

בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים

מאת

אדם שנער*

תקציר

האם ראוי "לפצל" את קולה של הרשות המבצעת לכמה קולות שונים במסגרת הליכים משפטיים שהמדינה צד להם? האם גופים שונים בתוך הרשות המבצעת רשאים להציג בבית המשפט עמדות שונות מזו של היועץ המשפטי לממשלה, או שמא על המדינה לדבר בקול אחד? העמדה המסורתית של בית המשפט העליון ושל היועץ המשפטי לממשלה היא ש"המדינה מדברת בקול אחד". תשובה זו אינה ברורה מאליה, וכפי שאטען במאמר זה היא אף אינה רצויה.

טענת המאמר היא ששיקולים מתחום חופש הביטוי, יחד עם שיקולים מתחום הדמוקרטיה הדליברטיבית והמשפט המנהלי, מצדיקים בנסיבות מסוימות מתן מעמד לגוף שלטוני המבקש להציג בפני בית משפט דעה שונה מזו של ה"מדינה". למעשה, הטענה שהמדינה "מדברת בקול אחד" איננה מתאימה למדינה הרגולטורית המודרנית: היא מונעת זרימה של מידע חשוב מתוך הרשות המבצעת אל הרשות השופטת ואל הציבור כולו ופוגעת בשקיפותו של ההליך המנהלי. מנגד, מתן מעמד לרשות חולקת צפוי להעשיר את המידע שבידי בית המשפט, לאפשר פיקוח נוסף על ההליך המנהלי ולטייב את מבחני הסבירות והמידתיות. כמו כן, מתן מעמד לרשות חולקת עשוי לתמרץ את המנגנון השלטוני, אקס אנטה, לקיים דיון פנימי מקיף ומלא ולהגיע לנקודת שיווי משקל טובה יותר. טענות אלה ואחרות מצדיקות את דחיית העמדה המסורתית של בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה.

חלקן הראשון של המאמר מציג את העמדה המסורתית, שלפיה בהליכים משפטיים על המדינה לדבר בקול אחד. תפיסה זו היא למעשה פיתוח מודרני של העמדה הקלאסית של תומס הובס, שלפיה הריבונות אינה ניתנת לחלוקה. תפיסה זו אינה ייחודית לישראל, והיא משקפת את העמדה המקובלת בעולם באשר להשמעת קולות שונים מתוך הרשות המבצעת במסגרת הליכים משפטיים. חלקו השני של המאמר מוקדש לתקיפה של עמדה זו. אטען

* מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה לחברי רונן אברהם, שרון אברהם-ויס, אורי אהרונסון, אופירה אלון, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק, ריבי וייל, עומר דקל, משה כהן-אליה, אליאב ליבליך, שי ג' לביא, עמיר ליכט, הלל סומר, מיטל פינטו, אולגה פרישמן, אלון קלמנט, ציונה קניג-יאיר, ענת רוזנברג, יורם שחר, לקורא האנונימי, לחברי פורום "חצי אפוי" במרכז הבינתחומי הרצליה, למשתתפים בסמינר המחלקתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, ולמשתתפים בכנס העמותה הבינלאומית למשפט ציבורי בפרינצה.

כי העמדה המסורתית מבלבלת בין פעולה עקבית לבין מסר עקבי: אמנם יש טעמים חזקים לדרוש מהרשות המבצעת לפעול באופן עקבי, אך הטעמים לדרוש ממנה מסרים עקביים – חלשים בהרבה. חלקו השלישי של המאמר בוחן את היתרונות הגלומים במתן אפשרות לגופים בתוך הרשות המבצעת להציג עמדה שונה מזו של "המדינה" בהליכים משפטיים. אעמוד על אופייה הפרגמטרי של המדינה המודרנית ועל החשיבות של פלורליזם מוסדי בתוך מסגרת ארגונית מורכבת. אדון בקשיים הפוטנציאליים העלולים לנבוע מריבוי דעות בהליך המשפטי, ואטען כי קשיים אלה אינם צריכים להוות מכשול מפני מתן מעמד לרשות חולקת. לבסוף אציע בקצרה כמה קריטריונים – שהמחוקק ובתי המשפט יכולים לאמץ – שיש בהם כדי לפתור במידה רבה את הקשיים התאורטיים שבריבוי קולות מדינתיים בהליכים משפטיים.

מבוא

- א. העמדה המסורתית: המדינה כמדברת בקול אחד
- ב. מסרים עקביים ופעולות עקביות
- ג. פלורליזם ארגוני בהליכים משפטיים
 1. מידע ושקיפות
 2. דמוקרטיה דליברטיבית
 3. פיקוח על המדינה המנהלית
 4. טיוב של מבחני הסבירות והמידתיות
 5. קשיים אפשריים
 - (א) פיצול יתר שיביא לחוסר יציבות
 - (ב) היעדר אחידות, קוהרנטיות ובעיות תיאום
 - (ג) חוסר יכולת להכריע בין גרסאות סותרות מתוך הרשות המבצעת
 - (ד) תמריצים לא להגיע להסכמה
 6. מקרים דומים שלא מעוררים קושי
 - (א) נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה
 - (ב) הסנגוריה הציבורית
 - (ג) שירות המבחן
- ד. אימתי יש לאפשר ריבוי קולות מדינתיים בהליכים משפטיים?
 1. תביעה בין רשויות
 2. שאלות חשובות וכלליות
 3. גוף מקצועי בעל מומחיות ועניין מיוחד בנושא שבמחלוקת
 4. עמדת הגוף ולא עמדת העובד בגוף
 5. סמכות שבשיקול דעת
 6. סיכום ביניים

סיכום

מבוא

במאמר זה אבקש לענות על השאלה "בכמה קולות מדברת המדינה", וליתר דיוק: האם אפשר וראוי לפצל את קולה של המדינה לכמה קולות שונים בהליכים משפטיים שהמדינה צד להם. שאלה זו מורכבת מכפי שנדמה; היא התעוררה לאחרונה במשפט הישראלי אך לא ניתן לה מענה מספק.

בטרם אענה על שאלה זו אבהיר את היקף התפרסותה ואמקד אותה בשאלה הספציפית שבה בכוונתי לדון. חלק ניכר מפעולות המדינה הן אקספרסיביות במהותן: המדינה מכריזה על מדיניות ועומדת בקשר עם גופי תקשורת, מדינות, חברות ואזרחים. כל אלה הן פעולות בעלות יסוד אקספרסיבי המתרחשות מדי יום ביומו. ברור שחלקן הגדול אינו מתואם בין הגופים המרכיבים את ה"מדינה". כך, למשל, כאשר הכנסת מחוקקת חוק בנושא מחזור של בקבוקי פלסטיק היא מצהירה על המצב הראוי מבחינה סביבתית; כאשר משרד האוצר קובע מבחני פטור ממס לגופים מסוימים הוא מצהיר איזה הגופים לדעתו ראוי לקדם; וכאשר בית המשפט נותן פסק דין הוא מצהיר מה המצב המשפטי בסכסוך שלפניו. כל אלה הן פעולות של ה"מדינה" שבהן היא מתבטאת, ובכל אחת מהן אורגן של המדינה מדבר בקול מסוים ואומר דברים העלולים לסתור דברים של אורגן אחר. במאמר זה אין בכוונתי לדון ביחס בין פעולות אלה אלא בשאלה צרה יותר – בריבוי קולות בתוך הרשות המבצעת במסגרת הליכים משפטיים.

הרשות המבצעת היא הזרוע הגדולה, המרכזית, ויש שיאמרו גם החשובה ביותר במדינה הרגולטורית המודרנית.¹ עבור רובנו המדינה היא הרשות המבצעת – רשות המסים והגבייה, משרד החינוך, המוסד לביטוח לאומי, גופי הביטחון וכל רשות מנהלית באשר היא. הרשות המבצעת לא רק קובעת נורמות אלא גם מיישמת את הנורמות שקובעים הרשות המחוקקת ובתי המשפט.² הרשות המבצעת היא גם הרשות שמייצגת את המדינה במרכיב ההליכים המשפטיים שהמדינה צד להם.³ במאמר זה אין בכוונתי לעסוק בריבוי הקולות והמחלוקות בין משרדי הממשלה בשלב גיבושה של מדיניות. מחלוקות כאלה הן טבעיות ובלתי-נמנעות, ואינן מעוררות בהכרח קשיים משפטיים.⁴ כמו כן, אין בכוונתי לדון בשאלה איזה חופש ביטוי עומד לעובד ציבור אינדיבידואלי המבקש להתבטא בניגוד לעמדת משרדו או בניגוד

1 ראו, למשל, Gary Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative State*, 107 HARV. L. REV. 1231 (1994); PHILIP HAMBURGER, IS ADMINISTRATIVE LAW UNLAWFUL? (2014); Martin S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch*, 105 YALE L. J. 1725 (1996); Abner S. Greene, *Checks and Balances in an Era of Presidential Lawmaking*, 61 U. CHI. L. REV. 123 (1994).

2 ראו, באופן כללי, מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (2002).
3 החריג לכך הוא שהכנסת רשאית להיות מיוצגת באמצעות היועץ המשפטי לכנסת. ראו סעיף 17 לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994. בהליכים שבהם רשויות מקומיות הן צד, הרשות המקומית מתייצבת.

4 לעומת זאת, קשיים משפטיים מתעוררים כשרשות אחת סבורה שאין היא חייבת לקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה במסגרת עבודתה השוטפת. סוגיה זו קשורה בעקיפין למאמר זה ומעט נכתב עליה בספרות. לדיון ראו איתן לבונטין ורות גביוון, "עמדתו 'המחייבת' "

לעמדת המדינה בשאלה מסוימת.⁵ לבסוף, במאמר זה אתיחס רק לגופים המהווים חלק מהמדינה באופן פורמלי. לפיכך, אין כוונתי להתייחס לסכסוכים בין רשויות מקומיות לבין המדינה. רשויות מקומיות הן אמנם חלק מהמנגנון השלטוני, אך על פי פקודת העיריות הן אישיות משפטית נפרדת ועל כן הן יכולות לתבוע את המדינה ולהיתבע על ידה; גם אין מניעה שהן ידברו בקול שונה מהמדינה. הטעם לכך הוא שהאינטרסים שעליהם הרשות המקומית מופקדת אינם זהים לאלה של המדינה, ואין ציפייה שתהיה התאמה בין שתי היחידות. הרשות המקומית, להבדיל מהמדינה, מייצגת קבוצת אנשים מוגדרת בשטח מסוים שהוא רק חלק משטח המדינה. אף שהרשות המקומית שואבת את סמכותה מכוחה הריבונני של המדינה, היא איננה "שלוחה מקומית" של השלטון המרכזי ויש טעמים טובים לפיצול האדמיניסטרטיבי.⁶

המאמר מתמקד בסוגיה צרה יותר – ריבוי קולות מטעם המדינה בהליכים משפטיים.⁷ האם גופים שונים בתוך הרשות המבצעת רשאים להציג עמדות שונות ומנוגדות בפני בית המשפט הדן בסכסוך, או שמא על המדינה לדבר בקול אחד? האם במסגרת הליכים משפטיים שהמדינה צד להם רשאי גוף של הרשות המבצעת לטעון נגד העמדה של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפרקליטות, המייצגים את המדינה בהליכים המשפטיים? טלו, לדוגמה, מקרה שהתעורר לאחרונה בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב. תובעת בשם אילנה ברימה תבעה פנסיית נכות מ"מבטחים". לטענתה, הנוסחה לחישוב פנסיה לאשה הייתה מפלה בהשוואה לנוסחה לחישוב פנסיה לגבר, שכן נוסחת החישוב לגבר התבססה על גיל פרישה של 65 שנה ונוסחת החישוב לאשה התבססה על גיל פרישה של 60 שנה.⁸ ברימה ביקשה להכיר בתביעתה כתובענה ייצוגית, ולשם כך תבעה את "מבטחים", ולאחר מכן צירפה כמשיב נוסף את הממונה על שוק ההון, הביטוח והחיסכון שבמשרד האוצר.

-
- 5 של היועץ המשפטי לממשלה "ספר שמגר 221 (2003); רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27 (תשנ"ז).
- 6 לשאלה זו ראו עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227 (1986). דפנה ברק "חופש הביטוי של עובדי-ציבור" עיוני משפט טז 369 (1991).
- 7 טעמים אלה מבוססים, בין השאר, גם על שיקולים דמוקרטיים. לפיתוח טענה זו ראו ישי בלנק "מקומו של ה"מקומי": משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד (תשס"ד).
- 8 יש לציין כי הטענות במאמר יכול לחול על הליכים שאינם משפטיים. אם תתקבל טענתי בדבר היתרונות שבחשיפת עמדות חולקות מתוך הרשות המבצעת, אפשר ליישמה בכל מחלוקת בתוך הרשות המבצעת ולהרחיבה, למשל, גם לפרסום דוחות שלא במסגרת הליכים משפטיים. עם זאת, מסיבות שיפורטו בהמשך, לחשיפת מחלוקת בתוך הרשות המבצעת יש גם עלויות, ומכאן שיש מקום למנגנון ביקורת בדמות בית המשפט, שיחליט מתי תינתן לרשות חולקת אפשרות להציג את עמדתה. מנגנון ביקורת כזה אינו קיים מחוץ להליכים משפטיים ולכן ראוי לשקול הרחבה של העמדה המובאת במאמר על כל קשת המקרים שיש בהם מחלוקת בתוך הרשות המבצעת.
- 8 קג (ת"א) 9835/09 אילנה ברימה נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד) (פורסם כנבו, 5.6.2015).

מכיוון שמדובר בסוגיה של שוויון בגיל פרישה, הורה בית הדין לעבודה על התייצבותה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה.

למרות הוראתו של בית הדין האזורי, שאושרה בערעור על ההחלטה לבית הדין הארצי,⁹ לא אפשר היועץ המשפטי לממשלה לנציבות להגיש את עמדתה. בהודעה מטעם המדינה נמסר כי לאחר דיונים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, המדינה מסרבת לקבל את עמדתה של נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, והיא מעדיפה את עמדתו של הממונה על שוק ההון במשרד האוצר; עוד נאמר בהודעת המדינה כי מאחר ש"המדינה מדברת בקול אחד", ומכיוון שהיא מתייצבת הן בשם הממונה על שוק ההון והן בשם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, אין מקום להגיש את עמדת הנציבות, הסותרת כאמור את העמדה שבה תמך הממונה והיועץ המשפטי לממשלה. למרות עמדה זו הורה בית הדין על שמיעת עמדתה של הנציבות. לדעתו של בית הדין, היחס בין הנציבות למדינה הוא מורכב, אולם משעה שביקש את עמדת הנציבות – אין מניעה שעמדה זו תינתן, בשים לב לכך שאין היא מייצגת את דעת המדינה. בית הדין התחמק אפוא מדיון בשאלה העקרונית שכן סבר שהצדדים "הרחיקו לכת" בטעוניהם העקרוניים.¹⁰

מאמר זה מבקש לפתח דיון בשאלה הכללית והעקרונית שלא הוכרעה בפסיקתו של בית הדין האזורי. טענתי היא שבנסיבות מסוימות שיקולים מתחום חופש הביטוי, לצד שיקולים מתחום הדמוקרטיה הדליברטיבית, מצדיקים מתן מעמד לגוף שלטוני המבקש להציג בפני בית משפט דעה שונה מזו שה"מדינה" מציגה. הטענה שהמדינה "מדברת בקול אחד" – טענה שמקורותיה ההיסטוריים נטועים במשנתו של תומס הובס – איננה מתאימה למדינה הרגולטורית המודרנית. היא מונעת זרימה של מידע חשוב מתוך הרשות המבצעת אל הרשות השופטת ואל הציבור כולו והיא פוגעת בשקיפות ההליך המנהלי. מנגד, מתן מעמד לרשות חולקת צפוי להעשיר את המידע שיש בידי בית המשפט, לאפשר פיקוח נוסף על ההליך המנהלי ולטייב את מבחני הסבירות והמידתיות. נוסף על כך, מתן אפשרות ביטוי לגוף שלטוני המציג עמדה סותרת מזו של ה"מדינה" עשוי לתמרץ את המנגנון השלטוני, אקס אנטה, לקיים דיון פנימי מקיף ומלא ולהגיע לנקודת שיווי משקל טובה יותר. טענות אלה ואחרות מצדיקות דחייה של עמדת המדינה, שתכונה להלן "העמדה המסורתית".

חלקו הראשון של המאמר יציג את העמדה המסורתית, שלפיה בהליכים משפטיים על המדינה לרבר בקול אחד.¹¹ עמדה זו, שהוצגה בדיון בעניינה של אילנה ברימה, אומצה גם בהחלטה לא מנומקת של בית המשפט העליון בעניין אדם טבע ודין.¹² חלקו השני של המאמר יוקדש לתקיפה של עמדה זו. אטען כי גישתה של "המדינה", שלפיה רק קול אחד יכול להישמע בהליכים משפטיים שהיא צד להם, מבלבלת בין מסר

9 בר"ע (ארצי) 38261-09-12 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים נ' אילנה ברימה (פורסם בנבו, 20.9.2012).

10 קג (ת"א) 9835/09 אילנה ברימה נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (בניהול מיוחד) (החלטה מיום 18.7.2013), פסקה 11 להחלטה.

11 שאלה נפרדת היא מיהו הגורם שראוי כי ישמיע את עמדת המדינה. ראו להלן ה"ש 45.

12 בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 4.7.2012).

עקבי לבין פעולה עקבית: בעוד שהטעמים לפעולה עקבית עשויים להצדיק פעולה "בקול אחד", הטעמים למסרים עקביים חלשים בהרבה.

בחלקו השלישי של המאמר אבחן את היתרונות הגלומים במתן אפשרות לגופים בתוך הרשות המבצעת להציג עמדה שונה מזו של "המדינה" בהליכים משפטיים. אעמוד על אופייה הפרגמנטרי של המדינה המודרנית ועל החשיבות של פלורליזם רעיוני בתוך מסגרת ארגונית מורכבת. כן אדון בקשיים הנובעים מריבוי דעות בהליך המשפטי, אולם אטען כי קשיים אלה אינם צריכים להוות מכשול מפני הצגת דעות שונות בהליך המשפטי. לבסוף אציע בקצרה כמה קריטריונים שבתי המשפט יכולים לאמץ, שיש בהם כדי לפתור במידה רבה את הקשיים התאורטיים שבריבוי קולות מדינתיים בהליכים משפטיים.

א. העמדה המסורתית: המדינה כמדברת בקול אחד

כדי להבין את העמדה המסורתית יש לשאול מהי "המדינה": האם המדינה היא גוף אחד או שמא גופים רבים המרכיבים יחד את הגוף הגדול המכונה "המדינה". שאלה זו כמעט לא נדונה במשפט הפנימי, המסדיר את היחסים בין הפרטים, בין הפרט לשלטון ובין הזרועות השלטוניות. הפרטים יודעים מיהו השלטון, וכאשר מתעוררים סכסוכים בין גופים שלטוניים בתוך הרשות המבצעת – סכסוכים אלה מוכרעים בתוך המנגנון המדינתי ביצועי ולא באמצעות בתי משפט.¹³ בשונה מהמשפט הפנימי, השאלה "מהי המדינה" זכתה להתייחסות מקיפה למדי בתאוריה הפוליטית ובמשפט הבינלאומי, שבהם המדינה היא השחקנית המרכזית, ולא האזרחים.

העמדה שלפיה המדינה היא "אחת" מזוהה יותר מכול עם תומס הובס.¹⁴ בחלק זה אני מבקש להתמקד בהובס משתי סיבות. ראשית, משום שלמיטב ידיעתי הוא היה ההוגה הראשון שניסח את החשיבות של דיבור בקול אחד כדרישה חדר־משמעית. שנית, משום שהוגים מאוחרים לו כמו לוק, מונטסקיה, בלקסטון והמילטון אימצו גם הם תפיסה דומה.¹⁵ אדגיש כי אף על פי שהובס היה הראשון לנסח את הדרישה בצורה ברורה, אינני טוען לקשר ישיר בין משנתו לבין התפיסה של קול אחד שאומצה במשפט הישראלי. טענתי היא שיש זיקה רעיונית שאפשר לשייך אותה לתפיסה ההובסיאנית, אך אינני מתיימר לסרטט קשר סיבתי בין התפיסות.

13 חיפוש ב"נבו" לא העלה אפילו פסק דין או החלטה אחת שבהם היו הצדדים היריבים גופים שונים בתוך הרשות המבצעת. המקרים הקרובים ביותר – והם רחוקים מאוד – היו בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993), ובג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993). בשני מקרים אלה נדונו סוגיות דומות – העברת שר וסגן שר מתפקידם בשל הגשת כתבי אישום נגדם. בשני המקרים סירב היועץ המשפטי לממשלה להגן על עמדתו של ראש הממשלה יצחק רבין, אך הסכים להעביר (בכתב) לבית המשפט את עמדת ראש הממשלה שסבר כי אין מקום לפיטורים. ראש הממשלה, וממילא גם דעתו, לא היו "מיוצגים" בדיון.

14 Quentin Skinner, *Hobbes and the Purely Artificial Person of the State*, 7 J. POL. PHIL. 1, 2 (1999).

15 ראו להלן, ה"ש 35.

