"קדם־בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ

יואב דותן*

א. מבוא. ב. רקע – בג"ץ כמוסד: 1. מאפיינים כלליים; 2. התדיינויות בבג"ץ – נתונים בסיסיים ושאלות ראשוניות. ג. ייצוג המדינה בפני בג"ץ – מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. ד. קדם־בג"ץ: 1. מהו קדם־בג"ץ?; 2. קדם־בג"ץ – ההליך; 3. המחקר – היבטים מיתודיים; 4. קדם־בג"ץ – ממצאים. ה. קדם־בג"ץ והתדיינויות מאורגנות בבג"ץ: 1. רקע; 2. ניתוח המאפיינים הארגוניים של ההתדיינות הבג"צית. ו. קדם־בג"ץ – היבטים נורמטיביים; 1. ההיבט החוקתי – קדם־בג"ץ מבחינת עקרון החוקיות ועקרון הפרדת הרשויות; 2. ההיבט המינהלי־רגולטיבי – הסדרה, פיקוח וחשיפה של תופעת קדם־הבג"ץ. ז. סיכום.

א. מבוא

בשיח המשפטי והציבורי בישראל הפך המונח "בג"ץ" למונח יומיומי ושגור בפי משפטנים, אישי־ציבור, נושאי משרות מינהליות ועיתונאים. ההתדיינויות של בג"ץ (ושל בית־המשפט העליון) זוכות לחשיפה תקשורתית עצומה, ופסקי־הדין שלו מעצבים את אורחות הפעולה של רשויות השלטון ואת המסגרות של חיינו הציבוריים.[1] למרות רמת החשיפה הציבורית העצומה של בג"ץ, ישנם מאפיינים חשובים בדרכי הפעולה של בג"ץ הרחוקים לא רק מעינו של הציבור, אלא שספק אם הם מוכרים אפילו לרוב המשפטנים.

---

* פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה ליאיר שפיגל ולקרן דבאת על עזרתם החשובה בשלבים השונים של עריכת המחקר.

1. עד כדי כך, שנוצר בעברית (לפחות בשפה המדוברת) שם פועל חדש, על בסיס שם התואר בג"ץ – "לבג"ץ", שמקובל להשתמש בו בעיקר בצורת הסביל: "האם החלטה פלונית היא בג"יצה?" וכו'.

nevo.co.il

למאפיינים אלו, הנחשפים רק למי שמכיר את הפרקטיקה הבג"צית היומיומית, ישנה חשיבות מעשית רבה וערך עיוני ניכר מבחינת מי שמבקש ללמוד ולנתח את בג"ץ כתופעה מרכזית בציבוריות הישראלית.

אחד המאפיינים הללו, הסמויים בדרך־כלל מהעין הציבורית, הוא הקשרים הפונקציונליים ההדוקים שבין בג"ץ ובין מוסדות מסייעים הפועלים לצדו והמאפשרים לו להפגין את עוצמתו המוסדית ולהוציא לפועל את הדוקטרינות המשפטיות האקטיביסטיות המאפיינות אותו מאז תחילת שנות השמונים. מבין המוסדות המסייעים הללו בולטת בחשיבותה פרקליטות המדינה – וליתר דיוק: המחלקה בפרקליטות המדינה הפועלת, מטעם המדינה ורשויותיה, בפני בג"ץ – הלוא היא מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה. לצדה של מחלקת הבג"צים (ולכאורה מן העבר השני של המתרס) פועלים ארגונים שונים המתמחים בעתירות לבג"ץ.

הדיון בתפקידם התוקתי של הגורמים האחראים על ייצוג המדינה בפני מערכת המשפט בהליכים מינהליים הוא דיון מורכב שיש לו היבטים פונקציונליים, חוקתיים ואתיים כבדי־משקל. למרבה הצער, למרות חשיבותו הרבה, מצוי דיון זה אצלנו בחיתוליו וכמעט שאינו בא לידי ביטוי בספרות האקדמית המשפטית והכללית.[2] מטרתה של רשימה זו היא צנועה. כוונתי להפנות זרקור ראשוני למוסד קדם־הבג"ץ. המדובר בפרקטיקה לא־פורמלית, אך שכיחה, שבמסגרתה פונים עותרים פוטנציאלים (בראש־ובראשונה ארגונים המתמחים בעתירות לבג"ץ) אל מחלקת הבג"צים שבפרקליטות המדינה, כדי שהמחלקה תטפל בפנייתם

2. לעומת חוסר בכתיבה העוסקת בייצוג המדינה בערכאות קיימת אצלנו כתיבה רחבה־יחסית על ההיבטים של עבודת הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה בתחום הפלילי. ראו, למשל, רות גביזון, **שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק** (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשנ"א). לאחרונה ניכרת התעוררות מסוימת של העניין בתחום. ראו עוזי פוגלמן, "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה", **משפט וממשל** ו (תשס"א-תשס"ג) 173; וכן Yoav Dotan, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada", 33 *Law and Society Rev.* 319 (1999) (להלן: Dotan, "Intifada"); Yoav Dotan, Government Lawyers as Adjudicators: Pre-petitions in the High Court of Justice Department" *Israel Law Review* (forthcoming). לכתיבה אקדמית בארה"ב העוסקת בעורכי־דין של הממשלה ובייצוג המדינה בערכאות ראו, למשל: Lincoln Caplan, *The Tenth Justice: The Solicitor General and the Rule of Law* (1987); Rebecca M. Salokar, *The Solicitor General: The Politics of Law* (Temple University Press, 1992); Nancy V. Baker, *Conflicting Loyalties: Law and Politics in the Attorney General's Office, 1789-1990* (University Press of Kansas, 1992); Douglas W. Kmiec, *The Attorney General's Lawyer: Inside the Meese Justice Department* (1992); *Government Lawyers: The Federal Legal Bureaucracy and Presidential Politics* (Cornwell W. Clayton – ed., University Press of Kansas, 1995).

nevo.co.il

תוך קיום הליך בדיקה כמו־שיפוטי בעניינם, בלא כל קשר להליך התלוי ועומד בבג"ץ (ולעתים, גם מבלי שקיימת אפשרות ממשית לעתירה באותו עניין בעתיד). כך שבפועל, מחלקת הבג"צים מתפקדת בהקשר זה כמעין פורום שיפוטי הסמוך ומסייע לבג"ץ, תוך שהיא מקיימת עדוצי תקשורת ישירים עם מוסדות אחרים, ובראשם ארגוני־פעולה העותרים לבג"ץ. בהתאם לכך, במרכזה של רשימה זו יעמוד מחקר שדה ראשון מסוגו שנעשה לגבי דרכי הפעולה של מחלקת הבג"צים ומתמקד במוסד קדם־הבג"ץ.

החלקים הראשונים של רשימה זו יהיו תיאוריים. בפרק השני אסקור את המאפיינים הכלליים, לרבות אלו הבלתי־פורמליים ואת המבנה של ההתדיינות בבג"ץ. לאחר־מכן אציג בפרק השלישי תיאור כללי של דרכי פעולתה של מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. הפרק הרביעי של הרשימה יוקדש לתיאור מפורט־יחסית של מוסד קדם־הבג"ץ, המתבסס על מחקר־שדה שנעשה בתיקי קדם־בג"ץ שבפרקליטות המדינה. הפרק החמישי של המאמר יעסוק בהתדיינויות מאורגנות בבג"ץ ובקשר של מוסד קדם־הבג"ץ להתדיינויות מאורגנות.

התיאור המפורט של מוסד קדם־הבג"ץ משמש להצגת טענה כללית יותר: שחלק ניכר מההליכים הכרוכים בהתדיינות בתחום המינהלי נעשה במקרים רבים לא בין כותלי בית־המשפט, אלא בין כותלי פרקליטות המדינה. כלומר: מרכז־הכובד של הליכי הבירור העובדתי, השקלא־והטריא וקבלת ההכרעות, הכרוכים בהתדיינויות מינהליות, נעשים לא־פעם על־ידי פרקליטות המדינה יותר מאשר על־ידי בג"ץ עצמו. נוסף על כך, הקשרים המוסדיים (הבלתי־פורמליים) בין הפרקליטות ובין ארגוני עותרים מתליפים לא־פעם את ההתדיינות בין כותלי בית־המשפט. התפקיד הדומיננטי שממלאת הפרקליטות בתהליך קבלת ההכרעות בתחום ההתדיינויות המינהליות מעורר שאלות נורמטיביות כבדות־משקל. במישור החוקתי מתעוררת השאלה, האם המעורבות האינטנסיבית של הפרקליטות בהליכים, שביסודם הם כמו־שיפוטיים (בחסותו ובברכתו של בית־המשפט), לגיטימית מבחינת עקרונות שלטון החוק והפרדת הרשויות? במישור המינהלי מוסד קדם־הבג"ץ מעורר שאלות נכבדות משום שמדובר בפרקטיקה לא־פורמלית שאינה ידועה לכול ולכן אינה נגישה באופן שווה לכל אזרח ואזרח. משום־כך מתעוררת שאלת הצורך להסדיר את הפרקטיקה הזו באמצעים רגולטיביים פורמליים. בשאלות אלו אדון בפרק השישי של המאמר.

ב. רקע – בג"ץ כמוסד

1. מאפיינים כלליים

דומה, כי בישראל של תחילת המאה ה-21 אין צורך להכביר מלים כדי לתאר את חשיבותו של בית־המשפט הגבוה לצדק בחיינו הציבוריים. ספק אם יש עוד קהילה פוליטית בעולם שאורחותיה כפופות ומושפעות מהכרעות של פורום שיפוטי כפי שהקהילה הפוליטית בישראל מושפעת מבג"ץ; וספק אם יש עוד פורום משפטי בעולם שיש לו מעורבות כה אינטנסיבית בזירה הפוליטית, הכלכלית, החברתית והתקשורתית שבה הוא פועל, כמו בג"ץ.

nevo.co.il

בג"ץ איננו רק בית־משפט בעל עוצמה, אלא הוא גם בית־משפט שלו מאפייני פעולה ייחודיים. ולמעשה יש קשר הדוק בין המאפיינים יוצאי־הדופן הללו של בג"ץ ובין עוצמתו הפוליטית והחברתית. בראש־ובראשונה בג"ץ שונה מרוב מוסדות השיפוט העליונים המקבילים לו מבחינת הערכאה שבה הוא משמש: מצד אחד, בג"ץ הוא, כידוע, בית־המשפט העליון של מדינת ישראל (בשבתו כבית־המשפט הגבוה לצדק). מצד אחר, בג"ץ הוא – בעת ובעונה אחת – ערכאת־שיפוט ראשונה לגבי חלק ניכר מהתובענות המינהליות המוגשות למערכת המשפט של מדינת ישראל.[3] מכאן, שבג"ץ הוא הפורום שלו זכות המלה הראשונה והאחרונה כאחת לגבי חלק ניכר מהסכסוכים המינהליים והחוקתיים המתעוררים בישראל (ובמיוחד לגבי החשובים שבהם) והוא פורום שהלכה למעשה אינו כפוף לערכאת־ערעור כלשהי ואין עליו עוררין.

מאפיין שני, יוצא־דופן ומרכזי בחשיבותו, נוגע לנגישות העצומה של בג"ץ לתושבי המדינה – נגישות יוצאת־דופן בהשוואה לבתי־משפט עליונים במדינות אחרות. נגישות בג"ץ מורכבת מדוקטרינות משפטיות פורמליות, אך גם, ובעיקר, ממאפיינים דיוניים ופרקטיים. במישור הפורמלי, החל בתחילת שנות השמונים, שחק בג"ץ בעקיבות ובהתמדה את הדוקטרינות המשפטיות שהגבילו בעבר את האפשרות לפנות לבג"ץ בסוגים שונים של עניינים. הכוונה היא בראש־ובראשונה לדוקטרינות של זכות העמידה והשפיטות. שתי דוקטרינות אלו היו בעבר מחסום כניסה בלתי־עביר בפני עותדים שונים שביקשו להביא בפני בג"ץ עתירות שעסקו בעניינים פוליטיים וציבוריים רגישים. בהדרגה, במהלך שנות השמונים, אימץ בג"ץ את ההכרה במעמדו של "העותר הציבורי"

3. סעיף 3 לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 79. בלא ספק, בג"ץ הוא ערכאת־השיפוט (המקורית) המרכזית לגבי תובענות מינהליות במדינת ישראל הן להלכה הן למעשה. עם זאת, בעניינים מינהליים מסוימים נקבע, אם מכוח חוק אם מכוח ההלכה הפסוקה, שהשיפוט המקורי בהם יהיה בידי בתי־המשפט האזרחיים הרגילים (ראו, למשל, סעיף 29 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, תשל"ב-1972, ס"ח 90; בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל, פ"ד מא(2) 449; בג"ץ 991/91 פסטרנק נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50). כמו־כן בד־בבד עם ההכרה בסמכות בג"ץ כערכאת־השיפוט העיקרית בעניינים מינהליים התפתחה הלכה המכירה בסמכות שיפוט המכונה "מקבילה" של בתי־המשפט האזרחיים (בעיקר המחוזיים) לדון בתובענות מינהליות. על מקורה והיקפה של סמכות זו נטוש ויכוח בין פוסקים ומלומדים. ראו, למשל, בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, פ"ד מח(4) 237; יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (המכון למחקר חקיקתי השוואתי, תשל"ה). לאחרונה הורחבה סמכות השיפוט של בתי־המשפט המחוזיים לדון בתובענות מינהליות עם קבלתו של חוק בתי המשפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000, ס"ח 190, והצווים שהוצאו על־פיו. אולם גם לאחר קבלת החוק מוסיף בינתיים הבג"ץ לשמש ערכאת־השיפוט המקורית העיקרית בחלק ניכר מהתובענות המינהליות המגיעות למערכת בתי־המשפט הכלליים.

והרחיב מאוד את היקף תחולתם של העניינים הנחשבים לשפיטים במערכת המשפט.[4] בכך נסללה דרכן של עתירות רבות לבג"ץ מצדם של ארגוני־פעולה ציבוריים, מפלגות ואישים פוליטיים כדי להביא בפניו לדיון סוגיות בענייני דיומא, אשר לפני שנות השמונים לא היה כל סיכוי שבג"ץ ייזקק להן.[5] נוסף על הדוקטרינות המוכרות הללו של זכות העמידה והשפיטות חלו שינויים גם בעמדתו של בית־המשפט באשר לעילות־סף נוספות שאופיין הוא לכאורה טכני יותר, כגון דוקטרינות השיהוי, ואשר התוצאה שלהן היתה הרחבת הנגישות של בג"ץ לעתירות שבעבר נדחו על הסף.[6]

אולם הנגישות יוצאת־הדופן של בג"ץ נובעת בעיקר משורה של מאפיינים לא־פורמליים, שאינם תלויים ישירות בתוכן הפסיקה של בג"ץ או בעמדות של בית־המשפט העליון בתקופה נתונה. בג"ץ הוא בראש־ובראשונה בית־משפט שהפנייה אליו קלה וזולה הרבה יותר מאשר רובם המכריע של מוסדות השיפוט העליונים במדינות אחרות. העותר לבג"ץ גדרש (נכון למועד כתיבת שורות אלו) לשלם אגרה בסך של 1,625.- שקלים חדשים. זהו סכום הנמוך באורח ניכר בהשוואה לאגרה הנדרשת ממי שמגיש תובענה אזרחית רגילה לבית־משפט שלום או מחוזי.[7] הקלות הרבה של הפנייה

4. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441; בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365; בג"ץ 609/85 צוקר נ' להט, פ"ד מ(1) 775; בג"ץ 1635/90 ז'רזבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749; זאב סגל, זכות העמידה בבית־המשפט הגבוה לצדק (פפירוס, תשנ"ד); רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (י"ל מאגנס, תש"ס), 11-15.

5. במחקר שנעשה לגבי עתירות בבג"ץ שהוגשו על־ידי ארגוני־פעולה ציבוריים (מסוגים שונים) נמצא, כי החל באמצע שנות השמונים חלה עלייה חדה בשיעור העתירות המוגשות על־ידי ארגונים כאלו לבג"ץ. בעוד שבשנת 1980 פחות מ-2% מהעתירות הוגשו על־ידי ארגונים, הרי בשנת 1991 13% מהעתירות לבג"ץ הוגשו על־ידי ארגוני־פעולה ציבוריים. ראו: Yoav Dotan and Menachem Hofnung, "Interest Groups in the High Court of Justice, Measuring Success in Litigation and in Out-of-Court Settlements", 23 *Law and Policy* 1 (2001) (להלן: Dotan and Hofnung). במקביל חלה גם עלייה תלולה במספר העתירות שהוגשו לבג"ץ מטעמם של מפלגות, סיעות פוליטיות ואישים במערכת הפוליטית. ראו: Yoav Dotan and Menachem Hofnung, "Legal Defeats - Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?", *Comparative Political Studies* (forthcoming) (2004).

6. בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עירית קרית-גת, פ"ד מב(1) 678; וכן גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 4), בעמ' 15.

7. תקנה 2(ב) לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987, ק"ת 221. עד לפני כמה חודשים ספורים (כלומר: בתקופה שבה נעשה מחקר־השדה, נשוא רשימה זו) עמד גובה האגרה על סכום נמוך אף יותר (-.379 ש"ח). הרקע להעלאה הניכרת של האגרה הוא הרצון להשוות את אגרת בית־המשפט בבג"ץ לזו הנגבית ממי שמגיש עתירה מינהלית לבית־המשפט לעניינים מינהליים (ראו רותי סיני, "יוגדל סכום האגרה בעתירה לבג"ץ", הארץ (22.2.02)).

לבג"ץ נובעת גם מסדרי־הדין הנהוגים בבג"ץ, שהם פשוטים ביותר ומבוססים על תצהירי הצדדים בלא העדת עדים ובלא חקירות נגדיות, ועל אופיו הגמיש והלא־פורמלי בעיקרו של הדיון בבג"ץ.[8] עקב כך, יכול האזרח הממוצע לפנות בעתירה לבג"ץ גם בלא ייצוג של עורך־דין. ואכן, חלק ניכר מהעתירות לבג"ץ מוגשות מבלי שהעותרים מיוצגים על־ידי עורכי־דין.[9] ולבסוף, הנגישות הרבה של בג"ץ נובעת גם מכך שהסיכון – שלו חשופים העותרים לבג"ץ, שבמקרה של דחיית העתירה עלולים לשאת בהוצאות ההתדיינות של המשיבים, כמקובל במערכת המשפט אצלנו – הוא קטן. הסיכון הנמוך של נשיאה בהוצאות נובע משתי סיבות עיקריות: ראשית, בג"ץ ממעט בדרך־כלל להשית הוצאות על הצד המפסיד, במיוחד כאשר מדובר בעתירות שאופיין אינו כלכלי מובהק והעותר אינו תאגיד בעל־אמצעים. שופטי בג"ץ נוהגים, כדבר שבשגרה, להציע לעותר לחזור בו מעתירתו כאשר מסתמנת אפשרות קרובה של דחייתה כדי לחסוך מהעותר את תשלום ההוצאות. שנית, גם כאשר העתירה נדחית בפסק־דין ובג"ץ מחליט להשית הוצאות על העותר, הרי בדרך־כלל שיעור ההוצאות הנפסק נמוך הן במונחים מוחלטים הן, ובעיקר, בהשוואה לשיעור ההוצאות הנהוג בהתדיינויות אזרחיות.[10]

באורח פרדוקסלי הרפורמה בשפיטה המינהלית, שנועדה ביסודה להגביר את נגישות מערכת־המשפט לעותרים מינהליים, הובילה במקרה של אגרת בית־המשפט בבג"ץ דווקא לפגיעה מסוימת ברמת הנגישות של בג"ץ.

8. תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984, ק"ת 2321, הן קצרות באורח ניכר ופשוטות בהרבה בהשוואה לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 342, הנהוגות בבתי־המשפט האזרחיים.

9. ראוי לציין, כי להיעדר ייצוג של העותר בידי עורך־דין עשויה להיות השלכה שלילית על סיכויי העתירה להצליח בבג"ץ. במחקר שעשינו בעניין זה התברר, כי שיעורי ההצלחה של עותרים שאינם מיוצגים בבג"ץ נמוכים באופן ניכר בהשוואה לשיעורי ההצלחה הכלליים. ראו: Yoav Dotan, "Note: Do the 'Haves' Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice", 33 *Law and Society* Review (1999) 1059, pp. 1071-1072.

10. במחקר שהשווה את ההוצאות היחסיות שהוטלו על עותרים בעלי־אמצעים (תאגידים) לבג"ץ עם ההוצאות שהוטלו על עותרים חסרי־אמצעים בשנים 1994-1986 מצאנו, כי בעתירות שהוגשו על־ידי עותרים בעלי יכולת כספית מועטה (כגון אסירים, מהגרים, נכים וכו') הוטלו הוצאות על העותר רק ב-2.7% מהמקרים (הגם שרוב המכריע של המקרים נדחתה העתירה על־ידי בית־המשפט). אפילו לגבי עותרים שהם תאגידים כלכליים הרי רק בפחות מרבע מהעתירות שבהן העתירה נכשלה נפסקו הוצאות לרעת העותרים. יצוין, כי בחלק ניכר מהמקרים שבהם לא נפסקו הוצאות הסתיימו העתירות שבמדגם זה בפשרות מסוגים שונים. אך בכך יש לחזק את הטענה בטקסט, שלפיה בפני העותרים בבג"ץ עומדות "דרכי מילוט" מגוונות קודם שהם נחשפים לסיכון ממשי של פסיקת הוצאות. גם כשנפסקו הוצאות לרעת תאגידים שעתרו לבג"ץ, הרי השיעור היחסי הממוצע של ההוצאות באותה תקופה עמד על סכום השווה ל-$1,600, כלומר: סכום הנמוך בהרבה מהשיעור המקובל לגבי הוצאות

nevo.co.il

הנגישות הרבה של בג"ץ לתושבי ישראל והקלות והמחיר הזעום של העתירה לבג"ץ עומדים לכאורה בניגוד משווע לדרגתו של בג"ץ כפורום שיפוטי, לחשיבות של ההתדיינות בבג"ץ ולהישגים מרחיקי־הלכת שעתירה לבג"ץ עשויה להביא לעותרים. בג"ץ איננו רק המוסד השיפוטי הגבוה ביותר במדינה, אלא גם מוסד בעל יוקרה ומוניטין שאין שני לו בציבוריות הישראלית.[11] לבג"ץ השפעה אדירה על דרכי הפעולה של רשויות השלטון בישראל, ומוראו של בג"ץ הוא לעתים חזק עד כדי כך, שעצם האיום בעתירה עשוי לגרום לרשויות המינהל לסגת מעמדתן המקורית ולהסכים לבקשת העותר, שקודם־לכן סירבו לה.[12] לפיכך, ההתדיינות בבג"ץ זוכה לחשיפה גבוהה ביותר באמצעי־התקשורת השונים בישראל ולעתים אפוא עצם הגשת העתירה לבג"ץ מוליכה, כשלעצמה, לחשיפה עיתונאית שהיא, מבחינת עניינו של העותר, הישג בפני עצמו – במידה רבה באופן בלתי־תלוי בתוצאות ההתדיינות המשפטית עצמה.

