

הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים

מאת

יואב דותן*

עריכת דין בשירות הציבורי כרוכה בשורה של דילמות מורכבות הנוגעות לעצם תפיסת התפקיד של הפרקליט. את מי משרת הפרקליט הציבורי? מיהו "הלקוח" שלו: הרשות המינהלית שאותה הוא מייצג? הממשלה כולה? או שמא הפרקליט חב חובת נאמנות ל"ציבור בכללו"? ברשימה זו אדון במבנה המחויבויות של הפרקליטים במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. הדיון יהיה בחלקו עיוני, תוך שאסקור ואנתח את השאלות הללו על רקע העמדות של הספרות האקדמית בישראל ומחוצה לה. חלק אחר של הדיון יהיה היסטורי וסקירתי. במהלך החלק הזה אסקור את התפתחות המודל הקיים כיום במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, מודל שאני מכנה אותו "עריכת דין לטובת שלטון החוק". אבחן את המודל הזה מנקודת מבט נורמטיבית אל מול ארבעה טיעוני נגד אפשריים: היעדר אחריותיות דמוקרטית, הפרת חובת הייצוג האדוורסרית, פגיעה ביכולת ליצור מדיניות ממשלית, ופגיעה בהפרדת הרשויות. מסקנתי העיקרית היא כי ההתפתחויות במודל הייצוג של רשויות המדינה על ידי מחלקת הבג"צים היו במידה רבה תוצר הכרחי כמעט של ההתפתחויות שחלו בתפיסת הביקורת השיפוטית במהלך השנים.

מבוא. א. רקע תאורטי: מבנה המחויבות של הפרקליט הציבורי; 1. הצגת הדילמות: שלושה מקרים "קשים"; 2. המתודולוגיה של הדיון: זיהוי ה"לקוח" של עורך הדין הציבורי או הגדרת המחויבויות. **ב. סקירה תיאורית והיסטורית: מודל עריכת הדין הציבורית במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה;** 1. איסוף עובדות וגילויין; 2. טענות מקדמיות ודיוניות. **ג. הגנה על עמדות בעייתיות וחילוקי דעות עם הרשות המיוצגת בנוגע למצב החוקי.** ד. דיון; 1. עקרונות של אחריות דמוקרטית וחוקיות; 2. חובת הייצוג האדוורסרי; 3. ביזור וחוסר עקביות בקביעת מדיניות; 4. הפרדת רשויות והפרת האיזון בין הרשות המבצעת לרשות השופטת. **סיכום.**

מבוא

עריכת דין בשירות הציבורי כרוכה בשורה של דילמות מורכבות הנוגעות לעצם תפיסת התפקיד של הפרקליט. את מי משרת הפרקליט הציבורי? מיהו ה"לקוח" שלו: הרשות המינהלית שאותה הוא מייצג? הממשלה כולה? או שמא הפרקליט חב חובת נאמנות לציבור בכללו? הדילמות

* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש אדווין א' גודמן בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

הללו נוגעות לכל פרקליט בשירות הציבורי, בין שהוא עוסק בתחום הפלילי (כתובע), בתחום האזרחי, כמי שמייצג למדינה או מייצגה בהליכים אזרחיים בבית המשפט, ובתחום הציבורי, כמי שמייצג את המדינה בפני בג"ץ או בתי המשפט לעניינים מינהליים. במאמר זה ברצוני להתמקד בתחום זה, האחרון, ולעסוק במבנה המחויבויות של הפרקליטים במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. הדיון להלן יהיה בחלקו עיוני, תוך שאסקור ואנתח את השאלות הללו על רקע העמדות של הספרות האקדמית בישראל ומחוצה לה. חלק אחר של הדיון יהיה היסטורי וסקריתי. במהלך החלק הזה אסקור את התפתחות המודל הקיים כיום במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה, מודל שאני מכנה אותו "עריכת דין לטובת שלטון החוק". לדורית ביניש, שכינה בתפקידים בכירים בפרקליטות המדינה ובמחלקת הבג"צים, היה חלק נכבד בהתפתחויות שהובילו ליצירת המודל הזה, ובדיון שלהלן אתייחס לתרומתה ולהשפעתה על התפתחות האתוס המקצועי ותפיסת התפקיד של מחלקת הבג"צים. לאחר מכן אבחן את המודל מנקודת מבט נורמטיבית אל מול טיעונינגד אפשריים. מסקנתי העיקרית היא שהתפתחויות במודל הייצוג של רשויות המדינה על ידי מחלקת הבג"צים היו במידה רבה תוצר הכרחי כמעט של ההתפתחויות שחלו בתפיסת הביקורת השיפוטית במהלך השנים.¹

א. רקע תאורטי: מבנה המחויבות של הפרקליט הציבורי

1. הצגת הדילמות: שלושה מקרים "קשים"

כדי להמחיש את הייחוד של עורך הדין של המדינה בהשוואה לעורכי דין אחרים ניתן לתאר שלוש סיטואציות של מקרים קשים, המעוררים דילמות בנוגע לתפיסת התפקיד ומבנה המחויבות של עורך הדין המייצג את המדינה בבג"ץ.²

1 הרשימה מבוססת בחלקה על מחקר מקיף שערכתי על מחלקת הבג"צים, ראו Yoav Dotan, *Lawyer for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel* (2014) (להלן: Dotan, 2014). במסגרת המחקר קיימתי לאורך למעלה מעשור שנים יותר מ-100 ראיונות עומק ושיחות רקע עם פרקליטים שכינהו במחלקת הבג"צים מאז שנות השישים ועד היום, עם עורכי דין פרטיים שייצגו עותרים ציבוריים ופרטיים בבג"ץ ועם יועצים משפטיים של רשויות מנהל וגורמים אחרים במגזר המנהלי אצלנו. מטבע הדברים, ברשימה זו קצרה היריעה, ואני מתייחס רק לחלק קטן מהראיונות והחומרים האחרים שנאספו במסגרת המחקר. לעיון מפורט יותר הקורא מוזמן לעיין ב-Dotan, 2014 ובמיוחד בפרק הרביעי, הכולל גם מחקר כמותני ביחס לתפיסת התפקיד של הפרקליטים במחלקת הבג"צים, שאינו מובא במאמר זה.

2 השוו: Catherine J. Lanctot, *The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 S. CAL. L. REV. 951, 951-952 (1991). מן הראוי לציין כי אינני טוען שכל המקרים הנדונים כאן יוצרים בהכרח דילמה קשה מנקודת הראות של פרקליט במחלקת הבג"צים כיום, זאת משום שכפי שאדגים להלן, חלק מהדילמות הללו נפתרו או רוככו מאוד כתוצאה מהתפתחויות שונות במשפט הציבורי שלנו ובפרקטיקות של מחלקת הבג"צים כפי שהתפתחו מאז שנות השמונים. הדיון במקרים הללו נעשה משום שהם מייצגים דילמות אופייניות העומדות בפני הפרקליט הציבורי כפי שהן מוצגות בספרות הקיימת כיום בתחום.

מקרה א': חשיפת עובדות: נניח כי פרקליט המייצג משרד ממשלתי בעתירה לבג"ץ נוכח לדעת כי קיימות בתיק עובדות מסוימות (כגון, פרוטוקולים מדיונים ברשות, התכתבויות בין גורמים מינהליים וכיו"ב) שמחזקות מאוד את טיעוני העותרים. עם זאת, אותו פרקליט יודע כי בשל מגבלות דיוניות, או מסיבות אחרות, אין סיכוי של ממש שהצד השני בעתירה יוכל לחשוף את אותן עובדות.³ האם הפרקליט חייב לחשוף את העובדות ביוזמתו בפני בית המשפט?

מקרה ב': טענות מקדמיות ודיוניות: נניח עוד כי פרקליטה המייצגת את המדינה בעתירה שבה תוקפים העותרים את חוקיות ההחלטה המינהלית נוכחת לדעת כי העותרים צודקים בטענותיהם וכי הפעולה המינהלית הנתקפת נעשתה תוך חריגה ברורה מסמכות. עם זאת, העתירה הוגשה תוך שיהוי מובהק, באופן שמאפשר לכאורה לפרקליטה להעלות טענה תקפה של שיהוי, שתוביל, בהסתברות גבוהה, לדחיית העתירה על הסף. האם על הפרקליטה להעלות את הטענה ולהביא בכך לדחיית העתירה? או שמא עליה לוותר אל הטענה ולאפשר את קבלת העתירה ואת תיקון אי-החוקיות בפעולה המינהלית?

מקרה ג': הגנה על עמדה ממשלתית "בעייתית": הסיטואציה השלישית נוגעת למצבים שבהם הפרקליט המייצג את הרשות בבג"ץ סובר כי בסופו של דבר חוקיותה של הפעולה המינהלית שעליה נקרא להגן איננה חוקית וכי על בית המשפט להתערב ולפסול אותה. עם זאת, לאור העובדה שקיימת אי-בהירות משפטית מסוימת (כזו שלדעת הפרקליט צריכה להיות מוכרעת לחובת אותה החלטה מינהלית), הרשות המינהלית עומדת על כך שהפרקליט יופיע בבית המשפט ויציג בכל תוקף את עמדתה שעל העתירה להידחות. האם על הפרקליט להיענות לדרישת הרשות ולהציג בפני בית המשפט טיעון שלפיו על העתירה להידחות? האם הוא רשאי להופיע בבית המשפט ולהציג את הניתוח המשפטי כפי שהוא רואה אותו? או שמא הוא רשאי לסרב לייצג את הרשות?

שלוש הסיטואציות שהוצגו לעיל הנן מקרים קשים, משום שמדובר במצבים שמציבים, לכאורה לפחות, דילמה בפניו של הפרקליט המייצג. הדילמות שתוארו היו זוכות לתשובה חד-משמעית אילו דובר בעורך דין פרטי, שמייצג לקוח פרטי בהתדיינות אזרחית. אלא שפרקליט המייצג את המדינה בפני בג"ץ (או בית משפט אחר) איננו עורך דין פרטי. מבנה המחויבות המקצועית והאתית שלו עשוי להיות שונה בתכלית מזה של עורך הדין הפרטי, ובהתאם לכך,

3 כידוע, קיימים פערים ניכרים בין הצדדים בעתירות מינהליות בנוגע לנגישות לעובדות, וזאת מכמה סיבות. בראש וראשונה, ההליך המינהלי מטבעו מתנהל ברובו בתוככי הרשות המינהלית, ולכן, בדרך כלל, לרשות יש נגישות למרבית העובדות הרלוונטיות ולעותר, לעומת זאת, אין נגישות נוחה לאותן עובדות "פנימיות". נוסף על כך, המכשירים הדיוניים שמעמידה הפרוצדורה הבג"צית (ובמידה רבה גם הפרוצדורה בבתי המשפט המינהליים) אינם מקלים על העותר במישור זה. הפרוצדורה הבג"צית איננה כוללת, כדבר שבשגרה, את המכשיר הדיוני של הצגת שאלונים לצד השני, וגם האפשרות לחקור את המשיבים על תצהירם איננה קיימת הלכה למעשה. ולבסוף, העותר בבג"ץ ניצב מול המכשול של חזקת התקינות של הפעולה המינהלית, שכתוצאה ממנה, במצב של ערפול או "תיקו" ראייתי, התוצאה תהיה דחיית העתירה, ראו תקנות סדרי הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 ותקנות בתי המשפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2001 (במיוחד תקנה 15, המאפשרת חקירת מצהירים על פי הרשאה מיוחדת מבית המשפט). וראו באופן כללי, יצחק זמיר "הראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א' 297 (1993).

