

היועץ המשפטי לכנסת ומקומו בהפרדת הרשויות בהליכי החקיקה

מאת

קרן הורוביץ ואיתי בר-סימן-טוב*

תקציר

מאמר זה דן ביועץ המשפטי לכנסת, במעמדו כמוסד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה ובמקומו במבנה הפרדת הרשויות בישראל. הדיון ייערך מתוך הפריזמה של תפקיד היועץ המשפטי לכנסת בנוגע להליכי חקיקה. טענת המאמר היא שישנה הצדקה לכינונו של תפקיד יועץ משפטי עצמאי לכנסת, כאמצעי מוסדי לחיזוק מעמדה של הכנסת מול הממשלה; הצדקה זו רק התחזקה מאז כינון התפקיד בחוק בשנת 2000, לנוכח המציאות השלטונית-פרלמנטרית בישראל כיום. המאמר מבסס טענה זו באמצעות ניתוח ההצדקות בעת חקיקת החוק, שהתרכזו רובן ככולן בתפיסה שתפקיד זה יחזק את הכנסת ויתרום לעצמאותה מול הממשלה. המאמר מפתח בהמשך הצדקות נוספות, עכשוויות, שעניינן הפרספקטיבה השונה והנפרדת מהיועץ המשפטי לממשלה שמביא היועץ המשפטי לכנסת, וכן הצדקות המנתחות את המציאות השלטונית-פרלמנטרית הנוכחית, תוך התמקדות בהתפתחויות משמעותיות כגון חולשת הכנסת מול הממשלה, היחלשות מעמד היועץ המשפטי לממשלה כשומר סף, חוקי הסדרים, עליית החקיקה הפרטית, התפתחות הביקורת השיפוטית על הליכי חקיקה ועוד. המסקנה שהמאמר מוביל אליה היא, שלנוכח התפתחויות אלו תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת הפך לחיוני לצורך חיזוק מעמדה של הכנסת. המאמר אף מדגים את פוטנציאל ההשפעה של מוסד היועץ המשפטי לכנסת על הליכי חקיקה ועל הפרדת הרשויות באמצעות ניתוח מעמיק של שתי דוגמאות להליכי החקיקה: האחת מדגימה את תפקידו של היועץ המשפטי

* עו"ד קרן הורוביץ היא מנכ"לית מרכז רקמן ודוקטורנטית בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. ד"ר איתי בר-סימן-טוב הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ויושב ראש משותף של האגודה הישראלית לחקיקה. מחקר זה נמתך בידי הקרן הלאומית למדע (מס' 1436/15) וכן בידי ה-Israel Institute (מס' 20098). אנו מודים לשיר אביטל ולעורכות של "עיוני משפט", לשופטים האנונימיים, לנטע זיו, לאיל ינון, לדורין לוסטיג, לאבי ליכט, ליהושע שופמן ולמשתתפי הכנסים "מבט משפטי על איוונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית"; "היועץ המשפטי לכנסת – תפקידים ואתגרים"; ו"אג'נדות חוקתיות" על הערותיהם המועילות. אנו מודים לטל אייל ליפשיץ, ליהונתן דיין, לאיתי כהן ולחני קוט על העזרה במחקר.

לכנסת בתחום החוקתי הסובסטנטיבי, והאחרת מדגימה את תפקידו בתחום הפרוצדורלי של תקינות הליכי החקיקה. המאמר ממקם את הדיון במוסד היועץ המשפטי לכנסת כחלק מן הדיון האקדמי והציבורי הרחב יותר הנוגע ליועצים משפטיים במגזר הציבורי.

269	מבוא
271	א. יועץ משפטי עצמאי לכנסת – מסגרת הדיון
271	1. היועץ המשפטי לכנסת ותפקידיו
	2. היועץ המשפטי לכנסת בהקשר הרחב יותר של משפטים בשירות הציבורי
273	ב. חוק היועץ המשפטי לכנסת – היסטוריה חקיקתית
276	1. המצב עובר לחקיקת החוק בשנת 2000
276	2. חוק היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000
278	ג. היועץ המשפטי לכנסת כמוסד עצמאי והשפעתו על הפרדת רשויות –
286	דוגמאות של הליכי חקיקה
287	1. הצעת חוק למניעת הסתננות
291	2. חוק מס ריבוי דירות
296	3. הבחנות בעקבות שתי הדוגמאות
297	ד. הצדקות לקיומו של יועץ משפטי נפרד לכנסת
	1. היועץ המשפטי לכנסת והיועץ המשפטי לממשלה כשני שחקנים בהליך החקיקה
298	2. הגישה שלפיה המדינה "מדברת בקול אחד" מול פלורליזם משפטי
300	3. היחלשות מעמד היועץ המשפטי לממשלה כ"שומר סף"
302	4. היכרות עם "המשחק הפוליטי" בכנסת
304	5. גורם מקצועי נוסף המושפע ממערך אינטרסים שונה
306	ה. חשיבותו המוסדית של היועץ המשפטי לכנסת במציאות הפרלמנטרית הנוכחית
307	1. הליך החקיקה בישראל – אי-הסדרה וביקורת שיפוטית
308	2. תפקידה של הכנסת בבחינת חוקתיות והגנה על זכויות בהליך החקיקה
310	3. עליית החקיקה הפרטית
312	4. חולשת הכנסת מול הממשלה
313	5. חולשתם של האינטרסים המוסדיים מול האינטרסים המפלגתיים
316	בכנסת
318	סיכום

מבוא

"רבותי חברי הכנסת, יש לכנסת יועץ משפטי עצמאי כחוק, וחזקנו עוד במעט את עצמאות הכנסת ביחס לרשות המחוקקת. יישר כוח לכולכם". אלו מילותיו של יושב ראש הכנסת אברהם בורג, אשר חתמו את הליך חקיקת חוק היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000;¹ חקיקה זו כוננה יועץ משפטי עצמאי לכנסת, חריג במערך של יועצים משפטיים ציבוריים בשירות המדינה, אשר אינו כפוף ליועץ המשפטי לממשלה.

השנה מלאו ארבעים שנה לתחילת כהונתו של מי שנחשב בפועל כיועץ המשפטי הראשון לכנסת ועשרים שנה לעיגון בחקיקה של מוסד היועץ המשפטי לכנסת וכינונו כמוסד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה.² ואולם למרות חשיבותו הרבה של מוסד זה והעניין התקשורתי והציבורי הגובר בו,³ עד היום הוא לא זכה לתשומת לב מחקרית ניכרת.⁴ מאמר זה הוא צעד ראשון במילוי חסר זה בספרות. במאמר הנוכחי נבקש לדון במעמדו של היועץ המשפטי לכנסת כמוסד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה, ולאור זאת להתמקד במקומו של היועץ המשפטי לכנסת במסגרת הפרדת הרשויות בישראל.⁵

מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת אינו מובן מאליו כלל וכלל. זהו רעיון שהוא גם חדש יחסית וגם חריג יחסית. היועץ המשפטי לממשלה נחשב באופן מסורתי כמי שעומד

1 חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000 (להלן: חוק היועץ המשפטי לכנסת).

2 הכנסת עיגנה בחקיקה את תפקידו ואת מעמדו של יועץ משפטי לכנסת בשנת 2000 בחוק היועץ המשפטי לכנסת. עם זאת כבר החל משנת 1980 החל עו"ד צבי ענבר לכהן בפועל כיועץ משפטי בכנסת, ולהוביל מספר מצומצם של יועצים משפטיים שיעצו לוועדות הכנסת השונות. צבי ענבר נחשב ליועץ המשפטי הראשון לכנסת, אף שעד לשנת 2000 התפקיד לא עוגן רשמית והייעוץ המשפטי בכנסת היה כפוף ליועץ המשפטי לממשלה.

3 ראו למשל: יהונתן ליס "כך הפך היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, לדמות מפתח בעיצוב הדמוקרטיה בישראל" הארץ 21.5.2011 www.haaretz.co.il/misc/1.1174661 (להלן: ליס "דמות מפתח בעיצוב הדמוקרטיה בישראל"); טל שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת הרבה יותר מבית המשפט" גלובס 21.04.2018 <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001232307> (להלן: שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת"); צבי זרחיה "איל ינון נפרד מתפקידו: משרת היועץ המשפטי של הכנסת אינה משרת אמון" כלכליסט 1.4.2020 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3805398,00.html; טל שניידר "היועץ המשפטי של הכנסת נפרד: 'היה מחיר לעבודתי הנייטרלית'" גלובס 1.4.2020 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001324217; יקי אדמקר וטל שלו "המרוץ לתפקיד יועמ"ש הכנסת נפתח, ויש מי ששוקל לשנות את הכללים" וואלה 21.5.2020 news.walla.co.il/item/3362248; יקי אדמקר "היוזמה לשליטה במינוי יועמ"ש הכנסת: בכחול לבן צפויים להתנגד" וואלה 25.5.2020 news.walla.co.il/item/3362932.

4 ראו להלן פרק א.2.

5 בראש מוסד זה עומד היועץ המשפטי לכנסת, ותחתיו מצויה הלשכה המשפטית של הכנסת, הכוללת את היועצים המשפטיים של ועדות הכנסת השונות. ראו להלן פרק א.1.

בראש השירות המשפטי הציבורי כולו, וכפרשן הראשי של הדין עבור כל גופי המדינה.⁶ במשך שנים רבות חלה תפיסה זו גם באשר לכנסת. למעשה, כבר עם הקמתה של הכנסת הראשונה נדונה השאלה אם נדרש יועץ משפטי עצמאי לכנסת וכבר אז נדחה הרעיון, בין היתר על בסיס סקירה השוואתית בין פרלמנטים בעולם שהעלתה כי לא היה נהוג להקים מחלקה משפטית עצמאית בפרלמנט.⁷ מאז – במשך עשרות שנים – עלה הרעיון להקים מוסד של יועץ משפטי לכנסת שיהיה עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה פעמים רבות, ונדחה שוב ושוב.⁸ כך, גם בחלוף חמישים שנה להקמת המדינה, וגם לאחר שבפועל החלו לפעול יועצים משפטיים בוועדות הכנסת, חזרה ועדת שמגר ואשררה בשנת 1998 את העמדה שלפיה אין מקום לכך שהיועץ המשפטי לכנסת יהיה עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה.⁹ רק בשנת 2000 קיבלה הכנסת את חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, אשר הקים את מוסד היועץ המשפטי לכנסת כמוסד עצמאי. בכך הפך היועץ המשפטי לכנסת למוסד יוצא דופן בנוף השירות המשפטי הציבורי, שכן עד היום, ככלל, יועצים משפטיים בשירות הציבורי (כגון היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה) כפופים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה.¹⁰

על רקע זה מתעוררות שתי שאלות. השאלה הראשונה היא, מה הייתה כוונת הכנסת ומה היו נימוקיה בעת שהחליטה בשנת 2000 לחרוג מהקונבנציה שהייתה כה מקובלת עד אז ולכונן מוסד של יועץ משפטי עצמאי לכנסת. השאלה השנייה והחשובה יותר היא אם גם היום, בחלוף עשרים שנה ולאחר שחלק מתנאי הרקע לחקיקה המקורית – כגון הבחירה הישירה לראשות הממשלה – פסו מן העולם, עדיין ישנה הצדקה לקיומו של תפקיד יועץ משפטי עצמאי לכנסת. טענתו המרכזית של מאמר זה היא שמוסד היועץ המשפטי לכנסת כונן בראש ובראשונה כאמצעי מוסדי לחיזוק מעמדה של הכנסת מול הממשלה, וכי הצדקה זו נכונה ביתר שאת כיום.

בפרק הראשון של המאמר נציג את המסגרת התיאורטית של הדיון בדבר ההצדקות לתפקיד עצמאי של יועץ משפטי לכנסת ואת בחירתנו לערוך את הדיון באמצעות ניתוח

6 הוועדה הציבורית לבחינת דרכי מינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דו"ח הוועדה 51 (1998) (הדו"ח להלן: דו"ח ועדת שמגר; הוועדה להלן: ועדת שמגר).

7 נעה קברטץ-אברהם "סיפורו ההיסטורי של תקנון הכנסת: גורמים מעצבים והשלכות משטריות" חוקים יב 9, 34-36 (2018). כיום המצב שונה, אם כי מבחינות מסוימות מוסד היועץ המשפטי לכנסת הוא עדיין מוסד ייחודי במישור ההשוואתי יחסית למשפטנים בפרלמנטים אחרים בעולם. מכל מקום, מחקר השוואתי באשר לגופים משפטיים בפרלמנטים חורג מגדרו של מאמר זה. ראו בעניין זה למשל, יהודה טרואן ורינה צדוק גופים משפטיים בפרלמנט – סקירה משווה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2006).

8 ראו להלן פרק ב.

9 שם.

10 נתי פרלמן מעמדם ותפקידם של יועצים משפטיים במשרדי ממשלה – סקירה משווה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2011). נציין כי כפיפות יועצים משפטיים של גופים ממלכתיים מחוץ לרשות המבצעת כמו הנשיא ומבקר המדינה ליועץ המשפטי לממשלה שנויה במחלוקת. ראו: מרים בן-פורת "יחסי הגומלין בין מבקר המדינה לבין היועץ המשפטי לממשלה" המשפט יד 149, 153-156 (2010).

הליכי חקיקה. כמו כן נמקם את הדיון של מאמרנו במסגרת הדיון האקדמי והציבורי הרחב יותר באשר ליועצים משפטיים במגזר הציבורי.

בפרק השני נציג ניתוח מעמיק של היסטוריית החקיקה של עיגון תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת. בפרק זה ננתח את הנימוקים הנורמטיביים המקוריים שהועלו להצדקת קיומו של יועץ משפטי לכנסת בשיח שקדם לחקיקה: בדברי ההסבר להצעות החוק שהוגשו בעשור שקדם למינוי היועץ; בדיוני ועדת הכנסת ובמליאה בנוגע להצעה שקדמה לכסוף; ובדיון החוץ-פרלמנטרי המצומצם שעסק בנושא טרם חקיקת החוק. כפי שנראה, עיקר הנימוקים הותרכו בצורך שבחזיון הכנסת כרשות מחוקקת, מה שבסופו של דבר היה הבסיס למהלך רחב יותר, מעבר לעיגון החקיקתי של תפקיד היועץ; מהלך זה כלל תקצוב רחב יותר של המחלקה המשפטית בכנסת, הצמדת יועץ משפטי לוועדות הכנסת השונות והקמת מרכז המחקר והמידע של הכנסת.

בפרק השלישי של המאמר נציג שתי דוגמאות להליכי חקיקה שבהם היועץ המשפטי לכנסת הציג עמדות עצמאיות ושונות מעמדותיה של הממשלה, ונבחן את ההשלכות של עמדות אלו על תהליכי חקיקה באותן דוגמאות. דוגמה אחת תעסוק בחקיקת תיקון מס' 3 ל"חוק למניעת הסתננות", ותדגים את תפקיד היועץ המשפטי לכנסת בהיבט של ביקורת חוקתית סובסטנטיבית בהליך החקיקה. הדוגמה השנייה תעסוק בחקיקת חוקי הסדרים במקרה של חוק "מס דירה שלישית", ותדגים את תפקיד היועץ המשפטי לכנסת בהיבט של שמירה על תקינות הליכי החקיקה מן הפן הפרוצדורלי. דוגמאות אלו ידגימו את טענתנו המרכזית בדבר נחיצותו של היועץ המשפטי לכנסת בהפרדת הרשויות, ותוך כדי כך גם ידגימו את תפקידו הייחודי של מוסד זה במערכת היחסים שבין הייעוץ המשפטי לדרג הפוליטי.

בפרק הרביעי של המאמר נפתח את הטיעונים בעד יועץ משפטי לכנסת הפועל באופן עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה. לאחר מכן, בפרק החמישי, נתמקד בפיתוח הצדקות בדבר חשיבותו המוסדית של היועץ המשפטי לכנסת במציאות הפרלמנטרית הנוכחית. בין היתר נעסוק בחולשת הכנסת מול הממשלה, בחוקי ההסדרים, בעליית החקיקה הפרטית ועוד.

א. יועץ משפטי עצמאי לכנסת – מסגרת הדיון

בסעיף הראשון נציג בקצרה את מוסד היועץ המשפטי לכנסת ואת תפקידו, בעיקר במסגרת הליך החקיקה. סעיף זה נועד לספק רקע להבנת הדיון בפרקים הבאים, בעיקר עבור קוראים שאינם מצויים בעבודת הכנסת והלשכה המשפטית בכנסת. בסעיף השני נמקם את דיונו ואת תרומתו של המאמר במסגרת דיונים רחבים יותר בנוגע למשפטים בשירות הציבורי.

1. היועץ המשפטי לכנסת ותפקידו

חוק היועץ המשפטי לכנסת קובע כי לכנסת יהיה יועץ משפטי, אשר ישמש גם ראש הלשכה המשפטית של הכנסת, ומפרט את תפקידו. החוק קובע כי היועץ המשפטי לכנסת ייעץ לגורמים הבאים: ליושב ראש הכנסת, לנושאי התפקידים בה ולמוסדות הכנסת בכל ענייני חוק ומשפט הנוגעים לסמכויותיהם ולתפקידיהם; לכנסת ולוועדותיה בכל עניין הנוגע להליכי החקיקה, ויפעל להבטחת תקינותם; לחברי הכנסת בכל עניין הנוגע לכנסת והנובע מחברותם בה. כמו כן החוק קובע כי היועץ המשפטי לכנסת ייצג את הכנסת בערכאות, תוך

פירוט הסדרים נוספים לפונקציה זו של ייצוג בערכאות.¹¹ החוק מפרט גם את דרך בחירת היועץ המשפטי לכנסת באמצעות ועדה ציבורית, את כישוריו ואת דרך סיום כהונתו.¹² מוסד היועץ המשפטי לכנסת כולל את הלשכה המשפטית לכנסת כולה. בראש הלשכה עומדים היועץ המשפטי לכנסת והמשנה ליועץ המשפטי. במסגרת הלשכה פועלים היועצים המשפטיים לוועדות הכנסת השונות, וכן משפטנים בעלי תפקידים נוספים, כגון הממונה על נוסח החוק, הממונה על ייצוג הכנסת בערכאות, הממונה על תחום חקיקה ומחקר משפטי והממונה על ייעוץ משפטי למנהל הכנסת.

במאמר זה נתמקד בתפקידו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת בנוגע לחקיקה, ולפיכך נתמקד בעבודתם של היועץ המשפטי לכנסת ושל היועצים המשפטיים של ועדות הכנסת השונות בהליכי חקיקה. ליווי הליכי החקיקה בכנסת והבטחת תקינותם הוא תפקיד ייחודי וחיוני, הנמצא בליבת תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת, מעצם היותו היועץ המשפטי של הרשות המחוקקת. יתרה מזאת, כפי שנטען בהמשך, לתפקידו של היועץ המשפטי לכנסת בהליכי החקיקה יש השלכות עמוקות על מודל הפרדת הרשויות בישראל. נבקש לבדוק מתוך הפריזמה של תפקיד היועץ המשפטי לכנסת בהיבט של הליכי חקיקה, אם ישנה הצדקה לקיומו של תפקיד יועץ משפטי עצמאי לכנסת.

דיוננו בשאלת ההצדקות לעצמאותו של היועץ המשפטי לכנסת ומקומו במבנה הפרדת הרשויות יתמקד אפוא בשלב הפרלמנטרי של הליכי החקיקה. הליך החקיקה מורכב כידוע משלוש קריאות במליאה (או ארבע במקרה של הצעת חוק פרטית) ומדיונים בוועדות.¹³ ליבו של השלב הפרלמנטרי בחקיקה הוא ההליכים המתנהלים בוועדות הכנסת השונות. כדברי בית המשפט העליון, "דיוני הוועדה הם מרכיב חיוני בתהליך החקיקה".¹⁴ זהו השלב בהליך החקיקה שבו נערך הדיון המהותי ביותר, והשלב שבו נשמעים היועצים המשפטיים (כמו גם גורמים נוספים כגון נציגי ציבור, מומחים מהאקדמיה ועוד). זהו השלב שבו לכנסת יש פוטנציאל להשפיע השפעה מהותית על עיצובו הסופי של החוק, לרבות בנוגע להצעות חוק ממשלתיות. הוועדה שבה מתנהל הדיון עוברת על כל סעיפי החוק, ובמסגרת דיונה היא מוסמכת להציע תיקונים לנוסח הצעת החוק.¹⁵ הוועדות יכולות לגרום לעיכובים ניכרים בהליכי החקיקה ובפועל לא לדון בחוק, ובכך למעשה להקפיא את הליך החקיקה של החוק. ועדה אף יכולה לבקש להסיר את החוק מסדר יומה של הכנסת.¹⁶

11 חוק היועץ המשפטי לכנסת, אשר עוגן בס' 17 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הכנסת).

12 שם.

13 ס' 74 לתקנון הכנסת. ראו גם בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 158 (1991) (להלן: בג"ץ נמרודי).

14 שם. ראו גם: בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 67 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.8.2017) (להלן: בג"ץ קוונטינסקי); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 95 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.2014).

15 ס' 85 לתקנון הכנסת.

16 Csaba Nikolényi & Chen Friedberg, *Vehicles of Opposition Influence or Agents of the Governing Majority? Legislative Committees and Private Members' Bills in the*

עם זאת לשם השלמת התמונה בנוגע למקומו של היועץ המשפטי לכנסת במבנה הפרדת הרשויות, נעסוק גם בשלב שלאחר הליך החקיקה – שלב הביקורת השיפוטית על החקיקה, ככל שהיא נתקפת בבג"ץ. בשלב הביקורת השיפוטית תיתכן תקיפה של חוקיות תוכנו של החוק ביחס לחוקי יסוד, וכן תיתכן תקיפת ההליך שבו התקבל החוק – השאלה אם החוק נחקק בהתאם לדינים המסדרים את הליך החקיקה. יכולה להיות גם תקיפה משולבת של השניים, המכונה ביקורת שיפוטית סמי־פרוצדורלית.¹⁷ אף שעיקר מיקודנו הוא בתפקידו של היועץ המשפטי לכנסת בהליך החקיקה, מעניין לציין כי ההליך השיפוטי הוא זירה חשובה נוספת שמקרינה על מעמדו ועל תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת בהליך החקיקה.¹⁸

2. היועץ המשפטי לכנסת בהקשר הרחב יותר של משפטנים בשירות הציבורי

הדיון בנוגע לקיומו של יועץ משפטי עצמאי לכנסת הוא דיון שיש לערוך לשיטתנו בראייה רחבה, שכן היועץ המשפטי לכנסת הוא חלק ממארג נרחב יותר של יועצים משפטיים בשירות הציבורי, כמו גם ממארג של עורכי דין העוסקים באופן ספציפי ביועץ משפטי בתחום החקיקה. לצידו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת קיים המוסד הוותיק והמוכר יותר של היועץ המשפטי לממשלה: תחתיו פועלים משפטנים נוספים הכפופים לו, כגון המשנים ליועץ המשפטי לממשלה ומחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, פרקליטויות המדינה והמחוזות על אנפיהן השונים ועוד. בעבר היה הייעוץ המשפטי לכנסת כפוף אף הוא ליועץ המשפטי לממשלה.

הנושא הרחב של משפטנים בשירות הציבורי זכה כבר לדיון נרחב מאוד, הן בכתיבה אקדמית הן בשיח הפוליטי והציבורי. מבט־על על הדיון הנוגע ליועצים משפטיים במגזר הציבורי מעלה בעניינינו כמה תובנות מרכזיות, שהן רלוונטיות כבסיס לדיוננו. ראשית, הדיון התמקד עד היום בעיקר ביועץ המשפטי לממשלה ובמשפטנים נוספים הכפופים לו במסגרת הממשלה. שנית, הדיון עד כה התמקד בעיקר במערכת היחסים שבין הייעוץ המשפטי לבין הדרג הפוליטי. שלישי, בהכללה אפשר להצביע על מאבק עז בין שתי מגמות מתחרות בנושא זה. מצד אחד, ישנה מגמה כללית וארוכת שנים של ביסוס מעמד עצמאי ליועץ המשפטי לממשלה (וכלל היועצים והמשפטנים הכפופים לו) מול הדרג הפוליטי;¹⁹ מגמה זו כוללת התפתחות של תפיסת תפקיד ואתוס מקצועי, שלפיה הוא משרת הציבור ולא משרת הממשלה, המתפקד כ"שומר סף" המגן על שלטון החוק,²⁰ ושיש בכוחו לתת חוות דעת

Hungarian Országgyűlés and the Israeli Knesset, 25 J. LEGIS. STUD. 358 (2019)
 17 איתי בר־סימן־טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי־פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299 (קרן אוולאי, איתי בר־סימן־טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018) (הספר להלן: ספר דורית ביניש).
 18 ראו להלן פרק ג.
 19 ראו למשל: דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 6; "דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962)" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 421 (יצחק זמיר עורך, 1993) (הספר להלן: ספר קלינגהופר); אורן פונו "פרשת סילווסטר – מלחמת העצמאות של היועץ המשפטי לממשלה" שורשים במשפט 27 (דינה זילבר עורכת, 2020).
 20 ראו למשל: דינה זילבר בשם החוק: היועץ המשפטי לממשלה והפרשיות שטלטלו את המדינה (רמי רוטהולץ עורך, 2012); YOAV DOTAN, LAWYERING FOR THE RULE OF LAW: GOVERNMENT;

המחייבות את הממשלה.²¹ מן הצד האחר, ישנה מגמה של תגובת נגד ושל ניסיונות להכפיף את היועץ המשפטי לממשלה (והכפופים לו) לדרג הפוליטי. מגמה זו באה לידי ביטוי בין היתר בקריאת תיגר על תפיסת תפקידו כ"שומר סף" ועל מעמדה המחייב של עמדתו,²² בקריאת תיגר על מעמדו כמייצג הבלעדי של העמדה המשפטית של המדינה בפני בית המשפט,²³ בעימותים פומביים בין שרי משפטים לבין הדרג המשפטי המקצועי²⁴ וביוזמות לשינוי דרכי מינויים של היועץ המשפטי לממשלה, של יועצים משפטיים למשרדי הממשלה

- Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel (2014); יואב דותן "הפרקליט הציבורי כמשרתם של שני אדונים" ספר דורית ביניש, לעיל ה"ש 17, בעמ' 157; דינה זילבר "המון דברים יפים ראו עיניי": מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי" מעשי משפט (ט) 153 (2017); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 451; יצחק זמיר "המשפטן בשירות הציבורי" ספר יצחק זמיר 53 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); יהודה יפרח "היועצים המשפטיים מציגים: כך שינינו את פני מדינת ישראל" מקור ראשון 6.8.2020 www.makorrishon.co.il/magazine/254001/.
- 21 ראו למשל: בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה, פ"ד (מז) 51, 441, 473 (1993) (להלן: עניין אמיתי); בג"ץ 320/96 גרמן נ' מועצת עיריית הרצליה, פ"ד (2) 222, 240 (1998); בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד (5) 241, 277-280 (1998) (להלן: עניין סיעת מרצ); בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 32-34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008); בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 18-30 לפסק דינה של השופטת פרקציה (פורסם בנבו, 26.2.2008); משרד המשפטים מדריך פנימי לעבודת מחלקת ייעוץ וחקיקה (2017) www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/Documents/LegislationGuide.pdf.
- 22 ראו למשל: דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 54-61, 166-174, 277-284, 334-340 (יהודה יערי עורך, 2013); גיל ברינגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף'": השילוח 11, 75 (2018); אביעד בקשי היעוץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות (פורום קהלת – נייר מדיניות מס' 10, מהדורה שנייה, 2017); איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" ספר שמגר – חלק א 221 (אהרן ברק עורך, 2003); צבי ורזיה "איילת שקד: יועץ משפטי צריך לשרת את הבוס שלו במסגרת החוק" כלכליסט – משפט 11.6.2019 <http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3763974,00.html>.
- 23 בקשי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 18-19, 27-32; אדם שנער "מי מדבר בשם המדינה? על פיצול הייצוג בפסקי דין תנובה ואמיתי" ICON-S-IL Blog 13.3.2019 tinyurl.com/y6n76jmt.
- 24 ראו למשל: חן מענית "שקד לא תאפשר למשנה ליועמ"ש דינה זילבר להופיע בכנסת" גלובס – דין וחשבון 15.11.2018 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001260857; "שקד מנסה להעמיד את היועצים המשפטיים במקומם" ערוץ 7 23.3.2019 www.inn.co.il/News/News.23.3.2019; טובה צימוקי "היועץ של שקד נגד היועצים המשפטיים" Ynet 16.9.2018 [asp/397254](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5351969,00.html); שלמה פיוטרקובסקי "הממשלה נגד היועץ המשפטי" מקור ראשון 23.2.2020 <http://www.makorrishon.co.il/opinion/205903/>; גיא פלג "שר המשפטים נגד היועמ"ש: 'הוא לא יכול להיות מ'מ' פרקליט המדינה'" N12 3.5.2020 www.mako.co.il/news-politics/2020_q2/Article-2cd5520926bd171027.htm.

