

מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות

מאת

איתן לבונטין*

הממשלה על רשויותיה מגלמת את "המדינה" בערכאות ומחוץ 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 מצידו 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 שביתה, הדין הקיים אינו מעוגן במסורת חוקתית ואף לא בהלכה פסוקה הראויה לשמה. לאמיתו של דבר הוא דין חדש בן כשלושה עשורים, הוא מתעלם בין היתר מביקורת חריפה שמתחו עליו יועצים משפטיים שכיחנו בימי הדין הישן, והוא מצוי רק בהערות אגב קצרות שלא זכו לדיון שיפוטי ממשי. לגופו, בין שאר פגמיו, הוא לוקה בבלבול 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, בייחוד כשהם מתנגשים; מבחיר מושגי יסוד ובהם "ייצוג" ו"המדינה"; מסביר כיצד אבדה הדרך וממחיש את העיוותים בדין הקיים; מתאר לצורכי השוואה את מונופול הייצוג הסטטוטורי בממשל הפדרלי של ארצות הברית; ובוחן בהרחבה את החקיקה הדלה בישראל, שמקורותיה מנדטוריים והיא חֲפֵלָה מזמן להיות מובנת. בסוף המאמר מוצעים כמה יסודות לרפורמה.

* ד"ר למשפטים; LL.B (האוניברסיטה העברית בירושלים), BCL (אוניברסיטת אוקספורד), LL.D (האוניברסיטה העברית בירושלים). אני מודה למערכת **משפטים** על הערות מצוינות, שהיטיבו עם המאמר ותרמו הרבה לגיבושו.

המאמר נכתב לזכרה של פרופ' רות גביון ז"ל. יותר משני עשורים פרחו 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 עבודת דוקטור, קיבלה עליה להדריך אותי וניווטה אותי אל חוף מבטחים. היא הייתה משכילה וסקרנית, דעתנית וביקורתית, חדת מחשבה ומהירת תפיסה, ועם עומק האינטלקט וחרירות השכל זכתה גם בתכונה נדירה של הלב, שבלטה מאוד בדרכה הציבורית כמו בחייה הפרטיים. רותי ניחנה באומץ לב יוצא דופן, מעורר השראה, ולצידו 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 אמיתית עם האחר שערכיו שונים. כל אלה האירו את חייה ויאירו את מורשתה. יהי זכרה ברוך.

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. עיוות מושגי היסוד.** 1. "ייצוג". 2. "המדינה". 3. ייצוג המדינה "בשני קולות". **ג. אובדן הדרך.** 1. מתפיסה ישנה לתפיסה חדשה. 2. הערת פנחסי. 3. היעדר דיון, התעלמות מביקורת ו"מסורת" יש מאין. 4. שלילת ייצוג בשל "אי-חוקיות ברורה וגלויה". 5. שתי המחשות, "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), התשי"ג-1953. 5. סיכום ביניים: הדין ו"הסדר הטוב" בראשית המדינה. 6. החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958. 7. הסתירה בין שתי פרשנויות שגויות לבין עצמן. 8. במקום סיכום: השתלטות מונופול הייצוג על נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה. **סוף דבר.**

מבוא**

הדין בישראל מקנה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול דה פקטו בייצוג המדינה בערכאות, ללא יסוד ממשי בחוק, ובתוך כך גם שינה מהיסוד את מובנו האוניברסלי של המושג "ייצוג". מכוח תפיסה המופגנת באופן המובהק ביותר בבג"ץ, לא זו בלבד שהיועץ רשאי 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", ואילו עמדת הממשלה או רשות הפועלת על דעתה (להלן: הממשלה) היא "עמדה חולקת"

^{**} בינואר 2023, ערב ירידת המאמר לדפוס, החלה להתרגש על ישראל סערה דרמטית סביב שורה של הצעות חוק ממשלתיות לתיקונים במערכת המשפט. לעומת יוזמי ההצעות ותומכיהן, הרואים בהן רפורמה משפטית חיונית, מתנגדיהן רואים בהן ניסיון להפיכה משטרית הרסנית; ומול עינינו מתחולל כעת משבר חריף מאין כמותו – חוקתי, פוליטי וציבורי – שאין יודע כיצד יתפתח ולאן יוביל. ייצוג המדינה בערכאות אף הוא בין הנושאים שהוצע בהם תיקון, ולפי שעה אין לדעת אם התיקון יבשיל ומה יהא הדין ככל שיחול בו שינוי. המאמר הושלם לפני הסערה, והוא משקף דעה שהבעתי בכתובים כבר לפני שני עשורים. הדין הקיים אכן מחייב לדעתי תיקון יסודי – אולם אין פירוש הדבר שהתיקון המוצע כעת הוא אומנם התיקון הרצוי, לא כשלעצמו וגם לא לרקע יתר התיקונים שהוצעו כמקשה אחת. מכל מקום ההצעה בנושא הייצוג עודנה בגדר טיוטה (בפברואר 2023), והמאמר אינו דן לא במכלול התיקונים המוצעים ואף לא בהצעה בנושא הייצוג. ראו הדברים המפורשים האלה אצל אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" הפרקליט מד 423, 438 (2000): "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".

היכולה להישמע רק בחסדו ובהסכמתו. מחוץ לבית המשפט "המדינה" היא ההיררכיה השלטונית ובראשה הממשלה, ובתוך בית המשפט "המדינה" היא היועץ. ייאמר מייד 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 עם היועץ יכולה הממשלה לפנות לפרקליט אחר, די בכך כדי שתזכה בייצוג כרצונה. בהיעדר 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 אף מתעלם מביקורת כתובה וחריפה שמתחו עליו יועצים משפטיים לממשלה שכיחנו בימי הדין הישן.

בלעדיות הייצוג, בפרט, זקוקה למקור משפטי מוצק במיוחד. מונופול ייצוג פורמלי מחייב מטבעו חוק מפורש כדי שיוכל לכבול לפי דין את כלל הרשויות ובראשן הממשלה, ובלעדיו 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 יושקע",⁴ ואילו השופט מזוז עמד בתגובה על הדין הקיים ונזקק להוראת חוק בקובעו כי "אין חולק" שהיועץ מייצג

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

³ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1001 "הגשת תביעות בשם המדינה וטיפול בתובענות המוגשות נגדה – נוהל" 3 (10.2.2015) <https://bit.ly/3nqi9Is> (פרק-משנה שכותרתו "ייצוג המדינה בפני בית המשפט").

⁴ בג"ץ 5124/18 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר**, פס" 1 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 4.3.2019).

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. 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, לפי תפיסתו 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 ולאנטרס הציבורי כפי שהם נראים בעיניו שלו. בד בבד, התפיסה הקיימת כורכת יחד את תפקידי הייצוג והייצוג. הדין הוא שחוות דעתו המשפטית של היועץ מחייבת את הרשויות כולן לרבות הממשלה; בית המשפט העליון וגם היועץ עצמו קבעו במפורש כי פעולה בניגוד לחוות דעת של היועץ כמוה כפעולה בניגוד לחוק;⁸ והשתרשה המחשבה כי

⁵ שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט מזוז: "אין חולק כי היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות באי כוחו, מייצג את המדינה בכל הליך שהיא צד לו (סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958)".

⁶ בג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 31.1.2021) (הסוגריים העגולים וההדגשות במקור). העתירה נסבה על חיסון אסירים, ואכנה אותה להלן: עניין החיסון. ראו הרחבה על עניין החיסון בתת-פרק 5.ג. להלן.

⁷ ראו למשל את 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 נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' ל"ז לפסק דינו (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 להחלטתו (נבו 4.7.2012), וראו עוד שם).

⁸ היועץ מנדלבלט ציין בפומבי, בעת כהונתו, כי "פעולה בניגוד לחוות דעת של יועץ משפטי שקובעת מניעה משפטית היא פעולה בניגוד לחוק". ראו ynet (@ynet) "ד"ר אביחי מנדלבלט בוועידת ישראל לעסקים של גלובס מדבר על תקיפת שלטון החוק" יוטיוב (20.12.2018) <https://bit.ly/3nxTPnS>. ראו גם ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' שני, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (נבו 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

עמדה שהיועץ גיבש בתפקיד הייעוץ תהא ממילא גם זו שתוצג מטעמו לבית המשפט בתפקיד הייצוג.

לפיכך כאשר מוגשת עתירה נגד שר, למשל, הדין הוא שהיועץ רשאי להצטרף לעותרים ולבקש צו מוחלט כאילו עתר נגד השר בעצמו, ובה בעת גם למנוע מהשר ייצוג אחר של עמדתו האמיתית. 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 גם פתחון פה כפשוטו, קרי הזדמנות לקום על רגליו ולהציג את עמדתו בעצמו.⁹ חריגה מעקרונות אלה, לפי התפיסה הקיימת, סופה לא רק התדיינויות מיותרות ו"ג'ונגל 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 כבארצות אחרות אינה מחייבת הסדר סטטוטורי, והשניים האחרונים בבלעדיות הייצוג ובמה שניתן לכנות "הדין בראי החוק".

פרק א מוקדש לערוב שגוי במשפטנו 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 אף מתנגשות, כגון במקרה שבו היועץ תומך בעתירה נגד הממשלה משום שזו פועלת לדעתו שלא כדיון. 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.

פרק ב מצביע על עיוות מוחלט של מושגי יסוד ובהם "ייצוג", "המדינה", "עמדת המדינה" ו"ייצוג בשני קולות". אנסה להראות כי הקביעה השגורה והפשוטה לכאורה,

⁹ **נ' מועצת מקרקעי ישראל**, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 14.11.2016) ("מבחינתה של הרשות המנהלית, פעולה בניגוד לדעת היועצ"ש כמוה כפעולה בניגוד לדין").

¹⁰ בג"ץ 5769/18 **אמיתי נ' שר המדע** (נבו 4.3.2019). השופט שטיין, שהסתייג מהדין הקיים, הבחיר כי נציגי היועץ הצטרפו לעותרים וביקשו "צו מוחלט נגד השר כמבוקש בעתירה" (שם, בפס' 2 לפסק דינו). השר מצידו 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, בעמ' 22, 25–26). כתב תשובתו של היועץ, מיום 28.11.2018, עומד בהרחבה על הדין הקיים כביטוי בפסיקת בג"ץ (עותק מצוי ביד).

¹¹ אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת" **מחקרי משפט** יז 7, 10 (2001).

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** 62 (נבו 6.6.2016); עניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל הש"ש 8, בעמ' 43–45; כתב תשובתו של היועץ המשפטי בעניין **אמיתי**, לעיל הש"ש 9; בנדור וסגל, לעיל הש"ש 1; גיל לימון "התנערות מייצוג פרקליטות המדינה עלולה להוביל לפגיעה קשה בשלטון החוק" **מקור ראשון** (1.11.2020) <https://bit.ly/3AfmKER> (הכותב שימש עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה, בעת פרסום המאמר, ולאחר מכן מונה לתפקיד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מנהלי)).

שלפיה היועץ מייצג את המדינה בהליכים אזרחיים, מנהליים ופליליים, משקפת ערפל מושגי ומפרנסת דין שגוי ומבולבל. נוכח הליכים שבהם הרשות אינה מיוצגת כלל, ועמדתה מותקפת הן מפי העותרים והן מפי פרקליטיה שלה, דומה שהדין מעוות כליל גם את עצם מהותו האוניברסלית של "הליך משפטי".

פרק ג 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 היעדר דיון וביקורת הוא אחד המפתחות להבנת עיוותיו. בסופו מובאות שתי המחשות, המעידות על דמות הדין היום ועל שכבה נוספת של ערפל ההולכת ומתהווה סביבו.

פרק ד מוקדש למונופול הייצוג המעוגן בחקיקה הפדרלית של ארצות הברית. בהיעדר 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 ועל המטרות שבבסיסו, על השתלבותו 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 בלי דיון ממשי וכאילו אין אחרת.

פרק ה בוחן בהרחבה את החקיקה הרלוונטית בישראל, שהיא דלה ונושנה ודומה שלא נבחנה כבר עשרות שנים. להבנתי המסקנה ברורה: הכנסת לא חוקקה מונופול בייצוג המדינה, ולא נתנה את דעתה כלל להסדר עקרוני בסוגיה זו. היא לא הפקידה בידי היועץ סמכות בלעדית לייצג את המדינה ואת רשויותיה בהליכים אזרחיים ומנהליים, 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 פירוש שגוי לחלוטין. בסוף הפרק מובאת המחשה מהמשפט האזרחי, המתארת 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 היעדר הבחנה בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור. מתוך ערפל משפטי ומושגי, הדין בישראל ערבב יחד את שתי חובות היסוד של היועץ המשפטי בערכאות: חובה אחת לשרת רשויות קונקרטיות של המדינה, בתורת פרקליט שתפקידו לייצג ולדבר בשמן כבעלות דין; וחובה שנייה ונפרדת לשרת במישרין את הציבור, בתורת אורגן שתפקידו להציג כהבנתו ובאופן עצמאי את "האינטרס הציבורי" או את "החוק".

הבחנה מכרעת זו נוהגת הן בארצות המשפט המקובל והן מחוץ להן. מעבר לים מבחינים לצורכי הליכים משפטיים בין המדינה לבין הציבור; וכשהמדינה והציבור לא רק

מובחנים זה מזה אלא אף מתנגשים זה בזה (כפי שמייד יוסבר), מובן מאליו שכל אחד מהם זקוק לייצוג נפרד. הדין בישראל מניח ליועץ לייצג את המדינה ואת הציבור בעת ובעונה אחת, אפילו 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 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 אפוא 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 התשע-עשרה, "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, לא מסוים, בלי 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 לתובעו 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, והד לכך מצוי עד היום במשפט הישראלי בסעיף 43 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: "לא תוגש תובענה על מטרד לציבור אלא – (1) על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, לשם מתן ציווי;

¹² JOHN LL. J. EDWARDS, THE LAW OFFICERS OF THE CROWN 12–32 (1964).
¹³ המניע לכך היה שילוב של חסד ואינטרס. הכתר התמקד כמובן בהגנה על קטינים בעלי רכוש, שהן הכתר והן קרוביהם חמדו אותו. ראו George B. Curtis, *The Checkered Career of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant*, 25 DEPAUL L. REV. 895, 895–898 (1976).

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

¹⁵ ראו בייחוד פסק דינו המודרני של בית הלורדים בעניין Gouriet v. Union of Post Office Workers [1978] A.C. 435, 477 (Eng.).
 "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 או מנוהלת בפועל בידי אחר (relator action). לצרכינו אין הבדל בין השניים, וכך או אחרת ה-AG מחליט אם התביעה תוגש אם לאו.

(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 לא מסוים, אזי היועץ בלבד רשאי לבקש צו מניעה למען הציבור. אם תרצו: ה-AG שימש מעין אפוסטרופוס-לדין עבור הציבור, שכן הציבור עצמו היה (ועודנו) נטול אישיות משפטית. כידוע, באנגליה ובעקבותיה בישראל, אותה תפיסה חלה בעבר במשפט המנהלי. עותרים לבג"ץ נדרשו להראות פגיעה באינטרס אישי המיוחד להם ולא לאחרים, ואילו עותרים ציבוריים, שהתיימרו לריב את ריבו של הציבור, נדחו על הסף בהיעדר 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 (כבארצות הברית). אך הפרקליט נשאר על מקומו לשרת שני אדונים: מצד זה מדינה היררכית, ממוסדת, השולטת על חרב ועל ארנק באמצעות רשויות וקברניטים המבטאים את רצונה; ומצד זה "ציבור" לא 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 קונקרטיים שהציבור בחר בהן, ובכך משרת את הציבור בעקיפין;¹⁹ ואורגן 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

כשהיועץ בא לבית המשפט במישרין מטעם הציבור או כל חלק ממנו, נקל לראות שהמדינה הממוסדת (להלן: המדינה) אינה מעורבת ואינה בעלת דין. כך למשל בתביעה נגד פלוני 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.

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

ראו למשל רות גביון, מרדכי קרמינצ'ר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 5, 11–13 (2000).

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"; *Report on Results 2009-2010 Implementation of Section 41 of the Official Languages Act*, DEP'T OF JUST. (Nov. 16, 2016), <https://bit.ly/3uh3tPG>.

סמכות זו של היועץ **במשפט האזרחי** מעוגנת בהוראות סטטוטוריות רבות. היא כוללת למשל אכיפה של הוראות בצוואות הקובעות חיובים לטובת הציבור (להבדיל מהמדינה), הגנה על זיקות הנאה במקרקעין שהן לטובת הציבור, התערבות בהליכי סטטוס, הגנה על קטינים ופסולי דין, פנייה לערכאות בענייני חברות בכלל ובענייני חברות התועלת הציבור בפרט והתייצבות מטעם הציבור בהליכים פליליים. קצרה היריעה מלהרחיב, אך ראו המחשות תמציתיות להלן בה"ש 25. אשר **למשפט המנהלי**, סמכותו הסטטוטורית של היועץ לפעול במישרין מטעם החוק והאינטרס הציבורי כוללת למשל ערעור על אישור רשימת מועמדים בבחירות לכנסת,

17

18

19

20

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. במקרה טיפוסי הגנה על המדינה בהליך אזרחי היא 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 ממלכתי שכל אחיותו 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

ערער על תוצאות הבחירות והתייצבות וטיעון בוועדות חקירה. להלן נראה כי בידי היועץ גם סמכות לא סטטוטורית להגיש עתירות ציבוריות, ככל שיראה לו, ובכלל זה נגד המדינה ורשויותיה.

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

ראו דבריו הבהירים של בית המשפט העליון בקליפורניה, D'Amico v. Bd. of Med. Exam'ts, 520 P.2d 10, 20 (Cal. 1974) "[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".

לא כאן המקום להרחיב, אולם אין זו דוגמה תאורטית. זה עשרות בשנים שבסיסי צה"ל מזרימים שפכים לשטחים ציבוריים ומוזהמים אותם שלא כדין; והאכיפה מתנהלת לכל היותר בעצלתיים, ומכל מקום אינה כוללת פנייה לערכאות מטעם היועץ המשפטי, כשומר האינטרס הציבורי, בבקשה לצווים נגד המדינה בגין מטרד לציבור. ראו למשל צפרייר רינת "באין נוהל אכיפה מעורבן צה"ל ממשיך לזהם את הסביבה" **הארץ** (19.8.2015) <https://bit.ly/3yFcg0C>; מבקר המדינה "פעילות מערכת הביטחון בתחום הגנת הסביבה" **דוח שנתי 669** (2019), בייחוד בעמ' 2210–2204; מערכת infospot "קנסות לבסיסי צה"ל בשל הזרמת שפכים לשטחים פתוחים" **info-spot** (12.8.2020) <https://bit.ly/3nAnPQ9>.

בפרשה אחת נפלט זיהום מארובה של בית החולים הממשלתי בתל השומר, והשכנים נאלצו לתבוע את המדינה בגין מטרד **ליחיד**. ראו ת"א (ת"א) 15485/82 **רוגל נ' מדינת ישראל** (1988), המובא אצל אורית מרום אלבק ועידית רייטר **דיני איכות הסביבה – הלכות ופסיקה בהליכים אזרחיים, מינהליים ופליליים** 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), התשי"ח–1958, אשר בוטל לימים בחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) (תיקון), התשנ"ט–1998, ס"ח 34), 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 היה תובע את המדינה, בשם הציבור, ומבקש נגדה צו מניעה?

באירופה הקונטיננטלית ובדרום אמריקה קיימות גרסאות שונות של "מיניסטריון ציבורי", שכמוהו כפרקליטות ציבורית להבדיל מפרקליטות מדינה (ראו להלן ליד ה"ש 57). לפחות בחלק מהגרסאות יכול שפרקליטות ציבורית זו תזוהם 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*

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

הקושי אף מתחדד בגדרי המשפט המנהלי, ובייחוד 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 ואינהרנטי, שפרקליט ממלכתי אחד מצוי בו נוכח כל התנגשות בפועל או בכוח בין שני אדונים. 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 וממשי, ומבט אל מעבר לים מגלה שלושה מודלים של התמודדות עימו:

(1) מודל שאכנה "ממשלתי" קיים למשל באנגליה, בקנדה, באוסטרליה ובארצות הברית (הפרלית), שבכולן ה-AG הוא שר בממשלה. לעת התנגשות נאמנותו הראשונה של ה-AG היא לממשלה שהוא חבר בה, ולכן נדרשים פתרונות כדי שנאמנותו לממשלה לא תפגע בציבור.

Environmental Enforcement, 35 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 83, 85–87 (2017) בארצות המשפט המקובל התמונה מטושטשת בהרבה – אולם המחשה מובהקת לענייננו היא רשות סטטוטורית שהוקמה ב-1974 במדינת ניו ג'רזי שבארצות הברית, 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 ליוזם 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 A. Bierbaum, *On the Frontiers of the Public Interest Law: The New Jersey State Department of the Public Advocate – The Public Interest Law: The New Jersey State Department of the Public Advocate* – *The Public Interest Law: The New Jersey State Department of the Public Advocate*, 13 SETON HALL L. REV. 475 (1983). יצוין שה-AG בניו ג'רזי ממונה בידי המושל (ואינו נבחר ככרוך מדינות ארצות הברית), וה-AG הממונה 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 Roseanne Donato, *The Department of Public Advocate – Public Interest Representation and Administrative Oversight*, 30 RUTGERS L. REV. 386, 425 n.255 (1977).

