

הייעוץ המשפטי: דין מחייב אבל סודי – בעקבות עע"מ זומר

מאת

דוד פטר*

בפרקטיקה המשפטית הנוהגת במשרדי הממשלה עמדת מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים (להלן: מיח"ק) נתפסת כנורמה מחייבת. בעקבות כך, עתר גיא זומר לבית המשפט המחוזי בדרישה לפרסם את הנחיות מיח"ק מכוח סעיף 6(א) לחוק חופש המידע. לאחר שעתירתו נדחתה, בית המשפט העליון דחה גם את ערעורו תוך הבחנה בין הנחיות מנהליות החייבות בפרסום לבין חוות-דעת משפטית המשקפת את הדין המחייב. מאמר זה סוקר את מהלך העתירה והערעור ומנתח באופן ביקורתי את צמד פסקי הדין. בין היתר, המאמר מצביע על הבעייתיות העמוקה בהתייחסות לחוות-דעת משפטית כנורמה מחייבת תוך אי-החלת חובות שקיפות מנהלית ופרסום.

רקע

סיפור טוב יש להתחיל מהתחלה: גיא זומר, משפטן ופעיל חופש מידע המוכר לבית המשפט המחוזי בירושלים, ביקש לחייב את משרד המשפטים לחשוף את הנחיות מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.¹

מיח"ק מונה כ-200 משפטנים העובדים תחת שבעה משנים ליועץ המשפטי לממשלה. מדובר במערך המשפטי שלא ניתן להפריז במשקלו. מיח"ק היא הליכה של מוסד היועמ"ש והיא זו שמייצרת את הנחיותיו השונות. למיח"ק, כך על פי אתר משרד המשפטים:

"שני תפקידים מרכזיים – ליווי משפטי של הכנת החקיקה בממשלה ובכנסת, וייעוץ משפטי לממשלה ולרשויות ציבוריות נוספות [...] מחלקת ייעוץ וחקיקה מלווה את הליכי החקיקה של הצעות החוק הממשלתיות והצעות החוק הפרטיות של חברי הכנסת ושל ועדות הכנסת... מחלקת ייעוץ וחקיקה אחראית גם על הבניית החקיקה ועל התקנתה של חקיקת המשנה של כל משרדי הממשלה [...] מחלקת ייעוץ וחקיקה מסייעת ליועץ המשפטי לממשלה במתן חוות דעת והנחיות משפטיות לממשלה על זרועותיה

* עו"ד דוד פטר הוא חוקר בפורום קהלת למדיניות
¹ עת"מ (י-0) 64005-01-20 זומר נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים (נבו)
14.6.2020.

וגופיה. חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה קובעת את הפירוש המחייב של הדין עבור הגופים הממשלתיים השונים והנחייתו בסוגיות משפטיות מחייבת אותם בפעולתם".²

במילים פשוטות, מיח"ק משמשת כזרועו הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה בהנחיית היועצים המשפטיים המשרדיים במשרדי הממשלה השונים והפכה למעין בית חרושת לנורמות עבור הרשות המבצעת על ענפיה השונים, ואף עבור הרשות המחוקקת. כך למשל, רק לאחרונה מחלקת ייעוץ וחקיקה סיפקה חוות דעת עבור ועדת שרים לענייני חקיקה לפיה יש מניעה משפטית מלקדם חוק עונש מוות למחבלים.³

מיח"ק גם פונה ישירות לעובדי מדינה ומנחה את עבודתם – לדוגמה בתחום חופש המידע. היא גם פונה, לעתים באופן ישיר, לעובדי מדינה בכירים ומורה להם לפעול בניגוד להנחיות השר.⁴ במקרה אחר מיח"ק עדכנה את מי שמונו על ידי שר הדתות לכהן במועצות דתיות שמינוים אינו תקף.⁵ מיח"ק משפיעה באמצעות חוות הדעת אותן היא מוציאה על כל תחומי הפעילות של הרשות המבצעת, המחוקקת ואף היו מספר אירועים של התערבות בתחום המוניציפלי.⁶

