

## היועץ המשפטי לממשלה – דברי ימי המחלוקת:

### שיחה עם אהרן ברק

מראיינים: דניאל בן-אוליאל\* ויובל יועז\*\*

היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת, והוא פקיד הממשלה המשפיע ורב העוצמה ביותר בישראל. במסגרת תפקידו היועץ מקבל, כדרך שגרה, החלטות משפטיות עקרוניות המנחות את כלל זרועות הממשל, וזאת בצד עיסוקו ביועץ לחקיקה ותרומתו לניסוחם ולאישורם של תזכירי חוק מטעם משרדי הממשלה. היועץ מכהן גם כראש התביעה הכללית והפרקליטות האזרחית, אשר אחראיות שתיהן לניהולם של עשרות אלפי תיקים משפטיים בשנה, והוא גם המייצג את המדינה בעתירות לבג"ץ. יתר על כן, היועץ המשפטי גם מעורב בהליכי אישורם של מינויים בכירים, ולעיתים הוא מכריע מבחינה משפטית בשאלות כלכליות כבדות-משקל שמשפיעות על כלל המשק. כל זאת במסגרת הפעלת סמכויותיו, המנויות ביותר ממאה וארבעים חוקים שונים.

עם הגידול הברור בעוצמתו של היועץ, בעיקר בתקופתם של מאיר שמגר, אהרן ברק ויצחק זמיר (של זה האחרון על רקע פרשת "קו 300"), ועם התעצמות המחלוקות המשסעות את הציבוריות הישראלית, גברה גם המחלוקת סביב מוסד זה. השאלות העיקריות שבמחלוקת הן הגדרת תפקידו וסמכויותיו – כלומר היקף כוחו – של היועץ; ההצעה לפצל את תפקידיו וליצור פונקציה חדשה, מקבילה לו, של ראש התביעה הכללית; ושאלת גורמי הבקרה המעורבים בפעילותו.

לקראת סיום כהונתו של היועץ המשפטי הנוכחי יהודה וינשטיין, בינואר 2016, ועל רקע הליכי האיתור שהחלו למינוי יועץ חדש, ניאות נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) פרופ' אהרן ברק לקיים

---

\* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* עורך-דין, מרצה ופרשן משפטי.

הכותבים מבקשים להודות לד"ר אילן סבן, לפרופ' ברק מדינה ולעורכי כתב-העת **משפט וממשל** על עצותיהם המועילות.

ריאיון מקיף בנוגע למוסד היועץ המשפטי לממשלה. ברק זכור כאחד היועצים הבולטים בעיצובו של מוסד היועץ בתקופת ממשלותיהם של רבין ובגין בין השנים 1975–1978, ופסיקתו כשופט עליון וכנשיא בית-המשפט העליון תרמו תרומה מכרעת להבנת דברים יסודיים הנוגעים בסמכויותיו של היועץ המשפטי. תוצרי השיחה המרתקת, ולפרקים הנוקבת, עם ברק מובאים כאן בנוסח המורחב. הנוסח המקוצר הובא במוסף חגיגי לרגל חג הסוכות שהתפרסם בעיתון הארץ בתאריך 30 בספטמבר 2015.

א. תוקפה של חוות-דעת היועץ. ב. פיצול תפקיד היועץ. ג. מנגנוני פיקוח על היועץ. ד. שיקולים בבחירת יועץ חדש. ה. היועץ כראש התביעה הכללית. ו. אחרית-דבר: ברק בראי עצמו.

## א. תוקפה של חוות-דעת היועץ

בן-אוליאל: אני רוצה להתחיל באחת משתי השאלות הפולמוסיות ביותר סביב התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה, והיא שאלת תוקפה של חוות-דעתו של היועץ. דוח ועדת אגרנט משנת 1962,<sup>1</sup> אשר הגדיר לראשונה את מעמדו הפורמלי של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, קובע שכאשר ניתנת חוות-דעת של היועץ, הממשלה תתייחס אליה "בדרך-כלל", אך היא חופשית לפעול "לפי שיקול-דעתה". לימים התהוותה מה שניתן לכנות "דוקטרינת זמיר", אשר הציגה את החלופה הנוהגת כיום, שלפיה לחוות-הדעת של היועץ יש תוקף מחייב, תוך קביעה שנוצרה בישראל "מסורת חוקתית" בסוגיה. רות גביון, איתן לבונטין ואחרים, לעומת זאת, סברו ש"דוקטרינת זמיר" נוקשה מדי, וממילא שללו אותה או את ההצדקה החוקתית לה. נזכיר עוד את הניסיון שלא צלח של שר המשפטים יעקב נאמן, באוקטובר 2009, להעביר מתווה שביקש לקבוע כי היועץ יחזיק בסמכויות של הפרקליטות האזורית אך חוות-הדעת שלו לא יחייבו את הממשלה.<sup>2</sup> השאלה הראשונה שהייתי רוצה לשאול אותך היא מהו הבסיס החוקתי לכך שחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה היא מחייבת?

ברק: זה נכון שבדוח ועדת אגרנט הטיפול בהיבט המחייב הוא קצת דו-משמעי או מעומעם, מעורפל. זאת, משום שאפשר לפרש בדרכים שונות את הקטע בדוח

1 דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (להלן: דוח ועדת אגרנט).

2 יעקב נאמן "פיצול סמכויות היועץ" – חלוקת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בין היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי" ס' 1.5 (טיוטת הצעה, 2.11.2009) [www.news1.co.il/Archive/0019-D-42359-00.html](http://www.news1.co.il/Archive/0019-D-42359-00.html)

שמתייחס לנושא זה. למשל, נניח שהיועץ המשפטי בא ואומר: "את, הממשלה, הפרת חוזה, ואת חייבת בחוזה הזה". הממשלה יכולה לבוא, לפי דעתי, ולומר: "עשיתי חוזה, ואיני רשאית להשתחרר ממנו, אך אני רוצה להפר אותו ולשלם פיצויים". כעת, אם הפרת חוזה היא פעולה לא כדין, אזי היועץ המשפטי אומר זאת, ואין מה לעשות, אלא שאיני חושב שזה כך. במילים אחרות, הממשלה היא שתחליט בעניין החוזה. אומנם, היא צריכה להביא בחשבון במסגרת שיקוליה את מה שהיועץ המשפטי מייצע לה, אבל בסופו של דבר ההחלטה היא שלה. ברוח זו פירשתי את מה שאמר אגרנט. זה נכון בסיטואציות כאלה. כך הדבר, למשל, גם כאשר הממשלה רוצה לבצע הסגת גבול בניגוד לפקודת הנזיקין. בסיטואציה כזאת היועץ המשפטי יכול לומר לממשלה: "לא, אינך יכולה לעשות זאת, זה בניגוד לפקודת הנזיקין; אבל בסדר, נשלם פיצויים".

יועז: שתי הדוגמאות שנתת עד עכשיו הן מעולם המשפט האזרחי. ברק: נכון, עולם המשפט הפרטי. יש בהן איזשהו הד למה שאמר השופט אוליבר ונדל הולמס (Oliver Wendell Holmes) מבית המשפט העליון האמריקאי: מה הם דיני הנזיקין? כל מה שדיני הנזיקין אומרים לך הוא מתי אתה צריך לשלם פיצויים.

יועז: אין פה אסור ומותר? יש פה רק הנחיות מתי צריך לשלם למי? ברק: נכון, בדיוק. כאשר אנחנו עוברים לתחום המשפט הציבורי, היועץ המשפטי בא ואומר "אין לכם סמכות". אז מה נותר לשקול? הרי אין סמכות. זה לא שאם ישלמו פיצויים תהיה סמכות; לא תהיה סמכות. לכן האופן שבו צריך לפרש את דוח ועדת אגרנט הוא בהתאם ל"דוקטרינת זמיר", שעליה כתבתי מייד בפסקי-הדין הראשונים שלי, אחרי סיום כהונתי כיועץ משפטי, מטעמים שאני מניח שנדבר עליהם בהמשך. מצד אחד, חוות-הדעת של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, אבל מצד אחר, בג"ץ מפקח על פעולותיו של היועץ המשפטי. אני ראיתי שני דברים אלה כקשורים זה לזה. זאת, משום שבידי היועץ המשפטי יש אכן המון סמכויות, כוח רב. כידוע, כוח משחית, וכוח רב משחית עוד יותר. אז מי יפקח? מי ישמור על השומר? לא היינו רוצים שהפוליטיקאים ישמרו על השומר, לא היינו רוצים שהכנסת תשמור על השומר. היה לי ברור שזה קושי. הייתה אז הלכת שור<sup>3</sup>, שאומרת כי על היועץ המשפטי לממשלה יש ביקורת שיפוטית אבל רק בסיטואציות של שיקולים זרים, של חוסר תום-לב. אני מעולם לא הסכמתי עם העמדה הזאת, גם כיועץ משפטי לא הסכמתי. לכן בית-המשפט העליון שינה אותה וקבע כי דין היועץ המשפטי לממשלה כדין כל עובד ציבור אחר, ולכן הוא כפוף לביקורת שיפוטית כמו כל אחד אחר. מדוע הביקורת השיפוטית על כל רשות שלטונית אחרת היא על-פי כל עילות הבג"ץ ופתאום כאשר מגיעים ליועץ המשפטי עילת הביקורת היא רק חוסר תום-לב? צריכה להיות אחידות. מובן שבמסגרת השיקול אם ההחלטה סבירה או בלתי-סבירה תהיה התחשבות במהותו של הגוף. זה חלק מהפסיקה של בג"ץ. יש להתחשב כמובן בעובדה שזה היועץ המשפטי לממשלה.

3 בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957).

יועז: ואז מתחם ההתערבות מצומצם יותר?  
ברק: לא, לא. בעיניי אלה אותם מבחנים. גם כאשר ההחלטה היא של ראש הממשלה חלים המבחנים הרגילים, תוך התחשבות במהותו של הגוף המחליט לעניין סבירות החלטתו.

יועז: אם נסכם נקודה זו, רק כדי להשלים את הרעיון שאנחנו שומעים עכשיו: בעיניך ההנחיה או הדוקטרינה שאומרת כי הנחיות היועץ בתחום המשפטי הן מחייבות נשענת על העובדה שיש עליו פיקוח בג"צי?  
ברק: לא הייתי אומר זאת כך, משום שאני חושב שההנחיות או חוות-הדעת של היועץ המשפטי צריכות לחייב גם אם לא היה פיקוח בג"ץ כלל, גם אם לא היה בג"ץ, גם אם היועץ לא היה שפיט.