התשובות לדילמות שהוצגו לעיל עשויות להיות שונות מאלו שתקפות בנוגע לעורך הדין הפרטי.

ואכן, אילו דובר בפרקליט המייצג תאגיד מסחרי בהתדיינות אזרחית (למשל, חברת ביטוח) דומה שניתן היה להשיב תשובה ברורה בכל אחד מהמצבים דלעיל. אשר לשאלה הראשונה של חשיפת עובדות מזיקות, אין זו מחובתו של פרקליט פרטי לחשוף ביוזמתו בפני בית המשפט עובדות שאינן מסייעות לענייניו של לקוחו. במסגרת מודל ההתדיינות האדוורסרי המקובל בשיטת המשפט שלנו, על כל צד מוטל הנטל להציג בפני בית המשפט את הראיות המסייעות לענייניו של הצד שאותו הוא מייצג, ועל הפרקליט מוטלת חובה לייצג את לקוחו ב"מלוא המחויבות והשקידה" (zealous advocacy). הנטל לערער את גרסת הלקוח מוטל אפוא על הצד האחר בהתדיינות ועל מי שמייצג אותו. הפרקליט איננו רשאי לשקר ביודעין או להציג בפני בית המשפט מסמכים מזויפים. ואולם, בכל הנוגע לעובדות שהצד האחר אינו מודע להן (או לא טרח לבררן באמצעים שעמדו לרשותו), לא זו בלבד שלא מוטלת על הפרקליט חובה לחשוף אותן בפני בית המשפט, אלא שחשיפה יזומה של עובדות כאלו עלולה להיחשב להפרת חובת האמון שלו כלפי לקוחו וחובת הסודיות החלה עליו, ובהתאם אף להוות עבירה על כללי האתיקה החלים על עורכי דין.⁴ דברים דומים ניתן לומר באשר לחובתו של עורך הדין הפרטי להעלות טענות דינויות ומקדמיות (כגון התיישנות, חלוף מועדים להגשת ערעור וכיו"ב). לא זו בלבד שאין כל מניעה שעורך הדין יעלה טענות כאלו ויביא לדחיית תובענה (אפילו כאשר ברור שהתובענה לגופה מוצדקת, מבחינת הדין המהותי), אלא שאי-העלאת הטענות הללו תיחשב להפרת חובת האמון שלו כלפי הלקוח ולרשלנות מקצועית. כך גם בקשר למצב הדברים השלישי. השאלה עד כמה עורך הדין מאמין, באופן אישי, בצדקת ה"קייס" של לקוחו שייכת למישור המוסרי-האישי של עורך הדין (והוא רשאי, כמובן, להימנע מלייצג לקוח שאינו מאמין בחפותו וכדומה). ואולם, משעה שקיבל על עצמו את הייצוג, חובתו של עורך הדין להעלות כל טענה אפשרית שתוביל לניצחון הלקוח בבית המשפט. עורך הדין עשוי לסבור כי קו טיעון מסוים או טענה מסוימת אינם מסייעים לענייניו של הלקוח (והוא נדרש גם לייצג ללקוחו ביחס לאפשרויות כגון עריכת פשרה או אף נסיגה מתובענה שלדעתו סיכוייה קלושים), אך ההחלטה

4 ראו בעניין זה ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין: "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט", ס' 90 לחוק (המטיל על עורך הדין חובת סודיות ביחס לדברים ומסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח) וכלל 34(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986: "לא יעלה עורך דין, בין בעל פה ובין בכתב, טענה עובדתית או משפטית ביודעו שאינה נכונה". וראו גם וכן, לימור זר-גוטמן "חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" **עיוני משפט** כד 413 (1991). קיימות גישות שונות בדבר היקפה של חובת הגילוי שחלה על עורך דין פרטי, והדין בעניין רחוק מלהיות חד-משמעי במשפט שלנו ובמשפטן של מדינות אחרות (ראו זר-גוטמן, שם, בעמ' 444 ואילך). יש הטוענים כי על עורך הדין מוטלת חובה למנוע את הטעיית בית המשפט גם במחיר של פגיעה בחובת האמון והסודיות שלו כלפי הלקוח במצבים שבהם הלקוח מעיד עדות שקר, או כאשר עורך הדין מודע לטעות עובדתית מהותית שנוצרה באשמת בית המשפט עצמו (ראו זר-גוטמן, שם, בעמ' 453-455). ואולם, אין חולק על כך שאין חובה על עורך הדין הפרטי לעשות עבור הצד השני את מלאכת איסוף העובדות. לחובת הסודיות החלה על עורכי דין באנגליה ראו ANDY BOON AND JENNIFER LEVIN, *THE ETHICS AND CONDUCT OF LAWYERS IN ENGLAND AND WALES* 219 *et. seq.* (2008).

הסופית בנוגע לעצם ההתדיינות ולקו הטיעון שייבחר מסורה ללקוח. מכל מקום, אין עורך הדין רשאי (ולא כל שכן חייב) להימנע מלהעלות טענות מסוימות, שעשויות להועיל ללקוחו במישור הפרקטי, רק משום שלדעתו האישית הן אינן מבטאות את המצב הנכון או הראוי של הדין.⁵ אל מול התשובות שנותן לשאלות אלו מודל "עורך הדין הפרטי", תשובותיו של הפרקליט הציבורי שונות, או לכל הפחות מורכבות הרבה יותר.⁶ מרבית הכותבים העוסקים בעורכי הדין המייצגים את המדינה (או רשויות ציבור בכלל) מסכימים עם כך, ומכל מקום, את העקרונות והכללים החלים על עורכי דין רגילים צריך, במקרה של עורך הדין הציבורי, לעמת עם עקרונות נוספים. עקרונות אלה רלוונטיים אך ורק לעורך הדין הממשלתי, והם עשויים להוביל לתשובות שונות בתכלית.

במקרה הראשון (גילוי עובדות מזיקות ללקוח) ניתן לטעון כי חובת האמון של עורך הדין כלפי הלקוח עומדת בסתירה לחובת הנאמנות של עורך הדין כעובד ציבור כלפי הציבור, לחשוף מידע החשוב לציבור ביחס לחוקיות פעולותיה של הרשות השלטונית. בהתאם לכך, חובה זו עשויה לגבור ולחייב את עורך הדין לחשוף בפני בית המשפט כל מידע רלוונטי המצוי ברשותו ביחס לחוקיותה של התנהגות הרשות שאותה הוא מייצג.⁷ במקרה השני ניתן לטעון כי המחויבות של עורך הדין הציבורי לשלטון החוק והמשפט הציבורי מחייבת אותו להימנע מלהעלות טענות מקדמיות או טכניות, שיותירו על כנן פעולות ממשל שהן בלתי חוקיות.⁸ ולבסוף, בנוגע למקרה השלישי (הגנה על עמדה ממשלתית בעייתית) ניתן לטעון כי עורך הדין הציבורי אינו מייצג רק את האינטרס הצר של הרשות המינהלית, אלא הוא מחויב לאינטרס ציבורי רחב יותר. אינטרס זה עשוי להובילו להימנע ממתן ייצוג לעמדות שלדעתו עומדות

- 5 ראו למשל LON L. FULLER, THE ADVERSARY SYSTEM IN FORUM LECTURES, Series 3, 1–2 ("...it [is] perfectly proper for a lawyer to undertake in a criminal case the defense of a man whom he knows to be guilty", Lanctot, לעיל (1961) Note, *Rethinking the Professional Responsibilities of Federal Agency Lawyers*, 115 HARV. L. REV. 1170, 1174 (2002) (להלן: Note-Harvard, 2002). למצב המשפטי באנגליה ראו BOON AND LEVIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29 ואילך.
- 6 מן הראוי לציין כי מודל עריכת הדין הפרטית, כפי שהוא מובא במאמר זה, הוא מטבע הדברים פשטני במידה מסוימת, ויש כמובן גישות שונות ביחס להיקף חובות הגילוי של עורך הדין הפרטי והיקף חובת האמון שלו כלפי לקוחו (ראו למשל זר-גוטמן, לעיל ה"ש 4). ואולם, לצורך הדיון הנוכחי אין לי צורך להיכנס למלוא ההיקף של המורכבויות והאפשרויות בעניין זה, אלא המודל מובא בצורה זו כדי להדגיש את ההנגדה הברורה בינו לבין מודלים שונים של עריכת הדין הציבורית, שהיא לב הדיון.
- 7 ראו למשל Kathleen Clark, *Government Lawyers and Confidentiality Norms*, 85 WASH. U.L. REV. 1033 (2007) (חובת עורך הדין כלפי הציבור גוברת על חובת הסודיות שלו כלפי הלקוח הממשלתי); וכן Note-Harvard, 2002, לעיל ה"ש 5 (עורכי הדין הממשלתיים הם "שומרי סף" שמוטלת עליהם חובת גילוי).
- 8 ראו למשל Eric Schnapper, *Legal Ethics and the Government Lawyer*, 32 REC. ASS'N. B. CITY N.Y. 649, 658 (1977) (חובתו של כל עורך דין ממשלתי היא לבחון באופן ביקורתי כל טענה שהוא מעלה בבית המשפט); וכן Note, *Developments in the Law: Conflicts of Interest in the Legal Profession*, 94 HARV. L. REV. 1244, 1413, 1421 (1981).

בניגוד לאינטרס הציבורי או לעקרון שלטון החוק, בין משום שהדבר נוגד את העקרונות של המערכת שעליה הוא אמון ובין משום שהדבר הנו בזכו של משאבי הציבור.⁹

2. המתודולוגיה של הדיון: זיהוי ה"לקוח" של עורך הדין הציבורי או הגדרת המחויבויות

מה צריכה להיות נקודת המוצא המתודולוגית של הדיון במהותן והיקפן של החובות החלות על עורך הדין המייצג רשות שלטונית בבית המשפט? דרך אחת – המקובלת בחלק מהספרות המשפטית בתחום – היא להתמודד עם הדילמות שהוצגו לעיל באמצעות השאלה: **מיהו הלקוח** של עורך הדין. בניגוד למצבו של עורך הדין הפרטי, שהוא פשוט יחסית, התשובה לשאלה זו ביחס לעורך הדין הציבורי מורכבת.¹⁰ אפשרות אחת היא לטעון כי הלקוח של עורך הדין הממשלתי הוא הרשות המינהלית הספציפית שאותה הוא מייצג בבית המשפט.¹¹ אפשרות אחרת היא לטעון כי עורך הדין איננו מייצג רק את הרשות הספציפית אלא את הממשלה בכללה (קרי את עמדתו של מי שעומד הראש ההיררכיה של הרשות המבצעת).¹² לפי גישה שלישית, עורך הדין הממשלתי אינו מייצג רק את הרשות המינהלית, אלא גם את הציבור בכללו או את אינטרס הציבור הכללי.¹³ לכל אחת מהגישות לעניין זה יש יתרונות וחסרונות, וניתן להעלות טיעונים

