז, שעניינו "בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים".

132 בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ניתן למצוא כללי מדיניות להגשת כתבי אישום בנושאים שונים. ראו, למשל, הנחייה 50.008, שעניינה "אישור מוקדם להגשת כתב אישום".

133 ראו תקנות סדר הדין הפלילי (כשירות שוטר-תובע וסמכויותיו) התשכ"ו-1966. תקנות אלו הוצאו על שר המשפטים דאז, דב יוסף, לאחר התייעצות עם שר המשטרה. לפי התקנות, כשיר לשמש כתובע משטרתי גם שוטר שהוא בוגר קורס משטרתי (כמו קורס מפקחים, קורס סמלים, קורס חוקרים), גם אם אינו עורך-דין או בוגר פקולטה למשפטים.

134 ראו לעניין זה ר' גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת הדין (תשנ"א) 78.

למדיניותו ולהנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ונתפסים כחלק ממנגנון התביעה הכללית¹³⁵.

תובעים אחרים הם מי שהוסמכו על ידי היועץ המשפטי לממשלה לשמש כתובעים בדרך כלל או "לסוג של משפטים, לבתי משפט מסויימים או למשפט מסויים" (סעיף 12(א)(2) לחסד"פ). גם כאן לא הובהרה, די צורכה, שאלת כפיפותם של אלה ליועץ המשפטי לממשלה, אך נראה כי הם מונחים על ידו ואמורים לפעול על-פי מדיניותו¹³⁶.

בחוקים אחרים, לבר מהחסד"פ, הוקמו מערכות תביעה מיוחדות לניהול הליכים פליליים בפני ערכאות שיפוטיות שונות. הבולטת שבהן, בה נדון בהרחבה בהמשך, היא מערכת התביעה הצבאית הפועלת לפי חש"צ. אך, בנוסף ניתן להזכיר את התובעים בבתי המשפט לעניינים מקומיים המייצגים את הרשות המקומית בעניינים פליליים¹³⁷.

הסתיימה החקירה, קובע סעיף 60 לחסד"פ כי

135 ועדת שמגר המליצה כי כשירותו של התובע המשטרתי וסמכויותיו לא תיקבע על-ידי דרג מיניסטריאלי-פוליטי, אלא על ידי דרג משפטי-מקצועי. בהתאם לכך מופיעה בפרק ז' לד"ח, שעניינו "סיכום והמלצות", ההמלצה הבאה:

מוצע לתקן את סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], כדי שהסמכות לקבוע את סוגי בתי המשפט אשר בהם מוסמך להופיע תובע משטרתי והסמכות לקבוע כשירותו של תובע משטרתי - תועבר משרי המשפטים ובטחון הפנים לידי היועץ המשפטי.

סבורני כי ראוי היה לכלול בתיקון המוצע גם הוראה הנוגעת לשאלת כפיפותו המקצועית של התובע המשטרתי, על מנת להסיר כל ספק בשאלה זו.

136 גביוון, לעיל, הערה 134, בע' 78.

137 לדוגמאות נוספות ראו מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (מהדורה שנייה, תשס"א), 184.

חומר שהושג בחקירה בעבירה שהיא פשע תעבירו המשטרה לפרקליט מחוז, ובעבירה אחרת - לתובע המוסמך לנהל את התביעה, הכל כפי שנקבע בסעיף 12.

סעיף 62 לחסד"פ מורה כי תובע, אליו הועבר חומר חקירה, יגיש כתב אישום אם חומר הראיות מספיק לאישום "זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור". לכאורה, נתון העניין להכרעתו הבלעדית של פרקליט מחוז (בעבירה שהיא פשע) ושל תובע אחר (בעבירה של חטא ועוון)¹³⁸. ואולם, שיקול דעתו של התובע מוגבל בהנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ובעניינים בעלי חשיבות ורגישות ציבורית מיוחדת, מתקבלת ההחלטה לפתוח בהליכים משפטיים על ידי פרקליט המדינה או על ידי היועץ המשפטי לממשלה עצמו. זאת ועוד, ההחלטה על העמדה לדין או על סגירת התיק אינה סוף פסוק, שכן היא כפופה לשתי סמכויות אחרות הנתונות בידי היועץ המשפטי לממשלה:

1. הסמכות לדון בערר על החלטה שלא להעמיד לדין.

2. הסמכות להורות על עיכוב הליכי המשפט.

לפי סעיף 64 לחסד"פ, ניתן להגיש ערר על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, בין אם העילה היא העדר ראיות מספיקות או חוסר

138 ראו לעניין זה עמדתו של מיכאל ברנע במאמרו, "ההחלטה להעמיד לדין: סמכותו של פרקליט המחוז" פלילים ד (תשנ"ד), 141. בדונו בשאלת עצמאותו של פרקליט המחוז על רקע כללי המשפט המינהלי, מציין המחבר בע' 144-146 כי

לפרקליט המחוז הוענקה סמכות שבשיקול דעת, הכפופה לכללי המשפט המינהלי. לכן, חייב פרקליט המחוז לקבל את החלטתו באופן עצמאי. עליו לפעול גם בסבירות, בתום לב, בהגינות, ללא הפליה ומבלי להתחשב בשיקולים זרים.

עניין לציבור¹³⁹. הערר יוגש אל היועץ המשפטי לממשלה "תוך שלושים ימים לאחר שנמסרה למתלונן ההודעה לפי סעיף 63" (סעיף 65 לחסד"פ). מועד זה, ניתן להארכה על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן של מי שהוסמך לכך על ידו, ניתנת לתקיפה בבג"ץ בדרך שמשיגים על כל החלטה מינהלית. תקיפה זו יכולה להעשות על ידי המתלונן עצמו וכן על ידי אחרים, "מקום שהעתירה מעלה בעיה בעלת אופי חוקתי מובהק או עניין הנושא אופי ציבורי ונוגע נגיעה ישירה לשלטון החוק"¹⁴⁰.

סמכות נוספת, אשר נתונה ליועץ המשפטי לממשלה כאמור, הינה זו הקבועה בסעיפים 231-232 לחסד"פ ועניינה עיכוב הליכי המשפט. היועץ המשפטי לממשלה רשאי "בכל עת שלאחר הגשת כתב אישום ולפני הכרעת הדין" לעכב את הליכי המשפט "בהודעה מנומקת בכתב לבית המשפט" (סעיף 231(א) לחסד"פ).

סעיף 232 לחסד"פ מסמיך את היועץ המשפטי לממשלה לחדש את ההליכים שעוכבו, ובלבד שלא חלפו ממועד העיכוב חמש שנים (בעבירה של פשע) ושנה אחת (בעבירה של עוון) (סעיף 232 לחסד"פ).

139 בהתייחסם למונח "עניין לציבור" בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון מציינים שלגי וכהן, לעיל, הערה 137, בע' 202 כי

"עניין לציבור" אינו עניין דסקריפטיבי, בדבר התעניינות שמגלה הציבור בשאלת ההעמדה לדין, אלא עניין נורמטיבי; זו הכרעה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית על-ידי העמדה לדין לעומת הנוק שייגרם למסגרת זו על-ידי העמדה באי-העמדה לדין.

וראו גם בג"ץ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 509-507, 485.

140 שלגי וכהן, לעיל, הערה 137, בע' 205.

סמכותו זו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים, חלה על כל סוגי ההליכים הפליליים בערכאות השיפוטיות השונות - למעט הליכים המתקיימים בבתי הדין הצבאיים¹⁴¹.

יצוין, כי בניגוד לערר על החלטה שלא להעמיד לדין, אשר צריך להיות מוגש על ידי המתלונן עצמו, היוזמה לעיכוב הליכים יכולה להיות של פרקליט המדינה, של נציגי התביעה ושל היועץ המשפטי לממשלה גופו. שיקול דעתו של האחרון בעיכוב הליכים הוא רחב ביותר, אף כי גם הוא כמובן כפוף לעקרונות ולכללי המשפט המנהליים¹⁴².

אשר לאופן הפעלת סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי, אין טוב מאשר להביא את דברי ועדת שמגר בעניין זה:

היועץ המשפטי העומד בראש התביעה הכללית עצמאי לחלוטין בהפעלת סמכויותיו בתחום דיני העונשין. הוא אינו נתון למרותו של איש ומודרך אך ורק על-ידי האינטרס הציבורי בהפעלה נכונה וראויה של דיני העונשין, לפי מיטב ידיעתו המקצועית ומצפונו. כמובן שהוא מודרך בדרך זו גם בכל הנוגע להפעלת סמכויותיו בתחום הערר, הבקשה להתליית ההליכים ועיכוב ההליכים¹⁴³.

לעניין זה מזכירה ועדת שמגר את קביעתה של ועדת אגרנט כי

-
- 141 שם, בע' 218 וכן בג"ץ עטייה, לעיל, הערה 2 (ברוב דעות נגד דעתו החולקת של הנשיא ברק). כזכור, דעת הרוב גרסה כי היועץ המשפטי לממשלה אינו רשאי לעשות שימוש בסמכות עיכוב ההליכים, כשמדובר בתביעה המתנהלת בבית דין צבאי.
- 142 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 51.000 "סמכות לעכב הליכים פליליים", וכן מחקרה הממצה והמעמיק של גביוון, לעיל, הערה 134.
- 143 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 18.

- (א) היועץ המשפטי חייב להתייעץ עם שר המשפטים מזמן לזמן, על דרכי פעולתו בתחום העונשין.
- (ב) ביחוד מוטלת עליו חובה זו - ולפעמים גם החובה להתייעץ עם הממשלה כולה - לגבי סוג הפעולות שיש להם משמעות ביטחונית, מדינית או ציבורית.
- (ג) במקום שקיימים חילוקי דעות בין השניים (או בין היועץ המשפטי לבין הממשלה) נתונה ההכרעה הסופית בידי היועץ המשפטי¹⁴⁴.

ועדת שמגר סבורה כי המלצות אלה מתיישבות עם עקרון הפרדת הרשויות שמשמעותו "אינה דווקא יצירתו של חיץ המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות אלא ביטוייה בעיקר בקיומו של איזון המאפשר אי תלות - תוך פיקוח הדדי מוגדר"¹⁴⁵.

דומה, כי איש לא יחלוק כיום על מידת עצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה בהפעלת סמכויותיו בתחום אכיפת הדין הפלילי. בכך, אין כדי למנוע פניות מצד גורמים מעוניינים ואף נסיון להפעיל עליו לחץ, אך, כפי שהוכח בעבר, פעלו ופועלים היועצים המשפטיים על-פי מיטב שיפוטם ומצפונם ולא שעו לנטיות לב פוליטיות או לשיקולים שאינם ממין העניין. עם זאת, יש לראות בחיוב את ההמלצה בדבר חובת ההוועצות עם שר המשפטים ולעיתים עם הממשלה כולה לגבי שאלות של מדיניות בתחום דיני העונשין. מתוקף אחריותה של הממשלה לאכיפת החוק, כמו

144 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 12.

145 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 19.

גם לשלומם ובטחונם של אזרחי המדינה - נדרש כי ישמע קולה ותוגשם מדיניותה בתחום זה¹⁴⁶.

לאחר שבחנו בקצרה את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי, נעמוד על מידת הפיקוח השיפוטי על החלטותיו בתחום זה¹⁴⁷. סקירה זו תתייחס, אמנם, להחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, אך מקדמת דנא מופעלים עקרונות דומים לגבי החלטותיו ואופן הפעלת שיקול דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, ועל כן חלה ההלכה שהתפתחה בעניין זה, על שני הגופים גם יחד¹⁴⁸.

בית המשפט העליון, נדרש, לראשונה, לבחינת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו לעכב הליכים פליליים, בעניין שור¹⁴⁹. השופט אגרנט (כתוארו אז), לאחר שקבע כי לבית המשפט העליון נתונה

146 בתפקידי כפרקליט צבאי ראשי ראיתי הכרח להתייעץ בשאלות של מדיניות בנושא אכיפת הדין הפלילי (כמו בעבירות סמים, העדר מן השירות, הטרדה מינית, ועוד) עם הרמטכ"ל ועם ר' אב"א. המדובר בהיוועצות כללית, שנועדה לעמוד על גישתם בסוגיות אלה כמי שאחראים לאכיפת כללי המשמעת והסדר הטוב בצבא.

147 על מהות הפיקוח אותו מפעיל בית המשפט העליון בעניין פעילותו הייעוצית של היועץ המשפטי לממשלה, להבדיל מפעילותו כראש התביעה הפלילית, ראו: ברק-ארוז, לעיל, הערה 97.

148 ראו, למשל, דברי השופט בייסקי בעניין צופאן, לעיל, הערה 29, בע' 727:

אמור מעתה, בנתון לשינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית המיוחדת ומעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית על צרכיה המיוחדים, אותם השיקולים, המדריכים בית משפט זה להתערב בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי בסוגיה זו, בוודאי צריכים להיות נר לרגלנו בבואנו לבחון ולבקר את שיקוליו ואת החלטותיו של הפצ"ר. הדבר גם מוצדק מבחינת דמיון הסמכויות המוענק לעניין העמדה לדין לשני נושאי תפקידים אלה: היועץ המשפטי לממשלה במערכת הכללית של המינהל הציבורי ולגבי כלל האזרחים, והפצ"ר לגבי אלה שהחוק חל עליהם.

149 בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285.

הסמכות לפקח על אופן הפעלת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בעיכוב או הפסקת הליכים פליליים, עובר לדון בשאלת "מידת כוח ההתערבות" הנתונה בידי בית המשפט. גישת השופט אגרנט בשאלה זו, ליוותה את בית המשפט העליון שנים ארוכות, ובאה לידי ביטוי בדברים הבאים:

לדעתי, גם התערבותנו בהחלטת היועץ המשפטי לעכב הליכים פליליים, מן ההכרח שתתערע על שטח צר למדי, כי הרי מצד אחד, המושג "האינטרס הציבורי" (או "טובת הכלל") הוא רחב עד למאד, ומהצד האחר, השיקול, מה תובע האינטרס הציבורי (או מה דורשת טובת הכלל), חייב להיות, שעה שהיועץ המשפטי בא להחליט על מתן צו עיכוב, שיקולו הוא, לפיכך מכוחו של בית-משפט זה לפקח ולבקר, בעת שבא לפניו ערעור על פעולה מסוג זה, אך אם יסודה ביושר ובתום לב; במניעים טהורים ולא נפסדים; במטרה הכרוכה באינטרס הציבורי ומכל מקום, שאינה עומדת - כאשר היועץ המשפטי מבקש, מטעמים שבצדק, את טובתו של הנאשם - בסתירה ברורה לאינטרס הזה. אכן, בבדקו את המטרה שלשמה ניתן צו-העיכוב, יימנע בית-המשפט מלסמוך את ידו עליה רק במקרה, בו יבלוט ניגוד גמור בינה לבין טובת הכלל, דבר הגובל למעשה עם חוסר תום לב.¹⁵⁰

על עמדה זו, המגבילה את היקף התערבותו של בית המשפט העליון למניעים נפסדים של היועץ המשפטי לממשלה ובפעולה הגובלת בחוסר

150 שם, בע' 300-301.

תום לב, חזר בית המשפט גם בעניין ואגנר¹⁵¹, שעניינו החלטת היועץ המשפטי שלא לפתוח בהליכים פליליים.

שינוי מסויים ברטוריקה, גם אם לא בהלכה עצמה, ניתן למצוא בעניין וינגרד, העוסק בהחלטת היועץ המשפטי שלא לנקוט בהליכים פליליים בעניינו של פקיד בכיר במשרד התחבורה ולהסתפק בהליכים משמעותיים. השופט ויתקון סוקר את הפסיקה שניתנה בסוגייה זו, עד לאותו מועד, וקובע לאמור:

עיננו הרואות, שבעוד שלגבי גורמים שלטוניים אחרים אף סבירות החלטותיהם וביסוסן האובייקטיבי במערכת העובדות עשויים להיות נושא לביקורת שיפוטית... החלטתו של היועץ המשפטי ניתנת להשגה רק אם נתקבלה מתוך חוסר תום לב.¹⁵²

השופט שמגר (כתוארו אז) מציין, אף הוא באותו העניין, כי העקרונות על-פיהם ינהג בית המשפט בבואו לבחון את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, פורטו בפסיקתו של בית המשפט העליון כאשר "הכלל

151 בג"ץ 4/64 ואגנר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח 29. השופט (כתוארו אז) זוסמן מצטט בע' 31 את דברי השופט אגרנט בעניין שור, לעיל, הערה 149, ומוסיף כי הדברים

... נאמרו אומנם לעניין כוחו של היועץ המשפטי להפסיק דיון פלילי שנפתח על-ידי קובל פרטי, אבל כוחם יפה - ואולי מקל וחומר - כשעומדת בפני היועץ המשפטי השאלה אם מחובתו היא להגיש כתב אישום.

152 בג"ץ 665/79 וינגרד נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לד (2) 634, 637.

הוא, בקליפת אגוז, כי כל עוד סבור בית המשפט כי ההחלטה ניתנה בתום לב ואין בה עיוות מהותי, לא ייטה בית המשפט לפסול את ההחלטה¹⁵³.

נראה כי הטעם שעניינו "עיוות מהותי" בהחלטת היועץ, הינו תוספת של השופט שמגר לטעמים שנמנו על ידי השופט אגרנט בעניין שוב שמהותם מניעים נפסדים וחוסר תום לב.

השלב הבא בהתפתחות ההלכה, בא לאויר העולם בפסק דינו של מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) בעניין ווליס. העתירה עסקה, אמנם, בהעמדה לדין משמעתי במסגרת מוסדות לשכת עורכי הדין ולא בהמנעות מנקיטה בהליכים פליליים, ואולם, מ"מ הנשיא שמגר נדרש בפסק דינו לאמות המידה להתערבות בית המשפט בשיקול דעת הגורם המוסמך להורות על העמדה לדין, וכה נאמר על ידו:

... נוהג בית המשפט הזה להתערב בשיקוליה [של הרשות המוסמכת] רק באותם מקרים, בהם יש יסוד לכאורי לסברה, כי החלטתה של הרשות העצמאית האמורה נבעה משיקולים פסולים ובלתי חוקיים כגון חוסר תום-לב או מניעים זרים... בהקשר זה ראוי רק להבהיר ולהדגיש, כי העילות להתערבות בשיקול הדעת שנמנו בפסקתנו לא התיימרו להציג רשימה ממצה ובלעדית של עילות... כך ייתכן, לדוגמא, שבית משפט זה יראה להתערב בשיקול הדעת של הקובל, גם אם יתגלה בהחלטתו חוסר סבירות קיצוני, היורד לשורשו

153 שם, בע' 641 (ההדגשה אינה במקור).

של עניין, אף אם אין הוא מתלווה בסימנים של
העדר תום-לב דווקא.¹⁵⁴

בפסק דין זה, דובר לראשונה באפשרות של בחינה אובייקטיבית של שיקול הדעת, גם אם מדובר בסטנדרט מחמיר למדי, היינו "חוסר סבירות קיצוני, היורד לשורשו של עניין".

זמן קצר ביותר לאחר הינתן פסק-הדין בעניין ווליס, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין נפ¹⁵⁵. העתירה עסקה, פעם נוספת, בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בהליכים פליליים, בהמשך לחקירה של משטרת ישראל. מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) סקר בהרחבה את פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיה האמורה, תוך שהוא חוזר ומאזכר את החלטותיו בעניין וינגרד¹⁵⁶ ובעניין ווליס¹⁵⁷, שם הורחבו הטעמים לפסילת החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, ונכללו בהם: עיוות מהותי בהחלטה, וכן חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין.

השופט ברק (כתוארו אז) באותו העניין נדרש, אף הוא, להיקף הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בהפעילו את סמכויותיו בתחום אכיפת הדין. תחילה היה השופט ברק בדעת יחיד, אולם זו הפכה לקראת סוף העשור להלכה המחייבת בבית המשפט העליון.

154 בג"ץ 248/81 ווליס נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לז(3) 533, 541-540 (ההדגשה אינה במקור).

155 בג"ץ 329/81 נפ נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לז(4), 326.

156 לעיל, הערה 152.

157 לעיל, הערה 154.

השופט ברק מזכיר את ההלכה שנקבעה עוד בראשית ימי המדינה כי בידי בית המשפט העליון הכוח לפקח על דרך הפעלת סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שבידיו הכוח לפקח על פעולותיהם של הרשויות השלטוניות האחרות. אשר להיקף הביקורת, קובע השופט ברק, בהסתמכו על המגמות המסתמנות בפסיקתו של בית המשפט העליון, כי

לעניין היקף התערבותו של בית-משפט זה אין כל הבדל בין היועץ המשפטי לממשלה לבין כל נושא תפקיד ציבורי, זה כזה חייבים להפעיל את שיקול הדעת בהגינות, ביושר, בסבירות, ללא שרירות והפליה, תוך שקילת שיקולים רלוונטיים בלבד. זה כזה נתונים לביקורת שיפוטית, וכשם שאין דין מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה לעניין סמכותו של בית המשפט, כך אין כל דין מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה לעניין היקף הביקורת של בית המשפט.¹⁵⁸

השופט ברק סבור כי

גישה זו, המעמידה את היקף הביקורת השיפוטית על פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה על אותו בסיס נורמטיבי כמו הביקורת על כל רשות מינהלית אחרת, נראית לי כרצויה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, היא מונעת קיומן של הבחנות שונות בדבר היקף הביקורת השיפוטית, הבחנות שההבדל ביניהן הוא לעיתים קלוש ורעוע; שנית, היא משליטה את השוויון בפני החוק על הכול, בלא להפלות בין נושאי משרה שונים. מעמדו הרם של היועץ המשפטי

158 עניין נגפ, לעיל הערה 155, בע' 334.

לממשלה אין בו כדי לחסן מפני ביקורת שיפוטית, כמו כל נושא משרה אחר; **שלישית**, עוצמה רבה מתרכזת בידי של היועץ המשפטי לממשלה... דווקא הרצון והצורך לשמור על עצמאותו ועל אי-תלותו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבים קיום ביקורת שיפוטית ראויה על פעולותיו בדומה לזו הקיימת בכל מקרה אחר.¹⁵⁹

בסמיכות זמנים למתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **גנף** ניתן פסק הדין בעניין **בארי**, עתירה שביקשה לחייב את היועץ המשפטי לממשלה לנקוט בהליכים פליליים כנגד האלוף (מיל') מתתיהו פלד בגין מגעיו עם ראשי אש"ף. הנשיא י' כהן מאזכר את ההלכות שנקבעו בסוגייה זו, ובדחותו את העתירה קובע כי

... אין להגיד כלל שהשקפתו של היועץ המשפטי, שלפי העובדות שבתלונה אין לייחס למשיב את הכוונה לסייע לאוייב במלחמתו נגד ישראל, היא כה נטולת יסוד ובלתי סבירה, שהיא מגיעה עד כדי חוסר תום-לב.¹⁶⁰

יושם אל לב, כי הנשיא כהן מדבר, אמנם, על החלטה שהיא "נטולת יסוד ובלתי סבירה", אך זאת בהקשר של "חוסר תום-לב". לכאורה, גובר עדיין המבחן הסובייקטיבי על פני המבחן האובייקטיבי, שעניינו סבירות שיקול הדעת.

159 שם, בע' 335-336.

160 בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לז(4) 216, 223. פסק דין זה ניתן ב-20 אוקטובר 1983, עשרה ימים לפני הינתן פסק הדין בעניין **גנף**, לעיל, הערה 155.

לא עובר זמן רב, ובעניין Time נדונה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיה יש להתנגד לביצוען של החלטות לחקירת עדים שהוצאו על ידי שופט בארה"ב, לבקשת העותרת. הגם שאין מדובר בהחלטה הנוגעת לסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי, נראה כי ניתן ללמוד על גישתו החדשה של בית המשפט העליון מדבריו אלה של הנשיא שמגר:

בשבתנו לדון בעניין, איננו ממירים את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתנו, כאילו היינו אותה רשות סטטוטורית המתבקשת להחליט בעניין. כאשר בית משפט זה בוחן, אם יש מקום להתערבותו כאמור, עליו לתת את הדעת לשאלה, אם הרשות פעלה בתום-לב, אם לא שקלה שיקולים זרים, אם הביאה בחשבון את כל השיקולים הענייניים ואם מצויה החלטתה במתחם הסבירות ואינה חורגת ממנו.¹⁶¹

מאחר שהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לא חרגה ממתחם הסבירות ולא נטען כי פעל בחוסר תום לב או שקל שיקולים זרים, נדחתה העתירה.

כארבע שנים מאוחר יותר, ניתן פסק הדין בעניין העצני, אף הוא עסק בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה להמנע מהעמדתה לדין הפעם של עו"ד דרוויש נאסר, בגין עבירות בניגוד לפקודה למניעת טרור. השופט בך סוקר את התפתחות ההלכה, לרבות עמדתו של השופט ברק בעניין נוף ומביע את דעתו כי

161 בג"ץ 676/84 Time Inc. New-York נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד לח(4) 385, 391.

... כוחו של בית משפט זה להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה אינו מוגבל למקרים בהם מוכח לנו, כי ההחלטה נשוא הדיון ניתנה בחוסר תום לב... לדעתי יש מקום להתערבותנו, גם אם נשתכנע, כי ההחלטה נתקבלה על סמך שיקולים מופרכים וזרים לענין, וההחלטה אשר על פניה נראית נטולת כל הגיון אכן עלולה להצביע בכיוון זה. העדר ראייה בדבר חוסר תום לב לא "יציל" החלטה כזו מפני ביטולה או שינויה.¹⁶²

השופט בך גורס כי, גם על-פי המבחנים שנקבעו בפסיקה "תיתכן התערבות בשיקול דעת היועץ המשפטי רק במקרים נדירים ביותר"¹⁶³. זאת, בעיקר משום שהיועץ המשפטי לממשלה אינו שוקל רק שיקולים משפטיים ועובדתיים מורכבים אלא גם שיקולים של טובת הציבור "שמטבע הדברים הינו גורם גמיש המאפשר גישות שונות ואף מנוגדות, אשר כל אחת מהן היא לגיטימית"¹⁶⁴.

בכל פסקי הדין אשר פורטו לעיל, נדחתה העתירה שהוגשה נגד היועץ המשפטי לממשלה לעניין אופן הפעלת שיקול דעתו בתחום הדין הפלילי.

המקרה הראשון, בו התקבלה עתירה והיועץ המשפטי לממשלה חוייב להורות על חקירה פלילית נגד עיתונאי, היה בעניין שפטל¹⁶⁵. דובר בסיקור משפטו של ג'והן דמיאניוק בבית המשפט המחוזי בירושלים, כאשר נטען נגד העיתונאי כי הביע בכתבותיו דעה באשר למהימנותם ואמינותם

162 בג"ץ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מב(4) 406, 411 (ההדגשות אינן במקור).

163 שם, שם.

164 שם, בע' 412.

165 בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356.

של עדים במשפט, באורח סלקטיבי ומגמתי, באופן העולה כדי הפרה של כלל ה"סוב-יודיצה" ובניגוד לסעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

השופט בך מציין בפסק דינו, כי כאשר היועץ המשפטי לממשלה מחליט שלא לפתוח בהליך פלילי, החלטתו מבוססת על אחד מהנימוקים הבאים, או על שילובם:

א. אין בחומר הראיות כדי לבסס במידה מספקת את האלמנטים העובדתיים של העבירה.

ההתערבות בשיקול זה, לדעת השופט בך, תהיה נדירה "אך אפשרית היא אם ספקנותו של היועץ המשפטי בדבר משקל הראיות הינה בלתי סבירה בעליל"¹⁶⁶.

ב. אין בעובדות הנטענות אף אם ניתן להוכיחן במשפט, כדי להוות עבירה פלילית, מבחינה משפטית.

לגישת השופט בך, תהא התערבות בית המשפט בשיקול זה "קלה יותר", ובית המשפט עשוי להתערב בהחלטת היועץ "ללא קושי מיוחד" אם הסתבר לו כי היועץ טעה בפירוש החוק.

ג. אין ענין ציבורי בנקיטת הליכים משפטיים במקרה הקונקרטי. בית המשפט לא יחפו להתערב בנימוק זה, שכן ה"אינטרס הציבורי" הוא גורם גמיש המאפשר גישות לגיטימיות שונות ואף מנוגדות.

בסיכומו של דבר, השופט בך סבור כי ההתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, בסוברו כי אין עניין לציבור בהגשת האישום

166 שם, בע' 368.

”אפשרית, איפוא, רק אם השיקולים המובאים על-ידו לביסוס מסקנתו הינם בבירור מוטעים או זרים לעניין”¹⁶⁷.

כאמור, נקבע, לראשונה, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה אין עניין ציבורי בחקירתו, ובהעמדתו לדין של העתונאי, אינה יכולה לעמוד. לדעת השופט ברק, החלטת היועץ ”נשענת כולה על נימוקים חסרי יסוד, וכי מחייב הדבר את התערבותו של בית משפט זה”¹⁶⁸.

השופט אור, באותו העניין בדעת מיעוט, סבר כי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא ”לגיטימית וסבירה” וכי אין מקום להתערבות בשיקול דעתו. השופט אור ציין בחוות דעתו כי:

אפילו הייתי הולך לשיטתו של השופט ברק
ב[עניין נפ] לפיה לעניין התערבות בית משפט
זה אין כל הבדל בין היועץ המשפטי לבין כל
נושא תפקיד ציבורי אחר - ומבלי שאחווה
דעתי בעניין זה - לא היתה דעתי משתנה.¹⁶⁹

פסק הדין בעתירה זו ניתן ב-16 נובמבר 1989 וזמן קצר לאחר מכן התקבלה עתירה נוספת - פרשת צופאן¹⁷⁰. הפעם דובר בעתירה שעניינה החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שלא לנקוט בהליכים פליליים נגד אל”ם יהודה מאיר, אשר בחודש ינואר 1988 הורה לפקודיו לאסוף תושבים ערביים מכפרי הסביבה ולהכותם באמצעות אלות, עד כדי שבירת גפיים לחלקם. הפרקליט הצבאי הראשי דאז מנה מספר טעמים להחלטתו

167 שם, שם (ההדגשה אינה במקור).

168 שם, בע' 369.

169 שם, בע' 372.

170 עניין צופאן, לעיל, הערה 29.

להסתפק בהעמדת הקצין לדין משמעתי, ובין היתר התבסס על העובדה כי הלה נאלץ לסיים את שירותו בצה"ל בגין הפרשה. השופט בייסקי סוקר בפסק דינו את תפקידיו וסמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי, כעולה מהוראות החש"ן, ומגיע למסקנה כי "אותם השיקולים, המדריכים בית משפט זה להתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי בסוגייה זו, בוודאי צריכים להיות נר לרגלנו בבואנו לבחון ולבקר את שיקוליו ואת החלטותיו של הפצ"ר"¹⁷¹.

לאחר בחינת התקדימים וההלכות שנקבעו בבית המשפט העליון בשאלת היקף ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, קובע השופט בייסקי כי לצורך הדיון בעתירה שלפניו:

די באותו היקף המקובל עלינו עד כה, שאינו מצומצם אך לחוסר תום לב, העדר יושר או מניעים נפסדים, אלא כולל גם, בין היתר, עיוות מהותי, חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין, הפליה או שיקול העומד בסתירה לאינטרס הציבורי.¹⁷²

בחינת הדברים מעלה, אליבא דשופט בייסקי, כי החלטתו של הפצ"ר לוקה, אכן, בחוסר סבירות קיצוני, ועל כן דינה להתבטל.

השופט קדמי מציין בפסק דינו כי:

אמות המידה האמורות נלהתערבות בשיקול דעתו של הפצ"ר כמו גם של היועץ המשפטי לממשלה - א' ש', על-פי טיבן, שתיים הן:

171 שם, בע' 727.

172 שם, בע' 729.

האחת אובייקטיבית, ועיקרה בבחינת "סבירותה" של החלטת הפצ"ר, כאשר "אי סבירות מהותית" הכוללת, בין היתר, הפליה מהותית, משגה היורד לשורשו של עניין ועיוות מהותי אחר - תביא לפסילת ההחלטה; והשניה סובייקטיבית, ועיקרה בבחינת "תום לב" של הפצ"ר, כאשר "העדר תום לב" - הכולל, בין היתר, יושר, הגינות ומניעים טהורים - יביא לפסילת ההחלטה.¹⁷³

על יסוד אמות מידה אלה, בחן השופט קדמי את השאלה "האם החלטת הפצ"ר להסתפק בתגובה של הדחה מן התפקיד, הרחקה מן השירות והעמדה לדין משמעתי לוקה, בנסיבות העניין, בחוסר סבירות מהותי"¹⁷⁴. לשאלה זו משיב השופט קדמי בחיוב, ומציין כי למסקנתו זו תרמו לא מעט "האופן והצורה שבהם ננקטו בפועל הליכי ההדחה וההרחקה מן השירות".

גם השופט ד' לויין הצטרף לעמיתיו במסקנתם כי דין העתירה להתקבל. בפתח דבריו, מציין השופט לויין כי

... שיקול הדעת המסור לפרקליט הצבאי הראשי בעניין העמדתם לדין של אנשי צבא בפני בתי הדין הצבאיים לא נופל משיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה ככל שמדובר בהעמדתם לדין של עבריינים לפני בתי המשפט הרגילים. כשם ששיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה עומד לביקורת בית משפט זה, אך מידת ההתערבות שלנו היא

173 שם, בע' 736.

174 שם, בע' 741.

מצומצמת, מוגבלת וחריגה מאד, כך גם לעניין
ההתערבות בהחלטות הפצ"ר.¹⁷⁵

אשר לעילות ההתערבות קובע השופט לוין כי

... נתערב בשיקול דעת הפצ"ר אך ורק בנסיבות
קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד
לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי
אחר הדורש את תיקונו. הכוונה לאותם מקרים
בהם ניתן להצביע על חוסר תום לב מצד מקבל
ההחלטה או על כך שמניעים לא טהורים או
נפסדים עמדו ביסוד ההחלטה או שהיא לוקה
באי-סבירות מהותית וקיצונית.¹⁷⁶

ועוד מוסיף ומציין השופט לוין כי

אינני רואה מקום והצדקה להרחיב את עילות
ההתערבות שלנו מעבר לכך, שכן העילות
האמורות ממצות, לדעתי, את אותם מקרים
קיצוניים, שבהם לא יעלה על הדעת כי בשל
נטייתנו להימנע מלגלוש אל שיקוליהם של
היועץ המשפטי או של הפצ"ר נשאיר החלטה
בלתי נסבלת על מכונה.¹⁷⁷

לגופו של עניין, סבר השופט לוין כי לו הודח אל"ם מאיר מתפקידו
לאלתר תוך הפסקת שירותו בצה"ל, כי אז לא היה רואה בהחלטת הפצ"ר
משום אי סבירות קיצונית. משלא נעשה כן, אין ניתן להמנע מהעמדתו של
הקצין לדין פלילי, ולפיכך התקבלה העתירה ובוטלה החלטת הפצ"ר.

175 שם, בע' 742.

176 שם, שם.

177 שם, שם.

כחודש ימים טרם הינתן פסק הדין בפרשת צופאן קיבל היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר יוסף חריש, החלטה כי אין עניין ציבורי בהעמדה לדין של מעורבים בפרשת ויסות מניות הבנקים, מתוך שניתן להסתפק בסנקציות עליהן המליצה ועדת חקירה ממלכתית שנתמנתה לחקור בפרשה זו. בעקבות החלטתו זו, הוגשו עתירות רבות המבקשות מבית המשפט העליון להורות על העמדתם לדין פלילי של המעורבים בפרשה¹⁷⁸.

השופט ברק (כתוארו אז) הציב לעצמו שלוש שאלות משפטיות שהתעוררו אגב העתירה:

1. האם יש לעותרים מעמד בדין בעתירתם זו?
2. האם נפל פגם בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטתו בסוגיה? שאלה זו מחייבת לעמוד על היקף שיקול דעתו התביעתי של היועץ המשפטי לממשלה.
3. במידה שלא נתקיימו בהחלטת היועץ השיקולים הראויים, יש לבחון את היקף התערבותו של בית המשפט העליון בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

אשר לשאלה הראשונה מגיע השופט ברק למסקנה כי לעותרים מעמד בדין, הן לפי דיני המעמד "הקלאסיים", הן לפי הגישה המכירה ב"חריגים" לגישה הקלאסית, והן לפי הגישה הליברלית¹⁷⁹. בדונו בשאלה השנייה, נדרש השופט ברק בהרחבה לסמכויותיו של התובע ומהות שיקול

178 עניין גנור, לעיל, הערה 139.

179 השופט ברק מפנה לפסק הדין בבג"ץ 210/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 לשם ניתוח הגישות השונות בנושא זכות העמידה בבג"ץ.

