

בג"ץ 5769/18

קבוע לדין: 6.12.18

בית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית דין גבוה לצדק

פורום קהלת (ע"ר) 580553915

ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד אביעד בקשי
או עו"ד אהרן גרבר או עו"ד מאיר בוחניק
או עו"ד מאיר רובין
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724
נייד mbuchnick@kohelet.org.il; 052-7065522

**המבקש להצטרף כידיד בית
המשפט**

בעניין שבין:

1. פרופ' יעל אמתי

2. ועד ראשי האוניברסיטאות

ע"י ב"כ עו"ד רחל בן-ארי (בר רב האי) ו/או אחרים
בית אדם- רח' מעלה השחרור 15, חיפה 3328439
טל' 04-8371505, פקס 04-8370231

העותרים

-נגד-

המשיב לעתירה

משיב לבקשה זו

1. שר המדע והטכנולוגיה

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל' 02-6466590, פקס 02-6467011

בקשה להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט –

בעניין שאלת ייצוגו של המשיב בפני בג"ץ

א. כללי

1. פורום קהלת (להלן – **הפורום**) מתכבד לבקש מבית המשפט הנכבד להצטרף להליך כידיד בית המשפט.

הפורום יבקש להציג עמדת מומחה תמציתית בשאלה האם נתונה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות ייחודית לייצג את הממשלה ולקבוע את עמדתה בפני בג"ץ, כטענתו. שאלה זו עלתה בכל תוקפה בהליך דנן, על רקע סירובו של היועץ המשפטי לממשלה לייצג את עמדתו של המשיב 1 בהליך.

שאלה זו קיבלה משנה חשיבות לאחר שלתשובתו לעתירה צירף היועץ המשפטי לממשלה פירוט של טענותיו העקרוניות בסוגיה זו, על רקע החלטת בית המשפט הנכבד להתיר לשר להציג את עמדתו בעצמו בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

לאחר שהציג היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו בתשובתו מיום 28.11.18 (שני ימי עבודה קודם להגשת בקשה זו), נוצר הכרח לקבלת עמדת ידיד בית המשפט, שאם לא כן – תישמע

בפני בית המשפט עמדה אחת בלבד. העמדה המשפטית הנוגדת איננה מיוצגת כלל. **הדבר נוגד את כללי הצדק הטבעי.**

לא זו בלבד, בעמדה שהציג טוען היועץ המשפטי לממשלה לסמכויות רחבות שזכרן לא בא בחקיקה. ניתן לשער שלא היה מאפשר לגוף אחר להתנהל כך. לעמדה שמציג היועץ השלכות שקשה להפריז בחשיבותן על פעילות הממשלה, על ריבונות הממשלה, ועל היחסים בין הרשויות בישראל.

2. שאלת חוקיותה של החלטת המשיב 1 שלא למנות את העותרת איננה מעניינת.

אלא שכאמור היועץ המשפטי לממשלה הרחיב בתשובתו **בשאלת הייצוג**. היועץ המשפטי אכן נוהג למעשה בהתאם לעמדה שהציג. אשר על כן, אף אם הסוגיה דנן נדונה בהליך זה רק כשאלה אגבית (גם כל האסמכתאות שמציג היועץ המשפטי אינן אלא אמרות אגב), ישנה חשיבות רבה לליבונוה בטרם יאמר בית המשפט את דברו בעניינה, והפורום מבקש להישמע רק בשאלה זו.

עמדתו של היועץ נשענת על אמרות אגב שמעולם לא עומתו כראוי עם עמדה נוגדת. עמדתו אינה מזכירה כלל את החוק החרות, ועלולה להוסיף ולהשתרש תוך פגיעה עמוקה ביסודות המשפט והמשטר. **רבים הסתייגו, לעיתים בחריפות**, מהתפיסה שהוצגה בכתב התשובה שלו, ובהם בין היתר היועצים המשפטיים לממשלה לשעבר חיים כהן, משה בן זאב, ומאיר שמגר. לצדם ניצבות שתי ועדות שהקימה הממשלה לבחינת הסוגיה, ומלומדים שחקרו את הנושא ונתנו עליו את דעתם. בנוסף לכך, התפיסה שהיועץ טוען לה היא תופעה ישראלית ייחודית.

לפיכך וחרף לוחות הזמנים הקצרים, מבוקש לצרף את הפורום כ'ידיד בית המשפט' ולצרף לתיק את עיקרי הטענות התמציתיים הנלווים לבקשה זו.

ב. המבקש – פורום קהלת

3. פורום קהלת הוא עמותה ציבורית שהוקמה בראשית שנת 2012 על-ידי אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה והכלכלה. הפורום פועל לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ולעידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל, ולעידוד מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. בתחום חיזוק הדמוקרטיה פועל הפורום לאיזון בין רשויות השלטון בישראל, לקידום תפיסה דמוקרטית של מושג שלטון החוק, לעידוד אחריות משפטית-שלטונית ולהגדלת השקיפות. כן מבקש הפורום לאפשר לממשלה הנבחרת מרחב פעולה להגשים מדיניות בתחומים שונים, לרבות רפורמות בתחום כלכלה ומינהל. הפורום אינו נתמך על ידי ישות מדינתית כלשהי ולא על ידי בעלי עניין אישי בתחומי עיסוקו.

ג. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט

4. בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כ'ידידי בית המשפט', בחינת בקשה להצטרפות כ-'ידיד בית משפט' תיעשה בעיקר לאור "מידת

התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241 (2000)). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מצד שני – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת-ישראל, פ"ד נג (1) 529 (1999)).

5. כפי שיפורט להלן, סוגיית ייחודיות ייצוג המדינה על-ידי של היועץ המשפטי לממשלה שבה ועלתה פעמים מספר בשנים האחרונות, ומעת לעת הקונפליקט הולך ומתחדד. משמעויותיה חורגות מגבולות המקרה הספציפי שלפנינו. הפורום מבקש אפוא להעלות לפני בית המשפט הנכבד טענות מתחום מומחיותו ועיסוקו, כדי לסייע בפרישת תמונה עובדתית ומשפטית מלאה.

6. כמפורט בפתח הדברים, הפורום מאגד מומחים אקדמאים בתחומי המשפט הציבורי, מדע המדינה, כלכלה ואנשי ציבור וממשל לשעבר. אחדים מעמיתי הפורום עוסקים בסוגיות דן דבר יום ביומו – בהוראה ובמחקר. באשר לעניין הנדון נציין את המחקר שכתב ד"ר אביעד בקשי (הח"מ) "הייעוץ המשפטי והממשלה – ניתוח והמלצות" (2014) ופורסם מטעם הפורום.

המחקר מצורף כנספח א' לבקשה זו.

לאור הידע והניסיון האצורים אצל עמיתי וחוקרי הפורום, ובשל העמדות שהוא מבקש לייצג ולקדם, סבור הפורום כי צירופו ושמיעת טענותיו יועילו לבירור אמיתי של הסוגיה על כל צדדיה, וכי ביכולתו לתרום תרומה של ממש לדיון. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח המצב שנוצר בתיק דן, כשעמדת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה זו מוצגת כעמדה יחידה. כאמור, הדבר נוגד את עיקרי השיטה האדברסרית ואת כללי הצדק הטבעי. חומרה יתירה נודעת לכך בעת שמדובר בשאלת גבולות סמכותו של היועץ עצמו, ופתחון-פה ניתן לו בלבד. צירוף פורום קהלת כ"ידיד בית המשפט" תרפא, ולו במקצת, את הפגם האמור.

ה. עמדות הצדדים בנוגע לבקשת ההצטרפות

7. העותרים העבירו את עמדתם בזו הלשון:

"עניינה של העתירה בסירובו של שר המדע לאשר את מינויה של פרופ' אמתי לתפקיד נגידה בקרן ישראל גרמניה למחקר מדעי וכשרותו של סירוב זה בנסיבות העניין. המבקש מעוניין להצטרף להליך במעמד של ידיד בית משפט על מנת להגיש עמדתו בשאלה (כלשונה): "האם נתונה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות ייחודית לייצג את הממשלה ולקבוע את עמדתה בפני בג"ץ".

העותרים סבורים כי שאלה זו חורגת ממסגרת הדיון בשאלות המצריכות הכרעה במסגרת עתירה זו. כידוע, בקשת הצטרפות במעמד של "ידיד בית משפט" צריכה להיבחן בין היתר בשים לב ל"מהותה של הסוגיה שבמחלוקת" (ר' 7842/16). בענייננו, שאלת הטיעון הנפרד של השר אכן התעוררה אגב הדיון בעתירה, ואולם, המדובר בדיון אגבי להליך שבענייננו ואין הוא מצדיק צירופם של צדדים נוספים שעניינם הינו בשאלה אגבית זו בלבד.

