

שרי-העל ושומרי הסף: היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, 1948 – 2018

אודי נוימן*

"שרי-העל הוא היועץ המשפטי במשרד [...] שרי-העל הזה יכול ברצותו לסכל, לטרפד, למנוע מהשר להגשים את יוזמותיו. הכול באצטלה של שלטון החוק"¹

"כאשר חבר כנסת בתוך הקואליציה רוצה להגיש הצעת חוק שלא מוצאת חן בעיני איזה יועץ משפטי בן 20 או 30 בוועדת השרים, הוא דוחה לו את החוק. קוראים לעצמם שומרי הסף. הקג"ב היו שומרי סף, ה-NKVD היו שומרי סף"².

- א. מבוא
- ב. העשור הראשון (1948–1958): הקמה, מיסוד ומאבק סמכויות מול משרד המשפטים
 1. הקמה
 2. המתחים מול משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה
 3. ועדת ברנזון
- ג. העשור השלישי (1968–1978): הידוק הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים

* דוקטורנט למשפטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. מאמר זה הוא פועל יוצא של עבודת הדוקטור שלי שעוסקת בהיסטוריה של עורכי דין ממשלתיים בישראל. אני מבקש להודות למנחים שלי בדוקטורט, פרופ' נטע זיו ופרופ' אסף לחובסקי. כן אבקש להודות לד"ר אורי אהרונסון, לאלו בכר, לאלון חספר, לשי כהן ולנתן מיליקובסקי. תודה גם לפרופ' עמיחי כהן, לפרופ' יניב רוזנאי, לפרופ' גילה שטופלר ולפרופ' אדם שנער ששיתפו אותי בטיטות של מאמריהם.

1 דברי ח"כ אמיר אוחנה, פרוטוקול ישיבה 272 של הכנסת ה-20, 81 (8.11.2017).

2 דברי ח"כ ישראל אייכלר, פרוטוקול ישיבה 298 של הכנסת ה-20, 179 (15.1.2018). ה-NKVD היה המשרד הממשלתי בשלטון הסובייטי בברית המועצות שהיה אחראי בין השאר לדיכוי ולרדיפת מתנגדי המשטר.

- ד. העשור הרביעי (1978-1988): החרפת המתח שבין היועצים המשרדיים לשר
1. עליית המדינה הרגולטורית
 2. התגברות הביקורת השיפוטית והפנמתה
 3. ועדת שפניץ
- ה. העשור השישי (1998-2008): היועץ המשרדי כמייצג את הציבור כולו וכשומר-סף
1. היועץ המשרדי כשומר-סף
 2. צוות אברמוביץ ושינוי הלקוח של היועץ המשרדי
- ו. העשור השביעי (2008-2018): תגובת-הנגד של המחוקקים והחלשת "שלטון המשפטים"
- ז. סיכום
 - ח. אפילוג

א. מבוא

היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה (להלן גם: היועצים המשרדיים),³ הם שחקנים מרכזיים בדמוקרטיה הישראלית. יש הדורשים זאת לשבח, ומתייחסים אל היועצים המשרדיים כמי שעומדים על משמר הדמוקרטיה השברירית של ישראל; אך ישנם נבחרו ציבור רבים, כפי שמעידים הציטוטים שהובאו לעיל, הרואים זאת לשלילה וטוענים כי היועצים המשרדיים צברו כוח רב מדי.

במאמר זה אסקור את התפתחותו של מוסד היועצים המשרדיים בישראל, מוסד שכמעט ולא זכה לבחינה מחקרית, ובפרט לא נחקר מפרספקטיבה היסטורית. אראה כי החל מקום המדינה ועד לפרפורי הגסיסה של הכנסת העשרים בסוף שנת 2018, חלו שינויים דרמטיים במוסד היועצים המשרדיים. השאלה שעומדת בלב המאמר היא אם כן מהן התמורות שחלו במעמדם ובהגדרת תפקידם של היועצים המשרדיים בשבעים השנים הראשונות למדינה, וכיצד אלו השפיעו על עצמאותם של היועצים המשרדיים. שאלה זו היא קריטית כדי להבין את מעמדם של היועצים המשרדיים כיום ואת היחס שהם זוכים לו מצד גורמים שונים.

לטענתי, השינויים שחלו במוסד היועצים המשרדיים משקפים תהליכים רחבים ועמוקים יותר שחלו במשפט הישראלי, במוסד היועץ המשפטי לממשלה ובפרט בבית המשפט העליון.

³ היועצים המשרדיים כוללים את כלל היועצים המשפטיים ברשות המבצעת לרבות יועצים משפטיים ביחידות הסמך וכיוצא באלה, אך לא יועצים משפטיים שעובדים ברשות המחוקקת או ברשויות המקומיות.

כפי שאראה במאמר זה, עצמאותם של היועצים המשרדיים הייתה תמיד חלקית ונתונה במשא ומתן מתמיד בין היועץ המשפטי לממשלה, בית המשפט העליון, השרים והדרג הפוליטי והיועצים המשרדיים עצמם. בחלק מהמקרים היועצים המשרדיים התאימו עצמם לתהליכים רחבים אלו, ובמקרים אחרים הם היו בבחינת כלי משחק בידי כוחות שונים שניסו לעצב את מעמדם ולהשפיע עליו – במאבק כוחות מורכב שטרם הגיע לסיומו. לטענתי, שינויים אלו השפיעו על עצמאותם של היועצים המשרדיים במילוי תפקידם. במובנים רבים היועצים המשרדיים משמשים דוגמה, או מעין בבואה, למתח המתמשך שמלווה את המדינה מאז הקמתה בין המשפט לבין הפוליטיקה.

התפתחות מוסד היועצים המשרדיים תתואר לפי עשורים – מהעשור הראשון למדינה ועד העשור השביעי. במהלך עשורים אלו חלו שינויים במעמדם ובהגדרת תפקידם על היועצים המשרדיים, כאשר סקירת כל עשור תעמוד בסימן תהליכים מרכזיים שהשפיעו על עיצוב מוסד היועצים המשרדיים. התהליכים שאתאר ראשיתם באותו עשור או מאפיינים את אותו עשור. אך, לעיתים רבות, השפעתם ניכרת גם בעשורים שלאחריו.

מהלך המאמר יהיה כדלקמן: בחלק השני של המאמר אתאר את הקמת המוסד ואת התפתחותו בעשור הראשון למדינה (1948–1958). עשור זה היה העשור הפורמטיבי והתאפיין בבניית מערך היועצים המשרדיים ומיסודו, ובמאבקים של השרים (קרי, הדרג הפוליטי) והיועצים המשרדיים שלהם מול משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה בשאלות של עצמאות, סמכות ומהות. מתח זה עולה בבירור מתוך ועדה בראשות שופט בית המשפט העליון, צבי ברנזון, שהתכנסה בין השנים 1954–1955.

החלק השלישי יוקדש לעשור השלישי למדינה (1978–1988). עשור זה התאפיין בהידוק פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים. היועץ המשפטי לממשלה הראשון שהחל בפיקוח הדוק זה הוא מאיר שמגר (שכיהן בין השנים 1968–1975), והמשיכו בו גם הבאים אחריו, אהרן ברק (1975–1978) ויצחק זמיר (1978–1986), כאשר האחרון אף דאג לעגן בכתב את כפיפות היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה. הידוק הפיקוח על היועצים המשרדיים יצר מתח רב בין היועצים המשרדיים לשר שעמד בראש המשרד, מגמה ארוכת שנים שמגיעה עד ימינו אנו.

בחלק הרביעי ינותחו שני תהליכים נוספים, שהחלו בעשור הרביעי (1978–1988) והמשיכו עד למאה העשרים ואחת. תהליכים אלו הביאו להגברת המתח בין היועצים המשרדיים לבין השר הממונה על המשרד. התהליך הראשון התרחש ברשות המבצעת, וקשור לתהליכים רחבים יותר בחברה הישראלית בכללותה, והוא עליית "המדינה הרגולטורית" בישראל. התהליך השני עניינו מערכת היחסים שבין הרשות המבצעת, והיועצים המשרדיים שלה, לבית המשפט

העליון, ולהרחבת הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על מעשי הממשלה. כל אלו העצימו את כוחם של היועצים המשרדיים והביאו להסלמת המתח בינם לבין השר שעומד בראש המשרד. עם זאת, בשלב זה, כפי שעולה מדו"ח ועדה שעסקה ביועצים המשרדיים בין השנים 1988–1990, לפחות באופן רשמי הלקוח של היועץ המשרדי נותר שר המשרד, ובאופן רחב יותר הנהלת המשרד – וחשיבות העניין תתברר בהמשך.

בחלק החמישי יוצג סיפור העשור השישי (1998–2008), תור הזהב של המהפכה החוקתית, שהקרינה גם על המשפטנים בשירות הציבורי. בעשור זה חלו שני שינויים נוספים בתפקידים של היועצים המשרדיים: ראשית, נקבע כי היועץ המשרדי מתפקד כשומר-סף; שנית, ועדה נוספת שהתכנסה בין השנים 2007–2008 ועסקה בתפקידו של היועץ המשרדי, קבעה כי הלקוח של היועץ המשרדי הוא לא השר או המשרד אלא הציבור כולו.

בחלק השישי אטען כי בעשור השביעי למדינה (2008–2018), בעקבות השינויים שהחלו בעשור השלישי והגיעו לשיאם בעשור השישי, ניסו המחוקקים – כתגובה נגד לתהליכים שתוארו לעיל – לחוקק חוקים שיחזירו את כפיפותם של היועצים המשרדיים לשר. הניסיון המשמעותי ביותר נעשה בשנים 2017–2018, אך אף הוא נגדע בטרם עת, כשהכנסת העשרים נפחה את נשמתה. ניסיון עקר נוסף להעלות הצעת חוק כזו נעשה גם בכנסות הבאות, וכך נדמה כי המחוקקים טרם אמרו נואש. לטענתי, גם ניסיונות חקיקה אלו, בדומה למהלכים שקדמו להם, קשורים רק בחלקם ליועצים המשרדיים – מטרת המחוקקים הייתה רחבה בהרבה: היועצים המשרדיים נתפשים כחלק מ"שלטון המשפטנים" שכולל את בית המשפט העליון ואת היועץ המשפטי לממשלה ולכן החלשת היועצים המשרדיים נועדה להחליש כוחו של היועץ המשפטי לממשלה ושל בית המשפט העליון. עשור זה מכנס אפוא לזירה אחת את כל השחקנים שהשפיעו על מעמד היועצים המשרדיים – היועץ המשפטי לממשלה, השרים והדרג הפוליטי, בית המשפט העליון והיועצים המשרדיים עצמם – ומשמש דוגמה מובהקת למאבקים שבין המשפטנים והפוליטיקאים.

בחלק השביעי אסכם.

ב. העשור הראשון (1948–1958): הקמה, מיסוד ומאבק סמכויות מול משרד המשפטים⁴

1. הקמה

מערך היועצים המשרדיים הוקם כחודש וחצי לאחר הקמת המדינה. בממשלת המנדט לא היה מערך של יועצים משפטיים למחלקות או ליחידות השונות – פונקציית הייעוץ המשפטי רוכזה כולה במחלקת היועץ המשפטי.⁵ ממסמכי ועדת המצב, ועדה שהקים היישוב היהודי כדי לתכנן את מערכת הממשל של המדינה העתידה לקום, עולה כי לא תוכנן מערך מקיף כזה במדינה החדשה. כל שתוכנן הוא ייעוץ משפטי בחלק מהמשרדים,⁶ כאשר יועצים אלה ישמשו, ככל הנראה, שלוחיו של היועץ המשפטי.⁷

ביום 24.6.1948, פנה שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, אל שרי הממשלה וביקשם למנות "יועץ משפטי מיוחד לכל אחד ממשרדי הממשלה".⁸ ההתכתבות

4 סקירת הייעוץ המשרדי בעשור הראשון למדינה תעשה בתמציתיות. במאמר שפרסמת התמקדתי אך ורק בייעוץ המשרדי בעשור הראשון למדינה, ועסקתי בהרחבה במאבקים השונים של הייעוץ המשרדי. ראו: אודי נוימן "ידו בכל ויד כל בו": על הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה בעשור הראשון למדינה" משפטים נא 589 (2021).

5 ראו Norman Bentwich, England in Palestine 251–252 (1932); יעקב ראובני ממשלת המנדט בא"י 1920–1948 ניתוח היסטורי-מדיני 122 (1993).

6 מהדוח הסופי של ועדת המצב שהגיש מזכיר הוועדה, זאב שרף, ב-21.4.1948, עולה כי תפקיד של יועץ משפטי (שלא במשרד המשפטים) תוכנן להיות בחלק מהמשרדים – ראו "מנהל הממשלה במדינה עברית: הצעה למבנה המחלקות, מנגנון ותקציביהן" (21.4.1948) ארכיון המדינה (א"מ) ג-121/19, בעמ' 39 לדוח; במסמך מאוחר יותר, מ-29.5.1948, שחיברו חיים כהן ושבתאי רוזן (שניים מן המזכירים של המועצה המשפטית של ועדת המצב), עלה שמשרד המשפטים ייתן חוות דעת "על כל שאלה משפטית המתעוררת באיזו מחלקה ממחלקות הממשלה – ראו המחלקה המשפטית של ממשלת ישראל – תפקידיה, מנגנונה והערכת תקציבה" (29.5.1948) א"מ ג-112/6 (להלן: "הצעת כהן ורוזן").

7 ראו, למשל, בהצעת כהן ושבתאי רוזן: "ברגיל, נתן חוות דעת כזו עפ"י דרישת היועץ המשפטי של המחלקה הנדונה, או אם אין לה יועץ משפטי, עפ"י דרישת מנהלה".

8 מכתב משר המשפטים, פנחס רוזן, אל כל חברי הממשלה הזמנית (24.6.1948) א"מ ג-5665/16 (ההדגשה הוספה). כפי שעולה מתחלופת המכתבים עם השרים, בחלק מן המשרדים השרים נעזרו ביועצים משרדיים אף עובר לפנייתו של רוזן; ראו: מכתב משר המשטרה, בכור שטרית, אל שר המשפטים, פנחס רוזן (1.7.1948) שם; מכתב משר העבודה והבינוי, מרדכי בנטוב, אל שר המשפטים, פנחס רוזן (2.7.1948) שם; מכתב משר המסחר, תעשייה ואספקה, פריץ ברינשטיין, אל שר המשפטים, פנחס רוזן (4.7.1948) שם. עם זאת, שר המשפטים, פנחס רוזן, היה מי שפעל להקמת מערך

סביב הקמת מערך היועצים המשרדיים לא חושפת כיצד ראה רוזן נגד עיניו את מעמדו או את הגדרת תפקידו של היועץ המשרדי; כל שרוזן ציין במכתב ששלח לשרים הוא כי מינוי יועץ משרדי יקל את עבודת משרד המשפטים ויגרום לטיפול מהיר יותר בדרישות השונות של המשרדים.