ייתכנו כמובן דוגמאות נוספות במשפט האזרחי. כך למשל, מכוח סעיף 45 לחוק הירושה, התשכ"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 המצווה 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, התשכ"ח-1968. כיוצא באלה, סעיף 92 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כי "זיקת הנאה יכול שתהא [...] לטובת הציבור". אם המדינה עצמה היא בעלת המקרקעין ומפריעה לזיקת ההנאה של הציבור, דומה שהציבור רשאי לתבוע את זכותו מהמדינה.

25

(2) מודל שאכנה "ציבורי" קיים ברוב הגדול של מדינות ארצות הברית, שבהן ה-AG נבחר ישירות בידי הציבור ואינו כפוף למושל ולממשלתו. לעת התנגשות נאמנותו הראשונה של ה-AG נוטה לציבור שבחר בו, ולכן נדרשים פתרונות כדי שנאמנותו לציבור לא תפגע בממשלה.

(3) מודל שאכנה "מפוצל" קיים 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 בידי ראש הרשות המבצעת. באנגליה הוא חבר פרלמנט הממונה בידי ראש הממשלה, והוא חבר בממשלה אם כי לא בקבינט. בקנדה ובאוסטרליה הוא חבר גם בקבינט, ומכמה היבטים אישיותו המפלגתית-פוליטית מודגשת אף יותר מבאנגליה.²⁶ גם בארצות הברית הפדרלית הוא חבר קבינט, והוא מתמנה בידי הנשיא ובמקרים רבים מקורב אליו מבחינה אישית ופוליטית.²⁷ אתייחס להלן לאנגליה, שהיא מדינת האם של ה-AG, אולם ייאמר מייד 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. ובכן, 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 המנהלי באנגליה:

²⁶ אנגליה היא המדינה היחידה בחבר העמים הבריטי שמצד אחד הנהיגה מודל פוליטי של AG ומצד שני בחרה להרחיקו במידת-מה מהמוסד האקסקוטיבי העליון. ראו JOHN 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 ברגיל שר בכיר בקבינט, בשתייהן כיהנו AGs שלא היו משפטנים כלל, ובשתייהן ניתן להצביע על AGs, גם במחצית השנייה של המאה העשרים, שנעשו לימים ראשי ממשלה (שם, בעמ' 74, 358, 368–369). כך, אם באנגליה ה-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).

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 אוזלת 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 בנכונותו של ה-AG 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 אינו מתאים עוד לשמש בתפקידו ההיסטורי כשומר האינטרס הציבורי.³² הוא אף הציע נושא משרה חדש בשם Director of Public Proceedings – תובע אזרחי/מנהלי לצד התובע הפלילי – אשר לא ישרת את הממשלה כלל אלא יפעל באופן עצמאי למען הציבור בלבד.³³ כך ה-AG יהא פרקליט המדינה וה-Director יהא 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, אגב הבהרה מפורשת שה-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, כדי 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

STANLEY A. DE SMITH, JEFFREY L. JOWELL & ANDREW LE SUEUR, JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION 149 (5th ed. 1995). (ההדגשה הוספה).²⁸

ראו עוד ADMINISTRATIVE JUSTICE – SOME NECESSARY REFORMS (Report of the Committee of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom) 180 (1988); GRAHAME ALDOUS & JOHN ALDER, APPLICATIONS FOR JUDICIAL REVIEW – LAW AND PRACTICE OF THE CROWN OFFICE 97 (2d ed. 1993); וכן המקורות הנזכרים בטקסט ובהערות להלן.²⁹

DE SMITH ET AL., לעיל ה"ש 28, בעמ' 149.³⁰

WILLIAM WADE & CHRISTOPHER FORSYTH, ADMINISTRATIVE LAW 603, 607 (7th ed. 1994).³¹

HARRY WOOLF, PROTECTION OF THE PUBLIC – A NEW CHALLENGE 105–107 (1990) שם, בעמ' 109–113. ראו גם מאמרו המוקדם יותר Harry Woolf, *Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View*, 1986 PUB. L. 220, 236.³²

GOV'T OF BRIT., THE GOVERNANCE OF BRITAIN – ANALYSIS OF CONSULTATIONS 37 (Mar. 2008), <https://bit.ly/3yC7mRH>. כמוסבר להלן, הצורך בתובע כזה נחלש מאוד משעה שנפתח השער לעותרים ציבוריים.³³

IRC v. Nat'l Federation of Self-Employed & Small Businesses [1982] AC 617, 644.³⁴

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 לעת פגיעה שלטונית בחוק, ומייד הוסיף משפט שהושמט מהציטוט בעניין רסלר:

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" שלפני ה-AG אינה בין הממשלה לבין הציבור אלא בין חברות בממשלה לבין יציאה ממנה. במציאות, אילו חש ה-AG 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 לזיום 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 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, שלא כבאנגליה, 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 מלכדו 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, ואילו הממשלה מיוצגת פחות מאי פעם באמצעות פרקליטים העשויים להסתייג מעמדותיה, לטעון נגדה ואף להשתיקה. לכל תפיסה "פרטית" של הדין והאינטרס הציבורי יימצא ייצוג נמרץ, ודווקא תפיסת הממשלה שהציבור בחר בה עלולה להישאר ללא ייצוג אפקטיבי או ללא ייצוג כלל.

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

ראו גם De SMITH ET AL., לעיל ה"ש 28, בעמ' 149.

38 כותרת מאמרו של יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" הלשכה 5, 18 (1989); פורסם גם בספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 451 (יצחק זמיר עורך (1993) (ההדגשה הוספה).

(ג) המודל הציבורי

ב-43 ממדינות ארצות הברית ה-AG הוא נושא משרה חוקתית, שכמו המושל מציג מועמדות ונבחר ישירות בידי הציבור. הוא אינו כפוף למושל (ובחלק מהמדינות גם אינו נכלל ברשות המבצעת), ובמקרים רבים הוא יריבו הפוליטי וכך האחד 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 גם את המושל עצמו.⁴⁰

נקל אפוא להבין שהמודל הציבורי הוא במידה רבה היפוכו של הממשלתי. אומנם תפקידי ה-AG במדינות ארצות הברית דומים בעיקרם לתפקידי מקביליו בארצות אחרות (לרבות ישראל), וחקיקה טיפוסית מקנה לו מונופול ייצוגי מכוח הוראות מפורטות. 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).

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

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 התמודד ה-AG על משרת המושל ב-16 מתוך 43 התמודדויות במדינות שבהן ה-AG נבחר בידי הציבור. ראו *Appointing State Attorneys General: Evaluating the Unbundled* (2014) 973, 983 HARV. L. REV. 127. מחקר שבחן 136 AGs מדינתיים, שהחלו לכהן בין 1988 ל-2003, מצא כי 54% מהם הציגו מועמדות למשרת המושל או לכהונה בסנאט הפדרלי. ראו Colin Provost, *When is AG Short for Aspiring Governor? Ambition and Policy* (2009) 40 PUBLIUS 597. *Making Dynamics in the Office of State Attorney General*, ב-

2021 בדקתי ומצאתי שבע מדינות שבהן המושל המכהן כיהן בעבר בתפקיד ה-AG. 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).

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

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 לא חוקתיות.⁴⁴ התביעה הוגשה באופן חריג בערכאה פדרלית, ובית המשפט הכיר במעמד ה-AG להגשה בהסתמך בין היתר על ההלכה בשאלה זו שקבע בית המשפט העליון של קנטקי ב-2016.⁴⁵ המושל שנתבע 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 ארצות הברית 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 אומנם 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.

בית המשפט העליון באריזונה הגיע למסקנה דומה ב-1960⁴⁷ ואישר אותה שוב ב-2020.⁴⁸ אריזונה נמנית עם המדינות בארצות הברית שאינן מכירות כלל בסמכויות ה-AG מכוח המשפט המקובל, אלא רק באלה המוקנות לו לפי החוק החרות. בית המשפט קבע אפוא כי בהיעדר סמכות סטטוטורית 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

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

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

⁴⁵ Commonwealth ex rel. Andy Beshear v. Matthew Bevin, 498 S.W.3d 355 (Ky. 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.

⁴⁷ Ariz. State Land Dept v. McFate, 348 P.2d 912 (Ariz. 1960).

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

⁴⁹ שם, בעמ' 312.

⁵⁰ אחד המלומדים ציין כי התנגשויות חוקתיות בין AGs למושלים מתרחשות "with striking frequency", ראו Michael Signer, *Constitutional Crisis in the Commonwealth: Resolving the Conflict between Governors and Attorneys General*, 41 U. RICH. L. REV. 43, 51 (2006).

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 קונקרטיות 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, 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 מנועה מלהתגונן ומותקפת הן מפי התובעים והן מפי פרקליטיה שלה. מעבר לים, בארצות הברית 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 המעוגן בחוק, ומטבעו הוא קבוע ומתוכנן מראש, ושני המדגים פתרון אד הוק.

(1) הסדר המעוגן בחוק

פנסילבניה נמנתה בעבר עם המדינות המעטות (כיום חמש) שבהן ה-AG ממונה בידי 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 מְשָׁרְתָם של המושל וממשלתו. חוק מ-1980 כונן AG עצמאי כאמור בחוקה, ובנוסף כונן נושא משרה חדש – General Counsel (GC) – הממונה בידי המושל ומשמש יועצו 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

הוא הוסיף כי הקושי העיקרי נעוץ ברצונו של ה-AG לקבוע מדיניות, גם אם הוא מציג זאת כעניין "משפטי" (שם, בעמ' 50–51, 75–76).

⁵¹ Commonwealth Attorneys Act 1980, Pa. Laws 950, המשובל בפרק 71 בספר החוקים של פנסילבניה: § 732-101–732-506 (Unconsolidated Statutes) P.S. 71.

⁵² "[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 "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"

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

(2) פתרון אד הוק

במדינות אחרות מקובל פתרון אד הוק. בין היתר, ה-AG עצמו עשוי להקצות פרקליטים נפרדים לעמדות מנוגדות ולחצוץ ביניהם באמצעות "חומת ניגוד עניינים" (conflict of interest 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 ממונה או פרקליט חיצוני מיוחד ולהניח לפרקליט זה לייצג את הרשות ללא תלות בעמדת ה-AG וללא הפרעה מצידו. אם ההליך נוגע לאינטרס הציבורי ה-AG תמיד רשאי להתערב, ואז הפרקליט שהוקצה לרשות ייצג את עמדת הרשות וה-AG ייצג כהבנתו את האינטרס הציבורי. דרך זו, כפי שסיכם בית המשפט:

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 (המיניסטריון הציבורי) מופקד על התביעה הפלילית וכן על ייצוג האינטרס הציבורי בהליכים אזרחיים, ודומה שאינו אלא פרקליטות ציבוריות,⁵⁷ ואילו ה-agent judiciaire de l'Etat מופקד על ייצוג המדינה (בהליכים אזרחיים-ממוניים), ובתרגום מילולי ומהותי כאחד אינו אלא פרקליט המדינה.⁵⁸ הוא הדין

⁵⁴ ראו גם את ההסבר הקצר והבהיר באתר ה-OGC and the Commonwealth: General Counsel-Attorneys Act, OFF. GEN. COUNS. (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3nBVYze>.

⁵⁵ State ex rel. Allain v. Miss. Pub. Serv. Com., 418 So. 2d 779 (Miss. 1982).

⁵⁶ שם, בעמ' 784.

⁵⁷ לתפקידו העיקרי של ה-ministère public, ראו למשל Pieter Verrest, *The French Public Prosecution Service*, 8 EUR. J. CRIM. L. & CRIM. JUST. 210 (2000); 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 להלן בה"ש 69.

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'Etat*, ECONOMIE.GOUV.FR (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3OYSnqp> (בצרפתית). על הייצוג בהליכים מנהליים קצרה היריעה מלהרחיב, אך ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 67.

באיטליה, שפועלים בה ה-*pubblico ministero* (המיניסטריון הציבורי) ולצידו 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 לייעץ לרשויות המדינה ולייצגן בערכאות.⁶¹ בכל הארצות האלה, במונחי תפקידיו של היועץ המשפטי בישראל, פרקליטות ציבורית מופקדת על תביעה פלילית ועל שמירת האינטרס הציבורי, ופרקליטות 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 בידי 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 למלך (ולמים לממשלה), ואילו נציגי המלך בצרפת נעשו פקידים מלכותיים (ולמים ממשלתיים) המסונפים דרך קבע לבתי המשפט, וברבות הימים החלו 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 הם 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 שמבחינות רבות הם דומים להם),⁶⁴ ופסיקת בית הדין האירופי לזכויות האדם, למורת רוחה של צרפת, אינה מוכנה לראות בהם שופטים או מי שמפעילים סמכות שיפוטית בהיעדר עצמאות מהרשות המבצעת.⁶⁵

יש אפוא העשויים לייחס ל-*ministère public* סכיון פרנייה.⁶⁶ אך מכל מקום הוא כה ספוג מקדמת דנא באתוס השיפוטי, והדבר כה פגם ביכולתו להבטיח לרשויות המדינה

⁵⁹ ראו למשל Ottavio Campanella, *The Italian Legal Profession*, 19 J. LEGAL PROF. 59, 70–71. המחבר מציין (שם, 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 (Constitución Española, 1978) וכן החוק המכונן (Ley 50/1981, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (אתר העיתון הרשמי של ספרד)).

⁶¹ *Funciones*, ABOGACÍA DEL ESTADO (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3nwypl5>.

⁶² ראו בייחוד Cappelletti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 801–807, 828–829 (וה"ש 155 שם).

⁶³ לדיון עדכני ראו בייחוד Jacqueline Hodgson & Laurene Soubise, *Prosecution in France*, in Verrest ; OXFORD HANDBOOKS ONLINE (2016), <https://bit.ly/3NTsLdT>, לעיל ה"ש 57, בעמ' 211–212, 222–225.

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

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

⁶⁶ Verrest, לעיל ה"ש 57, בעמ' 243.

ייצוג אדוורסרי – 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*.

ודוק: האתוס השיפוטי מתאים היטב 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 והאינטרס הציבורי כמעין "ידיד".⁶⁸ אולם אתוס שיפוטי אינו מתאים כלל לייצוג אדוורסרי 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-שיפוטניים לידי פרקליטי מדינה אדוורסריים שנאמנותם ממוקדת ונפשם אינם חצויה.

לדעתי, כמוסבר עוד להלן בפרק ג, 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

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

⁶⁸ Lasser, שם.

⁶⁹ כך ביטול נישואין, אימוץ, משמורת קטינים, הכרזה על פסלות דין ועוד. ראו HERZOG, לעיל ה"ש 64, בעמ' 123, וכן ההוראות הרלוונטיות בחוק הפרוצדורה האזרחית הצרפתי (Code de procédure civile) art. 421–429 (Fr.) [C.P.C.] [Civil Procedure Code].

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, כדי שלכל אחד מהאדונים יהיה פרקליט משלו. אולם הדין בישראל 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 בכובע שומר האינטרס הציבורי, ובו בזמן "מייצג" בכובע 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'. רבינוביץ' 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, 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 מומש איומו של ברק, היה קל 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 בתפקידו

⁷⁰ זאב סגל ואריאל בנדור "האדם הנאור | אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, עושה חשבון נפש" (ריאיון עם אהרן ברק) **הארץ** (27.5.2009) <https://bit.ly/3y5e0yA>.

⁷¹ ראו את המקורות להלן 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 שכל אדם יכול להגיש עתירה ציבורית, על אחת כמה וכמה כשומר האינטרס הציבורי. אומנם 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.

הרשמי היה זכאי להתגונן ולהשמיד 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 למעשה מצטרף לטיעוני העותר ובה בעת שולל מהשר הזדמנות להישמע. בפועל המתקין היה משתיק את המותקף. עמדת העותר הציבורי הייתה מיוצגת **משני** צידי המתרס, הן מפי פרקליטיו והן מפי היועץ ובאי כוחו, ואילו עמדת השר המשיב לא הייתה מיוצגת כלל.⁷³

הינה 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 אמיתי, מונע ממנה להתגונן ולמעשה משתיק אותה. בינתיים אובד בערפל הכלל הראשון במשפט, הלא הוא "יישמע הצד השני", ועימו אובדים עוד 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 ובהסתהיגות 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 בה[ם] 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

⁷³ לכל היותר, לפי פרקטיקה שהיא לדעתי פסולה, היועץ היה מציע לשר כי עמדתו טובא במסגרת עמדת היועץ עצמו, היינו בחסד ולא בזכות, במסגרת עמדה **התוקפת** אותו וללא ייצוג בעל פה. ראו תת-פרק ג.5 (ג) להלן.

⁷⁴ דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** 11–12 (נבו 26.10.2017).

⁷⁵ ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(1) 337, 369–367 (1981); ד"נ 12/81 **ש' 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).

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 ופרופ' רובינשטיין ופרופ' מדינה 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 במופנו, 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 תאורטית.81 כבר עשרות שנים מדגישים את עצמאותו ואת עמדתו המשפטית המחייבת, והוא עצמו מניף גבוה את נס הנאמנות לחוק, לאינטרס הציבורי ולהשלטת החוק על הממשלה.

והינה, 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 מצייתים ליועץ, והם

77 זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק 269 (מהדורה שנייה 1993), וראו גם שם בעמ' 212–214, 269–270. כן ראו בנדור וסגל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 446–447.

78 בג"ץ 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 ועדת אגרנט קבעה ב-1962 כי הממשלה רשאית לפטר את היועץ "אף אם החלטתו לנהוג בדרך מסוימת נעוצה בתום לב ונתקבלה לפי מיטב הבנתו". ראו "דו"ח ועדת המשפטים 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". ראו יחיאל גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה 27 (1981). אומנם כהונת היועץ זמיר הופסקה לאחר מכן בעיצומה של פרשת השב"כ (1986), אך רק אחרי שזמיר כבר הודיע בעצמו על החלטתו לפרוש, וחשוב מזה, 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" <https://bit.ly/3bNQTKr> (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" (שם, בפס' 62) (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, בפס' 57–59, 63). היא ציינה כי "משקלם המצטבר של הבעת הדעה של הוועדה [הציבורית], השימוע ותגובת דעת הקהל [יספיקן] לשם מניעת שימוש בסמכות הפסקת הכהונה בנסיבות בלתי-ראויות" (שם, בפס' 63), והצביעה גם על "הצפי לביקורת בדעת הקהל או הרתיעה מפני אפשרות התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק במקרה שהפיטורים ייעשו מטעמים פסולים" (שם, בפס' 62). קיצורו של דבר: ועדת שמגר הגבילה אף יותר, הן להלכה והן למעשה, סמכות פיטורין שכבר לפני כן הייתה מוגבלת מאוד.

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 לייצג לממשלה ולייצגה דרך שגרה, בעצמו ובאמצעות המערך הכפוף לו, על היועץ לשמור עימה 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 לא ימהר היועץ לתקוף חזיתית 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 בלי להיות עותר. בפשטות, "ייצוג" הממשלה הוא תחליף נוח להגשת עתירות נגדה, ולכן סמכות ה"ייצוג" הנוחה החליפה והשכיחה את סמכות העתירה הלא-נוחה.

אילו עתר היועץ נגד הממשלה במישרין, הרי אפילו היום היה אפשר לראות את המובן מאליו. מתוקף האינטואיציות הבסיסיות ביותר של משפט וצדק והיגיון, היה ברור שהממשלה תיוצג באמצעות פרקליט אחר. איש לא היה משלים עם חזיון גלוי שבו היועץ עותר נגד הממשלה ובה בעת מתייצב "להגן" עליה באופן בלעדי, כשהוא עומד משני צידי המתרגם 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.

והינה, 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

⁸² לדוגמאות מהעת האחרונה ראו עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 9; בג"ץ 8451/18 **האקדח על שולחן המטבח נ' השר לביטחון פנים** (נבו 27.4.2022) (להלן: **עניין הרישיונות**); **עניין החיסון**, לעיל ה"ש 6. שני המקרים האחרונים יידונו עוד בתת-פרק 5.ג. להלן. ערב ירידת המאמר לדפוס נוספה עוד דוגמה: בג"ץ 8076/21 **ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שרת החינוך** 30–32 (נבו 29.3.2022).

לתקוף אותה, לבקש פסק דין נגדה, לטעון בדיוק כפי שהיה טוען אילו עתר נגדה בעצמו, ואף למנוע ממנה להתגונן באמצעות פרקליטים אחרים. הוא יכול לחמוק מהסכנה ומהמחיר הכרוכים במתקפה חזיתית נגד הממשלה, ובה בעת להבטיח כי הוא בלבד יישמע מטעמה וכך לשמר את מעמדו הבלעדי וגם להשתיק את החולקים עליו.

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" – ואילו הרשות עצמה, הלא היא בעלת הדין שקיבלה החלטה ונושאת באחריות, אינה זכאית להישמע כלל. ככל שדיעתי 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 "להתפטר" עימו או אף לכפות עליה במלואה את עמדתו, לשם מה יעתור נגדה אם הוא רשאי פשוט "לייצג" אותה?