הדעת שעליו להפעיל בהעמדה לדין. בין היתר, בחן השופט ברק את שיקול דעתו של התובע בהקשר לקיומו או העדרו של "עניין לציבור" וכן עסק בשאלת עצמאות שיקול הדעת התביעתי, כמו גם בשאלות הנוגעות לשוויון בהפעלת כח התביעה. פרק נכבד הקדיש השופט ברק לסוגיית סבירות שיקול הדעת התביעתי. החלטה סבירה בהקשר לשאלת ה"עניין לציבור" היא, אליבא דשופט ברק, החלטה המתחשבת בגורמים הרלבנטיים לעניין, ומעניקה לכל אחד מהם את המשקל הראוי לו. יישום הכללים במקרה הקונקרטי, הוביל את השופט ברק לכלל דעה כי מסקנת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה אין "עניין לציבור" בהעמדתם לדין פלילי של המעורבים בפרשה לוקה בחוסר סבירות מהותי. זאת, בשל מתן משקל החורג ממתחם הסבירות לשיקולים השונים, באופן המעוות את משקלם היחסי של השיקולים השונים. לאחר שהגיע למסקנה כי שיקוליו של היועץ המשפטי, באשר להעדר "עניין לציבור" בפרשת הבנקאים אינם יכולים לעמוד, בהיותם בלתי סבירים באורח מהותי, פנה השופט ברק לבחון את הנושא החשוב לענייננו, והוא: היקף התערבותו של בג"ץ בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי. השופט ברק, והפעם שלא בדעת יחיד, חוזר ומאשרר את העמדה אותה הביע בעניין נַפ, וקובע כי ההנחה העומדת ביסוד פסיקתו של בית המשפט העליון היא:

הפעלה שוויונית של כללי המשפט המינהלי המהותי באשר לעילות הפוגמות בשיקול-דעת מינהלי. כשם שכל שיקול-דעת מינהלי נפגם אם הוא הופעל מתוך שיקולים זרים, הפליה, חוסר הגינות וחוסר תום לב, כך גם שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה נפגם בשל עילות אלה. כשם שכל שיקול-דעת מינהלי נפגם בשל חוסר סבירות קיצוני שנופל בו, כך גם שיקול הדעת של היועץ המשפטי נפגם בשל

חוסר סבירות קיצוני שדבק בו. אכן, מקובל עלי כי לא די לשם פסילת שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, כי נפל בו חוסר סבירות קל. לשם פסילת שיקול דעתו של היועץ המשפטי יש להצביע על כך כי חוסר הסבירות שדבק בו הוא מהותי או קיצוני. מסקנתי זו אינה סומכת עצמה על חסינות מיוחדת של היועץ המשפטי לממשלה. כל שיקול-דעת שלטוני לא נפסל אף בשל חוסר סבירות קל. לשם פסילתו של כל שיקול דעת מינהלי נדרש חוסר סבירות מהותי.¹⁸⁰

וכדי להסיר כל ספק לגבי עמדתו, מוסיף וקובע השופט ברק:

הנה כי כן, דעתי הינה, כי קיימת זהות בין העילות לחוסר תקיפותו של שיקול-דעת מינהלי בדרך כלל, לבין העילות לחוסר תקיפותו של שיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה. אכן, לא סביר הוא ליצור מערכת דינים מיוחדת באשר לתוקף החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. אין כל אפשרות להצדיק גישה, לפיה שיקול-דעתו של תובע "סתם" תהא כפופה לעילות הפסלות הרגילות, ואילו שיקול-דעתו של תובע, שהוא היועץ המשפטי לממשלה, תהא כפופה לעילות פסלות מיוחדות... במדינת חוק, בה שולט עקרון שלטון החוק, אין כל צידוק ששיקול-דעתו של העומד בראש התביעה הכללית ייבחן באמות מידה מיוחדות באשר לתוקפו... ודוק: מסקנה זו אין משמעותה החלפת שיקול-דעתו של היועץ המשפטי בשיקול-דעת בית המשפט. מסקנה זו אין משמעותה פסילת החלטה "מוטעית" של היועץ המשפטי

180 עניין גנור, לעיל, הערה 139, בע' 527-528.

לממשלה, כלומר - החלטה שבחירה באפשרות
חוקית בלתי רצויה. מסקנה זו משמעותה
היחידה היא שוויון בפני החוק של כל גורמי
השלטון.¹⁸¹

על יסוד עמדתו זו, הגיע השופט ברק למסקנה כי יש מקום
להתערבות בית המשפט בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, שכן זו
אינה בלתי סבירה "סתם" אלא הינה בלתי סבירה באופן מהותי. משנפל
בהחלטה פגם הפוסל אותה במישור המהותי, קמה סמכותו של בית
המשפט להכריז על כך ולהורות על ביטול ההחלטה.

הנשיא שמגר הצטרף למסקנותיו של השופט ברק "ולאמות המידה
ששימשו אותו בבואו לידי החלטתו"¹⁸². הנשיא שמגר מציין כי אין בית
המשפט נוהג להתערב בהחלטה של רשות סטטוטורית "רק בשל כך שהיא
איננה נוקטת דרך, מבין הדרכים האפשריות השונות, אשר בה היה בית
המשפט הולך, לו היה בנעלי אותה רשות. **אולם במקרה של סטייה מהותית
מנתיב הסבירות אין בידינו אלא להתערב בהחלטה**"¹⁸³.

השופט שלמה לוי (כתוארו אז), הצטרף, אף הוא, לפסק דינו של
השופט ברק - ובכך זכתה גישתו של ברק להסכמה של כל חברי המותב.

מאז ניתן פסק הדין בעניין גנור, הוגשו עתירות רבות נגד היועץ
המשפטי לממשלה שמטרתן להביא לשינוי החלטתו שלא ליזום הליכים
פליליים. בפסקי הדין אשר באו בעקבות גנור, ניכרת גישה של ריסון ואיפוק
רב, מצד שופטי בית המשפט העליון בהתערבות בשיקול דעתו של היועץ

181 שם, בע' 528.

182 שם, בע' 529.

183 שם, בע' 530 (ההדגשה אינה במקור).

המשפטי לממשלה. בעשור האחרון, מאז חודש מאי 1990, מועד בו ניתן פסק הדין בעניין גנור, נדחו מרבית העתירות אשר ביקשו את התערבותו של בית המשפט העליון בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות של העמדה לדין. גם באותן עתירות שהתקבלו, היתה התערבות חלקית בלבד בהחלטת היועץ, וגם כאן לא הורה בג"ץ על העמדה לדין, אלא על השלמת החקירה¹⁸⁴ או על בחינה חוזרת של ההחלטה¹⁸⁵.

ברוב רובם של המקרים נדחתה העתירה, תוך שבית המשפט חוזר ומציין את מתחם ההתערבות הצר בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ואת העובדה כי אין הוא משמש כ"יועץ משפטי על" המקבל את ההחלטה במקומו של היועץ המשפטי לממשלה¹⁸⁶.

184 בג"ץ 8074/93 סויסא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מח(2) 749. בעתירה זו נדרש בית המשפט העליון להורות על העמדתו לדין פלילי של מפכ"ל המשטרה דאז, רב-ניצב רפי פלד. רוב רכיבי העתירה נדחו, אך בית המשפט קבע כי יש להשלים את החקירה בשני נושאים וזאת לשם "קביעת התשתית העובדתית והסקת מסקנות בכל הנוגע להיבטים המשמעותיים של התנהגות המפכ"ל בנושאים אלה" (שם, בע' 810).

185 בג"ץ 3425/94 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם). בעתירה זו ביקשו העותרים כי בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לזוּם הליכים פליליים בעניינו של חבר הכנסת אבנר חי שאקי. העתירה התקבלה בנוגע לאחת מהפרשיות בהן נחשד ח"כ שאקי בפלילים כאשר בית המשפט מורה על החזרת התיק אל היועץ המשפטי לממשלה על מנת שיעיין מחדש בחומר הראיות ויאפשר לחה"כ שאקי להשמיע את טיעונו בפניו במסגרת הליך של "שימוע".

186 ראו, למשל, בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423 (שבו נדחתה עתירה אשר כוונה נגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את חה"כ צחי הנגבי בעבירות שונות. השופט אור מציין בהחלטתו כי כאשר מדובר בסגירת התיק עקב העדר ראיות מספיקות להוכחת האשמה יגלה בית המשפט התאפקות רבה ויתערב רק כאשר "היועץ המשפטי לממשלה הפעיל את שיקול דעתו בצורה בלתי סבירה בעליל" (שם, בע' 435). כמו כן, נקבע כי היועץ המשפטי רשאי לשקול את סיכויי ההרשעה בתיק, גם אם קיים חומר ראיות, לכאורה, להוכחת האשמה; בג"ץ 34/91 קוק נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מו(4) 406 (העתירה נדחתה לאחר שבית המשפט לא מצא כי החלטת היועץ להמנע מנקיטת הליכים פליליים בשל העדר ראיות כדי הוכחת האשמה, הינה "בלתי סבירה בעליל"); בג"ץ 2644/94 פרצ'יק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 341 (בית המשפט העליון דחה עתירה אשר ביקשה לחייב את היועץ המשפטי לממשלה להורות על חקירה פלילית נגד יאסר ערפאת. בית המשפט קבע כי החלטת

בעניין בארי¹⁸⁷ דן בית המשפט העליון בעתירה שהוגשה נגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להורות על חקירה פלילית נגד אורח, אשר לאחר בחירתו של מר בנימין נתניהו לראש הממשלה, פרסם מודעה שבה קטע העוסק בפרשת נבות היזרעאלי, ומסתיים במילים "הרצחת וגם ירשת?". היועץ המשפטי סבר שלא ניתן לבסס טענה לעבירה, במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי. יתירה מזו. סבר כי גם אם ניתן היה למצוא בסיס ראייתי לביצוע עבירה, עדיין לא היה מקום להעמדה לדין מטעמים של "העדר עניין לציבור".

השופט אור, שכתב את פסק הדין בעתירה זו, חוזר על ההלכה שנקבעה בעניין גנור, בכל הנוגע להגרת המונח "עניין לציבור", ומציין כי הלכה זו צוטטה מתוך הסכמה בעניין שלנגר¹⁸⁸. השופט אור קובע כי דין העתירה להדחות מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה שקל את השיקולים הצריכים לעניין והעניק להם את המשקל הראוי. אשר על כן החלטתו מצויה "במתחם הסבירות" וגם אם ניתן לחלוק עליה אין להתערב בה, כל עוד אינה חורגת ממתחם זה. בשולי פסק דינו ראה השופט אור להוסיף הערה, המעידה על חוסר נוחותם של שופטי בית המשפט העליון מריבוי העתירות הנוגעות להפעלת שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי. מפאת חשיבות הדברים נביאם כלשונם:

עדים אנו לאחרונה לגל גואה של עתירות
המופנות לבית משפט זה על מנת שיתערב
בשיקול דעתו ובהחלטותיו של היועץ המשפטי

היועץ, לפיה אין עניין לציבור בקיום חקירה זו, הינה החלטה שיועץ משפטי סביר היה רשאי להגיע אליה.

187 בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 425.

188 בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40.

לממשלה בשאלה אם יש מקום לפתוח בחקירה נגד פלוני או האם להעמידו לדין. חלקן עתירות של מי אשר סבור שהוגש או עומד להיות מוגש נגדו כתב אישום שלא כדין, וחלקן מכוונות נגד החלטה שלא להעמיד לדין את זולתו.

לא אחת ניתן להתרשם שמאחורי העתירה אין ולא כלום פרט לרצון לנגח יריב פוליטי, או גוש פוליטי יריב, או רצון לזכות בפרסומת בלי שיש בנסיבות המקרה יסוד כלשהו להתערב בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. האחרון נדרש לא אחת, ולעיתים הייתי אומר שהוא מוטרד בכך, לנמק את עמדתו, מבלי שהייתה מלכתחילה כל הצדקה להטיל דופי או ספק בשיקוליו ובהחלטותיו. על כן, יש לחזור ולהדגיש, שהיועץ המשפטי לממשלה הוא הממונה על שיקולי התביעה הכללית ועל מדיניותה, ולא ראוי שבכל מקרה שהחלטתו אינה נראית למאן דהוא, יועמד בספק שיקול דעתו.

אני סבור, כי תופעה זו של שימוש לא מבוקר, תכוף והולך בעתירות לבית-משפט זה, כדי שיתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה לעניין העמדה לדין או פתיחה בחקירה, אינה תופעה ראויה. יש לזכור, שעתירות מסוג זה אינן המכשיר ההולם להתמודדות בין השקפות ועמדות בעלות גוון פוליטי...

אכן, גם החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה כפופות לביקורת שיפוטית, ובמקרים המתאימים לא יהסס בית משפט זה להתערב בשיקול-דעתו, וכבר היו דברים מעולם. אך נוכח שיקול הדעת הרחב המוקנה ליועץ המשפטי לממשלה, מן הראוי שכלי זה של פנייה לביקורת שיפוטית יופעל רק באותם מקרים, הנסיון מלמד שהינם נדירים, כשיש תשתית המצדיקה זאת. למרבה הצער, כפי שכבר נאמר, נעשה בכלי זה שימוש סיטוני, יש

בכך, לעיתים קרובות, גם הטרדה שלא לצורך
של היועץ המשפטי לממשלה, ולעיתים אף
פגיעה בלתי מוצדקת בו, וגם הטרדה של בית
משפט זה.¹⁸⁹

גישתו זו של השופט אור, אשר מבטאת מגמה להתערבות שהיקפה מצומצם ביותר בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, באה לידי ביטוי נוסף בעניין יהב¹⁹⁰. עתירה זו כוונה נגד החלטתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל פרקליטת המדינה להמנע מלהגיש כתבי אישום נגד ראש הממשלה דאז, בנימין נתניהו, ושר המשפטים דאז, צחי הנגבי, בגין חלקם במינוי היועץ המשפטי לממשלה עו"ד רוני בר-און. החלטת היועץ ופרקליטת המדינה לסגור את תיקי החקירה נומקה בחוסר ראיות מספיקות להעמדה לדין. הדיון בעתירה התקיים בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים. השופט גולדברג בוחן את משמעות המילים "ראיות מספיקות לאישום" המופיעות בסעיף 62 לחסד"פ ומגיע למסקנה כי מדובר ברף ראיות המקום "אפשרות סבירה להרשעה". אליבא דשופט גולדברג, כתב האישום אמור להיות מוגש כאשר התובע משוכנע כי "קיים סיכוי סביר להרשעה", ובכך נשמר האיזון בין הערכים שביסוד מטרותיו של המשפט הפלילי ובין הצורך במניעת פגיעה בלתי הכרחית בחשוד ובמשפחתו. אשר להיקף התערבותו של בית המשפט העליון בהחלטת היועץ המשפטי, שלא לנקוט הליכים משפטיים בשל העדר ראיות מספיקות, מציג השופט גולדברג את הפסיקה הקודמת, לרבות עניין אולמרט¹⁹¹, ומסיק כי "לא כל טעות

189 עניין בארי, לעיל, הערה 187, בע' 430 (ההדגשה אינה במקור).

190 בג"ץ 2534/97 יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 39.

191 בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, שם הסעד שנתבקש היה, כי בית המשפט יורה ליועץ המשפטי לממשלה לחזור בו מהחלטתו להעמיד לדין פלילי. עתירה מעין זו הינה חריגה ביותר, ואף העותר עצמו הכיר בכך כי מעולם לא

בשקילת הראיות הינה בגדר חוסר סבירות באופן קיצוני, אלא רק טעות מהותית, ברורה ומשמעותית¹⁹². במקרה דנן, סבור השופט גולדברג, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה ועמדת פרקליטת המדינה מצויים ב"תחום האפור", וגם אם ניתן לחלוק על מסקנתם אין לומר כי זו חורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני. לפיכך, סבר השופט גולדברג כי יש לדחות את העתירה בעניינו של ראש הממשלה, לגבי שר המשפטים לא היתה כלל מחלוקת כי דין העתירה להדחות. השופט אור הסכים לתוצאה אליה הגיע השופט גולדברג וביקש להוסיף הערות משלו. לגישתו, "מתחם הסבירות" שעליו עמד השופט ברק בעניין גנור¹⁹³, אינו אחיד בפריסתו והוא עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות. אשר ליועץ המשפטי לממשלה, הרי שבשים לב למעמדו המיוחד ולסמכויותיו הרחבות כמי שעומד בראש התביעה הכללית, מתחייבת המסקנה כי יש להכיר ב"מתחם סבירות" רחב בהקשר להחלטותיו בדבר דיות הראיות להעמדה לדין. לפיכך:

... נטייתו של בית המשפט להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה תהיה **מצומצמת ביותר**. במובן זה, יש לדעתי ייחוד בהיקף ההתערבות **בפועל** של בית המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ביחס להיקף ההתערבות בהחלטות של רשויות לא מעטות אחרות. אני סבור כי **הלכה למעשה**, מתחם ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי בעניינים אלה הוא צר...

התערב בית המשפט העליון בהחלטת היועץ להעמיד לדין. עם זאת, צומצמה העתירה לשאלה האם חל שינוי בנסיבות אשר הצדיק שינוי החלטה קודמת שלא לפתוח בהליכים פליליים נגד העותר.

192 עניין **יהב, לעיל**, הערה 190, בע' 24.

193 **לעיל**, הערה 139.

כפי שנאמר לא אחת, בית המשפט אינו "יועץ משפטי על", ואל לו ליטול לעצמו את תפקידו של היועץ המשפטי ולהחליט מזה היה עושה הוא במקום היועץ המשפטי. אם החלטתו של היועץ המשפטי הינה החלטה אפשרית מבחינת סבירותה, די בכך כדי שבית המשפט ימשוך ידו מהנסיון לקבוע מזה היה הוא מחליט לו ההחלטה בדבר העמדה לדין היתה בידו.¹⁹⁴

המשנה לנשיא, שלמה לוין, והשופט יצחק זמיר הצטרפו לפסק דינו של השופט גולדברג וכן להערותיו של השופט אור. השופט דורנר, בדעת מיעוט, סברה כי העותרים הניחו תשתית עובדתית ומשפטית לכאורית לעתירתם בעניינו של ראש הממשלה, ולפיכך סברה כי יש מקום להוצאת צו-על-תנאי בעניין זה.

סבורני, כי הערותיו של השופט אור והעובדה כי שני שופטים מבין חברי ההרכב הצטרפו אליהם, מלמדים על יצירת סטנדרט מיוחד להתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, לפחות ככל שמדובר בהחלטה הנובעת לדיות הראיות.¹⁹⁵

בעניין מעריב¹⁹⁶ נדונה עתירתו של העיתון "מעריב" נגד היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטת המדינה, אשר החליטו שלא להעמיד לדין את בעליו של העיתון המתחרה "ידיעות אחרונות", ואחד מעובדיו. השופט

194 עניין יהב, לעיל, הערה 190, בע' 32.

195 עקרונות אלה יושמו בפסק דינו של השופט זמיר בבג"ץ 1476/98 בן-עזרא נ' שר התעשייה והמסחר ואח' (לא פורסם). יתרה מזו, השופט זמיר אף מאזכר את דברי השופט אור בעניין בארי, לעיל, הערה 187, בדבר ריבוי העתירות המכוונות נגד החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בשאלות של העמדה לדין וחקירה פלילית, ומציין כי העתירה המונחת לפניו "היא דוגמא לסוג זה של עתירות".

196 בג"ץ 4736/98 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נד(1) 659.

חשין מצטט מדבריו בעניין אישה, שבו אמר, בהתייחסו לעילות ההתערבות בשיקול דעתן של רשויות התביעה:

אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן):

החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור... החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין. שערים אחדים מוליכים אליו אל הטרקלין, וכל אחד ממפתחות אלה (החופפים בחלקם אלה את אלה) אמור לפתוח אחד מאותם שערים. ואולם רק המחזיק בידו את אחד מאותם המפתחות זכאי להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק.¹⁹⁷

דומה כי יש בקטע המצוטט מפי השופט חשין כדי לסכם את ההלכה בדבר עילות ההתערבות של בית המשפט העליון בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום הפעלת הדין הפלילי. זאת, בין אם מדובר בבחינה סובייקטיבית ובין אם אובייקטיבית, של שיקול דעתו.

197 עניין אישה, לעיל, הערה 8, בע' 871. במקרה זה, כאמור, נדונה החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שלא לנקוט בהליכים פליליים נגד מפקד יחידת דובדבן.

אשר להחלטות היועץ המשפטי המבוססות על הערכת הראיות

ודיותן, אומר השופט חשין:

אכן, אם על דרך הכלל לא ימהר בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין, ייאמרו דברים אלה בראש ובראשונה בשאלת הערכתן של ראיות, שאלה הניתנת במובהק להכרעתן של ראיות התביעה. ראיות התביעה קנו ידע, מקצועיות וניסיון רב, וחזקה עליהן כי תעשינה כמיטבן להעמיד לדין את מי שראוי כי יועמד לדין ושלא להעמיד לדין את מי שאין הוא ראוי כי יעמוד לדין. מרחב שיקול-הדעת של הפרקליטות, בעיקר בנושא זה, הינו מרחב רב, ובית-המשפט לא יתערב בהחלטתה אלא במקרים שבהם חרגה ביתר ממתחם שיקול-הדעת אשר ניתן לה.

...

אכן כן: בידיה של התביעה כוח אדיר ושיקול-דעת רחב-מני-רחב להגשת אישומים לבית-המשפט. ובמקום שבו מגיעה היא התביעה לכלל מסקנה כי אין זה ראוי להגיש אישום לבית-המשפט בשל חסר בדיות ראיות, לא יתערב בית-המשפט בהחלטתה אלא במקרים נדירים. ענייננו אין הוא אחד מאותם עניינים נדירים.¹⁹⁸

הנה כי כן, ניתן לראות כי מאז ניתן פסק-הדין בעניין גנוב, שהיווה נקודת ציון בולטת בהיקף התערבותו של בית המשפט העליון בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, החל, הלכה ולמעשה, תהליך של צמצום בנכונותו של בית המשפט העליון להתערב בהחלטות היועץ. הדברים

198 עניין מעריב, לעיל, הערה 196, עמודים 666-667 לפסק-הדין.

נוגעים, בראש ובראשונה, להחלטות להמנע מהעמדה לדין בשל העדר ראיות מספיקות, אך ניתן למצוא סימנים למידת האיפוק והריסון שגזר על עצמו בית המשפט גם כאשר ההחלטה מנומקת בהעדר עניין לציבור. תחושת בית המשפט כי עתירות אלה מנוצלות, לעיתים, להשגת תכליות פוליטיות או לשם פרסום העותרים באמצעי התקשורת, יש בה כדי לחזק את הגישה המינימליסטית בשאלת היקף ההתערבות.

האם יש מקום לשינוי ההלכה, תוך קביעת דין מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה שבמסגרתו לא תבחן סבירות החלטתו, להבדיל מהערכת שיקוליו הסובייקטיביים, על-פי עילות הפסול הקלאסיות (חוסר תום לב, הפליה, שיקולים זרים, וכד')?

מר מיכאל בן-יאיר, עת שימש כיועץ המשפטי לממשלה, נתן תשובה חיובית לשאלה זו¹⁹⁹. לדעתו, יש בגישה המקובלת כיום משום פגיעה בעצמאות שיקול הדעת הנתון לתביעה, בעיקרון הפרדת הרשויות ובעיקרון השוויון באכיפת החוק (בשל התערבות הבג"ץ אך במקרה הקונקרטי המונח לפניו מבלי לעסוק במדיניות הכוללת). עוד הוא טוען כי הוראת הבג"ץ כי יש לנקוט הליכים פליליים במקרה מסוים חרף עמדת היועץ, משפיעה על דרך ניהול המשפט בידי התביעה, וכן קיים חשש ל"אכיפת יתר" מצד רשויות התביעה, כדי להמנע מביקורתו של בית המשפט העליון. המלצתו של בן-יאיר היא כי היקף ההתערבות יצומצם לאותן עילות "הקשורות לקבלת ההחלטה, כלומר, אם היתה הוגנת, שוויונית, נעשתה בתום-לב

199 מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה באכיפת החוק" פלילים ה(2) (1996) 5. וראו גם מאמרו, מ' בן-יאיר "היועמ"ש והביקורת השיפוטית - התערבות בג"צ בהחלטת היועץ המשפטי, פוגעת בצדקתו של ההליך הפלילי" הלשכה 25 (אפריל 1995).

והיתה נטולת שיקולים זרים²⁰⁰. זאת, להבדיל מבחינת סבירות ההחלטה ומיקומה בתוך מה שקרוי "מתחם הסבירות"²⁰¹.

גישה דומה נוקטת פרופ' גביון, ככל שהדבר נוגע להיקף התערבותו של בג"ץ בשאלות שעניינן דיות הראיות²⁰². לשיטתה, תהא ליועץ המשפטי לממשלה הגנה כמעט מוחלטת (למעט במקרים בהם פעולתו נעשית בחוסר תום-לב), בהחלטתו המבוססת על דיות הראיות. לעומת זאת, כאשר מדובר בנימוקים הקשורים לקיומו של "עניין לציבור" דורשת פרופ' גביון זהירות בהתערבות בשיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה. לגישה, יש הצדקה לצמצום בהיקף הפיקוח על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, בשל "מעמדו המיוחד בשיטתנו". מעמד זה מחייב "איפוק מיוחד" בשינוי החלטותיו. עם זאת, ערה פרופ' גביון לקושי לפרוט לפרוטות אותה "גישה זהירה" עליה המליצה, בהיות הדברים עמומים למדי²⁰³.

לטעמי, אין צורך בשינוי ההלכה הקיימת, אשר נותנת מענה נאות לשאלת היקף התערבותו של בית המשפט העליון בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין. אין חולק, כי מאז ניתן פסק-הדין בעניין גנור, גזר בית המשפט העליון על עצמו גישה של איפוק וריסון, בעיקר בסוגיות שעניינן דיות הראיות, אך גם בשאלות שעניינן קיומו או העדרו של "עניין לציבור". ניתן להניח, כי גישה זו תמשך והיקף התערבותו

200 מ' בן-יאיר "הביקורת השיפוטית", לעיל, הערה 199, בע' 25.

201 על עמדת המשפט באנגליה וארה"ב בסוגייה זו ראו שם, בע' 11-16.

202 גביון, לעיל, הערה 134, בע' 492.

203 שם, בע' 497.

של בית המשפט העליון בהחלטות היועץ המשפטי היה גם בעתיד צר ומצומצם²⁰⁴.

יחד עם זאת, עצם קיומה של אפשרות כי החלטת רשויות התביעה תבחן גם במשקפיים אובייקטיביות והחלטה הלוקה בחוסר סבירות מהותי או קיצוני תפסל, מחייבת את הגורמים המחליטים ליתר מקצועיות ולהשקעת מחשבה רבה ומעמיקה יותר, טרם קבלת ההחלטה. מנסיוני בתחום זה, ניתן לומר כי "מוראו של בג"ץ" אינו מוביל לאכיפת יתר, אלא לתהליך קבלת החלטות מובנה ומקצועי יותר ובדיקה זהירה ודווקנית של כל מקרה ומקרה, לגופו.

ייצוגו של האינטרס הציבורי ושמירתו

מלבד תפקידיו ה"קלאסיים" של היועץ המשפטי לממשלה, בתחום הייעוץ המשפטי, ייצוג הרשויות בהליכים משפטיים ובתחום אכיפת הדין

204 זוהי גם דעתם של בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 442:

התערבות בג"ץ בהחלטה האמורה שלא להעמיד לדין הינה בבחינת חריג המאשר את הכלל. בית המשפט כמעט ואינו נוהג להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין...

וכן ק' מן "זכות הטיעון והביקורת על שיקול הדעת של התביעה בדבר העמדה לדין" פלילים ה(2) (תשנ"ז) 180, שאומר בע' 195:

למרות העקרונות הרחבים יותר להתערבות בהחלטה להעמיד לדין שהותו בעניין גנור, נותרת מעורבות בג"ץ מצומצמת ביותר, והשפעתה, הלכה למעשה, על העבודה השוטפת של הפרקליטים בגיבוש החלטות באשר להוצאת כתבי אישום הינה מועטה. הדברים אמורים ביתר שאת בכל הנוגע בהערכת הראיות הנמצאות בתיק החקירה ומשקלן.

הפלילי, הוקנו ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות רבות בעשרות רבות של חיקוקים²⁰⁵. חיקוקים אלה רואים את היועץ המשפטי לממשלה כמופקד על האינטרס הציבורי. כפי שפורט לעיל, היועץ המשפטי לממשלה יכול להצטרף לכל הליך משפטי ולהשמיע את דברו, אם סבר כי עשויה להיות להתדיינות השפעה על "זכות ציבורית או עניין ציבורי"²⁰⁶.

מלבד אחריותו כמי שעומד בראש מערכת התביעה הכללית, ליועץ המשפטי לממשלה סמכויות גם בתחום המשמעותי של עובדי ציבור או של בעלי מקצועות מסוימים. כך, למשל, מוסמך הוא, לפי סעיף 32 לחוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג-1963, להגיש קובלנה על עבירת משמעת שעבר עובד מדינה. לפי סעיף 66 לחוק, מוסמך היועץ המשפטי לממשלה (וכן נציב שירות המדינה) להורות על הגשת תובענה נגד עובד מדינה שפרש מהשירות.

שאלה מעניינת היא האם ליועץ המשפטי לממשלה מעמד בבג"ץ כעותר ציבורי, במסגרת תפקידו כמי שמגן על האינטרס הציבורי. בספרו, "שיקול דעת שיפוטי", אומר הנשיא ברק בהתייחסו לדיני המעמד בפני בג"ץ: "נראה לי בהקשר זה, כי ראוי הוא ליועץ המשפטי להרבות בפעילות כעותר, במקרים מתאימים בהם השלטון פועל בניגוד לחוק"²⁰⁷.

לדעת ד"ר בנדור ופרופ' סגל²⁰⁸, אין כל מניעה כי היועץ המשפטי לממשלה יגיש עתירה נגד נושא משרה ברשות המבצעת המסרב לקיים את

205 פירוט החיקוקים מופיע בנספח ה' לדו"ח ועדת שמגר. דוגמאות לסמכויות אלה של היועץ המשפטי לממשלה ניתן למצוא גם במאמרה של גביון, לעיל, הערה 76, בע' 46.

206 פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

207 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 489, ד"ש 282.

208 לעיל, הערה 55, בע' 446-447.

הנחיותיו או לפעול על-פי חוות דעתו, וכן הדבר כאשר מדובר במימוש החלטה פסולה המתקבלת על ידי רשות מינהלית. הדוגמאות הבולטות לעתירות שהוגשו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הן עתירות לבג"ץ נגד ועדת השחרורים בהעדר כל אפשרות אחרת להשיג על החלטתה²⁰⁹. במקרים אחרים, הגיש היועץ המשפטי לממשלה עתירה נגד גוף שיפוטי, כדוגמת בית הדין הארצי לעבודה, מקום בו לא ניתן היה להגיש ערעור על ההחלטה²¹⁰. דומה, כי אין מחלוקת כיום בדבר סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לפנות לבית המשפט הגבוה לצדק כעותר²¹¹. יצויין, כי עתירה מעין זו נגד גורם הנמנה על הרשות המבצעת הינה בעייתית במישור אחר. בהיות חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את כלל רשויות השלטון, מעידה עתירתו של היועץ על התעלמות מחוות דעתו או אף על

209 היועץ המשפטי לממשלה שקל להגיש עתירה גם נגד הוועדה לעיון בעונש, הפועלת לפי סעיף 509 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, אשר החליטה על הפחתת מחצית מעונשו של רמי דותן, ששימש בתפקיד בכיר ביותר בדרגת תא"ל בחיל האוויר, והורשע בעבירות שוחד ובעבירות חמורות נוספות. בסופו של דבר לא הוגשה עתירה כאמור לאחר שגורמים אחרים פנו בעתירה לבית המשפט העליון, והיועץ המשפטי לממשלה התייצב לצידם.

210 בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485. במהלך הדיון בעתירה נטענה טענה מקדמית, ולפיה אין היועץ המשפטי לממשלה למוסמך לתקוף את החלטת ביה"ד הארצי לעבודה בפני בג"ץ. משיב על כך השופט דב לזין בע' 495:

... דומני כי ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, יעתור לפני בית המשפט הגבוה לצדק במקרים שבהם הוא סבור כי אחת מרשויות השלטון שגתה בעניין שאותו הוא רואה כבעל חשיבות ציבורית מן המדרגה הראשונה. גישה זו שואבת כוחה משניים: ראשית, מסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להצטרף לעתירתו של פלוני, תוך התייצבות, כפי שהדבר בעניינו, בבית המשפט הגבוה לצדק... שנית, מפתיחת שערי בית משפט זה אף לפני 'עותר ציבורי' המצביע על אינטרס ציבורי כללי הראוי לבחינה הראויה על אחת כמה וכמה ליועץ המשפטי בגדר סמכויותיו...

211 ראו בהקשר זה עמדתו של בן-דרור, לעיל, הערה 55, בע' 47 ושל וינרוט, לעיל, הערה 79, בע' 88.

עשיית פעולות הנוגדות אותה. הזקקות היועץ לסיועו של בית המשפט העליון, יתכן ויש כדי להעיד על חולשה ולערער את מעמדו ואת תוקף חוות הדעת הניתנות על ידו.

ד"ר בנדור ופרופ' סגל הביעו את הדעה כי תיתכן עתירה של היועץ המשפטי לממשלה נגד "חוקתיותו של חוק שנתקבל על-ידי הכנסת, שהיועץ המשפטי סבור כי הוא מנוגד להוראות חוק יסוד"²¹². דעה שונה בתכלית הביעה ועדת שמגר בקובעה כי

לדידו של היועץ המשפטי, חקיקה ראשית לעולם מחייבת כל עוד לא פסק בית המשפט באופן שונה וכי עליו לאכוף חקיקה ראשית, אף שנתקבלה בניגוד לחוות דעתו, כל עוד לא בוטלה על-ידי בית המשפט.²¹³

דעתי בסוגייה זו היא כי אל לו ליועץ המשפטי לממשלה ליזום עתירה שמטרתה ביטול חוק שהתקבל על ידי הכנסת. עקרון הפרדת הרשויות מחייבו לכבד את חקיקת הכנסת כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו, גם אם עמדתו בשלבי החקיקה היתה כי מדובר בחוק לא ראוי או בלתי חוקתי. עם זאת, אינני רואה מניעה כי היועץ יביע את דעתו המשפטית, היה ותוגש עתירה על ידי גורם אחר ושאלת תוקפו של החוק תעמוד לדיון בבית המשפט העליון.

212 לעיל, הערה 55, בע' 48.

213 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, ע' 48.

4. היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת

בתאריך 11 דצמבר 2000 התקבל בכנסת בקריאה שנייה ושלישית חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000.²¹⁴

חוק חשוב זה שעל עיקריו נעמוד בהמשך, שם קץ לויכוח בן עשרות השנים, האם תזכה הרשות המחוקקת ליועץ משפטי עצמאי משלה שמעמדו כמעמד היועץ המשפטי לממשלה, או שמא יוסיף היועץ המשפטי לממשלה לחלוש על הייעוץ המשפטי ופרשנות החוק, גם כלפי הכנסת.²¹⁵

214 פורסם בס"ח התשס"א 50. הצעת החוק פורסמה בה"ח התש"ס 520.
 215 גוטמן, לעיל, הערה 55, מציין כי במושב פרידה שערכה ועדת הכנסת לרגל סיום תפקידו של מאיר שמגר כיועץ המשפטי לממשלה ומינויו כשופט בית המשפט העליון, אמר יושב ראש הוועדה, ח"כ ארי אנקוריון, כי "הכנסת ניהלה מאז ומתמיד מאבק למנות לעצמה יועץ משפטי משלה שיפעל ללא תלות ביועץ המשפטי לממשלה. מאבק זה לא הסתיים בהצלחה". עם זאת, הוסיף ואמר ח"כ אנקוריון:

כל סיעות הכנסת יכולות להעיד על מר מאיר שמגר שגם בידענו שהוא היועץ המשפטי לממשלה... ראינו בו יועץ אובייקטיבי, בלתי תלוי, הנותן את עצתו בצורה שקולה ומאוזנת שהכנסת יכולה לסמוך עליו... שמגר הצטיין בתכונות אישיות בולטות בתפקידו בממשלה; שיקול דעת, עצמאות במחשבה, אחריות ממלכתית גדולה וראיית התמונה כולה.
 (שם, בע' 273)

גוטמן מציין עוד כי גם בתקופת כהונתו של פרופ' ברק כיועץ המשפטי לממשלה התעורר הוויכוח מחדש על רקע חוות דעתו של פרופ' ברק כי החלטות הכנסת שאינן בגדר דברי חקיקה, אינן מחייבות את הממשלה, "וכל משקלן הוא בתחום הציבורי-פוליטי". חוות דעתו זו, כותב גוטמן,

עוררה מחדש מחלוקת ישנה: האם על הכנסת להסתמך על חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לממשלה או שמא ראוי לה לרשות המחוקקת שיהיה לה יועץ משפטי משלה בעל מעמד עצמאי ובלתי תלוי בממשלה? כל אימת שצצה בכנסת יוזמה למינוי יועץ משפטי מיהרו נציגי הממשלה "לדכא" אותה.
 (שם, בע' 282)

ניסיונות של חברי כנסת בודדים להגיש הצעות חוק פרטיות, שלפיה ימונה יועץ משפטי נפרד ועצמאי לכנסת לא צלחו בשל התנגדות הממשלה²¹⁶. מעניין לציין כי בויכוח זה בין הממשלה לבין הכנסת לא היתה עמדה אחידה בקרב אנשי האקדמיה. בנייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, אשר נכתב על ידי ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס נאמר:

חשוב לציין כי היועמ"ש הוא סמכות מחייבת לגבי זרועות הרשות המבצעת, הרשות המחוקקת, לעומת זאת, צריכה להיעזר בשירותי יועצה המשפטי שלה. **אין זה ראוי ורצוי כי היועץ המשפטי לכנסת יהיה כפוף ליועץ המשפטי לממשלה.**²¹⁷

פרופ' גביון במאמרה על היועץ המשפטי לממשלה²¹⁸ מאתרת מוקד מתח פוטנציאלי שהתפתח לאחרונה בין היועץ המשפטי לממשלה לבין

216 גוטמן, שם, מספר בספרו על הצעת חוק פרטית שהגיש ח"כ וירשובסקי במהלך כהונתה של הכנסת התשיעית, ועניינה "היועץ המשפטי לכנסת". לפי ההצעה, ימונה לכנסת יועץ נפרד ובלתי תלוי שמעמדו יהיה כשל היועץ המשפטי לממשלה. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר על ידי ח"כ וירשובסקי:

לא יתכן שלאורגן הריבוני במדינה, המפקח על פעולות הממשלה ומחוקק את חוקי המדינה, לא תהיה זרוע משפטית עצמאית למילוי משימותיה... ייתכנו בהחלט מקרים של ניגוד אינטרסים בעיקר בבעיה קונסטיטוציונית בין הממשלה ובין הכנסת, ובמקרים אלה על הכנסת לבסס את עמדתה על סמך חוות דעתו של משפטן בכיר העומד לרשותה של הכנסת בלבד ושאינו חב חובת נאמנות מקצועית ועניינית לגורם אחר כלשהו.