בן-אוליאל: הבסיס החוקתי ממילא אינו מתקיים רק משום שיש סמכות ליועץ המשפטי. ברק: נכון, נכון. אני עושה הבחנה בין הדברים. בין שיש פיקוח בג"ץ ובין שאין פיקוח בג"ץ, בכל מקרה חוות-דעת היועץ תחייב, שכן היא קובעת לממשלה את מסגרת סמכותה. אם הממשלה פועלת בניגוד לחוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, היא חורגת מסמכותה, ואת זאת היא אינה רשאית לעשות. מדוח ועדת אגרנט למדנו כי חוות-הדעת של היועץ המשפטי אומרת לממשלה מהו הדין. הממשלה אינה יכולה לטעון כי הדין הוא אחר. מכיוון שכך, היא חייבת לפעול על-פי הדין. אם תרצו, לא חוות-הדעת של היועץ מחייבת, אלא הדין הוא המחייב, והיועץ המשפטי אומר לממשלה באופן מוסמך מהו הדין. חוות-דעת היועץ כפופה כמובן לביקורת שיפוטית. נוסף על כך, היועץ המשפטי צריך לדעת מהי המערכת הנורמטיבית שהוא צריך לפעול על-פיה. הוא צריך לפעול בדיוק על-פי אותה מערכת נורמטיבית שכל עובד ציבור אחר צריך לפעול לפיה. בכלל, אני מתנגד לרעיון הזה של עילות ההתערבות. האם עילות ההתערבות הן מה שמסב פעולה נתונה לחוקית או ללא-חוקית? לא, אין עילות התערבות; יש משפט מנהלי מהותי, שאומר כי עובד ציבור – לרבות היועץ המשפטי ולרבות ראש הממשלה – צריך לפעול על-פי חובות משפטיות שונות המלוות את סמכותו, ובכלל זה העדר שיקולים זרים. זו כל התורה כולה. אם יש ביקורת שיפוטית, אזי יש גם אפשרות לאכוף את זה.

אבל עוד לא ענית לך מה הבסיס לכך שחוות-דעת היועץ היא מחייבת. גם אני ראיתי את החולשה שבדוח ועדת אגרנט בעניין זה. אני לא יודע מדוע אגרנט היה צריך לקבוע כפי שקבע, ולא לומר את מה שאני אמרתי אחר כך.

בן-אוליאל: זו מעט הנחת המבוקש, לא? קל להסביר את מה שתיארת כרפיון פרשני כביכול בעמדה של דוח ועדת אגרנט בסוגיה, אבל האין זו הנחת המבוקש מצדך?  
ברק: אני מסכים שזאת יצירה ישראלית. יש הרבה יצירות ישראליות שאין להן אסמכתאות. לכן מיהרתי לכתוב את מה שאמרתי לכם בפסק-דין. אם אתה שואל אותי מהי האסמכתה לכך שחוות-הדעת של היועץ היא הקובעת לממשלה באופן מוסמך מהו הדין, אזי התשובה היא שהאסמכתה היא פסק-הדין של בית-המשפט העליון. עוצמתו של היועץ המשפטי נשענת על בית-המשפט העליון, המפקח עליו.

יועז: האם לממשלה יש זכות להתעלם מאותה חוות-דעת ייעוצית של היועץ או לעקוף אותה, או שמא ההנחיות בתחום הייעוצי הן הנחיות מחייבות על-פי הדוקטרינה של ברק או של זמיר?

ברק: על-פי גישתי, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין מבחינת הממשלה, וזו חייבת לנהוג על-פי קביעתו, באשר היא מחויבת לנהוג על-פי הדין. בן-אוליאל: האם ייתכן שהערתו של דניאל פרידמן על המונח "מסורת חוקתית" שטבע זמיר, במה שאנחנו מכנים "דוקטרינת זמיר", היא ביקורת הנסמכת על בסיס עיוני תקף, שלפיו בעצם לא הייתה בהכרח מסורת חוקתית כזו? ברק: זאת הערה שלו. יכול להיות שהיא נכונה, יכול להיות שהיא אינה נכונה, אבל לאן זה מוביל אותנו?

בן-אוליאל: לטענה שהבסיס רעוע.

ברק: אני לא חושב שהוא רעוע, משום שכל המשפט המנהלי – מאיפה הוא בא? כל המשפט המנהלי הרי לא עוגן בחוק. אין חוק סדרי מנהל, למשל. ואין זה כך רק אצלנו, כמובן. ההיסטוריה של כל המשפט המנהלי מעניינת מאוד. היא התחילה כפירוש של חוקים. בעבר, אם חוק קבע סמכות, פירשת אותו כאומר שבעל הסמכות צריך להפעילה כפוף לכללי הצדק הטבעי.

בן-אוליאל: אז למה לא להשתמש בכללי צדק טבעי – אשר ממילא משמשים במשפט הישראלי עילה להתערבות בג"ץ בפעולתם של גופים מנהליים במקרה שהופרו כללים אלה – גם לביסוס הצדקה (או אף מסורת חוקתית) לעניין תוקפה המחייב של חוות-דעת היועץ?

ברק: אני הולך לכיוון הזה, אבל בדרך אחרת. מקורות המשפט או הבסיס של המשפט המנהלי השתנו גם באנגליה במשך הזמן. באנגליה יש עדיין המון ספרות על זה. עד היום הם מתווכחים על זה. יש כאלה האומרים שהבסיס למשפט המנהלי הוא דוקטרינת ה"אולטרה וירס" (ultra vires), ולעומתם רבים אחרים שוללים עמדה זו וטוענים כי המשפט המנהלי הוא התפתחות עצמאית – common law. ה-law התפתח והכיר בכל הכללים האלה. חולשתם של כללים אלה כמובן לחולשה הכללית שיש ל-law – common law – הפיפות לחקיקה. התורה שלי היא שזה "לא זה ולא זה", אלא שהבסיס לכל המשפט המנהלי הוא בעצם החוקה. זהו הבסיס. יש לנו חוקה אחת, משפט אחד, וזה הבסיס לכל. החוקה הזאת אומרת שיש כמה רשויות, ושהרשויות צריכות לפעול במסגרת הדין כפי שקבעה החוקה. בית-המשפט יוצר דוקטרינה של משפט מנהלי שאומר באיזה אופן יש להבין את הסמכויות השלטוניות האלה.

בן-אוליאל: לעניין זה הייתי רוצה להמשיך בשאלה בדיוק מהנקודה שבה עצרת, ולהזכיר את הערותיה של רות גביון לדוח של ועדת שמגר משנת 1998,<sup>4</sup> שם היא השתמשה – דווקא לשם תמיכה בדוח – במטפורה של בנימין אקצין על שלושה

4 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דין וחשבון** פרק ח (1998) (להלן: דוח ועדת שמגר).

סוגים של מנעולים: מנעול מהסוג המשובח ביותר, אשר יכביד מאוד על המערכת ולא ירתיע פורצים נחושים; המנעול החלש, אשר יפרץ בנקל; והמנעול הסביר או המנעול הממוצע, אשר יבטיח נעילה טובה בעלות סבירה. אלא שיש כל מיני מנעולים סבירים, ולא רק אחד ויחיד. האם נכון, אם כן, שייתכנו כל מיני יועצים וכל מיני דרכים להגן על שלטון החוק במסגרת החוקתית שאתה מציג?

ברק: אני מניח שכן. אין רק דרך אחת. אני מסכים שיש דרכים שונות. יועז: בתקופתו של נאמן נוסחה טיטת הצעת חוק לעניין היועץ המשפטי לממשלה, שאוזכרה מוקדם יותר.<sup>5</sup> בשולי הדברים נזכיר גם שלמעשה היא נוסחה מחוץ למשרד המשפטים. האם חקיקה מסוג זה תוכל לגבור על פסיקת בית-המשפט העליון בנוגע למסורת החוקתית שהזכרנו?

ברק: שאלה יפה.

## ב. פיצול תפקיד היועץ

בן-אוליאל: תפקיד היועץ המשפטי מעורר פולמוס נוקב סביב שאלת-יסוד שנייה, והיא שאלת פיצולו של תפקיד היועץ לראש התביעה הכללית מזה וליועץ הממשל הפוליטי מזה. מה עמדתך בנושא? רצינו לשמוע ממך גם בדבר המודל ההשוואתי הראוי בעיניך?

ברק: בפתח תשובתי אבקש להתייחס לסוגיית ההשוואה למודלים השונים של Attorney General בשיטות משפט דומות ממשפחת ה-common law. המוסד הכי דומה ליועץ המשפטי לממשלה שלנו, מבחינה פורמלית, הוא היועצים המשפטיים האירי וההודי. שניהם אינם פוליטיקאים, לא כל שכן שרים בממשלה. להבדיל מהיועץ המשפטי שלנו, ה-Attorney General הבריטי הוא שר, וה-Attorney General האמריקאי הוא שר המשפטים. באנגליה ובארצות-הברית אין הבחנה בין ה-Attorney General לשר המשפטים. גם ה-Attorney General הקנדי הוא שר. ארווין קוטלר (Irwin Cotler) היה ב-בזמן גם שר המשפטים הקנדי וגם ה-Attorney General הקנדי. ארווין קוטלר היה חבר שלי, ואני תמיד אמרתי לו שהתרומה הכי גדולה שלו לשלטון החוק בקנדה תהיה אם הוא יציע להפריד בין התפקיד של שר המשפטים לבין ה-Attorney General. הוא לא עשה את זה. בהודו המצב הפורמלי הוא כמו אצלנו, אך נוצר מנהג או מנהג חוקתי שלפיו עם התפטרות הממשלה או עם התמנותה של ממשלה חדשה ימונה גם Attorney General חדש.

בן-אוליאל: והוא נושא-דברה של הממשלה המכהנת?

ברק: כן. כעת, מה שמייחד ומאפיין את הודו הוא שיש להם בחוקה סעיף על Attorney General ללא סמכויות תביעה. הוא אינו תובע כללי כלל, כך שקשה להשוותו למודל הישראלי. משמעות הדבר היא שהן בהודו והן באנגליה קיימת הפרדה בין ה-

5 נאמן, לעיל ה"ש 2.

Attorney General לבין ראש התביעה מזה ושר המשפטים מזה. ל-Attorney General הישראלי יש היסטוריה מיוחדת לו. הוא תוצר של התפתחות ישראלית מאוד. לסיכום, אני לא יודע אם יש טעם גדול בניסיון להסתמך על מודל ממדינה אחרת, שכן כל מי שיושווה למודל הישראלי יעיד איך הדברים יכולים להיות במבנה שונה לגמרי, ולדעתי לא טוב יותר, אלא רע יותר.

יועז: כלומר, יש קושי בהבאת מודל מבחוץ אל תוך המציאות שנוצרה בישראל סביב תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ובהבנת ההצדקה או ההיגיון הפנימי שסיבירו למה זה נוצר או למה זה התפתח למקום שאליו זה התפתח?