ושל תפקידים נוספים.²⁵ אכן, כפי שציינה רות גביון כבר בשנת 1996, "שנים ארוכות, למן ימיו הראשונים של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ניטש מאבק בין אלה הרוצים בחיזוק ובצעמאותו של מוסד זה לבין אלה הרוצים להחלישו".²⁶ מאז רק הולך ומתגבר הוויכוח הציבורי, התקשורתי, הפוליטי והאקדמי הסוער על מוסד היועץ המשפטי לממשלה.²⁷ על רקע האפיון הקצר שערכנו, ממעוף הציפור, של הדיון שנערך עד כה בנושא הרחב של יועצים משפטיים במגזר הציבורי, מתבלט ייחודו של מאמר זה ותרומתו המקורית. ראשית, בעוד שעיקר השיח התמקד ביועץ המשפטי לממשלה, מאמר זה מפנה את תשומת הלב ליועץ המשפטי לכנסת. אכן, דווקא על רקע הדיון הענף ביועץ המשפטי לממשלה בולט במיוחד היעדרה של תשומת לב דומה למוסד המקביל בכנסת, על אף שמוסד היועץ המשפטי לכנסת פועל מאז שנות השמונים ומעוגן בחקיקה מאז שנת 2000.²⁸ לפחות עד לשנים האחרונות הייתה אמת רבה בהבחנה כי "בניגוד לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, שמוזכר בישראל חדשים לבקרים, קיומו של התפקיד המקביל לו גם ברשות המחוקקת – קרי: היועץ המשפטי לכנסת – כמעט שאינו ידוע לציבור הרחב".²⁹ וגם אם בשנים האחרונות ניכרת התעניינות ציבורית ותקשורתית גוברת גם ביועץ המשפטי לכנסת,³⁰ התעניינות זו טרם קיבלה ביטוי הולם במחקר המשפטי.³¹ שנית, בעוד שעיקר השיח התמקד במתח שבין היועץ המשפטי לבין הפוליטיקאים, מאמר זה מפנה זרקור למישור אחר של יחסים – בין

25 משה גורלי "היועץ" ש: היומנות להחלשת שומרי הסף – 'מטרירות ופוגעות במשילות' כלכליסט 23.11.2017 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3725826,00.html; טובה צימוקי "מחאת היועצים לשעבר נגד שיטת מינוי היועצים המשפטיים החדשה" Ynet 25.8.2017 [ynet.co.il/articles/0,7340,L-5007553,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5007553,00.html); צבי זרחה "מנדלבלית לשקד: מתנגד למינוי יועצים משפטיים על ידי ועדת איתור" TheMarker 5.11.2017 www.themarket.com/news/; משה גורלי "הצפי: נתניהו יתערב במינויים, ההסתה תמשך ובג"ץ עשוי להתקפל" כלכליסט 30.8.2020 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3847114,00.html.

26 רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 28 (1996).

27 ראו למשל: בקשי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 3 ("מאז שפורסם נייר מדיניות זה לראשונה (בשנת 2014) התגבר העיסוק הציבורי, הפוליטי והמשפטי בשאלת סמכויות הייעוץ והייצוג שבידי היועץ המשפטי לממשלה").

28 ראו להלן פרק ב.

29 שוריק דריישיפיץ "היועץ המשפטי לכנסת והלשכה המשפטית של הכנסת" פרלמנט 66 (2010) www.idi.org.il/parliaments/11110/11119.

30 ראו למשל את המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 3.

31 בשנים האחרונות זכה היועץ המשפטי לכנסת לאזכור מסוים בכמה מאמרים בנוגע לחלקו בדיוני הוועדות השונות בחוקים הקשורים בפגיעה בזכויות אדם המוגנות במשפט הבינלאומי ובזכויות חוקתיות, אך הוא אינו מהווה מושא המחקר העיקרי. ראו יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וההליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199 (2012); עמיחי כהן, טל פילברג ויובל שני "השפעת דיני זכויות האדם על הליכי החקיקה בישראל" חוקים י 69 (2017); תמר הוסטובסקי ברנדס "המשפט הבינלאומי והליך החקיקה בישראל" חוקים יא 125 (2018).

היועץ המשפטי לכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה, כפריזמה ליחסים הרחבים יותר בין הכנסת לממשלה. שלישית, בעוד שבשיח הקיים נראה שהיחסים בין היועץ המשפטי לדרג הפוליטי מתאפיינים כמאבק כוחות עז, הרי מאמר זה יראה כי היועץ המשפטי לכנסת מציג מודל אחר של יחסים בין יועץ משפטי לבין הדרג הנבחר.

ב. חוק היועץ המשפטי לכנסת – היסטוריה חקיקתית

השאלה אם נדרש יועץ משפטי עצמאי לכנסת היא שאלה אשר העסיקה את המערכות השלטוניות מראשית ימיה של המדינה. כפי שנראה, במשך שנים רבות הרעיון נשקל ונדחה, עד שלבסוף התקבל חוק היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000. לאחר הצגה קצרה של תמונת המצב שהייתה לפני שנת 2000, נתמקד בנימוקים שעלו בהליך חקיקת חוק היועץ המשפטי לכנסת.

1. המצב עובר לחקיקת החוק בשנת 2000

עם הפיכתה של האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה החלה הכנסת לעצב את תקנונה ואת היחסים בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת.³² במסגרת הדיונים על התקנון נתקבלה החלטה מבנית שלא להקים לשכה משפטית עצמאית לכנסת. נערכה סקירה משווה בין פרלמנטים בעולם. נמצא כי באותה עת לא היה נהוג להקים מחלקה משפטית עצמאית בפרלמנט, וכי ניתן אמון בפקידי הממשלה ובמידת האובייקטיביות שלהם במקרה של התנגשות אינטרסים בין הממשלה והפרלמנט.³³

החל מסוף שנות השבעים של המאה העשרים עלו הצעות לעיגון מעמדו של יועץ משפטי לכנסת, שיהיה עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה, אך אף אחת מהן לא התקבלה. הצעת החוק הראשונה לעיגון מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת הוגשה כבר בשנת 1979 בידי חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי מסיעת התנועה הדמוקרטית לשינוי (ד"ש).³⁴ לאחריה ניתן למצוא כמה וכמה הצעות שהגישו במהלך שנות התשעים חברי כנסת שונים ממפלגות שונות מימין ומשמאל, מן הקואליציה ומן האופוזיציה.³⁵ הדיון באשר לנחיצותו של יועץ משפטי לכנסת מצא הד מסוים גם בתקשורת, על רקע של מצבי ניגוד עניינים בין הכנסת

32 נעה קברטץ-אברהם "סיפורו ההיסטורי של תקנון הכנסת: גורמים מעצבים והשלכות משטריות" חוקים יב 9, 34 (2018).

33 שם, בעמ' 36.

34 יחיאל גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה 282 (1981); הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ב-1992, פ/1433/12 (ח"כ מרדכי וירשובסקי) (להלן: הצעת החוק של ח"כ וירשובסקי).

35 הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ד-1994, פ/2054/13; הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ד-1994, פ/2281/13 (ח"כ דוד מגן מסיעת הליכוד וח"כ דוד צוקר מסיעת מר"צ); הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ז-1997, פ/1164/14 (ח"כ חגי מירום מסיעת העבודה); הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ז-1997, פ/1774/14 (ח"כ שאול יהלום מסיעת המפד"ל) (להלן: הצעת החוק של ח"כ יהלום); הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ז-1997, פ/1863/14 (ח"כ דוד מגן וח"כ אברהם הירשזון מסיעת הליכוד); הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ח-1998, פ/1899/14 (ח"כ דוד צוקר מסיעת מר"צ).

והממשלה.³⁶ בינתיים – אף ללא עיגון חקיקתי רשמי – החלה בפועל מאז תחילת שנות השמונים להתגבש לשכה משפטית בכנסת בראשות צבי ענבר,³⁷ אם כי בכפיפות ליועץ המשפטי לממשלה. בחודש יולי 1997 הגיעה הצעת החוק של חבר הכנסת חגי מרום לדיון במליאת הכנסת וצלחה את הקריאה הטרונית.³⁸ שבעה עשר מחברי הכנסת תמכו בהצעה מול שני מתנגדים ושני נמנעים. ההצעה הועברה לדיון בוועדת הכנסת, אך לא הגיעה למליאה לקריאה ראשונה.³⁹

בשנת 1998 זכתה השאלה בדבר נחיצותו של מוסד היועץ משפטי לכנסת כמוסד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה להתייחסות ברוח ועדת שמגר לבחינת דרכי מינויו של היועץ המשפטי לממשלה.⁴⁰ מן הרוח עולה, כי הוועדה ראתה באור חיובי את התפתחות הלשכה המשפטית בכנסת והצמדת יועצים לוועדות הכנסת השונות, ואף הכירה בחשיבות של ליווי משפטי מיומן ובעל התמחות שיש לו מחויבות ישירה לכנסת ולעבודתה. עם זאת סברה הוועדה שהיועץ המשפטי של הכנסת צריך להישאר כפוף ליועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה צריך לשיטתה לשמש הפרשן העיקרי והראשי של הדין בנוגע לכל רשויות השלטון, ובכלל זה הכנסת.⁴¹ גם בהקשר של ייצוג בפני בית המשפט ועדת שמגר לא ראתה סיבה מספקת מדוע הכנסת לא תהיה מיוצגת בידי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות כיתר מוסדות השלטון.⁴² הוועדה סברה שרק במקרים שעמדת הכנסת מנוגדת לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, הכנסת בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה ובהסכמתו תוכל להיות מיוצגת בידי היועץ המשפטי לכנסת.⁴³

העיון בנימוקי המתנגדים לכינון מוסד עצמאי ליועץ המשפטי לכנסת לאורך השנים מעלה כמה טיעונים עיקריים. המתנגדים טענו, כי עקרון הפרדת הרשויות אינו מחייב שלכל רשות עצמאית יהיה מוסד נפרד של יועץ משפטי שהוא שווה מעמד ליועץ המשפטי לממשלה. המתנגדים טענו עוד, כי ליועץ המשפטי לממשלה שם אשר מטעה בנוגע למהות תפקידו; לטענתם היועץ הוא יועץ משפטי למדינה ולכל מוסדותיה, ולכן אין לראות בעובדה שהיועצים המשפטיים של הכנסת כפופים לו פגיעה בהפרדת הרשויות.⁴⁴ עוד נטען, שקיומו של יועץ

36 טובה צימוקי "כנסת נורמלית צריכה יועץ משפטי" דבר 20 17.1.1992 (להלן: צימוקי "כנסת נורמלית"); עמוס בן ורד "דרוש יועץ משפטי לכנסת" הארץ 11 26.2.1989.

37 בשנת 1980 החל עו"ד צבי ענבר לכהן בפועל כיועץ המשפטי הראשון של הכנסת. בשנת 1993 כבר תואר מצב שבו יש לכל ועדה יועץ משפטי משלה, הגם שהוא משותף לכמה ועדות. ראו צבי ענבר "הליכי החקיקה בכנסת" המשפט א 91 (1993).

38 הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ז-1997, פ/1164/14 (ח"כ חגי מירום מסיעת העבודה).

39 גרעון אלון "היועץ המשפטי לכנסת שניים של אכזבה גדולה" הארץ 21.4.2003 www.haaretz.co.il/misc/1.877104.

40 דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 6.

41 שם, בעמ' 51.

42 שם.

43 שם, בעמ' 66.

44 פרופ' זמיר מצוטט אצל צימוקי "כנסת נורמלית", לעיל ה"ש 36.

משפטי יחיד למדינה מעניק אחידות משפטית לכל מוסדות השלטון במדינה.⁴⁵ כן נטען, כי רצוי וראוי דווקא שהכנסת תישען על הניסיון ועל היוקרה שצברו היועץ המשפטי לממשלה ומערכתו.⁴⁶ זאת ועוד, נראה כי ברקע להתנגדות לכינון מוסד עצמאי ליועץ המשפטי לכנסת עמד החשש רב-השנים מפני החלשת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה,⁴⁷ בעיקר על רקע קולות שקראו לפיצול סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בהקשר של הפרדת תפקיד התביעה והייצוג מתפקיד הייעוץ.⁴⁸

2. חוק היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000

לבסוף עוגן מוסד היועץ המשפטי בחוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א-2000, אשר הוסיף לחוק הכנסת פרק חדש – פרק היועץ המשפטי לכנסת.⁴⁹ חוק זה עיגן לראשונה את מוסד היועץ המשפטי לכנסת בחקיקה, והסדיר את מעמדו, את סמכויותיו ואת תפקידיו של היועץ המשפטי לכנסת כפי שפורטו בפרק א למאמר.⁵⁰ כאשר הציג יושב ראש ועדת הכנסת, חבר הכנסת סאלח טריף, את החקיקה ואת תכליתה לקראת הקריאה הראשונה, הוא הדגיש כי חיזוק מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת ועצמאותו נועד בסופו של דבר לשם חיזוק מעמדה ועצמאותה של הכנסת עצמה:

"הצעת החוק הזאת היא הצעה שנועדה לחזק את הכנסת, את היועץ המשפטי שלה, כסמכות נפרדת שיכולה להופיע בבית-המשפט העליון ללא אישור,

- 45 פרוטוקול ישיבה מס' 116 של הכנסת ה-14, 137 (2.7.1997) (דברי ח"כ שבח וייס). לדיון נרחב יותר בטענה המסורתית שלפיה על המדינה לדבר בקול אחד (אם כי אגב דיון בשאלה הנפרדת, אם הממשלה צריכה לדבר בקול אחד), ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד רשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361, 366-372 (2016) (להלן: אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה?").
- 46 דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 51, 66.
- 47 צימוקי "כנסת נורמלית", לעיל ה"ש 36.
- 48 "ארבל: להעביר סמכויות מהיועץ המשפטי לממשלה לפרקליטות" גלובס 16.6.1997. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=64313.
- 49 הצעת החוק שקודמה בסופו של דבר הייתה הצעת חוק של ועדת הכנסת. ראו את דיוני הוועדה בהצעת החוק: פרוטוקול ישיבה מס' 93 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-15, 9 (30.5.2000) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 93); פרוטוקול ישיבה מס' 102 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-15, 5 (20.6.2000); פרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-15, 6 (10.7.2000); פרוטוקול ישיבה מס' 133 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-15, 5 (14.11.2000) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 133); פרוטוקול ישיבה מס' 140 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-15, 3 (4.12.2000); פרוטוקול ישיבה מס' 141 של הכנסת ה-15, 264-254 (2.8.2000) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 141); פרוטוקול ישיבה מס' 164 של הכנסת ה-15, 38 (11.12.2000) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 164).
- 50 כפי שציין חבר הכנסת סאלח טריף, יושב ראש ועדת הכנסת, כשהציג את הצעת החוק בפני המליאה לקריאה השנייה והשלישית: "הצעת החוק הזאת של היועץ המשפטי לכנסת באה להסדיר את מעמדו, סמכויותיו ותפקידיו של היועץ המשפטי לכנסת, תפקיד אשר אינו מעוגן כיום בחיקוק כלשהו" (שם, בעמ' 38-39).

כפי שזה היום, של סמכות כמו היועץ המשפטי לממשלה וסמכויות המשפט הקשורות בממשלה. הצעת החוק הזאת באה לחזק את עבודת הכנסת, באה לחזק את סמכותה ואת יכולתה לחוקק באופן חופשי ומוחלט, להגן על חבריה על-פי החוק ועל-פי התקנון.

אני חושב, שהצעת החוק הזאת חשובה מאין כמותה, לא רק למוסד היועץ המשפטי בבית וללשכה המשפטית, שזוכה לחיזוק גדול בתקופה האחרונה, אלא לכל מה שהכנסת מייצגת כריבון ולכל מה שהכנסת עושה במלאכת החקיקה לטובת הדמוקרטיה ולטובת הפרלמנטריזם בישראל.⁵¹

גם לפני הקריאה השנייה והשלישית הדגיש יושב ראש ועדת הכנסת את הצורך לעגן את מוסד היועץ המשפטי לכנסת ולבצר את מעמדו.⁵² לדבריו של יושב ראש ועדת הכנסת משקל מיוחד כאשר מנסים להתחקות אחר כוונת "המחוקק", מכיוון שוועדת הכנסת היא שיזמה והכינה את הצעת החוק.⁵³ כמו כן חשוב להדגיש כי התפיסה שהציג יושב ראש ועדת הכנסת שייקפה תפיסה רחבה של רבים מחברי הכנסת, חוצת מפלגות וחוצת קווים של ימין-שמאל או קואליציה-אופוזיציה. היטיב לבטא זאת חבר הכנסת ראובן ריבלין מהליכוד:

"זה מוסד שחשיבותו רבה לחיים בתוך מוסד כמו כנסת ישראל. אבל חשיבותו רבה לא פחות כאשר הרשות המחוקקת כרשות נתקלת פעמים רבות בשאלות שהן במחלוקת עם רשות אחרת, תהיה זאת הרשות השופטת או הרשות המבצעת. פעמים רבות היינו פונים – גם כאשר היתה שאלה חוקתית, שאלה עקרונית – ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שהוא ייתן לנו פתרון, והיינו אומרים שהחלטתו והכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה היא המחייבת אותנו.

במקרים רבים – והרברים האלה עלו יותר ויותר על סדר-יומה של הציבוריות בישראל – נוצר מצב שבו היה קונפליקט אמיתי בין הממשלה לבין הכנסת, והיה צורך למצוא איזה מוסד בתוך הכנסת שייצג אותה ויעמוד לימינה או יטען את טענותיה, כמו גם ידרוש תוקף באחת הרשויות לעמדה שנקבעה על-ידי

51 פרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 248.

52 "לפני שאני מבקש מהכנסת לאשר את הצעת החוק החשובה, אני רוצה להוסיף כמה מלים לחברי הכנסת שלא השתתפו בדיונים של הכנת הצעת החוק הזאת. למעשה, זו הצעת חוק חשובה מאוד, שבאה להעניק מעמד מאוד מיוחד וייחודי ליועץ המשפטי של הבית, מעמד שלא היה קבוע בחוק. הקדמנו בכך גם את החקיקה שאמורה להיות לגבי היועץ המשפטי לממשלה... היועץ המשפטי של הבית הוא מוסד חשוב ביותר כאן להתנהלותנו בכל המאבקים הפוליטיים, בכל המאבקים האישיים, התנועתיים, כפי שמשתקף בימים אלו. אנחנו רואים בצורה מאוד בולטת את המעמד המיוחד והייחודי שחייב להיות, שצריך להיות, שראוי שכך יהיה ליועץ המשפטי של הבית ולפסיקתו". פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 40.

53 גישה זו מתיישבת עם ספרות תיאורטית ומתודולוגית שלפיה הדרך לקבוע את כוונת המחוקק היא להתמקד באמירותיהם של שחקני המפתח (pivotal players), אשר לעמדתם הייתה השפעה על החוק שהתקבל. ראו Mathew McCubbins, Roger Noll & Barry Weingast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 3 (1994); DANIEL B. RODRIGUEZ & BARRY R. WEINGAST, *The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the 1964 Civil Rights Act and Its Interpretation*, 154 U. PA. L. REV. 1417 (2003).

הכנסת כמוסד. היה חשוב מאוד למצוא דרך למסד סוף-סוף את המוסד של היועץ המשפטי לכנסת, על מנת לתת לו מעמד עצמאי.⁵⁴

חברי כנסת נוספים ממגוון מפלגות, לרבות המפד"ל, יהדות התורה, וישראל אחת, אמרו דברים דומים על כך שיש להעניק ליועץ המשפטי לכנסת מעמד עצמאי על מנת לבסס את עצמאותה של הכנסת מול הממשלה.⁵⁵

אכן, גם ניתוח נרחב יותר של הדיון הפרלמנטרי והציבורי לאורך השנים בדבר הצורך ביועץ משפטי עצמאי לכנסת מעלה, כי הטיעון העיקרי לתמוך בצורך זה נבע מעקרון הפרדת הרשויות. הנימוק היה כי יועץ משפטי עצמאי לכנסת יחזק את מעמדה של הכנסת כרשות מחוקקת עצמאית ואת יכולתה לפקח על הרשות המבצעת. לאורך השנים, עוד מאז הצעת החוק של חבר הכנסת וירשובסקי, טענו חברי הכנסת כי כדי להגשים את עקרון הפרדת הרשויות בפועל נדרש יעוץ משפטי עצמאי: "לא יתכן שלאורגן המפקח על פעולות הממשלה ומחוקק את חוק המדינה לא תהיה זרוע משפטית עצמאית למילוי משימותיה".⁵⁶ ברמה המעשית נטען, כי רק יעוץ עצמאי יאפשר בחינה מעמיקה של הצעות החוק של הממשלה באופן ביקורתי ומזוויות ראייה שונות.⁵⁷ בבסיס הטיעון היו עצמאות שיקול הדעת של יועץ משפטי לכנסת, ובמילים אחרות – יועץ שהוא בלתי-תלוי ביועץ המשפטי לממשלה, אשר יוכל להציג עמדה משפטית משוחררת מנאמנות לממשלה ומן האינטרסים של הממשלה. התומכים בכינון של תפקיד היועץ המשפטי לכנסת הביאו שלל דוגמאות למקרים שהיה בהם ניגוד עניינים בין היועץ המשפטי לממשלה, המחויב בנאמנות לממשלה, ליועץ המשפטי לכנסת או לאינטרס של הכנסת.⁵⁸

-
- 54 פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 51.
- 55 ראו למשל את דברי חברי הכנסת זבולון אורלב ונחום לנגנטל מהמפד"ל, חבר הכנסת משה גפני מיהדות התורה וחבר הכנסת אופיר פינס-פז מישראל אחת, פרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 250-253, ואת דברי חבר הכנסת משה גפני מיהדות התורה, פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 47.
- 56 דברי הסבר להצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת, התשנ"ב-1992, פ/1433/12 (חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי).
- 57 אריאל בנדר וזאב סגל "היועץ המשפטי לממשלה – המשפט והמימשל" הפרקליט מד 423, 433 (1999) ("מינוי כזה יוכל להבטיח בחינה ממשית של הצעות-חוק ממשלתיות ועיון בנושאים משפטיים המתעוררים בכנסת מזוויות-ראיה שונות").
- 58 בכתבה של עמוס בן דוד מתואר מקרה משנת 1985 שבו האוצר הורה לכנסת, כפי שהורה ליתר משרדי הממשלה, לקצץ 3% מעובדיה. יושב ראש הכנסת פנה ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיוציא למשרד האוצר מכתב המבהיר, כי הכנסת אחראית על תקציבה ותקצץ באופן שתמצא לנכון. היועץ לא הוציא את המכתב. בהצעת החוק של ח"כ יהלום, לעיל ה"ש 35, מובאת דוגמה לכך שהיועץ המשפטי לממשלה סבר כי על מנת לשנות את הצעת חוק-יסוד: הממשלה דרוש רוב של 81 חברי כנסת, ואילו היועץ המשפטי לכנסת סבר שנדרשים 61 חברי כנסת בלבד.

מטיעון הפרדת הרשויות שעלה אצל מי שציידו ביועץ משפטי עצמאי לכנסת נבע טיעון נוסף, בדבר הצורך בייצוג עצמאי של הכנסת בהליכים בבית המשפט העליון.⁵⁹ החל משנות השמונים של המאה הקודמת שינה בית המשפט העליון את גישתו,⁶⁰ והעמיד לפיקוח שיפוטי הליכים פנים-פרלמנטריים ובכלל זה הליכי חקיקה.⁶¹ לאחר חקיקת חוקי היסוד בתחילת שנות התשעים ו"המפכה החוקתית", שאלת חוקיותם של חוקים הגיעה אף היא תדיר לפתחו של בג"ץ.⁶² על רקע זה עלתה הטענה, כי הכנסת כרשות העומדת בפני עצמה זקוקה לייצוג הוזהר בכוחו לזה של היועץ המשפטי לממשלה בהליכים מסוגים אלו.⁶³ כפרט הודגשו בהקשר זה מקרים שהיה בהם ניגוד עניינים בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה

59 דברי ההסבר להצעת החוק של ח"כ וירשובסקי בעניין הליכים שחברי הכנסת יוזמים בנוגע להליכים פנימיים של הכנסת, לעיל ה"ש 34, ודברי ההסבר להצעת החוק של ח"כ יהלום באשר לפסילת חוקים, לעיל ה"ש 35.

