

על ריסון עצמי טרם התערבות בהחלטות הרשות – מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה

אליעד וינשל*

- א. מבוא
- ב. מרוסן או אקטיביסט – על הדיכטומיה המוטעית בסיווג "ליברל" או "שמרן"
- ג. ריסון עצמי (self-restraint) – עיון בחוות דעתו של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה
1. הבחנה בין התחום המשפטי לתחום שיקול הדעת וקביעת מדיניות
2. מידת ההתערבות, דרך ההנמקה ותפיסת התפקיד
- ד. היחס הזהיר לעילת הסבירות
- ה. סיכום

א. מבוא

ברשימה זו אבקש לבחון את פועלו של מני מזוז בשלבים מוקדמים יחסית בקריירה שלו, בעת כהונתו בתפקיד המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. זאת באמצעות ניתוח חוות הדעת שגיבש והרצאות שנשא בתקופה זו. אבקש להצביע על מורכבות תפיסתו המשפטית ועל ההבחנה שבין תפיסה ערכית ליברלית לבין תפיסה משפטית זהירה המדגישה את מוגבלות השדה המשפטי, ואת ההבחנה שבין החלטות מדיניות ובין סוגיות משפטיות.

כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה נקט מזוז גישה מאופקת באשר למידת ההתערבות בהחלטות, ובפרט באשר לשימוש בעילות הסבירות והמידתיות. מזוז ביקש להוביל גישה המשלבת זהירות ואף התנגדות לאקטיביזם משפטי משמעותי, תוך הקפדה על עצמאות מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, הגנה על שלטון החוק ומלחמה בשחיתות. לשם כך דגל במשנה זהירות בשימוש בעילות

* שופט בית משפט השלום בירושלים.

בין השנים 2001–2004 היה עוזר בלשכת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ולאחר מכן, עם מינויו של מני מזוז לכהונת היועץ המשפטי לממשלה, היה במשך כשנתיים עוזר בלשכת היועץ.

ההתערבות והביקורת המינהלית. מזוז הרחיב את גדר המקרים שבהם נקבע כי פעולות הממשלה אינן עולות כדי אי-חוקיות, גם אם הן קשות להגנה בפני בג"ץ. לצד זאת, כאשר סבר כי פעולה מסוימת היא לא חוקית קבע זאת בצורה נחרצת ופעל ליישום החלטתו.

בכך יש להצביע על הקושי בסיווג חד-ממדי של משפטן ושופט בעל שיעור קומה כשל מזוז. בדומה למסורת השיפוטית שאפיינה את השופט לנדוי, אשר מזוז הרבה לצטט, אי אפשר להגדירו בצורה פשטנית כמרוסן או אקטיביסטי, שמרן או "חדשן".¹

רשימה זו מורכבת משלושה חלקים. החלק הראשון הוא תיאורטי במהותו. בחלק זה אתייחס להגדרות שונות של תופעת האקטיביזם מול השמרנות המשפטית. כמו כן, אדון בהבחנה בין השמרנות המשפטית לבין השמרנות הערכית במובן האידיאולוגיה הפוליטית. הדיון בהגדרות ובהבחנות אלו התפתח בשנים האחרונות בכל הקשור למוסד בית המשפט וקבלת החלטות של שופטים, אולם טרם נחקר לעומק בזירת הייעוץ המשפטי. בחלק השני של הרשימה איישם את ההגדרות ואת ההבחנות התיאורטיות על פועלו של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, על בסיס תדפיסי הרצאות שנשא ועיון בחוות הדעת שכתב בין השנים 1994 ל-2003. בחלק האחרון אסכם ואשאיר שאלות פתוחות למחקר עתידי באשר לאופן שבו משתקפת המדיניות המשפטית הזהירה של מזוז בשלבים המוקדמים של הקריירה שלו בהחלטותיו בשלבים מאוחרים יותר, כיועץ משפטי לממשלה וכשופט בבית המשפט העליון.

ב. מרוסן או אקטיביסט – על הדיכוטומיה המוטעית בסיווג "ליברל" או "שמרן"

ניסיון ניתוח עמדות יועצים משפטיים ושופטים נוטה לדיכוטומיות פשטניות, וכך היא ההנחה כי ערכים ליברליים מביאים לאקטיביזם שיפוטי, בעוד ערכים שמרנים מביאים לצמצום התערבות המשפט בהחלטות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. גם אם ייתכן מתאם בהקשר זה, הבחנה דיכוטומית זו אינה נכונה. המשפטן הציבורי השמרן בתפיסת תפקידו יכול להחזיק בערכים ליברליים או בערכים שמרנים, ואילו המשפטן האקטיביסט יכול להחזיק בערכים שמרניים. למעשה, המשפטנית הבולטת מקרב האקדמיה שביקרה בחריפות את מגמת האקטיביזם ומזוהה עם ביקורת זו – פרופ' רות גביון ז"ל – הייתה מזוהה

¹ מיכל שקד משה לנדוי: שופט (מולי מלצר עורך 2012). ניתוח זה עולה כחוט השני לאורך הספר וראו במיוחד בעמ' 324; משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיון המנהלי" עיוני משפט יד 5, 13 (1989).

