



פורום המרצות והמרצים למשפטים
منتدى محاضرات ومحاضري القانون
لمعן הדמוקרטיה من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום לתוכנית בעניין מינוי שופטים על-ידי הקואליציה

שפורסמה ביום 20.3.2023

הופץ ביום 20.3.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. **בנייר עמדה זה אנו מגיבים לתוכנית הנוכחית בעניין מינוי שופטים שפורסמה על-ידי הקואליציה** (נוסח מוצע להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) וחוק בתי המשפט (תיקון מס' 105), התשפ"ג-2023, שפורסם על ידי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ביום 20.3.2023).

מן הדיונים המתקיימים נכון לכתיבת שורות אלו (20 במרץ 2023) בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וכפי שעולה מהודעת ראשי הקואליציה מאמש, הקואליציה מתכננת לקדם בשלב ראשון רק רכיב אחד מבין מכלול הרכיבים שהיא מכנה "הרפורמה המשפטית", הרכיב שעניינו אופן בחירת השופטים לבית-המשפט העליון. **לאחר שהקואליציה תקדם את הרכיב הנוכחי בתוכניתה, בכוונתה לקדם במושב הקיץ של הכנסת את ביטול הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד ואת שאר רכיבי תוכניתה להפיכה משטרית, צעדים שלא יוכלו להיבלם על ידי בית משפט שבו.**

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופיייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofsforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

לפי התוכנית המוצעת לעניין בחירת שופטים :

- בוועדה לבחירת שופטים יכהנו שישה נציגי הקואליציה (שלושה שרים ושלושה חברי-הכנסת), שני נציגי האופוזיציה (שני חברי-הכנסת) ושלושה שופטים. הוועדה תוכל לבחור בכל קדנציה שני שופטים לבית-המשפט העליון וכן את נשיא בית המשפט ברוב של שישה מבין אחד-עשר חבריה, **כלומר בקולות חברי הקואליציה בלבד**. הסמכות הזו אמורה להיות מופעלת מיידית, לבחירת שני שופטים במקום הנשיאה חיות והשופטת ברון, שצפויות לפרוש באוקטובר 2023, ולבחירת הנשיא הבא של בית-המשפט העליון. זוהי פוליטיזציה פסולה של מינוי שופטי העליון.
- לאחר בחירת נשיא עליון מטעמה, תשלוט הקואליציה הנוכחית בבחירת השופטים לכל ערכאות השיפוט, וכן בכפוף להסכמת נציג אופוזיציה, גם במינוי יתר שופטי העליון. אף זוהי פוליטיזציה פסולה של מינוי השופטים.
- מתן השליטה לכל קואליציה במינוי שני שופטי עליון לקדנציה משמעותה, באופן מידי ולאורך זמן פוליטיזציה מוחלטת של בית המשפט העליון, הכל תוך אובדן עצמאותו ויכולתו למלא את תפקידו במשטר הדמוקרטי.
- נציגי הממשלה בבית המשפט (יחד עם נשיא בית המשפט העליון שהממשלה תבחר) יוכלו לשבת כמותב לא רק בעתירות נגד הממשלה ושריה אלא גם בערעורים אזרחיים ופליליים. ערעורים נגד הרשעה בפלילים של אנשים שהממשלה חפצה בהם – לרבות ראש הממשלה עצמו – עלולים להתברר בפני אותם אנשים שהממשלה בחרה לתפקיד.
- נדגיש כי הקואליציה מעלה כל העת שלל הצעות ונוסחאות חדשות. השורה התחתונה של כולן היא מתן שליטה לממשלה למינוי שופטים.

