

"הייתה או לא הייתה" האם תיתכן "הלכה" שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על הייצוג?

מאת

אהרן גרבר*

תקציר

המאמר מצביע על שינוי מגמה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בשאלת קיומו של מונופול של היועץ המשפטי לממשלה (להלן "היועמ"ש") על הייצוג בבג"ץ. המאמר מראה שבניגוד לתפיסה הרווחת בשאלת המצב המשפטי הנוהג בפועל, קיימת מחלוקת בין השופטים המכהנים כיום בבית המשפט העליון בנוגע לסמכות היועמ"ש לכפות את ייצוגו על הממשלה ובקיומה של הלכה מחייבת בנושא. בנוסף, המאמר מציג טענה חדשה לפיה אף אם הוכרה הלכה משפטית בנושא, הרי שבית המשפט חרג מתחום "החקיקה השיפוטית" הלגיטימית, שכן הגוף שמופקד על קביעת הסדרים מוסדיים ובהם סמכויות היועמ"ש הוא הכנסת.

ראשית אציג את התזה שלפיה היועץ נהנה ממונופול על הייצוג, ואעמוד על הקשיים שהיא מעוררת הן מהבחינה המהותית והן בשל האופן שבו עוצבה. לאחר מכן אבחן את התנאים להכרה בהלכה מחייבת ואעמוד על הקושי להכיר בקיומה של הלכה בשאלת המונופול. בחציו השני של המאמר אטען כי אין זה ראוי שההכרעה בדבר סמכויות היועמ"ש תיקבע בחקיקה שיפוטית. אסביר מדוע בית המשפט איננו הגורם המוסדי המתאים לקביעת הסדר נורמטיבי יסודי, ואתמודד עם שורה של טענות נגד וההשלכות הצפויות מביטול מונופול הייצוג.

המאמר דן בגבולותיה של החקיקה השיפוטית ובפרוצדורה הראויה לקביעת נורמות יסודיות בנוגע לתשתית השלטונית בישראל. בכך המאמר עשוי לתרום לדיון הישראלי הער בדבר גבולות סמכויותיהן של הרשויות השונות, ולסייע בכיול מערכת האיזונים והבלמים ביחסי הרשויות.

* סגן ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת, תלמיד לתואר שלישי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. המחבר מודה לחברי מערכת עיוני משפט על הערות מצוינות ששיפרו את הגרסה הסופית של המאמר.

מבוא

סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בישראל 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 לא הוגדרו מעולם 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, בבלעדיות על הייצוג בכלל הערכאות ובבלעדיות בקביעת העמדה המשפטית שתציג הממשלה בבג"ץ.³ כתוצאה מכך נוצר בישראל מנגנון ייחודי שבכוחו להגביל את יכולת קידום המדיניות של הממשלה. 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 ופוגעת בהליך האדברסרי. ומעל הכול, הפקדת זכות המילה האחרונה בידי היועמ"ש מעבירה את יכולת ההכרעה מידי נבחר הציבור לידי פקיד ממונה, ויוצרת גירעון דמוקרטי חריף.⁴

מאמר זה מראה כי בניגוד לתפיסה הרווחת בנוגע להלכה שיפוטית מוסכמת בדבר סמכויות היועמ"ש,⁵ הבעיות הללו לא נעלמו מעיני שופטי בית המשפט העליון וקיימת

¹ אביעד בקשי **הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות** פרק 3.3, בעמ' 13–15 (נייר מדיניות מס' 10, פורום קהלת 2018); Michael Asimow and Yoavn Dotan, *Hired Guns and Ministers of Justice: The Role of Government Attorneys in the US and Israel*, 19 ISR. L. REV. 3 (2016).

² להנחיית יועמ"ש היסטורית המפרטת חלק מהסמכויות שמפוזרות על פני עשרות חוקים ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 10.009 "חובות וסמכויות היועץ המשפטי לממשלה" (16.2.2003).

³ "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0000 תפקידי היועץ המשפטי לממשלה" (16.2.2003); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה "היועצים המשפטים למשרדי הממשלה" 9.1000 (3.7.2003). למעמדה של ההנחיות ראו ת"א (מחוזי-י) 55503-09-14 **כהן נ' עופר**, פרק כה, פס' 1272–1286 (7.9.2018); אליקים רובינשטיין "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק: מטלות ומורכבות במדינה יהודית ודמוקרטית, מקוטבת" **מחקרי משפט** ז' 7, 9 (2001); וראו את הגדרת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה באתר משרד המשפטים, בקישור: "אודות" היועץ המשפטי לממשלה www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/About/Pages/about.aspx.

⁴ איתן לבונטין ורות גביוון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר** כרך ג 221 (אהרן ברק עורך 2003).

⁵ אפילו מי שסברו שראוי לשלול מהיועמ"ש את מונופול הייצוג סברו כי המצב המשפטי הנוהג בפועל מעניק להם את הסמכות, ראו איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהויתת: יובל לדוד ועדת אגרנט" **ספר לבונטין** 131, 132 (יהושע ויסמן ואח', 2013); דניאל פרידמן **הארנק והחריב** 535 (2013); Yoav Dotan, *Lawyer for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel* 57 (2014); אדם

מחלוקת עמוקה בקרב השופטים המכהנים כיום בשאלת קיומה של הלכה מחייבת המעניקה ליועמ"ש מונופול על הייצוג בבג"ץ. בנוסף, המאמר מציג טענה חדשה שאף אם קיימת הלכה משפטית בנושא, הרי שהלכה זו אינה לגיטימית, שכן הגוף שמופקד על קביעת הסדרים מוסדיים הוא הכנסת על ידי נבחרי הציבור, ואין לבית המשפט סמכות להעניק ליועמ"ש סמכות כה יסודית בחקיקה שיפוטית.

בבסיס הדיונים על סמכויות היועמ"ש עומדת שאלה מרכזית אחת:⁶ מיהו הלקוח של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה. האם יועצים משפטיים הם עורכי דינה של הממשלה שיועצים לה כיצד לנהוג, 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.⁷ ניסיונות להכריע את השאלות הללו בחקיקה מפורשת לא צלחו עד כה.⁸

התזה המזהה את היועצים המשפטיים כבעלי זכות וטו התפתחה בשלושים השנים האחרונות בכתיבה אקדמית של יועצים משפטיים ויועצים משפטיים לשעבר, ובגיבוי

שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד רשות חולקת בהליכים משפטיים" **עיוני משפט** לח 361, 366–372 (2016).

⁶ ראו למשל הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו **דין וחשבון** (התשנ"ט) (להלן: דו"ח שמגר), וכן רות גביון "הייעוץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" **פלילים** ה 27 (1996) (להלן: גביון 1996); אריאל בנדור וזאב סגל "הייעוץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" **הפרקליט** מד 423, 437 (1999); רובינשטיין לעיל ה"ש 3 10; יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 53 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ד 22 (2017); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2407–2408 (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) <https://tinyurl.com/4ddr7k63>; גיל ברינגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף' " **השילוח** 11, 75, 76–82 (2018).

⁷ זמיר 2017, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2407; 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 L. 705, 718, at n.48. (2018); Steven K. Berenson, *Public Lawyers, Private Values: Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest?*, 41 B.C.L. REV. 789 794 (2000).

⁸ תזכיר חוק: היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי (הפרדת סמכויות, מינוי, כהונה והוראות שונות) התשס"ח-2008; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשע"ז-2017, פ/4012/20; 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 וכהונה), התשע"ז-2017, פ/4400/20; הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (ייצוג המדינה), התשע"ז-2017, פ/4089/20; הצעת חוק-יסוד: היועץ המשפטי למדינה, פ/492/15.

של אמרות אגב בכג"ץ.⁹ כתוצאה מכך התקבלה בקרב משפטנים רבים ההנחה שחלות דעתם מחייבות כביכול את הממשלה בתחומי הייעוץ והייעוץ.¹⁰ אך הקשיים שנובעים מעמדה זאת הובילו לאחרונה להתנגשויות בין הממשלה למערך הייעוץ המשפטי בכמה הזדמנויות שבהן עמדו שרי הממשלה על סמכותם לקדם הצעות חוק ומדיניות בניגוד לעמדת היועמ"ש.¹¹

אמקד את הדיון במקרים של חוסר הסכמה בין היועמ"ש לבין נבחר ציבור בשל הגירעון הדמוקרטי הטמון בהפעלת זכות וטו של הפקידות כלפי קידום מדיניות. מקרים כאלה מעוררים קושי דמוקרטי בשל הגבלת טווח הפעולה של נבחר הציבור והפגיעה ביכולת המשילות של הממשלה, באמצעות יצירת מנגנון איזונים חדש שבו הרשות

⁹ רובינשטיין לעיל ה"ש 3; דינה זילבר "המון דברים יפים ראו עיני": מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי "מעשי משפט ט(1) 153, 156 (2017); מני מזוז, "על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה" (הרצאה בכנס לרגל פרישתו של המשנה לנשיאת בית המשפט העליון השופט אליקים רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן של היועמ"ש ובלעדיות הייעוץ ראו בג"ץ 4287/93 אמיחי – אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993) (להלן: עניין אמיחי), וכן בג"ץ 5134/14 התנועה למען איכות השלטון נ' מועצת מקרקעי ישראל, פס' 48 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו) 14.11.2016). להתחייבויות נוספות בפסיקה לבלעדיות וקביעת העמדה בייצוג ראו המובאות בדנג"ץ 3660/17 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו) 26.10.2017), שם ייצג היועמ"ש את עמדת שר הפנים בניגוד לעמדתו האותנטית של השר דרעי בשאלת חוק העזר העירוני בתל אביב שאפשר מסחר בשבת.

¹⁰ 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 ה"ש 3.

¹¹ כך לדוגמה מינה שר המשפטים אוחנה את עו"ד דן אלדד לממלא מקום פרקליט המדינה אף על פי שהיועמ"ש הכריז על מניעה משפטית למינויו. הממשלה גם החליטה על הקמתה של ועדת בדיקה בנוגע להתנהלות מח"ש בניגוד למניעה משפטית שעליה הכריז היועמ"ש (החלטה 4868 של הממשלה ה-34 "מינויה של ועדת בדיקה ממשלתית לפי ס' 8א לחוק הממשלה, התשס"א-2001 לבירור טענות בנוגע להתנהלות, למבנה הארגוני ולכפיפות של המחלקה לחקירות שוטרים בפרקליטות והענקת סמכויות של ועדת חקירה" [9.2.2020]). באותה ישיבה גם התקבלה החלטת ממשלה 4869 שקבעה כי יועלו בני קהילות מאדים אבבה וגונדר. לדוגמאות נוספות ראו יואב קיש "לא אסכים שליועץ המשפטי לממשלה תהיה זכות וטו על החלטת ר"מ" (הודעת ועדת הפנים בכנסת 28.12.2018), רייטל חובל וחיים לוינסון "שקד תמכה בנוהל שמגדיר את היועמ"ש כשומר סף וחזרה בה לאחר שהורפס" הארץ 7.11.2018; יהודה שלזינגר, יאיר אלטמן ואריאל כהנא "לאחר העימות בין השרים ליועמ"ש: חוק המצלמות אושר פה אחד בממשלה" ישראל היום 8.9.2019.

המבצעת כפופה ליועמ"ש וחופש הפעולה שלה מוגבל.¹² ההבחנה בין מקרים כאלה למקרים של עימות בין היועמ"ש לבין פקידות מקצועית בשירות המדינה נזכרה כבר בדוחות של ועדות שמגר ואגרנט שעסקו בסמכויות היועמ"ש והמליצו להכפיף גורמים פנים-ממשלתיים ליועמ"ש בניגוד לגורמים נבחרים. בשל הבחירה להתמקד במקרי עימות בין הדרג הנבחר ליועמ"ש אתמקד במקרים שנדונו בעניין גיני; עניין יעל אמיתי; עניין תנובה ועניין חיסוני האסירים.¹³

מאמר זה ינסה להאיר את המגמות החדשות בפסיקת שופטי בית המשפט העליון לאור המחלוקת בשאלת המצב המשפטי המחייב, תוך עמידה על הקשיים שבעיצוב מוסד היועמ"ש כבעל זכות וטו באמצעות "הלכה שיפוטית". בחלק הראשון של המאמר אציג את התזה המקובלת בדבר המצב המשפטי הקיים שלפיה היועץ נהנה ממונופול על הייצוג, ואת המגמה החדשה המסתמנת בג"ץ. לאחר מכן אעסוק בדרכים העקרוניות לחילוף הלכה שיפוטית מחייבת, תוך בחינת קיומה של "הלכה" בדבר קיומו של מונופול על הייצוג. המאמר מפתח את היסודות שהציג השופט שטיין לשילת ההכרה בקיומה של הלכה, ומבסס את מסקנתו. בחלקו השני של המאמר אטען כי בהיבט הנורמטיבי אין זה ראוי לקבוע בחקיקה שיפוטית הסדר כה עקרוני בדבר סמכות היועץ המשפטי לממשלה, ולכן הדרך הנכונה להסדרת סמכויות היועמ"ש בתחום הייצוג בג"ץ היא באמצעות הליך חקיקה ראשית ולא באמצעות חקיקה שיפוטית. זאת מחמת עקרון הפרדת הרשויות ומעמדה של הכנסת והסמכויות שהופקדו בידה, ומחשש לפגיעה באמון הציבור. לפני סיום אדון ואדחה בקצרה טענות נגד דבר ההשפעות השליליות הצפויות כתוצאה מביטול הפרקטיקה המעניקה ליועץ המשפטי מונופול על הייצוג בג"ץ, תוך ניסיון לעמוד על ההשלכות הצפויות של המהלך.