ברק: נכון. אני חושב שהיינו מגיעים דווקא למודל שלנו. במובן מסוים, דווקא ההתפתחות ההיסטורית, הלא-מסודרת, הביאה בסופו של דבר לאחד המוסדות הכי מעניינים והכי טובים שלנו. אני חושב שיש שני מוסדות כאלה שצמחו מתוך ה-common law והתפתחו אצלנו באופן עצמאי וטוב: היועץ המשפטי לממשלה ובג"ץ. לא צריך לפגוע בסמכויות לא של זה ולא של זה, ובוודאי לא לפצלם. אציין גם את עמדתו החשובה של מרדכי קרמניצר, אשר למיטב זכרוני סבר בהתחלה שיש לפצל את התפקיד אך בהמשך חזר בו.

יועז: אני רוצה רגע להישאר בנושא של פיצול משרת היועץ. בשנים האחרונות מתקיים בארץ פולמוס נוקב סביב העניין הזה. יש תומכים ויש מתנגדים. אחת הטענות שהושמעו – לדעתי, על-ידי מזוז בתקופת כהונתו כיועץ משפטי לממשלה – היא שפיצול המשרה יהיה למעשה פיצול של משרד המשפטים כולו לשתי ממלכות. זאת, מאחר שאם אתה יוצר תפקיד שמהותו מתן ייעוץ משפטי לרשויות המדינה, ותפקיד אחר שמהותו ייצוג המדינה בערכאות ועמידה בראש התביעה הכללית, אתה יוצר למעשה שתי ממלכות שבמקום לעבוד במשותף רק יריבו על סמכויות עד קץ הימים. ברק: הנקודה האחרונה נכונה. כלומר, אחת הטענות נגד הפיצול היא שיהיו פה שני פונקציונרים שבוודאי יהיה חיכוך ביניהם והם יריבו ו"יעזור השם". לגבי פיצול משרד המשפטים, זו בעיה אחרת. אני, למשל, חשבתי בשעתו שצריך בכלל להעביר את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה אל משרד ראש הממשלה. אם אתה יועץ משפטי לממשלה, אזי שב במקום שבו הממשלה יושבת, שב במשרד ראש הממשלה. מה-גם שאני בשעתו, בעיקר בתקופת בגין, נהגתי לשבת שם כל היום וכל הלילה, אז למה לי שני משרדים כשאני יכול לשבת שם?

נשוב לשאלה אם זה רצוי לפצל. אני חושב שזה רע מאוד. אני חושב שזה רע מאוד מכל מיני סיבות. ראשית, הנימוקים בעד הפיצול הם נימוקים חלשים. כזו היא, למשל, הטענה שליועץ המשפטי אין מספיק זמן למלא את שני תפקידיו. הטיעון שזה מטיל עומס על היועץ המשפטי אינו בגדר שיקול רלוונטי כלל. זה כמו להגיד שיש עומס כבד מדי על ראש הממשלה ולכן צריך לפצל את התפקיד או להוציא ממנו סמכויות.

בן-אוליאל: אבל אולי זה כמו להגיד משהו אחר – אולי זה כמו להגיד שבתפקיד היועץ מובנה מתח קבוע, ולא מתח מתחלף, ומתח קבוע צריך להפיג משום שהוא פוגע

ביעילות. המתח הקבוע הוא בין המחויבות שלו לרשות, שהיא הלקוח הראשון, לבין המחויבות שלו לשלטון החוק, שהוא הלקוח השני, ואולי גם בין שתי המחויבויות הללו לבין המצפון שלו. האין זה מתח משולש שכאשר הוא נעשה קבוע, דווקא יש מקום להפיג אותו, להבדיל ממתח שאינו קבוע?

ברק: הלקוח של היועץ המשפטי הוא שלטון החוק. הלקוח שלו הוא לא ראש הממשלה; הלקוח שלו הוא מדינת-ישראל.

בן-אוליאל: מדובר פה בשני לקוחות, לא? זה גם שלטון החוק וגם הרשות. ברק: לא. אותו לקוח, זה לקוח אחד. בעבר אמרתי שזה לא מוצלח שהמשרה מתויגת כ"יועץ משפטי לממשלה", ושהיה ראוי לקרוא לו "פרקליט המדינה", ולפרקליט המדינה למצוא שם אחר כלשהו.

בן-אוליאל: ממילא כבר אמרנו שהוא לא מייצע, כי אם מחייב. כלומר, השם בעייתי גם מבחינה לשונית.

ברק: נכון, נכון. אני, בעת כהונתי כיועץ, חשבתי שהלקוח שלי הוא המדינה. לכן, כאשר ישבתי בישיבות הממשלה, לא ראיתי שום מתח ענייני מובנה, שכן לא ישבתי עם הלקוח, ישבתי עם השרים. הלקוח שלי היה בחוץ, המחויבות שלי הייתה החוצה. מובן שעשויה להיות בעיה אישית אם אתה נעשה חבר של השרים והולך לבר-מצוות ולחתונות שלהם, ואז יהיה קשה לך אחר כך לקבל החלטה לתבוע. אבל זה תלוי ביועץ המשפטי; אני לא הלכתי לשום בר-מצווה, לשום חתונה, ולא היה לי שום קושי להגיד שצריך לתבוע את ראש הממשלה.

יועז: התחלת לנמק מדוע לא רצוי לפצל את תפקיד היועץ.

ברק: התחלתי בשלילת הטיעונים בעד. אני חושב שהנימוקים האלה – שאומרים שזו מעמסה גדולה מדי על נושא-משרה אחד או שזה מכניס את היועץ המשפטי לקונפליקט כזה או אחר – אינם משכנעים. אם הוא יהיה רק יועץ משפטי, הוא לא יהיה בקונפליקט? ואם הוא יהיה רק פרקליט מדינה, הוא לא יהיה בקונפליקט? הרי גם אז יכול להיות שיזמינו אותו לחתונות. הנימוק החיובי נגד הפיצול הוא שעוצמתו של התפקיד מבוססת על אחדותה של המשרה או מניחה אותה. אם נפצל את התפקיד, מה שיקרה הוא שהיועץ המשפטי לממשלה ייהפך ליועץ משפטי של משרד ראש הממשלה, מבלי שתהיה סנקציה פלילית אם פועלים בניגוד להנחייתו.

יועז: זאת בדיוק הטענה של המתנגדים. טענתם היא שהשרים מוצאים את עצמם נאלצים להתיישר על-פי המלצותיו, חוות-דעתו, ייעוצו או הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, מהטעם שהם פוחדים שמה יפתח להם תיק.

ברק: לא זה הטעם שאמור להדריך אותם, אלא זה שהיועץ המשפטי לממשלה בא ואומר שזה אסור. ולא רק שזה אסור, זה גם מהווה עברה פלילית. זה מה שהוא אומר להם. לכן אסור להם לעשות את זה.

יועז: אם זה אסור זה פשוט אסור?



ברק: אם זה אסור וזה לא מהווה עברה פלילית, אלא הפרת חוזה או עוולה, אזי הטיעון שאני מדבר עליו עכשיו אינו חל. אני מדבר על אותם מצבים – והם רבים מאוד – שבהם הממשלה רוצה לפעול אבל הפעולה הזאת אסורה ויש לה היבט פלילי. בן-אוליאל: נחזור שוב למודל של ארצות-הברית שהזכרת מוקדם יותר. שם המלצה או חוות-דעת, מחייבת ככל שתהיה, אינה מלווה סנקציה של פתיחת הליך פלילי. באיזו מידה המודל האמריקאי, החשוב, הוא מרכזי גם למסקנתך שלפיה אינך מכיר מודל שדומה לגרסה הישראלית של תפקיד היועץ המשפטי? ברק: ארצות-הברית היא אכן עולם אחר לגמרי, משום שבארצות-הברית הנשיא הוא שאחראי לפי החוקה ליישום החוקים. לכן אילו בא אחיו של הנשיא קנדי, בובי קנדי, ואומר לנשיא "אני Attorney General, ואני אומר לך, הנשיא, אתה לא יכול לבצע את זה", היה הנשיא משיבו: "סליחה, מי אתה? אני אחראי לזה על-פי החוקה". ה-Attorney General האמריקאי הוא ראש תביעה כללית פוליטית.

### ג. מנגנוני פיקוח על היועץ

בן-אוליאל: אני רוצה לחזור, ברשותך, לעניין בג"ץ בהקשר של פיקוחו על היועץ. האם אפשר לטעון, כביקורת על התערבות בג"ץ, שהגברת כוחו הפיקוחי של בג"ץ עלולה לייצר תמריץ שלילי – שאנחנו קצת מתעלמים ממנו – לאי-יצירתם של מנגנוני בקרה או פיקוח אינהרנטיים רבים יותר לתוך תפקיד היועץ? האם לא רצוי שחלק מהאחריות הפיקוחית הזאת תהא גם אינהרנטית לתפקיד היועץ המשפטי? ברק: אני לא אומר שלא צריך להוסיף. אבל עד שיוצאת חוות-דעת, עד שמתקבלת החלטה, יש המון גורמים שמעורבים. זה מנגנון שלם, ולכן יש פיקוח של המנגנון הזה. היועץ המשפטי אינו יכול לבוא ולומר: "אני אסגור את התיק לפלוני". למה לסגור את התיק לפלוני? יושבים עשרה סוגרי תיקים ושואלים את היועץ: "מה השיקול שלך כאשר אתה סוגר את התיק?" היועץ אינו אומר "משום שפלוני חבר שלי"; הוא אינו אומר את זה, אבל זה יעלה מייד. משכך, הביקורת הפנימית על היועץ המשפטי היא אדירה. יש כמה וכמה משנים ליועץ, וכל אחד הוא מבקר של היועץ המשפטי לממשלה ושומר עליו מכל צד.

בן-אוליאל: אבל בעיקר לנוכח החברה השסועה במדינתנו, האם לא היה ראוי שיהיו לנו יותר מנגנונים פנימיים תחיקתיים, כלומר, לא רק מנגנונים של שיקול-דעת, יושרה ואיכות אינטלקטואלית המוגדרים "פנימיים", אלא מנגנונים תחיקתיים פוזיטיביים שיאפשרו ליועץ המשפטי להיות שקוף יותר, שיטתי יותר, מוכר יותר לציבור?

ברק: כן, בבקשה, אני מאוד בעד.