למעשה, לאחר שכבר ניתנה לשר האפשרות להגיש עמדתו הנפרדת לגופו של עניין והוא עשה כן הן בע"פ והן בכתב, וכאשר אין בפיו כל טענה כי עמדתו לא נשמעה, הבקשה הינה אפוא להצטרף להליך על מנת להביא עמדה בשאלה שאינה מצריכה עוד הכרעה בנסיבותיו הספציפיות של הליך זה. בנסיבות אלו סבורים העותרים כי אין מקום להיעתר לבקשה"

ב"כ המשיבים, עו"ד יונתן נדב, העביר את התייחסותו כלדהלן :
"ככל שתבקש על ידי בית המשפט הנכבד תגובה לבקשה, זו תוגש בהתאם להחלטת בית המשפט".

ו. לסיכום

8. מפאת חשיבותה של השאלה שהתעוררה בכל תוקפה בהליך זה, שמיעת טענותיו של הפורום תסייע לבית המשפט לבחון כהלכה את טענות הצדדים ולדון בהן בהתאם למצב החוקי והחוקתי בישראל ועל בסיס תיאורטי מוצק. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר לפורום להציג את טענותיו, לצרף את עיקרי הטיעון הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר לפורום לטעון את טענותיו גם בדיון בעל-פה.

9. יהא זה נכון ומועיל להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן.

10. כתב עיקרי הטיעון יצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

ירושלים,

א' חנוכה, כ"ה בכסלו תשע"ט
3 בדצמבר 2018

ד"ר אביעד בקשי, אריאל ארליך, אהרן גרבר,
עו"ד עו"ד עו"ד

ב"כ פורום קהלת

עיקרי טיעון מטעם פורום קהלת

תוכן העניינים:

- א. הבהרה מקדימה
- ב. חוק
- ג. עקרונות משפט, דמוקרטיה וצדק טבעי
 - מהו "משפט" ומיהו "שופט"
 - פגיעה ברשות השופטת
 - הזכות לקבל ייצוג
 - דמוקרטיה
 - מיהו "המשיב"
 - הבחנה בין עילות
 - עקרון החוקיות
 - כלל ההסדרים הראשוניים
- ד. היסטוריה
- ה. מלומדים
- ו. השוואה בין-לאומית
- ז. פסיקה
- ח. ייעוץ וייצוג
- ט. "הקול האחד"
- י. פרקטיקה
- יא. לחלופין
- יב. סיכום

א. הבהרה מקדימה

1. ברור לכל כי במצב דברים רגיל לא צריכה להיות מחלוקת בין הייעוץ המשפטי, שאמון על סיוע לרשויות למלא את תפקידן בגדרי הדין, לבין בעלי הסמכות. במצב דברים רגיל צפוי וראוי שתתקיים הרמוניה, ובעלי הסמכות ייוצגו על ידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו. השאלה מתעוררת במצבים חריגים שבהם מתעוררים חילוקי דעות שלא יושבו. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי בידיו מונופול על ייצוג הממשלה בפני בג"ץ. ייצוג נפרד אפשרי, לשיטת היועץ, רק בהיתר מפורש מפיו, אשר לא יינתן אלא במצבים יוצאי דופן.

עמדה זו, כפי שהובאה במפורט בתשובת היועץ לעתירה דנן, כפולה היא: **א.** בידיו סמכות בלעדית לייצג את הממשלה בפני בג"ץ; **ב.** בידיו סמכות בלעדית **לקבוע את העמדה** שתוצג בפני בג"ץ.

עמדה זו אינה מבוססת על הדין, שגויה מבחינה קונספטואלית, חריגה בנוף הבין-לאומי ובעייתית מבחינה דמוקרטית; על כל אלו יכתב בתמצית להלן.

ב. חוק

2. בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי קבועה בחוק בהקשר של המשפט האזרחי והפלילי בלבד. כך סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) תשי"ח-1958, קובע כי "בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו". גם בלעדיות זו, במשפט אזרחי, אין יסוד להניח כי היא כוללת בלעדיות בקביעת העמדה. ייצוג בניגוד לעמדת בעל הדין אינו ייצוג, בשום הקשר.
- באשר לדין הפלילי, סעיפים 11 ו-12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982, קובעים כי "תובע", אשר יכול לנהל תביעה מטעם המדינה, הוא היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה, ונציגיהם או מיופי כוחם. היועץ המשפטי לממשלה הוא בעל הסמכות. הוא לא מייצג, הוא מנהל את התביעה. זה ייחודו של התחום הפלילי.
3. שגיאה נפוצה היא כי סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין) תשי"ח-1958 הנ"ל, מעניק מונופול על ייצוג המדינה ורשויותיה בפני כל פורום שיפוטי, כולל בג"ץ.¹ זו טעות גמורה, שהרי סעיף 10 לחוק קובע מפורשות: "חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין אחר, והוא אינו חל על ענינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בועדת ערעורים או עררים".
- החוק הוציא אפוא במפורש את ייצוג הרשויות בפני בג"ץ מכלל ייחודיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה הקיימת בתיקי משפט אזרחי.**
4. פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] קובעת, בסעיף 2, כי עובדי ציבור שהם צד בהליך משפטי מכוח תפקידם, "יכול שיהיו מיוצגים באותו הליך על ידי היועץ המשפטי לממשלה או נציגו".
- יש אפוא אפשרות חוקית כי ייצוג רשויות ועובדיהן בפני ערכאות יעשה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו; אולם בלעדיות ייצוג בפני בג"ץ – אין.
5. תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק התשמ"ד-1984, אף הן אינן קובעות דבר לגבי בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה.
- התקנה היחידה העוסקת במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה היא תקנה 7(ב), הקובעת כי "בית המשפט רשאי להזמין את המשיב לדיון בעתירה אם הוא סבור כי יהיה בכך כדי לסייע לבירורה היעיל והנכון; היה המשיב אדם שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי לייצגו לפני בית המשפט לפי כל דין – יוזמן היועץ המשפטי לממשלה לדיון בעתירה".
- התקנה מבחינה אפוא בין "המשיב" ובין "היועץ המשפטי לממשלה", ומעמדו של האחרון הוא של מי שיוזמן לדיון אם הוא רשאי לייצג את המשיב. מכאן ועד הקניית סמכות בלעדית לייצוג, שלא לומר מונופול על קביעת העמדה שתוצג – הדרך ארוכה עד מאוד.

¹ פרופ' יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת התדיינות בבג"ץ", **משפט וממשל** 2 תשס"ד הע"ש 22 עמ' 169.

6. **סיכום הדברים עד כאן :** מקור חוקי לבלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה בבג"ץ אין בנמצא.

קל וחומר שאין כל בסיס בחוק לטענה כי ליועץ המשפטי לממשלה קנויה בלעדיות על קביעת העמדה אשר תוצג בפני בית המשפט.

7. נציין גם כי החוק מקנה סמכות ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב באופן עצמאי בכל הליך משפטי, אם הוא רואה בכך צורך מסיבות שהחוק מפרט. כך קובע סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. הדעת נותנת כי התייצבות זו תהא מטבע הדברים בהליך שבו המדינה איננה צד, והעניין הציבורי מצדיק שהיא תבוא להשמיע את דברה. כך או כך, אין לבלבל בין **סמכות ההתייצבות** – המסורה כדת וכדין ליועץ המשפטי לממשלה – לבין **סמכות ייצוג וסמכות לקביעת העמדה** שתציג הממשלה בפני בית המשפט.²

ג. עקרונות משפט, דמוקרטיה וצדק טבעי

8. לא מדובר בלקונה, בחוסר תשומת-לב או בשכחה. המחוקק נמנע מלהעניק ליועץ המשפטי לממשלה בלעדיות בייצוג, ובוודאי שלא בלעדיות בקביעת העמדה, וסיבתו עמו:
המשיב בעתירה הוא בעל הסמכות בעניין הפעולה או ההחלטה הנתקפת, ועליו מוטלת האחריות לגביה; הוא מחוייב לקבל החלטה ולעמוד מאחוריה מבחינה אישית, מקצועית, משפטית, ציבורית ופוליטית. ולפיכך אם תיתקף החלטתו בבית משפט – זכאי הוא וזכאי הציבור לכך שעמדתו היא זו שתוצג ותיבחן.

נעמוד להלן על עיקרי הדברים.

9. **מהו "משפט" ומיהו "שופט".** שלילת זכותו של שר המשיב לעתירה להביע את עמדתו באופן אותנטי מונעת משפט צדק. למעשה היא מאיינת כליל את קיומו של משפט. עניינו של המשפט, במקרים שבהם עסקינן, הוא תקיפת פעולה שלטונית, **נשואת הדין**, שנקטה הרשות השלטונית, **בעלת הדין**. בלי עמדתו של מי שפעולתו נתקפת, וללא הצגת עמדה אשר מגינה על הפעולה הנתקפת – אין משפט.