בה־בעת גם עם עמדה ליברלית.² מנגד, אפשר להצביע על שופטים ועל משפטים שמרנים שפועלים בדרך אקטיביסטית.³ בהיבט זה נראה כי השיח הציבורי מושפע גם מקושי טרמינולוגי אשר קיים בשפה העברית ובשפה האנגלית, עקב השימוש במונח "שמרן" הן בהתייחס להבנת התפקיד המשפטי והן מבחינה ערכית בהיבטי אידיאולוגיה פוליטית. אלא שמדובר בממדים וסקאלות שונים לחלוטין.⁴ עצם הגדרת המונח "אקטיביזם משפטי" מעוררת מחלוקת ובספרות מוצעות הגדרות שונות. מעניין לציין שהשימוש הראשון במונח "אקטיביזם" נעשה בשנת 1947, במאמר שבו נבחנו שופטים בסקאלה שבצידה האחד שופטים שכונו champions of self-restraint.⁵ המתח בהיבט זה אפוא אינו ערכי אלא בין משפטים "זהירים" הנוהגים בדרך של ריסון עצמי (self-restraint) ובין משפטים אקטיביסטים. המשותף להגדרות שהוצעו מאז ועד היום הוא התייחסות לשאלת החריגה של המשפטן מתפקיד מיישם החוק ומיישב סכסוכים לתפקיד של יצירת הדין והובלת מדיניות בשדה הציבורי.⁶ לצד זאת, הוצעו הגדרות ומבחנים המתייחסים

² מני מאוטנר "הרחבת הרוח של רות גביון" ICON-S-IL Blog (21.10.2020); פרנסס רדאי "הירושה הענקית של רות גביון והמלכוד של מדינה יהודית ותאוקרטית" ICON-S-IL Blog (15.11.2020).

³ Frank H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism*, 73 U. COLO. L. REV. 1401 (2002); Jack M. Balkin, *Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time*, 98 TEX. L. REV. 215 (2019); לדוגמה מהכתיבה הענפה העוסקת בבית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית ראו: Mark A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, 136 HARV. L. REV. F. 97 (2022).

⁴ גם בתוך סקאלת האידיאולוגיה הפוליטית, אפשר לחשוב על מימדים שונים של שמרנות מול ליברליות ערכית. כך, למשל, אין שמרנות בתחומי ביטחון לאומי בעלת אותה משמעות כמו שמרנות בתחומים כלכליים. עוד על סיווג מימדים שונים בהיבט זה ראו: Matthew E. Wetstein, C.L. Ostberg, Donald R. Songer & Susan W. Johnson, *Ideological Consistency and Attitudinal Conflict: A Comparative Analysis of the U.S. and Canadian Supreme Courts*, 42 COMP. POL. STUD. 763 (2009).

⁵ Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, 92 CALIF. L. REV. 1441, 1446 (2004).

⁶ ראו, למשל, הגדרה המובאת על ידי יונג: "Judicial activism: the propensity to federal judge elevated his or her judgment above that of privilege judgment. When a the President, other Article another constitutionally significant actor (e.g., Congress, III courts), then he or she was engaging in activity indicative of judicial activism". Corey Rayburn Yung, *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial*

לעצם מעורבות בית המשפט בסוגיות ציבוריות. מעורבות זו קיימת גם כאשר אין בית המשפט פוסל בפועל את פעולות הממשל. עם זאת, בית המשפט מרחיב את השיח המשפטי בשאלות פוליטיות על ידי שימוש במונחים משפטיים כמו סבירות, מידתיות והרחבת זכות עמידה.⁷ הגדרות אחרות עוסקות בגורם המניע את קבלת ההחלטה – שופטים נחשבים אקטיביסטים אם הם מחליטים לפי העדפות המדיניות הערכיות שלהם במקום לפי לשון החוק או כוונת המחוקק.⁸ הגדרות נוספות מבקשות לשלב בין האלמנטים שפורטו וכן להוסיף אלמנטים נוספים דוגמת סטייה מתקדימים, תפיסה מקסימליסטית, דרך ההנמקה והרטוריקה השיפוטית.⁹

הניסיון להגדיר או לאפיין אקטיביזם משפטי התמקד בעיקרו בעיקר בבתי משפט ובשופטים. העיסוק בהגדרת או במדידת המונח "אקטיביזם" באשר לייעוץ המשפטי מועט ומבוסס בעיקרו על הניתוח התיאורטי הנרחב העוסק בבתי המשפט ובשופטים.¹⁰ ככלל, לדעתי, אפשר להשתמש בהגדרות ובמינוחים מתחום האקטיביזם השיפוטי, אולם נדרשת התאמה.¹¹ כך, למשל, אפשר להגדיר יועץ משפטי "אקטיביסט" ככזה החורג מתפקיד מתן פרשנות לחוק לתפקיד של יוצר דין ומקבל החלטות מדיניות בשדה הערכי-פוליטי. בהיבט זה, נראה כי הרכיב המרכזי בהגדרת יועץ משפטי כאקטיביסט הוא מידת התערבותו בעצירת מהלכים של הממשל ("כשחקן וטו"), לעומת יועץ משפטי שמרן העושה מאמץ לאפשר יישום מדיניות. מאחר שבמקרים רבים מתעוררת בהקשר זה גם שאלת

Activism in the Federal Courts, 105 NW. U. L. REV. 1, 2 (2011).

7 ראו, למשל, Yoav Dotan, *Judicial Accountability in Israel: the High Court of Justice and*

the Phenomenon of Judicial Hyperactivism, 8 ISRAEL AFFAIRS 87 (2002).

8 ראו פירוט אצל William P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial*

Activism, 73 U. COLO. L. REV. 1217, 1245–1253 (2002). כן ראו Kmiec, לעיל ה"ש 5.