ב. המתחים מול משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה

המבנה המבוזר של השירות המשפטי הביא לכך שהעשור הראשון אופיין במתחים ובמאבקים בין היועצים המשרדיים והשרים שלהם לבין משרד המשפטים בשאלות של סמכות ומהות. כך, למשל, כשבועיים לאחר מינויו של יעקב שמשון שפירא ליועץ המשפטי לממשלה ולמנכ"ל משרד המשפטים,⁹ כינס שפירא את כל היועצים המשרדיים לשיבה.¹⁰ שפירא ביקש שיהיה תיאום בין משרדי הממשלה למשרד המשפטים, משני טעמים: ראשית, מכיוון שמשרד המשפטים מייצג את הממשלה כולה בבית המשפט. הטעם השני המהותי יותר היה כי: "לא ייתכן שלממשלה תהינה דעות שונות או סותרות".¹¹

דרישתו של שפירא לא עברה ללא התנגדויות. אומנם ד"ר לם, מטעם המפקח על המזונות, מסחר ותעשייה, הסכים כי התיאום חשוב, אך צפה את הקשיים המהותיים והטכניים: מבחינה מהותית, יכולה להיות התנגשות בין דרישות משרדו של היועץ לדרישות משרד המשפטים; ומבחינה טכנית, לא תמיד אפשר לתאם עם משרד המשפטים. ד"ר לם הציע כי היועצים המשרדיים יהיו אנשי משרד המשפטים וכך תמנע בעיית משרתם של שני אדונים.¹² צבי בר-ניב, ממשרד העבודה, הסכים עקרונית לתיאום, אך ציין כי התיאום נדרש רק בשטח החקיקה. בשטח הייעוץ, התיאום נדרש רק בשאלות שעורך דין אחראי היה מתייעץ בהן עם עמיתו, כלומר רק בשאלות מורכבות.¹³

בפברואר 1950 התפטר שפירא מתפקיד ותחתיו מונה חיים כהן.¹⁴ חילופי הגברי בלשכת היועץ המשפטי לממשלה לא מנעו את המתחים ואת העימותים שבין היועצים המשרדיים לבין היועץ המשפטי לממשלה. כך, למשל, מחוזר שהוציא היועץ המשרדי של משרד החוץ, שבתאי רוזן, עולה כי הוא – ולא היועץ

היועצים המשרדיים כמערך מקיף ומחייב לכל משרדי הממשלה.

9 ע"ר 7, 30.6.1948.

10 פרטי-כל משיבת היועצים המשפטיים שהתקיימה ביום (14.7.1948) א"מ ג-16/56651.

11 שם.

12 שם, בעמ' 2 לפרוטוקול.

13 שם.

14 ראו "מינוי יועץ משפטי לממשלת ישראל", י"פ 69, 26.2.1950, עמ' 630.

המשפטי לממשלה – היה הסמכות העליונה בנושאים של משפט בין-לאומי.¹⁵ שר המשפטים, פנחס רוזן, ראה בכך איום על היועץ המשפטי לממשלה, ובמכתב לשר החוץ, משה שרת, ביקש להעמיד דברים על דיוקם.¹⁶ לשבתאי רוזן לא הייתה כל כוונה לסגת, ובמכתב שכתב למשה שרת ציין כי "ייתכן וכל מה שנוגע למשפט מדינת ישראל [...], היועץ המשפטי הוא הפוסק האחרון, אך אינני רואה איך אפשר לגרוס את זאת לגבי משפטים אחרים, כגון, משפט דתי או משפט בינלאומי".¹⁷ במילים אחרות, שבתאי רוזן התנגד להכפפתו המלאה (ובמשתמע גם של מערכות המשפט הדתיות) ליועץ המשפטי לממשלה. שרת השיב לפנחס רוזן באופן עמום: מחד גיסא ציין כי סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה אינה מעוררת ובכך, למעשה, חלק על היועץ המשרדי שלו; אולם מאידך גיסא, לא ראה מקום לשנות את נוסח החוזר.¹⁸

3. ועדת ברנזון

על המתח העיקרי שבין היועצים המשרדיים למשרד המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה אפשר ללמוד בעיקר מוועדת ברנזון, שהתכנסה בשנים 1954–1955 וביקשה לצמצם את המערך, ומהדיונים שליוו את הקמתה. הרקע להקמת הוועדה היה בקשתה של ממשלת ישראל החמישית, בראשות משה שרת, לערוך קיצוצים (קימוצים, בלשון הממשלה) בתקציב המדינה. שר האוצר, לוי אשכול, סבר כי אפשר לחסוך כסף באמצעות ריכוז היועץ המשפטי במשרד המשפטים, והציע זאת לרוזן. רוזן התנגד וציין כי זו הייתה דעתו מאז ומעולם.¹⁹ נוסף על רוזן, כמעט כל השרים התנגדו להצעתו של אשכול והעלו על נס את חשיבותם של היועצים המשרדיים. לבסוף קולם של שר האוצר לוי אשכול, שרת העבודה גולדה מאירסון (מאיר) ושר הפנים ישראל רוקח הכריע את הכף לטובת הקמת ועדה מיוחדת שתבדוק את היקף העבודה בלשכות היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה.²⁰ בראש ועדת הקימוצים עמד שופט

15 חוזר מס' 144, מאת חיים רדי, המזכיר הכללי אל עובדי משרד החוץ בקריה ונציגויות ישראל בחוץ לארץ; הנדון: תפקידי היועץ המשפטי במשרד החוץ (23.1.1950) א"מ חצ-2379/16.

16 מכתב מפנחס רוזן, שר המשפטים, למשה שרת, שר החוץ בעניין היועץ המשפטי למשרד החוץ (20.2.1950).

17 שם.

18 מכתב ממשה שרת, שר החוץ, לפנחס רוזן, שר המשפטים בעניין היועץ המשפטי למשרד החוץ (5.3.1950).

19 פרוטוקול ישיבה הממשלה מ"ז/התשי"ד של הממשלה ה-5, 34 (30.5.1954).

20 שם, בעמ' 35.

בית המשפט העליון, צבי ברנזון, וחבריה היו: נציב שירות המדינה, דוד רוזיליו; מנכ"ל משרד הפנים, אהרון מויאל; והממונה על התקציבים באוצר, יעקב ארנון. התמה העיקרית העולה מדינוי הוועדה ומן הדו"ח הסופי שלה הוא המתח שבין היועצים המשרדיים לבין משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה דאז, חיים כהן. מתח זה נוגע גם לדרג הפוליטי, שכן הוא קשור גם לשאלת זהות הלקוח של היועץ המשפטי המשרדי. אף על פי שנושא זה לא נידון במפורש בוועדה, עלתה השאלה אם היועצים המשרדיים צריכים לייצג את האינטרסים של השר, של המשרד הממשלתי, או לקוח כללי יותר.

אנשי משרד המשפטים, חיים כהן ומנכ"ל המשרד יוסף קוקייה, ביקשו להדק את הפיקוח על היועצים המשרדיים. יוסף קוקייה אף הציע, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, כי היועצים המשפטיים של המשרדים יהיו אנשי משרד המשפטים. מנגד, היועצים המשרדיים עצמם ביקשו לשמור על סמכויותיהם, ולפתח זהות עצמאית, כזו שבמרכזה עומדת התפישה כי הלקוח שלהם הם השר והמשרד.

כך, למשל, בישיבה הראשונה של הוועדה ביום 4.7.1954 טען יוסף קוקיה כי "במצב של היום חוות-דעתם על פי רב מתאימה להחלטת ההנהלה ושאיפתם היא להגן על פקידי המשרד". קוקיה התנגד לכך, וביקש להכפיף את כל היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה. יו"ר הוועדה, צבי ברנזון, מצא את הצעותיו של קוקיה כקיצוניות, והוסיף כי "בעניני חוות-דעת המשרד בלתי תלוי".²¹ נראה שאף ברנזון סבר כי יש להעניק ליועצים המשרדיים עצמאות מסוימת.

אף שהוועדה לא קיבלה את המלצת משרד המשפטים שלפיה היועצים המשפטיים למשרדים יהיו אנשי משרד המשפטים, היא קבעה כי יש להותיר לשכות משפטיות במשרדי האוצר, החוץ, הביטחון והעבודה. כמו כן המליצה הוועדה לבטל את הלשכות המשפטיות במשרדי הבריאות, הדואר, הדתות, החינוך והתרבות, החקלאות והמשטרה ולשקול להותיר לשכה משפטית במשרדים מסחר ותעשייה, התחבורה, הפנים והסעד.²² ביטול הלשכות במשרדים לעיל נבע מכך שהיקף העבודה בהן לא הצדיק קיומה של לשכה משפטית נפרדת. הומלץ כי במשרדים אלו הייעוץ המשפטי יהיה במשרד המשפטים, או שלכל היותר לשכות משרדים אלו יאוישו באדם אחד שירכז את העניינים המשפטיים של המשרד ויהיה המקשר עם משרד המשפטים.

21 פרוטוקול הישיבה השנייה של הוועדה לבדיקת לשכות היועצים המשפטיים (11.7.1954).

22 ועדת הקימוצים בלשכות היועצים המשפטיים – דין וחשבון 4-5 (10.3.1954) א"מ ג-5425/8.

דו"ח ועדת הקימוצים ספג ביקורת רבה, הן מחברי הלשכות המשפטיות והן משרי הממשלה. גם לאחר פרסום מסקנות הוועדה, כמו בישיבה שאישרה את הקמתה, רוב שרי הממשלה עמדו לימין היועצים המשרדיים שלהם.²³ גם היועצים המשרדיים התנגדו לדו"ח, תוך שהם מציפים את המתח המובנה שבינם לבין משרד המשפטים.²⁴

בין בשל הביקורת הרבה שספגה הוועדה, ובין בשל נסיבות פוליטיות – מסקנות הוועדה לא יושמו. סמוך לאחר פרסום דו"ח הוועדה פיזר ראש הממשלה שרת את הממשלה. למיטב בדיקתי, לא התקיים דיון על מסקנות הוועדה גם בממשלות שכינהו לאחר מכן. ככל הנראה אי-יישום הדו"ח נבע ממערכת השביתות של אנשי השירות המשפטי ושל בעלי מקצועות אחרים בשירות הציבורי, על תנאי שכרם.²⁵ בעקבות השביתות מינתה הממשלה ועדה בראשות הח"כ ישראל גורי, וזו המליצה על העלאות שכר משמעותיות. אף על פי שממשלת המעבר של שרת אימצה את מסקנות ועדת גורי, ממשלתו השביעית של בן-גוריון התנערה מהן.²⁶ החלטה זו ליבתה את השביתות עד שנת 1956.²⁷ ההחלטה להתנער ממסקנות ועדת גורי והעלאות השכר במסגרתן, ייתרו את הצורך בקיצוץ בלשכות המשפטיות. נראה כי בשל השביתות ובשל דחיית ממסוקנות ועדת גורי ביקשה הממשלה שלא לערער את מערכת היחסים העדינה עם היועצים המשרדיים. מערך היועצים המשרדיים נותר על כנו: אף לשכה משפטית לא קוצצה, והפיקוח של משרד המשפטים על היועצים המשרדיים נותר רופף.

לסיכום חלק זה, העשור הראשון היה עשור מעצב בתולדות המדינה, והסמכויות של בעלי תפקידים השונים במערכות הממשל היו עדיין גמישות ונתונות למשא ומתן. שנים אלו התאפיינו במאבקי כוחות בין השרים מן הצד האחד, לבין משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה מן הצד השני, כשבתווך נמצאים היועצים המשרדיים. על רקע ההתפתחויות שחלו בעשורים הבאים,

²³ ראו למשל: מכתב משר התחבורה למזכיר הממשלה (31.5.1955) א"מ ג' 5425/8; מכתב משר החינוך והתרבות למזכיר הממשלה (2.9.1955); מכתב משר הדואר, יוסף בורג, למזכיר הממשלה (8.9.1955).

²⁴ ראו, למשל, יצחק מינץ "סיכום דין וחשבון הוועדה לקימוצים בלשכות היועצים המשפטיים והשגות עליו" (אין תאריך); מכתב מהיועץ המשפטי למשרד הפנים, למנהל הכללי של משרד הפנים (12.5.1955) א"מ ג' 2225/35.

²⁵ ראו מכתב מוועד השירות המשפטי לשר המשפטים (10.3.1955) א"מ ג' 5688/2; ראו דיון שנערך בממשלה, פרוטוקול ישיבה לו התשט"ו של הממשלה החמישית 12-15 (27.3.1955).

²⁶ להרחבה ראו AVI BARELI & URI COHEN, THE ACADEMIC MIDDLE-CLASS REBELLION: SOCIO-POLITICAL CONFLICT OVER WAGE-GAPS IN ISRAEL, 1954-1956 (2018).

²⁷ ראו, למשל, "המשפטנים דחו שביתתם" קול העם 4 28.3.1956.

התייצבות השרים לצד היועצים המשרדיים שלהם אינה דבר מובן מאליה. מאבקי כוחות אלו התמתנו במידה רבה בעשור השני, ובסוף שנות הששים של המאה הקודמת החל עידן חדש במוסד היועץ המשפטי לממשלה, והמתחים השונים סביב עבודת היועצים המשרדיים החריפו.

ג. העשור השלישי (1968–1978): הידוק פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים

העשור השלישי היה המשך התהליכים שהחלו בעשור הראשון, אך בה-בעת תמונת ראי שלו. בעוד שבעשור הראשון מאמציו של היועץ המשפטי לממשלה להדק את הפיקוח על היועצים המשרדיים לא צלחו במלואם, בעשור השלישי נשאו מאמצים אלו פרי.

העשור השלישי למדינה התאפיין ב"משפטיזציה" מואצת של הספרה הציבורית. אחד הביטויים המובהקים של תהליך זה היה התחזקות מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה,²⁸ בייחוד עם כניסתו של מאיר שמגר לתפקיד זה בספטמבר 1968. כחלק ממגמה זו, התאפיין העשור בהידוק פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים. תהליך זה יצר מתח – שעובר לשנות השבעים היה מתון בהרבה – בין השרים ליועצים המשרדיים.

ככל הנראה, כל היועצים המשפטיים לממשלה ביקשו להכפיף אליהם את היועצים המשרדיים או, למצער, להדק את הפיקוח עליהם. ואולם, חלקם לא השקיע בכך משאבים מספיקים ולאחרים חסרה הנחישות הדרושה. לכן מאמצי הכפפה נחלו בהצלחה חלקית בלבד.