זהו אינו משפט **מן הבחינה המהותית** – שהרי בעל הדין הנתקף בהליך כלל לא מופיע והפעולה הנתקפת כלל לא מיוצגת.

איזה תפקיד נועד לבית המשפט במצב דברים כזה? למעשה, היועץ המשפטי לממשלה מתיימר לתפקד כאן כשופט, ללא כל סמכות חוקית, ללא הליך חוקי, ללא כללי צדק טבעי. **מה תפקידו של בית משפט אם אין לפניו עמדות בעלי הריב? לשמש חותמת לעמדתו של היועץ המשפטי?** האם אין כאן פתח לניצול הליך למטרה שלא לשמה הוא נועד – מתן כוח ליועץ המשפטי להשתמש בבית המשפט כדי לכפות על השר את עמדתו?

² על סמכות ההתייצבות, שבוודאי אינה נוגעת ישירות לענייננו, ראו איתן לבונטין "ייצוג המדינה בבית המשפט", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, 2009, עמודים 203-212.

המקרה דנן ממחיש זאת היטב. אם אכן עמדת "שר המדע והטכנולוגיה" כפי שיוצגה בידי היועץ המשפטי לממשלה היא שהעותרת צודקת, איזו מחלוקת נותרה לבית המשפט לפתור? כיצד **מבחינה דיונית** ניתן לקיים משפט בין שני צדדים שאין ביניהם מחלוקת?

10. **פגיעה ברשות השופטת.** מעבר לפגיעה במשפט, זו גם פגיעה ברשות השופטת. תמציתו של ההליך המשפטי היא הכרעת השופט בסכסוך. תמציתם של סדרי הדין המלווים את ההליך היא למקסם את הכלים שיאפשרו לשופט לפסוק כדין. עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבקשת למדר את בית המשפט מהטיעונים והעמדות שעומדים בלב הדין. עמדה זו מבטאת **חוסר אמון בבית המשפט** וביכולתו להכריע בסכסוך באופן ישיר. דומה כי בכך מבקש היועץ המשפטי לממשלה לשמש "מבוגר אחראי" גם ביחס לבית המשפט, בשוללו ממנו את האפשרות להיחשף לטענות בעל הסמכות כפי שהן. במקרים מסויימים היועץ אף שולל את האפשרות להיחשף לעצם קיומה של מחלוקת.

11. **הזכות לקבל ייצוג.** שלילת זכותו של השר להביא את עמדתו בפני בית המשפט במצבי מחלוקת עם היועץ פוגעת בזכות לייצוג פעמיים:

א. בראש ובראשונה, הרשות המוסמכת לקבל את ההחלטה הנתקפת. זו, כמובן, שר המדע והטכנולוגיה במקרה דנן (כמוסד), ולא היועץ המשפטי לממשלה.

ב. הציבור. השר הרי נבחר ומונה לתפקידו בהליך דמוקרטי. הוא גורם פוליטי המייצג את הציבור אשר שלחו, העניק לו סמכות ותובע ממנו אחריות. בין אם מדובר במדיניות כללית של הממשלה או של שר, ובין אם מדובר בהחלטה ספציפית (שאוילי קשה לקשור בינה ובין רצון הציבור בקלפי) – הציבור זכאי שעמדתו תיוצג גם בהליך המשפטי.

לפיכך, התניית יכולתו של השר להביא את עמדתו בפני בית המשפט בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה פוגעת פגיעה כפולה בזכות לייצוג. לאחרון העבריינים מגיעה, ובצדק, הזכות לייצוג – אך גם לרשויות המוסמכות במדינה, גם לשרי הממשלה ובעקיפין גם לציבור שבחר בהם; וייצוג אין משמעותו 'הבאת עמדתו של בעל הדין', כפי שמבקש היועץ המשפטי לעשות, כי אם **ייצוג טענותיו והנמקותיו באופן ישיר על-ידי מי שמחוייב לעשות כל מאמץ להציג בהגינות ולשכנע בהן כמיטב יכולתו**, כדרכו של עורך דין המייצג את שולחו.

12. **דמוקרטיה.** זכות וטו ליועץ המשפטי לממשלה על העמדה שתוצג בשם השרים בפני בית המשפט פוגעת פגיעה קשה בשלושה אינטרסים וערכים מרכזיים למשטר הדמוקרטי.

א. פגיעה בדמוקרטיה כשלטון העם – נבחר הציבור נבחרו כדי לקדם מדיניות. התערבות שיפוטית במדיניות זו, מבלי שניתנה לנבחר הציבור ההזדמנות אפילו לומר את דברם, פוגעת בהכרעה הדמוקרטית שהעניקה לשר את הסמכות לקבל את החלטות המדיניות. חמור ותדיר מכך, מבנה יחסי הכוח שמציע היועץ בינו לבין שרי הממשלה יביא להתערבות במכלול ההחלטות שמקבלים השרים באופן דמוקרטי. כפי שנפרט להלן, האירועים החריגים שבהם היועץ ייכפה ייצוג על השר ימשטרו מראש את כלל מערכת היחסים ביניהם לתוך מערכת של יחסי קח ותן.

- ב. פגיעה במשילות – סמכות מינהלית אמורה לשכון במקום אחד כדי שניתן יהיה להפעילה בהצלחה. פיזור הסמכות הביצועית בשני מוקדים (להבדיל מן הסמכות השיפוטית המסורה לבית המשפט לאחר הליך נאות), מונע תפקוד יעיל של הרשות המבצעת.
- ג. פגיעה באחריות – היועץ אינו נושא באחריות לכישלון השר ביעדי משרדו, ואילו השר שנכשל יוכל לגלגל מעליו, בשל התערבות היועץ, הן את אחריותו להשגת יעדי משרדו והן את אחריותו לשמירת החוק.

מיהו ה"משיב". מבחינה דיונית, השר נקבע כ"משיב" – לא היועץ המשפטי לממשלה.³ ממילא מתבקשת תשובתו שלו ולא תשובת גורם שלישי. שאלמלא תאמר כן, באיזה מובן השר הוא המשיב? במצבים שבהם מבקש המחוקק או בית המשפט כי תישמע עמדת היועץ המשפטי לממשלה ככזה, הרי שהיועץ יוגדר ישירות כבעל דין – אם כ"יועץ המשפטי לממשלה" בפקודת ההתייצבות ואם כ"מדינת ישראל" לפי חוק סדר הדין הפלילי, כנ"ל.

הדברים נכונים ביחס לכל חילוקי דעות אם ייתגלו בין השר ובין היועץ המשפטי לממשלה. אפילו במצבים (נדירים למרבה המזל) שבהם סבור היועץ כי מדובר בהפרת חוק ברורה וחד משמעית על פניה מצד השר, אין סיבה שלא לאפשר לשר להשמיע את דעתו וליתן את סמכות ההכרעה לבית המשפט. לכך נועד.

13. **הבחנה בין עילות.** הדברים נכונים שבעתיים כשעמדתו של היועץ המשפטי היא שנפל פגם בשיקול הדעת שהפעיל השר בעל הסמכות – סבירות, מידתיות, משקל השיקולים השונים. בבית המשפט עצמו נשמעים קולות שונים ביחס לאופן ומידת השימוש בעילות אלו.
- האלמת עמדתו של בעל הסמכות במצבים כאלה מעצימות שבעתיים את כל הקשיים דלעיל. הפגיעה ברשות המוסמכת ובזכותה לייצוג חמורה במיוחד כאשר מדובר בלב הפעלת שיקול הדעת שנמסר לה; הפגיעה בציבור ובבחירתו הדמוקרטית חמורה במיוחד כאשר מדובר על הפעלת שיקול הדעת הסובייקטיבי (שדווקא משום שהוא כזה הופקד בידי נבחר ציבור); והפגיעה בהליך המשפטי ובבית המשפט חמורה במיוחד – כי חיוני לשמוע כראוי את עמדתו של מי שהפעיל את שיקול הדעת.

14. **עקרון החוקיות.** כתב הטענות של היועץ המשפטי לממשלה בהליך דנן נפתח בעקרון חוקיות המינהל, כבסיס לתפיסת בלעדיות הייצוג (פיסקה 38 בכתב התשובה). להיכן נעלם עקרון חשוב זה בנוגע לסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה? איזה חוק מסמך את היועץ המשפטי להכתיב לשרים את המעשה אשר יעשו ואת הדבר אשר ידברו? איזה חוק מסמך אותו למנוע מבית המשפט לשמוע צד רלוונטי להליך המשפטי אשר מתנהל בפניו? אפילו היה פסק דין מפורש של בית המשפט העליון בעניין זה, לא היה בכך כדי ליצור מקור סמכות, שלגבי רשות מינהלית הוא כידוע חוק בלבד.⁴

³ ראו דבריו של השופט מזוז בבג"ץ 5263/16 נשר – מפעלי מלט ישראלים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (ניתן ביום 23.7.2018).

