

מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות

מאת

איתן לבונטין*

הממשלה על רשויותיה מגלמת את "המדינה" בערכאות כמו מחוץ להן, ובהיותה בעלת דין היא זכאית ליומה בבית המשפט. כך בכל ארץ בת-השוואה, אולם לא כך בישראל. מכוח דין לא-סטטוטורי המופגן בעיקר בבג"ץ, היועץ המשפטי לממשלה רשאי לשלול מהממשלה את יומה כשהוא חולק עליה מבחינה משפטית, ואף להציג בשמה-שלה את עמדתו-שלו. בעודו "מייצג" אותה הוא רשאי לבקש פסק דין נגדה כאילו היה עותר נוסף, ובה בעת להשתיק אותה ולמנוע את ייצוגה באמצעות פרקליטים אחרים. בג"ץ מצדו מוכן לנהל הליכים שיש בהם רק התקפה ולא הגנה: הליכים שבהם המשיב אינו מורשה להשיב, ועמדתו מותקפת הן מפי העותרים והן מפי פרקליטיו-שלו.

בניגוד למעין נרטיב שקנה שביטה, הדין הקיים אינו מעוגן במסורת חוקתית ואף לא בהלכה פסוקה הראויה לשמה. לאמתו של דבר הוא דין חדש בן כשלושה עשורים, הוא מתעלם בין היתר מביקורת חריפה שמתחו עליו יועצים שכיחנו בימי הדין הישן, והוא מצוי רק בהערות אגב קצרות שלא זכו בדיון שיפוטי ממש. לגופו, בין שאר פגמיו, הוא לוקה בכלבול מושגי עמוק ומנוגד ליסודות אוניברסליים של משפט, משטר ודמוקרטיה. הדין איבד כליל את דרכו, כפי שאנסה להראות, ופגיעתו הקשה ביותר אינה ברשויות השלטון כי אם באינטרס הציבורי, בבית המשפט ובעצם דמותם של הליכים משפטיים.

המאמר עומד על ההפרדה הנדרשת בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור, בפרט כשהם מתנגשים; מבחיר מושגי יסוד ובהם "ייצוג" ו"המדינה"; מסביר כיצד אבדה הדרך וממשיח את העיוותים בדין הקיים; מתאר לצרכי השוואה את מונופול הייצוג הסטטוטורי בממשל הפדרלי של ארצות הברית; ובוחן בהרחבה את החקיקה הדלה בישראל, שמקורותיה מנדטוריים והיא חֲקֵלָה מזמן להיות מובנת. בסוף המאמר מוצעים כמה יסודות לרפורמה.

מבוא. א. ייצוג המדינה וייצוג הציבור. 1. מקור הקושי על קצה המזלג. 2. ההתנגשות בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור: שלושה מודלים אוניברסליים. 3. "המודל" הישראלי. ב.

* ד"ר למשפטים; LL.B (האוניברסיטה העברית), BCL (אוניברסיטת אוקספורד), LL.D (האוניברסיטה העברית). אני מודה למערכת משפטים על הערות מצוינות, שהיטיבו עם המאמר ותרמו הרבה לגיבושו. המאמר נכתב לכבודה ולזכרה של פרופ' רות גביון ז"ל. יותר משני עשורים פרוחה בינינו ידידות קרובה, ונהגנו להיפגש ולגלגל שיחות ארוכות על הכול: משפט ופוליטיקה, רעיונות ואנשים, ספרות ומוזיקה, היסטוריה ואקטואליה, דעות ורגשות, תקוות ואכזבות, משפחה וילדים. עולמה היה עשיר והעשיר גם את עולמי. רותי דרבנה אותי לכתוב עבור דוקטור, קיבלה על עצמה להדריך אותי וניווטה אותי אל חוף מבטחים. היא הייתה משכילה וסקרנית, דעתנית וביקורתית, חדת מחשבה ומהירת תפיסה, ועם עומק האינטלקט וחריפות השכל זכתה גם בתכונה נדירה של הלב, שבלטה מאוד בדרכה הציבורית כמו בחייה הפרטיים. רותי ניחנה באומץ לב יוצא דופן, מעורר השראה, ולצדו מרץ בלתי נדלה לפעול ולעשות. היה בה האומץ הנדיר לבטא ברבים אמת פנימית תהא אשר תהא, לעמוד מול יריבים אך גם מול ידידים ועמיתים, להקשיב ולא רק לשמוע, לדבוק בערכיה ובה בעת להידבר בפתחות אמתית עם האחר שערכיו שונים. כל אלה האירו את חייה ויאירו את מורשתה. יהי זכרה ברוך.

עיוות מושגי היסוד. 1. "ייצוג". 2. "המדינה". 3. ייצוג המדינה "בשני קולות". ג. **אובדן הדרך.** 1. מתפיסה ישנה לתפיסה חדשה. 2. הערת-פנחסי. 3. העדר דיון, התעלמות מביקורת ו"מסורת" יש מאין. 4. שלילת ייצוג בשל "אי-חוקיות ברורה וגלויה". 5. שתי המחשבות, "ייצוג חסד" ושכבה נוספת של ערפל. ד. **מונופול הייצוג הפדרלי בארצות הברית.** 1. תמצית ההתפתחות ההיסטורית: מונופול ייצוג לשם מניעת אנרכיה והשלטת היררכיה. 2. מונופול הייצוג כיום: הכלל וטעמיו. 3. השליטה בהליכי ערעור וגיבוש עמדת המדינה. 4. החריגים למונופול ולתפיסת "הקול האחד". 5. סיכום. ה. **החקיקה בישראל.** 1. הרקע לחקיקה ועיקר הוראותיה. 2. הגורם להתפתחות החקיקה. 3. תיקון הפקודות המנדטוריות. 4. תקנות בתי המשפט (ייצוג מטעם היועץ המשפטי), תשי"ג-1953. 5. סיכום ביניים: הדין ו"הסדר הטוב" בראשית המדינה. 6. החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958. 7. הסתירה בין שתי פרשנויות שגויות לבין עצמן. 8. במקום סיכום: השתלטות מונופול הייצוג על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. ו. **סוף דבר.**

מבוא

הדין בישראל מקנה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול דה-פקטו בייצוג המדינה בערכאות, ובתוך כך שינה מהיסוד את מובנו האוניברסלי של המושג "ייצוג". מכוח תפיסה המופגנת באופן המובהק ביותר בבג"ץ, היועץ רשאי לא רק להימנע מייצוג המדינה ורשויותיה אם נראה לו שמבחינה משפטית עמדתן שגויה – אלא בעודו "מייצג" אותן הוא רשאי לתקוף אותן, לבקש פסקי דין נגדן, ובה בעת לשלול מהן ייצוג באמצעות פרקליטים אחרים. בג"ץ יושב כידוע כערכאה ראשונה ואחרונה, היוזמה בידי העותרים, ולרשות המשיבה יש הזדמנות אחת להגן על מעשיה ועל החלטותיה. אולם הדין מפקיד הזדמנות זו בידי היועץ, כאילו היום בבית המשפט הוא יומו-שלו.¹ ברצותו יגן על הרשות, וברצותו יצטרף לעותרים ובו-בזמן ימנע מהרשות להציג את טענותיה. עמדת היועץ היא "עמדת המדינה", בעוד עמדת הממשלה או רשות הפועלת על דעתה (להלן "הממשלה") היא "עמדה חולקת" היכולה להישמע רק בחסדו ובהסכמתו. מחוץ לבית המשפט "המדינה" היא ההיררכיה השלטונית ובראשה הממשלה, ובתוך בית המשפט "המדינה" היא היועץ. ייאמר מיד כי אין כדבר הזה, למיטב ידיעתי, בשום מקום אחר. הדין בישראל אינו בגדר דעת-מיעוט אלא בגדר דעת-יחיד, ודומני כי תהום – ולא רק מחלוקת – פעורה בינו לבין הדין בכל ארץ בת-השוואה.

שני נדבכים חוברים יחד בדין הקיים, ומוטב מלכתחילה להבחין ביניהם. נדבך אחד, שעניינו מהות הייצוג, הוא זה המתיר ליועץ לייצג את הממשלה² לפי דרכו ובכלל זה לבקש פסקי דין לחובתה. נדבך שני, שעניינו בלעדיות הייצוג, קובע כי ייצוג הממשלה בערכאות הוא בידי היועץ בלבד. מטבע הדברים הנדבך השני הוא תנאי לראשון: אם לעת מחלוקת

¹ ראו הדברים המפורשים הבאים: "לא ניתן לדבר על שלילת יומה של הרשות השלטונית בפני בית המשפט, שהרי היום בבית המשפט, בשמה ומטעמה של הרשות השלטונית – של היועץ המשפטי לממשלה הוא." אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" הפרקליט מד 423, 438 (2000).

² המדינה והממשלה אינן היינו הך, כמובן, וגם מעמדן כבעלות דין מחייב הבחנה ברורה. בהליך אזרחי "מדינת ישראל" היא בעלת דין פורמלית, והממשלה ורשויותיה הן ברגיל בעלות הדין הריאליות; בבג"ץ, לפחות להלכה, הממשלה או רשות אחרת היא בעלת הדין הפורמלית והריאלית גם יחד. ראו להלן פרק ב.2.

עם היועץ יכולה הממשלה לפנות לפרקליט אחר, די בכך כדי שתזכה בייצוג כרצונה. בהעדר מונופול ייצוג, היועץ יוכל לכל היותר להשמיע את עמדתו-שלו אך לא למנוע מהממשלה להשמיע את עמדתה-שלה.

לכאורה, כל אחד משני הנדבכים זקוק למקור משפטי. למעשה, המקורות כה דלים עד שספק רב אם הדין הנשען עליהם הוא אכן "דין" הראוי לשמו.

לפי מעין נרטיב שהשתרש במשפטנו, הדין הקיים משקף מסורת חוקתית שעוגנה בהלכה הפסוקה והייתה נהוגה בישראל מאז ומתמיד. להבנתי האמת שונה: הדין דהיום התגבש בבג"ץ בשלושת העשורים האחרונים לערך, חולל תמורה עמוקה בדין שקדם לו, ומעולם לא עוגן בהלכה פסוקה כי אם בהערות אגב קצרות ותו לא. הדין החדש אינו נשען על ניתוח משפטי ממשי – סטוטורי, מושגי, אנליטי, היסטורי, השוואתי או אחר – לא עומת עם עמדה נוגדת, והוא מתעלם אף מביקורת כתובה וחריפה שמתחו עליו יועצים משפטיים לממשלה שבימי הדין הישן.

בלעדיות הייצוג, בפרט, זקוקה למקור משפטי מוצק במיוחד. מונופול ייצוג פורמלי מחייב חוק מפורש כדי שיוכל לכבול לפי דין את כלל הרשויות ובראשן הממשלה; ואחרת קשה לראות כיצד היועץ או אף בית המשפט רשאים לכפות על הרשות פרקליט שאינו רצוי לה – בייחוד כשהוא טוען נגדה – או למנוע ממנה לטעון בעצמה אם כך תחליט לעשות. ובכל זאת, עד לא מכבר, החוק נפקד לחלוטין מתמונת הדין. כאילו אין בו צורך, אין זכר לחוק בפסיקה הרלוונטית בבג"ץ או בספרות המשפטית שהפסיקה הסתמכה עליה, ואפילו לא בהנחיית היועץ שכותרתה "ייצוג המדינה בפני בית המשפט".³

שינוי אירע רק לאחרונה. בעניין **תנובה** (2019) הסתייג השופט שטיין מהתפיסה שלפיה "קולה של רשות המבקשת לחלוק על עמדת היועץ ... לעולם יושקת";⁴ ואילו השופט מזוז, בתגובה, עמד על הדין הקיים ונוקק להוראת חוק בקבעו כי "אין חולק" שהיועץ מייצג את המדינה בכל הליך שהיא צד לו.⁵ מאוחר יותר חזר השופט מזוז על דבריו גם בעניין **החיסון** (2021):⁶

היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות באי כוחו, הוא המייצג את המדינה בפני בתי המשפט בהליכים המשפטיים השונים – אזרחיים, מינהליים ופליליים – שהיא צד להם (סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958; ...), וממילא השאלה האמתית אינה השאלה **מי מייצג** את המדינה, אלא **איזו עמדה** תוצג בפני בית המשפט.

דא עקא שהסתמכות זו על החוק הייתה לדעתי שגויה, בכל הכבוד, והיא מנוגדת לא רק לכל רקעו ותכליתו של החוק המוזכר אלא אפילו ללשונו המפורשת.

³ "ייצוג המדינה בבית המשפט", פרק-משנה בהנחיה שכותרתה "הגשת תביעות בשם המדינה וטיפול בתובענות המוגשות נגדה – נוהל", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1001 (2003; עדכון 2015), עמ' 3.

⁴ בג"ץ 5124/18 **תנובה נ' שר האוצר**, עמ' 6 (4.3.2019, אר"ש).

⁵ שם, עמ' 8.

⁶ בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים**, עמ' 9 (31.1.2021, אר"ש). הסוגריים וההדגשות במקור. העתירה סבה על חיסון אסירים, ואכנה אותה להלן **עניין החיסון**. ראו הרחבה בפרק ג.5(ב).

קיצורו של דבר, הדין נזקק לשתי רגליים ולדעתי הוא חסר את שתיהן. כמפורט בגוף המאמר, החוק בישראל אינו קובע מונופול ייצוג ברוח הדין הקיים; ואפילו נניח מונופול מפורש – עדיין אין לדעת מדוע סמכות בלעדית לייצג את הרשויות כוללת גם סמכות לשלול מהן ייצוג, להשתיק אותן ולטעון נגדן.

מכל מקום הדין התגבש, השתרש, וכבר מקובל לראותו כאילו אין בלתו. לפי התפיסה הקיימת המדינה היא אחת, עליה לדבר בערכאות בקול אחד והיועץ הוא היחיד המוסמך לייצגה על כלל רשויותיה;⁷ היועץ ממלא את תפקיד הייצוג באופן עצמאי, בהתאם לתפיסתו המשפטית; "עמדת המדינה" היא זו שהיועץ קובע, ועמדה אחרת מטעמה לא תישמע אלא בהסכמתו; ונאמנותו הראשונה של היועץ אינה לרשויות שהוא מדבר בשמן כבעלות דין, כי אם לחוק ולאינטרס הציבורי כפי שהם נראים בעיניו-שלו. בד בבד, התפיסה הקיימת כורכת יחד את תפקידי הייצוג והייעוץ. הדין הוא שחוות דעתו המשפטית של היועץ מחייבת את הרשויות כולן לרבות הממשלה; בית המשפט העליון ואף היועץ עצמו קבעו במפורש כי פעולה בניגוד לחוות דעת של היועץ כמוה כפעולה בניגוד לחוק;⁸ והשתרשה המחשבה כי עמדה שהיועץ גיבש בתפקיד הייעוץ תהא ממילא גם זו שתוצג מטעמו לבית המשפט בתפקיד הייצוג.

לפיכך, מקום שהוגשה למשל עתירה נגד שר – הדין הוא שהיועץ רשאי להצטרף לעותרים, לבקש צו מוחלט כאילו עתה נגד השר בעצמו, ובה בעת גם למנוע מהשר ייצוג אחר של עמדתו האמתית. הוא רשאי לעשות כן אף אם השר פעל על דעת הממשלה כולה; ולפי גישה שהיועץ נקט לא מכבר בבג"ץ, בידו למנוע מהשר לא רק ייצוג אלא פתחון-פה כפשוטו, קרי הזדמנות לקום על רגליו ולהציג את עמדתו בעצמו.⁹ חריגה מעקרונות אלה,

⁷ ראו למשל דברי השופט (והיועץ לשעבר) רובינשטיין: "המדינה, על שלל גופיה, אחת היא, ועליה להציג בפני בית המשפט עמדה אחת" (ע"א 7187/12 צמח נ' אל על, פסקה ל"ז (נבו, 17.8.2014)); ובמקום אחר: "כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה." בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות, פס' ז' (נבו, 4.7.2012), וראו עוד שם.

⁸ היועץ מנדלבלית ציין בפומבי, בעת כהונתו, כי "פעולה בניגוד לחוות דעת של יועץ משפטי שקובעת מניעה משפטית היא פעולה בניגוד לחוק." ד"ר אביחי מנדלבלית בוועידת ישראל לעסקים של גלובס מדבר על תקיפת שלטון החוק "יוטיוב" (20.12.2018). ראו גם ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שונן, עמ' 7 (אר"ש 13.6.2007) ("החלטתו הראשונה של [מנכ"ל משרד הפנים]... ניתנה בניגוד לחוות דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, וכמוה כהחלטה אשר ניתנה בניגוד לחוק"); בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל, עמ' 39 (אר"ש, 14.11.2016) ("מבחינתה של הרשות המנהלית, פעולה בניגוד לדעת היועץ" כמורה כפעולה בניגוד לדין").

⁹ ראו בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע (4.3.2019, אר"ש). השופט שטיין, שהסתייג מהדין הקיים, הבהיר כי נציגי היועץ הצטרפו לעותרים וביקשו "צו מוחלט נגד השר כמבוקש בעתירה". שם, עמ' 20. השר מצדו לא ביקש ייצוג אלא בא לדיון כדי להציג את עמדתו בעצמו, ואילו נציגי היועץ ביקשו למנוע ממנו גם את זאת ובכך להשתיקו פשוטו כמשמעו. בית המשפט הסכים בכל זאת לשמוע את השר, ללא ייצוג, והתיר לו גם להגיש תצהיר. שם, עמ' 17. כתב תשובתו של היועץ, מיום 28.11.2018, עומד בהרחבה על הדין הקיים כביטוי בפסיקת בג"ץ (עותק מצוי בידוי).

לפי התפיסה הקיימת, סופה לא רק התדיינויות מיותרות ו"גיוגל של ... עמדות סותרות"¹⁰, אלא קודם כול ומעל לכול פגיעה בשלטון החוק.¹¹ במאמר זה אבקש לחלוק על התפיסה הקיימת של ייצוג המדינה בערכאות ולהניח כמה יסודות לתפיסה שונה. שלושת הפרקים הראשונים במאמר מתמקדים במהות הייצוג, שבישראל כבאמצעות אחרות אינה מחייבת הסדר סטטוטורי, והשניים האחרונים בבלעדיות הייצוג ובמה שניתן לכנות "הדין בראי החוק".

הפרק הראשון מוקדש לערכוב שגוי בין שתי חובות נפרדות המוטלות על היועץ: האחת לייצג בתורת פרקליט את רשויות המדינה, והשנייה לייצג בתורת אורגן עצמאי את הציבור ואת "החוק". הדין בישראל מסרב לראות כי שתי החובות אינן רק נפרדות אלא לעיתים מתנגשות, כגון במקרה שבו היועץ **תומך** בעתירה נגד הממשלה משום שזו פועלת לדעתו שלא כדין. מה יעשה היועץ, שחובתו כאורגן היא להציג את עמדתו-שלו וחובתו כפרקליט היא לייצג את עמדת הממשלה? האם יתקוף את הממשלה בכובעו האחד ויגן עליה בכובעו האחר? מעבר לים מוצאים פתרונות לנאמנות כפולה זו, כדי להבטיח ייצוג מלא ונפרד הן לממשלה והן לעמדה עצמאית מטעם החוק או הציבור. הדין בישראל אינו רואה כלל את הקושי, ומתוך בלבול מושגים מתיר ליועץ לתקוף את הממשלה בעודו "מייצג" אותה.

הפרק השני מצביע על עיוות מוחלט של מושגי יסוד ובהם "ייצוג", "המדינה", "עמדת המדינה" ו"ייצוג בשני קולות". אנסה להראות כי הקביעה השגורה והפשוטה לכאורה, שלפיה היועץ מייצג את המדינה בהליכים אזרחיים, מינהליים ופליליים, משקפת ערפל מושגי ומפרנסת דין שגוי ומבולבל. נוכח הליכים שבהם הרשות כלל אינה מיוצגת, ועמדתה מותקפת הן מפי העותרים והן מפי פרקליטיה-שלה, דומה שהדין מעוות כליל גם את עצם מהותו האוניברסלית של "הליך משפטי".

הפרק השלישי סוקר את עיקר התמורות המוסדיות והנורמטיביות שהצמיחו את הדין הקיים. הוא מתעכב על הערת האגב בעניין **פנחסי** (1993), הנתפסת כהלכה מנחה שהדין נשען עליה, ומנסה להראות כי מכמה וכמה טעמים היא משענת רעועה במיוחד. כן מתוארת עמדתה של ועדת שמגר (1998), שניסתה למתן במקצת את הדין ודומה שלא הצליחה. פרק זה מדגיש כי הדין הקיים מעולם לא נדון בבג"ץ על יסוד טענות ממצות מזה ומזה, וכי העדר דיון וביקורת הוא אחד המפתחות להבנת עיוותיו. בסופו מובאות שתי המחשות, המעידות על דמות הדין היום ועל שכבה נוספת של ערפל ההולכת ומתהווה סביבו.

הפרק הרביעי מוקדש למונופול הייצוג המעוגן בחקיקה הפדרלית של ארה"ב. בהעדר תשתית במשפטנו וכדי להניח מצע ללימוד ולהשוואה, מטרתו של פרק זה היא לתאר בקיצור את דמותו של מונופול ייצוג סטטוטורי, מפורש ומפורט. הוא עומד על צמיחת המונופול, על החקיקה המכוננת אותו, על השיקולים והמטרות שבבסיסו, על השתלבותו

¹⁰ אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת" **מחקרי משפט** יז 7, 10 (2001).

¹¹ ראו למשל בג"ץ 4247/97 **סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998); בג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית**, עמ' 39 – 41; כתב תשובתו של היועץ המשפטי בעניין **אמית**, לעיל ה"ש 9; בנדר **השלטון**, לעיל ה"ש 8, עמ' 39 – 41; כתב תשובתו של היועץ המשפטי בעניין **אמית**, לעיל ה"ש 9; בנדר וסגל, לעיל ה"ש 1; ולאחרונה גיל לימון (עוזר בכיר ליועץ המשפטי), "התנערות מייצוג פרקליטות המדינה עלולה להוביל לפגיעה קשה בשלטון החוק", **מקור ראשון** (1.11.2020) www.makorrishon.co.il/opinion/278479/

ביחסים בין הדרג הפוליטי לדרג המשפטי-מקצועי, וכן על חריגיו הרבים – אף הם סטטוטוריים – המאפשרים התדיינות בין רשויות יריבות שלכל אחת מהן ייצוג משלה. בכל אלה, גישת המשפט האמריקני שונה לחלוטין מזו שהשתרשה במשפטנו כאילו אין אחרת. **הפרק החמישי** בוחן בהרחבה את החקיקה הרלוונטית בישראל, שהיא דלה ונושנה ודומה שלא נבחנה כבר עשרות שנים. להבנת המסקנה ברורה: הכנסת לא חוקקה מונופול בייצוג המדינה, וכלל לא נתנה את דעתה להסדר עקרוני בסוגיה זו. היא לא הפקידה בידי היועץ סמכות בלעדית לייצג את המדינה ואת רשויותיה בהליכים אזרחיים ומינהליים, לא כל שכן סמכות לשלול מהן ייצוג או "לייצגן" בכך שיטען נגדן וישתיק אותן. כמפורט בפרק זה, החקיקה הקיימת היא בעיקרה המשך ישיר לחקיקה מנדטורית. היא אינה מובנת כלל במנותק ממקורותיה; ובמידה המועטה שבה מזכירים אותה בעשורים האחרונים, היא מתפרשת באופן שגוי ואף מתוך סתירה פנימית. בסוף הפרק מובאת המחשה מהמשפט **האזרחי**, המראה כיצד כשלי הדין הביאו לסיכול חקיקה חשובה ולפגיעה קשה באינטרס הציבורי.

סוף דבר מסכם את עיקר הביקורת ומציע כמה יסודות לחשיבה מחודשת.

א. ייצוג המדינה וייצוג הציבור

אפשר שהליקוי העמוק ביותר בדין הקיים הוא העדר הבחנה בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור. מתוך ערפל משפטי ומושגי, הדין בישראל ערכב יחד את שתי חובות היסוד של היועץ המשפטי: חובה אחת לשרת את רשויות המדינה בתורת פרקליט, המייצג אותן ומדבר בשמן כבעלות דין; וחובה שנייה ונפרדת לשרת את הציבור בתורת אורגן, המציג כהבנתו ובאופן עצמאי את "האינטרס הציבורי" או את "החוק".

הבחנה מכרעת זו נוהגת הן בארצות המשפט המקובל והן מחוץ להן. מעבר לים לא רק מבחינים לצרכי הליכים משפטיים בין המדינה לבין הציבור – אלא מכירים בכך שהם עשויים להתנגש זה בזה, שאז כל אחד מהם זקוק כמובן לייצוג נפרד. הדין בישראל מניח ליועץ לייצג את המדינה ואת הציבור בעת ובעונה אחת, גם לעת התנגשות חזיתית, ומסרב לראות ניגוד עניינים שאין מובהק ממנו.

1. מקור הקושי על קצה המזלג

אביו הקדמון של היועץ המשפטי לממשלה הוא ה-Attorney General (AG) האנגלי, שדמותו כפרקליט הכתר הצטיירה בבירור כבר לפני חמש מאות שנה.¹² ה-AG בא אל העולם החדש עם התפשטות האימפריה הבריטית, וצאצאיו בארצות רבות משקפים עד היום את שני פניו של המלך בימי תפארתו: מחד שליט-מונרך, בעל חרב וארנק, שגילם את השלטון העתידי להתפתח להיררכיה הממוסדת של המדינה המודרנית; ומאידך ריבון, מקור הצדק ו-*parens patriae*, היינו, אבי הארץ העושה לרווחת נתיניו. שני הפנים התמזגו כמובן במלך אחד, שגם פרקליטו היה אחד. אולם הפרקליט ייצג את המלך הן בהליכים שנגעו לאינטרס ישיר של המלך עצמו, כגון בעניין נכסיו וכוחו השלטוני, והן בהליכים

¹² J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* 12 – 32 (1964)

שבהם המלך פרס חסות על מי שנבצר מהם להגן על עצמם: פסולי דין וקטינים¹³ ואף הציבור בתור שכזה, שגם הוא התקשה לעיתים להגן על זכויות ועל אינטרסים קולקטיביים. ה-AG ניהל לפיכך הן הליכים שנדרשו למלך כבעל דין, והן הליכים שלא נועדו למען המלך כי אם למען הציבור שהמלך חפץ ביקרו. באלה האחרונים, כפי שקבע למשל פסק דין מהמאה ה-19, "הריבון בתורת *parens patriae* תובע באמצעות ה-AG".¹⁴

מהו הציבור בתור שכזה, ומדוע נבצר ממנו להגן על עצמו בערכאות? נניח פלוני שחסם דרך ציבורית וגרם בכך מטרד לציבור גדול, בלתי-מסוים, מבלי לפגוע באדם אחד יותר מבאחרים. במשפט המקובל לא הייתה לאיש עילת תביעה פרטית נגד פלוני (אלא אם נפגע במיוחד), ולאיש גם לא הייתה זכות עמידה לתבעו בשם הציבור. תחת זאת זכויות הציבור היו מוקנות לכתר, ולפרקליט הכתר הייתה הזכות הבלעדית לאוכפן בערכאות.¹⁵ כדי לבקש סעד שיפוטי נדרשה לפיכך תביעה בשם ה-AG,¹⁶ מטעם הציבור נגד פלוני, והדו לכך מצוי עד היום בסעיף 43 לפקודת הנויקין בישראל: "לא תוגש תובענה על מטרד לציבור אלא – (1) על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, לשם מתן ציווי; (2) על ידי אדם שסבל על ידי כך נזק ממון." כלומר: אדם שניזוק במיוחד רשאי לתבוע הן פיצוי והן צו מניעה;¹⁷ אך אם רבים נפגעו במידה שווה, כחלק מציבור בלתי-מסוים, אזי היועץ בלבד רשאי לבקש צו מניעה למען הציבור. אם תרצו: ה-AG שימש מעין אפוטרופוס-לדין עבור הציבור, שכן הציבור עצמו היה (ועודנו) נטול אישיות משפטית.

כידוע, באנגליה ובעקבותיה בישראל, אותה תפיסה חלה בעבר במשפט המינהלי. עותרים לבג"ץ נדרשו להראות פגיעה באינטרס אישי המיוחד להם ולא לאחרים, ואילו עותרים ציבוריים, שהתיימרו לריב את ריבו של הציבור, נדחו על הסף בהעדר זכות עמידה.¹⁸ בד בבד, ליועץ המשפטי עצמו הייתה תמיד זכות עמידה בשם הציבור, בישראל כבאנגליה, אלא שזו לא נוצלה כראוי ואף נוצלה לרעה כמוסבר להלן. לימים איבד המלך את כוחו, נסוג לארמונותיו (כבאנגליה) או אף סולק מבימת ההיסטוריה (כבארה"ב). אך הפרקליט נשאר על מקומו לשרת שני אדונים: מצד זה מדינה

¹³ המניע לכך היה שילוב של חסד ואינטרס. הכתר התמקד כמוכח בהגנה על קטינים בעלי רכוש, שהן הכתר והן קרוביהם חמדו אותו. ראו George Curtis, *The Checkered Career of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant?*, 25 DEPAUL L. REV. 895, 895 – 898 (1976).

¹⁴ "[T]he Sovereign, as parens patriae, sues by the AG"; Attorney-General v. Cockermouth Local Board (1874) L.R. 18 Eq. 172, 176.

¹⁵ ראו בייחוד פסק דינו המודרני של בית הלורדים בעניין Gouriet v. Union of Post Office Workers [1978] A.C. 435, 477.

"It [is] a fundamental principle of English law that private rights can be asserted by individuals, but that public rights can only be asserted by the AG as representing the public. In terms of constitutional law, the rights of the public are vested in the Crown, and the AG enforces them as an officer of the Crown."

¹⁶ להלכה יש להבחין בין תביעה שה-AG מגיש בעצמו, *ex officio*, לבין תביעה המוגשת בשמו ובאישורו אך מנוהלת בפועל על ידי אחר (relator action). לצרכינו אין הבדל בין השתיים, וכך או אחרת ה-AG מחליט אם התביעה תוגש אם לאו.

¹⁷ בג"צ 140/53 בלומנשטיין נ' המועצה המקומית בת-ים, פ"ד ח 510 (1954).

¹⁸ ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 5, 11 – 13 (רות גביוון, מרכזי קרמניצר, יואב דותן, תש"ס).

היררכית, ממוסדת, השולטת על חרב ועל ארנק באמצעות רשויות וקברניטים המבטאים את רצונה; ומצד זה "ציבור" בלתי-ממוסד ורופף בהגדרתו, ובכל זאת ציבור ממשי – או כל חלק ממנו – שיש לו זכויות ואינטרסים **בנפרד** מהמדינה, ואשר הפרקליט עצמו מבטא את רצונו בערכאות. מכאן שני תפקידי היסוד של ה-AG ושל צאצאיו ברחבי העולם: פרקליט המסייע לרשויות שלטון קונקרטיות שהציבור בחר בהן, ובכך משרת את הציבור **בעקיפין**¹⁹; וכן אורגן עצמאי המשרת את הציבור **במישרין**, בכך שהוא מייצג "אינטרס ציבורי" מופשט ובכללו האינטרס העליון בשלטון החוק.

2. ההתנגשות בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור: שלושה מודלים אוניברסליים

(א) הבעיה והצורך בפתרונות

מקום שהיועץ בא לבית המשפט במישרין מטעם הציבור או כל חלק ממנו, נקל לראות שהמדינה הממוסדת (להלן "המדינה") אינה מעורבת ואינה בעלת דין. כך למשל בתביעה בגין מטרד לציבור כאמור לעיל, וכן בהליכים רבים אחרים, אזרחיים ומנהליים, שבהם היועץ אינו מייצג רשות של המדינה אלא מוסמך לפעול מדעת עצמו בשירות החוק והאינטרס הציבורי.²⁰ כך גם בהליכים פליליים, כמוסבר להלן, שאף בהם היועץ אינו פרקליט בשירות המדינה אלא אורגן עצמאי בשירות הציבור.

לעומת זאת, כשהמדינה היא בעלת דין והיועץ מייצג אותה כפרקליט, קשה יותר להבחין בינה לבין הציבור. הרי כל שהמדינה עושה עליה לעשות למען הציבור,²¹ וכשהיא מיוצגת בהליך משפטי מיוצג ברגיל גם האינטרס הציבורי שהיא מופקדת עליו. הגנה על המדינה בהליך אזרחי היא באופן טיפוסי הגנה על כספי ציבור, והגנה על המשיבים בבג"ץ היא הגנה על מעשי הרשויות שהציבור בחר בהן לקידום ענייניו. ממילא, ייצוג המדינה ושמירת האינטרס הציבורי עולים בדרך כלל בקנה אחד.²²

אולם מה הדין לעת התנגשות, כאשר ה-AG או היועץ סבורים שהמדינה פועלת בניגוד לחוק ולאינטרס הציבורי? מה הדין למשל אם המדינה גורמת לכאורה מטרד לציבור, כגון בהזרמת שפכים מבסיס צבאי או בזיהום האוויר ממפעל ממשלתי, והרשויות הרלוונטיות מתכחשות לאחריותן או גוררות רגליים חודשים ושנים?²³ אילו היה בנמצא מוסד משפטי

¹⁹ ראו למשל המילים הפשוטות שבחר משרד המשפטים הקנדי כדי לתאר את לוו תפקידו:

"The Justice Department serves Canadians indirectly by acting as the Government's law firm." www.justice.gc.ca/eng/tp-pr/csj-sjc/franc/2009_2010/1.html

²⁰ קצרה היריעה מלפרט, אך ראו כמה דוגמאות להלן בה"ש 25.

²¹ ראו למשל בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המרכזי, פ"ד כה (1) 325, 331 (1971).

²² ראו דבריו הבהירים של בית המשפט העליון בקליפורניה (סימני המירכאות במקור):

"[The AG] is often called upon to make legal determinations both in his capacity as a representative of the public interest and as statutory counsel for the state or one of its agencies or officers. In the great majority of such cases no conflict will result because in representing the interest of his 'client' the AG will take a position consistent with what he deems to be in the public interest." *D'Amico v. Board of Medical Examiners*, 520 P.2d 10, 20 (Cal. 1974).

²³ לא כאן המקום להרחיב, אולם אין זו דוגמה תיאורטית. מזה עשרות בשנים, בסיסי צה"ל מזרימים שפכים משטחים ציבוריים ומזהמים אותם שלא כדין. האכיפה מתנהלת לכל היותר בעצלתיים, ומכל מקום היא אינה

ממלכתי, שכל אחריותו להגן על הציבור ואין עליו אחריות להגן על המדינה, טבעי היה שיפנה לערכאות בשם הציבור ויתבע את המדינה כדי לסלק את המטרד. בפועל, המשפט המשווה מלמד כי מוסדות כאלה אכן קיימים.²⁴ אך מה יעשה פרקליט אחד האחראי לייצוג הציבור והמדינה גם יחד? כיצד ישרת את שני האדונים? האם יתבע את המדינה בגין מטרד לציבור, ואז ייצג הן את הציבור התובע והן את המדינה הנתבעת?²⁵

כוללת פנייה לערכאות מטעם היועץ המשפטי, כשומר האינטרס הציבורי, בבקשה לצוים נגד המדינה בגין מטרד לציבור. ראו למשל צפירי רינת "באין נוהל אכיפה מעודכן צה"ל ממשיך לזהם את הסביבה" **הארץ**, 19.8.2015 www.haaretz.co.il; מבקר המדינה "פעילות מערכת הביטחון בתחום הגנת הסביבה" **דוח שנתי 2019** 2165 בעמ' 2204 – 2210; מערכת infospot "קנסות לבסיסי צה"ל בשל הזרמת שפכים לשטחים פתוחים" 12.8.2020 infospot.co.il.

בפרשה אחת נפלט זיהום מארובת בית החולים הממשלתי בתל-השומר, והשכנים נאלצו לתבוע את המדינה בגין מטרד **ליחיד**. ת"א (ת"א) 15485/82 **רוגל ואחי' נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) (1988); מובא אצל אורית מרום אלבק ועידית רייטר **דיני איכות הסביבה – הלכות ופסיקה בהליכים אזרחיים, מינהליים ופוליטיים – כרך א'** 498 – 514 (2002). באותה עת חל איסור על מתן צו מניעה נגד המדינה (סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, שבוטל בתיקון לחוק מ-1998), והתובעים זכו רק בסעד הצהרתי; אולם בית המשפט ציין כי "אילו היה המדובר בגוף פרטי כגון קופת חולים או בית חולים פרטי, היו התובעים זכאים לצו מניעה על אתר." שם, בעמ' 513. מה היה הדין כיום, אילו בית חולים ממשלתי גרם זיהום נרחב בגדר מטרד **לציבור**? האם היועץ המשפטי היה תובע את המדינה, בשם הציבור, ומבקש נגדה צו מניעה?

²⁴ באירופה הקונטיננטלית ובדרום אמריקה קיימות גרסאות שונות של "מיניסטרויון ציבורי", שכמוהו כפרקליטות ציבורית להבדיל מפרקליטות מדינה. ראו להלן ליד ה"ש 57. לפחות בחלק מהגרסאות יכול שפרקליטות ציבורית זו תזום הליכים גם נגד רשויות המדינה, באופן עצמאי ואפקטיבי ובפרט בתחום איכות הסביבה. ראו למשל Shannon Clark, *Better Representing the "Diffuse and Collective Interests": Reducing Legalism in Brazil's Ministério Público to Improve Environmental Enforcement*, 35 J. ENVIRONMENTAL L. 83, 85 – 87 (2017).

בארצות המשפט המקובל התמונה מטושטשת בהרבה. אולם המחשה מובהקת לענייננו היא רשות סטטוטורית שהוקמה ב-1974 במדינת ניו-ג'רזי שבארה"ב, הייתה ידועה בשם Department of the Public Advocate ופעלה כפרקליט ציבורי ממלכתי. רשות זו הייתה שנויה במחלוקת מראשיתה (בין דמוקרטים לרפובליקנים), בוטלה ב-1994, הוקמה מחדש ב-2006 ובוטלה שוב ב-2010. מכוח חוק מפורט, תפקידה היה לשמש *parens patriae* ובכלל זה לזווג הליכים נגד רשויות המדינה. היא כללה כמה מחלקות לייצוג ציבורים חלשים או לא-מאורגנים וכן מחלקת Public Interest Advocacy, שהייתה החידוש העיקרי בחוק ופעלה בין היתר כעותר ציבורי ממלכתי. ראו Martin Bierbaum, *On the Frontiers of the Public Interest Law: The New Jersey State Department of the Public Advocate – The Public Interest Advocacy Division*, 13 SETON HALL L. REV. 475 (1983). יצוין שה-AG בניו-ג'רזי ממונה על ידי המושל (ואינו נבחר כרוב מדינות ארה"ב); והלה **תמך** בשעתו בכינונו של מוסד הפרקליט הציבורי מתוך הודאה שהוא עצמו, מחמת ניגוד עניינים, נרתע מלתבוע את הרשויות שעיקר תפקידו הוא להגן עליהן. ראו – Michele Donato, *The Department of Public Advocate* – Notes (Michele Donato), *The Department of Public Advocate*, 30 RUTGERS L. REV. 386, 425 note 255 (1977).

²⁵ ייתכנו כמובן דוגמאות נוספות במשפט האזרחי. כך למשל, מכוח **סעיף 45 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965** הוראה בצוואה עשויה לקבוע דבר שהיורש חייב לעשות במה שקיבל מהעזיבון. מי שיש לו עניין בכך רשאי לדרוש את מילוי החובה, "ואם היה בדבר עניין לציבור – גם היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו". אם פלוני ירש תמונה מפורסמת שעברה לבעלותו, אך המצוה הורה כי זו תוצג מעת לעת במקום שלציבור יש אליו גישה חופשית, מובן שלציבור יש בכך עניין; ואם **המדינה** ירשה את התמונה אך אינה מקיימת את החיוב, יכול שהציבור באמצעות היועץ יתבע מהמדינה לקיימו. ראו גם **סעיף 4 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968**.

הקושי אף מתחדד בגדרי המשפט המנהלי, ובפרט כאשר פעולה שלטונית עלולה לפגוע בציבור הרחב ולא דווקא בזכויות פרטיות. אם היועץ סבור שהממשלה פועלת שלא כדין ובכך פוגעת באינטרס הציבורי הכללי בשלטון החוק, האם יעתור נגדה לבג"ץ וייצג הן את הציבור העותר והן את הממשלה המשיבה? אם פלוני הגיש עתירה (פרטית או ציבורית) ולדעת היועץ עתירתו מוצדקת – הייתכן שהיועץ יצטרף לעתירה ויתקוף את הממשלה כשומר האינטרס הציבורי, ובה בעת גם יגן עליה כפרקליט ממשלתי?

שאלות אלה אינן מיוחדות לישראל. הן מלמדות על ניגוד עניינים תמידי, אינהרנטי, שפרקליט ממלכתי אחד מצוי בו נוכח כל התנגשות בפועל או בכוח בין שני אדוניו. לעיתים ההתנגשות סמויה, משום שהפרקליט אינו ממלא את חובתו לפעול בשם הציבור נגד המדינה. לעיתים היא מתפרצת בגלוי, ובכלל זה כשהפרקליט יוזם בעצמו הליך מעין "ה-AG (בשם הציבור) נ' הממשלה". מכל מקום מדובר בניגוד עניינים מעשי, ממשי, ומבט אל מעבר לים מגלה שלושה מודלים של התמודדות עמו.

(1) מודל שאכנה "ממשלתי" מתקיים למשל באנגליה, בקנדה, באוסטרליה ובארה"ב (הפדרלית), שבכולן ה-AG הוא שר בממשלה. לעת התנגשות נאמנותו הראשונה של ה-AG היא לממשלה שהוא חבר בה, ונדרשים לפיכך פתרונות על מנת שנאמנותו לממשלה לא תפגע בציבור.

(2) מודל שאכנה "ציבורי" מתקיים ברוב הגדול של מדינות ארה"ב, שבהן ה-AG נבחר ישירות על ידי הציבור ואינו כפוף למושל ולממשלתו. לעת התנגשות נאמנותו הראשונה של ה-AG נוטה לציבור שבחר בו, ונדרשים לפיכך פתרונות על מנת שנאמנותו לציבור לא תפגע בממשלה.

(3) מודל שאכנה "מפוצל" מתקיים למשל בצרפת, באיטליה ובספרד. מדינות אלה הנהיגו בעיקרו של דבר הפרדה מוסדית בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור, בבחינת שני משרתים לשני אדונים, וממילא נטלו את העוקץ מניגוד העניינים של משרת אחד. אתאר בקיצור את שלושת המודלים, ואז אשוב לדין בישראל שאינו מבחין בקושי וממילא אינו מוצא לו פתרון.

(ב) המודל הממשלתי

ה-AG במודל הממשלתי הוא שר המתמנה על ידי ראש הרשות המבצעת. באנגליה הוא חבר פרלמנט הממונה על ידי ראש הממשלה, והוא חבר בממשלה אם כי לא בקבינט. בקנדה ובאוסטרליה הוא חבר גם בקבינט, ומכמה היבטים אישיותו המפלגתית-פוליטית מודגשת אף יותר מאשר באנגליה.²⁶ גם בארה"ב הפדרלית הוא חבר קבינט, והוא מתמנה

כיוצא באלה, סעיף 92 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 קובע כי "זיקת הנאה יכול שתהא ... לטובת הציבור". אם המדינה עצמה היא בעלת המקרקעין ומפריעה לזיקת הנאה של הציבור, דומה שהציבור רשאי לתבוע את זכותו מהמדינה.

²⁶ אנגליה היא המדינה היחידה בחבר העמים הבריטי שמצד אחד הנהיגה מודל פוליטי של AG ומצד שני בחרה להרחיקו במידת-מה מהמוסד האכסוקוטיבי העליון. J. Ll. J. EDWARDS, THE ATTORNEY GENERAL, POLITICS AND THE PUBLIC INTEREST 358 (1984). בקנדה ובאוסטרליה למשל, הן ברמה הפדרלית והן בפרובינציות (קנדה) ובמדינות (אוסטרליה), התמונה שונה. בשתייהן ה-AG משמש כרגיל כשר בכיר בקבינט, בשתייהן כיהנו AGs שכלל לא היו משפטנים, ובשתייהן ניתן להצביע על AGs, גם במחצית השנייה של המאה ה-20, שנעשו לימים ראשי ממשלה. שם, עמ' 74, 358, 368 – 369. כך, אם באנגליה ה-

על ידי הנשיא ובמקרים רבים מקורב אליו מבחינה אישית ופוליטית.²⁷ אתייחס להלן לאנגליה, שהיא מדינת האם של ה-AG; אולם ייאמר מיד כי הדברים חלים אף ביתר שאת במדינות שבהן ה-AG הוא פוליטיקאי מובהק ומשמש חבר בכיר בקבינט. כשומר האינטרס הציבורי על ה-AG לגלות עצמאות, כידוע, ובתפקידו זה הוא אינו כפוף למרות הממשלה ולעמדתה הקולקטיבית. להלכה, אם רשות ממשלתית או אף הממשלה עצמה פועלות לדעתו שלא כדין ופוגעות בציבור, הוא רשאי ואף חייב לפנות נגדן לערכאות בשם הציבור הנפגע. ובכך, עד כמה מיטיב ה-AG להגן על הציבור כאשר הממשלה היא זו שלכאורה פוגעת בו? התשובה חותכת, והנה היא למשל באחד הטקסטים הבולטים על המשפט המינהלי באנגליה:

In theory the AG could bring proceedings in his role as guardian of the public interest against a government department. In practice he has **never** done so.²⁸

הוזה אומר: ה-AG עשוי לתבוע יחידים ותאגידים ורשויות מקומיות, בשם הציבור, אך מעולם לא תבע את הממשלה – אף לא פעם אחת.²⁹ אזלת-ידו של ה-AG לא נעלמה מעיני מלומדים ושופטים. בהמשך לציטוט לעיל, המחברים ציינו כי "קשיים מעשיים" מונעים מה-AG לנקוט הליכים נגד הממשלה שהוא חבר בה, והדבר אכן פוגע ביכולתו להגן על האינטרס הציבורי.³⁰ מלומדים אחרים כתבו, באותה רוח, כי אין כל היגיון בכך שה-AG נכון להגן על הציבור מפני רשויות מקומיות וגופים אחרים אך לא מפני הממשלה.³¹ ביקורת יסודית מתח הלורד וולף, לימים Lord Chief Justice ונשיא בתי המשפט באנגליה. נוכח האילוצים המונעים מה-AG לזום הליכים נגד הממשלה, וולף כתב כי ה-AG שוב אינו מתאים לשמש בתפקידו ההיסטורי כשומר האינטרס הציבורי.³² הוא אף הציע נושא-משרה חדש בשם Director of Public Proceedings – תובע אזרחי/מינהלי לצד התובע הפלילי – אשר לא ישרת את הממשלה

AG הוא ביסודו פרקליט בעל שיעור קומה שבא אל הפוליטיקה, הרי בעולם החדש ה-AG הוא בראש ובראשונה פוליטיקאי הממונה בתור שכזה על המערכת המשפטית. ראו עוד למשל Ben Heraghty, *Defender of the Faith? The Role of the Attorney-General in Defending the High Court*, 28 MONASH. U. L. REV. 206, 211 – 221 (2002).