- 9 ראו DONALD L. HOROWITZ, THE JUROCRACY 47–48 (1977).
- 10 ראו למשל H.W. Perry, Jr., *United States Attorneys – Whom Shall They Serve?*, 61 LAW & CONTEMP. PROBS. 129 (1998); Elisa E. Ugarte, *The Government Lawyer and the Common Good*, 40 S. TEX. L. REV. 269, 270–271 (1999); Rebecca M. Salokar, *Politics, Law, and the Office of the Solicitor General*, in GOVERNMENT LAWYERS: THE FEDERAL LEGAL BUREAUCRACY AND PRESIDENTIAL POLITICS 59, 76–77 (C.W. Clayton ed., 1995) (להלן: Nancy V. Baker, *The Attorney General as a Legal Policy*); (Clayton, GOVERNMENT LAWYERS Note- *Maker: Conflicting Loyalties*, in Clayton, GOVERNMENT LAWYERS 31, 33–34 Harvard, 2002, לעיל ה"ש 5 ו־Clark, לעיל ה"ש 7.
- 11 ראו Geoffrey P. Miller, *Government Lawyers' Ethics in a System of Checks and Balances*, 54 U. CHI. L. REV. 1293 (1987); Lanctot, לעיל ה"ש 2; וכן Michael S. Paulsen, *Who "Owns" the Government's Attorney-Client Privilege?*, 83 MINN. L. REV. 473, 487–488 (1998).
- 12 ראו R.P. Lawry, *Who is the Client of the Federal Government Lawyer? An Analysis of the Wrong Question*, 37 FED. B.J. 61, 66 (1978); J.R. Harvey III, Note, *Loyalty in Government Litigation: Department of Justice Representation of Agency Clients*, 37 WM. & MARY L. REV. 1569, 1575–1576, 1594 (1996); W. R. Dailey, *Who Is the Attorney General's Client?*, 87 NOTRE DAME L. REV. 1113, 1115–1116, 1128 (2013) (באמצעות הדיון בשאלה זו מקושר גם לחלוקת הכוחות שבין הנשיא (שה־Solicitor General כפוף למרותו) לבין רשויות המינהל "העצמאיות" (קרי, אותן רשויות שפועלות מכוה חוק מיוחד וראשיהן אחראים ישירות בפני הקונגרס) ראו N. Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control over Independent Agency Litigation*, 82 CAL. L. REV. 255 (1994).
- 13 ראו למשל Steven K. Berenson, *Public Lawyers, Private Values: Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest?*, 41 B.C.L. REV. 789 (2000); Steven K. Berenson, *The Duty Defined: Specific Obligations that Follow from Civil Government Lawyers' General Duty to Serve the Public Interest*, 42 BRANDEIS L.J. 13 (2003); Bruce A.

לכאן או לכאן ביחס לכל אחת מהן. ואולם, ניתן לתהות אם מלכתחילה הדיון בשאלה "מיהו הלקוח" הוא נקודת מוצא מתודולוגית ראויה. בראש וראשונה, דומה שהצגת השאלה "מיהו הלקוח?" מבוססת על הנחה שלפיה הדיון בהיקף המחויבויות של עורך הדין הציבורי דומה לזה המתייחס לעורך הדין הפרטי, ולכן מן הראוי לנהל אותו מהזווית של המישור האתי של היחסים בין עורך הדין ללקוח. אלא שכאמור, אם מלכתחילה ברור שהיקף המחויבויות של עורך הדין הציבורי רחב הרבה יותר מזה של עמיתו הפרטי, ומבנה המחויבויות הללו מורכב יותר, הרי ספק אם יש מקום לנהל את הדיון בעניין זה מהזווית הצרה של דיני האתיקה המקצועית של עורכי הדין. שנית, דומה שלשאלה מיהו הלקוח של עורך הדין הציבורי אין תשובה בהירה וחד-משמעית, ולכן, מבחינה מעשית, ניתן להטיל ספק בתועלת של דיון כזה, היוצר מראית עין של פשטות בנוגע לשאלה שהיא מטבעה מורכבת. אם כן, דומה שמוטב לדון בשאלות הנוגעות לחובות ולמחויבויות של הפרקליט הציבורי באופן ישיר, מבלי להיזקק לתיווך המושגי של זיהוי הלקוח.

הדיון להלן יבוסס אפוא על עימות בין שתי תפיסות מתחרות. הראשונה היא התפיסה הקלאסית של עריכת הדין (הפרטית). לפי תפיסה זו, עורך הדין המייצג לקוח בשיטה האדוורסרית הוא "חבר להשכיר" (hired gun). חובתו הבסיסית היא לייצג את לקוחו ולקדם ככל האפשר את האינטרסים שלו (קרי את השגת התוצאה המיטבית בהתדיינות מנקודת הראות של הלקוח). לפי תפיסה זו, עורך הדין אמנם חייב לקיים את החוק ואת כללי המשחק האדוורסריים, אך מידת המחויבות שלו כלפי "שחקנים" אחרים, מלבד לקוחו, היא מזערית ומתמצה בקיום הדין. אל מול תפיסה זו עומד המודל המתחרה של עריכת הדין הציבורית. לפי תפיסה זו עורך הדין הממשלתי איננו רק נציג של לקוחו, אלא יש לו מחויבות כלפי אינטרס הציבור וכלפי עקרונות המשפט הציבורי כגון עקרון החוקיות, כיבוד החוקה, עידוד טובת הכלל וכדומה. תפיסה זו מעצבת את חובותיו של עורך הדין במהלך ההתדיינות ואת יחסיו עם הרשות המינהלית שאותה הוא מייצג. בהתאם לכך, במקרים מסוימים, על עורך הדין להיות נכון לפעול בניגוד לאינטרס המידי של הרשות המינהלית בהתדיינות הספציפית (למשל על ידי חשיפת מידע פנימי שעשוי לפגום בסיכויי הרשות, ויתור על טענות דיוניות וכדומה), ואף אין הוא כבול בהכרח לעיצוב האינטרס הזה עצמו, כפי שהוא מוצהר על ידי הרשות המינהלית. על פי מודל זה, עורך הדין איננו תופס את עצמו בהכרח כמי שמטרתו להביא לניצחון הרשות בהתדיינות, אלא כמי שפועל לחיזוקו של הליך הביקורת השיפוטי על הרשות המינהלית כחלק אינהרנטי של עבודתו כמשפטן בשירות הממשלתי. מודל כזה של עריכת דין הוא המודל הקיים כיום בשירות המשפטי של המדינה בכלל, ובמחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה בפרט. להלן, אביא סקירה תיאורית מזווית היסטורית של התפתחות מודל "עריכת הדין למען שלטון החוק" במחלקת הבג"צים.

Green, *Must Government Lawyers "Seek Justice" in Civil Litigation?*, 9 WIDENER J. PUB. L. 235, 235–237 (2000).

ב. סקירה תיאורית והיסטורית: מודל עריכת הדין הציבורית במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה

בישראל מיוצגות כל רשויות הממשלה, לרבות משרדי הממשלה, רשויות הצבא ויחידות הסמך בבתי המשפט על ידי היועץ המשפטי לממשלה.¹⁴ הגם שהתשתית הסטטוטורית למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה היא חסרה ואקלקטית במידה מסוימת, הרי במהלך השנים יצרו פסיקת בג"ץ והדוחות של הוועדות הציבוריות שעסקו במעמדו של היועץ המשפטי מוסכמה שלפיה לא זו בלבד שתפקיד הייצוג מופקד בידי היועץ המשפטי, אלא אף יש לו **מונופול** בכל הנוגע לייצוג רשויות המדינה בפני כל רשות שיפוטית.¹⁵ משמעות המונופול הזה היא, בין היתר, שבמקרה של חילוקי דעות בין הממשלה לבין היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לפרשנות הנכונה של הדין, על היועץ להביא בפני בית המשפט את עמדתו שלו ולהבהיר מהי דרך הפעולה המתחייבת בעיניו על פי חוק. בהתאם, היועץ המשפטי גם ראשי (ולכאורה חייב) לסרב לייצג את הממשלה בהליך שיפוטי אם לדעתו עמדת הממשלה עומדת בניגוד לחוק כפי שהוא מפרש אותו.¹⁶

המודל הקיים של תפיסת התפקיד של מחלקת הבג"צים הוא תוצר של התפתחות היסטורית הדרגתית. ראיונות עם ותיקי המחלקה, שייצגו את המדינה בפני בג"ץ בשנות השישים והשבעים, מצביעים על כך שאנשי מחלקת הבג"צים מעולם לא ראו את עצמם כ"חרב להשכיר" וכמי שתפקידם מתמצה במקסום הסיכויים של רשויות המדינה להביא לדחיית עתירות בבג"ץ. התפיסה שלפיה נציג המדינה בבג"ץ הוא גם "שליח בית המשפט" (officer of the court) שחייב לפעול למען האינטרס הציבורי הכללי הייתה מאז ומתמיד חלק מהאתוס של פרקליטות המדינה, ומחלקת הבג"צים לא הייתה יוצאת דופן מבחינה זו. ואולם, המשמעויות המעשיות של אותה תפיסה היו ככל הנראה מוגבלות באותה תקופה. במחלקה שררה תמיד תפיסה שמחובתו של נציג המדינה לחשוף בפני בג"ץ את כל המידע הרלוונטי שהיה ברשותו, וזאת ללא קשר למידת הסיכוי שהצד העותר יוכל לגלות את אותו מידע. ואולם, במישורים אחרים הייתה לתפיסת התפקיד ה"ציבורית" משמעות מוגבלת. בהתאם לדוקטרינה של המשפט המינהלי ששררה באותה תקופה, מחלקת הבג"צים נהגה להעלות טענות מקדמיות ודיוניות, כגון שיהוי, היעדר מעמד וכיוצא באלה, כל אימת שהעובדות בעתירה הצדיקו זאת, גם אם היה בכך להביא לדחייה

14 היוצאים מהכלל – רשויות מקומיות ותאגידים סטטוטוריים.

15 ראו ס' 4 לחוק לחיקון סדרי הדין (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958 ("בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו") וראו גם "הגשת תביעות בשם המדינה וטיפול בתובענות המוגשות נגדה" הנחית היועץ המשפטי לממשלה 3.6.1001 (התשס"ג). וראו גם **דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו** (תשנ"ט) [ועדת שמגר]. לסקירה כללית ראו א' לבונטין "ייצוג המדינה בבתי המשפט" פרק רביעי עמ' 110 ואילך (עבודת דוקטורט שהוגשה לסינט של האוניברסיטה העברית, יולי 2009). בתי המשפט אף הכירו בכך שחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל רשויות הממשלה "פנימה", כלומר, כל עוד לא החליט בית משפט אחרת, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 1000-1002 (תשס"ה).

16 בג"ץ 4287/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר מידות נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 441, 473 (1993) (השופט א' ברק); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1006.

על הסף של עתירה מוצדקת לגופו של עניין. מקרים שבהם התעמתו פרקליטי המחלקה עם נציגי הרשות המינהלית המיוצגת בנוגע לשאלה אם להציג בבג"ץ עמדות שנראו למחלקה בלתי ראויות מבחינה מוסרית או ציבורית היו נדירים. גם כשהתרחשו מקרים כאלה, המניע של הפרקליטים להיכנס לדין ודברים עם הרשות נגע לחשש שהיה להם מפני תקדימים של אימוץ עמדות בעייתיות או פגיעה במוניטין של המחלקה עצמה בעיני בית המשפט, יותר מאשר לתפיסה כללית עקרונית של אחריות כלפי האינטרס הציבורי הכללי.¹⁷ הראיונות מעידים על כך שבמקרים בודדים התגלו אצל פרקליטים מסוימים תחושות של חוסר הזדהות מבחינה מוסרית או אידאולוגית עם עמדות מסוימות שאותן התבקשו להציג בבג"ץ. באותם מקרים התנהל בין הפרקליט לבין הרשות מעין תהליך של שכנוע הדדי שמטרתו הייתה לרכך את אי-ההסכמה. במקרים מסוימים הפתרון היה פנייה לגורם ממונה בתוך הפרקליטות על מנת שיכריע במחלוקת; במקרים אחרים, מעטים עוד יותר, הובילה המחלוקת להחלפתו של הפרקליט המייצג בפרקליט אחר שהיה מוכן לקבל עליו את הייצוג.¹⁸ כך או כך, התמונה הכללית העולה מהראיונות היא שבאותה תקופה הייתה תפיסת התפקיד הציבורית מרוסנת מאוד והשפעותיה על פרקטיקת הייצוג והטיעון היו מוגבלות.