בן-אוליאל: ...ושהוא והכרעותיו יהיו צפויים יותר לציבור לעומת המצב שבו גם בג"ץ מצידו מתערב בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי חדשות לבקרים – בעיקר ביחס למשמעותה של הנוסחה המעורפלת של "עניין לציבור" בניהול הליכים פליליים – באופן שהוא לצנינים בעיני רבים? נזכיר בהקשר זה גם את הלכת גנור בפרשת ויסות

מניות הבנקים והחלטת בג"ץ שם לפסול את החלטתו של היועץ חריש לא להעמיד לדין את מנהלי הבנקים על חלקם בפרשה.<sup>6</sup> מה עמדתך?  
ברק: אני לא אומר, חלילה וחס, שמכיוון שיש כיום ביקורת שיפוטית על היועץ המשפטי, אין צורך בביקורות אחרות. אני מודע לקשיים ולכשלים ולהיקף האפשרי של הביקורת השיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה. כל זה ברור, ולכן רצוי מאוד שיהיו גם ביקורות אחרות. אבל צריך לוודא שהביקורות האלה יהיו אפקטיביות, מחד גיסא, אבל לא יובילו בסופו של יום למעורבותם של גורמים נוספים, מאידך גיסא. כך, למשל, אני בעד שמבקר המדינה יבקר את היועץ המשפטי לממשלה.

יועז: על קבלת החלטות קונקרטיות בתיקים ספציפיים או באופן מערכתי?  
ברק: ראה, מהי ביקורתו של מבקר המדינה? הביקורת שלו היא הסדר הטוב, טוהר המידות ויתר המבחנים כיוצא בהם. בבקשה, שיבקר. אלא שאיננו רוצים להפוך את מבקר המדינה ליועץ המשפטי לממשלה. גם איננו רוצים לומר מה שהשופט מרים בן-פורת רצתה לומר כמבקרת המדינה, קרי, שכאשר יש התנגשות בין חוות-הדעת של מבקר המדינה לחוות-הדעת של היועץ המשפטי, חוות-הדעת של מבקר המדינה גוברת. זה לא נכון.

יועז: הייתי רוצה לגשת מכיוון אחר אל השאלה הזו ביחס למנגנוני הפיקוח התחקייתיים לעומת אלה שנכנה ה"לא-פורמליים". לדברך, עשרה עוזרים של היועץ עשויים להידרש להחלטה אם לסגור תיק אם לאו, והיועץ אינו יכול לעשות כראות עיניו – הוא צריך לנמק. המנגנון הזה הוא מנגנון לא-פורמלי; הוא נסמך על היושרה של האנשים שנמצאים במשרד המשפטים ומנהלים איזושהי בקרה בדבר האופן התקין של קבלת ההחלטה.

ברק: נכון.

יועז: האם מנסיוןך כיועץ משפטי לממשלה, וגם אחר כך בהביטך מבג"ץ אל לשכת היועץ המשפטי לממשלה, אתה יכול להיות סמוך ובטוח באמת שאותה יושרה שאנחנו סומכים עליה של אנשי המנגנון היא יושרה שעומדת בפגיעה של סערות היום-יום? האין מדי פעם איזו רוח שפלה שמנמיכה את הראשים וגורמת לאנשים להביט לכיוון אחר?

ברק: תיאורטית זה יכול לקרות. האם זה קרה בפועל? איני יודע. הייתי יועץ משפטי לממשלה, וראה מי היו האנשים שסבבו אותי: הפרקליט בך – איזו רוח! המשנה שלי היה חשין – איזו רוח! ישבו שם יהודית קרפ, אילה פרוקצ'יה – על מה אנחנו מדברים? בכוונה בחרתי אנשים שיוכלו לעמוד ולהגן. אבל זה יכול לקרות. באופן תיאורטי ניתן למנות לאט-לאט משנים כאלה או פרקליטים ופרקליטי מחוז כאלה  
ש...

יועז: מבינים את רוח התקופה?

6 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990).

ברק: כן, יכול מאוד להיות. אבל כנגד החשש הזה, של הבנת רוח התקופה, כל מנגנון שתיצור התקופה – זו תהיה התוצאה שלו. כך שלא צריך לשפוך את התינוק עם המים. לכן ייתכנו שיטות שונות של בקרה על החלטות היועץ המשפטי. ברוח זו הוקם אומבודסמן לפרקליטים. אני לא רואה שום סיבה שהוא לא יהיה כזה גם ביחס להחלטות היועץ המשפטי לממשלה.

יועז: אבל במנגנון הוא כפוף ליועץ המשפטי לממשלה.

ברק: אז צריך להוציא אותו מכפיפותו ליועץ המשפטי לממשלה. יש גם נציבות תלונות הציבור על שופטים.

בן־אוליאל: בקושי יש הסכמה בקרב הפרקליטים להשאת נציבות הביקורת על מערך התביעה על מכונה, ואתה מציע להרחיב?

ברק: איני שותף לאי־ההסכמה הזאת.

יועז: היוזמה להקמת נציבות הביקורת על הפרקליטות באה מכיוונם של פוליטיקאים שהאשמו בפלילים וחיפשו איזושהי דרך לייצר מנגנון שיהווה חרב מעל ראשם של הפרקליטים שמייצגים את המדינה בהליכים נגדם. היה להם אינטרס שהגוף הזה יכלול בתוכו ביקורת גם על תיקים שבהם הסמכות היא של היועץ המשפטי לממשלה. בסופו של דבר קם גוף שיש לו סמכות על כל התיקים האחרים, אבל לא על תיקי היועץ.

ברק: אותה בעיה התעוררה עם האומבודסמן לשופטים. אני הצעתי את האומבודסמן לשופטים, הרעיון לא בא מהכנסת. אני לא התנגדתי לאומבודסמן.

יועז: הסברה המקובלת היא שהיוזמה לאומבודסמן באה מפסק־הדין בעניין יצחק<sup>7</sup>, כלומר, אותה פסיקה של בית־המשפט שלפיה כללי האתיקה של שמגר אינם מחייבים.

ברק: לא, לא. הפסיקה של בית־המשפט שכללי האתיקה אינם מחייבים הביאה לידי כך שמיד הקמתי ועדה שהכינה כללי אתיקה לשופטים, והיא סיימה את עבודתה.

יועז: ועדת חשין?

ברק: אכן, ועדת חשין. אם כן, יש לנו כיום כללי אתיקה של שופטים, כך שזה בכלל לא שייך. אלא שאני הרגשתי שיש צורך באומבודסמן לשופטים משום שבאמת היו שופטים שהתנהגו באופן לא־ראוי – צעקו על עדים, צעקו על קהל וכדומה – וחשוב מאוד שיהיה אומבודסמן כזה. אלא מאי, אני הצעתי אז שהאומבודסמן הזה יוקם על־פי הנחיה פנימית של שר המשפטים או נשיא בית־המשפט העליון, ונראה איך זה פועל. אם "וירא כי טוב", נמשיך במתכונת הזו, ואם לא – נלך לחקיקה. בדיוק בדרך הזו הקימו את נציבות תלונות הציבור על פרקליטים. אלא שאז שמע על כך חבר־הכנסת פריצקי ומייד הגיש הצעת חוק, ואני קראתי ושאלתי אותו: למה? מה קרה? כך נוצר הרושם שאני התנגדתי. אני לא התנגדתי. אני חושב שביקורות פנימיות על תפקוד היועץ המשפטי לממשלה הן חשובות, הן טובות.

7 בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית־המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54 (2000).

בן-אוליאל: מבחינה היסטורית, האם אין בסיס לטענה שהיה רפיון בשיתוף-הפעולה של היועצים המשפטיים לדורותיהם עם הרעיון של הוספת מנגנוני בקרה פנימיים? ברק: אילו באו אליי כיועץ משפטי לממשלה בבקשה להקמת מנגנוני בקרה, לרבות אומבודסמן ליועץ המשפטי, תשובתי הייתה "בבקשה, אין לי מה להסתיר". תמיד כשקיימנו ישיבות עם עוזרים חדשים, הייתי לוקח את המגירה, שולף אותה ואומר: "אתם רואים – אצלי אין לי מגירות, אין לי קניפלעך. הכל על השולחן. הכל מונח על השולחן".

בן-אוליאל: אין מכפלות וכיסים בבגדו של הכהן הגדול. ברק: אין, אין, אין. בדיוק ככה. אבל צריך לבנות את זה בצורה זהירה מאוד. דרך אגב, כאשר יהיו מנגנונים כאלה, מטבע הדברים הדבר גם יקטין את הצורך בפנייה לבג"ץ. זה מה שנקרא "מיצוי הליכים": פנו למנגנונים אלה, וראו כיצד הדברים מסתדרים. עם זאת, איני חושב שמנגנוני בקרה פנימיים צריכים לבוא על-חשבון הביקורת השיפוטית.

בן-אוליאל: טענה נוספת היא שכאשר אתה מטיל את מלוא כובד האחריות לביצור שלטון החוק על היועץ, כפי שגם הציעה ועדת שמגר באחד מחמשת התפקידים שהיא רואה במוסד היועץ,<sup>8</sup> הדבר מייצר תמריץ שלילי לממשלה עצמה לפקח על שלטון החוק. האם השרים לא עלולים להיות מתומרצים להיות "ראש קטן" בכל הנוגע בביצור שלטון החוק? חשש דומה הביעה רות גביוון במסמך הערותיה לדוח ועדת שמגר.<sup>9</sup>

ברק: אני לא חושב שזה מוביל ל"ראש קטן". לשר יש השיקולים הפוליטיים שלו, והם "ראש גדול", ולא "ראש קטן". על כל פנים, חשוב מאוד שהיועצים המשפטיים ידעו מה תפקידם. הם לא המנהלים של המשרדים הממשלתיים. הם צריכים להבין מה הגזרה שלהם – הגזרה שלהם היא רק לקבוע את הגבולות. אני חוזר לדוגמה מן המשפט הפרטי שבה התחלתי: תן למשרד הבינוני להחליט שהוא רוצה להפר את החוזים, תן לו; סליחה, תן לו לעשות חוזים אחרים. אתן לך דוגמה נוספת: באה ממשלת בגין והחליטה שכחלק ממסע הבחירות היא תבטל את איסור החזקת מטבע חוץ בידי אזרחים ישראלים.

יועז: כדי שלא תהיה פרשת חשבון דולרים שנייה. ברק: נכון. ואז בא שר האוצר במסגרת הרפורמה התקציבית והציע לבטל את תקנות ההגנה (כספים), ואני התנגדתי לזה. אז באתי לממשלה, שר האוצר אמר מה שרצה, ואני הצגתי את הנימוקים שלי. לא אמרתי שאסור, אמרתי רק שאני חושב שלנוכח הניסיון המשפטי לא רצוי לבטל את תקנות ההגנה (כספים), שכן הדבר עלול להביא לידי בריחת מטבע שלא יהיה אפשר למנוע אותה, וכן מניתי עוד כמה שיקולים ענייניים. הצעתי שתקנות ההגנה (כספים) יישארו, אבל שבמסגרת התקנות יינתן

8 דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 4, תת-פרק ו(1).