217 המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל, הערה 55, בע' 47 (ההדגשה לא במקור).

218 לעיל, הערה 76.

היועץ המשפטי לכנסת. מתח זה נובע, לדעתה של פרופ' גביון, מכמה סיבות:

1. האפשרות הנתונה כיום לתקוף בבית המשפט חקיקה ראשית של הכנסת, כאשר היועץ המשפטי לממשלה נדרש להגן על החוק מפני תקיפת חוקתיותו.
2. הרחבת הביקורת השיפוטית על הליכים קיימים בכנסת, והצורך בהגנה על ההליכים שהתקיימו בבית המחוקקים או באחת מוועדות הכנסת.
3. ריבוי העתירות נגד הכנסת, בשל אי הענותה לבקשת היועץ המשפטי לממשלה להסיר חסינותו של חבר כנסת.

מקרה אחד המדגים את פוטנציאל המחלוקת בין שני היועצים ניתן למצוא בעניין כהן²¹⁹, שם ניתנו חוות דעת סותרות של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועץ המשפטי לכנסת אודות היקפה של החסינות המהותית העומדת לכה"כ (כתוארו אז) בנימין נתניהו, בהקשר לחשיפת מסמך צבאי מסווג הנוגע למשא ומתן בערוץ הסורי. לדעתה של פרופ' גביון, מקרה זה הוא קל יחסית מאחר שהסמכות לפתוח בהליכים להסרת חסינות מחבר כנסת נתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה, ולכן פרשנותו של בעל הסמכות הסטוטורית היא המחייבת. חששה של פרופ' גביון הוא מאותם מקרים שבהם אין הגדרה סטוטורית לגבי בעל הסמכות, ואזי תישאל השאלה, חוות דעתו של מי עדיפה. גישתה של פרופ' גביון בעניין זה היא חד משמעית:

219 בג"ץ 5151/95 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 247.

אם אנו סבורים, כמוני, שתהיה סופיות פנים-
שלטונית, אסור לתת יד לפיצול סמכויותיו של
היועץ המשפטי, כראש המערכת המשפטית,
לתפקידים שווי מעמד.²²⁰

לשיטתה של פרופ' גביון, היה על היועץ המשפטי לכנסת להימנע
מהגשת חוות דעת סותרת. זאת ועוד, היה עליו להבהיר כי הסמכות
להכריע בעניין זה נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, גם אם ניתן לפרש את
החוק אחרת.

דיון נוסף וממצה בסוגייה זו נעשה על ידי ועדת שמגר בפרק הדין
ב"יועץ המשפטי לממשלה והכנסת". הוועדה מציינת כי:

עלתה השאלה אם עקרון הפרדת הרשויות
אינו נושא בחובו גם את החובה להפריד את
היועץ המשפטי לכנסת מן הפונקציות של
היועץ המשפטי. הטענה היא כי הפרדה בין
הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת
מחייבת כפועל יוצא ממנה, גם ניתוק בין היועץ
המשפטי לממשלה לבין היועץ המשפטי
השוטף לכנסת, וכי בעתיד אין להעניק עוד
מעמד כלשהו ליועץ המשפטי לממשלה לגבי
שאלות שהכנסת עוסקת או מועסקת בהן...²²¹

לגישת הוועדה, עקרון הפרדת הרשויות אינו מחייב את העמדה כי
לכל רשות יהיה יועץ משפטי, שהוא שווה במעמדו ליועץ המשפטי
לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה על שלל תפקידיו וסמכויותיו, אינו
שווה מעמד ליועץ משפטי של רשות אחרת, נכבדת ככל שתהיה.

220 גביון, לעיל, הערה 76, בע' 114.

221 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 50.

הוועדה מציינת כי גם בשיטות המשפט האחרות שנבדקו, אין מעמד היועץ המשפטי לרשויות האחרות "מושווה לזה של מי שמחזיק בתפקידים המשולבים של אחריות לאכיפת החוק, ייעוץ וייצוג"²²².

הוועדה אינה מתנגדת, כמובן, כי הכנסת תמנה לעצמה יועץ משפטי, אשר יעסוק בבעיות השוטפות וילווה את הפעילות בכנסת ובוועדותיה. עם זאת, אין הוועדה סבורה כי יש להכיר במעמדו של היועץ המשפטי לכנסת כשווה לזה של היועץ המשפטי לממשלה. לגישת הוועדה, יש לשמר את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של החוק כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת. כאשר מתעוררת בכנסת סוגייה המחייבת ייעוץ משפטי, אך טבעי הוא כי הפנייה הראשונה תהיה אל היועץ המשפטי של הכנסת. ואולם, אין בכך, לדעת הוועדה, לשלול מהיועץ המשפטי לממשלה את מעמדו כפרשן העיקרי והראשי של הדין כלפי כל רשויות השלטון, כולל הכנסת. גם בשאלת הייצוג המשפטי, אין סיבה כי הכנסת לא תוכל להשען על נסיונו ומומחיותו של היועץ המשפטי לממשלה ואנשיו. עם זאת, מכירה הוועדה באפשרות כי יוצרו ניגודי אינטרסים בין עמדת הכנסת לבין עמדת היועץ המשפטי לממשלה. ניגודים כאלה יכולים להיווצר כאשר הכנסת דוחה בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה להסיר חסינותו של חבר כנסת או כאשר מתעוררת בפני בית המשפט השאלה אם חקיקה מסוימת עולה בקנה אחד עם חוק יסוד. במקרה כזה, סבורה הוועדה כי היועץ המשפטי לממשלה אינו יכול לייצג את הכנסת זו:

**...בהתייעצות עם היועץ המשפטי ובהסכמתו,
תבחר בין ייצוגה על-ידי היועץ המשפטי**

222 שם, שם.

לכנסת, או על-ידי משפטן מן המגזר הציבורי
או הפרטי, לפי בחירתה.²²³

הוועדה מוסיפה וקובעת כי

בכל הנסיבות הרגילות שבהן אין מתעוררות
מחלוקות או ניגוד עניינים, יעיל וראוי כי ייצוג
הכנסת בבית המשפט יבוצע על-ידי היועץ
המשפטי או פרקליט מפרקליטות המדינה.²²⁴

יצוין, כי ועדת שמגר אינה מתייחסת לאפשרות כי היועץ המשפטי
לממשלה לא יאשר לכנסת ייצוג נפרד, חרף חילוקי הדעות שהתגלעו
בעניין זה או אחר, וקיימת אפשרות כי במקרה מעין זה עמדתה של הכנסת
לא תיוצג בבית המשפט.

על עמדתה זו של ועדת שמגר חולקים המלומדים א' בנדור וז' סגל,
המתארים שורה של נושאים בהם עשוי להתעורר ניגוד בין עמדתה של
הכנסת לבין עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. לדעתם, אין כל ביטחון
כי חילוקי דעות אלה יתעוררו אך במקרים חריגים, כסברתה של ועדת
שמגר. זאת ועוד, לגישת בנדור וסגל, יש להתייחס גם למקרים בהם קיים
ניגוד עניינים בין הכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה, גם אם אין מדובר
בחילוקי דעות. כך הדבר כאשר היועץ המשפטי לממשלה מבקש להסיר
חסינותו של חבר כנסת. במקרה מעין זה, היועץ הינו צד לדיון ואין לצפות
כי הוא ישמש גם כיועץ משפטי לכנסת בהליך זה. לגישתם, קו ההפרדה בין
הרשות המחוקקת לבין ראש הממשלה והרשות המבצעת הודגש בבירור

²²³ שם, בע' 75 (ההדגשה אינה במקור).

²²⁴ שם, שם.

יתר, עם קבלת עקרון הבחירה הישירה של ראש הממשלה בשנת 1996. מסקנתם של בנדור וסגל, שלא כדעתה של ועדת שמגר, היא

כי, מן הראוי למנות לכנסת יועץ משפטי נפרד ובלתי תלוי, שלא יהיה כפוף ליועץ המשפטי לממשלה, ושרק הוא ושלוהו יפקדו על ייעוץ לך ועל ייצוגה בפנית בית המשפט. מינוי כזה יוכל להבטיח בחינה ממשית של הצעות חוק ממשלתיות ועיון בנושאים משפטיים המתעוררים בפני הכנסת מזוויות ראייה שונות. הפקדת יועץ כזה וצוותו על ייצוג הכנסת בפני בג"ץ תמנע מצבים של ניגוד עניינים בין הרשויות.²²⁵

בחדש יולי 2000 הונח הנדבך המרכזי בדרך להסדרת מעמדו של היועץ המשפטי של הכנסת בחקיקה ראשית, עת פורסמה מטעם ועדת הכנסת הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 14) (היועץ המשפטי לכנסת), התש"ס2000-226. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי זו "באה להסדיר את מעמדו ואת סמכויותיו של היועץ המשפטי לכנסת, תפקיד אשר אינו מעוגן כיום בחיקוק כלשהו". מעיון בפרוטוקולים של ישיבות ועדת הכנסת,

225 בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 433. וראו גם עמדתו של עו"ד א' פכטר ברשימתו, "החמצה של הזדמנות היסטורית" הגלימה - בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין. הכותב מתייחס להמלצות ועדת שמגר ואומר בהקשר הנדון:

המצב הנוכחי, שלפיו היועץ המשפטי לממשלה, איש הזרוע המבצעת, הוא גם היועץ המחליט בענייני הזרוע המחוקקת, אינו תקין ונגוע בניגודי אינטרסים. הפתרון - מתן מעמד מקצועי עצמאי ליועץ המשפטי של הכנסת, מתוך ניתוק הזיקה ליועץ המשפטי לממשלה. גם הפיקוח על מעשיו והחלטותיו יהיה בידי בג"צ. מצב זה יבטיח את האווירה המקצועית, פוליטית וציבורית - וייתן עצמאות לכנסת וליועץ שלה.

226 לעיל, הערה 214.

אשר דנה בהצעת החוק בשלבי החקיקה, עולה כי היו חילוקי דעות לגבי סעיפי החוק השונים, לרבות תהליך בחירתו של היועץ המשפטי לכנסת, הרכב הוועדה הציבורית שמתפקידה לבחון את כשירותם של המועמדים לתפקיד, סמכויותיו של היועץ, משך הכהונה, ועוד. בסוגייה מרכזית אחת היתה תמימות דעים מלאה; כל חברי הכנסת היו מאוחדים בדעה כי יש צורך במינוי יועץ משפטי לכנסת שיהיה בעל יוקרה ומעמד עצמאי, ושאינו כפוף מקצועית או מינהלית ליועץ המשפטי לממשלה. חברי הכנסת ראו בחוק המוצע משום העלאת קרנה של הכנסת והדגשת מעמדה העצמאי אל מול הממשלה והזרוע המבצעת.

בסופו של דבר, לאחר תהליך חקיקה ארוך למדי, התקבל בתאריך 4 דצמבר 2000 בקריאה שנייה ושלישית תיקון מס' 10 לחוק הכנסת, שמהותו הוספת פרק ז': היועץ המשפטי לכנסת. חקיקתו של פרק זה מדגישה עוד יותר את עובדת חסרונו של חוק מקביל, המסדיר את מעמדו, תפקידיו ודרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, נקל להבחין בדמיון הרב בין המלצות ועדת שמגר לגבי כשירותו ודרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה, לבין הכללים שנקבעו בחוק לעניין מינוי היועץ המשפטי לכנסת.

סעיף 18 לחוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת) התשס"א 2000 - (להלן - החוק), קובע כי היועץ המשפטי לכנסת יתמנה על ידי יושב ראש הכנסת באישור ועדת הכנסת, מבין המועמדים עליהם המליצה הוועדה הציבורית. הרעיון להקמתה של ועדה ציבורית, אשר מתפקידה לבחון את כשירותם והתאמתם של המועמדים למשרת היועץ המשפטי לכנסת ולהמליץ על מועמד או מועמדים מתאימים לתפקיד, לקוח מדו"ח ועדת שמגר ונספחיו. לפי סעיף 20 לחוק תכלול הוועדה הציבורית

שבעה חברים (לעומת חמישה בועדה הבודקת את התאמתם של המועמדים למשרת היועץ המשפטי לממשלה). בין חבריה, שופט בית המשפט העליון בדימוס שימנה נשיא בית המשפט העליון ושיכהן כיו"ר הוועדה²²⁷; שלושה חברי כנסת שהם: יושב ראש ועדת הכנסת, יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ויושב ראש הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת; נציב שירות המדינה או נציגו²²⁸; ראש לשכת עורכי הדין או נציגו; חבר הסגל האקדמי המומחה בתחומי המשפט הציבורי שיבחר בידי הדיקנים למשפטים במוסדות להשכלה גבוהה. כשיר להגיש מועמדות לתפקיד היועץ המשפטי לכנסת מי שעונה על תנאי הכשירות לכהן כשופט בית המשפט העליון "ובלבד שבחמש השנים הקודמות להצגת מועמדותו, לא היה פעיל בחיים הפוליטיים ולא היה חבר במפלגה כלשהי" (סעיף 19 לחוק). הוועדה הציבורית תמליץ, מבין המועמדים שבאו, לפניה על שניים עד ארבעה מועמדים, כאשר ההחלטה להמליץ על מועמד לכהונה צריכה להתקבל ברוב של ארבעה חברים לפחות. תקופת הכהונה היא לחמש שנים, כאשר זו ניתנת להארכה לתקופות נוספות, על ידי יושב ראש הכנסת באישור ועדת הכנסת (סעיף 23 לחוק). כהונתו של היועץ המשפטי לכנסת פוקעת בתום תקופת הכהונה, בפטירתו או בהתפטרותו, בהעברתו מכהונתו ובהגיעו לגיל 65 (סעיף 26 לחוק). כזכור, נקבע לגבי היועץ המשפטי לממשלה כי יכהן תקופת כהונה אחת בת 6 שנים וכהונתו תפקע בהגיעו לגיל 70. העילות להעברת היועץ המשפטי לכנסת מכהונתו

227 בדיוני ועדת הכנסת היתה התנגדות של מספר חברי כנסת ובעיקר של ח"כ מאיר שטרית לכלול שופט בוועדה, ועל אחת כמה וכמה להציבו בראש הוועדה. לשיטת המתנגדים, יש להותיר את בחירת היועץ המשפטי לכנסת בידי חברי הכנסת עצמם ושלא להטיל זאת, חלקית, על חברים חיצוניים. בסופו של דבר לא התקבלה עמדה זו, וזאת, בין היתר, כדי שלא לסטות מהליך בחירתו של היועץ המשפטי לממשלה.

228 נציב שירות המדינה הוכנס בשלבים המאוחרים של תהליך החקיקה כשהמטרה היא, בין היתר, כי בוועדה הציבורית יהיה מספר אי זוגי של חברים.

דומות לאלו המופיעות בהודעת הממשלה לעניין היועץ המשפטי לממשלה. ההבדל העיקרי נעוץ בסמכותה של הממשלה להעביר יועץ משפטי מכהונתו עקב "חילוקי דעות מהותיים וממושכים". לגבי היועץ המשפטי לכנסת, לא היה מקום מסיבות מובנות לקבוע סעיף מעין זה, אך הכנסת הוסמכה להעביר היועץ מכהונתו בהחלטה של 61 חברים לפחות, לאחר קבלת הצעה של ועדת הכנסת, שהתקבלה ברוב חבריה.

סעיף 28 לחוק עוסק בסמכותו של יושב ראש הכנסת להשעות את היועץ המשפטי מתפקידו.

חלק מרכזי בחוק, שאינו נוגע לשאלת הכשירות ודרכי המינוי של היועץ המשפטי לכנסת, עניינו בהגדרת תפקידיו ומעמדו של היועץ. סעיף 17 לחוק קובע את תחומי הייעוץ המשפטי לכנסת עצמה, למוסדותיה, ליושב ראש הכנסת ולנושאי התפקידים האחרים בכנסת. כמו כן, נקבע כי היועץ המשפטי לכנסת "ייעץ לחברי הכנסת בכל עניין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה" (סעיף 17(ב)(3) לחוק).

הסממן הבולט ביותר לעצמאותו של היועץ המשפטי לכנסת נעוץ בסמכות שהוקנתה לו לייצג את הכנסת בערכאות, כולל בית המשפט העליון הדן בעתירות נגד הכנסת ומוסדותיה. היועץ רשאי לבקש מפרקליטות המדינה כי זו תייצג את הכנסת בהליכים מסוימים, וזאת בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. כמו כן, רשאי הוא לייפות כוחו של עורך דין אחר לייצג את הכנסת. במהלך דיוני ועדת הכנסת התעוררה השאלה מה יהיה הדין כאשר חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת נדחית על ידי יושב ראש הכנסת או על ידי גורם אחר בכנסת. למשל, כאשר היועץ המשפטי לכנסת סבור כי חוק מסוים הינו בלתי חוקתי, הגם שהתקבל ברוב הדרוש בכנסת. תשובת היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד צבי

ענבר, היתה כי במקרה מעין זה תיוצג הכנסת בידי עורך דין אחר ועמדתה תובא בפני בית המשפט.

שאלה חשובה אחרת, שלא זכתה למענה מפורש בחוק, נוגעת למעמד חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת לעומת זו של היועץ המשפטי לממשלה. באחת הגרסאות הקודמות של הצעת החוק, נאמר כי: "רואים את חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת בשאלה משפטית כמשקפת מבחינת הכנסת את המצב המשפטי הקיים". סעיף זה, אשר עורר ויכוחים רבים גם עם נציגי משרד המשפטים, הושמט בסופו של דבר מההצעה שהובאה בפני מליאת הכנסת. לכאורה, ניתן לראות בהשמטת הסעיף משום הוכחה כי חוות דעת היועץ המשפטי היא הקובעת את המצב המשפטי הקיים כלפי כלל רשויות השלטון - כולל הכנסת. ואולם, ניתן להסיק מרוח החוק וכן ממעמדו של היועץ המשפטי לכנסת כמייצג הכנסת בערכאות, כי פרשנותו את הדין קובעת את המצב המשפטי כלפי הכנסת פנימה. לעומת זאת, פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה ואת כל גורמי הרשות המבצעת. בסופו של דבר, ההכרעה הסופית נתונה בידי בית המשפט.

סעיף חשוב אחר שזכה להתנגדות גורמי משרד המשפטים, הוא סעיף

17(ג):

ראה היועץ המשפטי לכנסת, כי הליך שלפני בית משפט כרוך בשאלה משפטית הנוגעת לכנסת או משפיע עליה, רשאי הוא, באישור בית המשפט, להתייצב באותו הליך ולהשמיע את דברו.

סמכות זו של היועץ המשפטי לכנסת מקבילה לזו של היועץ המשפטי לממשלה לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה), ולפיה רשאי היועץ המשפטי להצטרף לכל הליך במטרה לשמור ולייצג את האינטרס הציבורי. סעיף זה מאפשר ליועץ המשפטי של הכנסת להצטרף לכל הליך, גם אם הכנסת עצמה ומוסדותיה אינם צד להתדיינות. לגישתם של חברי הכנסת, יש בסעיף זה כדי להעיד, יותר מכל, על מעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לכנסת ועל היותו שווה כוחות ומעמד עם היועץ המשפטי לממשלה.

אין ספק כי מדובר בהתפתחות חקיקתית חשובה ביותר שיש בה כדי לתרום להפרדת הרשויות במדינה ולחזוקה של הרשות המחוקקת. שלא כועדת שמגר, סבורני כי אין זה ראוי שהרשות המבצעת והרשות המחוקקת ייוצגו על ידי יועץ משפטי אחד, גם אם ניתן למצוא פתרונות פרקטיים לחילוקי דעות וניגודי אינטרסים אפשריים. ההסדר המוצע בחוק, מקנה מעמד ראוי ליועץ המשפטי לכנסת ועקרון אי-תלותו ביועץ המשפטי לממשלה נראה בעיני כנכון ומוצדק.

עם זאת, נראה כי גם כיום, לאחר הכנסת התיקון לחוק לתוקפו, נשמרת עליונו של היועץ המשפטי לממשלה כראשון בין שווים. מבחינה זו אין זהות או שוויון מלא במעמד, וזאת בשים לב להיקף סמכויותיו ותפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שפורט לעיל, ותוקף פרשנותו את הדין כלפי כלל הרשויות, למעט הכנסת. נראה, אפוא, כי הגריעה הממשית בכוחו ובמעמדו של היועץ המשפטי לממשלה אינה רבה. בהקשר זה, יש לזכור את תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו בהליכי החקיקה, בין אם מדובר בהצעות חוק ממשלתיות ובין אם בהצעות חוק פרטיות.

סיכומו של דבר, מדובר, לטעמי, בתהליך חשוב ומוצדק שאין בו כדי לגרוע, באורח ממשי, ממעמדו הבלתי מעורער וממגוון תפקידיו וסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה.

ה. הפרקליט הצבאי הראשי - מעמדו, סמכויותיו ותפקידיו במסגרת הצבאית

1. הקדמה

בפרק הקודם סקרנו את מגוון סמכויותיו ותפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה וראינו עד כמה רבה חשיבותו של המוסד לביצור שלטון החוק במדינת ישראל. חרף מעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה ותפקידו המרכזי, לא רוכזו כאמור סמכויותיו בדבר חקיקה אחד, ובולט בהעדרו חוק המגדיר את כשירותו, דרכי מינויו ופיטוריו של היועץ המשפטי לממשלה. זאת ועוד, תחום הייעוץ המשפטי לממשלה בפרט ולרשות המבצעת בכלל, אינו מוסדר בחוק והוא נובע מעצם הגדרת התפקיד ומהנהוג הקונסטיטוציוני. לעומת זאת, יונק הפרקליט הצבאי הראשי את סמכויותיו מדבר חקיקה מרכזי אחד, החש"ץ, ותפקידיו הוגדרו בחוק זה באורח ממצה וכולל. כמו כן, נקבעו בחש"ץ תנאי הכשירות המינימליים לתפקיד הפצ"ר, והוגדרו דרכי מינויו²²⁹.

הפרקליט הצבאי הראשי פועל במסגרת צבאית היררכית והוא כפוף פיקודית לרמטכ"ל, ובה בשעה עליו להפעיל את סמכויותיו המשפטיות

229 בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה, הנזכר בלא פחות מ-227 חיקוקים, מופיע הפרקליט הצבאי הראשי, לבד מחוק השיפוט הצבאי, בשלושה חוקים נוספים: חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (סעיף 9, הדין בהרכב המועצה הארצית של הלשכה); חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 (סעיף 22 העוסק ב"שימוש כדין בהאזנת סתר שלא כדין"); חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (הסעיף הדין בחולה שנעצר לפי חוק השיפוט הצבאי).

ולמלא את תפקידיו על-פי דין, באורח עצמאי ובהתאם לשיקול דעתו המקצועי. מציאות זו יש בה כדי לבטא את הבעייתיות הרבה המלווה את הפצ"ר, בהפעילו את סמכויותיו, ובעיקר אמורים הדברים בתחומי החקירה וההעמדה לדין²³⁰. הניסיון מלמד כי רבות מהחלטותיו של הפרקליט הצבאי הראשי נתקלות בביקורת, פעם מצד זה ופעם מצד אחר, ובמקרים לא מעטים נדרשת פסיקתו של בית המשפט העליון בדונו בעתירות נגד החלטתו או חוות דעת של הפרקליט הצבאי הראשי. אין ספק כי מדובר באחד התפקידים הקשים והמורכבים ביותר במערכת המשפטית והציבורית בישראל, ובה בשעה עסקינן בתפקיד מרתק, מלא אתגרים ורב חשיבות.

בפרק זה לא אעסוק, מפאת קוצר היריעה, בהתפתחות ההיסטורית של מוסד הפרקליט הצבאי הראשי בפרט ושל הפרקליטות הצבאית בכלל, מאז קום המדינה²³¹. כמו כן, לא אדון בשאלה העקרונית ורבת הצדדים הנוגעת לעצם ההצדקה לקיומה של מערכת משפטית ושיפוטית עצמאית

230 תא"ל א' סטרשנוב, אשר שימש כפרקליט צבאי ראשי בין השנים 1986-1991, מביא בספרו, צדק תחת אש (1994), את דברי היועץ המשפטי לממשלה דאז, פרופ' יצחק זמיר, בהרצאה שנשא בטקס סיום השתלמות שנערכה לקציני הפרקליטות הצבאית בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א. סטרשנוב מציין בע' 21 כי

לדעת הפרופ' זמיר, היותו של הפצ"ר נתון במסגרת ההייררכית הצבאית וכפוף למרות מפקדיו, מעמיד קשיים מרובים בפניו בדרך הפעלת סמכויותיו ושיקול-דעתו ופוגע במעמדו העצמאי, בעיקר בתחום הרגיש של העמדה לדין של קצינים וחיללים.
הפרופ' זמיר גורס כי "ככל שתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה הוא תפקיד מורכב וקשה, התפקיד של הפרקליט הצבאי הראשי הוא קשה עוד יותר, משום שהוא בתוך מערכת הייררכית וכפוף להוראות".

231 לתיאור היסטורי של התפתחות מוסד הפרקליט הצבאי הראשי ראו צ' ענבר "הפרקליט הצבאי הראשי - מעמדו וסמכויותיו" הפרקליט (גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין, תשמ"ז) 108, 109-112.

בתוככי המסגרת הצבאית. סוגייה זו, שהמחלוקת סביבה ימיה כימי קיומה של מסגרת צבאית במתכונתה המוכרת, חורגת מתחומי דיוננו²³².

עם זאת, אציין כי לטעמי יש עדיין מקום, במציאות השוררת במדינת ישראל, לשמירת המתכונת הקיימת בה פועלת הפרקליטות הצבאית במסגרת צה"ל, ולצידה מערכת שפיטה עצמאית שבראשה נשיא בית הדין הצבאי לערעורים²³³.

בפרק זה אדון בתפקידיו וסמכויותיו של הפצ"ר ומעמדו כלפי שר הבטחון, הרמטכ"ל והיועץ המשפטי לממשלה. כמו כן, תוצג סוגיית מקומה של הסנגוריה הצבאית במסגרת הפרקליטות ולבסוף תבחן שאלת התערבותו של הבג"ץ בשיקול דעתו של הפצ"ר, בהשוואה לכללי ההתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

2. מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי וסמכויותיו

הפרקליט הצבאי הראשי מתמנה על ידי שר הבטחון בהמלצת הרמטכ"ל²³⁴. מתכונת זו הקבועה בחוק, שונה מדרך מינויים של קצינים בכירים אחרים בצה"ל²³⁵. קצינים אלה, לרבות אלופי המטה הכללי, מתמנים על ידי הרמטכ"ל באישור שר הבטחון. דרך מינוי זו אינה מעוגנת

232 לדיון מעמיק בעניין זה ראו ע' מודריק שפיטה צבאית (תשנ"ג), בעיקר בפרק השני, וכן ע' מודריק "אחריות מפקדים - היבט דיוני" פלילים ט (תשס"א) 285, 293-295.

233 ראו לעניין זה דיון שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה בחודש אוקטובר 1999 ועיקריו פורסמו ב"יובל למשפט הצבאי" משפט וצבא 14 (התש"ס) 11.

234 סעיף 177 לחש"ץ.

235 קצינים נוספים המתמנים על ידי שר הבטחון הם הצנזור הראשי, ראש הג"א ומפקד גלי צה"ל. ואולם ראוי לציין כי גורמים אלה אינם חייבים להיות אנשי צבא, ובי"כובעם הצבאי נוקקים הם גם למינוי מאת הרמטכ"ל. מיותר לציין כי גם מינוי נשיא בית הדין הצבאי לערעורים ויתר שופטי בתי הדין הצבאיים נעשה אף הוא במתכונת שונה (ראו סעיפים 185-188 לחש"ץ).

בהוראת חוק אלא בפקודות הצבא. על הטעמים לדרך מינוי ייחודית זו עמד הפצ"ר לשעבר אמנון סטרשנוב:

דומני, כי למינויו של הפצ"ר על-ידי שר הבטחון שני היבטים עקרוניים: האחד, מאחר שלפצ"ר סמכויות עצמאיות אותן הוא מפעיל, על פי שיקול-דעתו המקצועי, מבלי שהוא נתון למרות מפקדיו, רצה המחוקק לבסס את מעמדו העצמאי בצבא על-ידי קביעת מינויו מחוץ להייררכיה הצבאית, דהיינו, על-ידי שר הבטחון עצמו. ההיבט השני - לפצ"ר סמכויות רבות ומגוונות, שהן בעלות השלכה אף מעבר לתחום הפעילות הצבאית גרידא, ובהן הוא קשור למערכת השלטונית והמשפטית האזרחית.

ייתכן שמגמת מינויו של הפצ"ר בדרך זו, היתה חיזוק מעמדו גם מחוץ לצבא, על-ידי הכפפתו לדרג האזרחי-מדיני.²³⁶

אין בחש"ץ הוראה הנוגעת לדרך העברתו של הפצ"ר מתפקידו או לפיטוריו, אך מובן כי הדבר יכול להעשות אך ורק על ידי שר הבטחון ובהמלצת הרמטכ"ל, כדרך שנקבעה למינוי.

סמכויותיו של הפצ"ר פוזרות בחש"ץ ובפקודות הצבא. ההוראה המרכזית המגדירה את סמכויות הפצ"ר מצויה בסעיף 178 לחש"ץ, הקובע לאמור:

הפרקליט הצבאי הראשי -
(1) הוא יועצו של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא בכל עניני חוק ומשפט;

236 סטרשנוב, לעיל, הערה 230, בע' 17.

- (2) מפקח על השלטת המשפט בצבא, למעט פיקוח על בתי הדין הצבאיים והנהלתם;
 - (3) מפקח פיקוח משפטי על הדין המשמעתי;
 - (4) ראשי לצוות על עריכת חקירה מוקדמת בכל מקרה שלדעתו נעברה עבירה שבית דין צבאי מוסמך לדון בה;
 - (5) ימלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין ולפי פקודות הצבא;
- בכל אלה ייעזר בפרקליטים הצבאיים, בתובע הצבאי הראשי, בסניגור הצבאי הראשי ובשאר הקצינים בעלי הכשרה משפטית.

בהתאם להוראה זו, הפרקליט הצבאי הראשי הוא היועץ המשפטי של הרמטכ"ל ושל יתר זרועות הצבא, ואין חולק כי חוות דעתו קובעת את המצב המשפטי כלפי המערכת הצבאית פנימה. כך נקבע מפורשות בהוראת הפיקוד העליון (הפ"ע) 2.0613 שעניינה "הפרקליטות הצבאית": "חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי קובעת, לגבי צה"ל ורשויותיו, את המצב המשפטי הקיים".

זה המקום להזכיר גם את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 1 בנובמבר 1985 שכותרתה "המעמד המשפטי של הפרקליט הצבאי הראשי במסגרת הצבא, לפי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955-237".

בסעיף 1 להנחייה נאמר:

הפרקליט הצבאי הראשי מתמנה, על פי החוק על-ידי שר הבטחון על-פי המלצת הרמטכ"ל... דרך המינוי המיוחדת של הפרקליט הצבאי הראשי, שהיא שונה מדרך המינוי של קציני

237 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.869 א (1.11.1985). ההנחיה בוטלה ביום 26.3.2002.

צבא אחרים, מצביעה גם על המעמד שלו
במסגרת הצבא.

ובהמשך, בסעיף 2:

הפרקליט הצבאי הראשי הינו היועץ המשפטי
היחיד במערכת הממשל בישראל שהחוק
מגדיר את תפקידיו וסמכויותיו באופן כולל,
יחודיות זו יש בה כדי ללמד שהפרקליט הצבאי
הראשי, אף שהוא נתון בדרך כלל למרות
צבאית, יש לו בו זמון מחוייבות נפרדת למילוי
תפקידיו, כפי שנקבעו בחוק, באופן עצמאי. כך,
לדוגמא, החוק מחייב את הפרקליט הצבאי
הראשי לפקח על השלטת המשפט בצבא, ואין
חובה זאת יכולה להתבטל או להצטמצם מכוח
פקודה צבאית.

ובסעיף 4 נקבע:

חוות דעת של הפרקליט הצבאי הראשי קובעת,
מבחינתם של כל אנשי הצבא, את המצב
המשפטי הקיים. השווה לעניין זה את הנחיית
היועץ המשפטי לממשלה מס' 21.869... בה
נאמר כי חוות דעת של היועץ המשפטי למשרד
ממשלתי בשאלה משפטית קובעת, מבחינתם
של כל עובדי המשרד, את המצב המשפטי
הקיים.

אף כאן, יש להבחין בין חוות דעת המגדירה את המצב המשפטי
ואינה מותירה שיקול דעת לגבי דרכי הפעולה האפשריות, לבין חוות דעת
המותירה חופש פעולה בידי הדרג הפיקודי לבחור בין מספר אלטרנטיבות.

עוד יצויין, כי לפרקליט הצבאי הראשי בלעדיות מלאה בתחום הייעוץ המשפטי לרמטכ"ל וליתר גורמי הצבא, ואין בידיהם להזקק לייעוץ משפטי או לייצוג מטעם כל גורם אחר - גם אם חולקים הם על חוות דעתו של הפצ"ר.

תפקידו של הפצ"ר כ"מפקח על השלטת המשפט בצבא" כולל בחובו את התחומים בהם פועל הפצ"ר לביצור שלטון החוק ועליונות המשפט בתוככי המסגרת הצבאית. על הפצ"ר להבטיח, באמצעות משפטני הפרקליטות בסדיר ובמילואים, כי צה"ל על כל שלוחותיו יפעל להשגת יעדיו והגשמת מטרותיו, במסגרת החוק ומתוך כיבוד הנורמות והערכים היאים למערכת צבאית הפועלת במשטר דמוקרטי. אחריותו של הפצ"ר בהקשר זה באה לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בהדרכה ובהטמעה של ערכי החוק והמשפט בקרב שדרת הפיקוד של צה"ל²³⁸. מקום בו נכשלו אמצעי הפיקוח וההדרכה, באה לידי ביטוי אחריותו הכוללת של הפצ"ר להנעת הזרוע השיפוטית בצה"ל, לשם העמדתם לדין של חיילים-עבריינים. בהמשך, נעמוד על זיקתו של הפצ"ר למערכת התביעה הצבאית ומידת אחריותו לסנגוריה הצבאית.

אחד מתפקידיו החשובים של הפצ"ר הוא הפיקוח המשפטי על הדין המשמעתי. הדין המשמעתי הוא כלי בידי המפקד להשלטת המשמעת והסדר הטוב ביחידתו. לקצין השיפוט סמכויות עונשיות נכבדות²³⁹, אותן

238 למטרה זו הוקם במסגרת הפרקליטות הצבאית בית הספר למשפט צבאי, אשר פתח את שעריו בקיץ 1996. בית הספר מופקד על הכשרת משפטני הפרקליטות הצבאית בתחומי המשפט הצבאי, אך בה בעת עוסק ב"הטמעת עקרונות שלטון החוק והמשפט בקרב מפקדי צה"ל" (מתוך דו"ח הפרקליטות הצבאית לשנת 2000 (2001) 136).

239 בנסיבות מסויימות, רשאי קצין שיפוט להטיל עונשי מחבוש המצטברים לכדי 70 ימים (ראו: סעיפים 162 א' ו-157 (ז) לחש"ן).

ניתן להפעיל שלא במסגרת הליך משפטי במובנו המקובל²⁴⁰. הפיקוח על הדין המשמעתי מוצא את ביטויו בהדרכה וחינוך קציני השיפוט, וכן בסמכות הנתונה בידי הפצ"ר לביטול או תיקון פסקים פגומים שניתנו במסגרת הדין המשמעתי.

סעיף 178(5) לחש"ץ מורה כי הפצ"ר "ימלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין ולפי פקודות הצבא". בפקודות הצבא ניתן למצוא תחומי פעולה לא מעטים שהופקדו בידי הפצ"ר²⁴¹, ובמספר חיקוקים, פרט לחש"ץ, אוזכר הפצ"ר כמי שמחזיק בסמכויות מסוימות²⁴².

נסקור בקצרה את סמכויותיו העיקריות של הפצ"ר לפי החש"ץ:

א. מינוי בעלי תפקידים משפטיים - המינוי עצמו נתון בידי הרמטכ"ל, אך זאת בהמלצת הפרקליט הצבאי הראשי²⁴³.

העובדה כי המינוי נעשה בידי הדרג הפיקודי העליון, מדגישה את היותם של משפטני הפרקליטות חלק מהמסגרת הצבאית, אך בה בשעה, מותנה המינוי בהמלצת הפצ"ר ובלעדיה אין ניתן לבצעו. יתר על כן, הפ"ע 2.0613 מסדירה את שאלת כפיפותו של הפצ"ר ושל יתר בעלי התפקידים בפרקליטות וקובעת את עקרון עצמאותם המקצועית

240 למהותו של הדין המשמעתי בצה"ל ראו, למשל, בג"ץ 243/80 מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה(1) 67; וכן בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239.