לפי הובס, המדינה היא המחזיקה בריבונות. הובס, כמו הוגים מודרניים,¹⁶ חשב שהמדינה כמושג היא פיקציה ואילו המהות היא הריבון: "המדינה" היא שם מיוחד לאדם אחד המחזיק בכוח הריבוני על כל השאר.¹⁷ בפרק 16 של הלויתן הובס טוען במפורש כי המדינה יכולה להיות רק אדם אחד שהוא הריבון. פרשנות מקובלת למשפט זה היא שהאנשים הפועלים בשם המדינה למעשה פועלים בשם אדם אחד ומטעמו.¹⁸ בדומה, פעולה שעשה אדם אחר עבור הריבון מחייבת את הריבון, שכן מדובר בפעולה שרואים אותה כשלו. השאלה שהטרידה את הובס הייתה מתי יש לראות פעולה של אדם כפעולה שאפשר ליחסה לאחר, שהרי צריך להפריד בין פעולה זו לבין פעולה שהוא עושה עבור עצמו. החידוש של הובס היה שנדרש יסוד של הסמכה: אפשר ליחס לאדם פעולות של אדם אחר רק אם הוא הסמיך את אותו אחר לעשותן בשמו.¹⁹

אפשרות אחת לראות את היחסים בין אדם לנציגו היא במישור האישי. כאלה הם, למשל, דיני השליחות; אולם עבור הובס הקונסטרוקציה של פעולה בשם אחר נועדה להצדיק את היווצרות המדינה. במצב הטבע, לפני כינונה של המדינה, היו רק פרטים. אותם פרטים אינם גוף אחד והם גם אינם יכולים לפעול כגוף אחד, ומכאן גם שם: multitude. ההמון נהפך לאחד רק כשהפרטים מיוצגים על ידי אדם אחד, דבר המתרחש במעבר ממצב הטבע למצב המדיני.²⁰ לפי הובס, אין מצב של אחדות מחוץ למסגרת המדינית: יש אחדות רק כשממונה נציג (או קבוצה של נציגים), והיא לא ניתנת להמשגה כשיש המון.²¹ רק במסגרת המדינית אפשר לפעול על ידי אדם אחד, בעל רצון אחד ובעל קול אחד:

The only way to erect such a Common Power [...] is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their Wills, by plurality of voices, unto one Will: which is as much as to say, to appoint one man, or Assembly of men, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himselfe to be Author of whatsoever he that so beareth their Person [...] This is more than Consent, or Concord; it is a reall Unitie of them all, in one and the same Person, made by Covenant of every man with every man, in such manner, as if every man should say to every man, "I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorise all his Actions in like manner." This done, the Multitude

Eric A. Posner, *International Law and the Disaggregated State*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 16 (2005), 797, 799.

17 Skinner, לעיל ה"ש 14, בעמ' 2.

18 שם, בעמ' 3-4.

19 ראו תומס הובס לויטן פרק 16 (2009). יש גם קשר לשוני: המלה authorization מקורה במילה author. המסמיך הוא המחבר, ה-author של הפעולה.

20 שם, פרק 16.

21 Skinner, לעיל ה"ש 14, בעמ' 19.

so united in one Person [...] And he that carryeth this Person, as called SOVERAIGNE [...]²²

כינונה של מדינה מחייב מעבר ממצב של ריבוי קולות לקול אחד, הוא הריבון. כאשר הריבון פועל, המדינה פועלת; אבל הריבון איננו פועל בשם עצמו שכן, כאמור, הוא הנציג. למעשה, פעולותיו הן הפעולות של אלה שהסמיכו אותו – ההמון. לכן המחוקק הוא תמיד הריבון, אבל הריבון הוא תמיד הנציג של המדינה, המורכבת מאזרחים שהסמיכו את הריבון לפעול בשמם.²³

בתקופתו של הובס, בזמן מלחמת האזרחים באנגליה בשנת 1640, הרעיון של שליטה מכוח הסמכה שימש דווקא נשק מטעם אלה שביקשו לערער על סמכות המלך תוך העדפה של סמכות הפרלמנט, שנחשב כמבטא את רצון ההמון בצורה אותנטית יותר. הובס דחה טיעון זה. להשקפתו, אי-אפשר לחשוב על גוף אחד הקובע מראש הגבלות על הפעלת כוח ריבוני.²⁴ הובס לא היה פרלמנטר; הוא העדיף בבידור הפעלת כוח אבסולוטי על ידי ריבון אחד, המדבר בקול אחד.²⁵ הובס הוסיף וטען שניסיון לחלק את הכוח הפוליטי בין כמה אנשים נידון לכישלון, שכן הוא לא יביא לכינון של ממשלה או של מדינה עצמאית אלא רק ליצירת קבוצות עצמאיות ולא-סדר.²⁶ פועל יוצא של תפיסתו של הובס הוא לא רק שהדיבור האחד של הריבון נובע מהסמכה של ההמון, אלא גם שההמון מחויב לציית לריבון. מטעם זה אי-אפשר לדבר על אקט של הריבון הפוגע באדם, שכן למעשה האדם הוא שפוגע בעצמו ואילו הריבון רק מתפקד כנציג. אמנם יש חשש שהריבון שיקבל לידיו את כל סמכויות המדינה יפעל בעריצות, אולם החשש של הובס מאנרכיה היה חזק יותר.²⁷ למרות השפעתו של הובס על המחשבה הפוליטית, עמדתו באשר לריבון אחד בעל קול אחד לא שרדה זמן רב. למעשה, כבר בסוף המאה השבע-עשרה התחלקה הסמכות הפוליטית בבריטניה בין המלך לפרלמנט. בסוף המאה השמונה-עשרה הוקמה בארצות-הברית רפובליקה פדרלית שחילקה סמכויות בין המדינות למשטר הפדרלי, שבעצמו התבסס על הפרדת רשויות שעוגנה בחוקה.²⁸ באופן אירוני, דווקא חששו של הובס מפני קבוצות (factions) הוא שהניע את ג'יימס מדיסון לתכנן משטר חוקתי שמנטרל את כוחן באמצעות הפרדת רשויות אנכית ואופקית.²⁹ נראה אפוא כי העיקרון המארגן של הדמוקרטיה המערבית, שבאמצעותו היא מצליחה להשליט הן סדר והן צדק, נשען דווקא על פיצול הריבונות בין כמה רשויות תוך

22 תומס הובס לוינתן פרק 17, זמין באתר www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm

23 Skinner, לעיל ה"ש 14, בעמ' 21.

24 שם, בעמ' 25.

25 מובן שהריבון מדבר באמצעות גופים שונים (מחוקק, בתי משפט וכיוצא באלה), אולם בסופו של דבר כל דיבור שייך לריבון שהסמיך את האורגנים האחרים לפעול.

26 הובס, לעיל ה"ש 19, בפרק 29.

27 Stephen D. Krasner, *Sovereignty*, FOREIGN POLICY 20, 21 (February, 2011); Mark V. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, 83 MICH. L. REV. 1502, 1504 (1985).

28 STEPHEN D. KRASNER, SOVEREIGNTY: ORGANIZED HYPOCRISY 11 (1999); ALISON LACROIX, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF AMERICAN FEDERALISM (2010).

29 The Federalist No. 51 (James Madison)

יצירת מערכת מורכבת של איזונים ובלמים. מבנה משטר זה יוצא נגד התפיסה ההובסאינית ההיררכית של שליט אחד בעל קול אחד. אכן, בארצות-הברית בעלת המשטר הפדרלי, המטרה ממילא לא הייתה התמזגות של המדינה לכדי ישות אחת אלא שבירת הריבונות כפי שהייתה בזמן השלטון הבריטי, ויצירת מודל שבו תהיה הן הפרדה והן חפיפה בין המדינות לשלטון הפדרלי המרכזי. אולם, גם משטרים לא פדרליים כמו ישראל אינם מאורגנים על בסיס מודל של ריבונות אוניטרית. הסיבות לכך מוכרות: מדינת הרווחה המודרנית עוסקת בתחומים רבים המצריכים מומחיות, וכפועל יוצא מכך גם פיצול סמכויות. הרשות המחוקקת ונבחרת הציבור אינם מסוגלים להגשים את רצון הבוחר בלי להסתמך על גורמים נוספים כגון מערך מנהלי מורכב. בצד זאת, ערכים דמוקרטיים ותפיסות מודרניות של זכויות אדם מחייבים גם מגגנוני בקרה וביקורת כמו, למשל, בתי משפט. במילים אחרות, המסקנה שאליה הגיעו מדינות דמוקרטיות היא שאי-אפשר לקיים מדינה מתקדמת ומוצלחת בלי לערער על תפיסת הריבונות האחידה ועל תפיסת הקול האחד. ולא זו אף זו: כל ניסיון ליישם כיום תפיסה גורפת של קול אחד נידון לכישלון בשל הריבוי הקיים במגגנונים מדינתיים.

למרות זאת, ובאופן מפתיע, תפיסת הקול האחד נותרה אידאל שיש לשאוף אליו, לפחות בתחומים מסוימים. כך, למשל, בתחום יחסי החוץ הגביל בית המשפט העליון של ארצות-הברית את יכולתם של אורגנים תת-פדרליים לחוקק מדיניות שסותרת את מדיניות-החוץ של הממשל הפדרלי. בפסק הדין בעניין *Crosby*³⁰ פסל בית המשפט העליון את החוק של מדינת מסצ'וסטס, שאסר על רשויות מנהליות של המדינה לקנות מוצרים ושירותים מחברות שמתקשרות עם בורמה בשל הפרת זכויות האדם שם. בית המשפט קבע כי החוק המדינתי חתר תחת החוק הפדרלי שהסדיר את הסנקציות מול בורמה, ובכך הפריע לנשיא לקדם את המדיניות הפדרלית בעניין. פסק דין *Crosby* קבע את העיקרון שבענייני חוץ המדינה מדברת בקול אחד,³¹ משום שריבוי קולות יפריע לממשל לממש את מטרותיו ואף עשוי להביך את המדינה אל מול מדינות אחרות כבואה לקיים מדיניות-חוץ קוהרנטית.³²

החשש מפני ריבוי קולות אינו ייחודי להסדרת היחסים בין המדינות לממשל הפדרלי והוא בא לידי ביטוי גם ביחסים שבין הרשות השופטת לרשויות האחרות. כך, בפסק הדין

30 Crosby v. National Foreign Trade Council, 530 U.S. 363 (2000)

31 העיקרון של דיבור בקול אחד חל לא רק בתחום יחסי החוץ. הסדרה חשובה של היחסים בין הממשל הפדרלי למדינות נעשית על ידי דוקטרינת preemption, המונעת מצב של סתירה או התנגשות בין חקיקה פדרלית לחקיקה מדינתית. הרציונל לדוקטרינה הוא העדפת הסמכות הפדרלית ומניעת דיסהרמוניה הנוצרת בין דברי חקיקה סותרים. להרחבה ראו, Caleb Nelson, *Preemption*, 86 Va. L. Rev. 225 (2000); Viet D. Dinh, *Reassessing the Law of Preemption*, 88 Geo. L. J. 2085 (2000). Sarah H. Cleveland, *Crosby and the "One Voice" Myth in U.S. Foreign Relations*, 46 Vill. L. Rev. 975 (2001).

32 קריאה אחרת של פסק הדין עשויה לטעון כי דוקטרינת הקול האחד שאימץ בית המשפט באה להתגבר על הבעיה שנוצרה בעקבות פיצול הריבונות. קריאה זו מכירה בכך שהריבונות כבר אינה אחידה הלכה למעשה, והיא מבקשת לשנות מציאות נורמטיבית זו באמצעות הכלל של קול אחד. בהמשך אטען כי דוקטרינת הקול האחד אינה רצויה וממילא אינה ישימה. בהקשר זה ראו, למשל, Cleveland, לעיל ה"ש 31.

Baker v. Carr,³³ שקבע את אמות־המידה לשפיטות ולהתערבות של בתי המשפט בסוגיות שנתפסות כ"פוליטיות", ציין בית המשפט העליון האמריקני כי במקרים שיש בהם פוטנציאל למסרים שונים של רשויות שונות באותה שאלה, ייטה בית המשפט שלא להתערב כדי למנוע מהשלטון מבוכה וכדי שהמדיניות תגובש בדרך של הסכמה פוליטית. החשש של בית המשפט היה שאם יכיר בסוגיה כשפיטה, תיווצר אפשרות להבכת השלטון באופן שימנע ממנו לדבר בקול אחד, דבר שיקשה על ניהול מדיניות־חוץ.³⁴

הטיעון כי המדינה מדברת בקול אחד אינו מוגבל רק לתאוריה הפוליטית של הובס או לבית המשפט העליון של ארצות־הברית.³⁵ תפיסת הקול האחד אומצה גם בישראל. כך, למשל, סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958 קובע כי "בכל הליך שהמדינה צד לו, תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו".³⁶ גם התפיסה המשפטית שלפיה רשות ממשלתית צריכה לפעול בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה אינה נתונה במחלוקת של ממש.³⁷

עם זאת, בפועל, קולה של המדינה מפוצל במסגרת העשייה השלטונית הרגילה. מחלוקות בין רשויות מנהליות אינן נדירות, אך בדרך כלל הן לא נחשפות.³⁸ במקרים המעטים שבהם

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) 33

Daniel Abebe, *One Voice or Many? The Political Question Doctrine and Acoustic Dissonance in Foreign Affairs*, Sup. Ct. Rev. 233, 234 (2012). כפי שציין Abebe, אין זה אומר שבתי המשפט אכן ישתמשו בדוקטרינת השאלה הפוליטית בכל מצב של מסרים סותרים מרשויות שונות, אך הדבר נובע, בין היתר, ממחלוקת בדבר הפרשנות הראויה של מבחני השפיטות בפסק דין בייקר.

עמדתו של הובס באשר לאחידותו של הריבון ואי־פיצול קולו אומצה גם על ידי הוגים מאוחרים כמו לוק, מונטסקיור, המילטון ובלקסטון. ראו Christopher R. Berry & Jacob E. Gersen, *The Unbundled Executive*, 75 U. Chi. L. Rev. 1385, 1385-1386, n. 2-6 (2008)

ראוי לציין שני סייגים לתחולתו של סעיף 4. ראשית, מבחינה מילולית סעיף 4 לא חל על ליטיגציה ציבורית אלא רק על הליכים אזרחיים. שנית, סעיף 10 לאותו חוק קובע כי הוא אינו חל בהליכים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. מכל מקום, הטיעון שלי היה תקף גם אילו חל החוק על כל ההליכים המשפטיים שהמדינה צד להם, אלא שאז לשיטתי היה צורך לתקן את החוק כך שיאפשר ייצוג של רשות חולקת. אשר לדיון בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, כל שתקנה 7(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984 קובעת הוא כי "משיב אדם שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי לייצגו לפני בית המשפט לפי כל דין – יוזמן היועץ המשפטי לממשלה לדיון בעתירה". אין מניעה להזמין אדם אחר נוסף על היועץ המשפטי לממשלה.

בג"ץ אמיתי, לעיל ה"ש 13; יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון" עיוני משפט 3(א) 411, 418 (1986). כמובן, ייתכן שבפועל יש מחלוקות ואף מקרים של אי־ציות להוראות היועץ. כוונתי שהיא שמבחינת ההלכה המשפטית אין מחלוקת שכל הרשויות חייבות לפעול בהתאם להנחיותיו.

Neomi Rao, *Public Choice and International Law Compliance: The Executive Branch Is a "They" Not an "It"*, 96 Minn. L. Rev. 194, 197 (2011). כדי שייחשפו מחלוקות נדרש שפקידים מתוך הרשות המבצעת יחשפו פרטים, במסמכים רשמיים או בהדלפות לעיתונות. הקושי הוא שדיונים פנימיים טרם גיבושה של מדיניות בדרך כלל אינם נגישים לציבור, וגם כמות

הגיעו לבתי המשפט מחלוקות פנימיות, או חשש למחלוקות פנימיות, התייצבו בתי המשפט מאחורי העמדה המסורתית. כך, בפרשת אילנה ברימה שהוזכרה לעיל אמנם הורה בית הדין האזורי לעבודה לנציבות שוויון הזדמנויות להגיש את עמדתה, אך המעיט בחשיבות הוראתו בכך שקבע כי אין ככוונתו לרדוף בשאלה העקרונית וכי הנציבות כפופה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה כאורגן של המדינה.³⁹ עמדה מוחלטת יותר ביטא השופט רובינשטיין בהחלטה במסגרת בג"ץ אדם טבע ודין.⁴⁰ בעתירה זו ביקשה העותרת להוסיף את משרד החקלאות כמשיב בעתירתה נגד משרד התשתיות. לטענתה, משרד החקלאות פרסם חוות דעת בנושא העתירה (פרויקט להפקת דלקים מפצלי שמן) והאינטרסים שעליהם משרד החקלאות אמון עלולים להיפגע בעקבות אותו פרויקט.

בקשת אדם טבע ודין לצרף את משרד החקלאות נדחתה מהטעם שהמדינה מדברת בקול אחד, ומכאן שאין מקום להביא קולות מתוך המדינה הסותרים את עמדת המדינה שהוצגה לבג"ץ. בהחלטתו ביטא בית המשפט העליון עמדה חד-משמעית לטובת העיקרון ההובסיאני השולל את פיצול הריבונות:

לטעמי אין הברל של ממש בנידון דין אם משרד החקלאות מופיע אחר כבוד כמשיב ואם לאו [...] כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה. כשמובאת עמדה לפני בית משפט זה עליה להיות עמדה המייצגת מדיניות ממשלתית אחת, ולא חלילה של לטיפונדיות ואחוזות פיאודליות כאלה ואחרות – מדינה אחת, מדיניות אחת.

תפקידם של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הפועלות בכפיפות לו בהקשר המשפטי הוא האינטגרציה, כך שבית המשפט לא ישמע מגנינות 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 [...] יתר על כן, גם במקרים שבהם בחרו עותרים לרשום כמשיבים משרדי ממשלה מסוימים [...] יש לראות בכלל ובמהות את כל הממשלה כמשיבה, ועל הפרקליטות לזהות אם ישנם חילוקי דעות בנושא שלפניה ויש להם רלבנטיות לעתירה (להבריל מניגוח מפלגתי או אישי כזה או

ההדלפות מוגבלת. לעתים מחלוקות פנימיות נחשפות במסגרת הליכים משפטיים, כשהיועץ המשפטי לממשלה מסביר כי היה עליו ליישב בין מחלוקות פנים-משרדיות. ראו, למשל, את עמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בתצ 11-01-33583 כהן נ' רכבת ישראל, שם נדרש המשנה ליועץ להכריע במחלוקת בין המשרד להגנת הסביבה, משרד התחבורה ורכבת ישראל. 39 "על פי הדין, יש לראות את חוות דעתו של היועץ" כחוות דעת המדריכה את הרשויות השייכות לזרוע המבצעת. מעמדה של הנציבות נגזר מהחלטה קודמת של היועץ" בנוגע לנציבות שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, לפיה היא יחידה פנים ממשלתית ולא תאגיד בעל אישיות משפטית נפרדת. על כן היא כפופה להנחית היועץ"ש, כאורגן של המדינה". פסקה 9 להחלטת בית הדין האזורי בעניין ברימה, לעיל ה"ש 10.

40 עניין אדם טבע ודין, לעיל ה"ש 12.

אחר) – ובמקרה כזה לערוך את האינטגרציה [...] נחזור ונשנן: מדינה אחת, ממשלה אחת, יועץ משפטי אחד ופרקליטות אחת.⁴¹

בפסק דין מאוחר יותר הוסיף וקבע שוב השופט רובינשטיין, על דעת חברי ההרכב:

אין מוטלת על המדינה חובה לפרט בחוות דעתה את העמדות השונות שהציגו גורמי המדינה השונים, במסגרת גיבוש עמדתה. אדרבה: המדינה, על שלל גופיה, אחת היא, ועליה להציג בפני בית המשפט עמדה אחת.⁴²

חששו של השופט רובינשטיין מדיסהרמוניה, מצרימה ומ"שטיבלך" אינו נימוק ברור כשלעצמו. בית המשפט נדרש להכריע פעמים רבות בתיקים מורכבים, רבי צדדים ואינטרסים. השופט רובינשטיין צודק כי מדינת ישראל היא "מדינה אחת", אולם מכאן לא נובע כי מדינה אחת אינה מורכבת מגורמים רבים, שיש להם מומחיות, תפקידים, נקודות מבט ותמריצים שונים, והם עשויים לחלוק זה על זה.⁴³ ודוק: העותרת לא ביקשה שהפרקליטות (האחת) תייצג דווקא את עמדתו של משרד החקלאות, אלא ביקשה כי עמדתו של משרד החקלאות תובא בפני בית המשפט. ראיית המדינה כ"מדינה אחת" משקפת אפוא תפיסה שלפיה מדינה אחת שקולה לקול אחד. סטייה מקול זה תיצור דיסוננס אקוסטי שבית המשפט לא יכול להשלים אתו.⁴⁴

בחלקים הבאים אטען כי העמדה המסורתית שאימץ בית המשפט העליון, ושבה מחזיק גם היועץ המשפטי לממשלה, אינה רצויה כעמדה גורפת.⁴⁵ בנסיבות מסוימות, שעליהן אעמוד להלן, יש להתיר לגופים מתוך הרשות המבצעת להביא את עמדתם בפני בית

41 שם, פסקה ז' להחלטתו של השופט רובינשטיין.

42 ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל פסקה ל"ז (פורסם בנבו, 17.8.2014).

43 Rao, לעיל ה"ש 38, בעמ' 211.

44 על דיסוננס אקוסטי ראו Abebe, לעיל ה"ש 34.

45 הנסיבות ההיסטוריות שהביאו לאימוץ של תפיסת הקול האחד הן מורכבות, חורגות ממאמר זה, ולמעשה קשורות לעניין אחר: האם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את כל הגופים ברשות המבצעת. לסקירה ראו איתן לבונטין **ייצוג המדינה בבית המשפט** (חיבור לקבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2009); לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 4; איתן לבונטין "אמת מדומה ואמת כהווייתה: יובל לדו"ח ועדת אגרנט" **ספר לבונטין** (יהושע ויסמן, ברק מדינה, סיליה וסרשטיין פסברג עורכים, 2013). בקצרה: ועדת אגרנט, שהייתה הראשונה להתוות את סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, סברה שחוות דעתו של היועץ המשפטי משקפת את הדין הקיים וראוי שתדריך את הממשלה, אבל הממשלה רשאית גם לסטות ממנה. ועדת שמגר (שתידון בהמשך) המשיכה את הקו של ועדת אגרנט וסברה שיכולים להיות מקרים שבהם בצד הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה תוכל רשות אחרת לייצג דעה חולקת, אולם עמדה זו מעולם לא יושמה במשרד המשפטים. ברבות השנים "שובש" דוח אגרנט בתודעה המשפטית והציבורית הקולקטיבית והחלף בתפיסה הנוכחית, שלפיה דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת בתוך הרשות המבצעת ומול בית המשפט (ראו, למשל, בג"ץ 4247/97 סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998)). פועל יוצא מכך היא תפיסת הקול האחד שביטא השופט רובינשטיין בפרשת אדם טבע ודין.

המשפט אף אם לא נתקבלה עמדה זו על ידי היועץ המשפטי לממשלה המייצג את המדינה בהליכים משפטיים.