בפרקטיקה המשפטית הנוהגת במשרדי הממשלה עמדת מיח"ק נתפסת כנורמה מחייבת, כפי שבוטא גם במפורש בעמדת המדינה במסגרת הערעור בתיק. יש להזכיר בהקשר זה את העובדה שפעולות הייעוץ המשפטי תחת כובע הייצוג מעניקה משקל מוגבר לעמדות המשפטיות הנובעות מכובע הייעוץ. מתחוויר אם כן מדוע כה חשובה דרישתו של זומר לחשוף את הנחיות מיח"ק אשר משפיעות בהיבטים כה רחבים על חייהם הציבוריים של אזרחי ישראל.

זומר דרש את חשיפת ההנחיות מיח"ק מכוח סעיף 6(א) לחוק חופש המידע הקובע כי "רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המנהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת". זומר טען כי הנחיות מיח"ק הן הנחיות מנהליות מחייבות לכל דבר ועניין, הן מבחינת מיח"ק והן מבחינת הרשויות שמקבלות את הייעוץ – ולפיכך הן דרושות פרסום.

האם אכן חוות דעת משפטיות הן "הנחיות מנהליות"? השופט אלכסנדר רון מבית המשפט המחוזי בירושלים דחה את עתירתו של זומר בטענה כי כשמה של המחלקה כן היא – מייצעת בסוגיות חוקיות ולכן אינה מחייבת במובן המנהלי. ברצותה של הרשות המבצעת היא תקבל את הייעוץ וברצותה לא תקבל. וזאת, על

² ראו באתר משרד המשפטים: <https://www.gov.il/he/departments/about/about-advice-and-legislation>.

³ יובל אראל "היועצת המשפטית לממשלה: מניעה משפטית לקדם את החוק שיחייב עונש מוות למחבלים" N12 <https://www.mako.co.il/news-.22.5.22> https://www.israel2022_q2/Article-cbe894b780be081027.htm?partner=lobby.

⁴ ליאור גוטמן "זילבר למנכ"ל רשות החברות: אל תבטל את נבחרת הדירקטורים; אמסלם בתגובה: "הירה וחצופה" כלכליסט, 17.12.20. <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3882511,00.html>.

⁵ אהרן רבינוביץ "היועמ"ש ביטל מינויים שאישר שר הדתות במועצות דתיות שעות לפני פיזור הכנסת" הארץ, 28.12.2020. <https://www.haaretz.co.il/news/law/2020-12-28/ty-article/0000017f-e1f2-d7b2-a77f-e3f763880000>.

⁶ אילן ליאור "בוטל לחלוטין האירוע שתוכנן בכיכר רבין בתל אביב לקראת יום כיפור" הארץ, <https://www.haaretz.co.il/news/education/2016-10-07/ty-.7.10.2016.article/premium/0000017f-defd-d856-a37f-fffdode30000>.

פי השופט רון, היות שלא מדובר בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר פרשנות לחוק שמחייבת כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת, אלא רק בייעוץ שניתן על ידי דרגים משפטיים נמוכים יותר במשרד המשפטים.

הכותרות בעיתונים מיהרו להכריזו בהפתעה שבית המשפט קבע כי "רק חוות הדעת של היועמ"ש מחייבת" וכי "הנחיות המשנים ליועמ"ש אינן מחייבות".⁷ אך, כפי שקורה לא פעם בסיקור תקשורת של סוגיות במשפט הציבורי, מדובר היה בפרסום שלא שיקף נאמנה את דקויות המצב המשפטי ולא את המשמעות שהפיקטו של פסק הדין.

