



מערך הייעוץ
המשפטי
לממשלה: על
האינטרס הציבורי
וריסון הכוח
השלטוני
בהקשרים
רגולטוריים

מחקר מדיניות #2

16.7.2023

מכון לואיס ברנדייס לחברה, לכלכלה
ולדמוקרטיה
נכתב על-ידי: עו"ד ענת שורק ועו"ד עירא
הרדי

על המכון

מכון לואיס ברנדייס לחברה לכלכלה ולדמוקרטיה הוקם מתוך ראיית הצורך לקדם בישראל מחקר עצמאי ובלתי תלוי באיכות גבוהה וברמה בינלאומית. מכון ברנדייס עוסק במחקר תיאורטי ויישומי בתחומי החברה, המשפט, הכלכלה, המימון, הרגולציה, התקשורת והמדעים המדויקים. כל זאת, מתוך מטרה להניח תשתית מחקרית לקידומה של חברה דמוקרטית, מריטוקרטית והוגנת, משק המבוסס על שוק חופשי ותחרותי, שוויון וצמצום פערים חברתיים, צמיחה בת - קיימא, תקשורת עצמאית, חדשנות ורגולציה פיננסית מיטבית.

" כוח נוטה להשחית וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט "

Lord Acton

אנחנו מבקשים להודות לד"ר עידו באום, המנהל האקדמי וראש מכון ברנדייס, על ליווי את הפרויקט, על תמיכתו ועל הערותיו המועילות. כמו כן אנו מבקשים להודות לחברי פאנל השולחן העגול שהתקיים במכון ברנדייס ביום 9.7.2023, המשנה לנשיאה בדימוס והיועץ המשפטי לממשלה לשעבר אליקים רובינשטיין, השופט בדימוס והיועץ המשפטי לממשלה לשעבר מני מזוז, שר המשפטים לשעבר דן מרידור והיועצת המשפטית לשעבר של משרד התקשורת, עו"ד נגה רובינשטיין, על ששיתפו מניסיונם העשיר והאירו את עיננו. תודה מיוחדת מסורה לעו"ד דידי לחמן מסר, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (המחלקה הכלכלית) וחברת הוועדה האקדמית המייעצת במכון ברנדייס, שהשתתפה אף היא בפנאל השולחן העגול, על שיחותיה עמנו ועל הערותיה המחכימות. לבסוף אנו מבקשים להודות לליאור אלונה גולדמן על הסיוע הרב במחקר.

פתיח

"הניסיון מראה כי כל אדם המעוניין בכוח, עתיד להשתמש בו לרעה, ולהרחיב את סמכותו עד כמה שיוכל... ולכן נדרש כי כוח יבלום כוח".¹

אחד מעקרונות היסוד המרכזיים בדמוקרטיה ליברלית הוא עקרון הפרדת הרשויות. הרציונל המרכזי העומד בבסיס עקרון הפרדת הרשויות הוא הגנה על חירות העם מפני עריצות השלטון. עקרון הפרדת הרשויות נועד למנוע ריכוז כוח רב מידי בידי רשות שלטונית אחת באמצעות ביזורו של הכוח השלטוני, על ידי יצירת מספר מוקדי כוח שביניהם מתקיים מתח מתמיד של איזון ובקרה הדדיים.

אף שמדינת ישראל נוסדה כדמוקרטיה ליברלית, המבנה המשטרי שעומד ביסודה מקיים באופן חלש את עקרון הפרדת הרשויות. ישראל סובלת מגירעון באיזונים ובלמים בהשוואה למקובל במדינות דמוקרטיות בעולם. בשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות, ישראל לא אימצה אל שיטתה מנגנונים מבניים מקובלים שנועדו לבזר ולרסן את כוחן השלטוני של הרשויות הפוליטיות (הרשות המחוקקת והרשות המבצעת). כתוצאה מכך, נטל ריסון הכוח השלטוני נופל על כתפיהם של שני מוסדות עיקריים – בתי המשפט ומערך הייעוץ המשפטי לממשלה. אלא שבהיעדר חוקה פורמלית ומשוריינת המעגנת את חלוקת הכוח בין הרשויות, גם מעמדם העצמאי של הבלמים היחידים הפועלים בשיטתנו הוא שברירי. יתרה מכך, כבר היום קשה לומר כי המבנה המשטרי בישראל מקיים שלוש רשויות נפרדות. זאת מאחר שמבחינה מעשית הממשלה שולטת בפעילות הכנסת בזכות הרוב הקואליציוני המובנה בה. לצד זאת, הממשלה בישראל מרכזת בידיה כוח רב, אשר בהיבטים שונים אף חורג בהרבה מהמקובל בעולם.

בהיעדר עיגונים פורמליים לריסון הכוח השלטוני, הדמוקרטיה הישראלית התקיימה לאורך השנים על כיבוד של עקרונות יסוד ושל כללי משחק דמוקרטיים מצד ממשלות ישראל לדורותיהן. במשך 75 שנים כיבוד זה נשמר, עד שחדל. משחדל, הדמוקרטיה הישראלית התגלתה במערומיה – נכה, שברירית ומאוימת.

ב-4 בינואר 2023, סמוך לאחר השבעת הממשלה ה-37, הכריז שר המשפטים יריב לוין על כוונת הממשלה לקדם תכנית לביצוע שינויים מרחיקי לכת במערכת המשפט בישראל. מאז הכרזה זו הקואליציה פועלת לקדם שורה של מהלכי חקיקה שמטרתם לשנות מן היסוד את מאזן הכוח הקיים בין המוסדות הדמוקרטיים בישראל (להלן – **מהלכי החקיקה**). במסגרת מהלכי חקיקה אלו הקואליציה מבקשת להחליש את מעמדם של המוסדות המרסנים את כוחה של הממשלה, ולצד זאת "לכבוש" אותם מבפנים.

מוסד מרכזי העומד במוקד מהלכי החקיקה הוא מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, הכולל את מוסד היעוץ המשפטי לממשלה ואת היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה (להלן ביחד – **מערך הייעוץ המשפטי לממשלה**). באמצעות מהלכי החקיקה, חברי הקואליציה מבקשים לבטל את מעמד העצמאי של היועצים המשפטיים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה ואת מעמדן המחייב של חוות הדעת מטעמם, ובכך לשנות לבלי היכר את תפקידם כפי שעוצב לאורך השנים בדין הישראלי.

בניסיון לשכנע את הציבור בדבר הצורך במהלכי חקיקה שיחלישו את מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, יוזמי מהלכי החקיקה מבקשים לייצר נרטיב ציבורי המציג מוסד זה כגוף אליטיסטי ובלתי נבחר, המבקש להחליף את רצון הציבור ברצונם של היועצים המשפטיים. לטענתם, היועצים המשפטיים מחזיקים במעמד ובסמכויות שאין להם אח ורע בעולם. מצב זה, לשיטתם, מביא לפגיעה בעקרונות דמוקרטיים כגון "רצון הציבור", "משילות" ו"אחריותיות".

לראיתנו נרטיב ציבורי זה מבוסס על מסגור חסר, מטעה ומניפולטיבי של הסוגייה, מאחר והוא מתעלם לחלוטין מהתכליות שלשמן הסמכויות הוקנו בידיהם של היועצים המשפטיים מלכתחילה, כמו גם מההקשר הכולל של המציאות החוקתית בישראל.

לגישתנו, לא ניתן לדון בהיקף מעמדו וסמכויותיו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מבלי להתייחס תחילה לתכליות שלשמן סמכויות אלו הוקנו. מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לא יכול להיבחן בחלל הריק. שאלת מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה חייבת להיבחן לאורך של הסמכויות המסורות לממשלה ולשריה, ועל רקע של מארג האיזונים והבלמים הכולל הקיים בשיטתנו.

בחלקו הראשון של נייר המדיניות אנו מבקשים **למסגר את שאלת מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בהקשר הרחב**. במסגרת כך אנו מבקשים להציג את הגירעון במערך האיזונים והבלמים הקיים בשיטה הישראלית בהשוואה לדמוקרטיות אחרות בעולם, וכן לעמוד על סמכויות שונות שבהן מחזיקים הממשלה בישראל ושריה, החורגות מהמקובל בדמוקרטיות אחרות בעולם. אלו באים לידי ביטוי בשלושה מעגלים: **המעגל הראשון** מתייחס למחסור במנגנונים מבניים לריסון כוחן של הרשויות הפוליטיות במבנה המשטרי בישראל המקובלים בדמוקרטיות אחרות. **המעגל השני** מתייחס לחולשת הפרדת הרשויות בישראל במובנה הקלאסי (במישור ה"אופקי"); **והמעגל השלישי** מתייחס למחסור בביזור

¹ Charles de Secondat Baron de Montesquieu, XI The Spirit of the Law 213-214 (1748)

סמכויות בתוך הרשות המבצעת עצמה, קרי לסמכויות עודפות שהממשלה בישראל מרכזת שאינן מקובלות במדינות דמוקרטיות אחרות בעולם.

במסגרת התייחסותנו למעגל השלישי, אשר לו מוקדש עיקר הדיון, אנו מתמקדים בסמכויות החריגות המוקנות לשרי הממשלה בהקשרים הנוגעים ליישום פרטני של רגולציה כלכלית. בעוד שמרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם עיצבו את המוסדות הרגולטוריים שלהן לפי מודל של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות המשוחררות מכפיפות מקצועית לדרג הפוליטי, בישראל הסמכויות הרגולטוריות בתחומים כלכליים שונים מסורות בידי רגולטורים לא עצמאיים, כלומר משרדי הממשלה והשרים העומדים בראשם, או בידי רשויות רגולטוריות הכפופות במידה רבה לשר.

בשים לב לכוח הרב המסור לממשלה ולנוכח הגירעון באיזונים ובלמים במבנה המשטרי הייחודי בישראל מתחדדת, לראיתנו, חשיבותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כאחד ממנגנוני הביקורת החשובים על פועלה של הממשלה בשיטתנו.

בחלקו השני של נייר המדיניות אנו מבקשים להציג את תפקידו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כ"שומר סף" קריטי בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי במסגרת הפעילות הממשלתית. היועץ המשפטי הוא הבלם הפנימי וקו ההגנה הראשון בשיטתנו, בעוד בית המשפט הוא הבלם החיצוני וקו ההגנה האחרון. הם משלימים זה את זה, ותלויים זה בזה, על מנת שיוכלו לבצע את מלאכת הפיקוח והביקורת על פעולות הממשלה.

בהקשר זה, אנו מבקשים לעמוד על **היתרונות המוסדיים** הייחודיים של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, שהופכים אותו לשומר סף כה הכרחי.

פעילות הממשלה בכלל, ובעניינים רגולטוריים בפרט, היא קופסה שחורה. היכולת של גורמים חיצוניים לעשייה הממשלתית להתחקות אחר תהליך קבלת ההחלטות השלטוני היא מוגבלת ביותר. היועץ המשפטי הפנימי במשרד הממשלתי הוא האיש עם הפנס. העובדה שהיועץ המשפטי הוא שחקן פנים מוסדי השלוב באופן אינטגרלי בפעילות המשרד הממשלתי, אך שומר על עצמאות מקצועית, מקנה לו יתרונות מוסדיים קריטיים כשומר סף, **ובהם: נגישות גבוהה למידע על אודות תהליך קבלת ההחלטות במשרד הממשלה; יכולת לפקח בזמן אמת על פעילות משרד הממשלה; ומומחיות מקצועית בתחומי הפעילות של המשרד הממשלתי.**

על מנת להמחיש יתרונות מוסדיים אלו אנו מבקשים להציג כמקרה בוחן את תפקודם של היועצים המשפטיים כשומרי סף בהקשרים של רגולציה כלכלית.

רגולציה כלכלית, מעצם טיבה היא עניין לא פשוט לפיקוח מצד גורמים חיצוניים. הרגולציה הכלכלית חובקת כל ונוגעת כמעט בכל היבט במרקם החיים של הפרט. היא מורכבת ממערך סבוך של הוראות חוק, תקנות, צווים והנחיות, המתעדכן תדיר בהתאם למציאות המשתנה. פיקוח על רגולציה כלכלית מחייב מומחיות והבנה מעמיקה הן של המטרייה המקצועית שבה עוסקת הרגולציה והן של מערך הדינים הייחודי הנוגע לה. התהליך הרגולטורי מתקיים על פי רוב בתוככי המשרד הממשלתי, הרחק מעין הציבור, ונגישותם של גורמים חיצוניים למידע אודותיו מוגבלת ביותר.

יתרה מכך, כאמור, בשונה ממדינות דמוקרטיות אחרות, בישראל הסמכויות הרגולטוריות בתחומים כלכליים רבים מסורות לגופים רגולטוריים בלתי עצמאיים, דבר שמגביר את יכולת ההשפעה של פוליטיקאים בשלטון על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות. במציאות שבה **לפוליטיקאים בשלטון מסור כוח עודף להשפיע על הרגולציה, נוצרת תלות מוגברת של גורמים מפקחים באותם פוליטיקאים שיכולים להשפיע על קבלת ההחלטות הרגולטוריות בעניינם.**

מצדו השני של המטבע, גורמים מפקחים חזקים וקבוצות אינטרס שרוצים להטות לטובתם את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות יכולים לנצל את הרגישות של פוליטיקאים ללחצים פוליטיים ולהפעיל עליהם **מנפי לחץ פוליטיים ואלקטוראליים** על מנת "**לשבות**" אותם. רמת הריכוזיות הגבוהה במשק הישראלי מגבירה את החשש ששחקנים מפקחים חזקים ירתמו את הכוח הכלכלי כדי "**לשבות**" את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות באמצעות השפעה על התהליך הפוליטי. **הנחת המוצא היא שלריכוז של כוח כלכלי יש נטייה להיתרגם לכוח פוליטי.**

אף שהחשש מפני תופעה של שבי רגולטורי תקף גם ביחס לרגולטורים עצמאיים, אופי השבי והלחצים הפועלים על הרגולטור הפוליטי הוא שונה, וכך גם הסיכונים הנשקפים ממנו. כאשר הסמכויות הרגולטוריות מסורות בידי דרג פוליטי, הסכנה הנשקפת לא מתמצית ב"שבי רגולטורי" במובנו המקובל, קרי הטיה של כללי המשחק הרגולטוריים לטובת האינטרסים העסקיים של הגורם ה"שובה" על חשבון האינטרס הציבורי הרחב. **קיים חשש נוסף, כי השבי של הגורם הפוליטי יביא גם ל"זיהום" של התהליך הפוליטי עצמו, באופן שיפגע בעקרונות דמוקרטיים חשובים.** עלולה להיווצר דינמיקה של התלכדות אינטרסים בין הגורם המפוקח לבין הגורם הפוליטי, ובמילים אחרות **יחסי "הון-שלטון"**. במסגרת יחסים

אלו, גורמים פוליטיים שבחרים לשתף פעולה עם גורמים מפוקחים חזקים עשויים להשיג יתרון פוליטי לא הוגן, שיסייע להם לבצר את שלטונם. כך גם הדרך שבה גורמים מפוקחים חזקים מבקשים "לשבות" את הפוליטיקאים עשויה לזהם את התהליך הפוליטי. מנוף הלחץ המרכזי שאנחנו מתייחסים אליו הוא שליטה על אמצעי התקשורת החדשותיים.

על רקע סכנות אלה, ולנוכח המחסור בגורמי פיקוח חיצוניים אפקטיביים על הפעילות הרגולטורית שעליה אחראיים המשרדים הממשלתיים, אנו גורסים כי ישנה נחיצות מיוחדת בקיומו של שומר סף יעיל שיוודא כי תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי מתבצע בהתאם לדין, ובפרט בהתאם לכללי מינהל תקין. עצם קיומו של שומר סף מקצועי ועצמאי בתוך מרכז העצבים של קבלת ההחלטות במשרדי הממשלה מהווה גורם מרתיע מפני פעולות מושחתות ומפני הטיה של תהליך קבלת ההחלטות לטובת קבוצות אינטרס.

הפיכת היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אמון של השר, וביטול מעמדן המחייב של חוות דעתם של היועצים המשפטיים יצור "חורים שחורים", במובן זה שתחומי פעילות של הממשלה, כגון החלטות בעניינים רגולטוריים, יהיו חסינים מבחינה מעשית מפני ביקורת אפקטיבית. לפיכך, החלשת המעמד של היועצים תיצור כר פורה לשחיתות שאין לה גבול, ואף עלולה להקנות יתרון בלתי הוגן לפוליטיקאים שבשלטון לבצר את כוחם.

בחלקו השלישי והאחרון של נייר המדיניות נידרש למספר הנחות יסוד שגויות העומדות בבסיס טענות יוזמי מהלכי החקיקה בדבר הצורך, כביכול, בהחלשת מעמדם של היועצים המשפטיים. בהקשר זה נתייחס לשלוש הצדקות מרכזיות שלהן טוענים יוזמי החקיקה למהלכים להחלשת היועצים המשפטיים: טענה בדבר פגיעה "ברצון הציבור", טענה בדבר פגיעה ב"משילות" וטענה בדבר פגיעה בעקרון ה"אחריותות".

תוכן עניינים

- א. תפקידם של היועצים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה – המצב כיום
- ב. השינויים הדרמטיים שהקואליציה מבקשת לקדם ביחס למערך הייעוץ המשפטי לממשלה
- ג. ביזור הכוח השלטוני כעקרון יסוד בשיטה הדמוקרטית – רקע תאורטי
- ד. המבנה המשטרי בישראל: סמכויות עודפות לממשלה מול גירעון באיזונים ובלמים על כוחה
- ה. חשיבותו של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי
- ו. הנחות היסוד השגויות של יוזמי החקיקה
- ז. סיכום

א. תפקידם של היועצים במערך הייעוץ המשפטי למשלה – המצב כיום

מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מורכב ממוסד היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש המערכת המשפטית של הרשות המבצעת, ומהיועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים השונים הכפופים לו מקצועית.

