

יועצים משפטיים כשומרי סף

מאת

יוחאי רוזנר*

פתיחה

ישראל מצויה בעיצומו של משבר חוקתי שכמותו לא נראה מקום המדינה. שר המשפטים יריב לוין הודיע על כוונת הממשלה להעביר "רפורמה משפטית" שכוללת קידום של פסקת התגברות, שינוי שיטת בחירת השופטים, צמצום עילת הסבירות ושינוי מעמדם של היועצים המשפטיים.¹ הכרזה זו הובילה להפגנות,² התבטאויות התנגדות של אנשי מקצוע ודמויות ציבוריות,³ ואף ביקורת ממדינות שונות ברחבי העולם.⁴ גם תחילת ההידברות בעניין הרפורמה לא הובילה להרגעת

* סטודנט לתואר ראשון במשפטים ותואר שני בממשל, אוניברסיטת רייכמן.
¹ שלמה פיטרקובסקי ועטרה גרמן "רפורמת המשילות: שר המשפטים יריב לוין הכריז על ארבע רפורמות משפטיות" מקור ראשון (4.1.2023); לי נעים "לוין הציג את הרפורמה במערכת המשפט: פסקת התגברות ברוב של 61 ושינוי בוועדה לבחירת שופטים" N12 (4.1.2023).
² אלון חכמון "המחאה נגד הרפורמה לא עוצרת: גם היום הפגנות ספונטניות מול נתניהו ושרים בממשלה" מעריב (21.4.2023).
³ כך למשל, היועצת המשפטית לממשלה גלי בהרב-מיארה טענה שהרפורמה תוביל ל"פגיעה קשה בבלמים והאזוונים בין הרשויות", ראו ניצן שפיר "עמדת היועמ"שית לגבי הרפורמה המשפטית: 'פגיעה קשה בבלמים והאזוונים בין הרשויות'" גלובס (2.2.2023). גם עורכי דין רבים יצאו כנגד הרפורמה המשפטית: ניצן שפיר "מאות עורכי דין מפגינים נגד הרפורמה המשפטית: 'בג"ץ שומר על כולנו'" גלובס (12.1.2023). באופן חריג, גם נשיאת בית המשפט העליון, אסתר חיות, אמרה שמדובר ב"תוכנית לריסוק מערכת המשפט": ביני אשכנזי ויואב איתאל "נשיאת העליון חיות נגד הרפורמה של לוין: 'תוכנית לריסוק מערכת המשפט'" וואלה! (12.1.2023).
⁴ ראו למשל: שירות גלובס "בידן על הרפורמה המשפטית: מרחיקת לכת, דרוש קונצנזוס" גלובס (12.2.2023); איתמר אייכנר "נשיא גרמניה נגד המהפכה המשפטית בישראל: 'מודאגים מהרפורמה בשלטון החוק'" ynet (10.3.2023); שירית אביטן כהן "נציבי זכויות האדם של האו"ם קורא לישראל: 'עצרו את הרפורמה המשפטית'" ישראל היום (21.2.2023).

הרוחות.⁵ מנגד, ישנו חלק רחב בציבור שתומך ברפורמה במערכת המשפט, וגם ציבור זה יצא לרחוב בהגנה על עמדותיו.⁶ לאור האמור, אין זה מפתיע שמעל ל-70% מאזרחי המדינה רואים במשבר הנוכחי כאחד המשברים החמורים בתולדות המדינה.⁷

אחד המוקדים של הרפורמה המשפטית הוא "חוק היועמ"שים", שישנה באופן מהותי את אופי תפקידם של היועצים המשפטיים ואת סמכויותיהם.⁸ במידה שחוק זה יעבור, עמדת היועץ המשפטי לממשלה לא תוכל לחייב את הממשלה, והממשלה תוכל להחליט שעורך דין אחר ייצג את עמדתה בעתירות לבית המשפט העליון.⁹ בנוסף, ייתכן שיועצים משפטיים של המשרדים השונים יהפכו למשרות אמון.¹⁰ המתנגדים לשינויים אלה טוענים שצמצום סמכויות היועץ המשפטי לממשלה – והיועצים המשפטיים במשרדים השונים תחתיו – יפגע ביכולתו לתפקד כשומר סף דמוקרטי, כשליטתם מדובר באחת מתכליותיו העיקריות של מוסד זה.¹¹ בפרט, נטען כי:

