

שינויי המשטר בישראל 2023

אסופת ניירות עמדה

עורכת: רונית לוין-שנור



הפקולטה
למשפטים
אוניברסיטת
חיפה

נבו

עורכת: רונית לוין-שנור

שינויי המשטר בישראל 2023

אסופת ניירות עמדה

הפקולטה
למשפטים
אוניברסיטת
חיפה

נבו

באסופה זו מובאים 62 ניירות העמדה שפורסמו על ידי פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה מעת הקמתו ועד טבח שמחת תורה ב-7.10.2023.

הפורום הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של כ-140 מומחים ומומחיות למשפט, חברי סגל אקדמי בכיר מכל המוסדות האקדמיים בישראל, הפועלת בהתנדבות מאז ינואר 2023 למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים-מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת ובזכויות אדם נוספות.

אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול פעולותיה של הממשלה – שעניין מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, הייעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופיה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו.

האסופה מחולקת לשבעה חלקים:

החלק הראשון עוסק בניתוח השינויים המשטריים המרכזיים עצמם. **החלק השני** מנתח את הטעמים שהוצגו על ידי תומכי השינויים לשם הצדקתם. **החלק השלישי** מציג את עמדתנו לגבי הצורך והאופן שבו יש לתקן את המבנה המשטרי בישראל. **החלק הרביעי** מציג ניתוחים השוואתיים. **החלק החמישי** מוקדש להשלכות השינויים המשטריים על אוכלוסיות שונות ומישורי חיים שונים. **החלק השישי** עוסק בשינויים חקיקתיים נוספים שמקודמים על ידי הקואליציה, **והחלק האחרון** מציג התייחסות לאופני תגובה אפשריים של שחקנים שונים.

שינויי המשטר בישראל 2023
אסופת ניירות עמדה



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען
הדמוקרטיה

שינויי המשטר בישראל 2023

אסופת ניירות עמדה

עורכת

רונית לוי-שנור

נבו

הפקולטה
למשפטים
אוניברסיטת
חיפה

הפקה: ענת זקון

מסת"ב 978-965-7832-02-8 ISBN



זכויות היוצרים שמורות

התשפ"ו–2026

נבו הוצאה לאור בע"מ

ת"ד 43 צפרירים 9983000

טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088

nevo@nevo.co.il

תְּכַמֹּזַת בַּחוּץ תִּרְנָה בְּרַחֲבוֹת תִּתֵּן קוֹלָה
(משלי א 20)

לזכרו של חברנו פרופ' גד (גדי) ברזילי ז"ל

חברות וחברי פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

המכללה האקדמית ספיר	ד"ר ראויה אבורביעה
הקריה האקדמית אונו	ד"ר מוסה אבו רמדאן
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' רונן אברהם
אוניברסיטת בר-אילן	פרופ' אורי אהרונסון
אוניברסיטת חיפה	ד"ר עילי אהרנסון
אוניברסיטת רייכמן	פרופ' ליאב אורגד
האוניברסיטה העברית	פרופ' עינת אלבין
הקריה האקדמית אונו	ד"ר יאיר אלדן
המכללה האקדמית ספיר	ד"ר עומר אלוני
המכללה האקדמית ספיר	פרופ' אורנה אליגון דר
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' ניבה אלקין-קורן
האוניברסיטה העברית	ד"ר כוכב אלקיים לוי
האוניברסיטה העברית	פרופ' דוד אנוך
האוניברסיטה העברית	ד"ר קטיה אסף זכרוב
אוניברסיטת רייכמן	פרופ' עלי בוקשפן
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר זיו בורר
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' ליאורה בילסקי
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' מיכאל בירנהק
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר אירית בלאס
אוניברסיטת תל אביב	ד"ר עפרה בלוך
המכללה האקדמית ספיר	ד"ר שמעון-ארז בלום
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' ישי בלנק
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' איל בנבנישתי
האוניברסיטה העברית	פרופ' אילן בנשלוס
אוניברסיטת בר-אילן	פרופ' איתי בר-סימן-טוב
האוניברסיטה העברית	פרופ' תומר ברודי
הקריה האקדמית אונו	ד"ר ג'ודי ברודר
אוניברסיטת חיפה	פרופ' גד (גדי) ברזילי ז"ל
המרכז האקדמי פרס	ד"ר חמדה גור-אריה
האוניברסיטה העברית	פרופ' מירי גור אריה
אוניברסיטת חיפה	פרופ' אורן גול-אייל
המכללה האקדמית נתניה	פרופ' רועי גילבר
האוניברסיטה העברית	פרופ' טלי גל
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר מיטל גלבווע
האוניברסיטה העברית	פרופ' דוד גליקסברג
האוניברסיטה העברית	פרופ' ישראל גלעד
המכללה האקדמית ספיר	ד"ר אורית גן
אוניברסיטת חיפה	פרופ' חאלד גנאים
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' אייל גרוס
אוניברסיטת חיפה	פרופ' עמנואל גרוס
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' חנוך דגן
המרכז האקדמי למשפט ועסקים	פרופ' יוסי דהאן
המכללה האקדמית ספיר	פרופ' יוסף (יוסי) דוד
אוניברסיטת תל אביב	ד"ר נטלי דודזון
האוניברסיטה העברית	פרופ' גיא דוידוב
המרכז האקדמי למשפט ועסקים	ד"ר רונית דוניץ-קידר
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' אביחי דורפמן

פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס
 ד"ר ענת הורוויץ
 ד"ר גליה הילדסהיימר
 פרופ' משה הירש
 פרופ' רות הלפרין-קדרי
 פרופ' דפנה הקר
 פרופ' אלון הראל
 ד"ר תמי הראל בן-שחר
 פרופ' גיא הרפז
 פרופ' אורי הרשטיין
 ד"ר שרון וינטל
 פרופ' סיליה וסרשטיין פסברג
 פרופ' נטע זיו
 פרופ' עלי זלצברגר
 פרופ' איל זמיר
 ד"ר לימור זר-גוטמן
 ד"ר ראיף זריק
 פרופ' דורון טייכמן
 פרופ' מיכל טמיר
 פרופ' צבי טריגר
 ד"ר לימור יהודה
 פרופ' יונתן יובל
 ד"ר עדי יוכט
 ד"ר ליהי יונה
 ד"ר עמוס ישראל-פליסהואור
 פרופ' מרגית כהן
 ד"ר אבינועם כהן
 פרופ' צבי כהנא
 פרופ' פמלה לאופר-יוקליס
 פרופ' סוזן לאסט סטון
 ד"ר רותי לבנשטיין לזר
 ד"ר רונית לוי-שנור
 פרופ' דפנה לוינסון-זמיר
 ד"ר דורין לוסטיג
 פרופ' יאיר לורברבוים
 פרופ' אסף לחובסקי
 ד"ר עדי ליבוביץ
 פרופ' עמיר ליכט
 פרופ' חגית לרנאו
 פרופ' אליאב ליבליך
 פרופ' מני מאוטנר
 ד"ר תמר מגידו
 פרופ' ברק מדינה
 פרופ' גיא מונדלק
 פרופ' שגית מור
 ד"ר פאינה מילמן-סיון
 ד"ר חנן מנדל
 ד"ר אילן סבן
 ד"ר בעז סגל
 ד"ר איריס סורוקר
 ד"ר עופר סיטבון

הקריה האקדמית אונו
 האוניברסיטה העברית
 המרכז האקדמי פרס
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת בר-אילן
 אוניברסיטת תל אביב
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת חיפה
 האוניברסיטה העברית
 האוניברסיטה העברית וקינגס קולג' לונדון
 המכללה האקדמית נתניה
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת תל אביב
 אוניברסיטת חיפה
 האוניברסיטה העברית
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 הקריה האקדמית אונו
 האוניברסיטה העברית
 המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת חיפה
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 אוניברסיטת חיפה
 המכללה האקדמית ספיר
 האוניברסיטה העברית
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 הקריה האקדמית אונו
 המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט
 האוניברסיטה העברית
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 אוניברסיטת תל אביב
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת תל אביב
 אוניברסיטת בר-אילן
 אוניברסיטת תל אביב
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת חיפה
 אוניברסיטת תל אביב
 אוניברסיטת תל אביב
 האוניברסיטה העברית
 האוניברסיטה העברית
 אוניברסיטת תל אביב
 אוניברסיטת חיפה
 אוניברסיטת חיפה
 הקריה האקדמית אונו
 אוניברסיטת חיפה
 המכללה האקדמית ספיר
 המסלול האקדמי המכללה למינהל
 המכללה האקדמית צפת

המכללה האקדמית נתניה	ד"ר מיכל סליטרניק
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' יואב ספיר
המכללה האקדמית נתניה	ד"ר מיכל עופר צפוני
הקריה האקדמית אונו	פרופ' דנה פוגין
המכללה האקדמית צפת והקריה האקדמית אונו	ד"ר מיטל פינטו
המכללה האקדמית ספיר	ד"ר איל פלג
המסלול האקדמי המכללה למינהל	ד"ר רועי פלד
אוניברסיטת בר-אילן	פרופ' אוריאל פרוקצ'יה
אוניברסיטת רייכמן	ד"ר יובל פרוקצ'יה
אוניברסיטת בר-אילן	פרופ' אורן פרז
המכללה האקדמית ספיר	ד"ר נורית צימרמן
הקריה האקדמית אונו	ד"ר אריאל צמח
אוניברסיטת חיפה	פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר
האוניברסיטה העברית	פרופ' רננה קידר
המסלול האקדמי המכללה למינהל	פרופ' איריס קנאור
המסלול האקדמי המכללה למינהל	ד"ר תמי קצביאן
המרכז האקדמי למשפט ועסקים	פרופ' שלי קרייצר לוי
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' תמר קריכלי כץ
האוניברסיטה העברית	פרופ' מרדכי (מוטה) קרמניצר
האוניברסיטה העברית	פרופ' דוד קרצמר
המסלול האקדמי המכללה למינהל	ד"ר נילי קרקו אייל
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר שירי רגב-מסלם
המסלול האקדמי המכללה למינהל והאוניברסיטה העברית	פרופ' פרנסס רדאי
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' יששכר (איסי) רוזן-צבי
אוניברסיטת רייכמן	פרופ' יניב רוזנאי
אוניברסיטת לונדון	פרופ' ענת רוזנברג
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים	ד"ר רתם רוזנברג רובינס
המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט	פרופ' יעל רוני
אוניברסיטת חיפה	פרופ' אמנון רייכמן
האוניברסיטה העברית	ד"ר שירן רייכנברג
אוניברסיטת חיפה	פרופ' נויה רימלט
אוניברסיטת חיפה	ד"ר אריאן רנן-ברזילי
המסלול האקדמי המכללה למינהל	ד"ר תמיר שאגן
האוניברסיטה העברית	פרופ' ראם שגב
אוניברסיטת חיפה	פרופ' יאיר שגיא
המכללה האקדמית נתניה	ד"ר גיא שגיא
האוניברסיטה העברית	ד"ר תומר שדמי
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים	ד"ר סיגל שהב
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים	פרופ' גילה שטופלר
משפטנית עצמאית	ד"ר כרמל שלו
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר סיון שלמה-אגון
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' הילה שמיר
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים	ד"ר גליה שניבויים
אוניברסיטת רייכמן	פרופ' אדם שנער
המכון למחקרי ביטחון לאומי וקרן ברל כצנלסון	ד"ר עידית שפרן גיטלמן
אוניברסיטת בר-אילן	ד"ר מנאל תותרי-ג'ובראן
אוניברסיטת תל אביב	פרופ' יופי תירוש

רשימת חברי הפורום מעודכנת למועד עריכת קובץ זה

תוכן עניינים

13.....	דברי הקדמה
15.....	פתח דבר

חלק ראשון – מה הם עושים? ניתוח השינויים המשטריים

19.....	1. תמצית עמדת הפורום בנושא המהפכה המשטרית המתוכננת על ידי ממשלת ישראל ה-37
21.....	2. מזכר בנושא החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" והשלכותיו
27.....	3. ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים
43.....	4. עקרונות יסוד בנוגע לכל הסדרה בחקיקה של ביקורת שיפוטית בגין אי-סבירות והתייחסות למתווה "אמיתי – בר דוד"
45.....	5. ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית
53.....	6. תוכנית הקואליציה בנוגע להרכב הוועדה לבחירת שופטים שפורסמה ביום 20.3.2023
61.....	7. התייחסות הפורום ל"מתווה פרידמן/אלבשן"
67.....	8. עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית
75.....	9. הליכי בחירת שופטים ושופטות
99.....	10. בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים
113.....	11. ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות
133.....	12. גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים

חלק שני – למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

147.....	1. חתך רחב – מבני הטיעון של דוברים התומכים בהפיכה המשטרית
183.....	2. האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרצייתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול
191.....	3. פסיקת בג"ץ בסוגיות ביטחון ושטחים
201.....	4. מערכת המשפט והגנה על זכויות מבקשי המקלט בישראל
215.....	5. הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון החוק וזכויות יסוד
221.....	6. הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון הרוב ומגבלותיו
227.....	7. שאלות ותשובות

חלק שלישי – אם רוצים לשנות איך ראוי לעשות את זה? איך כן בונים חוקה

1. ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית 233
2. סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד 243
3. מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק 257
4. הצעה למתווה בנושא הביקורת השיפוטית וסמכויות הכנסת והממשלה 269
5. עמדת הפורום בנוגע למשא ומתן המתנהל בבית הנשיא עם פתיחת כנס הקיץ של הכנסת 273
6. ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות 283
7. הפורום מסביר: איך עוצרים חקיקה 287
8. האם המתווה המעודכן של חה"כ רוטמן מהווה נושא חדש המחייב חזרה לקריאה הראשונה? 295

חלק רביעי – מה עושים במדינות אחרות? מבטים השוואתיים

1. צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission) 301
2. נייר עמדה של בכירי משפט בריטיים על אודות ההשוואה בין בריטניה לישראל 307
3. גילוי דעת של משפטנים בריטיים המתריעים כנגד השינויים המשטריים 311
4. עמדת בכירי משפט ציבורי שוויצרי על אודות ההשוואה בין שווייץ להפיכה המקודמת בישראל 317
5. מנגנונים למינוי שופטים – מבט השוואתי ואמפירי 323
6. מינוי נשיאי בתי משפט גבוהים על פי כלל הבכירות (סניוריטי) במדינות דמוקרטיות – מחקר השוואתי 341
7. רפורמת מינוי שופטים באירלנד – כמו בישראל אבל הפוך 353
8. מינוי שופטים בארצות הברית 357
9. שיטת מינוי השופטים בצרפת 363
10. מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד 371
11. ביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט בניו-זילנד 381
12. "ציון בְּמִשְׁפָּט תִּפְדָּה": תפיסת החוק, המשפט, והפרדת רשויות במשפט העברי 387

חלק חמישי – מה השינויים יעשו לנו? בחינת ההשלכות

1. הפגיעות של הזכות לבחור והזכות להיבחר כתוצאה מהרפורמה 393
2. הפגיעה בזכויות נשים בעקבות השינויים המשטריים 411

3. פגיעה בזכויות העובדות והעובדים בעקבות השינויים המשטריים בישראל..... 435
4. השפעת השינויים המשטריים המוצעים על זכויות ילדים..... 453
5. בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשטריים..... 467
6. הפגיעה בזכויות להט"בים.ות בעקבות השינויים המשטריים..... 473
7. השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק..... 487
8. פרטיות חוקתית בצל ההפיכה המשטרית..... 501
9. אין אקדמיה בלי דמוקרטיה – מה זה בעצם אומר? פגיעת ההפיכה המשטרית באקדמיה ובסגל האקדמי..... 511
10. השלכות הרפורמה המשפטית על הסביבה..... 529

חלק שישי – מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

1. הרחבת חוק ועדות קבלה – תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות..... 539
2. הערות לגבי הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה)..... 565
3. הערות לטיטת תקנות כלי הירייה (תנאי סף ותבחינים לקבלת רישיון לכלי ירייה פרטי והוראות נוספות)..... 577
4. הערות להחלטת הממשלה בנוגע להקמת משמר לאומי ועקרונות הפעלת כוח שיטור בחברה דמוקרטית..... 587
5. תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים)..... 601
6. משמעויות הסכם העברת המנהל האזרחי לידי השר במשרד הביטחון..... 607
7. חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים בשטחים..... 611

חלק שביעי – מה אנחנו צריכות לעשות? על צעדי תגובה אפשריים

1. סמכות המשטרה לפנות בכוח הפגנה שכוללת חסימת התנועה בכביש..... 633
2. חוקיות ההגבלות המשטריות על הפגנות ליד בית המגורים של אנשי ציבור..... 645
3. שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים..... 655
4. הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות לממלכה ולא למלך..... 663
5. השביתה בעתות הפיכה..... 673
6. החופש האקדמי והאיומים עליו בעקבות ההפיכה המשטרית המוצעת (וכן מדריך מעשי למרצים)..... 673

דברי הקדמה

ידידנו היקר פרופסור גד ברזילי ז"ל הקדיש את הקריירה האקדמית המרשימה שלו לבחינת הקשרים המורכבים שבין משפט לחברה. כמי שהיה לאחד מאושיות התחום, גדי האמין שהמשפט – והוא עצמו – לא יוכל להביא שינוי חברתי אם יגביל עצמו לעיסוק תיאורטי; כמי שהיה בעל תחושת צדק בלתי מתפשרת, גדי לא יכול היה לעמוד מנגד לנוכח מעשים שהיו להבנתו בלתי צודקים; בה בעת, גדי האמין כי "אין ספין מתחדדת אלא פירף של חברה". כמי שהיה חוקר מהמעלה הראשונה והעמיד תלמידים ותלמידות רבים, גדי אהב את הוויכוח האינטלקטואלי המורכב, שבו דעות שונות נבחנות זו כנגד זו. לכן, כאשר בראשית שנת 2023 פרץ בישראל משבר חוקתי חסר תקדים, שבמסגרתו סוגיות חוקתיות נדונו בלהט לא רק בפקולטות למשפטים אלא בעיקר ברחוב הישראלי, גדי הפשיל שרוולים והצטרף לוויכוח הציבורי. את עיקר מרצו הקדיש גדי לפעילות פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה; במסגרת זו, הוא היה שותף לניסוח ניירות עמדה מעמיקים אך נגישים לציבור הרחב על הסוגיות חוקתיות שניסרו בחלל האוויר. הגם שהיה חוקר בכיר ודיקן לשעבר של הפקולטה שלנו, גדי עמל ללא לאות, כשווה בין שווים, לצד חוקרים וחוקרות מכל רחבי הארץ.

לדאבון הלב, גדי נלקח מאיתנו בטרם עת במהלך חג הפסח, בחודש אפריל 2023. עם זאת, גדי תמיד הרחיק ראות, וכבר משלב מוקדם הוא הציע את איגודם של ניירות העמדה הראשונים של הפורום. אך מתבקש הוא כי אוגדן זה, שבו נכללים תוצרי עבודת חברות וחברי הפורום בשנת 2023, יוקדש לזכרו.

הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, היא פלורליסטית ויש בה מגוון דעות, כראוי לאקדמיה חופשית. מכאן, שגם על ניירות העמדה המופיעים בספר זה ניתן לחלוק וראוי לקיים דיון ענייני, מבוסס עובדות ושוחר אמת. אכן, כפי שגדי לימד אותנו, תהא אשר תהא עמדתנו בסוגיות הנדונות בספר זה, כולנו יכולים להיות שותפים לתקווה כי יהיה בפרסומו כדי לקדם דיון כזה בשאלות הרוח הגורל שנמצאות, עדיין, על סדר היום הציבורי.

פרופ' טל זרסקי
דיקן הפקולטה למשפטים
אוניברסיטת חיפה

פתח דבר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של כ-140 מומחים ומומחיות למשפט, חברי סגל אקדמי בכיר מכל המוסדות האקדמיים בישראל, הפועלת בהתנדבות מאז ינואר 2023 למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים-מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת ובזכויות אדם נוספות.

מאז ראשית הדיונים בתוכניות הקואליציה לשינויים בסדרי המשטר בישראל, שהחלו בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ב-11.1.2023, סמוך לאחר פרסום תוכניתו של שר המשפטים לוינ ב-4.1.2023, התארגן הפורום, באופן אד-הוק, כדי להגיב לשינויים המשטריים המתוכננים. חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, אסופה זו, 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, הייעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופיה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו.

באסופה זו מובאים 62 ניירות העמדה שפורסמו על ידי הפורום עד לטבח שמחת תורה (7.10.2023). כל ניירות העמדה הוכנו בתוך תקופה קצרה ביותר כתגובה להליכי חקיקה מהירים המתנהלים בכנסת ולצעדי הממשלה. מצאנו לנכון להביאם באוגדן זה כפי שפורסמו במקור (בשינויי עריכה קלים לכל היותר), לטובת התייעוד והמחקר בעתיד.

קודם לפירסום כל נייר עמדה של הפורום נערכה התייעצות בין חבריו, ובסופה התקיימה הצבעה משותפת. שמות המחברים של ניירות העמדה השונים מופיעים במרבית המסמכים, כאשר שמות המחברים העיקריים מופיעים תחילה.

האסופה מחולקת לשבעה חלקים: החלק הראשון עוסק בניתוח השינויים המשטריים המרכזיים עצמם. **החלק השני** מנתח את הטעמים שהוצגו על ידי תומכי השינויים לשם הצדקתם. **החלק השלישי** מציג את עמדתנו לגבי הצורך והאופן שבו יש לתקן את המבנה המשטרי בישראל. **החלק הרביעי** מציג ניתוחים השוואתיים. **החלק החמישי** מוקדש להשלכות השינויים המשטריים על אוכלוסיות שונות ומישורי חיים שונים. **החלק השישי** עוסק בשינויים חקיקתיים נוספים שמקודמים על ידי הקואליציה, **והחלק האחרון** מציג התייחסות לאופני תגובה אפשריים של שחקנים שונים. עודנו המומים ומטולטלים מהאסון הנורא שניחת עלינו בטבח ה-7.10.2023, אולם בעוד שאון המלחמה גובר, גם הדאגה לקיום הדמוקרטי של ישראל מתגברת. מחיר הדמים הנורא שנשאנו בו

בשל תוקפנות ואכזריות החמאס, וחטופינו המוחזקים בשעה זו בידיהם, מחייבים אותנו להגן מכל משמר על ישראל שאנו רוצים לחיות בה: מדינה דמוקרטית. אסופה זו מוקדשת לזכרו של חברנו, פרופ' גדי ברזילי ז"ל, שיזם ועודד את הוצאתה לאור, ולא זכה להוסיף ולהילחם עמנו על הדמוקרטיה הישראלית. כפי שהוא אמר: "לא שזה יעצור את הרכבת במדרון, אבל לפחות שנדע כי עשינו מה שניתן בהיבט הזה".

אתר האינטרנט שלנו: www.lawprofsforum.org.

עקבו אחרינו בטוויטר: [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum).

ליצירת קשר בדוא"ל: lawprofessorsforum@gmail.com.

חלק ראשון

מה הם עושים ? ניתוח השינויים המשטריים

1. תמצית עמדת הפורום בנושא המהפכה המשטרית המתוכננת על ידי ממשלת ישראל ה-37
2. מזכר בנושא החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" והשלכותיו
3. ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים
4. עקרונות יסוד בנוגע לכל הסדרה בחקיקה של ביקורת שיפוטית בגין אי-סבירות והתייחסות למתווה "אמיתי – בר דוד"
5. ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית
6. תוכנית הקואליציה בנוגע להרכב הוועדה לבחירת שופטים שפורסמה ביום 20.3.2023
7. התייחסות הפורום ל"מתווה פרידמן/אלבשן"
8. עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית
9. הליכי בחירת שופטים ושופטות
10. בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים
11. ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות
12. גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים

תמצית עמדת הפורום בנושא המהפכה המשטרית המתוכננת על ידי ממשלת ישראל ה-37

הופץ במקור ביום 20.1.2023 כנייר עמדה מס' 5

ממשלת ישראל מקדמת בימים אלה שורה של שינויים חוקתיים ומשפטיים מרחיקי לכת. ניתוח השינויים הוביל את פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה למסקנה כי אימוצם יפגע באופן בלתי הפיך בשיטת המשטר הדמוקרטית בישראל.

- במרכז השינויים עומדים כמה תיקונים לחוקי יסוד, שעניינם:

1. מתן שליטה מוחלטת לרוב הקואליציוני במינוי שופטים לכל הערכאות השיפוטיות – החקיקה המוצעת משנה את הרכב הוועדה לבחירת שופטים ומעניקה לקואליציה רוב אוטומטי בהחלטות על מינוי שופטים. שינוי זה חותר תחת עצמאות הרשות השופטת, פוגע במקצועיות של השופטים, ויגרום לפוליטיזציה של השפיטה.

2. מניעת ביקורת שיפוטית אפקטיבית על חקיקת הכנסת – לפי החקיקה המוצעת, בית המשפט העליון יוכל להכריז על בטלות חוק עקב אי-חוקתיות רק בהחלטה פה אחד של כל 15 שופטיו (ולפי גרסה אחרת, ברוב של 12 שופטים), והקואליציה תוכל "להתגבר" על סמכות הביטול של בית המשפט באמצעות הרוב המובטח לה בכנסת. בנוסף, לבית המשפט לא תהיה סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, יהא תכנם אשר יהא. שינויים אלה יפגעו בצורה קשה ביכולתו של בית המשפט להגן על זכויות אדם ועל יסודות הדמוקרטיה.

3. דילול הביקורת השיפוטית על החלטות הממשלה ושריה – לפי החקיקה המוצעת, חוסר סבירות קיצוני של החלטות ממשלה, שרים, ורשויות שלטוניות אחרות לא יקים מעתה עילה לביקורת שיפוטית על ההחלטה. שינוי זה עלול לסלול את הדרך לשימוש בכוח שלטוני באופן פגום, שרירותי, או מוטא, ומבלי להתחשב כראוי בזכויות אדם או באינטרסים ציבוריים.

4. החלשה משמעותית של מנגנון היעוץ המשפטי לממשלה כשומר סף – החקיקה המוצעת מבטלת את מעמד היעוץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה כפרשנים המוסמכים של החוק כלפי הממשלה, הופכת את חוות דעתם לבלתי מחייבות, ופותחת ערוץ רחב לקבלת חוות דעת פרטיות או ייצוג פרטי. לפי הצהרות גורמים בממשלה, יש בכוונתם גם להפוך את הליך המינוי של היועצים המשפטיים לפוליטי ולא מקצועי. שינויים אלו יאפשרו לממשלה ולשריה לפעול בניגוד לחוק, והם עשויים לעודד שחיתות שלטונית ולפגוע ביציבות הכלכלית.

- לצד החלשת הפיקוח המשפטי החיצוני של בתי המשפט והפיקוח המשפטי הפנימי של היועצים המשפטיים על פעולות הממשלה, הממשלה החדשה מקדמת מהלכים נוספים שיביאו לריכוז כוח מופרז ובלתי מבוקר בידי הרשות המבצעת, לרבות חיזוק השליטה של הדרג הפוליטי במשטרה ובצבא, סגירת תאגיד השידור הציבורי, וצמצום הפעילות של ארגוני חברה אזרחית.

- עמדת הפורום היא שכל אחד משינויים אלו כשלעצמו מעניק כוח יתר לרוב הקואליציוני. בעוד שניתן לקדם רפורמות מאוזנות במערכת המשפט, השינויים המוצעים אינם מאוזנים כלל. חמור

- מכך, שילובם של השינויים יחדיו יוביל לריכוז כוח כמעט בלתי מוגבל בידי הממשלה, שכבר היום שולטת בכנסת, ומעתה תוכל לשלוט גם ברשות השופטת. משמעות הדבר היא פגיעה קשה בעקרונות היסודיים של הפרדת רשויות, שלטון החוק, והגנה על זכויות אדם. במילים אחרות, תיקוני החקיקה, אם יתקבלו, ישנו באופן מהותי את שיטת המשטר שקיימת כיום בישראל.
 - תנאי הכרחי, אף אם לא מספיק, לאימוץ תיקוני חקיקה שמשנים באופן מהותי את שיטת המשטר, הוא קבלתם בהסכמה רחבה, במסגרת הליך תקין שכולל דיונים מעמיקים ושיתוף של כל הגורמים הפוליטיים והמקצועיים הרלוונטיים. ההליכים שבהם נוקטת כעת הקואליציה אינם כאלה. **תיקוני החקיקה מקודמים בהליכים מואצים ופגומים באופן חסר תקדים אשר חורגים ממסלולי חקיקה מקובלים, עוקפים את מנגנוני היעורר המשפטי, ומונעים דיון מקצועי וציבורי מעמיק בכל אחד מהתיקונים בנפרד, ובהשלכות המצטברות של כל התיקונים כמכלול.**
 - בניסיון להעניק לתיקוני החקיקה לגיטימציה, גורמים בממשלה טוענים שהתיקונים אינם חורגים מהמקובל במדינות דמוקרטיות אחרות. טענה זו אינה נכונה. אומנם, חלק מההסדרים המשפטיים שהממשלה מקדמת כעת קיימים במדינות דמוקרטיות, אך **אין בעולם אף מדינה דמוקרטית שמתקיים בה שילוב של כל ההסדרים האלה.** יתרה מכך, ברוב המדינות הדמוקרטיות קיימים מנגנונים אחרים שמגבילים את הכוח של הרשות המבצעת, כמו חוקה מקיפה ונוקשה, שני בתי מחוקקים, שיטת משטר נשיאותית, מבנה מדינתי פדרלי, בחירות אזוריות, או כפיפות לבתי משפט על-מדינתיים שמגנים על זכויות אדם ועקרונות יסודיים דמוקרטיים. בישראל, אף אחד ממנגנוני האיזון והבקרה האלה לא קיים. אימוץ סלקטיבי של הסדרים שמחזקים את כוחה של הממשלה במדינות זרות ללא ההסדרים והמנגנונים שמאזנים אותם **יצור בישראל מבנה משפטי פגום, ויעמיד אותה לצד מדינות שמצויות בשנים האחרונות בנסיגה דמוקרטית חמורה, כמו טורקיה, הונגריה ופולין.**
 - לבסוף, חשוב להדגיש שהשינויים שמקדמת הממשלה בסדרי השלטון והמשפט בישראל **עשויים להיות בלתי הפיכים.** עם החלשת מנגנוני האיזון והבקרה, הרוב הקואליציוני יוכל לנקוט באין מפריע בצעדים נוספים שיבצרו את שלטונו למשך שנים רבות. חלק מהתוכניות שמופיעות בהסכמים הקואליציוניים או נשמעות לאחרונה מפי חברי הקואליציה, מעידות על כוונות לצמצם את חופש הביטוי של גורמי אופוזיציה, להוציא מתוכניות הלימוד בבתי הספר תכנים העוסקים בדמוקרטיה וזכויות אדם, ואף לתקן את סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת באופן שימנע ממפלגות המצויות כיום באופוזיציה להתמודד בבחירות בעתיד. כפי שמעיד הניסיון של מדינות אחרות בעולם שחוו נסיגה דמוקרטית, הגבלת כוחם של בתי המשפט צפויה להיות רק צעד ראשון בדרך לביטול הדמוקרטיה בטווח הארוך.
- פורום המרצות והמרצים למשפטים קורא לגורמים בממשלה ובכנסת שאינם מוכנים לקחת חלק בריסוק הדמוקרטיה, ולכל מי שיש ביכולתו להשפיע, לצאת חוצץ כנגד הכוונה לבצע מהפכה משטרית, אשר תעניק לממשלה כוח כמעט בלתי מוגבל ותפגע הן בחוסנה האזרחי והמוסרי של מדינת ישראל והן במעמדה הבינלאומי.
- נייר עמדה זה נכתב על ידי:
ד"ר מיכל סליטרניק, המכללה האקדמית נתניה
פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

מזכר בנושא החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" והשלכותיו

הופץ במקור ביום 28.7.2023

במזכר זה אנו מסבירים את תוכנו ואת משמעותו של מה שמכונה החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות", אשר אושר על ידי כנסת ישראל ב-24 ביולי 2023, ומתייחסים לצעדים העתידיים לבוא.

א. מהו החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות"?

למרות המחאות הציבוריות הרחבות, התנגדותם של מומחים ומומחים רבים מתחומי המשפט, הכלכלה, הצבא, ומומחים ובכירי ממשל לשעבר אחרים, וההחלטה של משרתי מילואים בחיל האוויר וביחידות אחרות שלא להמשיך להתנדב לשירות מילואים, עבר ביום שני ה-24 ביולי 2023 החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" בקריאה שנייה ושלישית בכנסת, והפך לחוק. הצעת החוק שהתקבלה היא תיקון לסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. סעיף זה הגדיר את סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ), בין השאר, לבקר פעולות והחלטות שלטוניות. על פי התיקון, אף בית משפט, לרבות בג"ץ, לא יהיה רשאי מעתה לדון או לתת צו "בעניין סבירות ההחלטה של הממשלה, של ראש הממשלה או של שר אחר". התיקון מגדיר "החלטה" כ"כל החלטה, לרבות בענייני מינויים או החלטה להימנע מהפעלת כל סמכות".

ב. המשמעות המשפטית של התיקון

המשפט המנהלי של ישראל הוא חלק מהמשפט המקובל של המדינה, דהיינו, המשפט שנוצר במהלך השנים באמצעות תקדימים שיפטיים. חלק גדול מהמשפט הזה נוגע לעילות הביקורת השיפוטית על פעולות והחלטות מנהליות, המופעלת בעיקר, אך לא רק, על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ. כיצד משתלבת דוקטרינת חוסר הסבירות בביקורת שיפוטית זו?

העילה הראשונה והבסיסית ביותר לביקורת שיפוטית על פעולות מנהליות היא היעדר סמכות חוקית לפעולה המנהלית המסוימת (*ultra vires*). כאשר ישנה סמכות חוקית לקבל את ההחלטה או לבצע את המעשה, האופן שבו נעשה שימוש בסמכות זו במקרה מסוים נתון לביקורת שיפוטית. ביקורת זו עשויה להתבסס על היעדר הליך תקין (כגון אי-מתן שימוע לאנשים שעלולים להיות מושפעים מהמעשה או מההחלטה), או על שימוש לא ראוי בשיקול הדעת שהחוק המסוים מעניק לגוף המנהלי הנדון.

קיימות עילות אחדות היכולות לבסס הכרעה שנעשה שימוש פסול בשיקול הדעת המנהלי: אם המטרה שלשמה הוא יושם אינה המטרה שלשמה העניק החוק את הסמכות לרשות המנהלית; אם בקבלת ההחלטה נשקלו שיקולים זרים; אם ההחלטה הייתה מפלה; אם לא הייתה תשתית עובדתית ראויה להחלטה. עם זאת, גם כאשר לא מתקיימת אף אחת מהעילות הללו, רשאים בתי המשפט לבטל החלטה מנהלית אם היא בלתי סבירה באופן קיצוני. בתאוריה, ניתן להשתמש בעילת חוסר הסבירות

כאשר מקבל ההחלטה שקל את כל השיקולים הרלוונטיים, אך ייחס משקל לגורמים מסוימים באופן כל כך לא מאוזן עד שההחלטה הפכה לבלתי סבירה באופן קיצוני. בפועל, רק במקרים נדירים דוקטרינת חוסר הסבירות הופעלה, וזאת כדי לבטל מינויים של שרים ובכירי ציבור אחרים שהוגש נגדם כתב אישום בגין עבירות שחיתות חמורות או שביצעו עבירות חמורות בעברם, וכן כאשר בית המשפט הגיע למסקנה שהנימוקים להחלטה היו למעשה לא ראויים או מושחתים. בהחלטה מרכזית (ושנויה במחלוקת) משנת 1993, החליט בית המשפט העליון כי אין זה סביר שראש הממשלה יצחק רבין לא ישתמש בסמכותו לפטר שר בממשלה שהואשם בעבירות שחיתות חמורות. החלטת בית המשפט העליון לאלץ את ראש הממשלה רבין לפטר את השר האמור, והחלטתו לאחרונה של בית המשפט העליון לבטל את מינויו של אותו אדם לשר בממשלתו הנוכחית של ראש הממשלה נתניהו לאחר שהורשע בעבירות מס, היו אחד מהגורמים המרכזיים שחזקו את הדרישות לביטול חוסר הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה ושריה. הטענה של תומכי החוק לביטול עילת חוסר הסבירות היא שהחלטות כאלה צריכות להישאר בידי פוליטיקאים נבחרים ולא בידי בית המשפט.

ג. ההקשר הפוליטי של התיקון

כשבוחנים אותו בצורה מופשטת, במנותק מההקשר הפוליטי והחוקתי הנוכחי, ייתכן שהחוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" לא נראה כל כך חמור וקיצוני. הרי לבתי המשפט נותרה עדיין הסמכות לבחון את צעדי הממשלה בעילות אחרות, והתיקון חל רק על החלטות של הממשלה, ראש הממשלה והשרים. עם זאת, חיוני לראות את התיקון בהקשרו הפוליטי והחוקתי. תיקון זה הוא החלק הראשון בתוכנית כוללת שהציע שר המשפטים בינואר 2023, ימים ספורים לאחר עליית הממשלה הנוכחית לשלטון. תוכנית זו מכוונת להחלשת כוחו ועצמאותו של בית המשפט העליון ולהעברת כוח עודף לרשות המבצעת באופן חסר תקדים, בשורה של צעדים שיטתיים, הכוללים: שינוי שיטת בחירת השופטים והשופטות כך שתהיה לקואליציה שליטה מוחלטת על בחירתם; חיסון חוקי יסוד מביקורת שיפוטית (ללא הגבלה על מה שעשויים לכלול חוקי יסוד או על תהליך חקיקתם); הגבלה חמורה של ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה; מתן הרשאה לקואליציה בכנסת לחוקק מחדש חקיקה שנפסלה על ידי בית המשפט כבלתי חוקתית; החלשה חמורה של כוחם של היועצים המשפטיים בכל משרדי ורשויות הממשלה, על ידי הפיכתם למינויים פוליטיים שניתן למנות ולפטר כלאחר יד, ועל ידי הגדרת הייעוץ המשפטי שלהם, שנתפס עד כה כייעוץ מחייב בדרך כלל, כייעוץ שניתן להתעלם ממנו. אין תקדים בהיסטוריה החוקתית של ישראל לחקיקה המבקשת באופן כה בוטה וישיר לצמצם את סמכות בתי המשפט בישראל לבחון פעולות חקיקתיות ומנהליות. ברור שהחוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" הוא החלק הראשון בתוכנית הממשלה להחליש את מערכת המשפט ולשחרר את הממשלה מכל מגבלה אפקטיבית על שימוש חסר רסן בסמכויותיה.

חשוב להבין את השינוי הזה גם בהקשר הרחב יותר של המסגרת החוקתית הקיימת בישראל: עוד בטרם חקיקת כל מרכיבי התוכנית של שר המשפטים שאימצה הממשלה, הרשות המבצעת בישראל היא בעלת עוצמה יוצאת דופן בהשוואה לרוב המדינות הדמוקרטיות. הממשלה בישראל שולטת למעשה בכנסת ובמטרות וביעדים של חקיקת החוקים (כולל חקיקת חוקי יסוד), והיא אינה מוגבלת על ידי אילוצים ובלמים ואיזונים קיימים בדמוקרטיה חוקתית רבות אחרות (כגון חוקה נוקשה, שני בתי מחוקקים, וטו נשיאותי, משטר פדרלי וכו'). מכאן, שהמטרה הברורה של תוכנית הממשלה היא ליצור משטר סמכותני, שבו הרשות המבצעת לא רק שולטת ברשות המחוקקת אלא גם יכולה לעשות פחות

או יותר כל מה שהיא רוצה, ללא פיקוח אפקטיבי או בקרה של הרשות השופטת (ועם לגיטימציה הנשענת על בחירות חופשיות מבחינה פורמלית). החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" הוא אפוא רק הצעד הראשון לקראת רודנות בחסות החוק, השוללת מבתי המשפט גוף פסיקה שלם ששימש כמגבלה העיקרית מפני שרירות ושחיתות. הבנת ההקשר והחומרה של צעד זה, שעלול להיתפס בטעות כצעד משפטי טכני (או להיות מוצג, באופן מניפולטיבי, ככזה), הולידה את המחאה חסרת התקדים ואת ההתנגדות הציבורית שהתבטאו ברחובות, בתקשורת ובמרחב הציבורי בישראל.

ד. חוסר הסכמה ציבורית

הן הציבור הישראלי והן משקיפים זרים בעלי הידע הנדרש הבינו במהירות כי מה שמכונה "הרפורמה המשפטית" יחולל שינוי חוקתי עמוק ושינוי משטרי. הדבר יצר לחץ אדיר על ראש הממשלה נתניהו שלא להמשיך ב"רפורמה המשפטית" הזו ללא הסכמה ציבורית רחבה. על פי דיווחים בעיתונות, ראש הממשלה מר בנימין נתניהו הבטיח הן לסוכנויות דיוג האשראי הבינלאומיות והן לכמה ממשלות זרות, כולל לנשיא ארה"ב, כי ימנע מלקדם את ה"רפורמה" מבלי להבטיח תחילה תמיכה ציבורית רחבה בצעדי החקיקה המרכיבים אותה. הקואליציה אכן השתתפה בדיונים בחסות נשיא המדינה, מר יצחק הרצוג, שקיווה להשיג הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה. עם זאת, הדיונים הללו העלו חרס, כאשר יש המפקקים בתום ליבה של הממשלה ובכוננותה, אי פעם, להתפשר במהלך הדיונים. העברת החוק ל"תיקון עילת חוסר הסבירות" חרף ההתנגדות הציבורית חסרת התקדים, היא ההוכחה האולטימטיבית לכך שכל ההבטחות של ראש הממשלה נתניהו כי הוא ישאף לתמיכה ציבורית רחבה לקראת גיבוש הצעדים להרחבת הכוח הביצועי ושינוי המבנה החוקתי של המדינה, הן בעלות ערך מועט או חסרות ערך כלל.

ה. ההשפעות המידיות הצפויות של התיקון

הסכנה המידית של התיקון אינה בליבת תחום זכויות הפרט, שכן ההגנה על זכויות אלו אינה נשענת ישירות על דוקטרינת חוסר הסבירות. השפעתה המידית העיקרית צפויה להיות בתחום השחיתות, לרבות שימוש (או יותר נכון שימוש לרעה) בכספי ציבור, ומינויים והדחה של משרתי ציבור מתפקידם על ידי הממשלה. הממשלה ושריה ירגישו כעת חופשיים להשתמש בכספי ציבור אך ורק כדי לשרת את האינטרסים הפוליטיים הצרים שלהם, תוך התעלמות מטובת הציבור שאמורה להנחות כל ממשלה שנבחרה באופן דמוקרטי. סביר להניח שנעמוד בפני מבוך של מינויים מאוד לא ראויים לתפקידים החשובים והרגישים ביותר במנהל הציבורי ובתאגידים הממשלתיים. האיום המידי העיקרי הוא החשש מפני החלטת ממשלה לפטר את היועצת המשפטית לממשלה העומדת בראש התביעה הכללית, ולהחליף אותה בעורך דין התומך בביטול ההליך הפלילי המתנהל נגד ראש הממשלה נתניהו בעבירות של שחיתות. חשש נוסף הוא שבית המשפט לא יוכל להתערב בסירוב המתמשך של שר המשפטים לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, עד שיעברו חוקים נוספים שיבטיחו לקואליציה שליטה מלאה בוועדה, למרות שחברי הכנסת, נציגי לשכת עורכי הדין והשופטים החברים בוועדה הנוכחית נבחרו כדין. יתרה מכך, הסכנה הכללית יותר היא שביטול עילת הסבירות כאמת מידה משפטית תיתפס בעיני הממשלה ושריה כהיתר כללי לפעול באופן בלתי סביר. כמו כן, יש להדגיש כי לא ניתן לאמוד את השפעת התיקון רק על פי מספר המקרים שבהם בית המשפט העליון לא יוכל להתערב בפעולות

מושחתות ובלתי סבירות בעליל. התיקון יחליש את כוחם של היועצים המשפטיים בכל רמות הממשלה לבלום החלטות בלתי חוקיות, מושחתות ומונעות משיקולים פוליטיים צרים. כלי עיקרי לבלמת החלטות ופעולות מסוג זה ברמת המשרד והמחלקה הן אזהרות של יועצים משפטיים כי מעשים כאלה יבוטלו על ידי בתי המשפט בעילה של חוסר סבירות קיצוני. מהלך דברים בסיסי ומכריע זה, של גדיעת שחיתות מוסדית (כמו גם אישית) באיבה, בוטל כעת, ללא אמצעי מתווך חלופי שהוגדר במקומו.

ו. התיקון והשטחים הכבושים

התוכנית הממשלתית של מה שמכונה "רפורמה משפטית" אינה ניתנת להפרדה מחלקי המדיניות האחרים של הממשלה, כולל המדיניות בגדה המערבית. בעוד שבית המשפט העליון נמנע מביטול מדיניות ונהלי הממשלה בגדה המערבית, גם כאשר מדיניות ונהלים אלו לא עלו בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, הוא התערב לעיתים ביישום המדיניות במקרים קונקרטיים כאשר הוא מצא כי היישום היה לא סביר באופן קיצוני. לכאורה, התיקון מבטל אפשרות זו של תרופה למקרים פרטניים, ובכך מחליש עוד יותר את ההגנות המשפטיות המצומצמות ביותר גם כך, מהן נהנו פלסטינים עד כה. לאור הכישלון המתמשך של צה"ל להבטיח הגנה פיזית לפלסטינים שחייהם, ביטחונם ורכושם מאוימים על בסיס יומיומי על ידי ישראלים, לא ניתן להתעלם מהמסר המועבר דרך החלשת האפשרות לסעד שיפוטי לפלסטינים.

ז. מה עכשיו בשדה המשפטי?

מספר קבוצות כבר הגישו עתירות לבית המשפט העליון המערערות על חוקתיות התיקון בנימוקים שונים. אחד האתגרים העומדים בפני עתירות אלו הוא שתיקון זה נחקק כחוק יסודי, ועד היום אין תקדים לביטול בפועל של סעיף בחוק יסוד על ידי בית המשפט. ממשלת נתניהו נוקטת בקו שלפיו חוקי היסוד אינם נתונים לביקורת שיפוטית, בעוד שהעותרים ומומחים משפטיים טוענים כי לבית המשפט יש כמה עילות משפטיות שעל בסיסן הוא יכול להתערב. בית המשפט יצטרך להחליט אם לקבל טיעונים המבוססים על הרעיון של "שימוש לרעה בכוח חוקתי", או של "תיקון חוקתי לא חוקתי". בעוד שבית המשפט הכיר בדוקטרינות אלו בפסקי דין קודמים, הוא נמנע עד כה מלהפעיל אותן כדי לבטל סעיף בחוק יסוד. בית המשפט יצטרך לשקול גם אם להתערב בתיקון על בסיס הטענה של פגמים בהליך הפרלמנטרי של חקיקתו. בית המשפט פסל בעבר חוק שהתקבל בהליך לא תקין. נותר לראות אם יעשה זאת גם במקרה הנוכחי.

ח. מה עכשיו בשדה הפוליטי?

משנכנסה הכנסת לפגרה בסוף חודש יולי, עד לכינוס הכנסת במושב הבא, לא יתאפשר לממשלה לחוקק חלקים נוספים מ"הרפורמה המשפטית" המתוכננת (אלא אם תנקוט בצעדים בלתי שגרתיים). עם זאת, העברת התיקון בעניין עילת חוסר הסבירות חייבת להותיר אנשים ללא אשליות. אי אפשר לסמוך על הממשלה הזו שתנטוש אף חלק מהתוכנית המקורית שלה. חלק נוסף של התוכנית, השינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, עבר כבר בקריאה ראשונה בכנסת ואת דיוני הוועדה המכינה, וניתן יהיה להשלים את חקיקתו תוך ימים ספורים לאחר כינוס הכנסת במושב אוקטובר. לפיכך, המאבק

הפוליטי חייב להימשך. זהו צעד חיוני בניסיון לעצור את תוכנית הממשלה הנוכחית לפירוק המוסדות הדמוקרטיים של ישראל.

התיקון הנוכחי צריך להוות מסר גם למשקיפים זרים. הם לא צריכים להשתכנע מהרטוריקה של ראש הממשלה נתניהו על חיזוק הדמוקרטיה. תוכניותיו מכוונות להחלשת הבלמים והאיזונים שהם חלק מהותי של כל משטר דמוקרטי, ולא לחזק את האופי הדמוקרטי של המדינה.

נשיא ארה"ב ביידן הצהיר כי בממשלה הנוכחית מכהנים השרים הקיצוניים ביותר שהוא מכיר. זו הייתה אמירה מדויקת. עם זאת, יש להבין שהממשלה אינה קיצונית מכיוון שכמה קיצונים הצליחו איכשהו להצטרף אליה. כל השרים בממשלה מונו לתפקידיהם על ידי ראש הממשלה נתניהו. מי שאחראי להיות הממשלה קיצונית הוא לא אחר מראש הממשלה נתניהו. ללא ראש הממשלה נתניהו, אנשים המכהנים כעת בתפקידי הממשלה הרגילים ביותר היו נשאים בשולי הזירה הפוליטית הישראלית. ברור שעמדת הממשלה היא הרבה יותר קיצונית מזו של הציבור בישראל. בחודשים האחרונים, סקרים רבים הראו בעקביות שרוב יציב של הישראלים (ואפילו חלקים ניכרים מהישראלים שהצביעו לממשלה הנוכחית) אינם תומכים בתוכנית הממשלה. במהלך החודשים האחרונים יצאו מאות אלפי ישראלים לרחובות, שבוע אחר שבוע, כדי להגן על הדמוקרטיה שלהם.

נכתב על ידי :

פרופ' (אמריטוס) דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

ביחד עם :

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר אילן

ד"ר נטלי דוידזון, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס, הקריה האקדמית אונו

פרופ' דפנה הקר, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' יונתן יובל, אוניברסיטת חיפה

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

תורגם מאנגלית על ידי יסמין דרור ופרופ' דפנה הקר

ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים

הופץ במקור ביום 25.6.2023 כנייר עמדה מס' 50

תקציר

- ההצעה המקודמת בימים אלה על ידי יו"ר ועדת החוקה לעניין ביטול עילת אי-הסבירות זהה לזו שהוצגה על ידיו לפני שישה חודשים.
- עמדת הפורום היא שהצעה זו פסולה ויש להתנגד נחרצות לחקיקתה. חקיקת ההצעה עלולה לפגוע באופן חמור באיכות פעולות השלטון ובהרחקתן מהסיכונים של שחיתות אישית ומוסדית. היא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון.
- על אף מחלוקות שונות בפסיקה ובספרות האקדמית בעניין יישום עילת אי-הסבירות בידי בית המשפט, אין בהן כדי לבסס את ההצעה לשלול לחלוטין, בחוק, את תחולת העילה על החלטות גופים מסוימים (כגון ממשלה, שרים, נבחרי ציבור אחרים) באופן גורף וללא כל הבחנה בנוגע לסוג ההחלטה, וללא הכפפת החלטות אלה לביקורת שיפוטית בעילת אי-הסבירות כמופרכות או שרירותיות. זוהי הצעה קיצונית מאוד, ואין אף הצעה או עמדה בספרות או בפסיקה המאמצת מודל דומה.
- ההצעה משחררת את הגופים האמורים מכל כפיפות לביקורת שיפוטית על בסיס עילת אי-הסבירות, גם כאשר החלטותיהם אינן מבטאות קביעת מדיניות רוחבית-ערכית וגם כאשר הן שרירותיות או מופרכות, באופן שלא רק שאינו מקובל אלא אף עומד בניגוד ישיר לעקרון שלטון החוק.
- פיתוח חקיקתי של המשפט המנהלי הישראלי צריך להיעשות באמצעות חקיקה של נורמות החלות על המנהל, לא בקביעת גבולות הסמכות של בית המשפט. דיון מסוג זה צריך להיעשות במנותק מאינטרסים צרים של הממשלה והקואליציה הנוכחיות, ולפיכך מועד תחילתו של חוק כזה צריך להידחות לתקופת כהונתה של הכנסת הבאה, או שעליו להיחקק ברוב גדול במיוחד.
- הכוונה לחוקק את החוק בקולות הקואליציה בלבד, על רקע קיומה של מחלוקת עזה בציבור, ומבלי שנתקיימו הליכים שקולים ומקצועיים לבירור הצורך בחקיקה והאופן שבו יש לאסדר את הפעלת שיקול הדעת המנהלי והביקורת השיפוטית עליו, מבססים חשד ממשי כי כל תכליתו היא לפטור את הממשלה הנוכחית מביקורת שיפוטית ולאפשר לה להחליט החלטות המתעלמות מן האינטרס הציבורי והמקדמות אינטרסים צרים.

א. מבוא

בהצעת יו"ר ועדת החוקה סייג שעניינו צמצום הסמכות לביקורת שיפוטית.¹ הנוסח המוצע הוא זה:

15(ד1). על אף האמור בחוק-יסוד זה, מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, לרבות בית המשפט העליון, לא ידון ולא ייתן צו נגד הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר ציבור אחר כפי שייקבע בחוק, בעניין סבירות החלטתם.

ההוראה הנ"ל זהה להצעה שכבר פורסמה מטעמו של יו"ר ועדת החוקה בחודש ינואר 2023. דיון בעילת אי-הסבירות ודיון ראשון בהצעות הקואליציה לביטול הובאו בנייר עמדה קודם שפרסם הפורום.² נייר העמדה הנוכחי נועד להוסיף על האמור בנייר העמדה הקודם, תוך התמקדות בהצעה הנדונה כעת להחרגת החלטות הממשלה, השרים ונבכרי ציבור אחרים מתחולתה של עילת אי-הסבירות.

עמדת הפורום היא שהצעת יו"ר הוועדה היא פסולה ויש להתנגד נחרצות לחקיקתה. חקיקת הצעת החוק עלולה לפגוע באופן חמור בשלטון החוק, באיכות פעולות השלטון ובהרחקת מהסיכונים של שחיתות אישית ומוסדית. ההצעה פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון.

אופן היישום המקובל בפסיקה של היבטים מסוימים של העילה בדבר "אי-סבירות" שנוי במחלוקת בפסיקה ובספרות האקדמית. המחלוקת באה לידי ביטוי נרחב בפסיקה בית המשפט העליון ובכתיבה אקדמית, וגם בקרב חברות וחברי הפורום יש עמדות מגוונות בעניין זה. על אף המחלוקת, אין בהן כדי לבסס את ההצעה לשלול בחוק את החלת העילה על החלטות מוסדות מסוימים (כגון ממשלה, שרים ונבכרי ציבור אחרים) באופן גורף ומבלי כל הבחנה ביחס לסוג וטיב ההחלטות. לכאורה, אך טבעי ומתבקש שהכנסת תבחן את מכלול ההיבטים שעולים בדיון הביקורתי ותגבש חקיקה מיטבית. אלא שהצעת החוק הנוכחית, שהיא פשטנית מאוד, לוקה בכמה בעיות היורדות לשורש הדבר:

- ההצעה שבית המשפט לא יהיה מוסמך לבחון כלל כל היבט שהוא של סבירות ההחלטה מוצעת בלא שנלווית לה אסדרה כוללת של האופן הראוי להפעלת שיקול הדעת המנהלי, הכולל גם החלטות ממשלה.
- הניסוח הגורף של ההצעה, כך ששלילת הסמכות לביקורת שיפוטית תוחל על כל ההחלטות של גופים מסוימים (ממשלה, שרים, נבכרי ציבור אחרים); בלי להבחין בין החלטות על פי טיבן (החלטת מדיניות כללית ועקרונית לעומת החלטה קונקרטית); בלי להבחין בין סוגים שונים של סטייה מסטנדרט הסבירות (כגון ההבחנה בין סבירות כמופרכות, קפריזיות ושרירותיות לבין

1 נוסח מוצע לדיון מטעם יו"ר ועדת חוקה: הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – עילת הסבירות), מיום 20.6.2023 (להלן: הצעת יו"ר ועדת החוקה).

2 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 6: ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 25.1.2023) (להלן: נייר עמדה מס' 6).

הסבירות האזונית);³ ובלי להבחין בין היבטים הליכיים, שנובעים מדרישת הסבירות, לבין היבטים שקשורים לתוכן ההחלטה.

- אופן החקיקה של ההצעה, הצפוי להיעשות ברמה חוקתית (בחוק יסוד) ובקולות הקואליציה בלבד, על רקע המחלוקת העזה ששוררת בנוגע למהלכי הממשלה לקידום מה שמכונה "הרפורמה המשפטית", על אף שסוגיות עקרוניות חוקתיות נדרשות להיעשות בתהליך דיאלוגי בין חלקי בית המחוקקים ובהסכמה רחבה.⁴ לכך נלווית טענה כוזבת שלפיה הנוסח המוצע עולה בקנה אחד עם הסכמות כביכול בדיונים בבית הנשיא או עם הוראות "מתווה העם" שפרסם נשיא המדינה. לא רק שנוסח ההצעה שונה מהותית מן הנוסח שנדון במסגרות השונות שהוזכרו, אלא גם משום ש"מתווה העם" של הנשיא, וכמוהו גם הדיונים לפשרה בחסות בית הנשיא, התבססו מפורשות וכתנאי בלעדיו-אין על "עסקת חבילה" כוללת, שהיא קריטית כדי לבחון צמצום זה או אחר של הסמכות לביקורת שיפוטית, בוודאי חיסול מוחלט של עילת הסבירות ביחס להחלטות הממשלה והשרים, כפי שמוצע בהצעת יו"ר ועדת החוקה.

אנו סבורים שהדרך הראויה לפעולה בעניין זה היא הקמת ועדה ציבורית לבחינה של חוק להפעלת סמכויות המנהל הציבורי, שבמסגרתו ייבחנו הן אמות המידה שלפיהן אמורות להיות מופעלות סמכויות הרשות המבצעת והן אמות המידה לביקורת שיפוטית. ראוי כי ההמלצות המנומקות של הוועדה יובאו לדיון ציבורי ולדיון בכנסת, תוך פרישה של מכלול השיקולים הרלוונטיים, הערכה של המצב הקיים ושל ההשלכות הצפויות של שינויו. דיון מסוג זה צריך להיעשות במנותק מאינטרסים צרים של הממשלה הנוכחית והקואליציה הנוכחית, ולפיכך מועד תחילתו של חוק כזה צריך להידחות לתקופת כהונתה של הכנסת הבאה,⁵ או שעליו להיחקק ברוב גדול במיוחד. מהלך כמו זה הנוכחי, שבו הקואליציה מבקשת לקדם את הצעת החוק בנוסח שמתייחס כביכול רק לסמכויות בית המשפט אך בפועל ישפיע עמוקות על פעולת הרשות המבצעת, וזאת ללא אסדרה כוללת של הנושא לאחר בחינה ודיון מעמיקים, הוא מהלך שמתקיים לגביו חשש ממשי שתכליתו העיקרית היא לפטור את הממשלה הנוכחית מביקורת שיפוטית ולאפשר לה להחליט החלטות המתעלמות מן האינטרס הציבורי ומקדמות אינטרסים צרים – כולל, בטווח הזמן המידי, את מינויו של ח"כ דרעי לשר.⁶

ב. מונחון

המונח "עילת הסבירות", שהוא למעשה "עילת אי-הסבירות", משמש למגוון משמעויות. להלן נשתמש בהבחנות המקובלות הבאות, כל כולן חוסות תחת הכותרת "עילת אי-הסבירות".

- 3 ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות – וריסון" **משפטים** נא 673 (2022) (להלן: דותן "ריסון").
- 4 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023); "נייר עמדה מס' 9: סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 7.2.2023).
- 5 על תחולה נרחבת, ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק" (הופץ ביום 12.2.2023).
- 6 איננו מביעים כאן עמדה בשאלה אם תחוקק הצעת החוק במתכונת המוצעת אכן ניתן יהיה להשיב את ח"כ דרעי לשולחן הממשלה, בין השאר שכן אפשר שעניינו האישי חוסה תחת עילת "ההשתק השיפוטי". ראו בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (נבו 18.1.2023).

טבלה 1: מונחון למובנים השונים של עילת אי-הסבירות

 עילת אי הסבירות מונחון למובנים השונים של עילת אי-הסבירות	
אי-סבירות מהותית	
אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות	כאשר החלטה המנהלית מופרכת בעליל או שרירותית.
אי-סבירות איזונית	כאשר לא ניתן בהחלטה "משקל" ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה.
אי-סבירות הליכית	
כאשר נפל פגם בהליך שלפיו יש להחליט, ובכלל זה בזהות הגורמים שאחראים להשתתף בהכרעה, אלה שיש להיוועץ עימם ואלה שיש לשמוע אותם לפני ההחלטה ואלה שאסור להתחשב בעמדתם, בשל חשש לניגוד עניינים; מועד התחולה של ההחלטה (הסבירות של ההחלטה למפרע או ההחלטה הנדחית של ההחלטה המינהלית; חובת ההנמקה והיבטים אחרים שקשורים ל"צורה".	הערה: המושג "אי-סבירות הליכית" פותח בעיקרו בספרות האקדמית, כדי להסביר את אופן ההתפתחות של כללי המשפט המינהלי. אף שהכללים ההליכיים השונים מוכרים בפסיקה כנפרדים ועצמאיים מעילת אי-הסבירות, והם נובעים בעיקרם מעקרון שלטון החוק, אופן יישומם כולל רכיב משמעותי של בחינת סבירות ההליך. אין זה ברור בשלב הנוכחי כיצד תתפרש הצעת יו"ר הוועדה, אם תחוקק בכל הקשור להשפעתה על החלטת אי-סבירות הליכית.

מתוך נייר עמדה מס' 50 של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

ג. מהי עילת אי-הסבירות

רשות שלטונית היא נאמן הציבור. ככזו, מוטלת עליה החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי תוך כיבוד זכויות האדם. המשפט הציבורי, שמסדיר את פעילותן של רשויות השלטון, כולל שני ענפים עיקריים: האחד, נורמות שמבטאות את החובה של השלטון לכבד את זכויות האדם. במסגרת זו מוכרת החובה שמוטלת על השלטון להצדיק פגיעה בזכות אדם באמצעות הצבעה על קיומה של תכלית ראויה, כלומר תכלית חברתית חשובה במיוחד, ולוודא שהפגיעה היא מידתית. ענף שני מורכב מנורמות שמבטאות את החובה של השלטון לקדם את האינטרס הציבורי. הדרישה הכללית בהקשר זה היא שגורמים בעלי סמכות שלטונית יפעלו באופן ראוי, כאשר טובת הציבור לנגד עיניהם. הצורך באסדרה משפטית, שנאכפת בדרך של ביקורת שיפוטית, של פעילותן של רשויות השלטון, נובע משני שיקולים עיקריים: האחד, טיבם של אמצעי הפיקוח הלא-משפטיים על פעילותן של רשויות השלטון אינם מושלמים; והשני, מידת הסיכון שהרשות השלטונית תשתמש לרעה בכוחה.

(א) טיבם של אמצעי הפיקוח הלא-משפטיים. עוצמתו של שיקול זה משתנה בהתאם לסוג הרשות השלטונית שבה מדובר. בקצה האחד של הרצף מצויים גופים שנבחרים ישירות על ידי הציבור, כמו הכנסת, שלגביהם מידת הפיקוח הציבורי היא הרבה ביותר, ובגין כך השיקול הנדון לאסדרה משפטית של פעילותם הוא בעל משקל מועט יחסית. גופים אחרים, ובהם הממשלה כחבר שרים, השרים, רשויות שלטוניות שבידיהן סמכויות אסדרה, רשויות מקומיות ונושאי משרות שנמנים עם השרות הציבורי, נתונים למידה פחותה של פיקוח ציבורי ופרלמנטרי.

יש מקרים שבהם הכנסת מפעילה את סמכות הפיקוח באמצעות חקיקת חוק שקובע את אמות המידה לפעילותה של הרשות הרלוונטית, כפי שנעשה למשל בחוק עקרוןות האסדרה, התשפ"א–2021, או מכוח הקביעה בחוקים רבים, שחקיקת משנה שקובעת רשות מנהלית טעונה אישור ועדה של הכנסת.⁷ אולם במקרים רבים אחרים, והם חלק הארי של המקרים, הפיקוח בפועל של הכנסת ושל גופי פיקוח אחרים, מהם רשמיים (כמו מבקר המדינה) ומהם לא רשמיים (כמו אמצעי התקשורת), הוא חלקי מאוד. הפיקוח של הכנסת על פעילות הגופים השונים הוא לא אחת רופף ביותר, מכוח העובדה שבישראל אין למעשה הפרדה בין הכנסת לבין הממשלה. במידה רבה, דווקא החלטות של הממשלה כחבר שרים ושל שרים הן אלה שנתונות למידה המועטה ביותר של ביקורת פרלמנטרית, בשל שליטתה למעשה של הממשלה על הכנסת. שיקול זה חזק במיוחד במצב הקיים בישראל שבו הכנסת נמנעת מלחוקק חוק שמסדיר את אופן ההפעלה של סמכויות הרשות המבצעת, ובכלל זה נורמות בסיסיות ביותר כמו הדרישה להסמכה בחוק והכלל בדבר הסדרים ראשוניים, הדרישה לתשתית עובדתית נאותה בטרם מתקבלות החלטות, הדרישה לכיבוד זכות שימוע, האיסור לפעול בניגוד עניינים, החובה לנהוג בשוויון ועוד.

(ב) מידת הסיכון שהרשות השלטונית תשתמש לרעה בכוחה. עוצמת החשש שגורם שלטוני ישתמש לרעה בכוחו משתנה אף היא לפי הנסיבות. חשש זה קיים בעוצמה פחותה יחסית לגבי הכנסת, שכן פעילותה של הכנסת כמחוקקת נעשית כולה באופן פומבי, נדרשת בה החלטה שמשקפת התחשבות במגוון דעות, שמוליכה לא אחת לפשרות (למעט במקרים קיצוניים), ולציבור הכוח לבטא את ביקורתו על החלטות הכנסת בבחירות שמתקיימות מעת לעת. הסיכון שהכנסת תשתמש לרעה בכוחה קיים בעיקר כאשר מדובר בפגיעה בקבוצות מיעוט שאינן מיוצגות בקואליציה (או בכנסת בכלל) וכאשר מדובר בפגיעה באינטרסים חשובים במיוחד לפרט, שמוכרים לכן כזכויות אדם. אך ככלל, מידת הסיכון שבזמנים רגילים הכנסת תשתמש לרעה בכוחה קטנה יחסית לעומת גופים אחרים, ומכאן ההחלה המוגבלת של נורמות משפטיות חוקתיות שמגבילות את פעילותה. לא כך לגבי גופים אחרים, ובהם הממשלה כחבר שרים, השרים וגורמים אחרים ברשות המבצעת. הסכנה שנשקפת מכך שגופים אלה יפעלו בניגוד לאינטרס הציבורי גדולה בהרבה, בשל מגוון סיבות. בין היתר, גופים אלה פועלים לא אחת באופן נסתר, ללא דיון ציבורי פתוח; הם אינם נדרשים לגבש הסכמה רחבה של גורמים שמייצגים היבטים שונים של האינטרס הציבורי; הם חשופים לא אחת להשפעתן של קבוצות לחץ, פוליטיות או עסקיות, שגורמות להעדפת אינטרסים צרים; יש להם לא אחת אינטרס חזק במיוחד בכך שהחלטות יעשו במהירות, תוך העדפת שיקולים של הטווח הקצר על פני שיקולים של הטווח הארוך.

שילוב השיקולים הללו הביא לכך שבישראל, כמו בכל המדינות המזוהות עם מסורת המשפט האנגלו-אמריקאי, פותחו בפסיקה (ובחלק מן המדינות גם בחקיקה) כללים שמסדירים את אופן הפעולה של רשויות השלטון שאינן בית המחוקקים. כללים אלה מבטאים את עקרון שלטון החוק כפי שהוא חל על

7 בעבר נקבעה חובה כללית כזו, בסעיף 21(ג) לחוק יסוד: הכנסת, אך הוראה זו בוטלה בתיקון משנת 2000. כיום מוסדר העניין חלקית בלבד בסעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, שעוסק רק בחקיקת משנה שמכוחה מוטלת ענישה פלילית.

רשויות המנהל, והם כוללים הסדרים ביחס להסמכה, ההליך ושיקול הדעת המהותי שהפעילה הרשות. עיקרון בסיסי שעובר כחוט השני בין כללים אלה הוא דרישת הסבירות (reasonableness): על הרשות המנהלית לפעול בהתאם לאופן שבו "רשות מנהלית סבירה" הייתה פועלת. ביטוי מפורש לכך בחקיקה ניתן באשר לנאמנים באופן כללי, בסעיף 10(ב) לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, שלפיו "במילוי תפקידו, חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות". הרשות המנהלית היא נאמן הציבור וככזו היא כפופה לחובה – הציבורית אך גם המשפטית – לפעול כפי שרשות מנהלית סבירה הייתה נוהגת באותן נסיבות.

ניתן לחשוב על המשפט המנהלי כאוסף של נורמות שמבטאות קונקרטיזציה של הקביעה היסודית הזו. דוגמה פשוטה – ונפוצה בפסיקה – לגישה זו היא החובה לבסס החלטה מנהלית על תשתית עובדתית נאותה. ביסוד הקביעה הזו העמדה שרשות מנהלית סבירה – ולמעשה כל אדם סביר – אינה צפויה להחליט החלטה בטרם שקדה על איסוף המידע הנחוץ. היקף המידע הנחוץ נקבע לפי ההערכה של סבירות, והחלטה שנעשתה ללא מידע כזה אינה סבירה.⁸ דוגמה מובהקת לכך היא פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון לפני כשנתיים, בדיון נוסף, שקבע כי ההחלטה לאשר בניית אלפי יחידות דיור במתחם שבו פעל בעבר מתקן לייצור כלי נשק, בלא שנבדקו הסיכונים שכרוכים בכך, אינה סבירה, בהיעדר תשתית עובדתית נאותה להחלטה.⁹ (בימים אלה הוכחה חשיבותה של החלטה זו ודרישת הסבירות שעליה היא מבוססת, כאשר אירע פיצוץ ספונטני של אלפי ק"ג חומר נפץ באתר, שלא גרם לפגיעה בחיי אדם רק בזכות ההחלטה השיפוטית שלא לאפשר את עבודות הבנייה במקום לפני קיום הליכי קבלת החלטות נאותים!).¹⁰

אלה הן נורמות שעוסקות, בין היתר, בהליך הפעלת הסמכות השלטונית (למשל הדרישה להימנע מהימצאות במצב של ניגוד עניינים, החובה להכריע על יסוד תשתית עובדתית מתאימה, חובת ההנמקה, האיסור להימצא בניגוד עניינים ועוד), וכן בתוכנה של ההחלטה השלטונית (למשל החובה לנהוג בשוויון, החובה לעקביות, החובה לכבד זכויות אדם, האיסור להתחשב בשיקולים זרים, החובה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים להחלטה ועוד). דרישת הסבירות קושרת בין אוסף הדרישות הללו – רשות מנהלית סבירה אינה אמורה לפעול במצב של ניגוד עניינים, היא אמורה לפעול על יסוד תשתית עובדתית ראויה וכדומה. בכל הנושאים הללו דומה שאין, או לפחות לא אמורה להיות, מחלוקת.

