

על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים

אסנת מנדל*

הפרקליט הציבורי פועל בשמם של אדונים רבים, הכפופים כולם, בו-זמנית, לנורמה המופשטת של קידום והגנה על אינטרס הציבור. המעבר מהמושג המופשט לקונקרטיות של חיי היומיום מלווה במחלוקות ענייניות וצודקות, לעתים סוערות וטעויות. השינוי העמוק שחל בעשורים האחרונים – במשפט הישראלי בכלל, ובמשפט הציבורי ובעילות הביקורת של בית המשפט בגדרו בפרט – חוללו שינוי יסודי ועמוק בסביבת העבודה המשפטית שהפרקליט הציבורי צריך להתאים את עצמו אליה. שינוי זה בא לידי ביטוי בתהליכי העבודה של הפרקליט ובכלל זה סוג המידע שעליו לאסוף, היקפם של הגורמים שאת עמדתם עליו לשמוע, הצורך להביא בחשבון מכלול רחב של שיקולים וערכים, טיב הבחינה הנערכת על ידו ומהות שיקול הדעת שעליו להפעיל, והכול במטרה לזקק באופן המיטבי את האינטרס הציבורי. אינטרס זה אינו אך ורק כתפיסתו של הגוף שנגדו הוגשה העתירה, אלא הוא מורכב ממצבור של אינטרסים רבים. תפיסה זו הופכת את עבודת הפרקליט למורכבת ורווית דילמות. המאמר מציף את הדילמות הללו באמצעות תיאור מפורט של עבודת הפרקליט, שלבי הטיפול בעתירה וצומתי ההחלטות המרכזיים. תיאור מפורט זה נותן מענה לחלק מהדילמות שעמן מתמודד הפרקליט, אולם חלקן נותר ללא מענה ומבקש לעורר מחשבה כיצד נקבע מהו האינטרס הציבורי ומי מופקד על גיבושו.

מבוא

את מי מייצג הפרקליט¹ במחלקת הבג"צים? את המשרד הממשלתי שהחלטתו נבחנת בעתירה? את הממשלה שפעילות משרדיה משפיעה על ההחלטה הנדונה או מושפעת ממנה? את הציבור, מעצם היותו נאמן הציבור? את האינטרס הציבורי? וככל שכן – כיצד נקבע מהו האינטרס הציבורי ומי מופקד על גיבושו? האם עולמו הפנימי של הפרקליט הוא המכריע בגיבוש האינטרס הציבורי שבשמו עליו לפעול? כיצד מגן הפרקליט על עמדת הרשות המוסמכת? את מי הוא משתף בהליך ההגנה? האם הוא שותף להחלטה המקורית? האם ההחלטה המקורית משתנה ומתעצבת במהלך המענה לעתירה? ואם כן – מהם הגבולות הלגיטימיים של השינוי? כיצד הוא מתבצע? ההיבטים התאורטיים של שאלות אלו ואחרות מעסיקים כותבים בארץ ובעולם,² וההיבטים המעשיים שלהן נלווים תדיר לפעולת הפרקליט במחלקת הבג"צים. במאמר זה אנסה להשיב על חלק מהדילמות. חלק מהתשובות הן מספקות; חלקן מעוררות שאלות נוספות; חלקן נותר ללא מענה ומבקש לעורר מחשבה.

* הכותבת היא מנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. המאמר משקף את עמדתה האישית.

מטבע הדברים, הדילמות העיקריות המתוארות במאמר מתעוררות רק בחלק מהתיקים ולא בכולם. בחלק ניכר מהתיקים טיבו של האינטרס הציבורי ומהותו כרויים למדי, והאיזון נערך בינו לבין זכות או אינטרס של פרט מסוים, שההתחשבות בהם אף היא חלק מהאינטרס הציבורי.

א. פרקליט במחלקת הבג"צים

בכואו לטפל בעתירה המוגשת נגד רשות ציבורית, פרקליט במחלקת הבג"צים מוצא את עצמו בצומת מרכזי. בצד האחד ניצבת הרשות המוסמכת שנגדה מוגשת העתירה, המבקשת לקבל את הגנתו הנחרצת של הפרקליט מפני הטענות המועלות בעתירה ותוקפות את החלטתה. בצד האחר ניצבות הדילמות: האם ניתן להגן על החלטת הרשות? האם ההחלטה ראויה להגנה? האם, בחסותה של העתירה, ניתן לייצר פתרון שונה במקצת למקרה שנדון בה? פתרון שיהא מקובל, יאזן טוב יותר – להשקפתו של הפרקליט – בין האינטרסים המתנגשים השונים, וישיג תוצאה צודקת יותר? לדילמה המרכזית הזו מתלוות שאלות כגון מהי הדרך הראויה לזיהוי האינטרסים המתנגשים במקרה קונקרטי, כיצד יזוהו כל בעלי העניין בנושא, את מי מהם ראוי לשאת בגיבוש העמדה שתוצג לבית המשפט, לעמדתו של מי מהם יש לתת עדיפות, ועוד. כל אלה מלווים את הפרקליט בעבודתו: עליו להכריע בכל שאלה ושאלה בטרם יגבש את העמדה שיציג לבית המשפט בשם המדינה.

עם קבלת העתירה לידיו, נקודת המוצא של פרקליט היא ההנחה בדבר תקינות מנהלית. מובן כי אין די בהנחה זו. לצורך מתן מענה מפורט ומספק לטענות המועלות בעתירה כנגד המעשה המנהלי יידרש הפרקליט תדיר להליך בחינה מפורט, שבמסגרתו יפורק התוצר השלטוני נשוא העתירה למרכיביו השונים. מרכיבים אלה ייבחנו כל אחד לעצמו וכולם יחדיו כמכלול. בחינה כזו מתחייבת מטעמים שונים. לעתים היא עוקבת אחר טענות שהועלו בעתירה כנגד המעשה השלטוני, על מרכיביו השונים. אולם, גם אם הטענות שהעלה העותר יכולות לקבל מענה, עדיין תידרש בחינה כזו בשל האופן שבו יגדיר לעצמו את תפקידו בכלל, ובפני בית המשפט בפרט. הגדרת תפקיד זו, שנרחיב עליה מעט בהמשך הדברים, מחייבת את הפרקליט ללמוד ולבחון את התשתית העובדתית הכרוכה במעשה המנהלי באופן מלא ככל הניתן, כדי שיוכל לגבש את העמדה הראויה להצגה בפני בית המשפט. זאת, הן בהתחשב בשאלות העולות מהתשתית העובדתית, כפי שזו נחשפה בפניו, והן מהצפי לשאלות שבית המשפט עשוי לעורר.

לצד התחקות אחר היבטיו העובדתיים של המעשה המנהלי יבקש הפרקליט להתוודע גם למניעי ההחלטה או המעשה, לשיקולים שעמדו ביסודם בעת קבלתם – כמו גם לשיקולים שניתן וראוי לשקול על פי הדין בעת קבלת החלטה מהסוג הנחקק בעתירה. זיהוי ואיתור של אלה יאפשרו לפרקליט להגדיר לעצמו את מתחם החוקיות והסבירות של ההחלטה נשוא העתירה ולבחון את ההחלטה הקונקרטית ביחס למתחם זה.

הליך זה של פירוק ההחלטה לרכיביה (עובדתיים, משפטיים, שיקולים ומניעים) מאפשר לפרקליט לחשוף את נקודות החוזק והחולשה של ההחלטה ואת פגמיה ותועלותיה, לאתר את הגורמים הציבוריים השונים שיש לשאת בהליך הבחינה, ובסופו של תהליך הבחינה – לגבש מהמרכיבים השונים, כפי שנחשפו בפניו, את העמדה שתוצג לבית המשפט. תהליך זה, החושף בפני הפרקליט את ההחלטה השלטונית שעליה הוא מתבקש להגן, על קרבה ועל כרעיה, מציף כמו מאליו את הדילמות שהוצגו, ומחייב הכרעה בהן.