¹² המאמר לא מתמקד בשאלות של ייצוג בעימותים בין משיבים ממשלתיים שונים שאינם נבחרו ציבור. לעיון במשמעויות של חילוקי דעות פנים ממשלתיים בין היועמ"ש לגורמי ממשל שאינם נבחרו ציבור ראו שנער, לעיל ה"ש 5.

¹³ בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (נבו 6.6.2016) (להלן: עניין גיני); בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (נבו 4.3.2019) (להלן: "עניין יעל אמיתי" או עניין אקוניס); בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר (נבו 4.3.2019) (להלן: עניין תנובה) ובג"ץ 158/21 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (נבו 31.1.2021) (להלן: עניין חיסוני האסירים). נכון למועד כתיבת המאמר ישנם הליכים שמתנהלים בג"ץ ומעלים שאלות דומות, אולם אלו טרם הוכרעו. ראו לדוגמה בג"ץ 8451/18 האקדה על שולחן המטבח – אשה לאשה מרכז פמיניסטי חיפה נ' השר לביטחון פנים (טרם ניתן פסק דין) שעסק בהסדרת הקריטריונים להענקת רישיון נשק. במסגרת ניהול ההליך הודיע שר הבט"פ ליועמ"ש ולבית המשפט כי היועמ"ש אינו מייצגו לאחר שבקשתו להציג את עמדתו האותנטית במכתב ערכון לבית המשפט נתקלה בסירוב, ראו אבישי גרינצייג "השר אוחנה פנה לבג"ץ באופן עצמאי והודיע על הפסקת הייצוג של היועמ"ש" גלובס (2.10.2020).

א. מונופול הייצוג בבג"ץ – רקע ושינוי מגמה

על פי התזה המקובלת, היועמ"ש נהנה ממונופול על הייצוג בבג"ץ.¹⁴ מונופול זה כולל לפי התפיסה הנפוצה שתי סמכויות נפרדות: א. בידי סמכות בלעדית לייצג את הממשלה בפני בג"ץ; ב. בידי סמכות בלעדית לקבוע את העמדה שתוצג בפני בג"ץ.¹⁵ ברור לכול 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.¹⁶ השאלה מתעוררת במצבים חריגים שבהם מתעוררים חילוקי דעות שלא יושבו בין השרים והממשלה ליועמ"ש, אך נקודות הקיצון הללו קובעות את יחסי הכוחות בין הייעוץ המשפטי לשרי הממשלה גם בשגרה.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שזכתה לגיבוי בשורה של אמרות אגב של בית המשפט, היא כי בידי מונופול על ייצוג הממשלה בפני בג"ץ.¹⁷ כלומר, הוא יכול לקבוע מה תהא העמדה שיציג המשיב לעתירה. מלבד זאת, כאשר נתקפת פעולה מנהלית 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.¹⁸ הדוגמאות הבולטות לכך מהשנים האחרונות הן הדיון בעתירה נגד חוק ההסדרה,¹⁹ שבו עמדת היועמ"ש עוד בטרם חוקק הייתה כי הוא אינו חוקתי, ולפיכך אישר היועץ כי בעתירה נגד החוק תיוצג המדינה על ידי עורך דין פרטי. בנוסף, ניתן ייצוג פרטי גם בעתירה נגד החלטת הממשלה בדבר הקמת ועדת בדיקה להתנהלות מח"ש שהתקבלה בניגוד לעמדת היועמ"ש.²⁰ במקרה של ועדת הבדיקה עורכי הדין שייצגו את הממשלה הציגו קו עקרוני שמתנגד למונופול הייצוג

¹⁴ ראו לעניין זה את עניין אמיתי לעיל ה"ש 9, וכן זמיר 2017 לעיל ה"ש 6 2407–2413; בנדר וסגל לעיל, ה"ש 6, וכן תיאור השינוי אצל אולין גורדון "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" תכלת 4, 57 (1998).

¹⁵ זמיר "המשפטן בשירות הציבורי", לעיל ה"ש 6, וראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 13, פס' 1 לפסק דינו של השופט מזוז וכן פס' 7 לחוות דעתו של השופט שטיין בעניין יעל אמיתי, לעיל ה"ש 13.

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

¹⁷ ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 6.

¹⁸ ראו גיל לימון "התנערות מייצוג פרקליטות המדינה עלולה להוביל לפגיעה קשה בשלטון החוק" מקור ראשון (1.11.2020).

¹⁹ חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז-2017, ס"ח 410. התיישבות היועמ"ש באתר הליך הייתה מכוח פקודת סדרי הדין (התיישבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], הנ"ח 282. בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 23 (נבו 09.06.2020).

²⁰ בג"ץ 1182/20 משמר הדמוקרטיה הישראלית נ' שר המשפטים (נבו 10.2.2021) (להלן: עניין ועדת הבדיקה למח"ש).

של היועמ"ש וצינו 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".²¹ 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.²²

1. "הלכת אמיתי" – תיקוף דוקטרינת הייצוג המחייב

המקור המשפטי המקובל כתיקוף לדוקטרינת מונופול הייצוג הוא פסק דינו של השופט ברק בעניין **אמיתי**, שם קבע היועמ"ש כי ראש הממשלה רבין נדרש לפטר את סגן השר פנחסי בשל כתב אישום שהוגש נגדו. במסגרת הדיון עלתה טענה שלפיה פרקליטת המדינה מנועה מלייצג שני לקוחות אשר עמדותיהם בהליך סותרות. הפרקליטות ייצגה את היועץ המשפטי לממשלה וגם את ראש הממשלה, אף על פי שהציגו עמדות סותרות. אף על פי שכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין אוסרים על ייצוג של שני בעלי דין בעלי אינטרסים נוגדים בהליך אחד.²³ הטענה נדחתה בידי השופט ברק:²⁴

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... 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

²¹ ס' 49-51 בתגובה המקדמית מטעם ממשלת ישראל (משיבים 1-3) בבג"ץ 1182/20 **משמר הרמקורטייה הישראלית הישראלית נ' ראש הממשלה** (22.2.2020). במסגרת ההליך התייצב היועמ"ש נגד עמדת הממשלה לאחר שצורף על ידי העותרים כמשיב אישי.

²² כבר בעניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 9, אפשר היועמ"ש לרה"מ רבין להציג את עמדתו במכתב מצורף. לאחרונה אפשר זאת היועמ"ש בכמה מקרים נוספים, ראו עניין **התאחדות הסוחרים**, לעיל ה"ש 9, וכן ארי קלמן "הקרב על הכותל – מנדלבלוט אמר 'לא' לדרישת הרבנות הראשית" **בחדרי חרדים** (23.7.2018) (23.7.2018) <https://www.bhol.co.il/news/929761>.

²³ ס' 14 (ב) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) תשמ"ו-1986, ק"ת 1373 ("לא ייצג עורך דין צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין").

²⁴ עניין **אמיתי**, לעיל ה"ש 9, פס' 42.

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 בכלעדיות בידי היועמ"ש:²⁵

בייצגו 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. אך מכאן
והלאה זכה המהלך המשפטי, שנוצר כדי להדוף טענה להפרת כללי האתיקה של לשכת
עורכי הדין, לחיים עצמאיים. נוצרה תפיסת ממשל חדשה בדבר קיומו של מונופול
ייצוגי שמעניק ליועמ"ש זכות וטו על ייצוג המדינה ועל קביעת העמדה, תוך שלילת
זכותם של שרי הממשלה להגן על החלטותיהם בבית המשפט.

2. בין מונופול הייעוץ לייצוג

על פי הדעה הרווחת, הלכת אמיתי העניקה ליועמ"ש מונופול כפול, הן על הייצוג
הממשלתי והן על הייעוץ המשפטי. לפי גישה זאת היועמ"ש הוא הפרשן המוסמך של
הדין עבור הממשלה, והממשלה מחויבת לפעול על פי חוות דעתו.
תומכי "הייעוץ המחייב" נמנעים בדרך כלל מלהתמודד עם הסרונותיו הבולטים
של ההסדר ובראשם הכפפה מעשית של שרי הממשלה ליועמ"ש והפיכתו של ההליך
האדברסרי לריק מתוכן. אך שאלת מעמדה המחייב של חוות הדעת והייעוץ המשפטי
של היועמ"ש מעולם לא הובהרה כשלעצמה, וכלל לא ברור מה המשמעות של הענקת
מעמד "מחייב" לחוות דעת היועמ"ש.²⁶

²⁵ שם.

²⁶ זמיר מסביר כי אף על פי 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 (זמיר 2017, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2411–
2413). זמיר מסתמך על פסק דינה של השופטת בינייש בבג"ץ 4646/08 **לביא נ' ראש
הממשלה**, פס' 34 (נבו 12.10.2008), וראו גם את דברי השופטת ע' ברון בעניין **התנועה**

לא הובהר האם המעמד מחייב רק כאשר מדובר על פרשנות דין וטענת חוסר סמכות, או גם כאשר המניעה המשפטית מבוססת על שיקול דעת, כגון סבירות.²⁷ מלבד זאת לא הובהר האם המעמד המחייב הוא של כל גורם במערך הייעוץ המשפטי, או שהמונופול נשמר רק למקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה עצמו קובע את העמדה.²⁸ חוסר היכולת ליישב מודל שמכפיף את הממשלה ושריה לעמדת היועצ"ש עם הרעיון הדמוקרטי שמפקיד את קביעת המדיניות בידי נבחרת הציבור, ועקרונות הפרדת הרשויות המקובלים, יצרו אי בהירות בדבר משמעות ה"חיו"ב לפעול על פי חוות דעתו.²⁹ בפועל, עד היום, פעולה בניגוד לחוות דעת היועצ"ש לא שימשה מעולם כתנאי יחיד לביטול החלטה שלטונית, והיא הצטרפה לטעמים אחרים.

למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 9 בפס' 49. לאחרונה שבה הנשיאה חיות והדגישה את ההבחנה בין מעמדה המחייב של חוות הדעת לבין היכולת של היועצ"ש לאכוף את עמדתו. הנשיאה שבה וחיידה כי חופש הפעולה נשמר לממשלה, והיא תישא בהשלכות. ראו בג"ץ 3056/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 30 (נבו 25.03.2021).

גביון ולבונטין 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 ועדת שמגר (גביון 1996, לעיל ה"ש 6, עמ' 74-76, וכן לבונטין וגביון 2003, לעיל ה"ש 4). עמדה דומה אומצה על ידי השופט סולברג בעניין **חיסוני האסירים**, לעיל ה"ש 13, פס' 9-10. בניגוד אליהם השופטים ג'ובראן ודורנר סבורים כי יש לראות בכל סטייה מעמדת היועצ"ש לא פחות מעבירה על החוק. ראו ע"א 3350/04 מנכ"ל משרד הפנים נ' איתנה שן, פס' 13-14 (נבו 13.6.2007); בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות פ"ד נב(5) 241, 280 (1998).

לאחרונה גם נקבע בעתירת חופש מידע כי הנחיות יועצ"ש אינן מחייבות גורם ממשלתי כאשר ניתנו על ידי גורמים במערך הייעוץ המשפטי שאינם היועצ"ש בכבודו ובעצמו. ("די בשמה של המחלקה כדי ללמדנו אודות מהותה – יעוץ וחקיקה... יעוץ ניתן לקבל, וניתן שלא לקבל, וככל שיש מקום לביקורת שיפוטית, ראוי לביקורת זו שתתמקד בהחלטה הקונקרטי 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 פקידי יח"ק") [עת"מ (מנהלים י-ם) 64005-01-20 גיא זומר נ' הממונה על חופש המידע, פס' 4.1 (14.6.2020)]. ריבוי המשמעויות והמחלוקות הללו מצביע על הקושי במסגור הדיון בעניין האופי המחייב של "ייעוץ מחייב" והשפיעו גם הן על הבחירה להתמקד במאמר בשאלת הייצוג בנפרד. חשוב לציין כי בכל המקרים הללו פעולה בניגוד לחוות דעת היועצ"ש מעולם לא שימשה כתנאי יחיד לביטול החלטה שלטונית, והיא תמיד הצטרפה לטעמים נוספים.

ראו אהרן גרבר "המניעה המשפטית" של היועץ המשפטי לממשלה – ביקורת והערכה" **הפורום הישראלי למשפט וחירות** (7.2.2021) <https://lawforum.org.il/wp-content/uploads/2021/02/Garber-Legal-Prevention.pdf>

מי שסבורים שאין להפריד בין שאלת הייעוץ לשאלת הייצוג עושים זאת לעיתים מטעמים מעשיים.³⁰ 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,³¹ ולדעתי אף רצוי להפריד בין השניים. 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 האותנטית 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 הרציונל בדבר צורך ב"שומר סף" שיפקח על פעילות הממשלה, הרי שהעתירה עומדת לבירור בפני בית המשפט.