60 בעבר הייתה התפיסה השלטת בבית המשפט ובספרות כי הליך החקיקה הוא הליך פנימי פוליטי של הרשות המחוקקת; הדינים שהרשות המחוקקת קבעה לעצמה, פירושם והפעלתם הם עניין אוטונומי של הכנסת, ואין מקום להתערבות הרשות השופטת. ראו יעקב ש' צמח "בעיית אי-שפיטות ההליכים הפרלמנטריים" עיוני משפט ג 752 (1974).

61 ראו בג"ץ נמרודי, לעיל ה"ש 13; בג"ץ 761/86 מיעארי נגד יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868 (1989); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.9.2004) (להלן: הלכת מגדלי העופות; עניין מגדלי העופות). ראו גם: איתי בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271, 273-278 (2018) (להלן: בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות?"); סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003).

62 בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות?", לעיל ה"ש 61, בעמ' 279, 286-290. וראו גם אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3 (2004).

63 ראו למשל: דבריו של חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה) בקריאה הראשונה, פרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 253: "המצב הזה, שבו הרשות המחוקקת, כאשר היא צריכה לקבל החלטות שיפוטיות, צריכה לעמוד בפני בג"ץ ובפני הרשות השופטת, מי שבצעם היה זה שבא להגן על הכנסת, היה היועץ המשפטי לממשלה. בשעה שהיועץ המשפטי לממשלה הוא היועץ המשפטי של הרשות המבצעת והוא איננו היועץ המשפטי של מדינת ישראל, אם הוא צריך לבצע את תפקידיה של הרשות המחוקקת, של הכנסת, הדבר לא היה תקין. אני זוכר מקרים של ניגודי עניינים, בין הרצון או הכוונה של הממשלה, שהיועץ המשפטי לממשלה ייצג אותה, לבין הרצון והכוונה של הכנסת שאותו אדם היה צריך לייצג אותה. זה היה דבר בלתי תקין לחלוטין, זה היה דבר שלא מתקבל על הדעת מכל בחינה אפשרית, אבל זה היה החוק עד היום. החוק בא להסדיר ולעגן את מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת, שהוא יהיה היועץ המשפטי של הרשות המחוקקת."

לבין עמדת הכנסת,⁶⁴ וכן אמירות שנשמעו בעבר מכיוון אנשי היועץ המשפטי לממשלה בוועדות, שלפיהן אם לא תתקבל עמדתם הם לא יגנו על החוק בבג"ץ.⁶⁵ טיעון נוסף שעלה בזכות ייעוץ משפטי עצמאי לכנסת היה הצורך בייעוץ משפטי מקצועי, מיומן וזמין לוועדות השונות, אשר יוכל לסייע לחברי הכנסת בניסוח הצעות חוק פרטיות.⁶⁶ יש לציין כי הדיון בעניין נערך בסוף שנות התשעים, לאחר שבעשור זה נרשמה עלייה ניכרת במספר הצעות החוק הפרטיות שהונחו על שולחן הכנסת.⁶⁷ הצורך בצוות מקצועי ומיומן שיעוץ לחברי הוועדה עלה גם בהקשר של מצב איוש הוועדות בכנסת. מאחר שלא היו די חברי כנסת לאיוש הוועדות מטעם הקואליציה, כל חבר כנסת שהיה יכול להתמנות כחבר ועדה (כלומר מי שאינו נושא תפקיד של שר או של סגן שר) מונה לחברות בכמה ועדות. לשני שלישים מחברי הוועדה לא היה ניסיון קודם בוועדה, וכך לעיתים גם יושב ראש הוועדה היה חסר ניסיון פרלמנטרי.⁶⁸ מצב זה לא אפשר לחברי הוועדה ללמוד את הנושאים הנידונים בוועדה, ולכן נדרש חיזוק לצוות המקצועי הקבוע של הוועדה.

הדגש בקבלת החוק בשנת 2000 היה על עצמאות היועץ המשפטי לכנסת מול היועץ המשפטי לממשלה כאמצעי להבטיח את עצמאות הכנסת מול הממשלה. ואולם נציין בשולי הדברים, כי למרות זאת נראה שחברי הכנסת היו מודעים גם לכך שכדי שהיועץ המשפטי לכנסת יוכל למלא את תפקידו ולהגשים את יעדיו, יש להבטיח גם את עצמאותו ואת התלות שלו מול חברי הכנסת ובעיקר מול יושב ראש הכנסת והרוב הפרלמנטרי. כך גם הייתה מודעות לצורך להבטיח כי היועץ המשפטי לכנסת יהיה גורם מקצועי, ניטרלי וא-פוליטי. עמדה זו בוטאה מפי חברי כנסת מסיעות שונות משמאל ומימין,⁶⁹ ואף באה לידי

- 64 ש.ם.
- 65 דברי ההסבר להצעת החוק של ח"כ יהלום, לעיל ה"ש 35, בעמ' 3 ("ארע לא אחת כי נציגי היועץ המשפטי לממשלה, בהופעתם בפני ועדות הכנסת, הביעו עמדה נחרצת בנושא מסוים ואמרו לחברי הוועדה כי לא יגנו על החוק בפני בג"צ אם הוועדה לא תקבל את עמדתם").
- 66 ראו ש.ם.
- 67 ענת מאור "כיצד אירעה הצמיחה הדרמטית בחקיקה הפרטית בישראל, 1992–2006?" **המשפט** יב 363 (2007); חן פרידברג "הכנסת כגוף מחוקק: דיאגנוזה והמלצות" **תיקון שיטת הממשל בישראל** 560 (גדעון רהט, שלומית ברנע, חן פרידברג ועופר קניג עורכים, 2013); יצחק גל-נור ודנה בלאנדר **המערכת הפוליטית בישראל** כרך א 169 (2013).
- 68 ראובן חזן "ועדות הכנסת והפיקוח על הרשות המבצעת" **הפרלמנט בדמוקרטיה הישראלית: כנס בין-לאומי** 106 (אפרים טורגובניק עורך, 2001).
- 69 כך למשל אמר חבר הכנסת אופיר פינס-פז (ישראל אחת) בפרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 251–252: "אנחנו באמת נותנים סמכויות רבות ליועץ המשפטי של הכנסת בחוק הזה, אנחנו מענינים את מעמדו ואנחנו נותנים לו אופק פעולה בלתי תלוי ואובייקטיבי. אני חושב שזה דבר נכון, במיוחד בכנסת, שהיא, בסופו של דבר, פוליטית... חשוב מאוד, דווקא במאבקים ובוויכוחים שיש בינינו, שתהיה איזו ספינת דגל, שיהיה איזה מגדלור, שיהיה באמת בלתי תלוי, שיוכל לקבל את ההחלטות באופן המסודר ביותר". חבר הכנסת שאול יהלום (מפד"ל) הדגיש את הצורך להבטיח את עצמאותו ואת מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת ולהגן עליו מפני יכולתו של יושב ראש הכנסת להדיחו, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 44–45. חבר הכנסת שטרית מהליכוד הדגיש אף הוא את החשיבות של "יועץ משפטי... כסמכות אוטונומית, עצמאית, נייטרלית, שעניינה החוק, וזו הערובה לכך שחברי

ביטוי בסעיפי החוק שקבעו הסדרים מפורטים בדבר אופן מינויו, כשירותו וסיום כהונתו של היועץ המשפטי לכנסת.⁷⁰ כך נקבע בין היתר, כי היועץ ייבחר בידי יושב ראש הכנסת על בסיס המלצות של ועדה ציבורית שחבריה יהיו אלה: שופט בית משפט עליון בדימוס (שייבחר בידי נשיא בית המשפט העליון), יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, יושב ראש ועדת הכנסת, יושב ראש הוועדה לביקורת המדינה (שהוא תמיד מן האופוזיציה), נציג שירות המדינה, נציג לשכת עורכי הדין ונציג האקדמיה. שתי נקודות עיקריות עלו בהקשר זה בדיוני ועדת הכנסת בסעיפי החוק שעסקו בדרכי בחירתו של היועץ המשפטי לממשלה ואחר כך אף בדיוני המליאה. נקודה אחת עניינה היה הצורך לקבוע מנגנון בחירה שלא יהיה נחות במעמדו מזה של היועץ המשפטי לממשלה, כדי שלא ליצור יחסי היררכיה ביניהם;⁷¹ ואכן, הרכב הוועדה שנקבע בחוק דומה להרכב הוועדה הציבורית לבחירת היועץ המשפטי לממשלה.⁷² הנקודה האחרת עסקה במשקל שיש לתת לחברי הכנסת בוועדה הציבורית שתבחר את היועץ,⁷³ ובשאלה אם בכלל יש מקום בוועדה הציבורית למי שאינם חברי כנסת. עלה הטיעון כי הכנסת נציג הרשות השופטת לוועדה מחלישה את הרעיון של יועץ עצמאי לכנסת, אך בסופו של דבר עמדה זו לא נתקבלה.⁷⁴

החוק משנת 2000 זכה לתמיכה גורפת, חוצת מפלגות, חוצת קווי קואליציה-אופוזיציה וקווי ימין-שמאל בכנסת.⁷⁵ בסופו של הליך החקיקה, החוק התקבל בקריאה שלישית ברוב מכריע של 79 תומכים, ללא מתנגדים וללא נמנעים.⁷⁶ עולה השאלה מדוע בשנת 2000 דווקא

כנסת מסיעות הבית השונות יכולים לקבל את עמדתו בכנסת, כשהיא נחתכת לאור העקרונות הללו, של אמת מידה משפטית בלבד, נייטרלית" (שם, בעמ' 43). עמדה אחרת וחריגה יחסית, שדווקא העלתה את החשש מפני החלשת חברי הכנסת במישור היחסים שמול המשפטנים, הביע חבר הכנסת בני אלון מהאיחוד הלאומי (מולדת), אשר טען שאומנם יתמוך בחוק, אך העלה חשש מפני מתן כוח יתר למשפטנים על חברי הכנסת, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 250-251.

70 ראו ס' 18-28 לחוק הכנסת.

71 חבר הכנסת משה גפני בפרוטוקול ישיבה מס' 133, לעיל ה"ש 49, בעמ' 15.

72 לשם השוואה, המלצת ועדת שמגר, אשר אומצה בידי הממשלה בהחלטת ממשלה מס' 2274 מיום 20.8.2000, הייתה כי היועץ המשפטי לממשלה ייבחר בידי הממשלה מתוך רשימת מועמדים שתקבע ועדה מקצועית ציבורית שזה הרכבה: שופט בית המשפט העליון לשעבר שימונה בידי נשיא בית המשפט העליון; שר משפטים לשעבר או יועץ משפטי לשעבר שייבחר בידי הממשלה; חבר כנסת שייבחר בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט; עורך דין שייבחר בידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין; איש אקדמיה מתחום המשפט הציבורי וריני העונשין שייבחר בידי דקני הפקולטות למשפטים באוניברסיטאות (ראו דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 61-63).

73 דברי חבר הכנסת שאול יהלום בפרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 45.

74 דברי חבר הכנסת מאיר שטרית בפרוטוקול ישיבה מס' 133, לעיל ה"ש 49, בעמ' 19; כמו כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 43.

75 כפי שציין יושב ראש ועדת הכנסת בקריאה הראשונה, "זה לא חוק שמצוי במחלוקת... הצעת חוק היועץ המשפטי לכנסת היא הצעה שאיננה שנויה במחלוקת... זה לא נושא בין סיעות. זה לא נושא של קואליציה-אופוזיציה" (פרוטוקול ישיבה מס' 141, לעיל ה"ש 49, בעמ' 250).

76 פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 75.

עברה חקיקה שמסדירה את מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת, לאחר עשרות שנים שרעיון זה נדחה ולאחר שרק שנתיים קודם לכן ועדת שמגר דנה ברעיון ודחתה אותו. אנו מוצאים כמה הסברים אפשריים לכך, ונסיבות שהמכלול שלהן עשוי להסביר את הבשלת הליך החקיקה באותה עת.⁷⁷

ראשית, רוב הצעות החוק אשר דיברו על הצורך בחיזוק הכנסת באמצעות מינוי של יועץ משפטי עצמאי הועלו בתקופה שהתקבל חוק יסוד: ממשלה חדש והונהגה שיטת בחירות ישירה לראש הממשלה בישראל,⁷⁸ אשר שינתה למעשה את האיזון שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת והקטינה את כוחה של הכנסת.⁷⁹ כלומר הצורך ביועץ משפטי עצמאי לכנסת עלה במטרה לחזק את יכולותיה המוסדיות של הכנסת בתגובה להתחזקות הממשלה בעקבות השינוי שבחוק-יסוד: הממשלה. שנית, יושב ראש הכנסת באותה תקופה, אברהם בורג, היה שחקן דומיננטי שהוביל תפיסה מוסדית שלפיה יש לחזק את הכנסת כמוסד, והוא היה הרוח שמאחורי קידום החוק.⁸⁰ חבר הכנסת בורג ראה בחיזוק הלשכה המשפטית של הכנסת חלק מרפורמה לחיזוק הכנסת אל מול הרשויות האחרות והתאמת פעולתה לשנות האלפיים, רפורמה שכללה גם ניסוח מחדש של תקנון הכנסת והקמת מרכז המחקר והמידע של הכנסת.⁸¹ שלישית, עו"ד צבי ענבר, אשר כיהן כיועץ המשפטי של הכנסת דה פקטו עוד לפני עיגונו של המוסד בחקיקה, יצר בכנסת מודל של יועץ מקצועי וא-פוליטי, שהיה מוערך מאוד ומקובל על חברי הכנסת.⁸² עו"ד ענבר עמד לפרוש לפנסיה בתחילת שנת 2001. מקצועיותו של עו"ד ענבר יצרה רצון אצל חברי הכנסת לשמר ולחזק את תפקיד היועץ המשפטי של הכנסת גם לאחר פרישתו באמצעות ביצור מעמדו בחקיקה. עו"ד ענבר עצמו השתתף בניסוח הצעת החוק שעיצבה את המוסד בחוק, וסייע להגיע לנוסח שהתגבר על ההתנגדויות שעלו במהלך הדיונים על החקיקה.⁸³ רביעית, היועץ המשפטי לממשלה הציג עמדה תומכת במהלך חקיקת החוק, בניגוד להתנגדותו בעבר.⁸⁴ אפשר לשער שהמלצות ועדת שמגר בשנת 1998 שלא לפצל את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה לכמה תפקידים

77 ההסברים שאנו מציעים מבוססים על מסמכים ועל חומרים שהתפרסמו באותה תקופה. ייתכן שמחקר המשך יגלה הסברים נוספים מתוך ראיונות עם מי שהיה להם תפקיד פעיל בהליך החקיקה.

78 חוק-יסוד: הממשלה (בחירה ישירה) אשר היה בתוקף משנת 1992 ועד לשנת 2001.

79 Reuven Y. Hazan, *Executive-Legislative Relations in an Era of Accelerated Reform: Reshaping Government in Israel*, 22 LEGIS. STUD. Q. 329 (1997).

80 דברי יושב ראש הכנסת אברהם בורג בפרוטוקול ישיבה מס' 93, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9.

81 "המשימה שלי היא לבצע מהפכה פרלמנטרית שתיצור איזון מול המהפכה החוקתית והעוצמות שהוקנו לממשלה מאז חקיקת החוק לבחירה ישירה של ראש הממשלה... אם הכנסת לא תתאים את עצמה לעמוד מול המערכות המודרניות היא לא תוכל להחזיק מעמד", כך ציין חבר הכנסת בורג כפי שצוטט אצל גרעון אלון "הכנסת חלשה בעיני עד כדי סכנה לדמוקרטיה – ראיון עם יו"ר הכנסת אברהם בורג" הלשכה 51, 3, 6 (2000) (להלן: אלון "הכנסת חלשה").

82 יעידו על כך הדברים שאמרו חברי כנסת מכל קצוות הקשת הפוליטית בישיבה החגיגית לרגל פרישתו, פרוטוקול ישיבה מס' 184 של הכנסת ה-15, 9-26 (12.3.2001).

83 דברי יושב ראש הכנסת אברהם בורג בפרוטוקול ישיבה מס' 93, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9.

84 אלון "הכנסת חלשה", לעיל ה"ש 81, בעמ' 6; ראו לעיל ה"ש 44.

חיזוק את היועץ המשפטי לממשלה באותה עת, ותרמו לנכונותו לוותר על כפיפות היועץ המשפטי של הכנסת ליועץ המשפטי לממשלה.

מאז חקיקת פרק היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000 הוא תוקן רק פעמיים – בשנת 2008 ובשנת 2018. המשותף לשני התיקונים הללו הוא שגם הם לא ביקשו להחליש את מוסד היועץ המשפטי לכנסת או לפגוע בעצמאותו, אלא רק לחזקו ולהמשיך לבססו, שניהם במישור הייצוג מול בית המשפט. בתיקון מס' 23 לחוק הכנסת בשנת 2008 הוסף סעיף משנה הקובע כך: "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו".⁸⁵ תיקון זה שינה למעשה את הקביעה שניתנה בעניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, שלפיה בעתירה נגד חוקיותו של חוק הטענות הן נגד החוק ולא נגד הכנסת ולכן הכנסת אינה צד בהליך, אלא המשיב הוא היועץ המשפטי לממשלה.⁸⁶ עם זאת מעניין לציין, כי יוזמי החוק לא ראו בו רק תיקון חקיקה שנועד לחזק את מעמד הכנסת מול בית המשפט; הם ראו בו גם אקט נוסף של עצמאות הכנסת מול היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות מקרה שחברי הכנסת סברו שהיה בו ניגוד עניינים חמור בין עמדת היועץ המשפטי לממשלה לבין עמדת הכנסת.⁸⁷ בתיקון משנת 2018 תוקן הסעיף שקבע עד אז כי "ראה היועץ המשפטי לכנסת, כי הליך שלפני בית משפט כרוך בשאלה משפטית הנוגעת לכנסת או משפיע עליה, רשאי

85 ס' 17(ג)1 לחוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008.

86 בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 382 (1997) קבע הנשיא ברק, כי "המחוקק אינו צד לסכסוך, שבו מתבררת שאלת חוקתיותו של חוק. על-כן, אין לצרף את הכנסת כצד בהליכים שבהם נדונה חוקתיותו של חוק שחוקק על-ידי הכנסת. כמובן, לכל דיון שכזה יש להזמין את היועץ המשפטי לממשלה". לדיון בהצדקות לתת מעמד לכנסת בעתירות, ראו מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים – בעקבות בבג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הבטחון" הארת דין ד 91 (2007); יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט 347 (2010).

87 כפי שהסביר יוזם החוק, חבר הכנסת מיכאל איתן: "המצב היום הוא שהיועץ המשפטי לממשלה מתבקש על-ידי בית המשפט להשיב, והחקיקה הזאת באה בעקבות מקרה שנוצר ניגוד עניינים חמור מאוד בין עמדת היועץ המשפטי לבין עמדת הכנסת. הכנסת חוקקה חוק שהיא סברה ונתנה לו פרשנות שהוא עומד באמות המידה של חוקי היסוד. היועץ המשפטי לממשלה, מטעמים ביצועיים שלו נתן לחוק פרשנות אחרת ונתן הנחיה לשר הביטחון לפעול בדרך מסוימת, על-פי הפרשנות שלו, שהכנסת סברה שזאת לא הדרך הנכונה לפרש את החוק. עתרו לבג"ץ דרך החוק, ואז היועץ המשפטי לממשלה, לאחר שנתן הנחיות לשר הביטחון, לפעול על-פי הפרשנות שלו, הופיע בפני בג"ץ ונתן גם את הפרשנות שלו הלאה, בעוד לכנסת הייתה פרשנות אחרת. אילו הכנסת הייתה שם, והייתה מציגה את הפרשנות שלה, קרוב לוודאי שבית המשפט העליון היה אומר שהחוק אינו סותר את חוק היסוד" (פרוטוקול ישיבה מס' 186 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17, 8.12.2007). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 186). עם זאת יש לציין, כי בדיונים על תיקון החוק עלתה השאלה את מי היועץ המשפטי לכנסת מייצג ואיזו עמדה הוא מביא בפני בית המשפט. חבר הכנסת רב חנין, למשל, התנגד לתיקון בטענה שהכנסת מבטאת את עמדותיה באמצעות החלטות המליאה שלה, ושיועצת משפטית אינה יכולה לקבוע את עמדת הכנסת מול בית המשפט (פרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17, 12.2.2008).

הוא, באישור בית המשפט, להתייצב באותו הליך ולהשמיע את דברו". התיקון ביטל את הצורך באישור בית המשפט.⁸⁸

הנה כי כן, מניתוח ההיסטוריה החקיקתית של עיגון מוסד היועץ המשפטי לכנסת עולה בבירור, כי מטרת החקיקה הייתה לחזק את מוסד היועץ המשפטי לכנסת ואת עצמאותו, מטרה שעלתה גם בתיקוני החקיקה המאוחרים יותר. חברי הכנסת היו מעוניינים ביועץ עצמאי מתוך תפיסה שיהיה בכך כדי לחזק את הכנסת ולתרום לעצמאותה מול הממשלה.

ג. היועץ המשפטי לכנסת כמוסד עצמאי והשפעתו על הפרדת הרשויות – דוגמאות של הליכי חקיקה

בפרק זה ננתח שתי דוגמאות להליכי חקיקה של הצעות חוק ממשלתיות שנתקפו בבג"ץ לאחר חקיקתן. הדוגמה הראשונה תדגים את תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת בתחום החוקתי הסובסטינטיבי, ואילו הדוגמה השנייה תדגים את תפקידו בתחום הפרוצדורלי של תקינות הליכי החקיקה.⁸⁹ הדוגמאות שנבחרו הן דוגמאות בולטות שזכו להד תקשורתי רב. הן אינן מייצגות בהכרח את מקומו או את היקף השפעתו של היועץ המשפטי לכנסת בכלל הליכי החקיקה. מטרתן היא להמחיש קול עצמאי של היועץ המשפטי לכנסת וצוותו באותם הליכי חקיקה, וכיצד קול זה השפיע על אותם הליכים. בניתוח של תהליכי החקיקה נתחקה אחר התבטאויות וחוות דעת של הייעוץ המשפטי של הוועדה או של היועץ המשפטי לכנסת והשפעתן על החקיקה, וכן אחר סימנים להשפעת הייעוץ המשפטי לכנסת הן בהליך החקיקה, הן כאשר החקיקה מובאת לביקורת שיפוטית בפני בית המשפט.

ניתוח תהליכי החקיקה יתבסס על ניתוח דברי ההסבר להצעות החוק, פרוטוקולים של הדיונים בוועדות הכנסת ובמליאת הכנסת, חוות דעת משפטיות שהוגשו לגורמים רשמיים, כתבי בית דין שהוגשו בהליכים משפטיים ופסקי דין. ניתוח תוכן של מסמכים מסוג זה הוא מתודולוגיה מבוססת היטב ומקובלת בתחומי חקר החקיקה;⁹⁰ אף בספרות המתודולוגית

88 חוק הכנסת (תיקון מס' 45), התשע"ח-2018. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כך: "נוכח הניסיון שנצבר וביסוס מעמדו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת מאז נחקקה הוראת הסעיף בשנת 2000, מוצע לבטל את הצורך באישור בית המשפט לשם התייצבותו של היועץ המשפטי לכנסת בהליך הכרוך בשאלה משפטית הנוגעת לכנסת או משפיע עליה". ראו הצעת חוק הכנסת (תיקון מס' 46), התשע"ח-2018, ה"ח 775.

89 נעיר כי עבודתו של היועץ המשפטי לכנסת אינה מתמצה רק ביעוץ לכנסת בהליכי חקיקה, וכי גם במסגרת תפקידיו הנוספים ניתן למצוא דוגמאות לעמדה נוגדת של היועץ המשפטי לכנסת אל מול עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שחלקן אף הגיעו להכרעה שיפוטית (כך למשל, שאלת הביקורים של חברי כנסת אצל אסירים ביטחוניים ושאלת מינויי שרים בתקופת ממשלת מעבר ללא אישור הכנסת). אולם בחרנו במאמר זה להתרכז בתפקידו המרכזי של היועץ המשפטי לכנסת – הליכי החקיקה – מבלי להיכנס לעומק ליתר תפקידיו. להסבר, ראו לעיל פרק א.1.

90 Jonathan B. Slapin & Sven-Oliver Proksch, *Words as Data: Content Analysis in Legislative Studies*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF LEGISLATIVE STUDIES* 800 (Shane Martin, Thomas Saalfeld, & Kaare W. Strøm eds., 2014)

הכללית בענפי מחקר אחרים פרוטוקולים ומסמכים פורמליים שהופקו בזירת המחקר נחשבים על פי רוב למסמכים אובייקטיביים, המעלים את מהימנותו של המחקר.⁹¹ עם זאת אנו מודעים כמובן למגבלה שלפיה אפילו מכלול זה של מסמכים אינו יכול לספק תמונה מלאה ומושלמת של המציאות, משום שאין ביכולתם של מסמכים לתפוס דברים שקרו מאחורי הקלעים.⁹² מכל מקום, מאמר זה הוא הראשון מתוך פרויקט מחקרי נרחב יותר שיכלול מתודולוגיות נוספות ומשלימות. עבור המאמר הנוכחי, שאינו מתיימר להיות מחקר אמפירי, אנו סבורים שניתוח מסמכים אלו מאפשר תמונה רחבה ומהימנה דיה.