⁴ ראו דפנה ברק ארזי **משפט מינהלי** א' (2010) עמודים 97; 106 (2010);

15. **כלל ההסדרים הראשוניים.** הסמכות הנתענת של היועץ למנוע מבעל סמכות את הגישה לערכאות אינה מתמצית במקרי הפתולוגיה של עימות גלוי לנוכח בית המשפט. היא ממשטרת מראש את כל מערכת היחסים בין היועץ המשפטי לבין שרי הממשלה בכלל הסוגיות. היא הופכת אותם הלכה למעשה לכפופים ליועץ המשפטי לממשלה בכל החלטותיהם. אין לראותה רק כמשקפת את הכפיפות המובנת מאליה של כל גורמי הממשל לשלטון החוק; היא יוצרת שחקן כוח, גורם פוליטי, שעל פיו יישק דבר. שהרי מערכת יחסים שכזו מחייבת את בעלי הסמכות להגיע מראש להסכמות ולפשרות עם היועץ המשפטי, אשר מנוגדות לשיקול הדעת המוסמך שהיו מבקשים להפעיל אלמלא התנגדות היועץ. מצב כזה בין רשויות השלטון מחייב חקיקה, אם לא חקיקת יסוד. חזקה על היועץ המשפטי לממשלה שלא היה מאפשר לרשות כלשהי שאיבת סמכות בסדר גודל כזה ללא חקיקה מפורשת, ובצדק. **לאור זאת גם בית המשפט הנכבד מנוע מלהעניק סמכות כזו ליועץ המשפטי לממשלה.** בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד, אינו יכול להכריז שזהו הדין, מקום שנחוץ באופן מובהק הסדר ראשוני – בחקיקה או בחקיקת יסוד. היבט זה יסודי בעיצוב יחסי הכוחות בדמוקרטיה הישראלית והתנהלותה של הממשלה אינו עניין לחקיקה שיפוטית.

ד. היסטוריה

ועדות אגרנט ושמגר נקטו עמדה מנוגדת לזו המוצגת בכתב התשובה של היועץ

16. **ועדת אגרנט.** כפי שמצויין לא אחת בפסיקה, מערכת יחסים זו נדונה כבר בדוח ועדת אגרנט משנת 1962 (דוח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בתוך **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי**, עמוד 419 (1993)). זהו הדוח הראשון והמקיף שעסק בסמכויות היועץ המשפטי לממשלה. הפסיקה שמציינת כי ליועץ המשפטי לממשלה סמכות בלעדית לקבוע את העמדה שתוצג בבג"ץ (דיון מפורט על הפסיקה בפרק הבא) – מתיימרת להישען בין היתר על דוח אגרנט. אולם עיון בדוח מגלה כי הוועדה סברה במפורש כי אין ליועם"ש לממשלה סמכות לכפות את עמדתו על הממשלה ושריה:

"אם כי אין כל הוראה מפורשת בחוק בעניין הנדון, הרי מחייב הסדר הטוב במדינה, כי בדרך-כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית של מי שממלא את התפקיד של "היועץ המשפטי לממשלה", ואשר יש לו ההכשרה של שופט בית-המשפט העליון, כאל חוות-דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת, רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול-דעתה שלה ... באשר ליתר הרשויות, השייכות לזרוע המבצעת במדינה, סבורים אנו, כי לא יכול להיות ספק בדבר כי מחובתן לראות את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות חוק ומשפט".

17. ועם זאת, מסיבה לא ברורה, נהפכו הדברים על פיהם כשצוטטו בפסק דין של בית המשפט העליון בשנת 1993. שגיאה זו שבה ומוזכרת מעת לעת, כפי שנעשה כעת בכתב התשובה שהגיש היועץ המשפטי לממשלה. עמד על כך ד"ר איתן לבונטין (ששימש עוזר מחקר של ועדת שמגר שתוזכר להלן) במאמרו "אמת מדומה ואמת כהויתתה: יובל לדוח ועדת אגרנט" (**ספר לבונטין** 132 (2013)):

"דו"ח אגרנט הוקדש ברובו הגדול לסמכויות היועץ בפלילים, עליהן נעמוד בנפרד. רק בשולי הדוח התייחסה הוועדה גם לשאלה נוספת, והיא 'האם העצה המשפטית, שנתן היועץ המשפטי לממשלה, בעניינים שהם מחוץ לתחום העונשין, מחייבת אותה'. לשאלה זו השיבה הוועדה 'לא' ברור. למרבה הפלא, תשובת הדין הקיים היא 'כן' מהדהד. לא זו בלבד, אלא שהדין האומר 'כן' התעקש להישען דווקא על הדוח האומר 'לא'; ומניה וביה הלכה ונוצרה אמת מדומה על האמור בדוח, שברבות הזמן נעטפה גם במסורת משפטית שלא באמת הייתה, בהלכות פסוקות שלא באמת נפסקו ואפילו בחקיקה שלא באמת נחקקה".

מאמרו של ד"ר לבונטין "אמת מדומה ואמת כהווייתה" מצורף כנספח ב'

חשוב להדגיש: את ניתוח המצב לגבי סמכויות העצמאיות של היועץ בתחום הפלילי השתיתה ועדת אגרנט על נוסח החוק החקוק; בעוד ההמלצה בתחומים שאינם פליליים נשענה על הסדר הטוב הראוי בעיני חברי הוועדה, אגב ציון העובדה שאין כל חקיקה המעניקה ליועץ המשפטי סמכות כפייה.

18. **ועדת שמגר.** בעקבות פרשת ניסיון מינוי יועץ משפטי לממשלה בשנת 1996 מנתה ועדה בראשותו של השופט בדימוס מאיר שמגר לבחון את דרכי מינויו של יועץ משפטי לממשלה וסמכויותיו. חברה היו מאיר שמגר, דוד ליבאי, משה ניסים, רות גיבזון וחיים צדוק. בשנת 1998 פירסמה את מסקנותיה. לגבי נושא דיונו קבעה הוועדה כך:

"יש נושאים שהם חד-משמעיים מבחינת מהותם ותוצאותיהם המשפטיות. אולם, יש נושאים, בעיקר בתחום יישום זכויות היסוד החוקתיות, מול טענה בדבר חקיקה רגילה שאינה מקיימת את הכללים שבסעיפי ההגבלה אשר בחוקי היסוד משנת 1992... או בנושאי המינהל הציבורי התקין, בהם יכולות להתגלות עמדות שונות שאינן מוצאות פתרון לפני תחילת ההליכים... במקרים כגון אלה יכול לעלות הרצון מצד הרשות הממלכתית, בין זו המבצעת ובין זו המחוקקת, לפרוש גם את עמדתה בפני בית המשפט ולהתמודד בבית המשפט עם עתירה או תובענה המוגשת נגד הרשות הממלכתית" (דוח ועדת שמגר, עמוד 73).

הוועדה הוסיפה כי

"אין לדרוש מן היועץ המשפטי כי יטען בבית המשפט טענות שאינן מקובלות עליו מאחר ואינן חוקיות או אינן הולמות את העקרונות החוקתיים המנחים אותו", ויחד עם זאת

"מבחינת הכללים החוקתיים המנחים צריך להזכיר כי לרשות רשמית, כמו לכל אדם, הזכות להיות מיוצגת על ידי עורך דין שיפרוש את עמדתה בפני בית המשפט בצורה המשכנעת ביותר שהדין והאתיקה מאפשרים" (דוח ועדת שמגר, עמוד 71) (שם).

19. **מסקנת ועדת שמגר היתה כי הכלל הראוי בנסיבות אלו הוא כדלקמן:**

"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, הנכון להציג טעמיה של הרשות הממלכתית בפני בית המשפט. במילים אחרות, אין לצאת מתוך הנחה שהיועץ המשפטי יטען בבית המשפט בניגוד לחוות דעתו ויתאר את מה שלדעתו שחור, כלבן. אולם, יש נסיבות – בהן אין המדובר כאמור על אי-חוקיות ברורה וגלויה – אשר אין בהן לשלול מרשות שלטונית את יומה בבית המשפט, היינו את הניסיון לשכנע את בית המשפט בחוקיות עמדתה.

זאת... במקרים של חילוקי דעות בתום לב בנושא היכול להיות נתון לפרשנויות שונות"
(שם, עמוד 74).

