



שינוי מעמדו של הייעוץ המשפטי לאור המשפט העברי

נייר עמדה מטעם מכון "משפטי ארץ" עבור ועדת חוק ומשפט בכנסת בעניין

הצעת חוק-יסוד: הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים)

הרב ד"ר עדו רכניץ

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

א. תקציר מנהלים

חובה על הממשלה ושריה לפעול על פי החוק, כפי שכל אדם פרטי והגון אמור לנהוג. לפיכך, כאשר יש כוונה לנקוט פעולה שאינה סטנדרטית, יש לקבל ייעוץ משפטי. זכותה על המדינה לבחור ממי לקבל את הייעוץ, ולכן, סביר להפוך את משרת היועץ המשפטי למשרת אמון. מעבר לכך, ככל אדם פרטי, זכותה של המדינה לקבל חוות דעת נוספת, מלבד חוות דעתם של היועצים המשפטיים. אולם, לא סביר שהמדינה תתעלם מחוות דעתו של היועץ המשפטי ללא הצגת חוות דעת נגדית. זאת ועוד, כדי להבטיח את איכות חוות הדעת הנגדיות מסתבר שיש לקבוע שעליהן להינתן על ידי בעל תואר שני או שלישי במשפטים. בכל מקרה, חוות הדעת של הייעוץ המשפטי איננה סופית, והמילה האחרונה תהיה בידי בית המשפט. אולם, כל זמן שהממשלה פועלת על בסיס חוות דעת משפטית היא שומרת על חזקת החוקיות של פעולותיה.

ב. מבוא

הצעת החוק הנדונה כאן כוללת שינוי במעמדם של היועצים המשפטיים, ובכלל זה: היועץ המשפטי יהיה בגדר משרת אמון, ועצותיו לא יחייבו את השר שיוכל לפעול בניגוד לחוות דעתו של היועץ. מטרת הצעת החוק היא להחזיר את הסמכות מהייעוץ המשפטי אל הדרג הנבחר. בנייר עמדה של פרופ' בני פורת מהמכון הישראלי לדמוקרטיה הוא קבע כי הצעה זו מנוגדת למשפט העברי. לטענתו -

פוסקי המשפט העברי עמדו על קיומו של חשש מתמיד כי החלטות מנהיגות הקהילה היהודית עלולות לעמוד בניגוד לחוק או בניגוד לטובת הכלל. כדי למנוע זאת מראש, הם הציבו דרישה משפטית כי תוקפן של החלטות מנהיגי הקהל יותנה בכך שתקבלנה אישור

מוקדם של גורם משפטי רגולטורי, "אדם חשוב" כלשונו של המשפט העברי, שיוודא כי ההחלטות תואמות את דרישות החוק והן אכן לטובת הכלל.¹

בניגוד לעמדתו של פרופ' פורת אני חולק על פרשנותו למוסד ה"אדם החשוב" וממילא על השפעתו על השאלה שלפנינו. בהמשך, אציין גם מה עמדתי בעניין הצעת החוק.

ג. תפקידו של "אדם חשוב" במשפט העברי

בעקבות הגמרא (בבא בתרא ט ע"א) ופרשנות הראשונים, נפסק בשולחן ערוך (חו"מ רלא, כח):

רשאים בעלי אומנות (לעשות תקנות בענין מלאכתם כגון) לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך.

במה דברים אמורים? במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור. אבל אם ישנו, אין התנאי שלהם מועיל כלום, ואין יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קיים התנאי, אלא אם כן עשו מדעת החכם.

כלומר, ניתן לתקן תקנות לגילדה מסוימת (ובאותה מידה גם לכלל הציבור), אולם, תקנות אלה מותנות באישורו של "אדם חשוב", וללא אישורו הן בטלות.

פרופ' מנחם אלון הסביר את הצורך באישורו של "אדם חשוב" כך:

המעשה המכריע והקובע בשילוב תקנות הקהל בכלל מערכת המשפט העברי היתה מסירת סמכות הפיקוח לחכמי ההלכה, פיקוח שמגמתו להבטיח שלא יחרגו תקנות הקהל – אם נאמר בלשונה של מערכת משפטית הנהוגה כיום – מעקרונות הצדק והיושר הכלליים שבמשפט העברי.²

כלומר, הצורך באישור הוא כדי לוודא שהתקנות תואמות את ההלכה.

