



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 47: מינוי נשיאי בתי משפט גבוהים על-פי כלל הבכירות

(סניוריטי) במדינות דמוקרטיות – מחקר השוואתי

הופץ ביום 5.6.2023*

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. **נייר עמדה זה הינו מחקר השוואתי בנוגע לשאלת מינוי נשיאי בתי משפט גבוהים על פי כלל הבכירות (סניוריטי) במדינות דמוקרטיות.**

אנו מראים כי:

- נייר העמדה מציג לראשונה את העובדה שתחת המשטר הפדרלי בארצות הברית, נוהג כלל סניוריטי חקוק בכל בתי המשפט הפדרליים הרגילים כולל בתי המשפט הפדרליים לערעורים, למעט בבית המשפט העליון של ארצות הברית. כך הוא גם לעניין מינוי נשיאי בתי המשפט העליון בכמה ממדינות ארצות הברית.

* 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 – שעניין מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה 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. גרסה זו הופצה ב-5.6.2023 בשינויים לעומת הגרסה המקורית שהופצה ב-28.5.2023. יש להתייחס לגרסה זו בלבד.

- כלל הסניוריטי חשיבות רבה בהליכי מינויים במדינות דמוקרטיות לא מעטות (מה גם שבשיטות אחרות, לרבות במדינות ארצות הברית, מינוי נשיא.ה בית משפט עליון בידי פוליטיקאים אינו שכח).¹

א. מבוא

לפי כלל הסניוריטי במובנו המקובל, המינוי למשרת נשיא או נשיאה של ערכאה משפטית נגזר ממשך השנים בהם כיהנו באותה ערכאה (ולכן, Seniority). על פי הכלל, בהתפנה מקומו.ה של הנשיא.ה, השופט הבכיר ביותר, דהיינו זה המחזיק בוותק הכהונה הארוך ביותר בערכאה הרלוונטית, הוא זה שימונה לתפקיד. בישראל מוחל כלל זה כמוסכמה ארוכת שנים, אם כי הוא לא עוגן בחקיקה.

כמה מן הגורמים התומכים בימים אלה בשינוי המשטר הישראלי מבקשים גם לשנות את שיטת המינוי למשרת נשיא.ת בית המשפט העליון.² כדי להצדיק שינוי זה, נטען כי כלל הסניוריטי הוא נדיר עד בלתי קיים בעולם המערבי ובקרב מדינות דמוקרטיות, עד כדי כך שנכתב בדו"ח משנת 2017 שהוגש לוועדת החוקה של הכנסת כי "לשיטת הסניוריטי כפי שהיא מוצעת בישראל אין אח ורע בכל העולם המערבי", טענה שאנו מפריכים בנייר עמדה זה.³

בנייר העמדה אנו מבקשים לשלול את הטענה דלעיל באמצעות הפניה למספר מערכות משפט המיישמות כלל זה, בין אם באופן פורמלי, כמעוגן במפורש בחוקה או בדבר חקיקה, ובין כמוסכמה או נוהג חוקתי. בנוסף למחקר העצמאי המוגש כאן, נשען נייר העמדה על מחקר השוואתי שפורסם לאחרונה בידי מכון תכלית, העוסק אף הוא בשאלת דרכי המינוי של נשיאי.ות ושופטים.ות עליונים.ות בבתי משפט גבוהים בעשרים שיטות משפט.⁴

נייר העמדה שלנו מציג לראשונה את העובדה שתחת המשטר הפדרלי בארה"ב, קיים כלל סניוריטי חקוק בכל בתי המשפט הפדרליים הרגילים כולל בתי המשפט הפדרליים לערעורים, למעט בבית המשפט העליון של ארצות הברית. עובדה מהותית זו טרם זכתה ליחס ראוי בעבודות המחקר שחקרו נושא זה. מצאנו גם כי לעניין מינויי נשיאים.ות בערכאות העליונות במדינות, כלל הסניוריטי מעוגן בחוקותיהן של כמה מדינות, ושהוותק בתפקיד מקבל משקל ממשי במינויי נשיאים במדינות אחרות של ארה"ב. את היעדרם של נתונים חשובים אלו מהשיח הציבורי והמחקר ניתן להסביר ככל הנראה לאור הנטייה המוקשה להתמקד אך ורק בערכאות העליונות ביותר בכל מדינה ומדינה. לשיטתנו, כשמדובר במבנה פדרלי מורכב במדינה בת

¹ ראו Chief Justice, BALLOTPEdia, https://ballotpedia.org/Chief_Justice (Ballotpedia), כניסה אחרונה לכל ההפניות לאתרי אינטרנט ומקורות אלקטרוניים בוצעה ב-20.5.2023.