ליועץ המשפטי לממשלה שבעה משנים, האמונים כל אחד על תחום משפטי ומקצועי אחר. תחת כל אחד מהמשנים, ראשי אשכולות המתמחים גם הם בענפים משפטיים ספציפיים, ותחתיהם צוות משפטי נוסף. התמקצעות זו מאפשרת לכל אחת מזרועותיו של היועץ המשפטי לממשלה ללוות מבחינה מקצועית את היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים השונים. אחד מתפקידיו המרכזיים של היועץ המשפטי לממשלה הוא מתן ייעוץ משפטי וסיוע לממשלה בהכנת חקיקה המוגשת מטעם הממשלה לכנסת ובחינת השתלבותה במשפט החל בישראל. המחלקות השונות במוסד היועץ המשפטי לממשלה מפקחות גם על הליכי חקיקת המשנה של משרדי הממשלה השונים, שעל עבודתם הראשונית אחראים היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים. היועץ המשפטי אמון, בנוסף, על ייצוג המדינה ועל הצגת עמדתה המשפטית בערכאות השונות. כמו כן, מתוקף היותו של היועץ המשפטי אמון על אינטרס הציבורי בתחום המשפטי בכללותו, הוא מוסמך להתייבב בבתי המשפט גם בהליכים שהממשלה אינה צד להם, כאשר מדובר בנושאים בעלי חשיבות ציבורית מיוחדת. מערך הייעוץ המשפטי בשירות הציבורי משמיע את עמדותיו גם במסגרת ועדות וגופים שונים העוסקים באכיפת החוק, לרבות בפני ועדות הכנסת. היועץ המשפטי לממשלה גם עומד בראש מערך התביעה הכללית, ומתוקף כך הוא מופקד מטעם המדינה על הפעלת דיני העונשין, לרבות על ההופעה בערכאות.

היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה משמשים שחקן פנים-מוסדי השלוב באופן אינטגרלי בעבודת המשרד הממשלתי, והם נמנים עם גורמי הנהלת המשרד הממשלתי. בה בעת היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה שומרים על עצמאותם המקצועית ועל אי-תלותם בדרג הפוליטי, וכפופים מבחינה מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה בלבד.

על פי הדין הקיים, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה נושא בשני כובעים עיקריים: בכובעו האחד, והעיקרי, על הייעוץ המשפטי לסייע לממשלה ולשריה להגשים את מדיניותם באמצעות זיהוי דרכי פעולה שיאפשרו את מימושה של המדיניות בדרך שעולה בקנה אחד עם הדין. בכובעו השני, מערך הייעוץ המשפטי מתפקד כ"שומר סף" האמון על שמירה על שלטון החוק

ועל האינטרס הציבורי הרחב.² במסגרת כך, על היועץ המשפטי למשרד הממשלתי לפקח באופן אקטיבי, כי פעולות הממשלה נעשות בהתאם לדין, וככל שמוצא כי פעולה מנוגדת לדין עליו להתריע על כך. לשר עומדת הזכות לערער על קביעה זו בפני היועץ המשפטי לממשלה, ואולם קביעתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת (אלא אם בית המשפט קובע אחרת). בהקשר זה נפסק כי היועץ המשפטי אינו "משרתה של הממשלה" כי אם "משרת הציבור" שאמור "לייעץ לממשלה, כדי שתוכל למלא את תפקידה במסגרת הדין, ולפקח על הממשלה, שלא תחרוג מן הדין".³ לפיכך, נפסק כי היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת וכלפי העומד בראשה, וחוות דעתו בשאלות משפטיות משקפת עבורה את המצב המשפטי המצוי.⁴ מתוקף מעמדם כ"שומרי סף", היועצים המשפטיים ממלאים בשיטתנו תפקיד מפתח בשמירה על עקרון היסוד הדמוקרטי של ריסון הכוח השלטוני של הממשלה.

ב. השינויים הדרמטיים שהקואליציה מבקשת לקדם ביחס למערכת הייעוץ המשפטי לממשלה

מאז הושבעה הממשלה ה-37, הקואליציה פועלת לקדם שורה של מהלכי חקיקה שנועדו לשנות מן היסוד את מעמדם של מוסדות מרכזיים הממלאים תפקיד מפתח בשיטת המשטר הדמוקרטי הנוהגת בישראל, ובהם מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה. עד כה, שתי הצעות חוק מרכזיות בעניינם של היועצים המשפטיים הועלו לסדר היום הציבורי – הצעת חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון – מינוי יועצים משפטיים של משרדים), התשפ"ג-2022 (להלן – **הצעת חוק המינויים או חוק המינויים**) והצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), התשפ"ג-2023 (להלן – **הצעת חוק הסמכויות או חוק הסמכויות**).⁵ הצעות אלו מבקשות לחולל שינויים מרחיקי לכת ביחס לתפקידם של היועצים המשפטיים במערכת הייעוץ המשפטי לממשלה בשלושה היבטים מרכזיים:

² ראו, למשל, הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דו"ח הוועדה 13 (1998) (להלן: **דוח ועדת שמגר**).

³ בג"ץ 3056/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 19 (נבו 25.3.2021) (להלן: בג"ץ **הסדר ניגוד העניינים**); יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" **ספר קלינגהופר: על המשפט הציבורי** 451, 454 (יצחק זמיר עורך, 1993).

⁴ בג"ץ 4267/93 **אמיתי – אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 473, 441 (1993).

⁵ הצעה זו הופצה על ידי יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת שמחה רוטמן, ביום 11 בינואר 2023 במסמך שכותרתו "מצע לדיון והצעת נוסח תיקון לחוק יסוד: הממשלה מטעם יו"ר הוועדה" (להלן: **המצע לדיון בחוק הסמכויות**). הצעת החוק הפורמלית הונחה על שולחן הכנסת ביום 26.6.2023 על ידי חבר הכנסת אביחי אברהם בוארון (פ/3594).

האחד, נוגע לדרך מינויים של היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים. כיום, היועצים המשפטיים ממונים בהליך של ועדת איתור, והפסקת כהונתם תלויה באישורו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר אמון עליהם מבחינה מקצועית. דרך מינוי זו מבטיחה את מעמד העצמאי של היועצים המשפטיים ואת אי-תלותם המקצועית בדרג הפוליטי. הצעת חוק המינויים מבקשת לשנות דרך מינוי זו מן היסוד, ולהפוך את היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה ל"משרות אמון" של השרים הממונים. זאת, באמצעות קביעת אופן המינוי בדרך של הליך הפטור ממכרז, בדומה לדרך שבה ממונים כיום מנכ"ל המשרדים הממשלתיים. אף שהצעת החוק אינה מתייחסת במפורש לאפשרות של הזנת היועץ המשפטי מתפקידו, קיים חשש שהצעת החוק, אילו תתקבל, תסלול את דרכם של שרים לפטר את היועצים המשפטיים במשרדים, וזאת לנוכח דיני הפרשנות הנוהגים בשיטת המשפט הישראלית, לפיהם "הסמכה לעשות מינוי – משמעה גם הסמכה להתלות את תקפו, לבטלו, לפטר את מי שנתמנה או להשעותו מתפקידו".⁶ המשמעות הברורה של דרך מינוי זו היא ביטול מעמד העצמאי של היועצים המשפטיים, תוך הכפפתם המקצועית לשר הממונה.

השינוי השני, עניינו בביטול מעמדן המחייב של חוות הדעת המשפטיות של היועצים המשפטיים. כאמור, היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת. חוות דעתו בשאלות משפטיות היא בעלת תוקף מחייב, מעצם העובדה שהיא משקפת עבור משרדי הממשלה את הדין. הצעת חוק הסמכויות מבקשת להקנות לראש הממשלה ולכל שר משרי הממשלה סמכות לקבוע באופן עצמאי את עמדת משרדם בנושאים משפטיים, ואף לקבוע עבור הרשויות המינהליות הנתונות לאחריותם את עמדתן המשפטית. משמעות הצעת החוק היא כי הממשלה ושריה יהיו רשאים לקבוע כי חוות דעת משפטית של יועץ משפטי שתינתן לממשלה או לשריה לא תהיה מחייבת אלא תעמוד בבחינת "עצה משפטית" בלבד, וכי הם יוכלו לפעול בניגוד לה. כלומר, גם אם היועץ המשפטי למשרד הממשלתי יתריע בפני השר כי פעולה מסוימת שהוא מעוניין לקדם הינה בלתי חוקית, לא יהיה בכך כדי למנוע מהשר לקדמה, חרף אי-החוקיות בה היא לוקה. מדובר, אפוא, בביטול מוחלט של מעמדן המחייב של חוות הדעת המשפטיות של היועץ המשפטי. המשמעות המעשית היא שהממשלה ושריה יוכלו לקדם כל החלטה בה יחפצו, אף אם בלתי חוקית לעמדת היועץ המשפטי, וזאת מבלי שיהיו מוגבלים על ידי מנגנון פנימי כלשהו.

השינוי השלישי, עניינו בביטול הבלעדיות של היועץ המשפטי על ייצוג הממשלה בפני ערכאות המשפטיות. על פי המוצע בהצעת חוק הסמכויות, לממשלה ולכל שר בתחומי

⁶ ס' 14 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

אחריותו תהיה סמכות לקבוע את העמדה המשפטית שתוצג בשמם בפני רשות מנהלית או בפני כל טריבונל משפטי שיש בידו סמכות שפיטה על-פי דין, ואף תהיה באפשרותם לבחור את הגורם המשפטי שייצג אותם, אף אם מדובר בעורך דין פרטי.

הצעות החוק מבקשות להפוך את היועצים המשפטיים משומרי סף עצמאיים – שחוות דעתם המשפטית ביחס לדין הינה בעלת מעמד מחייב כלפי הממשלה ושריה – לחותמת גומי שמכשירה מראש פעולות והחלטות של הדרג הפוליטי. המשמעות המעשית של הצעות חוק אלו היא ביטול מעמדו של היועץ המשפטי כ"שומר סף" שאמון על שמירה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי הרחב במסגרת הפעילות הממשלתית, והפיכתו לאיש אמונו של השר הממונה. בכך, הצעות החוק מרוקנות מתוכן את תפקידו המקצועי של היועץ המשפטי במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, כפי שזה עוצב לאורך השנים בוועדות ציבוריות, בהחלטות ממשלה, בפסיקה ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה שנסמכו על אלו.

הנרטיב הציבורי שאותו יוזמי החקיקה מבקשים לקדם באשר לצורך, כביכול, בהחלשת מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, מבוסס לראייתנו על מסגור חסר, מטעה ומניפולטיבי, המתעלם מההקשר הכולל של המציאות החוקתית בישראל.

יוזמי החקיקה מבקשים למקד את הדיון הציבורי בהשפעות הדמוקרטיות השליליות, כביכול, שאותן הם מייחסים למערך הייעוץ המשפטי לממשלה, הנובעות לשיטתם מהסמכויות המסורות בידי היועצים המשפטיים, זאת תוך שהם מתעלמים לחלוטין מהתכליות שלשמן אותן סמכויות הוקנו בידיהם של היועצים המשפטיים מלכתחילה.

לראייתנו, הדבר דומה לדיון בשאלה "האם רצוי להסיר את בלמי הרכב". דיון המתמקד כולו בתופעות לוואי אפשריות הנשקפות משימוש בבלמים (למשל האטת נסיעתה של המכונית) אך מתעלם מהתכליות שלשמן בלמי הרכב הותקנו במכונית מלכתחילה (בלימת המכונית על מנת שלא תתדרדר לתהום) – הוא דיון אבסורדי על פני הדברים.

לגישתנו, מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לא יכול להיבחן בחלל הריק. מעמדו וסמכויותיו של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה התעצבו לאורך השנים בהתאם לצרכים הנובעים מהמבנה המשטרי הייחודי הקיים בישראל, ובפרט מהיקף סמכויותיה של הממשלה וממערך המגננונים המרסנים החלים על כוחה. לפיכך, שאלת מעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה חייבת להיבחן על רקע הסמכויות המסורות לממשלה ולשריה, ולאורו של מארג האיזונים והבלמים הכולל הקיים בשיטתנו.

כפי שנציג להלן, הממשלה בישראל ושריה מחזיקים בסמכויות נרחבות ביותר, אשר בהיבטים שונים אין להן אח ורע בדמוקרטיות מערביות אחרות בעולם. לצד זאת, המבנה

המשטרי בישראל מתאפיין ב"גירעון" חריף במארג האיזונים והבלמים, המתבטא בקיומו של מערך מצומצם של מנגנונים לביזור כוחה של הממשלה בהשוואה לנהוג במדינות דמוקרטיות אחרות.

ג. ביזור הכוח השלטוני כעקרון יסוד בשיטה הדמוקרטית – רקע תאורטי

עקרון הפרדת הרשויות מהווה עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית. אבות החוקה האמריקאית עיגנו את עיקרון הפרדת הרשויות כעקרון יסוד בחוקה לאור רעיונותיו של הפילוסוף הפוליטי מונטסקיה לפיהם "הניסיון מראה כי כל אדם המעוניין בכוח, עתיד להשתמש בו לרעה, ולהרחיב את סמכותו עד כמה שיוכל... ולכן נדרש כי כוח יבלום כוח".⁷ ההצדקה המרכזית של אבות החוקה האמריקאית לאימוץ עקרון הפרדת הרשויות הייתה להבטיח את חירותו של העם מפני עריצות השלטון. תפיסת היסוד של מעצבי החוקה האמריקאית הייתה, כי יש לחשוך בכל מוסד שלטוני באשר הוא, המרכז כוח רב מדי. עמד על כך השופט האמריקני לואיס ברנדייס בציינו:⁸

"The doctrine of the separation of powers was adopted by the Convention of 1787 not to promote efficiency, but to preclude the exercise of arbitrary power. The purpose was, not to avoid friction, but, by means of the inevitable friction incident to the distribution of the governmental powers among three departments, to save the people from autocracy."

עקרון הפרדת הרשויות נועד, אפוא, למנוע ריכוז כוח רב מידי בידי רשות שלטונית אחת, באמצעות ביזורו של הכוח השלטוני.

הצדקה נוספת לעקרון הפרדת הרשויות שעמדה לנגד עיניהם של אבות החוקה האמריקאית, היא להבטיח שהפעולה השלטונית תהיה למען טובת הציבור כולו ולא לטובת קבוצות אינטרס מסוימות. ג'יימס מדיסון טען, כי הבחירה הדמוקרטית אינה מחסנת מפני הסכנה שאינטרסים פרטיים או קבוצתיים יזכו לייצוג יתר, בעיקר בשל הצלחתן של קבוצות אינטרס להתארגן ביעילות ולהשפיע על תהליך קבלת ההחלטות הפוליטי. עיקרון הפרדת הרשויות מצמצם את פוטנציאל הסיכון כי ייעשה שימוש לרעה בכוח השלטוני על ידי כך שהוא

⁷ עמיחי כהן ויניב רזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** מד, 87, 116-117 (תשפ"א) (להלן: כהן ורזנאי).

⁸ *Myers v. United States* 272 U.S. 52, 293 (1926).

מבזר את הכוח השלטוני בין רשויות שלטון נפרדות, שביניהן מתקיים מתח מתמיד של איזון ובקרה הדדיים.⁹

ד.המבנה המשטרי בישראל: סמכויות עודפות לממשלה מול גרעון באיזונים ובלמים על כוחה

עוד לפני שנעמוד על הכוח הרב והחריג שמסור לממשלה בישראל, חשוב להדגיש כי מבין שלוש הרשויות הקיימות במשטרים דמוקרטיים, הרשות המבצעת, והממשלה שבראשה, היא זו שמחזיקה בידיה את הסמכויות והכוח המשמעותיים ביותר.¹⁰ הרשות המבצעת היא מי שאמונה, על-פי רוב, על מינויים של בעלי תפקידי מפתח במשק, בשירות המדינה ובשירות הביטחון; היא גם הרשות שחולשת על תקציבי המדינה; היא הרשות שבסמכותה להורות על הפעלת כוח (למשל להכריז על מלחמה או להפעיל את כוחות המשטרה והצבא); היא הרשות שמתווה מדיניות וקובעת החלטות ביצועיות. לפיכך, במונחים של כוח, הרשות המבצעת, והממשלה שבראשה, מוצבת בראש פירמידת הרשויות.

בישראל, הממשלה נהנית מכוח עודף שבא לידי ביטוי בשלושה מעגלים **נוספים**:

ד.1. מעגל ראשון: היעדרם של מנגנונים מבניים לריסון כוחן של הרשויות הפוליטיות

מדינות דמוקרטיות שונות בעולם אימצו אל שיטתן מנגנונים מבניים שנועדו לבזר את כוחן השלטוני של הרשויות הפוליטיות (הרשות המחוקקת והרשות המבצעת). מחקר שנערך לפני שנים אחדות, סקר חמישה מודלים של מנגנונים מבניים שמקדמים ביזור של כוח שלטוני, אשר אומצו, לכל הפחות בחלקם, במדינות דמוקרטיות שונות, אך הם אינם קיימים במבנה המשטרי בישראל:¹¹

פיצול הרשות המחוקקת לשני בתי פרלמנט – ההפרדה לשני בתי פרלמנט מייצרת מגבלות שונות על כוחם של המחוקקים הנבחרים (כך למשל, דרוש רוב בשני בתי פרלמנט; שיטת הבחירה לכל אחד מהבתים שונה; משך הכהונה השונה בכל אחד מהבתים מעמיד את הרשות המחוקקת בפני "מבחן לגיטימיות" במהלך הכהונה).

⁹ עמיחי כהן, **פסקת ההתגברות**, עמ' 9-12, (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2018) (להלן: כהן, **פסקת ההתגברות**).

¹⁰ יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית**, עמ' 414 כרך א - המינהל הציבורי (מהדורה שנייה מורחבת, 2010)

¹¹ שם, בעמ' 15-22; כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 117-121.

שיטה נשיאותית – מגבילה את כוחן של הרשויות הפוליטיות באמצעות הפרדה מובנית וברורה יותר בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. הנשיא, לו מסורות סמכויות ביצועיות, נבחר באופן עצמאי בבחירות נפרדות מהבחירות לרשות המחוקקת, והוא אינו זקוק לאמונו של הפרלמנט. לפרלמנט מסור כוח פיקוח אפקטיבי על הממשל, ומנגד לנשיא מסורה סמכות וטו להגביל את החקיקה של הרשות המחוקקת.

שיטת משטר פדרלי – שיטה זו, המתארת איגוד של יחידות פוליטיות שיוצרות מסגרת מדינית אחת, מייצרת ביזור מבני של הכוח השלטוני באמצעות חלוקתו בין הממשל המרכזי לבין היחידות הפוליטיות הנמצאות תחתיו. חלוקה זו, שמעוגנת בחוקה, יוצרת מגבלה מובנית על סמכות הרשויות המרכזיות.