ג. מסרים עקביים ופעולות עקביות

בחלק א' טענתי כי העדפת העמדה המסורתית נובעת לא רק מדרישה פונקציונלית, אלא גם מדרישה סמלית-מושגית שמנסה לומר משהו אידילי על אודות המדינה. בתאוריית המדינה של בית המשפט העליון, ראוי לה למדינה שתדבר בקול אחד ולכן ראוי לחייב אותה להציג עמדה אחת בהליכים המשפטיים. עם זאת, הקושי של בית המשפט הוא גם מושגי. בית המשפט קובע כעניין אקסיומטי שהמדינה היא אחת, בבחינת הנחת המבוקש, ואם המדינה היא אחת – כיצד היא יכולה להביע עמדות שונות?

הבעיה היא שהדרישה לדיבור בקול אחד עיוורת למציאות שבה המדינה מדברת בקולות רבים ואף נוגדים.⁴⁶ כך, גישתו של בית המשפט העליון מתעלמת משלושה מובנים של "קול". לפי המובן הראשון, כל אחת משלוש הרשויות (מחוקקת, מבצעת ושופטת) היא ה"מדינה", אך פעמים רבות כל אחת מהן מדברת, לגבי אותו עניין, בקול שונה. להלן שלוש דוגמאות בולטות: היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן, סירב לאכוף את עברת משכב זכר למורת רוחן של הכנסת והממשלה;⁴⁷ בסערה הציבורית בעקבות הקמת ההתנחלות אלון מורה הציגו הרמטכ"ל ושר הביטחון בפני בית המשפט עמדות שונות ובית המשפט נאלץ להכריע ביניהן;⁴⁸ לאחרונה, בארצות-הברית, סירב הנשיא אובמה להגן בבתי משפט על החוק הפדרלי DOMA, ששלל הטבות פדרליות מבני זוג שהתחתנו בנישואים חד-מיניים באחת המדינות שהכירו בכך.⁴⁹ אכן, בארצות-הברית פותחה מאז המאה השמונה-עשרה, תפיסה חוקתית דיפרטמנטליסטית (departmentalism), שלפיה כל רשות מוסמכת לפרש את החוק בתחומי סמכותה אפילו אם הדבר מוביל לקונפליקט בין רשויות.⁵⁰ אמנם הרשות חייבת לציית לפסק דינו של בית המשפט במקרה קונקרטי, אך אין היא חייבת לעשות כן במקרה אחר אפילו אם הוא דומה או זהה.⁵¹ גישה זו הוחלפה לבסוף בגישה הנוהגת כיום, הקובעת שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק ופרשנותו מחייבת את יתר הרשויות. עם זאת, התפיסה החוקתית המקורית בארצות-הברית הכירה בכך שעמדתן של רשויות הממשל יכול

46 בכתובה הפוסט-סטרוקטורליסטית, למשל, מקובל לראות את המדינה כישות פוליטית, המפעילה את כוחה בצורה לא אחידה או אחורה. ראו Jeffrey W. Rubin, *The State as Subject*, 15 POL. POWER & SOC. THEORY 107 (2002).

47 יצחק זמיר "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות" משפט וממשל ז 623, 624-625 (תשס"ה).

48 ראו להלן, חלק ג.3.

49 Dawn E. Johnsen, *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013). באופן כללי ראו גם Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027 (2004).

50 ראו, למשל, Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CAL. L. REV. 1027 (2004).

51 Edwin Meese III, *The Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979 (1986).

שיהיו שונות זו מזו, ושיש יתרון דמוקרטי בריבוי קולות שעשוי לבלום פעולות חשודות מבחינה חוקתית.⁵² החשש מאנרכיה פרשנית נסוג אפוא נוכח יתרונות אלה.⁵³ המובן השני שבו המדינה מדברת בכמה קולות נוגע לפלורליזם בתוך הרשות המבצעת עצמה, המדברת בקולות רבים כעניין שבשגרה. החלטותיה של הרשות המבצעת מתקבלות על ידי עובדי ציבור שונים הפועלים ביחידות מנהליות שונות. כך, למשל, לגבי חוקיותה של פעולה צבאית, תיתכן מחלוקת בין הפרקליטות הצבאית (ובעיקר מחלקת הדין הבין-לאומי) לבין מחלקת הייעוץ וחקיקה שבמשרד המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה, מחלקת הבג"צים והמשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים).⁵⁴ בדומה, ייתכן שפרקליטות מחוז צפון אוהזת במדיניות מסוימת לגבי הגשת כתבי אישום בעברה פלונית ואילו פרקליטות מחוז דרום אוהזת במדיניות שונה לגבי אותה עברה. סיכויי ההעמדה לדין של אדם שיעבור את עברה פלונית יהיו שונים בכל אחד מהמחוזות; אדם שיבקש ויקבל סיוע ממשרד הרווחה בלשכה אחת אולי לא היה מקבל אותו בלשכה אחרת; מוסדות תכנון עשויים לתת היתר בנייה ולאחר מכן תטען פרקליטות המחוז שההיתר הוצא שלא כדין.⁵⁵ מצבים אלה אינם מוגבלים רק לעובדי ציבור שונים או לרשויות מנהליות שונות, ולפעמים הם מתקיימים גם באותו עובד ציבור או באותה רשות מנהלית, העשויים לתת יחס שונה לאנשים במקרים דומים.⁵⁶ יש סיבות רבות להבדלים בין רשויות: קשיי תיאום, הבדלים במשאבים, בסדרי עדיפויות, בזהות ובתרבות ארגונית, ברצון להיות מפקחים, בגחמות או במדיניות.⁵⁷ יש מקרים שבהם השונות מתוכננת במטרה ליצור פלורליזם ממוסד. כך, למשל, יש הטוענים כי הביזור המשפטי בארצות-הברית נובע מרצון מכוון ליצור פלורליזם משפטי.⁵⁸ בישראל,

Robert M. Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, 22 WM. & MARY. L. REV. 639 (1981); Robert C. Post and Reva B. Siegel, *Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act*, 112 YALE L. J. 1943, 2029 (2003); Ori Aronson, *Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts*, 43 MICH. J. L. REF. 971 (2010); Heather K. Gerken, *Second-Order Diversity*, 118 HARV. L. REV. 1099 (2005).

AKHIL REED AMAR, *AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY* 62 (2005) 53

יובל רוטמן "הפיקוח המשפטי-הפנימי בשעת לחימה" *שערי משפט* 293 ו 320-323 (תשע"ג). 54

John Yoo, *Administration of War*, 58 DUKE L.J. 2277, 2283-87 (2009) השוו

צפריר רינת "המדינה מבקשת לבטל היתר חריג להקמת יישוב חדש בנגב" *הארץ* – *חדשות* 55

www.haaretz.co.il/news/science/.premium-1.2272411, 18.3.2014

על כוחם ועבודתם של עובדי ציבור בדרגים זוטרים, ועל הקשר בין החלטותיהם למדיניות 56

שמבוצעת בשטח, ראו MICHAEL LIPSKY, *STREET LEVEL BUREAUCRACY: THE DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICES* (2010)

WILLIAM A. NISKANEN, JR., *BUREAUCRACY & REPRESENTATIVE GOVERNMENT* (1971); JAMES 57

Q. WILSON, *BUREAUCRACY: WHAT GOVERNMENT AGENCIES DO AND WHY THEY DO IT* 264-274 (2000);

Cover, *לעיל* ה"ש 52. 58

הצביע ישי בלנק על כך שמערכת השלטון המקומי מבוזרת ברמה גבוהה יותר ממה שמקובל להניח, ושרשויות רבות מפעילות מדיניות שאינה חופפת את זו של השלטון המרכזי.⁵⁹ בשל גודלה ומורכבותה של המדינה המנהלית יש חוסר יכולת אינהרנטי לפקח באופן אופטימלי על כל עובדי הציבור שמספקים את השירותים המדינתיים. כל אלה מביאים לריבוי קולות מתוך הרשות המבצעת.⁶⁰ בדרך כלל ריבוי קולות כזה, הנובע מהבדלי גישה ומדיניות, אינו מטריד אותנו. אנחנו מעוניינים שרשויות מנהליות יתמקצעו בתפקידיהן, יצברו מומחיות ויאירו את אותה סוגיה מכמה זוויות. כל עוד יש טעם ענייני להבדלים בעמדות, אלה נתפסים כבלתי־נמנעים ואף כרצויים. מצד שני, המשמעות של אותו ריבוי קולות היא שקבלת ההחלטות על ידי המדינה אינה תהליך קוהרנטי או אוניטרי; הוא מושפע, לפעמים באופן אקראי, מעמדתם של גופים ואנשים שונים ובעלי פרספקטיבות ואינטרסים שונים. המובן השלישי של ריבוי קולות במדינה מתמקד בעשייה המשפטית בבתי המשפט. כידוע, בית המשפט אינו אחד אלא מערכת מבוזרת ברמה אופקית וברמה אנכית, המורכבת משופטים אינדיבידואלים. ברמה האופקית, מערכת של בתי משפט ובתי דין כלליים, רבניים, שרעיים, של משפחה ושל עבודה יוצרים פסיקות שונות בתחומים דומים או משיקים; ברמה האנכית, ערכאות דיון וערכאות ערעור אף הן מדברות בקולות רבים; בתי משפט שלום ומחוזיים קובעים הלכות שונות בנושאים דומים או זהים, ורק לפעמים – בדרך כלל לאחר זמן רב – בית המשפט העליון קובע הלכה אחת ברורה. במקרים מסוימים בתי המשפט הנמוכים קובעים הלכות שסותרות במפורש או במשתמע הלכות של בית המשפט העליון שאינן מתאימות עוד עקב שינוי נסיבות.⁶¹ אף בית המשפט העליון מדבר בקולות שונים, בין שמדובר בדעות רוב ומיעוט, בהרכבים שונים, בפסקי דין שנהפכים בדיון נוסף או בשינוי הלכה. מובן שגם בתוך אותו בית משפט יש שופטים שמחזיקים בתפיסות שיפוטיות, פרשניות ומוסריות שונות. בדומה לריבוי הקולות ברשות המבצעת, יש מידה מסוימת ובלתי־נמנעת של אקראיות לגבי תוצאת ההליך המשפטי, בהתאם לשופט ולבית המשפט הדנים בתובענה.⁶² אם כן, יוצא שריבוי קולות בין רשויות ובתוכן מתרחש כעניין שבשגרה. הוא מובנה בהליך קבלת החלטות במדינה מנהלית מורכבת, המבוססת על הפרדת רשויות ועל פלורליזם אדמיניסטרטיבי, אנכי ואופקי. למעשה, המדינה המנהלית מעוצבת מראש כך שתכלול מנגנוני

59 בלנק, לעיל ה"ש 6.

60 על הקשיים בפיקוח בירוקרטי ראו William H. Simon, *Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System*, 92 YALE L. J. 1198 (1983)

61 ראו את הדיון בסעיפים 19–20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ברע"א 3749/12 ברע"נ נ' סטר (פורסם בנבו, 1.8.2013). פסק הדין בעניין ברע"נ הפך את ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד יג 834 (1969). חלק מפסק דינו של הנשיא גרוניס הוקדש לביקורת חריפה על בתי משפט נמוכים, שברבות השנים, בצד ביקורת על הלכת שמש, אף החליטו בניגוד לה.

62 ראו Jeremy Waldron, *Lucky in Your Judge*, 9 THEORETICAL INQ. L. 185 (2008) (וולדרון טוען שפערים בין שופטים מקנים להתדיינות בבית משפט ממד של מזל; אף כי הדבר מעורר בעיות של צפיות, שרירות וחוסר הוגנות, לא ברור איך אפשר לתקן). עם זאת, טעמים של עושר הלכתי ופלורליזם רעיוני יכולים לתמוך במצב דברים זה. ראו גם Ori Aronson, *Forum By Coin Flip: A Random Allocation Model for Jurisdictional Overlap*, 45 SETON HALL L. REV. 63 (2015).

איוון פנימיים שמטרתם לבלום ולבקר זה את זה.⁶³ קביעתו של בית המשפט העליון – שלפיה על המדינה, כשהיא מופיעה בפניו, לדבר בקול אחד – אינה מביאה בחשבון שהמדינה מדברת בקולות רבים. ככל הנראה קביעה זו נובעת מניסיונו של בית המשפט ליצור כלל של נוחות המבטא חשש מפני אנרכיה פרשנית, תוך העדפת היעילות הדיונית שבשמיעת מספר קטן של צדדים.⁶⁴

אם ריבוי קולות הוא מצב העניינים הרגיל, מה מצדיק את העדפת הקול האחד? שיקול אפשרי הוא כאמור יעילות והיררכיה.⁶⁵ המדינה המנהלית פועלת היטב כשפועלתה מכוונת מטרה. דיסהרמוניה בתוך הרשות המבצעת עלולה להקשות על השגת המטרה או לסרב לאור את התהליך.⁶⁶ אפשרות נוספת היא שרק הדרג העליון של ההיררכיה השלטונית (בתחום המשפטי – היועץ המשפטי לממשלה) רשאי לייצג את המדינה, מפני שרק הוא רואה את התמונה הגדולה, חשוף לכל המידע ומסוגל לאזן בין האינטרסים המתחרים ולקבוע מה האינטרס של המדינה. יחידה מנהלית בתוך הרשות המבצעת ודאי מבינה בתחום אחריותה, אבל אין ביכולתה לאזן בין כל האינטרסים המתחרים. למעשה, היא תעדיף את האינטרסים שלה על פני האינטרסים המערכתיים הכלליים שאליהם היא לא בהכרח חשופה, וממילא אינה מוכשרת להביע עמדה מושכלת לגביהם.⁶⁷ טיעון מסוג זה הוא טיעון אפיסטמי המעדיף

63 ראו, למשל, JACK GOLDSMITH, POWER AND CONSTRAINT: THE ACCOUNTABLE PRESIDENCY AFTER 9/11 (2012); Neal Kumar Katyal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 YALE L.J. 2314, 2344–45 (2006); Gillian E. Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 EMORY L. J. 423 (2009). בהקשר הישראלי ראו רויטמן, לעיל ה"ש 54.

64 עם זאת, אפשר לחשוב על הסבר אחר. בית המשפט מכיר בכך שיש הרבה קולות בתוך המדינה, אך הוא דורש שכשהעניין מגיע אליו – הדיון בתוך המדינה כבר יסתיים ויוצג לפניו קול אחד. בית המשפט, מתוקף תפקידו כרשות שופטת, רואה את עצמו כפוסק אחרון, כתחנה שיווית במחלוקות פרשניות. הדבר תואם את התפיסה במשפט האזרחי שלפיה מומחיותו של בית המשפט היא לזהות פגיעות ולתת סעדים, וזו התפיסה שהוא מבקש להנחיל גם במשפט הציבורי. מדובר בעמדה סבירה, אך היא אינה באה לידי ביטוי בדברי בית המשפט. ייתכן שזו העמדה המובלעת בדבריו, אולם אפשר לחשוב על עמדות אחרות (שידונו להלן) הרואות בבית המשפט חלק מהליך יצירת המדיניות השלטונית, ולפיכך פיתחו הליך בו יופיעו בעלי עניין שונים, כולל גופים שונים מתוך המדינה. ראו, למשל, Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1978) HARV. L. REV. אני מודה לאורי אהרונסון על העלאת נקודה זו.

65 ועדת אגרנט, שהייתה הוועדה הראשונה שהתייחסה לסמכויות היועץ המשפטי לממשלה, הדגישה את עניין ה"סדר הטוב" המצדיק שחוות דעתו המשפטית של היועץ המשפטי לממשלה כלפי הממשלה "תסקף את החוק הקיים". ראו דוח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה דו"ח הוועדה (1962), בתוך: ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג 421, 448–449 (מצוטט אצל לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 232).

66 השוו פרשת ספירו, לעיל ה"ש 5.

67 אבל ראו Daryl J. Levinson, *Empire-Building Government in Constitutional Law*, 118 HARV. L. REV. 915 (2005).

מערכת קבלת החלטות ריכוזית על פני מערכת ביזורית. טיעון זה סומך את ידיו הן על כשירות מוסדית והן על לגיטימציה מוסדית, אולם בסופו של יום גם טיעון זה אינו מכשיל את טיעון ריבוי הקולות. ראשית, כאמור, משום שריבוי קולות כזה מתרחש ממילא (אם כי בדרך כלל לא בפני בית המשפט); שנית, כפי שאטען בהמשך, משום שהעדפת המודל ההיררכי אינה חייבת לשלול מניה וביה הצגת עמדות נוגדות בשלב ההליך המשפטי.

אם כן, עמדתו של בית המשפט העליון אמנם אינה בלתי-מובנת, אך נראה לי שהיא נשענת על עיקרון שלא בא לידי ביטוי בהחלטתו. הבעיה בריבוי קולות אינה קשורה דווקא לשמיעה ולברירה של עמדות שונות מתוך עמדות המדינה; הבעיה האמתית היא חשש מפני פגיעה אפשרית בעקרון שלטון החוק ובאינטרס ההסתמכות של האזרח, פגיעה שעליה עמד בית המשפט גם בהקשרים אחרים.⁶⁸ כאשר רשויות שונות מבטאות דעות שונות, ולהחלטה השלטונית מתווסף ממד של אקראיות הנובע מזהות הגורם המחליט, תחושת הצדק והשוויון נפגעת.⁶⁹ כאשר אזרח מסתמך על דברי הרשות וזו משנה את עמדתה לאחר מכן, או שרשות אחרת פועלת כנגדו למרות הסתמכותו על הרשות הראשונה – אין זה הוגן לבטל את פעולתו, במיוחד כשהסתמכות זו הביאה לשינוי מצבו לרעה. כך, למשל, פיתחו בתי המשפט את דוקטרינת ההשתק המנהלי, האוסרת על הרשות להתנער ממצג כלפי האזרח אפילו עם טענה, ובמיוחד אם האזרח שינה את מצבו לרעה. המדינה, כך קבעו בתי המשפט, אינה יכולה לדבר בשני קולות.⁷⁰

מובן כי בית המשפט אינו יכול לשלוט לחלוטין בהליך המנהלי ולמנוע הברלים כאלה, אבל הוא יכול לשלוט בהליך המשפטי שבמסגרת סמכותו. למרות זאת, מהלך זה נראה מאולץ נוכח המציאות הפלורליסטית. היה ומתגלעים חילוקי דעות כנים בין רשויות מנהליות – מדוע אין להביא זאת לידיעתו של בית המשפט? מדוע אין זה ראוי שבית המשפט יביא בחשבון,

68 ראו, למשל, בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241, 277 (1998) ("הדין הוא, כי עמדתן של הממשלה ורשויותיה [...] בשאלות בדבר תוכן הדין הקיים נקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה [...] היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, בכל הנוגע למתן חוות-דעת בדבר המצב המשפטי הקיים, אינם "יועצים" במובן השגור של המילה. חוות-דעתם מחייבת את הרשויות. עמדתם המקצועית היא עמדת הרשויות. דעותיהם האישיות של נבחרים או של עובדי ציבור בדבר המצב המשפטי הקיים אינן רלוונטיות. בהפעילם את סמכויותיהם עליהם לקיים את חוות-הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו. בסמכותו הייחודית של היועץ המשפטי לממשלה – במקרים המגיעים להכרעה שיפוטית – לייצג בבית-המשפט את רשויות המדינה, ואגב כך לבקש את בית-המשפט לאמץ את עמדתו, אין כדי לגרוע מן הכלל המחייב את הרשויות לקיים את חוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה. הפרתו של כלל זה – תוצאתה הבלתי נמנעת היא הפרה של חוקי המדינה ושל פסקי-הדין של בתי-המשפט, ובסופו של דבר פגיעה קשה בשלטון החוק"). לביקורת על עמדה זו ראו לבנטין וגבזון, לעיל ה"ש 4.

69 למוכנים שונים של עקרון שלטון החוק ראו: BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY (2004).

70 ראו, למשל, עב"ל 20388/97 המוסד לביטוח לאומי נ' ראובן (פורסם בנבו, 3.11.2004).

למשל במסגרת מבחן הסבירות, שעניין מסוים נתון במחלוקת בין גורמים מקצועיים? מדוע אין זה ראוי שמחלוקת זו תובא לידיעתו של הציבור באמצעות ההליך המשפטי?⁷¹ מוצא אפשרי מהדילמה שבין יעילות דיונית לשיקוף המציאות הפלורליסטית, תוך צמצום הפגיעה בשלטון החוק ובאינטרס ההסתמכות, הוא לנסות להבין למה בדיוק התכוון בית המשפט העליון כשקבע את הכלל של "מדינה אחת, קול אחד", ולמה מתכוונים בתי המשפט כשהם קובעים כי המדינה אינה מדברת בשני קולות. לצורך כך אני מציע להבחין בין מסרים עקביים לפעולות עקביות. לשיטתי, המדינה היא אכן אחת לצרכים מסוימים אבל היא מערכת מורכבת לצרכים אחרים. האופי של המדינה אינו צריך להיגזר מהיותה "מדינה", שהיא קטגוריה אמורפית,⁷² אלא מתוך בחינה פונקציונלית של הסמכות שבה המדינה (או רשות מתוכה) מבקשת להשתמש. המדינה היא אחת כשהיא פועלת מול האזרח. במצבים אלה עליה להיות עקבית בשל שיקולי יעילות, בשל אינטרס ההסתמכות של האזרח, העלול לשנות את מצבו לרעה בעקבות פעולות לא עקביות ובעיקר בשל עקרון שלטון החוק, עקרון הסופיות ובשל ערכים דמוקרטיים של אחריותיות (accountability) ושוויון.⁷³ שונים פני הדברים כשרשויות שונות בתוך הרשות המבצעת מביעות את דעתן לגבי סוגיה מסוימת, בלי שאותה דעה תתגבש לכדי פעולה הסותרת פעולה אחרת שננקטה כלפי האזרח. במצב העניינים הראשון, יש העדפה חזקה לכך שפעולות יהיו עקביות ושרשויות יפעלו מול האזרח בתיאום מרבי ובאופן קוהרנטי.⁷⁴ מובן שלפעמים אי אפשר למנוע פעולות לא עקביות, אבל לכל הפחות עקרון שלטון החוק מחייב שהמדינה תפעל לצמצום מקרים אלו. במצב העניינים השני, בדרך כלל תוכל המערכת השלטונית להכיל רמה מסוימת של מסרים לא עקביים הנובעים מחילוקי דעות מקצועיים בין רשויות. אמת, מצב עניינים זה אינו נדיר, אך בית

71 לגבי נקודה אחרונה זו תיתכן טענה שאפשר להשיג פומביות של פלורליזם מוסדי באמצעות חשיפת דיונים פנימיים במקום לחכות לשלב ההליך המשפטי. ככל שיש בטענה זו משום קריאה להגביר את החשיפה של דיונים פנימיים, אין להבין מאמר זה כמתנגד לה. בפועל יש קושי לחשוף דיונים פנימיים בשל החריג הקבוע בסעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, המאפשר לרשות שלא לגלות עמדות פנימיות בשלב גיבוש העמדה, אף שהיקף החריג צומצם בפסיקה. ראו ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס (4), 217 (2006).