241 לדוגמא, הפ"ע 3.0501 קובעת את סמכותו של הפצ"ר ליתן חוות דעת המתייחסת לשאלה אם התנהגותו של משרת קבע מצדיקה הבאתו בפני הוועדה להתרת התחייבות לשירות קבע ביוזמת הצבא. כמו כן, הפ"ע 3.0226 קובעת כי יועבר לבחינתו של הפצ"ר עותק מכתב הדחה מתפקיד של קצין בדרגת סא"ל.

242 ראו לעיל, הערה 229.

243 התפקידים הם סגן הפצ"ר (סעיף 177(ב) לחש"ץ), פרקליטים צבאיים (סעיף 177(ג) לחש"ץ), תובע צבאי ראשי ותובעים צבאיים (סעיף 181(א) לחש"ץ), וסגור צבאי ראשי וסגורים צבאיים (סעיף 182 לחש"ץ).

וחוסר זיקתם הפיקודית (פרט לפצ"ר הכפוף פיקודית לרמטכ"ל), לדרג הפיקודי בצה"ל²⁴⁴.

ב. במסגרת הפיקוח על הדין המשמעתי בצה"ל מוסמך הפצ"ר לבטל פסק שניתן בדין משמעתי "אם נוכח שהמעשה או המחדל, שהנאשם הורשע בו, אינו עבירה"²⁴⁵. כמו כן, מוסמך הפצ"ר לבטל פסק "אם הדין המשמעתי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדין שנקבעו בחוק זה או בהוראה על פיו"²⁴⁶. הפצ"ר וכן פרקליט צבאי, רשאים לבטל פסק שניתן בדין משמעתי אם לדעתם קצין השיפוט לא היה מוסמך לדון בעבירה או לא היה מוסמך לדון את הנאשם²⁴⁷. סמכות הפצ"ר לתקן פסקים שניתנו בדין משמעתי או להמיר עונשים בלתי חוקיים קבועה בסעיף 168(ד) לחש"ץ.

244 סעיף 9 א.א. להפ"ע 2.0613 קובע לגבי כפיפותו של הפצ"ר:

הפצ"ר כפוף פיקודית לרמטכ"ל, נמנה עם המטה המקצועי במטכ"ל, ובעניינים המקצועיים אין עליו אלא מרותו של החוק.

לגבי הפרקליטים הצבאיים נקבע בסעיף 10:

הפרקליטים הצבאיים אינם כפופים לראש המחוז השיפוטי, אלא לפצ"ר.

כל יתר בעלי התפקידים בפרקליטות הצבאית כפופים אף הם לפרקליט הצבאי הראשי, ולא לדרג הפיקודי.

245 סעיף 168(א) לחש"ץ.

246 סעיף 168(ב) לחש"ץ. סעיף זה מקנה שיקול דעת לפצ"ר, ורבים מהוויכוחים עם הדרג הפיקודי נבעו בשל ביטול פסקים שניתנו בדין משמעתי ועל רקע עמדת הפצ"ר כי הפסק ניתן תוך פגיעה בסדרי הדין או בכללי הצדק הטבעי.

247 סעיף 168(ג) לחש"ץ.

- ג. הפצ"ר הוא שמסמיק, דרך כלל או למקרה מסויים את אנשי מצ"ח (משטרה צבאית חוקרת) לערוך בדיקה²⁴⁸.
- ד. הפצ"ר רשאי לצוות על חקירה מוקדמת בכל מקרה בו נעברה, לדעתו, עבירה שבית דין מוסמך לדון בה²⁴⁹.
- ה. הפצ"ר מוסמך להחליט על מינוי שופט לחקור בסיבת מותו של חייל אם "יש יסוד לחשש שסיבת מותו אינה טבעית או שמותו נגרם בעבירה, וכן אם מת חייל בהיותו נתון במעצר, במחבוס או במאסר או בהיותו מאושפז בבית חולים לחולי נפש"²⁵⁰.
- ו. הפצ"ר מוסמך להורות על פתיחת חקירה בעקבות קבלת תלונה על ביצוע עבירה²⁵¹. עם קבלת התלונה יכול הפצ"ר להורות על עריכת חקירה מוקדמת או להורות על בדיקה באמצעות קצין בודק. סמכותו זו של הפרקליט הצבאי הראשי להורות על בדיקה (או על חקירת מצ"ח) הינה סמכות מקבילה לזו של הפרקליטים הפיקודיים או החיילים, במחוזותיהם השיפוטיים.

248 סעיף 252(א)(3) לחש"ץ. המונח "בדיקה" המופיע בחש"ץ הינו שווה ערך ל"חקירה" והוא נגזר מהעובדה כי את החקירה בתוך המסגרת הצבאית עורך "קצין בודק".

249 סעיף 178(4) לחש"ץ. נושא החקירה המוקדמת מוסדר בחלק ה' לחש"ץ, פרק ראשון, סימן ג' (סעיפים 283-298). בפועל נעשה שימוש מועט ביותר באמצעי "החקירה המוקדמת" והועדפו אמצעי חקירה אחרים. בין סעיפי החקירה המוקדמת נכלל גם סעיף 293 שעניינו גביית עדות מוקדמת על-ידי שופט-חוקר, מקום בו לא תהיה אפשרות לגבות את העדות בזמן המשפט. ההחלטה על מינוי שופט חוקר לעניין זה נתונה בידי הפרקליט הצבאי הראשי.

250 סעיף 298(א) לחש"ץ. הנושא כולו מוסדר בחלק ה' לחש"ץ, פרק ראשון, סימן ד' (סעיפים 298א-298יא). ראו גם: בג"ץ 380/76 וישניץ נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לא(1) 733. סעיף 298יא לחש"ץ מקנה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות לצוות כי החקירה תיערך בפני חוקר סיבות מוות אזרחי, אם סבר כי "המוות אירע שלא במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנפטר לצבא". לסעיף זה עוד נשוב בהמשך.

251 סעיף 282 לחש"ץ. ככלל, מדובר בתלונה הנוגעת לעניין שהוא בסמכותו של בית הדין המיוחד (סעיף 279 לחש"ץ) וכן בעניינים אחרים בעלי רגישות ציבורית וצבאית מיוחדת, לפי שיקול דעתו של הפצ"ר.

לפי סעיף 280 לחש"ץ, מוסמך הפצ"ר גם לבטל את התלונה, או להורות כי זו תובא לדין משמעתי וכן להורות את התובע הצבאי להגיש כתב אישום על סמך תלונה, גם ללא עריכת בדיקה.

ז. הסמכות העיקרית הנתונה לפצ"ר בתחום דיני העונשין, מוצאת את ביטוייה בסעיף 282א לחש"ץ לפיו, רשאי הפצ"ר (וכן פרקליט צבאי במחוז) להורות לתובע צבאי להגיש כתב אישום לבית דין צבאי, על יסוד חומר הבדיקה. "חומר הבדיקה" לעניין זה כולל "חומר חקירה שנתקבל על ידי אדם המוסמך לערכה לפי חוק זה, או לפי כל דין אחר"²⁵².

סעיף 299 לחש"ץ מסמיך את הפצ"ר להורות על הגשת כתב אישום לבית דין צבאי על סמך חומר חקירה שהתקבל מאת שופט-חוקר שערך חקירה מוקדמת.

ניתנה הוראה לתובע צבאי להגיש כתב אישום לבית דין צבאי, יורה הפצ"ר או פרקליט צבאי לפי העניין "על איזו עבירה או עבירות, שיש להן לדעתו בסיס בתלונה או בחומר הבדיקה או החקירה, יובא הנאשם לדין, בין שהשופט-חוקר המליץ כך ובין שלא המליץ כך"²⁵³.

ח. במקביל לסמכותו של הפצ"ר להורות על הגשת כתב אישום, מוסמך הפצ"ר לבטל כתב אישום שהוגש לבית דין צבאי "כל עוד לא הוכרע

252 סעיף 282א(ג) לחש"ץ. בהסתמך על סעיף זה ניתן להגיש כתב אישום נגד חייל, בעקבות חקירה של משטרת ישראל, שלטונות המכס, הרשות לניירות ערך ועוד.

253 סעיף 300 לחש"ץ.

הדין". סמכות מקבילה לביטול כתב אישום נתונה גם לראש המחוז השיפוטי, אך זאת בהסכמת פרקליט צבאי²⁵⁴.

ט. כל גזר דין חלוט של בית דין צבאי טעון אישור מטעם הרשות המאשרת. הרשות המאשרת לגבי גזר דין המטיל עונש מוות היא שר הבטחון. לגבי גזר דין של בית הדין הצבאי לערעורים ושל בית הדין המיוחד הרשות המאשרת היא הרמטכ"ל²⁵⁵. לפי סעיף 443 (א) לחש"ץ, שר הבטחון והרמטכ"ל חייבים לעיין בחוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי טרם החלטתם אם לאשר את גזר הדין או להקל בעונש.

י. הליכי חקירה פלילית נגד שופט צבאי-משפטי לא יפתחו אלא בהוראת הפרקליט הצבאי הראשי וכן הדבר לגבי הגשת כתב אישום²⁵⁶.

יא. סמכות מעניינת, גם אם הפעלתה עשויה להיות נדירה ביותר, ניתנה לפצ"ר בסעיף 423 לחש"ץ, לפיו, מקום בו הוטל עונש מוות על ידי בית דין צבאי של ערכאה ראשונה ולא הוגש ערעור מטעם הנאשם, יורה

254 סעיף 308 (א) לחש"ץ. וראו גם עניין עטייה, לעיל, הערה 1 וכן בג"ץ 2702/97 פלונים נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נג(4) 97 בעיקר לגבי סמכותו של ראש המחוז השיפוטי ושיקוליו של הפרקליט הצבאי, שהסכמתו נדרשת לביטול כתב האישום בידי ראש המחוז השיפוטי.

255 סעיף 441 (ג) לחש"ץ.

256 סעיף 172 לחש"ץ. סעיף זה מקביל לסעיף 12 (א) לחוק יסוד: השפיטה, לפיו "לא תפתח חקירה פלילית נגד שופט אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ולא יוגש כתב אישום נגד שופט אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה". יושם אל לב כי לגבי שופט צבאי-משפטי ניתן לפתוח בחקירה בהוראת הפצ"ר, ואילו לגבי שופט במערכת האזרחית נדרשת רק הסכמת היועץ המשפטי לממשלה. עוד ראוי לציין כי כאשר נחשד שופט צבאי-משפטי בעבירה שאינה צבאית, והיועץ המשפטי לממשלה סבור כי זו לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של השופט לצבא, יחולו הוראות סעיף 12 לחוק יסוד: השפיטה גם על השופט הצבאי-המשפטי, בשינויים המחוייבים (סעיף 192 (ד) לחש"ץ).

הפרקליט הצבאי הראשי לסנגור צבאי להגיש כתב ערעור, ורואים ערעור זה כאילו הוגש מטעמו של הנאשם²⁵⁷.

את מגוון תפקידיו עושה הפצ"ר באמצעות קציני הפרקליטות הצבאית בסדיר ובמילואים, הן אלה המשרתים במטה והן אלה המוצבים בחוליות הפרקליטות, בתחומי הקו הירוק ובשטחי איו"ש ואזח"ע.

במטה הפרקליט הצבאי הראשי מכהנים בכפיות לפצ"ר בעלי התפקידים הבאים:

א. **סגן הפרקליט הצבאי הראשי** - משמש כממלא מקומו של הפצ"ר וכמי שהואצלו לו חלק מסמכויותיו, כמפורט בסעיף 178א לחש"ץ. סגן הפצ"ר משמש כראש המטה והוא מתאם ומכוון את פעילות מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי.

ב. **התובע הצבאי הראשי** - ממונה מקצועית על התביעה בבתי הדין הצבאיים הפועלים לפי החש"ץ ובבתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע. התצ"ר הינו המנחה המקצועי של גורמי החקירה הצבאיים ובראשם מצ"ח, ומייעץ לגורמי הצבא בנושאי חוק ומשפט צבאי ופלילי. התובע הצבאי הראשי ואנשיו מופיעים בערעורים בבית הדין הצבאי לערעורים ובבית המשפט העליון (בבקשות רשות ערעור

²⁵⁷ לפצ"ר סמכויות נוספות בתחומים שונים, כגון הסמכות להורות על הרכבת מותב של חמישה שופטים בבית הדין לערעורים (סעיף 215(ד) לחש"ץ), ושל שלושה שופטים בערעור על פסק דין של בית דין צבאי לתעבורה (סעיף 215ב(2) לחש"ץ). כמו כן הפצ"ר הוא חבר הוועדה "לאישור עורכי דין שיהיו רשאים לשמש סניגורים בבתי דין צבאיים" (סעיף 317 לחש"ץ), ומשמש מכוח תפקידו כחבר המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (סעיף 9 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961). לפצ"ר נתונה הסמכות להביא אסירים שנשפטו בבתי דין צבאיים, בפני הוועדה לעיון בעונש המקבילה לוועדת השחרורים האזרחית (סעיף 512 לחש"ץ). לבסוף, נזכיר את סמכותו של הפצ"ר לבטל פקודת מעצר של קצין שיפוט, מקום בו הובא דבר מעצרו של חייל לאישורו (סעיף 239 לחש"ץ).

ובערעורים על פסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים). התצ"ר גם מטפל בתיקי חקירה רגישים מטעמו של הפרקליט הצבאי הראשי.

ג. **הסנגור הצבאי הראשי** - ממונה על מתן ייצוג משפטי לנחקרים ונאשמים בבתי הדין הצבאיים הפועלים לפי חש"ץ. כפי שיפורט בהמשך, הסנגור הצבאי הראשי כפוף לפצ"ר פיקודית אך לא מקצועית ולנגד עיניו טובתו של החשוד או הנאשם ובמילוי תפקידו אין הוא ואנשיו כפופים למרות צבאית.

ד. **עוזר הפצ"ר לדין הבינלאומי** - אחראי מקצועית לפעילותם של היועצים המשפטיים באיו"ש ובאזח"ע וממונה על כל הנושאים הקשורים למשפט הבינלאומי. יועץ לגורמי הצבא בכל התחומים עליהם הוא מופקד ובעיקר בנושא דיני המלחמה. עוזר הפצ"ר לדבל"א נטל חלק, הוא ואנשיו, בוועידות בינלאומיות רבות והשתתף כיועץ משפטי או כחבר צוות המשא ומתן עם מדינות ערב והרשות הפלסטינית.

ה. **עוזר הפצ"ר ליועץ וחקיקה** - מטפל בתחומי המשפט האזרחי לסוגיו ומספק ייעוץ שוטף לגורמי צה"ל בתחומים אלה. בנושאי החקיקה, עוסק בעיקר בהכנת הצעות חוק ותיקונים שונים בחקיקה הנוגעת לצה"ל. בין היתר, מופקד עוזר הפצ"ר ליועץ וחקיקה גם על תיקון פקודות הצבא והתאמתן לדרישות הנובעות מחוקי היסוד החדשים.

ו. **מפקד בית הספר למשפט צבאי** - מופקד על הנחלת החוק והמשפט בקרב חיילי צה"ל ומפקדיו, על העמקת המודעות לערכי שלטון החוק וערכי הדמוקרטיה במדינת ישראל, וכן הכשרתם המקצועית של

משפטני הפרקליטות הצבאית, ולצד כל אלה עוסק גם במחקר משפטי של המשפט הצבאי ואחראי להוצאת פרסומים משפטיים שונים.

ז. **ראש ענף תורה ופיקוח משפטי** - ממונה על הטיפול בחנינות חיילים ועל הכנת חוות דעת לרמטכ"ל לשם אישור גזרי דין. אחראי על ביצוע ביקורות בחוליות הפרקליטות הצבאיות ועל קיום פיקוח על מתקני הכליאה הצבאיים. מייצג את הפרקליטות הצבאית בוועדות סטטוטוריות שונות, כמו הוועדה לעיון בעונש. ראש ענף תורה ופיקוח משפטי ממונה גם על תקינות הליכי הדין המשמעותי בצה"ל.

בין בעלי התפקידים המרכזיים בחוליות הפרקליטות ניתן לציין את אלה:

א. **הפרקליטים הצבאיים** - משמשים כנציגי הפצ"ר במחוזות השיפוט השונים ומתפקידם לספק ייעוץ משפטי לראשי המחוזות. יודגש כי הפרקליטים הצבאיים כפופים פיקודית ומקצועית לפצ"ר ולא לאלופי הפיקוד או הזרוע. הפרקליט הצבאי משמש כמפקדם של חיילי הפרקליטות בחוליה, ובראשם אנשי התביעה הצבאית.

ב. **סנגוריה מחוזית וסנגורים פיקודיים** - פועלים אל מול חוליות הפרקליטות הצבאית במחוזות השונים ומספקים ייעוץ משפטי והגנה לחיילים המוצבים באותם מחוזות. הסנגורים הצבאיים אינם כפופים לפרקליט הצבאי אלא לסנגור הצבאי הראשי.

ג. **היועצים המשפטיים באיו"ש ובאזח"ע** - מתפקידם ליתן ייעוץ משפטי למפקדי האזורים, לאנשי המינהל האזרחי ולגורמי הממשל השונים בנושאי המשפט בשטחים ובעיקר בתחומי המשפט הבינלאומי, הדין המקומי ותחיקת הבטחון. היועצים המשפטיים אחראים על ניסוח

וגיבוש החקיקה באזור ומפקחים על חוקיות פעולות הצבא באזור. היועצים אחראים גם על פעולתה של התביעה הצבאית באזורים, המונחת מקצועית על ידי התובע הצבאי הראשי.

ד. נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש ובאזח"ע - אחראי על הנהלת בתי המשפט הצבאיים בשני האזורים, הפועלים לפי הצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970. מעבר לתפקידיו במישור המנהלי מכהן נשיא בית המשפט כראש הרכב בית המשפט הצבאי לערעורים בשטחי איו"ש ואזח"ע. יצוין כי השופטים הצבאיים נתונים בביצוע תפקידם למרות הדין בלבד, ואינם כפופים לפצ"ר²⁵⁸.

להשלמת התמונה נציין כי להבדיל מבתי המשפט הצבאיים המצויים בשטחי איו"ש ואזח"ע ומשתייכים מנהלית לפרקליטות הצבאית, פועלים בתי הדין הצבאיים שהוקמו מכוח החש"ץ, כיחידה נפרדת ועצמאית, ובראשה עומד נשיא בית הדין הצבאי לערעורים²⁵⁹.

3. שר הביטחון והפרקליט הצבאי הראשי

הפרקליט הצבאי הראשי מתמנה על ידי שר הביטחון על-פי המלצת הרמטכ"ל (סעיף 177(א) לחש"ץ). כמי שהינו בעל סמכות המינוי, נתונה בידי שר הביטחון, בהמלצת הרמטכ"ל, הסמכות לפטר את הפרקליט הצבאי הראשי מתפקידו. האם יש בעובדה זו כדי לאפשר לשר הביטחון ליטול את סמכויותיו של הפצ"ר, בעיקר בתחום הפעלת הדין הפלילי? שאלה זו מתחדדת על רקע הוראות חוק יסוד: הצבא, ולפיהן, "הצבא נתון למרות

258 לתיאור מפורט יותר של משימות הפרקליטות הצבאית, של הממבנה שלה ושל ארגונה ראו דו"ח פעילות הפרקליטות הצבאית לשנת 2000, לעיל, הערה 238, 9-18.

259 חלק ד' לחש"ץ, פרק שני (סעיפים 183-224).

הממשלה" (סעיף 2(א)); "השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הבטחון" (סעיף 2(ב)); "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון" (סעיף 3(ב)).

לכאורה, ניתן לטעון כי שר הבטחון, כמי שממונה על הצבא וכמי שמופקד על ביצועו של החש"ץ²⁶⁰, רשאי ליטול את סמכויותיו של הפצ"ר ולהפעילן בעצמו²⁶¹. נראה, כי בחינת הדברים מחייבת מתן תשובה שלילית לשאלה אותה הצבנו לעצמנו. תשובה זו מבוססת בראש ובראשונה על הוראת סעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה.

סעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה, קובע לאמור:

שר, לרבות ראש הממשלה, הממונה על ביצועו של חוק, רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על-פי אותו חוק לעובד מדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסויים או לתקופה מסויימת.²⁶²

בחוק יסוד: הממשלה אין הגדרה למונח "סמכות בעלת אופי שיפוטי", אך אין ספק כי סמכויותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפרקליט הצבאי הראשי, לפחות בהפעילם את שיקול דעתם בתחום הדין

260 סעיף 559 לחש"ץ.

261 במסגרת זו לא נעסוק בשאלה המעניינת, עד כמה מוסמך שר הביטחון ליטול מסמכויותיו של הרמטכ"ל מכוח סעיף 3(ב) לחוק יסוד: הצבא וסעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה. לסוגיה זו פנים לכאן ולכאן ותיתכנה גישות שונות לגבי מעמדו של שר הביטחון כלפי הרמטכ"ל וצה"ל לפי חוק יסוד: הצבא. ראו לעניין זה מ' קרמניצר וא' בנדור חוק יסוד: הצבא (תש"ס), בעיקר בע' 61.

262 ההדגשה אינה במקור. נציין כי במאמר זה אנו מתייחסים לחוק יסוד: הממשלה מתשנ"ו, ולא לחוק היסוד החדש שנתקבל בכנסת 77- מרס 2001 וייכנס לתוקפו רק בבחירות לכנסת השש עשרה.

הפלילי, הינן סמכויות בעלות אופי שיפוטי²⁶³. וכך אומר השופט ברק (כתוארו אז) בעניין גנור:

שיקול דעת של תובע הינו שיקול-דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדל"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]... על הפעלתו של שיקול דעת זה חלות, בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ותוך הרמוניה עימן, ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי.²⁶⁴

הנה כי כן, גם אם נגרוס כי הפצ"ר הוא בגדר "עובד מדינה", כנדרש בסעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה, אין בידי שר הבטחון היכולת ליטול לעצמו את סמכויותיו של הפצ"ר בהיותן סמכויות בעלות אופי שיפוטי. כוונתנו בעיקר לסמכויות בתחום דיני העונשין, אך הוא הדין גם לגבי הסמכויות בתחום הפיקוח על הדין המשמעת וסמכויות נוספות כיוצא באלה.

זה המקום לציין כי ועדת אגרנט, אשר גרסה כי "היועץ המשפטי חייב להפעיל את סמכויות העונשין, הקנויות לו, מתוך שיקול דעת עצמאי ובלי להיות כפוף להוראות או למדיניות של הממשלה או של שר

263 ראו רובינשטיין, לעיל, הערה 55, בע' 756:

משמעות המושג "שיפוטי" אינה ברורה - לא כל שכן משמעות הביטוי "בעלת אופי שיפוטי" - אך יש לשער שמדובר לא רק בתפקידי שפיטה בין מתדיינים. כך לא יוכל שר המשפטים ליטול על עצמו את סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לצוות על הפסקת הליכים משפטיים. צו כזה הוא בעל אופי שיפוטי מבחינת תוצאתו ומבחינת החובה של שמיעת הצדדים המעוניינים.

וראו גם עניין שור, לעיל, הערה 149, בע' 300.

264 עניין גנור, לעיל, הערה 139, בע' 508 (ההדגשה אינה במקור).

המשפטים²⁶⁵, קבעה גם כי "שר המשפטים רשאי ליטול לעצמו את סמכויות העונשין, שהוענקו ליועץ המשפטי בחוקים הנתונים בסמכותו של הראשון"²⁶⁶. ואולם, בקביעתה זו הסתמכה הוועדה על הוראת סעיף 1 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), תש"ח-1948, שבו נאמר כי:

ראש הממשלה וכל שר כוחו יפה ליטול לעצמו כל רשות אשר החוקים שבתחום סמכותו נותנים לשם ביצועם לפקידים מסויימים.

בשנת תשכ"ח נכנס לתוקפו חוק יסוד: הממשלה (בגירסתו הראשונה) ובו סעיף 32, אשר הוסיף את הסייג הקיים כיום, לפיו אין השר הממונה רשאי ליטול סמכות "בעלת אופי שיפוטי". ממועד זה ואילך, נחסמה הדרך בפני שר המשפטים ליטול את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה בתחום אכיפת הדין הפלילי, והוא אף אינו רשאי למלא את מקומו של היועץ בהעדרו²⁶⁷. הוא הדין לגבי שר הבטחון ביחס לסמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי.

בהעדר אפשרות ליטול את סמכויותיו של הפצ"ר ובשל ההכרח כי הפצ"ר יפעיל שיקול דעת עצמאי שאינו כפוף להנחיות או תכתיבים של שר הבטחון, תהא גם אחריותו המיניסטריאלית של שר הבטחון כלפי פעולותיו

265 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 12.

266 שם, בע' 20.

267 ראו לעניין זה גוטמן, לעיל, הערה 55, בע' 211-212, וכן גביון, לעיל, הערה 134, בע' 232, ה"ש 86.

של הפצ"ר מצומצמת ביותר. זאת, בדומה לאחריותו של שר המשפטים כלפי פעולותיו של היועץ המשפטי לממשלה²⁶⁸.

לאחר שמצאנו כי אין באפשרות שר הביטחון ליטול לעצמו את סמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי, ראוי לעסוק בשאלת מערכת היחסים בין השר לפצ"ר ובתחומי עיסוקו של הפצ"ר כלפי שר הביטחון.

סעיף 178(1) לחש"ץ קובע, כזכור, כי "הפרקליט הצבאי הראשי - (1) הוא יועצו של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא בכל ענייני חוק ומשפט". אין בנמצא הוראת חוק דומה המגדירה את מעמדו של הפצ"ר כיועצו המשפטי של שר הביטחון.

זאת ועוד. במשרד הביטחון, כמו בכל משרדי הממשלה האחרים, פועל יועץ משפטי שמתפקידו ליעץ לשר וליתר בעלי התפקידים במשרד, בתחומי המשפט הרלבנטיים.

חרף האמור לעיל, משמש הפרקליט הצבאי הראשי, כעניין שבנוהג, גם כיועצו המשפטי של שר הביטחון בתחומים שונים, שאלה העיקריים שבהם:

1. הפעלת מדיניות הממשלה בתחומי איו"ש ואזח"ע, לרבות פעילות צה"ל והמינהל האזרחי.
2. שאלות הנוגעות לצה"ל במישרין, בהן נדרש השר לקבוע את מדיניותו.
3. נושאי חקיקה ראשית ומשנית, בעלי עניין לצה"ל ולמערכת הביטחון.

268 ראו דיון מפורט בסוגייה זו בדוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 25-27.

4. ייעוץ לשר ולוועדות חקירה אשר מונו על ידי שר הבטחון, בהתאם לסעיף 537 לחש"פ.

קו התפר בין התחומים עליהם מופקד היועץ המשפטי למערכת הבטחון לבין התחומים בהם עוסק הפצ"ר אל מול שר הבטחון, אינו מוגדר, וברבים מהמקרים בהם גם אני נטלתי חלק בישיבות בלשכת שר הבטחון, נכחה כמובן גם היועצת המשפטית למערכת הבטחון, עו"ד צביה גרוס. בהקשר זה ראוי להזכיר את סעיף 29 להוראת הפיקוד העליון 2.0613 המגדירה את ייעודה ותפקידיה של הפרקליטות הצבאית, שם נאמר: "במילוי תפקידו, מתאם הפצ"ר את פעולותיו עם היועץ המשפטי למערכת הבטחון בעניינים הקשורים למערכת הבטחון". ואכן, תיאום כזה מתקיים בפועל בנושאים שבטיפול משותף לפצ"ר וליועץ המשפטי למערכת הבטחון.

אשר למכלול הנושאים הנוגעים למשפט בשטחי איו"ש ואזח"ע ראוי להזכיר, בעיקר, את השתתפותו של הפצ"ר במה שקרוי "פורום שטחים", בראשותו של שר הביטחון²⁶⁹. בפורום זה, בו משתתפים הרמטכ"ל ויתר ראשי זרועות הביטחון, ניתנות סקירות מטעם גורמי הבטחון והמודיעין הרלבנטיים, ומתקבלות החלטות באשר לפעילות המתואמת בשטחי איו"ש ואזח"ע. דיונים נוספים שהתקיימו בנושאי השטחים, בהם נדרשה השתתפותו של הפצ"ר, התמקדו בתחומים עליהם מופקד השר מכח החלטות הממשלה, כמו: הקמת ישובים במסגרת ההתיישבות היהודית באיו"ש ובאזח"ע, תפיסת שטחים לצורך סלילת כבישים עוקפים ויצירת

269 מעוללות השתתפותו של הפצ"ר, תא"ל אמנון סטרשנוב, ב"פורום שטחים" בתקופת האינתיפאדה הראשונה ראו סטרשנוב, לעיל, הערה 230, בע' 305-312.

מרכיבי בטחון לישובים, שאלות משפטיות הנוגעות למערכת היחסים עם הרשות הפלסטינית, ועוד.

אשר לנושאים הנוגעים במישרין לצה"ל ניתן להביא כדוגמא את שאלת גיוסם של בני הישיבות לצה"ל, תגמול חיילים משוחררים ובעיקר הלוחמים שבהם, שכר משרתי הקבע בצה"ל, ביטוח אנשי המילואים במהלך שירותם הצבאי, וכיוצא באלה נושאים.

בתחומי החקיקה הנוגעת לצה"ל ולמערכת הבטחון, פועל הפצ"ר בשיתוף פעולה עם היועץ המשפטי למערכת הבטחון, בין אם מדובר בחקיקה מיוחדת לצה"ל ולמערכת הבטחון (כמו: החש"ץ או חוק שירות הבטחון), ובין אם מדובר בחוקים היוזמים על ידי גורמים אחרים, שיש להם נגיעה למערכת הצבאית (כמו: חוק הגנת הפרטיות, חוק האזנת סתר, חוק חופש המידע, חוק הבזק, ועוד). בנושאים עקרוניים נקבעת עמדת מערכת הבטחון בדיונים המתקיימים בראשות השר עצמו.

בתקופת כהונתי טיפלתי בשתי וועדות חקירה, אשר האחת נתמנתה בידי שר הביטחון, והאחרת בידי הרמטכ"ל בעצה אחת עם שר הביטחון. כוונתי לוועדת החקירה אשר חקרה את תאונת האימונים הידועה בשמה כ"תאונת הכבל". בראש הוועדה עמד הנשיא בדימוס של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו השופט אליהו ווינוגרד. וועדת חקירה זו קמה בעקבות עתירה שהגישו ההורים השכולים לבג"ץ²⁷⁰.

270 בג"ץ 6029/94, 4290/96 צוריאנו ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (לא פורסם), שבו דרשו המשפחות השכולות לפסול הליכי חקירה שהתקיימו במסגרת חיל האוויר, ולבטוף הוסכם על הקמתה של ועדת וינוגרד, אשר, כאמור, נתמנתה על ידי הרמטכ"ל בעצה אחת עם שר הביטחון.

הוועדה האחרת, שבראשה עמד מנכ"ל משרד הבטחון דאז האלוף (במיל') דוד עברי, נתמנתה על ידי שר הביטחון וקמה כדי לחקור את נסיבות התנגשותם של שני מסוקי יסעור אשר הובילו לוחמים לאזור הביטחון בדרום לבנון, וכתוצאה ממנה מצאו את מותם 73 מחיילי צה"ל. במהלך דיוני הוועדה נתבקשתי לחוות את דעתי המשפטית בנושא סמכויותיה של הוועדה, כאשר היא נתקלת בעניין הנוגע לשמו הטוב של חייל. גם במקרה זה הוגשו מספר עתירות לבג"ץ מטעם חלק מהמשפחות השכולות²⁷¹, אשר ממצאי "ועדת עברי" וחוות דעת הפצ"ר לא היו מקובלים עליהם.

271 ראו בג"ץ 5960/98 ע' שלפוברסקי ואח' נגד שר הביטחון ואח', פ"ד נה(1) 552. בעתירה זו ביקשו חלק ממשפחות הנספים להביא לביטול ממצאי ועדת החקירה בראשות האלוף (מיל') עברי וכן השיגו על חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי. בית המשפט העליון נדרש לעילות ההתערבות בהחלטותיו של הפרקליט הצבאי הראשי ובשיקול דעתו והגיע למסקנה כי "בנסיבות המקרה, כפי שתוארו בדוח ועדת עברי ובחוות-הדעת של הפצ"ר, אין לבית המשפט יסוד לומר כי קמה עילה מן העילות המצדיקות, לפי ההלכה, התערבות של בית-המשפט בהחלטותיהם של הפצ"ר ושל היועץ המשפטי לממשלה" (בע' 573). טענה אחרת שנטענה על ידי העותרים, הייתה כי "[הפצ"ר השתתף בדיוני הוועדה, אף שתפקידו חייב אותו, לאחר סיום הדיונים, להחליט אם לנקוט הליכים משמעותיים או פליליים על יסוד דוח הוועדה. לכן, לטענתם, הפצ"ר לא היה צריך להופיע כלל בפני הוועדה, ועצם הופעתו פוגמת בהליך החקירה" (בע' 568). בהשיבו לטענה זו אומר השופט זמיר (שם):

טענה זאת אין בה ממש. הפצ"ר נתבקש על-ידי ועדת עברי להופיע בפניה ולתת לה ייעוץ משפטי בשאלת החובה של הוועדה, לפי סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, לתת הודעות לקצינים שעלולים להיפגע מהמלצות הוועדה. הפצ"ר הוא היועץ המשפטי של כל הרשויות בצבא. ראו סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי. הוא מוסמך לייעץ גם לוועדת חקירה המוקמת לפי סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי. ועדת חקירה אינה בית-משפט, והליך החקירה אינו הליך שיפוטי. ... מכאן, שהפצ"ר היה מוסמך לייעץ לוועדת עברי, על-פי בקשתה, בשאלות משפטיות. בפועל הוא לא יעץ לוועדה אלא בשאלת המשמעות של סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי. יעוץ הפצ"ר בשאלה זאת אינו מתנגש בהחלטת הפצ"ר, בשלב מאוחר יותר, בשאלה אם לנקוט הליכים משמעותיים או פליליים נגד קצין זה או אחר. בנסיבות המקרה אין חשש

לקראת הקמתן של ועדות חקירה אלה הייתה מעורבות פעילה של שר הביטחון, אשר נפגש יותר מפעם אחת עם נציגי המשפחות השכולות, ובחלק מהמפגשים השתתפו גם הרמטכ"ל והפצ"ר. אחת השאלות העקרוניות שבהן התלבטנו, הייתה האם ראוי כי שר הביטחון עצמו ימנה ועדת חקירה לשם חקירת "ענין הנוגע לצבא" מכוח סמכותו לפי סעיף 537 לחש"ץ. עד לשנים האחרונות היה מקובל כי ועדות חקירה מעין אלה היו מתמנות על ידי גורמי הצבא, כולל הרמטכ"ל, ולא בידי דרג מיניסטריאלי. בוועדת וינוגרד ובוועדת עברי, נשבר העיקרון המקובל, ובעיני הציבור נתפסו ועדות אלה כוועדות "חיצוניות" לצה"ל.

וועדת חקירה נוספת שאף היא נתפסה כ"וועדה חיצונית", הגם שמונתה על ידי הרמטכ"ל היא "וועדת טל" שנתבקשה לחקור ב"נסיבות זיהויים והטמנתם של חלקי גופות חללי אסון השייטת"²⁷².

בדוגמאות בודדות אלה יש כדי ללמד על אחד התחומים הקשים, המורכבים והרגישים ביותר של פעילות הפצ"ר - חקירת תאונות שהסתיימו במוות, והקשר עם המשפחות השכולות.

ממשי לניגוד עניינים. המסקנה היא, שהופעת הפצ"ר בפני הוועדה והיעוץ המשפטי שהוא נתן לה לא פגמו מבחינה משפטית בהליכי הוועדה.

עם זאת הביע השופט זמיר את הדעה כי בהתחשב ברגישות הרבה של החקירה עדיף היה כי הפצ"ר לא יהיה מעורב כלל בהליך החקירה כיוון שבידיו הסמכות לנקוט אמצעים אישיים על יסוד דוח הוועדה. במקרה זה, שבו הוועדה נתמנתה על ידי שר הביטחון, עדיף היה כי הייעוץ המשפטי לוועדה יינתן על ידי המחלקה המשפטית של משרד הביטחון (בע' 569-568).

272 גם במקרה זה הוגשו עתירות לא מעטות לבג"ץ, וביניהן בג"ץ 1868/00 י' גולן ואח' נ' ראש המטה הכללי ואח' (לא פורסם).

4. הרמטכ"ל והפרקליט הצבאי הראשי

המערכת הצבאית היא מערכת הייררכית, שבה לערך המשמעת מקום מרכזי בהוויה הצבאית. עקרונות המשמעת באים לידי ביטוי בחובתו של חייל לקיים את הפקודות הניתנות לו מאת מפקדיו בשרשרת הפיקוד, ולהתנהג לפי אמות המידה המיוחדות למסגרת הצבאית.