ב. עיוות מושגי היסוד

מקובל לומר, כפי שנאמר למשל בעניין החיסון, כי היועץ "מייצג את המדינה בפני בתי המשפט בהליכים המשפטיים השונים – אזרחיים, מינהליים ופליליים – שהיא צד להם".⁸³ אך האומנם 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, התשמ"ד–1984, שכותרתה **ייצוג של תאגיד**: "בעל דין שהוא תאגיד, רשאי מנהל

⁸³ ראו הציטוט המלא לעיל ליד ה"ש 6.

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. בשונה מפרקליט, אורגן לא רק מציג את עמדת התאגיד אלא עמדתו היא-היא עמדת התאגיד. אף שהתאגיד הוא בעל הדין הפורמלי בעת שהוא מתדיין כאישיות משפטית, נקל להבין כי בעל הדין הריאלי הוא האורגן היודע את העובדות ומקבל את ההחלטות וברגיל גם מתמודד עם התוצאות.

תאגיד עשוי אפוא להישמע בהליך משפטי מפי אורגן בלבד, ללא פרקליט, ואז ייראה כיחיד הטוען לעצמו. אך כשתאגיד (באמצעות אורגן) מייפה 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 על ידי שניים – אורגן ופרקליט – שכל אחד מהם מייצג אותו במובן אחר. הדין הקיים טשטש מאוד את ההבחנה בין הליכים שהיועץ המשפטי לממשלה מנהל כאורגן לבין הליכים שהוא מנהל כפרקליט.

למשל, בהליכים פליליים היועץ הוא אורגן. בתפקידו כתובע כללי, עמדתו שלו היא עמדת "המדינה" ומדיניותו שלו היא מדיניות האכיפה בפלילים. בעצמו ובאמצעות נציגיו, הוא לבדו 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.

לעומת זאת, בהליכים אחרים כגון הליכי בג"ץ, היועץ הוא פרקליט. הוא אינו מופקד למשל על ביטחון או על 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 עמדתו ולא את עמדתו. גם אם שיקול דעתו רחב בבואו בשמן לבית המשפט, הוא משמש פרקליט ונדרש לנהל 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

תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות).

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

84

85

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 עם זאת, אף שהבחנה מקובלת, לעיתים דרוש לאכוף אותה. מחוץ לישראל הנטייה לטשטוש הגבולות גוברת בייחוד במדינות ארצות הברית, שראינו כי ברוכן הגדול ה-AG נבחר ישירות בידי 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 מצידו נאלץ לעתור נגד ה-AG בהליך נפרד, מדינתי, בדרישה לקבל ייצוג נאות.⁸⁸ בפסק דין מקיף, שזכה להסכמה גם במדינות אחרות, בית המשפט העליון חייב את ה-AG להבטיח לשר ייצוג אפקטיבי בין במינוי פרקליט ציבורי מיוחד ובין בשכירת פרקליט פרטי. פסק הדין קבע בין היתר שאם הייצוג מביא את ה-AG לידי ניגוד עניינים או מחלוקת עם הרשות, שאינם מאפשרים לו לייצגה כראוי וכנדרש בחוק, עליו לפרוש מהייצוג ולהבטיח לרשות ייצוג אד הוק.⁸⁹ בית המשפט 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 הוסיף והבהיר 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 עימה.

לכאורה, מבחינה **דסקריפטיבית**, גם בישראל עשויים להבחין 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

⁸⁶ דברי ה-AG בתשובתו הכתובה לשאלת פרלמנטרית; ראו דברי בית הנבחרים (Hansard) מיום 8 בדצמבר 1986, U.K. PARLIAMENT, <https://bit.ly/3yfu0N6>.

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" (MINISTERIAL CODE (July 1997), <https://bit.ly/3ydfyGX>); וכן סעיף 2.42 לתקנון ממשלת סקוטלנד משנת 2016 (*Scottish Ministerial Code 2016 edition* <https://bit.ly/3AsRxhT>). ראו גם ציטוט הדברים בהסכמה במאמרו של שופט בית הלורדים Johan Steyn, *The Weakest and Least Dangerous Department of Government*, 1997 PUB. L. 84, 91.

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 בהליך נפרד על ששלל ממנו את יומו בבית המשפט ופגע בזכויותיו החוקתיות להליך הוגן ולגישה לערכאות.

⁸⁹ שם, בעמ' 922.

⁹⁰ שם, בעמ' 918–922.

בית המשפט הגבוה לצדק, שבהם מלווה הפרקליט 'לקוחות' בשר ודם, המשיבים בעתירה⁹¹. 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", ודומה שנשחקה כמעט כליל ההבחנה היסודית בין תפקידו כאורגן לתפקידו כפרקליט.

(ב) "ייצוג עוין"

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

ייתאמר מייד 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. כך ביחס לכל פרקליט, וכך אף ביתר שאת ביחס לפרקליט ציבורי. 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 ציבורי, הרבה יותר משראי לפרקליט פרטי, לחרוג משאלות צרות של משפט וליטיגציה ולהשתתף 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 גם כשהייצוג הוא מכוח מונופול המעוגן בחקיקה ברורה ומפורשת (שלדעתי אינה קיימת בישראל), ויפים כאן במיוחד דברי בית המשפט העליון של טקסס:

[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

מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417, 418 (1995).

שם, בעמ' 421–422.

שאלתי מושג קולע זה מהנחיות רשמיות שקבע ה-AG הפדרלי באוסטרליה, ולטעמי הוא מבטא היטב את החובות המיוחדות המוטלות על המדינה ועל פרקליטיה. ראו Legal Services Directions 2017, App. B ("The Commonwealth's obligation to act as a model litigant"), (Austl.) <https://bit.ly/3bIQAHK>. 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.

91

92

93

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. "ייצוג עוין" הוא לא רק נורמה במשפטנו, אלא אף נתפס לעיתים כאדיאל.

(ג) ייצוג לשם מה

לבד מהקפדה על הצדק הטבעי במובנו הבסיסי ביותר,⁹⁷ מוטב להזכיר בתכלית הקיצור מדוע נותנים פתחון פה לבעלי דין ומדוע מאפשרים 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 בלי שנשמע. הפסד בהליך משפטי צפוי כמובן לתסכל את המפסיד ואת תומכיו, אולם פתחון פה וייצוג נאמן מקילים עליהם להשלים עם התוצאה ולראותה כלגיטימית. לגיטימציה זו אובדת ככל שהממשלה, ועימה ציבורים גדולים העומדים 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 עימנו.

⁹⁴ Pub. Util. Comm'n v. Cofer, 754 S.W.2d 121, 125 (Tex. 1988) (ההדגשה במקור). בעניין זה שימש ה-AG פרקליט סטטוטורי של שתי רשויות יריבות. בית המשפט קבע בדעת רוב כי החוק ברור ואין מנוס אלא שה-AG (כמוסד) ייצג את שתייהן, אך הדגיש כי יש דרכים לשמור על תקינות ההליך ובהן לחצוץ בין הפרקליטים משני הצדדים, לוודא שקיימת יריבות ושהפרקליטים אינם פועלים יחד, ולהתערב אם תהיינה טענות שהפרקליטים אינם ממלאים את חובתם לייצג את הרשויות היריבות.

⁹⁵ State ex rel. Amerland v. Hagan, 175 N.W. 372, 374 (N.D. 1919) (ההדגשה במקור). בדעת רוב זו ראו גם.

⁹⁶ In re Op. of the Justices of the Supreme Judicial Court Given Under the Provisions of Section 3 of Article VI of the Constitution, 112 A.3d 926 (Me. 2015).

⁹⁷ לפגיעה חזיתית בעיקרון הראשון של צדק טבעי, בשל השתקת בעל דין, ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 189.

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

טעם שני הוא שיפור ההכרעה השיפוטית לגופה. ייצוג מלא ואפקטיבי של כל העמדות, כדי שלא רק יישמעו אלא גם יתמודדו זו עם זו, מוביל להכרעה הטובה והנכונה ביותר. בבג"ץ יש לכך אף משנה חשיבות, 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, ואילו 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, בפרשה שבה היועץ ובאי כוחו ביקשו להשתיק כליל 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

זאת ועוד, 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 ולמען הציבור). אין זה מתקבל על הדעת, בכל הכבוד, שהרשות תשמיע כרצונה טענות משפטיות ולא-משפטיות בחדרי הממשלה ובישיבות הכנסת, באולפני התקשורת ומעל כל במה ציבורית – ודווקא בבית המשפט, העשוי לפסול את החלטותיה ולהורות לה מה תעשה או לא תעשה, יסתמו את פיה ויתקפו אותה בלי שתוכל להתגונן.

2. "המדינה"

(א) שלושה מובנים של "המדינה" ואובדן ההבחנה ביניהם

כשם שמהות הייצוג משתנה מהליך להליך, כן גם מהות "המדינה".

(1) **במשפט האזרחי** "המדינה" היא תאגיד בעל אישיות משפטית. היא פועלת באמצעות אורגנים שהם עצמם נטולי אישיות משפטית לצורכי המשפט האזרחי – ממשלה, שרים ורשויות אחרות¹⁰⁰ – ובהיותה בעלת דין היא תובעת ונתבעת בשמה שלה.¹⁰¹ היא

⁹⁹ עניין **אמיחי**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 25 (הפניות פנימיות הושמטו).

¹⁰⁰ כך למשל, מכוח סעיפים 4 ו-6 לחוק נכסי המדינה, התשי"א-1951, הממשלה רשאית לרכוש נכסים "בשכיל המדינה" וכן להסמיך לכך אחרים. על חוזה רכישה עשויים אפוא לחתום מנכ"ל משרד ממשלתי וחשב 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 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.2000 "הסמכות להתחייב בחוזה בשם המדינה" (15.5.2003) <https://bit.ly/3y9ShFP>.

¹⁰¹ ס' 2, 3 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין).

מיוצגת אפוא לפי הסכמה 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 ומרובת זרועות, ובראשה הממשלה שהיא האורגן העליון המבטא את רצונה.

(2) **במשפט המנהלי** התמונה הדיונית הפוכה. האישיות המשפטית היא של רשויות הממלאות תפקיד ציבורי, ואילו "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 הסכמה הדיונית הפורמלית שונה מזו שבערכאות 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 יום-יומי בבג"ץ הוא "עמדת המדינה", כאילו "המדינה" היא בעלת הדין שעותרים נגדה. מפליא שבעתיים כי "עמדת המדינה" שונה לעיתים מעמדת המשיב, כגון שר, ששמו נקוב בכותרת ההליך והוא בעל הדין הפורמלי והריאלי כאחד. להלן אשוב לכך.

(3) **במשפט הפלילי** התמונה שוב משתנה. היות שהחוק קובע כי "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 לאמיתו של דבר המדינה אינה אותה מדינה כשם שהייצוג אינו אותו ייצוג, ונקל לראות זאת במבט קצר אל מעבר לים.

¹⁰² ע"א 324/82 **עיריית בני-ברק נ' רוטברד**, פ"ד מה(4) 102, 130–126 (1991); בג"ץ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פ"ד מה(1) 839, 749 (1991). ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** 397–401 (2010).

¹⁰³ ס' 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין).

¹⁰⁴ ראו עניין **רוטברד**, לעיל ה"ש 102; זמיר, לעיל ה"ש 102, בעמ' 401–407. זמיר סבור שגם במשפט המנהלי האישיות המשפטית היא של המדינה, כמשפט האזרחי, אך מכיר בכך שתפיסה זו אינה מקובלת (שם, בעמ' 402, 406). לענייננו, בין כך ובין אחרת, בעלות הדין הריאליות הן הרשויות שהסמכות בידן, ההחלטות שלהן, האחריות עליהן והצווים יוצאים נגדן.

¹⁰⁵ תק' 37(ט)(3), 61(ב) לתקנות החדשות; תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984.

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

¹⁰⁷ ס' 11 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב–1982.

בכמה ממדינות ארצות הברית למשל, ובהן ניו יורק וקליפורניה, המאשים אינו המדינה כי אם "הכלל" או "הציבור" ("The People").¹⁰⁸ אנגליה הפקידה את התביעה הפלילית בידי ה-DPP (Director of Public Prosecutions), 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 ובכך סייע 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. לאמיתו של דבר, בישראל כבארצות אחרות, הליכים פליליים אינם מנוהלים מטעם המדינה הממוסדת אלא מטעם קולקטיב לא 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 היא לאכוף את דיני העונשין. לפיכך, כמו מקביליו מעבר לים, היועץ בישראל אינו משרת במישור הפלילי את ההיררכיה הממשלתית. אם בהליך אזרחי או מנהלי טיפוסי הוא פרקליט המשמש בעיקרו של דבר פה לרשות שלטונית אחרת, הרי בפלילים, בתפקיד התובע הכללי, הוא אורגן עצמאי המשרת את החוק ואת האינטרס הציבורי כפי שהם נראים בעיניו שלו. בשונה מהליך אזרחי או מנהלי, שבו רשויות המדינה הממוסדות נוקקות 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 קובעים זכויות או חובות של המדינה כאישיות משפטית במשפט האזרחי, וברגיל גם אינם משפיעים במישרין על כוחן של הרשויות לפעול במשפט המנהלי.¹¹¹

¹⁰⁸ כך גם באילינוי ובמישיגן. ראו 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 כאן המקום להרחיב.

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 כהווייתה: יובל לדוח ועדת אגרנט" ספר לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 131, 156–157 (יהושע ויסמן ואח' עורכים 2013) (להלן: לבונטין "אמת מדומה").

¹¹¹ מכאן גם האיחור הרב בהקמת תביעה ציבורית, בפרט באנגליה. תביעות פליליות הוגשו במשך מאות שנים בשם המלך אך ביוזמת הפרט (כדברי בלקסטון במאה השמונה-עשרה: "in the name of the king, but at the suit of any private prosecutor", ראו 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES (ON THE LAWS OF ENGLAND 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 הרוחק בידי הקורבן, בני משפחתו וחליפיו, ולימים באו גם בעלי זרוע או בעלי יוזמה שמוכסח להם פרס על כל עבריו שצליחו להרשיע, וכן התאגדויות אזרחיות וולונטריות שמספן באמצע המאה התשע-עשרה הגיע

נמצא שהמדינה בהליך אזרחי וכן בהליך מנהלי 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 מנהלי אינה המדינה אלא הרשות המשיבה. מהי אפוא "עמדת המדינה" בבג"ץ, אם המדינה אינה בעלת דין כלל? 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. בעניין תגובה למשל 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.

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

לאחר כל רחבי אנגליה. ראו 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-DPP וה-Crown Prosecution Service וראשו. 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 85–84 (1991).

¹¹² אפשר להוסיף השערה כי הביטוי "עמדת המדינה" היה במקורו רק קיצור לשון ל"עמדת פרקליטות המדינה", וכי קיצור הלשון הזה שיקף את ההנחה הטבעית, 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 תגובה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7–6.

¹¹⁵ עניין התאחדות הסוחרים, לעיל ה"ש 74, בעמ' 25. ראו גם החלטת הנשיאה נאור בפרשה זו (דנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים (נבו 31.7.2017)), שכל כולה משפט אחד: "עיקרי הטיעון מטעם שר הפנים יוגשו פיזית במצורף לעיקרי הטיעון של המדינה וההרכב יחליט בשאלת קבילותם".

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, ואילו 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 ד, עמדת ארצות הברית היא ברגיל עמדת ההיררכיה של הרשות המבצעת, והיא מיוצגת באמצעות מחלקת המשפטים הכפופה ל-AG ומעליו לנשיא. כיוצא בזה, אם החוק מקנה לרשות פלונית סמכות ייצוג עצמאית בהליך נתון, יכול שייצוגו באותו הליך עמדת ארצות הברית באמצעות מחלקת המשפטים ועמדת הרשות בשמה שלה ובאמצעות פרקליטיה. יתר על כן, כשהרשות המבצעת והרשות המחוקקת חולקות זו על זו, יכול שלא תהיה כלל "עמדת ארצות הברית". 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 "נציג ארצות הברית" 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 הרשאית לדבר בשם ארצות הברית.¹¹⁷ בישראל, אף אם היועץ תוקף את הממשלה ואת הכנסת ואת החוק גם יחד, הדין עשוי לראות דווקא אותו כמי שמדבר בשם המדינה.¹¹⁸

ודוק: 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

28 U.S.C. § 530D

שם, בס' 530D(d) שזו לשונו (הסוגריים העגולים 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)".

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". ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סילוואד נ' הכנסת, בעמ' 20 (נבו 9.6.2020). ומה אם היועץ לא היה מוצא לנכון "לאפשר" ייצוג פרטי, אלא היה מחליט להשתיק את הממשלה ולכפות עליה "ייצוג עוין"? ראו גם כתב תשובתו של היועץ המשפטי בעניין אמיתי, לעיל ה"ש 9, המדגיש כי אף במקרה החריג של חוק ההסדרה "הייצוג הנפרד היה באישורו של היועץ" (עמ' 24 לכתב התשובה, ההדגשה בקו ובאות מושחרת במקור). הוזה אומר: היועץ בחר להדגיש היטב כי הוא בעל הסמכות, וכי אישר ייצוג פרטי אך יכול היה גם שלא לאשרו. מכל מקום, לטעמי בצדק, העמדות השלטוניות במקרה זה תוארו כמות שהן – עמדות היועץ, הממשלה והכנסת – וכל אחת מהן זכתה לייצוג משל עצמה (עניין עיריית סילוואד, שם, בעמ' 20–22).

116

117

118

היא עמדת הממשלה (המגלמת את המדינה), ועל השרים להיכנע ליועץ משום שכך **הממשלה** מורה להם לעשות. בשינויים המחויבים זו אכן תמצית הדין הפדרלי של ארצות הברית, כביטוי הן בהוראות נשיאותיות והן בחקיקה.¹¹⁹ אך כל עוד הרשות המשיבה פועלת על דעת הממשלה 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 לשומעה 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 גם תנאי לעצם יכולתו של השלטון לקבוע מדיניות וליישם החלטות. בפשטות, אם עמדת הפרקליט **בלבד** היא עמדת הרשות בבית המשפט, ואם הוא רשאי לפעול בשמה ולחייב אותה כרצונו לפי תפיסתו "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 להמשיך את הערעור 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 such departments and agencies would thereby exist and ultimately function only through him. We

ראו פרק ד להלן.

¹¹⁹ מובן שהיועץ עצמו קובע מהי שאלה "משפטית". מובן עוד שבישראל, כבארצות אחרות, משפטים עשויים להציג עמדה אישית או אידאולוגית כעניין "משפטי" או "מקצועי", ויכול שיעשו זאת בין במודע מתוך כוונה לשוות לעמדתם תוקף ולגיטימציה ובין שלא במודע, בתום לב גמור, בלי להכיר בעצמם כי השקפתם האישית קובעת את עמדתם "המשפטית". ראו גם לעיל ה"ש 50. לטעמי מדובר בתופעה אנושית טבעית ובלתי נמנעת, וכל המתעלם ממנה מתעלם מהמציאות.

¹²¹ Motor Club of Iowa v. Dep't of Transp., 251 N.W.2d 510, 515–516 (Iowa 1977).

believe and hold the AG possesses no such dominion or power.

בישראל, ובייחוד בהליכי בג"ץ, העיוות המשפטי-משטרי המתואר בדברים אלה 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; אין לו יסוד סטטוטורי (כמוסבר להלן בפרק ה); והוא מפקיד את הכוח, ללא חוק, בידי יועץ ממונה להבדיל מ-AG הנבחר ישירות בידי הציבור.

כאמור, הציטוט לעיל נועד לדברים שברגיל אינם צריכים להיאמר. מחוץ לישראל, למיטב ידיעתי, אין עוד מדינה שבה פרקליט ממלכתי (ממונה או נבחר) רשאי לחסום גישה לערכאות בפני כל רשות ממשלתית שאינה מקבלת את דעתו "המשפטית" – לרבות הרשות האקסקוטיבית 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 שלושה עשורים לערך שבהם המערכת הפוליטית בישראל השלימה עם הדין הקיים, לעיתים מחתה נגדו אך לא עשתה דבר לתיקונו? שאלה זו תובעת לדעתי דיון נפרד, שלם ומורכב, שלא כאן מקומו. אולם בשנת 2023, כאמור בהערה המקדימה את המבוא למאמר זה, דומה שההשלמה הפוליטית עם הדין הקיים הגיעה לקיצה.

3. ייצוג המדינה "בשני קולות"

לפי השיח שהשתרש במשפטנו, רשות שהיועץ מסרב לייצגה עשויה לבקש "ייצוג נפרד". אם היועץ ייענה לבקשה זו תתואר המדינה 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 ד נראה כי התדיינות "פנימית" כזאת מקובלת בארצות הברית במקרים רבים וכבר עשרות שנים, והיא מתרחשת ברגיל כאשר חריגים למונופול הייצוג הסטטוטורי – אף הם סטטוטוריים –

¹²² דניאל פרידמן "לפצל או לא לפצל? סימפוזיון בנושא ההצעה לרפורמה במוסד היועץ המשפטי לממשלה – חלק ו' | פיצול משרת היועץ המשפטי" **ICON-S-IL Blog** (1.9.2021) <https://bit.ly/3bRgGsk>.