עמדת הפורום בעניין תוכנית זו היא חד-משמעית: זוהי תכנית בלתי-חוקתית, שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק. חקיקתה צפויה לפגוע בנושאות בעצמאות של מערכת בתי המשפט כולה ובהפרדת הרשויות. מינוי פוליטי של שופטים עלול לגרום לצמצום ניכר של הביקורת השיפוטית על הממשלה והכנסת, ולפיכך לאפשר פגיעה נרחבת ביסודות המשטר הדמוקרטי ובזכויות אדם. היא תביא למינויים של שופטים לא מקצועיים ותפגע בזכות להליך הוגן ובזכות להגנה נאותה של נאשמים וכן להפלייה בין נאשמים לפי עמדתם הפוליטית.

הפורום מעריך כי לאור התקדימים של בית-המשפט העליון והדוקטרינות המשפטיות שנקבעו בפסיקה, יש סיכוי סביר כי בית המשפט יכריז כי תוכנית זו היא בלתי חוקתית ולפיכך בטלה.

א. תכלית התוכנית: השתלטות על בית-המשפט לשם הכשרת ההפיכה המשטרית

חקיקת ההפיכה במתכונת שקודמה עד עתה על ידי הקואליציה, ועברה בקריאה ראשונה בכנסת, חורגת מסמכותה של הכנסת וצפויה לפיכך להיות מוכרזת בטלה על-ידי בית-המשפט. לשם הכשרת חקיקה זו נחוץ אפוא להשתלט תחילה על בית-המשפט העליון. החשש הוא לכן שהתוכנית הנוכחית תנוצל כדי למנות שופטים שלא על-פי הכישורים שלהם, ובכלל זה מקצועיותם ויושרם, אלא על-פי אמת-מידה אחת בלבד – נכונותם להכשיר את ההפיכה המשטרית. זוהי תכלית פסולה, שעולה כדי שימוש לרעה בסמכות לחוקק חוקי-יסוד.

את הדחיפות של הקואליציה בעניין מינוי שופטים ונשיא בית המשפט העליון ניתן להבין אך ורק כחלק מהמהלך להכשיר את יתר חלקי הרפורמה, כך שכאשר תובא עתירה בדבר חוקתיות חלקים אלו בפני בית המשפט, יהיו אלה "שופטי הממשלה" שיכריעו בה. וזאת, אף מבלי להתייחס להשלכת התחולה המיידית של הרפורמה על הליכים פליליים שמתנהלים כעת. אם קיימת הצדקה עניינית לשנות את אופן הבחירה של שופטים, היה על הקואליציה להציע הסדר מאוזן, שיחוקק בהסכמה רחבה שחורגת מקולות הקואליציה ואשר תחולתו החל מתקופת כהונתה של הכנסת הבאה. ההסדר המוצע הוא בלתי מאוזן באופן מוחלט ותכליתו השתלטות של הקואליציה על בית המשפט. החלתו המיידית מעידה ביתר שאת כי מטרתו היא פסולה ואינה חוקית.

ב. הבעייתיות במינויים בשליטת הקואליציה לבית-המשפט העליון

מינוי של שופטים על-ידי הממשלה, הוא מינוי של שופטים מטעם הממשלה. מינוי כזה צובע את השופטים כמי שנועדו לשרת מטרות פוליטיות-מפלגתיות קונקרטיות. בית משפט שמכנהים בו "שופטי ממשלה" – שופטים שהממשלה ממנה בקולותיה בלבד – הוא בית משפט שיתקשה למלא את תפקידו במשטר הדמוקרטי. זהו בית משפט "שבוי", שבו לגוף המבוקר – לקואליציה – כוח מכריע במינוי הגוף המבקר. במצב זה ישנה סכנה מוחשית לבלימת הביקורת השיפוטית האפקטיבית על כל דבר חקיקה עתידי ועל כל מעשה שלטוני. הקואליציה תוכל להמשיך במלאכת פירוקה של הדמוקרטיה הישראלית, במועד ובקצב שתמצא לנכון, ותוכל לקדם באין מפריע את שאר תוכניותיה כפי שמבוטאים בהסכמים הקואליציוניים ובהן פגיעה משמעותית בזכויות יסוד בסיסיות.