"היועץ המשפטי הוא גם שומר סף. היועץ המשפטי אחראי על שמירה על שלטון החוק במשרדו. היועצים המשפטיים הם במובן הזה חלק ממערך הייעוץ המשפטי לממשלה, שבראשו עומד היועץ המשפטי לממשלה, שהוא 'הבלם הפנימי' על הממשלה."¹²

ברשימה זו אטען כי לצד החשיבות העקרונית של שומרי סף דמוקרטיים, לא בטוח שהיועץ המשפטי לממשלה מסוגל למלא את התפקיד הזה בצורה מיטבית. בפרט, אטען שלאור אופי פעולתו וסמכויותיו השונים, היועץ המשפטי לכנסת יכול לשמש כשומר סף טוב יותר מן היועץ המשפטי לממשלה, באופן שמצדיק חלק מהשינויים המוצעים ביחס ליועץ המשפטי לממשלה ברפורמה. תחילה, אעמוד בקצרה על סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, הביקורות כנגד מוסד זה, ואסביר מדוע קשיים אלו פוגעים ביעילותו כשומר סף דמוקרטי. לאחר מכן, אציג את מוסד היועץ המשפטי לכנסת ואראה שגוף זה מסוגל להיות שומר סף יעיל מבלי להיתקל בקשיים שקיימים ביחס למוסד היועץ המשפטי לממשלה. בתוך כך, אתייחס בקצרה ליתרונות של ביקורת משפטית פרוצדורלית ביחס לביקורת משפטית מהותית.

⁵ לירן לוי, ליאור אליחי ורועי רובינשטיין "ההפגנות יימשכו הערב: 'מנסים להרדים את המחאה' | אלה החסימות הצפויות" **ynet** (1.4.2023).

⁶ מעריב אונליין "הפגנת המיליון של הימין: נזעזע את המדינה - הרפורמה המשפטית תעבור" **מעריב** (31.3.2023); גלעד כהן, קובי נחשוני, רועי רובינשטיין ולירן תמרי "כ-200 אלף הפגינו, לזין קרא עם המוחים: 'העם דורש רפורמה משפטית'" **ynet** (27.4.2023).

⁷ "הרפורמה והמשבר: מה הלאה?" **המדר** (תוצאות עדכניות לפי ה-26.4.2023).

⁸ טובה צימוקי, סיון חילאי ומורן אזולאי "הוצג חוק היועמ"שים: חוות דעתם לא מחייבת. בהרב-מיארה נגד רה"מ: שיתף פרסום כוונת" **ynet** (12.2.2023).

⁹ שם.
¹⁰ דפנה ליאל "לחץ בקואליציה לקראת כנס הקיץ: חוק הגבלת היועמ"שים יקודם – גם אם התקיקה תיעצר" **N12** (16.4.2023).

¹¹ ראו למשל, גיא לוריא ודפני בנבניסטי "מינוי היועמ"שים כמשרות אמון יפגע בשלטון החוק ובאמון בממשלה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (14.2.2023).

¹² שם.

א. היועץ המשפטי לממשלה

רבות נכתב אודות סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה תוך שהועלו ביקורות שונות על אופי סמכויותיו,¹³ ועל כן אעמוד על כך בתמציתיות. נהוג להבחין בין ארבעה תפקידים עיקריים של היועץ המשפטי לממשלה: אכיפת החוק הפלילי, ייעוץ לרשויות השלטון לרבות בהצעות חוק ממשלתיות, ייצוג רשויות המדינה בבתי המשפט, והגנה על אינטרס הציבור.¹⁴

בכובע אכיפת החוק הפלילי, עומד היועץ המשפטי לממשלה בראש התביעה הכללית, מעל הפרקליטות ופרקליט המדינה.¹⁵ בכך, הוא "מופקד על אכיפת החוק והפעלת דיני העונשין, לרבות אחריות מקצועית על נציגי התביעה והופעתם בערכאות המשפטיות".¹⁶ זה כולל סמכויות להחליט אם להעמיד לדין ומכוח איזה סעיף, מתי לחקור או להפסיק חקירה, והחלטות לעיכוב הליכים פליליים.¹⁷

