

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

"הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על

הייצוג?

אהרן גרבר

מבוא 1.1. מונופול הייצוג בבג"ץ – רקע ושינוי מגמה 1.1.1. הלכת אמיתי- תיקוף דוקטרינת הייצוג המחייב 1.2 בין מונופול הייצוג לייצוג 1.3. התפשטות 'הלכה' המכירה במונופול הייצוג 1.4. מגמה חדשה בפסיקת בג"ץ 2. **ההלכה המשפטית 2.1.** האם קיימת מסורת משפטית שמכפיפה את הממשלה במקרי עימות ליועמ"ש? 2.3. עיגון חוקי למונופול- הסדר שלילי או לקונה 3. **האם ראוי שמונופול הייצוג יוסדר בהלכה שיפוטית 3.1.** גבולות החקיקה השיפוטית 3.2. כלל ההסדרים הראשוניים 3.3. הטיעון המוסדי- מבנה ההליך 3.4. ניגוד עניינים מוסדי 4. **תגובה לטענות הנגד: ניגוד עניינים, שקלול תמורות, קול אחד והשלכות צפויות 4.1.** ניגוד עניינים מוסדי של הכנסת 4.2. שקלול תמורות 4.3. היועמ"ש כשומר סף 4.4. 'קול אחד' 5. **סיכום**

סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בישראל (להלן "היועמ"ש") חריגות ביחס למקובל בקרב מי שממלאים תפקידים מקבילים ברחבי העולם.¹ היועמ"ש עומד בראש מערך הייעוץ והתביעה בישראל ומחזיק בהשפעה ניכרת על תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המבצעת אך גבולות סמכותו מעולם לא הוגדרו בחקיקה ייעודית וסמכויות רבות שהוא מפעיל לא הוסדרו בחקיקה.²

עיון בהנחיות שנוסחו על ידי היועמ"שים מלמד כי לשיטתם הם מחזיקים בבלעדיות על הייעוץ המשפטי לממשלה, מבלעדיות על הייצוג בכלל הערכאות ומבלעדיות בקביעת העמדה המשפטית שתציג הממשלה בבג"ץ, כל זאת בהעדר חקיקה מסמיכה ותוך עיצוב מנגנון חריג של איזונים ובלמים.³ הפקדת זכות וטו בידי היועמ"ש מעוררת שאלות כבדות משקל בנוגע לצמצום חופש הפעולה של הממשלה וראשיה, מנתקת את הקשר בין הסמכות לקבוע מדיניות והאחריות על תוצאותיה ותוך פגיעה קשה בהליך האדברסרי. ומעל הכול, הפקדת זכות המילה האחרונה בידי היועמ"ש מעבירה את יכולת ההכרעה מידי נבחרי הציבור לידי פקיד ממונה ויוצרת גירעון דמוקרטי חריף.

מאמר זה מראה כי בניגוד מוחלט לתפיסה הרווחת בספרות עד כה, הבעיות הללו לא נעלמו מעיני שופטי בית המשפט העליון ולכן קיימת מחלוקת עמוקה בקרב השופטים המכהנים כיום בשאלת קיומה של הלכה מחייבת המעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג בבג"ץ. בנוסף, המאמר מציג טענה חדשה לפיה, אף אם קיימת הלכה משפטית בנושא, הרי שהלכה זו אינה לגיטימית, שכן הגוף שמופקד על קביעת הסדרים מוסדיים הוא הכנסת על ידי נבחרי הציבור.

בבסיס הדיונים על סמכויות היועמ"ש עומדת שאלה מרכזית אחת⁴ – מיהו הלקוח של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה. האם יועצים משפטיים הם עורכי דינה של הממשלה שיועצים לה כיצד לנהוג

¹ שלמה אבינרי "די לריכוזיות" הארץ 25.10.2009: "הנה שאלה שבדרך כלל לא נשאלת בקורסי מבוא למדע המדינה: מיהי האישיות בעלת הסמכות הרחבה ביותר בעולם הדמוקרטי: נשיא ארה"ב? ראש ממשלת בריטניה? נשיא צרפת? לא ולא. התשובה הנכונה היא: היועץ המשפטי של ממשלת ישראל. בעוד שאחת מהנחות היסוד של הדמוקרטיה היא קיומם של איזונים ובלמים, המכוונים למנוע ריכוז סמכויות – מרכז בידי היועץ המשפטי סמכויות שאין דומה להן בשום מדינה דמוקרטית. העובדה שמדובר באישיות ממונה ולא נבחרת, רק מעצימה את הפגיעה בדמוקרטיה."

² להנחיית יועמ"ש היסטורית המפרטת חלק מהסמכויות שמפורזות על פני עשרות חוקים ראו "חובות וסמכויות היועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 10.009 (התשל"ה)

³ תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 (התשס"ב); "היועצים המשפטים למשרדי הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 9.1000 (התשס"ב). למעמדן של ההנחיות ראו ת.א. 55503-09-14 כהן נ' עופר פרק כה אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק" מחקרי משפט י"ז 7, 9 (2001); וראו את הגדרת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה באתר משרד המשפטים, בקישור: www.justice.gov.il/Units/YoezMespai/About/Pages/about.aspx. לסקירה משווה ראו: אביעד בקשי הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות (2018).

⁴ ראו למשל דוח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (1998) (להלן: "ד"ח שמגר"), וכן רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27 (1996) (להלן: "גביון")

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג: (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

תוך ניסיון לסייע בקידום המדיניות הממשלתית על פי הדין, או שתפקידם לפקח ולשמש כשומרי סף שמופקדים על הגנת "האינטרס הציבורי" בשם "הציבור הרחב" – ולכן ניתנת להם הסמכות לבלום את הממשלה כאשר היא סוטה מהוראותיהם.⁵ עד כה ניסיונות להכריע את השאלות הללו בחקיקה לא צלחו.⁶

התזה המזהה את היועצים המשפטיים כבעלי זכות וטו התפתחה בשלושים השנים האחרונות בכתביה אקדמית של יועמ"שים, ויועמ"שים לשעבר ובגיבוי של אמרות אגב בג"ץ.⁷ כתוצאה מכך התקבלה בקרב משפטינים רבים ההנחה כביכול חוות דעתם מחייבות את הממשלה בתחומי הייעוץ והייצוג.⁸ אך הקשיים שנובעים מעמדה זאת הובילו לשורה של עימותים בין הממשלה למערך הייעוץ המשפטי בכמה הזדמנויות בהם עמדו שרי הממשלה על סמכותם לקדם הצעות חוק ומדיניות בניגוד לעמדת היועמ"ש, וביקשו להסדיר מחדש את יחסי הממשלה ויועציה המשפטיים.⁹

מאמר זה מבקש בראש ובראשונה להציג את המגמות החדשות בפסיקת שופטי בית המשפט העליון לאור המחלוקת בשאלת המצב המשפטי המחייב. בנוסף אני מבקש לעמוד על הקשיים החוקתיים שבעיצוב מוסד היועמ"ש כבעל זכות וטו באמצעות "הלכה שיפוטית". בחלק הראשון של המאמר אציג את התזה המקובלת, לפיה נהנה היועץ ממונופול על הייצוג ואת המגמה החדשה המסתמנת בבג"ץ. החלק השני של המאמר יעסוק בדרכים לזיהוי הלכה שיפוטית מחייבת תוך בחינת "ההלכה" בדבר קיומו של מונופול על הייצוג. בחלקו השלישי של המאמר, אטען כי בין כך ובין כך אין זה ראוי לקבוע בחקיקה שיפוטית הסדר עקרוני בדבר סמכות היועץ המשפטי לממשלה ולכן הדרך

1996"; אריאל בנדור, זאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה" הפרקליט מד (1999) 423; אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק- מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט ז' 7 (2001); איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר חלק א' 221 (אהרן ברק עורך, 2003) (להלן: "לבונטין וגביון 2003"); יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 53 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהויתתה: יובל לדור ועדת אגרנט" ספר לבונטין 132 (2013); דניאל פרידמן הארנק והחרב 535 (2013); Yoav Dotan, *Lawyer for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power*, (2013); in Israel, אביעד בקשי *הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות* (2014); אדם שגור "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד רשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361, 366 (2016); דינה זילבר "המון דברים יפים ראו עיני: מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי" מעשי משפט ט(1) 153, 156 (2017); דפנה ברק ארז *משפט מינהלי* כרך ד' 22 (להלן: "ברק ארז"); יצחק זמיר *הסמכות המינהלית* כרך ד' 2401 (2017) (להלן: "זמיר 2017"); מתן גוטמן "הבו לנו יועמ"שים צייתנים! על המעמד החוקתי של עקרון עצמאות הייעוץ המשפטי ברשות המבצעת" *ICON-S-IL Blog* 27.11.2018; גיל ברינגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים לשומרי סף" *השילוח* 11 (2018).

5 זמיר 2017 לעיל הי"ש 4, בעמ' 2407; Michael R. Asimow and Yotam Dotan, *Hired Guns and Ministers of Justice: the Role of Government Attorneys in the US and Israel*, 19 *ISR. L. REV.* 1 (2016); Elisa E. Ugarte, *The Government Lawyer and the Common Good*, 40 *S. TEX. L. REV.* 269, 269-270 (1999); Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19(2) *Theoretical Inquiries in Law* 705, 717-718 (2018); Steven K. Berenson, *Public Lawyers, Private Values: Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest?*, 41 *B.C.L. REV.* 789 (2000).

6 הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון - מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשע"ז-2017 (4012/20/פ); הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 20) (מינוי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה), התשע"ח-2017 ה"ח 164; הצעת חוק היועץ המשפטי הראשי (מינוי וכחונה), התשע"ז-2017 (4400/20/פ); הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (ייצוג המדינה), התשע"ז-2017 (4089/20/פ); הצעת חוק-יסוד: היועץ המשפטי למדינה (492/15/פ).

7 לעניין חוות דעתו המחייבת של היועמ"ש ובלעדיות הייצוג ראו בג"ץ 4287/93 *אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל*, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: "עניין אמיתי"), וכן בג"ץ 5134/14 *התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל*, פ"ס' 48 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 14.11.2016). להתייחסויות נוספות בפסיקה לבלעדיות וקביעת העמדה בייצוג ראו המובאות בדג"ץ 3660/17 *התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים*, פ"ס' 44 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 26.10.2017), שם ייצג היועמ"ש את עמדת שר הפנים בניגוד לעמדתו האוטנטית של השר דרעי בשאלת חוק העזר העירוני בתל אביב שאפשר מסחר בשבת.

8 שמעון שטרית *הממשלה: הרשות המבצעת פירוש לחוק-יסוד: הממשלה* 109-110 (2018); יצחק גל נור ודנה בלאנדר *המערכת הפוליטית בישראל* כרך א' 351 (2013). כן ראו את הנחיות היועמ"ש השונות, לעיל הי"ש 7.

9 כך לדוגמה מינה שר המשפטים אוחנה את עו"ד דן אלדד לממלא מקום פרקליט המדינה למרות שהיועמ"ש הכריז על מניעה משפטית כנגד מינויו. הממשלה גם החליטה על הקמתה של ועדת בדיקה בנוגע להתנהלות מח"ש בניגוד למניעה משפטית עליה הכריז היועמ"ש (החלטת ממשלה מיום 9.2.2020), באותה ישיבת ממשלה גם התקבלה החלטת ממשלה 4869 שקבעה כי יועצו בני קהילות מאדיס אבבה וגונדר. לדוגמאות נוספות ראו יואב קיש "לא אסכים שליועץ המשפטי לממשלה תהיה זכות וטו על החלטת שר" (ועדת הפנים 28.2.2018 (<https://m.knesset.gov.il/activity/committees/internalaffairs/news/pages/28218%D7%91.aspx>); רויטל חובל

והיום לוינסון "סקד תמכה בנחל שמגדיר את היועמ"ש כשומר סף וחזרה בה לאחר שהודפס" *הארץ* 7.11.2018; יהודה שלינגר, יאיר אלטמן ואריאל כהנא "לאחר העימות בין השרים ליועמ"ש: חוק המצלמות אושר פה אחד בממשלה" *ישראל היום* 8.9.2019.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

הנכונה להסדרת סמכויות היועמ"ש בתחום הייצוג בבג"ץ היא באמצעות הליך חקיקה ראשית ולא באמצעות חקיקה שיפוטית. זאת מחמת עיקרון הפרדת הרשויות והאופן שבו מופעל כלל ההסדרים הראשוניים בשיטת המשפט הישראלית ומחשש לפגיעה באמון הציבור. לפני סיום אדון ואדחה בקצרה מספר טענות נגד בדבר ההשפעות השליליות הצפויות כתוצאה מביטול הפרקטיקה המעניקה ליועץ המשפטי מונופול על הייצוג בבג"ץ תוך ניסיון לעמוד על ההשלכות הצפויות של מהלך.

1. מונופול הייצוג בבג"ץ – רקע ושינוי מגמה

על פי התזה המקובלת, היועמ"ש נהנה מאז שנות התשעים ממונופול על הייצוג בבג"ץ.¹⁰ מונופול זה כולל לפי התפיסה הנפוצה שתי סמכויות נפרדות: א. בידיו סמכות בלעדית לייצג את הממשלה בפני בג"ץ; ב. בידיו סמכות בלעדית לקבוע את העמדה שתוצג בפני בג"ץ.¹¹ ברור לכל כי במצב דברים רגיל לא צפויה מחלוקת בין הייעוץ המשפטי, שאמון על סיוע לרשויות למלא את תפקידן בגדרי הדין, לבין בעלי הסמכות. בדרך כלל צפוי וראוי שתתקיים הרמוניה, ובעלי הסמכות ייוצגו על ידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו.¹² השאלה מתעוררת במצבים חריגים שבהם מתעוררים חילוקי דעות שלא יושבו.¹³ עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שזכתה לגיבוי בשורה של אמרות אגב של בית המשפט היא כי בידיו מונופול על ייצוג הממשלה בפני בג"ץ.¹⁴ כלומר, הוא יכול לקבוע מה תהא העמדה שיציג המשיב לעתירה. מלבד זאת, כאשר נתקפת פעולה מינהלית בבג"ץ, הוא ונציגיו ממחלקת הבג"צים יהיו אלה שיגנו על עמדת המדינה בבית המשפט. ייצוג נפרד אפשרי, לשיטת היועץ, רק בהיתר מפורש מפיו, אשר לא יינתן אלא במצבים נדירים ויוצאי דופן.¹⁵ הדוגמאות הבולטות לכך מהשנים האחרונות הן הדיון בעתירה נגד חוק ההסדרה,¹⁶ שבו עמדת היועמ"ש עוד בטרם חוקק היתה כי אינו חוקתי, ולפיכך אישר היועץ כי בעתירה כנגד החוק תיוצג המדינה על ידי עורך דין פרטי, בעוד נציג היועמ"ש מתייצב בבית המשפט לצד העותרים,¹⁷ והדיון בעתירה שהוגשה כנגד החלטת הממשלה בדבר הקמת ועדת בדיקה להתנהלות מח"ש. החלטת הממשלה התקבלה בניגוד לעמדת היועמ"ש וכשהוגשה עתירה כנגד החלטת הממשלה אפשר היועמ"ש לממשלה ייצוג באמצעות עורכי דין פרטיים שמסרו לבית המשפט בשם הממשלה כי "עמדת הממשלה היא כי אם היועץ המשפטי לממשלה איננו יכול לייצגה, משום שמצפוננו המקצועי איננו מתיר לו זאת- רצונו כבודו. אולם ברור שהגורם המוסמך לקבל החלטה על פי דין רשאי להשיב לעתירות המוגשות נגד החלטותיו" במענה לעתירה כנגד החלטת הממשלה להקים ועדת בדיקה

¹⁰ ראו לעניין זה את עניין אמיתי לעיל ה"ש 7, וכן זמיר 2017 לעיל ה"ש 4, 2407, 2410; אריאל בנדור וזאב סגל לעיל הע"ש 4, וכן תיאור השינוי אצל אולין גורדון "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" תכלת 4 (1998).