72 Michel Foucault, *Governmentality, in THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY* 103 (Gordon Burchell, Colin Gordon, Peter Miller, eds., 1991) ("But the state, no more probably today than at any other time in its history, does not have this unity, this individuality, this rigorous functionality, nor, to speak frankly, this importance. Maybe, after all, the state is no more than a composite reality and a mythicized abstraction, whose importance is a lot more limited than many of us think")

73 השוו יואב דותן הנחיות מינהליות 556-557 (1996) (דיון בררישת העקביות המנהלית) (להלן: דותן הנחיות מינהליות).

74 אם כי לא מדובר בעקרון אבסולוטי שאי אפשר לסטות ממנו. ראו שם, בעמ' 558 ("אין לפרש את מושג העקביות המינהלית בתור ערך מוחלט וקשיח שהרשות המינהלית כפופה לו בפעילויותיה. זהו רק אחד הערכים החלים על הפעולה המינהלית, ושחשיבותו תלויה בנסיבות ובשיקולים הרלוונטיים לכל מקרה ומקרה").

המשפט התרגל לכך שמוצגת לו רק דעה אחת משום שהוא מצפה שחילוקי הדעות יוכרעו בשלב הטרנס-משפטי. כפי שטענתי לעיל, דרישת האוניטריות איננה מחויבת המציאות, וייתכנו מקרים שבהם (כפי שאפרט בהמשך) יהיו סיבות טובות לפצל את קולה של המדינה בהליכים משפטיים או לאפשר לרשויות בתוך הרשות המבצעת להציג עמדה החולקת על העמדה הרשמית של המדינה.

כדי להמחיש את ההבחנה בין פעולות למסרים אביא שלוש דוגמאות. הראשונה היא פרשת אילנה ברימה שבה פתחתי. ברימה הגישה בקשה לתובענה ייצוגית לבית הדין לעבודה בטענה שמדיניות קרן הפנסיה "מבטחים" מפלה על בסיס מין, בשל קביעת גיל פרישה שונה לנשים ולגברים. עמדת נציבות שוויון הזדמנויות לעבודה הייתה שיש במדיניות זו משום הפליה. עמדת משרד האוצר, שאומצה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הייתה שאין במדיניות זו משום הפליה. עד כאן עניינו במסרים לא עקביים: רשות אחת סברה שמדובר בהפליה ורשות אחרת סברה שאין הפליה. ברימה לא הוטעתה על ידי המדינה, לא הסתמכה על אף אחת מחוות הדעת טרם הגשת תביעתה, וממילא לא שינתה את מצבה לרעה בעקבות אותה מחלוקת.

שונים פני הדברים אם לאחר קבלת עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה הנציבות משתמשת בסמכותה לפי סעיף 18ג(5) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה ומגישה תביעה אזרחית נגד "מבטחים". מצב דברים זה היה יוצר פעולה שאינה עקבית שרצוי להימנע ממנה ככל האפשר. לפי המצב המשפטי כיום, לא ייתכן מצב שבו זרוע שלטונית האמונה על הנחיה משפטית של כל הרשות המבצעת תסבור שאין מקום להגיש תביעה, ובכל זאת תוגש תביעה כזו על ידי רשות הכפופה לה מבחינה היררכית.⁷⁵ מצב זה שונה ממצב שבו יש מחלוקת מקצועית בין שתי רשויות, שאחת מהן מקבלת את החלטת המוסמכת, אבל האחרת עדיין סבורה שמדובר בטעות וכעת היא מבקשת להציג את עמדתה בבית המשפט במסגרת הליך משפטי שיזום אזרח. במצב דברים זה לא מדובר בפעולה סותרת, שכן בפועל התקבלה רק החלטה אחת בעלת משמעות אופרטיבית עבור האזרח בהליך המשפטי. אמנם, יש להניח כי הנציבות לא שבעה רצון מאותה החלטה, אבל היא לא פעלה באופן המקיים פעולה לא עקבית של המדינה אלא רק מסרה את עמדתה לבית המשפט. לכל היותר מדובר במסרים לא עקביים, אך כאמור אלה אינם מעוררים בדרך כלל קשיים מיוחדים.

הדוגמה השנייה היא מקרה שדה בריר. ליד ערד יש שדה בשם "שדה בריר", שחברת כ"ל (כימיקלים לישראל) מעוניינת להקים בו מכרה פוספטים. שווי הפוספטים שאפשר לכרות שם מוערך במיליארדי ש"ח. בצד ההכנסות הצפויות מהפעלת המכרה, יש חשש שייפלטו בעקבותיה חומרים רדיואקטיביים שיסכנו נזק בריאותי לתושבי הסביבה, ובהם תושבי ערד ותושבים של כפרים בדואים סמוכים.⁷⁶ משרד הפנים מקדם בשנים האחרונות

75 ראו בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 473 (היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת). בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 800; אריאל בנדור וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל", הפרקליט מד 423, 434 (תשנ"ח-תש"ס).

76 "כריית פוספטים בשדה בריר" (חוות דעת של מחקר המרכז והמידע 21.5.2013. www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03278.pdf)

את מתן הזיכיון לחברת רותם אמפרט, חברת־בת של כ"ל, תוך התנגדות של חלק מתושבי הסביבה. מומחים שנשאלו הגיעו למסקנות ולחוות דעת סותרות, ומשרד הבריאות הזמין חוות דעת נוספת של מומחה בלתי־תלוי, שהמליץ שלא לאשר פיילוט כרייה בשדה בריר. שרת הבריאות אימצה את חוות דעתו של המומחה והמליצה למשרד הפנים, האחראי על מתן הזיכיון, שלא לפתוח בפיילוט.⁷⁷ עם זאת, משרד הפנים רשאי לתת זיכיון גם ללא הסכמת משרד הבריאות.⁷⁸ אם יחליט משרד הפנים לתת את האישור, יש להניח שהתושבים המתנגדים יעתרו נגד החלטתו. בהתאם להלכת "קול אחד, מדינה אחת", בית המשפט לא יאפשר למשרד הבריאות להתייבב כצד לדיון, ויש להניח שהיועץ המשפטי לממשלה יגן על החלטת משרד הפנים.⁷⁹ אמנם, המתנגדים יאמצו בפועל את עמדת משרד הבריאות, אך היא תוצג על ידם בצורה עקיפה בלבד, ובלי המשקל שהיה מוענק לה אילו היה משרד הבריאות מתייבב בעצמו.⁸⁰

תרחיש שדה בריר, אם יתממש, דומה למקרה של אילנה ברימה. רשויות מנהליות עשויות לחלוק ביניהן על הצעד הראוי. מחלוקת זו מתקיימת לפני שננקטה פעולה כלשהי, לפני שהאזרח שינה מצבו לרעה ולפני שהסתמך על מצג מטעם הרשות ופעל על פיו. מקרה אילנה ברימה והתרחיש האפשרי של מקרה שדה בריר מציגים לכל היותר מסרים לא עקביים מטעם רשויות שונות ברשות המבצעת. אמת, בסופו של יום תקבל החלטה אחת, ואם גוף בתוך הרשות המבצעת היה פועל בניגוד לאותה החלטה היה בכך כדי לפגוע בעקרון שלטון החוק בשל העיקרון האוסר פעולות לא עקביות; אבל החשש מפני פגיעה בעקרון שלטון החוק לא מתקיים רק בשל הצגת עמדה סותרת בשלב ההליך המשפטי.⁸¹

לבסוף, הדוגמה הבולטת ביותר היא מחלוקת קונקרטיה שהתגלעה בין הרמטכ"ל לשר הביטחון סביב הקמתה של ההתנחלות אלון מורה.⁸² כידוע, הממשלה קידמה את הקמתה של אלון מורה. בג"ץ, בפסק דין מפורסם מפי השופט לנדוי, פסל את הצו הצבאי ששימש לתפיסת הקרקע מן הטעם שלא עמד צורך צבאי בבסיס התפיסה של קרקע פלסטינית פרטית. בתיאורו את הרקע העובדתי ציין השופט לנדוי כי בצד דעתו של הרמטכ"ל רפאל

77 מכתבה של שרת הבריאות, ה"כ יעל גרמן, מיום 31.3.2014 www.health.gov.il/PublicationsFiles/Barir-letter-M.pdf

78 www.themarker.com/news/health/1.2287549

79 יש אפשרות תאורטית שהיועץ המשפטי לממשלה יסרב להגן על עמדת המשרד, אבל מקרים אלה נדירים מאוד והתעוררו רק פעמים מעטות.

80 על המשקל המיוחד שנובע מכך שדווקא הרשות מתייבבת בהליך, להבדיל מגוף אחר שטוען את הטענות שהייתה הרשות טוענת, ראו להלן בחלק ג.1.

81 טענה אפשרית היא שאם אזרח יודע כי רשות עשויה להגיש עמדה חולקת בהתדיינות, הרבר עלול לעודדו לבדוק את הגבולות, לשקול אי־ציות או להגיש תביעה לבית משפט. במקרים אלה הפגיעה היא במסר הסופיות שהמדינה מעוניינת לקדם. טיעון זה נראה לי חלש: הסיכוי שאדם ישקול לא לציית כי הוא סבור – טרם הבעת העמדה של הרשות החולקת – שניתכן מחלוקת, ושמחלוקת זו גם תעזור לו בסופו של יום לנצח בהליך משפטי כלשהו, נראית לי מרוחקת והיפותטית.

82 הדיון מתבסס על פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין דויקאת. ראו בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר" (1) 1 (1979).

איתן בדבר קיומו של צורך ביטחוני, סבר שר הביטחון עזר ויצמן שאפשר להגשים את התכלית הביטחונית באמצעים שאינם מצריכים תפיסת קרקע פרטית והקמת התנחלות עליה. אף כי השופט לנדוי תיאר את המחלוקת בין הרמטכ"ל לשר הביטחון כ"מצב יוצא דופן"⁸³, דעתו החולקת של שר הביטחון לא שימשה נתון רלוונטי בפסק דינו, שכן בסופו של דבר התקבלה החלטת ממשלה שצירדה בעמדת הרמטכ"ל.⁸⁴ לעומת זאת, דעת היחיד של השופט ויתקון התייחסה בהרחבה למחלוקת בתוך המדינה. בהמשך ארחיב על פסק דינו של השופט ויתקון,⁸⁵ אך בשלב זה אציין שגם בהקשר זה אפשר לראות את ההבחנה בין מסר לפעולה. הממשלה קיבלה החלטה לתפוס את הקרקע והמפקד הצבאי הוציא צו תפיסה. שר הביטחון, אף שהתנגד לצו, לא הורה לדרג הצבאי על פעולה סותרת. כאשר הגיע הדיון לבית המשפט, נמסר (על ידי פרקליט המדינה) כי שר הביטחון התנגד להוצאת צו התפיסה. מדובר אפוא במסרים לא עקביים אך לא בפעולה בלתי-עקבית. כאמור, מסר לא עקבי מעורר קושי קטן בהרבה מבחינת עקרון שלטון החוק.

במבט ראשון, ההבחנה בין פעולה עקבית למסר עקבי נראית אינטואיטיבית. לרשות מותר להביע את עמדתה במסגרת מחלוקת כנה עם רשות אחרת, וככל שעמדות אלה אינן חופפות, אין חובה למנוע מבתי המשפט ידיעה על אודות מחלוקת זו; להפך: אי-הצגת המחלוקת משמעותה הצגת תמונה חלקית.⁸⁶ מצד שני, ייתכנו מקרים שלא מתחלקים באלגנטיות למסר או לפעולה. גם מסר עשוי להיחשב כפעולה, והרי לכל פעולה יש גם היבט אקספרסיבי שעניינו העברת מסר.⁸⁷ במסגרת מאמר זה אין בכוונתי לפתור את המתח המושגי בין מסר לפעולה. די לציין שהקושי המושגי אינו ממלא תפקיד משמעותי בניתוח המשפטי. גם אם ההבחנה בין מסר לפעולה נמצאת על ספקטרום, במרבית המקרים יהיה ברור אם רשויות שונות הביעו עמדות מנוגדות, אם רשויות שונות נקטו פעולה קונקרטי

83 שם, בעמ' 5.

84 אם כי במקרה זה הסיבה לפסילת הצו הייתה שהרמטכ"ל הוא זה "שנגרר" אחרי הדרג המדיני, שלחץ על המצאת תימוכין בדבר צורך צבאי.

85 ראו להלן, חלק ג. 3.

86 יש לציין שמידע על מדיניות בשלבי עיצוב אינו חייב להימסר לאדם לפי ס' 9(ב) לחוק חופש המידע. עמדת המחוקק תומכת אפוא בעמדה המסורתית שלפיה המדינה מדברת בקול אחד.

87 הדיון בהבחנה בין ביטוי או מסר לבין פעולה מתקשר לדיון נרחב בהרבה על אודות פעולות ביטוי (speech acts). ראו, J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (1962). בהקשר המשפטי, ההבחנה בין מסר לפעולה דומה במבט ראשון להבחנה של המשפט האמריקני בין ביטוי לפעולה בהקשר של חופש הביטוי. ראו Eugene Volokh, *Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, "Situation Altering Utterances," and the Uncharted Zones*, 90 *CORNELL L. REV.* 1277 (2005). אולם, הקושי שמתעורר בארצות-הברית לא מתעורר בישראל: מטרת ההבחנה האמריקנית היא להבחין בין ביטוי "רגיל" לבין ביטוי שמטרתו לגרום לפעולה מזיקה. האחרון כלל אינו נחשב כביטוי ולכן אפשר להסדירו בלי לפגוע בחופש הביטוי החוקתי. שיקולים אלה אינם רלוונטיים להבחנה בין מסר עקבי לפעולה עקבית, וממילא אינם מתעוררים במקרים שיש בהם מחלוקת מקצועית בין גופים בתוך הרשות המבצעת.

שהביאה לשינוי במצבו של האזרח, ואם האזרח הסתמך על מצג של רשות שפעלה באופן שונה מרשות אחרת וכתוצאה מכך שינה את מצבו לרעה. ככל שהרשות ביטאה עמדה מסוימת, אין קושי מיוחד לבדוק את השפעתה של אותה עמדה על התנהגותם של המושפעים הפוטנציאליים. ודוק: אפשר להניח שבמקרים רבים כלל לא יתעורר הקושי בהבחנה בין מסר לפעולה, שכן המסרים הבלתי-עקביים יתקיימו בעיקר בשלב גיבוש המדיניות, בטרם ננקטה פעולה קונקרטיה, או בתגובה למעשה שנקטו אזרח או חברה הדורשים את ההתייחסות של רשויות מנהליות שונות.⁸⁸

ההבחנה המוצעת בין מסרים לא עקביים לפעולות לא עקביות לוקחת צעד אחד קדימה ותבנה מקובלת במשפט הציבורי – שהרשות המבצעת אינה אוניטרית כי אם מורכבת מגורמים רבים שלעתים פועלים באופנים סותרים. כפי אמרו אחרים, "the executive branch is a they,"⁸⁹ "not an it". דווקא הגשת עמדות סותרות לבית המשפט על ידי גופים שונים בתוך הרשות המבצעת משקפת נאמנה את האופן שבו היא מתנהלת. יתרה מזו: במקרים מסוימים המחוקק אף מכיר במובלע בייחודיות של גופים בתוך הרשות המבצעת. כך, למשל, בדברי ההסבר לתיקון מס' 10 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, שהקים את נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, ציין המחוקק כי הנציבות תהיה "רשות עצמאית בעלת סמכויות משמעותיות המופקדת על אכיפת חקיקת השוויון בעבודה".⁹⁰ כמו כן נקבע שבראש הנציבות יעמוד נציב ארצי שימונה על ידי הממשלה, וכי כדי להבטיח עצמאות תקציבית ייקבע תקציב הנציבות בחוק התקציב בתכנית נפרדת, בנפרד מהמשרד הממשלתי שאליו היא מסונפת.⁹¹ המחוקק אינו קובע כי עמדתה של הנציבות עליונה על זו של היועץ המשפטי לממשלה, אבל מצד שני ברור שהמחוקק מייעד לה את התפקיד המרכזי והמשמעותי של אחריות על אכיפת חוקי השוויון. בעוד היועץ המשפטי לממשלה אחראי על אכיפת החוק בכללותו, סימן המחוקק את הנציבות כגוף המומחה והמקצועי לעניין אכיפה של קבוצת חוקים ספציפית. בצד זאת יש להדגיש שההבחנה בין מסר לפעולה, כפי שנרמז לעיל, אינה חזות הכול. ראשית, ייתכנו מקרים שבהם ההבחנה תהיה קשה, גם אם לא במרבית המקרים; שנית, מטרת ההבחנה היא להציע כלל אצבע שימושי ולא לקבוע כי לעולם לא נתיר נקיטת פעולה קונקרטיה של רשות חולקת; לבסוף, על אף הקשיים בביסוסה, ההבחנה בין מסר לפעולה היא חשובה משום שהיא מציעה מסגרת חדשה להבנת החלטותיו של בית המשפט העליון. ככל

88 בדומה אפשר לומר כי בתוך המדינה פנימה, לפני נקיטת הליכים משפטיים, עמדתו של היועץ המשפטי מחייבת את רשויות המנהל (ראו בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985), אולם בשלב ההתדיינות המשפטית אין מדובר על חיוב "בתוך המדינה פנימה").

89 Lisa Schultz Bressman and Michael P. Vandenbergh, *Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control*, 105 MICH. L. REV. 47 (2006) Rao, לעיל ה"ש 38, בעמ' 223. לאמירות דומות לגבי הרשות השופטת והרשות המחוקקת ראו Kenneth Shepsle, *Congress is a 'They', Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron*, 12 INT'L J. L. & ECON. 239 (1992).

90 הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 10) (נציבות שוויון ההזדמנויות בעבודה), התשס"ו-2005, ה"ח הכנסת תשס"ו 107.

שריבוי קולות הוא בעייתי, הקושי מוחרף כשמצבם של אזרחים משתנה לרעה. סביר יותר כי שינוי מצב לרעה יתרחש כשהרשות כבר נקטה פעולות קונקרטיים כלפי האזרח. פגיעה בשוויון בפני החוק ובשלטון החוק מוחרפת כשמדובר במצב שבו ננקטו פעולות סותרות באותו עניין. זה המצב שמפניו אנו מעוניינים להישמר. להבדיל, ריבוי קולות כשלעצמו, שמסתכם במסרים לא עקביים, אינו פוגע – או פוגע במידה פחותה בהרבה – בערכים המוגנים על ידי שלטון החוק. ולא זו אף זו: ההבחנה בין מסר בלתי־עקבי לפעולה בלתי־עקבית מתחברת לשיקול נוסף – הרצון לעודד פלורליזם ארגוני, מתוך הכרה שמחלוקות שמניעות תהליכים דליברטיביים עשויות לתרום לפתרונות טובים יותר לבעיות ציבוריות. לסוגיה זו אפנה כעת.

ג. פלורליזם ארגוני בהליכים משפטיים

עד כה טענתי שאין מניעה עקרונית לכך שגופים בתוך הרשות המבצעת יציגו עמדות נוגדות באותו הליך משפטי. טענתי התבססה על ההבחנה בין מסרים בלתי־עקביים לבין פעולות בלתי־עקביות, המצמצמת את הפגיעה הפוטנציאלית בעקרון שלטון החוק. ככל שמדובר במסרים בלתי־עקביים, הצגת עמדות נוגדות בבית המשפט משקפת נאמנה את ההליך המנהלי שקדם לקבלת ההחלטה שעתה נמצאת במוקד הביקורת של בית המשפט. ככלל, פעולות בלתי־עקביות פוגעות בעקרון שלטון החוק, ומכאן החשש ליתן להן לגיטימציה במסגרת הליך משפטי. כפי שציינתי, לעתים מסר עולה כדי פעולה ולכל פעולה יש היבט אקספרסיבי, אך אין בכך כדי למנוע את ההבחנה העקרונית שברגיל תהא אפשרית. בחלק זה אעמוד על היתרונות הכרוכים בפיצול קולה של הרשות המבצעת בהליכים משפטיים. לאחר מכן אעבור לרון בקשיים אפשריים הנובעים מעמדתי. כפי שאטען, אין בכוחם של קשיים אלה לגבור על היתרונות הגלומים בהצעת. במסגרת היתרונות שבפיצול קולה של הרשות המבצעת אפשר למנות אספקת מידע לבית המשפט ולאזרח, שקיפות גדולה יותר של ההליך המנהלי, שיפור ההליך הדליברטיבי שמתקיים בבית המשפט וטיוב של מבחני הסבירות והמידתיות.

1. מידע ושקיפות

מחלוקות בין (ובתוך) ארגונים מייצרות מידע שלא היה נוצר, או שלא היה נראה, בעולם שבו קבלת ההחלטות הייתה מתבצעת באופן ריכוזי על ידי גורם אחד. אכן, המדינה המנהלית מתוכננת כך שמנגנוני ביקורת אנכיים ואופקיים (פנימיים וחיצוניים) יבחנו את פעולת הרשות. טעם אחד לכך נובע מעקרון החוקיות.⁹² כך אפשר להסביר, בין היתר, את התפקיד של מבקרי פנים, מבקר המדינה ובתי המשפט. טעם אחר לכך נובע מהרצון ליצור עמדות נוספות, נוגדות או תומכות, שיעשירו את ההליך המנהלי, יעבו את התשתית העובדתית וישפרו את הליך קבלת ההחלטות.⁹³

92 לפירוט ראו דפנה ברק־ארוז משפט מנהלי כרך א 97-126 (2010).