בכובעו המייעץ, אין הוראות חוק הקובעות את סמכויותיו, והן נובעות:

"ממהות התפקיד, ממה שמתבקש ממנו לפי תואר המשרה כפשוטו ולפי המסורת המקובלת אצלנו ובמקור האנגלואמריקאי. היועץ המשפטי מגיש ייעוץ משפטי לממשלה, לשרים ולגורמים ממלכתיים אחרים. הייעוץ יכול שיתבקש על ידי כל גורם ממלכתי. הייעוץ גם יכול להיות יזום על ידי היועץ המשפטי במידה והוא מוצא צורך בכך לשם הכוונת המשפטית הנכונה של פעולה ממלכתית מסוימת".¹⁸

בוועדת שמגר נאמר שעל הממשלה "להטות אוזן קשבת לדבריו של היועץ המשפטי",¹⁹ אך שהממשלה רשאית לא לנהוג לפי עצת היועץ כל עוד היא הביאה בחשבון שחוות דעתו משקפת את המצב המשפטי עד שבית המשפט אמר את דברו.²⁰ עם זאת, בהמשך קבע בית המשפט העליון שעמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה.²¹

¹³ למחקר השוואתי של סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ראו ליאור בן דוד "היועץ המשפטי לממשלה: סמכויות ייעוץ, ייצוג ותביעה כללית" הכנסת, מרכז המחקר והמידע (14.2.2007). לביקורות שונות ראו, למשל, אביעד בקשי "הייעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות פורום קהלת (2017); דניאל פרידמן "לפצל או לא לפצל? סימפוזיון בנושא ההצעה לרפורמה במוסד היועץ המשפטי לממשלה – חלק 1 | פיצול משרת היועץ המשפטי" - ICON-S-IL BLOG (1.9.2021); רות גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה(2) 27 (1996); איתן לבונטין ורות גביוון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר – מאמרים (חלק א, 2003).

¹⁴ ראו גביוון, שם, בעמ' 34. ראו גם בן דוד, שם, בעמ' 3.

¹⁵ ראו בן דוד, שם, בעמ' 4.

¹⁶ שם.

¹⁷ ראו גביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 39.

¹⁸ הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דין וחשבון 1, 19–20 (1998) (להלן: ועדת שמגר).

¹⁹ שם, בעמ' 22.

²⁰ שם. בכך ועדת שמגר שמרה על העמדה המשפטית שהוצגה גם בוועדה הקודמת שעסקה בסמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ראו דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962) (להלן: ועדת אגרנט).

²¹ ראו לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2; גיא לוריא ונדיב מרדכי "הדיון על סמכויות היועץ" ש מסכן את המשך השמירה על שלטון החוק" המכון הישראלי לדמוקרטיה (16.1.2023), <https://www.idi.org.il/knesset-committees/47379>. ראו גם בג"ץ 4247/97 סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד (נב) 241 (1998); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (נבו) (12.10.2008).

בכובעו המייצג, היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו מייצגים את המדינה בכל עניין בבית המשפט, והנוהג הוא שאין ייצוג חיצוני למדינה ללא הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה.²² בוועדת שמגר נאמר שכשהיועץ המשפטי לממשלה סבור שהממשלה מנסה לקדם פעולה שנגועה באי-חוקיות ברורה, "מן הנכון שהיועץ המשפטי יחליט על התרת ייצוגה של הרשות הממלכתית החולקת על דעתו, על ידי משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי, הנכון להציג טעמיה של הרשות הממלכתית בפני בית משפט".²³ עם זאת, ישנם מקרים שבהם היועץ המשפטי לממשלה אינו מקבל את עמדת הממשלה או מי מטעמה בעניין מסוים מבלי שניתן לממשלה או למי מגורמיה ייצוג עצמאי, ואז נוצרים מצבים שבהם לא מוצגת עמדת הממשלה בעתירה כנגדה.²⁴