אלא שלענ"ד דברים אלו אינם נכונים (כפי שהוכחתי כבר בעבר³) אלא הצורך באישורו של אדם חשוב מתייחס רק למצב בו "האדם החשוב" הוא המנהיג של הקהילה כפי שכתב הראשון לציון הרבצמ"ח עוזיאל: שאדם חשוב הוא "מנהיג ושופט הקהלה",⁴ וכך עולה גם מאחרונים נוספים,⁵ ולכן יש צורך באישורו. זאת, בדומה לצורך באישור שר לחלק מחוקי העזר של הרשויות המקומיות. להלן תמצית ההוכחות:

1. כפי שנפסק בשולחן ערוך שדבריו הובאו לעיל, יש צורך באישורו של "אדם חשוב" רק במקום בו יש "חכם חשוב ממונה על הציבור". אם הצורך באישורו היה כדי לבחון שהתקנה

¹ פרופ' בני פורת, "סמכות הממשלה והשרים לקבוע את עמדתם המשפטית בפעולתם השוטפת ובפני ערכאות שיפוטיות: מבט מן המשפט העברי", מתאריך כ"ב טבת, תשפ"ג, 15 ינואר, 202.

² מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך א, עמ' 614.

³ בספרי מדינה כהלכה, עמ' 115-116.

⁴ שו"ת משפטי עוזיאל ד, חו"מ מב, ו.

⁵ כך משמע גם משו"ת הרא"ם, נו, ד"ה אם כן. ראו עוד: ספר משא מלך עמ' קסב.

אינה מנוגדת להלכה, מדוע יש צורך בחכם "הממונה על הציבור?" ולא די בחכם הבקיא בהלכה?

2. בנוסף, בשולחן ערוך נקבע שיש צורך באישור אדם חשוב רק כאשר יש אדם במעמד כזה. אילו היה מדובר באישור משפטי, היה צריך להיקבע שיש צורך לפנות לאחד מחכמי ההלכה גם אם אינם גרים במדינה (שפירושה כנראה, עיר) ולקבל את אישורם. הצורך באישור רק כאשר החכם גר בעיר מלמדת על מעמדו הפוליטי.

3. הרשב"א כתב שאדם חשוב הוא "תלמיד חכם שבעיר אם ישנו בעיר או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר" (שו"ת הרשב"א ד, קפה). דהיינו, או תלמיד חכם או כל מנהיג פוליטי. פרשנות זו מוכיחה באופן מובהק שתפקידו של האדם החשוב איננו משפטי אלא פוליטי.

4. הצורך באישורו של אדם חשוב לא קיים בנוגע לחוקי המלך, אלא רק בנוגע לתקנות הקהל. אילו היה צורך לבחון כל החלטה ציבורית, היה מצופה שדרישה כזו תהיה גם בנוגע לחוקי המלך. אולם, אם הצורך באישור הוא במצב בו ישנו האדם החשוב הוא המנהיג הפוליטי העליון, ברור מדוע אין צורך באישור כזה לחוקי המלך, כיוון שהמלך הוא המנהיג הפוליטי העליון.

ואכן, הרב משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה חו"מ א, נט), גדול הפוסקים בארה"ב במאה ה-20 כתב בעניין זכות השביתה כי בארה"ב אין אדם חשוב, כיוון שלא ראה את עצמו כמנהיג הציבור אלא כפוסק הלכה בלבד.

נמצא, כי הצורך באישורו של אדם חשוב בהלכה נדרש רק כאשר הוא המנהיג הפוליטי העליון ולא כדי לקבל אישור משפטי לחוקי הקהילה. ואכן, הביקורת על התנהלות הייעוץ המשפטי היא שהייעוץ המשפטיים רואים עצמם כמנהיגי-העל הנותנים הוראות לשרים ולממשלה שאינן בהכרח משפטיות. בשולי הדברים יש להעיר כי לדעת הריא"ה הרצוג, המוסד במדינת ישראל שנמצא במעמד "אדם חשוב" הוא מועצת הרבנות הראשית,⁶ בוודאי שלא הייעוץ המשפטי.