² ראו למשל, אברהם שלו "די לסניוריטי" ישראל היום (22.10.2022) <https://bit.ly/42Q4PQT>; שמחה רוטמן למה שהעם יבחר את השופטים? 63-72 (2022), כפי שאזכר על-ידי יעל סירקיס ובל יוסף, מינוי נשיא הערכאה השיפוטית העליונה - מבט השוואתי 3 (מכון תכלית, 2023), <https://bit.ly/3ogjF3U> (להלן: דו"ח מכון תכלית). מחקר נוסף שפורסם בשנת 2003 מטעם מרכז המחקר והמידע של רלוונטי פחות משום שאינו מוסיף ידע משמעותי מעבר לידע המוצג בנייר עמדה זה. ראו הודיה קין מסמך רקע בנושא: מינוי נשיא בית-משפט עליון – סקירה משווה (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2003): <https://bit.ly/459xT7g>.

³ התנועה למשילות ודמוקרטיה, "נייר עמדה: שיטת הסניוריטי למינוי נשיא לבית המשפט העליון" (יולי 2017), עמ' <http://bit.ly/43lhKUH>, 11.

⁴ מכון תכלית מציג עצמו כמכון מחקר יישומי לחקר החברה האזרחית הפועל לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית. לעמוד הבית של המכון ראו <https://www.tachlith.org.il/>.

מאות מיליוני תושבים, כמו ארה"ב, נדרש להתייחס גם לשיטות המינוי בערכאות גבוהות אחרות, פדרליות כמדינתיות.

עוד יצויין כי במדינות ארצות הברית, השיטה השכיחה ביותר למינוי נשיאת בית המשפט העליון בכל אחת מן המדינות היא בחירה בידי השופטים עצמם. נייר עמדה זה עוסק במינוי על בסיס בכירות בכהונה, אך יש להדגיש כי לא קיים ולו בדל של ממצא לפיו בבתי משפט בארה"ב השיטה המקובלת והיחידה היא מינוי פוליטי.⁵

מעבר לתרומתו לשיח הציבורי החסר בכל הנוגע לסוגיה זו, נייר עמדה זה מעשיר מחקרים קודמים לפיהם **לכלל הסניוריטי חשיבות רבה בהליכי מינויים במדינות דמוקרטיות לא מעטות** (מה גם שבשיטות אחרות, מינוי השופטים בידי פוליטיקאים הוא נדיר).

כנקודת הפתיחה מוצג להלן דיווח מטעם ועדת ונציה משנת 1997, המצביע על השונות והגיוון בשיטות המינוי למשרות נשיאי בתי משפט:

“Two main modes of selection of the president or chief justice of the court may generally be observed. On the one hand, there is the internal ballot by the judges themselves who elect a president from among their number (Albania, Argentina, Belgium, Bulgaria, Croatia, Denmark, Georgia, Hungary, Iceland, Italy, Latvia, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Turkey, Ukraine). An absolute majority is normally required, but in some cases there must be a two-thirds majority (Portugal). On the other hand, there is the election of a president of the court either by Parliament (Azerbaijan, Estonia, Lithuania, Germany, Liechtenstein, Poland, Switzerland), or by the country’s Head of State (Austria, Canada, Czech Republic, Finland, Spain, France, Ireland, Japan, Norway and Slovakia).

In Armenia, the Parliament has the principal power to appoint a president of the Court, and if it fails to do so, the power devolves upon the President of Armenia. Other default mechanisms exist in Italy, Portugal and Spain, whereby the appointment procedure is simplified following a number of failed attempts. In Sweden the senior judge is appointed Chairman. In Greece the eldest of the two presidents of the Council of State and the Court of Cassation is ex officio the president of the Special Supreme Court.”⁶

הגם שדו"ח זה פורסם ב-1997 ומאז התקבלו שינויים בחלק מן המדינות הנבחרות, אין ספק כי האמור מוכיח שמינוי נשיאי בתי משפט על-ידי פוליטיקאים איננו אקסיומה בלתי ניתנת לערעור, כפי שמבקשים להציג כמה מהתומכים בשינוי המשטר הישראלי.