הכללים הללו, שניתן להבינם כנובעים רעיונית מדרישת הסבירות, עוסקים בהליך שלפיו יש להחליט, ובכלל זה בגורמים שאמורים להשתתף בהכרעה (אלה שיש להיוועץ עימם ואלה שיש לשמוע אותם לפני ההחלטה ואלה שאסור להתחשב בעמדתם, בשל חשש לניגוד עניינים), מועד התחולה של ההחלטה (הסבירות של ההחלטה למפרע או ההחלטה הנרחבת של ההחלטה המנהלית), חובת ההנמקה

8 למשל בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 37 (1983): "המבחן הוא, אם כל החומר הרלוואנטי יש בו כדי להביא את הרשות המינהלית, שעה שהיא פועלת כרשות מינהלית סבירה, לידי קביעתו של המימצא, אותו קבעה הלכה למעשה. אם התשובה על שאלה זו היא בחיוב, לא יתערב בית המשפט, חרף העובדה שהוא עצמו היה מגיע למימצא אחר".

9 דנ"מ 4753/19 **עיריית הרצליה נ' הוועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור** (נבו 6.5.2021).

10 שני אשכנזי "פיצוץ אדיר הרעיד את הרצליה. ייתכן שהוא לא האחרון" **כלכליסט** (23.6.2023) www.calcalist.co.il/local_news/article/sybbgx7o3

והיבטים אחרים שקשורים ל"צורה". אלה הם היבטים שמקובל לכתובם "סבירות הליכית".¹¹ כאמור לעיל, אין זה ברור בשלב זה כיצד יתפרש הדין אם תחוקק הצעת יו"ר הוועדה, ומתעוררת הסכנה כי שלילת הסמכות לבחון את "סבירות ההחלטות" של הממשלה, השרים וגופים נוספים, תתפרש כך שתכלול גם את "הסבירות ההליכית". ייתכן שבית המשפט יפרש את החוק החדש, אם יחוקק (ולא יבוטל), בצמצום, כך שלא יחול על היבטים של "סבירות הליכית", **כפי שבעניינו ראוי**, אך אין בכך ודאות. בכל מקרה, החוק הנדון מכונן גם כלפי רשויות המנהל, וניסוח גורף כמו זה המוצע, ללא סייגים, וללא חקיקה של חוק הליכי מנהל, הוא מהלך שעלול לפגוע באופן חמור באיכות ההכרעות השלטוניות.

חלק אחר של הכללים עוסק בתוכן ההחלטה השלטונית. ההערכה היא שכדי לוודא שהרשות השלטונית פועלת לקידום האינטרס הציבורי, נדרש לתחום את סוג ההחלטות שהיא רשאית להחליט. בין כללים אלה ניתן למנות את האיסור להתחשב בשיקולים זרים, כלומר שיקולים שאינם אמורים להיות חלק מן האינטרס הציבורי, החובה לנהוג בשוויון, הדרישה לעקביות בהחלטות שלטוניות, דרישת המידתיות וכללים נוספים מסוג זה. הדין הצפוי באשר למעמד של כללים אלה לאחר חקיקת הצעת יו"ר הוועדה דומה לזה שתואר לעיל. רעיונית, הכללים הללו נובעים מעקרון שלטון החוק, שכן החוק המסמיק את הרשות המנהלית הוא שתוחם את סוג השיקולים שיש לשקול ואת התכליות שעל הרשות המנהלית לקדם. כנגזרת של עקרון שלטון החוק מוטלת על רשויות המנהל החובה לפעול כפי שרשות מנהלית סבירה הייתה פועלת בנסיבות העניין ביחס לאותן עילות. כך נקבע שרשות מנהלית סבירה לא יכולה לשקול שיקולים זרים או לפעול באופן שרירותי ומפלה. מחיקה מוחלטת של הסמכות השיפוטית לבחון את "סבירות ההחלטה" של רשויות מנהליות מסוימות עלולה להטיל ספק ביחס למעמדן של הנורמות הללו שפותחו בפסיקה או להקשות על בחינתן, והן נראה שאין חולק כלל על חשיבות ותועלתן הרבה בטיוב ההחלטות השלטוניות.

בצד הדרישות הקונקרטיות הללו, מוכרת גם דרישה כללית יותר, **שנראה שרק לגביה קיימת מחלוקת**,¹² שעניינה החובה שמוטלת על הרשות השלטונית להחליט באופן שמבטא מתן משקל ראוי לכל אחד מן השיקולים הרלוונטיים להחלטה. זוהי "הסבירות האיזונית": אמת מידה רחבה יחסית, שיישומה כרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי. גם אם קל יחסית לקבוע מהם השיקולים הרלוונטיים (ועניין זה הכרחי ממילא, לאור האיסור להתחשב בשיקולים זרים), ההערכה מהו השקלול הראוי של השיקולים המתנגשים, כלומר מהו ה"איזון" הראוי, עשויה להיות לא אחת שנויה במחלוקת. ההכרעה בעניין זה מחייבת התחשבות בהערכות עובדתיות באשר לצפוי בעתיד, ובכלל זה קביעת היחס לסיכון וקביעת מקדם היוון של תוצאות שצפויות בעתיד, והיא מבטאת גם הכרעות ערכיות באשר למשקל הראוי של שיקולים מתנגשים.

הקושי שבהפעלת שיקול הדעת השיפוטי בקביעה מה תוכנה המדויק של החובה לנהוג בסבירות אינו ייחודי לתחום המשפט הציבורי. בכל תחומי המשפט הפרטי נהוגה הסתמכות על סטנדרט פתוח מסוג זה של סבירות (למשל בדיני נזיקין, בדיני חוזים, בדיני קניין, בדיני נאמנות, וביחס לעבירות

11 ראו יואב דותן "שני מושגים של סבירות" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א' 417 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003); דותן "ריסון", לעיל ה"ש 3, בעמ' 688 ה"ש 50.

12 ראו גם יואב דותן "לתחום מחדש את עילת הסבירות, לא לבטל אותה" **גלובס** (19.1.2023) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001435884

הרשלנות, אפילו במשפט פלילי), וכך גם בכל הקשור ליישום דרישת המידתיות, לעניין הגנה על זכויות האדם. ההתמודדות עם האתגרים שנובעים מן הצורך להפעיל שיקול דעת אינה נעשית באמצעות ביטול מוחלט של עילה זו של "אי-סבירות", אלא באמצעות קביעה של "מתחם סבירות". בהקשר זה פותחה בפסיקה הכרה בקיומו של "מתחם סבירות", שמתבטא בהחלה של מבחן בדבר "אי-סבירות קיצוני". משמעות הדבר היא שכדי שהחלטה שלטונית תיחשב בלתי סבירה, אין די בכך שבעיני בית המשפט אין זו ההחלטה הראויה או הנכונה בנסיבות העניין. עילת אי-הסבירות מבוססת על הכרה בכך שייחכן מגוון, שיכול להיות רחב למדי, של החלטות, שחלקן או כולן בלתי ראויות או שגויות בעיניו של בית המשפט ובכל זאת הן חוקיות משום שהן "נופלות" בתוך מתחם הסבירות. הקביעה מהו "מתחם הסבירות" מושפעת ממכלול של גורמים, ובהם איכות ההליך שקדם להחלטה, מהותו של הגוף שהחליט ואישר את ההחלטה (למשל אם מדובר בהחלטה שאושרה על ידי ועדה של הכנסת או אם היא התקבלה על ידי גוף נבחר, לרבות מליאת הממשלה, בית המשפט מניח מתחם סבירות רחב במיוחד ומגלה ריסון שיפוטי, בעוד "מתחם הסבירות" באשר לממשלת מעבר הוא מצומצם מאוד), השאלה אם מדובר בהחלטת מדיניות או רק יישום של מדיניות מסוימת ועוד. הגבלות אלה אינן שוללות את הצורך להפעיל שיקול דעת שיפוטי, אך הן מצמצמות אותו ומבטאות הכרה בהכרח להשלים את העילות הקונקרטיות בעילת "מסגרת".

ד. היישום של עילת אי-הסבירות בפסיקה

עיון במקרים שבהם נעשה בפסיקה שימוש בעילת אי-הסבירות במובנה הרחב מלמד על האופי השיורי בלבד של עילה זו, שמבטא שימוש מוגבל ומסויג בה, ובצד זאת הכרה בצורך בהיזקקות לה במקרים (הנדירים יותר) שבהם הכללים הקונקרטיים אינם מספיקים. הנה כמה דוגמאות עיקריות לסוגי השימוש בעילת אי-הסבירות שנהוגים בפסיקה:

- (א) **סטייה במקרה קונקרטי של הרשות המנהלית, למשל הממשלה, ממדיניות שהיא עצמה קבעה.** כך היה למשל בפרשת ווסר,¹³ בעניין מיגון בתי הספר בדרות. באותו עניין קבע בית המשפט כי ההחלטה למגן את הכיתות באופן חלקי בלבד למרות שבבדיקה שהמדינה ערכה מיגון זה התגלה כלא מתאים, אינה סבירה. כך נקבע כי האיזון שביצעו המשיבים במקרה דנן בין השיקול הביטחוני-מקצועי לשיקול התקציבי חורג משמעותית ממתחם הסבירות. חוסר הסבירות במקרה זה הוא פנימי ולא חיצוני – עניינו בשאלה אם בהינתן המדיניות שהרשות המנהלית עצמה קבעה, רשות מנהלית סבירה הייתה פועלת בדרך שפעלה הרשות כדי ליישם מדיניות זו.
- (ב) **דרישה מהרשות להצדיק את החלטתה, על רקע חשד שהופרו כללים קונקרטיים שלפיהם עליה לפעול.** דוגמה לכך היא למשל החלטה שלא להקים אצטדיון בירושלים¹⁴ או שלא להנהיג שעון קיץ,¹⁵ שהתעורר לגביהן חשד שנעשו על יסוד שיקולים זרים.
- (ג) **שקלול שגוי של השיקולים הרלוונטיים להגשמת תכלית החקיקה המסמיכה.** כך לדוגמה שיקולים תקציביים הם שיקולים שהרשות חייבת להביא בחשבון בעת קבלת החלטות, אך התחשבות

13 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2006).

14 בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529 (1989).

15 עניין ברגר, לעיל ה"ש 8.

בשיקול התקציבי בלבד, תוך הזנחה של שיקולים אחרים, אינה סבירה. על פי רוב, בית המשפט מכיר במרכזיות של אילוצים תקציביים ודוחה עתירות המבקרות את מידת ההתערבות בהם.¹⁶ במקרים שבהם בית המשפט התערב הייתה לכך חשיבות מכרעת בהגנה על מימוש זכויות אדם ואינטרסים מוגנים של פרטים. דוגמה לכך היא קביעת בית המשפט כי החלטת מועצה מקומית שלא להקים מקווה לנשים ביישוב אינה עומדת במבחן הסבירות, כיוון שאינה מאזנת באופן סביר בין הצורך של תושבות היישוב שומרות המצוות לקיים את מצוות הטבילה לבין השיקולים התקציביים ומשאבי הקרקע הזמינים.¹⁷ דוגמה נוספת היא קביעת בית המשפט שהחלטת הרשות שלא להקצות משאבים לצורך שילוב תלמידים עם מוגבלות בבתי ספר "רגילים" היא בלתי סבירה.¹⁸ במקרים מסוימים, בית המשפט נמנע מלהכיר בכך שמחדלה של הרשות לפעול פגע בזכות חוקתית, קביעה שיש לה השלכות נרחבות, אך הוא מבקש לוודא שההחלטה שלא לממש את הזכות החוקתית ולא לתת מענה לפרט במקרה קונקרטי ניתנת להצדקה בנסיבות העניין. דוגמה אחרת היא בנושא המינויים. כאשר מוחלט על מינוי אדם המזוהה עם הפרת החוק, בית המשפט קובע כי על הרשות לאזן את התועלת הגלומה בהחלטתה מול הפגיעה שצפויה בה לאמון הציבור בשלטון. הדוגמה המרכזית לכך היא הלכת דרעי-פנחסי.¹⁹

ההכרה בכך שעילת אי-הסבירות היא רחבה ושהיא כרוכה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי מורכב, גורמת לכך שהשימוש בה בפועל לשם התערבות בהחלטות הוא מוגבל.²⁰ בין היתר, היא אינה חלה על חקיקת הכנסת אלא על החלטות הרשות המבצעת, ובכלל זה הממשלה. משמעות הדבר שהחלטת בית המשפט אינה סוף פסוק, שכן לכנסת נותרת הסמכות להגיב להכרעה השיפוטית באמצעות מתן תוקף להחלטה המנהלית הנדונה, באמצעות עיגונה בחוק. סייג שני הוא כאמור הקביעה שדרישת הסבירות לגבי החלטות של רשויות המנהל מוחלת בכפוף לקביעה של "מתחם סבירות" או למבחן של "אי-סבירות קיצונית".

ה. האם הצעת יו"ר ועדת החוקה עולה בקנה אחד עם ביקורת שמרנית על עילת אי-הסבירות

הצעת יו"ר ועדת החוקה מעוררת שורה של קשיים. ההיבט המרכזי הוא כאמור השלילה המוחלטת שנובעת ממנה של החלת עילת אי-הסבירות באשר לכל היבטיה של העילה, וביחס לכל החלטות של ראש הממשלה, הממשלה (ובכלל זה ממשלת מעבר, לכאורה), השרים וככל הנראה, בהתאם לחקיקה מיישמת, ראשי הרשויות המקומיות ופקידים נבחרים נוספים. זוהי גישה קיצונית שלא ניתן להצדיקה בשיטתנו. הממשלה אומנם מתמנה מכוח אמון הכנסת, אך היא שונה במהותה מהכנסת. הציבור אינו בוחר ישירות בשרים, ושרים יכולים להיות גם מי שכלל לא נבחרו לכנסת. גם ההבחנה בין שרים לבין

16 דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 745–746 (2010).

17 ע"מ 662/11 סלע נ' ראש המועצה המקומית כפר ורדים (נבו 9.9.2014).

18 בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002).

19 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ

4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד

מז(5) 441 (1993).

20 ראו נייר עמדה מס' 6, לעיל ה"ש 2.

אנשי הדרג המקצועי אינה ברורה, שהרי אם הגורם המכריע הוא אישור הכנסת למינוי השרים, אזי מצד אחד הכנסת אינה מאשרת מינויו של כל שר אלא את הרכב הממשלה בכללותה (מלבד מקרים של צירוף שר לממשלה לאחר הקמתה), ומצד אחר גם הממשלה מאשרת מינויים של בכירים בשירות הציבורי וחברי רשויות מוסמכות, ולכן, בשרשור, גם הדרג המקצועי מאושר על ידי הכנסת.

במשפט הישראלי ובמשפט המשווה מקובלת הבחנה חדה בין הביקורת השיפוטית על בית המחוקקים (בישראל: הכנסת), שהוא גוף נבחר, לבין הביקורת השיפוטית על הממשלה, שאינה מוכרת כגוף נבחר. ההבחנה באה לידי ביטוי בכך שהכנסת וחברי הכנסת אינם כפופים לחובות כמו איסור על כהונה ופעולה תוך ניגוד עניינים, חובת ההנמקה, הדרישה לעקביות, הדרישה להליך נאות, הדרישה להסמכה בחוק ועוד, וכמו גם לעילת הסבירות, בעוד הממשלה כפופה לדרישות הללו. הטעם להבחנה זו, שיש בה היגיון, הוא ההכרה בכך שהכנסת היא גוף נבחר, ולפיכך ראוי להותיר לה מידה רבה יותר של שיקול דעת. הממשלה, כחבר שרים, אומנם זוכה למידה רבה יותר של הנסגת דעת שיפוטית וריסון שיפוטי, מכוח הכרה במתחם סבירות רחב, אך ההסדר המוצע מבטל את הדרישה כליל.

תומכי ההצעה טוענים כי הצדקה לה תמצא בעמדות שמרניות המבקרות את הגישה ה"ברקית" לעילת אי-הסבירות. כך הם טוענים כי ההצעה תואמת עמדות שמרניות כגון זו של השופט סולברג.²¹ להלן נציג את הגישה השמרנית, כפי שהיא משתקפת מעמדתו של סולברג, ולאחר מכן נבחן אם היא אכן, כנטען, מתיישבת עם ההצעה.²² יצוין כי עמדה זו אינה משקפת את הגישה המקובלת בפסיקה ובאקדמיה, אך לאור המשקל שניתן לה בדיון הציבורי, מצאנו לנכון להתייחס אליה באופן מפורט יחסית.

השופט סולברג טוען כי עם השנים חלחלה בו ההבנה שאין כל דרך להציב גבול דוקטרינרי-רטורי לעילת הסבירות.²³ על כן, לטעמו, הפתרון עשוי להימצא בהבחנה בין הדרג הנבחר (ממשלה, שרים וראשי רשויות) לדרג המקצועי.²⁴ השופט סולברג נימק את עמדתו לעניין הבחנה זו באופן הבא (ההדגשות הוספו): "החלטות המתקבלות על ידי דרג נבחר [...] הן על-פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעיתים ההחלטות עוסקות בסוגיה נקודתית, לרוב ענייני בהתוויית מדיניות הנושאת עימה משמעויות רוחביות. עובדה זו כשלעצמה אינה מחסנת החלטות אלו מפני ביקורת שיפוטית. יחד עם זאת, מן הראוי כי אופיין של החלטות אלו יכתיב את היקפה של הביקורת. ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר". כלומר, ניתן להבין את עמדתו של השופט סולברג כמכוונת רק לסוג מסוים של החלטות הדרג הנבחר –

21 שמחה רוטמן "ח"כ שמחה רוטמן מזהיר: פרובוקציות מול המצלמות" ערוץ 7 (25.6.2023) www.inn.co.il/news/605557; "הצעת החוק לביטול עילת הסבירות, נכתבה ע"פ עקרונות שקבע שופט העליון נעם סולברג במאמר לפני מספר שנים" (וראו בהקשר זה רונית לויין-שנור "תשובה לח"כ רוטמן: נקודות על עילת אי-הסבירות" ערוץ 7 (25.6.2023) www.inn.co.il/news/605597); טובה צימוקי "הנוסח הסופי: הממשלה חסינה מפני עילת הסבירות, פקידים לא | זהו מתווה סולברג" Ynet (20.6.2023) www.ynet.co.il/news/article/sjpeygcwn.

22 נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" השילוח 18, 37 (2019) <https://did.li/nJNIC>.

23 שם, בעמ' 50–53.

24 שם, בעמ' 53–55.

"החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית" – ולא לכל החלטותיהם. המדובר, לשיטתו, ב"הכרעות ערכיות-מקצועיות", כלומר החלטות שהן פרי של דיון מעמיק ומקצועי שמבוססות היטב על תשתית עובדתית ומגובות כראוי באופן שיוכל לשכנע את בית המשפט.

ביקורתו של סולברג מתמקדת בעילת "הסבירות המהותית, הרחבה", זו שהתפתחה בבית המשפט העליון משנות השמונים, ולא בעילה המסורתית של "אי-סבירות כמופרכות שביקשה למנוע החלטות שרירותיות ואבסורדיות".²⁵ מכאן עולה כי השופט סולברג אינו מבקש להחריג את הדרג הנבחר של הממשלה והשרים מתחולתה של עילת אי-הסבירות כליל, אלא מבקש להותיר על כנה עילת אי-סבירות מצומצמת על הדרג הנבחר ביחס לאי-הסבירות כמופרכות או שרירותיות ולא-הסבירות ההליכית. בנוסף, מן הרשימה עולה גם כי השופט סולברג נכון, באופן עקרוני, לשימוש מוגבל בעילת הסבירות על כלל החלטות המנהל, כולל הדרג הנבחר, במצבים שבהם מבקש בית המשפט להתגבר על קשיי הוכחה ביחס לעילות הביקורת הקונקרטיות, כפי שהוסבר לעיל.²⁶

אנו סבורים שעמדתו של השופט סולברג מעוררת קשיים ניכרים ואין מקום לאמצה, וזאת בהתאם לאמור לעיל. יתר על כן, אין זה ברור כלל אם אף לשיטתו של השופט סולברג יש מקום ליישמה כלשונה במאמרו. בפסק דין משנת 2022 בעניין מינויו של השופט בדימוס מני מזוז לתפקיד יו"ר הוועדה המייעצת למינויים לתפקידים בכירים בתקופת בחירות, קיבל השופט סולברג את העתירה וביטל את מינויו של מזוז.²⁷ השופט סולברג לא עשה שימוש מפורש בעילת הסבירות, אך כיוון שהעתירה עסקה במינוי שנעשה בסמכות, ללא פגם בהליך ומבלי שנשקלו שיקולים זרים, כך לפי פסק הדין, המינוי נבחן למעשה דרך משקפיה של עילת הסבירות. השופט סולברג קיבל את העתירה וביטל מינוי שנעשה על ידי הממשלה, וזאת למרות התנגדותו התאורטית להחלת עילת הסבירות על הדרג הפוליטי.

אך אפילו עמדתו המצמצמת מאוד של השופט סולברג במאמרו אינה מצדיקה את אימוצה של הצעת החוק שהציע יו"ר ועדת החוקה. הצעתו של השופט סולברג היא לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. אין בדבריו דבר לגבי האפשרות שבית המשפט יוגבל בחקיקה, ועוד בחקיקת יסוד, על אופן הפעלת שיקול הדעת שלו. זהו אינו הבדל כמותי אלא איכותי: יש הבדל גדול בין תמיכה בשינוי חקיקה המגביל את הכוח השיפוטי מבלי להגביל או להגדיר את אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי, לבין הצעה לפתח ממקרה למקרה את עילת הסבירות באופן זהיר יותר. אנו רואים בטענה זו עניין מרכזי, וראו גם להלן בפרק הבא.

25 את עילת הסבירות המסורתית של אי-סבירות קיצונית, מתאר השופט סולברג, תוך הנגדתה ל"סבירות המהותית" שהתפתחה בפסיקתו של בית המשפט החל משנות השמונים. לפי סולברג, אי-סבירות קיצונית מצדיקה התערבות של בית המשפט "אם החלטה שנוקטת רשות בעניין שבסמכותה היא כה בלתי סבירה, עד שלא ייתכן שרשות סבירה כלשהי הייתה מקבלת החלטה כזאת אי פעם". שם, בעמ' 47. סולברג מפנה לפסק הדין הבריטי *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal.

26 סולברג, לעיל ה"ש 22, בעמ' 52 ("אם היה מתמצה השימוש בעילת הסבירות המהותית באותם מצבים שבהם ישנו קושי להוכיח אחת מן העילות הקונקרטיות, אפשר שלא הייתה מתעוררת מחלוקת של ממש. אך זה אינו המצב").

27 בג"ץ 5403/22 לביא, זכויות אזרח, מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' ראש הממשלה (נבו 22.9.2022).

נוסף על כך, הצעת יו"ר הוועדה אינה מבחינה בין סוגי ההחלטות, ומכוחה כל החלטת ממשלה, גם כזו שאינה מבטאת מדיניות רוחבית, תהיה פטורה מביקורת שיפוטית בעילת הסבירות, אף על פי שרק אלה הן ההחלטות שהשופט סולברג במאמרו מבקש להרחיק מביקורת בעילה זו. כאמור, בעוד מרשימתו של השופט סולברג עולה האפשרות כי הוא מבקש להימנע מהשימוש בעילת הסבירות האיונית על הדרג הפוליטי ביחס להחלטות מדיניות ולהתיר את השימוש בעילת אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות ואי-הסבירות ההליכית על כנה גם בנוגע לדרג הנבחר, הצעתו של ח"כ רוטמן מבקשת לשלול את החלתה של עילת הסבירות על הדרג הנבחר באופן מוחלט. נוסף על כך, בעוד שעמדתו של השופט סולברג עסקה ב"דרג פוליטי נבחר", כלומר הממשלה, השרים וראשי הרשויות, הצעתו של ח"כ רוטמן מבקשת לשלול את החלתה של עילת הסבירות על "הממשלה, ראש הממשלה, שר משרה או נבחר ציבור אחר". הביטוי, "נבחר ציבור אחר" הוא ביטוי עמום שלא ברור על מי יחול. בנוסף, דברים שאמר השופט סולברג בפסיקה העלו כי הוא אף תומך בקיומה – לכל אורך הקו – של "סבירות הליכית".²⁸ נמצא כי סולברג מבקש להדגיש כי הביקורת השיפוטית, גם על החלטות הדרג הנבחר, שרירה וקיימת בנסיבות שתוארו לעיל. בוודאי שאין עולה מדבריו כי צמצומה של עילת הסבירות המהותית מצמצם את תחומן של עילות הביקורת המסורתיות העומדות לרשותו של בית המשפט לבחינת שיקול הדעת המנהלי, ובהן את עילת המידתיות שמכוחה בית המשפט מבקר מגוון רחב של החלטות מנהל – ולמעשה, עמדתו נשענת על קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הסמכות, ההליך ושיקול הדעת המנהלי (וראו את דבריו על שיקולים זרים).

יתר על כן, אם תוחל גישתו של השופט סולברג באמצעות חקיקה מהסוג המוצע על ידי יו"ר הוועדה, היא עלולה להביא לכך שגם החלטות שעד כה נעשו על ידי הדרג המקצועי בלבד יובאו לאישור השר, רק כדי לחסן אותן מביקורת שיפוטית בעילת אי-סבירות, ובכך תישמט ההצדקה שהציע השופט סולברג להבחנה בין שני סוגי הגורמים המחליטים לעניין האופי הטיפוסי של ההחלטות שלהן. מכאן החשיבות שמייחס השופט סולברג להבחנה בין החלטות המבטאות מדיניות רוחבית שאישרה הממשלה לבין החלטות אחרות.

על כן, הצעתו של ח"כ רוטמן מרחיקת לכת וקיצונית יותר מאשר גישתו, הקיצונית כשלעצמה, של השופט סולברג, כך שאפילו גישתו העיונית של השופט סולברג, שהיא כאמור עמדת מיעוט בפסיקה ואף השופט סולברג עצמו אינה מיישמה בפסיקתו, אינה יכולה להצדיק את הצעת יו"ר הוועדה.

ו. קשיים נוספים בהצעה – היעדר אסדרה של אופן פעולת הרשות

אימוץ הצעת החוק עלול לגרום לפגיעה חמורה באינטרס הציבורי, במכלול ההיבטים שהוזכרו לעיל שבהם נעשה שימוש, אף אם מוגבל, בעילת אי-הסבירות, לגבי החלטות ממשלה. בין היתר, היא עלולה למנוע החלת ביקורת שיפוטית במקרים של סטייה במקרה קונקרטי של הממשלה ממדיניות שהיא עצמה קבעה, או של שר ממדיניות הממשלה. הצעת החוק עלולה למנוע אפשרות לדרוש מן הממשלה להצדיק את החלטתה על יסוד שיקולים ענייניים, במצב שבו מתעורר חשד כבד להפרה של כללים קונקרטיים שלפיהם עליה לפעול, אך לא ניתן להוכיחו.

28 בג"ץ 4252/17 חה"כ ג'בארין נ' הכנסת (נבו 14.7.2020).

קושי מרכזי בהצעת החוק הוא כאמור היעדרה של אסדרה כוללת של אופן פעולתה של הממשלה ואופן פעולתם של השרים. הממשלה והשרים הם הגורמים המרכזיים בקביעת מדיניות ובהכרעות בעלות חשיבות ציבורית רבה. החלק הארי של אופן הפעולה של גופים אלה כלל אינו מוסדר בחקיקה. החלטות רבות אינן מתפרסמות, אין מתפרסם ההליך שלפיו הוחלטו ההחלטות ואין קביעה של אמות המידה הנדרשות לקיום ההליך. זהו פגם חמור במשפט הישראלי, שהחלת דרישת הסבירות נועדה לתקן, ולו חלקית. הקושי בעניין זה מתעצם לאור כך שאין הליך בירור עובדות בבג"ץ, ובשל כך נמנעת לעיתים האפשרות לעמוד על אופן ניהול ההליך המנהלי ועל הכוונות האמיתיות – ואולי הפסולות – של הגוף המחליט. ביטול עילת אי-הסבירות, בלא לקבוע בצד זאת הליך מפורט לאסדרת החלטות הממשלה והשרים, עלול לפגוע לכן באינטרס הציבורי. אם הכנסת מבקשת לצמצם את השימוש בעילת אי-הסבירות, עליה לפעול לאסדרת הקונקרטיזציה שלה באמצעות אוסף של כללים מפורטים. דוגמה לכך היא חקיקת חוק עקרונות האסדרה, התשפ"א–2021. חקיקת חוק כזה היא עניין מורכב, שמחייב דיון מעמיק, אך הוא הכרחי בטרם נוקטים צעד דרמטי כמו זה המוצע על ידי יו"ר הוועדה. בנסיבות העניין, חקיקה חפוזה של הכנסת שפוטרת את הממשלה ואת השרים לחלוטין מעילת המסגרת של אי-סבירות, מעוררת חשש ממשי כי תכליתה פסולה – מתן פטור לממשלה מביקורת שיפוטית. זהו מהלך שמשלב עם התכנית הכללית של הממשלה הנוכחית, לצמצם במידה ניכרת את הביקורת השיפוטית ולהסיר את הבלמים מהפעלת הכוח השלטוני. מהלך מסוג זה מחייב הסכמה רחבה, ולכל הפחות תחולה נדחית לכנסת הבאה. הכנסת אינה מוסכמת לפטור כך את הממשלה, תוך שימוש ברוב הקואליציוני שלה, להשגת מטרה זו.

ז. הערכה כוללת של הצעת יו"ר הוועדה

החרגת החלטות הדרג הנבחר מתחולת עילת הסבירות עלולה להוביל לפטור של הדרג הנבחר מהחובה לפעול באופן שקול ואחראי כלפי כלל הציבור. בהתחשב במיעוט המנגנונים הפוליטיים, המוסדיים, החברתיים והתרבותיים הפועלים להגבלת השימוש לרעה בכוח השלטוני בהקשר הישראלי, ניתן לצפות שללא איום ההתערבות של בית המשפט, הממשלה, השרים וראשי הרשויות יקבלו החלטות חד-צדדיות ונמהרות, שבעבר היו נזהרים יותר מלקדם. הדבר יגביל במידה ניכרת את הפיקוח שיוכלו להחיל היועצים המשפטיים, כדי לוודא את חוקיות החלטות הממשלה והשרים. משום כך, יש לצפות שהשינוי המרכזי שיתחולל בעקבות התיקון, הוא שינוי בהתנהלות הרשויות, שיהפכו יותר שלוחות רסן.

מבחינה פרקטית, ההבחנה בין דרג מקצועי לבין הממשלה והשרים היא בעייתית. מעשית, כאמור, הממשלה תוכל "לחסן" החלטות של הדרג המקצועי מפני ביקורת שיפוטית על בסיס עילת אי-הסבירות על ידי אישור כל החלטה מקצועית על ידי השר או הממשלה, מה שעשוי להביא להחלשה של הביקורת השיפוטית על כלל רשויות המנהל.

עילת הסבירות נועדה לקדם משילות טובה ואחראית, כזו שמתקבלת באופן שקול ושאינו חד-צדדי. כפי שהשופט סולברג ציין, עילת הסבירות מהווה בלם בפני החלטות שאינן מבוססות כראוי. היא חשובה במיוחד בהיעדר כללים משפטיים ברורים המסדירים את ההליך המנהלי, ובהיעדר הליך בירור עובדות שיפוטי המאפשר לעמוד על הכוונות האמיתיות של הגוף המחליט. ההליך בבג"ץ או בבית המשפט לעניינים מנהליים מבוסס על תצהירים, ולבית המשפט אין כלים לברר את אמיתות ההצהרות

המועלות בתצהיר. העילות שפותרו במשפט המנהלי, כגון עילת "היעדר תשתית עובדתית ראויה", "מבחן המטרה הדומיננטית" וכן עילת הסבירות, נועדו להתגבר על המכשלה הזו בפני הפיקוח הנאות על רשויות המנהל. עילת הסבירות נועדה לקדם משילות דמוקרטית, שבה נבחרה הציבור פועלים עבור הציבור כולו ולא רק עבור ציבור בוחריהם. חיסול עילת הסבירות יאפשר הליך קבלת ההחלטות חפוז ולא שקוף על ידי נבחרה הציבור, ועשוי להוביל לקבלת החלטות חד-צדדיות המשרתות ציבור בוחרים מסוים ולא את האינטרסים של כלל הציבור.

ניתן ורצוי לחשוב על הדרכים הראויות והיעילות להבטיח שההחלטות המנהליות תתקבלנה באופן מקצועי ורציוני, לאחר שקילת מכלול הנתונים והשיקולים והטמעת כל המשתנים. זו השאלה החשובה: כיצד ראוי שתתקבל ההחלטה השלטונית, מי חייב להשתתף בהליך המנהל הציבורי ומי אסור לו שישתתף וכדומה. ככל שיהיה מענה הולם לשאלה זו במסגרת חקיקתית, יתייחר הצורך בפיקוח שיפוטי הדוק. הבעיה היא שבמסגרת ההצעות הנדונות, ובפרט הצעתו של ח"כ רוטמן, המאמץ הוא להסיר את המגבלות השיפוטיות מבלי להבטיח קבלת החלטות מבוססת ושקולה. "משילות" היא מטרה חשובה, אולם רק כ"משילות אחראית ומושכלת" עבור הציבור בכללותו. "משילות" היא לא שם נרדף להסרת כל מגבלה וסטנדרט על הפעלת הכוח השלטוני.

הממשלה המכהנת מבקשת לפטור עצמה ממגבלות על הפעלת הכוח השלטוני. כל הצעה להסרת מגבלות מעין אלה, כמו צמצום עילת הסבירות, דורשת הצדקה עקרונית ועניינית לצמצום עילת הסבירות, וזו לא יכולה להיות שהממשלה רוצה להתחיל לקבל החלטות בלי לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת להם משקל ראוי. הצדקה כזו טרם הוצגה.

הניסיון של הממשלה הנבחרת לשנות את כללי המשחק החלים עליה, ולא מהכנסת הבאה, מלמד כי אין כאן ניסיון לטייב את המשפט המנהלי ומנגנוני הביקורת השיפוטית, אלא לפטור את עצמה מהחובה לפעול בסבירות לטובת כלל הציבור, ולא באופן חד-צדדי לטובת ציבורים מסוימים.

פיתוח חקיקת של המשפט המנהלי הישראלי צריך להיעשות באמצעות חקיקה של נורמות החלות על המנהל, לא בקביעת גבולות הסמכות של בית המשפט. השאלה החשובה היא איך ראוי שהמנהל הציבורי, לרבות נבחרה הציבור, יפעל, ולא מה ראוי שבית המשפט יקבע. אם תהיה עמדה עקרונית מגובשת על השאלה הראשונה, השנייה תיענה ממילא. אי אפשר לרתום את העגלה לפני הסוסים.

השימוש בחקיקה כדי לפטור את נבחרה הציבור מביקורת שיפוטית מסוימת, ללא עיגון חובות שיבטיחו הליך מנהלי מייצג, שקוף ושקול, מעידות אף הן שעניין הצעתו של ח"כ רוטמן הוא לא במשילות דמוקרטית, שבה נבחרה הציבור פועלים עבור הציבור בכללותו, אלא ב"משילות" שתאפשר לממשלה לפעול עבור קבוצות אינטרס צרות. לראיה, החל משנת 2014 נעשו ניסיונות לחוקק את "חוק סדרי מנהל תקין", אך הממשלות, כולל זו הנוכחית, נמנעות מלקדמו.²⁹

יתר על כן, ההצעה שמקדמת הקואליציה חורגת מכל הצעה קודמת שהוצעה בעבר, ובכלל זה מתווה הנשיא ("מתווה העם") כפי שמתואר בטבלה הבאה, המשווה הצעות בנוגע לשאלה אם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי-הסבירות:

29 תזכיר חוק סדרי מנהל (הסדרת עבודת הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014.

טבלה 2: השוואת הצעות בנוגע לשאלה אם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי-הסבירות

 מנהל המכס והמע"מ מנהל המכס והמע"מ מנהל המכס והמע"מ השוואת הצעות בנוגע לשאלה האם החלטות גופים שונים צריכות להיות כפופות לעילת אי-הסבירות					הגורם המציע
החלטות גורמים אחרים	החלטות נבחרים ציבור אחרים	החלטות שרים	החלטות הממשלה	האופן בו מוצע לקבע את השינוי	
אין הגבלה	לא כפופות, בכל סוג החלטה, בכל סוג של אי-סבירות, כולל, אי-סבירות כמופרכות או שרירותיות; ההצעה העלולה להתפרש כמצמצמת גם אי-סבירות הליכית.			בחוק	הצעת יו"ר הוועדה
אין הגבלה על תחולת העילה.	כפופות למעט סבירות מהותית בענייני מדיניות ומינויים לשרים, כחלק מעסקת חבילה כוללת.	כפופות למעט סבירות איזונית בענייני מדיניות (שם כפופות לשרירותיות ומפורכות), כחלק מעסקת חבילה כוללת.		בחוק	מתווה הנשיא ("מתווה העם")
אין הגבלה	כפופות, ככל הנראה למעט רק ענייני התווית מדיניות או הכרעה ערכית-מקצועית, וכן כשיש קושי הוכחתי להוכחת עילות אחרות.	כפופות, ככל הנראה למעט רק ענייני התווית מדיניות או הכרעה ערכית-מקצועית, וכן כשיש קושי הוכחתי להוכחת עילות אחרות.		בפסיקה	השופט סולברג "ביהשילוח"

מתוך נייר עמדה מס' 50 של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

ניתן להיווכח אפוא כי הצעת יו"ר הוועדה אינה עולה בקנה אחד גם עם ביקורת שמרנית על עילת אי-הסבירות, לא מבחינת האופן שבו מוצע לשנות את תחומה של העילה ולא מבחינת ההיקף של השינוי. בפרט הדברים אמורים בהיעדר הכפפה של כלל רשויות המנהל, לרבות הממשלה והשרים, לעילת אי-הסבירות כמופרכות ולעילת אי-הסבירות ההליכית, וכן בסוג ההחלטה הנדונה, האם היא החלטת מדיניות או החלטה קונקרטית.

אנו שבים ומזכירים כי יש לראות את הצעה זו כחלק ממכלול "הרפורמה המשפטית" אותה מקדמת הממשלה. כך, בדומה לנעשה בפולין, הממשלה הנבחרת מבקש להחליש בלם אחד אחרי השני, בצורה אינקרמנטלית, עד להסרת כלל הבלמים והאיזונים על הכוח השלטוני.³⁰

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עפרה בלוח, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

30 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 5: תמצית עמדת הפורום בנושא המהפכה המשפטית המתוכננת על ידי ממשלת ישראל ה-37" (הופץ ביום 20.1.2023); "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 23.2.2023); "נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום לתוכנית בעניין מינוי שופטים על ידי הקואליציה שפורסמה ביום 20.3.2023" (הופץ ביום 20.3.2023).

תרמו הערות:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'
פרופ' מרגית כהן, האוניברסיטה העברית
פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו
ד"ר מיטל פינטו, המכללה האקדמית צפת והקריה האקדמית אונו
ד"ר רועי פלד, המסלול האקדמי המכללה למינהל
פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית
פרופ' יניב רוזנאי, אוניברסיטת רייכמן
ד"ר יאיר שגיא, אוניברסיטת חיפה
ד"ר סיגל שהב, המרכז האקדמי למשפט ועסקים

עקרונות יסוד בנוגע לכל הסדרה בחקיקה של ביקורת שיפוטית בגין אי-סבירות והתייחסות למתווה "אמיתי" – בר דוד

הופץ במקור ביום 23.7.2023 כנייר עמדה מס' 54

אלה ימים קשים למדינת ישראל. הסיכונים ללכידות החברתית, לכלכלה, לביטחון וליציבות בעת הזו הם עצומים. ככל שתהא הסכמה על עצירת החקיקה החד צדדית ועל מעבר להידברות, ומתוך מטרה לסייע בכך, אנו מבקשים להדגיש כי חיוני לשמור על עקרונות יסוד באשר לכל הסדרה בחקיקה של ביקורת שיפוטית בגין אי-סבירות. במסמך זה נתייחס גם למתווה יו"ר הסדרות העובדים, ארנון בר דוד, ויו"ר נשיאות המגזר העסקי, דובי אמיתי (מיום 23.7.2023). אף כי אנו מברכים על המאמצים, נסביר מדוע אנו מתנגדים למתווה זה וסבורים כי הוא אינו עומד בעקרונות היסוד ההכרחיים.

עקרונות היסוד

1. עצירה מוחלטת של ההפיכה המשטרית. שינויים ייעשו בהסכמה רחבה

כל חקיקה בעניין עילת אי-סבירות תלווה בהתחייבות, שתעוגן בחוק יסוד, שלפיו מעתה לא יערכו כל שינויים ללא הסכמה רחבה. הדבר יהיה בהוראת הקפאה חוקתית, שלפיה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-25 לא ייעשה כל שינוי של הוראה שבחוק יסוד וכן בהסדרים הקשורים ברשויות השלטון, במערכת היחסים שבין הרשויות, וכן בנוגע לסמכויות היועץ המשפטי לממשלה והגורמים הנתונים לאחריותו (כגון התביעה הכללית והיועצים המשפטיים המשרדיים) ולשומרי הסף האחרים, ביחס להסדרים שעלולים להשפיע על הליכים משפטיים תלויים ועומדים כנגד שרי ממשלה ובכלל זה ראש הממשלה, ובנוגע להסדרים שעלולים לפגוע בכללי הבחירות ובעצמאות כלי התקשורת והאקדמיה, אלא בהסכמה רחבה; וכן בחוק יסוד שיקבע תקופת מעבר שתאפשר עיצוב הליך חוקתי ראוי ולא יאפשר שינויים חוקתיים עד להשלמת הליך זה. נוסח מוצע של חוק יסוד כזה יפורסם בנפרד.

2. מינויים ופיטורין

עילת אי-סבירות תמשיך לחול על כל החלטה על מינוי ועל הפסקת כהונה של נושא משרה (למעט מינוי לתפקיד שר וסגן שר), ובכלל זה על החלטה לכנס או שלא לכנס ועדת מינויים או בחירה לתפקיד ציבורי.

3. החלטות של שרים וממשלה

עילת אי-סבירות תמשיך לחול על החלטות של שרים שניתנו לפי סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה. כמו כן, תחול עילת אי-סבירות הקיצונית על החלטות שרים וכן על החלטות הממשלה בעניינים שאינם מדיניות כללית.

4. ממשלת מעבר

ההסדרים שלעיל בעניין צמצום הסבירות לא יחולו מרגע שהחליטה הכנסת על פיזור ועד שהושבעה ממשלה חדשה.

חשוב להדגיש כי סירובה של הממשלה לעמוד בעקרונות יסוד אלה יגלה את כוונותיה האמיתיות בכל הנוגע לעילת הסבירות ולהפיכה המשטרית, לדוגמה:

- פיטורי היועצת המשפטית לממשלה ושומרי הסף האחרים.
- אי-כינוס של הוועדה לבחירת שופטים על מנת לייבש את המערכת ולפגוע בה.
- המשך החקיקה של ה"הפיכה המשטרית" בשלבים במטרה לצבור כוח שלטוני בלתי מוגבל המשנה מן היסוד את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית.

אנו מתנגדים להצעת בר דוד ואמיתי מ-23.7.2023, בשל הבעיות הבאות:

1. היעדר התחייבות לעצירה מוחלטת של ההפיכה המשטרית, ולכך ששינויים ייעשו בהסכמה רחבה בלבד. הפורום מציע נוסח של הצעת חוק יסוד: עיצוב ההליך החוקתי שיאפשר עיצוב הליך ראוי ולא יאפשר שינויים חוקתיים עד להשלמת הליך זה. בהצהרה של הממשלה שלא תעשה חקיקה בנושאים הקשורים לרפורמה ללא הסכמת 75 ח"כים במהלך 18 החודשים הקרובים אין די – הן משום שזו הצהרה בלבד שהממשלה תוכל בכל עת להופכה, הן משום שתקופת 18 חודשים מותרת לממשלה די זמן לקדם את הרפורמה לאחר תקופה זו ובמהלך הכנסת הנוכחית, ולכן לא תהיה לה סיבה להתקדם לפשרה, וכן משום שדרישת 75 ח"כים אינה מספקת.
2. החלטות בעניין מינוי והפסקת כהונה של נושא משרה (למעט מינוי לתפקיד שר וסגן שר) לא יכולות להיות חסינות מביקורת בעילת הסבירות. הפתח של "אלא אם באישור הכנסת" רחב מדי, שכן הרוב הקואליציוני בכנסת יכול לקבוע שורה של בעלי תפקידים שיהיו נתונים להחלטתה. ככל שאין הגבלה בחקיקת יסוד על האפשרות לשנות סדרי יסוד, ובכלל זה בנוגע לאופן המינוי והפסקת הכהונה של נושאי משרה, הסכנה הזו מוחשית.
3. הנוסח הזה יאפשר לממשלה לטעון שעילת הסבירות לא תחול על החלטה שלא לכנס את הוועדה לבחירת שופטים. יש להחריג מהפטור מהסבירות החלטות לכנס או שלא לכנס ועדת מינויים או בחירה לתפקיד ציבורי, גם אם הממשלה אישרה אותן במליאתה.
4. פטור מסבירות החלטות ממשלה שאינן מדיניות כללית, ובכלל זה אישור של החלטות שרים פותח פתח רחב להענקת חסינות, בדלת האחורית, להחלטות שנדרש שתהיינה כפופות לביקורת שיפוטית אפקטיבית, כולל תחת עילת הסבירות, ולכן איננו מקובל. על החלטות שרים שאינן לפי סעיף 34 לחוק יסוד: הממשלה והחלטות ממשלה שאינן בענייני מדיניות כללית יש להחיל, לכל הפחות, את עילת אי-הסבירות הקיצונית.
5. מכל מקום, תיקון כל כך מורכב וסבוך חייב להיעשות בדיון פתוח, בשיתוף משרד המשפטים וכלל גורמי המקצוע.

ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית

הופץ במקור ביום 25.1.2023 כנייר עמדה מס' 6

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. **בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להצעה לבטל את עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית.**

אנו סבורים כי:

- ההצעה לבטל את עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות השלטון, תביא לפגיעה קשה בחלשים ביותר בחברה הישראלית, שאין בידם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני, ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.
- עילת הסבירות היא כלי משפטי הכרחי, המאפשר לתקן ליקויים בתהליך קבלת ההחלטות של השלטון מול כל איש ואישה הנתונים למרותו.
- סבירות משמעה מתן משקל ראוי לערכי היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית בישראל ובכלל זה צדק, שוויון ומנהל תקין, תוך איזון הולם בינם לבין שיקולים רלוונטיים אחרים.
- לאורך השנים, השימוש בעילת הסבירות על ידי בית המשפט היה זהיר ומצומצם, והעילה הופעלה רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית לקתה במובהק בשיקול דעת פסול באופן קיצוני.
- בהיעדר מדד של סבירות להערכת המעשה המנהלי, לא תהיה הגנה לפרט מפני פעולה של הרשות, שאולי נעשתה בסמכות פורמלית, אך מתעלמת בצורה קיצונית מזכויות הפרט ומהאינטרסים של כלל הציבור בישראל.
- ביטול עילת הסבירות עלול לשנות את פניה של הביקורת השיפוטית על המנהל, ביקורת שהיא חיונית למניעה של ניצול לרעה של כוח שלטוני והגנה על כל אחד ואחת מפני החלטות שרירותיות של השלטון.

נימוקי נייר העמדה

הצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק-יסוד: השפיטה שהופצה ביום 11.1.2023 על ידי שר המשפטים מבקשת לשלול מבית המשפט העליון את הסמכות לפסול החלטות של הממשלה, שר משרה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירות. מסמך נוסף שהופץ על ידי ח"כ

שמחה רוטמן ביום 17.1.2023 מציע גם הוא לבטל את עילת הסבירות במתווה שונה במקצת מהצעת השר.¹ נייר עמדה זה מתמקד בהצעה העקרונית לבטל את עילת הסבירות.

בדברי ההסבר להצעת שר המשפטים נטען כי עילת הסבירות היא עילה "חריגה", שפותחה בעשורים האחרונים בידי בית המשפט העליון, כאמצעי להחליף את שיקול דעתה של הרשות המבצעת בשיקול דעתו של בית המשפט. אולם, לטענה זו אין על מה לסמוך. סבירות משמעה מתן משקל ראוי לערכי היסוד של השיטה ולאנטיטרסטים חוקיים מתנגשים רלוונטיים. השימוש בעילת הסבירות במשפט המנהלי הישראלי הוא זהיר, הפעלתו נדירה, והיא מצטמצמת למקרים שבהם ההחלטה המנהלית לוקה במובהק בשיקול דעת פסול. בפסילת מעשה מנהלי על בסיס עילה זו, בוחן בית המשפט את מערך השיקולים שנשקלו, ואת המשקל היחסי שניתן לשיקולים אלו, ואינו מחליט במקום בעלי הסמכות. רק במקרים קיצוניים תימצא עשייה בלתי סבירה.

ביטול עילת הסבירות עלול לשנות את פניה של הביקורת השיפוטית על נבחר ציבור האמורים לשרת את הציבור, על עובדי ציבור ממונים ועל המנהל בכללותו, שהיא חיונית למניעה של שימוש לרעה בסמכות כנגד יחידים או קבוצות מוחלשות. במילים אחרות, השימוש בעילת הסבירות מגלם בתוכו את ההגנה על האינטרס הציבורי ובכלל זה את ההגנה על קבוצות ויחידים, שאין בידם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.

א. מבוא

הנוסח המוצע להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שהפיץ שר המשפטים כמו גם הנוסח של ח"כ רוטמן מבקש לחולל ארבעה שינויים שמשמעות קבלתם היא מתן כוח-על לממשלה מכהנת, תוך ריסוק מנגנוני הביקורת על כוחה של הממשלה: פגיעה בביקורת שיפוטית על חקיקה ותיקוני חוקה; פגיעה במעמד העצמאי של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה; השתלטות הממשלה על הליכי מינוי שופטים, וביטול כוחו של בית המשפט לבקר את פעולות הממשלה ורשויותיה בשל חוסר סבירות קיצוני, נושא שהוא במרכז נייר עמדה זה. ייאמר בראש הדברים שההצעה משקפת חוסר ידע על המשפט המנהלי בישראל, ומציגה את עילת הסבירות ואופן השימוש בה לאורך השנים בצורה מטעה ומסוכנת. זאת ועוד, הצעה זו כשלעצמה, ובפרט בהצטרפה למכלול הצעדים המוצעים לשינוי המבנה הדמוקרטי הישראלי ולהסרת כל מגבלה על כוחו של השלטון, פוגעת באופן קשה ביותר, עד בלתי הפיך, בעקרונות היסוד של המשפט והחברה בישראל.

בנוסח השר לתיקון נטען כי "הפסיקה הישראלית פיתחה בעשורים האחרונים עילת התערבות חריגה במעשי הממשלה כל אימת שבית המשפט סבור כי החלטת הממשלה או השר אינה סבירה" וכי

¹ לעניין הסבירות, הצעת רוטמן נבדלת מהצעת לוין בשני עניינים מרכזיים. ראשית, היא מבקשת לבטל את עילת הסבירות רק ביחס לנבחר ציבור ולהותיר לכאורה את השימוש בה ביחס לעובדי ציבור. אולם, מכיוון שנבחר ציבור כמו שר למשל רשאי ליטול את סמכותה של רשות מנהלית הכפופה לו, הרי ששרטוט ההבחנה בין נבחר ציבור לבין עובד ציבור לעניין היקף תחולתה של עילת הסבירות לא יהיה תמיד אפשרי. שנית, בהצעת רוטמן האיסור להידרש לעילת הסבירות מתייחס ל"מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין"; המשמעות היא שהאיסור יחול גם על טריבונלים מנהליים, כגון בית הדין לעררים (בנושאי הגירה ותושבות) ובתי דין בענייני מיסוי.

באימון העילה, "שם בית המשפט עצמו בנעליה של הרשות המבצעת והחליף את שיקול דעתה". המציאות המשפטית הפוכה בתכלית לפחות בשתי צורות. משפטית-טכנית, בית המשפט חזר וטען בכל פסיקותיו כי לעולם אינו "שם עצמו בנעלי בעל הסמכות": גם בפסק הדין הנזכר בדברי ההסבר להצעה, כמעין הוכחה לטיעון זה (בג"ץ דפי זהב), הדגיש בית המשפט את ההיפך. בנוסף, לאורך השנים, בית המשפט פעל בהתאם לעקרונות העומדים בבסיס קיומה של ביקורת שיפוטית על עשייה מנהלית, המצדיקים את קיומה של עילת אי-סבירות המופעלת במקרי קיצון.

ב. מהותה של עילת הסבירות ומקומה במערך הביקורת השיפוטית על המנהל

המשפט המנהלי בישראל, שהתפתח צעד בצעד על בסיס המשפט המנהלי הבריטי, נועד למנוע שימוש לרעה בכוח השלטוני הנתון לרשות המבצעת. המטרה היא להבטיח שרשויות השלטון יפעלו בהתאם לאינטרס הציבורי, ולמנוע עשייה שלטונית המונעת משיקולים שנועדו להיטיב עם קבוצות אינטרס צרות. לשם הגשמת מטרה זו יש צורך בקיומם של מנגנוני בלימה על כוחה של הממשלה, שבראשם ביקורת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה. בהיעדרה של ביקורת שיפוטית, יהיה בידי הממשלה או שר משרה לפעול בלא מנגנון פיקוח נאות במהלך קבלת החלטות ויישומן – תוצאה שגלומה בה סכנה ברורה להשחתת העשייה הפוליטית ופגיעה קשה באזרחים ובאינטרס הציבורי.

במשך עשורים, ועל בסיס המורשת הבריטית, פותחה רשת של עילות ביקורת על פעולתן של רשויות המנהל במישורים שונים. משמע, מאז ומתמיד, רוב רובו של המשפט המנהלי, על עילות הביקורת המוכרות בו, הוא יציר הפסיקה – בדיוק כמו המשפט המנהלי בבריטניה. עילות הביקורת המקובלות נוגעות הן במצבים של היעדר סמכות, הן במצבים של הליך לקוי והן במצבים שבהם המעשה נגוע במישור שיקול הדעת, כלומר, מתעלם מהצורך שהפעולה השלטונית תשרת את האינטרס הציבורי ותגן על כל תושבי המדינה ובכלל זה קבוצות מוחלשות, שאינן נהנות מכוח פוליטי ואין בידן כלים להתגונן מפני כוחו של השלטון. בעילות המקובלות במישור אחרון זה של שיקול הדעת נמצא מצב של שקילת שיקולים זרים ואי-שוויון (למשל, העדפה של קבוצת אינטרס בקבלת קרקעות לשימוש ציבורי) וכן שתי עילות המשמשות להערכה של שיקול הדעת: אי-סבירות ומידתיות.

בהפעילו את עילות הסבירות והמידתיות, חוזר בית המשפט ומדגיש שאינו מחליט במקום בעל הסמכות, בניגוד מוחלט לעמדת המצדדים בביטול עילת אי-הסבירות. ראיה לכך, במקרים רבים שבהם נמצאה אי-סבירות (וכפי שיוצג להלן, מדובר במקרים קיצוניים), בית המשפט שפסל את ההחלטה העביר את כוח ההחלטה מחדש לבעלי הסמכות על מנת שיגבשו החלטה חדשה.

בחינה של השימוש בעילת הסבירות, ברמה ההגדרתית, מגלה כי נוסף על העובדה שבית המשפט אינו מחליט במקום בעל הסמכות, ההתערבות על בסיס עילה זו שמורה למקרי קיצון בלבד. בפסקי הדין הראשונים שבהם הוכרה עילת הסבירות כעילה שניתן להישען עליה עצמאית, נקבע כי קיימים שלושה עקרונות שעל פיהם ייעשה שימוש בעילה. ראשית, נקבע כי אי-סבירות יכולה להימצא כאשר רשות שקלה את כלל השיקולים, אך נתנה לשיקול אחד משקל יתר ההופך את ההחלטה למנוגדת לאינטרס הציבורי (למשל, במקרה של החלטות מנהל מקרקעי ישראל לשינוי מקיף של ייעודן של קרקעות משימוש חקלאי לקרקעות לבנייה, שהעניקה ליושבים חקלאיים יתרונות משמעותיים, על פני יתר אזרחי המדינה). שנית, הודגש כי בית המשפט מכיר בקיומו של "מתחם סבירות" – דהיינו, קיים מרחב של פתרונות שיכולים להיות במסגרת הסבירות, שמתוכם יכולה הרשות לבחור ואין המדובר בפתרון יחיד המקיים את דרישת הסבירות. לבסוף, נקבע כי בחינת אי-הסבירות תיקח בחשבון את

מעשיו של "עובד הציבור הסביר" – כלומר, לא מדובר בהחלטה של השופטים, או של עובד ציבור בעל אמות מידה קפדניות במיוחד. בתמצית, השימוש בעילת הסבירות נועד לבחון אך ורק אם האיוון הפנימי בין השיקולים ששקלה הרשות הוא מעוות בצורה קיצונית.

אלה המבקשים לבטל היום את עילת הסבירות טוענים כי השימוש בעילת הסבירות הוצנח לתוך המשפט המנהלי בשנות השמונים תוך שינוי מהותי של כללי הביקורת השיפוטית על רשויות המנהל שהתפתחו קודם לכן. אולם, חשיבה משפטית בדרך של ניתוח סבירות המעשה המנהלי בהתאם לאינטרס הציבורי ולערכים עליהם מושתתת מדינת ישראל, מעוגנת בפסיקת בית המשפט העליון מראשית ימי המדינה. השימוש בעילת הסבירות לא צמח אפוא יש מאין, אלא הוא נבנה על בסיס פסיקה ארוכת שנים שכחלק ממנה בית המשפט הפעיל מאז ומתמיד ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות המנהל. יתרה מזו, כבר בשנות השבעים בפרשת דקה קבע השופט שמגר: "יכול שיווצרו נסיבות בהן לא נשקל על ידי הרשות המיניסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד שהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך לבלתי סבירה לחלוטין".²

את ההתפתחויות שחלו בשימוש בעילת הסבירות בשנות השמונים ובתחילת שנות התשעים חשוב להבין על רקע שתי פרשות מרכזיות: בג"ץ גנור והבג"צים בעניין דרעי ופנחסי. פרשת גנור עסקה במשבר מניות הבנקים ובהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז יוסף חריש שלא להגיש כתבי אישום כנגד ראשי הבנקים, שעסקו בוויסות מניות והונו את ציבור המשקיעים. חריש קבע כי אין "עניין לציבור" בהגשת כתבי אישום בפרשה זו, למרות המלצות ועדת בייסקי שיש להעמידם לדין, ולמרות הפגיעה הכלכלית העצומה שנגרמה לציבור ולאוצר המדינה בעקבות מעשיהם הבלתי חוקיים של ראשי הבנקים. בעתירה שהוגשה כנגד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה נטען כי היא אינה נותנת משקל ראוי להגנה על האינטרס הציבורי ולכן לוקה בחוסר סבירות קיצוני. בית המשפט ביטל את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בשל חוסר הסבירות הקיצוני שבה: במקרה הנדון נפגעו אזרחים רבים, וועדת חקירה המליצה על העמדה לדין, כלכלתה של המדינה עמדה בסכנה – כל אלה הצדיקו קביעת אי-סבירות קיצונית. עם זאת, בית המשפט לא העמיד עצמו במקום היועץ המשפטי לממשלה ולא הורה על הגשת כתבי אישום כנגד הבנקאים. תוצאת פסק הדין הייתה שההחלטה הוחזרה ליועץ המשפטי לממשלה על מנת שיעיין שוב בחומר הראיות ויחליט אם לאור חומרת העבירות ומידת הפגיעה בציבור יש כדי להצדיק העמדה לדין.³

בעניין דרעי ופנחסי, שיקולים דומים של הגנה על האינטרס הציבורי הנחו את בית המשפט כאשר החליט להתערב בהחלטתו של ראש הממשלה דאז שלא לפטר שר וסגן שר בממשלתו שהואשמו בעבירות שחיתות שבמרכזן ניצול לרעה של עמדת הכוח השלטונית. בית המשפט הסביר כי העברתו מתפקידו של מי שנאשם בעבירות חמורות ביותר כגון שוחד, גניבה, מרמה והפרת אמונים היא הכרחית על מנת לשמר את אמון הציבור ברשויות השלטון. נשיא בית המשפט העליון דאז השופט מאיר שמגר הסביר: "יש נסיבות שבהן הופכת הפעלת סמכות שבשיקול דעת להפעלה שבחובה. אי הפעלתה של הסמכות בנסיבות מעין אלה יכולה להיחשב כבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין... העבירות

2 בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד (2) 94, 105 (1976).
3 בג"ץ 3425/96 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 1 (1996).

המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי סבירות קיצונית⁴.

חשוב לזכור כי הן עניין גנור והן עניין דרעי ופנחסי עוסקים במקרי קיצון, שבהם הביקורת השיפוטית התחייבה בשל עצמת הפגיעה באינטרס הציבורי ובערכי היסוד של השיטה ובכלל זה שמירה על מנהל ציבורי תקין ועל אמון הציבור ברשויות השלטון, שהם הבסיס לשלטון החוק. בחינה של עתירות בהן הטענה המרכזית של העותרים הייתה אי־סבירות מראה כי ברוב רובם של המקרים נדחו העתירות. כפי שניזכר להלן, במקרים החריגים שבהם בית המשפט התערב בהחלטה המנהלית בעילה של חוסר סבירות קיצונית, הפגיעה באינטרס הציבורי ובעקרונות היסוד של שיטת המשטר בישראל הייתה משמעותית בעצמה כזו, שחייבה שקילה מחדש של ההחלטה.

ג. השימוש בעילת הסבירות מאז שנות השמונים: תקציר נושאי

בניגוד גמור לנטען בנוסח הצעת החוק, התערבות על בסיס עילת אי־הסבירות בלבד היא מוגבלת, וקיימת במקרים קיצוניים. היקף השימוש הזהיר בעילה זו בשלושת העשורים האחרונים אינו מצדיק כלל את ביטולה. יתרה מזו, דווקא מספר המקרים הקטן יחסית שבהם החליט בית המשפט להתערב בעילה על חוסר סבירות קיצונית של ההחלטה המנהלית, ממחיש את חשיבותה המיוחדת של עילה זו בהגנה על האינטרס הציבורי של כלל החברה ועל זכויות הפרט. סקירה של עשרות פסקי דין מן העשורים האחרונים, שנמצאו בחיפוש במאגרי מידע משפטיים, תוך שימוש במונח "סבירות", מעלה מגמה חד משמעית זו. להלן נעסוק בשלושה נושאים מרכזיים: פתיחה בחקירה והעמדה לדין, מדיניות ציבורית ומינויים פוליטיים.

1. שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה ולהעמיד לדין אנשי ציבור: רק במקרים בודדים התערב בג"ץ בהחלטות שלא להעמיד לדין. בעניין גנור, שנזכר לעיל, נפסק כאמור כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את ראשי הבנקים בגין מעשיהם כאחראים לוויסות מניות הבנקים, לאחר שוועדת חקירה מצאה אותם אחראים, לקתה בחוסר סבירות קיצונית משום שלא ניתן משקל מספק לפגיעה הקשה בציבור. אולם, ברוב רובם של המקרים נדחו העתירות בשל מרחב שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה, שבו בית המשפט אינו מתערב.⁵ כך למשל קבע בית המשפט באחת הפרשות:

4 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421 (1993).
5 לפסקי דין משנות השמונים ואילך שבהם נדחו העתירות בהקשר זה תוך החלת עילת הסבירות ראו בג"ץ 650/82 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 216 (1983); בג"ץ 588/94 שלנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(3) 40 (1994); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859 (1995); עניין גנור, לעיל ה"ש 3; בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליט המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(5) 49 (2003); בג"ץ 8722/05 קיקיס נ' הרמטכ"ל (נבו 23.2.2006); בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004); בג"ץ 5199/12 חיים נ' פרקליטות המדינה (נבו 16.5.2013); בג"ץ 9443/16 התנועה למען איכות השלטון נ' פרקליט המדינה (נבו 15.8.2017); בג"ץ 1782/19 כוסבה נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 3.9.2020); בג"ץ 5276/20 בני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 24.10.2021).

”שבנו ושנינו כי לא בנקל יתערב בית משפט זה בהחלטות שעניינן העמדה לדין, המצויות בליבת שיקול דעתן של רשויות התביעה. רשויות התביעה קנו ידע, מקצועיות וניסיון בנושא זה, ומקובלת בפסיקתנו החזקה כי אלו יתעשינה כמיטבן להעמיד לדין את מי שראוי כי יועמד לדין ושלא להעמיד לדין את מי שאין הוא ראוי כי יעמוד לדין... על כן, הביקורת השיפוטית על החלטות התביעה בעניינים כגון דא מצומצמת ביותר, ומוגבלת למקרים חריגים שבהם הפגמים שנפלו בהתנהלות רשויות התביעה יורדים לשורש העניין, והחלטותיהן לוקות בחוסר סבירות קיצוני או שיש בהן עיוות מהותי הדורש תיקון.”⁶

2. **מינויים פוליטיים ואי-העברה מתפקיד של נושאי משרה:** כאמור, גם בעניין זה, הפסיקה אינה תומכת בטענות לפיהן בג”ץ מתערב באופן בלתי מידתי בהליכי מינויים של אנשי ציבור שהוגש נגדם כתב אישום. במשך השנים התגבש בפסיקה הכלל לפיו “כשירות לחוד ושיקול דעת לחוד”, שמשמעותו שהוראות החוק הקובעות כשירות מינימלית אינן מאיינות את הצורך לבדוק האם התאמתה של מועמדת מסוימת עומדת ברף הסבירות במובנה הקיצוני. כאמור, בפסקי הדין בעניין **דרעי ופנחסי** קבע בית המשפט כי יש להעביר מתפקיד של שר וסגן שר בשל חומרת העבירות שבהן נאשמו. ממש לאחרונה התערב בית המשפט פעם נוספת בהליך מינויו של אריה דרעי לשר ופסל אותו מלכהן בתפקיד של שר הפנים ושר הבריאות. מרבית שופטי ההרכב קבעו כי מינוי זה לוקה בחוסר סבירות קיצוני, בשל צבר הרשעותיו הפליליות, הכולל גם הרשעה בעבירות מס מחודש פברואר 2022, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון. יחד עם זאת, לצד עילת הסבירות חלק משופטי ההרכב נסמכו גם על העילה של השתק שיפוטי בשל המצג שהציג דרעי בפני בית משפט השלום שגזר את דינו בעבירות אלה, לפיו הוא פורש מהחיים הפוליטיים.⁷ אולם, התמונה הכוללת העולה מהפסיקה בעשורים האחרונים היא של שימוש מרוסן וזהיר בעילת הסבירות. לצד עתירות בודדות שהתקבלו, בשורה ארוכה בשל הכרעות, גם כאלה שנגעו למינוי שרים שהורשעו בפלילים, בית המשפט בחר שלא להתערב. במדגם פסקי דין שפורסמו בין 1993 ל-2023, בצד שלוש החלטות התערבות במינויים של נושאי תפקיד מנהלי וראשי עיריות, וההכרעה האחרונה בעניין מינויו של אריה דרעי כשר, נדחו רוב העתירות, בכללן עתירות נגד

6 בג”ץ 9443/16 **התנועה למען איכות השלטון נ’ פרקליט המדינה**, פס’ 14 (נבו 15.8.2017) (דחיית עתירה לסגור את התיק הפלילי נגד עו”ד נבות תל-צור, שייצג את ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט ונחשד בשיבוש מהלכי משפט והדחה בעדות וכן לבטל את ההחלטה להסתפק בהסדר טיעון במסגרת הליך משמעותי בעניינו).

7 בג”ץ 8948/22 **שיינפלד נ’ הכנסת** (נבו 18.1.2023). שלושה שופטים (השופטים ברק-ארז, שטיין ומינץ) ביססו את הכרעתם על המצג בדבריו של דרעי. הנשיאה חיות דנה בסוגיית המצג, אך בחרה להסתמך על אי-הסבירות הקיצונית שהיא תולדה של עברו הפלילי, הרשעתו האחרונה, העובדה שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר על תנאי, ואף מצג השווא שהציג. לאחר דיון ארוך בהקשר האחרון, נמנעה הנשיאה מלהכריע על בסיס המצג שהציג. להכרעתה הצטרפו השופטים פוגלמן, עמית, וילנר (באיזכור קצר של תקדים לפיו המקרה של דרעי, עוד לפני הפרשה האחרונה, היה “על גבול אי הסבירות”), כבוב, ברוך וגרוסקופף (שכרך יחדיו את שתי העילות כ”תומכות זה בזה”). לעמדת שופט המיעוט אלרון, היעדר ההכרעה בשאלת הקלון בעבירות, אליו לא נדרש ראש הממשלה בעת מינוי דרעי, היא הבסיס לקשיים שעלו; הוא דחה את העתירה אך היה דורש מראש הממשלה לפנות ליו”ר ועדת הבחירות לקבלת הכרעה בשאלת הקלון.

מינוי שרים וסגני שרים שהורשעו בפלילים.⁸ התמונה הכוללת, אם כן, היא שימוש מרוסן וזהיר בעילת הסבירות, והיא שונה לחלוטין מהתמונה המוצגת בידי המתנגדים לביקורת שיפוטית על המנהל הציבורי.

יתרה מזו, בכל הנוגע למינויים פוליטיים של מי שנאשמים בפלילים, צריך לזכור כי בניגוד למדינות דמוקרטיות אחרות, בישראל אין כיום נורמה של תרבות פוליטית שבמסגרתה מי שמתנהלים נגדו הליכים פלילים עוזב את החיים הפוליטיים.⁹ השימוש השיפוטי בעילת הסבירות במקרים חריגים וחמורים במיוחד בכל הנוגע למינויים פוליטיים הוא אפוא הכלי המשפטי היחיד השומר כיום על טוהר המידות בשירות הציבורי ומגן על הציבור מפני שחיתות שלטונית.

3. **התערבות בקביעת מדיניות:** חלק גדול מהעיתירות המוגשות לבית המשפט עוסק במדיניות של רשויות בעלות סמכות. הכלל השגור בידי בג"ץ הוא שהתערבות שיפוטית בהחלטות שעניינן קביעת מדיניות ויישומה היא מצומצמת ביותר. בעניין זה מובילה הגישה לפיה בג"ץ יהיה מרוסן בבחינה של קביעת מדיניות ויישומה, שכן המומחיות בעניין נתונה לבעלי הסמכות. מעבר להתערבות במקרה של

8 עתירות שהתקבלו: בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מד(2) 229 (1993); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993); בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265 (2001); בג"ץ 7542/05 פורטמן נ' שר התחבורה (נבו) 11.2.2007; בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון, פ"ד סו(3) 135 (2013); בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו) 18.1.2023 (ראו פירוט לעיל). לעתירות שנדחו ראו למשל בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997); בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נא(3) 46 (1997); בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה, פ"ד נא(3) 46 (2004); בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון נ' מ"מ ראש הממשלה (נבו) 6.3.2006; בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים (נבו) 24.10.2006; בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007); בג"ץ 3997/14 העמותה למען איכות השלטון נ' שר החוץ (נבו) 12.2.2015; בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון נ' ראש ממשלת ישראל (נבו) 8.5.2016; בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 6.5.2020.