שיטת בחירות אזורית – ההשפעה העיקרית של שיטת בחירות אזורית על ביזור הכוח היא ביצירת מקור כוח נוסף בפרלמנט, הנובע מהצורך של הנציגים להתחשב ברצון של בוחריהם באזור הבחירה שלהם. יש בכך כדי לייצר מערך תמריצים ולגיטימציה שמאפשרים להם להביע עמדה שונה מזו של עמדת המפלגה המרכזית.

כפיפות לגופים בינלאומיים – מדינות דמוקרטיות שונות חתומות על הסכמים ועל אמנות בינלאומיות המכפיפות אותן למרותם של גופים בינלאומיים כגון ארגונים אזוריים (למשל האיחוד האירופי על מוסדותיו) או בתי דין אזוריים לזכויות אדם. כפיפותה של מדינה לגופים הבינלאומיים מגבילה את סמכות קבלת החלטות שלה בתחומים שונים, שכן לגופים הבינלאומיים סמכות לקבל החלטות המנוגדות לעמדת המדינה, שבכוחן לגבור על החלטותיה השלטוניות.

דירוג שערך ארגון Freedom House ל-66 מדינות דמוקרטיות מגלה תמונה לפיה בכל המדינות שנבדקו מתקיים לפחות אחד מהמנגנונים המבניים המפורטים לעיל לביזור כוח שלטוני של הרשויות הפוליטיות (ב-6 מדינות מתקיימים כל חמשת המנגנונים המבניים; ב-8 מדינות ארבעה מנגנונים מבניים; ב-15 מדינות שלושה מנגנונים מבניים; ב-26 מדינות שני מנגנונים מבניים; וב-10 מנגנון מבני אחד). **ישראל היא המדינה הדמוקרטית היחידה שבה**

לא קיים אף אחד מהמנגנונים המבניים האמורים על הכוח.¹²

¹² כהן, פסקת ההתגברות, לעיל ה"ש 9, בעמ' 25–34; כהן ורוזנאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 122.

ד.2. מעגל שני: הפרת האיזון בין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת

לישראל אין חוקה פורמלית שלמה ומשוריינת שמסדירה את חלוקת הסמכויות בין הרשויות. המשמעות היא שגבולות הגזרה שבין הרשויות נתונות לשינוי שלא מצריך מנגנון מיוחד. עובדה זו מציבה את המעמד של הרשות השופטת במקום שברירי במיוחד, כפי שאנחנו רואים היום.

מעבר לכך, קשה לומר שבישראל ישנן שלוש רשויות עצמאיות ונפרדות, שכן מבחינה מעשית הממשלה בישראל שולטת ברשות המחוקקת, הכנסת. כאמור, שיטת המשטר הפרלמנטרית הנהוגה בישראל מבוססת על בית מחוקקים אחד (בשונה ממדינות דמוקרטיות רבות אחרות בהן הפרלמנט מורכב משני בתים). הממשלה מחזיקה ברוב קואליציוני מובנה מקרב חברי הכנסת, ועובדה זו מאפשרת לה לשלוט מבחינה מעשית בפעילות הכנסת. השליטה של הממשלה בפעילות הכנסת מתבטאת הן בהיבטים הנוגעים להליכי חקיקה והן בהיבטים הנוגעים לפיקוח הפרלמנטרי על פעילותה של הממשלה.

שליטת הממשלה בכנסת מושגת באמצעות מספר מנגנונים עיקריים:

(א) משמעת קואליציונית – הממשלה שולטת בהליכי החקיקה בכנסת באמצעות השלטת משמעת קואליציונית, בה מחויבים חברי הכנסת הנמנים עם הקואליציה. עם השנים המשמעת הקואליציונית הפכה לגורפת, נוקשה ואף לעומתית יותר כלפי האופוזיציה. היא אף חורגת בהרבה מהעניינים שהוסכמו ועוגנו במסגרת ההסכמים הקואליציוניים, ומקיפה כמעט כל עניין העולה על סדר יומה של הכנסת.¹³

(ב) וועדת השרים לענייני חקיקה – מאפשרת לשרי הממשלה לתאם מראש מה תהיה עמדת הממשלה ביחס לכל הצעת חוק העולה על סדר יומה של הכנסת.¹⁴ בשים לב למשמעת הקואליציונית הגורפת, גורלה של כל הצעת חוק מוכרע, הלכה למעשה, בידי הוועדה.¹⁵ חרף

¹³ שם, בעמ' 123; מנואל טרכטנברג ואיתמר פופליקר **להחזיר עטרה ליושנה – רפורמה מקיפה בכללי המשחק של הכנסת** 16–17, (מוסד שמואל נאמן למחקר מדיניות לאומית, 2020) (להלן: **טרכטנברג ופופליקר**).

¹⁴ מחקר שנערך על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה מצביע על כך שועדת השרים לענייני חקיקה בישראל היא גוף ייחודי שאין לו מקבילה בעולם. בתוך כך, נמצא כי גם במדינות שבהן קיימת ועדת קבינט העוסקת בחקיקה, היא דנה בחקיקה ממשלתית ולא בחקיקה פרטית. ראו חן פרידברג ודנה בלאנדר **יוצאות לאור – ועדת השרים לענייני חקיקה** (מחקר מדיניות 169, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022) <https://www.idi.org.il/books/38753>.

¹⁵ טרכטנברג ופופליקר, לעיל ה"ש 13.

מעמדה המכריע של ועדת השרים, דיוניה והצבעותיה חסויים, והשיקולים העומדים ביסוד עמדותיהם של השרים שבידיהם מסור גורלן של הצעות החוק, נותרים סמויים מעין הציבור.¹⁶

ג) חוק ההסדרים – הצעת חוק התכנית הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית) הידועה בשמה "**חוק ההסדרים**", היא הצעת חוק המקודמת בצדו של חוק התקציב, והיא מאגדת סל של הסדרים בעניינים כלכליים שמכוחם מתוקנים ומבוטלים חוקים קיימים שונים. חוק ההסדרים מקנה בידי הממשלה (בעיקר בידי שר האוצר) אפשרות להעביר בגדרו רפורמות כלכליות בתחומי מפתח במשק הישראלי שנועדו לממש יעדי מדיניות כלכלית אותה מבקשת הממשלה לקדם. הצעת החוק מועברת ברובה לדיון בוועדת הכספים הדנה במכלול הנושאים הכלולים בהצעה כמקשה אחת, וזאת חלף פיצולה לוועדות הכנסת האחרות שהנושא מסור לטיפולן.¹⁷ אף שחוק ההסדרים כולל לעיתים קרובות רפורמות משקיות מורכבות ובעלות השלכות רחב עמוקות, הוא נדון בהליך פרלמנטרי מזוהר יחסית. יש הטוענים כי חוק ההסדרים הוא פרקטיקה שיוצרת "גירעון דמוקרטי", משום שהוא "מפקיע" את הסמכות לחוקק חוקים מחברי הכנסת, ומקשה על חברי הכנסת לקיים פיקוח ובקרה אפקטיביים על הדרגים הבלתי נבחרים שמנסחים את החוקים (על פי רוב משרד האוצר).¹⁸

לצד שליטתה של הממשלה בפעילות הכנסת באמצעות הרוב הקואליציוני, הממשלה גם "מספחת" לעצמה סמכויות נרחבות המאפשרות לה לקבוע הסדרים בעניינים שמעצם טיבם אמורים להיות מסורים לכנסת.

(I) הסמכות להתקין תקנות – דרך אחת שבאמצעותה הממשלה "מספחת" סמכויות של הכנסת היא באמצעות סמכותה להתקין תקנות "מחוץ לחוק" (praeter legem). מדובר במצבים שבהם המחוקק מסמך את הממשלה להתקין תקנות בעניין שלא נקבע לו הסדר ראשוני בחוק עצמו. במצבים אלו הסמכות המסורה לשר להתקין תקנות לא מוגבלת לפירוט אופן ביצועו של ההסדר הראשוני, אלא היא מאשרת לו לקבוע את עצם תוכנו של ההסדר הראשוני ואת הקריטריונים להפעלתו. ואכן, תחומים רבים הנוגעים לחיי הפרט של אזרחים בישראל מוסדרים, בעיקרם, על ידי שרי הממשלה בדרך של תקנות מחוץ לחוק מבלי שהרשות

¹⁶ גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" - **ICON-S-IL Blog** (25.3.2018) <https://katzr.net/bda5a6>.

¹⁷ בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, עמ' 33 (נבו 27.9.2004). ראו גם דנה בלאנדר "חוק ההסדרים – רע הכרחי או בהכרח רע" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (14.1.2007) <https://www.idi.org.il/articles/14177>. שם מוסבר כי בניגוד לישראל, במדינות בהן קיים חוק מסגרת הדומה לחוק ההסדרים, הוא נדון בוועדות המתאימות בשני בתי הפרלמנט.

¹⁸ טל גולן "הגירעון הדמוקרטי של חוק ההסדרים ושחיקתה של מדינת הרווחה הישראלית" **משפט וממשל** יא 247, 250 (2007); ראו גם: עע"מ 09/4105 **עיריית חיפה נ' עמותת הועדה היהודית הספרדית בחיפה**, פסקה ב' (נבו 2.2.2012).

המחוקקת מתווה בחקיקה ראשית מסגרת ברורה וקריטריונים בסיסיים שעל פיהם השרים אמורים להתקין את התקנות. כך למשל, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957 מסמיך שר להכריז, לפי שיקול דעתו, על מצרך או על שירות מסוימים כעל ברי-פיקוח, ולהסדיר בצו את אופן ייצורם ומכירתם, וזאת מבלי לקבוע מסגרת כללית המבנה את שיקול דעתו. יצוין, כי במדינות שונות בעולם, אפשרותו של מחוקק המשנה לקבוע תקנות "מחוץ לחוק" מוגבלת בהשוואה לישראל.

לצד זאת, לממשלה בישראל מסורות סמכויות נרחבות ביותר לשעת חירום, המאפשרות לה להתקין תקנות בניגוד להוראות החוק (contra legem), הידועות בכינוי תקנות לשעת חירום. כך, סעיף 39(ג) לחוק יסוד: הממשלה קובע כי "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכך להטיל או לגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים...". הסמכות להשעות משטר חקיקתי רגיל במצבי חירום אמנם אינה ייחודית לישראל, ואולם סמכויות החירום המסורות לממשלה בישראל הינן חריגות בהיקפן ביחס למקובל בעולם. ראשית, בישראל שורר מצב חירום מתמשך מיום הקמתה, בעוד שבמדינות אחרות בעולם יש צורך בהכרזה על מצב חירום בכל פעם מחדש, פעולה הגוררת תשומת לב פרלמנטרית וציבורית. ממשלות ישראל לדורותיהן ניצלו את מצב החירום המתמשך כדי להפעיל סמכויות חירום גם בעתות שגרה. שנית, הסמכות המוקנית לממשלה בישראל להתקין תקנות לשעת חירום אינה תחומה לנושאים מסוימים. ואכן, לא פעם נעשה שימוש בתקנות לשעת חירום בהקשרים צרכניים וכלכליים מובהקים, שלעיתים הקשר בינם לבין צרכי החירום היה מרוחק ביותר.¹⁹ השימוש החריג בסמכויות הממשלה להתקין תקנות לשעת חירום התבטא במלוא עוזו על רקע פרוץ מגפת הקורונה. הממשלה בישראל, שהייתה אז ממשלת מעבר, נסמכה על מצב החירום הקיים והפעילה סמכויות חירום בהיקף חריג ביחס למדינות אחרות בעולם, שבא לידי ביטוי הן במשך הזמן שתקנות שעת החירום עמדו בתוקף, הן בהיקף התחומים שהתקנות הסדירו, והן בחולשת הפיקוח הפרלמנטרי שחל עליהן.²⁰

¹⁹ דוגמה מעניינת במיוחד לשימוש הרחב שעשתה הממשלה בסמכויות החירום בהקשר זה נדונה בבג"ץ 89/344 **ח.ס.ה – סחר בינלאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מד(1) 456 (1990). באותו עניין נדון צו שהוציא שר התעשייה והמסחר לפי חוק הפיקוח על המצרכים והשירותים, אשר הגביל מתן רישיונות יבוא של מכשירי טלויזיה ווידיאו רק למי שרוכש מן היצרן או מן הסוכן הבלעדי של היצרן בישראל כדי להבטיח אחריות ואספקת חלקי חילוף. ראו בנוסף גם לדוגמה חוק הפיקוח על המצרכים והשירותים, התשי"ז-1957; חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה), התשכ"ט-1969; חוק להארכת תוקף של תקנות שעת חירום (פיקוח על כלי שיט), התשל"ג-1973, ודברי חקיקה נוספים.

²⁰ ניר קוסטי ויואב מחוזאי "השימוש בתקנות שעת חירום בישראל בתקופת הקורונה במבט היסטורי, 1948-2020" **מחקרי רגולציה** ה' 211 (2022); ראו גם לילה מרגלית "סמכויות חירום ובקרה פרלמנטרית במשבר הקורונה: סקירה משווה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (7.5.2020).

בהקשר זה יצוין, כי לצד הסמכויות הנרחבות המסורות לממשלה להתקין תקנות, הפיקוח הפרלמנטרי החל עליהן מצומצם ביותר. אף שהדין בישראל מעגן מנגנוני פיקוח שונים המחייבים את הממשלה בהקשרים שונים לערב, במידה זו או אחרת, את וועדות הכנסת בהליך התקנת התקנות, הרי שבפועל, בשים לב לשליטת הקואליציה על הוועדות, מדובר במנגנונים פרלמנטריים חלשים מאוד.

(II) סיפוח סמכויות הכנסת באמצעות סמכות שיורית של הממשלה – חוק יסוד: הממשלה, מעניק לממשלה סמכות שיורית לעשות "כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". הסמכות השיורית גם היא מעוררת חשש לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות שכן היא מרחיבה את סמכות הממשלה לפעול בלא הסדרה חקיקתית. במקרים שונים הממשלה עשויה לעשות שימוש בסמכותה השיורית על מנת לספח לעצמה סמכויות להסדיר סוגיות המהוות הסדר ראשוני. כך למשל, בבג"ץ מתווה הגז²¹ נדונה השאלה האם החלטת הממשלה בעניין מתווה הגז, חורגת מסמכותה השיורית של הממשלה ומחייבת הסדרה בחקיקה ראשית פרטנית, בשים לב לכך שמדובר בהסדר ראשוני. בית המשפט פסק ברוב דחוק, כי אף שמדובר בסוגיה המהווה הסדר ראשוני, אין לפסול את המתווה אך משום שלא הוסדר בחקיקה ראשית מפורשת.

ד.3. מעגל שלישי: מחסור בביזור סמכויות בתוך הרשות המבצעת

היבט נוסף הנוגע לביזור כוחה של הממשלה הוא הפרדת הסמכויות בתוך הרשות המבצעת עצמה. בעוד שהפרדת הרשויות במובנה הקלאסי (קרי הפרדת השלטון לרשות מחוקקת, לרשות מבצעת, ולרשות שופטת) מבטאת ביזור "אופקי" של הכוח השלטוני, הפרדת סמכויות בתוך הרשות המבצעת מבטאת ביזור "אנכי" של הכוח. בהקשר זה נבקש למקד את הדיון **במבנה המוסדי הייחודי של הרגולציה הכלכלית בישראל.**

כפי שיפורט להלן, בעוד שמרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם בחרו לעצב את המוסדות הרגולטוריים האמונים על ענפים כלכליים שונים בהתאם למודל של סוכנות רגולטורית עצמאית, בישראל סמכויות נרחבות הנוגעות לאסדרתם של תחומים כלכליים מגוונים של השוק הפרטי מסורות בידי רגולטורים בלתי-עצמאיים (משרדי הממשלה והשרים העומדים בראשם), או בידי רשויות רגולטוריות הכפופות במידה רבה לשר הממונה.

²¹ בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, דעת הרוב מפי השופטת (כתוארה אז) חיות בפס' 11; השופט פוגלמן בפס' 10-14; והשופט סולברג בפס' 50-62; אל מול דעת המיעוט מפי השופטים רובינשטיין בפסקאות קכ"ז-קמ"ג והשופט ג'ובראן בפסקאות 3-13 (נבו 27.3.2016).

החל משנות ה-80 של המאה הקודמת, מדינות רבות ברחבי העולם החלו להפחית את מידת מעורבותן בהספקת טובין ושירותים לציבור באופן ישיר, ועברו להליכי הפרטה רחבה של גופים ושירותים ציבוריים. זאת על רקע ההבנה, כי המדינה אינה מסגרת יעילה בהכרח לחולל פעילות משקית שכן השירותים שהיא מספקת לעיתים קרובות יקרים יותר ויעילים פחות מפעילות של גופים פרטיים.²² לנוכח תהליכי הפרטה אלו, עברו אותן מדינות ממעורבות ישירה למעורבות עקיפה בדרך של הסדרת כללי המשחק של הפעילות בשוק הפרטי באמצעות קביעת כללי רגולציה ואכיפתם. תופעה זו, המכונה עלייתה של "המדינה הרגולטורית" התפשטה ברחבי העולם, וחדרה גם לישראל בשנות ה-90 של המאה הקודמת.

כיום, במדינה המודרנית כמעט ולא נותר תחום אשר נותר חסין מפני התערבותה של המדינה, הנעשית באמצעות רגולציה: בריאות, איכות סביבה, תחבורה, תשתיות, חינוך, דת, מזון, קניין, פנאי, תרבות, מדע, ספורט, תקשורת, אנרגיה – כל אלו הם רק חלק מהתחומים המוסדרים בידי רגולטורים. בכל אחד מהתחומים הללו פועלים שחקנים רבים בעלי אינטרסים שונים, אשר לרוב ניצבים אלו מול אלו. המדינה הרגולטורית מתערבת בתחומים הללו וקובעת מסגרת נורמטיבית המשקפת את הבחירה בין האינטרסים המתחרים, באמצעות הגדרת כללי משחק, סדרי עדיפויות והכרעה במחלוקות.²³

התפיסה העומדת בבסיס עידן המדינה הרגולטורית מניחה כי השוק החופשי, באמצעות "היד הנעלמה", לא ידע לספק לציבור את השירותים והטובין בצורה מיטבית, ולפיכך נדרשת "יד מסייעת" באמצעות המדינה תדאג לפקח על הפעילות הפרטית ותפעל לתקן כשלי שוק.²⁴

לצורך נייר זה נאמץ הגדרה רחבה למונח "רגולציה" ולפיה, רגולציה היא כל התערבות ממשלתית בפעילות השוק הפרטי. אין כוונתנו לסמכות של שר לקבוע מדיניות רגולטורית, דבר המקובל בכל העולם, אלא לסמכות הנוספת שמוקנית לשרים בישראל, והיא השפעה על היישום הפרטני של המדיניות הרגולטורית בתחומים כלכליים שונים. בהתאם, כל דבר חקיקה של הכנסת ובפרט חקיקת משנה (תקנות), נהלים, סטנדרטים, הנחיות מנהליות וצווים

²² יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" **משפט וממשל** עמ' 224 יח (2017) (להלן: רויטמן, המדינה הרגולטורית).