בנייר עמדה זה בכוונתנו כאמור להוסיף ולהעמיק במספר מערכות משפט המיישמות את כלל הסניוריטי. אך יש להדגיש כי את תהליכי המינוי שיוצגו להלן, ושיטות מינוי אחרות, יש לשקול מול שאר מרכיביו של כל משטר בפני עצמו, ביניהם מרכיבים המשמשים כמנגנוני בלימה נוספים, ובפרט, מנגנוני בלימה כנגד כוחה של הממשלה. כך, נייר עמדה זה אינו עוסק במינוי שופטים ות מן המניין בבתי משפט גבוהים, בקיומם או היעדרם של שני בתי מחוקקים (ישראל חריגה לעניין היעדר בית מחוקקים שני), בקיומו או היעדרו של מבנה

⁵ לספרות העוסקת בשיטה זו ראו להלן, הערה 17.

⁶ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), THE COMPOSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS (December 1997), עמ' 10-11 (להלן, דו"ח ועדת ונציה). לרו"ח ראו [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)020-e)

פדרלי, המבזר את הכוח המופעל בידי רשויות שלטוניות, וגורמים נוספים שנדונו בניירות עמדה קודמים של הפורום.

ב. סקירת שיטות משפט

1. בתי המשפט הפדרליים בארה"ב

א. בית המשפט העליון האמריקאי

בהתאם לחוקת ארצות הברית, בחירת כלל השופטים, לרבות הנשיא, בידי נשיא ארצות הברית בכפוף לאישור והסכמת הסנאט (with the advice and consent of the Senate).⁷ יש להוסיף כי החוק קובע שבמקרה של נבצרות או פער במשרת הנשיא, יועברו סמכויותיו לשופט השני בבכירות (next in precedence) עד להסרת חוסר הכשירות או מינוי נשיא חדש.⁸

ב. בתי המשפט הפדרליים לערעורים (Circuit Courts)

בכל הנוגע לבתי משפט אלו נקבע כלל סניוריטי מפורש בחקיקה האמריקאית (הכפוף לסייגים מסוימים):

45. (a)(1) "The chief judge of the circuit shall be the circuit judge in regular active service who is senior in commission of those judges who—
(A) are sixty-four years of age or under;
(B) have served for one year or more as a circuit judge; and
(C) have not served previously as chief judge."⁹

ג. בתי המשפט הפדרליים המחוזיים (District Courts)

גם לגביהם נקבע כלל סניוריטי מפורש בחקיקה האמריקאית (בכפוף לסייגים):

136. (a)(1) "In any district having more than one district judge, the chief judge of the district shall be the district judge in regular active service who is senior in commission of those judges who—
(A) are sixty-four years of age or under;
(B) have served for one year or more as a district judge; and
(C) have not served previously as chief judge."¹⁰

⁷ חוקת ארצות הברית, סימן II, סעיף 2, פסקה 2.

⁸ 28 USC § 3.

⁹ 28 USC § 45. בהוראה זו נכללים גם הסדרים בעניין הליכי מינוי שבהם אף אחד מהשופטים אינו עומד בדרישות המינימום, ובסוגיות של נבצרות ובהתפטרות מרצון, רוב רובם של הסדרים מיוחדים אלו מתנהל תחת כלל הסניוריטי.

¹⁰ 28 USC § 136 (2022), בדומה לסעיף 45, גם סעיף זה עוסק במקרים המיוחדים שנמנו לעיל, הערה 9.

ד. בתי משפט פדרליים נוספים

בית המשפט למסחר בינ"ל (Court of International Trade) – בית משפט המחזיק בסמכות עניינית לדון בתביעות אזרחיות הנוגעות לדיני המכס והמסחר הבינ"ל של ארה"ב. השופטים המכהנים בערכאה זו ממונים בידי הנשיא, בעצתו והסכמתו של הסינאט. נשיאת בית משפט זה ממונה על-פי כלל סניוריטי, בדומה לבתי המשפט לערעורים ובתי המשפט לערעורים:

258. (a)(1) "The chief judge of the Court of International Trade shall be the judge of the court in regular active service who is senior in commission of those judges who—

(A) are 64 years of age or under;