9 מספר דוגמאות בולטות ממדינות אחרות ממחישות נקודה זו. בבריטניה: השר הממונה על צפון אירלנד, פיטר מנדלסון, התפטר מתפקידו לאחר פרסומים לפיהם פעל למען הנפקת דרכונים בריטיים למקורבים לו (2001); דייוויד בלנקט התפטר מכהונתו לאור גילויים אודות הפרות הקוד הממשלתי בעניין מינויים במגזר הפרטי (2005); שר העבודה והגמלאות והשר הממונה על ווילס, פיטר היין, התפטר לאחר פתיחת חקירה של ועדת הבחירות אודות מתן מימון פוליטי למשטרה (2008); שר האוצר, דייוויד לואו (Laws), התפטר לאחר גילויים שעשה שימוש לרעה בכספי ציבור כשהקצה מהם לשותפו לשעבר (2010); ראש הממשלה, דייוויד קמרון, התפטר לאחר שמשאל העם אותו ערך הצביע בעד יציאה מן האיחוד האירופי, בניגוד לעמדתו (2016); ראש הממשלה, בוריס ג'ונסון, התפטר בשל פרסומים אודות עריכת מסיבות בביתו בזמן סגר הקורונה (2022); השר ללא תיק, גאווין ויליאמסון, התפטר לאחר פרסומים על הטרה מאיימת (2022).

במדינות אחרות: ראשת הממשלה של פינלנד, Anneli Jäätteenmäki, התפטרה מתפקידה לאחר גילוי הדלפה שהייתה קשורה להצטרפות לצעדים נגד עיראק (2003); ראש ממשלת קנדה, ז'אן קרטיין, התפטר לאחר גילוי פרשה שעניינה מתן תמיכות לגופים שהתנגדו לתומכים בפרישתה של קוובק (2003); ראש ה-CIA, ג'ורג' טנט, התפטר מתפקידו לאחר ביקורת על השימוש של ה-CIA במידע הקשור להחלטה לצאת למלחמה בעיראק (2004).

פגיעה בזכויות (למשל, שוויון או קניין), במקרים הבודדים שבהם התקבלה טענת אי-סבירות דובר בעשייה שהייתה פוגעת באופן בלתי הפיך באינטרסים ציבוריים מרכזיים, למשל השפעה קשה על הסביבה, הקצאת קרקעות, או סכנה ישירה לחיי אדם (החלטה יחידה לפסול את מערך "המרחבים המוגנים" במיגון בישובי עוטף עזה).¹⁰ גם בהקשר זה אין לטעון כי בג"ץ מתערב באופן שגור ו"שם עצמו בנעלי הרשות"; נהפוך הוא.¹¹

ד. סיכום

עילת הסבירות היא כלי משפטי חיוני במערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות השונות. קיומה של עילת הסבירות מאפשר לתקן ליקויים בתהליך קבלת ההחלטות של השלטון מול האזרח. סבירות משמעה מתן משקל ראוי לערכי היסוד של השיטה תוך איזון הולם בינם לבין שיקולים רלוונטיים אחרים, והיא מופעלת במקרים קיצוניים בלבד. שאלת הסבירות נגזרת מהמערך הערכי העומד בבסיס השיטה הדמוקרטית בישראל, וכולל ערכים של חירות, צדק, והגנה על קבוצות מוחלשות מפני ניצול לרעה של כוח. משמעות ביטולה היא פגיעה ישירה בכל איש ואישה המתגוררים בישראל, או נתונים למרותו של השלטון, ובכלל זה אלה המשתייכים לקבוצות מיעוט שאינן נהנות מכוח פוליטי, שוויון חשופים. ות להחלטות שרירותיות של השלטון. משמע, בהיעדר מדד של סבירות להערכת המעשה המנהלי, לא תהיה הגנה לפרט מפני פעולה של הרשות, שאולי נעשתה בסמכות פורמלית, אך מתעלמת בצורה קיצונית מזכויות הפרט ומהאינטרס הציבורי של כלל החברה. כאמור, השימוש בעילת הסבירות במשפט המנהלי הישראלי הוא זהיר ומצומצם, והעילה הופעלה רק במקרים שבהם ההחלטה המנהלית לקתה במובהק בשיקול דעת פסול באופן קיצוני. ביטול עילת הסבירות עלול לשנות אפוא את פניה של הביקורת השיפוטית על המנהל, ביקורת שהיא חיונית למניעה של שימוש לרעה בסמכות ופגיעה באלה שאין בידיהם כלים להתגונן מפני הכוח השלטוני, ובית המשפט הוא מפלטם היחיד.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מרגית כהן, האוניברסיטה העברית

פרופ' נויה רימלט, אוניברסיטת חיפה

תרמו הערות:

פרופ' אורן פרז, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

10 ע"מ 2605/18 עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה (נבו 28.7.2019) (קבלה חלקית); בג"ץ 244/00 שיח חדש נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נ(6) 25 (2002); בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון, פ"ד סב(2) 198 (2006); בג"ץ 5309/18 התאחדות המלונות בישראל נ' משרד הפנים (נבו 6.1.2021) (קבלה חלקית).

11 לדוגמאות בודדות לעשרות ומאות של עתירות נגד מדיניות שנדחו ראו בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2 (1996); ע"א 5320/90 ברנוביץ נ' רשות ניירות ערך, פ"ד מו(2) 818 (1990); בג"ץ 2920/94 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פ"ד נ(3) 441 (1996); בג"ץ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433 (2001); בג"ץ 6671/04 עמותת שחר נ' המועצה להשכלה גבוהה (נבו 28.3.2007).

תוכנית הקואליציה בנוגע להרכב הוועדה לבחירת שופטים שפורסמה ביום 20.3.2023

הופץ במקור ביום 20.3.2023 כנייר עמדה מס' 32

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 ולמשדרי הממשלה ובזכויות אדם. **בנייר עמדה זה אנו מגיבים לתוכנית הנוכחית בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים שפורסמה על ידי הקואליציה:** נוסח מוצע להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) ולחוק בתי המשפט (תיקון מס' 105), התשפ"ג–2023, שפורסם על ידי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ביום 20.3.2023.

תקציר

מן הדיונים המתקיימים נכון לכתיבת שורות אלו (20 במרץ 2023) בוועדת החוקה, 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 ולכלל ערכאות השיפוט. **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.**

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 העליון ומשנהו ברוב של שישה מבין אחד עשר חבריה, כלומר בקולות חברי הקואליציה בלבד** (המניין החוקי בשיבות הוועדה הוא שישה חברים). הסמכות הזו אמורה להיות מופעלת מידית, 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 מירי 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.¹

עמדת הפורום בעניין תוכנית זו היא חד-משמעית: זוהי תוכנית בלתי חוקתית, שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק. חקיקתה צפויה לפגוע אנושות 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. תוכנית זו תביא למינויים של שופטים לא מקצועיים ותפגע בזכות להליך הוגן ובזכות להגנה נאותה של נאשמים וכן להפליה 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.

נימוקי נייר העמדה

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 מוכרות 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 המידית 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

1 האמור כאן נכון גם ביחס להצעת חוק בנוסח שאושר בוועדת החוקה לקריאה השנייה והשלישית: חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023), זמינה בכתובת https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls2_2113226.pdf.

הוא בלתי מאוזן באופן מוחלט ותכליתו השתלטות של הקואליציה על בית המשפט. החלתו המידית 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 שמכהנים 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 שהן מבוטאות 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. לדוגמה, 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, אף אם ישנה הגבלה במספרם לקדנציה. 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 היא 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 המוצעת, בנוסח שאושר בוועדת החוקה לקריאה השנייה והשלישית ביום 27.3.2023, קובעת כי בחירת הנשיא ומשנהו תעשה ברוב חברי הוועדה – היינו על ידי הקואליציה לבדה. בכך, ההצעה שוללת את הנוהג החוקתי בדבר מינוי הנשיא לפי עקרון הוותק, עיקרון שנועד להבטיח את עצמאות השופטים המכהנים, שאמונים, בין היתר, על החלת ביקורת על רשויות השלטון. סטייה מנוהג הוותק בבחירת הנשיא, בלא שהושגה לשינוי זה הסכמה רחבה ובלא הצדקה עניינית לכך, איננה הסדר "מרכז" אלא הסדר מסוכן של השתלטות הקואליציה על בית המשפט העליון ושופטיו.
 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.**
7. 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. לנוכח 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 אחד וקבוע מראש, שאינו נתון לשליטה או להשפעה מידית של בעלי עניין פוליטיים או אף מתוך בית המשפט עצמו. יש לו גם הגיון פנימי – השופט הוותיק ביותר מכיר טוב 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, ויבחר משום שהקואליציה תגיע למסקנה שיהיה נוח יותר עבורה. מצב עניינים שכזה, מקעקע את הפרדת הרשויות בישראל, פגיעה שהיא קשה במיוחד בהיעדר מנגנוני איזון ובלימה רבים על כוחו של הרוב. בתוך בית המשפט, קביעה מראש של זהות הנשיאים הבאים לפי עקרון הוותק מבטיחה שתיווצר תחרות בין השופטים, וישראל 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 לנוכח 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. אומנם, 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 או בית הדין, בהיעדרו משנהו, ובהיעדרם השופט הוותיק בהרכב (ס' 28 (א), 39 (א), 50 (א) 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' 20 (א) לחוק-יסוד: הכנסת). בכל המצבים הללו נדרש להפעיל כלל בחירה שאינו כרוך בשיקול דעת אינדיבידואלי, כדי לוודא היעדר הטיות 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 פרסונלי, 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 גיוני החברה הישראלית: יש ייצוג יתר לקבוצות מסוימות וייצוג 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 בזמן נתון (אף שלפי חלקו של הציבור הערבי באוכלוסייה, אמורים לכהן כ-3 שופטים ערבים), אין מכהנים שופטים שמגדירים עצמם חרדים או חרדיות, וטרם מונה לשופט/ת להט"ב/ית מוצהר/ת. 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.²

כדי להגביר את הגיוון, רצוי להוסיף ולדרוש בחוק (כפי שהוצע במתווה שהוצג על ידי נשיא המדינה,³ 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.

1. 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 "לטמא" את כל ההרכב, ובכך לפגוע בזכות להליך הוגן. הסיבה לכך היא ברורה: אם שופטים התמנו באופן שלא מבטיח עצמאות מהרשות המבצעת, הרי מינויים פסול, ואיושם

2 עוד על גיוון במינוי שופטים ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 14 : האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול" (הופץ במקור ביום 22.2.2023); נורית יכימוביץ-כהן וג'רי אלמו-קפיטל "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).

3 www.mitvehaam.org.

בהרכב לא יכול להביא להשלמתו של ההרכב. במילים אחרות – שופטי הממשלה הם "שופטים מתחזים" לצורך איוש תפקידים בבית המשפט.

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.⁴ פגיעה זו הוכרה גם על ידי ועדת ונציה,⁵ 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 ההליך הוגן בפני בית המשפט. הפגיעה מתרחשת גם אם רק אחד מחברי ההרכב התמנה בהליך הפסול.⁶ 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.⁷

ז. היבטים נוספים בהליכי המינוי המוצעים

באשר לערכאות הדיוניות, קובעת ההצעה המשולבת (התיקונים המוצעים לחוק-יסוד: השפיטה ולחוק 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 שלום. במצב דברים זה, נשיא בית משפט שלום ייקח חלק בהחלטות על קידום שופטים מבית משפט שלום לבית המשפט המחוזי. זהו מצב שעלול להציב את נשיא בית משפט שלום בניגוד עניינים מובנה.

לא פחות חמור הוא היעדרם של גורמים מקצועיים אחרים בהרכב הוועדה. המועמדים לשיפוט בבית משפט שלום 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 שלום 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 כוח האדם השיפוטי בערכאות

4 Case BSA I-4110-1/20 Resolution of the Formation of the Combined Civil Chamber, Criminal Chamber, and Labour Law and Social Security Chamber 23 January 2020, https://forumfws.eu/bsa-i-4110-1_20_english.pdf

5 CDL-AD(2017)031-e Poland – Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of 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, para 130 (Venice, 8-9 December 2017)

6 Case of Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland (Applications nos. 49868/19 and 57511/19), <https://bit.ly/3UXDHMF>

7 ECJ Judgment of 2 March 2021, in C-824/18, AB, <https://bit.ly/40EgUGB>

הדיוניות באמצעות בחירת המועמדות והמועמדים הטובים ביותר. החלטות אלו אמורות להתקבל על סמך קריטריונים מקצועיים, אשר לגביהם לקואליציה ולאופוזיציה אין יתרון יחסי, אלא להיפך. זאת ועוד: הענקת גרעין שליטה לקואליציה, אשר נדרשת אך לתוספת של קול אחד (מבין השופטים, ובכלל זה הנשיא הנבחר על ידיה, 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 מבית משפט השלום 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 מידית 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 ולאיץ 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 מידית, 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 מידי, וכאשר לא – לא.

התייחסות הפורום ל"מתווה פרידמן/אלבשן"

הופץ במקור ביום 8.3.2023

אתמול, 7.3.2023, הופץ מסמך המכונה "מתווה פשרה" שהוא יוזמה של ח"כ שמחה רוטמן, כפי שהבהיר הבוקר אחד החתומים על המסמך, גיורא איילנד, בראיון אצל ניב רסקין. המדובר ב"אותה הגברת בשינוי אדרת". "מתווה" זה הוא לא פשרה, אלא בעיקרו זהה לתוכנית הקואליציה, ולכן לא פלא שגורמים בקואליציה הביעו תמיכה בו. עמדתנו היא כי מסמך פרידמן/אלבשן אינו מסמך "פשרה". בנקודות החשובות והליבתיות הוא מקבל את עיקר השינויים המשטריים המוצעים בהצעות לוין/רוטמן. כך לגבי בחירת שופטים, כך לגבי ביקורת שיפוטית, כך לגבי פסקת התגברות, כך לגבי עילת הסבירות, וכך לגבי מעמדו של הייעוץ המשפטי. ויתורים בנקודות אלו יוצרים את התשתית לפגיעה בזכויות אדם, לפגיעה בעצמאות השיפוטית ולפוליטיזציה מפלגתית של הרשות השופטת ולפגיעה בנושא באופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. לפיכך, עמדת הפורום היא שאין מקום לאמץ מסמך זה כתשתית ל"פשרה", בין אם כמכלול ובין אם רכיבים ספציפיים מתוכו. להלן התייחסותנו המפורטת למסמך.

בחירת שופטים

שיטת בחירת השופטים כיום יציבה ובעלת יתרונות רבים. היא מאפשרת בחירה של שופטים מקצועיים, עם דעות מגוונות. במבנה הקיים היום יש איזון בין הפוליטיקאים לשופטים המושג בכך שנדרשת הסכמה של הקבוצות השונות בוועדה כדי למנות שופטים, בפרט לעליון. הקו האדום של הפורום לגבי בחירת שופטים הוא שהקואליציה אינה יכולה לשלוט באופן ישיר או עקיף בבחירת השופטים; וכי השופטים אינם יכולים להיות מזוהים פוליטית עם מי שבחרים בהם או, גרוע מכך, תלויים במידה כזו או אחרת בגורם הפוליטי – במינויים או בקידומם. במסמך פרידמן/אלבשן מוצעים שני מודלים חלופיים לבחירת שופטים: לפי חלופה א', הוועדה תכלול: 3 שרים, 3 ח"כים של הקואליציה, 2 ח"כים של האופוזיציה, 1 נשיא בית המשפט העליון, ו-2 שופטי עליון – כאשר אלה יכולים להיות גם שופטים בדימוס. כלל הבחירה לעליון הוא ברוב של 8 מתוך 11. כלל הבחירה לערכאות האחרות – רוב רגיל אך בבחירת שופטים לערכאות האחרות מוחלפים שני שופטי העליון בשני שופטי מחוזי. חלופה זו מגדילה מאוד את כוחם של הפוליטיקאים בוועדה, ובפרט את כוחה של הקואליציה, על חשבון נציגי לשכת עורכי הדין המייצגים היום את הפרופסיה המשפטית. שינוי זה הוא בניגוד למגמה העולמית של חיזוק המומחיות המשפטית במינוי שופטים לערכאות דיוניות. הרכב זה מאפשר לפוליטיקאים, המהווים 8 מתוך 11 חברי הוועדה, למנות שופטים – לרבות לבית המשפט העליון – לבדם, גם ללא הסכמת השופטים או כל גורם מקצועי אחר. על כן, חלופה זו מייצרת פוליטיזציה של בחירת השופטים. החשש מפני פוליטיזציה מתעצם נוכח היעדר פירוט במתווה לשיטת המינוי של נשיא העליון. ללא עיגון אופן

מינוי נשיא העליון על פי שיטת הסניוריטי, מינויו עלול אף הוא להפוך למינוי אשר יעניק כוח נוסף לקואליציה, והדבר יגביר את הפוליטיזציה גם ביחס לבחירת נשיא בית המשפט העליון. לפי חלופה ב', הוועדה תורכב מ-12 נציגים, בהם 4 נציגי קואליציה, 4 נציגי אופוזיציה ו-4 שופטים. ממבט ראשון הצעה זו נראית לכאורה מאוזנת, משום שהיא לא מעניקה רוב מוחלט לקואליציה, אבל לגבי מינויים לבית המשפט העליון, נקבע כי השופטים אינם בעלי זכות הצבעה כלל, אלא רק משקיפים, למעט זכות וטו של נשיא בית המשפט העליון שיכולה להיות ממומשת רק פעם אחת בקדנציה. **התוצאה של חלופה זו היא שהוועדה תהפוך להיות פוליטית לגמרי.** המינויים יעשו בשיטה של זוגות: הקואליציה תמנה את שופטיה והאופוזיציה את שופטיה. במציאות שבה הפוליטיקה כל כך מקוטבת, זה מבטיח שכל צד ימנה נאמנים פוליטיים ולא ישקול כמעט כלל שיקולי מקצועיות, צורכי בית המשפט, יעילות שיפוטית וכו'. אמת המידה היחידה תהיה עמדה פוליטית, וצפוי להיווצר מירוץ לתחתית מי יביא יותר שופטים "נאמנים". בתוך כמה שנים נקבל בית משפט פוליטי לחלוטין, והאמון הציבורי (ואיכותו המקצועית) בו יהיה בהתאם. מחקרים השוואתיים רבים מלמדים כי ככל ששופט ממונה לתפקידו על ידי גורם פוליטי וככל שהשופט מזהה בהשקפותיו, כך מתגברת ההשפעה הפוליטית על החלטותיו.

למעשה, הצעות אלה ייבאו לישראל את כל החוליים הקיימים כיום בבית המשפט העליון האמריקאי, ללא האיזונים שקיימים במערכת זו. הן יובילו לחורבן, לא פחות, של בית המשפט. לעמדת הפורום, ראוי שהרכב הוועדה לבחירת שופטים יכלול איזון בין הגורמים הפוליטיים למקצועיים, כשהאיזון אינו תלוי בחבר אחד מקבוצה נגדית, וכי תידרש הסכמתם של נשיאת בית המשפט העליון ושר המשפטים לכל מינוי. כן יש להבטיח ייצוג לנשים ולערכים בוועדה. ויודגש: יש להבטיח כי נשיא בית המשפט העליון ייבחר על בסיס ותק בלבד, כדי למנוע שליטה של הקואליציה בזוהר הנשיא ובכך לשלוט, בין היתר, על זהותם של נציגי הציבור. כך גם חברותם של השופטים בוועדה תיקבע לפי ותק.

לסיכום: מנגנון בחירת השופטים לפי המסמך הוא גרוע שכן מינוי יהפוך פוליטי לחלוטין. זו אינה פשרה כלל.

חוקי יסוד

כיום אין מגבלה פרוצדורלית או תוכנית פורמאלית על חקיקת חוקי יסוד, אבל גם אין איסור על ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אשר נעשית במקרים נדירים וחריגים, ועל פי מבחנים מחמירים שקבע בית המשפט העליון.

הקו האדום של הפורום לגבי חוקי יסוד: ניתן לצמצם את הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד בשני תנאים הכרחיים: (א) מהותי, אם יובטח שחוקי יסוד יהיו כלליים וצופים פני עתיד, יעסקו אך ורק בסדרי משטר ובזכויות, ויהיו מחויבים לעקרונות מגילת העצמאות. (ב) צורני, נדרשת הסכמה רחבה בכנסת, הכוללת את האופוזיציה ותחולת השינוי המשטרי נדחית לכנסת הבאה. אנחנו מציעים חקיקה של חוקי יסוד ב-4 קריאות, ברוב של 80 ח"כים מהם 10 מהאופוזיציה, וכדי להבטיח שחוקי היסוד יחוקקו מאחורי "מסך בערות", כי התחולה של חוקי היסוד נדחית לכנסת הבאה (או בכנסת הנוכחית ברוב של 90).

במסמך פרידמן/אלבשן אין כל מגבלה מהותית על חקיקת חוקי יסוד, אך כן קבוע כי הם יהיו חסינים לחלוטין מביקורת שיפוטית. המשמעות היא שגם חוקי יסוד הפוגעים קשות בערכים הדמוקרטיים של המדינה יהיו מוגנים מפני ביקורת שיפוטית. מבחינה צורנית, חוקי יסוד יחוקקו

בארבע קריאות ברוב של 61 חברי הכנסת, כשהקריאה הרביעית דורשת 70 ח"כים ובתחולה מיידית. אם לא הצביעו 70 ח"כים בקריאה הרביעית, או כאשר חוק היסוד עוסק בשינוי שיטת הבחירות, תתקיים הקריאה הרביעית לאחר הבחירות לכנסת הבאה. המשמעות היא שהכנסת יכולה, ברוב יחסית נמוך, לחוקק כל הוראה כחוק יסוד ובכך לחסן אותו מפני ביקורת שיפוטית. זאת ועוד, המסמך קובע כי חוקי היסוד הקיימים, לרבות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, יאושרו כחטיבה אחת ברוב של 70 חברי הכנסת בשלוש קריאות ואז יהיה ניתן לשנותם רק ברוב של 70 חברי הכנסת. לא ברור מדוע יש צורך באשרור חוזר של חוקי היסוד הקיימים. כמו כן, קיים חשש לפיו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובמיוחד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא יאושרו ברוב הדרוש ואז לא יזכו להגנה הפרוצדורלית המתאימה, וניתן יהיה לשנותם, לבטלם או לשנותם ברוב רגיל. זוהי סכנה ברורה לזכויות אדם חוקתיות. עמדתנו היא שחוקי היסוד הקיימים בדבר זכויות האדם חייבים להיות משוריינים ברוב המיוחד כפי שפירטנו לעיל. ההצעה גם אינה כוללת מגבלת זמן. כדי למזער את האפשרות לשימוש לרעה בחוקי יסוד, יש לקבוע תקופת המתנה של כששה חודשים בין הקריאה השלישית לקריאה הרביעית.

לסיכום: ההצעה במסמך בעניין חוקי יסוד היא גרועה, משום שברוב שאינו גבוה דיו, ניתן יהיה לפגוע בכל זכות אדם ולשנות סדרי משטר ללא כל ביקורת שיפוטית.

הגנה על זכויות אדם

כיום ההגנה על זכויות אדם מובטחת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון מאז קום המדינה, ברוח העקרונות שבמגילת העצמאות.

הקו האדום של הפורום לגבי הגנה על זכויות אדם הוא קיום מנגנון שמבטיח שלא תהיה פגיעה בלתי חוקתית בהן. אנחנו מציעים לשם כך מספר מנגנונים, כולל עיגון מפורש של זכויות וביקורת שיפוטית שתאכוף אותן כלפי הרוב בכנסת.

במסמך אין כל התייחסות להגנה מינימלית על זכויות אדם. יתר על כן, כפי שציינו לעיל, יש במסמך מודל לא ברור שלפיו אפשר שבעצם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יישאר כחוק יסוד (אם לא יאושר בתמיכה של 70 ח"כים).

לסיכום: המסמך אינו מספק כל הגנה על זכויות אדם, ולמעשה מאפשר פגיעה בלתי מוגבלת בהן, ולכן אינו קביל במדינה דמוקרטית.

ביקורת שיפוטית רגילה

כיום בית המשפט יכול לפסול חוקים (בכל רוב ובכל הרכב) אם הם משנים חוק יסוד שלא לפי התנאים הקבועים בו, או פוגעים בזכויות המוגנות בו בניגוד לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה.

הקו האדום של הפורום הוא כי הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק שמשנה או פוגע בחוק יסוד שלא בהתאם לתנאים שנקבעו בחוק היסוד. כל בית משפט רשאי לקבוע שחוק לא עומד בתנאים אלה ולכן אינו תקף. קביעה כאמור שנעשתה שלא על ידי בית המשפט העליון, תהא תקפה רק להליך שבו הוכרעה. במסמך פרידמן/אלבשן נדרש רוב של 75% מתוך כלל שופטי בית המשפט העליון, ונדרשת הכרעה בהרכב של כלל השופטים כדי לבטל חוקים. זו הצעה זוהי למעשה להצעה מטעם שר המשפטים יריב לוין ולנוסח שאושר על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט לקריאה ראשונה. משמעותה היא פגיעה קשה באפקטיביות הביקורת השיפוטית שכן קיים סיכוי קלוש שבית המשפט יבטל חוק, אף במקרים

קיצוניים. הדבר אף יוחמר לפי השיטה המוצעת לבחירת שופטים, אשר תיצור בית משפט פוליטי ומקוטב לחלוטין.

נוסף על הצמצום המשמעותי של האפשרות לפסול חוקים הפוגעים קשות בזכויות יסוד, המסמך אף כולל פסקת התגברות בלתי מוגבלת, שלפיה ניתן לחוקק מחדש חוק שבוטל ברוב של 61 ח"כים (ואז יהיה בתוקף מהכנסת הבאה), או ברוב של 65 ח"כים ואז ייכנס מיידית לתוקף, וניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית ביחס אליו (בתנאים המחמירים גם כך הקבועים במסמך) רק לאחר 5 שנים. המתווה מאמץ אפוא את דרישת הרוב הקואליציוני המינימלי של 61 ח"כים לגבי תחולה נרחבת, בדומה להצעות לוין/רוטמן. זהו רוב נמוך, שכל קואליציה תוכל לגייס. גם הרוב הגבוה יותר, הנדרש לתחולה מיידית, אינו גבוה כלל. כאשר מביאים בחשבון את הקלות בה ניתן לחוקק חוקי יסוד, דרישת הרוב המיוחס, היעדר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, והיעדר ההיתכנות המעשית גם לביקורת שיפוטית על חוקים רגילים, המסקנה הבלתי נמנעת היא שניתן יהיה לפגוע בכל זכות אדם לא מגבלה. אין להסדר כזה אח ורע במדינות דמוקרטיות מתוקנות, ואין להסכים לו גם בישראל.

לסיכום: ההצעה במסמך למעשה שוללת ביקורת שיפוטית אפקטיבית ומאפשרת פגיעה לא מבוקרת בזכויות אדם וביסודות המשטר הדמוקרטי.

ריסון פעילות הממשלה

כיום הממשלה ורשויותיה מרוסנות על ידי ייעוץ משפטי עצמאי ומחייב, ועל ידי בית משפט שמוסמך לבחון את פעולותיהן. בין היתר, בית המשפט פוסל החלטות אם נקבע שהן בלתי סבירות באורח קיצוני. **הקו האדום של הפורום** דורש שימור עצמאות הייעוץ המשפטי ואי־תלותו, כפיפות הממשלה לעמדת היועץ המשפטי ביחס לדין, ומתן סמכות ביקורת לבית המשפט על החלטות הרשות המבצעת מכוח עילות המשפט המנהלי והמשפט החוקתי.

במסמך פרידמן/אלבשן חוות דעת היועמ"שים אינן מחייבות את הממשלה. המסמך שותק בשאלה האם חוות דעת היועמ"שים מחייבות את משרדי הממשלה, להבדיל מהממשלה עצמה בהחלטותיה כגוף קולקטיבי. יודגש כי הרוב המכריע של עבודת היועמ"ש אינו מול הממשלה ככזו, אלא מול משרדי הממשלה ורשויות המינהל השונות. אם לא יהיה לייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה מעמד מחייב – וכאמור לא ברור מה עמדת המתווה בעניין זה – יש לכך משמעויות מרחיקות לכת. כיצד תתמודדנה הרשויות במקרה של חוות דעת סותרות? למי תהיה זכות ההכרעה? האם כל מחלוקת תעלה לממשלה? מדובר בפגיעה ביעילות המנהל ומחויבותו לשלטון החוק.

עוד נקבע במסמך כי לבית המשפט אין סמכות לבקר את פעולות הממשלה בנוגע להקצאת משאבים ומינויים (אלא על בסיס הוראות "טכניות" או הוראה ספציפית בחוק יסוד), ובנושאים אחרים סמכות הביקורת מוגבלת בעיקרה להיבטים דיוניים. קביעה כי לא תהיה ביקורת על הקצאת משאבים מאיינת באופן פוטנציאלי את מרבית ההחלטות של הרשות המנהלית, שכן כמעט כל החלטה כרוכה בהקצאת משאבים. כך, למשל, החלטה של המשטרה שלא להתיר הפגנה בשל היעדר כוח אדם לאבטח אותה, עלולה לחסן את ההחלטה מביקורת שיפוטית שכן מדובר ב"הקצאת משאבים". התוצאה היא אפשרות למגוון רחב של החלטות שלא יהיו כפופות לדין כפי שהוא מבוטא באמצעות הייעוץ המשפטי או לביקורת שיפוטית בבתי המשפט.

לסיכום: המשמעות היא שהממשלה תפעל ללא כל ריסונים, שכן עמדת היועמ"ש לממשלה אינה מחייבת אותה ותוגבל הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה ורשויותיה. המשמעות היא פתח להשחתה של המינהל הציבורי ולפגיעה במחויבות לפעול לטובת כל אזרחי המדינה ותושביה.

סיכום

מסמך פרידמן/אלבשן אינו מסמך "פשרה". בנקודות החשובות והליכתיות הוא מקבל את עיקר השינויים המשפטיים המוצעים בהצעות לזיון/רוטמן. כך לגבי בחירת שופטים, כך לגבי ביקורת שיפוטית, כך לגבי פסקת התגברות, כך לגבי עילת הסבירות, וכך לגבי מעמדו של הייעוץ המשפטי. ויתורים בנקודות אלו יוצרים את התשתית לפגיעה בזכויות אדם, לפגיעה בעצמאות השיפוטית ולפוליטיזציה מפלגתית של הרשות השופטת ולפגיעה בנושא באופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. לפיכך, עמדת הפורום היא שאין מקום לאמץ מסמך זה כתשתית ל"פשרה", בין אם כמכלול ובין אם רכיבים ספציפיים מתוכו.

טבלת השוואת מתווים וקווים אדומים

 עבר אתר פורום המרכז המרכזי למשפטים לניתוחים משפטיים ולניירות עמדה מקצועיים. הקווים האדומים של הדמוקרטיה			
נושא	המסמך הקיים	תוכנית לזיון-רוטמן	הצעת אלבשן-פרידמן
הוועדה לבחירת שופטים	9 (2 שרים, 2 ח"כים בדרך כלל) קואליציה 1 אופוזיציה; 3 שופטים עליונות 2 ש"ר – מינוי לעליון ברוב של 7. מינוי נשיא העליון: לפי רוב (שיטת המכרז) (המכרז) המכרז: חברה וחברות מחמט (נדרשת הסכמה של הקואליציה והאופוזיציה) מינוי מקצועי שממלא את עמדות משרד המשפטים ומוביל לעון בקרב השופטים.	9 (3 שרים, 3 ח"כים 2 קואליציה, 1 אופוזיציה, 3 שופטים – מהם 2 בדמות ישנה הש"ר – כל מינוי ברוב רוב; כיוון כיוון לבסוף את הוועדה עם 5 חברים בלבד. מינוי נשיא – ללא עטון למינוי, << שליטה מחלטת של הקואליציה בבחירת השופטים, אבדן העצמאות השיפוטית. קו אדום נמצא	החלפה א. 11 (3 שרים, 3 ח"כים מהקואליציה, 2 ח"כים מהאופוזיציה, 1 נשיא העליון 2 שופטי עליון מברכים א בדמות, מינוי לעליון ברוב של 8 מתוך 11. מינוי נשיא – ללא עטון למינוי, << פוליטיקאים יכולים לזכות שופטים לבסוף גם ללא הסכמת השופטים או גורמים מקצועיים. << פוליטיקאים של בחירת השופטים יוצרת תלות בפוליטיקאים. קו אדום נמצא החלפה ב. 12 (4 ח"כים מהקואליציה, 4 ח"כים מהאופוזיציה, 4 שופטים). בדמות לעליון לשופטים אין זכות הצבעה, הקואליציה בוחצת שופט האופוזיציה בוחצת שופט. מינוי נשיא – ללא עטון למינוי, << פוליטיקאים של בחירת השופטים, יוצרת תלות בפוליטיקאים, והפיכת בית המשפט לתקופה לפי מחמט (מפריץ של כל דבר לזכות שופט-קרב). קו אדום נמצא
ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד	אין מגבלה פורמלית על חוק חוקי היסוד או החלל להקדמות, אבל גם אין היסוד על ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד (מטענה בדרך קר יחס לשימוש מבקר לזכות במסגרת הסכמה אחרת המשפחת של ביקורת מהותית במקרים של שילוב אופייני של ישראל כמדינה ישראלית ודמוקרטית)	בית לזיון חוקי יסוד בולחן הקריה גיל נגורב חל, ללא כל מגבלה מהותית על חוק חוקי היסוד, ובסוג חוקי יסוד חוקים מביקורת שיפוטית. << צ"ק מחוק הקואליציה לקבוע כל דבר בחוק יסוד. קו אדום נמצא	אין כל מגבלה מהותית על חוקי היסוד והם חסינים לחלטין מביקורת שיפוטית. החוקים של חוק יסוד יחוקק ב- 61 (בבג"ט נגד או 70 (בבג"ט אחרת). << צ"ק מחוק הקואליציה לקבוע כל דבר בחוק יסוד. קו אדום נמצא
הגנה על זכויות אדם	אין כל התייחסות להגנה על מיפסלות, << אין מנגנון הגנה על זכויות אדם. קו אדום נמצא	אין כל התייחסות להגנה על מיפסלות + התייחסות לביטול מעמד החוקים של חוק יסוד כבד-האדם אם לא יאושר ברוב של 70. << אין מנגנון הגנה על זכויות אדם. קו אדום נמצא	חייב להיות מנגנון הגנה על זכויות אדם אשר הסין מפני התגברות ברוב קואליציוני, ובפרט על הזכות לשוויון על הזכות לבחור ולהיבחר.
ביקורת שיפוטית על חקיקה	בית המשפט מוסמך לפסול חוקים (בלבד) הרכב נבחר (רב) אם הם משנים חוק יסוד שלא כדון או מונעים בזכות המנגנון בחוק יסוד במידת לזכותם שקבועים בפסקת ההגבלה << ס"כ פסל בית המשפט העליון 22 הוראת חוק עד היום	בית המשפט יהיה רשאי לפסול חוק רק בהרכב מלא (12) בלבד + פסקת התגברות ב-65 (התגברות מידית וקבועה) או 61 (דחה בבכורה לחוק) << מנגנון את מנגנון הביקורת השיפוטית ומאפשר פגיעה לא מביקורת בזכות אדם ובזכות המשפט הדמוקרטי. קו אדום נמצא	75% (15) וברוב של 75% (15) (12) בלבד + פסקת התגברות ב-65 (התגברות מידית וקבועה) או 61 (דחה בבכורה לחוק) << מנגנון את מנגנון הביקורת השיפוטית ומאפשר פגיעה לא מביקורת בזכות אדם ובזכות המשפט הדמוקרטי. קו אדום נמצא
ריסון פעילות הממשלה: הייעוץ המשפטי ועילת הסבירות	הממשלה רשאית מחמטת באמצעות - ייעוץ משפטי עצמאי ומחייב - בית משפט שמסמך לבחון את פעילותה, בין היתר במסגרת של אי- סבירות קבועה.	- היעוץ המשפטי יעדר כמשרת אמן וחזות דעתם לא יהיה מחייב. הממשלה, שרה, רשאית ופקדיה יהיו רשאים להחלטת מן הדין בפי שמענו להם על ידי המוסד המוסמך לכן. - ביטול עילת הסבירות << הסוד כל רסן מהממשלה והמנהל לרשות ולשירות.	חזות דעת היעוץ/שים אינה מחייבת את הממשלה. הייעוץ המשפטי ביחס לזיון אינו מחייב את הממשלה; לא ניתן לבקר את פעולת הממשלה בנוגע להקצאת משאבים ולמינויים, אלא על בסיס הראות סבירות. << הסוד כל רסן מהממשלה. קו אדום נמצא
המכלול	משרד איונים ובלגים אקטיבית שבה לא רשות און כל בלד מוגבל, רשות שופט עצמאית הסמכות המבד הנבחר: כח עורך למשפלה ביחס לבג"ט עטון חלקי בלבד של זכויות יסוד.	כח בלד מוגבל לממשלה לא משרד איונים אקטיבית << כל הקווים האדומים נמצא	דמוקרטיה מתפקדת

עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית

הופץ במקור ביום 26.2.2023 כנייר עמדה מס' 19

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 מציגים את עמדת הפורום ביחס לשלושת דברי החקיקה שעברו בימים האחרונים בקריאה ראשונה או בקריאה טרומית במליאת הכנסת, כחלק מן ההפיכה המשטרית שמקדמת הקואליציה.**

אנו סבורים כי:

- משמעותה המובהקת של הצעת החוק שמקדמת הקואליציה היא שליטה מוחלטת של הקואליציה המכהנת בוועדה לבחירת שופטים, בהרכבה ובהחלטותיה. במלים אחרות, אובדן העצמאות השיפוטית של שופטי כל הערכאות, שבחירתם וקידומם יהיו תלויים כליל בעמדתה של הממשלה המכהנת ואימוץ מודל של פוליטיזציה מלאה של הרשות השופטת.
- עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא הליך בחירת שופטים שלא תבטיח איזון ראוי בין הרכיב הפוליטי והרכיב המקצועי בהרכב הוועדה ובהליכי קבלת ההחלטות בה; ומובן שאין להסכים לשליטה קואליציונית בהליך בחירת השופטים. עמדת הפורום היא שהצעת חוק יסוד: השפיטה והצעת חוק בתי המשפט חורגות מסמכותה של הכנסת, לאור הפגיעה החמורה שנובעת מהם בעקרון הפרדת הרשויות ובעצמאות השפיטה, ולפיכך, אם יושלם הליך החקיקה, בג"ץ צפוי להכריז על בטלותם של תיקונים אלה (ולכל הפחות להורות על תחולתם הנדחית).
- הצעת החקיקה של הקואליציה קובעת פטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד ומעניקה בכך חופש מוחלט לרוב הקואליציוני בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במלים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק.
- עמדת הפורום היא שאין להסכים לשלילה של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואין להסכים להסדר שיאפשר חקיקה או תיקון של חוקי יסוד (קיימים או חדשים) ברוב קואליציוני, ללא מגבלות באשר לרוב הדרוש לחקיקה כזו, למועד כניסתה לתוקף ולחובה לכבד במסגרתה עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ובכלל זה את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. בלא סייגים אלה, עמדת הפורום היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע הוראה שתשלול את סמכותו של בית המשפט

- להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואם תקבע הוראה כזו, היא לא צפויה לשלול מבית המשפט את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.
- לבסוף, משמעות המכלול המוצע בנושא ביקורת שיפוטית והתגברות היא ניסיון לבטל את הביקורת השיפוטית על חקיקה כרכיב ממשי במשפט החוקתי הישראלי; ובמילים אחרות – מתן הרשאה מלאה לרוב הקואליציוני לחוקק כרצונו, תוך התעלמות מאינטרס הציבור ותוך פגיעה בזכויות הפרט והמיעוט וביסודות המשטר הדמוקרטי, מבלי שיהיה חשף לביקורת אפקטיבית מצד בית המשפט.
- עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא ביקורת שיפוטית על חקיקה ובנושא התגברות שלא תשמר הגבלה אפקטיבית על כוחו של הרוב לפגוע בזכויות האדם וביסודות המשטר הדמוקרטי. עמדת הפורום היא שהגבלות מסוג אלה המוצעות על הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה חורגות מסמכותה של הכנסת ואם יחוקקו, הן צפויות להיות מוכרזות בטלות.

נימוקי נייר העמדה

נייר זה נסמך על ניירות העמדה המפורטים שפרסם הפורום בשבועות האחרונים על ביקורת שיפוטית,¹ על הליכי בחירת שופטים² ועל גיוון שיפוט, ומומלץ לקראו במצורף לניתוח המפורט המופיע בהם. הוא מיועד להוסיף התייחסות נקודתית לנוסחים המעודכנים שעברו בקריאה ראשונה בכנסת. ביום 21.2.2023 אישרה הכנסת בקריאה ראשונה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) (להלן: הצעת חוק יסוד השפיטה) ואת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים) (להלן: הצעת חוק בתי המשפט). שתי ההצעות הובאו לקריאה ראשונה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. שתיהן עברו בוועדה ובמליאה בתמיכה של חברות וחברי הקואליציה בלבד. ביום 22.2.2023 אישרה הכנסת בקריאה טרומית – אף זאת בתמיכת הקואליציה בלבד – את הצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (להלן: הצעת חוק יסוד ההתגברות), שהוגשה כהצעת חוק פרטית על ידי ח"כ שמחה רוטמן. במקביל מנהלת ועדת החוקה, חוק ומשפט, בראשות ח"כ רוטמן, דיון על נוסח להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה) (להלן: הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית), שעשויה להיות מוגשת לקריאה ראשונה מטעם ועדת החוקה תוך זמן קצר. להלן ההסדרים המופיעים בדברי החקיקה המוצעים והתייחסות הפורום אליהם.

- 1 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: ביקורת שיפוטית והתגברות" (הופץ ביום 20.1.2023).
- 2 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7: הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023).
- 3 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 14: האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול" (הופץ ביום 22.2.2023).

א. הליכי בחירת שופטים⁴

הצעת חוק יסוד השפיטה, שעברה בקריאה ראשונה, קובעת שהוועדה לבחירת שופטים תמנה 9 חברים: נשיא בית המשפט העליון; שני שופטים שיצאו לקצבה שימנה שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון; שר המשפטים ושני שרים נוספים שקבעה הממשלה; יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; שני חברי כנסת נוספים, אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה.

הרכב הוועדה המוצע סוטה מן ההרכב הנוכחי באלה: ראשית, במקום שלושה שופטים מכהנים של בית המשפט העליון שנבחרים על ידי חבר שופטיו, יכהנו לצד נשיא בית המשפט העליון שני שופטים שפרשו לגמלאות מערכאה כלשהי, שימונו על ידי שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון. שנית, מבוטל תפקידם של שני נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה. תחת זאת נקבע נציג נוסף לממשלה (שלושה שרים במקום שניים כיום) ונציג נוסף לכנסת (שלושה ח"כים במקום שניים כיום). בייצוג הכנסת נקבע ששני ח"כים יהיו מן הקואליציה (יו"ר ועדת חוקה וח"כ נוסף) ואחד מן האופוזיציה.

עוד קובעת הצעת חוק יסוד השפיטה, שדי בכך שייבחרו לוועדה חמישה חברים כדי שהיא תוכל להתחיל לפעול. כלל זה סוטה מן ההסדר הנוכחי, לפיו "הוועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה".⁵ בהמשך לכך, קובעת ההצעה שגם הקוורום (המניין החוקי) הדרוש לקיום ישיבות הוועדה הוא חמישה חברים. לבסוף, בהצעה נקבע שהרוב הדרוש לקבלת החלטות בוועדה הוא רוב דעות המשתתפים בהצבעה, ככל שאין בחוק היסוד הוראה אחרת. בכך סוטה הצעת החוק מן ההסדר הנוכחי בעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון, המחייב רוב של שבעה חברים לפחות.⁶

הצעת חוק בתי המשפט כוללת הסדר מפורט לבחירת נציגי הכנסת מן הקואליציה ומן האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים. כן היא קובעת שבוועדה יכהנו לכל הפחות שלוש נשים מכל אחת מהקבוצות – אחת מקרב השופטים, אחת מקרב שרי הממשלה, ואחת מקרב חברי הכנסת. בכך מורידה ההצעה את הייצוג המובטח לנשים בוועדה לפי ההסדר הקיים מארבע לשלוש.⁷ בנוסף, הצעת חוק בתי המשפט קובעת הליך שימוע של מועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, טרם דיון במועמדות בוועדה לבחירת שופטים. זאת, בשונה מן ההסדר הנוכחי עליו החליטה הוועדה, אודות שידור ישיר של הופעת מועמד לכהונה בבית המשפט העליון לפני ועדת המשנה של הוועדה לבחירת שופטים, שבראשה שופט בית המשפט העליון.⁸

⁴ לאחר הקריאה הראשונה, בהכנה לקריאה השנייה והשלישית, אימצה הוועדה הסדר שונה. ראו 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). על השינוי ראו גם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 34: האם המתווה המעודכן של חה"כ רוטמן מהווה נושא חדש המחייב חזרה לקריאה הראשונה?" (הופץ ביום 20.3.2023).

⁵ ס' 4(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ראו בג"ץ 8527/20 רגב נ' גיסנקורן (נבו 14.12.2020).

⁶ ס' 7(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

⁷ שם, ס' 6(א3).

⁸ ראו פרוטוקול ישיבת הוועדה לבחירת שופטים מיום 11.4.2022, <https://bit.ly/41pvKCH>.

משמעותה המובהקת של ההצעה היא שליטה מוחלטת של הקואליציה המכהנת בוועדה, בהרכבה ובהחלטותיה. במילים אחרות, אוברון העצמאות השיפוטית של שופטי כל הערכאות, שבחירתם וקידומם יהיו תלויים כליל בעמדתה של הממשלה המכהנת. השליטה היא הן במישרין הן בעקיפין. במישרין: 5 מתוך 9 חברי הוועדה הם נציגים של הקואליציה (שלושה שרים ושני חברי כנסת). צירוף נתון זה להסדר המוצע לעבודת הוועדה – מינוי מינימלי של 5 חברים בלבד, קוורום של 5 חברים בלבד, ורוב רגיל בלבד לכל החלטה (כולל בחירת שופטים לבית המשפט העליון) – משמעו שחמשת נציגי הקואליציה יוכלו לכנס את הוועדה על דעתם, ולהצביע בה כרצונם אף ללא צורך במינוי, בנוכחות, או בתמיכה של שלושת השופטים או של נציג האופוזיציה.

בעקיפין: באין עיגון מפורש לנוהג הוותק (סניוריטי) לבחירת נשיא בית המשפט העליון, שליטה בוועדה בידי חמישה נציגי הקואליציה משמעותה שבכוחם לבחור על דעת עצמם את נשיא בית המשפט העליון, החבר השישי בוועדה. משנבחר נשיא כדעת הקואליציה, קצרה הדרך לבחירת שני השופטים בדימוס בהסכמה בין שר המשפטים והנשיא, כך שמעשית הקואליציה עשויה להגיע לייצוג של 8 מתוך 9 החברים בוועדה, עם נציג בודד לאופוזיציה.

המודל המתקבל הוא פוליטיזציה מלאה של הרשות השופטת – גישה שתפגע הן באיכות השפיטה (כי מועמדים ייבחרו לפי זיקתם האידאולוגית לממשלה הממנה ולא לפי כישוריהם המקצועיים), הן באמון הציבור בשפיטה (מחקרים השוואתיים מראים שככל שהליכי המינוי פוליטיים יותר כך נהנית הרשות השופטת מאמון נמוך יותר),⁹ הן בהגנה על זכויות הפרט והמיעוט ועל המשטר הדמוקרטי (משום ששופטים המחויבים לממשלה יתאמצו לשפוט באופן ההולם את תפיסות הרוב ומתוך מטרה לשמרו בשלטון), והן בגיוון בקרב שופטי בית המשפט העליון (כי בית המשפט יעוצב באופן הומוגני לפי הנטיות האידאולוגיות של המועמדים ולא לפי חתכי זהות אחרים – בפרט צפויה ירידה בייצוג ערבים הן בוועדה והן בקרב השופטים שיתמנו). במחקרים השוואתיים רבים נמצא כי ככל ששיטת מינוי השופטים בבית משפט מערבת יותר שחקנים פוליטיים ופחות נציגים מקצועיים, כך עולה מידת ההשפעה של עמדות השופטים על פסקי הדין שלהם.¹⁰

עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא הליך בחירת שופטים, שלא תבטיח איזון ראוי בין הרכיב הפוליטי והרכיב המקצועי בהרכב הוועדה ובהליכי קבלת ההחלטות בה; ומוכן שאין להסכים לשליטה קואליציונית בהליך בחירת השופטים. עמדת הפורום היא שהצעת חוק יסוד השפיטה והצעת חוק בתי המשפט חורגות מסמכותה של הכנסת, לאור הפגיעה החמורה שנובעת מהם בעקרון הפרדת הרשויות ובעצמאות השפיטה, ולפיכך, אם יושלם הליך החקיקה, בג"ץ צפוי להכריז על בטלותם של תיקונים אלה (ולכל הפחות על תחולתם הנדחית).¹¹

9 ראו למשל Sara C. Benesh, *Understanding Public Confidence in American Courts*, 68 JOURNAL OF POLITICS 697 (2006); Nuno Garoupa & Pedro C. Magalhães, *Public Trust in the European Legal Systems: Independence, Accountability and Awareness*, 44 WEST EUROPEAN POLITICS 690 (2020).
10 ראו קרן וינשל "השלכות תכנית לוין על קבלת החלטות אידאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" ICON-S-IL Blog (15.2.2023) <https://did.li/WKNIC>.
11 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 9: סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 9.2.2023); פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק" (הופץ ביום 12.2.2023).

ב. ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

הצעת חוק יסוד השפיטה, שעברה בקריאה ראשונה, קובעת שאף בית משפט, כולל בג"ץ, אינו רשאי להידרש "במישרין או בעקיפין" לשאלה בדבר תוקפו של חוק יסוד, וכן שלא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין תוקפו של חוק יסוד.¹²

הצעה זו חורגת מן הדוקטרינה הקיימת בפסיקת בית המשפט העליון, לפיה במקרים חריגים ביותר תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. הדוקטרינה הכירה עד כה בשלושה מצבים אפשריים כאלה: המצב האחד הוא "שימוש לרעה בסמכות המכוננת", המתייחס למצבים בהם הכנסת קובעת בחוק יסוד הסדר שאינו שייך לחקיקה חוקתית מעצם טיבו, משום שאין בו כדי לעגן כללי משחק קבועים ויציבים שערכם עולה על הצורך הפוליטי המידי של הרוב המחוקק בכנסת. מדובר למשל בהסדרים זמניים או בהסדרים בעלי תחולה מידית וקונקרטית ללא אופי כללי. מקורה של הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת בנסיבות החוקתיות הייחודיות בישראל, בהן הכנסת מחוקקת לעיתים חוקי יסוד ללא כל הגבלה תוכנית בהליך חקיקה רגיל וברוב רגיל. ניצול של הסמכות הזו כדי "לחסן" חקיקה מפני ביקורת שיפוטית סותר את הרעיון החוקתי עצמו, ומכאן ההכרח להחיל – במקרים קיצוניים ומובהקים – ביקורת שיפוטית על חוק יסוד.¹³

המצב השני מכונה "תיקון חוקתי לא חוקתי". הוא מתייחס לחקיקה חוקתית שחורגת בתוכנה באופן קיצוני כל כך מעקרונות היסוד של השיטה החוקתית הישראלית – זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – עד כדי כך שאין להכיר בתוקפה. אף שבית המשפט העליון הכיר באפשרות הפוטנציאלית של החלת דוקטרינה כזו במקרי קצה,¹⁴ הוא טרם עשה זאת.

המצב השלישי הוא הפרה של הוראות פרוצדורליות הקבועות במפורש בחוקי היסוד לשינויים, למשל עמידה בדרישת רוב מיוחד לצורך הפרת עקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, או דרישות רוב מיוחד הנלמדות על דרך היקש.¹⁵ בית המשפט הכריז בעבר על בטלות חקיקה אם לא עמדה בדרישות הליכיות הקבועות בחוק יסוד.¹⁶

המשמעות המעשית של קביעת פטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הינה חופש מוחלט לרוב הקואליציוני בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במלים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק. אכן, ניסיון התקופה האחרונה מלמד שחקיקת יסוד היא כלי שמשמש יותר ויותר לפתרון צרכים פוליטיים

¹² עניין זה נכלל בנוסח שאושר לקריאה ראשונה של הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), ה"ח 32 (13.2.2023), אולם לא נכלל בנוסח הצעת החוק אשר אושרה לקריאה השנייה והשלישית, חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023). <https://did.li/dWfZH>. לכן בהיעדר החלטה על פיצול ייתכן שיידרש לקריאה ראשונה מחדש. ראו סעיף 84(ב) לתקנון הכנסת.

¹³ ראו בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו) 23.5.2021; בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 12.7.2021.

¹⁴ ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) 8.7.2021.

¹⁵ ברק מדינה ורונת לוי-שנור "הכנסת כבר קבעה שינויים חשובים הם רק ברוב של 80 ח"כים" גלובס (23.2.2023).

¹⁶ ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).

מידים שבינם ובין החוקה אין דבר וחצי דבר – כמו למשל בתיקון שבוצע בעבר ובתיקון שעומד על הפרק לחוק-יסוד: הממשלה, שנועדו לאפשר לח"כ אריה דרעי לשוב ולכהן כשר בממשלת ישראל. במקביל, על הפרק הצעות לחקיקת יסוד שחלקן עוסקות במובהק בפגיעה בזכויות יסוד כמו למשל הצעת חוק יסוד: כניסה, הגירה ומעמד בישראל של ח"כ רוטמן, המבקשת לאשרר הסדרים שנפסלו בעבר על ידי בית המשפט באמצעות עיגונם בחוק יסוד.

התומכים בשלילת הסמכות לביקורת שיפוטית של תיקונים חוקתיים מציינים שמדובר בהסדר נדיר יחסית כעניין השוואתי. אך טיעון זה מתעלם מן העובדה שבשראל חוקי היסוד אינם משוריינים על פי רוב מפני שינוי ברוב קואליציוני רגיל; ושבערכה החוקתית הישראלית, שנעדרת מנגנוני איוון מבניים פנימיים או חיצוניים, בית המשפט הוא הבלם היחיד מפני עריצות רובנית.

עמדת הפורום היא שאין להסכים לשלילה של ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואין להסכים להסדר שיאפשר חקיקה או תיקון של חוקי יסוד (קיימים או חדשים) ברוב קואליציוני, ללא מגבלות באשר לרוב הדרוש לחקיקה כזו, למועד כניסתה לתוקף ולחובה לכבד במסגרתה עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ובכלל זה את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. בלא סייגים אלה, עמדת הפורום היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע הוראה שתשלול את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואם תקבע הוראה כזו, היא לא צפויה לשלול מבית המשפט את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

ג. ביקורת שיפוטית על חוקים

הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית והצעת חוק יסוד ההתגברות, אשר מצויות כעת בשלב ההכנה לקריאה ראשונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,¹⁷ קובעות הסדרים דומים אך לא זהים בנושאים בהם הן עוסקות.

שתי ההצעות מייחדות את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון, ביושבו בהרכב מלא בלבד (כיום – 15 שופטים), ובהחלטה פה אחד של כל שופטי בית המשפט. המשמעות המעשית של הסדר זה, ובפרט כשהוא מצטרף לשינויים המוצעים להליך בחירת השופטים לבית המשפט העליון, היא איון ההיתכנות לביקורת שיפוטית של חקיקה רגילה, אלא במצבים קיצוניים לחלוטין.

שתי ההצעות קובעות עוד, שביקורת שיפוטית על חוק תיעשה רק במקרים בהם החוק "סותר בבירור הוראה ששורינה בחוק יסוד". ההסדר מוסיף אפוא שתי דרישות – שאינן מוכרות במסורת החוקתית הישראלית – אשר מטרתן לצמצם את האפשרות לביקורת שיפוטית על חוקים. הדרישה שהסתירה תהיה "בבירור" עלולה להקשות על בית המשפט העליון לפרש את הוראות חוקי היסוד כדי מלוא תכליתם, ובדרך זו עלולה לצמצם את ההגנה שניתנה כבר לזכויות יסוד בפסיקת העשורים האחרונים, כמו איסור הפליה, הזכות לחיי משפחה, או חופש הביטוי. הדרישה שרק סתירות להוראות "ששורינו" בחוקי יסוד יקימו את הסמכות לביקורת שיפוטית תמוהה אף יותר. לא ברור מה הכוונה

17 הנוסח העדכני הינו הצעת חוק בהכנה לקריאה שנייה ושלישית בוועדה: חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק) (13.3.2023); הצעת חוק בהכנה לקריאה ראשונה חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) (1.3.2023).

בביטוי זה, שעשוי להתפרש באופן מצמצם כחל רק על הוראות בחוקי יסוד שיש להן שיריון מספרי פורמלי – קבוצה קטנה שאינה כוללת, למשל, את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, את חוק-יסוד: השפיטה, או את רוב ההוראות של חוק-יסוד: הכנסת.

שתי ההצעות כוללות גם הסדר התגברות, שנועד כמדומה לחול במקרים – הנדירים ביותר – בהם תיתכן ביקורת שיפוטית על חוקים. בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית מוצע לעגן את הסדר ההתגברות בחוק-יסוד: השפיטה; ואילו בהצעת חוק יסוד ההתגברות מוצע לעגן את ההסדר בחוק-יסוד: הכנסת. בשתי ההצעות נקבע הסדר של "התגברות מראש" – הסמכת הכנסת לחוקק חוק שייקבע בו שהוא תקף על אף האמור בחוקי היסוד, וזאת כמניעה מראש מפני ביקורת שיפוטית חוקתית (כלומר מבלי שתידרש כל תשומה מבית המשפט). בשתי ההצעות נדרש רוב של חברי הכנסת – כלומר, רוב קואליציוני מינימלי – כדי לחוקק חוק מתגבר (בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית נאמר במפורש שהרוב יידרש בשלוש הקריאות; בהצעת חוק יסוד ההתגברות אין התייחסות לנושא זה). שתי ההצעות כוללות הסדר המגביל את התחולה הראשונית של חוק מתגבר, אך מתיר לכנסת עוקבת לתת לו תוקף קבוע. בהצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית התחולה הראשונית של חוק מתגבר היא עד לחלוף שנה מסיום כהונת הכנסת שחוקקה את החוק; ואילו בהצעת חוק יסוד ההתגברות התחולה הראשונית של חוק מתגבר היא ארוכה יותר – שנתיים מיום תחילת כהונתה של הכנסת העוקבת. בשתי ההצעות מוסמכת הכנסת העוקבת לקבל החלטה ברוב חבריה (כלומר, רוב קואליציוני מינימלי) על מתן תוקף קבוע לחוק המתגבר. שתי ההצעות מחריגות מהסדר ההתגברות את סעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת, שעניינו הארכת כהונתה של הכנסת (אך אינן עושות זאת למשל ביחס לעקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת).

הצעת חוק יסוד ביקורת שיפוטית כוללת גם הנחיה לערכאות הדיון להעביר שאלות של תוקף חוקתי לבחינת בית המשפט העליון. הצעת חוק יסוד ההתגברות אינה מתייחסת לנושא זה.

משמעות המכלול המוצע בנושא ביקורת שיפוטית והתגברות היא ניסיון לבטל את הביקורת השיפוטית על חקיקה כרכיב ממשי במשפט החוקתי הישראלי; ובמלים אחרות – מתן הרשאה מלאה לרוב הקואליציוני לחוקק כרצונו, תוך התעלמות מאינטרס הציבור ותוך פגיעה בזכויות הפרט והמיעוט וביסודות המשטר הדמוקרטי, מבלי שיהיה חשוף לביקורת אפקטיבית מצד בית המשפט. שילוב של ההליך הבלתי אפשרי לביקורת שיפוטית בהרכב מלא ופה אחד, התנאים המהותיים לביקורת שיפוטית רק במצבי סתירה ברורה של הוראות משוריינות, והסדר ההתגברות על חוקי יסוד המונע מראש ביקורת שיפוטית – מלמד שהתכלית האמיתית של ההצעות היא ביטול הסמכות לביקורת שיפוטית של חקיקה. הסמכות לביקורת שיפוטית של חקיקה הוכרה במשפט הישראלי לפני למעלה משנות דור ומאז שימשה ככלל את בית המשפט כדי לקדם – באופן מדוד וזהיר – הגנה על זכויות הפרט והמיעוט מפני הפרתן בהקשרים חשובים רבים.

עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא ביקורת שיפוטית על חקיקה ובנושא התגברות שלא תשמר הגבלה אפקטיבית על כוחו של הרוב לפגוע בזכויות האדם וביסודות המשטר הדמוקרטי. עמדת הפורום היא שהגבלות מסוג אלה המוצעות על הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה חורגות מסמכותה של הכנסת ואם יחוקקו, הן צפויות להיות מוכרזות בטלות.

הליכי בחירת שופטים ושופטות

הופץ במקור ביום 30.1.2023 כנייר עמדה מס' 7

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. **בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להצעות שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט לשנות את הרכב הוועדה לבחירת ולהדחת שופטים.**

אנו סבורים כי:

- ההצעות מבקשות לשנות באופן קיצוני את הליך בחירת השופטים והשופטות בישראל בכל הערכאות הדיוניות ובבית המשפט העליון. הן מעניקות לממשלה שליטה מלאה במינוי, קידום והליך הדחת השופטים והשופטות בכל הערכאות הדיוניות, לרבות בית המשפט העליון. **הצעות השר ויו"ר הוועדה גוזרות כליה על תפקיד הרשות השופטת בישראל, כפי שהיא עוצבה מקום המדינה ועד היום. בתי משפט נדרשים לפתור סכסוכים בהגנות וללא משוא פנים, לפרש את הדין במקצועיות וללא מורא ולהחיל ביקורת שיפוטית מנהלית וחוקתית על רשויות השלטון. כדי לבצע את התפקידים הללו השופטות והשופטים חייבים להיות מקצועיים, עצמאיים ובלתי תלויים. החלפת עצמאות שיפוטית ואי-תלות במנגנון המקנה עליונות לממשלה בהליכי מינוי, קידום והדחת השופטים תהפוך את בית המשפט לבית משפט שבוי בידי הממשלה הנבחרת ותרקן מתוכן את הפרדת הרשויות בישראל.**
- השליטה של הקואליציה בהליך מינוי, קידום והדחת השופטות והשופטים תפגע בעצמאות הרשות השופטת ותפגע קשות ביכולת הרשות השופטת למלא את תפקידיה. שופטים הפועלים תחת חשש שלא יקודמו או אפילו יודחו, אם לא יפעלו בהתאם לאינטרס הממשלה הנבחרת, הם שופטים **תלויים**. ספק אם שופטים תלויים יכולים למלא את תפקידם. אף אם יפעלו בהתאם למרותו של הדין ויחתרו למימוש הצדק, **אמון הציבור בהם יאבד.**
- מתן כוח ההחלטה בידי נבחרי ציבור פוליטיים שאין להם ההכשרה המקצועית והניסיון לבחון את איכותם המקצועית של המועמדים עלול **לפגוע באיכות השופטים הנבחרים** או למנוע את בחירתם או קידומם של מועמדים ראויים לתפקיד.
- ללא רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה שהציבור יכול לתת בה אמון **יפגעו שלטון החוק, הכלכלה הישראלית, הביטחון האישי וזכויות האדם.**
- ללא רשות שופטת עצמאית וללא יועצים משפטיים עצמאיים **ירוכז כל הכוח השלטוני בידי הממשלה**. במצב דברים כזה עלולה הממשלה לפעול כדי לבצר את כוחה ולמנוע תחרות הוגנת ותחלופה שלטונית. הסיכון של **ביצור השלטון** בידי הרוב הנבחר יהפוך כמעט ודאי. כמו כן, במצב זה לא יהיה כל חסם משמעותי למדיניות ממשלתית שמיועדת רק לטובת הציבורים שבחרו בה תוך

רמיסת זכויותיהם של ציבורים אחרים (בעיית עריצות הרוב), או לפעול לטובת קבוצות מיעוט – קבוצות אינטרס מאורגנות היטב או קבוצות סקטוראליות שיפעילו לחצים על נבחרי הציבור לפעול לרווחתן **(בעיית עריצות המיעוט)**. במצב דברים כזה **ישראל לא תוכל להיחשב עוד דמוקרטיה**, מכיוון שלא תהיה בה עצמאות שיפוטית, ובלעדיה עלולה החברה הישראלית לחוות התדרדרות קשה בכל תחומי החיים החברתיים והכלכליים. **בעולם שייווצר לאחר התיקון המוצע השררה השלטונית תשרה על השופטים ובעטיה – מי ישרנו.**

- מדברי ההסבר של טיוטת תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), שפורסמה לפני מספר שבועות על ידי שר המשפטים, עולה כי שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים נועד לאפשר ביטוי רחב יותר לערכי הציבור לנוכח עיסוקו של בית המשפט בנושאים בעלי אופי ציבורי-פוליטי. שיקול זה רלוונטי במיוחד למקרים שבהם בית המשפט העליון מכריע בסוגיות ערכיות במישור הציבורי. אולם, הצעות השר ויו"ר הוועדה אינן מוגבלות רק לבית המשפט העליון בהכרעותיו החוקתיות אלא הן נוגעות להליכי מינוי, קידום והדחה של שופטים בכל הערכאות. לא זו אף זו, ההליך המוצע לא תורם לגיוון או לשיקוף החברה הישראלית. נהפוך הוא, ההליך המוצע חותר תחת תכלית החוקה בחברה דמוקרטית, ככזו שנועדה לכבול את הרוב המזדמן משימוש בכוחו בניגוד לערכי היסוד המוסכמים של החברה. אילו רצו השר ויו"ר הוועדה לתרום לשיקוף החברה הישראלית ותפיסות העומק הערכיות המקובלות בקהלים השונים המרכיבים אותה בהכרעות שיפוטיות חוקתיות, הם היו מציעים לשלב בוועדה נציגים מקבוצות שונות בחברה הישראלית ופועלים לכינון מנגנון קבלת החלטות המבוסס על הסכמה רחבה, כזה המביא לידי ביטוי את מגוון ערכי העומק של החברה. אולם לא כך היא. הצעתם מתמקדת אך בהעצמת כוחה של הממשלה ובביצור ביחס לבתי המשפט בכל הערכאות.
- המציעים שואבים השראה ממעורבות נציגים פוליטיים בהליכי מינוי, קידום והדחה של שופטים במדינות אחרות. אולם, מעורבות פוליטית כזו, ככל שהיא קיימת, נוגעת לבתי משפט שעוסקים באופן ייחודי בסוגיות חוקתיות ופעולתם נפרדת ממערכת בתי המשפט המקצועיים. בישראל אין הפרדה כזו בין בית המשפט לחוקה למערכת בתי המשפט הכללית. בית המשפט העליון פועל כערכאת ערעור בעניינים אזרחיים, פליליים, מנהליים וגם, במיעוט המקרים, בסוגיות חוקתיות. בתי המשפט של הערכאות הנמוכות בוודאי שאינם עוסקים בסוגיות ציבוריות כעיסוק מרכזי. משכך, ההשוואה למודל בחירת השופטים במדינות אחרות מטעה ובמרבית המקרים לא רלוונטי. יתירה מכך, התקת ההיגיון המעצב את בתי המשפט החוקתיים בעולם והחלתו על כל מערכת בתי המשפט בישראל לא תביא לתיקון או לשיפור מערכת המשפט. היא תביא לריסוקה.
- הדיון בסוגיית מינוי השופטים במנותק ממכלול השינויים שמתכננת הממשלה עלול לטשטש את המשמעות הכוללת של השינויים ביחד, שכן השלם גרוע מסכום חלקיו. הצעות השר ויו"ר הוועדה כוללות גם צמצום ניכר בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית והחוקת של בית המשפט העליון, אימוץ פסקת התגברות ברוב חברי הכנסת וביטול עילת הסבירות. הללו מחזקים, מבצרים ומעצימים את כוחה של הממשלה על חשבון הרשויות האחרות מבלי שהם מלווים במנגנוני איזון להגבלה וריסון של השלטון הנבחר. זו אינה רפורמה לחיזוק הדמוקרטיה בישראל, זהו מהלך שיביא לביטולה.

נימוקי נייר העמדה

א. עיקרי הדברים

שינויי החקיקה שהשר יריב לוין וחבר הכנסת שמחה רוטמן מבקשים להוביל ביחס להליך מינוי והדחת השופטים עתידים לשנות באופן קיצוני את הליך בחירת השופטים והשופטות בישראל בכל הערכאות הדיוניות ובבית המשפט העליון (להלן: הצעות השר ויו"ר הוועדה). במסגרת ההצעות שהגישו יוענק לקואליציה הממשלתית, או לנציגים שתמנה, רוב מוחלט בוועדה לבחירת שופטים. המשמעות היא שליטה מלאה של הקואליציה במינוי השופטים והשופטות בכל הערכאות הדיוניות, לרבות בית המשפט העליון. יתירה מכך, ההצעות מפקידות בידי שר המשפטים כוח השפעה ניכר, הגם שעמדותיו הפוליטיות לא בהכרח משקפות את עמדת רוב הציבור, אלא את עמדת המפלגה הגדולה ביותר או, למצער, עמדתה של מפלגה קטנה, אם זו זכתה למנות שר משפטים מבין שורותיה.¹ כמו כן, הצעת השר לוין תאפשר לוועדה לבחירת שופטים ושופטות, שבשליטת הקואליציה, אפשרות בלעדית לבחור את הנשיא ומשנהו גם מקרב מועמדים שאינם שופטי בית המשפט העליון (לרבות מקרב עורכי הדין). בניגוד למצב היום שבו המינוי של הנשיא ומשנהו הוא על בסיס ותק. בכך תגדל גם הפוליטיזציה בתוך הרשות השופטת עצמה. נשיא בית המשפט העליון הוא במידה רבה ראש הרשות השופטת ומשמש ציר מרכזי בניהולה. פוליטיזציה באפיק הזה עלולה להביא למינויו של אדם נטול כישרים וניסיון רלוונטי וכן ליצור מערך תמריצים בלתי רצוי בקרב השופטים המכהנים.

הצעות אלו יפגעו אנושות בהבטחת עצמאותה של הרשות השופטת כמי שנתונה אך למרותו של הדין² ויהפכו אותה לנתונה ללחצים והשפעות בלתי ענייניות של גורמים פוליטיים נבחרים. לרשות השופטת אין חרב ואין ארנק.³ כוחה מבוסס על האיכות המקצועית של השופטים, הגינותם ועצמאותם. התיקונים המוצעים חושפים את הליך המינוי להשפעות פוליטיות ושיקולים זרים, ועלולים להביא לאיזון המערכת באנשים הנאמנים לשלטון ולא לחוק או למי שאינם ניהנים בכישורים ובידע הנדרשים לשמש כשופטים. מהלך כזה יפגע בשלטון החוק ובאמון הציבור ברשות השופטת, שכן הציבור יתקשה לסמוך את ידיו על מערכת שיפוטית המנוהלת על ידי מי שמונה משיקולים פוליטיים. על פי הצעות אלו השופטות והשופטים, בכל הערכאות, ובכלל זה בית המשפט העליון הן בשבתו כערכאת ערעור והן בשבתו לדון בביקורת שיפוטית מנהלית וביקורת חוקתית, ימונו בהליך הנשלט על ידי הקואליציה. מהלך זה הוא בבחינת היפוך היוצרות של תכלית הביקורת השיפוטית: הבטחת קיום החוק בין אדם לחברו והגבלת השלטון מלהפר את הדין. בעולם שייווצר לאחר התיקון המוצע השררה השלטונית תשרה על השופטים ובעטיה – מי יסורנו.