על ייחודה של המערכת הצבאית עמד השופט חשין בפסק דינו

בעניין דותן:

הצבא הוא ארגון הירארכי טיפוסי, חלוקת הסמכויות בו נעשית בקפידה, ועל דרך הכלל ניכר הוא כבעל קווי-אופי מיוחדים... להבדילו מאירגונים אזרחיים, המשמעת והכפיה הם מן המאפיינים הבולטים בצבא, והם החומרים המדבקים את חלקיו השונים להיותם מעשה - מיקשה אחד... התלות ההדדית והסולידריות בין החיילים - בוודאי כך בשדה הקרב, אך לא רק בשדה הקרב; ההליכה אחר מפקד; אמירת אמת ללא סייג ובלא חריג; יחסי-האמון בין מפקדים לבין פקודיהם ובין חיילים בינם לבין עצמם; כל מאפיינים אלה ראויים ורצויים הם בחיי יומיום, אך תנאי בלעדיו - אין הם לקיומו של צבא ראוי לשמו. הם ממש בבחינת להיות או לחדול.²⁷³

הפרקליט הצבאי הראשי וכל יתר משפטני הפרקליטות הצבאית פועלים בתוך מסגרת הייררכית זו וכלובשי מדים, שרובם ככולם נושאי דרגות קצונה, כפופים הם לדרג הפיקוד שמעליהם. כיצד ניתן ליישב

273 בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש ואח', פ"ד נג(3) 721 (להלן - עניין דותן), 275.

כפיפות פיקודית זו, המחייבת לקיים ללא כחל ושרק את הנחיותיו ופקודותיו של המפקד עם עצמאות שיקול הדעת הנתון לפצ"ר ולאנשי המערכת המשפטית כולה? בסעיף 9א להוראת הפיקוד העליון 2.0613 נאמר כהאי לשנא: "הפצ"ר כפוף פיקודית לרמטכ"ל, נמנה עם המטה המקצועי במטכ"ל, ובעניינים המקצועיים אין עליו אלא מרותו של החוק"²⁷⁴. שמע מינה, כי אין הפצ"ר נתון למרותו של הרמטכ"ל בעת שהוא פועל בתוקף תפקידו המקצועי, בין בתחום הייעוץ המשפטי ובין בתחום אכיפת הדין והמשפט בצה"ל. בכל יתר העניינים, כפוף הפצ"ר לרמטכ"ל ועליו לעמוד בחובותיו, כנובע מהשתייכותו למסגרת הצבאית. אשר ליתר משפטי הפרקליטות הצבאית, הרי שאלה כפופים פיקודית לפצ"ר - כך שאין מתעוררת, לפחות להלכה, שאלה של כפיפות לדרג שאינו נמנה על המסגרת המקצועית. לכאורה, יש בחלוקה הנובעת מסעיף 9א. להפ"ע הנ"ל, כדי ליצור איזון נאות בין הצורך לשמור על עצמאותו המקצועית של הפצ"ר לבין היותו קצין בכיר הפועל בתוככי המסגרת הצבאית. ואולם, המציאות מלמדת כי שניות זו יוצרת כר נרחב למחלוקות ולמתחים לא מבוטלים בין הדרג הפקודי לדרג המשפטי. בספרו, "צדק תחת אש", כותב הפצ"ר דאז תא"ל אמנון סטרשנוב:

מאז ומתמיד היה ברור כי מעמדו ויכולת תפקודו של הפרקליט הצבאי הראשי הינם, בין היתר, פועל יוצא מהיחסים ההדדיים השוררים בינו לבין הרמטכ"ל. מערכת יחסים כזאת הינה סבוכה מעצם טבעה ומעוררת בעיות לא מעטות, נוכח כפיפותו ההיררכית של הפצ"ר לרמטכ"ל בסולם הפיקוד, מחד גיסא, והסמכויות העצמאיות והבלתי-תלויות

274 ההדגשה אינה במקור. נציין כי לאחרונה נמסר על צירופו של הפצ"ר לפורום מטכ"ל.

המוקנות לו על-פי החוק ופקודות הצבא, מאידך גיסא. מעמדו של הפצ"ר בעיני הרמטכ"ל מוקרן מטבע הדברים על צה"ל כולו ועל יחסו כלפיו. הפצ"ר הינו יועצם המשפטי של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא ובו בזמן בסמכותו לנקוט צעדים משפטיים כנגד חיילים ומפקדים, גם כשהדבר אינו עולה בקנה אחד עם רצונם של הרמטכ"ל או של המפקדים האחרים.²⁷⁵

בעוד שבתחום הייעוץ המשפטי, שם אין חולק כי "חוות דעתו של הפצ"ר קובעת, לגבי צה"ל ורשויותיו, את המצב המשפטי הקיים" (סעיף 13 להפ"ע 2.0613), ולא מתעוררים קשיים מיוחדים, הרי שאין הדבר כן לגבי תחום אכיפת דיני העונשין, ובמידה מועטה יותר גם לגבי תחום הפיקוח על הדין המשמעתי.

בהתאם להמלצות ועדת אגרנט, בנוגע ליחסי שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, מן הראוי הוא כי הפצ"ר יתייעץ עם הרמטכ"ל לגבי המדיניות הראוייה בתחום אכיפת הדין הצבאי והפלילי, נוכח אחריותו של הרמטכ"ל לשלום חייליו, לכשירותם המבצעית ולרמת תפקודם הנורמטיבית. לעמדת הרמטכ"ל יש משקל רב בקביעת הדגשים למלחמה בעבריינות בצה"ל לסוגיה, ובעיקר אמורים הדברים בעבירות של הטרדה מינית, שימוש ואחזקת סמים, העדר מן השירות, שימוש בלתי חוקי בנשק, ועוד. אין צריך לומר, כי ההחלטה הסופית לעניין העמדה לדין במקרה הקונקרטי נתונה בידי הפרקליט הצבאי הראשי או בידי הפרקליטים הצבאיים, לפי העניין. ככלל, קיים פוטנציאל מצומצם לעימותים עם הדרג

275 לעיל, הערה 230, בע' 285.

הפיקודי, ככל שמדובר בחקירה והעמדה לדין בשל ביצוע עבירות פליליות²⁷⁶.

לא כן הוא, כאשר עסקינן בתאונות באימונים ובעיקר בתאונות שארעו במהלך פעילות מבצעית. נטייתו של הדרג הפיקודי היא, מאז ומתמיד, כי בעניינים אלה ראוי לטפל בדרך של תגובה פיקודית (כגון: הדחה מתפקיד, מניעת קידום, העברת קצין ביחידת שדה לתפקידי מטה וכן סיום שירות בצה"ל), חלף חקירת המעורבים בארוע בידי מצ"ח והבאתם לדין בפני בית דין צבאי²⁷⁷.

276 זאת מכיוון שגם דרגי הפיקוד מכירים בחשיבות החקירה וההעמדה לדין כאשר מדובר בביצוע עבירות פליליות, כמו גם עברות צבאיות מסוימות (עריקה, העדר מן השירות, איום ועלבונות כלפי מפקד ועוד), כדי לשמר את כללי המשמעת ולתרום לסדר הטוב של הצבא. ואולם אין מדובר בכלל בל יעבור - ולעתים, כאשר עסקינן בהעמדה לדין של קצין בכיר (למשל בעברה שעניינה הטרדה מינית או פגיעה בטוהר המידות), לא מן הנמנע כי הדבר לא יתקבל בהבנה, וייעשה ניסיון "לשכנע" את הפצ"ר לחזור בו מהחלטתו. לשם הדגמה בלבד, ראו תיאורו של סטרשנוב, לעיל, הערה 230, בע' 300-305 לגבי פרשת מזכירו הצבאי של שר הביטחון.

277 ראו, למשל, דברי האלוף יעקב עמידרור בכנס שנערך באוקטובר 1999 במכון הישראלי לדמוקרטיה (לעיל, הערה 233, בע' 25), האומר:

הטיעון העיקרי שלי הוא, שכדי להבטיח שצה"ל יהיה צבא טוב יותר ומפקדיו יוכלו לפעול בצורה הטובה ביותר, בדרך שתצמצם ותמנע אובדן חיי אדם במלחמה, יש לתת בידי המפקדים יותר אחריות ולהפקיד את תהליכי השיפוט בצבא בידי מפקדים על-פי קריטריונים מקצועיים. גם ההפך הוא הנכון, היינו, ככל שנצמצם את תחומי האחריות של המפקדים, כך נביא לצמצום סמכותם, שכן אין סמכות ללא אחריות. על-ידי הכנסת תהליכים לא מקצועיים אלא משפטיים לחיי הצבא נפגע באיכות הצבא ובמיוחד ביכולותיו לבצע את המוטל עליו על-פי חוק - הגנת המולדת וחירות ישראל... ברצוני להבהיר כי גם מכוונים לאחריות מפקדים בתחום המבצעים הצבאיים, או בתחום הקשור למבצעים הצבאיים, כגון אימון, תרגול, תכנון מבצעים וכיוצא בזה. אינני עוסק בנושא שיפוט על עבירות אזרחיות בתוך הצבא.

גישתה של הפרקליטות הצבאית מחייבת עריכת איזון בין השיקולים המשפטיים הטהורים, שאותם היה שוקל, למשל, פרקליט מחוז, לבין השיקולים המיוחדים למסגרת הצבאית²⁷⁸. בפן המשפטי הטהור ייבדק העניין על פי אמות מידה משפטיות מקובלות תוך בחינת התנהגות המעורבים על פי מבחני הסבירות ולפי מבחנים אחרים שנקבעו בפסיקה. בפן הצבאי ייבחנו כל אותם שיקולים הקשורים בהיבטים הצבאיים. זאת לבד מהעברת האירוע במסגרת החוק והכללים הנהוגים במערכת המשפטית הכללית. אין צריך לומר כי לא אחת מכתובה המסגרת הצבאית, בשים לב לאופייה, למשימותיה ולצרכיה המיוחדים, נקיטת גישה שונה מזו המקובלת במערכת האזרחית, ובהתאם לכך מתחייבת גם מסקנה משפטית שונה לגבי אירוע מסויים שהתרחש בתוככי המערכת הצבאית²⁷⁹.

278 אנלוגיה יפה לעניין זה ניתן ללמוד מדברי השופט חשין בהתייחסו לשיקוליה של הוועדה הצבאית לעיון בעונש:

שיקוליה של הוועדה הצבאית נחלקים, על דרך הכלל, לשני סוגי שיקולים: סוג השיקולים האחד הוא סוג שיקוליה של ועדת השחרורים האזרחית, בהם שיקולי שיקום ושיקולי מסוכנות. הסוג האחר מסב עצמו על שיקולים המיוחדים את המערכת הצבאית לעצמה, מייחדים ומבדילים אותה מן המערכת הצבאית.
(עניין דותן, לעיל, הערה 263, בפסקה 29)

279 בעניינים מסויימים, כמו בעברות סמים, סיגלה המערכת הצבאית סטנדרטים שונים מאשר אלה המקובלים במסגרת האזרחית, דבר שהוכר עקרונית בפסיקתו של בית המשפט העליון. ראו, למשל, בג"ץ 6987/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, שבו אומר השופט קדמי:

להבדיל מן המסגרת האזרחית, שבה אפשר שהשימוש בסמים "קלים" אינו גורם נזק משמעותי לציבור - למעט במקום שהשתמש ממלא תפקיד חיוני - הנה במסגרת הצבאית, הנזק הטמון בכך הינו רב וקשה; ולא בכדי מצדיק העניין הצבאי ענישה חמורה, ומרתיעה, גם כשהמדובר בשימוש בסמים 'קלים' כאמור, השימוש בסמים מסוכנים -

על רקע זה התפתחה מערכת דינים מיוחדת, אשר נתנה מענה, על-פי תפיסתה של המערכת המשפטית בצה"ל, להתרחשויות השונות לסוגיהן. באופן זה התגבשה, למשל, ההתייחסות לעבירות שהתרחשו במהלך מזה שקרוי "האינתיפאדה הראשונה"²⁸⁰.

תאונות האימונים בצה"ל העסיקו את הפרקליטות הצבאיות לא מעט, כאשר לגישתי ראוי, ככלל, להגיש כתב אישום מקום בו מדובר ברשלנות, שעיקרה חריגה מהוראות הבטיחות שנקבעו בפקודות הצבא, אשר גרמה סיבתית למותו של אדם. הפרקליטות הצבאיות עודדה תחקירים מטעם הדרג הפיקודי ונקיטה בצעדים פיקודיים, בלא כל קשר להחלטות שיתקבלו מאוחר יותר על ידי הדרג המשפטי. הובהר, עם זאת, כי הצעדים הפיקודיים ילקחו בחשבון בעת קביעת ההליכים המשפטיים, שכן נקבע, לא אחת, כי לצעדים אלה יש משמעות עונשית לא מבוטלת העולה, לעיתים,

ו"קלים" ביניהם - הינו בבחינת חיידק מידבק ומתפתח; ואוי לזה ליחידה הצבאית שהחיידק מקנן בתוכה.

וכן בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פ"ד נא(2) 686. בדונו בהשפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על ההלכות הצבאיות, בעיקר בנושא מעצרים, אומר הנשיא ברק, בין היתר, בע' 689:

השאלה תהיה, אם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי השירות הצבאי. בעניין זה יש להתחשב בייחודיותו של השירות הצבאי לאור מטרות הצבא. יהיה מקום ללמוד מהמשפט המשווה, שמתעוררות בו בעיות דומות. עם זאת, יהיה מקום לתת ביטוי לייחודו של הצבא בישראל, כשהוא צבא העם המגן על המדינה מפני סכנות של ממש האורבות לה יום יום.

280 על משפטי האינתיפאדה הבולטים, כמו משפטי גבעתי א' וב' ופרשת יהודה מאיר, ראו סטרשנוב, לעיל, הערה 230, בע' 199-261. פרשת יהודה מאיר נדונה, כזכור, גם בעניין צופאן, לעיל, הערה 29, שבו התקבלה עתירה שהוגשה נגד הפרקליט הצבאי הראשי, שהסתפק בהעמדתו של יהודה מאיר לדין משמעתי.

בחריופה על הצעדים המשפטיים²⁸¹. בחלק לא קטן של המקרים היו ההחלטות שתוצאתן העמדת מפקדים לדין בשל אחריותם לתאונה באימונים שהסתיימה במוות, לצנינים בעיני המערכת הפיקודית. מן הצד האחר, נשמעו טענות, בעיקר מטעמן של חלק מהמשפחות השכולות, על גישה מקלה יתר על המידה עם המפקדים שכשלו²⁸².

הדיון בדבר המודל הנכון לחקירה ולטיפול משפטי באירועי תאונות אימונים בצה"ל, חורג מיריעת מאמר זה, אך נציין כי בנושא זה חלוקות הדעות לא רק בין הדרגים הפיקודיים לבין משפטי הפרקליטות הצבאית, אלא גם בין המשפטים העוסקים בתחום זה²⁸³.

281 למשמעות הסנקציות הפיקודיות ולהשלכותיהן על ההחלטות המשפטיות ראו שם וכן עניין אישה, לעיל, הערה 8, שבו אומר השופט חשין בע' 874:

המערכת הצבאית ייחודיותה היא בסנקציות של משמעת ובסנקציות פיקוד שניתן לנוקטן כנגד חיילים וכנגד מפקדים. סנקציות מעין אלו הנוקטות כנגד מפקד כסא"ל ע... יש שהן חמורות מסנקציות של דין פלילי... ויש אף האומרים כי במקרים כגון זה שלפנינו האפיק הפיקודי והמינהלי עדיף על האפיק הפלילי.

282 ראו, למשל, הפולמוס בתוך הצבא פנימה שהתחולל סביב המשפטים שהתקיימו בעניינם של מפקד סירית מטכ"ל דאו, אל"ם עמוס בן-אברהם, בעקבות מותם של שני לוחמים בחודש מאי 1992 כתוצאה ממכת חום; של מפקד חטיבת גבעתי דאו, אל"ם מוני חורב, בעקבות מותו של לוחם בחודש פברואר 1994 מהתפורצות רימון באפוד שלבש; של ארבעה קצינים שהואשמו באחריות למותו של צוער בחיל הקשר כתוצאה מנגיעת אנטנה שנפרסה, בקו מתח גבוה בחודש יוני 1996. מנגד הוגשו השגות - ולאחר מכן עתירות - של משפחות שכולות שביקשו להורות על העמדה לדין של מפקדים אשר גרמו, לדעתם, למותם של יקיריהן. ראו, למשל, עניין שלפוברסקי, לעיל, הערה 271; בג"ץ 6208/96 מור חיים נ' צבא הגנה לישראל, פ"ד נב(3) 835; וכן עניין שפרן, לעיל, הערה 41, שכוון נגד החלטת התובע הצבאי הראשי שלא לערער על קולת העונש בעניינם של שני נאשמים בפרשה הקרויה "צאלים ב", שבה מצאו את מותם חמישה לוחמים, ושישה נפצעו במהלך אימון מבצעי בחודש נובמבר 1992.

283 ראו, למשל, עמדתו של פרופ' מרדכי קרמניצר, המצדד בנקיטת צעדים פיקודיים במקום העמדה לדין בפני בית דין צבאי. הדברים פורסמו בעיתון "במחנה" בחודש דצמבר 1997 בע' 52. גיליון זה הוקדש ברובו לנושא אחריות מפקדים. לעומת זאת, ראו דעתו של

הגישה לגבי תאונות המתרחשות במהלך פעילות מבצעית, שונה בתכלית. הגם שאין חסינות גורפת לחיילים או למפקדים המעורבים בתאונה שהובילה למותו של חייל במהלך פעילות מבצעית, הכלל הוא כי אירועים מעין אלה יבחנו במסגרת תחקיר מבצעי ולא יובילו לחקירה פלילית ולהעמדה לדין בפני בית דין צבאי, אלא אם כן מדובר ברשלנות גבוהה ביותר, המגעת כדי רשלנות רבתי. גישת הפרקליטות לעניין זה הובהרה הבהר היטב בפרשת איש²⁸⁴, ויהיה זה מיותר לחזור על כל אותם מאפיינים המייחדים את הפעילות המבצעית מכל פעילות אחרת, בין בשיגרה ובין באימונים. נזכיר, כי כאשר בפעילות מבצעית עסקינן, רבים מצידוקיה ומטרתיה של הענישה הפלילית אינם מתקיימים, ויש לחשוש כי ענישה במסגרת כזו, תוביל לריפוי ידי המפקדים בביצוע משימותיהם ולחשש מקבלת החלטות המתחייבות מהתנאים והנסיבות בשטח.

יצוין, עם זאת, כי באותם מקרים בוודים בהם הוחלט על נקיטת צעדים משפטיים בעקבות אירועים שהתרחשו במהלך פעילות מבצעית, היתה התגובה בצה"ל ביקורתית ביותר, ולעיתים הוביל הדבר להגשת עתירה לבג"ץ, נגד החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי. המקרה הבולט, בו החלטת הפצ"ר על העמדה לדין בפני בית דין צבאי, גררה התנגדות של גורמי הפיקוד בצה"ל ואף הגיעה לדין בבג"ץ, היא הפרשה הידועה בשם "פרשת דובדבן".

המדובר באירוע שהתרחש באחד הצירים המשניים בדרום הר חברון, כאשר מכונית נהוגה בידי אזרח ישראלי חלפה על פני מחסום פתע

מורדיק, "אחריות מפקדים", לעיל, הערה 232, הסבור כי אין ליתן חסינות עקרונית מפני העמדה לדין למפקדים שהתרחשו במהלך פעילות מבצעית או באימונים.

לעיל, הערה 8. 284

שהוצב בידי חיילים. החיילים ירו בשוגג לעבר המכונית וגרמו למותו של הנהג. בעקבות האירוע ולאחר חקירה יסודית של מצ"ח והשלמות שונות שבוצעו בחקירה, ניתנה הוראה על העמדתם לדין של המעורבים, מספר קצינים מיחידת "דובדבן", בפני בית דין צבאי.

עוד טרם הגשת כתב האישום, וביתר שאת לאחריו, נמתחה ביקורת חריפה על הפצ"ר מאת דרגי פיקוד בכירים בצה"ל בשל מה שנתפס, לגישתם, כהפקעה בלתי מוצדקת, שנעשתה על ידי גורמי המשפט בצה"ל, של הטיפול באירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית. העובדה כי ההתרשלות המיוחסת לקצינים עסקה בעיקרה בשלב ההכנות לפעולה ולא בשלבי הפעילות עצמה וכי מדובר ברשלנות תכנונית חמורה, לא גרעה מהביקורת שהוטחה בפצ"ר. משהוגש כתב האישום, ולקראת תום פרשת התביעה, הוגשה עתירה לבג"ץ נגד הפצ"ר ונגד גורמים נוספים, בדרישה לבטל את כתב האישום²⁸⁵. בג"ץ, לאחר ניתוח סמכויות הפרקליט הצבאי הראשי וסוגיית הפיקוח השיפוטי עליהן, ותוך והצגה נרחבת של התשתית העובדתית, קבע מפי הנשיא ברק:

לדעתנו, הפרקליט הצבאי הראשי לקח בחשבון את מלוא קשת השיקולים הרלבנטיים ואותם בלבד. הוא פעל בהגינות, ללא הפליה ובתום לב. הוא קבע כי קיימות ראיות לכאורה, אשר יש בהן, לדעתו, כדי להביא להרשעת העותרים. קביעה זו מבוססת כראוי ולא נתערב בה...

השאלה העיקרית הניצבת בפנינו הינה, אם נפל פגם בגישתו של הפרקליט הצבאי הראשי, לפיה אינטרס הצבא - כחלק מהאינטרס

285 עניין פלוני, לעיל, הערה 254.

הציבורי - אינו מצדיק את ביטולו של כתב האישום. בעניין זה התחשב הפרקליט הצבאי הראשי ברמת ההתרשלות של העותרים (שלדעתו היא ממשית), בעיתוי ההתרשלות (בשלב התכנון וההכנות של הפעילות המבצעית), בנסיבות ההתרשלות של הפעילות הרשלנית (שלא היו בתנאים של לחץ וחוסר וודאות) ובתוצאותיה (מות המנוח). הוא לקח בחשבון את אופי היחידה ואת השפעת ההעמדה לדין או ביטול האישום על מוראל היחידה. הוא העמיד לנגד עיניו את הצורך להבטיח נורמות של בטיחות ושמירה על שלטון החוק בצבא. הוא היה ער לצורך לעודד חיילים ומפקדים לשאת בנטל הבטחון, וליטול על עצמם סיכונים במשימות מבצעיות. כל אלה נלקחו בחשבון. הפרקליט הצבאי הראשי נתן משקל לשיקולים השונים ואיזן ביניהם בנקודת ההכרעה. באיזון זה גברה ידם של השיקולים הגורסים כי יש להעמיד העותרים לדין פלילי בפני בית דין צבאי, ואין מקום לבטל את האישום. לדעתנו, פרקליט צבאי ראשי סביר רשאי להגיע למסקנה זו...²⁸⁶

פרשה זו מדגימה היטב את הקושי האינהרנטי בו נתון הפרקליט הצבאי הראשי, כאשר נדרש הוא להפעיל את סמכויותיו בתחום אכיפת הדין. כקצין בכיר הנמנה על המסגרת הצבאית וכפוף למרות פיקודית (גם אם מדובר בכפיפות לרמטכ"ל), נאלץ הוא, לעיתים, לנקוט בהליכים משפטיים אשר אינם מקובלים על המערכת הפיקודית, דבר הגורר ביקורת פומבית, המלווה לעיתים בסממנים של ביקורת אישית. מציאות זו מקשה על יכולת תפקודו של הפצ"ר ועל הפעלת סמכויותיו ב"כובעו" הייעוצי.

286 שם, בע' 111-112.

כיועץ משפטי לרמטכ"ל וליתר זרועות הצבא, נזקק הפצ"ר לאמונם של גורמי הפיקוד ולנכונותם לקבל את הכרעותיו. אין צריך לומר, כי הויכוחים והמחלוקות בתחום ההעמדה לדין, מכרסמים במידת אמון זו ונוצרת, לעיתים, תחושה של ניכור וריחוק בין שני הגורמים.

אל מול הביקורת מהצד הפיקודי, ניתן להצביע על מקרים רבים יותר בהם ההחלטה שלא להעמיד לדין, עת מדובר באירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית, גררה תגובה חריפה של המשפחות השכולות, וגם כאן נדרש בג"ץ לומר את דברו²⁸⁷.

כך או כך, מצוי הפצ"ר במיצר וכל החלטה שיקבל עשויה לגרום תגובות ביקורתיות מצד זה או מצד אחר. מה גם שהפצ"ר נאלץ לעתים גם להופיע כמשיב בעתירות שכאלה המוגשות לבג"ץ.

תחום אחר בו עשוי להיווצר מתח בין הפרקליטות הצבאית, והעומד בראשה, לבין הדרג הפיקודי, הינו תחום הפיקוח על הדין המשמעתי. הדין המשמעתי מוגדר כאחד האמצעים בידי המפקד להשלטת המשמעת והסדר הטוב ביחידתו. לפצ"ר סמכות לבטל פסק שניתן בדין משמעתי

287 הדוגמא המובהקת לכך מצויה בפרשת שדיאל, שנדונה בהרחבה במאמר זה, אך ניתן להצביע על דוגמאות נוספות, כמו פרשת אישה וכן האירוע שבו מצא את מותו בלבנון מאש חיילינו החייל, אוהד זך ז"ל. המסקנה הלוגית המתבקשת מעצם העובדה כי הביקורת הנמתחת לעתים על החלטותיו של הפצ"ר באה מכיוונים מנוגדים - היא כי הפצ"ר פועל באורח ענייני בלבד, ואינו "מכפוף" עצמו לבעלי האינטרסים הסותרים. מודריק מציג במאמרו, "אחריות מפקדים", לעיל, הערה 232, בע' 346-350, שלוש פרשות שבהן, לדעתו, מיתן הפצ"ר את עמדתו "ברב או במעט, מפני שחוקה עליו דעת הרמטכ"ל" (בע' 349). בכל אחת מהפרשות המתוארות היה מעורב פצ"ר אחר: בפרשת יהודה מאיר (עניין צופאן, לעיל, הערה 29) - אמנון סטרשנוב; בפרשת אפי פיין - אילן שיף; ובפרשת ניר גלילי - הח"מ. הנני משוכנע כי בכל הפרשות המתוארות לא "כופף" עצמו הפצ"ר מפני דעת הרמטכ"ל והחליט כפי שהחליט מתוך גישה עניינית ועצמאית. מכיל ראשון יכול אני להעיד כי כך היו פני הדברים בפרשת ניר גלילי, כאשר חוות דעתי בעניין ניתנה בלא כל מעורבות של הדרג הפיקודי. ראוי לזכור כי בשלהי שנת 1996, כאשר הוצאה חוות הדעת, היתה מקובלת גישה סלחנית בהרבה בתגובה לקיום יחסים מיניים בהסכמה בין מפקד לפקודתו, ועל כן הייתה חוות דעת הפצ"ר מחמירה במיוחד.

בעילות שונות, כמפורט בסעיף 168 לחש"ץ. לעיתים, נזקקים המפקדים לדון על אתר חיילים המפריים באורח חמור את המשמעת ולגזור עליהם עונשי מחבוש בפועל. ואולם, מסתבר כי משפטים מהירים אלה נעשים, לא אחת, שלא בהתאם לכללים הקבועים בפקודות הצבא או בניגוד לכללי הצדק הטבעי.

החלטת הפצ"ר לבטל את הפסק, שמשמעותה שחרור החיילים מכלאם (לפחות זמנית עד לשיפוטם מחדש), מתפרשת על ידי המפקדים כערעור סמכותם ופגיעה במעמדם, אל מול חייליהם. כך היה בפרשיות בהן הועמדו לדין משמעתי מהיר חיילים מחטיבת הצנחנים ומחטיבת גולני, בעקבות נטישה מאורגנת של יחידותיהם, במה שהתפרש כמעין "מרד" נגד הדרג הפיקודי. במרבית המקרים, לא הועילו ההסברים על שום מה נאלצה הפרקליטות לבטל את הפסק ולהורות על שחרורו של החייל החבוש - והדבר נתפס, לעיתים, כנסיון כוחני מצד הפרקליטות הצבאית להוכיח למי זכות "המילה האחרונה" בעניין זה.

חיכוך אחר יכול להתרחש עקב רצונם של מפקדים לדון באורח מידי חיילים שביצעו עבירות שונות כגון: התעללות או שררה כלפי פקודים, שימוש בלתי חוקי בנשק, וכד'. בעניינים אלה ודומים להם, מחייבות פקודות הצבא (ובעיקר פקודת מטכ"ל 33.0304) להעביר הנושא לחקירת מצ"ח ולטיפולו של הפרקליט הצבאי המתאים. טיפול מעין זה הינו, מטבע הדברים, ממושך יותר מאשר ברור קצר ושיפוט משמעתי ביחידה. טענת המפקדים הינה, במקרים לא מעטים, כי שיפוט מהיר יעיל עשרת מונים מחקירה ובהינה יסודית של העבירה ונסיבותיה, גם אם יוביל הדבר להעמדה בפני בית דין צבאי.

אין צריך לומר, כי שיפוט משמעותי מעין זה, אם התקיים, הינו בטל מעיקרו²⁸⁸ - אך עצם ההצהרה (הדקלרטיבית) על ביטולו עשויה לגרור תגובות נועמות מצד המפקדים הנוגעים בדבר.

עניין אחרון, אשר ראוי לעסוק בו, הוא הנסיון להכפפת הפרקליטות הצבאית (כמו גם יחידת בתי הדין הצבאיים) לאגף כח האדם (אכ"א) - זאת במסגרת התוכנית לארגון מחדש של מערך המפקדות בצה"ל. מאחר שסברנו כי יש בצעד זה כדי לפגוע במעמדה ובעצמאותה של הפרקליטות הצבאית, התנגדנו בתוקף להחלטה זו (ולעניין זה אף זכינו לסיועו של היועץ המשפטי לממשלה). נימוקינו העקריים היו אלה:

א. הפצ"ר הוא יועצו המשפטי של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא. אין כל הגיון בהכפפת הפצ"ר לראש אגף מסויים במטה הכללי, שעה שהוא מחוייב ליתן ייעוץ משפטי גם ליתר האגפים. לעניין זה שאלנו עצמנו כיצד יראה ייעוצו של הפצ"ר לרמטכ"ל ולשאר שלטונות הצבא "האם ייחשב זה כייעוץ הניתן מטעם ראש אכ"א?"

ב. הצורך בהפעלת סמכויותיו הסטטוטוריות של הפצ"ר, בתחום אכיפת הדין הפלילי והפיקוח על הדין המשמעתי, מחייב כפיפות פיקודית מינימלית של הפצ"ר. כפיפות כזו יכולה להיות אך ורק לרמטכ"ל ולא לגורם מטה אחר, הנמוך ממנו בשרשרת הפיקוד.

288 ראו בג"ץ 69/85 פרומר נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(2) 617, וכן פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים שאישר את הלכת בטלותו של הפסק המשמעתי ברוב דעות: עע 113/99 טור' חדד נ' התובע הצבאי הראשי, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים 1999 (א) 234.

ג. ראש אכ"א הינו ראש מחוז שיפוטי אחד מיני שישה, ואין כל הגיון בהכפפת הפצ"ר לראש מחוז אחד, דבר העשוי לפגוע במעמדם של ראשי המחוזות האחרים.

ד. מראית פני הדברים כלפי פנים וכלפי חוץ, מחייבת אף היא צמצום סממני ה"כפיפות" על מנת להגביר את התחושה כי המערכת המשפטית בצה"ל מונעת משיקולים מקצועיים טהורים ולא מתוך תכתיבים וקבלת פקודות מאת הדרגים הממונים.

לאחר סדרת דיונים, בהם הוצגה עמדתנו ועמדת יחידת בתי הדין הצבאיים בפני הרמטכ"ל וגורמי פיקוד אחרים, נתקבלה הגישה כי יחידת בתי דין צבאיים והפרקליטות הצבאית והעומדים בראשם, יהיו כפופים פיקודית אך ורק לרמטכ"ל, מתוך רצון לשמר את מעמדם העצמאי תוך הגברת אמון הציבור בהם. בכך התעלה הצבא מעל לשיקולים ארגוניים שהיו חיוניים בעיניו, והותיר את המצב בעינו - לאחר שהתקבלה בעניין זה עמדתה של המערכת המשפטית בצה"ל.

לסיכום חלק זה, ייאמר כי תפקיד הפצ"ר כיועצו המשפטי של הרמטכ"ל ושל הדרגים הפיקודיים בצה"ל, הינו בעייתי ומעורר שאלות מורכבות שאין להן מענה פשוט. עם זאת, וחרף המחלוקות והמתחים המובנים במערכת יחסים זו, ניתן לציין כי מעמדו של הפצ"ר בצה"ל איתן הוא, וחוות דעתו המשפטית מתקבלת ללא סייג. בסופו של דבר, ניתן לומר כי הצבא פועל, ככלל, תוך כיבוד החוק ונורמות ההתנהגות הראויות לצבא

במדינה דמוקרטית. חריגים לכך ניתן למצוא בשוליים, וגם להם ניתן מענה הולם²⁸⁹.

סבורני, כי גם המפקדים מבינים כיום כי טיפולה של הפרקליטות הצבאית לא נועד להקשות עליהם למלא את משימותיהם, אלא לאפשר עמידה מירבית ביעדים, תוך שמירת החוק והמשפט בצה"ל. תפיסה זו של תפקיד הפרקליטות הצבאית כגוף הפועל במסגרת הצבאית, מחייבת שיתוף פעולה ודיאלוג מתמיד בין המערכת המשפטית לדרג הפיקודי בכל הרמות. דיאלוג זה, המלווה בלמידה והטמעה של ערכי שלטון החוק, עשוי להביא, בסופו של דבר, למיצוי רב יותר ולהצלחה מירבית של שתי המערכות - הפיקודית והמשפטית גם יחד.

289 במאמר שפורסם על ידי בדצמבר 1988 ("מעמדו וסמכויותיו המשפטיות של המפקד בצבא ארה"ב" משפט וצבא 9 (תשמ"ט) 91), ערכתי השוואה בין סמכויותיו של המפקד בצבא ארה"ב בתחום המשפטי לבין סמכויותיו של המפקד בישראל והגעתי למסקנה כי "מעורבותו של המפקד בשיטת המשפט הצבאי האמריקאי, יש בה כדי לעורר שאלה אמיתית באשר לעצמאותה ואי-תלותה של המערכת השיפוטית כולה" (בע' 107). בינתיים חלו שינויים בנושא זה, וצומצמה במידת מה מעורבותו של המפקד בצבא ארה"ב בתהליכים המשפטיים. עם זאת, מתעורר עדיין חשש למידת אי תלותם של השופטים הצבאיים ויתר הגורמים המעורבים בהליך המשפטי. ראו לעניין זה הצעות לשיפור מערכת השפיטה בארה"ב בסדרת המאמרים (ובכלל זה תגובה ותגובה שכנגד) שפורסמו לאחרונה ב-Military Law Review - ביטאון הפרקליטות הצבאית בורוע היבשה בארה"ב: Kevin J. Barry, *Modernizing the Manual for Courts-Martial Rule-Making Process: A Work in Progress*, 165 MIL. L. REV. 237; Captain Gregory E. Maggs, *Cautious Skepticism About the Benefit of Adding More Formalities to the Manual for Courts-Martial Rule-Making Process: A Response to Captain Kevin J. Barry*, 166 MIL. L. REV. 1; Kevin J. Barry, *A Reply to Captain Gregory E. Maggs's "Cautious Skepticism" Regarding Recommendations to Modernize the Manual for Courts Matiral Rule-Making Process*, 166 MIL. L. REV. 37. על השינויים שהונהגו במערכת השפיטה הצבאית באנגליה בעקבות פסק דינו של The European Court for Human Rights בפרשת החייל הבריטי Findlay, ראו מודריק, "אחריות מפקדים", לעיל, הערה 232, בע' 312, ה"ש 84.

5. מעמד הפצ"ר כלפי הסנגוריה הצבאית

סוגייה מעניינת ומורכבת במיוחד הינה שאלת שיוכה של הסנגוריה לפרקליטות הצבאית, וכפיפותו של הסנגור הצבאי הראשי לפצ"ר.

סעיף 178 לחש"ץ המגדיר את "סמכויות הפרקליט הצבאי הראשי", קובע בפיסקה האחרונה של הסעיף כי בהפעלת סמכויותיו ייעזר הפרקליט הצבאי הראשי "בפרקליטים הצבאיים, בתובע הצבאי הראשי, בסניגור הצבאי הראשי ובשאר הקצינים בעלי הכשרה משפטית"²⁹⁰.

לפי סעיף 182, מתמנים הסנגור הצבאי הראשי ויתר הסנגורים הצבאיים על ידי הרמטכ"ל, בהמלצתו של הפרקליט הצבאי הראשי²⁹¹. לגישת החש"ץ, הסנגוריה הצבאית היא חלק מהמנגנון המשפטי בצה"ל, שבראשו עומד הפרקליט הצבאי הראשי.

לפי סעיף 316 לחש"ץ, נאשם הנותן את הדין בפני בית דין צבאי, רשאי לנהל את הגנתו בעצמו או לבקש כי ימונה לו סנגור צבאי (סעיף 316(א)(1)); לבחור לו עורך דין שאושר לשמש סנגור לפני בית דין צבאי²⁹²,

290 ההדגשה אינה במקור.

291 דרך מינוי זו זהה לדרך המינוי שנקבעה לסגן הפצ"ר (סעיף 177(א) לחש"ץ). לפרקליטים הצבאיים (סעיף 177(ג) לחש"ץ ולתובע הצבאי הראשי ולתובעים הצבאיים האחרים (סעיף 181(א) לחש"ץ).