השינוי בתפיסת התפקיד של מחלקת הבג"צים החל בתחילת שנות השמונים, בד בבד עם השינויים המהירים שחלו בדוקטרינות של המשפט הציבורי ובתפיסת התפקיד של בג"ץ עצמו במהלך אותה תקופה. באותן שנים הרחיב בית המשפט העליון מאוד את זכות העמידה בבג"ץ על ידי פיתוח המונח "זכות עמידה ציבורית", וחיסל, הלכה למעשה, את מחסום אי-השפיטות בכך שהכיר בשפיטות של כמעט כל נושא, יהא אופיו פוליטי כאשר יהא, ואף אם הוא נתון במחלוקת.¹⁹ בה בעת, גם דוקטרינות סף אחרות בבג"ץ (כגון שיהוי וחוסר ניקיון כפיים) שינו את תוכניהן, באופן שהפך אותן מדוקטרינות טכניות קשיחות יחסית לעקרונות גמישים שיישומם נעשה תלוי במידה רבה בעמדת בית המשפט לגופו של עניין.²⁰ גם בתחום המשפט המינהלי המהותי חלו שינויים מפליגים, ובראשם פיתוח דוקטרינות הסבירות והמידתיות והרחבת הביקורת השיפוטית לשורה ארוכה של תחומים שקודם לכן היו במידה רבה חסינים מהתערבות בית המשפט, כגון החלטות ופעולות בתחום הביטחון, יחסי החוץ, הקצאות תקציביות, החלטות על מינויים בכירים בשירות הציבורי והחלטות פנימיות של הכנסת.²¹ שינויים אלו בעמדות של בג"ץ בנוגע לעילות הסף ולדוקטרינות המהותיות ביטאו שינוי מהותי בתפיסת התפקיד של בג"ץ. עד תחילת שנות השמונים ראה בג"ץ את עצמו בראש וראשונה כפורום שיפוטי שנועד להכריע בסכסוכים קונקרטיים בתחום המשפט הציבורי ולהגן

17 ראיונות עם MA ו-IO (מחלקת הבג"צים בשנות השישים); ריאיון עם NM (מחלקת הבג"צים שנות השבעים).

18 שם וכן ריאיון עם LN.

19 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 910 (1988). לתיאור התהליך ראו יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 7-15 (תש"ס).

20 בג"ץ 170/87 אסולין ע' ראש עיריית קריית-גת, פ"ד מב(1) 678 (1988); בג"ץ 2285/93 נחום נ' ראש עיריית פתח-תקוה, פ"ד מח(5) 630 (1994); וראו דותן, שם, בעמ' 15-16.

21 ראו שם, בעמ' 21-25.

על האזרח בריכו עם השלטון. ואולם, השינויים הדרמטיים בתחום של זכות העמידה והשפיטות סימנו כי בית המשפט תופס את עצמו, משלב זה ואילך, לא רק כפורום להכרעה בסכסוכים משפטיים, אלא כרשות מבקרת עצמאית ופעילה, שתפקידה להבטיח את קיום החוק ועקרונות המשפט הציבורי על ידי רשויות השלטון, וזאת במנותק מהשאלה אם הפרת הדין המינהלית קשורה לפגיעה ישירה באינטרס קונקרטי של פרט זה או אחר. מטבע הדברים, בית המשפט, שנטל לעצמו את המשימה השאפתנית החדשה הזו, היה זקוק למנגנונים מסייעים שיאפשרו לו למלא את אותה משימה. מנגנונים אלו צמחו במהירות בתקופת שנות השמונים משני כיוונים עיקריים. הכיוון הראשון היה העלייה הדרמטית בתפקידם של ארגוני פעולה חברתיים שונים (NGOs), שניצלו את ההרחבה הרבה של זכות העמידה על מנת להביא בפני בית המשפט את ההכרעה בבעיות פוליטיות ובסכסוכים שנגעו לציבור בכללו. הכיוון השני היה השינויים שחלו בתפקיד של מחלקת הבג"צים, שהפכה בהדרגה למנגנון שנועד לסייע לבית המשפט בפיתוח תפקידו האמור.²²

לכל אלו נוסף שינוי אחד, בעל חשיבות מרכזית לצורך הדיון כאן, והוא הרחבת הביקורת השיפוטית גם להחלטות תביעה ולמעשה לכל החלטה אחרת של היועץ המשפטי ומנגנוני הפרקליטות הכפופים לו.²³ המשמעות של צעד זה הייתה, מחד גיסא, ניתוק של מנגנוני התביעה וגם היעוץ המשפטי והייצוג מכפיפות היררכית לממשלה, וזאת על ידי פיתוח התפיסה של עצמאות היועץ המשפטי, ומאידך גיסא, הכפפה של אותם מנגנונים לביקורת בג"ץ. לצעד זה האחרון, כשהוא מצטרף לשורת הצעדים האחרים של הרחבת הביקורת השיפוטית ועילות הביקורת, היו בהכרח השפעות מרחיקות לכת הן על תפיסת התפקיד של מחלקת הבג"צים והן על פרקטיקות הפעולה במחלקה ויחסיה עם רשויות המינהל שהיא מייצגת. שהרי, משלב זה ואילך, כל החלטה על עצם הייצוג של עמדה מסוימת בפני בג"ץ או על הקו שתקוט המדינה בבג"ץ היא, כשלעצמה, החלטה מינהלית, שחייבת לעמוד בכל הדרישות של המשפט המינהלי, לרבות דרישת הסבירות; בהתאם לכך, כל החלטה כזו הפכה, מעתה ואילך, כפופה (לפחות במישור העקרוני והמושגי) לביקורתו של בית המשפט עצמו. ביטוי לעובדה זו כלול בדברים האמורים של עוה"ד אסנת מנדל, המכהנת כיום כמנהלת מחלקת הבג"צים:

השינוי העמוק שחל בעשורים האחרונים במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הציבורי ובעילות הביקורת של בית המשפט בגדרו בפרט, חוללו שינוי יסודי ועמוק בסביבת העבודה המשפטית שהפרקליט הציבורי צריך להתאים את עצמו אליה. שינוי זה נוגע בראש ובראשונה בתהליכי העבודה של הפרקליט בתיק שבטיפולו – בסוג המידע שעליו לאסוף, בהיקפם של הגורמים שעליו לשמוע

22 יואב דותן & Menachem Hofnung, *Interest Groups in the Israeli High Court of Justice: Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements*, 23 LAW AND POLICY 1 (2001); יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז' 159 (2004).

23 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989); בג"ץ 4287/93 אמיתי, לעיל ה"ש 16.

את עמדתם – אך מעבר לכל אלה גם בטיב הבחינה שעליו לערוך ובשיקול הדעת שעליו להפעיל. ודוק: פעולת הפרקליט בסביבת עבודה זו אינה ניסיון ליצור מתאם בין הטיעון לבין התוצאה החזויה שאליה יגיע בית המשפט, אלא התאמה או כפיפות לקטגוריות הבחינה המחייבות שקבע בית המשפט, ובחינת הנושאים הנתקפים בעתירה מתוך פריזמה זו. במקרים המתאימים פרקליט עשוי להעמיד טיעון להכרעת בית המשפט חרף הערכתו שיש אפשרות – ובלבד שאינה ודאית – כי הטיעון לא יתקבל על דעתו של בית המשפט. מכל מקום עליו לסרב לייצג טיעון שבחינתו שלו מעלה כי אינו עומד בקטגוריות הבחינה הקבועות במשפט.²⁴

במהלך שנות השמונים התרחש אפוא תהליך מהיר של שינוי תפיסתי במחלקת הבג"צים, שינוי שלדורית ביניש, כמנהלת המחלקה ולאחר מכן כפרקליטת המדינה, היה חלק חשוב בהתרחשותו. המחלקה התאימה את עצמה לתפקיד שייעד לה בג"ץ ה"חדש", קרי לשמש מנגנון מסייע יעיל ואפקטיבי להפיכת בית המשפט העליון למנגנון ביקורת שמתפרס, הלכה למעשה, על כל תחומי ההחלטה והפעולה של הממשל בישראל. מנגנון ביקורת כזה זקוק לסיוע יומיומי ונרחב בתחומים הבאים: **איסוף עובדות מהיר ויעיל** בנוגע לשאלה של קיום הדין על ידי רשויות המינהל בקשר לעתירות שמספרן הלך וגדל, הקטנת הלחץ הדיוני על בית המשפט על ידי **סינון** של עתירות שניתן היה לחסוך לבית המשפט את הזמן הכרוך בדיון בהן על ידי עריכת **פשרות** שימנעו את הצורך בדיון מיותר, וכן מנגנון שיבטיח כי פסיקת בג"ץ והעקרונות החדשים שקבע יזכו ל**אכיפה** אפקטיבית ויחלחלו לכל שדרות המינהל הציבורי. המנגנון של הייעוץ המשפטי ומחלקת הבג"צים במתכונתה החדשה היו אפוא חוליה חשובה בתהליך של הרחבת הביקורת השיפוטית של בג"ץ באותן שנים.²⁵

השינויים בתפיסת התפקיד של מחלקת הבג"צים והפרקטיקות הדיוניות לא אירעו בבת אחת, וגם לא תמיד היה קונצנזוס בין אנשי המחלקה בנוגע לשינויים הפרקטיים שהיו כרוכים בתהליך.²⁶ עם זאת ניתן לומר כי כבר בתחילת שנות התשעים המודל הציבורי של עריכת דין

24 אסנת מנדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים" **מעשי משפט** ב 53, 60–61 (2009).
25 ראו שם, בעמ' 57–58.