²⁷ ראו למשל Nancy Baker, *CONFLICTING LOYALTIES – LAW AND POLITICS IN THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE 1789 – 1990*, pp. 18 – 21 (1992).

²⁸ de Smith, Woolf & Jowell, *JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION* 149 (5th ed., 1995). ההדגשה הוספה.

²⁹ ראו עוד Justice-All Souls Review, *ADMINISTRATIVE JUSTICE: SOME NECESSARY REFORMS* 180 (1988); G. Aldous & J. Alder, *APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW – LAW AND PRACTICE OF THE CROWN OFFICE* 97 (2nd ed., 1993); וכן המקורות הנזכרים בטקסט ובהערות להלן. ³⁰ de Smith, לעיל ה"ש 28, בעמ' 149.

³¹ H.W.R Wade & C.F. Forsyth, *ADMINISTRATIVE LAW* 603, 607 (7th Ed, 1994)

³² Sir Harry Woolf, *PROTECTION OF THE PUBLIC – A NEW CHALLENGE* 105 – 107 (1990)

כלל אלא יפעל באופן עצמאי למען הציבור בלבד.³³ כלומר: ה-AG היא פרקליט המדינה וה-AG Director היא פרקליט הציבור – שני משרתים לשני אדונים – כדי להבטיח ייצוג נאות לציבור ומתוך הכרה שייצוג המדינה כבר מובטח. הצעה זו הועלתה מחדש בשולי רפורמה חוקתית שיזמה הממשלה ב-2007, תוך הבהרה מפורשת שה-AG Director יוכל לתבוע גם את הממשלה, אך הסתיימה בלא-כלום.³⁴

גם הפסיקה הכירה בכך שה-AG מבקש סעד שיפוטי נגד גופים ציבוריים למיניהם, אך לא נגד הממשלה; והכרה זו תרמה במישרין להרחבת זכות העמידה באנגליה, על מנת שעותרים ציבוריים יוכלו לעשות למען שלטון החוק את שה-AG אמור לעשות ואינו עושה. ביטוי מפורסם לכך ניתן ב-1982 בבית הלורדים,³⁵ בדברים שציטוט חלקי מתוכם הובא בעניין **רסלר** (1988) לצורך הרחבת זכות העמידה בישראל.³⁶ השופט דיפלוק הסביר כי דרוש להכיר בעותרים ציבוריים כאשר לאיש אין זכות עמידה פרטית, כדי לאפשר סעד שיפוטי נוכח פגיעה שלטונית בחוק, ומיד הוסיף משפט **שהושמט מהציטוט ברסלר**:

The AG, although he occasionally applies for prerogative orders against public authorities that do not form part of central government, in practice never does so against government departments.

כלומר: הכרה בעותרים ציבוריים היא פתרון לניגוד העניינים של ה-AG, שאינו מגן על הציבור ועל שלטון החוק בעת שהממשלה היא זו שעלולה לפגוע בהם.

כמובן, בכל מדינות המודל הממשלתי, הבחירה "המעשית" בפני ה-AG אינה בין הממשלה לבין הציבור אלא בין חברות בממשלה לבין יציאה ממנה. במציאות, אילו ה-AG חש כי הממשלה רומסת את הדין בנושא שבו עמדתו נחרצת ומצפונו זועק ואין הוא יכול להתפשר, הרי היה מנסה תחילה לשכנע אותה בעמדתו. או-אז, אילו נכשל, היה מתפטר ומסביר בפומבי את החלטתו.³⁷

סיכום הדברים: ה-AG החזיק בעבר מונופול בייצוג הציבור בערכאות, אך ניצלו לרעה בכל המקרים שבהם שלל ייצוג מהציבור כדי לגונן על הממשלה. אחד הפתרונות היה הפרטת השמירה על האינטרס הציבורי. המונופול בוטל, זכות העמידה הורחבה, ויחידים מקרב הציבור מורשים כיום לזום הליכים, לרבות נגד הממשלה, שהיו קודם לכן בסמכותו הבלעדית של ה-AG. עם זאת, מובן שהבטחת ייצוג לציבור לא חייבה שלילת ייצוג מהממשלה. הציבור מיוצג אפוא באמצעות תובעים ועותרים ציבוריים למיניהם; הממשלה

³³ שם, עמ' 109 – 113. ראו גם מאמרו המוקדם יותר: Harry Woolf, *Public Law – Private Law*, *Why the Divide? A Personal View*, PUBLIC LAW 1986, Summer, 220, 236.

³⁴ *The Governance of Britain – Analysis of Consultations* 37 (March 2008) www.justice.gov.uk/docs/governance-analysis-consultations.pdf. כמוסבר להלן, הצורך בתובע כזה נחלש מאוד משעה שנפתח השער לעותרים ציבוריים.

³⁵ IRC v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd, [1982] AC 617, 644.

³⁶ בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 462, 441 (1988).

³⁷ ראו גם de Smith, לעיל ה"ש 28, עמ' 149.

מיוצגת כתמיד על ידי ה-AG ובאי-כוחו; ובתי המשפט מכריעים לעת הצורך בין שתי תפיסות של החוק ושל האינטרס הציבורי, שלכל אחת מהן פרקליט משלה. על רקע זה, מוטב להקדים כאן את המאוחר ולהסביר את שאירע במשפטנו. בישראל כבאנגליה, שמירת האינטרס הציבורי בערכאות הופרטה. אולם בישראל, בניגוד לאנגליה, תיקון הפגם בייצוג הציבור הוליד תקלה קשה בייצוג הממשלה. השער לעותרים ציבוריים נפתח לרווחה בישראל והרשויות נעשו מטרה קלה להתקפות – אך במקום שהיועץ יהא מחויב ביתר שאת לממשלה שאין לה מלכודו פרקליט אחר, הוא מעמיק את מחויבותו דווקא לציבור שיש לו פרקליטים רבים. במידה גוברת והולכת, היועץ רואה את עצמו כ"משרת הציבור ולא משרת הממשלה".³⁸ הציבור לגווניו מיוצג יותר מאי פעם באמצעות פרקליטים נאמנים ומחויבים, בעוד הממשלה מיוצגת פחות מאי פעם באמצעות פרקליטים העשויים להסתייג מעמדותיה, לטעון נגדה ואף להשתיקה. לכל תפיסה "פרטית" של הדין והאינטרס הציבורי ימצא ייצוג נמרץ, ודווקא תפיסת הממשלה שהציבור בחר בה עלולה להישאר ללא ייצוג אפקטיבי או ללא ייצוג בכלל.

(ג) המודל הציבורי

ה-AG ב-43 ממדינות ארה"ב הוא נושא-משרה חוקתי, שכמו המושל מציג מועמדות ונבחר ישירות על ידי הציבור. הוא אינו כפוף למושל (ובחלק מהמדינות גם אינו נכלל ברשות המבצעת), ובמקרים רבים הוא יריבו הפוליטי כך שהאחד דמוקרטי והשני רפובליקני.³⁹ כהונת ה-AG היא אף קרש קפיצה מקובל לכהונה רמה יותר, ויכול שה-AG ישאף להחליף לא רק את מדיניות המושל אלא את המושל עצמו.⁴⁰ נקל להבין, אם כן, שהמודל הציבורי הוא במידה רבה היפוכו של הממשלתי. תפקידי ה-AG במדינות ארה"ב דומים בעיקרם לתפקידי מקביליו בארצות אחרות (לרבות ישראל), ובאופן טיפוסי מוקנה לו מונופול ייצוגי מכוח חקיקה מפורטת. אך נאמנותו הראשונה היא ברגיל לציבור שבחר בו, ולא למושל ולרשויות שהוא מחויב לייצג לפי חוק.⁴¹ לכן, בשונה מה-AG הממשלתי הנמנע מלתבוע את הממשלה – ה-AG הציבורי מפגין את נאמנותו לציבור באופן אקטיבי, ובכלל זה בהליכים שהוא עצמו יוזם נגד המושל ונגד רשויות אחרות (להלן גם "הממשלה").

³⁸ כותרת מאמרו של יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" הלשכה 5, 18 (1989). ההדגשה בטקסט היא שלי.

³⁹ ב-2008 בדקתי ומצאתי 15 מדינות שבהן המושל וה-AG המכהנים היו ממפלגות יריבות. ב-2021 מצאתי 7 מדינות כאלה.

⁴⁰ בין 2009 ל-2012, ה-AG התמודד על משרת המושל ב-16 מתוך 43 התמודדויות במדינות שבהן ה-AG עצמו נבחר על ידי הציבור. *Notes, Appointing State Attorneys General: Evaluating the Unbundled State Executive*, 127 HARV. L. REV. 973, 983 (2014). מחקר שבחן 136 AGs מדינתיים, שהחלו את כהונתם בין 1988 ל-2003, מצא כי 54% מהם הציגו מועמדות למשרת המושל או לכהונה בסנאט הפדרלי. Colin Provost, *When is AG Short for Aspiring Governor? Ambition and Policy Making Dynamics in the Office of State Attorney General*, 40(4) PUBLIUS 597 (2009). בשנת 2021 בדקתי ומצאתי שבע מדינות שבהן המושל המכהן כיהן בעבר בתפקיד ה-AG.

⁴¹ ראו למשל William P. Marshall, *Break Up the Presidency? Governors, State Attorneys General, and Lessons from the Divided Executive*, 115 YALE L. J. 2446, 2453 (2006).

כך למשל, בפרשה אחת תבע ה-AG הרפובליקני בדרום-קרוליינה את המושל הדמוקרטי. המושל טען שה-AG לא היה מוסמך לכך, אולם בית המשפט העליון קבע אחרת:⁴²

[The AG] is an attorney for the Governor and he is an attorney for vindicating wrongs against the collective citizens of the State. Allowing the AG to bring an action against the Governor when there is the possibility that the Governor is acting illegally is consistent with the duties of this dual role. ... [T]he AG has the authority to sue the Governor ... when it is necessary for the enforcement of the laws of the State, the preservation of order, and the protection of public rights.

בפרשה אחרת תבע ה-AG הדמוקרטי בקולורדו שרה רפובליקנית, וזו מצידה תבעה בהליך נפרד את ה-AG.⁴³ השרה טענה כי ה-AG הפר את חובתו הסטטוטורית לייצגה ואת כללי האתיקה האוסרים על פרקליט לתבוע את לקוחו, אולם בית המשפט העליון דחה את טענותיה וקבע כי ה-AG פעל כדין.

לא מכבר קבע מושל קנטקי (הדמוקרטי) הוראות, בצל מגפת הקורונה, שהגבילו את היציאה מהמדינה והטילו חובת בידוד בעת הכניסה אליה. ה-AG (הרפובליקני) של קנטקי, מטעם הציבור, תבע את המושל בטענה שהוראות אלה היו בלתי-חוקתיות.⁴⁴ התביעה הוגשה באופן חריג בערכאה פדרלית, ובית המשפט הכיר במעמד ה-AG להגישה בהסתמך בין היתר על ההלכה בשאלה זו שקבע בית המשפט העליון של קנטקי ב-2016.⁴⁵ המושל שנחבט ב-2020 כיהן בעצמו כ-AG עד ליום שבו נכנס לכהונת המושל, והוא עצמו – ב-2016 – היה ה-AG הדמוקרטי שתבע אז את המושל הרפובליקני.

הדין ברחבי ארה"ב אינו אחיד, ויש גם מדינות שאינן מתירות ל-AG לתקוף את הרשויות שברגיל הוא מגן עליהן. בית המשפט העליון של קליפורניה, למשל, מחק ב-1981 תביעה שה-AG הגיש בשם הציבור נגד המושל, ובכך קבע את ההלכה החלה עד היום.⁴⁶ פסק הדין קבע כי אמנם אין לכפות על ה-AG לייצג רשויות הפועלות לדעתו בניגוד לחוק, אך הוא אינו רשאי לנקוט עמדה מנוגדת לעמדתן וממילא אינו רשאי לתבוע אותן. הוא הוסיף כי המחוקק ראה מראש שה-AG עלול להיקלע לניגוד עניינים בין חובותיו לרשויות ולציבור, ולכן התיר לו לפרוש מייצוג הרשויות לטובת פרקליט חיצוני.

⁴² State ex rel. Condon v. Hodges, 562 S.E.2d 623, 627 – 628 (S.C. 2002)

⁴³ People ex rel. Salazar v. Davidson, 79 P.3d 1221 (Colo. 2003)

⁴⁴ W.O. v. Beshear, 459 F.Supp.3d 833 (2020)

⁴⁵ Commonwealth ex rel. Beshear v. Governor ex rel. Bevin, 498 S.W.3d 355 (Kentucky, 2016)

⁴⁶ People ex rel. Deukmejian v. Brown, 624 P.2d 1206 (Cal. 1981). ה-AG היה רפובליקני והמושל דמוקרטי. לימים, ה-AG (Deukmejian) נבחר בעצמו לכהונת המושל.

בית המשפט העליון באריזונה הגיע למסקנה דומה ב-1960⁴⁷ ואישר אותה שוב ב-2020.⁴⁸ אריזונה נמנית עם המדינות בארה"ב שאינן מכירות כלל בסמכויות ה-AG מכוח המשפט המקובל, אלא רק באלה המוקנות לו לפי החוק החרות. בית המשפט קבע אפוא כי בהעדר סמכות סטוטורית ה-AG אינו רשאי לחלוק על רשות שהוא מייצג כפרקליט, והוא אינו רשאי לתבוע את הרשויות בשם אינטרס ציבורי כללי כשהן פועלות לדעתו שלא כדין. כפי שסיכם בית המשפט ב-2020:

[The law] does not provide the AG with authority to right constitutional wrongs committed by state officials and agencies.⁴⁹

המקרים שבהם ה-AG תובע את הממשלה בעצמו, במדינות המתירות זאת, מצטרפים לאלה שבהם הוא מסרב לייצג בהליכים שיזמו אחרים, מציג עמדה שונה משלה, נמנע מלנקוט הליכים כרצונה או נוקט הליכים נגד רצונה.⁵⁰ התגובה השיפוטית לכל אלה משתנה ממדינה למדינה; ובניגוד חד למשפטנו, הדין מעוגן לא רק בחוקה ובחוק אלא גם בהלכה פסוקה של ממש, לעיתים מעמיקה ומפורטת מאוד, הנקבעת לאחר דיון ממצה בשאלות ייצוג קונקריות שהועמדו להכרעה. אולם העיקר לענייננו מתמצה בהכרה פשוטה אחת: גם אם ה-AG מוסמך לתבוע את הממשלה ולהציג עמדה ציבורית משלו בדבר הדין והאינטרס הציבורי, מכל מקום הממשלה זכאית להתגונן ולהציג את עמדתה באמצעות פרקליט משל עצמה. גם אם ה-AG רשאי לטעון כהבנתו, אין פירוש הדבר שהוא רשאי למנוע מהממשלה לטעון כהבנתה. ככל שידיעתי מגעת, אין בנמצא הליכים שבהם הממשלה כבעלת דין מותקפת הן מפי התובעים והן מפי פרקליטיה-שלה, בעוד היא עצמה מנועה מלהתגונן. מעבר לים, בארה"ב או מחוץ לה, מסופקני אם תימצא ערכאה שיפוטית שתהא מוכנה לנהל "הליך" אשר כזה.

כיצד להבטיח ייצוג, לעת התנגשות, הן למדינה והן לציבור? ההסדרים בפועל רבים ואציג רק שניים: אחד לפי חוק, שמטבעו הוא קבוע ומתוכנן, ושני המדגים פתרון אד-הוק. (i) פנסילבניה נמנתה בעבר עם המדינות הבודדות (כיום חמש) שבהן ה-AG ממונה על ידי המושל. אולם ב-1978 התקבל תיקון חוקתי שהפך את ה-AG לנבחר ציבור, ככרוב המדינות, והמושל איבד באחת את הפרקליט שקודם לכן היה "שלו". לפיכך, לצד ה-AG שנעשה מְשָׁרְתוֹ הישיר של הציבור, בא פרקליט נוסף שיהא מְשָׁרְתֵם של המושל וממשלתו. חוק מ-1980 כונן AG עצמאי כאמור בחוקה, ובנוסף כונן נושא משרה חדש – General

⁴⁷ Arizona State Land Department v. McFate, 348 P.2d 912 (1960)

⁴⁸ State ex rel. Brnovich v. Arizona Board of Regents, 476 P.3d 307 (2020)

⁴⁹ שם, עמ' 312.

⁵⁰ אחד המלומדים ציין כי התנגשויות חוקתיות בין AGs למושלים מתרחשות "with striking frequency": Michael Signer, *Constitutional Crisis in the Commonwealth: Resolving the Conflict between Governors and Attorneys General*, 41 U. RICH. L. REV. 43, 51 (2006). הוא הוסיף כי הקושי העיקרי נעוץ ברצונו של ה-AG לקבוע מדיניות, גם אם הוא מציג זאת כעניין "משפטי". שם, עמ' 50 – 51, 75 – 76.

(GC) Counsel – הממונה על ידי המושל ומשמש כיועצו המשפטי.⁵¹ ה-AG עודנו אחראי לייצוג הממשלה; אולם החוק קובע במפורש שאם הוא מסרב לייצגה או בעצמו יוזם הליך נגדה, כי אז ייצוגה עובר לידי ה-GC.⁵² עוד קובע החוק כי המושל רשאי בהליך נתון לפנות ל-AG בכתב, בצירוף נימוקים, ולבקשו לפרוש מייצוג הממשלה ולהסמיך את ה-GC במקומו. אם ה-AG מסרב, המושל עצמו רשאי להסמיך את ה-GC להתערב באותו הליך. התערבות זו היא בזכות, והחוק קובע במפורש כי חובת ה-GC היא לייצג את המושל ואת האינטרסים שלו כראש הרשות המבצעת.⁵³

הנה כי כן, משעה שפנסילבניה העדיפה AG נבחר שיוכל להציג בערכאות עמדה ציבורית עצמאית, מיד הובן כי דרוש גם פרקליט ממונה שייצג את עמדות הממשלה.⁵⁴ לעת מחלוקת יישמעו אפוא הן הציבור באמצעות ה-AG והן הממשלה באמצעות ה-GC.

(ii) במדינות אחרות מקובל פתרון אד-הוק. בין היתר, ה-AG עצמו עשוי להקצות פרקליטים נפרדים לעמדות מנוגדות ולחצוץ ביניהם באמצעות "חומת ניגוד עניינים" (conflict wall). פתרון זה הוצע למשל בבית המשפט העליון של מיסיסיפי, בפסק דין שאוזכר בהסכמה גם במדינות אחרות.⁵⁵ בית המשפט הדגיש כי ה-AG מחויב הן לציבור והן לרשויות, ואין לאלצו לנטוש לא את חובתו האחת ולא את האחרת. מצד אחד הוא רשאי ליזום הליכים ולהתערב בכל הליך הנוגע לאינטרס הציבורי (ובלבד שאין לו עניין אישי בו), ומצד שני עומד לרשותו צוות גדול של פרקליטים המאפשר לו להבטיח ייצוג נאות גם לרשויות. כך, לעת מחלוקת או יריבות עם הרשות, בידו להקצות לה פרקליט ממשרדו או פרקליט חיצוני מיוחד, ולהניח לפרקליט זה לייצג את הרשות ללא תלות בעמדת ה-AG וללא הפרעה מצדו. אם ההליך נוגע לאינטרס הציבורי ה-AG רשאי תמיד להתערב, ואז הפרקליט שהוקצה לרשות ייצג את עמדתה וה-AG ייצג כהבנתו את האינטרס הציבורי. דרך זו, כפי שסיכם בית המשפט –

⁵¹ Commonwealth Attorneys Act, 1980; 71 P.S. § 732-101 – 732-506

⁵² זו לשון החוק (71 P.S. § 732-301):

"[The General Counsel] shall: ... (6) Initiate appropriate proceedings or defend the Commonwealth or any executive agency when an action or matter has been referred to the AG and the AG refuses or fails to initiate appropriate proceedings or defend the Commonwealth or executive agency. (7) Represent the Governor or the executive agency if the AG has initiated litigation against him or it.

⁵³ זו לשון החוק (71 P.S. § 732-303):

"Such intervention shall be a matter of right and when exercised, confer upon the General Counsel the obligation to represent the Governor and his interests as Chief Executive Officer".

⁵⁴ ראו עוד אתר ה-General Counsel:

www.ogc.pa.gov/About%20Us/Pages/OGC-and-the-Commonwealth-Attorneys-Act.aspx#VcLTyPIViko

⁵⁵ State ex rel. Allain v. Mississippi Public Service Commission, 418 So.2d 779 (Miss. 1982).

"will afford maximum protection to the public interest as well as afford complete legal representation to the various state agencies."⁵⁶

(ד) המודל המפוצל

באירופה הקונטיננטלית (וכן בדרום אמריקה) הונהגה הפרדה בין ייצוג הציבור לייצוג המדינה. בצרפת ה-*ministère public* (המיניסטרוניון הציבורי) מופקד על התביעה הפלילית וכן על ייצוג האינטרס הציבורי בהליכים אזרחיים, ודומה שאינו אלא פרקליטות ציבורית;⁵⁷ בעוד ה-*agent judiciaire de l'Etat* מופקד על ייצוג המדינה (בהליכים אזרחיים-ממוניים), ובתרגום מילולי ומהותי כאחד אינו אלא פרקליט המדינה.⁵⁸ הוא הדין באיטליה, שפועלים בה ה-*pubblico ministero* (המיניסטרוניון הציבורי) ולצדו ה-*Avvocatura dello Stato* (פרקליטות המדינה).⁵⁹ בספרד הפרקליטות הציבורית מכונה *Ministerio Fiscal* (התובעים בפלילים הם *fiscales*);⁶⁰ ואילו פרקליטות המדינה כשמה כן היא – *Abogacía del Estado* (פרקליטות המדינה) – ותפקידה לייצג לרשויות המדינה ולייצגן בערכאות.⁶¹ בכל הארצות האלה, במונחי תפקידיו של היועץ המשפטי בישראל, פרקליטות ציבורית מופקדת על תביעה פלילית ועל שמירת האינטרס הציבורי בעוד פרקליטות מדינה מופקדת על הייעוץ למדינה ועל ייצוגה בבית המשפט. קצרה היריעה מלהרחיב על ה-*ministère public* (ומקביליו), אולם נקודה אחת ראויה להדגשה.

כמו באנגליה, השירות המשפטי בצרפת החל בפרקליטים שמונו על ידי המלך כדי לייצגו הן בענייניו-שלו והן כ-*parens patriae* הפורס חסות על חסרי ישע ועל הציבור. אך עוד לפני המהפכה הצרפתית נפרדו הדרכים: ה-AG באנגליה נותר פרקליט המקורב

⁵⁶ שם, עמ' 784.

⁵⁷ לתפקידו העיקרי של ה-*ministère public*, בפלילים, ראו למשל Pieter Verrest, *The French* *Public Prosecution Service*, 8 Eur. J. Crim. L. & Crim. Just. 210 (2000); לתפקידיו בהליכים אזרחיים, למען האינטרס הציבורי, ראו בייחוד Mauro Cappelletti, *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, 73 Mich. L. Rev. 793, 800 – 816 (1975), וכן המקורות בה"ש 69 להלן.

⁵⁸ נושא משרה זה היה ידוע בעבר בשם *agent judiciaire du Trésor* (=פרקליט האוצר), וזכה בשמו החדש והמתאים יותר רק ב-2012. לסקירה רשמית של תפקידו ראו *Agent judiciaire de l'État* (בצרפתית). על הייצוג בהליכים מינהליים קצרה היריעה מלהרחיב, אך ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 67.

⁵⁹ ראו למשל – Ottavio Campanella, *The Italian Legal Profession*, 19 J. Legal Prof. 59, 70 – 84 (1994-95). המחבר מציין (בה"ש 271) כי – "while the Pubblico Ministero is concerned with the collective public interest of the State, the Avvocatura dello Stato is concerned with the State's private interests". במילים אחרות – ולטעמי מדויקות יותר – הגוף הראשון מייצג את הציבור והגוף השני את המדינה כאישיות משפטית ובעלת דין.

⁶⁰ ראו סעיף 124 לחוקת ספרד והחוק המכונן (Ley 50/1981, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

⁶¹ ראו אתר ה-*Abogacía del Estado* (בספרדית):

למלך (וליימים לממשלה), ואילו נציגי המלך בצרפת נעשו פקידים מלכותיים (וליימים ממשלתיים) המסונפים דרך קבע לבתי המשפט, והחלו להידמות לסוג של שופטים.⁶² מכאן דמותו המורכבת של ה-*ministère public*, שנציגיו בערכאות הם ספק-שופטים ספק-צדדים והוא מצוי אי-שם בין הרשות השופטת לרשות המבצעת.⁶³ מצד אחד אנשיו מהווים חלק אינטגרלי מציבור השופטים (*magistrature*), מכונים "שופטים עומדים" ומחויבים לערכים של עצמאות ונאמנות לחוק מעל הכול; ומצד שני הם משתייכים לגוף היררכי הפועל במסגרת משרד המשפטים וכפוף לשר המשפטים, הם נבדלים מאחיהם "השופטים היושבים" (אף שמבחינת רבות הם דומים להם⁶⁴), ופסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, למורת רוחה של צרפת, אינה מוכנה לראותם כשופטים או כמי שמפעילים סמכות שיפוטית בהעדר עצמאות מהרשות המבצעת.⁶⁵

יש אפוא העשויים לייחס ל-*ministère public* סכיזופרניה.⁶⁶ אך מכל מקום הוא כה ספוג מקדמת דנא באתוס השיפוטי, והדבר כה פגם ביכולתו להבטיח לרשויות המדינה ייצוג אדברסרי – עד שתפקיד זה של ייצוג המדינה, שבעבר היה בידיו, ניטל ממנו והועבר לפרקליטים אחרים. עמד על כך בבהירות אחד מגדולי המלומדים של המשפט המשווה:⁶⁷

The *Ministère public* is too much of a judge... This unsuitability for partisan advocacy has become so accentuated and officially recognized that – contrary to his historical origins – as a rule the *Ministère public* does not serve as an attorney for the state, or for other public entities ... these entities are represented in court by a normal attorney. The same is true for countries other than France. In Italy and Spain, for instance, that task has been entrusted to a special body of state attorneys (Avvocati dello Stato, Abogados del Estado) entirely separate from the office of the *Ministère public*.

ודוקו: האתוס השיפוטי מתאים יפה לתביעה הפלילית, שיש לה אחריות כבדה לא רק להרשיע אשמים אלא גם לשמור על זכויות נאשמים ולהגן על חפים מפשע. הוא מתאים גם כשה-*ministère public*, בהליכים אזרחיים, משמיע באופן עצמאי את קול החוק

⁶² ראו בייחוד Cappelletti, לעיל ה"ש 57, עמ' 801 – 807, 828 – 829 (הערה 155 שם).
⁶³ לדיון עדכני ראו בייחוד Jacqueline Hodgson and Laurene Soubise, "Prosecution in Verrest; France" in *Oxford Handbooks online* (Oxford University Press 2016), עמ' 211 – 212, 222 – 225.

⁶⁴ ראו למשל PETER HERZOG, CIVIL PROCEDURE IN FRANCE 121, 124 – 136 (1967).

⁶⁵ לא כאן המקום להרחיב. ראו Hodgson and Soubise, לעיל ה"ש 63, עמ' 7.

⁶⁶ Verrest, לעיל ה"ש 57, עמ' 243.

⁶⁷ Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, לעיל ה"ש 57, עמ' 808; הסוגריים במקור. ראו עוד Cappelletti, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104 YALE L. J. 1325, 1355 (1995).

והאינטרס הציבורי כמעין "ידיד".⁶⁸ אולם אתוס שיפוטי אינו מתאים כלל לייצוג אדברסרי של בעלי דין. פרקליט הטוען כשופט לא רק חוטא לבעל הדין הנזקק לו אלא גם מפריע לבית המשפט לראות תמונה שלמה, פוגע באיכות ההליך השיפוטי ובסופו של דבר מעוות את השיטה המשפטית שבמסגרתה הוא פועל.

ה-*ministère public* משמש אפוא תובע בפלילים, משתתף כ"ידיד" בהליכים אזרחיים, וכן רשאי ליזום הליכים בעניינים שיש בהם אינטרס ציבורי כגון בנושאי סטטוס.⁶⁹ אולם ייצוג רשויות המדינה ניטל ממנו ונמסר לפרקליטים "רגילים", היינו, הועבר מידי פרקליטי ציבור מעין-שיפוטיים לידי פרקליטי מדינה אדברסריים שנאמנותם ממוקדת ונפשם אינם חצויה.

לדעתי, כמוסבר עוד להלן בפרק השלישי, קו ברור של דמיון מחבר בין ההיסטוריה של ה-*ministère public* לבין התפתחותו של מוסד היועץ בישראל, שבעשורים האחרונים הולך ומאמץ אתוס שיפוטי.

3. "המודל" הישראלי

(א) ייצוג המדינה והציבור בעת ובעונה אחת

ראינו מעבר לים כי פרקליט אחד אינו יכול להיות נאמן באותה מידה למדינה ולציבור, ודאי לא כשהם מתנגשים זה בזה; ולכן נדרשים פתרונות, לפחות לעת התנגשות, על מנת שלכל אחד מהאדוונים יהיה פרקליט משלו. הדין בישראל, לעומת זאת, אינו מבחין כלל בקושי. תחת זאת, גם כשהמדינה והציבור מתנגשים וזקוקים בבירור לפרקליטים נפרדים, הדין בישראל מניח ליועץ "לייצג" את שניהם בעת ובעונה אחת. לשון אחרת: היועץ תוקף את הממשלה כרצונו תחת כובע שומר האינטרס הציבורי, ובו בזמן "מייצג" תחת כובע הפרקליט את הממשלה שהוא עצמו תוקף. זהו ניגוד עניינים שאין מובהק ממנו, ובכל זאת הדין מסרב לראותו.

כדי להמחיש, אין טוב מלשוב לפרשה מפורסמת שאירעה לפני היות הדין הקיים. ב-1977 נחשף חשבון הדולרים האסור שהחזיקו בחו"ל ראש הממשלה רבין ורעייתו, אשר הוביל כידוע להתפטרות רבין מראשות מפלגת העבודה לקראת הבחירות באותה שנה. היועץ דאז היה אהרן ברק, ובעיצומה של הפרשה קמה מחלוקת בינו לבין שר האוצר יהושע רבינוביץ'. האחרון ביקש להשתמש בסמכותו ולהמיר הליך פלילי בכופר כסף, ואילו ברק קבע שהסכום בחשבון היה גדול מדי לפי הכללים הקיימים ולכן החליט על הגשת כתב אישום. על פתרון המחלוקת העיד לימים ברק במו פיו:

"[רבינוביץ'] טילפן אלי ואמר... שיסטה מהכללים כדי למנוע את התפטרות ראש הממשלה בעקבות הגשת כתב אישום, שתביא [הפסד בבחירות]. אמרתי לו, סלח לי אבל זהו שיקול זר, שלא יעמוד בבג"ץ. אז הוא אמר, אין בעיה, משום שלאף אחד אין זכות עמידה להגיש עתירה לבג"ץ. ... אמרתי לו, זה נכון, אבל ליועץ המשפטי בעצמו יש זכות עמידה, ואני מודיע לך,

⁶⁸ Lasser, שם.

⁶⁹ כך ביטול נישואין, אימוץ, משמורת קטינים, הכרזה על פסלות-דין ועוד. ראו Herzog, לעיל ה"ש 64, עמ' 123; וכן חוק הפרוצדורה האזרחית הצרפתי: Code de procédure civile, § 421 – 429.

שאם אתה תחליט להטיל כופר, אני אגיש נגדך עתירה. הסברתי לו גם שהוא יוכל לשכור לעצמו עורך דין מכיסו הפרטי. רבינוביץ'... חזר אלי ואמר, שכחתי מהעניין.⁷⁰

בעקבות המשפט המקובל, גם משפטנו מכיר בסמכות היועץ לעתור נגד רשויות השלטון בתפקידו כשומר האינטרס הציבורי. שופטים ומלומדים אף קראו ליועץ להרבות בעתירות כאלה לעת הצורך, ויש שהטעימו כי זו חובתו ולא רק סמכותו.⁷¹ אולם העיקר, לענייננו כאן, אינו סמכות היועץ לעתור אלא זכותו של השר להתגונן. היועץ ברק עמד מול שיקול פוליטי בוטה בהפעלת סמכות סטוטורית – ובכל זאת לא העלה בדעתו, כמדומה, לעתור נגד השר ובה בעת למנוע ממנו פתחון-פה וייצוג באמצעות פרקליט אחר.⁷² לפיכך, אילו אימו של ברק מומש, קל היה לראות "מי נגד מי". הכול היו רואים שהיועץ חבש את כובע שומר האינטרס הציבורי, וממילא הסיר את כובע הפרקליט הממשלתי. היועץ היה מגיש עתירה ציבורית ומשמיע את עמדתו העצמאית, והשר היה זכאי להתגונן כרשות של המדינה ולהשמיע את עמדתו-שלו. איש לא היה מדמיין שהיועץ העותר ישתיק את השר המשיב.

אך מה היה אילו העתקנו את העובדות לימינו? התשובה היא שעותר ציבורי היה מגיש את העתירה; ואז היועץ, שלהלכה היה "מייצג" את השר כפרקליטו הבלעדי, היה מצטרף למעשה לטיעוני העותר ובה בעת שולל מהשר הזדמנות להישמע. בפועל, המתקף היה משתיק את המותקף. עמדת העותר הייתה מיוצגת **משני** צדי המתרס, הן מפי פרקליטיו-שלו והן מפי היועץ ובאי-כוחו, ואילו עמדת השר המשיב לא הייתה מיוצגת כלל.⁷³ הנה כך, מתוך בלבול עמוק של מושגים, היועץ מתעקש לחבוש שני כובעים בעת ובעונה אחת. על גבי כובע הפרקליט הממשלתי הוא חובש ומהדק גם את כובע שומר האינטרס הציבורי, ואז רואה בהם – בגיבוי הדין – שני כובעים שהפכו לאחד. כשומר האינטרס הציבורי היועץ תוקף את הממשלה בפה מלא, ממש כאילו עתר נגדה בעצמו; ובעודו טוען נגדה ומבקש פסק דין **לחובתה**, הוא מתיימר "לייצג" אותה באופן בלעדי ובכך שולל ממנה ייצוג אמתי ולמעשה משתיק אותה. בינתיים אובד בערפל הכלל הראשון במשפט, הלא הוא "יישמע הצד השני", ויחד עמו אובדים יסודות ראשונים ואוניברסליים של משפט ומשטר.

כמובן, הקושי אינו מוגבל לנסיבות שבהן היועץ תוקף את הממשלה בפה מלא. הוא בולט גם כשהיועץ מצהיר בפומבי כי "יתקשה להגן" על הממשלה; או מציג בשמה רק עמדה פושרת ומדוללת המהולה בעמדתו-שלו; או מגן עליה רק בחצי פה ובהסתייגות

⁷⁰ זאב סגל ואריאל בנדר "האדם הנאור" (ראיון עם אהרן ברק) **מוסף הארץ** 28.5.2009, 23–24.
⁷¹ ראו להלן המקורות בה"ש 75 ואילך. הטענה המקורית הייתה שסמכות-העתירה של היועץ נדרשת כאשר שלטון החוק נפגע ואין עותר אחר בעל זכות עמידה. לימים הוכר מעמדם של עותרים ציבוריים, ונולדה הטענה כי משעה **שלכל** אדם מותר להגיש עתירה ציבורית, על אחת כמה וכמה ליועץ כשומר האינטרס הציבורי.

⁷² אמנם תמוהה ההנחה שהשר יידרש לשלם מכיסו הפרטי כדי להגן על החלטה ששקל לקבל בתפקידו הרשמי. אך העיקר לענייננו כאן הוא עצם ההכרה בכך **ששני** הצדדים זכאים להישמע.
⁷³ לכל היותר, לפי פרקטיקה שהיא לדעתי פסולה, היועץ היה מציע לשר כי עמדתו תובא במסגרת עמדת היועץ עצמו: בחסד ולא בזכות, במסגרת עמדה **התוקפת** אותו וללא ייצוג בעל-פה. ראו להלן פרק 5.ג. (א).

מופגנת, כגון בטענה שעמדתה "מעוררת קשיים משפטיים משמעותיים" גם אם "אינה מגיעה לרמה של חוסר סבירות קיצוני".⁷⁴ במקרים רבים כאלה, מתוך ניגוד עניינים חריף, היועץ מתיימר לייצג את הממשלה בעודו מייצג את הציבור. כך אין בכוחו לייצג כראוי לא את האדון האחד ולא את משנהו; והנפגעים הם לא רק הממשלה והציבור אלא גם בית המשפט, טיבם ועצם דמותם של הליכים משפטיים, וממילא גם איכות השפיטה והפסיקה.

(ב) "ייצוג" הממשלה כתחליף לעתירה נגדה

פרשת חשבון הדולרים באה על פתרונה בכך שהשר חזר בו. אבל מדוע לא ראינו עתירות של היועץ במקרים רבים אחרים, שבהם הממשלה ושריה לא חזרו בהם? יובהר כי מבחינת הסמכות אין כמדומה קושי. אחרי פרשת הדולרים התמנה ברק לבית המשפט העליון, ביסס שם את סמכות העתירה של היועץ,⁷⁵ וב-1987 אף קרא לו בספרו "להרבות בפעילות כעותר במקרים מתאימים בהן] השלטון פועל בניגוד לחוק".⁷⁶ פרופ' סגל כתב כי "ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה, בהיותו ממונה על האינטרס הציבורי, לא יהסס לעתור במקרים שבהם נראה כי אחת מרשויות השלטון הפרה את שלטון החוק הפרה של ממש".⁷⁷ הוא הדין בדברי השופט ד. לוי בפסק דין מ-1995: "ראוי שהיועץ המשפטי לממשלה, כמייצג האינטרס הציבורי, יעתור לפני בית המשפט הגבוה לצדק במקרים שבהם הוא סבור כי אחת מרשויות השלטון שגתה בעניין [בעל חשיבות]".⁷⁸ השופט חשין הסתמך על דברים אלה כשנקט גישה דומה ב-2002.⁷⁹ והפרופסורים רובינשטיין ומדינה סיכמו במילים נחרצות: "בידי היועץ המשפטי לממשלה כמה אמצעים להבטיח כי רשויות השלטון יכבדו את שלטון החוק... [ובהם] סמכותו – ולמעשה, חובתו – לפנות במידת הצורך לבית המשפט בבקשה למתן סעד, שתכליתו חיוב הרשות השלטונית לפעול בהתאם לחוק".⁸⁰ דומה אפוא שהסמכות מוכרת, ולמיטב ידיעתי אין עליה עוררין. יתר על כן, מבחינה מוסדית-משטרית התמיהה אף גוברת. היועץ הוא א-פוליטי במופגן, אינו שר, אינו נושא באחריות למעשי הממשלה, וקשיי ה-AG הממשלתי אינם כובלים אותו. הוא נותר במקומו לעת חילופי שלטון, וסמכות הממשלה לפטרו כה מוגבלת עד שהיא קרובה להיות תיאורטית.⁸¹ כבר עשרות שנים מדגישים את עצמאותו ואת עמדתו

⁷⁴ דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים, עמ' 8, 12 (אר"ש 26.10.2017).

⁷⁵ ע"פ 768/80 שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337, 367 – 369 (1981); ד"נ 12/81 שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (3) 645, 668 – 669 (1982).

⁷⁶ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 489 ה"ש 282 (1987). ההדגשה הוספה.

⁷⁷ זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק 269 (מהדורה שניה, תשנ"ד-1993), וראו עמ' 212 – 214, 269 – 270. ראו גם בנדור וסגל, לעיל ה"ש 1, עמ' 446 – 447.

⁷⁸ בג"צ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485, 494 (1995).

⁷⁹ ע"א 8265/00 שופרסל בע"מ נ' הוועדה המחוזית, פ"ד נו(5) 885, 911 – 912 (2002).

⁸⁰ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך ב' 1002 (2005). ההדגשה הוספה.

⁸¹ יעדת אגרנט קבעה ב-1962 כי הממשלה רשאית לפטר את היועץ "אף אם החלטתו לנהוג בדרך מסוימת נעוצה בתום לב ונתקבלה לפי מיטב הבנתו". "דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 421, 442 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: דוח ועדת אגרנט). עם זאת, כבר לפני ארבעים שנה נאמר כי סמכות זו של הממשלה "היא ככל הנראה תיאורטית בלבד. כל הניסיונות הרבים שנעשו עד כה לפטר יועצים משפטיים נסתיימו בכשלון". יחיאל גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה 27 (1981). אמנם כהונת היועץ זמיר הופסקה לאחר מכן בעיצומה של פרשת השב"כ (1986) – אך

המשפטית המחייבת, והוא עצמו מניף גבוה את נס הנאמנות לחוק, לאינטרס הציבורי ולהשלטת החוק על הממשלה.

והנה, אף שהזירה לכאורה מוכנה ואף שמקרים מתאימים לא חסרו ואינם חסרים, עובדה פשוטה היא שהיועץ מעולם לא עתר נגד הממשלה או נגד רשות ממשלתית כדי לכפות עליהן את הדין. כיצד להסביר זאת? כאשר שרים למשל אינם מציינים ליועץ, והם מתעקשים במפגיע על עמדה שהיא לדעתו אסורה,⁸² מדוע לא יעתור נגדם ויפגין לעין-כול את נאמנותו לציבור ולשלטון החוק? אציע בקיצור שלושה הסברים משלימים, ואתמקד בהסבר רביעי שלענייננו הוא העיקר.

ראשית – היות שזכות העמידה הורחבה ובכל סוגיה חשובה צפויה כיום עתירה, אין צורך שדווקא היועץ יעתור משום שרבים אחרים יעשו זאת במקומו.

שנית – היועץ אינו נשען על חוקה כתובה, על בחירה דמוקרטית, על חקיקה או על גיבוי שלטוני-פוליטי. במודע או שלא במודע, עליו להישמר מפני תגובת-נגד אם ימתח את החבל יותר מדי. עתירה שכותרתה "היועץ המשפטי לממשלה נגד הממשלה" היא מתקפה חזיתית, ותהא תוצאתה אשר תהא היא מביכה ודוקרת את העין. היא תקשה על הממשלה לשוב לסדר היום, והיא עלולה לגרור רפורמה חקוקה שהיועץ ודאי לא ירצה להסתכן בה.

שלישית – כדי לייעץ לממשלה ולייצגה דרך-שגרה, בעצמו ובאמצעות המערך הכפוף לו, על היועץ לשמור עמה ולו על מינימום של יחסי עבודה ואמון. יחסים אלה עלולים לקרוס כליל אם הממשלה תפנים כי היועץ עלול לתקוף אותה מיוזמתו, כי כל מה שתאמר לו (או בטווח שמיעתו) עלול לשמש נגדה, וכי עליה להיזהר מאוד בטרם תחשוף בפניו מידע או חולשות או התלבטויות. גם מטעם זה, היועץ לא ימהר לתקוף באופן חזיתי את הרשויות שבדרך כלל הוא מגן עליהן.

לבסוף – העיקר הוא הדין המבולבל שהתפתח בעשורים האחרונים, המאפשר ליועץ לתקוף את הממשלה בעודו "מייצג" אותה ובכך "לעתור" נגדה מבלי להיות עותר.

רק אחרי זמיר כבר הודיע בעצמו על החלטתו לפרוש, וחשוב מכך: בעת שהממשלה הייתה ממשלת אחדות ונתמכה בכוחן המשותף של שתי מפלגות השלטון. יתר על כן, סמכות הפיטורין של הממשלה הוסיפה להיחלש. ב-1998 פורסם דוח "הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו", בראשות הנשיא שמגר (להלן: **דוח ועדת שמגר**); ובניגוד לוועדת אגרנט, ועדת שמגר ביקשה "למנוע מצב בו יפוטר יועץ משפטי אך ורק מכיוון שעמד בתום לב ותוך פרשנות משפטית סבירה על קיום החוק." דוח ועדת שמגר, עמ' 68 (ההדגשה הוספה). הוועדה המליצה כי מועמדים למשרת היועץ יוצעו על ידי ועדה מקצועית-ציבורית וכי הממשלה תוכל לפטר את היועץ רק מכוח עילות מוגדרות, בהתייעצות עם הוועדה המקצועית ולאחר שימוע ליועץ הן בממשלה או בוועדת שרים והן בוועדה המקצועית. שם, עמ' 69 – 70. היא ציינה כי "משקלם המצטבר של הבעת הדעה של הוועדה [הציבורית], השימוע ותגובת דעת הקהל [יספיקו] לשם מניעת שימוש בסמכות הפסקת הכהונה בנסיבות בלתי-ראויות" (שם, עמ' 70); והצביעה גם על "הצפי לביקורת בדעת הקהל או הרתיעה מפני אפשרות התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק במקרה שהפיטורים ייעשו מטעמים פסולים" (שם, עמ' 68). קיצורו של דבר: ועדת שמגר הגבילה אף יותר, הן להלכה והן למעשה, סמכות פיטורין שכבר לפני כן הייתה מוגבלת מאוד.

⁸² לדוגמאות מהעת האחרונה ראו עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 8451/18 **אקדח על שולחן המטבח נ' השר לביטחון פנים** (תלוי ועומד); עניין **החיסון**, לעיל ה"ש 6. שני המקרים האחרונים יידונו עוד להלן בפרק 5.5. ערב ירידת המאמר לדפוס נוספה עוד דוגמה: בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שרת החינוך**, בייחוד בעמ' 27 – 29 (29.3.2022, אר"ש).