9 ראו, למשל, הגדרה משולבת אצל מרגית כהן ומרדכי קרמינצ'ר דת ובג"ץ: דימוי ומציאות

ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם שיפוטי (מחקר מדיניות 57, המכון הישראלי

לדמוקרטיה 2005). לינדקוויסט וקרוס משלבים חמישה מימדים במדד האקטיביזם שיצרו

עבור בית המשפט הפדראלי העליון האמריקאי, מספר חוקים פדרליים שבית המשפט

פסל, חוקים מדינתיים שנפסלו, התערבות בפעולות הממשל, הפיכת תקדימים קודמים

והרחבת סמכות שיפוט, ראו STEFANIE LINDQVIST & FRANK CROSS, MEASURING

JUDICIAL ACTIVISM 47–64 (2009); יונג מוסיף למימדים אלו גם את הסטייה מלשון

החוק, השימוש בתרופות משפטיות מרחיבות, והכרעות לפי עמדה פוליטית של השופט,

ראו: Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO.

L. REV. 1139, 1141 (2002).

10 ראו רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות"

פלילים ה' 27, 69 (1996). כן ראו אלון פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי

לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג" פורום עיוני משפט מד 1 (2020).

11 לניתוח דומה ראו גביון, שם, בעמ' 33–39.

פרשנות סמכות המנהל, הרי שמגמת זהירות ואיפוק המשתלבת עם תפיסה תפקיד שמרנית, מאופיינת לעיתים גם בפרשנות רחבה יחסית של סמכות הרשות המינהלית.¹²

הבחנות נוספות שיכולות לסייע מבוססות על המודלים המקובלים בחקר החלטות שיפוטיות. מקורן של הבחנות אלו במחקרים מתחום מדע המדינה. במהלך העשור האחרון בישראל ובמהלך העשורים האחרונים בארצות הברית נערכו מחקרים רבים שעניינם התנהלות שופטים. כיום, המודל המקובל יותר ומבוסס מחקרית מכונה המודל הניאו-מוסדי. לפי מודל זה, תהליך קבלת החלטות משפטי מורכב משלושה סוגי שיקולים: שיקולים ערכיים, שיקולים רציונליים הקשורים לתהליכי קבלת החלטות וכן שיקולים מוסדיים.¹³ בישראל לא בוצעו מחקרים דומים בעניינם של יועצים משפטיים, וגם בעולם מדובר בשדה שאינו מפותח ונראה שהקושי המרכזי העומד בפני ביצוע מחקרים אלה הוא היעדר מאגרי מידע שיאפשרו זאת. כך, כל פנייה לבית המשפט מתועדת ומפורסמת. אפשר לכמת פניות אלה על סקאלת מידת התערבות בית המשפט בפעולות המנהל (שמרנות-אקטיביזם משפטי). כמו כן אפשר למקמן על ציר שמרנות-ליברליות ערכית. לעומת זאת, חלק ניכר מהפניות ליועצים משפטיים וחוות דעתם כלל אינם מתפרסמים.

כאמור, המודל הניאו-מוסדי מנתח החלטות של משפטנים בשני ממדים: הממד הראשון הוא ההבחנה "ליברל" – "שמרן" בהיבט האידאולוגיה הפוליטית. הממד השני הוא סקאלה של שיקולים מוסדיים-משפטיים המבחינה בין החלטה אקטיביסטית להחלטה שמרנית. הממד המשפטי-מוסדי עוסק בשאלת בסיס באשר לתפקודו של המשפטן ונוגע להבנתו את מגבלות המשפט ומגבלות התפקיד. אפשר להסביר זאת גם במסגרת תהליך קבלת החלטות רציונלי. משפטן המחזיק בעולם ערכים ליברלי יכול להחזיק בעמדה משפטית שמרנית המצמצמת התערבות. זאת מתוך תפיסה כי גישה אחרת תחליש בסופו של דבר את האמון בבית המשפט ותערער את יסודותיו הליברליים של משטר דמוקרטי. ביקורת דומה עמדה, בין היתר, בבסיס כתיבתה של פרופ' גביון, אשר אחד הטעמים המרכזיים להתנגדותה לאקטיביזם השיפוטי היה "טשטוש התחומים",

¹² ראו, למשל, CASS R. SUNSTEIN, RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING
C. Neal Tate, *The Philippines and* ;COURTS ARE WRONG FOR AMERICA (2005) וכן
Southeast Asia, in THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER 463 (1995); הגדרות
נוספות מציעות הערכה בהתאם לנטייה גוברת לסטייה מהלכות קיימות ושימוש רחב בכלי
פרשנות החקיקה. וראו המאמרים הנוכחים לעיל בה"ש 9 ו-10.
¹³ קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי 29-
31 (מיכאלה קלי עריכה לשונית 2016).

קרי ערעור ההבחנה בין השדה המשפטי לשדה הפוליטי והציבורי, באופן "הגורם להעצמת הממד המשפטי על חשבון המוסר הציבורי והפוליטי, ולחזוק האפקט המכשיר של החלטות בהן בג"צ אינו פוסל את מעשי הרשות".¹⁴