השילוב של חשיבותו של בג"ץ, מחד גיסא, והקלות שבה אפשר לפנות אליו מאידך גיסא, מסביר את הפופולריות העצומה הגדלה והולכת של השימוש במכשיר הפנייה לבג"ץ מדי שנה בשנה. בשנת 1970 עמד מספר העתירות לבג"ץ על מאות ספורות. בשנת 1985 עמד מספר העתירות שהוגשו לבג"ץ על 743, ואילו בשנת 1990 הוא הצה את האלף (1,073). בשנת 1995 הוגשו לבג"ץ 1,361 עתירות, ואילו בשנת 2000 עמד מספר העתידות שהוגשו על כ־1,700 עתירות לשנה.[13] המספר הגדל והולך של העתירות לבג"ץ הוא, כידוע, רק חלק אחד של העניינים שבהם נדרש בית־המשפט העליון לעסוק, והוא מתוסף על אלפי הערעורים האזרחיים והפליליים שבהם דן בית־המשפט מדי שנה ועל עוד אלפי עניינים אחרים המגיעים לפתחו של בית־המשפט. עניינים אלו יוצרים יחד עומס עצום המוטל על בית־המשפט העליון, שספק אם יש לו מקבילה במוסד־שיפוט עליון כלשהו במדינה אחרת.[14]

השאלה המתעוררת בהקשר זה היא, כיצד, אם בכלל, מסוגלים 14 שופטי בית־המשפט העליון (היושבים בדרך־כלל במותבים של שלושה) להתמודד עם העומס הדיוני העצום הזה? במסגרת המאמר הנוכחי אין בכוונתי לבחון את השאלה הכוללת הזו. עם זאת, הדיון שיובא להלן לגבי אופני הפעולה של בג"ץ יציע לה תשובה חלקית, ככל שהדבר נוגע

בהליכים אזרחיים. ראו יואב דותן, "בית־המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", אסופת מאמרים בנושא זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (יורם רבין ויובל שני – עורכים, רמות, תשס"ד, טרם פורסם).

11. גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 4), בעמ' 1; גד ברזילי, אפרים יער־יוכטמן וזאב סגל, בית־המשפט העליון בעין החברה הישראלית (פפירוס, תשנ"ד), במיוחד בעמ' 54-55; ובעמ' 113 ואילך.

12. לתיאור התהליך שבו נעשה שימוש בבג"ץ כדי לשנות את ההחלטה המינהלית המקורית ראו: Dotan, "Intifada" (לעיל, הערה 2), בעמ' 342-350.

13. הנתונים מבוססים על אלה של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (למ"ס), למעט נתוני שנת 2000 שנלקחו מנתוני מחלקת־המחקר של הנהלת בתי־המשפט.

14. מספרי ההליכים בבית־המשפט העליון מצביעים על כך, שסך כל העניינים אשר בית־המשפט העליון נדרש לעסוק בהם בשנת 2000 היה יותר מ־10,000.

nevo.co.il

לעומס הדיוני הכרוך בהתדיינויות בבג"ץ. טענתי תהיה, כי אחת הדרכים הנהוגות בבית־המשפט להתמודד עם עומס העבודה המוטל עליו היא על־ידי שימוש במנגנונים מסייעים שונים הפועלים לצד בית־המשפט, ובראש־ובראשונה המנגנון של פרקליטות המדינה. גם בהקשר זה הניתוח של שאלת העומס שייעשה להלן לא יהיה ניתוח כללי לגבי ההתדיינויות בבג"ץ, אלא יוגבל להקשר הנידון כאן – הפרקטיקה של קדם־בג"ץ, העומדת בבסיס המאמר הנוכחי.

2. התדיינויות בבג"ץ – נתונים בסיסיים ושאלות ראשוניות

מנקודת־מבט משפטית פורמלית, תרומתו של בג"ץ לקידום ערכי הדמוקרטיה ושלטון החוק בישראל מעוגנת בראש־ובראשונה בפסקי־הדין הרבים העקרוניים שניתנו על־ידי בית־המשפט במהלך השנים והמתפרסמים בקבצי פסקי־הדין. לעומת זאת, מנקודת־ראותו של מי שמשקיף על דרכי העבודה היומיומיות של בג"ץ, פסקי־הדין העקרוניים הניתנים על־ידי בג"ץ לפרקים הם רק חלק אחד, מעין "קצה קרחון" של פעילות בית־המשפט. ניתוח כמותי כולל של תוצאות ההתדיינויות בבג"ץ ידגים נקודה זו. לשם כך יוצגו בטבלה 1 תוצאות של התדיינויות בבג"ץ בשנים 1990-1999, כפי שנאספו על־ידי משרד־המשפטים.

טבלה 1: תוצאות של התדיינויות בבג"ץ של רשויות המדינה בשנים 1990–1999[15]

תוצאה	מספר עתירות	%
א. עתירות שבהן העותר השיג את מלוא מבוקשו בפסק־דין (צו מוחלט)	184	2.0
ב. עתירות שבהן העותר השיג בצו מוחלט חלק ממה שהתבקש בעתירה	100	1.1
ג. העתירה נדחתה בפסק־דין	3,614	39.1
ד. העותר נסוג מהעתירה במהלך הדיון	2,564	27.8
ה. העותר השיג את מלוא מבוקשו באמצעות הסדר (המשיבים נסוגו מעמדתם המקורית במהלך הדיון)	1,451	15.7
ו. פשרה שבה השיג העותר חלק ממה שהתבקש בעתירה המקורית	807	8.7
ז. אחר	508	5.5
ח. סך־הכול	9,228	99.9[16]

המקור: נתוני מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה.[17] N = 9,228

15. עניינם של הנתונים הוא עתירות שהדיון בהם הסתיים בשנים 1990-1999. משום־כך נכללות במאגר גם עתירות שהוגשו לפני 1990, אך הדיון בהן הסתיים בשנת 1990 (או לאחר־מכן), ואין נכללות בו עתירות שהוגשו בשנת 1999, אך הדיון בהן הסתיים לאחר שנה זו.

16. הסיכום הכולל חורג מעט מ־100% בשל קירובי עיגול.

17. נתונים אלו מבוססים על נתונים שנאספו על־ידי מחלקת הבג"צים במשרד־המשפטים. עניינם כל התיקים שטופלו על־ידי המחלקה בתקופה הרלבנטית. אם כן, מדובר בנתונים

nevo.co.il

מהנתונים המוצגים בטבלה 1 עולה התמונה הבאה: רק 42% בקירוב מהעתירות המוגשות לבג"ץ מגיעות בסופו של דבר לפסק־דין סופי של בית־המשפט. מתוכן פחות מעשירית (קרי: כ־3.3% מהמספר הכולל של העתירות) הסתיימו באופן שבו העותר השיג הישג חלקי או מלא. רובן המכריע של העתירות שנידונו ונסתיימו בפסק־דין של בג"ץ נדחו על־ידי בית־המשפט, וברוב המקרים נעשה הדבר לאחר דיון ראשוני קצר.[18] הנתון השני, והחשוב, העולה מטבלה 1 הוא, כי לעומת האחוז הזעום של העתירות שבהן העותר לבג"ץ זוכה להישג כלשהו באמצעות פסק־דין, הרי שיעור ההצלחה של עותרים לבג"ץ באמצעות פשרות (שבהן משיג העותר את כל מה שביקש או חלק ממה שביקש בעתירה המקורית) גבוה הרבה יותר ועומד על כרבע ממספרן הכולל של העתירות (24.4%). במלים אחרות: לכאורה סיכויי העותר להשיג את מבוקשו בבג"ץ באמצעות פשרה בינו ובין רשויות המדינה עולים בהרבה על סיכוייו להשיג הישג כלשהו אם העתירה תסתיים בלא פשרה בפסק־דין סופי של בג"ץ. הנתונים שבטבלה 1 מצביעים אפוא על **פער בולט** בין שיעור ההצלחה הגבוה של המדינה בהתדיינויות בבג"ץ, כאשר התיק מגיע לפסק־דין של בית־המשפט, ובין השיעור הגבוה־יחסית של הצלחות שיש לעותרים בבג"ץ בהליכי פשרה בינם ובין רשויות המדינה.

שעניינם כל אותן עתירות לבג"ץ שבהן היו רשויות הממשל המרכזי בישראל (הממשלה ומשרדיה, יחידות־סמך ממשלתיות, הצבא, המשטרה ורשויות הביטחון האחרות) מעורבות כמשיבות בהתדיינות בבג"ץ. נתונים אלו כוללים למעלה מ־80% מהעתירות שנידונו על־ידי בג"ץ בשנים הרלבנטיות. הם אינם כוללים עתירות לבג"ץ, שבהן המשיבות היו רשויות מקומיות, שאינן מיוצגות בבג"ץ על־ידי פרקליטות המדינה, אלא על־ידי עורכי־דין שהם עובדי הרשות המקומית או נשכרו על־ידה לצורך ההתדיינות ואשר רשויות הממשל המרכזי לא היו מעורבות בהן. ההחלטה להשתמש בנתוני מחלקת הבג"צים ולא בנתונים שאספה לגבי השנים הללו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (למ"ס) נתקבלה משום שנתוני הלמ"ס כוללים מידע מדויק אך ורק לגבי תיקים שהסתיימו בפסק־דין ואינם כוללים תוצאות של פשרות – שהם חיוניים לצורך ניתוח דרכי הפעולה של בג"ץ והצגת התיזה של המאמר. עם זאת, הצלבה של נתוני הלמ"ס לשנים הרלבנטיות עם הנתונים שמוצגים כאן לגבי אותם היבטים המצויים בחפיפה בשני המאגרים מצביעה על התאמה מניחה את הדעת בין הנתונים. כך, למשל, בדיקה של תוצאות ההתדיינויות בבג"ץ, כפי שנאספו על־ידי הלמ"ס לגבי השנים 1985-1993, מראה כי מתוך 4,266 עתירות שהוגשו בתקופה הרלבנטית כנגד רשויות המדינה רק ב־190 (היינו: כ־4.45%) ניתן צו מוחלט לטובת העותרים. נתון זה דומה ביסודו לנתוני ההצלחה בפסק־דין המופיעים בנתוני מחלקת הבג"צים (אחוז הצלחה בפסק־דין של 3.1% – החיבור של השורות א וב בטבלה 1). כאמור, אין ללמ"ס נתונים לגבי תוצאות התדיינויות שלא הסתיימו בפסק־דין.

18. הדיון בבג"ץ מורכב בדרך־כלל משני שלבים עיקריים: השלב הראשון הוא דיון ראשוני בעתירה. הוא מבוסס על העתירה והתצהיר הנלווה לה מצד העותר ועל תגובה קצרה, המכונה בלשון התקנות "תגובה בכתב" (ראו סעיף 7(ב1) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק), ובלשון הנפוצה – "הודעת היועץ המשפטי לממשלה" (או "הודעת יועץ") המוגשת

nevo.co.il

הפער הבולט בין שיעור ההצלחה של עתירות בבג"ץ ובין השיעור (הגבוה הרבה יותר) של הצלחה בפשרות מצביע על המרכזיות של הליכי קבלת ההחלטה בפרקליטות לגבי עתירות המוגשות בבג"ץ. לפיכך הוא מצביע על הצורך להתבונן מקרוב במנגנון המרכזי הכרוך בפעולת המדינה בבג"ץ – הלוא הוא המנגנון של פרקליטות המדינה, המייצגת את רשויות המדינה דרך־קבע בפני בג"ץ. נפנה אפוא לסקירה של מנגנון זה.[19]

ג. ייצוג המדינה בפני בג"ץ – מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה

מדינת ישראל, על רשויותיה הרבות והשונות – לרבות משרדי הממשלה, יחידות־הסמך הממשלתיות, הצבא, המשטרה וגופי־הביטחון השונים – מיוצגים כולם בבג"ץ ובאופן בלעדי על־ידי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (להלן: המחלקה).[20] וזהי מחלקה

בשלב זה מטעם המשיבים. הודעה זו, המכילה בדרך־כלל מספר מועט ביותר של עמודים, אינה מלווה ברוב המקרים בתצהיר כלשהו. רק לאחר שלב הדיון הראשוני מחליט בית־המשפט אם לדחות את העתירה או להעביר אותה לשלב השני, והעיקרי, של הדיון, על־ידי הוצאת צו על תנאי (תקנה 8, שם). רק אם הוצא בעתירה צו על תנאי נדרשים המשיבים להגיש תשובה מפורטת לעתירה המלווה בתצהיר מטעמם (תצהיר תשובה) ונקבע מועד שבו מוזמנים הצדדים להביא את מלוא טיעוניהם בפני בג"ץ. בדיקה של נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מוכיחה, כי הלכה למעשה ברוב המכריע של העתירות לא ניתן צו על תנאי על־ידי בית־המשפט (כלומר: העתירות נדחו עוד בשלב הדיון הראשוני). כך, למשל, בשנת 1991, מתוך 945 עתירות שנתבררו על־ידי בג"ץ, ב-815 (86%) לא ניתן צו על תנאי; וב-1995, מתוך 966 עתירות שנתבררו ב-829 (85.8%) לא ניתן צו על תנאי על־ידי בית־המשפט. בפועל, במקרים מסוימים נמנעת הפרקליטות מלהגיש תצהיר תשובה גם בעתירות שבהן ניתן צו על תנאי, משום שבעקבות הוצאת הצו מגיעים הצדדים לפשרה עוד קודם להגשת התצהיר (ראו פוגלמן (לעיל, הערה 2), בעמ' 178).

19. לגבי ניתוח הסיבות האפשריות לכך שהמדינה מרבה להתפשר בבג"ץ למרות – שלכאורה לפחות – סיכוייה לזכות בהליך אם תמנע מפשרה הם גבוהים ביותר, ראו: Dotan, “Intifada” (לעיל, הערה 2), בעמ' 344-350.

20. בפועל, מחלקת הבג"צים מייצגת לא רק את משרדי הממשלה ויחידותיה, אלא גם גופים שלטוניים וציבוריים שאינם חלק מהממשלה. כך, למשל, מייצגת המחלקה, על־פי הסכם מיוחד, את רשות־השידור בבג"ץ. כמו־כן המחלקה מייצגת בבג"ץ גופים שאינם חלק מהרשות המבצעת, כגון טריבונלים שיפוטיים שונים או חברי טריבונלים ובתי־משפט, שהחלטותיהם נתקפות בבג"ץ (במקרים שבהם העניין מצדיק ייצוג מטעמם). ראו פוגלמן (לעיל, הערה 2), בעמ' 174. עד לאחרונה יוצגה גם הכנסת ומוסדותיה על־ידי הפרקליטות בבג"ץ, אולם בעניין זה מסתמן לאחרונה שינוי, ובכמה מקרים שבהם נתקפו החלטות ומעשי חקיקה של הכנסת יוצגה הכנסת בבג"ץ על־ידי עורכי־דין השייכים לייעוץ המשפטי של הכנסת.

nevo.co.il

קטנה־יחסית המונה בעת כתיבת שורות אלו 15 עורכי־דין.[21] מחלקת הבג"צים היא מחלקה אינטגרלית בפרקליטות המדינה. בראש המחלקה עומד פרקליט המכהן כראש מחלקת הבג"צים, ואנשיה כפופים לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה. מבנה הייצוג של המדינה בבג"ץ הוא אפוא ריכוזי ביותר. ליועץ המשפטי לממשלה יש הלכה למעשה מונופול על ייצוג המדינה ורשויותיה בפני כל פורום שיפוטי.[22] הייצוג בפועל מופקד בידיה של מחלקת הבג"צים, שחבריה הם פרקליטים במשרד־המשפטים. המשמעות של עובדה זו היא שבניגוד לגופים אחרים, כגון רשויות מקומיות, הגורם המופקד על ייצוג רשויות המדינה בבג"ץ אינו חלק אינטגרלי מהרשות עצמה, אלא חלק מהמערך ההירדכי והמינהלי של פרקליטות המדינה. כפי שיוסבר להלן, לעובדה זו השלכות חשובות על אופי הייצוג של המדינה בבג"ץ וסגנון העבודה של מחלקת הבג"צים.

מאפיין נוסף של דרכי העבודה של מחלקת הבג"צים הוא קשרי העבודה היומיומיים בינם ובין שופטי בג"ץ. עורכי־הדין במחלקה מופיעים כמעט מדי יום בדומו בפני שופטי בג"ץ במאות ובאלפי התיקים הנידונים בבית־המשפט מדי שנה. כבר ציינו, כי על בית־המשפט העליון בישראל מוטל עומס עצום של אלפי תיקים בשנה. חלק ניכר מהעומס הזה נובע מכך, שבית־המשפט מתפקד כערכאה ראשונה בעניינים המובאים בפניו במסגרת בג"ץ. אמנם, סדרי־הדין בבג"ץ נועדו לאפשר בירור מהיר וקצר של העתירות, אך עקב כך היכולת של בג"ץ לברר באופן אפקטיבי את התשתית העובדתית הנוגעת לעתירה מוגבלת ביותר. במיוחד אמורים הדברים לגבי קיום בירור יסודי הנוגע לתשתית העובדתית הכרוכה בקבלת ההחלטות המינהליות העומדות לדיון בבג"ץ. המדובר באינפורמציה שהיא לעתים מקיפה ומצויה רובה ככולה בידיה של הרשות המינהלית. סדרי־הדין בבג"ץ, המבוססים על תצהירי הצדדים, בלא חקירות נגדיות, אינם מאפשרים לבית־המשפט עצמו לבצע את הבירור הנדרש באופן מקיף ויסודי.[23]

21. למעשה מספרם של הפרקליטים במחלקת הבג"צים בפרקליטות אף גדל באופן דרמטי בשנים האחרונות. באמצע שנות התשעים – קרי: בתקופה שלגביה נאספו רוב הנתונים המספריים נשוא רשימה זו – שירתו במחלקה לא יותר מעשרה עורכי־דין, ואילו באמצע שנות השמונים עמד מספר הפרקליטים במחלקה על חמישה.

22. סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין), תשי"ח-1958, ס"ח 118, קובע כי "בכל הליך שהמדינה צד לו תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא־כוחו". התפיסה, שלפיה היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של החוק מבחינת כל זרועות הממשל וכי המדינה או רשות מרשויותיה אינה רשאית להציג עמדה שונה מזו של היועץ המשפטי לממשלה בבית־משפט (אלא באישור מיוחד של היועץ המשפטי עצמו) עוגנה בפסיקתו של בג"ץ, ראו בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 441, בעמ' 473. וראו בעניין זה גם פוגלמן (לעיל, הערה 2), בעמ' 174-175.

23. תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק. וראו גם יצחק זמיר, "ראיות בבית־המשפט הגבוה לצדק", **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 295. התקנות אינן מתירות לעותר גם להציג

nevo.co.il

השילוב שבין העומס ובין סדרי־הדין המצומצמים מוביל את בג"ץ להסתייע באנשי הפרקליטות ולאצול להם הלכה למעשה חלק ניכר מהתפקידים הכרוכים בבירור העתירות. לכן הודעת המדינה, המוגשת מטעמו של נציג היועץ המשפטי (קרי: מטעם הפרקליט האחראי במחלקת הבג"צים), ומשמשת מסמך יחיד המוגש לבית־המשפט בכ-90% מהעתירות לבג"ץ, זוכה להערכת אמינות גבוהה ביותר מצד בית־המשפט (הגם שבדרך־כלל מסמך זה אינו מלווה בתצהיר מטעם גורם כלשהו ברשות המינהלית המשיבה).[24] נוסף על כך שופטי בג"ץ נוהגים מדי פעם להטיל על אנשי המחלקה תפקידים החורגים מהמסגרת המקובלת ביחס לפרקליט המייצג צד בדיון משפטי בשיטת משפט אדברסרית. כך, למשל, עשויים השופטים להפנות "בקשה" (שמשמעותה למעשה הטלת תפקיד) על הפרקליט האחראי לתיק לבצע בדיקה מערכתית של נושא כלשהו, ליזום שינוי מדיניות (או למצער קביעת מדיניות) של הרשות בעניין העומד לדיון, להיכנס לעובי הקורה כדי להבטיח תיאום של מדיניות הרשויות השונות הנוגעות בעתירה או לנהל משא־ומתן עם צדדים שלישיים כדי להבטיח פתרון מעשי רצוי למחלוקת העומדת לדיון.[25]

הנכונות של שופטי בג"ץ להסתמך הלכה למעשה על פרקליטי המחלקה בחור הגורם המוסמך לבירור עובדתי ממצה אצל הרשות המינהלית מבוססת על הנחה מובלעת לגבי

שאלונים או לקיים הליך של גילוי מסמכים, המקובלים במסגרת סדרי־הדין האזרחיים. למעשה בכ-90% מהעתירות לבג"ץ מסתיימת העתירה מבלי שהוגש תצהיר כלשהו מטעם המשיבים, משום שהעתירה נדחית כבר לאחר הדיון המוקדם, שבמסגרתו מגישים המשיבים רק תגובה קצרה בכתב בלא ליווי תצהיר ("הודעת יועץ" (לעיל, הערה 18)) שלושה ימים לפני מועד הדיון. כאן המקום לציין, כי סדרי־הדין הללו הורחבו במידת־מה לגבי עתירות המוגשות לבתי־המשפט לעניינים מינהליים, על־פי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים. ראו תקנות בתי משפט לעניינים מינהליים, תשס"א-2000, ק"ת 171. בניגוד להליך בבג"ץ עצמו, שבו חקירה נגדית של המשיבים על תצהיריהם היא אירוע נדיר ביותר, הרי התקנות החדשות מאפשרות לעותר לקיים חקירה נגדית ברשות בית־המשפט (תקנה 15).

24. ההודעה מכונה בתקנות "תגובה בכתב" (שם, תקנה 7(ב)) והיא המסמך היחיד המוגש מטעם המשיבים בבג"ץ בכל אותם מקרים שבהם העתירה מסתיימת בלא שניתן בה צו על תנאי (שהם, כאמור, הרוב המכריע של העתירות בבג"ץ. ראו לעיל, הערה 18). המדובר במסמך קצר למדי, המכיל בדרך־כלל עמודים ספורים, שאינו מלווה, ככלל, בתצהיר מטעם המשיבים. למרות זאת, שופטי בג"ץ מייחסים למסמך זה, ובמיוחד לתיאור העובדות המופיעות בו, חשיבות רבה ביותר והוא משמש בדרך־כלל תשתית ראייתית שלפיה מתקיים הדיון בבית־המשפט (ראיון עם IZ, 24.2.97, ראו הערה 30, להלן).

25. בין הדוגמאות הרבות למקרים כאלו אפשר להביא, למשל, את המעורבות האינטנסיבית של פרקליטי המחלקה בהסדרה ובשיפור של תנאי הכליאה במחנות־המעצר שנפתחו בתקופת האינתיפאדה הראשונה – מעורבות שכללה ביקורים תכופים במתנות עצמם – ודיווח לבית־המשפט במסגרת עתירות שהוגשו כנגד תנאי המעצר (ראיון עם ID, 11.12.96).