(B) have served for 1 year or more as a judge of the court; and

(C) have not served previously as chief judge."¹¹

the Court of Federal Claims – ערכאה משפטית שסמכותה העניינית משתרעת על תביעות כספיות כנגד הממשל הפדרלי. השופטים המכהנים בו ממונים, בדומה לבית המשפט העליון האמריקאי, על-ידי הנשיא בכפוף לעצה ולהסכמה של הסינאט. נשיא ארה"ב הוא שמוסמך לבחור מי יכהן כנשיא ערכאה זו, כשהסייג היחיד לסמכותו הוא גילו של המועמד (חייב להיות מתחת לגיל 70). לעניין זה לא נקבע כלל סניוריטי בחוק.¹²

2. בתי משפט מדינתיים בארה"ב

כלל סניוריטי פורמלי

במסגרת מחקרנו מצאנו **חמש מדינות שבהן עוגן כלל סניוריטי במפורש בחקיקה**, המאסדרת את אופן מינויו של נשיא בית המשפט העליון באותה מדינה. במדינה השישית, ניו-המפשייר, פסיקה של בית המשפט העליון פסלה את סעיף החוק אשר לפיו התנהל הליך מינויו של נשיא העליון. אף על פי כן, הסעיף ממשיך להיכלל בגרסאות העדכניות ביותר של החקיקה הניו-המפשיירית. אי-לכך, עלינו להודות כי המצב הנורמטיבי בניו-המפשייר בעניין מינויו של נשיא בית המשפט העליון אינו ברור.

א. קנזס

כלל הסניוריטי נכלל באופן חד-משמעי בחוקת המדינה:

Article 3, §2: "The justice who is senior in continuous term of service shall be chief justice, and in case two or more have continuously served during the same period the senior in age of these shall be chief justice."

ב. פנסילבניה

בדומה לקנזס, כלל הסניוריטי כלול בחוקת המדינה:

¹¹ 28 USC §258 (2022), גם סעיף זה מטפל במקרים המיוחדים שנמנו לעיל, הערות 10 ו 11.

¹² ההוראה (28 USC § 171(b)) קובעת כי

"The President shall designate one of the judges of the Court of Federal Claims who is less than seventy years of age to serve as chief judge. The chief judge may continue to serve as such until he reaches the age of seventy years or until another judge is designated as chief judge by the President. After the designation of another judge to serve as chief judge, the former chief judge may continue to serve as a judge of the court for the balance of the term to which appointed."

Article V, §8(d): “The Chief Justice and president judges of all courts with seven or less judges shall be the justice or judge longest in continuous service on their respective courts; and in the event of his resignation from this position the justice or judge next longest in continuous service shall be the Chief Justice or president judge.”

ג. לואיזיאנה

כלל הסניוריטי מעוגן באופן ברור בחוקת המדינה :

Article 5, §6: “The judge oldest in point of service on the supreme court shall be chief justice. He is the chief administrative officer of the judicial system of the state, subject to rules adopted by the court.”

ד. נבאדה

לפי חוקת המדינה, שופטי בית המשפט העליון נבחרים בבחירות כלליות. לכלל הסניוריטי יש משקל במדינה זו, אך הוא מנוסח באופן שונה. לפיו, ימונה לנשיא בית המשפט השופט שנותרה לו תקופת הכהונה הקצרה ביותר ביום המינוי. מכיוון שהשופטים בנבאדה ממונים לשש שנות כהונה, יוצא כי הוותיק מביניהם ימונה לנשיא בית המשפט, אף אם לתקופה קצרה בלבד. והכל, בכפוף להליך אשר נקבע לגבי שופטי העליון הראשונים בערכאה זו בשנת 1864 :

Article 6, §3: “... the one having the next shortest term shall be Chief Justice, after which the senior justice in commission shall be Chief Justice; and in case the commission of any two or more of said justices shall bear the same date, they shall determine by lot, who shall be Chief Justice.”

ה. ניו-המפשייר

הדין במדינה זו מחייב בירור נוסף. על פניו, הליך המינוי למשרת נשיא בית המשפט העליון של ניו-המפשייר אינו מוסדר בחוקתה; זו קובעת אך כי השופטים יכהנו כל עוד אינם מועברים מתפקידם בשל התנהגות בלתי הולמת, ביטוי השגור בחוקות אחרות ומצביע על כהונה לחיים. הסדר הבכירות קבוע בחוק משנת 2003, בו נקבע גם כי כהונתו של נשיא בית המשפט העליון מוגבלת לחמש שנים אלא בסעיף 1 ל-RSA, אשר נחקק בשנת 2003. ככתוב בסעיף זה. לצד זאת, נקבע בו כי השופט הוותיק ביותר הוא שיכהן כנשיא :

