

לידתו והתפתחותו של "ידיד בית-משפט" ישראלי

מאת

ישראל דורון, מנאל תותרי-ג'ובראן*

א. מבוא. ב. ההיסטוריה והשלכותיה; 1. "ידיד בית-המשפט" הקלאסי; 2. הידיד המודרני; 3. בחזרה לידיד הקלאסי? ג. "ידיד בית-המשפט" הישראלי; 1. לידתו של המוסד: הלכת קוזלי; 2. הרקע ללידתו של "ידיד בית-המשפט" הישראלי. ד. "ידיד בית-המשפט" בקונטקסט הישראלי הייחודי; 1. התפתחות אלטרנטיבות ישראליות ייחודיות; 2. ההתנגדות הפנימית להלכת קוזלי. ה. הערכת מצב ומבט לעתיד; 1. הסיכוי וההזדמנות; 2. הסיכונים והחששות; 3. המלצות לעתיד: פיתוחו של "ידיד בית-משפט ישראלי". ו. סיכום.

א. מבוא

בתפיסת העולם המסורתית של המשפט המקובל, ההליך המשפטי מתואר לרוב כזירת התגוששות שבה נוכחים השופט ושני היריבים המיוצגים על-ידי עורכי-דינם. ברם, כבר בימי הביניים השכילו להבין כי מלאכת השפיטה מורכבת וזקוקה לעתים גם לעזרה של גופים חיצוניים להליך. הצורך בכלי משפטי שיכול לעזור לבית-המשפט במלאכתו הביא לאימוץ ה-*AMICUS CURIAE*, שמקורו במשפט הרומי. משמעו

* ד"ר ישראל דורון הוא מרצה בפקולטה לבריאות ורווחה ובפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. עורכת-דין מנאל תותרי-ג'ובראן היא בעלת תואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, מסלול משפט חברה ופוליטיקה. המחברים מבקשים להודות למערכת כתב העת עלי משפט ולעורך, השופט רחמים כהן, על התמיכה והסיוע; לקורא האנונימי על הערותיו המועילות; לעורכת-דין מיכל אהרוני מ"המשפט בשירות הקהילה – מרכז משאבים" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, ולכל משתתפי הסדנא בנושא "ידיד בית-המשפט" שנערכה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ביום 12.2.03, על הדעות והתגובות לעמדות המובעות במאמר זה.

המילולית של המושג, שאוב מהשפה הלטינית, היא "ידיד בית-המשפט". בהקשר המשפטי משמעותו של המושג היא אמצעי פרוצדורלי דרכו רשאי צד, שאינו אחד המתדיינים הפורמליים בהליך השיפוטי, להציג עובדות המצויות בידו או להציג את עמדתו בפני בית-המשפט כדי לעזור לו במילוי מלאכתו השיפוטית.

מוסד ידיד בית-המשפט מוכר בקונטקסט המשפטי ההשוואתי, בעיקר במסגרת המשפט האמריקני. שם המוסד זכה להכרה ארוכת שנים בגין השימוש הנרחב שנעשה בו. כלי זה פותח בידי גופים ציבוריים ופרטיים, ממשלתיים ולא ממשלתיים, כאשר הוא היווה מנוף להעלאת עמדות שונות, שלא הועלו על-ידי הצדדים, בפני בתי-המשפט. השימוש בכלי "ידיד בית-המשפט" על-ידי גופים שונים תרם לעיצוב המדיניות הפסיקתית אף מבלי שאותם גופים הפכו להיות צדדים פורמליים להליך. יתרה מזו, מזה שנים רבות גופים העוסקים בזכויות אדם ואזרח, וגופים המייצגים אינטרסים של קבוצות חלשות או מיוחדות בחברה, מנצלים באופן אסטרטגי את הכלי הנ"ל לקידום מטרות חברתיות וכלכליות למיניהן. הם רואים בו אחד מאמצעי הלובי והלחץ הפוליטיים הלגיטימיים והחשובים במסגרת מכלול אמצעי השכנוע הדמוקרטיים. אף כי בשנים האחרונות התעוררו ספקות ביחס להיקף הראוי של השימוש בכלי זה, "ידיד בית-המשפט" האמריקני הוא עדיין כלי חשוב אשר פסקי-דין רבים וחשובים רבים הוכרעו לאחר שעמדות השופטים הושפעו מהטענות שהוצגו על-ידיו.

למרות קיומו ארוך השנים של כלי זה בשיטות משפט זרות, "ידיד בית-המשפט" הופיע במשפט הישראלי רק לאחרונה. כך, בשנת 1999 ניתן פסק-דין בעניין קוזלי שבו ניתנה האפשרות לגוף שאינו צד להליך להגיש סיכומים כ"ידיד בית-המשפט"¹. בכך הוכר, לראשונה בהיסטוריה השיפוטית הישראלית, מוסד "ידיד בית-המשפט". למרות התפתחות חשובה זו, הכלי החדש לא זכה להתייחסות נרחבת מצד הגופים המקצועיים, מצד המחוקק הראשי וגם לא מצד האקדמיה, למעט מאמר יחיד בנושא שפורסם לאחרונה². אם כך, נדמה כי הנושא הבשיל במידה הדורשת דיון באופן עיצוב כלי שיפוטי חשוב זה אף מעבר לפרוזדורי בתי-המשפט או לארגוני זכויות האדם אשר החלו לאמצו. אשר-על-כן, מטרתו של מאמר זה תהא לנסות לתרום לדיון בתחום עיצוב מעמדו של "ידיד בית-המשפט", דבר שלא נעשה עד כה ועל-כן חשיבותו.

סעיפים ב ו-ג במאמר יסקרו את ההיבטים ההיסטוריים של מוסד "ידיד בית-המשפט": סעיף ב יסקור את התפתחות מוסד "ידיד בית-המשפט" באופן כללי ואילו סעיף ג יסקור את התפתחותו במשפט הישראלי. סעיף ד יוקדש לניתוח הקונטקסט

1 מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529 (להלן – עניין קוזלי). פסק-הדין ניתן ביום 16.2.99. ראו פירוט נרחב להתפתחות מוסד ידיד בית-המשפט הישראלי בסעיף ג למאמר.

2 ראו מ' אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)" המשפט 18 (2004) 30.

הישראלי הייחודי שלתוכו נולד "ידיד בית-המשפט" הישראלי. בסעיף זה תוצג הטענה שלפיה לא ניתן להמשיך ולפתח את "ידיד בית-המשפט" הישראלי בלי להביא בחשבון את ההתפתחויות החוקיות הייחודיות שהתרחשו בשנים שקדמו להלכת קוזלי. בתגובה להיבטים הקונטקסטואליים של הסעיף הקודם, סעיף ה, הסעיף האחרון, ינסה להציג תמונה מאוזנת יותר של מכלול הסיכויים והחששות הכרוכים באימוץ מוסד "ידיד בית-המשפט" במשפט הישראלי, ויציע כיווני התפתחות רצויים לעתיד, אשר יתאימו את המוסד האמריקני למשפט הישראלי.

ב. ההיסטוריה והשלכותיה

ל"ידיד בית-המשפט" היסטוריה ארוכת שנים. כפי שיפורט בסעיף זה להלן, שורשיו עמוקים ולאורך השנים הוא התפתח ושינה את פניו. חשיבות ההכרה בטרנספורמציה ההיסטורית נעוצה בכך שהיא מאפשרת את הבנת מורכבות המושג, את ריבוי המשמעויות שלו בהקשר המודרני ואת יכולתו להתאים עצמו לנסיבות משתנות. היא גם זו היוצרת את המודעות לצורך בנקיטת אמצעי זהירות ובחינה מדוקדקת לפני שבוחרים לאמץ את השימוש בו במשפט הישראלי.

1. "ידיד בית-המשפט" הקלאסי³

באופן היסטורי הוגדר ה-AMICUS CURIAE כך:

"A friend of the court. A term applied to a bystander, who without having an interest in the cause, of his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact for the information of the presiding judge"⁴.

במילים אחרות, שמו של המוסד במובנו המילולי שיקף את המציאות ההיסטורית שבמסגרתה צמח, והרציונל אשר הצדיק את קיומו: צופה ניטרלי ותם-לב הנחלץ לסיוע בית-המשפט לשם עשיית צדק. דמותו וזהותו של מתערב חיצוני זה לבשה ופשטה צורות שונות לאורך השנים. כך לדוגמה, במשפט הרומי היה לאמיקוס מעמד חשוב ומוכר: האמיקוס היה בדרך כלל עורך-דין שמונה על-ידי השופט לסייע בידו לשם

3 סעיף זה מבוסס ברובו על המאמר: S. Krislov "The Amicus Curia Brief: From Friendship to Advocacy" 72 *Yale L.J.* (1963) 694. ראו גם אהרוני, שם, עמ' 32, וכן בש"א ("ח") 5926/05 לשכת עורכי הדין בישראל נ' סייאג (טרם פורסם) (להלן – פרשת סייאג).

4 Krislov, שם, עמ' 694.

גיבוש חוות-דעת לא מחייבת לגבי המצב המשפטי והחוקי החל על המקרה. מעין "מומחה משפטי ניטרלי" מטעם בית-המשפט שאמור לסייע בידו לבצע את מלאכתו השיפוטית⁵.

במשפט המקובל האנגלי של ימי הביניים, האמיקוס קיבל ממד שונה במקצת מזה שהיה קיים במשפט הרומי. ההליך השיפוטי האופייני במאה ה-14, שהתקיים בכיכר העיר לעיני הציבור המקומי, היה פתוח הרבה יותר להתערבות הקהל. כך, אם למי מהצופים היה מידע עובדתי או משפטי, שנסתר מעיניו של בית-המשפט, היה אותו צופה יכול "לקפוץ לזירה" ולבקש לשתף את בית-המשפט בידע שלו בנושא. סיפור מוכר בהקשר זה הוא אודות חבר פרלמנט שצפה בהליך שיפוטי, שבמהלכו נטענה טענה בדבר פרשנותו של חוק מסוים. באותו מקרה, כך ממשיך הסיפור, יצא חבר הפרלמנט מהקהל, ביקש להתייצב כ"ידידו" של בית-המשפט ולהציג בפניו את כוונתו המקורית של הפרלמנט בעת שהעביר את החוק, והדבר ניתן לו. "ידיד בית-המשפט" בהקשר קלאסי זה לא היה חייב להיות עורך-דין או בעל השכלה משפטית דווקא, אלא יכול היה להיות כל אדם שיש ביכולתו לתרום לקידום ההליך השיפוטי. בנוסף, המעמד של אותו "ידיד" היה תלוי לחלוטין בחסדיו של בית-המשפט הן במקרה ולא היה לצופה, ככזה, "זכות" לשמש כידידו של בית-המשפט. דהיינו, המסגרת כולה הייתה נתונה באופן מוחלט לשיקול-דעתו של בית-המשפט⁶. הדמות הימני-בינימית של "ידיד בית-המשפט" האנגלי הייתה אם כך פשוטה ואפילו רומנטית: היא איפשרה לבית-המשפט, על-פי שיקול-דעתו הכמעט אבסולוטי, לאפשר לאדם זר וניטרלי להליך, המבקש לסייע בתום-לב לבית-המשפט באמצעות מידע עובדתי או משפטי, להשמיע את דברו.

2. הידיד המודרני

עם חלוף השנים והתפתחות המשפט המקובל, התחוללו שינויים בפונקציה המשפטית והחברתית אותה מילא מוסד "ידיד בית-המשפט". התפיסה המסורתית של המשפט המקובל, שראתה בהליך האדברסרי כמעין "דואל" – קרב בין שניים – יצרה קשיים כאשר הדבר נגע למתן אפשרות לצרף צדדים שלישיים, ולמעשה לא איפשרה כמעט צירוף צדדים שכאלה⁷. על רקע מציאות משפטית נוקשה זו, נוצלה הגמישות של כלי האמיקוס לשם מתן פתרון חלקי למקרים שבהם היה צורך להביא לידיעת בית-המשפט את דבר קיומן של תביעות סותרות או אפשרות פגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים חיצוניים להליך. במילים אחרות, גמישותו של מוסד "ידיד בית-המשפט", ושיקול-הדעת הרחב הנתון לבית-המשפט באופן השימוש בו, הפכו אותו לכלי יעיל על-

5 שם, עמ' 696.

6 שם, עמ' 695.

7 מאחר והם נתפסו כמי שמפריעים להליך המשפטי כפי שהיה ידוע ומקובל; שם, עמ' 695.

מנת להתגבר על מכשולים פרוצדורליים פורמליים, לפחות ככל שהדבר נוגע לאפשרות צירופם של צדדים שלישיים להליך המשפטי. ברם שימוש "חדשני" זה בכלי האמיקוס שינה את אופיו, וה"ידיד" במצב זה הפך להיות מ"צד ניטרלי" ל"בעל עניין" בהליך השיפוטי, אשר רק בשל קשיים פרוצדורליים נמנע ממנו בדרך אחרת להביא את זכותו וטענותיו בפני בית-המשפט כצד פורמלי⁸.

התפתחות שונה ומיוחדת במוסד "ידיד בית-המשפט" התרחשה במשפט האמריקני. המבנה הפדרלי של ארצות-הברית גרם לבעיות משפטיות ייחודיות שלא זכו להתמודדות עד לאותה העת במשפט המקובל. בתביעות פדרליות, דהיינו במסגרת יחסים בין המדינות השונות או בין יחיד לבין ארצות-הברית (כגוף), ההליך המשפטי נחשף בפני מכלול של אינטרסים אשר חרגו בצורה ניכרת מהממד הצר של היריבים הישירים בהליך גופו. עם זאת גם המשפט האמריקני היה נוקשה במדיניות צירוף צדדים שלישיים להליך השיפוטי, והכביד על היכולת של אותם צדדים להצטרף באופן עצמאי כצדדים לתביעות בכלל, ולתביעות בבתי-המשפט הפדרליים בפרט. כך הדגיש בית-המשפט האמריקני עוד בשנת 1806 שאין זכות לצד המעוניין בהליך ושאינו בעל-דין ישיר להופיע בפני בתי-דין פדרליים ולהצטרף כצד פורמלי⁹. המדיניות השיפוטית שצמצמה את האפשרות לצרף צדדים שלישיים להליך השיפוטי חייבה בצדה מתן אפשרות לאותם אינטרסים שקולם לא נשמע, לבוא לידי ביטוי בצורה אחרת בפני בית-המשפט. התשובה נמצאה בגמישות הפרוצדורלית של כלי "ידיד בית-המשפט" ולאורך המאה ה-19 התחולל באופן מדורג שינוי מהותי במשפט האמריקני בכל הנוגע לאופן השימוש בו. תחילה בא השינוי לידי ביטוי בכך שבתי-המשפט האמריקניים איפשרו לתובעים הכלליים של המדינות להציג את עמדתם בפני בית-המשפט במעמד של "ידיד בית-המשפט". בהמשך למגמה זו, ושוב באופן הדרגתי ועל בסיס קזואיסטי, החלו בתי-משפט אמריקניים להעניק מעמד של "ידיד בית-המשפט" גם לצדדים פרטיים. הדבר התרחש במסגרת תביעות כדוגמת תביעות פטנטים שנגעו למשתמשים או מוכרים רבים; תביעות "חפצא" לעניין בעלות או זכויות במקרקעין; תביעות בנוגע לזכויות של אינדיאנים או תביעות בענייני מיסים¹⁰. אלו היו הסוגים האופייניים של תביעות שבהם בתי-המשפט נטו להעניק לצדדים פרטיים מעמד של אמיקוס בכדי שעמדתם תישמע, על אף שלא היו צד פורמלי להליך.

בחלוף הזמן בית-המשפט האמריקני הכיר בכך שהשיקולים המנחים בהקשר של תביעות חפצא אינם מיוחדים רק לתביעות מסוג זה. גם בתביעות שאינן קנייניות "משקיפים מן הצד" עלולים להיות מושפעים מההליך המשפטי וראוי לעתים לאפשר את שמיעת קולם על-ידי הגשת דוח במעמד של ידיד בית-המשפט. המגמה הכללית

8 שם, עמ' 697.

9 *Strawbridge v. Curtis* 7 U.S. (3 Cranch) 267 (1806).

10 בית-המשפט הבחין בחשיבות תביעות אלה מאחר והם התייחסו לזכויות קנייניות, שהם תקפות כלפי כולי עלמא ולכן חשובה השתתפותם של כל המעורבים בנושא.

שתוארה לעיל, שהתאפיינה בהגמשה הדרגתית ומתמשכת של הרחבת הנכונות לאפשר ל"ידידים" נוספים להשמיע את עמדתם, הביאה לכך שבמאה העשרים ידיד בית-המשפט קיבל משמעות חדשה שלא נודעה בעבר. בשנות ה-30 של המאה העשרים הסתמן לראשונה, שימוש הולך וגובר של כלי האמיקוס על-ידי ארגונים לא ממשלתיים שונים לשם קידום האינטרסים של הציבור שאותו הם מתיימרים לייצג. כבר באותה עת ניתן היה לזהות כי ידיד בית-המשפט חדל מלהיות "צד ניטרלי שבא לסייע לבית-המשפט ללא עניין פרטי משלו", והפך להיות צד אקטיבי במאבק המשפטי. ואכן, המלומדים שחקרו את התפתחות הכלי המשפטי הנ"ל, הגדירו את הטרנספורמציה ההיסטורית שהתחוללה באותה עת כמעבר מ"ידידות" ל"סינגור"¹¹, "From Friendship to Advocacy או בנוסח אחר: "From Neutrality to Partisanship"¹².

הטרנספורמציה שהתחוללה באופי של מוסד "ידיד בית-המשפט" הביאה לצורך בהסדרתו הפורמלית. כך, בשנת 1937 עוגן לראשונה מוסד "ידיד בית-המשפט" בחקיקה האמריקנית¹³. ההסדר הסטוטורי קבע כי על-מנת להגיש סיכומים מטעם האמיקוס יש צורך בקבלת הסכמת הצדדים הפורמליים להליך וכן את אישור בית-המשפט. בשנת 1949, תוקן ההסדר החוקי כך שהותר לאמיקוס להגיש סיכומים באישור בית-המשפט אף ללא הסכמת הצדדים, אך הוספה הדרישה כי הבקשה להגיש סיכומים מטעם האמיקוס תוגש בפרק זמן סביר לפני מתן ההחלטה בתיק¹⁴. כמו כן, נדרש שהבקשה להגשת הסיכומים תהא נפרדת מהסיכומים עצמם¹⁵. בשנת 1954 שוב שונו במקצת הכללים, והפעם הוספה דרישה שלפיה הבקשה להגשת הסיכומים תהא מוגבלת ל-5 עמודים בלבד. בנוסף, נקבע שאם האמיקוס יבקש לטעון בעל-פה, יקוזז זמן הטיעון שלו מהזמן המוענק לצד שהסכים להגשת הסיכומים.

למרות ההסדרים הפורמליים שתוארו לעיל, שצמצמו או הגבילו במקצת את יכולת השימוש במוסד "ידיד בית-המשפט", הגישה הכללית בארצות-הברית כלפי מוסד זה בשנות ה-60 חזרה להיות ליברלית. מחקרים מאוחרים גילו עלייה במידת הנכונות של

11 היום יש כאלה שמתייחסים לאמיקוס בצורתו החדשה כאל "הידיד המודרני" Regan W. Simpson *The Amicus Brief: How to Write it and Use it Effectively* (Tort and Insurance Practice, 1998).

12 Krislov (לעיל, הערה 3), עמ' 704.

13 ראו Ct. rules 27:9(b), 338 U.S. 959 (1937).

14 הסדר זה ביטא את הבעייתיות שנגעה לזמן הגשת הדוח על-ידי האמיקוס, לרוב הגשת הדוח באיחור גרמה לעיכוב מיותר בהליכים.

15 נראה שהרציונל כאן ברור: טרם הגשת הבקשה לשופט היושב בדין אין הוא יכול לעיין בסיכומים שכן הוא יכול להיות מושפע בהחלטתו אם לקבל את הבקשה אם לאו. ראוי לציין כי סעיף זה בוטל וכיום ניתן להגיש את הבקשה יחד עם הסיכומים.