¹²³ ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" **עיוני משפט** לח 361 (2016) (להלן: שנער "בכמה קולות"), והמקורות המובאים שם. ראו גם הנחיית היועמ"ש 6.1001, לעיל ה"ש 3.

מקנים לרשות זו או אחרת סמכות ייצוג עצמאית. בדרך זו הרשויות אכן מיוצגות בנפרד, המדינה אכן מדברת בשני קולות, ובנסיבות מסוימות יכול שהדבר יהיה מוצדק ואף הכרחי.¹²⁴ לטעמי יש בכך ביטוי למתח טבעי, שעד גבול מסוים הוא בריא ורצוי, בין רשויות שונות ובין האינטרסים השונים שבאחריותן.

המצב שונה לחלוטין כשהיועץ בישראל חולק על רשות של המדינה ובפועל טוען נגדה ומשתיק אותה, 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 עיון"; 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.

לאמיתו 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 האמיתית אינה נשמעת משום שהיועץ טוען נגדה, אזי למדינה אין קול. העותרים נשמעים, היועץ נשמע, והמדינה נותרת אילמת. דווקא הדין הקיים הוא שיוצר שני קולות ואף "שתי מדינות", האחת מחוץ לבית המשפט והשנייה בתוכו.

בצל הדין זה 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" תתהפך לפי הפורום שבו היא נשמעת, והמדינה האחת תהפוך לשתיים. מובן שהחלטה (או מדיניות או פעולה) של המדינה עלולה להיות לא 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 לפוסלה. נמצא שדווקא 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

¹²⁴ מאמרו של שנער ("בכמה קולות", לעיל ה"ש 123) אכן מצדד בהגמשת העיקרון של "קול אחד", ואני שותף לעמדתו ולרוב טיעוניו.

¹²⁵ דומני כי שנער (שם) אינו מבחין כראוי בין שני המצבים (אף שאני שותף כאמור לעמדתו). ראו גם אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנובה ואמיתי" ICON-S-IL Blog (13.3.2019) <https://bit.ly/3OURgrM>. 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 אותו. הרשות היא "המדינה" הזכאית ליומה ואילו היועץ, שאינו מדבר בשם המדינה, רשאי לדבר בנפרד ובשמו שלו, בכובע שומר האינטרס הציבורי, כדי להציג את תפיסתו בדבר הדין והאינטרס הציבורי.

היא עמדת היועץ, כאילו נכפה עלינו שִׁיחָדָשׁ (Newspeak) אורוליאני? לפני הכול: כיצד ננטש הכלל הראשון במשפט המחייב לשמוע שני צדדים? כיצד להסביר השתקה של בעל 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 (1950–1948), כפי שציין גוטמן על סמך ראיונותיו עימו: "בדרך טיפולו בנושאים השונים שהצטברו על שולחנו שאל שפירא את עצמו כיצד היה נוהג באותו עניין ה-Attorney General, וכמוהו ביקש לנהוג".¹²⁶ שפירא הקפיד אפוא מלכתחילה על עצמאות בפלילים, והיה יכול להישען בכך על נורמה שבאנגליה כבר הייתה מבוססת.¹²⁷ אולם בכל הנוגע לתפקיד הפרקליט במישור הלבר-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 א. שפירא, וכמוהו היועץ השלישי גדעון האוזנר (1960–1963), היו אישים פוליטיים עוד לפני שהיו יועצים, ובתום כהונתם פנו מייד 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

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, בעמ' 199–225; וכן דוח ועדת אגרנט, לעיל ה"ש 81, בעמ' 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 "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 154–155.

¹²⁹ כהן העיד כי הוקסם מבן-גוריון ורחש כבוד והערצה למנהיגותו; ראו חיים כהן **מבוא אישי** 200 (אוטוביוגרפיה 2005) (להלן: **מבוא אישי**). רעייתו כתבה אחרי פטירתו כי "חיים הלך אחרי בן גוריון כמעט בעניינים עצומות", ומעשיו כיועץ שיקפו את הערצתו אליו "וניכונותו המוחלטת ללכת באשר יורה לו" (מיכל זמורה-כהן "הנה אדם" (**מבוא אישי**, שם, בעמ' 430)). כהן עצמו, כדבריה, ראה את הדברים אחרת (שם, שם). ¹³⁰ **שפירא** עמד בתוקף על עצמאותו בפלילים, וסופו שהתפטר בכעס אחרי שהממשלה התעלמה מעמדתו בעניין אזרחי-מנהלי. 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 מעמדתו

שאישי מהם לא העלה בדעתו לעתור נגד הממשלה או לתקוף אותה בבית המשפט בניסיון לכפות עליה עמדה שלא לרצונה.

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 המשרה 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 הביניים 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 יתר על המידה את כוחו של 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, בייחוד במשפט המנהלי, נאמנותם של היועץ ובאי כוחו לאינטרס הציבורי קיבלה גוון משלה והחלה להידמות לזו של ה-ministère public בצרפת. לאמיתו של דבר, היועץ בישראל אינו נאמן לציבור (כמו ה-AG במדינות ארצות הברית), שהרי אינו נבחר בידי הציבור ואינו חב לו דין וחשבון, אלא בראש ובראשונה, בלשוננו של פרופ' דותן, הוא נאמן "לאינטרס הכללי של שלטון החוק – אינטרס שהביטוי המעשי שלו הוא מחויבות עמוקה לעמדות, לתפיסות ולקביעות העקרוניות של שופטי בג"ץ [...] [למערכת המשפט,

לא יזוז (שם, בעמ' 48; כהן, לעיל ה"ש 129, בעמ' 52). על נכונותו של כהן להתעמת גם בעניינים לא פוליטיים, ראו אשר פליקס לנדא "בימים ההם – פרקליטות המדינה בשנות החמישים" ספר לנדוי כרך ב 587, 590–588 (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים 1995). האוזנר ושר המשפטים יוסף נקלעו כידוע למחלוקת קשה על סמכויות היועץ בפלילים, שנדונה בממשלה והביאה להחלטתה להקים את ועדת אגרנט. לפני שהחליטה שמעה 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 ישיבה מד/תשכ"ב של הממשלה בעמ' 10, 43 (17.6.1962), "תיק: סטנוגרמות ישיבות ממשלה משנת 1962" ארכיון המדינה <https://bit.ly/3PoDt2Z>). כלומר: אם הממשלה תדחה את עמדתו המשפטית של האוזנר, תחלט הממשלה תהא מחייבת אלא שהוא יתפטר. האוזנר אכן התפטר ב-1963 על רקע יחסיו המתוחים עם הממשלה.

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, והיוצא מן הכלל מעיד היטב על הכלל. פרשה זו הובילה כידוע להקמתה של ועדת שמגר (לעיל ה"ש 81), שפרסמה דוח ב-1998.

פרשת השב"כ ידועה גם כפרשת קו 300. לתיאור נרחב ראו יחיאל גוטמן **טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300** 15–133 (1995) (להלן: גוטמן **טלטלה בשב"כ**).

ראו עוד לבונטין "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 133–137.

ראו לעיל ה"ש 38.

131

132

133

134

לא פחות מאשר [ל]רשות המינהלית המיוצגת".¹³⁵ אכן, דומני שמוסד היועץ מצוי כבר מזמן בתהליך שחווה בשעתו ה-ministère public: אימוץ מעמיק והולך של האתוס השיפוטי עד כדי פגיעה ממשית ביכולת להבטיח לרשויות המדינה ייצוג אדוורסרי. אומנם אין פירוש הדבר שהיועץ ובאי כוחו חדלו לגמרי להיות פרקליטים. אולם יותר ויותר, בפרט בבג"ץ, הם נוטים לשפוט את הרשויות במקום לייצג אותן. מגמות נוספות הלכו וגיישו את התפיסה החדשה. כולן לדעתי שלובות זו בזו, ואזכיר 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 הנדרשת בין נורמות שונות החלות על תפקידים שונים. הדין הלך והתמקד בפונקציונר במקום בפונקציות. נבטה המחשבה השגויה שאם היועץ מכריע מתי יוגש אישום ומתי לא יוגש אזי בידו להכריע גם מתי המדינה תיוצג ומתי לא תיוצג, אם הוא עצמאי כתובע הוא עצמאי גם כפרקליט, ואם דעתו מחייבת בתחום אחד הרי היא תמיד מחייבת "בעניינים משפטיים".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, בשיח 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 זרועותיה של 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 להציגה כאן בקיצור נמרץ.

¹³⁵ יואב דותן "קדם בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל" 159, 171–172 (2004).

¹³⁶ זמיר למשל קבע כי היועצים שפירא וכהן החלו לבסס עצמאות "בעניינים משפטיים"; ראו יצחק זמיר "האיש והרוח" מבוא אישי, לעיל ה"ש 129, בעמ' 52. אולם מתיאורו של זמיר עצמו עולה כי יועצים אלה עמדו על עצמאותם בעניינים פליליים, להבדיל מעניינים מנהליים 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 שחייס כהן יסרב מלכתחילה לאשר החלטות כאלה, או יסרב בדיעבד להגן עליהן" (שם, בעמ' 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 גביון "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, בעמ' 12 (ההדגשה במקור).

ייעוץ ניתן מחוץ לבית המשפט ולפני מעשה, ואילו 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 אדוורסרי, וחלק נכבד ממנו – בייחוד בערכאה הגבוהה ביותר – הוא הניסיון לשכנע את בית המשפט **לשנות** את הדין הקיים. הנמען העיקרי של חוות דעת הוא הנועץ, והנמען 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, ואילו 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, ללא דיון ממשי וכאילו לא ייתכן אחרת, התגבשה תפיסה שגויה כאילו ייצוג הוא רק המשכו של ייעוץ, כאילו טיעון אדוורסרי צריך להידמות לחוות דעת כמו-שיפוטית, וכאילו שתי הפונקציות הן מכלול אחד שבו עמדת היועץ מחייבת את הממשלה.

שלישית – מאחר שעמדה מחייבת בתפקיד הייעוץ אינה קלה לאכיפה, קמה התפיסה שהתפקידים האחרים עֲרָבִים לה כדי שאכן תחייב. ברוח זו הסבירה ועדת שמגר, בדחותה את ההצעה להפריד בין תפקיד התובע ליתר התפקידים, כי "המשקל של דבריו ועצותיו של היועץ נובע במידה רבה מאוד מן הריכוז והשילוב שבסמכויותיו [...] לרבות היסוד המרתיע אשר בסמכות לנקוט בהליכים פליליים".¹⁴¹ כלומר, כוחו הפלילי של היועץ עשוי להרתיע את מי שישקול לחלוק על "דבריו ועצותיו". באותה רוח הסביר היועץ זמיר 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, תפקיד הייצוג הפך לאמצעי אכיפה בשירותו של תפקיד הייעוץ. לצד כוחו המרתיע של התובע, גם כוחו המונופוליסטי של הפרקליט גויס כדי 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 במובהק נשיאים ושופטים שניהנו בעצמם כיועצים או כבאי כוחם הבכירים ביותר. כדי לקצר די לומר שהדין התגבש תחת מנהיגותם הדומיננטית של שלושה נשיאים שבאו לבית המשפט היישר מתפקידם הקודם – הנשיאים שמגר וברק מתפקיד היועץ, הנשיאה ביניש מתפקיד פרקליטת המדינה – ולימים הנהיגו את בית המשפט במשך שלושה עשורים רצופים

Johnson v. Emerson (1871) L.R. 6 Exch. 329, 367 (Eng.)

דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, בפס' 52.

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

140

141

142

(1983–2012). אומנם הדין החדש התקבל כמדומה על דעת רוב השופטים בדור האחרון, אך חורשי התלם ונושאי הדגל, בעבר והיום, הם שופטים שבאו בעצמם מלשכת היועץ ומצמרת השירות המשפטי.

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 טיפוס ליועץ שהוא טוען דרך שגרה, בעצמו ובאמצעות באי כוחו, בפני שופטים העשויים לקבוע במישרין את גורלו האישי. באופן ממשי, הוא עומד כל העת למבחן ומייצג גם את עצמו. ככל שמתרבות העמדות שהוא מסרב לייצג, כן גוברת הנטייה לזהותו אישית ומקצועית עם

¹⁴³ בלי למצות את כל התפקידים הבכירים בשירות המשפטי או את כל המינויים לכהונה שיפוטית – יצינו הנשיאים שמגר וברק והשופטים כהן, זמיר, רובינשטיין ומוז (יועצים לשעבר), הנשיא 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 (שם), והתפתחה פרקטיקה שבה שלושת השופטים בוועדה פעלו כנציגים המחויבים למעשה להחליט 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"). בשל 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" (חוק נושאי משרה שיפוטית (שיקול דעת של חברי ועדה לבחירת נושאי משרה שיפוטית) (תיקוני חקיקה), התשס"ד–2004, ס"ח 329 (תיקון עקיף לחוק בתי המשפט)). כפי שהסביר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בהציגו את החוק לכנסת בקריאה שנייה ושלישית, "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 פלונים ומתנגדים למועמדים אחרים". ראו ד"כ 15.3.2004, 65, 66–65 <https://bit.ly/3DQEBDU>; וכן יתר מסמכי החקיקה ב"מאגר החקיקה הלאומי", 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. לכן היום כבעבר, ובייחוד 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) <http://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 – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה" **המשפט** כד 173, 181 (2018) ("השופטים מגיעים [לוועדה] כקבוצה מגובשת").

העמדות שהוא **מסכים** לייצג. במודע או שלא במודע עליו להישמר שמא ייראה כמי שממהר לעשות את רצון הממשלה ואף מזדהה בעצמו עם עמדות "לא ראיות". כך, אם ייצוג הממשלה מחייב טיעון לגיטימי וחשוב נגד תפיסה שיפוטית קיימת, שאולי היא שגויה או עבר זמנה, היועץ עשוי לגלות נאמנות לתפיסה השיפוטית ולא לתפקידו כפרקליט. אם עמדת הממשלה "קשה", הוא עשוי להצניע אותה ואף לתקוף אותה לבל ייראה כאילו השלים עימה. 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 (כתוארו אז) כתב ב-1993 בשולי פסק דינו בעניין **פנחסי**.¹⁴⁵ העתירה באותו עניין 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 להפך, 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 **הצגה**: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

¹⁴⁵ בג"ץ 4267/93 **אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 473, 441 (1993) (להלן: **עניין פנחסי**).

¹⁴⁶ פרשת פנחסי הצמיחה כמה עתירות נוספות שאינן מענייננו כאן, הן לפני העתירה לפיטורי מכהונת סגן שר והן אחריה, שעסקו בהסרת חסינותו כחבר כנסת ולימים גם בכשירותו לשמש כיו"ר ועדת הכנסת אחרי שחסינותו הוסרה לבסוף והוא הורשע. להשתלשלות המלאה, המאלפת, ראו בג"ץ 7367/97 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(4) 547 (1998).

¹⁴⁷ עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 145, בעמ' 473, 455.

¹⁴⁸ האמת בפרשת השב"כ, במלוא כיעורה, נודעה לזמיר בפברואר 1986 מפי דורית ביניש שכינה אז כמשנה לפרקליט המדינה. הוא ביקש לשומעה גם ממקור ראשון אחרי שנותר כדבריו "ממש המום" (גוטמן **טלטלה בשב"כ**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 42), קיבל את מבוקשו בראשית אפריל, ובמאי בא עם ביניש למפכ"ל המשטרה

כללים: האחד, עמדתו המשפטית של היועץ משקפת מבחינת הממשלה את הדין; והשני, 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 בדרישה לפיטורי 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 שעמדותיהם סותרות זו את זו, 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 אישית 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), בלי 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 לבירור 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 לייצוג נאמן בשתי שאלות: הן השאלה העיקרית אם הוא חייב לפטר את פנחסי, והן השאלה האגבית אם הוא זכאי לייצוג נאמן. הנפגע הישיר

ומסר לו תלונה נגד ראש השב"כ ועוזריו. ב-8 באפריל 1986 הודמן 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 לאחר מכן 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 "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 141–144.

¹⁴⁹ עניין פנחסי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 473.

¹⁵⁰ ראו למשל עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" **משפט וממשל** 173, 174–175 (2001); ולאחרונה עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10 ("הניסוח המקיף להלכה זו [...] ניתן על ידי בית משפט זה, בהרכב מורחב, בעניין [פנחסי]").

¹⁵¹ עניין פנחסי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 473. ייתכן גם שהטענה הועלתה רק בעל פה במהלך הדיון, אם כי פסק הדין אינו מבהיר זאת. כאמור בטקסט להלן, במאמר זה לא אעמיק בתוקפו הפורמלי של הדין ובהבחנה הנדרשת בענייננו בין הלכה לבין הערת אגב. לדיון בסוגיות אלה ראו אהרן גרבר "הייתה או לא הייתה: האם תיתכן 'הלכה' שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על הייצוג?" **פורום עיוני משפט** מד 1 (התשפ"א) <https://bit.ly/3ygf3vt>.

¹⁵² ראו גם את האמור להלן בה"ש 170 והטקסט הסמוך לה.

מהערת **פנחסי**, המתוארת כהלכה המנחה של הדין כולו, לא קיבל כלל הזדמנות להתמודד עימה. כך גם הממשלה כולה, שאף היא נפגעה מאותה הערה ומוסיפה להיפגע ממנה עד היום. איש מטעמם לא היה באולם כדי לטעון בפשטות ובתוקף כי ראש הממשלה והממשלה זכאים לפתחון פה ולייצוג נאמן כאשר עותרים נגדם.

לבסוף – דומה שהיועץ עצמו היה מצוי בניגוד עניינים מובהק מאין כמותו, כפול ואף משולש.

ניגוד אחד היה בין עניינו של היועץ כתובע לבין חובתו כפרקליט. בזירה הפלילית גיבש חריש כתב אישום נגד פנחסי וספג מהלומה כשהכנסת סירבה להסיר את חסינותו. לאחר מכן, בזירה המנהלית, מובן שחריש לא שש להגן על עמדתו של 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

ניגוד שני היה נעוץ בכך שהערת הייצוג עסקה בסמכויות היועץ עצמו והעצימה את כוחו שלו על חשבון הממשלה. הלכה למעשה, השאלה באותה הערה 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 לגנון על סמכות הייצוג הבלעדית. היועץ שלל מראש הממשלה ייצוג בעת שהתעוררה השאלה אם הוא רשאי לשלול ממנו ייצוג.

ניגוד שלישי היה בין ייצוג המדינה לייצוג הציבור. כמסבר בפרק א, היועץ נקלע לניגוד בין חובתו כפרקליט לייצג את עמדותיו של ראש הממשלה 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 שעתה, 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, לא אעמיק כאן בשאלה אם הוא אכן ראוי לתואר "דין". במציאות הוא מושרש, מדרך את היועץ ואת בית המשפט ומשמש לכל הפחות דין-בפועל.

עם זאת, ההבחנה בין הלכה פסוקה להערת אגב אינה תאורטית 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

¹⁵³ במישור אישי אחר, היה גם מי שתהה שמה חריש זעם נוכח שמועות על כוונתו של רבין להחליפו. ראו אבולין גורדון "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" **תכלת** 70, 57 (1998).

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 קונקרטית, יש להם עניין ישיר בה, וכל אחד מהם שואף לשכנע בעמדתו ולהפריך את עמדת יריבו. כמוסבר לעיל ולהלן, הערת פנחסי היא דוגמה מובהקת להיעדר התנאים האלה, והיא ממחישה היטב את חשיבות ההבחנה בין הערה להלכה. בפועל, בפסיקה ומחוצץ לה, גם הבחנה בסיסית זו נפלה קורבן לעיוותים הקשים שבדין.

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

במסגרת הערות האגב ובהיעדר דיון ממצה, אין פלא שהפסיקה לא נדרשה להתמודד עם דעה שונה. ביקורת סולקה הצידה 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, שניהן כידוע גם בבית המשפט העליון (1981–1960), חש "מועקה בלב שלראש הממשלה לא היה יומו בבית המשפט", התקומם על "דבר משונה זה", "כאילו עמדתו של היועץ המשפטי 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", ובריאיון 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 ידע 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, בהיעדר 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, בהתייחסו 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

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

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

¹⁵⁶ עניין פנחסי, לעיל ה"ש 145, בעמ' 473. לביקורת ראו לבונטין "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 137–146. לדוח ועדת אגרנט ראו לעיל ה"ש 81.

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

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 כתב ב-1952, בעודו מכהן כיועץ, 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 והסמכותיות להעביר את עצותיו".¹⁶¹ גם ועדת אגרנט לא קבעה שעמדת היועץ מחייבת את הממשלה, ואף קבעה להפך, 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 ראה – בין יתר ראיות – שהיועצים מאותם הימים חלקו עליה בחריפות בכבודם ובעצמם. ובכל זאת האמת המדומה השתרשה, והיא המפרנסת את הדין.