אכן, מערכת בתי המשפט, ככל מערכת שלטונית, נדרשת לחשיבה מוסדית ארוכת טווח באשר לדרך עיצובה ויש מקום לבחון רפורמה או שינויים גם במערכת השיפוט הישראלית. הרפורמה של ח"כ

1 Rivka Weill, War over Israel's Judicial Independence, VERFBLOG (25.1.2023), <https://bit.ly/43UjgnH>.

2 כפי שנקבע בסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה: "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

3 אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 388 78 (אהרון אמיר מתרגם 2001).

גדעון סער משנת 2008,⁴ הגם שניתן לחלוק על יתרונותיה, יצרה גיוון גדול יותר בהרכב בית המשפט. בחסות השינויים הללו הובילה שרת המשפטים דאז איילת שקד את מה שהיא כינתה "מהפכה שמרנית בהרכב בתי המשפט".⁵ בחירת שופטת לבית המשפט העליון מחייבת כיום, מאז התיקון ב-2008, דיאלוג והסכמה בין הממשלה והקואליציה מזה לבין בית המשפט העליון, מזה, ולמעשה נדרשת הסכמה בין שר המשפטים לנשיאת בית המשפט העליון. לעומת זאת, התיקונים בהצעות השר ויו"ר הוועדה אינם מאזונים ומכפיפים את הליך המינויים לעמדת הקואליציה. הצעות השר ויו"ר הוועדה מנומקות באימוץ ההליכים הנהוגים ביחס למינוי שופטים בבתי המשפט **החוקתיים** בעולם. אולם בישראל אין בית משפט ייעודי לחוקה ולכן לא ניתן בפשטות לייבא את הנהוג במדינות אלו למשפט הישראלי. למעשה, המציעים משתמשים במודל הנוגע להליכי המינוי של שופטי בתי המשפט **החוקתיים**, שפועלים כמוסד נפרד ממערכת בתי המשפט הכללית במדינות אחרות, כמודל לעיצוב הליך הבחירה, הקידום וההדחה של כלל שופטים בכל הערכאות בישראל. ודוק, מרבית העשייה של בית המשפט העליון אינה בסוגיות חוקתיות או ציבוריות כי אם בתחום הערעורים האזרחיים והפליליים. בתי המחוזיים או בתי משפט השלום בוודאי אינם עוסקים בסוגיות חוקתיות כעיסוק מרכזי. משכך, ההשוואה למעורבות נציגים פוליטיים בהליכים הללו במדינות אחרות מטעה ואינה רלוונטית. יתירה מכך, המודלים הנהוגים במינוי שופטים בבתי המשפט **החוקתיים** בעולם מבוססים על הליכים שמחייבים הסכמה רחבה בין ציבורים שונים. הצעות השר ויו"ר הוועדה מקדמות מודל של **שליטה אוטומטית של הממשלה** בהליכי מינוי, קידום והדחת השופטים בכל מערכת בתי המשפט בישראל. אין להצעה זו אח ורע בשיטות משפט אחרות בעולם ולא בכדי. הצעות אלו לא יביאו לתיקון או שיפור מערכת המשפט. הן יובילו לריסוקה.

נציע לקרוא את התיקונים המוצעים ביחס להליך מינוי השופטים על רקע שלושה הקשרים כוללים. ראשית, מיעוט האיזונים והבלמים בשיטה הישראלית.⁶ היקף הכוח השלטוני הנתון בידי הרשות המבצעת בשיטה הישראלית הוא חריג מאוד בהשוואה לנעשה בדמוקרטיות אחרות ברחבי העולם.⁷ ריכוז הכוח הנתון בידי הרשות המבצעת בישראל הוא רב לנוכח שליטת הקואליציה במהלכי החקיקה, מיעוט הסמכויות הפיקוחיות של הכנסת,⁸ והמשמעת הקואליציונית שהתהדקה משמעותית בשני העשורים האחרונים.⁹ במציאות זו, הגורמים המשמעותיים ביותר לריסון כוחה של הרשות המבצעת הם היועצים המשפטיים ובתי המשפט. בנוסף, ההגנות האחרות על אי-תלות השופטים (כגון קביעותם בתפקיד, הליכי הדחתם, ועוד), אשר במדינות אחרות נקבעו בחוקה משוריינת, זוכות בישראל להגנה חלשה בחוק יסוד שניתן לשנותו בקלות. משכך, הטענה כי ההצעות מבקשות לייבא למשפט הישראלי את הנהוג במדינות אחרות ובכך להתאים את הנעשה בישראל למקובל בדמוקרטיות אחרות היא סילוף

4 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008, ס"ח 813.
 5 פרוטוקול ישיבה 652 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 21 (2.7.2018).
 6 ראו עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (2018).
 7 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 1: גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים" (הופץ ביום 15.1.2023).
 8 ראובן חזן ורחן פרידברג פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה (מחקר מדיני 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2009).
 9 מתן גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2019).

של העובדות והטעיה של הציבור. הכפפת הרשות השופטת בישראל לקואליציה הנבחרת תמיט כליה על הפרדת הרשויות ותרכז את כל הכוח השלטוני בידי הקואליציה. במצב דברים כזה ישראל לא תוכל להיחשב עוד דמוקרטיה, מכיוון שלא תהיה בה עצמאות שיפוטית, ובלעדיה עלולה החברה הישראלית לחוות התדרדרות קשה בכל תחומי החיים החברתיים והכלכליים.

שנית, הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בכל אחד מהשינויים בנפרד, כמו גם הדיון בכל סעיף שבכל תיקון, עלולים לטשטש את המשמעות הכוללת של השינויים ביחד, שכן השלם גרוע מסכום חלקיו. ללא ייעוץ משפטי מחייב ובשים לב לשינוי הרוב הנדרש לפסילת חוקים ופסקת ההתגברות המוצעת על ידי הממשלה, תאבד למעשה ישראל את שלטון החוק. הנזקים עלולים להיות בלתי הפיכים. לבסוף, ההקשר ההשוואתי של מהלכי התיקון צריך להיקרא על רקע מהלכי תיקון דומים במדינות כמו הונגריה ופולין. המחקרים אודות מדינות אלו מלמדים באופן ברור כי ביטול אי-התלות של הרשות השופטת ושליטת עצמאותה סללו את הדרך לכל המהלכים הנוספים שהובילו במקובץ לביטולה של הדמוקרטיה במדינות אלו.¹⁰

נייר עמדה זה נכתב כתגובה מידית להצעת שר המשפטים ולמצע לדיון שהניח יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכוללים הצעות לתיקונים בהליך בחירת שופטים. יצוין כי לפי מכתב היועצת המשפטית לכנסת, הצעת יו"ר ועדת החוקה גובשה בלא כל מעורבות הייעוץ המשפטי, באופן החורג ממסלולי חקיקה מקובלים, ללא דיון ציבורי נרחב ובאופן העלול להטעות. בצוק העיתים ומבלי שיהיה בכך כדי להביע כל הסכמה לטיב ההליכים המתבצעים כעת ולמידת התאמתם לנורמות מקובלות של חקיקה, נציג כאן את עמדתנו בנוגע להצעות שעל הפרק. יתר על כן, המצע הקונקרטי הוא חלק ממהלך כולל ורב זרועות שאנו רואים בו כמכוון לביטול אופייה הדמוקרטי של ישראל, ביטול מעמדו העצמאי של בית המשפט העליון, כמו גם ערכאות דיוניות וקיבוע עריצות הממשלה לדורות. אנו מתנגדים בכל תוקף למהלכים אלה, ואין בהתייחסותנו הממוקדת במסמך זה כדי לבטא כל נכונות או הסכמה עמם. הדיון להלן יתמקד במסמך המכונה תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) ובמסמך המכונה תזכיר חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון – הוועדה לבחירת שופטים) שפרסם ב-11.1.2023 שר המשפטים (להלן: הצעת השר). ב-17.1.2023 פרסם יו"ר ועדת החוקה כ"נוסח מוצע לדיון" את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), אשר עוסקת בין היתר גם בהרכב הוועדה לבחירת שופטים (להלן: הצעת יו"ר הוועדה). במקומות המתאימים תיכלל התייחסות להבדלים בין שתי ההצעות.

ב. תפקיד בתי המשפט ומערכת השפיטה

חוק-יסוד: השפיטה מ-1984 עוסק בסמכות השפיטה והוא מהווה למעשה פרק בחוקה עתידית ולכן משקף את שאיפת המשפט הישראלי לעצמאות שיפוטית. סעיף 2 מהווה בריח התיכון של חוק היסוד: "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". מקובל למנות ארבעה

Kriszta Kovács & Kim Lane Scheppelle, *The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland – and the European Union*, 51 COMMUNIST AND POST-COMMUNIST STUD. 189 (2018); Wojciech Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding* (January 17, 2018), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3103491>

תפקידים עיקריים לבית המשפט: ראשית, הכרעה בהליכים פליליים ובסכסוכים אזרחיים. הכרעה בסכסוכים באופן ניטרלי וללא משוא פנים היא תנאי לקיומו של סדר חברתי מתפקד, ציות לחוק, לקיום יחסים כלכליים תקינים (המחייבים ודאות, יציבות ושמירה על הכללים) ולצורך בהבטחת הביטחון האישי. שנית, בתי המשפט מפרשים את הדין אגב הכרעה בסכסוך. כאשר הדין הוא ברור, השופט אך משמש ה"פה המכריז על המילים של החוק".¹¹ אולם, כאשר הכללים המעוגנים בחוק עמומים או נעדרים התייחסות מפורשת לנסיבות המקרה המונח בפני בית המשפט, השופטים נדרשים לפרשנות ולפיתוח הדין. על פי שיטת המשפט שלנו, הכרעת בית המשפט בסכסוך אינה נוגעת רק לסכסוך, בהיותה תקדים: "גיבוש הדין הוא 'תוצר לוואי' של הסכסוך המוכרע".¹² תפקיד שלישי הוא ביקורת שיפוטית מנהלית, אשר נועדה לפקח על הרשות המבצעת ולהגן על הציבור מפני הפעלת כוח שלטוני שלא בהתאם לדין. לבסוף, בית המשפט נדרש גם לביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת בכמה מישורים: שמירה על הליך החקיקה מפני מצבים שבהם נפל פגם היורד לשורשו של הליך, ביקורת חוקתית על חקיקה הפוגעת בזכויות המוגנות בחוקי היסוד שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה או בסעיפים משוריינים בחוקי יסוד, ושמירה על קיום המשטר החוקתי בהתאם לעקרונות היסוד של השיטה ומוסדותיה. נציין גם כי למערכת בתי המשפט גם תפקיד ניהולי. טענתנו המרכזית היא שאם יתקבלו הצעות השר ויו"ר הוועדה לשינוי הליכי המינוי, הקידום והדחתם של שופטים, הרשות השופטת לא תוכל למלא את התפקידים הללו. הסיבה לכך היא שמילוי התפקידים הללו כראוי תלוי בקיומם של העקרונות לאורם נבחרים, מקודמים ומודחים שופטים בישראל: עצמאות שיפוטית ואי־תלות, אחריותיות וגיוון. בית משפט שאינו עצמאי, שאינו מחויב באחריותיות כלפי הציבור וגם בית משפט שלוקה באופן עמוק בשיקוף החברה הישראלית, במיוחד בהכרעה בסוגיות ערכיות שנויות במחלוקת, לא יוכל למלא את תפקידיו. החלפת עצמאות שיפוטית ואי־תלות, אחריותיות ושיקוף במנגנון המקנה עליונות לרוב הנבחר בקואליציה בהליכי מינוי שופטים תהפוך את בית המשפט לבית משפט שבו בידי הממשלה ותפגע קשות ביכולת הרשות השופטת למלא את תפקידה.

ג. מינוי, קידום והדחת שופטים – המצב כיום

הוועדה לבחירת שופטים עוסקת בשלוש פעולות: מינוי, קידום והדחה.¹³ עבודת הוועדה לבחירת שופטים הוסדרה בחוק בשנת 1953, בהליך שביטא הסכמה רחבה בעלת אופי חוקתי.¹⁴ ההסכמה הזו באה על רקע תחלואי השיטה שקדמה לה, שבמסגרתה בחירת השופטים הופקדה בידי הממשלה (לפי הצעת שר המשפטים), וביחס לשופטי בית המשפט העליון – נדרשה גם לאישור הכנסת. גם בשנים

11 CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, DE L'ESPRIT DES LOIS LIV. 11, ch. 6 (1748)

12 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב־ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 786, 758 (1995).

13 ס' 4(א), (4) לחוק־יסוד: השפיטה.

14 גיא לוריא הוועדה לבחירת שופטים 23–39 (מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019); גד ברזילי "מינויים שיפוטיים בישראל ובעולם – מדוע שיטת בחירת שופטים ושופטות כה חשובה" ספר אשר גרונים 41 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2023).

שקדמו לחוק משנת 1953, ובניגוד להצעות השר ויו"ר הוועדה, היה ניסיון לבחור את השופטים מתוך קונצנזוס פוליטי רחב ולא באופן חד-צדדי.¹⁵

חוסר שביעות הרצון בשנות הקמת המדינה מהשיקולים המפלגתיים שבאו לידי ביטוי בהליך בחירת השופטים הניב אפוא את שינוי הליך בחירת השופטים בשנת 1953. מאז שנת 1984 מעוגנת עצמאות השופטים ואי-תלותם, כמו גם הליך בחירתם, בחוק-יסוד: השפיטה.¹⁶ הוועדה לבחירת שופטים מונה תשעה חברים וחברות, מהם ארבעה נבחרים וצבור וחמישה אנשי מקצוע. מבין נבחרים הציבור מכהנים בה שני שרים (אחד מהם הוא שר המשפטים, המשמש גם יו"ר הוועדה והשני נבחר על ידי הממשלה, לעתים לכל תקופת כהונת הממשלה ולעיתים לחלקה), ושני חברי כנסת הנבחרים על ידי הכנסת בהצבעה חשאית.¹⁷ הנוהג מאז 1992 ועד לפני מספר שנים היה שלפחות אחד מהם הוא חבר אופוזיציה.¹⁸ עם זאת בשנים האחרונות היו כבר שני מקרים שבהם שני נציגי הכנסת היו מן הקואליציה (וגם לפני כן היו מקרים שבהם נציג האופוזיציה היה למעשה שותף לראיית העולם של הקואליציה). עתירה בעניין זה לבג"ץ נדחתה.¹⁹ כתוצאה מכך, כבר היום הממשלה נהנית לעתים מארבעה נציגים או נציגות (אף שבכנסת היוצאת נהנתה רק משלושה נציגים, משום שהייתה נציגות לאופוזיציה). חמשת אנשי המקצוע בוועדה כוללים שלושה שופטים (נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון, שנבחרים על ידי חבר שופטיו לתקופה של שלוש שנים) ושני נציגים של לשכת עורכי הדין (אשר נבחרים על ידי המועצה הארצית של הלשכה בבחירה חשאית לתקופה של שלוש שנים).²⁰ ראוי גם לציין את השינוי הסטטוטורי משנת 2014, המחייב כי בוועדה לבחירת שופטים יכהנו לפחות ארבע נשים.²¹

תנאי הכשירות המינימליים שנקבעו בחוק מחייבים שלמועמדים יהיה רקע משפטי מתאים. הוועדה לבחירת שופטים קבעה כללים מפורטים ובהם כללה את תכונות האופי והכישורים המקצועיים שלפיהם נמדדים המועמדים לשיפוט, ובהם ידע ומיומנות בתחום המשפט, כושר הבעה וניסוח, יעילות וכושר ביצוע, סמכותיות, מזג שיפוט, אינטגרטי (ישרה), עצמאות בחשיבה ואי-תלות, חוכמה ותבונה, תדמית בעיני הזולת בתחום המקצועי ובחיי היום-יום ומוטיבציה.²²

15 לוריא הוועדה לבחירת שופטים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 17–19; ניר קידר בן-גוריון והחוקה 162, 172–173 (2015); אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 57 (1980).

16 ס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה.

17 ס' 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד–1984.

18 שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 357, 370 (2003) (להלן שטרית "תהליך מינוי שופטים").

19 לדיון מפורט בנוהג החוקתי והטעמים לקיומו ראו בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (נבו) 1.2.2017; בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) 20.8.2020.

20 ס' 6(2) לחוק בתי המשפט; פרשת אבירם, לעיל ה"ש 19. לביקורת על פעילות נציגי לשכת עורכי הדין בתקופת השרה איילת שקד ראו Limor Zer-Gutman & Eli Wald, *Is the Legal Profession Too Independent?*, 105 MARQ. L. REV. 341, 386–387 (2021).

21 על פי ס' 6(א3) לחוק בתי המשפט "לפחות אחד מנציגי שופטי בית המשפט העליון בוועדה, לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים".

22 ס' 11א לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד–1984.

הוועדה לבחירת שופטים מקבלת את החלטותיה ברוב החברים המשתתפים בדיון, מלבד באשר לבחירת שופטים לבית המשפט העליון. הליך בחירת שופטי בית המשפט העליון מאז התיקון שנעשה בחוק בשנת 2008 מחייב כי החלטותיה של הוועדה יתקבלו ברוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה.²³ לפי דברי ההסבר להצעת החוק משנת 2008, התיקון הזה נבע מהחשיבות המיוחדת של מינוי שופט לבית המשפט העליון בהשוואה למינוי שופטים לערכאות הנמוכות יותר, שבגללה יש להחליט על המינוי "על יסוד הסכמה רחבה בין חברי הוועדה".²⁴ הסדר זה מביא לכך שמינוי שופט או שופטת לבית המשפט העליון מחייב הסכמה רחבה בין חברי הוועדה, כך שאף "סקטור" (המקצועי או הפוליטי) לא מחזיק בזכות וטו על הליך המינוי. בהליך קידום השופטים מעורבות ועדה מייצעת, המורכבת משתי שופטות בדימוס, על פי בחירת נשיאת בית המשפט העליון, ועוסקות בה ועדת משנה והוועדה למינוי שופטים.²⁵ הוועדה לבחירת שופטים מוסמכת גם להדיח שופטים, וזאת ברוב של לפחות שבעה מחבריה.²⁶

הצעות השר ויו"ר הוועדה מבקשות לשנות את הליכי המינוי, הקידום וההדחה לכל הערכאות ולא רק לבית המשפט העליון. הפקדת סמכות ההדחה בידי ועדה הנשלטת על ידי הממשלה, גם אם לא נעשה בה שימוש, עלולה להשפיע על התנהלות השופטים ושומטת למעשה את הקרקע תחת עקרון "אי התלות" של השופטים.²⁷

ד. הרציונלים שביסוד הליך בחירה, קידום והדחת שופטים

הרכב הוועדה לבחירת שופטים כפי שהוא מעוגן כיום בחוק כולל נציגים משלוש הרשויות והפרופסיה המשפטית. הרכב זה והכללים המשמשים את הוועדה בעבודתה משקפים שלושה רציונלים מרכזיים: (1) עצמאות ואי-תלות; (2) אחריותיות (accountability) ו-(3) שיקוף וגיוון. נטען להלן כי קיום הרציונלים הללו, ובמיוחד עצמאות ואי-תלות הרשות השופטת, נדרשים כדי שבתי המשפט ימלאו את תפקידם. הצעות השר ויו"ר הוועדה תהפוכנה את שליטת הקואליציה בהליכי מינוי, קידום והדחה של שופטות ושופטים בישראל למשתנה המכריע בהליך. שינויים אלו יפגעו אנושות ביכולת של בתי המשפט למלא את תפקידם.

1. עצמאות ואי-תלות

עצמאות הרשות השופטת מחייבת חסינות מוסדית של הליך השפיטה מהתערבות של גורמים פוליטיים בהליך פרשנות או אכיפת החוק. מניעת התערבות כזו נועדה לקדם הגינות ויציבות בפרשנות הדין

- 23 ס' 7(ג) לחוק בתי המשפט.
- 24 דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 51) (רוב מיוחד למינוי שופט בית המשפט העליון). התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 354.
- 25 ראו כללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד–1984, ק"ת 2370; הנחיות מנהל בתי המשפט 5-09 "נוהל הטיפול בבקשה למינוי שופט" (6.7.2009); הנחיות נשיאת בית המשפט העליון 1-19 "ועדה מייצעת לבחינת אפשרויות קידום שופטי שלום" (23.7.2019).
- 26 כללי השפיטה (סדרי העבודה בענין סיום כהונת שופט לפי החלטה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ז–1986.
- 27 Guy Lurie, Amnon Reichman & Yair Sagy, *Agencification and the Administration of Courts in Israel*, 14 REGULATION AND GOVERNANCE 718, 731 (2020).

ובישומו.²⁸ בנוסף, כפי שהוכח במחקרים שונים, עצמאות ואי־תלות תורמים לחיזוק אמון הציבור במוסדות.²⁹ בפרט, עצמאות הרשות השופטת תורמת לאמון הציבור בבתי המשפט.³⁰ עקרון עצמאותה ואי־תלותה של הרשות השופטת מעוגן במקורות בינלאומיים ונחשב תנאי יסוד הכרחי לקיומה של דמוקרטיה מתפקדת.³¹ אין זה מפתיע אפוא כי התכלית המרכזית לעיצוב הוועדה למינוי שופטים בשנת 1953 הייתה הבטחת עצמאותה ואי־תלותה של הרשות השופטת. כך למשל, חבר הכנסת יעקב שמשון שפירא הציג לפני מליאת הכנסת את השינויים בהצעת החוק: "הממשלה נהגה בתבונה מדינית רבה שלא הלכה בדרכי תאוות השלטון, כי אם בדרך מטרות בנין המדינה... הממשלה הסתלקה מרצונה הטוב מהסמכות שיש לה היום, ויכלה לקבוע גם לגבי העתיד, למנות את השופטים, והעבירה זאת למעשה לוועדה, שהרוב בה – לפי הצעת ועדת החוקה – אינו לא של הממשלה ולא של תומכי הממשלה."³² ח"כ מנחם בגין סבר שהרכב הוועדה שבהצעת החוק אינו מספיק על מנת להבטיח את אי־תלות בין הגורמים הממנים לשופטים: "אנחנו באים להבטיח את איתנותם של השופטים, ולשם כך עלינו להבטיח במידת האפשר גם את איתנותם של ממניהם."³³ עצמאות השופטים בדין הישראלי באה לידי ביטוי באי־תלות מהותית ("בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין"),³⁴ אי־תלות אישית (באמצעות הסדרים ששומרים על אי־תלות השופטים ברמה האישית, כגון קביעות, הגנה על שכר, וכו')³⁵ ואי־תלות מוסדית.³⁶ עיגון

- John A. Ferrjohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L. REV. 962, 967 (2002) 28
- E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE* (1988) 29
- Sara C. Benesh, *Understanding Public Confidence in American Courts*, 68 J. POL. 697 (2006); 30
- Ryan Salzman & Adam Ramsey, *Judging the Judiciary: Understanding Public Confidence in Latin American Courts*, 55 LAT. AM. POLITICS SOC. 73 (2018); Marc Bühlmann & Ruth Kunz, *Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems*, 34 WEST EUR. POLIT. 317 (2011)
- העצרת הכללית של האו"ם הכירה בזיקה שבין עצמאות שיפוטית לדמוקרטיה בהצהרה משנת 2004 אודות 31
- הרכיבים החיוניים לקיומה של דמוקרטיה. ראו <https://did.li/0oKTY>. עצמאות השפיטה ושוויון הכול בפני החוק מופיעים בס' 11 להצהרה האוניברסלית לכל באי עולם משנת 1948. ס' 14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שאושרה על ידי ישראל, קובע כי "הכול שווים לפני בתי המשפט ובתי הדין, כל אדם זכאי לכך, כי טיעונו יישמע כיאות, כפומבי, בפני בית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, אשר יחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו ובין בדבר זכויותיו וחובותיו בתובענה אזרחית". כ"א 31, 269, 277 (נפתחה לחתימה ב-1966). הפרשנות הרשמית של סעיף זה נוסחה על ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם בהערה כללית מספר 32, Human Rights Committee, General Comment 32, Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial (Art. 14) Basic Principles on the Independence of the Judiciary, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007) adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly Resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985
- ד"כ 2436, 20.8.1953. 32
- פרוטוקול ישיבה 57/ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 7-6 (17.8.1953). 33
- ס' 2 לחוק־יסוד: השפיטה. 34
- שמעון שטרית על השפיטה 206-265 (2004). 35
- שם. 36

הליך מינוי השופטים בחקיקת היסוד בשנת 1984 חיזק את עצמאותם. בנוסף, תיקון סעיף 6א לחוק בתי המשפט בשנת 2004 קבע כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". יחד עם זאת, בישראל אין שריון בחוקה של ההסדרים המבטיחים את מעמד העצמאי של השופטים. זוהי בעיה חריפה במיוחד על רקע כוחה הרב של הרשות המבצעת וכוחה המאזן החלש של הכנסת בשיטת המשטר הישראלית.³⁷

עצמאות ואי־תלות חיוניים למימוש תפקידיו של בית המשפט. החלפת עצמאות ואי־תלות בייצוג הרוב הנבחר תחזק שיקולי נפטיזם, השתייכות פוליטית או חברות אישית כמו גם השאיפה לרצות את חברי הקואליציה על חשבון השיקולים המקצועיים הרלוונטיים במינוי שופטים.³⁸ שיפוט עצמאי ובלתי תלוי **בפתרון סכסוכים** הוא תנאי להבטחת פסיקה מקצועית, עצמאית וניטרלית שפוסקת על פי הראיות והדין. **שליטת הקואליציה בקידום השופטים ובהדחתם תפגע באופן ישיר בעצמאות השופטים**. עצמאות זו חיונית לביסוס אמון הציבור בשופטים ובתוך כך מבטיחה את שלטון החוק. עצמאות ואי־תלות של בית המשפט באינטרסים פוליטיים חולפים מבטיחה שבית המשפט יהיה כפוף רק למרותו של הדין גם כאשר הוא עוסק בפרשנות הדין. כמו כן, בית המשפט נדרש לעצמאות ואי־תלות מהרשות המבצעת במילוי תפקידו **בהגנה על זכויות ועל האינטרס הציבורי** מפני מצבים שבהם השלטון הנבחר או רשויות המנהל מפעילות את סמכותן שלא בהתאם לדין (חריגה מסמכות, הפעלת סמכות בחוסר סבירות, באופן לא מידתי, שיקולים זרים וכו'). לבסוף, **תפקידו החוקתי של בית המשפט כולל ביקורת ופרשנות חוקתית של החוק**. הללו נועדו לשמור על כללי המשחק המעוגנים בחוקה, הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד ועקרונות היסוד של השיטה מפני שינויים על ידי הרוב המזדמן. בית המשפט נדרש לאי־תלות ועצמאות ביחס לרוב הפוליטי הנבחר כדי שיוכל למלא תפקידים אלו. שליטת הממשלה בהליך בחירת השופטים חותרת תחת הרעיון הדמוקרטי הבסיסי של "שלטון החוק במחוקק",³⁹ מאפשרת המרת שלטון החוק בעריצות הרוב והמיעוט, ופותרת פתח לריסוק הדמוקרטיה בישראל.

2. אחריותות

עיקרון משלים לעקרון עצמאות ואי־תלות של השפיטה הוא עקרון האחריותות (accountability).⁴⁰ על אף שהרשות השופטת אינה נבחרת על ידי הציבור היא אחת מרשויות המדינה ומשום כך נושאת באחריותות כלפי הציבור והרשויות האחרות. עקרון האחריותות נועד לוודא שבתי המשפט פועלים מתוך נאמנות לציבור ושהכוח השיפוטי הנתון בידיהם לא ינוצל לרעה. אחריותות מחייבת את הרשות השופטת לפעול לטובת הציבור בכללותו, כפי שזו הוגדרה בדין, ובמנותק מעמדות או אינטרסים של הרוב הקואליציוני הנבחר באותה עת. כפי שקבע השופט ניל הנדל בפרשת **אבירם**: "הרשות השופטת

37 לדיון בסוגיה זו ראו לוריא **הוועדה לבחירת שופטים**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10.

38 שטרית "תהליך מינוי שופטים", לעיל ה"ש 18, בעמ' 360–361.

39 "כאן שלטון החוק (The Rule of Law) במובן האבסולוטי של ביטוי זה. שלטון החוק במחוקק, והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו". משה זילברג **כך דרכו של תלמוד** 70 (מהדורה שנייה 1964).

40 שמעון שטרית "ערכי־היסוד של מערכת השפיטה בישראל" **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 617 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם, עורכים 2013); שמעון שטרית "היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" **משפט ועסקים** י 525, 572–583 (2009).

אינה איבוד. השיפוט – ובית דין השופט, כל שופט – חייב לפסוק על פי מיטב הבנתו ומצפנו, בהתאם לדין ולדרישותיו. השילוב של עקרון העצמאות ואי־תלות יחד עם חובת האחריות, יוצר איזון ראוי בין היותה אחת מרשויות המדינה הדמוקרטית לבין אחריותה לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית והנורמות המחייבות.⁴¹ עמידה קיצונית על אחריות השופטים עלולה לפגוע בעצמאותם ולהפך.⁴²

בישראל, מעורבותם של ארבעת נציגי הממשלה והכנסת והדרישה לרוב מיוחס באשר לבחירת שופטי בית המשפט העליון מעורבים דיאלוג בין הרשויות ובכך מקדמים את אחריות הרשות השופטת. בנוסף, האחריות המנהלית לתפקודה של הרשות השופטת בישראל מוטלת על שר המשפטים. הסדר זה מקנה משקל רב לאחריות המוסדית של הרשות השופטת על חשבון עצמאותה.⁴³ בנוסף, בניגוד לרשויות אחרות שהחלטות רבות שלהן אינן מתפרסמות, פסקי הדין גלויים על פי רוב לעין כל והציבור הרחב יכול לקרוא בהם. מאפיינים נוספים כמו הקפדה על חובת ההנמקה, קיום דיונים פומביים ולאחרונה, הנגשת דיונים מרכזיים לציבור בשידור ישיר, מחזקים את אחריותה של הרשות השופטת.

אחריות תורמת למילוי תפקידיו של בית המשפט. בית משפט הנוהג באחריות בעת פתרון סכסוכים – נוהג כבוד במתדיינים, מנמק הכרעותיו, מפרסם הכרעותיו בתוך פרק זמן סביר, מבסס את החלטותיו על הדין ומנגיש אותן לציבור. עמידה על עקרון האחריות מסייעת אפוא בפתרון סכסוכים ותורמת לביסוס אמון הציבור במערכת המשפט. **פרשנות הדין** בהתאם לעקרונות היסוד של השיטה, חוקי היסוד והחוקים עצמם מקיימת אף היא את עקרון האחריות בכך שהיא מבטאת את מחויבות בית המשפט לדין המשקף את האינטרס הציבורי הכולל. **במישור החוקתי**, תפקיד הביקורת השיפוטית הוא להגביל את פעולת הרשויות השלטוניות האחרות. קיום ההליך השיפוטי מול רשויות השלטון באופן פומבי, תוך קיום דיאלוג מכבד עם רשויות השלטון ומתן אפשרות לעותרים להביע את עמדותיהם, לצד בחינה מוקפדת של טענות הצדדים והנמקת ההכרעה ביחס אליהן, משקפות את אחריות בית המשפט שעה שהוא מחיל ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון.

3. שיקוף וגיוון

במינוי שופטים – כמו כל משרה ציבורית אחרת – יש להעניק משקל גם לעקרון השיקוף החברתי או הגיוון החברתי, קרי לכך שעל בית המשפט לשקף בהרכבו את הגיוון החברתי של האוכלוסייה. כך סיכמה את הדברים ב-2001 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים בראשות השופט יצחק זמיר ("ועדת זמיר"), אשר מונתה לבחון את הנושא על ידי הוועדה לבחירת שופטים: "הבחירה של שופטים חייבת להתבסס, בראש ובראשונה, על הרמה המקצועית והתכונות האישיות של המועמדים. עם זאת, כאשר הרמה המקצועית והתכונות האישיות קיימות במידה הנדרשת, יש לתת משקל גם לעקרון השיקוף

41 פרשת אבירם, לעיל ה"ש 19, בעמ' 23.

42 NUNO GAROUPA & TOM GINSBURG, JUDICIAL REPUTATION: A COMPARATIVE THEORY (2015); Nuno Garoupa & Pedro C. Magalhães, *Public Trust in the European Legal Systems: Independence, Accountability and Awareness*, 44 WEST EUROPEAN POLITICS 690 (2020).

43 לוריא הוועדה לבחירת שופטים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10.

החברתי".⁴⁴ עקרון השוויון בייצוג (קול אחד לכל אחד) מתאים למסגרת המדינית והפוליטית אך אינו מתאים לזירה המשפטית, שבה אין הכרח לייצוג לכל קבוצה באוכלוסייה אלא שיקוף הולם.⁴⁵ החברה הישראלית חווה בשנים האחרונות תהליכי קיטוב קשים, הבאים לידי ביטוי בחילוקי דעות עמוקים, המועצמים בחסות הרשתות החברתיות. אכן, מחקרים אמפיריים מלמדים כי הרשות השופטת הפכה מגוונת יותר בעשורים האחרונים.⁴⁶ עם זאת, המצב הקיים עדיין טעון שיפור. כפי שקבעה ועדת זמיר, יש להמשיך ולשקוד על גיוון של בית המשפט תוך שמירה על רמתו המקצועית והעקרונית המשלימים של עצמאות, אי-תלות ואחריות. ראוי אפוא לחשוב על דרכים לשפר את שילובן של קבוצות שונות בחברה הישראלית שלא זכו לייצוג ראוי עד כה. לצערנו, הצעות השר ויו"ר הוועדה עלולות להחריב הישגים של המובן מאליו – שיקוף וייצוג מגדרי שוויוני – ואף להביא להדרתן של קבוצות בחברה הישראלית שאינן מזוהות כתומכות מפלגות הקואליציה מייצוג ברשות השופטת.

ה. מבית משפט עצמאי לבית משפט שבו

הצעות השר ויו"ר הוועדה מבקשות לערער על מושכלות היסוד לעיצוב הרשות השופטת – עצמאות ואי-תלות, אחריות ושיקוף – ובמקומם להפקיד את השליטה בהליכי בחירה, קידום והדחה של שופטים בידי הממשלה הנוכחית. מהלך זה יפגע באיכות השופטים, יחליש את מחויבותם לציבור הרחב ולהגנה על מיעוטים וחלשים שאינם מיוצגים בקואליציה ויערער על אי-תלותם בשיקולים פוליטיים.

מבחינה נורמטיבית, השתתפותם של השופטים בוועדה משרתת אינטרס ציבורי מובהק בהבטחת כשירותם המקצועית של הנבחרים לכס השיפוט. בניגוד לפוליטיקאים המכהנים בוועדה, נציגי הרשות השופטת (לצד נציגי לשכת עורכי הדין) הם בעלי יכולת להעריך את הכישורים המקצועיים של המועמדים. המעבר מהרציונלים המקובלים לטובת שליטה של הרוב הנבחר בהליך לבחירת שופטים יחתור תחת יכולתם של בתי המשפט לבצע את תפקידם. פתרון סכסוכים הוגן ויעיל מחייב שהשופטות והשופטים ינהגו בשוויון הכל בפני החוק, ללא קשר לזהות המתדיינים. השפעת הגוף הנבחר על הליך בחירת השופטים עלולה לפגוע בתפקידם כמי שאמונים על פתרון סכסוכים בין אזרחים או כמי שנדרשים לשפוט הליכים פליליים. מהלך זה יפגע אנושות בשלטון החוק, באמון הציבור ואף עלול לערער את הסדר הציבורי. השפעת עמדות פוליטיות של הרוב הנבחר על הרכב השופטים ומערך התמריצים הנוגע לקידומם והדחתם עלול גם להשפיע לרעה על תפקידם כפרשני החוק. השופט מפרש את החוק בהתאם למרותו של הדין ומחויב שלא לפעול בהתאם למרות השלטון.

יתירה מכך, בית משפט התלוי ברשות הפוליטית הוא בית משפט שבו לא יוכל להגן על הציבור מפני השלטון. בית משפט שבו לא יוכל למלא את תפקידו החוקתי במדינה דמוקרטית. כיצד יוכל בית משפט שבו להגביל את השלטון מפני שימוש בכוחו רק לטובת הרוב הנבחר, על חשבון ציבורים אחרים, תוך פגיעה בזכויות (מצבי עריצות רוב)? כיצד יבטיח הליך בחירה הנשלט בידי הקואליציה כי בתי המשפט יפעלו למנוע מצבים בהם רשויות השלטון פועלות לקידום שיקולים זרים (טוהר המידות

44 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים בראשות השופט יצחק זמיר **דין וחשבון** פרק 16 (2001).

45 שטרית "ערכי-היסוד של מערכת השפיטה בישראל", לעיל ה"ש 40, בעמ' 631.

46 גיא לוריא "גיוון אנושי בפרקליטות וברשות השופטת: המקרה של המיעוט הערבי" **פרלמנט** 79 (2017).

השלטוני) או ימנע מהן מלפעול לטובת קבוצות אינטרס מאורגנות היטב (מצבי עריצות מיעוט)? האם רשות שופטת שהרוב שולט בהרכב שופטיה תוכל להגביל את השלטון מפגיעה לא מידתית בזכויות המוגנות בחוקי היסוד? כיצד תבטיח רשות שופטת שבויה את "שלטון החוק במחוקק"? את קיום יסודות התהליך הדמוקרטי? כיצד תשמור על תהליך המעבר השלטוני ועל שיטת המשטר הפרלמנטרית בישראל?⁴⁷ כפי שכתב יואב דותן "שיטה ממשלתית שבה הרכבו של הגורם המבקר משקף באופן ישיר את יחסי הכוחות הפוליטיים בבית המחוקקים היא שיטה שפותחת פתח לשורה של כשלים מנקודת ראות חוקתית... בלב ליבו של מושג החוקתיות עומדת התפיסה כי יש הצדקה להטיל הגבלות מסוימות על כוחו של המחוקק הייצוגי".⁴⁸

ככל שמדובר בהקשר החוקתי, הרי שלבית המשפט המכריע בסוגיות חוקתיות תפקיד בשיקוף תפיסות עומק ערכיות בחברה הישראלית ומתן ביטוי לערכים ועקרונות הזוכים להסכמה רחבה. בשמם של עקרונות וערכים אלו מופעלת הביקורת השיפוטית על חקיקה. בחירת השופטים ומתן כוח (או עיקר הכוח) להדחה וקידום בידי נציגי הרב המזדמן, שמייצג את הקואליציה באותה עת, עלולים להטות את הכרעות השופטים לטובת שיקולי הרוב הפוליטי המתחלף. מהלך כזה מנוגד לתכלית החוקה בחברה דמוקרטית, כמי שנועדה לכבול את הרוב המזדמן משימוש בכוחו בניגוד לערכי היסוד המוסכמים של החברה. אם היה ברצון השר ויו"ר הוועדה לתרום לשיקוף החברה הישראלית ותפיסות העומק הערכיות המקובלות בקהלים השונים המרכיבים אותה, הם היו מציעים מנגנון שיבטיח זאת. אולם לא כך היא. הצעתם מתמקדת אך בהעצמה ובביצור כוחה של הקואליציה.

ו. השינויים המוצעים

בפרק זה נתייחס בפירוט למרכיבי הצעת השר ויו"ר הוועדה.

1. הרכב הוועדה

- (1) לפי הצעות השר ויו"ר הוועדה, הרכב הוועדה לבחירת שופטים יורחב מ-9 ל-11 נציגים. הרוב שיידרש למינוי שופטים לבית המשפט העליון הוא 6 ("רוב חבריה"). מינוי שופטים לערכאות השלום והמחוזי יהיה ברוב מקרב המשתתפים בהצבעה (כלומר, מספר שיכול לפחות גם משישה בהתחשב בכמות הנוכחים בהצבעה).
- (2) הוועדה תכלול שלושה שרים בהם שר המשפטים (יו"ר הוועדה); שני נציגי ציבור שימונו על ידי שר המשפטים; שלושה ראשי ועדות של הכנסת – ועדת החוקה, ועדת הכנסת והוועדה לביקורת המדינה (שראשה הוא חבר אופוזיציה, לפי תקנון הכנסת); ושלושה שופטי בית המשפט העליון (הנשיא ושני שופטים נוספים שייבחרו על ידי חבר שופטי העליון). כלומר, שבעה מתוך אחד עשר

⁴⁷ בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה חיות; פס' 2–3 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 23.3.2020); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 36–40 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 6.8.2017); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פס' 16–31 לפסק דינה של השופטת ביניש (נבו 27.9.2004).

⁴⁸ יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" משפט וממשל י 496, 495 (2007).

חברי הוועדה יהיו חברי קואליציה או נציגים שמונו מטעמה – יותר מהרוב הדרוש למינוי שופטים לכל ערכאות השיפוט, כולל בית המשפט העליון.

(3) לשכת עורכי הדין לא תיוצג עוד בוועדה לבחירות שופטים, ותחת זאת אחד משני נציגי הציבור **שימנה שר המשפטים** יהיה עורך דין.

(4) החלפת נציגי הכנסת, שנבחרים היום בבחירה חשאית, בנציגים שמכהנים מתוקף כהונתם כיושבי ראש ועדות יחזק את שליטת הקואליציה (והאופוזיציה) בחברי הכנסת החברים בוועדה.

כלומר, הצעת השר ביחס להרכב הוועדה תיתן רוב לקואליציה ולנציגים שהיא ממנה (שני נציגי הציבור שממנה שר המשפטים) בוועדה לבחירת שופטים. שליטה קואליציונית בבחירת השופטים לכל הערכאות תביא עמה שלל סכנות, ובהן: תלות של השופטים (מכל הערכאות) בקואליציה, משום שהיא מי שתחליט על בחירתם ועל קידומם; פגיעה באי-תלות השופטים המכהנים בבית המשפט העליון, עד כדי כך שלא יוכלו עוד לשמש בלם על הממשלה או הכנסת ולא יוכלו למלא את תפקידם להגן על זכויות אזרחי ישראל ותושביה; מינויים ייעשו לא על בסיס השיקול המקצועי אלא על בסיס שיקול הנאמנות הפוליטית, וכך תפגע הרמה המקצועית של השופטים המתמנים.

נציגי לשכת עורכי הדין נחוצים בוועדה כדי שתוצג נקודת מבט מקצועית שאינה רק של מערכת בתי המשפט. עורכי הדין בקיאים בנעשה באולמות המשפט, בסוגי הידע והניסיון הנדרשים על ידי השופטים בערכאות השונות, ובחסרים הקיימים במערכת. החלפתם בעורך דין שממנה השר – שמן הסתם ייתן קדימות לשיקול הפוליטי – אינה תחליף הולם לנקודת המבט המקצועית הזו.

לפי הצעת יו"ר הוועדה, הרכב הוועדה ימשיך למנות תשעה חברים, אך זאת במפתח חדש: נשיא בית המשפט העליון, ולצידו נשיא בדימוס של בית משפט מחוזי ונשיא בדימוס של בית משפט שלום **שימונו על ידי שר המשפטים**; שלושה שרים כולל שר המשפטים (יו"ר הוועדה); ושלושה חברי כנסת – ראשי ועדות החוקה, הכנסת, וביקורת המדינה. כלומר, לפי הצעת יו"ר הוועדה, ישונה האיזון בוועדה לבחירת שופטים כך שיכהנו בה שלושה שופטים – מתוכם רק אחד מכהן – ושישה נבחרים ציבור. יש עם זאת להדגיש שהענקת הסמכות למנות את הנשיאים בדימוס של המחוזי והשלום לוועדה בידי שר המשפטים יוצרת פוליטיזציה גם של עמדות אלה ומפקידה כוח ניכר בידיו של שר המשפטים. נשיאים בדימוס פרשו כבר מכהונתם, ואף שהם כפופים עדיין להיבטים מסוימים בכללי האתיקה של שופטים, מובן שהחשש לבחינה פוליטית של המועמדים לחברות בוועדה גובר כאשר אין מדובר בשופטים מכהנים.

2. הליך בחירת שופטי בית המשפט העליון

הצעות השר ויו"ר הוועדה מבטלות את דרישת הרוב המיוחד למינויים לבית המשפט העליון (כפי שנקבע בחוק בתי המשפט). מבוטל גם הצורך במספר מינויים של חברי ועדה לשם המשך פעילותה. ביטול דרישת הרוב המיוחד תאפשר לחברים מטעם הקואליציה לבחור את שופטי העליון. ההצעה כוללת גם הוספת הליך של שימוע פומבי בפני ועדת החוקה של הכנסת שתוסמך לאשרר את הבחירה של השופטים בבית המשפט העליון: מדובר בחיקוי של הליכי השימוע הנהוגים בארצות הברית. השימועים בארצות הברית קיימים גם במינויים למגוון תפקידים אחרים ברשות המבצעת

ומובעת ביקורת רבה על קיומם.⁴⁹ יתירה מכך, ראוי לנקוט משנה זהירות שעה ש"שותלים" בשיטה הישראלית רכיבים שמקורם בשיטות המאופיינות באיזונים ובלמים משלימים המאזנים את השלכותיהם השליליות. בארצות הברית, שממנה לקוחים הליכים אלה, נהוגה הגנה קשיחה מאוד על עצמאות הרשות השופטת (גם במובן המוסדי), שאינה נהוגה בישראל. בישראל, הליכי שימוע עלולים להביא להשפעת לחצים ציבוריים ושיקולים זרים ואינטרסנטיים על הליך מינוי השופטים ולפגיעה באמון הציבור בשופטים המועמדים. השימוע הזה גם אינו מתחייב לאור נציגות הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. יצוין שהוועדה (בהובלת השר סער והנשיאה חיות) כבר קיבלה החלטה לקיים שימועים פומביים למועמדים לעליון בפני ועדת משנה של הוועדה לבחירת שופטים. הסכמה זו לא נגעה להליכי שימוע בפני פאנל של נבחרי ציבור. עמדתנו היא שהוספת מרכיב זה במתכונת המוצעת, ובהינתן ההקשר החקיקתי הכולל של התיקונים המוצעים ביחס להליך מינוי השופטים, אינה מועילה ואף תחריף את היקף השליטה הבלתי ראוי של הקואליציה בהליך מינוי השופטים. מהלכים אלו במקובץ יעמיקו את השפעתה של הקואליציה על הליכי מינוי השופטים לבית המשפט העליון. המועמדים לבחירה לבית המשפט העליון הם לרוב שופטים בבתי המשפט המחוזיים, שדנים בעניינים מנהליים וציבוריים רבים. התיקון המוצע עלול לתמרץ אותם להימנע מפסיקה כנגד מוסדות השלטון על מנת שלא לפגוע בסיכוייהם להתמנות לבית המשפט העליון.

3. ביטול הביקורת השיפוטית על עבודת הוועדה

בהצעת שר המשפטים כלולה גם הצעה לבטל את הביקורת השיפוטית של בג"ץ על הליכי עבודת הוועדה ועל שיקול דעת חבריה. הביקורת השיפוטית הזו חשובה, והיא שימשה בעבר לשפר את טיב הליכי עבודת הוועדה (לדוגמה, לגבי תחולת עקרון חופש המידע לגביה).

4. ביטול עקרון ה"ותק" בבחירת נשיא בית המשפט העליון והאפשרות "להצניח" נשיא ומשנה שאינם מכהנים כשופטים עליונים בעת מינויים

לנשיא בית המשפט העליון יש הזדמנויות משמעותיות לעצב את מדיניות בית המשפט. הנשיא הוא בעצמו אחד משלושת החברים השופטים בוועדה לבחירת שופטים וגם ראש מערכת המשפט כולה, הנושא בסמכויות סטטוטוריות מגוונות בכובעו זה (למשל לעניין הדין המשמעתי וכללי האתיקה לשופטים, ניתוב תיקים במערכת, ערעורי פסלות, מינוי שופטים בפועל, ועוד). מכאן שזהות הנשיא היא מרכיב חשוב בשמירה על עצמאות בית המשפט. למרות שאינה כתובה בחוק, המסורת ארוכת השנים לבחירת נשיא בית המשפט העליון הייתה לפי עקרון הוותק – לאחר פרישתו של הנשיא, הנשיא הבא הוא השופט המכהן בפרק הזמן הארוך ביותר בבית המשפט העליון באותה עת. מסורת זו היא מורשת בריטית, המקובלת ברוב בתי המשפט העליונים של מדינות ה-commonwealth. הוועדה לבחירת שופטים תמיד פעלה על פי המסורת הזו. כעת ההצעה היא לבטל את שיטת הוותק ולהכפיף את בחירת הנשיא לשיקול דעתה של הוועדה – לרבות בחירה בשופטת או שופט שאינם מכהנים באותה עת בבית המשפט העליון. בהנחה שרוב שופטי בתי המשפט השונים, אם לא כולם, שואפים

49 ראו לדוגמה PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, FINAL REPORT 15–17 (Dec. 2021).

לנשיאות בית המשפט העליון, לשיטה החדשה יכולה להיות השפעה מצמררת על עמדת השופטים בביקורת שיפוטית על החלטות ממשלה ולעודד פוליטיזציה ומאבקי כוחות בתוך הרשות השופטת. נוסף על כך, הצעת השר קובעת שנשיא בית המשפט העליון יכהן בתפקידו 6 שנים בלבד. בכך סוטה הוועדה – מטעמים לא ידועים – מן ההסדר הנוכחי, שלפיו נשיאי בית המשפט העליון (כמו נשיאי בתי המשפט האחרים) יכהנו לתקופות של 7 שנים. מטרת ההצעה לא ידועה, והיא נדמית כניסיון להנמיך עוד את שיעור הקומה של נשיא העליון, אף ביחס לנשיאים אחרים במערכת. ברוח דומה, ממירה הצעת השר את תואר "המשנה לנשיא בית המשפט העליון" בתואר "סגן נשיא של בית המשפט העליון" – שוב, כמדומה, כדי להשיג הפחתה סימבולית במעמד הנשיאות של בית המשפט העליון.

ז. דוגמאות קונקרטיות להשלכות התיקונים המוצעים

(א) **פגיעה בעצמאות השופטים.** עצמאות השופטים בישראל זכתה עד לא מכבר לדירוג גבוה מאוד בהשוואה למדינות אחרות בעולם. במחקר של קרן המטבע העולמית לשנים 2007–2017 שבמסגרתו נבחנו 170 מדינות ביחס להשפעת גורמים כלכליים וממשלתיים על פסיקת בתי המשפט, זכתה ישראל לאחד הציונים הגבוהים בעולם (6.06 במדד של 1–7).⁵⁰ לעומת זאת, שיטות משפט שבהן שופטים נבחרים על ידי פוליטיקאים כמו ארה"ב או גרמניה זכו במחקר זה לציון נמוך יחסית.

(ב) **פגיעה בזכויות והגנה מפני כשלי ייצוג.** תפקיד בית המשפט הוא להגן על זכויות וכן על ההליך הדמוקרטי מפני כשלי ייצוג. קבוצות רבות סובלות בחברה הישראלית מהפליה "כרונית" ולחלקן הארי אין סיכוי להוות גורם מכריע בעיצוב סדר היום השלטוני. הדוגמה הבולטת והאקוטית ביותר לכך היא המיעוט הערבי, המהווה כ-20% מהחברה הישראלית. ישראל מאופיינת במיעוט מנגנונים השומרים על זכויות האדם או מגינים על האינטרס הציבורי מפני השפעתן של קבוצות אינטרס מאורגנות היטב או שימוש לרעה של הכוח השלטוני לטובת הרוב או לטובת עצמו. בית משפט הנשלט ומעוצב בידי הרוב הנבחר לא יוכל להגן על זכויות אדם, קבוצות מוחלשות או להגביל את השלטון מלפעול בניגוד לאינטרס הציבורי.

(ג) **מוניטין כלכלי וסביבה עסקית יציבה** הם מרכיבים חיוניים לשימור דירוג האשראי של ישראל והבטחת מעמדה ככלכלה יציבה ואטרקטיבית למשקיעים ושחקנים כלכליים מקומיים. מערכת משפטית המקבלת החלטות על בסיס מקצועי ומטעמים ענייניים מספקת לשחקנים כלכליים יציבות וודאות. בהקשר זה חשוב לשים לב שההצעות העומדות על הפרק מבקשות לחולל שינוי במינוי השופטים בכל הערכאות ובכל תחומי המשפט. מדינה החשופה באופן מבני להשפעות לא ענייניות בבחירת שופטים עשויה למנות אנשים נטולי רקע מקצועי מתאים מטעמים פוליטיים וכך להעלות באופן ניכר את הסיכון בקיום עסקים בישראל. כלומר, מהלך כזה ירתיע משקיעים זרים מלהשקיע בישראל וכן עלול לתמרץ שחקנים כלכליים מקומיים להעדיף לפעול במקומות אחרים.

(ד) **קיומה של מערכת משפטית עצמאית ובלתי תלויה היא תנאי לאי-התערבות של גורמי חקירה ומשפט בינלאומיים.** על פי הדין הבינלאומי הפלילי הקיים, בית הדין ינקוט הליכים ישירים כנגד

50 ברזילי, לעיל ה"ש 14.

יחידים שהפרו את הדין הבינלאומי הפלילי, ופעולתם מיוחסת למדינה, אם המדינה הנחקרת אינה מעוניינת או אינה יכולה לקיים הליכים משפטיים ביחס אליהם (סעיף 17 לחוקת רומא).

ח. בחירת שופטים : מבט השוואתי

הנימוק ההשוואתי המרכזי שמלווה את מצדדי הרפורמה בהליך בחירת השופטים בישראל הוא שהליך בחירת שופטי בית המשפט העליון הוא חריג בהשוואה להליך בחירת שופטי הערכאה החוקתית העליונה במדינות מרכזיות ברחבי העולם מכיוון שרק במעט מהדוגמאות ניתנת לשופטים המכהנים זכות וטו בהליך בחירת עמיתיהם לערכאה החוקתית העליונה.⁵¹ השוואה זו שגויה ומטעה את הציבור בארבעה מובנים עיקריים.

ראשית, בית המשפט העליון בישראל לא משמש ערכאה חוקתית ייחודית עליונה על פי המודל הריכוזי שמקובל במדינות רבות אחרות ולכן לא ניתן להשוות בינו לבין ערכאות אלו. בית המשפט העליון בישראל הוא ערכאת ערעור עליונה, הפוסקת בסוגיות חוקתיות רק במעט מהמקרים. רוב עיסוקו של בית המשפט העליון בערעורים אזרחיים ופליליים. משכך, השיקולים הנוגעים לעיצוב הליך מינוי, קידום והדחת שופטים לבית משפט ייחודי לחוקה על פי המודל הריכוזי, שהדיון בסוגיות החוקתיות היא תפקידו היחיד והבלעדי, אינם יכולים להיות זהים או דומים לשיקולים הנוגעים להליך מינויים, קידומם והדחתם של שופטים לכל הערכאות, ובכלל זה לבית המשפט העליון.

גם בשיטות משפט שבהן יש מעורבות של גורמים נבחרים בהליך הבחירה לבית המשפט לחוקה, היא אינה מבוססת על שליטה בלעדית של הקואליציה. המודלים המקובלים בהליכים אלו הוא המודל הייצוגי שמשלב נציגים מכמה רשויות (הנשיא, הרשות המחוקקת ובית המשפט) מבלי שיש לרשות אחת מהן שליטה על ההליך או מודל המחייב שיתוף פעולה בין הרשויות ובדרך כלל נשען על רוב מיוחס כדי לוודא שהמינוי ייעשה בהסכמה רחבה. בשיטות כאלו יש סיכון לחסימת הליכי המינוי בשל הקושי להגיע להסכמות. בגרמניה הליך מינוי השופטים לבית המשפט החוקתי נשלט על ידי הרשות המחוקקת אבל מבוסס על הסכמה בין המפלגות כתנאי למינוי שופטים לבית המשפט החוקתי.⁵² בשיטות הקונטיננטליות נהוג אפוא ששופטי בית המשפט החוקתי ממונים על ידי הרשויות הפוליטיות, בהליך המחייב הסכמה רחבה בין הקואליציה לאופוזיציה. הליכים אלו מחזקים את חשיבות שיקול האחריות של בית המשפט בסוגיות חוקתיות. ליתר הערכאות במדינות הקונטיננטל נהוג למנות את השופטים על ידי מועצות שבהן יש לשופטים משקל רב בהליך הבחירה והן בוחרות על סמך פרמטרים מקצועיים. זאת, על בסיס ההכרה בכך שהכרעות שיפוטיות מבוססות, בראש ובראשונה, על מומחיותו המקצועית של השופט, ובצורך למנוע את מעורבותם של פוליטיקאים בהליכי מינוי וקידום של שופטים בערכאות נמוכות.⁵³

בשיטת המשפט הישראלית הוועדה לבחירת שופטים מופקדת הן על מינויים לבית המשפט העליון והן על מינויים וקידומים ביתר הערכאות ולכן באספקלריה השוואתית היא אינה חריגה מבחינת הכוח

51 ראו למשל שייניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי (נייר מדיניות מס' 55, פורום קהלת 2019) <https://bit.ly/3HwgBY3>.

52 Tom Ginsburg, *Judicial Appointments and Judicial Independence* (Paper written for the US Institute for Peace, 2009).

53 לוריא הוועדה לבחירת שופטים, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83.

הניתן בה לגורמי המקצוע. בנוסף, השינוי של הליך המינויים לבית המשפט העליון בשנת 2008, המחייב הסכמה בין הגורמים המקצועיים לגורמים הנבחרים בהליך מינוי השופטים, תרם לאיזון בין שיקולי העצמאות והמקצועיות לשיקולי האחידות במינוי שופטים לבית המשפט העליון. הצעות שר המשפטים ויו"ר הוועדה אינן מטות את הכף לטובת אחריות דמוקרטית רחבה אלא יפקידו את השליטה באופן מלא או מרכזי בהליך מינוי, קידום והדחת השופטים, בכל הערכאות, לרבות בית המשפט העליון, בידי הממשלה המכהנת. ההליך במתכונת זו יפגע מאוד ביכולתם של הגורמים המקצועיים בוועדה לרסן ולאזן את השיקולים הפוליטיים ועלול ליצור תמריצים לשופטים מכהנים לפסוק באופן שישא חן בעיני מפלגות הקואליציה, הצפויות להכריע בדבר קידום.

שנית, נראה כי מדויק יותר להשוות את הליך הבחירה לבית המשפט העליון לזה הנהוג במדינות המשפט המקובל, כי אין בהן בית משפט ייחודי לחוקה. שיטות המשפט המקובל נוטות לתת משקל ניכר לאנשי המקצוע במינוי, קידום והדחת השופטים. בבריטניה, ועדה מייעצת של חמישה, בראשות נשיא בית המשפט, ובה רוב למשפטנים מעבירה את המלצתה למינוי לשר המשפטים. לשר המשפטים יש סמכות וטו שלא לקבל המלצה ולהחזיר את המינוי לוועדה. שיטת המינוי באנגליה (שהחליפה ב-2005 את שיטת המינוי הישנה בידי ה-Lord Chancellor) הושפעה משיטת מינוי השופטים בישראל. ההשוואה לבריטניה אינה מושלמת כי לבית המשפט הבריטי אין סמכות לפסול חוקים אם כי יש סמכות להכריז על אי-התאמה. יחד עם זאת, היא רלוונטית להליך המינוי בכל שאר הערכאות וביחס להליכים בבית המשפט העליון שאינם נוגעים לפסילת חוקים. לבתי משפט במדינות אחרות של המשפט המקובל יש סמכות לפסילת חוקים וההליכים בהן מאופיינים במעורבות ניכרת של הנציגים המקצועיים. למעשה, מתוך מדינות המשפט המקובל, השיטה האמריקאית היא חריגה יחסית. שופטי בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית מתמנים על ידי הנשיא באישור הסנאט. זהו הליך פוליטי שכרוך בשימוע פומבי. עם זאת, בהליך בחירת השופטים לבתי המשפט העליונים ברמת המדינות בארצות הברית יש מעורבות ניכרת של גורמים מקצועיים.⁵⁴ יתירה מכך, השוואה לשיטה האמריקאית מטעה, שהרי שיטת המשטר האמריקאית מאופיינת בריבוי איזונים ובלמים שאינם נמצא בשיטה הישראלית.

שלישית, במדינות שבהן שופטים ושופטות מעורבים בבחירת שופטים ושופטות, שיעור האמון בקיומה של עצמאות שיפוטית גבוה יותר. זו אחת הסיבות לכך שבישראל ובאנגליה שיעור האמון בבתי המשפט גבוה מזה שבגרמניה או בארה"ב.⁵⁵

רביעית, הניתוח ההשוואתי חייב להיעשות על רקע המאפיינים הכלליים של המשטר בישראל. הצעות השר ויו"ר הוועדה אינן בנות השוואה לשיטות משפט אחרות ומציגות מודל חריג ביותר, במיוחד בשים לב להקשר החוקתי והחברתי פוליטי בישראל. ראוי לבחון את מודל בחירת השופטים לצד מאפיינים מוסדיים נוספים כגון קיומה של חוקה "קשיחה"; תנאי הכשירות למשרת השיפוט; קיומם של הסדרים חוקתיים או מוסדות להבטחת עצמאות ואחריות הרשות השופטת.⁵⁶ כפי שצינו

Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Judicial Councils and Judicial Independence*, 57 AM. J. COMP. L. 103, 113–115 (2009).

ברזילי, לעיל ה"ש 14.

להרחבה של טיעון זה ראו עמיחי כהן, גיא לוריא ונדיב מרדכי ההתמקדות במודל בחירת השופטים: כשלים מתודולוגיים בדיון העכשווי (2021).

לעיל, המשטר הישראלי מאופיין במיעוט איזונים ובלמים. שינוי שיטת המינוי, הקידום וההדחה של שופטים משיטה החותרת לעצמאות ואי־תלות, אחריותיות וגיוון לטובת שיטה המבוססת על שליטה קואליציונית ברשות השופטת תשלול מהדמוקרטיה הישראלית את המנגנון המרכזי והכמעט בלעדי שהיה בה להגבלת השלטון וריסונו. ללא רשות שופטת עצמאית שיש בכוחה להגביל את השלטון תאבד זהותו הדמוקרטית של המשטר בישראל.

ט. הליך מינוי שופטים – התמודדות עם הטיעונים המוצגים לתמיכה בהצעת החוק

הרפורמה המוצעת בשיטת בחירת השופטים מבוססת על מספר טיעונים. הדיון שלהלן מאיר את השגיאות העובדתיות ואת ההנחות הנורמטיביות הבעייתיות שעליהם מתבססים טיעונים אלה.

הטיעון: לרשות השופטת מוקנה כוח מופרז בהליך בחירת השופטים

טיעון ראשון שעליו מתבססת הרפורמה המוצעת גורס ששיטת הבחירה הנוכחית מקנה לשופטי בית המשפט העליון כוח מופרז בעיצוב דמותה של הרשות השופטת ככלל ושל בית המשפט העליון בפרט. בחלק מהגרסאות, טיעון זה מציג את בית המשפט העליון כ"מועדון חברים סגור" שבו "השופטים בוחרים את השופטים". טיעון זה מטעה מבחינה עובדתית ונורמטיבית.

מבחינה עובדתית, חשוב לזכור כי נציגי הרשות השופטת מהווים שלושה מתוך תשעת חברי הוועדה, וכי לצורך בחירתם של שופטים לבית המשפט העליון נדרש רוב של שבעה מבין חברי הוועדה. כמו כן, כהונתו של שר המשפטים כיו"ר הוועדה מקנה לו כלי חשוב של השפעה על דיוני הוועדה והכרעותיה. בנוסף, יש לציין ששני נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה מגבשים את עמדתם באופן עצמאי מהשופטים, כך שלשופטים כלל לא מובטח רוב בוועדה גם ביחס לקידום של מועמדים לכהונה בבתי המשפט הנמוכים. אכן, פעמים רבות תמכה לשכת עורכי הדין במועמדים שקודמו בידי שרי המשפטים והתנגדה למינויים מוצעים שנתמכו על ידי נציגי הרשות השופטת.⁵⁷

בנוסף, על אף ירידת האמון הציבורי במערכת בתי המשפט בעשורים האחרונים (מגמה הניזונה במידה רבה מביקורת פוליטית שלא בהכרח מתארת באופן מהימן את תכני ההחלטות השיפוטיות והבסיס המשפטי שעליו הן נשענות), הרי ששיעורי האמון בבית המשפט הם גבוהים הרבה יותר מאשר משיעורי האמון הציבורי במפלגות. ככלל, ברי כי פוליטיזציה של ההליך (במיוחד בחברות מקוטבות כדוגמת החברה הישראלית) מובילה לפגיעה באמון הציבור בענייניות ובמקצועיות של ההחלטות המתקבלות על ידי הוועדה, ולא להיפך.

הטיעון: הגברת השליטה של הקואליציה בהליך בחירת השופטים תסייע לממש את רצון הרוב ולהגביר את המשילות

טיעון מרכזי המוצג על ידי תומכי הרפורמה המוצעת גורס כי כדי להגשים עקרונות דמוקרטיים של שלטון הרוב ואחריותיות (accountability) בפני ציבור הבוחרים, יש להפקיד בידי נבחר הציבור את הכוח האפקטיבי למנות שופטים. על פי טיעון זה, הצורך של נציגי הממשלה והכנסת בוועדה לגבש

57 ראו Zer-Gutman & Wald, לעיל ה"ש 20.

הסכמות עם נציגי הרשות השופטת ולשכת עורכי הדין פוגע ביכולתם של נציגים אלה לממש את רצון העם.

טיעון זה מבוסס על תפיסה חלקית וצרה של מושג הדמוקרטיה. הוא מתעלם מכך שמושג הדמוקרטיה כולל, לצד מרכיבים של שלטון הרוב ואחריות, גם מרכיבים נוספים של הגנה על זכויות אדם ואזרח, הגנה על זכויות מיעוטים, ושל איזונים ובלמים בין רשויות השלטון. למעשה, הרכב הוועדה לבחירת שופטים הנוהג היום בישראל כבר כולל מנגנונים של אחריות דמוקרטית (באמצעות השתתפותם בוועדה של ארבעת נציגי הממשלה והכנסת והדרישה לרוב מיוחס באשר לבחירת שופטי בית המשפט העליון), ובשנים האחרונות ננקטו מהלכים שנועדו לחזק מנגנונים אלה (כגון המהלך שאומץ לאחרונה של הפיכת הריאיון של מועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון לפומבי).

מבט השוואתי מסייע להמחיש את החריגות של המנגנון המוצע על ידי שר המשפטים בהשוואה למקובל בשיטות דמוקרטיות מערביות. בדמוקרטיות מערב אירופאיות, כאמור, מפלגות פוליטיות לא ממלאות תפקיד משמעותי במינוי שופטים ברוב הערכאות השיפוטיות, והשפעתן מתמקדת בהליכי הבחירה לבית המשפט החוקתי. כפי שצינו לעיל, בניגוד למודל המוצע על ידי שר המשפטים או על ידי יו"ר ועדת החוקה, הליכי הבחירה לבתי המשפט החוקתיים באירופה מבוססים לא פעם על קונצנזוס נרחב בין מפלגות שונות (לרבות מפלגות מהאופוזיציה), או על הצורך לשיתוף פעולה בין מספר רשויות שלטון שנבחרות עצמאית, תוך שהשופט אינו מזדהה עם השקפת עולם אידאולוגית צרה או מפלגתית מסוימת.

בישראל, מבנה הוועדה המוצע על ידי שר המשפטים צפוי לתמרץ בחירה של שופטים התומכים בעמדת השלטון. כמו כן, מעורבותם של פוליטיקאים בהליכי הבחירה לבתי המשפט החוקתיים בשיטות קונטיננטליות נובעת מכך שבית משפט זה מתמקד באופן בלעדי בסוגיות חוקתיות, ומכך שמוקנות לו סמכות לבטל חוקים בלתי חוקתיים. לעומת זאת, הרפורמה המוצעת על ידי שר המשפטים חותרת לחולל פוליטיזציה של הליך הבחירה לכל בתי המשפט במדינה, בד בבד עם צמצום גורף (ואולי אף שלילה דה-פקטו) של סמכותו של בית המשפט לפסול חוקים, וזאת באמצעות הצבת רף בלתי ריאלי של רוב מיוחס שאינו מקובל בשיטות קונטיננטליות. אדרבה, עיקר עבודתו של בית המשפט העליון כלל אינה חוקתית, ורובה נוגעת לערעורים פליליים, אזרחיים ומנהליים, שבמדינות אחרות מטופלים על ידי בתי משפט לערעורים ולא בתי משפט לחוקה. למעשה, מכיוון שהשיטה המוצעת על ידי שר המשפטים מבוססת על תפיסת עולם הכופרת בלגיטימיות של פסילת חוקים בידי בתי משפט, יש להניח כי (בניגוד לשיטות קונטיננטליות) יתמנו שופטים שאינם דוגלים בתפיסה ליברלית הרואה בבתי משפט את מבצר ההגנה על זכויות הפרט.

גם בארצות הברית, מעורבותם של ראש הרשות המבצעת ובית המחוקקים בבחירת שופטים בממשל הפדרלי ובחלק מהמדינות נגזרת מקיומה של סמכות רחבה ביותר של ביקורת שיפוטית, המסמיכה כל שופט (לרבות בערכאות נמוכות) לבטל חוקים בלתי חוקתיים מבלי שהוא כפוף לכל דרישה לרוב מיוחס. כלומר, גם ביחס לדוגמה השוואתית זו, ההסדר המוצע מתייחד בכך שהוא מבקש לשאול מנגנונים המיועדים לאזן ולבלום את כוחו של השופט בשיטה שבה מוקנות לו סמכויות נרחבות לבטל חוקים, אך בד בבד שולל מן השופט סמכויות אלה. כמו כן, בשיטה האמריקנית, המתאפיינת ברשת סבוכה של איזונים ובלמים בין מערכות הממשל (פדרלי, מדינתי, מקומי) ובתוך כל אחת ממערכות הממשל (רשות מבצעת, מחוקקת ושופטת), הליך הבחירה משלב בין שתי רשויות שנבחרות

באופן עצמאי זו מזו. לעומת זאת, בישראל, מדובר למעשה על שליטה אפקטיבית של הממשלה בהליך (תוך שהיא אינה נדרשת להגיע להסכמות עם רשות אחרת).

מעבר לכך, גם בהתבסס על תפיסה צרה (וחלקית) של דמוקרטיה השמה דגש על השאיפה למימוש "רצון העם", נראה כי המנגנון המוצע במסגרת הרפורמה אינו מסוגל להגשים את יעדיו המוצהרים. כך למשל, המנגנון המוצע עשוי להקנות למפלגות קטנות החברות בקואליציה כוח לא פרופורציונלי (יחסית לחלקן באוכלוסייה) בעיצוב דמותה של הרשות השופטת, ולאפשר לבריתות הנכרות בין מפלגות הקואליציה להוביל למינויים הסותרים את העדפותיו של רוב הציבור (לרבות של ציבור שהצביע עבור מפלגות בקואליציה ולא יכול היה לצפות את הוויתורים שמפלגות אלה יבצעו במסגרת בריתות אלו).