בפשטות, "לייצוג" הממשלה הוא תחליף נוח להגשת עתירות נגדה, ולכן סמכות "הייצוג" הנוחה החליפה והשכיחה את סמכות העתירה הלא-נוחה.

אילו היועץ עתר נגד הממשלה במישרין, הרי אפילו היום אפשר היה לראות את המובן מאליו. מתוקף האינטואיציות הבסיסיות ביותר של משפט וצדק והיגיון, ברור היה שהממשלה תיוצג באמצעות פרקליט אחר. איש לא היה משלים עם חיזיון גלוי שבו היועץ עותר נגד הממשלה ובה בעת מתייבב "להגן" עליה באופן בלעדי, כשהוא עומד משני צדי המתרס בעצמו או באמצעות פרקליטים הסרים למרותו. הכול היו רואים – כך נדמה לי – כי לא ייתכן שהתובע יחליט מה יטען הנתבע.

נמצא שעתירה חזיתית נגד הממשלה הייתה עלולה לגבות מהיועץ מחיר גבוה. הוא היה נחשף לסכנה של תגובת-נגד (חקוקה או אחרת); היה עלול לפגוע ביחסי העבודה והאמון עם הרשויות כולן; היה נאלץ לראות כיצד פרקליטים אחרים מייצגים את הממשלה ומכרסמים במונופול הייצוג שלו; היה מחויב להתמודד לגוף העניין עם טיעוני הפרקליטים האלה, שהרי לא היה בכוחו להשתיקם; וגם היה מסתכן במבוכה גדולה במיוחד אם בג"ץ היה מקבל לבסוף את עמדת הממשלה ולא את עמדתו.

והנה, בחסות הערפל, לכל אלה נמצא בדור האחרון "פתרון" ישראלי מקורי. אין צורך שהיועץ יעתור בעצמו שהרי תמיד יימצאו עותרים אחרים, ומשעה שהוגשה עתירה בידו לעשות כרצונו. הוא רשאי להופיע מטעם הממשלה ולהלכה "לייצג" אותה – ובכל זאת לתקוף אותה, לבקש פסק דין נגדה, לטעון בדיוק כפי שהיה טוען אילו עתר נגדה בעצמו, ובנוסף גם למנוע ממנה להתגונן באמצעות פרקליטים אחרים. הוא יכול לחמוק מהסכנה ומהמחיר הכרוכים במתקפה חזיתית נגד הממשלה, ובה בעת להבטיח כי הוא בלבד יישמע מטעמה כך שיישמר מעמדו הבלעדי.

במשפט הישראלי, אם כן, המציאות הפשוטה היא שהיועץ תוקף את הממשלה ומשתיק אותה בעת ובעונה אחת. למראית-עין נדמה כאילו העותר מיוצג מצד אחד והממשלה מצד שני, אך למעשה הממשלה אינה מיוצגת וההליך המשפטי הופך לחיזיון אנטי-משפטי. המשיב אינו מורשה להשיב. הפרקליטים משני הצדדים מסכימים זה עם זה ומבקשים יחד צו מוחלט נגד הרשות "המשיבה" – בעוד הרשות עצמה, הלא היא בעלת הדין שקיבלה החלטה ונושאת באחריות, אינה זכאית כלל להישמע. ככל שידיעתי מגעת, חיזיון כזה לא יימצא ואף לא יעלה בדמיון בשום מקום אחר.

אין פלא שהיועץ מעולם לא עתר בגלוי נגד הממשלה או נגד שר, שהרי אין בכך צורך ויש לכך מחיר. מובן גם מדוע סמכותו לעשות זאת נזנחה, בד בבד עם המצאת התחליף הנוח המאפשר לו "לייצג" במקום לעתור. בכל נושא חשוב תוגש (או אף "תוזמן") עתירה; בכל נושא כזה תיתכן מחלוקת בין היועץ לבין הממשלה, שהיועץ עצמו יקבע אם היא "משפטית"; ואם היועץ ירצה לאלץ את הממשלה "להתפשר" עמו, או אף לכפות עליה באופן מלא את עמדתו, לשם מה יעתור נגדה אם הוא רשאי פשוט "לייצג" אותה?

ב. עיוות מושגי היסוד

מקובל לומר, כפי שנאמר למשל לאחרונה בעניין החיסון, כי היועץ "מייצג את המדינה בפני בתי המשפט בהליכים המשפטיים השונים – אזרחיים, מינהליים ופליליים – שהיא צד

להם".⁸³ אך האמנם מדובר באותו ייצוג ובאותה מדינה בכל סוגי ההליכים? לדעתי התשובה היא בשלילה, והדין לוקה בשני כשלים שלובים: טשטוש ההבחנה בין מובנים שונים של "ייצוג" ובין מובנים שונים של "המדינה", וכן עיוות מוחלט של מושגים אלה עצמם.

1. "ייצוג"

(א) שני מובנים של "ייצוג" וטשטוש ההבחנה בין פרקליט לאורגן

למושג "ייצוג" מובנים רבים במשפט, ודי כאן להבחין בקיצור בין שניים מהם. מובן אחד של ייצוג חל על פרקליט המייצג בעל דין בהליך משפטי. ייצוג במובן זה מקים כידוע יחסי שליחות, שבהם בעל הדין הוא השולח והפרקליט שלוח. ביסודו של דבר בעל הדין הוא בעל העניין בהליך ובעל השליטה בו (*dominus litis*), ועל הפרקליט להציג את עמדת שולחו ולא עמדה משל עצמו.

מובן שני של ייצוג חל על יחסי אורגן ותאגיד. כך למשל בתקנה 30 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, שכותרתה **ייצוג של תאגיד**: "בעל דין שהוא תאגיד, רשאי מנהל התאגיד ... לעשות מטעם התאגיד כל מה שהתאגיד עצמו יכול היה לעשות אילו היה יחיד." תקנה זו הושמטה מהתקנות החדשות שנכנסו לתוקף ב-1.1.2021.⁸⁴ אך דומה שהאמור בה עודנו משקף את הדין. ייצוג במובן זה מבטא אפוא את התפיסה שמעשי האורגן הם מעשי התאגיד, כשם שמעשי ידיו של אדם הם מעשי האדם. להבדיל מפרקליט, אורגן לא רק **מציג** את עמדת התאגיד אלא עמדתו היא-היא עמדת התאגיד. כך, אף שהתאגיד הוא בעל הדין הפורמלי בעת שהוא מתדיין כאישיות משפטית, נקל להבין כי בעל הדין הריאלי הוא האורגן היודע את העובדות, מקבל את החלטות וברגיל גם מתמודד עם התוצאות.

תאגיד עשוי אפוא להישמע בהליך משפטי מפי אורגן בלבד, ללא פרקליט, ואז ייראה כיחיד הטוען לעצמו. אך מקום שתאגיד (באמצעות אורגן) ייפה את כוחו של פרקליט, שלושה גורמים מצויים בתמונה הדיונית: **התאגיד** הוא בעל הדין הפורמלי שפסק דין יזכה או יחייב אותו (כגון בתשלום מקופתו), **האורגן** הוא בעל הדין הריאלי, **והפרקליט** מייצג את התאגיד לפי הנחיות האורגן.⁸⁵ אם תרצו, פירוש הדבר הוא שהתאגיד מיוצג בידי שניים – אורגן ופרקליט – שכל אחד מהם מייצג אותו במובן אחר. הדין הקיים טשטש מאוד את ההבחנה בין הליכים שהיועץ מנהל כאורגן להליכים שהוא מנהל כפרקליט.

כך למשל, בהליכים פליליים היועץ הוא אורגן. עמדתו-שלו היא עמדת "המדינה" ומדיניותו-שלו היא מדיניות האכיפה בפלילים. בעצמו ובאמצעות נציגיו, הוא לברו מחליט על הגשת כתבי אישום, הסדרי-טיעון, עיכוב הליכים, טיעונים לעונש, ערעור, וכל כיוצא באלה. אין הוא נשמע לרשות אחרת אלא משמש בעצמו בעל דין ריאלי, שכן הוא בלבד מופקד על החלטות "המדינה" כבעלת דין פורמלית.

⁸³ ראו הציטוט המלא לעיל ליד ה"ש" 6.

⁸⁴ תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018.

⁸⁵ ודוקו: הפרקליט מייצג את התאגיד ולא את האורגן. לעת ניגוד עניינים בין השניים הוא חב נאמנות לתאגיד, ויכול כמובן שהתאגיד והאורגן יהיו מיוצגים כל אחד באמצעות פרקליט משלו. סוגיה זו חורגת מענייננו.

לעומת זאת, בהליכים אחרים כגון הליכי בג"ץ, היועץ הוא פרקליט. הוא אינו מופקד למשל על ביטחון או בריאות, אינו קובע מדיניות בתחומים אלה ואינו מקבל בהם החלטות – אלא תפקידו לייצג רשות אחרת כגון הממשלה או שר, אשר היא האורגן ולכן היא הקובעת מדיניות ומקבלת החלטות בתחום אחריותה. נמצא שבהליכים אלה היועץ משתף פעולה עם רשויות אחרות, ובעיקרו של דבר עליו להציג את עמדתן ולא את עמדתו. גם אם שיקול דעתו רחב בבואו בשמן לבית המשפט, מכל מקום הוא פרקליט המנהל מערכת יחסים עם רשויות שהן בעלות העניין ובעלות הדין.

הבחנה זו מקובלת כמובן מעבר לים, והיא מרכזית בדמותו של מוסד ה-AG. כך למשל, ב-1986 הבהיר ה-AG האנגלי לפרלמנט כי בפלילים ה-AG פועל בנפרד מהממשלה ובאופן עצמאי, ואילו בהתדיינות אזרחית דרוש להבחין בין שני סוגי הליכים: אלה שבהם ה-AG פועל מתוך אותה עצמאות כפלילים, מטעם הציבור ולשם אכיפת החוק כמטרה בפני עצמה; ואלה שבהם הוא פועל מטעם הממשלה, מייצג אותה, וממילא מציג את האינטרס הציבורי כפי שהוא נראה בעיניה.⁸⁶ דברים אלה אומצו מאוחר יותר כלשונם, בנוסח מקוצר מעט, בתקנוני הממשלה באנגליה ובסקוטלנד (בין היתר).⁸⁷ בד בבד, אף שההבחנה מקובלת, לעיתים דרוש לאכוף אותה. מחוץ לישראל הנטייה לטטוש הגבולות גוברת בייחוד במדינות ארה"ב, שראינו כי ברובן הגדול ה-AG נבחר ישירות על ידי הציבור. בנסיבות אלה, בהליך שבו ה-AG מופיע בשם רשות של המדינה כבעלת דין, הוא עלול לחבוש את הכובע הלא-נכון ולהציג את עמדתו-שלו – כאילו היה אורגן – במקום את עמדת הרשות שעליו לייצג כפרקליט.

המחשה לכך אירעה כאשר ה-AG (הנבחר) במערב-וירג'יניה, במסגרת תביעה פדרלית נגד שר, התיימר לייצג את השר בניגוד לעמדתו ואף דחה את בקשתו לייצוג חיצוני. השר מצדו נאלץ לעתור נגד ה-AG בהליך נפרד, מדינתי, בדרישה לקבל ייצוג נאות.⁸⁸ בפסק דין מקיף שזכה בהסכמה גם במדינות אחרות, בית המשפט העליון חייב את ה-AG להבטיח לשר ייצוג אפקטיבי בין במינוי פרקליט ציבורי מיוחד ובין בשכירת פרקליט פרטי. בית

⁸⁶ דברי ה-AG בתשובתו הכתובה לשאלתה פרלמנטרית: <http://hansard.parliament.uk/Commons/1986-12-08/debates/>

⁸⁷ ראו סעיף 26 לתקנון ממשלת בלייר משנת 1997:

"In criminal Proceedings the Law Officers act wholly independently of the Government. In civil proceedings a distinction is to be drawn between proceedings in which the Law Officers are involved in a representative capacity on behalf of the Government, and action undertaken by them on behalf of the general community to enforce the law as an end in itself." www.legco.gov.hk/yr01-02/english/hc/sub_com/hs51/papers/hs511868-02-e-scan.pdf;

וכן סעיף 2.42 לתקנון ממשלת סקוטלנד משנת 2016: [www.gov.scot/publications/scottish-ministerial-code-2016-edition/pages/3/Johan Steyn, *The Weakest and Least Dangerous Department of Government*, PUBLIC LAW 1997, Spr., 84, 91](http://www.gov.scot/publications/scottish-ministerial-code-2016-edition/pages/3/Johan%20Steyn,%20The%20Weakest%20and%20Least%20Dangerous%20Department%20of%20Government)

⁸⁸ *Manchin v. Browning*, 296 S.E.2d 909 (W.Va. 1982). התובע בהליך הפדרלי ביקש למנוע מהשר ליישם חוק בטענה לאי-חוקתיות. השר הסכים עם התובע, ה-AG סבר אחרת וחתר לפשרה – ולכן השר, שהיה מנוע לפי חוק מהוצאת כסף ציבורי על ייצוג אחר, תבע את ה-AG על ששלל ממנו את יומו בבית המשפט ופגע בזכויותיו החוקתיות להליך הוגן ולגישה לערכאות.

המשפט קבע בין היתר שאם הייצוג מביא את ה-AG לידי ניגוד עניינים או מחלוקת עם הרשות, כך שנבצר ממנו לייצגה כראוי וכנדרש בחוק, עליו לפרוש מהייצוג ולהבטיח לרשות ייצוג אד-הוק.⁸⁹ הוא הסביר במילים בהירות במיוחד כי בהליכים פליליים ואזרחיים מסוימים ה-AG מופיע בשמו-שלו בתורת בעל דין, שאז הוא מציג את עמדתו-שלו – ואילו בהליכים אחרים הוא מופיע בתורת פרקליט ומציג את עמדתה של רשות אחרת, שהיא בעלת הדין ולא הוא.⁹⁰ בית המשפט הדגיש כי הרשות זכאית לייצוג נאות ונמרץ של עמדתה, ככל בעל דין, וכי בתפקידו כפרקליט על ה-AG לעשות את שליחותה ולהימנע אף ממראית עין של מחלוקת עמה.

לכאורה, מבחינה דסקריפטיבית, גם בישראל מבחינים בין סוגים שונים של ייצוג. השופטת נאור (כתוארה אז) ציינה כי "פרקליט בשירות המדינה ... המופיע בהליך פלילי ומייצג כתובע את המדינה אינו ניצב מול לקוח בשר ודם. ההליך הפלילי מוגש על ידי היועץ המשפטי לממשלה או מטעמו. ... [לעומת זאת] ישנם הליכים, כמו ההליכים בפני בית המשפט הגבוה לצדק, שבהם מלווה הפרקליט 'לקוחות' בשר ודם, המשיבים בעתירה."⁹¹ דא עקא שההבחנה הנורמטיבית אבדה כמעט לחלוטין. בכל סוגי ההליכים נוהגים לומר בפשטות כי היועץ מייצג את המדינה, כי הוא עצמאי בגיבוש עמדתו המשפטית המחייבת, וכי עמדתו-שלו היא "עמדת המדינה".

(ב) "ייצוג עוין"

המושג "עד עוין" (hostile/adverse witness) מתאר כידוע עד המעיד נגד בעל הדין שקרא לו. בישראל נולד מושג חדש שנוכל לכנות בשם "ייצוג עוין", אשר למיטב ידיעתי אין דוגמתו בשום מקום אחר.

ייתכן מיד כי ייצוג בהליך משפטי, במובן שבו פרקליט מייצג בעל דין, הוא מושג רחב מאוד. בקיצור נמרץ, פרקליט אינו מחויב לומר כל מה שיושם בפיו או רק מה שיושם בפיו, אלא יש לו אחריות וחובות ושיקול דעת משל עצמו. בפרקליט ציבורי הדבר נכון אף ביתר שאת. כדברי השופטת נאור, "מחובתה של הרשות הציבורית לפעול בהגינות, ביושר, בסבירות ובתום לב. זהו גם האופן שבו ימלא הפרקליט את תפקידו כמייצג הרשות הציבורית."⁹² אם תרצו, פרקליט ציבורי נדרש לייצג את הרשות כ"בעלת דין למופת" (model litigant);⁹³ ומובן שפרקליט כזה לא ישמיע כל טענה, לא יגן על כל עמדה, ולעיתים יאמר גם מה שהרשות בעלת הדין אינה רוצה שייאמר. מובן גם שראוי לפרקליט

⁸⁹ שם, עמ' 922.

⁹⁰ שם, עמ' 918 – 922.

⁹¹ מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כ"ד 417, 418 (1995).

⁹² נאור, שם, עמ' 421 – 422.

⁹³ שאלתי מושג זה מהנחיות רשמיות שקבע ה-AG הפדרלי באוסטרליה, ולטעמי הוא מבטא באופן קולע את החובות המיוחדות המוטלות על המדינה ועל פרקליטיה. ראו Legal Services Directions 2017, Appendix B "The Commonwealth's obligation to act as a model litigant"; www.legislation.gov.au/Details/F2018C00409. ההנחיות מפרטות חובות המוטלות על המדינה כבעלת דין למופת, אף לפני משורת הדין, שעיקרן להקל על הצד שכנגד ולנהוג בו בהגינות בריבו עם המדינה. בד בבד, מודגש כי אין בכך כדי למנוע מהמדינה לעמוד על שלה ולמצות את זכויותיה.

ציבורי, הרבה יותר מאשר לפרקליט פרטי, לחרוג משאלות צרות של משפט וליטיגציה וליטול חלק פעיל בגיבוש עמדות מהותיות. ועם כל זאת, המושג "ייצוג אינו רחב דיו כדי לכלול "ייצוג עוין". רוצה לומר: אם בעל דין מבקש כדרך העולם לקבל פסק דין לטובתו, פרקליט אינו "מייצג" אותו בכך שהוא טוען בפה מלא נגדו ומבקש באופן אקטיבי פסק דין לחובתו. בפשטות, "ייצוג עוין" אינו ייצוג ו"פרקליט עוין" אינו פרקליט. יודגש כי מסקנה זו נותרת בעינה אפילו בהינתן מונופול ייצוג המעוגן בחקיקה ברורה ומפורשת (שלדעתי אינה קיימת בישראל), ויפים כאן במיוחד דברי בית המשפט העליון של טקסס (ההדגשה במקור):

[A] statute authorizing the AG to represent a state agency does not close either the mouth of the agency or the ears of the courts, when there are complaints that the AG or his assistants are not in fact fulfilling their duty to *represent* the agency. We emphasize that when a statute confers a right upon the AG to represent an agency, it imposes a corollary duty, and the agency has every right to expect the same diligent and faithful representation as any other "client".⁹⁴

הווה אומר: מונופול ייצוג סטטוטורי הוא מונופול של ייצוג. הסמכות לייצג בעל דין, גם בהיותה בלעדית לפי חוק, אינה הסמכות לשלול ממנו ייצוג או לפעול נגדו.⁹⁵ כפי שהבהיר לאחרונה גם בית המשפט העליון במדינת מיין (היחידה שבה ה-AG נבחר על ידי בית המחוקקים), AG הנוקט עמדה המנוגדת לעמדת הממשלה אינו מופיע מטעמה ואינו מייצג אותה. ממילא, במקרה כזה, אין תחולה לחקיקה המקנה לו מונופול ייצוג ומכפיפה להוראותיו את ניהול הליכי המדינה.⁹⁶ הדין בישראל עיוות כליל את המושג "ייצוג", והוא עושה בו כרצונו כשם שהיועץ עושה כרצונו בהליכי המדינה. במשפטנו, "ייצוג עוין" הוא לא רק נורמה אלא אף נתפס לעיתים כאידיאל.

(ג) ייצוג לשם מה

השתקת בעל דין עלולה כמובן לפגוע בצדק הטבעי אף במובנו הבסיסי ביותר.⁹⁷ אך מעבר לכך, מוטב להזכיר בתכלית הקיצור מדוע נותנים פתחון-פה לבעלי דין ומדוע מאפשרים

⁹⁴ Public Utilities Commission v. Cofer, 754 S.W.2d 121, 125 (Tex. 1988). בעניין זה שימש ה-AG כפרקליט סטטוטורי של שתי רשויות יריבות. בית המשפט קבע בדעת רוב כי החוק ברור ואין מנוס אלא שה-AG (כמוסד) ייצג את שתיהן, אך הדגיש כי יש דרכים לשמור על תקינות ההליך ובהן לחצוץ בין הפרקליטים משני הצדדים, לוודא שמתקיימת יריבות והפרקליטים אינם פועלים יחד, ולהתערב אם תהיינה טענות שהפרקליטים אינם ממלאים את חובתם לייצג את הרשויות היריבות.

⁹⁵ לפסיקה חדה וברורה ברוח זו ראו גם State ex rel. Amerland v. Hagan, 175 N.W. 372, 374 (N. Dakota, 1919).

⁹⁶ In re Opinion of the Justices, 112 A.3d 926 (Me. 2015).

⁹⁷ ראו המחשה להלן ליד ה"ש 189.

להם גם ייצוג אפקטיבי בעזרת פרקליט מיומן.⁹⁸ אסתפק בשני טעמים פשוטים, אוניברסליים, לכאורה מובנים מאליהם.

טעם אחד הוא מתן לגיטימציה לעצם הרעיון של הכרעה שיפוטית. בין בבית משפט ובין בפורום אחר, איש אינו יכול לכבד החלטה שניתנה נגדו מבלי שנשמע. מובן שהפסד בהליך משפטי צפוי לתסכל את המפסיד ואת תומכיו, אולם פתחון-פה וייצוג נאמן מקלים עליהם להשלים עם התוצאה ולראותה כלגיטימית. לגיטימציה זו נחלשת ואובדת עד כמה שהממשלה, ועמה ציבור גדול העומד מאחוריה, חשים כי הושתקו. "ייצוג עוין", שלילת ייצוג או ייצוג חלקי ופגום – כל אלה מצמיחים בהכרח אנטגוניזם נרחב ומסוכן כלפי היועץ, כלפי בג"ץ וכלפי שלטון החוק. לדעתי, האנטגוניזם כבר צמח ונזקיו כבר עמנו.

טעם שני הוא שיפור ההכרעה השיפוטית לגופה. ייצוג מלא ואפקטיבי של כל העמדות, על מנת שלא רק יישמעו אלא גם יתמודדו זו עם זו, מוביל להכרעה הטובה והנכונה ביותר. בבג"ץ יש לכך אף משנה תוקף, הן בשל מורכבות הנושאים ורוחב ההשלכות והן משום שבג"ץ יושב לדין כערכאה ראשונה ואחרונה, אין בו בירור עובדות, וכל שהוא רואה הוא מה שהצדדים שמים בפניו. אם העותרים מיוצגים היטב ונשמעים בקול רם בעוד הרשות נשמעת בקול רפה או אינה נשמעת כלל, פירוש הדבר הוא שבית המשפט אינו רואה תמונה שלמה של העובדות, של הדין ושל יתר השיקולים הנדרשים להכרעה מיטבית.

אשר על כן, ייצוג מלא משרת קודם-כול את בית המשפט ואת ההליך המשפטי. כפי שציין לא מכבר השופט שטיין, נוכח רצון היועץ ובאי כוחו להשתיק את השר המשיב –

הליך משפטי אשר משתיק את אחד מבעלי הדין ומונע ממנו את ההזדמנות להשמיע את טענותיו ובדרך זו להתמודד עם טענות יריבו איננו הליך ראוי. להליך כזה לא נוכל לקרוא בשם "משפט" אפילו ברמה מושגית הכי בסיסית.⁹⁹

בנוסף, כשהמשיב הוא חלק משלטון נבחר העומד לביקורת ציבורית, ייצוגו הוא גם הכרח דמוקרטי. לחיוב או לשלילה, הציבור זכאי לשמוע מה המשיב מבקש לטעון. אם עמדתו שגויה ומופרכת, בית המשפט ידחה אותה והציבור יסיק את מסקנותיו. לבסוף, בייחוד בבג"ץ, ההליך המשפטי הוא חלק בלתי נפרד מההליך השלטוני של קבלת החלטות ויישומן (לכאורה כדין). אין זה מתקבל על הדעת, בכל הכבוד, שהרשות תשמיע כרצונה טענות משפטיות ולא-משפטיות בחדרי הממשלה ובישיבות הכנסת, באולפני התקשורת ומעל כל במה – ודווקא בבית המשפט, העשוי לפסול את החלטותיה ולהורות לה מה תעשה או לא תעשה, יסתמו את פיה ויתקפו אותה מבלי שתוכל להתגונן.

2. "המדינה"

(א) שלושה מובנים של "המדינה" ואובדן ההבחנה ביניהם
כשם שמהות הייצוג משתנה מהליך להליך, כן גם מהות "המדינה".

⁹⁸ בהליכים מסוימים יכול החוק להגביל ייצוג מקצועי. ראו סעיף 63 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, המגביל ייצוג מקצועי בבית המשפט לתביעות קטנות. כמוכן, אין פירוש הדבר שלילת פתחון-פה מבעל הדין עצמו.

⁹⁹ עניין אמיתי, לעיל ה"ש 9, עמ' 26. הפניות פנימיות הושמטו.

(i) **במשפט האזרחי** "המדינה" היא תאגיד בעל אישיות משפטית. היא פועלת באמצעות אורגנים שהם עצמם נטולי אישיות משפטית לצרכי המשפט האזרחי – ממשלה, שרים ורשויות אחרות¹⁰⁰ – ובהיותה בעלת דין היא תובעת ונתבעת בשמה-שלה.¹⁰¹ היא מיוצגת לפיכך בהתאם לסכימה התאגידית שהוצגה לעיל,¹⁰² ולא לחינם החוק קובע כי "לענין הליך [אזרחי] דין המדינה כדין כל אדם".¹⁰³

בהליך אזרחי של המדינה, כגון בעניין חוזי, קנייני או נזיקי, מצטיירת אפוא תמונה טיפוסית: בעלת הדין הפורמלית היא מדינת ישראל, בעלות הדין הריאליות הן הרשויות הנוגעות בדבר, והפרקליטים המייצגים הם היועץ ובאי-כוחו. בהקשר זה "המדינה" היא ישות ממוסדת, תאגידית, היררכית ומרוכבת זרועות, ובראשה הממשלה שהיא האורגן העליון המבטא את רצונה.

(ii) **במשפט המינהלי** התמונה הדיונית הפוכה. האישיות המשפטית היא של רשויות הממלאות תפקיד ציבורי, בעוד "המדינה" אינה אישיות משפטית וממילא אינה בעלת דין.¹⁰⁴ עתירות לבג"ץ מוגשות כידוע נגד רשויות הנקובות בשמן-שלהן, וצווי בג"ץ יוצאים נגדן ולא נגד המדינה. כיוצא בזה, לעומת תקנות סדר הדין האזרחי המתייחסות במפורש אל "המדינה" כבעלת דין, בתקנות סדר הדין בבג"ץ מופיע רק "המשיב".¹⁰⁵ נמצא שרשויות המדינה מתדיינות בפועל גם בבג"ץ, אולם הסכימה הדיונית הפורמלית שונה מאשר בערכאות אזרחיות. בעלת הדין הפורמלית והריאלית כאחת היא הרשות המשיבה, הפרקליט המייצג הוא היועץ, ואילו "המדינה" – לפחות להלכה – אינה בתמונה ואינה צד. נותר להוסיף כי הרשות המשיבה כפופה ברגיל למרות הממשלה; ולכן, כדברי בג"ץ, "גם במקרים שבהם בחרו עותרים לרשום כמשיבים משרדי ממשלה מסוימים, ובכפוף לעניינים הספציפיים של הפעלת סמכות על ידי רשות מוסמכת, יש לראות בכלל ובמהות את כל הממשלה כמשיבה".¹⁰⁶

על רקע זה, מפליא במקצת כי ביטוי יומיומי בבג"ץ הוא "עמדת המדינה", כאילו "המדינה" היא בעלת הדין שעותרים נגדה. מפליא שבעתיים כי "עמדת המדינה" שונה

¹⁰⁰ כך למשל, מכוח סעיפים 4 ו-6 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951, הממשלה רשאית לרכוש נכסים "בשביל המדינה" וכן להסמיך לכך אחרים. חוזה רכישה עשוי אפוא להיחתם על ידי מנכ"ל משרד ממשלתי יחד עם חשב המשרד, אך הצד לחוזה תהיה המדינה והיא שתתבע או תיתבע אם החוזה ייבחן בהליך אזרחי. בעלי הדין הריאליים יהיו כמובן המנכ"ל ונושאי משרה אחרים הנוגעים בדבר. ראו גם "הסמכות להתחייב בחוזה בשם המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.2000 (2003).

¹⁰¹ סעיפים 2 ו-3 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958.
¹⁰² ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126 – 130 (1991); בג"ץ 1635/90 ז'רובסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 839 (1991). ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרוך א' – המינהל הציבורי** 397 – 401 (2010).

¹⁰³ סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958.

¹⁰⁴ עניין **רוטברד**, לעיל ה"ש 100; זמיר, לעיל ה"ש 100, עמ' 401 – 407. זמיר סבור שגם במשפט המינהלי האישיות המשפטית היא של המדינה, כבמשפט האזרחי, אך מכיר בכך שתפיסה זו אינה מקובלת. שם, 402, 406. לענייננו, בין כך ובין אחרת, בעלות הדין הריאליות הן הרשויות שהסמכות בידן, ההחלטות שלהן, האחראיות עליהן והצווים יוצאים נגדן.

¹⁰⁵ תקנות 37(ט), 61(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות (תשע"ט-2018); תקנות סדר הדין בבג"ץ, תשמ"ד-1984.

¹⁰⁶ עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 7, פס' ז'.

לעיתים מעמדת המשיב, כגון שר, ששמו נקוב בכותרת ההליך והוא בעל הדין הפורמלי והריאלי כאחד. להלן אשוב לכך.

(iii) במשפט הפלילי התמונה שוב משתנה. היות שלפי חוק "המאשים במשפט פלילי הוא המדינה והיא תיוצג בידי תובע",¹⁰⁷ מתפתים לומר שהיועץ מייצג את המדינה בהליך פלילי כשם שהוא מייצג אותה בהליך אזרחי. אולם לאמתו של דבר המדינה אינה אותה מדינה כשם שהייצוג אינו אותו ייצוג, ונקל לראות זאת בעזרת מבט קצר אל מעבר לים. בכמה ממדינות ארה"ב למשל, ובהן ניו-יורק וקליפורניה, המאשים אינו המדינה כי אם "הכלל" או "הציבור" ("The People").¹⁰⁸ אנגליה הפקידה את התביעה הפלילית בידי ה-Director of **Public** Prosecutions (DPP), שכמו ה-AG נקלט גם בארצות רבות אחרות;¹⁰⁹ וקנדה למשל כוננה DPP רק ב-2006, כדי לחזק ולהפגין את עצמאות התביעה מפני השפעות פוליטיות פסולות. החוק הקנדי ביטל את ה-Federal Prosecution Service שפעל במסגרת משרד המשפטים, הקים במקומו את ה-Public Prosecution Service ובראשו ה-DPP החדש,¹¹⁰ וסייע בכך להבהיר שהליכים פליליים מובאים מטעם הציבור ולא מטעם רשויות המדינה. באירופה הקונטיננטלית התמונה ברורה במיוחד (בהקשר דנן), היות שהתביעה הפלילית מופקדת בידי פרקליטות ציבורית (*ministère public*) להבדיל מפרקליטות מדינה.

בהשוואה למינוח הישראלי שבו "המדינה" היא המאשימה, המינוח בארצות אחרות הולם יותר את המהות ואת המציאות. לאמתו של דבר, בישראל כבארצות אחרות, הליכים פליליים אינם מנוהלים מטעם המדינה הממוסדת אלא מטעם קולקטיב בלתי-ממוסד שהוא "הכלל", "הציבור" או לכל היותר "המדינה במובן הרחב". מעצם מהותם, תכליתם של הליכים אלה אינה לסייע לרשויות השלטון ליישם החלטות, לבצע מדיניות, לנהל נכסים או להגן על מעשים – אלא תכליתם לאכוף את דיני העונשין. לפיכך, כמו מקביליו מעבר לים, היועץ בישראל אינו משרת בהקשר הפלילי את ההיררכיה הממשלתית. בעוד שבהליך אזרחי או מינהלי טיפוסי הוא פרקליט המשמש בעיקרו של דבר פה לרשות שלטונית אחרת, בפלילים הוא אורגן עצמאי המשרת את החוק ואת האינטרס הציבורי כפי שהם נראים בעיניו-שלו. להבדיל מהליך אזרחי או מינהלי שבו רשויות המדינה הממוסדת נזקקות לפרקליט שיגן על עמדותיהן ועל מעשיהן, עניינו של הליך פלילי הוא במעשי הנאשם ולא במעשי הרשויות, וממילא אין לרשויות עניין ישיר במהלכו. הרשעה או זיכוי בפלילים אינם

¹⁰⁷ חוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, סעיף 11.

¹⁰⁸ כך למשל באילינוי, משיגן, ניו-יורק וקליפורניה. Jocelyn Simonson, *The Place of "The People" in Criminal Procedure*, 119 COLUM. L. REV. 249, 290 – 291 (2019). המאמר דווקא מבקר את השימוש במונח זה, אך לא ארחיב.

¹⁰⁹ חוק משנת 1879 כונן את ה-DPP באנגליה בנושא משרה א-פוליטי הכפוף לפיקוח ה-AG, וכיום הוא ממונה על התביעה הפלילית מכוח ה-Prosecution of Offences Act 1985. ראו עוד להלן ה"ש 111. אוסטרליה למשל כוננה DPP ב-1983.

¹¹⁰ ראו בקיצור איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהוויית: יובל לדוח ועדת אגרנט" ספר לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 131, 156 – 157 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013).

קובעים זכויות או חובות של המדינה כאישיות משפטית במשפט האזרחי, וברגיל גם אינם משפיעים במישרין על כוחן של הרשויות לפעול במשפט המינהלי.¹¹¹ נמצא שהמדינה בהליך אזרחי או מינהלי שונה מהמדינה בהליך פלילי. הראשונה היא המדינה הממוסדת, על רשויותיה, הנזקקת לפרקליט לניהול הליכה כאישיות משפטית ובעלת דין. השנייה היא המדינה כריבון ו-*parens patriae*, או "המדינה במובן הרחב", שבאמצעות אורגן ממלכתי עצמאי מביאה נאשמים לדין. אם תרצו, הראשונה היא המדינה והשנייה היא "הציבור".

(ב) "עמדת המדינה" (בפרט בבג"ץ)

לפחות להלכה, בעלת הדין בהליך מינהלי אינה המדינה אלא הרשות המשיבה. מהי אפוא "עמדת המדינה" בבג"ץ, אם המדינה כלל אינה בעלת דין? לכאורה, ורק כמטבע-לשון, "עמדת המדינה" היא עמדתן של רשויות המדינה כשהן מיוצגות נאמנה על ידי היועץ.¹¹² אם היועץ מייצג את הממשלה, למשל, אזי העמדה שהוא מציג מטעמה היא "עמדת המדינה". הוא הדין אם הוא מייצג שר, שאז ברגיל "יש לראות ... את כל הממשלה כמשיבה".¹¹³ בכך אין כמובן קושי, אלא שהמושגים מתבלבלים לחלוטין כאשר מתברר כי "עמדת המדינה" היא דבר אחד ועמדת הרשות המשיבה היא דבר אחר. כך למשל, בעניין תנובה ניתן צו על תנאי בהסכמת "המדינה" נגד שר האוצר שהיה המשיב. בהמשך ניתן גם צו מוחלט, וכך נאמר בפסק הדין:¹¹⁴

בתשובה לעתירה המתוקנת טענה המדינה כי ... היא מסכימה למתן צו מוחלט כמבוקש בעתירה. בצד האמור, צוין כי שר האוצר מתנגד להסכמה זו. ... לא נעלמה מעינינו עמדתו של שר האוצר, שהסתייגה מהסכמת המדינה למתן צו מוחלט. בעניין זה מבקש אני להעיר כלהלן. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כפי שנמסרה לבית המשפט, היא עמדתה של המדינה.

¹¹¹ מכאן גם האיחור הרב בהקמת תביעה ציבורית, בפרט באנגליה. תביעות פליליות הוגשו משך מאות שנים **בשם** המלך אך ביוזמת הפרט (כדברי בלקסטון במאה ה-18: "in the name of the king, but at the suit of any private prosecutor"; WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND, VOLUME 4, 300 (1769), מהטעם הפשוט שלמדינה הממוסדת, כאז כן היום, אין ברגיל עניין משל עצמה בגורלו של הליך פלילי זה או אחר. "התביעה הפלילית" הייתה אפוא בעבר הרחוק בידי הקורבן, בני משפחתו וחליפיו; ולימים באו גם בעלי-זרוע או בעלי-יוזמה שמובטח להם פרס על כל עבריו שיצליחו להרשיע, וכן התאגדויות אזרחיות וולנטריות שמספרן באמצע המאה ה-19 הגיע לאלף בכל רחבי אנגליה. Douglas Hay, *Controlling the English Prosecutor*, 21 OSGOODE HALL L. J. 165, 171 – 172. תביעה ציבורית של ממש הוקמה באנגליה רק ב-1985, בדמות ה-Crown Prosecution Service וה-DPP בראשו. לסקירה **קצרה** ראו Daniel Klerman, *Settlement and the Decline of Private Prosecution in Thirteenth-Century England*, 19 LAW & HIST. REV. 1, 5 – 8 (2001). ראו גם רות גביון **שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק** 84 – 85 (1991).

¹¹² אפשר להוסיף השערה כי "עמדת המדינה" הייתה במקורה קיצור-לשון ל"עמדת פרקליטות המדינה"; וזאת לאור ההנחה, שהייתה פעם מובנת מאליה, כי עמדת הפרקליטות היא עמדת הרשויות שהפרקליטות מייצגת. אך אין זו אלא השערה.

¹¹³ עניין **אדם טבע ודין**, לעיל ה"ש 7 (ראו הציטוט המלא לעיל ליד ה"ש 106).

¹¹⁴ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 4, עמ' 4 – 5.

בפרשה אחרת הוסבר כי עמדת השר הנקוב כמשיב "אינה עמדת המדינה, שהיא בעלת הדין לפנינו. עמדת המדינה – כך יוצגה בפנינו וכך ראוי שתיוצג בפנינו – היא זו שנקבעת על ידי היועץ".¹¹⁵

בכל הכבוד, ומעבר להיבט הפורמלי, הקושי פשוט מאין כמותו. כאשר עמדת היועץ הפוכה לזו של הרשות המשיבה, ואין בה אפילו אינטגרציה של עמדות ממשלתיות אלא היא עמדת היועץ בלבד, במה זכה היועץ שדווקא עמדתו-שלו היא "עמדת המדינה"? מדוע אין היא "עמדת היועץ"? אם רשות המגלמת את המדינה מבקשת שעתירה נגדה תידחה, בעוד הפרקליט המתיימר לדבר בשמה מבקש שהעתירה תתקבל, מדוע דווקא הפרקליט רשאי להכריז "המדינה זה אני"? כיצד ייתכן שקול היועץ הוא קול המדינה, ואילו הממשלה שמינתה אותו לתפקידו – הממשלה שחוק יסוד: הממשלה קובע כי "היא הרשות המבצעת של המדינה" – אינה המדינה אלא רק "רשות חולקת" נטולת זכות דיבור?

ככל שדיעתי מגעת, בשום ארץ בת-השוואה לא ימצא עיוות כה יסודי וכה תמוה. בפשטות, "עמדת המדינה" היא ברגיל עמדת ההיררכיה השלטונית המגלמת את המדינה הממוסדת. כך למשל, כמפורט בפרק הרביעי, עמדת ארה"ב היא ברגיל עמדת ההיררכיה של הרשות המבצעת, והיא מוצגת באמצעות מחלקת המשפטים הכפופה ל-AG ומעליו לנשיא. כיוצא בזה, אם החוק מקנה לרשות פלונית סמכות ייצוג עצמאית בהליך נתון, יכול שיוצגו עמדת ארה"ב באמצעות מחלקת המשפטים ועמדת הרשות בשמה-שלה ובאמצעות פרקליטיה. בד בבד, יכול שלא תהיה כלל "עמדת ארה"ב" מקום שהרשות המבצעת והרשות המחוקקת חולקות זו על זו. כך, אם מחלקת המשפטים מבקשת לתקוף חוקתיות חוק, ה-AG מחויב להודיע על כך לקונגרס כדי לאפשר לקונגרס להתערב ולהגן על החוק באמצעות פרקליטיו-שלו;¹¹⁶ והוראה מפורשת מחייבת את "נציגי ארה"ב" להצהיר במסגרת ההליך כי העמדה לעניין חוקתיות החוק היא עמדת הרשות המבצעת – או עמדת הנשיא או כל רשות אחרת הנוגעת בדבר – לבל ייראה כאילו הרשות המבצעת היא "המדינה" וכאילו היא זו הרשאית לדבר בשם ארה"ב.¹¹⁷ בישראל, אף אם היועץ תוקף את הממשלה ואת הכנסת ואת החוק גם יחד, הדין עשוי לראות דווקא אותו כמי שמדבר בשם המדינה.¹¹⁸

¹¹⁵ עניין התאחדות הסוחרים והעצמאים, לעיל ה"ש 74, עמ' 21; וראו החלטת הנשיאה נאור בעניין זה מיום 31.7.2017 (אר"ש).

¹¹⁶ 28 U.S.C § 530D.

¹¹⁷ שם, סעיף 530D(d) שזו לשונו (הסוגריים במקור):

"... the representative of the United States ... shall make a clear declaration in the proceeding that any position expressed as to the constitutionality of the provision involved is the position of the executive branch of the Federal Government (or, as applicable, of the President or of any executive agency or military department)."

¹¹⁸ בעניין "חוק ההסדרה" חלק היועץ על עמדת הממשלה והכנסת כאחת, אך באופן חריג "מצא לנכון לקבל את בקשת הדרג המדיני לאפשר לממשלה [ייצוג פרטי] נוכח עמדתו לפיה חוק ההסדרה אינו חוקתי ודינו בטלות". בג"ץ 1308/17 עיריית סילווד נ' הכנסת, עמ' 16 (אר"ש, 9.6.2020). ומה אם היועץ לא היה מוצא לנכון "לאפשר" ייצוג פרטי אלא היה כופה על הממשלה "ייצוג עוין"? ראו גם תשובת היועץ בעניין אמיתי, לעיל ה"ש 9 בעמ' 24, שהדגישה כי גם במקרה החריג של חוק ההסדרה "הייצוג הנפרד היה באישורו של היועץ" (ההדגשה במקור). מכל מקום, לטעמי בצדק, העמדות השלטוניות במקרה זה תוארו כמות שהן – עמדת היועץ, עמדת הממשלה ועמדת הכנסת – וכל אחת מהן זכתה בייצוג משל עצמה. בג"ץ 1308/17, שם, עמ' 16 – 18.

ודוקן: היות ששרים יחידים (ורשויות אחרות) כפופים למרות הממשלה, יכולה הממשלה להחליט כי היועץ יקבע את עמדת השרים בבית המשפט, אף בניגוד לדעתם, אלא אם הממשלה עצמה תחליט במקרה מסוים אחרת. או-אז העמדה המוצגת באמצעות היועץ היא עמדת הממשלה (המגלמת את המדינה), ועל השרים להיכנע ליועץ משום שכך הממשלה מורה להם לעשות. בשינויים המחויבים זו אכן תמצית הדין הפדרלי של ארה"ב, שעוגן הן בהוראות נשיאותיות והן בחקיקה.¹¹⁹ אך כל עוד הרשות המשיכה פועלת במסגרת ההיררכיה השלטונית של קבלת החלטות, עמדת הרשות היא עמדת המדינה הן מחוץ לבית המשפט והן בתוכו; ובניגוד לתפיסה שהשתרשה אצלנו, עמדת הרשות היא זו שיש לשמעה כדי לתת לבעל הדין את יומו בבית המשפט.

(ג) "עמדת המדינה" ויסודות המשטר

גישה לערכאות אינה רק זכות יסוד של הפרט, אלא במדינת חוק היא תנאי לעצם יכולתו של השלטון לקבוע מדיניות וליישם החלטות. בפשטות, אם עמדת הפרקליט בלבד היא עמדת הרשות בבית המשפט, ואם הוא רשאי לפעול בשמה ולחייבה כרצונו בהתאם לתפיסתו "המשפטית",¹²⁰ פירוש הדבר הוא שהרשות כפופה לו הן בבית המשפט והן מחוץ לו. מעבר לים הדבר ברור; ודומה שרק לעיתים רחוקות מתעורר הצורך לנסחו במפורש, כגון בעניין שנדון במדינת אייווה (Iowa) לפני כארבעים וחמש שנה. לצרכינו, די לומר כי משרד ממשלתי ביקש לבטל ערעור שהוגש בשמו לבית המשפט העליון, ואילו ה-AG (הנבחר) ביקש להמשיכו בטענה שניהול ההליך הוא בסמכותו המוחלטת. בית המשפט העליון דחה פה-אחד את עמדת ה-AG, ביטל את הערעור ונזקק למילים חדות במיוחד:¹²¹

[T]he AG urges his claim of total dominion over litigation is in no way dictatorial because the courts alone make final decisions. We are unpersuaded. The AG claims the right to decide which cases will be prosecuted or defended and which cases will or will not be appealed. He claims the right to present or not to present various issues, arguments and considerations. No court can make final decisions of cases and issues not brought before it. ... To accord the AG the power he claims would leave all branches and agencies of government deprived of access to the court except by his grace and with his consent. In a most fundamental sense

¹¹⁹ ראו להלן הפרק הרביעי.

¹²⁰ מובן שהיועץ עצמו קובע מהי שאלה "משפטית". מובן עוד שבישראל, כבארצות אחרות, משפטנים עשויים להציג עמדה אישית או אידיאולוגית כעניין "משפטי" או "מקצועי"; ויכול שיעשו זאת בין במודע ומתוך כוונה לשוות לעמדתם תוקף ולגיטימציה, ובין שלא במודע, בתום לב גמור, מבלי להכיר בעצמם כי השקפתם האישית מכתובה את עמדתם "המשפטית". ראו גם לעיל ה"ש 50. לטעמי מדובר בתופעה אנושית בלתי נמנעת, טבעית, וכל המתעלם ממנה מתעלם מהמציאות.