תפקידו האחרון של היועץ המשפטי לממשלה – שמירה על אינטרס הציבור – הוא העמום ביותר. הוא מתבטא בין היתר ביכולתו של היועץ המשפטי לממשלה להצטרף לכל הליך שלדעתו עולה בו עניין ציבורי ולטעון בו.²⁵ עם זאת, במידה שקיים אינטרס ציבורי שהוא שונה מהאינטרס שמקדמת הממשלה, לא ברור כיצד יש לזהות אותו. למרות זאת, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר אביחי מנדלבלית ציין שבעיניו השמירה על האינטרס הציבורי הוא "הדבר החשוב ביותר שהיועצ"ש צריך לעשות".²⁶

מסקירה זו ניתן להבחין בכמה קשיים מרכזיים שנובעים מסמכויותיו השונות של היועץ המשפטי לממשלה, בפרט ביחס לאלה שקשורים להיותו שומר סף – סמכויות הייעוץ, הייצוג, והשמירה על האינטרס הציבורי.²⁷ באשר לתפקידו כיועץ, העובדה שנקבע בפסיקה שעמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה מעלה ביקורות במישור של שלטון דמוקרטי. כך, נטען שבמשטר דמוקרטי נבחר הציבור צריכים לקבוע את מדיניות השלטון, וכשאיש מקצוע בלתי נבחר יכול לכפות על הממשלה את עמדתו – גם אם סמכות זו אינה מופעלת תכופות – ישנה פגיעה בעקרון הבסיסי של הדמוקרטיה.²⁸ בנוסף ישנן ביקורות שסמכות זו פוגעת בשלטון החוק שכן סמכויות מנהליות צריכות להיות מעוגנות בחוק מפורש, ומרגע שהייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה הופך למחייב, מדובר בביטוי להפעלת סמכות.²⁹ הכוח המחייב של חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה אף יוצרות פיצול בין סמכות לאחריות כאשר נבחר הציבור נושאים באחריות על החלטותיהם של היועצים כך שיש ליועץ המשפטי לממשלה תמריץ מופחת למניעת נזקים.³⁰

²² ראו בן דוד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 5.

²³ ראו ועדת שמגר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 76.

²⁴ מצב שכזה נוצר לאחרונה בעתירה נגד החלטתו של שר הביטחון לא לאפשר היתרי כניסה לישראל לתושבים פלסטיניים לטובת קיום טקס זיכרון משותף לישראלים ופלסטיניים. אומנם שם לא עתר שר הביטחון לייצוג עצמאי של עמדתו, אך פסק דין זה מעיד על אפשרות קיום התופעה של פערים בייצוג עמדת המדינה בבג"ץ. ראו בג"ץ 3030/23 לוחמים לשלום נ' שר הביטחון (נבו 23.4.2023).

²⁵ ראו גביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 45.

²⁶ חן מענית "מנדלבלית: ייצוג האינטרס הציבורי - הדבר הכי חשוב בעבודת היועצ"ש" גלובס (26.2.2019).

²⁷ בשלושת התפקידים הללו היועץ המשפטי לממשלה מפעיל את סמכויותיו ביחס לרשות המבצעת ובכך מהווה גורם שמרסן את כוחה של הממשלה, זאת בניגוד לתפקידו כאוכף הדין הפלילי שבו הוא פועל בעיקר אל מול ציבור האזרחים.

²⁸ ראו למשל בקשי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 33.

²⁹ ראו לבונטין וגביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 25.

³⁰ שם, בעמ' 34-38. ראו גם בקשי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 33.