¹¹ ראו סעיף 26 לכתב תשובה בבג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה מיום 28.11.2018.

¹² בג"ץ 43/16 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ממשלת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 1.3.2016).

¹³ מאמר זה יעסוק במקרים של חוסר הסכמה בין היועמ"ש לנבחרי ציבור בשל הגרעון הדמוקרטי שעולה מהם והשפעתם על יחסי הרשויות וחופש הפעולה של הממשלה כפי שנדונו בבג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם בנבו, 6.6.2016) (להלן: "עניין גיני"); בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (פורסם בנבו, 4.3.2019) (להלן: "עניין יעל אמיתי" או "עניין אקוניס"); בג"ץ 5124/18 תנועה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 4.3.2019) (להלן: "עניין תנועה"). ההבחנה בין מקרים אלו למקרים של עימות בין היועמ"ש לבין פקידים אחרים בשירות המדינה נזכרה כבר בדוחות של וועדות שמגר ואגרנט. לעיון במשמעויות של עימות בין עמדת היועמ"ש לעמדת פקידים בכירים אחרים ללא התערבות של דרג נבחר ציבור ראו שגנר לעיל הע"ש 4.

¹⁴ ראו סעיף 26 לכתב התשובה בבג"ץ 5769/18 לעיל ה"ש 11.

¹⁵ ראו "סקירת היועץ המשפטי לממשלה אביחי מנדלבליט" פרוטוקול 237 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט (18.6.2016) וכן אצל ברק ארז, לעיל ה"ש 4, בעמ' 21.

¹⁶ חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017.

¹⁷ התייצבות היועמ"ש באותו הליך הייתה מכוח פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. ראו בסעיף 23 לפסק הדין בבג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (09.06.2020) וכן סעיף 3 לתגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 22.11.2017.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בנוגע למח"ש בזמן ממשלת מעבר.¹⁸ בכמה מקרים אחרים אפשר היועמ"ש למשיב הממשלתי להגיש לבית המשפט את עמדתו האוטנטית במכתב שצורף לעמדת המדינה אך מנע ממנו כל אפשרות להציגה בדיון באמצעות מייצג פרטי או מפי הגורם השלטוני עצמו.¹⁹

1.1 "הלכת אמיתי" – תיקוף דוקטרינת הייצוג המחייב

המקור המשפטי המקובל כתיקוף לדוקטרינת מונופול הייצוג, הוא פסק דינו של השופט ברק בעניין **אמיתי** שם כפה היועמ"ש על ראש הממשלה יצחק רבין את הדחת סגן השר פנחס. במסגרת הדיון עלתה טענה לפיה מנועה פרקליטת המדינה לייצג שני לקוחות שונים: את היועץ המשפטי לממשלה ואת ראש הממשלה בשל כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין שאוסרים על ייצוג של שני בעלי דין שונים.²⁰ ולכך השיב ברק בשולי חוות דעתו:²¹

"טענה זו נטענה ב'שפה רפה', ואשיב עליה אך בשולי הדברים. לדעתי בטעות יסודה. פרקליטת המדינה ייצגה לקוח אחד בלבד – את ראש הממשלה. זאת היא עשתה כבאת כוחו של היועץ המשפטי לממשלה, כאילו היועץ המשפטי לממשלה הופיע לפנינו בעצמו. אמת, עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שונה הייתה מעמדתו של ראש הממשלה. הם ביקשו לשכנע זה את זה, אך הדבר לא עלה בידם. במצב דברים זה, על היועץ המשפטי לממשלה לייצג לפנינו את ראש הממשלה על-פי תפישתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה... נמצא, כי אין לומר כלל שפרקליטת המדינה טענה לפנינו בשם שני לקוחות, שענייניהם סותרים. היא 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."

הטעם לכך נעוץ על פי ברק בכך שחוות דעתו של היועמ"ש משקפת את המצב המשפטי הקיים ובשל העובדה שייצוג המדינה מופקד בבלעדיות בידי היועמ"ש:²²

"...בייצוג רשות שלטונית לפני בית המשפט טוען היועץ המשפטי לממשלה את אותן טענות שהוא סבור, על-פי תפישתו המשפטית, כי הן מצדיקות את פעולת הרשות במסגרת הדין. על כן אם, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הרשות השלטונית אינה פועלת כדין, הרשות בידי היועץ המשפטי לממשלה להודיע לבית המשפט כי הוא לא יגן על פעולת הרשות."

ברק קבע כי היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת וגזר מכך סמכות להכתיב למשיב את העמדה שתוצג בשמו בבג"ץ. המהלך המשפטי שנוצר בכדי להדוף טענה להפרת כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין זכה לחיים משלו ויצר תפיסה חוקתית חדשה

¹⁸ סעיפים 49-51 בתגובה המקדמית מטעם ממשלת ישראל (משיבים 1-3) מיום 22.2.2020 בבג"ץ 1182/20 **משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' ראש הממשלה** (טרם ניתן פסק דין). היועמ"ש התייצב בעצמו לאחר שצורף על ידי העותרים כמשיב אישי.

¹⁹ כבר בעניין **אמיתי** לעיל ה"ש 7 אפשר היועמ"ש לרוח"מ רבין להציג את עמדתו במכתב מצורף. לאחרונה אפשר זאת היועמ"ש בכמה מקרים נוספים ראו עניין **התאחדות הסוחרים** לעיל ה"ש 7 וכן ארי קלמן "הקרב על הכותל- מנדלבלט אמר 'לא' לדרישת הרבנות הראשית" **בחדרי חרדים** 23.7.2018.

²⁰ כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) תשמ"ו-1986 ס' 14(ב).

²¹ עניין **אמיתי** לעיל ה"ש 7 סעי' 42.

²² שם.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בדבר קיומו של מונופול ייצוגי שמעניק ליועמ"ש זכות וטו על ייצוג המדינה ועל קביעת העמדה תוך שהוא שולל את זכותה של הממשלה ושריה להגנה על החלטותיה בבית המשפט.²³

1.2 בין מונופול הייעוץ לייצוג

מי שסבורים שאין להפריד בין שאלת הייעוץ לשאלת הייצוג עושים זאת מטעמים מעשיים. המונופול על הייצוג הוא מנגנון האכיפה שמבטיח את המונופול על הייעוץ. מונופול הייצוג מכפיף את הממשלה למונופול הייעוץ מתוך ידיעה כי סטייה מהעמדה שהוצגה בידי היועמ"ש משמעה הפסד ודאי בהתדיינות השיפוטית.

אולם מבחינה אנליטית יש מקום להבחנה בין הייעוץ והייצוג ולטעמי אף רצוי להפריד בין השניים.²⁴ שאלת הייצוג המחייב מתעוררת רק לאחר מעשה, משהוגשה עתירה נגד פעולה שלטונית והעניין עומד להכרעת השופטים. ככל שקיים מונופול על הייצוג, השופט מנוע מלשמוע את עמדתו האוטנטית של מי שפעולתו עומדת לביקורת לפניו ונפגעת זכותו של המשיב לייצוג הוגן מבלי שיינתן לו יומו בבית המשפט. במצב שכזה גם אין חשש לפעולה ממשלתית בלתי מבוקרת שכן מדובר בנושא שכבר עומד לבחינת בית המשפט, גם אם נאמץ את הרציונאל בדבר צורך ב"שומר סף" שיפקח על פעילות הממשלה הרי שהעתירה תתברר בפני בית המשפט.

מנגד, ניתן לקבל את התזה בדבר חובת ציות לפרשנותו של היועמ"ש לדין ולמרות זאת לאחוז בעמדה לפיה קיומו של הליך משפטי אדברסרי מחייב דיון אותנטי בבית המשפט. יתכנו גם מקרים בהם לא ניתנה חוות דעת משפטית אוסרת מלכתחילה וכעת נתקפה עמדה ממשלתית שגובשה ללא כל מחלוקת בין השר ליועמ"ש. כך כאשר לא מדובר בשאלה שעניינה פרשנות חוק, או כאשר עמדת המשיב נתקפת מבלי שהונחה חוות דעת משפטית בנוגע לפעולה השלטונית. גם מבחינה מהותית ניתן להבחין בין השאלות לאור הנסיבות השונות שבהן הן נשאלות: שאלת תוקף חוות הדעת מתעוררת מלכתחילה בטרם פעולה שלטונית וקיים חשש כי התעלמות ממנה תביא לפעולה בניגוד לדין. בעוד, שאלת הייצוג מתעוררת רק בדיעבד בעת שניתנת לבית המשפט האפשרות "לפסוק אחרת". למרות זאת ברק כרך בין השניים והפקיד בידי היועמ"ש כוח שלטוני מוחלט.

הפסיקה שתמכה ב"ייעוץ מחייב" נעדרת דיון בדבר נחיצות המהלך או הדרך להתמודד עם חסרונותיו הבולטים ובראשם הכפפה מעשית של שרי הממשלה ליועמ"ש והפיכתו של ההליך האדברסרי לריק מתוכן. שאלת מעמדה המחייב של חוות הדעת גם לא פותחה וכלל לא ברור מה המשמעות של הענקת מעמד "מחייב" לחוות דעת היועמ"ש. האם המעמד מחייב רק כאשר מדובר על פרשנות דין או גם כאשר המניעה המשפטית מבוססת סבירות? האם המעמד המחייב הוא של כל גורם במערך הייעוץ המשפטי לממשלה או רק כאשר היועץ המשפטי לממשלה בכבודו ובעצמו קובע את העמדה. חוסר היכולת ליישב מודל שמכפיף את הממשלה ושריה לעמדת היועמ"ש עם

²³ העמדה לפיה נהנה היועמ"ש מנהג מבלעדיות על הייצוג נזכרה לראשונה בפסיקה בעניין אמיתי. על פי פרסומים שונים במהלך פרשת הדולרים של רבין ב-1977 איים ברק על שר האוצר רבינוביץ כי אם יסגור את הפרשה בכופר יגיש היועמ"ש – ברק עתירה לבג"ץ נגד שיקול דעתו של השר והוא יאלץ לשכור לעצמו ייצוג פרטי על חשבונו. ניתן לזהות כאן ניצנים לשיטתו בדבר מונופול הייצוג אך ברור שגם על פי תפיסתו של ברק ב-1977 יכל שר שהתנגד לעמדת היועמ"ש לשכור לעצמו ייצוג משפטי פרטי. ראו שרון רוברטס מלצר "תשמע, יש פה בעיה" – פרשת חשבון הדולרים הדולרים "שורשים במשפט" (עורכת דינה זילבר) 291, 293 (2020)

²⁴ ראו, לדוגמה, במסקנות וועדת שמגר, סעיפים 64-65, שם נקבע באופן חד-משמעי כי אין להכיר בקיומו של מונופול ייצוגי, חרף ההכרעה לפיה חוות דעת היועמ"ש מהווה את הפרשנות לדין כל עוד לא קבע בית המשפט אחרת, ראו גם את הצעת הוועדה ליישוב מסקנתם עם האמור בעניין אמיתי.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

יסודות הדמוקרטיה ועקרונות הפרדת הרשויות המקובלים יצרו אי בהירות בדבר משמעות "החייב" לפעול על פי חוות דעתו והדבר קיבל ביטוי בפסיקה ובכתיבה האקדמית.²⁵

בין כך ובין כך, בשנים האחרונות התנהלו מספר הליכים בבג"ץ שהפרידו בין שאלת הייעוץ והייצוג. במסגרת ההליכים הללו הבחינו השופטים בין שאלת קביעת העמדה שתוצג בבג"ץ וזהות המייצג במקרים בהם התגלתה מחלוקת בין היועמ"ש לנבחר ציבור ודנו בה בנפרד. אני מבקש לפסוע בעקבות פסקי הדין שהבחינו בין שאלת הייעוץ לשאלת הייצוג ולבחון את דוקטרינת הייצוג כשלעצמה. רשימה זאת תתמקד בשלושה פסקי דין עיקריים בהם הרחיב בית המשפט בעניין הייצוג המחייב במובחן משאלת הייעוץ בעניין גיני בעניין יעל אמיתי ובעניין תנובה.²⁶

1.3 התפשטות "הלכה" המכירה במונופול הייצוג

למרות הקשיים שמגלה העמדה שנוסחה מלכתחילה כמענה לשאלה צדדית בדבר כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, בשולי פסק דינו ובמענה לטענה שנשמעה "בשפה רפה", נוצר "יש מאין" כלל חדש לפיו היועמ"ש יקבע את עמדת המשיב הממשלתי בבג"ץ גם כאשר הוא תומך בעתירה. בכדי לבסס את הגישה החדשה תר השופט ברק אחר מקור משפטי תומך והסתמך על דו"ח ועדת אגרנט שעסק בסמכויות היועמ"ש, לדבריו: "השקפה זו יונקת את חיותה מהמסורת החוקתית שלנו. מסורת זו גובשה בדו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) מאז הפכה לחלק מהמשפט הנוהג בישראל."

אך למרות קביעה נחרצת זו וכפי שכבר הוצג על ידי כותבים שונים²⁷ מתברר כי היא אינה עולה בקנה אחד עם האמור בדו"ח אגרנט. חרף כל זאת – קביעתו נפלה על אזניו הקשובות של היועץ המשפטי לממשלה וחלק משופטי בית המשפט העליון, והם החלו להציג את סמכות היועמ"ש לקבוע את העמדה שתוצג בבג"ץ כמחייבת.²⁸

בתי המשפט החלו לחזור על התזה בדבר מונופול הייצוג כהלכה שיפוטית בעלת תוקף מחייב שנקבעה בעניין אמיתי והיא זכתה להשפעה רחבת היקף. "הלכה" החדשה שינתה את מבנה

²⁵ יצחק זמיר (זמיר 2017 לעיל ה"ש 4 2409) מסביר כי למרות שהממשלה אמורה לפעול על פי חוות דעתו של היועמ"ש, היא יכולה לסטות ממנה אם תרצה ואין לראות בסטייה כזאת עבירה פלילית או משמעית, אלא שהרשות חשופה לתביעות ותשא בתוצאות. (שם בעמ' 2411 הערת שוליים 28) לשם כך מסתמך זמיר על פסק דינה של השופטת ביניש בעניין לביא. (בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פסי' 34 (פורסם בנבו, 12.10.2008) ברם, השופטת ע' ברון נסמכת אף היא על עניין לביא ועל דבריו של זמיר כדי לומר את ההפך. ברון דוחה את הטענה כי אי פעולת שר בשל חוות דעת יועמ"ש עולה לכדי שיקול זר וקובעת כי סטייה מהוראת היועמ"ש כמוה כפעולה בניגוד לדין כל עוד לא נטען שהיועמ"ש שקל שיקולים שאינם משפטיים גרידא. פס' 48 בבג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מועצת מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 2016). גביון ולבונטין (גביון 1996 לעיל ה"ש 4, 74-76 וכן לבונטין וגביון 2003 לעיל ה"ש 4) ביקשו לראות את חוות הדעת כמחייבת רק כאשר היא עוסקת בפרשנות ישירה של חקיקה ולא כאשר עניינה בהמלצות או בהכרעה בנוגע למרחב שיקול הדעת של הרשות. הם מצביעים על ריבוי המשמעויות האפשריות להבנת משמעותה של "חוות דעת מחייבת", בדומה למסקנות המופיעות בדו"ח וועדת שמגר. (ראו לעיל ה"ש 12). בניגוד אליהם השופטים גיוראן ודורנר (ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' איתנה שגן (פורסם בנבו, 13.6.2007); בג"ץ 4247/97 סיעת מר"ץ מועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות פ"ד נב(5) 421 (1998)). סבורים כי יש לראות בכל סטייה מעמדת היועמ"ש לא פחות מעבירה על החוק. גם היקף התפיסה המחייבת של הייעוץ המשפטי אינה ברורה. רק לאחרונה הוכרע בעתירת חופש מידע כי הנחיות יועמ"ש לא מחייבות גורם ממשלתי כאשר ניתן על ידי גורמים במערך הייעוץ המשפטי שאינם היועמ"ש בכבודו ובעצמו. "די בשמה של המחלקה כדי ללמדנו אודות מהותה – יעוץ וחקיקה. אשר ליעוץ, זהו יעוץ למשרדי הממשלה, לאגפים השונים במשרדים אלה ולעיתים לממשלה עצמה, למשל, לקראת קביעת עמדה ביחס להצעות חוק פרטיות. יעוץ ניתן לקבל, וככל שיש מקום לביקורת שיפוטית, ראוי לביקורת זו שתתמקד בהחלטה הקונקרטית לגופה, בדרך שבה התקבלה ולא בעצם הייעוץ שפעמים, עשוי להיות נכון יותר, ופעמים אחרות, עלול, אולי, להיות גם שגוי. ואשר לחקיקה, על פני הדברים, אין למחלקה זו כל תפקיד ביצועי שהרי את החוק קובעים חברי הכנסת, וככל שעל הפרק, למשל, חקיקת משנה, גם לאישורה יש דרכים הקבועות בחוק, ואין כלל מי שטוען שמי שמוסמך לקבוע את תכניה של חקיקת המשנה הינם פקדי יחיד." (עתי"מ (נ-20) 64005-01-20 גיא זומר נ' הממונה על חופש המידע (14.6.2020) ריבוי המשמעויות והמחלוקות הללו מצביעות על הקושי במיסוגור הדיון בעניין האופי המחייב של "ייעוץ מחייב" והשפיעו גם הן על הבחירה לבחון את שאלת הייצוג בלבד. חשוב לציין כי בכל המקרים הללו פעולה בניגוד לחוות דעת היועמ"ש מעולם לא שימשה כתנאי יחיד לביטול החלטה שלטונית והיא תמיד הצטרפה לטעמים נוספים. בין כך ובין כך לא נערך בפסיקה דיון נורמטיבי בדבר אימוץ הכלל.