זאת ועוד, ניתן לקבל את התזה בדבר חובת ציות לפרשנותו של היועמ"ש לדין ולמרות זאת לאחוז בעמדה שקיומו של הליך משפטי אדברסרי מחייב דיון אותנטי בבית המשפט. כך במקרים שאינם מעלים שאלה 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 ששאלת הייצוג מתעוררת רק כדיעבד בעת שניתנת לבית המשפט האפשרות "לפסוק אחרת". למרות זאת ברק כרך בין השתיים, ועד היום יש מי שמבקשים להצדיק את הרעיון בדבר ייצוג מחייב, למרות הגירעון הדמוקרטי החרף שהוא מייצר, וזאת כדי להגן על מונופול הייעוץ.³²

חששם הגדול של תומכי מונופול הייצוג הוא מפני פגיעה בפיקוח על הממשלה אשר יאפשר לה להמשיך ולפעול בניגוד לדין. אולם חשש זה מתעלם מהמשפט המנהלי הנהוג במדינת ישראל ומהקלות (יש שיאמרו המוגזמת) שבה ניתן לעתור לבג"ץ.³³ הרשות עומדת לביקורת, ואם היא פעלה בניגוד לדין יבטל בית המשפט 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 שבהם היועמ"ש מבקש לשלול משר

³⁰ ראו זמיר 2005, לעיל ה"ש 6, וכן בנדור וסגל, לעיל ה"ש 6.

³¹ ראו גביוון ולבונטין, לעיל ה"ש 4, עמ' 242, וכן בדו"ח שמגר, ס' 64–65, שם נקבע באופן חד-משמעי כי אין להכיר בקיומו של מונופול ייצוגי, חרף ההכרעה שלפיה 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 אמית.

³² בנדור וסגל, לעיל ה"ש 6, עמ' 436.

³³ יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד 11–15 (2000); אהרן גרבר זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל 16–21 (נייר מדיניות מס' 51 פורום קהלת 2019).

את הצגת עמדתו האוטנטית בפני בית משפט שדן בפעולתו המנהלית 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, זאת אף על פי שהנושא עומד בפני הביקורת השיפוטית של בית המשפט שהעתירה מונחת לפניו, ואין חשש לרמיסת החוק או פגיעה בלתי מבוקרת בזכויות.³⁴

3. התפשטות "ההלכה" המכירה במונופול הייצוג

קשה להפריז במשמעות של הפרקטיקה הייחודית בדבר מונופול הייצוג. 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 אפילו בסוגיות פוליטיות מובהקות.³⁵ במקביל הפכה עילת הסבירות לעילת ביקורת מנהלית מרכזית המאפשרת בחינה מהותית של שיקול דעתן של הרשויות. כתוצאה מכך, כל החלטה ופעולה שלטונית עומדת בכל עת בפני עתירה פוטנציאלית, והגישה לבית המשפט פשוטה.³⁶ 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".³⁷ לעיתים האזהרה מוצדקת, משום שהיא מבוססת על סטייה מדין חרות מחייב המהווה פעולה בחוסר סמכות, אך לעיתים מדובר בפעולה שלדעת הפרקליט נגועה בחוסר סבירות והבעיה היא במישור שיקול הדעת המנהלי. ההכרעה

³⁴ ראו את לבונטין וגביון, לעיל ה"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").

³⁵ ראו דותן וכן גרבר, לעיל ה"ש 33.

³⁶ יואב דותן "קדם בג"ץ ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** 154, 162 (2004).

³⁷ אסנת מנדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים" **מעשי משפט** ב 53, 56 (2009) 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.

בדבר סבירות או מידתיות המעשה המנהלי מבוססת על האיזונים שעורכים גורמים בייעוץ המשפטי שייתכן שמתנגדים למדיניות שהשר מקדם, וזאת בשל תפיסות ערכיות נוגדות. כך העידה מי ששימשה במשך 17 שנים מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.³⁸ השרים למדו מניסיונם כי פעולה בניגוד לעמדת היועמ"ש תוביל במהירות לעתירה שבה לא תיוצג עמדתם האותנטית, ולפיכך נוטים לוותר מראש על פעולה בניגוד לעמדתו גם כאשר המחלוקת נובעת משיקולי מדיניות מובהקים.³⁹ 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.

למרות הדינמיקה שתוארה התנהלו בשנים האחרונות הליכים מספר בבג"ץ שהפרידו בין שאלת הייעוץ והייעוץ. במסגרת ההליכים הללו הבחינו השופטים בין שאלת קביעת העמדה שתוצג בבג"ץ לבין זהות המייצג במקרים שבהם התגלתה מחלוקת בין היועמ"ש לנבחרי ציבור. אני מבקש לפסוע בעקבות פסקי הדין האלה ולבחון את השאלות שמעוררת דוקטרינת הייצוג כשלעצמה.

4. מגמה חדשה בפסיקת בג"ץ

בשנים האחרונות התרחשו מספר אירועים שבהם 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 מלמדת על רוחות חדשות שמנשבות מכיוונם של השופטים, ועל כך שמספר גדל והולך 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 אפשרו את הצגת עמדתם

³⁸ מנדל, לעיל ה"ש 37, עמ' 59–60 ("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 הצדקת השימוש באותה סמכות במקרה הקונקרטי... תהליך זה, המכונה במינוחים משפטיים 'בחינת סבירות' ומידתיותה של הפעולה המנהלית', כרוך מניה וביה בהכרעה בין אינטרסים מתנגשים אך גם בין ערכים הרבים על הבכורה. את הבחינה הזו, שיערוך בית המשפט, נדרש לערוך גם הפרקליט המטפל בתיק – לצורך גיבוש עמדת המדינה והצגתה לבית המשפט").

³⁹ לדוגמה מהעת האחרונה ראו את החלטת שר הבריאות לאמץ את עמדת היועמ"ש בדבר צורך בחקיקה חדשה בדבר הטלת מגבלות תנועה על מי שאינם מחוסנים נגד קורונה למרות הקושי הפוליטי לחוקק בתקופת הבחירות ודחיית האפשרות המעשית למנוע כניסת בלתי מחוסנים לבתי עסק ובתי ספר, וזאת אף על פי שקיימת חקיקה מנדטורית המעניקה לשר את הסמכות הנדרשת. ראו דוד אנוך, נטע ברק קורן, מיכל שור עופרי, דוד הד, עופר מלכאי "חיסונים התניות ונשיאה בעלויות" **משפטים על אתר** יז (2021), וכן נטעאל בנדל "מנדלבלית אישר בעבר להרחיק תלמידים שלא חוסנו מבתי הספר ולמסור עליהם מידע" **הארץ** 7.3.2021.

האותנטיות של הרבנים הראשיים בדיון סביב פרשנותו של חוק איסור הונאה בכשרות, והשאלה האם הוא אוסר על בית עסק להציג את עצמו ככשר בהעדר תעודת הכשר מוכרת.⁴⁰ 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 בידי תעודת הכשר מטעם הרבנות המקומית. השופטים שמעו בתקשורת כי הרב הראשי מתנגד לעמדה שהוצגה בשמו וכי היועמ"ש מונע ממנו את האפשרות להציג את עמדתו האותנטית בדיון, וקבעו בהחלטת ביניים כי עמדת הרבנות הראשית תוצג על ידי היועמ"ש של הרבנות הראשית ולא בידי מחלקת הבג"צים שהציגה את עמדת היועמ"ש המנוגדת לעמדת הרבנות.⁴¹

בפסק הדין בחר השופט רובינשטיין להדגיש כי החלטת הביניים 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 עדכון השופטים בדבר עמדתה האותנטית של הרבנות הראשית.⁴² לעומת זאת השופט סולברג ביסס את עמדתו העקרונית על דו"ח שמגר⁴³ שקבע כי הממשלה יכולה לסטות מעמדת היועץ כאשר מתגלעים חילוקי דעות ביניהם, והציג קו עקרוני בעד ייצוג אותנטי של משיבים בבג"ץ.⁴⁴

עניין גיני היווה את יריית הפתיחה לפולמוס. ביום 4 במרץ 2019, בהפרש של שעות אחדות, פורסמו שני פסקי דין בפרשות **תנובה**⁴⁵ ו-**יעל אמיתי**⁴⁶ שבהן נדונה שאלת קיומו של מונופול הייצוג של היועץ. היועץ המשפטי לממשלה עמד בשני התיקים על בלעדיות הייצוג במקרים שבהם מתעוררת מחלוקת בינו ובין המשיב הממשלתי, 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.⁴⁷ בעניין **יעל אמיתי** נדון סירובו של שר המדע אקוניס למנות לקרן מדעית ישראלית-גרמנית אשת אקדמיה שהביעה בעברה תמיכה בסרבנות לשירות בצה"ל.⁴⁸ עמדת היועמ"ש בשני התיקים הייתה כי עמדת השרים איננה סבירה, ואין להגן עליה בבג"ץ. בעניין **אקוניס**, שר המדע דרש ייצוג אותנטי, ומשזה נמנע ממנו התייצב בעצמו בדיון וביקש מהשופטים את זכות הדיבור כדי להציג את עמדתו האותנטית. בניגוד לכך, בעניין **תנובה** לא העלה שר האוצר דרישה פומבית לייצוג אותנטי, אך שופטי ההרכב בחרו לדון בסוגיה.

40 עניין גיני, לעיל ה"ש 13. ראו חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983, ס"ח 128.

41 בג"ץ 6494/14 גיני נ' הרבנות הראשית (נבו 13.5.2015) (החלטת ביניים בתיק).

42 עניין גיני, לעיל ה"ש 13, פס' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

43 דו"ח שמגר, לעיל ה"ש 6.

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

45 לעיל ה"ש 13.

46 שם.

47 עניין תנובה לעיל ה"ש 13, פס' 2-45.

48 עניין יעל אמיתי לעיל ה"ש 13, פס' 2-3.

בעניין **אקוויס** 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, וכך אפשרו הצגה של עמדתו האוטנטית מבלי שהיועץ יקבע את תוכנה.⁴⁹ בתגובה הגישה פרקליטת המדינה כתב טענות חריג שביקש להעמיד את השופטים על "הטעות" שבמתן זכות דיבור לשר תוך הגנה עקרונית על המונופול של היועץ המשפטי לממשלה על הייצוג. 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.⁵⁰ בניגוד לדבריו, השופט קרא סבר כי קיימת הלכה מחייבת ואין לסטות ממנה.⁵¹ שטיין עמד על הקשיים שבאימוץ מונופול ייצוג. לדעתו עקרונות היסוד של ההליך השיפוטי נפגמים כאשר עמדתם האוטנטית של הצדדים אינה נשמעת:⁵²

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 להשתקט טענות מעיקרן בשל היותן חלשות, מקוממות או מופרכות... הליך משפטי אשר משתיק את אחד מבעלי הדין ומונע ממנו את הזדמנות להשמיע את טענותיו ובדרך זו להתמודד עם טענות יריבו איננו הליך ראוי... להליך כזה לא נוכל לקרוא בשם "משפט"

⁴⁹ בג"ץ 5769/18 **אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה** (נבו 11.11.2018) (החלטת ביניים בתיק) וכן אבישי גרינצייץ "בניגוד לעמדת הפרקליטות: בג"ץ אישר לשר אקוויס לייצג את עצמו בעתירה נגדו" **מעריב** 11.11.2018.

⁵⁰ עניין **יעל אמיתי**, לעיל ה"ש 13, פס' 19 לפסק דינו של השופט שטיין. על פי ס' 20 לחוק 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 השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211, 233 (2005).

⁵¹ עניין **יעל אמיתי**, לעיל ה"ש 13, פס' 24 לפסק דינו של השופט קרא.

⁵² שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט שטיין.

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.

שאלת הדין המצוי עמדה בלב פסק הדין. 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 נמנע מהכרעה בשאלה העקרונית בדבר קיומה של הלכה מחייבת אף על פי שפסק נגדה בהחלטת הביניים, ובחר להותיר את העניין מעומעם. לטעמו, הסוגיה התייתרה מרגע שהוחלט לאפשר לשר לייצג את עמדתו האוטנטית.⁵³ 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.

בפסק הדין בעניין **תנובה**, שפורסם כמה שעות לפני פרסום פסק הדין בעניין **אקוניס**, חזרו השופטים מזוו ופוגלמן על העמדה המקובלת שקיימת 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 יום ולכן הרחיבו בסוגיה, אף על פי שהנושא לא נצרך להכרעה בעתירה שכן לא ניתן פומבי לעימות בין שר האוצר לבין היועמ"ש או לבקשה להצגת עמדה שונה מטעמו. לדעת מזוו מונופול הייצוג נקבע בפסיקה, והוא חזר על העמדה המסורתית ואף הציג את הקביעה בעניין **אמית** כקביעה שהתקבלה בהרכב מורחב, אף על פי שנקבעה בשולי הדברים במענה לטענה בדבר הפרת כללי האתיקה ומבלי ששופטי ההרכב המורחב ידונו בה:⁵⁴

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 אמית ("פרשת פנחסי").