1. הצעת חוק למניעת הסתננות

בין השנים 2007-2012 התגברה בצורה ניכרת ההסתננות⁹³ מאפריקה לישראל דרך גבול מצרים. ממשלת ישראל נמנעה מלהחזיר את המסתננים למצרים בעקבות עתירה של כמה ארגוני זכויות אדם,⁹⁴ וכן העניקה "הגנה זמנית קבוצתית" למסתננים המזוהים כאריתראים או כסודנים ונמנעה מגירושם. כדי להתמודד עם ההשלכות של תופעת ההסתננות ובמטרה להרתיע מסתננים נוספים מלהגיע לישראל, יזמה ממשלת ישראל תיקון לחוק למניעת הסתננות (להלן: תיקון 3).⁹⁵ עד לתיקון היה הטיפול במסתננים במסגרת חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל), שלא אפשר החזקה של אדם במשמורת במשך למעלה מ-60 יום.⁹⁶ תכליתו של תיקון 3, כפי שעולה מדברי ההסבר, הייתה לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה של שלוש שנים לפחות, ולהוסיף מנגנוני ביקורת על ביצוע צו גירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמורת עד לגירושם. לאחר שתיקון 3 חוקק, הוגשה נגדו עתירה לבג"ץ. על דעת כל תשעת שופטי ההרכב נקבע, שתקופת משמורת של שלוש שנים אינה חוקתית בשל כך שהיא עומדת בסתירה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך נפסל סעיף 30 לחוק.⁹⁷

- 91 מרגלית יוסיפון "חקר מקרה" מסורות וזרמים במחקר האיכותני: תפיסות, אסטרטגיות וכלים מתקדמים 179 (נעמה צבר-בן יהושע עורכת, 2016).
- 92 לביקורות מתודולוגיות רלוונטיות ומענה להן, ראו Aude Biquelet & Katja Mirwaldt, *Improving Robustness in Qualitative Content Analysis: A Three Stage Model for the Analysis of Parliamentary Debates About the Use of the Referendum* (New Directions in Analyzing Text as Data Conference, Harvard, October 5-6, 2012) projects.iq.harvard.edu/ptr/files/bicqueletrobustness.pdf.
- 93 יש ויכוח ציבורי כיצד לכנות את התופעה ואת האוכלוסייה שמגיעה מכיוון גבול מצרים – מבקשי מקלט, מהגרי עבודה או מסתננים. במאמר זה נשתמש בביטויים "הסתננות" ו"מסתננים" בהתאם לטרמינולוגיה שהחוק משתמש בה.
- 94 בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.7.2011).
- 95 הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 577, 597 (להלן: תיקון 3). בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב "הציפייה היא, כי משך ההחזקה במשמורת יביא לבלימת תופעת ההסתננות, או למצער יצמצם את ממדיה".
- 96 ס' 113(4) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.
- 97 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013) (להלן: עניין אדם).

הצעת החוק נדונה בוועדת הפנים והגנת הסביבה בראשותו של חבר הכנסת אמנון כהן ממפלגת ש"ס. הוועדה ערכה חמישה דיונים בהצעת החוק להכנתה לקריאה שנייה ושלישית.⁹⁸ מצד הממשלה הובילו את הדיונים בהצעת החוק היועץ המשפטי של משרד הביטחון ואנשי ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים. בשני הדיונים הראשונים שבהם הוצגה הצעת החוק התמקד הייעוץ המשפטי של הוועדה בקושי שעלה מכך שהצעת החוק הובאה כתיקון לחוק למניעת הסתננות משנת 1954;⁹⁹ החוק המקורי משנת 1954 כלל הוראות מחמירות באשר למסתננים ולמי שמסייע להם, אשר התאימו לנסיבות שעמדו ברקע חקיקת החוק בזמנו, ולא התאימו להתמודדות עם תופעת ההסתננות שלשמה הוגשה הצעת החוק.¹⁰⁰ ההתייחסות של היועץ המשפטי של הוועדה התבססה על טיעונים של הרמוניה חקיקתית ושל יעילות הדיון,¹⁰¹ והתמקדה גם בקושי שבהטלת האחריות לביצוע החוק על שר הביטחון ולא על השר לביטחון פנים, האחראי לנושא הגירוש מישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל.¹⁰² הליך חקיקה זה מדגים היטב מקרה שבו הייעוץ המשפטי לכנסת נקט עמדה עצמאית ושונה מעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, אשר גרסה שהצעת החוק הממשלתית היא חוקתית. השוני הרב בהתייחסות החוקתית להצעת החוק שבין אנשי הייעוץ המשפטי השונים הוביל את צוות הייעוץ המשפטי של הוועדה לכתוב בזמן גגרת הכנסת הצעת חוק אלטרנטיבית להצעה של אנשי ייעוץ וחקיקה ממשרד המשפטים; אנשי היועץ המשפטי לוועדה היו בדעה כי הצעה אלטרנטיבית זו תשיג את תכלית החקיקה של תיקון 3, אך עם זאת תפתור את הקשיים החוקתיים שעלו בדיוני הוועדה הראשונים. היות שגורמי המקצוע במשרדים השונים סברו שהמסתננים היו ברובם מהגרי עבודה, הצעת הייעוץ המשפטי של הוועדה הייתה לנסות ולהקטין את ממדי תופעת הסתננות באמצעות אכיפה מוגברת על מי שמעסיקים מסתננים, ולא באמצעות החזקת המסתננים במשמורת ארוכה, המעוררת קושי מבחינה חוקתית. לאחר חזרת הכנסת מהפגרה וחידוש הדיונים בוועדת הפנים הובאה ההצעה בפני נציגי הממשלה, אך לא זכתה לתמיכתם. הדיון בוועדת הפנים חזר אפוא לדיון בנוסח המקורי שהציעה הממשלה.¹⁰³ הביקורת של היועץ המשפטי לכנסת ושל הצוות המשפטי של הוועדה על הצעת החוק הממשלתית¹⁰⁴ בדיוני ההמשך התמקדה בשלושה היבטים. בהיבט הראשון, הצעת החוק אפשרה למדינה להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה ארוכה שאינה קצובה

98 פרוטוקול ישיבה מס' 419 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (25.7.2011); פרוטוקול ישיבה מס' 436 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (10.8.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 436); פרוטוקול ישיבה מס' 448 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (14.11.2011); פרוטוקול ישיבה מס' 465 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (13.12.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 465); פרוטוקול ישיבה מס' 467 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (19.12.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 467).

99 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954.

100 תשובה מקדמית מטעם הכנסת כבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת.

101 פרוטוקול ישיבה מס' 436, לעיל ה"ש 98, בעמ' 2-3.

102 שם, בעמ' 7.

103 פרוטוקול ישיבה מס' 465, לעיל ה"ש 98, בעמ' 4.

104 בדיונים השתתפו עו"ד מירי פרנקל שור ועו"ד תומר רוונק. בדיון ביום 13.12.2011 השתתף היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל נון.

במפורש בחוק, מבלי שהורשע ונגזר עליו גזר דין. הצוות המשפטי של הוועדה סבר כי יש לקבוע מגבלת זמן על המשמורת בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, וכי ניתן להצדיק מעצר רק אם אין לו תחליף מידתי יותר ורק לפרק זמן שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים.¹⁰⁵ ההיבט השני נגע לסעיפים הפליליים העונשיים שבחוק למניעת הסתננות, אשר הטילו עונשים כבדים על מסתננים החורגים מסטנדרט הענישה המקובל, והיפוך של נטל ההוכחה על מי שמסייעים למסתננים, להראות כי הם לא ידעו שמקבל הסיוע או המחסה הוא מסתנן. סעיפים אלו כוונו בחוק משנת 1954 למסתננים על רקע ביטחוני ובתיקון 3 הורחבו לאוכלוסיית המסתננים המורכבת ברובה ממהגרי עבודה או מבקשי מקלט. הצוות המשפטי של הוועדה סבר שהחלת סעיפים אלו על אוכלוסיית המסתננים, עמה נועד החוק להתמודד, מעוררת קשיים משפטיים נוכח חוסר ההתאמה לסטנדרט הענישה המקובל בעבירות בעלות חומרה דומה. ההיבט השלישי היה היעדרה של הוראה בדבר אופי המשמורת שבה יוחזקו אותם מסתננים לפי הצעת החוק.¹⁰⁶

עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת אומנם אינה מחייבת את חברי הכנסת, אך ניכר שהייתה לה השפעה מסוימת. בעקבות העלאת הקשיים שונה נוסח הצעת החוק כך שהשחרור לאחר שלוש שנים נקבע לא רק למקרים חריגים, כמו בנוסח המקורי, אך עדיין בשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות כהגדרתו בחוק, כלומר קבלה חלקית של עמדת היועץ המשפטי לכנסת.¹⁰⁷ להצעת החוק התווסף סעיף שקבע כי אופיים של תנאי המשמורת ייקבע בידי שר הביטחון, בהסכמת שר הפנים ובאישור ועדת הפנים ואיכות הסביבה.¹⁰⁸ הוועדה, בניגוד לעמדת נציגי הממשלה, קיבלה את הצעת הצוות המשפטי של הוועדה להגביל את ההוראות הפליליות העונשיות שבחוק כך שיחולו רק על מסתנן מזויין או על מי שהסתנן כדי לבצע עבירה.¹⁰⁹ הצוות המשפטי של הוועדה העלה שני קשיים נוספים, אשר לא התקבלו: הוספת הצהרה לחוק כי לא יגורש מסתנן למקום שבו יעמדו חייו או חירותו בסכנה;¹¹⁰ צמצום תחולת הסעיף באשר לאי-שחרור מסתנן מגיע ממדינה שבה מתבצעת פעילות עוינת כלפי ישראל, כך שאם שוכנע הממונה על ביקורת הגבולות כי שחרור המסתנן אינו מהווה סכנה לביטחון המדינה או אזרחיה, יתאפשר שחרורו.¹¹¹

לאורך הדיונים אפשר לראות שהמשתתפים השונים התבססו ככלל על דברי היועץ המשפטי לכנסת כדי לשרת את עמדתם. חברי הכנסת מן האופוזיציה בפרט חיזקו את

105 בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 851 (1995).

106 פרוטוקול ישיבה מס' 465, לעיל ה"ש 98, בעמ' 4-6.

107 ס' 30א(ב) לתיקון 3, לעיל ה"ש 95.

108 ס' 30ב(ו) שם.

109 ס' 9א שם. כמו כן ראו את דברי יושב ראש ועדת הפנים על השינויים שהכניסה הוועדה במהלך דיוניה בהצעת החוק הממשלתית בעת הצגתו של החוק במליאה לקריאה שנייה ושלישית, פרוטוקול ישיבה מס' 306 של הכנסת ה-18, 180 (9.1.2012).

110 ס' 30א(1) לתיקון 3, לעיל ה"ש 95. ראו לעניין עמדת הייעוץ המשפטי של הוועדה פרוטוקול ישיבה מס' 467, לעיל ה"ש 98, בעמ' 19.

111 ס' 30א(ד)(3) לתיקון 3, לעיל ה"ש 95; ראו לעניין עמדת הייעוץ המשפטי של הוועדה פרוטוקול ישיבה מס' 467, לעיל ה"ש 98, בעמ' 35-36.

עמדתם באמצעות הפניה לדברי היועץ המשפטי לכנסת.¹¹² בין נציגי החברה האזרחית והיועץ המשפטי של הוועדה ישנו הדהוד הרדי. נציגי החברה האזרחית, כמו חברי הכנסת, נשענו בביקורת שלהם על דברי הצוות המשפטי של הוועדה כדי לחזק את דבריהם;¹¹³ ובכיוון ההפוך, ביקורת של משפטי החברה האזרחית חוזקה בהתייחסות של הצוות המשפטי של הוועדה, שדרש מנציגי הממשלה מענה לקשיים המוצבים.¹¹⁴ צפויה פחות הייתה הישענותו של היועץ המשפטי של מערכת הביטחון, נציג הממשלה בדיונים, על עמדת היועץ המשפטי לכנסת. היועץ המשפטי של מערכת הביטחון אומנם הבהיר כי "הצעת החוק שמונחת בפני הוועדה היא הצעה שהיועץ המשפטי לממשלה סמך את ידו עליה",¹¹⁵ אך בהמשך ציין במפורש כי הקשיים שהעלה היועץ המשפטי לכנסת גרמו לשינויים בנוסח הצעת החוק:

"אנחנו מציעים לתקן את הסעיף הזה בעקבות ההערות של הייעוץ המשפטי".¹¹⁶

ההישענות על דברי היועץ המשפטי לכנסת לא התמצתה בדיונים בוועדת הפנים, אלא המשיכה לזירה המשפטית. מעניין לציין, שעל אף שעמדת היועץ המשפטי לכנסת בפני בג"ץ הייתה כי יש לדחות את העתירה,¹¹⁷ לעמדתו בעת הליך החקיקה הייתה השפעה לא רק על טיעוני העותרים אלא אף על הניתוח של בית המשפט בפסק דינו. בעתירתם נגד החוק הפנו העותרים לדברי הביקורת של היועץ המשפטי לכנסת על הצעת החוק בדיוני הכנסת.¹¹⁸ פסק הדין עצמו מתייחס להצעת החוק שניסח הצוות המשפטי של הוועדה במסגרת הדיון החוקתי תחת הכותרת "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה". הצעת החוק, שנוסחה כאלטרנטיבה להצעה הממשלתית, הייתה מבחינת בית המשפט דוגמה לכך כי אפשר לגבש מגוון אמצעים חליפיים, אשר נקייטם תשיג את התכלית המתבקשת של החוק באופן פוגעני פחות. אפשר

112 חבר הכנסת דב חנין, שהתנגד לחוק, אמר "אני מצטרף להערות של היועץ המשפטי לכנסת"; חבר הכנסת אבישי ברורמן אמר "לא קשה לראות כי מדובר בסעיפים דרקוניים, בעיקר בחומרת העונשים, ודיבר על זה היועץ המשפטי לכנסת" (שם, בעמ' 19).

113 ראו למשל את דבריו של עו"ד יונתן ברמן בפרוטוקול ישיבה מס' 436, לעיל ה"ש 98, בעמ' 9: "אני חושב שיש חשיבות לעבור סעיף סעיף בחוק הקיים כיוון שהמשמעות של שינוי ההגדרה 'מסתנן' היא תחולה הרבה יותר רחבה של כל הסעיפים הקיימים. הוועדה והממשלה מתעלמים מזה. הייעוץ המשפטי של הוועדה עמד על זה".

114 כך למשל, שם, בעמ' 11-12, עו"ד ענת בן דור מתייחסת ליכולת לתת צו הרחקה בלי שימוע בעקבות תיקון החוק, עו"ד אביטל שטרנברג ממחלקת ייעוץ וחקיקה משיבה לה שעל הרחקה ניתן להשיג. בתגובה עונה עו"ד מירי פרנקל שור מהייעוץ המשפטי של הוועדה לעו"ד שטרנברג: "הדברים שאת אומרת אינם מעוגנים בהצעת החוק".

115 פרוטוקול ישיבה מס' 465, לעיל ה"ש 98, בעמ' 22.

116 שם, בעמ' 32.

117 התגובה המקדמית שהגיש היועץ המשפטי של הכנסת בעתירה טענה, שלנוכח התיקונים שהוכנסו לחוק במהלך הליך החקיקה, אשר נועדו להפוך את ההסדר הקבוע בו למידתי יותר, דין העתירה להידחות. בכתב התשובה המלא הצטרפה הכנסת לטיעוני המדינה המנמקים מדוע יש לדחות את העתירה, וטענה גם שאין לקבל את טענת העותרים כי יש להחיל את חוקת ההתאמה למשפט הבינלאומי על חוקי היסוד. טענת הכנסת הייתה כי עמדה זו חותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות מחוקקת וקבלתה תעניק למשפט הבינלאומי מעמד-על חוקי במשפט הישראלי.

118 ס' 84 לעתירה למתן צו על תנאי בכג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת.

לראות בפסק הדין הישענות על הצעת החוק שניסח היועץ המשפטי של הוועדה כאופציה מידתית יותר.¹¹⁹

2. חוק מס ריבוי דירות

כחלק מחוק ההסדרים לשנים 2017-2018 הציעה הממשלה מס על ריבוי דירות.¹²⁰ הממשלה הציעה להטיל מס על מי שהוא בעלים של שלוש דירות או יותר. המס נועד בעיקרו לתמרץ את מי שמחזיק בכמה דירות להשקעה למכור דירות אלה על מנת להגדיל את היצע הדירות בשוק באופן שיתמוך בירידת מחירי הדירות.¹²¹

בסוף חודש נובמבר 2016 נערך דיון ראשון כללי בוועדת הכספים בהצעת החוק שעסקה בהסדר מס ריבוי דירות. דיונים נוספים שהיו אמורים לדון בהצעת החוק נדחו. ביום 12.12.2016 התריע היועץ המשפטי לכנסת במכתב ליושב ראש הכנסת שוועדת הכספים טרם החלה לדון בנושא מס ריבוי הדירות, כך שלא יתאפשר להניח את הצעת חוק ההסדרים במועד המתוכנן. בסופו של דבר נערך דיון ביום 15.12.2016. בבוקרו של אותו יום, סמוך לתחילת הדיונים בוועדת הכספים, הועברו ליועצת המשפטית של הוועדה סעיפים חדשים אשר לא הופיעו בנוסח לדיון הראשון בהצעת החוק. בשעה שבע בערב הועבר נוסח חדש להצעת החוק מן האוצר ליועצת המשפטית של הוועדה, שעה שהוועדה הייתה בעיצומם של דיונים בנושאים אחרים. בשעה תשע הופץ הנוסח לחברי הוועדה, שבאותה עת היו בדיון בוועדת הכספים. הדיון בהצעת החוק החל בשעה אחת עשרה בלילה.

בעת הדיון בוועדה ואף אחריו הציגו היועצת המשפטית של הוועדה והיועץ המשפטי לכנסת עמדה נחרצת מול עמדת הממשלה ומשרד האוצר. היועצת המשפטית של הוועדה התריעה בתחילת הדיון כי היא קיבלה את הנוסח רק כמה שעות קודם לכן וכי היא לא הספיקה ללמוד אותו, וכן כי הנוסח שונה שינוי ניכר מהנוסח שעלה לדיון הראשון שנערך בהצעת החוק. כמו כן היא התריעה שאין נציגי ציבור בדיון. היועצת המשפטית הדגישה בפני הנוכחים, שחובתה להתריע על אי-תקינות ההליך כחלק מתיקון החוק שקובע כי היועץ המשפטי לכנסת אמון על תקינות הליכי החקיקה.¹²² לביקורת של היועצת המשפטית הצטרפו חברי כנסת מן האופוזיציה ומן הקואליציה. עמדתה של היועצת המשפטית זכתה לתגובות אישיות מחברי הכנסת השונים.¹²³ בעקבות דבריה של היועצת המשפטית של הוועדה ולאחר שיושב ראש הוועדה סירב להפסיק את הדיון על מנת לאפשר לחברי הכנסת ללמוד את

119 עניין אדם, לעיל ה"ש 97, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל.

120 להרחבה על חוק ההסדרים, ראו: דוד נחמיאס וערן קליין חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה (נייר עמדה 17, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999) (להלן: נחמיאס וקליין חוק ההסדרים).

121 דברי ההסבר להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב לשנות 2017 ו-2018), התשע"ז-2016, ה"ח הממשלה 184, 519 (להלן: הצעת חוק ההסדרים).

122 פרוטוקול ישיבה מס' 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581 של ועדת הכספים, הכנסת ה'20, 191, 194-195 (15.12.2016).

123 חבר הכנסת מיקי לוי מסיעת יש עתיד אמר "כל הכבוד לך על האומץ שלך אנו מצדיעים לך"; חבר הכנסת דוד ביטן מסיעת הליכוד אמר "אני חושב שהיועצת המשפטית יותר מדי דרמטית בעניין הזה. אנחנו לא נמצאים בעולם אוטופי שאנחנו יושבים עכשיו בבית המשפט העליון ושומעים את עורכי הדין"; חברת הכנסת זהבה גלאון מסיעת מרצ אמרה "היועצת המשפטית

סעיפי הצעת החוק, החליטו חברי האופוזיציה לעזוב את הדיון.¹²⁴ למרות כל זאת החליט יושב ראש הוועדה, חבר הכנסת משה גפני, להמשיך בדיון אשר התנהל במשך כל הלילה. ביום 18.12.2016 פנה היועץ המשפטי לכנסת במכתב אל יושב ראש הכנסת ואל יושב ראש ועדת הכספים, ובו הוא התריע כי נפל פגם היורד לשורש ההליך בהליך החקיקה של פרק מס ריבוי דירות שבהצעת חוק ההסדרים. בעקבות זאת פנה יושב ראש הכנסת אל יושב ראש ועדת הכספים, וביקש לשקול בחיוב את כינוס הוועדה לדיון נוסף בנושא מס ריבוי דירות. יושב ראש ועדת הכספים לא ראה לנכון להיענות לבקשת יושב ראש הכנסת. ביום 21.12.2016 קיבלה הכנסת את הצעת חוק ההסדרים.

נגד ההסדר של מס ריבוי דירות הוגשו חמש עתירות.¹²⁵ העותרים טענו כי נפלו פגמים בהליך חקיקת החוק ובפרט שנפגע "עקרון השתתפות", שלפיו יש לאפשר לחברי הכנסת להשתתף בהליך החקיקה, ובכלל זה לאפשר להם לגבש עמדה באשר להצעת החוק. היועץ המשפטי לכנסת טען כי נפל פגם היורד לשורש ההליך, אשר עשוי עקרונית להצדיק את ביטול החוק. עמדתו זו התבססה על העברת הנוסח בצמוד לדיון באופן שלא אפשר לחברי הכנסת ללמוד את החוק ולגבש עמדה, לאנשי הייעוץ המשפטי למלא את תפקידם ולגורמים מקצועיים מחוץ לכנסת להביע את דעתם. אחת הראיות לאי־תקינות הליך החקיקה לשיטתו של היועץ המשפטי לכנסת וצוותו היא, כי לאחר הדיון הוכנסו להצעה שינויים בידי אנשי האוצר שלא שיקפו נכונה את החלטות הוועדה.¹²⁶ היועץ המשפטי לכנסת טען כי הוא לא מנע את הנחת ההצעה להצבעת המליאה בהיעדר הנחיה ברורה מבית המשפט כיצד יש לנהוג במקרה שנופל פגם היורד לשורשו של הליך החקיקה.¹²⁷

במהלך הדיונים עלתה השאלה, אם יש כלל בידי הכנסת כמשיבה לטעון לבטלותו של חוק שהיא חוקקה. בעניין זה אמרו נציגי הכנסת כך: "אנו נוטים לדעה שאם אנו מתייצבים אנו צריכים להגן על תוקפו של החוק. אם אנו לא מתייצבים אנו יכולים לפנות לאחר שייצג אך אנו לא יכולים לטעון שדין העתירה להתקבל".¹²⁸ זו אולי אחת הסיבות לכך שעל אף עמדתו העקרונית כי נפל בהליך החקיקה פגם היורד לשורש ההליך, טען היועץ המשפטי לכנסת כי הסעד המתאים במקרה דנן לא היה ביטול החוק, אלא "התראת בטלות"; כלומר שבית המשפט יקבע כי זהו מקרה מובהק המצדיק את ביטולו של החוק, ומכאן ואילך הישנותם של הליכי חקיקה בעלי אופי דומה תביא לביטולו של החוק.¹²⁹ עמדת הממשלה שהוגשה לבג"ץ הייתה שונה משמעותית. לטענת המדינה, מכלול הנסיבות של הליך החקיקה לא הצדיק התערבות שיפוטית, הן מבחינת עוצמת הפגיעה בהליך והן מבחינת מודל הבטלות היחסית, מודל הבורדק את השאלה אם החוק היה עשוי להתקבל גם

היא לא דרמטית. היא אמיצה, והיא שמה את הדברים על השולחן" (ראו שם, בעמ' 195-196, 204).
124 חבר הכנסת מיקי לוי מסיעת יש עתיד הוסיף לדבריו שלעיל ליועצת המשפטית את הדברים הבאים: "אני עובד. אני לא אהיה שותף לפשע הזה. תודה רבה לך, גברתי" (שם, בעמ' 196).

125 בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 14.

126 ס' 60-61 לעמדת הכנסת לעתירה בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (21.2.2017) (להלן: עמדת הכנסת).

127 שם, ס' 70.

128 עמ' 16 לפרוטוקול הדיון מיום 28.2.2017 בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל.

129 ס' 71 לעמדת הכנסת, לעיל ה"ש 126.

ללא הפגם והמתחשב גם במידת ההסתמכות על דבר החקיקה.¹³⁰ עמדה זו התבססה על כך שההצעה פורסמה להערות הציבור, שבסיס הנוסח שהובא לדיון האחרון היה הנוסח שנדון בדיון בנובמבר, שנערך שיח בין אנשי האוצר והייעוץ המשפטי של הוועדה ושכסופו של דבר נערך דיון שהביא לשינוי סעיפים בחוק. לאחר הדיון חברי הכנסת לא הפעילו את הכלים הפרלמנטריים העומדים לרשותם, ולא ביקשו דיון מחדש (רביזיה).¹³¹ כמו כן טענה הממשלה, כי לביטול החוק עשויה להיות השלכה על מגמה חיובית שהחלה להתרחש בשוק הדיור.¹³² בהרכב מורחב ביטל בג"ץ את סעיפי החוק הנוגעים למס ריבוי הדירות.¹³³ פסק הדין נתן משקל מכריע לעמדת היועץ המשפטי לכנסת. ארבעת שופטי דעת הרוב התייחסו בפסק הדין מפורשות למשקל שנתנו לעמדת היועץ המשפטי לכנסת בהכרעתם בסוגיה. כך למשל קבע השופט סולברג, שכתב את פסק הדין הראשי: "הרי שהצטברות הנסיבות כפי שפורטה במכתבו של היועץ המשפטי לכנסת אל יו"ר הכנסת... לימדה אכן על העדר אפשרות לקיים דיון של ממש, ולו מינימלי; מסקנה זו מכריעה את הכף". בהמשך אימץ השופט סולברג לא רק את עמדתו העקרונית של היועץ המשפטי לכנסת אלא גם את האופן שבו התנסח היועץ.¹³⁴ הנשיאה נאור נתנה אף היא משקל מכריע לעמדת היועץ המשפטי לכנסת במהלך הליך החקיקה:

"התנהלות חריגה זו לא נעלמה מעיניו של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, שבמכתב חריף ליו"ר ועדת הכספים ציין כי נפל פגם היורד לשורש ההליך. בדיון לפנינו העיד עו"ד ינון כי זו הפעם הראשונה בכל שנותיו בכנסת שבה שלח מכתב כזה. אף יו"ר הכנסת פנה באופן חריג ליו"ר ועדת הכספים, וביקש ממנו לשקול דיון נוסף בהצעת החוק. מדברים אלה, ובפרט מטיעונו של עו"ד ינון לפנינו, אין להתעלם".¹³⁵

השופטת (כתוארה אז) חיות ציינה אף היא בצורה דומה את עניין מכתב היועץ המשפטי לכנסת והוסיפה בהמשך, כי "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".¹³⁶ כך, גם השופט הנדל ייחס השפעה להתראת היועץ המשפטי לכנסת

130 שם, ס' 57.