“The supreme court shall consist of 5 justices appointed and commissioned as prescribed by the constitution. On the effective date of this section, the administrative position of chief justice shall be held by the justice with the most seniority on the court for a period of up to 5 years. Each succeeding chief justice shall serve for a period of up to 5 years and shall be the justice with the most seniority of service on the court who has not yet served as chief justice. A justice may decline to serve as chief justice; however, no justice shall be permitted to serve successive terms as chief justice. In the event that all 5 justices have served a term as chief justice, succeeding chief justices shall serve rotating 5-year terms based on seniority.”¹³

¹³ NH Rev Stat §490:1 (2022 & Supp. 2003)

בחודש דצמבר 2003 עתר המושל של ניו-המפשייר יחד עם מועצתו (המורכבת מיועציו הרשמיים) לבית המשפט העליון בניו-המפשייר, בטענה כי הסעיף דלעיל איננו חוקתי.¹⁴ נטען כי תחת חוקת ניו-המפשייר אין הרשות המחוקקת מוסמכת להסדיר את אופן מינויים של שופטי בית המשפט העליון, וכי חיקוקו של סעיף זה בחקיקה ראשית רגילה חותר תחת הפרדת הרשויות, הן בשל נטילת כוחה הממנה של הרשות המבצעת והן בשל פגיעתו בעצמאות הרשות השופטת (המתבטאת בהגבלה תקופת הכהונה של נשיא בית המשפט).¹⁵ להכרעה בעתירה זו נבחר מותב של שופטים עליונים אשר שפרשו מכס השיפוט (זאת לאחר שהשופטים המכהנים העדיפו לפסול את עצמם מלדון בו). המותב קיבל את העתירה וקבע כי סעיף זה אכן איננו חוקתי בשל הפקעת כוחה הממנה של הרשות המבצעת ובשל הגבלת הכהונה של נשיא בית המשפט העליון, הזכאי על-פי החוקה למינוי לכל אורך חייו (בכפוף למגבלות אשר נקבעו בחוקה).

בעת שחקרנו את המערכת הנורמטיבית בניו-המפשייר מצאנו כי הסעיף הנדון עומד בעינו. כך, ה-RSA אינו כולל התייחסות כלשהי לפסיקה הפוסלת. כאמור, אנו סבורים כי יש צורך בביצוע מחקר נוסף על השפעת פסיקה זו על הליך מינוי נשיא בית המשפט העליון בניו-המפשייר. עם זאת, קיומו של כלל סניוריטי פורמלי במדינות אחרות, בצד קיומו של כלל בלתי פורמלי במדינות אחרות, שיידון להלן, סותר בבירור טענות לפיהן כלל כזה אינו קיים בשיטות דמוקרטיות (ראו גם להלן, דיון במדינות אחרות).

כלל סניוריטי בלתי פורמלי או הטיה מובנית לטובת ותק במינוי נשיאי בתי המשפט העליון של המדינות

א. מיסיסיפי – ממצאים אודות קיומו של נוהג מקובל

לפי חוברת שפורסמה מטעם לשכת עורכי הדין במיסיסיפי, כלל הסניוריטי קיים כנוהג מקובל:

The justice who has been on the Court for the longest continuous time serves as the chief justice. The two justices who have been on the court the longest after the chief justice are the presiding justices.¹⁶

לא מצאנו אזכור מפורש להסדר סניוריטי שכזה בחוקה או בחקיקה של מדינה זו.

ב. ספרות

בעשורים האחרונים מתפתח שיח ציבורי ואקדמי העוסק בהליך מינויים של נשיאי בתי המשפט העליונים במדינות ארה"ב. סקירת הספרות בנדון מצביעה על קיום מקום מרכזי למרכיב הבכירות במינוי נושאי תפקיד זה.

נמקד את דיוננו להלן בשני מחקרים, מבלי להתיימר להציג סיכום כולל של הספרות הרלוונטית. שני מאמרים אלו מתמקדים במדינות בהן קיימת שיטת המינוי המקובלת ביותר מספרית – מינוי נשיא בית משפט בידי השופטים עצמם (שיטה שכשלעצמה נבדלת משיטת המינוי לבית המשפט העליון הפדרלי, כפי

¹⁴ *Petition of Governor and Executive Council*, 151 N.H. 1, 846 A.2d 1148 (2004), להחלטה ראו <https://www.courts.nh.gov/sites/g/files/ehbemt471/files/documents/2022-05/2004059governor.pdf>.