292 כל עורך דין שאינו משמש כסנגור צבאי, המבקש להופיע בפני בית דין צבאי, זקוק לאישורה של "ועדה לאישור עורכי דין שיהיו רשאים לשמש סניגורים בבתי דין צבאיים". ועדה זו מוקמת מכוח סעיף 317 לחש"ץ, וחברים בה שופט בית המשפט העליון שייבחר על-ידי חבר שופטיו (יו"ר), שני עורכי דין שתבחר לשכת עורכי הדין, מנכ"ל משרד המשפטים והפרקליט הצבאי הראשי. הוועדה רשאית להעניק לפונה אישור בלתי מסויג להופיע בבתי דין צבאיים או אישור מסויג המונע ייצוג נאשם במשפט המתקיים בדלתיים סגורות, מטעמי שמירה על ביטחון המדינה. הוועדה רשאית, כמובן, גם לסרב לבקשה למתן אישור להופיע בפני בית דין צבאי. ראו לעניין זה בג"ץ 221/77 לנגר נ' הוועדה לאישור סניגורים בבתי הדין הצבאיים, פ"ד לב(1) 182.

או כל חייל שהסכים לשמש כסנגורו, במגבלות שנקבעו בסעיף 316(א)(3) לחש"ץ.

תפקידו העיקרי של הסנגור הצבאי, הוא, אם כן, לייצג נאשם שביקש כי ימונה לו סנגור צבאי, בהליכים המתקיימים בפני בית דין צבאי, כמו גם בהליכי חקירה או בדיקה. זאת, בכל "עניין הנוגע למעצרו [של הנחקר] או לבקשה הקשורה לטיפול בעניינו" (סעיף 316(ב) לחש"ץ). סעיף 323 לחש"ץ מרחיב את זכות הייצוג בידי סנגור צבאי (וכן בידי סנגור שאושר על ידי הוועדה לאישור סנגורים פרטיים) לדיון במסגרת חקירה מוקדמת וחקירת סיבות מוות, ולדיון בבקשה להארכת מעצר.

אם לא בחר הנאשם סנגור לעצמו, רשאית, לפני תחילת הדיון בבית הדין, הרשות המזמנת (שהוא ראש המחוז השיפוטי) למנות לו סנגור צבאי, ומשהחל הדיון, מסורה הסמכות בעניין זה לבית הדין עצמו, "אם נראה לו הדבר דרוש לעשיית משפט צדק" (סעיף 321 לחש"ץ).

בדברינו הקודמים סקרנו את תפקידיו וסמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי, ובין היתר התייחסנו לאחריותו הכוללת להנעת הזרוע השיפוטית, ככל הנוגע להבאת חיילים עבריינים לדין. נשאלת, אפוא, השאלה כיצד ניתן לישוב בין תפקידיו אלה של הפצ"ר לבין אחריותו לסנגוריה הצבאית, כחלק ממערכת הפרקליטות הצבאית. נראה, כי התשובה לכך נעוצה בגישת החש"ץ אשר מעניקה לפצ"ר מעמד ניטרלי, שאינו מזוהה עם התביעה הצבאית דווקא - בשונה מהיועץ המשפטי לממשלה העומד בראש מערכת התביעה הכללית במדינת ישראל.

בין תפקידיו של הפצ"ר, ניתן להצביע על תפקידים "תביעתיים" מובהקים, אך בצד זאת גם על תפקידים בעלי משמעות "סנגוריאליים".

התפקיד התביעתי הבולט ביותר של הפצ"ר, כמו גם של הפרקליטים הצבאיים, נעוץ בסמכותם להורות לתובע צבאי להגיש כתב אישום בפני בית דין צבאי²⁹³. בהוראה לתובע כאמור, יש לפרט את מהות העבירות, בגינן יובא הנאשם לדין (סעיף 300 לחש"ץ). בנוסף, ואולי מנגד, לפצ"ר סמכות לבטל כל כתב אישום שהוגש לבית דין צבאי כל עוד לא הוכרע הדין (סעיף 308(א) לחש"ץ), בדומה לסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים פליליים.

סמכות "תביעית" נוספת מצוייה בידי הפצ"ר, כעולה מסעיף 424(ב) לחש"ץ. לפי סעיף זה רשאי הפצ"ר להורות לתובע הצבאי הראשי לערער על פסק דין של בית הדין הצבאי המיוחד. בית דין צבאי מיוחד הינו בית דין של ערכאה ראשונה המוסמך לשפוט קצינים מדרגת סא"ל ומעלה וכן כל חייל הנאשם בעבירה שדינה מוות (סעיף 197 לחש"ץ). עצם ההעמדה לדין בפני בית דין מיוחד נעשית בהוראת הפצ"ר. עם זאת, אין הפצ"ר מוסמך להורות על הגשת ערעור, ככל שמדובר בפסק דין של ערכאה ראשונה אחרת. הסמכות בעניין זה נתונה לתובע הצבאי הראשי וכן לראש המחוז השיפוטי.

בין התפקידים אשר נועדו לבחון הקלה עם הנאשם, ועל כן ניתן לסווגם כבעלי אופי "סנגוריאלי", ניתן למנות את אלה:

א. בקשות חנינה או הקלה בעונש המופנות אל נשיא המדינה, בתוקף סמכותו לפי חוק יסוד: נשיא המדינה וסעיף 513 לחש"ץ, אלה מלוות

293 הפצ"ר מוסמך להורות על הגשת כתב אישום על יסוד תלונה (סעיף 282 לחש"ץ), ללא תלונה (סעיף 282א לחש"ץ) או על יסוד צו אישום שניתן על ידי שופט חוקר בסיבת מוות (סעיף 298טג לחש"ץ). פרקליט צבאי מוסמך להורות על הגשת כתב אישום על סמך תלונה (סעיף 4)280 לחש"ץ, על סמך חומר בדיקה (סעיף 4)281 לחש"ץ) או על יסוד חקירה מוקדמת של שופט חוקר (סעיף 299 לחש"ץ).

בחוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי. חוות דעת זו מוגשת אל הרמטכ"ל ודרכו אל שר הבטחון, האמור להעביר המלצתו אל נשיא המדינה.

ב. הפצ"ר הוא המופקד על הפעלתה של הוועדה לעיון בעונש, המקבילה לוועדת השחרורים האזרחית. לפי סעיף 512 לחש"ץ, יביא הפצ"ר בפני הוועדה פסק דין המטיל עונש מאסר לתקופה של שנה או יותר והנידון עומד לסיים מחצית מעונשו. פסקי דין המטילים תקופת מאסר קצרה יותר יובאו בפני הוועדה לפי שיקול דעת הפצ"ר.

ג. הפצ"ר מצרף את חוות דעתו לכל גזר דין הטעון אישור בידי הרמטכ"ל או שר הבטחון (סעיפים 443-443 לחש"ץ). הרשות המאשרת מוסמכת לאשר את גזר הדין או להקל בעונש לאחר עיון בחוות דעת הפצ"ר²⁹⁴.

ד. הפצ"ר משמש כאמור כחבר הוועדה לאישור עורכי דין מהמגזר הפרטי לשמש כסנגורים בבתי דין צבאיים (סעיף 317 לחש"ץ), דבר המעיד, לכאורה, על מעמדו הניטראלי של הפצ"ר.

ה. סמכות "סנגוריאלי" מובהקת, גם אם נדירה ביותר בהפעלתה, נתונה לפצ"ר בסעיף 423 לחש"ץ, בו נקבע כי הפצ"ר יורה לסנגור צבאי להגיש ערעור על פסק דין של ערכאה ראשונה המטיל עונש מוות, ולא הוגש עליו ערעור על ידי הנאשם.

ו. ניתן לראות, כאמור, גם בסמכות לבטל כתב אישום כבעלת אופי סנגוריאלי.

294 יצוין כי, לפי תיקון מתשנ"ו, רשות מאשרת המחליטה להקל בעונש או לאשר גזר דין בניגוד לחוות דעת פצ"ר או פרקליט צבאי, חייבת לנמק בכתב החלטתה זו.

בחינת תפקידיו וסמכויותיו של הפצ"ר, כמפורט לעיל, הביאה את הפצ"ר לשעבר, עו"ד צבי ענבר, למסקנה כי

הפצ"ר איננו תובע צבאי ואין הוא מתמודד כנגד הנאשם בבית הדין הצבאי. לפצ"ר שתי זרועות - תביעה וסניגוריה... תפקידיו של הפצ"ר בתחום הסניגוריאלי, אינם פחותים בהיקפם ובמשקלם מתפקידיו בתחום התביעה. מכאן הצורך להיעזר בסניגור הצבאי הראשי ובסניגורים הצבאיים מחד-גיסא, ומכאן גם יכולתם של אלה להשפיע בשלבים שלפני המשפט (למנוע הגשת כתב אישום או להביא לביטולו) ואחריו (הקלה בעונש בידי הרשות המאשרת, המתקה על-ידי הוועדה לעיון בעונש וחנינה בידי הנשיא).²⁹⁵

בהחלטה שניתנה בחודש מאי 2000 על ידי בית הדין הצבאי לערעורים, נדרש בית הדין לשאלת מעמדו של הפצ"ר ומהות סמכויותיו. בית הדין מציין כי "כמי שנושא באחריות הכוללת לשמירה על שלטון החוק בצה"ל ולאכיפת הדין ופקודות הצבא, מעמדו של הפצ"ר ביחס לאנשי הצבא מקביל לזה של היועץ המשפטי לממשלה ביחס לכלל הציבור... ואולם, ככל שרב הדמיון... בתחום אחד קיים הבדל מהותי, הנובע מהזיקה שבין הפצ"ר לבין הסניגוריה הצבאית"²⁹⁶. ובהמשך, אומר בית הדין הצבאי לערעורים:

סיכומו של דבר, זיהויו המוחלט של הפרקליט הצבאי הראשי עם מערכת התביעה הצבאית - בטעות יסודו.

295 ענבר, לעיל, הערה 231, בע' 115.

296 עס/58/000 התובע הצבאי הראשי נ' טור, פרילוב (טרם פורסם), בע' 24.

גם אם בידי הפצ"ר סמכויות שונות בתחום אכיפת החוק, הרי שהמחוקק הועיד בידי תפקיד רב פנים ומורכב; ובעוד שהינו אחראי, באמצעות התביעה הצבאית, על הבאתם של עבריינים לדין, יש לו גם זיקה לסניגוריה והוא אחראי לייצוגם הנאות של נאשמים ולקיום הליכים משפטיים תקינים בעניינם - כפועל יוצא מהשלטת החוק והמשפט בצבא.²⁹⁷

במסגרת דיוני ועדה שהקים ראש אכ"א, ב-5 ינואר 1997, בעצה אחת עם הפרקליט הצבאי הראשי והסנגורית הצבאית הראשית, נבחנה בין היתר, השאלה בדבר שיוכה הארגוני של הסנגוריה הצבאית. הוועדה נתבקשה להציג "יתרונותיהן וחסרונותיהן של כל אחת מהחלופות שיגבש". בדיון וחשבון שהוגש על ידי הוועדה²⁹⁸, בחנו חברי הוועדה, הפצ"ר לשעבר תא"ל (מיל') צבי ענבר והסנגור הצבאי הראשי לשעבר, אל"ם (מיל') יצחק אקסל ז"ל, מספר חלופות אפשריות:

א. הוצאת הסנגוריה הצבאית מהצבא וקביעתה כגוף עצמאי מחוץ לצבא"ל או במסגרת הסנגוריה הציבורית. חלופה זו נשללה על ידי כל הנוגעים בדבר, אשר סברו כי עדיף "שחיילים ייוצגו על-ידי סניגורים שהם קצינים בצבא ומעורים בנעשה בו".

ב. הסנגוריה כמחלקה באגף כוח האדם בצבא"ל. גם הצעה זו נשללה על ידי רוב הגורמים שהופיעו בפני הוועדה, לרבות ראש אכ"א עצמו. הטעם לכך הוא כי ראש אכ"א מופקד על מערכת נגדה הוגשו עתירות

297 שם, בע' 27 (ההדגשה אינה במקור).

298 דו"ח צוות הבדיקה לבחינת כפיפותה, מעמדה וסדרי עבודתה של הסניגוריה הצבאית (להלן - דוח ועדת הסנגוריה).

לא מעטות בנושאי פרט, ובנוסף לכך, ראש אכ"א הינו ראש מחוז שיפוט, דבר אשר אינו מתיישב עם אחריותו לסנגוריה הצבאית.

ג. הסנגוריה כיחידה עצמאית בצה"ל. חלק מהסנגורים אשר דגלו בניתוקה של הסנגוריה מהפרקליטות הצבאית צידדו באפשרות זו. ואולם, הוועדה מציינת כי לדעת רוב הדוברים, לרבות סנגורים צבאיים ראשיים בעבר, עצמאות הסנגוריה הצבאית יכולה לבוא במסגרת הפרקליטות הצבאית דווקא "שהיא גוף חזק היכול לגונן עליה". לדעתם, הוצאת הסנגוריה מהפרקליטות תהפוך אותה לגוף חלש, מדולל מאמצעים וכוח אדם איכותי.

לאחר בחינת החלופות השונות הגיעה ועדת הסנגוריה למסקנה

הבאה:

נראה לנו שהפרדת הסניגוריה מהפרקליטות הצבאית, איננה רק בעייה של תקציב ותקנים, כפי שהיה מי שטען בפנינו. מדובר, לדעתנו, בתפיסה מערכתית, על פיה הפצ"ר הינו יועצם של הרמטכ"ל ושל שאר שלטונות הצבא בכל ענייני חוק ומשפט, והוא המפקח על השלטת המשפט בצבא. לצורך זה העמיד הצבא לרשותו גם את הסצ"ר, כדי שישמש כעוזרו לענייני סניגוריה (סעיף 178 סיפא לחש"ץ), וייצג פן זה בכל נושא בו הדבר נדרש. לפיכך, יהא זה לטובת המערכת כולה, והפצ"ר עצמו, אם ייעזר בסצ"ר כך שיוכל לקבל החלטותיו תוך איזון מרבי של שיקולים לכאן ולכאן. אף הסניגוריה עצמה נשכרת מכך שיש לפצ"ר מחויבות כלפיה, ואין הוא רשאי לשקף בהחלטותיו פן תביעתי בלבד. הפרדת הסניגוריה הצבאית מהפרקליטות הצבאית, תהפוך את הפצ"ר לתובע-על ממש,

על כל הנובע מכך, ויהא בצעד כזה כדי להחריף את היחסים שבין התובעים לסניגורים. לא הרי קצינים המשרתים ביחידה אחת ומתחלפים מדי פעם בתפקידיהם, כהרי קצינים המשרתים ביחידות שונות שתפקידן על פי ההגדרה להיאבק אחת בשנייה.²⁹⁹

אודה ולא אבוש, כי לא אחת, חלפה במוחי במהלך כהונתי כפרקליט צבאי ראשי, המחשבה כי יש מקום להפרדתה של הסנגוריה הצבאית מהפרקליטות הצבאית ומאחריותו של הפצ"ר. הטעם העיקרי לכך הוא כי, עם כל הרצון לראות את הפצ"ר כבעל חזות נייטרלית מובהקת, המשקפת מעמד של מעין בורר בין התביעה לסנגוריה, אין הדבר כך במציאות ובחיי המעשה. הפצ"ר הוא מפקדם של התובע הצבאי הראשי ושל יתר התובעים הצבאיים, הן מקצועית והן פיקודית. הפרקליטים הצבאיים, שבסמכותם להורות על הגשת כתבי אישום, כפופים אף הם מקצועית ופיקודית לפצ"ר. הפצ"ר מטפל אישית בתיקי חקירה בעניינם של קצינים בכירים, וכן בתיקי חקירה שעניינם מותו של חייל, כמו גם בתיקים רגישים אחרים. במקרים לא מעטים, מתקבלת ההחלטה על הגשת כתב אישום לבית דין מחוזי בהתייעצות עם הפרקליט הצבאי הראשי.

יתרה מכך, הפרקליט הצבאי הראשי מזוהה, הן במערכת הצבאית פנימה והן בפסיקתו של בית המשפט העליון³⁰⁰, עם התביעה הצבאית - וההחלטות המתקבלות בשאלות של העמדה לדין נתפסות כהחלטותיו - גם אם בפועל לא היתה לו יד ורגל בכך. בדיוני פרקליטים המתקיימים אחת לחודש לערך, עולות על סדר היום שאלות שונות שבחלקן עוסקות

299 שם, בע' 28.

300 ראו, למשל, פרשת עטייה, לעיל, הערה 2, והפסיקה המצוטטת שם.

במדיניות התביעה בהקשר לעבירות מסויימות. בקשות לביטול כתב אישום מוגשות לפצ"ר, כמי ששולט למעשה ומנחה, ברמת המדיניות, את פעילותה של התביעה וכן הדבר לגבי קיום שימוע בפני הפצ"ר, טרם הגשת כתב אישום לבית דין צבאי. במצב דברים זה, יקשה עד למאוד לראות את הפצ"ר כגורם אובייקטיבי וניטראלי, ונראה כי הוא מזוהה יותר ויותר עם מערכת התביעה.

עוד ראוי להוסיף, כי הסנגוריה הצבאית, בתוקף תפקידה, עשויה להגיש עתירות לבג"ץ שענינן מדיניותו של הפרקליט הצבאי הראשי, כמו גם החלטותיו בעניינים קונקרטיים³⁰¹. על פני הדברים, נראה כי עצם קיומה של אפשרות להגשת עתירות נגד ראש המערכת על ידי מי שנתון תחת פיקודו, הינה בעייתית ביותר.

הוסף לכך גם את מגבלותיו של הפצ"ר להתערב בנעשה בסנגוריה הצבאית, גם אם אין מדובר בעניינים מקצועיים גרידא - מחשש כי הדברים יתפרשו כהצרת צעדיה של הסנגוריה, ועל כורחך תאמר כי בפנינו שילוב בעייתי למדי.

ואולם, הגעתי למסקנה - ולא מעט בעקבות המלצותיה של ועדת הסנגוריה - כי עדיף להותיר את המצב בעינו, מתוך ראיית טובתו של החייל - הנאשם. פעילותה של הסנגוריה הצבאית, בכפיפה אחת עם חוליית הפרקליטות הצבאית, מקנה לסנגוריה יכולת ממשית לעקוב אחר הטיפול בתיק מסויים מראשיתו, ולנסות להשפיע על ההחלטות

301 לעתירות הסנגוריה הצבאית בענייני מדיניות ראו, למשל, בג"ץ 7442/96 אורנשטיין-זהבי ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם) (המרשם הפלילי לעברייני סמים), בג"ץ 6055/95, 7083/95 צמח נ' שר הביטחון ואח'; אורנשטיין-זהבי ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נגד (5) 241 (תקופות המעצר בצה"ל עד להבאה בפני שופט. לעתירות בעניינים קונקרטיים ראו, למשל, פרשת עטייה, לעיל, הערה 2, ופרשת "דוברבן".

המתקבלות, עד להגשת כתב אישום. נגישות זו באה לידי ביטוי בזמינות המידע וביכולת ההדברות עם הפרקליט הפיקודי/ חיילי או עם התובע הצבאי הנוגע בדבר. בכך יוצאים הנחקר או הנאשם נשכרים וייצוגם נעשה באורח מקצועי יותר. כך הוא הדבר לגבי הסנגור הצבאי הראשי ביחסיו עם הפרקליט הצבאי הראשי. נגישותו של הפצ"ר אל מקבלי ההחלטות ויכולתו לעקוב אחר ההתפתחויות בעניין מסויים - מסייעים, ללא ספק, בהגנתו ובייצוגו של הנחקר או הנאשם.

חשיבות רבה יש לייחס גם להיותו של הסנגור הצבאי הראשי חבר במטהו של הפרקליט הצבאי הראשי, כך יש ביכולתו להשפיע על התוויית המדיניות בנושאים שונים, ואף ליזום הצעות ושינויים בתחומים שיש בהם כדי להעמיק ולבצר את זכויותיו של הנחקר או של הנאשם. על יסוד האמור לעיל, מקבל אני את עמדת ועדת הסנגוריה לפיה "רק במסגרת הפרקליטות הצבאית יובטחו כראוי זכויות הנאשמים ותינתן להם סניגוריה ראויה".

עוד ראוי לציין, כי במסגרת הפרקליטות ניתן להציב בסנגוריה הצבאית משפטנים בעלי רמה מקצועית גבוהה, אשר בפניהם מגוון תפקידים ואפשרויות קידום בעתיד. נראה כי המעבר מהתביעה לסנגוריה וחוזר חלילה, כאשר מדובר בתקופת שהייה מספקת בכל תפקיד, מאפשר אף הוא יתר מקצועיות ורכישת נסיון בשני התחומים.

ראייתה של הסנגוריה הצבאית כחלק בלתי נפרד מהפרקליטות הצבאית, משקפת את הגישה המסורתית אשר אף קדמה לחש"ץ³⁰², ויש

302 לסקירה של הרקע ההיסטורי להקמתה של הסנגוריה הצבאית ראו נספח 3 לדוח ועדת הסנגוריה, לעיל, הערה 298. על הסנגוריה הצבאית בצבא ארה"ב, שהיא חלק מהפרקליטות הצבאית, ראו CHARLES A. SHANOR, MILITARY LAW IN A NUTSHELL

בה כדי לבטא את חלקה ותרומתה של הסנגוריה לתקינות ההליכים המשפטיים ולזכויותיו של החשוד והנאשם.

התנאי להמשך פעילותה של הסנגוריה הצבאית במסגרת הפרקליטות הוא עצמאותה המקצועית של הסנגוריה, ונזכיר לעניין זה את סעיף 11 להפ"ע 2.0613 הקובע כי: "סניגור צבאי לא יהיה נתון, בעת מילוי תפקידו, למרות מפקדיו, ותעמוד לנגד עיניו טובת הנאשם, בלבד".

מקובלת עליי המלצת הוועדה כי ראוי לכלול בחש"ץ הוראה דומה, כדוגמת האמור בסעיף 15 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו1995-303. הוראה מעין זו, אם תמצא ביטוייה בחקיקה ראשית, יש בה כדי לחזק את מעמדה של הסנגוריה הצבאית ולהדגיש את הגישה כי טובת החייל - הלקוח, עומדת בראש סולם העדיפויות.

John R. Howell, *TDS: The Establishment of the U.S. Army Trial Defense Service*, 100 MIL. L. REV. 4 (1983) (2nd ed., West Publishing Co. 1996), pp. 223-226.
 JUDGE J. W. RANT, *COURTS-MARTIAL HAND BOOK, PRACTICE AND PROCEDURE* (John Wiley and Sons, 1998), pp. 9-10.

303 סעיף 15 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו1996 - קובע לאמור:

נאמנות ללקוח

- (א) במילוי תפקידו יפעל סניגור ציבורי כעורך דין לטובת לקוחו, בנאמנות ובמסירות, ויחולו עליו כללי האתיקה החלים על עורך דין המייצג לקוח.
- (ב) מקום שיש ניגוד בין חובות סניגור ציבורי שהוא עובד לשכת הסניגוריה הציבורית כלפי לקוחו לבין חובותיו כעובד מדינה - חובותיו כלפי לקוחו גוברות על חובותיו כעובד מדינה.

זה המקום לציין את מעמדה העצמאי של הסנגוריה הציבורית ואת העדר כפיפותה המקצועי אל היועץ המשפטי לממשלה. על מידת עצמאותה של הסנגוריה הציבורית ראו ד' בין "חוק הסניגוריה הציבורית - סקירה תמציתית" משפטים כט (תשנ"ח) 481.

הסנגור הצבאי הראשי, והוא בלבד, יהיה כפוף פיקודית, אך לא מקצועית, לפצ"ר - כאשר יתר הסנגורים יהיו כפופים לסצ"ר ויונחו על ידו. הסנגוריה הצבאית, כחלק מהפרקליטות הצבאית וצה"ל, תפעל בהשראת מספר מערכות כללים: א. כללי האתיקה החלים על כל עורך דין באשר הוא. ב. הכללים המיוחדים לפרקליטות הצבאית, כמערכת משפטית במסגרת הצבאית. ג. הפקודות והכללים החלים על כל חייל באשר הוא חייל בצה"ל. על הסנגור הצבאי למצוא את דרכו בתוך מערכות הכללים הללו, מתוך מגמה לעשות את כל הניתן, במסגרת החוק וכללי האתיקה, לטובת לקוחו. ימים יגידו אם ניתן יהיה לשמר לאורך זמן את המתכונת הארגונית הקיימת, שבה הסנגוריה הצבאית הינה חלק בלתי נפרד מהפרקליטות הצבאית.

מכל מקום, משוכנע אני כי הפרקליט הצבאי הראשי, כמי שעומד בראש המערכת המשפטית בצה"ל, ידע לשמור על מעמדה המיוחד של הסנגוריה הצבאית, ולהגן על זכויותיו של החשוד בביצוע עבירה ושל נאשם העומד לדין.

6. היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי

בפרק הרביעי עסקנו בהרחבה במעמדו, סמכויותיו ותפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה. מעמדו הייחודי של היועץ המשפטי לממשלה, גם אם אינו מפורט בחוק, נובע מהנוהג הקונסטיטוציוני שהתגבש מאז קום המדינה, ובהפעלת סמכויותיו הוא חולש על כל זרועותיה של הרשות המבצעת. אין חולק כי צה"ל ומערכת הבטחון בכללותה הם חלק מהרשות המבצעת, והפצ"ר כיועצו המשפטי של הרמטכ"ל הוא אחד היועצים המשפטיים של רשויות הממשל.

מאז ומתמיד ראתה הפרקליטות הצבאית את היועץ המשפטי לממשלה כיועץ-על, אשר עמדותיו בתחומי המשפט השונים ובעיקר בקביעת המדיניות המשפטית, חייבו התייחסות רצינית.

הפרקליטים הצבאיים הראשיים נהגו, וכך נהגתי גם אני, לקיים מערכת התייעצות ותיאום עמדות עם היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות שונות. במקרים לא מעטים, זומן הפצ"ר לדיון בלשכת היועץ המשפטי לממשלה, ביוזמתו של האחרון. בדיונים אלה, בהם השתתפו בכירי משרד המשפטים, נדונו נושאים בעלי עניין משותף לשני הגופים, ואף לגורמים רלבנטיים נוספים.³⁰⁴

לעיתים, נדרש גיבוי המקצועי של היועץ המשפטי לממשלה להחלטות שנתקבלו על ידי הפצ"ר ואשר זכו לביקורת, בין מצד זה ובין מצד אחר.

מעמדו זה של היועץ המשפטי לממשלה, כלפי הפצ"ר, מוצא את ביטויו המעשי באותן מוסכמות מקובלות (הגם שיש עליהן עוררין כפי שפורט לעיל), לפיהן: היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כל עוד לא אמר בית המשפט אחרת; היועץ המשפטי לממשלה הוא המייצג הבלעדי של הממשלה והרשות המבצעת כולה בבג"ץ בפרט, ובהליכים משפטיים אחרים בכלל; היועץ המשפטי לממשלה הוא המופקד והמייצג המוסמך של האינטרס הציבורי. לכך יש להוסיף את אחריותו של

304 בין העניינים הבולטים שנדונו בתקופת כהונתי, ניתן למנות את הנושאים הבאים: הוראות פתיחה באש לאזרחים וחיילים בתחומי הממשל הצבאי; ההתיישבות באיו"ש ובאזח"ע וסוגיות של תפיסת שטחים לצרכים צבאיים ולהקמת כבישים עוקפים; העמדה לדין של אזרחי ישראל המבצעים עברות בשטחים; גיוס בני ישיבות לצה"ל; השירות המוכר, שבמסגרתו מופעלים חיילים בתחומי עיסוק שונים מחוץ לצבא; החזקתם במעצר של אזרחים לבנוניים שנועדה להביא לשחרור שבויי צה"ל ונעדריה; ועוד כהנה וכהנה.

היועץ המשפטי לממשלה לתחום החקיקה, בין הראשית ובין חקיקת המשנה. כפועל יוצא מכך, זכו יוזמות החקיקה של הפרקליטות הצבאית, שהועברו למשרד המשפטים במישרין או באמצעות היועצת המשפטית למערכת הבטחון, לבחינתו של היועץ המשפטי לממשלה³⁰⁵.

יצוין, כי בצד ההבנה וההרמוניה ששררה, בדרך כלל, בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר, היו מספר מקרים בהם נחלקו הדעות ונושאי המחלוקת הובאו להכרעת ראש הממשלה והקבינט המדיני-בטחוני.

בתקופת קודמי, תא"ל (כדרגתו אז) אילן שיף, התגלעה מחלוקת קשה בינו לבין היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, בנושא העמדתם לדין של אזרחי מדינת ישראל המתגוררים בשטחי איו"ש ואזח"ע. מר בן-יאיר גרס כי ראוי שתושבי השטחים אזרחי ישראל העוברים עבירות בשטחי איו"ש ואזח"ע, יועמדו לדין בפני בתי משפט צבאיים. כ"עמדת נסיגה", היה בן-יאיר מוכן להעמדה לדין בבית משפט צבאי רק בעבירות שעניינן הפרה של צווי המושל הצבאי. מנגד, תא"ל שיף גרס, והנני תמים דעים עימו לחלוטין, כי אין מקום להבחנה בין אזרחי מדינת ישראל המתגוררים משני צידיו של הקו הירוק - ואלו גם אלו, צריכים לתת את הדין במסגרת בתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל.

מבין כל הטעמים שמנה הפצ"ר, ניתן לציין את הטעם המרכזי והוא כי, ככלל, ראוי שאזרחי מדינת ישראל ישפטו בבתי משפט אזרחיים (להבדיל מצבאיים), וכן כי אין לגרור את בתי המשפט הצבאיים הפועלים

305 במקרים לא מעטים נעשה תיאום מוקדם עם היועץ המשפטי לממשלה טרם הפצת הצעת התיקון לגורמים שמחוץ לפרקליטות הצבאית. כך היה לגבי התיקונים לחש"ץ שעסקו בנושא התחקיר המבצעי, בנושא קביעת עברה מיוחדת של "גרימת מוות צבאית", בנושא קיצור תקופות המעצר עד להבאה בפני שופט ועוד.

בשטחי איו"ש ואזח"ע למחלוקת הפוליטית השוסעת את החברה בישראל. העמדה לדין של אזרחים ישראלים בפני בתי משפט צבאיים, תביא בהכרח להעלאת נושאים בעלי משמעות פוליטית, לרבות הזמנה לעדות של גורמים פוליטיים שונים³⁰⁶. המחלוקת הובאה לדין בקבינט, בראשו עמד ראש הממשלה ושר הבטחון דאז, מר יצחק רבין ז"ל, אשר הכריע בעד קבלת עמדתו של הפצ"ר ודחיית גישתו של היועץ המשפטי לממשלה.

נושא אחר שהתעורר בתקופת כהונתי, עניינו העמדתם לדין של שוהים בלתי חוקיים (שב"חים) מאיו"ש ומאזח"ע, אשר נעצרו בתחומי מדינת ישראל. היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, סבר כי יש להביאם לדין בפני בתי משפט צבאיים בשטחים, בהתאם לסמכות הנתונה להם על-פי הצו בדבר הוראות בטחון. גישתי היתה שונה, והתבססה על העובדה כי העבירות בוצעו בתחומי מדינת ישראל, תוך פגיעה באינטרסים (בטחוניים ואחרים) של המדינה, מבלי שניתן למצוא זיקה עניינית לאזור - פרט למגוריהם של העבריינים שם. גם נושא זה, שלא הגענו לגביו לכלל הסכמה, הובא בפני הקבינט המדיני-בטחוני, ובסופו של דבר נתקבלה העמדה לפיה ההעמדה לדין תהיה בישראל, כפי שדרשה הפרקליטות הצבאית. יוער כי השאלה מה מקומו של הקבינט המדיני-בטחוני במחלוקת ואיזה תוקף יש להחלטותיו בסוגייה זו - לא הובהרה בדיון ולא נתבררה די צורכה.

306 חוויה זו היתה מנת חלקי עת הופעתי ביחד עם התובע הצבאי הראשי דאז, אמנון סטרשנוב, במשפטי "גן הירק", שבהם הועמדו לדין אזרחים ישראלים שהתנגדו בכוח לפינוי מספר ישובים בצפון סיני, בהתאם להסכם השלום עם מצרים. המשפטים לבשו גוון פוליטי מובהק, והנאשמים ראו בדין המשפטי הזדמנות לעשות פומבי לדעותיהם ולהתנגדותם הנחרצת לפינוי ישובים.

כאמור, לא ניתן להצביע על מקרים רבים בהם היתה מחלוקת ממשית ועימות חזיתי בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה³⁰⁷, עד למשבר שפרץ בעקבות פרשת שדיאל.

פסק דינו של בית הדין הצבאי בפרשת שדיאל ולאחר מכן פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת עטייה, חידדו את השאלה בדבר מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בהליכים המתקיימים בבית דין צבאי, ובכלל מה מקומו של היועץ שעה שהפצ"ר מפעיל את הסמכויות הנתונות לו על-פי דין.

דעתנו היא כי מקום בו מפעיל הפצ"ר את סמכויותיו בתחום אכיפת הדין במסגרת חש"ץ, וכן הדבר לגבי יתר הסמכויות המוקנות לפצ"ר על-פי דין, אין ליועץ המשפטי לממשלה כל מעמד מחייב, ואין הוא רשאי לכוף את דעתו על הפרקליט הצבאי הראשי. עמדה זו מבוססת על מספר טעמים

307 מעניין להזכיר בהקשר הנדון את משפט הדיבה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה דאז, י' ש' שפירא, נגד התובע הכללי (תוכ"ל - מי שעמד עם קום המדינה בראש השירות המשפטי בצה"ל), עו"ד אברהם גורלי. בסופו של דבר זוכה עו"ד גורלי מכל אשמה לאחר שערעורו התקבל בבית המשפט העליון (ע"פ 24/50 גורלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1145). עו"ד גורלי מצוטט בספרו של גוטמן, לעיל, הערה 55, בע' 66-67, כמי שטוען למניעים אישיים מצדו של היועץ המשפטי לממשלה בהגשת כתב האישום נגדו. וכך מספר המחבר:

עו"ד אברהם גורלי העלה נימוקים רבים לביסוס הגנתו. בין היתר סיפר לבית המשפט על יחסים מתוחים שהיו קיימים בינו לבין י.ש. שפירא אודות השאלה מי יהיה בעל הבית על המחלקה המשפטית של צה"ל. לטענתו, היחסים האישיים בינו לבין י.ש. שפירא גרמו לכך, שהצבא נשאר במשך חודשים רבים ללא הוקת שיפוט, וזאת משום שהוא, גורלי, סירב להיכנע לדרישתו של י.ש. שפירא לפיה יהיה כפוף השירות המשפטי בצבא ליועץ המשפטי וביקש להשאירו כגוף עצמאי ובלתי תלוי.

שיפורטו להלן, ולאחר זאת אבקש להתייחס בקצרה לנימוקי השופטים בפרשת עטייה:

א. טעם פורמלי - מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, כמי שעומד בראש מערכת התביעה הכללית במדינת ישראל נובע מהוראת סעיף 12 לחסד"פ. סעיף זה מגדיר את התובעים אשר רשאים לייצג את המדינה במשפט פלילי. בין היתר, מדובר ביועץ המשפטי לממשלה ונציגיו המוגדרים בסעיף 12(א)(1) לחסד"פ. כל יתר התובעים, הקונים את סמכותם מכוח דברי חקיקה אחרים, לא הוכפפו ליועץ המשפטי לממשלה ואינם משמשים כנציגיו בהופעתם בפני הערכאות המשפטיות השונות³⁰⁸. יצויין עוד, כי גם התובעים המשטרתיים אינם מוגדרים כ"נציגיו" של היועץ המשפטי לממשלה, ואולם סעיף 12(ב) לחסד"פ מקנה ליועץ סמכות פיקוח על ניהול המשפטים בידי התובעים המשטרתיים בקובעו כי "... רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות שסוג של משפטים, משפט פלוני או הליך פלוני ינוהלו בידי תובע אחר"³⁰⁹.

אשר לתובעים הצבאיים שמינויים נעשה לפי החש"ץ, לא נקבעה כל כפיפות או זיקה פורמלית אל היועץ המשפטי לממשלה. אין הם מוגדרים כנציגיו של היועץ, וכפיפותם הפיקודית והמקצועית היא לפרקליט הצבאי הראשי. העדר כפיפות מינהלית או מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה עשויה לתמוך במסקנה כי אין ליועץ כל מעמד בנוגע להפעלת שיקול דעתם, אלא אם נקבע אחרת בחש"ץ.

308 ראו לעניין זה שלגי וכהן, לעיל, הערה 137, בע' 184, תחת הכותרת "מאשימים אחרים וייצוגם" וכן ע"פ 928/80 גוב ואח' נ' ועדה מקומית לתכנון ולבנייה נתניה, פ"ד לה (4) 764.

309 ראו גביון, לעיל, הערה 134, בע' 78, ה"ש 7. כזכור, המליצה ועדת שמגר כי התובעים המשטרתיים יקבלו את מינויים מאת היועץ המשפטי לממשלה, דבר שלא יושם עד כה.

ב. **טעם מהותי** - מבין כל המודלים האפשריים לקיומה של מערכת שפיטה צבאית³¹⁰, בחרו מחוקקי החש"ץ בגישה של הפרדת המערכת הצבאית ממערכת השפיטה האזרחית³¹¹. השופט י' כהן (כתוארו אז) אמר בפסק דינו בעניין פלוני:

חוק השיפוט הצבאי הוא בבחינת קודקס, אשר בא להסדיר באופן מלא וממצה את הנושא של השיפוט הצבאי על כל שלוחותיו, כפי שברור מתכנו של החוק ומהיקפו. מדובר כאן בענייני צבא שבהם דרושים הסדרים מיוחדים, בגלל האופי המיוחד של השירות הצבאי, המשמעת והכפייה ההכרחיים לשם קיומו. לפיכך, יש להניח שהמחוקק התכוון לכלול באותו חוק את כל ההוראות הנחוצות בנושא השיפוט הצבאי.³¹²

וכן הנשיא שמגר בעניין אדלר:

חוק השיפוט הצבאי נועד לשמש קודקס מקיף ומיוחד, המגדיר את אלו הנתונים לשיפוט צבאי, מפרט עבירות, מכונן בתי-דין ומגדיר סמכויותיהם וקובע סדרי דין מפורטים.³¹³

310 ראו מודריק שפיטה צבאית, לעיל, הערה 232, בע' 44-47.