בתי-המשפט להתיר הגשת נייר עמדה מטעמם של "ידידים" של בית-המשפט¹⁶. מגמה זו הגיעה לשיאה בשנות הפריחה של תנועת זכויות האזרח בארצות-הברית, בשעה שארגוני זכויות אזרח שונים ומגוונים, כדוגמת ה-ACLU, או ה-Jewish Congress, אימצו מדיניות אגרסיבית של הגשת דוחות אמיקוס לכמעט כל הליך משפטי שבצורה זו או אחרת עירב אינטרסים של אותם אירגונים¹⁷. מחקרים אחדים שנעשו בנדון הצליחו להראות כיצד שימוש נכון ומושכל בכלי של "ידיד בית-המשפט" אפשר לארגונים שביקשו לשנות מצב חברתי של קבוצות מוחלשות להצליח ולהשפיע על בתי-המשפט בפסיקתם¹⁸.

חשוב להדגיש כי ההתפתחות ההיסטורית של "ידיד בית-המשפט", שתוארה לעיל הייתה חלק מתהליך מורכב, שלא ניתן להפרידו מההתפתחות הכללית במשפט ובחברה האמריקנית¹⁹. התפתחות זו יצרה מציאות חדשה במסגרתה מראשית המאה העשרים ועד עצם היום הזה נעשה שימוש הולך וגובר בכלי האמיקוס על-ידי גופים וארגונים המייצגים אינטרסים חברתיים, כלכליים ופוליטיים²⁰. בשלב התפתחותי זה, ידיד בית-המשפט הפך להיות "מושג על" שהכיל למעשה שלושה סוגים נפרדים ושונים של "ידידים"²¹:

1. האמיקוס הקלאסי – שאין לו אינטרס ישיר בהליך המשפטי והדומה במהותו לאמיקוס במובנו ההיסטורי והמקורי.

- 16 הערה 69 במאמרם של J.D. Kearney, T.W. Merrill "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court" 148 *U. Pa. L. Rev.* (2000) 743.
- 17 גם ארגוני זכויות אדם אחרים עשו שימוש רב בכלי זה. ראו הרחבה בנדון Krislov (לעיל, הערה 3), עמ' 710.
- 18 ראו Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16), הערות 77-79. יש לציין כי לפחות חלק מהמחקרים האמפיריים אודות מידת ההשפעה בפועל שיש לניירות העמדה מטעם ידידי בית-המשפט על ההכרעה הסופית בסכסוך הצביעו על כך שבסופו של דבר תמיכה של "ידידים" בצד מסוים לא הביאה לעלייה בשיעור ההצלחה של אותו צד בהכרעה הסופית. סוגיה זו שנויה במחלוקת ובנדון ישנם ממצאים מחקרניים סותרים ושונים. המחקר האחרון והמסכם גם את ממצאי המחקרים הקודמים שנערך בנדון, הוא המחקר של Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16).
- 19 יש שניחתו את הטרנספורמציה הנ"ל כחלק מהתפתחות סוציולוגית כוללת ורחבה יותר: המעבר מחברה המבוססת על יחסים אישיים, Face to face, לחברה המבוססת על בירוקרטיה לא פרסונלית; ההתפתחות והיצירה של ארגונים ציבוריים לא ממשלתיים המייצגים אינטרסים כלליים וכלכליים של קבוצות מגוונות בחברה; המעבר מחברה חקלאית אינדיווידואליסטית לחברה מתועשת, אורבנית, בעלת ממדים קולקטיביים; הליך הפוליטיזציה של בתי-המשפט ומעורבות היתר שלהם בהכרעות חברתיות ופוליטיות ועוד. ראו בהרחבה Krislov (לעיל, הערה 3), עמ' 704-705.
- 20 שם, עמ' 708.
- 21 Simpson (לעיל, הערה 11), עמ' 4.

2. האמיקוס המודרני "התומך" – שיש לו אינטרס אישי או ישיר בהליך ואשר תומך לצורך כך באחד הצדדים.
3. האמיקוס המודרני "הפוליטי" – המופיע בצורת קבוצות אינטרס, שמטרתן היא קידום האינטרס הפוליטי/חברתי שלהן ללא קשר הכרחי למי מהצדדים הספציפיים.

3. בחזרה לידיד הקלאסי?

ההתפתחות המודרנית במעמדו ובתפקידו של האמיקוס וריבוי ה"זהויות" האפשריות שלו הביאה להצפת בתי-המשפט בארצות-הברית בבקשות להצטרף כידיד בית-המשפט. האינפלציה בשימוש בכלי זה יצרה מציאות שלפיה בסוף המאה העשרים, בכ-85% מהתיקים שנטענו בפני בית-המשפט העליון הפדרלי, הוגשה לפחות חוות-דעת אחת מטעם "ידיד בית-המשפט"²². באופן טבעי מציאות זו גרמה לראקציה ולעלייה בביקורת הציבורית והשיפוטית ביחס לגבולות הלגיטימיים של מוסד "ידיד בית-המשפט" ולהיקף השימוש בו. לא רק הכמויות וההיקפים של הפניות גברו, אלא גם האופי והתוכן של הפניות לבשו יותר ויותר צורה של התדיינות פוליטית או ניסיון להפעיל לחצים פוליטיים על בתי-המשפט²³.

מבקרי ההתפתחות המודרנית טענו כי ההתרחקות מההגדרה המסורתית של האמיקוס חוטאת למטרה אותה הוא נועד לשרת, קרי לעזור לבית-המשפט במלאכתו השיפוטית. יתרה מכך, לטענת המבקרים ההתפתחות המודרנית הפכה את ההליך המשפטי לזירה פוליטית של קידום אינטרסים של קבוצות שונות בחברה, הגוררת תופעות לוואי שליליות בכל הנוגע למעמדו ולתפקידו של בית-המשפט. ביקורת זו הביאה לכך שבשנות ה-90 ניתן למצוא במשפט האמריקני ביטוי לעמדות הקוראות לצמצום ולהגבלת מוסד האמיקוס. כך למשל, בשנת 1997 שוב תוקנו הכללים הפדרליים תוך הטלת הגבלות נוספות על מידת הגמישות והיכולת להצטרף במעמד שכזה²⁴. במסגרת התיקון הוטלה חובה על "ידיד בית-המשפט" לחשוף את היחסים בינו לבין

22 לניתוח סטטיסטי של היקף השימוש בכלי ידיד בית-המשפט בפני בית-המשפט העליון האמריקני, ולנתונים המצביעים על הגידול הדרמטי בשיעור השימוש בו ראו אצל Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16), עמ' 751-752. הגידול הוא לא רק בשיעור התיקים שבהם מוגשים דוחות אמיקוס, אלא גם בכמות דוחות האמיקוס השונים המוגשים פר תיק. כך לדוגמה, אין זה נדיר למצוא תיקים עקרוניים בפני בית-המשפט העליון האמריקני, שבהם הוגשו עשרות דוחות אמיקוס מטעם מאות ארגונים, גופים, אזרחים ובעלי עניין אחרים, מכוח היותם "ידידי בית-המשפט".

23 יש שתיארו את האמיקוס המודרני כמעין "לוביסט" או "שתדלן" של בית-המשפט, בדומה ללוביסטים או שתדלנים במסגרת הפרלמנטרית; ראו אצל: A. Whol "Friends with Agendas-Amicus Curiae Breifs May Be More Popular Than Persuasive" 82 *A.B.A. Journal* (1996) 46

24 Federal Rule. App. P. 29 שתוקן ב-1.12.96, ואשר נכנס לתוקף ב-1.12.98.

הצדדים להליך וכן לחשוף את זהות הגופים שהשתתפו במימון הכנת נייר העמדה מטעמו²⁵. התפתחות חשובה נוספת התרחשה באותה שנה במסגרת פסק-דין שניתן על-ידי השופט Posner. באותו עניין דחה כבוד השופט Posner את בקשת ה- "Chicago Board of Trade" להגיש סיכומים בכתב באורך של 17 עמודים במעמד של אמיקוס. בהחלטתו קבע השופט כי האמיקוס נכשל מלהציג עמדות השונות מאלה שהיו ידועות לבית-המשפט ולכן דחה את הבקשה²⁶. נימוק זה היה בבחינת ביטוי נוסף לעמדה הביקורתית שקראה לחזור לפרשנות הקלאסית של ידיד בית-המשפט. במילים אחרות, רק אם ל"ידיד" מידע עובדתי או משפטי חדש, שאינו ידוע לבית-המשפט, מן הראוי להתיר לו להציג את עמדתו. פסק-הדין הנ"ל זכה להד ציבורי נרחב, כאשר הדעות נחלקו בין אלה שסברו כי המגמה היא חיובית ורצויה²⁷, ובין אלה שסברו כי מדובר בצעד לאחור הפוגע בהישגים ובמעמד של "ידיד בית-המשפט" במובנו המודרני²⁸.

25 נכון להיום המצב הוא כי בבית-המשפט העליון האמריקני ובבתי-המשפט לערעורים הפדרליים ניתן להצטרף כ"ידיד בית-המשפט" רק לצורך הצגת מידע רלוונטי שאינו מצוי בפני בית-המשפט; מי שאינו גוף ממשלתי מוסמך אינו רשאי להצטרף כ"ידיד בית-המשפט" ללא הסכמת הצדדים או ללא אישור בית-המשפט; ה"ידיד" אינו רשאי לטעון בעל-פה או להגיש סיכומי תשובה ללא אישור בית-המשפט; הגשת המסמכים והבקשה להצטרפות מוגבלת בזמנים ובהיקפים, וישנן דרישות פרוצדורליות שונות שאותן יש למלא לצורך הגשת הבקשה. לפירוט מכלול ההוראות הפדרליות בנדון ראו כללי בית-המשפט העליון הפדרלי ב- *The Rule of United State Supreme Court, Rule 37. Brief of an Amicus Curiae* that brings to the attention of the court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of consideration help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the court, and its filing is not favored *United States Court of Appeals, Rule 29. Brief of an Amicus Curiae*.

26 *Ryan v. Commodity Futures Trading Commission*, 125 F. 3d 1062 (7th cir. 1997) כדברי כבוד השופט פוזנר: "The brief failed to inform us of a material consideration of which we might otherwise be unaware"

27 M.J. Harris "Amicus Curiae: Friend or Foe? The limits of Friendship in American Jurisprudence" 5 *Suffolk J. of Trail & Appellate Advoc.* (2000) 1 מדבר על האמיקוס הפרטי והציבורי, כאשר בגישתו הכללית הוא דוגל בהגבלה ככל האפשר על האמיקוס הפרטי (דהיינו הארגונים הלא ממשלתיים), מאחר שהם עושים שימוש רעה בכלי הנ"ל. לכן הוא בירך את החלטת השופט פוזנר המגבילה את המעמד של הארגונים כידידי בית-המשפט.

28 L.T. Munford "When Does The Curiae Need An Amicus?" 1 *Journal of Appellate Practice and process* (1999) 279 להרחבה בנדון ראו מאמרו של "Amicus?" יצוין כי גם מנפורד סבור שהחלטת השופט פוזנר הייתה נכונה בנסיבות הקונקרטיות. ברם מנפורד מבקר את המבחן העקרוני שפוזנר העמיד לשם דחיית הבקשה של האמיקוס, מבחן שבאופן ניסוחו

מהסקירה האמורה ניתן לראות כי האמיקוס האמריקני של היום הוא תוצר ייחודי של תהליך היסטורי ממושך ומורכב, הנמצא כיום במצב של התגוננות. הסבר מלא ומקיף של מגמת ההצרה והביקורת על מעמדו של האמיקוס המודרני במשפט האמריקני חורג ממסגרת מאמר זה. עם זאת בראייה היסטורית אחד ההסברים האפשריים הוא לנתח את התופעה כמעין תנועת מטוטלת, אשר בעקבות שיא בהגמשה ובליברליות של הענקת אפשרות להשתמש באמצעי האמיקוס, נעשה כיום ניסיון להחזיר את המגמה לאחור על-ידי הגבלת אפשרות השימוש בו. הסבר נוסף של מגמה זו נעוץ בעלייה במודעות להיבטים השלייליים הפוטנציאליים של כלי ידיד בית-המשפט "המודרני". הביקורת מתמקדת כיום בשימוש ההולך וגובר בכלי זה כמניפולציה פוליטית, ביתרון שיש לקבוצות אינטרס חזקות ומגובשות בשימוש בכלי הזה או בשימוש לרעה בשיטות מחקר אמפיריות נטולות בסיס או מעורערות מבחינה מדעית²⁹. המתח הקיים כיום בתחום זה במשפט האמריקני ימשיך ככל הנראה להתקיים גם בעתיד הנראה לעין, לכל הפחות עד שתמצא נקודת איזון חדשה בתחום זה.

על רקע התיאור ההיסטורי דלעיל ועל הרקע שיתואר להלן עולה כי "ידיד בית-המשפט" במובנו המודרני, כפי שהתפתח בארצות-הברית, נולד בקונטקסט משפטי-היסטורי שונה לחלוטין מהקונטקסט הישראלי העכשווי. יתרה מכך, ברור שאין מקום לאמץ כיום במשפט הישראלי את המוסד האמור מתוך רצון לשחזר את הצלחותיו משנות ה-50 וה-60 בקונטקסט האמריקני, ובהתעלם מהניסיון האמריקני ומהשינויים שהתחוללו בשנות ה-90 במוסד זה. היכולת של המשפט הישראלי ללמוד מהניסיון האמריקני, מחייבת אותו לבחור קווים מנחים אשר יאפשרו למשפט הישראלי להימנע מ"סינדרום המטוטלת" או מתופעות שליליות העלולות להתרחש במקרה של שימוש לא מושכל ב"ידיד בית-המשפט".

ג. "ידיד בית-המשפט" הישראלי

ידיד בית-המשפט הישראלי התפתח באופן שונה בתכלית מזה שהתפתח במשפט האמריקני ובמשפט המקובל. למרות קיומו במערכות המשפט השונות מזה שנים, "ידיד בית-המשפט" במובנו הקלאסי לא הוכר במשפט הישראלי ככזה אלא עד סוף שנות

עלול להותיר הרבה "ידידים" מחוץ להליך המשפטי ללא סיבה מוצדקת ולפיכך הינו רחב מדי ולא רצוי.

29 ראו לדוגמה את מאמרם של: M. Rustad, T. Koenig "The Supreme Court and Junk : Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs" 72 *N.C. L. Rev.* (1993) 91.

ה-3090. ההכרה הראשונה במוסד זה נעשתה במשפט הישראלי במסגרת פסק-הדין שניתן בבקשה למשפט חוזר בפרשת דני כץ (הלכת קוזלי). בסעיף זה נסקור את פסק-הדין ואת הרקע להתפתחות המשפטית שהביאה ללידתו³¹.

1. לידתו של המוסד: הלכת קוזלי

פרשת דני כץ הסעירה בזמנו את המדינה ולמעשה מעולם לא ירדה מסדר היום הציבורי והמשפטי בישראל. סיפור הרקע האנושי נסב סביב התרחשות טרגית: הנער דני כץ ז"ל, בן 14 לערך, נעלם מביתו בחיפה ביום 8.12.1983. כעבור שלושה ימים נמצאה גופתו העירומה במערה ליד מושב יעד, כאשר הראיות הצביעו על כך שהנער נרצח בנסיבות חמורות. בעקבות המעשה הועמדו לדין חמישה חשודים שנמצאו אשמים על סמך הודאותיהם בפני המשטרה ותימוכין נוספים³². על ההרשעה הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, אשר נדחה פה אחד³³.

בעקבות פניית בא-כוח הנאשמים לשר המשפטים, אשר כללה טענות רבות בדבר האופן שבו הושגו הודאות הנאשמים וטיב ההגנה המשפטית שלה זכו, נבחן הנושא על-ידי ועדה בראשות עורכת-דין יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. דוח הוועדה קבע במסקנותיו כי אכן קיימות כמה תמיהות וקושיות בתיק היכולות לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר. בין יתר הסוגיות שעלו בהקשר זה נכללה סוגיית הכשל המקצועי במערך ההגנה המשפטית שהוענק (או לא הוענק) לנאשמים בערכאה הראשונה. בתמצית, הטענה הייתה כי הייצוג המשפטי בערכאה הראשונה³⁴ היה לקוי במידה כזו שהיה בו כדי להשפיע בשאלת החפות. בעקבות מסקנות הוועדה הנ"ל הוגשה בקשה למשפט חוזר³⁵. בהתאם לתקנות בתי-המשפט (סדרי הדין במשפט חוזר), תשי"ז-1957, הצדדים בבקשה למשפט חוזר היו הנאשמים מזה, ומדינת ישראל מזה.

30 למען הצדק ההיסטורי ראוי לציין כי אזכורים של המוסד היו קיימים בפסיקה גם בעבר, ברם מעולם לא חרגו מרמת האיזכור הפורמלי בלבד. לדוגמה ראו ע"א 173/83 בן ציון נ' גורני, פ"ד לט(3) 757 (המזכיר את המוסד ביחס למעמדו של נאמן בהליכי פשיטת רגל); רע"א 116/91 שכטר נ' גרינשפון, דינים עליון נד 430 (בפרשה זו נדונה שאלת חלוקת עיזבון שעליו הוטלו עיקולים ושיעבודים שונים. בפסקה 3 לפסק-הדין כתב כבוד השופט לוי: "בקשתי את תגובת הכונס הרשמי ומר קליבץ, התייצב לפני וטען, בייעולות ביסודיות כדרכו, כ-amicus curiae של בית המשפט, בבקשה בלתי מוגנת זו"). כאמור, רמת ההתייחסות הייתה בצורה של "אזכור" בלבד, ללא דיון אמיתי במהות המוסד, וגם ללא שימוש במובנו המודרני כפי שתואר בפרק ההתפתחות ההיסטורית.

31 עניין קוזלי (לעיל, הערה 1). ראו גם תת פרק ג במאמרה של אהרוני (לעיל, הערה 2).

32 ת"פ (חי') 349/84 מדינת ישראל נ' קוזלי (לא פורסם) (להלן – פרשת דני כץ).

33 ע"פ 915/85 קוזלי נ' מדינת ישראל, תק-על 91(2) 1825.

34 בשעה שכל נאשם יוצג על-ידי עורך-דין נפרד שמונה על-ידי בית-המשפט.

35 עניין קוזלי (לעיל, הערה 1).

במסגרת זו, היועץ המשפטי לממשלה הגיש את עמדתו באשר לבקשה לקיים משפט חוזר, עמדה שהשתנתה עם חילופי הגברי בתפקיד הנדון³⁶. במצב דברים זה פנתה לבית המשפט הסניגוריה הציבורית, הפועלת מכוח חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995³⁷, והגישה בקשה להצטרף להליך כ"ידיד בית המשפט". הסניגוריה הציבורית טענה כי מכוח מומחיותה והתפקידים שהוקנו לה בחוק הסניגוריה הציבורית, ולנוכח השאלות העקרוניות שהתעוררו בתיק ביחס לטיב הייצוג המשפטי ואיכותו, ראוי לאפשר לה להצטרף להליך ולהביע את עמדתה בסוגיות אלה. מבקשי המשפט החוזר, הסכימו לבקשת ההצטרפות של הסניגוריה הציבורית, ואילו המדינה, באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, התנגדה. הטעם העיקרי להתנגדות היועץ המשפטי היה כי הכרה בסניגוריה הציבורית בהליך הפלילי, יביא לפגיעה במעמדו כגוף המייצג באופן מלא ובלעדיו את העניין הציבורי. מעבר לכך, ברמת הסמכות, המדינה טענה כי אין לסניגוריה הציבורית סמכות להופיע בהליך כאשר אין היא מייצגת בו נאשם ספציפי. לבסוף, ברמת שיקול-הדעת, טענה המדינה כי היענות לבקשה תביא להפרת האיזון היסודי שבשיטת המשפט הישראלי ותפתח פתח להצטרפותם של גופים רבים אחרים אשר יצביעו על עניין לכאורה בהליך³⁸. נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, נענה לבקשת הסניגוריה הציבורית והתיר לה להגיש את עמדתה בנושא.