²³ אורי ארבל-גנן **רגולציה – הרשות המפקחת** 11 (נייר עמדה 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003).

²⁴ ראו למשל גיא רולניק ורועי שפירא **דנימיקה של שבי רגולטורי – חקר המקרה הישראלי** 9 (מוסד שמואל נאמן, 2019).

שמיועדים להכווין התנהגות של שווקים, פרטים, קבוצות או ארגונים בשוק החופשי נופלים בגדר מונח זה.²⁵

הגישה הרווחת בעולם כיום, היא כי בתחומים רבים רצוי לעצב את המוסדות הרגולטוריים כך שיהיו מקצועיים ועצמאיים מהדרג הפוליטי.²⁶ אף שלמודלים של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות מיוחסים חסרונות ומגרעות שונים,²⁷ התפיסה השלטת היא שככלל עצמאות רגולטורית משפרת את התפקוד, את היעילות ואת האמינות של התהליך הרגולטורי.²⁸ אחת ההצדקות המרכזיות לשמירה על העצמאות הרגולטורית היא שעצמאות רגולטורית "מחסנת" את מקבלי ההחלטות הרגולטוריים מפני לחצים פוליטיים קצרי-טווח.²⁹ ההנחה היא שעיצוב המוסדות הרגולטוריים על פי מודל של סוכנות רגולטורית מקצועית-עצמאית מקדם קבלת החלטות על בסיס שיקולים של מומחיות מקצועית, ובכך מניב תוצאות שייטיבו עם האינטרס הציבורי לטווח הארוך.³⁰ עצמאות רגולטורית גם מחסנת את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי מפני שינויי מדיניות תכופים הנובעים מתמורות במערכת הפוליטית, באופן המחזק את היציבות ארוכת הטווח של המדיניות הרגולטורית, ובכך תורמת גם לוודאות של השחקנים המפוקחים הפועלים בשוק.³¹ הצדקה נוספת, היא, כי העצמאות הרגולטורית עשויה לחסן, ולו באופן חלקי, את תהליך קבלת ההחלטות מפני לחץ של קבוצות אינטרס. זאת, באמצעות יצירת "חיץ" בין הדרג הפוליטי ובין קבוצות אינטרס, שמבקשות לקדם את האינטרסים שלהן על חשבון האינטרס הציבורי הרחב או על חשבון קבוצות בעלות ייצוג פוליטי חלש יותר.³²

²⁵ **רגולציה בישראל, ערכים, אפקטיביות, שיטות** (עורכים אייל טבת ויצחק גל-נור, 2019) (להלן: **טבת וגל-נור, רגולציה בישראל**); רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 24; רויטמן, המדינה הרגולטורית, לעיל ה"ש 22, בעמ' 220. השוו גם עם ארבל-גנז, לעיל ה"ש 23, בעמ' 14, שמתייחס לרגולציה במובן הרחב ככזו המתייחסת לכלל החוקים והתקנות "המשליטים סדר ביחסי החליפין של סחורות ושירותים"

²⁶ ראו יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית, בין הגלוי לסמוי" **משפט, חברה ותרבות** 425 (הוצאת אוניברסיטת תל אביב 2014) (להלן: **רויטמן, הרפורמה הרגולטורית**).

²⁷ ראו סקירה נרחבת אצל רויטמן, הרפורמה הרגולטורית בעמ' 431.

²⁸ רויטמן, המדינה הרגולטורית, עמ' 227-228; טבת וגל-נור, **רגולציה בישראל**, לעיל ה"ש 25; Jordana et al, *The global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, 44 COMP. POL. STUD. (2011) 1343.

²⁹ ראו סקירה בטבת וגל-נור, **רגולציה בישראל**, לעיל ה"ש 25; Fabrizio Gilardi, *Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: A comparative empirical analysis*, 9 J. EURO. PUB. POL'Y 873 (2002); **דוח הוועדה לייעול מנגנוני רגולציה בישראל ולבחינת הממשקים בין הרגולטורים השונים במשק** 56 (2013) (להלן: **דוח הוועדה לייעול מנגנוני רגולציה בישראל**).

³⁰ Rachel E. Barkow, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89 TEX. L. REV. 15 (2010) 19-21.

³¹ שם, בעמ' 24-25.

³² שם, בעמ' 21-24. ("The goal of many independent agency designers has been to create this extra buffer against interest group pressures that might harm relatively weaker political interests, including the collective public interest of the general electorate or a vulnerable subgroup.")

כאמור, מודלים של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות אינם חפים מקשיים ומביקורת. השאלה איזה מודל רגולטורי מועדף – מודל של רגולטור עצמאי או מודל של רגולטור הכפוף לדרג פוליטי – חורגת מגדרי מאמר זה. כפי שנראה להלן, לענייננו, מידת העצמאות הרגולטורית משמשת אמצעי משמעותי לביזור ולריסון כוחו של הממשל.³³ לביזור הכוח בהיבט זה חשיבות מיוחדת, בשים לב לכך שהותרת סמכויות הפיקוח והאסדרה בידי גורמים פוליטיים עשויה להקנות בידיהם כוח להשפיע באופן ישיר על אינטרסים כלכליים משמעותיים של שחקנים בשוק הפרטי.

ואכן, מרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם עיצבו את המוסדות הרגולטוריים המסדירים את פעילותו של השוק הפרטי בענפים הכלכליים השונים לאורו של עקרון העצמאות הרגולטורית, לפי מודל של סוכנויות רגולטוריות מקצועיות ועצמאיות, המשוחררות משליטת הדרג הפוליטי (Independent Regulatory Agencies). מקובל להתייחס לרגולטור עצמאי כגוף מקצועי בעל מומחיות רלבנטית ושאינו כפוף באופן ישיר להחלטות פרטניות של הממשלה או לגוף פוליטי נבחר.³⁴ מידת העצמאות של הרגולטור העצמאי משתנה מרגולטור לרגולטור ומושפעת ממשתנים רבים, כגון: מידת ההפרדה המוסדית של הרגולטור מהדרג הפוליטי, אופן אישור התקציב העומד לרשותו של הרגולטור, אופן מינויים של נושאי המשרה ברשות הרגולטורית והאפשרות להזיזם ממקומם, אפיקי הבקרה של הדרג הפוליטי על עבודת הרגולטור, ועוד.³⁵

כך למשל, **בארצות הברית**, מודל הרגולציה הכלכלית עוצב מהיווסדו בהתאם לעקרון העצמאות הרגולטורית. החשש מפני יחסי הון-שלטון ובכלל זה כי בעלי ההון יקנו בכסף החלטות שלטוניות, הוא שעיצב במידה רבה את המודל האמריקני הנשען על עצמאות הרגולטור מהנשיא והממשל. העצמאות הרגולטורית של הסוכנויות בארצות הברית מתבטאת בכך שהרגולטורים הכלכליים, ככלל, אינם שייכים למחלקה כלשהי של הממשל האמריקני והם אינם חייבים בדיווח לקבינט הנשיאותי. לרוב, מינויו של כל ראש סוכנות רגולטורית כפוף לאישור הסנאט. אפשרותו של הנשיא להדיח רגולטור מכהן מוגבלת מאוד ותלויה בקיומה של

³³ שם, בעמ' 25–26.

Fabrizio Gilardi & Martino Maggetti, *The independence of regulatory authorities*, In 201 HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION (David Levi-Faur & Edward Elgar Cheltenham eds., 2011); Lisa Bressman & Robert B. Thompson, *The Future of Agency Independence*, 63 VAND. L. REV. 610 (2019).

³⁵ ראו לעניין זה את התייחסות ה-OECD למאפיינים אלו של הרגולטור העצמאי: BEING AN INDEPENDENT REGULATOR: THE GOVERNANCE OF REGULATORS, 22 (OECD publishing, 2016); וראו בנוסף RECOMMENDATION REC (2000 Council of Europe, Committee of Ministers, On the Independence and Functions of Regulatory Authorities for the Broadcasting Sector), p. 23; DECLARATION OF THE COMMITTEE OF MINISTERS ON THE INDEPENDENCE AND FUNCTIONS OF REGULATORY AUTHORITIES FOR THE BROADCASTING SECTOR (2008).

"עילה ממשית". בראש הרשויות הרגולטוריות מוצבות לרוב וועדות ולא מנהל יחיד, וחבריהם ממונים בידי הנשיא ובאישור הסנאט תוך מתן נציגות לכל המפלגות.

בבריטניה, העצמאות הרגולטורית הפכה עקרון מרכזי ברגולציה הכלכלית החל משנות ה-80 של המאה הקודמת, עם היבחרה של מרגרט תאצ'ר לראשות המדינה, אז החלו מהלכי הפרטה אגרסיביים בבריטניה. לשם כך הוקמו סוכנויות רגולטוריות (Agencies) האמונות על הפיקוח וההסדרה הרגולטורית בענפים השונים. עצמאות זו באה לידי ביטוי בכך שככלל הסוכנויות הרגולטוריות חופשיות להפעיל שיקול דעת מקצועי עצמאי מבלי שהממשלה תתערב בפעולותיהן היומיומיות. הסוכנויות הרגולטוריות מתנהלות לפי תקציב עצמאי וקובעות בעצמן את הקצאת המשאבים וכוח האדם בארגון. מודל הרגולציה הבריטי נתפס בעולם כמודל אפקטיבי מאוד, ומדינות אירופאיות רבות אימצו רבים ממנגנוניו.

בישראל, לעומת זאת, ההתפתחות הרגולטורית הייתה בלתי סדורה. הרגולציה בישראל לא עוצבה ולא תוכננה מראש כחלק ממדיניות כוללת, אלא התפתחה "טלאי על טלאי", אד-הוק, על מנת לתת מענה לצרכי השעה שנוצרו כתוצאה מתהליכי ההפרטה המואצים שעבר המשק הישראלי. כך, בכל פעם שנפתח תחום או ענף לשוק הפרטי, סמכויות האסדרה באותו תחום נמסרו לגורם אחראי. מצב זה הוביל לכך שתחומי פעילות כלכליים רבים שבעבר סופקו על ידי המדינה והופרטו לשוק החופשי נותרו בסמכותם של המשרדים הממשלתיים.

כתוצאה מכך, הרגולציה בישראל כיום מורכבת מערב רב ובלתי סדור של רגולטורים מסוגים שונים - לעיתים שר בממשלה הוא הרגולטור הישיר (למשל שר התקשורת, שר הבריאות, שר התחבורה ועוד); לעיתים הרגולציה מופקדת בידי עובדי המשרד הממשלתי הכפופים לשר הממונה וחלקם אף מונו לתפקידם במשרד הממשלתי על ידי השר במשרות אמון (למשל אגף לפיקוח על בזק במשרד התקשורת, אגף הרישוי במשרד התחבורה ועוד); לעיתים בידי רשות מעין-עצמאית הכפופה באופן חלקי לשר, ובמקרים אחרים בידי רשות עצמאית (העצמאות הרגולטורית בישראל קיימת בעיקר בתחום הבנקאות והפיננסים).

ניתן לסכם ולומר כי בישראל התפתח מבנה רגולטורי ייחודי שאינו מקובל במדינות דמוקרטיות ומפותחות אחרות, המתאפיין בעצמאות נמוכה של הגופים הרגולטוריים מהדרג הפוליטי. כך, מחקר שבחן את המבנה המוסדי של גופים רגולטוריים בשמונים וחמש מדינות ברחבי העולם בשבעה-עשר תחומים נבחרים, מצא כי בעוד שרוב המדינות הדמוקרטיות נוטות

לאמץ מודלים של סוכנויות רגולטוריות עצמאיות,³⁶ בישראל קיימות חמש רשויות עצמאיות בלבד, האחריות על אסדרתם של שבעה תחומים בלבד, בעוד שיתר התחומים מאוסדרים על ידי משרדי הממשלה, הכפופים לדרג הפוליטי.³⁷

ביטוי בולט לסמכויות הרגולטוריות החריגות המסורות לדרג הפוליטי בישראל בתחומי רגולציה כלכליים הוא ענף התקשורת. ניתוח השוואתי של רשויות תקשורת במדינות מערביות בעולם מעלה כי מודל האסדרה הקיים בישראל בתחום התקשורת הוא חריג ביותר.³⁸ ב-31 מדינות מתוך 33 מדינות ב-OECD שנבדקו קיימת הפרדה ברורה בין הרגולטור האמון על תחום התקשורת, הפועל ברשות תקשורת עצמאית, ובין הדרג הפוליטי.³⁹ כך, למשל, בארצות הברית קיימת רשות תקשורת פדרלית עצמאית. במדינות כמו אוסטרליה, ניו-זילנד, צרפת, בלגיה, אירלנד, איטליה, פינלנד ובריטניה - רשות תקשורת היא תאגיד סטטוטורי עצמאי. בישראל המצב, כאמור, שונה בתכלית. שר התקשורת בישראל הוא הגורם האמון על אסדרת ענף התקשורת. בתוך כך, לצד קביעת מדיניות בענף התקשורת והדואר בישראל, השר אחראי בין השאר על רישוי ופיקוח על בעלי תשתיות התקשורת וספקי התקשורת; על תכנון, פיתוח והסדרה של תשתיות התקשורת; על פיקוח על חברת הדואר ובנק הדואר; על קביעת מדיניות בקרה וקביעת תעריפים לשירותי התקשורת השונים; על ניהול משק התדרים; על בקרה ופיקוח על שירותי הטלוויזיה בכבלים ואישור השימוש במכשירי קצה של מערכת בזק.

גם תחום השידורים בישראל מושפע במידה רבה ממעורבותו של שר התקשורת, אף שהוא מאוסדר על ידי רשויות רגולטוריות נפרדות לכאורה (מועצת תאגיד השידור הישראלי, מועצת הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, ומועצת הכבלים והלוויין). כך למשל, לשר התקשורת השפעה על מינויים של החברים במועצות האמורות. על המעורבות העמוקה של שר התקשורת בתחום השידורים בישראל נמתחה ביקורת בדוח מבקר המדינה שעסק בעצמאות גופי הרגולציה בתחום זה.⁴⁰

תחום התקשורת אינו התחום היחיד שמאוסדר בישראל על ידי משרד ממשלתי הכפוף לדרג הפוליטי. כך למשל, **תחום הבריאות** בישראל מאוסדר על ידי משרד הבריאות. בתוך

³⁶ התחומים שנבחנו כוללים: תקשורת, גז, חשמל, הגנת הסביבה, שירותי בריאות, תרופות-פרמצבטיקה, הגנה על הפרטיות, בטיחות בעבודה, דואר, הבנק המרכזי, פיקוח על הבנקים, ניירות ערך, הגבלים עסקיים, פנסיה, ביטוח ומים. טבת וגל-נור, **רגולציה בישראל**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 14.

³⁷ הרשויות הרגולטוריות העצמאיות בישראל הן בנק ישראל, הרשות לניירות ערך, רשות התחרות, רשות שוק ההון ביטוח וחיסכון, ורשות המים. שם, בעמ' 14; Jordana et al. 2011; לעיל ה"ש 28.

³⁸ דוח מבקר המדינה **עצמאות גופי הרגולציה בתחום השידורים** (2020) (להלן: דוח מבקר המדינה); רויטמן, המדינה הרגולטורית, לעיל ה"ש 22; ארבל-גנז, לעיל ה"ש 23.

³⁹ **דוח הוועדה ליעול מנגנוני רגולציה בישראל**, לעיל ה"ש 29, עמ' 56; דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 38, בעמ' 10.

⁴⁰ שם.

כך, שר הבריאות, ובעלי תפקידים נוספים במשרד הבריאות הכפופים לשר, הם מי שאחראיים על רישוי ייצור, שיווק וייבוא של תכשירים רפואיים, תמרוקים, ציוד ומכשור רפואי ואף של מזון. שר הבריאות אחראי בנוסף על אסדרת תחום הפרסום של תכשירים רפואיים, של רופאים, מרפאות, מוצרי טבק ועוד. שר הבריאות אחראי גם על אסדרת המקצועות הרפואיים והפרא-רפואיים, ובכלל זה מקצועות הרפואה, הפסיכולוגיה, עבודה סוציאלית, מקצועות הסיעוד, הרוקחות, פיזיותרפיה, קלינאות תקשורת ועוד. אם לא די בכך, שר הבריאות בישראל הוא גם מי שאחראי על רישוי ופיקוח על מוסדות רפואיים, וכן לצד שר האוצר, על פיקוח מחירי התכשירים הרפואיים בישראל. לעומת זאת בעולם, תחומים אלו מאוסדרים על ידי רגולטורים שמידת התלות שלהם בדרג הפוליטי נמוכה משמעותית ממידת התלות של הגורמים המקצועיים בשר הבריאות בישראל. תחום הגנת הסביבה אף הוא מאוסדר בישראל על ידי דרג פוליטי. השר **להגנת הסביבה** הוא מי שאמון על שמירה על איכות האוויר, בנייה ירוקה, תקינה, תיווי ותכנון סביבתי, הגנה על בעלי חיים, אנרגיה ושינויי אקלים. אסדרת **משק הדלק והגז** מסורה לתחום אחריותו של משרד האנרגיה והתשתיות. כל אלו הן דוגמאות אחדות לתחומי משק מרכזיים שמופקדים בידי גורמים פוליטיים, בעוד שבמדינות אחרות בעולם נהוג כי התחומים הללו יאוסדרו על ידי סוכנויות מקצועיות עצמאיות.

ד.4. חשיבותו של מוסד הייעוץ המשפטי בשירות הציבורי נוכח הגירעון במערך האיזונים והבלמים – סיכום ביניים

ניתוח של מערך האיזונים והבלמים במבנה המשטרי בישראל מעלה תמונה לפיה הממשלה בישראל מחזיקה בסמכויות נרחבות ביותר, אשר בהקשרים שונים חורגות באופן ניכר מהמקובל במדינות דמוקרטיות בעולם. לצד זאת, מערך הגורמים המרסנים את כוחה החריג של הממשלה בישראל מצומצם בהרבה מהמקובל במדינות דמוקרטיות.