לאחרונה ניתן פסק דין נוסף שעסק במונופול הייצוג בעניין חיסוני האסירים לקורונה (בג"ץ 158/21 **רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים** [31.1.2021]). השר לביטחון פנים דחה התחסנות אסירים מקבוצות גיל שחוסנו בכלל האוכלוסייה עד להשלמת חיסונם של כלל הסוהרים, ודבק בעמדתו גם כאשר היועמ"ש קבע כי היא משוללת סמכות. כשהוגשה עתירה נגד החלטת השר נמנע ממנו ייצוג אותנטי לאור

⁵³ שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁵⁴ עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 13, עמ' 10–12 לפסק דינו של השופט מזוו.

עמדת היועמ"ש. השופטים היו תמימי דעים בנוגע לכך שמדובר במקרה שבו אין להעניק לשר זכות ייצוג עצמאית, אך נחלקו בטעם הדבר. השופט מזוז חזר על עמדתו העקרונית שקיים מונופול של היועמ"ש על הייצוג. לעומתו הסביר השופט סולברג כי בניגוד לבג"ץ גיני מדובר במקרה מובהק של פעולה באי חוקיות ברורה וגלויה שאין לאפשר בה ייצוג עצמאי על פי המלצות ועדת שמגר. לדעת סולברג במקרים אחרים שבהם אין מדובר בהעדר סמכות ובאי חוקיות ברורה יש לאפשר ייצוג אותנטי לשר. התעוררותה של מחלוקת בין כותלי בית המשפט בשאלת קיומו של מונופול ייצוגי 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 שבה 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**.⁵⁵ היועץ גם הסביר כי המענה החריג שהגישה הפרקליטות בעניין **אקוניס**, ובו הצדיקה את סירובו של מנהל מחלקת הבג"צים להעניק זכות טיעון לשר אקוניס, הוגש כדי שבית המשפט יבהיר את המצב המשפטי. ככל שחלק מהשופטים כופרים בקיומו של מונופול יועמ"ש על הייצוג הרי שיכולת הכפייה שלו מוגבלת. ברם, ציפיותיו של היועץ התבררו. פסקי הדין שפורסמו בפרשות **תנובה** ו**אקוניס** לא העניקו לו את המונופול שייחל לו ולא פוזרו את הערפל מעל גישות שופטי בג"ץ. אדרבה, הם חידדו את קיומה של מחלוקת מתרחבת בין השופטים המכהנים בשאלת המונופול.

בניגוד למקרים שגרתיים שבהם מתגלעת מחלוקת בין השופטים בשאלת הדין הרצוי או בפרשנות הדין, כאן המחלוקת היא בשאלה האם קיים "דין". העדר הכרעה ברורה משפיע בראש ובראשונה על יכולתו של היועמ"ש למנוע משרי הממשלה את הצגת עמדתם האותנטית כאשר היא שונה מעמדתו שלו. המחלוקת מחזקת את השרים הדורשים ייצוג אותנטי הולם במקרי עימות, ומקטינה את הסיכוי שהיועמ"ש יסרב לייצוג אותנטי 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 (נכון לשנת 2020) שבחרו להתבטא עד היום בנושא נראה כי השופטים דפנה ברק-ארוז,⁵⁶ קרא,⁵⁷ מזוז

⁵⁵ אביחי מנדלבלית (הרצאה באירוע הוקרה לפרופ' ידידיה שטרן, המכון הישראלי לדמוקרטיה 26.2.2019). לדבריו המלאים ראו: www.idi.org.il/articles/26041.

⁵⁶ עניין **חיסוני האסירים**, לעיל ה"ש 13.

⁵⁷ עניין **יעל אמיתי**, שם.

ופוגלמן⁵⁸ תומכים בקיומו של מונופול, ואילו סולברג,⁵⁹ שטיין,⁶⁰ הנדל ומינץ⁶¹ תומכים בצמצומו או בביטולו, זאת למרות הסתייגותו של הנדל מלהכריע באופן חד משמעי.⁶²

ב. הבעיות ב"הלכת" אמיתי ומעמדה המשפטי כהלכה

למרות הקשיים שמגלה העמדה שנוסחה מלכתחילה כמענה לשאלה צדדית בדבר כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, בשולי עניין אמיתי, תומכי המונופול סבורים שנוצר "יש מאין" כלל שלפיו היועמ"ש יקבע את עמדת המשיב הממשלתי בבג"ץ. כדי 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 המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) מאז הפכה לחלק מהמשפט הנוהג בישראל". אך למרות קביעה נחרצת זו, קריאת מסקנות ועדת אגרנט מלמדת כי דו"ח אגרנט תומך בגישה הפוכה:⁶³

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, רשאת הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט

58 עניין תנובה, ש.ם.

59 עניין גיני, ש.ם.

60 עניין תנובה ועניין יעל אמיתי, ש.ם.

61 החלטת הביניים בעניין יעל אמיתי, לעיל ה"ש 49.

62 השופט עמית התבטא בשבח הפרקטיקה הקיימת שלפיה היועמ"ש נהנה מייצוג בבג"ץ 894/18 ירוק 2000 ד.ק. - תשומות וידע לחקלאות בע"מ נ' שר החקלאות (פס' 17.12.2018): ("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 ועדת הבדיקה למח"ש, לעיל ה"ש 20, 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).

63 קלינגהופר על המשפט הציבורי 421, 448 (יצחק זמיר עורך 1993) (להלן: דו"ח אגרנט). ראו גם לבונטין, לעיל ה"ש 5.

כיצד עליה לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול-דעתה שלה... באשר ליתר הרשויות, השייכות לזרוע המבצעת במדינה, סבורים אנו, כי לא יכול להיות ספק בדבר כי מחובתן לראות את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כמדריכה בשאלות חוק ומשפט.

חרף כל זאת, היועץ המשפטי לממשלה ושופטים בבית המשפט העליון החלו להציג את סמכות היועמ"ש לקבוע את העמדה שתוצג בבג"ץ כמחייבת.⁶⁴ בתי המשפט החלו לחזור על התזה בדבר מונופול הייצוג כהלכה שיפוטית בעלת תוקף מחייב שנקבעה בעניין אמיתי, והיא זכתה להשפעה רחבת היקף. "ההלכה" החדשה שינתה את יחסי הכוחות בין הממשלה ויועציה המשפטיים תוך זמן קצר.⁶⁵ העמדה התומכת בקיומו של מונופול הייצוג הפכה לפרקטיקה מקובלת, ובמקרים שונים לא התאפשר למשיבים אשר ביקשו לסטות מעמדת היועמ"ש להציג את עמדתם בדיון.⁶⁶

בניגוד לרושם שעלול להיווצר, המחלוקת שמתעוררת בשנים האחרונות בין השופטים בשאלת קיומה של הלכה שיפוטית המעניקה מונופול על הייצוג איננה עובדתית אלא משפטית. היא משקפת מחלוקת בשאלת התנאים הדרושים להכרה בהלכה מחייבת.⁶⁷

חוק יסוד: השפיטה מעגן את עקרון התקדים המחייב ומבחין בין "הלכה שנפסקה" בבית המשפט העליון, המחייבת כל בית משפט אחר, לבין "הלכה שנפסקה" בבית

⁶⁴ ראו בעניין **חיסוני האסירים**, לעיל ה"ש 13, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז, ואת רשימת פסקי הדין שהוא מצטט בפס' 7, וכן הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0000, לעיל ה"ש 3, סע' 2.

⁶⁵ ראו לדוגמה עניין **התאחדות הסוחרים העצמאיים**, לעיל ה"ש 9, ובנדור וסגל, לעיל ה"ש 6, וכן גורדון, לעיל ה"ש 14, ופרידמן, לעיל ה"ש 5.

⁶⁶ כך לדוגמה דחה בית המשפט בהחלטת ביניים הודעה ששלח השר לביטחון פנים אוחנה במסגרת הליך שבו לא הוצגה עמדתו לבג"ץ. בהודעה ציין השר שהיועמ"ש אינו מייצג את עמדתו כמשיב, אך בית המשפט הוציא את ההודעה מהתיק. בג"ץ 8451/18 **האקדח על שולחן המטבח – אשה לאשה מרכז פמיניסטי חיפה נ' השר לביטחון פנים** (נבו) 18.10.20. ניתן לראות דוגמה נוספת לכך בהתפטרותה 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 ככיר. להרחבה ראו זוהר שחר לוי "לנציבה גרסטל נמאס מהפתולוגיה של חוסר הגיבוי המשפטי" **כלכליסט** (19.4.2016).

⁶⁷ 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** (נבו) (20.11.2019), לדוגמה: שירות גלובס "סערת אפרופים: כל מה שרציתם לדעת על פסק הדין החדש בדיני חוזים" **גלובס** (1.12.2019).

משפט אחר, ומנחה בתי משפט בדרגה נמוכה ממנו.⁶⁸ העמדה המקובלת היא כי "הלכה שנפסקה", כמשמעותה בחוק, מתייחסת אך ורק לרציו של פסק הדין.⁶⁹ ההבחנה בין הלכות שיפוטיות – הרציו, ובין אמרות אגב – האוביטר, מעולם לא הייתה חד-משמעית, ובעשורים האחרונים היא טושטשה והיו מי שאף הכריזו על מותה.⁷⁰ מקובל להסביר 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.⁷¹ 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, שמשתנה ממקרה למקרה על סמך העובדות הייחודיות של התיק באמצעות אבחון המקרה מההלכה.⁷²

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, קשיתה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש [לדעתם של השופטים] מקום לדיון נוסף".⁷³ כלומר, קיומה של הלכה חדשה מהווה תנאי לבקשת דיון נוסף ביוזמת בעלי הדין. בשנים האחרונות נעשה שימוש נרחב בהגדרת "הלכה" שיפוטית לדחיית בקשות לדיון נוסף שנחתסו כניסיון עקר לזכות בערעור בלתי מוצדק על הכרעת בית המשפט,

⁶⁸ ס' 20 לחוק יסוד: השפיטה.

⁶⁹ ראו יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 166 (מהדורה שנייה, דרור נבו עורך, 2019).
⁷⁰ חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא(2) 415, 426 (2001); לתיאור הטשטוש ראו עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב להערות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל** ג וכן Judith M. (1996) 689, 679 Stinson, *Why Dicta Becomes Holding and Why it Matters*, 76 BROOK. L. REV. 219–221 (2010).

⁷¹ טמיר, לעיל ה"ש 50, 229–230.

⁷² ראו שוקי שגב "תקדימים, טעויות וחמקנות חוקתיים: העליונים האמריקאים בתנועה" **הפורום הישראלי למשפט וחירות** עמ' 8 (16.9.2020) <https://lawforum.org.il/wp-content/uploads/2020/09/Shuki-Segev-Precedent.pdf>.
⁷³ 170. וכן כהן, לעיל ה"ש, 70, בעמ' 422.

⁷³ ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 196.

גם כאשר לא נדונה הלכה מחודשת.⁷⁴ הקריטריון לקביעת הלכה לעניין הדיון הנוסף נקבע בפסיקה:⁷⁵

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

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 שבהם בתי המשפט ביקשו במודע ובכוונת מכוון להעניק ליועמ"ש מונופול שכזה, ובחלק מהתיקים נראה כי השופטים ביטאו את עמדתם באופן מפורש.⁷⁶

למרות זאת, בעניין **יעל אמיתי** התנגד השופט שטיין להכרה בקיומה של הלכה כזאת, ואני סבור שהדין עימו. לשיטתו אין לזהות הלכה שיפוטית מחייבת במקום שלא התקיים דיון עקרוני בעניינה גם כאשר ברור שהשופטים התכוונו להצביע על נורמה והתבטאו באופן חד משמעי. לא ראוי להכיר בהלכה כמחייבת כל עוד לא נערך דיון מקיף וממצה בעניינה, אין מקום ליצירת נורמות "ש מאין", ואין להסתפק בכך שהן נקבעו על ידי בית המשפט כאשר ההכרעה לא התבססה על בחינה שיטתית ומעמיקה.⁷⁷ התחקות אחר האופן שבו התפתחה "ההלכה" בדבר מונופול הייצוג של היועמ"ש תומכת בטענה של שטיין. כפי שאראה, ככל שקיימת הלכה בדבר מונופול הייצוג הרי

⁷⁴ ראו לדוגמה דנג"ץ 5534/17 אליהו נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (נבו) 27.7.2017; דנג"ץ 3671/17 לונשטיין לוי נ' מדינת ישראל (נבו) 26.7.2017, וכן יגאל מרזל "סעיף 18 לחוק יסוד: השפיטה – דיון נוסף" בדיון הנוסף "ספר דורית ביניש 181, 197–198 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

⁷⁵ ראו למשל דנ"א 4804/02 רביזדה נ' גולדמן (נבו) 19.8.2002.

⁷⁶ ראו לדוגמה עניין התאחדות הסוחרים העצמאיים, לעיל ה"ש 9.