¹⁵ חוקת ניו המפשייר, סעיפים 37, 46.

¹⁶ Mississippi Bar, *Understanding the Court System: A Project of the Young Lawyers' Division*, לא מתוארך. ראו <https://www.msbar.org/media/2784/understanding-the-court-system-brochure.pdf>.

שתוארה לעיל). לפי המאמר הראשון, נמצא כי במועד פרסומו שיטת מינוי זו הייתה הנפוצה ביותר בארה"ב.¹⁷

במאמר שני שפורסם ב-2020 החוקרים נמצא כי מתקיים מתאם מובהק בין ותק וניסיון לבין סיכויי המינוי למשרת נשיא בית המשפט, וכן כי השופט הוותיק ביותר אשר טרם כיהן כנשיאה של אותה ערכאה, הוא-הוא שמחזיק על-פי מחקר זה בסיכויים הטובים ביותר להתמנות לנשיא על-ידי שאר חבריו לכס השיפוט.¹⁸ מחקרים עוקבים יוכלו לספק חיזוק ותימוכין נוספים למסקנה אמפירית זו, אך בכל מקרה ברור עתה כי הסניוריטי (כלומר הוותק) מהווה פקטור קרדינלי בהליכי המינוי, לכל הפחות במדינות אשר אימצו את השיטה שלפיה נשיא בית המשפט ממונה באמצעות הצבעה מקרב השופטים המכהנים.

3. צרפת

בדומה למערכות משפט אחרות המשתייכות לשיטת המשפט הקונטיננטלית, בית המשפט החוקתי של צרפת איננו חלק מהרשות השופטת, והשכלה משפטית איננה תנאי לשם כהונה בו.¹⁹ לעומת זאת, במועצת המדינה של צרפת (ה-*Conseil d'Etat*), בית המשפט הגבוה לעניינים מנהליים (המשמש גם כיועץ משפטי של הממשלה הצרפתית) מכנים משפטנים בכירים. ובכל הנוגע לאופן מינוי נשיאה, מקובל כי נשיא המועצה מתמנה על פי נוהג חוקתי של כלל סניוריטי בלתי פורמלי.²⁰

4. הודו

הדיון אודות שיטת הבחירה והמינוי של שופטים בהודו עומד כבר עשורים במרכז השיח הפוליטי והמשפטי של המדינה. מאז עצמאותה של המדינה, מינוי השופט העליון (CJ) בבית המשפט העליון (SC) נעשה תוך החלה של כלל סניוריטי (אם כי ניתן לחרוג מכלל זה), ראשית בהתאם למוסכמה מקובלת, ומאז 1999, תחת מזכר עקרונות (Memorandum of Principles) המשקף הסכמה שהתקבלה בין הממשלה והרשות השופטת. למרות שכלל הסניוריטי בהודו עומד בפני מתקפות מתמשכות, הכלל נותר בתוקף והוא אשר מדריך את מינוי נשיאי בית המשפט העליון.²¹

¹⁷ לפי משנת 2003, שיטה זו הייתה נהוגה בשמונה עשרה מדינות. ראו ב-Laura Langer et. al., *Recruitment of Chief Justices on State Supreme Courts: A Choice Between Institutional and Personal Goals*, 65 J. POL. 656-657 (2003); לפי מקור אינטרנטי, נכון להיום השיטה נהוגה בעשרים ושלוש מדינות. ראו ב-Chief Justice, BALLOTPEDIA, https://ballotpedia.org/Chief_Justice (Last Accessed May 20, 2023).

¹⁸ Madelyn Fife et. al., *Selection of Chief Justice by Peer Vote*, 21 ST. POL. & POL'Y Q. (2021).

¹⁹ לסקירה קצרה בעניין תהליך המינוי ואופי הכהונה של חברי הערכאה החוקתית (Conseil Constitutionnelle) ראו דו"ח מכון תכלית, לעיל הערה 2, עמ' 16.

²⁰ ראו ROGER PERROT ET. AL., INSTITUTIONS JURISDICTIONELLES 285 (19th ed. 2022), עמ' 285: Théoriquement, les promotions sont faites au choix (art. R.* 134-4). Mais il a toujours été dans les présentations dans l'ordre du tableau, c'est-à-dire en suivant la règle de usages de faire les l'ancienneté... Il s'agit là d'une véritable coutume qui se justifie par le souci d'assurer aux membres "du Conseil d'État une totale indépendance. ובתרגום לעברית: "תיאורטית, מתבצעים על פי שיקול דעת. אולם הנוהג במינוי היה תמיד מנוי על בסיס סדר הישיבה במושב, כלומר בהתאם לכלל הוותק... מדובר בנוהג אמיתי המוצדק לאור הכוונה להבטיח עצמאות מלאה לחברי ה-Conseil d'Etat".