36 מלכתחילה הגיש מר מיכאל בן יאיר, היועץ המשפטי לממשלה דאז, את הסכמתו לבקשה למשפט חוזר. בין היתר, ציין מר בן יאיר כי פרקליטות המדינה מצדה הייתה סבורה כי יש להתנגד לקיום משפט חוזר. הפרקליטות מצדה אף היא ביקשה מבית המשפט לאפשר לה להביא בפניו את הטעמים העומדים ביסוד עמדתה. הנשיא ברק דחה את בקשת הפרקליטות בשל היעדר מעמד בדין לפרקליטות במסגרת הליך של בקשה למשפט חוזר. בה בשעה ציין הנשיא כי אין כל מניעה לצרף את עמדת הפרקליטות במסגרת הצגת עמדת היועץ המשפטי לממשלה. לאור העובדה שהנשיא ביקש לקבל הבהרות על עמדת היועץ המשפטי לממשלה אשר ניתנה על-ידי מר בן יאיר, הוגשה עמדה מחודשת, הפעם על-ידי היועץ המשפטי לממשלה החדש, מר אליקים רובינשטיין, אשר אף שחזר על ההתנגדות להיענות לבקשה, השתמש הפעם בכמה בכדי להרחיב את היריעה ביחס לעמדת פרקליטות המדינה בנדון.

37 להלן – חוק הסניגוריה הציבורית.

38 "המשיבה [המדינה], מאידך, התנגדה להצטרפותה של הסניגוריה הציבורית להליך שבפניו. התנגדות זו הוסברה, בין היתר, בהיעדר סמכותה של הסניגוריה הציבורית להופיע בהליך כאשר אין היא מייצגת בו נאשם ספציפי. עוד נטען בפניי, כי מתן מעמד לסניגוריה הציבורית יפתח הפתח בפני הצטרפותם של גורמים אחרים שיצביעו על עניין לכאורה בהליך, כל זאת תוך הפרת האיזונים היסודיים שביסוד שיטת המשפט בכלל, והמשפט הפלילי בפרט. בייחוד הדגישה המשיבה את הכפילות ואת ייתור הצורך בהופעת הסניגוריה הציבורית בהליך של משפט חוזר. כך, נוכח מעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה בהליך זה, כשהוא מייצגו המובהק של אינטרס הציבור. על-כן, חוות-דעת מעין אלו של הסניגוריה – צריך שתהיינה מוגשות אך באמצעות היועץ המשפטי לממשלה ועל דעתו" עניין קוזלי (לעיל, הערה 1), עמ' 553.

נימוקי הנשיא התבססו על שלושה רבדים. ברובד הראשון הציג הנשיא את מוסד "ידיד בית-המשפט" וסקר את הרקע ההיסטורי שלו, תוך שהוא מציין את העובדה שהמוסד אינו מוכר בחוק החרות הישראלי, וכן את העובדה כי ישנן מסגרות סטטוטוריות אחרות הממלאות פונקציה חברתית דומה³⁹. ברובד השני דן הנשיא בשאלה אם לאור המצב החוקי בית-המשפט מוסמך להיענות לבקשה. הנשיא ברק השיב על כך בחיוב. את הבסיס לקיומה של הסמכות לאפשר צירופו של זר בדמותו של "ידיד בית-המשפט" למד הנשיא ברק משני מקורות: מהסמכות לצרף צדדים להליך ביוזמת בית-המשפט כאמור בתקנות סדר הדין האזרחי, ומהרחבת זכות העמידה ויצירת מעמד של "עותר ציבורי" בפני בג"ץ⁴⁰. ברובד האחרון, דן הנשיא בשאלת אופן הפעלת שיקול-הדעת, לאמור, מתי ובאילו מקרים ייעתר בית-המשפט לבקשתו של "ידיד בית-המשפט" להציג את עמדתו. תשובתו של הנשיא ברק לסוגיה זו היא שכל מקרה יבחן לגופו, על-פי מכלול הנסיבות המיוחדות של אותו מקרה. עם זאת הנשיא ברק ממשיך ומפרט רשימה פתוחה ולא ממצה של שיקולים שיש להביאם בחשבון בעת הפעלת שיקול-הדעת, ובהם⁴¹:

א. התרומה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת – בהקשר הנדון מצטט הנשיא מפסקי-דין מתחום זכות העמידה, שבהם נאמר כי יש מקום לאפשר זכות עמידה לעותר ציבורי במקום ש"מתוך בקשתו נראה כי הוא מוסיף לעמדת הצד אליו הוא מבקש להצטרף"⁴² או במקום שבו "בהצטרפותם יהיה כדי לתרום תרומה מחדשת, שהיא בעלת משמעות בהקשר לסוגיה המתבררת לפני בית-המשפט, ואם יש, מאידך גיסא, מקום לחשש שהבירור הנאות ילקה בשל אי צירוף צד נוסף"⁴³.

ב. מהות הגוף המבקש להצטרף – למרות שהנשיא ברק אינו מפרט למה הכוונה, ניתן להניח כי ככל שמדובר בגוף בעל ממד ציבורי, המייצג אינטרסים בעלי חשיבות או עניין חברתי, כלכלי או פוליטי, הנטייה היא לתת לכך משקל חיובי לצורך היענות לבקשה.

ג. מומחיותו, ניסיונו והייצוג שה"ידיד" מעניק לאינטרס שבשמו הוא מבקש להצטרף – בהקשר זה נראה כי ככל שהידיד הוא בעל מומחיות רבה יותר ו/או ידע וניסיון רב יותר, כך תגדל הנטייה לאפשר לו להציג את עמדתו. לא תמיד לצדדים הפורמליים או לבית-המשפט המומחיות הנדרשת בתחומים הנדונים בפניהם, ובמקרים לא מועטים אף המומחים מטעם הצדדים או המומחה מטעם בית-המשפט עצמו, אינם

39 שם, עמ' 553-554.

40 שם, עמ' 554-555.

41 שם, עמ' 554-555. בפסק-הדין עצמו השופט ברק מסתפק באיזכור הנקודות המרכזיות בלבד. הפרשנות של הנקודות הן של המחברים.

42 בג"ץ 5368/86 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364, עמ' 373.

43 בג"ץ 5883/93 יהלום נ' המפקח הכללי, תק-על (2) 2102.

שולטים בכל רזי המטריה המדעית בתחום הספציפי. מתן אפשרות למומחים נוספים, בעלי ניסיון, עניין וידע, להאיר את עיני בית-המשפט והצדדים להיבטים נוספים מתיישבת עם הרציונל המסורתי של מוסד "ידיד בית-המשפט".

ד. סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו – לעתים תכופות סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו משקפים, במידה מסוימת, את ממד החשיבות הציבורית שלו או את משקל האינטרסים העומדים על הפרק. כך לדוגמה, הליך של דיון נוסף, או בג"ץ על פסיקה של בית-הדין הארצי לעבודה הם הליכים שבמהותם מעוררים שאלות בעלות משקל ציבורי ומשפטי ניכר. באותם הליכים הנטייה תהא לאפשר ביתר קלות לקבל גם עמדות מטעם "ידידי בית-המשפט", בהשוואה להליך הנדון בבית-משפט לתביעות קטנות.

ה. זהות הצדדים להליך עצמו – מקום שהצד להליך מייצג באופיו ובמהותו (לדוגמה גוף פרטי לעומת גוף ציבורי, גוף לצורכי רווח לעומת גוף שאינו לצורכי רווח) אינטרסים ציבוריים או נקודת מבט רחבה, המכסים גם את המידע או זווית המבט של הידיד, הנטייה תהיה באופן טבעי שלא לאפשר לידיד להוסיף את עמדתו. מנגד, ככל שהצדדים להליך ייצגו, בשל אופיים או מהותם, זווית התייחסות צרה יותר או שתהיה בינם ובין הידיד פערים ביכולות או בזוויות המבט והאינטרסים, כך תגבר הנטייה לאפשר הוספת ה"ידיד" להליך.

ו. השלב שבו הוגשה בקשת ההצטרפות – באופן טבעי, ניתן להניח כי ככל שהשלב שבו הוגשה הבקשה להצטרף יהיה מוקדם יותר כך תגבר הנטייה לאשר את הבקשה. כמו כן, פנייה מוקדמת מאפשרת לצדדים להתייחס לבקשת ההצטרפות בצורה נאותה, מונעת פגיעה בצדדים הפורמליים להליך בשל הארכה של ההליך והולמת יותר את עיקרי הצדק הטבעי.

ז. מהותה של הסוגיה העומדת להכרעה – גם כאן, ניתן להניח באופן סביר כי ככל שהסוגיה במהותה מערבת שיקולים חברתיים, כלכליים או אחרים בעלי השפעה כללית ועקרונית גדולה יותר, כך תגבר הנטייה להתיר לידידי בית-המשפט להציג את עמדתם. מנגד, ככל שהסוגיה במהותה היא מצומצמת בהשלכותיה החברתיות, צרה בממדיה המשפטיים ובעלת השפעה מוגבלת מבחינת האנשים והאינטרסים המושפעים מכוחה, כך תקטן הנטייה לאפשר ל"ידידים" לצרף את עמדתם.

נראה כי גם עמדת הצדדים הפורמליים באשר להצטרפות "ידיד בית-המשפט" מהווה שיקול רלוונטי שאליו נזקק בית-המשפט כאשר הוא מחליט בבקשה. ייתכן כי בשל העובדה ששיקול זה הוא בגדר דבר ברור מאליו, הוא נשמט מרשימת השיקולים שפורטו על-ידי הנשיא ברק בפרשת קוזלי. עם זאת נדמה שאין חולק כי מכוח כללי הצדק הטבעי עמדות הצדדים הפורמליים עצמם צריכות להיות מובאות בחשבון בין יתר השיקולים הרלוונטיים לסוגיה. ככל שהצדדים הפורמליים עצמם יהיו מוכנים ונכונים לאפשר את הגשת עמדת "ידיד בית-המשפט", כך יתווסף משקל חיובי לשיקול-דעתו של בית-המשפט להיעתר לבקשת ה"ידיד", ולהיפך.

בהפעילו את אמות המידה דלעיל במקרה הנדון, הגיע הנשיא ברק למסקנה כי יש מקום לאפשר לסניגוריה הציבורית להגיש את עמדתה כ"ידיד בית-המשפט". ראשית, הסוגיה שהתעוררה עניינה טיבו של ייצוג ראוי והשפעתו של ייצוג לקוי על משפט בערכאה הדיונית ככלל, ועילה למשפט חוזר בפרט. תפקידה העיקרי של הסניגוריה הציבורית הוא ייצוג נאשמים בהליכים פליליים, דבר המחייב אותה לדאוג לרמה נאותה של ייצוג בהליכים פליליים. סוגיה מעין זו מתבררת לראשונה בפני בית-המשפט ועל-כן חשיבות עמדת הסניגוריה הציבורית במקרה הנדון⁴⁴. שנית, מדובר בהליך פלילי מיוחד ולא הליך רגיל או שגרתי, ובהליך כזה יש חשיבות לקבלת עמדת גופים ומוסדות שיש בידם כדי לסייע לבית-המשפט בבירור הפרשה. לבסוף, הצורך בקבלת עמדת הסניגוריה הציבורית מתחזק גם נוכח חילוקי הדעות הקיימים בעמדת היועץ המשפטי לממשלה עצמו⁴⁵. להשלמת התמונה יצוין כי ברמה הפרוצדורלית, הנשיא ברק אפשר לסניגוריה הציבורית להגיש סיכום טענות בכתב בשני נושאים מוגדרים וכן אפשר לשני הצדדים להליך להשיב בכתב לטענות הללו⁴⁶.

ניתן לסכם את "לידתו" של "ידיד בית-המשפט הישראלי" כפי שבאה לידי ביטוי בעמדת הנשיא ברק בעניין קוזלי כדלקמן: בתי-המשפט בישראל מוסמכים להתיר ליחידים, לגופים ולמוסדות, שאינם צדדים פורמליים להליך משפטי, להציג בפני בית-המשפט את עמדתם בכפוף לקבלת היתר מבית-המשפט. שיקול-הדעת בבסיס הפעלת הסמכות מטעם בית-המשפט נבחן בכל מקרה לגופו ועל יסוד שיקול לול מגוון רחב של נתונים, אשר הוצגו לעיל⁴⁷.

2. הרקע ללידתו של "ידיד בית-המשפט" הישראלי

לידתו, יש מאין, של מוסד משפטי פרוצדורלי חדש איננו דבר של מה בכך. השאלה המתבקשת בהקשר זה היא מדוע נולד "ידיד בית-המשפט" הישראלי בעיתוי שבו נולד ומדוע עוצב באופן שבו עוצב. כיצד ניתן להסביר את הנכונות ואת הרצון להוסיף כלי משפטי זה לאינוונטר השיפוטי היצירתי בדרך של פסיקת בית-המשפט העליון. ניתן להסביר את העניין בשני מישורים: ספציפי וכללי. הסבר אחד במישור הספציפי הוא שפרשת קוזלי הייתה פשוט ההזדמנות הראשונה שבה הוצבה לפתחו של בית-המשפט העליון האפשרות לעשות כן, באמצעות היוזמה המקורית והברוכה של

44 עניין קוזלי (לעיל, הערה 1), עמ' 555-556.

45 שם, עמ' 556.

46 ראו החלטת הנשיא מיום 11.9.97.

47 באשר למסגרת הפרוצדורלית, הלכת קוזלי לא קובעת מסמרות. ברם בהלכות מאוחרות יותר נקבע כי על המבקש להצטרף להליך כ"ידיד בית-המשפט" להגיש בקשה פורמלית הנתמכת בתצהיר ולקבל את תגובת הצדדים להליך לבקשה. ראו ע"א 2790/93 אייזמן נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817.

הסניגוריה הציבורית ושל העומד בראשה, פרופ' קנת מן. לפי הסבר אחר, בית-המשפט הכיר במוסד "ידיד בית-המשפט" על-מנת לסייע לסניגוריה הציבורית לבסס את מעמדה כגוף ציבורי בעל מעמד ועוצמה, ללא קשר לתרומה הפוטנציאלית של היווסדות מוסד "ידיד בית-המשפט" בכלל, או לצורך בקבלת העמדה המהותית של הסניגוריה במקרה הספציפי⁴⁸. בכל הנוגע למישור הכללי, נדמה כי ניתן לראות בנכונות בית-המשפט העליון ל"הרים את הכפפה" בתחום זה, כחלק ממגמות ומהתפתחויות נרחבות הרבה יותר שחלו במשפט הישראלי בשנים שבהם עוצב מוסד "ידיד בית-המשפט". כאמור, קשה להצביע על הסיבות המדויקות שגרמו לפיתוח מוסד זה, עם זאת ניתן להצביע על חלק מאותן מגמות כלליות, היכולות להסביר את התפתחותו של המוסד בעיתוי שבו הוא פותח⁴⁹. ננסה לתאר בקצרה חלק ממגמות כלליות אלה.

(א) "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"

בספרו של פרופ' מנחם מאוטנר⁵⁰ מתוארת מגמה בפסיקת בית-המשפט העליון שלפיה "בהשוואה לעשורים הקודמים, ניכרת בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנות ה-80 ירידה במעמדה של תפיסת העולם הפורמליסטית של המשפט"⁵¹. במקביל למגמה זו טוען מאוטנר כי ניתן לזהות עלייה בתפיסת עולם המבוססת על "ערכים". אף כי

48 נקודה זו הובאה לתשומת-לבם של המחברים על-ידי הקורא החיצוני של המאמר. עם זאת נראה בדיעבד כי אחת הסיבות שעליהן ביסס בית-המשפט את החלטתו הייתה טענת הכשל בייצוג – טענה שהועלתה על-ידי הסניגוריה הציבורית.

49 למען הסר ספק יצוין כי מדובר בהשערות בלבד, והתהליכים והשינויים המתוארים בהמשך הם כלליים וממושכים. לפיכך, ייתכן כי קיים גם ממד מקרי ביחס לעיתוי שבו התקבלה ההחלטה בפרשת קזולי.

50 מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג), עמ' 33.

51 מאוטנר מגדיר "פורמליזם" כתפיסת עולם משפטית המבוססת על ארבעה עיקרים: הנורמות המשפטיות מאורגנות במערכת בעלת היגיון פנימי והיררכי בדומה למערכת גאומטרית או מדעית; ההליך השיפוטי ו"חומרי הגלם" החוקיים מבוססים על נורמות משפט קיימות ולא יעדים ערכיים שניתן להביא למימוש באמצעות כללי המשפט; ההנחה היא כי לכל סכסוך משפטי תמצא הנורמה המשפטית המתאימה שמוכנה מראש לצורך החלטה ה"טכנית" על-ידי הרשות השופטת, וגם אם איננה קיימת במפורש, הרי שבתהליך אובייקטיבי של "הנמקה משפטית" ניתן ל"חשוף" את הנורמה החלה על העניין; ולבסוף, בהתבסס על העקרונות הקודמים, המשפט נתפס כ"מוצר" בעל מאפייני ודאות גבוהה, אשר מידת היכולת של התערבות "חיצונית" העולה לגרום לשינוי בציפיות של צרכני המשפט היא נמוכה ביותר. ברור שמוזיות מבט פורמליסטית ההצדקה היחידה האפשרית לקיומו של מוסד "ידיד בית-המשפט" היא רק בקונטקסט ההיסטורי-מקורי: סיוע "טכני" בהצגת עובדות/מצב חוקי שאינו ידוע לבית-המשפט. במבט שכזה, "ידיד בית-המשפט" רק מסייע לבית-המשפט למלא את תפקידו ה"פורמלי" ביישום והפעלת החוק בצורתו ה"מדויקת" וה"נכונה"; ראו שם, פרק א.

מאוטנר אינו עוסק במישרין במוסד "ידיד בית-המשפט", הרי שכמה טיעונים ומגמות שהוא מצביע עליהם מתיישרים במישרין ואף מסבירים את ההצדקה לפיתוח מוסד זה במובנו המודרני במשפט הישראלי. מגמה אחת המאפיינת את המעבר לתפיסת עולם ערכית היא ירידת התפיסה של המשפט כאמצעי להכרעה בסכסוכים ועליית התפיסה של המשפט כמכשיר חינוכי שתכליתו גם "להשפיע על התכנים הערכיים השוררים בחברה"⁵². מגמה נוספת היא הרחבת קהל היעד של הפסיקה אל החברה בכללותה, באופן שבית-המשפט מדבר בשפה ובדימויים שהם מובנים ובעלי משמעות על-פי התרבות הכללית ולא רק בתת-התרבות המשפטית⁵³. הוא מתאר את היחלשות המעמד של "זכויות ספציפיות" והעלייה במעמדן של זכויות כלליות, זכויות, כגון זכויות האזרח, שתחולתן חורגת מההקשר הספציפי של מערך היחסים בין הצדדים לסכסוך⁵⁴.

מוסד "ידיד בית-המשפט" במובנו המודרני ומתן האפשרות לגופים ולאנשים שאינם בעלי אינטרס ישיר בהליך לתרום את זווית מבטם הייחודית למכלול השיקולים והידע שעומד בפני בית-המשפט, משתלבים היטב עם הרציונל העומד בבסיס גישה ערכית ולא פורמליסטית. ברגע שבו מתנתקים מכבלי הפורמליזם, זיהוי ועיצוב ערכים כמו חינוך, תרבות או זכויות כלליות מחייבים הרבה פעמים צורך בהתייחסות רחבה מזו הניתנת לבית-המשפט על-ידי הצדדים עצמם. הדבר נעשה על-ידי מתן במה להשמיע קולות שלא היו נשמעים לולא כן.