ה. מלומדים

20. למחקר שפורסם כאמור לעיל על ידי פורום קהלת, קדמו מאמרים ומחקרים נוספים. נביא בתמצית מעט מובאות מתוכם.

המאמרים מצורפים במלואם כנספחים לעיקרי הטיעון, נספחים ג-ד.

21. פרופ' רות גביון, שכינה כחברה בוועדת שמגר, הוסיפה וכתבה בכמה הזדמנויות על אודות העניין. כבר לפני שני עשורים הזהירה מפני בלבול בשאלה למי היועץ המשפטי מחויב, ומיהו הלכות שלו:

"לעיתים יש פיתוי לקבוע כי במקרה של היועץ המשפטי לממשלה, הלקוח אינו הרשות עצמה, אלא בית המשפט או החוק לפי תפיסתו של היועץ המשפטי. גם כאן כמו לגבי היועץ, אני סבורה שעמדה זו מטעה ומסוכנת. גם אם יש טעמים כבדי משקל, מהותיים ומערכתיים, להבדלים משמעותיים בין תפקיד המייצג המשפטי במגזרים הפרטי והציבורי, אסור להשכיח את יסוד המחויבות של מייצג כלפי זה שהוא מייצגו".⁵

22. שנים אחדות לאחר שפורסם דו"ח ועדת שמגר, כתבה גביון יחד עם ד"ר איתן לבונטין, שיחד את עבודת הדוקטור שלו לשאלה זו, דברים נוקבים בדבר ההתעלמות ממסקנותיה הברורות בפסיקת בית המשפט העליון:

"ועדת שמגר אינה ראשונה לעסוק בייעוץ המשפטי, ואף אינה מביאה את העיסוק המשפטי בו לידי גמר. עם זאת, מובנת מאליה הציפייה כי הדיון ביועץ המשפטי ייעשה כיום על רקע העובדה שוועדת שמגר קמה ואף גיבשה מסקנות והמלצות. טבעי בעינינו כי דו"ח הוועדה יהא נקודת מוצא, או לכל הפחות נקודת ייחוס, הן לתומכיו והן למי שחולקים עליו בשאלה זו או אחרת.

והנה נתבדתה מחשבתנו בדבר מה שטבעי או מובן מאליו: בית המשפט העליון חזר וקבע לאחרונה, בלשון חריפה מאי פעם, כי עמדת היועץ בשאלה משפטית זו היא עמדה מחייבת; אך עשה כן בלא שהזכיר כלל את גישתה השונה של ועדת שמגר בשאלה זו, וממילא בלא שניסה להתמודד עמה. בכל הכבוד נראה לנו כי בית המשפט המשיך בקו של חשיבה ופסיקה אשר אינו מעמיד עצמו למבחן מול עמדות נוגדות, ואשר נוטה לקבע גישה שלא זכתה להנמקה וליבון של ממש.

לדעתנו טעות היא לקבוע כי לעמדת היועץ כוח מחייב... כן נראה לנו, בכל הכבוד, כי גישת העמדה המחייבת משקפת טשטוש מסוים בראיית כמה עקרונות יסוד של דמוקרטיה ומשפט. עקרונות אלו זקוקים לרענון ולהדגשה מחודשת על מנת שייראו ביתר חדות, הן בדיון העקרוני על מוסד היועץ המשפטי והן בדרך שבה מיישומים בפועל ההסדרים הנהוגים מעת לעת".⁶

23. ובאשר לפרקטיקה הנוהגת אצל יועצים משפטיים לממשלה בשנים האחרונות (כפי שיוצג בקצרה בהמשך), המגובה לעיתים באמרות בפסיקת בית המשפט העליון (כפי שיוצג גם כן בהמשך), כתבו גביון ולבונטין כזאת:

צריך אפוא לקום ולשאול: מהי שלילת ייצוג, מכוח סמכותו השלטונית של היועץ המשפטי, אם לא כפיה שלטונית המדכאת ומשתיקה את היכולת להביע דעה? ואיזו דעה? - דעתן של רשויות ציבוריות ובראשן הממשלה, אשר חזקה שהיא מייצגת את רצונו של הריבון בכבודו ובעצמו! נזכיר שוב: אין לפנינו שאלה מי צודק או מי קובע, שכן

⁵ רות גביון "בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 44 1997.

⁶ איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר 221 2003

ההכרעה היא לעולם בידי בית המשפט. הוויכוח הוא אך ורק על הזכות הבסיסית להשמיע דעה, אותה דעה, 'שניתן נפשנו על הזכות להשמיע'. השאלה היא רק אם תיתכן כפיה שלטונית מטעם יועץ משפטי (נבחר או ממונה), המביאה לסתימת פיה של הרשות הציבורית בבית המשפט.⁷

24. ועל אודות מאמציו של היועץ המשפטי לממשלה למנוע מבית המשפט לשמוע את עמדתו של המשיב כפי שהיא, תוך ייצוג ראוי, המשיכו והעלו הכותבים תהיות נכוחות:

אדרבה ואדרבה: אם עמדת הממשלה כה שגויה ומקוממת – מדוע תושתק מאחורי הקלעים ולא לאור השמש במשפט פומבי? מדוע לא תנוצל ההזדמנות לחנך את הציבור ולהסביר לו את מותר האמת מן השקר? היועץ מצידו יאמר את דעתו מראש, בתקיפות הנדרשת, ויעמיד את הממשלה על חומרת כוונותיה או מעשיה לפי מיטב הכרתו המשפטית. אבל אם זו ממאנת ומתעקשת – מדוע לא תקבל תזכורת כואבת, כל אימת שתשכח, לסמכותו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה? אם אינה שועה לו בעניין ברור כשמש אשר 'לא תתכן עליו מחלוקת' ואשר כל משפטן "סביר" יודע את תוצאתו מראש – מדוע לא יאפשר היועץ התמודדות פומבית, יכה את הממשלה מכה אחת אפיים וילמד הלקח לעתיד לבוא, והכל לעיני הציבור ולמען חיזוק שלטון החוק?.. לנו נראה כי סירובו של היועץ לאפשר התמודדות עלול להתפרש בין כהודאה בכך שהוא חושש ואחרי ככלות הכל אינו בטוח בצדקתו; ובין כאי אמון, מסיבה זו או אחרת, בכוחו של בית המשפט לפסוק כדין ולהגיע לתוצאה הנכונה. כך או אחרת אין הדבר רצוי כלל ועיקר."

25. את הרעיון כי יומו של המשיב בבית המשפט אינו אלא יומו של היועץ המשפטי לממשלה, כינו גביוזן ולבונטין "טענה משונה ומקוממת", והסבירו היטב מדוע:

"ביסודו של דבר 'יומו' של אדם בבית המשפט הוא חופש הביטוי שלו במסגרת ההליך השיפוטי. פשוט וברור הוא שיום זה נועד לאדם אשר מעשיו והחלטותיו שלו עומדים למבחן, אשר פסיקת בית המשפט תכוון אליו, אשר עלול לשלם מחיר כבד אם בית המשפט יפסוק לחובתו, ואשר יישא בעצמו במלוא האחריות ליישום הכרעת הדין ולמצב שיווצר בעתה... אם החלטת הרשות מותקפת ועומדת למבחן שיפוטי, לעג לרש הוא לומר שההזדמנות האחת להישמע שייכת לגורם אשר לא קיבל את ההחלטה המותקפת, ואשר אינו נושא באחריות לא ליישומה ולא למצב שיווצר אם תיפסל. לעג כפול ומכופל הוא לומר שאותו גורם רשאי להצטרף אל התוקפים, ובעצם הצטרפותו לשלול מהן הרשות את זכותה להגנה עצמית. על כן משונה ומקוממת בעינינו, בכל הכבוד, הטענה שהיום בבית המשפט הוא יומו של היועץ המשפטי."⁸

26. גם אם כוונות טובות עומדות ביסוד עמדתו ודרך התנהלותו של היועץ המשפטי לממשלה, וגם אם חשש כן לשלטון החוק כפי הוא מבין אותו, אין בכך כדי להצדיק את עמדת הבלעדיות בייצוג:

"מוסכם על כולנו, כמדומה, כי נורמות השלטון בישראל רחוקות מלהיות כליל השלמות; וכי דרושה ערנות מתמדת במאבק על שלטון החוק ועליונות המשפט. אפשר גישת העמדה המחייבת היא מוצא לתחושה של תסכול וייאוש נוכח תופעות פסולות שלא קל לעקור מהשורש. אולם תסכול וייאוש אינם יועצים טובים, גישת העמדה המחייבת נובעת ללא ספק מכוונה טובה ומבורכת, ולא פעם אמיצה, להגן על ערכים הראויים להגנה. אבל כוונות טובות מרצפות את הדרך גם אל מקומות שמוטב להתרחק מהם."⁹

27. פרופ' יצחק זמיר כותב ומתבטא לעיתים באופן ההולם את הנחות המוצא שהציג היועץ המשפטי לממשלה בתשובתו. אולם בעניין דנן גם הוא חלוק על היועץ. בספרו על המשפט

⁷ שם, בעמוד 259.