¹²¹ Motor Club of Iowa v. Department of Transportation, 251 N.W.2d 510, 515 – 516 (Iowa 1977).

such departments and agencies would thereby exist and ultimately function only through him. We believe and hold the AG possesses no such dominion or power.

בישראל, ובפרט בהליכי בג"ץ, העיוות המשפטי-משטרי המתואר בדברים אלה הוא-הוא הדין. אדרבה, במשפטנו העיוות חריף במיוחד: הוא כובל אף את הממשלה במליאתה; הוא חל בעיקר כשהרשות מבקשת להתגונן בבג"ץ, היינו, כשהיא משיבה בעל כורחה בערכאה ראשונה ואחרונה; והוא מפקיד את הכוח, ללא יסוד בחוק, בידי יועץ ממונה להבדיל מ-AG הנבחר ישירות על ידי הציבור.

כאמור, הציטוט לעיל נועד לדברים שברגיל אינם צריכים להיאמר. פרט לישראל, למיטב ידיעתי, אין עוד מדינה שבה פרקליט ממלכתי רשאי לחסום גישה לערכאות בפני כל רשות שאינה מקבלת את דעתו "המשפטית" – לרבות הרשות האכסוקטיבית העליונה – לקבוע כהבנתו את "עמדת המדינה", להשתיק כל עמדה שלטונית אחרת, ובכך להשליט את מרותו בגבולות שהוא עצמו קובע.

פרופ' פרידמן כתב לאחרונה כי הדין במכלול הייעוץ והייצוג הפך את היועץ "למפקד הכללי של הממשלה", והוסיף כי "אם הממשלה כפופה לפקודת היועץ המשפטי בכל תחום ועניין ... עולה השאלה מי היא באמת הרשות המבצעת."¹²² ככל שהבנתי משגת, ערכאות זרות היו מותחות ביקורת חריפה אף יותר.

כיצד להסביר מציאות מתמשכת שבה המערכת הפוליטית בישראל משלימה עם הדין הקיים, לעיתים מוחה נגדו אך אינה עושה דבר לתיקונו? שאלה זו תובעת לדעתי דיון נפרד, שלם, מורכב, שלא כאן מקומו.

3. ייצוג המדינה "בשני קולות"

בהתאם לשיח שהשתרש במשפטנו, רשות שהיועץ מסרב לייצגה עשויה לבקש "ייצוג נפרד". אם היועץ ייענה לבקשה זו המדינה תתואר כאילו היא מדברת בשני קולות,¹²³ והדין הקיים נחוש למנוע זאת למעט בנסיבות הנדירות ביותר. לשון אחרת, הדין חותר ל"מדינה אחת" שהיועץ בלבד מייצג אותה. דא עקא שגם המושג הזה שרוי לדעתי בערפל. "דיבור בשני קולות" קיבל במשפטנו מובן שגוי ומבולבל – ואילו במובנו הפשוט והנכון אין בו פגם, ובגבולות נאותים הוא אפילו רצוי.

לעיתים מתבררת בערכאות מחלוקת בין שתי רשויות יריבות המגלמות את המדינה, שכל אחת מהן מציגה את עמדתה באמצעות פרקליט משל עצמה. בפרק הרביעי נראה כי התדיינות "פנימית" כזאת מקובלת בארה"ב במקרים רבים וכבר עשרות שנים, והיא מתרחשת ברגיל כאשר חריגים למונופול הייצוג הסטוטורי – אף הם סטוטוריים – מקנים לרשות זו או אחרת סמכות ייצוג עצמאית. כך הרשויות אכן מיוצגות בנפרד, המדינה אכן מדברת בשני קולות, ובנסיבות מסוימות יכול שהדבר יהיה מוצדק ואף הכרחי.¹²⁴

¹²² דניאל פרידמן "פיצול משרת היועץ המשפטי" **ICON-S-IL Blog** (1.9.2021).

¹²³ ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" **עיוני משפט** לח 316 (2016), והמקורות המובאים שם; וכן הנחיית היועץ לעיל בה"ש 3.

¹²⁴ מאמרו של שנער, שם, אכן מצדד בהגמשת העיקרון של "קול אחד", ואני שותף לעמדתו ולרוב טיעוניו.

לטעמי יש בכך ביטוי למתח טבעי, שעד גבול מסוים הוא בריא ורצוי, בין רשויות שונות ובין האינטרסים השונים שבאחריותן.

מצב אחר לחלוטין מתקיים כשהיועץ בישראל חולק על רשות של המדינה ובפועל טוען נגדה, והרשות מבקשת ייצוג באמצעות פרקליט אחר. נקל להבין כי מחלוקת זו אינה בין שתי רשויות יריבות אלא בין רשות אחת לבין הפרקליט המתיימר לייצג אותה. כמוסבר, בנסיבות אלה נשמעים לכתחילה רק קול העותרים וקול היועץ ששניהם כאחד תוקפים את הרשות, והיועץ אינו משמיע את קול המדינה אלא את קולו-שלו כשומר האינטרס הציבורי. הווה אומר: הרשות אינה נשמעת ואינה מיוצגת כל זמן שכופים עליה "ייצוג עוין"; היא אינה מבקשת ייצוג "נפרד" אלא ייצוג כפשוטו, שהרי אין לה שום ייצוג; והשאלה אינה אם המדינה תישמע בשני קולות אלא אם תוכל להישמע בקול אחד.

לאמתו של דבר, אם כן, ייצוג המדינה "בשני קולות" מתייחס למחלוקת בין רשויות יריבות. הוא אינו רלוונטי למחלוקת בין רשות אחת לבין פרקליטה.¹²⁵ אם רשות של המדינה אינה מיוצגת כבעלת דין, ואם עמדתה האמתית אינה נשמעת משום שהיועץ טוען נגדה, אזי למדינה אין קול. העותרים נשמעים, היועץ נשמע, והמדינה נותרת אילמת. דווקא הדין הקיים הוא זה שיוצר שני קולות ואף "שתי מדינות", האחת מחוץ לבית המשפט והשנייה בתוכו.

בצל הדין דהיום, יכול שהמדינה בגילום הממשלה תקבל החלטה ותעמוד מאחוריה בכל פורום שלטוני או ציבורי – ובכל זאת אותה מדינה עצמה, והפעם בגילום היועץ, תתקוף את החלטתה-שלה כשהיא נדונה בבג"ץ. כך "עמדת המדינה" תהפך בהתאם לפורום שבו היא נשמעת, והמדינה האחת תהפוך לשתיים. מובן שהחלטה (או מדיניות או פעולה) של המדינה עלולה להיות בלתי חוקית, ובית המשפט יכריע. אבל אין זה מתקבל על הדעת שעמדת המדינה מפי הממשלה, מחוץ לבית המשפט, תהיה שיש ליישם החלטה נתונה – ובאותו זמן עמדתה מפי היועץ, בתוך בית המשפט, תהיה שאין ליישמה ויש לפסלה. הנה כי כן, דווקא הדין הקיים עלול "לפצל" את המדינה לכדי דיבור מופרך וחסר טעם בשני קולות.

ג. אובדן הדרך

מה מקורות הדין הקיים, ומה הוליד את העיוותים שהשתרשו בו? מניין השפה המשפטית המתעתעת שבה (בין היתר) ייצוג אינו ייצוג, המשיב אינו מורשה להשיב ועמדת המדינה היא עמדת היועץ, כאילו נכפה עלינו שִׁיחָדָשׁ (Newspeak) אורווליאני? לפני הכול: כיצד ננטש הכלל הראשון במשפט המחייב לשמוע שני צדדים? כיצד להסביר השתקה של בעל

¹²⁵ דומני כי שנער, שם, אינו מבחין כראוי בין שני המצבים (אף שאני שותף כאמור לעמדתו). ראו עוד אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנובה ואמיתי" **ICON-S-IL Blog** (13.3.2019). בעניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 9, סבר השופט שטיין כי הרשות זכאית ליומה גם כשהיועץ חולק עליה. לדברי שנער, "השופט שטיין צריך להסביר מדוע קולה של המדינה ראוי להתפצל כדי להתיר ייצוג נפרד. לרשות מגיע יומה בבית המשפט רק אם הרשות אינה המדינה [שהרי המדינה כבר נשמעת מפי היועץ]". כמוסבר, לדעתי יש בכך בלבול מושגים. קול המדינה אינו מתפצל, שכן היועץ לכתחילה אינו משמיע אותה. **הרשות** היא "המדינה" הזכאית ליומה; בעוד היועץ, שאינו מדבר בשם המדינה, ראוי לדבר בנפרד בשם הציבור והחוק.

דין **כלשהו** רק משום שפרקליט **כלשהו** חולק עליו, ומה פשר ההליכים האנטי-משפטיים שמותר להתקיף בהם אבל אסור להתגונן? התשובה מורכבת מכדי שאנסה למצותה, ויש בה לדעתי היבטים שאינם מתחום המשפט. אציע רק כמה קווי רקע והסבר, אבחן את עיקר המקורות המשפטיים ואמחיש בקיצור את הדין כדמותו היום.

1. מתפיסה ישנה לתפיסה חדשה

מוסד היועץ בארץ ישראל ובמדינת ישראל ינק מהמקור האנגלי, ומכאן התוכן שיצק בו היועץ הישראלי הראשון, יעקב ש. שפירא (1948 – 1950), כפי שציין גוטמן על סמך ראיונותיו עמו: "בדרך טיפולו בנושאים השונים שהצטברו על שולחנו של שפירא את עצמו כיצד היה נוהג באותו עניין ה-Attorney General, וכמוהו ביקש לנהוג."¹²⁶ שפירא הקפיד אפוא מלכתחילה על עצמאות בפלילים, ויכול היה להישען בכך על נורמה שבאנגליה כבר הייתה מבוססת.¹²⁷ אולם בכל הנוגע לתפקיד הפרקליט במישור הלב-פלילי – כאז כן היום – אין ל-AG ולבאי-כוחו "עצמאות" בייצוג הממשלה ורשויותיה, וממילא לא היה לשפירא מניין לשאוב עצמאות אשר כזאת.

כיוצא בזה, אף שהיועץ בישראל אינו שר, היועצים הראשונים היו קרובים למודל הממשלתי שתואר בפרק הראשון. שפירא, וכמוהו היועץ השלישי גדעון האוזנר (1960 – 1963), היו אישים פוליטיים עוד לפני שהיו יועצים, ובתום כהונתם פנו מיד לקריירה פוליטית כחברי כנסת ושרים.¹²⁸ חיים כהן, היועץ השני (1950 – 1960), גילה הערצה ונאמנות יוצאי דופן לראש הממשלה בן-גוריון, וב-1952 גם כיהן כמה חודשים כשר משפטים ויועץ בעת ובעונה אחת.¹²⁹ כל השלושה עמדו בתוקף על עצמאותם בפלילים, וגם בתחומים אחרים היו דעתנים ותקיפים לעת הצורך. כל אחד מהם היה נכון להתפטר או להיות מפוטר אם עמדתו תידחה בעניין חשוב. אך דומה שאיש מהם לא ראה את עמדתו המשפטית כאילו היא מחייבת לפי דין, או כאילו פעולה בניגוד אליה כמוה כפעולה בניגוד לחוק.¹³⁰ דומה גם שאיש מהם לא העלה בדעתו לעתור נגד הממשלה, או לתקוף אותה בבית המשפט, בניסיון לכפות עליה עמדה שלא לרצונה.

¹²⁶ יחיאל גוטמן **היועץ המשפטי נגד הממשלה** 53 (1981).

¹²⁷ עצמאות ה-AG האנגלי בפלילים התגבשה בעיקר סביב פרשת Campbell שהתרחשה ב-1924. ראו בהרחבה Edwards, לעיל ה"ש 12, עמ' 199 – 225; וכן דוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 81, עמ' 429.

¹²⁸ שפירא נבחר לכנסת בתום כהונתו ולימים כיהן שנים רבות כשר המשפטים (1966 – 1973). האוזנר נכשל ב-1959 בניסיונו להיבחר לכנסת, אך כבר ב-1960 נתמנה לכהונת היועץ ביוזמת מנהיג מפלגתו ושר המשפטים פנחס רוזן. בתום כהונתו שב האוזנר לשאיפותיו הפוליטיות וכיהן בארבע כנסות ובשתי ממשלות. ראו עוד לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 154 – 155.

¹²⁹ כהן העיד כי הוקסם מבן-גוריון ורחש כבוד והערצה למנהיגותו; חיים כהן **מבוא אישי** 200 (אוטוביוגרפיה, 2005). רעייתו כתבה אחרי פטירתו כי "חיים הלך אחרי בן גוריון כמעט בעיניים עצומות", ומעשיו כיועץ שיקפו את הערצתו אליו "ונכונותו המוחלטת ללכת באשר יורה לו"; מיכל זמורה-כהן "הנה אדם", שם, עמ' 430. כהן עצמו ראה את הדברים אחרת; שם, שם.

¹³⁰ שפירא עמד בתוקף על עצמאותו בפלילים, וסופו שהתפטר ככעס אחרי שהממשלה התעלמה מעמדתו בעניין אזורי-מינהלי; ראו דינה זילבר **בשם החוק – היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה** 25 – 33 (2012). כהן הודיע לממשלה כי לא יקבל הוראות כתובע פלילי, והבהיר לה כי בידה לפטרו אך הוא

תחילת שינוי פרסונלי (להבדיל מנורמטיבי) ניכרה עם היועץ הרביעי, משה בן-זאב (1963 – 1968), שהיה שופט מחוזי לפני כהונתו ופנה לפרקטיקה פרטית אחריה. ממנו והלאה ועד היום, היועצים כולם באו אל המשורה מכס השיפוט, מהפרקליטות האזורית או הצבאית, משירות המדינה, מהאקדמיה או מהפרקטיקה הפרטית; ואיש מהם, בין לפני כהונתו ובין אחריה, לא היה חבר כנסת או שר או בעל קריירה פוליטית.¹³¹ בדור הבניינים החל אפוא תהליך הדרגתי, שלימים צבר תאוצה בגיבויו החזק של בית המשפט העליון, ובו היועץ התרחק מהמודל הממשלתי והתקרב למעין מודל ציבורי נוסח ישראל.

שלב מכריע אירע להבנתי בעקבות פרשת השב"כ (1986), שהסלימה כידוע לכלל התנגשות קיצונית בין היועץ וסביבתו לבין הממשלה וקברניטיה.¹³² פרשה קשה זו הנחילה טראומה למערכת המשפטית ולראשיה, מוסדית ואישית גם יחד; גררה תגובה פוסט-טראומתית שחלחלה עד מהרה לבית המשפט העליון; וסופה שתרמה ליצירת דין נמהר, לא שקול ולא מבוסס, שהעצים באופן מופרז את כוח היועץ על חשבון כוחה של הממשלה.¹³³ מכל מקום היועץ חרת על דגלו את הגנת האינטרס הציבורי ושלטון החוק מעל הכול, והחל להפנים ולהפגין את האתוס של "משרת הציבור ולא משרת הממשלה" – כותרת מאמרו של היועץ יצחק זמיר (1978 – 1986), גיבור פרשת השב"כ, משנת 1989.¹³⁴

בד בבד, בפרט במשפט המינהלי, נאמנותם של היועץ ובאי-כוחו לאינטרס הציבורי קיבלה גוון משלה והחלה להידמות לזו של ה-*ministère public* בצרפת. לאמתו של דבר, היועץ בישראל אינו נאמן לציבור (כמו ה-AG במדינות ארה"ב), שהרי אינו נבחר על ידי הציבור ואינו חב לו דין וחשבון – אלא בראש ובראשונה, בלשונו של פרופ' דותן, הוא נאמן "לאינטרס הכללי של שלטון החוק – אינטרס שהביטוי המעשי שלו הוא מחויבות עמוקה לעמדות, לתפיסות ולקביעות העקרונות של שופטי בג"ץ ... [למערכת המשפט, לא פחות מאשר ל]רשות המינהלית המיוצגת".¹³⁵ אכן, דומני שמוסד היועץ מצוי כבר מזמן

מעמדתו לא יזוז. שם, עמ' 48; כהן, שם, עמ' 52. על נכונותו של כהן להתעמת גם בעניינים לא-פלייליים ראו אשר פליקס נדא "בימים ההם – פרקליטות המדינה בשנות החמישים" ספר לנדוי, כרך ב' 587, 588 – 590 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995). האוזנר ושר המשפטים יוסף נקלעו כידוע למחלוקת קשה על סמכויות היועץ בפליילים, שנדונה בממשלה והביאה להחלטתה להקים את ועדת אגרנט (1962). לפני שהחליטה שמעו הממשלה הרצאות משפטיות משני היריבים, והאוזנר הקדים הבהרה: "אציג השקפתי ותכריע הממשלה וזה יחייב. אני מוסיף מראש, שאני אישית לא אקבל זאת. זה יכול לחייב כל יועץ משפטי שיבוא אחרי. ... מה שאני באופן אישי אעשה – זה ענייני אני". פרוטוקול ישיבת הממשלה מיום 17.6.1962, אתר ארכיון המדינה www.archives.gov.il, עמ' 10, 43. כלומר: אם הממשלה תדחה את עמדתו המשפטית של האוזנר, החלטת הממשלה תהא מחייבת אלא שהוא באופן אישי יתפטר. האוזנר אכן התפטר ב-1963 על רקע יחסיו המתוחים עם הממשלה.

¹³¹ יוצא מכלל זה חבר הכנסת ולימים השר רוני בר-און, שמונה למשרת היועץ ב-1997 והתפטר כעבור יומיים. לצרכינו, דומני שכהונה בת יומיים אינה כהונה. פרשה זו הובילה כידוע להקמתה של ועדת שמגר (לעיל ה"ש 81), שפרסמה דוח ב-1998.

¹³² לתיאור נרחב ראו יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 15 – 133 (1995).

¹³³ ראו עוד לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 133 – 137.

¹³⁴ לעיל ה"ש 38.

¹³⁵ יואב דותן "קדם בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז' 159, 171 – 172 (תשס"ד).

בתהליך שחווה בשעתו ה-*ministère public*: אימוץ מעמיק והולך של האתוס השיפוטי, עד כדי פגיעה ממשית ביכולת להבטיח לרשויות המדינה ייצוג אדברסרי. אין פירוש הדבר שהיועץ ובאי-כוחו חדלו לגמרי לשמש כפרקליטים. אולם יותר ויותר, בפרט בבג"ץ, הם נוטים לשפוט את הרשויות במקום לייצג אותן.

מגמות נוספות הלכו וגיבשו את התפיסה החדשה. כולן לדעתי שלובות זו בזו, ואזכיר רק כמה מהן.

ראשית – הכובע הפלילי, הדומיננטי, הוצב בחלון הראווה והחל להקרין על יתר הכובעים. עצמאות התובע החלה להיקשר למוסד היועץ, כאילו היא נלווית לכל עשייתו ולכל תפקידיו, וממילא היטשטשה ואף אבדה ההבחנה בין הנורמות החלות על תפקידים שונים. הדין הלך והתמקד בפונקציונר במקום בפונקציות. נבטה המחשבה השגויה שאם היועץ מכריע מתי יוגש אישום ומתי לא יוגש אזי בידו גם להכריע מתי המדינה תיוצג ומתי לא תיוצג, אם הוא עצמאי כתובע הוא עצמאי גם כפרקליט, ואם דעתו מחייבת בתחום אחד הרי "בעניינים משפטיים" היא מחייבת תמיד.¹³⁶

שנית – דין הייצוג נכרך בדין הייעוץ, הקובע כי היועץ רשאי לחוות דעה בכל שאלה הנראית לו משפטית – מיוזמתו ולא רק כשהתבקש – ודעתו מחייבת את כל הרשויות לרבות הממשלה.¹³⁷ דין חדש זה החל להיות מוצג כאילו היה ישן (ראו להלן), ושוב מתוך עיוות מושגי-לשוני: "חוות דעת" יזומה ומחייבת אינה חוות דעת אלא הוראה, ובמיוחד כאשר מדגישים כי הפרתה כמוה כהפרת חוק.¹³⁸ ובכל זאת, בשיחך המשפטי הוראה היא "חוות דעת" ועמדה מחייבת היא "ייעוץ".

ייעוץ וייצוג הפכו אפוא למכלול אחד. השתרשה המחשבה כי מאחר ש"חוות דעתו המשפטית [של היועץ] מחייבת את כל זרועות הרשות המבצעת, ממילא משגיבש היועץ את עמדתו המשפטית בסוגיה מושא ההליך המשפטי שהמדינה צד לו, זו העמדה שתוצג לפני בית המשפט".¹³⁹ אבדה כמעט לגמרי ההבחנה היסודית בין שתי הפונקציות, ולא למותר להציג כאן בקיצור נמרץ.

ייעוץ ניתן מחוץ לבית המשפט ולפני-מעשה, בעוד ייצוג ניתן בתוך בית המשפט, לאחר-מעשה ומול צד שכנגד. ייעוץ נועד ברגיל לגיבוש מסקנה אובייקטיבית וכמו-שיפוטית על יסוד הדין הקיים, ואילו ייצוג נועד להצגת טיעון אדברסרי, וחלק נכבד ממנו –

¹³⁶ זמיר למשל קבע כי היועצים שפירא וכהן החלו לבסס עצמאות "בעניינים משפטיים"; יצחק זמיר "האיש והרוח" מבוא אישי 13, לעיל ה"ש 129, בעמ' 52. אולם מתיאורו של זמיר עצמו עולה כי יועצים אלה עמדו על עצמאותם בעניינים פליליים, להבדיל מעניינים מינהליים שבהם חל שינוי מתקופתם לתקופתנו. כדברי זמיר, "[כהן] חשב שתפקידו מחייב אותו להעלות בפני בית המשפט טענות בזכות החוקיות של החלטות [קשות]", גם כאשר החוקיות שלהן היתה מוטלת בספק. ... [שכן] ראה עצמו מחויב, בתוקף תפקידו, להגן עליהן. ... לפי תפיסת התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהיא מקובלת כיום, מן הראוי היה שחיים כהן יסרב מלכתחילה לאשר החלטות כאלה, או יסרב בדיעבד להגן עליהן. שם, עמ' 39 – 40, 42. התפיסה השתנתה, אם כן, והעצמאות שהחלה להתבסס בדור הראשון לא הייתה "בעניינים משפטיים" אלא בעניינים פליליים.

¹³⁷ לביקורת ראו איתן לבונטין ורות גביוון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר – מאמרים חלק א' 221 (אהרן ברק עורך, 2003).

¹³⁸ ראו לעיל ה"ש 8.

¹³⁹ עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, עמ' 9. ההדגשה במקור.

בייחוד בערכאה הגבוהה ביותר – הוא הניסיון לשכנע את בית המשפט לשנות את הדין הקיים. הנמען העיקרי של חוות דעת הוא הנועץ, בעוד הנמען העיקרי של טיעון הוא בית המשפט. ייעוץ הוא בעיקרו judgment וייצוג הוא בעיקרו advocacy. יועץ אינו רשאי "לתקן" את הדין על דעת עצמו, לבל יכשיל את הנועץ, בעוד פרקליט רשאי בהחלט לבקש מבית המשפט לאבחן מקרים, לבטל תקדימים, לסייג כללים ולקבוע הלכות. יועץ נשאל לעמדתו-שלו, ופרקליט מתבקש להגן על עמדה נתונה (בגבולות הדין והאתיקה). תפקידו היסודי של פרקליט אינו להחליט אלא לטעון, שהרי לא הוא מחליט אלא בית המשפט, ועליו להציע לבית המשפט פרשנות אחראית גם אם הוא עצמו היה דוחה אותה. אכן, כאמור בפסק דין אנגלי בן מאה וחמישים שנה:¹⁴⁰

A client is entitled to say to his counsel, I want your advocacy, not your judgment; I prefer that of the Court.

בארצות אחרות יש ביטויים ברורים להבחנה בין שתי הפונקציות, מוסדיים ונורמטיביים גם יחד. בישראל, כאילו לא ייתכן אחרת, התגבשה תפיסה שגויה כאילו ייצוג הוא רק המשכו של ייעוץ וכאילו חוות דעת כמו-שיפוטית אינה שונה מטיעון אדברסרי. ללא דיון, הדין נתפס למחשבה שאם עמדת היועץ היא עצמאית ומחייבת בתפקיד הייעוץ אזי כך גם בתפקיד הייצוג.

שלישית – מאחר שעמדה מחייבת בתפקיד הייעוץ אינה קלה לאכיפה, קמה התפיסה שהתפקידים האחרים עֲרָבִים לה על מנת שאכן תחייב. כך, בדחותה את ההצעה להפריד בין תפקיד התובע ליתר התפקידים, ועדת שמגר הסבירה כי "המשקל של דבריו ועצותיו של היועץ נובע במידה רבה מאוד מן הריכוז והשילוב שבסמכויותיו ... לרבות היסוד המרתיע אשר בסמכות לנקוט בהליכים פליליים".¹⁴¹ באותה רוח, היועץ זמיר הסביר כי "אם רשות ממשלתית היתה מסרבת לפעול על-פי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה לא היה מי שיגן על עמדתה בבית המשפט. ... במקרים כאלה אין בפני המשרד הממשלתי דרך אחרת אלא לחזור בו."¹⁴² במידה רבה, הייצוג הפך לאמצעי-אכיפה בשירות הייעוץ. כוחו המונופוליסטי של הפרקליט גויס בכדי להבטיח ציות לעמדתו המחייבת של "המייעץ". מעמד היועץ ויוקרתו הפכו כמעט מבלי משים למטרה בפני עצמה, באופן שהוא לטעמי מכריע בהבנת הדין הקיים.

רביעית – מעצבי התפיסה החדשה וממשיכיה, בבית המשפט העליון, הם באופן מובהק נשיאים ושופטים שכיהנו בעצמם כיועצים או כבאי-כוחם הבכירים ביותר. כדי לקצר, די לומר שהדין התגבש תחת שלושה נשיאים דומיננטיים שבאו לבית המשפט הישיר מתפקידם הקודם – הנשיאים שמגר וברק מתפקיד היועץ, הנשיאה ביניש מתפקיד פרקליטת המדינה – ולימים הנהיגו את בית המשפט משך שלושה עשורים (1983 – 2012). הדין החדש אמנם התקבל כמדומה על דעת רוב השופטים בדור האחרון, אך תורשי התלם ונושאי הדגל, בעבר והיום, הם השופטים שבאו בעצמם מלשכת היועץ ומצמרת השירות המשפטי.

¹⁴⁰ Johnson v. Emerson (1871) 6 Exch. 329, 367

¹⁴¹ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, עמ' 54.

¹⁴² יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט יא(3) 411, 418 (1986).

לבסוף, בתמונת ראי לאמור – המשפט הישראלי יצר מסלול קידום ברור מצמרת השירות המשפטי לכהונה שיפוטית בבית המשפט העליון, העובר כידוע בוועדה לבחירת שופטים.¹⁴³ מינוי לבית המשפט העליון מחייב כיום רוב של שבעה מתשעת חברי הוועדה; שלושה מהתשעה הם נשיא בית המשפט ועוד שניים משופטיו, הנוטים להצביע כאיש אחד ולשקף ברגיל את דעת כלל השופטים או רובם;¹⁴⁴ ונמצא שבית המשפט העליון, היום כבעבר, מחזיק למעשה כוח וטו על מינוי שופטיו.

מובן שלא כל יועץ (או מי מנציגיו) נושא עיניים לכהונה שיפוטית. אולם באופן טיפוסי, בעצמו ובאמצעות באי-כוחו, היועץ טוען דרך-שגרה בפני שופטים העשויים לקבוע במישרין את גורלו האישי. באופן ממש, הוא עומד כל העת למבחן ומייצג גם את עצמו. ככל שמתרבות העמדות שהוא מסרב לייצג, כן גוברת הנטייה לזהותו באופן אישי ומקצועי עם העמדות שהוא מסכים לייצג. במודע או שלא במודע, עליו להישמר שמא יראה כמי שממהר לעשות את רצון הממשלה ואף מזדהה בעצמו עם עמדות "לא ראויות". כך, אם ייצוג הממשלה מחייב טיעון לגיטימי וחשוב נגד תפיסה שיפוטית קיימת, שאולי היא שגויה

¹⁴³ מבלי למצות את כל התפקידים הבכירים בשירות המשפטי או את כל המינויים לכהונה שיפוטית – יצוינו הנשיאים שמגר וברק והשופטים כהן, זמיר, רובינשטיין ומזוז (יועצים-לשעבר), הנשיאה ביניש והשופטים כן וארבל (פרקליטי מדינה לשעבר), וכן השופט פוגלמן (בעברו מנהל מחלקת הבג"צים) והשופט סולברג (בעברו עוזרם של שלושה יועצים).

¹⁴⁴ לקבוצה הקטנה של שופטי בית המשפט העליון יש כמובן עניין מוסדי ואף אישי בזהות השופטים שיצטרפו אליה. גם לעת מחלוקת חריפה סביב מועמד זה או אחר (ראו נעמי לויצקי **העליונים – בתוככי בית המשפט העליון** 11 – 46 (2006)), טבעי שקבוצה זו תשאף לעמדה משותפת וקולגיאית הנקבעת בהתייעצות בין כלל חבריה, בין היתר כדי למקסם את כוחה בוועדה לבחירת שופטים. בעבר נערכה התייעצות כאמור לא רק במפגשים אישיים אלא גם בהתכנסויות של חבר השופטים כולו (ראו לויצקי, שם), והתפתחה פרקטיקה שבה שלושת השופטים בוועדה פעלו כנציגים המחויבים למעשה להחלטת חבר השופטים. ראו למשל שמעון שטרית **על השפיטה** 279 (2004) ("לנציגי השופטים בוועדה יש דעה 'מוכנה מראש' ולא דעה עצמאית"); מרדכי הלר **מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון** "תכלת" 8, 54, 61 – 64 (1999) ("שלושת השופטים בוועדה אכן מצביעים כגוש אחד, והצבעתם היא הקובעת כמעט תמיד את התוצאה" (בעמ' 62)). עקב הביקורת על פרקטיקה זו נחקק ב-2004 סעיף 6א לחוק בתי המשפט, הקובע כי "חבר הוועדה [לבחירת שופטים] יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה" (תיקון לפי חוק נושאי משרה שיפוטית (שיקול דעת של חברי ועדה לבחירת נושאי משרה שיפוטית) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004, ס"ח 329). כפי שהסביר לכנסת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, "לאחרונה היתה תרעומת גדולה בציבור על כך שאפילו בטרם קבעה הכנסת את נציגיה לוועדה, התכנסו שופטי בית-המשפט העליון, קיימו שם דיון והחליטו שהם תומכים במועמדים פלוני ומתנגדים למועמדים אלמוני". ד"כ ישיבה 118, 2004.15.3.65, עמ' 65 – 66; main.knesset.gov.il; וראו גם יתר מסמכי החקיקה, שם.

הפרקטיקה שנהגה בעבר שוב אינה חוקית, אם כן, אך אין פירוש הדבר שהמציאות השתנתה. השופטים בוועדה רשאים כמובן להיוועץ בחבריהם, אינם מנותקים מהלכי הרוח הסובבים אותם, והדעת נותנת ששיקולים מסוימים ידריכו ברגיל את שלושתם וגם ישקפו ברגיל את דעת הרוב בבית המשפט. לפיכך, היום כבעבר ובפרט לצורך מינויים לבית המשפט העליון, דומה שהשופטים בוועדה עודם נוטים בפועל להצביע כאיש אחד. ראו למשל אביעד בקשי **שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל** 6 (2011) izs.org.il/papers/judges.pdf ("יש תמימות דעים בין שלושת השופטים בוועדה לפחות ביחס למינויים לבית המשפט העליון. ... הם אינם מתחייבים לעמדה אחת מראש, הם פשוט בעלי השקפת עולם דומה בהתחשב בשיטה בה הם עצמם מונו"); אברהם טננבוים וסיון רצון "על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה" **המשפט** כד 173, 181 (2018) ("השופטים מגיעים [לוועדה] בקבוצה מגובשת").

או עבר זמנה, היועץ עשוי לגלות נאמנות לתפיסה השיפוטית ולא לתפקידו כפרקליט. אם עמדת הממשלה "קשה", הוא עשוי להצניע אותה ואף לתקוף אותה לבל יראה כאילו השלים עמה. גם במישור זה הוא מצוי בניגוד עניינים, מוסדי וגם אישי; ויש בכך לפגוע לא רק בייצוג אפקטיבי במקרה נתון, אלא גם בדיאלוג בין הרשויות ובאינטרס ארוך הטווח באיכות ההליכים ובפיתוח הדין.

2. הערת-פנחסי

(א) העובדות והקשיים

המקור הפורמלי המרכזי לדין הקיים הוא הערה אגבית קצרה, בת פחות מעמוד אחד, שהשופט ברק (כתארו אז) כתב ב-1993 בשולי פסק דינו בפרשת פנחסי.¹⁴⁵ העתירה באותה פרשה הוגשה נגד ראש הממשלה רבין בדרישה שיפטר את סגן השר פנחסי, אחרי שהיועץ חריש ביקש להעמידו לדין והכנסת סירבה להסיר את חסינותו.¹⁴⁶ רבין סבר שאין עליו חובה משפטית לפטר את פנחסי וביקש כמובן לדחות את העתירה. אולם היועץ חריש, שסבר להיפך, טען בשם ראש הממשלה עצמו כי דין העתירה להתקבל. עמדתו של רבין הובאה רק במכתב מטעמו שצורף לכתב התשובה של היועץ; וכך נאמר בפסק הדין, שהבחין בלשון מדויקת בין ייצוג עמדה לבין הצגתה:¹⁴⁷

את עמדת [היועץ] ייצגה לפנינו פרקליטת המדינה, הגברת בייניש. היא גם הציגה לפנינו את עמדתו של ראש הממשלה. עם זאת היא ציינה כי עמדת ראש הממשלה אינה מקובלת על [היועץ]. ... [פרקליטת המדינה] טענה לפנינו 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 לפנינו.

נמצא שהיועץ היה מוסמך גם שלא להציג את עמדת ראש הממשלה, ומכל מקום היה רשאי לייצגו בכך שיטען נגדו. הכיצד? השופט ברק נסמך על דברי היועץ זמיר בעיצומה של פרשת השב"כ, מתוך כבשן המאבק שזמיר ניהל נגד הממשלה,¹⁴⁸ והצביע בעקבותיו על שני כללים: האחד, עמדתו המשפטית של היועץ משקפת מבחינת הממשלה את הדין, והשני,

¹⁴⁵ בג"צ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 473, 441 (1993) (להלן "עניין פנחסי").
¹⁴⁶ פרשת פנחסי נזקקה להליכים רבים, הן לפני והן אחרי העתירה לפיטוריו מכהונת סגן שר. להשתלשלות המלאה, המאלפת, ראו בג"ץ 7367/97 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ מ (אר"ש, 19.10.1998).
¹⁴⁷ עניין פנחסי, עמ' 455, 473.

¹⁴⁸ האמת בפרשת השב"כ, במלוא כיעורה, נודעה לזמיר בפברואר 1986 מפי דורית ביניש שכינה אז כמשנה לפרקליט המדינה. הוא ביקש לשמעה ממקור ראשון אחרי שנותר כדבריו "ממש המום" (גוטמן, לעיל ה"ש 132, עמ' 42), קיבל את מבוקשו בראשית אפריל, ובמאי בא עם ביניש למפכ"ל המשטרה ומסר לו תלונה נגד ראש השב"כ ועוזריו. ב-8 באפריל הזדמן לזמיר לשאת דברים בפומבי, כשהאמת כבר ידועה לו אך הפרשה טרם נודעה בציבור, והוא עומד כמעט בודד במערכה קשה ביותר נגד הממשלה. בכל הכבוד הרב, אין פלא אם דבריו בהזדמנות זו היו נחרצים ופולמוסיים יותר משהיו זהירים ומדויקים. מכל מקום הדברים פורסמו כמאמר תחת הכותרת "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" (לעיל ה"ש 142), ועליהם נסמך השופט ברק בהערת-פנחסי. לביקורת הדברים לגופם ראו לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 141 – 144.

ייצוג המדינה ורשויות השלטון מופקד בידי היועץ. לכן, בלשון השופט ברק, "על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה."¹⁴⁹

בשנים שחלפו, בפסיקה ומחוץ לה, מתארים את הערת-פנחסי כאילו קבעה הלכה או הייתה "הניסוח המקיף" להלכה קיימת,¹⁵⁰ והיא נתפסת כאילו הכריעה סוגיה שנדונה באופן ממצה על יסוד טיעונים מזה ומזה. למעשה, בכל הכבוד, התמונה שונה לחלוטין.

ראשית – העתירה לא עסקה בייצוג ראש הממשלה אלא בפיתורי פנחסי. שאלת הייצוג לא עמדה כלל להכרעה, לא נדונה, ולכן גם נדחקה לפסקה בודדת בשולי פסק הדין. טענה בנושא הייצוג נשמעה רק מפי פרקליטו של פנחסי, שלא הוא נפגע משלילת ייצוג, והשופט ברק אף הטעים במפורש כי "נטענה 'בשפה רפה', ואשיב עליה אך בשולי הדברים".¹⁵¹

שנית – הטענה לגופה, וכן התשובה לה, התמקדו בטפל ולא בעיקר. הטענה הייתה שפרקליטת המדינה פעלה בניגוד לכללי האתיקה, בכך שייצגה את ראש הממשלה ואת היועץ שעמדוניהם סותרות, ומכאן תשובת השופט ברק. אולם ההיבט האתי משני לחלוטין. חשוב פי כמה ההיבט הדיוני, החוקתי והמשטרי. העיקר אינו אם פרקליט זה או אחר רשאי לייצג, אלא אם בעל הדין מיוצג; לא אם פרקליטת המדינה הפרה באופן אישי את כללי האתיקה, אלא אם ניתן לשלול מראש הממשלה את יומו בבית המשפט. השאלה החשובה היא אם מותר לנהל הליך ולתת פסק דין נגד ראש הממשלה, או נגד כל בעל דין אחר (ציבורי או פרטי), מבלי שקיבל הזדמנות מלאה ואפקטיבית להישמע כרצונו.

שאלת הייצוג הוצגה אפוא לא רק בשוליים אלא גם במישור הלא-נכון. ההליך בבג"ץ ודאי לא היה זירה מתאימה לביורור שאלה צדדית של אתיקה; ואולי משום כך, בין היתר, איש מיתר שופטי ההרכב לא התייחס להערתו הקצרה והאגבית של השופט ברק.¹⁵²

שלישית – ראש הממשלה לא זכה בייצוג נאמן בשתי שאלות: הן השאלה העיקרית אם הוא חייב לפטר את פנחסי, והן השאלה האגבית אם הוא זכאי לייצוג נאמן. הנפגע הישיר מהערת-פנחסי, המתוארת כהלכה המנחה של הדין, לא קיבל כלל הזדמנות להתמודד עמה. כך גם הממשלה כולה, שאף היא נפגעת מאותה הערה מאז ועד היום. איש מטעמם לא היה באולם כדי לטעון שראש הממשלה והממשלה זכאים תמיד לייצוג כאשר עותרים נגדם.

לבסוף – דומה שהיועץ עצמו נקלע לניגוד עניינים חריף, מובהק, כפול ואף משולש. ניגוד אחד היה בין עניינו של היועץ כתובע לבין חובתו כפרקליט. בזירה הפלילית, חריש גיבש כתב אישום נגד פנחסי וספג מהלומה כשהכנסת סירבה להסיר את חסינותו. לאחר מכן, בזירה המנהלית, מובן שחריש לא שש להגן על רבין ובכך גם על המשך כהונתו של פנחסי. מטבעם של אנשים ומוסדות, חריש והמערכת הכפופה לו ביקשו להמשיך בזירה המנהלית את המהלך שנעצר בזירה הפלילית.¹⁵³

¹⁴⁹ עניין פנחסי, עמ' 473.

¹⁵⁰ ראו למשל עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו 173, 174 – 175; ולאחרונה עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, עמ' 8 ("הניסוח המקיף להלכה זו ... ניתן על ידי בית משפט זה, בהרכב מורחב, בעניין [פנחסי]").

¹⁵¹ עניין פנחסי, עמ' 473. ייתכן גם שהטענה הועלתה רק בעל-פה בעת הדין, אך פסק הדין אינו מבהיר זאת.

¹⁵² ראו עוד האמור להלן בה"ש 170 והטקסט הסמוך.

¹⁵³ במישור אישי אחר, היה גם מי שתהה שמא חריש זעם נוכח שמועות על כוונתו של רבין להחליפו. אורלין גורדון "כיצד איברה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" חכלת 57, 70 (1998).

ניגוד שני היה נעוץ בכך שהערת הייצוג עסקה בסמכויות היועץ עצמו והעצימה את כוחו-שלו על חשבון הממשלה. הלכה למעשה, שאלת הייצוג הייתה אם היועץ רשאי לכפות על הממשלה את עמדתו – ובכל זאת היועץ, באמצעות פרקליטת המדינה, ייצג את הממשלה גם לצורך השאלה הזאת עצמה. בפועל, סמכות הייצוג הבלעדית שימשה כדי לגונן על סמכות הייצוג הבלעדית. לשון אחרת, היועץ שלל מראש הממשלה ייצוג בעת שהתעוררה השאלה אם הוא רשאי לשלול ממנו ייצוג.

ניגוד שלישי היה בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור. כמוסבר בפרק הראשון, היועץ נקלע לניגוד בין חובתו כפרקליט לייצג את ראש הממשלה בהתאם לעמדותיו, לבין חובתו כאורגן לייצג כהבנתו-שלו את החוק ואת האינטרס הציבורי.

אלמלא בלבול המושגים, עניין **פנחסי** יכול היה לשמש דווקא להבהרת הדין. בג"ץ עשוי היה לקבוע שאם בדעת היועץ לתקוף את ראש הממשלה ולבקש פסק דין נגדו, הרי אין מניעה שיעשה זאת: יתכבד היועץ ויסיר את כובע הפרקליט הממשלתי, ואז יעתור נגד ראש הממשלה (או יצטרף לעתירה נגדו) בכובע שומר האינטרס הציבורי. היועץ יתקוף כרצונו, וראש הממשלה יתגונן כרצונו בעזרת פרקליט אחר. אם יתברר שהדין עם היועץ, טוב שעתר; ואם יתברר שהדין עם ראש הממשלה, טוב שקיבל ייצוג.

בפועל, לא כך קרה. המערכת המשפטית שאבה כוח ויוקרה מהערת-פנחסי ואימצה אותה כמוצאת שלל רב. הקשיים והפגמים נדחקו מהתודעה. הערת-פנחסי הפכה להלכה ואף להלכה מנחה, ואחריה באו עוד הערות אגב רבות שנשענו עליה וזו על זו.

(ב) הלכה פסוקה והערת אגב

אף שהדין הקיים מעוגן לדעתי בהערות אגב ותו לא, אין כמדומה טעם להעמיק בשאלה אם הוא אכן ראוי לתואר "דין". במציאות הוא מושרש, מדריך את היועץ ואת בית המשפט ומהווה לכל הפחות דין-בפועל.

עם זאת, ההבחנה בין הלכה פסוקה להערת אגב אינה תיאורטית או נוקדנית. היא משקפת הכרה אוניברסלית בכך שהכרעה שיפוטית הקובעת דין ועתידה לשמש תקדים צריכה להיות שקולה, מבוססת ומושכלת. הלכה בעלת ערך תקדימי מחייבת אפוא דיון ממצה על יסוד תשתית מלאה ככל האפשר של עובדות, עמדות, דין ושיקולים; וההנחה היא שתשתית זו תיבנה באופן מיטבי מתוך יריבות והתמודדות ממשית בין בעלי דין שהעמידו להכרעה מחלוקת קונקרטי, יש להם עניין ישיר בה, וכל אחד מהם שואף לשכנע בעמדתו ולהפריך את עמדת יריבו. כמוסבר לעיל ולהלן, הערת-פנחסי היא דוגמה מובהקת **להעדר** התנאים האלה, והיא ממחישה היטב את חשיבות ההבחנה בין הערה להלכה. בפועל, בפסיקה ומחוץ לה, גם הבחנה בסיסית זו נפלה קורבן לעיוותים הקשים שבדין.

3. העדר דיון, התעלמות מביקורת ו"מסורת" יש מאין

במסגרת הערות האגב ובהעדר דיון ממצה, אין פלא שהפסיקה לא נדרשה להתמודד עם דעה שונה. ביקורת סולקה הצדה או נותרה לא-ידועה, אין זכר למשפט המשווה, והפסיקה בדור האחרון התעלמה אפילו מדברים קשים שכתבו יועצים ושופטים בני הדור הראשון. כך, היועץ השני כהן והיועץ הרביעי בן-זאב, שעוד היו בין החיים כשנכתבה הערת-פנחסי, התייחסו אליה במישרין ובביקורת יוצאת דופן בחריפותה. כהן, שכיחן כידוע גם בבית המשפט העליון (1960 – 1981), חש "מועקה בלב שלראש הממשלה לא היה יומו בבית

המשפט; התקומם על "דבר משונה זה", "כאילו עמדתו של היועץ המשפטי היא היא עמדת הממשלה על אפה ועל חמתה"; והוסיף שאם הממשלה או שר אינם מקבלים את דעת היועץ בשאלה משפטית, והם דורשים הכרעה שיפוטית בינם לבינו במסגרת עתירה נגדם, הרי היועץ אינו יכול "לסתום להם את הפה ולכוף עליהם את דעתו".¹⁵⁴ בן-זאב כתב כי "התרחש כאן עיוות קונסטיטוציוני" שהוליד "דין התלוי על בלימה", ובראיון בעל-פה אמר כי הוא "בכלל לא מבין מה שקרה שם. שם אמרו שראש הממשלה מיוצג, והוא מיוצג על ידי מי שאומר שהוא לא צודק, אז איך זה?"¹⁵⁵ למיטב ידיעתי, בית המשפט מעולם לא התייחס לביקורות אלה (ועוד אחרות), ואולי אין הוא יודע על עצם קיומן. כיצד יידע עליהן או ידון בהן אם איש לא הורשה לטעון בפניו ביסודיות נגד הדין הקיים, ואם ליועצים מהדור האחרון אין עניין להצביע על ביקורות העלולות להחליש את כוחם-שלהם?