גם ביחס לסמכויות הייצוג של היועץ המשפטי לממשלה מועלות ביקורות רבות. כאמור, ישנם מקרים שבהם למרות שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מוכן לייצג את עמדת הממשלה בפועל בבית המשפט, הוא אינו מתיר לממשלה לקחת ייצוג עצמאי להצגת עמדתה.³¹ נטען שתופעה זו כופרת בעקרונות בסיסיים של צדק ומשפט הוגן, כאשר:

“לאחרון העבריינים בישראל שמורה, בצדק, הזכות להליך הוגן באמצעות ייצוג משפטי בפני בית-משפט, אך דווקא לממשלת ישראל [...] אין זכות לייצוג אותנטי של עמדתה”.³²

הדבר גם פוגע ביעילות הייצוג של עמדת הממשלה באותם מקרים שהיועץ המשפטי לממשלה מסכים להציג את עמדתה חרף התנגדותו, שכן ייתכן שיטען “בלב חצוי ובשפה רפה” במקום לאפשר לממשלה לקבל ייצוג עצמאי.³³ תופעה זו גם חריגה בנוף ההשוואתי ומתאפיינת “בהעדר דיון וביקורת”.³⁴

לכסוף, עצם עמימותו של “אינטרס הציבור” מובילה לביקורת, שכן ניתן לטעון שאינטרס הציבור מבוטא דרך הממשלה ונבחרי הציבור בכנסת. לפי גישה זו, בכל פעם שהיועץ המשפטי לממשלה נוקט בעמדה שסותרת את עמדת הממשלה בשם שמירה על “אינטרס הציבור”, ישנה למעשה פגיעה באינטרס הציבור המתבטא דרך נבחרי הציבור.³⁵ כך, עצם הרעיון שתפקידו של היועץ המשפטי לממשלה כולל בין היתר שמירה על אינטרס הציבור הוביל לביקורת על היועץ המשפטי לממשלה ומעמדו כשומר סף.³⁶

במנותק מן השאלה אם ביקורות אלה על מוסד היועץ המשפטי לממשלה הן מוצדקות, ברור כי המגוון הרחב של הביקורות כנגד מוסד זה שנוגעות להיבטים שונים של תפקידיו ומתייחסות לליבה של עקרונות המשטר הדמוקרטי מעלים חשש שאמון הציבור במוסד זה נחלש.³⁷ בהנחה שיש ערך לרעיון של שומרי סף דמוקרטיים שמרסנים את כוחם של נבחרי ציבור, האופי השנוי במחלוקת של סמכויות היועץ המשפטי לממשלה פוגע ביכולתו להיות שומר סף אפקטיבי ולפעול ביעילות להגשמת תפקיד זה. עובדה זו מתבטאת בכך שבעקבות ביקורות אלה מקדמים כיום כחלק מהרפורמה המשפטית שינויים שיצמצמו באופן ניכר את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה.³⁸ אם יעברו, לא יוכל היועץ המשפטי לממשלה לרסן את נבחרי הציבור, וזה ינבע ישירות מחוסר האמון במוסד היועץ המשפטי לממשלה שנוצר לאור בעייתיות סמכויותיו.

לטענתי, היועץ המשפטי לכנסת הוא מוסד טוב יותר לשמירה על הדמוקרטיה הישראלית,³⁹ וזאת לאור יעילותו בשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים מחד

³¹ ראו לעיל ה"ש 24.

³² ראו בקשי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 28.

³³ שם.

³⁴ ראו איתן לבונטין “מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות” משפטים נב 1, 86 (טרם פורסם).

³⁵ ראו בקשי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 36-37.

³⁶ גיל ברינגר “המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף'” השילוח 11 75 (2018).

³⁷ ראו למשל אור יזרעאלי “סקר: במי מאמין הציבור יותר בכנסת או בג'צ'?” סרוגים (5.5.2020).

על פי סקר זה, 47% מהציבור לא מאמין במוסד היועץ המשפטי לממשלה, הציון השני הכי נמוך מבין כל הגופים שנבחנו (מעניין שדווקא הכנסת, מקום מושבם של נבחרי הציבור, היא זו שקיבלה את הציון הנמוך ביותר).

³⁸ ראו צימוקי, חילאי ואזולאי, לעיל ה"ש 8.

³⁹ בביטוי “שמירה על הדמוקרטיה הישראלית” כוונתי לחיזוק האיזונים והבלמים בשיטה השלטונית הקיימת באמצעות ביקורת אפקטיבית על פעולות רשויות השלטון.

מבלי להוביל לביקורת מצד גורמים רחבים בציבור מאידך. יכולתו לרסן את נבחרת הציבור לא תשתווה לזו של היועץ המשפטי לממשלה כיום, אך היא עדיין אפקטיבית בשמירה על הדמוקרטיה, ואופי סמכויותיו אינו מעלה ביקורת ציבורית רחבה.