⁸ שם, בעמוד 261.

⁹ שם, בעמוד 286.

המינהלי משנת 2017, בבואו לאפיין את התפקידים והסמכויות של היועץ המשפטי לממשלה, מציין זמיר כזאת:

"אכן, מבחינה מעשית, הממשלה יכולה לפעול בניגוד לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, וכן גם כל רשות מינהלית אחרת, שהרי החוק הקנה את הסמכות לרשות, ובידי הרשות להפעילה לפי שיקול דעתה. גם מבחינה זאת אין הבדל בין הממשלה כגוף לבין שר בממשלה או כל רשות מינהלית אחרת, למשל הממונה על רישוי כלי ירייה במשרד הפנים. נניח כי רשות מינהלית, תהיה זאת הממשלה או הרשות הממונה על רישוי כלי ירייה, החליטה לבטל רישיון מסוים אף שהיועץ המשפטי לממשלה קבע בחוות דעת כי על פי החוק אין לה סמכות לבטל את הרישיון. מבחינה משפטית הביטול תופס, אף שהוא בניגוד לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. אלא מאי? אם הרשות המנהלית תחליט לפעול בעניין מסוים בניגוד לחוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, היא מקבלת על עצמה את האחריות...¹⁰ יתירה מזאת. בכך היא תקבל על עצמה סיכון גדול הכרוך בקבלת החלטה שהיא לכאורה בניגוד לדין."¹⁰

ומוסיף ומציין כי –

"מדובר בסיכון בלבד, משום שאם שאלת החוקיות של ההחלטה שנתקבלה על ידי הרשות המינהלית תעלה בפני בית משפט, אפשר שבית המשפט יפסוק כי היועץ המשפטי לממשלה טעה בחוות דעתו."¹¹

הפרק הרלוונטי בספר "משפט מינהלי" מצורף כנספח ה'

ו. השוואה בין-לאומית

28. הצורך לקיים שלטון חוק, קיומה של ביקורת משפטית על פעולת הרשויות, ועליונותו של המשפט – כולם אינם ייחודיים למדינת ישראל. מועיל אפוא לבחון כיצד מדינות אחרות מתמודדות עם שאלת ייצוגה של הרשות בפני בית המשפט. לשם כך נציע לבית המשפט הנכבד לעיין במחקר שפרסם פורום ד"ר אביעד בקשי במסגרת פורום קהלת בעניין, שצורף כאמור כנספח א', וכן בעמודים 51-60, 143-152, 172-202 למחקרו של ד"ר איתן לבונטין, "ייצוג המדינה בבית המשפט (חיבור לקבלת תואר דוקטור במשפטים (2009))".

לצורך הנוחות, נסתפק בהצגת שתי טבלאות תמציתיות המעניקות תמונה השוואתית כללית של המקובל בשלטון המרכזי של ארצות הברית, בריטניה, קנדה וגרמניה.

¹⁰ יצחק זמיר **משפט מינהלי** (כרך ד עמוד 2412) (2017).

¹¹ שם בהערת שוליים 31; זמיר מפנה בעניין זה לבג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 76 לפסק דינו של השופט סולברג.

היועמ"ש מול נשיא/ממשלה

גרמניה	קנדה	בריטניה	ארה"ב	
✓	✓	✓	✓	האם היועץ המשפטי לממשלה ¹² הוא תפקיד פוליטי?
✓	✓	✓	✓	האם הנשיא/ממשלה רשאים לפעול נגד עמדת היועץ?
✓	✓	✓	✓	האם הנשיא/ממשלה רשאים להכתיב ליועץ את העמדה שתוצג בשם בפני בימ"ש?
✓	✗	✓ ¹³	✓	האם הנשיא/ממשלה רשאים להשתמש בייצוג חיצוני ללא אישור היועמ"ש?
✓	✓	✓	✓	האם היועץ מנוע מלהשיב לפניית גורם שאיננו ממשלתי?
✓	✓	✗	✓	האם הנשיא/ממשלה רשאים לכפות סודיות על חו"ד היועץ?
✓	✓	✓ ¹⁴	✓	האם היועמ"ש מנוע מליזום חו"ד בהיעדר פנייה ממשלתית?

היועמ"ש מול שר

גרמניה	קנדה	בריטניה	ארה"ב	
✓	✓	✓	✓ ¹⁵	האם שר רשאי לפעול בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה?
✓	✓	✓	✗	האם שר רשאי להכתיב ליועץ את העמדה שתוצג בשמו בבימ"ש?
✓	✗	✓	✗ ¹⁶	האם שר רשאי להשתמש בייצוג חיצוני ללא אישור היועמ"ש?
✓	✗	✓	✓	האם יועץ משפטי של משרד ממשלתי כפוף לשר בענייני משפט?

יש לשים לב:

א. לצורך השוואה נכונה יש להתמקד בהבדלים בין תפקידו של שר בישראל לבין תפקידו בארצות הברית. בארה"ב קודקוד הרשות המבצעת הוא הנשיא בלבד ואילו השרים הם למעשה פקידים בכירים. בישראל (וביתר המדינות המשוות להלן) קודקוד הרשות המבצעת הם כלל שרי הממשלה. על כן בעניינים שבהם הסמכות המיניסטריאלית העליונה מסורה בישראל לשר ההשוואה הרלוונטית בארצות הברית היא לסמכות הנשיא ולא לסמכות השר.

ב. בכל המדינות המשוות היועץ המשפטי לממשלה הוא שר בממשלה אשר מכהן כמשרה פוליטית מובהקת. על כן גם במקרים המעטים שבהם מצאנו סמכות כפייה – הרי שמדובר

¹² ישנם שמות שונים לנושאי התפקידים במדינות השונות. אנו מתייחסים למקבילה של היועמ"ש בישראל בתפקידיו כממונה הראשי על מערכי הייעוץ והייצוג. איננו עוסקים בתפקידיו כתובע כללי.

¹³ בבריטניה כל הייצוג נעשה באמצעות עורכי דין פרטיים.

¹⁴ ישנן סוגיות ספציפיות שבהן קיימת חובה סטוטורית לקבל חוות דעת מהיועץ.

¹⁵ אמנם קיימת בארה"ב מחלוקת מלומדים בסוגיה זו אך בוודאי שאין חובה מפורשת על שר לציית ליועמ"ש. עם זאת, במקרה שבו שני שרים חולקים והנשיא לא הכריע, חוות דעתו של היועץ תכריע.

¹⁶ יוער כי אמנם בחקיקה הפדרלית הוענק ל-AG מונופול על ייצוג משרדי הממשלה בערכאות, אולם לחקיקה זו חריגים רבים, והסמכות לאישור ייצוג נפרד נתונה לקונגרס, לא ל-AG.

בחלוקת עבודה מיניסטריאלית בקרב שרי הממשלה, ובכל אופן כהונת מקבל ההחלטה תלויה בכל עת בהחלטה פוליטית של ראש הממשלה או הנשיא.

ג. תשומת לב מיוחדת יש ליתן לבריטניה וגרמניה, מעבר למובא בטבלה להלן. **בריטניה** ברירת המחדל היא ייצוג משרדי הממשלה באמצעות פאנלים של עורכי דין פרטיים שמתוכם ראשי המשרד לבחור עורך דין שייצג אותו ביחס לכל תיק ספציפי. **גרמניה** משרדי הממשלה מיוצגים ישירות בידי המחלקות המשפטיות הפועלות במשרדי הממשלה ללא כפיפות כלשהי למשרד המשפטים, ותוך חובת נאמנות וסודיות מלאה כלפי השר.

ד. נציין כי מאז שהתפרסם המחקר חלה בשנת 2015 התפתחות ארגונית משמעותית בבריטניה והעברת מרבית הייעוץ המשפטי לכאלפיים עורכי דין המשרתים ב-Government Legal Department. עם זאת, לעניין דנן, שליטת השרים במי שייצג אותם ובעמדה שתוצג בשםם נותרה בעינה.

ז. פסיקה

29. היועץ המשפטי לממשלה מסתמך בתשובתו באריכות על אמרות של שופטים והרכבים שונים של בית משפט זה בשנים האחרונות.

לעמדתנו, בכל הכבוד, החוק הישראלי אינו מאפשר לבית המשפט לייצר יש מאין כפיפות של הממשלה ליועץ המשפטי לממשלה. הדבר נוגד את עקרון הפרדת הרשויות באופן הבסיסי ביותר. לפיכך אפילו היתה פסיקה כזו, על בית המשפט הנכבד היה לתקנה.