⁷⁷ ראו לעיל ה"ש 13, פס" 19 לפסק דינו: "הנני מסכים עם השופט קרא כי הדעה הרווחת בבית משפט זה היא שעמדתן של הרשויות [...] בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה" – כדבריה של הנשיאה מ' נאור בדנג"ץ 17/3660 התאחדות הסוחרים והעצמאיים הכללית נ' שר הפנים, פסקה 44 (26.10.2017). על קיומה של דעה רווחת זו אינני כמובן בא לחלוק, אולם לא אוכל להצטרף אליה עד אשר תזכה – אם תזכה – למעמד של תקדים מחייב ומוצק שאין עליו עוררין, וזאת אחרי דיון ממצה בסוגיה, כיאה בקביעת".

שהיא התפתחה ללא דיון מפורט בקשיים שהיא מעוררת ותוך הסתמכות על מקורות שגויים, ומבלי שבית המשפט בירר את צדדי השאלה כנדרש בהליך אדברסרי.

1. האם קיימת מסורת חוקתית שמכפיפה את הממשלה ליועמי"ש במקרה של עימות?

כאמור, העמדה שמעניקה ליועמ"ש סמכות לקבוע את עמדת המדינה מבוססת על ההפניה השגויה של השופט ברק בשולי פסק הדין בעניין אמיתי דרו"ח ועדת אגרנט:⁷⁸

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

פסיקה זו משמשת כמקור להכרה במונופול הייצוגי.⁷⁹ אולם כפי שצינו כותבים שונים,⁸⁰ עיון בדר"ח אינו מאפשר זיהוי של האמור בו עם העמדה שהוצגה משמו. יתרה מכך, לא מובן כיצד ניתן ללמוד מדר"ח של ועדה ממשלתית הדנה במצב הראוי, ושמסקנותיה בעניין סמכויות היועמ"ש לא אומצו, על קיומה של מסורת חוקתית. מסורת חוקתית אמורה לבוא לידי ביטוי בהתנהגות הרשויות בפועל, בקיומה של תודעת חיוב ובכך שמדובר במסורת ראויה, ולא באמירה סתמית של ועדה שאינה מגובה בראיה.⁸¹ שנית, ועדת אגרנט לא עסקה עיסוק של ממש בשאלת הייצוג. הוועדה הוקמה בשל הצורך לבחון את עצמאות היועמ"ש בתפקידו כתובע, והתמקדה בכך. אבל חשוב מכול: דרו"ח ועדת אגרנט אומר בבירור את ההפך המוחלט ממה שברק מייחס לו. חברי הוועדה, אשר התמקדו כאמור בבחינת היחס שבין סמכות שר

⁷⁸ עניין אמיתי, לעיל ה"ש 9, פס' 42.

⁷⁹ לדוגמה האחרונה ראו את השתלשלות "ההלכה" כפי שהיא מופיעה בפסק הדין בעניין **חיסוני האסירים**, לעיל ה"ש 13, פס' 7 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁸⁰ ראו שטרית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 109. ברק נשאל במפורש על הסתירה, והסביר שלדעתו דרו"ח אגרנט עמום בסוגיה ולכן בחר להעניק לו את הפרשנות הראויה. דניאל בן-אוליאל ויובל יועז "היועץ המשפטי לממשלה – דברי ימי המחלוקת: שיחה עם אהרן ברק" **משפט וממשל** יח 495, 496–498 (2005). ראו גם אצל לבונטיין, לעיל ה"ש 5, 141–146, וכן התבטאות מוקדמת יותר של זמיר: יצחק זמיר "הערת העורך לפרסום דרו"ח ועדת אגרנט" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 419 (יצחק זמיר עורך 1993). ראו גם את סקירתו של ברינגר לעיל ה"ש 10 בעמ' 89.

⁸¹ בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (נבו) (20.08.2020).

המשפטים וסמכות היועץ בכובעו כתובע, הקדישו פסקאות מספר לשאלת היחס שבין הממשלה ויועצה המשפטי בנושאים שאינם פליליים, והמליצו כך:

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...⁸²

עם כל זאת, פסקי הדין אימצו את העמדה שהציג ברק וראו בפסק דינו הלכה מחייבת אף על פי שהמסד שעליו יוסדה ההלכה רעוע. כמה שנים לאחר מכן, ב-1997, הוקמה ועדת שמגר לבחינת סמכויות היועמ"ש ודרכי מינויו בעקבות פרשת בראון-חברון, והמלצתה הייתה שלא להעניק ליועמ"ש מונופול על הייצוג, תוך חזרה על האמור בדר"ח אגרנט, אך ללא הועיל. כך השתרשה "ההלכה". לימים, לאחר שהתבססה בקרב היועצים המשפטיים התפסה כי הם נהנים ממונופול על קביעת העמדה שתוצג בנג"ץ, הודו השופטים ברק וזמיר כי היו מודעים לכך שאין למצוא בדר"ח אגרנט את שביקשו לתלות בו, אך הסבירו כי ההלכה החדשה משיגה תוצאה חיונית.⁸³

בניגוד לניסיון להציג את המונופול כמסורת ארוכת שנים, בזמן פרשת הדולרים של רבין ב-1977 איים אהרן ברק (היועמ"ש דאז) על שר האוצר רבינוביץ כי אם יסגור את הפרשה בכופר הוא יעתור נגד שיקול דעתו של השר ואז ייאלץ השר לשכור לעצמו ייצוג פרטי על חשבוננו. ניתן לזהות כאן ניצנים לשיטתו בדבר מונופול הייצוג, אך ברור

⁸² ראו דו"ח אגרנט, לעיל ה"ש 63, עמ' 448. הדו"ח נכתב בשנת 1962 אך פורסם רק בשנות התשעים, ראו זמיר, לעיל ה"ש 80. ההדגשה לא במקור.

⁸³ ראו את התייחסותו של ברק אצל בן אוליאל ויועז, לעיל ה"ש 80, עמ' 498 ("ראיתי את החולשה שבדוח ועדת אגרנט בעניין זה. אני לא יודע מדוע אגרנט היה צריך לקבוע כפי שקבע, ולא לומר את מה שאני אמרתי אחר כך"), וראו אצל זמיר, לעיל ה"ש 80 ("מעניין לציין כי חוות הדעת של ועדת אגרנט נוקטת... עמדה פושרת בשאלת התוקף של חוות הדעת של היועמ"ש בשאלות משפטיות שמחוץ לתחום הפלילי... משמעות הדברים בהקשר בו נאמרו אינה ברורה לגמרי... מכל מקום, בעניין זה חלה התפתחות, למעשה ולהלכה").

שגם על פי תפיסתו של ברק ב-1977 יכול היה שר שהתנגד לעמדת היועמ"ש לעמוד על דעתו ולשכור לעצמו ייצוג משפטי פרטי.⁸⁴ פסיקתו של ברק הפכה למקור הנורמטיבי מכוח הפיכתה לתקדים המחייב, וכך נוצר מעגל שוטה.⁸⁵ הנימוק המקובל להענקת מונופול הייצוג הוא "כך קבע השופט ברק", על יסוד מסורת שיפוטית שמעולם לא הוכחה והפכה ל"פיקציה" משפטית.⁸⁶ כדי לפרוץ את המעגל יש מי שביקשו לזהות את המונופול של היועץ כמנהג חוקתי מחייב מכוח הציות לפסיקה שהתבססה על זיהוי שגוי של מסורת משפטית שמעולם לא נהגה.⁸⁷ הקושי שבהצעה נובע מכך שדוקטרינת המנהג החוקתי המחייב כשלעצמה טרם נקבעה בפסיקה כעילת ביקורת עצמאית,⁸⁸ ואף הובהר כי אפילו אם תוכר אין היא אכיפה מהבחינה המשפטית.⁸⁹ 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.⁹⁰

⁸⁴ ראו שרון רוברטס מלצר "תשמע, יש פה בעיה" – פרשת חשבון הדולרים" שורשים במשפט 291, 293 (דינה זילבר עורכת 2020), וכן איתן לבונטין "ייצוג המדינה בבג"ץ: התקפה מתוך 'הגנה' דיומא" (27.11.2020) <https://tinyurl.com/wbxyex5c>.

⁸⁵ ראו שטרית, לעיל ה"ש 10, 109–110.

⁸⁶ עניין תנובה לעיל ה"ש 13, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁸⁷ ראו אצל גיא לוריא "שומר הסף של הדמוקרטיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (15.9.2019) <https://www.idi.org.il/articles/28621>. לוריא טוען כי קיים מנהג חוקתי שלפיו תפקידו של היועמ"ש להשליט את המשפט במדינה באמצעות מונופול הייצוג והייעוץ. וראו עניין לביא, לעיל ה"ש 26, פס' 33, וגוטמן, לעיל ה"ש 6, שעוסקים במנהג ביחס למונופול הייעוץ, ואצל מזוז בעניין חיסוני האסירים לעיל 13, פס' 7, שטוען כי זאת התפיסה המקובלת והנוהגת בישראל מימים ימימה, ובמובאות שאליהם הוא מפנה בלי להבחין בין בלעדיות בייעוץ ובייצוג.

⁸⁸ ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 79 (2010) ("נוהג כשהוא לעצמו אינו מקור לסמכות ואף אינו יכול להרחיב סמכות. העובדה שרשות מינהלית נוהגת לפעול בעניין מסוים ללא הסמכה בחוק, כלומר בניגוד לחוק, אינה הופכת מעשה בלתי חוקי למעשה חוקי"), וכן עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 81, עמ' 23. ראו גם אהרן גרבר ושי ניצן כהן **המנהג החוקתי – האמנם חוקתי?** (נייר מדיניות מס' 67, פורום קהלת 2020).

⁸⁹ R (Miller) v Secratry of State for Exiting the EU [2017] UKSC 5, para. 146, EWHC 2768 (Admin) ("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'").
Re Resolution [1981] 1 SCR 753, 880–881 (Can.); PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW .OF CANADA 7–8 (1st ed. 1977).

⁹⁰ שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבור" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375, 416 (יצחק זמיר עורך, 1993). להשוואה למעמדו של מנהג שהונהג בטעות במשפט העברי ראו שולחן ערוך, יורה דעה, ס' ריד, ס"א.

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 ליברלית שמצדיקה הטלת מגבלות על המחוקק. הטענה כי בלעדיו לא תיתכן הגנה על שלטון החוק אינה משכנעת.⁹¹

2. ביסוס שגוי למונופול הייצוג

אם הבסיס למונופול הייצוג לא היה די רעוע, בא פסק הדין בעניין תנובה ועיגן שגיא נוספת בפסיקה. השופט מזוז נימק את תוקפו של מונופול הייצוג בהסתמך על חקיקה ראשית של הכנסת, וטען כי קיימת חקיקה ראשית המעניקה ליועמ"ש את הבלעדיות על הייצוג בבג"ץ. מזוז הצביע על החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, כמקור נורמטיבי הקובע את בלעדיות הייצוג בבג"ץ:⁹²

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, והוא קובע זאת בסעיף מפורש, ברחל בתך הקטנה: "חוק זה אינו בא לגרוע מהוראות כל דין אחר, והוא אינו חל על ענינים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק או בוועדת ערעורים או עררים".⁹³ לשון החוק ברורה: לא ניתן ללמוד ממנה דבר על מעמד היועץ בייצוג המדינה בבג"ץ ובהליכים מנהליים.⁹⁴ ייצוג הרשויות בפני בג"ץ הוצא אפוא במפורש מכלל ייחודיות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. זהו מקרה מובהק שבו ניתן ללמוד "לאו" מכלל ה"ה". אולם לנגד עינינו מתפתחת פרשנות משפטית שגויה להבטחת מונופול הייצוג,

⁹¹ ראו סקירה משווה אצל בקשי, לעיל ה"ש 1, וכן ליאור בן דוד, **היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותביעה כללית – סקירה משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2007).

⁹² עניין **תנובה**, לעיל ה"ש 13, עמ' 11 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁹³ ס' 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, ס"ח 118.

⁹⁴ ראו בג"ץ 151/82 בר אילן נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד לו(4) 654, פס' 3 (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").

על סמך שגיאה בקריאת טקסט; סעיף מפורש מבהיר שהחוק אינו חל על הליכים בבג"ץ.

בעבר הפנו כותבים שונים לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי באופן מטעה כמקור למונופול הייצוג בבג"ץ,⁹⁵ אך עניין **תנובה** הוא הפעם הראשונה שבה השתרבבה השגיאה לפסיקה, וראוי למנוע את השתרשותה.⁹⁶ אם נסכם את התפתחות "ההלכה" בדבר מונופול הייצוג, הרי שלפנינו תופעה חריגה של דוקטרינה שיפוטית שהתפתחה מאמרת אגב חסרת ביסוס ומבלי שנערך דיון סדור בנוגע אליה. מעולם לא התייצב עורך דין שהגן באופן עקרוני וסדור על עמדה ששוללת את הבלעדיות, וכך נדחק הדיון בנוגע לפרקטיקה והשלכותיה אל מחוץ לכותלי בית המשפט. במבחן התוצאה, רצף השגיאות והדיון החלקי שתומכי המונופול בבג"ץ מתבססים עליהם מדגימים היטב את הרציונל שדוחה הכרה וזיהוי של הלכות שנקבעו ללא דיון סדור.⁹⁷ הליקויים שביסוד "ההלכה" מחזקים את העמדה של שטיין שעריכת דיון סדור היא תנאי הכרחי לקביעת הלכה וכי אין די בכוונת השופטים לקבוע נורמה חדשה כדי להכיר בקיומו של תקדים מחייב, כפי שמדגישה הפסיקה כתנאי לקיומו של דיון נוסף. כדי שיתגבש תקדים מחייב ראוי לערוך דיון ממצה ומסודר בעניין כאשר העמדות השונות מיוצגות ונבחנות בידי בית המשפט.