בהתאם לתוכנית שמקדמת הקואליציה, פסילת חוקים על ידי בית המשפט העליון תתאפשר רק ברוב גדול במיוחד מקרב השופטים. משמעות הדבר היא שדי במינוי "שופטי ממשלה" בודדים כדי שיהיה לממשלה וטו על פסילת חוקים. כך בעקיפין, הממשלה מבטיחה את החקיקה העתידית שלה מפני ביקורת שיפוטית עצמאית. יתר על-כן, שופטי הממשלה בבית המשפט (יחד עם נשיא בית המשפט העליון שהממשלה תבחר) יוכלו לשבת כמותב לא רק בעתירות נגד הממשלה ושריה אלא גם בערעורים אזרחיים ופליליים. לדוגמא, ההגנה על הקניין מפני התערבות הממשלה עשויה להתערער. ערעורים נגד הרשעה בפלילים של אנשים שהממשלה חפצה בהם – לרבות ראש הממשלה עצמו – עלולים להתברר בפני אותם אנשים שהממשלה בחרה לתפקיד.

אין כל הצדקה עניינית להסדר המוצע, שלפיו הקואליציה תוכל לבחור בעצמה את שופטי בית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון עוסק, בחלק העיקרי של עבודתו, בערעורים בנושאים פליליים ואזרחיים מגוונים, שמחייבים רמה מקצועית גבוהה במיוחד, יושרה וניסיון מקצועי עשיר. אין לפיכך כל הצדקה למינויים של שופטים על בסיס פוליטי ובוודאי לא קואליציוני, ונדרש רכיב מקצועי משמעותי בבחירתם של כל שופטי המערכת, ובכלל זה שופטי בית המשפט העליון.

בית המשפט העליון שלנו אינו בית משפט חוקתי בלבד. עם זאת, גם במדינות בהן יש ערכאה חוקתית נפרדת קיים איזון בקרב הגורמים הפוליטיים המעורבים בבחירת שופטים, שאינו מעניק לאף רוב פוליטי את הכוח לעצב את הערכאה החוקתית כרצונו הבלעדי.

ג. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים עלול להנציח השתלטות פוליטית על בית-המשפט

התוכנית להעניק לנציגי הקואליציה רוב בוועדה לבחירת שופטים צפויה להביא להשתלטות מצטברת של הממשלה על בית-המשפט העליון, ולאחר מינוי נשיא מטעמה, גם על כלל המינויים לערכאות השיפוט השונות. זאת, אפילו אם ההסדר יאפשר לממשלה למנות בכל קדנציה רק שני שופטים לבית-המשפט העליון. יש לכך מספר סיבות מצטברות:

1. בשנה וחצי הקרובה, עד אוקטובר 2024, צפויים להתפנות רק שני מקומות בבית-המשפט העליון, וכן תפקיד הנשיא, עם סיום כהונתה של הנשיאה חיות. משמעות הדבר שלקואליציה תהיה שליטה מלאה על מינוי השופטים בתקופה הקרובה ועל בחירת הנשיא (מינוי שעשוי לארוך עד ל-7 שנים).

2. לפי ההסדר המוצע, הוועדה לבחירת שופטים תוכל להתכנס רק בהסכמת הקואליציה: נדרש הרכב של לפחות שישה חברים, ובוועדה יכהנו רק חמישה חברים שאינם נציגי הקואליציה. **משמעות הדבר שלקואליציה תהיה אפשרות למנוע מינויים נוספים לבית-המשפט העליון מלבד השניים שעליהם יש לה שליטה בלעדית. התוצאה המצטברת היא פוליטיזציה מוחלטת של בית-המשפט, שבתוך שנים לא רבות יכלול רק שופטים שמונו על-ידי הקואליציות המכהנות.** ומנגד לאופוזיציה ולשופטים אין אפשרות מקבילה למנוע את כינוס הוועדה או להשפיע על ההחלטה אם ימונו או לא ימונו שופטים.