93 Adrian Vermeule, *Second Opinions and Institutional Design*, 97 VA. L. REV. 1435 (2011).

מתן קול לעמדות נוספות מתוך הרשות המבצעת מביא לכך שהחלטה היא לא צרה ומיופית (myopic). כאשר רק רשות אחת משתלטת על ההליך המנהלי – וזה המקרה השכיח – יש חשש שהחלטה תנבע משיקולים צרים: אותה רשות תשקול רק את השיקולים שהמומחיות שלה מאפשרת לשקול. מכאן נובע שביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות היא מוצדקת לא רק משום שכדאי ש"עין נוספת" תעייין בהחלטה (שיקול מקובל כשמדובר בביקורת חוקתית, בשל החששות המוכרים מגופים רובניים), אלא משום שביקורת שיפוטית מנהלית עשויה להתגבר על ה"פתולוגיה של המומחיות"⁹⁴. בית המשפט מסתכל ב"מבט על" על העשייה המנהלית ושוקל שיקולים נוספים ורחבים יותר מאלה ששקלה הרשות.⁹⁵ אולם, יכולתו של בית המשפט לשקול שיקולים רחבים, ובכך להתגבר על הראייה הצרה של הרשות, נפגעת במקרים שבהן הוא חסר את התשתית העובדתית והמקצועית הדרושה. דרך אחת לבסס את תשתית כזו היא להסתמך על המשפט הציבורי, כפי שפותח בפסיקה הישראלית והמשווה, או לקבל את דעתם של מומחים או כתיבי ידיד בית המשפט. דרך נוספת, העומדת במרכז מאמר זה, היא לאפשר לגופים מתוך הרשות המבצעת – החולקים על עמדת המדינה – להתייצב ולהביא לפני בית המשפט את עמדתם המקצועית הנוגדת. שמיעת עמדתם של גופים חולקים בתוך הרשות המבצעת לא רק תגדיל את כמות המידע שיהיה בידי בית המשפט, אלא ככל הנראה תשפיע גם על איכותו. כידוע, למתבונן מבחוץ, ובכלל זאת לבית המשפט, קשה מאוד לדעת ולהבין לעומק תהליכים המתרחשים במסגרות מוסדיות בתוך המדינה. פעמים רבות גם העותרים יתקשו להביא את המידע הרלוונטי, דבר שמסביר את ההסתמכות הגדולה של בית המשפט העליון על עמדת הפרקליטות. קבלת מידע מרשות מנהלית נוספת היא הזדמנות נדירה יחסית לקבל מידע ממקור מקצועי, פנימי, קרוב לעשייה המנהלית שבמוקד הסכסוך – ובכך גם להגביר את שקיפות ההליך המנהלי עבור הציבור שאחרת לא היה נחשף למידע או לחילוקי הדעות.⁹⁶ ודוק: אפילו אם המידע שיתקבל יגיע מרשות שאף היא רואה רק את השיקולים הצרים שלנגד עיניה, עדיין יהיה בכך שיפור בהשוואה למצב הקיים, שכן מידע זה יתווסף עתה למידע שכבר ממילא קיים ושהמדינה מספקת.

כנגד טיעון זה אפשר לטעון שאין צורך בהצגת עמדות נוגדות מתוך הרשות המבצעת, שכן בדיוק למטרה זו נועד מוסד היועץ המשפטי לממשלה, המציג את עמדתו באמצעות

94 שם, בעמ' 1440.

95 שם, בעמ' 1440-1441.

96 השו"ת Abebe, לעיל ה"ש 34, בעמ' 238 (acoustic dissonance promotes transparency and) על צמצום פערי המידע שבין השלטון לאזרח כהצדקה לביקורת שיפוטית ראו איל בנבנישתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" עיוני משפט לב 277 (2010). בדומה אפשר לטעון שבגלל שדיני חופש המידע בישראל מגבילים מאוד את הנגישות למידע פנימי, יש צורך להסתפק באמצעים חלופיים כמו מתן מעמד משפטי לרשות חולקת, אפילו אם האמצעי החלופי חלקי ויקר. טיעון כזה הוא מסוג של second best. מכיוון שאין לנו גישה כיום למידע מכוח חוק חופש המידע, ולאור תפקודו של חוק חופש המידע בפועל, ראוי להכיר בחלופה של רשות חולקת בהליך המשפטי כדי לכסות ולו במעט על פערי המידע.

הפרקליטות. ככל שיש חילוקי דעות בתוך מנגנוני המדינה, חזקה על היועץ המשפטי לממשלה שיראה את התמונה הרחבה וישקול את כלל השיקולים, כולל העמדות הנוגדות. טיעון זה אינו משכנע. אילו היה נכון לא הייתה הצדקה להתערב בהליך המנהלי בשום מקרה. ראשית, היועץ המשפטי לממשלה יכול לטעות. גם אם הוא חשוף למגוון העמדות, ייתכנו מצבים שבהם האיזון בין העמדות השונות, או האימוץ של עמדה אחת ולא אחרת, היה מוטעה. טיעון נוסף הוא שהיועץ המשפטי עלול – ממש ככל רשות רגולטורית – להיות שבויה על ידי קבוצת אינטרס; לכן יש מקום שבית המשפט יבקר את החלטותיו ושיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה כשם שהוא מבקר את פעולת הרשות.⁹⁷ שנית, במרבית המקרים היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות מעורבים בשלב מאוחר בהליך, לאחר שהחלטה כבר התקבלה. במצב דברים זה, העובדה שהיועץ המשפטי מנסה את עמדתו בתגובה לעתירה משפיעה על יכולתו אקס פוסט לשקול את כל העמדות – כולל אלה שנוגדות אותה. משניתנה החלטה נוצר לחץ אינהרנטי על היועץ המשפטי לממשלה להגן על פעולת המדינה. אמת, היועץ המשפטי יכול לבחור שלא להגן על החלטה, אולם מקרים אלה הם נדירים וחריגים. הרצון להגן על עמדת המדינה ולהתעלם מעמדות מיעוט חולקות הוא טבעי ומוכח.⁹⁸ אפשר להוסיף ולהקשות: ככל שחשוב שבית המשפט ישמע דעות נוספות, לכאורה אין חשיבות שדעות אלה יובאו דווקא על ידי גורמים מתוך הרשות המבצעת, שכן החשיבות היא בתוכן הדעות ולא דווקא בזהות אומרן. כך, העותרים עצמם או ידידי בית המשפט יכולים פעמים רבות להביא טיעונים נגד עמדת המדינה, ואלה עשויים לחפוף לעמדות שביטאה רשות חולקת. כך במיוחד כשהעותרים הם מומחים או מביאים מומחים לתמוך בעמדתם. טיעון זה אינו משכנע. יש חשיבות שדווקא הרשות היא שתביא את עמדתה, אפילו אם העותרים יכולים לשחזר את הטיעונים שהייתה טוענת אילו ניתנה לה הזדמנות לטעון; יש חשיבות גם לזהות הטוען ולא רק לתוכן הטיעון. כך, למשל, בפסק דינו בעניין בית סוריק ציין הנשיא ברק כי ראוי לייחס משקל רב יותר לעמדה שמגובה באחריות מאשר לעמדה חיצונית (באותו מקרה – המועצה לשלום ולביטחון).⁹⁹ כאשר העמדה החולקת מגיעה מתוך הרשות, שהיא גוף הנושא באחריות כלשהי ואפילו אם לא האחריות הבלעדית או העיקרית, יש חשיבות שדווקא הרשות תהיה זו שתציג את הטיעון, אפילו אם גורם אחר היה יכול להשמיע אותה. עצם הזיהוי של הדובר כמי שבא מתוך המנגנון המדינתי עשוי להעניק לדבריו משנה-תוקף. יוער גם כי אספקת מידע נוסף לבית המשפט באמצעות הרשות, במיוחד על אודות מחלוקת מקצועית בתוך הרשות המבצעת, צפויה לשפר את ההליך השיפוטי. זאת, משום שבתי משפט בודקים את פעולת הרשות באופן דקדקני יותר כשיש ראיות שהחלטת הרשות התקבלה למרות התנגדויותיהם של גורמים מקצועיים.¹⁰⁰ לבסוף, אפשר גם לטעון

97 רפנה ברק-ארו "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה' 219 (1996).
 98 לחריג כזה ראו בג"ץ 4319/93 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993) (במקרה זה טענה העותרת כי על ראש ההמשלה להשתמש בסמכותו ולהעביר את השר אריה דרעי מתפקידו עם הגשת כתב אישום נגדו. היועץ המשפטי לממשלה תמך בעמדת העותרת, אך הביא את עמדתו של ראש הממשלה לידיעת בית המשפט אף שהתנגד לה).
 99 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 844 (2004).
 100 Metzger, לעיל ה"ש 63, בעמ' 445 ("Evidence that decisions were made over the objections of career staff and agency professionals often triggers more rigorous review.")

שככל שהמדינה כבר השקיעה משאבים ביצירת דעות שונות בתוך הרשות המבצעת, יש בזבוז בניסוח מחדש של דעות נוגדות על ידי גורמים פרטיים במסגרת ההליך המשפטי. מבחינה מצרפית, עדיף להביא לבית המשפט את הדעות שכבר נוסחו בתוך הרשות המבצעת מאשר לעשות את אותה עבודה פעמיים.

לסיכום נקודה זו: הצגת עמדות חולקות מתוך הרשות המבצעת במסגרת ההליך המשפטי עשויה להגביר את הכמות, ההיקף והאיכות של המידע שבידי בית המשפט, ולתרום להגברת השקיפות של ההליך המנהלי. משכך, יש בה כדי לסייע לבית המשפט לקבל החלטות טובות יותר, המבוססות על תשתית עובדתית רחבה יותר, תוך התחשבות במכלול השיקולים. לבית המשפט השומע את הפרקליטות, את העותרים, וכן גופים נוספים מתוך הרשות המבצעת יש יתרון אפיסטמי על בית משפט השומע מספר קטן יותר של צדדים וגופים מעוניינים.¹⁰¹

2. דמוקרטיה דליברטיבית

הצגת עמדות נוגדות מתוך הרשות המבצעת מגבירה את היקף המידע שבידי בית המשפט. פועל יוצא מכך הוא שיפור ההליך הדליברטיבי. הטיעון שלי מבקש לראות בבית המשפט לא רק מנגנון יישוב סכסוכים, אלא גם זירה דליברטיבית בין האזרח לשלטון, ולעתים גם בין השלטון לשלטון, במיוחד בהתחשב בכך שהשלטון עצמו אינו מונוליטי.¹⁰² ההצדקות לדמוקרטיה דליברטיבית מגוונות. כך, למשל, מחקרים מראים כי יש קשר בין הכמות וההיקף של המידע שיש בידי המחליטים לבין איכות ההחלטות שמתקבלות כתוצאה מהליך דליברטיבי שמבוסס על אותו מידע.¹⁰³ אולם, דמוקרטיה דליברטיבית נשענת לא רק על ערכים אינסטרומנטליים המכוונים להחלטות טובות יותר, אלא גם על החשיבות

101 Vermeule, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1442-1443 (Where members of a decision-making group or institution have common aims but imperfect information, decision making is an exercise in the pooling or aggregation of diverse factual, causal, or instrumental judgments. Administrative agencies, expert advisory bodies, and courts often engage SCOTT E. PAGE, THE DIFFERENCE: HOW THE POWER ;in this sort of epistemic voting). OF DIVERSITY CREATES BETTER GROUPS, FIRMS, SCHOOLS, AND SOCIETIES (2007) ראו גם מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (1999) (דחייה – בין היתר מסיבות אפיסטמיות – של טענת המדינה שאין מקום לקבלת עמדת הסנגוריה הארצית כי היועץ המשפטי לממשלה מייצג את אינטרס הציבור). חלק מהטיעון האפיסטמי מבוסס על תאורמת המושבעים של קונדורסה. להרחבה בעניין זה ראו Christian List and Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 J. POL. PHIL. (2001) 277. חלקו האחר מבוסס על תאורמת השונות שגוברת על יכולת (diversity trumps ability theorem) Lu Hong and Scott E. Page, *Groups of Diverse Problem Solvers Can Outperform Groups of High-Ability Problem Solvers*, 101 NAT. ACAD. SCI. 16385 (2004).

102 HARV. L. REV. 1281 (1976) Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L.

103 ראו, למשל, JAMES S. FISHKIN, DEMOCRACY AND DELIBERATION: NEW DIRECTIONS FOR DEMOCRATIC REFORM (1991)

האינטרינזית של דליברציה לקידום תכליות דמוקרטיות.¹⁰⁴ במדינה דמוקרטית החלטות קולקטיביות הן לגיטימיות כל עוד הן תוצאה של הליכים דליברטיביים חופשיים ושיתופיים, המתנהלים בצורה הוגנת ורציונלית. האתגר שניצב לפני הדמוקרטיה הדליברטיבית הוא שהפורומים שבהם מתנהל שיח ציבורי רחוקים מהאידאל הדליברטיבי. כך, ההליך החקיקתי מושפע מקבוצות אינטרסים חזקות המקדמות אינטרסים צרים על פני טובת הכלל. בדומה, ההליך המנהלי מתאפיין בשכי רגולטורי (regulatory capture).¹⁰⁵ אמנם, חלק מהמלומדים סבורים כי ביקורת שיפוטית יכולה למתן את השפעתם של אינטרסים מיוחדים¹⁰⁶ ובכך לתקן את הכשלים הדליברטיביים בספרות אלה,¹⁰⁷ אך אני מציע להסתכל על ההליך השיפוטי עצמו כהליך דליברטיבי.¹⁰⁸

דמוקרטיה דליברטיבית היא אנטיזזה לתפיסת הדמוקרטיה האגרסיבית, שמתמקדת בדרישות הכמותיות לביסוסו של רוב. דמוקרטיה דליברטיבית מתמקדת באיכות של ההליך והדיון שקדמו להצבעה;¹⁰⁹ היא מעצבת את מוסדותיה באופן המעמיד את הדיון במרכז, כך שהוא מאפשר לגורמים שונים לבוא בשיח ושיח זה עם זה, בצורה מובנית, בהליך רפלקטיבי ומתוך נגישות לכמות מידע מרבית.¹¹⁰ מטרתה של הדמוקרטיה הדליברטיבית אפוא היא

104 השווה Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N. Y. U. L. Rev. 469, 516-518 (1981).

105 ראו, למשל, Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991); Jonathan R. Macey, *Promoting Public Choice Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986); DANIEL L. FARBER AND PHILIP P. FRICKEY, *LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION* (1991); Edward L. Rubin, *Public Choice in Practice and Theory: Law and Public Choice*, 81 CAL. L. REV. 1657 (1993).

106 ראו, למשל, JERRY L. MASHAW, *GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 50-80* (1997); Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29 (1985). אבל ראו עמדתו של Elhauge, לעיל ה"ש 105, הסבור שאין הצדקה לביקורת שיפוטית אגרסיבית יותר נוכח הבעיה של קבוצות האינטרס.

107 לעמדה כזו ראו CHRISTOPHER F. ZURN, *DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE INSTITUTIONS OF JUDICIAL REVIEW* (2007). לעמדה דומה במשפט הישראלי, שלפיה במקרים מסוימים בית המשפט רשאי לבטל חקיקה שלא ענתה על דרישות הליכות דליברטיביות, ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

108 השווה Gillian K. Hadfield & Dan Ryan, *Democracy, Courts, and the Information Order*, 54 EUR. J. SOC. 67 (2013). ראו גם אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית" משפט וממשל יז (עתיד להתפרסם) (2015).

109 Samuel Freeman, *Deliberative Democracy: a Sympathetic Comment*, 29 PHIL. & PUB. AFFAIRS 371, 373, 375 (2000); Amy Gutmann, *Deliberative Democracy and Majority Rule: Reply to Waldron*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS 227 (Harold Hongjoh Koh and Ronald C. Slye, eds., 1999).

110 לקשר בין דמוקרטיה דליברטיבית לתכנון מוסדי ראו Joshua Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in THE GOOD POLITY: NORMATIVE ANALYSIS OF THE STATE 21

ליצור פרוצדורה לקבלת החלטות שמדגישה דיון פתוח, גישה למידע והזדמנות להתבטא.¹¹¹ קיומם של תנאים אלה תורמים ללגיטימיות של ההחלטה.¹¹² כך, חשיפה למספר רב של דעות, ובכלל זאת גישות שונות מתוך המדינה, עשויה לאפשר ניתוח המבוסס על מגוון רחב של פרספקטיבות ואינטרסים באופן שמקדם ערכים דליברטיביים.¹¹³ אפשר כמובן לטעון שההליך הדליברטיבי כבר התקיים עובר לדיון המשפטי, אצל היועץ המשפטי לממשלה ובפרקליטות, שגיבשו את עמדת המדינה; אבל כשם שטיעון זה אינו משכנע ביחס לטיעון המידע והשקיפות הוא אינו משכנע גם בהקשר הנוכחי. ראשית, ככלל, ההליך המנהלי אינו פומבי ואילו רוב התפיסות הדליברטיביות מדגישות את פומביות ההתדיינות כתנאי ללגיטימיות הדמוקרטית שלה. שנית, ככל שיש פגמים דליברטיביים בהליך החקיקתי והמנהלי, אלה ישוחררו – לפחות במידה מסוימת – גם בשלב גיבוש התשובה לבית המשפט. בלי לשמוע דעות שונות מתוך המדינה יתקשה בית המשפט לדעת אם אכן התקיימו פגמים שמצדיקים התערבות שיפוטית. לכן, אם אנחנו סבורים שפגמים דליברטיביים עשויים להצדיק התערבות שיפוטית בהחלטת המדינה,¹¹⁴ יש הצדקה לקבל את המידע הרלוונטי שיאפשר לנו להחליט אם להתערב.

3. פיקוח על המדינה המנהלית

המדינה המנהלית היא אתגר דמוקרטי. בעוד שאפשר להחליף את חברי הרשות המחוקקת, רובה המוחלט של הרשות המבצעת מורכב מעובדי ציבור שאינם נבחרים. חלקם הגדול נהנה מסטטוס של קביעות בעבודה, המקשה מאוד על פיטורים. ראשי משרדים הם בדרך כלל נבחרים וציבור הממנים אנשים למשרות אמון שמבטיחות מידה מסוימת של תאימות בין הדרג הפוליטי לדרג המקצועי, אולם יכולתם של אלה לפקח על כל המערך הבירוקרטי – מוגבלת.¹¹⁵ היכולת של הציבור לפקח על מה שמתרחש בנבכי הבירוקרטיה אף הוא מוגבל

(Alan Hamlin and Philip Pettit eds., 1989); JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY 83-84, 103 (1996); Robert Alexy, *Jurgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, 17 CARDOZO L. REV. 1027 (1996).

John Ferejohn, *Instituting Deliberative Democracy*, in DESIGNING DEMOCRATIC INSTITUTIONS 111 86 (Ian Shapiro and Stephen Macedo, eds., 2000).

TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW בין פרוצדורה והוגנת ללגיטימיות ראו 112 על הקשר בין פרוצדורה והוגנת ללגיטימיות ראו (2006)

Rao, לעיל ה"ש 38, בעמ' 258 (כך, למשל, לטענת Rao, היחשפות הנשיא למספר רב של עמדות מתוך הרשות המבצעת מטייבת את הליך קבלת החלטות. טענה דומה אפשר לטעון לגבי היחשפות השופט למספר רב של עמדות. אכן, רציונל זה עומד ביסוד השיטה האדברסטרית).

114 בהקשר של חקיקה ראשית כבר קבע בית המשפט העליון, בפרשת ארגון מגדלי העופות, כי עשויים להיות מקרים שיצדיקו ביטול חקיקה מטעם זה. טעמים אלה יפים מקל וחומר גם לאקטים מנהליים.

115 ראו Simon, לעיל ה"ש 60, NW. U. L. REV.; Adrian Vermeule, *Optimal Abuse of Power*, NW. U. L. REV. 601 (2013) Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 601 (2013)

מאוד. המדינה המנהלית גדולה מדי, מורכבת מדי, ועושה יותר מדי דברים מכדי שהפיקוח הציבורי יהיה אופטימלי. הכנסת, אף שהיא אמורה לפקח על הרשות המבצעת, גם היא מוגבלת.¹¹⁶ ראשית, הכנסת היא גוף קטן בהשוואה לרשות המבצעת. אין לה יכולת להתמודד עם מגוון הפעולות והאירועים שהרשות המבצעת מחליטה עליהם. שנית, המומחיות הנדרשת לנהל מערכת בירוקרטית מורכבת גורמת לכך שחברי הכנסת נעדרים יכולת ממשית להבין ולפקח באופן אפקטיבי על עבודתה של הרשות המבצעת. שלישית, הפיקוח של הכנסת מצריך תיאום בין חברים ומפלגות, וכזוה הוא פעמים רבות אטי ולא יעיל. רביעית, רוב חברי הכנסת חברים בקואליציה שמרכיבה את הממשלה. משכך, התמריץ שלהם לבקר את פעילות הרשות המבצעת קטן יותר מזה של חברי הכנסת השייכים לאופוזיציה. מאידך גיסא, לחברי האופוזיציה יש גם כוח קטן יותר. כך, למשל, בראש רוב הוועדות בכנסת – שבהן מתבצע הפיקוח השוטף – עומד חבר כנסת מהקואליציה. חמישית, כאשר מדובר בסוגיות מורכבות ואולי אף "משעממות", בדרך כלל לא יהיה בפיקוח על הרשות המבצעת כדי לתגמל פוליטית את חבר הכנסת המפקח, ולכן הוא יעדיף להתמקד בפעילות בעלת חשיפה תקשורתית גבוהה יותר.