מדובר בעמדה ספקנית וזהירה לגבי היכולת להשתמש במשפט לקידום ערכים ליברליים. לעומתה, אפשר להצביע על משפטים ליברליים רבים שרואים במשפט כלי אפשרי לקידום ערכים אלה ותומכים בעמדה אקטיביסטית ואף פרוגרסיבית. מדובר כמובן בסקאלת דעות מגוונת ועצם הגדרתו של משפטן כליברל מבחינה ערכית, לא מצביעה על מיקומו בסקאלה הנוספת שבין זהירות משפטית לאקטיביזם משפטי. לעמדת ביניים בסקאלה זו, אפנה לכתיבתו של פרופ' מאוטנר שאליה מרבית להפנות המבקרים את האקטיביזם השיפוטי בישראל. מאוטנר משייך עצמו במובהק לזרם הליברלי-ערכי ורואה בחלק מההחלטות המוגדרות "אקטיביסטיות" כרצויות. עם זאת, במשך השנים הוא מזהיר מפני שימוש יתר באקטיביזם משפטי ושימוש במשפט ככלי לקידום ערכים ובפרט בהיבט של השימוש בעילת הסבירות ופיתוח עילת המידתיות.¹⁵

כך גם לגבי משפטים המחזיקים בתפיסת עולם אידיאולוגית שמרנית. יהיו בהם כאלה שיהיו זהירים מאוד משימוש בכלי פרשנות לשם התערבות בהחלטות שלטוניות, אף אם יהיה בכך כדי לקדם ערכים שמרניים, ומנגד יהיו בהם משפטים אקטיביסטיים.¹⁶

ג. ריסון עצמי (self-restraint) – עיון בחוות דעתו של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה

כאמור בפרק הקודם, משפטן יכול להחזיק בתפיסה ערכית ליברלית ולנהוג במידת הריסון העצמי המאפיינת תפיסת עולם משפטית שמרנית. על השתייכותו של מזוז לקבוצה זו בתקופת כהונתו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אפשר ללמוד מתדפיסי הרצאות שנשא ומחוות הדעת שנתן. אף שמאלו עולה מורכבות, ובהמשך אעמוד גם על החלטות אקטיביסטיות, הרי שהמגמה הכללית העולה היא של ריסון עצמי. ביטוי העיקרי הוא ניסיון להבחין

14 רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2020).

15 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7 (2004).

16 לביקורת על ה"זיווג" בין ליברליזם לאקטיביזם ובין "שמרנות" ל"אנטי ליברליזם" ראו כהן וקרמניצר, לעיל ה"ש 9; לשיח בדבר מגוון הביטויים של שמרנות משפטית ראו חגי שלזינגר "ריבוי הפנים של השמרנות הישראלית ודילמת התקדים הפרוגרסיבי" ICON-S-IL Blog (13.3.2022); וכן חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ופשיר" ICON-S-IL Blog (21.7.2021).

בין תחום המשפט לבין קביעת מדיניות, ומכאן גם מידת זהירות רבה בשימוש בעילות התערבות המשיקות ואף חודרות לגדר הסמכות המינהלית (עילת הסבירות ועילת המידתיות).

כחלק מהעבודה על רשימה זו עברתי על יותר ממאה חוות דעת וסיכומי דיון שנכתבו בתקופת כהונתו של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ועל חמישה תדפיסי הרצאות שנשא במסגרת תפקידו בשנים אלו. גישת השמרנות המשפטית משתקפת במבנה חוות הדעת שנתן – הן קצרות מאוד (כ-90% בין עמוד לשלושה), ענייניות, פורמליסטיות, ורובן חפות מדיון ערכי אידיאולוגי. אציין כי בעוד מבנה כזה של חוות הדעת מחזק את מיצובו של מזוז בצד המשפטי השמרן, הוא גם מקשה את האפשרות לבחון, למדוד ולהעמיק בניתוח הגישה המשפטית והערכית של מזוז.

אולם, מיצובו של מזוז כמשפטן זהיר עולה באופן ברור מהעמדות שהביע בעצמו בהרצאות שנשא בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה. בהרצאות אלו התייחס מזוז בזהירות רבה למגמת התערבות בתי המשפט ומשפטנים בהליכי קבלת החלטות, ועמד על הקושי המתעורר נוכח מגמת האקטיביזם השיפוטי. בהקשר זה הצביע מזוז על הקשיים הנגזרים מכך לגבי היחסים בין רשויות השלטון ועמד גם על קשיים הנובעים מכך בהיבטי משילות ופעילות השלטון.

לצד המשמעות החיובית "חינוכית" של הביקורת השיפוטית, עמד מזוז על חשש מפני אפקט מצנן שעלול לגרום לשיתוק מערכות המינהל. כך, למשל, בתדפיס הרצאה שנשא על אודות מהות הביקורת השיפוטית והשפעותיה על תפקוד המינהל הציבורי אפשר למצוא אמירה זו:

"מורא יתר עלול לגרום, וגורם לעיתים, לשיתוק מערכות, לפסיביות, לתופעות של 'ראש קטן', ולקבלת החלטות מתוך ראייה של מה על מה קל יותר להגן בבג"צ, ולא מה נכון יותר. ללכת 'על הצד הבטוח', אף שאינו ה'צד הטוב' בהכרח. ל'תפור' החלטות לפי מידת עמידותן בבית המשפט, ולא לפי האינטרס הציבורי בהכרח,

כפי שהרשות מבינה אותו".¹⁷

מציטוט זה אפשר ללמוד הן על תפיסת תפקיד הייעוץ המשפטי לממשלה לשיטתו של מזוז, כאשר המשפטן נדרש לסייע בגיבוש ההחלטה הטובה ביותר

¹⁷ מני מזוז "מהות הביקורת השיפוטית והשפעותיה על תפקוד המינהל הציבורי" (הרצאה 3.9.2000) תדפיס זמין אצל המחבר; ראו גם משה גורלי "חקיקת עינויים, הזהיר מזוז, עלולה לחשוף אישים ישראלים למשפט בחו"ל" הארץ <https://bit.ly/41PjXzC> (28.1.2004).