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

רוח 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 בעניין פנחסי, "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

¹⁵⁹ רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 95 (1996).
¹⁶⁰ ראו מכתב בחתימתו של כהן כשר המשפטים, בעת שכינה בעת ובעונה אחת גם כיועץ המשפטי לממשלה, למנהל האגף לביקורת משרדי הממשלה במשרד מבקר המדינה (24.8.1952), ארכיון המדינה ג-75/5425, 75 <https://bit.ly/3bIXqgo>. המכתב לא פורסם, למיטב ידיעתי, והוא חלק מחליפת מכתבים שאינה מעניינת. לפסקה נוספת ממכתב זה ראו להלן ה"ש 282.

¹⁶¹ כהן "משרתי ציבור", לעיל ה"ש 154, בעמ' 286.
¹⁶² דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, בפס' 43(ד). בג"ץ עצמו הכיר במפורש בפער שבין מסקנתן המשותפת של שתי הוועדות לבין הדין הקיים כפי שהתגבש בפסיקה (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (נבו 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 "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 146–147.

¹⁶³ ראו בהתאמה עניין תנובה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11; עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10.

¹⁶⁴ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, בפס' 64–65.

¹⁶⁵ שם, בפס' 64.

¹⁶⁶ שם.

¹⁶⁷ שם, בפס' 65.

הצעת הוועדה התקבלה כמדומה במורת רוח בקרב השירות המשפטי, הובנה כתפיסה אחרת מזו שעוגנה בעניין **פנחסי**,¹⁶⁸ ואף ספגה ביקורת חריפה על שנתנה אפשרות לייצוג חיצוני נגד עמדת היועץ.¹⁶⁹ אולם ניכר שהדוח עצמו נמנע מלחלוק במישור 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, ומוכן שהנשיא שמגר, שבעניין **פנחסי** כתב רק "אני 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 הבהיר הדוח עקרונות פשוטים: אין לשלול מהממשלה (או מרשות הפועלת על דעתה) את יומה בבית המשפט; היועץ אינו מייצג כלל את הממשלה כשהוא מבקש בעל כורחה פסק דין נגדה; והממשלה אינה זקוקה להסכמה, לא מהיועץ ואפילו לא מבית המשפט, כדי 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", וההחלטה על שלילת הייצוג היא בידי היועץ עצמו. להבנתי, אף שהצעת הוועדה נועדה לרכך במקצת את תפיסת **פנחסי**, 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 **אי פעם** שוללים מאדם ייצוג ופתחון פה כבעל דין, בישראל או מחוץ לה, משום שעמדתו נגועה לדעת אחר ב"אי-חוקיות ברורה"? אם היועץ סבור שהממשלה 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 הליך נגדו בלי לשומעו, 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 בוחר לערער, האם לשלול ממנו ייצוג בערכאה שנייה כי הערכאה הראשונה כבר קבעה שעמדתו לא חוקית בבירור? אם לאו, כיצד שוללים ייצוג מהממשלה עוד לפני תחילת הדיון בערכאה ראשונה?

שנית – "אי-חוקיות ברורה" היא לעולם בעיני המתבונן. תמיד תיתכן 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 שמחלוקות 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

¹⁶⁸ פוגלמן, לעיל ה"ש 150, בעמ' 175.

¹⁶⁹ ראו למשל בנדור וסגל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436–439; וכן דברים בעל פה של עו"ד דן מרידור ופרופ' אריאל בנדור, ששניהם ייחסו לוועדה שגיאה חמורה ומסוכנת בנקודה זו: המכון הישראלי לדמוקרטיה **שולחן עגול בנושא: היועץ המשפטי לממשלה** 13, 18 (15.9.2003) (עותק של הפרוטוקול מצוי ביד).

¹⁷⁰ ארבעה שופטים כתבו "אני מסכים" בשולי פסק דינו של השופט ברק בעניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 145, ומן הסתם התכוונו להכרעה העיקרית בשאלת פיטוריו של פנחסי ולא להערה השולית והאגבית בשאלת הייצוג. ראו עוד לעיל ליד ה"ש 152. עליי לציין כאן כי שימשתי עוזר המחקר של ועדת שמגר, אך אדגיש כי אינני נסמך על "ידע פנימי" כלשהו אלא אך ורק על התרשמותי כיום.

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

לזכות להגנה מכובדת ואף להתקבל על דעת השופטים.¹⁷² לא לחינם אי-חוקיות נקבעת רק בתום ההליך, אחרי שמיעת הצדדים, על ידי בית המשפט ולא על ידי מי מהפרקליטים. **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 טוענים "סתם" ולכן יישמעו או טוענים "בבירור" ולכן יושתקו.

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 **שיפוט** לשלילת ייצוג, אם בהחלטה מפורשת ואם מכלל. לטעמי, אף את זאת קשה להכין: אם בית המשפט מגלה את דעתו לפני הדיון (במפורש או מכלל) 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 לא 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

¹⁷² דוגמה מפורסמת אירעה סביב גירוש פעילי החמאס ללבנון ב-1992. פרקליטת 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 בהחלטה 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 מ(1) 267 (1993)). ראו למשל דורית ביניש "ההליכים המשפטיים הקשורים לגירוש פעילי החמאס ללבנון בדצמבר 1992" **שורשים במשפט** (משרד המשפטים 2019) <https://bit.ly/3ycb5Eb>; לויצקי, לעיל ה"ש 144, בעמ' 77, 125–126. יצוין כי בהחלטה על ביטול צו הביניים, שבה נחלקו הדעות, הנשיא שמגר היה בדעת הרוב והשופט ברק בדעת המיעוט. שניהם כידוע היו יועצים משפטיים בעברם, ויש להניח שהיו נוקטים עמדות מנוגדות אילו השאלה באה לפניו 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 נותר בדעת מיעוט (בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505 (1986)). ראו עוד למשל בג"ץ 7157/95 **ארד נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(1) 573 (1996), שבו נדחתה ברוב דעות חוות דעת של היועץ המכהן בן יאיר, כשהפעם הנשיא והיועץ-לשעבר ברק בדעת רוב והשופט והיועץ-לשעבר זמיר בדעת מיעוט.

אשר למשפט המשווה, די להצביע על המקרים שבהם ה-AG במדינות ארצות הברית לא רק מסרב להגן על הרשות אלא אף עותר נגדה בעצמו (ראו לעיל ליד ה"ש 42 ואילך). מובן שבמקרים אלה עמדת הרשות נראית בעיני ה-AG לא חוקית בבירור – ובכל זאת ההכרעה השיפוטית היא לעיתים לטובתה, ומתברר שעמדתה ניתנת להגנה ואף משכנעת את בית המשפט. לעומת זאת, כשהיועץ 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 להגנה כלל – לא מפי היועץ ולא מפי פרקליט אחר – והיות שהיועץ מונע מראש את ההתמודדות, אין לדעת אם אכן עמדת הרשות היא "בלתי ניתנת להגנה" או שמא ניתן היה להגן עליה היטב ובהצלחה.

¹⁷³ ראו עניין **גיני**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9–11, 35–38, 61–62; עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 7–13; עניין **החיסון**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6–12, 14.

¹⁷⁴ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, בפס' 65.

מוסד בדין, ולדעתי גם היא תמוהה ומוקשה. כאשר ה-AG במדינות ארצות הברית 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 הכרה ציבורית (וממשלתית) ביושרתו ובסמכותו המקצועית. לפיכך, כשהיועץ פועל למעשה כעותר נגד הממשלה וזו מצידה דורשת להתגונן, מותר ואף צריך להעמיד את המחלוקת ביניהם להכרעה שיפוטית. אחרי ככלות הכול, התוצאה הטיפוסית תהיה אחת משתיים: לטובת היועץ, שהאמון בו דווקא יתחזק אם בית המשפט יקבל את עמדתו, או לטובת הממשלה, שתוכל לפעול כדין ולפי סמכויותיה אם בית המשפט יקבל את עמדתה. קשה לראות מדוע צריך למנוע את אחת משתי התוצאות, אלא אם עצם הציות ליועץ – גם כשהוא טועה – חשוב יותר מסמכותה של הממשלה לפעול כדין.

בלי להוסיף ולהרחיב, שאלה פשוטה תובעת מענה. כשהממשלה מותקפת, והיועץ במקום להגן עליה מצטרף לתוקפים, האם הממשלה היא שצריכה להגן על היועץ? אם ממשלה נבחרת סבורה שעמדתה ראויה להישמע וחיונית לאינטרס הציבורי – האם צריך שתכנע, ותעמוד רק במקרה נדיר על זכותה ועל חובתה להתגונן, כדי לשמור על מעמד היועץ המבקש לכפות עליה את דעתו?

הערות האגב בפסיקה לא הכריעו בדבר עמדתה של ועדת 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 מכללא) אם יישלל מהרשות ייצוג בשל "אי-חוקיות ברורה"; ויכול אפוא שבית המשפט ינהל הליך מלא נגד רשות לא מיוצגת, וממילא ישמע רק טיעונים התוקפים אותה, אחרי שכבר סבר וקיבל מראש כי עמדתה אינה חוקית בבירור. 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 וממששות גם להצגת עיוות נוסף, שצמח מהערת פנחסי וממשיך לעבות את הערפל.

(א) עניין הרישיונות

באפריל 2022 ניתן פסק דין בעתירה שהוגשה ב-2018 נגד השר לביטחון פנים, ועיקר עניינה היה תבחינים (קריטריונים) למתן רישיונות נשק.¹⁷⁶ במשך רבע המאה שלפני הגשת

¹⁷⁵ ראו פסקי הדין לעיל בה"ש 173, וכן לאחרונה עניין ועדת השופטים, לעיל ה"ש 82.

העתירה נקבעו התבחינים בהנחיות מנהליות של השר, אולם העותרים טענו כי יש לקובעם מעתה בתקנות הנזקקות לאישור הכנסת. דעת היועץ הייתה 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, לקבוע את התבחינים בחקיקת משנה"¹⁷⁸. מה שהיה "ראוי" הפך לחובה משפטית, וזו הובאה כחוות דעת מחייבת לפני שר חדש שנכנס לתפקידו במאי 2020.

עתה התברר כי השר והיועץ חלוקים ביניהם. השר סבר כי בסמכותו לקבוע את התבחינים בהנחיות, כמקודם, ואילו היועץ טען להפך מטעם השר עצמו. השר ביקש ייצוג נפרד, והיועץ סירב. השר הודיע לבג"ץ שהוא עומד על דחיית העתירה ושהיועץ אינו מייצג אותו, והיועץ הודיע שהודעת השר משוללת תוקף.¹⁷⁹ ההכרעה במחלוקת זו 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.

הווה אומר, השר אינו רשאי להתגונן ולבקש שהעתירה נגדו תידחה. איש לא יגן על עמדתו ועל גבולות סמכותו, והוא יורשה לפנות לבית המשפט רק בהסכמת היועץ הטוען נגדו. העותרים והיועץ גם יחד ביקשו ליטול ממנו סמכות שהייתה בידו במשך רבע מאה, והודעתו שלו הוצאה מהתיק. אילו תקף היועץ את השר בגלוי, מספסל העותרים, ספק רב אם היה מורשה גם להשתיקו מספסל המשיבים. אבל די שהיועץ תוקף את השר בעת שהוא "מייצג" אותו, והינה בפועל הוא יכול להשתיקו 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.

¹⁷⁶ עניין הרישיונות, לעיל ה"ש 82, וראו להלן ה"ש 179.

¹⁷⁷ פס' 189 לכתב העתירה בעניין הרישיונות (לעיל ה"ש 82). לכתב העתירה (29.11.2018) וליתר מסמכי ההליך ראו "אקדח לכל אזור? רפורמה ברישוי כלי נשק" האגודה לזכויות האזרח (27.4.2022) https://www.acri.org.il/post/___106 (להלן: "אקדח לכל אזור").

¹⁷⁸ פס' 5 לתגובה מטעם המדינה בעניין הרישיונות, מאי 2019, שם.

¹⁷⁹ להודעת השר ולתגובת היועץ ראו הודעה מטעם השר לביטחון פנים, אוקטובר 2020, שם, והודעה מערכנת מטעם המדינה, אוקטובר 2020, שם, בעמ' 2 – 4. המחלוקת בין היועץ לבין השר (שכיהן בממשלה ה-35) נפרסה גם באמצעי התקשורת. שני האישים התחלפו לאחר מכן בעוד העתירה תלויה ועומדת, והאמור כאן מתייחס כמובן לזמן שבו שניהם כיהנו בתפקידיהם. העתירה נמחקה אחרי שהשר הבא, שהחל לכהן ב-2021 (בממשלה ה-36), הפך את עמדת קודמו והסכים לקביעת התבחינים בחקיקת משנה. ראו פסק הדין בעניין הרישיונות (27.4.2022), לעיל ה"ש 82.

¹⁸⁰ החלטה, 18.10.2020, שם ("אקדח לכל אזור", לעיל בה"ש 177).

¹⁸¹ החלטה, 15.2.2021 (צו על תנאי), שם.

ראשית – אחרי שהשר הושתק, כיצד הורו 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 היה השר, אשר הצו על תנאי נקב **בשמו** וצו מוחלט היה עשוי לצאת נגדו, מניין מעיקרא "תגובת המדינה" במקום תגובת השר? זאת ועוד, היות שבפועל המדינה הפכה למשיבה, 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 **ששתייהן** יישמעו, במלואן ובנפרד (נוסף על עמדת העותרים), כדי לתרום להכרעה השיפוטית הטובה ביותר.

(ב) עניין החיסון

בעניין החיסון הוגשה עתירה נגד השר לביטחון פנים 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 ולחווה 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 בריאיון 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 מייצג, 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-חוקיות 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, בסוברו שהעתירה התייתרה, פנה ליועץ כדי שיבקש בשמו את ביטול

¹⁸² עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.

¹⁸³ טעמי ההנחיה נזכרים בתמצית במכתב המשרד לביטחון פנים, המובא בפס' 55 לתגובת המדינה לעתירה בעניין החיסון (18.1.2021) <https://bit.ly/3IerexO> (להלן: תגובת המדינה בעניין החיסון).

¹⁸⁴ המכתב המלא מובא בנספח י"ז לעתירה בעניין החיסון (10.1.2021) וכן מצוטט בפס' 44 לעתירה. ראו העתירה על נספחיה באתר העותרת הראשונה (עמותת רופאים לזכויות אדם) <https://bit.ly/3bGqK7f>.

¹⁸⁵ כאן (@KAN11NEWS) "השר אוהנה על היועץ המשפטי לממשלה: 'הוא רק יועץ. מי הוא?' יוטיוב <https://bit.ly/3yFtSJM> (8.1.2021).

¹⁸⁶ תגובת המדינה בעניין החיסון, לעיל ה"ש 183, בפס' 67, 69.

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 לדין ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה".¹⁸⁷ כלומר, העותרים 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.

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 פנים". 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 תכתב נגד משיב שלא קיבל הזדמנות מלאה להתגונן, ובייחוד אחרי שהצהיר כי הוא נכון להגן על החלטתו בבית המשפט? נניח שהנחיית השר הייתה מעכבת את החיסון, גוררת אסון ומביאה להקמת ועדת חקירה. אילו שקלה הוועדה לכתוב דברים כמצוטט לעיל, הרי סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 היה מחייב להודיע תחילה לשר במה הוא עלול להיפגע, שאז השר היה רשאי להתייצב לפניו בעצמו או באמצעות עורך דין ולומר את דברו. ובכן, אם הצדק הטבעי מחייב לשמוע שר בטרם ייקבעו נגדו ממצאי ועדת חקירה, האין הוא מחייב לשמועו כמשיב בבג"ץ בטרם יינתן נגדו פסק דין המותח 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 הוצגה עמדה זו, אך לא יוצגה, באמצעות פרקליטת המדינה שייצגה את עמדתו ההפוכה של היועץ. נמצא שעמדת ראש הממשלה הוצגה בחסד ולא בזכות, מפי פרקליטה שטענה נגדו ובמסגרת כתב תשובה שתקף אותו. למה הדבר דומה? למשפט פלילי המתנהל בהיעדר הנאשם, שבו הסנגור מצטרף לתובע וטוען שהנאשם אשם. הסנגור אומנם מסכים להציג מכתב מהנאשם אך

¹⁸⁷ שם, בפס' 85.

¹⁸⁸ שם.

¹⁸⁹ עניין החיסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10.

תוקף את תוכנו, ואומנם הוא מציין שהנאשם עומד על חפותו אך מסביר כי אשמתו הוכחה ויש להרשיעו.

הוא הדין בעניין הרישיונות. ההצעה לשר הייתה שעמדתו תובא בכתב, בחסד ולא בזכות, בתוך כתב תגובה שכל מטרתו לדחות את עמדתו. לדיון בעל פה הופיעו, משני הצדדים, פרקליטים שכולם טענו נגדו. איש לא התייצב מטעמו כדי לנסות ולשכנע שהדין (והאינטרס הציבורי) לצידו, ואולי בכל זאת הוא מוסמך להמשיך ולקבוע את ההנחיות כנהוג זה רבע מאה. ממילא איש לא היה באולם כדי להתמודד מטעמו עם הטיעונים שכנגד, לחוש את דופק הדין, להרחיב או להוסיף לפי הצורך ולהשיב לשאלות השופטים. עניין החיסון 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 האומנם הובאה במלואה עמדת המשיב?

דברים קצרים מטעם השר אכן הובאו כלשונם בתגובת המדינה (קרי תגובת היועץ); אך לעומת עמדתו הנרחבת של היועץ, שנכתבה לקראת הדיון שנקבע והתייתר, עמדת השר נכתבה לאור בקשתו שהדיון יבוטל. כל עיקרה היה להודיע שהעתירה התייתרה, להסביר כי ההנחיה נועדה לנסיבות שהיו וחלפו, ולמחות על שהיועץ רשאי לכפות את עמדתו על הממשלה. עמדת השר הכילה פחות מעמוד אחד ונדחתה לפסקה ה-84 מתוך 88 הפסקאות של תגובת היועץ. לפני 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 לפני בג"ץ במלואה: לא בשאלת סמכותו, לא לעניין ההנחיה לגופה וגם לא בשאלת הייצוג. מה אפוא משמעותו של "ייצוג חסד"? להבנתי, תהא אשר תהא כוונתו, כל עיקרו בפועל הוא לטשטש את היעדרו של ייצוג אמיתי. מעל לסף התודעה או מתחתיו, 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 לפני בית המשפט.¹⁹¹ אולם בפועל, כמדומה, "ייצוג" כזה רק מחפה על הכשל במקום לתקנו.

ממה נפשך: אם צריך שעמדת השר לא תוצג (לפי הדין 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 ליריבו, 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 עימה בתנאים שווים?

במציאות התנאים אינם שווים, כמובן, שהרי משאבי הליטיגציה של היועץ עולים לאין שיעור על אלה של השר. אולם נניח מקרה שבו השר מקבל סיוע ומצליח לגבש כתב תגובה שאינו נופל באורכו וברמתו מזה של היועץ. האם תגובת השר תיכלל בתגובת היועץ? אם

¹⁹⁰ שם, בעמ' 14.

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

לא, הצעת החסד אינה כנה ונועדה רק לצאת ידי חובה; אם כן, מייד 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 שההפך הוא הנכון. בפועל, גם אם כוונתן טובה, דומה שהצעות החסד כבר החלו לשמש מעין 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.

ד. מונופול הייצוג הפדרלי בארצות הברית

הדין הפדרלי של ארצות הברית ממחיש את דמותו של מונופול ייצוג פורמלי, שהוא וחריגיו מעוגנים בחקיקה מפורשת ומפורטת. בהיעדר תשתית במשפטנו הוא משמש מצע ללימוד, ובה בעת הוא מעין מראה היכולה להבהיר לדין בישראל כיצד הוא נראה באמת.

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

תפקידיו הראשונים 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 ארצות הברית 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 בלית 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 הליכי של ארצות הברית, קבע כי מחלקות הממשל יפנו למחלקת המשפטים לשם ייצוג וייעוץ ואסר על ראשי המחלקות להעסיק פרקליטים ויועצים

¹⁹² ראו סעיף 35 לחוק המכונן, Judiciary Act of 1789, ch. 20, 1 Stat. 73. להתפתחות ההיסטורית כמתואר להלן ראו למשל Sewall Key, *The Legal Work of the Federal Government*, 25 VA. L. REV. 165, 173–192 (1938–1939); Luther A. Huston et al., ROLES OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE UNITED STATES 1–8 (1968); Griffin B. Bell, *The Federal Government's Chief Lawyer and Chief Litigator, or One Among Many?*, 46 FORDHAM L. REV. 1049, 1050–65–46 (1978); LEVIL H. S. 27, בעמ' 65–46.

¹⁹³ Act to Establish the Department of Justice, ch. 150, 16 Stat. 162 (1870).