ביולי 1960 מונה חיים כהן לבית המשפט העליון, ועל כס היועץ המשפטי לממשלה התיישב גדעון האוזנר. שבועיים לאחר מינויו לתפקיד נלכד אדולף אייכמן וניהול משפטו הוטל על כתפיו.²⁹ משפט אייכמן מילא את כל סדר יומו של האוזנר, והוא כמעט לא השתמש בסמכויותיו האחרות כיועץ המשפטי לממשלה. ביום 1.6.1962 הוצא אייכמן להורג, אולם עוד קודם לכן, בינואר 1961, מונה דב יוסף לשר המשפטים. מרגע מינוי זה כהונתו של האוזנר לוותה במתחים מול דב יוסף, והוא נותר בתפקידו רק בשל משפט אייכמן. עם סיום משפט אייכמן התעצמו המתחים בין האוזנר ליוסף, וכעבור כחצי שנה אחריו, ב-1 בדצמבר 1962 הגיש האוזנר את התפטרותו.³⁰ אחרי האוזנר מונה משה בן

28 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות 1948–1977 201–202 (2014).

29 דינה זילבר בשם החוק: היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה 84 (2012): "שבועיים אחרי שמונה התקשר אליו דוד בן-גוריון ואמר לו: הצורך נלכד".

30 יחיאל גוטמן היועץ המשפטי נגד הממשלה 130–146 (1981). בעקבות מתחים אלו מונתה בשנת 1962 ועדת המשפטים לבחינת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה

זאב. שלא כהאוזנר, בן זאב היה אדם צנוע ונחבא אל הכלים.³¹ כפי שכתבה דינה זילבר, בן זאב היה סולידי ומאוזן. תפישת התפקיד שלו, שהתאפיינה בגישה מתונה יותר, הותירה את חותמה על תקופת כהונתו כקדנציה פחות דומיננטית. בן זאב אף סבר שהממשלה לא חייבת לקבל את חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה.³²

עם כניסתו של שמגר לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה החל עידן חדש במוסד היועץ המשפטי לממשלה.³³ עובר למינויו, כיהן שמגר בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי של צה"ל, ארגון שהסדר וההיררכיה הם לחם חוקן. הדבר עלה בקנה אחד עם נטייתו האישית של שמגר לסדר ולארגון. שמגר ציין כי ותיקי המשרד סיפרו לו שעם כניסתו לתפקיד הם חששו שהוא מתכוון לחולל הפיכה צבאית, וסיפר בגאווה שהפיכה צבאית אומנם לא התחוללה, אך סדרי עבודה חדשים הונהגו.³⁴

אחד החידושים שהנהיג שמגר במשרד היועץ המשפטי לממשלה היה היררכיה ברורה: בראש המערכת עומד אדם אחד – היועץ המשפטי לממשלה. כל המערכת עומדת לרשותו. זה נכון למשרד המשפטים עצמו, וזה נכון לשירות המשפטי הציבורי כולו. "זו היתה תפיסה עקרונית", סיכם שמגר באוטוביוגרפיה שלו:

"כפי שקבענו בפרקליטות הצבאית, שהפרקליטים של הפיקודים והחילות השונים כפופים מקצועית לפרקליט הצבאי הראשי ולא למפקדיהם הישירים, כך גם במערכת היועץ המשפטי האזרחית: קבענו שהיועץ המשפטי של כל משרד או גוף ממשלתי אחר אינו אלא שלוחה של היועץ המשפטי לממשלה".³⁵

(ועדת אגרנט).

31 פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 238 (1999).

32 זילבר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 142.

33 Yoav Dotan, *Lawyering for the Rule of Law: Government Lawyers and the Rise of Judicial Power in Israel* 80 (2014) (להלן: "דוטן"); זילבר, שם, בעמ' 126.

34 מאיר שמגר תם ולא נשלם – פרקי חיים 98 ו-100 (2015): "אודה ולא אבוש: אני אוהב דברים מסודרים, על פי מתכונת ברורה לכל, היוצרת דפוסי עבודה אחידים".

35 שם, בעמ' 100. על כך ששמגר היה הראשון למסד את הכפפת היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה, ראו גם: גוטמן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 214–215; רות גביוון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות פליליים ה 27, 69 (1996); זילבר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 148.

אין ספק כי התמיכה המלאה שקיבל שמגר משר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, סייעה לו במימוש מטרותיו. יתרה מזאת, שפירא ביקש להעביר החלטת ממשלה שתקבע כי היועצים המשרדיים יהיו עובדי משרד המשפטים. אולם שמגר סבר כי מהלך כזה יעורר חיכוכים מיותרים עם השרים שיחששו מהשתלטות על משרדיהם, וכי ביכולתו להשיג את הכפפת היועצים המשרדיים למרותו גם ללא החלטה רשמית. ואכן, כך קרה: "כשעזב את תפקידו", מציין גוטמן, "לא היה ספק בעיני איש שכל אחד מהיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה מקיים את הוראות היועץ המשפטי ובא אליו עם כל בעיה חשובה".³⁶

בשנת 1975 מונה שמגר לבית המשפט העליון, ובמקומו מונה אהרן ברק. אף על פי שהן שמגר והן ברק פעלו רבות לביצור מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, הם עשו זאת בשני אופנים שונים לחלוטין. שמגר, כאמור, פעל לחיזוק הביצורים הפנימיים של המוסד ויצירת מערכת היררכית מחייבת שבראשה עומד היועץ המשפטי לממשלה. ברק ציין שהוא רק שימר את מפעלו של שמגר, ובפרט באשר להכפפת היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה. בראיון לדינה זילבר אמר ברק כי שמגר מימש את הרעיון ש"היועץ המשפטי לממשלה הוא האבא של כל היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה [...] אני המשכתי בכך. תפיסת התפקיד כפי שהיא עוצבה כיום, גובשה בתקופת שמגר. אני באתי אל המוכן".³⁷ לעומת זאת, כהונתו של ברק התאפיינה בחיזוק הביצורים החיצוניים של היועץ המשפטי לממשלה, חיזוק שבא לידי ביטוי בשורה של החלטות אמיצות שנגעו לראשי השלטון, ובעיקר העמדתם לדין של אישי ציבור.³⁸

אחד ממפעליו של שמגר היה חיבור קובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, עשרה כרכים שכללו את עמדותיו המהותיות של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות שהובאו לפתחו.³⁹ אף על פי ששמגר כתב יותר מ־350 הנחיות, הוא לא הוציא הנחיה שמטרתה ביסוס סמכותו ההיררכית של היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים. הנחיה זו נכתבה רק בתקופתו של היועץ המשפטי

36 גוטמן, שם, בעמ' 214; שמגר תם ולא נשלם, לעיל ה"ש 34.

37 זילבר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 148.

38 כשבועיים לאחר מינויו ברק כתב לשר המשפטים חוות דעת שאוסרת על יצחק רבין למנות את אריאל שרון ליועץ כללי לראש הממשלה. כמו כן, במהלך כהונתו ברק העמיד לדין את אשר ידליו, נגיד בנק ישראל; ביקש להעמיד לדין את אברהם עופר, שר השיכון, שאף התאבד בעקבות חקירותיו במשטרה; העמיד לדין את חברי הכנסת שמואל רכטמן ושמואל פלאטו שרון; וכמובן ביקש להעמיד לדין את לאה רבין בפרשת חשבון הדולרים, דבר שהביא להתפטרותו של יצחק רבין מראשות הממשלה. שמגר לעומת זאת לא העמיד לדין אף פוליטיקאי, ואף ספג ביקורת על כך. ראו זילבר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 156–157, ו-414 (ה"ש 30 שם); גוטמן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 218.

39 זילבר, שם, בעמ' 152.

לממשלה יצחק זמיר בשנת 1981. עד לאותה עת לא מצאתי כל ניסיון רשמי להסדרת מעמדם של היועצים המשרדיים – לא באמצעות הצעת-חוק, חוק, הנחייה או כל מסמך משפטי אחר.⁴⁰ הנחיה 21.869 שפרסם זמיר קבעה שני עקרונות: חוות דעתו של היועץ המשפטי למשרד ממשלתי בשאלה משפטית מחייבת את כל עובדי המשרד ומשקפת עבורם את המצב המשפטי הקיים; והשני – במקרה של ספק או קושי רשאים השר, המנכ"ל או היועץ המשפטי לפנות ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה שיעיין בחוות הדעת ויביע דעתו.⁴¹ מאוחר יותר באותה שנה פורסמה הודעה זהה של נציב שירות המדינה שעוגנה בתקנון שירות המדינה.⁴²

לסיכום, מאמציו של היועץ המשפטי לממשלה להכפיף אליו את היועצים המשרדיים, מאמצים שהחלו בעשור הראשון – נשאו פרי בעשור השלישי, בהנהגתו של היועץ המשפטי לממשלה שמגר ואלו שבאו אחריו. הכפפת היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה הייתה חלק ממהלכים רחבים יותר של עליית מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה, והשינוי שביחסי הכוחות שבין היועץ המשפטי לממשלה לדרג הפוליטי – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

ד. העשור הרביעי (1978–1988): החרפת המתח שבין היועצים המשרדיים לשר

העשור הרביעי התאפיין בשני תהליכים שהחריפו את המתח שבין היועץ המשרדי לבין השרים: התגברות כוחה של המדינה הרגולטורית, והתעצמות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. שני תהליכים אלו, בשילוב הידוק פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים שהחל בעשור השלישי, הביאו לשינוי משמעותי במערך הכוחות שבין הדרג הפוליטי לדרג המקצועי. כתוצאה מכך התחזק מעמדם של היועצים המשרדיים והתעצם המתח בינם לבין השרים.

⁴⁰ גם ועדת המשפטיים לבחינת סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה משנת 1962 – ועדת אגרנט – עסקה מעט בכובע הייעוץ של היועץ המשפטי לממשלה, אך כלל לא עסקה ביועצים המשפטיים למשרדי הממשלה. בשנות השישים של המאה הקודמת הוגשו כמה הצעות חוק פרטיות שביקשו להסדיר את השירות המשפטי הממשלתי כולו, ולא רק את היועצים המשרדיים. אולם הצעות חוק אלו לא צלחו אף לא את שלב הקריאה הראשונה; ראו: הצעת חוק השירות המשפטי, התשכ"ב–1961, פ/5/20; הצעת חוק שירות המדינה (השירות המשפטי – מינויים והוראות שונות), התשכ"ג–1962, פ/5/130.

⁴¹ "חוות דעת היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.869 (התשמ"א).

⁴² הודעה מא/116 של נציב שירות המדינה; תקנון שירות המדינה.

1. עליית המדינה הרגולטורית

בשנות השמונים של המאה העשרים התחוללו במדינה תהליכים חברתיים-כלכליים משמעותיים, שבמסגרתם הועברו שירותים ממשלתיים לידיים פרטיות. בשל כך, בספרות נטען כי ההפרטה היא הרפורמה המשמעותית, המקיפה והעקבית ביותר במערכת הפוליטית-המנהלית בישראל מאז אמצע שנות השמונים, וזאת ללא תלות בזהות המפלגה השלטת או בזהות מנהיגיה.⁴³ בעקבות ההפרטה הנרחבת והרחבת הפעילות הרגולטורית לתחומים חדשים, גבר משמעותית השימוש ברגולציה ככלי מרכזי בידי המדינה. כתוצאה מכך התחזק מעמדן של היועצים המשרדיים.

עליית המדינה הרגולטורית היא תוצאה של תהליכים גלובליים. החל משנות השמונים של המאה העשרים חל שינוי באופן שבו סיפקו מדינות מצרכים ושירותים: הן צמצמו את מעורבותן הישירה בהספקה, והרחיבו את מעורבותן העקיפה באמצעות רגולציה שלטונית של הפעילות הפרטית. רגולציה שלטונית נדרשת בתחומים שעברו הפרטה, שכן זו מחייבת יצירת מנגנוני פיקוח מורכבים, באמצעות חקיקה ראשית או חקיקת-משנה, להסדרת הפעילות הפרטית, לפיקוח עליה ולאכיפת ההסדרה.⁴⁴ מטעמים דומים הרגולציה נדרשת גם בתחומים חדשים שעוצבו מלכתחילה בדפוס של פעילות פרטית המפוקחת על ידי המדינה, וכן בתחומים שהיו בעבר מעבר להישג ידה של המדינה, כמו הגנה על אנשים עם מוגבלויות במגזר הפרטי.⁴⁵

בשל היקף הליכי הרגולציה בישראל נטען בספרות המחקר כי ישראל עונה להגדרת "המדינה הרגולטורית".⁴⁶ בספרות הוצעו כמה מאפיינים עיקריים למדינה הרגולטורית.⁴⁷ לצורך הדיון במאמר זה חשובים המאפיינים האלה:

43 יצחק גל-נור "מדיניות ההפרטה: על מי נטל ההוכחה?" מדיניות ההפרטה בישראל – אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי 22, 22 (יצחק גל-נור, אמיר פז-פוקס ונעמיקה ציון עורכים, 2015) (הספר להלן: מדיניות ההפרטה בישראל).

44 שיר חבר "תיאוריות כלכליות-פוליטיות של ההפרטה" מדיניות ההפרטה בישראל, שם, בעמ' 57 ו-82. וראו שם על עמדה הסוברת כי הפרטה לא דורשת רגולציה.

45 יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219, 223–225 (2017).

46 שרון ידין "רגולציה: מבוא מושגי" רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 21–22 (2016); רויטמן, שם, בעמ' 224.

47 David Levi-Faur, *The Regulatory State and Regulatory Capitalism: Institutional perspective*, HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION 662, 666–667 (David David Levi-Faur & Sharon Gilad, *The Rise of the* גם Levi-Faur ed., 2011) *British Regulatory State: Transcending the Privatization Debate*, 37 COMP. POL. (2004) 105, 112–113; רויטמן, שם, בעמ' 226–232.