(ב) הפוליטיזציה והדמוקרטיזציה של המשפט הישראלי

בעקבות חקיקת חוקי היסוד החדשים הדיון הציבורי התלהט בנוגע לממד הדמוקרטי הטמון בסמכות בית-המשפט העליון לפסול חוקים שהתקבלו על-ידי בית המחוקקים. הביקורת נגעה למידת הלגיטימיות הדמוקרטית שבסמכות הניתנת לשופטי בית-המשפט שאינם נבחרים הציבור. בנוסף השתרבו לדיון עניינים לא פחות חשובים מתחומים סמוכים ורלוונטיים, כגון זהות שופטי בית-המשפט העליון בישראל, אופן מינויים, מידת היותם בבואה של הטרונגיות החברה הישראלית ועוד⁵⁵. כמוכן שסקירה מקיפה של דיונים וטיעונים אלה חורגת בהיקפה מגדרי מאמר זה. ברם ניתן בנקל לראות כיצד ההכרה או ההוספה של מוסד כמו "ידיד בית-המשפט" מסירה במקצת את משקל

52 שם, עמ' 35.

53 שם, עמ' 36.

54 שם, עמ' 39. ראו גם א' שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תשס"א) 37.

55 ביטוי בולט לעימות הערכי והעקרוני בסוגיה זו ניתן למצוא בחלופת הדברים בין יושב-ראש הכנסת, ח"כ ראובן ריבלין, ובין נשיא בית-המשפט העליון, השופט אהרן ברק, סביב סמכותם של בתי-המשפט לפסול חוקים של הכנסת. ראו "כספי ברק: רובי ריבלין לא מבין מה זאת דימוקרטיה" עורך הדין 38 (2000) 18.

הביקורת כנגד בית-המשפט העליון, במובן זה ש"ידיד בית-המשפט" הופך את ההליך השיפוטי ליותר דמוקרטי: הוא מאפשר להביא לידי ביטוי קולות, אינטרסים וזרמים בחברה שבאופן רגיל לא היו מסוגלים להשמיע את עמדתם (אלא אם היו צד פורמלי להליך) בפני בתי-המשפט. דהיינו, זווית מבט נוספת דרכה ניתן להבין את הנכונות להכיר בחשיבותו ובחיוניותו של "ידיד בית-המשפט" למשפט הישראלי היא עלייה בדמוקרטיזציה של המשפט הישראלי שנובעת מההכרה העקרונית של חשיבות ההכרעות של בית-המשפט והשלכותיהן החוקתיות והעקרוניות על כלל הציבור. מימוש אותה הכרה נעשית על-ידי פריסת מלוא האינטרסים החברתיים הנוגעים בסוגיה הספציפית מול בית-המשפט בעת שהוא מכריע בעניין, בעזרת כלים כמו "ידיד בית-המשפט".

(ג) עליית חשיבות הקונטקסט להכרעה השיפוטית

ממד חשוב נוסף התורם להבנת מעמדו ותפקידו של "ידיד בית-המשפט" במובנו המודרני טמון בביקורת פמיניסטיות ובגישות ביקורתיות נוספות כדוגמת ה- critical legal studies על הגישה המשפטית הפורמליסטית. על קצה המזלג, ביקורות אלה גורסות כי היומרה של הפילוסופיה המשפטית הפוזיטיביסטית, שלפיה ההליך וההכרעה השיפוטית מבוססים על שיטה שהיא "ניטרלית", "אובייקטיבית" ו"אבסטרקטית" לא רק שהיא משוללת כל יסוד, אלא היא בעצם מסווה מתוחכם להפיכת המשפט לכלי מדכא המשמר יחסי כוחות פוליטיים, חברתיים קיימים ואינו מאפשר היחלצותם של קבוצות מוחלשות מנחיתותם הקיימת. על-פי ביקורות אלה, ההליך השיפוטי מעורב עמוקות בפוליטיקה החברתית הקיימת, בדעות קדומות ובמוסר נוהג. כאשר בתי-המשפט והשופטים הם למעשה כלי שרת בידי הכוחות החברתיים המנציחים את מערך הכוחות הקיים, והכלי שבאמצעותו הם עושים זאת הוא הסוואת פעילותם בשימוש במושגים כמו "ניטרליות" ו"אובייקטיביות"⁵⁶.

אם אכן ההליך השיפוטי אינו יכול להיות, במהותו, הליך ניטרלי, אובייקטיבי, המבוסס על ניתוח אבסטרקטי – הרי ששיקולים פוליטיים, מוסריים וקונטקסטואליים הופכים להיות חלק חשוב ואינטגרלי בעולם המשפט. בכדי להגיע להכרעה שיפוטית "צודקת" בתי-המשפט חייבים לראות לא רק את העובדות ה"ניטרליות", אלא חייבת

56 בעשורים האחרונים התפתחה ספרות עשירה בתחום זה. אחת מהדוברות הבולטות בענף הפמיניסטי של ביקורת זו היא Catharine MacKinnon, אשר הדגישה בביקורת הפמיניסטית שלה על הפילוסופיה ה"גברית"-פוזיטיביסטית את הממד הפוליטי, הלא-ניטרלי, והלא-אובייקטיבי של החוק ושל פעילות בתי-המשפט. ראו לדוגמה: C. MacKinnon *Towards a Feminist Theory of the State* (1989). מלומדות אחרות כינו את התופעה בשם *The Tyranny of Objectivity*, כגון אצל: A. Scales "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay" 95 *Yale L.J.* (1986) 137.

להיות מוצגת בפניהן תמונת הקונטקסט החברתי-פוליטי שבמסגרתו התרחש האירוע הספציפי. לא ניתן לבודד אירוע שבו אישה "רוצחת" את בעלה מהקונטקסט החברתי ה"עוטף" את האירוע, והכולל בחובו מציאות של דיכוי נשים או מיצובם בקונטקסט המאפשר השפלתם, הכאתם או התעמרות בהן – מחד גיסא, או אשר באופן היסטורי שרטט נשים הרוצחות את בעליהן כ"מכשפות" או "משוגעות" – מאידך גיסא⁵⁷.

נקודת המפגש בין ה"קונטקסט" וה"משפט" היא נקודה שבה למוסד כגון "ידיד בית-המשפט" יכולה להיות תרומה חשובה ביותר. דווקא לזרים שבידיהם תמונה או זווית מבט שהיא רחבה מזו של הצדדים, יש את היכולת לתרום לבית-המשפט את הקונטקסט הרחב של המציאות שבמסגרתו מתחולל הסכסוך. מתן אפשרות ל"ידידים" חיצוניים לשפוך אור על מציאות שאינה בידיעת הצדדים או בידיעת שופטים יש בה כדי למתן במקצת את חוסר הניטרליות ואת חוסר שוויון הכוחות הקיים.

(ד) מיזעור טעויות שיפוטיות

בעת האחרונה קיימת מודעות גדלה והולכת לעובדה שלעתים, בתי-המשפט מבססים את הכרעותיהם על נקודות מוצא שגויות. פרשות שונות שזכו בשנים האחרונות להד ציבורי נרחב בישראל, כדוגמת פרשת ברנס, העלו על סדר היום הציבורי את האפשרות שבתיה-המשפט נופלים קורבן לטעויות, אפילו בדיני נפשות⁵⁸. לטעויות שיפוטיות יש לעתים השלכות מרחיקות לכת שכן אלה מנציחות את עצמן מכוח עקרון התקדים המחייב או מכוח מנהגם של בתי משפט להסתמך בפסיקותיהם על פסיקות קודמות. בלשון מטפורית, יש שתיארו את הגיאוגרפיה של ההלכות המשפטיות כ"שדה מוקשים של מידע מוטעה"⁵⁹. אימוץ מוסד כדוגמת "ידיד בית-המשפט" יש בו, לפחות באופן פוטנציאלי, בכדי לתרום למיזעור התרחשותן של שגיאות אלה, בכך שהוא יאפשר את

57 בעשורים האחרונים התפתחה ספרות עניפה גם בנושא זה, בייחוד במסגרת הפילוסופיה והביקורת הפמיניסטית. על חשיבותו של ה"קונטקסט" בהקשר של מידת היכולת של המשפט להגיע לתוצאה צודקת, ראו לדוגמה אצל: J. Grimshaw *Philosophy and Feminist Thinking* (1986). וראו גם לדוגמה אצל: M. Minow "Justice Engendered" 101 *Harv. L. Rev.* (1987) 10.

58 במ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, התקבלה בשנת 2002 בקשתו לקיום משפט חוזר, אשר בעקבותיה בוטלה הרשעתו. מר ברנס הורשע על סמך הודאתו בשנת 1976 ברצח רחל הלר ז"ל, ועונשו נגזר למאסר עולם. מאז הרשעתו טען ברנס כי הודאתו נגבתה שלא כדין, וכי לא ביצע את הרצח. רק בדיעבד ולאחר שנים ארוכות של מאבק ציבורי הסתבר כי אכן נפלו פגמים דיוניים חמורים באופן גביית הודאתו.

59 ראו אודות מגבלות ההליך השיפוטי אצל: R.A. Posner *The Problems of Jurisprudence* (1990), p. 210. J. Jacoby "Judicial Opinions: A Minefield of Misinformation" New York U. Center for Law and Business, Working Paper #CLB 03-02 (2002).

פתיחת היכלי המשפט לידע חברתי נרחב, המצוי בידי ארגונים וגופים אשר בדרך כלל נעדרים מההליך המשפטי הפורמלי. הוא ימנע התבססות על מקורות ידע בלעדיים או בעלי עניין וכוח, ויאפשר לבתי-המשפט, לכל הפחות, לבחון את הנחותיהם החברתיות בראי הידע המצוי בידי גופים מגוונים ושונים. גם אם אין בכך ערובה למניעת טעויות בעתיד, יש בכך בהחלט משום שיפור הבטוחות למניעת התרחשותן של טעויות כאלה.

ד. "ידיד בית-המשפט" בקונטקסט הישראלי הייחודי

הלכת קוזלי שהוצגה בסעיף הקודם, מתארת את ההתפתחות ההיסטורית של מוסד "ידיד בית-המשפט" במשפט הישראלי. הסעיף הנוכחי יציג ביקורת אפשרית כנגד הלכת קוזלי שמתמקדת כולה בטענה כי לא ניתן לאמץ את מוסד "ידיד בית-המשפט" למשפט הישראלי בהתעלם מהקונטקסט הישראלי הייחודי. כפי שיתואר להלן בהרחבה, במשפט הישראלי ניתן לזהות לפחות שני הקשרים ייחודיים המחייבים התייחסות והתחשבות מיוחדת בשעה שבאים לעצב את עתידו של "ידיד בית-המשפט". הקשר ייחודי ראשון נוגע להסדרים החקיקתיים השונים שהתפתחו עם השנים במשפט הישראלי ואשר בפועל מילאו את החלל שהיה קיים בהיעדרו של מוסד "ידיד בית-המשפט". ההקשר הייחודי השני נוגע לביקורת פנימית שהופיעה בבית-המשפט העליון הישראלי כנגד תוכן והיקף הלכת קוזלי.

1. התפתחות אלטרנטיבות ישראליות ייחודיות

הממד הייחודי הראשון שעליו צריך ליתן את הדעת בעת שבאים להעריך את התפתחותו של "ידיד בית-המשפט" הישראלי הוא הפיתוח של קשת רחבה של אלטרנטיבות פרוצדורליות ומהותיות שנעשה עם השנים בחקיקה ובפסיקה הישראלית. בחוקים, בתקנות ובפסיקת בית-המשפט העליון, פותחו "תחליפים" משפטיים אשר מילאו לאורך השנים את הפונקציה של "ידיד בית-המשפט". בהקשרים רבים תחליפים אלה הקנו אפשרויות נרחבות ל"ידידים" מסוגים שונים להשמיע את קולם, ולעתים אפשרויות אלו הן רחבות מהאפשרות שהוענקה להם במסגרת הלכת קוזלי. נתאר להלן תחליפים אלה ונעמוד על מידת התאמתם לשמש כתחליפים ראויים ל"ידיד בית-המשפט"⁶⁰.

60 יש לציין כי בהיעדר חקיקה המסדירה את מעמד "ידיד בית-המשפט" בהליכים אזרחיים, בית-המשפט נעזר בתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. ראו לעניין זה בפרשת סייאג (לעיל, הערה 3), פסקה 9 וכן ראו י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995), עמ' 185. לעניות דעתנו מסלול זה אינו מקביל למוסד ידיד בית-המשפט

(א) סמכות היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהליכים משפטיים

באופן היסטורי, המחוקק הישראלי סבר כי "ידידו" הטוב ביותר של בית-המשפט הוא היועץ המשפטי לממשלה. לפיכך ניתן למצוא חוקים שונים המעניקים מעמד משפטי ייחודי ליועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע לסמכותו לבקש להצטרף כצד להליך משפטי או לנקוט עמדה בסכסוך העומד לדין. כך לדוגמה ניתן לציין את הוראות סעיף 153 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965⁶¹, סעיף 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפורופסות, תשכ"ב-1962⁶² ועוד⁶³. חוקים אלה מעניקים ליועץ המשפטי לממשלה אפשרות לבחור בין להיות צד להליך המשפטי או רק להתייצב ולטעון בנושא הדין. ברם הוראת החוק העיקרית המעניקה סמכות רחבת היקף ליועץ המשפטי לממשלה להתייצב בכל הליך משפטי (בכפוף לתנאים מסוימים), היא פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], תשכ"ח-1968. פקודה זו מסמיכה את היועץ המשפטי לממשלה, להתייצב להליך משפטי ולהשמיע את דברו, בכל הליך בפני בית-משפט "שבו זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או עניין ציבורי מושפעים או כרוכים או עלולים להיות מושפעים או כרוכים"⁶⁴. משמעות ההוראה לעיל היא הענקת זכות כמעט אוטומטית ליועץ המשפטי לממשלה לקבל מעמד של

שכן הסדר זה מתייחס למחיקתם והוספתם של בעלי-דין כצד פורמלי להליך להבדיל משמיעת דעתם של מי שאינם צדדים פורמליים להליך.

61 שקובע: "בכל עניין המסור לפי חוק זה לבית-המשפט רשאי לפנות אליו כל מי שמעוניין בדבר; כן רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, אם הוא סבור שיש בדבר עניין לציבור, לפתוח בכל הליך משפטי לפי חוק זה, לרבות ערעור, ולהתייצב ולטעון בכל הליך כזה".

62 שקובע: "היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו רשאים, אם הם סבורים שטובתו של קטין, של פסול-דין או של חסוי או טובת הכלל מחייבת זאת, לפתוח בכל הליך משפטי, כולל ערעור, לפי חוק זה וכן להתייצב ולטעון בכל הליך כזה".

63 לדוגמה סעיף 30 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 שכותרתו זכות התערבות בהליכים קובע: "ראה היועץ המשפטי לממשלה, שבהליך פלוני שלפני בית הדין כרוכים או נפגעים, או עלולים להיות כרוכים או נפגעים, זכות של מדינת ישראל, או זכות ציבורית או עניין ציבורי, רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו". ראו גם את חוק תאגידי מים וביוב, תשס"א-2001 הקובע בסעיף 122(ד) כי: "נציג היועץ המשפטי לממשלה יוזמן לכל הליך שנפתח בבית המשפט בעניין מינוי מפרק או כונס נכסים לחברה", וכן ראו את חוק הסעד (סדרי דין בעניני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955 הקובע בסעיף 8: "רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, אם הוא סבור שטובת קטין, חולה נפש או נעדר דורשת זאת, לפתוח בכל הליך בבית משפט, וכן להתייצב ולטעון בכל משפט שבו נדונים נידן קטין או נידון חולה נפש או נידן נעדר".

64 סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי) [נוסח משולב], תשכ"ח-1968 (להלן – פקודת סדרי הדין) (ההדגשה שלנו).

"ידיד בית-המשפט" בקשת רחבה ביותר של מקרים, החורגת מהממד הצר של אינטרס ישיר של משרד ממשלתי כזה או אחר. אמנם, הסמכות משתרעת רק על תביעות בעלות "עניין ציבורי", אך בפועל הוענקה למושג זה משמעות רחבה מאוד ובכל המקרים שבהם הצטרף היועץ המשפטי לממשלה להליך המשפטי כלל לא נדונה השאלה אם באמת מתקיימת דרישת "העניין הציבורי"⁶⁵. יתרה מכך, בכמה מקרים בית-המשפט

65 קיימות דוגמאות רבות ומגוונות למקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה השתמש בסמכותו והצטרף לדיון. כך נדון המקרה ברע"א 2736/98 *Habboud Bros. Co.* נ' *Nike Intenational Ltd.*, פ"ד נד(1) 614 שבו התבקש בית-המשפט לתת סעד זמני בתביעה שעניינה הפרת סימן מסחרי. המשיבה ביקשה צו מניעה לאסור הכנסת נעלי ספורט מזויפים, דרך נמל אשדוד, שיובאו על-ידי המערערת והיו אמורים להיות מועברים לעיר עזה שבשטח הרשות הפלסטינית. היועץ המשפטי לממשלה הצטרף לדיון, לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין, בטענה שמדובר ב"עניין ציבורי". בפועל לא נערך דיון ואין כל התייחסות לבדיקת השאלה אם אכן היה מדובר ב"עניין ציבורי". כך גם ניתנה החלטה בבג"ץ 7029/95 הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי, פ"ד נא(2) 63, שבו נדונה השאלה אם ארגון עמית הוא ארגון עובדים. כדי להשיב על שאלה זו, בית-המשפט הצטרף להשיב על השאלה המקדמית: מהו ארגון עובדים? היועץ המשפטי לממשלה התייצב בפני בית-המשפט, לא רק מטעם המדינה כמשיבה, אלא גם לפי פקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]. היועץ המשפטי לממשלה ציין, שכיוון שהיה סבור "כי נפלה טעות מהותית בפסק הדין, על ידי בית הדין, טעות אשר לה השלכות מרחיקות לכת על התפתחות מערכת יחסי העבודה בישראל", לכן יש בעתירה עניין ציבורי שדורש את התערבותו. היועץ המשפטי לממשלה הגיש חוות-דעת מטעמו והביע עמדה בשאלה הכללית מהו ארגון עובדים ואם עמית הינו ארגון עובדים. ראו בהקשר זה גם את בג"ץ 337/85 סיעת ר"ש במועצה המקומית רמת השרון נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, תק-על 86(3) 23; בג"ץ 546/81 שרגאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(3) 332; בג"ץ 811/75 *The Russian Ecclesiastical Mission in Jerusalem* נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לא(3) 317 (שם גם נדונה סמכותו של היועץ המשפטי להשמיע את דבריו בתוקף סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) ונקבע שהזכות להישמע כוללת בתוכה גם את הרשות לחקור עדים ולהביא ראיות). וראו גם ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים, פ"ד נד(4) 493. בכל הדוגמאות הללו, התקבלה הצטרפות היועץ המשפטי לממשלה ללא כל דיון בשאלת הסמכות (אף כי בשורה התחתונה אנו סבורים כי בכל המקרים הללו ההחלטה לאשר את הצטרפות היועץ המשפטי הייתה נכונה, היה ראוי להתייחס לשאלת הסמכות בגוף פסק-הדין). יצוין גם כי חיפוש ממוחשב במאגרי המידע המשפטיים לא הצליח לגלות שום מקרה שבו נדחתה בקשת היועץ המשפטי להצטרף להליך משפטי. בהקשר זה ראוי לציין את המקרה של בג"ץ 747/87 הופר נ' שר המשפטים, תק-על 87(3) 158. בעתירה שהוגשה דובר, בין השאר, נגד היועץ המשפטי לממשלה שנדרש לתת טעם מדוע לא יעשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], תשכ"ח-1968 ולהתייצב בערעור אשר הוגש על-ידי עותרת ביחד עם אחרים בבית-המשפט המחוזי בירושלים, כאשר דובר שם בתביעה ייצוגית. היועץ המשפטי סירב להצטרף ולהתייצב כצד בתיק האמור, בהדגישו כי אם יראה צורך להביא הנושא אותו העלתה העותרת בבית-

עצמו, מתוך יוזמה עצמית, ביקש מהיועץ המשפטי להצטרף לעתירה או להביע עמדה בנושא, משום שבית-המשפט סבר שנושא הדיון מעורר "עניין ציבורי" וראוי לפיכך כי עמדת היועץ המשפטי תישמע.⁶⁶ העדות היחידה למידה מסוימת של ביקורתיות באופן הפעלת הסמכות על-ידי היועץ המשפטי לממשלה מצויה בע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ⁶⁷.