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 ארצות הברית תימסר לשליטת ה-AG, וכל חוות דעת שלו בשאלה משפטית "shall be treated as binding".¹⁹⁴ ודוק: לא החוק מסר ל-AG את הסמכות להכריע אלא הנשיא. בפשטות, ההוראה חייבה את הרשויות להישמע ל-AG משום שכך 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 פרסם הנשיא רוזוולט ב-1933 הוראה ברורה המרכזת את הייצוג (אך לא את הייעוץ) במחלקת 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 מנהלי: בזבוז כסף ומשאבים, תיאום ושליטה לקויים, אי-אחידות, והיעדר תמונה כוללת וסדר עדיפויות ריכוזי שמקורם בנשיא. אגב כך 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 בענייניה המשפטיים של ארצות הברית: תחילה אנרכיה, אחריה רפורמה של ריכוז סמכויות, ומייד התפוררות המובילה שוב לאנרכיה וחוזר חלילה.¹⁹⁷ תקווה זו לא הוגשמה, ואת מה שאירע בפועל היטיב לתאר מלומד אחר ב-1975:

¹⁹⁴ Executive Order No. 2877 (May 31, 1918). נוסח ההוראה מצוטט אצל Key, לעיל ה"ש 192, בעמ' 190 ה"ש 94.

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 in 5 U.S.C. § 901 Notes

¹⁹⁷ Key, לעיל ה"ש 192, בעמ' 200–201.

[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 בצידו. החוק קובע עיקרון של ייצוג ריכוזי בשליטת ה-AG (ומעליו הנשיא), אך לצידו 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 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 סוררות לפרקליטים שומרי חוק, אלא – בין היתר – הם אחד הביטויים לחלוקת הכוח בין הרשויות לבין עצמן.

יודגש כי החוק שהקים את מחלקת המשפטים חתר במפורש למונופול של ייצוג וייצוג כאחד,²⁰⁰ אלא שלכל אחת מהפונקציות נועד בפועל גורל שונה. עיקר הייצוג מרוכז עד היום במחלקת המשפטים – ואילו הייצוג מעולם לא הגיע לצנטרליזציה של ממש,²⁰¹ והמונופול לפי חוק נעשה אות מתה שנים רבות לפני שבוטל.²⁰² קצרה היריעה מלהרחיב על הזיקה בין ייצוג 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

¹⁹⁸ James R. Harvey III, *Loyalty in Government Litigation: Department of Justice Representation of Agency Clients*, 37 WM. & MARY L. REV. 1569, 1587 (1996).

¹⁹⁹ זו למשל עמדתו של Bell (לעיל ה"ש 192, בעמ' 1049–1050, 1059–1057), שכיהן כ-AG בממשל קרטר.

²⁰⁰ Act to establish the Dept of Just., לעיל ה"ש 193, בס' 14.

²⁰¹ ראו למשל Nelson Lund, *Rational Choice at the Office of Legal Counsel*, 15 CARDOZO L. REV. 437, 440, 488 (1993); BAKER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 11–15.

²⁰² חוק מ-1966 ביטל את מונופול הייצוג, ובשולי הקודיפיקציה מוסבר כי הדבר שיקף מציאות מתמשכת שבה ראשי הרשויות, על דעת הקונגרס, העסיקו יועצים משל עצמם. ראו 28 U.S.C. § 516 Notes.

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

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

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.

החרגים לכלל רבים אך מתפרשים בצמצום, ונדרשת לשון סטטוטורית מפורשת לשם הקניית סמכויות ליטיגציה עצמאיות. 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 פרקליטה 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 נטייתו של כל רשות לייחס חשיבות עליונה לענייניה שלה, לעיתים על חשבון האינטרס הממשלתי הכולל.

כמובן, שיקולים אלה אינם חזות הכול. לעומת היתרונות שיש לפרקליטים המשרתים את כל הרשויות, יכולים לשמור על ריחוק מקצועי, רואים תמונה רחבה וכן מתמחים בליטיגציה כאומנות בפני עצמה, יש יתרונות גם לפרקליטים המשרתים איש-איש את הרשות "שלו", מזדהים עימה, קרובים יותר למדיניותה וליעדיה ומתמחים בדין הספציפי

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. O.L.C. 47, 55–59 (1982), <https://bit.ly/3OFGztD>

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) (להלן: *The Uneasy Case* : Devins & Herz).

החל בתחום אחריותה.²⁰⁶ אך גם אם ההצדקות לייצוג ריכוזי אינן כה חזקות כפי שמקובל להניח,²⁰⁷ בכל זאת כוחן עימן והן תקפות בייחוד בהליכי ערעור. על רקע הדין בישראל, יודגש כי שלטון החוק אינו מהטעמים המובאים בתמיכה למונופול הייצוג. אמת שגם אחדות ועקביות הם מרכיבים של שלטון חוק. אולם המשפט האמריקני אינו מבקש להבטיח חוקיות דווקא באמצעות ריכוז ובלעדיות בסמכויות הייצוג, 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 לארצות הברית

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 לארצות הברית מחייב שתי הערות הבהרה. 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 לפני ערכאה שיפוטית; ופסק הדין, שאין עליו ערעור, עשוי לקבוע את הדין על יסוד תשתית עובדתית ומשפטית פגומה. בארצות הברית (ובארצות אחרות) התמונה שונה. סמכותו של בית המשפט העליון כערכאה ראשונה (ושנייה) מוגבלת מאוד ואינה מעניינת. 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

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

²⁰⁷ זו אכן מסקנתם של Devins & Herz, *The Uneasy Case*, לעיל ה"ש 205.

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 26–27 והטקסט הסמוך להן. לעניין זה, מקבילו של ה-AG בישראל הוא שר המשפטים ולא היועץ המשפטי.

²⁰⁹ 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 שם בעמ' 994–1012.

ולקבל ייצוג מיטבי, ולו פעם אחת, ובייחוד כ"לקוחה שבוייה" המנועה מלפנות לפרקליטים אחרים. מכל מקום וכמפורט עוד להלן, הסמכות העליונה אינה בידי הפרקליטים ובידי ה-SG אלא 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 בידי 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 בעצמו 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 הליכייה של ארצות הברית בבית המשפט העליון, הן בשלב הבקשה לסרטיורי והן בשלב הדיון המלא בבקשות שהתקבלו (petition stage ו-merits stage), ולהלן שלב הסרטיורי (ושלב הערעור). הוא מקיים לשם כך היועצות ברשויות המתדיינות ובאגפי מחלקת המשפטים, כדי לסנן דרישות והמלצות בשלב הסרטיורי ולגבש עמדות בשלב הערעור;²¹⁵ והסינון קפדני עד מאוד, ולכן ה-SG מסכים לבקש סרטיורי רק בשיעור זעום מכלל המקרים שבהם הרשויות רוצות בכך.²¹⁶

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 נפרדים בעלי יסוד משותף, מחייב לבחור לשם ערעור את המקרה הנוח ביותר מבחינה עובדתית ומשפטית, ולעיתים מוטב להמתין למקרה עתידי מלהסתכן בהלכה שיפוטית לא רצויה; רביעית – טיעון מטעם רשות אחת, שכל עניינה לנצח בהליך נתון, עלול לסתור עמדות שארצות הברית הציגה או תציג בהליכים אחרים. ניצחון של רשות אחת עלול אפוא להיות הפסדן של רשויות רבות.

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. § 0.20.

²¹⁵ תיאור פרטני של התהליך מצוי ב-Justice Manual (2018), הלא הוא "המדריך" המפורט של מחלקת המשפטים (שעד 2018 היה ידוע בשם Unites States Attorney's Manual). ראו *Justice Manual*, U.S. DEP'T OF JUST. (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3RsDx3i>.

²¹⁶ עד לפני כמה עשורים הסכים ה-SG לבקש סרטיורי בכ-60–80 מקרים מתוך כ-800 בקשות והמלצות בשנה, היינו בכ-10% מכלל המקרים. ראו Ronald S. Chamberlain, *Mixing Politics and Justice: The Office of Solicitor General*, 4 J.L. & POL. 379, 387, 393 (1987) Christopher J. W. Zorn, *U.S. Government Litigation Strategies in the Federal Appellate Courts*, 55 POL.

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 שארצות הברית והוא עצמו זוכים להם מצד השופטים. המספר הכולל של בקשות סרטיוררי כיום הוא כ-8,000 בשנה, ואילו מספר ההליכים המלאים מתמצה בכמה עשרות.²¹⁷ שיעור הבקשות המתקבלות לדיון מלא נע אפוא סביב אחוז אחד,²¹⁸ או לכל היותר שלושה אחוזים אם מוציאים מהחישוב כשני שלישים מהבקשות שסיכוייהן לכתחילה מזעריים (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 בארצות הברית.²²⁰ בדור האחרון פחת מאוד מספר ההליכים שבית המשפט מקבל לדיון מלא, ובד בבד פחת מספר בקשות הסרטיוררי שה-SG מגיש: 60–80 בקשות בשנה לפני כמה עשורים, לעומת 21 בלבד בממוצע לשנים 2015 עד 2020. בה בעת התרבו מאוד טיעוני ה-SG כידיד, המאפילים אף על טיעוניו כצד,²²¹ ויש לכך משמעות מרחיקת לכת. טיעון במעמד ידיד, כשארצות הברית אינה בעלת דין, מרחיב מאוד את שיקול דעתו של ה-SG. בכוחו לבחור מה יטען ובאיזה צד יתייצב, אין הוא כבול לעמדה אדוורסרית מטעם רשות זו או

RSCH. Q. 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 יימצאו בפרסומים סטטיסטיים, וכן באתר בית המשפט העליון ובאתר ה-SG/מחלקת המשפטים. ראו בהתאמה *Statistics & Reports*, U.S. COURTS (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3I9csIq>; U.S. SUPREME CT. (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3yidioZ>; *Supreme Court Briefs*, U.S. DEP'T OF JUST. (last visited July 3, 2022), <https://bit.ly/3bMBTmR>.

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

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

220 Cordray & Cordray, לעיל ה"ש 217, בעמ' 1326. לשיעור ההצלחה של ה-SG ראו למשל SALOKAR, לעיל ה"ש 212, בעמ' 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 מצידו רואה בכך הוראה ולעולם אינו מסרב. לנתונים המספריים ראו Cordray & Cordray, לעיל ה"ש 217, בעמ' 1353–1360.

אחרת, והוא רשאי לטעון מטעם ארצות הברית 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: מה מידת עצמאותו של ה-SG, עד כמה הוא נאמן לעמדות שהממשל מבקש להשמיע, והיכן מצויה הסמכות העליונה, לעת מחלוקת, בכל הנוגע לייצוג ארצות הברית 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.

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 בוודאי אינו חרב להשכיר, רמתו המקצועית גבוהה מאין כמוה, 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). ה-SGs בממשלים דמוקרטיים בחרו בעיקר הליכים הנוגעים לזכויות האזרח וברגיל טענו לחיזוקן, ואילו ה-SGs בממשלים רפובליקניים בחרו בעיקר הליכים פלייליים וברגיל טענו לצמצום זכויות נאשמים.²²⁴ יתר על כן, מחקר מדויק 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 אף בביטול.²²⁶ לדעתי היא נעוצה במידה רבה באי-

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 במובן "שר משפטים" אינו קיים כלל במינוח המשפטי האמריקני.

²²⁴ ראו למשל Cordray & Cordray, לעיל ה"ש 217, בעמ' 1333 (והמקורות המוזכרים שם).
²²⁵ Stephen Meinhold & Steven Shull, *Policy Congruence between the President and the Solicitor General*, 51 POL. RSCH. Q. 527 (1998)

²²⁶ ביטוי בולט לתפיסה זו של "עצמאות" מצוי בדברי פרנסיס בידל, שבשנות הארבעים של המאה הקודמת היה SG ולאחר מכן AG בממשל רוזוולט. בידל כתב בזיכרונותיו פסקה ציורית, נמלצת, שתיארה את ה-SG כמי שאינו אחראי לאיש ונאמן רק לשירות ארצו. חוות דעת של משרד הייעוץ במחלקת המשפטים, משנת 1977

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 דיז, שהיה SG (1993–1996) בממשל קלינטון, חלק משיחה שהתברר כי הייתה "ריאיון 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. 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

דיז 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 נמצא שמבחינה נורמטיבית הדין ברור מאוד; 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 ארצות הברית ואף תיקן במו ידיו כתב טענות.²³²

(ראו עוד להלן), ציינה בנימוס כי בידל "הפריז מעט" בדבריו (Memorandum Opinion for the Attorney General – Role of the Solicitor General, 1 Op. O.L.C. 228, 230 (1977), <https://bit.ly/3IaIHXA>) (להלן: Role of the Solicitor General); ה-SG בממשל קלינטון כתב כי זהו תיאור לא מדויק שצויר בהתלהבות יתר (Drew S. Days III, In Search of the Solicitor General's Clients: A Drama with Many Characters, 83 KY. L.J. 485, 487 (1994) (להלן: Days III, In Search of the Solicitor General an Executive or a Judicial Agent?); ומלומד אחר ציין כי הדברים הם "כמובן" בגדר הפרוזה שאין להתייחס אליה ברצינות (Louis Fisher, Is the Solicitor General an Executive or a Judicial Agent? (Book Review Caplan's Tenth Justice, 15 LAW & SOC. INQUIRY 305, 306 (1990) (Article)). לאור הוראות החוק שצוטטו לעיל והאמור בטקסט שלהלן, דומני שאין צורך להכביר עוד מילים והמחשורת.

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

²²⁸ Drew S. 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) (להלן: Days III, When the President Says "No").

²²⁹ Paul Clement, The Intra-Executive Separation of Powers, 59 EMORY L.J. 311, 328 (2009).

²³⁰ Days III, When the President Says "No", לעיל ה"ש 228, בעמ' 509.

²³¹ שם, בעמ' 510–519.

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, והכרה פשוטה זו גם מסבירה, כמובן, מדוע ה-AG והנשיא בוחרים מלכתחילה אדם שאינו רק משפטן מעולה אלא גם שותף אידאולוגי שאפשר להרשות לו לעשות כהבנתו. אכן, דווקא הקרבה האידאולוגית ל-AG ולנשיא מגבירה את האוטונומיה המקצועית של ה-SG, את האמון בו ואת הקשב הפוליטי לעמדותיו המשפטיות. מלבד זאת, הנשיא וה-AG יודעים היטב את ערכו של ייצוג מקצועי ונוהרים שלא לחבל בו. הם מבינים היטב כי תכתיבים פוליטיים יזיקו להם, משום שיקעקעו את אמינות ה-SG ואת מעמדו בבית המשפט ולכן יפגעו ביכולתו לנצח **עבורם**. הינה 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 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 ומרוסן, 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 פל, שבא לתפקידו מכהונה שיפוטית ופעל להשיב למחלקה מעמד ויוקרה שאבדו לה בפרשת ווטרגייט.²³⁶ היא הוכנה אפוא בנסיבות של חשש מוגבר מהפוליטיקה לצד אמון מוגבר ב"עצמאות משפטית-מקצועית",

²³² 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).

²³³ William P. Barr, *Attorney General's Remarks, Benjamin N. Cardozo School of Law*, November 15, 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*, לעיל ה"ש 226.

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

ודווקא משום כך יש לה משקל מיוחד לצורכי השוואה לישראל. למיטב ידיעתי אין עליה עוררין, וה-SG דייז 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 ומשוחזר משיקולי מדיניות העלולים להפריע לניתוח משפטי בהיר. 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 מעיקרא "להאציל" ל-SG את הסמכות לקבוע את עמדת הממשל, הם בוודאי רשאים לדחות את דעתו, וה-AG גם תמיד רשאי 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 את שיקול דעתו **שלו**, ובייחוד בשאלות שאין להן תשובה "משפטית" מובהקת.

לסיכום 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. אולם בד בבד – ובניגוד יסודי לתפיסה המקבילה בישראל – הוא אינו ניטרלי או אובייקטיבי, הוא כפוף להלכה ולמעשה לדרג 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 מתהדק וחריגיו מתמעטים. התמונה בכל מורכבותה, כפי שהציגה אחד המלומדים, מגלה כי ייצוג עצמאי מוקנה לחלק מהרשויות **בכל ערכאה ובכל עניין**, לחלק מהן **בכל ערכאה אך רק בעניינים מסוימים**, לחלק מהן **רק בערכאות מסוימות אך בכל עניין**, לחלק מהן **רק בערכאות מסוימות ורק בעניינים מסוימים**, ולחלק מהן **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.

Days III, *In Search*, לעיל ה"ש 226, בעמ' 494–495.
 Neal Devins, *Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*, 15 CARDOZO L. REV. 273, 277–278 (1993)

237

238

מטבע הדברים, ריבוי הקולות נגזר לא רק מלשון החוק. ממשלים רפובליקניים נוטים לתפיסה אוניטרית של הרשות המבצעת, ולכן הם 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. 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 הסטוטוריים 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. דוגמה לכך היא רשות הבחירות הפדרלית, הנדרשת לעת הצורך לאכוף את החוק נגד הנשיא עצמו (ונגד חברים במפלגתו).

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

רביעית, יש שסמכויות ייצוג עצמאיות הן אמצעי המשמש את הקונגרס להגביל נשיא תאב כוח, ויש שהן נולדות במסגרת עסקת חבילה פוליטית כחלק ממקח וממכר בנושאים אחרים לחלוטין.

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) ובמסגרת עסקת חבילה פוליטית, ולאחר מכן גם בבית המשפט העליון (1975), והפעם בעקבות פרשת ווטרגייט ועל רקע חולשת הנשיא והנטייה לקצץ בכוחם של הבית הלבן ומחלקת המשפטים.

²³⁹ שם, בעמ' 281–282.

²⁴⁰ ראו 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) (להלן: Devins & Herz, *The Battle*).

²⁴¹ 2 U.S.C. § 288–288n. על ייצוג הסנאט ועל ייצוג הכנסת בישראל לא אוכל להרחיב.

²⁴² ראו Neal Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CALIFORNIA L. REV. 255, 269–272 (1994) (להלן: Devins, *Unitariness*); Devins & Herz, *The Battle*; לעיל ה"ש 240, בעמ' 217–218.

סמכות הייצוג של רשות המסחר קבועה כיום בסעיף חוק מפורט,²⁴³ שלהלן בקיצור שתיים מהוראותיו.

הוראה אחת מפרטת הליכים שבהם הרשות נהנית מסמכות בלעדית להתדיין בשמה שלה ובאמצעות פרקליטיה, אך בלי לפגוע בסמכות ה-AG להתערב בשם ארצות הברית לפי כל דין. יכול אפוא שהרשות תציג את עמדתה בשמה שלה וה-AG יציג עמדה שונה בשם ארצות הברית. **הוראה שנייה**, הנוגעת להליכים 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 השיב או הודיע לרשות כי הוא מסרב לערער או לבקש סרטיוררי.

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

הינה כי כן, ארצות הברית 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.

5. סיכום

כמה תובנות בולטות עולות מהשוואת מונופול הייצוג האמריקני לדין 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 (ה-AG ומעליו הנשיא). בישראל לבדה, למיטב ידיעתנו, 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 להפך: לאפשר לממשל להיעזר בפרקליטים כדי להשליט סדר ולהנהיג

²⁴³ 15 U.S.C. § 56.

²⁴⁴ "confession of error" היא הודאה מטעם ה-SG כי הערכאה קמא שגתה כשהכריעה **לטובת** ארצות הברית. 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*, לעיל ה"ש 242, בעמ' 263 (המצטט מפרוטוקול הדיון בעל פה בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון); וכן מאמר חוץ-שיפוטי של שופטת באחת מערכאות הערעור הפדרליות: Patricia Wald, *"For The United States": Government Lawyers in Court*, 61 LAW & CONTEMP. PROBS. 107, 127 (1998) ("Our court is by now inured to cases in which the government (is a house divided)").

משטר היררכי ובראשו הנשיא. נוסף על שיקולי 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 בארצות הברית 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 מציגים את המונופול דה פקטו כאילו היה הכרח לשלטון החוק, וממילא הוא הופך לנוקשה, שהרי החוק תמיד מחייב ואין לחרוג ממנו. נדמה אפוא כאילו המונופול בישראל הוא כמעט מוחלט, כאילו הכרחי שיכבול את כלל הרשויות לרבות הממשלה שבראשן, 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 מעוגן בחוק כלל ועיקר. כך, בבואו לאכוף מונופול ייצוג ולהשליט באמצעותו את החוק, היועץ עצמו פועל **ללא** חוק. הוא הדין בכוח ה"יועץ" המחייב, שאין לו עיגון סטטוטורי **כלשהו**.

בימי הדין הישן שימש החוק נקודת מוצא מובנת מאליה לכל דיון 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 לא נזכר בהן כלל. 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

²⁴⁶ שלמה דורי "ייצוג המדינה ורשויותיה בבית המשפט" **משפט וכלכלה** ה'217, 224 (התשי"ט).
²⁴⁷ עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 145, בעמ' 473. אומנם קביעה זו 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), אך גם דברי זמיר בנקודה זו לא נשענו על תימוכין כלשהם.

כאמור במבוא, רק בעניין **תנובה** (2019) ובעניין **החיסון** (2021) נזכרה לבסוף הוראת חוק כסימוכין למונופול הייצוג. ²⁴⁸ אלא שהסתמכות 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 לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958 (להלן: חוק המדינה כבעל דין), 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 פירוש שגוי שאף הוליד סתירה פנימית בין פרשנויות שגויות לבין עצמן.