ארגז הכלים העומד לרשותו של הפרקליט הוא עשיר ומגוון: ידע מקצועי מקיף ומעמיק בתחום המשפט הציבורי, החוקתי והמנהלי; בקיאות בהלכות שפסק בית המשפט הגבוה לצדק והדרך שהובילה להתהוותן; ניסיון עשיר בהופעה בפני בית המשפט העליון והיכרות רבת-שנים עם הלך מחשבתו של בית המשפט הגבוה לצדק. כל אלה מאפשרים לפרקליט להעריך מהן ההחלטות או המעשים המנהליים שיתכן כי יבוטלו על ידי בית המשפט ומהם השיקולים העשויים לשכנעו. לצד אלה יש לפרקליט המטפל בתיק בפרט – ולמחלקת הבג"צים ככלל – היכרות קרובה עם עולם התוכן של הגוף הציבורי שהם מייצגים שנים רבות ועם הדרג המקצועי הבכיר בו. היכרות זו מאפשרת לפרקליט להבין לעומקה את מהות ההחלטה העומדת ביסוד העתירה ואת הסביבה המקצועית והארגונית שבה התקבלה. הפרקליט מכיר את תהליכי קבלת ההחלטות באותו גוף, יודע לעמתם עם התהליך שננקט במקרה הקונקרטי, ולאתר את המידע והחומרים הרלוונטיים האמורים להימצא בידיו של אותו גוף. ארגז הכלים אינו מספק תשובות מוכנות לדילמות שהוצגו, אך הוא מאפשר את פרישת המידע העובדתי והתשתית הנורמטיבית באופן המאפשר את תרגומן של הדילמות הכלליות לשפתו של המקרה הספציפי, והפיכתן ממושג מופשט לשאלה קונקרטית המחייבת תשובה.

ב. הפרקליט והמשפטן הציבורי: מרקם עדין

הייצוג של גופי המדינה נתון, ככלל, בידי היועץ המשפטי לממשלה, ומתבצע באמצעות פרקליטות המדינה על זרועותיה ומחלקותיה. זאת, בשונה מהייעוץ המשפטי השוטף לכל אותם גופים, שאינו נעשה על ידי פרקליטות המדינה וברגיל אף לא בשיתופה. לכל גוף ציבורי – משרד ממשלתי, רשות שהוקמה על פי דין וכדומה – יש יועץ משפטי משלו. הייעוץ המשפטי הניתן לגוף הציבורי על ידי יועצו המשפטי הינו חלק מ"תהליך היצור" של העשייה השוטפת של אותו גוף ומבקרת האיכות הפנימית שלו, ואמור ללוות בזמן אמת את גיבושה של ההחלטה המנהלית. מבנה זה אמור להבטיח הפנמה של השיקולים המשפטיים אל תוך מערכת השיקולים הכוללת של הגוף הציבורי ובחינה משפטית של פעולותיו בזמן אמת.

אחד הקשיים שיוצר הפיצול בין הייעוץ המשפטי השוטף שיועץ משפטי נותן לגוף ציבורי לבין ייצוגו של אותו גוף בפני בית המשפט מתעורר במקרים הבאים. כידוע, היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת, וחוות דעתו מחייבת את כל גורמי הממשלה כל עוד לא פסק אחרת בית משפט מוסמך. אולם, הן היועץ המשפטי של הגוף הציבורי והן הפרקליט המייצג את הגוף בפני בית המשפט הינם שלוחיו של היועץ המשפטי לממשלה. אלה כאלה פועלים מכוחו וכפופים להנחיותיו. אלה כאלה מייצגים עבור הרשות המבצעת את היועץ המשפטי לממשלה ואת הנחיותיו. במצב זה עולה תדיר השאלה מהי העמדה המשפטית שתוצג לבית המשפט כאשר שני "שלוחים" אלה של היועץ המשפטי אינם רואים את המצב המשפטי עין בעין. מחלוקת מסוג זה יכולה להתעורר לגבי סוגיות עקרוניות, ובמקרים כאלה היא תובא לפתחם של פרקליט המדינה ושל היועץ המשפטי לממשלה. מחלוקות עלולות להתגלע גם בשאלות עקרוניות פחות, הכרוכות תדיר בטיפול בעתירה קונקרטית – מהי הדרך הנכונה להציג את עמדתו של הגוף הציבורי בפני בית המשפט, מהם השיקולים שראוי לו לגוף הציבורי לשקול, מהו האזיון הנכון ביניהם במקרה הקונקרטי, והאם לא ראוי להנחות את הגוף המנהלי לתקן בדרך זו או אחרת את המעשה הנתקף.

במסגרת תפקידם, פרקליטי מחלקת הבג"צים נדרשים ליתן משקל רב לעמדתה של הרשות המוסמכת או של המשרד הממשלתי המשיב לעתירה, ובכלל זה לעמדתו המשפטית של היועץ המשפטי שלו. הטעם לכך משולש: ראשית, על פי הלכות המשפט המנהלי יש משקל של ממש לפרשנות שנתן הגוף הציבורי לדין שעל פיו הוא פועל ולאופן שבו הפעיל את סמכויותיו ומילא את תפקידיו לאורך זמן. שנית, יש לזכור כי עבודתו של המשרד הממשלתי נעשית, ברובה המכריע, על ידי עובדי ציבור הגונים ומסורים, המבקשים לבצע את התפקידים המוטלים עליהם בנאמנות. עבודה זו מלווה על ידי יועץ משפטי הנותן להם ייעוץ שוטף וכפוף בעצמו, כאמור, ליועץ המשפטי לממשלה. התוצר המנהלי שעליו מתבקש הפרקליט להגן הינו תוצר של עבודה זו, וברוב-רובם של המקרים הוא משקף את הבנתו של הגוף המנהלי את תפקידו, את הכרעותיו המושכלות באשר להחלטה הנכונה במקרה קונקרטי, ואת הכרעותיו של היועץ המשפטי של הגוף הציבורי בנוגע לדין החל על אותה פעולה ומתחייב ממנה. שלישית, ליועץ המשפטי של הגוף הציבורי יש היכרות קרובה יותר עם השלכות הרוחב הפוטנציאליות של החלטה ועם השפעתה האפשרית על מדיניותה של הרשות המנהלית בהקשרים אחרים, שאינם באים לידי ביטוי בסכסוך הפרטני בעתירה.

אכן, מעמדו של הפרקליט כמי שבידיו מסורה סמכות הייצוג של הגוף הציבורי, כשלוחו של היועץ המשפטי לממשלה, מקנה לו לא אחת את הכוח להשפיע לאחר מעשה על תוצרי העבודה המנהלית, וכן להביא לשינויה, לעיכובה או לביטולה כליל. הפרקליט צריך להפעיל כוח זה תוך התחשבות במכלול ההיבטים שתוארו לעיל. נוסף על כך יש ליתן משקל רב לעובדה שככלל, זכותה של הרשות הציבורית – כאשר מילאה את תפקידה בהגינות ובמקצועיות, על פי האופן שהבינה אותו – להציג את עמדתה בפני בית המשפט, לריב את ריבה ולנסות ולשכנע את בית המשפט בצדקת מעשיה. מעורבות הפרקליט, אף אם יש בה כדי לשפר את תוצרי העשייה המנהלית במקרה הקונקרטי, מהווה התערבות לאחר מעשה, ולעתים היא מונעת מהגוף הציבורי את האפשרות להביא את עמדתו בפני בית המשפט. מכאן, שבצד תועלותיה הרבות של מעורבות הפרקליט יש לה גם מחירים. את כל אלה על הפרקליט להביא בחשבון בבוחנו את הדילמות שהוצגו ואת דרך הפעולה הנכונה בתיק זה או אחר.

יחסי הגומלין בין הפרקליט המטפל בעתירה לבין היועץ המשפטי של הגוף הציבורי מעוגנים בכבוד ההרדי שבין הצדדים. בשל כך, בצד המשקל הרב שהפרקליט נותן לעמדתה המקצועית והמשפטית של הרשות המוסמכת, זו האחרונה נעזרת במקצועיותו של הפרקליט המטפל, בהבנתו העמוקה את המהלכים המתרחשים בבית המשפט, ובראייתו הרחבה הנובעת מעיסוקו במגוון עשיר מאוד של סוגיות משפטיות ומקצועיות החוסות כולן תחת כנפי המשפט המנהלי והחוקתי. באותם מקרים שבהם מתגלעות מחלוקות ביחס לעמדה המשפטית שיש לנקוט במענה לעתירה, הפרקליט המטפל עורך מאמצי שכנוע בדבר העמדה הראויה. בחלק הארי של המקרים, הפרקליט והיועץ המשפטי של הגוף הציבורי מגיעים להבנה ולהסכמה ביניהם. כאשר הפרקליט סבור כי יש מקום להרחיב את מעגל המשפטנים לצורך גיבוש העמדה הראויה, מתקיימים דיונים עם פרקליט המדינה, עם המשנים ליועץ המשפטי לממשלה או עם נציגיהם המטפלים בשגרת עבודתם בנושאים שאליהם נחשף הפרקליט אגב הטיפול בעתירה. כאשר מתגלעות מחלוקות עקרוניות בסוגיות בעלות חשיבות ציבורית, הן מובאות להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה.