הטיעון: הגברת השליטה של הקואליציה בהליך בחירת השופטים היא חיונית להבטחת גיוון בבית המשפט

טיעון רווח נוסף המושמע נגד השיטה הנוכחית גורס כי היא מובילה להומוגניות ברשות השופטת בכלל ובבית המשפט העליון בפרט. לעתים, טיעון זה מתייחס לצורך לעצב את הליכי הבחירה באופן שיאפשר שיקוף חברתי מגוון יותר של קהילות שסבלו לאורך השנים מתתייצוג במערכת השפיטה. לעתים, הוא מתייחס לצורך לשקף באופן פלורליסטי יותר את מגוון הדעות הנשמעות בדיון הציבורי אודות המדיניות השיפוטית הרצויה והאיוון הראוי בין רשויות השלטון. בתגובה לטיעון זה, ניתן קודם כל להסכים כי אכן באופן היסטורי, לא השכילה שיטת המשפט הישראלית להבטיח את השתתפותן של קבוצות מסוימות ברשות השופטת. עם זאת, נראה כי בשנים האחרונות חלה מגמת שיפור במיוחד לאחר התיקון לחוק בתי המשפט מ-2008,⁵⁸ וקיים חשש כי השיטה המוצעת על ידי שר המשפטים דווקא תפגע בהגשמת מטרה ראויה זו.

בעוד שהשיטה הקיימת מאפשרת לשקלל שיקולים הנוגעים להשתייכותו של מועמד לקבוצה שסבלה מתתייצוג היסטורי לצד שיקולים מקצועיים, הרי ששיטת בחירה הנשלטת על ידי מפלגות הקואליציה תתמקד בקידום שופטים המשתייכים לקבוצות התומכות במפלגות אלה, ותתקשה לזכות לאמון הציבור ביחס למקצועיותם של השופטים הנבחרים. בד בבד, השיטה המוצעת צפויה להחמיר את תתייצוג של קבוצות שאינן נמנות על תומכיה של הקואליציה. כך למשל, עולה חשש לייצוגם החסר של שופטים בני המיעוט הערבי ושופטים המשתייכים לקהילת הלהט"ב. זאת ועוד, מכיוון שעוד כה נציגי המיעוט הערבי בוועדה לבחירת שופטים היו מטעמה של לשכת עורכי הדין או מקרב שופטי בית המשפט העליון שנבחרו על ידי חבר שופטיו, התיקון המוצע גם עלול לפגוע בייצוג מיעוט זה בוועדה. בכל הנוגע לסוגיית הגיוון הרעיוני בבתי המשפט, הצעתו של שר המשפטים מתעלמת מתהליכים מובהקים שהתרחשו בשנים האחרונות במסגרת השיטה הקיימת. רבים מהשופטים שנבחרו לבית המשפט העליון בעשור האחרון מזדהים כבעלי השקפת עולם שיפוטית שמרנית (כפי שטענה, לדוגמה, שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד), ומעגנים תפיסה זו בהלכות ובתקדימים הרוכשים

58 אלון חספר "מקום ליד השולחן: על ההרכב החברתי והמקצועי של הרשות השופטת" **מחקרי משפט** לג 593 (2022).

השפעה גוברת על הפסיקה בערכאות הנמוכות. העובדה ששופטים אלה לא נבחרו על ידי גוף הנשלט בידי מפלגות הקואליציה אלא בידי גוף המורכב גם מנציגים מקצועיים אפשרה להגביר את הפלורליזם הרעיוני בבית המשפט העליון (וברשות השופטת) מבלי לכרסם בערכים של מקצועיות וניטרליות ברמה המפלגתית.

הטיעון: יש להגביר את השפעתה של הממשלה בבחירת נציגיה של הרשות השופטת בוועדה לבחירת שופטים ובהליך המינוי של נשיאת בית המשפט העליון

לצד השינויים המוצעים על ידי שר המשפטים כדי להגביר את כוחה של הממשלה בוועדה לבחירת שופטים, לצמצם את השפעתם של נציגי הרשות השופטת, ולבטל את השתתפותם של נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה, ההצעה כוללת גם שינויים נוספים המבקשים להגביר את יכולתה של הממשלה לקבוע את זהותם של נציגי הרשות השופטת בוועדה ואת זהותה של נשיאת בית המשפט העליון. ההצעה מחליפה את ההסדר המסורתי שבו ייצגו את הרשות השופטת שלושה שופטי בית המשפט העליון שכוללים את נשיאת בית המשפט העליון ועוד שני שופטים שנבחרו על ידי חבר שופטי בית המשפט העליון בהסדר חדש, שבו השר ימנה (בהסכמת נשיאת בית המשפט העליון) נשיאים בדימוס של ערכאות נמוכות. הסדר חדש זה עשוי לשמש לניצול פוליטי של יריבויות אישיות ומוסדיות בתוך הרשות השופטת כדי להחליש את יכולתם של השופטים להגשים את תפקידם המקצועי במסגרת הוועדה. מבחינה עניינית, ברי כי מידת ההיכרות של שופטים בדימוס עם יכולותיהם של המועמדים הנבחרים על ידי הוועדה צפויה להיות נמוכה יותר משל שופטים המכהנים בבית המשפט העליון ולכן מדובר בפגיעה נוספת באיכות ההחלטות של הוועדה כדי לקדם פוליטיזציה של מכלול היבטי פעילותה.

גם היוזמה לבטל את שיטת הסניוריטי הנהוגה במדינות רבות המשתייכות לשיטת המשפט המקובל כדי להגביר את כוחה של הממשלה במינוי נשיאת בית המשפט העליון (או "להצניח" מועמדים חיצוניים לתפקיד נשיא בית המשפט העליון) מבוססת על רציונל דומה של הגברת הפוליטיזציה באמצעות שיטות של "הפרד ומשול". שיטת הסניוריטי מונעת התערבות פוליטית בקידום שופטים המכהנים בבית המשפט העליון, ועל ידי כך מהווה נדבך חשוב בהגנה על עצמאותם השיפוטית. ברי כי שינוי זה צפוי גם לפגוע באופן ניכר באמון הציבור בשופטים כיוון שהוא צפוי לעורר חשדנות כלפי מניעי ההכרעות של שופטי בית המשפט העליון. כפי שהוכח במחקרים, האמון בניטרליות של בתי המשפט סייע מאוד לחיזוק האמון בהם.⁵⁹ שינוי זה המוצע על ידי הקואליציה יעורר באופן תמידי חששות כי שופטת פסקה בצורה מסוימת כדי לחזק את מעמדה בקרב סיעות הקואליציה ולקדם את סיכוייה להתמנות לתפקיד הנשיאה בעתיד. היוזמה לבטל את שיטת הסניוריטי מאפשרת גם את התרחיש הקיצוני של פוליטיזציה פראית של הליך מינוי השופטים בדרך של "הצנחת" מועמד חיצוני אשר אין לו כל ניסיון בשיפוט בבית המשפט העליון לתפקיד הנשיא. צעד כזה צפוי לפגוע באופן חריף וברור ברמתם המקצועית של נשיאי בית המשפט העליון, ובאמון הציבורי שרוכשים להם יתר

59 ראו גד ברזילי, אפרים יוכטמן יער וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (1994).

חלק ראשון : מה הם עושים? ניתוח השינויים המשטריים

השופטים, עורכי הדין והציבור הרחב. ברי כי צעד של "הצנחה" חיצונית של ראש הרשות השופטת בידי הממשלה יעיד באופן ברור – קבל עם ועולם – כי מערכת המשפט הישראלית איבדה לחלוטין את עצמאותה וכי בישראל לא מתקיים עוד, ולו למראית עין, משטר אפקטיבי של הפרדת רשויות ואיזון כוחות בין הרשויות.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר דורין לוסטיג, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר עילי אהרונסון, אוניברסיטת חיפה

פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' גד ברזילי, אוניברסיטת חיפה

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' רבקה ווייל, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' עלי זלצברגר, אוניברסיטת חיפה

ד"ר עפרה בלוח, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר רונית לויין-שנור, אוניברסיטת רייכמן

בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים

הופץ במקור ביום 31.5.2023 כנייר עמדה מס' 48

תקציר

- בנייר עמדה זה אנו בוחנים את שאלת בחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. אנו מראים כי:
- החל משנת 1992, ולמעט בממשלת החילופים, הכנסת בחרה נציג מהאופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים.
 - דרך פעולה זו משרתת עקרונות דמוקרטיים חשובים, ובהם שמירה על אמון הציבור בשופטים, שמירה על אי-תלות השפיטה, מקצועיותה, אחריותיות ומגוון נקודות המבט שהיא משקפת.
 - נכון לכתיבת שורות אלו, ובנסיבות שנדונו בפסיקה, נוהג זה אינו נאכף על ידי בית המשפט באמצעות ביקורת שיפוטית כלפי הכנסת, ולפיכך האחריות נותרת על כתפיה של הכנסת, ובאופן ספציפי, על כתפיו של הרוב בכנסת, שלא לעשות שימוש לרעה בכוחו.
 - עם זאת, בית המשפט שב והדגיש את החשיבות של כיבוד נוהג זה, המבטא עקרונות יסוד חוקתיים. לדעתנו, לא מן הנמנע שהנסיבות החריגות הניצבות בפנינו – ניסיון לשינוי משטרי אשר כולל מתן כוח חריג בידי הקואליציה בהליך מינוי השופטים, ובאופן שעלול להוביל לפוליטיזציה של השפיטה – יחייבו עיון מחדש בגישה השיפוטית שמוותרת עניין זה בידי הכנסת, היה וזו תחליט לסטות מהנוהג. יש לקוות כי הרוב בכנסת אכן יממש אחריותו ויבחר בנציג אופוזיציה, כך ששאלה זו תותר תאורטית.
 - על מנת למנוע מצב שבו נבחר ח"כ שמבחינה טכנית הוא חבר האופוזיציה, אך מבחינה מהותית משתייך לגוש שבשלטון – כפי שאירע עד כה בשתי כנסות תחת ממשלות נתניהו – על הכנסת להבטיח ייצוג אפקטיבי של האופוזיציה. זאת, באמצעות בחירת הנציג על ידי חברי האופוזיציה, או על ידי כלל חברי הכנסת אך בהסכמת חברי האופוזיציה. כן יש להבטיח ייצוג הולם בוועדה למיעוט הערבי בדומה להבטחת הייצוג המגדרי אשר מעוגן כיום בחקיקה. לדעתנו, גם נקודת המבט של הפריפריה החברתית בישראל צריכה להישמע בוועדה. קידום הצעות ברוח זו יוכל לסייע להגן על מערכת האיזונים והבלמים החיוניות לחוסנה של הדמוקרטיה הישראלית.

א. מבוא

הוועדה לבחירת שופטים בישראל מורכבת, בין השאר, משני חברי הכנסת, כפי שנקבע בחוק יסוד: השפיטה. למעט הסדרים שעניינם הליכי בחירת הנציגים ודרישה לייצוג מגדרי, החקיקה בישראל אינה מפרטת באשר לכשירות לכהן בוועדה. החל משנות התשעים (קרי, למעלה מרבע מאה), ובחריג של ממשלת החילופים, התפתח בישראל נוהג לפיו הכנסת ממנה את אחד מנציגיה לוועדה מבין חברי האופוזיציה.

זהו נוהג המשרת ערכים חוקתיים חשובים. באמצעות מינוי זה דואגת הכנסת כי הגוף הבוחר שופטים ישקף מגוון גישות שמיוצגות בכנסת – הן בקואליציה והן באופוזיציה. שיקוף זה מגביר את אחריותיות הרשות השופטת בכללותה כלפי נבחריו הציבור בכנסת. בה בעת מסייע נוהג זה בהבטחת אי-תלותה של הרשות השופטת ברוב קואליציוני כזה או אחר, בכל האמור במינויים לשפיטה. זהו נוהג שמדגיש גם את השאיפה להפרדה מסוימת של הכנסת מן הממשלה. כידוע, עיקר הפיקוח השיפוטי הוא כלפי פעילות הממשלה, ולממשלה עלול להיות אינטרס למנות שופטים שיימנעו מהחלת ביקורת שיפוטית אפקטיבית. במשטר הפרלמנטרי, ובעיקר במציאות הפוליטית הנהוגה בישראל, בחירה בנציגי הקואליציה בלבד לוועדה משמעותה של ממשלה ארבעה נציגים בוועדה, בלי שניתנת לכנסת הזדמנות ממשית להשפיע על החלטות הוועדה. הקביעה שבוועדה לבחירת שופטים יכהנו לא רק נציגי הממשלה אלא גם נציגי הכנסת (שאינם חברים בקואליציה ולכן אינם כפופים למשמעת הקואליציונית שנגזרת מההסכמים להקמת הממשלה), נועדה להבטיח שגם עמדתה של הכנסת תקבל ביטוי בוועדה. מתן מקום ליד שולחן הדיונים בוועדה לבחירת השופטים גם לקול האופוזיציוני נגזר מהדרישה כי המינוי לרשות השופטת יהיה פרי של מנגנוני שיח ושיג (דליברציה) מקצועיים, ערכיים ומאוזנים, מבלי שמקומה של נקודת מבט חשובה ייפקד.

מבחינת הנראות הציבורית (קרי, הרובד האקספרסיבי, שאין למעט בחשיבותו כמנגנון ליצירת לגיטימציה), העובדה כי הכנסת מיוצגת לא רק על ידי הרוב הקואליציוני מעטיקה נדרשת, שכן השתתפותו של המיעוט בדיון מוודאת כי השופטים הממונים אינם נצבעים בצבע מפלגתי. מכיוון שהשופטים אמורים ליהנות מאמון הקואליציה והאופוזיציה כאחד, וכמובן נדרש כי הם יהיו מקצועיים, מקומו של נציג האופוזיציה חשוב ביותר, לא כל שכן כאשר הרשות השופטת נדרשת לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת.

מבחינה מבנית, לנציג האופוזיציה חשיבות הן ביחס למינויים לבית המשפט העליון, והן ביחס למינויים לערכאות הדיוניות. באשר לבית המשפט העליון, כידוע, החל משנת 2008 (בעקבות תיקון הידוע כ"תיקון סער"), נדרש רוב של 7 מתוך 9 חברי הוועדה. משכך, לא יתמנה שופט לבית המשפט העליון שהקואליציה אינה חפצה ביקרו, או שהשופטים מתנגדים למינויו. אך קיימת חשיבות רבה גם לעמדת נציגי לשכת עורכי הדין והאופוזיציה: במקרים שבהם הקואליציה מקדמת מינויו של מועמד, אף אם קידום כאמור זכה להסכמת השופטים, חזקה על נציג האופוזיציה שידרוש בדיקה מעמיקה. אם נמצאה התנגדות של ממש מקרב עורכי הדין, המועמד לא ימונה. במילים אחרות: בהינתן שנציג האופוזיציה לא יזדרז להסכים למועמד הקואליציה, עמדתם המקצועית של נציגי לשכת עורכי הדין תזכה אף היא למשקל של ממש.

לנציג האופוזיציה חשיבות גם באיזון הציר קואליציה-שופטים במובן נוסף. לאור הפרקטיקה שהתבססה בישראל בעקבות תיקון סער, השיח ושיג בוועדה לבחירת השופטים מתייחס לא רק לכל מועמד או מועמדת כשלעצמם, אלא מתייחס גם לתמונת המינויים כולה. באופן ספציפי, הפרקטיקה מאפשרת הגעה להסכמה סביב מועמדים שמוצעים על ידי הגורמים השונים בוועדה: הקואליציה, השופטים ונציגי לשכת עורכי הדין. חברתו האפשרית של נציג האופוזיציה לנציגי לשכת עורכי הדין, מבטיחה שיישקל גם מינוי של מועמדים מהפרקטיקה, לא רק קידומם של מועמדים מערכאות שיפוטיות נמוכות.

לאופוזיציה תפקיד חשוב גם באשר למינויים לערכאות הדיוניות. ביכולתו של נציג האופוזיציה להסב את תשומת לב הגורמים האחרים בוועדה לנקודות מבט הייחודיות לאופוזיציה. כמו כן, משום

שהרוב הדרוש למינוי שופט לערכאות הדיונים עומד על חמישה מתוך התשעה, יכולה הקואליציה – אם תמנה 4 חברים בוועדה (קרי, שני שרים ושני חברי כנסת) – לשכנע נציג לשכה אחד בלבד, ובכך לזכות בשליטה על המינויים לבתי המשפט המחוזי והשלום. בחירה בנציג האופוזיציה כאחד מנציגי הכנסת תחייב את שלושת נציגי הקואליציה – שני השרים וחבר כנסת אחד – לזכות בהסכמה של יותר מאשר נציג אחד של לשכת עורכי הדין: יהיה עליהם לשכנע את שני נציגי הלשכה, או נציג לשכה וכן נציג הרשות השופטת (או שני נציגי הרשות השופטת), או נציג לשכה וכן נציג האופוזיציה. בכך מאוזן כוחה הרב של הקואליציה, אשר ניסיון החיים מלמד שחפצה היא בשימור שלטונה, בין השאר באמצעות מינויים אשר יקדמו את סיכוייה להיבחר בעתיד.¹ משכך, נוכחותו של נציג האופוזיציה משפרת את הסיכוי לסנן החוצה מועמדים אשר זכו לתשומת ליבה של הקואליציה בעיקר משום קרבתם לגורמי השלטון, לחברי המרכז, או לקבוצת אינטרס, ולא בהכרח משום תרומתם או רמתם המקצועית. לבסוף, יוזכר כי על פי חוק בתי המשפט,² שלושה הם אלו שרשאים להגיש מועמדות לשיפוט או לקידום: שר המשפטים, נשיא בית המשפט העליון, וכן שלושה מבין חברי הוועדה כאחד. מכאן, שנציג האופוזיציה יכול לחבור לנציגי הלשכה, או לכל שני חברים אחרים, ולהציע מועמדים. זהו רכיב חשוב שיש בו כדי להבטיח מגוון.

יודגש שוב כי הפרקטיקה הנוהגת כיום מאפשרת לוועדה להגיע להסכמות רחבות באשר למינויים בכלל הערכאות. כך, גם האופוזיציה זוכה ליכולת השפעה, וזאת משום שבדרך כלל מועמדים לא ממונים לשפיטה על חודו של קול.

בשורות הבאות נייר זה יפרוס את התשתית המשפטית לפועלה של הוועדה לבחירת שופטים ובפרט נושא בחירת נציגי הכנסת, ובכלל זה את המסגרת הסטוטורית והפסיקתית.

ב. המסגרת הסטוטורית לבחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים

כאמור לעיל מנגנון בחירת השופטים מוסדר בישראל בחוק-יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט. חוק-יסוד: השפיטה אינו מגדיר את מאפייניהם של חברי הכנסת שייבחרו לוועדה, אלא רק שהם ייבחרו על ידי הכנסת.³ חוק בתי המשפט מוסיף וקובע כי הבחירה תיעשה באופן חשאי, המינוי יהיה למלוא תקופת כהונת הכנסת ועד לבחירת חברים אחרים במקומם על ידי כנסת חדשה, וכן כי לפחות אחד

1 להשלכות אפשריות בהקשר של הזכות לבחור ולהיבחר ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 31: הפגיעות של הזכות לבחור והזכות להיבחר כתוצאה מהרפורמה" (הופץ ביום 19.3.2023).

2 סעיף 7 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

3 חוק-יסוד: השפיטה, ס' 4(ב). למען הנוחות, קובע סעיף 4 כי: "(א) שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים. (ב) הוועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הוועדה. (ג) הוועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה".

מנציגי הכנסת יהיה אישה.⁴ חוק הכנסת מאפשר לה להתמודד עם מצבים שבהם חברי הכנסת הרלוונטיים נגועים בפלילים.⁵

תקנון הכנסת ממסדיר את דרכי הבחירה לוועדה. בין השאר, התקנון קובע כי על הכנסת לבחור את חבריה לא יאוחר מארבעה חודשים מיום כינון הכנסת.⁶ סעיף זה תוקן באחרונה עם כינון הכנסת ה-25, כך שהמועד הוארך בהוראת שעה לשבעה חודשים. לפיכך על הכנסת לבחור את חבריה, כל עוד לא תוקן התקנון שוב (הליך שאורך לפחות שבועיים) וכל עוד הכנסת פועלת בהתאם לתקנון, לא יאוחר מיום 15.6.2023. תיקון זה נועד, על פי יוזמי, לאפשר לכנסת להשלים את תיקון חוק היסוד הנדרש לשם שינוי מבנה הוועדה.⁷

אגב, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), אשר אושרה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט לקריאה שנייה ושלישית,⁸ מורה על שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. בכלל זה מוצע שם כי הוועדה תכלול חמישה חברי הכנסת, ובהם שלושה מסייעות הקואליציה ושניים מסייעות האופוזיציה, כפי שייקבע בחוק או בתקנון הכנסת. הפיכה משטרית זו נבלמה לעת עתה לפי הצהרת ראש הממשלה, אולם לא אומץ עדיין מנגנון משפטי שמבטיח כי השהיה זו אכן תיושם לאורך זמן ובאופן בלתי תלוי ברצונה המתחלף של הממשלה.⁹ נכון לעכשיו, בידי הקואליציה הכוח המשפטי להביא את הצעת החוק לשינוי המשטר בישראל בתוך זמן קצר ביותר. אלא שתיקון חוק היסוד, כפי שהוא מנוסח כעת, אינו כולל התייחסות לכהונתם של הנציגים – ולו הנציגים מטעם הכנסת – אשר ייבחרו לא יאוחר מתאריך 15.6.2023. בהיעדר הוראת מעבר כאמור, עלולה לעלות שאלת התחולה בזמן של התיקון, אם וכאשר תחליט הקואליציה להתקדם עם הליך החקיקה.¹⁰

נכון לכתיבת שורות אלו, תקנון הכנסת קובע נוהל מפורט לניהול הליך הבחירה. על מזכיר הכנסת להודיע על מועד הבחירות לא יאוחר משבועיים לפני אותו המועד. כל חבר כנסת שאינו שר או סגן שר רשאי להגיש מועמדותו, אלא אם ועדת הכנסת קבעה כי הוא מנוע מלעשות כן מחמת הליכים פליליים כנגדו.¹¹ ח"כ שחפץ לכהן בוועדה נדרש להגיש מועמדותו באמצעות הודעה ליו"ר הכנסת עד לנעילת ישיבת הכנסת ביום האחרון בשבוע שלפני יום הבחירה. מזכיר הכנסת יודיע על רשימת המועמדים הסופית לפחות 48 שעות לפני שעת פתיחת ישיבת הכנסת שבה יתקיימו הבחירות. הבחירות עצמן

4 חוק בתי המשפט, ס' 6.

5 חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס' 6, קובע הסדרים כלליים לבחירת נציגים לוועדות, החלים גם על בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. שם נקבע כי הכנסת רשאית, בתקנונה, לקבוע סייגים לבחירת חבר מטעמה בוועדה, וכן דרכי השעיה והעברה מתפקיד.

6 תקנון הכנסת, ס' 62.

7 לדיווח מתומצת של הדיון ראו <https://did.li/AQwaa>.

8 הצעת חוק בנוסח שאושר לקריאה השנייה והשלישית – חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023), זמין בכתובת <https://did.li/dWfZH>.

9 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "הפורום מסביר: איך עוצרים חקיקה" (הופץ ביום 29.3.2023).

10 על נושא התחולה בזמן של תיקוני חקיקה ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק" (הופץ ביום 12.2.2023).

11 ס' 63 לתקנון הכנסת קובע כי ח"כ אינו כשיר להגיש מועמדות מחמת התנאים המנויים בחוק הכנסת (היינו הליכים פליליים). כן עוסק הסעיף בהשעיית ח"כ מכהונתו בוועדה עקב קיום הליכים כאמור, או בהדחתו מהוועדה של ח"כ שהורשע.

תהיינה כאמור בהצבעה חשאית, אשר תנוהל על ידי ועדת קלפי בת ארבעה חברי כנסת המתמנה על ידי יו"ר הכנסת – שני חברי כנסת מהקואליציה ושניים מהאופוזיציה, שאינם מתמודדים בבחירות. ההצבעה עצמה נערכת באולם המליאה אך באופן מוסתר, באמצעות טופס ובו שמות המועמדים. אם רק שני חברי הכנסת הגישו מועמדות, יתאפשר גם סימון של התנגדות לבחירת מי מהם. טופס שסומנו בו יותר משני מועמדים ייפסל. אם יותר משני מועמדים הגישו מועמדות, ייבחרו המועמדים שקיבלו את מספר הקולות המרבי, ואם כמה מועמדים קיבלו מספר קולות שווה, תתקיים מיד הצבעה בין אלו שקיבלו מספר קולות שווה כאמור. אם רק שני חברי הכנסת הגישו מועמדות, ייבחר מי שמספר הקולות בעדו עלה על מספר הקולות נגדו. אם לא נבחר ח"כ כאמור, תיערכנה בחירות משלימות לנציג, או לשני הנציגים, שלא נבחרו, בתוך 30 יום.

ג. המסגרת הפסיקתית – ייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים

פסק הדין המרכזי שעסק במינוי נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים הוא עניין **אבירם** שנפסק בשנת 2017.¹² העתירה ביקשה כי יוצא צו המורה לח"כ אילטוב, אשר נבחר לכהן בוועדה כאשר סיעתו הייתה חלק מהאופוזיציה, להתפטר מהוועדה לבחירת שופטים שכן סיעתו הצטרפה לקואליציה. כן התבקש בית המשפט להורות לכנסת לבחור ח"כ מהאופוזיציה במקומו כנציג הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. העתירה נדחתה מחמת שיהוי, שכן סיעת ישראל ביתנו, אשר בה היה ח"כ אילטוב חבר, הצטרפה לקואליציה כחצי שנה לפני שהוגשה העתירה. עמדה זו זכתה לתמיכה כל שופטי ההרכב. במסגרת פסק הדין התייחסו השופטים הנדל ועמית לטענה המהותית של העותרים, לפיה קיים נוהג חוקתי מחייב שלפיו נדרש כי הכנסת תבחר את נציגיה כך שלפחות ח"כ אחד יהיה מהאופוזיציה, במסגרת החובה הכללית לדאוג לייצוג ושיקוף, וכחלק ממנגנוני האיזון והבלימה.

השופט הנדל קיבל את הטענה המהותית, וקבע כממצא עובדתי שאכן קיים נוהג חוקתי החל משנות ה-90 (וליתר דיוק 1992), לפיו הכנסת בוחרת כאחד מנציגיה ח"כ המשתייך לסיעה שבאופוזיציה.¹³ בית המשפט אינו מתייחס לסוגיה באופן ישיר, אולם קיימת חשיבות לנקודה זו בציר הזמן: העיסוק בחוקי היסוד שהחל בסוף שנות ה-80, וקבלתם בשנת 1992, חופפים את הבשלתו של הנוהג הנ"ל, כחלק מההבשלה החוקתית שאליה הגיע מדינת ישראל בעת הזו.

משקבע השופט הנדל כי קיים נוהג – דהיינו, פרקטיקה מושרשת, ידועה ומפורסמת כעניין שבעובדה – פנה לניתוח המרכיבים האחרים של המנהג, קרי קיומה של תודעת חיוב משפטית וכן קיומו של רציונל לנוהג זה. תודעת החיוב, משמעה כי הפרקטיקה הנ"ל אינה רק עניין של הרגל אלא היא מבטאת חיוב משפטי. רציונל לנוהג, משמעו כי קיימת לו הצדקה משפטית. היבט אחרון זה, כאשר הוא חלק מהרובד החוקתי, כולל גם הצדקה לכך שהנוהג המקובל הוא חלק מהחוקה: יש להראות כי קיומו של הנוהג לא רק מבטא חיוב משפטי, אלא כי נוהג זה נגזר מעקרונות מבניים של המשטר

12 בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים** (נבו 1.2.2017).

13 שאלה אחרת היא אם קיימת פרקטיקה מושרשת שלפיה על ח"כ להתפטר עם כניסת סיעתו לקואליציה, אך מכיוון שבית המשפט לא העניק סעד אופרטיבי, לא נזקק הוא להתמודדות עם העובדה שעד לאותו המקרה לא מונה לוועדה ח"כ מסיעה שחברה לקואליציה במהלך כהונתה של הכנסת, ולא בתחילתה. כן לא ברור אם המנהג הנ"ל אכיף על ידי בית המשפט – גם לכך אין בסיס בפרקטיקה הנהוגה.

החוקתי והולם אותם. משכך, ניתן להצדיק את היותו חלק מהרובד החוקתי, אשר נהנה מעדיפות נורמטיבית על פני דברי דין אחרים.

באשר לתודעת החיוב הראה השופט הנדל כי הפרקטיקה כובדה על ידי הסיעות השונות שהרכיבו את הקואליציה, גם כאשר התחלפו, וגם כאשר שני חברי הכנסת מהקואליציה הגישו מועמדות: "כשם שהשלטון התחלף, כך התחלפה גם זהות הסיעה הנהנת מהנוהג. ההדדיות מחזקת את תוקפה של הפרקטיקה וחושפת מסירות גבוהה יותר אליה. ניתן לסכם ולומר כי הנוהג למנות חבר מטעם סיעות האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים לוהה בתודעת חיוב במשך תקופה ארוכה".¹⁴

באשר לרציונל לקיומו של המנהג הנ"ל, קבע השופט הנדל, על בסיס פסיקה קודמת של בית המשפט העליון לעניין תוקפה המשפטי של מוסכמה חוקתית,¹⁵ כי "מטרת המבחן לבדוק את התאמת הרציונל שבבסיס המנהג החוקתי לעיקרי המשטר החוקתי".¹⁶ לעמדה זו מצא השופט הנדל תימוכין במשפט הקנדי.¹⁷ לגופו של עניין, השופט הנדל מוצא שלושה עקרונות מהם נגזר כי נדרש ייצוג לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים:

- עקרון הייצוג היחסי, הכולל את זכות המיעוט להשתתף בקבלת ההחלטות. עיקרון זה קובע כי יש לשאוף לכך שבכל ועדה הממונה על ידי רשות ציבורית לא ייפקד מקומו של המיעוט (כחלק מהחובה לדאוג לייצוג פרופורציוני). באופן ספציפי, אין להסתפק בשלטון הרוב, ואף לא בהכרה בזכויות המיעוט. בגופים המקבלים החלטות המקצות משאבים, לרבות מינויים, יש לוודא כי למיעוט מקום סביב השולחן, וכי הוא חלק אינטגרלי מתהליך קבלת ההחלטות.
- עקרון אי-התלות והעצמאות של הרשות השופטת. עיקרון זה מחייב שהרשות השופטת אינה ולא תהיה ידה הארוכה של הרשות המחוקקת או המבצעת. באופן ספציפי, כפי שהרשות השופטת נדרשת להיות ניטרלית במובן זה שאינה מייצגת סיעה או מפלגה פוליטית, כך על הוועדה לבחירת שופטים לפעול באופן מקצועי, שאינו שבו בידי סיעה זו או אחרת בכנסת, אלא משקף את מגוון נקודות המבט.
- עקרון האחריות והשיקוף מחייב כי על הכרעות הרשות השופטת לשקף את ערכי הציבור ואת מגוון דרכי הניתוח המקובלות בו, ובכך לעמוד לביקורת הציבור באמצעות השיח המקצועי (ובאמצעות כוחה של הכנסת להגיב לפסיקות בית המשפט). לצד זאת, מכיוון שהרשות השופטת היא רשות אחת לרשויות המבצעת והמחוקקת, ואינה רשות של רוב קואליציוני כזה או אחר, נדרש כי הרשות המחוקקת כולה תהיה מיוצגת בוועדה לבחירת שופטים, ולא רק הרוב הקואליציוני

14 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

15 השוו דנג"ץ 219/09 **זוהר נ' שר המשפטים**, פ"ד סד (2) 421 (2020).

16 **עניין אבירם**, לעיל ה"ש 12, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

17 "The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative" (Re Resolution to Amend the Constitution [1981] 1 S.C.R. 753, 888); "We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it" (W. IVOR JENNINGS, THE LAW AND THE CONSTITUTION 136 (5th ed. 1959)).

ברשות המחוקקת. מכך ניתן ללמוד שגם מנגנון המינויים הינו חלק ממנגנון האחריות הכולל שאליו כפופה הרשות השופטת.

שילובם של עקרונות אלו – עקרון הייצוג היחסי, עקרון אי-התלות והעצמאות, ועקרון האחריות והמגוון, מוביל למסקנה כי על הליך בחירת השופטים לאפשר מקום לא רק לרוב הקואליציוני, אלא גם למיעוט, קרי, למחנה השני, שאינו בשלטון בזמן נתון. משכך, אין מדובר רק בפרקטיקה נהגת, אשר הכנסת חשה מחויבות כלפיה, אלא מדובר בנהג שנגזר ומשתלב במבנה החוקתי בישראל. כאמור, בית המשפט אינו מתייחס לכך, אולם ניתוח זה מקבל משנה משמעות מאז שבית המשפט נדרש לוודא כי חקיקה ראשית עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, וכפועל יוצא בכוחו לקבוע כי חקיקת הכנסת אינה תקפה. **השופט עמית** הסכים עם השופט הנדל כי אכן כך נהגה הכנסת, וכי אכן כך ראוי שתנהג, אולם סבר כי המנהג והנהג ניגפים מפני החקיקה הברורה של הכנסת, אשר לא כוללת דרישה מפורשת כגון זו. משכך, לשיטתו, אף אם יוכח קיומו של מנהג, נעדר הוא כוח משפטי, במובן זה שאין על בית המשפט לאוכפו כלפי הכנסת. השופט עמית מפנה למקומות שבהם מצוין במפורש כי נדרש, מבחינה משפטית, ייצוג למיעוט (ס' 6(א3) לחוק בתי המשפט, הדורש ייצוג נשי, וכן ס' 13(ב)(1) לחוק חסינות חברי הכנסת, וזכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, הקובע כי ועדת האתיקה של הכנסת תכלול שני חברי כנסת מהקואליציה ושני חברי כנסת מהאופוזיציה). מכך לומד הוא כי גם לשתיקת הכנסת בעניין מינוי נציגיה לוועדה לבחירת שופטים, יש משמעות משפטית.

באופן ספציפי, השופט עמית מפנה להצעת חוק שהוגשה על ידי חברי הכנסת יריב לוין ואילת שקד (פ/19/1994), לפיה "מוצע לעגן בחוק באופן מחייב את הנוהג לפיו נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נבחרים האחד מתוך שורות הקואליציה והאחד מתוך שורות האופוזיציה, על מנת להבטיח כי גם בחירת נציגי הכנסת תשקף את מגוון ההשקפות הרווחות בציבור כפי שהן באות לידי ביטוי בהרכבה הנבחר של הכנסת". מאי-קידומה של הצעה זו, לומד השופט עמית כי אין מקום שבית המשפט יפעל במקום הכנסת ויהפוך נהג זה למחייב על דרך הפסיקה.

השופט פוגלמן קבע בקצרה אף הוא שראוי כי הכנסת תסדיר את מעמד האופוזיציה, וכי הפרקטיקה הנהגת שלפיה הכנסת בוחרת נציג מסיעת האופוזיציה לחברות בוועדה לבחירת שופטים "היא ראויה ומשרתת תכליות משטריות בעלות חשיבות". השופט פוגלמן הדגיש כי ככל שהכנסת בעתיד לא תבחר נציג מסיעות האופוזיציה, טענות הצדדים שמורות להם.

ואכן, יישומה של הלכת **אבירם** בא לפני בית המשפט העליון שנים ספורות לאחר מכן בפרשת **התנועה למען איכות השלטון**.¹⁸ במקרה זה, נתקפה החלטת הכנסת מיום 15.7.2020, כי נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים יהיו ח"כ אסנת מרק מהליכוד, וח"כ צבי האוזר מסיעת כחול לבן. שניהם, כידוע, חברי הקואליציה שעל כתפיה ניצבה ממשלת החילופים, ואשר לשם קיומה תוקן חוק-יסוד: הממשלה.

בית המשפט, מפי **השופט עמית**, קבע כי אין בנמצא נהג חוקתי מחייב ואכיף בבית המשפט, לפיה הכנסת חייבת למנות נציג מהקואליציה ונציג מהאופוזיציה. השופט עמית ביסס את עיקר נימוקיו בהנחה כי אכן קיים נהג ברמה העובדתית, למן שנות ה-90, אם כי הדגיש, בהסתמך על עמדת הייעוץ

18 בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 20.8.2020).

המשפטי של הכנסת,¹⁹ כי אין זה ברור שהנוהג אכן כלל באופן עקבי ורציף מינוי של נציג אחד מכל גוש. זאת, שכן בשתי כנסות מתוך סך הכנסות שנבחרו ברבע המאה האחרונה, נבחרו חברי הכנסת שאומנם היו מהאופוזיציה, אך היו שייכים לאותו הגוש מבחינת עמדתם. בכנסת ה-18 נבחרו ח"כ דוד רותם מסייעת ישראל ביתנו (שהייתה בקואליציה) וח"כ אורי אריאל מסייעת האיחוד הלאומי (שהייתה באופוזיציה). אלא ששניהם היו מאותו גוש אידאולוגי (אשר שלט בקואליציה). על כך הלינה ח"כ ציפי לבני במליאה (ולכך מפנה השופט עמית בפסק דינו). בכנסת ה-20 נבחרו ח"כ נורית קורן מהליכוד וח"כ רוברט אילטוב מישראל ביתנו – שניהם מאותו גוש אידאולוגי (כאשר הליכוד הרכיב את הממשלה ועמד בראש הקואליציה). כידוע, ישראל ביתנו אכן הצטרפה לקואליציה כעבור מספר חודשים. כאמור, השופט עמית שב וקבע כי כאשר בחר המחוקק באופן מודע שלא לחוקק את הנוהג האמור אל תוך החוק או התקנון, לא ניתן לגזור מהנוהג תודעת חיוב משפטית. לשיטתו, גם מקיומה של ההצבעה החשאית ניתן ללמוד שמבחינה משפטית הכנסת הותירה את בחירת הנציגים לשיקול חברי הכנסת עצמם, ללא מגבלה של קואליציה-אופוזיציה. ומכל מקום במישור הסעד, אין זה ראוי שבית המשפט הוא שיקבע עבור הכנסת כיצד עליה לבחור את חבריה, שכן "ברגיל, קביעת מנגנונים כאמור היא עניין המסור להליכים פנים פרלמנטריים".²⁰

השופט עמית הדגיש כי בכל מקרה, לא הוכח נוהג במצב החריג שבו הוקמה ממשלת אחדות פריטטית. ואכן, מקרה של ממשלת אחדות פריטטית משנה את מערך השיקולים, אשר עליהם הצביע השופט הנדל בפרשת אבירם.

השופטת ברק-ארז הגיעה אף היא למסקנה כי אין עילה משפטית להתערבות בית המשפט בהחלטת הכנסת באשר למינוי נציגיה. השופטת ברק-ארז סברה כי המנהג החוקתי הוא מקור משפטי מחייב, וזאת למדה גם משיטות משפט אחרות, אף כאשר החקיקה שותקת. לשיטתה, ליבת הסיבה אשר בגינה לא הוכח מנהג במקרה הנדון, אינה בקושי הטמון בהוכחת הנוהג, ואף לא בשאלה אם עליה כדי מנהג מחייב, אלא בכך שהמקרה שנדון בפני בית המשפט באותה פרשה הוא אכן קרה חריג, של ממשלת אחדות (שכן ממשלת החילופים היא למעשה ממשלת אחדות). מכיוון שהנוהג החל משנת 1992, וממשלת האחדות האחרונה התקיימה בשנות ה-80, לא ניתן להוכיח מנהג כאמור. כמו כן, גם לשיטתה קיימת סוגיה של ממש במישור האכיפה על ידי בית המשפט, לא כל שכן כלפי המחוקק עצמו. זאת משום שאכיפת מנהג עלולה לעלות כדי קביעת חובה על המחוקק לחוקק, באופן שאינו מקובל בשיטתנו. מבחינה מעשית, לא היה זה ברור כלל ועיקר, במקרה שנדון, כיצד היה על הכנסת להתמודד עם אכיפת המנהג, לו היה כזה: באמצעות עריכת בחירות חדשות, ללא כל תשתית חוקית-תקנונית לכך? או שמא פסילת בחירתה של נציגת הקואליציה שקיבלה מספר קולות נמוך יותר, ובחירתה של נציגת האופוזיציה שקבלה את מספר הקולות הגבוה ביותר? כאמור, כל אלו מטילים את בית המשפט אל ליבת ההליכים הפנים-פרלמנטריים של הכנסת, באופן שכשלעצמו מעורר קושי מבחינת הפרדת הרשויות.

19 לתגובה המלאה של הכנסת ראו <https://did.li/R2YNf>.

20 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 18, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

השופטת ברון הצטרפה למסקנת חבריה. היא הדגישה כי לשיטתה אומנם לא קיים מנהג למינוי נציג אופוזיציה, אך אין לשלול קיומו של נוהג כאמור. אלא שלא נדרש להכריע בשאלת קיומו של נוהג זה בנסיבות המקרה שנדון.

כל השופטים קבעו כי מן הראוי שהכנסת תקבע כי יש לבחור נציג אופוזיציה כאחד משני הנציגים בוועדה לבחירת השופטים. השופטת ברק-ארז הדגישה כי יש לוודא שנציג זה נבחר על בסיס קולות האופוזיציה, על מנת לוודא כי אכן בפני הוועדה תהיה עמדה המשקפת הן את הרוב והן את המיעוט בכנסת. השופטת ברון הדגישה את חשיבות אמון הציבור ברשות השופטת, וכפועל יוצא, הדגישה כי יש לוודא שהוועדה משמשת כנאמן הציבור, וכי חשוב להימנע ממצב שבו הוועדה לבחירת שופטים מזוהה באופן מובהק עם סיעה או מפלגה פוליטית מסוימת. לו ייבחרו שופטים על ידי ועדה בעלת אופי מפלגתי, "הדבר עשוי 'לצבוע' את זהות השופטת ולפגוע בעקרונות העצמאות ואי-התלות".²¹

ד. המסגרת הפסיקתית – מספר מינימלי של חברי ועדה

חוק-יסוד: השפיטה קובע כי על מנת שהוועדה תהא רשאית לפעול, נדרש כי מספר חבריה לא יפחת משבעה. לאחר שהשרה מירי רגב וח"כ אסנת מארק אשר הייתה חברה בקואליציה בתקופת ממשלת החילופים – שתייהן מסייעת הליכוד – וכן ח"כ צבי האוור, מסייעת כחול לבן, החליטו שלא להגיע לדיון בוועדה, שכן לטענתם לא התקבלה עמדתם באשר למועמדים אלו ואחרים,²² עלתה השאלה אם דרישת מספר החברים המינימלי חלה על נוכחות בכל ישיבה וישיבה, או על עצם החברות בוועדה. השרה רגב וח"כ מארק עתרו בעניין לבית המשפט העליון, לאחר ששר המשפטים ניסנקורן כינס בכל זאת את הוועדה, בהסתמך על חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לכנסת, והוועדה התכנסה ובחרה במספר רב יחסית של שופטים – כ-60 – ללא נוכחות. לטענתן, יש לפרש את הסעיף בחוק היסוד כך שנדרשת נוכחות בכל ישיבה, שאם לא כן תתקבלנה החלטות ללא נוכחות הכנסת ו/או ייצוג ממשלתי מלא. כמו כן, הן טענו כי החלטתן שלא להגיע באה לאחר שלא הושגו עימן סיכומים, ובכך מבחינה מהותית נפגע ייצוג הגורמים השונים בוועדה. ולבסוף, טענו כי הוקדשו אך דקות מועטות לכל מועמד שנדון בוועדה. בית המשפט דחה את העתירה על הסף.²³ בהסתמך על פסיקה קודמת,²⁴ נקבע כי הדרישה בחוק היסוד מתייחסת לכהונה בוועדה ולא לנוכחות בישיבה מסוימת. כל עוד מונו חברי הוועדה כדין וכל

21 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון, תוך ציטוט מדברי השופט הנדל בפרשת **אבירם**.

22 על פי דיווחים בתקשורת, השרה וחברת הכנסת התנגדו לקידומו של השופט עבאס עאסי לבית המשפט המחוזי.

23 בג"ץ 8527/20 **רגב נ' שר המשפטים** (נבו 14.12.2020).

24 בג"ץ 8946/01 **עלי נ' שר המשפטים**, פ"ד נו(2) 415, פס' 17 לפסק דינו של השופט ברק (2001): "אכן, יש להפריד בין השאלה אם ועדה מסוימת בכלל קיימת ומכהנת לבין השאלה איזה קוורום נדרש לשם קבלת החלטות בה. בעוד השאלה האחת עניינה בעצם קיום הוועדה מבחינת הדין, ולמעשה, שאלת סמכותה לפעול, הרי שהשאלה האחרת עניינה מספר חברי הוועדה שצריכים להחליט בנסיבותיו של מקרה זה או אחר. השאלה האחת עוסקת בקיומם של חברי הוועדה – והוועדה עצמה; האחרת – בנוכחותם או הצבעתם של חבריה. כל אחת משאלות אלה – והתשובות להן – באות להגשים מטרות אחרות. כך, למשל, בשאלת עצם קיום הוועדה יש חשיבות בהכרח למספר חבריה, מתוך הנחה כי מספר זה חייב להיות מוגבל מספרית ולכלול מינימום ומקסימום של חברים. לא כן הדבר בשאלת ההשתתפות של חברי הוועדה

עוד כונסה הוועדה באופן מסודר, על פי תאריכים שנקבעו מראש ובהתאם לסדר יום שנקבע מראש (כולל רשימת מועמדים שצפויה להידון), אין עילה להתערבות בית המשפט בעצם כינוס הוועדה. בית המשפט הדגיש כי עילות ההתערבות בעבודת הוועדה צרות ביותר. לעניין הטענה כי המועמדים לא נשקלו בכובד ראש, בית המשפט ציין כי הדיון בוועדה הוא השלב האחרון בהליך ארוך יחסית ויסודי. נוסף כי נראה שלו היה בית המשפט מגיע למסקנה אחרת, הייתה מוענקת זכות וטו דה־פקטו לכל שלושה מחברי הוועדה ביחס לכל מינוי שהוא, ובכך היה עולה בידיהם לשחק את עבודת הוועדה. שכן עצם ההיעדרות מהשיבה הייתה מונעת את כינוסה. אפילו בהקשר של המינוי לבית המשפט העליון, החוק מקפיד לקבוע שאם הוועדה מתכנסת בהרכב שאינו מלא, עדיין ניתן למנות שופטים לבית המשפט העליון, כל עוד זוכה המועמד לכל הפחות בקולותיהם של כל הנוכחים, למעט שניים.²⁵ אם כך כאשר נדרש רוב מיוחד, כך בוודאי כאשר לא נדרש רוב שכזה.

ה. להשלמת התמונה – בחירת נשיא בית המשפט העליון (על פי הדין הנוהג כיום)

בחירת נשיא בית המשפט העליון אינה קשורה ישירות לבחירת נציג האופוזיציה בכנסת לוועדה לבחירת שופטים, אולם מדובר בכלים שלובים. נשיא בית המשפט העליון, כמו גם נשיאי הערכאות האחרות, ממונים על ידי נשיא המדינה, לאחר שנבחרו על ידי הוועדה לבחירת שופטים. סעיף 8א לחוק בתי המשפט קובע כי נשיא בית המשפט העליון ימונה מבין שופטי בית המשפט העליון. לפיכך, יש ראשית למנות מועמד לבית המשפט העליון, ורק לאחר מכן הוא כשיר להגיש מועמדותו לתפקיד הנשיא. עד כה נהגה בישראל שיטת הסניוריטי – הוותק – לפיה השופט בעל הוותק הרב ביותר בבית המשפט העליון ייבחר לנשיא. אף זהו נוהג, אשר אינו מוסדר בחקיקה. בשנת 2007 קידם שר המשפטים דניאל פרידמן תיקון בסעיפים 8–9א לחוק בתי המשפט, לפיו ימונה נשיא לבית המשפט העליון (ולערכאות אחרות) רק אם נותרו לו לפחות שלוש שנים עד למועד פרישתו, וזאת על מנת לאפשר לנשיא תקופה מינימלית שבה יוכל לקדם תיקונים שלדעתו נדרשים במערכת. בה בעת קבע התיקון כי כהונתו של נשיא קצובה לתקופה של שבע שנים, על מנת למנוע קיפאון במערכת. בשנת 2012 ביטלה הכנסת את דרישת המינוי לשלוש שנים לנשיא בית המשפט העליון, ובכך התאפשרה כהונתו של הנשיא אשר גרוניס. נשיאי בתי המשפט השלום והמחוזי כפופים הן למגבלת המינוי והן למגבלת המקסימום על פי אותו תיקון. נוהג הסניוריטי בא לידי ביטוי בכך שהחל מבחירתו של הנשיא השני של בית המשפט העליון, לנשיא בית המשפט העליון נבחר תמיד השופט בעל הוותק הרב ביותר. משכך, אין תקדים למצב שבו התקיימה התמודדות בין שופטי בית המשפט העליון על תפקיד הנשיא, ואכן למיטב ידיעתנו בחירת

הקיימת בדיון זה או בהצבעה זו. אין לקבוע בהכרח כי כל חברי הוועדה הנדרשים לשם קיומה – ומניעת המצב של 'ועדה מקוטעת' – יידרשו גם ליטול חלק בכל פעולותיה לשם הקניית תוקף להן".
 25 ס' 7 לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בשנת 2008, קובע כי: "(ג) (1) הצעת הוועדה על מינויו של שופט תהיה על דעת רוב חבריה שהשתתפו בהצבעה; (2) על אף הוראות פסקה (1), הצעת הוועדה על מינוי של שופט לבית המשפט העליון תהיה על דעת שבעה מחברי הוועדה; פחת מספר המשתתפים בהצבעה מתשעה תהיה ההצבעה על דעת רוב המשתתפים שלא יפחת ממספר המשתתפים בהחלטת שניים".

הנשיאים בוועדה נעשתה עד כה פה אחד. לו תתקיים התמודדות, תאלץ הוועדה להידרש לשאלת הרוב הדרוש לבחירת הנשיא. על פניו, מדובר ברוב רגיל, שכן אין מדובר במינוי שופט לבית המשפט העליון, אשר מצריך תמיכה של 7 מ-9 חברי הוועדה. עם זאת, מכיוון שאין הסדר מיוחד לבחירת נשיא בית המשפט העליון, ייתכן שתעלה טענה שנשיא בית המשפט העליון הינו כשופט בו, ומשכך נדרש רוב מיוחד.²⁶

התמודדות בין שופטי בית המשפט צופנת בחובה הן פגיעה אפשרית באי-תלות השופטים בבית המשפט העליון, והן פגיעה בקולגיאיות של המוסד. התמודדות בין השופטים על תפקיד הנשיא עלולה להוביל שופטים להתנהגות אסטרטגית כזו או אחרת, או לכל הפחות, מי שחפץ בתפקיד עלול למצוא עצמו תחת לחץ להתחשב ברצונות של חברי הגוף הממנה, על מנת למקסם את סיכוייו. במקביל, התמודדות בין השופטים עלולה להעכיר את סביבת העבודה, הלחוצה גם כך עקב העומס הרב והתיקים הטעונים, במוסד חשוב זה.

ו. התייחסות קצרה להשלכות השינוי המוצע בחוק-יסוד: השפיטה על ייצוגה של האופוזיציה

למותר לציין כי אימוצן של הצעות התיקון לחוק-יסוד: השפיטה ולחוק בתי המשפט, תשנה סדרי עולם ותקעקע את אותו מנגנון עדין שמארגן כיום את עבודת הוועדה, בהתאם לנוהג החל במשך כשלושים שנה. לפי התיקון המוצע, מוצע אומנם לעגן במפורש נציגות לאופוזיציה (וכן קיימת קביעה כי נציגות זו תבחר על ידי האופוזיציה), אך זאת תוך עיוות חריף של האיזונים. לא רק שמוחלש כוחה של הרשות השופטת בוועדה באופן ניכר, ולא רק שנציגות לשכת עורכי הדין תבוטל ובכך ייפגע הסינון המקצועי פגיעה משמעותית, אלא שמנגנוני האיזון והבלמה בתוך הוועדה יוטו לטובת הקואליציה באופן מובהק. על פי המוצע, לקואליציה יהיו שישה חברים מתוך 11 חברי הוועדה (שלושה שרים ושלושה חברי כנסת) בעוד שלאופוזיציה יהיו רק שני חברים. זאת ועוד: הקואליציה תהנה מרוב מובהק באשר לבחירתם של שני שופטים בבית המשפט העליון, שכן באשר לבחירתם של שני שופטים – וכן לבחירת הנשיא – נקבע רוב רגיל (ממנו כאמור נהנית הקואליציה באופן מובהק). באשר לשופט נוסף, תידרש הסכמה של נציג אופוזיציה אחד. משמעות הסדר זה היא שבידי הקואליציה כוח עודף גם כאן: די לה שאחד משני נציגי האופוזיציה יסכים למינוי מסוים, ובידיה אפשרות לנווט בין שני הנציגים הללו. כל זאת, אם מצאה הקואליציה לנכון לקדם מינוי זה, בהינתן שבממוצע מתמנים מדי תקופת כהונה של הכנסת 2.8 שופטים לעליון (כך שניתן לדחות מינוי לקדנציה הבאה). באשר למינויים נוספים, נדרשת הסכמה של נציג אחד מן האופוזיציה ונציג אחד מקרב השופטים. זאת ועוד: בעוד שהקואליציה צפויה להתנהל בעניין זה באמצעות הסכמים קואליציוניים הדוקים, הרי שהן האופוזיציה והן השופטים נעדרים מנגנונים שיכולים לתמרץ פעילות מלוכדת.²⁷

26 נראה שהיו חברי ועדה שסברו שלא נדרש רוב מיוחד לבחירת הנשיא, כפי שלמשל עולה מדבריה של השרה שקד בישיבת הוועדה שבה נבחרה השופטת חיות לנשיאה (5.9.2017). עם זאת גם לגישה הנוגדת יש ביסוס מסוים בלשון החקיקה.

27 ראו 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).

באשר לערכאות הדיוניות נקבע רוב של שבעה חברים, ובכך ייתכן מינוי ללא נציגי האופוזיציה כלל, או לחלופין ללא נציגי השופטים כלל.²⁸ בשורה התחתונה, על פי השינוי המוצע, לקואליציה ישנה זכות וטו מובנית באשר לכל מינוי ומינוי, וביחס לשני שופטי עליון גם זכות בלעדית שאינה תלויה בהסכמת שותפים אחרים. זהו מצב פגום מבחינה חוקתית.

מבנה זה לו חלילה יאומץ צפוי להעצים את נוכחות השיקולים הפוליטיים בוועדה, בוודאי בקרב חברי הקואליציה, אך גם בקרב חברי האופוזיציה, בהינתן שבעולם המפלגתי צפויים חברי הכנסת השונים לתור אחר עסקאות פוליטיות כאלה ואחרות, בוועדה ומחוצה לה. הרשות השופטת באופן כללי תצבע בצבעים פוליטיים-מפלגתיים, שכן באשר לכל שופט ושופטת, נדע לא רק שהם נשאו חן בעיני הקואליציה המכהנת – זה יהיה נכון לכל מועמד ומועמדת – אלא אם תמכו בהם שופטים או חבר כנסת מהאופוזיציה.

יודגש: קיים חשש משמעותי ליצירת תלות בקואליציה. כל שופט ושופטת שיחפצו להתקדם מבית המשפט השלום לבית המשפט המחוזי, ידעו שגורלם תלוי בראש ובראשונה, בחברי הקואליציה. זאת ועוד: שופטים שחפצים להתקדם לבית המשפט העליון ידעו כי הסיכוי שתידרש הסכמת מי מהשופטים או מי מנציגי האופוזיציה קטן, שכן לאלו קול רלוונטי רק אם הקואליציה כבר מינתה שני שופטים, או שהיא חפצה להשאיר לעצמה מינוי עצמאי בעתיד, ולכן החליטה לתור אחר הסכמה של מי מנציגי האופוזיציה. וכאמור, בכל מקרה, לקואליציה זכות וטו מובנית. זהו מתכון בטוח לקבלת רשות שופטת צייתנית, שלא לומר מוטה לטובת האינטרס הקואליציוני.

ז. לסיכום

חוק-יסוד: השפיטה, חוק בתי המשפט, חוק הכנסת ותקנון הכנסת בנוסחם העכשווי אינם קובעים במפורש כי קיימת חובה משפטית למינוי נציג האופוזיציה כאחד מנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. עם זאת, קיים נוהג החל מראשית שנות ה-90 למינוי נציג כאמור. נוהג זה הוכר על ידי מרבית שופטי בית המשפט העליון אשר עסקו בכך. רק במקרה אחד – בעת כהונת ממשלת החילופים הראשונה (ממשלת נתניהו-גנץ) – חרגה הכנסת מנוהג זה, ככל הנראה עקב הנסיבות החריגות שהובילו להקמתה ובהתחשב בכך שממשלה זו דמתה לממשלת אחדות, בה שני הגושים הפוליטיים מיוצגים ואמורים לאזן זה את זה. בימי ממשלת החילופים שכינה בתקופת כהונתה של הכנסת ה-24 (ממשלת בנט-לפיד) הקפידה הקואליציה על קיומו של הנוהג, כאשר ח"כ שמחה רוטמן, נציג האופוזיציה, נבחר לוועדה לאחר שהקואליציה לא הציגה מועמד שני מטעמה על מנת לאפשר את היבחרו.

כל השופטים שעסקו בכך הגיעו למסקנה שבמקרים שנדונו לפנייהם לא היה מקום שבית המשפט יאכוף על הכנסת מינוי נציג אופוזיציה. בה בעת, השופטים קבעו כי הנוהג מוצדק ויש מקום שהכנסת

²⁸ כמו כן, באשר לערכאות הדיוניות, הרשות השופטת אמורה, על פי הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג-2023 (לנוסח שאושר לקריאה שנייה ושלישית ראו <https://did.li/poT5q>), להיות מיוצגת באמצעות נשיא בית המשפט העליון וכן נשיאים של בתי משפט המחוזי והשלום אשר ייבחרו על ידי כלל נשיאי בתי משפט אלו, בהתאמה. בהיעדר כללים ברורים, קיומן של בחירות בקרב הנשיאים באשר לנציגי הרשות השופטת בוועדה פותח פתח למעורבות של גורמים חיצוניים, ובתרחישים מסוימים עלול לשמש בידי שר המשפטים כמנוף נוסף להשפעה.

תפעל לפיו (ואף תעגנו), על מנת להגשים עקרונות יסוד של שמירה על עצמאות ואי־תלות הרשות השופטת, מיסוד מנגנון מושכל לשיקוף ואחריות, ומתן ייצוג יחסי לחלקי הכנסת. לעקרונות אלו חשיבות מיוחדת בכל האמור בהרכבה של הוועדה לבחירת שופטים, על מנת לאפשר שיח מקצועי וערכי ולהבטיח את רמתם ומקצועיותם של השופטים.

לנוהג החוקתי שגובש בשלושים השנה האחרונות מקום מרכזי בעידן החוקתי הנוכחי, שבו בית המשפט מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. במלאו תפקיד זה, בית המשפט נשען על עצמאותה של הרשות השופטת, על קיומם של מנגנוני שיקוף ואחריות, ועל מתן ייצוג יחסי לחלקי הכנסת בהליך בחירת השופטים. כדברי השופטת ברון: "הוועדה לבחירת שופטים אינה משתייכת לאף אחת מרשויות השלטון, ואולם בהרכבה מיוצגות שלוש הרשויות כולם, וכן יש בה ייצוג ללשכת עורכי הדין. בהיותה מפקדת על בחירתם ומינויים של שופטות ושופטי ישראל, משמשת הוועדה לבחירת שופטים כנאמן הציבור".²⁹ משכך, על הרכבה לשקף ייצוג רחב של הממשל והחברה בישראל, תוך מתן מקום וקול לנציגי האופוזיציה, אשר מייצג את המיעוט בכנסת.

סטייה מנוהג ארוך שנים זה באמצעות מינוי שני נציגים של הרוב הקואליציוני, מעלה חשש של ממש לפגיעה באיזון העדין שהתגבש במשך למעלה מרבע מאה. שיבוש כאמור יגביר את כוחה של הקואליציה ללא הצדקה, ועלול לפגוע בטיב המינויים, באי־תלות ובאחריות הכוללת של הרשות השופטת, ובכך לערער את המבנה החוקתי בישראל. ככל שתחליט הכנסת ה־25 שמן הראוי לקדם חקיקתו של חוק, כפי שהוצע בכנסות קודמות, אשר יבטיח את מינויו של נציג האופוזיציה בוועדה, יש מקום לבחון את המנגנון המתאים שיוודא שהמינוי אכן מייצג כראוי את נקודת המבט של גוש האופוזיציה. זאת, אם באמצעות בחירה על ידי נציגי האופוזיציה בלבד ואם באמצעות דרישת הסכמה של ראש האופוזיציה או ראשי סיעות האופוזיציה. כן יש לשקול דרכים להבטיח ייצוג הולם, בדומה לייצוג שמעוגן כיום על בסיס מגדר, גם למיעוט הערבי, וכן יש להבטיח שגם נקודת המבט של הפריפריה החברתית בישראל תשמע. כאמור, כל זאת כדי להגשים את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים שניצבים ביסוד המבנה הייחודי של הגוף שבוחר שופטים בישראל.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

תרמו הערות:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר־אילן

ד"ר רונית לוין־שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

29 עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 18, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברון.

ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות

הופץ במקור ביום 20.1.2023 כנייר עמדה מס' 4

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. **בנייר עמדה זה אנו בוחנים את נושא הביקורת השיפוטית ופסקת ההתגברות.**

מסקנותינו הן:

- הצעות הקואליציה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה כוללות **מהפכה משטרית עמוקה ביחסים בין רשויות השלטון**, שמשמעותה שחרור הרוב בכנסת, הנשלט בידי הממשלה, מכל מגבלה שיפוטית אפקטיבית על כוח החקיקה שלו.
- **אם ההצעות יעברו, מדובר ביצירת התשתית לשלטון חסר מעצורים שאינו פועל למען טובת הכלל, לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות אדם ומיעוטים, ולסיכון ערכי המשטר הדמוקרטי וההליך הדמוקרטי.**
- טענת מקדמי החקיקה, כאילו ההצעות מכירות לראשונה בסמכות לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית היא אחיזת עיניים: ההצעות כוללות הסדר שמבחינה מעשית מבטל את הביקורת השיפוטית החוקתית, ומספק שורה של דרכים לרוב הקואליציוני בכנסת, הנשלט על ידי הממשלה, למנוע ביקורת שיפוטית חוקתית, להתעלם ממנה, או להתגבר עליה.
- לפי ההצעות, לכנסת יהיה כוח חקיקה בלתי מוגבל כשהיא מחוקקת חוקי יסוד – בהליך רגיל וברוב רגיל – ולא תהיה עליהם ביקורת שיפוטית כלשהי.
- לפי ההצעות, ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה רגילה תתאפשר רק בהליך חריג ובלתי ישים, הדורש החלטה של רוב עצום מקרב שופטי בית המשפט העליון.
- לפי ההצעות, גם אם תבוצע ביקורת שיפוטית חוקתית, תוכל הכנסת להתגבר על כך ברוב קואליציוני רגיל.
- שילוב הרכיבים הללו, בתוספת יתר היבטי המהפכה המשטרית המוצעת (בפרט, שינוי הליך בחירת שופטים, ביטול מעמד הייעוץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של החוק עבור הרשות המבצעת, וביטול עילת הסבירות) – משמעותו הסרת כל המגבלות המשפטיות על פעולות הממשלה. הדבר חותר תחת הרעיון הדמוקרטי הבסיסי של ממשלה מוגבלת, מאפשר המרת שלטון החוק בעריצות הרוב, ופותח פתח לריסוק הדמוקרטיה בישראל. שינויים כאלה אינם בסמכותה של הכנסת, באשר היא אינה רשאית, בהליך של תיקון חוקי היסוד, לבטל את יסודות הדמוקרטיה.

נימוקי נייר העמדה

א. מבוא

ההצעות לתיקון חוק יסוד: השפיטה, שהוצגו בשבוע האחרון על ידי שר המשפטים ועל ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט מציעות לחולל מהפכה משטרית עמוקה ביחסים בין רשויות השלטון, שמשמעותה שחרור הרוב בכנסת, הנשלט בידי הממשלה, מכל מגבלה שיפוטית אפקטיבית על כוח החקיקה שלו. זאת, במדינת ישראל שבה, מלבד הביקורת השיפוטית, אין כל מגבלה ממוסדת אחרת על כוחה של הממשלה הנהנית מרוב פרלמנטרי, כפי שקיים בדמוקרטיות חוקתיות בעולם – למשל, חוקה משוריינת עם מגילת זכויות נוקשה, שני בתי פרלמנט המאזנים זה את זה, כוח וטו לנשיא עם מקור לגיטימציה עצמאי, ביקורת של טריבונל בינלאומי, בחירות אזוריות, מבנה פדרלי שבו מבוזר הכוח החקיקתי מלכתחילה, ועוד. בשילוב ההצעות הנוספות שהציגה הקואליציה לפוליטיזציה של ההליך לבחירת שופטים (ראו נייר עמדה מס' 7) ולביטול מעמד הייעוץ המשפטי המקצועי כפרשן המוסמך של הדין עבור הרשות המבצעת (ראו נייר עמדה מס' 1) – התוצאה תהא העמדת הממשלה, שלה שליטה אפקטיבית ברוב הקואליציוני בכנסת, מעל החוק והחוקה. ממשלה כזו תהיה חופשית לפעול ללא כל מגבלה משפטית, וכך להפר את המחויבות היסודית של כל מדינה דמוקרטית לפעול "לטובת כל תושביה" (כלשון הכרזת העצמאות). שלטון החוק יומר בעריצות הרוב, וגורלם של זכויות האדם והאזרח ושל המשטר הדמוקרטי יופקד בידי הממשלה המכהנת, ללא ריסון.

ההצעות שבהן עוסק נייר עמדה זה, שהן רק חלק ממערך השינויים הכולל שמתכננת הממשלה, מורכבות מארבעה רכיבים עיקריים: (1) איסור על ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, תוך היתר לכלול בהם כל הוראה שהיא, בהליך חקיקה רגיל וברוב רגיל; (2) הסדר לביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקה רגילה, שעוצב באופן השולל את ההיתכנות המעשית של ביטול חוקים של הכנסת; (3) הוראת התגברות המאפשרת לכנסת, ברוב קואליציוני רגיל, למנוע את הביקורת השיפוטית החוקתית או להתגבר עליה; (4) שלילת המעמד התקדימי של פסיקות חוקתיות של בית המשפט העליון, כך שלא יהיה להן משקל בניסוח חקיקה עתידית. משמעותו המעשית של מכלול זה היא ביטול הביקורת השיפוטית החוקתית כמנגנון מאזן לכוחו של הרוב, שלילת היכולת של בית המשפט העליון להגן על יחידים, על מיעוטים ועל המשטר הדמוקרטי מפני פגיעה על ידי הרוב הקואליציוני השולט, והוצאת ישראל מקהילת הדמוקרטיות החוקתיות בעולם.

ההצעות מבטלות במחי יד עשרות שנים של פיתוח משפטי מורכב ועדין, הן בחקיקת יסוד של הכנסת והן בפסיקתו של בית המשפט העליון, שהביאו לשיפור מובהק ברמת ההגנה על זכויות אדם ועל זכויות מיעוטים בישראל. נשמעה הטענה כאילו ההצעות "רק" יחזירו את גלגל החוקתיות לאחור, למצב החוקתי שקדם ל-1992. אלא שההצעות לא יעשו זאת. ישראל, והמשפט הישראלי, של שנת 2023 – כמו העולם כולו – אינם אלה של שנות ה-60, ה-70, או ה-80. החברה הישראלית עברה תהליך אינטנסיבי של קיטוב חריף בעשורים האחרונים. היא מאופיינת במחלוקות זהותיות קיצוניות, למשל בין יהודים וערבים, דתיים וחילונים, חרדים ומשתייכים צבא, עשירים ועניים, חברי קהילות מוצא שונות, ועוד. רבות מן המחלוקות האלה מגובשות גם סביב קבוצות מובהקות של רוב ומיעוט – בעיקר ביחס שבין יהודים ופלסטינים במרחב (הן בתוך ישראל והן בגדה המערבית), וכן ביחס של קבוצות כוח משמעותיות בחברה הישראלית לזכויותיהם של מיעוטים מודרים כמו נשים, מהגרים ומבקשי מקלט, וחברי קהילת הלהט"ב. הפוליטיקה הישראלית מגלה מאפיינים מובהקים של פופוליזם פוליטי

המעמיד את קבוצת הרוב ההומוגנית מעל לזכויותיהם של יחידים ומיעוטים ומסמן אותם לא אחת כיריבים וכאויבים. בתנאים אלה, הסיכון בהסרת כל מגבלה על הרוב הקואליציוני המכהן גדול במיוחד, והחשש לגורל הדמוקרטי מוחשי במיוחד. לנייר עמדה זה שלושה חלקים. חלק ב' מציג רקע, ובו מוצגת בקצרה המערכת המושגית הנוגעת לביקורת שיפוטית חוקתית והאופן בו התפתחה בישראל בדור האחרון. חלק ג' כולל ניתוח כללי של הרכיבים המרכזיים בהצעות החקיקה, ומצביע על הסיכונים העיקריים העולים מהן. חלק ד' מציג ניתוח פרטני של כל סעיף וסעיף בהצעות החקיקה, מסביר את משמעויותיהם הנקודתיות ואת האופנים השונים בהם הן משתלבות למכלול שמאיים להסיר כל מגבלה על כוח החקיקה של הרוב הקואליציוני בכנסת. ניתוח הצעות החקיקה יתייחס במשולב הן לתזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – רפורמה (משפט) שפרסם ב-11.1.2023 שר המשפטים (להלן: הצעת השר); והן להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – חזיון הפרדת הרשויות) שפרסם ב-17.1.2023 יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט כ"נוסח מוצע לדיון" (להלן: הצעת יו"ר הוועדה). העקרונות המרכזיים של שתי ההצעות – ולכן גם הסיכונים החמורים לדמוקרטיה שהן משקפות – דומים. בנקודות בהן קיימים הבדלים בין ההצעות, מצוין הדבר במפורט בגוף הנייר.