ראשית, במדינה הרגולטורית יש הזדקקות מתמדת לכללים פורמליים ולאכיפתם; המשמעות הישירה של הסטת המדינה ממעורבות ישירה במשק למעורבות עקיפה היא התגברות הצורך להשתמש בכללים משפטיים שיאסדרו את פעילותם של הגופים המפוקחים.⁴⁸ מאפיין נוסף, שהוא פועל יוצא מכך, הוא תפקיד "המבקרים הרגולטורים", בעיקר עורכי דין ורואי-חשבון, שאחראים לניסוח, לוויסות ולאכיפת חוזים עם ארגונים פרטיים שמספקים שירותים ציבוריים, וכן לביקורת של פעולות הממשלה עצמה. המבקרים הרגולטוריים לא עומדים בחזית, אולם יש להם תפקיד חשוב מאוד בעיצוב וביישום מדיניות ציבורית.⁴⁹ כל אלו מצטרפים לתפקידים הבסיסיים והמשמעותיים שהיועצים המשרדיים ממלאים ברשות המבצעת.⁵⁰

הצורך להיוועץ ביועצים המשרדיים בהליכי ההפרטה יצר בקרב הדרג המדיני תחושה כי היועצים המשרדיים "מפריעים" לממשלה למשול. תחושה זו התחזקה נוכח רצון הדרג המדיני להאיץ את תהליכי ההפרטה. לחמן-מסר ורובינשטיין, שטיפלו בשנות התשעים בתהליכי ההפרטה של חברת "בזק" ו"חברת כימיקלים לישראל" (כי"ל) בעבודתן במשרד המשפטים, ציינו כי:

"הרצון של הדרג המדיני להפריט – ומהר – היה עז בשנים אלו במיוחד [...]. העלאה של סוגיות הדורשות לבחון את האינטרסים החיוניים של המדינה ולקבוע הסדרים או דרכים לשמורם לאחר ההפרטה לא זכתה תמיד לתגובה אוהדת של הדרג המדיני."⁵¹

כאמור, מעורבות היועצים המשרדיים בהליכי רגולציה החלה בשנות השמונים של המאה העשרים, אולם נמשכה גם בשנות התשעים ובמאה העשרים ואחת. הדוגמאות לכך רבות. למשל, יזהר טל, היועץ המשפטי למשרד התקשורת בין השנים 1997–2005, סיפר כי כחלק מעבודתו במשרד התקשורת כרגולטור הוא פיקח על התעריפים של חברת בזק. בשנת 2003 חברת בזק ביקשה לשנות את

48 רויטמן, שם, בעמ' 226–232. ראו גם: דוד לוי-פאור "האודיסאה של המדינה הרגולטורית – ממושג רזה וחד-ממדי למושג עבה ורב-ממדי" מדברים רגולציה – משפט ומדיניות, 23, 33–35 (2016).

49 Levi-Faur, לעיל ה"ש 47, בעמ' 666.

50 ראו, למשל: Rebecca Ingber, *Interpretation Catalysts and Executive Branch Legal Decisionmaking*, 38 YALE J. INT'L L. 359, 363–364 (2013); Thomas O. McGarity, *The Role of Government Attorneys in Regulatory Agency Rulemaking*, 61 LAW AND CONTEMP. PROBS. 19, 19–25 (1998) (להלן: "מקגריטי").

51 דוידה לחמן מסר ונגה רובינשטיין "רגולציה מגוף ראשון: אסדרת אינטרסים חיוניים בתהליכי הפרטה" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 257, 260 ו-262 (ישי בלנק, דויד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016).

תעריפי השיחות, באופן שיפגע במשקי הבית ויטיב עם המגזר העסקי. אף על פי שמשרד התקשורת נטה לקבל את הצעת השינוי של בזק, הוא, כיועץ משרדי, טען כי אין הצדקה לפער בתעריפים בין שני המגזרים. בסופו של דבר משרד התקשורת אימץ פתרון מאוזן יותר.⁵² לא למותר לציין כי במקרים רבים אחרים טל היה זה שאישר מבחינה משפטית את פעילות משרדו בסוגיות רגולטוריות שונות, לעיתים בניגוד לעמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ומשרד המשפטים.⁵³

למעשה, הרגולציה שנדרשה בשל הליכי ההפרטה לא חוללה שינוי מהותי בהגדרת תפקידם של היועצים המשרדיים בישראל. הם המשיכו לבצע את אותן המטלות שביצעו מאז ומעולם, אך בשל עליית המדינה הרגולטורית נדרשו לכך בתדירות גבוהה יותר. אולם, עצם השינוי בתדירות זו השפיע על יחסי הכוחות שבין היועצים המשרדיים לבין השר במשרדיהם.

2. התגברות הביקורת השיפוטית והפנמתה

התהליך השני שהתרחש החל משנות השמונים של המאה הקודמת, והעצים את כוחם של היועצים המשרדיים, הוא התגברות הביקורת השיפוטית והפנמתה על ידי היועצים המשרדיים. מקורו של תהליך זה בשינויים שחלו בתפקידו של בית המשפט העליון – שחקן חדש שנכנס לזירה ושעיצב את מעמדם ואת סמכויותיהם של היועצים המשרדיים. מדובר בשינוי משמעותי שהשפיע על כל מערך היועצים המשרדיים, ותוצאותיו השפיעו בעיקר על מעמדם בעשור השישי.

בקרב חוקרים ישנה הסכמה שהחל משנות השמונים של המאה העשרים בית המשפט העליון נהיה אקטיבי יותר ויותר, והרחיב את גבולות הביקורת השיפוטית. בית המשפט החל לראות את הליך הביקורת השיפוטית לא רק כהליך שבו הוא מיישב סכסוכים בין שני צדדים, אזרח ורשות ממשלתית, אלא כהזדמנות לבקר את הלגיטימיות ואת סבירות המדיניות הממשלתית.⁵⁴

52 יזהר טל ודינה עברי-עומר הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל 78–79 (2009).

53 ראו, למשל, שם, בעמ' 80–81, ושם בה"ש 169.

54 דותן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 125–126. ראו גם את המקורות שמופיעים שם, בה"ש 53, וכן בהרחבה בעמ' 36–49. על אף הסכמה רחבה זו של החוקרים, חריס (לעיל ה"ש 28) טוען כי הרחבת הביקורת השיפוטית החלה כבר בעשור השלישי למדינת ישראל. יש לציין כי ישנה אי-בהירות בדבריו של חריס, שכן גם הוא עצמו סבור שבעשור הרביעי למדינת ישראל חל שינוי משמעותי במשפט הישראלי עת החל "עידן אהרן ברק", וזו אחת הסיבות לכך שהספר מסתיים בשנת 1977 – ראו שם, בעמ' 13. לצורכי מאמר זה, איני

דוּתן מראה כיצד הרחבת היקף הביקורת השיפוטית שינתה את פניה של מחלקת הבג"צים, שפרקליטיה מייצגים את המדינה בעתירות מינהליות בבית המשפט העליון. כדי שהביקורת השיפוטית תהיה אפקטיבית, בית המשפט נדרש לסיוע אקטיבי ממחלקת הבג"צים, וזו נאלצה להתאים עצמה לציפיותיו של בית המשפט, או כפי שתיאר זאת פרקליט אחד: לרקוד לצלילי בית המשפט.⁵⁵

נדמה שדבריו של דוּתן נכונים במידה רבה גם ליועצים המשרדיים. ראשית, כמו לפרקליטים, למשרדי הממשלה ישנה פרספקטיבה מוסדית ארוכת ימים ויש להם תמריץ להגן על המוניטין המוסדיים שלהם בבתי המשפט.⁵⁶ יתר על כן, רשויות מינהליות לא אוהבות שהחלטות שלהן מבוקרות. בראש ובראשונה, הפיכת ההחלטה מסכלת את מדיניות הרשות השלטונית. נוסף על כך, להפיכת ההחלטה של הרשות בביקורת שיפוטית יש עלויות: היא יכולה להוריד לטמיון חודשים ואף שנים של עבודה הכוללת איסוף מידע, ניסוח טיוטות וישיבות עם מומחים מתחומים שונים, ואף עלולה לאלץ את הרשויות לחפש תקציב למקורות ומשאבים שכבר השתמשו בהם. לכן רשות העומדת בפני סיכוי להתדיינות משפטית תמזער את הסיכון להפיכת החלטתה על ידי בית המשפט, ותנקוט מדיניות שמביאה בחשבון את התגובה הצפויה של בית המשפט.⁵⁷

חיסון מעשי הרשות מפני ביקורת שיפוטית מוטל על היועצים המשרדיים.⁵⁸ על העמדות המשפטיות של היועצים המשרדיים להיות מתוחכמות ומורכבות יותר מאלו שמציגים פרקליטים בבתי משפט והיועצים המשרדיים נדרשים לצפות מראש את האפשרות שמעשי הרשות יעמדו בפני ביקורת שיפוטית, ולהיערך לכך. אומנם גם הפרקליטים נדרשים לכך, אולם אלו נדרשים להגיב לעמדה מסוימת, בעוד היועצים המשרדיים נדרשים להיערך מראש לשלל כיוונים של ביקורת שיפוטית. שנית, וכמו שמציין דוּתן, לעיתים, הפרקליטים מוכוונים על ידי בית המשפט.⁵⁹ מטעמים אלו, חוקרים שונים הצביעו על

בטוח שהדברים סותרים, שכן הטענות שלי ושל דוּתן מתייחסות להפגמת הביקורת השיפוטית ולא להתרחבותה על ידי בית המשפט העליון, וסביר להניח שלקחו כמה שנים עד שהדברים חלחלו לשירות המשפטי. גם החיפוש האמפירי שערכתי, ומופיע להלן, תומך במסקנה זו.

55 דוּתן, שם, בעמ' 87, 125–126 ו'132.

56 Jody Freeman & David B. Spence, *Old Statutes, New Problems*, 163 U. PA. L. REV. 1, 68 (2014).

57 Jennifer Nou, *Agency Self-Insulation under Presidential Review*, 126 HARV. L. REV. 1755, 1756–1757 (2013). וראו את שלל ההפניות המובאות שם, בה"ש 3 ו'4.

58 להרחבה ראו, מקגריטי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 19–22.

59 Neil M. Peretz, *The Limits of Outsourcing: Ethical Responsibilities of Federal Government Attorneys Advising Executive Branch Officials*, 6 CONN. PUB. INT. L.J. 23, 32–39 (2006).

חשיבות עצמאות היועצים המשרדיים; עמדה משפטית שאינה עצמאית תתקשה יותר לעמוד בפני ביקורת שיפוטית.⁶⁰

הטמעת הביקורת השיפוטית על ידי היועצים המשרדיים היא בעיקר סמויה. העדות להצלחתה היא בכך שהיא מופנמת בלי שצריך להכריז עליה. משכך, ישנו קושי למצוא להליך זה ראיות היסטוריות. אולם אפשר למצוא עקבות לכך בציטוטים שונים של היועצים המשרדיים. חיפשתי במאגר המשפטי "נבו" את כל הפעמים שבהם ציינו יועצים משרדיים בוועדות הכנסת השונות כי החלטותיהם משקפות הפנמה של ביקורת שיפוטית.⁶¹ התבטאויות היועצים המשרדיים בוועדות הכנסת השונות הן מעין-ייצוג (פרוקסי) להפנמת הביקורת השיפוטית, הגם שהם משום עדות חלקית בלבד.

החל מסוף שנות השבעים אפשר למצוא התבטאויות שונות המעידות על הצל של הביקורת השיפוטית על מעשי הממשלה.⁶² אולם הפעם הראשונה שבה מצאתי כי הצהיר יועץ משרדי על כך שצעדיו מפנימים את הביקורת השיפוטית הייתה באפריל 1988. מדובר בישיבה של הוועדה המשותפת של הוועדה לענייני ביקורת המדינה וועדת הפנים ואיכות הסביבה, שעסקה בדו"ח מבקר משרד המשטרה בנושא "טיפול המשטרה בשוטרים החשודים בפגיעה בטוהר המידות". אברהם אדן, מבקר משרד המשטרה, ביקש להצביע על כשלים בטיפול בשוטרים שסרחו, ובדיון בוועדה ציין דוגמה אחת לשוטר שניצל את מעמדו לקבלת טובות הנאה. מפקד המחוז ביקש להשעות את השוטר עד למשפטו, ואילו המפכ"ל, בעקבות חוות דעת של היועצת המשפטית של המשטרה, חנה הירש, סירב להשעותו. הירש ביקשה להסביר ולהגן על החלטתה וציינה כי:

"מהנסיון הרב שיש לנו מהכרעות בית-הדין הגבוה לצדק, כל דרך אחרת לא היתה עומדת בביקורת שיפוטית. ואחד התפקידים שלי

Melissa Mortazavi, *Institutional Independence: Lawyers and the Administrative State*, 87 *FORDHAM L. REV.* 1937, 1940–1949 (2019). לטיעון דומה ראו

60 *Government Counsel and Their Obligations*, 121 *HARV. L. REV.* 1409, 1413 (2008).
 61 החיפושים כללו את המילים "ביקורת שיפוטית", "ביקורת בית המשפט", "מעורבות בית המשפט" ו"בג"ץ". מאגר הפרוטוקולים של ועדות הכנסת של "נבו" הוא חלקי. המאגר מתחיל באופן חסר מאוד רק מהכנסת השמינית (1974–1977); ובהשוואה למאגר הפרוטוקולים של ועדות הכנסת ב"אתר הכנסת", הוא כולל כ-71% מהפרוטוקולים בכנסת התשיעית (1977–1981), והחל מהכנסת העשירית (1981–1984) ואילך הוא כולל כ-95% מהפרוטוקולים. מאגר "אתר הכנסת" לא מאפשר חיפוש לפי ביטויים ולכן לא יכולתי להיעזר בו.

62 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 41 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-9, 9 (7.2.1978); פרוטוקול ישיבה 189 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-10, 7 (21.3.1984).

כיועצת משפטית היא להפנות תשומת לב המפקח הכללי או מפקדים אחרים הנוגעים לענין איזו פעולה מינהלית שלהם תעמוד בביקורת ותאושר ואיזו פעולה שלהם תיפסל".⁶³

הפנמת הביקורת השיפוטית המשיכה גם בעשור החמישי ועד ימינו אנו. עדויות נוספות של יועצים משרדיים פזורות גם בשנים אלו. כך, למשל, בשנת 1999 דנה ישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת בתיקון מס' 17 לפקודת המשטרה. בין השאר, התיקון ביקש לקבוע כי לאחר חמש שנות שירות, המפכ"ל יכול להחליט אם להאריך את כהונתו של השוטר. כאשר חברי הכנסת הביעו חשש מהסמכות הדרקונית של המפכ"ל, ציינה היועצת המשפטית של המשרד לביטחון פנים, חנה קלר, כי: "

מפכ"ל עם כל הכבוד, הוא לא יכול לפטר מישהו אם יש לו חוות דעת שאומרות שזה לא יעמוד בביקורת שיפוטית [...] תאמין לי שמה שמנחה אותם [היועצים המשרדיים; א"נ] זה רק אם הדבר הזה יעמוד בביקורת שיפוטית או לא".⁶⁴

ישנם קווי דמיון ושוני בין שני התהליכים המרכזיים שמאפיינים את העשור הרביעי – הליכי הרגולציה והפנמת הביקורת השיפוטית. השוני הוא שבעוד הרגולציה השלטונית העצימה את כוחם של היועצים המשרדיים מכיוון שנפח עבודתם גדל, אופי עבודת היועצים המשרדיים לא השתנה באופן מהותי – הם עשו "עוד מאותו דבר". לעומת זאת, הביקורת השיפוטית שינתה את אופי מוסד היועצים המשרדיים. בשל הליך זה, היועצים המשרדיים נוקטים אמות מידה קפדניות יותר בבחונם את מעשי הרשות; מעשים שבעבר אישרו, החל משנות השמונים החלו היועצים המשפטיים לפסול. הדימיון הוא שמדובר בשני תהליכים רחבים הרבה יותר, שהשפיעו ועיצבו, בין השאר, את תפקיד היועץ המשרדי. אלו ואלו העצימו את כוחם של היועצים המשרדיים, שינו את יחסי הכוחות שבין היועצים המשרדיים לבין השר שעומד בראש המשרד, והחריפו את המתח בינם לבין השר.