ג. שלבי הטיפול בעתירה

כפי שתואר לעיל, העבודה על עתירה כרוכה במלאכת פירוק והרכבה של תולדות המעשה המנהלי נשוא העתירה ובהתחקות אחר התשתית העובדתית והמשפטית, אחר השיקולים והמניעים, אחר האינטרסים ואחר בעלי העניין המעורבים. מרבית העתירות מעלות שאלות מורכבות של משפט ועובדה, והדילמות המתוארות בתחילתה של רשימה זו עלולות להתעורר בהן במלוא עצמתן. בעתירות אלה – שבהן נתקפת, לדוגמה, סבירותה של ההחלטה המנהלית או מידתיותה – הנורמה המשפטית אינה יכולה להיקבע כשלעצמה, במנותק מהמצע העובדתי הנפרש בפני הפרקליט. הנורמה המשפטית והמצע העובדתי מקיימים ביניהם קשרי גומלין, והמעבר מהמצע העובדתי לשרטוט הנורמה המשפטית החלה על אותו מצע, וממנו לגיבוש התוצאה המשפטית המתקבלת מתהליך זה, הינה במוקד הדילמות המוצגות במאמר זה.

בעיני, השלב הקריטי ביותר בטיפול בעתירה הוא השלב שבו נבחנת התשתית העובדתית. זה השלב שבו נדרש הפרקליט המטפל בעתירה להשקיע את כל מרצו, יכולותיו והיכרותו הקרובה עם אופן פעולתה של המערכת כדי שתהא בידו מלוא התשתית העובדתית והוא יוכל להבין אותה לעומקה. זו חשובה הן כשלעצמה, כדי לאפשר לפרקליט לגבש את עמדתו המשפטית הנגזרת, אך לא פחות מכך כדי שיהא בידו לפרוש בפני בית המשפט תשתית זו. ודוק: פרקליט במחלקת הבג"צים יפרוש בפני בית המשפט את התשתית העובדתית הידועה לו במלואה, הן אם יש בה כדי לסייע להדיפתן של הטענות המועלות בעתירה והן אם יש בה כדי לחזקן. חובה זו של גילוי מלא ושלם מוטלת עליו מכוח תפקידו הציבורי ומכוח האתוס שעל פיו פועלת מחלקת הבג"צים. במשך עשרות שנות עבודה רכשו הפרקליטים במחלקת הבג"צים את אמונו של בית המשפט ביושרם המקצועי ובנכונותם לחשוף בפניו את מלוא התשתית העובדתית הידועה להם, אף אם זו אינה נמצאת במלואה בידיעת העותרים.

חובת גילוי נרחבת זו שהפרקליט נוטל על עצמו (בכפוף למגבלות הקיימות על פי דין) נובעת הן מחובתו כלפי בית המשפט כ-officer of the court והן מחובתו כלפי הציבור כנאמן – להעמיד את המידע הנמצא בידו לרשות הציבור ולרשות העותר שהוא חלק מהציבור. לדעתי, בבסיסה של חובת הגילוי הזו עומדת גם תפיסתה העצמית של הפרקליטות, המוכרת לבית המשפט, על פיה היא נוטלת על עצמה אחריות לעובדות המוצגות על ידה בשם המדינה. אף שהיא מייצגת את אחד הצדדים בהליך המתנהל בפני בית המשפט, נתפסת הפרקליטות כמי שנמצאת כממוקמת מחוץ ליריבות שבין הצדדים לעתירה וכמי שעושה כמיטב יכולתה לבירור האמת העובדתית.

במצב של מחלוקת עובדתית עם העותרים, הודעת המדינה נתמכת בתצהיר של נציג הרשות המוסמכת. ככל שהסוגיה נשוא העתירה היא בעלת חשיבות לאומית רבה יותר, או ככל שהמחלוקת עם העותרים מהותית יותר, כך יעלה הדרג של המצהיר מטעם המדינה. ודוק: התצהיר הינו מכשיר להקניית אמינות לטיעון העובדתי אולם תפקידו אינו מוגבל לכך. הוא גם ערובה לקיומו של ברק בית עובדתי נוסף, בתוך הרשות עצמה, טרם פרישת הטיעון העובדתי בפני בית המשפט.

לצד השלמת הבירור העובדתי, ובהנחה שלא נמצא פגם המצדיק עריכת פעולה מתקנת, הפרקליט – בסיוע היועץ המשפטי של הגוף הציבורי – בוחן את ההיבט הנורמטיבי. בשלב זה נבחנות החקיקה הרלבנטית, הפסיקה, הספרות המשפטית ולעתים ספרות משווה, וכן ההיסטוריה של מקרים דומים שלגביהם התקבלה החלטה באותו גוף, אף אם אותן החלטות לא הגיעו לידוי הכרעה שיפוטית.

לעתים, כבר בשלב שבו נחשפת התשתית העובדתית במלואה – לאחר ליבון הדברים עם היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי הרלוונטי, ובדרך כלל על דעתו – הפרקליט המטפל מגיע למסקנה כי ההליך שנקטה הרשות המנהלית טרם קבלת ההחלטה הנתקפת בעתירה לא היה תקין וכי יש מקום לתקנו. כך, למשל, יהיה כשלא קוימה חובת ההיוועצות הנדרשת על פי דין או לא ניתנה זכות טיעון מלאה. במקרים אלו יונחה הגוף הציבורי לתקן את ההליך שנקט והודעה על כך תימסר לצדדים האחרים לעתירה. במקרים רבים יש בהודעה זו כדי לייתר את הדיון בעתירה ולהביא את ההליכים בתיק הקונקרטי לידי סיומם. כך במקרים שבהם התמקדה התקיפה בהליך הפגום, אך פעמים רבות כך גם במקרים שבהם נתקפו בעתירה הן ההליך והן ההחלטה לגופה. זאת, משום שבעקבות תיקונו של ההליך צפויה הרשות הציבורית לקבל החלטה חדשה, והמקום לתוקפה – אם תמצא עילה לכך – יהא בעתירה חדשה.

לאחר סיום הליכי הבירור העובדתי והמשפטי, וככל שאלה העלו שהמעשה המנהלי ראוי להגנה, יכין הפרקליט המטפל בתיק טיוטת עמדה לבית המשפט. טיוטה זו תועבר להערותיהם של הגורמים הנוגעים לעניין, וככלל לא תוגש לבית המשפט אלא על דעתם ובהסכמתם. על פי רוב, לאחר הגשתה של העמדה לבית המשפט מתנהל דיון על פה בעתירה. לעתים תוצג בדיון זה בקשתו של בית המשפט שהגוף הציבורי שהחלטתו נתקפה ישוב וישקול את עמדתו. בקשה זו תלווה ברגיל בהערות של בית המשפט בנוגע לקשיים שהוא מוצא, על פני הדברים, באותה החלטה. בקשתו של בית המשפט והערותיו יובאו על ידי הפרקליט להכרעתו של הגוף הציבורי וינתן להן משקל של ממש. במקרים רבים יקבל הגוף הציבורי את המלצתו של בית המשפט וישנה את החלטתו.

ודוק: הערותיו של בית המשפט והמלצתו לגוף הציבורי לחזור בו מעמדתו או לשוב ולשקול את החלטתו יושמעו, מטבעם של דברים, לאחר גיבוש תשובתה של המדינה והגשתה לבית המשפט. כאמור לעיל, גיבוש זה היה כרוך בבחינה מדוקדקת של ההחלטה המנהלית מבחינה עובדתית ונורמטיבית כאחת, ולאחר שהפרקליט המטפל בתיק – ולעתים גם גורמים בכירים יותר במערכת – השתכנע כי עמדתו של הגוף הציבורי שהחלטתו נתקפה בעתירה היא בת הגנה משפטית, וניתן להגן עליה גם מנקודת הראות של האינטרס הציבורי וגם מבחינת קיומו של איזון ראוי בין מכלול האינטרסים הרלוונטיים. מהם אפוא השיקולים העשויים להביא בכל זאת לקבלת הצעתו של בית המשפט?