131 שם, ס' 59-61.

132 שם, ס' 64.

133 על פסק הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף בידי היועץ המשפטי לממשלה שטרם הוכרעה, דנג"ץ 6571/17 היועץ המשפטי לממשלה נ' קוונטינסקי (פורסם בנבו, 24.8.2017).

134 "אכן, כפי עמדתו של היועץ המשפטי 'בהליך החקיקה של פרק מס ריבוי דירות בהצעת חוק ההסדרים נפל פגם היורד לשורש ההליך'" (בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 14, פס' 95 לפסק דינו של השופט סולברג).

135 שם, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

136 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

במהלך החקיקה, בזמן אמת, על הכרעתו.¹³⁷ יש לציין שהשופט סולברג ייחס במפורש את הליטוש או את העדכון שערך פסק דינו בהלכת מגדלי העופות¹³⁸ גם לעמדתו של היועץ המשפטי לכנסת: "אכן, פסק הדין מהווה פיתוח מסוים להלכת מגדלי העופות; עקרון ההשתתפות שנקבע בה זכה לניסוח מחודש ומפורט יותר, וזאת בחלוף 13 שנה, על סמך הניסיון המצטבר, ובשים לב לצורך ב'שטח', בכנסת, שעליו עמד היועץ המשפטי לכנסת בטיעונו לפנינו".¹³⁹

עוד מעניין לציין, שבית המשפט לא קיבל את עמדת היועץ המשפטי לכנסת בטיעונו בפני בית המשפט כי יש להסתפק בהתראת בטלות, ודווקא עמדתו של אותו יועץ משפטי בהליך החקיקה הייתה חלק מן הנימוק לכך. כך, באשר לסעד נתן השופט סולברג משקל לעובדה שניטנו התראות של היועץ המשפטי לכנסת וצוותו על הבעייתיות שבהליך החקיקה "וכשתמרורי אזהרה – שהם למעשה 'התראות בטלות' – ניתנו שוב ושוב תוך הבעת מורת רוח רבה מפגמים בהליכי חקיקה חפוזים של חוק ההסדרים וחוקים אחרים... סבורני כי אין די בהתראה גרידא במבט צופה פני עתיד".¹⁴⁰

בדעת המיעוט של השופט מזוז, שהתנגד לביטול החוק, נטען כי ביטול החוק משמעותו אימוץ הרוקטרינה של "הליך חקיקה נאות" וסטייה ניכרת מהלכת מגדלי העופות.¹⁴¹ המעניין לענייננו הוא, שגם דעת המיעוט התייחסה ליועץ המשפטי לכנסת, והשתמשה בדבריו בפני בית המשפט כתמיכה למסקנתה כי יישום ראוי של הלכת מגדלי העופות לא היה צריך להביא לביטול החוק, וכי בדעת הרוב יש משום סטייה מן ההלכה הקיימת. כך מציין השופט מזוז: "בטיעונו לפנינו הבהיר היועץ המשפטי לכנסת במפורש כי אמנם הוא סבור שבהליך החקיקה הנדון נפל פגם חמור אך אינו טוען שמדובר בפגם העומד במבחנים

137 "אין מדובר על ביקורת שלאחר מעשה. ביקורת והסתייגות בזמן אמת, שמאחדות חברי כנסת מכל עברי המתרח, והתראה מטעם היועץ המשפטי אינם תנאי לביטול חוק. אך הם מעצימים את התשתית העובדתית בדבר חריגות המקרה, בגדר עדות שניתנה בזמן אמת" (שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל).

138 הלכת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 61. פסק דין זה עסק בעתירתם של ארגוני חקלאים נגד הליך חקיקתו וחוקיות תוכנו של פרק בחוק ההסדרים. פסק הדין קבע, שאם נפל פגם בהליך החקיקה שהוא "פגם היורד לשורש ההליך" ובגינו הופרו עקרונות היסוד של הליך החקיקה, ייתכן שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית ויתערב בהליך החקיקה. בין עקרונות היסוד של הליך החקיקה מנה בית המשפט את עקרון הכרעת הרוב, את עקרון השוויון הפורמלי (שלפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת), את עקרון הפומביות (הליך החקיקה מתנהל בפומבי ובשקיפות לקהל הבוחרים) ואת עקרון ההשתתפות, שלפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה.

139 שם, פס' 107 לפסק דינו של השופט סולברג.

140 שם, פס' 100 לפסק דינו של השופט סולברג.

141 לדיון נרחב יותר בדעה זו, ראו איתי בר-סימן טוב "בג"ץ קוונטיסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטייה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" מחקרי משפט לב 877 (2019).

שנקבעו בהלכת מגדלי העופות. לגישתו, מאז נקבעה ההלכה חלפו קרוב ל-13 שנים, וכיום נדרש 'מהלך נוסף' להחמרת המבחן אשר יענה על צרכי השעה.¹⁴²

מהניתוח שלנו של טיעוני היועץ המשפטי לכנסת בפני בג"ץ וכן של נימוקי פסק הדין עולה שאלה מעניינת, אשר טרם נקבעה בה הלכה ואשר טרם נחקרה, בדבר המעמד המחייב של עמדת היועץ המשפטי של הכנסת בשאלות פרוצדורליות בהליך החקיקה. כפי שציינו, אף לשיטתו של היועץ המשפטי לכנסת עצמו, בשאלת חוקתיותו הסובסטיבית של החוק עמדתו אינה מחייבת את חברי הכנסת, אלא היא רק בגדר המלצה.¹⁴³ לעומת זאת, עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת היא כי חוות דעתו בשאלות פרוצדורליות בהליך החקיקה היא מחייבת.¹⁴⁴ נראה כי פרשת קוונטינסקי נתפסה בידי היועץ המשפטי לכנסת כהזדמנות לעגן עמדה זה בפסיקת בית המשפט העליון,¹⁴⁵ בדומה לפסיקה אשר ביססה בעבר את ההלכה שלפיה עמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה.¹⁴⁶ מקריאת נימוקי השופטים נראה כי הם היו מודעים לרצון לבסס את העמדה שלפיה חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת בשאלות פרוצדורליות בהליך החקיקה היא מחייבת, אך הם הסתפקו באמירות לא-מפורשות בהקשר זה. האמירה הקרובה ביותר לכך היא דבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות שהוזכרו לעיל;¹⁴⁷ אך דומה כי אף ללא אמירה מפורשת שכזו של השופטים, לאור המשקל המכריע שניתן בפסק הדין לחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת שלפיה נפל פגם היורד לשורש ההליך, ניתן לראות את פסק הדין כמעביר מסר ולפיו התעלמות מחוות דעת מפורשת ונחרצת של היועץ המשפטי לכנסת בהקשר של תקינות ההליך עשויה בהסתברות גבוהה להכריע את הכף לטובת ביטול החוק בידי בית המשפט.

מעניין בהקשר זה לראות כיצד פירש עו"ד איל ינון, היועץ המשפטי לכנסת עצמו, את פסק הדין בדברים שאמר בריאיון פומבי:¹⁴⁸

"המכתב שלי שהיה חמור, ושילבתי בו את הביטוי מתוך פסק-הדין התקדימי של בג"ץ בעניין 'מגדלי העופות', 'פגם היורד לשורש העניין', שזה איתות,

- 142 בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 14, פס' 31 לפסק דינו של השופט מזוז.
- 143 כך למשל אמר עו"ד איל ינון בריאיון לטל שניידר: "אני לא שחקן וטו בזירה, אני מסביר את זה הרבה פעמים לחברי-הכנסת... אם חברי-הכנסת מחליטים לאשר הצעת חוק, אשר לי כיועץ-המשפטי יש הסתייגויות משמעותיות ממנה, נניח לגבי הקשיים שהיא מעלה או לגבי החוקתיות שלה, זכותם המלאה להמשיך ולחוקק. תפקידי הוא לומר את עמדתי בקול רם, לייעץ ולא להירתע" (שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת", לעיל ה"ש 3).
- 144 בהתבסס על פרשנות ס' 17 לחוק הכנסת, הקובע את תפקידי היועץ המשפטי לכנסת, שבו נקבע בין היתר כי הוא לא רק "ייעץ לכנסת ולועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה" אלא אף "יפעל להבטחת תקינותם".
- 145 ראו לעניין זה את ס' 63 לעמדת הכנסת לעתירה קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (21.2.2017) ("לעמדתו של היועץ המשפטי לכנסת בהקשר זה יש להעניק חשיבות מיוחדת משום שהיא נעשית תוך מילוי אחד מתפקידיו הסטטוטוריים – ייעץ לכנסת ולועדותיה בכל ענין הנוגע להליכי החקיקה ויפעל להבטחת תקינותם").
- 146 ראו למשל את עניין סיעת מרצ, לעיל ה"ש 21, ואת פסקי הדין הנוספים המאוזכרים שם.
- 147 בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.
- 148 שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת", לעיל ה"ש 3.

שלדעתי חלה פה הנוסחה שהיא עילה לפסילת חוק. וכשבאנו לטעון את התיק בפני בית-המשפט, לא חזרתי בי מאותה אמירה, אך בגלל המחויבות שלי להגן על החקיקה של הכנסת שאושרה בוועדה ובמליאה, הצענו לשופטים להסתפק ב'התראת בטלות'... בית-המשפט השיב לי, 'מר ינון, אנחנו לא מבינים את התראת הבטלות. אם אתה, כמי שממונה על תקינות הליכי החקיקה בכנסת, אומר שנפל פגם חמור, ואנחנו משתכנעים שאכן נפל פגם חמור, אז ההליך פסול'. בסיכומי של דבר, ארבעה מבין חמשת חברי ההרכב... הוציאו פסק-דין מכונן מבחינת הייעוץ המשפטי של הכנסת, ואי אפשר להפריז בהשפעתו של פסק-הדין על דיוני החקיקה בכנסת".

בהמשך הוסיף עו"ד ינון כי פסק הדין בעניין מיסוי דירה שלישית כבר שימש אותה בלתימת הליכי חקיקה לא-תקינים מבחינה פרוצדורלית.¹⁴⁹ עמדה דומה – אף אם מפורשת פחות – באשר להשפעת פסק דין זה על הייעוץ המשפטי ועל יכולתו להבטיח את תקינות הליכי החקיקה הביעה עו"ד שגית אפיק, היועצת המשפטית של ועדת הכספים, ומי שמכהנת בזמן כתיבת מאמר זה כממלאת מקום היועצת המשפטית לכנסת. עו"ד אפיק, אף היא בריאיון פומבי, ציינה כי "פסק הדין של בג"ץ הגביר את ההרתעה מפני הליכי חקיקה לא תקינים" וכי "פסק הדין מאפשר לנו לומר היום לנציגי הממשלה ולחברי הכנסת מה לא יכול להיות הליך תקין".¹⁵⁰

3. הבחנות בעקבות שתי הדוגמאות

בדוגמאות שהצגנו אפשר להבחין, כי היועץ המשפטי לכנסת הביא קול עצמאי ונפרד מעמדת היועץ המשפטי לממשלה. דוגמאות אלו מראות גם שקולו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת עשוי לעיתים ליצור השפעה בעת הליך החקיקה, ולעיתים אף השפעה שמתרחשת בדיעבד עקב תקיפת הליך החקיקה או חוקיותו של החוק בבג"ץ.¹⁵¹ בחוק למניעת הסתננות היה אפשר לראות הן את ההשפעה בעת הליך החקיקה, שכלל שינויים בנוסח הצעת החוק בעקבות הערות היועץ המשפטי לכנסת וצוותו במהלך הדיונים בוועדה, הן את ההשפעה בעת שחוקתיות החוק נתקפה בבג"ץ, כאשר בית המשפט הסתמך בין היתר על עמדת היועץ המשפטי לכנסת במהלך הליך חקיקת החוק. בחוק מס ריבוי דירות עמדת הייעוץ המשפטי של הכנסת לא הצליחה להשפיע בעת הליך החקיקה, אך הייתה לה השפעה ניכרת על פסק דינו של בג"ץ.

מעבר להשפעת עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת על נוסח החוק שיתקבל או על גורל החוק בשלב הביקורת השיפוטית, אפשר להבחין גם בהשפעתו על הדיון הפרלמנטרי. ניתן

149 ש.ם.

150 צבי זרחיה "בג"ץ דירה שלישית החזיר לנו את ההרתעה" כלכליסט 10.6.2018 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3739857,00.html (להלן: זרחיה "בג"ץ דירה שלישית").

151 בשולי הדברים מעניין לציין, כי נוכח תפיסתו של היועץ המשפטי לכנסת כי לא מתפקידו לטעון בפני בג"ץ בעד ביטול חוק, ייתכנו פערים בין עמדת היועץ המשפטי לכנסת בפני בג"ץ לבין עמדתו בעת הליך החקיקה. בדוגמאות שהצגנו ניתן לראות כי בית המשפט עשוי בכל זאת לבחור לתת משקל לעמדה שהוצגה בעת הליך החקיקה, וכך לעמדה זו תהיה השפעה על פסק הדין.

לראות זאת בהתייחסות של יתר הגורמים אל דבריו ואל חוות דעתו. כך, בחוק למניעת הסתננות רבים מן הגורמים המעורבים בחקיקה נסמכו על חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת בנוגע לחוק והצהירו על כך מפורשות. בגורמים אלו נכללו חברי הכנסת שביקרו את הצעת החוק ונסמכו על דברי הביקורת בחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת, אך גם נציג הממשלה (היועץ המשפטי של משרד הביטחון). במקרה של חוק מס ריבוי דירות עזבו חברי האופוזיציה את הדיון לאחר דברי היועצת המשפטית, אשר התריעה על תקינות הליך החקיקה.¹⁵²

שתי הדוגמאות שהצגנו ממחישות את התפקיד שמוסד היועץ המשפטי לכנסת יכול למלא במישור היחסים שבין הכנסת לממשלה. בהקשר של ביקורת חוקתית סובסטיבית, כמו בדוגמה של החוק למניעת הסתננות, היועץ המשפטי לכנסת עשוי לסייע לכנסת לבצע את תפקידה בהעברת ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על הצעות החוק של הממשלה בכך שהוא מציג עבור חברי הכנסת עמדה נפרדת – לפעמים אלטרנטיבית – מעמדת היועץ המשפטי לממשלה. בהקשר של שמירה על תקינות הליכי החקיקה, כמו בדוגמה של חוקי ההסדרים, היועץ המשפטי לכנסת יכול לסייע לכנסת לשמור על מעמדה ולהבטיח את התנאים הפרוצדורליים שיאפשרו לה לבצע ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על הצעות החוק של הממשלה. דוגמאות אלו ממחישות, שמוסד היועץ המשפטי לכנסת ממלא תפקיד לא רק במישור היחסים שבין הכנסת לממשלה, אלא גם במישור היחסים שבין שתי רשויות אלו מול בית המשפט.

לסיים פרק זה נחזור ונבהיר, כי בשתי הדוגמאות שהצגנו איננו מתיימרים להציג מחקר אמפירי מקיף המייצג את אופן פעילותו של היועץ המשפטי לכנסת או את השפעתו בכלל הליכי החקיקה. ברי כי אין בשני מקרים כדי ללמד על שיעור החוקים שבעניינם היועץ המשפטי לכנסת מביע עמדה שונה מעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה או על היקף השפעתו של היועץ המשפטי לכנסת. שאלות אלו הן שאלות למחקרי המשך. מטרתנו במאמר הנוכחי היא רק להמחיש את פוטנציאל ההשפעה של היועץ המשפטי לכנסת ואת האופן שבו מוסד זה יכול להשפיע על הפרדת הרשויות בישראל. על רקע תוכנות אלו, הדיון ימשיך בפרקים הבאים של המאמר.

ד. הצדקות לקיומו של יועץ משפטי נפרד לכנסת

בפרקים הבאים של המאמר נעלה הצדקות לקיומו של יועץ משפטי עצמאי לכנסת, שאינו כפוף ליועץ המשפטי לממשלה, מעבר להצדקות שהעלו חברי הכנסת במהלך הדיון על חקיקת החוק שעיגן את מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת. בפרק זה נתמקד בהצדקות לקיומו של יועץ משפטי לכנסת, אשר יספק פרסקטיבה שונה ונפרדת מזו של היועץ

152 יש לציין כי היקף ההשפעה בעת הליך החקיקה עשוי להיות גדול אף יותר, היות שחלק מן ההשפעה מתרחש מאחורי הקלעים בהתייעצויות שבין היועץ המשפטי של הוועדה לגורמים שונים: אנשי ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, היועצים השונים של משרדי הממשלה המקדמים חקיקה באחריות משרדם, חברי הכנסת עצמם, מציעי הצעת החוק או בעלי אינטרסים לקידומה של הצעת החוק, אנשי החברה האזרחית ועוד (ריאיון של מרדכי קרמינצ'ר עם איל נינו, היועץ המשפטי של הכנסת (24.12.2012) www.youtube.com/watch?v=Jj_Asr4ds64).

המשפטי לממשלה. לאחר מכן נטען בפרק ה בהתבסס על ניתוח המציאות הפרלמנטרית העכשווית, כי יש כמה התפתחויות אשר מגבירות את חשיבותו של היועץ המשפטי לכנסת כגורם עצמאי המגן על עצמאות הכנסת מול הממשלה.

1. היועץ המשפטי לכנסת והיועץ המשפטי לממשלה כשני שחקנים בהליך החקיקה

ליצרו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת קיים המוסד הוותיק והמוכר יותר של היועץ המשפטי לממשלה. מוסד היועץ המשפטי לכנסת הוא מוסד צעיר יחסית בהשוואה למוסד היועץ המשפטי לממשלה אשר מלווה את המדינה מאז הקמתה.¹⁵³ היועץ המשפטי לממשלה, באמצעות מחלקת ייעוץ וחקיקה, מלווה את הליכי החקיקה הממשלתיים ממועד פרסומם כתזכיר חוק ועד לחקיקתם.¹⁵⁴ במקרה של הצעות חוק שהן באחריות משרד המשפטים, מחלקת ייעוץ וחקיקה היא המנסחת את נוסח החוק הראשוני שמפורסם כתזכיר חוק.¹⁵⁵ עבודת המחלקה מבוססת על אתוס של "נאמני ציבור", וכפי שמופיע בהנחיות הפנימיות שלה אשר נוסחו לאחרונה, היא "תהווה שומר סף כדי להבטיח כי פעילות הממשלה תתבצע במסגרת הוראת הדין. תפעל להגנה על זכויות אדם, להגנה על האינטרס הציבורי ולהגנה על ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... תישא באחריות לתקינותם של הליכי החקיקה".¹⁵⁶

קיומם של שני מוסדות משפטיים המלווים את החקיקה מעלה באופן טבעי את השאלה בדבר נחיצותם של שני מוסדות של ייעוץ משפטי לליווי ההליך, בעיקר משום שאפשר לטעון ששניהם מקדמים אתוס דומה של עריכת דין ציבורית לטובת שלטון החוק וההגנה על ערכים חוקתיים.¹⁵⁷ לכאורה ניתן אף להקשות ולשאול, אם הכפילות אינה עלולה להחליש את ההגנה על שלטון החוק; שכן אי-הסכמות בין שני המוסדות יוכלו לשמש את יוזמי החקיקה לבחירת העמדה המקילה, בדומה ללקוח בשוק הפרטי המבקש דעה שנייה שתיטיב עימו.

153 במאמר זה נתרכז בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה הקשורים לחקיקה ללא התייחסות ליתר תפקידי.

154 הליווי כולל בין היתר הערות על הצעות החוק, המתחלקות לארבע קטגוריות עיקריות: מניעה משפטית, קושי משפטי, הערות מקצועיות בתחומי האחריות של שר המשפטים והצעות לשיפור הצעת החוק. להרחבה על הליווי המשפטי של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ושל מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, ראו "טיפול בהצעות חוק ממשלתיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2.3005 (התשע"ח); וכן משרד המשפטים **מדריך פנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה** (2017) <http://www.gov.il/BlobFolder/reports/annual-report-2018/he/report-2018.pdf> (להלן: **המדריך הפנימי**).

155 משרד המשפטים **דוח פעילות ייעוץ וחקיקה** (2018) www.gov.il/BlobFolder/reports/annual-report-2018/he/report-2018.pdf (להלן: **דוח פעילות ייעוץ וחקיקה**).

156 שם, בעמ' 8; וכן הרצאה עם אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה "המדריך הפנימי לעבודת ייעוץ וחקיקה" (הרצאה במסגרת שולחן עגול מיוחד שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 6.5.2018) www.youtube.com/watch?v=UPnYIHvCQ.

157 על האתוס של חברי היועץ המשפטי לכנסת, אשר רואים את עצמם אף הם כ"שומרי סף בתחום החוקתי", ראו לעיל ה"ש 152.

כפי שראינו, ועדת שמגר למשל סברה, כי אין הצדקה ליועץ משפטי לכנסת במעמד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה, ונראה שכבר אז היה אחד הנימוקים החשש מהחלשת היועץ המשפטי לממשלה.

בטרם ננסה לענות על שאלת הנחיצות, ראוי להתעכב על ההבדלים הקיימים בין מוסדות אלה. הבדל ראשון ובוולט הוא היעדר ההסדרה החקיקתית של תפקיד היועץ המשפטי לממשלה לעומת תפקיד היועץ המשפטי לכנסת. הבדל זה בולט על רקע הניסיונות הפוליטיים הרבים וארוכי השנים להחליש בחקיקה את מוסד היועץ המשפטי לממשלה, לפצל את סמכויותיו ולהכפיפו לדרג הפוליטי; לעומת זאת, כאשר חברי הכנסת בחרו להתערב ולהסדיר בחקיקה את מעמד היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000, וכך אף בתיקונים הבודדים לחוק שהתקבלו מאז, הדבר לא נעשה על מנת להחלישו או לפגוע בעצמאותו, אלא בדיוק להפך – לעגן, לבסס ולחזק את מעמדו של מוסד זה.¹⁵⁸

הניגוד בין עמדת חברי הכנסת באשר למוסד היועץ המשפטי לכנסת לבין הביקורות של נבחר ציבור כלפי מרכיבים דומים במוסד היועץ המשפטי לממשלה הוא מאלף במיוחד. הסבר מרכזי לכך הוא, שכאשר חברי הכנסת עיגנו את מוסד היועץ המשפטי לכנסת הם לא ראו בו איום על מעמדם, אלא חיזוק של מעמדם ושל מעמדה המוסדי של הכנסת מול הממשלה, וכך הוא נתפס בעיניהם במידה רבה גם היום.¹⁵⁹ הסבר אפשרי נוסף קשור לאופן שבו עוצב התפקיד, כמי שחוות דעתו בנושאים חוקתיים וסובסטנטיביים אינה מחייבת את חברי הכנסת, כפי שיובהר בשורות הבאות.

הבדל מרתק בין היועץ המשפטי לכנסת לבין היועץ המשפטי לממשלה נוגע לשאלה אם חוות דעתו של היועץ היא מחייבת. התפיסה שהשתרשה במוסד היועץ המשפטי לממשלה ואושרה בפסיקה היא, כי עמדתו מחייבת את הממשלה.¹⁶⁰ לעומת זאת, היועץ המשפטי לכנסת מחזיק בעמדה שונה, שלפיה בסוגיות חוקתיות סובסטנטיביות חוות דעתו היא רק בגדר המלצה, בעוד שבסוגיות פרוצדורליות הנוגעות לתקינות הליך החקיקה עמדתו מחייבת.¹⁶¹ הבדל מעניין נוסף בתפיסות התפקיד הוא, כי בעוד שהיועץ המשפטי לממשלה רואה בעצמו מי שמוסמך לטעון בפני בג"ץ בעד קבלת העתירה ונגד עמדת הממשלה,¹⁶² היועץ המשפטי לכנסת סבור שכאשר הוא מתייצב בפני בג"ץ, לא מתפקידו לטעון בעד ביטול חוק שחוקקה הכנסת.¹⁶³

לבסוף, בנוגע לתפיסת התפקיד, אשר עליה יורחב בהמשך, יש אומנם דמיון באתוס המקצועי בין שני המוסדות במובן זה, שגם היועץ המשפטי לכנסת אינו תופס את תפקידו

158 ראו לעיל פרק ב.

159 שם.

160 ראו לעיל ה"ש 21.

161 ראו לעיל ה"ש 145. אם כי, כפי שראינו בפרק ג, אפילו כשעמדתו של היועץ המשפטי לכנסת אינה מחייבת, יכולה להיות לה השפעה ניכרת, הן בהליך החקיקה והן בשלב הביקורת השיפוטית.

162 ראו למשל בג"ץ 1308/17 סלואד נ' הכנסת, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 9.6.2020); וכן תגובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 22.11.2017 לעתירות בבג"ץ 1308/17 law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2017/11/bagatz2055-17-hoq-1308/17_hahasdara-yoamash1117.pdf (להלן: "פרשת חוק ההסדרה").

163 ראו לעיל פרק ג.

כמשרת ארון של יושב ראש הכנסת ועומד על עצמאותו ועל מעמדו האפוליטי, ואף הוא רואה את עצמו מחויב לשמור על ערכים חוקתיים ולהעניק סיוע משפטי לאופוזיציה ולקואליציה כאחד.¹⁶⁴ ואולם מנגד ניכר, שחלק מרכזי מתפסת התפקיד של היועצים השונים הן תפיסות מוסדיות בהתאם למוסד שאליו הם שייכים. במקרה של היועץ המשפטי לכנסת זוהי תפיסה מוסדית ששמה דגש על תפקידו להגן על מוסד הכנסת מול הממשלה.¹⁶⁵

לפני הדיון בהצדקות למעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת, יש לציין שבתקופה האחרונה מסתמנת מגמה מסוימת, שלפיה תגובת הנגד של הפוליטיקאים כלפי המשפטנים בשירות הציבורי ובראשם היועץ המשפטי לממשלה מתחילה להיות מופנית בצורה דומה גם כלפי מוסד היועץ המשפטי לכנסת. ברי כי גם בעבר היו מקרים שחברי הכנסת לא אהבו החלטות מסוימות של היועץ המשפטי לכנסת, ואף היו מקרים של עימותים בין עמדת היעוץ המשפטי לכנסת לבין עמדת יושב ראש הכנסת.¹⁶⁶ אולם ככלל הדבר לא הביא למתקפות על מוסד היועץ המשפטי לכנסת או ליוזמות להחלישו. לאחרונה לעומת זאת, בשלהי כהונתו של עו"ד איל ינון כיועץ המשפטי לכנסת, הפך היועץ המשפטי לכנסת למושא למתקפות חסרות תקדים, בעיקר על רקע חוות דעתו של ינון כי אין מניעה משפטית שוועדת הכנסת תתכנס לדון בחסינות של ראש הממשלה בנימין נתניהו.¹⁶⁷ מגמה מסתמנת זו הופכת את מאמרנו לאקטואלי במיוחד.