חלק מכשלי הפיקוח שקיימים בציבור ובכנסת קיימים כמוכן גם ברשות השופטת.¹¹⁷ גם הרשות השופטת רחוקה מהעשייה המנהלית, רואה את הדברים לאחר זמן (לפעמים רב) וגם היא לעתים חסרת מומחיות בתחום שהיא מבקרת. עם זאת, אין להגזים בבעיות בכשירות המוסדית. בתי המשפט מתמודדים בשגרה עם סוגיות מורכבות שמצריכות ידע ומומחיות. הם יודעים להסתמך על מומחים ולברור מבין הגרסאות; לא בצורה מושלמת, כמוכן, אבל במידה שהיא לאל הפחות מניחה את הדעת ובודרך כלל יותר ממנה.¹¹⁸ לענייננו, השאלה אינה אם בתי המשפט נעדרים יכולת לפקח על המדינה המנהלית, שהרי ביקורת שיפוטית על מעשי המדינה היא עניין נתון. השאלה היא אם מתן מעמד לגופים נוספים בתוך הרשות המבצעת ישפר או יפגע בהליך הביקורת השיפוטית המתקיים ממילא.

ככל שיש פגמים בכשירות המוסדית של בתי משפט לבקר את פעולת הרשות, מתן קול לגופים נוספים דווקא עשוי למתן פגיעה זו. בהינתן קשיי הפיקוח האינהרנטיים של הציבור, של הכנסת ושל בתי המשפט, ביקורת פנימית מתוך הרשות המבצעת על חלקים אחרים ברשות המבצעת יכולה אפוא לפצות, ולו במידה מסוימת, על קשיי פיקוח אלה. כאשר רשות אחת מבקרת רשות אחרת, יש בכך כדי לצמצם את השליטה המוחלטת של רשות אחת בהליך הרגולטורי, שליטה המתבטאת בהשתקת קולות חולקים בתוך הרשות המבצעת. נוסף על כך, הבאת כמה עמדות מתוך המדינה לפני בית המשפט מסייעת לבית המשפט לקבל תמונה מלאה יותר. ככל שהפרקליטות מציגה עמדה סלקטיבית, הבאת עמדה נוגדת תורמת לפיקוח על עבודת המדינה. בדומה, פיצול קולות יכול למתן את הגירעון

116 השוו: Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols Versus Fire Alarms*, 28 Am. J. Pol. Sci. 165, 165–166, 176 (1984) (מקבינס)

ושורץ טוענים שהקונגרס בארצות-הברית לא יכול לפקח על גופי המנהל בצורה שוטפת, ולכן הוא מסתמך על התרעות מצד אזרחים וגופים אזרחיים כך שהפיקוח הוא לעולם חלקי).

117 איל בנבנישתי וגיא שגיא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר זמיר 119 (אריאל בנדור ויואב רותן עורכים, 2004); רותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 73, בעמ' 512–516.

118 השוו Chayes, לעיל ה"ש 102.

הדמוקרטי של רשויות המנהל, הקובעות נורמות רבות בלי לעמוד למבחן הבחור. השמעת הקולות בפני בית המשפט והציבור חושפת את הרשויות הספציפיות לביקורת מוגברת שעשויה לתרום לאחריותות שלהן.

טענה נוספת, בעלת אופי ספקולטיבי יותר, היא שריבוי קולות עשוי למתן פוליטיזציה של רשויות המנהל. בעולם שבו המדינה מיוצגת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שהוא מינוי מקצועי בעל יסוד פוליטי, יש לחץ מובנה לייצג את עמדת הממשלה.¹¹⁹ מתן אפשרות לגופים אחרים בתוך הרשות המבצעת – שאולי מרוחקים יותר מהעשייה הפוליטית ומונהגים על ידי עובדי ציבור שאינם ממונים על ידי הדרג הפוליטי – יאפשר לשמוע את אלה שמושפעים פחות מהשיקולים הפוליטיים שעלולים להשפיע על היועץ המשפטי לממשלה. מובן שכל גוף ברשות המבצעת מושפע במידה מסוימת מהשיקולים הפוליטיים של העומד בראשו, בדרך כלל נבחר ציבור או משרת אמון הממונה על ידי הדרג הפוליטי; עם זאת, במקרה של חילוקי דעות בתוך הרשות המבצעת, שמיעה של גורמים נוספים לכל הפחות תחשוף תמונה מלאה יותר, ובכך תוכל למתן פוליטיזציה אחת, אפילו אם המיתון יגיע מכיוונה של פוליטיזציה אחרת.¹²⁰

להמחשת הטיעון על אודות הפיקוח על המדינה המנהלית, ככל שהוא קשור להצגה של עמדת רשות חולקת, אביא שוב את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אלון מורה. כזכור, בשל החלטת ממשלה לא התייחס השופט לנדוי למחלוקת בין הרמטכ"ל לשר הביטחון. לעומת זאת, דעת היחיד של השופט ויתקון התייחסה לכך בהרחבה. פסק הדין לא עסק במפורש בפיקוח של רשות אחת על רשות אחרת אלא בשאלת הקיום של צורך צבאי לתפיסת הקרקע הפרטית, אך סוג השיקולים ששקל השופט ויתקון מתאימים גם לדיון על אודות האפשרות של פיקוח פנימי ועל תרומתו של בית המשפט לפיקוח זה.

השופט ויתקון ציין שמדובר במקרה יוצא דופן בשל המחלוקת בין המשיבים. בשונה ממקרים אחרים, שבהם הייתה הסכמה בין רשויות הביטחון באשר לנחיצות הביטחונית, במקרה זה הייתה מחלוקת בין משיבים ששניהם אמונים על האינטרסים הביטחוניים של ישראל. בניגוד לדעתו של השופט לנדוי סבר השופט ויתקון שיש למחלוקת זו משמעות אופרטיבית, שתוצאתה – הגברת נטל השכנוע המוטל על המשיבים להראות שאכן מדובר בצורך צבאי, להבדיל מהצבעה על אמונתו הסובייקטיבית או כנות אמונתו של הרמטכ"ל. אליבא דשופט ויתקון:

מצב זה של מחלוקת בין שר ביטחון ורמטכ"ל על עצם הצורך בתפיסה – אין לו אחריות בכל הפסיקה הישראלית, וגם מארצות אחרות קשה להביא דוגמא למקרה, שבו נדרש שופט לבחור בין דעותיהם של שני מומחים, אחד השר האחראי לנושא ואחד האיש העומד בראש מנגנון הביצוע [...].

119 אם כי סביר שגם ללא הממד הפוליטי יש לחץ. פרקליטים רגילים לייצג את המדינה ולהגן עליה בבתי המשפט, ומן הסתם הם מפנימים את התרבות השלטונית. מובן שגם רשויות המנהל מאמצות את אותם דפוסי שלטוניים, ומכאן החשיבות של פלורליזם מוסדי העשוי למתן השפעות אלה.

120 השוו The Federalist 51 (Madison) (הטוען שמשטר של הפרדת רשויות מאפשר לאמביציה של רשות אחת לבלום אמביציה של רשות אחרת).

כידוע, חזון נפרץ הוא שבת־המשפט נדרשים להכריע בשאלות הדורשות מומחיות מיוחדת – מומחיות שאינה בדרך כלל בהישג ידיעתם של שופטים [...] בענייני ביטחון, כאשר העותר מסתמך על חוות דעתו של מומחה לענייני ביטחון, ואילו המשיב מסתמך על חוות דעתו של האיש שהוא גם מומחה וגם האחראי למצב הביטחון במדינה, טבעי הדבר שניתן משקל מיוחד לדעתו של זה האחרון [...] אך כשהברירה היא בין ראש המטה הכללי לבין שר הביטחון, נראה לי כי אין להשתמש בכלל זה. אין לומר בשום פנים ואופן, שזה מופקד על שמירת הביטחון וזה לא. שניהם אחראים.

במצב כזה של תיקו [...] עלינו לשאול את עצמנו, על מי מוטל נטל הראיה? [...] סבורני שהנטל מוטל על המשיבים. אישורו של המפקד שהתפיסה דרושה לצרכים צבאיים – אין החוק מקנה לו כוח של חזקה – ולא כל שכן כוח של ראייה חותכת – שאמנם כך הוא הדבר [...] [לא] די באמונתו הסובייקטיבית הכנה של המפקד בנחיצות התפיסה כדי להוציא את השאלה מתחום הביקורת השיפוטית. לא בכנות שיקולו עלינו להשתכנע אלא בכוננותו [...] נמסר לנו כי שר הביטחון עצמו אינו משוכנע בנחיצות התפיסה הזאת. אמת הדבר, משרתו של שר היא משרה פוליטית ואין הכרח שהוא עצמו יהיה מומחה לענייני משרדו. אך כאן יש לנו דעתו החולקת של שר הביטחון, אשר [...] הוא עצמו מומחה מובהק לענייני ביטחון [...] אם שר כזה לא שוכנע, כיצד אפשר לדרוש מאתנו, השופטים, שנהיה משוכנעים? [...] זהו הטעם העיקרי המביא אותי לאבחן מקרה זה מכל המקרים הקודמים ולהגיע למסקנה שונה מזו שנתקבלה במקרים ההם.¹²¹

במילים אחרות, כאשר מתגלעת מחלוקת בין רשויות יש בכך כדי לאותת על בעיה. במקרים אלה תפקידו של בית המשפט לברר את טיב המחלוקת ואת מהותה. לשם כך הוא יכול להשתמש בכלים כגון הגברת נטל השכנוע כדי לוודא שהרשות אכן פועלת בד' אמותיה של הסמכות שניתנה לה. אולם, בלי שמחלוקת זו תובא בפניו, בלי שהסיגנל ייתן את אותותיו – יפעל בית המשפט על בסיס מידע חלקי, ובכך תיפגע איכות הביקורת השיפוטית על רשויות המנהל.¹²²

4. טיוב של מבחני הסבירות והמידתיות

מבחני הסבירות והמידתיות מהווים כיום את לב־לבו של המשפט המנהלי בהפעילו ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המנהלי. עילות התערבות "קלאסיות" כמו הפליה, שיקולים זרים וחריגה מסמכות עדיין מוכרות כמובן, אך משקלן קטן יותר וחלקן הוטמעו במבחני הסבירות והמידתיות.¹²³ הרחבתה של עילת הסבירות לתחומי המשפט הציבורי

121 פרשת דויקאט, לעיל ה"ש 82, בעמ' 23-26.

122 השוו, Metzger, לעיל ה"ש 63, בעמ' 445: "Evidence that decisions were made over the objections of career staff and agency professionals often triggers more rigorous review.") בדומה אפשר לטעון שפסק דין דויקאט ממחיש גם את התרומה שרשויות חולקות יכולות להעניק לטיוב של מבחני הסבירות והמידתיות, הנדונים בסעיף הבא.

123 לדיון נרחב בהתפתחותן של עילות הסבירות והמידתיות ראו דפנה ברק־ארז משפט מינהלי כרך ב 729-733, 771-775, 786-791.

עוררה ומעוררת מחלוקת,¹²⁴ אך למרות הביקורת, הגישה שמבקשת לצמצם את השימוש בעילה זו היא דעת מיעוט שאינה מייצגת כיום את המשפט הציבורי.¹²⁵ כידוע, בית המשפט מתערב רק במקרים של חוסר סבירות קיצוני, אך מהו אותו חוסר סבירות שמצדיק התערבות? אליבא דבית המשפט העליון, חוסר סבירות משמעו הפעלת שיקול הדעת המנהלי באופן "אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה".¹²⁶ כך, למשל, הרשות צריכה לאזן באופן סביר בין אינטרסים של פרטים או קבוצות שונות¹²⁷ ובין אינטרסים כלל-חברתיים,¹²⁸ תוך הקפדה שפעולתה לא תפגע בזכויות אדם.

לא זה המקום לחזור על הבעייתיות שבשימוש בדוקטרינת הסבירות כעילה להתערבות בהחלטת הרשות.¹²⁹ מאמר זה מניח שדוקטרינת הסבירות, כפי שפותחה בפסיקתו של בית המשפט העליון, היא עניין נתון;¹³⁰ השאלה היא אם אפשר לשפרה. לפי דפנה ברק-ארז, אחת הבעיות שמאפיינות את דוקטרינת הסבירות היא שהשימוש בה נעשה פעמים רבות בשלב שקודם לפעולה המנהלית, ובדרך כלל ללא התשתית העובדתית שיש בהליכים פליליים או אזרחיים.¹³¹ בהנחה שביקורת זו נכונה, יש טעם (מסיבות שכבר נדונו לעיל) להתיר לגופים שונים ברשות המבצעת להציג עמדות הנוגדות את אלו שמציגה הפרקליטות.

בשיטת משפט אדברסרית, הכלים של בית המשפט לרכישת מידע הם מוגבלים. למעט הכלי של "ידיעה שיפוטית" בית המשפט נזקק לצדדים – ובעתירות ציבוריות בראש ובראשונה למדינה – כדי לקבל את תמונת המצב המלאה, המדויקת והעדכנית. בית המשפט מניח שהפרקליטות, כקצינת בית המשפט, תיתן לו את התמונה העובדתית והנורמטיבית השלמה, אבל מאחר שהפרקליטות מונעת מהאינטרסים שלה, התמונה שהיא תציג לא תמיד תהיה מלאה. אינני טוען, כמוכח, שהפרקליטות מטעה את בית המשפט בידועין, אולם בהחלט ייתכנו מקרים שבהם לא יקבל בית המשפט את התשתית העובדתית והנורמטיבית המלאה הדרושה

124 ראו, למשל, משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989); דותן הנחיות מינהליות, לעיל ה"ש 73, בעמ' 521-526.

125 ברק-ארז, לעיל ה"ש 123, בעמ' 732-733.

126 בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 437 (1980).

127 ברק-ארז, לעיל ה"ש 123, בעמ' 733.

128 שם, בעמ' 735-736.

129 ראו, למשל, רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוט" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102 (תשמ"ב); בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב (3) 445, פסק דינו של השופט גרוניס (2007).

130 למרות נקודת מוצא זו יש להכיר בכך שהליכה בכיוון המוצע תקרב את ההליך המשפטי למקום שמפניו מזהירים מבקרי הסבירות במשפט הישראלי – שחזור מלא של ההליך המנהלי בפני בית המשפט והפיכתו למחליט בפועל. זוהי עלות (ספקולטיבית בשלב זה) שיש להביא בחשבון.

131 ברק-ארז, לעיל ה"ש 123, בעמ' 768. טיעון זה מתיישב עם הטיעון שהועלה בתחילת המאמר, שלפיו פעמים רבות אין קושי מיוחד לשמוע עמדות שונות מתוך המדינה, שכן מדובר בשלב גיבוש המדיניות (מסרים בלתי-עקביים) ולא פעולה (פעולות בלתי-עקביות).

להכרעה, בין משום שרשויות אחרות הטעו את הפרקליטות¹³² ובין משום שהפרקליטות תציג את הדברים באור הנוח לה או ללקוחותיה.¹³³ כך, למשל, מן המפורסמות היא שמשרד האוצר ומשרד הביטחון נחשבים כשחקנים חזקים מאוד בשלב גיבוש המדיניות, וייתכן כי השפעתם על הפרקליטות גדולה מזו של משרדים אחרים. אם ההגדרה של עילת הסבירות היא אימתן משקל ראוי לאינטרסים המתחרים, תנאי להתערבותו של בית המשפט הוא שתהיה בידו התשתית העובדתית והנורמטיבית שעל בסיסה יוכל לקבוע אם אכן ניתן משקל ראוי למכלול האינטרסים המתחרים. לשם כך יש לדעת מה הם כל האינטרסים המתחרים, מהי עמדת המומחים השונים בנושא ואיזה המשקל ניתן לכל אינטרס ביחס לאחר. מתן רשות טיעון לגוף ברשות המבצעת, המציג עמדה מקצועית שונה מזו של המדינה – ואפילו אם לא נתקבלה בשלב גיבוש המדיניות – עשויה להיות קריטית לניתוח סבירותה של ההחלטה המנהלית. אמנם, בית המשפט נוטה שלא להתערב במחלוקת מומחים,¹³⁴ אולם כלל זה התפתח על רקע מחלוקת מומחים בין העותרים למדינה ולא בין המדינה לגופים מתוכה, ומכל מקום לא מדובר בכלל אבסולוטי שבית המשפט לעולם לא יחרוג ממנו, ודאי לא כשמדובר בשאלות משפטיות.

טענה דומה אפשר לטעון לגבי השימוש בעילת המידתיות, שהיא למעשה פיתוח מאוחר של עילת הסבירות. כדי להפעיל במדויק את מבחני המשנה של המידתיות – הקשר הרציונלי, האמצעי שפגיעתו פחותה ומידתיות במונח הצר – נדרש מידע לגבי האפשרויות שעמדו לפני המדינה. האם האמצעי שבחרה אכן יוביל למטרה המיועדת? האם היו אמצעים אחרים שהיו יכולים להגשים את אותה מטרה תוך פגיעה קטנה יותר בזכויות אדם? האם יש יחס מידתי בין התועלת שתצמח מפעולת המדינה לבין הנזק הצפוי להיגרם? כל אלה שאלות ספקולטיביות בעיקרן.¹³⁵ באופן טבעי, הפרקליטות תייצג את עמדת המדינה שתסבור שהמדיניות מידתית, אבל מאותן סיבות שתוארו לעיל יש טעם לשמוע גורמים נוספים, מתוך הרשות המבצעת, היכולים להאיר את הליך קבלת החלטות עובר לגיבוש המדיניות כך שישפיע על תוכנם של מבחני המידתיות ויאפשר לבית המשפט להעריך טוב יותר את פעילות הרשות.

5. קשיים אפשריים

למרות היתרונות הטמונים במתן מעמד בהליכים משפטיים לגופים חולקים ברשות המבצעת, שינוי תפיסתי כזה טומן בחובו כמה קשיים. בחלק זה אסקור את הקשיים העיקריים ואנסה לתת להם מענה מספק. מטרתה היא להראות שחלק ממה שנתפס כקושי יתברר כקושי

132 ראו בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל, פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 15.6.2006). ראו גם יובל יועז "תוואי הגדר ליד ההתנחלות צופין יפוק. בג"ץ: המדינה הסתירה שהתוואי נועד להרחבת היישוב" הארץ 16.6.2006 www.haaretz.co.il/misc/1.1558882

133 ראו עומר דקל "חקירה נגדית בבג"ץ ובכית-המשפט לעניינים מינהליים" עיוני משפט לח 151, 170-171 (2012).

134 דויקאט, לעיל ה"ש 82, בעמ' 25; בג"ץ 522/81 אברמזון נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב, פ"ד לח(2) 1 (1984).

135 אף כי ברור שהן מקפלות בתוכן גם הכרעות נורמטיביות. ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 123, בעמ' 791-792.

מדומה, וחלק אחר של הקשיים יש תשובות המטות את הכף לטובת מתן מעמד לגופים חולקים. בסופו של יום, בחלק מהקשיים שאתאר יש ממש ולכן, בחלקו האחרון של המאמר (חלק ד') אפרט על אודות הקריטריונים שצריכים להנחות את בית המשפט במתן מעמד לגופים חולקים. קריטריונים אלה אמורים ליתן מענה מספק לקשיים המועלים בחלק זה.

(א) פיצול יתר שיביא לחוסר יציבות

כאשר כמה גופים מתוך המדינה טוענים בבית המשפט (בין בכתב ובין על-פה), יש חשש שהדבר יביא לפיצול יתר של "המדינה", מה שיגרום בתורו לחוסר יציבות במנגנונים לגיבוש מדיניות ולקבלת החלטות.¹³⁶

טענה זו אינה ברורה. ראשית, לא ברור מהו קו הבסיס (baseline) ליציבות בלי שנגבש תחילה סטנדרט של יציבות. האם כיום, כשהרשות המבצעת היא לכאורה מונוליתית, יש רמה ראויה של יציבות? האם המצב כיום הוא יציב מדי, מה שאולי מביא לאוספיקציה (ossification) של ההליך המנהלי? מנגד, כפי שטענתי לעיל, הרשות המבצעת מתפקדת ברגיל במצב של פיצול. התעקשות על דרישת האחידות אינה משקפת את הליך גיבוש המדיניות, שפעמים רבות מאופיין בביזור ובהתנגשות. משכך, לא ברור עד כמה התוספת השולית של פיצול אפשרי בשלב ההליך המשפטי תפגע ברמת היציבות הנוכחית. האם היא תפגע בה? ככל הנראה; האם היא תפגע בה במידה ניכרת או מזיקה? התשובה לשאלה זו היא אמפירית, אבל בהתאם לקריטריונים שיובאו בחלק ד', כלל לא ברור שיש בפגיעה זו ממש או שיש לחשוש מהשפעתה.

אשר לטענה בדבר הנזק שבפיצול-יתר, כלל לא ברור שפיצול הוא חיסרון. הטיעון הכללי בעד הפרדת רשויות, שהוא למעשה טיעון לטובת פיצול, מבוסס על היתרונות הדמוקרטיים שבאיריכוז כוח רב מדי אצל אדם או אצל רשות אחת. בדומה, פיצול הקול ברשות המבצעת במסגרת הליכים משפטיים עשוי למתן השפעות ריכוזיות. כך, למשל, בכל המדינות בארצות-הברית יש פיצול רב ברשות המבצעת. אף שהמושל עומד בראש הרשות המבצעת, תפקידים אחרים – סגן המושל, התובע הכללי, מזכיר המדינה, מזכיר האוצר, מבקרים, מפקחי חינוך, רגולטורים של שירותים כגון חשמל ומים ותפקידים בכירים אחרים – הם תפקידים שאליהם המועמדים נבחרים אישית, כך שהם אינם כפופים ישירות למושל והם נהנים מלגיטימציה דמוקרטית מוגברת.¹³⁷ לפי גרסן (Gershen) וברי (Berry), למרות הפיצול בשרדרת הפיקוד של הרשות המבצעת המדינות אינן קורסות.¹³⁸ במצב של רשות מבצעת פלורליסטית, סמכות ספציפית נלקחת ממי שעומד בראש הרשות וניתנת לבעל

136 לחשש מפני פיצול סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ראו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו 52-56 (1998); אריאל בנדר וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והממשל" הפרקליט מד 423, 436 (תשנ"ח-תש"ס).

137 Gershen & Berry, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1400. המחברים מציגים נתונים שלפיהם יש יותר מ-10,000 עובדים נבחרים ברשויות המבצעות במדינות ארצות-הברית.

138 ראו William P. Marshall, *Break Up the Presidency? Governors, State Attorneys General, and Lessons from the Divided Executive*, 115 YALE L. J. 2446, 2453-55 (2006).