⁶³ פרוטוקול ישיבה 331 של הוועדה לענייני ביקורת המדינה וועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-11, 36 (12.4.1988).

⁶⁴ פרוטוקול ישיבה 19 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-15, 5 (20.10.1999). לעדויות נוספות של יועצים משרדיים ראו: פרוטוקול ישיבה 221 של ועדת הכספים, הכנסת ה-13, 22-23 (28.11.1993); פרוטוקול ישיבה 332 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-14, 3 (8.9.1998); פרוטוקול ישיבה 35 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-17, 11 (8.8.2006).

3. ועדת שפניץ

שלושת תהליכי העומק שהתרחשו בעשור השלישי והרביעי – הידוק הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים; עליית המדינה הרגולטורית; והפנמת הביקורת השיפוטית – באו לידי ביטוי בדוח צוות לבדיקת תיאור תפקידיו של היועץ המשרדי. צוות זה התכנס בשנת 1988, בתום העשור הרביעי. את הצוות מינה נציב שירות המדינה, מאיר גבאי, ובראש הצוות עמדה טנה שפניץ ממשד המשפטים. בצוות היו חברים גם שמואל הולנדר (היועץ המשפטי של נציבות שירות המדינה); אליעזר הפנר (נציבות שירות המדינה); ורדה לוסטהוויז (משרד המשפטים); עמיחי פרי (היועץ המשפטי של משרד התעשייה והמסחר); ואברהם שפט (היועץ המשפטי של משרד הפנים). ניסיונותיי לאתר את נסיבות מינוי הוועדה עלו בתוהו.⁶⁵

דוח צוות שפניץ הוגש בספטמבר 1990. החוט ששזור את כל הדוח הוא המתח שקיים בין היועצים המשרדיים לבין השר, והוא כמעט לא מציין את המתח שקיים בין היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה. מתח זה הוא, כאמור, בין השאר תוצאה של עליית המדינה הרגולטורית והפנמת הביקורת השיפוטית, שמוזכרים בדוח.⁶⁶ אך הוא בעיקר משקף את הידוק פיקוח היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים.

לכן דוח צוות שפניץ הוא כמעט תמונת-ראי לדוח ועדת ברנזון מן העשור הראשון. כך, בדיוני צוות שפניץ מספר יועצים משרדיים הביעו חשש כי במקרה של מחלוקת עם הנהלת המשרד, פנייה מצידם ליועץ המשפטי לממשלה "לא תתקבל במשרד בעין יפה". מנגד, שלא כמו בוועדת ברנזון עת ביקשו היועצים המשרדיים לשמור על עצמאותם, דוח צוות שפניץ מציין כי היו יועצים שביקשו לשנות את הסטטוס שלהם כך שיהיו כפופים ליועץ המשפטי לממשלה גם מינהלית וגם מקצועית. קרי, יהיו עובדי משרד המשפטים. צוות הוועדה דחה הצעה זו.

⁶⁵ תיאור תפקידים של משרת יועץ משפטי של משרד ממשלתי (1990) (להלן: "דו"ח צוות שפניץ"). פרט לדו"ח הוועדה הסופי לא הצלחתי לאתר חומרים נוספים שנוגעים לוועדה. שוחחתי בנושא הן עם טנה שפניץ, רכות הוועדה, והן עם שמואל הולנדר, אחד מחברי הוועדה, ושניהם ציינו כי הם אינם זוכרים דבר מן הוועדה.

⁶⁶ באשר להפנמת הביקורת השיפוטית, ראו שם בעמ' 5-7; באשר להפרטה ורגולציה, דוח צוות שפניץ לא מתייחס לכך במפורש, אך רומז לכך; ראו שם, בעמ' 7-5. נוסף על כך, גבאי, שמינה את הצוות, היה אחד התומכים הנלהבים של ההפרטה. הוא מציין את מדיניות ההפרטה כאחד מהישגיו. ראו: "פרק שלישי: כתבי מאיר גבאי שפורסמו – פסיקה, מאמרים ונאומים" עו"ד מאיר גבאי – ספר לזכרו 91, 146 ו-151-153 (אהרן ברק ומיכל נבות עורכים, 2015).

אולם, למרות הידוק הפיקוח של היועץ המשפטי לממשלה על היועצים המשרדיים, צוות שפניץ הכיר בכך שהבוס המהותי – ולא רק המינהלי – של היועץ המשרדי הוא השר. בשאלת זהות הלקוח של היועץ המשרדי הצוות התלבט בין שני לקוחות – השר והמשרד, וכלל לא עלתה האפשרות כי זהות הלקוח של היועץ המשרדי עמומה ורחבה הרבה יותר (כפי שיקבע צוות אברמוביץ שתידון בהמשך בחלק ה-2). בעניין זה קבע הצוות כי:

”מאחר שהשר הוא האחראי על פעולות המשרד והוא זה הנושא באחריות מיניסטריאלית, נראה שבראש וראשונה חובת הנאמנות היא כלפי השר והמדיניות שהוא קובע; ואולם הצוות אינו סבור שלענין חובת הנאמנות יש מקום להבחין בין השר לבין המשרד.”⁶⁷

נראה כי בעשור הרביעי זו הייתה תפישה מקובלת למדי.⁶⁸ קביעה זו תעורר בעשור הבא שיסוקר, העשור השישי.

ה. העשור השישי (1998–2008): היועץ המשרדי כמייצג את הציבור כולו וכשומר-סף

בעשור השישי מערכת שלטון החוק הייתה בשיא כוחה. אהרן ברק היה נשיא בית המשפט העליון, ובמהלך עשור זה החל בית המשפט לבטל חוקים שחוקקה הכנסת מכיוון שאינם חוקתיים.⁶⁹ עוצמתו של בית המשפט העליון הקרינה גם על המשפטנים בשירות הציבורי.⁷⁰

עשור זה התאפיין בשני שינויים מהותיים שחלו בהגדרת היועץ המשרדי: הראשון הוא הרחבת הלקוח של היועץ המשרדי מעבר לגבולות משרדו, והשני

⁶⁷ דו"ח צוות שפניץ, שם, בעמ' 18.

⁶⁸ כך, למשל, בדיון בכנסת בשנת 1979 שעסק בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978, אמרה ח"כ שולמית אלוני (מפלגת רצ), כי בהחלטה על מעצר מינהלי "דרושה בכל מקרה התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה ולא עם שום יועץ משפטי אחר, כי תפקידו של יועץ משפטי במשרד ממשלתי הוא לעזור לשר לבצע את המדיניות שלו כך שלא יהיה נתון לביקורת ולהתקפות" (ההדגשה הוספה). ראו פרוטוקול ישיבה 104 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, (22.1.1979).

⁶⁹ החוק הראשון בוטל בסוף שנת 1997; ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

⁷⁰ ראו, למשל: אבי מיליקובסקי "פרישתם של הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין מכס השיפוט – מערכת היחסים בין בית המשפט העליון לרשות המבצעת על רקע חילופי הדורות בבית המשפט העליון" שורשים במשפט 769 (דינה זילבר עורכת, 2020); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצוה" משפט ועסקים 3, 50–51 (התשס"ד).

הוא הפקדתו של היועץ המשרדי כשומר-סף. שני שינויים אלו החרפו את המתח שבין היועץ המשרדי לשר שעומד בראש המשרד. השינוי הראשון היה המסמך האחרון שהפקיע כמעט לחלוטין את היועץ המשרדי מידי השר; השני סימן את השרים – לפחות כך הם ראו זאת – כחשודים מיידיים שנדרשים למשגיחים, לשומרים.

1. היועץ המשרדי כשומר-סף

תפקידו של היועץ המשרדי כשומר-סף עלה על הכתב לראשונה ביולי 2002, בהנחיה שכתב היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין. הנחייה זו פותחת במילים: "תפקיד הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה הוא בין השאר להיות 'שומר-הסף' להפעלת סמכות כראוי וכנכון, על פי החוק ועקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית".⁷¹ נוסף על כך, ההנחיה חזרה על כך שחוות דעת היועץ המשרדי מחייבת את המשרד, והסדירה את מנגנון הפנייה לקבלת חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, באופן מפורט משנעשה בעבר.

מהמחקר שערכתי קשה לומר בוודאות מה האירועים שהטרימו את כתיבת ההנחיה ואת השימוש בביטוי "שומר-סף".⁷² ההשערה שלי מפליגה לאירועים שארעו מעבר לים, בארצות הברית, ולאירועים שהתרחשו בעקבות קריסתו של תאגיד האנרגיה "אנרון" (Enron). שני האירועים התרחשו בסמיכות, ובשניהם עלה התפקיד של עורך-הדין כ"שומר-סף".⁷³

בשלהי שנת 2001 תאגיד אנרון נכנס להליך של פשיטת רגל. לעורכי הדין של אנרון היה חלק משמעותי בפשיטת הרגל, שכן במקום לדווח על פעולותיהם של מנהלי אנרון לרגולטור – הרשות לניירות ערך האמריקאית, הם שיתפו פעולה עם מניפולציות חשבונאיות של המנהלים. בעקבות התרסקות אנרון, בחודש יולי 2002 – ממש בחודש שיצאה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה – נחקק חוק

71 "חוות דעת היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 9.1000 (התשס"ב) (ההדגשה הוספה). הנחיה זו עודכנה בשנים 2006, 2009 ו-2015, ונעשו בה שינויים קוסמטיים בלבד. בשנת 2004 הנחיה זו הוטמעה בתקשי"ר – ראו הודעה מס' סד/19 של נציבות שירות המדינה "היועץ המשפטי במשרדי הממשלה וביחידות הסמך" (19.2.2004), וכן ס' 40.311 לתקשי"ר.

72 שוחחתי על הנחיה זו עם מי שהיה היועץ המשפטי לממשלה דאז, השופט בדימוס אליקים רובינשטיין, וכן עם מי שהיו אז המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), השופט מני מזוז, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), יהושע שופמן. שלושתם לא זכרו לומר מה מקור ביטוי "שומר סף".

73 לבד מסמיכות הזמנים, לא מצאתי עדות ישירה לקשר בין שני האירועים. מובן כי סיפור קריסת חברת "אנרון" היה ידוע בישראל. ראו למשל: "עלייתה ונפילתה של אנרון" הארץ <https://www.haaretz.co.il/misc/1.763506> (12.1.2002).

סרבנס-אוקסלי, שנקרא על שם שני הוגיו. החוק מורה כי ייקבעו כללים המחייבים עורכי דין של תאגיד שפועלים מול הרשות לניירות ערך לדווח לממונה עליהם – ואם זה לא מגיב, למי שממונה עליו וכן הלאה. הדיווח צריך להיות על "ראייה להפרה מהותית של דיני ניירות ערך או הפרת חובת הנאמנות או הפרה דומה של החברה וכל גורם בה".⁷⁴ כפי שהעיד הארווי גולדשמידט, ראש הוועדה לניירות ערך ולבורסות (ה-SCE), הסוכנות שאחראית לפקח על שוק ההון האמריקני, הרפורמה של חוק סרבנס-אוקסלי נועדה לחזק את תפקיד עורכי הדין כשומרי-סף.⁷⁵

אומנם חוק סרבנס-אוקסלי עוסק בעורכי דין של תאגידים (שפועלים מול הרגולטור), אולם המודל שהציע מתאים במידה רבה לעורכי דין ממשלתיים.⁷⁶ למעשה מודל "הדיווח במעלה שרשרת הפיקוד" של שומר-הסף עולה בקנה אחד עם מודל ההכרעה שלפיו חוות דעתו של היועץ המשרדי מחייבת את כל המשרד, וכי במקרה של מחלוקת בין היועץ המשרדי למשרד, חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מכריעה. מבחינה זו, מודל הייעוץ המשפטי הציבורי בישראל ממקסם את כוחו של היועץ המשפטי לממשלה: מחד גיסא, רק ייעוץ משפטי פנימי (בחברה פרטית או במשרד ממשלתי) מכיר את מקום העבודה לפני ולפנים ויכול לחשוף התנהלות בעייתית,⁷⁷ התנהלות שמשרד המשפטים לא יוכל לחשוף; מאידך גיסא, היועץ המשפטי לממשלה זוכה לדיווח מלא מהיועצים המשרדיים וליכולת הכרעה.

בעשור השישי פונקציית היועץ המשרדי כשומר-סף עולה בקנה אחד עם הטענה על התגברות השחיתות השלטונית בישראל בשנים אלו, או למצער ההתגברות בהתמודדות עימה. כך, למשל, נבות מצא כי בין השנים 1996–2010 מספר חברי הכנסת שחסינותם הוסרה בגין חשדות למעורבות במעשים מושחתים כמעט הוכפל בהשוואה ל-25 השנים שקדמו להן, שאף הוא כפול בהשוואה למצב קודם לכן. נבות מציע לכך כמה הסברים, כמו מדיניות מחמירה

74 Sarbanes-Oxley Act of 2002 § 307: "report evidence of a material violation of securities law or breach of fiduciary duty or similar violation by the company or any agent thereof". הכללים נקבעו בפברואר 2003: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys (6.2.2003).

75 Harvey J. Goldschmid, Comm'r, U.S. Sec. & Exch. Comm'n, A Lawyer's Role in Corporate Governance: The Myth of Absolute Confidentiality and the Complexity of the Counseling Task, Address Before the Association of the Bar of the City of New York (Nov. 17, 2003).

76 .1424–1421 בעמ' 60, לעיל ה"ש, Note, Government Counsel and Their Obligations Michael Herz, *The Attorney Particular: Governmental Role of the Agency General Counsel*, in GOVERNMENT LAWYERS: THE FEDERAL LEGAL BUREAUCRACY AND PRESIDENTIAL POLITICS 143, 164 (Cornell W. Clayton ed., 1995).