לאור כל זאת, לא ניתן להסיק מדין אדם חשוב דבר למדינת ישראל. במדינת ישראל המוסדות הפוליטיים העליונים הן הממשלה והכנסת, ולכן הן אינן זקוקות לאישורו של "אדם חשוב" כלשהו, ובכלל זה של הייעוץ המשפטי.

ד. חובת ההיוועצות ויישומה על פי המשפט העברי

מסתבר שהסוגייה הרלבנטית לענייננו היא אחרת – חובת ההיוועצות.

כאשר אדם פרטי רוצה לבצע מהלך שעלול לפגוע בזכויות של אחרים ויש לו ספק שמא המהלך מנוגד להלכה, עליו לקבל ייעוץ הלכתי כדי לוודא שאינו עובר על ההלכה כדי לא לעבור איסור גזל וכדומה. כיוון שההלכה מכירה גם בסמכותם של חוקים שונים על בסיס הכלל "דינא דמלכותא – דינא" יש לקבל ייעוץ משפטי גם לפני נקיטת מהלך שעלול להיות מנוגד לחוק, למשל, מהלך המנוגד לחוקי

⁶ הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 58.

המס. זאת ועוד, כאשר מדובר בנושא מורכב מבחינה הלכתית מסתבר שיש צורך בייעוץ הלכתי או משפטי גם כאשר לאדם עצמו אין סיבה לחשוב שמהלך שלו בעייתית. זאת, כיוון שאין לו יכולת להעריך נכונה את המצב המשפטי וההלכתי.

כך פסק בספר כנסת הגדולה (הגהות טור, סימן יז, אות טו) על פי שו"ת מהרשד"ם. לדבריו, למרות שבדרך כלל אסור לדיין לחוות דעתו בעניין משפטי מחוץ לבית הדין. בכל זאת, כאשר מטרת חוות הדעת היא למנוע מעשה שיש בו איסור או פגיעה ממונית – מתן חוות הדעת מותר. מכאן למדנו, שראוי למי שיש לו ספק האם מעשיו תואמים את ההלכה (או את החוק) לקבל ייעוץ.

יתירה מזו, במצב כזה, זכותו של השואל לבחור עם מי להתייעץ. וגם אם התייעץ עם מומחה אחד הוא רשאי להתייעץ עם מומחה אחר ולבחור על מי לסמוך. אמנם, הרמ"א (יו"ד רמב, לא) פסק שאחרי שאדם פנה לרב בשאלה הלכתית וזה חיווה את דעתו, אסור לרב אחר לחוות את דעתו באותה שאלה למעט מקרים חריגים. אולם, כאשר השואל הבהיר מראש שהוא אינו מתכוון לקבל באופן מוחלט את הוראת הרב הראשון, אלא רק להתייעץ עמו – מותר לרב נוסף לחוות דעתו באותו עניין.

כך עולה מדברי שו"ת משנה הלכות (ה, קסג) שכתב שדווקא לגבי רב לא ניתן לפעול כך, בגלל המאפיינים הייחודיים של תפקידו הדתי, ומכאן שכאשר מדובר על יועץ שאיננו רב, הדבר מותר. פוסקים אחרים כתבו שאף שאלת רב ניתן להגדיר מראש כהתייעצות (הרב בצלאל שלמה הלוי גנצרסקי, דרכי חכמה, תשי"ס, עמ' קעט).

על פי זה הדעת נותנת שיש להחיל על הממשלה ושריה את החובה המוטלת על אזרח הגון – לא פחות ולא יותר. מצד אחד, חובתה של הממשלה לוודא שהיא פועלת כחוק, ולכן עליה לקבל ייעוץ משפטי שוטף ולציית להנחיות שלו, והיא אינה יכולה לומר ליועץ "לדעתי זה חוקי". מצד שני, זכותה לבחור את היועץ, ואף לאחר שנבחר יועץ, זכותה לקבל חוות דעת נוספת. כדי להבטיח את איכות חוות הדעת החלופית מסתבר שיש לקבוע שעליה להינתן על ידי בעל תואר שני או שלישי במשפטים.