9 שם, פרק ח, עמ' 94.

היתר כללי. על רקע זה אמרתי לממשלה שהיא יכולה לעשות מה שהיא רוצה, אבל שאני חושב שזה לא חכם ולא נכון לעשות זאת. אני לא חושב שקיבלו את דעתי. זו דוגמה שממחישה כיצד נשמרת לממשלה האפשרות להחליט כרצונה במסגרת גבולות הגזרה. זה תפקידו של היועץ המשפטי, ואני לא הייתי בוחר לתפקיד זה אדם שחושב שהוא יודע הכל. שופט אנגלי אחד בשם ג'ורג' ג'סל (George Jessel), שכינה כנשיא המחלקה האזרחית בבית המשפט לערעורים ("שומר המגילות" – Master of the Rolls), אמר בשעתו: "I may be wrong, and often am, but I never doubt". עמדתי היא: "I may be wrong, and often am, but I always doubt". לא הייתי רוצה יועץ משפטי או שופט שחושבים שהם יודעים הכל.

#### ד. שיקולים בבחירת יועץ חדש

יועז: אנחנו נמצאים עכשיו בתקופה של ערב מינויו של יועץ משפטי חדש לממשלה, ואשמח לשמוע את דעתך לגבי השאלה מה צריכים להיות השיקולים של ועדת האיתור או של הממשל בבואם לחפש יועץ משפטי חדש לממשלה – איפה מחפשים? איפה נכון לחפש? איזה מערך של כישורים מן הראוי להדגיש?

ברק: במובן מסוים מה שהחוק דורש זו כשירות של שופט לבית המשפט העליון כנקודת המוצא – לא נקודת הסוף, אלא נקודת המוצא. כלומר, הוא צריך להיות מישור שאפשר למנותו לשופט של בית המשפט העליון, כלומר, שיש לו את התפיסה הרחבה.

בן-אוליאל: כישורים לשופט עליון לא כעניין פורמלי, אלא כעניין מהותי? ברק: נכון, כעניין מהותי.

בן-אוליאל: בקיאות משפטית, יושר אינטלקטואלי ויושר אישי הם חשובים פחות או חשובים יותר מסך הכישורים הפורמליים? או שמא לא ברור כיצד יש לתעדף את שני סוגי הכישורים מכוח חוק בתי המשפט?<sup>10</sup>

ברק: אני מסכים לסיפא. אין פה גורם אחד שהוא קריטי. לכן העובדה שהמועמד אינו מכיר משפט פלילי אינה מפריעה לי. הוא ילמד. במקרה שלי, עד שמינו אותי לא הכרתי משפט פלילי. אז למדתי.

יועז: גם מני מזוז.

ברק: גם משה בן-זאב, לזכרוני, לא הכיר משפט פלילי. גם יעקב שפירא לא הכיר. למיטב ידיעתי, היועצים המשפטיים היחידים שהכירו את כל הענפים היו חיים כהן ומאיר שמגר. מה שצריך הוא שיהיו למועמד הכלים ללמוד, ושתהיה לו פרישה רחבה. כנקודת מוצא, יועץ צריך להיות בעל כשירות מהותית לכהן בבית המשפט העליון כפי שאני רואה כשירות זו, כלומר, בעל תפיסה רחבה של משפט, של שיפוט, של חברה. הוא צריך להבין את המורכבות של המבנה החוקתי שלנו. בהיבט

10 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

המקצועי חשוב הרבה יותר שהוא יכיר משפט חוקתי-ציבורי מאשר משפט פלילי. אבל גם כאן, עניין ההכרה של משפט חוקתי-ציבורי אינה חיונית, יהיו על-ידו אנשים שיכירו. כאשר וינשטיין נבחר, טלפנתי אליו ואמרתי לו "תשמע, אני אשמח לעמוד לרשותך ולתת לך עצה טובה", והוא אכן הזמין אותי כמה פעמים לתת לו עצה טובה. אחת העצות שנתתי לו הייתה שיהיה על-ידו צוות מקצועי. "סמוך עליהם, הם לא יכשילו אותך. הם יודעים יותר טוב ממך. אל תהיה חכם מהם." יועז: וזה היית אומר גם לאדם שמונה לתפקיד היועץ מתוך המערכת עצמה? אם הוא בשר מבשרה?

ברק: כן, אותו דבר. זאת, משום שגם אם הוא בשר מבשרה, הוא עדיין מכיר גזרה צרה מאוד, והתפקיד של היועץ המשפטי הוא תפקיד אדיר. בשנים הרבות שבהן הייתי שופט בבית-המשפט העליון, וגם כנשיא, אמרתי שאני מוכן לחזור להיות יועץ משפטי לממשלה, מייד.

יועז: אתה גם התבטאת ואמרת שלשופט עליון יש הרבה פחות כוח מאשר ליועץ המשפטי.

ברק: זה ברור. זה תפקיד כל-כך גדול שבאמת רואה את התמונה הכוללת. אני אגב הייתי נגד הרעיון שהיועץ המשפטי לממשלה יהיה גם יועץ משפטי של הכנסת. כאשר הייתי יועץ משפטי לממשלה, לפני שנוצר התפקיד של היועץ המשפטי לכנסת, לחצתי על ישראל ישעיהו, שהיה אז יושב-ראש הכנסת: "תעשו לכם יועץ משפטי". ישעיהו השיב לי: "איך אנחנו יכולים לסמוך על יועץ משפטי שיחסר לו ההדר של היועץ המשפטי לממשלה?" התשובה שלי הייתה: "אם הוא יהיה טוב, יהיה לו ההדר הזה". ואני שמח שקיים הפיצול הזה. ואכן יש ליועץ המשפטי לכנסת הדר כנדרש. היועץ המשפטי לממשלה הוא היועץ המשפטי לממשלה. הוא פרקליט המדינה בעניינים מסוימים, לא בעניינים אחרים.

בן-אוליאל: מה עמדתך ביחס להשתתפותו של היועץ המשפטי בישיבות ממשלה? הסוגיה הזאת זכתה בהתייחסותך בעבר.

ברק: זה דבר שולי לגמרי. זה דבר של מה-בכך. זה לא צריך להשפיע בכלל. באופן עקרוני זה לא טוב שיועץ משפטי לממשלה יושב בכל הישיבות, הוא לא צריך לשבת בכל הישיבות. גם שום יועץ משפטי אינו רוצה לשבת בישיבות, משום שלשבת בכל הישיבות פירושו שלפחות יום בשבוע הולך לאיבוד. אני, בממשלת רבין, לא ישבתי בכל הישיבות. כאשר היה צורך, היו מטלפנים אליי ואומרים: "תשמע, יש ישיבת ממשלה (או ישיבת ועדת שרים), תבוא". אבל לא ישבתי בכל הישיבות, ובאמת אין צורך בזה. לא שזה נורא, אבל אין צורך בזה.

יועז: אבל הבדיקה או הבחינה של כל ההחלטות והצעות ההחלטה שמגיעות לישיבות הממשלה – אותו תהליך רוטיני שמתקיים במשרד המשפטים לקראת כל ישיבת ממשלה – זה בסדר?

ברק: בסדר גמור. שולחים את הנושאים וצריך לעבור על זה, לראות אם זה בסדר. גם מכינים את היועץ המשפטי לקראת הדברים האלה. מה שקרה הוא שכאשר בגין עלה

לשלטון, הוא לא היה לפני כן שר עם תיק, הוא היה שר בלי תיק. ראש ממשלה הוא בוודאי לא היה אף-פעם, כך שהוא היה זקוק לעזרה משפטית מאדם בעל ניסיון משפטי, כלומר, מהיועץ המשפטי לממשלה.

יועז: עזרה באיך מנהלים מדינה?

ברק: לא. איך מנהלים מדינה זה משהו שראש הממשלה והממשלה מחליטים, ולא היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה – כך לפחות היה בתקופתי כיועץ המשפטי של בגין – מעמיד לרשות הממשלה את האפשרויות החוקתיות והחוקיות שבמסגרתן ניתן לפעול. את העזרה הזאת אני נתתי לו, והוא סמך עליי משום שהוא ידע שאני לא מפא"ניק ולא חירותניק.

בן-אוליאל: את ההערה שלך ביחס לבגין אפשר להעיר ביחס לממשלת הימין בכללותה, שכאשר עלתה לשלטון לא ידעה איך מנהלים מדינה?

ברק: זה נכון. לכן הוא ביקש ממני: "בוא תבוא, שב על-ידי ועזור לי". זה התחיל מזה שכל ההחלטות הפורמליות שהממשלה הגישה לכנסת עברו את הביקורת והניסוחים שלי.

בן-אוליאל: "הירושה היחידה הטובה של ממשלת המערך" הוא כינה אותך...

ברק: היו אז בשעתו, עם הקמת הממשלה, גם המון שינויים במשרדים. לבגין היו רעיונות מגוונים. הוא לא אהב שיש משרד משטרה, ולכן ביקש לבטלו, וכן ביקש להעביר סמכויות, להתייעץ איך עושים את זה ומי עושה מה. היועץ המשפטי עשה את זה. "אהרן, בוא תעשה את זה." וכך הוא היה תלוי בי מאוד-מאוד. בשלב מסוים הוא אמר: "שב בישיבת הממשלה". אמרתי לו, אני בעצמי אמרתי לו: "ראש הממשלה, כשתרצה תזמין אותי, אין צורך בדברים האלה". מה-גם שלאט-לאט התחילה הממשלה לעסוק גם במשא-ומתן המדיני, ואני הייתי שותף למשא-ומתן הזה. אז חלק מהעבודה עשיתי אני.

יועז: אם ננסה לשעתק מציאות כזאת לימינו-אנו, אתה חושב שהיא יכולה להתקיים? יתרה מזו, אתה חושב שזה יהיה תקין אם היא תקיים? האם זה ייחשב תקין כיום אם היועץ המשפטי לממשלה יהיה מעורב במשא-ומתן עם סוריה, לדוגמה, באותה מידת אינטנסיביות וריכוז סמכויות?

ברק: על היועץ המשפטי לממשלה לא מוטלת שום חובה חוקתית להשתתף במשא-ומתן כזה, וזמיר, למשל, סירב. הוא אמר "אני לא רוצה להשתתף". אמרתי לו: "יצחק, אני חושב שאתה עושה טעות. לא שאתה פועל לא כדין, אבל זה חבל, משום שברגע שאתה נמצא שם, נכנס שיקול מקצועי". אבל הוא לא רצה בזה, וגם אחרים לא רצו, ולכן זה לא הסתייע. אני חושב שזה כבר לא יחזור, כבר לא יציעו ליועץ משפטי כלשהו להיות שותף.