26 דורית ביניש סיימה את כהונתה כמנהלת מחלקת הבג"צים בשנת 1982 ומונתה למשנה לפרקליט המדינה. ובמקומה מונה רנטו יאראק. מראיונות עם פרקליטים שכיהנו במחלקה במהלך שנות השמונים ניתן ללמוד כי תפיסתו של יאראק בנוגע לתפקיד הפרקליט במחלקת הבג"צים הייתה שונה במידה רבה מזו של ביניש וכי הוא נטה לשמר את התפיסה השמרנית יחסית של הפרקליט הציבורי (כפי שהייתה מקובלת בשנות השישים והשבעים). במסגרת זו תמך יאראק בגישה שלפיה יש להמשיך ולהעלות טענות מקדמיות בבג"ץ כל אימת שעובדות התיק הצדיקו זאת. בהתאם, יאראק גם תמך בגישה "לוחמנית" יותר של נציגי המחלקה בכל הנוגע להעלאת כל טענה משפטית לטובת הרשות המיוצגת שהדין אפשר להעלות (ראו ראיונות עם NM ועם IZ). יאראק כיהן כראש המחלקה עד שנת 1987 והייתה לגישתו השפעה מסוימת גם על הפרקטיקות הנהוגות בידי הפרקליטים במחלקה בתקופה זו, ובמידת מה גם בתקופה שלאחר מכן. ואולם, גישה שמרנית זו בנוגע לתפיסת התפקיד של פרקליטי המחלקה עמדה בניגוד חריף להתפתחויות של הדין המינהלי המהותי באותה תקופה, לציפיות של בית המשפט מאנשי המחלקה וגם לתפיסתו של יצחק זמיר,

"למען שלטון החוק" היה המודל הדומיננטי במחלקת הבג"צים. מודל זה מצא ביטוי, למשל, בדברים הבאים של השופט י' זמיר ביחס לתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה:

לדעתי [...] הרשות הציבורית, יהיה זה שר או משרד ממשלתי או אפילו הממשלה, אינה הלקוח האמיתי של היועץ המשפטי בשירות הציבורי. הלקוח האמיתי, כפי שמתבקש מיחס של נאמנות, הוא הציבור [...] השאלה הקובעת לעניין זה היא מהות התפקיד של היועץ המשפטי. האם הוא משרת את הממשלה? האם עליו לעשות את רצונה, אפילו אין הוא מתיישב עם הדין כפי שהיועץ המשפטי מבין אותו? אני סבור שאין הוא משרת של הממשלה. הוא משרת את הציבור. הציבור הטיל עליו תפקיד כפול: ליעץ לממשלה, כדי שתוכל למלא את תפקידה במסגרת הדין, ולפקח על הממשלה, שלא תחרוג מן הדין.²⁷

כיצד בא לידי ביטוי המודל הזה בפרקטיקות היומיומיות של ייצוג המדינה בבית המשפט? אבחן עתה שאלה זו בהתאם לשלושת המישורים שבהם דנתי בפתח המאמר.

1. איסוף עובדות וגילויין

כבר ציינתי לעיל כי הפרקטיקה של מחלקת הבג"צים לדורותיה גרסה כי חובתו של נציג המדינה בבג"ץ היא לחשוף בפני בית המשפט את מלוא המידע המצוי בידיו. פרט לחובה המוסרית והאתית של אנשי מחלקת הבג"צים בעניין זה, יש למחלקה גם אינטרס מוסדי ברור. מחלקת הבג"צים היא מחלקה קטנה יחסית ויוקרתית בפרקליטות המדינה, ואנשיה מופיעים בפני שופטי בית המשפט העליון באופן יומיומי כמעט. הפרוצדורה הבג"צית גם מעניקה למדינה ולנציגיה יתרון עובדתי ברור, בין היתר משום שבשלב המקדמי של הדיון בבג"ץ מגישה המדינה מטעמה רק "הצהרת יועץ" שאינה חייבת, על פי תקנות סדר הדין בבג"ץ, להיות מלווה בתצהיר. עם זאת, רמת האמינות שמייחסים השופטים להצהרה זו גבוהה מאוד.²⁸ באופן כללי יותר, המחלקה נהנית ממוניטין גבוה ומרמה גבוהה של אמון בקרב השופטים, אמון שלמחלקה יש אינטרס ברור לשמר אותו. לכך ניתן להוסיף כי לעתים מזומנות הקריירה האישית של חברי המחלקה מצטלבת בזו של השופטים (בין היתר משום שלא פעם המינוי למשרות ברשות השופטת נחשב למסלול קידום טבעי עבור אנשי פרקליטות המדינה ומחלקת הבג"צים).²⁹ על רקע זה לא קשה להבין

שכיהן באותה תקופה כיועץ המשפטי לממשלה. בסופו של דבר הייתה לתפיסה זו השפעה מוגבלת מאוד על ההתפתחות של מודל עריכת הדין הציבורית במהלך שנות השמונים. ב-1987 החליפה נילי ארד, תומכת נלהבת של המודל הציבורי, את יאראק כמנהלת המחלקה. לתיאור נרחב של ההתפתחות הזו ראו DOTAN, 2014, לעיל ה"ש 1, בפרק שני.

27 ראו יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 451, 454 (עורך יצחק זמיר, תשנ"ג).

28 ראו תקנה 7(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 וראו לעיל ה"ש 3.

29 ארבעה פרקליטים שכיהנו במחלקת הבג"צים מונו, במהלך השנים, לבית המשפט העליון (מישאל חשין, מרים נאור, דורית ביניש ועוזי פוגלמן). מני מזוז, שכיהן במחלקה בשנות השמונים

מדוע, מנקודת הראות של אנשי המחלקה, רמת האמון הגבוהה שמייחס בית המשפט להצהרות עובדתיות שלהם היא נכס יקר מפז, והאפשרות לסדוק את האמון הזה על רקע של אי-גילוי עובדות או הסתרתן כלל אינה עולה על דעתם. כדבריה של פרקליטה בכירה במחלקה באחד הראיונות שערכתי: "זה פי מיליון חשוב מבחינתי לשמר את אמון בית המשפט בי מאשר לנצח בעתירה נתונה".³⁰

על רקע המחויבות החזקה של המחלקה לחשיפת עובדות בבית המשפט מתעוררת שאלה מעניינת בנוגע למערכת היחסים בין הפרקליט המייצג לבין הרשות המינהלית לקוחתו. האם אותה מחויבות מוחלטת של הפרקליטים לחשוף כל עובדה, מזיקה ככל שתהיה לעמדתם בהתדיינות, משותפת גם לאנשי המינהל שאותם הם מייצגים? או שמא הפרקטיקה הבג"צית הזו עשויה להוביל לכך שלא תמיד תתנדב הרשות לגלות לפרקליט עצמו את כל המסכת העובדתית? התשובה של אנשי המחלקה לשאלה זו היא שהם אינם מסתפקים רק בתפקיד הפסיבי של קבלת העובדות כמות שהן מהרשות המינהלית, אלא הם רואים את תפקידם **לחקור** את כל העובדות הרלוונטיות **ולדרוש** אותן באופן אקטיבי מהרשות. כדברי אחד הפרקליטים במחלקה:

אנחנו עושים את הכול, ובית המשפט מודע לזה, על מנת שבתצהיר יהיה גילוי מלא של העובדות. אנחנו לא מסתפקים בתפקיד של צינור. אנחנו בעבודה מכינה בודקים ביסודיות את כל התשתית העובדתית, והדבר פשוט זוכה לביטוי חיצוני על פני התצהיר ובמהלך ההתדיינות [...] אין סיטואציה שבה אני חושב שלא מגלים את האמת ואני ממשיך. אני עוצר. לא יהיה מצב שבו אני מגיש תצהיר לבית משפט כאשר אני בספק שמא אני מעלים כמוכן שלא בדיעתי או מצהיר ומעלים שלא בדיעתי חלק מהעובדות [...] אני בודק, אני בודק את התיק [...] אני שואל [את אנשי הרשות], בדרך כלל הרי מדובר בעבודת צוות מול משרד שמורכב מהרבה גורמים – יש גורמים משפטיים, יש גורמים מנהליים, יש גורמים מקצועיים [...] אין מסננת בינך ובינם, אתה פוגש את כולם באופן בלתי אמצעי, ואתה בסך הכול בשיטת העבודה שלה אנחנו רגילים הרבה שנים לומר מה לשאול איך לשאול ומתי לשאול, במה להסתכל, באיזה תיק להסתכל, מה לעשות כשיש לך סימני שאלה, אם כן – צריך לשאול [...] אני חושב ששוב, כמוכן שלא יכולה להיות יומרה לומר שאנחנו יודעים הכול בכל מצב, אבל אני חושב שאפשר בהחלט לומר במידה רבה של סבירות שבגדול תמונת המצב האמתית ככל שזה נראה מצידה של הרשות אכן מוצגת לבית המשפט.³¹

והתשעים, מונה לכהן כיועץ המשפטי לממשלה. רבים מהפרקליטים האחרים במחלקה מונו במהלך השנים למשרות שיפוטיות אחרות, ראו DOTAN, 2014, לעיל ה"ש 1, פרק שני.
30 ריאיון עם TL. וראו באופן כללי Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada*, 33 LAW & SOC. REV. 319, 339–340 (1999).
31 ריאיון עם INZ (ההדגשות הוספו).

וכדברי פרקליט אחר בהרצאה פומבית:

בבית המשפט הגבוה לצדק, כידוע לכם וודאי, אין נהוג לנקוט בהליך של חקירה נגדית. המסכת העובדתית מובאת בהודעות בכתב המוגשות על ידי הצדדים. לרוב בית המשפט נותן משקל מיוחד למסכת העובדתית המוצגת על ידי בא כוח המדינה. לבית המשפט הגבוה לצדק יש קושי רב לערוך בירור עובדתי. לכן **פעמים רבות החקירה הנגדית של נציגי המדינה נערכת על ידי הפרקליט המטפל בתיק במחלקת הבג"צים**. ההגנה על זכויות האדם נערכת על ידי בירור יסודי של העובדות הרלוונטיות, שאין כל דרך אחרת להגיע אליהן.³²

2. טענות מקדמיות ודיוניות

השינויים המפליגים שחלו בתכנים של עילות הסף בבג"ץ ובמעמדן השפיעו, מטבע הדברים, על הפרקטיקות של מחלקת הבג"צים בכל הנוגע להעלאתן של טענות כאלה. כפי שנאמר למעלה, הדוקטרינות הללו הפכו במהלך שנות השמונים מכללים טכניים וקשיחים, שהפרתם הובילה ברוב המקרים של המקרים לדחיית העתירה על הסף, לעקרונות גמישים, שבית המשפט שקל אותם במסגרת איזונית. מנקודת הראות של פרקליטות המדינה היו לשינויים אלו כמה השפעות. בראש וראשונה, צמצום עילות הסף על ידי בית המשפט הפך לא פעם את האפשרות להעלות אותן לבלתי ראליות (למשל בהקשר של זכות העמידה או טענות של היעדר שפיטות). גם במקרים שבהם יש מקום להעלות טענות סף (למשל שיהוי או חוסר ניקיון כפיים) ברור לפרקליטים המייצגים כי הצגת הטענה המקדמית, חזקה ככל שתהא בנסיבות העניין, אינה פוטרת אותם מהכנת טיעון לגופה של העתירה; הם מודעים לכך שבכל מקרה, החלטת בית המשפט בנוגע לטענה המקדמית תושפע, בין היתר, משאלות הנוגעות לעוצמה של טענות העותרים לגופו של עניין. התפתחויות אלו מחלישות במידה רבה את הדילמה של הפרקליט ביחס לעצם העלאת הטענה המקדמית, משום שהוא יודע שממילא, צדקת העתירה לגופה צפויה להישקל על ידי בית המשפט כחלק מהיישום של הדוקטרינה החדשה הנוגעת לטענות על הסף עצמן.³³

ג. הגנה על עמדות בעייתיות וחילוקי דעות עם הרשות המיוצגת בנוגע למצב החוקי

דומה שמבין שלוש הסוגיות שנדונות כאן, מצב הדברים בנוגע למצבים של חילוקי דעות בין נציגי מחלקת הבג"צים לבין הרשות המינהלית שהם מייצגים בדבר העמדות שיש להציג בבית

32 יובל רויטמן "מחלקת הבג"צים וזכויות האדם" (הרצאה 2004) (ההדגשה הוספה).
 33 לפיתוח המגמה האיזונית ביחס לטענת השיהוי ראו לעיל ה"ש 20. למגמה דומה ביחס לטענת חוסר ניקיון כפיים ראו למשל ע"מ 7878/10 **עירית רעננה נ' שמיע**, פ"ס ח'–ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.1.2012). לטענה שאנשי מחלקת הבג"צים נוהגים ריסון בהעלאת טענות דיוניות ומקדמיות אפילו מעבר למה שמחייבת אותן הגישה האיזונית הנוהגת ראו רויטמן, שם.