יותר של היועץ המשפטי לממשלה וכן של מבקר המדינה, "שומר-סף" נוסף. פרט לכך, נבות קושר זאת לשינויים שחלו בעשור הרביעי, ופורטו לעיל, קרי השינויים שחלו במשטר הכלכלי של ישראל והליכי הרגולציה שליוו אותם, שהביאו לריבוי הזדמנויות למעשי השחיתות.⁷⁸

תפקיד היועץ המשרדי במניעת שחיתות עלה בכמה פרשות שבהן היו מעורבים ראשי ממשלה. אציין שתי פרשות כאלו. במחצית השנייה של שנת 2005 עסק אהוד אולמרט, אז ממלא-מקום שר האוצר, בהליך מכירת מניות המדינה בבנק לאומי. בדיעבד התברר כי אולמרט פעל להטיית הליך המכירה לטובת מקורבו פרנק לואי. פרקליט המדינה, משה לדור, קבע כי אולמרט פעל באופן הנגוע בניגוד עניינים בשלושה מעגלים חברתיים ומשפחתיים, ובין השאר לא חשף כי עורך הדין יוסף גרוס, שייצג את לואי, הוא מחותנו. ימימה מזוז, היועצת המשפטית של משרד האוצר באותה עת, מסרה בחקירתה במשטרה כי לו היה אולמרט חושף לפניה את קשריו המשפחתיים עם גרוס, היא הייתה פוסלת אותו מלנהל את ההליך.⁷⁹

דוגמה נוספת נמצאת ברפורמה שמשרד התקשורת ביצע בשוק התקשורת הנייחת בשנת 2016, וכחלק ממנה ביטול ההפרדה התאגידית בין חברת בזק ל-yes. דו"ח מבקר המדינה קבע שהלשכה המשפטית במשרד התקשורת הודרה משלבים משמעותיים בגיבוש מסמך המדיניות של הרפורמה. כן קבע כי מנכ"ל המשרד, שלמה פילבר, התחייב לבזק על ביטול ההפרדה התאגידית בלי לכלול בהתחייבות זו חלק מהתיקונים הרגולטוריים המהותיים בהוראות הרישיון של בזק – שינויים שהלשכה המשפטית דרשה.⁸⁰ לפי כתב האישום שהוגש נגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו, ונגד שאול אלוביץ', בעל השליטה בבזק, התעלמות פילבר מהוראות הלשכה המשפטית נעשתה לפי דרישתם של אלוביץ' ובזק.⁸¹

78 דורון נבות שחיתות פוליטית בישראל 452-458 ו-503-504 (2012). נבות לא מצייין מפורשות את היועצים המשרדיים כשומרי הסף, אך מזכיר כמה פרשות, כמו מכירת מניות בנק לאומי שתובא להלן, שנוגעות לתפקידם של היועצים המשרדיים ככאלו.

79 החלטת פרקליט המדינה "מכירת מניות המדינה בבנק לאומי: החלטה על סגירת תיק החקירה", פס' 202 (4.12.2008). ההחלטה זמינה ב-<https://bit.ly/3VWHtHH>. אף על פי כן, פרקליט המדינה לדור החליט שלא להעמיד לדין את אולמרט בפרשייה זו; ראו שם, בפס' 274-279.

80 מבקר המדינה דוח ביקורת מיוחד היבטים בפעולות משרד התקשורת לאסדרת מגזר התקשורת הנייחת 143-145 (2017).

81 סעיפים 72 ו-79 לכתב האישום בת"פ 20-01-67104 מדינת ישראל נ' נתניהו.

2. צוות אברמוביץ ושינוי הלקוח של היועץ המשרדי

בעשור השישי חל שינוי גם בהגדרת הלקוח של היועץ המשרדי. ניצנים לשינוי זה אפשר לראות בדו"ח ועדה, בראשות מאיר שמגר, שהתבקשה לבחון את דרכי מינוי היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (להלן: ועדת שמגר). הן ועדת אגרנט מ-1962⁸² והן ועדת שמגר עסקו בסמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה. אולם שלא כמו ועדת אגרנט – ועדת שמגר התייחסה גם ליועצים המשרדיים.⁸³ הוועדה לא עסקה במפורש בשאלה מי הוא הלקוח של היועץ המשרדי. אולם היא ראתה ביועץ המשרדי כמזערת של היועץ המשפטי לממשלה, ועל כן, במשתמע, קבעה כי הוא נדרש לשקול שיקולים רחבים יותר מאלו של משרדו. הוועדה קבעה כי:

"היועץ המשפטי [לממשלה, א' נ'] והמערך המקצועי אשר עליו הוא מופקד [...] מופקדים כמו כן על השמירה הכללית של האינטרס הציבורי בהקשרים מגוונים"⁸⁴.

את העשור השישי חתם דו"ח ועדה נוספת בראשות מנכ"ל משרד החוץ, אהרון אברמוביץ, שעסקה בתפקידיו של היועץ המשרדי.⁸⁵ דו"ח ועדה זו, שמונתה ב-18.3.2007 והגישה את מסקנותיה ב-10.9.2008, הוא הֶקְלִימָקְס של העשור שבו היעוץ המשרדי היה בשיא עוצמתו.

הוועדה עסקה בשלל נושאים ואני אתמקד באלו שעניינם מהות תפקידו של

⁸² ראו דו"ח ועדת המשפטנים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 421 (1993).

⁸³ הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו – דין וחשבון, פס' 18 ו-43 (1998).

⁸⁴ שם, בפס' 42 (ההדגשה הוספה). מקומם של היועצים המשרדיים בדיוני ועדת שמגר דורש עיון נוסף. נכון למועד כתיבת המאמר לא הצלחתי לאתר את הפרוטוקולים של ועדת שמגר.

⁸⁵ דין וחשבון הצוות הבינמשרדי לבחינת סוגיות הנוגעות למערך היעוץ המשפטי למשרדי הממשלה 20, 26–30 (10.9.2008) (להלן: "דו"ח צוות אברמוביץ"). נוסף על אברמוביץ חברי הוועדה היו: יעקב ברגר (נציבות שירות המדינה); מלכיאל בלס (משנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ)); הראל בלינדה ורותם פלג (אגף התקציבים, משרד האוצר); תומר מוסקוביץ (היועץ המשפטי לשעבר של משרדי התמ"ת והעבודה והרווחה); ודרורה ליפשיץ (היועצת המשפטית לשעבר של משרד התשתיות לאומיות). אליעד וינשל (משרד המשפטים), ריכו את הצוות. שוחחתי עם מלכיאל בלס, והוא לא זכר מה היו נסיבות כינוס הצוות. הוא ציין שכנראה היחיד שיוכל לסייע לי הוא רכז הצוות, אליעד וינשל, אולם לא הצלחתי לשוחח עימו. חיפוש בארכיונים שונים שערכתי לא שפך אור על נסיבות כינוס הצוות.

היועץ המשרדי. בשני נושאים מהותיים אפשר לראות בדוח הוועדה את המשך המגמה שניצניה הופיעו קודם לכן: הראשון, שתחילתו בעשור השלישי, הוא הזחת המתח ממערכת היחסים שבין היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה למערכת היחסים שבין היועצים המשרדיים לשר;⁸⁶ השני, שהופיע כבר בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2002, הוא תפקידו של היועץ המשרדי כשומר-סף.⁸⁷

החידוש הגדול של צוות אברמוביץ נוגע להגדרת הלקוח של היועץ המשפטי המשרדי. בנושא זה קבעה הוועדה לראשונה:

"ששולחו של היועץ המשפטי למשרד הממשלתי הוא הציבור כולו. כלל תושבי המדינה, המהווים את ציבור משלמי המיסים הנזקק לשירותיו, הם הלקוח האמיתי של עורך הדין הציבורי".⁸⁸

בעקבות מסקנות הצוות הורה ראש הממשלה להקים צוות שיכין הצעות אופרטיביות, וביום 1.3.2009 החליטה הממשלה לאמץ את מסקנות צוות היישום. מנוסח החלטת הממשלה נשמט היותו של הציבור כולו הלקוח של המשרד או כי היועץ המשפטי הוא שומר-סף. זאת אף על פי שקביעה זו עדיין שרירה וקיימת הן בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה והן בתקשי"ר (ועל כן הפרתה היא עבירת משמעת).⁸⁹

השאלה למי כפוף היועץ המשרדי – ליועץ המשפטי לממשלה או לשר – ושאלת הגדרת הלקוח שלו הן שאלות שקשורות זו לזו. זאת שכן, לכאורה, כפיפות לשר משמעותה שהשר או המשרד הם הלקוח של היועץ המשרדי, ואילו כפיפות ליועץ המשפטי לממשלה משמעה כפיפות לציבור רחב יותר. עם זאת, אין אלו שאלות חופפות. ראשית, שאלת הכפיפות היא שאלה מוסדית ולא בהכרח שאלה מהותית; יכול להיות שדווקא היועץ המשרדי יחשוב על האינטרס הציבורי ואילו היועץ המשפטי לממשלה ייצג אינטרס צר יותר, או ישקול שיקולים מוסדיים-פוליטיים.⁹⁰ אולם מעבר לכך, שאלת הגדרת הלקוח היא רחבה הרבה יותר: שאלת הכפיפות צפה בעיקר כאשר מתגלעות מחלוקות, למשל בין

86 ראו למשל בפס' 20 ו-27 לדו"ח צוות אברמוביץ.

87 שם, בפס' 8 ו-27.

88 שם, בפס' 23. ההדגשה במקור.

89 החלטה 4528 של הממשלה ה-31 "המלצות הצוות הבינמשרדי לבחינת מערך הייעוץ המשפטי" (1.3.2009).

90 ראו, למשל, בארצות הברית לעניין יחס בין משרד המשפטים ליועצים המשפטיים של הסוכנויות השונות: Adrian Vermeule, *Conventions of Agency Independence*, 113 COLUM. L. REV. 1163, 1209–1210 (2013).

שני משרדים שונים. אך כאשר מגדירים את הלקוח של היועץ המשרדי בתור הציבור כולו, הציפייה היא שכבר מלכתחילה היועץ המשרדי יעמיד נגד עיניו את הציבור כולו ולא את השר או המשרד. לכן הרחבת הלקוח שנעשתה בדו"ח צוות אברמוביץ היא צעד משמעותי נוסף בהסלמת המתח שבין היועץ המשרדי לבין השר.

העשור השישי הביא לשיאו את המגמה שהחלה בעשור השלישי של שינוי מערך הכוחות שבין היועץ המשרדי לבין השר שעומד בראש המשרד. היועץ המשרדי הוא שומר-סף שנדרש לשמור על השר. כמו כן האינטרסים של המשרד אינם האינטרסים היחידים שעל היועץ המשרדי לשקול – היועץ המשרדי נדרש לשקול את האינטרסים של הציבור כולו. שני אלו העצימו את כוחו של היועץ המשרדי והחלישו את כוחו של השר העומד בראש המשרד.

ו. העשור השביעי (2008–2018): תגובת-הנגד של המחוקקים והחלשת "שלטון המשפטנים"

העשור השביעי, כמו העשורים שקדמו לו, מראה כיצד השינויים שחלו בתפקיד היועצים המשרדיים נוגעים לתהליכים גדולים ועמוקים יותר. כפי שתוארתי לעיל, תהליכים שונים שראשיתם בעשור השלישי – הכפפתו של היועץ המשרדי ליועץ המשפטי לממשלה; התגברות הליכי הרגולציה; הפנמת הביקורת השיפוטית; הפקדת היועץ המשרדי כשומר-סף; והגדרת הלקוח של היועץ המשרדי כציבור כולו – החרפו את המתח שבין היועץ המשרדי לבין השר שבראש המשרד. כל אלו הניעו תגובת נגד בדמות הצעות חוק רבות שביקשו להכפיף את היועץ המשרדי לשר.

בין השנים 2008 ל-2018 הוגשו לכנסת חמש הצעות חוק שנועדו להגביר את שליטת השר ביועץ המשרדי.⁹¹ שתי הצעות-חוק מ-2008 והצעה מ-2009 ביקשו להגביל את כהונת היועץ המשרדי לשש שנים ולהקל את הנסיבות שבהן השר יוכל לפטר את היועץ המשפטי.⁹² שתי הצעות אלו לא עברו את שלב הקריאה הראשונה בכנסת.

הצעות אלו מראות כי אותם פתרונות יכולים לנבוע ממניעים מנוגדים לחלוטין. כך, למשל, אחת מהמלצות צוות אברמוביץ הייתה שיש לקצוב את משך כהונתם של היועצים המשרדיים. זאת מכיוון שאי-קציבת הכהונה גורמת

⁹¹ לא הבאתי בחשבון הצעת חוק דומה שנוגעת ליועצים המשפטיים ברשויות המקומיות. ראו: הצעת חוק הרשויות המקומיות (הגבלת כהונה של יועצים משפטיים וגזברים) (תיקוני חקיקה), התש"ע-2010, פ/2453.

⁹² הצעת חוק יועץ משפטי למשרדי הממשלה, התשס"ח-2008, פ/3594/17; הצעת חוק יועץ משפטי למשרדי הממשלה, התשס"ט-2009, פ/304/18.

לסטגנציה ולשחיקה, ומביאה לעזיבה של דרגי הביניים בלשכה המשפטית. מכיוון שמדובר בהחלטה מורכבת, מונה לשם כך צוות ליישום ההחלטה. אולם אלו לא היו המניעים של חברי הכנסת שהציעו הצעות חוק אלו. כפי שעולה מדיוני הוועדה, הצעות החוק נועדו במפורש להדק את שליטת השר ביועץ המשפטי שלו. כפי שציין חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה):

”אני רוצה להקדים ולומר מה הרקע להגשת הצעת החוק שחבר הכנסת מקלב ואנוכי הגשנו [...] השר לא יכול להזיז אצבע ברגע שמגיע יועץ משפטי ואומר: אני לפי שיקול דעתי. לא לפי סעיף מסוים בחוק, לא לפי הגדרה חוקית ברורה, אלא שיקול דעתי. למה שיקול דעתו של היועץ המשפטי שונה משיקול דעתו של השר? למה? [...] אני אומר – לא לפגוע בסמכויותיו של היועץ המשפטי [...] אני גם לא פוגע בשיקול דעתו של היועץ המשפטי. אבל, רבותי, הכוח הרב והעצום שיש ליועץ המשפטי צריך להיות מוגבל בתקופת זמן”⁹³.

ואכן, בעקבות עבודת צוותי היישום של צוות אברמוביץ, החליטה הממשלה לדחות את המשך הדיון בהצעת החוק, ובהמשך, כמו הצעת החוק העוקבת, היא לא קודמה.

ב-2017 הוגשו שלוש הצעות חוק:⁹⁴ שתי הצעות חוק פרטיות, של חברי הכנסת יואב קיש ואמיר אוחנה מהליכוד, ביקשו לקבוע כי מינוי היועץ המשרדי יעשה לפי בחירת השר, ללא מכרז (כמו מנכ”ל). הצעת החוק הממשלתית הציעה כי היועץ המשרדי ימונה בידי ועדת איתור בת חמישה חברים, שבראשה יעמוד מנכ”ל המשרד, ונוסף לו יכהנו בוועדה היועץ המשפטי לממשלה או נציגו; נציב שירות המדינה או נציגו; נציג ציבור שיבחר המנכ”ל; ונציג מן האקדמיה שיבחר המנכ”ל בהסכמה עם היועץ המשפטי לממשלה. הן הצעת החוק של ח”כ אוחנה והן זו הממשלתית עברו לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט – הצעתו של אוחנה לדיון מוקדם לפני קריאה ראשונה במליאה, והצעת חוק הממשלתית לקראת קריאה שנייה ושלישית. הוועדה קיימה ארבע ישיבות בהצעות החוק, כשהאחרונה שבהן התקיימה ביום 26.11.2018. אלא שפחות מחודש לאחר מכן,

⁹³ ישיבה 130 של ועדת החוקה, חוק ומשפט 6 (29.12.2009).