1. הפיל שבחדר: מעמד הנחיות היועמ"ש ושלוהו

פסק הדין במחוזי בעניינו של זומר אומנם סטה מעט מהאופן השגור שבו נהוג לתאר את משקלן המשפטי של עמדות מיח"ק. אך למעשה הייתה זו הצגה מזווית שונה של אותה דוקטרינה. מה שנהוג היה לאחוז מהזנב השופט רון אחז מהחדק. אך הפיל אותו פיל. מבחינה אנליטית עמדת בית משפט העליון או אף עמדת היועמ"ש, בעומקם של דברים, מעולם לא הייתה שהנחיות היועמ"ש "מחייבות" כשלעצמן כמקור עצמאי אלא שרעיון "שלטון החוק" מחייב את הרשויות השונות. הדין – הוא זה שמחייב את הרשויות והיועץ המשפטי לממשלה סך הכול משקף לנועציו מהו הדין. היועמ"ש כמו מראה באצבעו מה מתחייב מן החוק והכפיפות של הרשויות אינה כלפיו אלא כלפי החוק.⁸ היועמ"ש כלבנה והחוק כחמה. לשיטת המדינה בעניינו של זומר, בניגוד לחוות דעת משפטית מפי היועץ המשפטי לממשלה או שלוחיו במיח"ק, מבחינה משפטית הנחיה מנהלית יכולה להתגבש אך ורק במסגרת סמכויות מנהליות מכוח חוק. הנחיה מנהלית מתווה את הפעלת שיקול הדעת המנהלי, על דרך הכלל, לשם יעילות הרשות המבצעת. כלומר בסיוע הנחיות מנהליות מקרים דומים בנסיבות דומות לא ידרשו הפעלת שיקול דעת אד-הוק בכל פעם מחדש. אך עם זאת מהנחיות מנהליות ניתן לסטות, אם יש הצדקה לכך, ואפילו לעיתים חייבים לסטות.⁹ כל זה בניגוד לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה אשר סך הכול משקפות את הדין וממילא, הן לא מורות אלא את הדין מורה וממילא גם לא ניתן לסטות מהן.

כך, לשם הדוגמה, אם שר החקלאות מנחה את מנכ"ל משרדו להוציא לפועל מדיניות מסוימת מכוח סמכויות שניתנו לו על פי חוק – אזי ההנחיה עצמה היא זו שיוצרת את חובת הציות והביצוע של הכפופים לו, במקרה זה המנכ"ל. וכאשר המנכ"ל מגבש נוהל עבור עובדי המשרד הוא בכך מתווה את שיקול דעתם עם אפשרות לחרוג מכך, אם הנסיבות מצדיקות זאת.

מנגד, היועמ"ש וידו הארוכה במיח"ק אינם מורים ואינם מצווים, מבחינה מנהלית, על איש לעשות דבר. הם מראים באצבעם לרשות המבצעת מהו הדין, ועמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר הפרשנות לדין, כראש הפירמידה המשפטית הממשלתית

⁷ יאיר אלטמן "פסיקה: רק חוות הדעת של היועמ"ש מחייבת" ישראל היום, 18.6.2020. <https://www.israelhayom.co.il/news/law/article/8012271>

⁸ בג"ץ 4287/93 אמיטי- אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, מז(5) 441 (1993). בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (נבו) 12.10.2008.

⁹ בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 1.8.10). דפנה ברק-ארוז משפט מנהלי כרך א 228-230 (2010).

– מחייבת. אין זה כאמור, חיוב מנהלי, אלא שפרשנותו לחוק מחייבת ולחוק יש לציית. לכן ממילא ההנמקה של השופט רון מחליקה מעל פני מצב הדברים במקום לאחוז בהם. מיח"ק אינה פועלת עצמאית, לא מבחינה מעשית ולא מבחינה קונספטואלית. מיח"ק תמיד פועלת בשם היועץ המשפטי לממשלה ואף מכתביהם פותחים, על פי רוב, בציון שליחות זו במפורש.