ב. רקע

ביקורת שיפוטית חוקתית – סמכותו של בית משפט לקבוע שחקיקה סותרת את החוקה ולכן בטלה – היא רכיב יסודי ומוכר כמעט בכל הדמוקרטיות החוקתיות בעולם. למנגנון זה היסטוריה ארוכה והצדקות וטעמים רבים, אך בבסיסו מדובר בכלי מרכזי לאיזון כוחו של הרוב הפרלמנטרי, כדי שלא ייעשה בכוח זה שימוש לפגיעה ביחידים או במיעוטים (למשל באמצעות חקיקה מפלה) או במשטר הדמוקרטי עצמו (למשל באמצעות חקיקה המסכלת בחירות עתיות חופשיות ותחרותיות). המקור המשפטי שמכוחו מבוצעת הביקורת השיפוטית החוקתית הוא בדרך כלל החוקה – טקסט משפטי שקובע את המחויבויות הדמוקרטיות והזהותיות של המדינה ואת הזכויות של האנשים החיים בה. כדי שהחוקה תספק כללי משחק ידועים ואחידים להליך הפוליטי הרגיל ותגן באופן עקבי על זכויות, היא אמורה להיות יציבה ("משוריינת" או "קשיחה") יותר מחקיקה רגילה, ובפרט חיוני ששינויה לא יהיה נתון בידי הרוב הפרלמנטרי הרגיל, שכן רוב זה אמור להיות מוגבל על ידי החוקה. כידוע, גם בהיעדר מסמך מקיף ושלם, לישראל יש משפט חוקתי מפותח ועשיר, שמכוחו הוגבלו בפועל – במידות שונות של הצלחה בהקשרים שונים – רשויות השלטון מפני פגיעה חסרת מעצורים ביחידים, במיעוטים, או במשטר הדמוקרטי. הדבר נעשה הן באמצעות מסורות חוקתיות שהמחוקקים קיבלו על עצמם בעבר, והן באמצעות פסיקה עקבית של בית המשפט העליון, מאז שנות ה-50, שקבעה הגבלות שונות על כוחו של השלטון לפגוע במשטר הדמוקרטי, בערכיו, ובזכויות של יחידים, של מיעוטים ואף של הרוב.

הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית הוכרה במשפט הישראלי בשורה של פסקי דין של בית המשפט העליון לאורך השנים. ראשית, החל משנת 1969 בוטלו כמה הוראות בחוקי הבחירות לכנסת משום שהן פגעו בעקרון השוויון בבחירות, הקבוע בחוק-יסוד: הכנסת (מבלי שהדבר נעשה ברוב הדרוש לשם כך לפי חוק היסוד). שנית, בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ב-1992, קבע בית המשפט העליון ב-1995 (בפסק דין **בנק המזרחי**), שהפירוש הראוי של חוקי יסוד אלה הוא שהוראותיהם גוברות על חקיקה רגילה של הכנסת, ולכן שחקיקה רגילה

שסותרת אותם חייבת לעמוד בתנאים הקבועים באותם חוקי יסוד כדי שתהיה תקפה. לפי תנאים אלה (הקבועים ב"פסקת ההגבלה" שבחוקי היסוד הללו), לא ניתן לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי היסוד אלא אם הפגיעה היא, בין היתר, "לתכלית ראויה" (דרישת התכלית) ו"במידה שאינה עולה הנדרש" (דרישת המידתיות).

בהמשך הרחיב בית המשפט העליון וקבע שגם חוקי היסוד האחרים נהנים מאותה עליונות, שכן מכלול חוקי היסוד נעשו במסגרת הסמכות המכוננת של הכנסת, שנשמרה מאז הכנסת הראשונה. בפועל, התכנים של כמעט כל חוקי היסוד שנחקקו עד כה בישראל דומים במידה רבה לפרקים בחוקות המוכרות מן העולם (כינון מוסדות השלטון וקביעת סמכויותיהם, הגנה על זכויות אדם ואזרח, והצהרה על ערכי המדינה ושאיוותיה). לכן, המבחן הצורני שנקבע בפסיקת בית המשפט לזיהוי דברי חקיקה במעמד חוקתי – הכותרת "חוק יסוד" – הלם גם את התוכן שהופיע בהם (תוכן "חוקתי"). כן עסק בין המשפט בפרשנות של זכויות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמסגרת זו קבע, בין היתר, שהזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות לשוויון, לפחות במונח של איסור הפליה השוללת את האוטונומיה של היחיד או מייחסת לו מעמד נחות בשל השתייכותו הקבוצתית; את הזכות לחופש הביטוי, ודאי הביטוי הפוליטי; ואת הזכויות לחופש הדת ולחיי משפחה.

מאז שנקבע ב-1995 שבית המשפט מוסמך להורות על בטלותם של חוקים שפוגעים בזכויות לתכלית שאינה ראויה או באופן לא מידתי, התנהלו בפני הערכאות השונות, ובעיקר בבג"ץ, מאות הליכים שבהם הוצגו טענות לבטלות חוק. הרוב המוחלט של הטענות הללו נדחו. בפועל קיבל בית המשפט העליון ב-22 מקרים טענות לבטלות חקיקה של הכנסת – בדרך כלל של סעיף או תת-סעיף מסוים מתוך החוק. ברבים מפסקי דין אלה נדרש בית המשפט להגן על קבוצות מיעוט שלהן נחיתות מובנית בהליך הפוליטי הרובני: עצירים (קציבת משך הזמן טרם הבאת חייל עצור בפני ביה"ד הצבאי; קביעת חובת נוכחות של עצור החשוד בעבירת בטחון בדיון בעניינו), אסירים (ביטול הפרטת בתי הסוהר), מתנחלים (הרחבת הסדר הפיצויים למפוני ההתנתקות), פלסטינים אזרחי ישראל (ביטול הפליה בהענקת הטבות מס ליישובי פריפריה), עניים (ביטול תנאי אי-החזקת רכב לזכאות להבטחת הכנסה), להט"ב (ביטול הפליה בגישה לפונדקאות). באחדים מפסקי דין אלה הגן בג"ץ על קבוצות שהן מודרות לחלוטין מההליך הפוליטי בישראל: פלסטינים תושבי הגדה המערבית (ביטול חוק ההסדרה), ומבקשי מקלט ומהגרי עבודה (ביטול משמורת ממושכת לשוהים לא חוקיים ללא משפט; ביטול הסדר הפיקדון).

כראוי בדמוקרטיה, כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם נקבעה בטלות הוראות בחוקי הכנסת – זכו לציות מלא מצד הרשויות המבצעות והמחוקקת. בכמה מן המקרים ההסדרים פשוט עברו מן העולם עם פסיקת בית המשפט ואין נוהגים לפיהם (למשל, הפרטת בתי הסוהר), ובמקרים אחרים הכנסת קידמה חקיקה מתקנת שתיקנה את הפגם החוקתי עליו הצביע בית המשפט (למשל, בנושא משך הזמן להחזקת חייל עצור טרם הבאתו בפני שופט).

לאורך השנים התייחס בית המשפט העליון, בעיקר בהערות אגב, לשאלה אם בסמכותו לקיים ביקורת שיפוטית גם על חוקי יסוד של הכנסת. השאלה נובעת מן המתח בין המעמד החוקתי העל-חוקי שנקבע לחוקי היסוד בפסיקת בית המשפט, מצד אחד, והעובדה שאין מניעה פורמלית מכל רוב בכנסת לחוקק חוקי יסוד תחת הכובע המכונן, ובדרך זו להכניס כביכול ל"חוקה" הישראלית החלקית תכנים שאינם חוקתיים מבחינת טיבם או שסותרים במהותם את ערכי היסוד של המערכת החוקתית. בשנים האחרונות, משגבר השימוש בחוקי יסוד לקביעת הסדרים כאלה, פיתח בית המשפט שתי דוקטרינות

לביקורת המצבים האלה: (1) הכלל בדבר ניצול לרעה של הסמכות המכוננת, אשר מבקר מצבים שבהם הכנסת קובעת בחוק יסוד הסדר שמעצם טבעו אינו מתאים כלל לסביבה החוקתית – למשל הסדר זמני (בעוד חוקה נועדה להיות יציבה וקבועה), או הסדר ספציפי ללא כל תחולה כללית כמו העברה תקציבית נקודתית. דוקטרינה זו הופעלה עד כה רק באמצעות "התראת בטלות" כלפי חקיקה חוקתית עתידית. (2) הכלל בדבר התיקון החוקתי הלא-חוקתי, אשר מבקר חקיקה חוקתית שתוכנה סוטה באופן קיצוני מאוד מערכי היסוד המבוטאים במכלול המקורות של השיטה החוקתית הישראלית – בעיקרו של דבר, היות ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. באמצעות דוקטרינות אלו הבהיר בית המשפט כי אין זה ראוי לנצל את הסמכות המכוננת לטובת הקואליציה המכהנת. בהקשר דומה קבע בית המשפט גם שהכנסת מחויבת להליך חקיקה תקין, שמטרתו להבטיח השתתפות נאותה של חברי הכנסת בתהליך יצירת החוק.

לצד מכלול זה, יצוין שב-1994 חוקקה הכנסת, ברוב גדול שבו היו שותפות מפלגות מן הקואליציה ומן האופוזיציה, "פסקת התגברות" במסגרת חוק-יסוד: חופש העיסוק. הוראה זו מאפשרת לכנסת לפגוע בחופש העיסוק גם אם הפגיעה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, בתנאי שהדבר נאמר במפורש בחוק המתגבר (הקרוי "חוק חורג") ונעשה ברוב של 61 חברי הכנסת לפחות. תוקפו של חוק חורג כזה הוא ל-4 שנים בלבד. עד כה עשתה הכנסת שימוש במנגנון ההתגברות שבחוק-יסוד: חופש העיסוק פעם אחת בלבד, כדי לאפשר הגבלה על יבוא בשר לא כשר לישראל – המטרה היחידה שלשמה בוצע תיקון זה.

ג. הצעות החקיקה הנוכחיות – כללי

התיקונים המוצעים לחוק-יסוד: השפיטה מוצגים על ידי מקדמיהם ככאלה המענגים לראשונה, באופן רשמי ובחוק יסוד, את הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית. אלא שהאופן שבו עוצבה הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בהצעות מרוקן אותה מכל תוכן מעשי. אכן, אם יאומצו ההצעות, ביקורת שיפוטית חוקתית תעבור מעשית מן העולם במסגרת המשפט הישראלי, על כל המשמעויות הכרוכות בכך, ובראשן הסכנה לפגיעה ביחידים, במיעוטים ובעיקרי המשטר הדמוקרטי, כמו גם בטובת הציבור כולו. להסדר המוצע כמה רכיבים מרכזיים (בהמשך יידונו במפורט ההסדרים הנקודתיים הנכללים ברכיבים אלה):

- (1) שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית של חוקי יסוד, ללא קביעת הגבלות על תכנם של חוקי יסוד או על הליכי חקיקתם.
- (2) ביקורת שיפוטית חוקתית (על חקיקה רגילה) תתאפשר רק במקרים של "סתירה מהותית" עם "הוראה מפורשת" בחוק יסוד (לפי הצעת השר) או אם החוק "סותר בבירור הוראה ששוריינה" בחוק יסוד (לפי הצעת יו"ר הוועדה).
- (3) ביקורת שיפוטית חוקתית תבוצע רק על ידי בית המשפט העליון, רק בהרכב מלא של שופטיו, ורק ברוב של 80% מכלל שופטי בית המשפט (לפי הצעת השר) או בהחלטה פה אחד בלבד (לפי הצעת יו"ר הוועדה).
- (4) פסק דין שביטל תוקפו של חוק לא ישמש תקדים לעניין תוקפו של חוק אחר (לפי הצעת השר).
- (5) הכנסת תוכל להתגבר על ביקורת שיפוטית חוקתית (לפי הצעת השר) או אף להתגבר מראש על חוק היסוד עצמו (לפי הצעת יו"ר הוועדה) באמצעות חקיקה מפורשת ברוב של 61 ח"כים.

שילוב הרכיבים האלה, על הפרטים הנכללים בהם שיוצגו להלן, משמעו שבפועל אין כמעט כל הגבלה חוקתית מעשית על הרוב הקואליציוני בכנסת, כלומר על הממשלה.

שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. אף שההצעות מאמצות במפורש את העליונות של חוקי היסוד על חקיקה רגילה, הן אינן קובעות כל מגבלה על הנושאים אותם ניתן להסדיר בחוקי יסוד, ואף לא על ההליך לחקיקתם. הן רק קובעות שלא תתאפשר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. במלים אחרות, לפי ההצעות, ניתן לחוקק כל הסדר שהוא בחוק יסוד, בכל רוב שהוא, והוראה כזו תהיה חסינה מביקורת שיפוטית. זהו הסדר שמזמין זילות של חוקי היסוד והפיכתם לכלי זמין וזול לעקיפה מוחלטת של הביקורת השיפוטית, לפגיעה בזכויותיהם של יחידים ומיעוטים, לפגיעה במשטר הדמוקרטי (למשל באמצעות פגיעה בשוויון בבחירות או הסמכת חירום לרשות המבצעת), ואף לחיסון הסדרים פוליטיים פרסונליים ומושחתים מפני הדין. הטיוטות שהוצגו לאחרונה לחוקי יסוד בנושא מדיניות ההגירה ובנושא לימוד תורה מעידות שאכן יש כוונה לכלול בחקיקת יסוד הסדרים מפורטים ונקודתיים מגוונים, שאין להם כל קשר לתפקידה של החוקה כמסדירה את כללי המשחק של הדמוקרטיה ושבחלקם פוגעים בזכויות האדם בצורה חמורה. הקביעה כי חוקי היסוד הם בבחינת נורמה חוקתית עליונה, יחד עם השימוש בהם לעיגון הסכמות פוליטיות צרות ונקודתיות, היא בבחינת החזקת המקל בשני קצותיו.

מודל הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה. גם אם הכנסת תפגע בזכויות או בהוראות אחרות המופיעות בחוקי היסוד בחקיקה רגילה ולא בחוק יסוד, מודל הביקורת השיפוטית המוצע הוא אחיזת עניינים: מצד אחד לכאורה תיתכן ביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקה, אבל מצד שני ההליך שעוצב עבור כך מרוקן אותה מתוכן מעשי, ומשמעותו שכמעט לא תתאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. כאן יש להתייחס לשלושה עניינים.

ראשית, בכל שנותיו, בית המשפט העליון מעולם לא ישב בהרכב של 15 שופטים (המצבת הנוכחית של בית המשפט בהרכבו המלא) – זהו מודל חריג שקשה ליישמו ולו מטעמים פרגמטיים של עומס, מניעות, מחלה, או היעדרות אחרת. מובן שמבחינה מעשית הרכב כזה יכונס רק באופן נדיר ביותר. שנית, לצד גודל ההרכב, גם הדרישה שפסילת חוקים תאושר על ידי לפחות 80% משופטי בית המשפט (כהצעת השר) או בהחלטה פה אחד בלבד (כהצעת יו"ר הוועדה) משמעה שהדבר יהיה נדיר ביותר אם בכלל יתאפשר. בית המשפט הוא מוסד מגוון, והסוגיות החוקתיות שהוא עוסק בהן חדשות, מורכבות, ומביאות לא אחת לשונות ולמחלוקת בקרב השופטים. במצבים כאלה נדרש כלל הכרעה סביר ומעשי, המתחשב גם במשקל המיוחד של פסיקה חוקתית. גם אם רוב פשוט אינו הכלל היחיד האפשרי, הסיכוי להשגת תמימות דעים כה רחבה בהרכב של 15 שופטים קלוש. זהו הסדר שמקטין למאוס את האפשרות לביקורת שיפוטית חוקתית, ומעשית מייחדה רק למקרים של חקיקה מופרכת לגמרי. לא ניתן לנתק נושא זה גם מן ההצעה לשנות את סדרי הבחירה של שופטים לבית המשפט העליון, שמטרתה מתן שליטה אפקטיבית לממשלה במינוי (לפי הצעת השר). במצב זה, צפוי שתוך שנים ספורות רבים משופטי בית המשפט העליון ימונו מקרב מועמדי הממשלה – כך שההיתכנות שיצביעו לביטול חוקיה של הממשלה נמוכים במיוחד. נתון זה מקטין עוד, עד לאפס, את הסיכוי הקטן ממילא להשיג הסכמה שיפוטית רחבה להחלטה על בטלות חוק.

שלישית, נוסף על המגבלות ההליכיות על הביקורת השיפוטית, ההצעות כוללות גם צמצום של העילות המהותיות לביקורת שיפוטית, בהגבילן את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית רק למצבים

שבהם חוק "סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק-יסוד" (הצעת השר) או, בדומה, אם חוק "סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-יסוד" (הצעת יו"ר הוועדה). לשון זו נועדה כמדומה לשלול פרשנות של הזכויות המנויות בחוקי היסוד ככוללות גם היבטים של זכויות נוספות, כפי שנעשה למשל עם איסור ההפליה כנגזרת של הזכות לכבוד. בפועל, זהו ניסיון לבטל זכויות חוקתיות הקיימות כבר כמה עשורים במשפט הישראלי. אם תתקבל פרשנות כזו לזכויות "מנויות", הרי שההצעות ישללו את הזכות החוקתית לשוויון, את הזכות החוקתית לחופש ביטוי, את הזכות החוקתית לנישואין ולחיי משפחה, את הזכות החוקתית לחופש דת ולחופש מדת, ועוד. מצב זה, של ביטול מידי של זכויות חוקתיות חשובות ומרכזיות במדינה ליברלית הוא חסר תקדים ופגע פגיעה אנושה בהגנה על זכויות אדם בכלל, וזכויות מיעוטים בפרט. הדבר חמור במיוחד שכן ההצעות להגביל את סמכותו של בית המשפט לפרש את הזכויות המנויות בחוקי היסוד אינן מלוות בהצעה לעגן מגילת זכויות משוריינת.

הסדר ההתגברות. אף אם יושג הרוב הדרוש ותתקיימה העילית לפסילה של חקיקת הכנסת, הכנסת רשאית, לפי הצעת השר, להתגבר על פסילה כזו ברוב קואליציוני מינימלי (61 ח"כים), באמצעות קביעה שהדבר שנעשה על אף האמור בפסק הדין שפסל את החוק. ההצעה אינה מחייבת שהכנסת תשקול בפועל את האמור בפסק הדין או תבחן חלופות לחקיקה שיהלמו אותו. למעשה ההצעה מתמרצת חקיקה של אותו חוק ממש ללא כל שינוי, שכן זהו תנאי להפעלת הסדר ההתגברות (חקיקת "חוק זהה"). חמורה מכך הצעת יו"ר הוועדה, שלפיה הכנסת רשאית להתגבר, ברוב קואליציוני מינימלי (61 ח"כים), על חוקי היסוד עצמם, כך שחוקים שתחוקק יהיו חסינים מפני ביקורת שיפוטית חוקתית אף ללא כל מעורבות של בית המשפט. נוסף על כך, בניגוד להסדר הקבוע בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ההצעות כוללות הסדרים המאפשרים להנציח את תוקפו של חוק מתגבר, אם הוא יאושר בחקיקה חוזרת על ידי כנסת עוקבת. הסדר ההתגברות המוצע כאן הוא אפוא מסלול שלישי המבקש לאפשר חקיקה קבועה הפוגעת בזכויות במפורש וללא הצדקה.

נזכיר כי כבר כיום הכנסת רשאית לפגוע בזכויות חוקתיות אם הפגיעה עומדת בתנאי ההצדקה של "פסקת ההגבלה" – בעיקרם, תכלית ראויה ומידתיות. מנגנון ההתגברות המוצע מאפשר לכנסת לפגוע בזכויות חוקתיות בלי לעמוד בתנאים כלשהם, כלומר בלי להציג כל הצדקה לפגיעה.

ביטול התקדים. לפי הצעת השר, יבוטל הערך התקדימי של פסק דין שקובע את בטלותו של חוק. הצעה זו עשויה לפגוע בתפקידו של בית המשפט כפרשן של הדין וביכולתם של יועצים משפטיים להציג עמדה לפיה חקיקה היא לא חוקתית, בהתבסס על פסיקה קודמת. באופן רחב יותר, ההצעה תפגע גם בתפקידם החיוני של פסקי דין חוקתיים כהזדמנות להבהיר את תוכן של נורמות משפטיות באופן כללי. למעשה מדובר בפגיעה בשלטון החוק, המחייב נורמות כלליות ומידה גדולה של ודאות משפטית. ביחד עם המנגנונים המסורבלים של פסקת ההתגברות, ההצעה מייצרת אי-ודאות גדולה בנוגע לדין הקיים עבור האזרחים והרשויות.

נציין כי בדברי ההסבר להצעה מובאות השוואות בין ישראל לבין מדינות אחרות, ובפרט מדינות ה-OECD, כהצדקה לשינויים המוצעים. ואולם, השוואות אלה מטעות משום שבאותן מדינות מתקיימים מנגנונים חוקתיים ופוליטיים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני ואשר חסרים בישראל, ובפרט מנגנונים אפקטיביים להגנה על זכויות יחידים ומיעוטים כמו מגילת זכויות נוקשה, כפיפות לטריבונלים בינלאומיים ועוד. נקודתית, גם הטענה כאילו הסדר ההתגברות המוצע כעת מתיישב עם ההסדרים הקיימים בקנדה אינה נכונה. בקנדה לא ניתן לעשות שימוש במנגנון ההתגברות

בהוראות הקשורות למבנה המשטר בכלל ולבתי המשפט בפרט. ניתן לחרוג רק מזכויות חוקתיות ספציפיות, ולא ניתן לחרוג באופן המפלה נשים, מפלה את בני האומות הראשונות (הילידים) או פוגע בהסדרים הקשורים לשפות הרשמיות ולכוחן היחסי של הפרובינציות בפדרציה כלל. לעומת זאת, מנגנון ההתגברות המוצע בהצעות הנוכחיות גורף, ואינו חס על איזו קבוצה שהיא. למרבה הצער, ההשוואה הרלוונטית להסדרים המוצעים היא למשטר כמו זה הקיים כיום בהונגריה, שבו דמוקרטיה חוקתית מתפקדת נרמסה באמצעות השתלטות רובנית על מכלול מוקדי הכוח החוקתיים במדינה, כולל ההליכים לתיקון החוקה ולבחירת השופטים.

התוצאה היא שלילה מוחלטת של ביקורת שיפוטית חוקתית בישראל, שמשמעותה – בהיעדר מנגנוני איזון אחרים כלשהם – יד חופשית לממשלה, באמצעות הרוב הקואליציוני שבשליטתה בכנסת, לחוקק כאוות נפשה כל הסדר, תהא חומרת פגיעתו בציבור כולו, בזכויות יחידים או מיעוטים, או במשטר הדמוקרטי אשר תהא.

ד. התייחסות פרטנית לסעיפי ההצעות

הדיון להלן יתייחס בעיקרו להצעת השר, הכוללת הסדרים רבים ומפורטים. במקומות בהם הצעת יו"ר הוועדה סוטה מהצעת השר, תובא התייחסות נקודתית גם להצעת יו"ר הוועדה. מכלול התיקונים המוצעים בהצעת השר בנושא הביקורת השיפוטית מיועדים להופיע בסעיף חדש – סעיף 15א – לחוק-יסוד: השפיטה. ההתייחסות לכן תהיה להלן לשלושה עשר סעיפי המשנה של סעיף 15א המוצע בהצעת השר.

ס"ק (א) [מקביל לסעיף 15א בהצעת יו"ר הוועדה]

לא ידון כל בית משפט, לרבות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בסעד או בטענה הנוגעים לתוקפו של חוק-יסוד; על אף האמור בסעיף 15 ובכל דין, לא יהא תוקף לפסק דין, צו או החלטה אחרים של כל בית משפט המבטלים או מגבילים את תוקפו של חוק-יסוד או של חלקים ממנו.

הסעיף אוסר על כל בית משפט הן לדון והן להחליט בטענות שנוגעות לתוקפו של חוק יסוד או חלקים ממנו. הוראה זו, כשהיא באה יחד עם ההגדרה הבלתי מוגבלת המופיעה בס"ק (יב) לתוכן שניתן לכלול בחוק יסוד, ובהיעדר כל הגבלה על הליך החקיקה של חוקי יסוד, משמעותה שהכנסת חופשית לכלול בחוק יסוד כל הסדר שהוא, בהליך חקיקה רגיל, בכל רוב, וללא כל אפשרות לביקורת שיפוטית. למעשה, סעיף זה, אם יתקבל, מרוקן מתוכן את הביקורת השיפוטית על חוקים – המצומצמת גם כך – אשר קבועה בנוסח הצעת החוק, וזאת משום שניתן יהיה להגדיר כל חוק כחוק יסוד אך כדי לחסנו מביקורת שיפוטית.

בכך שאינה קובעת מגבלות על הנושאים הראויים לחוקי יסוד, אינה יוצרת הליך מיוחד ליצירתם של חוקי יסוד, וקובעת כי לא תהא ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, מבקשת ההצעה לבטל פסיקה של בית המשפט העליון מהשנים האחרונות, שביקשה לקבוע גדרים למה ניתן לכלול בחוק יסוד כדי שישמר את מעמדו החוקתי. כך, קבע בית המשפט העליון (בפרשת שפיר) שלא ניתן לקבוע בחוק יסוד הוראות שאין להן כל אפיון חוקתי למשל כי הן זמניות או נעדרות תחולה כללית; וכן (בפרשת חסון) שלא ניתן לעשות שימוש בחקיקת יסוד כדי לקעקע את רכיבי הזהות המכוננים של מדינת ישראל – היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. נוסח הצעת החוק דוחה גישות אלה, הוראות בחוקה מסמך יסודי

וחשוב, וקובע שכל רוב בכנסת (במלים אחרות, כל רוב קואליציוני) יוכל לקבוע בחוקת המדינה איזו הוראה שירצה. זו כמובן סטייה מההבנה שבדמוקרטיה חוקה נוצרת בהסכמה רחבה מתוך מטרה לשמש ביטוי למאוויי הציבור כולו ולהגן על זכויותיו.

קביעה מפורשת ורשמית כחלק מן הטקסט החוקתי כי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת רשאית לכלול בחוק יסוד כל הסדר ולחוקקו ברוב רגיל, צפויה ליצור אפקט הרשאה (licensing) שיקל על מחוקקים לעשות שימוש בחקיקת יסוד פוגענית כדרך לחסום מראש ביקורת שיפוטית. זה יהיה המשך לתופעה שהתעצמה בשנים האחרונות של שימוש אופורטוניסטי בחקיקה חוקתית כדי לעגן עסקאות פוליטיות, קואליציוניות ופרסונליות שאין להן דבר עם תפקידה של חוקה כקובעת את סמכויות השלטון, כללי המשחק הדמוקרטי, וזכויות האדם והאזרח מול השלטון. גם טיוטות לחקיקת יסוד מהותית שהוצגו לאחרונה מלמדות על הכוונה לחסן הסדרים בעייתיים ופוגעניים מביקורת שיפוטית באמצעות עיגונם המלאכותי בחוק יסוד. כך למשל "הצעת חוק-יסוד: כניסה, הגירה ומעמד בישראל" (1568/24/פ) כוללת שורה של הוראות שכל מטרתן לאפשר חוקים שנפסלו בעבר על ידי בג"ץ עקב פגיעתם הלא מידתית בזכויות לכבוד, לחירות ולקניין של מבקשי מקלט ומהגרי עבודה בישראל. אם חוקי היסוד הופכים לחומר ביד היוצר עבור הרוב הקואליציוני בכנסת – לא רק להלכה אלא גם למעשה – הרי שניטל מהם המעמד החוקתי, והתוצאה היא כוח בלתי מוגבל לרוב השולט.

ס"ק (ב) [מקביל לסעיף 15ב(א)–(ב) בהצעת יו"ר הוועדה]

בית המשפט העליון בלבד רשאי להורות בפסק דין על ביטולו של חוק שאיננו חוק יסוד, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, בהתקיים כל אלה:

- (1) בית המשפט מצא כי החוק סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד;
- (2) פסק הדין ניתן בהרכב של כל שופטי בית המשפט העליון, למעט שופטים שנבצר מהם להשתתף בדיון במשך למעלה מ-30 יום מיום שנדרש בית המשפט העליון להכריע בעניין, ותמכו בהחלטה לבטל את החוק שמונים אחוזים מכלל שופטי בית המשפט העליון או יותר.

סעיף זה מסמיך את בית המשפט העליון בלבד להורות בפסק דין על ביטולו של חוק, קובע את עילת הבטלות המותרת, וקובע את ההרכב הדרוש לביטול כאמור. כל אחד מן הרכיבים בסעיף זה מעורר קשיים ותהיות, ושילובם יחד מונע ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. גם כאן, מבקשת ההצעה להציג את עצמה כאילו היא קובעת הסדר אשר מאפשר הגנה על זכויות חוקתיות, אך בפועל היא מרוקנת אותו מתוכן. כך, נוצרת מראית עין של משטר חוקתי תקין, המכסה על מתן כוח בלתי מוגבל לרוב הפוליטי. ונפרט:

- **ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון** – הסעיף קובע לכאורה לראשונה סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית חוקתית, אך מייחד סמכות זו לבית המשפט העליון בלבד. בכך סוטה ההצעה מן ההסדר שנהג עד כה במשפט הישראלי, ואשר נסמך על המסורת של מדינות המשפט המקובל שישראל נמנית עליהן, ולפיה הסמכות לקבוע את תוקפו של דין, כולל חקיקה ראשית, נתונה לכל ערכאה במערכת המשפט. בפועל, הרוב המכריע של הטענות וההחלטות בנושא ביקורת שיפוטית חוקתית נעשו בעשורים האחרונים בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ובמובן זה אין בהצעה חידוש משמעותי. בעולם קיימים מודלים שונים לביקורת שיפוטית חוקתית, חלקם מרכזים את הסמכות בערכאה עליונה אחת, אחרים מבזרים אותה לכל ערכאות השיפוט. המודל

הריכוזי מאפשר בירור מהיר ואיכותי של שאלות חוקתיות, בערכאה עם נראות ומשקל ציבורי. המודל הביזורי לעומת זאת מאפשר פסיקה מתוך הבנת ההקשר והמשמעות המעשית של הסדר חוקי שנטען שאינו חוקתי, וכן באמצעות גישה רחבה יותר לערכאות. תוצאת הריכוז של כל סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית בבג"ץ היא שמעטה שאלות חוקתיות יידונו, אם בכלל, בהליך ריכוזי בפני בג"ץ "על כל הקופה".

את ייחוד הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית לבית המשפט העליון יש לקרוא, בנוסף, גם בהקשר להצעת השר לשינוי ההליך לבחירת שופטים, אשר יכפיף באופן מעשי את הוועדה לבחירת שופטים לכוחה הרובני של הממשלה. במצב כזה, צפוי שבית המשפט העליון – שמכהנים בו שופטים ספורים בלבד ושתשומת הלב הפוליטית במינוי שופטיו ובקידומם למשרת נשיא בית המשפט מוגברת (יחסית להליכי המינוי של שופטי הערכאות הנמוכות) – ייטה לאורך זמן לצדד יותר בעמדות הממשלה, כלומר לדחות יותר עתירות לביקורת שיפוטית חוקתית. מעשית, שליטה קואליציונית במינוי שופטי העליון, לצד ריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידיהם, משמעה שליטת הממשלה בביקורת השיפוטית עצמה.

- **"ביטולו של חוק"** – הסעיף מסמיך לכאורה את בית המשפט העליון "לבטל" חוקים של הכנסת. אלא שזהו אפיון שגוי של הביקורת השיפוטית החוקתית, ודאי במסורת המשפט המקובל. בית המשפט אינו "מבטל" חוקים, אלא קובע את בטלותם, משום שהם סותרים את החוקה. זה אינו הבדל סמנטי בלבד, כי הוא משקף תפיסה שגויה של תפקיד בית המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית: בית המשפט אינו רשאי ליישם או לאכוף חוק שאינו תקף. לכן בית המשפט חייב לבחון את תקפות החוק העומד לפניו טרם פסיקה. תנאי התוקף של החוק קבועים בחוקה (הכתובה או הנוהגת), למשל: דרישת רוב בשלוש קריאות, או עמידה בדרישת המידתיות לצורך פגיעה בזכות. אם חוק אינו מקיים את תנאי התוקף הקבועים בחוקה, בית המשפט חייב לקבוע שהוא אינו תקף, או במילים אחרות – בטל. בכך הוא מממש את העיקרון של שלטון החוקה על המחוקק. אי-החוקתיות של החוק לא נובעת מהחלטת בית המשפט אלא מכך שהמחוקק חרג מסמכותו. בית המשפט מזהה ומצהיר על חריגה זו, וקובע מה משמעותה.
- **"סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד"** (בהצעת יו"ר הוועדה: "סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק יסוד") – במלים אלה, קובעת ההצעה הסדר חדש של ביקורת שיפוטית חוקתית, המצמצם משמעותית את יכולתו של בית המשפט להגן על יחידים ומיעוטים מפני פגיעה בזכויות ועל המשטר הדמוקרטי מפני חתירה תחת יסודותיו.

– ראשית, ההצעה קובעת רף גבוה מזה הקיים לביקורת שיפוטית חוקתית. ההצעה מאפשרת ביקורת שיפוטית של חקיקה רק במקרים שבהם חוק סותר חוק יסוד סתירה "מהותית" (או, לפי הצעת יו"ר הוועדה, סותר חוק יסוד "בבירור"). מובן שמטרת ההוראה לצמצם עוד את הנסיבות שבהן תתאפשר ביקורת שיפוטית. אכן, המודל הקיים כיום בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם מבוסס על הגדרה רחבה של מושג הזכות, במובן זה שכל הגבלה על הזכות תחשב לפגיעה בה, ופגיעה זו מקימה חובה על המדינה להציג הצדקה לפגיעה, שנבחנת באמצעות מבחני פסקת ההגבלה (בעיקר, עקרון המידתיות על רכיביו השונים). ההצעה הנוכחית קובעת, כך נראה, שאם הפגיעה בזכות אינה "מהותית" (או אינה "ברורה"), לא נדרשת המדינה כלל לספק הצדקה לפגיעה במסגרת פסקת ההגבלה, ולמעשה היא אינה מסבירה כלל מה היחס בין דרישת ה"מהותיות" ותנאיה של פסקת ההגבלה. לכאורה, זהו פתח להפרות רבות של זכויות והסדרים

חוקתיים אחרים, שייעשו ברמה "נסבלת" כך שלא יחצו את רף ה"מהותיות" אך עדיין יהיו הפרה של החוקה. כמובן, גם השאלה מהי סתירה "מהותית" לא נענית בהצעה, כך שניתן לתהות למשל מהו משך הזמן שמעבר לו דחייה של מועד הבחירות תיחשב סתירה "מהותית" (או "ברורה") לחוק-יסוד: הכנסת – חצי שנה? שנה? שנתיים? לבסוף, ההצעה גם אינה מבהירה את משמעות הביטוי "סתירה", וכיצד הוא מתיישב עם הלשון הנוכחית של חוקי היסוד שעוסקת ב"פגיעה" של הוראות הקבועות בהם (או "שינוי" של הסדרים המופיעים בהם).

– שנית, ההצעה מאפשרת ביקורת שיפוטית חוקתית רק במצבים של סתירה של "הוראה מפורשת" בחוק יסוד (או, בהצעת יו"ר הוועדה, "הוראה ששוריינה" בחוק יסוד). בכך היא מבקשת לשלול, ככל הנראה, את האפשרות של בית המשפט העליון לפרש את לשון חוקי היסוד באופן שייתן להם את המובן המשפטי המלא שלהם, בהתחשב בתכליתם ובהשתלבותם במרקם החוקתי של המשפט הישראלי. נקודתית, בעבר פירש בית המשפט העליון את הזכות לכבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ככוללת גם היבטים מסוימים של הזכויות לשוויון, לחופש הביטוי, לחופש דת, חופש מדת, לחיי משפחה ונישואין, להורות, ולחופש המצפון. המילה "שוויון" אומנם אינה מופיעה בחוק היסוד, אך בית המשפט קבע – ובצדק – שחוק הקובע הטבות מס לאזורי פריפריה, תוך החרגה מלאכותית ומכוונת של ישובים ערביים מרשימת הישובים הנהנים מן ההטבה, יש בו משום "זלזול בוטה במעמדו השווה של האדם בעיני הרשויות", העולה כדי פגיעה בכבודו (פרשת נסר).

בהתחשב בכך שהלשון החוקתית היא מעצם טיבה כללית וערכית, לא ניתן ליישמה באופן מעשי בלי להקנות לה פרשנות המזינה אותה בתוכן שאינו מגוסס בה מפורשות. ביקורת שיפוטית חוקתית מכוח הוראות "מפורשות" בלבד נועדה גם היא לצמצם מאוד את ההגבלה על יכולתו של הרוב בכנסת לפגוע בזכויות ובהסדרים חוקתיים אחרים. אם אומנם חוקים הפוגעים בשוויון כלל לא יהיו נתונים לביקורת חוקתית, תהיה בכך משום פגיעה קשה באופייה הדמוקרטי של ישראל. הדבר נכון, בפרט, לאור הסביבה החוקתית הנוכחית הכוללת את חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. כידוע, כאשר נחקק חוק יסוד זה הוצגה הטענה שאין צורך לכלול בו את עקרון השוויון משום שעיקרון זה כבר מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באמצעות הפירוש נתן לו בית המשפט העליון. ככל שההצעה הנוכחית מבקשת לבטל את העיגון הזה, הדבר ימנע מבית המשפט להגן על מיעוטים מפני פגיעה בידי הרוב בכנסת, וזאת בלי לקבוע את עקרון השוויון החוקתי בחוק יסוד אחר, כגון חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

- **ההליך לביקורת שיפוטית חוקתית** – על פי הסעיף בית המשפט יוכל להכריז על בטלותו של חוק רק בהרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון (כיום 15), ורק ברוב של לפחות 80% משופטי בית המשפט (כיום 12). אומנם, במקרה בו נבצר משופט לכהן בהרכב מטעמים זמניים (מחלה, חופשה, וכדומה), ניתנים 30 ימי המתנה ואחריהם ניתן לקיים את הדיון גם בהרכב שגודלו פחות מכלל שופטי בית המשפט. עם זאת, דרישת הרוב של 80% מכלל השופטים נותרת בעינה. במלים אחרות, אם נבצר, למשל, משני שופטים לכהן בהרכב (למשל מטעמי מניעות), ידון בעתירה הרכב של 13 שופטים ועדיין יידרש רוב של 12 כדי לקבוע את בטלותו של חוק. מובן שדיון בהרכב מלא של בית המשפט העליון לא יוכל להתקיים באופן תדיר, ומשמעות הדברים היא שעתירות לבטלות חוק יידונו מעשית לעתים נדירות בלבד.

הרוב החריג הדרוש לקביעה בדבר בטלות חוק מלמד שמעשית, רק דברי חקיקה קיצוניים ומופרכים לגמרי צפויים להשיג תמיכה רחבה כל כך לקביעת הבטלות; ובמצבים כאלה, כמאמר השופט לרנד הנד, גם בתי המשפט כבר לא יצילו אותנו מעצמנו. בנוסף, בהתחשב בהצעת השר לשינוי הליך בחירת השופטים כך שלממשלה תהיה השפעה גדולה על זהות השופטים, הסיכוי שיושגו 80% קולות לסתירה של חקיקה ממשלתית פוחת עוד יותר. הנה כי כן, מה שנדמה כמהלך להסמכת בית המשפט העליון לביצוע ביקורת שיפוטית חוקתית הוא למעשה מהלך לביטול ההיתכנות שביקורת שיפוטית כזו תבוצע אי פעם. גם אם ייקבע שחוק בטל במסלול זה, פסקת ההתגברות אורבת מעבר לפינה כדי להפוך גם קביעה זו.

חשוב להתייחס כאן לטענה מוכרת במשפט ההשוואתי ביחס לרוב שבו ראוי שבית משפט עליון יקבע את בטלותו של חוק. זוהי הטענה שלפיה חקיקה ראשית זכאית ליהנות מ"חזקת תקינות", וכדי לסתור חזקה זו ולקבוע שחוק אינו חוקתי יש לשכנע שופטים רבים ולא די ברוב רגיל. טענה זו אינה תופסת בישראל. "חזקת תקינות" כזו ראוייה במצבים שבהם קיימות במשפט הגבלות אפקטיביות על כוחו של הרוב הפרלמנטרי – למשל חוקה נוקשה, או שני בתי פרלמנט. בישראל כאמור אין הגבלות כאלה, והחשש מפני חקיקה פוגענית שעוברת בכוחה הלא מוגבל של הקואליציה השלטת גדול. ואכן, במרבית מדינות העולם אין צורך ברוב שיפוטי מיוחד לפסילת חוק. רק במדינות ספורות בעולם קיים כלל הדורש רוב שיפוטי מיוחד לצורך ביצוע ביקורת שיפוטית חוקתית (צ'כיה, קוסטה ריקה, מרוקו, ניקרגואה, רוסיה, דרום קוריאה, לבנון, מקסיקו, צ'ילה, פרו ואל סלבדור). רק בשלוש מן המדינות הללו הרוב הדרוש הוא 80% ומעלה; כשהכלל הנפוץ ביותר בקרב אותן מדינות הוא רוב של שני שלישים. בגרמניה מספר השופטים בהרכב של בית המשפט החוקתי הוא זוגי (8) כך שלא ניתן לבטל חוק על חודו של קול, אך לא דרוש רוב מיוחד מעבר לכך.

לבסוף, יש לקרוא את הדרישה המחמירה לקביעת בטלותו של חוק לאור הקלות המופלגת שבה ניתן להפעיל, על פי ההצעה, את פסקת ההתגברות. ניתן היה לצפות כי ככל שהרוב הנדרש לקביעת בטלות גבוהה יותר, כך גם הרוב יגדל הרוב שיידרש לצורך התגברות על פסיקה כזו. בפועל, אין דרישת רוב מיוחד להתגברות כזו. גם בהיבט זה ההצעה אינה מאוזנת כלל.

הצעת יו"ר הוועדה קיצונית עוד יותר: נקבע בה שביקורת שיפוטית חוקתית תתאפשר רק אם תושג הסכמה פה אחד של כל שופטי בית המשפט העליון. הסיכוי שתוצאה כזו תתאפשר הוא אפסי. עם זאת, היות שגם רוב של 80% שופטים יהיה כמעט בלתי מושג, ההבדל המעשי ביניהן לא גדול. אכן, שתי ההצעות מעמידות באור מתמיה את הביקורת הידועה על חוסר הגיוון בבית המשפט: היא מפקידה בידי שופטים בודדים את כוח הווטו, ובהנחה שהשופטים שיתנגדו לפסילה מונו על ידי הקואליציה המכהנת או שותפים לדעותיה, היא הופכת את הגיוון הרצוי בין השופטים לאמצעי להעצמת הרוב הקואליציוני ולמתן היתר לפגיעה בזכויות ובמשטר הדמוקרטי ללא כל ביקורת אפקטיבית.

ס"ק (ג)

בית המשפט העליון רשאי לתת צו ביניים בעניין תוקפו של חוק שאיננו חוק יסוד עד למתן פסק דין, אם מצא כי התקיימו כל אלה:

- (1) בית המשפט מצא כי יש אפשרות ממשית שהחוק יימצא סותר סתירה מהותית הוראה מפורשת בחוק יסוד וכי בהיעדר צו ביניים תיגרם פגיעה חמורה ובלתי הפיכה לעיקרון המעוגן בחוק יסוד;
- (2) בהחלטה על מתן הצו תמכו שמונים אחוזים משופטי בית המשפט העליון או יותר;
- (3) תוקפו של צו ביניים כאמור איננו עולה על חודש ימים ותוקפם המצטבר של צווי הביניים כולם ביחס לאותו החוק איננו עולה על שלושה חודשים.

סעיף זה עוסק בכללים למתן צו ביניים, אשר מקפא את פעולתו של חוק שעומד לבחינת בית המשפט בעתירה לביקורת שיפוטית חוקתית. מדובר בהליך נדיר ביותר, שבו בית המשפט קובע שעד ההכרעה בעתירה החוק לא ייכנס לתוקפו. צו ביניים דרוש אם כניסה מידית לתוקף של החוק שעומד לבחינת בית המשפט תגרום כבר לתוצאות פוגעניות בשטח, שלא ניתן יהיה לבטלן בדיעבד אם ייקבע שהחוק בטל. היות שבית המשפט כמעט מעולם לא נתן צו ביניים ביחס לתוקפה של חקיקה – בהכירו במורכבות של הקפאת חוק של הכנסת טרם נקבע שהוא לא חוקתי – ספק אם סעיף זה יביא לשינוי ממשי ביחסי הכוחות בין הרשויות. יחד עם זאת, בהתחשב בכך שחברים בקואליציה הודיעו שבכוונתם לקדם הצעות חקיקה כמו למשל שלילת אזרחות ואף עונש מוות למורשעים בעבירות ביטחון – סנקציות חמורות ובלתי הפיכות – ייתכן שיידרש בעתיד שימוש תדיר יותר בצווי ביניים שיקפאו חקיקה עד הכרעה בתוקפה.

בהתחשב בכך, יש לשוב ולציין שתי נקודות. ראשית, גם כאן הופעל הכלל של רוב חריג של 80% מכלל שופטי בית המשפט לצורך מתן צו ביניים. למרות שקל יותר להשיג הסכמה שיפוטית על צו ביניים מאשר על פסק דין סופי, מדובר כאמור בחסם גבוה ביותר. שנית, וחמור יותר, על פי ההצעה צווי ביניים בעתירה נגד חוק יעמדו בתוקפם לכל היותר במשך שלושה חודשים. המשמעות המעשית היא שאם ניתן צו ביניים המקפא כניסתו של חוק לתוקף, בית המשפט יהיה חייב להכריע בעתירה לגופה טרם פקיעת צו הביניים, כלומר בטווח של בין חודש לשלושה חודשים. זהו סד זמנים בלתי אפשרי, שאינו מתחשב בשלבי ההליך הבג"צי ומטיל לחץ ייחודי ובלתי רצוי על בית המשפט – הדן בהרכב של 15 שופטים! – לפסוק בהקדם, פן פסיקתו תהיה לא רלוונטית אם וכאשר ייקבע שהחוק לא תקף.

ס"ק (ד)

קבע בית המשפט העליון בפסק דין כאמור כי חוק איננו תקף, רשאי הוא לתת הוראה או סעד יחסיים הנראים לו דרושים בנסיבות העניין, לרבות קביעה בדבר מועד התחילה של הוראת הבטלות.

סעיף זה חוזר על הסמכות הקיימת של בית המשפט בעתירה חוקתית לתת סעדים מגוונים, כולל כאלה שאינם עולים כדי בטלות.

ס"ק (ה)

כוחו של פסק דין כאמור בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג) יפה רק לעניין הוראת החוק שנדונה בו והוא לא יישמש תקדים ביחס לתוקפו של חוק אחר.

זהו סעיף לא ברור שתכליתו עמומה, וכמה מן המובנים האפשריים שלו בעייתיים ביותר. ראשית, כבר כיום קובע סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה באופן פורמלי כי שבית המשפט העליון אינו מחויב

בפסיקותיו שלו; אלא שההלכה הפסוקה, במסורת המשפט המקובל, מייחסת משקל משמעותי לפסיקות קודמות ונוטה לכבדן בהיעדר שינוי בדין או בנסיבות. נתון זה מאפשר גם לגורמים נוספים להסתמך על פסיקות עבר של בית המשפט העליון, ולצפות שישם אותן במקרים עתידיים באופן קוהרנטי המחויב ליציבות הדין.

נראה שאחת המטרות של שלילת עקרון התקדים בעתירות חוקתיות היא למנוע מן הייעוץ המשפטי בממשלה ובכנסת לחוות דעה כי הצעת חוק מסוימת אינה חוקתית ולא תעמוד במבחן בג"ץ, על סמך פרשנות של תקדימים ביחס לחוקים דומים. הדבר ינטרל את השפעתן הברוכה של פסיקות חוקתיות של בית המשפט על הליך החקיקה בכנסת, יקשה על מיתון הפגיעה בזכויות במסגרת תהליך ניסוח החקיקה, ויביא לכך שהכנסת תחזור ותחוקק חוקים הפוגעים בזכויות ובמשטר הדמוקרטי גם אם הפגיעה הגלומה בהם דומה מאוד מבחינת מהות ומידה לחוקים שנפסלו כבר על ידי בית המשפט. יהיה בכך גם תמריץ שלילי למחוקקים לתקן חקיקה שנמצא כבטלה על ידי בית המשפט בעליון באופן שיעמוד בקביעות החוקתיות של בית המשפט, משום שבית המשפט עצמו יהיה מנוע מלהסתמך על קביעות אלה אם וכאשר תשוב החקיקה המתוקנת לבחינתו. התוצאה של תרחישים כאלו היא פגיעה בשלטון החוק אשר דורש קיומן של נורמות כלליות ומידה גדולה של ודאות משפטית.

זאת ועוד. יישום מילולי של הסעיף עלול לפתוח מסלול נוסף להתעלמות מפסיקות חוקתיות של בית המשפט, נוסף על הסדר ההתגברות (שיידון להלן). על פני הדברים, אם בית המשפט הורה על בטלות חוק של הכנסת, והוראות החוק הבטל נחקקות מחדש, באותה לשון ממש, ב"חוק אחר" – אין לפסיקתו החוקתית של בית המשפט ביחס להוראות אלה כל משקל בעתירה חדשה נגד החוק החדש. המשמעות היא, לכאורה, שניתן יהיה לשוב ולחוקק הוראות בטלות, ולדרוש מבית המשפט לדון בהן מחדש פעם אחר פעם – מן הסתם עד שיושג המספר הדרוש של שופטי העליון לאישור תוקפו של החוק. מסלול זה עשוי להתפתח למסלול "עוקף התגברות", שיחייב את בית המשפט לשוב ולדון בחוקתיותם של אותם חוקים, או חוקים דומים מאוד, פעמים רבות.

ס"ק (ו)

בית משפט אינו רשאי להורות לכנסת לחוקק חוק יסוד או חוק, להימנע מלחוקק חוק יסוד או חוק, להורות על עיכוב בהליכי חקיקתם בכנסת או הכנתם על ידי הממשלה, ואין הוא רשאי למנוע פרסומם ברשומות או את כניסתם לתוקף בכל דרך אחרת.

זהו סעיף נוסף שמנוסח באופן כללי כל כך שהוא עשוי לחול על מגוון עצום של סיטואציות, שביחס לחלקן תחולתו הגיונית אך ביחס לחלקן היא אינה הגיונית. בית המשפט העליון קבע בשורה של פסקי דין שהוא אינו מורה לכנסת לחוקק – לא חוקים ולא חוקי יסוד. בדומה, בית המשפט קבע שהתערבות בהליכי החקיקה של הכנסת בעודם מתנהלים תהיה נדירה ביותר, וככלל טענות שמועלות נגד חוקים בעודם בשלבי החקיקה בכנסת נדחות. יחד עם זאת, בית המשפט כן נוהג לקחת בחשבון בשקילת עתירות שונות את העובדה שהמדינה עוסקת בקידום חקיקה שתסדיר בצורה חדשה את הנושא הנדון בעתירה – זהו נתון שמשמש בדרך כלל בסיס לסילוק עתירה על הסף או לעיכוב הטיפול בה עד שיוברר המצב המשפטי.

המסקנה המתבקשת היא שסעיף זה אין עניינו תיקון של מגמה לא רצויה כלשהי בפסיקה הקיימת של בית המשפט העליון, כי אם היערכות למצבים עתידיים שבהם – חוששים המציעים כמדומה –

יתערב בית המשפט בתחומים שלא עסק בהם כלל עד כה. אלא שאם תתרחשנה נסיבות כאלה הרי יהיה מדובר בנסיבות שבהן התערבות של בית המשפט תוך כדי הליך החקיקה תידרש לשם מניעת הפרות חמורות של החוק וכללי תקנון הכנסת – למשל מניעת הצבעה של חברי כנסת מסוימים, שלילה שרירותית של זכות השתתפות בדיוני ועדות, או השלמת חקיקה בלי שלוש קריאות. מניעת פרסום ברשומות עשויה להידרש, למשל, אם הממשלה תורה למדפיס הממשלתי לכלול בספר החוקים מסמך שלא עבר חקיקה בכנסת כלל, או שעברה בהליך או במוסד שנקבע שהוא בטל בפסיקה. מובן שאלו מצבים קיצוניים ביותר; אלא שאלו הנסיבות ההגיוניות היחידות שבהן התרחיש המתואר בסעיף עצמו נהיה רלוונטי.

ס"ק (ז)–(ט) [מקביל לסעיף 15(ג)–(ד) בהצעת יו"ר הוועדה]

(ז) הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, לרבות בצו ביניים, כאמור בסעיפים קטנים (ב), (ג) או (ד), וחוקקה הכנסת לאחר מכן חוק זהה לו, לא יוכל בית המשפט לבטלו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו במשך ארבע שנים או עד חלוף שנה מיום השבעתה של כנסת חדשה לאחר חקיקת חוק כאמור – לפי המאוחר, אם נתקיימו כל אלה:

(1) החלטת בית המשפט העליון אשר ביטלה כאמור את החוק שקדם לו לא נתקבלה בהסכמת כל שופטיו;

(2) הכנסת חוקקה את החוק כאמור ברוב חבריה;

(3) נאמר בחוק כי הוא יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט;

(ח) חוקקה הכנסת חוק כאמור בסעיף קטן (ז) ובנסיבות כאמור בסעיף קטן זה וכנסת שהושבעה לאחר הכנסת שחוקקה חוק כאמור שבה וחוקקה ברוב חבריה חוק זהה לחוק כאמור, לא יוכל בית המשפט העליון לבטל את תוקפו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו – ללא מגבלת זמן.

(ט) הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו, לרבות בצו ביניים, כאמור בסעיפים קטנים (ב), (ג) או (ד), והחלטת בית המשפט בעניין נתקבלה בהסכמת כל שופטיו וחוקקה הכנסת לאחר מכן חוק זהה לו, לא יוכל בית המשפט לבטלו, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו אם נתקיימו כל אלה:

(1) הכנסת חוקקה את החוק כאמור ברוב חבריה;

(2) נאמר בחוק ובנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה ראשונה כי הוא יעמוד בתוקפו על אף האמור בפסיקת בית המשפט;

(3) החוק נחקק על ידי כנסת שהושבעה לאחר הכנסת אשר חוקקה את החוק שבית המשפט העליון הורה על ביטולו.

זהו הסדר ההתגברות המוצע בהצעת השר. טרם כניסה לפרטיו, יש להדגיש שבהתחשב במכלול ההוראות האחרות הנכללות בהצעה, ספק אם יהיה צורך של ממש לעשות שימוש בהסדר זה. היות שניתן לחסן כל חקיקה מביקורת שיפוטית באמצעות קביעתה בחוק יסוד (ברוב רגיל); והיות שההליך לביקורת שיפוטית חוקתית וההליך לבחירת שופטים מצמצמים עד מאוד את הסיכוי שבית המשפט יקבע בפועל את בטלותם של חוקים – הצורך בהסדר ההתגברות יהיה מן הסתם נמוך.

לגוף ההסדר המוצע:

- התגברות בדיעבד.** ההתגברות המוצעת בהצעת השר היא התגברות "בדיעבד", כלומר כזו שמתאפשרת רק אחרי ביקורת שיפוטית חוקתית, ולא כאמצעי לחסן מראש חקיקה פוגענית מפני ביקורת שיפוטית; זאת בשונה מפסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק שמאפשרת גם התגברות מראש. זהו הסדר עדיף על התגברות מראש מפני שהתגברות בדיעבד מתקיימת במצב שבו בית המשפט העליון כבר ביקר את החוק ומצא אותו לא חוקתי, כלומר פוגע בזכויות או סותר חוקי יסוד אחרים ללא הצדקה. עם זאת, ההסדר המוצע אינו מחייב את המחוקקים לשקול את פסק הדין או לבטא התחשבות כלשהי בו, מעבר להכרה בכך שהוא ניתן. למעשה, היות שההתגברות אפשרית רק באמצעות חקיקת "חוק זהה" לזה שנמצא כבטל, ההסדר מתמרץ את הכנסת להימנע מניסיון לנסח חוק חלופי שייתן מענה לקשיים החוקתיים שהובילו לבטלות החוק המקורי. יתר על כן, אין כל מגבלה על אופייה של הפגיעה בזכות או במשטר הדמוקרטי המתאפשרת באמצעות התגברות, לא במישור המהותי ולא במישור הכמותי. זהו הסדר שאין לו אח ורע במדינות דמוקרטיות.

הצעת יו"ר הוועדה להסדר ההתגברות חמורה אף יותר בהיבט זה: היא מאמצת את המודל של התגברות מראש, כלומר אפשרות לכנסת לחוקק חוק ולקבוע בו שהוא תקף על אף האמור בחוק יסוד – ובדרך זו לחסן אותו כליל מפני ביקורת שיפוטית.
- רוב של חברי הכנסת.** ההצעה מסתפקת ברוב פשוט של 61 חברי הכנסת כדי להפעיל את מנגנון ההתגברות, בדומה לפסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק. כידוע זהו רוב נומינלי בלבד, משום שכל קואליציה מאורגנת אמורה להיות מסוגלת לגייס 61 קולות לתמיכה בחוקיה בכנסת. המשמעות היא – כמו בהסדרים האחרים בהצעה – שרוב קואליציוני פשוט יכול לכפות את רצונו לפגוע באופן לא מידתי בזכויות או לסטות מהסדרים משפטיים אחרים, ללא צורך במאמץ מוגבר כלשהו. מודלים חלופיים שהוצעו בעבר להתגברות ברוב מיוחד (למשל 70 או 80 חברי הכנסת) – נזנחו. כאמור, חוסר האיזון המגולם בהסדר זה אף מוחמר עקב הרף הגבוה הנדרש בהצעה לקביעת בטלותו של חוק על ידי בית המשפט.
- משך התוקף של החוק המתגבר.** לפי הצעת השר, התגברות על ידי אותה הכנסת שחוקקה את החוק שנמצא כבטל אפשרית רק אם פסק הדין של בית המשפט ניתן בדעת רוב (של לפחות 80% משופטי בית המשפט). במקרה כזה, לא ניתן יהיה לקבוע כי החוק המתגבר בטל למשך ארבע שנים (או עד שנה אחרי הבחירות, לפי המאוחר). הסדר זה פוגעני הרבה יותר מההסדר הקבוע בפסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק, שם נקבע כי החוק המתגבר פוקע לאחר ארבע שנים. למעשה, לפי ההסדר המוצע, כדי לקבוע כי חוק מתגבר בטל לאחר ארבע שנים, תידרש עתירה נוספת לבית המשפט העליון בתום התקופה. לאור הרף הגבוה ביותר לקביעת בטלות על ידי בית המשפט, קלושים מאוד הסיכויים כי תיקבע בטלות בפעם שנייה, ועל כן החוק הלא חוקתי צפוי להתקיים ללא כל מגבלת זמן.

זאת ועוד, ההצעה כוללת גם מנגנון לקיבועו של חוק מתגבר מעבר לתקופת ארבע השנים, תוך סטייה מן האופי הזמני והחריג של חוק מתגבר: חקיקה מחדש של החוק שבית המשפט קבע את בטלותו בידי הכנסת העוקבת. התגברות – ללא הגבלת זמן – על ידי הכנסת העוקבת אפשרית, בין אם הביקורת השיפוטית נעשתה בדעת רוב, ובין אם הייתה פה אחד. במלים אחרות, גם אם כל 15 שופטי של בית המשפט העליון – הממונים, כזכור, בהליך בשליטת הממשלה – סברו שחוק שחוקקה הכנסת אינו חוקתי ולכן בטל, הכנסת הבאה רשאית עדיין לחוקקו כחוק קבוע, ברוב

קואליציוני רגיל. הרציונל המוצג להסדר זה הוא שהבחירות לכנסת יבטיחו זירה דמוקרטית לדיון אודות החוק, ואם הציבור יבחר מחדש לכנסת רוב של מחוקקים שתומכים בקיום החוק, יש לאפשר זאת.

אלא שרציונל זה פגום בשתיים: ראשית, כידוע, מערכות בחירות בדרך כלל אינן נסובות על גורלו של חוק מסוים כזה או אחר. ההצבעה למפלגה מבטאת מכלול רחב של אינטרסים, ערכים, העדפות וזהויות, ונדיר שניתן לפרש תוצאות של בחירות לכנסת כמגלמות עמדה ציבורית נקודתית ביחס לשאלת מדיניות ספציפית כמו רציותו של חוק כזה או אחר. שנית, חוק שאינו חוקתי ממשיך להיות לא חוקתי גם אם רוב בציבור בחר לכנסת מחוקקים שתומכים בשימורו. הרי עצם התכלית של הביקורת השיפוטית החוקתית היא להגביל את כוחו של הרוב במצבים בהם יש חשש שינוצל לרעה, כלומר יפגע בזכויות או בעיקרי המשטר הדמוקרטי ללא הצדקה. זמניותה של ההתגברות מבטאת את הרתיעה העקרונית של השיטה החוקתית מחוקים שסוטים באופן מפורש מן הערכים החוקתיים, וקיומן של בחירות לא מסיר פגם זה. מצב דברים זה אף מחמיר לאור העובדה, כאמור, שאין כל מגבלה על זכויות שעליהן ניתן להתגבר, כולל זכויות שקשורות להליך הדמוקרטי עצמו. הצעת יו"ר הוועדה כוללת הסדר מעט שונה בנוגע למשך תוקפו של חוק מתגבר, אף שמהותו דומה לזו של ההסדר המופיע בהצעת השר. לפי הצעת יו"ר הוועדה, חוק מתגבר יהיה חסין מפני ביקורת שיפוטית עד שנה מסיום כהונתה של הכנסת שחוקקה אותו (כלומר פרק זמן של בין שנה לחמש שנים, תלוי במועד החקיקה של החוק המתגבר במהלך תקופת הכהונה של הכנסת). אחרי מועד זה, ניתן יהיה לערוך ביקורת שיפוטית חוקתית של החוק – אך זאת, שוב, רק אם תובא עתירה בעניין ורק אם כל שופטי בית המשפט העליון יסכימו על בטלותו. גם כאן אפוא התוצאה המסתברת היא קיבוע החוק המתגבר ללא הגבלת זמן.

ס"ק (י)

על אף האמור בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה ובכל דין, לא יהא תוקף לפסק דין או החלטה המורה על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו שלא לפי סעיף זה ולא יהא תוקף לפסק דין או החלטה המורה לחוקק חוק, להימנע מלחוקק חוק או לעצור הליכי חקיקה או הליכי כניסת חוק לתוקף כאמור בסעיף קטן (ו).

סעיף זה נועד ככל הנראה לוודא שבית המשפט אינו "עוקף" את ההסדר המופיע בהצעה באמצעות פניה להסמכה הכללית בסעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיה בג"ץ "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק". מעשית הסעיף חוזר בדרך אחרת על הקביעות המופיעות כבר בס"ק (א), (ב), (ו) – שם נאסר על בית המשפט לדון בעניינים החוקתיים השונים, ואילו כאן נקבע שגם אם בית המשפט עושה זאת, מעשיו נעדרו תוקף. שוב מדובר בהוראה שערכה העיקרי הוא הצהרתי, אך אפשר שגם כאן יש מעין הכנה לבאות, מתוך ציפייה אפשרית לביקורת שיפוטית של הסדרים אלה עצמם או של חוקים אחרים מכוח דוקטרינות נוספות כמו למשל התיקון החוקתי הלא חוקתי. ספק אם יש ערך מעשי בהוראה זו לבד מן המסר המצמית לבית המשפט.

ס"ק (יא) (מקביל לסעיף 15(ה) בהצעת יו"ר הוועדה)

התעוררה בפני שופט, הרכב שופטים או מי שבידו סמכות שפיטה, טענה בעניין תוקפו של חוק אגב דיון בעניין המצוי בסמכותו, רשאי הוא לדחותו; מצא השופט, ההרכב או מי שבידו סמכות שיפוטית

כאמור, לרבות שופט או הרכב של בית המשפט העליון שלא כאמור בסעיף קטן (ב), כי יש לבטל חוק, כולו או חלקו, או להגביל את תוקפו, לרבות במתן צו ביניים בעניינו, יורה לאפשר לצדדים להליך להעביר את הדיון וההחלטה בשאלת תוקפו של החוק בלבד, באמצעות עתירה לביטול חוק, להרכב של בית המשפט העליון לפי סעיף קטן (ב) בטרם יסיים את הכרעתו ביתר הטענות והסעדים שבאותו עניין; בית המשפט העליון רשאי לדון תחילה בעתירה לביטול חוק בהרכב של שלושה שופטים שיהיו מוסמכים לדחות את העתירה ויעבירו את העתירה להרכב כאמור בסעיף קטן (ב) רק אם מצאו כי יש לבטל את החוק, כולו או חלקו או להגביל את תוקפו.

סעיף זה משלים את המהלך, המופיע בס"ק (ב), לריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידי בית המשפט העליון בהרכב מורחב. הוא מאמץ, בקווים כלליים, הסדר הקיים בשיטות אחרות בעולם המרכזות את סמכות הביקורת השיפוטית בערכאה אחת, שעיקרו הנחיה לכל יתר ערכאות השיפוט להעביר לערכאה הריכוזית מקרים שמעוררים ספק בדבר חוקתיות של חוק. מקרים כאלה יכולים להתעורר, למשל, אחד מבעלי הדין בהליך אזרחי או פלילי טוען שחוק שחל על הסכסוך אינו חוקתי ולכן בטל. במצבים כאלה מוסמכת לפי ההצעה הערכאה בה הוצגה הטענה לדחותה; ואם היא סבורה שיש לקבלה – עליה להעביר את הנושא לבית המשפט העליון לדיון לפי ס"ק (ב).

ברוח מכלול הסעיפים כולם, גם ההסדר המוצע כאן מטרתו להפחית את ההיתכנות לביקורת שיפוטית חוקתית של חקיקת הכנסת. ההסמכה לכל בתי המשפט לדחות טענות לביקורת שיפוטית חוקתית משמעה, שמקרים רבים שבהם עשוי להתקיים ספק של ממש ביחס לחוקתיות של חוק לא יגיעו כלל לבית המשפט העליון לבחינה לפי ההליך היחיד המאפשר זאת. אם שופטי אחת הערכאות האחרות סברו שחוק חוקתי – די בכך כדי שהנושא יירד מסדר יומה של הרשות השופטת, בלי שייבחן ישירות על ידי הערכאה שנקבעה לכך במסגרת הצעה זו ממש. זאת ועוד. עצירת ההליך בערכאה הדיונית והמתנה להחלטת בית המשפט העליון, אשר כעת יהיה מחויב לדון בהרכב מלא של 15 שופטים, צפויה לעכב עוד יותר את הדיון בערכאות הדיוניות. קשה להלום את הסחבת ועיניו הדין הנוספים שיגרמו למתדיינים, בנוסף על העומסים שקיימים כיום בערכאות הדיוניות.

ס"ק (יב)–(יג)

(יב) "חוק יסוד" לעניין סעיף זה – כל הוראה מתוך הצעת חוק יסוד שאישרה מליאת הכנסת במספר הקריאות הדרוש לשם חקיקתה וברוב הדרוש לשם חקיקתה ופורסמה ברשומות – ללא תלות בתכניה, במשך תוקפה או בטיב יתר ההליכים לחקיקתה.

(יג) "חוק" לעניין סעיף זה – כל הוראה מתוך הצעת חוק שאישרה מליאת הכנסת במספר הקריאות הדרוש לשם חקיקתה וברוב הדרוש לשם חקיקתה ופורסמה ברשומות – ללא תלות בתכניה, במשך תוקפה או בטיב יתר ההליכים לחקיקתה.

הגדרות אלה ל"חוק" ול"חוק יסוד" נועדו להבהיר, ברחל בתך הקטנה, שאין על הכנסת כל מגבלה מובנית בתכנים שהיא רשאית לכלול בנוסח הללו. ביחס לחוק יסוד, מדובר, כזכור בהשלמה להסדר בס"ק (א) המונע כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, יהיה אשר יהיה תוכנם, אפיים כחקיקה קבועה או הוראת שעה, וגם אם התקבלו בהליך חקיקה רגיל. אכן, נוסף על כך, ההגדרות המופיעות כאן מוסיפות חסם נוסף לביקורת, שעניינו הליך החקיקה. בכך יש ביטול של שורת פסקי דין של בית המשפט העליון (בפרט, פרשת קוונטינסקי), לפיהן במקרים של הפרה בוטה וחמורה של דרישות הליך החקיקה התקין

– הפרה שלא מאפשרת מעשית לחברי הכנסת לדעת על מה הם מצביעים ולשקול את עמדתם ביחס לחקיקה – עשוי בית המשפט להורות על בטלותה. ההצעה קובעת שחוק וחוק יסוד יעמדו בתוקפם זה ללא קשר לאיכות ההליך שהוביל לחקיקתם. בכך היא מעצימה עוד יותר את כוחה של הממשלה ביחס לכנסת, בהתירה הליכי חקיקה עמוסים ומזורזים כמו חקיקות תקציב והסדרים, ללא אפשרות של ביקורת ההליך.

זאת ועוד, קביעת הסף הנמוך לחקיקתו של חוק יסוד, לצד הקביעה כי לא תופעל ביקורת שיפוטית על חוקים כאלה, תאפשר הלכה למעשה דרך לעקוף אף את הביקורת השיפוטית המצומצמת ביותר על חוקים, הקבועה בהצעה זו. זאת משום שכל הצעת חוק שמעוררת קשיים חוקתיים, תחוסן מראש באמצעות הכללתה במסגרת חוק יסוד, שאותו לא ניתן יהיה לבקר.

ה. סיכום

שילוב האמצעים המוצעים, בין בהצעת השר ובין בהצעת יו"ר הוועדה, מבטל מבחינה מעשית את היכולת לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ועל חקיקת יסוד בישראל. הקביעה כי לא ניתן להכריז על חוק יסוד כבטל, ללא הגבלת הנושאים שניתן לעגן בחוק יסוד, הרוב הנדרש בבית המשפט להכרזה על חקיקה כבטלה, והאפשרות להתגברות ברוב רגיל – וכל זה ביחד עם שליטת הממשלה במינוי השופטים – יוצרים יחדיו הסדר שלפיו האפשרות לביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת היא קלושה עד לא קיימת. החוק המוצע מותיר באופן פורמלי את האפשרות לביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת, אך בפועל מרוקן אותה מתוכן. התוצאה שאליה מובילה ההצעה לתיקון חוק יסוד: השפיטה היא מחוקק כל יכול. היות שבישראל הקואליציה והממשלה שולטות בכנסת, מדובר בקואליציה כל יכולה. זוהי בדיוק ההגדרה של עריצות הרוב.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' איתי בר-סימן טוב, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר תמר הוסטובסקי-ברנדס, הקריה האקדמית אונו

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר תמר מגידו, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

פרופ' יניב רוזנאי, אוניברסיטת רייכמן

גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים

הופץ במקור ביום 15.1.2023 כנייר עמדה מס' 1

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. **בנייר עמדה זה אנו בוחנים את התוכנית לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה.**

בהתייחס באופן קונקרטי להצעת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, לתיקון חוק-יסוד: הממשלה, שלפיה הסמכות לקבוע עמדה משפטית ולייצגה בפני ערכאות שיפוטיות תהיה נתונה לממשלה או לשרים תוך שאין בעצה משפטית בעניין קיומה של מניעה משפטית כדי לחייב אותה, אנו סבורים כי:

- **הצעה זו תפגע קשות בעקרון חוקיות המנהל, תעודד ותתמרץ את הרשויות לפעול שלא כחוק ומתוך שחיתות מוסדית ותביא לפגיעה אנושה בתפקודה התקין של הממשלה ומכאן – לפגיעה יומיומית במערכות הכלכלה והחברה בישראל.**

- **כיום רוב העתירות נגד המדינה נדחות כי בתי המשפט סומכים על הייעוץ המשפטי המקצועי והעצמאי. אף בזירה הבינלאומית, המדינה נהנית מאמינות בשל הערכה לייעוץ המשפטי ולבתי המשפט שלנו. יתרונות אלה ייעלמו תחת ההצעה החדשה. בעוד שהאינטרס הראשון במעלה של כל ממשלה הוא שציבור האזרחים יציית לחוק, לפי המוצע החוק לא יחול על הממשלה שכן אין משקל לעמדת יעוץ משפטי, והיא תפעל גם כאשר ייאמר לה במפורש שפעולותיה עתידות להיות לא חוקיות.**

נימוקי נייר העמדה

נייר עמדה זה נכתב כתגובה מידית למצע לדיון שהניח יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, מסמך אשר לפי מכתב היועצת המשפטית לכנסת גובש בלא כל מעורבות של הייעוץ המשפטי, באופן החורג ממסלולי חקיקה מקובלים, ובאופן העלול להטעות. בצוק העיתים ותוך התנגדות לטיב ההליכים המתבצעים כעת ולמידת התאמתם לנורמות מקובלות של חקיקה, נציג כאן את עמדתנו בנוגע להצעה שהוצגה. יתר על כן, המצע הקונקרטי הוא חלק ממהלך כולל רב זרועות שאנו רואים בו כמכוון לביטול אופייה הדמוקרטי של ישראל, ביטול מעמדו העצמאי של בית המשפט העליון, וקיבוע עריצות הממשלה לדורות. אנו מתנגדים בכל תוקף למהלכים אלה, ואין בהתייחסותנו הממוקדת להלן כדי לבטא כל נכונות או הסכמה עמם.

הצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק-יסוד: הממשלה שהופצה בערבו של ה-11.1.2023 על ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, מבקשת לקבוע את עצמאותה של הממשלה ושרי הממשלה בקביעת

עמדתם המשפטית, לרבות הקביעה כי עמדה משפטית שתינתן על ידי היועץ המשפטי לממשלה או היועץ המשפטי המשרדי, לא תחייב את הדרג הפוליטי, וכי הוא רשאי לפעול בניגוד לה. הצעה זו מעוררת שלל קשיים, עקרוניים ופרקטיים. היא תאפשר לדרג הפוליטי לבצע מעשים לא חוקיים, ללא כל ביקורת פנימית על פעולותיו. היא תחשוף את המשרד הממשלתי ללחץ של קבוצות אינטרס שהשפעתן לא תיחסם על ידי הגורמים המקצועיים. היא תביא לאובדן האמון הציבורי במערכת שעד כה הוסדרה כמערכת א-מפלגתית ומקצועית. אובדן האמון יגרם אף מעצם העובדה שהממשלה והשר אינם כפופים אפקטיבית למגבלות החוק. ההצעה גם תשבש את עבודת המשרד הממשלתי, שיתקשה לתפקד כאשר השר יורה להתעלם מחוות דעת משפטית. היא גם תחשוף את עובדי המשרד לסיכונים משפטיים בעקבות התעלמותם מעמדת המערך המשפטי.

ההצעה לא תביא לשיפור המשילות. ללא ביטחון משפטי, היא תקשה על הדרג הפוליטי להתנהל, והמעורבות השיפוטית בהחלטות המשרד רק תהיה נחוצה ומוצדקת יותר בעקבות היעדר גושפנקה משפטית לפעולות המשרד, שכן פעולה בניגוד ליועץ המשפטי לא נוכל ליהנות מחזקת התקינות. לבסוף, יש לראות הצעה זו במסגרת המארג הכולל של השינויים שעל הפרק. החלטת מערך הייעוץ המשפטי בפני עצמו לא מבטלת את קיומם של מנגנוני פיקוח חיצוניים. ואולם, לא רק שמנגנוני פיקוח חיצוניים חלשים באופן כללי, אלא שהם יספגו מכה נוספת בעקבות הרצון להחלישם עוד יותר במסגרת השינויים השונים שעל הפרק. אף אם יש מדינות שבהן הייעוץ המשפטי אינו מחייב את הממשלה, השוואות אליהן נדונו לכישלון, משום שבמדינות אלה קיימים בלמים אחרים ונוספים על כוחו של הרוב ועל כוחה של הממשלה, כאלה שלא קיימים בישראל או שמבוקש לבטלם.

א. רקע

השינויים המוצעים לחוק-יסוד: הממשלה (ואלה המתוכננים, שטרם פורטו אך פורסמו ברבים, בפרט שינוי בדרך המינויים והפיטורים של היועצים המשפטיים), צפויים לשנות באופן דרמטי את אופיו ואת התנהלותו של השירות הציבורי. השירות הציבורי בישראל קם בהשראת המודל הבריטי, של civil service. הוא תוכנן עוד לפני הקמת המדינה, ב-1947, על ידי גוף שנקרא "ועדת המצב". גוף זה תכנן שירות ציבורי מקצועי, ניטרלי, ומנותק מהשפעה מפלגתית. כמובן שלא כל המלצות הגוף באו לידי ביטוי במדינה החדשה, והשירות הציבורי לא היה נקי מהשפעות מפלגתיות, אבל עם הקמת נציבות שירות המדינה ב-1950, וחקיקה נוספת בשנים שלאחר מכן, נעשה ניסיון לעצב שירות ציבורי ברוחה של ועדת המצב, חף מהשפעות מפלגתיות ופוליטיות, כשהוא מחויב לערכים של ניטרליות ומקצועיות. בסופו של דבר, נוצר בישראל מצב ביניים, של דרג ניהולי פוליטי בכיר (שבראשו עומדים השר והמנכ"ל, ונושאי משרות אמון נוספות), ושל מנגנון פקידותי מקצועי לצדו. כך, למשל, מרבית המשרות מחייבות מכרז שוויוני ותקן, כאשר הקריטריונים לאיושן של רוב המשרות הוא מקצועי וא-פוליטי. בתוך כך, החקיקה הנוגעת לשירות הציבורי (למשל חוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; וחוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959)) מבקשת לנתק את ההשפעה הפוליטית על המנגנון הפקידותי, למשל באיסור על פעילות פוליטית החל מדרג מסוים. כמובן שהניתוק אינו מוחלט, ואין הפרדה הרמטית בין הדרג הפוליטי לבין הדרג המקצועי, שכן פעמים רבות קידומים בתוך המשרד תלויים גם בדרגים הפוליטיים, וכיוצא בזה. אסוף דינים זה מבטא הכרה עקרונית בחשיבותה של ההפרדה וביכולתם של עובדי הציבור לפעול באופן ציבורי וחף משיקולים פוליטיים מפלגתיים.

כך בכלל, וכך בהקשר של יועצים משפטיים בפרט. היועץ המשפטי לממשלה, ובעקבותיו, היועצים המשפטיים למשרדים, נחשבו תמיד לגורמים מקצועיים עצמאיים האמונים על עקרון חוקיות המנהל ואשר הממשלה כפופה לעמדתם המשפטית.

ב. תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי למשרדים – המצב כיום

על פי הדין הקיים, היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשתי משימות מרכזיות: האחת היא קידום המדיניות של הממשלה, תוך זיהוי של דרכי פעולה שיאפשרו את מימושה של המדיניות בדרך חוקית;¹ ואילו השנייה היא בלימה של פעולות שיש בהן משום הפרה של הדין. תפקיד כפול זה חל באופן דומה גם על היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי: עליו לקדם את מדיניותו של השר בכל דרך חוקית, אך למנוע מן השר לממש החלטות החורגות מגבולות החוק. כאשר יועץ משפטי של משרד ממשלתי מתריע כי פעולה מסוימת אינה חוקית, עומדת לשר הזכות לערער על קביעה זו בפני היועץ המשפטי לממשלה. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את השר (ואת הממשלה כולה), אלא אם נקבע אחרת בבית המשפט. אם השר מבקש לבחון את עמדת הייעוץ המשפטי בבית המשפט, המציאות היא כי (למעט במקרים נדירים ביותר) יש בכוחו להשמיע את עמדתו בהליך כזה – בין באמצעות ייצוג של פרקליטות המדינה, ובין באמצעות ייצוג פרטי (כפי שאירע לאחרונה במקרה של חוק ההסדרה, או בעתירות נגד "חוק דרעי").

ג. השינויים המוצעים באשר להגדרת תפקידו של היועץ המשפטי

השינויים המוצעים, עיקרם בכך שהתרתו של היועץ המשפטי לממשלה כי פעולת הממשלה אינה חוקית – לא תמנע עוד מן הממשלה לבצע את הפעולה, חרף אי-חוקיותה. כך גם ביחס ליועץ המשפטי למשרדי הממשלה – בשתי הרמות של הייעוץ המשפטי, כך לפי ההצעה, עמדת הייעוץ המשפטי לא תחייב ולא תגביל את הממשלה והשרים. הממשלה ומשרדי הממשלה יוכלו אפוא לבצע כל החלטה בלתי חוקית שיחפצו בה, מבלי שמנגנון פנימי, הממוקם בתוך המשרד הממשלתי, או בממשלה עצמה, ימנע זאת מהם.

קשה להפריז בהשלכות ההרסניות ששינויים אלה עלולים לגרום. הממשלה עלולה להפוך ממוסד המזוהה עם עקרונות המנהל התקין ושלטון החוק, למוסד פורע חוק – המזלזל בכללי המשחק כדי לקדם אינטרס פוליטי או אישי של בעל תפקיד. הם אף עלולים לחשוף את המשרד הממשלתי ללחץ של קבוצות אינטרס, שהשפעתן על מדיניות המשרד לא תיחסם על ידי הגורמים המקצועיים שבו. כך למשל, בעלי הון יוכלו להשפיע באמצעות כוחם הכלכלי על החלטות השר, ובכך להמיר את הכוח הכלכלי לכוח שלטוני. המדיניות השלטונית תוסט לקידום ענייניהם של בעלי ההון, בדרך המנוגדת לחוק ולאינטרס הציבורי.

1 במקרים שבהם היועץ המשפטי סבור שישנו קושי משפטי, או מציע לאמץ הסדר משפטי חדש, או מעיר הערות בדבר מדיניות רצויה, או מתייחס לנושאים אתיים וערכיים, או מסייע בניסוח מסמכים שונים עמדתו מיעצת בלבד לפי הדין הקיים. ראו אריאל בנדור "היועץ המשפטי לממשלה: בין עמדה משפטית, לייצוג" מחקרי משפט לד 4, 1 (2022).

אובדן האמון במערכת השלטונית עלול אף לפגוע בשורה של היבטים אחרים הקשורים באינטרס הציבורי. מערכת שלטונית שמאבדת אמון תתקשה בכריתה של חוזים עם גורמים פרטיים, בניהול מכרזים, בנטילת הלוואות, בשמירה על דירוג אשראי גבוה או בשמירה על מדיניות פיסקלית מאוזנת. אובדן האמון עשוי להיגרם מעצם העובדה שהשר אינו כפוף אפקטיבית למגבלות החוק – וזאת אפילו אם בפועל הוא בוחר לנהוג כחוק. הייעוץ המשפטי הפנימי, מבטיח לא רק את החוקיות עצמה, אלא גם את האמון שמקרינה הממשלה כלפי גורמים אזרחיים ובינלאומיים מחוצה לה.

מתן ה"רישיון" לשר לדבוק בפעילות, גם כאשר הגורם המקצועי התריע בפניו שאיננה חוקית, צפוי גם לשבש את עבודת המשרד הממשלתי עצמו. כאשר שר מורה על ביצוע הפעולה, לאחר שהיועץ המשפטי התריע על אי-חוקיותה – כיצד מצופה מן הדרג המקצועי לנהוג? האם עליו לציית להנחיית השר חרף אי-חוקיותה, או שמא עליו לסרב לכך, ולפעול כחוק, כעולה מעמדת היועץ? כאן יש לזכור כי גורם מקצועי המממש הוראה בלתי חוקית חשוף לסיכון כי יינקטו הליכים משפטיים גם נגדו עצמו – נזיקים, פליליים או אחרים. הכלל המוצע מעמיד אפוא את עובדי המשרד בדילמה בלתי אפשרית. מאחר שהליך הבחינה של החלטת השר (אם תתגלה) אורך לעתים זמן רב (ולעתים אף שנים) לאחר ביצוע ההחלטה – לא תהיה לעובדי המשרד כל אפשרות להגן על עצמם מתוצאותיה בזמן אמת. ולבסוף, המחשבה כי שחרור הרסן, המאפשר התנהגות פורעת חוק של הממשלה, יסייע ל"משילות", אף היא משוללת יסוד. כושר המשילות של שלטון ניזון בעיקר מקיומה של הסכמה אזרחית רחבה כי הממשלה נבחרה כדין, ופועלת באופן לגיטימי ובמסגרת סמכויותיה. הנכונות לציית לחוק נשענת, במידה רבה, על הנחת היסוד כי את החוק מקיימים כולם, לרבות השלטון הנתמך על ידי הרוב הקואליציוני. כאשר הנחה זו מתערערת, הנכונות האזרחית לקיים את החוק ואת הוראות השלטון מתערערת יחד איתה. אין סכנה גדולה יותר למשילות של שלטון, מאובדן הלגיטימציה שלו ואובדן האמון הציבורי בו.

ד. דוגמאות קונקרטיות

- כדי לסבר את האוזן, להלן מספר דוגמאות הממחישות את סוג ההחלטות שעשויות להתקבל, כאשר הממשלה או השר יוכלו להתעלם מן הקביעה כי הן בלתי חוקיות, ולבצען בכל זאת.
- (1) ראש ממשלה מכנס את ועדת השרים לביטחון לאומי בהרכב חסר, בניגוד לדרישות החוק.
 - (2) ממשלה הקובעת אזורי עדיפות לאומית כדי לרצות ראשי רשויות מקומיות הנמנים עם תומכיה הפוליטיים בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה העומד על החובה לנהוג בשוויון (בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון בעניין דומה).
 - (3) שר לביטחון לאומי המתערב בחקירות משטרה (במיוחד של אישי ציבור ומקורבים אחרים) ודורש מן המשטרה לבצע מעצרים בלתי חוקיים, אכיפה בררנית, או הפסקה של הליכי חקירה קיימים.
 - (4) שר מורה לוועדת מכרזים להורות על זוכה שלא עמד בתנאי המכרז כדי לקדם אינטרס כלכלי אישי שלו, של מקורב, או של בן ברית פוליטי.
 - (5) שר המופקד על מערכת רגולטורית דורש מן הדרג המקצועי לוותר על אמצעי אכיפה כלפי מקורבים, או להטיל אמצעי ענישה בלתי מוצדקים כלפי גורמים מתחרים.
 - (6) שר הדוחה את מגבלות ניגוד העניינים הנוגעות למעורבותו בפעילות עסקית, ומפעיל את כוחו השלטוני כדי לקדם עניין אישי הקשור בפעילות זו.

(7) שר הדוחה את הדרישה כי מדיניות ממשלתית תישען על שיקולים ענייניים ושוויוניים, ומנצל את כוחו השלטוני לשם העברת כספים, משרות, וטובות הנאה אחרות, לגורמים קשורים.

ה. הצורך בשומרי סף – מבט מקומי והשוואתי

לכאורה, אפשר היה לטעון כי גם בהיעדרם של שומרי סף פנימיים, קיימים מנגנונים חיצוניים שעשויים להרתיע התנהגות בלתי חוקית באמצעים אחרים. ואולם כוחם של מנגנונים אלה הוא לעתים קרובות חלש; ואם יתקבלו חלקיה האחרים של הרפורמה עליה הכריזה הממשלה, הם יספגו מכה אנושה נוספת. לחולשה זו כמה טעמים מרכזיים. ראשית, חלק ניכר מפעולות המשרד הממשלתי נעלמות מן העין. פרטי מידע רבים הקשורים בפעילות המשרד אינם זמינים לגורמים החיצוניים לו, וגם אילו היו זמינים, אי אפשר היה לעקוב אחריהם – בשל היקפם העצום, בשל מורכבותם, ובשל המומחיות המקצועית הנדרשת כדי לנתחם. שנית, השר נהנה מחסינות רחבה, המגנה עליו מפני סיכון אישי גם כאשר הוא פועל בניגוד לחוק. שלישית, השינויים המוצעים על ידי הממשלה (אשר טרם גובשו להצעות חוק באופן רשמי) מבקשים להחליש גם את מנגנוני הפיקוח האחרים. על פי ההצעה, אותה הקואליציה הפוליטית היא זו שתמנה לבדה גם את השופטים; בית המשפט לא יוכל לבקר את החלטת השר על סמך תוכנה (ביטול "עילת הסבירות"); ואם ההחלטה תיפסל מטעמים של פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות – תוכל אותה הקואליציה שהפרה את הזכויות להתגבר על הפסילה באמצעות חקיקת חוק, פעולה המובטחת לה בזכות הרוב האוטומטי הנתון לה בכנסת. הניטרול המקביל של גורמי הפיקוח החלופיים מעצים עוד יותר את הסכנה הגלומה בהצעה הנוכחית. לא ניתן לקרוא את ההצעה שעל הפרק מבלי לקשרה למכלול התוכנית עליה הצהיר שר המשפטים באחרונה.

ישנן מדינות דמוקרטיות שבהן הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה אינו מחייב את הממשלה. ואולם במדינות אלה קיימים בלמים רבים אחרים על כוחו של הרוב. כך, למשל, במדינות רבות יש שני בתי פרלמנט; יש שיטה נשיאותית, שבמסגרתה לפרלמנט כוח פיקוח אפקטיבי על הממשלה; יש משטר פדרלי המבזר כוח בין יחידות שונות; יש בחירות אזוריות המייצרות מערכת תמריצים שונה מבחירות כלליות; יש חוקה עם מגילת זכויות אדם נוקשה שלבית המשפט סמכות לאוכפה; או שיש כפיפות לבתי משפט בינלאומיים שבכוחם לגבור על החלטת הממשלה המדינתית. כל אלה מייצרים שורה של מגבלות על כוחו של הרוב הפוליטי. בישראל, לעומת זאת, רכיבים אלה נעדרים לחלוטין. ההצעות שעל הפרק מבקשות אפוא לשחוק, שלא לומר לחסל, את המגבלות הקיימות, מבלי שקיימים מנגנונים אחרים שעשויים למלא פונקציה תחליפית או מקבילה. התוצאה הבלתי נמנעת של ההצעה הנוכחית היא הסרת כל רסן של הכוח השלטוני.

במסגרת דברי ההסבר למצע לדיון של יו"ר ועדת החוקה, הובאה טבלה המונה מספר קריטריונים הייחודיים, לפי הטבלה, ליועץ המשפטי לממשלה בישראל, החורגים מאלה המקובלים במדינות אחרות שנמנו שם. נניח לצורך הדיון, ומבלי להביע עמדה בדבר, שקריטריונים אלה מאפשרים להבחין בין יועץ משפטי פוליטי ומקצועי. ונניח גם שהתיאורים המובאים במצע לדיון מדויקים ביחס לאופיו הפוליטי של היועץ המשפטי לממשלה במדינות שנבחנו שם. לפי עמדתנו, קיומו של יועץ משפטי מקצועי היא חיונית בהינתן המכלול של מערכת האיזונים והבלמים שבשיטה. הטבלה הבאה מראה מדוע.

תרשים 1: טבלת השוואת מדינות ומנגנונים ליישוב הדמוקרטיה

אמצעי אידון בדמוקרטיות בעולם	ארה"ב	בריטניה	קנדה	גרמניה	ישראל
שני בתי פרלמנט	✓	✓	✓	✓	✗
שיטה נשיאותית עם זכות וטו לנשיא	✓	✗	✗	✗	✗
משטר פדרלי (מדינות states)	✓	✗	✓	✓	✗
בחירות אזוריות	✓	✓	✓	✓	✗
חוקה נוקשה שקשה או לא ניתן לשנותה	✓	✗	✓	✓	✗
לביית המשפט יש סמכות לבקר חוקים הפוגעים בחוקה או בזכויות אדם	✓	✗	✓	✓	***
הפרדה בין ממשלה ופרלמנט ****	✓	✗	✗	✓	✗
כפיפות לטריבונלים (בתי דין) בינלאומיים	✗	✓	✗	✓	✗

* אוטונומיה טריטוריאלית מוגבלת בכמה אזורים (devolution).
 ** לבית המשפט סמכות להכריז על אי התאמה, וכן לפרש חוקים בניגוד לטקסט בכדי להגן על זכויות הפרלמנט מתקן את החוק בעקבות זאת.
 *** כיום כן, מבקשים לפגוע בכך פגיעה משמעותית.
 **** בקנדה ובריטניה חברי הממשלה חברים בפרלמנט אבל לא שולטים בו. בישראל קיימת ועדת השרים לחקיקה ומשמעת קואליציונית, שמאפשרים שליטה מוחלטת של הממשלה על הפרלמנט ותלות מוחלטת בין אחד לשני.

1. הטענות הנשמעות בעד השינוי המוצע

הרציונל שניתן להצעה לשם הצדקתה, מושתת על שני אדנים – שניהם בלתי מבוססים. האחד הוא כי היועץ המשפטי של המשרד הממשלתי הוא "עורך הדין של השר". השני הוא שבמציאות הקיימת קולו של השר (ושל הדרג הפוליטי בכללותו) מושחק. ההצעה נדרשת, על פי הנטען, כדי לאפשר לקול זה לבוא לידי ביטוי. להלן התייחסות לכל אחת משתי הטענות לגופה.

1. היועץ המשפטי אינו "עורך דין פרטי" של השר

טענה זו מניחה כי המשרד הממשלתי, כמוהו כגוף פרטי – הזכאי למנות לו עורך דין, שכל תפקידו הוא לקדם את המטרה של לקוחו. ואולם השר איננו אדם פרטי; החלטות המדיניות שלו אינן החלטות פרטיות, אלא החלטות שהוא מקבל כנאמן הציבור, ועבור הציבור. שר אינו פועל לקידום מטרותיו האישיות, ואינו זכאי לכך שהמערכת הציבורית תאפשר לו לעשות ככל העולה על רוחו. משכך, הרשות השלטונית מעצם טיבה, נדרשת לעמוד בכללים של המשפט הציבורי, ובראשם החובה לפעול במסגרת החוק, בהגנות, בסבירות, בשוויון, ללא הפליה ושיקולים זרים, ושלל חובות נוספות. כל אלה הן חובות שהרשות חבה כלפי האזרח, מכוח חובת הנאמנות שלה, שכן כל כוחה מגיע מהאזרחים (ויודגש, כלל האזרחים, אלה שבחרו בממשלה ואלו שלא), שהסמיכו אותה לפעול. תפקיד היועץ המשפטי הוא לוודא שהחלטות השר עומדות בגדר החוק ומקיימות את עקרונות האמורים.

כדי לקיים את חובתו כלפי הציבור, על היועץ המשפטי לפעול לא רק במקצועיות, אלא גם מתוך אי־תלות בדרג הפוליטי. אחרת הוא לא יוכל לבלום מהלכים מפקפקים ובלתי חוקיים שהשר או

המשרד מעוניינים לבצע. אחרת לא הוא יוכל לוודא כי המדיניות שנוקט המשרד רואה את האינטרס הציבורי הרחב, ולא רק את סקטור הבוחרים של השר, או את עניינה של קבוצת מקורבים אחרת. כך, למשל, עליו לדאוג כי תמיכות ממשלתיות תהיינה שוויוניות (או לפחות תתבססנה על קריטריונים מבחינים ענייניים), שאזורי עדיפות לאומית ייקבעו בדרך שאינה מפלה, וכי מינויים יתבצעו בדרך תקינה.

זאת ועוד. היועץ המשפטי מסייע לגופים חיצוניים לפקח על מדיניות המשרד באורח אפקטיבי. במערכת ממשל תקינה, המשרד מפקח לא רק על ידי היועץ המשפטי הפנימי, אלא גם על ידי הכנסת, בית המשפט, ומבקר המדינה. היועץ המשפטי (הבלתי תלוי) משמש מקור למידע אמין ומהימן על המתרחש במשרד. בעשותו כן, הוא מממש את אינטרס הציבור כי הרשות תפעל כחוק, לצד האינטרס הציבורי שהרשות תגשים את המדיניות שלשמה נבחרה. הפוליטיזציה הצפויה במינוי ופיטורי היועץ המשפטי, תשפיע בסבירות גבוהה על יכולת זו של פיקוח ובקרה, שכן ניתוק הקשר בין היועץ המשפטי המשרדי ליועץ משפטי לממשלה יפגע גם בזרימת המידע בין המשרדים השונים, ויפגע, גם, ביכולת התיאום של הייעוץ המשפטי.

היבט זה של תפקיד היועץ המשפטי מסביר מדוע משרה זו אינה מוגדרת כמשרת אמן, ומדוע אסור שכך תוגדר. לשר אומנם השפעה על תהליך המינוי של היועץ המשפטי (שכן מנכ"ל המשרד חבר בוועדה הממנה), ואולם מרגע המינוי עצמאותו של היועץ המשפטי נשמרת. היועץ כפוף למנכ"ל המשרד רק בהיבט המנהלי; ואילו בהיבט המשפטי הוא כפוף ליועץ המשפטי לממשלה. הצעת החוק מכפיפה את היועץ המשפטי לשר באופן מלא, ובכך מעקרת את מהותו של התפקיד מתוכנו. נוסף עוד כי התפיסה ביחס לעורכי דין בשוק הפרטי כאילו תפקידם לשמש "חרב להשכיר" ולסייע ללקוח להגשים כל מטרה שהיא, ללא כל אחריות להשלכות מעשיהם, היא תפיסה שפסה מן העולם. כל עורך דין, גם עורך דין בשוק הפרטי, גם עורך דין בתאגיד, ודאי וודאי עורך דין במגזר הציבורי, פועל תחת מערך מורכב של חובות אמן – כלפי הלקוח, כלפי הציבור, כלפי שלטון החוק ובית המשפט. כך מורה חוק לשכת עורכי הדין כמו גם כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין. בארה"ב קיימות דוגמאות לחובות דיווח החלות על עורכי דין בתאגידים – דיווח כלפי מעלה בתוך התאגיד ומחוצה לו, וזאת מתוך הבנה כי תפקידו של עורך הדין שונה מתפקידיהם של יתר העובדים בתאגיד לנוכח חובות האמן המרובות שלו, ולנוכח יכולתו למנוע הפרה של החוק.

2. קולו של השר אינו מושקע

ההצעה מבוססת על ההנחה כי עמדתו של השר, ושל הממשלה, אינם מקבלים ביטוי מספק בהליך המנהלי ובשלב הייצוג מול בית המשפט. לפיכך, ההצעה שעל הפרק מבקשת לנתק את הקשר בין מערך הייעוץ המשפטי לבין הדרג הפוליטי, כשהיא מאפשרת לראש הממשלה, לשר, ולממשלה כולה, לדחות את העמדה המשפטית של הייעוץ המשפטי, לקבוע כי זו אינה מחייבת אותה, ולקבוע מהי העמדה שתוצג בפני בית המשפט (או כל גוף אחר). בתוך כך, ההצעה מבקשת לאפשר לשר (או לכל רשות תחתיו) לשכור את שירותיו של עורך דין פרטי כדי שייצגו.

ההנחה בבסיס ההסדר המוצע היא כי המצב הקיים מעורר בעיה, באשר הוא "משתיק" את קולו השר ושל הממשלה כולה. ברם, הנחה זו אינה מבוססת, ולמעשה מנותקת מן המציאות. המקרים שבהם מערך הייעוץ המשפטי (בין אם המשרדי או פרקליטות המדינה) אינו מייצג את עמדת המשרד (את עמדת השר והממשלה) הם נדירים שבנדירים. מספר המקרים שבהם הייצוג נמנע הוא קרוב לאפס. לא

זו אף זו. כאשר היועץ המשפטי מסרב לייצג את עמדת המשרד, כמעט תמיד עמדת השר מובאת בכל זאת בפני בית המשפט – בין על ידי היועץ המשפטי עצמו, ובין באמצעות ייצוג פרטי.² על כן, הטענה כי השר מושתק מלקדם את עמדתו היא משוללת יסוד, ואינה נשענת על העובדות. הצעת החוק מבקשת אפוא "לפתור" בעיה שאינה קיימת, בוודאי לא במידת העוצמה המתוארת.

ז. התייחסות לסעיפים ספציפיים בהצעה לדיון

להלן נתייחס לסעיפים הספציפיים בהצעה לדיון שהונחה על ידי יו"ר הוועדה.

סעיף 32א(א): הממשלה מוסמכת לקבוע את עמדתה המשפטית דרך כלל או למקרה מסוים

סעיף זה אינו ברור. לממשלה יש, כמובן, סמכות לקבוע את עמדתה, אולם לא ברור מהי עמדה משפטית בהקשר זה. המצב המשפטי הוא דבר שנקבע ביחס לעמדה מהותית. כך, למשל, לממשלה יש סמכות לקבוע אזורי עדיפות לאומית. ואולם אופן יישום החלוקה לאזורי עדיפות לאומית מושפע משיקולים משפטיים, למשל שוויון. או דוגמה אחרת: לפי חוק חופש המידע הרשות צריכה להשיב לפונה תוך פרק זמן מסוים, הקבוע בחוק. האם הממשלה רשאית להתעלם ממועד זה בשל סמכותה "לקבוע את עמדתה המשפטית"?

שנית, תפקידו של מערך הייעוץ המשפטי הוא לקבוע את העמדה המשפטית (להבדיל מהעמדה המהותית) בשל היתרון המובנה שיש לו בהבנתו ובפרשנותו את הדין. ודוק: אין פירוש הדבר כי הייעוץ המשפטי עדיף על הדרג הפוליטי בקביעת העמדה המהותית, אולם יש לו יתרון בהוצאת עמדה זו לפועל בהיבט המשפטי. מתן אפשרות לממשלה לקבוע עמדה משפטית (שוב, להבדיל מעמדה מהותית) תייצר טשטוש לא רצוי בין שני שדות אלה, מה גם שהיא תעניק לממשלה סמכות בתחום שאין לה בו כל יתרון על פני מערך הייעוץ. הצעה זו מבטאת תפיסה שגויה ביחס למהות המושג "עמדה משפטית". הרי הממשלה לא תבקש לקבוע בעצמה את עמדתה ההנדסית, או את עמדתה הרפואית, או את עמדתה ביחס לשאלה מאיזה גובה על מטוסי חיל האוויר להפציץ יעדים מסוימים. עמדה משפטית היא עמדה מקצועית. היועץ המשפטי מייצגים לשרים ולממשלה בהסתמך על המומחיות והמקצועיות שלהם, ולאור ניסיונם המשפטי העשיר. התפיסה שלפיה כל אלה הם בגדר דעה סובייקטיבית, שהממשלה זכאית להתעלם ממנה ברצותה ולקבוע עמדה משפטית משלה (שלא ברור על מה היא מתבססת) היא עמדה מסוכנת. כמובן שמקום שבו המצב החוק אינו בהיר, או כאשר יכולות לעמוד שתי פרשנויות משפטיות סבירות, מתפקידו של היועץ המשפטי להציב בפני הדרג הפוליטי את מרחב הדעות והאפיקים המשפטיים השונים שבהם ניתן לצעוד, ולהעמיד בפני הממשלה את האפשרות לבחור מביניהם.

סעיף 32א(ב): ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, מוסמכים לקבוע את עמדת משרדם או הרשויות המנהליות הנתונות לאחריותם בנושאים משפטיים, דרך כלל או למקרה מסוים.

גם סעיף זה אינו ברור כל צורכו. ישנן רשויות מנהליות אשר אמורות להיות עצמאיות מהממשלה. כך, למשל, רשות מקרקעי ישראל נהנית ממעמד עצמאי לפי חוק רשות מקרקעי ישראל, אף כי יש לה שר

² לפירוט מצבים בהם הדבר ראוי, ראו אדם שנער "בכמה קולות מדברת המדינה? על מתן מעמד לרשות חולקת בהליכים משפטיים" עיוני משפט לח 361 (2016).

אחראי או ממונה. האם פירושו של סעיף 32א(ב) הוא כי מעתה הממשלה תחליף את שיקול דעתן של רשויות עצמאיות? ואם כן, מה נותר מעקרון עצמאות שיקול הדעת, הקיים בפסיקה מאז שנות החמישים (פרשת מיכלין)? ניכר כי סעיף זה מעלה שלל קושיות ובעיות שיש ליתן עליהן את הדעת. קושי זה מתחדד גם לגבי המצב המשפטי בשטחים הכבושים. האם, בעקבות סעיף 32א(ב), נאמר ששר הביטחון הוא המוסמך לקבוע את העמדה המשפטית ביחס לשטחים? כידוע, בשטחים נוהג משטר צבאי, שבראשו עומד המפקד הצבאי, ולא סמכות אזרחית. מצב זה נגזר מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי החל על שטח. האם כעת סמכות זו תעבור לגורם אזרחי? אם התשובה חיובית, ניתן לטעון כי יש בכך כדי לקדם סיפוח, האסור על פי המשפט הבינלאומי.

סעיף 32א(ג): עצה משפטית שתניתן לממשלה לא תחייב אותה ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבודה.

סעיף 32א(ד): עצה משפטית שתניתן לראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, לא תחייב אותם, ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבורם.

סעיף 32א(ה): הממשלה, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, רשאים לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה.

הרפורמה המוצעת לא רק שתשנה את אופן המינוי, אלא היא גם קובעת שמעמד חוות הדעת יוחלף: מכללים שמחייבים את המדינה להמליצה בלבד. זאת, בהתבסס על טעות נפוצה, שלפיה משום שעורך הדין נקרא "יועץ משפטי", חוות דעתו היא בגדר עצה שאין הכרח לקבלה. מקור הטעות נעוץ בתרגום לא מוצלח מהמקור הבריטי, אך אין להתבלבל: כפי שחוות הדעת של שופט בפרשה מסוימת איננה בגדר המלצה בלבד – זהו הביטוי שבו אנו משתמשים כדי לתאר את פסק דינו של השופט – כך גם באשר לחוות הדעת של היועץ, המשמש כפרשן המוסמך של החוק, כאמור, כל עוד בית המשפט לא פסק אחרת באשר למשמעות החוק או באשר לאופן יישום החוק (כך שיעלה בקנה אחד עם תכליתו). הרפורמה אם כן מרופפת את מנגנון הפיקוח החל על השלטון. נושא משרה, לרבות נבחר ציבור, יוכל, אם יחפוץ להתעלם מהייעוץ שניתן, ולפעול ב"שיטת מצליח": אולי לא תהיה עתירה, או אם תהיה עתירה אולי הדיון בה ייקח הרבה זמן, ועד אז, המטרה תושג. כפועל יוצא, בית המשפט יאלץ להתערב כל אימת שהשלטון מצא לנכון שלא לפעול על פי חוות הדעת ולבחון מקרוב הן את חוות הדעת והן את החלטתו של הגורם השלטוני שלא לפעול על פיה. אם אומנם לשלטון יהיה שיקול דעת שלא לפעול בהתאם לחוות הדעת, הכלי הבסיסי הקיים כיום לבחינת שיקול הדעת הוא עילת הסבירות. והנה – גם עילה זו צפויה להיעלם במסגרת ההחלשה של הביקורת השיפוטית. בכל מקרה, שינוי מעמד חוות הדעת להמלצות בלבד, צפוי (כל עוד יושבים שופטים בלתי תלויים בבתי המשפט) ליצור לחץ לביקורת שיפוטית הדוקה יותר, אשר אינה מעניקה למעשה השלטוני חזקת כשירות או תקינות. במילים אחרות, ייעוץ משפטי מוחלש משמע שהמעשה השלטוני ייחשב תמיד כחשוד באי-חוקיות. מצב דברים זה יוביל לעומס של ממש על מערכת המשפט (העמוסה גם כן), להגברת החיכוך בין הרשויות, ולעיכוב במתן פסקי דין.

סעיפים אלה יוצרים קשיים נוספים. ראשית, התוצאה של השינויים המוצעים היא כי שרים יוכלו להתעלם מפסקי דין, שכן הגורם שאמור לפרש אותם עבור הממשלה הוא היועץ המשפטי. ביטול מעמדו של היועץ, וניתוקו המקצועי מהמשרד הממשלתי, יביא לכך כי לא רק עצתו לא תהיה מחייבת, אלא גם פסקי דין, שכן פסקי הדין מתווכים למשרד הממשלתי באמצעות מערך הייעוץ המשפטי.

אישור להתעלם מייעוץ משפטי, משמעו אישור להתעלם גם מיישום פסקי דין שאותם היועץ המשפטי מבקש להטמיע במשרד.

שנית, מהו הדין לגבי אחריות פלילית? לדוגמה: יועץ משפטי קובע כי פעולה מסוימת שהשר מעוניין לבצע היא פעולה שנגזרה בניגוד עניינים, ועלולה לחשוף את השר לאחריות פלילית, למשל בשל העמדה לדין בעבירת הפרת אמונים. לפי הסעיף המוצע, השר רשאי לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה, גם אם הדבר מהווה עבירה פלילית. סעיף זה, על פי פרשנות סבירה, יחסן אפוא את השר או את ראש הממשלה מכל כתב אישום והעמדה לדין, אך בשל כך שבחרו לדחות עצה משפטית שהזירה כי המעשה אותו הם עומדים לבצע הוא פלילי. זהו מצב פסול.

קושי נוסף הוא הבלבול וחוסר התיאום שיווצר בעקבות גיבוש עמדות משפטיות שונות וסותרות. כך, למשל, סוגיות רבות מערבות מספר משרדים ורשויות. חשיבותו של היועץ המשפטי לממשלה בעניינים אלה היא אדירה, שכן הוא משמש כגורם המתאם והקובע לגבי העמדה המשפטית המחייבת את כלל המשרדים. מצב שבו כל משרד קובע לעצמו עמדה משפטית שונה, תוך התעלמות מהיועץ, יביא לכך כי באותה סוגיה יהיו עמדות סותרות של רשויות שונות. דבר זה כמוכך יסכל את ביצועה של מדיניות, אך גם יפגע באינטרס ההסתמכות של האזרח, ייצור קשיים מנהליים, ויביא לסרבול ועיכובים מיותרים. מצב זה, של ריבוי קולות, ייצור קשיי תיאום, מסרים בלתי עקיבים, אי-ודאות, וחוסר יעילות ממשלתי, שבסופו של דבר יפגע לא רק בייעוץ המשפטי, אלא בשירות הניתן לאזרח.

סעיף 32(ו): הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, יקבעו את העמדה שתוצג בשם, או בשם רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין.

סעיף 32(ז): הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, רשאים לקבוע לפי שיקול דעתם כי עמדתם, או עמדת רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בהליך מסוים, תוצג בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין בידי מייצג לפי בחירתם, לרבות ייצוג בידי עורך דין פרטי.

סעיפים אלה, יחד עם שאר הסעיפים, צפויים ליצור קושי משמעותי עבור הרשות והשר העומד בראשה. ראשית, שבה ועולה הבעיה של רשויות סטטוטוריות עצמאיות, שאמורות לפעול באופן עצמאי מהעמדה של הדרג הפוליטי. השתלטות הדרג הפוליטי על רשות עצמאית תסכל את התכלית שביסוד עצמאותה של הרשות המנהלית, והדבר יילקח כמוכך בחשבון בשלב הביקורת השיפוטית.

שנית, סעיפים אלה מכוונים למצב שבו היועץ המשפטי סבור כי עמדת השר מוקשית או לא חוקית, אך השר מבקש לקדמה בכל זאת, ועל כן שוכר ייצוג פרטי. במצב דברים זה, המשקל שעמדת השר תקבל בבית המשפט יהיה נמוך. התוצאה הצפויה היא שבית המשפט, בעתירות שיגיעו אליו, יראה כי הייעוץ המשפטי לא אישר את הפעולה או הביע ספקות לגבי חוקיותה. במצב דברים זה, בית המשפט לא יוכל לסמוך על כך שהתקיימה בחינה ראויה של חוקיות ההחלטה, ועל כן עצם ההיזקקות לעורך דין פרטי תביא לכך שהפעולה המנהלית לא תיחנה מחזקת התקינות והכשירות המנהלית, מה שיביא, ככל הנראה, לביטולה. סעיף זה יש לקרוא יחד עם הרפורמה המוצעת לבצע פוליטיזציה של הייעוץ המשפטי, כך שגם אם השר לא יפנה לייעוץ משפטי, אלא יקבע כי מי שייצגו הוא היועץ המשפטי המשרדי מטעם, הדבר ישפיע על סיכוי קבלת העתירה. כך, משום שכדי לשמור על חוקיות פעולות הממשלה נדרש שהיועצים המשפטיים יהיו עצמאים ממשרדם בחוות דעתם המשפטיות, מתוך כפיפות מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה ותיאום עימו. אם יהפכו היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אופן, ייפגע מעמדם, תסוכל יכולתם למלא את תפקידם כנדרש, והדבר לא ייעלם מבית

המשפט, שעה שהוא יידרש להעניק משקל לעמדת השר. על כן, מרפורמה שמבקשת להעצים את משקל הדרג הפוליטי, התוצאה המסתברת תהיה הפוכה: הענקת משקל נמוך לעמדה המשפטית של השר בהשוואה למצב שבו עמדה זו מיוצגת על ידי יועץ משפטי עצמאי ומקצועי שאינו משרת אמון. שלישית, ואולי החשוב מכל. האפקטיביות של היועץ המשפטי תלויה ביכולתו לייצג את המדינה. טלו ממנו את בלעדיות הייצוג, נטלתם ממנו את חשיבותו וכוחו. אם חוות דעתו אינה מחייבת, אם ניתן להתעלם ממנה, אם ניתן לקבל ייצוג מכל גורם בשוק הפרטי, מה נותר ממוסד היועץ המשפטי לממשלה? כפיפות השלטון לחוק – עקרון שלטון החוק – תלויה בעצמאותו של היועץ המשפטי לממשלה וביכולתו לחייב את כלל רשויות המנהל. נטלתם את אלה, פגעתם בעקרון שלטון החוק ובכפיפותו של השלטון לחוק.

ולבסוף, מילה על היחס בין עורכי דין בשוק הפרטי, ועורכי דין של המדינה: אכן, תאגידים רשאים לבחור לעצמם עורכי דין, ולכאורה חוות הדעת של הייעוץ המשפטי אינה מחייבת תאגיד. אולם כל מי שהתנסה בכך יודע שנושא משרה בחברה אשר בוחר להתעלם מחוות דעת של יועץ משפטי, חשוף לתביעה אישית (אם יתברר שבכך ביצע עוולה אזרחית או עבירה פלילית). עד היום, נהנו נושאי משרה בשלטון מחסינות, כל עוד פעלו במסגרת תפקידם וללא רשלנות. אם נאמץ את המתווה שמקובל בשוק ונחיל אותו על עובדי הציבור, עלינו לאמץ זכות תביעה אישית כנגד נושא משרה בשלטון שבחר לפעול שלא לפי חוות הדעת של הייעוץ המשפטי כאשר פעולה כאמור עולה כדי הפרה של כלל במשפט האזרחי או הציבורי.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

ד"ר נורית צימרמן, המרכז האקדמי ספיר

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

ד"ר יובל פרוקצ'יה, אוניברסיטת רייכמן

חלק שני

למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

1. חתך רוחב – מבני הטיעון של דוברים התומכים בהפיכה המשטרית
2. האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול
3. פסיקת בג"ץ בסוגיות ביטחון ושטחים
4. מערכת המשפט והגנה על זכויות מבקשי המקלט בישראל
5. הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון החוק וזכויות יסוד
6. הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון הרוב ומגבלותיו
7. שאלות ותשובות

חתך רוחב – מבני הטיעון של דוברים התומכים בהפיכה המשטרית

הופץ ביום 4.9.2023

נייר זה מנתח את צורות הטיעונים ומבניהם ביחס לעובדות על מערכת המשפט, בקרב דוברים המקדמים את ההפיכה המשטרית.

אנו מוצאים כי:

- תחת מעטה של דיון רציונלי, מבוסס עובדות, נעשה שימוש במבני טיעון שחותרים תחת אפשרות קיומו של דיון כזה.
- הטיעונים העובדתיים ביחס למשפט מטעים, המסקנות הנגזרות מהם לא מתאימות לבעיות שזוהו ומעל הכל, המשמעות הכוללת של שלילת המשטר הדמוקרטי מוסתרת או מוכחשת.
- ריבוי הטיעונים, המתפשטים בשלל מדיות וגרסאות, מעצים את אפקט ההסתרה וההכחשה.

מבוא

מחקרים בתחום הרטוריקה והשכנוע עומדים על חשיבות המבנה והסגנון של טיעונים, ולא רק תוכנם, כדי להסביר כיצד הם פועלים על מנת לשכנע או ליצור הזדהות. חלק ניכר מכוחו של טיעון מצוי בהיבטי הצורה, כלומר, בממדים שאינם התוכן הגלוי: לא רק מה נטען, אלא איך. בניירות עמדה קודמים רבים בחנו את התכנים של שינויי המשטר המתוכננים על ידי הממשלה. בשונה מכך, בנייר זה אנו עומדים על צורות הטיעון הכוללות בקרב דוברים התומכים בהפיכה המשטרית. נבחן טיעונים המתיימרים להתייחס לעובדות ביחס למערכת המשפט ולהציג מסקנה הגיונית הנובעת מהן. נראה כיצד צורות הטיעון יוצרות הטעיה גם במצבים שבהם התוכן הגלוי לא בהכרח שגוי, או לא שגוי במלואו – בשונה ממקרים, רווחים גם הם בקרב דוברים התומכים בהפיכה, שבהם התוכן עצמו שגוי. ניתוחים מסוג זה המוצע כאן התרכבו בשנים האחרונות במחקרי מידע, בפרט בהקשרים של זיהום מידע, אי־סדר מידעי, ומה שמכונה לעיתים פוסט־עובדות או פוסט־אמת, על רקע משברים מעמיקים בתקשורת ציבורית, קיטוב פוליטי במדינות דמוקרטיות, ושחיקה של דמוקרטיות ואף התמוטטותן.¹

1 THE DISINFORMATION AGE: POLITICS, TECHNOLOGY, AND DISRUPTIVE COMMUNICATION IN THE UNITED STATES (W. Lance Bennett & Steven Livingston eds. 2020). באשר ל"עובדות" אפשר להתייחס באופן מינימלי לעובדות שניתן לאמת, ובמצבים מורכבים להבנה רווחת של עובדות כאלו בקרב המומחים או הרשויות הרלוונטיים. ראו, Andrew M. Guess & Benjamin A. Lyons, *Misinformation, Disinformation, and Online Propaganda, in SOCIAL MEDIA AND DEMOCRACY: THE STATE OF THE FIELD, PROSPECTS FOR REFORM* 10 (Nethaniel Persily & Joshua A. Tucker eds. 2020). לצורך הניתוח שלנו לא נדרשת הכרעה בין הגדרות שונות, ביניהן דיסאינפורמציה, מיסאינפורמציה, פרופגנדה וחדשות כזב. נוסף על תחומי המחקר הנזכרים, חקר הלוגיקה (הפורמלית והלא פורמלית) כולל קטגוריות רבות של

ייחודו של נייר זה בכך שהוא מתמקד בניתוח טיעונים בהיבטים הנוגעים במשפט. כפי שמדגישה הסוציולוגית האמריקאית קים ליין שפלי בהתייחס לקריסתן של דמוקרטיות בעת הזו, תהליך הקריסה ממוקד במשפט: מנהיגים רודניים עושים שימוש בכלים משפטיים ונשענים על מראית עין של חוקיות, שהכרחיים ללגיטימציה שלהם ולניסיונם להרחיק עצמם מהמשטרים הסמכותניים המוכרים לציבור מהמאה העשרים ("מודל היטלר" ו"מודל סטלין", בלשונה).² מכאן אין להתפלא על הכותרת שהוענקה לדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: ועדת החוקה) שעוסקים בשינויים החוקתיים: "ציון בְּמִשְׁפָּט תִּפְּדָה – מחזירים את הצדק למערכת המשפט". מכאן גם החשיבות של בחינת צורות הטיעונים שעוסקים במשפט.

דוברים שמשמיעים טיעונים עובדתיים בהקשר זה מתיימרים לפעול במסגרת הדיון הציבורי הרציונלי ולבסס את ההפיכה בעזרתו. הם נשענים על השפה והנורמות של הוכחת עובדות ושכנוע על בסיסן, וכך עשויים לרכוש לגיטימציה באמצעות ההגינות והחתימה לאמת המיוחסות לדיון כזה. לכן, ראוי לבחון אם טיעוניהם עומדים בדרישות מינימליות שלו.

נבחן את צורת הטיעון בהתייחס לשלושה שלבי טיעון המייצגים את המהלך הבסיסי של הצגת ראיות, הסקת מסקנות והתמודדות עם ביקורת. בכל אחד מהשלבים ניתן למצוא מהלכים טיפוסיים שהופכים את הטיעון למטעה. דוגמאות רבות נותחו בהרחבה בניירות עמדה שונים של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ומובאות פה בקצרה במסגרת חתך רחב לצורך הסברת מבני טיעון. להבנה מלאה של תכניה של כל דוגמה יש לקרוא את ניירות הפורום המובאים בהערות השוליים. יש להדגיש שהחלוקה לשלושת השלבים המוצעת על ידינו לא מאפיינת את הטיעונים של דוברים התומכים בהפיכה. להיפך, אחד הממצאים הבולטים הוא שהטיעונים דווקא מטשטשים את ההבחנות הללו ולכן מקשים על זיהוי הכשלים המנותחים כאן.

אם כן, הבדיקה שערכנו מעלה כמה מבני טיעון בולטים.

ראשית, הצגת טענה לקיומה של "בעיה", באמצעות שימוש מטעה בראיות המציגות את מערכת המשפט כבעלת כוח בלתי מוגבל או כמעט בלתי מוגבל בסדר השלטוני בישראל, ובאותה עת כפגומה ופוגענית. מהלך זה כולל:

1. שימוש סלקטיבי בעובדות בכמה הקשרים שאנו מנתחים (נתוני משפט השוואתי; איזכור בעלי סמכות משפטית; ריבוי אסמכתאות והיעדר אסמכתאות).
2. הצגת חריג כמשקף את הכלל.
3. הצגת החלטה משפטית כאילו היא לא מאפשרת לדרג הפוליטי לפעול למרות שיש לו דרכי פעולה.
4. הצגת מצע נסיבתי היסטורי שכבר חלף כמצב הדברים בהווה.

fallacies, או כשלים לוגיים, שחלקן חופפות למבני טיעון המנותחים בנייר זה, אולם ענייננו אינו בסיווגם של כשלים בהקשר של חקר הלוגיקה אלא בטיעונים הנוגעים למערכת המשפט בישראל בתוך ההקשר הפוליטי והחברתי הנוכחי.

2 Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 CHI. L. REV. 545 (2018); ראו בעברית: קים ליין שפלי **רודנות בחסות החוק** (מיטל שרון מתרגמת 2023). בדומה, חוקרת מדע המדינה אריקה פרנו מזהירה שהזירה המשפטית היא המסוכנת ביותר במקרים בהם מנהיגים נבחרים מפרקים את הדמוקרטיה מבפנים. ראו איילת שני "עיני כל העולם נשואות לישראל. תמשיכו לחץ בכל הכוח. אסור לכם למצמץ" **הארץ** (27.7.2023).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

5. הצגת הסבר סיבתי לאירועים מורכבים המטיל אחריות ודאית על מערכת המשפט.
6. עירוב אמיתות עם אי-אמיתות באופן שמכשיר אי-אמת ותומך בהצגה מאיימת של מערכת המשפט.

שנית, הצגת פתרונות שלא הולמים את הבעיה הנטענת. מהלך זה כולל:

1. במישור הפנימי, הצגת בעיה לכאורה, ולצדה פתרון שאין בו כדי להתמודד עמה.
2. במישור החיצוני, הצגת תיקונים שונים למערכת המשפט שעשויים להיות הגיוניים בנפרד אבל המכלול שלהם נטול קוהרנטיות ומערער על המסגרת המשטרית הדמוקרטית (תופעה המוכרת בספרות כ"פרנקנסטייט")³.

שלישית, חוסר התמודדות עם ביקורת. מהלך זה כולל:

1. מניעת דיון אמיתי למרות רטוריקה של מחויבות לדיון.
2. הכחשת המשמעות האמיתית של "הרפורמה" כשלילת הדמוקרטיה, וזאת בכמה דרכים שונות שאנו מנתחים: "עצים בלי יער"; הסטת תשומת הלב לסוגיה אגבית; הסטת הדיון משאלות מבניות לשאלות פרטניות; טענת "יהיה בסדר".

מהלך נוסף, הרלוונטי לכל אחד מן השלבים שזוהו, הוא ניכוס מונחים שמקורם במחשבה הליברלית באופן שמוחזר קליפה של שיח דמוקרטי ליברלי בעודו מרוקן אותה מתוכנה המקובל ומחליף אותה ברעיונות הפוכים בתכלית. בהקשר זה נתייחס למונחים: איזון; דמוקרטיה; הפרדת רשויות; חיזוק שלטון החוק/המשפט/אמון הציבור/הדמוקרטיה; ליברליזם; שוויון; שלטון החוק.

בניתוח השלבים השונים איננו עוסקים בכוונות הסובייקטיביות של הדוברים אלא באפקטים של מבני הטיעון שלהם, למרות שהאפקטים והכוונות עשויים כמובן להתלכד.

חשוב לציין שניתוח מלא מחייב דיון בהיבטים נוספים של טיעוני תומכי ההפיכה שחורגים מהנייר הנוכחי. לא נעסוק בסוגיות של ליכוי רגשות ותחושות (affects) שרלוונטיים להפיכה המשטרית, אלא כשהם נוגעים במישרין לדיון העובדתי. ניתוח מלא ירחיב הרבה יותר בהיבטים שליליים של דמוניזציה של מערכת המשפט, ביזויה, או עוינות כלפיה, כלפי אנשי משפט או מתנגדי ההפיכה, והיבטים חיוביים כמו נאמנות קבוצתית, אידיאולוגיה, תשוקה, תפיסות אמוניות ועוד. בהקשרים אלו אפשר להצביע על אמצעים סגנוניים של רטוריקה, מבנים נרטיביים, וסמלים שנמצאים בטקסטים וכן בתכנים ויזואליים וביצועיים (למשל בנאומים וכתבות מצולמות – היבטים כמו קצב, עוצמה וטון הדיבור, פסקול, הפוגות, עיצוב המרחב וצורת הצילום).

כמו כן, איננו מתייחסים לסביבות הטכנולוגיה, התקשורת וההדהוד (אקוסיסטם) בהם פועלים הטיעונים, וגם לא להיבטים נוספים של סביבת הטיעון, כמו מקורות מימון, מאפייני הקהל, וההיסטוריה החברתית, מוסדית, רעיונית, פוליטית וכלכלית, שעשויים להסביר את מקורות והתפתחות הטיעון ומשליכים על ההתקבלות שלו. לבסוף, איננו עוסקים במבני טיעון שאינם מאפיינים באופן מובהק דווקא את ההקשר המשפטי, אף על פי שהם קיימים גם בו, כגון ווטאבאוטיזם. איננו סבורים שההיבטים העובדתיים נפרדים מכל האמור לעיל, או שניתן להבין את מלוא השלכותיהם במנותק מהתמונה הרחבה. אולם, לנייר זה יעדים מוגדרים: **הוא עומד רק על צורות הטיעונים שעוסקים בעובדות על המשפט.**

3 ראו Scheppele, לעיל ה"ש 2, בעמ' 567.

בהינתן הצפת הטיעונים בתמיכה בהפיכה, הניתוח מבוסס על דוגמאות אחדות בלבד. חלקן זכו לתשומת לב ציבורית, למשל נאום שר המשפטים יריב לוין שבו הכריז על ההפיכה המשטרית (4.1.2023), נאום ראש הממשלה כעבור כשלושה חודשים שבו הודיע שהוא "נכנס לאירוע" (23.3.2023), ומסמך המכונה "עוולות בג"ץ".

כן בחנו כמה דוגמאות מסוגות שונות, ביניהן דיונים וחומרי רקע בוועדת החוקה, "תחקיר" שפורסם בערוץ 14, דברי הסבר לחקיקה, ופרסומים בהיקפים שונים המזוהים עם פורום קהלת ותומכי ההפיכה. לצורכי מיקוד והדגמה, התמקדנו לרוב בטיעונים שהוצגו מאז ההכרזה על ההפיכה בינואר 2023, אף על פי שהתשתית להם נבנתה לאורך שנים.

הדברים הבאים מציגים אפוא את מבני הטיעון של תומכי הרפורמה לפי סדר השלבים הנזכר. נתחיל בשימוש מטעה בראיות ביחס לבעיות לכאורה במערכת המשפט. לאחר מכן נבחן את הכשלים בפתרונות המוצעים, את חוסר ההתמודדות עם ביקורת, ולבסוף את ניכוס המונחים הליברליים.

1. הצגת "בעיה" במערכת המשפט: שימוש מטעה בראיות

לפנינו כמה מבני טיעון שמיועדים לאפיין בעיה במערכת המשפט. לשם כך, הם מתמקדים בפרט כלשהו שאינו בהכרח שגוי כשלעצמו, אך לא מתארים את התמונה בכללותה. הקטגוריות הבולטות הן שימוש סלקטיבי בעובדות (ובכלל זה שלוש תת-קטגוריות: נתוני משפט השוואתי, פנייה לרמות בעלות סמכות משפטית וריבוי אסמכתאות. בנוסף נתייחס גם לסוגיה קשורה של היעדר אסמכתאות); היפוך היחס בין חריג לכלל; הצגת החלטה משפטית כאילו היא לא מאפשרת לדרג הפוליטי לפעול אף על פי שיש לו אפשרויות חלופיות; הקפאת העבר כאילו הוא הווה; קביעת קשר סיבתי חד-משמעי בין הכרעות משפטיות לאירועים מורכבים; ועירוב אמיתות עם אי-אמיתות באופן המכשיר אי-אמת ותומך בהצגה מאיימת של מערכת המשפט. בכל אחד מהמקרים, ה"ראיה" המוצגת לא מוכיחה את הבעיה הנטענת.

ה"בעיה" הנטענת היא לעיתים נקודתית, למשל טענה ביחס לאופן בחירת שופטים, אבל באופן כללי ומצטבר ה"בעיה" המתוארת היא קיומה של מערכת משפט פוגענית ובעלת כוח בלתי מוגבל או כמעט בלתי מוגבל בסדר השלטוני ישראל. זהו תיאור התומך בסיפור כוללני יותר המופיע בשיח הפוליטי, המאפיין את מערכת המשפט ומוסדות מדינה נוספים במונחי "דיפ סטייט", כלומר, רשתות כוח סמויות החותרות באופן לא גלוי תחת הדרג הפוליטי. בהקשר לסיפור זה מופיעים מגוון מרכיבים פופוליסטיים כמו: שלטון האליטות או השמאל, ישראל הראשונה והשנייה, טענות לרדיפה פוליטית באמצעות המשפט הפלילי, והטענה שמוסדות המשפט ומוסדות ממלכתיים נוספים חותרים תחת רצון הבורחים ומסכלים את "המשילות" של קואליציית הימין. התופעה מוכרת גם ממקומות אחרים, כפי ששפלי מסבירה: משטרים אוטוקרטיים עכשוויים מתחזקים ומגבירים את משבר האמון במוסדות ציבוריים כחלק ממהלך ריכוז הכוח בידיהם.⁴ על רקע הסיפור הכוללני ניתן גם להבין את הצלחתן של טענות שגויות מיסודן, כמו הטענה שהשופטים בישראל "בוחרים את עצמם". המסגור הכולל מאפשר לאי-אמת להיות מתקבלת על הדעת, בעוד אי-האמת עצמה תומכת במסגור הכולל.

א. שימוש סלקטיבי בעובדות

צורת הטיעון: מוצגים נתונים שיש בהם ממד אמת פורמלי, אבל הם חלקיים ולכן מטעים. אופן ההצגה מייחס למערכת המשפט כוח בלתי מוגבל או כמעט בלתי מוגבל בסדר השלטוני בישראל, ובאותה עת מציג אותה כפגומה ופוגענית, כהצדקה לשלילת סמכויות משפטיות והסרת בלמים משפטיים על הממשלה.

(1) הדשא של השכן: נתוני משפט השוואתי

צורת הטיעון: הטיעון מתייחס לנתונים השוואתיים משיטות משפט שונות כדי להציג את מערכת המשפט בישראל כחריגה לרעה. היקף ההשוואה הנרחב שדוברים התומכים בהפיכה מציעים שוב ושוב יוצר רושם של עבודת רקע רצינית תוך למידה ממדינות דמוקרטיות, ושל היזקקות למומחיות משפטית. בפועל, הצגה סלקטיבית מביאה לכך שהתמונה מסולפת ומנתקת עובדות מהקשרן. ההשוואה מייצרת מצג של מקצועיות וענייניות, אך למעשה הנתונים חלקיים ומתעלמים מהתמונה הכוללת. זאת ועוד, ההצפה של נתונים חלקיים ורבים משבשת את השיח. היא מטילה "עלויות ויכוח" כבדות, משום שהציבור הרחב אינו יכול לבחון את ההשוואה שכן שהדברים, ככלל, אינם נגישים לו.

לדוגמה:

א. בטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט) שפרסם שר המשפטים (ביום 11.1.2023), הדרישה לפוליטיזציה בהליך מינוי שופטים מוסברת תוך דיון השוואתי ארוך, שבו נטען שמדינות דמוקרטיות, בפרט חברות ה-OECD, בוחרות שופטים שמוסמכים לפסול חוקים באמצעות נציגי ציבור, ולחלופין לא מאפשרות להם לפסול חוקים. בחירת השופטים בישראל ו/או אופן פעולתם מוצגים לכן כתופעה חריגה במערכות דמוקרטיות.⁵

גם אם נתעלם מפרטים שגויים ונניח את נכונות התוכן המוצג, הוא משמיט נתונים קריטיים. **ראשית**, הוא מתייחס לבתי משפט חוקתיים הפועלים בנפרד מבתי המשפט הכלליים, בעוד לישראל אין בית משפט ייעודי לחוקה. הצעת שר המשפטים לא מתייחסת לבית משפט לחוקה אלא לפוליטיזציה של כלל השופטים במערכת המשפט. **שנית**, רבים מהמודלים שהשר מפנה אליהם מחייבים הסכמה רחבה בין ציבורים שונים, בניגוד לשליטה בלעדית של הממשלה במודל שהוא מציע. למודל שהשר מקדם למעשה אין אח ורע במדינות שהפנה אליהן. **שלישית**, הגנות על אי-תלותם של שופטים שקיימות במדינות אחרות לא קיימות בישראל, למשל במסגרת חוקה משוריינת. **רביעית**, במדינות הנזכרות בהצעה מתקיימים מנגנונים חוקתיים ופוליטיים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני וחסרים בישראל, ובפרט מנגנונים אפקטיביים להגנה על זכויות יחידים ומיעוטים כמו מגילת זכויות נוקשה, כפיפות לטריבונלים בינלאומיים, שני בתי פרלמנט, בחירות אזוריות, משטר פדרטיבי ועוד.⁶

5 גרסה קיצונית יותר הופיעה בנאום ראש הממשלה: "בכל הדמוקרטיות, לרבות בארצות הברית, נבחר הציבור הם אלה שבוחרים שופטים. כמעט אין לזה יוצא מן הכלל, בודדים". בנימין נתניהו – Benjamin Netanyahu "הצהרת ראש הממשלה בנימין נתניהו: באנו לאזן ולתקן" **יוטיוב** (23.3.2023) (להלן: הצהרת נתניהו מיום 23.3.2023).

6 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7: הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023).

ב. יו"ר ועדת החוקה פרסם מצע לדיון בנושא הייעוץ והייצוג המשפטי לממשלה (ביום 11.1.2023),⁷ לפיו הסמכות לקבוע עמדה משפטית ולייצגה בפני ערכאות שיפוטיות תהיה נתונה לממשלה או לשרים, מבלי שיהיו מחויבים לקבל את עמדת הייעוץ המשפטי לממשלה. במסגרת זו הוצגה טבלה המונה מאפיינים אחדים של מוסד היועץ המשפטי לממשלה תוך בחינה השוואתית, שממנה עולה כי מאפייני הייעוץ המשפטי בישראל חורגים מאלה המקובלים במדינות אחרות. בכך ביקש היו"ר לבסס את הטענה שליועצים משפטיים בישראל יש כוח עודף וחריג כלפי הממשלה.⁸ גם אם כל האמור בטבלה נכון, היא מטעה משום שהיא לא מסבירה את תפקיד הייעוץ המשפטי במסגרת מערך האזוניה והבלמים של שיטת המשטר בישראל, ומשמיטה התייחסות לאמצעי האזוניה האחרים שקיימים במדינות שהיא מפנה אליהן. ניתוח הוגן, שלא מוציא את העובדות מהקשרן, מחייב להראות את מנגנוני הבקרה האחרים על הממשלה, לדוגמה שני בתי פרלמנט בארה"ב וקנדה, או בחירות אזוריות בבריטניה וגרמניה.⁹

(2) מפי האתון : אזכור בעלי סמכות בתחום המשפט

צורת הטיעון : הדובר נשען על בר או בת סמכא בתחום המשפט, כגון שופטת בית המשפט העליון או פרופסור למשפטים, התומך לכאורה בעמדתו. הפניה לאסמכתאות מוכרת היטב בשיח האקדמי והמשפטי כאמצעי לביסוס טענות. הדובר מתיימר להיעזר בהן ולשאוב כך לגיטימיות, אך מפר את תנאיהן משום שגם אם הדברים אכן נאמרו, הם מוצאים מהקשרם ולכן מטעים. לעתים, כאשר בן.ת. הסמכא מתנער מהדברים, הדובר מייחס להתנערות מניעים אישיים או פוליטיים.

לדוגמה :

א. **נתניהו ודרשוביץ :** בניסיון להצדיק את חקיקת ההפיכה פרסם ראש הממשלה סרטון בו טען : "המשפטן הידוע אלן דרשוביץ, פרופסור דרשוביץ מאוניברסיטת הרווארד, שאגב מתנגד לחלקים ברפורמה, הוא אמר שאם הרפורמה תעבור במתכונתה הקודמת, לפני הריכוך במרכאות, אז ארצות הברית [כך במקור – רצה לומר ישראל] לא תהיה דיקטטורה, היא תהיה דומה לנוי זילנד וקנדה ובמידה רבה גם לארצות הברית".¹⁰ האזכור מנוסח כך שמשמעת תמיכה כללית של דרשוביץ בתוכנית, לצד הסתייגויות חלקיות. המילה "אגב" ממסגרת את ההסתייגויות כשוליות לטיעון. באותה עת, העובדה שדרשוביץ לא מסכים לכל מרכיבי הרפורמה מעניקה לכאורה משנה תוקף להסכמתו על העיקר, שכן לא מדובר בתומך שבוי או אוטומטי. ואולם, המסגור הנכון הפוך : למרות היותו תומך ידוע של נתניהו, דרשוביץ התנגד לחקיקה הן בגרסתה המקורית והן ה"מרוככת". דרשוביץ אכן מיהר להגיב ולהסביר את ההטעיה (תרגום חופשי) : "כבוד הוא לי להיות מצוטט על ידי ראש הממשלה... הוא ציטט את מילותיי במדויק, אבל הוא השמיט את עיקר המסר המרכזי שלי :

7 מצע לדיון והצעת נוסח תיקון לחוק-יסוד : הממשלה מטעם יו"ר הוועדה (11.1.2023).

8 ראו אביעד בקשי "הייעוץ המשפטי והממשלה : ניתוח והמלצות" **פורום קהלת**. דוגמה נוספת היא אתר ארגון "אם תרצו" שטוען לחריגות מעמד הייעוץ המשפטי בישראל תוך העלמת התמונה ההשוואתית של מנגנוני איזון ובקרה על כוחה של הממשלה. "מינוי היועצים המשפטיים" **אם תרצו – בונים חברה ציונית**.

9 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 1 : גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים" (הופץ ביום 15.1.2023).

10 ראו הצהרת נתניהו מיום 23.3.2023, לעיל ה"ש 5.

הכרחי לבצע פשרה נוספת. עודני מתנגד גם להצעות המקוריות וגם להצעות החדשות משום שהן חוצות שני קווים אדומים: 1) הן מתירות לכנסת להתגבר ברוב רגיל על החלטות של בית המשפט העליון המבטיחות זכויות מיעוט יסודיות, חופש ביטוי והליך הוגן; 2) הן מאפשרות לרוב של פוליטיקאים במקום אנשי מקצוע לבחור שופטים... בית המשפט העליון של ישראל הוא מושא לקנאה עבור מרבית המדינות הדמוקרטיות בדיוק משום שהוא אוסף את שלטון החוק... הוא נחשב לאחד מבתי המשפט הטובים בעולם ושופטיו הם בין המוערכים ביותר... ראש הממשלה ציטט אותי נכון בכך שהרפורמות השגויות האלו לא יהפכו את ישראל למדינה סמכותנית אנטי-דמוקרטית... למרות זאת... היא תהיה דמוקרטיה הרבה יותר טובה אם בית המשפט העליון יוכל לבקר ולאזן את הרוב ביחס לזכויות יסוד לא פופולריות... נתניהו מפנה לשיטה האמריקאית לבחירת שופטים... אבל ההליך האמריקאי יצר פוליטיזציה ופגע בבית המשפט העליון שלנו. זהו לא מודל שישראל צריכה לחקות".¹¹

ב. "סבירות סולברג": יו"ר ועדת החוקה טען שהצעתו לביטול עילת האי סבירות נסמכת על עמדתו השמרנית של שופט בית המשפט העליון נעם סולברג. בלשונו: "הצעת החוק לביטול עילת הסבירות, נכתבה ע"פ עקרונות שקבע שופט העליון נעם סולברג במאמר לפני מספר שנים".¹² ראש הממשלה מיהר לכנות את החקיקה "סבירות סולברג", כינוי ממנו עולה שלא מדובר בביטול כמעט מוחלט של העילה, כפי שיו"ר ועדת החוקה הודה, אלא בסבירות בגרסה שונה. למעשה ההצעה, כפי שהתקבלה בכנסת בסופו של דבר, ביטלה בחוק את הביקורת השיפוטית על אי סבירות של הממשלה ושריה, ללא הבחנה בין ממדים שונים של העילה.¹³ אם כך, דוברים התומכים בהפיכה פנו לסמכות משפטית בתוך בית המשפט העליון שלכאורה תומכת בהצעתם.