²⁶ להפניה מלאה ראו הע"ש 13.

²⁷ ראו למשל לבונטין 2013 בה"ש 4.

²⁸ ראו "תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 (התשס"ב) סע' 2.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

הממשל ואת יחסי הכוחות בין הממשלה ויועציה המשפטיים תוך זמן קצר.²⁹ העמדה התומכת בקיומו של מונופול הייצוג הפכה לפרקטיקה המקובלת ומשיבים אשר ביקשו לסטות מעמדת היועמ"ש הושתקו.³⁰

קשה להפריז במשמעות של הפרקטיקה הייחודית הזאת. במדינת ישראל יכול כל אדם לעתור לבג"ץ, בכל נושא ציבורי. עילות הסף שדרשו בעבר כי הנושא הנידון יהיה שפיט וכי לעותר תהיה זכות עמידה נשחקו מאז שנות השמונים וסללו את הדרך לעתירות ציבוריות בסוגיות פוליטיות.³¹ במקביל, הפכה עילת הסבירות לעילת ביקורת מינהלית, המאפשרת בחינה מהותית של שיקול דעתן של הרשויות. כתוצאה מכך, כל החלטה ופעולה שלטונית עומדת בכל עת בפני עתירה פוטנציאלית.³² מכאן שואבים היועצים המשפטיים את היכולת להכווין מדיניות. החלטתם כי פעולה מסוימת לא תזכה להגנה בבג"ץ חורצת, את גורלה, בהסתברות גבוהה, לשבט או לחסד. הפקדת סמכות בלעדית לייצוג המדינה בבג"ץ ולקביעת העמדה שתוצג בשמה בידי היועמ"ש גם מרתיעה מלכתחילה נושאי משרה שלטונית מלקבל החלטות שיועציהם המשפטיים מזהירים כי "לא יעמדו במבחן בג"ץ".³³ לעיתים האזהרה מוצדקת משום שהיא מבוססת על סטייה מדין חרות מחייב, אך לעיתים מדובר בנטיית ליבם של גורמים ביועץ המשפטי המתנגדים למדיניות שהשר מקדם, וזאת בשל תפיסות ערכיות שונות. כך העידה מפורשות מי ששימשה במשך 17 שנים מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.³⁴ השרים למדו מניסיונם כי פעולה בניגוד לעמדת היועמ"ש תוביל במהירות לעתירה שבה לא תיוצג עמדתם האוטנטית, ולפיכך נוטים לוותר מראש על פעולה בניגוד לעמדתו גם כאשר המחלוקת נובעת משיקולי מדיניות מובהקים. כתוצאה מהמונופול קנו לעצמם היועצים המשפטיים יכולת השפעה מרכזית על עיצוב החלטות שלטוניות מטעם הממשלה ושריה. והיא מוצגת כהכרחית לפיקוח אפקטיבי שימנע מהשלטון סטייה מהדין.

1.4 מגמה חדשה בפסיקת בג"ץ

אף על פי כן, היו בשנים האחרונות מספר מקרים בהם קראו משיבים ממשלתיים תיגר על סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לכפות את עמדתו כמחייבת והבהירו לבית המשפט כי הם מבקשים להציג עמדה שונה משל הפרקליט שמתיימר לייצג אותם. הצטברותם של פסקי הדין בתקופה האחרונה מלמדים על רוחות חדשות שמנשבות מכיוונם של השופטים ועל כך שמספר הולך וגובר של שופטים מאתגר את גישת היועמ"ש הסבור כי הוא מחזיק במונופול על הייצוג. המגמה החדשה קיבלה פומבי לראשונה בשנת 2015 בעניין גיני כאשר חברי ההרכב נזפו בפרקליטה המייצגת שנמנעה מלהציג את עמדתה האוטנטית של המשיבה בדיון סביב פרשנותו של חוק איסור הונאה

²⁹ ראו לדוגמה עניין התאחדות הסוחרים העצמאיים לעיל ה"ש 7 וראו אריאל בנדור, זאב סגל לעיל הע"ש 4.

³⁰ דוגמה לכך היא התפטרותה של נציבת הביקורת על הפרקליטות השופטת בדימוס הילה גרסטל כשהיועמ"ש מנע ממנה ייצוג נפרד בעתירה שהוגשה לבג"ץ נגד תפקוד המכון לרפואה משפטית באבו כביר. להרחבה ראו זוהר שחר לוי "לנציבה גרסטל נמאס מהפתולוגיה של חוסר הגיבוי המשפטי" **כלכליסט** (19.4.2016).

³¹ יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", **אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד** 11-15 (2000); אהרן גרבר **זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל** 16-21 (2019).

³² יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 154, 162 (2004).

³³ אסנת מנדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים" **מעשי משפט** ב 56 (2009) "מעמדו של הפרקליט כמי שבידיו מסורה סמכות הייצוג של הגוף הציבורי, כשלוחו של היועץ המשפטי לממשלה, מקנה לו לא אחת את הכוח להשפיע לאחר מעשה על תוצרי העבודה המנהלית, וכן להביא לשינויה, לעיכובה או לביטולה כליל". וראו משה נגבי "לא יעבור את בג"ץ" **הארץ** 3.12.2017; ואת טובה צימוקי "חוק הנאמנות לא יעמוד במבחן בג"ץ" **ידיעות אחרונות** 15.10.2018 כדוגמה.

³⁴ מנדל, לעיל ה"ש 33 53-60: "אף אם הסמכות שמכוחה פעל הגוף הציבורי מעוגנת בלשון ברורה בחקיקה הקיימת, ואף אם המעשה המנהלי הנתקף עומד איתן בגדר ההוראה המסמכת על פי לשונה, ואף לפי פרשנותה המקובלת על פי פסיקתו הקודמת של בית המשפט – יהיה הפרקליט חייב לבחון שוב ושוב את שאלת פרשנותה של ההוראה... גם אם בחינה זו תעלה שאכן הייתה לגוף המנהלי סמכות לפעול כפי שפעל, יידרש הפרקליט לבחון – לצורך גיבוש עמדתה של המדינה בתיק המונח לפתחו – את הצדק השימושי באותה סמכות במקרה הקונקרטי."

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בכשרות.³⁵ בדיונים המקדימים שנערכו לקראת גיבוש עמדת המדינה בעתירה התברר כי היועץ המשפטי לממשלה אימץ את עמדת העותר וקבע כי בית עסק יכול להציג את עצמו ככשר גם כאשר אין בידיו תעודת הכשר מטעם הרבנות המקומית. השופטים שמעו בדיווחים עיתונאים כי הרב הראשי מתנגד לעמדה שהוצגה בשמו וכי היועמ"ש מונע ממנו את האפשרות להציג את עמדתו האוטנטית בדיון, ולכן קבעו בהחלטת ביניים כי עמדת הרבנות הראשית לישראל תוצג על ידי היועמ"ש של הרבנות הראשית ולא בידי הפרקליטה המייצגת ממחלקת הבג"צים לאחר שהובהר בדיון כי עמדתה שונה מעמדת הגורם המיוצג על ידה.³⁶

בפסק הדין בחר השופט רובינשטיין להדגיש כי החלטת הביניים שניתנה תוך כדי ההליך איננה משקפת סטייה מהסטנדרט הרגיל. לדבריו, ההחלטה ניתנה נוכח הצטברות נסיבות ספציפיות חריגות – הדיון התקיים במהלך שביתת פרקליטים שהתנהלה באותם ימים ורובינשטיין תלה בשביתה את העדר עידכון השופטים בדבר עמדתה האוטנטית של הרבנות הראשית.³⁷ אך בניגוד לרובינשטיין, השופט סולברג הסתמך על דו"ח ועדת אגרנט³⁸ שקבע כי הממשלה יכולה לסטות מעמדת היועץ כאשר מתגלים חילוקי דעות ביניהם.³⁹

עניין גיני היווה את יריית הפתיחה לפולמוס. ביום 4 במרץ 2019, בהפרש של שעות אחדות, פורסמו שני פסקי דין בפרשות **תנובה**⁴⁰ ו-**יעל אמיתי**⁴¹ בהן נדונה שאלת קיומו של מונופול הייצוג של היועץ. היועץ המשפטי לממשלה עמד בשני התיקים על בלעדיות הייצוג במקרים שבהם מתעוררת מחלוקת בינו ובין המשיב, ופסקי הדין נתנו ביטוי למחלוקת בין השופטים בשאלת קיומו של המונופול. עניין **תנובה** עסק בסירובו של שר האוצר לאמץ את המלצת ועדת המחירים ולהעלות את מחיר החלב המפוקח בשל רפורמה שביקש לקדם לאחר הבחירות.⁴² בעניין **יעל אמיתי** נדון סירובו של שר המדע אקוניס למנות לקרן מדעית ישראלית-גרמנית משותפת אשת אקדמיה שהביעה בעברה תמיכה בסרבנות לשירות בצה"ל.⁴³ עמדת היועמ"ש בשני התיקים היתה כי עמדת השרים איננה סבירה ואין להגן עליה בבג"ץ. בעניין **אקוניס**, שר המדע דרש ייצוג אוטנטי ומשזה נמנע ממנו התייצב בעצמו בדיון וביקש מהשופטים את זכות הדיבור בכדי להציג את עמדתו האוטנטית. בניגוד לכך, בעניין **תנובה** שר האוצר לא העלה דרישה פומבית לייצוג אוטנטי אך שופטי ההרכב בחרו לדון בסוגייה.

בעניין **אקוניס** לא היה צורך להמתין לפסק הדין כדי לזהות שינוי בעמדה המסורתית של השופטים. כבר בדיון הראשון שקיימו השופטים הנדל, שטיין ומינץ הובהר לנציגי היועמ"ש כי השופטים יעניקו למשיב הזדמנות להציג את עמדתו האוטנטית בדיון. שר המדע קיבל את רשות הדיבור, חרף מחאותיו של מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה שנכח באולם. יתרה מכך, גם לאחר הדיון פרסמו השופטים החלטת ביניים המתירה לשר להגיש תצהיר נפרד מטעמו לקראת המשך הדיונים,

³⁵ חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983.

³⁶ החלטת ביניים מיום 13.5.2015 בפרשת גיני מבוססת על מסקנות וועדת שמגר.

³⁷ עניין גיני לעיל ה"ש 13, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

³⁸ דו"ח ועדת אגרנט משנת 1962 דוח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בתוך ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, 419 (1993)).

³⁹ עניין גיני לעיל ה"ש 13, פס' 24-26 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁴⁰ לעיל ה"ש 13.

⁴¹ שם.

⁴² עניין **תנובה** לעיל ה"ש 13, בעמ' 5.

⁴³ עניין **אמיתי** לעיל ה"ש 13, בעמ' 8.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

ובכך אפשרו הצגה של עמדתו האוטנטית מבלי שהיועץ ייקבע את תוכנה.⁴⁴ בתגובה הגישה פרקליטת המדינה כתב טענות חריג שביקש להעמיד את השופטים על הטעות שבמתן זכות דיבור לשר תוך הגנה עקרונית על המונופול היועמ"שי על הייצוג.⁴⁵

פסק הדין שכתבו השופטים כלל עיסוק נרחב בשאלת סמכותו של היועמ"ש לכפות את עמדתו על המיוצג. אף שבהחלטת הביניים הבהיר בית המשפט פה אחד כי השר רשאי להציג את עמדתו האוטנטית, פסק הדין מלמד על עמדה מורכבת יותר של השופטים, בין היתר לאור החלפתו של השופט מינץ בשופט קרא שאימץ את עמדתה המסורתית של הפרקליטות. השופט שטיין, לעומת זאת, הסביר כי אין בנמצא הלכה מחייבת, נוכח העדר הכרעה המבוססת על דיון מהותי בסוגיה. לפי עמדתו, כל שנאמר עד כה בנושא נאמר בדעת אגב ("אוביטר"), שאיננה יוצרת תקדים.⁴⁶ הוא שלל את קיומו של המונופול, תוך שהוא נסמך, בין היתר, על עמדות שהובעו בפסיקה בעבר, ובראשם פסק דינו של השופט סולברג בעניין גיני.⁴⁷ בניגוד אליו סבר השופט קרא כי קיימת הלכה מחייבת ממנה סטה השופט שטיין.⁴⁸

שטיין עמד על הקשיים שבאימוץ מונופול ייצוג. לדעתו עקרונות היסוד של ההליך השיפוטי נפגמים כאשר לא נשמעת עמדתם האוטנטית של הצדדים.⁴⁹

"עיקרו של הליך זה הוא בירור האמת בדרך של עימות חזיתי בין טענות עובדתיות וטענות שבדין אשר מועלות על ידי בעלי הדין היריבים. בגדרו של הליך זה אין מקום להשתקת טענות מעיקרן בשל היותן חלשות, מקוממות או מופרכות... 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, כשם שלא נקרא למשחק 'כדורגל' אחרי שניווכח שאחת הקבוצות היריבות מקבלת הזדמנות לנצחו על ידי בעיטת כדור לשער ללא שוער ממרחק של חמישה מטרים".

אך מוקד המחלוקת בין השופטים היה בשאלת הדין המצוי. למרות החלטות הביניים שהעניקו לשר אקוניס את זכות הדיבור ואפשרו לו הגשת תגובה הכוללת את עמדתו האוטנטית אין בפסק הדין הכרעה עקרונית בשאלת קיומה של הלכה משפטית המכירה במונופול על הייצוג. השופט הנדל השתמט מהכרעה בשאלה העקרונית בדבר קיומה של הלכה מחייבת למרות שפסק נגדה בהחלטת הביניים. לטעמו הסוגייה התייתרה מרגע שהוחלט לאפשר לשר לייצג את עמדתו האוטנטית.⁵⁰ העמדה של השופט הנדל עומדת בסתירה להכרעתו המעשית שהעניקה לאקוניס את זכות הדיבור אך הוא נמנע במודע ובמכוון מלחזור על עמדתו בפסק הדין וציין כי לא ראה צורך בהכרעה עקרונית.