2. הגישה שלפיה המדינה "מדברת בקול אחד" מול פלורליזם משפטי

הגישה המסורתית של בית המשפט העליון בישראל היא שעל המדינה לדבר בקול אחד בהליכים משפטיים.¹⁶⁸ גישה זו מתבססת על התפיסה, שלפיה על המדינה מוטלת החובה לערוך אינטגרציה ככל שבתוך המנגנונים שלה יש כמה קולות. גישה זו זוכה לביקורת בין היתר בשל התעלמותה מכך שכל אחת מהרשויות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) היא

164 משה סלע "ינון נפרד מהכנסת: שמרו על היעוץ המשפטי לכנסת כאי של מצוינות, אל תאפשרו לפגוע באופיו" **חדשות כיפה** 1.4.2020 tinyurl.com/y2zjufn5; וכן ראו לעיל ה"ש 152. יש לציין גם שחלק מהיועצים המשפטיים לכנסת וחלק מעורכי הדין בלשכה המשפטית הגיעו ממשרד המשפטים והתחנכו על האתוס המקצועי שם.

165 שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת", לעיל ה"ש 3.

166 זכור במיוחד העימות שהתגלע בין יושב ראש הכנסת והיעוצת המשפטית לכנסת, עו"ד נורית אלשטיין בשלהי כהונתה. ראו לילך ויסמן "ריבלין לא מתאפק: פועל להחלפת יועמ"ש הכנסת נורית אלשטיין 3 חודשים לפני הפנסיה" **גלובס** 23.6.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000460953.

167 עמיחי אתאלי "הליכוד: ניגוד העניינים של יועמ"ש הכנסת נגוע בחשד לפלילים" **Ynet** 6.1.2020 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5655299,00.html; מערכת ישראל היום "סערת איל ינון: קליקה משפטית נגד רה"מ" **ישראל היום** 7.1.2020 www.israelhayom.co.il/article/722317; גיל ברנינגר "דעה: השבוע שבו החליטו בליכוד ליירט את איל ינון" **גלובס** 10.1.2020 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001314354.

168 בג"ץ 6017/10 אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 4.7.2012); ע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל, פס' לו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 17.8.2014).

"המדינה", ולעיתים לכל אחת מהן קול שונה בנוגע לעניין מסוים. הביקורת גם נובעת מן היתרונות הגלומים – בנסיבות מסוימות – בהצגת עמדות שונות של גופים שונים: העשרת המידע שיש בידי בית המשפט, אשר יאפשר טיוב מבחני הסבירות והמידתיות, ותמרוץ המנגנון השלטוני לערוך דיון פנימי במטרה להגיע לנקודת שיווי משקל טובה יותר.¹⁶⁹ נטען, כי המקרה של תקיפת תוקפו של חוק הוא מקרה שיש בו ערך לאפשרות להביא בפני הרשות השופטת קול של הרשות המחוקקת שהוא שונה מקולה של הרשות המבצעת.¹⁷⁰ כך סברו המחוקקים אשר תיקנו את חוק הכנסת בשנת 2008 על מנת לאפשר ליועץ המשפטי לכנסת לייצג את הכנסת באופן עצמאי בשאלת תוקפו של חוק.¹⁷¹

החשיבות של ריבוי הקולות אינה מתמצית רק בהליך השיפוט, אלא באה לידי ביטוי גם בהליך החקיקה. בשל האתוס המוסדי שלפיו הממשלה מדברת בקול אחד ועמדתה המשפטית של הממשלה היא עמדת היועץ המשפטי לממשלה, גם כאשר היו מחלוקות בתוך משרד המשפטים או בין היועץ המשפטי לממשלה לבין יועצים משפטיים של גופים ממשלתיים אחרים, הרי מהרגע שהיועץ המשפטי לממשלה אישר את חוקתיות החוק, כל נציגי הממשלה (לרבות נציגי מחלקת ייעוץ וחקיקה ויועצים משפטיים של משרדי ממשלה אחרים) מחויבים להציג רק את העמדה הזו בפני ועדת הכנסת בעת דיוניה. היועץ המשפטי לכנסת, מרגע שניתן לו מעמד עצמאי ונפרד מהיועץ המשפטי לממשלה, הפך חופשי להביע עמדה אחרת ולספק הן לחברי הכנסת הן לבית המשפט פרספקטיבה אחרת. כך היה גם בדוגמה שלעיל של החוק למניעת הסתננות, שם סמך היועץ המשפטי לממשלה את ידיו על הצעת החוק הממשלתית, בעוד שזוות היועץ המשפטי של הכנסת הציג הצעת חוק אלטרנטיבית ואף העלה ביקורות על הצעת החוק הממשלתית. כפי שראינו, לעמדה שונה זו הייתה לפחות השפעה מסוימת על הליך החקיקה. עמדה זו אף תרמה להעשרת ההליך השיפוטי. הגם שמבחינת התוצאה הייתה עמדת היועץ המשפטי לכנסת בשתי הדוגמאות שלעיל כי יש לדחות את העתירות שתקפו את החקיקה, מורכבות עמדתו של כל אחד מהיועצים העשירה את הדיון בכנסת ולאחר מכן את הדיון המשפטי, ואפשרה לבית המשפט לקבל החלטה כשכפניו פרוס מידע רחב יותר מהמידע שהיה מגיע לידיו אילו ייצג היועץ המשפטי לממשלה הן את הכנסת והן את הממשלה.

169 ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה?", לעיל ה"ש 45.

170 פסקי הדין שהובאו לעיל בפרק ג בדוגמה לחוק למניעת הסתננות ולחוק מס ריבוי דירות ממחישים את הטענה כפי שהורחב שם. דוגמה נוספת שאפשר לציין בהקשר זה היא בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי), שעסק בעיגון מנגנון התקציב הרושני באמצעות הוראת שעה של תיקון חוק יסודי: משק המדינה. השופטים אימצו בפסק הדין מנגנון דומה לזה שהציע היועץ המשפטי לכנסת בדבר התראת בטלות על תיקון נוסף של חוק היסוד באמצעות הוראת שעה. מפסק הדין עולה, כי עמדתו של היועץ המשפטי לכנסת בהליך הדגישה עמדה מוסדית של חשיבות תפקידה של הכנסת בפיקוח על הממשלה. דוגמה אחרת היא פרשת חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 162. שם סבר היועץ המשפטי לממשלה כי יש לקבל את העתירה, בעוד היועץ המשפטי לכנסת ייצג עמדה שיש לדחות את העתירה. נימוקי הצדדים זכו לביטוי הן בדעת הרוב שפסלה את החוק והן בדעת המיעוט שסברה כי די במחיקה חלקית מחלק ההגדרות.

171 פרוטוקול ישיבה מס' 186, לעיל ה"ש 87, בעמ' 18-19.

3. היחלשות מעמד היועץ המשפטי לממשלה כ"שומר סף"

במשך השנים התפתחה התפיסה כי היועץ המשפטי לממשלה הוא "שומר סף", שתפקידו להבטיח שהממשלה פועלת במסגרת החוק ואף לבלום חקיקה לא-חוקתית.¹⁷² עמדה זו קיבלה גיבוי וחיזוק של בית המשפט העליון בפסיקתו כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה.¹⁷³ ואולם בשנים האחרונות גוברת תגובת נגד הקוראת תיגר על תפיסה זו. קריאת התיגר אינה מתבטאת רק בכתיבה ובאמירות פומביות,¹⁷⁴ אלא גם בפרקטיקה גוברת של התעלמות מעמדת היועץ המשפטי לממשלה שלפיה ישנה מניעה משפטית לקדם יוזמות חקיקה. דוגמאות בולטות מן העת האחרונה הן התעלמות הממשלה מעמדת היועץ המשפטי לממשלה בדבר מניעה משפטית באשר לחוק ההסדרה ובאשר לחוק המצלמות.¹⁷⁵ במקרה של חוק ההסדרה,¹⁷⁶ החוק בוטל לבסוף בידי בג"ץ,¹⁷⁷ ואילו חוק המצלמות נבלם לבסוף בכנסת, בין היתר בעקבות חוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, כפי שירחב בהמשך. היחלשות זו במנגנוני האיוון והבקרה בתוך הרשות המבצעת מחזקת את הצורך בשומר סף נוסף, שאינו תלוי ביועץ המשפטי לממשלה, אשר יתריע במקרי הצורך על אי-חוקתיות. שתי טענות ביקורת יכולות לעלות כנגד הצדקה זו. הטענה הראשונה היא, שאם מקבלים את הטענות שהיחלשות מנגנוני האיוון והבקרה בתוך הרשות המבצעת נובעת משינויים שחלו בקרב נבחרים ונכונותם לקבל את עמדתם של יועצים משפטיים, אין הכרח שיועץ משפטי נוסף יגביר את האפקטיביות של יועצים משפטיים לשמש שומרי סף; שהרי לכאורה, אם מתעלמים מעמדת יועצים משפטיים, ניתן להתעלם מעמדה של שני יועצים משפטיים כפי שניתן להתעלם מעמדה של יועץ אחד.¹⁷⁸ התשובה לביקורת זו היא, שבפועל גם כאשר

172 ראו לעיל פרק א.

173 עניין אמיתי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 473; עניין לביא, לעיל ה"ש 21, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; וכן ראו פסקי דין נוספים המאזכרים לעיל בה"ש 21.

174 ראו את המקורות המאזכרים בפרק א לעיל.

175 באשר לחוק ההסדרה, ראו החלטה 2096 של הממשלה ה-34 "הצעת חוק ההסדרה, התשע"ז-2016 של חה"כ שולי מועלם רפאלי ואחרים (פ/3127) (1.12.2016); פרוטוקול ישיבה מס' 176 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-20 (5.12.2016). באשר להצעת חוק המצלמות, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 28 של הכנסת ה-21, 24 (11.9.2019) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 28). באשר להגדרה "חוק המצלמות", ראו להלן ה"ש 183-184 ובטקסט הסמוך. כמו כן ראו שחר חי וטובה צימוקי "השרים אישרו לקדם את 'חוק ההסדרה 2', היועמ"ש: לא חוקתי" Ynet 16.12.2018 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5426996,00.html; משה גורלי "היועמ"ש מקשה? נפטר אותו" כלכליסט 25.2.2020 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3796231,00.html; דניאל דולב "חשש לטוהר הבחירות ופגיעה בפרטיות: הסיבות להתנגדות היועמ"ש לחוק המצלמות" וואלה 8.9.2019 elections.walla.co.il/item/3311341 (להלן: דולב); טל שניידר "היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לחוק המצלמות" גלובס 4.9.2019 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001299567 (להלן: שניידר "היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לחוק המצלמות").

176 חוק ההסדרה ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (להלן: חוק ההסדרה).

177 לעיל ה"ש 162.

178 כך למשל, ראו את דברי שר התקשורת, חבר הכנסת דוד אמסלם "אני מזדעזע מחוות הדעת של מנדלבליט ושל היועץ המשפטי של הכנסת, בגלל שהם יישרו קו עם מלצר" (פרוטוקול

הממשלה מחליטה לקדם חקיקה שהיועץ המשפטי לממשלה סובר שיש מניעה לקדמה על החקיקה לעבור הליך בכנסת; ההליך בכנסת (בעיקר בוועדות) יכול להביא לצמצום הפגיעות החוקתיות, וליועץ המשפטי לכנסת יש תפקיד חשוב בהקשר זה.¹⁷⁹ כמו כן, כפי שיורחב בסעיף הבא בדוגמה של חוק המצלמות, קיומו של יועץ משפטי נוסף ונפרד עשוי להביא לכך שהיועץ המשפטי לכנסת יוסיף טיעון שונה אשר ייתכן שיזכה לאוזן קשבת, גם לאחר שעמדת היועץ המשפטי לממשלה לא התקבלה.

הביקורת השנייה היא, כי דווקא קיומו של יועץ משפטי נפרד לכנסת עלול להחליש את כוחו של היועץ המשפטי לממשלה כשומר סף ולתרום לאובדן כוחו של התפקיד. זוהי טענה שאין להקל בה ראש. אנו מסכימים שיש בסיס לחשש שלפיו מקרים שבהם היועץ המשפטי לכנסת יגן בבג"ץ על חקיקה שהיועץ המשפטי לממשלה טוען בבג"ץ כי יש לבטלה (כפי שקרה בפרשת חוק ההסדרה) עשויים לפגוע במעמדו של היועץ המשפטי לממשלה. לכאורה, לאור זאת שגורם מקצועי ציבורי אחר מצליח להגן על החוק, מצבים מסוג זה יכולים לשרת את מי שטוענים שהיועץ המשפטי לממשלה אינו יכול להטיל וטו על חקיקה אלא לכל היותר להמליץ כגורם מקצועי.¹⁸⁰ עם זאת מקרים אלו הם נדירים מאוד, בעוד שהמקרים שהיועץ המשפטי לכנסת מהווה סנן נוסף ליוזמות לא־חוקתיות נפוצים הרבה יותר. לפיכך האפקט המצטבר של קיומו של יועץ משפטי נוסף בכנסת אמור ככלל להוביל לשמירה חזקה ומקיפה יותר על ערכים חוקתיים ועל זכויות מאשר להחלשתם. יתרה מזאת, אנו סבורים כי קשה לתלות בצורה משמעותית את היחלשות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, כמי שמטיל וטו על חקיקה, בקיומו של יועץ משפטי נפרד לרשות המחוקקת. ההנמקות שנשמעות בשיח הציבורי לא־יקבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בידי הפוליטיקאים מתרכזות בתפיסות של משילות שמשאירה את הכוח להכרעה הסופית בידי נבחרי הציבור.¹⁸¹ ספק רב בעינינו

ישיבה מס' 28, לעיל ה"ש 175, בעמ' 127).

179 ראו למשל בפרשת חוק ההסדרה, לעיל ה"ש 162, את ההליך המתואר של חקיקת החוק בעמדה שהגיש היועץ המשפטי לכנסת מיום 19.9.2017: law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2017/08/bagatz2055-17-hoq-hahasdara-knesset-0917.pdf

180 ראו את דבריה של שרת המשפטים, חברת הכנסת איילת שקד בשיבת הפרידה מעו"ד איל ינון, עת סיים את תפקידו כיועץ המשפטי של הכנסת: "כשרת משפטים היה לי עימות אחד גדול עם הייעוץ המשפטי לממשלה, סביב חוק ההסדרה. הכנסת חוקקה את חוק ההסדרה, וזו הייתה פעם ראשונה ויחידה ממש שבה היועץ המשפטי לממשלה לא הסכים להגן על עמדת המדינה, על עמדת הממשלה והכנסת. ואיל ינון כתב חוות דעת מאוד מקצועית ורצינית והגן על החוק. ובאמת, התפיסה של איל היא שיועץ משפטי צריך להגן על עמדת הדרג הנבחר בצורה מקצועית, בהתאם לחוק. אני חושבת שהיו לנו סיטואציות לא פשוטות, גם חוק דירה שלישית, שאחר כך נפסל בבג"ץ – שידעת להגן עליו בצורה מקצועית ונכונה" (פרוטוקול ישיבה מס' 10 של הכנסת ה-23, 35 (1.4.2020) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 10)).

181 ראו למשל את דבריה של שרת המשפטים, חברת הכנסת איילת שקד בריאיון: "הייעוץ המשפטי, אתה יודע, אני רואה את זה יותר כמו... בעניין הזה כמו עורך דין־לקוח, אנחנו בהחלט מתייעצים, הרבה מאוד פעמים גם מקשיבים ליועץ המשפטי, אבל בסוף כשיש מחלוקת, המילה האחרונה היא של נבחרי הציבור" (ריאיון של ד"ר אביעד בקשי עם איילת שקד, שרת המשפטים האחרונה היא של נבחרי הציבור/kohelet.org.il/publication (26.10.2016) ראיין־עם־שרת־המשפטים־על־תפקיד־הייעוץ־המ).

אם מעמדו הפוליטי והציבורי של היועץ המשפטי לממשלה כיום היה שונה אילולא הוקם מוסד של יועץ משפטי עצמאי לכנסת.

4. היכרות עם "המשחק הפוליטי" בכנסת

היועץ המשפטי לכנסת וצוותו יושבים בכנסת וחלק ניכר מזמנם מוקדש לעבודה מול חברי הכנסת, כך שיש להם היכרות מעמיקה עם הזירה הפוליטית ועם יחסי הכוחות בכנסת. נטען כי היכרות זו מעניקה להם יתרון ביכולת למקסם את האינטרס החוקתי במהלך המשא ומתן בשלב הפרלמנטרי של החקיקה.¹⁸² היועץ המשפטי לממשלה וצוותו אומנם מגיעים לשיבות הוועדות בכנסת ולהיוועצויות, אך מקום מושבם הוא משרד המשפטים.

הדוגמה הבאה ממחישה את הטיעון. בבחירות לכנסת ה-21 נחשף שנציגי הליכוד הגניבו בצורה לא-חוקית מצלמות נסתרות לתוך הקלפי; הם טענו שמטרתם הייתה למנוע פגיעה בטוהר הבחירות, ומנגד נטען שהדבר נועד למעשה להרתיע מצביעים ערביים מלהשתתף בבחירות. בעקבות זאת פנו כמה גורמים ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לקראת הבחירות לכנסת ה-22, שנערכו ביום 17.9.2019, בבקשה שיקבע הנחיות בדבר אפשרות השימוש במצלמות ביום הבחירות ואופן השימוש בהן. ביום 26.8.2020 קבע יושב ראש ועדת הבחירות, השופט מלצר, כי נציגי המפלגות המשמשים חברי ועדת הקלפי ומשקיפים בקלפיות לא יוכלו לצלם בקלפיות. נקבע כי צילום בקלפיות מצריך הסדר בחקיקה.¹⁸³ ביום

182 ישיבות הפרידה מבעלי התפקידים בלשכה המשפטית בכנסת מאפשרות הצצה לטיבם של יחסי העבודה הנרקמים בין היועץ המשפטי לכנסת וחברי הכנסת ולאופי השפעתם של היועצים המשפטיים של הלשכה המשפטית על עבודת חברי הכנסת. ראו כמה דוגמאות: מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 273 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 4, 11 (31.10.2016) (ישיבת ועדה חגיגית לרגל פרישתה של עו"ד סיגל קוגוט) – יושב ראש הוועדה חבר הכנסת ניסן סלומינסקי: "את עוזרת לנו כליך הרבה איך להגיע, איך למצוא את שביל הזהב, את האיוון הנכון שבו יישמרו זכויות הפרט, מצד שני הממלכה תוכל למלא את תפקידיה אם זה בביטחון, אם זה באלימות, אם זה בכל תחום אחר". חבר הכנסת דב חנין: "הכנסת היא זירה מסובכת ומורכבת. בינינו, חברי הכנסת, יש ויכוחים, ולהיות יועץ משפטי טוב זו לא רק יכולת מקצועית, זה הרבה פעמים לא רק אומנות אלא זו אמנות, והיא הייתה אומנית ביכולת הזאת"; מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 10, לעיל ה"ש 180 (פרידה מעו"ד איל ינון, היועץ המשפטי של הכנסת) – חבר הכנסת אמיר פרץ: "יצרת את המושג Officer of the Parliament, ולהרבה מאוד אנשים שיצטרפו להחליף אותך יש מה ללמוד, איך אפשר לשמור על איזונים נכונים במקום שבו הכול פוליטי"; חבר הכנסת עודד פורר: "תמיד היה טוב להיכנס אצלך לחדר, לסגור את הדלת ולדעת שמה מתייעצים איתך נשאר בהתייעצות איתך. אני חושב שזאת גדולה של עורך דין בוודאי, אבל קל וחומר של יועץ משפטי בבניין כזה, כל כך מורכב, כשאתה צריך לתת שירות לכל כך הרבה זרמים ולכל כך הרבה סיעות ולכל כך הרבה דעות ולכל כך הרבה כיוונים, כשכל אחד מושך לכיוון שלו".

183 הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 73) (תיעוד חזותי או קולי בקלפיות), התשע"ט-2019, ה"ח הממשלה 278 (להלן: הצעת חוק הבחירות לכנסת; חוק המצלמות); "הצ"ח הבחירות לכנסת (תיקון מס' 73) (תיעוד חזותי או קולי בקלפיות), התשע"ט-2019" (חזות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, 8.9.2019) (להלן: חזות דעת של היועץ המשפטי לכנסת).

29.8.2020 פורסם תזכיר חוק ממשלתי להערות הציבור תחת הכותרת "הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 73) (תיעוד חזותי או קולי בקלפיות), התשע"ט-2019". הצעת החוק כונתה בתקשורת "חוק המצלמות". ההצעה קבעה "שיינתן מרחב שיקול דעת לחברי ועדות הקלפי לבצע תיעוד חזותי או קולי בקלפי שבה הם חברים אם סברו כי יש בכך כדי לקדם את טוהר הבחירות או להפחית את הסיכוי לביצוע עבירות לפי חוק זה".¹⁸⁴ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית הביע את התנגדותו לחקיקת הבזק של החוק, וביום 6.9.2020 פרסם היועץ המשפטי לממשלה חוות דעת שקבעה מפורשות כי קמה מניעה משפטית לאישור הצעת החוק. היועץ המשפטי לממשלה אף כתב כי יתייצב אישית בישיבת הממשלה כדי להסביר את עמדתו, שהתבססה על חשש מפגיעה בתקינות הבחירות ומפגיעה בפרטיות.¹⁸⁵ חרף חוות דעת נחרצת זו החליטה הממשלה להתקדם בהליך חקיקת החוק. בשלב זה היה נראה כי הצעת החוק תזכה לרוב בכנסת, שכן יושב ראש מפלגת ישראל ביתנו הודיע שיתמוך בהצעת החוק של הממשלה.¹⁸⁶

ביום 8.9.2020 פרסם היועץ המשפטי לכנסת חוות דעת הקובעת כי הצעת החוק מגיעה כדי אי-חוקתיות, אך כלל בה בין היתר נימוק מקורי שלא הופיע בעמדת היועץ המשפטי לממשלה. לפי חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, אי-החוקתיות נובעת גם מן היתרון שהצעת החוק מעניקה למפלגה אחת (הליכוד) על יתר המפלגות.¹⁸⁷ עוד קבע היועץ המשפטי לכנסת, כי יידרש רוב של 61 חברי כנסת בשלוש קריאות כדי לאשר את החוק (בניגוד לעמדת שר המשפטים אמיר אוחנה וגורמים בליכוד שטענו כי די ברוב רגיל).¹⁸⁸ למוחרת הודיע יושב ראש מפלגת ישראל ביתנו, אשר יום קודם לכן הביע תמיכה בהצעת החוק, כי הוא אינו תומך בהצעה, תוך שהוא מעלה נימוק שמתכתב עם נימוקו של היועץ המשפטי לכנסת בדבר היתרון שהצעת החוק מעניקה לליכוד על פני ישראל ביתנו.¹⁸⁹ בסופו של דבר, נוכח השינוי בעמדת ישראל ביתנו, עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה ברוב של 58 חברי כנסת; ואילו יושב ראש הכנסת, אשר קיבל את עמדת היועץ המשפטי לכנסת כי נדרש רוב של 61 חברי כנסת, הודיע בתום ההצבעה כי ההצעה לא אושרה.¹⁹⁰

-
- 184 מתוך דברי ההסבר להצעת חוק הבחירות לכנסת, לעיל ה"ש 183, בעמ' 278.
- 185 דולב, לעיל ה"ש 175; שניידר "היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לחוק המצלמות", לעיל ה"ש 175.
- 186 אריאל כהנא ויאיר אלטמן "חוק המצלמות יובא היום לאישור הממשלה; ליברמן: נתמוך בחוק" **ישראל היום** 8.9.2019 www.israelhayom.co.il/article/690129.
- 187 חוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, לעיל ה"ש 183.
- 188 יהונתן ליס "עיימות חריג בין נתניהו לאיימן עודה בדיון על חוק המצלמות" 11.9.2019 www.haaretz.co.il/news/elections/1.7831678.
- 189 "לא יכול להיות שהפיקוח יתקיים על ידי מיליציות של נתניהו. אם רוצים לפקח אנחנו נהיה בעד אבל אם רוצים לשבש את הבחירות אנחנו נתנגד. מי שצריך לפקח זה ועדת הבחירות. לא נתניהו. לנתניהו יש יכולת כי יש לו 40 מנדטים. לנו יש רק חמישה" (אבי כהן "הזיגוג של ליברמן: אתמול – בעד חוק המצלמות, הבוקר – נגד" **ישראל היום** 9.9.2019 www.israelhayom.co.il/article/690563).
- 190 יהונתן ליס "הליכוד לא השיג רוב של 61 בעד חוק המצלמות; האופוזיציה החרימה את ההצבעה" **ישראל היום** 11.9.2019 www.haaretz.co.il/news/elections/1.7832729.

מקרה זה מדגים את יתרונו של היועץ המשפטי לכנסת כמי שפועל בתוך הכנסת ומכיר היטב את הכוחות הפועלים בה, וכך יכול להציע נימוקים שחברי הכנסת עשויים לקבל בסבירות גבוהה יותר. בעוד שבאקלים הפוליטי שקדם לסבב הבחירות השני של שנת 2019 טיעונים שלפיהם הצעת החוק סותרת את עמדת הגורמים המקצועיים או עלולה לפגוע בזכויות היו אפקטיביים פחות, הרי טיעונים שלפיהם החוק פוגע במפלגות עצמן וביכולתן להתחרות בבחירות פונים ישירות לאינטרס אישי ומידי של חברי הכנסת: סיכוייהם להיבחר. נוכח השתלשלות העניינים שתוארה לעיל – השינוי בעמדת יושב ראש ישראל ביתנו למוחרת חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת והקרבה שבין הנימוק שנתן לכך לבין הטיעון שבחוות הדעת – יש יסוד סביר להניח שטיעונו של היועץ המשפטי לכנסת מצא אוזן קשבת. מכל מקום, אף אם אין ודאות שטיעונו של היועץ המשפטי לכנסת בדבר השוויון בין המפלגות הוא שהשפיע על עמדת ישראל ביתנו, אין ספק שקביעת היועץ המשפטי לכנסת שהצעת החוק דורשת רוב של 61 חברי כנסת היא שהכריעה את גורלה של הצעת החוק. מקרה זה מדגים, כיצד השילוב בין יכולתו של היועץ המשפטי לכנסת להעלות טיעונים סובסטנטיביים שיזכו לאוזן קשבת לבין המעמד שבו זוכה עמדתו במישור הפרוצדורה הפרלמנטרית מעניק ערך ומשמעות לתפקיד, שספק אם יכולים להיות ליועץ משפטי חיצוני לכנסת.