בשים לב לגירעון באיזונים ובלמים במבנה המשטרי הייחודי בישראל, מתחדדת חשיבותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כאחד ממנגנוני הביקורת החשובים על פועלה של הממשלה בשיטתנו. מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כמו גם הרשות השופטת, משמשים, הלכה למעשה, כבלמים העיקריים החלים בשיטתנו על הכוח הרב המסור בידי הממשלה. היועצים המשפטיים משמשים "קו הגנה" ראשון ו"בלם פנימי" מפני שימוש לרעה בכוחה של הממשלה, ובכך הם משלימים את הרשות השופטת, המשמשת "בלם חיצוני" ו"קו הגנה" אחרון.

בפרק הבא נעמוד על חשיבותו הייחודית של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, ובפרט של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי במסגרת הפעילות הממשלתית.

ה. חשיבותו של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה בהגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי

כאמור, המשימה הראשית, היומיומית, של היועצים המשפטיים היא לסייע לממשלה ולשריה לממש את מדיניותם על ידי זיהוי דרכי הפעולה שיאפשרו את מימוש המדיניות בדרך שעולה בקנה אחד עם הדין. לצד זאת, משימה מרכזית נוספת של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה היא הגנה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי.⁴¹ הגנה זו מושגת באמצעות תפקודו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה כ"שומר סף" המפקח, כי פעולות הממשלה מתבצעות בהתאם לדין.

למערכת הייעוץ המשפטי לממשלה, ובפרט ליועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, מעמד ייחודי המאפשר להם לתפקד כשומרי סף יעילים בשמירה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי במסגרת פעילות הממשלה. היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה משמשים שחקן פנים-מוסדי השלוב באופן אינטגרלי בעבודת המשרד הממשלתי, ונמנים עם חברי הנהלת המשרד הממשלתי שעל פעילותו הם נדרשים לפקח. בה בעת, היועצים המשפטיים שומרים על עצמאותם המקצועית ועל אי-תלותם בדרג הפוליטי, וכפופים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה בלבד. תפקידם אינו מתמצה בפיקוח על משרדי הממשלה, אלא הם משתלבים במסגרת תהליך עיצוב המדיניות של המשרד הממשלתי. מעמד ייחודי זה מקנה ליועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים מספר יתרונות מוסדיים חשובים:⁴²

נגישות למידע – יתרון מוסדי מובהק של היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים הוא היכרותם הבלתי אמצעית עם פרטי הפעילות השלטונית ועם תהליכי קבלת ההחלטות השוטפים. השתלבותם בעבודה השוטפת של משרדי הממשלה מקנה להם נגישות גבוהה למידע רב, פורמלי ובלתי פורמלי, על אודות תהליך קבלת ההחלטות במשרדי הממשלה, באופן שמאפשר להם לקיים פיקוח אפקטיבי, גם בנסיבות שבהן פיקוח חיצוני אינו מתאפשר בשל המחסור במידע זמין.

⁴¹ ראו דו"ח ועדת שמגר, לעיל ה"ש 2.
⁴² ראו בהרחבה דיון על יתרונותיהם המוסדיים של גופי פיקוח פנימיים אצל יובל רויטמן "מבט לתוככי הקופסה השחורה: הפיקוח המנהלי-פנימי ברשות המבצעת" **היבטים בביקורת רשויות המדינה – כתבים ואסופת מאמרים לכבודו ולזכרו של השופט אליעזר גולדנברג** 461, 484–487 (חני אופק-גנדלר ואח' עורכים, 2023) (להלן: רויטמן, מבט לתוככי הקופסה השחורה). ראו לעניין זה גם אלון פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג" **עיוני משפט** מד 1, 7, 21–24 (2021).

פיקוח ב"זמן אמת" – יתרון מוסדי נוסף הוא השתלבותם המוקדמת של היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים בתהליך עיצוב המדיניות כבר בשלביה הראשוניים.⁴³ מעורבות מוקדמת זו מאפשרת ליועצים המשפטיים לפקח ולבקר את הפעילות המינהלית של משרדי הממשלה ב"זמן אמת", זאת להבדיל מביקורת שיפוטית, הנערכת דרך כלל לאחר שהחלטה השלטונית כבר התקבלה (ex post). השתלבות היועצים המשפטיים בשלבים המוקדמים של תהליך גיבוש המדיניות, בטרם הגורמים המוסמכים כבר גיבשו את עמדתם, מקנה להם יכולת להשפיע באופן מהותי יותר על עיצוב המדיניות, ולהתאימה לדרישות הדין. בכך, מעורבותם המוקדמת של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה יכולה למנוע מבעוד מועד את הנזקים שעלולים להיגרם מהחלטה מינהלית פגומה או בלתי חוקית, וכן לחסוך את העלות הציבורית הכרוכה בביטול בדיעבד של החלטה שכבר התקבלה על ידי המשרד הממשלתי.⁴⁴

התמקצעות – יתרון מוסדי נוסף של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה הוא ההתמקצעות הייחודית שהם צוברים במטרייה המקצועית בתחומי פעילות המשרד הממשלתי כמו גם במערכת הדינים הייחודית שחלה על פעילות המשרד. המומחיות שהיועצים המשפטיים רוכשים בתחומי פעילות המשרד מאפשרת להם להעריך בצורה שלמה ומאוזנת יותר את השיקולים העומדים ביסוד תהליך קבלת ההחלטות ואת השלכות התערבותם במדיניות.⁴⁵

יתרונות מוסדיים ייחודיים אלו של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה מודגשים במיוחד במסגרת תפקודם כשומרי סף המפקחים על פעילות משרדי הממשלה בהקשרים רגולטוריים. בפרק שלהלן נסקור את הסיכונים המיוחדים הנשקפים לאינטרס הציבורי ולשלטון החוק במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות במשרדי הממשלה, ואת חשיבותם הייחודית של היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים במניעה, ולמצער, בצמצום סיכונים אלו.

⁴³ בס' 19 לדו"ח ועדת אברמוביץ, שהוקמה בשנת 2007, ובחנה דרכים למסד ולשפר את ממשקי העבודה של היועצים המשפטיים עם הדרג הניהולי במשרדי הממשלה, הומלץ במפורש, כי היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים ישולבו כבר בשלבים המוקדמים של גיבוש מדיניות המשרד: "יש חשיבות רבה בשילוב היועץ המשפטי כבר בשלבים הראשונים של גיבוש מדיניות המשרד ובחינת דרכי יישומה. בשלב זה ניתן לבצע, בדרך כלל, התאמות שיאפשרו את ביצוע המדיניות בהתאם לדרישות הדין. לעומת זאת, שילובו של היועץ המשפטי בסוף הדבר ולאחר שחלף זמן והושקעו משאבים רבים, מעורר קושי רב במקרה בו יאתר היועץ המשפטי קושי משפטי. במקרה מעין זה עלולה עמדת היועץ המשפטי להיראות ככזו ה'עוצרת' פעולה; אף שלמעשה שיתוף היועץ המשפטי בשלב מוקדם יותר היה מונע את עצירת התהליך בשלב מאוחר." ראו הצוות הבינמשרדי לבחינת סוגיות הנוגעות למערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה **דוח הוועדה** (2008) (להלן: **דוח אברמוביץ**).

⁴⁴ רויטמן, מבט לתוככי הקופסה השחורה, לעיל ה"ש 42, עמ' 487–489.

⁴⁵ שם, בעמ' 492–493.

ה.1 שבי רגולטורי – רקע תאורטי

כפי שסקרנו לעיל, הרגולציה הכלכלית נועדה לתקן כשלי שוק באמצעות קביעת "כללי משחק" בענפים המאוסדרים. כללי המשחק הרגולטוריים משקפים בחירה בין האינטרסים המתחרים של השחקנים השונים הפועלים באותם ענפים. לפיכך, מעצם טיבה, הרגולציה הכלכלית מייצרת "מרוויחים" ו"מפסידים".

רגולציה נועדה לקדם כללי משחק ששיאו את הרווחה הכלכלית המצרפית. ברם, המציאות מלמדת כי רגולטורים לא בהכרח יפעלו בהתאם למטרתם המוצהרת לתקן כשלי שוק באופן שישרת בדרך המיטבית את האינטרס הציבורי הרחב. תיאוריית "הבחירה הציבורית" ("Public Choice Theory") מציעה לבחון את המדיניות הציבורית, את מהלכי החקיקה ואת קבלת ההחלטות הרגולטוריות על יסוד ההנחה שמקבלי ההחלטות, בין אם פוליטיקאים ובין אם פקידים, עשויים לפעול לקידום אינטרסים פרטיים על חשבון קידום טובת הציבור.⁴⁶ תיאוריית "השבי הרגולטורי" ("Regulatory Capture"), הנגזרת ממנה, מתייחסת למצבים שבהם קבלת ההחלטות של גורמים רגולטוריים מוטה באופן שיטתי לטובת אינטרסים צרים של גורם מפקח כלפיו הם "שבויים", על חשבון אינטרסים של הציבור הרחב או של שחקנים אחרים באותו ענף.⁴⁷ על פי גישת ה"בחירה הציבורית", קיימים שני גורמים מרכזיים המסבירים את היווצרותה של תופעת "הרגולטור השבוי":⁴⁸

גורם אחד הוא "**בעיית הפעולה המשותפת**" ("Collective Action Problem").⁴⁹ על פי תיאוריה זו, קבוצות קטנות שלהן אינטרס לנפש גבוה ברגולציה מסוימת (higher per capita stakes), ייהנו מיכולת להתגבר בקלות רבה יותר על הקושי להתארגן ולפעול בשיתוף פעולה למען קידומה של אותה רגולציה, מאשר קבוצות גדולות ומפוזרות, שלהן אינטרס לנפש נמוך יותר. כתוצאה מכך, אותן קבוצות אינטרס מיוחדות ("Special Interest Groups") יהיו יעילות יותר ביצירת מנופי השפעה על מקבלי החלטות, באופן המקנה להן כוח פוליטי עודף, שאינו משקף את משקלן היחסי באוכלוסייה, על מנת להטות את כללי המשחק לטובתן על חשבון האינטרס הציבורי.

⁴⁶ שרון ידין "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" **דין ודברים** ח 391, 414–415 (תשע"ה).

⁴⁷ רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תובנות מהספרות על 'שבי רגולטורי' עיוני משפט מד 1 (תש"ף); דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פס' 52–59 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר (נבו 4.7.2021).

⁴⁸ להרחבה ראו: רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 11–19.

⁴⁹ MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965).

גורם אחר המסייע להיווצרות בעיית הרגולטור השבוי הוא "בעיית הבורות הרציונלית" ("Rational Ignorance"). על פי תיאוריה זו, האדם הרציונלי ישקיע משאבים ברכישת ידע בעניין רגולטורי מסוים, רק כאשר פוטנציאל התועלת מכך עולה על עלות רכישת הידע. כאמור, הרגולציה הכלכלית אופפת כמעט כל היבט בחיי הפרט. רגולציה כלכלית היא, ככלל, עניין מורכב ביותר. היא מורכבת ממערך סבוך של הוראות חוק, תקנות, צווים והנחיות ועוסקת בסוגיות מקצועיות מורכבות. על מנת שהפרט יוכל להתמצא ברגולציה כלכלית של תחום מסוים, עליו להשקיע משאבים ניכרים ברכישת ידע מקצועי ומשפטי. מאחר ועל פי רוב, התועלת שהפרט יפיק מרכישת ידע בסוגיה רגולטורית מסויימת תהיה זניחה ביחס לעלויות הכרוכות ברכישתו, הבחירה הרציונלית עבורו היא להישאר בלתי מיועד. מנגד, קבוצות אינטרס מיוחדות יהיו נכונות להשקיע משאבים רבים ברכישת ידע ומומחיות ברגולציה בענף כלכלי מסוים, שעה שהפוטנציאל הכלכלי הגלום בהטיית כללי המשחק הרגולטוריים באותו ענף לטובתם עשוי להיות גבוה בהרבה. כתוצאה מכך נוצרת א-סימטריה מובהקת בשליטה על הידע בין לבין הציבור הרחב והמפוזר.

2. הסיכונים המיוחדים לשבי רגולטורי של הרגולטור הבלתי עצמאי בישראל

כאמור, בשונה מהמקובל במדינות דמוקרטיות רבות בעולם, בישראל סמכויות נרחבות הנוגעות לאסדרתם של תחומים כלכליים מגוונים של השוק הפרטי מסורות בידי רגולטורים בלתי-עצמאיים (משרדי הממשלה והשרים העומדים בראשותם), או בידי רשויות רגולטוריות הכפופות במידה רבה לשר הממונה.

מבנה זה משפיע על הסיכונים המיוחדים להיווצרותה של תופעת השבי רגולטורי של הרגולטור הבלתי-עצמאי. האמת צריכה להיאמר, תופעת השבי הרגולטורי מוכרת היטב גם בהקשרים של רגולטורים עצמאיים.⁵⁰ ואולם, למבנה המוסדי של הרגולטור, ובפרט למידת

⁵⁰ שבי רגולטורי עשוי ללבוש צורות שונות ומגוונות. הוא יכול לבוא בלבוש של יחסים מושחתים ישירים בין מקבל ההחלטות למפוקח, כגון שוחד (יחסי "תן וקח") או איומים שיאפשרו "לקנות" את הרגולציה. אף שהדין הפלילי מספק כלים משפטיים ואכיפתיים להתמודדות עם מקרי שחיתות, לעיתים קרובות קיים קושי לחשוף ולהעמיד לדין, לא כל שכן להרשיע את השחקנים המעורבים. לצד זאת, שבי רגולטורי יכול להתקיים גם בצורות חוקיות ועקיפות יותר. ביטוי מוכר הוא תופעת "הדלת המסתובבת" שבמסגרתה רגולטור יחשב את מסלול הקריירה שלו ויחשוב לעבור לעבוד אצל המפוקח לאחר שפרוש מתפקידו הציבורי. שבי רגולטורי יכול לנבוע גם מפערי מידע, זאת כאשר הרגולטורים יסתמכו על מידע המוחזק בידי הגופים המפוקחים המתוחכמים. שבי רגולטורי גם יכול לבוא בדמות שאיפת הרגולטור לשמור על המוניטין שלו. במסגרת כך, הרגולטור עשוי להעדיף לנקוט בגישה הנמנעת מעימותים עם קבוצות אינטרס ערניות ובעלות כוח השפעה על השיח הציבורי. כך גם קיים סיכון לשבי רגולטורי מתוך הזדהות עם קבוצות אינטרס, בין אם מתוך אידיאולוגיה ובין מתוך השתייכות חברתית. סיכונים אלו לשבי רגולטורי תקפים, במידה כזו או אחרת, הן ביחס לרגולטורים מקצועיים-עצמאיים ובין ביחס לרגולטורים בלתי עצמאיים הכפופים לדרג הפוליטי. להרחבה ראו: רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 30-38.

עצמאותו מהדרג הפוליטי, עשויה להיות השפעה מהותית על אופי הכוחות והלחצים שיפעלו על הרגולטור, על אופי השבי הרגולטורי, ואף על ההשלכות על הדמוקרטיה.

כאמור, תחומים כלכליים רבים של השוק הפרטי בישראל נתונים תחת פיקוחם של גורמים רגולטוריים בלתי-עצמאיים, או של רשויות רגולטוריות הנשלטות במידה רבה על ידי הדרג הפוליטי. מציאות רגולטורית ייחודית זו, מגבירה, באופן טבעי, את התלות של שחקנים מפוקחים פרטיים בגורמים פוליטיים בעלי יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות. בכך, היא מקנה לגורמים פוליטיים בישראל כוח חריג, שאינו מסור על פי רוב לדרג הפוליטי ביתר המדינות הדמוקרטיות בעולם, להשפיע באופן ישיר על אינטרסים כלכליים משמעותיים של שחקנים בשוק הפרטי, מאחר והחלטות רגולטוריות עשויות להשפיע באופן מהותי על "השורה התחתונה" של שחקנים מפוקחים.

כמו כל כוח, גם הכוח העודף המסור בידי גורמים פוליטיים להשפיע על כללי המשחק הרגולטוריים בתחומים כלכליים שונים של השוק הפרטי, מקים חשש כי יעשה בו שימוש לרעה. באופן ספציפי, קיים חשש, כי גורמים פוליטיים ישתמשו בכוחם הרגולטורי כאמצעי לקידום אינטרסים פוליטיים, אישיים או קבוצתיים, על חשבון האינטרס הציבורי הרחב.

מצידו האחר של המטבע, נוכח שאיפתם של פוליטיקאים להיבחר מחדש הם מטבע הדברים רגישים יותר ללחצים פוליטיים ואלקטורליים, באופן המייצר סיכון מוגבר לשבי רגולטורי דרך השפעה על התהליך הפוליטי מצד שחקנים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס מאורגנות. אלו עשויים לפעול להשגת מנופי לחץ פוליטיים ואלקטורליים שיאפשרו להם יכולת השפעה עודפת על גורמים פוליטיים בעלי השפעה על קבלת ההחלטות הרגולטוריות בענפים שבהם הם פועלים, על מנת להשיג רגולציה שתיטיב עם האינטרסים העסקיים שלהם.

בהקשר זה ראוי לציין, כי רמת הריכוזיות הגבוהה במשק הישראלי מגבירה את החשש כי שחקנים מפוקחים וקבוצות עסקיות יוכלו "לשבות" את תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי באמצעות השפעה על התהליך הפוליטי.⁵¹ האמירה המפורסמת המיוחסת ללואיס ברנדייס: "We can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can't have both" כי לריכוז של כוח כלכלי בקומץ ידיים פרטיות יש נטייה להיתרגם לכוח פוליטי, באופן שעלול לעוות את תהליכי קבלת ההחלטות בעניינים כלכליים בחברה דמוקרטית. ככל שכוח כלכלי ריכוזי יותר, כך הוא בעל

⁵¹ שם, בעמ' 50-54.