שיקולים אלה מורכבים הם. לעתים הצעתו של בית המשפט – שתהיה במקרים רבים הצעת פשרה – מבטאת תחושה של אי-נחת מאי-הצדק העלול להיגרם בנסיבות הקונקרטיות, אף אם בית המשפט נוטה להסכים עם העיקרון הכללי שעליו נשענה תשובת המדינה. במקרה מסוג זה, השיקול אם לקבל את הצעת הפשרה אם לאו נעוץ בשאלה עד כמה חשוב עניין פרטי זה, ובעיקר מה משמעותה של חריגה מהעיקרון שעליו השתית הגוף הציבורי את החלטתו. יוער, כי פשרה שגוף ציבורי הסכים לה במקרה קונקרטי נוכח נסיבותיו המיוחדות עשויה ליהפך במהרה לתקדים: אף אם תקדים זה אינו מחייב, הוא בעל חיות ועוצמה משלו.

לעתים הערותיו של בית המשפט עשויות ללמד כי נוכח תוצאות החלטתו של העיקרון הכללי שעליו השתית הגוף המנהלי את החלטתו על המקרה הפרטי העומד לדיון, בית המשפט עשוי לדחות את העיקרון הכללי. זאת, אף אם בנסיבות אחרות, מתאימות יותר, סביר להניח כי היה מאמץ אותו. השיקול העומד בפני מקבלי ההחלטה הינו לפיכך האם "לסכן" את העיקרון הכללי שסביר שבית המשפט יאמץ במקרה המתאים, ולהביאו לידי מבחן גם במקרה קשה זה – או שמא

להתפשר במקרה קונקרטי זה ולהמתין למקרה שבו ההצדקה שבהחלתו של העיקרון מובהקת יותר וקלה יותר להבהרה.

התמודדות עם הצעות פשרה של בית המשפט מחייבת דיאלוג כן ורציני בין הפרקליט לבין מקבלי ההחלטות הרלוונטיים בגוף הציבורי. במסגרת דיאלוג זה הפרקליט מסייע למקבלי ההחלטות להבין את המשמעות של קבלת הצעתו של בית המשפט כמו גם את השלכות העשויות להיות לדחייתה (בדמותה של פסיקה שתדחה, כאמור, את העיקרון הכללי שעליו נשענת פעולת הרשות, או שתגדור לו גדרים). בה במידה ינסה הפרקליט להבין לעומק את שיקוליו של הגוף הציבורי, את צרכיו ואת אילוציו – הן כדי לייעץ לו כיאות והן כדי שיוכל להביאם בפני בית המשפט אם יחליט הגוף המוסמך שלא להיעתר להצעתו של בית המשפט. מעמדו של הפרקליט במקרים אלו הוא בעיקרו של דבר מעמד של יועץ, וההחלטה הסופית נתונה ככלל לגוף שנגדו הוגשה העתירה. לעתים אף, בשלב זה, יבקש הפרקליט לקיים דיון בסוגיה בהשתתפות פרקליט המדינה, המשנים ליועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי לממשלה עצמו.

ד. מרחב הפעולה של הפרקליט

מרחב הפעולה של הפרקליט נובע מהיותו סוכן של שלטון החוק. מתפיסה זו נובע כי אין הוא חייב – ואפילו אינו רשאי – להגן על החלטה לא חוקית של רשות מנהלית. עם זאת, היקפו של מרחב זה מושפע מהיקפה ומעומקה של הביקורת השיפוטית. הרחבת העילות לביקורת שיפוטית הרחיבה בהתאמה את מרחב הפעולה של הפרקליט.

בעולם של פורמליזם משפטי, מרכז הכובד של הבחינה המשפטית של המעשה המנהלי היה בפרשנות משפטית קלסית של הדין. זו מתמקדת, ככלל, בבחינת היקפה של הסמכות הנתונה בידי הרשות המנהלית, ובבדיקה אם המעשה המנהלי הנתקף הינו מעשה שהגוף הציבורי מוסמך היה לעשותו אם לאו. כן נבחנה השאלה אם לא דבקו במעשה המנהלי פגמים המחייבים את פסילתו כגון פגיעה בכללי הצדק הטבעי, שיקולים זרים וכדומה. בסביבת עבודה מסוג זה מקומה של המשפטנות הצרופה בעבודת הפרקליט הינה המרכיב הדומיננטי, ובקאותיו של הפרקליט בנבכייהם של החוק, התקנות ופסיקת בית המשפט שפירשה אותם מאפשרת לו למלא את תפקידו בהצלחה. בעולם כזה, לדוגמה, עתירה נגד שימוש שעושה המדינה בסמכות להפקיע מקרקעין תיבחן אל מול הוראותיו של החוק המסמיך ואל מול השאלה אם ההפקעה בוצעה בהליך הקבוע לכך, ולא דבקו בה הפגמים המחייבים את פסילתה כגון אפליה או שיקולים זרים. בעולם כזה, עתירה שאינה תוקפת את שאלת הסמכות או את תקינות ההליך ואף אינה טוענת לקיומם של פגמים מהסוג הנזכר, אלא אך טוענת שביצוע ההפקעה "אינו צודק" או אף "אינו מוצדק" – אין לה מקום. בעולם כזה, בחינתו של הפרקליט את התיק המובא בפניו, לאחר שהובררו לו העובדות כולן, מתמקדת בתרגומן של העובדות לקטגוריות משפטיות מוכרות – פגיעה בכללי צדק טבעי, חריגה מסמכות, שיקולים זרים – וככל שהשתכנע שהעובדות אינן מצביעות על אף אחד מפגמים אלה – בהצגתן הסדורה בפני בית המשפט.

שונה בתכלית תפקידו של פרקליט בעידן "משפט של ערכים", שבו אנו חיים. בעולם זה, לטענה כי תוצאתו של המעשה המנהלי "אינה צודקת" עשוי להיות מקום, וכדי להתמודד עמה אין די בבחינתה של המסכת העובדתית אל מול הוראות החוק ועילות הפסלות המנהלית המקובלות. בעולם כזה ניתן מקום נכבד לצורך לאזן בין אינטרסים וערכים מתנגשים, ותוצאתה של הבחינה צריך שתצביע על היותו של המעשה המנהלי ראוי מבחינת הדין – ובמסגרת זו אף מבחינת

הערכים העומדים ביסודו והאופן שבו הוא משקף את האיזון ביניהם. בעולם כזה, על הפרקליט לשאול את עצמו שאלות שונות לחלוטין. כך, אף אם הסמכות שמכוחה פעל הגוף הציבורי מעוגנת בלשון ברורה בחקיקה הקיימת, ואף אם המעשה המנהלי הנתקף עומד איתן בגרדי ההוראה המסמיכה על פי לשונה, ואף לפי פרשנותה המקובלת על פי פסיקתו הקודמת של בית המשפט – יהיה הפרקליט חייב לבחון שוב ושוב את שאלת פרשנותה של ההוראה, שכן זו עשויה להשתנות ולהיגזר לא רק מלשונה ומההיסטוריה של השימוש בה אלא אף מהפעלתם של הערכים המתנגשים ומההכרעה ביניהם. גם אם בחינה זו תעלה שאכן הייתה לגוף המנהלי סמכות לפעול כפי שפעל, יידרש הפרקליט לבחון – לצורך גיבוש עמדתה של המדינה בתיק המונח לפתחו – את הצדקת השימוש באותה סמכות במקרה הקונקרטי. ליבון של השאלות שהוצגו לעיל יחייב התחקות אחר מכלול האינטרסים הציבוריים העשויים להיות כרוכים בהפעלת הסמכות הנדונה בעתירה, וחילון האיזון הנכון בין כל אותם אינטרסים.

מובן כי לאור דברים אלו, בחינתה של עתירה התוקפת החלטת הפקעה תהיה שונה לחלוטין. כך, לדוגמה, הצדקת השימוש בסמכות ההפקעה, המסורה למדינה, צריך שתתבסס על בחינתן של ההצדקות הציבוריות לפרויקט שלמענו הופקעה הקרקע, על מאפייניו של אותו פרויקט ועל תועלתיו ומחיריו הכלכליים, החברתיים, הסביבתיים ועוד. הבחינה תתייחס לקיומן של אלטרנטיבות לא רק להפקעה אלא גם לפרויקט שלמענו בוצעה, וכמובן – לאיזון המתבקש בין מכלול תועלות אלה לבין האינטרס הפרטי של הנפקע. תהליך זה, המכונה במינוחים משפטיים "בחינת סבירותה ומידתיותה של הפעולה המנהלית", כרוך מניה וביה בהכרעה בין אינטרסים מתנגשים אך גם בין ערכים הרבים על הבכורה. את הבחינה הזו, שיערוך בית המשפט, נדרש לערוך גם הפרקליט המטפל בתיק – לצורך גיבוש עמדת המדינה והצגתה לבית המשפט.