בן-אוליאל: ביחס לקרט, כאשר אמרת ב"עושה הכובעים" של אריאל בנדור וזאב סגל שהיית רוצה להיות שופט רק בישראל,<sup>11</sup> האם קופלה באמירה זו שגם הוצע לך על-ידי קרט להיות שופט בארצות-הברית?

11 אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק (2009).

ברק: כן, אבל עשו מזה סמטוחה. הוא לא חשב על זה ברצינות. ראשית, לא הייתה לו סמכות כלל, משום שלא הייתה משרה פנויה. שנית, אני חושב שהוא גם לא היה יכול להעביר את זה, ואני גם לא רציתי את זה. אז הוא אמר את זה בצחוק, ואני השבתי לו, גם בצחוק, "אדוני, גם אם תציע לי, אני לא אסכים".

הרשו לי לחזור לשאלת-המוצא שלכם בעניין תכונותיו של היועץ המשפטי לממשלה. לדעתי, כאמור, חשוב פחות שהוא יהיה מומחה בענף מסוים, כגון משפט פלילי.

יועז: כיום ליועץ המשפטי לממשלה יש סוללה של מומחים פליליים, את כל הפירמידה הזאת של הפרקליטות, ויש לו מחלקת ייעוץ וחקיקה, שנהפכה לאימפריה בפני עצמה. יש לו משנה כלכלי פסקלי ומשנה ייעוצי ומשנה חקיקתי, וכך הלאה. כלומר, יש כיום מנגנון מסודר מאוד שנותן חוות-דעת.

ברק: נכון, וזה טוב מאוד. אבל, למשל, אם אתם זוכרים, בממשלת רבין היה עסק-ביש עם קבלת מטוסי ה-F-15 הראשונים שהגיעו לחיל האוויר, כאשר חלק משרי הממשלה לא הספיקו לחזור לביתם מהטקס לפני כניסת השבת. רבין פיטר את שרי המפד"ל שנמנעו בהצבעה על הצעת אי-האמון שהוגשה בעקבות האירוע, והוא עצמו התפטר. אחר כך התפטרו שרי המפלגה הפרוגרסיבית. התעוררה השאלה אם ראש הממשלה יכול לעשות כל זאת. אני זוכר את זה כמו אתמול – ישבנו בחדר הממשלה בכנסת, שתיים-עשרה בלילה, כולם מעשנים כמו קטרים, ורבין שואל אותי: "נו, זה חוקי או לא-חוקי?" נו, אז מה עוזר כל הפירמידה הזאת?

יועז: כן, במצב הזה אין משנים.

ברק: אין משנים, אתה עומד לברך, ואתה צריך לתת חוות-דעת. נתתי לו חוות-דעת, הוא פעל על-פיה, והיא הייתה נכונה. יכולה גם להיות טעות, כמובן. עצותיי אז היו נכונות כמובן זה שהוגשו בג"צים ועמדתי אושרה על-ידי בית-המשפט. היה לי שם ויכוח עם רבין כאשר הודעתי לו שהבג"צים נגד ממשלתו מתחילים. רבין אז בא אליי ואמר: "אתה תייצג את הממשלה". השבתי לו: "אני אשקול את זה, אבל אני חושב שאני לא אעשה את זה בעצמי, אני אבקש ממישהו שיוודע לעשות את זה טוב ממני".

יועז: להופיע בבית-המשפט?

ברק: להופיע בבית-המשפט. "לא", הוא אמר, "אני מבקש שאתה תעשה את זה". אמרתי לו: "סליחה, אדוני, אני מחליט מי ייצג את המדינה, ואני לא רוצה שזה יהיה אני, שהרי אין לי ניסיון של הופעה לפני בית-המשפט העליון". אמרתי לו: "זה יהיה חשין, שהוא מופיע המון בבית-המשפט, מכיר את הכל מבפנים, וחוות-הדעת שאני נתתי לכם מקובלת גם עליו, והוא ייצג אתכם". רבין השיב לי: "לא, אתה!" אמרתי לו: "סליחה, אדוני!" בזה נגמרה השיחה.

יועז: לימים, כאשר היית שופט בבית-המשפט העליון והסתכלת על המדינה באה וטוענת לפניך, האם קיבלת איזו תובנה נוספת לגבי החשיבות של שאלת המייצג, מי עומד ומייצג את המדינה?



ברק: לא, לא, מה פתאום. צריך מישהו שידע את המקצוע הזה. אגב, גם כיום המקרים שבהם היועץ המשפטי מופיע בעצמו מעטים מאוד. אני זוכר שהופיע לפני פעם יוסף חריש כיועץ משפטי באחד התיקים הגדולים. ככלל, צריך להופיע מישהו שמכיר את הקטריה.

אבל לא מיצינו את שאלת הכישורים של היועץ המשפטי. זה קשור עדיין לתכונות של השופט, לחוט-השדרה שלו: היכולת לגבש עמדה, ולא להיות נתון בלחצים, למעט הלחצים הפנימיים, שהם טבעיים; המסירות לתפקיד וההבנה שאתה ממלא פה תפקיד ציבורי על-פי דין, ושאתה פרקליט המדינה.

יועז: ראה, יש פה קושי, ואני רוצה להדגים את הקושי באמצעות הדוגמה של מתווה הגז מימים אלה. הממשלה דנה במהלך מורכב מבחינה משפטית, והיא מלווה על-ידי הייעוץ המשפטי לממשלה. השאלה היא בעצם אם בעיניך, כאשר יועץ משפטי לממשלה נותן ליווי משפטי למהלכים של הממשלה – גם אם הדבר נעשה באמצעות המשנה שלו או באמצעות מישהו אחר שפועל מכוחו – יש אפשרות עיונית לעשות הפרדה, הבחנה, בין מקומות שבהם הוא נותן חוות-דעת בתחום משפטי לבין מקרים שבהם הוא רק מביע את דעתו ונותן המלצה בתחום מדיניות? האם באמת ניתן לעשות את ההבחנה הזאת?

ברק: ראה, אני לא מכיר את הקטריה ביחס למתווה הגז. אני יודע איך יועץ משפטי צריך להתנהג בסיטואציה הזאת. יועץ משפטי צריך לבוא לממשלה ולומר: "תראו, אלה הפרמטרים. אסור לכם לעשות את זה ואת זה, שכן הדבר נאסר בחקיקה הרלוונטית ואין לכם סמכות לעשותו. בתוך מתחם שיקול-הדעת המותר זה שיקול שלכם – אם זה יהיה עם אנרגי, בלי אנרגי, עם יצחק תשובה, בלעדיו, אם זה יהיה כפוף לפיקוח או לא וכדומה, כלומר, כל עוד אתם בתוך מתחם שיקול-הדעת". עוד יוסיף היועץ ויאמר להם: "אני חושב שזה נכון יותר לעשות כך, אבל אתם תחליטו". כך יועץ משפטי צריך לבוא ולומר. כך גם יועץ משפטי של משרד צריך לבוא ולומר. פה צריך להבין: אתה לא מנהל את המדינה. אתה לא מנהל את הממשלה. אתה שומר על החומה, ואתה צריך לדאוג שלא יפרצו אותה. החומה היא הדין. אבל הדין דווקא משאיר לממשלה המון שיקול-דעת. תן לה את שיקול-הדעת הזה. כך היועץ המשפטי לממשלה צריך לנהוג. כך גם יועץ משפטי של משרד ממשלתי צריך לנהוג. הוא כמו יועץ משפטי לממשלה, רק בקנה-מידה קטן יותר. הוא זרוע של היועץ המשפטי לממשלה, והוא מחליט מה צריך לומר לשר. יועץ משפטי של משרד ממשלתי צריך לומר לשר: "אלה הם הגבולות. כאן בגבול נגמרת סמכותך כשר. אבל בתוך הגבולות תעשה מה שאתה רוצה. מכיוון שיש שיקול-דעת רחב, אתה יכול לקבל החלטה א, ואפשר גם לקבל החלטה ב. יכול מאוד להיות שאני במקומך הייתי מקבל דווקא את ב, אבל אם אתה מקבל את א, זה בסדר גמור, ואני אגן עליך". ואם תאמר כי בפועל היועצים המשפטיים של המשרדים אינם נוהגים כך, אצר על כך. כאשר הייתי יועץ משפטי לממשלה, חנכתי את היועצים המשפטיים של המשרדים

ואמרתי להם: "אתם לא השר. אתם רק צריכים לקבוע מה חוקי ומהם גבולות הגזרה".

בן-אוליאל: חינוכם של יועצים משפטיים של משרדי ממשלה כל אימת שהם נוהגים כמעין מפקחים תואם את הרצוי גם בראי המסורת החוקתית שתיארת. נדמה שכך הם פני הדברים, בגזרה שווה, גם ביחס ליועץ המשפטי לממשלה עצמו. על רקע זה מהדהדת טענתם של גד ברזילי ודוד נחמיאס, הטוענים כי בישראל, לעומת דמוקרטיות אחרות, נוצר מודל פיקוחי אשר שונה מהמודל הייעוצי ואשר כולל גם את הסמכות להעמיד לדין.<sup>12</sup> האם לא נוצרו כאן מפקחים משפטיים במקום שיהיו יועצים בלבד?

ברק: אם זה כך, אני מסכים. לכן גם לא צריך לשנות את תפקיד היועץ המשפטי. כל מה שצריך הוא לקרוא ליועצים המשפטיים ולחנך אותם, וכן לבחור בקפידה יועץ משפטי לממשלה שיהיה א-פוליטי ובעל יושרה ציבורית.

יועז: מה הסכנה הכי גדולה בעיניך – או החשש, אם להשתמש במילים מתונות יותר – בבחירתו של יועץ משפטי בלתי-מתאים?

ברק: החשש הוא שהוא לא יבין שהוא אינו מתאים. במצב כזה הוא לא ייתן לצוות שלו ליעץ לו, ואז הוא יעשה טעויות. הטעויות יכולות להיות פוליטיות, אבל יכול להיות שהוא לא יהיה מתאים גם אם הוא אינו פוליטי, אלא בגלל רעיונות אחרים שיש לו. יועז: אנחנו הרי יודעים שבמציאות הנוכחית, כאשר בג"ץ עושה צעדים או מקבל החלטות שנתפסות בציבור כאקטיביסטיות (ואני יודע שהשאלה "אקטיביזם מהו?" היא שאלה נפרדת לחלוטין), מתעוררים מחדש טיעונים ורעיונות לגבי הגבלת כוחו של בג"ץ בדרכים כאלה ואחרות. האם על רקע המציאות הזאת אתה עדיין חושב שבג"ץ נכון או מוכן לפעולה כל אימת שיועץ משפטי עושה טעות?