311 הפרדה כמעט מוחלטת זו הוקתה במידה מסוימת בעקבות תיקון מס' 17 לחש"ץ, שבא בעקבות המלצות ועדה שמינו שר הביטחון ושר המשפטים בחודש מאי 1977 בראשותו של השופט (כתוארו אז) מאיר שמגר. בין היתר, הוסף סעיף 440 לחש"ץ הקובע כי פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים ניתן לערער ברשות לפני בית המשפט העליון.

312 עניין פלוני, לעיל, הערה 32, 623-622.

313 עניין אדלר, לעיל, הערה 32, 186.

בפסק דינה בפרשת עטייה גורסת השופטת ביניש, בהתייחסה לשאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים המתקיימים בבית דין צבאי, כי

אינה יכולה להתעלם מהראייה הכוללת של חוק השיפוט הצבאי כחוק היוצר מערכת שיפוט נפרדת מהמערכת האזרחית. מערכת שיפוט זו מותאמת לצורכי הצבא ומביאה בגדרה את אופיו של השירות הצבאי, התנאים שבהם מתקיים ההליך הפלילי בצבא, קיומן של עבירות פליליות המיוחדות למי שחוק השיפוט הצבאי חל עליו וכן סדרי דין המותאמים לצורכיה... חוק השיפוט הצבאי, שהחוק שנים רבות לפני חוק סדר הדין הפלילי, הקיף אפוא - נוסף על עניינים מהותיים - את סדרי הדין בכל הנוגע לחקירה, להעמדה לדין ולניהול הליכים בבת-דין צבאיים, והוא נועד לשמש חוק שלם וכולל לעניין זה. מקום שראה המחוקק לייחד סמכות ישירה על-פי חוק השיפוט הצבאי ליועץ המשפטי לממשלה, הוא עשה כן על דרך הסמכה מפורשת...³¹⁴

החש"ץ כקודקס מקיף וממצה, מגדיר את המוסדות המשפטיים בתוככי המסגרת הצבאית וקובע את בעלי התפקידים, המפעילים את הסמכויות הנתונות להם על פי החש"ץ. מרבית הסמכויות יחדו, מטבע הדברים, לגורמים המשפטיים בצה"ל, אך מספר מצומצם של סמכויות הוענקו גם ליועץ המשפטי לממשלה. סעיף 14 לחש"ץ קובע את סמכותו

314 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 728-729, וראו גם עניין ברטלה, לעיל, הערה 279; עניין שרגאי, לעיל, הערה 279, ועניין דותן, לעיל, הערה 273.

של בית הדין הצבאי לדון חייל גם בגין ביצוע עבירה שאיננה צבאית. ואולם, בהמשך הסעיף נקבע כי:

... היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא רשאי הוא בכל עת, עד להחלטה בדבר הרשעה או זיכוי... לצוות כי דינו יתברר בבית-משפט אחר.

סעיף 15 לחש"ץ מקנה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות דומה לגבי מי שהחש"ץ חל עליו מכוח סעיף 8(2) (העובד בשירות הצבא) או מכוח סעיף 8(3) (העובד בשליחות הצבא).

לפי סעיף 298א(א) רשאי הפרקליט הצבאי הראשי, מיוזמתו או לפי בקשת אדם מעוניין, להחליט כי ימונה שופט חוקר לחקור בסיבת מותו של חייל. בהגדרת "אדם מעוניין" נכלל גם היועץ המשפטי לממשלה, אך אין חולק כי הסמכות הבלעדית לעניין זה נתונה בידי הפרקליט הצבאי הראשי. סעיף 298 קובע חריג לכלל זה באומרו:

היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהמוות אירע שלא במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנפטר לצבא, רשאי הוא בכל עת, עד לגמר החקירה, לצוות כי החקירה תיערך על פי החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), התש"ח, ועם מתן הצו תיפסק החקירה לפי סימן זה.³¹⁵

315 לדיון בעניין זה, לרבות שאלת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להורות על השלמת חקירתו של השופט החוקר, ראו עניין ושניץ, לעיל, הערה 250.

דרכו של המחוקק להקנות סמכויות ליועץ המשפטי לממשלה על דרך ההסמכה המפורשת, מלמדת כי בכל מקום אחר לא היתה כוונה לראות את היועץ המשפטי לממשלה כבעל הסמכות. לעניין זה, אינני מוצא כל הבדל מהותי בין כניסתו של היועץ המשפטי לממשלה לנעליו של הפצ"ר או של התובע הצבאי והפעלת סמכויותיהם במישרין, לבין מתן הנחייה לגורמים אלה לפעול באורח שאינו תואם את השקפתם ובניגוד לשיקול דעתם המקצועי. יושם אל לב, כי אותן סמכויות אשר יוחדו ליועץ המשפטי לממשלה באות לידי ביטוי מקום בו סבור היועץ המשפטי לממשלה כי העבירות, שאינן בגדר עבירות צבאיות, נעברו **שלא במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא**. וכן, להבדיל, כאשר מותו של החייל אירע **שלא במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנפטר לצבא**. שמע מינה, כי מקום בו נעברו העבירות במסגרת הצבאית או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא, ובשינויים המחוייבים לגבי חקירת סיבות מוות, אין כל מעמד ליועץ המשפטי לממשלה. זו היתה כוונתו של המחוקק, כפי שניתן ללמוד גם מההיסטוריה החקיקתית, כעולה מדברי יעקב שמשון שפירא, יו"ר הוועדה המיוחדת שהוקמה לצורך חקיקתו של החש"ץ, בעת הצגת החוק לקריאה שניה ושלישית:

סבורני שהוועדה, עשתה שינוי ניכר גם בעניין השפיטה הצבאית של העובדים בצבא לגבי העבירות שאינן צבאיות, וכן עשתה שינוי ביחס לסמכויות בתי-הדין הצבאיים בנוגע לעבירות שקוראים אותן "אזרחיות"... בנדון זה קבענו את העקרונות המפורטים בסעיפים 14 ו-15 של החוק, הקובעים ביחס לחייל, שאם עבר עבירה שלא במסגרת הצבא, הרי ודאי שמותר להביא אותו על אותה עבירה לפני בית דין צבאי. אולם אם היועץ המשפטי של הממשלה סבור

שעבירה כזאת לא נעברה במסגרת הצבא צריכה להתברר לפני בית-משפט אזרחי, רשאי הוא לצוות לעשות כן. אשר לעובדים בצבא קבענו, שבדרך כלל אפשר לדון אותם רק על עבירות שהם עוברים במסגרת הצבא, ואולם גם כאן רשאי היועץ המשפטי של הממשלה לצוות על קיום הדיון לפני בית משפט אזרחי.³¹⁶

מקובל עלינו העקרון היסודי בפרשנות החקיקה, לפיו יש להעמיד את תכליתו של החוק ככלל הפרשני המרכזי.³¹⁷ כפי שמציין פרופ' ברק, "על תכלית החקיקה לומד הפרשן מלשון החקיקה ומההיסטוריה שלה, מעקרונות היסוד ומהמבנה החוקתי והשיטתי הכללי"³¹⁸.

נראה כי תכלית החקיקה, בהקשר נשוא דיוננו, היא להקנות לפרקליט הצבאי הראשי סמכויות סטוטוריות עצמאיות, כאלה שאינן כפופות להנחייה או לנטילה, הן על ידי גורמים פיקודיים והן על ידי גורמים משפטיים, כדוגמת היועץ המשפטי לממשלה.

316 דברי הכנסת, ישיבה תרט"ו, עמ' 1943-1944 מ-21 ביוני 1955. מעניין לציין כי בהצעת חוק השיפוט הצבאי (ה"ח התשי"ד 154) נכלל סעיף אשר נועד להדגיש עוד יותר את סמכויותיו הבלעדיות של הפצ"ר בכל הקשור לצה"ל, וכך נאמר בו: "הפצ"ר מוסמך לייצג את היועץ המשפטי לממשלה לפני בתי המשפט בכל עניין הנוגע לצבא" (סעיף 165(5) להצעה). סעיף זה לא התקבל בסופו של דבר, אך בה בעת לא נקבע מעמד מיוחד ליועץ המשפטי לממשלה במסגרת חוק השיפוט הצבאי.

317 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שני - פרשנות החקיקה) 85, וכן דברי הנשיא שמגר בבג"ץ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, בע' 13-14:

השיטה הפרשנית, שאותה מיישמים בתי המשפט שלנו כבר עת רבה, היא זו הבאה להעניק לנוסחו של החוק אותה משמעות אשר תגשים את תכליתו; זוהי שיטת הפרשנות על-פי המטרה החקיקתית, שזכתה לאחרונה לניתוח מעמיק ומקיף בספרו הנ"ל של השופט ברק... הווה אומר, הלשון אינה שולטת במטרה אלא משרתת אותה...

318 ברק, לעיל, הערה 317, בע' 747.

על תכלית זו ניתן ללמוד מלשון החוק, תוך יישום הכלל הפרשני לפיו "מכלל הן אתה שומע לאו"³¹⁹. משמעות כלל זה במקרה קא עסקינן, היא כי כאשר בחר המחוקק להקנות סמכויות ליועץ המשפטי לממשלה בלשון מפורשת, כוונתו היתה שלא לייחד סמכויות נוספות בדרך משתמעת.

לאותה תוצאה ניתן להגיע, כמפורט לעיל, גם עת בוחנים אנו את ההסטוריה החקיקתית של החש"ץ, שכן: "התפיסה (הסובייקטיבית) של המחוקקים על דבר תכלית החקיקה משפיעה על הגיבוש (האובייקטיבי) של תכלית החקיקה"³²⁰. נטעים, כי הפרשנות הנקוטה בידינו, לא זו בלבד שאינה עומדת בסתירה אלא שהיא מתיישבת היטב עם עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ועם המבנה החוקתי הכללי במדינת ישראל³²¹. ואולם, ניתן להסתפק, לשיטתו של פרופ' ברק, בשניים מהמקורות לשם קביעת תכלית החקיקה, ובלשונו:

כאשר תכלית החקיקה העולה מלשון החקיקה מתיישבת עם זו העולה מההיסטוריה החקיקתית, נוצרה "תכלית ספציפית" רבת עוצמה. המחוקק מגלה את דעתו להגשים תכלית מסוימת. ידה של תכלית ספציפית ומשולבת זו תהא על העליונה ביחס לתכלית נוגדת העולה מעקרונות היסוד³²².

319 שם, בע' 112.

320 שם, בע' 353.

321 על "עקרונות היסוד של השיטה" ראו שם, בע' 422 ואילך.

322 שם, בע' 751.

סוף דבר, ניתן לשלול - מתוך בחינת תכלית החקיקה ועל-פי כללי הפרשנות המקובלים - את הגישה בדבר כפיפותו של הפצ"ר אל היועץ המשפטי לממשלה, בהפעלת סמכויותיו על פי דין.

יצויין, כי לתוצאה זו ניתן להגיע גם מתוך החוקה כי החקיקה נועדה, בין היתר, להבטיח מלבד הרמוניה נורמטיבית גם וודאות ובטחון במשפט³²³.

איזו מידת וודאות ובטחון מתקיימת, כאשר קיים ספק לגבי זהותו של הגורם שהינו בעל "המילה האחרונה". אין צריך לומר, כי אין כל וודאות משפטית, מקום בו ההחלטה מתקבלת על ידי גורם אחד, אך אפשר כי, בנסיבות מסויימות, תהפך על-פיה, על ידי גורם אחר. נראה כי גישה זו אינה רצויה, וגם בכך יש כדי לחזק את גישתנו, כמפורט לעיל.

ג. הפצ"ר כרשות מוסמכת - אחת השאלות המרכזיות אשר הוצגו בפני ועדת אגרנט במכתבו של ראש הממשלה אל הוועדה, היתה האם ליועץ המשפטי לממשלה סמכות בלעדית, בדונו בעררים ובהחליטו על עכוב הליכים משפטיים והעמדת עבריינים למשפט.

בהשיבה לשאלה זו קובעת הוועדה: "דעתנו היא, כי בבואו למלא את תפקידו בתחום העונשין, חייב היועץ המשפטי להיות בן חורין ועצמאי בשיקוליו ובהחלטותיו"³²⁴.

לעניין זה מסתמכת הוועדה על הלכת מיכלין ומציינת כי "בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון - וחזר וקבע - את העיקרון, שבמקום שהעניק המחוקק לפקיד הציבור כוח, אשר השימוש בו טעון שיקול דעת,

323 שם, בע' 583.

324 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 3.

חייב הוא להשתמש בו לפי שיקול דעתו שלו ובלי להיות כפוף להוראות המנהליות שנתנו לו הממונים עליו, ואף לא למדיניות שהתווה השר שבתחום משרדו הוא עובד³²⁵. הוועדה מציינת כי במרוצת הזמן "רוככה הלכת מיכלין" באופן שהפקיד המוסמך רשאי להעזר בעצת אחרים ואף לאמץ לעצמו מדיניות שהותוותה על ידי הגורמים הממונים עליו, "ובלבד - כאן אנו חוזרים לעקרון - שההחלטה הסופית בעניין הקונקרטי, שבו הוא מצווה להשתמש בסמכותו, היא החלטתו הוא"³²⁶.

לגישת הוועדה, עקרון "אי התלות" החל לגבי רשות מוסמכת רגילה, חל מקל וחומר לגבי היועץ המשפטי לממשלה שכן:

היועץ המשפטי הוא "הפקיד המוסמך" אשר המחוקק מסר לו - ולא לאחרים את התפקיד לדאוג לביצוע המשפט הפלילי במדינה והוא הממונה במישרין מטעם החוק לשמור על אינטרס הציבור בשטח כה חשוב ורב משמעות זה... תפקידו של היועץ המשפטי משמעותו

325 שם, שם. הוועדה מזכירה לעניין זה את פסה"ד בבג"ץ 70/50 מיכלין ואח' נ' שר הבריאות ואח', פ"ד ד 322, שבו נאמר בע' 323:

אם חוק מעניק כוח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שיקול דעתו, הרי על המוסד או על הפקיד לפעול בהתאם לזה, ועל כל פנים אינו מחוייב להישמע להוראותיו של מישוהו אחר, כי הרי החוק מוסר לו - ולא לאחרים - את הכוח לפעול לפי שיקול הדעת. להיפך, יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על-פי הוראות השר במקום לפעול לפי שיקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה.

326 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 4. בדוח צוטטו מספר פסקי דין של בית המשפט העליון הנדרשים לעיקרון בדבר עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת וחריגיו: בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ה 401; בג"ץ 224/60 ברון נ' שר הפנים ואח', פ"ד יד 2383; בג"ץ 74/51 המרכז של ארגוני הקבלנים ואח' נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544; בג"ץ 98/54 לורוביץ' ואח' נ' המפקח על המזונות, פ"ד י 40.

שעליו "לפסוק" בין הציבור לבין הפרט; להכריע בין אינטרס ציבורי אחד למשנהו. במקרה כזה החלטתו הסופית להגיש - או לא להגיש - את כתב האישום נושאת אמנם אופי "מינהלי" אך הוא מצווה להגיע אליה בדרך "שיפוטית"³²⁷.

דברים אלה של ועדת אגרנט המתייחסים ליועץ המשפטי לממשלה, יפים הם גם לפרקליט הצבאי הראשי, שהוא בגדר "פקיד מוסמך", המפעיל סמכויות, בעלות אופי שיפוטי על פי דין.

כפי שיובהר להלן, אין בהתפתחות ההלכה לעניין עצמאותה של הרשות המוסמכת בצד הביקורת שנמתחה עליה על ידי חלק ממלומדי המשפט, כדי להגביל או לצמצם את עצמאות שיקול הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי ואת אי תלותו בהנחיות או בהוראות הניתנות לו על ידי גורמים אחרים.

בעניין חורב³²⁸ אומר השופט חשין בהתייחסו להלכת מיכלין:

על הלכת עצמאותה של הרשות המוסמכת - עצמאות ולו כלפי השר הממונה עליה ניתכה ביקורת מכל עבר... בתי המשפט מצאו דרכים מדרכים שונות לצמצם את ההלכה, לעוקפה, ואף להתעלם ממנה, ואולם ככל שידיעתי מגעת ההלכה על עומדה.

ואכן, הלכת מיכלין הוגמשה ברבות השנים, אך עדיין לוח ההלכה, בדבר עצמאות הרשות המוסמכת בהפעלת שיקול דעתה, נותר על

327 דוח ועדת אגרנט, לעיל, הערה 57, בע' 6.

328 בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, 157.

עומדו³²⁹. עוד נציין, כי הביקורת העיקרית הנמתחת על ההלכה אינה רלבנטית כלל ועיקר לענייננו³³⁰.

329 הסייגים אשר הוכרו בפסיקת בית המשפט העליון להלכת מיכלין, לעיל, הערה 325, הם אלה:

א. בעל הסמכות רשאי לפעול בהתאם למדיניות שנקבעה על-ידי הממונים עליו (ראו, למשל, בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה(1) 767 וכן בג"ץ 4870/90 הסתדרות הרוקחים בישראל נ' שר הבריאות, פ"ד מה(4) 717).

ב. הרשות המוסמכת רשאית להיוועץ בגורמים שונים, לרבות הממונים עליה, בדרך לקבלת ההחלטה. עם זאת, ברור כי ההחלטה הסופית חייבת להתקבל על ידי הרשות עצמה.

ג. הרשות המוסמכת יכולה להסתייע בחוות דעת מומחה בנושא הדורש מומחיות טרם ההכרעה, ובלבד שכל החומר הרלבנטי הונח בפניה, ולא רק חוות הדעת הסופית (ראו בעיקר ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225).

ד. איסוף החומר העובדתי לצורך גיבוש החלטה של הרשות המוסמכת יכול להינתן בידי גורם אחר, והרשות יכולה להשתית החלטה על בסיס מידע זה.

פרופ' י' זמיר בספרו, הסמכות המינהלית (תשנ"ז, כרך ב), סבור (בע' 615 בהסתמכו על בג"ץ 213/52 שטיין נ' שר הפנים, פ"ד ו 867, 870) כי:

אמור מעתה, גם כאשר גלוי כי הממונה נתן לרשות המוסמכת הוראה וגם אם ידוע כי הרשות המוסמכת פעלה כפי שנאמר בהוראה, עדיין עשוי בית המשפט לדבוק בחזקה שהרשות המוסמכת שקלה בדעתה והגיעה באופן עצמאי למסקנה זוהי להוראה.

לגישת פרופ' זמיר (בע' 615-616), כל שנותר מההלכה הוא

... העקרון המופעל, האוסר על רשות מוסמכת להפעיל את סמכותה על-פי הוראה של הממונה עליה, ואולי נותר גם ביטוי מעשי לעקרון זה במקרים נדירים. מה הם מקרים אלה? מקרה בו רשות מוסמכת... תודה בגלוי שהפעילה את סמכותה לפי דעת הממונה, מכוח הוראה שנתן לה, ובניגוד לדעתה; או מקרה בו יתגלה מסמך המוכיח באופן ברור שכך היה.

דומה בעיניי כי במישור הראייתי ניתן להצביע על אפשרויות נוספות להוכחת הדבר מעבר להודאת הרשות המוסמכת או גילוי מסמך המוכיח כי זו פעלה על פי הנחיות הממונים עליה.

330 הטענות העיקריות שהועלו נגד הלכת מיכלין, לעיל, הערה 325, הן אלה:

אי תלותו של הפצ"ר ועצמאות שיקול דעתו אינה פוגעת באחריותו המינסטריאלית של השר הממונה. נהפוך הוא, השר הממונה על מערכת הבטחון הוא שר הבטחון ואילו הכפפת הפצ"ר אל היועץ המשפטי

א. עיקרון עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת מתנגש בעקרונות חוקתיים שלפיהם "שר אחראי בפני ראש הממשלה לתפקידים שעליהם הוא ממונה, והוא חייב במתן דין-וחשבון לכנסת על מילוי תפקידו" (סעיף 33(ו) לחוק יסוד: הממשלה). כיצד ניתן להטיל על שר אחריות לנעשה בתחום שעליו הוא ממונה, כאשר הרשות המוסמכת הכפופה לו פועלת על פי שיקול דעתה, ולעתים בניגוד לעמדתו ולמדיניותו של השר (ראו לעניין זה זמיר, לעיל, הערה 329, בע' 609, וכן רובינשטיין, לעיל, הערה 55, בע' 753).

ב. ההלכה במתכונתה המקורית אינה ניתנת ליישום שכן אין זה מציאותי לדרוש מהגורם המוסמך לפעול בניגוד להנחיות השר הממונה ולהוראותיו או מטעם הגורמים המופקדים עליו. וכפי שמבטא זאת פרופ' זמיר, לעיל, הערה 329, בע' 610:

... הרשות המוסמכת תלוייה בכל אלה (קידום, משכורת, פיטורין, משמעת ועוד כיוצא באלה דברים - א' ש') בהנהלת המשרד, ובעיקר בשר. השר יכול לקדם אותה בתפקיד ובדרגה או להקפיא אותה במעמדה; הוא יכול להעביר אותה מתפקידה לתפקיד אחר, שאינו חשוב או אינו מטריד; הוא יכול להעניק לה, או למנוע ממנה, טובות הנאה שונות. מי היא הרשות המוסמכת שתהיה אדישה לכל אלה, ותפעיל את סמכותה בניגוד לעמדת השר?

ג. הפעלת הלכת מיכלין מאפשרת לרשות מוסמכת, גם אם בדרג נמוך יחסית, להתעלם מהוראות הממשלה וממדיניותה ובכך לסכל את יכולתה של הממשלה להוציא מדיניותה מהכוח אל הפועל ואף לחבל בה. וכדברי פרופ' רובינשטיין, לעיל, הערה 55, בע' 757:

נביא את ההלכה לקיצוניותה האבסורדית: הרמטכ"ל, אף הוא רשות מוסמכת, שאליו מדבר החוק במישרין - כמו, למשל, בתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. האם יעלה על הדעת, כי הרמטכ"ל אכן יוכל שלא לאמץ לעצמו את הנחיות הממשלה ושר הבטחון בעניין שבטחון המדינה כרוך בו?

דומני כי הדוגמה שבוחר פרופ' רובינשטיין להדגים את חולשותיה של ההלכה, אינה דוגמה מוצלחת במיוחד, לנוכח הוראת סעיף 3(ב) לחוק יסוד: הצבא, הקובע מפורשות כי "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון". הוראה זו גוברת ללא עוררין על ההלכה, שאינה מעוגנת בחוק חרות, בדבר עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת. ואולם במקרים אחרים יש בידי הרשות המוסמכת, גם אם הסבירות לכך נמוכה ביותר, לפגום במדיניות הממשלה או במדיניות אחד משריה בתחום שנתון לאחריותו, או לסכל אותן.

לממשלה מעבירה את האחריות למעשיו אל שר אחר - הוא שר המשפטים. נראה כי לא ניתן לדרוש כל אחריות, במישור המינסטריאלי משר הבטחון - כאשר נדרש הגורם המוסמך לכופף ראשו מפני הוראות או הנחיות של גורם הנמנה על משרד אחר.

הטענה בדבר חוסר האפשרות להפעיל את הלכת מיכלין, אין לה כל תחולה בענייננו. זאת, מאחר שהיועץ המשפטי לממשלה אינו ממונה מינהלית על הפצ"ר וזה אינו כפוף לו מכל בחינה שהיא. בהעדר תלות מינהלית או אירגונית, אין חשש כי עצמאות שיקול דעתו של הפצ"ר תעמוד ככלי ריק וכאות מתה.

אשר לטענה בדבר החשש לסיכול מדיניות הממשלה, אין בכך ולא כלום בסוגייה זו. היועץ המשפטי לממשלה אינו הגורם המופקד על מימוש מדיניות הממשלה, ומכל מקום, את דבר הממשלה ניתן להביא בפני הפצ"ר באמצעות שר הבטחון והרמטכ"ל.

סבורני, כי גם לדעת מבקריה החריפים ביותר של הלכת מיכלין, יש מקום לשמר את אי תלותו של הפצ"ר ואת יכולתו להפעיל את שיקול דעתו כרשות מוסמכת, בלא תכתיב חיצוני או פנימי - כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו. פרופ' רובינשטיין³³ מציין בספרו כי:

... מן הראוי להתייחס בביקורת להלכת שיקול הדעת העצמאי של פקידים בכל הנוגע לקבלת הוראות הממשלה או השר הממונה. הלכה זו צריכה לחול, רק כאשר טיב המשרה ומעמד נושאה נותנים מקום להנחה, שהמחוקק התכוון להעניק לפקיד סמכות מיוחדת,

331 שם, בע' 758.

עצמאית ונפרדת מן ההיררכיה של שירות המדינה, כמו במקרה של היועץ המשפטי לממשלה או נגיד בנק ישראל. הנחה זו תתחזק עוד יותר באותם מקרים בודדים, שבהם חורג המחוקק הישראלי מנוהגו המקובל להעניק סמכויות לשרים, ומעניקן... לפקיד מוסמך או מקנה לו מעמד מיוחד או בדרך המינוי או בנקיבת תקופת הכהונה.

אין ספק כי הפרקליט הצבאי הראשי, בהפעילו את סמכויותיו על-פי דין, עונה על כל הקריטריונים אותם הציב פרופ' רובינשטיין, כתנאי לתחולת ההלכה, אליבא דגישתו.

גם פרופ' זמיר, שביקורתו על הלכת מיכלין היא החריפה ביותר, קובע בספרו על הסמכות המינהלית³³² כי:

... יש מקרים חריגים בהם קיימת הצדקה עניינית **לחייב** את הרשות המוסמכת להפעיל את שיקול דעתה באופן עצמאי ולאסור עליה לפעול על-פי הוראות הממונה... כך, למשל, רשות מינהלית שיש לה סמכות שיפוטית חייבת להפעיל את שיקול דעתה באופן עצמאי, ובעניין זה **אסור** שהממונה המינהלי יתן לה הוראות, אף אם אין החוק קובע זאת במפורש. דוגמא בולטת לכך הוא המפקח לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט 1969-... כך אף היועץ המשפטי לממשלה, שחובה עליו להפעיל באופן עצמאי את הסמכות להגיש כתב אישום או את הסמכות לעכב הליך פלילי...³³³

332 זמיר, לעיל, הערה 329, בע' 619.

333 ההדגשות אינן במקור. פרופ' זמיר מצטט לעניין זה את בג"ץ 2874/93 כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(2) 673, שבו מתייחס השופט מצא לוועדות רפואיות במוסד

פרופ' זמיר מביא כדוגמא לאותם גופים החייבים להפעיל את שיקול דעתם באורח עצמאי את היועץ המשפטי לממשלה, אך דומה כי הראציונל העומד מאחורי גישה זו חל גם על הפרקליט הצבאי הראשי. מה עוד, שאין מדובר, שעה שעסקינן במערכת היחסים בין הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, בהוראות או הנחיות הניתנות על ידי ממונה למי שנתון תחת כפיפותו המינהלית.

לבסוף, נחזור שוב לפסק דינו של השופט חשין בעניין חורב הקובע, לאחר בחינת הלכת מיכלין והצגת עמדותיהם של מלומדי המשפט כי "... יש וראוי להפוך על פיה את הלכת ה"עצמאות", כביכול, של הרשות המוסמכת"³³⁴. אך, גם לגישתו, אין לשנות את ההלכה באופן גורף. בלשונו:

לא אערוך את השולחן כולו אלא את חלקו בלבד. וכך אומר: מקום ששר רשאי ומוסמך ליטול סמכותה של רשות מוסמכת, רשאי ומוסמך הוא להורות אותה רשות מדה תחליט ומה תעשה. וביקורתו של בית המשפט תהיה לגופה של ההחלטה ולא לגופו של המחליט.³³⁵

כפי שראינו, לפי סעיף 42 לחוק יסוד: הממשלה, שר הממונה על ביצוע של חוק "רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי

לביטוח לאומי ומצוין כי "... הן גופים סטטוטוריים המוחזקים כעצמאיים, שתפקידם לפסוק בזכויות המבוטחים לפי חוק ולהכריע במחלוקות רפואיות בין המבוטחים לבין המוסד. בכך ממלאות הוועדות תפקיד מעין-שיפוטי מובהק. חבריהן אינם כפופים למרותו של המוסד ואינם חבים לו חובת נאמנות. כפיפותם היא לחוק ולציבור, וחובתם על פי הדין, היא לפסוק בשאלות הרפואיות המובאות לפניהם, על-פי אמות מידה מקצועיות וענייניות" (בע' 682).

334 עניין חורב, לעיל, הערה 338, בע' 157.

335 שם, בע' 158.

שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק...".

כפי שהובהר בדברינו הקודמים, הפצ"ר - כמו גם היועץ המשפטי לממשלה - מפעיל סמכויות בעלות אופי שיפוטי, וככאלה אין הן נתונות לאפשרות של נטילה. הדברים התייחסו, אומנם, לנטילת הסמכויות על ידי שר הבטחון, אך מקל וחומר ניתן לומר זאת לגבי היועץ המשפטי לממשלה, שאינו בגדר שר ואף אינו ממונה מינהלית על הפרקליט הצבאי הראשי. עוד הראנו כי אין כוונה אחרת משתמעת מהחש"ץ. זאת ועוד. ספק אם הפצ"ר הוא בגדר "עובד מדינה", לצורכי הוראה זו, וגם מטעם זה אין סמכויותיו הסטטוטוריות ניתנות לנטילה.

לסיכום עמדתנו, ניתן לומר כי מכל הטעמים שפורטו לעיל (הטעם הפורמלי, הטעם המהותי והכלל בדבר עצמאותה של הרשות המוסמכת), אין היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להנחות את הפצ"ר כיצד להפעיל את הסמכויות הנתונות לו על-פי דין, ועל הפצ"ר להפעיל את שיקול דעתו העצמאי, שאחרת עלולה החלטתו להפסל. בכך, אין כדי למנוע שיג ושיח, החלפת דעות, ושיגרת התייעצויות בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה לגבי דרכי הפעולה הראויים, בדרך כלל או למקרה מסויים; ובלבד שהחלטה הסופית היא החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי ולא של גורם אחר, חיצוני או פנימי למערכת הבטחון.

עמדתנו זו אינה עולה, לכאורה, בקנה אחד עם גישתו של בית המשפט העליון בפרשת עטייה, ולפיכך רואים אנו להתייחס לפסיקה זו מתוך גישה ביקורתית.

נציין כבר עתה, כי פסק דינה של השופטת דורית ביניש אינו קובע, למעשה, הלכה מחייבת מאחר שדבריה בעניין יחסי הגומלין בין הפרקליט הצבאי הראשי לבין היועץ המשפטי לממשלה הינם בגדר אמרת אגב (*obiter dictum*) ולא בגדר הלכת הפסק (*ratio decidendi*).

כזכור, שלושה ראשים היו לעתירתה של אביבית עטייה. בראש האחד, נדרש היועץ המשפטי לממשלה להפעיל את סמכותו לפי סעיף 231 לחסד"פ ולעכב את ההליכים בעניינה. בראש השני, ביקשה העותרת כי בית המשפט יורה ליועץ המשפטי לממשלה להפעיל את סמכותו ולחייב את הפצ"ר לבטל את כתב האישום שהוגש נגדה. בראש העתירה השלישי נתבקש בית המשפט העליון עצמו להורות לפצ"ר או סגנו לבטל את כתב האישום שהוגש נגד העותרת. בית המשפט העליון דחה, ברוב דעות, את העתירה על כל חלקיה, אך לענייננו חשוב ראש העתירה השני. סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להורות לפצ"ר לבטל כתב אישום שהוגש לבית דין צבאי, נדונה בפסק דינה של השופטת ביניש הן בפן העקרוני והן בפן המעשי.

השופטת ביניש מקבלת את עמדת המדינה בפן העקרוני, עליה נרחיב את הדיבור בהמשך, אך בצד זאת מציינת כי היועץ המשפטי לממשלה דחה על הסף את הבקשה להורות לפצ"ר לבטל את כתב האישום. עמדתו זו של היועץ נומקה בכך שהפנייה אליו באה לאחר שכבר נדחתה, בקשה לביטול כתב אישום שהוגשה לפצ"ר, ולאחר שאף נדחתה טענה מקדמית שהוצגה בפני בית הדין הצבאי. השופטת ביניש מציינת, לעניין זה, כי "היועץ המשפטי לממשלה לא בחן אפוא את הפנייה לגופה, ואינני רואה כי יש להתערב בשיקול דעתו כאשר החליט לנהוג כאמור. החלטתו שלא

להתערב בעניינה של העותרת הינה החלטה סבירה שאינה מצדיקה כי נורה לו לשנות ממנה³³⁶.

יוצא, אפוא, כי כל הדיון בפן העקרוני לא היה צריך לעניין, מאחר, שכך או כך, סרב היועץ המשפטי לממשלה להורות או להנחות את הפצ"ר כיצד לנהוג, ועמדה זו אושרה, בהיותה עמדה סבירה. לפיכך, יש לראות את כל שנאמר על ידי השופטת ביניש בהקשר העקרוני, כאמרת אגב שאין בה משום שינוי ההלכה הנוהגת. זאת ועוד. בפני בית המשפט העליון לא הוצגה כלל ועיקר עמדתו של הפרקליט הצבאי הראשי בסוגייה קא עסקינן, ולמעשה היתה תמימות דעים בין ב"כ העותרת לבין ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בדבר סמכותו של האחרון להנחות או להורות את הפצ"ר, במקרים המתאימים, לבטל כתב אישום שהוגש לבית דין צבאי³³⁷. במצב דברים זה, לא נשמע האידך גיסא ואין צריך לומר כי נקל לקבל עמדה שבה שני הצדדים הניצים בפני בית המשפט, תמימי דעים.

ואולם, לא יהיה זה ראוי להתעלם מדבריה החשובים והמלומדים של השופטת ביניש, אשר גם אם אין השפעתם ניכרת בטווח המיידי, הרי שיש בהם כדי לחלחל לתודעה ולתפוס בה מקום נכבד. לפיכך, יש מקום להתייחס לדברים תוך הצגת עמדתנו השונה. נציין כבר עתה, כי ניתן לצעוד עם השופטת ביניש כברת דרך ארוכה אשר רק לקראת סיום, רואים אנו לפנות הימנה ולפסוע בנתיב אחר.

336 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 734.

337 יצוין כי מטעם ההגנה הוגשו גם סיכומיו של התובע הצבאי בפרשת שדיאל, לעיל, הערה 1, שבו גרסה התביעה כי ליועץ המשפטי לממשלה מעמד-על, והוא מוסמך להורות לפצ"ר להגיש כתב אישום לבית דין צבאי חרף עמדתו של האחרון כי אין מקום לעשות כן. למרבה הצער, לא נמסר לבית המשפט כי גישה זו אינה משקפת את עמדתו של הפצ"ר, אלא הוצגה בפרשת שדיאל מטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, ברוח הסיכום עם הפרקליט הצבאי הראשי.

במישור ההסכמה, מקבלים אנו, כמוכן, את עמדתה של השופטת ביניש באשר לראייתו של החש"ץ "כחוק היוצר מערכת השיפוט נפרדת מהמערכת האזרחית. מערכת שיפוט זו מותאמת לצורכי הצבא ומביאה בגדרה את אופיו של השירות הצבאי, התנאים שבהם מתקיים ההליך הפלילי בצבא, קיומן של עבירות פליליות המיוחדות למי שהחש"ץ חל עליו וכן סדרי הדין המתואמים לצרכיה"³³⁸. כמו כן, אין צריך לומר כי מקובלת עלינו העמדה כי "בתוך המערכת של השיפוט הצבאי, הפרקליט הצבאי הראשי הוא הגורם הבכיר המופקד על אכיפת החוק, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה"³³⁹. אשר ליועץ המשפטי לממשלה עצמו, איננו חולקים על מעמדו המיוחד במערכת אכיפת החוק ואף לא נחלוק על כך כי הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי כל זרועות הרשות המבצעת, כל עוד לא אמר בית המשפט אחרת. המערכת הצבאית אף היא זרוע מזרועותיה של הרשות המבצעת, ומבחינה זו מחייבת פרשנותו של היועץ המשפטי לממשלה גם מערכת זו, לרבות את הפרקליט הצבאי הראשי. מוכן אני אף לקבל כי על הפצ"ר להנחות עצמו על בסיס עקרונות המדיניות אשר הותוו על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

ואולם, מכל אלה אין להסיק כי היועץ המשפטי לממשלה רשאי להנחות או להורות את הפצ"ר כיצד לפעול במקרה הקונקרטי, בעת שהלה מפעיל את הסמכויות הסטטוטוריות שהוקנו לו בדין. דומה, כי קבלת גישה מרחיקת לכת זו חוטאת למטרה התחיקתית העומדת ביסוד הקמתה של מערכת שיפוטית ייחודית למסגרת הצבאית, ולסמכויות המיוחדות שהוקנו לפרקליט הצבאי הראשי בהקשר זה. אין צריך לומר, כי גישה זו אינה

338 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 728.

339 שם, שם.