ב. מוסד היועץ המשפטי לכנסת

במאמרם של קרן הורוביץ ואיתי ברסימן טוב ניתנה לראשונה התייחסות אקדמית למעמדו וחשיבותו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת.⁴⁰ לטענתם, יש חשיבות לתפקיד היועץ המשפטי לכנסת, שכן עצמאותו עוזרת לחיזוק מעמדה של הכנסת מול הממשלה.⁴¹ בו בזמן, המחברים דואגים מהחלשת מעמד היועץ המשפטי לממשלה כתוצאה מחיזוק היועץ המשפטי לכנסת.⁴² בניגוד לעמדה זו, בפרק זה אטען שאופי עבודתו של היועץ המשפטי לכנסת כשומר סף דמוקרטי הוא טוב יותר לדמוקרטיה הישראלית שכן הוא יקבל הסכמה רחבה יותר בציבור. על כן, בניגוד ליועץ המשפטי לממשלה, שפעילותו כשומר סף דמוקרטי מעוררת ביקורת ציבורית רחבה,⁴³ היועץ המשפטי לכנסת יכול לשמש שומר סף יעיל, תוך קבלת הסכמה ציבורית רחבה יחסית. אין להקל ראש בחשיבותה של הסכמה ציבורית לשומרי סף דמוקרטיים, בעיקר כאשר כללי המשחק החוקתיים במדינה הם רעועים לאור העובדה שאין חוקה פורמלית שלמה, וטרם חוקק חוק יסוד: החקיקה.⁴⁴

מכיוון שחסרה הסדרה של דיני החקיקה בישראל, ליועץ המשפטי לכנסת יש חשיבות רבה כמי שיכול להבטיח את תקינותם של הליכי חקיקה.⁴⁵ לאחר פסק הדין בעניין **מגדלי העופות** הורחבה הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה,⁴⁶ ובעניין **קוונטינסקי** נפסלה לראשונה חקיקה בשל פגמים בהליך החקיקה.⁴⁷ לפי הורוביץ וברסימן טוב, פסקי הדין הללו "הרחיבו את דיני החקיקה מעבר לדין החרות" ויצרו מגבלות משפטיות אכיפות על הליך חקיקת חוקי ההסדרים.⁴⁸ אך מעבר לחוקי ההסדרים, הם הראו שליועץ המשפטי לכנסת יש את היכולת להשפיע על הליך החקיקה באופן כללי ואף בדיעבד עקב תקיפת הליך החקיקה בבג"ץ.⁴⁹ כך, בחוק למניעת הסתננות ראו את השפעתו של היועץ המשפטי לכנסת בהליך החקיקה כאשר הערותיו נכללו בשינויים בהצעת החוק, ואף לאחר שחוקתיות החוק נתקפה בבג"ץ, שם בית המשפט הסתמך על עמדת היועץ המשפטי לכנסת במהלך

⁴⁰ קרן הורוביץ ואיתי ברסימן טוב "היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה" **עיוני משפט** מד' 267 (2021).

⁴¹ שם, בעמ' 267.

⁴² שם, בעמ' 303-304.

⁴³ ראו לעיל ה"ש 13.

⁴⁴ ראו בל יוסף (א"י) שלמות חוקתית: מחשבות על חוק-יסוד: החקיקה "ICON-S-IL Blog" (11.6.2022).

⁴⁵ ראו הורוביץ וברסימן טוב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 308-309.

⁴⁶ שם, בעמ' 309. ראו גם בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל** (נבו) 27.9.2004.

⁴⁷ ראו הורוביץ וברסימן טוב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 309. ראו גם בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו) 6.8.2017.

⁴⁸ ראו הורוביץ וברסימן טוב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 309.

⁴⁹ שם, בעמ' 296.