המשפט הוא בהיר פחות, והסוגיה כולה מעוררות שורה של שאלות טעונות. ציינתי לעיל כי על פי פסיקת בית המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה מוסמך לחייב את הממשלה (ולמעשה את כל זרועות הרשות המבצעת) בנוגע לפרשנות הנכונה של הדין, ובה בעת יש לו (ולנציגיו המוסמכים) מונופול על ייצוג כל אותן רשויות בפני כל ערכאה שיפוטית.³⁴ המסקנה העולה לכאורה מהשילוב בין העקרונות הללו היא שלנציגי היועץ המשפטי המייצגים את המדינה בבג"ץ יש שליטה מוחלטת על העמדה שתינקט בשם הרשות המינהלית בכל נושא ונושא המגיע להתדיינות. מצב דברים מעורר שאלות נכבדות. בראש ובראשונה, המונופול של היועץ המשפטי על ייצוג כל הרשויות בפני בג"ץ הופך את הרשות המינהלית ל"לקוח שבו" ומכניס את קברניטיה למצב שהוא לכאורה בלתי אפשרי.³⁵ מצד אחד, הם אינם יכולים לבחור את הגורם שייצג אותם בפני בית המשפט; מצד אחר, הם גם אינם יכולים להכתיב לגורם שיש לו מונופול לייצגם את העמדה שתוצג מטעמם בפני בית המשפט. לכך ניתן להוסיף כי מצב דברים כזה סותר לכאורה בצורה חריפה את מושכלות היסוד של שיטת המשפט שלנו בכל הנוגע לסוגיית הייצוג המשפטי והיחסים בין הלקוח לעורך דינו. בקצרה, זהו מצב דברים חריג, שספק אם יש לו מקבילה בשיטת משפט כלשהי.³⁶

כיצד מיושמים העקרונות הללו הלכה למעשה? ראיונות עם אנשי מחלקת הבג"צים מעלים שמערכת היחסים בין המחלקה לבין הרשויות שהיא מייצגת היא מורכבת יותר משניתן היה להסיק מהתיאור לעיל. הסמכות הקיימת, עקרונית, בידי היועץ המשפטי לסרב לייצג רשויות מינהל מופעלת רק במקרים נדירים.³⁷ ואולם, הסמכות העקרונית הזו משמשת כמסגרת להליך שמתקיים בין הרשות לבין נציגי מחלקת הבג"צים בכל המקרים שבהם מתגלעות אי-הסכמות. באשר לעמדה הראויה להצגה בפני בית המשפט. ניתן לתאר הליך זה גם כמעין משא ומתן. כדברי בעל תפקיד בכיר במחלקה:

אנחנו לא [חבורה של] פרימדונות שלא מגנים על תיקים קשים או מופיעים רק בתיקים שאנחנו חושבים שיש סיכוי טוב להצלחה בהם. בסך הכול אנחנו מטפלים במגזר גדול של תיקים שהוא משיק בצורה כזאת או אחרת לחיים הפוליטיים, עם רמת אילוצים כזאת או אחרת, ויש בהחלט נסיבות שגם תיק שאתה חושב שסיכויי הצלחה שלו לא גדולים, הקליינט שלך זכאי להגנה, גם אם אתה לא שלם גם מבחינה רעיונית וגם מבחינה משפטית, ואתה מופיע בהם, לפעמים אתה מפסיד לפעמים אתה לא מפסיד [...] בסך הכול אנחנו עוסקים

34 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 14.

35 השוו לדיון לגבי ה-Solicitor General בארצות הברית אצל Horowitz, לעיל ה"ש 9, בעמ' 5 והערה 14 שם.

36 לחריגות של מצב דברים זה ראו ניתוח השוואתי אצל לבונטין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 97-98 ואסמכתאות שם. לביקורת חריפה על מצב דברים זה ראו לאחרונה דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה** 74-168 (2013) (פרידמן מתאר את מצב דברים זה כ"אורוליאני").

37 ראו לעיל ה"ש 16.

בהרבה נושאים שעולה השאלה אם מה שעושה הממשל הוא מעשה ראוי. והגבול בין ראוי לחוקי הוא מאוד מטושטש בשיטת המשפט המאוד מתקדמת שלנו. וישנם מקרים שבהם אתה חושב שהמדינה, גם אם אפשר לטעון לחוקיות המעשה שלה, לא צריכה להתנהג [...] בצורה כזו או אחרת. אבל בשורה התחתונה אם אתה כן שמת לך את הגבול, ואתה משתכנע שהאי־נוחות שלך נובעת ממישור האי־ראוי ולא ממישור האי־חוקי, ושכשורה התחתונה אפילו [...] זכאי להגנה אז אתה מגן עליו.³⁸

הדברים הללו מאירים היבט נוסף של הנושא, הקשור בטבורו להתפתחויות שחלו בדוקטרינות של המשפט המהותי בבג"ץ ובראשן הפיתוח של עילות הביקורת ה"רכות" של הסבירות והמידתיות. לפיתוחן של דוקטרינות אלו היו השפעות חשובות על מערכת היחסים בין מחלקת הבג"צים לרשויות המינהל המיוצגות. ראשית, העמימות של הדוקטרינות הללו הפכה את תהליך הניתוח המשפטי של חוקיות עמדה מסוימת או מעשה מסוים של הרשות המינהלית לעניין תלוי במידה רבה בניתוח סובייקטיבי של כל פרקליט הנוגע לעניין, באופן שקשה לנתק אותו מהשקפת הפרקליט באשר לרציות, לתועלת ולמוסריות של אותה פעולה מינהלית. שנית, ובהתאם, השימוש הנרחב בדוקטרינות הסבירות והמידתיות מוביל למצב שבו רמת הציפיות של הצדדים בנוגע לתוצאה המשפטית של התדיינות בתחום המשפט הציבורי הופכת מוגבלת יותר. העמימות הזו מאפשרת לפרקליט המייצג (ואולי אף מעודדת אותו) לנקוט עמדה זהירה ומתגוננת בבואו להעריך את התוצאות האפשריות של ההתדיינות, במיוחד כאשר עמדת הרשות לגופו של עניין נראית לו בעייתית (אף אם אינה בלתי חוקית על פניה). לכך צריך להוסיף את הלחץ שבג"ץ עצמו מפעיל על נציגי המדינה להפגין נכונות לפשרה. הלחץ הזה נובע, בראש וראשונה, מכך שפשרות הן אמצעי חיוני עבור שופטי בג"ץ להקל את לחץ העבודה העצום שהם נתונים בו. שנית, לפשרות שנעשות בהסכמת הצדדים יש יתרונות ניכרים מנקודת הראות של בית המשפט. ההסדר הנכלל בפשרה כולל לא פעם גם מרכיבים שהחוק או הדין הנוהג אינם מחייבים את אימוצם, אך אלו פתרונות שעשויים להיראות לבית המשפט ראויים לגופו של עניין. בכך מרחיב בית המשפט מרחיב, באופן לא פורמלי, את היקף ההשפעה שלו על הפעולה המינהלית ומגמיש ומגוון את הסעדים העומדים לרשותו.³⁹ ולבסוף, רמת החשיפה הציבורית והתקשורתית

38 ריאיון עם INZ.

39 דוגמא קלאסית מהימים שבהם נכתבת רשימה זו לשימוש בפרקטיקה של פשרה מהווה העתירה כנגד המשך כהונתו של ראש עיריית רמת-גן לאחר שהוגש כנגדו כתב אישום פלילי. במקום להכריע ישירות בשאלה בג"ץ הציע לצדדים הסדר פשרה שלפיו המשיב יתחייב שלא להציג את מועמדותו לכהונה נוספת בבחירות שצפויות להיערך בעוד מספר חודשים. ראו בג"ץ 5141/11 ד"ר אבי ליליאן נ' ראש עיריית רמת גן ויו"ר החברה הכלכלית לרמת גן (פורסם בנבו, 14.7.2013). לאחרונה חלה התפתחות מעניינת בפסיקת בג"ץ כאשר השיח בנוגע לתפקידו של בית המשפט ביחס להסדרי פשרה הופך לשיח גלוי על פני פסקי הדין של השופטים. במיוחד בולט הדבר ביחס למקרים שבהם בג"ץ נוקט פרקטיקה של ליווי רשויות המינהל במסגרת עתירות שנתרות תלויות ועומדות במשך שנים רבות עד לגיבוש פתרונות כוללים מצד הרשות המינהלית. השופט א' רובינשטיין פיתח לאחרונה ביחס למקרים כאלה את המונח "עתירות שמרטף" ראו למשל בג"ץ

הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים

של פשרות היא במקרים רבים נמוכה מזו של החלטה שיפוטית פורמלית. במקרים שהם רגישים מבחינה פוליטית, הסדרי פשרה עשויים אפוא לחסוך מבית המשפט ביקורת שהיתה מופנית כלפיו במקרה של החלטה פורמלית שתתערב לפסול את ההחלטה המינהלית.⁴⁰ התוצאה של כל האמור לעיל היא שהמכניזם של הפשרות בבג"ץ מאפשר הן למחלקת הבג"צים והן לבית המשפט עצמו לעשות שימוש בדוקטרינות האיזוניות והעמומות של סבירות ומידתיות כדי להפעיל לחץ מתמשך על רשויות המינהל לשינוי מדיניות או עמדות שנראות למערכת המשפטית בעייתיות. דברים אלה נכונים גם במקרים שהבעייתיות הזו אינה מגיעה לכדי אי-חוקיות ברורה, קרי במקרים שניתן להניח שאילו נאלץ בית המשפט לפסוק בהם באופן ישיר במסגרת החלטה פורמלית, הוא לא היה מתערב לפסול את הפעולה בסופו של דבר. כדברי אותו פרקליט בכיר במחלקת הבג"צים:

אתה צריך בעצם, מצד אחד, לייצג את הקליינט שלך ובשורה התחתונה הוא בהחלט קליינט שלך הוא מצפה, ויש לו ציפייה לגיטימית, שתייצג את עמדתו. מצד שני, בית המשפט יש לו מערכת ציפיות ממך, שתהיה [...] officer of the court, פחות מודע לאילוצים שלך, פחות צריך להיות מודע לאילוצים שלך, vis-a-vis הקליינטים שלך. ההיבט הנוסף של זה הוא במערכת המאוד לחוצה או המאוד עמוסה של בתי המשפט, שמכניסה גם את ממד הזמן. מצפים ממך גם לעזור בהקשר הזה, גם לקבל הסדרים שבית המשפט מציע, ואתה בעצם צריך לתמרן בין המחויבות שלך לקליינט שזכאי שעמדתו תוצג באופן לגיטימי, כל עוד זה לא בלתי חוקי או חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות לבין בית משפט שלפעמים יש לו הצעות פרגמטיות שהן אפילו נכונות מבחינה עניינית, מבלי שבהכרח העמדה שעומדת לביקורת היא בלתי חוקית. בית משפט יש לו הצעה שהוא חושב שהיא יותר נכונה, ובעצם הציפייה ממך, ממך-מהמשרד, זאת אומרת מבחינת בית המשפט אין את החציצה הזו, אם אין איזה בעיה מאוד אקוטית שתקבל את ההצעה.