⁹⁴ הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועץ משפטי וחשב למשרד ממשלתי), התשע”ז-2017, פ/3794/20; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשע”ז-2017, פ/4012/20; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס’ 20) (מינוי היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה), התשע”ח-2017.

ב-25.12.2018, הגישה הממשלה הצעת חוק לפיזור הכנסת העשרים,⁹⁵ וכעבור יומיים אושרה הצעת החוק לפיזור הכנסת העשרים בקריאה שנייה ושלישית⁹⁶ והכנסת התפזרה. מאז לא חודש הדיון בהצעות החוק בעניין היועצים המשרדיים. אפשר לתאר הצעות חוק אלו כחלק ממגמה רחבה יותר המתרחשת בעשור השביעי בישראל, ומאופיינת בנסיגה או בשחיקה דמוקרטית.⁹⁷ בספרות תוארה מגמה זו כתגובת נגד למהפכה החוקתית שהתרחשה לפנייה – המהפכה שתחילתה בעשור החמישי ושיאה בעשור השישי – ומכאן שמגמה זו כונתה מהפכת-הנגד או המהפכה האנטי-חוקתית.⁹⁸ מהפכת-הנגד באה לביטוי, בעיקר, אם כי לא רק,⁹⁹ בשורה של הצעות-חוק, חוקים וחוקי-יסוד שנועדו להחליש את מנגנוני האיזונים ובלמים של הדמוקרטיה. תיקונים אלו מבליטים את כוחו של העם היהודי וממילא מקפחים באופנים שונים את המיעוטים השונים.¹⁰⁰

95 ה"ח הממשלה התפזרות הכנסת ה-20, התשע"ט-2018, ה"ח הממשלה 270.

96 חוק התפזרות הכנסת העשרים, התשע"ט-2018.

97 בנושא זה ישנה ספרות רחבה. ראו, למשל, Nadiv Mordechay & Yaniv Roznai, A Jewish and (Declining) Democratic State: Constitutional Retrogression in Israel, 77 *Adam Shinar, Democratic* (להלן: "מרדכי ורוזנאי"); MD. L. REV. 244 (2017) *Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment*, 69 AM. J. COMP. L. 335 (2021). להגדרת נסיגה דמוקרטית ראו: Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. REV. 78, 83 (2018) גילה שטופלר "חוקתיות סמי-ליברלית ואיזונים ובלמים בדמוקרטיה הישראלית" עיוני משפט מד 171 (2021). מרדכי ורוזנאי וכן שטופלר תולים שינויים אלו בעיקר בשלטונו המתמשך של בנימין נתניהו, ובעיקר החל מממשלתו ה-34 (2015). עם זאת, יש לזכור שגם הממשלה ה-31 בראשות אהוד אולמרט, ובעיקר שר המשפטים שלה, דניאל פרידמן (שכיהן בין השנים 2007-2009), התאפיינו בגישה לעומתית כלפי מערכת המשפט. ואכן הצעות החוק שאוזכרו לעיל ראשיתן עוד בשנת 2008, וברוב המקרים המציעים לא באים ממפלגתו של נתניהו. וראו גם אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" המרחב הציבורי 13, 13 (2017-2018).

98 ראו, למשל: עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד (2020); אייל גרוס "מבוא: מהפכות חוקתיות ואנטי חוקתיות? – סימפוזיון בנושא חוקי-יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות" ICON-S-IL-Blog (3.10.2018) (להלן: "גרוס"); מרדכי ורוזנאי, שם, ובפרט בעמ' 253-265; סבן, שם.

99 ראו אצל מרדכי ורוזנאי, שם.

100 גרוס, מבוא: מהפכות חוקתיות ואנטי חוקתיות?, לעיל ה"ש 98, מציין כי לאחר עשורים של שתיקה, בעשור השביעי כונן המחוקק-המכונן שני חוקי יסוד חדשים: חוקי-יסוד: משאל עם (2014) וחוקי-יסוד: הלאום (2018). כמו כן חוק יסוד: משק המדינה תוקן כמה פעמים כדי לאפשר העברתו של תקציב דו-שנתי. לכך יש להוסיף את הניסיונות להוסיף "פסקת התגברות" לחוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו, ניסיונות שנעשו בשנים 2009 ו-2013.

מגמה זו בישראל קשורה לתנועה עולמית שעניינה עליית הפופוליזם, קרי תפישה שרואה את העולם באופן בינארי ומחלקת אותו ל"אנחנו" – העם האותנטי, ו"הם" – המיעוטים או הזרים שאינם חלק מהעם, והאליטות שמורמות מעם. ¹⁰¹ הפופוליסט הוא אנטי-פלורליסט; הוא ורק הוא מייצג את רצון העם וכל עמדה אחרת אינה לגיטימית. ¹⁰²

מאפיין נוסף של הפופוליזם הוא דחיקת מוסדות רבים מתהליכי עיצוב המדיניות הציבורית לטובת רשות מבצעת שאינה כפופה לבקרה ולאיוון. זאת מתוך אותה תפישה כי מוסדות אלו מגבילים את יכולתו של העם לממש את תפיסתו, ובפרט כשמדובר בגופים לא נבחרים. ¹⁰³ בניגוד למשטרים אוטוקרטיים, משטרים פופוליסטיים פועלים במסגרת הפורמלית החוקית, אך הם מנצלים לרעה את המוסדות הדמוקרטיים כדי להחליש את המוסדות ואת הערכים הדמוקרטיים; החוק אינו בעיה אלא הבעיה היא המוסדות העצמאיים המיישמים את החוק ומגבילים את יכולתם של הפופוליסטיים לממש את מטרותיהם. ¹⁰⁴ מכאן שגם מהפכת הנגד בישראל מלווה באיומים שונים על מוסדות שונים, ובפרט על מערכת המשפט, ¹⁰⁵ אך גם על מוקדי כוח מוסדיים. ¹⁰⁶ מוסד כזה הוא מוסד היועצים המשרדיים.

¹⁰¹ אני פסעתי בעקבות ההגדרה של מולר, ראו: Jan-Werner Mueller, *Populism and Constitutionalism*, THE OXFORD HANDBOOK OF POPULISM 590, 592–593 (Edited by Cristóbal Rovira Kaltwasser, Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo, & Pierre Ostiguy, JAN-WERNER MUELLER, WHAT IS POPULISM? (להלן: "מולר"); להרחבה ראו: עם זאת, מדובר במושג עמום שלו הגדרות רבות, ראו למשל אצל מולר; וכן: populism: an overview of the concept and the state of the art 1, in THE OXFORD HANDBOOK OF PUPULISM (Cristóbal Rovira Kaltwasser, Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo, and Pierre Ostiguy eds., 2017); Mark Tushnet & Bojan Bugarcic, *Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications* מולר, שם, בעמ' 591–592.

¹⁰² CAS MUDDE AND CRISTÓBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION (VERY SHORT INTRODUCTIONS) 82 (2017).

¹⁰³ עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל עיוני משפט מד 87 (2021).

¹⁰⁴ מרדכי רוזנאי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 255; סבן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 19–20; ראו בהרחבה אצל כהן ורוזנאי, שם, שמונים סיבות נוספות.

¹⁰⁵ ראו: אלאא האג' יחיא ודורין לוסיג "בעקבות ע"א 6188847 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון" פורום עיוני משפט מד 1 (2020); גילה שטופלר "פסקת ההתגברות, חוק הלאום ותהליך השחיקה הדמוקרטית" ICON-S-IL-Blog (7.10.2018); שטופלר, לעיל ה"ש 97, בעמ' 3 ו-14; סבן, שם, בעמ' 19.

לטענתי, היועצים המשרדיים אינם המוקד של המחוקקים. היועצים המשרדיים הם רק אמצעי דרכו חברי הכנסת מעוניינים לפגוע או להחליש את מוסד היועץ המשפטי לממשלה ואת בית המשפט העליון. בכך אין כדי לומר שהיועצים המשרדיים לא מעורבים יותר בעבודת המשרד כתוצאה של הליכי הרגולציה או מערימים קשיים על השרים בשל הפנמת הביקורת השיפוטית. להפך – הסבר זה קשור לתהליכים שתארת: הכפפת היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה מבחינה מקצועית, והפנמת הביקורת השיפוטית – הפכו את היועצים המשרדיים, בעיני מבקריהם, לחלק מ"שלטון המשפטנים". לכן פגיעה ביועצים המשרדיים משמעותה פגיעה, סימבולית או מעשית, ביועץ המשפטי לממשלה ובבית המשפט העליון. אם נמשוך דימוי ממשחק השחמט שאזכר לעיל, היועצים המשרדיים הם רק החיילים, כאשר המחוקק נושא עיניו למלך ולמלכה – היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון.

להסבר זה שני נוסחים: אפשר לומר שהמחוקקים מעוניינים להחליש את כל חוליות "שלטון המשפטנים", ובכלל זה את היועצים המשרדיים. אפשר גם לומר שהיועצים המשרדיים כלל אינם המוקד של המחוקקים, והם רק אמצעי לפגוע בשני הראשים העיקריים של "שלטון המשפטנים" – בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה. לדעתי הדיונים על אודות הצעות החוק האחרונות בשנים 2017 ו-2018 מחזקים את האפשרות השנייה.

כאמור, הצעות החוק ביקשו כי מעורבות השר בבחירת היועץ המשרדי תגבר. קריאת הצעות החוק לבדן מחזקת את הטענה כי מדובר במשחקי-כוח פוליטיים בין המחוקקים לבין היועץ המשפטי לממשלה על השליטה ביועצים המשרדיים. זאת ללא תלות בעמדה המהותית של היועצים המשרדיים. אך מדברי ההסבר בהצעות החוק עולה שיש להצעות תכלית אחרת: מעורבות השר בבחירת היועץ המשרדי תסייע לשר להגשים את תכניותיו ושאיופותיו. אולם, איש מהדוברים במליאת הכנסת או בוועדת החוקה, חוק ומשפט, וכמובן לא יוזמי הצעות החוק, לא הביא ולו דוגמה אחת למקרה שבו היועץ המשרדי סיכל או הערים קשיים על יוזמות של השר שלו. כל הדוגמאות שעלו בדיונים היו או טענות בעלמא, שנוגעות ל"משפטיזציה", ובפרט זו שיצרה המהפכה החוקתית;¹⁰⁷ או שהתייחסו לגופים משפטיים אחרים – בית המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה ומשרד המשפטים.

שתי דוגמאות בדיונים נגעו להחלטות קונטרוברסליות של בית המשפט העליון. אולם בשתיהן היועץ המשפטי לממשלה – פטרונם של היועצים

107 דבריו של ח"כ ישראל אייכלר ושל השרה גילה גמליאל, פרוטוקול ישיבה 298 של הכנסת ה'20, 179, 201 (15.1.2018).

המשרדיים – תמך בעמדת הממשלה. בפרשת תאגיד השירות הציבורי,¹⁰⁸ היועץ המשפטי לממשלה אישר את תיקון מס' 8 לחוק השידור הציבורי, התשע"ד – 2014 שביקש לפצל את התאגיד, וכך חטיבת החדשות תבוטל ובמקומה יקום תאגיד חדשות עצמאי.¹⁰⁹ ואילו בפרשת שלילת התושבות של תושבי מזרח ירושלים בשל חברותם במפלגה המזוהה עם החמאס,¹¹⁰ שלילת התושבות על ידי שר הפנים נעשתה על דעת היועץ המשפטי לממשלה.¹¹¹

שתי דוגמאות נוספות עסקו ביועץ המשפטי לממשלה עצמו. דוגמה אחת התייחסה לשאיפת משרד התרבות והספורט לשלול את התמיכה ממסדות תרבות בשל תוכן יצירותיהם.¹¹² אומנם במקרה זה היועץ המשפטי לממשלה התנגד תחילה להתערבות במבחני התמיכה של מסדות התרבות, אך מאוחר יותר תמך בהצעת חוק שביקשה לקדם רעיון שיגשים מטרה זו.¹¹³ לא מצאתי התייחסות של היועצת המשרדית של משרד התרבות להצעות אלו.

דוגמה נוספת שעלתה בדיונים בהצעות החוק נוגעת אף היא ליועץ המשפטי לממשלה עצמו, ולסירובו להגן על הממשלה בעתירה שהוגשה נגד חוקיות "חוק ההסדרה",¹¹⁴ שכן לטענת היועץ המשפטי לממשלה דינו של החוק בטלות.¹¹⁵ אולם גם דוגמה זו לא נוגעת ליועצים המשרדיים. ראשית, חוק ההסדרה הוצע בהצעת חוק פרטית, קרי בחוק שמשרד ממשלתי והייעוץ המשפטי שלו מעולם לא היו מעורבים בהתקנתו. שנית, לא היועצים המשרדיים הם אלו שייצגו את הממשלה בבתי המשפט, אלא פרקליטות המדינה. שלישית, מדובר בהחלטה שהתקבלה בדרג הגבוה ביותר, על ידי היועץ המשפטי לממשלה, ובמקרה נדיר וייחודי. היועצים המשרדיים לא עוסקים בשאלות ברזום של משפט מעין אלו.

108 פרוטוקול ישיבה 272 של הכנסת ה-20, 99 (8.11.2017).

109 ראו בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה, פס' 15 (אר"ש 23.1.2019).

110 פרוטוקול ישיבה 272 של הכנסת ה-20, 102 (8.11.2017).

111 בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (אר"ש 13.9.2017). וראו שם, בפס' ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, שמדגיש כי הסכמת היועץ המשפטי לממשלה היא שהטתה את הכף לכך שיש לאשרר את עמדת משרד הפנים.

112 פרוטוקול ישיבה 272 של הכנסת ה-20, 102 (8.11.2017).

113 ראו: מכתב מאורית קורן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה) ודינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), לדן יקיר, היועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח (9.8.2015); יהונתן ליס, יאיר אשכנזי, ג'קי חורי, שרון פולבר "היועץ המשפטי לממשלה אישר: רגב תוכל לשלול תקציבים בשל פעילות נגד עקרונות המדינה" הארץ (24.2.2016).

114 חוק ההסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ז–2017 (להלן: "חוק ההסדרה").

115 ראו פס' 23 לפסק הדין בבג"ץ 1308/17 עיריית סילווד נ' ממשלת ישראל (אר"ש 9.6.2020).