5. גורם מקצועי נוסף המושפע ממערך אינטרסים שונה

מערך האינטרסים שאליו נדרשים אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה, כמי שמייצעים לרשות המבצעת, שונה מזה של אנשי היועץ המשפטי לכנסת, המייצגים אינטרס מוסדי של הכנסת כגורם המבקר את הרשות המבצעת. למרות האתוס המשותף לכל המשפטנים בשירות הציבורי, כאשר מערך האינטרסים הוא שונה, נקודת האיזון הרצויה בעיני היועצים המשפטים השונים בתהליך החקיקה עשויה להיות שונה מהותית ביניהם; ובמקרה שהחוק נתקף לאחר חקיקתו בבג"ץ, היא עשויה להיות שונה מזו שאליה יגיע בית המשפט. אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה נדרשים להגיע להסכמות – כל עוד אין מדובר במניעה משפטית – עם המשרד היוזם את החקיקה ועם השר העומד בראשו, המעוניינים להגשים באמצעות החקיקה מדיניות ממשלתית כלשהי בתחום אחריותם ומומחיותם.¹⁹¹ לעומתם, אנשי היועץ המשפטי לכנסת אינם מחויבים לקדם את האינטרסים של הרשות המבצעת, ולכן הם חופשיים להציע חלופות אחרות אשר יפחיתו את הפגיעה של החקיקה בזכויות אדם תוך הקפדה על הליך חקיקה תקין. מעבר לאפשרות להציע חלופות אחרות, יש ערך למעבר הקפדני של גורם מקצועי חיצוני על חקיקה, אשר על פי רוב אינה פשוטה ודורשת תשומת לב להיבטים רבים ולמקרי קצה: הוא מאפשר תיקון טעויות – לעיתים גם מהותיות, עד כדי פגיעה בזכויות אדם – שיכול שיקרו במהלך ניסוח החקיקה. טיעון זה בדבר החשיבות של בדיקה כפולה של חוקתיות דומה במהותו להצדקת הצורך בביקורת שיפוטית על חקיקה.¹⁹² יתרה מזאת,

191 על תהליך העבודה שבין אנשי מחלקת ייעוץ וחקיקה והיועצים המשפטים של המשרדים השונים, ראו המדריך הפנימי, לעיל ה"ש 154.

192 Ittai Bar-Siman-Tov, *The Role of Courts in Improving the Legislative Process*, 3 THEORY & PRAC. LEGIS. 295 (2015); Richard H. Fallon, *The Core of An Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).

יהיו מקרים שסוג או אופי החקיקה יציבו בצורה ברורה את האינטרס המוסדי של הממשלה מול האינטרס המוסדי של הכנסת.

כדי להדגים את ההצדקות הללו נביא את המקרה של חוק ההסדרים באופן כללי ואת הדוגמה שלעיל באשר לחקיקת מס על ריבוי דירות. תומכי מנגנון החקיקה של חוק ההסדרים (לרבות הייעוץ המשפטי של משרד האוצר ובמידה מסוימת גם הייעוץ המשפטי לממשלה) משקפים איזון שנוטה לטובת חקיקה מהירה במטרה להשיג יעדי מדיניות שקבע משרד האוצר, תוך ויתור על הליכי חקיקה סדורים. מנגנון זה משמש כלי "משילות" של הממשלה כאמצעי להתגבר על התנגדויות בכנסת למדיניות הממשלה וכאמצעי למנוע ביקורת פרלמנטרית אפקטיבית.¹⁹³ היועץ המשפטי לכנסת משמש במקרים כגון אלו בלם מאזן אחרון לפני החקיקה ושומר על מעמדה של הכנסת מול הממשלה.¹⁹⁴ כך, בעמדתם באשר לחוקי ההסדרים מצויים לעיתים קרובות הייעוץ המשפטי לכנסת מזה והייעוץ המשפטי לממשלה ולמשרד האוצר מזה משני עברי המתרס.¹⁹⁵

הדוגמה של חוקי ההסדרים, לרבות בנושא חוק מס ריבוי דירות, מדגימה נקודה נוספת ורחבה יותר: אומנם לאנשי הייעוץ המשפטי לממשלה ולאנשי הייעוץ המשפטי לכנסת אתוס משותף ומטרה משותפת להגן על שלטון החוק, אולם לכל אחד מהם גם אתוס מערכתי-מוסדי, שלפיו תפקידם הוא לקדם את האינטרס המוסדי של הרשות שאליה הם משתייכים. מרכיב זה של מחויבות לכנסת כמוסד ולהגנה על מעמדה של הכנסת הוא מרכיב מרכזי מאוד בזכות של אנשי הייעוץ המשפטי לכנסת. נקודה זו מובילה לטיעון שבפרק הבא בדבר חשיבותו של היועץ המשפטי לכנסת בהגנה על האינטרסים המוסדיים של הכנסת.

ה. חשיבותו המוסדית של היועץ המשפטי לכנסת במציאות הפרלמנטרית הנוכחית

ההצדקה המרכזית שהועלתה במהלך הדיון על חקיקת החוק שעיגן את מעמדו של היועץ המשפטי לכנסת הייתה כי הוא יחזק את מעמדה המוסדי של הכנסת.¹⁹⁶ לכאורה ניתן לטעון,

193 נחמיאס וקליין חוק ההסדרים, לעיל ה"ש 120, בעמ' 7 (חוק ההסדרים הוא "מכשיר שלטוני ייחודי המסייע לממשלה לזרז הליכי חקיקה, להתגבר על מכשולים פרלמנטריים, לזיזם ולהביא להשלמתן של פעולות חקיקה בלא דיון שיטתי, פיקוח ובקרה הולמים"); הלכת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 61 (מדובר במנגנון חקיקה "המשמש את הממשלה כאמצעי להתגבר על מכשולים פרלמנטריים" (ובמילים אחרות, להימנע מביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על יוזמות החקיקה של הממשלה)).

194 שניידר "הממשלה מסכנת את הכנסת", לעיל ה"ש 3.

195 זרחה "בג"ץ דירה שלישית", לעיל ה"ש 150. כך למשל, איל ינון ושגית אפק מן הייעוץ המשפטי לכנסת הם מתנגדים בולטים ופומביים לחוקי הסדרים (ראו למשל את דברי עו"ד ינון בהקשר זה אצל ליס "דמות מפתח בעיצוב הרמוקרטיה בישראל", לעיל ה"ש 3), בעוד שהמשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אבי ליכט, והיועץ המשפטי למשרד האוצר, אסי מסינג, מגינים בעוז בפומבי על מנגנון חקיקה זה. כך עלה למשל בהרצאות פומביות במסגרת כנס בנושא חוק ההסדרים שנערך באוניברסיטת בר-אילן ביום 2.1.2019.

196 ראו לעיל פרק ב.

שכיוון שתנאי הרקע המרכזיים לחקיקה – הבחירה הישירה לראשות הממשלה ועיגונה בחוק יסוד: הממשלה – בוטלו מאז, הרי נחלשה גם ההצדקה למהלך המאזן שהתקבל בדמות יועץ משפטי עצמאי לכנסת. אולם בפרק זה נטען, שהצדקה בדבר הצורך לחזק את מעמדה המוסדי של הכנסת נכונה היום ביתר שאת. בהתבסס על ניתוח המציאות הפרלמנטרית הנוכחית נטען, כי ישנן כמה התפתחויות אשר מגבירות את חשיבותו של היועץ המשפטי לכנסת כגורם עצמאי המגן על הכנסת כמוסד ועל עצמאותה מול הממשלה.

1. הליך החקיקה בישראל – אי-הסדרה וביקורת שיפוטית

בישראל אין הסדרה חוקתית (או אף חקיקתית) של דיני החקיקה. כמעט כל היבטיו של הליך החקיקה, לרבות הסדרים מהותיים, מוסדרים בתקנון הכנסת.¹⁹⁷ יתרה מזאת, רבים מן ההסדרים בתקנון מאפשרים לכנסת לסטות מהם, ובאופן כללי מטילים הגבלות מועטות על המחוקק.¹⁹⁸

להסדרת דיני החקיקה כמה תכליות. בראש ובראשונה, דיני החקיקה ממלאים פונקציה מוסדית הכרחית של יצירת כללי משחק שיאפשרו לכנסת לתפקד ולחוקק, חרף היותה מוסד רב-משתתפים. זאת ועוד, דיני החקיקה ממלאים פונקציות כגון אלה: ריסון המחוקק (ובפרט הקואליציה והרוח הפרלמנטרי) ויצירתה של מערכת פנימית של איזון ובקרה בהליך החקיקה; יצירת תנאים לכך שהחקיקה תהיה תולדה של פשרות בין כל הגורמים המעורבים בחקיקה ויעלה הסיכוי לקבלתה של חקיקה מתונה, שאינה מבטאת עמדות קיצוניות; עיצוב הליך חקיקה שיתרום לטיוב איכות החקיקה שתתקבל; הבטחה שהחקיקה תתקבל בהליך דמוקרטי הוגן (לרבות הגנה על זכויות כל חברי הכנסת – מן הקואליציה ומן האופוזיציה כאחד – להשתתף בהליך).¹⁹⁹

ההסדרה החסרה של דיני החקיקה בישראל מובילה להיעדר ריסון מספק של המחוקק ובפרט של הממשלה כיוזמת וכמקדמת הצעות חוק ממשלתיות, וכן להליכי חקיקה שאין כל הבטחה לאיכותם ולתקינותם.²⁰⁰ בדומה לכך חסרה גם הסדרה חוקתית של זכויותיהם הפרלמנטריות של חברי הכנסת, לרבות בהליך החקיקה.²⁰¹ ההסדרה החסרה של דיני החקיקה בישראל ואי-היכולת לשנות מציאות זו באמצעות חקיקת חוק יסוד: החקיקה²⁰² יוצרת

197 איתי בר-סימן טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז' 645, 649 (2016) (להלן: בר-סימן טוב "דיני החקיקה").

198 שם. ראו גם הלכת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 61, פס' 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ("הנהגה כ"כ"), תקנון הכנסת מעניק גמישות רבה למחוקק בהליך החקיקה תוך שהוא קובע הגבלות מעטות על מהירות הליך החקיקה ועל זהות הוועדות שידונו בהצעת החוק, שאף מהן מאפשר הוא סטייה על-פי החלטת ועדת הכנסת").

199 בר סימן טוב "דיני החקיקה", לעיל ה"ש 197, בעמ' 663-672.

200 שם.

201 סוזי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" משפט וממשל י' 593, 610-611 (2007).

202 החל משנת 1975 היו ניסיונות רבים בישראל לחקיקתו של חוק יסוד: חקיקה אשר יסדיר את הליכי החקיקה בישראל, אך ללא הצלחה.

חשיבות רבה ליועץ משפטי לכנסת, אשר יבטיח את תקינותם של הליכי החקיקה ויגן על מעמדה של הכנסת ועל זכויותיהם של חברי הכנסת.

אִי־ההסדרה המתמשכת של דיני החקיקה בישראל מובילה יחד עם גורמים נוספים להתפתחות ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה בשני העשורים האחרונים. כאשר עוגן מעמדו העצמאי של היועץ המשפטי לכנסת בשנת 2000 הייתה הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מצומצמת, והאפשרות שאי פעם תופעל בפועל נראתה רחוקה ותיאורטית.²⁰³ מאז היו שתי התפתחויות חשובות. ראשית, פסק הדין בעניין מגדלי העופות משנת 2004 הרחיב בצורה ניכרת לא רק את היקף הביקורת השיפוטית, אלא גם את התפיסה באשר להיקפם של דיני החקיקה. בפסק הדין נקבע כי הליך החקיקה נשלט לא רק באמצעות דיני החקיקה החרותים, אלא גם באמצעות עקרונות יסוד לא־כתובים שבהם הכיר בית המשפט.²⁰⁴ שנית, בעניין קוונטינסקי הרחיב בית המשפט את משמעותו של אחד העקרונות הללו – עקרון ההשתתפות – ולראשונה הפך את האפשרות שבית המשפט יפסול חוק בשל פגמים בהליך החקיקה מאפשרות תיאורטית לאפשרות שהתממשה בפועל.²⁰⁵

על רקע התפתחויות אלו בפסיקה הפך תפקידו של היועץ המשפטי לכנסת כממונה על תקינות הליך החקיקה לחשוב אף יותר. הסכנה שפגמים בהליך החקיקה יביאו לביטול החוק הקנתה "שיניים" לתפקידו זה והגבירה את ההרתעה;²⁰⁶ וחשוב לא פחות מכך, היועץ המשפטי לכנסת הפך לגורם מתווך חיוני במערכת היחסים שבין בית המשפט לכנסת. בעיקר נוכח ההכרה השיפוטית בכך שלא רק כללי התקנון הם המחייבים אלא גם עקרונות יסוד מופשטים, גבר הצורך ביועץ משפטי עבור חברי הכנסת אשר יתרגם עבורם את פסק הדין ויבהיר את משמעותו האופרטיבית עבורם בהליך החקיקה. דוגמה טובה לכך היא דבריו של חבר הכנסת יעקב ליצמן בעקבות פסק הדין בעניין מגדלי העופות: "מה שחסר לי פה, לדעתי זה חסר להרבה אחרים כאן – אני לא יודע בדיוק מה בג"ץ אמר, ואני אומר את זה לא כצחוק. כיושב־ראש ועדה זמני אני צריך לדעת בדיוק מה אמר הבג"ץ, לכן אני מבקש שיבהירו לפי פסיקת בג"ץ, מה כן ומה לא. אחר־כך אבקש שהיועצת המשפטית תגיד לי, מה אני חייב לפי הבג"ץ הזה, ומה אסור לי לעשות".²⁰⁷ מובן שגבר גם הצורך בתפקידו של היועץ המשפטי כמתווך של עמדת הכנסת בפני בית המשפט בעת דיונים בעתירות נגד תקינות הליך החקיקה. זאת ועוד, התפתחות זו בביקורת השיפוטית על הליך החקיקה מגבירה את חשיבותו של היועץ המשפטי לכנסת גם במישור היחסים שבין הכנסת לממשלה, כפי שיובהר בהמשך.

הן פסק הדין בעניין מגדלי העופות והן פסק הדין בעניין קוונטינסקי עסקו בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה בהקשר של חוק ההסדרים. חוק ההסדרים הוא אחת הזירות המרכזיות במאבק המוסדי שבין הממשלה לכנסת, שכן מדובר במנגנון חקיקה "המשמש את

203 ראו למשל, בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 35 (1998); בר־סימן־טוב "מהפכה או המשכיות?", לעיל ה"ש 61, שם.

204 הלכת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 61.

205 בג"ץ קוונטינסקי, לעיל ה"ש 14.

206 זרחיה "בג"ץ דירה שלישיית", לעיל ה"ש 150; ראו לעיל פרק ג.

207 פרוטוקול ישיבה מס' 3 של הכנסת ה־17 (17.5.2006).

הממשלה כאמצעי 'להתגבר על מכשולים פרלמנטריים' (ובמילים אחרות, להימנע מביקורת פרלמנטרית אפקטיבית על יוזמות החקיקה של הממשלה).²⁰⁸ השימוש בחוק ההסדרים החל אומנם כחמש עשרה שנים לפני חקיקת פרק היועץ המשפטי לכנסת; אולם עד לפסק הדין בעניין מגדלי העופות הייתה ההנחה שאין מגבלה משפטית על השימוש בחוקי הסדרים, שכן תקנון הכנסת ודיני החקיקה החרותים אינם מונעים זאת.²⁰⁹ לפיכך התפייסה המקובלת הייתה, כי היועצת המשפטית לכנסת יכולה להפציר בכנסת שלא להשתמש שימוש מופרז או לא־ראוי בחוקי ההסדרים, אך עמדתה היא אך בגדר המלצה שהתעלמות ממנה אינה עשויה להביא לבטלות החוק.²¹⁰ פסקי הדין בעניין מגדלי העופות וקוונטיסנקי, שהרחיבו את דיני החקיקה מעבר לדין החרות, יצרו מגבלות משפטיות אכיפות על הליך חקיקת חוקי ההסדרים. בכך תרמו פסקי הדין להפיכתו של היועץ משפטי לכנסת לשחקן מפתח במאבק הכנסת מול הממשלה סביב חוקי ההסדרים. נוסף לתפקידו בנוגע לחוקי ההסדרים בעת הליך החקיקה, ולאחר מכן בפני בג"ץ,²¹¹ נוצרה פרקטיקה שלפיה היועץ המשפטי לכנסת משמש זורעו הארוכה של יושב ראש הכנסת במשא ומתן מול הממשלה ומשרד האוצר על היקף חוק ההסדרים, עוד קודם להנחתו על שולחן הכנסת.²¹²

2. תפקידה של הכנסת בבחינת חוקתיות והגנה על זכויות בהליך החקיקה

המהפכה החוקתית קדמה אומנם במעט לעיגונו של מוסד היועץ המשפטי לכנסת, אולם בשנים האחרונות גוברת בעולם התוכנה כי האחריות לביקורת חוקתית אינה מוגבלת לבית המשפט, וכי גם לפרלמנט יש תפקיד – ואף חובה – לבחון את שאלת חוקתיות החוק.²¹³

208 הלכת מגדלי העופות, לעיל ה"ש 61, בעמ' 36-37; ראו לעיל פרק ד.

209 שם, בעמ' 32.

210 שם.

211 ראו לעיל פרק ג.

212 זרחה "בג"ץ דירה שלישית", לעיל ה"ש 150.

213 THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE 213

(Richard W. Bauman & Tsvi Kahana eds., 2006); JANET L. HIEBERT & JAMES B. KELLY, PARLIAMENTARY BILLS OF RIGHTS (2015); Janet L. Hiebert, *Parliamentary Engagement with the Charter: Rethinking the Idea of Legislative Rights Review*, 58 SUPREME COURT L. REV. 87 (2012); PARLIAMENTS AND HUMAN RIGHTS: REDRESSING THE DEMOCRATIC DEFICIT (Murray Hunt, Hayley J. Hooper & Paul Yowell eds., 2015); CONGRESS AND THE CONSTITUTION (NEAL DEVINS & KEITH E. WHITTINGTON EDS., 2005); J. MITCHELL PICKERILL, CONSTITUTIONAL DELIBERATION IN CONGRESS: THE IMPACT OF JUDICIAL REVIEW IN A SEPARATED SYSTEM (2004); Gabrielle Appleby & Anna Olijnyk, *Parliamentary Deliberation on Constitutional Limits in the Legislative Process*, 40 U.N.S.W.L.J. 976 (2017); Russ Feingold, *Obligation of Members of Congress to Consider Constitutionality While Deliberating and Voting: The Deficiencies of House Rule XII and a Proposed Rule for the Senate*, 67 VAND. L. REV. 837 (2014); Michael C. Dorf, *Fallback Law*, 107 COLUM. L. REV. 303-373 (2007).

תובנה זו מתפתחת אף בישראל.²¹⁴ אכן, חובה זו נובעת גם מחוקי היסוד עצמם. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעים, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".²¹⁵ חובה זו לכבד את הזכויות החוקתיות חלה גם על הכנסת בעת שהיא מחוקקת חוקים.²¹⁶ לפיכך על הכנסת לבחון באופן עצמאי את החוקתיות של הצעות החוק שהיא דנה בהן בהליך החקיקה,²¹⁷ ולבחון חלופות מידתיות אשר יצמצמו את הפגיעה בזכויות.²¹⁸

הדגש בתובנות שהתפתחו בספרות הוא על בחינה עצמאית של הפרלמנט באשר לחוקתיות החוק ולא כזו המסתמכת על בחינת הרשות המבצעת, מכמה הנמקות. ראשית, בחינה עצמאית מאפשרת שינויים של הצעות חוק ממשלתיות שאינן עומדות בדרישת החוקתיות עוד בטרם הן נחקקות – בניגוד לביקורת חוקתית של בתי המשפט – כחלק מתפקיד הפרלמנט כמפקח על הרשות המבצעת.²¹⁹ שנית, תהליך הבחינה הפרלמנטרי של חוקתיות הצעת חוק מתבצע בשקיפות, במסגרת דיוני הפרלמנט, בניגוד להליך שמתבצע ברשות המבצעת אשר אינו חשוף לציבור.²²⁰ שלישית, בדיון הפרלמנטרי בחינת החוקתיות מערכת נקודות מבט של מיעוטים וקולות של מתנגדים, המעריכים בצורה שונה את תכלית החקיקה המוצעת ולכן גם את הלגיטימיות של פגיעה חוקתית אפשרית עקב קבלת החקיקה המוצעת.²²¹ נוכח אחריות זו של המחוקק לבחון חוקתיות ולגבש עמדה עצמאית בנוגע לחוקתיות של הצעות החוק שהממשלה מגישה, כמו גם את חוקתיותן של הצעות חוק פרטיות (שעליהן יורחב בהמשך), גובר הצורך ביעוץ משפטי עצמאי לכנסת, אשר אינו מסתמך על מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים. ייעוץ עצמאי לכנסת מאפשר לחברי הכנסת גישה ישירה לחוות דעת משפטית בשאלות ספציפיות הנוגעות לחוקתיות חקיקה מנקודת מבטם של מי שהם מייצגים, ללא חשש מפני ניגוד עניינים הקיים בהיוועצות מול מחלקת ייעוץ וחקיקה, אשר בסופו של דבר אמונה על קידום החקיקה שהממשלה מבקשת להעביר.

214 רוזנאי, לעיל ה"ש 31; אהרן ברק מידתיות במשפט 467-469 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); נדיב מרדכי, משה אוסטרובסקי ומרדכי קרמניצר החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2014); נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס מדרוך למחוקק (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

215 כנוסחו של ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לסעיף המקביל בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ראו ס' 5 לחוק היסוד.

216 טענתנו כאן היא טענה צנועה, ולפיה פסקת הכיבוד מטילה חובה על הכנסת לבחון את הפגיעות בזכויות כאשר היא מחוקקת חוקים. לצורך מאמר זה איננו מביעים עמדה בשאלה אם ועד כמה פסקת הכיבוד מטילה על הכנסת חובות נוספות, כגון חובה חיובית לחוקק (ואם ועד כמה חובות אלו הן אכיפות בבית המשפט). ראו אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש, לעיל ה"ש 17, 413, בעמ' 432-435; רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים 685, 675 (2017).

217 רוזנאי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 210-214.

218 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 214, שם.

219 רוזנאי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 211.

220 Olijnyk & Appleby, לעיל ה"ש 213, בעמ' 979.

221 שם.

3. עליית החקיקה הפרטית

בעשורים האחרונים יש עלייה דרמטית בשיעור הצעות החוק הפרטיות המונחות על שולחן הכנסת, וכך גם כמות ההצעות שמצליחות להפוך לחוקים עלתה.²²² תופעת ריבוי החקיקה הפרטית מעוררת יחס אמביוולנטי. מצד אחד ניתן לראות בחקיקה הפרטית יזמות פוליטית מבורכת, תופעה חיובית שתרמה לעיצוב המדיניות החברתית-כלכלית בישראל, והתגברותה נבעה מריק בייזום חקיקה בנושאים אלו בידי הממשלה.²²³ מן הצד האחר, תופעת ריבוי החקיקה הפרטית מובילה לזילות במעמדן ובערכן של הצעות חוק פרטיות ושל ההליך החקיקתי, משום שהיא מציפה את ועדות הכנסת וגורמת לעיכוב בדיון ברפורמות ממשלתיות,²²⁴ בפרט כאשר השימוש בחקיקה פרטית הוא כמכשיר לפרסום אישי של חברי כנסת.²²⁵

התעצמותה של החקיקה הפרטית והפיכתה לכלי פרלמנטרי עבור חברי הכנסת – הן מן הקואליציה והן מן האופוזיציה – מדגישה את הצורך האינהרנטי בצוות משפטי מיומן לצידם. חקיקה ממשלתית מתחילה את דרכה מחוץ לכנסת, ועיקרי החקיקה ומבנה החקיקה נקבעים ברובם בידי גורמי מקצוע האמונים על התחום ועל כתיבת חקיקה מחוץ לכנסת; חקיקה פרטית לעומתה נבחנת לעיתים לראשונה בידי משפטנים רק כאשר היא מוגשת למזכיר הכנסת והוא מעביר אותה ללשכה המשפטית.²²⁶ הלשכה המשפטית מחויבת לשורה של בדיקות בטרם הצעת חוק יכולה להיות מונחת: האם החקיקה נדרשת? האם מקומו של ההסדר המוצע הוא בחקיקה ראשית, האם בחוק קיים או בחוק חדש? האם הצעת החוק משפיעה על חוקים אחרים? האם יש צורך בעדכון חוקים נוספים? האם ההצעה מעוררת שאלות חוקתיות? האם ההצעה היא גזענית או האם היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? האם הניסוח של ההצעה ושל דברי ההסבר הוא תקין?²²⁷ בכנסת העשרים נערכו בדיקות אלו בנוגע ל-5,997 הצעות חוק פרטיות שהונחו.²²⁸

זאת ועוד, התעצמותה של החקיקה הפרטית מביאה עימה יוזמות חקיקה רבות, לרבות כאלו שמעוררות קשיים חוקתיים גדולים.²²⁹ מכיוון שהצעות אלו הן הצעות חוק פרטיות, מטבע הדברים הן אינן עוברות את אותם מנגנוני הסינון והפיקוח המשפטי של הצעות חוק

222 פרידברג, לעיל ה"ש 67, בעמ' 564.

223 גלינור ובלאנדר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 176; מאור, לעיל ה"ש 67, בעמ' 393.

224 פרידברג, לעיל ה"ש 67, בעמ' 566.

225 גלינור ובלאנדר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 170.

226 על האופן שבו נבחנת הצעת חוק פרטית בלשכה המשפטית של הכנסת, ראו הכנסת הלשכה המשפטית הליך החקיקה (2016) / m.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Documents/Explanation2.pdf.