המשפט להכרעה לפני הערכאות, יעשה זאת בדרך ובמועד שיבחר. בית-המשפט בדונו בשאלת הצורך בהצטרפותו של היועץ המשפטי לממשלה לעתירה לפי פקודת סדרי הדין קבע: "כידוע רק לעתים נדירות יתערב בית משפט זה בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה להצטרף כצד לדיונים אשר יפתחו על-ידי צדדים שונים; עניינו הציבורי של היועץ המשפטי לקחת חלק בהליכים משפטיים שנפתחים על-ידי מאן דהוא, לא בהכרח זהים עם האינטרס של אותם תובעים או נתבעים, ועצם פתיחת הליך כזה לא בהכרח מחייב או מצדיק הצטרפותו של היועץ המשפטי, לא מצאנו כל מקום להתערב בשיקול הדעת של היועץ המשפטי בעניין דנן ועתירה זו דינה להידחות". כאמור, החלטה זו משקפת שני קווי מדיניות חשובים: ראשית, שבית-המשפט ככלל משתדל להימנע מהצורך להכריע בשאלה מהו "עניין ציבורי" ומשאר זאת לשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה. שנית, ההחלטה מעידה על אי-רצון בית-המשפט להתערב בשיקולי היועץ המשפטי לממשלה בכל הנוגע להחלטה אם ומתי לעשות שימוש בשיקול-דעתו הנ"ל. מדיניות זו מתיישבת עם המעמד הקלאסי של "ידיד בית-המשפט", מעמד שבמהותו נתון ליוזמתו ולשיקול-דעתו הבלעדי של ה"ידיד".

66 לדוגמה, בע"א 492/79 מוזס נ' חברת קדישא גחש"א – "קהילת ירושלים", פ"ד לה (4) 157, עמ' 160, נדונה בקשה של המערערים לרשום את התאריך הגרגוריאני על מצבתו של אביהם. המשיבה טענה, שבית קברות הוא מקום קדוש, ובית-המשפט חסר סמכות לדון בתביעה, וכי יש להעבירה לשר הדתות לפי סמכותו (שהועברה לו מהנציב העליון) בדבר המלך במועצה על פלשתינה (א"י) (המקומות הקדושים), 1924. לפי סימן 2 לדבר המלך בית-המשפט בישראל לא יברר ולא יחליט בשום עניין הקשור במקומות הקדושים. השופט שמגר (כתוארו אז) ביקש את התערבות היועץ המשפטי בהליך "בשל חשיבותה החוקית הלכאורית של השאלה ובשל אופייה יוצא הדופן של הוראת הדין האמורה, השוללת סמכות ההכרעה השיפוטית מבית-משפט ומעבירה את הנושא לידיה של זרוע של הרשות המבצעת", אולם היועץ המשפטי החליט במקרה זה שלא להתערב. ראו גם המ' (ח"י) 4017/95 רשף נ' בנק איגוד לישראל בע"מ, תק-מח 98(3) 2862, עמ' 2864. במקרים אלה שוב מודגשת התפיסה שלפיה היועץ המשפטי לממשלה הוא מעין "ידיד בית-המשפט", שבית-המשפט יכול ואף ראוי לו להיעזר בו על-מנת להגיע לתוצאה השיפוטית הנכונה. למצער, אין עדיין מחקר אמפירי בישראל המצביע על מידת השימוש בפועל ביועץ המשפטי לממשלה כ"ידיד בית-המשפט" ויש לקוות כי בעקבות מאמר זה יוצר התמריץ לחקר הממדים האמפיריים של הליך זה.

67 פורסם בפ"ד מ(3) 29, עמ' 59. בעמ' 59 מתייחס כבוד השופט ד' לויין לעמדת הערכאה הראשונה בנוגע להצטרפות היועץ המשפטי לממשלה: "השופט המלומד בדרגה הראשונה לא חסך שבט ביקורתו מהתייצבותו זו של היועץ המשפטי לצד עיריית נתניה בסכסוך המיוחד דנן. בין היתר, התבטא לאמור: "אני תמה מה ראה היועץ המשפטי להתערב במקרה דנן ולתמוך ברשות מקומית שטעתה בהתייחסותה לכל הפרשה והסתבכה בפרשה

באופן מעשי התנהגות בתי-המשפט, מחד גיסא, והיועץ המשפטי לממשלה, מאידך גיסא, יצרו מציאות שלפיה היועץ המשפטי לממשלה מסוגל דה-פקטו להצטרף כצד או להשמיע את עמדתו בכמעט כל הליך משפטי שבו הוא סבור, על-פי שיקול-דעתו, כי יש צורך בהתערבותו. מזווית המבט של מוסד "ידיד בית-המשפט" מציאות זו יצרה יתרון דיוני משמעותי ליועץ המשפטי לממשלה על פני כל גוף אחר המבקש למלא תפקיד דומה. מעניין לציין כי הענקת "יתרון" דיוני שכזה לנציג המדינה איננה ייחודית לישראל. גם בארצות-הברית, בקונטקסט של מוסד "ידיד בית-המשפט" מוענק יתרון דיוני לא רק לתובע הכללי, אלא אף למדינות השונות ולארגונים ממשלתיים רשמיים⁶⁸.

חמורה של חוסר שליטה וסטייה רצינית מאורחות ממשל ומנהל תקינים. סבור הייתי כי, קדושת החוזים' ושמירה והקפדה שמי שחתם על חוזה יקיימו כלשונו במיוחד אם הוא גוף ציבורי, חשובה וראויה להגנה גם מצד היועץ המשפטי לא פחות מהקפדה על קיומן של הוראות שבתקנות לפי פקודת העיריות בדבר אישור שר הפנים. מכל מקום זהו בסך הכל סכסוך בין שני צדדים לחוזה ומה לו ליועץ המשפטי להתערב בכך? השופט שלמה לויין הצטרף לביקורת של השופט ד' לויין וכתב בעמ' 67-68: "שותף אני לביקורתו של סגן הנשיא המלומד על החלק שנטל היועץ המשפטי לממשלה בהליכים אלה. גם דעתי היא, שלא היה מקום להתערבותו בהליכים, ככל שהדבר נוגע לשאלה, אם יש לראות את העירייה כצד לחוזה, שלעניינה מוטב היה – אם בכלל – שהעירייה תישאר בודדה במערכה. ראיתי פגם בטענות, שבאו לשכנע שהעירייה לא חייבת בהשבת כספים שקיבלה על חשבון חוזה שאינו תקף, ולעניין זה נראית לי ביקורתו של חברי הנכבד, ד' לויין, על התערבות היועץ המשפטי לממשלה". וראו גם את דברי כב' השופטת ש' נתניהו, שם, עמ' 71-72.

68 כאמור, ההבחנה הנ"ל בין מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כמייצג את האינטרס הציבורי נמצאת גם במשפט האמריקני. באופן היסטורי מעמד המדינה כ"ידיד בית- המשפט" זכה לעיגון חקיקתי במסגרת הענקת סמכויות התערבות לתובע הכללי "attorney general" המוסמך לייצג את אינטרס המדינה. גם לאחר ההתפתחות ההיסטורית המודרנית של מוסד "ידיד בית-המשפט", הכללים הפדרליים קבעו כי המדינה ומי שמייצג אותה ואת האינטרס שלה יכולים להגיש דוח של אמיקוס אף ללא הסכמת הצדדים או אישור בית- המשפט היושב בדיון. דוח המוגש על-ידי גוף אחר יידרש להסכמת הצדדים או אישור בית- המשפט. כאמור, "הטבה" זו לא מוענקת לארגונים אחרים. כלומר, להבדיל מגופים פרטיים או חוץ-ממשלתיים, הזקוקים להסכמת הצדדים או לאישור בית-המשפט, הרי שביחס לתובע הכללי ולגופים ממשלתיים, הכלל בבית-המשפט העליון הפדרלי בארצות- הברית הוא כי: "4. No motion for leave to file an amicus curiae brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a state, Commonwealth, or possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer" Supreme court of the U.S. – Rules, part VII, Practice and Procedure, Rule 37(4) (www.law.cornell.edu/rules/supct/37/html).

ההשלכות של פיתוח הלכת קוזלי בהקשר זה הן מורכבות. מחד גיסא, ניתן לטעון כי לפחות ליועץ המשפטי לממשלה לא היה כל צורך בהלכת קוזלי ובמבט לפנים אין מקום במשפט הישראלי לשים דגש על פיתוח ההלכה בכיוון זה. מאידך גיסא, דווקא מתוך הכרת אי השוויון ששרר לפני הלכת קוזלי בין מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ובין גופים אחרים, ניתן לטעון כי ישנה חשיבות לפיתוח ידיד בית-המשפט הישראלי. הלכת קוזלי מאזנת ברמה המשפטית ומעניקה הזדמנות ומעמד יותר שוויוניים לגופים חוץ-ממשלתיים בעמידתם בפני המערכת המשפטית בישראל.

(ב) הסמכות להזמין את היועץ המשפטי לממשלה במסגרת עתירה לבג"ץ

הפרוצדורה בפני בית-הדין הגבוה לצדק היא כזו שלפיה בשלב הראשון בית-המשפט בוחן באופן מקדמי אם ראוי כלל להתחיל בתהליך השיפוטי, דהיינו, בית-המשפט בודק אם העתירה מגלה עילה, אם היא קנטרנית ואם יש טעם כלשהו להמשך בירורה⁶⁹. נוסח התקנות מעלה תמונה שלפיה באופן תיאורטי הדיון המקדמי בשלב זה אמור להתקיים בדיון פנימי או במעמד צד אחד בלבד. ואולם תקנה 7(ב) לתקנות סדר הדין בבג"ץ⁷⁰ מסמיכה את בית-המשפט, במקום שהמשיב בעתירה הוא אדם שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי לייצגו בפני בית-המשפט, להזמין את היועץ המשפטי לממשלה לדיון המקדמי הנ"ל⁷¹. למעשה, הזמנת היועץ המשפטי לממשלה לדיון המקדמי גורמת לכך שהדיון הופך להיות במעמד שני צדדים במקום במעמד צד אחד. במסגרת אותו דיון המשיב המוזמן, קרי היועץ המשפטי לממשלה, יכול להעלות טיעונים מגוונים כנגד העתירה, בשעה שהתקנות כלל לא מבהירות אלו טענות מקומן להתברר בשלב זה ואילו טענות יש להעלות לאחר שהוצא צו על תנאי⁷². כך, תקנה זו מאפשרת ליועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו וזווית ראייתו לעתירה לפני שניתן צו על תנאי, כל זאת ללא כל צורך להגיש תצהיר בתמיכה לטענות וללא גבולות מוגדרים או ברורים ביחס לתוכן הטענות אותן רשאי היועץ המשפטי להעלות במסגרת תגובתו⁷³.

69 ר' הר זהב סדר הדין בבית המשפט גבוה לצדק (מהדורה ראשונה, 1991), עמ' 133.

70 תקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984.

71 "בית המשפט רשאי להזמין את המשיב לדיון בעתירה אם הוא סבור כי יהיה בכך כדי לסייע לבירורה היעיל והנכון; היה המשיב אדם שהיועץ המשפטי לממשלה רשאי לייצגו לפני בית המשפט לפי כל דין – יוזמן היועץ המשפטי לממשלה לדיון בעתירה".

72 שכן תקנה 7(ג) מסמיכה את בית-המשפט לדון ולהחליט בעתירה כאילו כבר ניתן צו על תנאי – בכפוף להסכמת המשיב.

73 את ההתלבטויות ואי-הבהירות באשר לפרטים שצריכה הודעת התשובה לכלול מורגשת גם על-ידי פרקליטות המדינה המוסמכת לייצג את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, ראו הר זהב (לעיל, הערה 69), עמ' 164.

בפועל, סמכות זו, שהיא "פיתוח ישראלי", נותנת ליועץ המשפטי לממשלה בכל אותם מקרים שבהם המשיב הוא גוף ממשלתי, את המעמד של "ידיד בית-המשפט"⁷⁴. הלכה למעשה נעשה שימוש רב בסמכות זו, ועתירות רבות מסתיימות בשלב הדיון המקדמי בשאלה אם להוציא צו על תנאי⁷⁵. בעצם, הדיון מסתיים כאשר מעבר לעתירת העותר כל אשר עומד בפני בית-המשפט היא תגובתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה בתוקף תפקידו כ"ידיד בית-המשפט". פרוצדורה ייחודית זו מהווה למעשה מעין תחליף ישראלי למוסד "ידיד בית-המשפט". הדבר נכון בשל כך שלבית-המשפט הגבוה לצדק מוענק שיקול-דעת כמעט מוחלט לבקש לקבל את עמדתו של "ידיד"⁷⁶, שלצורך העניין הוא היועץ המשפטי לממשלה, כל זאת בלי שהעותרים סברו כי יש צורך

74 ראוי לציין בהקשר זה כי לאחר חקיקת חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, שהעביר מספר רב של סמכויות בית-המשפט הגבוה לצדק לבית-המשפט המחוזי, לא הועתקה הוראה כגון זו המופיעה בתקנה 7(ב) שיש בה כדי להעדיף את מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה על פני כל גוף אחר, לבוא ולטעון בשלב זה מקדמי של העתירה. עם זאת יש לציין את סעיף 8 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, שכותרתו: "עילות, סמכויות וסעדים" הקובע כי: "בית משפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית ובערעור מינהלי בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בשינויים המחויבים לגבי עתירה מינהלית ולגבי ערעור מינהלי" (ההדגשה שלנו). נראה כי סעיף 8 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים הוא בבחינת הוראה כללית, שבה מוענקת סמכות לבית-המשפט המינהלי לנהוג כפי שביט-המשפט הגבוה לצדק נוהג בכל הנוגע לסמכויות שלו, והשאלה היא אם סמכות זו כוללת גם הסמכות הטמונה שבתקנה 7(ב). מאחר שמדובר בחוק חדיש יחסית, הפסיקה עדיין לא הביעה את עמדתה בנושא וההכרעה בה תלויה, בסופו של דבר, במידת האימוץ של מוסד ידיד בית-המשפט במובנו הכולל, כפי שהדבר נדון בהמשך המאמר.

75 ראו הר זהב (לעיל, הערה 69), עמ' 135. מהתרשמות אישית של המחבר בראשית שנות ה-90 נמצא כי יש העדפה ברורה של בית-המשפט הגבוה לצדק לקיים דיון חד-שלבי המתרכז בשלב המקדמי של הדיון לפי תקנה 7(ב), לעומת קיום דיון "רגיל" דו-שלבי, המורכב מדיון בבקשה לצו על תנאי ולאחר מכן דיון בעתירה לגופה. זאת, כנראה מהסיבה שיש בתקנה 7(ב) כדי ליעל את ההליך מאחר והיא מסמיכה את בית-המשפט לדון ולהחליט בעתירה כאילו ניתן צו על תנאי. כלומר, בפועל, יש בתקנה לעיל כדי "לחסוך" מאת בית-המשפט דיון בצו על תנאי. יתרה מכך, מניסיונו האישי של המחבר במסגרת התמחותו במחלקת הבג"צים שבפרקליטות המדינה, היה ידוע כי השימוש בתקנה 7(ב) העניק בפועל יתרון משמעותי לעמדת היועץ המשפטי. בפועל נעשה בו גם שימוש טקטי רב לצורך העברת עמדות וטענות אשר לא תמיד ניתן היה להעלותן כה בקלות, במידה והיה מוצא צו על תנאי והמסגרת המחייבת הייתה כרוכה בתצהיר ובסיכון כי בסופו של יום יינתן צו מוחלט.

76 לפי נוסח התקנה בית-המשפט הגבוה לצדק "רשאי להזמין את המשיב לדיון בעתירה אם הוא סבור כי יהיה בכך כדי לסייע לביוררה היעיל והנכון...". כלומר התקנה אינה מפרטת את התנאים הראויים לשימוש בסמכות זו, אלא משאירה את העניין לשיקול-דעתו המוחלט של בית-המשפט הגבוה לצדק, דבר אשר יוצר שרירות מסוימת ואי-בהירות.

לצרפו כצד להליך ומבלי שמבחינה פרוצדורלית דעתו צריכה להישמע ככזו. היכולת, בשלב פרוצדורלי כה מוקדם, להציג עמדה ציבורית, ללא תצהיר ומבלי להיות צד פורמלי, מאפשרת ליועץ המשפטי לממשלה להתמקם, לפחות באופן תאורטי, בפרוזיציה כמעט אידאלית של מי שמשמיע בפני בית-המשפט את קולו של "ידיד בית-המשפט" ולא כבא-כוחו הפורמלי של צד להליך. באשר לתרומה של הלכת קוזלי להסדר הקיים, הרי שגם כאן ניתן לתאר אותה באופן דואלי: מזווית היועץ המשפטי לממשלה לכאורה לא היה בהלכת קוזלי כל ממש; לעומת זאת מזווית מבטם של גופים חוץ-ממשלתיים, הלכת קוזלי איפשרה יצירת יתר איזון ושוויון במארג הכוחות המשפטי.

(ג) "ידיד בית-המשפט" במסגרת חוקים ספציפיים

במספר חוקים או תיקוני חוק שהתקבלו בעשור האחרון, בעיקר על-ידי הכנסת, ניתן למצוא כי בהקשרים חקיקתיים ספציפיים המחוקק הישראלי העניק מעמד של "ידיד בית-המשפט" לכמה ארגונים ציבוריים לא ממשלתיים. הגורמים להתפתחות חקיקתית זו רבים ומגוונים. בין היתר ניתן להצביע על עליית מספר הארגונים הלא ממשלתיים, משקלם הפוליטי והמשפטי, וחשיבותם בעיצוב המציאות המשפטית והחברתית בייחוד בעידן שבו השיח אודות החברה האזרחית מקבל משנה תוקף. הסבר אחר הוא היעדר הסדרה חוקית אחרת של מוסד "ידיד בית-המשפט" בישראל. כלומר, המצב של היעדר הסדרים חקיקתיים כוללנים או פסיקתיים מתאימים שאיפשרו לגופים חוץ-ממשלתיים להתערב בהליכים משפטיים בעלי ממד ציבורי ועקרוני, חייב הסדרה חקיקתית ספציפית. את מכלול הוראות החקיקה החדשה המכירה ב"ידידים" שונים לבתי-המשפט, ניתן לחלק באופן כללי לשני סוגים: סוג אחד הוא חקיקה המעניקה סמכות ל"ידיד" חיצוני להיות צד פורמלי להליך משפטי המפורט בדבר החקיקה; סוג שני הוא חקיקה המעניקה לרשימה סגורה או מוגדרת של גופים את הסמכות להיות "ידיד בית-המשפט" במובן הקלאסי, כלומר להביע את עמדתם אף מבלי להפוך לצד פורמלי להליך. דוגמה לסוג הראשון של החקיקה ניתן למצוא בחוקים, כגון סעיף 6 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, שם הוענק מעמד לעמותות מסוימות להגיש תובענה לפי חוק זה⁷⁷. מכוח הוראה זו ניתן לעמותת "אדם טבע ודין" להגיש תובענות אזרחיות כנגד מזהמים ומפרי חוק בתחום איכות הסביבה. תחת קטגוריה זו ניתן למצוא עוד דוגמאות נוספות⁷⁸.

77 סעיף 6 קובע: "עמותה רשומה שמטרתה העיקרית היא הגנה על איכות הסביבה זכאית להגיש תובענה אם לפחות אחד מחבריה היה זכאי לכך".