3. הענקת רוב לנציגי הקואליציה בוועדה לבחירת שופטים תעניק לה שליטה על ההחלטה בדבר מינוי נשיא בית-המשפט העליון הבא, שיחל לכהן כאמור בעוד כחצי שנה. החקיקה הקיימת אינה מעגנת מפורשות את הנוהג החוקתי בדבר מינוי הנשיא לפי עקרון הוותק, עקרון שנועד להבטיח את עצמאות השופטים המכהנים, שאמונים, בין היתר, על החלת ביקורת על רשויות השלטון. הסמכות לבחור בנשיא מסורה לוועדה לבחירת שופטים, ורוב של הקואליציה בוועדה יקנה לה סמכות פורמאלית למנות את הנשיא הבא. משמעות הדבר היא הגדלת הסיכוי לסטייה מנוהג הוותק בבחירת הנשיא, בלא שהושגה לשינוי זה הסכמה רחבה ובלא הצדקה עניינית לכך, וכל זאת במסווה של הסדר "מרכז".

4. לבחירת נשיא בית המשפט העליון בוועדה הנשלטת על ידי הקואליציה צפויות להיות השלכות מרחיקות לכת על אופן הבחירה של השופטים הבאים. בחירת נשיא המזוהה עם הממשלה עלולה להנציח **שליטה למעשה של הקואליציה במינוי של שופטים לכל הערכאות** בתקופת כהונתה של הקואליציה, שכן הנשיא יוכל לספק לקואליציה את הקול השביעי הדרוש לה למינויים אלה. לנשיא גם סמכויות נרחבות בניהול בית המשפט העליון ומערכת המשפט כולה. שליטת הקואליציה במינוי הנשיא עלולה על כן להקנות לממשלה שליטה עקיפה גם בהיבטים קריטיים אלה של עבודת בית-המשפט העליון והרשות השופטת בכללותה.

5. מעבר לכך, בכוחה של הקואליציה יהיה לשוב ולשנות את חוק-יסוד: השפיטה לאחר שנבחרו שני השופטים בקולות הקואליציה, כדי להקנות לה סמכות למנות בעצמה שופטים נוספים.

התוצאה הנובעת ממכלול הגורמים הללו היא שבמסווה של מינוי שני שופטים "בלבד" מבין חמישה-עשר שופטי בית-המשפט העליון, ההסדר המוצע יעניק לקואליציה כוח להשתלט על בית-המשפט העליון ולהפוך אותו לגוף פוליטי, משרתה של הממשלה, ולאורך זמן להביא לפוליטיזציה מוחלטת של בית המשפט העליון, ואובדן עצמאותו ויכולתו למלא את תפקידו במשטר הדמוקרטי.

ד. עקרון הוותק בבחירת הנשיא והמשנה לנשיא בית-המשפט העליון

עקרון הוותק ("סניוריטי") בבחירת נשיא בית המשפט העליון (ומשנהו) הוא אחד המנהגים החוקתיים הוותיקים במערכת המשפט הישראלית. הוא מוכר גם בשיטות משפט אחרות המשויות למסורת המשפט המקובל. נוכח מעמדו של הנשיא בשיטת המשפט הישראלית, עקרון הוותק משמש ערובה מרכזית להבטחת העצמאות השיפוטית, שהיא מיסודות הדמוקרטיה. זהו הסדר שבו בחירת הנשיא מבוססת על קריטריון אחיד וקבוע מראש, שאינו נתון לשליטה או להשפעה מיידית של בעלי עניין פוליטיים או אף מתוך בית המשפט עצמו. יש לו גם הגיון פנימי – השופט הוותיק ביותר מכיר טוב ביותר את המערכת.