227 שם, בעמ' 3.

228 הכנסת הלשכה המשפטית חקיקה בכנסת העשרים בראי שבעים שנות חקיקה במדינת ישראל – נתונים ומגמות (2019) / main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/documents/Kn20Legislation.pdf.

229 ראו עמיר פוקס, דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר חקיקה אנטי-דמוקרטית בכנסת ה-18 (2013–2009) (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

ממשלתיות (אם כי מובן שעליהן לעמוד במשוכה הגבוהה והמשמעותית של ועדת השרים לענייני חקיקה, שעליה יורחב בהמשך).²³⁰ במציאות זו יועץ משפטי עצמאי של הכנסת, הגם שאין בכוחו להטיל וטו על קידום יוזמות חקיקה לא-חוקתיות, יכול להצביע על הקושי הגדול שבהצעות אלה ולהשפיע על האיזונים המוכנסים להצעות חוק המעוררות קושי במישור החוקתי.²³¹

4. חולשת הכנסת מול הממשלה

המציאות הפרלמנטרית בישראל רחוקה מהתיאוריה הפרלמנטרית שלפיה כוחה של הממשלה נגזר מן הפרלמנט שממנה אותה ובאמצעות הצבעת אמון או אי-אמון יכול לפקח עליה. בפועל בישראל הממשלה שולטת ברוב הפרלמנטרי, ולמעשה זוכה אוטומטית כמעט בתמיכת הרוב בפרלמנט לפעולותיה.²³² ישנו היפוך יוצרות, ובמקום שהממשלה תהיה סוכנת הביצוע של הכנסת, הכנסת הופכת להיות סוכנת החקיקה של הממשלה.²³³ כוח החקיקה עובר מהכנסת לממשלה.

230 כאשר מוחלט להעלות הצעה לוועדת שרים לענייני חקיקה, מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים מכינה חוות דעת בדבר עמדת משרד המשפטים ועמדת היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להצעת החוק לוועדת שרים לענייני חקיקה. ראו דוח פעילות ייעוץ וחקיקה, לעיל ה"ש 155.

231 ראו למשל את המקרה של הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 16) (הערפת מי שסיים שירות סדיר), התשע"א-2011, ה"ח 391, אשר אושרה בידי ועדת שרים לענייני חקיקה ועברה לקריאה טרומית. הצעת החוק ביקשה לקבוע עדיפות בקבלה לעבודה בשירות המדינה לאנשים אשר סיימו שירות סדיר. "הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – אפליה מתקנת), התש"ע-2009" (חוות דעת של היועץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, 20.5.2011), שהוגשה לחברי הוועדה לקראת הכנה לקריאה ראשונה, מצביעה מפורשות על קושי בחוקיות ההצעה: "קביעת תנאים העלולים להביא לכך שאנשים לא יתקבלו לשירות המדינה מחמת איפיונים שאין להם שליטה עליהם ושקשה לשנותם, עלולה להביא לפגיעה בכבוד האדם המוגן בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (גם אם זו לא מטרת ההצעה אלא רק תוצאתה)". בסופו של דבר ההצעה נגנזה, ולא עלתה להצבעה לקריאה ראשונה. דוגמה אחרת להשפעה על האיזונים שמוכנסים להצעת החוק היא המקרה של חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, חוק שעסק בוועדות קבלה לישובים קהילתיים. ראו את האיזונים הרבים המוצעים בנוסח שהייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט העלה: הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים בגליל ובנגב), התש"ע-2009 (נוסח לדיון, 8.6.2010, פורסם באתר ועדת חוקה, חוק ומשפט <https://fs.knesset.gov.il/18/> Committees/18_cs_bg_332008.doc).

232 יגאל מרזל "חובת האמון של הממשלה כלפי הכנסת" חובות אמון בדין הישראלי 186 (רות פלאטו-שנער ויהושע שגב עורכים, 2016). לטענה שלפיה הכנסת בישראל היא חזקה על הנייר אך חלשה בפועל ראו גם: Reuven Hazan and Chen Friedberg, *The Legislative Branch in Israel*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF ISRAELI POLITICS AND SOCIETY* (A Dowty, R Hazan, M Hofnung, eds, 2018).

233 עמיר פוקס ומרדכי קרמיניצר ביזור סמכויות ולא הפרדת רשויות – על מניעת כוח מוחלט מרשויות השלטון 91-92 (מחקר מדיניות 133, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019). יצוין שיש

שליטת הממשלה בחקיקה מושגת באמצעות שני כלים עיקריים: ועדת שרים לענייני חקיקה והמשמעת הקואליציונית אשר לה מתחייבות מפלגות הקואליציה בהסכמים הקואליציוניים. ועדת שרים לענייני חקיקה היא גוף שמוגדר בתקנוני הממשלה, אשר החל מאמצע שנות התשעים סמכותיותו כוללות קביעה של עמדת הממשלה בנוגע להצעות חוק פרטיות.²³⁴ ההסכמים הקואליציוניים מבטיחים שחברי הקואליציה יהיו מחויבים להצביע בהתאם לעמדת ועדת השרים לענייני חקיקה. כוחה העורף של הממשלה על הכנסת בהליכי חקיקה וכן התחזקות הפרקטיקה של המשמעת הקואליציונית שמאפשרת לממשלה לזכות בכוח עודף זה זכו להתייחסות בכמה מפסיקות בג"ץ בשנים האחרונות.²³⁵ למעשה אפילו גיל ברינגר,

החולקים על טענה רווחת זו בדבר חולשת הכנסת מול הממשלה. ראו: רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וקרנוולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" עינוי משפט מד 321 (2021), המתפרסם בגיליון זה. במסגרת המאמר הנוכחי לא נוכל להתייחס למלוא היבטיו של יכוח זה, ובענייני הדבר אף אינו נדרש. זאת משום שאף לו היינו מקבלים את התזה של ווייל שלפיה במדדים מסוימים, הממשלה היא שנחלשה עם השנים, בעיקר בהשוואה לשנות ייסוד המדינה, אין בכך כדי לסתור את טענתנו הממוקדת, שלפיה הממשלה שולטת במידה מכרעת בדפוסי ההצבעה על הצעות חוק במליאה ולפיכך קיימת חשיבות מוגברת ליעוץ משפטי עצמאי לוועדות הכנסת, שהן הזירה המרכזית בה יכולה הכנסת לבקר את יוזמות החקיקה של הממשלה ולהשפיע על תוכן.

234 החל מהממשלה ה-25 הוגדרה בתקנון הממשלה סמכותה של ועדת שרים לענייני חקיקה כגוף שקובע את עמדת הממשלה בנוגע להצעות חוק פרטיות (תקנון שאושרר בהחלטת ממשלה מיום 17.4.1994). יצוין שכל האמור בפרק זה באשר לפועלה של ועדת השרים לענייני חקיקה ולהשפעתה הוא נכון לכל הממשלות האחרונות, בעוד שבממשלה המכהנת בעת כתיבת מאמר זה (הממשלה ה-35, שהחלה לכהן בחודש מאי 2020) הדברים מתנהלים מעט אחרת: ועדת השרים לענייני חקיקה היא עדיין הגורם החזק שמכריע את גורלן של הצעות חקיקה, אך היא מתפקדת פחות, לא בגלל שינוי כלשהו ביחסי הכוחות שבין הממשלה לכנסת, אלא בשל אי-הסכמות בתוך הממשלה, שמתבטאות גם בקשיי תפקוד של ועדת שרים זו. להסבר, ראו ארן רונדל ויפתח בריל "הוועדה שדרכה השיתוק הממשלתי מתפשט לכנסת" גלובס 27.11.2020. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001350988

235 ראו למשל את דברי כמה מהשופטים בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016): פס' קמב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין – "אדגיש, הכנסת אינה 'להקת המעורדות' של הממשלה"; פס' 8 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות – "משזהו מצב הדברים, גובר עוד יותר הפסול שבהוראות הכבילה לפיהן התחייבה הממשלה שלא לזיום שינויים לרבות יוזמות חקיקה בתחומים שצוינו. המשמעות המעשית של כבילה כזו היא שלילת שיקול הרעת של הכנסת לחוק חוקים הנוגדים את הוראות המתווה"; בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 23.3.2020): "אכן, בשיטת המשטר הנהוגה בישראל נהנית הממשלה מרוב בכנסת, ויש לה יכולת ניכרת להשפיע על פעילותה בשל כך וכן בשל הפרקטיקה בדבר משמעת קואליציונית. אך משמעות הדבר אינה בשום אופן כי בשל כך ניתן לנקוט צעדים אשר יש בהם משום כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת"; עניין המרכזי האקדמי, לעיל ה"ש 170, פס' יד לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "באופן אינהרנטי לשיטת הממשל הישראלית, הממשלה נתמכת בידי מרבית חברי הכנסת הבאים מקרב סיעות

מי שכיחן כעוזרה של שרת המשפטים איילת שקד וכמרכז ועדת השרים לענייני חקיקה (וידוע כמתנגד בולט לטענות בדבר חולשת הכנסת מול הממשלה),²³⁶ העיד כי ועדת השרים לענייני חקיקה שולטת באופן מוחלט כמעט בגורלן של הצעות חקיקה במליאת כנסת.²³⁷ במציאות שכזו, שבה לממשלה יש שליטה רבה בתוצאות ההצבעה במליאה, הזירה המרכזית שהכנסת יכולה להשפיע בה על החקיקה היא ועדות הכנסת. גם אם רוב חברי הכנסת ייאצו בסופו של דבר להצביע בעד הצעת החוק של הממשלה במליאה, הרי בעת דיוני הוועדה הכנסת יכולה לבצע ביקורת פרלמנטרית על הצעת החוק הממשלתית ולערוך שינויים בתוכן ההסדרים הקבועים בה. במציאות זו יש חשיבות מוגברת ליועץ עצמאי לוועדות הכנסת, שיחזק את יכולתם של חברי הכנסת להציע חלופות חקיקתיות כאשר הם מזהים קושי חקיקתי או מסכימים עימו.

הקואליציה, ומכאן שהאפשרות הפוליטית שבידי הכנסת לחוקק חוקים בניגוד לעמדת הממשלה מעיקרא פחותה, ובמיוחד נוכח הנוהג שהשתרש של 'משמעת קואליציונית', במסגרתו מונעת הממשלה מחברי הקואליציה לתמוך בהצעות חוק מסוימות של חברי האופוזיציה – או להיפך, היא מחייבת אותם לתמוך בהצעות חוק ממשלתיות, כתנאי להמשך השתייכותם לקואליציה ולחברותם בממשלה".

236 גיל ברינגר "השמאל מציג: האגדה על מות הכנסת" גלובס 17.07.2020 [www.globes.co.il/](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001336211)

237 גיל ברינגר "הממשלה המחוקקת" השילוח 18 (2020) ("בטענה עובדתית אחת צודקים מבקריה של השיטה הקיימת: ... עמדת... וועדת השרים לחקיקה חורצת במידה ניכרת את דינה של הצעת חוק מטעם הכנסת – לחיים או למיתה... בפועל... לוח ההצבעה במליאת הכנסת אכן משקף את החלטותיה של ועדת השרים לחקיקה. מה שהתרחש בקומה הראשונה של משרד ראש הממשלה ביום ראשון, בישיבתה השבועית של הוועדה, משפיע באופן ישיר על מה שיתרחש בקומה השלישית של משכן הכנסת ביום רביעי, בעת שתתכנס בו המליאה להצבעה"). בשולי הדברים נעיר, כי איננו מסכימים עם טענתו של ברינגר כי התעצמות החקיקה הפרטית יכולה להיות בסיס לטענה כי אין במנגנונים של ועדת שרים לענייני חקיקה ושל המשמעת הקואליציונית משום החלשת כוחה החקיקתי של הכנסת, מכמה סיבות. ראשית, בניגוד לטענתו של ברינגר, מאז הכנסת ה-18 חזרה הממשלה להיות יצרנית החקיקה המרכזית, בעוד שחלקם של החוקים שמקורם בהצעות חוק פרטיות יורד (ובכנסת ה-20 הפער לטובת מספר החוקים הממשלתיים הוא כבר דרמטי). ראו תרשים 4 בעמ' 550 במאמרם של איתי בר-סימן טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539 (2020). שנית, ספירת מספר החוקים מבלי להתייחס לתוכנם ולהיקפם מספקת תמונה מוטעית של המציאות, שהרי חוק הסדרים אחד, שנספר כחוק אחד מטעם הממשלה יכול לשנות, לבטל או להשעות מספר רב של חוקים שמקורם בחקיקה פרטית. ואכן, בעיקר מאז המגבלות התקציביות על הצעות חוק פרטיות, רבים מאוד מהחוקים שמקורם בהצעות חוק פרטיות עוסקים בנושאים נקודתיים מאוד ובסוגיות בעלות חשיבות והשפעה פחותות. ראו גל-נור ובלאנדר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 203-204; מנואל טרכטנברג ואיתמר פופליקר רפורמה בהליך החקיקה בכנסת: בית הקלפים או בית המחוקקים? (מוסד שמואל נאמן בטכניון, 2020) www.neaman.org.il/Reforming-the-legislative-process-in-the-Knesset-House-of-Cards-or-House-of-Legislature

5. חולשתם של האינטרסים המוסדיים מול האינטרסים המפלגתיים בכנסת

מודל האיזונים והבלמים מתבסס על ההנחה שכל רשות תרצה לשמור על כוחה ועל השפעתה, ולפיכך תפעל להגביל ולרסן את הרשויות האחרות. אולם הרשות המחוקקת אינה יישות אחת, אלא היא מורכבת מחברי פרלמנט רבים. לפיכך מודל האיזונים והבלמים מתבסס על ההנחה שהשאיפות האישיות של חברי הרשות המחוקקת לכוח, להשפעה וליוקרה יובילו אותם להגן על האינטרסים המוסדיים של הרשות שלהם מול הרשויות האחרות. זהו הרציונל הקלאסי שביטא ג'יימס מדיסון בביטוי המפורסם "ambition must be made to counteract ambition".²³⁸ לכאורה יש היגיון בהנחה זו, שכן מעמדו של הפרלמנט וכוחו אכן עשויים להקרין על מעמדם ועל כוחם של חברי הפרלמנט.

הבעיה בהנחה זו היא, שהאינטרסים האישיים של חברי הפרלמנט וקידום השאיפות האישיות שלהם (לרבות לכוח, להשפעה וליוקרה) מושפעים פחות ממעמד המוסד שבו הם חברים והרבה יותר ממעמדה של המפלגה שבה הם חברים וממעמדם במפלגה. אכן, הוגי הרעיון של איזונים ובלמים לא צפו את עלייתן של המפלגות בתור הגורם הפוליטי הדומיננטי, עד כדי כך שהמציאות היא לעיתים קרובה יותר למודל של "separation of parties, not powers".²³⁹ לפיכך, מסיבות אלו ואחרות חוקרי פרלמנטים טוענים, שכלל האינטרסים המוסדיים של חברי הפרלמנט נדחקים לעיתים קרובות מפני האינטרסים האישיים והמפלגתיים שלהם, באופן המחליש משמעותית את יכולת הפרלמנט להוות משקל נגד לרשות המבצעת.²⁴⁰

ניתוח זה נכון ביתר שאת לכנסת בעת הזו. שליטתה של הממשלה בכנסת נובעת כאמור במידה רבה מן המשמעת הקואליציונית. בשנים האחרונות גררה אחריה הצבעה בניגוד לעמדת הקואליציה סנקציות, אשר כללו שלילה של זכויות פרלמנטריות מחבר הכנסת שהפר את המשמעת הקואליציונית.²⁴¹ להפרת המשמעת הקואליציונית או המשמעת הסייעתית יכולה להיות אף השפעה על עתידו הפוליטי של חבר כנסת.²⁴² באופן כללי יותר, דומה כי

238 The FEDERALIST No. 51, 322 (JAMES MADISON) (CLINTON ROSSITER ED., 1961)

239 Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, *Separation of Parties, Not Powers*, 119 HARV. L. REV. 2311 (2006)

240 Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805, 849-855 (2010); NEAL DEVINS, *Presidential Unilateralism and Political Polarization: Why Today's Congress Lacks the Will and Way to Stop Presidential Initiatives*, 45 WILLAMETTE L. REV. 395 (2008)

241 אביטל פרידמן "גלגולה של המשמעת הקואליציונית" המכון הישראלי לדמוקרטיה 5.8.2020 www.idi.org.il/articles/32226; שילה הטיס רולף "על משמעת קואליציונית ופרשת שרן השכל" המכון הישראלי לדמוקרטיה 15.1.2018 www.idi.org.il/articles/20543

242 ראו את המקרה של יושב ראש מפלגת יש עתיד וחברת הכנסת עדי קול. לאחר שהפרה חברת הכנסת קול את המשמעת הסייעתית בהצבעה, היא לא שובצה לרשימת הכנסת בבחירות הבאות: מורן אזולאי "עדי קול פורשת מהפוליטיקה: 'לא מתאימה ליי'" www.ynet.net. Ynet 30.12.2014 www.idi.org.il/articles/0,7340,L-4609645,00.html

עתידם הפוליטי של חברי הכנסת וסיכוייהם לקידום ולקבלת תפקידים מיניסטריאליים או פרלמנטריים תלוי במידה הולכת וגוברת בנאמנותם לראש המפלגה שלהם.

יושב ראש הכנסת ויושבי ראש הוועדות אמורים לכאורה לתעדף אינטרסים מוסדיים יותר מאשר חברי הכנסת מן השורה, הן משום שיוקרת המוסד שלהם ועוצמתו משפיעים ישירות יותר על יוקרתם ועל כוחם האישי, הן מכיוון שלכאורה מתלווה לתפקידם תפיסת תפקיד ממלכתית ומוסדית יותר. יתרה מזאת, גורמים אלה הם מי שהתנהגותם משפיעה הרבה יותר מאשר חברי כנסת מהספסלים האחוריים על המידה שהכנסת כמוסד מהווה משקל נגד לממשלה. דא עקא, שאפילו בעלי תפקידים אלו חשופים לסנקציות אם יראו בהם כמי שמבכרים אינטרסים מוסדיים על פני אינטרסים מפלגתיים יתר על המידה. כך, חבר הכנסת ראובן ריבלין הודח מתפקיד יושב ראש הכנסת בשנת 2013, מכיוון שראש מפלגתו ראה בו כמי שעמד על האינטרסים המוסדיים של הכנסת יתר על המידה במקום להעדיף את האינטרסים הקואליציוניים;²⁴³ וכך, כאשר יושב ראש ועדת הקורונה הרהיבה עוז להפעיל ביקורת פרלמנטרית על תקנות הממשלה, היא ספגה איומים שתודח מראשות הוועדה, שיוטלו עליה סנקציות סיעתיות, שעתידה הפוליטי במפלגה אבוד ושמעתה הממשלה תעקוף את הוועדה בראשותה ולא תביא תקנות לאישורה.²⁴⁴ התפתחויות אלו מעבירות מסר שלפיו גם מיושבי ראש הכנסת והוועדות מצופה ליישר קו עם האינטרס הממשלתי והקואליציוני ולהעדיפו על האינטרס המוסדי, וכי מי שלא יציית לכך עתידו הפוליטי בסכנה.

בסופו של דבר, הגורמים המרכזיים האמונים על שמירת מעמדה של הכנסת מול הממשלה – חברי הכנסת, יושבי ראש הכנסת ויושבי ראש הוועדות – הם אנשים פוליטיים.²⁴⁵ לפיכך יש חשש אינהרנטי בעניינם, שהאינטרסים המוסדיים יינגפו מפני האינטרסים המפלגתיים הצרים. נראה שחשש זה גובר במציאות הפרלמנטרית הקיימת, שבה מחויבות חברי הכנסת לאינטרסים מוסדיים של הכנסת, אשר אמורה להפעיל ביקורת על פעילות הממשלה, פוחתת אל מול המחויבות לציית לראש הסיעה או למפלגה, אשר יקבעו את עתידם הפוליטי. מצב דברים זה פוגע ביכולת לממש רציונל של איזונים ובלמים אשר נועד להגביל את כוחה של הממשלה.

על רקע מציאות זו גוברת החשיבות של יועץ משפטי לכנסת שפועל כמוסד האמון על האינטרסים המוסדיים של הכנסת. מעצם העובדה שהיועץ המשפטי לכנסת הוא גורם א-פוליטי ועצמאי, ששאפותיו האישיות אינן תלויות ישירות במפלגה זו אחרת, ושתפיסת התפקיד והאתוס המקצועי שלו הם לפעול למען האינטרס המוסדי של הכנסת ולא להיות

243 לילך ויסמן "נתניהו הדיח את רובי ריבלין מתפקיד יו"ר הכנסת" גלובס 10.3.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000828412

244 Ittai Bar-Siman-Tov, *Covid-19 Meets Politics: The Novel Coronavirus as a Novel Challenge for Legislatures*, 8 THE THEORY AND PRACTICE OF LEGISLATION 11 (2020)

245 כפי שציין חבר הכנסת שאול יהלום (מפד"ל) כבר בעת חקיקת החוק בשנת 2000, כאשר ביקש לחזק את מעמד היועץ המשפטי לכנסת ואת עצמאותו גם מול יושב ראש הכנסת: "אנו יודעים שתמיד יושב-ראש הכנסת הוא בעל השקפות פוליטיות, כך נגזר עלינו. עם כל הכבוד לכל יושב-ראש הכנסת... כולם נגועים בפוליטיקה", ראו פרוטוקול ישיבה מס' 164, לעיל ה"ש 49, בעמ' 45.

מושפע מאינטרסים מפלגתיים, יש כדי לאזן במעט את המגמה של היחלשות האינטרסים המוסדיים בכנסת.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להתחיל דיון אקדמי על מוסד היועץ המשפטי לכנסת. דיון זה ממוקם לשיטתנו בכמה מישורים: כחלק מן הדיון על יועצים משפטיים במגזר הציבורי, כחלק מן הדיון על מנגנון הפרדת הרשויות בפרלמנט הישראלי וכחלק ממערך האיזונים והבלמים שבין הממשלה והכנסת.

ביקשנו לבסס את הטענה כי יש הצדקה לקיום מוסד עצמאי של יועץ משפטי לכנסת. פתחנו בניתוח הטיעונים בדבר הצורך לבסס מעמד עצמאי ליועץ המשפטי לכנסת אשר עלו בעת חקיקת החוק שעיגן את מוסד היועץ המשפטי לכנסת בחקיקה. הראינו כי טיעונים אלו זכו להסכמה גורפת וחוצת מפלגות בכנסת – ממצא מרתק כשלעצמו, נוכח הניגוד החריף להתקפות הגוברות נגד היועצים המשפטיים בממשלה (ולאחרונה גם נגד היועץ המשפטי לכנסת). לאחר מכן הדגמנו את התפקיד העצמאי שהיועץ המשפטי לכנסת ממלא בהליכי החקיקה – הן באשר לביקורת חוקתיות סובסנטטיבית בהליך החקיקה, הן באשר לתקינות הפרוצדורלית של הליכי החקיקה. משם עברנו לפתח טיעונים נוספים והצדקות הרלוונטיים לעת הזו. רובן ככולן של ההצדקות נעות סביב מערך האיזונים והבלמים הנדרש למודל הפרדת הרשויות בישראל וסביב הצורך לחזק את הכנסת כרשות מחוקקת על רקע המציאות הפוליטית בישראל בשנים האחרונות, בעיקר בשל היעדרה של מגבלה מבנית או מהותית משמעותית על יוזמות החקיקה שמובילה הממשלה. ההצדקות שהעלינו מובילות אותנו למסקנה הנורמטיבית, כי תפקידו ועצמאותו של היועץ המשפטי לכנסת הם חיוניים. שאלת ההמשך המתבקשת למחקר עתידי היא השאלה, אם היועץ המשפטי לכנסת מצליח להגשים את הפוטנציאל לחיזוק הכנסת והפרדת הרשויות אשר ניתחנו ברמה הנורמטיבית. מחקר המושך אמפיריים יוכלו לבחון אם (או באיזו מידה) מוסד היועץ המשפטי לכנסת משמש בפועל גורם משמעותי לחיזוק הכנסת, לשמירה על תקינות הליכי החקיקה, לקידום ערכים חוקתיים ובכלל זה הגנה על זכויות אדם ואולי אף מעבר לכך – לטיוב החקיקה בישראל בפרמטרים נוספים.

כפי שהראינו במאמר זה, במשך שנים רבות השכילו חברי הכנסת להבין כי היעוץ המשפטי לכנסת אינו איום עליהם אלא משאב יקר ערך המחזק את יכולותיהם ואת כוחם המוסדיים. נראה כי היועצים המשפטיים לכנסת, בין היתר בתפיסת תפקידם ובאופן מילוי בפועל, תרמו לביסוסה ולשמירה של תפיסה זו. ואולם ההתפתחויות האחרונות בשלהי כהונתו של עו"ד איל ינון ולקראת מינוי יועץ משפטי חדש עלולים להעיד על ערעור תפיסה זו. לאחרונה אנו עדים למתקפות על מוסד היועץ המשפטי לכנסת וכן ליוזמה שעלתה (ונכשלה) לשנות את שיטת הבחירה שלו, באופן שיחזק את שליטת הגורמים הפוליטיים בהליך הבחירה;²⁴⁶

246 יקי אדמקר וטל שלו "המרוץ לתפקיד יועמ"ש הכנסת נפתח, ויש מי ששוקל לשנות את הכללים" וואלה 21.5.2020 news.walla.co.il/item/3362248; יקי אדמקר "היוזמה לשליטה במינוי יועמ"ש הכנסת: בכחול לבן צפויים להתנגד" וואלה 25.5.2020 https://news.walla.co.il/item/3362932

באופן כללי, מינוי יועץ משפטי חדש לכנסת נתפס לאחרונה כזירה נוספת במאבק הרחב יותר ביחסי הדרג הפוליטי מול הדרג המשפטי והפקידותי.²⁴⁷ נוכח מסקנתנו הנורמטיבית כי מוסד היועץ המשפטי לכנסת הוא חיוני למערך האיזונים והבלמים בישראל, אנו תקווה שמוסד פרלמנטרי חשוב זה ישרוד את הטלטלה וימשיך למלא את תפקידו בחיזוקה של הכנסת ובחיזוקה של הדמוקרטיה הישראלית.

247 צבי זרחיה, "מינוי יועמ"ש לכנסת יהיה הקרב הבא על אופי הפקידות" כלכליסט 2.9.2020
www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3847582,00.html