לשיטת הרשות, והן על הזהירות המתחייבת בהיבטי ההתערבות במעשה המינהלי. לשני רכיבים עיקריים אלה יש ביטוי בחוות דעתו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, כפי שאפרט להלן.

1. הבחנה בין התחום המשפטי לתחום שיקול הדעת וקביעת מדיניות

בהיבט מידת ההתערבות בפעולות הממשל ניכרת בחוות הדעת שנתן מזוז מידת הזהירות, תוך שבמקרים רבים מודגש שהסוגיה הנידונה לא נתונה להכרעה משפטית. למעשה, מאפיין חוזר בחוות הדעת הוא ההבחנה בין עמדה המתייחסת למישור שיקול דעת הממשלה ובין עמדה משפטית.

אוסף כי את מידת ההתנגדות לאקטיביזם משמעותי, או הנטייה לאי-ההתערבות, אי אפשר לנתח רק על בסיס חוות הדעת המנומקות. שכן, לעיתים קרובות, ההחלטה לא להתערב מתקבלת בתחילת הדרך והיא למעשה החלטה "שקטה". זאת ועוד, בעצם העיסוק בנושאים ציבוריים והדיון המשפטי בדבר חוקיות פעולות הממשל – בין אם ההחלטה בסופו של יום ל"פסול" או ל"אשר" את הפעולה – אפשר לראות כסוג של "אקטיביזם" אשר מעורר את הקושי שאותו כינתה פרופ' גביון "טשטוש התחומים".¹⁸ על כן את הריסון העצמי אין לבחון רק במבחן התוצאה ומידת ההתערבות, אלא גם, ואולי בעיקר, מבחינת הנושאים שבהם ניתנו חוות דעת מפורטת ובנושאים שבהם אלה לא ניתנו.

בהיבט זה בולטים מזכרים קצרים במגוון נושאים שלגביהם התבקש מזוז לחוות דעת, ובהם הסתפק בעמדה כי לא נדרשת מעורבות או שאין מדובר בסוגיה משפטית. עמדות אלה בלטו בהתחשב בהקשר הציבורי והמשפטי שבו פעל מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ובלשון המוכרת – בשדה המשפטי לאחר תהליך המשפטיזציה.¹⁹

אוסף כי מזכרים אלה מתכתבים היטב עם תפיסתו העקרונית של מזוז

¹⁸ להשפעת עצם הדיון המשפטי על התנהלות המינהל בישראל ראו YOAV DOTAN, *LAWYERING FOR THE RULE OF LAW – GOVERNMENT LAWYERS AND THE RISE OF JUDICIAL POWER IN ISRAEL* (2014); לספרות תיאורטית על אודות העוצמה שבקבלת אי-החלטות בשדה הפוליטי והקשיים בזיהויה ומדידתה, ראו Peter Bachrach & Morton S. Baratz, *Decisions and Nondecisions: An Analytical Framework*, 57 AM. POL. SCI. REV. 632 (1963).

¹⁹ מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" *עיוני משפט* יז 503 (1993); מנחם מאוטנר "משפט ואדם" *משפט ועסקים* ד 576 (1992); עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" *עיוני משפט* לא 157 (2008).

בתקופת כהונתו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה בסוגיית עילת הסף של היעדר שפיטות. על אף המגמה בפסיקה, סבר מזוז כי קיימות סוגיות שאין מקום שבית המשפט יידרש אליהן כלל, ובהתאם סבר שיש מקום להעלות את הטענה במקרים המתאימים במסגרת תגובות המדינה לעתירות לבג"ץ. בהיבט זה סבר מזוז כי כאשר מדובר בסוגיה הנוגעת לליבת קביעת המדיניות, בתחומים מדיניות חוץ, מדיניות ביטחון ומדיניות כלכלית, ולא קיימים שיקולים משפטיים דומיננטיים, יש מקום לדון ולבחון תחילה אם מדובר בנושא המתאים לדיון והכרעה משפטית, כלומר את "סוגיית השפיטות".

דוגמה מעניינת לכך, עוד בתחילת כהונתו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, היא בסוגיית הסמכות וסבירות שיקול הדעת במשלוח כוח משטרי לסיוע חוץ בהאיטי בעקבות רעידת האדמה הקשה שפקדה את המדינה בשנת 1994. בחוות דעתו בסוגיה שנגעה לעתירה שהוגשה נגד החלטת הממשלה בעניין, נדרש מזוז בפירוט לסוגיית הסמכות לכך ומצא כי זו מעוגנת בסמכותה השיורית של הממשלה בהתאם לסעיף 29 לחוק-יסוד: הממשלה, לשלוח חיילים, עובדי מדינה ובדומה לכך גם שוטרים, לשליחות ממלכתית בחו"ל. באשר לביקורת שיקול הדעת במקרה מעין זה סבר מזוז כי הפעלת סמכות שיורית מעין זו, נופלת לגדר התחום המובהק של מדיניות חוץ ומדיניות אשר היו, מאז ומעולם, "הגרעין הקשה" של תחום העניינים שאינם ראויים ולא מתאימים לדיון ולהכרעה שיפוטיים. לפיכך סבר מזוז כי שאלת תבונתה של ההחלטה ושיקוליה, אינה מסוג העניינים הראויים לבירור והכרעה בפני בית המשפט.²⁰

כאמור, במקרים רבים סבר מזוז שאין כלל צורך בעמדה משפטית. נוסף על כך ובהיבט תפיסת התפקיד, סקירת חוות הדעת של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מצביעה על תפיסה עקרונית מצמצמת יחסית של תפקיד הייעוץ המשפטי. בהקשר זה תפיסתו הייתה כי מטרת הייעוץ המשפטי היא לסייע לדרג הנבחר במימוש מדיניותו, תוך הקפדה על עקרון החוקיות. דוגמה לכך היא עמדתו של מזוז באשר לחקיקת "חוקי ההסדרים". בעוד רבים מבכירי משרד המשפטים התריעו לאורך השנים על בעיות חוקיות בעצם הפרקטיקה, ראה מזוז בפרקטיקה זו אמצעי לגיטימי של הממשלה במציאות הישראלית, ונוכח הקשיים במישור המשילוח.