78 למשל, סעיף 12 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, קובע: "תובענות בשל הפרת הוראות פרק זה, יכול שיוגשו בידי: (1) עובד; (2) ארגון העובדים היציג באותו מקום עבודה, ובאין ארגון עובדים כאמור, ארגון העובדים שהעובד חבר בו; (3) הנציבות

דוגמה לסוג השני של החקיקה, והיותר חשובה לענייננו, ניתן למצוא בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988. בחוק זה נקבע בסעיף 13: "בתובענות בשל הפרת חוק זה רשאי בית הדין לעבודה לתת לארגון העוסק בזכויות נשים להשמיע את דרכו בדרך שיוורה" (ההדגשה שלנו). הענקת מעמד שכזה לארגון העוסק בזכויות נשים היא למעשה הכרה מלאה במעמדו של ארגון זה כ"ידיד בית המשפט"⁷⁹.

או ארגון העוסק בקידום זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות, ובלבד שהעובד הסכים לכך" (ההדגשה שלנו). בנוסף, חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987 קובע בסעיף 7 שכותרתו זכות תביעה כי: "תביעת עובד לתשלום שכר מינימום יכול שתוגש לבית הדין לעבודה בידי העובד או בידי ארגון העובדים היציג באותו מקום עבודה, ובאין ארגון עובדים כאמור – בידי ארגון העובדים שהעובד חבר בו". חוק איכות הסביבה (דרכי ענישה) (תיקוני חקיקה), תשנ"ז-1997, בסעיף 2(11) קובע: "קובלנה – (א) על עבירה לפי חוק זה רשאים המנויים להלן להגיש קובלנה כאמור בסעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי: (1) כל אדם – לגבי עבירה שנעברה ברשות היחיד שלו או שגרמה לו נזק; (2) רשות מקומית – לגבי עבירה שנעברה בתחומה; (3) כל אחד מהגופים הציבוריים והמקצועיים הקבועים בתוספת לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992" (ההדגשה שלנו). חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, בסעיף 9 קובע: "9. זכות התביעה – (א) תובענה לפי חוק זה יכול שתוגש בידי (1) העובד; (2) ארגון העובדים היציג באותו מקום עבודה, ובאין ארגון עובדים כאמור ובהסכמת העובד, בידי ארגון העובדים שהעובד חבר בו; (3) בהסכמת העובד – בידי ארגון העוסק בזכויות נשים; בסעיף זה, 'ארגון עובדים יציג' – כמשמעותו בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957". חוק המים, תשי"ט-1959, בסעיף 20 ככה שכותרתו "קובלנה" קובע: "קובלנה כאמור בסעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, על עבירה לפי סימן א, רשאי להגיש אחד מאלה: (3) כל אחד מהגופים הציבוריים והמקצועיים המנויים בתוספת – לגבי כל עבירה לפי סימן זה; השר לאיכות הסביבה, בהתייעצות עם שר המשפטים ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת, רשאי לשנות את התוספת". התפתחות מעניינת נוספת בתחום זה ניתן למצוא בתזכיר הצעת החוק של חוק ההכרה בארגוני צרכנים (תיקוני חקיקה), תשס"ב-2002, אשר כולל בחובו סדרה של תיקונים חקיקתיים, שתכלית כולם לתת לארגוני צרכנים בתחומי חקיקה שונים, מעמד להגיש תביעה בשם קבוצת אנשים שלהם עילת תביעה מכוח החוק.

דוגמה נוספת לסוג כזה של חקיקה ניתן למצוא בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 הקובע בסעיף 7 כדלהלן: "7. מעמד תאגיד העוסק בהגנה על זכויות: (א) תובענה בשל עוולה לפי חוק זה יכול שתוגש בידי תאגיד העוסק בהגנה על זכויותיו של מי שאסור להפלותו לפי חוק זה, ובלבד שאם עילת התביעה היא הפליה כלפי אדם מסוים, אותו אדם הסכים לכך. (ב) בתובענה בשל עוולה לפי חוק זה רשאי בית המשפט לתת לתאגיד כאמור בסעיף קטן (א) להשמיע את דברו, בדרך שיוורה" (ההדגשה שלנו). וראו גם את סעיף 10 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, שכותרתו: "התערבות בתובענות" אשר קובע כי בתובענה לפי החוק לעיל "רשאי בית-הדין לעבודה לתת לארגון העוסק בזכויות נשים, לעובד העלול להיפגע מהתובענה או לארגון עובדים יציג או ארגון עובדים אחר כאמור בסעיף 9, גם אם אינם צדדים לתובענה, להשמיע את דברם, בדרך שיוורה".

חוקים חדשים אלה מביאים לידי ביטוי אימוץ מובהק של מוסד "ידיד בית-המשפט" בחקיקה הישראלית. שכן, בעוד שסעיף 9 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד וחוקים אחרים שהזכרנו לעיל מעניקים זכות עמידה לגופים שונים, בעיקר לעמותות, סעיף 10 לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד וסעיפים אחרים כדוגמתו קובעים כי בית-המשפט מוסמך לתת לגוף/תאגיד להשמיע את דבריו, בלי להיות צד להליך וזהו בדיוק תפקידו של "ידיד בית-המשפט": להשמיע את דבריו בלי להיות צד פורמלי בהליך. עיגון מוסד "ידיד בית-המשפט" בחוקים שהובאו לעיל כרוך בבעייתיות מסוימת: הוא חלקי, מוגבל וחסר אך ורק בנוגע לחוקים ספציפיים, ביחס לסוגיות המתעוררות במסגרתם, וביחס ל"ידידים" מוגדרים בלבד⁸⁰. הארגון להגנה על זכויות הילד, הגם שייתכן כי ירצה שזווית מבטו תישמע והגם כי ייתכן שלגופו של עניין יהא ביכולתו לתרום מהותית לעשיית הצדק כ"ידיד בית-המשפט", נשאר מחוץ למסגרת החקיקתית, כפי שגם ארגוני הנשים נותרו מחוץ למסגרת זו בשעה שתחום העניין חרג מהמסגרת החקיקתית הספציפית שעוגנה בחוק.

להשלמת תמונה זו ראוי לציין כי בנוסף למנגנונים דלעיל העניק המחוקק לגופים נבחרים מעמד של "ידיד" לא רק בהליך שיפוטי בבתי משפט דווקא, אלא גם בהקשרים אחרים של הליכים מעין שיפויים או מינהליים המתקיימים בפני טריבונלים מחוץ למערך בתי-המשפט האזרחי⁸¹. כך לדוגמה, צווי התכנון והבניה (קביעת גופים ציבוריים ומקצועיים לעניין הגשת התנגדות לתכנית) מפרטים רשימת גופים הרשאים להגיש התנגדות לתוכניות מתאר בפני ועדות התכנון המוסמכות לפי סעיף 100(3) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. בין היתר כוללת הרשימה גופים כדוגמת: החברה להגנת הטבע; המועצה לארץ ישראל יפה; המועצה הציבורית למניעת רעש וזיהום אור בישראל (מל"ר²); האגודה הגיאוגרפית הישראלית; ועוד. התפתחות זו דומה במהותה לסוג הראשון של החקיקה הספציפית שתוארה לעיל (לאמור, הענקת היכולת להפוך להיות צד להליך), וסובלת מהמגבלות שתוארו לעיל בכל הנוגע לחלקיות העניינית והמוסדית⁸².

80 חיפוש ממוחשב אודות איזכור בפסיקה של סעיפי חוק אלה לא הצליח להעלות דוגמאות לשימוש בהן. שאלה מעניינת היא אם ועד כמה הוראות חוק אלה אכן ידועות לארגונים הרלוונטיים השונים, ועד כמה נעשה בהם שימוש בפועל. התשובה לשאלות אלה חורגת מתחום מאמר זה. ברם ברור כי אי-ההצלחה או אי-ה"חדירה" של הוראות אלה למציאות המשפטית מחזקת את הצורך בפיתוח עצמאי של מנגנון כללי בצורת "ידיד בית-המשפט" כפי שנטען בהמשך המאמר.

81 למשל, מעמד הרשות להגנת הצרכן והמועצה הישראלית לצרכנות מכוח סעיף 16(א) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982; מעמדה של הרשות לניירות ערך מכוח סעיף 35טו לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968.

82 התפתחות מעניינת, שהדיון בה חורג מגדר מאמר זה, באה לידי ביטוי בחוק ייצוג גופים ציבוריים שעניינם בשמירת איכות סביבה (תיקוני חקיקה), תשס"ג-2002. מכוח חוק זה,

אין ספק כי ההסדרים הסטטוטוריים המפורטים לעיל הם צרים מהסמכות הרחבה שפותחה במסגרת הלכת קוזלי, ואין בהם כדי ליתר את הצורך וההצדקה שבפיתוח "ידיד בית-משפט" ישראלי. במובן מסוים, הלכת קוזלי משלימה את החקיקה הספציפית שתוארה לעיל בכך שפותחת את הדלת בפני ארגונים וגופים שאינם מפורטים בה ומאפשרת להם לתרום את תרומתם הייחודית. עם זאת החקיקה הספציפית שתוארה לעיל מעניקה אפשרויות שהן רחבות מאלו המוענקות במסגרת הלכת קוזלי⁸³. המעמד החוקי שחוקים ספציפיים אלה מעניקים לארגונים מסוימים, הוא לעתים בעל עוצמה וסמכות רחבה מזו המוענקת במסגרת מוסד "ידיד בית-המשפט". לפיכך, אופן היישום והיעיזוב העתידי של מוסד "ידיד בית-המשפט" בקונטקסט הישראלי מחייב הערכה מדוקדקת יותר אשר מביאה בחשבון התפתחות סטטוטורית זו, כפי שיובהר בהמשך.

(ד) הרחבת זכות העמידה בבג"ץ

במשך השנים המשפט הישראלי פיתח מנגנון משפטי אלטרנטיבי שייתר את הצורך בכלי כגון "ידיד בית-המשפט" והכוונה היא להתפתחות הדרמטית של דיני זכות העמידה בפני בג"ץ. התפתחות מרשימה זו, שהתחוללה בעיקר בשני העשורים האחרונים, הביאה לכך שמרבית הארגונים המעוניינים להביע עמדה בהליך המשפטי רשאים כיום לעתור במישרין לבית-המשפט ולהיות צד להליך⁸⁴. התהליך בתחום זה היה הדרגתי, נמשך לאורך שנים, והתחולל על-ידי הגמשה בהגדרת התנאים הנדרשים להוכחת "זכות העמידה" בבית-המשפט הגבוה לצדק⁸⁵. השינוי התחולל במקביל לשינויים בתפיסת מקומו של בית-המשפט העליון במכלול המסגרת הפוליטית, תוך

ארגונים חוץ-ממשלתיים שונים כבר מקבלים מעמד שאיננו רק "ידידים", אלא הם מקבלים ייצוג בוועדות הסטטוטוריות השונות, ובכך הופכים למעשה להיות חלק אינטגרלי מהגוף מקבל ההחלטה. במובנים רבים, זהו שיא חדש בהתפתחות של מוסד "ידיד בית-המשפט": מידיד לסניגור, ולבסוף לשותף, לאמור לחלק אינטגרלי מהמערכת.

83 אף התמונה שתוארה לעיל איננה שלמה לחלוטין. הליכים משפטיים אורחיים נוספים, נותנים אף הם מענה מעשי לרציונל ההיסטורי והמודרני של הליך "ידיד בית-המשפט". כך לדוגמה, הענקת היכולת להגיש תובענה ייצוגית מאפשרת ליחיד לשמש, בנוסף להיותו צד ישיר להליך, גם מעין "ידיד בית-המשפט" ככל שהדבר נוגע לכל אותם יחידים שאינם מופיעים באופן אישי בפני בית-המשפט. ליתר הרחבה אודות הליך זה ומשמעותו החברתיות הרחבות יותר ראו אצל ס' גולדשטיין, "עפרון" התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט א (תש"ס) 27.

84 ז' סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה, 1993), עמ' 227.

85 בעבר היה על העותר להוכיח כמה תנאים על-מנת שיוכר מעמדו כדין: 1. פגיעה אפשרית בזכותו החוקית; 2. פגיעה באינטרס אישי; 3. ייחוד האינטרס; 4. ישירות האינטרס. רשימה זו של תנאים, שהתייחסה לזכות העמידה של עותרים פרטיים, חסמה והגבילה את זכות העמידה של עותרים ציבוריים וארגונים ציבוריים.

חיוזוק ועיגון מקומו כמי שמופקד על שמירת שלטון החוק ועל חוקיות השלטון. גם התפתחויות בתחום הפילוסופיה השיפוטית והנכונות להכיר בצורה פתוחה וגלויה בכך שתפקיד השופט הוא לא רק "לחשוף" את החוק אלא גם "ליצור" זכויות ולקדם את שלטון החוק תרמו לשינוי המשמעותי בתחום זה⁸⁶. התוצאה הייתה כי בית-המשפט נעתר בסופו של יום לשמוע קובלנותיהם של אזרחים ולאחר מכן של ארגונים ציבוריים, נעדרי אינטרס מיוחד בעתירה, שכל עניינם היה קידום שלטון החוק⁸⁷ וכך השתרשה זכות העמידה בעתירות ציבוריות. שיאה של התפתחות זו התרחשה בראשית שנות ה-90, בשעה שעתירות של ארגונים ציבוריים שעניינם הכללי הוא איכות השלטון ורמתו המוסרית היו לתופעה רווחת במיוחד⁸⁸. בעקבות עתירות אלה גובשו הכללים המגדירים את יסודות זכות העמידה של העותר הציבורי והארגונים הציבוריים, כללים שעומדים בעינם עד היום⁸⁹.

86 א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475.

87 ראו סגל (לעיל, הערה 84), עמ' 239.

88 כך למשל, במרוצת שנת 1993 מצא עצמו בית-המשפט הגבוה לצדק דן בעתירות ציבוריות שעניינן זכויותיהם וכשרות כהונתם של ארגונים ואזרחים, שביקשו להורות ליועץ המשפטי לממשלה לנהוג בצורה כזו או אחר. כדוגמה ניתן למנות את בג"ץ 4281/93 התנועה לשינוי שיטת הממשל בישראל נ' כנסת ישראל, תק-על 94(2) 1237; בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441; בג"ץ 4319/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, יחד עם עתירה זו הוגשו עוד מספר "עתירות ציבוריות" למניעת המשך כהונתו של שר הפנים, אריה דרעי, בממשלה לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה החליט להעמיד את השר לדין פלילי בעבירות חמורות, ופנה לכנסת בבקשה לנטילת חסינותו. כזכור, העתירות נתקבלו.

89 ההתייחסות הראשונה לזכות העמידה של עותר ציבורי הייתה בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (להלן – עניין ברזילי), שהוכרע באוגוסט 1986 ובו נדונה עתירתם של משפטנים וחברי כנסת במה שנודע כ"פרשת השב"כ". בג"ץ נקרא להכריע בשאלת סמכותו של נשיא המדינה לחון חשודים בעבירות בטרם הרשעה. באותו מקרה הוכר מעמדם של העותרים, ובכך נפתח שער רחב ל"עתירות ציבוריות". המקרה השני שבו התעוררה שאלת זכות העמידה של עותר ציבורי ואשר היה בו מחלוקת בין השופטים, היה בבג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (להלן – עניין אלוני), שבו נקבע כי בית-המשפט ייתן משקל לעובדה שאין בנמצא עותר אחר, אשר לו אינטרס ישיר וממשי. המעמד יוכר כאשר "אין בנושא שלפנינו גורם בישראל שהוא בעל נגיעה ישירה ביותר, וקיומם התיאורטי של גורמים נוספים דומים בעלי זיקה שוות משמעות, אינו צריך לשלול את הדיון בעתירה, אם הוגשה על ידי מי שהוא בעל עניין כן בהיבט המשפטי שלה, ובלבד שאכן המדובר בנושא משפטי מרכזי ומהותי, המצדיק יציאה מן התחומים הרגילים, אשר אותם התווה לעצמו בית המשפט בנושא זכות העמידה" (שם, עמ' 23). עם זאת אין בנמצא רשימה סגורה של מקרים או נסיבות שבהם בית-המשפט הגבוה לצדק יכיר בזכות עמידה של עותרים ציבוריים, וההחלטות שניתנו בעניין היו רק ציוני דרך המשקפים את הגבול

התפתחות דיני זכות העמידה בבג"ץ, שתוארה לעיל, הביאה לכך שהיום כל עמותה ציבורית, יחיד, או כל גוף אחר, רשאים לעתור לבג"ץ מקום שמדובר בעתירה כנה ורצינית, בעלת אופי ציבורי, הנוגעת לשאלה משפטית-עקרונית ובעלת זיקה לנושא חוקתי מרכזי. משמעות הרחבת זכות העמידה העניקה הלכה למעשה לארגונים הציבוריים הלא ממשלתיים את האופציה של הגשת בג"ץ באופן עצמאי, וללא תלות בקיומו של עותר קונקרטי לעמוד מאחוריו, בכפוף לגבולות שעוצבו על-ידי הפסיקה. למעשה במובן זה, הרחבת זכות העמידה הגשימה או איפשרה למלא אחר רציונלים רבים העומדים בבסיס הרציונל וההיגיון של מתן האפשרות למעין ידידי בית-המשפט להגיש את עמדותיהם בפני בית-המשפט⁹⁰. לפיכך, בעקבות הלכת קוזלי, יש צורך כיום לזהות שיקולים נוספים אשר יכריעו בשאלה אם להצטרף כצד או להסתפק בהגשת עתירה כעותר ציבורי. שיקולים אלה יפורטו בהמשך.

2. ההתנגדות הפנימית להלכת קוזלי

מאז הלכת קוזלי הצטבר גוף של פסיקה שבהם נעשו ניסיונות לעשות שימוש במוסד החדש של "ידיד בית-המשפט". בכמה מקרים ניתן לזהות כי בית-המשפט העליון הישראלי ער לצורך לעצב בזהירות את המוסד בהקשרו הישראלי, ומתנגד לאימוץ אוטומטי של הדמות האמריקנית של המוסד⁹¹. דוגמה בולטת לכך ניתן למצוא בפרשת שוורץ⁹². באותה פרשה דן בית-המשפט העליון בסוגיה עקרונית הקשורה להליך

הראוי שבין הביקורת השיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק לבין הימנעות מהפעלתה. ואולם, בפסיקה נקבעו מספר נוסחאות להכרת מעמדו של "העותר הציבורי", אם בהעלאת בעיה חוקתית מובהקת (עניין ברזילי), אם בהעלאת בעיה בעלת אופי ציבורי (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441), ואם בהעלאת עניין יוצא דופן הנוגע לעקרונות שלטון החוק (עניין אלוני). תוך הדגשת העובדה הברורה מאליה שהענקת מעמד ל"עותר ציבורי" נתונה לשיקול-דעת בית-המשפט, הוצעה נוסחה כוללת יותר, התולה את המעמד בהוכחה לכאורה של טענה בדבר פגיעה מהותית בשלטון החוק; ראו סגל (לעיל, הערה 84), עמ' 275.

90 פרופ' סגל בספרו מעיר ואומר כי התופעה המתגברת של עתירת ארגונים ציבוריים בנושאים בעלי משמעות כללית היא תופעה ראויה. פרופ' סגל עומד על הרמה הגבוהה של הטיעונים הנטענים על-ידי הארגונים הציבוריים, כאשר היכולת להציג את הנושא העומד לדיון באופו ראוי אינה תמיד קיימת בידי מי שלו אינטרס אישי ומיוחד בנושא הבקשה. לפיכך, לדעתו, תחכן גם אפשרות חריגה – הוא מדגיש – להכרה של ארגון ציבורי, העותר בנושא בעל משמעות כללית, אפילו בעל האינטרס המיוחד החליט שלא לעתור; סגל (לעיל, הערה 84), עמ' 239.

91 ייתכן כי עמדה זו משקפת בעיקר את גישתו של נשיא בית-המשפט העליון, השופט ברק, ואילו יתר שופטי בית-המשפט העליון אינם בהכרח מחזיקים באותה גישה.

92 ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241 (להלן – פרשת שוורץ).