אמצעים משמעותיים יותר המאפשרים לנקוט בפרקטיקות שיסייעו "לשבות" את מקבלי ההחלטות.⁵²

סיכון מיוחד ליצירת שבי רגולטורי של מקבלי החלטות פוליטיים נשקף מהשליטה של בעלי הון על אמצעי תקשורת חדשותיים, אשר באמצעותם מתאפשר לבעל השליטה מידה רבה של השפעה על סדר היום התקשורתי – מה ייכתב ובאיזה אופן, ולא פחות חשוב מכך, מה לא ייכתב. השליטה על אמצעי התקשורת החדשותיים עשויה להקנות לגורמים מפוקחים מנוף לחץ אפקטיבי במיוחד על פוליטיקאים, עד כדי יצירת תלות בהם, זאת מאחר שסיכוייהם של פוליטיקאים להיבחר מחדש מושפעים במידה רבה מסדר היום התקשורתי ומאופי סיקורם בתקשורת. למעשה, בשים לב למבנה הריכוזי של המשק הישראלי ולתלותם הכלכלית של אמצעי תקשורת במפרסמים, גורם מפוקח בעל עצמה כלכלית עשוי להשיג מנוף לחץ תקשורתי על מקבלי החלטות פוליטיים גם מבלי שיהיו בידיהם החזקות בתחום התקשורת, אך מתוקף מעמדו כמפרסם מרכזי באמצעי התקשורת.⁵³

הסיכון לשבי רגולטורי באמצעות שליטה על אמצעי תקשורת אף זכה להתייחסות מיוחדת בחוק הריכוזיות. כך, לפי החוק, גורם המוגדר כ"בעל השפעה בתחום השידורים או העיתונות הכתובה" ייחשב, באופן אוטומטי, ל"גורם ריכוזי".⁵⁴ עמדה על כך הוועדה לצמצום הריכוזיות בחוות הדעת שניתנה בעניין מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר, שבמסגרתה הוועדה המליצה להתלות את מתן רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר בכפוף להתחייבותה כי תמכור את החזקותיה בקבוצת התקשורת "רשת":

"תחום התקשורת הוא לפיכך "מכפיל כוח" משמעותי ביותר עבור כל גוף המבקש לרכוש השפעה על מקבלי ההחלטות (בין ישירות ובין דרך השפעה על דעת הקהל), ומטבע הדברים מאפשר לקדם אינטרסים שונים בהתאם למגוון הענפים בהם פועל הגוף הריכוזי.

⁵² פרקטיקות מוכרות ליצירת שבי רגולטורי כוללות, בין השאר, הסתייעות בסוללות של לוביסטים ויועצים אסטרטגיים; קניית מחקרים אקדמיים ומימון של מכוני מחקר; "דלתות מסתובבות" של רגולטורים המפקחים על פעילותם; תרומות לאישים פוליטיים ועוד – **"דו"ח הוועדה לבחינת יחסי הון-שלטון בישראל 12 (2012)**.
⁵³ כך למשל, במסגרת התייחסות הוועדה לצמצום הריכוזיות להשתתפותם של גורמים ריכוזיים במכרז להקמת רכבת קלה בירושלים (פרויקט JNET), צוין כי מעמדם של המתמודדים כמפרסמים מהגדולים במשק באמצעי התקשורת עשוי להקים חשש ליכולת השפעה על סדר היום של מקבלי ההחלטות ותוכן החלטותיהם. ראו ס' 54-52 לחוות דעת נוספת של הוועדה לצמצום הריכוזיות בדבר השתתפות גורמים ריכוזיים בהקצאת פרויקט JNET (חוות דעת של אורי שורץ, מ"מ הממונה על הגבלים עסקיים ויו"ר הוועדה לצמצום הריכוזיות 5.6.2018) https://www.gov.il/BlobFolder/unit/centralization_decrease_committee/he/Vaadot_ahchud_CentralizationDecreaseCommittee_opinion2018_JNET.pdf; ראו גם הוועדה לצמצום הריכוזיות **מתודולוגיה לבחינת ריכוזיות כלל-משקית 12-13 (2019)**.

⁵⁴ ס' 4(א)(1)(א)(3) לחוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, תשע"ד-2013; עמ' 1091 לדברי ההסבר לחוק הריכוזיות https://fs.knesset.gov.il/18/law/18_ls1_216293.pdf; ס' 28 לחוות דעת הוועדה לצמצום הריכוזיות בעניין מתן ס' רישיונות לייצור חשמל לקבוצת עידן עופר כפוף להתחייבותה שלא לפעול בתחום התקשורת בישראל (2.1.2019) (להלן – "חו"ד קבוצת עידן עופר"): https://www.gov.il/BlobFolder/unit/centralization_decrease_committee/he/Vaadot_ahchud_CentralizationDecreaseCommittee_Opinion2019_Electric_IdanOfer.pdf

אם כן, ככל שגורם ריכוזי בעל פעילות ענפה וחשובה יותר בתחומים רבים, לרבות בתשתיות חיוניות, כך ההשפעה הפוטנציאלית שעשויה להקנות לו החזקה בכלי תקשורת ביצירת כוח מיקוח מול קובעי המדיניות מתעצמת.⁵⁵

דרך נוספת שגורמים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס עשויים להשיג השפעה עודפת על קבלת ההחלטות הרגולטוריות היא באמצעות רתימת כוחם הכלכלי כדי להשפיע על אינטרסים עסקיים של קבוצות המקורבות לפוליטיקאי.⁵⁶ בנוסף, גורמים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס אף עשויים לייצר מנופי לחץ על מקבלי החלטות פוליטיים באמצעות רתימת היכולת הארגונית של ועדי עובדים לפקוד את ציבור העובדים למפלגה על מנת לייצר כוח פוליטי שירתיע את השר הממונה.⁵⁷

ה.3 שבי רגולטורי של רגולטור בלתי עצמאי – השפעות רחב על הדמוקרטיה

כאמור, גורמים מפוקחים חזקים וקבוצות אינטרס מאורגנות ישאפו לייצר מנופי לחץ פוליטיים ואלקטורליים על מנת שאלו יסייעו להם לשבות את הרגולטורים הלא עצמאיים. מנופי לחץ אלו יכולים להיות מושגים, בין השאר, באמצעות שליטה על אמצעי תקשורת חדשותיים, השפעה על אינטרסים עסקיים של קבוצות המקורבות לגורם הפוליטי או יצירת כוח אלקטורלי באמצעות ועדי עובדים במפלגה של הגורם הפוליטי. במסגרת כך עשויה להיווצר דינמיקה של התלכדות אינטרסים בין הגורם המפוקח לבין הגורם הפוליטי, המבוססת על הבנה משותפת, כי כל צד מחזיק באינטרס משמעותי שהצד השני בעל יכולת לקדמו. כתוצאה מכך, קיים חשש להיווצרות יחסי "הון-שלטון".

הפגיעה באינטרס הציבורי הגלומה בדינמיקה זו עשויה להיות כפולה. פעם אחת, בכך שכללי המשחק הרגולטוריים יוטו לטובת האינטרסים העסקיים של הגורמים המפוקחים ה"שובים" על חשבון האינטרס הציבורי הרחב. ופעם שניה, בכך שדינמיקה זו תביא ל"זיהום"

⁵⁵ ס' 28 לחור"ד קבוצת עידן עופר.

⁵⁶ כך למשל, חברות סייגרות יכולות לרתום את מעמדן כמפרסם מרכזי בעיתון חרדי המקורב לשר הבריאות, על מנת להשפיע על התקנות בדבר אופי הפרסום של סייגרות בעיתונים. רוני לינדר "הקשרים בין ליצמן לעיתון החרדי שימשיך להרוויח מפרסומות לסיגריות" **TheMarker** (30.4.2018); <https://www.themarker.com/news/health/2018-04-30/ty-article/0000017f-df11-db22-a17f-ffb102460000>; רוני לינדר "המסמך שחושף: מדוע היה חשוב כל כך לשר ליצמן לשמור על פרסום הסיגריות בעיתונים?" **TheMarker** (5.1.2020); <https://www.themarker.com/news/health/2020-01-05/ty-article/premium/0000017f-e5ec-dea7-adff-f5ffad720000>

⁵⁷ רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 74; גד פרץ "ועד עובדי סלקום שם את יהבו על הפוליטיקאים" **גלובס** (1.12.2019); <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001309126>; **סיון איסקו** "ועדי העובדים בחברות כרטיסי האשראי מתאחדים: חוששים שרפורמת כחלון תגרור פיטורים בענף" **TheMarker** (8.7.2015); <https://www.themarker.com/markets/2015-07-08/ty-article/0000017f-eaea-dc91-a17f-feefc4920000>

התהליך הפוליטי עצמו, על ידי כך שתעניק יתרון פוליטי בלתי הוגן לגורמים פוליטיים הבוחרים לשתף פעולה עם אותם גורמים מפוקחים "שובים".

הדינמיקה האמורה אף עלולה להוביל לתופעה של "תקשורת שבויה", שתחדל מלבצע את תפקידה כ"כלב השמירה" של הדמוקרטיה, המבקר את רשויות השלטון ואת מוקדי הכוח בחברה. תחת זאת קיים חשש כי התקשורת השבויה תפעל לקדם את האינטרסים העסקיים של בעלי ההון השולטים באמצעי התקשורת מזה, ואת האינטרסים האלקטוראליים של פוליטיקאים, מזה. כתוצאה מכך, אזרחים עלולים להישאר בעלטה בעניינים פוליטיים וחברתיים שלהם השפעה מהותית על חייהם, באופן שעלול לפגוע ביכולתם להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטיות. כפועל יוצא מכך נשקפת סכנה ליסודותיו ולאופיו של המשטר הדמוקרטי עצמו, מאחר וריבונות הציבור, כלומר ההגשמה הקולקטיבית של רצונות כלל האזרחים, עלולה להיות מוחלפת בריבונותם של קומץ בעלי הון ופוליטיקאים.

בישראל מתקיים, אפוא, שילוב נסיבות ייחודי שמהווה כר פורה במיוחד להיווצרותם של יחסי הון-שלטון – ה"חיכוך" המוגבר בין גורמים פוליטיים בעלי יכולת השפעה על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות ובין שחקנים מפוקחים בשוק הפרטי על רקע הכפפה של הרגולטור ישירות לדרג הפוליטי בתחומים כלכליים נרחבים; הריכוזיות הגבוהה המאפיינת את המשק הישראלי; חסרונם של מנגנוני פיקוח ובקרה אפקטיביים על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות; הריכוזיות החריגה של שוק התקשורת בישראל; וסדר יום ציבורי המושפע מהמציאות הביטחונית ומקווי השבר החברתיים העמוקים שמאפיינים את החברה בישראל.

ה.4. חסרונם של מנגנוני פיקוח אפקטיביים על רגולציה

החשש מפני ריכוז סמכויות הפיקוח והאסדרה של תחומים כלכליים נרחבים במשק הישראלי בידי גורמים פוליטיים, מתעצם לנוכח חסרונם של מנגנוני פיקוח ובקרה אפקטיביים על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות (להוציא מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה עליו נעמוד בסוף רשימה זו).⁵⁸

רגולציה כלכלית, מעצם טיבה היא עניין לא פשוט לפיקוח מצד גורמים חיצוניים. הרגולציה הכלכלית חובקת כל ונוגעת כמעט בכל היבט במרקם החיים של הפרט. היא מורכבת ממערך

⁵⁸ חשוב לציין כי בינואר 2023 הוקמה רשות האסדרה בישראל. מדובר ברשות ממשלתית שהוקמה בהתאם לחוק עקרונות האסדרה, התשפ"ב-2021, ותפקידה, בין היתר, לטייב את תהליכי האסדרה בישראל, להשפיע על התווית האסדרה בהתאם לקריטריונים מובנים, ולפקח על האסדרה בתחומי הפעילות השונים של המשרדים הממשלתיים. עם זאת, חשוב להדגיש כי מדובר ברשות הכפופה למשרד ראש הממשלה, מרבית חבריה ממונים על ידי ראש הממשלה ושרי הממשלה, והפיקוח שנעשה על ידה הוא פיקוח חיצוני.

סבוך של הוראות חוק, תקנות, צווים והנחיות, המתעדכן תדיר בהתאם למציאות המשתנה. פיקוח על רגולציה כלכלית מחייב מומחיות והבנה מעמיקה הן של המטרייה המקצועית שבה עוסקת הרגולציה והן של מערך הדינים הייחודי הנוגע לה. התהליך הרגולטורי מתקיים על פי רוב בתוככי המשרד הממשלתי, הרחק מעין הציבור, ונגישותם של גורמים חיצוניים למידע אודותיו מוגבלת ביותר. יתרה מכך, על פי רוב, הפיקוח החיצוני על רגולציה יתבצע רק לאחר שהחלטה הרגולטורית כבר התקבלה או בשלב מתקדם של גיבוש המדיניות הרגולטורית.

להלן נעמוד על חולשתם של מוסדות דמוקרטיים שונים במלאכת הפיקוח על תקינותו של ההליך הרגולטורי:

היעדר פיקוח פרלמנטרי אפקטיבי – כפי שצינו לעיל, הפיקוח הפרלמנטרי על פעילות הממשלה בכלל, ובפרט על תהליכי קבלת ההחלטות הרגולטוריים, לוקה בחסר. סל הכלים העומד לרשות ועדות הכנסת בהפעלת פיקוח פרלמנטרי על תהליכי רגולציה מלכתחילה מוגבל ביחס לכלים המוקנים לפרלמנטים שונים בעולם. לצד זאת, כאמור, לקואליציה רוב מובנה בוועדות הכנסת, באופן שמאפשר לממשלה להכווין במידה רבה את סדר יומן של הוועדות.

עיוותי תמריצים המונעים מהעיתונות להוות גורם מרסן אפקטיבי – בחברה דמוקרטית, העיתונות אמורה לשמש גורם מרכזי המאפשר לאזרחים להיות מיועדים באשר לפועלן של רשויות השלטון. אחד מתפקידיה המרכזיים של העיתונות הוא לבקר ולבדוק באופן מתמיד את פעולות השלטון, ובתוך כך לחשוף ניצול לרעה של כוח שלטוני. בחשיפת המידע ובהבאתו לידיעת הציבור, העיתונות מאפשרת לאזרחים להתגבר על "בעיית הבורות הרציונלית", ובכך מסייעת להגביר את עקרון האחריות של רשויות השלטון כלפי האזרחים.⁵⁹

ברם, מרבית אמצעי התקשורת במאה ה-21 נשענים על מודל עסקי המבוסס על מקסום צפייה (רייטינג) ותנועת גולשים או צופים (טרפיק), שיוצר עבורם מערך תמריצים שלילי לייצר עיתונות הממלאת את ייעודה בחברה דמוקרטית. יתרה מכך, מבנה השליטה בשוק התקשורת בישראל, המתאפיין בריכוזיות גבוהה במיוחד ורוויי בבעלויות צולבות, מייצר ניגודי עניינים מובנים לאמצעי התקשורת אל מול תפקידם לבקר את מוקדי הכוח בחברה. כך, לבעלי השליטה באמצעי התקשורת עשוי להיות תמריץ להסיט את סדר היום הציבורי מעיסוק בענייני רגולציה כלכלית שבהם יש להם אינטרסים, על מנת להותיר את הציבור בלתי-מיועד באותם

⁵⁹ רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 43, 54-55.

עניינים. במקרים חמורים יותר, אף עשוי להיעשות באמצעי התקשורת שימוש לרעה, כאמצעי שנועד לשבות פוליטיקאים בעלי יכולת השפעה על אינטרסים עסקיים של בעלי השליטה באמצעי התקשורת.

לנוכח האמור, מובן אפוא, כי היכולת של העיתונות לשמש כגורם מרסן אפקטיבי מפני תופעות של שבי רגולטורי מוטל בספק.

כוחה המרסן של המוגבל של הביקורת השיפוטית – כוחה של הביקורת השיפוטית המוחלת על ידי בתי המשפט בהקשרים רגולטוריים אף הוא מוגבל, בשים לב למגבלות המוסדיות המובנות המאפיינות אותה.

הביקורת השיפוטית היא תגובתית מטיבה. תנאי יסודי לקיומה של ביקורת שיפוטית על פעולה רגולטורית מסוימת הוא שתוגש עתירה מתאימה. תכונה זו של הביקורת השיפוטית מותירה אותנו למעשה בנקודת ההתחלה – כאמור, הציבור הרחב והמפוזר שרוי בדרך כלל בעלת ה"בורות רציונלית". מכאן, קיים חשש שמלכתחילה הפרטים לא יהיו מודעים לקיומה של פעולה רגולטורית מסוימת המקפחת את האינטרסים שלהם, ולא יפנו לערכאות השיפוטיות לקבלת סעד מתאים.⁶⁰ ממילא, אף אם מתגברים על בעיית הבורות הרציונלית, התמריץ הכלכלי של הפרט להשקיע משאבים לצורך הגשת עתירה עשוי להיות נמוך ביחס לתועלת הפוטנציאלית הגלומה בה. הפרט עלול גם להיתקל בחסמים כגון פערי מידע ומחסור באמצעים כלכליים הדרושים כדי לבסס את עתירתו.⁶¹ כתוצאה מכך, המקרים המובאים בפני בית המשפט הם בבחינת קצה הקרחון, כאשר מרבית המקרים שבהם האינטרס הציבורי נפגע כתוצאה מקבלת החלטות המנוגדות לדין ולכללי מינהל תקין יהיו סמויים מעין הציבור. על פי רוב יהיו אלו השחקנים הפועלים בתעשייה המפוקחת שיהיו בעלי הידע, התמריצים והמשאבים הכלכליים הדרושים כדי לפנות בעתירות לבית המשפט.⁶²

האפקטיביות הנמוכה של הביקורת השיפוטית בהקשרים רגולטוריים נובעת גם מכך שהיא מגיעה על פי רוב לאחר שהחלטה השלטונית כבר מתקבלת (ex post). בחלוף הזמן ממועד הגשת העתירה ועד שלמועד שבו בית המשפט יעניק את הסעד המיוחל, המציאות הכלכלית בענף עשויה להתעצב ולהתקבע, באופן שיקשה על השבת הגלגל לאחור.

⁶⁰ שם, בעמ' 45–47.

⁶¹ דפנה ברק-אריז אזורח-נתין-צרכן, משפט ושלטון בחברה משתנה 45 (2012).

⁶² שם, בעמ' 29.