תפקידה ומעמדה של הפרקליטות, בכלל, ומחלקת הבג"צים, בפרט, במסגרת הדיון הבג"צי. לכאורה נציג המחלקה אמור לייצג את הרשות המינהלית, שולחתה, כפי שכל עורך־דין אמור לייצג את שולחו במסגרת דיון משפטי אדברסרי. בפועל, תפקידה של הפרקליטות מורכב הרבה יותר. ההנחה היא, כי הפרקליטות היא גורם שיש לו רמה גבוהה של אוטונומיה ביחס לרשות המינהלית שהוא מייצג. לכן המחויבות שלו כלפי האינטרסים של הרשות המינהלית המשיבה מתמזגת (אך לעתים גם מרוסנת) על־ידי המחויבות לאינטרס הכללי של שלטון החוק – אינטרס שהביטוי המעשי שלו הוא מחויבות עמוקה לעמדות, לתפיסות ולקביעות העקרוניות של שופטי בג"ץ עצמם. הוא־הדין לגבי הציפיות של שופטי בג"ץ מאנשי המחלקה לגבי היקף הנכונות לסייע לבית־המשפט להפעיל את מנגנון הפיקוח שלו על רשויות המינהל, החורג בהרבה מהתפקיד הרגיל של עורך־דין מטעמו של צד בדיון משפטי אדברסרי. ציפיות אלו באות לידי ביטוי בין השאר, ברמת הגילוי העובדתי הנדרשת מאנשי המחלקה, אך גם, כאמור, בהיבטים אחרים של עבודתם.[26]

האם יש להנחה האמורה לגבי התפקיד שהפרקליטות נדרשת למלא – מבחינת בג"ץ – על מה שתסמוך? כלומר: האם יש לצפות מחברי מחלקת הבג"צים ש"יספקו את הסחורה" וימלאו תפקיד החורג במידה של ממש מייצוג של האינטרסים המיידיים של רשויות המדינה, שולחותיהם, בבג"ץ? דומה כי התשובה לכך חיובית. כבר ציינתי, כי במישור המבני פרקליטות המדינה נהנית מרמה גבוהה של אוטונומיה ביחס לרשויות המינהל המיוצגות על־ידה בבית־המשפט. אנשי המחלקה אינם עובדי הרשות המינהלית המיוצגת על־ידם, אלא חלק מהמנגנון של הפרקליטות ומשרד־המשפטים. הם נתונים למרותו ולפיקוחו של היועץ המשפטי לממשלה ושל פרקליט המדינה ואינם תלויים, מבחינת קידומם המקצועי או מכל בחינה אחרת, בהנהלת הרשות המינהלית שהם מייצגים בבית־המשפט. מבחינת הרשות המיוצגת, הייצוג על־ידי הפרקליטות הוא נתון קבוע, שהוא אחת ממושכלות־היסוד של שיטת המשפט הציבורי אצלנו, ואין לרשות שום שליטה בעניין זה.

26. ככלל, כללי הדיון בבג"ץ דורשים מן הצדדים לחשוף את כל העובדות הרלבנטיות לטיעוניהם בבג"ץ. רמת הגילוי הגבוהה הנדרשת מהצדדים נובעת מהעובדה, שהדיון בבג"ץ מבוסס על תצהירי הצדדים (ובלא מכשירים אחרים של גילוי ראיות הנהוגים בסדרי־הדין האדברסריים, לרבות חקירה נגדית. ראו לעיל, הערה 23). מבחינה פורמלית עיקר הנטל לגילוי העובדות רובץ לפתחו של העותר, שכן אי־גילוי של עובדות מהותיות בכתב העתירה עלול להוביל לדחיית העתירה על הסף בשל חוסר נקיון־כפיים (ראו, למשל, בג"ץ 880/80 **מוניות הקריה בע"מ נ' עירית קרית-ים**, פ"ד לו(1) 445, בעמ' 448; בג"ץ 291/81 **חב' האגי מיסטר די נ' מנהל המכס והבלו**, פ"ד לו(4) 53; בג"ץ 547/98 **פדרמן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(5) 520). בפועל, כאמור, במישור הבלתי־פורמלי שופטי בג"ץ מפגינים רמה גבוהה של ציפיות מנציגי הפרקליטות להציג בפני בית־המשפט את התמונה העובדתית המלאה והמפורטת המשמשת תשתית לדיון בעתירה. בין השאר, הציפיה היא, שהפרקליט האחראי יחשוף בפני בג"ץ עובדות, המצויות בידיעת הרשות המינהלית, גם כאשר עובדות אלו אינן פועלות לטובת המשיבים (ראיון עם RR 19.9.96; ראיון עם IZ 24.2.97).

nevo.co.il

גם מבנה הקריירה המקצועית של אנשי הפרקליטות תואם את התפיסה האוטונומית הזו. הקריירה בפרקליטות המדינה היא דוגמא קלסית ל"קריירת חיים" (life career) אופיינית. אנשי פרקליטות המדינה מצטרפים לשורות הפרקליטות בשלב מוקדם ביותר של הקריירה המקצועית שלהם (בדרך־כלל עם סיום לימודיהם ותוך כדי תקופת התמחותם). הם עשויים לשרת בפרקליטות שנים ארוכות, ולעתים קרובות – במשך כל תקופת הקריירה המקצועית שלהם. תופעות, הנפוצות במדינות מסוימות, של חילופי גברי תכופים של אנשי מנגנון התביעה הכללית ושל מעברים תכופים בין קריירה בשירות הציבורי ובין קריירה במסגרת השוק הפרטי – הן נדירות אצלנו.[27] לעומת זאת, אחד המעברים היחידים המקובל בקרב אנשי הפרקליטות הוא המעבר לשיפוט. לא ייפלא אפוא, כי אנשי הפרקליטות מרגישים מחויבים, מבחינת האתוס המקצועי שלהם, המסורת והאווירה המוסדית שבתוכה הם פועלים – כלפי מערכת המשפט, לא פחות מאשר כלפי הרשות המינהלית המיוצגת על־ידם בבג"ץ.[28]

מבנה היחסים האמור בין מחלקת הבג"צים ובין שופטי בג"ץ, לרבות רמת האמון הגבוהה שהפרקליטות נהנית ממנה אצל שופטי בג"ץ וכוונותם של אנשי המחלקה להפוך למעין זרוע מסייעת לבית־המשפט בהפעלת הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל (כלומר: על הלקוחות של המחלקה בבית־המשפט), יכול לספק גם הסבר לנתונים לגבי תוצאות ההתדיינויות בבג"ץ שהוצגו לעיל. רמת האמון הגבוהה של בית־המשפט בעמדה המוצגת על־ידי הפרקליטות באה לידי ביטוי בשיעור המקרים הנמוך ביותר, שבהם בית־המשפט ניאות להוציא צו מוחלט כנגד המשיבים בבית־המשפט. מנגד, רמת המחויבות המוסדית הגבוהה של מחלקת הבג"צים לבית־המשפט כמוסד מפקח, ולעיקרון הכללי של שלטון החוק יכולה להסביר מדוע, למרות שיעור ההפסדים הנמוך בפסקי־דין, שיעור הפשרות לטובת העותר בבג"ץ גבוה הרבה יותר.

מובן, שהתיאור המובא לעיל לגבי מערכת־היחסים המורכבת בין הפרקליטות ובין בית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מעורר שורה של שאלות נוספות לגבי מידת הלגיטימיות של המבנה המוסדי הזה, במיוחד כשהוא נוצר באופן לא־פורמלי, מבלי שיעוגן בחקיקה כלשהי, ועל בסיס תשתית לכאורית של שיטת משפט אדברסרית. מתעוררות גם שאלות נכבדות במישור האתיקה המקצועית לגבי היחסים בין הפרקליטות

27. פוגלמן (לעיל, הערה 2), בעמ' 177. כאמור, המצב הקיים אצלנו, שלפיו הקריירה של המשפטנים בשירות המדינה ובפרקליטות היא קריירה ארוכת־טווח, לא בהכרח קיים במדינות אחרות. בארה"ב התפקיד של ראש היחידה האחראית לייצוג הממשל בפני בית־המשפט העליון (ה־Solicitor General) הוא מינוי פוליטי המשתנה בהתאם לממשל הנבחר, אך הצוות של המשרד הוא צוות מקצועי קבוע של Civil Servants (ראו: Salokar (לעיל, הערה 2), בעמ' 34). באנגליה מופקד הייצוג של רשויות המדינה בפני בתי־המשפט העוסקים בביקורת שיפוטית (ה־High Courts) במקרים רבים בידי עורכי־דין פרטיים (בריסטרס), האמונים על הופעה בפני בתי־משפט אלו.

28. לתיאור מפורט של היחסים המקצועיים־פרסונליים בין שופטי בג"ץ ובין אנשי מחלקת הבג"צים ראו: Dotan, "Intifada" (לעיל, הערה 2), בעמ' 337-342.

nevo.co.il

ובין הרשויות המיוצגות על־ידי חבריה בבג"ץ וכיו"ב. במסגרת רשימה זו אין כוונתי להיכנס לדיון בשאלות נכבדות אלו. אני מודע היטב גם לעובדה שהתיאור האמור הוצג כאן בקצרה, אגב פירוט מינימלי של הנתונים האמפיריים, ובמקרים רבים תוך כדי הצגת ביסוס חלקי למדי לטענות המרכיבות את התיאור האמור. אולם אני מסתפק בתיאור האמור כפי שהוצג, משום שהוא משמש רק רקע כללי לתופעה של קדם־הבג"ץ, שהיא-היא נושא המאמר.

ד. קדם־בג"ץ

1. מהו קדם־בג"ץ?

קדם־בג"ץ (קד"ץ) הוא פנייה מצד אזרח, ארגון (כגון ארגון העוסק בזכויות אזרח) או עורך־דינם אל מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה בבקשה שזו תבחן את טרונייתו כלפי רשות מינהלית ותנסה לפתור אותה. לכאורה פנייה כזו יכולה היתה להיחשב לפנייה רגילה מצד מי שמתעתד להגיש תובענה לבית־משפט (קרי: העותר הפוטנציאלי) אל עורך־הדין המייצג את הצד האחר (קרי: הפרקליטות), שהיא מעין התרעה לפני הגשת התובענה (או איום לגבי אפשרות הגשתה). אולם קיימים כמה מאפיינים המקשים מאוד לראות את הקד"ץ באופן כזה. ראשית, הפנייה למחלקת הבג"צים נעשית ברוב המקרים מבלי שהמחלקה היתה מעורבת קודם־לכן באופן כלשהו בשיח־ושיג שבין האזרח הנוגע בדבר ובין הרשות המינהלית. כלומר: מחלקת הבג"צים איננה גורם שבעת הפנייה אליו מייצג את המדינה בסכסוך משפטי קיים כנגד העותר. אכן, בחלק מהמקרים המחלקה היתה מעורבת בסכסוכים קודמים ודומים באותו נושא (למשל: בהקשר לפרקטיקה מינהלית מסוימת, כגון אי־מתן היתר כניסה לישראל או היתר עבודה לתושב השטחים), אך, ככלל, הפנייה נשוא הקד"ץ היא בבחינת עניין חדש, המגיע למחלקה ביוזמת העותר ובלא פנייה קודמת אל המחלקה מצד ה"לקוח" הפוטנציאלי שלה, קרי: הרשות המינהלית. במלים אחרות: בשלב שבו מתבצעת הפנייה למחלקת הבג"צים אין למחלקה להלכה כל סמכות פורמלית לטפל בעניין.

שנית, וחשוב יותר: הגם שהעניינים שבהם עוסקות הפניות בקד"ץ הם מסוג העניינים העשויים להיות בסיס לעתירה פוטנציאלית לבג"ץ, הרי ברוב המקרים הפנייה בקד"ץ אינה נעשית על רקע של איום או אפשרות מיידית של פנייה לבית־המשפט; ובפועל, ברוב המקרים, גם אם הפנייה אינה נענית, דחייתה אינה מוליכה את הפונה לנתיב של הגשת עתירה לבית־המשפט עצמו. בשל הקלות והזולות של הפנייה לבית־המשפט עצמו, עובדה זו מקבלת משמעות חשובה שתידון בהמשך. היא תואמת גם נתון נוסף – שהפניות בקד"ץ אל מחלקת הבג"צים מנוסחות בדרך־כלל כפניות לגוף בעל אופי פיקוחי המתבקש להתערב אצל הרשות המינהלית הרלבנטית כדי להניע אותה להתיר לעותר את מבוקשו.

2. קדם־בג"ץ – ההליך

הפנייה למחלקה באמצעות קד"ץ נעשית באופן בלתי־פורמלי לחלוטין. בדרך־כלל נעשה הדבר באמצעות מכתב, משלוח פקס או אף, במקרים דחופים, באמצעות פנייה טלפונית

nevo.co.il

לאחד מהפרקליטים במחלקה. למרות האופי הבלתי־פורמלי לחלוטין של הפנייה, הרי היא מטופלת על־ידי מחלקת הבג"צים במישור המשודרי באמצעות הליך הדומה למדי לטיפול בעתירות המגיעות לטיפול במחלקה. חלק ניכר מהפניות (לפחות אלו המגיעות בכתב) מטופלות באמצעות פתיחת תיק קדם־בג"ץ, הנושא עמו מספור מסודר, והן מועברות על־ידי מנהל המחלקה לטיפולו של אחד הפרקליטים כמו תיק בג"ץ רגיל.

הפרקליט שקיבל לידיו את הטיפול ב"תיק" פונה אל הגורם האחראי ברשות המינהלית הרלבנטית ומקיים בירור עובדתי קצר לגבי עמדת הרשות, כמו גם בירור משפטי לגבי מעמדה של עמדה זו. כך, למשל, אם הפנייה נוגעת למתן היתר לפתיחתו של בית־ספר חדש באיזור מגוריו של העותר, הרי הבדיקה שתעשה המחלקה היא עם הרשויות האחראיות במשרד־החינוך (ואולי גם עם רשות־החינוך המקומית הנוגעת בעניין); ואם הפנייה נוגעת למתן רשיון לכלי־ירייה, הרי הבדיקה תיעשה עם הרשות המוסמכת במשרד־הפנים. בתום הבירור האמור תחזיר המחלקה תשובה לפונה, שתוכנה יכיל את אחת החלופות הבאות:

א. הודעה לפונה כי המחלקה מפנה את העניין חזרה לרשות המוסמכת שכנגדה קבל העותר (או לחילופין הצעה לעותר לפנות לגורם שלישי כלשהו. להלן נכנה תשובה כזו "הפנייה");

ב. הודעה לפונה, שלפיה המחלקה אינה סבורה כי יש בסיס לטרוניה, שמשמעותה דחייה של הפנייה;

ג. הודעה לפונה, כי הפנייה התקבלה באופן מלא או חלקי בעקבות התערבות המחלקה.

כך או כך: קיומה של פרקטיקת הקד"ץ מאופיין בכך, שפניות מעין אלו (או לפחות חלקן) מטופלות לגופן על־ידי המחלקה. הן אינן נדחות על הסף על־ידי המחלקה כלא רלבנטיות לעבודתה, אלא נתפסות במחלקה כחלק אינטגרלי מהעניינים שבהם נדרשת המחלקה לטפל. זאת ועוד: במחלקה קיימת רמה מוגדרת של מיסוד לגבי הפניות הללו, בעצם מתן שם אחיד לכולן,[29] קיום הליך מוגדר לטיפול בהן ואף לתיוק משרדי של המסמכים הקשורים בפניות.

3. המחקר – היבטים מיתודיים

החלק הכמותי של המחקר הנוכחי עוסק בתופעת קדם־הבג"ץ במשך שנות התשעים, שהן השנים שבהן נוצר וצמח הליך הקד"ץ כתופעה ממוסדת במחלקת הבג"צים ובהן קיים תיעוד מסודר על שימוש נרחב בהליך. נקדים ונאמר, כי האופי הלא־פורמלי של הליך זה מקשה מאוד על התבוננות אמפירית מסודרת בתופעה ועל איתור והצגה של ממצאים כמותיים מלאים ומדויקים. המחקר הנוכחי מתבסס על שילוב בין ניתוח כמותי של תיקי בג"ץ הקיימים במחלקת הבג"צים מאותן שנים עם תצפיות שקיימתי במחלקה במשך

29. למיטב ידיעתי, השם "קדם־בג"ץ" עצמו הוא שם שנוצר בשלב כלשהו במחלקת הבג"צים עצמה לגבי פניות כאלו, והתיוק הנפרד שלהן במחלקה נעשה בשם הקוד "קדם־בג"ץ". בפועל לא־מעט גורמים המייצגים אזרחים בפני המחלקה מודעים לקיום הפרקטיקה ומשמשים בתור כותרת לפנייתם בשם הקוד "קדם־בג"ץ".

תקופות שונות; ועל ראיונות שנעשו עם אנשי המחלקה במשך המחצית השנייה של שנות התשעים.[30]

כאמור, הליך הקד"ץ כולו הוא הליך שהוא מבחינה משפטית בלתי־פורמלי לחלוטין, במישור המינהלי־ארגוני הליכים אלו עברו תהליך הדרגתי של מיסוד החל בשלהי שנות השמונים ובמשך שנות התשעים. יש לשער, כי פניות למחלקת הבג"צים של גורמים שהיה להם סכסוך עם רשויות מינהל היו חלק מהפרקטיקה הקיימת גם בשנים עברו. אולם התיעוד של התופעה על־ידי המחלקה עצמה, והשימוש בשם הקוד "קדם־בג"ץ" מתחיל לא לפני 1989. התיקים הראשונים שמצאנו בארכיב המחלקה[31] הם משנת 1990.[32]

התיקים המצויים במצב של תיוק במחלקה הם רק חלק מהפניות של קד"ץ המטופלות על־ידי המחלקה. כאמור לעיל, התצפיות שעשינו הראו כי מספר לא־מועט של פניות קדם־בג"ץ נעשות מצד העותרים בטלפון או בפקס וגם מטופלות באופן מהיר ולא־פורמלי על־ידי אנשי המחלקה (לעתים באמצעות כמה שיחות טלפון המסתיימות ביום אחד). לפניות כאלו – שחלק לא־מבוטל מהן מסתיים בכך שהעותר השיג את מבוקשו – אין כל תיעוד במסמכים וממילא איננו מופיע במסגרת התיקים המתויקים על־ידי המחלקה. זאת ועוד: גם תיקים הזוכים לתיעוד בניירת של המחלקה אינם מגיעים בהכרח בסופו של דבר ל"ארכיב" של קדם־הבג"ץ בגלל סיבות שונות, שעיקרן היעדר דפוסים מסודרים באופן מלא של תיוק קדם־בג"צים במחלקה ושינויים שנעשו בשיטות התיוק במהלך שנות התשעים. יוצא, כי התופעה שאנו מתארים כאן במסגרת החלק הכמותי של המחקר הוא בלא ספק רק חלקה של תופעת קדם־הבג"צים. לפיכך יש להתייחס לנתונים המספריים שיוצגו במידת ההסתייגות והזהירות הראויה.

---

30. התצפית המשתתפת הארוכה ביותר נעשתה על־ידי בשנת 1993, כאשר הועסקתי כפרקליט במחלקת הבג"צים במשך כשישה חודשים. במשך המחצית השנייה של שנות התשעים קיימתי ראיונות עומק כמעט עם כל הפרקליטים במחלקת הבג"צים, עם פרקליטים ששירתו במחלקה בעבר וכן עם גורמים שונים שהיו (ובחלקם עדיין מצויים) בקשרי עבודה עם המחלקה, כגון עורכי־דין המרבים לייצג ארגונים העותרים לבג"ץ, גורמים ברשויות המינהל שהמחלקה משרתת אותן ושופטים. מטעמים של אתיקה מחקרית שמות כל המרואיינים למחקר הנוכחי מובאים באופן מקודד.

31. הלכה למעשה, תיקי קדם־בג"ץ אינם מצויים ב"ארכיב" הרשמי של פרקליטות המדינה, אלא תויקו (במועד שבו נעשה המחקר) במסגרת קלסרים עבי־כרס בארון המצוי באחד מהמסדרונות במחלקה. שיטת תיוק זו הופסקה במהלך שנת 1997 ובמקומה הופקדה מלאכת התיוק של התיקים בידיהם של הפרקליטים השונים שטיפלו באותם תיקים. התוצאה של השינוי בפרקטיקה היתה, שהחל בשנת 1997 לא קיים בפרקליטות ארכיב מרוכז של תיקי קד"ץ, משום־כך חלק ניכר מהנתונים שלנו עוסקים בשנים שבין 1990 ל־1997. להלן, אשתמש במונח "ארכיב המחלקה" כדי לתאר את מאגר התיקים שמצאנו במחלקה לגבי השנים 1990-1997.

32. הקלסר הראשון שנבחן הוא קלסר המכיל פניות מנובמבר 1990. אולם מספרו של קלסר זה הוא 6, כך שיש להניח את קיומם של 5 קלסרים שקדמו לו שלא הצלחנו לאתרם.

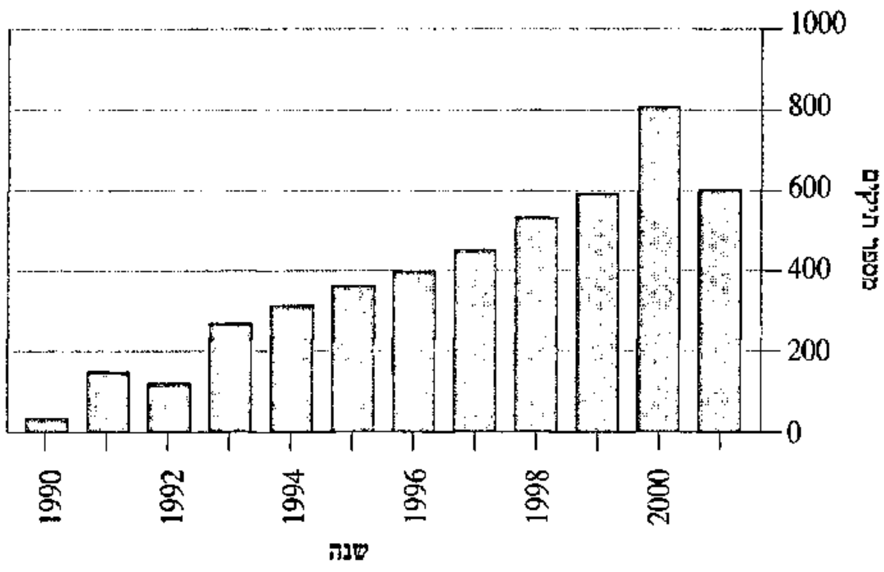
nevo.co.il

לפני שאציג את ממצאי המחקר אוסיף עוד הסתייגות אחת: האופי הלא־פורמלי והלא־ממוסד של הליך קדם־הבג"ץ והיעדרו של בסיס סטטוטורי מוצק לפרקטיקה זו הופך את עצם קיומה, היקפה ותנאיה לתלויים בשורה של גורמים, לרבות ההשקפות המקצועיות-אישיות של הגורמים הנוגעים בדבר. לכן קיומה והיקפה של התופעה בתקופה שלגביה נעשה המחקר האמפירי אינו מעיד בהכרח על המשכה בהיקף כזה או אחר בתקופות אחרות ומאוחרות יותר. זאת ועוד: גם לעצם חשיפתה של התופעה בפומבי (בין השאר באמצעות הרשימה הנוכחית) עשויה להיות השפעה על נכונותה של המחלקה להמשיך ולקיים את הפרקטיקה (ובכך אדון בהמשך).