הפלילי: מתי, באילו נסיבות ועל-פי אלו אמות מידה תידון בקשה לעכב ביצוע עונש מאסר של אדם שהורשע בפלילים וערעורו תלוי ועומד. עובדות המקרה היו כדלקמן: ארנולד שוורץ הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירה של אינוס ובביצוע מעשה סדום. בגין הרשעתו נידון לארבע שנות מאסר – מהן שלוש שנים מאסר בפועל ושנה אחת מאסר על תנאי – וכן חויב לפצות את המתלוננת. במועד השמעת גזר-הדין נעתר בית-המשפט המחוזי לבקשת בא-כוחו של המבקש ודחה את מועד תחילת ריצוי עונש המאסר בחודש ימים. הנאשם ערער על פסק-הדין לבית-המשפט העליון ובד בבד הגיש בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר. לאור העובדה שבפסיקת בית-המשפט העליון התעוררה דיסהרמוניה ביחס למדיניות הראויה בסוגיה זו, החליט נשיא בית-המשפט העליון להעביר את הדיון בבקשה להרכב מורחב של תשעה שופטים⁹³. לאחר קביעת הבקשה לדיון בפני הרכב מורחב, הגישה הסניגוריה הציבורית לבית-המשפט בקשה להגיש טיעון בכתב במעמד של "ידיד בית-המשפט". בדומה לפרשת דני כץ, המבקש הסכים לבקשה ואילו המדינה התנגדה. בית-המשפט קיבל החלטת ביניים שאיפשרה לסניגוריה להגיש את הטיעון, אך הותיר את ההחלטה אם לקבל את הטיעון אם לאו לשלב מתן ההחלטה בגוף הבקשה. כבוד השופטת ביניש, אשר כתבה את פסק-הדין בנדון, התייחסה לסוגיית "ידיד בית-המשפט" בכל הנוגע לבקשת הסניגוריה הציבורית. בקבלת הבקשה ודחיית התנגדות המדינה יישמה כבוד השופטת את הלכת דני כץ, ובחנה את מכלול השיקולים הרלוונטיים כמפורט שם⁹⁴.

לעמדה זו של כבוד השופטת ביניש הצטרפו שאר השופטים שישבו בדיון, למעט כבוד השופט קדמי. על אף שעמדת השופט קדמי הייתה דעת יחיד, עמדתו בנושא "ידיד בית-המשפט" חשובה. באמצעותה ניתן לאתר נקודות ביקורת חשובות נוספות על כלי זה. נקודת המוצא של כבוד השופט קדמי היא כי "סמכותו של בית המשפט לצרף לדיון 'ידיד' הינה בבחינת חריג לאופיו של ההליך השיפוטי הנוהג אצלנו" ולפיכך יש לעשות

93 השתלשלות האירועים מתוארת שם.

94 מסקנתה בנדון הייתה כדלהלן: "הסוגיה המתעוררת בעניין שבפנינו הינה שאלה בעלת חשיבות כללית בתחום ההליך הפלילי; היא מתעוררת ונדונה על דרך השיגרה בפני בית-המשפט, ומטבע הדברים היא נוגעת לציבור רחב של נאשמים. דיוננו בסוגיה איננו מתמקד בעיקרו בעובדות הקונקרטיות של המקרה, אלא בשאלה עקרונית המתעוררת בין היתר על רקע חוסר האחידות הנוהגת בהלכה. בדיון מסוג זה יש לסניגוריה הציבורית, שתפקידה על-פי חוק הוא ייצוג נאשמים בהליכים פליליים, עניין ברור. בהתחשב במומחיותה ובניסיונה של הסניגוריה הציבורית בייצוג נאשמים, צירופה להליך מהסוג שבפנינו עשוי לתרום להעמקת הדיון ולהבהרתו. מנגד, צירוף הסניגוריה הציבורית בשלב שבו הוגשה בקשת הצירוף, אין בו כדי להכביד באופן ממשי על ניהול ההליך, שאינו אלא הליך ביניים במסגרת תיק הערעור התלוי ועומד. בהתחשב בשיקולים אלה, סברנו כי יש לאפשר את צירופה של הסניגוריה הציבורית להליך שבפנינו במעמד של 'ידיד בית-המשפט'; פרשת שוורץ (לעיל, הערה 92), עמ' 252.

בה שימוש רק "במקרים נדירים ביותר". נקודת מוצא זו, גם אם ניתן לחלוק עליה, אין בה משום חידוש או ביקורת על עצם מהות ההליך. עם זאת ראוי להביאה להלן:

(1) ההבחנה בין "ידיד" ובין "עוזר" והרלוונטיות שלה למהות ההליך השיפוטי: כבוד השופט קדמי קובע כי "העובדה שבכוחו של 'ידיד' להושיט לבית המשפט 'סיוע' לפתרונה של בעיה משפטית העומדת בפניו אינה מהווה, כשלעצמה, בסיס מספיק להזמנתו של 'ידיד' להצטרף לדיון. שאם כך נאמר, 'הפוך ה'ידיד' ל'עוזר משפטי' של בית המשפט. לשיטתי, לא זו היא תכלית קיומו של מוסד זה"⁹⁵. במובנים רבים, דעת השופט קדמי מכוונת למוסד "ידיד בית-המשפט" במתכונתו המקורית וההיסטורית כפי שהוצגה בחלק הראשון של רשימה זו. במילים אחרות, עמדת כבוד השופט קדמי היא כי גם אם יש מקום לאמץ את המוסד, הרי שיש לאמצו רק במובנו המקורי, ככלי מוגבל ומצומצם למניעת טעות של בית-המשפט, ולא במשמעות התפתחותו המאוחרת יותר, ככלי במסגרת מאבקים חברתיים.

(2) היעדר השוויון בהליך "ידיד בית-המשפט" ושאלת ה"פורום הנאות": מוסף כבוד השופט קדמי וקובע:

"לטעמי, מוסד הסניגוריה הציבורית הוקם לצרכי הבטחת ייצוג משפטי לנאשם... ואין הוא מופקד על קידום עניניהם של כלל הנאשמים בתורת שכאלה. ומכל מקום, גם אילו הופקד על הגנת זכויותיהם של הנאשמים בדרך כלל, אין בכך כדי להקנות לו מעמד של 'ידיד בית המשפט' ולהעדיפו על פני כל אירגון אחר, ששם לו למטרה לקדם את עניינם של 'מעורבים, אחרים בהליך הפלילי, כגון: הגופים המטפלים בהגנת זכויותיהם של קורבנות העבירות. קידום עניינם של כלל הנאשמים מן הראוי שיעשה במקום אחר ולא במסגרת הדיון בענייניו של נאשם נתון".

למעשה שני נושאים עולים מביקורת זו: ראשית, הדיון הכללי והעקרוני בסוגיות כלליות צריך להיעשות במסגרת "אחרת" כלומר, במסגרת הפרלמנטרית, שם יכולים כל הגופים והארגונים החברתיים הנוגעים לסוגיה ספציפית להביא את עמדתם לידי ביטוי באמצעות נציגיהם הנבחרים. שנית, הליך "ידיד בית-המשפט" יוצר חוסר שוויון מסוים במובן זה שאין הליך פומבי וציבורי ה"מזמין" את כלל הציבור להשתתף כ"ידיד בית-המשפט". לפיכך, באופן טבעי, וכפי שגם עולה בפרשה דלעיל, רק אלו המצויים "בתוך העניינים" ולרוב גם אלה בעלי היכולת ובעלי קישורים עם מידע פנימי, יכולים לדעת על

95 "ראוי אפוא, לשיטתי, להגביל את זימונו של 'ידיד' לנסיבות של 'כורח דיוני', לאמור: לנסיבות שבהן מעורבותו של ה'ידיד' דרושה להבטחת קיומו של דיון תקין והוגן בענייניו של הנאשם העומד לדיון, להבדיל מנסיבות שבהן מבקשים 'ידידים' להציג עמדות משלהם בסוגיה העומדת לדיון" (שם, עמ' 288).

אודות הליך שיפוטי שראוי להצטרף בו כ"ידיד". קבוצות ואזרחים שאינם בעלי מידע שכזה, שאינם בעלי אמצעים או נעדרי ארגונים חוץ-משלתיים בעלי ממוך, אינם יכולים לקחת חלק כ"ידידים" ולפיכך אינם יכולים ליהנות מפירות הליך זה.

קשה לנתק את הביקורת של כבוד השופט קדמי מעמדה יותר רחבה ביחס להליך השיפוטי ולמקום הפסיקה והשיפוט במכלול היצירה השיפוטית. ברור למשל כי תפיסה צרה הדוחה את תפיסת השופט כ"מחוקק" תביא בעקבותיה גם ניסיונות להרחיב את יריעת השיקולים והעניינים שאמורים לבוא בפני השופט עובר להכרעה בסכסוך הקונקרטי. לעומת זאת גישה הרואה בהליך השיפוטי שותף פעיל להליך החקיקתי, באופן טבעי תראה, ואף תחייב, הליכים שיאפשרו יתר שיתוף ומעורבות הציבור בכל הליך שיפוטי בעל משמעויות ציבוריות שמעבר לצדדים הפרטיים בהליך. במובן זה, אף שעמדת השופט קדמי היא עמדה שנדחתה על-ידי לפחות שמונת שופטי בית-המשפט העליון, יש בה חשיבות בהדגישה את הזיקה המהותית שבין הכלי הפרוצדורלי של "ידיד בית-המשפט" ובין תפיסת עולם רחבה בהרבה ביחס למהות ההליך השיפוטי. בקונטקסט הישראלי, שעה שהמשפט הישראלי נמצא עדיין בשלבי התהוות וגיבוש עמדות, ביקורתו של השופט קדמי חשובה בכך שהיא מזכירה לנו כי בעת שאנו שוקלים את המשך התפתחותו של מוסד "ידיד בית-המשפט" אנו מחויבים להביא בחשבון את המתח וההתנגדות הפנימית הקיימת כנגדו במשפט הישראלי.

ה. הערכת מצב ומבט לעתיד

מהי אם כן התמונה האמיתית בעקבות הלכת קוזלי? האם מדובר בהתפתחות משפטית חשובה ומרכזית, אשר תשמש אבן דרך בעיצוב דרכי הפעולה של ארגונים חוץ-משלתיים בישראל? או שמא מדובר בהתפתחות מאוחרת ומוגבלת, אשר מידת התרומה וההשפעה שלה על המשפט הישראלי בכלל, ובתחום המשפט ככלי לשינוי חברתי בפרט, תיוותר שולית וזניחה? בסעיף הקודם סקרנו את המציאות המשפטית הייחודית שאלה נולד "ידיד בית-המשפט" הישראלי, ונטענה הטענה כי לא ניתן להתעלם ממציאות זו כאשר שוקלים את המשך התפתחותו של מוסד "ידיד בית-המשפט" הישראלי. בסעיף זה ננסה לענות על החששות שהוצגו בסעיף הקודם, לתת תמונה יותר מאוזנת ביחס לחשיבותו של האמיקוס הישראלי, וכן להציע כיווני ההתפתחות רצויים תוך התייחסות לאופיו הייחודי של המשפט הישראלי בנדון⁹⁶.

96 בדיון להלן איננו עוסקים בשאלה אם ראוי לעגן את מוסד "ידיד בית-המשפט" בחקיקה. לדיון מקיף בעניין זה ראו אצל אהרוני (לעיל הערה 2), עמ' 39.

1. הסיכוי וההזדמנות

כיום לאחר עליית המגזר השלישי וחשיבות הארגונים הלא ממשלתיים בעיצוב החברה בכלל והמשפט בפרט, הפיתוח של "ידיד בית-המשפט" במסגרת המשפט הישראלי מהווה אקט חשוב מאוד. קשת הסיכויים וההזדמנויות שנוצרו בעקבות הצטרפות מוסד "ידיד בית-המשפט" למשפט הישראלי עשירה בגווניה. לראשונה, נפתח בפני ארגוני זכויות האזרח וארגוני קבוצות מוחלשות חלון הזדמנות להציג את עמדתם העקרונית בנושאים מהותיים, על-ידי שימוש בכלי "ידיד בית-המשפט" במסגרת פעילותם הציבורית אף ללא הצורך להיות צד פורמלי להליך. התפתחות זו יכולה גם לרענן את השיח המשפטי הישראלי, וגם להביא ליתר דמוקרטיזציה של ההליך השיפוטי, להעשרתו בערכים ובקונטקסטים עובדתיים וחברתיים שנעדרו בעבר מההליך השיפוטי ועלולה לגרום לצמצום הכרעות שיפוטיות לא נכונות הנשענות על עובדות מוטעות או על תמונה חברתית צרה, מוגבלת ובעלת הטיה. מעבר לנימוקים הערכיים הכלליים שתוארו בסעיף ג ושהביאו לפיתוח ולאימוץ ידיד בית-המשפט למשפט הישראלי, אימוץ כלי זה מעניק גם יתרונות פרקטיים מגוונים לכל אותם גופים וארגונים החפצים לפעול בזירת השינוי החברתי. במסגרת שיקולים אלה ניתן לציין את השיקולים המרכזיים הבאים:

(א) חיסכון בעלויות כספיות והימנעות מהסיכון הכרוך בלהיות צד פורמלי להליך

להצטרפות כ"ידיד בית-המשפט" דווקא ישנם יתרונות כלכליים במובן זה שאינך צריך לשלם את אגרת המשפט הכרוכה בהגשת התביעה או הגשת הערעור (הוצאות אלה נישאות על-ידי הצדדים הפורמליים). בהקשרים רבים הכנת נייר עמדה, חוות-דעת או הצגת תשתית עובדתית היא פשוטה יותר וכרוכה במקרים רבים (אם כי לא תמיד) בעלויות נמוכות בהשוואה לנטל המקצועי והכלכלי הכרוך בהכנת מלוא המסמכים הדרושים למי שהוא צד פורמלי להליך. במידה וההליך מסתיים בכישלון, הוצאות המשפט מושטות על הצדדים הפורמליים ולא על ידיד בית-המשפט, והסיכון הכרוך בספיגת עלויות ההפסד מוצאות ממכלול השיקולים⁹⁷.

(ב) גמישות טקטית בבחירת הטענות המשפטיות

צד פורמלי להליך אינו יכול להרשות לעצמו שלא להעלות את כל הטענות האפשריות, שכן אם לא יעשה כן, איש לא יעשה זאת במקומו. לעומת זאת כאשר צד מציג את עמדתו בתור "ידיד" יש לו את חופש הבחירה להתמקד בטיעון משפטי או

97 מצד שני, לחוות-הדעת המוגשת על-ידי האמיקוס יש עלות כספית שהיא מוטלת כולה על האמיקוס, שכן בשל אי-היותו צד להליך הוא לא יקבל הוצאות אלה בחזרה.

עובדתי יחיד, יש לו את חופש הבחירה לבחור את "טון" הטיעון, ואת ה"נימים" שעליהם הוא רוצה "לפרוט". ברמת שיתוף הפעולה, ניתן לתכנן חלוקה של טיעונים מסוימים, מתוך ידיעה או הכרה שטיעונים מסוימים לא "ישמעו טוב" בשעה שהם מועלים על-ידי הצדדים הפורמליים להליך, בעוד שאותם טיעונים יראו כיותר "לגיטימיים" בשעה שיועלו על-ידי "זרים" חיצוניים, כדוגמת "ידידים" של בית-המשפט.

(ג) הזדמנות ליצירת שיתופי פעולה וקואליציות ציבוריות

הצטרפות כידיד בית-המשפט מאפשרת לגופים שונים לשותף פעולה למען השגת מטרה משותפת, גם אם אין הסכמה מלאה או שלמה בין הארגונים ובין הגופים בדבר האסטרטגיה המשפטית הנכונה או ביחס לטיעונים המהותיים אותם צריך להעלות. שיתוף הפעולה יכול לכלול גם "חלוקת עבודה" או "חלוקת גזרות אחריות" ככל שהדבר נוגע להיבטים או טענות שונות שגופים יכולים לטעון בתור "ידידים" נפרדים ושונים. שיתוף פעולה שכזה יכול להשתלב היטב גם כחלק מקמפיין ציבורי רחב יותר לשינוי חברתי.⁹⁸

(ד) ההימנעות מהצורך ביחסי עורך-דין-לקוח

אחד היתרונות המרכזיים שיש לכלי "ידיד בית-המשפט", לפחות ככל שהדבר נוגע לארגונים לא ממשלתיים, נעוץ בכך שהם משתחררים מהצורך "לחפש" לקוח, וכן מהצורך להתקשר עם אותו לקוח בקשרי עורך-דין-לקוח. ברמה האתית הקשר עורך-דין-לקוח יוצר מחויבות מקצועית, אשר לעתים מונעת את חופש הפעולה המשפטי והענייני, שמתאפשר במציאות בו הארגון מציג את עצמו כ"ידיד" בלבד. הדברים משתלבים לא רק עם החופש הטקטי שתואר לעיל ביחס לסוג הטענות שניתן לטעון או לא לטעון, אלא גם ברמה האתית ציבורית, ככל שהדבר נוגע לניגודי עניינים אפשריים בין האינטרסים הלגיטימיים של הלקוח הבודד, ובין תפיסת העולם והאידיאולוגיה של הארגון או המוסד המבקש לייצג אותו.⁹⁹

לסיכום, ניתן להיווכח כי למרות החששות שהוצגו בסעיף הקודם באשר להלכת קוזלי, פיתוח ידיד בית-המשפט הפסיקטי הישראלי, עם כל מגבלותיו, יוצר הזדמנות וסיכוי לאופני פעולה שלא היו קיימים בעבר.

98 ראו בנדון אצל אהרוני (לעיל, הערה 2), עמ' 25.

99 על הקשיים האתיים הכרוכים בסוגיה זו לארגונים חוץ-ממשלתיים ראו אצל נ' זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" משפט וממשל ו (תשס"א) 171.

2. הסיכונים והחששות

למרות יתרונותיו של "ידיד בית-המשפט" כפי שהוצגו לעיל, בפיתוחו טמונים גם חסרונות וסכנות הן ברמה המוסדית הן ברמה הפרקטית, וזאת אף מעבר לביקורות המהותיות שנסקרו בסעיף ד. להלן ננסה לתאר את עיקרי חולשות אלה:

(א) "ידיד בית-המשפט" כחבר פיפיות

פתיחת הצוהר לצדדים חיצוניים להביע את דעתם כ"ידידים" חיצוניים עשויה לאפשר לא רק לארגוני זכויות אדם או לנציגי קבוצות מוחלשות להשמיע את דעתם¹⁰⁰. דווקא לגופים בעלי עוצמה כלכלית, ובעלי אחיזה במוקדי כוח ושליטה, ישנה יכולת טובה ומוצלחת אף יותר לעשות שימוש בכלי זה. הצפת בתי-המשפט בחוות-דעת "מטעם", של מומחים בעלי שיעור קומה, אשר בעבור תמורה כלכלית הולמת יוכלו להפיק את הממצאים ה"מתאימים" לדרישות לקוחותיהם החזקים, כל זאת באמצעות עורכי-דין מנוסים ויקרים, איננה בגדר חזון תעתועים, ואף הוכחה כ"סיכון בר מימוש" בהקשר האמריקני¹⁰¹. חשש נוסף שעלול להשפיע על ארגונים חברתיים בשאלה אם לעשות שימוש בהליך נוגעת להיעדר היכולת לשלוט בהליך השיפוטי. יש לזכור כי בתור ידיד בית-המשפט בסופו של דבר מידת המעורבות היא מוגבלת, והצדדים הפורמליים הם אלה בסופו של דבר השולטים במושכות ההליך, ומסוגלים, על-פי שיקול-דעתם, להחליט למחוק, לדחות, או להתפשר ללא כל חובה להתייעץ בנדון עם ה"ידידים" שהוסיפו את קולם להליך. גם כאן, בחירה אסטרטגית להצטרף כ"ידיד" בלבד, עלולה להסתבר בדיעבד כהכרעה מוטעית עקב חוסר יכולת לשלוט בניהול מהותי של ההליכים לגופם.