התמודדות עם עתירה בסביבת עבודה משפטית מעין זו שונה מההתמודדות שהייתה בעבר גם מבחינת תהליכי העבודה של הפרקליט. עם ריבוי האינטרסים הציבוריים שיש להביא בחשבון בעת בחינת המעשה המנהלי התרבו גם הגורמים הציבוריים המופקדים על אותם אינטרסים, והליך העבודה על גיבוש עמדת המדינה במענה לעתירה מחייב את שיתופם. בעבר, לדוגמה, הכנת תשובתה של המדינה לעתירה התוקפת הפקעה שביצעה המדינה חייבה את שיתופו של משרד האוצר כבעל הסמכות, ולעתים גם את המשרד הממשלתי המופקד על ביצועו של הפרויקט למענו בוצעה. כיום תחייב עבודה על עתירה כזו את שיתופם של גורמים רבים נוספים כגון המשרד להגנת הסביבה – כמפקד על בחינת השלכותיו הסביבתיות של הפרויקט, משרד הפנים – כמייצג את מוסדות התכנון, ועוד ועוד.

הנה כי כן, השינוי העמוק שחל בעשורים האחרונים במשפט הישראלי בכלל ובמשפט הציבורי ובעילות הביקורת של בית המשפט בגדרו בפרט, חוללו שינוי יסודי ועמוק בסביבת העבודה המשפטית שהפרקליט הציבורי צריך להתאים את עצמו אליה. שינוי זה נוגע בראש ובראשונה בתהליכי העבודה של הפרקליט בתיק שבטיפולו – בסוג המידע שעליו לאסוף, בהיקפם של הגורמים שעליו לשמוע את עמדתם – אך מעבר לכל אלה גם בטיב הבחינה שעליו לערוך ובשיקול הדעת שעליו להפעיל. ודוק: פעולת הפרקליט בסביבת עבודה זו אינה ניסיון ליצור מתאם בין הטענות לבין התוצאה החזויה שאליה יגיע בית המשפט, אלא התאמה או כפיפות לקטגוריות הבחינה המחייבות שקבע בית המשפט, ובחינת הנושאים הנתקפים בעתירה מתוך פריזמה זו. במקרים המתאימים פרקליט עשוי להעמיד טיעון להכרעת בית המשפט חרף הערכתו שיש אפשרות – ובלבד שאינה ודאית – כי הטענות לא יתקבל על דעתו של בית המשפט. מכל

מקום עליו לסרב לייצג טיעון שבחינתו שלו מעלה כי אינו עומד בקטגוריות הבחינה הקבועות במשפט.

עוד יוער כי תורת הסעדים שפיתח בית המשפט משפיעה אף היא על עבודתו של הפרקליט. היא מחייבת את הפרקליט לגבש את העמדה שיציג בפני בית המשפט לא רק בדבר תקינותה של הפעילות השלטונית אלא גם בדבר תוצאות אי-התקינות של אותה פעילות. תורת הסעדים המורכבת מחייבת את הפרקליט להתמודד עם מכלול הנסיבות והשיקולים העשויים, על פי פסיקת בית המשפט, להשפיע על התוצאות הקונקרטיות של הפגם שנפל במעשה המנהלי ולעצב אותן.

ה. זיהוי האינטרסים הציבוריים וזוהות המיוצג

כאמור, המשפט המנהלי, כפי שעוצב על ידי בית המשפט בעשורים האחרונים, מחייב את הפרקליט לבחון ולהביא בחשבון מכלול רחב של שיקולים וערכים ומספר רב של בעלי עניין, וכן לשקלל ולאזן בין כל אלה. הבהרנו כי לצורך בחינתו של המעשה המנהלי יש לאתר את האינטרסים הציבוריים שאותם ביקש המעשה המנהלי להגשים, את האינטרסים הציבוריים האחרים העשויים להיפגע מהמעשה המנהלי, ולבסוף להכריע בשאלה לאיזה אינטרסים יש לתת בכורה בנסיבות הקונקרטיות המוצגות בעתירה. יורגש כמובן, כי גם צמצום הפגיעה בזכויות הפרט הוא חלק מהאינטרס הציבורי.

אם כן, השאלה המתבקשת היא כיצד לאתר ולזהות את האינטרסים הציבוריים. לשאלה זו תשובות שונות המשקפות גישות שונות למשפט. גישה מקובלת גורסת שהחוקים, התקנות ופסיקת בית המשפט מגבשים ערכים ציבוריים מוגדרים הניתנים לאיתור פשוט וברור. גישה זו, שיש לה הדים בפסיקה העוסקת במשפט הציבורי, מניחה שקיים גרעין קשה של ערכים משותפים, המקובל על ציבור רחב ומקבל ביטוי בדיון על רבדיו השונים. לפי גישה זו, חשיפת האינטרס הציבורי בעניין קונקרטי תהיה פשוטה יחסית – כמעט נגלית מאליה – ולא תחייב התלבטות רבה.

לעומת גישה זו, ועל פי האסכולה הביקורתית למשפט, האינטרס הציבורי יהיה לעולם תלוי בנסיבות ובנקודת ראות. התפיסות השונות בדבר האינטרס הציבורי בעניין נתון מתחרות ביניהן, וההכרעה בתחרות זו מחייבת לעתים הליך של תיווך ופישור. על פי אסכולה זו, ייצוגה של רשות ציבורית בעניין קונקרטי מחייב את הפרקליט המייצג לאתר – באמצעות כלל הגורמים המעורבים או העשויים להיות מעוניינים בנושא הנדון – את האינטרסים הציבוריים של כל אחד ואחד מהם. נוכח מהותם של האינטרסים הציבוריים כנתונים לשינוי מתמיד בהתייחס לנסיבות משתנות, תוטל על הפרקליט לא רק מלאכת איתורם של האינטרסים הציבוריים אלא גם מלאכת הגדרתם במקרה הנדון. כמי שמוטלת עליו חובת הייצוג של מכלול רחב של גופים ציבוריים באותו עניין ממש – גופים שהאינטרסים הציבוריים שעליהם הם מופקדים עשויים להיות שונים – על הפרקליט לסייע לגופים השונים לגבש ולהגדיר את האינטרסים הציבוריים באותו עניין באופן שיצמצם את המתח ביניהם, יגשר על הפער ביניהם, ויאפשר הצגת עמדה אחידה העונה במידה סבירה על כלל השיקולים והאינטרסים הצריכים לעניין. על פי מודל זה, לא יוכל הפרקליט לאתר בקלות את האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים, אלא עליו לעבוד בתיאום עם הגורמים הרלוונטיים בתוך המגזר הציבורי ולגבש עמם את מכלול האינטרסים הרלוונטיים ואת הדרך לאיזון ולפישור ביניהם. על הפרקליט לנווט את דרכו בין שלל האינטרסים הציבוריים החיוניים המעורבים בעניין, ולמצוא את מנגנון ההכרעה הראוי בין כל אלה לבין האינטרס של הפרט, המשקף גם הוא אינטרס ציבורי ראוי להגנה.