בתוך כך, בהעדר דיון וביקורת נבנתה "מסורת" יש מאין. הערת-פנחסי עצמה, להבנתי ללא יסוד, נשענה על "מסורת חוקתית" שגובשה כביכול בדוח ועדת אגרנט (1962).¹⁵⁶ היועץ בן-זאב, בהתייחס לכך, כתב כי "בג"ץ דיבר בשמה של מסורת חוקתית שגובשה בדוח ועדת [אגרנט], אולם הוא לא כיבד את אותה המסורת, אלא הקצין אותה".¹⁵⁷ מרים בן-פורת, אף היא מנשות הדור הראשון, לא מצאה את המסורת החוקתית שזכרה בפנחסי והוסיפה כי טיעון בדבר מסורת כזאת "לא הועמד להכרעה שיפוטית, וממילא לא הונחה לטיעון כזה תשתית ראייתית".¹⁵⁸ פרופ' גביון כתבה כי "ועדת אגרנט לא זו בלבד שלא נתנה תמיכה לכללים שמדובר בהם [בהערת-פנחסי], אלא אף שללה אותם במפורש".¹⁵⁹ הכול ללא הועיל. האמת המדומה היא זו שהועדפה, והאמת כהווייתה נדחקה.

אותה תמונה מצטיירת סביב דין הייעוץ, שנכרך כאמור בדין הייצוג. כהן עצמו, בעודו מכהן כיועץ, כתב ב-1952 כי "סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה אינה אלא סמכות מייעצת, ושמו ותארו יבואו ויעידו. מותר לה לממשלה ולרשויותיה השונות לקבל או לא לקבל את עצותיו".¹⁶⁰ ארבעים שנה לאחר מכן נותר כהן בדעתו, ובהתייחסו להערת-פנחסי כתב כי "אין לו ליועץ המשפטי להלין אלא על עצמו בלבד, אם אין לו כוח השכנוע

¹⁵⁴ חיים כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב 265, 285 (1994).

¹⁵⁵ דבריו בכתב ובעל-פה מצוטטים אצל זילבר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 142.

¹⁵⁶ עניין פנחסי, עמ' 473. לביקורת ראו לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 137 – 146. לדוח ועדת אגרנט ראו לעיל ה"ש 81.

¹⁵⁷ הדברים מובאים אצל זילבר, לעיל ה"ש 130, עמ' 142.

¹⁵⁸ מרים בן-פורת חוק יסוד: מבקר המדינה 115 (פירוש לחוקי היסוד בעריכת יצחק זמיר, 2005). בן-פורת כיהנה כידוע כמשנה לנשיא בית המשפט העליון ולימים כמבקרת המדינה.

¹⁵⁹ רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה 27, 95 (1996).

¹⁶⁰ ראו מכתב בחתימת כהן למנהל האגף לביקורת משרדי הממשלה במשרד מבקר המדינה (24.8.1952), ארכיון המדינה ג-7/5425, עמ' 75 ;

www.archives.gov.il/archives/Archive/ob07170680014dab/File/ob07170680785b6b
המכתב לא פורסם, למיטב ידיעתי, והוא מהווה חלק מחליפת מכתבים שאינה מענייננו. לפסקה נוספת מהמכתב ראו להלן ה"ש 284.

והסמכותיות להעביר את עצותיו".¹⁶¹ גם ועדת אגרנט לא קבעה שעמדת היועץ מחייבת את הממשלה, ואף קבעה להיפך, וועדת שמגר הלכה בעניין זה בעקבותיה.¹⁶² לאחרונה ציין בג"ץ, אגב הישענות על הערת-פנחסי, כי תפיסת הדין דהיום "הייתה מקובלת מאז ומתמיד", ובמקום אחר כי "הייתה מקובלת ונהוגה בישראל מימים ראשונים".¹⁶³ בכל הכבוד, דומה שתפיסה זו לא הייתה מקובלת מימים ראשונים, והא ראייה – בין יתר ראיות – שהיועצים מאותם הימים חלקו עליה בחריפות בכבודם ובעצמם. ובכל זאת האמת המדומה השתרשה, והיא זו המפרנסת את הדין.

4. שלילת ייצוג בשל "אי-חוקיות ברורה וגלויה"

דוח ועדת שמגר (1998) התייחס לעניין פנחסי תחת הכותרת "בעיות של ייצוג כאשר הדעות חלוקות".¹⁶⁴ הוא ציין כי "מבחינת הכללים החוקתיים המנחים צריך להזכיר כי לרשות רשמית, כמו לכל אדם, הזכות להיות מיוצגת";¹⁶⁵ וקבע כי כבר אירע שבית המשפט דחה את עמדת היועץ, כי יש לתת לרשות את יומה במקרים חריגים שייתכנו בהם פרשנויות משפטיות שונות, וכי הצגת מכתב מהרשות, כפי שנעשה בפנחסי, "אינה בהכרח דרך בלעדית, [אלא יש] דרכים אחרות ואף יעילות יותר לשם הצגת עמדתה".¹⁶⁶ הוועדה הציעה לפיכך כי "במקרים בהם אין המדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה, מן הנכון שהיועץ המשפטי יחליט על התרת ייצוגה של הרשות הממלכתית החולקת על דעתו, על ידי משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי".¹⁶⁷

הצעת הוועדה התקבלה כמדומה במורת רוח בקרב השירות המשפטי, הובנה כתפיסה אחרת מזו שעוגנה בפנחסי,¹⁶⁸ ואף ספגה ביקורת חריפה על שנתנה אפשרות לייצוג חיצוני נגד עמדת היועץ.¹⁶⁹ אולם ניכר שהדוח עצמו נמנע מלחלוק במישרין על גישת פנחסי, ניסה דווקא להישען עליה, ורק הציע "דרכים אחרות" כדי להציג את עמדת הרשות. יש אפוא מידה של אמביוולנטיות בדוח, ולפחות אחת מסיבותיה גלויה לעין: אדם אחד ישב בראש ועדת שמגר ובראש ההרכב בפנחסי; ומובן שהנשיא שמגר, שבעניין פנחסי כתב רק "אני

¹⁶¹ כהן, לעיל ה"ש 154, עמ' 286.

¹⁶² דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, עמ' 44. בג"ץ עצמו הכיר במפורש בפער בין מסקנתן המשותפת של שתי הוועדות לבין הדין הקיים כפי שהתגבש בפסיקה; בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, עמ' 33 (אר"ש, 12.10.2008). אך אפילו הכרה מפורשת זו לא הועילה, ובשירות המשפטי של המדינה נותר במקומו הנרטיב השגוי, העיקש, המתאר את הדין הקיים כאילו נקבע כבר בדוחות אגרנט ושמגר. ראו לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 146 – 147.

¹⁶³ ראו בהתאמה עניין תנובה, לעיל ה"ש 4, עמ' 9; עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, עמ' 8.

¹⁶⁴ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, עמ' 71 – 75.

¹⁶⁵ שם, עמ' 71.

¹⁶⁶ שם, עמ' 71 – 73.

¹⁶⁷ שם, עמ' 74.

¹⁶⁸ פוגלמן, לעיל ה"ש 150, עמ' 175.

¹⁶⁹ ראו למשל בנדור וסגל, לעיל ה"ש 1, עמ' 436 – 439; וכן דברי דן מרידור ואריאל בנדור, שייחסו לוועדה שגיאה חמורה ומסוכנת בנקודה זו. המכון הישראלי לדמוקרטיה "שולחן עגול" בנושא מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, 15.9.2003;

www.idi.org.il/events1/RoundTableDiscussion/Pages/Events_RT_Forum_62_protoc.ol.aspx

מסכים", מצא עצמו במבוכה מסוימת כשהתייחס לפסק הדין בדוח הוועדה.¹⁷⁰ אלמלא מבוכה זו, אפשר שהדוח היה נחרץ יותר.

לדעתי, בכל הכבוד הרב, מוטב היה אילו הדוח הבהיר עקרונות פשוטים: אין לשלול מהמשלה (או מרשות הפועלת על דעתה) את יומה בבית המשפט; היועץ כלל אינו מייצג את המשלה כשהוא מבקש בעל כורחה פסק דין נגדה; והמשלה אינה זקוקה להסכמה, לא מהיועץ ואפילו לא מבית המשפט, על מנת שתוכל להציג את עמדתה כבעלת דין. בפועל, דוח הוועדה לא עשה כן אלא קבע שני סייגים: ניתן לשלול מהרשות ייצוג אם עמדתה נגועה ב"אי-חוקיות גלויה וברורה", והחלטה על שלילת הייצוג היא בידי היועץ עצמו. להבנתי, אף שהצעת הוועדה נועדה לרכך במקצת את תפיסת פנתסי, היא עודנה לוקה בקשיים חריפים ומנוגדת לדין בכל מדינה בת-השוואה.

ראשית – קשה ליישב את הצעת הוועדה עם קביעתה-שלה שהרשות כמו כל אדם זכאית לייצוג. וכי **איי-פעם** שוללים מאדם ייצוג ופיתחון-פה כבעל דין, בישראל או מחוץ לה, משום שעמדתו נגועה לדעת אחר ב"אי-חוקיות ברורה"? אם היועץ סבור שהמשלה טועה בבירור, האם די בכך כדי לאסור עליה לנסות ולשכנע את בית המשפט אחרת?¹⁷¹ האם בית המשפט עצמו מוסמך לשלול ייצוג מבעל דין, ולנהל נגדו הליך בלי לשמעו, כי החליט מראש שהוא טועה? למעלה מהצורך, נניח פסק דין נחרץ בשאלה משפטית שנתנו שלושה שופטים, פה-אחד, בתום דיון מלא בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה. אם המפסיד מערער, האם לשלול ממנו ייצוג בערכאה שנייה כי הערכאה הראשונה כבר קבעה שעמדתו בלתי חוקית בבירור? אם לא, כיצד שוללים ייצוג מהמשלה עוד לפני תחילת הדיון בערכאה ראשונה?

שנית – "אי-חוקיות ברורה" היא לעולם בעיני המתבונן. תיתכן תמיד מחלוקת אם עמדה פלונית היא לא חוקית "סתם", לא חוקית בבירור או אף חוקית, כשם שתיתכן מחלוקת אם אישום פלילי הוכח "סתם", הוכח מעבר לספק סביר או לא הוכח כלל. מובן שמחלוקת כאלה ייתכנו גם בין היועץ לבין פרקליט המדינה למשל, או בין יועץ מכהן לבין יועץ קודם; והניסיון מלמד כי עמדה הנראית "בלתי ניתנת להגנה", בעיני מי מהם, עשויה לזכות בהגנה מכובדת ואף להתקבל על דעת השופטים.¹⁷² לא לחינם אי-חוקיות נקבעת רק בתום ההליך, **אתרי** שמיעת הצדדים, על ידי בית המשפט ולא על ידי מי מהפרקליטים.

¹⁷⁰ ארבעה שופטים כתבו "אני מסכים" בשולי פסק דינו של השופט ברק, ומן הסתם התכוונו להכרעה העיקרית בשאלת פיטוריו של פנתסי ולא להערה השולית והאגבית בשאלת הייצוג. ראו עוד לעיל ליד ה"ש 152. עליי לציין כאן כי שימשתי כעוזר המחקר של ועדת שמגר, אך אדגיש כי אינני נסמך על "ידע פנימי" כלשהו אלא אך ורק על התרשמותי כיום.

¹⁷¹ ראו דבריו החריפים של חיים כהן, לעיל ליד ה"ש 154.

¹⁷² דוגמה מפורסמת אירעה סביב גירוש פעילי החמאס ללבנון ב-1992. פרקליט המדינה (ביניש) ומנהלת מחלקת הבג"צים (ארד) סברו שהגירוש אסור בעליל וסירבו להגן על עמדת המדינה, ומי שהגן עליה במקומן היה היועץ המשפטי (חריש) בעזרת הפרקליטות הצבאית. בג"ץ אישר את הגירוש, תחילה בהחלטת רוב (חמישה נגד שניים) שביטלה צו ביניים ולאחר מכן פה-אחד בפסק הדין (בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הבטחון**, פ"ד מז(1) 267 (1993)). ראו למשל דורית ביניש "ההליכים המשפטיים הקשורים לגירוש פעילי החמאס ללבנון בדצמבר 1992", משרד המשפטים, **מיזם שורשים במשפט** (2019) www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1992; וכן לויצקי, לעיל ה"ש 144, עמ' 77, 125 – 126. יצוין כי בהחלטה על ביטול צו הביניים, שבה נחלקו הדעות, הנשיא שמגר היה בדעת

שלישית – הצעת הוועדה מנציחה את אחד מניגודי העניינים המובהקים שהדין מלא בהם. היועץ מחליט בעצמו אם ייתכנו פרשנויות שונות משלו או שמא פרשנותו היא היחידה שתיתכן, היינו, אם החולקים עליו טועים "סתם" ולכן יישמעו או טועים "בבירור" ולכן יושחקו.

רביעית – הוועדה הדגישה כי היועץ מחליט על ייצוג או אי-ייצוג. אולם למעשה, אם תנאי לשלילת ייצוג הוא אי-חוקיות ברורה, על בית המשפט להחליט אם התנאי התקיים בטרם ינהל הליך שבו הרשות אינה מיוצגת. כך אכן עולה להבנתי מהפסיקה הדנה בעמדת הוועדה;¹⁷³ ודומה שמכל מקום הצעת הוועדה מחייבת אישור שיפוטי לשלילת ייצוג, אם בהחלטה מפורשת ואם מכללא. לטעמי, אף את זאת קשה להבין: אם בית המשפט מגלה את דעתו לפני הדיון (במפורש או מכללא) כי הרשות אינה זכאית לייצוג משום שעמדתה נגועה באי-חוקיות ברורה, מה פשר הדיון המתקיים לאחר מכן? מה טיבו של הליך שיפוטי, ומה תכליתו, אם בית המשפט כבר הבהיר מראש שעמדת המשיב בלתי חוקית בבירור?

דוח הוועדה מדגיש כי ייצוג נפרד צריך להיות נדיר וחריג, שכן "ממשלה המחליטה להעמיד נושא להכרעה שיפוטית בניגוד לחוות דעתו של היועץ המשפטי פוגעת בוודאות המשפטית ובאמון הציבור ביועץ המשפטי".¹⁷⁴ הגנה זו על היועץ הפכה זה מכבר ליסוד מוסד בדין, ולדעתי גם היא תמוהה ומוקשה. כאשר ה-AG במדינות ארה"ב עותר נגד הממשלה כדי לכפות עליה את עמדתו המשפטית, האם עולה על הדעת שהממשלה תיכנע ללא אומר לבל תפגע במעמד ה-AG התוקף אותה?

נניח שוב פסק דין נחרץ שניתן בבית המשפט המחוזי פה-אחד. האם למנוע ערעור, שמא ייפגעו הוודאות המשפטית ואמון הציבור בבית המשפט המחוזי? ודאי שלא, וקשה לראות מדוע עמדת היועץ תהא עדיפה לעניין זה על פסק דין. הוודאות המשפטית עלולה להיות שגויה. אמון הציבור ביועץ לא יושג באמצעות ציות כפוי לעמדותיו אלא באמצעות

הרוב והשופט ברק בדעת המיעוט. שניהם כידוע היו יועצים משפטיים בעברם, ויש להניח שהיו נוקטים עמדות מנוגדות אילו השאלה באה בפניהם כיועצים. דוגמה מפורסמת נוספת אירעה בעקבות פרשת השב"כ (1986), נוכח השאלה אם נשיא המדינה מוסמך לתת חנינה בטרם הרשעה. בג"ץ אישר את מתן החנינה ברוב דעות, ובכך קיבל את עמדת היועץ הנכנס חריש ודחה הנחיה רשמית שפרסם היועץ היוצא זמיר. גם במקרה זה, הנשיא שמגר היה בדעת הרוב והשופט ברק בדעת מיעוט. בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505 (1986). ראו עוד למשל פרשה שבה בג"ץ דחה ברוב דעות חוות דעת של היועץ המכהן בן יאיר, כשהפעם הנשיא והיועץ-לשעבר ברק בדעת רוב והשופט והיועץ-לשעבר זמיר בדעת מיעוט. בג"ץ 7157/95 **ארד נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(1) 573 (1996).

אשר למשפט המשווה, די להצביע על המקרים שבהם ה-AG במדינות ארה"ב לא רק מסרב להגן על רשות שלטונית אלא עותר נגדה בעצמו. ראו לעיל ליד ה"ש 42 ואילך. מובן שבמקרים אלה עמדת הרשות נראית בעיני ה-AG בלתי חוקית בבירור – ובכל זאת ההכרעה השיפוטית היא לעיתים לטובת הרשות, ומתברר שעמדתה ניתנת להגנה ואף משכנעת את בית המשפט. להבדיל, מקום שהיועץ בישראל מעריך כי לא ניתן להגן על עמדה שלטונית נתונה, בדרך כלל יש בכך מעין נבואה המגשימה את עצמה. התוצאה ברגיל היא שאותה עמדה לא תזכה בהגנה כלל, לא באמצעות היועץ ולא באמצעות פרקליט אחר; והיות שהיועץ מונע מראש את ההתמודדות, אין לדעת אם אכן מדובר בעמדה "בלתי ניתנת להגנה" או שמא ניתן היה להגן עליה היטב ובהצלחה.

¹⁷³ ראו עניין **גיני**, לעיל ה"ש 11, עמ' 7, 9, 32, 34, 57, 58; עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 4, עמ' 6, 7, 10 – 11; עניין **החיסון**, לעיל ה"ש 6, עמ' 3, 4, 9, 11.

¹⁷⁴ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, עמ' 75.

הכרה ציבורית (וממשלתית) ביושרתו ובסמכותו המקצועית. לפיכך, כשהיועץ פועל למעשה כעותר נגד הממשלה וזו מצדה מבקשת להתגונן, מותר ואף צריך להעמיד את המחלוקת ביניהם להכרעה שיפוטית. אחרי ככלות הכול, התוצאה הטיפוסית תהיה אחת משתיים: לטובת היועץ כך שהאמון בו דווקא יתחזק, או לטובת הממשלה כך שתוכל לפעול כדין בהתאם לסמכויותיה. קשה לראות מדוע צריך למנוע את אחת משתי התוצאות אלא אם עצם הציות ליועץ, גם כשהוא טועה, חשוב יותר מסמכותה של הממשלה לפעול כדין. מבלי להוסיף ולהרחיב, שאלה פשוטה תובעת מענה. כשהממשלה מותקפת, והיועץ במקום להגן עליה מצטרף לתוקפים, האם הממשלה היא זו שצריכה להגן על היועץ? אם ממשלה נבחרת סבורה שעמדתה ראויה להישמע וחיונית לאינטרס הציבורי – האם צריך שתיכנע, ותעמוד רק במקרה נדיר על זכותה וחובתה להתגונן, כדי לשמור על מעמד היועץ המבקש לכפות עליה את דעתו?

הערות האגב בפסיקה לא הכריעו בדבר עמדתה של וועדת שמגר, והן מלמדות על הבדלי גישה בין השופטים.¹⁷⁵ לדעתי, בין בגרסת פנחסי ובין בגרסת הוועדה, הדין מוקשה בלשון המעטה. מקום שהיועץ טוען נגד הרשות ומבקש פסק דין נגדה, היועץ והרשות הם יריבים. שום עיוות מושגי לא יטשטש זאת; ונמצא, לפי הדין בגרסת פנחסי, שהיועץ רשאי פשוט להשתיק את יריבו. גרסת הוועדה לכאורה מתונה יותר, אך רחוקה מפתרון הקשיים ואף מוסיפה קושי חדש. גרסה זו כופה על בית המשפט להחליט עוד לפני הדיון (במפורש או מכללאל) אם יישלל מהרשות ייצוג בשל "אי-חוקיות ברורה"; והוא עשוי אפוא לנהל הליך נגד רשות לא-מיוצגת, ולשמוע רק טיעונים התוקפים אותה, אחרי שכבר סבר וקיבל מראש כי עמדתה בלתי חוקית בכיורור. לדעתי, בכל הכבוד הרב, שתי הגרסאות מנוגדות ליסודות המשפט.

5. שתי המחשבות, "ייצוג חסד" ושכבה נוספת של ערפל

שתי פרשות מהעת האחרונה ממחישות את הדין ומשמשות גם להצגת עיוות נוסף, שצמח מהערת-פנחסי וממשיך לעבות את הערפל.

(א) עניין הרישיונות

ב-2018 הוגשה עתירה נגד השר לביטחון פנים, שבחודש אפריל 2022 עודנה תלויה ועומדת ועניינה תבחינים (קריטריונים) למתן רישיונות נשק (להלן "עניין הרישיונות").¹⁷⁶ התבחינים נקבעים כבר רבע-מאה בהנחיות מנהליות של השר, אך לטענת העותרים יש לקבעם מעתה בתקנות הנזקקות לאישור הכנסת. דעת היועץ כדעת העותרים: נציגיו סברו כבר ב-2013 כי "ראוי לקבוע את התבחינים בתקנות",¹⁷⁷ ותגובתו לעתירה הבהירה כי "מן הראוי, מעתה ואילך, ולמרות שתבחינים אלה נקבעו [בהנחיות] ב-23 השנים האחרונות,

¹⁷⁵ ראו פסקי הדין לעיל בה"ש 173, וכן לאחרונה עניין ועדת השופטים להענקת פרס ישראל, לעיל ה"ש 82.
¹⁷⁶ בג"ץ 8451/18 האקדה על שולחן המטבח נ' השר לביטחון פנים (תלוי ועומד; החלטה אחרונה מיום 6.4.2022, אר"ש; להלן: "עניין הרישיונות").
¹⁷⁷ כתב העתירה, פסקה 189; אתר העותרת: /עתירה-נגד-מדיניות-כלי-ירייה-מתירנית/https://gftk.org.

לקבוע את התבחינים בחקיקת משנה¹⁷⁸. מה שהיה "ראוי" הפך לחובה משפטית, וזו הובאה כחוות דעת מחייבת בפני שר חדש שנכנס לתפקידו במאי 2020.

עתה התברר כי השר והיועץ חלוקים. השר סבר כי בסמכותו לקבוע את התבחינים בהנחיות, כמקודם, ואילו היועץ טען להיפך מטעם השר עצמו. השר ביקש ייצוג נפרד, היועץ סירב, השר הודיע לבג"ץ שהיועץ אינו מייצג אותו, והיועץ הודיע שהודעת השר משוללת תוקף.¹⁷⁹ ההכרעה באה בהחלטה קצרה של בג"ץ, שחזרה על עיקר הדין הקיים וקבעה כי "ההודעה מטעם [השר] הוגשה שלא באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ולא על דעתו ... ואנו מורים על הוצאתה מהתיק".¹⁸⁰

השר אינו רשאי להתגונן, אם כן, והוא יכול לפנות לבית המשפט רק בהסכמת היועץ הטוען נגדו. העותרים והיועץ מבקשים ליטול ממנו סמכות שהייתה בידו משך רבע-מאה, בעוד הודעתו-שלו הוצאה מהתיק. אילו היועץ תקף את השר בגלוי מספסל העותרים, ספק רב אם היה מורשה גם להשתיקו מספסל המשיבים. אבל די שהיועץ תוקף את השר בעת שהיא "מייצג" אותו, והנה בפועל הוא משתיק אותו בברכת בג"ץ.

לכאורה, ההשתקה רוככה מעט בהחלטה למתן צו על תנאי מחודש פברואר 2021:¹⁸¹

ניתן בזאת צו על תנאי, המורה למשיב 1 – השר לביטחון הפנים – להתייצב וליתן טעם: (א) מדוע לא יעוגנו התבחינים ... בחקיקת משנה (תקנות), חלף הנחיות מינהליות. [...]
רשמנו לפנינו כי [היועץ] הציע [לשר] כי עמדתו החולקת תוצג במסגרת תגובת המדינה.

אולם לדעתי, בכל הכבוד, הצו רק הוסיף מבוכה על מבוכה.
ראשית – אחרי שהשר הושחק, כיצד מורים לו לבוא וליתן טעם לעמדתו? הרי כאשר ביקש לדבר סתמו את פיו. אם הוא זכאי להתייצב וליתן טעם רק באמצעות היועץ הטוען נגדו, לשם מה מראית העין כאילו הצו מכונן אליו ומאפשר לו לבוא ולהישמע כרצונו?
שנית – היות שהמשיב הוא השר, אשר הצו על תנאי נוקב ב**שמו** וצו מוחלט עשוי לצאת נגדו, מניין מעיקרא "תגובת המדינה" במקום תגובת השר? זאת ועוד, אם המדינה הפכה למשיבה-בפועל, מדוע עמדת היועץ היא עמדתה? לדעתי, התמונה כולה התעוותה. להלכה ולמעשה, דווקא עמדת השר היא "עמדת המדינה"; ואילו עמדת היועץ היא פשוט עמדתו-שלו, והיא אותה עמדה בדיוק שהייתה מוצגת מטעמו אילו עתר בעצמו נגד השר. מוטב לטעמי לקרוא לעמדות השונות בשמן – עמדת השר ועמדת היועץ, הראשון כמשיב והשני כשומר האינטרס הציבורי – ואין לדעתי מניעה **ששחיהן** יישמעו, במלואן ובנפרד (בנוסף לעמדת העותרים), כדי לתרום להכרעה השיפוטית הטובה ביותר.

¹⁷⁸ **תגובת המדינה לעתירה**, פסקה 5; אתר העותרת, שם.

¹⁷⁹ המחלוקת בין השר לבין היועץ נפרסה באמצעי התקשורת, ואין צורך לפרט. שני האישים התחלפו בינתיים, בעת שהעתירה עודנה תלויה ועומדת, וכל האמור כאן מתייחס כמובן לזמן שבו שניהם כיהנו בתפקידיהם.

¹⁸⁰ **עניין הרישיונות**, החלטה מיום 18.10.2020 (אר"ש).

¹⁸¹ **עניין הרישיונות**, צו על תנאי מיום 15.2.2021 (אר"ש).

(ב) עניין החיסון

בעניין החיסון הוגשה עתירה נגד השר לביטחון הפנים בגין הנחיה שנתן לשירות בתי הסוהר, שלא לחסן אסירים נגד נגיף הקורונה "עד לקבלת אישורו ובהתאם להתקדמות החיסונים בציבור הכללי." ¹⁸² טעמי ההנחיה אינם נזכרים כלל בהחלטת בג"ץ, ¹⁸³ אך נוכל להניח להם ולהתמקד בשאלת הייצוג.

ההנחיה הייתה מנוגדת לתיעדוף החיסונים שקבע משרד הבריאות ולחוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. אולם השר כתב למנכ"ל המשרד ולמשנה ליועץ כי הוא כופר בסמכותם להשיג על הנחייתו, התריס נגדם כי יוכלו לעשות כהבנתם אם יתמודדו בהצלחה בבחירות לכנסת, והבהיר כי הוא נכון להגן על החלטתו בכל פורום ציבורי או משפטי. ¹⁸⁴ השר חזר על דבריו גם בראיון טלוויזיוני (שאינו נזכר במסמכי ההליך ובהחלטת בג"ץ). לשאלת המראיין אם הוא עומד על הנחייתו אף שהיועץ אומר כי ניתנה בחוסר סמכות, השיב השר במילים בוטות:

אז הוא אומר. מי הוא? ... זו החלטתי. אני מוכן לעמוד מאחוריה, לבוא איתה לקלפי, לבוא איתה לציבור ולבוא איתה גם לבית המשפט העליון. ... הוא יועץ, הוא מייצע, אפשר לקבל את עצתו ואפשר גם לא לקבל. ¹⁸⁵

עם הגשת העתירה פנה השר ליועץ בבקשה לייצוג משל עצמו. היועץ סירב, כתב לשר כי הנחייתו "נגועה באי-חוקתיות בולטת", ורק הציע לו כי עמדתו תובא במלואה "במסגרת תגובת המדינה". ¹⁸⁶ או-אז התברר ערב הדיון כי חיסון האסירים כבר החל (ובתוך כשבוע הסתיים) – ולכן השר, בסברו שהעתירה התייתרה, פנה ליועץ כדי שיבקש בשמו את ביטול הדיון. אך היועץ סבר אחרת. היועץ ביקש כי "בית המשפט הנכבד יידרש לעתירה הגם שהסעדים המעשיים המתבקשים במסגרתה באו על סיפוקם", שכן גישת השר מעוררת סוגיה חשובה "שיש בה כדי להשפיע על זכויות האדם של האסירים. כך למשל, היה ויחליט השר למנוע זכויות אחרות מאסירים ... בניגוד לדיון ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה." ¹⁸⁷ נמצא שהעותרים כבר קיבלו את מבוקשם, אבל לא כן היועץ. הלה חתר עדיין "להעמיד הלכה על מכונה", ¹⁸⁸ כדי להבהיר לשר את גבולות סמכותו ואת חובתו הכללית לציית לעמדתו המחייבת של היועץ עצמו.

משהסתיים חיסון האסירים הוחלט למחוק את העתירות, אולם שלושת שופטי ההרכב ראו להתייחס הן לפסול בהנחיית השר והן לעמדתו המחייבת של היועץ. שלושתם הבהירו כי לא היה מקום לייצוג נפרד, ואסתפק בשתי הערות קצרות בשולי ההחלטה.

¹⁸² עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, עמ' 6.

¹⁸³ טעמי ההנחיה נזכרים בתמצית במכתב המשרד לביטחון פנים המובא במסגרת תגובת המדינה לעתירה מיום 18.1.2021, פסקה 55; <https://hamoked.org.il/document.php?dID=Documents4461>.

¹⁸⁴ המכתב המלא מובא כנספח י"ז לכתב העתירה ומצוטט בפס' 44 לגוף העתירה. העתירה המלאה, על נספחיה, נגישה באתר העותרת הראשונה (עמותת רופאים לזכויות אדם) www.phr.org.il.

¹⁸⁵ "השר אוחנה על היועץ המשפטי לממשלה: 'הוא רק יועץ. מי הוא?' יוטיוב (8.1.2021).

¹⁸⁶ תגובת המדינה לעתירה, לעיל ה"ש 183, פסקאות 67 – 69.

¹⁸⁷ שם, פסקה 85.

¹⁸⁸ שם, שם.

ראשית – אין כמדומה הבדל ממשי בין בקשתו של היועץ להבהרת הדין, בהישען על שלד עתירה שכבר התייתרה, לבין עתירה מקורית שכותרתה *"היועץ המשפטי לממשלה נ' השר לביטחון הפנים"*. ובכל זאת היועץ *"ייצג"* את השר, ובכך מנע ממנו ייצוג אמיתי, גם בעת ש"עתר" נגדו וביקש מבג"ץ להבהיר שהשר מחויב לציית ליועץ עצמו. לדעתי, בכל הכבוד, לא בנקל יימצא ניגוד עניינים מובהק יותר.

שנית – בג"ץ הצביע על *"שיבוש מוחלט בתפיסתו של המשיב את תפקידו"*, והוסיף כי *"עצם העובדה שהמשיב הוא נבחר ציבור אין בה כדי להקנות לו סמכות לנהוג כרצונו, בניגוד לחוק, לפגוע בזכויות אדם, ולהורות לגורמי שב"ס לפעול שלא כדין"*.¹⁸⁹ כלומר: השר לא רק טעה והתריס, אלא אינו מבין כלל את תפקידו ואף הפר חוק **ביודעין** מתוך מחשבה שהדבר מותר לו כנבחר ציבור. הייתכן שביקורת כזאת תיכתב נגד משיב שלא קיבל הזדמנות מלאה להתגונן, בפרט אחרי שהצהיר כי הוא נכון להגן על החלטתו בבית המשפט? נניח שהנחיית השר הייתה מעכבת את החיסון, גוררת אסון ומביאה להקמת וועדת חקירה. אילו הוועדה שקלה לכתוב דברים כמצוטט לעיל, הרי סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 היה מחייב להודיע תחילה לשר במה הוא עלול להיפגע, שאז השר היה רשאי להתייצב בפניה בעצמו או באמצעות עורך דין ולומר את דברו. ובכן, אם הצדק הטבעי מחייב לשמוע שר בטרם יפורסמו נגדו ממצאי וועדת חקירה, האין הוא מחייב לשמעו כמשיב בבג"ץ בטרם תימתח עליו ביקורת אישית כה נוקבת?

(ג) "ייצוג חסד" ומשמעותו

הצעת החסד המשותפת לשתי הפרשות, כי עמדת השר תוצג במסגרת *"תגובת המדינה"*, משקפת את התקדים שנוצר ב**פנחס**. כזכור, עמדת ראש הממשלה הוצגה שם במכתב שהיועץ *"הסכים"* להביא לידיעת בית המשפט; ובדיון בעל-פה ה**וצגה** עמדה זו, אך לא **יוצגה**, באמצעות פרקליטת המדינה שייצגה את עמדת היועץ. נמצא שעמדת ראש הממשלה הוצגה בחסד ולא בזכות, מפי פרקליטה שטענה **נגדו** ובמסגרת כתב תשובה **שתקף** אותה. למה הדבר דומה? למשפט פלילי המתנהל בהעדר הנאשם, שבו הסניגור מצטרף לתובע וטוען שהנאשם אשם. הסניגור אמנם מסכים להציג מכתב מהנאשם אך תוקף את תוכנו, ואמנם מצייין שהנאשם עומד על חפותו אך מסביר כי אשמתו הוכחה ויש להרשיעו.

הוא הדין בעניין ה**רישיונות**. ההצעה לשר היא שעמדתו תובא בכתב, בחסד ולא בזכות, בתוך כתב תגובה שכל מטרתו **לדחות** את עמדתו. לדיון בעל-פה יופיעו, משני הצדדים, פרקליטים שכולם יטענו **נגדו**. איש לא יתייצב מטעמו כדי לנסות ולשכנע שהדין (והאינטרס הציבורי) לצדו, ואולי בכל זאת הוא מוסמך להמשיך ולקבוע את ההנחיות כנהוג מזה רבע-מאה. ממילא איש לא יוכל להתמודד מטעמו עם הטענות שכנגד, לחוש את דופק הדין, להרחיב או להוסיף לפי הצורך ולהשיב לשאלות השופטים.

עניין ה**חיסון** מוסיף להמחיש את הקושי. השופט מזוז קבע כי לא היה מקום לייצוג נפרד ואף לא להצגת עמדה נפרדת, אך *"למרות האמור, הובאה בפנינו עמדת המשיב במלואה במסגרת תגובת המדינה"*.¹⁹⁰ האמנם הובאה במלואה עמדת המשיב?

¹⁸⁹ עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, עמ' 7.

¹⁹⁰ שם, עמ' 11.

דברים קצרים מטעם השר אכן הובאו כלשונם בתגובת המדינה (קרי תגובת היועץ). אך לעומת עמדתו הנרחבת של היועץ שנכתבה לקראת הדיון שנקבע והתייג, עמדת השר נכתבה לאור בקשתו שהדיון יבוטל. היא הקיפה פחות מעמוד אחד, וכל עיקרה היה להודיע שהעתירה התייתרה, להסביר כי ההנחיה נועדה לנסיבות שהיו וחלפו, ולמחות על שהיועץ רשאי לכפות את עמדתו על הממשלה. עמדת השר נדחקה לפסקה ה-84 מתוך 88 הפסקאות של תגובת היועץ. לפניה מובאות המסגרת המשפטית כפי שהיועץ ראה להציגה, העובדות כפי שהיועץ ראה לספרן ו"עמדת המדינה" שאינה אלא כתב עתירה נגד השר. אחריה מוסבר מדוע השר טועה והיועץ צודק. איש לא ייצג את השר בדיון בעל-פה, שבו כל הפרקליטים היו מאוחדים נגדו, והתמזל מזלו שבג"ץ דחה בקשה לחייבו בהוצאות אישיות. אמת שדברי השר הובאו כלשונם ולפי בקשתו. אך קשה לטעמי לומר שעמדתו הובאה במלואה בפני בג"ץ: לא בשאלת סמכותו, לא לעניין ההנחיה לגופה וגם לא בשאלת הייצוג.

מה אם כן משמעותו של "ייצוג-חסד"? להבנתי, תהא אשר תהא כוונתו, כל עיקרו בפועל הוא לטשטש את העדרו של ייצוג אמיתי. מעל או מתחת לסף התודעה, האינטואיציה מתקשה להשלים עם השתקת רשות המותקפת משני העברים ואינה יכולה להתגונן. ייצוג-חסד הוא מוצא מהדיסוננס, מעין אמצעי להשקטת המצפון, המאפשר לומר שעמדת הרשות הייתה בפני בית המשפט.¹⁹¹ אולם בפועל, כמדומה, ייצוג-החסד רק מחפה על הכשל במקום לתקנו.

ממה נפשך: אם צריך שעמדת השר לא תוצג (בהתאם לדין הקיים), מדוע לאפשר את הצגתה? ואם צריך שכן תוצג, מדוע בדרך כה פגומה? מדוע יורשה השר לומר את דברו רק בחסד, במסגרת מסמך התוקף אותו, ללא מעמד להגיש בקשות ותגובות, ללא ייצוג בעל-פה, ללא הזמן והמשאבים הנתונים ליריביו, באופן לא הוגן בעליל, כשהוא בנחיתות הן ביחס לעותרים והן ביחס ליועץ הטוענים נגדו בכתב ובעל-פה ככל שירצו? אם היועץ כבר "מסכים" שעמדת השר תוצג, מדוע לא יתמודד עמה בתנאים שווים?

במצאות התנאים אינם שווים, כמובן, שהרי משאבי הליטיגציה של היועץ עולים לאין שיעור על אלה של השר. אולם נניח שהשר זוכה בסיוע, במקרה נתון, ומצליח לגבש כתב תגובה שאינו נופל באורכו וברמתו מזה של היועץ. האם תגובת השר תיכלל בתגובת היועץ? אם לא, הצעת החסד אינה כנה ונועדה רק לצאת ידי חובה; אם כן, מיד שבה הציפייה להגינות ולשוויון. הרי משעה שעמדת השר כבר מוצגת במלואה, ועל בית המשפט לבחון אותה כמובן בלב פתוח, מדוע להביאה במסגרת עמדת היועץ ולא באופן עצמאי? מדוע ללא ייצוג בעל-פה, ומדוע תחת כל מגבלה אחרת המציבה את השר בעמדת נחיתות? לכאורה, ייצוג-חסד עדיף על השתקה מוחלטת. למעשה, יש לחשוש שההיפך הוא הנכון. בפועל, גם אם כוונתן טובה, דומה שהצעות החסד כבר החלו לשמש כמעין עלה תאנה. בעיקרו של דבר הן אינן נותנות למשיב ייצוג או הזדמנות אמיתית להישמע, אלא רק מטשטשות את העובדה שהוא אינו מיוצג ואינו נשמע. אם כך הדבר, הרי ייצוג-חסד רק מוסיף שכבת ערפל סביב הדין ורק מסייע להנציח את עיוותיו.

¹⁹¹ להמחשה עדכנית נוספת ראו עניין ועדת השופטים להענקת פרס ישראל, לעיל ה"ש 82.

ד. מונופול הייצוג הפדרלי בארצות הברית

הדין הפדרלי של ארה"ב ממחיש את דמותו של מונופול ייצוג פורמלי, שהוא וחריגיו מעוגנים בחקיקה מפורשת ומפורטת. בהעדר תשתית במשפטנו הוא משמש מצע ללימוד, ובה בעת הוא מהווה מעין מרָאָה היכולה להבהיר לדין בישראל כיצד הוא נראה באמת.

1. תמצית ההתפתחות ההיסטורית: מונופול ייצוג לשם מניעת אנרכיה והשלטת היררכיה

תפקידו הראשוני של ה-AG הפדרלי, לפי חוק, היו לייעץ לנשיא ולראשי הממשל ולנהל הליכים בבית המשפט העליון.¹⁹² כבר ב-1791 ביקש ה-AG לייצג את ארה"ב גם בערכאות הנמוכות; אך לעומת הנשיא שתמך בבקשה זו, הקונגרס התנגד: האבות המייסדים וממשיכיהם בקונגרס חששו משלטון מרכזי חזק, מנעו מה-AG לצבור כוח, ובעשורים הבאים גם דחו הצעות להקמת מחלקת משפטים פדרלית.

בעקבות מלחמת האזרחים (1861 – 1865) גברה מאוד הליטיגציה הממשלתית, חלק ניכר ממנה נמסר בליט ברירה למגזר הפרטי, ונראה היה כי הטיפול בה מידרדר לאנרכיה. בה בעת נחלשו הזיכרונות משלטון הכתר האנגלי ופחת החשש מפני ממשל מרכזי חזק. ב-1870 נפלה לבסוף הכרעה, והקונגרס כונן לפי חוק את מחלקת המשפטים ובראשה ה-AG.¹⁹³ המטרות היו חיסכון בהוצאות, שליטה ריכוזית ויעילה יותר, והבטחת אחידות רבה יותר בעמדות הממשל באמצעות הכפפת כלל הפרקליטים להיררכיה אחת. החוק הקנה ל-AG שליטה על כל הליכיה של ארה"ב, קבע כי מחלקות הממשל יפנו למחלקת המשפטים לשם ייצוג וייעוץ, ואסר על ראשי המחלקות להעסיק פרקליטים ויועצים חיצוניים על חשבון המדינה. החוק גם כונן נושא משרה חדש כדי לסייע ל-AG – ה- Solicitor General (SG) – שעניינו היחיד כיום הוא הייצוג בהליכי ערעור כמפורט להלן.

דא עקא שהמציאות נותרה עיקשת. גורמים שונים היקשו על ה-AG לאכוף את סמכותו ועל מחלקת המשפטים להגשים את ייעודה; ונדרש משבר נוסף, בדמות מלחמת העולם הראשונה, כדי להמחיש את האנדרלמוסיה הנוצרת בעת שהממשל פועל בשיא כוחו אך כל רשות מנהלת מדיניות משפטית עצמאית.

בשלהי מלחמת העולם פרסם הנשיא וילסון הוראה נשיאותית (Executive Order) ולפיה כלל הליטיגציה של ארה"ב תימסר לשליטת ה-AG, וכל חוות דעת שלו בשאלה משפטית "shall be treated as binding".¹⁹⁴ ודוקו: לא החוק אלא הנשיא מסר ל-AG את הסמכות להכריע. בפשטות, ההוראה חייבה את הרשויות להישמע ל-AG משום שכך

¹⁹² ראו ה-Judiciary Act משנת 1789. להתפתחות ההיסטורית כמתואר להלן ראו למשל, Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VA. L. REV. 165, 173 – 192 (1938-1939); L.A. HUSTON, ROLES OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES 1 – 8 (1968); Griffin Bell, *The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator, or, Baker ; One Among Many?*, 46 FORDHAM L. REV. 1049, 1050 – 1057 (1978) עמ' 46 – 65.

¹⁹³ An Act to establish the Department of Justice, 16 Stat. 162 (June 22, 1870)

¹⁹⁴ Exec. Order No. 2877 (May 31, 1918). נוסח ההוראה מצוטט אצל Key, לעיל ה"ש 192, בעמ'

190 ה"ש 94.

הנשיא מורה להן לעשות. הנשיא עצמו נותר בעל הסמכות העליונה (לרבות בשאלות משפטיות), והוראתו לא נועדה אלא להיעזר ב-AG כדי להשליט סדר. שנים מעטות חלפו, אי-הסדר שב לקדמותו, וערב הניו-דיל דיווח ה-AG לקונגרס כי רק מיעוט קטן מהפרקליטים הפדרליים סר למרותו.¹⁹⁵ על רקע זה, ב-1933 פרסם הנשיא רוזוולט הוראה ברורה המרכזת את הייצוג (אך לא את הייעוץ) בידי מחלקת המשפטים:¹⁹⁶

[T]he function of decision whether and in what manner to prosecute, or to defend, or to compromise, or to appeal, or to abandon prosecution or defense, now exercised by any agency or officer, is transferred to the Department of Justice.

כמו הקמת מחלקת המשפטים (1870) והוראת וילסון (1918), גם הוראת רוזוולט נועדה למנוע כאוס מינהלי: בזבוז כסף ומשאבים, תיאום ושליטה לקויים, אי-אחידות, והעדר תמונה כוללת וסדר עדיפויות ריכוזי שמקורם בנשיא. מטרתה הייתה לחזק את שליטת הנשיא ברשויות הכפופות לו, באמצעות ה-AG ומחלקת המשפטים. מונופול הייצוג נועד מראשיתו למנוע אנרכיה ולאפשר היררכיה, להתמודד עם אי-סדר ולא עם אי-חוקיות. ב-1939 הביע מלומד אמריקני את תקוותו כי ייפסק המעגל השוטה בענייני המשפטיים של ארה"ב: תחילה אנרכיה, אחריה רפורמה של ריכוז סמכויות, ומיד התפוררות המובילה שוב לאנרכיה וחוזר חלילה.¹⁹⁷ תקווה זו לא הוגשמה, ואת מה שאירע בפועל היטיב לתאר מלומד אחר ב-1975:

[T]here has been a continuing effort by AGs to centralize responsibility for all government litigation in [the Department of] Justice, a continuing effort by many agencies to escape from that control with respect to civil litigation, and a practice by Congress of accepting the positions of the AGs in principle and then cutting them to pieces by exceptions.¹⁹⁸

מכאן התמונה דהיום, שכמוה כשטר ושוברו בצדו. החוק קובע עיקרון של ייצוג ריכוזי בשליטת ה-AG (ומעליו הנשיא), אך לצדו גם עשרות חריגים; ויש הסבורים, ובראשם כמוכח ה-AG עצמו, כי החריגים כה רבים עד שהם קמים על הכלל.¹⁹⁹ הרשויות מבקשות אפוא להשתחרר מאחיות המונופול כדי להעצים את כוחן, ה-AG מבקש להדק את אחיזת

¹⁹⁵ Neal Devins, *Government Lawyers and the New Deal*, 96 COLUM. L. REV. 237, 257 (1996)

¹⁹⁶ Executive Order No. 6166 § 5 (June 10, 1933), reprinted at 5 U.S.C.A. § 901

¹⁹⁷ Key, לעיל ה"ש 192, עמ' 200 – 201.

¹⁹⁸ James R. Harvey III, *Loyalty in Government Litigation: Department Representation of Agency Clients*, 37 WM. & MARY L. REV. 1569, 1587 (1996).
¹⁹⁹ זו למשל עמדתו של Bell, שהיה AG בממשל קרטר; לעיל ה"ש 192, עמ' 1059 – 1057, 1050 – 1049.