⁴⁴ החלטת ביניים מיום 11.11.2018 בעניין **אמיתי**, וכן אבישי גרינצייג "בניגוד לעמדת הפרקליטות: בג"ץ אישר לשר אקוניס לייצג את עצמו בעתירה נגדו" **מעריב** 11.11.2018.

⁴⁵ לעיל ה"ש 11.

⁴⁶ **שם**, פס' 20 לפסק דינו של השופט שטיין. על פי חוק-יסוד: השפיטה, תקדים מחייב את הערכאות הנמוכות ממנו ולא את בית המשפט העליון, ששופטיו רשאים לסטות מן ההלכה. יחד עם זאת, שופטי בג"ץ בדרך כלל מכבדים הלכות קודמות. ראו מיכל טמיר "עלותו השקוועה של התקדים" **דין ודברים** א' 211, 233 (2005).

⁴⁷ לעיל ה"ש 13.

⁴⁸ עניין **אמיתי** לעיל ה"ש 13, ס' 25 לפסק דינו של השופט קרא.

⁴⁹ עניין **אמיתי** לעיל ה"ש 13, פס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁵⁰ **שם**, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בפסק הדין בעניין **תנובה** שפורסם כמה שעות לפני פרסום פסק הדין בעניין **אקוניס**, חזרו השופטים מזוז ופוגלמן על העמדה המקובלת לפיה קיימת הכרעה עקרונית שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג, בניגוד לעמדתו החולקת של שופט ההרכב שטיין. ניתן לשער שהשופטים היו מודעים לפסק הדין בעניין אקוניס שפורסם באותו היום ולכן הרחיבו בסוגיה למרות שהנושא לא נצרך להכרעה בעתירה. לדעת מזוז מונופול הייצוג נקבע ובוסס בפסיקה והוא חזר על העמדה המסורתית:⁵¹

"תפיסה זו שהייתה מקובלת מאז ומתמיד עוגנה באופן מפורש והחלטי בשורה ארוכה ועקבית של פסקי דין החל משנת 1985. הניסוח המקיף להלכה זו, הקושר את שאלת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של החוק עם תפקיד הייצוג שלו את רשויות המדינה בערכאות, ניתן על ידי בית משפט זה בהרכב מורחב בענין אמיתי ('פרשת פנחסי')."

קיומה של מחלוקת בין כותלי בית המשפט לא נסתרה מעיני היועמ"ש. עוד בטרם ניתנו פסקי הדין בפרשות דלעיל, ובזמן שחלף בין מועדי הדיונים בתיק **אקוניס** ובין פרסום פסק הדין בפרשה, התפרסמה הרצאה פומבית בה עמד היועץ על אי-הבהירות החוקית באשר לסמכויותיו בתחום הייצוג. היועץ הסביר כי הוא ממתין להכרעת בית המשפט בבג"ץ **אקוניס** מתוך ציפייה שיבהיר את המצב המשפטי הנוכחי ואת גבולות סמכותו. החשיבות שייחס היועץ להסדרת הדין נבעה מכך שזיהה חוסר אחידות בפסיקת בית המשפט בשאלת מונופול הייצוג בעקבות החלטות הביניים בעניין אקוניס.⁵² היועץ גם הסביר כי המענה החריג שהגישה הפרקליטות בעניין **אקוניס** ובו הצדיקה את סירובו של מנהל מחלקת הבג"צים להענקת זכות טיעון לשר אקוניס, הוגש בכדי שבית המשפט יבהיר את המצב המשפטי.⁵³ ברם, ציפיותיו של היועץ התבדו. פסקי הדין שפורסמו בפרשות **תנובה ואקוניס** לא העניקו לו את המונופול לו ייחל ולא פיזרו את הערפל מעל גישות שופטי בג"ץ אדרבה, הם חידדו את קיומה של מחלוקת מתרחבת בין השופטים המכהנים בשאלת המונופול.

בניגוד למקרים שגורתיים בהן מתגלה מחלוקת בין השופטים בשאלת הדין הרצוי או בפרשנות הדין, כאן המחלוקת היא בשאלה האם קיים 'דין'. העדר הכרעה ברורה משפיעה בראש ובראשונה על יכולתו של היועמ"ש למנוע משרי הממשלה את הצגת עמדתם האוטנטית כאשר היא שונה מעמדתו שלו. המחלוקת מחזקת את השרים הדורשים ייצוג אוטנטי הולם במקרי עימות ומקטינה את הסיכוי שהיועמ"ש יסרב לייצוג אוטנטי או פרטי. בית המשפט עצמו אינו כפוף לתקדימיו, אך היועמ"ש בהחלט כפוף להם. המחלוקת בין השופטים הביאה למצב שבו 'הדין הולך אחר הדיין' והמצב המשפטי משתנה לפי שופטי ההרכב. מבין השופטים המכהנים שבחרו להתבטא עד היום בנושא נראה כי השופטים קרא⁵⁴, מזוז ופוגלמן⁵⁵ תומכים בקיומו של מונופול, בעוד סולברג⁵⁶, שטיין⁵⁷, הנדל ומינץ⁵⁸ תומכים בצמצומו או בביטולו.⁵⁹

⁵¹ עניין **תנובה** לעיל ה"ש 13, פסי' 11 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁵² ב-26 בפברואר 2019 נשא אביחי מנדלבליט דברים באירוע הוקרה שנערך לפרופ' ידידיה שטרן במכון הישראלי לדמוקרטיה. את דבריו המלאים ניתן למצוא באתר המכון, בקישור: www.idi.org.il/articles/26041.

⁵³ לעיל ה"ש 11.

⁵⁴ עניין **אמיתי** לעיל ה"ש 13.

⁵⁵ עניין **תנובה** לעיל ה"ש 13.

⁵⁶ עניין **גיני** לעיל ה"ש 13.

⁵⁷ עניין **תנובה** ועניין **אמיתי** לעיל ה"ש 13.

⁵⁸ החלטת הביניים בעניין **אמיתי** לעיל ה"ש 44.

⁵⁹ השופט עמית התבטא בשבח הפרקטיקה הקיימת לפיה נהנה היועמ"ש מייצוג בבג"ץ 894/18 ירוק 2000 נ' שר החקלאות (פורסם בנבו, 17.12.2018) סעי' 6: "במאמר מוסגר: מטבע הדברים, עמדתו של שר החקלאות הוצגה על ידי פרקליטות המדינה, כפי שמקובל נהוג ורצוי מקדמת דנא" אולם אין בכך כדי ללמד על הדין המחייב לטעמו. השופט מלצר התבטא במהלך הדיון בעניין

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיזת), עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט (מד)

2. ההלכה המשפטית

בניגוד לרושם הראשוני שעלול להיווצר, המחלוקת בין השופטים בשאלת קיומה של הלכה שיפוטית המעניקה מונופול על הייצוג איננה עובדתית אלא משפטית. היא משקפת מחלוקת בשאלת התנאים הדרושים להכרה בהלכה מחייבת.⁶⁰

חוק-יסוד: השפיטה מעגן את עיקרון התקדים המחייב ומבחין בין "הלכה שנפסקה" בבית המשפט העליון, המחייבת כל בית משפט אחר, לבין "הלכה שנפסקה" בבית משפט אחר, ומנחה בתי משפט בדרגה נמוכה ממנו.⁶¹ העמדה המקובלת היא כי "הלכה שנפסקה", כמשמעותה בחוק, מתייחסת אך ורק לרציו של פסק הדין.⁶²

ההבחנה בין הלכות שיפוטיות – הרציו, ובין אמרות אגב – האוביטר, מעולם לא היתה חד-משמעית ובעשורים האחרונים היא טושטשה ואף הוכרז על מותה.⁶³ מקובל לטעון שהרציו של פסק הדין כולל את העובדות המשפטיות שנדרשו להכרעה בתיק, בניגוד לקביעות נלוות שלא נדרשו להכרעה השאלה המשפטית שעמדה לדיון. אולם בפועל קשה מאוד להבחין בין הדבקים באמצעות מבחנים אובייקטיביים.⁶⁴ המבחנים התאורטיים להבחנה בין הרציו לאוביטר ספגו ביקורת ולעג של ריאליסטים משפטיים, שהסבירו כי שופט סטנדרטי יאמץ בחום תקדימים שמתאימים לעמדתו ויגדיר כאוביטר תקדימים הסותרים את מסקנותיו. בפועל, ההכרעה בין אמרת אגב לבין הלכה מחייבת נובעת במידה רבה מהכרעתו הערכית של השופט, שמשנתה ממקרה למקרה על סמך העובדות הייחודיות של התיק באמצעות אבחון המקרה.⁶⁵

חרף הקושי להגדיר מהי הלכה מחייבת, יש במשפט הישראלי תחום שמחייב את ההבחנה בין הלכה מחייבת לאמרת אגב ופיתוחו הביא ליצירת הגדרה משפטית שיכולה לשמש אותנו בהבחנה. חוק בתי המשפט קובע כי דיון נוסף ביוזמת אחד מבעלי הדין אפשרי רק כאשר: "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיוותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש [לדעתם של השופטים] מקום לדיון נוסף".⁶⁶ כלומר, קיומה של הלכה חדשה מהווה תנאי לבקשת דיון נוסף ביוזמת בעלי הדין.

משמר הדמוקרטיה בשבח הפרקטיקה המאפשרת ייצוג פרטי במקרים של חילוקי דעות בין הממשלה והיועמ"ש אולם גם במקרה זה קשה ללמוד מכך על עמדתו בשאלת הדין הקיים (ראו עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 24.2.2020).

⁶⁰ ראו לדוגמה את הדיון הציבורי בניסיון לזהות האם נקבעה הלכה חדשה בע"א 7649/18 **ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 20.11.2019) לדוגמה: שירות גלובס "סערת אפרופים: כל מה שרציתם לדעת על פסק הדין החדש בידני חוזים" **גלובס** (1.12.2019).

⁶¹ ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

⁶² ראו יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 166 (מהדורה שנייה, דרור נבו עורך, 2019).

⁶³ חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא(2) 415, 426 (2001); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב להערות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל** ג 679 (1996); Judith M. Stinson, *Why Dicta Becomes*; Arthur L. Goodhart, *Determining The Ratio Holding and Why it Matters*, 76 BROOK. L. REV. 219-221 (2010); *Decidemni of a Case*, 40 YALE L. J. (1930).

⁶⁴ **טמיר** לעיל ה"ש 46 בעמ' 228.

⁶⁵ ראו שוקי שגב "תקדימים, טעויות וחמקנות חוקתיים: העליונים האמריקאים בתנועה" **הפורום הישראלי למשפט ותנועה** (2020) **אנגלרד** לעיל ה"ש 62 בעמ' 170. וכן **חיים כהן** לעיל ה"ש 63, בעמ' 422.

⁶⁶ ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בשנים האחרונות נעשה שימוש נרחב בהגדרת "הלכה" שיפוטית לדחיית בקשות לדיון נוסף שנתפסו כניסיון עקר לזכות בערעור בלתי מוצדק על הכרעת בית המשפט גם כאשר לא נדונה הלכה מחודשת.⁶⁷ הקריטריון לקביעת הלכה לעניין הדיון הנוסף נקבע בפסיקה:⁶⁸

"עד שנדע אם דברים שאמר בית-המשפט העליון בפסק-דין עולים הלכה, חייבת אותה הלכה לגלות עצמה על-פני פסק-הדין. וגילוי-פנים בהקשר ענייני פירושו הוא זה, שבית-המשפט ביקש במודע ובכוונת-מכוון לקבוע הלכה, ולא עוד אלא שביטא את כוונתו באורח ברור ומפורש; כך, לא פחות."

ניתן לעשות שימוש במבחן זה בכדי להכריע ולזהות "הלכות" מחייבות בפסיקתו של בית המשפט העליון. במבט ראשון נראה כי אימוץ המבחן לעניין שאלת המונופול של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיית הייצוג יוביל להכרה בקיומה של הלכה שיפוטית. ההכרה אולי לא נוצרה בעניין **אמיתי** שבו נזכר מונופול הייצוג לראשונה על ידי ברק בדרך אגב, אלא בתיקים מאוחרים יותר בהם בתי המשפט ביקשו במודע וכוונת מכוון להעניק ליועמ"ש מונופול שכזה והם ביטאו את עמדתם באופן מפורש.⁶⁹

למרות זאת, בעניין **יעל אמיתי** התנגד השופט שטיין להכרה בקיומה של הלכה כזאת. לשיטתו אין לזהות הלכה שיפוטית מחייבת במקום שלא התקיים דיון עקרוני בעניינה גם כאשר ברי לנו כי השופטים התכוונו להצביע על נורמה והתבטאו באופן חד משמעי. הפרקטיקה בישראל מאפשרת לשופט לקבוע באופן חד משמעי את עמדתו באמרת אגב מבלי שטענו בפניו בעניין, ולפיכך אין להכיר בה כהלכה מחייבת כל עוד לא נערך דיון מקיף וממצה בעניינה. אליבא דשטיין, אין מקום ליצירת נורמות "יש מאין" ואין להסתפק בכך שהן נקבעו על ידי בית המשפט כאשר ההכרעה לא התבססה על בחינה שיטתית ומעמיקה.

התחקות אחר האופן שבו התפתחה "הלכה" בדבר מונופול הייצוג של היועמ"ש תומכת בטענה של שטיין. ככול שקיימת הלכה בדבר מונופול הייצוג הרי שהיא התפתחה ללא דיון מפורט בקשיים שהיא מעוררת ותוך הסתמכות על מקורות שגויים.

2.1 האם קיימת מסורת חוקתית שמכפיפה את הממשלה ליועמ"ש במקרה של עימות?

כאמור, העמדה שמעניקה ליועמ"ש סמכות לקבוע את עמדת המדינה מבוססת על דברי השופט ברק בשולי פסק הדין בעניין **אמיתי**:⁷⁰

"היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת ... השקפה זו יונקת חיותה מהמסורת החוקתית שלנו. מסורת זו גובשה בדו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962)..."

⁶⁷ ראו, לדוגמה דג"ץ 5534/17 אליהו נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (2017); דג"ץ 3671/17 לוונשטיין לוי נ' מדינת ישראל (2017) וכן יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – ידיו נוסף" בדיון הנוסף "ספר דורית ביניש 181, 197-198 (קרו אזולאי, איתי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

⁶⁸ ראו למשל ד"א 4804/02 רביזדה נ' גולדמן (פורסם בנבו, 19.8.2002).

⁶⁹ ראו לדוגמה, דג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 26.10.2017).

⁷⁰ פרשת **אמיתי** לעיל ה"ש 7.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

פסיקה זו משמשת כמקור להכרה במונופול הייצוגי.⁷¹ אולם כפי שצינו כותבים שונים,⁷² עיון בפסק הדין מראה כי הבסיס להכרעת בית המשפט שגוי. ברק מבסס את מונופול הייצוג על מסקנות דו"ח ועדת אגרנט אולם עיון בדו"ח אינו מאפשר זיהוי של האמור בדו"ח עם העמדה אותה מציג ברק.

ראשית, לא מובן כיצד ניתן ללמוד מדו"ח של ועדה ממשלתית הדנה במצב הראוי על קיומה של מסורת חוקתית. מסורת חוקתית אמורה לבא לידי ביטוי בהתנהגות הרשויות בפועל, ולא באמירה סתמית של ועדה שאינה מגובה בראיה. שנית, ועדת אגרנט לא עסקה עיסוק של ממש בשאלת הייצוג. עניינה היה הסמכות הפלילית של היועמ"ש. אבל חשוב מכל – דו"ח ועדת אגרנט אומר בבירור את ההיפך המוחלט ממה שברק מייחס לו. חברי הוועדה, אשר התמקדו כאמור בבחינת היחס שבין סמכות שר המשפטים וסמכות היועץ בכובעו כתובע, הקדישו מספר פסקאות לשאלת היחס שבין הממשלה ויועצה המשפטי בנושאים שאינם פליליים, והמליצו כך:⁷³

"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..."