הליך חקיקת החוק.⁵⁰ גם בחוק מס ריבוי דירות ראו את ההסתמכות הרבה של בג"ץ על עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת, כאשר בית המשפט ראה את חוסר ההתייחסות של המחוקק להערותיו בהליך החקיקה כבעלת משקל משמעותי בהחלטה להתערב בחוק.⁵¹ בעקבות עניין קוונטינסקי ציין עו"ד ינון, היועץ המשפטי לכנסת לשעבר, שפסק הדין "שימש אותו לבלימת הליכי חקיקה לא-תקינים מבחינה פרוצדורלית".⁵² מכאן, שליועץ המשפטי לכנסת ישנם כלים להשפיע על הליכי חקיקה מראש ובדיעבד באופן שמאפשר לו לפעול כשומר סף יעיל.

בו בזמן, השפעתו של היועץ המשפטי לכנסת אינה דורשת נקיטה באמצעים שמקבלים את מירב הביקורת במוסד היועץ המשפטי לממשלה. בעוד שראינו שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מתחייב להציג את עמדת הממשלה בפועל בבית המשפט, היועץ המשפטי לכנסת רואה את עצמו כמחויב לעמדת הכנסת גם כשהוא חושב שנפל פגם חמור בהליך.⁵³ גם ביחס לפרשנות של "אינטרס הציבור", העובדה שהיועץ המשפטי לכנסת רואה את עצמו כמחויב לעמדתה של הכנסת בבית המשפט מצמצמת את הסיכוי להתנגשות בין התפיסות השונות ל"אינטרס הציבור". בהקשר זה ניתן לטעון שהשאלה מהי עמדת הכנסת היא מורכבת כשלעצמה. אך גם אם עמימותה של עמדת הכנסת עלולה להוביל לטעויות כשהיועץ המשפטי לכנסת ייצג עמדה לא מדויקת של הכנסת, עדיין מדובר בשיפור ביחס למצב בו היועץ נותן עמדה שסותרת מפורשות את עמדת המוסד לו הוא מייצג.

המאפיין האחרון של היועץ המשפטי לממשלה שמוביל לביקורת רבה הוא שהיועץ המשפטי לממשלה עושה פרשנות מהותית ומחייבת לחקיקה.⁵⁴ לעומת זאת, הפרשנות המחייבת של היועץ המשפטי לכנסת, אם היא קיימת בכלל, נוגעת רק לפרוצדורה חקיקתית ולא לתוכן.⁵⁵ היתרון של ביקורת משפטית הליכית על פני ביקורת תוכנית היא שביקורת על הליך חשופה פחות לביקורת ציבורית ביחס לביקורת על תוכן, שכן היא מבטאת טוב יותר את היתרון היחסי של אנשי המשפט ביחס לנבחרי ציבור.⁵⁶

ניתן לראות ביטוי לגישה זו במגוון רחב של פסקי דין וחוקים. כך למשל, ניתן לבחון את ההתערבות המשפטית בזכות להיבחר: בעוד שפגיעה בזכות להיבחר מסיבות של הליך היא מקובלת (למשל הגבלה על גיל המתמודד),⁵⁷ התערבות בבחירות מטעמים תוכניים היא בעייתית וננקטת פעמים רחוקות בלבד (למשל

⁵⁰ שם. "יועץ כי במקביל להליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות הכין הייעוץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת טיוטת הצעת חוק חלופית". ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס' 104 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 16.9.2013).

⁵¹ ראו הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 293. ראו, למשל, את דבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות: "ניתן היה לצפות כי פנייה כה חריגה של היועץ המשפטי של הכנסת כגורם מקצועי מן המעלה הראשונה וכמי שאמון על הבטחת תקינותם של הליכי החקיקה ועל ייעוץ שוטף לכל נושאי התפקידים ומוסדות הכנסת בענייני חוק ומשפט, תיפול על אוזניים קשובות." ראו עניין קוונטינסקי, לעיל ה"ש 47, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות.

⁵² ראו הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 40, בעמ' 296.

⁵³ שם.

⁵⁴ ראו לבונטין וגביזון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2; לוריא ומרדכי, לעיל ה"ש 21.

⁵⁵ ראו הורוביץ ובר-סימן-טוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 299.

⁵⁶ נעם סולברג "הלכת דרעיפנחסי בראי עילת הסבירות" בלוג רשות הרבים 1, 5 (16.1.2022).