המונופול כדי להעצים את כוחו-שלו ואת שליטת הנשיא, והקונגרס מחליט כרצונו, מכוח חקיקה פרטנית, כמה לשחרר וכמה להדק בכל מקרה ומקרה. כפי שיתבהר עוד להלן, מונופול הייצוג וחריגיו אינם זירת מאבק בין רשויות סודרות לפרקליטים שומרי-חוק, אלא – בין היתר – אחד הביטויים לחלוקת הכוח בין הרשויות לבין עצמן.

יודגש כי החוק שהקים את מחלקת המשפטים חתר במפורש למונופול של ייעוץ וייצוג כאחד,²⁰⁰ אלא שלכל אחת מהפונקציות נועד בפועל גורל שונה. עיקר הייצוג מרוכז עד היום במחלקת המשפטים – ואילו הייעוץ מעולם לא הגיע לצנטרליזציה של ממש,²⁰¹ והמונופול לפי חוק נעשה אות מתה שנים רבות לפני שבוטל.²⁰² קצרה היריעה מלהרחיב על הזיקה בין ייעוץ לייצוג בשירות המדינה. אולם לדעתי, כאמור בקיצור בפרק הקודם, המשפט הישראלי נקלע בעניין זה לתפיסה שגויה מהיסוד.²⁰³

2. מונופול הייצוג כיום: הכלל וטעמיו

החקיקה המכוננת את מונופול הייצוג ברורה מאוד, ולא למותר לצטט את עיקר הוראותיה:

28 U.S.C. 516 **Conduct of litigation reserved to department of justice**

Except as otherwise authorized by law, the conduct of litigation in which the United States, an agency, or officer thereof is a party, or is interested, and securing evidence therefor, is reserved to officers of the Department of Justice, under the direction of the AG.

28 U.S.C. 518 **Conduct and argument of cases**

(a) Except when the AG in a particular case directs otherwise, the AG and the SG shall conduct and argue suits and appeals...in which the United States is interested.

28 U.S.C. 519 **Supervision of litigation**

Except as otherwise authorized by law, the AG shall supervise all litigation to which the United States, an agency or an officer thereof is a party...

5 U.S.C. 3106 **Employment of attorneys; restrictions**

²⁰⁰ Act to establish the Department of Justice, לעיל ה"ש 193, סעיף 14.

²⁰¹ ראו למשל Nelson Lund, *Rational Choice at the Office of Legal Counsel*, 15 CARDOZO (1993)

(1993) 437, 440, 488, Baker; L. REV. לעיל ה"ש 27, עמ' 11 – 15.

²⁰² חוק מ-1966 ביטל את מונופול הייעוץ, ובשולי הקודיפיקציה מוסבר כי הדבר שיקף מציאות מתמשכת שבה ראשי הרשויות, על דעת הקונגרס, העסיקו יועצים משל עצמם. (Historical Notes) 28 U.S.C. § 516 (2000) (and Revision Notes).

²⁰³ ראו לעיל ליד ה"ש 139 ואילך. לדיון חלקי וקצר ראו גם לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 137, עמ' 242 – 244.

Except as otherwise authorized by law, the head of an Executive department or military department may not employ an attorney or counsel for the conduct of litigation ... but shall refer the matter to the Department of Justice. ...

החריגים לכלל רבים אך מתפרשים בצמצום, ונדרשת לשון סטוטורית מפורשת לשם הקניית סמכויות ליטיגציה עצמאיות. כך למשל, אין בהכרח די בהוראה המסמיכה רשות "לתבוע ולהיתבע", "להגיש תביעה" או "לפנות לבית המשפט".²⁰⁴ גם אם הרשות רשאית להתדיין בשמה-שלה כבעלת דין, אין פירוש הדבר שהיא רשאית להשתחרר מהמונופול ולהתדיין באמצעות פרקליטיה-שלה בכל עניין ובכל ערכאה.

בהמשך להתפתחות ההיסטורית, מונופול הייצוג מיוסד על שיקולי חיסכון, יעילות, מומחיות, אחידות, תיאום, ויישום מדיניות שמקורה בנשיא.²⁰⁵ בתוך כך מטרתו היא להתגבר על נטייתה של כל רשות לייחס חשיבות עליונה לענייניה-שלה, לעיתים על חשבון האינטרס הממשלתי הכולל. כמוכן, שיקולים אלה אינם חזות הכול. לעומת היתרונות שיש לפרקליטים פדרליים המשרתים את כל הרשויות, יכולים לשמור על ריחוק מקצועי, רואים תמונה רחבה וכן מתמחים בליטיגציה כאמנות בפני עצמה – יש יתרונות גם לפרקליטים המשרתים איש-איש את הרשות "שלו", מזדהים עמה, קרובים יותר למדיניותה וליעדיה ומתמחים בדין הספציפי החל בתחום אחריותה.²⁰⁶ אך גם אם ההצדקות לייצוג ריכוזי אינן כה חזקות כפי שמקובל להניח,²⁰⁷ בכל זאת כוחן עמן והן תקפות בייחוד בהליכי ערעור. על רקע הדין בישראל, יודגש כי שלטון החוק אינו מהטעמים המובאים בתמיכה למונופול הייצוגי. אמת שגם אחידות ועקביות הם מרכיבים של שלטון חוק. אולם המשפט האמריקני אינו מבקש להבטיח חוקיות דווקא באמצעות ריכוז ובלעדיות בסמכויות הייצוגי, והוא בוודאי אינו מניח כי שלטון החוק מחייב להכפיף את עמדת הרשויות לעמדת הפרקליטים המדברים בשמן.

3. השליטה בהליכי ערעור וגיבוש עמדת המדינה

(א) ההשוואה בין ישראל לארה"ב

מוקד הקושי במשפטנו הוא היחסים בין הדרג הפוליטי ובראשו הממשלה לבין הדרג המשפטי-מקצועי ובראשו היועץ, בפרט לעת מחלוקת על הייצוג בבית המשפט העליון. לפיכך, המשך ההשוואה לארה"ב מחייב שתי הערות הבהרה.

²⁰⁴ ראו בייחוד חוות דעתו של משרד הייעוץ במחלקת המשפטים (שהיא חוות דעתו הרשמית של ה-AG) *The Attorney General's Role as Chief Litigator for the United States*, 6 Op. Off. : (AG LEGAL COUNSEL 47, 55 – 59 (1982).

²⁰⁵ לסיכום קצרצר של טעמים אלה ראו Neal Devins & Michael Herz, *The Uneasy Case for Department of Justice Control of Federal Litigation*, 5 U. PA. J. CONST. L. 558, 570 – 571 (2002-2003).

²⁰⁶ לדיון בהיר ותמציתי ראו Susan Olson, *Challenges to the Gatekeeper: The Debate over* *Federal Litigating Authority*, 68 JUDICATURE 71 (1984) בעמ' 78 – 83.

²⁰⁷ זו אכן מסקנתם של Devins & Herz, לעיל ה"ש 205.

ראשית – עיקר ענייננו כאן אינו היחסים בין הנשיא לבין ה-AG, אלא היחסים בין הנשיא וה-AG מצד אחד לבין ה-SG מצד שני. זו מערכת היחסים בין הדרג הפוליטי העליון (ה-AG והנשיא) לבין הדרג המקצועי העליון האחראי לייצוג המדינה (ה-SG), והיא המקבילה, ולו רק בקירוב, למערכת היחסים בישראל בין הממשלה לבין היועץ ובאי-כוחו.²⁰⁸

שנית – בית המשפט העליון בישראל, בשבתו כבג"ץ, הוא חריג בהיותו לא רק ערכאה אחרונה אלא גם ראשונה. לפיכך, אם עמדת הרשות המשיבה אינה נשמעת בבג"ץ, פירוש הדבר הוא כפול: הרשות אינה זוכה להישמע ולו פעם אחת בפני ערכאה שיפוטית; ופסק הדין, שאין עליו ערעור, עשוי לקבוע את הדין על יסוד תשתית עובדתית ומשפטית פגומה. בארה"ב (ובארצות אחרות) התמונה שונה. סמכותו של בית המשפט העליון כערכאה ראשונה (ושנייה) מוגבלת מאוד ואינה מענייננו. הרוב המכריע של הלכותיו נקבע בכמה עשרות מקרים בשנה שהוא מחליט לקיים בהם דיון מלא בכתב ובעל-פה (להלן "הליכים מלאים"), אחרי שנענה לפי שיקול דעתו לבקשת סרטיוררי (certiorari) על פסק דין פדרלי או מדינתי (בקשה שבמונחי המשפט הישראלי כמוה כבקשה לרשות ערעור). אשר להליכי המדינה בערכאה ראשונה: מחלקת המשפטים מסרבת לעיתים קרובות לתבוע לבקשת הרשות, אך נדיר המקרה שבו תסרב להגן עליה **כנתבעת**.²⁰⁹ אף שהפרקליטים עשויים לחלוק בתוקף על עמדתה המשפטית של הרשות, הם מכירים בזכותה להתגונן ולקבל ייצוג מיטבי, ולו פעם אחת, כפרט בהיותה "לקוחה שבויה" המנועה מלפנות לפרקליטים אחרים. מכל מקום וכמפורט עוד להלן – הסמכות העליונה היא בידי ה-AG ומעליו הנשיא, בכל מקרה שיבוא לידיעתם ויעורר את עניינם.

(ב) ה-SG ותפקידו

רשויות שהפסידו בדין נוטות לראות תמונה צרה ומבקשות במקרים רבים לערער "עד הסוף". הממשל בכללותו, לעומתן, נדרש לראייה רחבה בהרבה כדי להחליט אם לערער, בין בזכות ובין ברשות;²¹⁰ והוא הדין בניהול הערעורים לגופם, וכן בהחלטה אם להתערב (intervene) או לטעון כידיד (*amicus*) בהליך קיים. על כל אלה מופקד ה-SG, העומד בראש משרד עילית ובו כעשרים פרקליטים מהרמה הגבוהה ביותר. הוא מתמנה על ידי

²⁰⁸ יודגש כי מקומו של ה-AG הוא תמיד בדרג הפוליטי, אף כשהוא עצמו משפטן מובהק (כגון ה-AG הנוכחי בממשל ביידן). ראו גם לעיל ה"ש 27 והטקסט הסמוך. לעניין זה, מקבילו של ה-AG בישראל הוא שר המשפטים ולא היועץ המשפטי.

²⁰⁹ Devins & Herz, לעיל ה"ש 205, עמ' 567. ראו גם Catherine Lanctot, *The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer: The three Hardest Questions*, 64 S. CAL. L. REV. 951, 997 (1991), וכן הדין והמסקנה החדה בעמ' 1012 – 994.

²¹⁰ די כאן לציין כמה שיקולים. ראשית – המשאבים לעולם מוגבלים, ולא כל הערעורים הפוטנציאליים שווים בחשיבותם ובסיכויי הצלחתם. שנית – ריבוי ערעורים ובקשות ערעור, גם במקרים "חלשים", יכרסם באמינותו של מונופול הייצוג וממילא יפגע בו וברשויות הנזקקות לו. שלישית – הפסד של כמה רשויות, במקרים בעלי יסוד משותף, מחייב לבחור לשם ערעור את המקרה הנוח ביותר מבחינה עובדתית ומשפטית. לעיתים מוטב להתמקד במקרה עתידי מלהסתכן בהלכה שיפוטית לא-רצויה. רביעית – טיעון מטעם רשות אחת, שכל עניינה לנצח בהליך נתון, עלול לסתור עמדות שארה"ב הציגה או תציג בהליכים אחרים. ניצחון של רשות אחת עלול אפוא להיות הפסדן של רשויות רבות.

הנשיא באישור הסנאט,²¹¹ ברגיל לפי המלצת ה-AG,²¹² ושיקול הכרחי בבחירתו הוא קרבה לתפיסות הנשיא המכהן וממשלו. בד בבד עליו להיות משפטן וליטיגטור מעולה, כמי שמרבה להופיע ולטעון באופן אישי בבית המשפט העליון. לכן, אף שמינויו הוא במידת-מה בעל אופי פוליטי, מקומו הוא בדרג המקצועי של מחלקת המשפטים, והוא אף היחיד מכל משרתי הציבור הפדרליים הנדרש לפי חוק להיות "learned in the law".²¹³

בהאצלה מה-AG ומכוח חקיקת משנה,²¹⁴ תפקידו הבולט של ה-SG הוא לנהל את הליכי ארה"ב בבית המשפט העליון, הן בשלב הבקשה לסרטיוררי והן בשלב הדיון המלא בבקשות שהתקבלו (petition stage ו-merits stage), ולהלן "שלב הסרטיוררי" ו"שלב הערעור". הוא מקיים לשם כך היוועצות ברשויות המתדיינות ובאגפי מחלקת המשפטים, כדי לסנן דרישות והמלצות בשלב הסרטיוררי ולגבש עמדות בשלב הערעור;²¹⁵ והסינון קפדני עד מאוד, כך שה-SG מסכים לבקש סרטיוררי רק באחוז זעום מכלל המקרים שבהם הרשויות רוצות בכך.²¹⁶

בקצה הפירמידה השיפוטית, אם כן, על ה-SG לקבוע מדיניות וסדרי עדיפות. כוחו לעשות זאת נעוץ קודם-כול בחקיקה ברורה ובהיותו זרוע של ה-AG ושל הנשיא, וכן ברמתו המשפטית הגבוהה ובכך שאיש אינו יכול להתחרות בהצלחתו כליטיגטור. אף שקברניטי הרשויות זועמים לעיתים על סירובו לבקש סרטיוררי כרצונם, עליו להגביל את הסכמתו רק למספר קטן מאוד של מקרים חזקים-במיוחד, חשובים-במיוחד ומתאימים-במיוחד למדיניות הממשל. בתוך כך עליו לפעול לפיתוח הדין כפי שהממשל המכהן מבקש לראותו וכן לשמור בהקפדה רבה על אמינותו ועל רמתו המקצועית, כדי להבטיח את הכבוד ואת הקשב המיוחד שארה"ב והוא עצמו זוכים להם מצד השופטים.

המספר הכולל של בקשות סרטיוררי עומד כיום על כ-8,000 בשנה, בעוד מספר ההליכים המלאים מתמצה בכמה עשרות.²¹⁷ שיעור הבקשות המתקבלות לדיון מלא נע

²¹¹ 28 U.S.C. § 505

²¹² REBECCA MAE SALOKAR, THE SOLICITOR GENERAL – THE POLITICS OF LAW 3, 35 (1992)

²¹³ 28 U.S.C. § 505

²¹⁴ 28 C.F.R. (Code of Federal Regulations) § 0.20

²¹⁵ תיאור פרטני של התהליך מצוי ב-Justice Manual, הלא הוא "המדריך" המפורט של מחלקת המשפטים (שעד 2018 היה ידוע בשם Unites States Attorney's Manual); www.justice.gov/jm/justice-manual.

²¹⁶ עד לפני כמה עשורים, ה-SG הסכים לבקש סרטיוררי בכ-60-80 מקרים מתוך כ-800 בקשות והמלצות בשנה, היינו, בכ-10% מכלל המקרים. Ronald Chamberlain, *Mixing Politics and Justice: The Office of Solicitor General*, 4 J.L. & Pol. 379, 387, 393 (1987). ראו גם Christopher Zorn, *U.S. Government Litigation Strategies in the Federal Appellate Courts*, 55 (1) POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 145, 145 – 149 (2002). בדור האחרון נראה כי "שיעור ההסכמה" של ה-SG פחת אף יותר, ובמידה ניכרת, שכן מספר הבקשות שהוא מגיש מדי שנה הוא כרבע או שליש ממספרן בעבר.

²¹⁷ הכתיבה בנושא רבה ולא אזכיר אף את מקצתה. למגמות הסטטיסטיות בעשורים האחרונים ראו בייחוד Margaret Cordray & Richard Cordray, *The Solicitor General's Changing Role in Supreme Court Litigation*, 51 B.C. L. REV. 1323 (2010). נתונים מהשנים האחרונות ימצאו בפרסומים סטטיסטיים (למשל www.uscourts.gov/statistics-reports), באתר בית המשפט העליון (www.supremecourt.gov) ובאתר ה-SG (www.justice.gov/osg/supreme-court-briefs).

אפוא סביב אחוז אחד,²¹⁸ או לכל היותר שלושה אחוזים אם מוציאים מהחישוב כשני שלישים מהבקשות שסיכוייהן לכתחילה מזערניים (בקשות בפטור מאגרה שרובן בקשות אסירים). לעומת זאת, בקשות ה-SG מתקבלות בעקביות בשיעור של 70-80 אחוזים, ופירוש הדבר הוא השפעה מכרעת על סדר יומו של בית המשפט.²¹⁹ גם בשלב הערעור זוכה ה-SG להצלחה יוצאת דופן, ולא לחינם הוא מתואר כליטיגטור המשפיע ביותר בארה"ב.²²⁰

בדור האחרון פחת מאוד מספר ההליכים שבית המשפט מקבל לדיון מלא, וכך בבד פחת מספר בקשות הסרטיוררי ה-SG מגיש: 60 – 80 בקשות בשנה לפני כמה עשורים, לעומת 21 בלבד בממוצע לשנים 2015 עד 2020. במקביל התרבו מאוד טיעוני ה-SG כידיד, המאפילים אף על טיעונו כצד,²²¹ ויש לכך משמעות מרחיקת לכת. טיעון במעמד ידיד, כשאררה"ב אינה בעלת דין, מרחיב מאוד את שיקול דעתו של ה-SG. בכוחו לבחור מה יטען ובאיזה צד יתייצב, אין הוא כבול לעמדה אדברסרית מטעם רשות זו או אחרת, והוא רשאי לטעון מטעם ארה"ב גם בסוגיות שאינן נוגעות במישרין לענייני הממשל. ממילא הדבר מאפשר לממשל להישמע, באמצעותו, בכל סוגיה חשובה שבית המשפט העליון עומד להכריע בה.

על רקע זה יש לשוב לסוגיות שבמוקד ענייננו: נאמנות ה-SG לעמדות שהממשל מבקש להשמיע; והשאלה למי הסמכות העליונה, לעת מחלוקת, בכל הנוגע לייצוג ארה"ב ולקביעת עמדותיה בבית המשפט.

(ג) "עצמאות" ה-SG

ב-1987 ספר נשיא בית המשפט העליון לשעבר ל-SG שהלך לעולמו:²²²

[H]e was a true "Minister of Justice"^[223] as well as an advocate, but he never forgot he was Government's advocate in the Supreme Court, not the Supreme Court's representative in the Department of Justice.

²¹⁸ כך למשל, נשיא בית המשפט העליון ציין בפסק דין כי שיעור ההצלחה בבקשות סרטיוררי הוא כ-1.1%, וכי ב-2008 הוגשו לבית המשפט 8,241 בקשות; 556 US 868, *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 899 (2009).

²¹⁹ לאורך 85 שנים בין 1932 ל-2016, ארה"ב הייתה בעלת דין ביותר מ-40% מכל ההליכים המלאים; Lee Epstein & Eric Posner, *The Decline of Supreme Court Deference to the President*, 166 U. PA. L. REV. 829, 842 – 844 (2018).

²²⁰ Cordray, לעיל ה"ש 217, עמ' 1326. לשיעור ההצלחה של ה-SG ראו למשל Salokar, לעיל ה"ש 212, עמ' 3 – 4, 22 – 31, 123 – 130, 145 – 150.

²²¹ ה-SG אינו זקוק לרשות בית המשפט או להסכמת הצדדים כדי לטעון כידיד. בייחוד בשלב הסרטיוררי, בית המשפט אף מרבה לבקש מה-SG להביע דעה כידיד, וה-SG מצדו רואה בכך הוראה ולעולם אינו מסרב. לנתונים המספריים ראו Cordray, שם, עמ' 1353 – 1360.

²²² Warren E. Burger, *Wade McCree*, 21 LOY. L.A. L. REV. 1051, 1052 (1988).
²²³ סימני המירכאות במקור. בהקשר דנן, "Minister of Justice" הוא פרקליט הנותן יד לעשיית משפט ומגלה נאמנות גבוהה לצדק, להגינות ולחובותיו כ-officer of the court. הביטוי במונח "שר משפטים" אינו קיים כלל במינוח המשפטי האמריקני.

דומני שדברי השבח האלה הם תמצית התפיסה המקובלת של תפקיד ה-SG, ובה בעת הם מאירים קושי יסודי בתפיסת תפקידו של היועץ בישראל. ה-SG בהחלט אינו חרב להשכיר, רמתו המקצועית גבוהה מאין כמותה, והוא מקפיד באדיקות על יושרה ואמינות. אולם תפקידו היסודי אינו להשליט את הלכי הרוח השיפוטיים במוסדות הממשל, כי אם לשרת את הממשל כפרקליט ולשמש לו לפה בבית המשפט.

כך למשל, כשה-SG פועל כידיד ובוחר באילו הליכים יופיע ומה יטען, נמצא הבדל ממשי בין SGs בממשלים דמוקרטיים (הנוטים לליברליות) לבין SGs בממשלים רפובליקניים (הנוטים לשמרנות). הראשונים בחרו בעיקר הליכים הנוגעים לזכויות האזרח וברגיל טענו לחיזוקן, בעוד האחרונים בחרו בעיקר הליכים פליליים וברגיל טענו לצמצום זכויות נאשמים.²²⁴ יתר על כן, מחקר מדוקדק השווה טיעוני-ידיד של ה-SG להכרזות פומביות של נשיאים ספציפיים בכמה נושאי מפתח, ומצא מתאם ברור בין העמדות שהציגו ה-SGs בבית המשפט לבין הצהרות המדיניות של הנשיאים שמינו אותם.²²⁵

מעיקרא, אף שהילה מעורפלת של "עצמאות" מיוחסת לעיתים ל-SG, הרי כנורמה משפטית היא בהחלט אינה מקובלת. היא בוודאי מנוגדת להוראות מפורשות בחוק, ויש המתייחסים אליה לא רק בביקורת אלא בביטול.²²⁶ לדעתי היא נעוצה במידה רבה באי-הבחנה בין עצמאות נורמטיבית שהיא לפי דין, לבין עצמאות תפקודית המשקפת התערבות מועטה של רשות ממונה במלאכתה של רשות כפופה.

אשר לעצמאות נורמטיבית – החוק קובע בבירור כי ה-SG כפוף ל-AG, כפי שנקל לראות בחקיקה המצוטטת לעיל. ברוח זו דיבר למשל צ'רלס פריד, שהיה SG (1985 – 1989) בממשל רייגן, בשימוע שערך לו הסנאט ערב מינויו. פריד הבהיר כי במקרים נדירים של מחלוקת, "אין ספק" שה-AG מוסמך להורות ל-SG איזו עמדה לנקוט, ואז ל-SG אין אלא לקבל זאת ברוח טובה.²²⁷ הוא הדין ביחסי ה-SG והנשיא. כך למשל תיאר דרו דיין, שהיה SG (1993 – 1996) בממשל קלינטון, חלק משיחה שהתברר כי הייתה "ראיון עבודה" שערך לו הנשיא טרם מינויו:

[T]he President said to me, "What *is* the relationship between the SG and the President?" I responded, "Mr.

²²⁴ ראו למשל Cordray, לעיל ה"ש 217, עמ' 1333 והמקורות שם.

²²⁵ Stephen Meinhold & Steven Shull, *Policy Congruence between the President and the Solicitor General*, 51(2) POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 527 (1998).

²²⁶ ביטוי בולט לתפיסה זו של "עצמאות" מצוי בדברי פרנסיס בידל, שבשנות ה-40 של המאה הקודמת היה SG ולאחר מכן AG בממשל רווולט. בידל כתב בזיכרונותיו פסקה ציורית, נמלצת, שתארה את ה-SG כמי שאינו אחראי לאיש ונאמן רק לשירות ארצו. חוות דעת של מחלקת המשפטים מ-1977 (ראו להלן) ציינה בנימוס כי בידל "הפריז מעט" בדבריו, ה-SG בממשל קלינטון כתב כי זהו תיאור לא-מדויק שצויר בהתלהבות-יתר, ומלומד אחר ציין כי הדברים הם "כמובן" בגדר הפרזה שאין לקחתה ברצינות. ראו בהתאמה Drew Days III, *In Search of the Solicitor General's Clients: A*; 235; Louis Fisher, *Is the Solicitor General an Executive or a Judicial Agent? Caplan's Tenth Justice*, 15 LAW & SOC. INQUIRY 305, 306 (1990) (Book Review Article). לאור הוראות החוק והאמור בטקסט שלהלן,

דומני שאין צורך להכביר עוד מילים והמחשות.

²²⁷ מצוטט אצל Salokar, לעיל ה"ש 212, בעמ' 70.

President, it is very simple. You are in the Constitution and the SG is not." That statement certainly let the President know that I would defer to his authority.²²⁸

דייו הוסיף כי מעורבות הנשיא בעבודת ה-SG אינה שאלה של "אם" אלא של "מתי וכיצד", ובאותה רוח כתב גם פול קלמנט שהיה SG (2004 – 2008) בממשל בוש הבן. קלמנט הבהיר כי ה-AG והנשיא רשאים תמיד לדחות את עמדת ה-SG, לרבות בשאלות משפטיות מובהקות, אם כי ריבוי מקרים כאלה יעיד על כשל וסופו שיאלץ את ה-SG להתפטר.²²⁹ מבחינה נורמטיבית הדין ברור מאוד, אם כן; ופרט למקרים רבים שמן הסתם לא תועדו,²³⁰ קיימים גם לא-מעט מקרים מתועדים שבהם הנשיא התערב במלאכת ה-SG,²³¹ הורה לו כיצד לייצג את ארה"ב ואף תיקן במו ידיו כתב טענות.²³² אשר לעצמאות תפקודית – אף שהדרג הפוליטי רשאי להתערב בהחלטות ה-SG, בפועל הוא ממעט מאוד לעשות זאת. הרי אין טעם למנות SG מקצועי רק כדי לפקח מקרוב על מעשיו; ושיקול זה גם מסביר, כמובן, מדוע ה-AG והנשיא בוחרים מלכתחילה אדם שאינו רק משפטן מעולה אלא גם שותף אידיאולוגי שניתן להרשות לו לעשות כהבנתו. אכן, דווקא הקרבה האידיאולוגית ל-AG ולנשיא מגבירה את האוטונומיה המקצועית של ה-SG, את האמון בו ואת הקשב הפוליטי לעמדותיו המשפטיות. מעבר לכך, הנשיא וה-AG יודעים היטב את ערכו של ייצוג מקצועי ונזהרים שלא לחבל בו. הם מבינים היטב כי תכתיבים פוליטיים יזיקו להם, משום שיקעקעו את אמינות ה-SG ואת מעמדו בבית המשפט ובכך יפגעו ביכולתו לנצח עבורם. הנה למשל דברי ויליאם באר, שניהן כ-AG בממשל בוש האב (1991 – 1993) ולאחר מכן גם בממשל טראמפ (2019 – 2020):

[T]he President has a responsibility to his office to advance responsible positions of law. I believe that President Bush fully shares this position. Ultimately, if you attempt to push too hard – even as a matter of litigation risks – and take legal positions that clearly will not be sustained, or that are

Drew Days III, *When The President Says "No": A Few Thoughts On Executive Power and the Tradition of Solicitor General Independence*, 3 J. APP. PRAC. & PROCESS 509, 519 – 520 (2001).

Paul Clement, *The Intra-Executive Separation of Powers*, 59 EMORY L.J. 311, 328 (2009).

Days, לעיל ה"ש 228, עמ' 509.

שם, עמ' 510 – 519.

Victor Kramer, *President Eisenhower's Handwritten Changes in the Brief on Relief in the School Segregation Cases: Minding the Whys and Wherefores*, 9 CONST. COMMENT 223 (1992).

not responsible and reasonable legal positions, you will lose ground ... [and] weaken the office of the President.²³³

דומה אפוא שהכול מבינים את האינטרס הפוליטי בייצוג משפטי אחראי, מרוסן, בראש ובראשונה משום שהוא אפקטיבי ומוליד לאורך זמן ניצחונות רבים יותר.²³⁴ מכאן יכולתו של ה-SG לעמוד על דעתו המקצועית, לומר "לא" במקרים כה רבים ולשמור על יושרה ועל אמינות בבית המשפט.

ניתוח בהיר במיוחד של יחסי ה-SG והדרג הפוליטי מצוי בחוות דעת רשמית של מחלקת המשפטים.²³⁵ זו נכתבה ב-1977 עבור ה-AG, שבא לתפקידו מכהונה שיפוטית ופעל להשיב למחלקה מעמד ויוקרה שאבדו לה בפרשת ווטרגייט.²³⁶ היא הוכנה אפוא בנסיבות של חשש מוגבר מהפוליטיקה ודגש חזק על "עצמאות משפטית-מקצועית", ודווקא משום כך יש לה משקל מיוחד לצרכי השוואה עם ישראל. למיטב ידיעתי אין עליה עוררין, וה-SG דייוז למשל חלק לה שבחים וציין שהייתה נר לרגליו.²³⁷

בתמצית, חוות הדעת מדגישה כי מסורת העצמאות של ה-SG מבוססת על חלוקת-עבודה נוחה, יעילה והגיונית, ולא על הפרדת רשויות הנדרשת כביכול לפי דין. כל עיקרה הוא לסייע ל-AG ולנשיא למלא את חובתם החוקתית בעזרת נושא-משרה כפוף המורשה להפעיל שיקול דעת עצמאי, מקצועי, משוחרר משיקולי מדיניות העלולים להפריע לניתוח הדין. כך, גם אם ה-AG חולק על ה-SG, עמדת הממשל תהיה בדרך כלל עמדתו המשפטית של ה-SG. אולם ספק אם הנשיא או ה-AG רשאים כלל "להאציל" ל-SG את הסמכות לקבוע את עמדת הממשל, הם בוודאי רשאים לדחות את דעתו, וה-AG גם רשאי תמיד ליטול את הסמכויות לעצמו אם נראה לו לעשות כן לטובת האינטרס הציבורי. אדרבה, חוות הדעת מדגישה שאם ה-SG נקלע לדעת ה-AG לטעות משפטית יסודית, אזי חובת ה-AG היא לשמור בעצמו על שלטון החוק ולהפעיל באופן עצמאי את שיקול-דעתו שלו, ובייחוד בשאלות שאין להן תשובה "משפטית" מובהקת.

סיכום הדברים. ה-SG רחוק מאוד מלהיות אומר-הן, שומר מכל משמר על אמינות ומצוינות במלאכת הייצוג, מקפיד הקפדה יתרה על אחריותו כ-officer of the court, ונהנה מרמה גבוהה מאוד של עצמאות תפקודית. אך עם כל זאת, ובניגוד יסודי לתפיסה המקבילה בישראל – אין הוא ניטרלי או אובייקטיבי, הוא כפוף להלכה ולמעשה לדרג

²³³ William Barr, *Attorney General's Remarks*, 1992, 15 CARDOZO. L. REV. 31, 35 – 36 (1993).

²³⁴ Brian Landsberg, *The Tenth Justice*, 6 CONST. COMMENT. 165, 168 – 169 (1989) (Book Review).

²³⁵ *Role of the Solicitor General – Memorandum Opinion for the Attorney General*, 1 (1977) OP. OFF. LEGAL COUNSEL 228.

²³⁶ Baker, לעיל ה"ש 27, עמ' 151 – 165. בל אף בחן אפשרות לכונן מחלקת משפטים עצמאית לחלוטין, שאינה כפופה למרות הנשיא, אך המסקנה הייתה כי הדבר יהא בלתי רצוי ובלתי חוקתי כאחד. להרחבה ראו למשל *Removing Politics from the Justice Department: Constitutional Problems* Note, (1975) 50 N.Y.U.L. REV. 366, *with Institutional Reform*.

²³⁷ *Days, In Search of the SG's Clients*, לעיל ה"ש 226, עמ' 494 – 495.

הפוליטי שמעליו, הוא פרקליט ולא מעין-שופט, והוא בוודאי אינו נציג עצמאי של "החוק" או של "הציבור".

4. החריגים למונופול ולתפיסת "הקול האחד"

מונופול הייצוג כפוף לעשרות חריגים סטטוטוריים, אם כי במעלה הפירמידה השיפוטית הוא מתהדר וחריגיו מתמעטים. התמונה בכל מורכבותה, כפי שהציגה אחד המלומדים, מגלה כי ייצוג עצמאי נתון לחלק מהרשויות בכל ערכאה ובכל עניין, לחלקן בכל ערכאה אך רק בעניינים מסוימים, לחלקן רק בערכאות מסוימות אך בכל עניין, לחלקן רק בערכאות מסוימות ורק בעניינים מסוימים, ולחלקן בעניינים מסוימים בכל ערכאה ובעניינים אחרים רק בערכאות מסוימות. התוצאה היא פסיפס של סמכויות ייצוג עצמאיות, שיש בו "לפצל" את הממשל בערכאות ולהקנות לו קולות שונים ואף מנוגדים:²³⁸

[L]egislative grants of independent litigating authority result in a significant number of intragovernmental disputes that are publicly aired before the federal courts, including the Supreme Court ... in countless forms depending on the issue and the court.

מטבע הדברים, ריבוי הקולות נגזר לא רק מלשון החוק. ממשלים רפובליקניים נוטים לתפיסה אוניטרית של הרשות המבצעת ולכן קנאים יותר לתפיסת הקול האחד. ממשלים דמוקרטיים לעומתם עשויים לגלות פתיחות רבה יותר לליבון פומבי של מחלוקות פנימיות, ואפילו כשהייצוג מופקד לפי חוק בידי המונופול. כך למשל, ממשל קרטור הדמוקרטי הביא לפתחו של בית המשפט מחלוקות בין מחלקת המשפטים לבין רשויות רבות אחרות ובהן גם מחלקות ההגנה, הפנים והעבודה המצויות בגרעין הרשות המבצעת.²³⁹

כמה וכמה שיקולים עשויים לפרנס את החריגים הסטטוטוריים למונופול הייצוג.²⁴⁰ ראשית, טעמים חוקתיים מובהקים מחייבים שהרשות המחוקקת (בין היתר) לא תהא תלויה במחלקת המשפטים שהיא חלק מהרשות המבצעת. מכאן בין היתר החקיקה המקנה לסנאט פרקליט משל עצמו וייצוג עצמאי בכל עניין ובכל ערכאה, לרבות בבית המשפט העליון.²⁴¹

שנית, גם במסגרת הרשות המבצעת יש רשויות הנזקקות במובהק לייצוג עצמאי בכל הערכאות. כך למשל רשות הבחירות הפדרלית, הנדרשת לעת הצורך לאכוף את החוק נגד הנשיא עצמו (ונגד חברים במפלגתו).

Neal Devins, *Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*, 15 *CARDOZO L. REV.* 273, 277 – 278 (1993).

²³⁹ שם, עמ' 281 – 282.

Neal Devins & Michael Herz, *The Battle That Never Was: Congress, The White House, and Agency Litigating Authority*, 61 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 205, 217 – 218 (1998).

²⁴¹ 2 U.S.C. 288 – 288n.

שלישית, מחלקת המשפטים עלולה להקשות על הרשות לעשות את מלאכתה השגרתית כהבנתה, ואף לנצל את מונופול הייצוג כדי לכפות על הרשות עמדות מהותיות ולאזן דווקא "משפטי-מקצועיות". הקונגרס ער לכך, והוא עשוי לרסן את המונופול ולהקנות לרשויות סמכויות ייצוג עצמאיות בתחומי אחריותן.

רביעית, יש שסמכויות ייצוג עצמאיות הן אמצעי בידי הקונגרס להגביל נשיא תאב-כוח; ויש שהן נולדות במסגרת עסקת חבילה פוליטית, כחלק ממקד וממכר בנושאים אחרים. השיקולים השונים משתקפים למשל בייצוג רשות המסחר הפדרלית (Federal Trade Commission).²⁴² מרבית הליכיה של רשות המסחר הופקדו בעבר בידי מחלקת המשפטים, אלא שזו חלקה לעיתים על מדיניות הרשות, הקשתה עליה לפעול, התפשרה בניגוד לעמדותיה וחסמה את דרכה לבית המשפט העליון. הקונגרס בחר אפוא להרחיב פעמיים את סמכויות הרשות לייצג את עצמה – תחילה בערכאות נמוכות (1973) אגב עסקת חבילה פוליטית, ולאחר מכן גם בבית המשפט העליון (1975), והפעם בעקבות פרשת ווטרגייט ועל רקע חולשת הנשיא והנטייה לקצץ בכוח הבית הלבן ומחלקת המשפטים.

סמכות הייצוג של רשות המסחר קבועה כיום בסעיף חוק מפורט,²⁴³ שדי להציג בקיצור שתיים מהוראותיו. **הוראה אחת** מפרטת הליכים שבהם לרשות סמכות בלעדית להתדיין בשמה-שלה ובאמצעות פרקליטיה, אך מבלי לפגוע בסמכותו של ה-AG להתערב לפי כל דין בשם ארה"ב. יכול אפוא שהרשות בשמה-שלה תציג את עמדתה וה-AG בשם ארה"ב יציג עמדה שונה. **הוראה שנייה** חלה על הליכים בבית המשפט העליון שבהם הרשות כבר ייצגה את עצמה בערכאות קמא, מבהירה כי "AG" כולל גם "SG" וקובעת כך:

(1) הרשות רשאית לייצג את עצמה אם ביקשה זאת מה-AG והלה הסכים, לא הגיב, או הודיע לרשות כי הוא מסרב לערער או לבקש סרטיוררי.

(2) מקום שה-AG בוחר לייצג את הרשות בעצמו, הוא אינו רשאי להסכים מטעמה להסדר או לפשרה או למחיקת ההליך, ואינו רשאי להודות בטעות (confess error),²⁴⁴ אלא אם הרשות נתנה לכך את הסכמתה. לפי חוק מפורש, אם כן, עליו לייצג את עמדת הרשות ולא את עמדתו-שלו.

הנה כי כן, ארה"ב עשויה בהחלט לדבר בערכאות בקולות שונים. ערכאות הערעור הפדרליות הורגלו בכך מזמן, ובית המשפט העליון ציין כבר לפני יותר מארבעים שנה כי מקרים כאלה אינם נדירים.²⁴⁵ במשפט הישראלי, כפי שראינו, יכול שהמדינה לא תורשה לדבר בבית המשפט אפילו בקול אחד.

²⁴² ראו Neal Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over* (1994) 255, 269 – 272 CALIFORNIA L. REV. 255, 269 – 272; וכן Devins & Herz, לעיל ה"ש 240, עמ' 217 – 218.

²⁴³ 15 USC § 56

²⁴⁴ "confession of error" היא הודאה מטעם ה-SG כי הערכאה קמא שגתה כשהכריעה **לטובת** ארה"ב. הודאות כאלה ניתנות ברגיל פעמיים-שלוש בשנה, ברובן המכריע בהליכים פליליים (כאשר ה-SG אינו מייצג רשות כלשהי כבעלת דין ריאלית). הכתיבה על כך רבה, אך לא כאן המקום להרחיב.

²⁴⁵ ראו Devins, *Unitariness and Independence*, לעיל ה"ש 242 בעמ' 263, המצטט מפרוטוקול הדיון בעל-פה בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון; וכן דבריה במאמר חוץ-שיפוטי של שופטת באחת מערכאות הערעור הפדרליות:

5. סיכום

כמה תובנות מרכזיות עולות מן ההשוואה בין מונופול הייצוג האמריקני לבין הדין בישראל.

ראשית – המונופול האמריקני מעוגן בחקיקה מפורשת, ברורה ומפורטת. אין כל השוואה בין חקיקה זו, המכוננת הסדר סטטוטורי ממשי, לבין החקיקה בישראל המתוארת בפרק הבא.

שנית – המונופול האמריקני אינו מתיימר (ואינו יכול) לערער סדרי חוקה ומשטר. אף שהנשיא לא נזכר כלל בחקיקה המקנה את סמכויות הייצוג למחלקת המשפטים ול-AG, אין בכך לגרוע מסמכותו החוקתית העליונה כראש הרשות המבצעת. כמו בארצות אחרות, הדרג המקצועי (SG) נהנה מעצמאות תפקודית גבוהה אך הסמכות העליונה היא לדרג הפוליטי (הנשיא וה-AG). בישראל לבדה, למיטב ידיעתי, הסמכות העליונה בייצוג המדינה ובקביעת עמדותיה בערכאות שמורה כיום דווקא לדרג המקצועי.

שלישית – מטרת המונופול האמריקני אינה לתת לפרקליטים כוח כדי להצר את צעדי הממשל, כי אם להיפך: לאפשר לממשל להיעזר בפרקליטים כדי להשליט סדר ולהנהיג משטר היררכי ובראשו הנשיא. בנוסף לשיקולי חיסכון, יעילות ואחידות, תכלית המונופול היא להבטיח, בייחוד בערכאות הערעור, כי ההיררכיה שמחוץ לבית המשפט תוסיף להתקיים גם בתוכו. לכן, עד כמה שהמונופול משמיע קול אחד, זהו קול הרשות המבצעת היוצא מפי הממשל המכהן. בה בעת, החריגים למונופול הם אחד הביטויים לחלוקת הכוח בין הרשויות לבין עצמן. הם משקפים בין היתר את הכוונה להגמיש את ההיררכיה ואת "הקול האחד", בגבולות שהמחוקק קובע, ובכך לאפשר ביטוי בבית המשפט לחילוקי דעות ולניגודי אינטרסים בתוך השלטון פנימה.

מכאן גם עצם ההכרה בחריגים. מאחר שהמונופול בארה"ב נועד למנוע אנרכיה ולאפשר היררכיה, מובן שייתכנו לו חריגים למען מטרות חשובות אחרות ובהן חלוקת הכוח, הבטחת איזונים ובלמים, או ניצול יתרונות שיש לפרקליטי הרשות על פרקליטי מחלקת המשפטים (בעיקר בערכאות הנמוכות). בישראל, לעומת זאת, מאחר שהמונופול דה-פקטו מוצג כאילו היה הכרח לשלטון החוק, ממילא הוא הופך לנוקשה שהרי החוק מחייב תמיד. נדמה אפוא כאילו המונופול בישראל הוא כמעט-מוחלט, כאילו הכרחי שיכבול את כלל הרשויות לרבות הממשלה שבראשו, וכאילו כל חריגה ממנו כמוה כהתנכרות לשלטון החוק.

ה. החקיקה בישראל

על רקע דגל שלטון החוק המונף במשפטנו, מאלף להיווכח כי מונופול הייצוג בישראל אינו נזקק כלל לעוגן סטטוטורי. בבואו לאכוף את המונופול ולהשליט באמצעותו את החוק, היועץ עצמו פועל ללא חוק. הוא הדין בכוח "הייעוץ", שאין לו עיגון סטטוטורי כלשהו.

"Our court is by now inured to cases in which the government is a house divided"; Patricia Wald, *For The United States: Government Lawyers in Court*, 61 LAW & CONTEMP. PROBS. 107, 127 (1998).

בימי הדין הישן, החוק שימש נקודת מוצא מובנת מאליה לדיון בסמכויות היועץ. הנה למשל דברי שלמה דורי, שהיה פרקליט בשירות המדינה ולימים שופט מחוזי, במאמר משנת 1959: ²⁴⁶

כל הסמכויות המסועפות אשר הוענקו ליועץ המשפטי, ניתנו לו מכוח הוראות מפורשות. מיותר אולי להדגיש כי אין ליועץ המשפטי כל סמכות שהיא בעניני ייצוג, הופעה והתערבות בבית המשפט אלא אם כן נתונה לו סמכות זו מכוח חיקוק.

התפיסה דהיום חוללה גם כאן תמורה יסודית. שלטון החוק הועלה על נס, אבל החוק עצמו נזנח. הדין החדש התגבש בהערות האגב של בג"ץ, אך החוק כלל לא נזכר בהן. כדי לאכוף מונופול ייצוג מוחלט, הכובל אף את הממשלה ומפרנס סמכות השתקה שאין כמותה בשום מקום אחר, די היה בקביעה הסתמית בהערת-פנחסי, ללא תימוכין בחוק או במקור משפטי אחר, שלפיה "ייצוג המדינה ורשויות השלטון מופקד בידי היועץ המשפטי לממשלה".²⁴⁷ כאמור במבוא, רק בעניין תנובה (2019) ובעניין החיסון (2021) נזכרה לבסוף הוראת חוק כסימוכין למונופול הייצוג.²⁴⁸ אלא שהסמכות זו על החוק, בכל הכבוד, הייתה לדעתי שגויה לחלוטין.

1. הרקע לחקיקה ועיקר הוראותיה

(א) דלות החקיקה ומקורה המנדטורי

החקיקה בדבר ייצוג המדינה במשפטנו היא דלה ונושנה. ההוראה הבולטת ביותר – זו שהובאה בעניין תנובה ובעניין החיסון – קבועה בסעיף 4 לחוק המדינה כבעל דין, תשי"ח – 1958, שהחליף את פקודת המשפטים הממשלתיים 1926. ²⁴⁹ עוד הוראות קבועות בשני סעיפיה של פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], שהם שרידיה היחידים של פקודת חוק הפרוצדורה (תיקון) 1934 כפי שתוקנה ב-1945.²⁵⁰ הוראות אחרות, בחקיקה ראשית או בתקנות, אף הן נושנות וחלקן כבר בוטלו. החקיקה הרלוונטית, כמעט כולה, היא המשך ישיר של המורשת המנדטורית. אין להבינה כלל בלי לעמוד על מקורותיה, ודומה שהוראותיה הבולטות אכן מתפרשות כיום באופן שגוי ואף בסתירה בינן לבין עצמן.

(ב) היועץ המשפטי כבעל דין נומינלי (בהליכים אזרחיים)

לפי מסורת המשפט המקובל, רשויות שפעלו בשם הכתר לא התדיינו בשמן-שלהן בהליכים אזרחיים. להוציא רשויות שהיו מואגדות או הוסמכו בחוק לתבוע או להיתבע בשמן, ה-

²⁴⁶ שלמה דורי "ייצוג המדינה ורשויותיה בבית המשפט" משפט וכלכלה ה' 217, 224 (תשי"ט).

²⁴⁷ עניין פנחסי, לעיל ה"ש 145, עמ' 473. קביעה זו אמנם הסתמכה על מאמרו של היועץ זמיר, שהצביע על כלל "הקובע כי הייצוג של המדינה בבתי המשפט מופקד כולו בידי היועץ המשפטי לממשלה בלבד" (ראו לעיל ה"ש 142, 148). אלא שגם דברי זמיר בנקודה זו לא נשענו על תימוכין כלשהם.

²⁴⁸ לעיל ליד ה"ש 5-6.

²⁴⁹ ע"ר עמ' 145 (20 באוגוסט 1926).