ג. האם ראוי שמונופול הייצוג יוסדר בהלכה שיפוטית?

עד כה בחנו את תוקפה של "ההלכה השיפוטית" תוך התמקדות בשאלת הדין הקיים ובתנאים 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 וציין כי לטעמו אין בנמצא הלכה שיפוטית המכירה במונופול הייצוג, ועמדתו של סולברג שמאמץ את מסקנות דו"ח שמגר, אין זה ברור האם השופטים האחרים סבורים שאין להלכה 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.⁹⁸ לא בנקל ימהרו השופטים לסטות מהלכות מקובלות,⁹⁹ אך אין הם נרתעים מכך כאשר

⁹⁵ לדוגמה ראו דותן, לעיל ה"ש 36, 1697.

⁹⁶ מזוז חזר על הפרשנות השגויה של הסעיף גם בפס' 8 לחוות דעתו בעניין **חיסוני האסירים**, לעיל ה"ש 13.

⁹⁷ עניין **יעל אמיתי**, לעיל ה"ש 13, פס' 20 לפסק דינו של השופט שטיין.

⁹⁸ ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה, וכן אנגלרד, לעיל ה"ש 69, 171.

⁹⁹ מנחם אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 361, 384-385 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים 1998); ראו גם דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, **הוועד המרכזי**, פ"ד נט(4) 637, פס' 9 לפסק דינו של השופט חשין (2004): ("אכן... מיהו אדם ולא יטעה? וטעות – לעולם חוזר. ואולם תיקון הטעות גם הוא חייב שייעשה

הם סבורים כי יש בכך צורך.¹⁰⁰ במקרה שבו ההלכה מבוססת על שימוש במקור חיזוני שאינו משפטי, כמו בעניינו של דו"ח אגרנט, וכאשר ההלכה מבוססת רק על דוקטרינת התקדים המחייב, תתקבל החלטה על סטייה ביתר קלות.¹⁰¹ בענייננו יש רגליים לטענה שניהולו של הליך משפטי מבלי שמוענקת למשיב ההזדמנות להגן על עמדתו פוגעת בהגינות הבסיסית שעומדת ביסוד ההליך האדברסרי, וכאשר מדובר בתקדים שגוי היוצר מציאות שאינה הגונה – ייתכן שבית המשפט אף מחויב לסטות ממנו.¹⁰² 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 שלפיה סעיף 10 בחוק מהווה הכרעה מכוונת של המחוקק, שהחריג במפורש את בלעדיות הייצוג של היועמ"ש מהליכים בפני בג"ץ (וערכאות מנהליות אחרות). המחוקק נמנע מלהעניק ליועץ המשפטי לממשלה בלעדיות בייצוג, וסיבתו עימו: 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. לפיכך, 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 יסודי המקנה ליועמ"ש סמכויות מרחיקות לכת "יש מאין". הסדר כזה יכול להיקבע רק בכנסת ולא ב"חקיקה שיפוטית", וזאת מחמת שורה של טעמים מהותיים ומוסדיים שאותם אציג כעת.

באורח מתוקן. פסק-דין הקובע הלכה אין הוא ככרטיס נסיעה ברכבת התקף אך ליום הוצאתו... אם כך ינהגו חבריי, חברי 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 ארוז בבג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 28.12.2015).

ניתן לראות דוגמה ערכנית למחלוקת בדבר הצורך בשינוי הלכה בהתייחסותם של השופטים לשאלת חוקתיות הריסת בתי מחבלים מכוח תקנות ההגנה לשעת חירום לצורכי הרתעה. ראו את עמדת השופט מזוז שבחר לסטות מההלכה המחייבת, בג"ץ 7220/15 עליוה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 2–3 (נבו 1.12.2015) ("הטענות שהועלו הן כבדות משקל וראויות לדעת 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").

חיים גזו "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח 509, 515–516 (1989).
 חיים כהן המשפט 238 (מהדורה שנייה 1996); אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 73 (1983).

1. גבולות החקיקה השיפוטית

בית המשפט מיישם את הדין, והשופטים כפופים לו. למרות זאת יש לבית המשפט כוח ליצור דין במקרים מיוחדים, אך מדובר בכוח מוגבל. 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 חלופות אפשריות להכרעה בפרשנותו של הדין. השופט מתבסס על נורמה מחייבת – חקיקה ראשית או חקיקת משנה – ומכריע בנוגע לאופי והיקף הדין. במקרים כאלה פעולת החקיקה השיפוטית מתבצעת באמצעות בחירה בפרשנות מסוימת לדבר חקיקה.¹⁰³

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 בפני יצירת הסדר, או שמא מדובר בלקונה משפטית. אם מצא כי מדובר בלקונה, השופט עשוי להשלימה על פי הכללים המשפטיים.¹⁰⁴

שרטוט קו מדויק בין המקרים המתאימים לחקיקה שיפוטית יוצרת לבין כאלה שבהם אין היא רצויה איננה מלאכה פשוטה.¹⁰⁵ אך לדעתי המקרה של קביעת מונופול של היועץ המשפטי לממשלה על הייצוג הממשלתי אינו נופל לגדר מקרי הביניים. קביעת הסדר מוסדי תשתיתי בעל השפעות נרחבות על חופש הפעולה של הממשלה וראשיה בנושא שבלב מנגנון ההפעלה הממשלתי מהווה מקרה מובהק שאינו מתאים לחקיקה שיפוטית. העובדה שהמחוקק לא הסדיר את הנושא אינה יכולה להיתפס כלקונה, אלא כהסדר שלילי.¹⁰⁶ מכיוון שאין חוק מסמך אין אפשרות לראות בהסדר החדש פרשנות, ומכיוון שההסדר החדש על השלכותיו הרחבות אינו מתאים לחקיקה שיפוטית אין זה ראוי שבית המשפט יקבע הסדר כה משמעותי שמעניק ליועמ"ש

103 שם, 29–33.

104 שם, 33–35.

105 אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 289–290 (1991).

106 ראו רונן פרי "גבולות היצירה השיפוטית" משפט וממשל ט 541, 568 (2006); אהרן ברק "החסר (לקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ 233, 260 (1990); חיים ה' כהן המשפט 223–224 (מהדורה שנייה 1996), וראו בהקשר אחר דני"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול (סד) 533 (1) פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2010) ("אם השינוי המוצע בפרשה זו – על פי כל אחת מן המתכונות המוצעות – הוא שינוי הצומח באופן טבעי מ'האורגניזם החי' של שיטת המשפט, והאם הוא 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").

עוצמה שלטונית ובעל השלכות כבדות משקל על הפרדת הרשויות וייצוג דמוקרטי ב"חקיקה שיפוטית" שאינה מבוססת על המחוקק.

בית המשפט נוטה שלא להכריז על לאקונות ומעדיף לעשות שימוש בפרשנות של החוק הקיים, וזאת בשל ההבנה שהכרזה על לקונה היא "שטר ששוברו בצידו". מבחינה פורמלית זיהוי לקונה מחייב את בית המשפט לקבוע את ההסדר החדש על פי הוראות חוק יסודות המשפט: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל", והדבר לא נעשה כאן.¹⁰⁷ השופטים עשויים לסטות מהוראות חוק יסודות המשפט כדי להגן על ערכים חשובים; כאשר הם עושים זאת ללא חילוף פרשנות מהוראותיו של טקסט נורמטיבי, וכאשר מדובר בצמצום מרחב המשילות של נבחרי הציבור, מדובר בפגיעה קשה בעקרון הפרדת הרשויות. 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 עקרון חוקיות המנהל מגלה קשיים מיוחדים. הרשויות הציבוריות מנועות מלפעול ללא חוק מסמך, ולכן חקיקה שיפוטית מבוססת לקונה בתחומי המשפט הציבורי עומדת בסתירה לעקרונות יסוד במשפט המנהלי, ואינה ראויה.¹⁰⁸ מדובר כאן על הלכה שיוצרת סמכות מנהלית חדשה ורבת עוצמה, ולא על הלכה שעניינה באופן שבו יפעיל היועמ"ש את הסמכות הנתונה לו, ומכאן הקושי החרגי. גם ניסיון לזהות את המנגנון של היועץ המשפטי לממשלה של ישראל כ"עקרון יסוד דמוקרטי" שמצדיק התערבות שיפוטית עצמאית שאינה מבוססת על החוק מעורר קושי בשל ייחודיותו וחרירתו של המנגנון במבט השוואתי. יתרה מכך, עצם יצירתו של מנגנון שכזה בידי בית המשפט מהווה פגיעה בעקרונות יסוד דמוקרטיים, בהפרדת הרשויות, ובתפיסת התפקיד של בית המשפט שמעוררת ספקות בדבר שימוש בעקרונות יסוד שאינם כתובים עלי חוק לפיתוח חקיקה שיפוטית.¹⁰⁹

בית המשפט ייטה להימנע מחקיקה שיפוטית בשאלות מוסדיות בהעדר חוק חרות שעוסק בעניין שלפניו, אלא אם ישנו צורך דחוף בקביעת הסדר לצורך הכרעה בסכסוך

¹⁰⁷ ס' 1 לחוק יסודות המשפט התש"ם-1980, ס"ח 163; ברק, לעיל ה"ש 105. השופטים מחזיקים באמצעים פרשניים שונים שבאמצעותם הם יכולים להימנע מפעולה על פי חוק יסודות המשפט, אך אם יצהירו על קיומה של לקונה יהיו מחויבים לפעול על פי חוק יסודות המשפט. ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 69, 120–121.

¹⁰⁸ זמיר, לעיל ה"ש 88 207 ("כל סמכות מנהלית צריכה מקור ישיר או עקיף בחוק"). זמיר סוקר את מקורות הסמכות של המשפט המנהלי ומסביר שהפרשנות של בית המשפט יכולה לשמש מקור משלים ולא עצמאי, 221–228. אבל השוו לברק-ארז, לעיל ה"ש 6, כך א 143, וראו בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' קל לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 2016.27.3).

¹⁰⁹ אריאל ארליך "ביקורת שיפוטית על חקיקה שלא מכוח חוקי היסוד – בעקבות פסקי הדין בעניין החוק למניעת הסתננות" **משפטים על אתר** יא 33, 53 (2018).

שלפניו.¹¹⁰ בדרך כלל בית המשפט מעדיף להעיר למחוקק בדבר הצורך בתיקוני חקיקה תוך הימנעות מחקיקה שיפוטית.¹¹¹ 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; ייתכן שחשש מפני חקיקה שתוביל לאימוץ ההמלצות המקוריות של ועדות 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 בחקיקה או לתמיכה שיפוטית בהסדרת הנושא בחקיקה, וברירת המחלל בדיון המנהלי היא כי כל עוד אין ליועמ"ש הסמכה הוא מנוע מלהפעיל סמכות.

2. גבולות החקיקה השיפוטית

ההבנה שקיימת מגבלה אינהרנטית על החקיקה השיפוטית מרחיבה את הרציונל שעליו יוסד כלל ההסדרים הראשוניים המגביל את הרשות המבצעת בשל הסגת תחומה של הרשות המחוקקת גם לעבודת הרשות השופטת. עקרון חוקיות המנהל 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 שבהם הפסיקה יוצרת סמכות ראשונית יש מאין.¹¹² בסוגיה כה עקרונית ובעלת 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 שלפיו הכנסת היא הגוף שמוסמך לקבוע הסדרים ראשוניים. על פי הפסיקה, המדיניות הכללית ואמות המידה העקרוניות המונחות ביסוד פעולה מנהלית תעוגנה במפורש בחקיקה ראשית.¹¹³ גם כשמכירים בסמכות של בג"ץ לקבוע חקיקה

¹¹⁰ ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437, 442-445 וכן 451, 464 (2011).

¹¹¹ ראו לדוגמה דנג"ץ 5967/10 המוסד לביטוח לאומי נ' אסתר כהן (2013), סע' 19 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

¹¹² ראו לדוגמה את חילוקי הדעות בין השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין בעניין בית החולים כרמל, לעיל ה"ש 106.

¹¹³ בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון פ"ד (נב) 503, 481 (1998). מנגד הסבירה השופטת נאור כי הקריטריונים לזיהוי כללים ראשוניים אינם ברורים תמיד: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פס' 20 לפסק דינה של השופטת נאור ("ההבחנה בין הסדר ראשוני למשני אינה חדה. מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעות על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרשת ממנו").