עקרון הוותק מבטיח את העצמאות השיפוטית הן באמצעות שלילת תמריצים להתנהלות מוטה בתוך בית המשפט, והן באמצעות שלילת ההזדמנות לפוליטיזציה של משרת הנשיא בהליך הבחירה. באופן ספציפי, עקרון הוותק מהווה מנגנון ביטוח כנגד קואליציה שממנה נשיא "לעצמה", דהיינו נשיא שיכהן בתקופת כהונתה של הקואליציה, וייבחר משום שהקואליציה תגיע למסקנה שיהיה נוח יותר עבורה. מצב עניינים שכזה, מקעקע את הפרדת הרשויות בישראל, פגיעה שהיא קשה במיוחד בהעדר מנגנוני איזון ובלימה אחרים על כוחו של הרוב. בתוך בית המשפט, קביעה מראש של זהות הנשיאים הבאים לפי עקרון הוותק מבטיחה שתימנע תחרות בין השופטים, ויישלל התמריץ לשאת חן בעיני הגורמים הבוחרים במסגרת התפקוד השיפוטי. בוועדה לבחירת שופטים, היצמדות לעקרון הוותק מבטיחה שהוועדה הבוחרת נשיא אינה פועלת מתוך אינטרס קצר-טווח להעמיד בראש המערכת השיפוטית נשיא כרצונה. עניין זה גורלי במיוחד נוכח חברותו של הנשיא בוועדה לבחירת שופטים עצמה – שכן בחירה פוליטית של נשיא עשויה להטות את מאזן הכוחות בוועדה עצמה, ובדרך זו לפתוח פתח למינויים פוליטיים רבים נוספים. אמנם, תיתכן בחירה "אסטרטגית" של שופט צעיר יחסית לעליון, שגילו בעת המינוי יבטיח את כהונתו כנשיא בית המשפט בהמשך הדרך לפי עקרון הוותק; אך תוצאתה של מניפולציה כזו מושגת רק בחלוף שנים, ואינה מאפשרת לחברים בוועדה למנות נשיא "לעצמם".

יתרונו של עקרון הוותק הוביל לכך שהוא מופעל בהקשרים רבים אחרים ברשות השופטת. כך, בבתי משפט ובבתי דין הדנים בהרכבים, מכהן כראש ההרכב נשיא בית המשפט, בהעדרו משנהו, ובהעדרם השופט הוותיק בהרכב (ס' 28א), (ס' 39א), (ס' 50א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; ס' 21(5) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; ס' 8(ג) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955). השופט הוותיק ביותר הוא גם המחליף של נשיא בית המשפט העליון ושל משנהו כאמור בס' 29(ב) לחוק בתי המשפט. גם בהליכי עבודתה של הכנסת יש שימוש בעקרון הוותק (ס' 20א) לחוק יסוד: הכנסת). בכל המצבים הללו נדרש להפעיל כלל בחירה שאינו כרוך בשיקול דעת אינדיבידואלי, כדי לוודא העדר הטיה בבחירתו של נושא התפקיד. עקרון הוותק משרת מטרה זו היטב.

גם אם ניתן היה לעצב מראש (מאחורי "מסך הבערות") כללי בחירה אחרים לנשיא בית המשפט העליון שהיו מבטיחים מידה דומה של עצמאות השיפוטית, קיים קושי לעשות זאת כעת, משום שוותק השופטים המכהנים כיום בבית המשפט ידוע. משמעות הדבר היא שסטייה כעת מעקרון הוותק תהיה בהכרח פעולה חוקתית בעלת אופי פרסונאלי, שיש להימנע ממנה. יצוין עם זאת, שבהתחשב בהרכב הנוכחי של בית המשפט העליון עמידה בעקרון הוותק לשנים הקרובות צפויה להביא גיוון סביר בזהות נשיאיו: שופט בוגר החינוך הדתי; שופט דתי שמרכז חייו ביהודה ושומרון; שופטת (שהגיעה לשפיטה מן האקדמיה), ושופט חילוני. מגוון זה אינו משקף באופן ממצה את גווני החברה הישראלית: יש יצוג יתר לקבוצות מסוימות ויצוג חסר לקבוצות אחרות, נושא בו נדון להלן.