העמדה הזו מתבססת ביסודה על הבנה שגויה של הבנת המלצות וממצאי ועדות שמגר ואגרנט. לצד זאת, נבקש להראות כי לצד מגמה כללית הנוטה לאמץ את תזת "בלעדיות הייצוג של היועץ המשפטי", ניכר כי בית המשפט חש היטב בקושי המשפטי והדמוקרטי הגלום בה, ומשדר אמביוולנטיות.

30. התומכים בעמדת בלעדיות הייצוג מרבים לצטט עניין **אמיתי**¹⁷ משנת 1993. בפסק הדין נדון סירובו של ראש הממשלה דאז רבין לפטר את שר הדתות רפאל פנחסי. ראש הממשלה הגיש לבית המשפט עמדה מטעמו לצד עמדת היועץ המשפטי. כפי שצוטט בתשובת היועץ המשפטי לממשלה בהליך דנן, בפסק הדין מתיימר השופט ברק להסתמך בין השאר על דו"ח אגרנט הנ"ל משנת 1992. אולם שגגה נפלה בידו, שכן דו"ח הוועדה נקט עמדה הפוכה מזו שמיוחסת לו בפסק הדין.

בכתב טענותיו מבקש של היועץ המשפטי לממשלה ליתן משנה חשיבות לפסק הדין לאור הסכמת ארבעת השופטים האחרים שישבו בהרכב. אולם דבריו של השופט ברק נאמרו **באמרת אגב בלבד**, ואילו הסכמת ההרכב היתה לקונית, והתייחסה לעיקר הדין בלבד.

והנה מה שכתב בעקבות פסק הדין השופט חיים כהן:

"מקום שהממשלה או אחד משריה לא קיבלו עצתו של היועץ המשפטי – אפילו בשאלה משפטית, ומכל שכן בשאלה שמשפטיותה שנויה במחלוקת – והם עומדים על כך שבית המשפט יכריע ביניהם לבינו, בעתירה שהוגשה נגדם מצד אחד האזרחים, אין היועץ המשפטי יכול – ואין זה יאה לו – לסתום להם את הפה ולכוף עליהם את דעתו הר כגיגית. הדרך הנכונה ליועץ המשפטי

¹⁷ בג"ץ 4287/93 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, מז' (5) 441 (1993).

ללכת בה היא, לדעתי, ליפות כוחו של עורך דין פרטי שיטען בבית המשפט את טענות הממשלה – בין אם יתייצב גם היועץ המשפטי בעצמו או על-ידי אחד מפרקליטי המדינה להגן על חוות דעתו, ובין אם יסתפק במתן הסכמה לעשיית הצו המבוקש".¹⁸

מאמרו של חיים כהן מצורף כנספח ו

31. בעניין **יואל לביא**¹⁹ קבע היועץ המשפטי כי מינויו של העותר למנכ"ל מינהל מקרקעי ישראל אינו חוקי. הממשלה חלקה. היועץ המשפטי לממשלה בתשובתו בהליך דן מבקש לטעון כי החלטת בית המשפט שם תומכת בעמדתו בעניינו. התמונה שמציג היועץ בתשובתו, בכל הכבוד, אינה שלמה. בפסק הדין אמנם ציין בית המשפט כי חוות דעתו של היועץ מחייבת את הממשלה ורשויותיה, אולם הוסיף וסייג "אלא אם כן הכריע בית המשפט אחרת". ההבחנה בין הייצוג והייעוץ חשובה, שהרי אם לא יינתן ייצוג לעמדת השר כיצד יוכל בית המשפט "להכריע אחרת"?

עוד יש להבהיר כי לצד המובאה שציטט היועץ בתשובתו דן, נאמרו בפסק הדין דברים נוספים. הנה כך:

"השאלה המתעוררת בנסיבות העניין הינה האם רשאי היה היועץ המשפטי לממשלה לקבוע בחוות-דעתו כי 'לא ניתן להביא את מועמדותו של מר לביא [העותר] בפני הממשלה'. במילים אחרות; משהגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה כי העותר פסול מלהתמנות למשרת מנהל המינהל, האם בדין הוסיף וקבע כי הממשלה מנועה מלדון במועמדותו של העותר [...] על-פני הדברים, עמדה זו מעוררת קושי ניכר. עקרון יסודי במשפט הציבורי הינו כי החובה והאחריות להחליט, מוטלת על מי שסמכות ההכרעה נתונה בידיו כדין [...] ככלל, החובה והאחריות לפעול בהתאם לחוות-הדעת האמורה מוטלת על הרשות המוסמכת, ואל ליועץ המשפטי לאכוף בעצמו את חוות-דעתו שניתנה כובעו הייעוצי-פרשני."

32. בעניין **התאחדות הסוחרים**²⁰ שעסק בחוק המרכולים התעוררה שוב בשולי הדברים השאלה האם היה מקום לאפשר לשר הפנים ייצוג נפרד. הנשיאה נאור שללה זאת, בהתאם ל"הלכה" בעניין, כמובא בתשובת היועץ בהליך דן. הנשיאה כתבה כי "עמדתן של הרשויות (להבדילה מדעתם האישית של האישים המכהנים בהן) בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה". בכל הכבוד, קשה להלום דברים אלו, השוללים מבעל הסמכות והאחריות את הסמכות והאחריות על מה שיוצג בבית המשפט.

33. עמדת היועץ בתשובתו מתבססת באופן מכריע על האמור בעניין **גיני**,²¹ שעסק באפשרות של בית עסק להכריז על עצמו ככשר, בלי תעודת כשרות מטעם הרבנות הראשית לישראל. היועץ המשפטי לממשלה סירב להציג את עמדת הרבנות בפני בית המשפט. בדיון השתאו השופטים נוכח הניסיון של היועץ המשפטי לממשלה להסתיר את עמדתו של הרב הראשי והרבנות הראשית. בית המשפט תהה מדוע עליו לשמוע על קיומה של עמדה זו מכלי התקשורת, והורה בהחלטה מיום 13.5.2015 על הצגת העמדה על ידי היועץ המשפטי של הרבנות. בפסק הדין שניתן לבסוף התייחסו חברי ההרכב לסוגיה. כבוד השופט סולברג נקט עמדה המצדדת בדו"ח ועדת שמגר, וקבע כי כל עוד לא מדובר באי חוקיות גלויה וברורה, ראוי לאפשר

¹⁸ חיים כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב 265, 285 – 286 (1994).

¹⁹ בג"ץ 4646/08 **יואל לביא נ' ראש הממשלה** (ניתן ביום 12.10.2008).

²⁰ דנג"ץ 3660/17 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (ניתן ביום 26.10.2017).

²¹ בג"ץ 6494/14 **שי גיני נ' הרבנות הראשית** (ניתן ביום 06.06.2016).

לרשות להביע את עמדתה. כבוד השופטים רובינשטיין ושהם סייגו את עמדתו, וכתבו כי ייצוג עצמאי יש לאפשר רק במקרים חריגים ביותר (הציטוטים מופיעים בתשובת היועמ"ש דנן), ואין לראות בהחלטתה שניתנה בהליך הזה משום תקדים. למעשה, יש לזכור, ההחלטה האופרטיבית שניתנה בתיק העניקה הכירה בזכות הטיעון של בעל הסמכות.

ח. ייעוץ וייצוג

34. השאלה האם ועד כמה ייעוץ משפטי שניתן על ידי היועץ המשפטי לממשלה מחייב את הממשלה דורשת דיון נפרד. עמדתנו – וגם היא נתמכת בין היתר בדו"חות אגרנט ושמגר – מפורטת במחקר שצורף נספח א', והיא שלעולם הסמכות נשארת בסופו של דבר בידי של בעל הסמכות.

35. כך או כך, גם תומכי דוקטרינת "הייעוץ המחייב" אינם יכולים להסכים לבלעדיות הייצוג. זאת מאחר שלא יכולה להיות מחלוקת כי המילה האחרונה בדבר חוקיותה של פעולה נתונה לבית המשפט. גם באמירות של בית המשפט העליון התומכות לכאורה בייעוץ המחייב, הבהיר בית המשפט כי כך הדבר "כל עוד לא פסק בית משפט אחרת". כיצד אפוא יכול בית המשפט "לפסוק אחרת" אם נמנעת ממנו העמדה שבמחלוקת?

ט. "הקול האחד"

36. אכן, כפי שצויין בפסיקה, קול אחד צריך להישמע בבית המשפט מטעם הממשלה. זהו קולו של בעל הסמכות לפי דין לבצע את המעשה הנתקף או לקבל את ההחלטה הנתקפת. אם ישנם חילוקי דעות בממשלה, על פי תקנון הממשלה יכריע בהם ראש הממשלה או הממשלה במליאתה.²² מצב שבו לשתי רשויות ישנה אותה סמכות הוא חריג ונדיר, וגם במצבים כאלה על הממשלה להכריע למי תהא הבכורה.