²⁰ לפסק דינו של בית המשפט העליון בסוגייה ראו בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647 (1994). בפסק דין מפורט קיבל בית המשפט את עמדת המדינה בסוגיית הסמכות, ובהמשך וללא נימוק נוסף הורה על דחיית העתירה מאחר שלא נמצא "מקום להתערבות בית משפט זה".

2. מידת ההתערבות, דרך ההנמקה ותפיסת התפקיד

ההנמקה המשפטית בחוות הדעת של מזוז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מאופיינת בניתוח פורמליסטי למדי של הוראות החוק, כאשר אף במקרים שבהם נדרש פירוט רב יחסית, עיקר ההתייחסות היא להוראות החוק, לחקיקה נוספת ולוונטית ולפסיקה. התייחסות למונחים כגון "ערכי היסוד", תכלית החקיקה וכדומה, קיימת אך אינה שכיחה.

יודגש כי אין כוונתי לרמז כי חוות הדעת אינן מנומקות, מלומדות או יצירתיות – ולהיפך. כאשר הדבר מתבקש בקלות יחסית מהדין הקיים, מזוז הסתפק בחוות דעת מלומדת אך קצרה, תוך הסתמכות על חקיקה ותקדימים קיימים המאפשרים לממשל למשול. אולם, אפשר למצוא בחוות הדעת גם פרשנויות יצירתיות. בדרך כלל אלה מוצגות כהסבר להחלטה שלא להתערב ולאפשר יישום מדיניות שהרשות המינהלית מבקשת לנקוט בה, ומכאן שקשה לסווג אותן בסקאלה שבין אקטיביזם לריסון עצמי, שהרי בהיבט הפרשני מדובר בפרשנות אקטיביסטית, ובהיבט ההתערבות בשיקול הדעת מדובר בריסון עצמי. זו המחשה טובה לצורך בבחינה רב-ממדית, ולא חד-ממדית של פעולת המשפטן. דוגמה לכך היא חוות הדעת שנתן מזוז בנושא תנאי כניסה למדינת ישראל של עובדים זרים. בחוות דעת זו מצא מזוז כי פרשנות סמכות שר הפנים להתנות תנאים על קבלת אשרה לישראל, מאפשרת לקבוע גם דרישה למתן טביעת אצבע של המבקש לעבוד בישראל, וזאת אף בהיעדר הוראה מסדירה מפורשת בחוק הכניסה לישראל (חוות דעת מיום 13.2.2003). בהוראת סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, נקבעה סמכותו הכללית של שר הפנים לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה בישראל, וניתנו דוגמאות העוסקות בערובה כספית ובערובה מתאימה אחרת להבטחת תנאי האשרה. בחוות הדעת נקבע שמדובר בסמכות רחבה שאין לפרשה רק לאור הדוגמאות שניתנו בסעיף, ולפיכך מתאפשרת דרישה למתן טביעות אצבע כדי לאפשר פיקוח וזיהוי. גם כאשר לשיקול הדעת בצעד מעין זה סבר מזוז שאין הדבר מעורר קושי משפטי, מאחר שמצא שאין בכך משום פגיעה בפרטיות, ובהקשר זה ניתן משקל רב להסכמתו של העובד למתן טביעת האצבע. זאת אף על פי שכאמור הדבר היה דרישה כתנאי למתן האשרה. בהקשר זה נקבע כי הצורך בזיהוי ודאי, בין היתר על רקע צורך בזיהוי לאחר מעשי טרור, הוא רכיב אינטגרלי ואינהרנטי בהליך מתן אשרות כניסה למדינה.

מדובר בחוות דעת שמרנית, הן בהיבט ניתוח ההיקף (מצמצם) של זכות היסוד והן בהיבט המשקל הנרחב שניתן לשיקולי מדיניות כדי לאפשר את מימוש מדיניות הממשלה (וכך את המדיניות המשפטית-שמרנית).

דוגמה נוספת למרחב שיקול הדעת הנרחב בגיבוש מדיניות, ולצד זאת לתפקידו של המשפטן בהקפדה על עקרון החוקיות, אפשר למצוא בעמדתו בהתייחס לסוגיית הפרטת בתי הסוהר. במענה לפנייה שביקשה לאפשר הפרטת בתי סוהר ללא חקיקה ייעודית, קבע מזוז כי בהתאם למצב המשפטי הקיים אין לאפשר מהלך זה. עמדה זו נומקה בנימוק "פורמליסטי" – היעדר בסיס בחקיקה הקיימת ומכאן נקבע שמדובר בהסדר "ראשוני", שתנאי לו הוא הכרעת המחוקק וגיבוש חקיקה. כנימוק נוסף לצורך להביא את הנושא לפתחו של המחוקק, התייחס מזוז בחוות הדעת לטעם מהותי-ערכי, כאשר ציין שההצעה מנוגדת לערכי היסוד של השיטה המשפטית שלפיה סמכויות אלה צריכות להיות מופעלות על ידי עובדי ציבור. עם זאת, מזוז סבר בחוות הדעת שבכפוף להסדרת הנושא בחקיקה, הדבר אפשרי (חוות דעת מיום 5.3.2003).