נקודה נוספת שנעלמה מההנמקה בפסק דינו של השופט רון היא שלאור התפתחותה של עילת הסבירות במשפט הציבורי בישראל לא ניתן עוד "לשקף" באופן סטרילי מהו החוק. לא ניתן להורות באצבע ולא ניתן לקיים יחסי חמה-לבנה. נתבונן בעמדת היועמ"ש לשעבר מנדלבלית ביחס למתחם הסבירות של שר המשפטים לשעבר אוחנה במינוי ממלא מקום פרקליט המדינה. המתחם, כך על פי מנדלבלית, הקיף אדם אחד יחיד ומיוחד – מומי למברגר, ואותו בלבד.¹⁰ על פי דוקטרינה זו מנדלבלית לא הורה על מינויו של למברגר, לא הנחה מנהלית, לא ציווה ולא קבע – רק אמר מה פרשנותו ליישום "סביר" של הסמכויות המיניסטריאליות הנתונות לשר המשפטים על פי דין, ובהקשר זה: מינוי ממלא מקום לפרקליט המדינה (ונניח בצד לעת הזאת את העובדה שאין כל דין שניתן לפרש באופן בו יש ליועמ"ש סמכות להכתיב מינוי כזה).

הפיקציה המשפטית ברורה – היועמ"ש זורעו במיח"ק יוצרים את הדין מחד ומאידך אומרים זה לא אנחנו זה הדין. הם מקור הנורמה והם אוכפיו ואף מייצגיו. הייעוץ המשפטי בישראל קובע את כל מה שברצונו לקבוע, מניסוח החקיקה, דרך פעולות הממשלה ופקידיה ועד להתערבות אף בתחום המוניציפלי. והיות שהנחיות אלו לא הוגדרו כ"הנחיה מנהלית" מבחינה משפטית – האזרחים, על פי רוב, לא יחשפו אפילו למסמך או לנורמה שעיצבה את חייהם הציבוריים. לפיכך אזרחי ישראל נתונים דהפקטו לגורם המתפקד בחברה כפונקציה בעלת כוח ריבוני מסוים והם כלל אינם חשופים לאופן שבו אותו כוח ריבוני מופעל עליהם, שכן ההנחיות אינן מחייבות פרסום.

2. ההחלטה בעליון: עקיפת העקרון הדמוקרטי

זומר, אשר ייצג את עצמו, ערער כאמור לבית המשפט העליון על דחיית עתירתו.¹¹ בדיון, בפני הנשיאה חיות, השופטת ברק-ארז והשופט מינץ, פתח זומר בטענה חשובה:

"אני חושב שיש פה שאלה אסטרטגית האם הדין יהיה פומבי או לא? לכולנו מוסכם שהחוק והתקנות מתפרסמות ומתחת לזה יש לנו הנחיות מנהליות שגם הן מתפרסמות ויש פער משמעותי".¹²

זומר ביקש להדגיש את האבסורד. אם בקצה אחד של הסקאלה יש לנו את החוק החקוק שבוודאי דורש פרסום במסגרת עיקרון פומביות הדין. לאחר מכן יש לנו תקנות אשר דורשות פרסום אף הן, ולאחריהן יש לנו הנחיות מנהליות שיש לפרסמן על פי חוק חופש המידע – אזי היכן על פני סקאלה זו נמצאות הנחיות מיח"ק? אין

¹⁰ משה גורלי "מחליף לשי ניצן: אוחנה הציג רשימת מועמדים - מנדלבלית בעד למברגר בלבד" כלכליסט, 2.12.19. <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3774978,00.html>

¹¹ ע"מ 6329/20 זומר נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים (נבו 06.07.2022).
¹² מתוך פרוטוקול הדיון בערעור זומר.

זה משנה היכן נמקמן, ממילא הן ידרשו פרסום. על כך אמרו חכמינו – ממה נפשך: אם מדובר בשיקוף "הדין" ממילא יש לפרסם את חוות הדעת שכן היא מהווה מעין חקיקה שיפוטית (לכל הפחות) ואם מדובר בעניין במדרג נמוך יותר אזי חלה חובת פרסום מכוח חוק חופש המידע.