לבסוף, בתי משפט נוהגים להחיל ריסון שיפוטי בכל הנוגע לסוגיות הנוגעות לרגולציה כלכלית, הנתפסות כעניין מקצועי המותיר מרחב פעולה רחב לרגולטור.⁶³ על פי רוב הביקורת השיפוטית בהקשרים אלו תתמקד בתקינות המנהלית של תהליך קבלת ההחלטות. הביקורת השיפוטית תהיה עוד פחות אפקטיבית במקרים שבהם קיים צורך לתמרץ הפעלה של כוח שלטוני, מקום בו הפגם נעוץ דווקא במחדלה של הרשות לבצע הסדרה (להבדיל מביקורת שיפוטית על רקע צורך בריסון השימוש בכוח השלטוני), זאת בשל נטיית בית המשפט להימנע, דרך כלל, מלחייב את המדינה באופן אקטיבי לבצע רגולציה.⁶⁴

מהאמור לעיל עולה כי גורמי הפיקוח החיצוניים נעדרים את המשאבים, את המומחיות המקצועית, את הגישה למידע, את הכלים המשפטיים, וחלקם אף את המוטיבציה, כדי לקיים פיקוח אפקטיבי, מקיף ושוטף על הפעילות הרגולטורית היומיומית של הממשלה.

על רקע זה, מתחדדת ביתר שאת החשיבות של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, ובפרט של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, כשומרי סף פנימיים המפקחים על התהליך הרגולטורי.⁶⁵ למעשה, במקרים רבים היועץ המשפטי למשרד הממשלתי יהיה שומר הסף היחיד שיש בכוחו לשמור על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי.

ה. חשיבותו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בהגנה על האינטרס הציבורי במסגרת התהליך הרגולטורי

תפקידו הקריטי של מערך הייעוץ המשפטי בפיקוח על העשייה הרגולטורית של הממשלה נובע כבר מעצם העובדה שהוא שלוב באופן אינטגרלי בתהליך עיצוב המדיניות הרגולטורית החל משלביו הראשונים.⁶⁶ מתוקף מעמדו כ"פרשן המוסמך של הדין", מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מסייע לגורמים המקצועיים במשרדים הממשלתיים ולמקבלי ההחלטות לתרגם את

⁶³ שם, בעמ' 45.

⁶⁴ נטע זיו "ביקורת שיפוטית פוגשת רגולציה: מיפוי מושגי ראשוני" ספר רובינשטיין 1125, 1145 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021).

⁶⁵ חשוב להדגיש כי בנייר עמדה זה אנו מבקשים להציג ניתוח מוסדי-תיאורטי של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה ולא לבחון את טיב התפקוד של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה בפועל. מטבע הדברים טיב התיפקוד ורמת המקצועיות של היועצים המשפטיים משתנה בין יועץ ליועץ. לצד זאת יש לתת את הדעת גם לחולשת המעטפת שאמורה לתת גיבוי ליועץ המשפטי למשרד הממשלתי, בין בשל הלחצים הגוברים בתוך המשרד הממשלתי על היועץ המשפטי, ובין בשל תהליך המינוי שלו, שלא תמיד מביא לבחירה של היועץ המשפטי המקצועי ביותר. ואולם, כפי שנראה להלן, מהלכי החקיקה בהם אנו דנים בנייר זה אינם נוגעים כלל ועיקר לטיוב מערך הייעוץ המשפטי לממשלה וחיזוקו אלא שואפים למחוק חלק מרכזי מתפקידיו, להחליש את מעמדו ולבטל את עצמאותו.

⁶⁶ גם ועדת אברמוביץ עמדה על כך ש"השירות המשפטי הציבורי נדרש עתה, יותר מבעבר, לסייע באופן רציף לפעולות השלטון כרגולטור." (ס' 6 לדו"ח ועדת אברמוביץ).

המדיניות הרגולטורית לכללים משפטיים מחייבים, בדמות חוקים, תקנות, צווים, הנחיות, רישיונות, חוזים רגולטוריים וכיוצא בזאת.

במסגרת כך היועצים המשפטיים מפקחים ב"זמן אמת" שהמדיניות הרגולטורית עולה בקנה אחד עם הדין. ככל שקיימת חריגה מממנו, באפשרותם להתריע על כך מבעוד מועד, ולהשפיע על התאמת המדיניות באופן שיאפשר את ביצועה בהתאם לדרישות הדין. בנוסף, היועצים המשפטיים נהנים מהיכרות בלתי אמצעית עם פרטי הפעילות הרגולטורית ועם תהליך קבלת ההחלטות. יש להם נגישות גבוהה למידע, פורמלי ובלתי פורמלי, על אודות תהליך קבלת החלטות הרגולטורי והשיקולים העומדים בבסיס קבלת ההחלטות. היועצים המשפטיים נהנים גם מיתרון מובהק של מומחיות ומקצועיות בתחום הפעילות הספציפי של המשרד הממשלתי, שכן במסגרת השתלבותם בתהליך עיצוב המדיניות הרגולטורית של המשרד הממשלתי הם רוכשים מומחיות במטרייה המקצועית שבה עוסקת הרגולציה הכלכלית, כמו גם במערכת הדינים הרלוונטית.

אחת הדרכים המרכזיות שבהן היועצים המשפטיים מגינים על האינטרס הציבורי במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי של הממשלה, היא באמצעות פיקוח על כך שהתהליך הרגולטורי מתקיים בהתאם לכללי המינהל התקין. בתוך כך, היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים אמונים על עריכת הסדרים למניעת **ניגודי עניינים** לעובדי הציבור במשרד הממשלתי, שבמסגרתם הם מוודאים כי תפקידם של עובדי המשרד העוסקים בגיבוש מדיניות רגולטורית לא מתנגש עם ענייניהם האחרים;⁶⁷ במסגרת מלאכת עיצוב המדיניות הרגולטורית על היועצים המשפטיים לוודא, כי המדיניות הרגולטורית מגובשת על בסיס **אמות מידה שוויוניות וענייניות**, וכי היא אינה מפלה בין מפקחים; כך גם על היועצים המשפטיים לוודא, כי **שיקולים זרים** לא מסתננים אל תוך תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי, באופן שעשוי להעניק העדפה לא עניינית לקבוצות אינטרס מסוימות. בהקשר זה יצוין, כי עתירות מינהליות המבקשות לתקוף החלטה רגולטורית בטענה שהיא התקבלה על יסוד שיקולים זרים נתקלות בקשיים ראייתיים, הנובעים מנגישות נמוכה למידע אודות השיקולים שעמדו ביסוד תהליך קבלת ההחלטות.

ליועצים המשפטיים למשרדי הממשלה יש, אפוא, יתרון מובהק במניעת החלטות רגולטוריות על יסוד שיקולים זרים. יתרון זה הנובע מחשיפתם הבלתי אמצעית לתהליכי קבלת

⁶⁷ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1555 "עריכת הסדרים למניעת ניגוד עניינים בשירות הציבורי" (6.2006); ראו גם בג"ץ **הסדר ניגוד העניינים**, לעיל ה"ש 3.

ההחלטות הרגולטוריים ומנגישותם הגבוהה למידע בדבר השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה הרגולטורית.

לצד זאת, על היועצים המשפטיים לוודא, כי במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות נשקלים **מלוא השיקולים הרלוונטיים**.⁶⁸ בהקשר זה, ביכולתם של היועצים המשפטיים, מתוקף היותם גורם פנים-מוסדי עצמאי ובלתי תלוי מבחינה מקצועית בדרג הפוליטי, לעודד שיג ושיח פנימי בתוך משרדי הממשלה, באופן המאפשר **השמעה של דעות מיעוט** ועמדות של גורמי מקצוע החורגות מהעמדה המקובלת או מהעמדה שאותה מבקש לקדם הדרג הפוליטי. בכך, היועץ המשפטי למשרד הממשלתי עשוי לשמש כ"מגבר" עבור גורמי המקצוע במשרדים הממשלתיים. בנוסף, עמידה על כך שבמסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות יישקלו עמדות נוספות של גורמי מקצוע מחייבת את מקבלי ההחלטות להכריע בסוגיות הניצבות בפניהם באופן מנומק,⁶⁹ בדרך המקשה על יכולתם להטות בשרירותיות את המדיניות הרגולטורית לכיוונם של גורמים מפוקחים.

דרך נוספת שהיועצים המשפטיים עשויים לקדם את האינטרס הציבורי הרחב ולמנוע מקבוצות אינטרס להטות לטובתן את המדיניות הרגולטורית היא באמצעות עמידה על חובות של **שיתוף הציבור** בתהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, ובפרט שיתוף של גורמים המייצגים אינטרסים של קבוצות הסובלות מייצוג חסר ומנחיתות ביכולת להתארגן ולייצר כוח השפעה פוליטי. לשיתוף הציבור, בדרך של התייעצות או של זכות טיעון, יש פוטנציאל להביא בפני מקבלי ההחלטות הרגולטוריות מגוון רחב של שיקולים, באופן שעשוי למתן את השפעתן העודפת של קבוצות אינטרס מאורגנות.⁷⁰ בתוך כך, על היועץ המשפטי לוודא כי במסגרת שיתוף הציבור יינתן ביטוי הולם למגוון האינטרסים. כך למשל, במסגרת מינוי של וועדה ציבורית מייעצת, על היועץ המשפטי לוודא כי הרכבה משקף מגוון דעות של מגזרים שונים, באופן שיאפשר לשקול ולאזן בין כלל השיקולים הכרוכים בקביעת מדיניות בנושא שעל הפרק, וזאת תוך שמירה על ייצוג הולם, ומניעה של ניגודי עניינים ושיקולים זרים.⁷¹

היועצים המשפטיים גם עשויים לקדם שקיפות במסגרת תהליך קבלת ההחלטות הרגולטוריות, באופן שיתרום לשמירה על האינטרס הציבורי. זאת באמצעות עמידה **על חובות**

⁶⁸ זיו, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1129.

⁶⁹ רויטמן, מבט לתוככי הקופסה השחורה, לעיל ה"ש 42, עמ' 494-495.

⁷⁰ לדיון בעקרון שיתוף הציבור במשפט המינהלי בישראל ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 61, בעמ' 52-61 וכן בעמ' 29, 34, 47, 199-201.

⁷¹ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1502 "מינוי והרכב ועדות ציבוריות מייעצות ודרכי פעולתן, מספר הנחיה" (13.1.2003).

שקיפות שנקבעו בדין כגון מתן פומבי להסדרים למניעת ניגודי עניינים בשירות הציבורי,⁷² גילוי מידע שבידי הרשות ל"צד הנוגע בדבר", חובת רישום פרוטוקולים באופן שישקף את מהלך הדיון ואת עיקרי השיקולים שנבחנו,⁷³ וחובות החלות מכוח חוק חופש המידע.⁷⁴ עצם זרימת המידע לציבור אמנם לא משפיעה במישרין על תהליך קבלת ההחלטות הרגולטורי, אך לביקורת הציבורית שעשויה לבוא בעקבותיה עשויה להיות השפעה מהותית ביותר על מקבלי ההחלטות.

לצד תפקידו של היועץ המשפטי לרסן כוח שלטוני שנעשה בו שימוש לרעה, במקרים שונים היועץ המשפטי עשוי לתמרץ את משרדי הממשלה לבצע הסדרה רגולטורית בענף מסוים, מקום שבו המשרדים הממשלתיים נמנעים מלפעול באופן המנציח קיומו של כשל שוק הפוגע באינטרס הציבורי.⁷⁵ יש להניח, כי היועץ המשפטי ימצא להתריע בפני המשרד הממשלתי כי הדין מחייבו לפעול לביצוע הסדרה בנסיבות שבהן הימנעות מהפעלת הסמכות השלטונית עולה כדי התנהלות בלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין או כאשר ההימנעות נובעת משיקולים זרים או מאי-מתן משקל מספק לשיקולים רלוונטיים.⁷⁶

ו. הנחות היסוד השגויות של יוזמי מהלכי החקיקה

יוזמי החקיקה מבקשים לייצר נרטיב ציבורי לפיו המצב הנוהג כיום בישראל – שבמסגרתו היועצים המשפטיים בעלי מעמד עצמאי ובלתי-תלויים מבחינה מקצועית בדרג הפוליטי בעוד שחוות דעתם המשפטית מחייבת את הדרג הפוליטי – הוא מצב החותר תחת עקרונות יסוד במשטר דמוקרטי. במסגרת כך, הם מבקשים לשכנע את הציבור, כי קיים צורך בקידום מהלכי חקיקה להחלשת מעמדם של היועצים המשפטיים, על יסוד מספר טעמים מרכזיים:

טענה בדבר פגיעה ב"רצון הציבור"

לשיטת יוזמי החקיקה המצב הקיים מגלם פגיעה בהליך הדמוקרטי, שכן לשיטתם, רצון הציבור לממש את מטרותיו באמצעות נבחר הציבור, מסוכל על ידי משפטנים שהציבור לא בחר.⁷⁷ על פי תפיסה זו שרי הממשלה, ולא היועצים המשפטיים, הם שמייצגים את האינטרס

⁷² הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 3.1005 "מתן פומבי להסדרים למניעת ניגודי עניינים" (15.6.2005).

⁷³ ברק-ארי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 59–61.

⁷⁴ חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

⁷⁵ רויטמן, המדינה הרגולטורית, לעיל ה"ש 22, בעמ' 234–235; רויטמן, מבט לתוככי הקופסה השחורה, לעיל ה"ש 42, בעמ' 493; זיו, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1145–1146.

⁷⁶ שם; בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה**, פס' 38–39 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 22.6.2014).

⁷⁷ ראו מצע לדיון בדבר הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), התשפ"ג-2023 שפורסמה ביום 11.1.2023 על ידי ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, חה"כ שמחה רוטמן (להלן: המצע לדיון בהצעת חוק יסוד: הממשלה); ראו בנוסף אביעד בקשי **היועץ המשפטי והממשלה: ניתוח והמלצות** (נייר מדיניות מס' 10, פורום קהלת, 2017) [.pdf \(kohelet.org.il/סופי/2017-2017\)](https://www.kohelet.org.il/סופי/2017-2017)

הציבורי מתוקף היותם נבחרי ציבור. לפיכך, לשיטתם, הדרך הנכונה ביותר לשרת את הציבור היא על-ידי כך שהיועץ המשפטי יוכפף לנבחרי הציבור ויסייע להם, השרים, להגשים את רצון הציבור.

גישה זו מקפלת בתוכה שתי הנחות מובלעות משוללות יסוד:

הנחת יסוד אחת, היא כי החלטותיהם השלטוניות של שרי הממשלה בהכרח מגלמות את רצון הציבור ואת האינטרס הציבורי הרחב.

זיהוי החלטותיהם של שרי הממשלה עם "רצון הציבור", מגלם הנחה כוזבת לפיה רצון הרוב הפוליטי המזדמן (ולעיתים אף רצונו של ציבור ספציפי שעמו השר מזוהה) שקול לרצון העם. הנחה זו של יוזמי מהלכי החקיקה מבטאת תפיסה מסוכנת, לפיה הרצונות והאינטרסים של אזרחים מקרב קבוצות המיעוט הפוליטי אינם ראויים להיספר. על פי תפיסה זו, קבוצת הרוב רשאית לקדם ללא הגבלה אינטרסים צרים של חבריה על חשבון קבוצות אחרות, אך ורק מתוקף היותה רוב. מדובר בהשקפה המנוגדת באופן עמוק לתפיסה המקובלת ברוב רובן של הדמוקרטיות בעולם המכירות בנחיצות הגבלת כוחו של הרוב.

יתרה מכך, ההנחה, כי נבחרי ציבור בהכרח יפעלו בהתאם לאינטרס הציבורי, מוטלת בספק גם מן הטעם שהם עלולים לנצל את כוחם השלטוני לרעה על מנת לקדם אינטרסים פרטיים. כפי שפרטנו לעיל, נוכח שאיפתם של נבחרי ציבור להיבחר מחדש, הם עשויים להימצא תחת לחצים פוליטיים ואלקטורליים מצד קבוצות אינטרס מאורגנות, אשר עלולים להביא את נבחרי הציבור להטות את תהליך קבלת החלטות לטובת האינטרסים שלהן. בדיוק מטעם זה שיטות דמוקרטיות מעצבות מנגנונים שייעודן להגביל את יכולתם של נבחרי ציבור לקדם החלטות שלטוניות שנועדו לקדם את האינטרסים הפרטיים שלהם על חשבון האינטרס הציבורי.

הנחת היסוד השנייה, היא כי היועץ המשפטי הוא גורם "לעומתי" המבקש להחליף את שיקול דעתו של השר בשיקול דעתו שלו, ומתיימר לקבוע במקום השר מהי המדיניות שתשקף את "רצון הציבור". הנחה שגויה זו חוטאת לתפקידו האמיתי של היועץ המשפטי ומתעלמת מהמגבלות המוסדיות של גוף זה.