ברק: אני חושב שכן. אני מסכים לגמרי למה שדיברנו עליו קודם, והוא שצריך מוסדות נוספים. אי-אפשר להסתפק רק בבג"ץ בדברים האלה. אבל מצד אחר אני חושב שזה יהיה לא-נכון להוציא את בג"ץ, משום שחשוב מאוד שכל יועץ משפטי ידע – וכיום כל יועץ משפטי אכן יודע – שבג"ץ עומד מאחורי גבו ומסתכל: מחד גיסא, הוא נותן לו מתחם רחב מאוד; מאידך גיסא, אם הוא חוצה את הגבול, הוא יקבל את המכה.

יועז: כאשר לפני כמה חודשים פנתה המדינה לבית-המשפט בנושא הריסת בתי דריינר בבית-אל וביקשה לעכב את ביצועו של פסק-הדין שהורה על כך, פנתה הפרקליטות – כלומר, היועץ המשפטי לממשלה באמצעות שלוחיו – אל בית-המשפט, והציגה עמדה, אשר מהדהדת כנראה בדרגים הפוליטיים, ולפיה היועץ המשפטי מבקש מבית-המשפט לתת מרחב פעולה רחב, שמשמעו לא לקיים פסק-דין של בית-המשפט העליון עצמו. עד לשם מגיע הייעוץ המשפטי, עד למקום הזה?

12 גד ברזילי ודוד נחמיאס "היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר-עמדה מס' 6, 1997).

ברק: איני רואה שום רע בעמדה כזו. היא נראית לי עמדה לגיטימית. הרי אל תשכח, הרקע היה שהעותרים הגישו בקשות להסדרת המבנים בבית-אל. אל תשכח שבפסק-הדין מי שנתן את הצו להמשיך היה הנשיא גרוניס, ואילו השופטת מרים נאור כתבה דעת מיעוט.

יועז: נכון, ולמרות זאת היא עמדה על קיום דעת הרוב.

ברק: זאת הגדולה שלה. אני חושב שזה הדבר הגדול. פה אתם רואים את השופטת בגדולתה. עמדתה הייתה מנוגדת לעמדת הרוב, אבל מטעם הצו שניתן היא מגינה על קיום דעת הרוב.

יועז: אבל אנחנו נמצאים בתחום צר מאוד.

ברק: אכן צר, צר מאוד.

יועז: זה התחום של סוגיית סופיות הדין, ותחום זה מושפע ממידת הנכונות או מידת הצייתנות של המדינה בקיום פסקי-דין של בית-המשפט העליון בתחום הציבורי והמנהלי.

ברק: נכון.

יועז: במישור הזה, האם אתה חושב שיש מה לשפר? האם יש קושי במידת הצייתנות של המדינה לפסקי-דין?

ברק: נשמעת טענה כזאת שלאחרונה, או בשנים האחרונות, המדינה אינה מקיימת פסקי-דין של בג"ץ. אני לא שמעתי ולא ראיתי הוכחה לכך. העובדה שחולף זמן עד לביצוע אינה הוכחה, זאת פשוט עדות לחוסר יעילות מנהלית; והעובדה שפונים לבקש ארכה רק מראה שלא מוכנים להפר את פסיקת בג"ץ, שהרי מבקשים ממנו ארכה.

יועז: הרשויות במקרים כאלה נוהגות לפנות יומיים לפני המועד, כאשר כבר ברור שלא יעמדו בתאריך-היעד שנקבע.

ברק: עדיף כך מאשר אי-צייתנות. עוד לא ראיתי מקרה אחד שבו הממשלה באה ואמרה "הבג"ץ אמר כך, אבל אני אנהג אחרת", בבחינת הכלבים נבחו אך השיירה עוברת. שואלים אותי: מה יהיה כאשר ראש הממשלה – או מי שזה לא יהיה בראש הרשות המבצעת – יגיד שצו של בג"ץ אינו חוקי ואין כוונה לקיים אותו? תשובתי: זו מהפכה, זה פוטש. ומי שיכריע בפוטש הם הטנקים. אם הרמטכ"ל יפקוד לשלוח טנקים להגן על בית-המשפט, ייגמר העניין בדרך אחת, ואם הוא ישלח את הטנקים להגן על הממשלה, אזי העניין ייגמר בדרך אחרת. מה שנשאר לשופט לעשות אם הרמטכ"ל שולח טנקים להגן על הממשלה זה להתפטר. לא הגענו לזה.

## ה. היועץ כראש התביעה הכללית

בן-אוליאל: עד כה התרכזנו בשיחה, כמעט באופן בלעדי, בסוגיית היעוץ לממשל הפוליטי, ולא דיברנו כמעט על רשות התביעה הכללית, שהיא הנדבך המרכזי במערכת הענישה המדינתית. האם דעתך נוחה מן האופן שבו היועץ המשפטי

לממשלה, בהגדרה הנוכחית של תפקידו, מכהן כראש התביעה הראשית, בפרט ביחס לאישי ציבור?

ברק: כן. אני חושב שזה רעיון טוב. המצב הקיים הוא טוב. אני בשעתו השתעשעתי ברעיון של חקיקה שתקים מוסד של Special Prosecutor, כדי לתת תשובה לכל מיני טענות.

יועז: מראית-עין?

ברק: כן, של מראית-עין.

בן-אוליאל: זו טענה כבדת-משקל, היא לא טענה של מה-בכך. האם לא מקופל בה שיש קושי עם מידת השקיפות והשיטתיות ביחס למדיניות ההעמדה לדין של אישי ציבור, מכהנים בעיקר?

ברק: אני לא יודע מה הבסיס העובדתי לטענה. לי אין טענה, כלומר, אין לי מידע. אבל מכיוון שיש טענה שמדובר באנשי ציבור, והם קשורים כל-כך לשלטון, אז כדאי אולי להקים Special Prosecutor.

בן-אוליאל: זו מטרה חשובה. האם הבעת את העמדה הזאת איפשרו בעבר?

ברק: נדמה לי שאפילו הייתה לי שיחה על הנושא הזה עם שרת המשפטים ציפי ליבני. אבל אני חושב שבסופו של דבר זה אינו רעיון פשוט. קודם-כל, בארצות-הברית זה לא הצליח. התובע המיוחד נהפך לפוליטי. הדבר בלט בעיקר ביחסו של ה-Special Prosecutor אל הנשיא קלינטון. מכל מקום, החוק שהקים את המוסד הזה נחקק לתקופה מסוימת, ולא חודש. איני חושב שיש איזה רצון לחדש את זה בארצות-הברית, ואצלנו אין צורך בזה. מה שהוביל מבחינה היסטורית ליצירת ה-Special Prosecutor בארצות-הברית הוא פרשת ווטרגייט. אצלנו לא היה דבר כזה. אני זוכר שבימים של חשבון הדולרים של רבין אמרתי לעצמי שאצלנו פרשת ווטרגייט אינה יכולה לקרות.

בן-אוליאל: אלא שהתוצאה אצלנו הייתה לכאורה עוצמתית הרבה יותר מהתוצאה בפרשת ווטרגייט.

ברק: כן. אבל מבחינת העניין שהשוויתי אמרתי שאצלנו לא יהיה ווטרגייט. אצלנו היועץ המשפטי לא ישתף פעולה עם ראש הממשלה. אילו שיתפתי פעולה ואמרתי "תשמע, מכיוון שזה אתה, נסגור את התיק", אזי לא היה צידוק ליועץ המשפטי לממשלה.

יועז: רגע, אבל אתה משרטט מציאות של שחור ולבן – משתף פעולה או לא משתף פעולה. יש גם המון תחום אפור באמצע.

ברק: נכון.

יועז: יש גם אפשרות לפתוח בדיקה מקדימה בחשדות פליליים נגד ראש ממשלה, ואחרי שלוש שנים להחליט לא לפתוח בחקירה ופשוט "להרוג את זה ברפות".

בן-אוליאל: בתחום של גוני האפור יש גם אפשרות לשלם כופר, אלא שבמקרה של רבין, אם הבנו נכון, סירבת נחרצות לאפשר לו את החלופה הזו.

ברק: נכון, משום שזה היה בניגוד לכללים. היו אז כללים – שהתקבלו עוד בתקופתו של היועץ המשפטי שמגר בשיתוף-פעולה עם ראש אגף מטבע חוץ באוצר – שלפיהם אם מדובר בפחות מ-5,000 דולר, נותנים כופר, אבל אם מדובר ביותר מ-5,000 דולר, אי-אפשר להסתפק במתן כופר. ביחס לרבין, בתחילה כתבו שמדובר ב-2,000 דולר, אבל אז התברר שזה 20,000 דולר.

יועז: אני חוזר לעניין הזה של שיתוף-הפעולה. אתה אומר שבישראל אין מצב של שיתוף-פעולה עם הממשל במצבים כאלה, אבל האם ייתכן בכל-זאת שיש? ברק: יכול להיות, אני לא מכיר את המציאות. אתם שואלים אותי אם האופן שבו היועץ המשפטי מנהל את החקירות נגד אישי ציבור הוא רעיון טוב? אני חושב שצריך להשאיר את הסמכות בידיו. האם יש כשלים בזה? צריך לעשות מחקר – ייתכן שיש כשלים, ואז צריך לתקנם. ייתכן, כאמור, שצריך למנות Special Prosecutor בתוך משרד המשפטים שיהיה אחראי על איזה גוף.

יועז: גוף ייעודי?

ברק: גוף ייעודי כזה, אולי, אני לא חשבתי על זה, זאת לא ההצעה שלי, שכן אני סבור שהרעיון של תובע מיוחד נוסח ארצות-הברית הוא רעיון טוב. אני חושב שבסך-הכל אין פה בעיה אמיתית, והיועץ המשפטי צריך להיות אחראי על כל התביעות. הוא צריך, עם זאת, להיות מודע כמובן לרגישות העניין, ואם הוא נסמך בייעוצו על כשלים, אזי זה לא בסדר. לשם כך נועדה ביקורת בג"ץ. צריכה להיות לזה ביקורת בג"ץ. דווקא כאן יש לקיים ביקורת בג"צית – למשל, מדוע (ביחס לדוגמתך לעיל) זה נמשך שלוש שנים.