²¹ לספרות מעודכנת ראו Chirag Balyan, *Administrative Powers, Roles and Responsibilities of the Chief Justice of India*, in Salman Khurshid et. al. (eds.), THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTION (2020), Chapter 8

בחוקה של הודו לא נכלל הסדר שלם למינוי שופטים, למעט שני מרכיבים: המינוי הוא בידי הנשיא לאחר התייעצות עם שופטים.²² המונח הפתוח "התייעצות" עמד במרכז סידרה של פסקי דין חשובים שעניינם הליך המינוי, שיידונו בקצרה להלן.

דרישת ההיוועצות עם נשיא בית המשפט היוצא, כמו גם כלל הסניוריטי עצמו, התפתחו במשך עשורים לכדי מוסכמות חוקתיות. יש הרואים את כלל הסניוריטי כמעוגן בסעיף 13 לחוקה, המגדיר "נוהג" כאחד המרכיבים של הדין (law).²³ למעט שניים (או שלושה) חריגים (קיימים דיונים באשר לשלישי), מאז 1977, חמישה עשר נשיאים של בית המשפט העליון מונו, כולם הבכירים ביותר בבית המשפט בעת המינוי.²⁴ סדרה של ארבעה פסקי דין, שלושת הראשונים שבהם מוכרים קולקטיבית כ- the three judges cases, הובילה לקביעה רביעית של בית המשפט העליון ב- 2015. בפסק דין זה הותקף תיקון לחוקה, שהקים ועדת מינויים בת שישה חברים, שלושה מהם שופטי בית המשפט העליון הבכירים ביותר, שר המשפטים ושני חברים נוספים שנבחרו בידי ועדה בת שלושה חברים – נשיא בית המשפט העליון, ראש הממשלה וראש האופוזיציה בבית המחוקקים. בית המשפט החיל את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" (the basic structure doctrine), שהופעל לראשונה בשנת 1970, וקבע כי תיקון זה איננו חוקתי משום שהפר את עקרון עצמאות הרשות השופטת. בעקבות פסק דין זה, ועדת המינויים הקודמת (the Collegium) שהיתה תוצאה של פסק הדין השני בסדרה, חודשה, יחד עם קבלה מחודשת של מסמך ההבנות, שיידון מיד.²⁵

מסמך ההבנות המעודכן, הזמין ברשת, קובע כי מינוי של שופט.ת עליון.ה של בית המשפט העליון ייעשה בדרך הבאה:

- Appointment of Acting Chief Justices is to be made by the President under Article 223 of the Constitution. Intimation from the Chief Justice about his proceeding on leave or being unable to perform the duties of the Office of Chief Justice must be sent to all concerned well in advance to make arrangement for appointment of Acting Chief Justice.
- When it is proposed to appoint the seniormost puisne Judge on duty, as Acting Chief Justice, as soon as above intimation is received, the Union Minister of Law, Justice and Company Affairs in the Central Government would appoint the seniormost puisne Judge and the Secretary to the Government of India in the Department of Justice will, inform the Chief Minister and announce the appointment and issue the necessary notification in the Gazette of India.

(Chapter available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3895799>); Malavika Partasarathy, *The Seniority Principle: How is the Chief Justice of India Selected?* SUPREME COURT OBSERVER, 4 February 2022, at <https://www.scobserver.in/journal/the-seniority-principle-how-is-the-chief-justice-of-india-selected/amp/>. (Partasarathy)

22 ראו סעיף 124(2) לחוקה, העומד היום בתוקף ("Every Judge of the Supreme Court shall be appointed by the President by warrant under his hand and seal after consultation with such of the Judges of the Supreme Court and of the High Courts in the States as the President may deem necessary... Provided that in the case of appointment of a Judge other than the Chief Justice, the Chief Justice of India shall (always be consulted")

23 ראו למשל Sharda Girijesh Sharma, Constitutional Customs and the Appointment of the Chief Justice of India, *of India* Sharma (2009). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1442261>, וכך Balyan, לעיל הערה 21, מעמ' 212.

24 ראו Balyan, לעיל הערה 21, עמ' 213; לדין על 1964 ראו Partasarathy, לעיל הערה 21.