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

לפי מסורת המשפט המקובל, רשויות שפעלו בשם הכתר לא התדיינו בהליכים אזרחיים בשמן שלהן. להוציא רשויות שהיו מואגדות או הוסמכו בחוק לתבוע או להיתבע בשמן, ה-AG הוא מי שהופיע בכתורות 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 בכתורות הליכים אזרחיים. תחת זאת, מכוח פקודת המשפטים הממשלתיים שעדיין עמדה 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 אותו ולא זיכו אותו, וגם לא היה בעל דין **ריאלי**, שהרי לא מעשיו נבחנו כי אם מעשי הרשויות. עד ביטול הפקודה ב-1958, היועץ היה בעל דין **נומינלי** ופרקליט מייצג בעת ובעונה אחת.

יובהר כי האמור לעיל חל בהליכים **אזרחיים**. בהליכים מנהליים לא היה צורך בבעל דין נומינלי, שכן עתירות לבג"ץ הוגשו, כמו היום, נגד הרשויות עצמן ובשמן שלהן.

(ג) הליכי הכתר באנגליה

²⁴⁸ ראו לעיל ליד ה"ש 5-6.

²⁴⁹ פקודת המשפטים הממשלתיים 1926, ע"ר 145 (20 באוגוסט 1926).

²⁵⁰ פקודת חוק הפרוצדורה (תיקון) 1934, ע"ר 1934, תוס' 1, 177; פקודת חוק הפרוצדורה (תיקון) 1934, ע"ר 1945, תוס' 1, 53-54.

הכתר האנגלי נהנה עד אמצע המאה העשרים מחסינות מלאה בנוזיקין,²⁵¹ ואילו בענפי משפט אחרים חלה עליו אחריות לפי דין אך כפוף לפרוצדורה מיוחדת ומכבדה. 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 אסורה מעיקרא.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 בידי 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 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 אם ניתן 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

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

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

²⁵³ ס' 7 לפקמ"מ.

²⁵⁴ ראו דברי שר המשפטים בדיון על תיקון פקודת המשפטים הממשלתיים ב-1957: "בתקופת המנדט [...] היה מה שהיה ידוע בשם ה'פיאט' של היועץ המשפטי. לא היתה אז אפשרות להגיש משפטים נגד הממשלה בלי אישור, בלי הסכמה, בלי הרשאה מטעם היועץ המשפטי לממשלה" (ד"כ 3.12.1957, 329).

²⁵⁵ ס' 6 לפקמ"מ.

²⁵⁶ ס' 8 לפקמ"מ.

(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 זו, והתפתחותה הייתה רק תגובה לקשיים פורמליסטיים שהכבידו על ייצוג שגרתי. למשל, ערעור ממשלתי היה עלול 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 הרלוונטית גם יחד, בית המשפט היה עלול לפסול את הערעור וגם לאסור על הגשתו מחדש. התיקונים בחוק נועדו למנוע תקלות ביורוקרטיות מעין אלה, הא ותו לא. החקיקה לא נועדה להצר את צעדי הממשלה או לכבול אותה לייצוג שאינו רצוי לה, כי אם להפך: לאפשר לה ייצוג יעיל, שגרתי ונטול תקלות.

(ב) הרשאה וייפוי כוח

מוטב להציג חלק מהרקע להנחה זו, ולו בקיצור נמרץ. במשך מאות שנים ועד סף המאה העשרים, ה-AG באנגליה ייצג כפרקליט (בריסטר) 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 בערכאות. ראו בייחוד EDWARDS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 62-118. לא לחינם קבע למשל בית הלורדים, באמצע המאה השמונה-עשרה, כי ה-AG כמוהו ככל פרקליט אחר. ראו AG-ה-97 Eng. Rep. 123, 125 (HL) (1768): "he is but an attorney, though to the King, and in no other or different relation to him than every other attorney is to his employer", וראו ציטוט מלא יותר בלבוניטין "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 178. גם עבור ה-AG בארצות הברית, טרם הקמת מחלקת המשפטים (1870), הממשלה הייתה ביסודו של דבר לקוח בין שאר לקוחות. ראו BAKER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 55: "[T]he U.S. government was simply one client, paying an annual retainer for legal services". במאה התשע-עשרה 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, וה-AG לעומתם ראה כיצד משרתו הציבורית מרחיקה אותו מן הערכאות, פוגעת בהכנסתו הפרטית ותובעת חלק גדול מזמנו ללא תמורה הולמת. בפרוס המאה העשרים 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 שאלה שב-1937 הוצגה לפרלמנט בזה הלשון: "whether [the AG] is really a Minister [...] or whether he is half Minister and half practising [sic] lawyer", EDWARDS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 117. רק ב-1946 חדלו **למעשה** לשלם ל-AG עבור כל ייצוג בערכאות, אם כי שכר הטרחה המגיע לו עוד הוגדר **להלכה** גם שנים רבות לאחר מכן. ראו AG Ministerial Salaries, House of Commons Information Office (1917-118; וכן <https://bit.ly/3I9fgFy> (Appendix C), (2011). 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 **בפוליטיקה**, קרי בהליכים שבהם הוא מייצג במישורין את האינטרס הציבורי (ראו לעיל ה"ש 127). אולם בכל הנוגע לייצוג הממשלה ורשויותיה כבעלות דין, בערכאות אזרחיות ומנהליות, די באמור לעיל כדי להעיד על התפיסה הבסיסית שנהגה באנגליה מימים ימימה ועודנה נוהגת בה היום, ומטבע הדברים נקלטה גם בארץ ישראל המנדטורית ובמדינת ישראל הצעירה. אף שלא הייתה כמובן זהות בדין ובפרקטיקה שנהגו בשלוש הזירות האלה – כולן התאפיינו בתפיסה יסודית, ואף מובנת מאליה, ולפיה נציגי הממשלה בערכאות הם פרקליטים העושים את שליחותם.

257

מאחר שתקלות פורמליסטיות פרנסו את החקיקה, ומאחר שהרשאה וייפוי כוח הם לעיתים מושגים 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. היעדר ייפוי כוח כתוב אינו פוגע אפוא בהרשאה שנוצרה בלעדיו, אך עלול לשמש מניעה **דיונית** לייצוג.²⁵⁸ היינו לנכונותו של בית המשפט לשמוע פרקליט ולקבל מידיו מסמכים בשם בעל דין. כאמור כיום בסעיף 3(ב) לחוק השליחות, התשכ"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 אכן 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 – לדעת 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 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 כי בהגישו תביעות בשם העירייה הוא פועל על דעתה, 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 בקובעו בדעת רוב כי "ביחס לכל תביעה ותביעה צריכה להיות קודם כל החלטה של מועצת העירייה", וייפוי כוח כללי נועד רק "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** (1959) נדונה תביעה של עיריית תל אביב, והשאלה היחידה בערעור הייתה אם היועץ המשפטי

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

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

²⁶⁰ ראו את פסקי הדין הנזכרים בע"א 274/58 בורנובסקי נ' ראש העיר ת"א-יפו, פ"ד יג 1235, 1236 (1959), שיידון מיידי להלן.

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

העירוני היה מוסמך להגישה לפי ייפוי כוח כללי ובלא החלטה מפורשת של מועצת העירייה. בית המשפט העליון השיב בחיוב, פה אחד, ולדעתי בצדק: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 אזורת. בתביעה כזאת אין לו לבית המשפט אלא ייפוי-הכוח הכללי.

הינה כי כן, בהיעדר 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 (בין כתובעת ובין כנתבעת). אולם עד שיוכח אחרת, ההנחה היא שהעירייה מסכימה לפחות מכלל לא 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 את שולחו דרך שגרה, פרנסה גם את התפתחות החקיקה החלה על ייצוג הממשלה.

3. תיקון הפקודות המנדטוריות

(א) סיבת התיקון ומטרות

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 בידי נציגו, והתברר כי הלה לא היה בעל ייפוי כוח ספציפי להגשת ערעור.²⁶³ התקלה הייתה ביורוקרטית 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 לפניו ערעור בהיעדר ייפוי כוח להגשתו, ואף סירב לדחות את הדיון כדי לאפשר את התיקון הטכני הנדרש.

פסק הדין ניתן ב-6 במרץ 1945, וכבר ב-29 באותו חודש חתם הנציב העליון על שני תיקוני חקיקה, האחד לפקמ"מ והשני לפקודת הפרוצדורה. שניהם פורסמו על גבי אותו עמוד בעיתון הרשמי,²⁶⁴ בהליך מזוהה ללא הצעת חוק,²⁶⁵ ודומה שהיו תגובה ישירה לפסק הדין. תכליתם הייתה פשוטה: לאפשר לנציגי היועץ לפעול בכל הליכי הממשלה – הן

²⁶² עניין בורנובסקי, לעיל ה"ש 260, בעמ' 1237 (ההפניה בסוגריים במקור).

²⁶³ CA 485/44 *Atty Gen. v. Qaradara* [1945] ALR 156 (להלן: עניין קרדרה).

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

²⁶⁵ כפי שפורסם בנפרד בעיתון הרשמי של אותו היום, החקיקים התקבלו בהליך מזוהה מכוון סעיף 17(1)(ד) לדבר המלך במועצתו, 1922, שכן נראה לנציב העליון כי האינטרס הציבורי מחייב חקיקה מיידית.

בערכאה ראשונה והן בערעור, הן בהגשת מסמכים והן בטיעון בעל פה – בלי שיידרשו להציג ייפוי כוח וכדי למנוע תקלות מעין זו שהכשילה את הערעור בעניין קרדורה.

(ב) התיקון בפקודת המשפטים הממשלתיים

התיקון בפקמ"מ נועד לפתיחת הליכים ולהגשת כתבי ביי-דין. הוא ביטל את סעיף 2 הקיים והחליפו בחדש, וזה האחרון מובא להלן כהטיית 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 קרדורה 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:

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

²⁶⁶ ע"ר 1945, תוס' 1, 54. הנוסח מובא כאן בשינויי לשון קלים, כגון "הליך משפטי" במקום "משא ומתן משפטי".

²⁶⁷ פסק הדין בעניין קרדורה (לעיל ה"ש 263) נשען בין היתר על הלכת קרן קיימת שפירשה את סעיף 6 לפקודת הפרוצדורה. ראו CA 274/42 Atty Gen. v. Keren Kayemeth Leisrael Ltd., 43 ALR 133 (1943). סעיף 6 הנ"ל ידוע היום כסעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], והוא מתיר ליועץ להישמע בכל הליך שהמדינה אינה צד לו וכן להסמיק 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: ראשית, סעיף 6 לפקודת הפרוצדורה הסמיכו להתייצב בהליך קיים אך לא לערער ובכך לפתוח הליך חדש; שנית, אומנם הפרקליט שהתייצב לדיון 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 פקודת חוק הפרוצדורה (תיקון), 1934, ע"ר 1945, תוס' 1, 55. ראו הערת הלשון לעיל בה"ש 266.

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 6 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 6 לנוסח חדש והפך לסעיף 2 לפקודת ההתייצבות. בתוך כך הושמטו ממנו המילים "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 בו ומה אין.

סעיף 6 נועד להבהיר כי היועץ ונציגיו רשאים לייצג רשות סטטוטורית בלי להמציא ייפוי כוח בכל מקרה ומקרה, הא ותו לא. הוא אינו פוטר אותם מהחובה שקיבלו עליהם, 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 [...] על ידי 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, בהיעדר 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.

4. תקנות בתי המשפט (ייצוג מטעם היועץ המשפטי), התשי"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 אירעה תקלה פורמלית.²⁷¹ הערעור הוגש בשם פקיד השומה אך נחתם בידי סגן פרקליט המדינה, ומטעם זה נפסל בבית המשפט העליון. על יסוד סעיף 2 המתוקן לפקמ"מ קבע השופט אגרנט (כתוארו אז) כי ייתכן שהיועץ היה יכול לערער בשמו שלו, שאז גם הוא וגם נציגו היו רשאים לחתום על הודעת הערעור.²⁷² אלא שהערעור דנן הוגש בשם פקיד השומה, ולכן

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).

²⁷¹ עניין נהור, לעיל ה"ש 269.

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

הוא שהיה צריך 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), התשי"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 ענין, 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 בנוגע לייצוג המדינה את הספק שהתעורר בשעתו בנוגע לייצוגן של עיריות.²⁷⁵

תקנת הייצוג הפכה לימים לתקנה 31 לתקנות סדר הדין האזרחי, תחילה התשכ"ג-1963 ולאחר מכן התשמ"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 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, כפי שיש ללומדו גם לאור התקנות החדשות, קצרה היריעה מלהרחיב.

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

²⁷³ עניין נהור, לעיל ה"ש 269, בעמ' 610-611.

²⁷⁴ תקנות בתי משפט (ייצוג מטעם היועץ המשפטי), התשי"ג-1953, ק"ת 636.

²⁷⁵ ראו יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 157 (מהדורה שלישית 1967); יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 222 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך 1995).

²⁷⁶ ראו המ' (מחוזי ת"א) 6056/75 **מדינת ישראל נ' שפירא**, פ"מ התשל"ו(2) 355 (1976). פרשה זו כינסה יחד ארבעה יועצים: היועץ המכהן שמגר הורה אישית על הגשת ההליך, היועץ לשעבר שפירא היה הנתבע, היועץ לשעבר בן-זאב היה פרקליטו של שפירא, והיועץ לעתיד חריש היה השופט. בלי 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.

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

חוק נכסי גרמנים, התש"י-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 לשם ניהול הליך משפטי? בית המשפט העליון נדרש לשאלה זו כבר ב-1953, ובפסק דין קצרצר השיב עליה בשלילה: בהיעדר חוק האוסר זאת רשאי האפוטרופוס להיות מיוצג על ידי עורך דין, והסעיף הנדון "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, ואילו היועץ נדרש במסגרת תפקידו לייצג את האפוטרופוס אם הלה ביקש זאת.

מה לכך ולייצוג הממשלה? הוראות החוק מלמדות כי האפוטרופוס הופרד מהממשלה רק כדי לייעל 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].

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 שתבדיר כי דינו לעניין זה כדין הממשלה.

בפועל, מובן שהממשלה (כמו האפוטרופוס) תנצל ברגיל את זכאותה. לצורך ייצוג כמו לצורך ייעוץ טבעי שהממשלה תפנה דרך שגרה ליועץ ולנציגיו – שהרי תפקידם הוא לייעץ לה ולייצג אותה, אין כמותם זמינים ומנוסים ומקצועיים, בית המשפט קשוב להם במיוחד, הם נהנים מכל משאבי הפרקליטות, וגם אין צורך לשלם להם בנפרד עבור כל הליך. טבעי שהממשלה כגוף לא תדון בעצמה בכל מחלוקת בין היועץ לבין שר זה או אחר, אלא תצפה מהשרים לקבל ברגיל את דעת היועץ בשאלות משפט וליטיגציה. טבעי שתיתן גיבוי ליועץ שמכותי, בעל יוקרה, שהיא עצמה מינתה כמומחה משפטי. טבעי שתתנגד להוצאה מיותרת

²⁷⁷ ראו גם לעיל ה"ש 257.

²⁷⁸ הוראת ייצוג זה, עבור האפוטרופוס לנכסי נפקדים, נקבעה בסעיף 2 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950.

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

²⁸⁰ ס' 19 להצעת חוק נכסי גרמנים, התש"י-1949, ה"ח 41.

של כספי מדינה כל אימת ששר פלוני יעדיף פרקליט חיצוני (שאוּלי יאמר לשר רק מה שהלה ירצה לשמוע), וגם לא תשלים עם אי-סדר ועם היעדר תיאום בייצוג הרשויות הכפופות לה.

בכל אלה שיקולי הממשלה בישראל דומים לשיקולים שפרנסו את ההוראות הנשיאותיות בארצות הברית, 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 ומובן שאינם כובלים לפי דין את הממשלה עצמה שבראש הפירמידה. תחת זאת, בדיוק כפי שכתב היועץ בן-זאב בביקורתו על תפיסת "המסורת החוקתית" בהערת פנחסי:

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

הממשלה זכאית אפוא לשירותי היועץ, היא אכן נזקקת להם בפועל כדבר המובן מאליו, וקשה לראות מדוע לא תיזקק להם. אך היא רשאית לפנות גם 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 היה ברור, לפחות להלכה, כי יכול שהיועץ יסרב לייצג רשות פלונית לעת מחלוקת.²⁸² אולם דבר אחד הוא יועץ המסרב לייצג את הרשות בעצמו (ובאמצעות נציגיו) במקרה נדיר, כדי לציית לצו מצפוני ולכללי האתיקה המקצועית החלים עליו אישית,²⁸³ ודבר אחר הוא יועץ המונע גם מאחרים לייצגה ואף מתיימר להשתיקה אם תבקש לטעון לעצמה. בעשורים הראשונים למדינה, למיטב ידיעתי, איש לא העלה בדעתו

²⁸¹ דבריו מובאים אצל זילבר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 142. ראו גם הציטוטים מדברי בן-זאב לעיל ליד ה"ש 155, 157.

²⁸² ראו את דברי חיים כהן במכתבו מ-1952, המצוטטים לעיל ליד ה"ש 160. מייד אחרי שקבע כי לממשלה ולרשויותיה מותר לקבל או לא לקבל את עצות היועץ, הוסיף כהן כלהלן: "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" (ההדגשה הוספה). 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, ולו 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 מפוקפקת 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 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 מצפוני 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.

כי היועץ יוכל (או ירצה) לכפות את עצמו על כלל הרשויות ובראשן הממשלה, לשלול את יומן בבית המשפט, ואף "לייצג" אותן בכך שיטען נגדן בלי שיוכלו להתגונן.

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

(א) "אסון תחיקתי" והחוק החדש

הליברליזציה בהליכי הכתר באנגליה נכנסה לתוקף ב-1948 מכוח ה-Crown Proceedings Act²⁸⁴, ורק אחרי קום המדינה הוסרו גם אצלנו מקצת חומרותיה של החקיקה המנדטורית. ב-1948 בוטל סעיף (2)3 לפקמ"מ שחייב הסכמה להגשת תביעה נגד המדינה²⁸⁵, וב-1952 נוספה גם תביעה בנוזיקין לרשימת התביעות המותרות לפי סעיף (1)3²⁸⁶. ב-1958 נחקק תיקון נוסף בפקודה בהמשך למגמת הרפורמה – אלא שבתיקון זה נפלה תקלה קשה, אולי יחידה במינה בכל תולדות החקיקה בישראל, וזו הביאה מייד לביטול הפקודה כולה ולהחלפתה בחוק חדש.

בנובמבר 1957 פרסמה הממשלה הצעת חוק לתיקון סעיף (3)3 לפקודה²⁸⁷, שערב התיקון קבע כך:

כל תביעה כאמור [= כל תביעה מותרת לפי סעיף (1)3] 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 הזה:

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

מטרתו העיקרית של התיקון הייתה להסמיק 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 נתבע²⁸⁸. 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 (1)3 פירט את התביעות המותרות ובכך שלל אחרות, נדרש רק לבטלו כדי שכל תביעה נגד הממשלה תהיה מותרת. סוף דבר: הכנסת תיקנה את סעיף (3)3

²⁸⁴ ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 252. החוק נחקק ב-1947 ונכנס לתוקף ב-1948.

²⁸⁵ ס' 9 לפקודת בתי משפט (הוראות מעבר), התשי"ח-1948.

²⁸⁶ ס' 11 לחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, ס"ח 339.

²⁸⁷ הצעת חוק לתיקון פקודת המשפטים הממשלתיים, התשי"ח-1957, ה"ח 56.

²⁸⁸ שם, דברי ההסבר להצעת החוק. 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 להסמיק גם פקיד, שימונה על ידי שר המשפטים, לתפקיד של נתבע" (ד"כ 3.12.1957, 329). ראו גם ד"כ 13.1.1958, 607. מתברר שחלקים בחקיקה המנדטורית חדלו להיות מובנים כבר ב-1957, ואין פלא אם כיום הם מובנים אף פחות.

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.²⁸⁹

בהיסח הדעת, סעיף 3 לפקודה נעשה חסר משמעות. שגגה גדולה ומביכה יצאה מלפני המחוקק, והיה צריך לתקנה ללא דיחוי. פחות משבועיים חלפו והממשלה פרסמה הצעת חוק חדשה,²⁹⁰ 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.²⁹¹

למעשה, כדי לא רק לתקן את המעוות אלא גם להוציא מעט מתוק מעו, הממשלה והכנסת החליטו בהזדמנות זו לבטל את הפקודה לגמרי "ולהחליפה בחוק שלם ההולם את צרכי המדינה".²⁹² 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".²⁹³

נמצא שאיש לא התכוון לרפורמה של ממש, ודאי לא בסוגיית הייצוג. עיקר החוק החדש התבסס על ההוראות ששרדו מפקמ"מ, ומלאכת הניסוח והחקיקה נעשתה בחופזה רבה נוכח "האסון התחיקתי". כך נולד חוק המדינה כבעל דין (להלן: חמב"ד), ובו גם 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",²⁹⁴ 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:

²⁸⁹ חוק לתיקון פקודת המשפטים הממשלתיים, התשי"ח-1958, ס"ח 241 (ההדגשה הוספה).

²⁹⁰ הצעת חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (משפטי המדינה), התשי"ח-1958, ה"ח 153.