ש: כלומר, שאתה תקבל את ההצעה שבית המשפט הציע לך, גם אם בית המשפט עצמו בפסק דין לא היה מתערב אולי על בסיס של חוסר חוקיות.

ת: כן, בהחלט.

ש: כלומר [...] ההתערבות העקיפה של בית המשפט היא יותר רחבה בהקשר הזה [...] מאשר ההתערבות הישירה בביקורת?

1254/10 פלוני נ' רשות האוכלוסין ההגירה ומעברי הגבול – משרד הפנים, פס' ב בפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.4.2012); בג"ץ 5587/07 עוזיאל נ' מס רכוש וקרן פיצויים (פורסם בנבו, 2.3.2008); בג"ץ 5188/09 התאחדות קבלני השיפוצים לשיקום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2011), ואף מוביל לחילוקי דעות בין השופטים, ראו למשל דברי השופט א' ריבלין בבג"ץ 1527/06 התנועה להגנינות שלטונית נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 9.3.2009).
40 ראו Dotan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 344–350.

ת: כן, אין ספק, ואני חושב שזה גם בסדר. זאת אומרת, אין לי בעיה עם זה, ובדרך כלל ברוב המקרים אני חושב שגם אין לרשויות ציבור בעיה עם זה. אבל כמובן ישנם תמיד את המקרים הקשים שבהם הדברים מתחדדים, ואז כל דבר צריך להיפתר לגופו.⁴¹

ופרקליט בכיר אחר במחלקת הבג"צים ניסח את עמדתו בנושא זה בדברים הבאים:

[במסגרת ויכוח עם גורם ברשות המינהלית] אמרתי לו "על תיק מסוים זה הרף הכי תחתון שאני מוכן להגן עליו בעתיד, מתחת לזה גם אם יביאו לי אני לא הולך". הוא אמר לי: "מה אכפת לך למה אתה קובע רף, אם זה יעבור בג"ץ בסדר מבחינתך". אמרתי לו לא, בסיטואציה מסוימת יכול להיות דבר מאוד מאוד לקוני לעבור את בג"ץ אבל אני חושב שזה לא ראוי להביא את זה לבג"ץ בסיטואציה הזאת. **לכן צריך למנוע מבג"ץ את הדיון בשאלות שלא תהיה בררה אולי אלא לאשר אותן.** [...] **כי אני יודע שמה שעובר בג"ץ או לא עובר בג"ץ יכול להיות פונקציה של הרבה מאוד אלמנטים שהם לא דווקא משפט ראוי ומשפט צודק אלא תנאים ונסיבות סביבתיים פוליטיים כאלה ואחרים שבג"ץ יהיה בסיטואציה של חוסר בררה.**

ש: כלומר הרף שלך הוא לפעמים יותר גבוה מהרף של בג"ץ?

ת: נכון. גם בבג"ץ הרף הוא לא רף הכי גדול. בג"ץ ישנם הרבה שופטים, ולכל אחד מהם אני מניח שיש את הסף שלו, והבג"ץ כמו שהוא עובד היום הוא הרבה פעמים פונקציה של הרכב. בהרכב מסוים המונח עובר בג"ץ נכון, בהרכב אחר המונח עובר בג"ץ הוא לא נכון. ואז עדיין צריך לחיות גם עם האמת הפנימית שלך שהיא ביחד עם האמת המשפטית צריכה לחיות בשלום ובאיזשהו מקום יש מקרים. אנחנו מדברים על זה כאילו שזה השגרה. בשגרת היומיום השאלה הזאת כמעט ולא מתעוררת. השאלה שאתה מכוון אליה אם הרף שלי הוא יותר מהרף של בג"ץ, אם אני אשים את הרף לפני הרף של בג"ץ זה נגיד אחד למאה או אחד למאתיים או אחד לשלוש מאות מהתיקים זה אולי בעצם שם מתמקדת השאלה. בהחלט יכול להיות שאני אגיד שצריך להחמיר אפילו מעבר למה שבית המשפט אולי היה מחמיר, כי כך ראוי שיגזור עלינו כמשרתי ציבור, אנשים שרוצים לחיות בעולם של זכויות אזרח ושלטון חוק וכו'. בשגרת היומיום השאלה הזאת כמעט לא מתעוררת. רוב התיקים השאלה באמת תהיה האם אנחנו יכולים לעבור בג"ץ והתשובה כן ונמשיך הלאה.⁴²

ניתן לומר לסיכום כי העמדות והפרקטיקות שהתפתחו במחלקת הבג"צים החל משנות השמונים במסגרת מודל "עריכת הדין למען שלטון החוק" אינן אלא תגובה של מחלקת

41 ריאיון INZ. וראו גם ריאיון עם AN וריאיון עם TN (שניהם פרקליטים במחלקת הבג"צים).

42 ריאיון ES (ההדרגשה הוספה).

הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים

הבג"צים למהפכה שעברה על בג"ץ עצמו באותה תקופה, עם הרחבת הביקורת השיפוטית והשינויים בתפיסת התפקיד של בית המשפט. הפרקליטים המייצגים את המדינה הגיבו לציפיות של בג"ץ עצמו מהמנגנון של פרקליטות המדינה. המודל הזה עוצב, בסופו של דבר, תחת שרביטו של בית המשפט. היטיב לסכם עובדה זו אותו פרקליט בכיר שצוטט לעיל, שאמר:

[...] אנחנו, אני לא רוצה להגיד "עובדים לפי חלילו של בית המשפט", יש לזה קונוטציות לא חיוביות. אבל אנחנו נמצאים במסגרת פעולה [ש]גבולותיה וכללי המשחק שלה מוגדרים על ידי בית המשפט.⁴³

ד. דיון

בחלקים הקודמים של מאמר זה תיארתי בפירוט את התפתחות הגרסה המובהקת של מודל "עריכת הדין הציבורית" (שאני מכנה אותו גם "עריכת דין למען שלטון החוק") במחלקת הבג"צים. להלן אדון בשאלות הנורמטיביות שהתפתחות זו מעלה. האם מודל זה של עריכת הדין הוא ראוי? מהם היתרונות והחסרונות שלו מנקודת הראות של ערכי המשפט הציבורי? כדי לבחון שאלות אלו אציג כמה טיעוני ביקורת מוכרים בספרות ביחס למודל עריכת הדין הציבורית ואבחן את תוקפם ביחס למציאות בישראל.

1. עקרונות של אחריות דמוקרטית וחוקיות

טיעון מרכזי בספרות כנגד מודל עריכת הדין הציבורית הוא שמודל זה סותר את עקרון החוקיות ופוגע באחריות הדמוקרטית של הגורמים הנבחרים. לפי טיעון זה, את המדיניות הציבורית צריכה לעצב הרשות המוסמכת על פי חוק והאחריות כלפי הציבור, ולא מי שמייצג אותה בבית המשפט. לפרקליט המייצג את הרשות בבית המשפט אין אפוא סמכות לעצב תפיסה של "אינטרס הציבור" שהיא שונה מזו של הרשות המוסמכת והאחריות כלפי הציבור. מודל עריכת הדין הציבורית חורג, לפי הטיעון, מהסמכות המוענקת לפרקליטים ועומד בניגוד למנדט החוקתי שלהם.⁴⁴

גם אם נניח לפי שעה לשאלה עד כמה יכולות רשויות המינהל בישראל להיחשב כמייצגות במישרין את "רצון הציבור" ביחס לאינטרס הכלל, דומה שהטיעון האמור לוקה בכשל לוגי של הנחת המבוקש. אכן, אין חולק על כך שהרשות הציבורית המופיעה כמשיבה בבג"ץ היא

43 ריאיון INZ.

44 ראו Miller, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1295 (Nothing systemic empowers government lawyers to substitute their individual conceptions of the good for the priorities and objectives established through these governmental processes). וראו גם Lanctot, לעיל ה"ש 2, בעמ' 994, Note-Harvard, 2002, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1174–1175.

45 בארצות הברית חלק מרשויות המינהל ("עצמאיות") אחריות במישרין בפני הקונגרס, ולכן מקובל לטעון שרמת האחריות הדמוקרטית שלהן גבוהה (ראו לעיל ה"ש 12). בישראל, הממשלה עצמה מכהנת מכוח אמן הכנסת, וקשה לייחס אחריות דמוקרטית ישירה לרשויות המינהל השונות.

המוסמכת לקבל החלטות ולגבש מדיניות בתחום הסמכתה החוקית בחוק. ואולם, באותה מידה, היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו הם המוסמכים על פי חוק לייצג את הרשות המינהלית בפני בג"ץ ולגבש מדיניות בשאלת הייצוג. בהתאם, בהנחה שמי שמעלה את הטענות אינו חולק על עצם הסמכות של בג"ץ לבקר את אותן החלטות, קשה לחלוק על כך שצריכה להיות לגורם המייצג סמכות לגבש עמדה ביחס למהות תפקידו. אם כן, השאלה איננה שאלה של קיום הסמכות בדין אלא שאלה של האופן שבו יש לפרש את הסמכות הניתנת לגורמים המייצגים. התשובה לשאלה זו איננה יכולה להימצא במסגרת דיון אבסורטי בייצוג דמוקרטי, אלא בדיון ישיר בשאלות המדיניות הנוגעות לסוגיית הייצוג, כפי שיידונו להלן.

2. חובת הייצוג האדוורסרי

טיעון מרכזי אחר כנגד מודל עריכת הדין הציבורית הוא שתפיסה זו סותרת את אדני היסוד של השיטה המשפטית האדוורסרית. לפי טיעון זה, אסור לפרקליט הציבורי לקדם כל מדיניות פרט לאינטרס המידי של הרשות שהוא מייצג בהתדיינות הקונקרטי (כפי שאותה רשות רואה אותן), שאם לא כן, הוא פועל בניגוד למושכלות היסוד של המודל האדוורסרי. במילים אחרות, המודל האדוורסרי מניח כי האמת העובדתית צריכה להיחשף ובעקבותיה הצדק השיפוטי צריך להיעשות על ידי מאבק חסר פשרות בין שני צדדים, שכל אחד מהם טוען בקנאות את עניינו בפני טריבונל שיפוטי ניטרלי. מודל עריכת הדין הציבורית עומד בניגוד לתפיסה זו, ומכאן ההצדקה לפסול אותו.⁴⁶

הכשל העיקרי בטיעון הזה נעוץ, לדעתי, בהנחת היסוד שלו, כלומר בהנחה שההתדיינות השיפוטית בתחום המשפט הציבורי תואמת את הנחות היסוד של המודל האדוורסרי של ההתדיינות. יש כמה סיבות להטיל ספק בהנחת יסוד זו. ראשית, המודל האדוורסרי מניח כי המטרה הבסיסית של ההתדיינות משפטית היא הכרעה בסכסוך קונקרטי בין הצדדים. בהתאם, הוא מניח כי ההשפעות המרכזיות של ההתדיינות מתייחסות לאינטרסים המידיים של אותם צדדים קונקרטיים.⁴⁷ אלא שהליכי ביקורת שיפוטית בכלל, ולא כל שכן הליכי ביקורת שיפוטית כפי שפותחו בבג"ץ, אינם תואמים הנחה זו. כפי שציינתי לעיל, אחת התוצאות החשובות של פיתוח גישת הביקורת האקטיביסטית בבג"ץ בשנות השמונים הייתה הניתוק של הליך הביקורת מקשר הכרחי לסכסוך הקונקרטי בין הצדדים הנדונים ומיקוד ההליך בקיום ביקורת ובתיקון כשלים בפעולתן של רשויות מינהל.⁴⁸ מבחינה זו, אין זה נכון לטעון כי טיעון נמרץ (zealous advocacy) לעידוד האינטרסים המידיים של הצדדים הקונקרטיים להתדיינות ממצה בהכרח את התמונה מנקודת הראות של בית המשפט, אלא שבית המשפט עשוי לראות תמונה רחבה הרבה יותר. גם הטיעונים שמוצגים בפני בית המשפט צריכים לפיכך להתאים את עצמם למטרה זו. כך,

46 ראו Lanctot, לעיל ה"ש 2, בעמ' 959–960 ועמ' 985.