(ב) "ידיד בית-המשפט" והחשש מהצפה

בהיבט הדיוני, חשש אפשרי נוסף הוא כי יהיה באימוץ ידיד בית-המשפט בכדי לפתוח פתח לכל דיכפין וכל "מקופח עלי אדמות" לשטוח את דברו בפני בית-המשפט

100 לעניין הזיקה בין מוסד ידיד בית-המשפט ובין יחסי הכוחות בהליך השיפוטי ראו דברי השופט דניאל פיש בפרשת סייאג (לעיל, הערה 3), פסקה 13.

101 חשש מסוג זה אכן אושש ברמה מסוימת בניסיון האמריקני. ראו אצל Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16), עמ' 746 שכן ממצאי מחקרם מראה כניירות עמדה של "ידידים" שהוגשו על-ידי עורכי-דין מנוסים מטעם המשיבים (להבדיל מהעותרים) הינם בעלי השפעה רבה יותר על הכרעת בית-המשפט.

על תקן של "ידיד"¹⁰². דבר זה יטיל עומס בלתי נסבל על השופטים היושבים בדין בצורה של עשרות סיכומים בעלי מאות ואף אלפי עמודים, מ"בעלי עניין כללי". הדבר עלול לגרום לפגיעה מהותית ביעילות ההליך השיפוטי ובפגיעה בזכויות הדיוניות של הצדדים הפורמליים להליך. אף מבלי לחטוא בדעות קדומות יש גם להודות שבמציאות הישראלית הליטיגטיבית ורוויות עורכי-הדין, קיימת האפשרות לשימוש או ניצול יתר באמצעי כדוגמת האמיקוס.

(ג) "ידיד בית-המשפט" ופוליטיזציה של ההליך השיפוטי

יש לזכור כי הביקורות הפמיניסטיות והאחרות, שתוארו בסעיף ג, אודות האופי הפוליטי של ההליך השיפוטי הן שנויות במחלוקת. כנגדן, עדיין עומדת בתוקפה הגישה הפוליטיביסטית המנסה לנטרל את הממד הסובייקטיבי והפוליטי מההליך השיפוטי, ולמנוע מבית-המשפט להפוך ל"בית מחוקקים זוטא". לפי גישה אחרונה זו, באימוץ ידיד בית-המשפט קיים סיכון מהותי לפוליטיזציה של ההליך השיפוטי. קיים חשש כן כי שימוש בכלי האמיקוס על-ידי גופים פוליטיים ישווה להליך השיפוטי אופי של ויכוח ציבורי פוליטי, בדומה לזה שאנו עדים לו במליאת הכנסת מידי יום ביומו. בית-המשפט בצורה זו יהפוך ממקום דיון אובייקטיבי וניטרלי, למעין "הייד פרק" רעיוני¹⁰³. שופטים יהיו נתונים למערך לחצים החורגים מאלה הקיימים כיום, ועצמאותם העניינית עלולה להישחק שעה שיעמדו במבחני "פופולריות" בקרב ארגונים חברתיים חזקים שונים. מגמה שכזו תשחק את אמינותו של בית-המשפט ואת מעמדו הציבורי והחברתי, מעמד שהוא קריטי להצלחתו למלא את תפקידו הדמוקרטי.

חששות וספקות אלה אינן ייחודיות למשפט הישראלי והן אינן ייחודיות רק לדיון בהקשר של מוסד ידיד בית-המשפט. הן הועלו גם בדיונים דומים בסוגיות, כגון הרחבת זכות העמידה ואף הוכחו ברמה זו או אחרת כמוצדקות בניסיון האמריקני¹⁰⁴. עם זאת בהחלט ראוי לתת עליהן את הדעת במסגרת עיצוב קווי הפיתוח העתידיים של מוסד זה במשפט הישראלי.

102 הניסיון האמריקני, כפי שתואר לעיל, תומך כאמור בטענה שקיים חשש ל"אינפלציה" בשימוש בכלי ידיד בית-המשפט. ראו תיאור מציאות זו אצל Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16).

103 כמובנים רבים, קיימות כבר עדויות לפוטנציאל השלילי הטמון בשימוש היתר בכלי זה במסגרת הניסיון ההיסטורי של ארצות-הברית.

104 ראו לעיל, סעיף ב.

3. המלצות לעתיד: פיתוחו של "ידיד בית-משפט ישראלי"

בשלב זה של הדיון, ברור כי להלכת קוזלי ולמוסד ידיד בית-המשפט הישראלי הפסיקתי צדדים חזקים וחיוביים אך גם חולשות וסיכונים. חלק ממאפיינים אלה הם כלליים, וחלקם ייחודי לקונטקסט הישראלי. הדרך הראויה והנכונה להתבונן לדעתנו כיום על הלכת קוזלי היא להכיר בכך שמדובר בהתפתחות משפטית חשובה הפותחת פתח לסיכוי והזדמנות. עם זאת מימוש הסיכוי מותנה בהתאמת "ידיד בית-המשפט" להקשרו הישראלי הייחודי. בחלק זה של הרשימה ננסה אם כך להתוות כיווני התפתחות רצויים לעתיד, המביאים בחשבון את מצב התפתחותו של המשפט הישראלי נכון להיום:

(א) חשיבות חיזוק מעמד "ידיד בית-המשפט" הקלאסי

נדמה שאין חולק כי בגרעין הקלאסי-מסורתי שלו, ידיד בית-המשפט הוא מוסד ראוי שנכון היה לאמצו אף במשפט הישראלי. כלומר, אפילו אלה הדוגלים בעמדתו של כב' השופט קדמי יסכימו כי באותם מקרים שבהם לגוף זר, שאיננו צד להליך, יש מידע עובדתי או משפטי, שהוא חיוני להכרעה בסכסוך קונקרטי, ראוי לאפשר לאותו "זר" להציג בפני בית-המשפט והצדדים מידע זה. אין ספק כי מסגרת פרוצדורלית גמישה בהקשר הקלאסי הנ"ל יכולה לתרום לעשיית צדק, לחשיפת האמת ולמניעת טעויות שיפוטיות. במסגרת קווים "שמרנים" אלה, נדמה של"ידיד בית-המשפט" הישראלי שמור, לפחות במוטנציה, תפקיד חיוני וחיובי.

יתרה מכך, בעידן של עליית המגזר השלישי והתמקצעות הארגונים החוץ-ממשלתיים, ההכרה במעמדם של ארגונים אלה כ"ידיד בית-המשפט" ובתרומתם להליך השיפוטי, מקבלת משנה תוקף. על-כן כיוון ההתפתחות הרצוי, במעורבות ארגונים אלה כ"ידידים" צריכה להתמקד בעיקר בידע ובניסיון הייחודי שלהם, שאינו מצוי כיום לא רק בידי בית-המשפט, אלא אף לא בידי הצדדים להליך. ניתן להמחיש את כיוון זה בפרשת בג"ץ 1119/01 זריצקיה נ' משרד הפנים¹⁰⁵. בעתירה זו נדון עניינה של אזרחית אוקראינה שהגיעה לישראל שלא כדין. עם הגעתה לישראל היא הועסקה כנערת ליווי ודרכונה נלקח ממנה על-ידי מעסיקה. כשנה לאחר מכן היא נעצרה והוחזקה במעצר עד לגירושה. העותרת פנתה לבג"ץ וביקשה לשחררה מהמעצר למשך שבועיים, עד ליציאתה מן הארץ. לקראת תחילת הדיון בעתירה הוגשה בקשה דחופה מטעם מוקד הסיוע לעובדים זרים¹⁰⁶ להגשת סיכומיו כ"ידיד בית-המשפט". במסמך הסיכומים, אשר במסגרתם התנגד המוקד לשחרורה של העותרת, תיאר המוקד בפני בית-המשפט תמונה

105 לא פורסם, ההחלטה ניתנה ביום 15.4.01.
106 המוקד הוא עמותה אשר חבריה פועלים בהתנדבות למען עובדים זרים ולמען קורבנות הסחר בנשים. בידה מצוי מידע רב באשר לקורבנות הסחר בנשים.

שלא הוצגה בפניו על-ידי מי מהצדדים בהליך הפלילי, ולפיה עורך-הדין המייצג את העותרת הוא בעצם נציגו של הסוחר באישה. בהקשר זה תיאר המוקד בפני בית-המשפט כיצד אחת השיטות הנפוצות בקרב סוחרי הנשים, המעוניינים לשוב להעסיק אישה שנעצרה, היא לשלוח אליה עורך-דין, אשר כביכול מייצג אותה (למרות שבפועל מונה על-ידי סוחריה) על-מנת להביא לשחרורה – לא מתוך רצון כן להביא לה חירות, אלא מתוך אינטרס כלכלי להמשיך ולהעסיק אותה בזנות. כפי שנטען בסיכומי המוקד, "ישנה סבירות גבוהה כי באם תשוחרר [העותרת] יהיה הדבר החלפת כלא אחד באחר, גרוע יותר". עמדה זו של המוקד באה בסופו של דבר לידי ביטוי מכריע בהחלטתו הסופית של בית-המשפט אשר דחתה את העתירה¹⁰⁷ תוך כדי העניקה בפועל למוקד מעמד של "ידיד בית-המשפט" בלי דיון ענייני בבקשה¹⁰⁸.

החשיבות העצומה והתרומה המהותית שהייתה לסיכומי המוקד כ"ידיד בית-המשפט" על החלטת בית-המשפט נבעה מיכולתו להציג מידע חשוב, מהותי ורלוונטי, שללא מעורבות ה"ידיד" היה נעלם מעיני בית-המשפט. לכן, במבט לפני, ראוי לחזק ולטפח דווקא את מעמדם של "ידידים קלאסיים", בשונה מידידים "מודרניים" המוכרים מהניסיון האמריקני.

(ב) חשיבות הצבת גבולות פרוצדורליים

ניתן להתמודד עם החששות השונים שהועלו כנגד אימוץ ידיד בית-המשפט במשפט הישראלי, באמצעות מנגנונים פרוצדורליים. כך למשל, ראוי לבית-המשפט לאמץ נהג פרוצדורלי שלפיו אין להתיר הגשת סיכומים או חוות-דעת בטרם נתקבלה תגובת הצדדים או הסכמתם. ראוי לדרוש מהידיד כי יפרט ויגלה את העניין שלו בהליך השיפוטי ולהוכיח את התוקף, המהימנות והנפקות של הנתונים האמפיריים שהוא מגיש (אם ועד כמה שהוא מבקש להסתמך עליהם). חשוב שבית-המשפט ידרוש מהידיד לפרט את כישוריו ואת מלוא המידע הרלוונטי לצורך הערכה ניטרלית ואובייקטיבית של אותם נתונים שהוא מציג. חשוב שבית-המשפט יימנע מאימוץ מדיניות "דלת פתוחה" אשר

107 בפסקה 7 להחלטה כותב השופט ברוך "לאחר שמיעת טענות הצדדים – לרבות טענותיו של המוקד – החלטנו (ביום 15.2.2001) כי 'לעת הזו אין מקום לשחרר את העותרת למשך 14 יום עד ליציאתה מן הארץ'..." (ההדגשה שלנו).

108 מעניין לציין כאן כי פרוצדורה זו נוגדת את הפרוצדורה הקבועה בחוק הפרדלי האמריקני המסדירה את מעמד "ידיד בית-המשפט", מבחינה פרוצדורלית ומהותית. שם נקבע כי מי שמבקש להיות ידיד בית-המשפט חייב להגיש את בקשת ההצטרפות בנפרד מהטיעונים, והרציונל הוא שבהחלטתו אם לאשר או לא לאשר את ההצטרפות, בית-המשפט לא יושפע מהתוכן של הבקשה (ראו פירוט בסעיף ב של המאמר). וכאן ניתן להבחין כי בהיעדר עיגון פרוצדורלי ומהותי של הכלי, הבקשה של העמותה התקבלה בלי דיון ענייני בנושא ובלי שהתאפשר לצד שכנגד להביע עמדה בנושא.

תעודד מעין תרבות של "מלחמת חימוש" (arms race), אשר במסגרתה צדדים מגישים ניירות עמדה כ"ידידים" לבית-המשפט לא בגלל תרומתם הייחודית אלא רק בכדי למנוע מצב שבו הצד השני "ינצח" בכמות התומכים בו¹⁰⁹.

(ג) התמקדות בתחומי משפט שבהם יכולת ההתערבות החיצונית מוגבלת

כיוון התפתחות נוסף של "ידיד בית-המשפט" הפסיקתי והלכת קוזלי מבוסס על ראייתו בקונטקסט המשפטי הכללי של מוסד זה, במיוחד בזיקתו לאלטרנטיבות החקיקתיות שנוצרו עם השנים. בהקשר זה חשוב לזכור כי לצד החוקים הספציפיים שהכירו ב"ידידים" שונים, קיימים תחומים משפטיים שבהם אין עדיין אלטרנטיבה חקיקתית שבמסגרתה יכול צד זר להליך להביא לידי ביטוי את עמדתו, ניסיונו וזווית מבטו בפני בית-המשפט. דוגמה לתחום שכזה הוא התחום הפלילי. למרות התפתחויות חקיקתיות מסוימות, ההנחה הכללית היא שמדובר בהליך "סגור", שבו המדינה, באמצעות רשויות התביעה הכלליות, משקפת את האינטרסים הכלל ציבוריים, ואילו הנאשם, באמצעות בא-כוחו, מסוגל לשקף את מלוא טיעוני הגנתו. ברם פרשת קוזלי בעצמה מהווה דוגמה קלאסית לפרובלמטיות של תפיסת עולם זו בקונטקסט הפלילי. יתרה מכך, גם כאשר נאשם מיוצג (ושוב, המקרה של פרשת קוזלי היא דוגמה טובה לכך) הוא עדיין נמצא, לעתים קרובות, במעמד חלש בהשוואה לתביעה, בין היתר בשל כך שבשונה מההליך האזרחי, אין אפשרות לצרף צד ג (היכול לתמוך בגרסת הנאשם או להפריך את גרסת התביעה). לפיכך, לפחות במבנה המשפט הפלילי הקיים היום בישראל, שנעדר כמעט כל חלופות המאפשרות לתת ביטוי לזוויות מבט רחבות יותר להיות מובאות בפני בית-המשפט, יש למוסד "ידיד בית-המשפט" תפקיד חשוב, כמו בתחומים נוספים שבהם עדיין אין חלופות הולמות או מספקות¹¹⁰.

109 לדיון אודות תופעת ה-arms race והשפעתה על האינפלציה בהגשת סיכומים מטעם ידיד בית-המשפט ראו אצל Kearney & Merrill (לעיל, הערה 16), עמ' 824.

110 בהקשר זה ראוי לציין כי אפילו ההליך הפלילי הקלאסי עובר טרנספורמציה במשפט הישראלי, אשר כוללת בחובה יתר פתיחות לקולות נוספים במסגרת ההליך הפלילי, במיוחד ככל שהדבר נוגע להגברת יכולתו של קורבן העבירה לקחת חלק יותר פעיל ואקטיבי בהליך. ראו בנדון אצל ע' גרוס "הזכויות החוקתיות של הקורבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז (2002) 419. ראו גם חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001. מידת הצורך להיזקק למוסד "ידיד בית-המשפט" בהליך הפלילי תהיה תלויה בין היתר בהתפתחויות החוקיות של המשך "פתיחת" ההליך הפלילי.

(ד) חשיבות החינוך, ההסברה והמודעות לקיומו ולשימוש המושכל
ב"ידיד בית-המשפט"

אחת הבעיות במציאות הנוכחית של מוסד "ידיד בית-המשפט" הישראלי היא מידת המודעות הנמוכה אודות דבר קיומו בקרב עורכי-הדין וקהילת המשפטנים בישראל. הדבר בא לידי ביטוי בממצאי הסקר האמפירי שהוצג בסעיף ד. הדבר בא לידי ביטוי גם במיעוט הדיון האקדמי או הציבורי בנושא. בהקשר זה ראוי לציין סדנה שנערכה בנושא, אשר גם במסגרתה עלתה לדיון בעיית היעדר המודעות המספקת לקיומו של כלי זה ולאופן השימוש בו¹¹¹. לפיכך, במבט לפני, נדמה שראוי למסד האקדמי והמקצועי בישראל להגביר את החינוך וההכשרה המקצועית בתחום עריכת-הדין ביחס לקיומו, לחשיבותו ולמקומו של מוסד "ידיד בית-המשפט" בישראל.

1. סיכום

יצירתו של מוסד "ידיד בית-המשפט" על ידי בית-המשפט העליון בהלכת קוזלי, היוותה נקודת ציון חשובה וחדשנית במשפט הישראלי. היא יצרה הזדמנות חדשה ופתחה צוהר ליתר דמוקרטיזציה של ההליך השיפוטי ולמעורבותה של החברה האזרחית בעיצוב פני הפסיקה בישראל. הדרך אותה התווה בית-המשפט העליון בהלכת קוזלי בכל הנוגע למוסד "ידיד בית-המשפט הישראלי" מאופיינת בגישה התפתחותית רב-ממדית. בגישה התפתחותית הכוונה לכך שבית-המשפט העליון קבע כי בתחום זה יש עדיין צורך להחליט בכל מקרה לגופו של עניין, מתוך מגמה להימנע ככל האפשר מלקבוע מסמרות. הדבר בעצם מאפשר לפתח את הנושא בצורה הדרגתית, מקרה אחר מקרה, ובכל מקרה לגופו של עניין. ההנחה היא שבדומה לתחומים שיפוטיים אחרים, עם חלוף הזמן יצטבר "גוף" של פסיקה אשר יגבש ויסדיר את התחום באופן כולל. ברב-ממדיות הכוונה לכך שבית-המשפט בהלכת קוזלי קובע כי יש להביא בחשבון במסגרת שיקול-הדעת קשת רחבה ביותר של שיקולים והיבטים לצורך ההכרעה בבקשת ה"ידיד" לצרף את עמדתו להליך. אין מדובר בשיקול אחד מכריע או בנתון עובדתי יחיד ומהותי אשר לפיו יישק דבר. ההליך השיפוטי בהקשר זה מחייב גישה המתבוננת על הידיד מזוויות מגוונות.

111 סדנה מיום 12.2.03, "ידיד בית-המשפט" שהתקיים בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ביוזמת המשפט בשירות הקהילה – מרכז משאבים. בסדנה שנערכה בהנחיית עורך-דין דורי ספיבק השתתפו עורכת-דין מיכל אהרוני, פרופ' קנת מן, עורכת-דין נעמי לבנקרון, עורך-דין אדוין פרידמן, וד"ר ישראל דורון, בנוכחות עורכי-דין ופעילים של ארגונים הפועלים לקידום אינטרסים ציבוריים.

היתרונות של גישת הלכת קוזלי ברורים ומוכרים: הם מאפשרים לבית-המשפט לבצע שינוי מאוד משמעותי במצב המשפטי הקיים, אך בד בבד לעשות זאת בצורה זהירה והדרגתית. גם כאן, בית-המשפט העליון מבקש לשגר מסר כי גם אם הוא פתח פתח חדש ובעל פוטנציאל משמעותי, הרי שהמימוש יעשה בזהירות ובעדינות. עם זאת מאמר זה הציג גם טיעון שלפיו יצירת מוסד "ידיד בית-המשפט" על-ידי פסיקת בית-המשפט העליון לא הייתה משוחררת מבעיות, וכי לא ניתן ל"אמץ" מוסד פסיקתי כה חשוב בלי שמביאים בחשבון את הקונטקסט המשפטי הישראלי הספציפי.

אשר-על-כן, יש לראות בהלכת קוזלי משום הזדמנות ואתגר שיש להשתמש בהם בזהירות ותוך הכרה ומודעות למוגבלויות של ההליך החדש. בהקשר זה יש לשים דגש על שימוש ופיתוח "ידיד בית-המשפט" במובנו הקלאסי, ובאותם תחומים שבהם המשפט הישראלי עדיין לא יצר אלטרנטיבות סטטוטוריות ייחודיות וספציפיות. במובנים רבים המשך פיתוחו של "ידיד בית-המשפט" הישראלי הוא אתגר משפטי העשוי ללמד על מידת בגרותה של החברה האזרחית בישראל, בכלל, ובגרותה של מערכת המשפט, בפרט.