²⁹¹ ד"כ 1080, 25.2.1958.

²⁹² דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (משפטי המדינה), לעיל ה"ש 290, בעמ' 155.

²⁹³ ד"כ 1080, 25.2.1958, וכן בקריאה השנייה והשלישית: ד"כ 1723, 27.3.1958, 1724.

²⁹⁴ דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (משפטי המדינה), לעיל ה"ש 290, בעמ' 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".²⁹⁵ מחוץ למליאה, ועדת החוקה, חוק ומשפט קיימה שלוש ישיבות קצרות על הצעת החוק במהלך שבוע אחד במרץ 1958.²⁹⁶ היועץ כהן פתח את הראשונה שבהן במילים "חוק זה הוא דחוף מאוד" והסביר זאת באסון התחיקתי שתואר לעיל. בשונה מהוראות אחרות בהצעה, הוראת הייצוג לא נדונה כלל, והנוסח שבהצעת החוק אושר ללא הסתייגות וללא הערות.²⁹⁷

דומה אפוא שהוראת הייצוג הייתה רק גרסה מתומצתת של ההוראות המנדטוריות-ישראליות שקדמו לה. היא לא הטילה חובה על המדינה או הגבלה על רשויותיה, ונקל לראות זאת גם מתוך השוואה לחקיקה האמריקנית. היא חלה מעיקרה על **המדינה** כאישיות משפטית וכבעלת 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 שהחיפזון 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 להסמיק גם פקיד [...] לתפקיד של נתבע".²⁹⁸ גם לפי החוק החדש, אם כן, היועץ יהיה הכתובת.

שנית והעיקר, הוראת הייצוג קבעה מעין חזקת הרשאה ליועץ ולבאי כוחו בבואם 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,

²⁹⁵ ד"כ 1080, 25.2.1958.

²⁹⁶ לשלושת הפרוטוקולים ראו "מאגר החקיקה הלאומי" <https://bit.ly/3AsKOEa> הכנסת.

²⁹⁷ 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, בעמ' 4).

²⁹⁸ ד"כ 329, 3.12.1957. ראו הציטוט המלא לעיל בה"ש 288.

ולכן גם לחייבה כשלוחיה, ואין לדרוש מהם להוכיח הרשאה כתנאי מוקדם לכך.²⁹⁹ 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 ובניגוד להוראותיהן.³⁰⁰

הינה כי כן, הוראת הייצוג באה לשמור על הקיים ורק לתת לו "לבוש נאה" [...] [ב]חוק חדש".³⁰¹ למיטב ידיעתי, אין רמז כי שיקפה ולו ראשית כוונה לכוון מונופול ייצוג פורמלי. לכן גם לא הושאר בה פתח כלשהו לחריגים, כפי שראינו למכביר בחקיקה האמריקנית, שהרי איש לא ראה בה נורמה כובלת שבהיעדר חריגים תהא נוקשה ומחייבת ללא סייג. לאמיתו של דבר, המחוקק לא נתן את דעתו לסוגיות היסוד של ייצוג המדינה בערכאות. הוא לא דן במהותו של מונופול 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 המשפטי, 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), בקובעו 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**, ומייד נראה שהיא אינה חלה **כלל** בהליכי בג"ץ, דווקא בזירה שבה כוחו של היועץ מופגן כיום יותר מכול.

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

מכמה וכמה טעמים מובהקים, פקמ"מ לא חלה ולא הייתה יכולה לחול על עתירות לבית המשפט העליון המנדטורי בשבתו כבג"ץ.³⁰² היא שיקפה הפרדה ברורה בין תביעות (claims) לבין עתירות (applications), ואף הבהירה בסעיף מפורש כי שום דבר האמור בה לא יפגע בכל בקשה המוגשת לבג"ץ.³⁰³ מובן שגם בעניין זה הלך החוק אחרי הפקודה, ומכאן סעיף 10 לחמב"ד העומד בתוקפו עד היום:

²⁹⁹ 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**. ראו עניין **שרעבי**, לעיל ה"ש 270.

³⁰⁰ ראו גם עניין **שפירא**, לעיל ה"ש 276.

³⁰¹ דברי שר המשפטים, ד"כ 25.2.1958, 1080.

³⁰² **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, ואילו 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 במישורין 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 שיוורה לבצעו או לערער עליו, ואילו צו של בג"ץ לא נקק 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.

³⁰³ סעיף 9 לפקמ"מ, שעמד בתוקפו מ-1926 עד ביטול הפקודה ב-1958.

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 פורמלית. הוא נועד במובהק להליכים אזרחיים בלבד – כפי שמעידים היטב גם שמו, רקעו, תוכנו, הגדרותיו ולשונו. כדי לקצר די לומר שהגדרת "הליך" בסעיף 1 היא "הליך משפטי בעניין אזרחי", והיות שהוראת הייצוג בסעיף 4 חלה על "הליך [אזרחי] שהמדינה צד לו", ממילא אין היא חלה בהליך מנהלי שהמדינה אינה צד לו (כמוסבר לעיל בפרק ב). 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 מתוך אי-הבנה בחלק מהספרות המשפטית ולאחרונה אף 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 כלל בבג"ץ.³⁰⁴

שנית – ההסתמכות על הוראת הייצוג, גם לצורכי 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 מנהלי בוועדת ערר.³⁰⁵ בג"ץ דחה את עמדת המדינה פה אחד, וממלא מקום הנשיא שמגר (כתוארו אז) קבע כי אין אלא לקרוא את הסעיף כפשוטו וכלשונו. כלומר: חמב"ד כולו, על כל הוראותיו, אינו חל בערכאות מנהליות 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. עוד ראינו 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 לאפשר ייצוג נוח ושגרת של גופים אלה בלי שיתעורר ספק בדבר הרשאת פרקליטיהם.

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,

³⁰⁴ לדוגמאות מהספרות המשפטית ראו לבונטין "אמת מדומה", לעיל ה"ש 110, בעמ' 151 ה"ש 58. לפסיקת בג"ץ ראו לעיל ליד ה"ש 5 ו-6.

³⁰⁵ 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 מנהלית ולא רק בערכאות אזרחיות. הטענה נדחתה וסעיף 10 יושם כלשונו.

בעקבות בקשה כנ"ל שהוגשה לו³⁰⁶ – 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".³⁰⁷ אך אם זו אכן משמעות הסעיף, ואם הוא חל על הממשלה ועל כל רשות ציבורית כפי שקבע מזמן בית המשפט העליון,³⁰⁸ הרי די בכך כדי להשמיט את הקרקע מתחת לדין כולו. יכולה הרשות שלא לבקש מהיועץ לייצגה, ואז לפנות לפרקליט אחר או אף להשמיט 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 רשויות ציבוריות דרך שגרה, כל מטרתו הייתה למנוע תקלות ולהקל את הייצוג כלפי חוץ. בפשטות, ובאין הוכחה לסתור, הוא מורה לבית המשפט להניח כי הרשויות מיוצגות כדין על ידי הפרקליטים הממשלתיים המופיעים מטעמן.

והינה, אם לא די ששתי ההוראות הבולטות בחקיקה המנדטורית-ישראלית מתפרשות כיום פירוש 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 (בין היתר) 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 ובה בעת סעיף 2 לפקודה קובע נורמה כללית של ייצוג רשות. כך למשל, אין לדעת מה קובע החוק בישראל 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, ואגב כך 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 אינה מיוצגת ואינה נשמעת כאשר עותרים נגדה. אולם הדין הקיים פוגע לא רק במדינה הממוסדת אלא גם בציבור הלא ממוסד, ולא רק בהליכי בג"ץ אלא גם בערכאות אזרחיות. במקום סיכום, להלן המחשה מהמשפט האזרחי המלמד כיצד עיקרי הדין הקיים, לרבות ההסתמכות השגויה על חמב"ד, סיכלו חקיקה חשובה והביאו לפגיעה קשה ומתמשכת באינטרס הציבורי.

³⁰⁶ דוח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 81, בפס' 20.

³⁰⁷ תזכיר חוק היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי (הפרדת סמכויות, מינוי, כהונה והוראות שונות), התשס"ח-2008 <https://bit.ly/3AuCkwM>, בעמ' 3-4 לדברי ההסבר (מספרי העמודים אינם מסומנים).

³⁰⁸ ראו הציטוט מעניין שרעבי, לעיל ליד ה"ש 270.

(א) חקיקת השוויון בעבודה ותחולתה על המדינה

חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק) אוסר על אפליה בתעסוקה מחמת מין, דת ועוד טעמים רבים. היות שהמדינה היא המעסיק הגדול במשק, סעיף 17 לחוק מורה 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 ההזדמנויות 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.³⁰⁹ לכאורה, החוק אינו מותיר ספק שהנציבות תוכל לתבוע גם את המדינה. הוראותיו מדברות היטב בעד עצמן, והן משקפות כוונה ברורה ומוצהרת שכלולותה לכינון הנציבות מכוח התיקון לחוק כאמור לעיל. יו"ר הוועדה שהכינה את התיקון ציינה בקריאה הראשונה כי "תהיה אכיפה של מינויים בשירות המדינה לגבי כל הנדרש בחקיקה שלנו: ייצוג שווה לנשים, למיעוטים ולנכים";³¹⁰ נציג משרד המשפטים הבהיר לוועדה כי "הכוונה היא שתהיה אפשרות לתבוע את המדינה [...] יש סעיף [בחוק] שקובע שדין המדינה כדין כל מעסיק";³¹¹ 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".³¹²

(ב) סיכול החוק למען שימור המונופול

אולם אך החלה הנציבות לפעול, וכל האמור היה כלא היה. על יסוד הוראת הייצוג בחמב"ד, עקרון "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.³¹³ מכאן מדיניות היועץ בנוגע לנציבות, כפי שהוצגה בכתב לבית הדין לעבודה:

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

³⁰⁹ ראו בהתאמה ס' 18 ח, 18 יג(ב)(5), 18 ח(5), 18 טו, 18 י לחוק וס' 9(1) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958. פרוטוקול ישיבה 301 של הכנסת ה-16, 47 (13.12.2005) (ההדגשה הוספה).

³¹⁰ פרוטוקול ישיבה 534 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16, 6 (6.12.2005) (ההדגשה הוספה). פרוטוקול ישיבה 302 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-17, 6 (7.11.2007) (ההדגשה הוספה).

³¹¹ ראו ציונה קניג-יאיר, חנה קופפר וג'נט שלום "נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה – עשור להקמתה: מבט מבפנים" **עבודה, חברה ומשפט** טו 177 (2018). על סמך הנחיה שקדמה להקמת הנציבות, היועץ החליט כי הנציבות תידרש לאישור (או לאישור הכפופים לו) גם כדי לתבוע רשויות מקומיות, תאגידים סטטוטוריים וחברות ממשלתיות.

וממילא מיוצגת בהם [...] הרי גם עמדתה של הנציבות (אשר, כאמור, כפופה ליועץ המשפטי לממשלה) תישמע מפי בא כוח המדינה באותו הליך.³¹⁴

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** (2013) למשל ייצגה הפרקליטות את הממונה על שוק ההון במשרד האוצר, ובית הדין לעבודה החליט כי הנציבות תישמע בנפרד.³¹⁵ הנציבות סברה שהתביעה מוצדקת, 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.³¹⁶

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.³¹⁷ בית הדין מצידו התמקד בתביעה לגופה, אך עמד על דרישתו לקבל את עמדת הנציבות "גם אם ברור כי אין מדובר בעמדת המדינה".³¹⁸ או אז הסכים היועץ כי עמדת

³¹⁴ עמדת היועץ בק"ג 9835-09 (אזורי ת"א) **ברימה** – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (נבו), החלטה מיום 18.7.2013, וראו עוד להלן. הציטוט הוא מכלי שני: בקשה של לשכת עורכי הדין להצטרף כידידה ולהגיש נייר עמדה בשאלת מעמדה של הנציבות (ראו שם, בעמ' 3–5), בקשה שבה מצוטטת עמדת היועץ בהליך (ההדגשות בציטוט הושמטו, הסוגריים העגולים במקור). ראו פס' 26 לבקשה מטעם הלשכה ("הלשכה נ' היועץ"ש: מונע מיגור אפליה במגזר הציבורי" **לשכת עורכי הדין** (18.7.2013) (<https://bit.ly/3bOcmfF>), ועוד להלן.

³¹⁵ עניין **ברימה** (לעיל ה"ש 314), החלטה מיום 17.6.2012 (נבו). בית הדין הארצי אישר החלטה זו בבר"ע (ארצי) 38261-09-12 **מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ** – **ברימה** (נבו 20.9.2012).

³¹⁶ החלטה בעניין **ברימה** מיום 18.7.2013, לעיל ה"ש 314.

³¹⁷ לבקשה מטעם הלשכה ראו לעיל ה"ש 314. ראו גם רויטל חובל "לשכת עוה"ד: וינשטיין השתיק עמדת הנציבות לשוויון הזדמנויות בניגוד לחוק" **הארץ** (17.7.2013) (<https://bit.ly/3nCXMYp>).

³¹⁸ החלטה בעניין **ברימה** מיום 18.7.2013, לעיל ה"ש 314, בעמ' 5–6. כפי שביט הדין הדגיש, "עמדת הנציבות לא התבקשה כעמדה של המדינה, אלא כעמדה משפטית של גוף ציבורי בעל התמחות רלוונטית להליך זה" (שם, בעמ' 5).

הנציבות תובא במלואה,³¹⁹ וגם כעת הפרקליטות הציגה עמדה זו כנספח לעמדתה שלה,³²⁰ שמא ייראה כאילו הנציבות הציגה את עמדתה באופן עצמאי. אחרי הדברים האלה נמשך הדיון לגוף התביעה, שהתגלגלה בערכאות ונדחתה סופית ב-2020.³²¹

בעניין אלחנני (2013) פנתה לנציבות מנהלת ברשות המיס בטענה שהופלתה בשכרה ובקידומה בהיותה אישה.³²² 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".³²³

עניין אלחנני תואר בדוח של מבקר המדינה משנת 2014, בפרק שהוקדש לנציבות.³²⁴ המבקר העיר כי הנחיות היועץ בנוגע 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 בנוגע לנציבות. המבקר לא השתכנע, אך מדיניות היועץ נותרה בעיקרה כשהייתה.

אין צורך לומר שהנציבות עצמה חורקת שיניים. ככנסת ובממשלה היא רשאית להציג עמדה עצמאית כהבנתה ובנפרד מהשר הממונה עליה,³²⁵ ואילו בערכאות, שבהן היא אמורה למלא את תפקידה, היא כפופה ליועץ. היא נאלצת אפוא להדגיש לפני מתלוננים פוטנציאליים את ה"מגבלות הקיימות בכל הנוגע לייצוג אל מול משרדי ממשלה",³²⁶ ומובן שהיא מקבלת רק פניות מעטות על אפליה בשירות המדינה.

ביקורת חריפה על סיכול החוק ועל מדיניות היועץ נשמעה גם מפי המחוקקים;³²⁷ ובינואר 2022 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית, דומה להצעות קודמות, שנועדה להקים את הנציבות מחדש כתאגיד עצמאי ולהבהיר כי תוכל לפעול נגד המדינה.³²⁸ לדעת, גם החוק הקיים ברור דיו.

הייתכן שהמחוקק, ככוננו את הנציבות ב-2006, ביקש לאכוף שוויון במגזר הפרטי ולהשלים עם אפליה כמקודם במגזר הציבורי? אם לאו, הייתכן שתוצאה כה מקוממת היא

319 קניג-יאיר, לעיל ה"ש 313, בעמ' 195.

320 שנער "בכמה קולות", לעיל ה"ש 123, בעמ' 399 ה"ש 148.

321 ע"ע (ארצי) 16430-09-19 ברימה – מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (נבו 14.5.2020).

322 ס"ע (אזורי ת"א) 47003-12-11 אלחנני – הרשות הממשלתית למיס וביוב (נבו 17.6.2013). ראו גם קניג-

קניג-יאיר, לעיל ה"ש 313, בעמ' 192–193.

323 עניין אלחנני, לעיל ה"ש 322, בעמ' 25–26.

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

325 קניג-יאיר, לעיל ה"ש 313, בעמ' 182. ראו גם הדיון על דוח הנציבות לשנת 2011 בפרוטוקול ישיבה 139 של

הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-18, 9–10 (21.5.2012).

326 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 324, בעמ' 100 (המצטט פרסום באתר האינטרנט של הנציבות).

327 ראו למשל פרוטוקול הדיון בוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 325, בייחוד בעמ' 11, 13–19.

328 הצעת חוק שוויון ההזדמנויות העבודה (תיקון – עצמאות נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה), התשפ"א –

2021, פ/618/24 של חברת הכנסת מרב מיכאלי.

הכרח מכוח הוראת הייצוג שנקבעה בחמב"ד ב-1958? לדעתי ההפך הוא הנכון: עקרון יסודי בחוק שוויון ההזדמנויות קובע שדין המדינה כדין כל מעסיק, ועקרון התשתית של חמב"ד גם הוא קובע כי "לעניין הליך דין המדינה כדין כל אדם". מדיניות היועץ בנוגע לנציבות מנוגדת לשני החוקים האלה על תכליתם, רוחם ולשונם. היא מלמדת כי קשורת 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.³²⁹ כשם שהיועץ כשומר האינטרס הציבורי רשאי לעתור במשפט המנהלי 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.

ברומה ליועץ השומר על האינטרס הציבורי במגוון תחומים, הנציבות היא אורגן עצמאי שנועד לשמור על האינטרס הציבורי באכיפת חוקי השוויון. לפיכך אם הנציבות תתבע את המדינה, לא תהא זו אותה "מדינה" משני צידי 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.³³⁰

לדעתי, מקל וחומר ובלא צורך באישור היועץ, הנציבות יכולה גם לטעון כידידה בהליכים קיימים. גישה פרגמטית ברוח זו אכן מנשבת בבתי 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 לפי הוראות החוק, דומה שלפחות בתי הדין לעבודה היו מקבלים זאת בכרכה. המניעה אינה נעוצה בחוק או בבתי הדין אלא בבלבול מושגים, בהבנה שגויה של חמב"ד 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 עצמאית, לפי סמכויותיה, ובכלל זה נגד המדינה.

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 מהותית ביסודות המשפט. היות שבעלת הדין

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

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

329

330

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 תאורטי אלא ממשי – ועוד טמונה בה סכנה לעתיד.³³¹ אולם כך או אחרת, יש לצפות כי המאבק על שלטון החוק יתיישב בעצמו עם שלטון החוק ועם יסודות ראשוניים של משפט. בפועל הדין התעלם מהחוק, עיוות מושגי משפט והוליד הליכים אנטי-משפטיים שיש בהם רק התקפה ולא הגנה. הוא מפקיד בידי רשות מנהלית, 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" יוזמות 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 בהיעדר דיון וביקורת. הוא טשטש כליל את ההבחנה בין "סדר טוב" ומנהל 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 ויסודי 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 מתוך הסתייגות מופגנת, או מציג את עמדתה כשהיא מהולה בעמדתו שלו מטעם הציבור,³³² דווקא הפרדה בין העמדות תאפשר ליועץ (או לאורגן אחר) להציג את הדין ואת האינטרס הציבורי כהבנתו, במלוא התוקף, בלי שייאלץ לדלל את טיעוניו שלו בשל ההכרח להציג גם את טיעוני הרשות. ייצוג

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

ראו לעיל ליד ה"ש 74.

331

332

מיטבי למדינה יאפשר גם ייצוג מיטבי לציבור. שתי עמדות הצריכות להישמע יזכו לייצוג 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 אדוורסרי, מצד אחד של המתרס ומול צד שכנגד, אינו תפקיד עצמאי או מעין-שיפוטי. אומנם אחריותם של היועץ ובאי כוחו 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 להלכה מטעם הרשויות אך טוען למעשה מטעם עצמו, יידרש לדעתי 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 ולתאגידים סטטוטוריים למשל, אלא גם לרשויות אחרות לפי העניין ולפי הערכאה. בנסיבות מסוימות – ולו במקרים נדירים – ייתכן לייצג בנפרד, או לפחות להציג בנפרד, אפילו עמדות מנוגדות מתוך הממשלה פנימה.³³³ 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 לכוון מונופול ייצוג, כפוף 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 מנהליות" המושכות כל אחת לכיוונה; להקפיד על שוויון ביישום החוק; 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, כפוף לסמכותה העליונה, ובלי לחסום את גישתה לערכאות אם היא דורשת הכרעה שיפוטית לעת מחלוקת בין רשויות לבין פרקליטים.

לבסוף ואולי מעל לכול – יש לשוב לדעתי אל הכלל הראשון של משפט באשר הוא משפט, המצווה כי "יישמע הצד השני". אין לנהל הליך בבית המשפט שבו הממשלה 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 ורשויותיה זקוקות לייצוג בהליכים משפטיים – למען הדין ולמען הציבור יותר מאשר למען עצמן – ועל בית המשפט לתת להן את יומן בטרם יפסוק נגדן, יפסול את

³³³ 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 מנהלית. השוו Herz, לעיל ה"ש 330, בייחוד בעמ' 934–938.

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.