התפקיד שנבחר לו. לטענתם, רשות כזו מתפקדת טוב יותר מרשות מבצעת אוניטרית, מפני שמבנה מפוצל משקף בצורה טובה יותר את רצונו של הציבור בהשוואה לרשות מבצעת שבראשה עומד אדם אחד או גוף אחד. כך, רשות מבצעת מפוצלת מקטינה את בעיית הנציג שבין המדינה לאזרחיה; מאפשרת פיקוח טוב יותר של אזרחים על ביצועים של כל משרד, וכן מאפשרת לבוחר לתגמל ולהעניש את נושא התפקיד האחראי למדיניות הכושלת או המצליחה (בניגוד לבחירות כלליות, שבהן הצבעה למועמד או למפלגה לא מאפשרת פיצול נושאי של כל הנושאים שבהם המועמד או המפלגה מעורבים).

האנלוגיה לארצות-הברית אינה מושלמת. מאמר זה אינו עוסק בפיצול תפקידים בתוך הרשות המבצעת לצורך בחירות ובתרומה של פיצול זה לאחירותיות. עם זאת, אם גרסן וברי צודקים בטיעונם בדבר היציבות שלא נפגעה, סביר להניח שחשש זה לא יתממש גם בהקשר של הצגת קולות נוגדים בהליכים משפטיים – מהלך שעוצמתו פחותה בהרבה מבחירות לתפקידים רבים בתוך הרשות המבצעת. אין צורך להגיע לטענה מרחיקת-לכת שלפיה כל הגופים ברשות המבצעת צריכים להיות עצמאיים לחלוטין, או שיש לבחור את ראשיהן בבחירות ישירות. אפשר לבסס היררכיה ברשות המבצעת ועדיין להתיר הגשה של חוות דעת נוגדות של גופים בתוך הרשות המבצעת בהליך המשפטי.

(ב) היעדר אחידות, קוהרנטיות ובעיות תיאום

חשש נוסף הקשור לבעיית הפיצול הוא הקשיים המעשיים הנובעים מפיצול הקולות בהליכים משפטיים. פיצול עלול להביא להיעדר אחידות ולחוסר קוהרנטיות ויפגע ביכולת של המדינה לכוון את התנהגות אזרחיה. בתוך כך, פיצול-יתר יקשה על גופים בתוך המדינה לתאם עמדות ולגבש מדיניות קוהרנטית.

כאמור, כבר כיום יש מידה רבה של חוסר קוהרנטיות בעשייה המדינתית. החלוקה למשרדי ממשלה, סמכויות חופפות, פיצול בין רשויות וצמיחתה של המדינה המנהלית מייצרים מטבעם קולות שונים.¹³⁹ בהיעדר קו בסיס ניטרלי, המציאות היא אינדיקציה לכך שחוסר קוהרנטיות מסוים אינו צריך להטריד אותנו יותר מדי.¹⁴⁰ שנית, מכיוון שמטרתה היא לאפשר לרשויות בתוך הרשות המבצעת להציג לבית המשפט עמדות שונות, הטענה של היעדר אחידות אינה מתאימה. טענה זו מתאימה כשרשויות שונות פועלות באופן סותר, שונה או נוגד, אבל לא כשהן מביעות את דעתן לגבי המצב הראוי. מקרים אלה נופלים במסגרת

139 עם זאת, יש להודות כי בצד הקולות השונים יש גם נורמה חזקה בתוך השירות הציבורי (ובארגונים היררכיים בכלל) של הימנעות מהשמעת קולות סותרים. כך, למשל, התקשי"ר מגביל ביטויים ביקורתיים של עובדי ציבור וראש הממשלה גוער בשרים שתוקפים בפומבי את מדיניות הממשלה. לדיון בתופעת ההשתקה והצנזורה העצמית בתוך ארגונים ראו Adam Shinar, *Public Employee Speech and the Privatization of the First Amendment*, 46 CONN. L. REV. 1 (2013).

140 השוו אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח 387, 406 (1994) (הראל טוען שקהרנטיות כשלעצמה אינה ערך ראוי למערכת משפטית, ושעל השופט לפנות ישירות לערכים שעליהם הקוהרנטיות נשענת).

קטגוריית המסרים הבלתי־עקביים, שבדרך כלל אינה מעוררת קושי, להבדיל מקטגוריית הפעולות בלתי־עקביות, שמעוררת קשיים כפי שנדרון לעיל. אשר לבעיות תיאום, אלה אכן יתקיימו (וקיימות כבר כעת), אבל לא ברור באיזו מידה בהשוואה להיום. מכל מקום, העלות של בעיות התיאום צריכה להיות מאוזנת כנגד התועלת הדמוקרטית שבפיצול שעליה עמדתי לעיל.¹⁴¹

(ג) חוסר יכולת להכריע בין גרסאות סותרות מתוך הרשות המבצעת

טענה חזקה יותר היא שבהינתן שגופים שונים מתוך המדינה יציגו עמדות שונות, בית המשפט יתקשה להכריע בין העמדות, במיוחד כשהדברים נוגעים למחלוקות מקצועיות שבהן בית המשפט חסר כשירות מוסדית.

טיעון זה לוקה בכמה קשיים. ראשית, גם כיום בית המשפט נדרש להכריע בין עמדות נוגדות: זו של העותרים או התובעים מול זו של המדינה. גם אלה וגם אלה יכולים להציג חוות דעת של מומחים, ובית המשפט יבחן את חוות הדעת המנוגדות. יתרה מזו: טיעון זה לא מביא בחשבון שבמצב העניינים הנוכחי דווקא הצגת עמדה אחת מתוך הרשות המבצעת עלולה לפגוע ביכולת של בית המשפט לקבוע אם המדיניות צריכה להתאשר או להיפסל. במצב שבו יש רק עמדה אחת של המדינה, אין למה להשוות עמדה זו.¹⁴² אפשר כמובן לבחון את עמדתם של העותרים, שתהווה עמדה נוגדת לזו של המדינה, אבל גם כאן יש בעיה בשל האינטרסים שמניעים את העותרים, וסביר שהאינטרסים שמניעים רשות מקצועית יהיו שונים מאלה של עותרים שהם אזרחים. ברגיל בית המשפט סומך על הפרקליטות¹⁴³ משום שהוא מניח שאינטרס הציבור עומד לנגד עיניה, והאינטרסים של העותר בדרך כלל, אם כי לא תמיד, צרים יותר. לכן, דווקא הצגת דעות שונות מתוך הרשות המבצעת תגדיל את היכולת של בית המשפט לבחון את פעולת הרשות בכללותה, תוך שהוא ער למרב העמדות התומכות והנוגדות.

אפשר להקשות ולטעון שגם אם יקבל בית המשפט יותר מידע אין זה אומר שהוא יוכל להכריע בין העמדות השונות. אם הגוף החולק על עמדת הפרקליטות אף הוא גוף מקצועי שאינטרס הציבור לנגד עיניו, מתי יש להעדיף את עמדתו על פני עמדת הפרקליטות? התשובה לשאלה זו היא שהדבר תלוי בנסיבות. בית המשפט יבחן את ההליך שקדם לקבלת ההחלטה, את מהות המחלוקת בין הגופים, את מקצועיותו של הגוף החולק ואת הסוגיה הקונקרטית שבמחלוקת. לגבי תוכן המחלוקת עצמה יוכל בית המשפט להפעיל את כללי הביקורת הרגילים על שיקול הדעת, בהתאם לנסיבות שתיארת. כך, למשל, אם הגוף החולק הוא גוף מקצועי, המביע את עמדתו במסגרת עבודתו הרגילה, ייטה בית המשפט לייחס לעמדתו את חזקת התקינות המנהלית, בשונה מגוף חולק שבמסגרת עבודתו הרגילה לא

141 ראו גם Berry & Gersen, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1410-1411.

142 קושי זה מועצם בליטיגציה חוקתית ומנהלית, שבה לא נהוג לחקור עדים. ראו דקל, לעיל ה"ש 133.

143 על ההסתמכות של בג"ץ על מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" משפט וממשל ז 159, 170-171, 199 (תשס"ד).

מזדמן לו להביע דעה על סוגיות הדומות לסוגיה הקונקרטית שבמוקד הסכסוך. לבסוף, יש לזכור שבית המשפט (אמנם לא בית המשפט העליון) מורגל מאוד לבחון עדויות של מומחים שאינם במומחיותו העצמית כגון רופאים, מהנדסים ופסיכולוגים, ויש דוקטרינות המפרטות כיצד יש להכריע במחלוקות מומחים.¹⁴⁴ ארחיב על נקודה זו בחלק ד'.

(ד) תמריצים לא להגיע להסכמה

בעיה קשה יותר היא שמתן אפשרות לגוף ברשות המבצעת להציג עמדה חולקת בהליך משפטי עלול לשמש תמריץ אקס אנטה לאותו גוף שלא להגיע להסכמה עם רשויות אחרות ועם היועץ המשפטי לממשלה. גוף שיוודע כי בעתיד יוכל להציג את עמדתו בהליך משפטי, ואף יודע שיש סיכוי שעמדתו תתקבל למרות עמדתו החולקת של היועץ המשפטי לממשלה, ייתכן שייטה פחות להתפשר, לדון בתום לב או להגיע להסכמות עם הגורמים המחליטים ברשות המבצעת. מנגד, מתן אפשרות להצגת עמדה חולקת עלול לתמרץ את היועץ המשפטי לממשלה שלא להתייעץ מלכתחילה עם גופים העשויים להציג עמדה חולקת. משכך, מתן אפשרות להצגת עמדה חולקת עלולה לייצר אדברסריות מוגזמת בתוך המנגנון הממשלתי, למנוע הסכמות במקרים שאפשר להשיגן ולערער את הליך קבלת ההחלטות.

בעוד שחשש זה משמעותי יותר מהאחרים שצוינו, עדיין קשה להעריך את סיכויי התממשותו. במקרים המעטים שבהם רשויות מציגות עמדות סותרות בבתי משפט (כפי שאתאר בהמשך), נראה שחשש זה לא התממש. עם זאת, יש סיבות נוספות לחשוב שטיעון זה חלש מכפי שנדמה. ראשית, רשות חולקת עדיין תרצה שהמדינה תאמץ את עמדתה, שכן גם אם תציגה בהמשך הדרך בפני בית משפט, סביר שבית המשפט ייתן לה משקל פחות, בהינתן שעמדה זו לא אומצה בסופו של יום על ידי היועץ המשפטי לממשלה. משכך, המתחם למשחקים אסטרטגיים לא יגדל בהכרח, וגם אם כן – לא בהרבה. שנית, רשות מנהלית שיוודעת כי רשות אחרת תוכל להציג עמדה נוגדת בבית משפט אולי תשתדל יותר להשיג הסכמה עם הרשות הנוגדת כדי למנוע את הצגת אותה עמדה. במובן זה, מתן אפשרות טיעון לרשות חולקת יכול דווקא לתמרץ רשויות להיכנס לשיח פרודוקטיבי: ייווצר אפוא אפקט של deliberation inducing.¹⁴⁵ שלישית, הסיכוי להתנהגות אסטרטגית של רשות חולקת לא יגדל בהכרח, משום שלרשות יש אינטרס חזק להשפיע גם בשלב המדיניות. הרשות, בהיותה שחקנית חוזרת בשלב גיבוש המדיניות, מעוניינת ביחסי עבודה טובים עם רשויות אחרות ובפרט עם היועץ המשפטי לממשלה, שכן היא תלויה בו גם בעניינים שלא מגיעים לבתי המשפט. משכך, יש לרשות החולקת אינטרס לגרום לכך שהעמדה שלה תהיה גם העמדה הקונסנזואלית. לבסוף, נראה לי כי החשש שהיועץ המשפטי לממשלה לא יתייעץ עם גורמים שעשויים לחלוק עליו אין בה ממש. בסופו של יום, היועץ המשפטי מייצג את אינטרס הציבור וייתכן שדי בזהות המוסדית המוטמעת עמוק בסדרי עבודתו כדי לקיים הליך התייעצות תקין. עם זאת, ככל שחשש זה יתממש, קל להתגבר עליו באמצעות הטלה

144 ראו, למשל, Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

145 לרעיון של ביקורת שיפוטית שמתמרצת שיח שלטוני ראו William N. Eskridge, Jr. & John Ferejohn, *Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review*, 87 Tex. L. Rev. 1273 (2009).

של חובת היוועצות.¹⁴⁶ אי-היוועצות עם גורמים רלוונטיים עלולה להשליך גם על הסבירות של עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

6. מקרים דומים שלא מעוררים קושי

במבט ראשון הטיעון שלי נראה מרחיק-לכת. מתן אפשרות לגורמים מתוך הרשות המבצעת להציג דעות נוגדות לעמדה המשפטית שגיבש היועץ המשפטי לממשלה סותר מסורת רבת-שנים של דיבור ב"קול אחד בהליכים משפטיים". הוא חותר תחת אחדותה ויציבותה של הרשות המבצעת, עלול להקשות על עבודתה של הפרקליטות בגיבוש עמדה משפטית לכל המדינה, ולייקר, לעכב ולסרבל את ההליך השיפוטי. הדבר יכול להקשות על הנחיה מקצועית של היועץ המשפטי את יחידות הרשות המבצעת; כמו כן הוא עלול לתמרץ רשויות החולקות על עמדת היועץ המשפטי לפעול באופן אסטרטגי, מתוך ידיעה שבסופו של יום תהיה להן אפשרות לנגיסה שנייה בתפוח ולשכנע את בית המשפט בצדקתן. כפי שטענתי, אף שיש תשובות לחלק מקשיים אלה, אין להמעיט בערכם. עם זאת, בצד הקשיים האפשריים אפשר לראות כי כבר כיום – אף כי בצורה מוגבלת מאוד – גופים בתוך הרשות המבצעת מציגים בפני בתי המשפט עמדות שבמקרים מסוימים עשויות לנגוד את העמדות של היועץ המשפטי והפרקליטות. בסעיף זה במאמר אסקור שלושה סוגים של מקרים שכאלה. בהנחה שהפרקטיקה הקיימת אינה פוגעת מהותית בתפקוד של היועץ המשפטי ושל הפרקליטות, יש בכך כדי להטיל ספק בטיעון שמתן מעמד לגופים חולקים בתוך הרשות המבצעת ייצור מצב אנרכי שישפיע על היציבות המוסדית. עם זאת, יש להדגיש כי מקרים אלה אינם הוכחה ניצחת לכך שפרקטיקה זו מבוססת או נפוצה. מטרתי היחידה בסעיף זה היא להראות שפרקטיקה כזו אפשרית ושהשמיים אינם נופלים. כל אחת מהדוגמאות שאביא מיוחדת לתחומה אולם, כפי שאטען בהמשך, ייחודיות זו איננה צריכה להשפיע על עצם העיקרון שלפיו במקרים מסוימים אפשר להביא דעות חולקות מתוך הרשות המבצעת לפני בית המשפט.

(א) נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה

כפי שהראיתי לעיל, כיום הנציבות אינה יכולה להגיש את עמדתה כשזו סותרת את עמדת המדינה. הדבר עלה מטיעון המדינה בפרשת אילנה ברימה ומעוגן גם בנוהל מוקדם יותר של משרד המשפטים.¹⁴⁷ הסיבה שהנציבות כן הגישה עמדה בעניין אילנה ברימה לא

146 על חובת ההיוועצות במשפט המינהלי ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 92, בעמ' 301-319.
 147 קביעת מנגנון פנים-ממשלתי לבירור חילוקי דעות בין נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה לבין מעסיק ממשלתי לעניין קיום הוראות חקיקת השוויון בעבודה על ידי משרדי הממשלה, נוהל מיום 2.3.2009 (עותק נמצא אצל המחבר). ראו גם נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה – אמות מידה לבחירת תיקים, עמ' 8 (דיון בנוהל האמור). ראו DCB0-40CE-85B6-A0DA68BE8B7A/0/CriteriaToChooseCases.pdf
www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/4C1C2654-

נבעה מנכונותו של היועץ המשפטי לממשלה, אלא נכפה על המדינה על ידי בית הדין, שהיה מעוניין לשמוע את הנציבות.¹⁴⁸

אף שלא מצאתי מקרים שבהם תבע אדם את המדינה והנציבות הציגה עמדה חולקת,¹⁴⁹ מצאתי מקרה שבו אחת התובעות הייתה הנציבות, הנתבעת הייתה עיריית ירושלים, וזו צירפה כנתבעת נוספת את המדינה, וליתר דיוק – את הממונה על השכר במשרד האוצר. באותו עניין¹⁵⁰ נדונה תביעת הפליה בשכר מכוח חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, לגבי עובדים ועובדות בעיריית ירושלים. הנציבות, שכאמור הייתה אחת התובעות, סברה כי מדובר בהפליה. המדינה הצטרפה לעמדת העירייה שלפיה אין להעניק תוספות לעובדות, שכן התוספות שניתנו לא היו על בסיס מגדרי אלא נבעו מכך שמדובר בעובדים מקבוצות שונות.¹⁵¹ אף שהנציבות ציינה שכזרוע של המדינה אין היא רשאית לטעון נגדה, בפועל נגעו טענות הנציבות לעניין זה. הנציבות סברה – וטענתה בעניין זה התקבלה – כי לא היה מקום להבחין בין העובדות התובעות לבין העובדים שקיבלו את תוספות השכר, שכן שתי הקבוצות ביצעו את אותה עבודה. העובדה שהייתה מחלוקת בין המדינה לנציבות, ואפילו לא הייתה מחלוקת זו בלב טיעוני המדינה, לא הקשתה על בית הדין לבצע את הביורור הנדרש, לברור בין העמדות, לשמוע עדויות ולהכריע. אכן, טענת הנציבות לגבי האפליה נתקבלה, ומהצד השני התקבלה טענת המדינה לגבי נפקותו של הסכם קיבוצי מאוחר. קולה של המדינה פוצל במקרה זה בלי שהדבר עורר קושי עקרוני או יישומי.

(ב) הסנגוריה הציבורית

מאז 1995 הסנגוריה הציבורית פועלת כיחידה במשרד המשפטים.¹⁵² מעמדם של הסנגורים הציבוריים זהה לזה של עובדי הפרקליטות (הכופים ליועץ המשפטי לממשלה),¹⁵³ אם כי ככל שחובותיו של הסנגור הציבורי מתנגשות עם חובותיו כעובד מדינה, חובת הנאמנות ללקוחו גוברת.¹⁵⁴ אין מחלוקת שהסנגוריה הציבורית היא גוף בתוך הרשות המבצעת, אולם המצב הטבעי הוא שהסנגוריה הציבורית מייצגת אנשים שהמדינה מגישה נגדם כתבי אישום. בהליך משפטי טיפוסי, אפוא, שני עובדי מדינה טוענים זה נגד זה. מובן שהדבר אינו מעורר קושי מיוחד שכן זו מטרתה של הסנגוריה הציבורית – להגן על נאשמים שאין באפשרותם לשכור את שירותיו של עורך-דין, גם אם הדבר כרוך בפיצול קולה של המדינה.

148 מעניין לציין כי גם לאחר הוראת בית הדין לא הגישה הנציבות את עמדתה באופן עצמאי, וזו צורפה כנספח להודעת הפרקליטות.

149 הסיבה לכך היא שהמדינה אוסרת על הנציבות להציג עמדות חולקות.

150 ס"ע 10-08-22000 גלית קידר נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 12.3.2014).

151 שם, פסקה 8 לפסק הדין.

152 ס' 1 (א) לחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995. שר המשפטים הוא הממונה על ביצוע החוק, רשאי להתקין תקנות, והוא זה שעומד בראש ועדת הסניגוריה הציבורית ומקבל את הדוח השנתי שמגישה הסניגור הציבורי הארצי. לסקירה ראו דן ביין "חוק הסניגוריה הציבורית – סקירה תמציתית" משפטים כ"ט 481 (תשנ"ח).

153 ס' 13 לחוק הסניגוריה הציבורית.

154 ס' 15 (ב) לחוק הסניגוריה הציבורית. השוו Legal Services Corp. v. Velazquez, 531 U.S. (2001) 533.

כנגד דוגמה זו אפשר כמובן לטעון שאין כל רבותא בכך שהסנגוריה מציגה עמדה החולקת על עמדת המדינה, שכן אחרת אי-אפשר היה לקיים סנגוריה ציבורית כלל. לכן, הדוגמה של הסנגוריה היא כל כך יוצאת-דופן עד שאין בה כדי ללמד על היתכנותו של הכלל המוצע במאמר.

בטיעון זה היה יכול להיות ממש אלמלא הכיר בית המשפט העליון ביכולתה של הסנגוריה הציבורית להציג עמדה מנוגדת לזו של היועץ המשפטי גם בתיקים שבהם היא לא מייצגת את הנאשם. כך, בפסק הדין בעניין קוזלי¹⁵⁵ נקבע, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי הסנגוריה יכולה להצטרף כידיד בית משפט ולהגיש את עמדתה, קרי: גם בהליכים שבהם היא לא מייצגת את הנאשם. אילו הוגבל תפקיד הסנגוריה אך לייצוג, היה טעם בטענה שהסנגוריה היא דוגמה ייחודית שאין להשליך ממנה על מקרים אחרים; אולם משעה שביית המשפט קיבל עקרונית את יכולתה לייצג אינטרסים כלליים הנוגדים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אין לומר שהסנגוריה היא כה ייחודית עד שאי-אפשר להכליל ממנה למקרים אחרים.

בהקשר זה חשוב לציין שהנשיא ברק הסכים לצירוף הסנגוריה הציבורית אף שלא הייתה הסמכה מפורשת בדין לעשות כן, על בסיס הסמכות הכללית של בית המשפט לצרף צדדים כשהוא סבור שביכולתם להועיל לדיון.¹⁵⁶ אשר לחשש שהביע היועץ המשפטי לממשלה – שמתן רשות לסנגוריה יפתח פתח לגורמים אחרים ויוביל להפרת האיזונים שביסוד שיטת המשפט – טענה זו נדחתה. לבסוף, הנשיא ברק דחה את טענת היועץ המשפטי לכפילות בשמיעת הסנגוריה, שכן היועץ הוא הגוף שמייצג את אינטרס הציבור. עצם העובדה שהיועץ המשפטי מייצג את האינטרס הציבורי – עניין שלגביו אין מחלוקת – לא שוללת מניה וביה שמיעת גוף אחר שגם לו יש נגיעה לאינטרס הציבורי או לאינטרס הספציפי שעליו הוא מופקד.¹⁵⁷ אכן, מאז פסק הדין בעניין קוזלי הסנגוריה הציבורית מצטרפת כעניין שבשגרה להליכים שבהם היא מציגה עמדה שונה מעמדת המדינה.¹⁵⁸

(ג) שירות המבחן

בדומה לסנגוריה הציבורית, שירות המבחן הוסמך בחוק למלא תפקיד בהליך הפלילי שעשוי להיות לעומתו כלפי הפרקליטות. כך, סעיף 37 לחוק העונשין קובע כי לאחר

155 פרשת קוזלי, לעיל ה"ש 101.