4. קדם־בג"ץ – ממצאים

הנתון הראשון שניסינו לבדוק במהלך המחקר היה מספר הפניות לקדם־בג"ץ שטופלו על־ידי מחלקת הבג"צים במשך תקופת המחקר. התפתחות תופעת קדם־הבג"ץ בשנים 2001-1990 מוצגת בתרשים מס' 1.

תרשים מס' 1: קדם־בג"ץ בשנים 2001-1990[33]



33. המחלקה החלה לבצע רישום ממוחשב מסודר של פניות לקד"ץ רק החל בשנת 1998 ולכן הנתונים שבתרשים לגבי השנים 2001-1998 מבוססים על רישומי המחלקה. לעומת זאת, הנתונים לגבי השנים 1997-1990 מבוססים על בדיקות (וספירות) שעשינו ב"ארכיב הקד"צים" של המחלקה (ראו לעיל, הערה 31). בין שני המקורות קיים פער מובנה, משום שבמאגר הממוחשב של המחלקה יש רישום לגבי תיקי קדם־בג"ץ שנפתחו במחלקה, בעוד

תרשים מס' 1 מדגים את העלייה העקיבה במספר הפניות בקדם־בג"ץ שחלה במהלך שנות התשעים. כפי שכבר ציינו, תופעת הקדם־בג"ץ כתופעה ממוסדת שהמחלקה מתייחסת אליה בתור אחד מסוגי המטלות שהיא מטפלת בהן, החלה להיווצר בהדרגה בשלהי שנות השמונים. אך התופעה הלכה ונעשתה נפוצה יותר במהלך תקופת המחקר, כלומר: החל בתחילת שנות התשעים.

כיצד יש להסביר את התפתחות תופעת קדם־הבג"ץ החל בתחילת שנות התשעים? מן הנתונים שנאספו במהלך המחקר אפשר להצביע על כמה תופעות שתרמו כל אחת להתפתחות הפרוצדורה במחלקת הבג"צים: התופעה הראשונה היא הגידול המהיר במספר העתירות שהוגשו למחלקה החל במחצית השנייה של שנות השמונים – גידול שהלך וגבר לקראת סוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים.[34] בשל העומס ההולך וגובר על בית־המשפט ובשל העובדה שבית־המשפט נסמך יותר ויותר בעבודתו על המנגנון המסייע של הפרקליטות יש להניח, כי חלק מהעומס הדיוני החל להתנקז באופן ישיר לפתחה של הפרקליטות לאחר שעותרים מסוימים (במיוחד עותרים מאורגנים) גילו את הפוטנציאל של הליך הקד"ץ כהליך שמבחינתם יכול להיות תחליף מהיר, זול ונוח לעתירה לבג"ץ. במלים אחרות: אפשר לראות את תופעת קדם־הבג"ץ כשלב נוסף ומרחיק־לכת לתופעה שתוארה בחלק הקודם שבמסגרתה פרקליטות המדינה הופכת הלכה למעשה לידו הארוכה של בית־המשפט. תהליך זה נעשה בברכתו ובעידודו של בית־המשפט ונועד בין השאר, להקטין את העומס הרובץ לפתחו של בית־המשפט על־ידי כך שעניינים מסוימים מגיעים

שנתוני הארכיב מכילים רק את אותם תיקים ש"נסגרו" לאחר שהטיפול בהם הסתיים. המספרים המבוססים על הספירה שעשינו במהלך המחקר בארכיב הם בלתי־מדויקים, משום שבדי לנו כי לא כל התיקים שטופלו על־ידי המחלקה הגיעו לארכיב ולא כל התיקים ששייכים עקרונית לארכיב היו בו בזמן שבוצעה הספירה. הן מהתצפיות שבוצעו במהלך המחקר הן מהראיונות עם אנשי המחלקה ברור, כי חלק ניכר מהפניות למחלקה שטופלו במסגרת זו לא תויק ולא תועד באופן מסודר. לפיכך אנו מניחים, כי מספר הפניות בפועל למחלקה בתקופת המחקר עשוי להיות גבוה ממספר התיקים שהגיעו לארכיב. עם זאת, הנתונים שבארכיב מעניקים לפחות תמונה כללית לגבי מספרי הפניות לקד"ץ במהלך שנות התשעים. עוד יצוין, כי גם נתוני פתיחת התיקים המצויים (לגבי השנים 1998-2001) במאגר הממוחשב עשויים להיות חסרים במידת־מה, משום שייתכן כי הם אינם מכילים פניות קד"ץ שנעשו באופן ישיר לפרקליטי המחלקה והטיפול בהם הסתיים תוך זמן קצר (ראו להלן עמ' 179-180) מבלי שנעשה כל רישום מסודר לגבי קליטת התיק. הנתונים המובאים לגבי שנת 1997 (היא השנה שבה שונתה שיטת התיוק) הם חלקיים. הקלסרים שנבדקו על־ידינו בארכיב הידני הכילו תיקים שעסקו בשלושת החודשים הראשונים של שנת 1997 בלבד ולכן מספר התיקים הכולל בשנה זו היה בגדר השערה בלבד על סמך מספר התיקים שהוגשו בשלושת החודשים הראשונים. גם הנתונים המוצגים לגבי שנת 1990 הם חלקיים ועוסקים בשני החודשים האחרונים של שנה זו בלבד.

34. לעיל, הערה 13 והטקסט שלידה.

ישירות לטיפולה של פרקליטות המדינה במקום להיות מוגשים כעתירות לבית־המשפט עצמו.[35]

אולם הגדלת העומס הדיוני בשלעצמה אינה מספקת הסבר מלא להיווצרות תופעת קדם־הבג"ץ. ההתפתחות השנייה שתרמה ככל הנראה להיווצרות הליך קדם־הבג"ץ קשורה בשינויים שחלו בתוכן התיקים שהגיעו לפתחו של בג"ץ. התקופה שבה החלה התופעה היא סוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים. זו היתה התקופה שבה התרחשה בשטחים האינתיפאדה (הראשונה). מספר הפרות הסדר והאירועים האלימים כנגד כוחות צה"ל ושאר זרועות השלטון בשטחים עלה באופן דרמטי ובמקביל היה גידול חד בשימוש שעשה השלטון בשטחים באמצעים שפגעו בחירויות הפרט של התושבים שם. עקב כך חל גידול חד במספר העתירות שהוגשו מצד תושבי השטחים בתקופה זו לבג"ץ ושעסקו רובן ככולן בהיבטים שונים של הפרות זכויות האזרח של תושבי השטחים מצד זרועות הביטחון. כך, למשל, בשנת 1987 הוגשו 121 עתירות לבג"ץ מטעם תושבי השטחים, אך בשנים 1992-1989 גדל המספר והגיע ליותר מ־200 עתירות לשנה בממוצע.[36] מחלקת הבג"צים נאלצה אפוא לטפל במספר גדל והולך של פניות לבג"ץ מטעמם של תושבי השטחים.[37]

---

35. ראו לעיל, חלק ג, הערה 25 והטקסט שלידה. עם זאת, אין להסיק מהאמור בטקסט, כי קיים מתאם הופכי מלא בין מספר הפניות לקדם־בג"ץ ובין מספר העתירות לבג"ץ (כלומר: שכל פנייה לקדם־בג"ץ פירושה פנייה פחות לבית־המשפט עצמו) וזאת מכמה סיבות: ראשית, הפנייה לקדם־בג"ץ היא הליך מקדמי שאינו מונע מהעותרים (לפחות מבחינה פורמלית) לשוב ולפנות ישירות לבג"ץ אם פנייתם נדחתה (ראו להלן, הערה 71), אם כי – כפי שאטען להלן – מבחינה מעשית, הפנייה לקדם־בג"ץ אכן מובילה במקרים רבים לסיומו של הסכסוך (ראו להלן, הערה 56 והטקסט שלידה). שנית, וכפי שיוסבר להלן, חלק מהפניות לקדם־בג"ץ עוסקות בעניינים שבהם (כפי שאפשר לשער) לא היו העותרים מגישים עתירות לבית־המשפט עצמו, בשל הבסיס המשפטי־פורמלי החלש של הפנייה או בשל מגבלות היכולת של בג"ץ לעסוק בעניינים קלי־משקל יחסית או המצריכים התייחסות מיידית מצד המוסד המברר את טרונייתו של העותר.

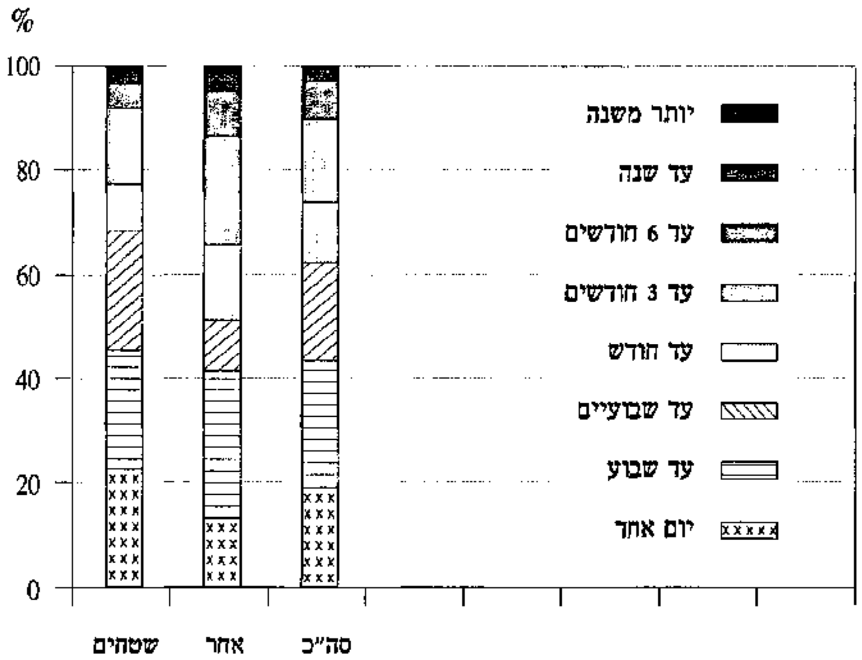
36. המקור: תיקי מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה. ראו: Dotan, "Intifada" (לעיל, הערה 2), בעמ' 328.

37. חשוב לציין, כי סיום השלב ה"עממי" של האינתיפאדה בשנת 1990 וסיומה ה"רשמי" של האינתיפאדה עם חתימת הסכמי אוסלו בספטמבר 1993 לא הובילו לצמצום של ממש במספר העתירות של תושבי השטחים לבג"ץ. כך, למשל, בשנת 1995 עדיין הוגשו לבג"ץ 184 עתירות מטעמם של תושבי השטחים (ראו: Dotan, "Intifada" (לעיל, הערה 2), בעמ' 328). הסיבה לכך היא ככל הנראה, שחתימת הסכמי אוסלו ואף נסיגת ישראל מרצועת עזה ומחלק משטחי יו"ש לא הובילה להקטנת החיכוך בין צה"ל ובין האוכלוסייה האזרחית. לכן שכיחותן של סיטואציות שבהן התעוררו שאלות בדבר הפרת זכויות האזרח של תושבי השטחים בידי כוחות הביטחון לא פחתה באורח ניכר.

nevo.co.il

מעבר לעובדה שהאינתיפאדה הביאה להגדלת העומס על בג"ץ, הרי קיימים מאפיינים מיוחדים לעתירות ולעניינים המשפטיים שהתעוררו בעקבות האינתיפאדה. החיכוך האינטנסיבי בין כוחות צה"ל וזרועות השלטון האזרחי בשטחים והפיקוח ההדוק שהופעל על תושבי השטחים הובילו לכך, שחלק ניכר מהטרוניות המשפטיות שעוררו תושבי השטחים נגע בעניינים יומיומיים בסיסיים, כגון אישור כניסה לשטח ישראל לצורך עבודה, אישור מעבר מאיזור מסוים בשטחים לאיזור אחר וכיו"ב. המדובר בעניינים שמעוררים בדרך־כלל בעיות פשוטות ביותר מבחינה משפטית, אך מבחינה מעשית הם מצריכים – מנקודת־ראותו של הנוגע בדבר – פתרון מהיר. הפרוצדורה של עתירה לבג"ץ, הגם שהיא פשוטה, זולה ומהירה באופן יחסי מפנייה לפורום שיפוטי אחר, היא עדיין יקרה ומסורבלת לשם הגשמת אינטרסים מסוג זה. כך, למשל, אם פלוני מבקש אישור מעבר מעזה לרמאללה לצורך עבודה כשכיר, ביצוע עסקה מסחרית או אישור כניסה לישראל לצורך קבלת טיפול רפואי, הרי הגשת עתירה לבג"ץ עשויה להיות דרך שתוביל לפתרון במקרה המהיר ביותר – בהנחה שבג"ץ יאות לתת צו זמני בעניין (צו־ביניים) – רק לאחר כמה ימים. לעומת זאת, הפנייה למחלקת הבג"צים באמצעות קדם־בג"ץ יכולה להוביל במקרים כאלה להתערבות מהירה של המחלקה ולפתרון הבעיה בתוך ימים ספורים או אף בתוך שעות. ניתוח של מאגר הנתונים בחתך של זמן הטיפול בקד"צים יכול להסביר היטב נקודה זו, כפי שמורה התרשים הבא.

תרשים מס' 2: זמן הטיפול בפניות לקדם־בג"ץ 1990–1997



כפי שאפשר ללמוד מהתרשים, זמן הטיפול בפניות הקד"ץ הוא קצר ביותר וקצר בהרבה מזמן הטיפול בהליך בג"צי או בהליך משפטי אחר המקובל בבתי־המשפט האזרחיים אצלנו. מתוך 172 תיקי קד"ץ שבמאגר הנתונים שלנו, אשר לגביהם זמן הטיפול של המחלקה ידוע, 33 (19%) הסתיימו תוך יום אחד ו-76 (44.1%) הסתיימו תוך פחות משבוע. מהירות הטיפול בולטת במיוחד בפניות של תושבי השטחים. 24 מתוך 107 פניות (היינו: 22.4%), שלגביהן זמן הטיפול ידוע, הסתיימו בתוך יום אחד. 74 פניות (היינו: 69% בקירוב) הסתיימו בתוך שבועיים (לעומת 14% מהפניות שהוגשו על־ידי מי שאינם תושבי שטחים, שהסתיימו בתוך יום ו-52% שהסתיימו בתוך שבועיים).

הנתונים בתרשים 2 תומכים אפוא בהנחה, שמכשיר הקד"ץ פותח על־ידי מחלקת הבג"צים בתור פרוצדורה שנועדה לתת מענה מהיר ביותר לפניות של אזרחים והוא עוסק בעניינים, שבחלקם לפחות היו פשוטים מבחינה משפטית וחייבו מתן מענה הולם במשך זמן הטיפול.[38] פניות אלו היו נפוצות במיוחד – אם גם לא באופן בלעדי – בנוגע לענייניהם היומיומיים של תושבי השטחים בתקופת האינתיפאדה הראשונה והשנים שלאחר חתימת הסכמי השלום.[39]

המאפיין השלישי של ההתדיינויות בבג"ץ שיש לו קשר ישיר להתפתחות תופעת קדם־הבג"ץ הוא העלייה של תופעת ההתדיינות המאורגנת, כלומר: התדיינות המנוהלת לא על־ידי עותרים פרטיים, אלא על־ידי קבוצות־אינטרס, ארגונים ועורכי־דין המייצגים השקפות ואינטרסים פוליטיים בבג"ץ. תופעה זו מחייבת מתן רקע מתאים ולכן נייחס לה את הפרק הבא של הרשימה.

38. להתפתחות הפרקטיקה תרמו בלא ספק גם אותם עותרים (במיוחד העותרים המאורגנים. ראו להלן פרק ה) שזיהו את כוחה ויכולתה של הפרקליטות לסייע להם לקדם את ענייניהם בהקשרים מסוימים וכך לעקוף את ההליך השיפוטי.

39. כידוע, מי שעותר לבג"ץ נדרש קודם להגשת עתירתו למצות את כל הסעדים המינהליים והשיפוטיים העומדים לרשותו. האם דרישה כזו חלה גם על מי שפונה לפרקליטות בהליך קדם־בג"ץ? הואיל והליך הקד"ץ הוא בלתי־פורמלי, שאינו מוסדר בחוק או בתקנות, אין תשובה משפטית פורמלית לשאלה זו. במישור הפרקטי נוהגת הפרקליטות לדרוש מהפונים בקדם־בג"ץ לקבל תשובה סופית מהרשות המוסמכת קודם להתחלת הטיפול בהליך קדם־הבג"ץ. עם זאת, העובדה שקדם־הבג"ץ משמש מכשיר לפתרון של מצוקות מינהליות רחופות בעניינים יומיומיים (כגון בעניין אישורי כניסה ועבודה לישראל של פלשתינאים תושבי השטחים, אישורי מעבר וכדו') מטשטשת במידה רבה את המשמעות של דרישה זו. לא־פעם עורכי־הדין שטיפלו בעניינם של פלשתינאים השתמשו בפנייה לפרקליטות זמן קצר ביותר לאחר הפנייה לרשויות השלטון בשטחים (או אף במקביל לפנייה זו) כדי להבטיח כי העניין נשוא הפנייה לא "ייתקע" (עד שיהפוך ללא רלבנטי) במשרדי הרשות המוסמכת (ראיון עם HL, 6.6.97). גם בעובדה זו אפשר להסביר את העלייה ב"פופולריות" של הליך הקד"ץ לאורך תקופת המחקר. יצוין, כי הליך הקד"ץ עצמו אינו הליך משפטי פורמלי ולכן אינו נחשב כשלעצמו ל"סעד חילופי" אם, וכאשר, מוגשת עתירה לבית־המשפט.

מעבר לניסיון להתחקות אחרי הנתון הבסיסי של שכיחות תופעת קדם־הבג"ץ בתקופת המחקר שאפנו במסגרת המחקר להשיג נתונים נוספים הנוגעים להליכים אלו, כגון מיהות הצדדים להליכים הללו, הייצוג המשפטי הניתן לפונים השונים, משכי הזמן הממוצעים של ההליכים ותוצאות ההליכים. כאן המקום לחזור ולציין, כי התחקות אחרי נתונים הנוגעים לתיקי קד"ץ אינה משימה פשוטה. בפועל, האופי הבלתי־פורמלי של הליכי קדם־הבג"ץ הופך אותם לדומים יותר להליכים פנים־ביורוקרטיים מאשר לתיקי התדיינות בבית־משפט. התיקים הקיימים בארכיב המחלקה היו במקרים רבים חסרים פרטים רבים שנגעו להליך זה או אחר. אף־על־פי־כן לא ויתרנו על ניסיון לגבש מסקנות כמותיות מסוימות – חלקיות ותסרות ככל שיהיו – לגבי הליכי קדם־הבג"ץ בתקופת המחקר. עשינו זאת על־ידי ביצוע בדיקה מדגמית של התיקים שנמצאו במהלך המחקר בארכיב המחלקה.[40] בשל העובדה שהמדגם אשר נעשה עניינו רק התיקים שתויקו בארכיב המחלקה ובשל המידע החסר בחלק מהתיקים, מוצע להתייחס לנתונים להלן בתור נתונים ראשוניים בלבד.

סדרת הנתונים הראשונה עוסקת בתוצאות של הפניות למחלקה. תוצאות אלו מוצגות בטבלה 2 להלן:

טבלה מס' 2: קדם־בג"ץ – חתך תוצאות מתיקים שבהם התוצאה ידועה[41]

תוצאה	מס' תיקים	%
הצלחה[42]	46	24.59
דחייה[43]	26	13.9
הפנייה לגורם אחר	79	42.24
אחר[44]	36	19.25
סה"כ	187	100

כפי שאפשר ללמוד מטבלה 2, הרי בכרבע מכלל התיקים הנכללים בקבוצה זו זכה הפונה להישג של ממש (מלא או חלקי) בעקבות פנייתו. לעומת זאת, רק ב־14% בקירוב מהתיקים

40. המדגם נעשה באמצעות ניתוח מדגמי של תיקים שנמצאו בתקופת המחקר בארכיב המחלקה והעוסקים בתקופה נובמבר 1990־מרץ 1997. בסך־הכול נבחנו במהלך המדגם 355 תיקים, שהם כ־20% מכלל התיקים שהיו בארכיב בעת ביצוע המחקר.

41. N =187. ב־168 תיקים אחרים (קרי: ב־47% בקירוב מהתיקים שבמאגר) לא היה אפשר ללמוד מהתיק כיצד הסתיים ההליך.

42. כולל הצלחה מלאה או חלקית ופשרה. יש לשער, כי תוצאות אלו מוטות לכיוון של צמצום אחוזי ההצלחה משום שחלק ניכר מהפניות למחלקה שנפתרות בתוך זמן קצר אינן זוכות כלל לתיעוד ולתיוק.

43. לרבות חזרה של העותר מהפנייה.