25 לפסקי הדין ראו *S. P. Gupta v Union of India* (1981) Supp. SCC 97 (SC); *Supreme Court Advocates on Record Association v. Union of India* (1993) SCC 441; *in re Special Reference 1 of 1998*, AIR 1999 SC 1; *Supreme Court Associates-on-Record v. Union of India* (2016) 5 SCC 1.

- Where, however, it is proposed to appoint an Acting Chief Justice, other than the seniormost puisne Judge the procedure for appointment of a regular Chief Justice as prescribed above will have to be followed.²⁶

5. שיטות אחרות המכירות בכלל הסניוריטי

דו"ח "תכלית" הנזכר לעיל, הסוקר את שיטות המינוי של נשיאי.ות בתי המשפט העליונים בעשרים שיטות, מאזכר, מעבר להודו, שנדונה לעיל, גם מספר מדינות שבהן יש מקום לעיקרון הסניוריטי: איטליה, קנדה, ובמידה מסויימת יפן, ניו זילנד, שבדיה, שוויץ, דנמרק ובריטניה.²⁷

ג. סיכום

בנייר עמדה זה ביקשנו בראש ובראשונה להפריך את הטענה הנשמעת בידי חלק מהתומכים בשינוי המשטרי לפיה ישראל היא המדינה היחידה בה מופעל כלל בכירות (סניוריטי) במינוי נשיא.ת בית המשפט העליון. הסקירה לעיל מוכיחה כי הדבר איננו כך, וכי ישנן שיטות בהן כלל הסניוריטי הוא יותר מנוהג או מוסכמה חוקתית, אלא הוא מעוגן בחוקות ובחוקים של מספר שיטות.

לא עסקנו כאן בשאלה אם כלל הסניוריטי עדיף על כללים אחרים למינוי. סוגיה זו תועלה במסגרת נייר עמדה העוסק באופני הבחירה של שופטים במבט השוואתי, נייר שיצטרף למחקרים השוואתיים אחרים המפריכים טענות לפיהן שיטת המינוי בידי פוליטיקאים היא לא רק שכיחה, אלא היא ראויה יותר.²⁸

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מרגית כהן, האוניברסיטה העברית

סיוע במחקר ניתן על ידי: עו"ד בן וולהאוס, יהונתן בן-יוסף

²⁶ Memorandum of Appointment of High Court Judges, Section B, Appointment of Acting Chief Justice, available at <https://doj.gov.in/memorandum-of-procedure-of-appointment-of-high-court-judges/>.

²⁷ הכותבות מציינות כי באיטליה "שיטת הסניוריטי אינה מעוגנת בחוק אך מהווה מוסכמה הזוכה לכבוד מצד השופטים המכהנים", וכי הנשיאה הנוכחית של בית המשפט לחוקה היתה וותיקת השופטים (דו"ח מכון תכלית, לעיל הערה 2, עמ' 7). עוד נמצא כי בקנדה "קיים נוהג לא מעוגן בחוק של סניוריטי אך הוא נסוג במקרים בהם יש שיקולים ענייניים נוגדים, כגון בשל התאמת המועמד לתפקיד או רצון לשרת גיוון תרבותי". מדובר ב"פרמטר מרכזי, אך לא מכריע בבחירה" (שם, עמ' 16). באשר לשאר המדינות, נמצא כי למרכיב הוותק יש מקום, אם כי לא חל כלל סניוריטי ככזה (ביחס ליפן נמצא כי לא מופעל כלל סניוריטי, אך מקובל למנות נשיאים בגיל מבוגר, בפועל קרוב לגיל פרישתם (שם, עמ' 13)). בניו זילנד לא קיים הכלל, אך במינוי שני נשיאי בית המשפט העליון שמונו עד כה היתה השפעה לוותק של הנבחרים (שם, עמ' 14). בשוויץ, כך נמצא, נראה שקריטריון הוותק מתקיים בפרקטיקה (שם, עמ' 17). בדנמרק לא קיים כלל סניוריטי, אך הנשיא המכהן כיום הוא השני הוותיק בבית המשפט העליון (שם, עמ' 11). בדומה, ביחס לבריטניה נמצא כי "לשאלת הוותק יש השפעה ניכרת על הבחירה" (שם, עמ' 10).

²⁸ ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 33: מנגנונים למינוי שופטים – מבט השוואתי ואמפירי" (20.3.2023).