ועם כל זאת, פסקי הדין צעדו בעקבות ברק וראו בפסק דינו הלכה מחייבת למרות שהמסד עליו יוסדה ההלכה רעוע. כמה שנים לאחר מכן, ב-1997, הוקמה וועדת שמגר לבחינת סמכויות היועמ"ש ודרכי מינויו והמלצתה הברורה היתה שלא להעניק ליועמ"ש מונופול על הייצוג, תוך חזרה על דו"ח אגרנט אך ללא הועיל. וכך השתרשה "ההלכה". לימים, לאחר שהתבססה בקרב היועצים המשפטיים התפיסה כי הם נהנים ממונופול על קביעת העמדה שתוצג בבג"ץ, הודו השופטים ברק וזמיר כי היו מודעים לכך שאין למצוא באמור בדו"ח הוועדה את שביקשו לתלות בו אך הסבירו כי ההלכה החדשה משיגה תוצאה חיונית.⁷⁴

פסיקתו של ברק הפכה למקור הנורמטיבי מכוח הפיכתה לתקדים המחייב, וכך נוצר מעגל שוטה.⁷⁵ הנימוק המקובל להענקת מונופול הייצוג הוא "כך קבע השופט ברק", על יסוד מסורת שיפוטית שמעולם לא הוכחה והפכה ל'פיקציה' משפטית.⁷⁶ כדי לפרוץ את המעגל יש מי שביקשו לזהות את מונופול הייצוג כמנהג חוקתי מחייב מכוח הציות לפסיקה שהתבססה על זיהוי שגוי של מסורת משפטית שמעולם לא נהגה.⁷⁷ הקושי שבהצעה נובע מכך שדוקטרינת המנהג החוקתי המחייב כשלעצמה טרם נקבעה בפסיקה כעילת ביקורת עצמאית, למרות שזכתה

⁷¹ לדוגמה האחרונה ראו את השתלשלות "ההלכה" כפי שמופיעה בפסק הדין בעניין **תנובה** לעיל ה"ש 13.

⁷² ראו שטרית לעיל ה"ש 8 עמ' 109. ברק נשאל במפורש על הסתירה והסביר שלדעתו דו"ח אגרנט עמום בסוגיה לכן בחר להעניק לו את הפרשנות הראויה, לדבריו. דניאל בן אוליאל ויובל יועז "היועץ המשפטי לממשלה - דברי ימי המחלוקת: שיחה עם אהרן ברק" **משפט וממשל** יח 495, 496 (2005). ראו גם אצל לבונטין, לעיל ה"ש 4 וראו התבטאות מוקדמת יותר של זמיר: יצחק זמיר "הערת העורך לפרסום דו"ח ועדת אגרנט" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 419 (יצחק זמיר עורך 1993) וראו גם לסקירתו של ברינגר לעיל ה"ש 4.

⁷³ הדו"ח נכתב בשנת 1962, אך פורסם רק בשנות התשעים. ראו "דו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 419 (1993).

⁷⁴ לעיל ה"ש 73.

⁷⁵ ראו שטרית לעיל ה"ש 8 שם.

⁷⁶ עניין **תנובה** לעיל ה"ש 13, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁷⁷ עניין **לביא** לעיל ה"ש 25 פס' 33 לפסק הדין; מתן גוטמן, לעיל ה"ש 4.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג: (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

לאהדה שיפוטית.⁷⁸ עיון באיזכור של מנהג חוקתי במדינות המשפט המקובל, מלמד כי לא מדובר בדוקטרינה עצמאית שיכולה ליצור נורמה אכיפה יש מאין, ולכן ניסיון לביסוס דוקטרינת הייעוץ המחייב על דוקטרינת המנהג החוקתי לא יצלח.⁷⁹ יתרה מכך, קשה להלום הצדקה להסדר רדיקלי, חריג בהשוואה בינלאומית, סותר תפיסות יסוד של דמוקרטיה ייצוגית והפרדת רשויות, המבוסס על שגיאה, רק משום שהוא נתפס לתקופה מסוימת כמחייב.⁸⁰

2.2 עיגון חוקי למונופול – הסדר שלילי או לקונה?

אם בכך לא די, פסק הדין בעניין **תנובה** עיגן שגיאה נוספת בפסיקה. השופט מזוז מנמק את תוקפו של מונופול הייצוג בהסתמך על חקיקה ראשית של הכנסת וטוען כי קיימת חקיקה ראשית המעניקה ליועמ"ש את הבלעדיות על הייצוג בבג"ץ. מזוז פונה לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, כמקור נורמטיבי הקובע את בלעדיות הייצוג בבג"ץ.⁸¹

" 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), וממילא השאלה האמיתית אינה שאלת הייצוג אלא השאלה איזו עמדה תוצג בפני בית המשפט".

אולם הניסיון לזיהוי מונופול בהסדרי החוק לתיקון סדר הדין האזרחי שגוי, החוק עוסק בהליכים אזרחיים בלבד כפי שמעיד שמו. החוק קובע זאת בסעיף מפורש, ברחל בתך הקטנה: "חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין אחר, והוא אינו חל על עניינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בוועדת ערעורים או עררים".⁸² לשון החוק ברורה – לא ניתן ללמוד ממנה דבר על מעמד היועץ בייצוג המדינה בבג"ץ ובהליכים מנהליים.⁸³ ייצוג הרשויות בפני בג"ץ הוצא אפוא במפורש מכלל ייחודיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה, זהו מקרה מובהק שבו ניתן ללמוד 'לא' מכלל ה'ה'. הנה, לנגד עינינו מתפתחת פרשנות משפטית שגויה להבטחת מונופול הייצוג, על סמך שגיאה בקריאת טקסט; הפעם אין מדובר בטקסט של ועדה ממונה כי אם בטקסט של חוק שפרשנותו הלשונית חד משמעית, סעיף מפורש מבהיר שהחוק לא חל על הליכים בבג"ץ.

⁷⁸ בג"ץ 9029/16 יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (פורסם בנבו, 1.2.2017) פס 5.

⁷⁹ פס' 146 בעניין R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU [2017] UKSC 5.

"Judges... are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question... but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world. As Professor Colin Munro has stated, 'the validity of conventions cannot be the subject of proceedings in a court of law'..." PETER HOGG, Re Resolution to amend the Constitution [1981] 1 SCR 753, 880-881 (canda); CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 7-8 (1977).

⁸⁰ להשוואה למעמדו של מנהג שהונהג בטעות במשפט העברי ראו **שולחן ערוך** יו"ד סי' רי"ד ס"א.

⁸¹ עניין **תנובה** לעיל ה"ש 13 פסקה 7 לחוות דעתו של השופט מזוז.

⁸² סי' 10 חוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958.

⁸³ ראו בג"ץ 151/82 **בר אילן נ' מנהל מס שבה מקרקעין, נתניה**, פ"ד לו(4) 654, פס' 3 לפסק הדין (1982): "סעיף 10 לחוק המדינה כבעל דין הוא בעל נוסח כללי ומקיף, ואין בו מאומה, ממנו ניתן יהיה ללמוד, כי האמור בו חל על סעיף אחד או על מספר מוגבל של סעיפים של החוק הנ"ל בלבד. אם הייתה כוונה כאמור... הרי זו לא באה לידי ביטוי הולם בנוסחו של סעיף 10, ואין בידינו אלא לתת משמעות למילים הפשוטות והברורות של החוק".

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בעבר הפנו כותבים שונים לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי באופן שגוי כמקור למונופול הייצוג, ⁸⁴ אך עניין **תנובה** הוא הפעם הראשונה שבה השתרבבה השגיאה לפסק דין וראוי למנוע את השתרשותה. ⁸⁵

אם נסכם את התפתחות "ההלכה" בדבר מונופול הייצוג, הרי שלפנינו תופעה חריגה של דוקטרינה שיפוטית שהתפתחה מאמרת אגב על בסיס הסתמכות שגויה על מקורות נורמטיבים ודוחות ממשלתיים ובמעמד צד אחד למרות שיטת המשפט האדברסרית הנוהגת בישראל. מעולם לא התייצב עורך דין שהגן באופן עקרוני וסדור על עמדה ששוללת את הבלעדיות, וכך נדחק הדיון בנוגע לפרקטיקה והשלכותיה מחוץ לכותלי בית המשפט. במבחן התוצאה, רצף השגיאות והדיון החלקי שתומכי המונופול בבג"ץ מתבססים עליהם מדגימים היטב את הרציונאל שדוחה הכרה וזיהוי של הלכות שנקבעו ללא דיון סדור. הליקויים שביסוד "ההלכה" מחזקים את העמדה של שטיין לפיה עריכת דיון סדור היא תנאי בלעדיו אין לקביעת הלכה. לשם הכרה בקיומה של הלכה מחייבת אין די בכוונת השופטים לקבוע נורמה חדשה כפי שמדגישה הפסיקה כתנאי לקיומו של דיון נוסף. כדי שיתגבש תקדים מחייב הכרחי שיערך דיון ממצה ומסודר בעניין כאשר העמדות השונות מיוצגות ונבחנות בידי בית המשפט.

3. האם ראוי שמונופול הייצוג יוסדר בהלכה שיפוטית?

עד כה בחנו את תוקפה של "ההלכה השיפוטית" תוך התמקדות בשאלת הדין המצוי והתנאים הדרושים להכרה בהלכה מחייבת. הצבענו על השופטים המכהנים שערערו על קיומו של מונופול ייצוג בניגוד לתפיסה הרווחת, אך מלבד שטיין שהתבטא בעניין יעל אמיתי באופן מפורש, אין זה ברור האם השופטים האחרים סבורים שאין הלכה מחייבת או שלשיטתם הייתה כזאת והם בחרו לסטות ממנה. כידוע, אפילו הייתה הלכה מחייבת, שופטי בית המשפט העליון רשאים לסטות ממנה. השופטים אינם כפופים לתקדימי עמיתיהם ואף לא לתקדימי עצמם. ⁸⁶ לא בנקל ימהרו השופטים לסטות מהלכות מקובלות ⁸⁷ אך אין הם נרתעים מכך כאשר הם סבורים כי יש בכך צורך. ⁸⁸ במקרה שבו ההלכה מבוססת על שימוש במקור חיצוני שאינו משפטי כמו בעניינו של דו"ח אגרנט הדבר יקל על שופט לקבל החלטה על סטיה. כאשר ההלכה מבוססת רק על דוקטרינת התקדים המחייב מבלי להסתמך על מקור נורמטיבי עצמאי תתקבל החלטה על סטיה ביתר קלות. ⁸⁹ בעניינו יש רגלים לטענה שניהולו של הליך משפטי מבלי שמוענקת למשיב ההזדמנות להגן על עמדתו פוגעת

⁸⁴ לדוגמה עכנתי ראו, Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19(2) THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 705, 718 ft. 48 (2018). וכן לבונטין לעיל ה"ש 4.

⁸⁵ במסגרת הדיון שנערך ביום 24.2.2020 בעניין **משמר הדמוקרטיה** שעסק בשאלת ועדת הבדיקה למח"ש בהחיר הפרופ' רון שפירא בא כוח הממשלה כי אין ליועץ המשפטי לממשלה סמכות בלעדית לקבוע את המייצג בבג"ץ כתוצאה מההחלטה בחוק.

⁸⁶ סעי' 20 לחוק-יסוד: השפיטה וכן **אנגלרד** לעיל ה"ש 62, 171.

⁸⁷ מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" **רב – תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית**, 361, 384-385 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר 1998); וראו גם דני"פ 9384/01 **אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-דין בישראל, הוועד המרכזי**, פ"ד (4) 637 (2004): "אכן... מיהו אדם ולא יטעה? וטעות – לעולם חוזר. ואולם תיקון הטעות גם הוא חייב שיעשה באורח מתוקן. פסק-דין הקובע הלכה אין הוא ככרטיס נסיעה ברכבת התקף אך ליום הוצאתו... אם כך יתקנו חבריי, תכרי חבריי ינהגו אף הם כחבריי, ואנו, אנה נבוא כולנו. נזכור כי ביתנו בית-משפט הוא. בית-משפט הוא – אין הוא בית שופטים." וכן חוות דעתה של השופטת ברק ארזי בבג"ץ 8567/15 **חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 28.12.2015).

⁸⁸ ניתן לראות דוגמה עדכנית למחלוקת בדבר הצורך בשינוי הלכה בהתייחסותם של השופטים לשאלת חוקתיות הריסת בתי מחבלים מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום לצרכי הרתעה. ראו את עמדת השופט מזוז שבחר לסטות מההלכה המחייבת- **בג"ץ 7220/15 עליה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 1.12.2015). "הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעתי לבידור יסודי. אכן הטענות העקרוניות-כלליות שנטענו כאן ודומות להן כבר הועלו בעבר, אך לדעתי הן לא זכו עד כה לבידור יסודי ומקיף כנדרש, ומכל מקום, לא מלא ועדכני. זאת במיוחד נוכח הקשיים הרבים שהסוגיה של הפעלת תקנה 119 מעוררת".

⁸⁹ חיים גזי "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק" **משפטים** יח 509, 515-516 (1989).

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בהגינות הבסיסית שעומדת ביסוד ההליך האדברסרי וכאשר מדובר בתקדים שגוי היוצר מציאות שאינה הגונה – יתכן ובית המשפט אף מחוייב לסטות ממנו.⁹⁰

ההלכה השיפוטית, ככל שיש כזו, מבוססת על קיומה הלכאורי של לקונה חוקית בעניין הסמכות לקבוע את עמדת הממשלה ולייצגה בערכאות. אלא שזיהוי הלקונה מותנה בפרשנות החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958. קיימת פרשנות אפשרית וסבירה לחוק לפיה סעיף 10 בחוקמהווה הכרעה מכוונת של המחוקק, שהחריג במפורש את בלעדיות הייצוג של היועמ"ש מהליכים בפני בג"ץ (וערכאות מינהליות אחרות). המחוקק נמנע מלהעניק ליועץ המשפטי לממשלה בלעדיות בייצוג וסיבתו עמו: המשיב בעתירה הוא בעל הסמכות בעניין הפעולה או ההחלטה הנתקפת, ועליו מוטלת האחריות לגביה; הוא מחויב 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.

אולם אף אם נראה בשתיקת המחוקק לקונה ונפרש את החוק כשותק ביחס להליכים בבג"ץ, אני סבור כי יהיה זה שגוי להסדיר כלל מוסדי יסודי ביחס לשיטת הממשל הישראלית באמצעות חקיקה שיפוטית שאינה מתאימה לקביעת הסדר כה משמעותי שמקים מוסד חדש ומקנה לו את סמכויותיו לטעמי הסדר כזה יכול להיקבע רק בכנסת ולא ב"חקיקה שיפוטית" וזאת מחמת שורה של טעמים מהותיים ומוסדיים אותם אציג כעת.