44. לרבות תיקים שבהם הפנייה נדחתה כפנייה מוקדמת, תיקים שנותרו בעת המחקר תלויים ועומדים, תיקים שנדחו בשל חוסר־מעש מצד הפונה, תיקים לא־אקטואליים (26) ותיקים שבהם ניתנה הוראה לפונה לפנות בבקשה מפורטת יותר.

nevo.co.il

נדחתה הפנייה על־ידי המחלקה. הלכה למעשה אחוז המקרים שניתן לראותם כתוצאה שלילית מבחינתו של הפונה גבוה הרבה יותר, משום שבאותם מקרים שבהם הפונה הופנה על־ידי המחלקה לגורם אחר (בדרך־כלל הרשות המוסמכת שכנגדה קָבל), הרי אפשר לומר, כי הוא לא השיג הישג מיידי עקב עצם הפנייה למחלקה במסגרת קדם־הבג"ץ.[45] כך או כך: הממצאים מורים, כי בקבוצה גדולה של תיקים שנכללו באוכלוסיית המחקר הפונים למחלקה זכו בהישגים בעקבות קדם־הבג"ץ. למעשה אם מתעלמים מהמקרים הנכללים בקטגוריה של "אחר" (ואשר אי־אפשר לסווגם ככישלון או כהצלחה), הרי שיעור ההצלחה הכולל של העותרים בתיקים שנבדקו על־ידינו מגיע לכ-30%.[46]

ה. קדם־בג"ץ והתדיינויות מאורגנות בבג"ץ

1. רקע

כפי שכבר נאמר לעיל, אחת התופעות הבולטות המאפיינות את זירת ההתדיינות הבג"צית בשני העשורים האחרונים היא העלייה התלולה במספרן ובחשיבותן של עתירות לבג"ץ המוגשות על־ידי קבוצות־אינטרס, ארגונים ציבוריים, מפלגות, פוליטיקאים מקצועיים ובעלי אינטרסים פוליטיים אחרים. עד לתחילת שנות השמונים עתירות לבג"ץ מטעם ארגוני־פעולה ציבוריים או מפלגות פוליטיות היו עניין חריג למדי ובכל אופן ההשלכות שהיו להן על החיים הציבוריים בישראל היו שוליות. אולם החל בתחילת שנות השמונים חלו שינויים קיצוניים בתחום זה. הסיבות לתפנית שחלה בעניין זה רבות ואין זה המקום לפרטן במסגרת הנוכחית, ביניהן סיבות הקשורות בשינויים שחלו במבנה המערכת הפוליטית בישראל (בעיקר, התלשת המנגנון המפלגתי הן במישור של השליטה באופני הפעולה של שחקנים במישור הפוליטי הפנימי הן במישור ההשפעה הכללי של המפלגות על החיים הציבוריים) ובשינויים בשיטת הבחירות (לרבות המעבר לשיטת בחירות אישית ולשיטת הפריימריס במהלך שנות התשעים). סיבות אחרות קשורות בשינויים שחלו במערכת המשפטית וביחסו של בג"ץ לעתירות אלו.[47] כפי שכבר צוין לעיל, עד לתחילת

---

45. לעתים גם מקרים הנכללים בשורה שסיווגנו כ"הפנייה לגורם אחר", יש בהם פניות שבהן קדם־הבג"ץ הביא לעותר תועלת עקיפה, משום שבמקרים מסוימים המחלקה מחזירה את הפונה לרשות המוסמכת רק לאחר שבדקה את העניין ואף נתנה לרשות הנחיות מסוימות כיצד לטפל בו או שקיבלה מהרשות אישור על כך שתנקוט בעניין דרך מסוימת. למרות זאת נראה, שיש לסווג מקרים אלו בתור אי־הצלחה מבחינת העותר, משום שלא קיים כל תיעוד במסגרת קדם־הבג"ץ על הישג כלשהו לטובתו; וגם אם יושג הישג, הרי הוא יהיה במסגרת מגעיו של העותר עם הרשות המינהלית, לאחר שהמחלקה עצמה סיימה את הטיפול בעניין במסגרת קדם־הבג"ץ.

46. כאן המקום לשוב ולהזכיר, כי הנתונים מבוססים על המידע (שאינו תמיד שלם) הכלול בתיקי קד"ץ שטופלו על־ידי המחלקה ותויקו באופן מסודר ועל־כן יש להתייחס אליהם בזהירות המתאימה. ראו גם לעיל, הערה 33.

47. ראו: Dotan and Hofnung (לעיל, הערה 5), בעמ' 7-11.

nevo.co.il

שנות השמונים הגבילו הדוקטרינות של זכות העמידה והשפיטות הנהוגות בבג"ץ את האפשרות של עותרים ציבוריים וקבוצות שונות להביא לפתחו של בג"ץ סכסוכים בעלי אופי ציבורי בשאלות פוליטיות. מגבלות אלו נשחקו כמעט לחלוטין במהלך שנות השמונים, בד־בבד עם השינויים המפליגים שהנהיג בג"ץ בתחום זכות העמידה והשפיטות.[48] התוצאה היתה עלייה תלולה שחלה במחצית השנייה של שנות השמונים ובמחצית הראשונה של שנות התשעים בשכיחותן של עתירות מטעמם של ארגונים ציבוריים שונים לבג"ץ – עתירות שנועדו לקדם פלטפורמות ציבוריות ופוליטיות של אותם ארגונים באמצעות הכלי של התדיינות בבית־המשפט. כך, למשל, נמצא במחקר שבחן את הסוגיה כי ב-1980 הוגשו לבג"ץ 12 עתירות על־ידי ארגונים ציבוריים, שהיו 1.5% מכלל העתירות שהוגשו באותה שנה. ב-1986 קפץ המספר של עתירות כאלו ל-40 והן היו 4.4% מכלל העתירות שהוגשו לבג"ץ באותה שנה; ואילו ב-1991 כבר עמד המספר על 143 עתירות, שהן 13.4% מכלל העתירות. העלייה בשכיחותן של עתירות שהוגשו מטעמם של ארגונים ציבוריים מורגמת באמצעות תרשים 3 כדלקמן.

תרשים מס' 3: עתירות שהוגשו על־ידי קבוצות־אינטרס לבג"ץ בשנים 1977–1996 (באחוזים מכלל העתירות)[49]

48. ראו לעיל, הערה 4 והטקסט שלידה. ההלכה שנהגה בבג"ץ עד שנות השמונים ראתה באופי הציבורי של העתירה עילה להצרת האפשרות להכיר בזכות העמידה של העותר. משום־כך

במקביל לעלייה במספרן של עתירות המוגשות מטעמם של ארגונים ציבוריים התרחבה מאוד גם פעולתם של עורכי־דין "ציבוריים" (או "פוליטיים") בבג"ץ. הכוונה לעורכי־דין הפועלים לעתים במסגרת של ארגונים ציבוריים, אך לעתים גם במסגרת עצמאית והמקדישים את פעילותם המשפטית (כולה או חלקה) לקידום אינטרס ציבורי מסוים (כגון זכויות אזרח, זכויות מהגרים, איכות הסביבה וכדו').[50] התופעה של השימוש ההולך וגובר בליטיגציה כמכשיר להגשמת אינטרסים ציבוריים של קבוצות וכבסיס להשגת רפורמות חברתיות ופוליטיות אינה מיוחדת כמובן לבג"ץ או למערכת המשפט בישראל בכלל,[51] אך היא באה לידי ביטוי מובהק במיוחד בהקשר של קדם־בג"ץ, כפי שאפשר ללמוד מהתדשים הבא:

אפילו הוכית העותר כי יש לו אינטרס בנשוא העתירה, העובדה שאינטרס זה משותף לו ולרבים אחרים (קרי: שמדובר באינטרס בעל אופי קבוצתי) גרמה במקרים רבים לדחיית העתירה בשל היעדר מעמד. ראו, למשל, בג"ץ 26/76 בר-שלום נ' זורע, פ"ד לא(1) 796; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, בעמ' 348. לעומת זאת, הרבידיה שחלה בתחום החל משנות השמונים גרמה לכך כי האופי הקולקטיבי של העתירה העניק לעותר יתרון מבחינת דיני המעמד, משום שבג"ץ היה נכון להקנות לו זכות עמידה גם בהיעדר כל אינטרס אישי, אם לנושא העתירה היתה השיבות ציבורית.

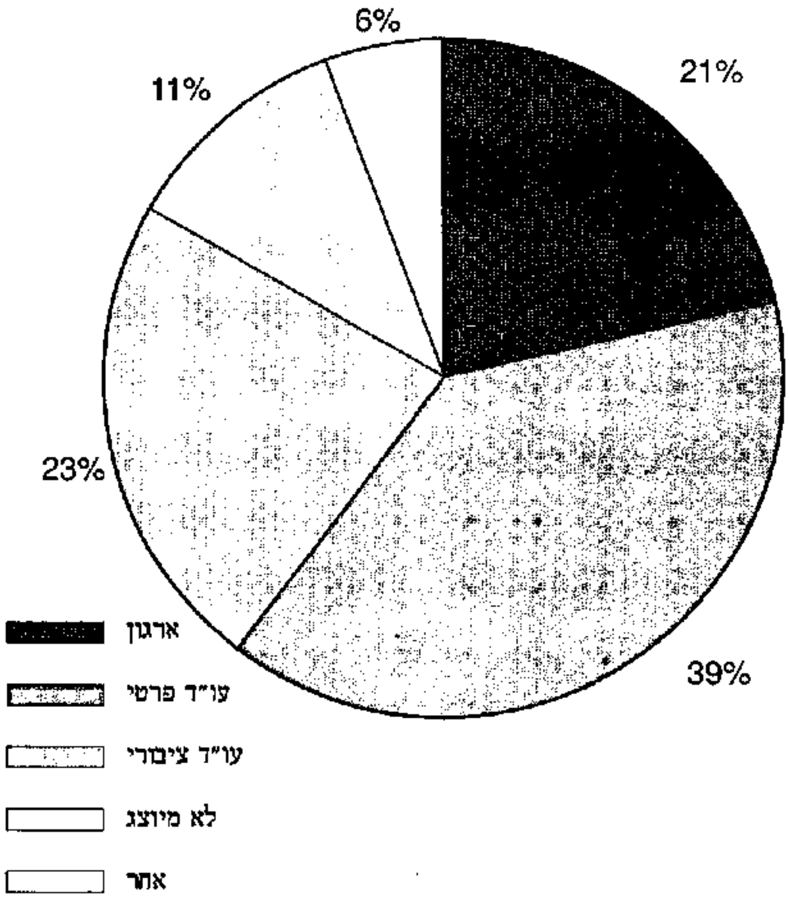
49. המקור: Dotan and Hofnung (2001) (לעיל, הערה 5), בעמ' 13.

50. לסקירה כללית של עליית התופעה של עורכי־דין פוליטיים ראו: Austin Sarat and Stuart Scheingold, "Cause Lawyering and the Reproduction of Professional Authority: An Intruduction", *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, 1998) 3. לדיון בתופעת עורכי־הדין הציבוריים במדינת ישראל ראו נטע זיו, "עריכת־דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל, משפט וממשל ו (תשס"א-תשס"ג) 129.

51. לסקירה בעניין זה ראו: Dotan and Hofnung (לעיל, הערה 5), בעמ' 2-6. וראו גם: Michael McCann and Helena Silverstein, "Rethinking Law's 'Allurements': A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States", *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, 1998) 261-292.

nevo.co.il

תרשים מס' 4: אחוז הפניות לקדם־בג"ץ 1997–1990 לפי הגורם המייצג את הפונה



כפי שאפשר לראות מהתרשים, קרוב למחצית (47% בקירוב) מהפניות לקדם־בג"ץ הכלולות במאגר הוגשו על־ידי ארגונים או עורכי־דין ציבוריים.[52] זאת ועוד: התופעה של

52. הנתון עוסק באחוז היחסי של ייצוג ציבורי מתוך הפניות שיש לגביהן נתוני ייצוג, כלומר: בניכוי הקטיגוריה של "אחר" מהסך הכללי. הזיהוי של עורך־דין מסוים בתור עורך־דין "ציבורי" אינו עניין פשוט ואינו יכול להיות מבוסס על קריטריונים ברורים שאין עליהם מחלוקת. בין המאפיינים השונים המיוחסים לעורכי־דין ציבוריים נמנים ההתמקדות של עורך־הדין בקריירה ציבורית, היעדר או מיעוט עניין כלכלי עקב הייצוג של קבוצה או סוג אינטרס מסוים, הזדהות אידיאולוגית עם עניינו של הלקוח, השאיפה להגשים שינוי חברתי

nevo.co.il

שימוש בקד"ץ על־ידי ארגונים היתה נפוצה במיוחד לגבי פניות שהוגשו על־ידי תושבי השטחים. מתוך 76 פניות במאגר שהוגשו על־ידי ארגונים, 63 (כלומר 83% בקירוב) הוגשו על־ידי ארגונים שהתמחו באופן בלעדי או שהתמקדו באותה תקופה בעתירות בעניין זכויות האזרח בשטחים.[53]

2. ניתוח המאפיינים הארגוניים של ההתדיינות הבג"צית

השימוש הנרחב של עותרים מאורגנים (ארגונים ועורכי־דין ציבוריים) במכשיר קדם־הבג"ץ מצביע על המאפיינים של ההתדיינות הבג"צית, בכלל, ועל תפקידה של מחלקת הבג"צים, בפרט. התופעה של קדם־בג"ץ היא ביטוי מובהק (ואולי הקיצוני ביותר) לחשיבות העצומה שיש לפרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ. העומס על בית־המשפט וקשרי העבודה היומיומיים של שופטיו עם הפרקליטים, כמו גם המעמד הסטטוטורי והמעשי של הפרקליטות, הובילו את בית־המשפט – כפי שהראינו – להסתמך בעבודתו יותר ויותר על המנגנון המסייע של הפרקליטות. אחת ההשלכות של הסתמכות זו היא הגיבוי הרב הניתן הלכה למעשה על־ידי בית־המשפט לפעולות הפרקליטות ולהחלטות המתקבלות על־ידה. גיבוי זה בא לידי ביטוי במשקל הרב שניתן להצהרות הפרקליטות בבית־המשפט ובמישור הכמותי, באחוז ההפסדים הנמוך של הפרקליטות.[54]

לא ייפלא אפוא, כי מעמדה של הפרקליטות בתור שחקן דומיננטי הנהנה מרמת גיבוי גבוהה של בית־המשפט, הובא בחשבון על־ידי העותרים לבג"ץ; לא ייפלא גם, כי הדבר בא לידי ביטוי במיוחד אצל הגורמים שהם בעלי ניסיון מצטבר בהתדיינות הבג"צית ומכירים היטב את זירת ההתדיינות בבית־המשפט. ארגונים ועורכי־דין ציבוריים הם "שחקנים חוזרים" (repeat players) בבג"ץ. שחקנים אלו הם הראשונים היכולים לזהות מגמות והתפתחויות בדרכי הפעולה של הפרקליטות, ויכולים לפעול לניצול מושכל של פרקטיקות לא־פורמליות כדוגמת קדם־הבג"ץ.[55] מנקודת־הראות של הפרקליטים,

---

כולל באמצעות התדיינות בבית־משפט וקריטריונים נוספים. ראו: Sarat and Scheingold (לעיל, הערה 50, שם). בעת שסיווגנו עורכי־דין ציבוריים במחקר הנוכחי השתמשנו בהגדרות שגובשו במחקר קודם שנעשה לגבי עורכי־דין ציבוריים ושהתמקד בשאלת הסיווג. ראו: Yoav Dotan, "Public Lawyers and Private Clients: An Empirical Observation on the Relative Success Rates of Cause Lawyers", 21 *Law Policy* (1999) 401.

53. 20 מתוך 76 הפניות הוגשו על־ידי המוקד להגנת הפרט, המתמחה בייצוג תושבי השטחים, ועוד 18 הוגשו על־ידי ארגון St. Ives, שגם הוא עסק באותה תקופה באופן בלעדי בענייניהם של תושבי השטחים. 25 פניות נוספות הוגשו על־ידי האגודה לזכויות האזרח, העוסקת בזכויות אזרח באופן כללי, אך רובם המכריע של הקד"צים שהוגשו על־ידה עסקו בפניות או באינטרסים של תושבי השטחים.

54. לעיל, הערה 28 והטקסט שלידה.

55. התופעה, שלפיה גורמים המרבים להופיע משני צדי המתרס בהתדיינויות מסוג מסוים עשויים לגבש ביניהם הסדרים לא־פורמליים שיחסכו מהם את הצורך בהתדיינות עצמה ויאפשרו לפתור את הסכסוכים מחוץ לבית־המשפט, היא תופעה מוכרת אצל חוקרים

nevo.co.il

המנוסים בהתדיינות הבג"צית (כדוגמת נציגי הארגונים השונים המרבים לעתור לבג"ץ), עימות חזיתי כולל עם פרקליטות המדינה עשוי להיות בבחינת טקטיקה מסוכנת בהתדיינות הבג"צית. פרקליטים אלה מודעים היטב למציאות שבה, מחד גיסא, הפרקליטות היא שחקן העשוי לגלות גמישות מסוימת בשלבים המוקדמים של ההתדיינות גם אינו מחויב בהכרח ובאופן אבסולוטי לעמדה המקורית של הרשות המינהלית. מאידך גיסא, היא נהנית מרמה גבוהה של גיבוי מבית־המשפט אם החליטה להגן על עמדתה בפניו. זוהי מציאות שבה הערה מסוימת, המושמעת על־ידי השופטים בעת הדיון המוקדם בבג"ץ, עשויה גם להוביל את האחראים מטעם מחלקת הבג"צים לשכנע את הרשות שולחתם כי עדיף מבחינתה להגיע לפשרה בתיק הנידון. עם זאת, זוהי מציאות שבה אם הפרקליטות מחליטה להתדיין "עד הסוף" בתיק מסוים, הרי סיכויי העותרים להשיג בבג"ץ פסק־דין לטובתם נמוכים למדי.

רמת הגיבוי הגבוהה שהפרקליטות מקבלת מבג"ץ, בשילוב עם רמת האוטונומיה הגבוהה של הפרקליטות לגבי רשויות שהיא מייצגת בבית־המשפט, היא הסבר נוסף להיווצרותה של הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ וההסדרים הנלווים לה. זהו גם הרקע לעובדה, המפתיעה לכאורה, כי בדרך־כלל עותרים שנדחו על־ידי מחלקת הבג"צים בשלב קדם־הבג"ץ אינם שבים ומנסים את מזלם בבית־המשפט עצמו! כלומר: הגם שאין שום מגבלה פורמלית, המונעת מהפונה בקדם־בג"ץ לעתור לבג"ץ מיד לאחר שפנייתו הושבה ריקם, הרי בפועל מצאנו מעט מאוד מקרים שבהם דחייה בקדם־בג"ץ הובילה את הפונים לעתירה לבית־המשפט.[56] לעובדה זו כמה הסברים, שהראשון בהם הוא, כאמור, רמת

בתחום. ראו לעניין זה: Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9 *Law and Society Review* 95 (1974).

56. במישור המיתודי קשה מאוד לבדוק את שיעור הפונים שנדחו בשלב של קדם־בג"ץ ופנו לאחר־מכן בעתירה לבג"ץ, משום שלא קיים מאגר ממוחשב נגיש המכיל את כל העתירות לבג"ץ בתקופת המחקר שבו אפשר היה לבצע חיפוש אפקטיבי. ההשערה שלנו בעניין זה מבוססת על בדיקות מדגמיות שנעשו לגבי אוכלוסיית תיקי בג"ץ בתקופה הרלבנטית (במסגרת מחקרים אחרים הנוגעים לעתירות לבג"ץ) ושבהן נמצא מספר מועט ביותר של עתירות שיש לגביהן תיעוד של הגשת קדם־בג"ץ קודם להגשת העתירה וכן על ראיונות עם עורכי־דין שהרבו להשתמש במכשיר הקד"ץ (ראו להלן). עם זאת ראוי לציין, כי במקרה אחד מצאנו ממצא ברור העומד בסתירה להערכה הכללית האמורה – המקרה של האגודה לזכויות האזרח. בבדיקה שעשינו בתיקי האגודה הוברר, כי האגודה פנתה בעתירה לבג"ץ ברוב המקרים שבהם פנייתה בקדם־בג"ץ נדחתה. הסבר אפשרי לכך הוא, שהאגודה לזכויות האזרח נהגה לסנן באופן קפדני את הפניות אליה כך שרק מספר קטן־יחסית מבין כלל הפניות, המעוררים בעיות עקרוניות, טופלו על־ידי האחראים על התדיינויות משפטיות באגודה. לכן כשמדובר במספר מוגדר של פניות בנושאים בעלי חשיבות, גם פנייה מוקדמת לקדם־בג"ץ לא יכלה לסיים מבחינת האגודה את הטיפול אם הפנייה לא הניבה את התוצאה המצופה. בניגוד לכך, ארגונים אחרים העוסקים בזכויות אזרח (כגון המוקד להגנת הפרט

nevo.co.il

הגיבוי הגבוהה שהפרקליטות זוכה לה מבג"ץ, מה שגורם לעותרים פוטנציאליים לשקול האם, לאחר שהפרקליטות גיבשה עמדה שלילית לגבי המקרה, יש טעם מלכתחילה להטריח את עצמם לבית-המשפט. הסבר נוסף כרוך באופיים של התיקים שהגיעו לקדם-בג"ץ, שהוא במקרים רבים (כפי שתיארנו) "קצר-מועד" (כלומר: העניין עשוי להפוך ללא-אקטואלי בתוך ימים ספורים) או נוגע לנושא שחשיבותו המעשית מוגבלת מבחינת העותר. נוסף על כך, ציינו עורכי-דין המצויים בפרקטיקה של קדם-הבג"ץ, כי השימוש בפרקטיקה אופייני למקרים מיוחדים שבהם הלכה למעשה העותר מבקש מהפרקליטות בקשה שהוא מודע לכך שהיא בבחינת "לפנים משורת הדין". טענה זו, שקשה לאמת אותה באמצעות בדיקה כמותית, מעניינת במיוחד, משום שפירושה המעשי הוא שהעותרים (ובעיקר העותרים הממוסדים, המנוסים) משתמשים בקד"ץ במקרים שבהם הם מעריכים כי "הקייס" המשפטי שלהם חלש. במלים אחרות: הם מעריכים מלכתחילה, כי הם עשויים לזכות, באמצעות פנייה למחלקת הבג"צים, בהישג שמבחינה משפטית אין להם סיכוי לקבל אותו מבית-המשפט עצמו, כדבריו של עורך-דין, שהרבה לייצג בתקופה הרלבנטית תושבי שטחים בפניות למחלקת הבג"צים:

ש: מהם השיקולים ללכת או לא ללכת לקדם-בג"ץ?
ת: [אחד השיקולים הוא]... החשש מפני כישלון לפני השופטים, כי הנכונות של השופטים להתערב נגד [שיקול-הדעת] של הרשות המבצעת, במיוחד רשות הצבא, הנכונות הזו עשויה להיות מאוד-מאוד מוגבלת. ואילו... פרקליטי פרקליטות המדינה ומחלקת הבג"צים יותר קל להם – אני חושב לפעמים – לומר: ["]אתם עושים דבר בלתי-סביר, יש סיכון כלשהו שהמדיניות שלכם לא תעמוד בפני ביקורת בג"ץ, עדיף לכם להתקפל ולקבוע נוהל יותר סביר ושעומד במבחני סבירות["]. לפעמים, מפני שאני חושש שבמלחמה מלאה בערכאות בפני שופטי בג"ץ אני אפסיד, יש לי יותר סיכויים לשנות את המדיניות הקיימת דרך פרקליטות המדינה. זה כמובן יכול להיות גם אחרי השלב של הגשת העתירה ולפני השמיעה של הבקשה לצו על תנאי.
ש: כלומר: אתה יכול להשיג מהפרקליטות יותר מאשר בבית-המשפט?
ת: לעתים קרובות אני מרגיש ככה.[57]

ועורכי-דין שעסקו בזכויות אזרח של פלשתינאים בשטחים) מטפלים במאסות של פניות "רגילות" ולכן חלק ניכר מהמקרים הללו הסתיימו בשלב קדם-הבג"ץ (שהוא שלב הדורש השקעה מוגבלת יחסית) גם כאשר התוצאה היתה דחיית הפנייה.