בהצעת חוק חופש המידע משנת 1997 צוין כי אחד הרציונלים שבבסיסה הוא מניעת מצב של היווצרות "תורת נסתר" נורמטיבית.¹³ נדמה שזה בדיוק המצב שנוצר כיום בישראל.

בפסק דין קצרצר קבעה השופטת ברק-ארז בערעור כי אין דין הנחיות מנהליות כדין חוות דעת משפטיות:

"חוות הדעת האמורות אינן מתוות את אופן הפעלת הסמכות השלטונית במסגרת הדין, אלא מבהירות את הפרשנות המחייבת של הדין עבור הממשלה ובכך קובעות את גבולות האסור והמותר לה בפעולתה".

קרי, ברק-ארז חוזרת על הדוקטרינה שמבחינה בין הנחיות מנהליות לחוות דעת משפטיות, כאמור. ואף מציינת כי חוות הדעת "מבטאות את המצב המשפטי המצוי מבחינה של הרשות – כלומר הפרשנות המחייבת של הדין עצמו וגבולות המותר והאסור במסגרתו". בכך היא דוחה את ערעורו של זומר, אם כי באופן שונה דוקטרינרית מאשר פסק הדין במחוזי. אך כפי שנסקר לעיל, מעשית התוצאה זהה.

עם זאת ברק-ארז אינה שוללת כי תיתכן חוות דעת חריגה אשר מהווה הנחיה מנהלית והיא מציינת כי "יש לשבח" את המדיניות החדשה של משרד המשפטים לפרסם באופן וולונטרי חוות דעת (יוזמה שיצאה את הפועל, בין היתר, בעקבות עתירתו של זומר). ברק ארז מוסיפה כי "יש להניח" שחוות דעת שמהוות הנחיה מנהלית יפורסמו.

אבקש להדגים עד כמה ההנמקה וכן הסעד שניתן בפסק דין זומר לקויים באמצעות חוות דעת משפטית שמעולם לא פורסמה אך הגיעה לידי הח"מ. מיח"ק חיברה בספטמבר 2020 חוות דעת שכותרתה "ליווי ובחינת בקשות לביטול מעמד קבע מחמת הפרת אמונים". במסגרת חוות דעת זו הוגבל שיקול דעתו של שר הפנים בבואו להפעיל את סמכויותיו על פי חוק האזרחות וכן חוק הכניסה בשלילת מעמד ממחבלים. חוות דעת זו יצרה קריטריונים שאין להם זכר בדין הישראלי. כך לדוגמה נקבע, בין היתר, כי השיקולים הבאים צריכים להתוות את הפעלת סמכותו של שר הפנים בשלילת מעמד ממחבלים: א. "ממד הנזק" צריך להוות שיקול – כלומר אם הפיגוע סוכל זה יהווה שיקול לטובת המחבל ויש לשקול שלא לשלול את מעמדו; ב. מידת ניצול של מעמד הקבע לצורך ביצוע פעולה העולה כדי הפרת אמונים – כלומר אם הפיגוע בוצע שלא תוך ניצול סטטוס האזרח או תושב זה יהווה שיקול לטובת המחבל ויש לשקול שלא לשלול את מעמדו; ג. מעמדו של המחבל – האם הוא בכיר בארגון הטרור או שמא זוטר; ד. קרבה לגיל קטינות; ה. חרטה.

קריטריונים אלו מהווים התערבות של מיח"ק בסמכות שר הפנים תוך קביעת מדיניות בפועל במסלול שעוקף את עיקרון ההכרעה הדמוקרטית. מדיניות שאינה תוצר של מנגנון הכרעה רובני בבית נבחרים. מדיניות אשר נובעת ממעין הנורמות המשפטיות של הפרשן, המוסמך של "הדין", שהוא הוא גם יוצרו. "לי יארי ואני עשיתיני".

¹³ הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ד 1997, ה"ח 397.