שיפוטית במקרים קיצוניים, קביעה שכזו מהווה חריג שבחריג ואינה הולמת את המאפיינים של ההלכה בדבר מונופול הייצוג, הקובעת מדיניות כללית ואמות מידה עקרוניות בעלות השלכות כבדות משקל. חקיקה שיפוטית שאיננה הכרעה בדבר פרשנות חקיקה אפשרית בכדי להשלים חוסר בחקיקה במקום שבו שתק המחוקק אך לא התכוון ליצור הסדר שלילי, אך נראה כי יצירה שיפוטית עצמאית שיוצרת סמכויות מוסדיות בעלות השלכות כבדות משקל מותחת את גבולות החקיקה השיפוטית מעבר למידה.¹¹⁴

גבולותיה המדויקים של החקיקה השיפוטית היוצרת נמצאים בלב ליבה של המחלוקת בדבר אקטיביזם וריסון שיפוטי.¹¹⁵ אך הפרדת הרשויות והרציונל שעומד ביסוד כלל ההסדרים הראשוניים מקובלים על הכול. הכנסת היא שצריכה לקבוע את ההסדרים הראשוניים, ובית המשפט אינו יכול להכניס את עצמו בנעליה כדי להנהיג הסדרים מוסדיים חדשים. גם אם הכנסת נמנעת מלהסדיר את הנושא (ולשם כך יש להכריע שהחוק הקיים אינו הסדר שלילי), כל עוד אין מדובר בפגיעה בזכויות אדם, בית המשפט יחרוג מסמכותו אם יתערב בנושא, ואין ביכולתו להעניק לגורם לא נבחר סמכויות מוסדיות כה משמעותיות.

כלל ההסדרים הראשונים הוכר בפסיקה ומדגיש את הצורך שבקבלת הכרעות עקרוניות חשובות בידי הכנסת כמייצגת הציבור.¹¹⁶ הכלל מגביל את היכולת של שרי הממשלה להיתלות בהסמכה עמומה בחוק כדי לאפשר יצירת הסדרים עקרוניים חדשים שלא באמצעות נציגי הציבור ככנסת מתוך תפיסה הרואה בכנסת את הזירה הציבורית להכרעה בשאלות חברתיות עקרוניות, והוא מופעל בדרך כלל כדי למנוע יצירת הסדר ראשוני בחקיקת משנה.¹¹⁷ מלומדים שונים נחלקו בשאלת תחולתו, באשר

114 ברק, לעיל ה"ש 102, עמ' 57, וכן ברק, לעיל ה"ש 105.

115 דניאל פרידמן "מאקטיביזם שיפוטי למהפכה" **השילוח** 23, 33 (2021), ומנגד ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" **דין ודברים** ג 399, 418–424 (2007).

116 ראו לדוגמה בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות** פ"ד נון(6) 25 (2002) פס' 30 ("הלכה היא שמשיקולים של הפרדת רשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה [במובנה הפורמלי-ייצוגי ובמובנה המהותי], ראוי שהתוויית המדיניות הכללית והעקרונית – 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").

117 לסקירת פסיקה עדכנית ראו את החלטת השופט מלצר, יו"ר ועדת הבחירות, בהליך השימוע שערך במסגרת הבחירות לכנסת ה-22 ובו אסר על צילום של משקיפים בקלפיות ה"ש (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22) 7/22 **עיריית המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הליכוד – תנועה לאומית ליברלית**, סע' 75 (נבו 26.8.2019): ("מקובל עליי כי קביעת העקרונות הכלליים בנושא כה רגיש, העומד בליבת ההליך הדמוקרטי והמצוי במרכזה 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.) ראו גם

הוא עצמו הוכר בחקיקה שיפוטית. יש מי שרואה בו חזקה פרשנית שהמחוקק יכול לעקוף בחקיקה מפורשת או משתמעת,¹¹⁸ ויש מי שראו בו כלל חוקתי המגביל את החקיקה.¹¹⁹ אף על פי שבית המשפט טרם הכריע במחלוקת בדבר היקף הכלל ותוקפו אין הוא נמנע מלעשות בו שימוש,¹²⁰ ואין חולק על הערך שהכלל מבטא – המחוקק הוא הגורם שראוי כי יסדיר את כללי הממשל תוך הכרעה בשאלות עקרוניות וערכיות שנויות במחלוקת, לשם כך הוא נבחר והוא נהנה מלגיטימציה ציבורית להגיע להכרעה. הרציונל של כלל הסדרים הראשוניים שמורה כי הכנסת היא זאת שצריכה לקבוע הסדרים ראשוניים, והצורך בשמירה על הפרדת רשויות, חלים גם במקרה שבו בית המשפט, ולא מחוקק המשנה, מבקש ליצור חקיקה שיפוטית ראשונית במקרים שבהם 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 כבג"ץ, ואין זה ראוי שבית המשפט, שאינו תלוי בציבור, יעצב הסדרים ראשוניים ללא סמכות מפורשת בנושאים שנויים במחלוקת ציבורית בעלי השלכות דרמטיות על שיטת הממשל, או שייצור סמכויות מוסדיות חדשות שלא נודעו בחוק. יצירת כלל כזה מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות. יפים לעניין זה דברי השופט רובינשטיין בעניין מתווה הגז. שם נקבע כי הממשלה מחויבת להעביר חלקים מהמתווה בכנסת, ואין להסתפק בהכרעה ממשלתית:¹²¹

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... ויתור המחוקק לטובת המינהל על סמכותו לקבוע הסדרים ראשוניים מנוגד לשלטון החוק, הדורש ש"כל פעולה מינהלית תהא מושרשת, בכל אשר לתכונותיה העיקריות והחשובות, בהסדרים ראשוניים שנקבעו בחוק פורמלי".

ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595, 631–635 (2017).
 118 גרדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 13 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 403 (2012).
 119 ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה 'לקבוע הסדרים ראשוניים' – תגובה ליואב דותן ולגרדעון ספיר" **משפטים** מב 449 453–460 (2012).
 120 ראו, לדוגמה, בג"ץ 7803/06 **ח'אלד אבו ערפה נ' שר הפנים**, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ופס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (נבו) (13.09.2017).
 121 עניין **התנועה למען איכות השלטון**, לעיל ה"ש 108, פס' קכח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

רובינשטיין התייחס למגבלות שראוי להטיל על הממשלה ביחסיה מול הכנסת, והיה 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 ואינו מעצב הסדרים יש מאין.¹²² אולם הסדר מרחיק לכת המעניק ליועמ"ש מונופול על הייצוג אינו מעוגן בדבר חקיקה. מדובר באחד מהמקרים המובהקים של יצירת דוקטרינה שיפוטית מוסדית תוך עיצוב הסדר בעל השלכות כבדות על חופש הפעולה של הממשלה ושריה. קשה מאוד שלא לראות בו הסדר ראשוני שעל הכנסת לקובעו בחקיקה ראשית לפי ההגדרות שזכרו בפסקיה. יתרה מכך, מבחינת הגירעון הדמוקרטי שביצירת הסדרים ראשוניים, הורע כוחם של השופטים ביחס לכוחה של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת, ששריה הם על פי רוב נבחרו ציבור, מכהנת מכוח אמון הציבור וראשיה עומדים לבחירה מחדשת מעת לעת, ולכן קשובים לביקורת ציבורית. בניגוד לכך, בית המשפט הוא מוסד שנהנה מעצמאות, ולכן שופטיו מוגנים בסדרה של הסדרים שמבטיחים אי תלות.¹²³ 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 בידיה.

3. הטיעון המוסדי – מבנה ההליך

מלבד הגירעון הדמוקרטי, הכנסת נהנית מעדיפות בהכרעות מדיניות חשובות גם בשל תהליכי העבודה הנהוגים בה. כללי הדיון בבתי המשפט עוצבו להכרעה בסכסוכים קונקרטיים ולא להכרעה בשאלות שדורשות שקילת שיקולי מדיניות רחבים. לעומת זאת, אופי הדיון בכנסת מעודד הרחבה של הדיון באמצעות חובה להעביר את החקיקה בכמה קריאות. נלווים אליהן דיונים בוועדות הכנסת, שיוצרים הליך ממושך שמאפשר ביקורת ציבורית ושיתוף הציבור. ניתנת גם כמה לגורמים מקצועיים מגוונים בעלי עמדה ועניין בנוגע לחקיקה, והתמשכות הליכי החקיקה מאפשרת החלפת מידע ודעות.¹²⁴ בניגוד לכך, בבית המשפט הצדדים לדיון הם שמתווים את גבולות הגזרה שלו, עוד בניסוח העתירה ובמהלך ניהולה, בשל בחירת העובדות המוצגות והטיעונים

¹²² 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 חוקתיותם, וההבדל מהותי").

¹²³ ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

¹²⁴ לדיון על האופן שבו הליך החקיקה משפיע על תוכנה ראו איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645, 664–671 (2016).

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 עמדתו האותנטית תוצג ההחלטה העומדת לדיון באופן חלקי שאינו מיטיב עימה, וכפי שהסביר השופט שטיין:¹²⁵

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 הקונקריות של המשיב בהליך אדברסרי, קביעת "הלכה שיפוטית" בדבר מונופול של היועץ המשפטי לממשלה התרחשה בשורה של פסקי דין שבהם כלל לא הופיע עורך דין שטען מול עמדת היועץ"ש והפרקליטות הפועלת מכוחו. גם במקרים החריגים שבהם נשמעה עמדתו האותנטית 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.¹²⁶ בית המשפט מתרעם לעיתים על הכנסת שממאנת לעשות שימוש בסמכותה ולחוקק בנושאים מסוימים, אולם העדר חקיקה איננה עילה מספקת להתערבות שיפוטית ואינו הופך את בית המשפט לגוף מוסדי שמתאים לקביעת מדיניות. כאשר מדובר בנושא מוסדי שהבחירה שלא להסדירו בחקיקה אינה עולה לכדי פגיעה בזכויות אדם, אין כל הצדקה להתערבות שיפוטית.

¹²⁵ עניין יעל אמיתי, לעיל ה"ש 13, פס' 6.

¹²⁶ לכאורה ניתן לתת לכך מענה באמצעות פנייה כ"דיד בית המשפט", אך מעמדו אינו זהה למעמד הצדדים. יתרה מכך, בית המשפט רשאי לדחות את פנייתו. בעניין יעל אמיתי, לעיל ה"ש 13, נדחתה בקשת הצטרפות של פורום קהלת כידיד בית משפט. הבקשה התמקדה בטיעון עקרוני נגד מונופול הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. ראו בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה (נבו) (4.12.2018).

4. פגיעה באמון הציבור

קביעת מונופול הייצוג ב"הלכה שיפוטית" מעוררת קשיים נוספים. רבים משופטי בית המשפט היו בעבר בכירים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה. הענקת סמכויות בחקיקה שיפוטית והעצמת מערך הייעוץ המשפטי על חשבון הממשלה, באמצעות שופטים שהם עצמם היו בכירים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, עשויה לפגוע באמון הציבור בבית המשפט. קיים חשש אמיתי למראית עין של ניגוד עניינים מוסדי בשל שופטים שניהנו בעבר במערך הייעוץ המשפטי לממשלה וכעת מרחיבים את כוחו. כך לדוגמה ספג השופט מזוז ביקורת על דברים שנשא בדצמבר 2017 בכנס שנערך לכבוד פרישתו של השופט רובינשטיין (שניהם יועמ"שים לשעבר) ושמהם עלה כי הוא ינהג זהירות יתרה מפני ביקורת שיפוטית על החלטות היועמ"ש:¹²⁷

בית המשפט חייב להיות רגיש למחיר הנלווה של הביקורת השיפוטית שלו על היועץ המשפטי לממשלה, והמחיר הנלווה במובן שכל החלשה של היועמ"ש דרך הביקורת השיפוטית המחיר שלה יכול להיות הרבה יותר יקר מהרווח של אותה ביקורת... יועץ משפטי שבית המשפט העליון יקבע שחוות הדעת שלו מוטעית, עלול 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.

ברוח דומה מסביר שנער¹²⁸ את ההבדלים בפסיקת השופטים תוך התבוננות ברקע שממנו הגיעו והמוסד שבו פיתחו את השקפת עולמם המקצועית. שופטים שהתפתחו במערך הייעוץ המשפטי לממשלה התחנכו על ברכי אסכולה מוסדית מסוימת, אימצו

¹²⁷ ראו לעיל ה"ש 9. לביקורת ראו קלמן ליבסקינד "חוק יסוד האינטואיציה: השופט מני מזוז מציג לנו אקטיביזם מסוג שעוד לא ראינו" **מעריב** 16.12.2017.

¹²⁸ אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנובה ואמיתי" <https://tinyurl.com/2736xup2> (13.3.2019) ICON-S-IL Blog 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 ללב ושהוא מקביל את אי מתן זכות הייצוג לשר אקונוס להשתקת צד במשפט, שכן זהו עולם המושגים והדימויים ממנו מורכב עולמו המקצועי. (").