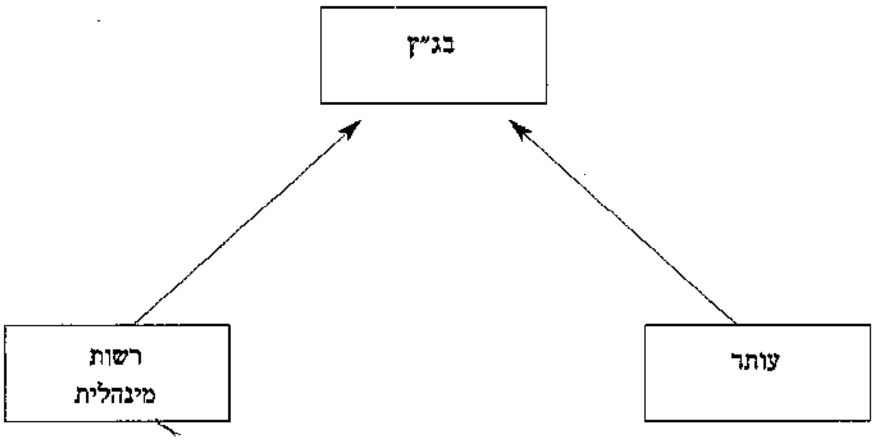
57. ראיון עם UM 5.3.97; וכן ראיון עם JL 20.1.97; בד-בבד ציינו המרואיינים, כי לעתים נעשה שימוש בקדם-בג"ץ דווקא במקרים המצויים בקצה הקשת הנוגד מבחינת סיכויי העתירה, היינו: במקרים שבהם יש לעותר "קייס" ודאי כמעט בעתירה לבג"ץ, אך משום-מה

nevo.co.il

גם ניתוח התופעה של קדם־הבג"ץ מנקודת־ראותה של הפרקליטות עצמה יכול להסביר היטב את רמת השכיחות הגבוהה של הפרקטיקה לגבי עותרים מאורגנים. קדם־הבג"ץ היא פרקטיקה לא־פורמלית המביאה לידי ביטוי סוג של שיתוף־פעולה בין הגורם הפונה ובין הפרקליטות. מחלקת הבג"צים מפגינה, בעת שהיא מטפלת בקד"צים, נכונות "לקצר תהליכים" ובמידה מסוימת גם לעקוף מחסומים ביורוקרטיים ולחרוג מהמסגרות הפורמליות של התפקיד המקורי של אנשיה. מטבע הדברים קל ונוח יותר להפעיל פרקטיקות כאלה כאשר מן העבר השני ניצב גורם מוכר, המקיים קשרי עבודה שגרתיים עם הפרקליטות.[58]

מבחינת התמונה הכללית של ההתדיינות הבג"צית תופעת קדם־הבג"ץ היא הביטוי המובהק ביותר לאופי המאורגן של זירת ההתדיינות הבג"צית. מי שאינו מכיר מקרוב את זירת ההתדיינות הזו עשוי לסבור לתומו, כי בג"ץ הוא הליך שבו בית־המשפט נדרש להכריע בסכסוך שבין האזרח ובין הרשות המינהלית. כלומר: ההצגה הוויזואלית של תרשים הזרימה של ההתדיינות היא כמפורט בתרשים הבא:

תרשים מס' 5א: זירת ההתדיינות הבג"צית - מבט פורמלי



הרשות המינהלית מסרבת להכיר בכך. הפנייה לקדם־בג"ץ במקרים כאלו נועדת להבהיר לרשות את המצב המשפטי (באמצעות הפנייה לפרקליטות), תוך חיסכון בהליכים בבג"ץ (גם ראיון עם AL 6.6.97).

58. יוער, כי מכאן אין להסיק בשום פנים כי הגורמים הפונים להליך של קד"ץ הם גורמים המקורבים לפרקליטות או לאנשיה במישור האידיאולוגי או שהמחלקה "נוטה חסד" כלשהו לגורמים אלו. אחדים מעורכי־הדין שהשתמשו באורח אינטנסיבי בקד"צים היו דווקא עורכי־הדין הרדיקליים ביותר (מבחינה פוליטית) ושייצגו לא־פעם עותרים החשודים במעורבות בעבירות ביטחון וכיו"ב. עם זאת, גם עורכי־דין כאלה, כאשר הם באים במגע כמעט יומיומי עם אנשי הפרקליטות, קל יותר לאנשי הפרקליטות ליצור עמם הסדרי עבודה לא־פורמליים, המבוססים על מידה (ולו מוגבלת) של אמון מקצועי הדדי.

nevo.co.il

אולם הלכה למעשה התמונה האמיתית של זירת ההתדיינות בבג"ץ מורכבת הרבה יותר, משום שבחלק ניכר מהמקרים היא מכילה שחקנים נוספים, שהם שחקנים מתווכים בין הצדדים המקוריים לסכסוך ובין בית־המשפט. בהתדיינות הבג"צית משתתפים (בחלק ניכר מהמקרים) לא רק העותר והרשות (או הרשויות המשיבות), אלא גם שחקנים נוספים הפועלים כמתווכים משני צדי המתרס. מצד העותר, פועלים בחלק ניכר מהמקרים ארגונים ציבוריים או עורכי־דין ציבוריים. לעתים השחקנים המתווכים הללו (במיוחד ארגונים) מופיעים בגלוי במסגרת ההתדיינות בתור העותרים (או, כפי שיותר מקובל, בתור עותרים המצטרפים לעותר האינדיבידואלי שעניינו עומד לדיון). אך במקרים רבים אחרים הארגון (או עורך־הדין הציבורי) יופיע בהתדיינות בתור מי שמספק לעותר את הייצוג המשפטי. אולם אסור שהדבר ייצור אצל המתבונן רושם מוטעה. תפקידו של הארגון או עורך־הדין הציבורי חשוב הרבה יותר, ויחסיו עם העותר האינדיבידואלי שעל שמו תיקרא העתירה מורכבים הרבה יותר מאשר היחסים הרגילים שבין לקוח ובין עורך־דינו המייצגו בהליך משפטי. לארגון (או לעורך־הדין הציבורי) יש מצע פוליטי ואינטרסים משל עצמו. אלו אינם בהכרח זהים לאלו של העותר הספציפי ובדרך־כלל הם רחבים יותר ושאפתנים יותר מאשר עניינו הספציפי של העותר הקונקרטי.[59] זאת ועוד: המייצג הממוסד של העותר בהתדיינות שונה מעורך־דין פרטי במובנים נוספים. במקרים רבים הוא הגורם שיזם הלכה למעשה את ההתדיינות (ולעתים הוא היה זה שאיתר את העותר הקונקרטי – "מקרה מבחן" מתאים לצורך ההתדיינות הרלבנטית – או זה שיצר תיאום בין קבוצת עותרים שלהם עניין משותף) ובדרך־כלל הוא הגורם הנושא בעלויות של ההתדיינות. במלים אחרות: הגורם המוסדי המספק ייצוג משפטי אינו גורם "שקוף" במערך ההתדיינות הבג"צי, אלא גורם המשמש במקרים רבים כמעין מנגנון היוזם עתירות, מחד גיסא, ומתפקד כמנגנון סינון של עתירות מסוימות, מאידך גיסא (פשיטא, משום שעותרים רבים השייכים לקבוצות־מיעוט או לקבוצות חסרות־אמצעים, לא יוכלו הלכה למעשה ליזום ולנהל התדיינות, ובוודאי לא התדיינות אפקטיבית, בלא קבלת ייצוג ותמיכה מהארגון הרלבנטי).

בד־בבד הגורם הארגוני, המייצג בבג"ץ אינטרסים בעלי אופי קבוצתי, רחוק מלהיות גורם שקוף גם מבחינתו של בית־המשפט עצמו. פתיחת שערי בג"ץ לעתירות ציבוריות במהלך שנות השמונים יצרה הליך מהיר למדי של התארגנות ארגונים שונים, היוצרים ביניהם במידה רבה "חלוקת עבודה" לגבי אינטרסים שונים העשויים לבוא לידי ביטוי בפני בג"ץ. במהלך הזמן זכו ארגונים מסוימים, הנתפסים הן על־ידי הציבור הן בבית־המשפט

59. כך, למשל, העותר הספציפי עשוי להיות מעוניין מאוד בפשרה נוחה שתבטיח לו חלק ניכר ממה שהוא־עצמו קיווה להשיג בעתירה הנידונה. לעומת זאת, לארגון המייצג אותו עשוי להיות אינטרס אסטרטגי בהמשך ההתדיינות כדי לקבוע תקדים שיפעל לטובת הקבוצה שאליה העותר משתייך. לעניין השאלות האתיות המתעוררות בהקשר של התדיינויות ציבוריות כאלו ראו: David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (Princeton University Press, 1988), 317-340 וכן האסמכתאות לעיל, בהערה 51.

nevo.co.il

כמייצגים אופייניים של סוגי אינטרסים שונים, למעמד שיש לו משקל ייחודי. הידע המקצועי של אנשי הארגון, הכרתם את הזירה העובדתית והמשפטית והניסיון שצברו בכל הנוגע להתדיינויות בבג"ץ מעניקים להם בהכרח יתרון על־פני גורמים רבים אחרים שיופיעו בבג"ץ באופן אקראי בהקשר כזה או אחר. כך, למשל, העובדה שארגון בעל ניסיון, מעמד ומוניטין כמו האגודה לזכויות האזרח (שבהנהלתו כיהנו בין השאר, שופטים בדימוס ואנשי האקדמיה המשפטית), מחליט להעניק את חסותו לעתירה מסוימת, נושאת עמה בהכרח משקל כלשהו המעניק לעתירה כזו יתרון על־פני עתירה דומה שתוגש שלא באמצעות המעטפת הארגונית של האגודה.[60] טענה זו, שאפשר לתמוך בה באמצעות ראיות אמפיריות מסוימות, אך שקשה מאוד להוכיחה באופן מלא, אינה חלק מהמשפט הציבורי הפורמלי שלנו ויש להניח כי מסיבות מובנות לא יהיה לה ביטוי בפסקי־הדין של בית־המשפט. אך היא חלק מ"עובדות החיים" שכל מי שמעורב בהתדיינויות הבג"ציות חייב להביא אותו בחשבון.

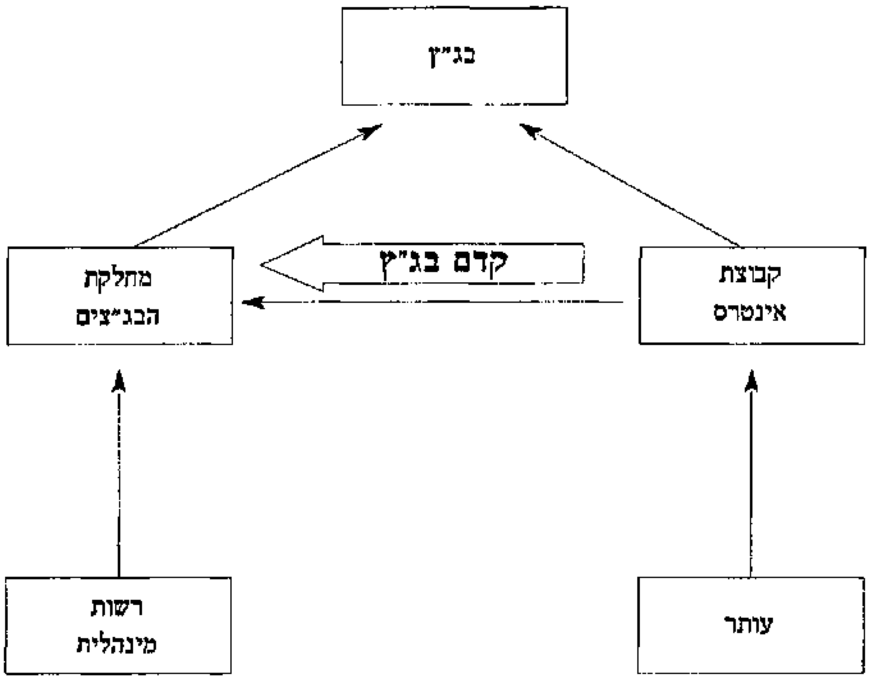
מנגד, גם בצד של המשיבים מתייצבת פרקליטות המדינה בתור שחקן מתווך בעל השפעה, עוצמה וחשיבות במסגרת ההתדיינות הבג"צית. כמו בצד העותרים, אין לראות בפרקליטות המדינה שחקן "שקוף" שכל תפקידו הוא לייצג את האינטרס של שולחתו – הרשות המינהלית המשיבה – בבג"ץ. אלא – כפי שהראינו – מדובר בגורם ביורוקרטי הנהנה מרמת אוטונומיה מינהלית ומקצועית גבוהה ביותר לגבי לקוחותיו, שלו אידיאולוגיה, אינטרסים ואף מדיניות ייחודיים במקרים מסוימים, ועשויים להיות לו גם אינטרסים אסטרטגיים החורגים מההתדיינות הרלבנטית ולפיכך אינם תואמים בהכרח את האינטרס המיידי של הרשות המשיבה.

יוצא, שהתמונה האמיתית של ההתדיינות הבג"צית מבוטאת טוב יותר על־ידי התרשים הבא:

60. תימוכין לכאוריים לכך הוא אחוז ההצלחה של עתירות לבג"ץ, המוגשות לבג"ץ על־ידי האגודה לזכויות האזרח. במחקר שנעשה לגבי עתירות שהוגשו על־ידי ארגונים ציבוריים בשנים 1977-1995 נמצא, כי שיעור ההצלחה של האגודה עמד על 69% (לרבות פשרות שבהן הושגו הישגים לעותרים) – שיעור גבוה בהרבה משיעורי ההצלחה הכלליים בבג"ץ. ראו: Dotan and Hofnung (לעיל, הערה 5), בעמ' 18. יצוין כי בקרב חוקרים שבחנו את שיעורי ההצלחה היחסיים של ארגונים, בכלל, בהתדיינויות משפטיות שוררת מחלוקת לגבי השאלה, האם, ובאיזו מידה, ארגונים ציבוריים הם מתדיינים "מצליחים" יותר בהשוואה לעותרים שאינם מאורגנים? לסקירה בעניין זה ראו: Dotan and Hofnung, שם, בעמ' 2-4 והאסמכתאות שם.

nevo.co.il

תרשים מס' 5ב: זירת ההתדיינות הבג"צית – התדיינות מאורגנת



לשני השחקנים המתווכים בזירת ההתדיינות הזו, שלהלכה אין להם כל מעמד עצמאי, ישנה למעשה חשיבות מעשית רבה. לכל אחד מהם יש סוג מסוים של מונופול (או למצער, יתרון) על הייצוג של הצד הרלבנטי במסגרת ההתדיינות השיפוטית. למחלקת הבג"צים מונופול על ייצוג רשויות המדינה, המעוגן בהסדרים משפטיים פורמליים – מונופול שכל ניסיון לעקוף אותו ייתקל מיד בתגובת־נגד של בג"ץ, ההופכת ניסיון כזה לחסר־תוחלת.[61] לעומת זאת, השליטה של ארגוני העותרים בזירה הנושאית הרלבנטית מבוססת על אילוצים מעשיים (היכולת המקצועית והכספית של הארגון, המעמד שהוא נהנה ממנו בבית־המשפט וכדו'). כך או כך: כל אחד מהגורמים הללו מתפקד למעשה כגורם המבצע סינון המופעים של האינטרסים המיוצגים על־ידו בפני בית־המשפט (הפרקליטות – באמצעות הנכונות לסגת מעמדות שהרשויות השונות גיבשו בתחילה, במסגרת פשרות וכדו'; והארגונים – באמצעות הסכמתם או אי־הסכמתם לייצג עתירות מסוימות), וכל אחד מהם מבצע גם הכלה, או עיצוב, של מופע האינטרסים של הלקוח הסופי במסגרת ההתדיינות.

61. ראו לעיל, הערה 22.

קדם־בג"ץ הוא אפוא השלב המתקדם ביותר (או אולי מרחיק־הלכת ביותר) במסגרת התיאור של זירת ההתדיינות המאורגנת בבג"ץ. בשלב זה העוצמה של השחקנים המתווכים וקשרי־הגומלין ביניהם מגיעים לדרגה כזו, עד כי הם מתחילים ליצור ביניהם ערוצי תקשורת ממוסדים, במידה רבה תוך ויתור על ערוץ האינטראקציה הפורמלי המקורי (קרי: ההתדיינות המשפטית עצמה) או עקיפתו. אין פירוש הדבר, כי הלכה למעשה מקומו של בית־המשפט מתייתר, אלא נהפוך הוא: התהליך כולו נעשה בצלו של בית־המשפט, ובמידה רבה – תוך קבלת ברכתו, משום שלבית־המשפט עצמו המבנה האמור הוא נוח מכמה מובנים: **ראשית**, הוא מקטין, כאמור, את עומס העבודה בבית־המשפט ומאפשר לו למעשה לאצול חלק מסמכויותיו למוסדות הפועלים בסמוך לו ותחת פיקוחו הצמוד. **שנית**, השימוש בשחקנים המתווכים מאפשר לבית־המשפט לשלוט במידה רבה באופן ובצורה שבו מובאים לפניו מופעים שונים של אינטרסים קבוצתיים שונים. היינו: שחקני־הביניים הללו הם גם מבחינת בית־המשפט גורם מסנן ומתווך, המאפשר לו לדון בסוגיות מסוימות במסגרת ובפורמט התואם את הקטיגוריות הדוקטרינריות שבית־המשפט עצמו יצר ושבאמצעותן הוא מעדיף לעבוד.

ולבסוף, פעולתם של הארגונים המתווכים נוחה ורצויה מבחינתו של בית־המשפט, גם משום שהיא מרחיבה את יכולתו להפעיל את השפעתו על הזירה הציבורית והפוליטית ולהנחיל את ערכיו, תוך תיסכון באמצעים והתגברות על מכשולים פרוצדורליים ומוסדיים, הפוגעים במקורם ביכולתו של בית־המשפט כשחקן בעל־השפעה בזירה הפוליטית. בתי־משפט סובלים באופן אינהרנטי כמעט מכמה מגבלות תמורות לגבי יכולתם לפעול בזירה הציבורית. לצורך הדיון הנוכחי אפשר להסתפק בדיון בשתיים ממגבלות אלו:[62] המגבלה הראשונה היא פסיביות, היינו: עקרונית לבתי־משפט אין שליטה על סדר־היום שלהם (בניגוד למוסדות ולגורמים פוליטיים אחרים). הם תלויים בגורמים חיצוניים לגבי עיצוב סדר־היום שלהם. העובדה שבג"ץ אפשר פעולה נוחה (ואף "טיפח") ארגוני עותרים שונים במהלך התקופה האחרונה מאפשרת לו להתגבר במידה רבה על מגבלה זו, כל זאת מכיוון שבית־המשפט יכול להיות סמוך ובטוח כי כמעט כל סוגיה המתעוררת בציבוריות הישראלית תעשה את דרכה במוקדם או במאוחר (ובדרך־כלל במוקדם) אל פתחו של בית־המשפט, משום שהארגון ה"אחראי" (קרי: הפעיל בזירה הרלבנטית) ימהר להגיש בגינה עתירה. עקב כך, ההחלטה האם, ובאיזה שלב, ייכנס בית־המשפט לעובי הקורה של סוגיה חברתית או מחלוקת פוליטית מסוימת נתונה במידה רבה בידיו של בית־המשפט עצמו.[63]

62. לעניין המגבלות המוסדיות של הליך הליטיגציה כמכשיר להתמודדות עם בעיות הכרוכות במדיניות ממשלתית כוללת ובסכסוכים בעלי אופי קבוצתי ראו: Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy* (The Brookings Institution, 1977), 22-38.

63. כדי להבטיח את שליטת בית־המשפט בסדר־היום שלו, כל שהוא נזקק הוא למצב שבו סוגיות ציבוריות יגיעו לפתחו באופן מהיר (ואת זאת מבטיחה לו פעולתם הענפה של ארגוני העותרים השונים), משום שבידי בית־המשפט כלים שונים לדחות את מועד התערבותו בסוגיה נתונה לאחר הגשת העתירה, אם רצונו להימנע מדיון מיידי בעניין. כלים אלו הם

nevo.co.il

המגבלה השגייה החלה על בתי־משפט כשהם מעוניינים להפעיל השפעה בזירה הציבורית כרוכה בהיבטים מוסדיים של הליך ההתדיינות המשפטי. זהו הליך הנתון למגבלות פורמליות תמורות. הוא מתחיל בנקודת־זמן נתונה, שאינה תלויה בבית־המשפט עצמו (מועד הגשת התובענה) והוא מסתיים בנקודת־זמן נתונה (מועד מתן פסק־הדין). זהו הליך שגם מתנהל בהתאם לשורה של כללים פרוצדורליים נוקשים (בנוגע לדרכי קיום המגעים בין הצדדים הנוגעים בדבר, לגבי דרכי איסוף ובירור מידע וכו'). בניגוד לרשויות מינהל או לגורמים פוליטיים, לבתי־משפט אין בדרך־כלל אפשרות ליזום בדיקות עובדתיות מקיפות של נתונים חברתיים, לעקוב אחרי ההתפתחויות הרלבנטיות לנושא המובא בפניהם או לקיים בקרה על קיום הוראותיהם. הפעולה של פרקליטות המדינה במתכונת המתוארת מאפשרת לבית־המשפט לבצע פעולות, החורגות עקרונית מהמגבלות האופייניות להליך הליטיגציה. כך, למשל, ההסתייעות בפרקליטות מאפשרת לבג"ץ לבצע מעקב לאורך זמן אחרי יישום רפורמות או הוראות שניתנו על־ידיו. במלים אחרות: הפרקליטות מאפשרת לבית־המשפט לפקח ולהתערב בסוגיות של מדיניות מינהלית כוללת, שבלעדיה היה קשה לבצע פעולות במסגרת הפורמלית המגבילה של הליך התדיינות שיפוטי בלא הסיוע של המנגנון המוסדי של הפרקליטות.