ישנן טענות כבדות משקל, הן באשר לבית המשפט העליון והן באשר ליועץ המשפטי לממשלה. טענות אלו ראויות להתברר, אולם אין הן נוגעות ליועצים המשרדיים. על אף הניסיון ליצור אחידות בין כלל עורכי הדין הממשלתיים, מדובר בגופים שונים, שעוסקים במְטָרִיה שונה ושלם אינטרסים שונים – אינטרסים שגורמים, לעיתים, למחלוקות ביניהם.

הדוגמה הקרובה ביותר ל"מטרד" שגרמו היועצים המשרדיים הייתה טענה בעלמא של השרה לשוויון חברתי, גילה גמליאל, שלפיה בכהונתה כסמנכ"לית המשרד לחקלאות ופיתוח הכפר, היא ביקשה את רשימת העובדים של המשרד, וסורבה על ידי היועצת המשפטית של המשרד. אולם מהפרוטוקול קשה להבין מה במדויק ביקשה גמליאל ומה ענתה היועצת המשפטית.¹¹⁶ ממילא נראה כי מדובר בוטי דברים.

אפשר לשוב ולומר שמדובר אך ורק במאבקי כוח פוליטיים בין נבחרו הציבור לבין יועץ המשפטי לממשלה על השליטה ביועצים המשרדיים. אולם מכיוון שכל הדוגמאות שהעלו המחוקקים נוגעות לבית המשפט העליון או ליועץ המשפטי לממשלה, אם ניקח את דבריהם ברצינות, המוסדות שבאמת מפריעים למחוקקים הם היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון.

את הקשר שעושה הדרג הפוליטי – השרים וחברי הכנסת – בין היועצים המשרדיים לבית המשפט העליון וליועץ המשפטי לממשלה אפשר להבין רק על רקע התהליכים שתוארו לעיל: הכפפת היועצים המשרדיים ליועץ המשפטי לממשלה והפנמתם של היועצים המשרדיים את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון, סימנה את היועצים המשרדיים כשייכים לאותו שלטון משפטי שבראשו ניצבים בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה.

אם היועץ המשפטי לממשלה או בית המשפט העליון הם שמטרידים את המחוקקים, מדוע הם לא תוקפים מוסדות אלו ישירות?¹¹⁷ אפשר להבין את גישתם של המחוקקים אם חושבים עליהם בתור שחקנים אסטרטגיים. תיאוריית "הבחירה הציבורית" (Public Choice Theory) אומרת שנבחרו ציבור הם אנשים רציונליים שפועלים כדי להשיא את תועלתם האישית.¹¹⁸ ענף מרכזי בתיאוריה זו

¹¹⁶ פרוטוקול ישיבה 298 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 205 (15.1.2018). הייתה דוגמה נוספת של ח"כ שולי מועלם, בנוגע לתיקון חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון מס' 30), התש"ע-2009. אולם במקרה זה לא הייתה התנגדות של היועץ המשרדי.

¹¹⁷ לעניין השינויים שניסו לעשות בכנסת העשרים וחמש כחלק מהמהפכה המשטרית, ראו להלן ה"ש 125.

¹¹⁸ Paul J. Jr. Larkin, *Public Choice Theory and Occupational Licensing*, 39 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 209, 228 (2016). תיאוריות ביקורתיות יותר טוענות כי המוטיבציות של המחוקקים מורכבות יותר ולצד מניעים אישיים הם מונעים על ידי שלל מוטיבציות. ראו

עוסק במערכות היחסים וחלוקת הכוחות בין מוסדות השלטון. חוקרים בענף זה טוענים כי מוסדות השלטון, כמו נבחרי ציבור בודדים, פועלים בצורה אסטרטגית ותוך הבאה בחשבון של תגובות המוסדות האחרים.¹¹⁹ החשיבה האסטרטגית נדרשת לצפות לא רק תגובות אפשרויות של מוסדות השלטון עצמם, אלא גם תגובות מצד קהלים אחרים. לכן מחוקקים נדרשים לשקול שיקולים נוספים כמו מראית עין של שלטון חוק אפקטיבי, ביקורת ציבורית וכיוצא באלה. גם מניעים אלטרואיסטים של המחוקק, כמו קידום האינטרס הציבורי, הם חלק מהמשחק האסטרטגי, שכן יכול להיות שהעדפות המדיניות של המחוקק שונות מאלו של בית המשפט.¹²⁰ מחקרים של תיאוריה זו יושמו גם בישראל.¹²¹

מכיוון שגם המחוקקים, גם בית המשפט העליון וגם היועץ המשפטי לממשלה הם שחקנים אסטרטגיים, על המחוקק לכלכל צעדיו בזהירות, ולהביא בחשבון שצעדים שינקוט נגד המוסדות האחרים עלולים לעורר תגובות שונות מצד מוסדות אלו, וכן מצד קהלים אחרים. בארסנל של המחוקק ישנם כלים רבים,¹²² והוא יכול להשתמש בכלים רכים יותר שמצד אחד פוגעים ביועץ המשפטי לממשלה, ומאידך גיסא לא שוברים את הכלים. צעד כזה הוא החלשת היועצים המשרדיים. צעד זה, לצד זה שיש בו משום פגיעה ביועץ המשפטי לממשלה, הוא איתות והעברת מסר של המחוקק לבית המשפט העליון וליועץ המשפטי לממשלה.¹²³

אומנם המחוקקים שקידמו הצעות חוק אלו מדברים בפומבי גם על החלשת בית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה, אולם היא הנותנת: הם מעולם לא נקטו צעדים ישירים לקיצוץ כנפיהם של מוסדות אלו. במקרה של היועץ

למשל: Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805, 827–864 (2010); Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277, 1286–1289 (2001)

119 עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" קרית המשפט 115, 133 – 135 (התשס"ח).

120 ראו, למשל, James R. Rogers, *Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction*, 45 AM. J. POLITICAL SCIENCE 84 (2001) (להלן: "רוג'רס").

121 ראו, למשל: עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט 665 (2003); SHAI DOTAN, REPUTATION AND JUDICIAL TACTICS: A THEORY OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS (2015); אורי אהרונסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטוס-קוו כקושי אנטי רובני" עיוני משפט 509 (2016)

122 ראו, למשל, ידלין, לעיל ה"ש 121, בעמ' 716–719; וראו גם אצל רוג'רס, לעיל ה"ש 119, ובפרט בעמ' 91.

123 על היחסים שבין המחוקק לבין בית המשפט כמערכת העברת מסרים, ראו אצל רוג'רס, שם; וראו גם אהרונסון, לעיל ה"ש 120, בעמ' 540.

המשפטי לממשלה "מחדלם" של נבחרי הציבור זועק יותר. למשל, דרך מינויו של היועץ המשפטי לממשלה מעוגנת בהחלטת ממשלה, כך שנדרשת רק החלטת ממשלה נוספת לשנות זאת. אך ממשלות ישראל מעולם לא עשו זאת. בדומה לדברים שציינ אהרונסון,¹²⁴ נוצר מעין שיווי משקל בין המחוקק מזה ובית המשפט העליון והיועץ המשפטי לממשלה מזה. המחוקק מאפשר לבית המשפט העליון מידה מוגבלת של ביקורת שיפוטית ולא פוגע בסמכויותיו ובעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה, אך נוקט כלים רכים יותר להחלשת שני מוסדות אלו, כמו פגיעה ביועצים המשרדיים. מן הצד השני, כדי לא לערער את הסדר הקיים, בית המשפט העליון בוחר בקפידה את המקרים שבהם יפעיל את הביקורת השיפוטית וכך גם היועץ המשפטי לממשלה שבוחר את המקרים שבהם לא ייצג את הממשלה. בד-בבד שלושת המוסדות מאפסנים את נשק יום הדין. המחוקק לא שולל את סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון או פוגע בסמכויותיו ובעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה. היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלסרב לייצג את הממשלה בבית המשפט. ובית המשפט נמנע מהפעלת הביקורת השיפוטית בהקשרים רגישים במיוחד.¹²⁵

ז. סיכום

במאמר זה ביקשתי להצביע על התמורות שחלו במעמדם ובהגדרת תפקידם של היועצים המשרדיים. תמורות אלו הן תוצר של הליכים רחבים הרבה יותר שחלו במשפט הישראלי ובחברה הישראלית. העשורים הראשון והשלישי עומדים בסימן הפקעת היועצים המשרדיים מידי השר והכפפתם ליועץ המשפטי

124 אהרונסון, שם, בעמ' 539–545.

125 שם. מאמר זה מתייחס לשנים 1948–2018, ונכתב בשנת 2020, הרבה לפני המהפכה המשטרית שהכנסת העשרים וחמש, ובעיקר הממשלה השלושים ושבע, חרתה על דגלה החל מינואר 2023. ממשלה זו, בניגוד לכל קודמותיה, אף פעלה בכמה מישורים, לצמצום סמכויותיו של בית המשפט העליון, פעולות שמחלישות את הטיעון שפורט לעיל בנוגע לבחירות אסטרטגיות שעושים כל השחקנים בזירה. ראשית, הטיעון בהחלט תקף לשבעים השנים הראשונות. שנית ועיקר, אין טענה זו בליבה של מאמר זה. לעניין היועצים המשרדיים הדבר החשוב הוא שחברי הכנסת כורכים אותם עם בית המשפט העליון ועם היועץ המשפטי לממשלה, ו"מענישים" את היועצים המשרדיים על כך, "על לא עוול בכפם". זאת מכיוון שלא ניתנת כל דוגמה ליועץ משרדי שמסכל או מקשה את מימוש מדיניות השר. במובן זה, כפי שצוין בחלק שעוסק בעשור השביעי, מאמר זה מסביר גם את העיסוק של המהפכה המשטרית של שנת 2023 ביועצים המשרדיים. כפי שיובא להלן בחלק הסיכום, גם בכנסת העשרים וחמש הועלו הצעות חוק פרטיות שעניינן הכפפת היועצים המשרדיים לשר, אולם אלו אף לא צלחו את שלב הקריאה המקדמית. גם בדיונים שהתקיימו בהצעות אלו במליאה לא ניתנה כל דוגמה ליועץ משרדי שמסכל או מקשה את מימוש מדיניות השר.

לממשלה וזאת כחלק מהתעצמות כוחו של היועץ המשפטי לממשלה. בעשור הרביעי כוחם של היועצים המשרדיים התעצם בעקבות התגברות הליכי הרגולציה והפנמת הביקורת השיפוטית, אך גם בשני תהליכים אלו היועצים המשרדיים רק התאימו עצמם לשינויים רחבים יותר שחלו בחברה הישראלית ובמשפט הישראלי. התהליכים שחלו בעשור השישי, הפקדת היועץ המשרדי כשומר-סף; והגדרת הלקוח של היועץ המשרדי כציבור כולו – העצימו את כוחם של היועצים המשרדיים והסלימו את המתח שבין היועצים המשרדיים לבין השר ובמובן רחב יותר של יחסי הכוחות שבין המשפטנים והפוליטיקה. כל אלו הביאו בעשור השביעי לתגובת נגד של המחוקקים שביקשו לקבוע, למעשה, כי היועצים המשרדיים יהיו משרת אמון של השר.

ח. אפילוג

גם במהלך הכנסת העשרים ושלוש, במהלך הכנסת העשרים וארבע וגם במהלך הכנסת העשרים וחמש וכהונת הממשלה השלושים ושבע – הממשלה שחרתה על דגלה את המהפכה המשטרית של 2023 – הוגשו הצעות חוק, כולן פרטיות, שנועדו להפוך את משרת היועץ המשרדי למשרת אמון של השר, כמו המנכ"ל.¹²⁶

¹²⁶ הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התש"ף-2020, פ/288/23 (להלן: "הצעת חבר הכנסת כהנא"); הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התש"ף-2020, פ/1403/23; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/369/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/864/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/1513/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/1653/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/1781/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/1586/24 (להלן: "הצעת חבר הכנסת קרעי"); הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"א-2021, פ/2052/24 (להלן: "הצעת חבר הכנסת אוחנה בכנסת העשרים וארבע"); הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ב-2021, פ/2320/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ב-2022, פ/2912/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ב-2022, פ/3776/24; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג-2022, פ/485/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג-2022, פ/489/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג-2022, פ/489/25.

כך למשל, ב-24.6.2020 הגיש חבר הכנסת מתן כהנא אז ממפלגת ימינה, הצעת חוק נוספת שזוהה לחלוטין לזו של חבר הכנסת אוחנה שתוארה לעיל. בהציגו את הצעת החוק מעל דוכן הכנסת, שוב נשמעו אותן זמירות ישנות על כך שהיועצים המשרדיים לא מאפשרים לממשלה למשול, ושוב חזרו אותן דוגמאות מהדיונים בשנים 2017–2018, שהקשר שלהן ליועצים המשרדיים קלוש.¹²⁷ כל הצעות החוק הללו ירדו מסדר יומה של הכנסת, ברובן המוחלט אף לא התקיים דיון במליאת הכנסת והן לא צלחו את שלב הקריאה הטרומית. עם זאת, נראה כי המחוקקים טרם אמרו את המילה האחרונה.

פ/491/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג–2022, פ/494/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג–2023, פ/1543/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג–2023, פ/2212/25; הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט מדינה), התשפ"ג–2023, פ/2803/25. פרוטוקול ישיבה 46 של הכנסת ה-23 (24.6.2020). למיטב ידיעתי, הדוגמה החדשה היחידה היא זו של החלטת שר המדע, אופיר אקוניס, שלא לקבל את המלצת הדרג המקצועי במשרדו למנות את פרופ' יעל אמיתי לחברה במועצת הנגידים של קרן גרמניה-ישראל למחקר ולפיתוח מדעי. בפסק הדין שניתן בעתירה שהוגשה בנושא, נכתב כי "שר המדע החזיק בעמדתו גם לאחר שחוות דעת מטעם היועצת המשפטית של משרדו, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי), קבעו כי אין עילה לפסילת המינוי" (בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה, פס' 3 (אר"ש 4.3.2019)). לא ברור מפסק הדין אם היועצת המשרדית כתבה חוות דעת עצמאית (ואז לכאורה היא מסכלת את מדיניות השר), או חוות-דעת משותפת עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. כך או כך, נראה שלא על כך יצא קצפם של חברי הכנסת, אלא הם ציינו פרשה זו בשל כך שהיועץ המשפטי לממשלה סירב להגן על עמדת שר המדע, כמו בעניין חוק ההסדרה. בדיון שהתקיים בהצעת חבר הכנסת אוחנה בכנסת העשרים וארבע ובהצעת חבר הכנסת קרעי – לא הובאו כל דוגמאות ליועץ משרדי שמסכל או מקשה על השר במימוש מדיניותו; ראו: פרוטוקול ישיבה 61 של הכנסת ה-24 (13.10.2021). בשאר הצעות החוק אף לא התקיים דיון ראשוני במליאת הכנסת (והן כמובן לא הגיעו לוועדת חוקה, חוק ומשפט).