כידוע, הממשלה מורכבת ממשרדי ממשלה ומגופים ממשלתיים אחרים המופקדים על תחומי פעילות מסוימים. תחום פעילות כזה כרוך ברגיל באינטרס ציבורי שעל קידומו מופקד אותו משרד ממשלתי. כך, משרד הפנים מופקד על מדיניות התכנון הלאומית, משרד הבינוי והשיכון נדרש, בין השאר, לקדם את האינטרס הציבורי של השיכון, ועוד. במצב זה, בשלב הראשון, חשיפת האינטרסים הציבוריים הכרוכים בעניין הנבחן בעתירה מחייבת להגדיר אלו הם הגופים הממשלתיים והציבוריים הנוגעים בעניין. בשלב השני, עשוי להידרש לשאלה איזה הגורם הממשלתי שעליו לייצג באותה עתירה, ולכל הפחות – מיהם בני השיח ההכרחיים בגיבוש התשובה. האם אלה ייקבעו על פי הגורמים שבחר העותר לפרט כמשיבים בעתירתו, או שמא על פי שיקול דעתו של הפרקליט בנוגע לאינטרסים הציבוריים שראוי לתת להם ביטוי במקרה הנדון? באופן מעשי, שאלות מסוג זה עשויות להתעורר בכמה הקשרים. לעתים יצרף עותר כמשיב לעתירתו משרד או גוף ממשלתי שהוא צופה כי יתמוך בעתירתו, גם אם ההחלטה הנתקפת על ידו התקבלה על ידי גוף אחר, ולמרות שעל פי הדין אין לגוף שבחר לצרף כל חלק בהליך הנתקף. כך, לעתים יבחר עותר לצרף לעתירה כנגד החלטה של משרד הביטחון את המשרד להגנת הסביבה מתוך ציפייה כי זה יתמוך בעמדתו, ואילו עותר נגד החלטה של משרד האוצר – או אף של הממשלה – בנושא תקציבי עשוי לצרף משרד ממשלתי שהביע בדיון בממשלה את התנגדותו לאותה החלטה. במקרים אחרים יבקשו משרד ממשלתי או גוף ציבורי אחר ליטול חלק בגיבוש העמדה שתוצג לבית המשפט אף אם לא צורפו על ידי העותר כמשיבים לה. לעתים הפרקליט המטפל בעתירה עשוי לסבור, מיוזמתו הוא, שיש מקום למעורבותו של גוף ציבורי שאינו משיב לעתירה, ולפיכך יבקש לקבל את עמדתו, העשויה להיות שונה מעמדתו של הגוף שהחלטתו נתקפת.

בעולמי שלי, השאלה מיהו הלקוח שהפרקליט מייצג נלווית לשאלה מהם האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים להכרעה בשאלות שהעתירה מעלה. השאיפה היא שכל אינטרס ציבורי שיש להביא בחשבון ימצא את ביטויו ליד שולחן הדיונים שסביבו מתגבשת התשובה לעתירה, וזאת, ככל הניתן, באמצעות הגוף הציבורי המופקד על קידומו של אותו אינטרס. כך, ללא קשר למרכז הכובד של העתירה ולזהות הגופים שהעותר בחר לצרפם כמשיבים. הנחת העבודה היא שכל גוף ציבורי המופקד על אינטרס מוגדר – מכוח הדין או מכוח התפקידים שהטילה עליו הממשלה – מייצג את אותו אינטרס בצורתו המיטבית. משכך, הבחינה שהפרקליט מחויב לבצע בבואו לטפל בעתירה – בחינה המתחייבת כאמור מקטגוריות הבחינה של המשפט המנהלי, אך גם מתפקידו של הפרקליט הציבורי – חייבת לשתף את כל הגופים הציבוריים הרלוונטיים, ולאפשר לכל אחד מהם להציג את עמדתו ואת האינטרסים שלדעתו צריכים לקבל ביטוי. אכן, המשקל היחסי שיינתן בסופו של תהליך הבחינה לכל אחד מהאינטרסים המתחרים ביניהם עשוי להיות שונה, ויושפע בין השאר מהשאלה בידי מי מסורה הסמכות שבדין ביחס למעשה המנהלי הנתקף. עם זאת, רמת השקיפות והגילוי שבין יחידות הממשלה השונות אמורה להיות כזו שכל קול רלוונטי יישמע ויקבל את המשקל הראוי.

כאשר העתירה מכוונת כנגד משיב או כמה משיבים יוזמנו אלה בהכרח לשיבה המתקיימת אצל הפרקליט המטפל. כאמור, לעתים נדרשת נוכחותם של נציגים ממשרדי ממשלה נוספים, שפעולתם אינה עומדת במוקד העתירה. נוכחות זו מתבקשת הן בשל ידע מקצועי שבאמתחתם והן בשל אינטרס ציבורי אחר המיוצג על ידם, שאותו יש להביא בחשבון. עמדתם של אלו עשויה לתמוך בהחלטה נשואת העתירה, אך לעתים היא עשויה לתת ביטוי להיבטים שאולי לא קיבלו ביטוי בהחלטה אך יש בהם כדי להקשות על תמיכה בעמדתו של בעל הסמכות. כל אלה צריכים

להיבחן ולהישקל לשם קבלת החלטה מיטבית, מושכלת וסבירה, ולשם גיבוש קו הגנה הולם. לשיג ולשיח שמתקיים אגב גיבושה של עמדת המדינה במענה לעתירה יש חשיבות רבה, שכן "הצפת" הדיבטים השונים מחייבת את בעל הסמכות שהחלטתו נתקפת להתמודד שוב עם האירך גיסא, תחת המטריה של פריזמת המשפט הציבורי, ולעתים לגבש מחדש את עמדתו במשקפיים אלה. יש פער מובנה בין פרשנות משפטית למונחי פעולה כמו סבירות, רציונליות ומידתיות לבין הפרשנות הניתנת למונחים אלה בדיסציפלינות מקצועיות שאינן משפטיות. בעל הסמכות הבטוח בכל לבו כי הוא פועל בסבירות ובמידתיות עשוי לשנות עמדתו לאחר שנחשף לפרשנותם של מונחים אלה בהקשרם המשפטי. השיג והשיח והעלאת האירך גיסא סביב שולחן דיונים משותף, תחת הפריזמה המשפטית, עשויים לשכנע את בעל הסמכות כי הסביר והמידתי בעיניו הם לאו דווקא כאלה. לחלופין, אותו שיח ושיג עשוי לסייע בידי בעל הסמכות – ובידי הפרקליט המגן על החלטתו בפני בית המשפט – לתרגם את החלטתו, הגזורה ברגיל ממטריה מקצועית ומגדירה עצמה במונחים הקלוחים מעולם זה, לשפתו של המשפט ושל בית המשפט ולעגן אותה בעוגנים של מונחי הסבירות והמידתיות המשפטית.

המציאות המתוארת בפרק זה, הנוהגת באותן עתירות המצדיקות זאת, משקפת את הגישה הביקורתית שהוזכרה, המתארת את האינטרס הציבורי כמתגבש תוך כדי שיח ושיג משתנה שאינו קבוע. לעתים חרף הדיאלוג נותרת מחלוקת מקצועית בין משרדי הממשלה השונים או אף באותו משרד ממשלתי עצמו. כאשר מדובר במשרדי ממשלה שהאינטרסים המיוצגים על ידם רלוונטיים לקבלת ההחלטה נשוא העתירה, על הפרקליט לתת ביטוי למחלוקת זו בעמדה המוצגת בפני בית המשפט. כאשר המחלוקת בין משרדי הממשלה השונים היא בשאלה משפטית, ולא הושגה הסכמה בדיון אצל הפרקליט המטפל בעתירה או אצל מנהלת המחלקה, מובאת הסוגיה להכרעת פרקליט המדינה, המשנים ליועץ המשפטי לממשלה, ובמקרים המתאימים אף להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה עצמו. כאשר מדובר במחלוקת על שאלות שבמדיניות או על שאלות הנוגעות לתקצוב, לעתים הנושא מובא להכרעה מחודשת בדרג הפוליטי, ובמקרים המתאימים הסוגיה שבמחלוקת מובאת להכרעת הממשלה.

לעתים המתודה הפרקליטית המתוארת לעיל יוצרת מתח עם בעל הסמכות הישירה שציפייתו היא כי הפרקליט ייצג רק אותו. על פי תפיסתנו שלנו, המדינה הינה אורגן אחד בעל אברים שונים. בסופו של יום, האינטרס הציבורי אף הוא אחד, אם כי הוא מורכב ממצבור של אינטרסים רבים. הייצוג אינו של משרד או גוף ספציפי: הוא ייצוג של המדינה. לפיכך, האינטרס המיוצג אף הוא אינו אך ורק של הגוף כנגדו הוגשה העתירה אלא של המרכיב השלם הקרוי "האינטרס הציבורי". תפיסה זו הופכת את עבודת הפרקליט למורכבת. עליו לייצג נאמנה את עמדתו של בעל הסמכות (לאחר שהשתכנע כי ניתן להגן עליה) – ובר כבד עליו לשקף את הקולות הרלוונטיים האחרים, הן אלה שהושמעו במהלך קבלת ההחלטה והן אלו שהושמעו במהלך גיבוש העמדה שתוצג בפני בית המשפט, ולרבות אלו שאינם עולים בקנה אחד עם ההחלטה הסופית. המלאכה נהפכת מורכבת יותר כשההכרעה בשאלות מקצועיות לכאורה נעשית על בסיס ערכים מתנגשים.