ו. קדם־בג"ץ – היבטים נורמטיביים

תופעת קדם־הבג"ץ, כפי שתוארה בחלקים הקודמים של רשימה זו, מעוררת שורה של שאלות כבדות־משקל במישור החוקתי, המינהלי והציבורי. אציג כעת כמה מן השאלות הללו: השאלה הראשונה נוגעת לגבולות סמכותה ולאופי תפקידה של פרקליטות המדינה. האם בכלל ראוי שהפרקליטות, אשר תפקידה המקורי הוא ייצוג המדינה בערכאות, תהפוך למעין־ערכאה לבירורים קדם־משפטיים, תוך פיקוח על רשויות המינהל? והאם מילוי תפקיד כזה על־ידי אנשי הפרקליטות אינו עומד בניגוד לעקרונות־היסוד של משטרנו החוקתי? שאלה שנייה נוגעת לאופן שבו נוצר ומתנהל הליך קדם־הבג"ץ. בהנהה,

---

רובם ככולם בלתי־פורמליים ונזכיר לעניין זה רק כמה מהם: בית־המשפט יכול, למשל, להציע לעותרים ללכת בדרך חלופית מסוימת (למשל: להיכנס למו"מ עם הרשות המשיבה) ולפנות אליו לאחר־מכן (ראו, למשל, טיפול בג"ץ בסוגיית פתיחתו של רחוב בר־אילן בירושלים בשבתות ובמועדי ישראל, בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1); הוא יכול לדחות את העתירה, תוך קביעה שזו אינה בשלה (או שאינה מתאימה לדיון מסיבה אחרת) בשלב הגשתה לדיון, אך תוך ציון התנאים שבהתקיימם הוא יהיה מוכן להיזקק לה (כך, למשל, עשה בית־המשפט בסוגיית גיוס תלמידי הישיבות, בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481). ולבסוף, בית־המשפט יכול פשוט לדחות את הדיון בעתירה למשך תקופה ארוכה (כפי שעשה, למשל, בסוגיה של הפעלת לחץ פיסי ושימוש בעינויים בחקירות של שירות־הביטחון הכללי, בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, שם הוגשה העתירה בשנת 1994, אך פסק־הדין ניתן רק בסוף שנת 2000).

nevo.co.il

שפעולת מחלקת הבג״צים בתוך ערכאת־בירור שיפוטית באופיה[64] היא התפתחות ראויה (או, למצער, בלתי־נמנעת), האם לא היה ראוי להסדיר את התופעה באמצעות חקיקה, או לפחות באמצעות הנחיות מינהליות (כגון הנחיות היועץ המשפטי לממשלה)? שאלה שלישית המתעוררת בהקשר זה היא, האם יש להשלים עם כך שהליך מעין־שיפוטי כגון זה ייווצר ויתנהל במשך שנים בצורת של פרקטיקה מינהלית "פנימית", שהיא חלק מ"הידיעה השיפוטית" של מספר מצומצם של "יורעי ח"ן" ואינה גלויה לציבור כולו?[65]

לפני שאדון בשאלות אלו מן הראוי להעיר כמה הערות מיתודיות מקדמיות באשר לאופיו של הדיון להלן ולמגבלותיו. הדיון בהיבטים הנורמטיביים של תופעת קדם־הבג״ץ, כפי שיובא כאן, אינו מתיימר להיות דיון מקיף וממצה בתופעה. כפי שהצהרתי בתחילת המאמר, מטרתה העיקרית של הרשימה היא להציג בפני הקהילה המשפטית־אקדמית בישראל את הפרקטיקה הקדם־בג״צית ולנתח אותה בהקשרים מערכתיים. זוהי פרקטיקה שלה השלכות מעשיות בלתי־מבוטלות כשלעצמה והיא יכולה ללמד גם באופן כללי יותר על מאפייני ההתדיינות המשפטית בבג״ץ. למרות זאת, מידת המודעות לה בקרב הקהילה המשפטית בישראל היא – למיטב ידיעתי – נמוכה ביותר. מטבע הדברים אופיה המבואי של הרשימה אינו מתאים ואינו מאפשר דיון מקיף וממצה בכלל ההיבטים הנורמטיביים של התופעה, לא רק בשל המגבלות של הרשימה בתור רשימה מבואית ולא רק משום שכמות הידע האמפירי על תופעת קדם־הבג״ץ (גם לאחר המחקר הנוכחי) עדיין מוגבלת

64. אני נמנע במכוון להשתמש כאן במונח "מעין־שיפוטית", המוכר בתחום המשפט המינהלי, ועניינו הלכה למעשה בהפעלת סמכות של שיקול־דעת על־ידי גורם מינהלי (ראו ברוך ברכה, **משפט מינהלי** (כרך א, שוקן, תשמ"ז), 73). האופי השיפוטי של פעולת הפרקליטות נובע בהקשר הנידון כאן מהעובדה שמחלקת הבג"צים מתפקדת הלכה למעשה בתור מעין ערכאת־בירור ב"סכסוך" בין האזרח ובין הרשות המינהלית המשיבה (ראו ברכה, שם, בעמ' 66 ואילך). במקומות המתאימים אשתמש במקום זאת במונחים כגון "מעין בורר" או תפקיד "כמו־שיפוטי".

65. שורה של שאלות נוספות נוגעות לקדם־הבג"ץ מנקודת־הראות של האתיקה המקצועית של אנשי הפרקליטות והיחסים בינם ובין הרשויות שהם מייצגים. ראיית הפרקליטות כגורם מפקח או בורר בין האזרח ובין הרשות מצביעה לכאורה על מתח בין החובות האתיות של הפרקליטים כמי שאמורים לייצג את הרשויות המינהליות, שהן ה"לקוחות" של הפרקליטות בבג"ץ, ובין התפקיד הפיקוחי של הפרקליטות, כפי שתואר במאמר. ההיבט האתי של הנושא לא נידון כלל במסגרת המאמר והוא מעורר שורה של שאלות מורכבות הכרוכות במהות תפקידם של עורכי־הדין של המדינה, בכלל, ובמסגרת הליך הביקורת השיפוטית בבג"ץ, בפרט. לדעתי, אי־אפשר לקיים דיון נורמטיבי ראוי בשאלות אלו בלא סקירה מקיפה של המאפיינים המוסדיים של בג"ץ, תוך דיון בהקשרים היסטוריים, פוליטיים, תרבותיים ופונקציונליים החורגים בהרבה מגדרי הרשימה הנוכחית והכרוכים בדיון כולל בתפקידה של פרקליטות המדינה בחברה הישראלית. אשר על כן, אין מקום לקיים דיון נורמטיבי בפן האתי של תופעת קדם־הבג"ץ. לספרות העוסקת באתיקה של עורכי־דין של המדינה ראו הפניות לעיל, הערה 2.

nevo.co.il

ביותר, אלא בעיקר משום שקדם־הבג"ץ הוא חלק מתופעה כוללת יותר של ההתדיינות הבג"צית – תופעה שרכיביה המרכזיים הובאו כאן רק באופן כוללני ביותר וכרקע לדיון בקדם־הבג"ץ. במלים אחרות: תופעת קדם־הבג"ץ היא במידה רבה תוצר הכרחי של המבנה המוסדי, המערכתי והפונקציונלי של בג"ץ עצמו ועל־כן למעשה אי־אפשר להציג עמדה נורמטיבית ממצה וכוללת לגבי ההיבטים של קדם־הבג"ץ מבלי לקיים דיון ראשוני ומקיף במעטפת הכוללת של מוסד בית־המשפט הגבוה לצדק.

יוצא, שהן מגבלות הרשימה הן מגבלות התופעה מכתיבות בהכרח את אופיו של הדיון להלן כדיון שבו יוצגו באופן מקדמי ולכאורי כמה שאלות וטיעונים נורמטיביים, מבלי שהדיון יתיימר לתת תשובות מקיפות ולנקוט עמדות "חזקות" לגבי התועלת או הרציות של היבטים שונים של הפרקטיקה הקדם־בג"צית. עם זאת, כאמור, דומה שגם ברשימה הנוכחית, שבה מוצגת התופעה באופן תיאורי, אי־אפשר להימנע מהתייחסות לאותן שאלות שקדם־הבג"ץ מעורר מיד. הדיון להלן יתחיל בשאלות הנוגעות לעצם הלגיטימיות של מוסד קדם־הבג"ץ, ובהמשך אדון בשאלות ובטיעונים הכרוכים במאפייני התופעה ובפרקטיקות הכרוכות בה.

1. ההיבט החוקתי – קדם־בג"ץ מבחינת עקרון החוקיות ועקרון הפרדת הרשויות

האם העיסוק של פרקליטות המדינה בפעילות שיש לה מאפיינים מעין־שיפוטיים (או לפחות מאפיינים של בירור תלונות) תואמת את מושכלות־היסוד של משטרנו החוקתי? במישור הסמכות הפורמלית דומה, שאין קושי להדוף טיעונים שיטילו ספק בחוקיות פעולתה של מחלקת הבג"צים. אכן, סעיפי ההסמכה המרכזיים בחקיקה, שעניינם פרקליטות המדינה, עוסקים בפרקליטות כגורם שנועד (בתחום המשפט האזרחי) לייצג את רשויות המדינה בהתדיינויות בפני הערכאות המשפטיות השונות.[66] אולם דומה, שבמישור הפורמלי לפחות אין קושי למצוא ביסוס לפרקטיקה של קדם־הבג"ץ. הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ קשורה במסורה לפעילות הליטיגטיבית של הפרקליטות כמי שמייצגת את רשויות המדינה בפני בג"ץ ולכן אין – לדעתי – קושי ממשי לסווג את הפרקטיקה הזאת בתור "פעולת־עזר" לגיטימית ונדרשת לצורך קיום התפקיד המרכזי של הייצוג בבג"ץ שלשמו הוסמכה פרקליטות המדינה בחוק.[67] העובדה, שתופעת קדם־הבג"ץ זכתה לרמת מיסוד מסוימת במישור הביורוקרטי אינה יכולה ואינה צריכה להשליך על הניתוח האמור. זאת ועוד: יש לזכור, כי קדם־הבג"ץ היא ביסודה פרקטיקה שנועדה ללכת לקראת האזרח והפרט (להבדיל מפרקטיקה שנועדה להגביל את תירוויותיו או להטיל עליו חיובים). ככזו אין כל קושי – לדעתי – למצוא לה ביסוס חלופי במסגרת הסמכויות הכלליות של המדינה.[68]

66. סעיף 4 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, ס"ח 118.

67. סעיף 17 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302. וראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, נבו, תשנ"ו), 246 ואילך.

68. סעיף 40 לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב, 214 (הוא סעיף 32 לחוק־יסוד: הממשלה, ס"ח תשס"א 158); בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647. ככלל, מתן אפשרות

nevo.co.il

טיעון אחר באשר לפרקטיקה הקדם־בג"צית עשוי להסתמך על עקרון הפרדת הרשויות. בהנחה שאכן פרקליטות המדינה פועלת בהקשר זה בתור ערכאת־בירור בעלת אופי שיפוטי אפשר לטעון, כי היא חורגת מהתפקיד שהיא אמורה למלא בתור חלק מהרשות המבצעת, אולם על רקע המציאות המוכרת של המשפט החוקתי בישראל זהו טיעון קלוש. כידוע, חלק ניכר מהפעילות השיפוטית בישראל נעשה על־ידי גורמים הפועלים בתוך הרשות המבצעת (בראש־ובראשונה בתי־הדין המינהליים).[69] על רקע מציאות זו, שאינה נחשבת לבעייתית מבחינת התפיסה של הפרדת הרשויות המקובלת בישראל, קשה לראות בפרקטיקה הלא־פורמלית והשיורית באופיה של קדם־הבג"ץ פעילות המעוררת קושי מיוחד.

אולם מעבר לדיון בלגיטימיות הפורמלית של קדם־הבג"ץ יש להעלות טיעונים במישור שיקולי המדיניות והמעשה כנגד התפקיד שפרקליטות המדינה ממלאת בהקשר זה. אפשר לטעון, כי אפילו אם אין מניעה חוקית לכך שהפרקליטות תתפקד כמעין ערכאת־בירור תלונות, הרי אין זה ראוי שפעילות כזו תהיה חלק ממערכת הפעילויות של פרקליטות המדינה. לפי קו הטיעון הזה, הפרקליטות היא מוסד שתפקידו להעניק ייצוג משפטי לרשויות המדינה בפני בתי־המשפט ולא גוף שנועד לתפקד כמעין ערכאה לבירור טרוניות, עתירות ותובענות (כמו בתי־המשפט או נציב תלונות הציבור). התמקדותה של הפרקליטות בתפקיד הזה עשויה להסיט את אנשיה מתפקידם המרכזי כמייצגי המדינה בערכאות וגם לגרום למתחים לא־רצויים בינם ובין רשויות המינהל שהפרקליטות מייצגת בהתדיינות.

אולם דומה, כי לטיעונים הללו כמה תשובות: ראשית, כלל לא ברור כי בפרקטיקה הקדם־בג"צית ישנה חריגה של ממש מהתפקיד של הפרקליטות כמייצגת את רשויות המינהל בפני בג"ץ. כידוע, כמעט כל התדיינות משפטית כרוכה בצורה זו או אחרת בהליכים שמטרתם לסיים את ההתדיינות מחוץ לכותלי בית־המשפט באמצעות פשרה (או לפתות בהליכי בתינה כאלה או אחרים של אפשרות הפשרה). אפשר לטעון, כי קדם־הבג"ץ אינו אלא אחד המאפיינים בפעילותה של הפרקליטות להסדיר הליכים משפטיים כנגד רשויות המינהל באמצעות הסדרי פשרה שימנעו התדיינויות מיותרות ובכך יחסכו הן מזמנו היקר של בג"ץ הן מזמנם של פרקליטי המדינה. כפי שהראיתי לעיל, אכן קדם־הבג"ץ מיוחד בכך שההליכים לקראת הסדר מחוץ לכותלי בית־המשפט נעשים עוד לפני שהוגשה לבית־המשפט עתירה כלשהי, אלא שאין בכך לנתק את הקשר בין הליך קדם־הבג"ץ ובין הפעילות הליטיגטיבית של הפרקליטות בבג"ץ; שהרי כל פנייה לקדם־בג"ץ נושאת עמה את האפשרות שבעקבותיה תבוא התדיינות וממילא קשה למצוא פסול בכך שמחלקת הבג"צים החליטה "להקדים תרופה למכה" ולטפל בפניות הנושאות עמן פוטנציאל (לפחות עקרוני) של התדיינות עתידית ולפתור את הבעיות הכרוכות בהן

לאזרח להשיג או לערור על החלטה מינהלית אינה מצריכה הסמכה ספציפית מפורשת בחוק. ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 651-653; וראו, למשל, בג"ץ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, פ"ד מג(2) 786, בעמ' 792.

69. חוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992, ס"ח 90; ברכה (לעיל, הערה 64), בעמ' 102-103.

בעודן באבן. בכל אופן, גם אם (כפי שהוכחתי) חלק מהפניות לקדם־בג"ץ אינן כאלו שיוצרות "איום" ממשי של עתירה לבג"ץ, הרי הגורם המתאים ביותר לדון בפניות הללו ולסנן אותן הוא מחלקת הבג"צים של פרקליטות המדינה (שאנשיה הם בעלי הידע המקצועי והאחריות המינהלית לתחום ההתדיינות בבג"ץ) ולא שום גורם מלבדם.[70]

חלק שני של טיעון הביקורת שהעליתי מבוסס, כאמור, על הטענה שתפקיד הפרקליטות בתור "מעין בורר" בקדם־בג"ץ עלול ליצור מתחים חוקים בין הפרקליטות ובין רשויות המינהל המיוצגות על־ידן ולפגום ביכולת של הפרקליטות לייצג כיאות את עניינן של רשויות המינהל בבג"ץ.[71] לפי קו חשיבה זה, הפרקליטות אמורה לייצג את רשויות המינהל "בלב שלם", כאשר האינטרס העליון שלה הוא לקדם את האינטרס של הרשות המינהלית בהתדיינות ולא לשקול שיקולים אחרים "ממלכתיים" באופיים, שאינם תואמים את התפיסה המיידית של האינטרס הציבורי, כפי שהוא נתפס על־ידי הרשות המינהלית. לחלק זה של הביקורת כמה תשובות: ראשית, שאלה יפה היא, באיזו מידה,

---

70. על כך יש להוסיף את הטענה כי אפילו אם נניח כי חלק מהפרקטיקות הקדם־בג"ציות חורגות מהתחום של "התדיינויות" בבג"ץ, הרי יש ויש לפרקליטות סמכות מלאה והצדקה מלאה לטפל בהן במסגרת סמכויות הייעוץ המופקדות בידי היועץ המשפטי לממשלה ובאי־כוחו. כלומר: אפילו לא יהיה אפשר לראות בחלק מהפניות בקדם־בג"ץ התדיינויות פוטנציאליות, הרי יש ויש ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליטות סמכות לייעץ בעניינים משפטיים שונים לרשויות המדינה, ופניות של אנשי הפרקליטות במסגרת קדם־בג"ץ יכולות להיחשב בגדר ייעוץ כזה. אכן, במשרד־המשפטים קיימת הפרדה וחלוקת עבודה פנימית בין מחלקות החקיקה והייעוץ ובין המחלקות העוסקות בייצוג בערכאות, כאשר תפקידה של הפרקליטות מתמצה בייצוג בערכאות, בעוד שמחלקות אחרות במשרד אחראיות על הייעוץ. אולם גם כך קשה להטיל דופי בתפקיד הייעוץ (בהנחה שנראה אותו ככזה) של הפרקליטות במסגרת קדם־בג"ץ, שכן אין מדובר בייעוץ הנוגע להליכי חקיקה, אלא בייעוץ הנוגע לנושאים שמתעוררים בהקשר לטרוניות של פרטים בהקשר מעין־שיפוטי ולכן הפרקליטות היא הגורם המייעץ הטבעי והמתאים למקרים כאלו. לדיון בסמכויות הייעוץ המופקדות בידי היועץ המשפטי לממשלה ראו רות גביזון, "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות", **פלילים** ה (תשנ"ז) 27.

71. הפן ה"הופכי" של הטיעון הזה הוא הטענה שהפרקליטות – בתור מי שאמון על ייצוגה של הרשות המינהלית בבג"ץ – איננה יכולה לטפל באופן הוגן ואובייקטיבי בטרונייתו של האזרח. לדעתי, אפשר להזניח את הפן הזה לצורך הדיון בשל העובדה הבסיסית שהליך הקדם־בג"ץ איננו מחליף שום הליך שיפוטי אחר ואיננו בא במקומו. היינו: הליך זה אינו גורע דבר מהאפשרות של הפונה לפנות לערכאות משפטיות אם ההליך נכשל. הוא עשוי להוסיף ולקדם את עניינו של האזרח, משום שהפרקליטות מחליטה – על סמך בירור ושיח ושיג עם הרשות המוסמכת – "ללכת לקראתו", אך אינו יכול בשום מקרה לפגוע באינטרסים שלו או לגרוע מזכויותיו המשפטיות. זאת ועוד: הואיל והליך הקד"ץ הוא הליך לא־פורמלי שאין לו כל עיגון סטטוטורי, הוא אינו "סעד חלופי" שהעותר לבג"ץ עשוי להידרש להיזקק לו קודם שהוא מגיש עתירה לבג"ץ.

nevo.co.il

במישור האמפירי, פעולת הפרקליטות במסגרת קדם־הבג"ץ אינה מיועדת בסופו של דבר לקדם את האינטרסים של רשויות המינהל עצמן? כלומר: אפשר לטעון, כי למרות הארשת ה"ממלכתית" של פעולת מחלקת הבג"צים בתור "מעין בורר", הרי בסופו של דבר מטרת פעילותה של המחלקה והחלטותיה היא בראש־ובראשונה להסוך ל"לקוחותיה" הפסדים בהתדיינויות עתידיות (או את המחיר הכלכלי, המינהלי והתקשורתי הכרוך בהתדיינויות כאלו) יותר מאשר כל אינטרס ממלכתי ערטילאי וכולל.[72]

שנית, אפילו אם נסכים כי הפרקליטות, בעת שהיא מפעילה את הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ, פועלת – כפי שעשוי להשתמע מהחלק התיאורי של רשימה זו – מתוך תפיסה "ממלכתית" כוללת של תפקידה (ולא רק מתוך ראייה של הדברים בתור "עורך־הדין של הרשות"), הרי טענתי היא כי מצב דברים זה איננו מיוחד כלל לקדם־הבג"ץ, אלא הוא תוצר של המאפיינים המבניים הכלליים של ההתדיינות בבג"ץ. כפי שהוסבר לעיל, העובדה שבית־המשפט העליון של מדינת ישראל מתפקד הלכה למעשה בתור ערכאה ראשונה ואחרונה של חלק ניכר מההתדיינויות המינהליות בישראל והעובדה שהוא מוצא את עצמו מעורב באורח יומיומי וב"זמן אמת" כמעט בכל התרחשות מדינית, חברתית או כלכלית בישראל – גובה מחיר כבד במישור הדיוני. העומס על בית־המשפט, המגבלות הקיימות על הדיון בבג"ץ במישור הראייתי והצורך המתעורר אצל בית־המשפט לקיים פיקוח אפקטיבי על פעולות מינהליות מערכתיות מורכבות – כל אלו מחייבים את בית־המשפט לסמוך יותר ויותר על הסיוע שהוא מקבל מהפרקליטות.[73] תופעת קדם־הבג"ץ היא אחד הביטויים המובהקים (שלא לומר, הקיצוניים) ביותר לתהליך זה של אצילת הסמכויות (הבלתי־פורמלית) מבית־המשפט לפרקליטות. אי־אפשר לדון בהקשר זה באורח נפרד בתופעת קדם־הבג"ץ, אלא השאלה צריכה להיות נידונה בהקשר של תופעת הבג"ץ בכלל והתפקיד שפרקליטות המדינה ממלאת במסגרת ההתדיינות הבג"צית בכללה. במלים אחרות: מי שחולק על הלגיטימיות של התפקיד ה"פיקוחי" או הכמו־שיפוטי של מחלקת הבג"צים במסגרת קדם־הבג"ץ, חולק למעשה על המודל הקיים כיום הלכה למעשה בהתדיינויות לפני בג"ץ בכלל – מודל שאנשי הפרקליטות ממלאים במסגרתו תפקיד החורג בהרבה ממה שעורכי־דין אמורים למלא במסגרת פרוצדורה ארבדסרית טיפוסית. כך או כך: דיון מקיף כזה באופי ובצידוקים של בג"ץ כמוסד חורג מהמסגרת של הרשימה הנוכחית, משום שהוא מחייב הערכה־מחדש של מוסד הבג"ץ בכללו.[74]

---

72. השאלה, מהם המניעים בכוח או בפועל העומדים מאחורי פעולת אנשי פרקליטות המדינה, היא שאלה שקשה מאוד להשיב עליה תשובה מבוססת ומוסמכת על־ידי ניתוח נתונים יבשים גרידא והיא תלויה במידה רבה בהערכת המציאות של הטוען. הקדשתי לשאלה זו דיון נרחב ב-Dotan, "Intifada" (לעיל, הערה 2), בעמ' 337-350. והשוו גם הדיון ברשימה זו, לעיל, בפרק ג.

73. ראו הדיון לעיל, הערות 25 ו-26 והטקסט שלידן.

74. כאן המקום לציין, כי להפעלתו של חוק בתי משפט לענינים מינהליים צפויות להיות השלכות ניכרות על הדומיננטיות של מודל ההתדיינות הבג"צי בהתדיינויות מינהליות, כפי

nevo.co.il

2. ההיבט המינהלי־רגולטיבי – הסדרה, פיקוח וחשיפה של תופעת קדם־הבג"ץ

גם בהנחה שאין כל פסול במוסד קדם־הבג"ץ כשלעצמו, עדיין אפשר לטעון, כי האופן שבו מתנהלת התופעה כיום מעורר שורה של בעיות. הלכה למעשה – יטען הטוען – פרקליטות המדינה מנהלת פעילות של טיפול בתלונות ובפניות של בני הציבור והכרעה בסכסוכים בינם ובין רשויות השלטון, מבלי שהתופעה תהיה מוסדרת באמצעות מערכת של כללים נורמטיביים, כפי שמקובל מקדמת־דנא לגבי פעילותן של ערכאות שונות ורשויות ביקורת שונות. וחמור מכך: מוסד קדם־הבג"ץ הוקם (או נוצר) כפרקטיקה "פנימית" ו"חסויה" של פרקליטות המדינה, מבלי שהדבר פורסם בצורה רשמית ומבלי שקיום הפרקטיקה ידוע לציבור בכללו (ואף לא לציבור המשפטנים ועורכי־הדין העשויים להיזקק למוסד זה). בגלל הצורה הלא־פורמלית והחסויה־לכאורה שבה מתנהל מוסד קדם־הבג"ץ, הרי הלכה למעשה מי שיכול לנצל אותו הם רק אותם מתי־מעט שבשל "קרבה" כזו או אחרת שלהם למערכת הפרקליטות קיבלו את המידע על קיום הפרקטיקה. היעדר פרסום מתאים ומסודר של הפרקטיקה מוביל בהכרח גם לפגיעה בנגישות שלה לציבור בכללו, וממילא – להפרה של עקרון השוויון. להלן אדון בטיעונים אלו אחד לאחד – תחילה בשאלת ההסדרה של הפרקטיקה באמצעות כללים פורמליים ולאחר־מכן בשאלה של צורת החשיפה של מוסד קדם־הבג"ץ ונגישותו לציבור בכללו.