⁵⁷ ראו בג"ץ 5187/22 מוכתר נ' כנסת ישראל (נבו 17.8.2022).

התערבות בזכות להיבחר מטעמים המנויים בסעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת).⁵⁸ דוגמה נוספת היא העדפתו של בית המשפט להתערב בחקיקת יסוד מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת על פני הכרה בקיומה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי. בבג"ץ שפיר בית המשפט הצדיק את השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת מכוח עיקרון שלטון החוק, ואמר שהיא מאפשרת התערבות של בית המשפט בחוקי יסוד במצבים שהיה פגם פרוצדורלי בכינונו של אותו חוק יסוד.⁵⁹ בכך הדוקטרינה שונה מדוקטרינת תיקון חוקתי שאינו חוקתי, המאפשרת התערבות של בית המשפט בחוקי יסוד על בסיס פגם בתוכן של חוק היסוד.⁶⁰ לבסוף, גם בעילות ההתערבות של המשפט המנהלי ישנה ביקורת מרובה על השימוש בעילת הסבירות שמתערבת בהחלטה המנהלית תוך הפעלת ביקורת תוכנית, בעוד שעילות הביקורת המסורתיות אינן שנויות במחלוקת שכן הן עוסקות בשאלות של סמכות והליך תקין.⁶¹

מכאן, שהסמכות המחייבת של היועץ המשפטי לכנסת על הליכי חקיקה היא פחות בעייתית מזו שמופעלת על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ומאפשרת לו לתפקד כשומר סף דמוקרטי מבלי לעורר ביקורת ציבורית רחבה. אומנם הורוביץ וברסמן טוב טוענים שמוסד היועץ המשפטי לכנסת חווה גם ביקורות מתחזקות,⁶² אך לדעתי, מדובר בביקורת שולית שאינה זוכה להד ציבורי חזק. עדות לכך היא מאמרו של ברינגר, מבקר ידוע של סמכויות מוסד היועץ המשפטי לממשלה,⁶³ אשר בו הוא טען כי תלונות של חברים מהליכוד על חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת בנושא החסינות הן חסרות בסיס.⁶⁴

סיכום

אין לזלזל בחשיבותם של שומרי סף שיכולים לרסן את נבחרי הציבור ולסייע בשמירה על איכותם של חוקים והחלטות היוצאות מידיהם. גם לפי הטענה שבית המשפט אינו מסוגל למלא את תפקיד זה לבדו, אין להניח שצמצום סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה ישאיר את המערכת הפוליטית חסרת בלמים נוספים. היועץ המשפטי לכנסת, באמצעות פיקוח על הליכי חקיקה בכנסת ובתקיפת החוקים בבג"ץ, מסייע לבית המשפט בשמירה על איכותם של התוצרים החוקיים של נבחרי הציבור, תוך שנמנע מהעלאת הקשיים והביקורות הנובעים מסמכויות היועץ המשפטי לממשלה. בכך, הוא מתפקד כשומר סף אפקטיבי וקונצנזואלי. על כן, השינויים המוצעים ביחס ליועץ המשפטי לממשלה, הנוגעים למעמד המחייב של עמדותיו ולמונופול על ייצוג הממשלה, יכולים לחזק את אמון הציבור בו תוך שייוותרו שומרי סף דמוקרטיים במדינה.

ציטוט מוצע: יוחאי רוזנר "יועצים משפטיים כשומרי סף" רשות הרבים (1.9.23)

⁵⁸ יובל שני ועמיר פוקס "כל מה שרציתם לדעת על פסילת רשימות ומועמדים" המכון הישראלי לדמוקרטיה (17.2.2021).

⁵⁹ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, בעמ' 26 (נבו 23.5.2021).

⁶⁰ שם.

⁶¹ ראו סולברג, לעיל ה"ש 56.

⁶² ראו הורוביץ וברסמן טוב, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300.

⁶³ ראו ברינגר, לעיל ה"ש 36.

⁶⁴ גיל ברינגר "דעה: השבוע שבו החליטו בליכוד ליירט את איל ינון" גלובס (10.1.2020).