3.1 גבולות החקיקה השיפוטית

חקיקה שיפוטית עשויה להתרחש באחד משני תרחישים. האפשרות הרכה לחקיקה שיפוטית היא כאשר בית המשפט מפרש הוראה בעלת תוקף נורמטיבי. במקרים מסוג זה על השופט להכריע בין מספר חלופות משפטיות אפשריות להכרעה בפרשנותו של הדין. במקרים כאלה השופט מתבסס על נורמה מחייבת – חקיקה ראשית או חקיקת משנה – והוא מכריע בנוגע לאופי והיקף הדין, וקובע הלכה שיפוטית שמעניקה תוקף מחייב לפרשנות אפשרית של הנורמה. במקרים כאלה פעולת החקיקה השיפוטית מתבצעת באמצעות בחירה בפרשנות מסוימת לדבר חקיקה.⁹¹

האפשרות השנייה והנועזת יותר נהוגה במדינות המשפט המקובל ומאפשרת חקיקה שיפוטית בהעדר הוראה חרותה. במקרים כאלה על השופט להכריע בראש ובראשונה האם לפניו הסדר שלילי שחוסם את הדרך מפני יצירת הסדר, או שמא מדובר בלקונה משפטית. אם מצא כי מדובר בלקונה עשוי השופט להשלימה על פי הכללים המשפטיים.⁹²

שרטוט קו מדויק בין המקרים המתאימים לחקיקה שיפוטית לבין כאלה שבהם אין היא רצויה איננה מלאכה פשוטה. אולם אני סבור כי המקרה של קביעת מונופול יועמ"ש על הייצוג הממשלתי אינו נופל לגדר מקרי הביניים. קביעת הסדר מוסדי תשתיתי בעל השפעות נרחבות על חופש הפעולה של הממשלה וראשיה מהווה מקרה חד משמעי שאינו מתאים לחקיקה שיפוטית.⁹³ מכיון שאין חוק

⁹⁰ חיים כהן **המשפט** 238 (מהדורה שניה 1996); אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" 73 **משפטים** יג (1983).

⁹¹ ברק שם 29-33.

⁹² ברק שם 33-35.

⁹³ סעיף 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה דני"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול** (סד' 533 (2010) "אם השינוי המוצע בפרשה זו – על פי כל אחת מן המתכונות המוצעות – הוא שינוי הצומח באופן טבעי מ"האורגניזם החי" של שיטת המשפט, והוא מתאים לפיתוח באמצעות המשפט המקובל, או שמא נדרשת פעולת חקיקה לצורך הסדרתו? האם ענייננו בשינוי שהוא בבחינת "אבולוציה" טבעית של המשפט, או ב"רבולוציה" שמשמעה מהפך מהותי בדין, שאינו בגדר פיתוח טבעי, אורגני, בתחומי הדין הקיים, אלא יצירה של דפוס דין חדש".

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג: (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

מסמך אין אפשרות לראות בהסדר החדש פרשנות, ומכיון שההסדר החדש על השלכותיו הרחבות לא מתאים לחקיקה שיפוטית אין זה ראוי שבית המשפט יקבע הסדר כה משמעותי שיוצר מוסד רב עוצמה "יש מאין" ב"הלכה שיפוטית".

מבחינה פורמלית זיהוי לקונה היה מחייב את בית המשפט לקבוע את ההסדר החדש על פי הוראות חוק יסודות המשפט: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטענה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל" והדבר לא נעשה כאן.⁹⁴ חוק יסודות המשפט פורש בעבר בצורה מאוד רחבה ולכן קיימת אפשרות תאורטית להציג את ההלכה כמבוססת על "עקרונות המשפט העברי ומורשת ישראל" אולם הדבר לא נעשה. והכרזה על לקונה בשאלת סמכויות היועמ"ש היא "שטר ששוברו בצידו". בית המשפט ממעט בזיהוי לקונות והשלמתן על פי הוראות חוק יסודות המשפט גם כשהוא עוסק במשפט אזרחי, אך השלמת לקונות בתחומי המשפט הציבורי המיוסד על עיקרון חוקיות המינהל מגלה קשיים מיוחדים. הרשויות הציבוריות מנועות מלפעול ללא חוק מסמך ולכן חקיקה שיפוטית מבוססת לקונה בתחומי המשפט הציבורי עומדת בסתירה לעקרונות יסוד במשפט המינהלי ואינה ראויה,⁹⁵ מדובר כאן על הלכה שמקימה את הסמכות הבסיסית של היועמ"ש ולמעשה יוצרת מוסד מינהלי חדש ורב עוצמה, ולא על הלכה שעניינה באופן שבו יפעיל היועמ"ש את הסמכות הנתונה לו ומכאן הקושי החרג.

בית המשפט נוטה להימנע מחקיקה שיפוטית בשאלות מוסדיות בהעדר חוק חרות שעוסק בעניין שלפניו, אלא אם ישנו צורך דחוף בקביעת הסדר לצורך הכרעה בסכסוך שלפניו.⁹⁶ בדרך כלל בית המשפט מעדיף להעיר למחוקק בדבר הצורך בתיקוני חקיקה תוך הימנעות מחקיקה שיפוטית.⁹⁷ לא כך נעשה בשאלת סמכויות היועמ"ש. בית המשפט מיהר לקבוע נורמה חדשה שהעצימה את כוחם של היועמ"שים ולא החזיר את ההכרעה בסוגיה לכנסת, יתכן וחשש מפני חקיקה שתוביל לאימוץ ההמלצות המקוריות של וועדות אגרנט ושמגר ותאפשר לממשלה ייצוג אותנטי במקרה של עימות עם היועמ"ש כנקודת המוצא לדיון בדבר ההסדר הראוי. בין כך ובין כך לא חזינו עד כה במהלך משמעותי לעיגון סמכויות היועמ"ש או לתמיכה ועידוד שיפוטי להסדרת הנושא בחקיקה.

3.2 כלל ההסדרים הראשוניים

עיקרון חוקיות המינהל אוסר על גופים ציבוריים לעשות פעולות ללא הסמכה מפורשת בחוק. על פי המסורת המשפטית בישראל פסיקה של בית המשפט העליון יכולה לשמש מקור חלופי להסמכה מפורשת בחוק במקרים נקודתיים אך קשה להולמה במקרים בהם הפסיקה יוצרת סמכות ראשונית יש מאין.⁹⁸ לטעמי בסוגיה כה עקרונית בעלת השלכות רחבות כמו הענקת מונופול על הייצוג ליועץ המשפטי לממשלה – סמכות שמעניקה יכולת דה-פקטו לגורם חיצוני שאינו בית המשפט לכפות את עמדתו על הממשלה ושריה – נחוץ מקור הסמכה בחוק יסוד: הממשלה, או לכל הפחות בחוק מפורש וסטייה מכך פוגעת בכלל ההסדרים הראשוניים לפיו הכנסת היא הגוף שמוסמך לקבוע

⁹⁴ סעיף 1 חוק יסודות המשפט התש"ס-1980.

⁹⁵ בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסי' קל לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016).

⁹⁶ ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד' 434, 464 (2011).

⁹⁷ ראו לדוגמה דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' אסתר כהן (2013).

⁹⁸ ראו לדוגמה את חילוקי הדעות בין השופטים פרוקציה ורובינשטיין בעניין בית החולים כרמל לעיל ה"ש 92.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

הסדרים ראשוניים. גם אם מכירים בסמכות של בג"ץ לקבוע חקיקה שיפוטית במקרים קיצוניים, קביעה שכזו מהווה חריג שבחריג ואינה הולמת את המאפיינים של ההלכה בדבר מונופול הייצוג.⁹⁹

כלל ההסדרים הראשוניים הוכר בפסיקה. ומדגיש את הצורך שבקבלת הכרעות עקרוניות חשובות בידי הכנסת כמייצגת הציבור.¹⁰⁰ הכלל מגביל את היכולת של שרי הממשלה להיתלות בהסמכה עמומה בחוק כדי לאפשר יצירת הסדרים עקרוניים חדשים שלא באמצעות נציגי הציבור בכנסת מתוך תפיסה הרואה בכנסת את הזירה הציבורית להכרעה בשאלות חברתיות עקרוניות והוא מופעל בדרך כלל בכדי למנוע יצירת הסדר ראשוני בחקיקת משנה.¹⁰¹ מלומדים שונים נחלקו בשאלת תחולתו, באשר הוא עצמו הוכר בחקיקה שיפוטית. יש מי שרואה בו חזקה פרשנית שהמחוקק יכול לעקוף בחקיקה מפורשת או משתמעת,¹⁰² ויש מי שראו בו כלל חוקתי המגביל את החקיקה.¹⁰³ למרות שבית המשפט טרם הכריע במחלוקת בדבר היקף הכלל ותוקפו אין הוא נמנע מלעשות בו שימוש¹⁰⁴ ואין חולק על הערך שהכלל מבטא – המחוקק הוא זה שצריך להסדיר את כללי הממשל ולהכריע בשאלות עקרוניות וערכיות שנויות במחלוקת, בשל היותו מייצג ישיר של הציבור הנתון להשפעתו.

הרציונאל של כלל ההסדרים הראשוניים והצורך בשמירה על הפרדת רשויות חלים גם במקרה שבו בית המשפט, ולא מחוקק המשנה, מבקש ליצור חקיקה שיפוטית ראשונית במקרים בהם אין צורך ישיר בהגנה על זכויות. במקרה שלנו אין מחלוקת על כך שאין בנמצא כלל ראשוני. אין כל דבר חקיקה שמעניק ליועץ המשפטי לממשלה את הסמכות לקבוע את העמדה או לייצג בבלעדיות בבג"ץ ואין זה ראוי שבית המשפט, שאינו תלוי בציבור, יעצב הסדרים ראשוניים ללא סמכות מפורשת בנושאים שנויים במחלוקת ציבורית או שייצור סמכויות מוסדיות חדשות שלא נודעו בחוק. יצירת כלל כזה מנוגדת לעיקרון הפרדת הרשויות. יפים לעניין זה דברי השופט רובינשטיין בעניין מתווה הגז. שם נקבע כי הממשלה מחויבת להעביר חלקים מהמתווה בכנסת ואין להסתפק בהכרעה ממשלתית.¹⁰⁵

"אחד מהיבטיה העמוקים של הדמוקרטיה הוא התפיסה כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי הציבור צריך שתתקבלנה על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה... בהיבט זה יש לתת את הדעת לביקורת המושמעת בדבר ריחוקו של ההליך המינהלי מן האידאולוגיה הדמוקרטית, הנובע מכך שהחלטות רבות ביומיום של חיינו מתקבלות על ידי מי שאינם נבחרים ציבור, ולכן מרוחקים מן העמדות והרצונות הרווחים בו... ויתור המחוקק לטובת המינהל על סמכותו לקבוע

⁹⁹ ברק לעיל ה"ש 90 57.

¹⁰⁰ ראו לדוגמה בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות נ"ל (6) 25 (2002) פס" 30: "הלכה היא שמשיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה (במובנה הפורמאלי-ייצוגי ובמובנה המהותי), ראוי שהתוויות המדיניות הכלליות והעקרוניות – זו המהווה את ההסדר הראשוני – אשר השפעתה על חיי הפרטים בחברה הינה גדולה – תיעשה בחקיקה ראשית, בעוד שדרכי הגשמתה ויישומה של המדיניות יכולים להיקבע בדרך של חקיקת משנה על-ידי הרשויות".

¹⁰¹ ראו את סקירת הפסיקה העדכנית בהחלטת השופט מלצר יו"ר ועדת הבחירות בהליך השימוע שערך במסגרת הבחירות לכנסת ה-22 בו אשר על צילום של משקיפים בקלפיות ה"ש 7/22 עדאלה נ' הליכוד ס"ע 75 (26.8.2019) עמדתו אימצה את עמדת היועמ"ש בשימוע: "מקובל עליי כי קביעת העקרונות הכלליים בנושא כה רגיש, העומד בליבת ההליך הדמוקרטי והמצוי במרכז של מחלוקת ציבורית – ראוי לה שתיעשה על-ידי המחוקק הראשי". ואם כך ביחס לצילום בחדר ההצבעה בידי חברי ועדת הקלפי והמשקיפים על אחת כמה וכמה כאשר מדובר על יצירת מונופול על הייצוג. וראו גם ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ' 595, 631-635 (2017).

¹⁰² גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב (2012) 379.

¹⁰³ ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012).

¹⁰⁴ ראו לדוגמה פס" 39 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז ופס" 3 לחוות דעתו של השופט גיבראן בבג"ץ 7803/06 ח'אלד אבו

ערפה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.09.2017).

¹⁰⁵ שם, פס" קבח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

הסדרים ראשוניים מנוגד לשלטון החוק, הדורש ש"כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי".

השופט רובינשטיין שהתייחס למגבלות שראוי להטיל על הממשלה ביחסיה מול הכנסת היה מודע לכך שניתן לעשות שימוש באותם טיעונים כדי לבקר את המעורבות השיפוטית בעבודת המחוקק. לכן הסביר כי התערבות שיפוטית בעבודת הכנסת היא לגיטימית, שכן בית המשפט מצמצם את פעילותו לביקורת שיפוטית על הסדרים שנקבעו בחקיקה ולא מעצב הסדרים יש מאין.¹⁰⁶ אולם הסדר מרחיק לכת המעניק ליועמ"ש מונופול על הייצוג אינו מעוגן בדבר חקיקה. מדובר באחד מהמקרים המובהקים ליצירת דוקטרינה שיפוטית מוסדית תוך עיצוב הסדר בעל השלכות כבדות על חופש הפעולה של הממשלה ושריה. קשה עד מאד שלא לראות בו הסדר ראשוני שעל הכנסת לקובעו בחקיקה ראשית לפי ההגדרות שנזכרו בפסיקה. יתרה מכך, מבחינת הגרעון הדמוקרטי שביצירת הסדרים ראשוניים, הורע כוחם של השופטים ביחס לכוחה של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת, ששריה הם על פי רוב נבחר ציבור, מכהנת מכוח אמון הציבור וראשיה עומדים לבחירה מחודשת מעת לעת, ולכן קשובים לביקורת ציבורית. בניגוד לכך, בית המשפט הוא מוסד שנהנה מעצמאות ולכן שופטיו מוגנים בסדרה של הסדרים שמבטיחים אי תלות.¹⁰⁷ אופייה העצמאי של מערכת המשפט חיוני ליצירת שיפוט עצמאי בלתי תלוי אך פוגם בלגיטימציה הציבורית של בית המשפט ליצור כללים ראשוניים. כוחה של המערכת השיפוטית ועיצובה כמנגנון ביקורת שיפוטית עצמאי במקרים של פגיעה בזכויות ובשלטון החוק פוגעים מיניה וביה בהצדקה שבהפקדת סמכות ליצירת הסדרים ראשוניים מבניים בידה.

3.3 הטיעון המוסדי- מבנה ההליך

מלבד הגרעון הדמוקרטי, נהנית הכנסת מעדיפות ביצירת הסדרים מוסדיים גם בשל תהליכי העבודה הנהוגים בה. כללי הדיון בבתי המשפט עוצבו להכרעה בסכסוכים קונקרטיים ולא להכרעה בשאלות שדורשות שקילת שיקולי מדיניות רחבים. אופי הדיון בכנסת מעודד הרחבה של הדיון באמצעות חובה להעביר את החקיקה במספר קריאות. נלווים אליהן דיונים בוועדות הכנסת, שיוצרים הליך ממושך שמאפשר ביקורת ציבורית ושיתוף הציבור. ניתנת גם במה לגורמים מקצועיים מגוונים בעלי עמדה ועניין בנוגע לחקיקה והתמשכות הליכי החקיקה מאפשרת החלפת מידע ודעות.¹⁰⁸ בניגוד לכך, בבית המשפט הצדדים לדיון הם שמתווים את גבולות הגזרה שלו, עוד בניסוח העתירה ובמהלך ניהולה בשל בחירת העובדות המוצגות והטיעונים שיעלו בפני בית המשפט, מה עוד שההליך הבג"צי שבו אנו עוסקים מבוסס תצהירים ונעדר חקירת בעלי דין או התייצבות מומחים.

המאפיינים המוסדיים של בית המשפט פוגעים ביכולתו לעצב הסדר ראוי בשאלת מונופול הייצוג. ההליך המשפטי הוא אדברסרי ולכן במקרה שבו נחסמת דרכו של משיב והוא מנוע מלהציג את

¹⁰⁶ שם: "אכן, יש שיאמרו, גם בית המשפט העליון אינו נבחר ולהכרעותיו כוח גדול; התשובה לכך היא כי בית המשפט אינו מעצב – ואינו רוצה לעצב – הסדרים מיוזמתו אלא בוחן בביקורת שיפוטית הסדרים שנעשו, לשם בדיקת חוקיותם או חוקיותם, וההבדל מהותי".