47 ראו למשל JAY TIDMARSH AND ROGER H. TRANGSRUD, COMPLEX LITIGATION AND THE ADVERSARY SYSTEM (1998); ROBERT A. KAGAN, ADVERSARIAL LEGALISM: THE AMERICAN WAY OF LAW 9 (2001).

48 לעיל טקסט ליד ה"ש 19.

הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים

מצד העותרים, יופיעו לא פעם ארגוני פעולה ועותרים ציבוריים אחרים, וכך, מצד המשיבים, בית המשפט נזקק לגורם שיכול להציג בפניו קשת רחבה של אינטרסים של הרשות המבצעת והציבור בכללו.

שנית, המודל האדוורסרי מניח הנחות מסוימות בנוגע לשלב של **בירור העובדות** בפני בית המשפט. ההנחה המרכזית היא שקיימת **תחרות שויונית**, פחות או יותר, בין הצדדים בכל הנוגע להשגת עובדות ולהצגתן בבית המשפט. ואולם, גם הנחה זו אינה תקפה כשעסקינן בעתירות מינהליות, וזאת לאור היתרון הבולט שיש לרשות המינהלית המשיבה בכל הנוגע לנגישות לעובדות ובנוגע לכללי הראיות וכללי הפרוצדורה האחרים בבג"ץ.⁴⁹ נתון זה, כשהוא מצטרף לאמור בנוגע לתפקיד של הליך הביקורת השיפוטית ולתפקידו של בית המשפט בהליך זה, מוביל למסקנה שלפיה בית המשפט נזקק **למנגנון מסייע** בכל הנוגע לבירור מעמיק של העובדות הנוגעות לעתירות מינהליות, שכן הכלים האדוורסריים הרגילים אינם מאפשרים לו לבצע בירור כזה באופן מספק. המנגנון המסייע הזה הוא מנגנון הבירור העובדתי, שמופעל על ידי נציגי הרשות עצמם במסגרת הליך הביקורת.

לסיכום, מודל עריכת הדין הציבורי אכן אינו תואם את הנחות היסוד של ההליך הדיוני האדוורסרי אלא את הנחות היסוד של המודל של הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל, כפי שגובש בעשורים האחרונים על ידי בג"ץ. לפיכך, הביקורת על המודל, אם היא מבוססת על הנחות היסוד של המודל האדוורסרי, איננה רלוונטית להליך הביקורת השיפוטית.

3. ביזור וחוסר עקביות בקביעת מדיניות

טיעון נוסף כנגד מודל עריכת הדין הציבורית הוא שלמודל זה יש השפעות שליליות על דרכי גיבושה של המדיניות הציבורית. הטוענים כך גורסים שקביעת המדיניות בידי הפרקליט שמייצג את המדינה בעתירה זו או אחרת, ולא בידי הרשות המינהלית האמונה על כך (או, למצער, השפעה מוגזמת שיש לפרקליט על קביעת המדיניות), גורמת לא רק להסתת ההליך של קביעת המדיניות מהרשות לפרקליטות אלא גם לביזור באופן אקראי ומקרי, בידיהם של פרקליטים שונים שמייצגים את הרשויות בעתירות שונות. מכאן, לפי הטיעון, שמודל עריכת הדין הציבורי פוגע הן ביכולת של גיבוש מדיניות מינהלית עקבית והן במבנה ההיררכי של הליך קבלת ההחלטות במינהל הציבורי.

לאור מרחב הפעולה שנתון לפרקליטי מחלקת הבג"צים, במיוחד במסגרת הדין ב"סבירות" של ההחלטה המינהלית,⁵⁰ דומה שלא ניתן לדחות טיעון זה על הסף. עם זאת, גם בהקשר זה דומה שהטיעון מופנה כנגד עצם ההשפעה של **בית המשפט** (ושל הליך ההתדיינות השיפוטית) על עיצוב המדיניות המינהלית יותר מאשר כנגד השפעת הפרקליטים על הליך זה (השפעה, שהיא רק תוצר לוואי של הליך הביקורת של בית המשפט עצמו). נוסף על כך, מבחינה מעשית, יש שורה של מרכיבים הנוגעים לדרכי הפעולה של הפרקליטים במחלקת הבג"צים, שממתנים מאוד את ההשפעות הביזוריות של מודל עריכת הדין הציבורי על דרכי גיבושה של מדיניות

49 לעיל טקסט ליד ה"ש 28.

50 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 38.

מינהלית. ראשית, יש לזכור כי מקרים שבהם יש עימות ישיר (או אפילו חלקי) בין הפרקליט המייצג לבין הרשות המינהלית באשר לקו שיש להציג בבג"ץ הם בבחינת היוצא מן הכלל ולא בבחינת מצב הדברים הרגיל.⁵¹ שנית, דווקא באותם מקרים שמתגלעת בהם אי-הסכמה בין הפרקליט לאחראים מטעם הרשות ואין פתרון מוסכם, מועברת ההכרעה אל מעלה ההיררכיה הן ברשות המינהלית והן בפרקליטות (עד לרמה של היועץ המשפטי לממשלה עצמו, במקרי הצורך). במילים אחרות, הן האחראים ברשות המינהלית והן הפרקליט המייצג בתיק פועלים שניהם בתוך מערכת קבלת החלטות היררכית ומסודרת, והעובדה שהדבר נעשה במסגרת התדיינות משפטית אינה משנה מצב דברים זה. ולבסוף, מן הדין לתת את הדעת על הסיטואציה שבה נמצאים פרקליטי מחלקת הבג"צים. הם צריכים לתמרן בין מגוון דרישות, לחצים ואילווצים מצד גורמים שונים, שלא פעם עומדים בניגוד או במתח זה מול זה: הרשות, בית המשפט וההוראות של הגורמים הבכירים במשרד המשפטים. במצב דברים כזה תהיה זו הגזמה חריפה לטעון שהפרקליט המייצג את הרשות המינהלית בבג"ץ חופשי לעצב כרצונו, או בהתאם להעדפותיו האישיות, את המדיניות המינהלית. סביר יותר להניח שלהשקפות כאלה יכולה להיות השפעה שולית ביותר, אם בכלל, על עיצוב המדיניות המינהלית הכוללת בתחום נתון.

4. הפרדת רשויות והפרת האיזון בין הרשות המבצעת לרשות השופטת

הטיעון האחרון המופנה בספרות כנגד מודל עריכת הדין הציבורית הוא שהמודל עומד בניגוד לעקרון הפרדת הרשויות, משום שהוא הופך את הפרקליטים, שהם חלק מהרשות המבצעת, ל"שומרי סף" מטעמו של בית המשפט. הטוענים ממשיכים ואומרים כי התפיסה של עריכת דין "למען שלטון החוק" היא אכן נוחה מאוד עבור **בית המשפט**, מכמה סיבות: משום שהיא מקלה עליו להגיע לעובדות הרלוונטיות ומייעלת את הליך הביקורת (בין היתר כתוצאה של היכולת של בית המשפט להביא לעריכת פשרות), וגם משום שהיא מרחיבה ומגמישה את היקף הכלים העומדים לרשות בית המשפט.⁵² ואולם, לפי הטיעון, על הפרקליטים להתנגד לפיתוי שמעמיד בפניהם המודל הזה, משום שבכך הם מפריים את חובתם לייצוג אותנטי ונאמן של הרשות המינהלית ושל עמדותיה המדיניות.⁵³

במישור התיאורי דומה שקשה לחלוק על תוקף הטענות הללו. כאמור לעיל, הבחינה ההיסטורית והאמפירית מצביעה על כך שהתפתחותו של מודל "שלטון החוק" בפרקליטות המדינה ובמחלקת הבג"צים קשורה בטבורה לשינויים שחלו במודל הביקורת השיפוטית בבג"ץ החל משנות השמונים והיא תוצאה ישירה שלהם. קשה לחלוק גם על הטיעון שפיתוח המודל

51 ראו את הציטוט מהריאיון לעיל ליד ה"ש 42.

52 ראו לעיל הדיון, טקסט ליד ה"ש 39.

53 ראו למשל Harvey, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1600 (The courts prefer the public interest model) because it empowers government attorneys to act as gatekeepers who manage the courts' Margaret H. Lemos, *The Solicitor* (burden. This is a cynical but true statement" ; וראו גם *General as Mediator between Court and Agency*, 2009 MICH. ST. L. REV. 185 Patricia M. Wald, "For the United States": *Government Lawyers in Court*, 61 LAW & CONTEMP. PROBS. 107, 114–117 (1998).

הזה תומך בתהליך ההרחבה הדרמטית של הביקורת השיפוטית ושל ההשפעה של בית המשפט על דרכי עיצוב המדיניות ברשויות המינהל ומתקף אותו; תהליך זה, שהוא פרי יוזמתו של בית המשפט, תאם בוודאי את ציפיותיו ממנגנון הבירוקרטיה המשפטית. אם אלה הם פני הדברים, הרי שהשאלה הנורמטיבית בדבר רציות התהליך הזה מנקודת הראות של מחלקת הבג"צים עצמה הופכת לתאורטית במידה רבה, משום שספק אם פיתוח המודל של עריכת הדין הציבורית היה תלוי, בסופו של דבר, בתפיסת האידאולוגיה המקצועית של פרקליטי מחלקת הבג"צים. לאור ההתפתחויות הדרמטיות בהיקף הביקורת השיפוטית ובמודל השפיטה הציבורית אצלנו השאלה שצריכה להישאל איננה אם ראוי היה שפרקליטות המדינה ומחלקת הבג"צים יפתחו את מודל עריכת הדין "למען שלטון החוק", אלא אם גורמים אלו יכלו, הלכה למעשה, להימנע מפיתוח מודל כזה לאור הלחץ שהופעל עליהם על ידי בג"ץ ה"חדש". דומה שהתשובה לשאלה זו ניתנה כבר בדבריו של אותו פרקליט בכיר שדבריו הובאו לעיל: "אנחנו [...] בסופו של דבר [...] [רוקדים] לפי חלילו של בית המשפט".⁵⁴

סיכום

מאמר זה נועד לתאר את התפתחותו של מודל עריכת הדין הציבורית "למען שלטון החוק" במחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה החל משנות השמונים. במיוחד ניסיתי להדגיש את הקשר בין התפתחות מודל הייצוג הזה לבין התפתחות מודל הביקורת השיפוטית באותה תקופה. אכן, הפרקטיקות הנהוגות בבית המשפט והפרקטיקות שאימצו הגורמים המייצגים את המדינה קשורות ואחוזות זו בזו ככלים שלובים. התהליך של הרחבת הביקורת השיפוטית וההשפעה של בית המשפט על כל זרועות הממשל בישראל לא יכול היה להתרחש ללא השינויים המפליגים שחלו בפרקטיקות הייצוג של מחלקת הבג"צים. בה בעת, הפרקטיקות הללו הן עצמן, במידה רבה, תוצר של ההתפתחויות בבית המשפט עצמו.