ה. הבטחת מגוון בבית-המשפט העליון

אחד הטיעונים שמועלים על ידי תומכי הקואליציה לצורך בשינוי הליכי הבחירה של שופטים הוא שהדבר יביא ליתר מגוון בהרכב השופטים בבית-המשפט העליון. אכן, על אף שהיה שיפור ניכר בעשורים האחרונים בגיוון מערכת המשפט, קבוצות מסוימות עדיין מיוצגות בחסר, ובראשן המזרחים, הערבים והחרדים. בבית המשפט העליון ניכר הדבר באופן מובהק: הייצוג של שופטים ממוצא מזרחי נופל מחלקה של קבוצה זו בחברה, מעולם לא כיהן בבית-המשפט העליון יותר משופט ערבי אחד (אף שלפי חלקו של הציבור הערבי באוכלוסייה, אמורים לכהן כ-3 שופטים ערבים), אין מכהנים שופטים שמגדירים עצמם חרדים או חרדיות, וטרם זכינו לשופט/ת להט"ב בבית מוצהרת.

אנו סבורים שהיעד של גיוון הולם הוא ראוי, אך הדרך להשגת יעד זה אינה באמצעות התיקון שמקודם על ידי הקואליציה.

קידום המגוון במערכת המשפט כלל אינו מצדיק שינוי של הרכב הוועדה לבחירת שופטים. מה שנחוץ הוא לקבוע יעד של קידום המגוון, תוך פירוט הקבוצות הרלוונטיות ומנגנונים להבטחתו. אין מניעה להקים ועדת איתור שתסייע באיתור מועמדים רלוונטיים ושימוש באמצעים אחרים שכבר נקבעו במשפט הישראלי לקידום ייצוג הולם בשירות הציבורי. השיטה הרצויה כדי להגביר את גיוון מערכת המשפט, היא שיטה הדורשת הסכמות רחבות בין הגורמים המקצועיים והפוליטיים, כמו גם בין נציגי הקואליציה והאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. כך, גם מבנה הוועדה הנוכחי איפשר לה לקדם גיוון משמעותי של מערכת המשפט, הן מבחינת שיקוף של קבוצות שונות באוכלוסייה והן מבחינת תפיסת עולם משפטית.¹

כדי להגביר את הגיוון, רצוי להוסיף ולדרוש בחוק (כפי שהוצע במתווה שהוצג על ידי הנשיא, כפי שקיים במקומות שונים בעולם, וכפי שקיים בישראל ביחס למינויים בשירות המדינה), כי הוועדה תפעל על מנת להבטיח את שיקוף האוכלוסייה וגיוון מערכת המשפט עד להבטחת ייצוג הולם לקבוצות האוכלוסייה השונות. לשם כך, ניתן לחשוב על פתרונות מוסדיים, למשל בדמות חיפוש אקטיבי מטעם צוות שיפעל תחת הוועדה, על מנת לעודד הגשת מועמדות. כן ניתן לחשוב על הרחבת הרכב הוועדה על ידי הוספת נציגי ציבור שימונו בהסכמת שר המשפטים ונשיא/ת בית המשפט, אשר בעצמם/ן ישקפו את מגוון החברה הישראלית, ובכך יביאו לידי ביטוי בהליך הבחירה את הרגישות להיבט זה, שלא על חשבון מקצועיות השופטים והשופטות שיתמנו.

ו. פגיעה בזכות להליך הוגן

כל מינוי של "שופט ממשלה" פוגע בעקרון היסוד בדבר העצמאות השיפוטית, שרכיב הכרחי בו הוא העצמאות מהרשות המבצעת. הטעם לכך הוא שמספיק שופט אחד בהרכב שהתמנה באופן שפוגע בעקרון היסוד הזה כדי ל"טמא" את כל ההרכב ולהפוך אותו לבלתי חוקי, ובכך לפגוע בזכות להליך הוגן. הסיבה לכך היא ברורה: אם שופטים התמנו באופן שלא מבטיח עצמאות מהרשות המבצעת, הרי מינויים פסול, ואיושם בהרכב לא יכול להביא להשלמתו של ההרכב. במילים אחרות – שופטי הממשלה הם "שופטים מתחזים" לצורך איוש תפקידים בבית המשפט.