את הערכים שהיא משקפת והפנימו אותם, והדבר בא לידי ביטוי בעמדות שהם מביעים. ניתוח חוות הדעת והביטויים הפומביים של השופט כמונונים 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 ניגוד עניינים נועד, גם, למניעת לזות שפתיים ומראית עין של פעולה מוטה מחשש לפגיעה באמון הציבור.¹²⁹ קיים חשש שקביעת הסדר המעניק ליועמ"ש סמכויות באמצעות שופטים שכינהו בעברם כבכירים במערך הייעוץ המשפטי והפרקליטות תיתפס בעיני הציבור כמושפעת מהזיקה שבין השופטים והיועמ"שים. עם זאת, אי אפשר לתלות את הבחירה של שופט להרחיב או לצמצם את סמכויות היועמ"ש ברקע המקצועי שלו בלבד. כך, לדוגמה, השופט סולברג מגלה ביקורתיות כלפי הגישה המרחיבה את סמכויות היועמ"ש אף על פי שמונה לשפיטה לאחר שעבר בלשכת היועמ"ש.

ד. תגובות לטענות הנגד: ניגוד עניינים, שקלול תמורות, קול אחד והשלכות צפויות

1. ניגוד עניינים מוסדי של הכנסת

בפרק הקודם הסברתי מדוע אני סבור כי אל לו לבית המשפט להכריז על הפקדת הייצוג הממשלתי בידי היועץ המשפטי לממשלה באופן בלעדי, שכן הכרעה כה מהותית צריכה להתקבל בכנסת. מנגד עשויה להישמע טענה הפוכה שלפיה חברי הכנסת מנועים מלקבוע הסדר המתנגד למונופול הייצוג בשל שליטת הממשלה בכנסת, ומחמת החשש מפני קבלת ההחלטה על יסוד אינטרסים פוליטיים.¹³⁰ טענות דומות נשמעו גם כנגד הפקדת מתן חסינות לחברי כנסת שמואשמים בפלילים בידי הכנסת עצמה.¹³¹ ניתן אפילו להפליג ולטעון כי בהצבעה על חקיקה שתקבע כי הממשלה, שנהנית באופן אינהרנטי מתמיכת מרבית חברי הכנסת, זכאית לייצוג אותנטי ימצאו 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 המבצעת, חברי כנסת מצביעים במליאה על

¹²⁹ יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה 225, 233 (עורכים: דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר 2009); לאופן שבו נתפסו התבטאויות מזו ראו ליבסקינד, לעיל ה"ש 127.

¹³⁰ לתיאור של טענות דומות ראו רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תאוריה וביקורת 7, 17–19 (1994).

¹³¹ ראו, לדוגמה, עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד (2020) 199–200: 8.

החלטות שנוגעות גם אליהם ואשר משפיעות ישירות על מצבם הכלכלי (בהיותם אזרחי המדינה), ואין לראות בכך מעשה פסול.¹³² אפילו אם היינו סבורים כי קיימים תחומים שבהם יש להגביל את המחוקק, הגבלה כזאת צריכה להקבע בחוק. הכרה במגבלות מוסדיות על הכנסת והגבלת המחוקק בכל הנוגע להסדרת נושאים שלא הוגדרו בחוקי היסוד פוגעת בשלטון החוק ובהפרדת הרשויות ומנוגדת לתאוריה החוקתית המקובלת.¹³³ עד היום אפילו גדולי התומכים בחקיקה שיפוטית לא ערערו על הקביעה שהכנסת היא הגורם העליון ליצירת הסדרים חוקתיים ושביכולתה להסדיר מחדש נושאים שהוסדרו בחקיקה שיפוטית.¹³⁴ ניסיון לקבוע מגבלה על הסדרת נושאים מסוימים בחקיקה מבלי שקיים לכך עיגון חוקתי או חוקי אינו דמוקרטי, ומשקף זניחה של המסורת הדמוקרטית ומעבר לשלטון אוליגרכי.¹³⁵

ראו את המובאות מחוות דעתו של היועץ המשפטי של הכנסת כפי שניתנה לפני ההצבעה על חוק מס דירה שלישית, ומתווה הגז: "מחר: הכנסת צפויה להצביע על העברת סמכויות בעניין הגז הטבעי מהממונה על ההגבלים העסקיים לכלל שרי הממשלה" **חדשות הכנסת** (28.6.2015); עמירם ברקת "ניון: 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 שבהם כל מי שמוסמך נגוע בניגוד עניינים הרי שניגוד העניינים נסוג, ראו לדוגמה בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה**, פ"ד לד (2) 566, 574–575 (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". ראו גם בג"ץ 3262/95 **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** (נבו) (20.07.2017) שבו דנו השופטים בתנאי ההעסקה של עוזריהם המשפטיים ופסלו תנאי בחוזה שהגביל את משך ההעסקה המקסימלי כעזור משפטי.

132

אהרן ברק "הפרלמנט ובית המשפט העליון – מבט לעתיד" **הפרקליט** מה 5, 9–11 (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. "). ראו גם אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" **הפרקליט** מז 5 (2003); אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לז 509, 520 (2016). בנימין שוורץ "לדבר נכון על הדמוקרטיה" **השילוח** 7, 75, 90–91 (2017).

133

134

135

2. שקלול תמורות

התוצאה הצפויה מביטול מונופול הייצוג היא עלייה במספר המקרים שבהם יעמדו משיבים ממשלתיים 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 יעמוד משיב ממשלתי לביקורת שיפוטית. יתרה מכך, ניתן לשער כי גורמים ממשלתיים יקבלו החלטות שלטוניות שונות מלכתחילה בידיעה שעמדתם תזכה להגנה בבג"ץ, ולכן מספר המקרים שבהם תיבחן עמדתם בבג"ץ צפוי לעלות ויהיה גבוה ממספר המקרים המגיעים כיום לפסק דין. 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".¹³⁶ אכן, איננו יודעים מה שיעור העתירות ששינוי כזה יוסיף למערכת העמוסה ממילא, אך ניתן לשאור כי שינוי המדיניות יכביד על העומס הנוכחי.

גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה זילבר טענה כי שינוי ברירת המחלל יוביל להתערבות גדולה יותר של בית המשפט בפעולות מנהליות, וכי מי שתיפגע מכך תהיה הממשלה, שכן שיעור גבוה יותר מפעולותיה ייפסל בבג"ץ.¹³⁷

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 אי-חוקיות שבהחלטות הנתקפות, שיעורי ההתערבות של בית המשפט בעבודת הרשות

¹³⁶ נטעאל בנדל (@netaelbandel) טוויטר (5.12.2019), <https://twitter.com/netaelbandel/status/1202683389452701696>

¹³⁷ זילבר, לעיל ה"ש 9, 161–162.

המבצעת היו גדלים באופן ניכר והיא זו שהייתה יוצאת נפסדת.

האם הצפת בית המשפט והחשש מפני פסילת החלטות שלטוניות בבית המשפט מצדיקים את המשך קיומו של המונופול? גם בהעדר מונופול על הייצוג, המדינה תטה אוזן ליועציה המשפטיים ותעדיף "להתקפל" במרבית המקרים שבהם ימליצו על כך באופן מקצועי לאור ניסיונם. יתרה מכך, ככל שסמכויות היועמ"שים תוסדרנה ברוח המלצות ועדות אגרנט ושמגר, ניתן להניח שתיווצר הבחנה בין ייצוג העמדה של הדרג הנבחר (אשר יהיה זכאי לשיקוף עמדתו האוטנטית) ובין ייצוג עמדת דרג הפקידות (שיוכף לעמדת מערכת הייעוץ כל עוד לא יזכה לתמיכת השר), כפי שמומלץ בדר"חות. 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 הבוחר.

בסיכומו של דבר, אכן איננו יודעים כמה עתירות תתווספה, 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 שבו יכולתה של הממשלה לקדם את מדיניותה נפגעת בצורה קשה.

מעל הכול, 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 החלטות אך עשויה להוביל להחלטות טובות יותר, או כאשר תוצאותיה מביאות להכבדה במספר התיקים הנדונים בבית המשפט.¹³⁸ בה בעת יהיה צורך באימוץ פתרונות אחרים לצמצום החשש מפני פגיעה באזרחים באמצעים שונים, ובהם שימוש מוגבר בצווי ביניים, כדי לאפשר מענה מהיר במקרים שבהם יעלה חשש להתנהגות מפרת חוק של המדינה.

3. "קול אחד"

קביעה שהמצב החוקתי הקיים מאפשר לכל עותר להציג את עמדתו האוטנטית בדיון עלולה ליצור מצב שבו משיבים ממשלתיים מציגים עמדות סותרות בדיונים שונים. יש פסקי דין שבהם הטעם לתמיכה במונופול הייצוג מבוסס על הצורך בקביעת "קול אחד" שיבקע מגרונה של המדינה. השופטים התומכים במונופול מצדיקים אותו

¹³⁸ מדינה, לעיל ה"ש 119, 476: ("הזכות להשתתף בהכרעות חברתיות... ההכרה בזכותו של כל אזרח להשתתף באמצעות נציגיו בבית המחוקקים – בהכרעות 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").

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. אליקים רובינשטיין פיתח את הטיעון בכתיבתו האקדמית ובפסיקה.¹³⁹ לטעמו, על המדינה לדבר בקול אחד מחשש לאי סדר וחוסר עקיבות; 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 כמה 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 משמעות להעדר תגובה מטעם משיב נוסף. אולם השימוש בטיעון זה הורחב, ורובינשטיין עצמו חזר עליו¹⁴⁰ כהצדקה למונופול הייצוג גם במקרים שבהם קיים משיב ממשלתי יחיד:

141

כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת משמיעים 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 מתוים שונים, משל היו אלה "שטיבלך" של נוסחים שונים. תזמורת אחת היא ומנצח לה אחד, במישור הכולל – 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 מנהליים חלוקים בפני בית המשפט. טעמים אלה מעוגנים בין היתר במתן יכולת הכרעה לשופטים, שמתמחים בכך ונהנים מאי תלות ועצמאות וברצון

¹³⁹ רובינשטיין, לעיל ה"ש 3, 10, וכן בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (נבו 4.7.2012).

¹⁴⁰ ראו בעניין גיני, לעיל ה"ש 13, פס' ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין, וכן את השימוש בטיעון בעניין תנובה לעיל ה"ש 13, פס' 13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹⁴¹ עניין אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 139, פס' ז.

לטייב את הליכי קבלת ההחלטות ברשות המנהלית. זו יודעת בעת קבלת החלטתה כי החלטותיה האוטנטיות עשויות לעמוד למבחן שיפוטי גם כאשר היא סבורה שממילא היועמ"ש יהיה זה שיקבע את העמדה שתוצג בבג"ץ, ושהוא תומך בעמדה מקצועית של גוף ממשלתי אחר. 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.¹⁴² 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 אותו קול בידי היועמ"ש. בשל הגירעון הדמוקרטי החמור שבהעברת סמכויות הכרעה מידי נבחרי הציבור לידי הדרג המקצועי, ובשל הפגיעה ביכולת הפעולה של שרי הממשלה, יש להפקיד את סמכות הקביעה של הקול האחד בידי הממשלה עצמה. מוטב להפעיל מנגנון ממשלתי שלפיו יכריעו הממשלה או מליאתה 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 שבהם קיימת אי-הסכמה בדבר הפעלת סמכות ממשלתית הנתונה בידי שני שרים. ככל שראוי להציג קול אחד בפני בית המשפט, תעלה ההכרעה במסלול הבירוקרטי ממקבל ההחלטה ועד לשרי הממשלה, ובמקרה שבו לא יגיעו אלו להסכמה יכריע בנושא ראש הממשלה.¹⁴³ חששו הציוריי של השופט רובינשטיין מפני "שטיבלאך" 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.

ה. סיכום

בעשורים האחרונים רווחת בישראל הנחה שקיימת "הלכה שיפוטית" המקימה ליועמ"ש מונופול על הייצוג בבג"ץ. התפיסה הזו אותגרה לאחרונה בבית המשפט העליון, ומתברר כי שופטי בג"ץ המכהנים כיום מודעים לקשיים הגלומים בה, וחלקם אף מתנגד לה.

המחלוקת שהתגלעה בין השופטים בשאלת קיומה של הלכה שיפוטית המרחיבה את סמכויות היועמ"ש מדגישה את הבעייתיות העקרונית שבזיהוין של הלכות שיפוטיות שהתפתחו ללא דיון אדברסרי. בהעדר דיון אמיתי בבג"ץ עיגן בית המשפט,

¹⁴² שנער, לעיל ה"ש 5, 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 גרמן נ' שר הבריאות (נבו 13.11.2018).

¹⁴³ ס' 6 לתקנון 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").

ובעקבותיו היועמ"ש, הסדר בעל השלכות רחבות 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 אינו 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 עולה בקנה אחד עם מנגנוני האיזונים והבלמים המוכרים בעולם, ופוגעת ביכולת המשילות של הרשות המבצעת. לכן הדיון על הענקת סמכות כה משמעותית צריך להתקיים בבית המחוקקים הישראלי, המוסד שנועד להכרעה בשאלות עקרוניות, ולא בבית המשפט. הבסיס הרעוע של הדוקטרינה, כמו גם חשיבותו הרבה של הנושא לשיטת הממשל בישראל, מדגישים את החובה להסדיר את הנושא בכנסת. עד להסדרת סמכויותיו בחוק ראוי כי היועץ המשפטי לממשלה יימנע מלטעון למונופול על הייצוג ויאפשר לשרים החפצים בכך ייצוג אותנטי במקרים שבהם הוא מסרב להגן על עמדתם.