בהקשר לאמות המידה הנוגעות לשלילת מעמד ממחבלים – אין כאן פרשנות לחוק. אין לדברים הללו זכר בחוק. חמורים הדברים שבעתיים שכן בכל הנוגע לשלילת תושבות אין ליועץ המשפטי מעמד מיוחד ולא נדרשת הסכמתו (המחוקק הסיר מנוסח החוק הראשוני את היועץ כגורם שנדרשת הסכמתו).¹⁴ הנה עינינו הרואות חוות דעת המשפטית אשר קובעת מדיניות בפועל, ועוד בסוגיה ביטחונית רגישה. חוות דעת אשר חורגת מהחוק שכן המחוקק במפורש ביקש שלא להתנות את שלילת התושבות באישורו של היועץ המשפטי לממשלה. חוות דעת אשר קובעת קריטריונים יש מאין מבלי שיש להם זכר בחוק. והנה חוות דעת זו מעולם לא פורסמה על אף שהיא מעצבת את חיינו. עניין זה אף מאיר באור מתמיה את הערותיה של ברק-ארז כי "יש להניח" שחוות דעת שמהוות הנחיה מנהלית יפורסמו. הנה הן לא מפורסמות.

פסק הדין מסיים בצפירת הרגעה:

"למותר להוסיף כי מן ההיבט המעשי, וכפי שהמערער וגורמים רבים אחרים אכן נוהגים לעשות מעת לעת, דרכו של הציבור פתוחה להגיש בקשות חופש מידע, וחזקה כי הרשויות ישיבו להן כדין בהתאם לתנאי החוק".

אך כיצד ידע הציבור שיש בכלל הנחיה על אודותיה להגיש בקשת חופש מידע או לעתור?

בפרשת לוזון עמד בית המשפט העליון על הרציונלים שבחובת הפרסום של הנחיות מנהליות:

"הפסיקה המשיכה וקבעה, כי על אף שאין חובת פרסום של הנחיות פנימיות ברשומות, הרי שכאשר מדובר בהנחיות פנימיות שיש בהן כדי להשפיע על זכות הפרט, תנאי מוקדם לקביעתן והחלתן הוא בהבאתן לידיעת המעוניינים... במלים אחרות, נקבע כי על הרשות לפעול באופן סביר בנסיבות העניין כדי להביא את הנחיות הפנימיות לידיעת האזרח... חובה שהתגבשה, לפרסם הנחיות מנהליות, מושתתת על מספר טעמים עיקריים: הכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו; בפרסום הכללים אשר לפיהם פועלת הרשות המנהלית יש כדי להוות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית; ובנוסף, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך גם את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של הרשות... ניתן לבסס את החובה לפרסם הנחיות פנימיות גם על שיקולי יעילות".¹⁵

באי פרסום הנחיות מיח"ק יש משום רמיסה של זכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו, אין כל מחסום כנגד שרירות לב שלטונית, ובנוסף, אי-פרסומם של הכללים מונע מהם חשיפה לביקורת ציבורית ואף שיפוטית. ההנחיות עצמן אף אינן מנומקות ואינן מציגות את המקורות הנורמטיביים עליהן היא נשענת. תורת נסתר של ממש.

דוגמה נוספת, במסגרת עתירה שהגיש המרכז למדיניות הגירה (אז בראשות עו"ד

¹⁴ קלמן ליבסקינד "כך רוקן היועץ המשפטי מתוכן את החוק שמאפשר שלילת תושבות ממחבלים" מעריב 8.8.2020. <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-782432>.

¹⁵ ע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (נבו) 24.07.2008.