מתיישבת כלל ועיקר עם הלכת עצמאותה של הרשות המוסמכת, אשר, כפי שהובהר לעיל, גורסת כי, בסוף כל הסופים, על ההחלטה להתקבל על ידי בעל הסמכות עצמו, מתוך הפעלת שיקול דעתו העצמאי. נראה, כי בכל הכבוד, השופטת ביניש מתעלמת מהיבט זה בציינה כי "לצורך הדיון בענייננו, אינני רואה לדון בשאלת תוקפו כיום של הכלל בדבר עצמאותה של הרשות המוסמכת בהפעלת שיקול דעתה... אולם, אין ספק כי גם בהתחשב בסמכויות המיוחדות שהוענקו לפצ"ר בחוק כרשות מוסמכת, **חייב הוא** בעבודתו היומיומית במסגרת הפעלת סמכויותיו להביא בגדר שיקוליו את המדיניות הכללית הנוהגת באשר לאכיפת החוק, **וחייב הוא** לקבל את הפירוש של היועץ המשפטי לממשלה באשר להוראות הדין"³⁴⁰. דומה, כי היה מקום להרחיב מעט יותר בעניין זה, ואולם גם כך נבקש להעיר שתי הערות:

א. ההלכה לעניין עצמאות שיקול הדעת של הרשות המוסמכת, גם לאחר הגמשתה וריכוכה, קובעת כי בעל הסמכות **רשאי** לאמץ לעצמו את המדיניות אשר הותוותה על ידי הממונים עליו, אך **לא חייב** לעשות זאת³⁴¹. לפיכך, גם אם נניח כי הפצ"ר כפוף ליועץ המשפטי לממשלה, אין הפצ"ר **חייב** לפעול במקרה הקונקרטי בהתאם למדיניות שנקבעה על ידי היועץ, גם אם בדרך כלל יביאה בגדר שיקוליו.

ב. גם המסתייגים והמבקרים החריפים ביותר של הלכת עצמאותה של הרשות המוסמכת, מאוחדים בדעה כי ההלכה שרירה וקיימת כל עוד מדובר בהפעלת שיקול דעת בעל אופי שיפוטי. סמכות מעין זו אינה ניתנת לנטילה, ולדעת הכל יש להפעילה באורח עצמאי, ושלא על-פי הנחיות

340 שם, בע' 732 (ההדגשות אינן במקור).

341 ראו, למשל, בג"ץ 4870/90 הסתדרות הרוקחים בישראל נ' שר הבריאות, פ"ד מה(4) 717.

ותכתיבים. כפי שהובהר לעיל, סמכויותיו הסטטוטוריות של הפרקליט הצבאי הראשי הן סמכויות בעלות אופי שיפוטי, ואין, לפיכך, מקום להתערב בשיקול דעתו ולהנחותו כיצד לפעול, במקרה זה או אחר. השופטת ביניש אינה עוסקת בפסק דינה בהיבט זה של אי תלות הרשות המוסמכת בהפעלת שיקול דעתה, וחבל.

ניתן לסכם ולומר, כי העקרונות שצויינו על ידי השופטת ביניש יהיו בני יישום כל עוד מדובר בהתוויית מדיניות כללית על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מדיניות זו עשויה להיות רחבת היקף, ואין כל מניעה שתכלול גם היבטים שעניינם אכיפת הדין הפלילי. על הפצ"ר לתת את דעתו לכללים ולעקרונות שנקבעו על ידי היועץ המשפטי לממשלה, וכלל, עליו לפעול לאורם מתוך שאיפה להרמוניה. ואולם, אם מטעמים מיוחדים סבור הפצ"ר כי אין לפעול במקרה הקונקרטי בהתאם למדיניות שהותוותה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, רשאי הוא לעשות כן - ולשאת בתוצאות החלטתו זו. אחת התוצאות האפשריות היא כי היועץ המשפטי לממשלה יסרב להגן על החלטתו של הפצ"ר, היה ותוגש עתירה לבג"ץ בעניין זה. ייתכן אף כי היועץ יביע את הסכמתו לקבלת העתירה ובכך יביא לביטולה של אותה החלטה. ואולם, כל עוד לא נהפכה החלטתו של הפצ"ר על פיה - היא שרירה וקיימת, גם אם אין היא מוסכמת על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

בעוד שגישתה של השופטת ביניש מקובלת עליי בחלקה, מתקשה אני לקבל את עמדתו של הנשיא ברק, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק המיעוט בעתירה זו. אכן, בהיות חוות דעתו של הנשיא ברק בגדר דעת מיעוט, אין בה, עם כל הכבוד, משום הלכה מחייבת וחשיבותה במשקלה הפנימי ובמידת השכנוע הטמונה בה. עמדתו של הנשיא ברק נחלקה על-ידו לצד

"הטכני" ולצד "המהותי" של הסוגייה. בחלקו הראשון של הדיון, בחן הנשיא ברק את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה "לגבי אישומים שהוגשו על-ידי תובע צבאי בפני בית דין צבאי"³⁴². לגישתו של הנשיא ברק "נקודת המוצא הינה כי סמכות השיפוט של בתי המשפט ובתי הדין הצבאיים היא מקבילה (סעיפים 13 ו-14) לחוק השיפוט הצבאי). אותה עבירה עצמה - אם היא "עבירה צבאית" (כלומר: עבירה לפי חלק ב' של חוק השיפוט הצבאי) ואם היא עבירה שאינה צבאית - יכולה להידון הן בפני בית משפט "אזרחי" (מכוח כתב אישום המוגש על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או נציגיו, ובלבד שהמעשה מהווה עבירה לפי הדין הכללי), והן בפני בית דין צבאי (מכוח כתב אישום המוגש על-ידי תובע צבאי)³⁴³.

הנשיא ברק מזכיר את סעיף 14 לחש"ץ, המגדיר את סמכותו של בית הדין הצבאי לדון חייל בעבירה שאינה צבאית. בסעיף זה הוסמך היועץ המשפטי לממשלה לצוות כי דינו של חייל יתברר שלא בפני בית דין צבאי, אם סבר כי העבירה "לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא". מהוראה זו מסיק הנשיא כי "בידי היועץ המשפטי לממשלה שליטה מסויימת על תחילת ההליך הפלילי בעבירות שאינן צבאיות"³⁴⁴. על יסוד מסקנתו זו, שואל הנשיא ברק:

אם היועץ המשפטי לממשלה רשאי להפסיק את ההליך הפלילי על-ידי העברתו לבית משפט אזרחי, מדוע לא יוכל לעכב הליכים בפני בית דין צבאי? הרי היועץ המשפטי לממשלה רשאי - לאחר שהעביר הליך מבית

342 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 741.

343 שם, שם.

344 שם, בע' 742.

הדין הצבאי לבית המשפט האזרחי - לעכב
 הליכים באותו אישום. מדוע לא יוכל לעשות
 כן בלא שיצטרך לנקוט מהלך של העברת הדיון
 לבית המשפט האזרחי בטרם יעכב את
 ההליכים³⁴⁵

ואשר לעבירות הצבאיות, מציין הנשיא ברק כי קיימת בגינן סמכות
 שיפוט מקבילה, ובלבד שהן מהוות גם עבירה אזרחית. לעניין זה מביא
 הנשיא ברק את הוראת סעיף 13(א) לחש"ץ הקובעת כי:

בית דין צבאי מוסמך לדון חייל שעשה מעשה
 המהווה עבירה צבאית, בין שעבר אותה
 במדינה ובין מחוצה לה; אין הוראה זו גורעת
 מסמכותו של כל בית משפט אחר במדינה
 לשפוט את החייל על אותו מעשה אם הוא
 מהווה עבירה לפי דין אחר.

מהוראה זו מסיק הנשיא ברק כי "גם לעניין העבירות הצבאיות
 נתונה ליועץ המשפטי שליטה מסוימת על ההליך הפלילי בבית הדין
 הצבאי. ממילא צריך להכיר גם על-פי הגישה המבקשת לקיים סימטריה בין
 השליטה על פתיחת ההליך לבין השליטה על המשכו - בכוחו של היועץ
 המשפטי לממשלה לעכב הליכים פליליים המתנהלים בפני בית הדין
 הצבאי"³⁴⁶. ועוד מוסיף הנשיא ברק "יש להכיר במעמדו המרכזי של היועץ
 המשפטי לממשלה על פני "תובעים" אחרים"³⁴⁷.

345 שם, שם.

346 שם, בע' 743.

347 שם, שם.

סבורני כי הנשיא ברק נותן בדרך פרשנותו את לשון הסעיפים 13 ו-14 לחש"ץ משקל יתר ליוצא מהכלל על חשבוננו של העקרון הכללי. מלשון סעיף 14 לחש"ץ עולה בברור כי מקום בו נעברה עבירה "אזרחית" על ידי חייל, במסגרת הצבא או עקב השתייכותו לצבא, נתונה זכות הראשונים להעמדתו לדין בידי המערכת הצבאית. זהו ה"מגרש" העיקרי בו ראוי לבחון את סמכויותיו של הפצ"ר (ושל התובע הצבאי) אל מול היועץ המשפטי לממשלה. למסגרת הצבאית אין עניין בשיפוטו של חייל העובר עבירה בלא כל זיקה לשירותו הצבאי, ובשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית נדרש להוכיח Service Connection כבסיס לסמכותו של בית הדין הצבאי. העובדה כי ליועץ המשפטי לממשלה הוקנתה הסמכות להעביר לשיפוט "אזרחי" כל עניין שאינו בעל זיקה מספקת לשירות הצבאי או למסגרת הצבאית, אינה מעידה, לטעמי, על "שליטה מסויימת על תחילת ההליך הפלילי". על כל פנים, אין להגיע למסקנה מרחיקת לכת בדבר קיומה של סימטריה, הנובעת מסעיף 14 הנ"ל, "בין הכוח להגיש אישום פלילי לכוח להפסיק הליכים פליליים". אין צריך לומר כי חולק אני, בכל הכבוד הראוי, על גישתו של הנשיא ברק לפיה "סימטריה כזו קיימת בענייניו של היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לעבירות שאינן צבאיות".

ביתר שאת, נאמרים הדברים בנוגע לעבירות הצבאיות, לגביהן הוקנתה לבית הדין הצבאי סמכות ייחודית. העובדה כי, לעיתים רחוקות, אפשר ליתן לעבירות הצבאיות גם לבוש "אזרחי", אינה מעידה, כלל ועיקר, על כל "שליטה" בה אוחז היועץ המשפטי לממשלה על ההליך המתקיים בבית הדין הצבאי. סעיף 13 לחש"ץ אינו מקנה ליועץ המשפטי לממשלה כל סמכות להוציא את ההליך מהערכאה הצבאית ולהעבירו לערכאה אחרת, גם אם סבור היה כי העבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב

השתייכותו של הנאשם לצבא. הסמכות המקבילה, אשר הוקנתה לערכאות האזרחיות, נועדה לענות על האפשרות כי לא ניתן יהיה להורות על העמדתו של החייל בפני בית דין צבאי עקב יציאתו מתחולת החש"ץ (ראו סעיף 6 לחש"ץ), או אם הוחלט, על דעת רשויות התביעה הצבאיות, כי החייל יתן את הדין בפני ערכאה אזרחית, על-מנת שלא לפצל אישומים שהוגשו נגד חבורה מעורבת של אזרחים וחיילים.

לפיכך, מתקשה אני לראות, בהקשר הנדון, כל סממן של "שליטה" על ההליך המתקיים בבית דין צבאי, הנתונה בידי היועץ המשפטי לממשלה, ובודאי שאין לדבר על "סימטריה בין השליטה על פתיחת ההליך לבין השליטה על המשכו".

בכל שנאמר עד כה, אין כדי לערער על "מעמדו המרכזי של היועץ המשפטי לממשלה כקובע את מדיניות התביעה של המדינה"³⁴⁸. כל שביקשנו לומר הוא כי אין להסיק מהוראות החש"ץ על מעמד מיוחד שהוקנה ליועץ המשפטי לממשלה בהליכים המתקיימים בבתי הדין הצבאיים, ואת הסמכויות שהוקנו ליועץ יש לפרש מתוך ראייה כוללת של החש"ץ ותכליתו החקיקתית.

לאחר הדיון במישור "הטכני" כלשונו של הנשיא ברק, והדגשת העובדה כי "עניין לנו ב"בעיה קשה"... שיש לה יותר מפתרון נכון אחד"³⁴⁹, עובר הנשיא לדון בצד "המהותי", ולדידו יש להעדיף את הפתרון המגשים יותר מרעהו את עקרונות היסוד של השיטה. אליבא דנשיא ברק "הפתרון הראוי הוא זה המכיר בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב

348 שם, שם.

349 שם, שם.

הליכים המתנהלים בפני בית דין צבאי. בכך ניתן ביטוי לעקרון הפורמלי של שלטון החוק³⁵⁰.

הנשיא ברק מציין כי היועץ המשפטי עומד בראש התביעה הכללית והוא זה הקובע את מדיניות התביעה, ועל כן ראוי להעניק לו את מלוא הכלים המשפטיים למילוי תפקידו ולמיצוי אחריותו. על רקע זה מסכם הנשיא ברק עמדתו וקובע:

אין זה ראוי כלל ועיקר להכיר בהסדר קטוע, המבחין בין אחריותו של היועץ המשפטי לממשלה לאחריותו של הפרקליט הצבאי הראשי (והתובע הצבאי) בכל הנוגע להליך הפלילי בפני בית הדין הצבאי. בכל הנוגע להליך הפלילי - שהוא חיוני לרקמת החיים בחברה ושתוצאתו מבחינת הפרט היא קשה - יש להכיר בסמכות מרכזית אחת אשר לה הכוח ועליה האחריות להגשמת המשפט הפלילי. אין לאפשר מוקדי כוח שונים, המושכים לכיוונים שונים. יש להכיר באחדות הסמכות והאחריות בכל הנוגע להליך הפלילי... כדי למצות אחדות זו של סמכות ואחריות, יש להכיר בשליטה של היועץ המשפטי לממשלה על ההליך הפלילי המתנהל בפני בית הדין הצבאי. במסגרת שליטה זו, יש להכיר בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים שנפתחו על-ידי תובע צבאי בפני בית דין צבאי.³⁵¹

לצערי הרב, עליי לחלוק על גישתו זו של הנשיא ברק, ובעיקר אמורים הדברים באותה פסקה הקובעת כי "יש להכיר בשליטה של היועץ

350 שם, שם.

351 שם, בע' 744.

המשפטי לממשלה על ההליך הפלילי המתנהל בפני בית הדין הצבאי". ראשית כל, אין לקבל, לדעתי, את נקודת המוצא לפיה פרשנות הסעיפים 14113- לחש"ץ מציבה בפנינו "בעיה קשה", אשר לה יותר מפתרון נכון אחד. כפי שהבהרנו בדברינו הקודמים, אין ללמוד מסמכותו של היועץ להעביר לערכאות אזוריות עניין שהינו חסר זיקה למסגרת הצבאית ושאינו נובע מהשתייכותו של הנאשם לצבא, כל שליטה על ההליכים המתנהלים לפי חש"ץ, וכבר הבענו דעתנו לגבי ה"סימטריה" המתקיימת בהקשר הנדון.

אם צודקים אנו בגישתנו, כי אין מדובר כלל ועיקר ב"בעיה קשה", אין עוד צורך לדון בפתרונות אלטרנטיביים לאותה סוגייה. ואולם, גם לגופם של דברים נראה כי אין בידי לקבל את גישתו של הנשיא ברק. העובדה כי היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש התביעה הכללית והוא זה הקובע את מדיניותה אינה אומרת, בהכרח, כי אין לאפשר מוקדי כח שונים, כאשר עסקינן במערכות שיפוטיות נפרדות העוסקות, כל אחת, במאטריה שונה.

ראוי להזכיר, לעניין זה, את עמדתה של ועדת שמגר כי אין "להפריד את הייעוץ המשפטי לכנסת מן הפונקציות של היועץ המשפטי". הוועדה נימקה עמדתה זו באומרה כי

ליועץ המשפטי לממשלה מכלול ייחודי ומורכב של תפקידים הכוללים אחריות לתביעה הכללית ולאכיפת החוק הפלילי, ייעוץ לרשויות השלטון וייצוגן וסמכויות שירותיות להגנה על האינטרס הציבורי. הן מבחינת היקף התפקיד והן מבחינת טיבו אין הוא שווה מעמד

לתפקיד של יועץ ומייצג משפטי של רשות
ממלכתית אחרת, נכבדת ככל שתהיה.³⁵²

חרף עמדתה זו של ועדת שמגר, מצאה הכנסת לקבוע את מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת כגורם עצמאי שהינו בלתי תלוי ביועץ המשפטי לממשלה ואינו כפוף לו, בכל היבט שהוא. ככל שמדובר בפצ"ר, אין עסקינן ברשות ממלכתית נפרדת, אך גם כאן יש ליתן תוקף למעמד המיוחד שהוקנה לו, שאין לו אח ורע במערכת הייעוץ המשפטי בתוככי הרשות המבצעת. כמו כן, יש ליתן משמעות לכוונת המחוקק כי סמכויותיו הסטוטוריות יופעלו באורח עצמאי וללא תכתיבים והנחיות של גורם חיצוני למערכת השפיטה הצבאית.

לעיתים, קיים צורך בקיומה של מערכת תביעה עצמאית, שתהיה מוכוונת למשימה או ליעדים מוגדרים, שאינה כפופה למערכת אכיפת החוק הכללית. זוהי הקונספציה העומדת מאחורי הקמתו של מוסד הפרקליט העצמאי (Independent Counsel) בארה"ב. לפרקליט זה הוקנו, בחוק החרות, סמכויות חקירה והעמדה לדין של בכירים במערכת הממשל האמריקאית.³⁵³

352 דוח ועדת שמגר, לעיל, הערה 55, בע' 50.

353 מוסד הפרקליט העצמאי הוקם בשנת 1978 באמצעות חקיקה של הקונגרס האמריקאי: Ethics in Government Act of 1978, Pub. L. No. 95-521. בתיקון משנת 1982 שונה שמו של בעל התפקיד מ-Special Prosecutor ל-Independent Counsel והדבר הובהר בצורך "To Remove the Watergate Connotation" וכן "To spare the subject of such investigation adverse public reaction". בגרסה המקורית משנת 1978 נכללו 120 בעלי תפקידים בממשל הפדרלי ש הפרקליט העצמאי היה מוסמך לתבוע. מספר זה הצטמצם ל-70 בשנת 1982, ובין האישים המופיעים ברשימה נמצאים נשיא ארה"ב, סגן הנשיא, חברי הקבינט, ראשי משרד המשפטים, ראשי ה-CIA וה-FBI. שר המשפטים רשאי להחליט על צירוף גורמים נוספים אם סבר כי חקירתם באמצעות משרד המשפטים תיצור חשש לניגוד עניינים. על רקע זה מונה הפרקליט העצמאי Lawrence E. Walsh לחקור את הפרשייה המכונה "אירן-גייט". בית

חרף הביקורת שנמתחה על פעולתם של חלק מהפרקליטים העצמאיים, מציעים המלומדים א' בנדור ו' סגל "לשקול את אימוץ המוסד האמריקני של הפרקליט העצמאי, למשפט הישראלי, וזאת למרות ביטול המוסד בארצות הברית עצמה"³⁵⁴. המחברים מנמקים הצעתם זו בריכוז התפקידים המוטלים על שכמו של היועץ המשפטי לממשלה, ולנוכח קשרי העבודה השוטפים שלו עם בכירי הממשל בישראל.

זאת, על רקע העובדה כי היועץ המשפטי הוא המופקד על אכיפת הדין הפלילי במדינת ישראל ובה בשעה הוא משמש גם בתפקידי ייעוץ לממשלה וזרועותיה.

לדעת בנדור וסגל,

באימוץ האפשרות למנות פרקליט עצמאי לטיפול במקרים קונקרטיים שבהם יתעוררו חשדות לביצוע עבירות פליליות על-ידי בכירים במערכת השלטון לא יהיה כדי לפגוע באופן מהותי במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה... נראה שבישראל, שבה מערכות החקירה, התביעה והשיפוט אינן פוליטיות, פרקליטים עצמאיים יוכלו להנות מאמון ציבורי רחב. מוסד הפרקליט העצמאי לא ילקה בפוליטיזציה שהיתה אופיינית לו בהווה האמריקנית. הפעלת מוסד זה תוכל לצמצם את הלחצים הפוליטיים שלהם חשוף היועץ המשפטי לממשלה בישראל בעת אישום בכירים, ולהגביר את האמון בו וברשויות החקירה

המשפט העליון הפדרלי דן בשאלת חוקתיותו של מוסד הפרקליט העצמאי ופסק כי החקיקה בעניין זה אינה עומדת בסתירה לחוקה ולעקרון הפרדת הרשויות (MORRISON V. U.S. 654 (1988)). לבסוף, נציין כי תוקפו של החוק המקים את מוסד הפרקליט העצמאי פקע בשנת 1999 ומשיקולים שונים לא הוארך על ידי הקונגרס.

354 בנדור וסגל, לעיל, הערה 55, בע' 445.

והתביעה. כל עוד קיים שילוב תפקידי הייעוץ ואכיפת המשפט הפלילי בידי אדם אחד, נראה שהטעם במינוי תובע עצמאי, במקרים מיוחדים, הינו רב במיוחד³⁵⁵.

הנה כי כן, בפנינו שתי דוגמאות, בהן בוזרו חלק מהסמכויות הנתונות בידי היועץ המשפטי לממשלה³⁵⁶, ולא נמצא כי יש בכך משום פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה. יתר על כן, קיומם של מוקדי כוח שונים עשוי, במקרים המתאימים, להביא להפעלה צודקת, ראויה ומידתית יותר של הדין - ואין לראות בכך פן שלילי.

אם נחזור לענייננו, הרי שאינני רואה כל מקום, מטעמים משפטיים וענייניים כאחד, להכרה בשליטתו של היועץ המשפטי לממשלה על ההליכים הפליליים המתנהלים בפניו בתי דין צבאיים. זאת, להבדיל ממעמדו המיוחד של היועץ בקביעת המדיניות הכוללת והיותו הפרשן המוסמך של הדין, כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו.

בפסק דינו מצדד המשנה לנשיא, שלמה לוי, בעמדתה של השופטת דורית ביניש, ולפיכך אין צורך לחזור על הדברים שהוקדשו לעניין זה. עם זאת, ראוי לציין כי אליבא דשופט לוי "הנושא כולו טעון הסדר בחקיקה, אשר תקבע גם מידרג של סמכויות והוראות היררכיות מפורטות לגבי סדרי הפנייה אם לפרקליט הצבאי הראשי ואם ליועץ המשפטי לממשלה"³⁵⁷. דברים אלה מקובלים עלי, ואף אני סבור כי כל עוד לא הוסדר הדבר

355 שם, בע' 114.

356 הכוונה היא ליועץ המשפטי לכנסת (בישראל) ולפרקליט העצמאי (באר"ב).

357 עניין עטייה, לעיל, הערה 2, בע' 744.

בחקיקה (ואינני מתייחס לתוכנה הרצוי של אותה חקיקה), אין מקום לקבוע כללים מרחיקי לכת בעניין זה, בדרך של פרשנות.

1. סיכום והמלצות

במאמר זה, המוקדש כל כולו לנשיא בדימוס מאיר שמגר, פצ"ר, יועץ משפטי לממשלה ונשיא בית המשפט העליון, ביקשתי להציג שניים מבעלי התפקידים המרכזיים בעולם המשפט בישראל: היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי.

זאת ניסיתי לעשות, על רקע שתי פרשיות חשובות שהאחת מהן (פרשת שדיאל) זכתה לסיקור נרחב באמצעי התקשורת ולמעורבות אנשי משפט, אישי ציבור וכותבי טורים ופרשנים בתקשורת הכתובה והאלקטרונית. הפרשה האחרת (אשר נדונה בבג"ץ עטייה) אמנם זכתה להתעניינות גורמים מועטים, אך טמון בה פוטנציאל רב עוצמה לקביעת יחסי הגומלין בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפרקליט הצבאי הראשי.

לסיכום נציין כי פרופ' גביון מתייחסת במאמרה³⁵⁸ לפרשת שדיאל, שאותה היא מתארת כ"התנגשות חזיתית... שהיועץ המשפטי לממשלה יצא ממנה בשן ועיין, ושהיה ראוי להימנע ממנה..."³⁵⁹. לאחר תאור התשתית העובדתית, מציגה פרופ' גביון את עמדתה בפרשה, כהאי לישנא:

במקרה זה הגנה המערכת הצבאית, בהצלחה, על האוטונומיה שלה מפני היועץ המשפטי

358 גביון, לעיל, הערה 76, בע' 114-116.

359 שם, בע' 114.

לממשלה, בעוד היועץ המשפטי תובע לעצמו שליטה בשיקוליה בשל עליונותו ובשל התוקף המחייב של חוות דעתו. ניתן לחשוב אם אכן ראוי שתהיה לפרקליט הצבאי הראשי אוטונומיה מפני היועץ המשפטי לממשלה בשאלות של העמדה לדין בתוך המערכת הצבאית. השאלה אינה פשוטה, ואני נוטה לדעה שהאוטונומיה הזאת מוצדקת... אבל לא זה העיקר כאן.

לפי סעיף 299 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, בעל הסמכות במערכת הצבאית הוא הפרקליט הצבאי הראשי, לא היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי טען לסמכות לחייב את הפרקליט הצבאי הראשי. זה היה יכול לסרב לפעול לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה.³⁶⁰

ועוד מוסיפה פרופ' גביון:

המקרה מלמד גם כי ראוי שעיקר כוחו של היועץ המשפטי יהיה בסמכותו המקצועית והעניינית, לא בתוקף המחייב משפטית של המלצותיו והחלטותיו. במצבים כאלה, יהיו דיונים והידברויות בבולטות נמוכה יעילים יותר לתרומת היועץ המשפטי למערכת מאשר התנגשויות חזיתיות.³⁶¹

360 שם, בע' 116 (ההדגשות אינן במקור).

361 שם, שם. וראו גם דעתו של פרופ' קרמניצר, אשר בהתייחסו לפרשת שדיאל אמר:

העמדה לדין על התרשלות שלא כרוכה בה גרימת מוות, היא מצב מאוד יוצא דופן, ולא ברור מדוע נבחר שדיאל לטיפול החריף הזה. יש כאן גם שאלה של שוויון בפני החוק, וגם בעיה של הגינות. אם התכוון היועץ לקבוע שינוי במדיניות, היה עליו להודיע קודם על השינוי ורק אחר כך

אף אני סבור כי אותה "התנגשות חזיתית" בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר היתה מיותרת לחלוטין, ומכל מקום הפתרון לאותה מחלוקת לא היה בכפיית דעתו של היועץ המשפטי לממשלה על הפצ"ר. מהבחינה המשפטית נראה, כמובן מאליו, כי כאשר בעל הסמכות הסטוטורית מודיע בריש גלי כי לדעתו אין מקום להגשת כתב אישום, הן משום שספק אם נעברה עבירה והן מטעמים שבמדיניות משפטית, לא תהיה כל אפשרות לקיים את ההליך המשפטי. שהרי, הגשת כתב אישום אינה בגדר עניין פורמלי גרידא, אלא שמדובר במהלך דרמטי המחייב בחינת החומר הראייתי והפעלת שיקול דעת יסודי ומעמיק לגבי סיכויי הוכחת האשמה וקיומו של עניין ציבורי בהגשת האישום. משמוכתבת ההחלטה על ידי גורם, שהסמכות להגשת האישום אינה מצוייה בידו, אין תימא כי החלטה מעין זו דינה להפסל ולהביא לבטלותו של כתב האישום.

דומה בעיני, כי יש טעם רב בדבריה של פרופ' גביון לפיהם עיקר כוחו של היועץ המשפטי לממשלה מצוי בסמכותו ובמעמדו המקצועי, והדרך הנאותה להנחלת מדיניותו - בעיקר בתחום אכיפת הדין הפלילי - היא דרך ההדברות וההתייעצות המתמדת.

ליישם אותו. וכל זאת, כמובן, נוסף על העניין הפורמלי שליועץ המשפטי אין כלל סמכות להורות לפרקליט הצבאי הראשי להעמיד חייל לשיפוט בבית דין צבאי. כלומר: היועץ לקח כאן סמכות שאין לו.
(במחנה 53 (19.12.1997). ההדגשות אינן במקור).

אשר לפרשת עטייה, שזכתה, כאמור, להתעניינות מועטה³⁶², כבר הבעתי את דעתי המסתייגת מדברי השופטת ביניש ובעיקר מגישתו של הנשיא ברק.

לא אחת שאלתי את עצמי, איזו תוצאה משפטית היתה מתקבלת בפרשת שדיאל, על רקע פסיקתו של בית המשפט העליון בבג"ץ עטייה? נראה, כי אילו עמדה בפני ההרכב הנכבד, שדן בעתירתה של אביבית עטייה, שאלת סמכותו של בית הדין הצבאי לדון בכתב האישום שהוגש נגד שדיאל, היתה, ככל הנראה, התוצאה המשפטית שונה מאשר זו שהתקבלה בבית הדין הצבאי מחוז שיפוט צפון. זאת, מאחר שלדעת השופטת ביניש, "בסוגיות אשר לפי תפיסתו של היועץ המשפטי לממשלה הן סוגיות בעלות חשיבות עקרונית, בסוגיות שבהן הוא מוצא עניין מיוחד לציבור, ובסוגיות אשר לדעתו השלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית, תהיה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מכרעת - אם הוא ראה להביע את עמדתו"³⁶³.

ניתן, על פי גישה זו, לראות את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בפרשת שדיאל כהחלטה בעלת חשיבות עקרונית או כזו שיש בה עניין מיוחד לציבור, ועל כן, לגישה של השופטת ביניש, תהיה עמדתו של

362 אפשר שהסיבה לכך נעוצה בעובדה כי פסק הדין אינו יוצר הלכה חדשה מאחר שאין בפנינו תקדים מחייב. דברי השופטת ביניש בהקשר למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בהליכים המתקיימים לפי החש"ץ הם בגדר **אמרת אגב**, ואילו דעתו של הנשיא ברק היא **דעת מיעוט**. על מקומה של אמרת האגב במשפטנו על רקע פסק הדין שניתן בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, ראו: ח' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא (תשס"א) 415. אך ראו גם דעתו של מודריק, "אחריות מפקדים", לעיל, הערה 232, הסבור בע' 310 לרשימתו כי: "פסק הדין בעניין עטייה אפילו על-פי ההשקפה שהציגה השופטת ביניש מהווה חידוש הלכתי ושינוי המציאות הנורמטיבית המקובלת".

363 לעיל, הערה 2, בע' 733 (ההדגשה אינה במקור).

היועץ בעניין זה **מכרעת**, וככל הנראה, תחייב את הפרקליט הצבאי הראשי.

הדברים פשוטים יותר לדידו של הנשיא ברק, הגורס כי "יש להכיר בשליטה של היועץ המשפטי לממשלה על ההליך הפלילי המתנהל בפני בית דין צבאי"³⁶⁴. על פי גישה זו, שולט היועץ ללא מיצרים בהליכים המתקיימים בבית דין צבאי, וברצותו יורה על הגשת כתב אישום, וברצותו יעכב את ההליכים או יורה את הפצ"ר לבטל את כתב האישום, תוך הפעלת סמכותו של הפצ"ר לפי סעיף 308(א) לחש"ץ.

אין צריך לומר כי הגישה המוצעת בבג"ץ עטייה (על ההבדלים בין פסקי הדין השונים) אינה מקובלת עליי. כפי שהובהר בהרחבה בגוף המאמר, גישה זו אינה מתיישבת עם תפיסת המחוקק את החש"ץ כיוצר מערכת שיפוט נפרדת ואף אינה תואמת את מקומו המיוחד של הפרקליט הצבאי הראשי, כעולה מדבר חקיקה זה.

זאת ועוד. הפסיקה בבג"ץ עטייה מתעלמת ממעמד הפצ"ר כרשות מוסמכת, האמורה להפעיל את סמכויותיה הסטטוטוריות באורח עצמאי. לפיכך, נראה כי יש להעדיף, בהקשר האמור, את גישתו של בית הדין הצבאי בהחלטה המפורטת והממצה אשר ניתנה על ידיו בפרשת שדיאל.

טרם שאפנה לחלק ההמלצות, מן הראוי לציין כי גם הנסיון להתלות בנוהל "הטיפול בתאונות קטלניות בצה"ל", אשר גובש בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הפצ"ר, בהמלצת ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, לא יצלח. עיון בנוהל עצמו ובעיקר בפרוטוקול הדיון בוועדת החוץ והבטחון, מלמד כי לא הוקנתה ליועץ המשפטי לממשלה כל סמכות להורות לפצ"ר

364 שם, בע' 744.

על הגשת כתב אישום. היועץ, במסגרת הדיון בהשגת משפחה שכולה, יכול להגיע למסקנה שונה מזו שאליה הגיע הפרקליט הצבאי הראשי. במקרה מעין זה יודיע היועץ את עמדתו, וזו תהיה בעלת כוח שכנוע רב ביותר. עם זאת, ברור כי כל החלטה המתקבלת בניגוד לדעתו של בעל הסמכות, אין לה תוקף משפטי, ודינה להתבטל. ההנחה העומדת ביסוד ניהול ההשגה, היא כי למעמדו המקצועי של היועץ המשפטי לממשלה ינתן משקל נכבד ביותר, ורק במקרים נדירים לא "ישוכנע" הפצ"ר לקבל את עמדתו. ההוכחה החותכת ביותר לעניין זה היא העובדה כי פרשת שדיאל פרצה כ-13 שנה לאחר שהתקבל "נוהל ההשגה", ומאז לא ידענו על כל מחלוקת שהתגלעה עם היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שהוסכם על החזרת הנוהל לקדמותו.

מסתבר, כי השכל הישר עשה ועושה את שלו ושני הצדדים, היועץ המשפטי לממשלה מזה והפצ"ר מזה, בוחרים בדרך השכנוע לצורך קבלת החלטה משותפת.

לסיכום, סבורני כי יש להכיר במעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה, בעיקר כמי שעומד בראש מערכת התביעה הכללית במדינת ישראל, אך גם כמי שאחראי לייעוץ המשפטי לממשלה ולזרועותיה ברשות המבצעת. היועץ המשפטי לממשלה כאמור הוא הפרשן המוסמך של הדין, כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו, והוא המייצג הבלעדי של המדינה ורשויותיה בערכאות משפטיות ובעיקר בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.

המערכת הצבאית היא חלק מהרשות המבצעת במדינת ישראל, והפרקליט הצבאי הראשי הוא יועצו המשפטי של הרמטכ"ל ושל "שאר שלטונות הצבא". אל לו לפצ"ר להיות מנותק מ"ערכי השיטה המשפטית

בכללותה" (כדברי השופטת ביניש בפרשת עטייה), ועליו להיות קשוב למדיניות המשפטית הנקבעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה ולפרשנותו את הדין במדינת ישראל. על הפצ"ר לשתף את היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות בעלות חשיבות עקרונית, ובעיקר בכאלה שיש להן השלכות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית.

על יסוד האמור לעיל, ראוי בעיני כי יקבעו נוהלי עבודה ושיתוף פעולה בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה, אשר יכול שיתבססו על העקרונות הבאים:

1. תקום מערכת התייעצות שוטפת בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות שיש להן חשיבות עקרונית, אף מעבר למערכת הצבאית גופה.
2. הפצ"ר ישותף בדיונים עקרוניים המתקיימים במשרד המשפטים, בהם מתגבשת המדיניות הכוללת בסוגיות משפטיות שונות.
3. יתקיים תיאום מוקדם בין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע ליוזמות חקיקה שמקורן בפרקליטות הצבאית. מהצד האחר, ישותף הפצ"ר בגיבוש החקיקה בכל עניין הנוגע במישרין או בעקיפין למסגרת הצבאית.
4. תימשך הפעלתו של "נוהל ההשגה" אל היועץ המשפטי לממשלה במסגרת "הטיפול בתאונות קטלניות בצה"ל", מתוך הבנה כי ינתן לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה משקל נכבד ביותר, אך ההחלטה הסופית נתונה בידי הפצ"ר.
5. במסגרת עתירות לבג"ץ המוגשות נגד הפרקליט הצבאי הראשי והחלטותיו, תינתן לפצ"ר האפשרות להציג את עמדתו - גם אם זו

אינה מתיישבת עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה. הדרך בה תוצג עמדת הפצ"ר תיקבע על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

6. נוכח המסקנה כי אין ליועץ סמכות להורות לפצ"ר כיצד להפעיל את סמכויותיו הסטוטוריות במקרה הקונקרטי, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, במקרים נדירים, לקבוע כי לא ינתן יצוג בבית המשפט העליון לעמדתו של הפצ"ר, או אף להגיש עתירה לבג"ץ, לשם ביטול החלטת הפצ"ר.

מתוך הכרות בלתי אמצעית עם שתי המערכות, זו שבראשה עומד היועץ המשפטי לממשלה וזו שבאחריות הפצ"ר, רואה אני את האופצייה המתוארת לעיל כדמיונית - וחזקה על הגורמים הנוגעים בדבר כי יעשו הכל כדי שלא תגיע לכלל מימוש.

נראה בעיניי כי בעקרונות אשר פורטו לעיל, יש כדי להדגיש, מחד גיסא, את תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה ואת ומעמדו המיוחד כאחד מעמודי התווך של שלטון החוק ועליונות המשפט במדינת ישראל, אך, מאידך גיסא, לחזק גם את מעמדו העצמאי של הפצ"ר כאחראי להשלטת החוק והמשפט בצה"ל וכמי שממונה על אכיפת הדין במערכת הצבאית, הארגון הגדול ביותר במדינת ישראל.