ו. לגופה של החלטה: ברירת האינטרס הציבורי

תיארנו את מנגנון קבלת ההחלטה בשאלה מיהו הגוף המיוצג בעתירה ואת מהותה של החלטה זו. התשובה שנתנו לשאלה זו הינה פועל יוצא של זיהוי האינטרס הציבורי הרלוונטי לעניין הנדון בעתירה ולהגדרתו. עתה נבקש לפנות לשאלה הקשה יותר – שאלת ההכרעה בין האינטרסים

המתחרים. שאלה זו מציבה דילמה קשה. אבקש להדגימה באמצעות דוגמה היפותטית. משרד החקלאות, שלענייננו הוא הממונה על משק המים בישראל, מתקין תקנה שעניינה חיסכון במים. לתקנה זו השלכות כלכליות וסביבתיות ניכרות. כנגד התקנה מוגשת עתירה שהמשיב לה הוא משרד החקלאות. העתירה אינה טוענת לפגמים בתהליך קבלתה של החלטה ואף לא לפגם של חוסר סמכות: היא מתמקדת בטענות בדבר חוסר סבירותה של התקנה אל נוכח תוצאותיה. משרד החקלאות עומד על חיוניותה של התקנה להשגת המטרות שעליהן מופקד המשרד – שמירה על משק המים – כמו גם על סבירותה ומידתיותה. סביב שולחן הדיונים בחדרו של הפרקליט המטפל בעתירה נשמעים קולות המצביעים על אינטרסים נוספים, שלדעת הגורמים הממשלתיים המופקדים על אותם אינטרסים לא קיבלו ביטוי מספק בהחלטה להתקין את התקנה. כולם מדברים בשם האינטרס הציבורי, וכולם בעלי כוונות טובות שאין מקום להטיל ספק בטיבן. ייתכן שאם כל אחד מהגופים האחרים היה מוסמך לקבל החלטה באותו נושא, הוא היה מגיע להחלטה שונה. השאלה העומדת בפני הפרקליט הינה אלו מבין האינטרסים הציבוריים עליו לייצג. זוהי שאלה קשה משום שכל אותם אינטרסים הם ראויים, וכולם מיוצגים על ידי הגופים הציבוריים המופקדים עליהם. עילת הסבירות אינה יכולה לסייע לפרקליט בהכרעה בשאלה זו, משום שעילה זו משרטטת מתחם של שיקול דעת שבתוכו עשויות להתקבל כמה החלטות שכל אחת מהן עשויה לעמוד במבחן הסבירות. השאלה שעמה הפרקליט מתמודד היא באיזו מההחלטות המצויות במתחם הסבירות עליו לתמוך. התשובה לשאלה אינה טריביאלית. כזכור, על פי תפיסתה של הפרקליטות המדינה הינה אורגן אחד, האמור להיות מיוצג על ידי הפרקליטות כמכלול אחד.

בבואו להכריע בדילמה מסוג זה, השאלה המקדמית שעמה יתמודד הפרקליט היא אם, לאור העוגנים הקיימים בדין הישראלי, ההחלטה המנהלית שהתקבלה הינה בגדר מתחם הסבירות. אם ההחלטה שהתקבלה אינה בגדר מתחם הסבירות, או אם היא ההחלטה היחידה במתחם זה, אזי מלאכת הפרקליט פשוטה יחסית. האיוון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים הוביל לתשובה חד-משמעית שמותירה מקום לדרך התנהגות אחת בלבד. הדילמות יתעוררו אצל הפרקליט כשהחלטה אכן במתחם הסבירות, אך היא אינה ההחלטה היחידה במתחם זה. כאן עומדת בפני הפרקליט הדילמה אם להגן על ההחלטה שהתקבלה או – נוכח המחלוקת הבין-משרדית וממדיו הרבים והמתנגשים של האינטרס הציבורי – שמא ראוי להתניע תהליך של בקרה מנהלית נוספת על ידי דרג מקצועי בכיר יותר, ובמקרים המתאימים אפילו על ידי הממשלה עצמה. הכרעה בדילמה זו אינה מתבססת על העדפתו האישית של הפרקליט לאינטרס זה או אחר, אלא על הבנה של תפקיד הפרקליט ומיקומו בהליך קבלת ההחלטות בגופים הציבוריים שעל ייצוגם הוא מופקד. לדידי, נקודת המוצא היא כי משהפקיד הדין את האחריות לטיפול בתחום מסוים בידי בעל סמכות, הטיפול בעתירה התוקפת את החלטתו צריך להתבסס על ההנחה שאותו גורם הוא בעל היכולת הטובה ביותר להבין את התחום שעליו הוא מופקד, את הצרכים והאינטרסים שעליהם הוא מופקד ואת הדרך לקידומם – כמו גם את האיוון הנכון בינם לבין צרכים ושיקולים אחרים. עם זאת, נקודת המוצא אינה נקודת הסיום. יש נסיבות שבהן יש לסטות מהתפיסה כי האינטרס הציבורי מגובש בעיקרו על ידי הגוף שהחלטתו נתקפת בעתירה, וזאת כדי לאפשר גיבוש של האינטרס הציבורי מתוך פרספקטיבה רחבה יותר, בידי דרג מקצועי או פוליטי בכיר. לפיכך, במקרים המתאימים – בין ביזמת הפרקליט ובין ביזמת אחד ממשרדי הממשלה – ההכרעה בסוגיה מובאת לדיון בממשלה, בוועדת שרים או בפורום בכיר אחר.

כללם של דברים: תחילתו של המסע שיערוך הפרקליט לאיתור ולזיהוי של האינטרס הציבורי שעליו הוא מתבקש להגן בעתירה הוא באינטרס הציבורי שעליו מופקד הגוף הציבורי שהחלטתו נתקפת. במהלך מסע זה יברר הפרקליט את עמדתם של הגופים הממשלתיים האחרים בנוגע לאותו עניין, ואת הבנתם באשר לאינטרסים הציבוריים שלדעתם ראוי היה שיכריעו. כיצד יסתיים המסע – במיוחד כשנתונות לרשות המנהלית כמה דרכי פעולה אפשריות, וההחלטה המנהלית המקורית היא רק אחת מהאפשרויות המצויות במתחם הסבירות – קשה לנבא.

ז. אופן הייצוג

עד כה עסקנו בשלבים המוקדמים של גיבוש העמדה שתוצג לבית המשפט – זהות המיוצג, טיבו של האינטרס הציבורי במקרה הקונקרטי וגיבוש העמדה עצמה. תפיסת התפקיד של הפרקליט הציבורי שונה מזו של מקבילו במרחב שאינו ציבורי גם בשלב שלאחר גיבוש ההחלטה העקרונית להגן על החלטת הגוף הציבורי נשוא העתירה.

עורכי-דין שאינם ציבוריים מונחים בשאלת אופן הייצוג על ידי כללי האתיקה של עורכי-הדין, שהם בעלי מעמד משפטי מחייב. מובן שלכל עורך-דין טעמו האישי וסגנונו, כמו גם סט הערכים האישיים שלו. עם זאת, ככלל, חובת הנאמנות שהוא חב ללקוחו מחייבת אותו לעשות ככל שניתן במסגרת הדין כדי לקדם באמצעות ייצוגו את טובת לקוחו. יש מקום לסברה כי אם סגנונו וערכיו האישיים של עורך-הדין מונעים ממנו במודע לנקוט קו פעולה או קו טיעון שיש בו כדי לסייע ללקוח, עליו לשתף אותו בכך ולאפשר לו לבחון שנית את שאלת הייצוג. הפרקליט הציבורי אינו חריג לכלל זה. אולם, בניגוד לעורך-הדין שאינו ציבורי שהלקוח שלו מזוהה בוודאות ולפיכך אין לו קושי של ממש בזיהוי האינטרס שלו, שולחיו של הפרקליט הציבורי הם אינטרסים ציבוריים רבים, מייצגיהם הפורמליים של אותם אינטרסים, והציבור הרחב שבשמו ולתועלתו פועלים כל ה"סוכנים" הציבוריים. כל אלה הופכים את סוגיית הייצוג למורכבת בהרבה.