²⁵⁰ ע"ר 1934, תוס' 1, עמ' 177; ע"ר 1945, תוס' 1, עמ' 53 – 54.

AG הוא מי שהופיע בכותרות ההליכים כבעל דין נומינלי, ותביעות מצד הממשלה ונגדה התנהלו בשמו-שלו.

תמונה דומה הצטיירה בהליכי ממשלת המנדט, ושרידיה נמשכו לימי המדינה. עד 1958, "מדינת ישראל" לא נזכרה כלל בכותרות הליכים אזרחיים. תחת זאת, מכוח פקודת המשפטים הממשלתיים שעמדה עדיין בתוקף, התובע והנתבע מטעם המדינה היה היועץ המשפטי לממשלה. ודוק: היועץ לא היה בעל דין פורמלי שהרי הרשויות לא פעלו בשמו ופסקי הדין לא חייבו ולא זיכו אותו, וגם לא היה בעל דין ריאלי שהרי לא מעשיו נבחנו כי אם מעשי הרשויות. עד ביטול הפקודה ב-1958, אם כן, היועץ היה בעל דין נומינלי ופרקליט מייצג בעת ובעונה אחת. יובהר כי האמור לעיל חל בהליכים אזרחיים. בהליכים מינהליים לא היה צורך בבעל דין נומינלי, שכן עתירות לבג"ץ הוגשו, כמו היום, נגד הרשויות עצמן ובשמן-שלהן.

(ג) הליכי הכתר באנגליה

הכתר האנגלי נהנה עד אמצע המאה ה-20 מחסינות מלאה בנוזיקין,²⁵¹ ואילו בענפי משפט אחרים חלה עליו אחריות לפי דין אך בכפוף לפרוצדורה מיוחדת ומכבידה. דרך המלך (תרתי משמע) הייתה לעתור לכתר ולבקש את הסכמתו להגשת תביעה נגדו, בהליך שהיה ידוע בשם Petition of Right. ההנחה הייתה שההסכמה (fiat) תינתן במקרים שייראו לכאורה מוצדקים, וההחלטה נמסרה בפועל ל-AG כדי לוודא שאין מדובר בתביעה טרדנית או בעילה נזיקית שהיא מעיקרא אסורה.²⁵² משניתנה ההסכמה, התביעה הוגשה נגד ה-AG בתורת נתבע נומינלי כאמור לעיל. הרפורמה הגיעה בדמות ה-Crown Proceedings Act משנת 1947, שביטל בין היתר את חסינות הכתר בנוזיקין ואת ה-Petition of Right, ונועד במוצהר לאפשר תביעות נגד הכתר (קרי המדינה) כמו נגד כל אדם. חוק זה בא מאוחר מכדי להשפיע על הדין בארץ-ישראל המנדטורית, אך שיקף מגמת ליברליזציה שהגיעה עד מהרה – כפי שנראה – גם לחקיקה הישראלית.

(ד) פקודת המשפטים הממשלתיים 1926

פקודת המשפטים הממשלתיים (להלן "פקמ"מ") שיקפה את המשפט האנגלי דאז ורק הוסיפה לו מעט נופך קולוניאלי, כגון בזכותה של הממשלה לדרוש רוב של שופטים בריטיים בכל ערעור.²⁵³ הפקודה קבעה כי תביעות אזרחיות מצד ממשלת המנדט או אחת ממחלקותיה (להלן "הממשלה") יוגשו על ידי היועץ המשפטי, בא-כוחו או כל פקיד אחר המורשה לפי חוק להגישן בשם הממשלה. תביעות אזרחיות נגד הממשלה הוגבלו לרשימה סגורה של שלוש עילות מותרות, ללא נזיקין, והפקודה קבעה כי שום תביעה לא תידון אלא אם הנציב העליון הסכים בכתב להגשתה. כמו באנגליה, ההסכמה הופקדה בפועל בידי

²⁵¹ ראו ג' טדסקי (עורך) דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 401 – 403 (1969); לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 133.

²⁵² לתמונה בת-הזמן באנגליה ראו Thomas Inskip, *Proceedings by and Against the Crown*, 4 (1930) CAMBRIDGE L.J. 1, 5 – 6.

²⁵³ סעיף 7 לפקמ"מ.

היועץ.²⁵⁴ משניתנה ההסכמה, הפקודה קבעה כי תביעה תוגש נגד היועץ או נגד פקיד אחר שהנציב העליון יועיד למטרה זו, ומסמכי המשפט יימסרו באותו אופן ליועץ או לפקיד אחר.

הליכי הממשלה התנהלו אפוא ברגיל בשם היועץ כבעל דין נומינלי. בעלי הדין הריאליים היו הממשלה והרשויות הנוגעות בדבר, ומעליהן הנציב העליון. עמדת הנציב הייתה כמובן מכרעת בכל עניין משפטי או אחר שבו בחר להכריע, והפקודה המקורית אף קבעה במפורש כי הנציב יהא רשאי להורות על הגשת ערעור מקום שניתן פסק דין נגד הממשלה.²⁵⁵ לבסוף, הפקודה הבהירה כי הפרקליט המייצג יכול שיהא פקיד ממשלתי או עורך דין פרטי, וכך או אחרת הממשלה תהיה זכאית להוצאות שכר טרחה.²⁵⁶

2. הגורם להתפתחות החקיקה

(א) ההנחה ביסוד הדין והקשיים שהצריכו תיקונים

החקיקה המנדטורית-ישראלית משקפת הנחה שהייתה בשעתה מובנת מאליה: השלטון ופרקליטיו פועלים כיחידה אחת, והפרקליטים בבית המשפט משרתים כשלוחים את הרשויות הנזקקות להם.²⁵⁷ כל עיקרה של החקיקה בענייננו הוא לתת תוקף להנחה פשוטה

²⁵⁴ ראו דברי שר המשפטים בדיון על תיקון פקודת המשפטים הממשלתיים ב-1957: "בתקופת המנדט ... היה מה שהיה ידוע בשם 'פיאט' של היועץ המשפטי. לא היתה אז אפשרות להגיש משפטים נגד הממשלה ... בלי הרשאה מטעם היועץ המשפטי לממשלה." ד"כ 23, 329 (התשי"ח).

²⁵⁵ סעיף 6 לפקמ"מ.

²⁵⁶ סעיף 8 לפקמ"מ.

²⁵⁷ מוטב להציג חלק מהרקע להנחה זו, ולו בקיצור נמרץ. משך מאות שנים ועד סף המאה ה-20, ה-AG באנגליה ייצג בערכאות הן את רשויות השלטון והן בעלי דין פרטיים ששכרו את שירותיו, והממשלה, ככל בעל דין, שילמה לו את שכר טרחתו בכל מקרה שבו הופיע מטעמה. ראו בייחוד Edwards, לעיל ה"ש 12, עמ' 62 – 118. לא לחינם קבע למשל בית הלורדים, באמצע המאה ה-18, כי ה-AG כמוהו ככל פרקליט אחר: "he is but an attorney, though to the King, and in no other or different relation to the King, and every other attorney is to his employer" Wilkes v. R. (1768) Wilm. 322, 328; "The U.S. government was simply Baker; one client, paying an annual retainer for legal services" (1870), הממשלה הייתה לקוח בין שאר לקוחות: "The U.S. government was simply Baker; one client, paying an annual retainer for legal services" עמ' 27, עמ' 55.

במאה ה-19 החלה להתהוות באנגליה המציאות המוכרת לנו היום. ה-AG נדרש יותר ויותר לנוכחות בפרלמנט, לניסוח חקיקה ולייעוץ משפטי, והסדר הישן החל מתערער. הממשלה והפרלמנט ראו כיצד ייצוג פרטי בא על חשבון העבודה הציבורית, בעוד ה-AG ראה כיצד משרתו הציבורית מרחיקה אותו מן הערכאות, פוגעת בהכנסתו הפרטית ותובעת חלק גדול מזמנו ללא תמורה הולמת. בפרוס המאה ה-20 נמצאה פשרה. נאסרה על ה-AG הפרקטיקה הפרטית, והונהג תשלום מפוצל עבור עבודתו הציבורית: משכורת כוללת עבור ייעוץ (non-contentious business), ובנוסף שכר-טרחה עבור כל מקרה שבו יתבקש לייצג. הסדר זה יצר בתורו קשיים חדשים, וביסודם שאֵלה שב-1937 הוצגה לפרלמנט בזה הלשון: "whether [the AG] is really a Minister ... or whether he is half Minister and half practising [sic] Edwards; lawyer." עמ' 117. רק ב-1946 חדלו למעשה לשלם ל-AG בנפרד עבור ייצוג בערכאות, אם כי שכר הטרחה המגיע לו עוד הוגדר **להלכה** גם שנים רבות לאחר מכן. שם, עמ' 117 – 118; וראו גם House of Commons Information Office **Ministerial Salaries (Appendix C)** (2010) www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-information-office/m06.pdf.

זו, והתפתחותה הייתה רק תגובה לקשיים פורמליסטיים שהכבידו על פרקליטי הממשלה במלאכתם השגרתית. כך למשל, ערעור ממשלתי עלול היה להיכשל ללא תקנה אם הוגש בשם היועץ המנדטורי, אלא שעל הודעת הערעור חתם נציגו שלא הוסמך במיוחד להגשת אותו ערעור. אף שהנציג פעל דרך-שגרה על דעת היועץ והרשות גם יחד, בית המשפט עלול היה לפסול את הערעור וגם למנוע את הגשתו מחדש. התיקונים בחוק נועדו אפוא למנוע תקלות ביורוקרטיות מעין אלה, הא ותו לא. החקיקה לא נועדה להצר את צעדי הממשלה או לכבול אותה לייצוג שאינו רצוי לה, כי אם להיפך: לאפשר לה ייצוג יעיל, שגרתי ונטול תקלות.

(ב) הרשאה וייפוי-כוח

מאחר שתקלות פורמליסטיות פרנסו את החקיקה, ומאחר שהרשאה וייפוי-כוח משמשים לעיתים כמושגים נרדפים, מוטב תחילה להבהיר את המושגים ולהציע הבחנה ביניהם. הרשאה מקימה יחסי שליחות, ולענייננו היא מסמיכה פרקליט לייצג בעל דין. היא יכולה להינתן בכתב או בעל-פה, במפורש או מכללא, מראש או בדיעבד. ייפוי-כוח יציין להלן מסמך כתוב שנועד לתעד הרשאה, לפרט את גבולותיה ולהוכיח את קיומה. העדר ייפוי-כוח אינו פוגע לפיכך בהרשאה שנוצרה בלעדיו, אך עלול לשמש מניעה דיונית לייצוג,²⁵⁸ היינו, לנכונותו של בית המשפט לשמוע פרקליט ולקבל מידי מסמכים בשם בעל דין. כאמור כיום בסעיף 3(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, אדם עשוי "שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב", קרי, כל עוד לא הוצג לפניו ייפוי-כוח. אחד מתפקידיו של ייפוי-כוח, אם כן, הוא להוכיח לבית המשפט ולצדדים שלישיים שהפרקליט אמנם מורשה לייצג ולחייב את בעל הדין.

(ג) ייצוג עיריות כמשל לייצוג המדינה

ייצוג עיריות בימי המנדט, ולאחר מכן בימי המדינה, עורר קשיים פורמליים דומים לאלה שהתעוררו סביב ייצוג השלטון המרכזי. הוא מסייע אפוא להבהיר את הסוגיות שבמוקד ענייננו, ואף הצמיח הלכה שיפוטית ברורה – לדעתי פשוטה ונכונה – שחסרונה מורגש עד היום בכל הנוגע לייצוג המדינה.

בעניין טרה סנטה (1943) התעוררה השאלה אם פרקליט עירוני היה מוסמך להגיש תביעת מיסים לפי ייפוי-כוח כללי ממועצת עיריית ירושלים.²⁵⁹ הנתבע טען בין היתר כי כל

מכל מקום הופעותיו האישיות של ה-AG בערכאות הלכו ופחתו, ככל שהעמיקו המגמות שהפכו אותו מפרקליט פעיל לשר בעל אחריות מיניסטריאלית.

יוזכר כי כבר ב-1924 התגבשה באנגליה עצמאות ה-AG בפילילים, קרי בהליכים שבהם הוא מייצג במישורין את האינטרס הציבורי (לעיל ה"ש 127). אולם בכל הנוגע לייצוג הממשלה ורשויותיה כבעלות דין, בערכאות אזרחיות ומינהליות, די באמור לעיל כדי להעיד על התפיסה הבסיסית שנהגה באנגליה מימים ימימה, עודנה נהגת בה היום, ומטבע הדברים נקלטה גם בארץ ישראל המנדטורית ובמדינת ישראל הצעירה. אף שלא הייתה כמובן זהות בדיון ובפרקטיקה שנהגו בשלוש הזירות האלה – כולן התאפיינו בתפיסה יסודית, ואף מובנת מאליה, ולפיה נציגי הממשלה בערכאות הם פרקליטים העושים את שליחותם.

²⁵⁸ ע"א 23/83 יוחימק נ' קדם, פ"ד לח(4) 315, 309 (1984); דני"פ 2192/00 נוי נ' השופט אמינוף, פ"ד נד(2) 138 (2000).

²⁵⁹ Civ. App. 126/43 Custodia of Terra Santa v. Municipal Council, Jerusalem 10 PLR 447 (1943)

תביעה מחייבת החלטה נפרדת של העירייה, ובלעדיה הפרקליט אינו מוסמך גם אם יש בידו ייפוי-כוח כאמור. בית המשפט דחה טענה זו (אם כי רק אגב אורחא, שכן לא ראה הכרח להכריע בה). הוא הסביר כי כבעל ייפוי-כוח כללי חזקה על הפרקליט שהוא פועל על דעת העירייה בהגישו תביעות בשמה, ולכן הנטל על הצד שכנגד אם הוא מבקש לסתור חזקה זו ולהראות שהעירייה מתנגדת, במקרה מסוים, למה שפרקליטה מתיימר לעשות בשמה. החלטות ברוח זו ניתנו גם אחרי קום המדינה,²⁶⁰ אולם בית המשפט המחוזי בחיפה טרף את הקלפים בקבעו בדעת רוב כי "ביחס לכל תביעה ותביעה צריכה להיות קודם כל החלטה של מועצת העירייה", וכי ייפוי-כוח כללי נועד רק כדי "לאפשר ליועץ המשפטי של העירייה להגיש משפטים אחרי שהמועצה החליטה על כך מבלי להזדקק בכל מקרה ומקרה לייפוי-כוח מיוחד".²⁶¹ המחלוקת באה על פתרונה בבית המשפט העליון. בעניין **בורנובסקי** נדונה תביעה של עיריית תל-אביב, והשאלה היחידה בערעור הייתה אם היועץ המשפטי העירוני היה מוסמך להגיש לפי ייפוי-כוח כללי ובלא החלטה מפורשת של מועצת העירייה. בית המשפט העליון השיב בחיוב, פה-אחד ולדעתי בצדק (ההפניה בסוגריים במקור):²⁶²

ייפוי-הכוח הכללי מעורר את ההנחה, שהמועצה החליטה או הסכימה להגשת התביעה, וכי הכל נעשה כהלכה. מובן, שהנחה זו ניתנת לסתירה ([עניין **טרה סנטה**]); אך המערער לא עשה כל ניסיון להוכיח כי אין דעתה של המועצה נוחה מפעולתו של יועצה המשפטי. ... היחסים הפנימיים שבין העירייה לבין יועצה המשפטי אינם ענין לבית המשפט לענות בו בתביעה המתבררת נגד אזרח. בתביעה כזאת אין לו לבית המשפט אלא ייפוי-הכוח-הכללי.

הנה כי כן, בהעדר הוכחה שהעירייה מתנגדת, חזקה על פרקליט עירוני בעל ייפוי-כוח כללי שהוא מוסמך להגיש בשמה תביעות. מובן שהעירייה היא בעלת הדין ומקור הסמכות, ומובן שהפרקליט חייב לפעול על דעתה ובהרשאתה. אולם עד שיוכח אחרת, ההנחה היא שהעירייה מסכימה לפחות מכללא למה שפרקליטה עושה בשמה; ולכן הנטל על הצד שכנגד אם ירצה להוכיח, במקרה לא סביר ולא צפוי, שהפרקליט פועל במקרה מסוים ללא הרשאת העירייה, קרי, בניגוד לרצונה ולהוראותיה. סוגיה פשוטה זו, שכל עניינה בכך שפרקליט יוכל לייצג באופן שגרתי את שולחו, פרנסה גם את התפתחות החקיקה החלה על ייצוג הממשלה.

3. תיקון הפקודות המנדטוריות

(א) סיבת התיקון ומטרותיו

בפרשת קרדרה (1945) נדונה תביעה בגין סחורות שתפסו רשויות המכס, ובית המשפט המחוזי פסק לטובת התובע. היועץ ערער, אולם בשלב זה התגלה קושי: הערעור הוגש בשם היועץ אך נחתם על ידי נציגו, והתברר כי הלה לא היה בעל ייפוי-כוח ספציפי להגשת

²⁶⁰ ראו פסקי הדין הנזכרים בעניין **בורנובסקי**, להלן ה"ש 262, בעמ' 1236.

²⁶¹ ע"א (מחוזי חיפה) 25/54 **לבהר נ' עיריית חיפה**, פס"מ י 52, 55, 57 (1954).

²⁶² ע"א 274/58 **בורנובסקי נ' ראש העיר ת"א-יפו**, פ"ד יג 1235, 1237 (1959).

ערעור.²⁶³ התקלה הייתה ביוורוקרטית גרידא. הערעור היה רצוי ליועץ ולרשויות המכס גם יחד, הפרקליט פעל מן הסתם על דעת שניהם במהלך הרגיל של עבודתו, ובכל זאת קמה השאלה אם מבחינה פורמלית הערעור נחתם והוגש כדין. בית המשפט העליון השיב בשלילה, קבע כי אין בפניו ערעור בהעדר ייפוי-כוח להגשתו, ואף סירב לדחות את הדיון כדי לאפשר את התיקון הטכני הנדרש.

פסק הדין ניתן ב-6 למרץ 1945, וכבר ב-29 באותו חדר חתם הנציב העליון על שני תיקוני חקיקה, האחד לפקמ"מ והשני לפקודת הפרוצדורה. שניהם פורסמו על גבי אותו עמוד בעיתון הרשמי,²⁶⁴ בהליך מזורז ללא הצעת חוק,²⁶⁵ ודומה שהיו תגובה ישירה לפסק הדין. תכליתם הייתה פשוטה: לאפשר לנציגי היועץ לפעול בכל הליכי הממשלה – הן בערכאה ראשונה והן בערעור, הן בהגשת מסמכים והן בטיעון בעל-פה – מבלי שיידרשו להציג ייפוי-כוח ובמטרה למנוע תקלות מעין זו שהכשילה את הערעור בקרדרה.

(ב) התיקון בפקודת המשפטים הממשלתיים

התיקון בפקמ"מ נועד לפתיחת הליכים ולהגשת כתבי בי-דין. הוא ביטל את סעיף 2 הקיים והחליפו בחדש, וזה האחרון מובא להלן בהדגשת השינוי ביחס לסעיף המקורי:

2. תביעות הממשלה נגד יחידים והליכים אחרים שהממשלה צד בהם

כל תביעה של הממשלה נגד יחיד, וכל ערעור, בקשה או הליך אחר של הממשלה בקשר לכל תביעה כזאת, או בקשר לכל תביעה של יחיד נגד הממשלה, תוגש או תיערך, בשם היועץ המשפטי, בידי היועץ המשפטי או בא כוחו, או בידי כל פקיד המורשה בתוקף החוק לערוך או להגיש תביעה, ערעור, בקשה או הליך משפטי אחר כאמור.²⁶⁶

הוראה זו עמדה בתוקף עד 1958, לצד ההוראה שהליכים נגד הממשלה יוגשו נגד היועץ כנתבע נומינלי.

(ג) התיקון בפקודת הפרוצדורה (סעיף 2 לפקודת ההתייצבות דהיום)

עניין קרדרה עורר ספק, בעיני המחוקק המנדטורי, שמא בתי המשפט יקשו על נציגי היועץ לא רק לפתוח הליכים אלא גם לטעון בהליכים קיימים.²⁶⁷ לצד התיקון בפקמ"מ בא אפוא סעיף חדש בפקודת הפרוצדורה – סעיף 6א – שנועד לחול בכל הליך ובכל בית משפט:

²⁶³ Civ. App. 485/44 *The Attorney General v. Qaradara*, 1945 ALR 156.

²⁶⁴ ע"ר 1945, תוס' 1, עמ' 53 – 54 (2.4.1945).

²⁶⁵ כפי שפורסם בנפרד בעיתון הרשמי של אותו היום, החיקוקים התקבלו בהליך מזורז מכוח סעיף 17(1)(ד) לדבר המלך במועצתו, 1922, שכן נראה לנציב העליון כי האינטרס הציבורי מחייב חקיקה מידית.
²⁶⁶ ע"ר 1945, תוס' 1, עמ' 54. הנוסח מובא כאן בשינויי לשון קלים, כגון "הליך משפטי" במקום "משא ומתן משפטי".

²⁶⁷ פסק הדין בקרדרה נשען בין היתר על הלכת קרן קיימת שפירשה את סעיף 6 לפקודת הפרוצדורה; Civ. App. 274/42 *The Attorney General v. Keren Kayemeth Leisrael Ltd.*, 43 ALR 133 (1943). סעיף 6 הנ"ל ידוע היום כסעיף 1 לפקודת ההתייצבות [נוסח חדש], והוא מתיר ליועץ להישמע בכל הליך שהמדינה אינה צד לו וכן להסמיך לכך במיוחד את נציגו. בעניין קרן קיימת התייצב היועץ באמצעות נציגו וביקש לערער בהליך שבו הממשלה לא הייתה צד, ובית המשפט העליון פסל את ערעורו משני טעמים:

6א. ייצוג פקידי ציבור וגופים ציבוריים

לשם מניעת ספק, מצהירים בזה כי מקום שפקיד ציבור כלשהו או כל מועצה, ועדה, ועד, בית דין או חבר אנשים כיוצא בהם, שהורכבו או נתכוננו בפקודה או חוק כלשהם, או לפיהם, הם צד בכל הליך משפטי בכל בית משפט מכוח תפקידם, יכולים הם להיות מיוצגים באותו הליך משפטי על ידי היועץ המשפטי או בא כוחו של היועץ המשפטי.²⁶⁸

ב-1952 קבע בית המשפט העליון כי משמעות הסעיף היא שהיועץ ונציגיו רשאים לטעון בהליך תלוי ועומד, ואין הוא מקנה להם סמכות להגיש הליך משפטי כלשהו.²⁶⁹ בית המשפט הוסיף והבהיר ב-1955 כי נציגי היועץ פטורים מלהמציא ייפוי-כוח כדי לטעון כאמור: "במידה שנציג היועץ המשפטי מופיע בפני בית משפט בשם הממשלה, או פקיד הציבור, בהתאם לסעיף 6א הנ"ל, חזקה עליו שהוא הורשה לייצג את שולחו בתוקף תפקידו, ומשום כך פוטר אותו סעיף 21(3) לפקודת עורכי הדין, 1938, מלהמציא ייפוי כוח הממלא את ידו להופיע באותו משפט".²⁷⁰

ב-1968 זכה סעיף 6א בנוסח חדש והפך לסעיף 2 לפקודת ההתייצבות. בתוך כך הושמטה ממנו התיבה "לשם מניעת ספק, מצהירים בזה כי", והזמן השכיח הן את הספק שהביא לחקיקתו והן את הפסיקה הישראלית שפירשה אותו. בהמשך אשוב להבנתו השגויה היום, אך מוטב להדגיש מלכתחילה מה יש ומה אין בו.

סעיף 6א נועד להבהיר כי היועץ ונציגיו רשאים לייצג רשות סטוטורית מבלי להמציא ייפוי-כוח בכל מקרה ומקרה, הא ותו לא. הוא אינו פוטר אותם מהחובה שנטלו על עצמם, מתוקף תפקידם, לייצג דרך-שגרה את הרשויות הנזקקות להם. הוא גם אינו פוטר אותם מעצם הצורך בהרשאה (ולו מכללא, בעל-פה או בדיעבד) אלא רק מהצורך להוכיח הרשאה מראש ובכתב, וזו משמעות המילים "יכולים הם [=הגופים הציבוריים] להיות מיוצגים ... ע"י היועץ המשפטי או בא כוחו".

כך, כשם שייפוי-כוח כללי קובע "חזקת-הרשאה" לפרקליט עירוני כמוסבר לעיל, סעיף 2 לפקודת ההתייצבות קובע "חזקת-הרשאה" לפרקליט ממשלתי. מתוך הנחה טבעית שהכול כשורה במישור היחסים הפנימי שבין הרשות לפרקליטיה ובין היועץ לנציגיו, מטרת הסעיף היא למנוע תקלות במישור היחסים החיצוני שבין הפרקליטים לבין בית המשפט וצדדים שכנגד. הוא מורה לבית המשפט להניח, בהעדר הוכחה לסתור, כי היועץ ובאי-כוחו ממלאים את תפקידם בשליחות הרשויות. במילים אחרות: על בית המשפט להרשות לפרקליט ממשלתי להופיע ולטעון בשם הרשות אלא אם יוכח, במקרה לא סביר ולא צפוי, כי למעשה הוא אינו מורשה לכך ומתיימר לטעון בניגוד לרצון שולחיו.

ראשית, סעיף 6 הסמיכו להתייצב בהליך קיים אך לא לערער ובכך לפתוח הליך חדש; ושנית, הפרקליט שהתייצב לדיון אמנם הוסמך במיוחד, אך הפרקליט שחתם על הודעת הערעור לא הוסמך במיוחד. בעקבות עניין קרדורה התעורר כמדומה ספק שמא בתי המשפט יקשו על נציגי היועץ לטעון גם בהליכי הממשלה עצמה – הליכים שרשות ציבורית צד להם – ומכאן הרצון להסיר את הספק באמצעות סעיף 6א לפקודת הפרוצדורה.

²⁶⁸ ע"ד 1945, תוס' 1, עמ' 55. ראו הערת הלשון לעיל בה"ש 266.

²⁶⁹ ע"א 192/51 פקיד השומה נ' נהור בע"מ, פ"ד ו 609 (1952).

²⁷⁰ המ' 29/55 שרעבי נ' סנטינו, פ"ד ט 1308, 1312 (1955).

4. תקנות בתי המשפט (ייצוג מטעם היועץ המשפטי), תשי"ג-1953

שלטון המנדט עבר מהעולם עם קום המדינה, אבל לא כן הפורמליזם המשפטי. בעניין נהור (1952) קיבל בית המשפט המחוזי ערעור מס-הכנסה, פקיד השומה ערער, ושוב ארעה תקלה פורמלית.²⁷¹ הערעור הוגש בשם פקיד השומה אך נחתם על ידי סגן פרקליט המדינה, ומטעם זה נפסל על ידי בית המשפט העליון. על יסוד סעיף 2 המתוקן לפקמ"מ, השופט אגרנט (כתארו אז) קבע כי ייתכן שהיועץ יכול היה לערער בשמו-שלו, שאז גם הוא וגם נציגו היו רשאים לחתום על הודעת הערעור.²⁷² אלא שהערעור דנן הוגש בשם פקיד השומה, ולכן הוא שצריך היה לחתום. עוד הבהיר השופט אגרנט כי סעיף 6א לפקודת הפרוצדורה אינו רלוונטי, שכן הוא חל רק בהליך תלוי ועומד ואינו נוגע כלל לסמכות החתימה על הודעת ערעור.²⁷³ סגן פרקליט המדינה ביקש שהות כדי להמציא אישור בדיעבד מפקיד השומה, אולם בית המשפט סירב. עברו המועדים לערעור ואף למתן ארכה, ונקבע שאישור בדיעבד ירוקן מתוכן את קציבת המועדים. הפעם היה זה מחוקק המשנה שסילק את המשוכה. שישה חודשים חלפו ושר המשפטים פרסם את תקנות בתי משפט (ייצוג מטעם היועץ המשפטי), תשי"ג-1953,²⁷⁴ שתקנה 1 בהן קבעה כך (להלן תקנת הייצוג):

ייצוג פקיד ציבור על ידי היועץ המשפטי

מקום שהיועץ המשפטי לממשלה או נציגו רשאים על פי כל דבר חוק לייצג אדם בבית המשפט בעניין מסוים, רשאים הם באותו עניין, על אף האמור בכל תקנת סדרי דין, לפתוח בשמו כל הליך, ולהגיש בשמו של המיוצג כל בקשה לבית המשפט, ולעשות בשמו כל פעולה אחרת בבית המשפט, ככל שהמיוצג עצמו היה רשאי בהם או חייב בהם על פי כל דבר חוק.

נשיא בית המשפט העליון, יואל זוסמן, ציין בספרו כי תקנה זו פתרה ביחס לייצוג המדינה את הספק שהתעורר בשעתו ביחס לייצוגן של עיריות.²⁷⁵ תקנת הייצוג הפכה לימים לתקנה 31 לתקנות סדר הדין האזרחי, תחילה תשכ"ג-1963 ולאחר מכן תשמ"ד-1984, ואוסיף בשוליה רק שתי הערות. ראשית – כמו תיקוני החקיקה שקדמו לה, תקנת הייצוג נועדה למנוע תקלות ביורוקרטיות בייצוג רשויות ציבוריות. היא שיקפה את ההנחה הטבעית שהיועץ ונציגיו פועלים בהרשאת הרשויות, ומובן שלא הקנתה להם סמכות ליזום הליכים ולעשות פעולות כאילו היו בעלי דין. כפי שהובהר לימים בפרשה מאלפת ויחידה במינה, היועץ המשפטי

²⁷¹ עניין נהור, לעיל ה"ש 271.

²⁷² אפשרות זו, שהוצעה בדרך אגב, אושרה בע"א 48/50 היועץ המשפטי נ' ריבקינד, פ"ד ח 254 (1954).

²⁷³ עניין נהור, לעיל ה"ש 271, עמ' 610 – 611.

²⁷⁴ ק"ת תשי"ג 636.

²⁷⁵ יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 157 (מהדורה שלישית, 1967); 222 (מהדורה שביעית בעריכת שלמה לוי, 1995).

בכבודו ובעצמו אינו רשאי ליזום הליך אזרחי מטעם המדינה, על דעתו-שלו בלבד, אלא נזקק להרשאה (מראש או בדיעבד) מאורגן של המדינה כגון הממשלה או שר.²⁷⁶ שנית – תקנת הייצוג נשמטה מתקנות סדר הדין שנכנסו לתוקפן בינואר 2021, כנראה מתוך הנחה שאין בה צורך. על הדין כיום, לאור התקנות החדשות, קצרה היריעה מלהרחיב.

5. סיכום ביניים: הדין ו"הסדר הטוב" בראשית המדינה

החקיקה המנדטורית-ישראלית בעניינינו נועדה, כמוסבר, ליחסים החיצוניים שבין פרקליטי הממשלה לבין בית המשפט וצדדים שכנגד. לעומת זאת, במישור היחסים הפנימי שבין הרשויות לפרקליטיהן (בהליכים אזרחיים ומינהליים), דומה שלא התעורר צורך בהסדר סטטוטורי. די היה בהכרה הפשוטה שהרשויות זקוקות לייצוג ותפקיד הפרקליטים לייצגן;²⁷⁷ ומיד נראה כי חקיקה ספציפית, שהכנסת הראשונה ראתה בכל זאת לקבוע, שיקפה תפיסה שלפיה הממשלה זכאית לשירותי הייצוג של היועץ (ובפועל נזקקת להם) אך אינה כבולה אליהם לפי דין ובעל כורחה.

חוק נכסי גרמנים, תש"ו-1950 קובע בסעיף 3(ג) כי "האפוטרופוס [לנכסי גרמנים] זכאי להיות מיוצג בכל פעולה משפטית על ידי היועץ המשפטי לממשלת ישראל או בא כוחו".²⁷⁸ האם פירוש הדבר הוא שאסור לאפוטרופוס לבחור פרקליט פרטי? בית המשפט העליון נדרש לשאלה זו כבר ב-1953, ובפסק דין קצרצר השיב עליה בשלילה: בהעדר חוק האוסר זאת, האפוטרופוס רשאי ככל בעל דין לבחור לו פרקליט, והסעיף הנ"ל "רק מקנה לו את הזכות הנוספת להיות מיוצג ע"י היועץ המשפטי, זכות שאינה נתונה לבעל דין אחר".²⁷⁹ נמצא שלפחות בהקשר זה נחקק היפוכו של מונופול ייצוג: האפוטרופוס זכאי לפנות כרצונו ליועץ או לפרקליט זולתו, בעוד היועץ נדרש במסגרת תפקידו לייצג את האפוטרופוס אם הלה ביקש זאת.

מה לכך ולייצוג הממשלה? הוראות החוק מלמדות כי האפוטרופוס הופרד מהממשלה רק כדי ליעל את יכולתו לנהל נכסים ולעשות בהם עסקאות; וסעיף הייצוג לעיל מופיע באותו נוסח גם בהצעת החוק, אך בסעיף אחר ולצד כותרת השוליים "דין האפוטרופוס כדין הממשלה למטרות מסוימות".²⁸⁰

- (א) דין האפוטרופוס כדין הממשלה לגבי פטור ממסים וארנונות [ו] לגבי הזכויות לפי פקודת המשפטים הממשלתיים ...
(ב) האפוטרופוס זכאי להיות מיוצג [על ידי היועץ].

²⁷⁶ ראו המ' (ת"א) 6056/75 מדינת ישראל נ' יעקב שמשון שפירא, פס"מ תשל"ו(2) 355 (1976). פרשה זו כינסה יחד ארבעה יועצים: היועץ המכהן שמגר הורה באופן אישי על הגשת ההליך, היועץ לשעבר שפירא היה הנתבע, היועץ לשעבר בן-זאב היה פרקליטו של שפירא, והיועץ לעתיד חריש היה השופט. מבלי להתעכב על הרקע העובדתי והאישי להגשת ההליך, יצוין כי פסק הדין אינו מזכיר כלל את תקנת הייצוג או את חוק המדינה כבעל דין. השוו ע"א 569/80 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 80 (1981), ד"נ 18/81 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 279 (1981), שלא אוכל כאן להרחיב עליהם.

²⁷⁷ ראו גם ה"ש 257 לעיל.

²⁷⁸ הוראת-ייצוג זהה, עבור האפוטרופוס לנכסי נפקדים, נקבעה בסעיף 2 לחוק נכסי נפקדים, תש"ו-1950.

²⁷⁹ ע"א 117/52 פוקס נ' האפוטרופוס לנכסי גרמנים, פ"ד ז 915 (1953). ההדגשה במקור.

²⁸⁰ סעיף 19 להצעת חוק נכסי גרמנים, תש"ו-1949, הצ"ח 41.

להבנתי, ההקשר והכותרת בהצעת החוק מעידים על תפיסה פשוטה: כמו הממשלה, גם האפוטרופוס זכאי להיות מיוצג על ידי היועץ. זכאות הממשלה מובנת מאליה ואינה נזקקת לחקיקה, ואילו האפוטרופוס זקוק להוראה מיוחדת שתבהיר כי דינו לעניין זה כדינה. בפועל, מובן שהממשלה (כמו האפוטרופוס) תנצל ברגיל את זכאותה. לצורך ייצוג כמו לצורך ייעוץ, טבעי שתפנה דרך-שגרה ליועץ ולנציגיו – שהרי תפקידם לייעץ לה ולייצג אותה, אין כמותם זמינים ומנוסים ומקצועיים, בית המשפט קשוב להם במיוחד, הם נהנים מכל משאבי הפרקליטות, ואין גם צורך לשלם להם בנפרד עבור כל הליך. טבעי עוד שהממשלה כגוף לא תדון בכל מחלוקת בין היועץ לבין שר זה או אחר, אלא תצפה מהשרים לקבל ברגיל את דעת היועץ בשאלות משפט וליטיגציה. טבעי שתיתן גיבוי ליועץ סמכותי, בעל יוקרה, שהיא עצמה מינתה כמומחה משפטי. טבעי שתתנגד להוצאה כספית מיותרת כל אימת ששר פלוני יעדיף פרקליט חיצוני (שאוכלי יאמר לשר רק מה שהלה ירצה לשמוע), וגם לא תשלם עם אי-סדר והעדר תיאום בייצוג הרשויות הכפופות לה. בכל אלה שיקולי הממשלה בישראל דומים לשיקולים שפרנסו את ההוראות הנשיאותיות בארה"ב, כמתואר בפרק הקודם, ומשמעותם היא שהממשלה נעזרת ביועץ כדי להשליט סדר, לקיים היררכיה ולמנוע אנרכיה. אולם שיקולים אלה אינם חוק, אינם מעבירים סמכויות פורמליות מהממשלה ליועץ, ואינם כובלים לפי דין את הממשלה עצמה שבראש הפירמידה. תחת זאת, בדיוק כפי שכתב היועץ בן-זאב בביקורתו על תפיסת "המסורת החוקתית" בהערת-פנחס –

בסך הכול, כפי שציינה זאת ועדת [אגרנט], זה 'עניין של סדר טוב במדינה'.
וכך בפרופורציות אלה צריך היה להשאירו.²⁸¹

הממשלה זכאית אפוא לשירותי היועץ, נזקקת להם בפועל, וקשה לראות מדוע לא תיזקק להם. אך היא רשאית לפנות לפרקליט אחר אם במקרה מסוים תראה בכך צורך, היא עשויה להרשות זאת גם לרשויות כפופות, ומכל מקום אין חוק הכובל אותה ליועץ בעל כורחה. ודוק: גם בימי הבראשית ברור היה, לפחות להלכה, כי יכול שהיועץ יסרב לייצג רשות פלונית לעת מחלוקת.²⁸² אולם דבר אחד הוא יועץ המסרב לייצג את הרשות בעצמו

²⁸¹ דבריו מובאים אצל זילבר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 142, וראו גם ציטוט מדבריו לעיל ליד ה"ש 155 ו-157.
²⁸² ראו דברי חיים כהן במכתבו מ-1952, המצוטט לעיל ליד ה"ש 160. מיד אחרי שקבע כי לממשלה ולרשויותיה מותר לקבל או לא לקבל את עצות היועץ, הוסיף כהן כלהלן (ההדגשה הוספה): "התוצאה אשר עלולה לצמוח מכך שמשרד ממשלתי זה או אחר מחליט לא לקבל עצה משפטית של היועץ המשפטי לממשלה, היא שהיועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו לא יגנו על מעשה שלטון בניגוד לעצתו, לא בפני בית הדין הגבוה לצדק ולא בפני הממשלה ורשויותיה. גם לבית הדין הגבוה לצדק וגם לממשלה יש כוח וסמכות לכפות על רשויות הממשלה דרכי פעולותיהם; ולגבי המסקנות אשר בית הדין או הממשלה יגיעו אליהם, ייתכן וטענות היועץ המשפטי – במקרה הראשון – או עצתו – במקרה השני – לא יהיו חסרי משקל".
בראש ובראשונה, דברים אלה מעידים על תפיסה שלפיה עצתו המשפטית של היועץ אינה מחייבת לפי דין. עוד הם מעידים על הצורך להבחין בין משרד ממשלתי לבין הממשלה כולה. לבסוף, אם כי רק במשתמע, טמונה בהם ההנחה שטענות היועץ אולי יקבלו בבג"ץ משקל מיוחד לעת מחלוקת עם הרשות, אך יכול שיישמעו גם טענות הרשות מפי פרקליט אחר. מכל מקום כהן עצמו יישם את הדברים במשורה, אם בכלל, וסבר שתפקידו מחייבו להגן על הרשות גם כשעמדתה נראית לו מפורקת ואף מקוממת. ראו לעיל ה"ש 136; וכן גביוון, לעיל ה"ש 159 בעמ' 65 ה"ש 101: "בשיחה אישית נאמר לי, למשל, כי במשרד המשפטים הייתה

(ובאמצעות נציגיו) במקרה נדיר, כדי לציית לצו מצפוננו ולכללי האתיקה המקצועית החלים עליו באופן אישי,²⁸³ ודבר אחר הוא יועץ המונע גם מאחרים לייצג את הרשות ואף מתיימר להשתיקה אם תבקש לטעון לעצמה. בעשורים הראשונים למדינה, דומה שאיש לא העלה בדעתו כי היועץ יוכל (או ירצה) לכפות את עצמו על כלל הרשויות ובראשן הממשלה, לשלול את יומן בבית המשפט, ואף "לייצג" אותן בכך שיטען נגדן מבלי שיוכלו להתגונן.

6. החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958

(א) "אסון תחקיתי" והחוק החדש

הליברליזציה בהליכי הכתר באנגליה נכנסה לתוקף ב-1948 מכוח ה-Crown Proceedings Act,²⁸⁴ ורק אחרי קום המדינה הוסרו גם אצלנו מקצת חומרותיה של החקיקה המנדטורית. ב-1948 בוטל סעיף 3(2) לפקמ"מ שחייב הסכמה להגשת תביעה נגד המדינה,²⁸⁵ וב-1952 נוספה גם תביעה בנוזיקין לרשימת התביעות המותרות לפי סעיף 3(1).²⁸⁶ ב-1958 נחקק תיקון נוסף בפקודה בהמשך למגמת הרפורמה – אלא שבתיקון זה נפלה תקלה קשה, אולי יחידה במינה בכל תולדות החקיקה בישראל, וזו הביאה מיד לביטול הפקודה כולה ולהחלפתה בחוק חדש. בנובמבר 1957 פרסמה הממשלה הצעת חוק לתיקון סעיף 3(3) לפקודה,²⁸⁷ שערב התיקון קבע כך:

כל תביעה כאמור [= כל תביעה מותרת לפי סעיף 3(1)] תובא בפני בית משפט מחוזי, בתובענה שתוגש על ידי התובע נגד היועץ המשפטי לממשלה כנתבע, או נגד אותו פקיד אשר שר המשפטים [=חליפו של הנציב העליון] ימנה לכך מדי פעם בפעם.

הצעת החוק ביקשה לתקן את סעיף 3(3) לנוסח הפשוט הבא:

כל תביעה כאמור תוגש על ידי התובע נגד היועץ המשפטי לממשלה כנתבע.

מטרתו העיקרית של התיקון הייתה להסמיך את בית משפט השלום לברר תביעות נגד הממשלה, ולכן הושמטה ההתייחסות לבית המשפט המחוזי. מטרה נוספת הייתה לבטל, "מחמת היותה מיותרת", את סמכות השר למנות פקיד שישמש נתבע.²⁸⁸

שמחה גדולה כאשר הפסידה המדינה את המשפט בבג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399; היועץ המשפטי ח' כהן סבר כי הצדק עם שייב, אולם חשב גם כי חובתו היא לתת למדינה את יומה בבית המשפט.²⁸³ שאלה היא עד כמה צו מצפוננו של היועץ עצמו, וכללי האתיקה המקצועית החלים עליו באופן אישי, עשויים להצדיק את סירובו לייצג גם באמצעות באי-כוחו הכפופים לו. בשאלה זו לא ארחיב.

²⁸⁴ ראו לעיל סמוך לה"ש 252. החוק נחקק ב-1947.

²⁸⁵ סעיף 9 לפקודת בתי משפט (הוראות מעבר), תשי"ח-1948.

²⁸⁶ סעיף 11 לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952, ס"ח 339.

²⁸⁷ הצעת חוק לתיקון פקודת המשפטים הממשלתיים, תשי"ח-1957, הצ"ח 56.

²⁸⁸ דברי ההסבר, שם. כך הסביר זאת שר המשפטים לכנסת: "איני יודע מה היה בזמנו השיקול של ממשלת המנדט כאשר ניסחה את הסעיף כפי שניסחה, על כל פנים כיום, בכל המשפטים נגד הממשלה, היועץ המשפטי לממשלה הוא הנתבע. זאת הכתובת ואין צורך להסמיך גם פקיד, שימונה על ידי שר המשפטים,

הכנסת תמכה בהצעת התיקון אך לא הסתפקה בה. כמו המחוקק האנגלי עשור לפני כן, המחוקק הישראלי ביקש כעת להעמיק את הרפורמה ולהתיר כל תביעה אזרחית נגד הממשלה; והיות שסעיף 3(1) פירט את התביעות המותרות ובכך שלל אחרות, נדרש רק לבטלו על מנת שכל תביעה נגד הממשלה תהיה מותרת. סוף דבר: הכנסת תיקנה את סעיף 3(3) כאמור בהצעת החוק, הוסיפה לכך גם ביטול של סעיף 3(1), בירכה על המוגמר – ורק לאחר מעשה, בתום החקיקה, גילתה כי סעיף 3 השלם והמתוקן קבע כלהלן:

תביעות של יחידים נגד הממשלה

(1) (בוטל) (2) (בוטל) (3) כל תביעה כאמור תוגש על ידי התובע נגד היועץ המשפטי לממשלה כנתבע.

בהיסח הדעת, סעיף 3 לפקודה נעשה חסר משמעות. שגגה גדולה ומביכה יצאה מלפני המחוקק, וצריך היה לתקנה ללא דיחוי. פחות משבועיים חלפו והממשלה פרסמה הצעת חוק חדשה,²⁸⁹ ששר המשפטים תיאר בכנסת את נסיבותיה:

נתקבל חוק אשר אין קשר הגיוני וסביר בין סעיפיו ... אין למילה "כאמור" כל פירוש משפטי או הגיוני. מלה זו תלויה על בלימה. קרה אסון תחיקתי ... וצריך לתקן את המעוות.²⁹⁰

למעשה, כדי להוציא מעט מתוק מעז, הוחלט לא רק לתקן את המעוות אלא לבטל לגמרי את הפקודה "ולהחליפה בחוק שלם ההולם את צרכי המדינה".²⁹¹ אולם כבר בקריאה הראשונה הובהר כי "המטרה העיקרית של החוק החדש היא כמטרת החוק [הפגום], זאת אומרת – לאפשר הבאת משפטים נגד המדינה גם בבית משפט השלום."²⁹² נמצא שאיש לא התכוון לרפורמה של ממש, ודאי לא בסוגיית הייצוג. עיקר החוק החדש התבסס על ההוראות ששרדו מפקמ"מ, ומלאכת החקיקה נעשתה בחופזה רבה נוכח "האסון התחיקתי". כך נולד חוק המדינה כבעל דין (להלן "חמב"ד"), ובו הוראת הייצוג בסעיף 4.