¹ עוד על גיוון במינוי שופטים ראו: נייר עמדה #14 של פורום המרצים והמרצות למען הדמוקרטיה (22.2.2023); נורית יכימוביץ-כהן וג'רי אלמו-קפיתל מאפיינים דמוגרפיים של שופטים - נתוני רקע לדיון (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2023); אלון חספר "מקום ליד השולחן: על ההרכב החברתי והמקצועי של הרשות השופטת" מחקרי משפט לג 593 (2022).

כך נקבע לגבי שופטים בפולין שמונו על ידי ועדה שהרכבה שונה בידי בית הנבחרים הפולני, שהשתלט למעשה על דרך מינוי השופטים. השינוי הוכרז כבלתי חוקתי על ידי בית המשפט החוקתי הפולני, מכיוון שהוא פוגע בעצמאות הרשות השופטת.² פגיעה זו הוכרה גם על ידי ועדת ונציה,³ בית המשפט האירופי לזכויות האדם ובית המשפט של האיחוד האירופי. בית המשפט האירופי לזכויות האדם קבע כי ההליך הפסול שבו לרשויות הפוליטיות יש השפעה מכרעת על הליך המינוי – בדומה לזה המוצע בתוכנית הנוכחית של הקואליציה – פוגע בעצמאות הרשות השופטת ולכן בזכות להליך הוגן בפני בית המשפט. הפגיעה **מתרחשת גם אם רק אחד מחברי ההרכב התמנה בהליך הפסול**.⁴ בנוסף בית המשפט של האיחוד האירופי קבע כי הזכות להגנה אפקטיבית על זכויות נפגעה כתוצאה מהפגיעה בעצמאות השיפוטית כתוצאה בין היתר של הליכי מינוי שלא הבטיחו עצמאות שיפוטית.⁵

ז. היבטים נוספים בהליכי המינוי המוצעים

באשר לערכאות הדיוניות, קובעת ההצעה המשולבת (חוק יסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט) כי הרשות השופטת תיוצג על ידי נשיא בית המשפט העליון, נשיא בית המשפט המחוזי שייבחר בידי הנשיאים של בתי המשפט המחוזיים ונשיא של בית משפט שלום שייבחר בידי הנשיאים של בתי משפט השלום. במצב דברים זה, נשיא בית משפט שלום ייקח חלק בהחלטות על קידום שופטים מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי. זהו מצב שעלול להציב את נשיא בית משפט השלום בניגוד עניינים מובנה.

לא פחות חמור הוא העדרם של גורמים מקצועיים אחרים בהרכב הוועדה. המועמדים לשיפוט בבית משפט השלום הינם, בהגדרה, עורכי דין בעלי ותק בפרקטיקה פרטית או בשירות הציבורי, אשר נדרשת לגביהם הערכה מקצועית. כך גם באשר למינוי עורכי דין לבתי המשפט המחוזיים, ולקידום שופטים מבתי המשפט השלום למחוזי. במדינות ה-OECD מקובל כי לגורמי המקצוע – שופטים, עורכי דין או אנשי אקדמיה – משקל משמעותי בבחירת ובקידום שופטים בערכאות העוסקות במשפט האזרחי, הפלילי והמנהלי. כך למשל בגרמניה, באיטליה ובצרפת. בהצעה שלפנינו, נפקד מעמדם של עורכי הדין בכלל, עורכי הדין בשירות הציבורי, או האקדמיה המשפטית כישות בעלת מעמד עצמאי, שאיננו "מטעם" גוף פוליטי כזה או אחר. לכך צפויות להיות השלכות שליליות באשר למקצועיותם של השופטות והשופטים. בסופו של יום נדרשת הוועדה לאייש את שדרת כח האדם השיפוטי בערכאות הדיוניות באמצעות בחירת המועמדות והמועדים הטובים ביותר. החלטות אלו אמורות להתקבל על סמך קריטריונים מקצועיים, אשר לגביהם לקואליציה ולאופוזיציה אין יתרון יחסי, אלא להיפך.