## ו. אחרית-דבר: ברק בראי עצמו

בן-אוליאל: הגל, בכתיבתו על הפילוסופיה של ההיסטוריה, השתמש במונח "עורמת ההיסטוריה" כדי לתאר כיצד ההיסטוריה מתעתעת באלה שמנסים לכוון אותה מראש. מן הכלל אל הפרט – הייתכן שההיסטוריה תעתעה במונח מסוים גם כך כאשר ניסית לכוון למודל שלטון חוק כהבנתך? זאת טענה כמעט קונספירטיבית, כמובן, שסוד קסמה הוא שלעולם לא נדע מה מידת נכונותה, אבל כאשר רצה הגורל ורבין עזב את כהונתו הראשונה כפי שעזב, האם לא נוצרה תוצאה היסטורית שבמסגרתה אנחנו חיים כיום עדיין בצילו של השינוי ההגמוני שאירע עם עליית הימין ב-1977, ועד היום, במירכאות כפולות ומכופלות, האליטות המסורתיות משלמות את המחיר של הדחת רבין וההפלה המונומנטלית של הגמוניית מפא"י בישראל?

ברק: זה צריך לשאול את הסוציולוגים, אני לא סוציולוג.

בן-אוליאל: זה מתכתב חלקית עם מני מאוטנר<sup>13</sup>...

13 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

ברק: שאני לא מסכים איתו בעניין זה.  
 בן-אוליאל: למני מאוטנר יש טענה, סליחה.  
 ברק: אני חושב שמני מאוטנר טועה עם הטענה שלו על האליטות. אני מוצא עכשיו בספר של רון חריס פרקים שונים מההיסטוריה, וביניהם פרק על הנושא הזה.<sup>14</sup> גם הוא יוצא נגד הגישה הזו של מאוטנר. הוא יוצא נגד הטיעון בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים. זה היה כל הזמן.

יועז: אתה מתכוון שהערכים שלטו בפסיקת בית-המשפט העליון מימיו הראשונים?  
 ברק: בוודאי! מה זה אל-כרבוטלי?<sup>15</sup> מה זה "קול העם"?<sup>16</sup>  
 בן-אוליאל: ראוי להזכיר לעניין זה את טענתו של אריאל בנדור, במאמרו בכתב-העת **משפט וממשל**, כי זו לא ירידת פורמליזם ועליית ערכים, שהרי היבטים משמעותיים של פורמליזם מוכנים גם בעמדותיך, וכך היה תמיד. מה שכן, אולי היה כאן שינוי בערכים.<sup>17</sup>

ברק: בסדר, אוקיי.  
 בן-אוליאל: ולמען איזון דבריי קודם, מה הקושי הבלתי-פתיר בכל מה שמאוטנר טוען? הקושי הוא שמאוטנר לא עונה לך בשום מקום על השאלה *what would have happened in the road not taken?* איזה מיתוס צדק היה למדינה אילולא היה לנו בית-משפט עליון אקטיביסטי שנלחם כך, בפרט בעבריינות שלטונית? כיצד היינו נראים אילולא הסתיימו פרשות כמו דרעי או פנחסי בהלכת אמיתי בדבר מתן ההיתר מבג"ץ לפיטוריו של סגן שר הדתות פנחסי עובר להגשת כתב האישום נגדו?<sup>18</sup>  
 ברק: זה כמו לשאול מה היה קורה אילולא היו התביעות נגד אולמרט והוא היה עושה שלום עם הפלסטינים. אתה לא יכול לשקול את השיקולים האלה.  
 בן-אוליאל: זה מובן. אלא שבדיוק משום כך מאוטנר מותיר אותנו רק עם חלק אחד של המשוואה המתקיימת כאן, אשר בעטייה הוא יוצא חוצץ נגד אקטיביזם שיפוטי. במישור הערכי, והוא עיקר הערתי, בערבו של יום טענתו של מאוטנר אינה מאוזנת כנגד החלופה שהייתה משתררת אלמלא האקטיביזם השיפוטי.  
 לקראת סיום אני מבקש לשאול אותך שאלה מעט אישית. לשאלה זו, כמו לכל שאלה אישית, לא חייבת להיות תשובה. הקריירה שלך מדהימה והדברים ברורים, אבל אולי דווקא על רקע זה מדהימה, אף אם פחות, היא היעלמותך באחת מהחיים הציבוריים. איך צריך להסביר את זה? זו הרי בסופו של דבר בחירה של אדם – היית יכול

14 רון חריס **המשפט הישראלי: השנים המעצבות** פרק שישי (2014).

15 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד ב 5 (1949).

16 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

17 אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)" **משפט וממשל** ט 261 (2006).

18 בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).

להיעלם פחות, אבל בחרת להיעלם; או שמא אתה חושב שהמילה "להיעלם" מחמירה?

ברק: ראש הממשלה הבריטי מייג'ור אמר פעם שכאשר המסך יורד צריך לרדת מהבמה. זה פתטי שכאשר המסך יורד אנשים חושבים שהם עדיין על הבמה. אני חושב שברגע שאדם גמר להיות שופט, הוא צריך להבין שהוא ירד מהבמה, וזה פתטי אם הוא ממשיך להתנהג כאילו המסך לא ירד.

בן-אוליאל: שמחת לרדת מהבמה?

ברק: כן, כן, שמחתי מאוד. הרי הציעו לי לשנות את החוק ולאפשר את המשך הישארותי בתפקיד.

בן-אוליאל: הציעו לך לחזור לנגן על הבמה עם המסך למעלה או למטה?

ברק: לא, לפני שהמסך ירד. כדי שהגיליוטינה לא תיפול. דובר על הארכת כהונה מגיל 72 לגיל 75. ההצעה באה לא משום שכל-כך רצו אותי, אלא משום שלא רצו את ביניש. מהטעם הזה סירבתי. הייתי בעד להגדיל את משך השנים ל-75, אני עדיין בעד זה. אבל לא אד-פרסונם.

יועז: זה גם לא אד-פרסונם פוזיטיב, זה אד-פרסונם נגטיב.

ברק: אכן, נגטיב. צריכים ללכת לפי הכללים, ולא לשחק עם הכללים האלה.

בן-אוליאל: הביקורת הציבורית, שתפסה ממדים קצת מפחידים, עייפה אותך?

ברק: הביקורת הציבורית עייפה אותי, כן. אני זוכר שהחתן שלי, שעשה את התוכנית על "השופט", עליי,<sup>19</sup> שאל אותי למה לא הסכמתי שישנו את החוק ואמשיך בתפקידי. אז ראשית, הבאתי את הנימוק שדיברנו עליו – משום שזה היה אד-פרסונם. שנית, השתמשתי בביטוי "מלאה כוס התרעלה". אכן, מלאה כוס התרעלה.

בן-אוליאל: זה ביטוי שהמקור ההיסטוריוסופי שלו מיוחס לסוקרטס, אשר שתה מרצונו וסירב להימנע מגזר-דינו למיתה. הביטוי כנראה חמור הרבה יותר מזה שהתייחסת אליו, הלא כן?

ברק: הדוגמה שאני ראיתי לנגד עיניי הייתה הדוגמה של קלאודיוס. ב"אני, קלאודיוס" יש קטע נפלא שבו אומרים לו "אל תשתה, הם שמו לך רעל", וקלאודיוס אומר "אני יודע, אני יודע" ושותה. אני שתיתי את הרעל וידעתי שיש שם רעל. שתיתי ומספיק.

בן-אוליאל: כוונתך היא שבסוף הייתה זו מעין כרוניקה של מוות ידוע מראש? מי שיוצא להילחם בנמרים סופו שיישרט, לא?

ברק: כן, נכון, נכון. אני מרוצה מהאופן שבו ניהלתי את העניין עם עצמי, שלא יצאתי החוצה, שלא הרביתי להתבטא. אבל זה לא שאני חושב שזה טוב מה שאני עושה. את החברים שלי עודדתי להתבטא. עודדתי את זמיר להביע עמדות, עודדתי את חשין ועודדתי את מצא ואחרים שיכולים לעשות את זה. לא כל אחד יכול לעשות את זה.

19 רם לנדס ועמי טיר "השופט" (ערוץ 2, 14.7.2009), נגיש בכתובת [www.mako.co.il/mako-vod-mako/documentary-s1/VOD-cd2f4a1a75f6221004.htm](http://www.mako.co.il/mako-vod-mako/documentary-s1/VOD-cd2f4a1a75f6221004.htm)

יועז: יש לי שאלה, ונדמה לי שהיא איכשהו מסכמת את השיחה שלנו. כאשר פרשת, נדמה לי שבנאום הפרישה או באחד מנאומי הפרישה שלך דיברת על כך שהמשפט הוא כמו ציפור – הוא חי ונושם, והוא עף, והוא כל הזמן מתקדם. בהתאם לכך אמרת באחת ההזדמנויות שאתה מקווה שהחשיבות או הרושם או מידת המתייבות של פסקי-הדין שלך – המורשת של ברק, כל פסקי-הדין המונומנטליים שניתנו על-ידיך ובתקופה שלך – ילכו וייטשטשו, ילכו ויימחקו עם השנים, כי זה מה שמעיד למעשה שהמשפט הולך ומתקדם. ממרחק השנים שחלפו מאז, האם אתה מתרשם שזה אכן המצב? האם המשפט הלך והתקדם למן אותן פסיקות של ברק?

ברק: ראשית, הדימוי שדיברתי עליו הוא של נשר. כדי שהנשר לא ייפול, הוא צריך כל הזמן להתקדם. דימוי אחר שנתתי זה שכתובת פסקי-דין משולה לכתובה על קרח שנמש באור שמש. בכמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון מזכירים את אגרנט, את זוסמן, את שמגר? זה ברור.

יועז: דווקא עכשיו, בתקופת נאור, חוזרים קצת לאגרנט, ללנדוי.  
ברק: יפה, משום שיש לה חוש היסטורי, וזה מה שצריך לעשות – להתקשר אל הראשונים. אני מעולם לא התחלתי פסק-דין מפסק-דין שלי.  
בן-אוליאל: ממדע הביולוגיה אנחנו למדים שאפילו בגזע העץ החי רוב התאים הם תאים מתים...

ברק: כן, בהחלט. הציפייה משופטי בית-המשפט החדשים היא כפולה: ראשית, שלא יבטלו פסקי-דין שלי רק משום שהם שלי; ושנית, שלא יימנעו מלבטל פסק-דין שלי רק משום שהוא שלי. זאת העמדה שלי. השאלה היא מה קורה בבית-המשפט העליון עכשיו? נדמה לי שמוקדם מדי להביע עמדה. בסך-הכל עברו תשע שנים, כך שקשה לדעת מה המגמה.

בן-אוליאל: ממעוף הציפור של הנשר הזה אתה אופטימי?

ברק: מבחינת בית-המשפט?

בן-אוליאל: כן, ובאופן צופה פני עתיד?

ברק: אני חושב שכן. אם לא יחול שינוי בוועדה למינוי שופטים.

בן-אוליאל: האם הנחתך היא שלא יחול שינוי?

ברק: כן, אני לא צופה שינוי בנושא בזמן הקרוב. וכן, אני אופטימי.