תפקידו של היועץ המשפטי לסייע לשר להגשים את המדיניות אותה השר חפץ ליישם, כל עוד ההחלטה או המדיניות נמצאת במתחם האפשרויות החוקיות. אכן, יתכנו מקרים שבהם היועץ המשפטי יתריע כי על פי פרשנותו המשפטית, החלטת השר אינה עולה בקנה אחד עם הדין. חוות דעת שכזו אינה שקולה לקביעה יזומה ופוזיטיבית של מדיניות. אין לכחד, לא אחת מתעוררים מקרי גבול שבהם הדין אינו ברור דיו. לעיתים יועץ משפטי ימצא כי החלטת השר

אינה עולה בקנה אחד עם הדין על יסוד עילות בעלות אופי עמום יחסית (כדוגמת סבירות, מידתיות וכו'). הקושי המתעורר במקרים אלו עשוי, לכאורה, להחליש את ההצדקה ליתן מעמד מחייב לחוות הדעת המשפטית של היועץ. ואולם, הצורך להכריע במקרים מורכבים, שבהם הדין אינו בהיר די צרכו, הוא בלתי נמנע במציאות משפטית דינאמית ומשתנה. מציאות זו מחייבת הסמכה של גוף מקצועי לקבוע מהו הדין ולהכריע בשאלות הנוגעות לפרשנות הדין. הבחירה מיהו הגורם הראוי להכריע במקרים אלו מהו הדין היא בסופו של יום בחירה מוסדית בין אלטרנטיבות. לעמדתנו, הקריאה להפקיד בידיהם של פוליטיקאים את הסמכות לפרש ולקבוע עבור עצמם מהו הדין החל, כמוצע בחוק הסמכויות, היא הבחירה הגרועה ביותר, שהרי מאליו מובן כי נוכח ניגוד העניינים שבו יהיו מצויים מקבלי ההחלטות, הם יכשירו מראש כל פעולה שירצו לבצע. בנוסף, מצב שבו כל רשות מנהלית תוכל לפרש עבור עצמה את הדין, או בהתבסס על חוות דעת של יועץ משפטי פרטי ששירותיו נשכרו לטובת העניין, כמוצע בחוק הסמכויות, יוביל לחוסר אחידות הדין, לשרירות ואף להשחתה של הפעילות השלטונית. שיקולים של אחידות הדין, ודאות ויציבות, מינהל תקין, שוויון בפני החוק ושמירה על הסדר הציבורי מחייבים להפקיד בידי גוף מקצועי, עצמאי וניטרלי את הסמכות לפרש את הדין.⁷⁸ לגישתנו, היועץ המשפטי העצמאי הוא הגוף המקצועי בעל ההכשרה המקצועית המתאימה ביותר לעניין זה. מן הראוי להזכיר, בהקשר זה את המלצות ועדת אברמוביץ' (2009), שעסקה בהגדרת תפקידים ומעמדם של היועצים המשפטיים בשירות הציבורי, והתמקדה באופן ספציפי במיסוד ובשיפור ממשקי העבודה שבין היועצים המשפטיים לדרג הניהולי במשרדי הממשלה. בדוח אברמוביץ' צוין כי במקרים שבהם מתעוררת מחלוקת בין היועץ להנהלת המשרד, על היועץ המשפטי חלה חובה אתית לפנות למנכ"ל המשרד ולשר וליידעם בדבר האפשרות העומדת לרשותם לפנות ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיכריע במחלוקת. אנו סבורים כי מנגנון "ערעורי" מעין זה, תורם לביזור הכוח של היועץ במשרד הממשלתי ובכך מפחית את החשש כי הוא יבסס את חוות דעתו על "תפיסות עולם ערכיות וסובייקטיביות".⁷⁹

טענה בדבר פגיעה בעקרון המשילות

לטענת יוזמי מהלכי החקיקה קיים צורך בהחלשת מעמדם של היועצים המשפטיים, מאחר והיועצים המשפטיים פוגעים באופן חמור בעקרון המשילות, בשים לב לכך שהם מעכבים ובולמים תהליכים, ובכך מונעים משרי הממשלה ליישם באופן אפקטיבי את המדיניות שבשמה הם נבחרו.⁸⁰

⁷⁸ יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד – סדרי הביקורת המשפטית, 2410 (2017).
⁷⁹ ראו למשל את המצע לדיון בהצעת חוק הסמכויות, עמ' 4.
⁸⁰ לעיל ה"ש 77.

גם כאן מדובר בעמדה המבוססת על אקסיומה משוללת יסוד, לפיה מימוש המדיניות שאותה השר מבקש לקדם הינה ערך בעל מעמד עליון, אשר אינו נדחה אף מפני החוק עצמו.

אכן, משילות היא ערך חשוב במשטר דמוקרטי אך היא אינה ערך עליון שיש בכוחו לדחות את עקרון שלטון החוק. הלכה למעשה, מהלכי החקיקה מתעלמים מהצורך בקיומם של "שומרי סף" עצמאיים שיגנו על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי הרחב.

על מנת שהמשרד הממשלתי יוכל להוציא לפועל את מדיניות נבחרת הציבור, דרגי הביצוע במשרדים הממשלתיים תלויים בגופי מטה המשמשים כשומרי סף על פעולות משרדי הממשלה, ומפעילים מגנוני בקרה ופיקוח שמטרתם לשמור על אינטרסים ציבוריים מובחנים, ולוודא כי פעולות משרדי הממשלה יעשו בהתאם לדין ולכללי מינהל תקין. בין גופים אלו נמנים, אגף הממונה על התקציבים, החשב הכללי במשרד האוצר, נציבות שירות המדינה ומערך הייעוץ המשפטי במשרד המשפטים ונציגיו במשרדי הממשלה. הדבר יוצר, מטבע הדברים, קונפליקטים וחיכוכים מובנים בין נבחרת הציבור המבקשים לקדם את מדיניותם במהירות וללא מגבלות, לבין גורמי המטה, ובראשם היועצים המשפטיים, המציפים בפני נבחרת הציבור ודרגי הביצוע את מגבלות הדין ומגבלות נוספות המעוגנות בהסדרים ציבוריים שונים. התנגשות זו בין נבחרת הציבור ובין גופי המטה יוצרת מתח מובנה בין הצורך בשמירה על כללי מינהל תקין, לבין תופעות לוואי הנובעות ממלאכת הבקרה והפיקוח של שומרי הסף, כגון עומס, האטה וסרבול פעולות הממשלה, הפוגעות ביכולות הביצוע של משרדי הממשלה ומגבילות את יכולתם לממש את מדיניותם של נבחרת הציבור.

מתח זה היה נושא לשורה של מספר וועדות ציבוריות שעסקו בדרכים לשיפור ביצועי הממשלה: ועדת קוברסקי (1989); ועדת אברמוביץ (2009) שכאמור עסקה באופן ספציפי בהגדרת תפקידים ומעמדם של היועצים המשפטיים בשירות הציבורי; ועדת טרכטנברג (2011); ו"הצוות לשיפור עבודת המטה ויכולות הביצוע של משרדי הממשלה" בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה דאז, הראל לוקר, שפרסם את המלצותיו ב-2013 ("ועדת המשילות").⁸¹ ועדות אלו הציעו מכלול רחב של פתרונות לשיפור וייעול היכולות הביצועיות של הממשלה ולחיזוק

⁸¹ דו"ח מעודכן שפרסם המרכז להעצמת האזרח בשנת 2023, שבחן את סטטוס יישום מסקנות וועדת המשילות שאומצו במסגרת החלטה מס' 482 של הממשלה ה-33 "אימוץ המלצות הצוות לשיפור עבודת המטה ויכולות הביצוע של משרדי הממשלה בנושאי תקציב והתקשרויות המשרד הממשלתי (רכש ומכרזים) ("ועדת המשילות") (30.6.2013) (שבעיקרן נגעו לסוגיית התקציב, הרכש וההתקשרויות, תוך דגש על הגברת החופש הניהולי של משרדי הממשלה בקביעה ויישום מדיניות וביצוע תקציבים), מעלה כי בחלוף שמונה שנים מהחלטת הממשלה רק כ-50% מהסעיפים האופרטיביים שאומצו במסגרתה אכן יושמו באופן מלא או חלקי. **דוח מעקב ועדת המשילות** 6-3 (המרכז להעצמת האזרח, 2023) <https://www.ceci.org.il/sites/citizens/UserContent/files/monitor/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%9E%D7%A9%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%AA%202023.pdf>

משילותה, שעיקרם נוגעים לביזור סמכויות והטלת אחריות על גורמי הביצוע (בעיקר בהקשרים תקציביים); הבנייה והסדרה של תהליכי העבודה בין גורמי הביצוע לגופי המטה; חיזוק מקצועיות המשרדים הממשלתיים באמצעות מערכי הכשרה ויצירת כלי עבודה; ביסוס האמון ויצירת דיאלוג קבוע בין גורמי הביצוע לגופי המטה; שחרור נהלים ובירוקרטיה מיושנת ועוד.⁸²

אף אחד מהפתרונות לשיפור יכולת הביצוע והמשילות של הממשלה שהוצעו על ידי הוועדות הציבוריות לאורך השנים לא כלל המלצה לביטול מעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים במשרדים והפיכתם למשרות אמון של השר הממונה, כאמור בהצעת חוק המינויים, או המלצה לביטול מעמדם המחייב של חוות הדעת מטעמם כאמור בהצעת חוק הסמכויות. להפך. וועדת אברמוביץ, וכן ועדות ציבוריות נוספות שדנו במעמדו ובתפקידיו של היועץ המשפטי בשירות הציבורי, גרסו כולן, כי עקרון העצמאות של היועץ המשפטי הוא עקרון קריטי לתיפקודו כשומר סף וכי אין לכרסם בו.

מהלכי החקיקה אינם מבקשים לספק מענה לתופעות הלוואי הנובעות ממלאכת הפיקוח והבקרה של היועצים המשפטיים כשומרי סף על פעולות משרדי הממשלה, שאליהן נדרשו הוועדות הציבוריות. תחת זאת, יוזמי החקיקה מבקשים להציג תזת "משילות" חלופית, צרה ופשטנית, לפיה עצמאותם המקצועית של היועצים המשפטיים לפרש את הדין ומעמדה המחייב של חוות דעתם הם שפוגעים ביכולת המשילות של נבחרי הציבור. כאמור, לשיטת יוזמי החקיקה, נבחרי הציבור הם אלו שאמורים לפרש עבור עצמם את הדין, בעוד שהיועצים המשפטיים צריכים להיות אנשי אמונם, המגבים את עמדתם המשפטית. "משילות" זו, היא למעשה משילות ללא רסן. משילות שבה שלטון החוק וכללי המינהל התקין נדחים מפני שאיפתו של השר לקדם את מדיניותו. המשמעות המעשית של תפיסת משילות זו היא הקניית כוח בלתי מוגבל בידי שרי הממשלה לקבל החלטות שלטוניות, העומדת בניגוד מוחלט לעקרון האיזונים והבלמים שביסוד שיטת המשטר הדמוקרטית.

טענה בדבר פגיעה בעקרון האחריות

יוזמי מהלכי החקיקה גורסים, בנוסף, כי מעמדם המחייב של חוות הדעת המשפטיות של היועצים המשפטיים פוגע בעקרון האחריות (accountability). זאת, מאחר ומצב זה מאפשר לממשלה להסיר מעצמה אחריות לכישלונותיה, ולגלגל את האחריות לכתפי היועצים המשפטיים, בטענה כי הם מנעו ממנה את היכולת לבצע את הפעולות הנדרשות ליישום

⁸² שם, בעמ' 8. דוח הצוות לשיפור עבודת המטה ויכולות הביצוע של משרדי הממשלה – ועדת המשילות 6–5 (2013).

מדיניותם, בעוד שהיועצים המשפטיים אינם נושאים באחריות לאי עמידתו של המשרד הממשלתי ביעדים שהציב השר.

לראייתנו מדובר בעמדה שגויה במיוחד. כפי שהצגנו לעיל, חלק ניכר מההחלטות של משרדי הממשלה מתקבלות בחדרים סגורים ונותרות סמויות מעין הציבור. נגישותם של גורמים חיצוניים למידע בדבר תהליך קבלת ההחלטות השלטוני של המשרדים הממשלתיים - מוגבלת ביותר. מציאות זו, שבה הציבור אינו חשוף לתהליך קבלת ההחלטות השלטוני, היא שפוגעת בעקרון האחריות.

בהקשר זה היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה ממלאים תפקיד מפתח בחיוב משרדי הממשלה ונבחרי הציבור לתת דין וחשבון לציבור. כאמור היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה נהנים מיתרון מוסדי מובהק בהיותם שחקן פנים-מוסדי השלוב באופן אינטגרלי בעבודת המשרד הממשלתי, אך שומר על עצמאותו המקצועית ועל אי-תלותו בדרג הפוליטי. השתלבותם של היועצים המשפטיים בעבודה השוטפת של משרדי הממשלה מקנה להם נגישות גבוהה למידע רב, פורמלי ובלתי פורמלי, על אודות תהליך קבלת ההחלטות במשרדי הממשלה, באופן שמאפשר להם לקיים פיקוח אפקטיבי, גם בנסיבות שבהן פיקוח חיצוני אינו מתאפשר בשל המחסור במידע זמין.

במסגרת תפקידם כשומרי סף, היועצים המשפטיים גם עשויים לחייב את המשרד הממשלתי לעמוד בחובות שקיפות שנקבעו בדין. מימרתו הנודעת של לואיס ברנדייס: "אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר"⁸³ מבטאת את ההבנה, כי "שקיפות פעולותיהן של רשויות השלטון מאפשרת לאזרחים להתחקות על פעולות אלה ועל השיקולים שעמדו בבסיסן ולבקורן, ככל שהדבר דרוש, והיא תורמת תרומה מכרעת ל"ההיגיינה הציבורית" ולשיפור איכותה של פעולת הרשות בודעה כי פעולותיה ותהליך קבלת החלטותיה חשופים ושקופים לעין הציבור".⁸⁴ היועצים המשפטיים אף עשויים לסייע לגורמי הפיקוח החיצוניים, ובראשם בתי המשפט, להפעיל ביקורת על פעולותיהם השלטוניות של משרדי הממשלה.

⁸³ LOUIS BRANDEIS, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW THE BANKERS USE IT (1914): "Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman."

⁸⁴ עע"מ 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ** פס' 8 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 19.1.2006); ראו גם: ע"פ 11476/04 **מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ**, פס' 123 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 21.2.2010); עע"מ 9341/05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות**, פס' 32 לפסק הדין השופטת ארבל (נבו 19.5.2009).

מכאן, שלא זו בלבד שמעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לא פוגע בעקרון האחריותיות, אלא שהוא מהווה מרכיב מפתח בהגנה על עקרון זה.

ז. סיכום

יתרונותיו המוסדיים של מערך היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים יוכלו לבוא לידי ביטוי אך ורק אם עצמאותם ומעמדם ישמרו. רכיב העצמאות הוא הרכיב שמאפשר ליועץ המשפטי לפעול בכובעו כמפקח על פעילות הרשות המבצעת. למעשה, כל הוועדות הציבוריות שדנו במעמדו של היועץ המשפטי במערך הייעוץ המשפטי לממשלה הסכימו כי רכיב זה הכרחי למילוי תפקידו כשומר סף האמון על הגנת האינטרס הציבורי.

יועצים משפטיים בלתי עצמאיים, אשר המשך כהונתם תלוי בהחלטת הדרג הפוליטי הנתון לפיקוחם, יחששו ליתן חוות דעת משפטית שעלולה להקשות על השר ליישם החלטות או פעולות שלטוניות בעייתיות. במילים אחרות, הכפפה מוסדית של היועץ המשפטי לדרג הפוליטי תציב את היועץ במצב של ניגוד עניינים מובנה ותאיין את יכולתו לקבל החלטות לטובת הציבור לפי אמות מידה מקצועיות.⁸⁵

ביטול עצמאותו של היועץ המשפטי במשרד המשפטי מעורר חשש כפול: לא זו בלבד שיועצים משפטיים בלתי עצמאיים עלולים להעלים עין מפעילות שלטונית שאינה תואמת את הדין, אלא קיים חשש שיועץ משפטי במשרת אמון יכשיר עבור השר שמינה אותו החלטות המנוגדות לשורת הדין. חשש זה מתקיים ביתר שאת במקרים שבהם השר או הממשלה יבחרו למנות לעצמם ייצוג משפטי פרטי בנושא מסויים, כמוצע בחוק הסמכויות. במקרים אלו, יוצר חשש כבד לכך שהשר יפעל שלא במסגרת החוק, אך יהנה מהגנה מפני אחריות משפטית, לרבות אחריות פלילית, בגין מעשיו. במאמר מוסגר נציין כי לעמדתנו, מתן אפשרות לראש הממשלה, לממשלה או לשריה, לבחור לקבל ייצוג מגורם פרטי יהווה פלטפורמה נוספת לחיכוך בין פוליטיקאים ובין בעלי הון ויגביר את החשש לשחיתות ציבורית.

אנו סבורים כי הפגיעה בעצמאותם של היועצים המשפטיים תגרע גם מהאמון הציבורי במוסד הייעוץ המשפטי שכן "האמון שהציבור יר[כ]וש ליועץ המשפטי מותנה, בין היתר, בכך שיראוהו כבעל כוח החלטה, המונע בפעולתו על ידי שיקולים מקצועיים או בייקטיביים ולא

⁸⁵ על ניגודי עניינים מובנים בין רגולטורים בלתי עצמאיים ובין הדרג הפוליטי וההשלכות על הפעלת שיקול דעת עצמאי, ראו, למשל, זיו, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1149.

כשליח הרשות המבצעת או עושה דברה, המתמקד אך ורק בעשיית רצונה. אמון הציבור הוא תנאי להצלחת עבודתו של היועץ המשפטי".⁸⁶

לסיכום, אנו סבורים כי לא יכולה להיות מחלוקת בדבר תפקידם הקריטי של היועצים המשפטיים בשמירה על שלטון החוק ועל האינטרס הציבורי במסגרת התהליך הרגולטורי. עצם הידיעה, כי במשרד הממשלתי קיים גורם עצמאי ובלתי-תלוי מבחינה מקצועית בדרג הפוליטי, שחשוף לתהליך קבלת ההחלטות השוטף ובעל נגישות גבוהה למידע, מהווה גורם מרתיע אפקטיבי מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני ומפני התנהלות מינהלית המנוגדת לדין. בהקשר זה אנו סבורים כי לגישה המחייבת של חוות הדעת המשפטית של היועץ המשפטי נודעת חשיבות ממעלה ראשונה. שלילת מעמדה המחייב של חוות הדעת תהפוך את היועצים המשפטיים מגורמי פיקוח פנימיים אפקטיביים – לגופי ביקורת חסרי שיניים.

אף שאין ביכולתם של היועצים המשפטיים למשרדים הממשלתיים למנוע מגורמים מפוקחים לנקוט בפרקטיקות שנועדו לשבות את מקבלי ההחלטות, באמצעות תפקודם כשומרי סף עצמאיים המקפידים שתהליך קבלת ההחלטות ייעשה בהתאם לכללי מינהל תקין הם מייצרים תנאי סביבה המקשים על מקבלי ההחלטות להטות את תהליך קבלת ההחלטות לטובת אינטרסים של גורמים מפוקחים מסוימים. בכך הם משפיעים באופן עקיף גם על הגורמים המפוקחים, שכן הם הופכים את ניסיונות השבי לפחות משתלמים: פעם אחת מכיוון שהם מפחיתים את הסיכוי שמנופי הלחץ יעבדו, ופעם נוספת משום שבאפשרותם לחשוף את הגורמים המפוקחים, כמו גם את מקבלי ההחלטות, להשלכות פליליות ככל שהם עוברים על החוק.

לפיכך, ביטול עצמאותם ומעמדם של היועצים המשפטיים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, כמוצע בתכנית המשפטית (ובהיבטים מסויימים אף במתווה העם שהוצג על ידי כב' הנשיא הרצוג), תביא למחיקה של אחת ממערכות האיזונים החשובות ביותר לריסון כוחה של הרשות המבצעת בישראל. כתוצאה מכך, בתחומי פעילות שלטונית נרחבים, עלול להיווצר מצב של כוח שלטוני בלתי מרוסן שיוביל להשחתה עמוקה של תהליך קבלת ההחלטות השלטוני לטובת אינטרסים של קבוצות אינטרס בעלות כוח השפעה עודף.

⁸⁶ דוח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו 62 (1998).