לכפיפותה של המערכת הציבורית כולה לעקרון הנאמנות שהיא חבה לציבור יש השפעה מכרעת על דילמות ייצוג. בעוד שבשלב הטיפול המוקדמים בעתירה, הנחת העבודה היא כי הגוף או הגופים הרלוונטיים הם המייצגים האוטנטיים של טובת הציבור – ולו מן הטעם שהם מופקדים על כך על פי דין – דילמות הנוגעות לאופן הייצוג הן שונות באופיין. דילמות אלו קשורות בפרקטיקה משפטית שהיא לב-לבה של עבודת הפרקליט, ומתייחסות לשאלה כיצד על המדינה לייצג את עצמה. פרקטיקה זו אין עניינה במהותה של ההחלטה הנתקפת ואף לא במהותם של הטענות שיעלה הפרקליט לגופה של העתירה, אלא בדרך שבה יבחר הפרקליט לנהל את התיק שעליו הוא מופקד. בעולם המשפט, לסדרי הדין במובנם הרחב עשוי להיות משקל של ממש בקביעת גורלם של הליכים משפטיים. לצורך מאמר זה, במונח "סדרי דין" אני כוללת סוגיות של מועדים כמו גם סוגיות של עילות סף שונות כגון זכות עמידה ושיהוי. סדרי הדין במובנם הרחב עוסקים בפרוזודור המוביל לטרקלין ההכרעה לגופה ולא בה עצמה. נקודת המוצא של הפרקליט הציבורי בעניין זה היא כי מעבר למטרה של הגנה על ההחלטה המנהלית – הגנה שמטרתה לשכנע את בית המשפט להותיר ההחלטה על כנה – עשויה להיות להליך המשפטי מטרה נוספת, שעצמתה משתנה ממקרה למקרה, והיא הרצון לקבל את הכרעתו של בית המשפט בסוגיה זו או אחרת – הכרעה שלפיה תוכל הרשות הציבורית לפעול בעתיד.

פעמים רבות כללי הדין מאפשרים לנהל את ההליך המשפטי באופן שימנע את הצורך בהבאתו של המקרה הקונקרטי הנדון במסגרתו להכרעה לגופם של דברים. כך, אם עתירה הוגשה באיחור,

אם זכות העמידה של העותר אינה ברורה, אם המסמכים לא הוגשו במועד וכל כיוצא באלה. בפני פרקליט שאינו ציבורי עומדת דילמה מרכזית אחת בלבד, לאמור: הערכת הסיכוי המשפטי שהטענות שהוא מעלה בנוגע לסדרי הדין יתקבלו, ובחינת הנזק במקרה שהן יידחו. בפני הפרקליט הציבורי עומדת דילמה נוספת: האם בנסיבות העניין צודק להעלות טענות סף אף ללא קשר לשאלת הסיכוי המשפטי. כך יהא, לדוגמה, כשאדם מעלה טענה בדבר פגיעה של ממש באינטרס מוגן שלו אך עושה זאת תוך חריגה מסדרי הדין. הפרקליט הציבורי יצטרך לשאול את עצמו אם יהא זה צודק למנוע הכרעה לגופו של עניין. השיקולים הם מורכבים. הפרט העומד מול מכונת השלטון זקוק לתחושה כי קולו וקובלנותיו מוצאים אוזן קשובה, הדנה בהם מחוץ למערכת קבלת ההחלטות הרגילה ומבקשת לעשות עמו צדק. שיקול זה מנחה גם את עבודת הפרקליטות כשהיא חושבת שהצדק ייעשה נכון יותר וייראה טוב יותר אם ההליך ימוצה עד סופו. מטעם זה לא תמיד יעשה הפרקליט שימוש בעילות הסף שמעניקים לו סדרי הדין.

מידת מורכבותה של הסוגיה המשפטית העומדת על הפרק אף היא בעלת משקל בשאלת השימוש בעילות של סדרי הדין. אכן, כפי שתואר לעיל, הפרקליט הציבורי לא יגן על עמדה מבלי ששוכנע כי היא בת הגנה משפטית. עם זאת, גם אם עמדה מסוימת ניתנת להגנה, לא תמיד יש ודאות שהיא אכן משקפת את התוצאה המשפטית שאליה יגיע בית המשפט. כאשר מדובר בסוגיה שטרם נדונה, ולדעת הפרקליט יש סיכויים טובים שהעמדה המוצגת בעתירה תתקבל על ידי בית המשפט, עשוי להיות אינטרס בקבלת הכרעה שיפוטית. לא זו אף זו: במקרים של אי-ודאות משפטית, תחושת אי-הצדק של אזרח שדרכו להכרעה לגופה נחסמת באמצעות עילות מתחום סדרי הדין מתעצמת. שיקולים כגון אלה עשויים אם כן לתמוך בהימנעות מהעלאת טענות סף שיחסמו את דרכו של העותר להכרעה עניינית בריבו.

מטבע הדברים, השיקולים שפורטו לעיל, העשויים לתמוך בהבאת נושא להכרעה לגופם של דברים גם כשניתן להימנע מהדיון, נשקלים במסגרת רחבה יותר. עצמת האינטרס הציבורי בביצוע מהיר של ההחלטה נושא העתירה, האפשרות להגיע להסדרים קונקרטיים להנחת דעתם של הצדדים ללא צורך בהכרעות משפטיות העשויות לדרוש זמן רב, וכיוצא באלו שיקולים נשקלים אף הם ועשויים להטות את הכף.

כללם של דברים: הליך הייצוג והאופן שבו יתבצע מושפעים במידה רבה מהחובות המוטלות על הפרקליט כנאמן הציבור, ומתפיסה המשפטית הרואה את זכות הגישה לערכאות כמייצגת צורך אנושי עמוק ובסיסי. למותר לציין בהקשר זה את החובות המוטלות על הפרקליט להצגת מידע מלא ומדויק בפני בית המשפט, לשיתופם של עותרים במידע שאין הצדקה למנוע את חשיפתו, ולשימוש בזכויות דינויות מתוך ראייה ציבורית.

עד כאן באשר לאופן הייצוג בבית המשפט. זה המקום להדגיש כי חלק אינטגרלי מעבודתו של פרקליט במחלקת הבג"צים הוא הניסיון להשפיע על עריכת האיזון ההולם בין השמירה על האינטרס הציבורי לבין מידת הפגיעה בפרט, כל זאת תוך דיאלוג מתמיד עם הרשויות שהוא מייצג. במסגרת זו פרקליטי המחלקה מגבשים פתרונות מוסכמים המייתרים למעשה את הדיון בחלק מהעתירות. כך, לאורך השנים, בכ-30% מהתיקים קיבלו העותרים את מבוקשם, באופן מלא או חלקי, לפני הדיון בבית המשפט או במהלך הדיון הראשוני. לעיתים, מוצא הפרקליט כי הדרך המתאימה ביותר לטפל בעתירה היא הותרתה תחת עינו הפקוחה של בית המשפט כדי שיעקוב אחר קיום מלוא ההתחייבויות שנטלה על עצמה המדינה. בסופו של יום, הצדדים כולם יוצאים נשכרים מכך.

ח. סיכום

ברשימה זו ביקשתי לשרטט את סביבת העבודה של הפרקליט הציבורי, את צומתי ההחלטות המאפיינים סביבה זו ואת השיקולים המנחים אותו בהכרעותיו בכל אחד מהם. התיאור המפורט של עבודת הפרקליט נותן מענה לחלק מהדילמות שהוצגו בתחילת הרשימה. המאפיין המרכזי לעבודתו של הפרקליט הציבורי הוא היותו משרתם של אדונים רבים הכפופים כולם, בו-זמנית, לנורמה המופשטת של קידום והגנה על אינטרס הציבור. המעבר מהמושג המופשט לקונקרטיות של חיי היומיום מלווה במחלוקות ענייניות וצודקות, ולעתים סוערות וטעונויות. בתוך כך, אמור הפרקליט לנווט את דרכו ולסייע לצדדים להגיע למסילה משותפת המובילה לגיבוש התשובה שתוגש לבית המשפט ולאופן הצגתה. מציאת הנתיב המייצג נכונה את האינטרס הציבורי היא מלאכה קשה ורבת-אחריות, וכמוה גם האחריות המוטלת על הפרקליט לייצג בהגינות וביושר את הציבור שהוא משרתו.

הערות

- 1 ככל מקום בו נאמר "פרקליט" הכוונה היא גם ל"פרקליטה".
- 2 יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 53 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); Steven K. Berenson, *Public Lawyers, Private Values: Can, Should; and Will Government Lawyers Serve The Public Interest?* 41 BOSTON COLLEGE L. REV. 789 (2000); Note, *Rethinking the Professional Responsibilities of Federal Agency Lawyers*, 115 HARVARD L. REV. 1170 (2002).



דפנה שלום, מתוך הסדרה עזרת נשים, 2002, הדפסת למבדה 100x100 ס"מ.