37. דילמת ה"שטיבלך", כפי שכינה אותה השופט רובינשטיין,²³ איננה אלא תוצאה של העמדה המעניקה ליועץ המשפטי לממשלה סמכות להכתיב עמדה, או אפשרות להציג עמדה נפרדת מזו של בעל הסמכות. ברור כי על דרך הרוב ובמצב דברים רגיל הייצוג נעשה על מי מנוחות בידי פרקליטות המדינה, האמונה גם על אינטגרציה בעמדות המשפטיות שהמדינה מביעה מול בית המשפט. אולם במצבים החריגים של חילוקי דעות, הקול שעל בית המשפט לשמוע הוא קול אחד, ואותנטי, המייצג כראוי את בעל הסמכות.

38. קולם של עותרים נשמע בבית המשפט ממילא. חזקה עליהם כי ייוצגו כראוי. כדי שבית המשפט יוכל להכריע כראוי במחלוקת, עליו לשמוע את קול המשיבים, קול אחד וברור. לפיכך ברור

²² ראו תקנון הממשלה ה-34, סעיף 6; תקנון הממשלה ה-33, סעיף 6; תקנון הממשלה ה-32, סעיף 6; תקנון הממשלה ה-31, סעיף 9; תקנון הממשלה ה-30, סעיף 9.

²³ "תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מנגינות מתוים שונים, משל היו אלה "שטיבלך" של נוסחים שונים." בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (ניתן ביום 04.07.2012).

שאין די במחווה ב'דיווח' שיעביר נציג היועץ המשפטי לממשלה על עמדתו של בעל הסמכות. זהו אינו ייצוג; ייצוג משמעותו העלאת כל ההצדקות והטיעונים האפשריים כדי לשכנע את בית המשפט בחוקיות ההחלטה או הפעולה הנתקפת. זו תמציתה של השיטה האדברסרית.

י. פרקטיקה

39. כפי שמתאר היועץ המשפטי בתשובתו בהליך דנן, הפרקטיקה שהשריש היועץ המשפטי לממשלה²⁴ היא כי הסמכות לקבוע האם יותר ייצוג אותנטי במצבים של מחלוקת בין בעל הסמכות והיועץ המשפטי לממשלה – **נתונה בלעדית בידיו של היועץ המשפטי**. בידיו להחליט האם להעלים את עמדת המשיב לחלוטין (כפי שאירע בעניין גיני הנ"ל), האם להטמיע בתוך תגובתו שלו לעתירה גם את שיקוליו של בעל הסמכות, בדרך של פראפרזה (כמו שאירע בתיק דנן), האם להתיר לבעל הסמכות לצרף תצהיר מטעמו (כמו בעניין העתירות בנושא ההסדרים בכותל המערבי²⁵), או האם להתיר לו ייצוג נפרד לחלוטין, כפי שאירע בעניין החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, תשע"ז-2017 (בעניינו של נציב הביקורת על הפרקליטות דוד רוזן כדלהלן).

על פי פרקטיקה זו היועץ המשפטי לממשלה משמש למעשה צנזור כלפי בית המשפט; הוא יחליט באיזו מידה יותר לבית המשפט להיחשף לעמדתו האמיתית של מי שקיבל את ההחלטה הנתקפת.

40. למצב דברים זה השלכות קשות. לדוגמה, הוא הביא, בין היתר, להתפטרותה של נציבת הביקורת על הפרקליטות. נציבת הביקורת חיברה דו"ח ובו ביקורת על התנהלות של אנשי הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה בפרשייה מסויימת. הללו הגישו עתירה לבג"ץ נגד פירסומו (!).²⁶ הנציבה ביקשה לייצג את עמדתה כמשיבה בפני בית המשפט.²⁷ היועץ המשפטי לממשלה, שנעלמו מעיניו ניגודי העניינים שהיה נתון בהם, אסר זאת עליה. לימים, לאחר שמונה נציב ביקורת חדש, הותר לו לייצג את עמדתו בפני בג"ץ בתיק אחר שנגע גם כן לשאלת סמכותה של נציבות הביקורת, למרות שאותו עניין לא היו ניגודי עניינים בין הנציב והפרקליטות.²⁸

נדירים המצבים שבהם האבסורד מומחש טוב יותר, אבל ההמחשה מאירת עיניים: היועץ המשפטי נתון בניגוד עניינים אינהרנטי כשהוא נטל לעצמו (!) סמכות לקבוע האם וכיצד תוצג עמדה הנוגדת את דעתו-שלו. הוא לא נרתע מלעשות זאת גם כאשר העמדה נוגעת לסוגיה שיש לו או לאנשיו עניין ספציפי בה.²⁹ ניתן לשער שלא היה מאפשר לגוף אחר להתנהל כך. התזה כי מדובר ב'נוהג חוקתי', בכל הכבוד, אינה יכולה לעמוד; אף אם תוכר דוקטרינה של 'מנהג חוקתי' (עניין מורכב ובעייתי מאד כשלעצמו), יהא זה ביחס להתנהגות מותרת.

²⁴ ראו הנחיית פרקליט המדינה 16.2 – ייצוג המדינה בפני בית המשפט, 19.1.1997, עדכון אחרון 1.8.2002.

²⁵

²⁶ בג"ץ 2683/16 פלוני נ' נציבות הביקורת על הפרקליטות.

²⁷ ראו פרוטוקול מס' 106 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, י"ז בשבט תשע"ו 27.1.2016.

²⁸ בג"ץ 5514/16 (העתירה הוגשה על ידי תנועת אומ"ץ, בניגוד לבג"ץ 2683/16 הנ"ל שהוגש על ידי פרקליטים מפרקליטות המדינה).

²⁹ ראו דבריו של כב' השופט הנדל בבג"ץ 2683 הנ"ל, פסקה 6.

התנהגות פסולה המנוגדת לחוק, לכללי הצדק הטבעי ולכללי שלטון ודמוקרטיה, לא יכולה להיות מוכשרת רק משום שהיועץ המשפטי שב ושנה בה.

יא. לחילופין

41. אם חרף האמור לעיל סבור בית המשפט כי ראוי להותיר על כנה את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר מונופול המסור לו בייצוג הממשלה, הרי שיש הכרח בשניים :
- ראשית, יש להפנות למקור החוקי לכך.** גם היועץ המשפטי לממשלה צריך שידע את המקור הסמכותי לדרך פעולתו. צריך שגם הכנסת תדע מהו, וכך תוכל גם לומר את דברה – לחזק את סמכותו של היועץ המשפטי, לסייגה או לשנות כליל את המצב. זו תמציתה של דמוקרטיה.
- שנית, יש הכרח להבהיר מהם החריגים, ואימתי זכאי השר להציג את עמדתו בפני בית המשפט מבלי להיזקק ל"היתר" מאת היועץ המשפטי לממשלה.** לעמדתנו הללו חייבים לכלול את כלל הפחות את המצבים הבאים :
- א. מחלוקת הנובעת מניגודי השקפות בתחום שיקול הדעת – מקרים שבהם עילת התנגדותו של היועץ המשפטי היא סבירות, מידתיות, והמשקל שניתן לשיקולים השונים.
- ב. מצב שבו ההחלטה הנתקפת בבית המשפט נוגעת בעצמה ליחסים שבין היועץ המשפטי לממשלה ובעל הסמכות והיועץ שרוי בניגוד עניינים מוסדי.
- ג. מצב שבו ישנה מחלוקת חוקתית, כלומר שאלת עמידתו של חוק בהוראות חוקי היסוד.

יב. סיכום

- דוקטרינת בלעדיות הייצוג היא אחד מפלאיה של מערכת השלטון בישראל :
- א. אינה מבוססת על חיקוק – בניגוד לעקרון חוקיות המינהל.
- ב. איננה מעוגנת בחקיקה ראשית – בניגוד לכלל ההסדרים הראשוניים.
- ג. אינה מאפשרת ייצוג – בניגוד לכללי הצדק הטבעי.
- ד. מפרידה בין אחריות וסמכות – בניגוד לכללי מינהל בסיסיים.
- ה. אינה מאפשרת לבית המשפט לדון – בניגוד לתפקידו ולכללי הצדק הטבעי.
- ו. אינה מאפשרת לנבחרי הציבור להגן על מדיניותם – בניגוד לרעיון הדמוקרטי.
- ז. היועץ המשפטי מחליט בעצמו האם יאפשר ייצוג חלופי – תוך ניגוד עניינים.
- ח. העמדה סותרת המלצות של וועדות מקצועיות (אגרנט ושמגר).
- ט. העמדה ייחודית לישראל – ולא על כך תפארתנו.