Case BSA I-4110-1/20 RESOLUTION of the formation of the combined Civil Chamber, Criminal² Chamber, and Labour Law and Social Security Chamber 23 January 2020
https://forumfws.eu/bsa-i-4110-1_20_english.pdf

CDL-AD(2017)031-e Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of³ the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017), para 130

CASE OF DOLIŃSKA-FICEK AND OZIMEK v. POLAND (Applications nos. 49868/19 and 57511/19)⁴
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%7D%5B%22001-213200%22%5D>
ECJ judgment of 2 March 2021 in C-824/18, AB⁵
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=001454F32325B3098721AB11FDA99D10;text=&docid=238382&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16171>
.78

זאת ועוד: הענקת גרעין שליטה לקואליציה, אשר נדרשת אך לתוספת של קול אחד (מבין השופטים, ובכלל זה הנשיא הנבחר על ידה, או מבין חברי האופוזיציה) מגבירה את הסיכון כי השיקול המקצועי לא יזכה למשקל הראוי לו, עת מולו יוצב השיקול האידאולוגי-פוליטי. זהו מתכון לפוליטיזציה של השפיטה בערכאות הדיוניות. כל שופט החפץ בקידום מהשלום למחוזי ידע שעליו לשאת חן בעיני גרעין השליטה הקואליציוני, אשר בלעדיו לא יזכה בקידום הנכסף. **זהו גם מתכון לפגיעה ברמה המקצועית של שדרות השיפוט, אשר תאוישנה במועמדים אידאולוגיים-פוליטיים, ולא דווקא מקצועיים.**

עניין נוסף נוגע לקביעת תחולה מיידית לתיקון כפי שמוצע בתוכנית הקואליציה. קביעה זו משמעה כי הרוב הקואליציוני הנוכחי יוכל להרחיב את מצבת כוח האדם (על פי פרסומים, מדובר על הגדלה של כ-200 שופטים) ולמהר ולאייש את כולה, אם באמצעות נשיא מטעמו, ואם באמצעות חבירה לחבר אופוזיציה בודד, אשר יזכה לתמורה פוליטית כזו או אחרת. **זוהי דוגמה מודרנית ל Court packing אשר יש להזהיר מפניו בשל אותם הסיכונים שמנינו לעיל.**

בתיקון מוצע כי היו שר המשפטים או נשיא בית המשפט העליון אישה, החובה הקבועה בחוק כיום (כפי שאף תשמר לפי נוסח התיקון) לכך שלפחות אחד מנציגי השופטים ואחד מנציגי השרים בוועדה יהיו נשים, תחול על השרים האחרים או השופטים האחרים, לפי העניין. כלומר, שקיומה של שרת משפטים או נשיאת בית משפט עליון לא יחשבו לצורך קיום חובת הייצוג של נשים בוועדה. אולם, על אף שהתיקונים המוצעים בכללותם מיועדים, כאמור, לתחולה מיידית, לגבי תיקון זה נקבעת דחייה לכנסת הבאה. מדוע זאת? לנוכח העובדה שידועה זהותה של הנשיאה המכהנת, דחיית התיקון הנ"ל מיועדת להבטיח כי לא תהיה חובה למנות אישה דווקא מבין נציגי השופטים האחרים. **זהו הסדר פרסונלי שמאיר את פסלות הסדר התחולה הזמנית בכללותו – כאשר הדבר משרת את הממשלה היא קובעת הסדר תחולה מיידית, וכאשר לא – לא.**