¹⁰⁷ חוק – יסוד: השפיטה סעיף 2.

¹⁰⁸ לדיון על האופן שבו הליך החקיקה משפיע על תוכנה ראו איתי-בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645, 664-671 (2016).

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

עמדתו האוטנטית ההחלטת שעומדת לדיון תוצג באופן חלקי שלא מיטיב עימה, וכפי שהסביר השופט שטיין:¹⁰⁹

"הנני סבור כי השר ראוי היה לכך שעורך דין מפרקליטות המדינה או, למצער, עורך דין פרטי יציג לפנינו את עמדתו באופן מיטבי ויגן עליה. העובדה שהשר לא קיבל ייצוג משפטי נאות, חרף היותו זכאי לכך, מחייבת אותנו להניח כי עמדתו לא הוצגה לפנינו באופן מיטבי וכי ניתן היה להציגה טוב יותר מכפי שהוצגה".

מלבד הצורך בעורך דין שיטען את טענותיו הקונקרטיות של המשיב בהליך אדברסרי, קביעת 'הלכה' שיפוטית בדבר מונופול יועמ"שי התרחשה בשורה של פסקי דין שבהם כלל לא הופיע עורך דין שטען מול עמדת היועמ"ש והפרקליטות הפועלת מכוחו. גם במקרים החריגים שבהם נשמעה עמדתו האוטנטית של המשיב היא נשמעה לגופה של הסוגיה שנידונה בבג"ץ מבלי שעורך דין טוען באופן מקצועי וסדור נגד העיקרון של מונופול הייצוג. הרבנות הראשית לישראל בעניין גיני או השר אקוניס בעניין יעל אמיתי ניצלו את הבמה שניתנה להם כדי להגן על עמדתם לגופה, אולם לא השקיעו מאמצים בשכנוע ההרכב בדבר הבעיות המוסדיות שבקביעת מונופול על הייצוג. כפועל יוצא מכך, עד כה, מעולם לא נדונה בבג"ץ שאלת מונופול הייצוג כאשר המתנגדים למונופול הייצוג שוטחים את טענותיהם ומקבלים את יומם בבית המשפט.¹¹⁰

3.4 ניגוד עניינים מוסדי

קביעת מונופול הייצוג ב"הלכה שיפוטית" מעוררת קשיים נוספים. המציאות מלמדת כי קיימים יחסי גומלין בין שופטי בית המשפט ובכירי מערך הייעוץ המשפטי לממשלה; רבים מן היועצים המשפטיים לממשלה מתמנים לשופטי בית המשפט העליון. הכרעה של שופטים שהיו בעצמם בכירים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, המעצימה את עוצמת מערך הייעוץ המשפטי על חשבון הממשלה, עשויה לפגוע באמון הציבור בבית המשפט. קיים חשש אמיתי למראית עין של ניגוד עניינים מוסדי¹¹¹ שופטים שניהנו בעבר במערך הייעוץ המשפטי לממשלה וכעת מרחיבים את כוחו. התבטאויות פומביות של שופטים עשויות לחזק את החשש מפני פגיעה באמון הציבור על רקע זה. כך לדוגמה ספג השופט מזוז ביקורת על דברים שנשא בדצמבר 2017 בכנס שנערך לכבוד פרישתו של השופט רובינשטיין (שניהם יועמ"שים לשעבר), מהם עלה כי הוא ינהג זהירות יתרה מפני ביקורת שיפוטית על החלטות היועמ"ש.¹¹¹

"בית המשפט חייב להיות רגיש למחיר הנלווה של הביקורת השיפוטית שלו על היועץ המשפטי לממשלה, והמחיר הנלווה במובן שכל החלטה של היועמ"ש דרך הביקורת השיפוטית... יועץ משפטי שבית המשפט העליון יקבע שחוות הדעת שלו מוטעית, עלולה להיפגע משמעותית גם המעמד הציבורי שלו וגם המעמד שלו מול רשויות השלטון, וגם היכולת שלו לכפות על השלטון לפעול כחוק, ולכן חייבים לשקלל את הנזק הסביבתי הזה לתוך שיקול הדעת של בית המשפט כאשר הוא שוקל התייחסות לחוות דעת של היועמ"ש. זה נכון גם לגבי ההכרעה האופרטיבית של בית המשפט וזה נכון גם לגבי הרטוריקה."

¹⁰⁹ עניין אמיתי לעיל ה"ש 7.

¹¹⁰ בעניין אמיתי לעיל ה"ש 13 נדחתה בקשת הצטרפות של פורום קהלת כידיד בית משפט. הבקשה התמקדה בטיעון עקרוני נגד מונופול הייצוג היועמ"שי אך נדחתה. ראו החלטת ביניים בבג"ץ 5769/18 מיום 4.12.2018.

¹¹¹ הדברים זמינים כאן <https://www.youtube.com/watch?v=bStL-JWFjgc>

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

ברוח דומה מסביר שנער¹¹² את ההבדלים בפסיקת השופטים תוך התבוננות ברקע ממנו הגיעו והמוסד בו פיתחו את השקפת עולמם המקצועית. שופטים שהתפתחו במערך הייעוץ המשפטי לממשלה התחנכו על ברכי אסכולה מוסדית מסוימת ואימצו את הערכים שהיא משקפת והפנימו אותם והדבר בא לידי ביטוי בעמדות שהם מביעים. ניתוח חוות הדעת והביטויים הפומביים של השופט כמכוונים לחיזוק כוחו המוסדי של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מעלה חשש ליצירתה של זיקה פסולה בין שופטים לבין מערך הייעוץ המשפטי לממשלה. כידוע, הכלל בדבר איסור פעולה בניגוד עניינים בא למנוע קבלת החלטות מוטות בשל ניגוד העניינים, אך פעולה בניגוד עניינים אסורה גם כאשר הזיקה לא השפיעה בפועל על ההחלטה. ניגוד עניינים נועד בין היתר, למניעת לזות שפתיים ומראית עין של פעולה מוטה מחשש לפגיעה באמון הציבורי,¹¹³ קיים חשש ממשי שקביעת הסדר המעניק ליועמ"ש סמכויות נרחבות באמצעות שופטים שניהנו בעברם כיועצים משפטים תיתפס בעיני הציבור כמושפעת מהזיקה שבין השופטים והיועמ"שים.

4. תגובה לטענות הנגד: ניגוד עניינים, שקלול תמורות, קול אחד, והשלכות צפויות

4.1 ניגוד עניינים מוסדי של הכנסת

בפרק הקודם הסברתי מדוע אני סבור כי לא יהיה זה ראוי שבית המשפט יכריז על הפקדת הייצוג הייצוג הממשלתי בידי היועץ המשפטי לממשלה באופן בלעדי שכן הכרעה כה מהותית צריכה להתקבל בכנסת. מנגד עשויה להישמע טענה הפוכה לפיה חברי הכנסת מנועים מלקבוע הסדר המתנגד למונופול הייצוג בשל שליטת הממשלה בכנסת, ומחמת החשש מפני קבלת ההחלטה על יסוד אינטרסים פוליטיים.¹¹⁴ בעת האחרונה נשמעו טענות כאלה בנוגע להסדרת יחסי הרשויות באמצעות קביעת פסקת התגברות בחוקי היסוד והחשש מפני פגיעה בכוחו של בית המשפט באופן שיגביר את כוחה של הכנסת, טענות דומות נשמעו גם כנגד הפקדת מתן חסינות לחברי כנסת שמואשמים בפלילים בידי הכנסת עצמה.¹¹⁵ ניתן אפילו להפליג ולטעון כי בהצבעה על חקיקה שתקבע כי הממשלה, שנהנית באופן אינהרנטי מתמיכת מרבית חברי הכנסת, זכאית לייצוג אותנטי ייצוגי חברי הכנסת בניגוד עניינים מובנה.

אני סבור כי ניתן לדחות טענות אלו בנקל – העיקרון החוקתי הבסיסי המנחה את חברי הכנסת הוא כי הם רשאים להצביע במליאת הכנסת על כל נושא שעולה על סדר היום. הצבעה בכנסת מהווה את ליבת תפקידם, והגבלתה תעלה לכדי פגיעה ישירה במנגנון הדמוקרטי. בניגוד לחברי הרשות

¹¹² אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנובה ואמיתי" **ICON-S-IL Blog** (13.3.2019): "השופטים פוגלמן ומזוז הנם תוצר של התרבות הארגונית בפרקליטות המדינה ובמשרד המשפטים. השופט שטיין, לעומת זאת, הגיע מהאקדמיה, שם התמחה, בין היתר, בדיני ראיות ובסדר דין פלילי. אין זה מפתיע, אפוא, שזכות הייצוג קרובה ללבו ושהוא מקביל את אי מתן זכות הייצוג לשר אקוויס להשתקת צד במשפט, שכן זהו עולם המושגים והדימויים ממנו מורכב עולמו המקצועי. למען הסר ספק, נקודה זו אינה תוצאה של פסיכולוגים של שופטים. טענתי היא תרבותית-סוציולוגית, ומבוססת על חשיבות הארגון בו אדם עובד כמקום בו הוא מפתח, מאמץ, ומסגל לעצמו את ערכי המוסד וערכיו המקצועיים. ערכים אלה אינם נפסקים מקום בו אדם עוזב את מקום עבודתו. כאשר מדובר בהפנמה של התרבות הארגונית, סביר כי תרבות זו מלווה את האדם גם לאחר סיום עבודתו ומשמשת אותו במקום עבודתו החדש."

¹¹³ יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי- משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** עורכים: דפנה ברק ארז, דורון נבות, מרדכי קרמיניצר 225, 233 (2009); לאופן שבו נתפסו התבטאויות מזוז ראו קלמן ליבסקינד "חוק יסוד האינטואיציה: השופט מני מזוז מציג לנו אקטיביזם מסוג שעוד לא ראינו" **מעריב** (16.12.2017)

¹¹⁴ ראו תיאור של טענות דומות אצל רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" **תאוריה וביקורת** 5 17-19 (1994).

¹¹⁵ ראו לדוגמה עמיחי כהן "פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט" (2018)

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

המבצעת, חברי כנסת מצביעים במליאה על החלטות שנוגעות גם אליהם ואשר משפיעות ישירות על מצבם הכלכלי (בהיותם אזרחי המדינה) ואין לראות בכך מעשה פסול.¹¹⁶

אפילו אם היינו סבורים כי קיימים תחומים בהם יש להגביל את המחוקק, אין לקבל מגבלה מוסדית על הכנסת שאינה מבוססת על חוקי היסוד. הכרה במגבלות מוסדיות על הכנסת והגבלתה מפני הסדרת נושאים שלא הוגדרו בחוקי היסוד פוגעת בשלטון חוק ובהפרדת הרשויות ומנוגדת לתאוריה החוקתית המקובלת בעולם.¹¹⁷ עד היום אפילו גדולי התומכים בחקיקה שיפוטית לא ערערו על הקביעה לפיה הכנסת היא הגורם העליון ליצירת הסדרים חוקתיים שביכולתה להסדיר מחדש נושאים שהוסדרו בחקיקה שיפוטית.¹¹⁸ ניסיון לקבוע מגבלה על הסדרת נושאים מסוימים בחקיקה אינו דמוקרטי ומשקף זניחה של המסורת הדמוקרטית ומעבר לשלטון אוליגרכי.¹¹⁹ זאת ועוד, עיון משווה במצב המשפטי המקביל ברחבי העולם מלמד כי מונופול הייצוג הישראלי על שני מרכיביו חריג ביותר בהשוואה בינלאומית ואינו נהוג או מקובל במדינות דמוקרטיות נוספות ולכן קשה לראות בו אבן יסוד דמוקרטית שמצדיקה הטלת מגבלות על המחוקק אפילו אם הדבר היה מוסדר בחוקי היסוד.¹²⁰

4.2 שקלול תמורות

התוצאה הצפויה מביטול מונופול הייצוג היא עליה במספר המקרים שבהם משיבים ממשלתיים יעמדו על החלטותיהם ויגיעו לדיון בעתירה נגדם. בניגוד למצב הנוכחי שבו פרקליטי מחלקת הבג"צים מסרבים להגן על עמדת הממשלה מלכתחילה או שהם מביאים לנסיגת המדינה מעמדתה במהלך הדיון בתיק, הכרזה על אי הכרה במונופול צפויה להביא להגדלת מספר המקרים שבהם משיב ממשלתי יעמוד לביקורת שיפוטית. יתרה מכך, ניתן לשער כי גורמים ממשלתיים יקבלו החלטות שלטוניות שונות מלכתחילה בידיעה שעמדתם תזכה להגנה בבג"ץ, ולכן מספר המקרים שבהם תתקף עמדתם בבג"ץ צפוי לעלות על מספר המקרים המגיעים כיום לפסק דין.

¹¹⁶ אייל ינון "השתתפותם של ח"כים ושרים המצויים בחקירה פלילית בהצבעה על 'חוק ההמלצות'" (3.12.2107). וראו גם את המובאות מחוות דעתו של היועץ המשפטי של הכנסת כפי שניתנה לפני ההצבעה על חוק מס דירה שלישית, ומתווה הגז. עמירם ברקת "ינון: אין לח"כים ניגוד עניינים בהצבעה על מיסוי דירה שלישית" **גלובס** (21.11.2016); אורי תובל "היועץ המשפטי של הכנסת: ח"כ שיש לו עניין אישי בנוגע לגז- צריך לדווח על כך" **כלכליסט** (28.6.2015). הפסיקה גם הכירה בקיומו של כלל הצורך המורה כי במקרים בהם כל מי שמוסמך נגוע בניגוד עניינים הרי שניגוד העניינים נסוג, ראו לדוגמה בג"ץ 79/531 **סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד 87 (2) 575, 566 (1980): "מן הראוי הוא לציין כי עשויים להיות מצבים שבהם מהותו של הנושא מחייבת צמצום והגבלת תחולתם של כללי הצדק הטבעי גם בלא הוראה מפורשת וברורה בחוק יוצר הסמכות... כמו כן, יש ועקרונות של צורך (necessity) או 'כורח השעה' ידחו את תחולתם של כללי הצדק הטבעי וניגוד העניינים". וראו גם בג"ץ 95/3262 **פורז נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט (3) 153, 160–161 (1995); וכן בג"ץ 3758/17 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט** (פורסם בנבו, 20.07.2017).

¹¹⁷ אריאל ארליך "ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכוח חוקי היסוד – בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות משפטים על אתר יא 33, 53 (2018)

¹¹⁸ אהרן ברק "הפרלמנט ובית המשפט העליון – מבט לעתיד" **הפרקליט** מה 9-10 (2000): "הוא הדין בפירוש אשר בית המשפט נותן לחוק של הפרלמנט. אם הפירוש אינו נראה לפרלמנט, הרשות בידו לתקן את החוק. לעתים בית המשפט עצמו מפנה את תשומת הלב לצורך בתיקון. עריכת התיקון היא בסמכותו של הפרלמנט. בעשותו כן, אין הוא פוגע בסמכות בתי המשפט. עלפי עקרון הפרדת הרשויות, בית המשפט מפרש את החוק שהמחוקק יצר. אם הפירוש אינו נראה למחוקק הוא רשאי לחוקק חוק חדש... מה שחשוב הוא להבטיח כי חקיקה זו מחוץ לפרלמנט לא תסתור את חוקי הפרלמנט וכי הפרלמנט יוכל בחוקיו לבטלה. דבר זה קיים לענין חקיקת המשנה של הרשות המבצעת; דבר זה קיים לענין החקיקה השיפוטית של הרשות השופטת. היא אינה יכולה לסתור חוק; היא מתבטלת עלידי חוק. בכך נשמרים הערכים והעקרונות שהמשטר שלנו מבוסס עליהם; בכך נשמר היחס הראוי בין הפרלמנט לבית המשפט." וראו גם אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" **הפרקליט** מז (2003); אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו קבועי אנטי רובני" עיוני משפט לו 509, 520 (2016).