בסקאלה שבין אקטיביזם לריסון עצמי נראה שמדובר בעמדה הנוטה לצד המאופק ומאפיינת את פעולתו של מזוז. בהתחשב במשמעות המהלך ובהוראות הדין, הנחה מזוז כי אי אפשר לקדמו ללא השלמת חקיקה. ואולם הנימוק הערכי-ליברלי הכרוך בהגשת זכויות האסירים לא הוביל אותו לעמדה שלפיה אי אפשר לקדם את הנושא בחקיקה ראשית. בהמשך תוקן החוק, ובסופו של יום קבע בית המשפט העליון כי התיקון שביקש לאפשר הקמת בית סוהר בניהול פרטי בטל בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם של האסירים.²¹

דוגמאות יוצאות דופן להתערבות "אקטיביסטיות" מובהקות בתקופת כהונתו כמשנה הן ספורות, וגם במקרים אלה דרך ניסוח חוות הדעת נוגעת להוראות החוק ופרשנותו וקביעת גדר הסמכות הנגזרת מכך. דוגמה חריגה יחסית היא חוות דעתו של מזוז באשר למניעת גישה למכרזים ברובע היהודי למי שאינו יהודי.²² בחוות דעת זו התייחס מזוז לתניות במכרז לרכישת זכויות חכירה לדורות ברובע היהודי בירושלים, אשר הגבילו השתתפות במכרז באופן שמנע השתתפות תושבים ואזרחים ערבים. מן הבחינה המשפטית, תניה זו התבססה על פסיקת בית המשפט העליון משנת 1978, שם נדחתה עתירה בהקשר דומה.²³ מזוז סבר שלאור חקיקת חוק חובת המכרזים, התשנ"ב–1992, ועיגון חובת השוויון בהוראות חוק זה, לא ניתן עוד לאשר את ההתניה המפלה. לצד נימוק פורמליסטי זה אפשר למצוא בחוות הדעת התייחסות מפורטת למרכזיות עקרון השוויון כעקרון יסוד מרכזי במשפט הישראלי. חשיבות מיוחדת ייחס מזוז בחוות

21 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד (2) 545 (2009).

22 "החב' לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי – טענה בדבר מדיניות מפלה" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) 11.04.1999).

23 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב (2) 800 (1978).

הדעת להתפתחות הרובע היהודי והתפתחות ירושלים בשנים שחלפו. בהקשר זה סבר מזוז כי יש לראות בשמירה על אופיו של הרובע היהודי בירושלים כמטרה בעלת חשיבות לאומית מיוחדת המצדיקה פגיעה בשוויון, אלא שלדעתו מטרה זו הושגה בשנים שחלפו ואינה מצדיקה עוד מגבלה מעין זו. נוסף על כך, התייחס מזוז לשינוי שחל בעיר העתיקה כולה, כאשר ההפרדה הקהילתית-לאומית בין תושבי הרובעים ושמירת הסטאטוס קוו בעניין, לא נשמרת וברובע המוסלמי מתגוררים גם יהודים.

ד. היחס הזהיר לעילת הסבירות

המאפיין הבולט ביותר העולה מעיון בחוות הדעת הוא היעדר כמעט מוחלט של התייחסות ושימוש בעילות הביקורת השיפוטית "החדשות" – הסבירות והמידתיות. אף במקרים שבהם אפשר למצוא התערבות ברורה של מזוז בפעולות הממשל, ניכר ניסיון, שאינו מקרי, להימנע משימוש בעילות אלה. כאמור, בחינת חוות הדעת השונות מצביעה על שימוש מועט ביותר לאורך השנים בעילת הסבירות והתעלמות מוחלטת כמעט מעילת המידתיות. למעשה, נראה שהשימוש במונח סבירות בחוות הדעת התבצע במקרים שבהם התבקש ניתוח של פסיקה רלוונטית שהשתמשה במונח. כך, למשל, באשר ליישום הפסיקה בנוגע לסבירות מגבלות על מכירת חזיר.²⁴ בכך באה לידי ביטוי זהירותו מפני עילה זו.

זהירות זו מהשימוש במונח "סבירות", והגבלת שיקול הדעת המינהלי הנובע מכך באה לידי ביטוי גם בהמשך. מזוז תמך בהמלצת הצוות הבינמשרדי לבחינת מעמד היועץ המשפטי למשרדי הממשלה, אשר עמד על הזהירות הרבה הנדרשת שלא "לשים את שיקול דעתו במקום שיקול דעת הגורם המוסמך". הצוות הציע מנגנון שמטרתו הברורה ל"צנן" שימוש בעילת הסבירות, הן באמצעות הנחיה מהותית והן באמצעות קביעת מנגנון דיוני.²⁵

סוגיה משיקה ומשלימה היא היחס שבין עילות ומידת ההתערבות של הייעוץ המשפטי לבין תפקיד המשפטן והשירות המשפטי במניעת שחיתות ובמאבק בה.

²⁴ "חוקי עזר האוסרים מכירת בשר חזיר" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) 19.2.1998).