יעקובוביץ),¹⁶ הודיעה המדינה כי בניגוד להוראות הדין היא כפופה דווקא למכתב ששלח ד"ר עמרי בן צבי ממחלקת ייעוץ וחקיקה במענה לפנייה של עו"ד יהודית קרפ (לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה וכיום אקטיביסטית למען זרים). מכתב של עו"ד ממיח"ק. זה הכול. לא חוק, לא תקנה, לא נוהל ממשלתי – מכתב של עו"ד במיח"ק התווה מדיניות הגירה חדשה לגמרי אשר סותרת את החוק בישראל ומסכלת כל אפשרות אפקטיבית להרחיק שוהים בלתי חוקיים עם ילדים.¹⁷

3. פומביות החוק או שלטון הפטריקים

יש להבחין כי הנחיות היועמ"ש ומחלקת ייעוץ וחקיקה הן נורמות שאינן חשופות, אפקטיבית, לביקורת שיפוטית ישירה. וזאת מכיוון שקביעות הייעוץ המשפטי אינן, ככלל, הנחיות מנהליות אלא פרשנות הדין. על כך יש להוסיף כי מונופול הייצוג גורם לכך שהממשלה לא עותרת נגד פרשנות היועץ המשפטי לממשלה שכן הוא גם מייצגה בפני ערכאות. ואם ימתין העותר לפעולת השר בהתאם להנחיות כדי לתקוף אותה במסגרת עתירתו הרי שיהיה זה מורכב לטעון שפעל בחריגה מסמכות או בחריגה ממתחם הסבירות כאשר פעל בהתאם להנחיות היועמ"ש. אזי ממילא התוצאה היא שנשללת מאזרחי ישראל הזכות האפקטיבית לעתור נגד הגורם המשפטי יריבוני המוסווה. הביקורת השיפוטית בתחום המשפט הציבורי שמורה בעיקרה נגד נבחרי הציבור. בניגוד לטענות תומכי האקטיביזם השיפוטי אין בישראל "ביקורת שיפוטית חזקה" אלא להפך – הייעוץ המשפטי, על עוצמתו הבלתי מרוסנת, חסין כמעט לחלוטין מפניה. כיצד יעמדו האזרחים, כלומר הריבון, על זכויותיהם וחירותם לקבוע את הנורמות שחולשות על חייהם הציבוריים אם הם אינם חשופים לנורמות, אינם יכולים להשפיע בקלפי על זהות מעצביו ואינם יכולים לתקוף, על פי רוב, את תכניו בפני בית המשפט?

יציקת אחד מיסודותיו החשובים ביותר של הציביליזציה המערבית התרחשה במאה החמישית לפנה"ס. המון העם ברפובליקה הרומית – "הפלביאנים" – מאסו בעובדה שהחוק הרומי על פיו הם נשלטו היה נחלתם הבלעדית של האצולה ה"פטריקית". כתוצאה מהתסיסה הפוליטית הזו נאלצה האצולה לבצע רפורמות שונות, וביניהן הנגשת החוק הרומי והצגתו ב"פורום" במרכז רומא חרות על 12 לוחות לעיני כל. האזרחים ברומא הבינו שאין האדם בן חורין מבחינה פוליטית אם הנורמות המשפטיות אינן גלויות בפניו ואין הוא יכול להשפיע עליהן. מה שהרומאים הבינו לפני 2,500 שנה – בלשכת היועץ המשפטי לממשלה עדיין לא הפנימו. אך חמור מכך גם לא נבחרינו בכנסת ולא שופטינו בבית המשפט.

השופטת ברק-ארז מסיימת את פרשת זומר באומרה "במכלול הנסיבות, ובמידה לא מבוטלת לפנים משורת הדין, אציע כי לא ייעשה צו להוצאות". חסו על הפלביאנים ולפנים משורת הדין הניחו להם לשוב לביתם ללא חסרון כיס. תודות.

ציטוט מוצע: דוד פטר "הייעוץ המשפטי: דין מחייב אבל סודי – בעקבות עע"מ זומר" בלוג רשות הרבים (3.8.2022).

¹⁶ עת"מ 39058-01-20 איתן - מדיניות הגירה לישראל נ' שר הפנים (02.08.2020).

¹⁷ להרחבה ראו דוד פטר כשלי ביצוע ומדיניות משפטית בתחום ההגירה 73-79 (פורום קהלת, נייר מדיניות מס' 71, 2021). https://kohelet.org.il/wp-content/uploads/2021/07/KPF0121_Immigration_H_txt71.ELE11.7.21.pdf