¹¹⁹ בנימין שוורץ "לדבר נכון על הדמוקרטיה" **השילוח** 7 90-91 (2017).

¹²⁰ ראו סקירה משווה אצל בקשי לעיל ה"ש 3 וכן הכנסת- מרכז המחקר והמידע **היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותביעה כללית- סקירה משווה** (2007).

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בנאום שנשא פרקליט המדינה שי ניצן לקראת סיום תפקידו, פנה לקהל וציין כי "אין לכם מושג כמה עתירות חוסכים פרקליטי מחלקת הבג"צים לשופטים כאשר הם אומרים למדינה – על זה אנחנו לא נגן".¹²¹ אכן, איננו יודעים מה שיעור העתירות ששינוי כזה יוסיף למערכת העמוסה ממילא, אך ניתן לשאר כי שינוי המדיניות יכביד על העומס הנוכחי.

גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה זילבר טענה כי שינוי ברירת המחדל יוביל להתערבות גדולה יותר של בית המשפט בפעולות מינהליות וכי מי שתפגע מכך תהיה הממשלה ששיעור גבוה יותר מפעולותיה יפסל בבג"ץ.¹²²

"על פי סטטיסטיקות לא רשמיות אך עקביות, במשך השנים שיעור העתירות שמתקבלות בבג"ץ כנגד עמדת גורמי המדינה עמד ככלל על כ- 3%, בעוד ששיעור המקרים שבהם המדינה "מתקפלת" לפני פסק דין, בין בשלבים שלפני דיון ובין במהלך הדיון עומד על כ- 25%-30% השילוב בין האתוס שלפיו לא מגינים על כל דבר, לבין היישום בפועל שלפיו עובדתית מגינים כמעט על כל דבר, והעובדה שנעשה סינון על ידי מייצגי המדינה בשלבים שקודמים לפסק דין סופי – מסייעת לשימור שיעורי התערבות נמוכים של בג"ץ בהחלטות המדינה ומסייעת מאוד בראש ובראשונה למדינה בעמידותן המשפטית של מרבית החלטותיה. אם התפיסה של היועץ המשפטי לממשלה הייתה משתנה לתפיסה שלפיה מגינים על כל דבר, בהתעלם מהקשיים המשפטיים עד כדי איחוקיות שבהחלטות הנתקפות, שיעורי ההתערבות של בית המשפט בעבודת הרשות המבצעת היו גדלים באופן ניכר והיא זו שהייתה יוצאת נפסדת."

האם הצפת בית המשפט והחשש מפני פסילת החלטות שלטוניות בבית המשפט מצדיק את המשך קיומו של המונופול? גם בהעדר מונופול על הייצוג, המדינה תאזין ליועציה המשפטיים ותעדיף "להתקפל" במרבית המקרים שבהם יועציה המשפטיים ימליצו על כך באופן מקצועי לאור ניסוניה. יתרה מכך, ככול שסמכויות היועמ"שים יוסדרו ברוח המלצות ועדות אגרנט ושמגר, ניתן להניח שתיווצר הבחנה בין ייצוג עמדת הדרג הנבחר (אשר יהיה זכאי לשיקוף עמדתו האוטנטית) ובין ייצוג עמדת דרג הפקידות (שיוכפף לעמדת מערכת הייעוץ). אם יבחר שר שלא להקשיב לעצת היועמ"ש ולהסתכן בביטול החלטתו בבג"ץ, על הביקורת הציבורית הנלווית לכך, הרי שזאת בחירתו ועליה ייתן הוא את הדין ביום הבחור.

בסיכומו של דבר אכן, איננו יודעים כמה עתירות יתווספו, אולם בה בעת איננו יודעים מה מספר הפעולות השלטוניות שהתקבלו ברשות ובסמכות אך בוטלו מחמת המונופול הנוהג כיום אף שבג"ץ לא היה מתערב בהם. צמיחה במספר ההליכים אינה מצדיקה את המצב הקיים בו נפגעת בצורה קשה יכולתה של הממשלה לקדם את מדיניותה.

מעל הכל, הזכות של כל אזרח להשתתף בהכרעות חברתיות באמצעות נבחריו מהווה ערך יסוד בדמוקרטיה. היא עומדת בכל עוצמתה גם מול פרוצדורה אחרת, שמונעת מהציבור את ההשתתפות בקבלת ההחלטות, אך עשויה להוביל להחלטות טובות יותר או כאשר תוצאותיה מביאות להכבדה

¹²¹ נאום בכנס האגודה למשפט ציבורי בחיפה מיום 5.12.2019.
¹²² זילבר 2017 לעיל ה"ש 4 161-162.

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

במספר התיקים הנדונים בבית המשפט.¹²³ בה בעת יהיה צורך באימוץ פתרונות אחרים לצמצום החשש מפני פגיעה באזרחים באמצעים שונים ובהם שימוש מוגבר בצווי ביניים בכדי לאפשר מענה מהיר במקרים בהם יעלה חשש להתנהגות מפרת חוק של המדינה.

4.3 היועמ"ש כשומר סף

חששם הגדול של תומכי מונופול הייצוג הוא מפני פגיעה בפיקוח על הממשלה אשר יאפשר לה להמשיך ולפעול בניגוד לדין. אולם חשש זה מתעלם מהמשפט המינהלי הנהוג במדינת ישראל ומהקלות (יש שיאמרו מוגזמת) שבה ניתן לעתור לבג"ץ. הרשות עומדת לביקורת ואם היא פעלה בניגוד לדין בית המשפט יבטל את פעולתה. התזה בדבר הפקדת היועמ"ש כשומר סף מתעלמת מקיומה של ערכאת ביקורת שיפוטית. הגורם המוסמך והמקובל שתפקידו לוודא שהשלטון לא יפעל בניגוד לדין הוא בית המשפט ולא היועמ"ש. אירועים בהם מבקש היועמ"ש לשלול משר את הצגת עמדתו האוטנטית בפני בית משפט שדן בפעולתו המינהלית משלימים היפוך תפקידים – היועמ"ש אינו מגן שלטון החוק שמסייע לבית המשפט כ"officer of the court" אלא גורם שמבקש למנוע מבית המשפט להיחשף לעמדה האוטנטית של מי שפעולתו עומדת לבחינה תוך העמדתו האישית והמוסדית כגורם המכריע ותוך ניסיון למנוע ביקורת שיפוטית. וזאת למרות שהנושא עומד בפני ביקורת השיפוטית של בית המשפט שהעתירה מונחת לפניו, ואין חשש לרמיסת החוק או פגיעה בלתי מבוקרת בזכויות.¹²⁴

4.4 'קול אחד'

קביעה לפיה המצב החוקתי הקיים מאפשר לכל עותר להציג את עמדתו האוטנטית בדיון עלולה ליצור מצב בו משיבים ממשלתיים מציגים עמדות סותרות בדיונים שונים. בעשור האחרון החלו לתמוך במונופול הייצוג בשל הצורך בקביעת 'קול אחד' שיבקע מגרונה של המדינה. השופטים התומכים במונופול מצדיקים אותו בטענה כי המדינה מנועה מלהציג קולות שונים בבית המשפט וכי מערך היועמ"ש פועל באמצעות המונופול על הייצוג למנוע קולות סותרים שעשויים לבקוע מגרונותיהם של גורמי ממשל בעלי נגיעה להחלטה. מי שפיתח את הטיעון הזה היה השופט רובינשטיין בכתבתו האקדמית ובפסיקה.¹²⁵ לטעמו, על המדינה לדבר בקול אחד מחשש לאי סדר וחוסר עקביות, עמדת המדינה צריכה להיות אחידה, מתן מענה מדינתי סותר בתיקים שונים יוביל לתוצאות בלתי רצויות. במקור שימש "הקול האחד" לנימוק המסביר מדוע אין צורך בתגובה של כל אחד מהמשיבים הממשלתיים במקרה שקיימים מספר משיבים ממשלתיים ואחד מהם לא הגיש תגובה מטעמו. רובינשטיין הסביר כי אין צורך בייצוג של כל אחד מהמשיבים המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה לאור העובדה שבית המשפט שמע את עמדת המדינה מפי משיב אחר, ולכן אין

¹²³ מדינה לעיל ח"ש 102 בעמ' 476: "הזכות להשתתף בהכרעות חברתיות... ההכרה בזכותו של כל אזרח להשתתף באמצעות נציגיו בבית המחוקקים – בהכרעת בהכרעות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות ובדבר הכרעות חברתיות יסודיות. זכות זו... נגזרת מן ההכרה בכבוד האדם. ביסוד תפיסה זו קיימת עמדה מהותית כלפי זכות ההשתתפות בהכרעות פוליטיות, שלפיה זכות זו ממושמת רק אם נציגי הציבור, הם ולא אחרים, מחוקקים וקובעים הסדרים ראשוניים".

¹²⁴ ראו לדוגמה לבונטין וגביון 2003 לעיל הע"ש 4: "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 מצדו יאמר את דעתו מראש, בתקיפות הנדרשת, ויעמיד את הממשלה על חומרת כוונותיה או מעשיה לפי מיטב הכרתו המשפטית.... השאלות ברורות, וישיב כל אדם לפי הבנתו. לנו נראה כי סירובו של היועץ לאפשר התמודדות עלול להתפרש בין כהודאה בכך שהוא חושש ואחרי ככלות הכול 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".

¹²⁵ אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית מקוטבת" מחקרי משפט יז 7 (2001) וכן בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 4.7.2012).

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה" – האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג? (טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

משמעות להעדר תגובה מטעם משיב נוסף.¹²⁶ אולם השימוש בטיעון זה הורחב ורובינשטיין עצמו חזר עליו כהצדקה למונופול הייצוג גם במקרים שבהם קיים משיב ממשלתי יחיד:¹²⁷

"כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת, ולא חלילה של לטיפונדיות ואחוזות פיאודליות כאלה ואחרות - מדינה אחת, מדיניות אחת. תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מנגינות מתוכם שונים, משל היו אלה 'שטיבלך' של נוסחים שונים. תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכלל - הממשלה, שבמקרה של חילוקי דעות על ראש הממשלה להביא את הדברים לדיון ולהכרעה בה, ובמישור המשפטי – היועץ המשפטי לממשלה".

הטיעון בעד "קול אחד" מעורר קושי, קיימים טעמים טובים לאפשר פלורליזם וביטוי של משיבים מינהליים חלוקים בפני בית המשפט. טעמים אלה מעוגנים בין היתר ברצון לטייב את הליכי קבלת ההחלטות ברשות המינהלית שיודעת בעת קבלת החלטתה כי החלטותיה האוטנטיות עשויות לעמוד למבחן ולכן תמנע מלקבל החלטות כלאחר יד. יתרה מכך, לא פעם מחזיקים גורמי מקצוע בתוככי הרשות המבצעת בעמדות הפוכות בדבר היתרונות שבקידומה של מדיניות ממשלתית, ומניעת הקולות הללו מלהישמע בדיון איננה תורמת לקבלת החלטה מושכלת מצד בית המשפט.¹²⁸ ברם, הבעיה המרכזית בטיעון הקול האחד היא שאפילו אם נכריע בעד הצורך שקולה של הממשלה יהיה אחיד אין בכך כדי ללמד על צורך להפקיד את ניסוח קול האחד בידי היועמ"ש. מוטב להפעיל מנגנון ממשלתי לפיו ראש הממשלה או מליאתה יכריעו במקרי מחלוקת פנים ממשלתית בנוגע לעמדה שתוצג בבית המשפט ולא להפקיד את ההכרעה בידי היועצים המשפטיים.

למעשה, אין כל צורך ביצירתו של מנגנון חדש. בנוסחו הנוכחי של תקנון הממשלה מופיע מנגנון הכרעה המאפשר ללבן מקרים בהם קיימת אי-הסכמה בדבר הפעלת סמכות ממשלתית הנתונה בידי שני שרים. ככול שראוי להציג קול אחד בפני בית המשפט, תעלה ההכרעה במסלול הבירוקרטי ממקבל ההחלטה ועד לשרי הממשלה, ובמקרה בו אלו לא יגיעו להסכמה, יכריע בנושא ראש הממשלה.¹²⁹ חששו הציורי של השופט רובינשטיין מפני 'שטיבלך' או דיסהרמוניה תזמורתית מצדיק לכל היותר את הצגתה של עמדה אחת, אך לא את מתן הסמכות לניסוחה בידי היועמ"ש ועל אחת כמה וכמה שאין בה כדי לשלול משרי הממשלה את ההכרעה בדבר המדיניות של משרדם.

5. סיכום

¹²⁶ שם פס' ז'.

¹²⁷ ראו בעניין גיני לעיל ה"ש 13 פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין וכן את השימוש בטיעון בעניין **תנובה** לעיל ה"ש 13.

¹²⁸ **שנער** לעיל ה"ש 4 386-393. ראו דוגמה במקרה שבו קיימים מומחים הסבורים כי ההחלטה הממשלתית שנויה במחלוקת אך בית המשפט שומע את העמדה הממשלתית בלבד כפי שאירע בסוגיית הפלרת המים בישראל ראו בג"ץ 5303/16 **יעל גרמן נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 13.11.2018).

¹²⁹ ס' 6 תקנון ממשלת ישראל ה-34: "סמכות הנתונה על-פי דין בידי שני שרים או יותר ואין הסכמה ביניהם להפעלת הסמכות, השר שביקש מהשר האחר להפעיל סמכות משותפת ולא נענה בתוך שלושים יום, יביא את המחלוקת לפני ראש הממשלה".

אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה"- האם תתכן 'הלכה' שמעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג?
(טיוטה, עתיד להתפרסם בקרוב בפורום עיוני משפט מד)

בעשורים האחרונים רווחת בישראל הנחה לפיה קיימת "הלכה שיפוטית" המקימה ליועמ"ש מונופול על הייצוג בבג"ץ. התפיסה הזו אותגרה לאחרונה בבית המשפט העליון, ומתברר כי חלק משופטי בג"ץ מודע לקשיים הגלומים בה ואף מתנגד לה.

המחלוקת שהתגלעה בין השופטים בשאלת קיומה של הלכה שיפוטית המרחיבה את סמכויות היועמ"ש, מצביעה על הבעייתיות העקרונית שבזיהוין של הלכות שיפוטיות כאשר לא מוצה הדיון בעניין. בהעדר דיון רציני בבג"ץ, עיגן בית המשפט ובעקבותיו היועמ"ש הסדר מרכזי, בעל משמעות רחבה על פעילות הממשלה מבלי שנדונה הבעייתיות שבהסדר ותוך התבססות על מקורות שגויים. דו"ח אגרנט לא המליץ להעניק ליועמ"ש מונופול על הייצוג, והחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי איננו קובע בלעדיות על הייצוג בבג"ץ; אדרבה, ככל שהוא רלוונטי לדיון ניתן להסיק ממנו את המסקנה ההפוכה. אולם מלבד הדיון בנוגע להסדר הראוי הפרקטיקה של פיתוח סמכויות היועמ"ש בפסיקה אינה עולות בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות. הבסיס הרעוע של הדוקטרינה, כמו גם חשיבותו הרבה של הנושא לשיטת הממשל בישראל, מדגימים יותר מכל את החובה להסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. עד להסדרת סמכויותיו בחוק ראוי כי היועץ המשפטי לממשלה ימנע מלטעון למונופול על הייצוג. הדיון על הענקת סמכות כה משמעותית צריך להתקיים בבית המחוקקים הישראלי, המוסד שנועד להכרעה בשאלות עקרוניות ולא בבית המשפט.