²⁵ בחינת סוגיות הנוגעות למערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה דו"ח הצוות הבינמשרדי פס' 26, 29 ו-30 (2008). לפי המלצות הצוות, טרם התערבות בעילת הסבירות, נכון שתתבצע פנייה משותפת של היועץ המשפטי למשרד ומנכ"ל המשרד ליועץ המשפטי לממשלה. נוסף על כך נקבעה חובה אתית המופנית כלפי היועץ המשפטי למשרד המבקש לפסול החלטה בעילה זו, להודיע במפורש למנכ"ל ולשר על אפשרותם לערער על חוות הדעת בפני היועץ המשפטי לממשלה.

סוגיה זו הייתה בליבת השיח המשפטי והפוליטי והציבורי בשנים הרלוונטיות. בין בכירי משרד המשפטים בתקופה הרלוונטית רווחה גם ההשקפה כי הייעוץ המשפטי נדרש לפעולות אקטיביות ולשימוש נרחב למדי בעילת הסבירות, וזאת כדי לצמצם את החשש משרירותיות אשר היא קרקע פורה למעשי שחיתות. מזוז התנגד לגישה זו וסבר שיש לפעול בשני אופקים מקבילים ונפרדים: צמצום ההתערבות המשפטית בעילות הסבירות והמידתיות; והגברת המשילות ולצידה הגברת הכלים למאבק בשחיתות. לצד התפיסה העקרונית נראה שעמדתו זו הושפעה גם משנותיו הרבות כאחראי על תחום המשפט המוניציפאלי. בעוד אחרים ראו בסמכויות הרבות של ראשי הערים מקור לפרשיות שחיתות רבות יחסית ברשויות המקומיות, ראה מזוז גם את היתרונות הגדולים של השלטון המקומי ואת פעולתו המוצלחת במקרים רבים, ולא סבר שיש לכרוך בין המלחמה בשחיתות לבין צמצום סמכויות מראש, אלא שיש לבסס סמכויות מרתיעות כלפי ראשי רשויות שמנצלים תפקידם לרעה.

על רקע זה אפשר להבין שתיים מחוות הדעת הבולטות שלו בתחום המוניציפאלי. בהיבט המשילות והיעילות של פעולת השלטון המקומי קבע מנגנון משפטי שאפשר המשך מנגנון "מכרזי החברה למשק וכלכלה". משמעות מנגנון זה, הלכה למעשה, היא הסדרת מנגנון מכרזים גמיש באמצעות התקשרות במכרזי מסגרת מרכזיים ולאחר מכן התקשרות במנגנון מהיר בהתאם לו.²⁶ בסמיכות של ימים בודדים, פורסמה חוות דעתו "נוהל ואמות מידה לחיוב אישי", אשר נועדה להסדיר, ובמידה רבה לחדש, פעולה של מנגנון אכיפה בעניינם של נבחרי ועובדי ציבור ברשויות המקומיות שפועלים להוצאות כספים בניגוד לדין.²⁷ כך, מצד אחד ניתנה חוות דעת משפטית המאפשרת שיקול דעת רחב יותר לשלטון המקומי, ומנגד נקבע מנגנון להסדר אכיפה מינהלי שמטרתו טיפול והרתעה במקרים של ניצול סמכות לרעה והוצאת כספי ציבור בניגוד לדין.

ה. סיכום

ניתוח חוות הדעת שכתב מזוז בעת כהונתו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מצביע על משפטן הנוקט קו "זהיר" בשימוש בכלים משפטיים הנוגעים להיקף שיקול הדעת השלטוני. בסקאלה שהוצגה על ידי המתריעים מפני אקטיביזם

²⁶ "פטור למכרזי מסגרת של החב' למשק וכלכלה – סעיף 9 לחוק הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים)" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) 26.8.2001).

²⁷ "נוהל ואמות-מידה לחיוב אישי של נושאי משרה ברשות מקומית" (חוות דעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) 22.8.2001).

באותה תקופה – פרופ' גביון, שביקרה את עצם ההתערבות, ופרופ' מאוטנר שטען כי יש מקום לאקטיביזם מסוים תוך זהירות בהפעלתו וביקר את השימוש בעילת הסבירות – נראה שמזוז פעל בטווח שבין עמדות אלה והושפע מגישתו של השופט לנדוי.

בפרט אמורים הדברים באשר לשימוש בעילות הסבירות והמידתיות. ביקורתו נגד שימוש יתר בעילות ההתערבות, בהן המידתיות והסבירות, נבעה מסיבה מהותית ומסיבה מוסדית. מבחינה מהותית סבר מזוז כי האחריות והסמכות המוטלות על נבחרי הציבור מחייבות צניעות בהבנת תפקיד הייעוץ המשפטי. מן הבחינה המוסדית צפה מזוז תהליך שבו התערבות-היתר תפגע באמון הציבור במערכת המשפטית ותקשה עליה לפעול בתחומי הליבה שעליהם היא אחראית. במילים פשוטות יותר – ככל שתחומי המשפט מתרחבים, כך מתרחבת הנגיעה בין המשפט לפוליטיקה.

בהיבטים אלה קשה להתעלם מהפער שבין תפיסה זו לבין הביקורת לה זכה מזוז בהמשך דרכו בהיבטים אלה ממש. האם השתנה מזוז ונוצר פער בין התנהלותו בתפקידו כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה לבין התנהלותו כיועץ משפטי לממשלה וכשופט בית המשפט העליון? או, שמא, גם בהמשך הדרך אפשר למצוא דפוסים דומים והשינוי חל לא במזוז אלא במערכת המשפטית והציבורית? על כך עוד ייכתב. בעת הזאת אסתפק בהצבעה על כך כי שמרנות ערכית או ליברליזם לא מצביעים, כשלעצמם, על דרך פעולתו של המשפטן ותהליך קבלת ההחלטות.