(ב) הוראת הייצוג בסעיף 4 לחוק

במדינת ישראל שוב לא היה צורך לנהל הליכים אזרחיים בשם היועץ ולא בשם המדינה, ובכל זאת חלפו עשר שנות ריבונות לפני אותו "אסון" שהוליד במקרה את חמב"ד. יוזמי החוק החדש הדגישו כי אחד השינויים בו הוא "קריאת שם מדינת ישראל על המשפטים המוגשים על ידיה או נגדה",²⁹³ וסעיף 3 קבע כי "הליך שהמדינה צד לו יוגש ויתנהל בשם מדינת ישראל" כתובעת או נגדה כנתבעת. העיקר לענייננו הוא סעיף 4 לחוק – להלן הוראת הייצוג – שנותר עד היום ללא שינוי:

לתפקיד של נתבע. ד"כ 23, 329 (תשי"ח). ראו גם ד"כ 23, 607 (תשי"ח). מתברר שחלקים בחקיקה המנדטורית חדלו להיות מובנים כבר ב-1957, ואין פלא אם כיום הם מובנים אף פחות.

²⁸⁹ הצעת חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (משפטי המדינה), תשי"ח-1958, הצ"ח 153.

²⁹⁰ ד"כ 23, 1080 (תשי"ח).

²⁹¹ הצעת החוק, לעיל ה"ש 297, דברי ההסבר בעמ' 155.

²⁹² ד"כ 23, 1080 (תשי"ח); וכן בקריאה השנייה והשלישית: ד"כ 24, 1723, 1724 (תשי"ח).

²⁹³ דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 297, עמ' 155.

בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו.

האם נקבעה נורמה חדשה בהוראת הייצוג? הייתכן שהממשלה יזמה את החוק אחרי שהחליטה פתאום לכבול את ידי עצמה, להטיל על עצמה איסור, ואף לשלול מעצמה פתחון-פה בערכאות אם היועץ שמינתה חולק עליה? אם לאו, האם הכנסת קמה לפתע על הממשלה וכבלה אותה בעל כורחה? ודאי שלא.

דברי ההסבר לחוק אינם מזכירים את הוראת הייצוג ולו במילה, והדיון בכנסת מוסיף אך מעט מזער. הוראת הייצוג לא נדונה כלל במליאה, וההתייחסות היחידה לתוכנה נרשמה מפי שר המשפטים בקריאה הראשונה: "להבא תובאנה תביעות המדינה ... בשם מדינת ישראל נגד פלוני, או בשם פלוני נגד מדינת ישראל. אולם המדינה תהיה מיוצגת גם להבא על ידי היועץ המשפטי או בא-כוחו."²⁹⁴ מחוץ למליאה, וועדת חוקה חוק ומשפט קיימה שלוש ישיבות קצרות על הצעת החוק במהלך שבוע אחד במרץ 1958.²⁹⁵ היועץ כהן פתח את הראשונה בהן במילים "חוק זה הוא דחוף מאוד", והסביר זאת באסון התחיקתי שתואר לעיל. להבדיל מהוראות אחרות בהצעה, הוראת הייצוג כלל לא נדונה, והנוסח שבהצעת החוק אושר ללא הסתייגות וללא הערות.²⁹⁶

דומה אפוא שהוראת הייצוג הייתה רק גרסה מתומצתת להוראות המנדטוריות-ישראליות שקדמו לה. היא לא הטילה חובה על המדינה או הגבלה על רשויותיה, ונקל לראות זאת גם מתוך השוואה לחקיקה האמריקנית. היא חלה מעיקרא על המדינה כאישיות משפטית ובעלת דין פורמלית בהליכים אזרחיים, ולא על הממשלה ועל רשויות אחרות כבעלות דין ריאליות. היא לא נועדה ליחסים הפנימיים שבין רשויות לפרקליטים, אלא ליחסים החיצוניים שבין הפרקליטים לבתי המשפט וצדדים שכנגד. היא לא שללה אפשרות נדירה שהיועץ יסרב לייצג בעניין מסוים, כשם שלא שללה אפשרות נדירה שהממשלה תיזקק כרצונה לפרקליט אחר. לפיכך, אף שהחפזון בחקיקה לא הותיר פנאי לליבון מעמיק, דומה שיש להבין את הוראת הייצוג כביטוי לשתי תכליות שלובות.

ראשית, אחרי שהמדינה הפכה לפתע לאישיות משפטית ולבעלת דין – מי "ייצג" אותה לצורך זה, ולמי למשל לשלוח מסמכי תביעה? הוראת הייצוג הבהירה את מה שאמר שר המשפטים לכנסת מעט לפני "האסון התחיקתי": "בכל המשפטים נגד הממשלה, היועץ המשפטי לממשלה הוא ... הכתובת ואין צורך להסמיך גם פקיד ... לתפקיד של נתבע."²⁹⁷ גם לפי החוק החדש, אם כן, היועץ יהיה הכתובת.

²⁹⁴ ד"כ 23, 1080 (תשי"ח).

²⁹⁵ ראו שלושת הפרוטוקולים באתר הכנסת:

main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionsearch&lawitemid=148334

²⁹⁶ בסוגיית הייצוג נשמעה רק הערה קצרצרה מאחד מנציגי משרד המשפטים, בדבר הוראות המבטיחות שהחוק החדש לא יגרע מחקיקה קיימת: "ד"ר רוזנטל: ... צריך גם להבטיח כי הוראות חוק זה לא יפגעו בהוראות סעיף 6(א) [צ"ל: 6א] של התיקון משנת 1934 המעניק ליועץ המשפטי סמכות לייצג עובדי מדינה וכיו"ב. ח. כהן: זה נכון". פרוטוקול מיום 5.3.1958, שם, עמ' 4.

²⁹⁷ ד"כ 23, 329 (תשי"ח). ראו הציטוט המלא לעיל בה"ש 296.

שנית והעיקר, הוראת הייצוג קבעה מעין חזקת-הרשאה ליועץ ולבאי-כוחו בכואם לבית המשפט. היא יצרה תחליף סטטוטורי לייפוי-כוח כתוב. היא הבהירה לבית המשפט ולכולי עלמא שהיועץ ונציגיו רשאים לייצג את המדינה בכתב ובעל-פה כל עוד לא הוכח אחרת, ולכן גם לחייבה כשלוהחיה, ואין לדרוש מהם להוכיח הרשאה כתנאי מוקדם לכך.²⁹⁸ אולם הוראת הייצוג לא פטרה את היועץ ואת באי-כוחו מעצם הצורך בהרשאה, לא באה לשנות את מהותו של ייצוג בהליך משפטי, ולא נועדה לאפשר ליועץ "לייצג" את המדינה ואת רשויותיה בעל כורחן, נגד רצונן ובניגוד להוראותיהן.²⁹⁹

הנה כי כן, הוראת הייצוג באה לשמור על הקיים ורק לתת לו "לבוש נאה ... [ב]חוק חדש".³⁰⁰ למיטב ידיעתי, אין רמז כי שיקפה ולו ראשית-כוונה לכונן מונופול ייצוג פורמלי. לכן גם לא הושאר בה פתח לחריגים, כפי שראינו בחקיקה האמריקנית, שהרי איש לא ראה בה נורמה כובלת שבהעדר חריגים תהא מחייבת באופן מוחלט. לאמתו של דבר, המחוקק לא נתן את דעתו לייצוג המדינה בערכאות. הוא לא דן במונופול ייצוג ובמטרותיו, לא שקל את יתרונותיו מול חסרונותיו, לא קבע כיצד ייאכף (כגון באיסור על ייצוג חיצוני או רק באיסור על תשלום עבורו), ולא הגדיר לו סייגים או חריגים. המחוקק גם לא ציווה על המדינה לדבר תמיד בקול אחד, ובוודאי לא החליט שהקול האחד הזה יהא דווקא קולו של היועץ, על אפן ועל חמתן של כל הרשויות המגלמות את המדינה ומבטאות את רצונה.

בג"ץ נשען כזכור על הוראת הייצוג, בעניין **תנובה** (2019) ובעניין **החיסון** (2021), בקבעו כי היועץ "הוא המייצג את המדינה בפני בתי המשפט בהליכים ... שהיא צד להם". לדעתי, בכל הכבוד, המשענת רחוקה מלהיות יציבה. הוראת הייצוג אינה קובעת מונופול ייצוג בהליכים **כלשהם**; ומיד נראה שהיא אינה חלה **כלל** בהליכי בג"ץ, דווקא בזירה שבה כוחו של היועץ מופגן יותר מכול.

(ג) הוראת התחולה בסעיף 10 לחוק – שלילת התחולה בבג"ץ

מכמה וכמה טעמים מובהקים, פקמ"מ לא חלה ולא יכולה הייתה לחול על עתירות לבית המשפט העליון המנדטורי בשבתו כבג"ץ.³⁰¹ היא שיקפה הפרדה ברורה בין תביעות (claims) לבין עתירות (applications), ואף הבהירה בסעיף מפורש כי שום דבר האמור

²⁹⁸ אילו פרקליט **פרטי** הופיע ב-1958 מטעם המדינה, מן הסתם היו דורשים ממנו ייפוי-כוח כתוב. הוא הדין אילו היועץ או בא-כוחו הופיעו מטעם **לקוח פרטי**; המ' 29/55 **שרעבי נ' סנטינו**, פ"ד ט 1308 (1955).

²⁹⁹ ראו גם עניין **שפירא**, לעיל ה"ש 278.

³⁰⁰ דברי שר המשפטים, ד"כ 23, 1080 (תשי"ח).

³⁰¹ ראשית, תביעות לפי הפקודה הוגשו לבית משפט מחוזי או בית משפט לקרקעות, ואילו סמכות בג"ץ הוגבלה לעניינים **שאינם** בסמכות בית משפט אחר, והעתירות אליו הוגשו לפי סעיף 6 לפקודת בתי המשפט 1924. שנית, הליכי הפקודה התנהלו בשם היועץ, בעוד הליכי בג"ץ התנהלו נגד "פקידי ציבור או רשויות ציבוריות" בשם-שלהם כאמור בסעיף 6 הנ"ל. שלישית, הפקודה קבעה כי סעד נגד הממשלה לא יכול ביצוע בעין או צו מניעה, ואילו צווי בג"ץ כווננו במישרין לרשויות ממשלתיות והורו להן מה יעשו או לא יעשו. רביעית, תובע לפי הפקודה נדרש להסכמה בכתב להגשת תביעתו, ולא כן עותר לבג"ץ. חמישית, הפקודה קבעה כי פסק דין נגד הממשלה יועבר לנציב העליון כדי שירה לבצעו או לערער עליו, ואילו צו של בג"ץ לא נזקק להוראת-ביצוע שהרי הרשות הרלוונטית הייתה מחויבת לבצעו מיד ובעצמה. שישית, ערעור לפי הפקודה הוגש לבית המשפט העליון, ואילו על בג"ץ לא היה כלל ערעור במערכת השיפוט המנדטורית.

בה לא יפגע בכל בקשה המוגשת לבג"ץ.³⁰² מובן שגם בעניין זה הלך החוק אחרי הפקודה, ומכאן סעיף 10 לחמב"ד העומד בתוקפו עד היום:

חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין אחר, והוא אינו חל על ענינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בועדות ערעורים או עררים.

מעצם טבעו ותכליתו, חמב"ד נועד להליכי המדינה כאישיות משפטית ובעלת דין. הוא נועד להליכים אזרחיים בלבד כפי שמעידים היטב גם שמו, רקעו, תוכנו, הגדרותיו ולשונו. כדי לקצר, די לומר שסעיף 1 מגדיר "הליך" כ"הליך משפטי בעניין אזרחי"; והיות שהוראת הייצוג בסעיף 4 חלה על "הליך [אזרחי] שהמדינה צד לו", ממילא אין היא חלה בהליך מינהלי שהמדינה אינה צד לו (כמוסבר לעיל בפרק השני). מכל מקום בא סעיף 10 וקובע בפשטות כי החוק אינו חל בבג"ץ, והדבר מחייב עוד שתי הערות.

ראשית – סעיף 10 כמו נמחק מספר החוקים. גם כאשר סעיף 4 לחמב"ד נזכר באופן שגוי בחלק מהספרות המשפטית ולאחרונה בפסיקת בג"ץ, כאילו הסדיר מונופול ייצוג וכאילו כוחו יפה לכל הערכאות לרבות בג"ץ עצמו, בכל זאת לא נזכר סעיף 10 הקובע במפורש כי חמב"ד אינו חל בבג"ץ.³⁰³

שנית – ההסתמכות על הוראת הייצוג, גם לצרכי בג"ץ, מתעלמת אפילו מהלכה שקבע בג"ץ עצמו בימי הדין הישן. עניין בר אילן (1982) לא נסב על הוראת הייצוג, אך דן בבקשת המדינה לפרש את סעיף 10 בצמצום, לנוחותה, כדי להחיל את חמב"ד בהליך מינהלי בוועדת ערר.³⁰⁴ בג"ץ דחה את עמדת המדינה פה-אחד, ומ"מ הנשיא שמגר (כתארו אז) קבע כי אין אלא לקרוא את הסעיף כפשוטו וכלשונו. כלומר: חמב"ד כולו, על כל הוראותיו, אינו חל בערכאות מינהליות ובהן בג"ץ.

7. הסתירה בין שתי פרשנויות שגויות לבין עצמן

ראינו שסעיף 4 לחמב"ד אינו קובע מונופול ייצוג פורמלי, לא בערכאות אזרחיות ולא בבג"ץ. ראינו עוד שסעיף 2 לפקודת ההתייצבות דהיום אינו אלא סעיף 6א לפקודת הפרוצדורה שנחקק ב-1945. כדי למנוע תקלות ביורוקרטיות, פורמליסטיות, סעיף זה הבהיר "לשם מניעת ספק" כי בעת שגופים ציבוריים הם צד להליכים, "יכולים הם להיות מיוצגים" על ידי היועץ ובאי-כוחו. תכליתו הייתה להקל על ייצוג שגרתי של גופים אלה, מבלי שיתעורר ספק בדבר הרשאת פרקליטיהם.

³⁰² סעיף 9 לפקמ"מ, שעמד בתוקפו מ-1926 עד ביטול הפקודה ב-1958.

³⁰³ לדוגמאות מחוץ לפסיקה ראו לבונטין, לעיל ה"ש 110, עמ' 151 ה"ש 58. לפסיקת בג"ץ ראו לעיל ליד ה"ש 5 ו-6.

³⁰⁴ בג"ץ 151/82 בר אילן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד לו (4) 654 (1982). ברקע עמדה זכות-יתר שהייתה נתונה למדינה מכוח סעיף 7 לחמב"ד, עד שבוטלה בתיקון לחוק מ-1998, והיא שפסק דין נגדה לא יבוצע אם הוא ניתן לערעור (בניגוד לכלל הרגיל שלפיו ערעור אינו מעכב ביצוע). בעניין בר אילן ניסתה המשיבה ("המדינה") לטעון, למרות לשונו המפורשת של סעיף 10, כי זכות-היתר שלה לפי סעיף 7 קיימת גם בוועדת ערר מינהלית ולא רק בערכאות אזרחיות. הטענה נדחתה וסעיף 10 יושם כלשונו.

כיצד מבינים כיום את סעיף 2 לפקודה? במקרים המעטים שבהם נזקקים לו, דומה שמסתפקים בקריאתו המילולית במנותק מרקעו ומתכליתו. כך, לפי דוח ועדת שמגר (1998), משמעותו היא כי "דרושות הן החלטת הצד להליך, היינו החלטת [הרשות] לבקש ייצוג על ידי היועץ המשפטי, והן נכונות היועץ המשפטי ליטול על עצמו ייצוג כאמור, בעקבות בקשה כנ"ל שהוגשה לו"³⁰⁵— ממש כביחסי לקוח ופרקליט פרטיים. תזכיר חוק שפרסם משרד המשפטים ב-2008 אף הוא קבע, בלי להזכיר בנקודה זו את ועדת שמגר, כי "ייצוג לפי הפקודה מותנה בהסכמת המיוצג והיועץ"³⁰⁶. אך אם זו אכן משמעות הסעיף, ואם הוא חל על הממשלה ועל כל רשות ציבורית כפי שקבע מזמן בית המשפט העליון,³⁰⁷ הרי די בכך כדי להשמיט את הקרקע מתחת לדין כולו. יכולה הרשות שלא לבקש מהיועץ לייצגה, ואז לפנות לפרקליט אחר או אף להשמיע את עמדתה בעצמה.

למעשה, כפי שראינו, סעיף 2 לפקודה לא נועד כלל ליחסים הפנימיים שבין היועץ לרשויות הנזקקות לו. מתוך הנחה שהיועץ ובאי-כוחו מייצגים את הרשויות דרך-שגרה, כל מטרתו הייתה להקל על הייצוג כלפי חוץ. באין הוכחה לסתור, הוא מורה לבית המשפט להניח כי הרשויות מיוצגות כדין על ידי הפרקליטים הממשלתיים המופיעים מטעמן. והנה, אם לא די ששתי ההוראות הבולטות בחקיקה המנדטורית-ישראלית מתפרשות כיום באופן מילולי ושגוי, בכל הכבוד, דומה כי שני הפירושים השגויים גם סותרים זה את זה. סעיף 4 לחמב"ד מתפרש כיום (בטעות) כנורמה של ייצוג-חובה, כאילו הוא כובל את הרשות ליועץ ולבאי-כוחו בלבד. בד בבד, סעיף 2 לפקודה ההתייצבות מתפרש כנורמה של ייצוג-רשות, כאילו הוא מתיר לרשות לבחור אם לפנות ליועץ אם לאו. סעיף 4 (בפירושו השגוי) חל כביכול בערכאות אזרחיות וכן בבג"ץ, בהתעלם מסעיף 10 לחמב"ד; וסעיף 2 אכן חל ללא סייג "בכל הליך משפטי בכל בית משפט", כהוראתו המקורית, או "בהליך שלפני בית משפט" בלשון הנוסח החדש.

לפי ההבנה המקובלת היום, אם כן, סעיף 4 לחמב"ד קובע נורמה כללית של ייצוג-חובה בעוד סעיף 2 לפקודה קובע נורמה כללית של ייצוג-רשות. כך למשל, אין לדעת מה קובע החוק כאשר שר זקוק לייצוג בבג"ץ והיועץ חולק עליו. לפי סעיף 4 (בפירושו השגוי) השר כבול ליועץ, ואילו לפי סעיף 2 יכול השר לפנות לפרקליט אחר או לטעון לעצמו. הדין הקיים מתעלם מסתירה זו; ממעט להתייחס לשתי ההוראות כאילו אין חוק כלל; ולכל היותר "בוחר" את סעיף 4 ודוחק את סעיף 2, תוך שהוא טועה בהבנת שניהם.

8. במקום סיכום: השתלטות מונופול הייצוג על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

תשומת הלב בענייננו מופנית בעיקרה להליכים בבג"ץ, שבהם רשות של המדינה זקוקה לייצוג ואינה זוכה בו. אולם הדין הקיים פוגע לא רק במדינה הממוסדת אלא גם בציבור הלא-ממוסד, ולא רק בפני בג"ץ אלא גם בערכאות אזרחיות. במקום סיכום, להלן המחשה

³⁰⁵ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, עמ' 23.

³⁰⁶ תזכיר חוק היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי (הפרדת סמכויות, מינוי, כהונה והוראות שונות), התשס"ח-2008 www.tazkirim.gov.il, דברי ההסבר בעמ' 3 – 4 (מספרי העמודים אינם מסומנים).

³⁰⁷ ראו הציטוט מעניין שרעבי נ' סנטינו, לעיל ליד ה"ש 272.

מהמשפט האזרחי המלמדת כיצד עיקרי הדין הקיים, יחד עם הסתמכות שגויה על חמב"ד, סיכלו חקיקה חשובה והביאו לפגיעה קשה ומתמשכת באינטרס הציבורי.

(א) חקיקת השוויון בעבודה ותחולתה על המדינה

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 (להלן "החוק") אוסר על אפליה בתעסוקה מחמת מין, דת ועוד שורה ארוכה של טעמים. המדינה היא כידוע המעסיק הגדול במשק, וסעיף 17 לחוק מורה לפיכך כי "לעניין חוק זה דין המדינה כמעסיק כדין כל מעסיק אחר". דא עקא שהחקיקה הייתה חזקה והאכיפה חלשה, וכדרך העולם עובדים התקשו לעמוד על זכויותיהם. הכנסת תיקנה אפוא את החוק ב-2006 כדי לכוון רשות אכיפה עצמאית (מכוח הצעת חוק פרטית שזכתה בתמיכת הממשלה), וב-2008 החלה לפעול נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. החוק מטיל על הנציבות לממש את חקיקת השוויון, והוא מקנה לה לשם כך סמכויות ממשיות ובהן להגיש תביעות אזרחיות, להתערב בהליכים משפטיים, לבקש צווים כלליים נגד מעסיקים ולדרוש מידע מגוף מבוקר לרבות כל משרד ממשלתי.³⁰⁸ לכאורה, החוק אינו מותיר ספק שהנציבות תוכל לתבוע גם את המדינה. הוראותיו מדברות היטב בעד עצמן, וכינון הנציבות שיקף כוונה ברורה ומוצהרת. יו"ר הוועדה שהכינה את התיקון לחוק ציינה בקריאה הראשונה כי "תהיה אכיפה של מינויים בשירות המדינה לגבי כל הנדרש בחקיקה שלנו: ייצוג שווה לנשים, למיעוטים ולנכים";³⁰⁹ נציג משרד המשפטים הבהיר לוועדה כי "הכוונה היא שתהיה אפשרות לתבוע את המדינה ... יש סעיף [בחוק] שקובע שדין המדינה כדין כל מעסיק";³¹⁰ והוא הדין בדברי היועץ המשפטי למשרד התמ"ת – המשרד שהנציבות הוקמה במסגרתו – אחרי תיקון החוק וטרם הקמת הנציבות בפועל: "האם הנציבות הזאת יכולה להגיש תביעה אזרחית נגד המדינה, התשובה היא חד משמעית כן."³¹¹

(ב) סיכול החוק למען שימור המונופול

אולם אך החלה הנציבות לפעול, וכל האמור היה כלא היה. על יסוד הוראת הייצוג בחמב"ד, עיקרון "הקול האחד" והתפיסה שעמדתו מחייבת את כל זרועות הרשות המבצעת, היועץ המשפטי לממשלה החליט כי הנציבות לא תוכל לתבוע את המדינה ואת רשויותיה או להצטרף להליכים נגדן. במקום זאת קבע היועץ נוהל פנימי, ולפיו מחלוקת בין הנציבות לבין משרד ממשלתי תובא להכרעת המשנה ליועץ.³¹² מכאן מדיניות היועץ ביחס לנציבות, כפי שהוצגה בכתב לבית הדין לעבודה (ההדגשה והסוגריים במקור):

³⁰⁸ ראו בהתאמה סעיפים 18ח, 18יג(ב), 18ח(5), 18טו, 18י לחוק וכן סעיף 9(1) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958.

³⁰⁹ הכנסת השש-עשרה, ישיבה 301 (13.12.2005), עמ' 47; אתר הכנסת.

³¹⁰ הכנסת השש-עשרה, ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, פרוטוקול מס' 534 (6.12.2005), עמ' 6; אתר הכנסת.

³¹¹ הכנסת השבע-עשרה, ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, פרוטוקול מס' 302 (7.11.2007), עמ' 6; אתר הכנסת.

³¹² ראו ציונה קניג-יאיר, חנה קופפר וג'נט שלום "נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה – עשור להקמתה: מבט מבפנים" עבודה, חברה ומשפט טו 177 (2018). על סמך הנחיה שקדמה להקמת הנציבות, היועץ החליט כי

בהיותה אורגן של המדינה, הנציבות אינה יכולה לתבוע את המדינה או לעתור כנגדה לבג"ץ. ... בהליכים שהמדינה איננה צד להם ... אין מניעה שהנציבות תתערב בהליך ותשמיע את דברה (כאמור, כבא[ת] כוח היועץ המשפטי לממשלה, ובכפוף לעמדתו). ואולם, בהליכים שהמדינה צד להם וממילא מיוצגת בהם ... הרי גם עמדתה של הנציבות (אשר, כאמור, כפופה ליועץ המשפטי לממשלה) תישמע מפי בא כוח המדינה באותו הליך.³¹³

כך הנציבות מנועה מלתבוע את המדינה, ויכול שהיועץ גם ימנע ממנה לתמוך כידידה בעובד שתבע את המדינה בעצמו. במקרה הראשון היועץ חוסם את התביעות מעיקרא, ובמקרה השני הוא מייצג את המדינה כנתבעת ובה בעת רשאי להשתיק את הנציבות העשויה לתמוך בתובע. בד בבד, כמוסבר להלן, דומה שהעיקר אינו להגן על המדינה מפני תביעות אלא להגן על מונופול הייצוג מפני פגיעה במעמדו. בעניין **ברימה** למשל ייצגה הפרקליטות את הממונה על שוק ההון במשרד האוצר, ובית הדין לעבודה החליט כי הנציבות תישמע בנפרד.³¹⁴ הנציבות סברה שהתביעה מוצדקת – ואילו הממונה והיועץ סברו אחרת, והיועץ מנע מהנציבות להגיש את עמדתה כפי שביט הדין תיאר על סמך הודעת המדינה עצמה:

בעקבות החלטת בית הדין שהורתה על הגשת עמדת הנציבות, התקיימו דיונים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, בהם נשמעה עמדת [הממונה] וכן עמדת הנציבות, בסופם נמצא כי אין מקום לקבל את עמדת הנציבות. ... מאחר שהמדינה "מדברת בקול אחד", גובשה עמדה אחת שהוגשה לתיק בית הדין. עיון בעמדה שהוגשה מעלה כי מבחינה מהותית יש בה חזרה על עיקרי העמדה שהוגשה מטעם הממונה.³¹⁵

נמצא שהעיקר היה לשמור על המונופול ועל "הקול האחד". בית הדין ביקש את עמדת הנציבות אך קיבל פעם נוספת את עמדת הממונה, הלא היא עמדת היועץ שהיא עמדת "המדינה". הנציבות הושתקה.

לשכת עורכי הדין ביקשה להצטרף כידידה לעניין מעמד הנציבות בלבד, וטענה בין היתר כי מדיניות היועץ בעניין זה מנוגדת לחוק ותורמת לאפליית עובדים במגזר הציבורי.³¹⁶ בית הדין מצדו התמקד בתביעה לגופה, אך עמד על דרישתו לקבל את עמדת

הנציבות תידרש לאישורו (או לאישור הכפופים לו) גם כדי לתבוע רשויות מקומיות, תאגידים סטטוטוריים וחברות ממשלתיות.

³¹³ עמדת היועץ בק"ג 9835-09 **ברימה** – **מבטחים בע"מ** (נבו, החלטה מיום 18.7.2013), וראו עוד להלן. הציטוט הוא מתוך בקשה של לשכת עורכי הדין להצטרף כידידה (שם, עמ' 3 – 5), שבה מצוטטת מדיניות היועץ (פס' 26 – 27 לבקשה). לבקשת הלשכה ראו להלן ה"ש 326 והטקסט הסמוך.

³¹⁴ ק"ג 9835-09 **ברימה** – **מבטחים בע"מ** (נבו, החלטה מיום 17.6.2012). בית הדין הארצי אישר החלטה זו בבר"ע (ארצי) 38261-09-12 **מבטחים בע"מ** – **ברימה** (נבו, 20.9.2012).

³¹⁵ עניין **ברימה** (18.7.2013), לעיל ה"ש 322, עמ' 3.

³¹⁶ הבקשה נגישה באתר לשכת עורכי הדין www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=150101&catId=6. ראו גם רויטל חובל "לשכת

הנציבות "גם אם ברור כי אין מדובר בעמדת המדינה"³¹⁷. או-אז הסכים היועץ כי עמדת הנציבות תובא במלואה;³¹⁸ וגם כעת הפרקליטות הציגה עמדה זו, כנספח לעמדתה-שלה,³¹⁹ שמא ייראה כאילו הנציבות הציגה את עמדתה באופן עצמאי. אחרי הדברים האלה נמשך הדיון לגוף התביעה, שהתגלגלה בערכאות ונדחתה סופית ב-2020.³²⁰

בעניין אלחנני פנתה לנציבות מנהלת ברשות המיס, בטענה שהופלטה בשכרה ובקידומה בהיותה אישה.³²¹ בירור לפי הנוהל הפנימי הוחל והופסק, והמנהלת תבעה בעצמה את הרשות ואת נציבות שירות המדינה. גם הפעם נחלקו הדעות: נציבות השוויון זיהתה אפליה אסורה, ולא כן הרשויות הנתבעות והיועץ. בית הדין קבע שוב כי הנציבות תציג את עמדתה בנפרד, אך הפרקליטות מנעה זאת ולבית הדין הוצגה הפעם עמדת היועץ בלבד. סוף דבר: בית הדין קיבל את התביעה במלואה, אחרי שקבע כי "האפליה ברשות המיס זועקת לשמים" והשתרשה בה "תרבות ארגונית של הפליית נשים".³²²

עניין אלחנני תואר בדוח של מבקר המדינה משנת 2014, בפרק שהוקדש לנציבות.³²³ המבקר העיר כי הנחיות היועץ ביחס לנציבות ניתנו "בניגוד להוראת החוק", מביאות לידי מיעוט תלונות נגד משרדי ממשלה, ומונעות מהנציבות להגן על עובדים בשירות הציבורי ובשירות המדינה בפרט. היועץ ציטט בתגובה את הוראת הייצוג בחמב"ד, הוסיף שעל זרועות הרשות המבצעת לפעול לפי הנחיותיו, וחזר על תפיסתו ביחס לנציבות. המבקר לא השתכנע, אך מדיניות היועץ נותרה בעיקרה כשהייתה.

אין צורך לומר שהנציבות עצמה חורקת שיניים. בכנסת ובממשלה היא רשאית להציג עמדה עצמאית כהכנתה, בנפרד מהשר הממונה עליה;³²⁴ ואילו בערכאות, שבהן היא אמורה למלא את תפקידה, היא כפופה ליועץ. היא נאלצת אפוא להדגיש בפני מתלוננים פוטנציאליים את ה"מגבלות הקיימות בכל הנוגע לייצוג אל מול משרדי ממשלה",³²⁵ ומובן שהיא מקבלת רק פניות מעטות על אפליה בשירות המדינה.

ביקורת חריפה על סיכול החוק ועל מדיניות היועץ נשמעה גם מפי המחוקקים;³²⁶ ובינואר 2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, דומה להצעות קודמות, שנועדה

עוה"ד: וינשטיין השתיק עמדת הנציבות לשוויון הזדמנויות בניגוד לחוק" הארץ 17.7.2013; www.haaretz.co.il/news/law/1.2074716.

³¹⁷ עניין ברימה (18.7.2013), לעיל ה"ש 322, עמ' 5 – 6. כפי שבית הדין הדגיש, "עמדת הנציבות לא התבקשה כעמדה של המדינה, אלא כעמדה משפטית של גוף ציבורי בעל התמחות רלוונטית להליך זה". שם, עמ' 5.

³¹⁸ קניג-יאיר, לעיל ה"ש 321, עמ' 195.

³¹⁹ ראו שנער, לעיל ה"ש 123, עמ' 399 ה"ש 148.

³²⁰ ע"ע (ארצי) 16430-09-19 ברימה – מבטחים בע"מ (נבו, 14.5.2020).

³²¹ ס"ע (אזורי ת"א) 47003-12-11 אלחנני – מדינת ישראל-הרשות הממשלתית למיס וכיוב (נבו, 17.6.2013). ראו גם קניג-יאיר, לעיל ה"ש 321, עמ' 192 – 193.

³²² עניין אלחנני, שם, עמ' 25 – 26.

³²³ מבקר המדינה ייצוג נשים בתפקידים הבכירים בשירות הציבורי (2014) 99 – 102.

³²⁴ קניג-יאיר, לעיל ה"ש 321, עמ' 182; וכן הדיון בכנסת על דוח הנציבות לשנת 2011: הכנסת השמונה-עשרה, פרוטוקול מס' 139 משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה (21.5.2012), עמ' 9 – 10.

³²⁵ דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 333, עמ' 100, המצטט פרסום באתר האינטרנט של הנציבות.

³²⁶ ראו למשל פרוטוקול הדיון משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 334, בייחוד בעמ' 11, 13,

להקים את הנציבות מחדש כתאגיד עצמאי ולהבהיר כי תוכל לפעול נגד המדינה.³²⁷ לדעתי, גם החוק הקיים ברור דיו.

הייתכן שהמחוקק, כִּכְוֵנוּ את הנציבות ב-2006, ביקש לאכוף שוויון במגזר הפרטי ולהשלים עם אפליה כמקודם במגזר הציבורי? אם לא, הייתכן שתוצאה כה מקוממת היא הכרח מכוח הוראת הייצוג שנקבעה בחמב"ד ב-1958? לדעתי ההיפך הוא הנכון: עיקרון יסודי בחוק שוויון ההזדמנויות קובע שדין המדינה כדין כל מעסיק, ועיקרון התשתית של חמב"ד גם הוא קובע כי "לעניין הליך דין המדינה כדין כל אדם". מדיניות היועץ ביחס לנציבות מנוגדת לשני החוקים האלה על תכליתם, רוחם ולשונם. היא מלמדת כי מְשָׁרֵת אחד לשני אדונים עלול לפגוע לא רק במדינה אלא גם בציבור; והיא מוסיפה ללמד, להבנתי, כי הפגיעה בשני האדונים נעוצה במידה רבה בנטייתו של מונופול רב כוח לשמור על מעמדו-שלו.

(ג) יישום החוק למען האינטרס הציבורי

לדעתי, אין מניעה ליישום החוק כרוחו וכלשונו.³²⁸ כשם שהיועץ כשומר האינטרס הציבורי רשאי לעתור במשפט המינהלי נגד רשות של המדינה המפעילה סמכות שלטונית, כן הנציבות כשומרת האינטרס הציבורי רשאית לתבוע במשפט האזרחי את המדינה המעסיקה עובדים (באמצעות הרשות המעסיקה-בפועל). כשם שהיועץ רשאי לעתור נגד הממשלה אף שהוא עצמו "יושב" במשרד המשפטים, כן הנציבות רשאית לתבוע את המדינה אף שהיא "יושבת" במשרד התמ"ת.

בדומה ליועץ השומר על האינטרס הציבורי במגוון תחומים, הנציבות היא אורגן עצמאי שנועד לשמור על האינטרס הציבורי באכיפת חוקי השוויון. לפיכך, אם הנציבות תחבע את המדינה, לא תהא זו אותה "מדינה" משני צדי המתרס. מצד אחד תעמוד הנציבות מטעם הציבור או המדינה במובן הרחב, ומצד שני הרשות מטעם המדינה הממוסדת במובן הצר. תביעה כאמור תגשים תפיסה פשוטה ומציאותית שהנחתה כמדומה את המחוקק, ולפיה רשות שנועדה לאכוף את החוק תוכל לתבוע רשות שלכאורה הפרה אותו.³²⁹ לדעתי, מקל וחומר ובלא צורך באישור היועץ, הנציבות יכולה גם לטעון כידידה בהליכים קיימים. גישה פרגמטית ברוח זו אכן מנשבת מבתי הדין לעבודה, ודומה שהיא מעוגנת היטב גם במישור האנליטי. התובע יציג את עמדתו, היועץ כפרקליט יציג את עמדת המדינה הנתבעת, והנציבות תוכל להציג עמדה עצמאית מטעם החוק והאינטרס הציבורי. הלכה למעשה, אילו הנציבות תבעה את המדינה בהתאם להוראות החוק, דומה שלפחות בתי הדין לעבודה היו מקבלים זאת בכרכה. המניעה אינה נעוצה בחוק או בבתי הדין אלא בהבנה שגויה של חמב"ד, בכלבול מושגים ובמונופול השומר על כוחו. לדעתי המסקנה ברורה, והיא מעוגנת הן בחוק מפורש והן באינטרס ציבורי מובהק: הנציבות אינה כפופה למונופול ייצוג או לסמכות השתקה – אלא היא רשאית ואף חייבת לפעול באופן עצמאי, בהתאם לסמכויותיה ובכלל זה נגד המדינה.

³²⁷ הצעת חוק שוויון ההזדמנויות העבודה (תיקון – עצמאות נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה), התשפ"א – 2021 (פ/618/24) של חברת הכנסת מרב מיכאלי; אתר הכנסת.

³²⁸ זה הדין הרצוי גם לדעת שנער, לעיל ה"ש 123, בעמ' 402 – 403.

³²⁹ לדיון מעמיק ראו Michael Herz, *United States v. United States: When Can The Federal Government Sue Itself?* 32 WM & MARY L. REV. 893 (1991).

1. סוף דבר

המשפט הישראלי הצמיח הליכים שבהם בעל דין המותקף בבית המשפט אינו זכאי להציג את עמדתו ולקבל ייצוג בדומה ליריבו, ומי שזכאים להישמע הם רק פרקליטים הטוענים נגדו. לדעתי, עצם ניהולו של הליך כזה פוגע באופן מהותי ביסודות המשפט. היות שבעלת הדין המושקת היא ממשלה נבחרת או רשות הפועלת על דעתה (הממשלה), הליכים כאמור פוגעים גם ביסודות המשטר; וכן הם פוגעים בערכים עמוקים של דמוקרטיה, הסולדת מהחנקת מחלוקות ומהשתקת דעות במרחב הציבורי.

לפי תפיסה שנעשתה מקובלת במשפטנו, שלטון החוק עלול לקרוס אם ייגרע משהו מכוחו של היועץ לחייב ולהשתיק. לדעתי, תפיסה זו כבר הסבה נזק כבד למשפט ולשלטון החוק בישראל – לא תיאורטי אלא ממשי – ועוד תמונה בה סכנה לעתיד.³³⁰ אולם כך או אחרת, יש לצפות כי המאבק על שלטון החוק יתיישב בעצמו עם שלטון החוק ועם יסודות ראשונים של משפט. בפועל הדין התעלם מהחוק, עיוות מושגי משפט והוליד הליכים אנטי-משפטיים שיש בהם רק התקפה ולא הגנה. הוא מפקיד בידי רשות מינהלית, ללא חוק, סמכויות שלטוניות חריגות בעוצמתן. הוא קובע, ללא יסוד בחוק, שהיועץ בלבד מוסמך לייצג את כל הרשויות ובכל הערכאות ולטעון בשמן-שלהן לפי עמדתו-שלו. הוא מתיר ליועץ, בלי בדל הסמכה בחוק, לכפות על הממשלה "חוות דעת" יזומות ומחייבות, שאפילו בבית המשפט אסור לממשלה לחלוק עליהן בלא הסכמתו. הוא עוצם עיניים מלהביט על מדינות אחרות, שכולן שומרות על שלטון החוק ואין אחת מהן (למיטב ידיעתי) שאימצה דין כשלנו. הוא עיקם לא-מעט את ההיסטוריה המשפטית בישראל עצמה. הוא מתאפיין בהעדר דיון וביקורת. הוא טשטש כליל את ההבחנה בין "סדר טוב" ומינהל תקין לבין נורמות משפטיות פורמליות ומחייבות. הוא מסרב לראות ניגודי עניינים ברורים, מובהקים, ויצר עולם מושגי חסר שחר שבו היועץ "מייצג" את הממשלה גם כשהוא תוקף אותה וסותם את פיה. הוא ממוקד כולו ביועץ ובהעצמתו, על חשבון דמותם של הליכים משפטיים והבטחת ייצוג מיטבי לממשלה ולציבור. בכל אלה הדין אינו מבחין כלל בפגמיו, וגם מוסד היועץ אינו מבחין בשתי החטוטרות הצומחות על גבו: אחת כשהוא אוכף את שלטון החוק אך פועל בעצמו ללא חוק (בתפקידי הייעוץ והייצוג), ושנייה כשהוא מדבר בשם האינטרס הציבורי אך משתיק את הרשויות שהציבור בחר בהן.

תיקון שלם של הדין נראה לפי שעה רחוק. אך דומה שדווקא יסודותיו החשובים ביותר אינם מחייבים חקיקה או רפורמה מוסדית, ואפשר ליישם כבר כעת אם תימצא הנכונות לחשיבה מחודשת.

ראשית – יש להבחין בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור, וממילא בין תפקידו של פרקליט המייצג את המדינה לבין תפקידו של אורגן עצמאי המייצג כהבנתו את הציבור, את "החוק" ואת "האינטרס הציבורי". אין כל הכרח להפקיד את שני התפקידים בידי פרקליט-אורגן אחד ובלעדי, ובוודאי אין לעשות זאת כשהתפקידים מתנגשים זה בזה. לעת הצורך, דרושים שני משרתים לשני אדונים.

יודגש כי לצד עמדת הרשות, אפשר ורצוי שתישמע לעת הצורך עמדה עצמאית מטעם הציבור. אדרבה: נוכח המקרים שבהם היועץ מגן על הרשות בהסתייגות מופגנת, או מציג

³³⁰ מאמר זה אינו עוסק בכך במישרין, ולא כאן המקום לנמק ולהרחיב.

את עמדתה כשהיא מהולה בעמדתו-שלו מטעם הציבור,³³¹ דווקא הפרדה בין העמדות תאפשר ליועץ (או לאורגן אחר) להציג את הדין ואת האינטרס הציבורי כהבנתו, במלוא התוקף, מבלי שייאלץ לדלל את טיעונו-שלו בשל ההכרח להציג גם את טיעוני הרשות. ייצוג מיטבי למדינה יאפשר גם ייצוג מיטבי לציבור. שתי עמדות הצריכות להישמע יזכו בייצוג מלא ונמרץ, ובית המשפט ייהנה מיריעה שלמה של עובדות וטיעונים.

שנית – עמדת המדינה בערכאות אינה עמדת היועץ. היא עמדת הרשויות – ובראשן הממשלה – שהסמכות בידן, ההחלטות שלהן, האחריות עליהן, הצווים יוצאים נגדן, והן הנדרשות להתמודד עם המציאות שיוצרת ההכרעה השיפוטית. בפשטות, היום בבית המשפט הוא של בעל הדין ולא של הפרקליט.

שלישית – ייצוג בעל דין בהליך אדברסרי, מצד אחד של המתרס ומול צד שכנגד, אינו תפקיד עצמאי או מעין-שיפוטי. אחריותם של היועץ ובאי-כוחו אמנם כבדה בהרבה משל פרקליטים פרטיים, ושיקול דעתם רחב במיוחד. אך תפקידו היסודי של פרקליט הוא להציג טיעון מטעם בעל דין ולא להציע לבית המשפט חוות דעת כהבנתו. אם יוסיפו להשתרש דין ואתוס שמכוחם היועץ מופיע מטעם הרשויות אך טוען מטעם עצמו, לפי תפיסה משפטית שהוא מבקש להציג, יידרש לדעת תיקון מוסדי כבאמצעות אחרות. אם היועץ "מייצג" כמעין שופט, יש ליטול תפקיד זה מידי ו להעבירו לגורם אחר שיוכל לייצג כפרקליט.

רביעית – "קול אחד" בייצוג המדינה הוא ודאי הכלל, אך ייתכנו לו חריגים הן לפי חוק והן אד-הוק. ייתכן ייצוג נפרד לא רק לכנסת ולתאגידי סטטוטוריים למשל, אלא גם לרשויות אחרות בהתאם לעניין ולערכאה. בנסיבות מסוימות – ולו במקרים נדירים – ייתכן לייצג בנפרד, או לפחות להציג בנפרד, אפילו עמדות מנוגדות מתוך הממשלה פנימה.³³² בד בבד, כשהמדינה אכן מדברת ברגיל בקול אחד, יש להבטיח שיהיה זה קול המדינה ולא קול היועץ. כאמור, היועץ (או אורגן אחר) יוכל להשמיע קול עצמאי משלו.

חמישית – החוק עשוי לכונן מונופול ייצוגי, בכפוף לחריגים, שתכליתו היסודית תהא לשרת את "הסדר הטוב". המונופול יוכל כמו היום לקדם חיסכון, יעילות, תיאום, אחידות ומקצועיות; לגבש ברגיל את העמדה האחת שתוצג לבית המשפט; למנוע אנדרלמוסיה של "ממלכות מינהליות" המושכות כל אחת לכיוונה; ולהבטיח סטנדרטים גבוהים של אחריות, יושרה והגינות במלאכת הייצוג. הוא יוכל ליהנות מעצמאות תפקודית גבוהה וממידה רבה של שליטה בפועל על הליכי הרשויות – והכול בגיבוי הממשלה, בכפוף לסמכותה העליונה, ובלי לחסום את גישתה לערכאות אם היא דורשת הכרעה שיפוטית לעת מחלוקת בין רשויות לבין פרקליטים.

לבסוף ואולי מעל הכול – יש לשוב לדעתי אל הכלל הראשון של משפט באשר הוא משפט, המצווה כי "יישמע הצד השני". אין לנהל הליך בבית המשפט שבו הממשלה

³³¹ ראו לעיל ליד ה"ש 74.

³³² יכול למשל ששני משרדי ממשלה יציגו עמדות שונות, על דעת הממשלה עצמה, בתשובה לעתירה נגד הממשלה או נגד כמה ממשרדיה. יכול גם שמשרד אחד יטען כידיד ויצג עמדה שונה מזו שהממשלה או משרד אחר מציגים כבעלי דין. אמת שברגיל דרושה הכרעה של הממשלה עצמה במחלוקת פנים-ממשלתית, וברגיל תכריע עמדת היועץ אם המחלוקת היא משפטית; אך לעיתים נדרשת, או מתבקשת, הכרעה שיפוטית ולא מינהלית. השוו Herz, לעיל ה"ש 339, בייחוד בעמ' 934 – 938.

כבעלת דין מותקפת בפועל משני העברים, בכתב ובעל-פה, ואינה זוכה בהזדמנות מלאה להתגונן ולהציג באופן אפקטיבי את עמדתה.

עם כל מורכבותו, ייצוג המדינה בערכאות מיוסד על הכרה פשוטה ואוניברסלית: המדינה ורשותיה זקוקות לייצוג בהליכים משפטיים – למען הדין ולמען הציבור יותר מאשר למען עצמן – ועל בית המשפט לתת להן את יומן בטרם יפסוק נגדן, יפסול את מעשיהן או יורה להן מה יעשו ומה לא יעשו. הדין בישראל נטש הכרה זו, לדעתי איבד כליל את דרכו, ויש להשיבו לעקרונות גדולים של משפט, משטר ודמוקרטיה.