אתחיל בדיון בשאלה האם יש מקום להסדיר בחוק את הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ? לדעתי, התשובה לשאלה זו שלילית. כפי שציינתי לעיל, הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ בתור פרקטיקה הנתפסת כחלק מפעולות־הלוואי של התדיינות רשויות המדינה בבג"ץ

שתואר בטקסט, משום שמודל השיפוט והייצוג הריכוזי הקיים היום בבג"ץ אינו קיים בבתי־המשפט המינהליים, והמשמעות של קבלת החוק (ושל העברת נושאים שונים לשיפוט בבתי־המשפט לעניינים מינהליים) היא ביזור הן של השיפוט המינהלי הן של ייצוג המדינה בהליכים מינהליים (המדינה מיוצגת בבתי־המשפט לעניינים מינהליים על־ידי פרקליטויות המחוז). עם זאת, ההשלכות של תהליכים אלו הן חלקיות בלבד, שכן בג"ץ במתכונתו הנוכחית צפוי עדיין להישאר ערכאת־שיפוט מרכזית בעניינים מינהליים אצלנו (ולא יהפוך לבית־משפט העוסק בערעורים גרידא).

שאלה נוספת ונפרדת שקדם־הבג"ץ מעורר היא חלוקת האחריות והסמכות בין הפרקליטות ובין רשויות המינהל. אפשר לטעון, כי יש פגם בכך שהפרקליטות מטפלת בפניות של אזרחים בעניינים מסוימים קודם שהעניין הגיע לבית־המשפט, משום שבכך היא למעשה חורגת מתפקידה כגורם משפטי מייצג והופכת במידה מסוימת לתחליף לרשות המינהלית המחליטה. יצוין, כי בעיה זו קיימת רק באותם מקרים שבהם הפנייה לפרקליטות נעשית במקום הפנייה לרשות המינהלית המוסמכת או במקביל לה (וזה איננו המצב במקרה הרגיל בקדם־בג"ץ, אלא הוא מייחד בעיקר מקרים של פניות דחופות לפרקליטות מהסוג שתוארו לעיל, בפרק ד(5)). גם הדיון בשאלה זו חורג מגדר הדיון המבואי הנוכחי משום שהוא מערב שאלות כלליות לגבי תפקידם של גורמים משפטיים בחברה הישראלית, בכלל, ובמינהל הממשלתי בישראל כיום, בפרט. אין זה המקום להיכנס לדיון בתופעת ה"משפטיזציה" של החברה הישראלית. ראו, למשל, גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 4).

nevo.co.il

אינה זקוקה – לדעתי – להסמכה מפורשת ונפרדת כדי לאפשר את קיומה (מבחינת עקרון החוקיות). ולדעתי, גם אין כל מקום לעגן את דרכי ההפעלה של הפרקטיקה בחקיקה (או למצער אין כל מקום לתביעה חיצונית שתופנה לפרקליטות המדינה לכבול את עצמה בהקשר זה בהסדרה סטטוטורית של פעילות זו). הסיבה לכך היא, שקדם־הבג"ץ נוצר והתפתח כפרקטיקה לא־פורמלית וגמישה שנועדה לתת מענה למקרים מיוחדים או חריגים (אם בדחיפותם אם בהיבטים הומניטריים וכדו' הכרוכים בהם). הגמישות והיעדר־הפורמליות של הפרקטיקה הזו הם יתרונותיה הגדולים (והם בהכרח גם מגבלותיה). ניסיון לכבול את הפרקטיקה הזו בכבלים המסורבלים של הסדרה סטטוטורית (או אפילו בתקנות) יוביל – לדעתי – לאובדן יתרונותיה מבחינת מי שמשתמשים בה ובסופו של דבר, כמעט בהכרח – לחיסולה.[75] בהנחה, המבוססת על הניתוח האמפירי שנעשה במסגרת המחקר הנוכחי, שמבחינת פרקליטות המדינה, קדם־הבג"ץ הוא דרך ללכת לטובת הפרט בתחום הצר והלא־מוסדר של ה־*ex gratia*, הרי כל ניסיון לכפות על המנגנון של הפרקליטות להעניק את מה שלכאורה המצב החוקי הפורמלי אינו מחייב אותה להעניק (במישור המהותי) יוביל כמעט בהכרח לתוצאה ההפוכה.

אני מודע היטב לאפשרות, כי העמדה שאני מביע כאן עלולה לעורר התנגדות – שלא לומר תרעומת – אצל לא־מעט משפטנים האמונים על האידיאולוגיה של עקרון שלטון החוק ועל תורת ה"זכויות" המשפטיות הפורמליות. מדוע – ישאל השואל – על האזרח או התושב בישראל להיות תלוי ב"חסדיהם" של אנשי הפרקליטות במקרה ספציפי זה או אחר? מדוע אי־אפשר להעניק לו, באמצעות חוק של הכנסת, זכות לקבל את מה שהליך קדם־הבג"ץ עשוי להעניק לו (על־ידי כך שההליך עצמו יוגדר, יוסדר ויובהר בחוק או בתקנות)? התשובה לתרעומת זו היא, שהליך קדם־הבג"ץ מיועד במקרים רבים להעניק לעותר הפוטנציאלי בבג"ץ יתרונות (במישור הגמישות והמהירות) שהמערכת הבג"צית אינה יכולה להעניק לו באופן ישיר, או שמערך הזכויות המשפטיות הפורמליות, כפי שפותח בחוק ובפסיקה, מעמיד לרשותו. ייתכן, שיש מקום לשנות את מערך הזכויות המהותיות במישור זה או אחר או לשפר את המהירות, היעילות או האפקטיביות של ההליך המשפטי בבג"ץ. אולם כך או כך: שינויים אלו לא יושגו על־ידי פורמליזציה וסרבול של הליך קדם־הבג"ץ (וכאמור, התוצאה עלולה להיות הפוכה).[76]

מההתנגדות שהובעה כאן להסדרה סטטוטורית של התחום לא נובע כי אין מקום לכל הסדרה נורמטיבית של פרקטיקת קדם־הבג"ץ. לדעתי, הסדרה של הפרקטיקה באמצעות כללים עשויה להיות רצויה, אך בתנאי שאופי ההסדרה יהיה תואם את המאפיינים

---

75. לעמדה שהבעתי לעניין דרכי החשיפה של הנחיות מינהליות השוו יואב דותן, הנחיות מינהליות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ו), 474-469.

76. במאמר מוסגר יוער כי כפי שתיארתי בפרק ב של הרשימה, ההליך הבג"צי עצמו הוא הליך מהיר וגמיש ביותר בהשוואה לאלטרנטיבות המקובלות בהליכים משפטיים (ולא־כל־שכן בהליכים בפני מוסדות־שיפוט גבוהים), אך, כאמור, הקד"ץ מסוגל לתת מענה גם למקומות שבהם ההליך הבג"צי אינו מסוגל לספק פתרונות מעשיים.

המיוחדים של הפרקטיקה. לכן דומה, שיש מקום לכך כי הגורמים האחראים בפרקליטות יתנו את הדעת על גיבושן של הנחיות מינהליות שיסירו את המסגרות, דרכי הפעולה והקריטריונים המהותיים להפעלתו של מוסד קדם־הבג"ץ. הנחיות הן מכשיר נורמטיבי גמיש ולא־פורמלי שאפשר לפתחו בקלות־יחסית וגם לשנותו ולהתאימו הן לשינויים תכופים המתבקשים במדיניות המינהלית הן למקרים אינדיבידואליים מיוחדים המתעוררים מעת לעת.[77] בשל חשיבותו של מכשיר קדם־הבג"ץ והעובדה שהשימוש בו הולך וגובר דומה, שהמסגרת המתאימה להסדרה כזו היא הנחיות בדרג הגבוה ביותר של ההירכיה של רשויות הייצוג המשפטי במדינה, קרי: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. להסדרת דרכי ההפעלה של קדם־הבג"ץ בהנחיות היועץ המשפטי עשויים להיות יתרונות, משום שגיבוש הנחיות עשוי לסייע לגיבוש תפיסה מערכתית כוללת לגבי פרקטיקה זו, שצמחה בפועל בלא כל תכנון מוקדם (מעבר ליתרונות המוכרים של פעולה באמצעות הנחיות, לרבות עקיבות והאחדה של ההליך המינהלי, תרומה לשקיפות ולשוויון וכיו"ב).[78] אחד המאפיינים של מוסד קדם־הבג"ץ כיום הוא התלות המוחלטת של דרך הפעלת הפרקטיקה באידיאולוגיה המקצועית ובתפיסת התפקיד של הפרקליט היחיד המקבל לידיו את הפנייה הקונקרטית, והתלות המוחלטת של פיתוח הפרקטיקה בתפיסה הניהולית של מנהל המחלקה. גיבוש הנחיות כלליות ברמה של היועץ המשפטי לממשלה יתרום הן לגיבוש מדיניות עקיבה לאורך שנים הן להקטנה מסוימת של התלות של דרכי הטיפול בתפיסת התפקיד של כל פרקליט ופרקליט.

ההיבט האחרון הנוגע לדרכי ההפעלה של קדם־הבג"ץ נוגע לשאלת הפרסום והחשיפה של הפרקטיקה לציבור הרחב. לכאורה דומה, כי בהקשר זה עלולה הפרקטיקה הקדם־בג"צית – כפי שהיא מופעלת כיום – לעורר את טיעוני הביקורת החריפים ביותר. מהנתונים האמפיריים ומהתיאור שהוצג במסגרת רשימה זו עולה, כי בפרקליטות המדינה מופעלת מזה כעשור שנים פרקטיקה בלתי־פורמלית של בירור סכסוכים ו"פתרון" פניות של הציבור, לא רק מבלי שהנושא מוסדר בחוק או הועמד לדיון פרלמנטרי או ציבורי, אלא גם מבלי שהציבור בכללו (לרבות ציבור המשפטנים) זכה אי־פעם לקבל מידע באמצעות הודעה מסודרת על קיומה של פרקטיקה זו.[79] ואכן, בפועל דומה כי רק חלק קטן ביותר מציבור המשפטנים מודע בכלל לקיומו של מוסד קדם־הבג"ץ. היעדרה של חשיפה ציבורית מתאימה מעורר כמובן בעיות בכל הנוגע לפיקוח החיצוני ולביקורת הציבורית על פרקטיקה חשובה זו. אולם תמור מכך, במקרה של קדם־הבג"ץ,

---

77. לדיון בגמישות ההנחיות ראו דותן (לעיל, הערה 75), בעמ' 415 ואילך.

78. ראו, למשל, בג"ץ 154/98 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 111, בעמ' 128. וראו דותן (לעיל, הערה 75), בעמ' 350-361.

79. למיטב ידיעתי, קיומו של מוסד קדם־הבג"ץ לא הוזכר מעולם בהודעות רשמיות של משרד־המשפטים, ולא־כל־שכן בפרסום רשמי ברשומות וכיו"ב (לפחות לא עד פרסומה לאחרונה של הרצאתו של השופט עוזי פוגלמן, שהוזכרה לעיל, הערה 2). זאת ועוד: לא ידוע לי על פסקי־דין שבהם יש אזכור של ממש לגבי קיומו של המוסד, ולא־כל־שכן דיון במעמדו המשפטי או בהשלכותיו של מוסד הקד"ץ.

nevo.co.il

היעדר־חשיפה מעורר בראש־ובראשונה בעיה קשה של שוויון בנגישות לפרקטיקה. במלים אחרות: כפי שהפרקטיקה מופעלת כיום, מי שזוכה ליהנות ממנה הם רק "יודעי הח"ן", שמסיבה זו או אחרת נחשפו לפרקטיקה. עובדה זו עלולה לעורר בעיה קשה במישור של הנגישות לפרקטיקה זו, המעניקה לכאורה למשתמשים בה יתרונות מסוימים שאינם עומדים לרשותם של מי שלא נחשפו לה. במלים אחרות: היעדר פרסום של ההסדרים הנוגעים לקדם־הבג"ץ יוצר לכאורה בעיה במישור של השוויון בנגישות לערכאות או לגורמי ביקורת ופיקוח משפטיים.

דומה אפוא, כי גם מי שמתייחס לעתים בספקנות לתועלת הגלומה בקריאות המקובלות על משפטנים ל"הסדרה של המחוקק" ול"הסלת פיקוח ציבורי" לגבי אספקטים כאלו או אחרים של חיינו הציבוריים (כמו כותב שורות אלו), יתקשה להגן על מצב הדברים שבו פרקטיקה מינהלית נפוצה ובעלת־חשיבות כמו קדם־הבג"ץ מתנהלת לה באמצעות "הסדרים פנימיים" ששמעם לא הגיע לידי הציבור הרחב. עם זאת, ומבלי לערער על הצורך העקרוני בטיפול בסוגיית החשיפה לציבור של מוסד קדם־הבג"ץ, רצוני להצביע על תופעה הראויה לציון בהקשר זה. טענתי היא, כי הסקירה האמפירית שהובאה במהלך רשימה זו מצביעה על כך כי הלכה למעשה מוסד קדם־הבג"ץ – הגם שלכאורה היה ידוע ל"מקורבים לרשות" בלבד – פעל דווקא לטובת חלק מהקבוצות החלשות ביותר בחברה הישראלית. כפי שהראיתי לעיל, מי שבפועל עשה שימוש רב במוסד קדם־הבג"ץ הם ארגוני זכויות האזרח, ובמיוחד כאלו העוסקים בטיפול בעתירות ובטרוניות של פלשתינאים תושבי השטחים המוחזקים.[80] קבוצה זו היא בוודאי לא הקבוצה המקורבת למוקדי־הכוח של החברה הישראלית ובפועל היא נמנית עם אחת מקבוצות־המיעוט החלשות ביותר (במישור הזכויות הפוליטיות והכלכליות כאחד) בחברה בישראל.[81] עצם העובדה שהפרקטיקה הקדם־בג"צית פעלה בראש־ובראשונה לטובתה של קבוצה זו, הגם שלא פורסמה מעולם באופן רשמי (או אף באופן לא־רשמי) ברבים ועל־אף שלא הוסדרה בכללים משפטיים פורמליים, לכאורה מפתיעה ומעוררת מחשבה. המקרה של קדם־הבג"ץ מצביע לכאורה על כך שפרקטיקה "חסויה" ופנימית, המופעלת על־ידי גורמים משפטיים־ביורוקרטיים עלולה לפעול, למרות המאפיינים הלא־פורמליים שלה (ואולי דווקא בגללם), לטובת קבוצות חלשות המרוחקות ממוקדי־הכוח של החברה שבה מופעלת הפרקטיקה. כלומר: באורח פרדוקסלי הפרקטיקה הלא־פורמלית והבלתי־מוכרות של קדם־הבג"ץ פעלה דווקא כמעין פרקטיקה של "אפליה מתקנת" (ולו במישור הדיוני או השיורי מבחינת הזכויות המהותיות) לגבי האוכלוסייה הנזקקת להגנה על זכויותיה בידי ערכאות המשפט בישראל.[82]

80. ראו לעיל, הדיון בחלק ד(4), ד(5) ו־ה.

81. ראו לעיל, הערה 53.

82. מובן, שהמנגנון של קדם־בג"ץ פעל כמעט אך ורק לטובת אותם חברי קבוצות חלשות שזכו לייצוג משפטי (על־ידי ארגוני זכויות האזרח ועורכי־דין פוליטיים). אולם הלכה למעשה, בשל ריבוי עורכי־הדין והארגונים העוסקים בנושא זכויותיהן של קבוצות אלו (במיוחד הפלשתינאים תושבי השטחים ומזרח־ירושלים) אפשר לומר כי ככלל, חברי הקבוצה נהנו

nevo.co.il

האם אפשר להסיק מסקנות נורמטיביות כלשהן מהאמור לעיל לגבי הצורך (או אולי היעדר הצורך) בחשיפה ובפרסום של מוסד קדם־הבג"ץ? ראשית, מיותר לציין כי המקרה היחיד של הפרקטיקה הקדם־בג"צית אינו יכול לשמש בסיס להסקת מסקנות כלליות בעניין זה. בכל אופן מובן, שהמסגרת המוגבלת של רשימה זו אינה המקום לנסות ולהסיק מסקנות כלליות כלשהן בהקשר זה.[83] שנית, מבחינה מעשית אין כמובן לצפות ברצינות שכותב שורות אלו ימליץ לפרקליטות המדינה בעקבות הדיון לעיל "להמשיך ולהסתיר" את קיומו של מוסד קדם־הבג"ץ מעינו של הציבור בכללו (מה גם שהמלצה מעין זו תהיה אף אבסורדית בשל העובדה שעצם פרסום הרשימה הנוכחית עשוי לתרום, ולו במידה מוגבלת, דווקא לחשיפה של הפרקטיקה ברבים ולקיומו של דיון ציבורי פתוח לגביה). אין ספק, שבשל מידת השכיחות של השימוש בקדם־בג"ץ בשנים האחרונות, בשל החשיבות של הפרקטיקה ובשל השינויים שחלו עם חקיקתו של חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998,[84] חובתה של הפרקליטות להביא לידיעת הציבור בכללו את קיומה מתעוררת במלוא עוצמתה. דומה, שגיבוש הנחיות מינהליות כלליות בנושא זה עשוי להיות צעד ראשון וראוי בכיוון זה.[85] עם זאת, ביקשתי להצביע על כך שגם בסוגיית החשיפה, כמו גם בסוגיות אחרות הכרוכות בתופעת קדם־הבג"ץ, עשוי להיווצר פער בין המסקנות הנובעות מניתוח תיאורטי *in abstract* של עקרונות משפטיים פורמליסטיים ובין ההשלכות המעשיות של פרקטיקות ודרכי פעולה, כפי שהן נבחנות בראי הניתוח האמפירי, פרי התבוננות סבלנית בדרכי הפעולה של הביורוקרטיה המשפטית שלנו. דומה, שקיומם של

מרמת נגישות גבוהה־יחסית לסוג זה של הליכים משפטיים. אין בכוונתי לטעון – על בסיס המחקר הנוכחי – כי מוסד קדם־הבג"ץ יכול היה לפתור, או אפילו לשפר באופן ניכר, את מצב זכויות האזרח בשטחים בפועל. אלא רק להצביע על כך שלמרות אופיה ה"פנימי" של הפרקטיקה, היא שימשה בעיקר דווקא את מי שלכאורה מדוחקים ממוקדי ההשפעה השלטוניים בישראל.

83. כאן המקום לציין, כי קיימים מחקרים הטוענים שדווקא עודף פורמליזציה של כללים משפטיים בתחום המשפט המינהלי והטלת חובות מוגברות של יצירת כללים פורמליים עשויים לפעול באופן המעניק יתרון לגורמים חזקים ובעלי־השפעה המסוגלים לנצל לטובתם דרישות פורמליות המוטלות על הרשות המינהלית לעיכוב רפורמות הפוגעות בזכויות־יתר הנתונות להם וכו'. ראו: Richard J. Pierce Jr., "Two Problems in Administrative Law: Political Polarity in the District of Columbia Circuit and Judicial Deterrence of Agency Rulemaking", *Duke L.J.* (1988) 300, pp. 320-321; Patricia M. Wald, "Judicial Review in Midpassage: The Uneasy Partnership Between Courts and Agencies Plays On", 32 *Tulsa L.J.* (1996) 221, pp. 225, 228.

84. ס"ח 226.

85. זאת משום שקיימת חובה – שכיום מעוגנת בחוק חרות – לפרסם ברבים את תוכנן של הנחיות מינהליות. ראו סעיף 6 לחוק חופש המידע; וכן בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501.

הפערים הללו צריך גם הוא לעמוד בפני מי שצריכים להחליט על גיבוש ההסדרים וקביעת המדיניות בסוגיות שונות הכרוכות בדרכי ההסדרה והחשיפה של מוסד קדם־הבג"ץ.

ז. סיכום

ברשימה זו תיארתי את תהליך ההתדיינות בבג"ץ מנקודת־ראות בלתי־פורמלית, ואת התפקיד הפיקוחי החשוב שפרקליטות המדינה ממלאת במסגרת זו. טענתי, כי התפקיד שהפרקליטות ממלאת בבג"ץ חורג מהתפקיד של ייצוג המדינה בפני ערכאת־שיפוט עליונה במסגרת הליכית אדברסרית האופיינית לשיטת המשפט שלנו. לפיכך הצבעתי על כך, שבמקרים רבים מעורבים בהתדיינות בבג"ץ – בין מצד אחד של המתרס בין משני צדיו – גורמים מוסדיים מתווכים (הפרקליטות וארגוני עותרים) שלהם השפעות מרחיקות־לכת על אופי ההתדיינות. התופעה של קדם־הבג"ץ היא רק מופע אחד של המציאות המתוארת שבמסגרתו נוצרת, לצד הבג"ץ עצמו, מסגרת כמו־שיפוטית לבירור מעין־תובענות (או טרוניות) של גורמים שונים כנגד רשויות המינהל בישראל. אכן, התהליך כולו נעשה "בצלו" של בג"ץ, אך למרות זאת לתהליכים הלא־פורמליים הללו דינמיקה משלהם ולא תמיד הם שיקוף מדויק של תהליך ההתדיינות עצמו. קיומו של מוסד קדם־הבג"ץ הוא דוגמא טובה לחשיבות ולהשפעה שיש לפרקטיקות פנים־מינהליות בלתי־פורמליות על התפתחות המשפט, בכלל, ועל המשפט הציבורי בישראל, בפרט. הוא מדגיש את הצורך העומד בפני חוקרי המשפט הציבורי לראות בפרקטיקות אלה חלק בלתי־נפרד מחקר המשפט בעתיד.

בד־בבד תופעת קדם־הבג"ץ מעוררת שאלות נכבדות במישור הנורמטיבי, במיוחד בשל העובדה שהפרקטיקה עד היום היתה בלתי־פורמלית לחלוטין ולכן בלתי־ידועה לציבור הרחב. אף־על־פי־כן הצבעתי על כך, שבפועל ניתוח הממצאים של המחקר הנוכחי מצביע על כך כי מי שהיטיבו לנצל את הפרקטיקה של קדם־הבג"ץ היו בראש־ובראשונה דווקא ארגונים שעסקו בזכויות אורח ובייצוג של קבוצות חלשות בחברה הישראלית. ממצאים אלו מצביעים על יתרונותיה של הפרקטיקה, למרות אופיה הבלתי־פורמלי והבלתי־מוסדר.

nevo.co.il

נבו
nevo.co.il