156 השוו תקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (תקנה 24 מאפשרת לבית המשפט לבקשת אחד הצדדים או מטעמו של בית המשפט, לצרף תובע או נתבע "שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע בעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה").

157 לטיעוני היועץ המשפטי לממשלה נגד צירוף הסנגוריה ראו פרשת קוזלי, לעיל ה"ש 101, בעמ' 553.

158 מדובר, כאמור, במקרים שבהם הסנגוריה אינה מייצגת את הנאשם אלא את האינטרס הציבורי שהיא מביאה כסנגוריה ציבורית. ראו, למשל, דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד (טרם פורסם, ניתן ביום 7.6.2004); ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, נד(2) 241 (2000); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, סג(2) 253 (2009).

שהורשע אדם, ולפני שנגזר דינו, השופט רשאי לבקש תסקיר מבחן הניתן על ידי שירות המבחן, גוף במשרד הרווחה. במקרים שבהם בית המשפט רוצה לגזור עונש מאסר בפועל יש חובה לבקש תסקיר מבחן.¹⁵⁹

מטרת תסקיר המבחן היא לעמוד על עניינו האישי של המורשע, לשקול את עברו ואת מצבו המשפחתי, הכלכלי והבריאותי, ולהמליץ לבית המשפט על העונש הראוי,¹⁶⁰ תוך מתן דגש להיבט השיקומי. אינטרסים אלה נשקלים גם על ידי הפרקליטות, אולם זו מופקדת על האינטרס הציבורי כולו ורק חלק ממנו מוקדש לנסיבות המיוחדות של הנאשם ולסיכויי שיקומו.

המקרה של שירות המבחן מעניין משום שבניגוד לסנגוריה הציבורית, חוות דעתו מוגבלת למקרים קונקרטיים של נאשמים ספציפיים. הוא אינו מתייצב כידיד בית המשפט ואינו מצטרף כמשיב עצמאי לעתירות. אפשר לטעון שהמחוקק עצמו – כשהסמיך את שירות המבחן לדבר בשם חלק מהמדינה – עשה זאת בצמצום, בהינתן התפקיד המיוחד של שירות המבחן ותוך קביעת האיזונים המתאימים. במקרים של הסמכה מפורשת על ידי המחוקק, חלק מהחששות שבמתן מעמד לקולות נוגדים מקבל משקל מופחת, ולו בשל כך שהחשש הדמוקרטי מצטמצם. המחוקק הוא שקובע את הנורמה במקום שבית המשפט יורה לרשות חולקת להגיש עמדתה.

בטיעון זה יש טעם, אולם לענייננו, עיצוב אופן ההשתתפות של שירות המבחן על ידי המחוקק חשוב פחות מעצם השתתפותו בהליך הפלילי. בפרק הבא אציין כמה קריטריונים שלדעתי נחוצים כדי למנוע את הבעיות שבמתן מעמד בהליכים משפטיים לגופים חולקים ברשות המבצעת. בשלב זה של הניתוח הדגש הוא על כך שאפשרות זו קיימת וכבר מופעלת שנים רבות בדמותו של שירות המבחן. לא אחת הפרקליטות חולקת על עמדתו של שירות המבחן, השוקל שיקולים שהפרקליטות אינה שוקלת או נותנת להם משקל מופחת. למרות הדיסהרמוניה וה"שטיבלך" (כלשונו של השופט רובינשטיין) שפלורליזם ארגוני כזה יוצר, ההליך הפלילי מתנהל ללא קשיים מיוחדים. בית המשפט יודע להבחין בין עמדת הפרקליטות לעמדת שירות המבחן, ומעמדה המרכזי של הפרקליטות (או של "מדינה") לא נפגע.

ד. אימתי יש לאפשר ריבוי קולות מדינתיים בהליכים משפטיים?

בשים לב לקשיים האפשריים הנובעים מעמדת העקרונית – אימתי יש לאפשר לרשויות חולקות להציג את עמדתן לפני בית המשפט, ואפילו לא נתקבלה עמדה זו על ידי היועץ המשפטי לממשלה? בפרק זה אפרט על אודות הקריטריונים הנראים לי רלוונטיים להכרעה בסוגיה זו. מדובר בקריטריונים כלליים שגם המחוקק וגם בית המשפט יוכלו ליישם. המחוקק עשוי להחליט, בהתאם לקריטריונים, כי ראוי ליתן לגוף מסוים רשות להציג עמדה עצמאית ויעגן זאת בחוק, ובית משפט, במקרה ספציפי, עשוי לחשוב כי יש מקום להצגת עמדה חולקת. מובן שיש הבדל בין שתי הדרכים: דרך אחת פועלת אקס אנטה, על ידי מתן היתר מראש, כשהמחוקק חושב שכדרך כלל יהיה טעם בשמיעה של רשות חולקת; בית

159 ס' 38 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

160 ס' 37 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

המשפט פועל אקס פוסט, לאחר שהתגלע סכסוך שמובא לפניו. מערך התמריצים עשוי אפוא להיות שונה. גם מבחינה דמוקרטית יש הבדל בין היתר חקיקתי להיתר פסיקתי: ככל שמתן מעמד לרשות חולקת נתפס כמהלך שמערער על האוניטריות של הרשות המבצעת ופוגע בכך בעקרון הפרדת הרשויות, יש יותר לגיטימציה שמהלך כזה יובל על ידי המחוקק, במחזיק בסמכות הראשונית להסדיר את הפעלת הכוח המבצע.

מכל מקום, במאמר זה אין ביכולתי להיכנס לשאלת ההעדפה המוסדית (מחוקק או בית משפט), ועל כן אתמקד בקריטריונים שהמחוקק או בית המשפט צריכים לשקול טרם מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים. מטרת הקריטריונים היא להצביע על סוגי המקרים של רשויות חולקות המתאימים יותר מאחרים להישמע בבית משפט, תוך גרימת הפרעה מינימלית לפעולתה הרגילה של המדינה המנהלית. אדגיש כי אין בקריטריונים אלה כדי להכתיב את התוצאה במקרה קונקרטי: מדובר בשיקולים שיש להביא בחשבון ואין בכוחו של אחד מהם להכריע במובהק.

1. הגבלת תביעה בין רשויות

שמירה על הרמוניה ויחסי עבודה תקינים ברשות המבצעת הם אינטרסים חשובים. יצירה אווירה לעומתית שמלווה באיום תכופ לתבוע תקשה, ככל הנראה, על עבודה שיתופית לאורך זמן. משכך, מוצע כי רשות חולקת תוכל להציג את עמדתה בתביעה קיימת בין אדם או ארגון לבין המדינה, ולא כצד עצמאי שיום תביעה אך משום שעמדתו לא התקבלה בשלב גיבוש המדיניות. שיקול נוסף לטובת ההגבלה על תביעות ישירות הוא צמצום התנהגות אופורטוניסטית מצד רשויות חולקות. רשות המעוניינת לפעול בצורה אסטרטגית לא תוכל לדעת בוודאות כי תוגש תביעה נגד המדינה בעניין שבמחלוקת, ולכן הדבר יתמרץ אותה לצמצם את גדר המחלוקת למקרים שבהם זו אכן נובעת מטעם ענייני. מובן שיש אפשרות שהרשות תמסור מידע לעותרים פוטנציאליים ובכך תעודד אותם לתבוע, ואז תצטרף לתובענה. קשה להעריך את סיכויי ההתממשות של אפשרות זו. עם זאת, יש להניח שתופעות כאלה קיימות כבר כיום, ואפילו אם הרשות החולקת לא מתייצבת לדיון. משכך, נראה שאין קושי משמעותי לתת אפשרות להתייצב בתיקים שבהם מעורבים צדדים אזרחיים והמדינה. הנחתי היא שרשות מנהלית, בהיותה שחקן חוזר מול משרד המשפטים יותר מאשר מול בתי המשפט, תהיה מעוניינת בראש ובראשונה בשמירה על יחסים טובים עם הראשון, וכך יצטמצמו באופן טבעי המחלוקות ויישמרו למקרים עקרוניים.

עם זאת, אין זה ראוי שהאיסור על תביעה בין רשויות יהיה מוחלט. יש לשקול חריגה מכלל זה במקרים שבהם הגוף החולק הוא גוף אכיפתי מובהק כמו, למשל, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה או נציבות שוויון לאנשים עם מוגבלויות, האמונים על קיום חוקי המדינה ופעמים רבות ניצבים מהצד השני של המתרס כבואם לאכוף את החוק על עובדי המדינה. כיום, גופים אלה אינם יכולים לתבוע (או להצטרף לתביעה) נגד המדינה, אולם במקומות אחרים (כמו ארצות-הברית) מוכרת סמכותם של גופים אכיפתיים לתבוע גם גורמים מדינתיים

באותה מדינה.¹⁶¹ מוצע אפוא שגופים אכיפתיים, בניגוד לגופים אחרים ברשות המבצעת, יוכלו לתבוע ישירות את המדינה בכוון לממש את סמכויות האכיפה שלהם.

2. שאלות חשובות וכלליות

תרומתן של רשויות חולקות תבוא בדרך כלל לידי ביטוי במקרים עקרוניים וכלליים, הנוגעים לציבור רחב של אנשים וצפויים להישנות. כאשר ההליך מתמקד בעיקרו בעובדות קונקרטיות של המקרה, צירוף צדדים חולקים מתוך המדינה עלול להכביד שלא לצורך על ההליך (וממילא בדרך כלל לא יערב רשויות רבות). אולם, כאשר המחלוקת היא כללית ועקרונית, ובמיוחד אם היא טרם לובנה בפסיקה, יש חשיבות לשמיעת מרב הדעות האפשרויות, במיוחד אם הגוף החולק עונה על קריטריון המקצועיות והמומחיות, כפי שיפורט להלן. קשה להעריך מראש מה תיחשב כסוגיה חשובה, כללית או עקרונית; סוגיה כזו יכולה להתקיים גם בתיקים שעל פני הדברים נראים קטנים וחסרי משמעות. אפשר להשאיר את ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט כמו, למשל, בהחלטה אם לצרף צד פלוני כידיד בית משפט,¹⁶² בהחלטה אם לצרף צד נוסף לתובענה אזרחית כשנוכחותו "דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסוק ולהכריע בעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה",¹⁶³ ובהחלטה אם לשמוע עתירה של עותר ציבורי שאין לו נגיעה ישירה לעניין.¹⁶⁴ אין הכרח לייבא דווקא מבחנים אלה, אולם יש בהם משום אינדיקציה לסוג השיקולים שעל בית המשפט לשקול.

3. גוף מקצועי בעל מומחיות ועניין מיוחד בנושא שבמחלוקת

תרומתה של רשות חולקת באה לידי ביטוי במיוחד כשהנושא שבמחלוקת קשור לתחום מומחיותה ולמקצועיותה. כך, למשרד הבריאות יש מומחיות בכל הקשור להשפעות על בריאות התושבים הגרים בסמוך לאזור כריית פוספטים, ולנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה יש מומחיות בכל הקשור להפליה בעבודה ולשוויון בעבודה בכלל. אם לא ניתן לגופים מומחים להביע את עמדותיהן החולקות, תהיה בכך משום פגיעה בתכלית שלשמה נוצרו.¹⁶⁵ כדי לדעת מיהו גוף מומחה צריך לבחון את התכלית של הגוף המבקש להציג את עמדתו החולקת. ברגיל לא תהיה בכך בעיה מיוחדת; אפשר, למשל, לראות את המחוקק ייעד לגוף

161 ראו, למשל, Virginia Office for Protection and Advocacy v. Stewart, No. 09-529 (April 19, 2011).

162 ראו, למשל, ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 252 (2000).

163 תקנה 24 לתקסד"א. עם זאת, יודגש כי פרשנותה הנוכחית של תקנה 24 מורה כי צד יצורף לדיון רק אם פסק הדין עלול בעקיפין לפגוע בזכותו החוקית של הצד הנוסף, ואילו בענייננו אני מבקש לאמץ את הטיעון (שפיתח אלון קלמנט) שלפיו צד יצורף כשהאינטרס שהוא מייצג אינו מיוצג בדיון. ראו אלון קלמנט "צירוף צדדים זרים להליך המשפטי" ספר שלמה לוין 171 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין, מיכאל קרייני עורכים, 2013).

164 ראו, למשל, בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 22.3.2009); בג"ץ 5188/09 התאחדות קבלני השיפוצים לשיקום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2011).

165 ראו David Fagundes, *State Actors as First Amendment Speakers*, 100 Nw. U. L. Rev. 1637, 1640, 1667 (2006).

מקצועיות מיוחדת, כיצד ממונים אליו בעלי תפקידים, כיצד מחליטים על תקציבו, באיזה עניינים הוא מטפל בשגרה, מה היקף סמכותו וכיוצא באלה.

4. עמדת הגוף ולא עמדת העובד בגוף

הרשות החולקת, וכל רשות לצורך העניין, אינה מונוליתית. יהיו בה אנשים שיהיו מעוניינים להציג עמדה נוגדת ואנשים שיהיו סבורים שהעמדה הנוגדת שגויה. כך, למשל, ייתכן שיהיו אנשים בתוך משרד הבריאות שיסברו שאין סכנה במתן רישיון כרייה בשדה בריר. עם זאת, מטעמי יעילות יש קושי לתת אפשרות לכל עובד ברשות החולקת להציג את עמדתו לפני בית המשפט. חשיבותה של העמדה החולקת, ומכאן גם משקלה, היא שזו העמדה שהגוף המקצועי כולו מאמץ, לאחר שהעמדה לובנה בתוך הגוף. מתן מעמד לכל עובד, זוטר או בכיר, ייצור פיצול יתר שיקשה על התנהלות עניינית ויעילה. כפי שהבהיר בית המשפט העליון בפסק דינו בעניין ספירו, שעסק בחופש הביטוי של עובד ציבור אינדיבידואלי, דרך המלך היא שעובד הציבור יביע את דעתו החולקת בתוך הגוף עצמו וכלפי הממונים עליו.¹⁶⁶ משכך, יש להקפיד שיהיה לעובד חופש ביטוי מקצועי במסגרת עבודתו – אולם חופש זה אינו צריך לזלוג להבעת עמדה עצמאית בהליכים משפטיים.¹⁶⁷ אפשר כמובן לטעון שעמדה זו כוחה יפה גם לטיעון הכללי המובא במאמר. עם זאת, יש הבדל בין עמדה פנים-מוסדית לבין עמדה בין-מוסדית. כפי שטענתי בפרק ג', היתרונות שבפלורליזם ארגוני גוברים על האחידות הבין-מוסדית ואינם פוגעים פגיעה ניכרת ביכולת הפעולה של המדינה המנהלית. לא כך כשמדובר במחלוקות פנים-מוסדיות שראוי כי ילובנו בתוך המוסד. בשלב זה אינני רואה מקום לקבוע מסמרות באשר להגדרה של "גוף מקצועי". בהקשרים מסוימים יהיה זה משרד ממשלתי ובהקשרים אחרים (כגון אכיפה) יכול שיהיה מדובר ברשות או ביחידה בתוך משרד ממשלתי. לעת עתה נראה שאפשר להותיר סוגיה זו פתוחה.

5. סמכות שבשיקול דעת

בשים לב לקשיים הפוטנציאליים הגלומים במתן מעמד לרשות חולקת, מוצע כי הסמכות לצרפה תהיה נתונה לבית המשפט כעניין שבשיקול דעת.¹⁶⁸ לגישה זו כמה יתרונות. ראשית,

166 ספירו, לעיל ה"ש 5.

167 במשפט האמריקני יש גישה דומה: לעובד ציבור יש זכות חוקתית להביע את דעתו כאזרח בנושאים בעלי עניין ציבורי, כל עוד הביטוי עצמו אינו חלק מתיאור תפקידו של העובד. יש אמנם מחלוקת פרשנית לגבי התיבה "תפקידו של עובד", אך לא מוכרת זכות עצמאית של עובד אינדיבידואלי להביע את עמדתו בהליכים משפטיים בניגוד לעמדת הרשות. החריג היחיד הוא כשהעובד מזומן למתן עדות על ידי הצד השני, שאז הוא חייב להתייצב ועדותו מוגנת. ראו Lane v. Franks, No. 13-483 (June 19, 2014).

168 ועדת שמגר, שבחנה את דרכי מינויו של היועץ המשפטי, התייחסה בקצרה לשאלת הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה. ראו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו 75-76 (1998). הוועדה סברה כי במקרים שבהם עמדת הרשות החולקת אינה בלתי-חוקית באופן ברור וגלוי, היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתיר את ייצוגה של הרשות החולקת על ידי משפטן מהמגזר הציבורי או הפרטי, בבחינת לתת לרשות החולקת את יומה בבית המשפט. הממשלה אימצה את

יש בה כדי לצמצם התנהגות אופורטוניסטית של רשות. רשות שאינה יודעת אם תינתן לה רשות להציג את עמדתה אולי תיטה יותר להשפיע בשלב קבלת ההחלטות במקום להמתין ליומה בבית המשפט. שנית, כשבית המשפט יסבור כי צירוף הרשות החולקת מסרב לא לצורך את ההליך או שהצירוף יגרום נזק קשה למדינה, הוא יוכל למנוע את צירופה של רשות חולקת. יודגש, עם זאת, כי במקרים שבהם מדובר בסוגיה כללית, חשובה או עקרונית, וברשות שיש לה יש מקצועיות מיוחדת בנושא הנדון – לא תהיה בדרך כלל סיבה שלא להתיר את צירוף עמדתה לדיון בבית המשפט.

בהקשר זה אפשר לשאול כיצד יידע בית המשפט על המחלוקת בתוך הרשות המבצעת. יש לכך כמה אפשרויות שאינן מוציאות זו את זו. ראשית, כאשר העותר יודע על מחלוקת פנימית הוא יכול ליידע את בית המשפט, וזה יהיה רשאי להזמין את הרשות להציג את עמדתה כשם שיש באפשרותו להזמין את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בכל הליך שלפניו. שנית, רשות חולקת שנודע לה כי הוגשה עתירה בעניין רלוונטי תוכל להגיש בקשת הצטרפות להליך. שלישית, היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות הפרקליטות, יוכל ליידע את בית המשפט על מחלוקת ברשות המבצעת עובר להגשת העתירה. לגבי אפשרות אחרונה זו, נראה שיש טעמים טובים, שנדונו לעיל, להורות ליועץ המשפטי לממשלה לנהוג כך בכל מקרה.

6. סיכום ביניים

בחנית הפרמטרים במצטבר נותנת לנו אינדיקציה אלו בקשות ראוי שיתקבלו ואלו ראוי שיידחו. כך, למשל, אפשר לראות שבפרשת אילנה ברימה צדק בית הדין האזורי לעבודה כשנתן לנציבות שוויון הזדמנויות בעבודה להגיש את עמדתה החולקת: הנציבות לא תבעה רשות אחרת (וממילא הנציבות היא גוף אכיפתי); השאלה הייתה חשובה, כללית וחדשה; הנציבות היא הגוף המומחה בענייני הפליה בעבודה; ועמדת הנציבות גובשה בתוך הנציבות והייתה תוצאה של דיונים פנימיים. אפשר היה להגיע לתוצאה הפוכה אם, למשל, נושא הדיון לא היה קשור לשוויון בעבודה, אם היה מדובר בעמדה של עובד נציבות ולא של הנציבות כמכלול או אם היה מדובר בנושא פרטני שלא מעורר שאלה כללית, חדשה או חשובה.

עיקר ההמלצות הנוגעות למינוי אך לא התייחסה להמלצות הנוגעות לייצוג, ואלה ממילא לא יושמו במשרד המשפטים (ראו עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו 173 (תשס"א)). אף שוועדת שמגר אינה עומדת במוקד מאמר זה אציין שהמלצותיי שונות משלה. ראשית, טעמי הוועדה (שלכל רשות יהיה יומה בבית משפט) שונים מהטעמים שלי, המתמקדים בתרומה הדמוקרטית של רשות חולקת. שנית, הוועדה המליצה להתיר ייצוג רשות חולקת כשלא מדובר בחוסר־חוקיות ברור וגלוי, בלי שניתנה הצדקה למונח עמום זה. שלישית, הוועדה המליצה שהסמכות להתיר ייצוג של רשות חולקת תהיה של היועץ המשפטי לממשלה. כמפורט, עמדתי היא שבשל המחלוקת בין היועץ לרשות חולקת ראוי שבית המשפט הוא שיחליט בבקשת הצירוף. רביעית, הבאתי קריטריונים נוספים בשאלה מתי ליתן מעמד לרשות חולקת שלא נדונו כלל בוועדת שמגר.

סיכום

המדינה אינה מדברת בקול אחד אלא בקולות רבים. מצב זה אינו אנומלי אלא כורח המציאות. ברוב המקרים הרשות המבצעת מצליחה להשיג הסכמה בין החלקים המרכיבים אותה, אולם יש מקרים שבהם חילוקי דעות מקצועיים ומשפטיים נותרים גם לאחר גיבושה של מדיניות רשמית. מאמר זה טען שיש טעמים טובים לאפשר לפלורליזם בקרב רשויות המנהל ביטוי גם בהליכים המשפטיים שמתנהלים נגד המדינה – טעמים המעוגנים ברציונלים של דמוקרטיה דליברטיבית, חופש ביטוי, שקיפות ופיקוח על המדינה המנהלית. כן ביקשתי להתוות כמה קריטריונים שידריכו את בתי המשפט בבואם לשקול אם לתת מעמד לרשות חולקת. אין מדובר, כמובן, ברשימה סגורה. מטרת המאמר אינה לפתור סופית את סוגיית הפלורליזם הארגוני בהליכים משפטיים אלא להתחיל שיחה חשובה על אודות מאפייני הליטיגציה הציבורית בישראל.