השופט סולברג אומנם פרסם מאמר שבו ביקר את עילת אי-הסבירות, אולם הסתמכות עליו לתמיכה בחקיקה מטעה, משום שהמאמר עצמו לא תואם את תוכנו של התיקון שנחקק.¹⁴ יו"ר הוועדה השמיט את ההיבטים הבאים: ראשית, השופט סולברג לא התייחס לחקיקה אלא לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי ועל כן ניסיון לגזור ממנו כללי הכרעה ברורים שיהיו מצע לחקיקה נדון לכישלון. שנית, ובהמשך לכך, הצעתו של השופט סולברג התמקדה בהחלטות המשקפות תפיסת עולם ערכית, ולכן ניתן להבין את הצעתו כמתייחסת להחלטות מדיניות ולא לכל החלטה של הדרג הנבחר. שלישית, ביקורתו של השופט סולברג התמקדה בסבירות המהותית שפותחה משנות ה-80, ולא בזו המסורתית, שנועדה למנוע החלטות שרירותיות ואבסורדיות. על כן, לא ברור אם ניתן לייחס לסולברג קריאה להחריג את הממשלה והשרים מתחולה העילה המסורתית. לבסוף, ניתן לקרוא את השופט סולברג כנכון, באופן עקרוני, לשימוש בעילה גם בגרסתה המרחיבה על כלל דרגי המנהל במצבים של קושי להוכיח עילות ביקורת אחרות.¹⁵

- 11 Alan Dershowitz, *Dershowitz: Bibi Left Out the Most Important Part – Opinion*, JERUSALEM POST (27.3.2023).
- 12 שמחה רוטמן "ח"כ שמחה רוטמן מזהיר: פרובוקציות מול המצלמות" **ערוץ 7** (25.6.2023).
- 13 להסבר מפורט בדבר היקף הביטול ראו פורום המרצים והמרצות למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 50: ההצעה לביטול תחולת עילת אי-הסבירות על החלטות הממשלה, השרים ונבחרי ציבור אחרים" (הופץ ביום 26.6.2023). לדברי ראש הממשלה ראו בנימין נתניהו – Benjamin Netanyahu (@netanyahu) **טוויטר** (10.7.2023) (להלן: הצהרת נתניהו בטוויטר מיום 10.7.2023).
- 14 נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18, 37 (2019).
- 15 השמטות נוספות בשלב הדיון בהצעת החוק נגעו לתחולה על "נבחר ציבור" שלא נכללה בנוסח הסופי.

דיון הגון מחייב אזכור והתמודדות עם כל האמור. השופט סולברג אכן נאלץ, באופן חריג לשופט מכהן, להפיץ הודעת הסתייגות מזיהויו עם נוסח החקיקה שקודם.¹⁶

ג. **תמיכת השופטת פרוקצ'יה**: ביום 10.7.2023 פרסם ראש הממשלה סרטון שבו חזר על הטענה שביטול עילת הסבירות "הוא לא קץ הדמוקרטיה אלא חיוק הדמוקרטיה". מסיבה זו, הוא המשיך, רבים מראשי הקואליציה ושופטים בכירים תמכו בתיקון עילת הסבירות. הוא ציטט את השופטת פרוקצ'יה שאמרה שהעילה "עלולה להביא לפלישת בית המשפט לשטחים בהם אין הוא אמור לפעול".¹⁷ מבנה הטיעון מיועד לבסס את עמדת הדובר על ידי פניה לסמכותם של אלו שאינם מצדדים בהפיכה. השופטת בדימוס פרוקצ'יה נאמה בהפגנות המחאה וידועה בהתנגדותה להפיכה. אם גם המתנגדים מסכימים, כוח הטיעון גובר. גם פה, המהלך מבוסס על ציטוט נכון באופן פורמלי, אבל מטעה באופן מהותי משום שהוצא מהקשרו.

דברי השופטת פרוקצ'יה בהקשרם המקורי התייחסו דווקא לצורך בהפעלת עילת הסבירות. למעשה, הם חלק מפסק דין שביטא התנגדות לצמצום עילת הסבירות והסביר כיצד להפעילה, אגב מחלוקת עם השופט גרוניס (שבצממו לא קרא לביטול העילה אלא לשימוש בה במקרים קיצוניים ובאופן שיורי). השופטת פרוקצ'יה המשיכה כך: "החשש שמא בית המשפט יעמיד את שיקול דעתו 'הסביר' במקום שיקול דעתה 'הבלתי סביר' של הרשות המינהלית, ויכנס לנעליה בהפעלת הסמכות הנתונה, אינו חשש בעלמא, ואין להתעלם ממנו... יחד עם זאת, לגישתי, חשש זה, כשלעצמו, אינו צריך להשפיע על קיומו של כלי הביקורת החשוב הזה... חשש זה חייב שינחה את השופט המינהלי יום יום, ושעה שעה, כשהוא מבקש לעשות שימוש בכלי ביקורת זה... הפעלתם התקינה והראויה של העקרונות... אינה מעמידה סיכון ממשי כי בית המשפט יבוא בנעליה של הרשות המינהלית ויעשה את מלאכתה במקרה הפרטני".¹⁸

בניגוד לניסיון ליחס לשופטת פרוקצ'יה התנגדות לעילת הסבירות, ולבית המשפט בכלל היעדר ריסון והחלפת שיקול הדעת של הגופים הפוליטיים בדעותיהם של שופטים, הציטוט שהובא היה חלק מתמיכה בעילה ואף הסביר מדוע בית המשפט לא מחליף את שיקול דעתה של הרשות המבצעת. העמדה הזו גם הודגמה שם: פסק הדין עסק במינוי של חיים רמון לשר בממשלת אולמרט לאחר הרשעתו בביצוע מעשה מגונה; בית המשפט, בהחלטת רוב של פרוקצ'יה, מצא שההחלטה הייתה במתחם הסבירות ולא התערב בה.

השופטת פרוקצ'יה התייחסה לשימוש המטעה בדבריה ושללה אותו, באומרה, בין היתר: "אין שחר לדברים ולייחוס מפני שהמציאות היא הפוכה לחלוטין".¹⁹

ד. **התומך שהכזיב**: פעמים רבות, תומכי ההפיכה מסתמכים על משפטנים. וות אשר ביקרו לאורך השנים את התנהלות בית המשפט העליון, ביניהם למשל פרופ' מני מאוטנר ופרופ' יואב דותן. ואולם, משפטנים אלה הביעו התנגדות נחרצת לחקיקת ההפיכה. פרופ' מאוטנר אומנם ביקר במשך השנים את האקטיביזם של בית המשפט, אולם מאז פרסום תכנית ההפיכה המשטרית הוא התבטא פעמים רבות

16 חן מענית ומיכאל האזור טוב "סולברג על ביטול עילת הסבירות: לא חשבתי על תיקון בדרך של חקיקה" **הארץ** (17.7.2023).

17 ראו הצהרת נתניהו בטוויטר מיום 10.7.2023, לעיל ה"ש 13.

18 בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445 (2007).

19 תמר אלמוג "השופטת שנתניהו ציטט כתומכת בחקיקה תוקפת: דבריי סולברג" **כאן** (11.7.2023).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

בתקשורת בתקיפות נגדה. לטענתו, הבעיות לכאורה במערכת המשפט, שזיהה בעבר, כבר לא אקטואליות כ־30 שנה (ראו סעיף ד להלן, "העבר הוא ההווה"), אין קשר בין הבעיות לפתרונות המוצעים להן, והפתרונות פוגעים קשות בדמוקרטיה הישראלית.²⁰ פרופ' דותן הוזכר פעמים רבות כמבקר חריף של עילת הסבירות ושל האקטיביזם השיפוטי, אולם יצא מראשית הדרך ובפומבי כנגד צעדי הממשלה.²¹ בפרט, לאחר שהוגשה ההצעה הגורפת לביטול עילת הסבירות, הביע פרופ' דותן התנגדות נחרצת לחקיקה בנוסח זה הן בוועדת החוקה והן בתקשורת.²² בתגובה, דוברים התומכים בהפיכה ייחסו לעמדה הנוכחית מניעים לא ענייניים. כך, בריאיון לגלי צה"ל, טען יו"ר ועדת החוקה כי פרופ' דותן חזר בו בשל לחצים באקדמיה,²³ אף על פי שעמדתו של פרופ' דותן נומקה בפירוט על ידי במסגרת דיוני הוועדה בהצעת החוק בעניין הסבירות, אולם לא זכתה להקשבה.²⁴

(3) אמרו את זה קודם: ריבוי אסמכתאות

צורת הטיעון: הטיעון המבקר את מערכת המשפט מרובה באסמכתאות וכך יוצר רושם של כתיבה מתוך הכרות עם השדה, דיאלוג ביקורתי והיזקקות לידע הקיים. גם כאן, נוצר מצג של מקצועיות, לצד הצפת מידע אשר מטילה על היריב "עלויות ויכוח" גבוהות. למעשה, האסמכתאות מעגליות ו/או מוגבלות ולא יכולות לבסס את העובדות הנטענות.

לדוגמה:

א. עו"ד אהרן גרבר, מפורום קהלת, פרסם באתר קהלת נייר עמדה שכותרתו "מדוע נחוץ שינוי במערכת המשפט?"²⁵ הטקסט הקצר רווי בקישורים, שיוצרים את הרושם של קיום אסמכתאות לטענות הגורפות בו (נדון בחלקן בסעיף ב להלן). ואולם, ניתוח הקישורים מעלה את התמונה הבאה: רוב הקישורים הובילו למאמרי דעה של חוקרי קהלת: מרביתם בביטאונים ימניים, ומיעוטם מאמרי דעה בעיתונות הכללית או בבלוגים משפטיים. ברוב הקישורים אין ניסיון להוכיח את הטענה, בחלקם אף מובאת טענה הפוכה. במקומות שבהם יש ניסיון להוכיח את הטענה, הטיעון מתאפיין בקשיים שאנו בוחנים כאן. כך, נוצרת תיבת תהודה פנימית שרק נדמית בקליפתה החיצונית לדיון מבוסס אסמכתאות במערכת המשפט. שימוש באסמכתאות שלא לוקה בכך יפנה לחומרים הרלוונטיים להוכחת הטיעונים ולמקורות שניתחו אותם מתוך מטרה להציג את התמונה המלאה.

ב. באתר האינטרנט "זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט" שנועד לקדם את ההפיכה, ישנו עמוד הנושא את הכותרת "קראו", ובו יומרה לספק את הרקע האקדמי והמשפטי להפיכה. בראש

20 מני מאוטנר "השלב הבא במחאה – לאן הולכים מכאן?" **הארץ** (12.3.2023); אריאל ויטמן "השמועות שיריב לויין מפיץ על בית המשפט נכונות, אבל אין להן אחיזה במציאות כבר 30 שנה", ריאיון עם מני מאוטנר **גלובס** (18.5.2023); מני מאוטנר "תורת המשפט של 'הזמנים הרעים'" **הארץ** (22.6.2023); מני מאוטנר "סרבנות משמאל? זה כלום לעומת זו שמימין" **הארץ** (12.7.2023); משה גורלי "לגיטימי לסרב לשרת בצבא בעת שינוי משטרי" (ריאיון עם מני מאוטנר) **כלכליסט** (20.7.2023).

21 יואב דותן "לתחום מחדש את עילת הסבירות, לא לבטל אותה" **גלובס** (19.1.2023).

22 יואב דותן "צמצום עילת הסבירות הכרחי, אך לא כך: איך נעשה את זה נכון?" **ישראל היום** (9.7.2023).

23 ח"כ שמחה רוטמן, **גלי צה"ל** (16.7.2023).

24 פרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־25, בעמ' 85 (11.7.2023).

25 אהרן גרבר "מדוע נחוץ שינוי במערכת המשפט?" **פורום קהלת** (19.2.2023).

העמוד נכתב: "הרפורמה נשענת על שיח אקדמי וציבורי שנמשך עשרות שנים ומהווה למעשה את המסקנות הנדרשות", בהמשך מצוינות כ-70 הפניות.²⁶ תיאור כזה מנסה לבסס קיומו של שיח מעמיק, אקדמי ומגוון בנושא, על מנת להעניק לגיטימציה למאמצי החקיקה. עם זאת, בחינת ההפניות מעלה כי רובן למאמרים שאינם אקדמיים ונכתבו על ידי קבוצה מצומצמת של כותבים, שרבים מהם מזוהים כדוברים התומכים בהפיכה. כך למשל קטעי העיתונות מן השנה האחרונה נכתבו על ידי אנשים המזוהים עם פורום קהלת כעו"ד דוד פטר וד"ר אביעד בקשי, או על ידי כותבים כמו חיים רמון וקלמן ליבסקינד. כאשר מצוטטים מאמרים אקדמיים או מאוזכרים מומחי משפט ציבורי בולטים ניכר הדפוס שפירטנו בקטגוריית "מפי האתון": הסתמכות על סמכות מקצועית, תוך הוצאת דבריה מהקשר המקורי, והדפוס שנפרט להלן בקטגוריית "העבר הוא ההווה" – התייחסות לעבר כהווה והתעלמות משינויים לאורך זמן. כך, נוצר מצג של שיח ציבורי רב שנים, כאשר למעשה הטיעונים לתמיכה בהפיכה חוברו על ידי קבוצה מצומצמת של כותבים המהדהדים האחד את השני.

(4) כולם יודעים: היעדר אסמכתאות

צורת הטיעון: מוצג טיעון גורף וכבד משקל בלי לספק אסמכתה, אך תוך איזכור ראיות שקיימות כביכול. כשהטיעון נבחן לבדו הוא נראה כמו טיעון שגוי סתם, אולם האפשרות לפעול כך מתבססת על ההצפה הכללית של טיעונים מבוססי ראיות לכאורה שאנו בוחנים בנייר זה. הטיעון השגוי מהדהד ומחלחל לשיח הציבורי, מבלי שתהיינה לו ראיות. גם אם הוא מוביל להפרכה בהמשך, הוא משמש למסגור הדיון וכל הפרכה מאוחרת עלולה להדהד ולגרום לחלחול נוסף, תוך שיבוש דיון רציונלי מבוסס עובדות. "עלויות הוויכוח" המוטלות על היריב כבדות משום שתגובה אחראית מבססת את עמדתה על בדיקת הראיות, אלא שנדרש איתור ראיות שלא הוצגו כלל על ידי הדובר, בעוד הטיעון ממשיך להדהד כאמור.

לדוגמה:

א. עו"ד דוד פטר, מפורום קהלת, טען בטור שפירסם בגלובס: "אכן, אין כמו ישראל, אבל לא בכל עניין ייחודיות היא דבר חיובי. אנו ייחודיים גם בכך שהאמון במערכת המשפט הישראלי צונח בקצב הגבוה בעולם".²⁷ זוהי קביעה גורפת וחד-משמעית שפטר לא הביא לה כל אסמכתה, הקשר או קנה מידה, תוך שהוא עושה שימוש בשיח מבוסס ראיות השוואתיות כביכול. גם אם ניתן להפריך מאוחר יותר את הטענה, היא מחלחלת לשיח.^{27א}

26 אתר "זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט".

27 דוד פטר "המטרה: ביטול הוותק של השופטים והחזרת הכוח לעם" גלובס (16.1.2023).

27א תוספת מיום 5.9.2023: לאחר פרסום מסמך זה הגיב עו"ד פטר ואמר כי הסתמך בדבריו על המאמר: יהונתן גבעתי ואהרן גרבר "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" משפטים נג (עתיד להתפרסם). אנו מודים לעו"ד פטר על הערה זו, אולם הקושי לטעמנו לא נפתר. בדבריו אין התייחסות למקור זה כך שהקורא אינו יכול לקשר בין הדברים, להתעמת עמם ולבדוק אותם. לגופו של עניין, המקור אף לא מבסס את הקביעה המשתמעת מדבריו של עו"ד פטר, לגבי ההקשר לירידה חריגה לכאורה באמון הציבור הישראלי. זאת ועוד, השנים שאלהן המקור מתייחס ממילא מוקדמות יותר, ובנוסף, ביחס לאותן שנים מוקדמות ניתן להצביע על קשיים בניתוח הנתונים. ראו אדם שנער ויניב רוזנאי "אז עד כמה אמון הציבור במערכת המשפט באמת חשוב" ישראל היום (4.12.2022).

ב. יו"ר הכנסת, ח"כ אמיר אוחנה, התבטא בחודש אוגוסט 2023 במסגרת ניסיון הקואליציה לטעון כי לבית המשפט העליון אין סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: "כראש הרשות המחוקקת והמכוננת (המוסמכת לכוון חוקי יסוד) עמדת העקבית, כעמדתם של כל יושבי-ראש הכנסת הקודמים (עת שכינהו בתפקיד), היא כי אין בסמכות הרשות השופטת לדון בשאלת תוקפם, תחולתם ותוכנם של חוקי היסוד".²⁸ שאלת סמכות בית המשפט העליון לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד שנויה במחלוקת עמוקה ואף הייעוץ המשפטי של הכנסת (להבדיל מיושבי הראש שלה), שאכן התנגד באופן היסטורי, ריכך את התנגדותו בחלק מהשנים לאור שינויים בפסיקה.²⁹ אולם יו"ר הכנסת ביקש לבסס את עמדתו כמעין קונצנזוס, תוך הפניה לעמדת "כל יושבי ראש הכנסת הקודמים", בלא כל אסמכתה או ראיה ביחס לכל אחד מאותם יושבי ראש. בכך כרך יו"ר הכנסת טענות לא מבוססות עם שיח ראייתי שלא קיים.³⁰

ב. החריג הוא הכלל

צורת הטיעון: מוצגים מקרים שלכאורה עשויים לתמוך בעמדת הטוען, אך לא מוסבר שהם בפועל יוצאים מהכלל ולכן לא מלמדים על התמונה המלאה. גרסה מורכבת יותר של מבנה טיעון זה מציגה אמירות עמומות שאינן אי-אמת מובהקת, אולם היא יכולה להיחשב אמת רק ביחס למקרים יוצאים מן הכלל. המקרה הטיפוסי הוא דווקא המקרה ההפוך, לפיכך ההצגה מטעה. הטיעון מייצר מצג של כוח שלטוני עצום ואקטיביזם גורף של בתי המשפט, וכך מצדיק את מהלכי ההפיכה הקיצוניים כתגובתיים לאותו שימוש בכוח.

לדוגמה:

א. "עוולות בג"ץ!" זוהי כותרתו של מסמך שהופץ על ידי ד"ר אסף מלאך בחסות חוג הפרופסורים לחוסן מדיני וכלכלי.³¹ כותרת המשנה: "עמדות קיצוניות של השופטים נכפות שוב ושוב על הרוב הציוני. 30 פסקי דין המבהירים מדוע חייבים רפורמה מקיפה במערכת המשפט!" על בסיס זה הופצו חומרים נוספים, ביניהם מסמך המתקרא "50 חטאי בג"ץ" של עו"ד זאב לב מטעם התנועה למשילות ודמוקרטיה, וכתבה נוספת הסוקרת "50 עוולות". הכותרות כבר מניחות את המבוקש: מדובר ב"עוולות" וב"חטאים". במסמך של עו"ד לב נעשה גם שימוש בתמונות שמשליכות על פרשנותו, אך נתמקד בפורמט המקוצר שהפיץ מלאך כ"רשימה ראשונית". פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה ניתח את מסמך "50 העוולות". הניתוח של הפורום מראה כי רבות מהטענות העובדתיות במסמך לא מדויקות ומטעות, וגם במקומות שבהם המסמך מצביע על עובדות, הן לא מבססות את

28 "יו"ר הכנסת אמיר אוחנה: 'אין בסמכות הרשות השופטת לדון בחוקי יסוד'" **מעריב** Online (6.8.2023).

29 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "סמכות בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – אנחנו מסבירים" (הופץ ביום 7.8.2023).

30 עוד בהקשר זה ראו רונית לוין-שנור "זו עמדת הליכוד האמיתית בנוגע לסמכות בית המשפט לבקר חוקי יסוד" **מעריב** (13.8.2023).

31 "עוולות בג"ץ!" **רגבים**.

טענות המסמך כי מדובר ב"עוולות".³² לענייננו כאן איננו עוסקים בנכונות התכנים ביחס לכלל פסק דין אלא באפקט ההיפוך בין כלל לחריג.

המסמך של ד"ר מלאך מחולק לכותרות צבועות באדום: ביטחון וטרור, הגירה, ציונות, קרקעות, דת, מדינה ומשפחה, והטיה פוליטית. הוא אינו מפורט אלא מופיע כרשימה על פני עמוד בודד כך שהאפקט הוא בתמונה הכוללת. ההצטרבות מיועדת להצביע על "כפיה קיצונית" על הציבור בתחומים השייכים ללאומיות יהודית. בגוף הטקסט ישנן טעויות והוא עמוס רטוריקה אידיאולוגית בפרשנות כל אחת מהקטגוריות הנזכרות, למשל בשאלה מהי ציונות או מה מקדם את ביטחון המדינה, וכן בקריאת פסקי דין. למשל: "סעיף 1: מגבלות קשות על שימוש בסיכולים ממוקדים של ראשי מחבלים". השאלה מהי מגבלה קשה ומי נחשב ראש מחבלים איננה ברורה או מוסכמת; מילות התואר נועדו לעורר הזדהות רגשית. טיעונים מסוג זה מניחים את המבוקש במובן זה שהם בונים על ההתנגדות של הקוראת לתוצאה הסופית של פסק דין, כדי להסיק מניה וביה שהפסיקה מוטעת משפטית.³³ עם זאת, נניח שכל התוכן נכון ומוסכם. על אף זאת, הטיעון עושה שימוש בחריגים בדרך המציגה אותם כאילו הם הכלל.

בנושא הטעון ביותר, ביטחון וטרור, שבעה סעיפים מתייחסים להגנה על מחבלים והטלת מגבלות על פעילות צה"ל. גם אלו היו נכונים, הצגת מעורבות בג"ץ בנעשה בשטחים כ"מגבילה" כך שהיא פוגמת ביכולתה של הממשלה לפעול, מתייחסת למעשה לחריגים לגישה השלטת בבג"ץ של דחיית עתירות ביחס למדיניות בשטחים. מערכת המשפט ובג"ץ דוחים באופן כמעט יומיומי עתירות רבות בסוגיות האמורות ובית המשפט ממעט מאוד לפסוק נגד מדיניות הלחימה והביטחון של ישראל, כך שלמעשה הוא הכשיר את המדיניות.³⁴

נבחן דוגמה ספציפית בעלת בולטות ציבורית: "סעיף 3. ביטול צווי הריסה של בתי מחבלים רוצחים (2016, 2018, 2020, 2020 ועוד)". אין חולק שמדובר בהחלטות שנויות במחלוקת פוליטית, אולם הניסוח, המצביע על שנים שונות "ועוד", ממסגר אותן כעמדה אופיינית לפסיקת בג"ץ כשלמעשה מדובר בהחלטות חריגות. בניגוד לעמדה המקובלת בעולם הרואה בהריסת בית של משפחות מפגעים, גם כאשר לא הייתה כל מעורבות של המשפחה, משום ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי, בג"ץ קבע שלא מדובר בענישה קולקטיבית משום שמדובר בפעולת "הרתעה" ולכן המפקד הצבאי מוסמך להרוס בתים במצבים אלה. הוא גם קבע שאלו אינן הריסות אסורות של רכוש פרטי, בניגוד ללשון סעיף 53 לאמנת ג'נבה האוסר הריסת רכוש אלא אם הדבר דרוש לחלוטין בשל פעולות צבאיות. בקשות חוזרות ונשנות לבג"ץ לדון מחדש בחוקיות הריסת בתים עונשית נדחו.³⁵

32 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "האם בג"ץ מבטא עמדות שמאל? 50' עוולות בג"ץ" שלא היו" (עתיד להתפרסם).

33 לניתוח דומה ביחס לעילת הסבירות ראו זיו בורר "עילת הסבירות באה להבחין בין אמפתיה אנושית לבין נורמות וערכים" מקור ראשון (6.7.2023).

34 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 20: פסיקת בג"ץ בסוגיות ביטחון ושטחים" (הופץ ביום 27.2.2023).

35 שם.

טענה זהה במהותה הוצגה על ידי ראש הממשלה בנאום "נכנס לאירוע". לדבריו "בית המשפט התערב, ללא הצדקה, בשיקולים ביטחוניים במאבק בטרור. הוא הערים קשיים פעם אחר פעם על מדיניות הממשלה". גם בהתעלם מתוכן שגוי (בית המשפט לא "התערב, ללא הצדקה, בשיקולים ביטחוניים", אלא פסק, בהתאם לסמכותו, ביחס לדין), גם אם נכון שהחלטות ספציפיות היוו קושי עבור הממשלה, וגם בהינתן מחלוקות פוליטיות לגביהן, הרטוריקה של "פעם אחר פעם" היא היפוך עובדתי.

ב. הצעת שר המשפטים לבטל את עילת אי-הסבירות נשענת על תיאורים בדבר החלפת מדיניות פוליטית בדעות השופטים: "מי שלא מאמין בדמוקרטיה חושב שיש אנשים, איך אומרים, נשגבים, שהם יודעים יותר טוב מאחרים ולכן צריך לקחת מהעם את זכותו לבחור ולתת להם לקבל את ההחלטות. לזה קוראים בהרבה מאוד מקרים דיקטטורה. את זה אף אחד מאיתנו לא רוצה, ולכן בדמוקרטיה צריך לכבד את הכרעת העם, צריך להכיר בזה, שמה שסביר בעיני אחד יכול להיות לא סביר בעיני אחר. אגב, אני חייב לומר לך עוד דבר. ואני, אולי וידוי קטן... תמיד שאלתי כי אני באמת גם רוצה, איפה בית הספר הזה לסבירות? איפה מלמדים על סביר? ... תנו לי ללמוד לדעת... גם אני רוצה לדעת מי זה האדם הסביר גם אני רוצה לקבל החלטות סבירות, למה רק הם יודעים? עכשיו רבותי, כל הדבר הזה הרי ברור לגמרי. זה כסות... אנשים שאולי לא מוצאת חן בעיניהם בחירת העם... מחפשים דרכים לעקוף אותו".³⁶

במקרה זה השר לא טוען במפורש שבתי המשפט נוהגים בשגרה לפסול החלטות שלטוניות, אך הרטוריקה מכוונת לכך ואף חמורה יותר, שכן משתמע ממנה שהמדיניות הציבורית מנוהלת מבתי המשפט, אשר "רק הם" מחליטים מה סביר. מבנה הטיעון מתייחס להתנהלות בפועל של בתי המשפט, המתוארת כעיקור מכוון של מנגנון הבחירות בידי אנשים הסבורים ש"בחירת העם" פשוט לא מוצלחת. נתמקד רק בעובדות ידועות לגבי שימוש בעילת אי-הסבירות בפסיקת בתי המשפט בישראל, שהופכות את הטיעון למטעה מיסודו. ראשית, הפעלתה אינה שכיחה והיא מצומצמת למקרים שבהם ההחלטה המנהלית לוקה במובהק בשיקול דעת פסול על פי מבחן של "אי-סבירות קיצונית". שנית, העילה לא חלה כלל על חקיקת הכנסת, שהיא דווקא הגוף הנבחר, אלא על הרשות המבצעת. במקרים מתאימים הכנסת יכולה לעגן בחוק את החלטת הרשות המבצעת ובכך לתת לה תוקף. אומנם, חקיקת הכנסת עשויה להיות נתונה לביקורת חוקתית, אך זו איננה קשורה לעילת הסבירות, היא כפופה למגבלות הקבועות בחוקי היסוד ומופעלת בצמצום.³⁷ יש לשים לב גם לכך שהתייחסות לדוקטרינות כגון "האדם הסביר", שכלל לא עוסקות בעילת הסבירות המנהלית, מוסיפה במשתמע נפח יתר לשימוש בעילת הסבירות. בסופו של דבר, התמונה הכוללת של שלילת יכולת הגוף הנבחר לפעול והחלפת שיקול הדעת עושה שימוש בחריגים בולטים והופכת אותם לכלל.

ג. מסמך גרבר שכבר הוזכר,³⁸ מבוסס על רטוריקה שעוברת מתיאור האפשרות העקרונית של בתי המשפט לפקח על רשויות השלטון – תיאור שחלקו שגוי (כפי שנדגים להלן) – לטענות עובדתיות

36 ערוץ הכנסת "רפורמת המשפט של שר המשפטים יריב לוין" יוטיוב (4.1.2023) (להלן: הצהרת לוין מיום 4.1.2023).

37 ראו למשל פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 6, 21, 41, 50; וכן לעיל ה"ש 29.

38 ראו גרבר, לעיל ה"ש 25.

שגויות שלפיהן בתי המשפט בפועל קובעים מדיניות במקום נבחר הציבור. חוסר ההבחנה הופך את המקרים החריגים שבהם הופעלה ביקורת שיפוטית – לכלל. המחבר נשען במובלע על המבנה המשפטי הבסיסי שלפיו יש כלל עקרוני, ומקרים קונקרטיים שעליהם הכלל עשוי לחול, והופך את משמעותו: מקרים קונקרטיים מוצגים ככלל וכך מערכת המשפט מוצגת ככוח-על המנהל את המדינה.

לדוגמה, גרבר מתאר יצירה של סמכויות ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות: "בשורה של החלטות שינה בית המשפט את כללי המשחק ונטל לעצמו סמכויות שלא הוענקו לו, חלקן סמכויות חריגות בקנה מידה בינלאומי". התיאור אינו נכון גם ביחס לסמכויות עקרוניות,³⁹ אבל לענייננו, אפילו היה נכון, בהמשך אותה פסקה גרבר עובר מתיאור הסמכות העקרונית לתיאור של הפעלתה: "בד בבד אימץ בית המשפט את הקביעה כי 'הכל שפיט', ובכך הפך בית המשפט את עצמו לגורם המכריע כמעט בכל מחלוקת ציבורית ופוליטית, גדולה כקטנה. כך התערב בית המשפט בהכרעות בנושאי חוץ, ביטחון, כלכלה, ואפילו בהחלטה מי יקבל את פרס ישראל". הדוגמאות מוצגות כביטוי קונקרטי של תופעה רחבה. לאמיתו של דבר, גם אם כולן היו נכונות, הן חריג לכלל. יתרה מזו, הדוגמאות מופיעות תחת כותרות כלליות: יחסי חוץ, ביטחון, כלכלה. ההפשטה גם היא הופכת את החריג לכלל. היא תורמת לרושם המוטעה של ביקורת שיפוטית שוטפת המתפרסת על כלל תחומי המדיניות והחיים המשותפים במדינה.

בהמשך גרבר כותב: "בית המשפט העליון פיתח עילות משפטיות חדשות כדי לבחון סבירות החלטות שלטוניות ואפילו לפסול מינויים ממשלתיים. הוא אימץ שיטת פרשנות שמאפשרת לסטות מהחוק וכוונת המחוקק". שוב, יש קושי כבר בתיאור הסמכות העקרונית כבלתי חוקית, אבל גם אם הייתה נכונה, חשוב לראות כיצד הטיעון עובר מתיאור הסמכות העקרונית לתיאור הפעלתה, אז מופיעה הטענה שבית המשפט הוא בפועל קובע מדיניות בישראל: "התהליך הזה שינה את מעמדו ותפקידו של בית המשפט העליון מן הקצה. במקום שבית המשפט יבקר ויבלום החלטות בלתי חוקיות של נבחר הציבור וגורמי הממשל, תפקיד קריטי במדינה דמוקרטית, הוא הפך לקובע מדיניות במקום נבחר הציבור והגורמים המוסמכים". גרבר כנראה מודע למעבר שביצע ולכן מסיים את הפסקה כך: "גם אם בית המשפט אינו בוחר להתערב בכל החלטה, הוא מחזיק ביכולת לעשות כן". למרות זאת, הוא לא דן במשמעות ההבחנה, שחותרת תחת הטיעון שבית המשפט קובע מדיניות במקום נבחר הציבור. יתרה מכך, גרבר מבליע את ההסתייגות מאחר שהמשפט שקדם לה, שטוען שהפך, מודגש בצבע. ניתן וחשוב היה לדון בשאלת ההשפעה של סמכות עקרונית לבקר את הדרג הפוליטי ובמאפיינים המוסדיים של בית המשפט שמעצבים אותה, בית המשפט עצמו דן בהם רבות בפסיקתו. הרטוריקה של גרבר נמנעת מכך כדי לבסס מהלכים שנועדו לשלול את אפשרות הביקורת.

השימוש בהדגשות צבעוניות הוא חלק מהטיעון בשני מישורים: ראשית, הוא מסמן את המסר. ההדגשות מסתכמות למהלך הבא: בית המשפט שינה את כללי המשחק; וללא לגיטימציה ציבורית; חוץ, ביטחון, כלכלה... פרס ישראל; סמכות יש מאין; רעיונות שנשללו מכל וכל במדינות דמוקרטיות אחרות; לקובע מדיניות במקום נבחר הציבור והגורמים המוסמכים; וטו על החלטות ממשלתיות; נפגע עקרון שלטון החוק; מאבד את אמון הציבור. שנית, ההדגשות הן גם קישורים לאסמכתאות לשם ביסוס

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

הטענות. כפי שראינו בסעיף א(3), הן יוצרות רושם של עובדות מבוססות החיצוניות לטיעונו של הכותב אך אינן כאלו.

ד. לתמיכה בפסקת ההתגברות ובביטול הביקורת השיפוטית על חוקים בישראל הצביעו תומכי ההפיכה המשטרית על בריטניה כמשפט משווה תומך, וטענו ששם אין ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט. כשהפנו אותם, בתגובה, לכפיפות בריטניה לבית הדין האירופי לזכויות אדם (מנגנון איזון שלא קיים בישראל), הם (לדוגמה עו"ד דוד פטר מפורום קהלת), הצביעו, כמענה, על סירוב בריטניה לתקן את החוק שלה האוסר על הצבעת אסירים למרות שבית הדין האירופי פסק שהאסור סותר את האמנה האירופית לזכויות אדם. תומכי ההפיכה המשטרית טענו שסירובה של בריטניה מוכיח שהיא לא כפופה לביקורת שיפוטית של בית הדין האירופי לזכויות אדם. מדובר בהצגת מקרה חריג כאילו הוא הכלל. מלבד מקרה האסירים, מאז הצטרפות בריטניה לבית הדין ניתנו עוד 328 פסקי דין שבהם נקבע שחיקה בריטית הפרה את האמנה האירופית לזכויות אדם, ונכון להיום בריטניה צייתה בכ-98% מהמקרים, ואילו ביחס לכ-2% הנוספים הטיפול בהם טרם הסתיים. בבריטניה אין דין פורמלי המחייב תיקון אוטומטי של חוק כשניתנת נגדו פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אבל בית הדין מבקר את חוקיה, היא לא חולקת על סמכותו לעשות זאת, והציות שלה לפסיקותיו הוא כמעט מושלם. ככל שהתוצאה הסופית בנושא של הצבעת האסירים אכן מהווה אי-ציות (ישנם מומחים בבריטניה החולקים על כך, כיוון שבעקבות פסיקת בית הדין נעשו תיקונים מנהליים שונים שכתוצאה מהם ניתנה אפשרות להצביע לקבוצות מסוימות של אסירים), מדובר במקרה בודד.⁴⁰ לאור נתונים אלה, הצגת מקרה האסירים החריג כהוכחה להעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה היא מטעה.

בכל הדוגמאות האמורות, אופן ההצגה מייצר רושם שמדובר בכלל על אף שמדובר במקרים חריגים. גם אם היה לכל אחד מהמקרים משקל כמקרה בודד – וכאן הפורום מצביע לא פעם על תוכן שגוי שמביא לכך שגם מקרים בודדים מוצגים באופן מטעה, אין הצדקה להציג את המקרים הבודדים כתופעה רחבה.

ג. "ידיי כבולות"

צורת הטיעון: מוצגים מקרים שבהם החלטה משפטית הגבילה את אפשרויות הפעולה של הדרג הפוליטי, אך לא מוסבר שלא מדובר באיסור מוחלט אלא שלדרג הפוליטי קיימות אפשרויות פעולה נוספות, גם אם אינן זהות, שהוא לא נוקט בהן. הטיעון מייצר מצג של כוח שלטוני עצום של בתי המשפט והייעוץ המשפטי המשתק את הדרג הפוליטי. להחלטות שיפוטיות יש כמובן השלכות על אפשרויות הפעולה הפוליטיות, אולם השלטון יכול לא פעם לפעול באמצעים חוקיים אחרים שיקדמו

40 לדברי עו"ד דוד פטר ראו Kohelet Policy Forum (126) koheletpolicyforum (@) יוטיוב (27.2.2023). Alice Donald & Philip Leach, *The United Kingdom, in* PARLIAMENTS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 224, 227 (Alice Donald & Philip Leach eds. 2016): "[D]espite considerable delays in some cases, and with the possible exception of prisoner voting, 'there has been no case to date where Government or Parliament affirmatively chose not to remedy incompatible legislation'" Alice Donald & Joelle Grogan, *Compliance* with the European Convention on Human Rights: the UK and Europe, UK IN A CHANGING EUROPE (10.5.2023).

את מטרותיו אך מטעמים פוליטיים מתקשה או לא מעוניין בכך, כאשר צורת הטיעון מטילה את האחריות באופן בלבדי על מערכת המשפט. גם פה, הטלת האחריות מצדיקה את מהלכי ההפיכה הקיצוניים כתגובתיים בלבד.

לדוגמה:

א. במסמך "50 עוולות בג"ץ" של ד"ר מלאך, המחבר הגדיר כ"עוולה" החלטה משפטית שפסלה תיקון לחוק הביטוח הלאומי ששלל קצבאות מהורים למחבלים קטינים, מאחר שהתיקון פגע בזכות לכבוד ובזכות לשוויון מבלי לעמוד במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעשה, באותה החלטה בג"ץ הציע מתווה חלופי ואף השהה את פסילת התיקון לחוק למשך שנה כדי לאפשר לכנסת לחוקק אותו מחדש באופן חוקתי.⁴¹ למרות זאת, המחבר מתייחס להחלטה כאילו היא לא איפשרה פעולה של השלטון, שכן במבוא לרשימת ה"עוולות" הוא מסביר לקוראיו שהן מראות "כיצד קבוצה קטנה ולא נבחרת של שופטים... הפכה את המערכת המשפטית בישראל לכלי לקידום עמדות קצה".⁴²

ב. במסמך האמור ובקרב דוברים נוספים נשמעות טענות נגד החלטות משפטיות לגבי "מסתננים". תומכי ההפיכה מציגים את החלטות בית המשפט בנושאים אלה כאחריות לכך ש"מסתננים" אינם מגורשים. למעשה, הממשלה כלל לא בודקת את בקשות המקלט של מרביתם. דבר לא מונע ממנה לבדוק את בקשות המקלט ולגרש את מי שאינו עונה להגדרה החוקית של פליט. היא בוחרת לא לעשות כן מסיבותיה הפוליטיות ומגלגלת את האשמה לבתי המשפט. בדומה, גם אפשרויות פעולה אחרות לא ננקטות, למשל כאלו שיכלו להקל על תושבי דרום תל אביב בלי לכלוא מבקשי מקלט כליאה לא חוקית. בג"ץ אף הביע פליאה על כך שהמדינה לא נוקטת אמצעים חלופיים על מנת להקל על התושבים.⁴³ הדברים מגיעים לכדי גרסאות קיצוניות כגון זו המופיעה באתר תנועת "אם תרצו" המייחסת לבג"ץ ניסיון להרוס את "המדינה היהודית" וקוראת לתמוך בחקיקת ההפיכה:⁴⁴



- 41 בג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת (נבו 8.7.2021).
- 42 אסף מלאך "50 עוולות בג"ץ" ערוץ 7 (29.3.2023).
- 43 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 7385/13 גבריסלאסי נ' הכנסת (נבו 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (נבו 11.8.2015).
- 44 אתר "אם תרצו", נבדק 30.8.2023.

ד. העבר הוא ההווה

צורת הטיעון: תמונת מצב היסטורית "מוקפאת" כך שהדובר מתייחס אליה כהווה בלי לבחון את התקופה שחלפה מאז האירועים אליהם הוא מתייחס. העבר המוקפא הופך להצדקה להפיכה. למעשה, כדי להצדיק שינוי רדיקלי בשיטת המשטר יש צורך להראות שתמונת המצב ההיסטורית נכונה כשלעצמה, ובנוסף שהיא עודנה תקפה בכל ההיבטים הרלוונטיים. הדובר נמנע מלבסס זאת.

לדוגמה:

א. הדרה: ראש הממשלה התייחס לציבורים ש"הודרו ממנו [מבית המשפט העליון] במשך עשרות שנים" כהצדקה להשתלטות פוליטית על הוועדה לבחירת שופטים.⁴⁵ טענה זו הייתה נכונה בעבר עת שעיקר השופטים שמונו היו שייכים לפלח אוכלוסייה צר (גברים, יהודים, אשכנזים). מחקרים מלמדים כי בעשורים האחרונים חל שינוי משמעותי וכי כיום הרשות השופטת מגוונת יותר מאשר בעבר. בין היתר, ולאחר התיקון שזם השר גדעון סער בשנת 2008, מונו לראשונה שופטת דתייה ושופטת מזרחית לעליון. לפי נתונים שפירסם מרכז המידע והמחקר של הכנסת בינואר 2023, בראש הקבוצות שנותרו בתת-ייצוג בקרב השופטים בכל בתי המשפט בישראל נכללים ערבים וחרדים (ואחריהם מזרחים, יוצאי ברית המועצות לשעבר ויוצאי אתיופיה) בעוד שהקבוצה שזוכה לייצוג יתר בקרב השופטים היא שופטים דתיים.⁴⁶ למרות זאת, העבר ממשיך להתקיים במבנה הטיעון המתייחס באופן עמום ל"עשרות שנים" כאילו הן נמשכות. בדומה, ח"כ חנוך דב מלביצקי (הליכוד) טען: "אחרי 70 שנה שמונו החברים שלכם, אז קצת חברים שלנו, אפליה מתקנת".⁴⁷

ב. פרופ' אהרן ברק: תפקידו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס בטיעונים של תומכי ההפיכה המשטרית ראוי לדיון נרחב. כאן נצביע רק על מרכיב אחד הנוגע להצגת ראיות ל"בעיה" העכשווית במערכת המשפט שמצדיקה את ההפיכה: דוברים התומכים בהפיכה מייחסים כוח עצום למערכת המשפט ככזו שמנהלת את המדינה במקום הדרג הנבחר, ומזהים את ברק כמי שאחראי לכך על ידי הפקעת כוח מהדרג הנבחר. זהו הסיפור הכללי לגבי עליית האקטיביזם השיפוטי בדמות הרחבת השפיטות וזכות העמידה, אולם לרוב מתווסף לו גם תוכן ערכי-פוליטי, שכן האקטיביזם רע משום שתכנון ליברליים, כך לפי הטענה. הטענה כוללת שני סיפורים על העבר: העבר הטוב של מערכת משפט מרוסנת שהתקיים לפני ברק; והעבר הרע של מערכת שתלטנית, שנולד עם ברק ואז קפא בזמן ונמשך עד היום.

ניתוח ההיסטוריה, הן של בית המשפט לפני ברק, והן של תפקידו של ברק בשינויים, שנוי במחלוקת ולא מתיישב עם המחקר ההיסטורי. הוא מהווה בחירה סלקטיבית מתוך נרטיבים שונים.⁴⁸

45 הצהרת נתניהו מיום 23.3.2023, לעיל ה"ש 5.

46 נייר עמדה מס' 33, לעיל ה"ש 39.

47 פרוטוקול ישיבה מס' 6 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (11.1.2023) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 6). ראו גם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 14: האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול" (הופץ ביום 22.2.2023).

48 רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 49 (2021).

עם זאת, גם אם התיאורים ההיסטוריים (והם עצמם מגוונים בניואנסים שלהם בקרב דוברים שונים) היו נכונים, הם לא מבססים את תיאור ההווה אלא מחליפים ניתוח שלו. קו פרשת המים שדמותו של ברק מקפלת בתוכה משמש כדי להגדיר עבר טוב מצדו האחד ואת היפוכו מהצד השני. העבר הטוב שקדם לברק הוא שיבוש עובדתי שמאפשר לדוברים התומכים בהפיכה לטעון שהיא בסך הכל חזרה לדמוקרטיה טרום-ברקית ולא שלילת הדמוקרטיה (נחזור לכך בסעיף ב(2) שעוסק בהכחשת השלכות ההפיכה). באותה עת, העבר הרע של ברק מוקפא והופך להווה ללא הסבר נוסף.

כתבתו של עקיבא ביגמן ששודרה בערוץ 14 היא דוגמה קיצונית של צורת טיעון זו. ביגמן מתאר את ברק הצעיר כמי ש"בא להפוך את המדינה"⁴⁹ על פי התזה, "המצאת" עילת אי-הסבירות ועמדת "הכל שפיט" יצרו אפשרות שפיטה חסרת גבולות, ואז הובאו "קליינטים" בדמות ארגוני חברה אזרחית על ידי הרחבת זכות העמידה. מי שעשה בכך שימוש הוא מי שהפסיד בבחירות של 1977. לאחר ההשתלטות על כל תחומי הרשות המבצעת, ברק פנה להשתלט בפועל גם על הרשות המחוקקת. הסמכות לבקר חקיקה נקבעה בחוקי היסוד על ידי הכנסת, אולם זאת עקב הטעיה של חברי הכנסת. בשלב זה ברק הפך את חוקי היסוד לבסיס לביקורת חוקתית. במקביל, מערכת המשפט בראשותו השתמשה בכל הכלים, לרבות תפירת תיקים פליליים, כדי להיפטר ממתנגדיה.

מבלי להתייחס כאן לאי-נכונות במרכיבי הסיפור, חשוב להצביע על הקפיצה מהעבר להווה. אם המהפכה של ברק, כפי שהיא מכונה, היא הסבר מרכזי לשינוי שיטת המשטר, צריך לבסס את השלכותיה ומשמעויותיה היום. ברק פרש מבית המשפט העליון בשנת 2006. כפי שהוזכר למעלה, מאז הרפורמה של סער בוועדה למינוי שופטים, ובפרט בתקופתה של השרה איילת שקד במשרד המשפטים, נעשתה "מהפכה שמרנית" כדבריה.⁵⁰ ישנה לפחות שאלה מהי הרלוונטיות של ברק להווה, שלא נבחנת. כך, בכתבה של ביגמן, מה שמוכיח שהעבר נמשך הוא ראיונות עם ברק מהעת האחרונה בהם הוא מביע התנגדות להפיכה המשטרית. הדבר משמש הוכחה לכך שהוא מגן על כוח העל שבנה וקיים מאז ועד היום. הרלוונטיות של דעתו לדיון מתקבלת כמובנת מאליה על אף שאין לו תפקיד במערכת מזה שבע-עשרה שנים. גם בעיות "משילות" מהעת האחרונה, כגון אירועי אלימות, משמשות בסיפור כהוכחה לכך שבית המשפט ממשיך למנוע מהשלטון לשלוט. שאלת הקשר הסיבתי לא נדונה. שתי הטענות לא יכולות לבסס הוכחה. הן מוצגות כביסוס היסטורי רציונלי כשהן למעשה מונעות בחינה כזו.

בהתאם להקפאת העבר, ראשו של ברק מודבק על אנימציה המופיעה באתר **אם תרצו** שתומכת בחקיקה עכשווית לפוליטיזציה של מינוי שופטים.

49 אמיר לוי "הסיפור האמיתי מאחורי המהפכה של אהרון ברק" **מידה** (25.2.2023).
 50 חגי עמית "פייגלין תוקף: איילת שקד היא בלון, בתי המשפט הם קרטל, נתניהו נהנתן ואסון אסטרטגי" **The Marker** (24.3.2023).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים



ג. מעניין לציין ששר המשפטים מעיד על עצמו שוב ושוב שהוא מנסה לשנות את שיטת המשטר מזה עשרים שנה.⁵¹ הוא נמנע מלהסביר אם חל שינוי כלשהו לאורך כל התקופה.

ה. ודאות סיבתית בעולם מורכב

צורת הטיעון: מוצג קשר סיבתי ודאי וחד-ערכי בין החלטות משפטיות לאירועים חמורים ומורכבים, כגון טרור. ודאות סיבתית דומה מופיעה מעת לעת גם בייחוס אחריות למוסדות ממלכתיים הנתונים להתקפות קואליציוניות, כמו למשל צה"ל בעת האחרונה. מורכבות סיבתית לא נדונה, ואפשרויות סיבתיות שלא תומכות בהפיכה המשטרית נדחות באותה מידה של חד-משמעות. ייחוס אחריות מובהקת לאירועים קשים למערכת המשפט משמש הצדקה לצעדי ההפיכה, בעוד הכרה במורכבות או אי-ודאות סיבתית הייתה מובילה לזהירות מתבקשת בשינוי משטרי.

לדוגמה:

א. ביטול עילת הסבירות הוצדק על בסיס טיעונים סיבתיים ספקולטיביים לגבי טרור. כך, בג"ץ, ובפרט הנשיאה בדימוס דורית ביניש, הואשמו באחריות לרצח בנות משפחת חטואל ז'ל עקב עתירות נגד הריסת בתי פלסטינים. בפוסט בפייסבוק של בן יהודה שזכה לכ-5,500 שיתופים נכתב: "אז כאשר מדברים איתכם על 'הרס הדמוקרטיה בשל צמצום עילת הסבירות', כדאי שתתנו את הדוגמה הנוראה הזו, שבה שופטת גרועה שאינה מבינה דבר וחצי דבר בענייני ביטחון החליטה שלא סביר בעיניה שצה"ל יפנה ויהרוס בתים".⁵² במקרה המדובר העתירות נגד הריסת הבתים לא התקבלו; העותרים החליטו לא להמשיך בהליך לאחר מתן צו ביניים, זאת כשנתיים לפני הרצח. יתרה מזאת, במסגרת סיום ההליך לאחר שהעותרים החליטו לא להמשיך בו, בג"ץ התיר למדינה להרוס את הבתים לצרכים מבצעיים ללא מתן שהות לבעלי הבתים לעתור לבג"ץ. הקשר הסיבתי לעילת הסבירות לא נכון

51 הצהרת לויז מיום 4.1.2023, לעיל ה"ש 36.

52 בן יהודה "מחיר עילת הסבירות" פייסבוק (3.7.2023).

במובהק, היא כלל לא הועלתה ולא נדונה.⁵³ ראוי לשים לב בנוסף שבמסגרת התיאור השגוי מופיעה גם ההנחה, השגורה בטיעוני ההפיכה, המייחסת אחריות לשופטת כפרט, ולא לחוק. מכל מקום, אפילו אם הייתה מוטלת מגבלה על הריסת הבתים לצרכים מבצעיים, או אם עצם האפשרות לביקורת נתפסת על ידי המפקד הצבאי כמגבלה, הקשר הסיבתי להחלטה משפטית כלשהי הוא ספקולציה בלבד. ניתן להעלות השערות בדבר השפעות סיבתיות שונות על הטרור, אך הטיעון מעלים כל מורכבות או התלבטות לטובת תמיכה בהפיכה.

ב. מאז עליית הממשלה הנוכחית לשלטון חלה עלייה דרמטית במספר אירועי הטרור. האפשרות לקשר סיבתי להפיכה המשטרית ולמדיניות הממשלה הפוגעת בפלסטינים נדחת באותה מידה של ודאות שמערכת המשפט הואשמה בטרור. למשל, בתוכניתו של אראל סג"ל ברדיו FM 103 טען יריב אופנהיימר שגל הטרור הוא תגובה לאלימות מתנחלים בגיבוי הממשלה, לכן ניכרת תמיכה בפיגועים על ידי פלסטינים מתונים שלא תמכו בו לפני שנתיים. בתגובה, סג"ל טען: "המוטיבציה הפלסטינית קיימת מעל 170 שנה", והכחיש שיש קשר בין עלייה בפיגועים למדיניות הממשלה.⁵⁴ גם פה יש מקום להתלבטות כמובן, אולם העמדה מכחישה מורכבות סיבתית כחלק מהחתימה להפיכה משטרית.

ו. אמת ואי-אמת מתערבבות

צורת הטיעון: עובדות לא נכונות מוצגות יחד עם עובדות נכונות ביחס למשפט. כפי שראינו עד כה וכפי שנראה בהמשך, רבים מטיעוני ההפיכה כוללים אי-אמיתות ותכנים שגויים או שקריים, אולם כאן יש להדגיש את עצם השילוב שיוצר תעתוע ומשבש את תפיסת המציאות. הטיעון נשען על היכרותו של הציבור עם עובדות שידועות כנכונות כדי להכשיר במשתמע גם את אי-האמת, ולבנות על בסיס זה תיאורים מאיימים בדבר סכנותיה של מערכת המשפט.

לדוגמה:

יו"ר ועדת החוקה תקף את בית המשפט העליון בציוץ טוויטר בעקבות החלטתו לא לדחות את הדיון בביטול עילת הסבירות. מטרת הטיעון היא להעביר את האחריות לקריסת המערכות בישראל מהממשלה לבית המשפט. ח"כ רוטמן מציג את בג"ץ כאויב המדינה שמנהל "מלחמה" נגדה כדי לשמור על "כוחו המופרז ובמחיר גרירה של מדינת ישראל לכאוס תפקודי" ולכן מייחס לו "חתימה" למשבר חוקתי. בדומה, הציוץ מסתיים בעוד אישום המופנה לבית המשפט במקום לממשלה. רוטמן כותב כי "בדמוקרטיה, אסור שתהיה רשות שלסמכויותיה אין גבולות". מתנגדי ההפיכה אכן טוענים זאת שוב ושוב, אלא שכוונתו של רוטמן אינה להפיכה המשטרית המיועדת ליצור שלטון ללא איזונים ובלמים, אלא לבית המשפט שהעז לסרב לרצון השלטון לדחות את הדיון.

הביקורת כתובה כרשימת אישומים. תוכנה מערב אמיתות חלקיות עם אי-אמיתות. היא נפתחת בעובדה הנכונה "שופטי בג"ץ דחו את בקשת המדינה לדחיית הדיון" – אכן הוחלט לא לדחות את הדיון (אך לשקול השלמת טיעון בכתב אם יתברר צורך בכך). למען הדיוק, הייתה זו הממשלה

53 בג"ץ 1556/02 הדאף נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (נבו 2002.19.2); בג"ץ 1556/02 הדאף נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (נבו 2002.21.2); בג"ץ 2264/02 אל מתיב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (נבו 2002.19.3).

54 אראל סג"ל "יש כאן תחושה של כפייה ושטיפת מוח" רדיו FM103 (21.8.2023).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

באמצעות עורך דין פרטי שביקשה לדחות, לא המדינה (שכן היועצת המשפטית לממשלה הביעה עמדה נוגדת לעמדת הממשלה). החלפת מונחים בין הממשלה למדינה היא תופעה רווחת, הבעייתיות בה כאן נובעת מהמסגור שכבר הציג את בג"ץ כאויב המדינה ולא כמוסד ממלכתי (ואגב, גם היועמ"שית סירבה לבקשה כך שגם היא מודרת מתחום הממלכתיות). הרשימה ממשיכה בטענה נוספת שאמיתותה חלקית, על פיה בקשות לפסילת הנשיאה אסתר חיות נדחו. למעשה מדובר בעתירה של עמותת לביא שנדחתה על הסף על ידי השופטים גרוסקופף, שטיין ורונן, משום שלא תאמה את דיני הפסלות, ויכולה הייתה להיות מוגשת מחדש באופן שתואם אותם – דבר שלא נעשה, ובעקבותיה נדחו עתירות נוספות שלקו באותם פגמים.⁵⁵ העיסוק בטענות ביחס למניעותה של הנשיאה חיות מסיט את תשומת הלב ממניעותו של ראש הממשלה דווקא מלעסוק במערכת המשפט. משם הרשימה ממשיכה לאי-אמת מובהקת שלפיה שופטי בג"ץ דחו "בקשות ההצטרפות להליך שהוגשו על ידי גורמים התומכים בתיקון מערכת המשפט ואישרו את המתנגדים".⁵⁶ למעשה, לאחר החלטה מ-9.8.2023 שבה הוחלט לשמוע עתירות יחד ולקבל שתי בקשות להצטרף במעמד ידיד בית המשפט, בג"ץ דחה ביום 22.8.2023 שתים-עשרה בקשות הצטרפות כעותרים, כמשיבים או כידידי בית משפט, של תומכים ומתנגדים כאחד, לרבות בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה להצטרף כידיד בית המשפט.⁵⁷ שילוב אי האמיתות עם אמיתות מעניק לראשונות פתח ויוצר תמונה מאיימת (אך לא נכונה) של מערכת המשפט התומכת בהתקפה עליה.

2. פתרון ללא היגיון

לפנינו מבני טיעון המציעים פתרונות לבעיות הקיימות לכאורה במערכת המשפט על מנת לשפר את תפקודה במסגרת הדמוקרטיה, אך במישור הפנימי "פתרונות" אלה נטולי קשר הגיוני לבעיות הנטענות, ובמישור החיצוני הם מצטברים לכדי שיטת משטר לא דמוקרטית.

א. ההיגיון הפנימי: העדר קשר הגיוני בין הבעיה שהוגדרה לפתרון המוצע

צורת הטיעון: מוצגת בעיה נקודתית כלשהי במערכת המשפט, אולם הפתרון בדמות חקיקת ההפיכה לא מציע לה מענה. הבעיות הנטענות כוללות את אמון הציבור ברשות השופטת, אקטיביזם שיפוטי, והיעדר גיוון בקרב השופטים. בעיות לכאורה אלה מודגשות שוב ושוב בטיעוני ההפיכה באופן שמהדהד תפיסה פופוליסטית פשטנית של "רצון העם". ואולם, אף אחד מהפתרונות המוצעים לא פותר את הבעיות הללו.

55 בג"ץ 6085/23 לביא זכויות האזרח מינהל תקין ועידוד ההתיישבות נ' הרשות השופטת (נבו 13.8.2023); בג"ץ 6109/23 העמותה לאיכות השפיטה בישראל נ' הרשות השופטת (נבו 14.8.2023).

56 יובל קרני "רוטמן: רציתי להאמין שבג"ץ לא חותר ליצירת משבר חוקתי – זו מחשבה נאיבית" Ynet (22.8.2023).

57 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו 22.8.2023). ראו בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" בעניין העתירות כנגד החוק לביטול עילת הסבירות (20.8.2023) www.lawprofsforum.org/post/___forum_amicus

לדוגמה:

א. דוברים התומכים בהפיכה טוענים שביקורת שיפוטית על חקיקה ופעולות שלטוניות גרמה לפגיעה באמון הציבור בבית המשפט וכי ההפיכה המשטרית מיועדת להשיבו.⁵⁸ הטענות משמטות לפחות שתי עובדות: ראשית, הירידה באמון בבתי משפט היא תופעה גלובלית. רמות האמון בבית המשפט העליון תואמות פחות או יותר את אלו הקיימות בדמוקרטיות אחרות. שנית, אמון הציבור בגופים פוליטיים נמצא בשפל גדול יותר מהאמון בבתי המשפט.⁵⁹ לפיכך, ביטול כלי הביקורת השיפוטית ושליטה פוליטית-קואליציונית בבית המשפט לא צפויים להעלות את האמון בו. כמו כן, מחקרים השוואתיים מראים שככל שהליכי המינוי פוליטיים יותר כך נהנית הרשות השופטת דווקא מאמון נמוך יותר.⁶⁰

ב. דוברים התומכים בהפיכה טוענים ששליטה פוליטית במינוי שופטים תמנע אקטיביזם שיפוטי, אולם מחקר מלמד שתהליכי מינוי שופטים שנשלטים על בסיס חלוקה פוליטית לא מונעים אקטיביזם, אלא דווקא מגבירים אותו.⁶¹ גם אנליטית, אין קשר הכרחי בין שליטה פוליטית לבין היעדר אקטיביזם. אקטיביזם שיתחזק בעקבות שליטה פוליטית אף יהיה מוטא באופן מובהק.

ג. דוברים התומכים בהפיכה טוענים ששליטה פוליטית במינוי שופטים תביא לגיוון בקרבם, בפרט בבית המשפט העליון. טענות בדבר גיוון נטענות בשפה כללית שלא מבחינה בין גיוון חברתי-דמוגרפי לגיוון אידיאולוגי.⁶² הדבר מוביל לשני כשלים. ראשית, הוא מאפשר להישען על עובדות נכונות חלקית: אכן נדרש גיוון דמוגרפי נוסף, אף שבית המשפט העליון איננו אחיד דמוגרפית כבעבר; יחד עם עובדות לא נכונות: בעשור האחרון מונו שופטים המזדהים כבעלי השקפה שמרנית לבית המשפט העליון ולמערכת בכלל (איננו מתייחסים כאן לנזק שהגדרות פוליטיות למינוי שופטים צפוי לחולל עקב דחיקת שיקולי המקצועיות). שנית, מינויים שנמצאים בשליטה פוליטית-אידיאולוגית של הקואליציה עלולים דווקא להקטין את הגיוון הדמוגרפי בקרב שופטים, שכן שיקולי הגיוון הדמוגרפיים הופכים שוליים בהשוואה לשיקול האידאולוגי והציפיה לנאמנות פוליטית.⁶³ פתרונות בעלי קשר הגיוני לדרישה הרלוונטית להגברת הגיוון הדמוגרפי עשויים היו להיות למשל הצעה לשלב בוועדה נציגים מקבוצות שונות בחברה הישראלית; דרישת הסכמה בין האופוזיציה והקואליציה; או הגדרת שיקולי מגוון כאחד מיעדי הוועדה לבחירת שופטים תוך איתור פעיל של מועמדים מתאימים. ניתן לדון על פתרונות שונים, אך כל אלה נעדרים לחלוטין מהצעות החוק של ההפיכה: הפתרון המוצע

58 למשל דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) של יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן (87/25/פ).

59 תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספוז'ניקוב "מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022: ירידה מתמשכת באמון הציבור במוסדות המדינה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (15.1.2023).

60 קרן וינשל "מחקרים מוכיחים: פוליטיזציה במינוי שופטים מורידה את איכותם המקצועית" כלכליסט (9.3.2023). ראו גם פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 7, 9, 19, 27.

61 שם. ראו גם נייר עמדה מס' 33, לעיל ה"ש 39.

62 למשל ראש הממשלה טען: "החוק... אינו משתלט על בית המשפט אלא מאזן ומגוון אותו. הוא פותח את שערי בית המשפט להשקפות, לציבורים, למגזרים עצומים שעד היום הודרו ממנו"; הצהרת נתניהו מיום 23.2.2023, לעיל ה"ש 5. ראו גם טיוטת תזכיר שר המשפטים המסביר שהחוק מיועד "לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים להרכב אשר ישקף באופן ייצוגי יותר את העמדות הרווחות בציבור, את הגיוון הערכי והחברתי בישראל ואת ציפיות הציבור ממערכת המשפט"; טיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במערכת המשפט), מיום 11.1.2023.

63 ראו גם נייר עמדה מס' 33, לעיל ה"ש 39.

מתמקד בהעצמת כוחה של הממשלה בלבד ואין לו קשר הגיוני לבעיה שהוגדרה, ובפרט לא לבעיה של גיוון דמוגרפי.⁶⁴

ב. ההיגיון החיצוני: פרנקנסטייט

צורת הטיעון: תומכי ההפיכה טוענים כי "הרפורמה בכללותה" באה לתת פתרון לגירעון דמוקרטי, אך בפועל, הפתרונות המוצעים מובילים למשטר שאינו דמוקרטי. כך, בסעיף 1.א(1) הזכרנו שימוש בנתונים השוואתיים במטרה להצביע על חריגותה של מערכת המשפט הישראלית. הצד השני של אותו המטבע הוא שימוש בנתונים השוואתיים לצורך הצגת הפתרון. ואולם, גם כאן השוואות נעשות מחוץ להקשר ולכן הן מטעות. בעוד ניתוח מהותי מלמד על דמיון רב בין השינויים המוצעים במשטר הישראלי, להסדרים דומים שנעשו במדינות כמו הונגריה ופולין, דוברים התומכים בהפיכה מרבים לאזכר דווקא מדינות דמוקרטיות וליברליות, כמו קנדה, ארצות הברית, בריטניה וניו זילנד. השימוש בהשוואות תוך התעלמות מעובדות רלוונטיות חמור יותר כשהוא מיועד להצדקת הפתרון ולא רק להצגת הבעיה, משום שהוא עלול "להרגיע" את הציבור שמהלכי הממשלה לא יובילו לאובדן הדמוקרטיה. למעשה הוא מאפשר לתומכי ההפיכה להלחים מקטעים לגיטימיים לכאורה משיטות משפט שונות וכך ליצור דמוקרטיה מפלצתית – או "פרנקנסטייט".⁶⁵ כפי שהראה הפורום שוב ושוב במגוון ניירות העמדה, חקיקת ההפיכה חריגה בכל אחד מסעיפיה בנפרד, וביחד אכן יוצרת "מפלצת" שלא תואמת אף מודל דמוקרטי קיים ואינה דמוקרטית בעצמה.

לדוגמה:

א. דוברים התומכים בהפיכה טוענים תדיר שמינויים פוליטיים של שופטים מוצדקים כי כך זה גם במדינות אחרות. כדברי ראש הממשלה, "בכל הדמוקרטיות... נבחרי הציבור הם אלה שבחרים את השופטים... אז ארצות הברית היא לא דמוקרטיה?".⁶⁶ ארצות הברית היא כביכול ההשוואה השימושית ביותר בתמיכה במהלך משום שהציבור הרחב בישראל מודע לכאורה למעורבות הפוליטית במינוי שופטים שם. למרות זאת ההשוואה מטעה. בטיעון מושמטות לפחות העובדות הבאות: ראשית, בצד השופטים הפדרליים שממונים על ידי הנשיא, מכהנים בכל מדינות ארה"ב שופטים נוספים הממונים בשיטות מגוונות ללא מעורבות הנשיא. שנית, גם במקרה של מינוי על ידי הנשיא נדרש אישור הסנאט, המשמש בלם משום שהרוב בו יכול להיות בידי המפלגה היריבה. שלישית, בישראל לא קיימים הבלמים הנוספים הקיימים בארה"ב, כגון שני בתי מחוקקים ומבנה פדרלי. בהיעדר התייחסות לעובדות הללו, הטיעון מטעה.⁶⁷

ב. דוברים התומכים בהפיכה טוענים תדיר שפסקת התגברות היא אמצעי דמוקרטי שקיים גם במדינות אחרות. בפרט, קנדה ופינלנד מוצגות על ידי יו"ר ועדת החוקה כמודלים לחיקוי. הוא לעג למבקריו שהצביעו על המהות האנטי-דמוקרטית של הצעתו: "אני ממש לא מבין איך אפשר לקרוא

64 ראו נייר עמדה מס' 14, לעיל ה"ש 47. ראו גם הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – דוח גיוון וייצוג), התשפ"ג–2023 (3137/25) של ח"כ נעמה לזימי.

65 יניב רוזנאי ותמר הוסטובסקי ברנדס "כשהמערכת הפוליטית נחושה להסיר מעצמה כל מנגנון בקרה, איזון או בלימה" **ליברל** (2.1.2023).

66 הצהרת נתניהו מיום 23.3.2023, לעיל ה"ש 5.

67 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 38: מינוי שופטים בארצות הברית" (הופץ ביום 28.3.2023).

לקנדה דמוקרטיה⁶⁸. ההשוואה מטעה. בטיעון מושמטות לפחות העובדות הבאות: ראשית, בקנדה לא ניתן לעשות שימוש במנגנון ההתגברות בהוראות הקשורות למבנה המשטר בכלל ולבתי המשפט בפרט. שנית, ניתן לחרוג רק מזכויות חוקתיות ספציפיות, ולא ניתן לחרוג באופן המפלה נשים, מפלה את בני האומות הראשונות (הילידים) או פוגע בהסדרים הקשורים לשפות הרשמיות ולכוחן היחסי של הפרובינציות בפדרציה. בהיעדר התייחסות לעובדות הללו, הטיעון מטעה⁶⁹.

טבלת ההשוואה של מנגנוני איונים ובלמים שפרסם הפורום בנייר העמדה הראשון שלו בעקבות הצגת תכנית הממשלה מסכמת את התמונה ומבהירה את ההטעיה הגלומה בהסתמכות על נתונים השוואתיים באופן חלקי ותוך השמטת התמונה הכוללת.⁷⁰

תרשים 1: טבלת השוואת מדינות ומנגנונים ליישוב הדמוקרטיה

אמצעי איון בדמוקרטיות בעולם	ארה"ב	בריטניה	קנדה	גרמניה	ישראל
שני בתי פרלמנט	✓	✓	✓	✓	✗
שטירה נשיאותית עם זכות וטו לנשיא	✓	✗	✗	✗	✗
משטר פדרלי (מדינות states)	✓	✗*	✓	✓	✗
בחירות אזוריות	✓	✓	✓	✓	✗
חוקה נוקשה שקשה או לא ניתן לשנותה	✓	✗	✓	✓	✗
לבית המשפט יש סמכות לבקר חוקים הפוגעים בחוקה או בזכויות אדם	✓	✗**	✓	✓	***!
הפרדה בין ממשלה ופרלמנט****	✓	✓	✓	✓	✗
כפיפות לטריבונלים (בתי דין) בינלאומיים	✗	✓	✗	✓	✗

* אוטונומיה טריטוריאלית מוגבלת בכמה אזורים (devolution).
 ** לבית המשפט סמכות להכריז על אי התאמה, וכן לפרש חוקים בניגוד לטקסט בכדי להגן על זכויות הפרלמנט מתקן את החוק בעקבות זאת.
 *** כיום כן, מבקשים לפגוע בכך פגיעה משמעותית.
 **** בקנדה ובריטניה חברי הממשלה חברים בפרלמנט אבל לא שולטים בו. בישראל קיימת ועדת השרים לחקיקה ומשמעת קואליציונית, שמאפשרים שליטה מוחלטת של הממשלה על הפרלמנט ותלות מוחלטת בין אחד לשני.

3. חוסר התמודדות עם ביקורת

דיון מושכל בשינויים במערכת המשפט מחייב הליך התדיינות ראוי המתמודד עם ביקורות וקשיים בהצעות שעל הפרק. לפנינו מבני טיעון שנראים במבט שטחי כדיון אך למעשה מונעים אותו. הקטגוריות הבולטות הן, ראשית, מניעת דיון בפועל על אף רטוריקה שמכירה בחשיבותו; ושנית, וזוהי הקריטית ביותר בטיעוני דוברים התומכים בהפיכה בכלל, הכחשת ההשלכות האנטי-דמוקרטיות של

68 פרוטוקול ישיבה מס' 35 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (20.3.2023).
 69 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות" (הופץ ביום 20.1.2023).
 70 נייר עמדה מס' 1, לעיל ה"ש 9.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

השינויים בדרכים שונות שאנו בוחנים (עיסוק בפרטים במקום במכלול; הסטת הדיון לסוגיה אגבית; הסטת הדיון משאלות מבניות לשאלות פרטניות; וטענת "יהיה בסדר").

א. היעדר דיון: הפער בין רטוריקה לפרקטיקה

צורת הטיעון: הבעת מחויבות רטורית לדיון ראוי תוך הפרתו הנמשכת. הליך קבלת ותיקון חוקה צריך להבטיח דיאלוג אמיתי שמכוון להסכמה רחבה מתוך התדיינות (דליברציה) והשתתפות, תוך שהוא מבטיח ייצוג הולם לכל ומערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, ולהבטיח הגנה ראויה על זכויות הרוב הדומם או המיעוט החלש פוליטית. אסור שחוקי יסוד יתקבלו בצל חובה קואליציונית לתמוך בהם בלא תלות בתוכנם, ועל הכנסת לעשות מאמץ כן ואמיתי לגבש קונצנזוס פוליטי רחב לגבי השינויים הרצויים.⁷¹ דוברים התומכים בהפיכה מכירים בהכרחיותו של דיון לגיטימיות של חקיקת ההפיכה ולכן מכריזים על מחויבות לו. כך, בנאום שבו הכריז על ההפיכה אמר שר המשפטים: "אנו נדון ברפורמה כאן בכנסת, בבית הנבחרים. נדון בהרחבה ובאופן מעמיק". הוא חזר מספר פעמים במסיבת העיתונאים על כך "שהדיון צריך להיות דיון סדור ודיון ראוי ודיון מעמיק". בישיבה הראשונה של ועדת החוקה התחייב יושב הראש ל"דיון ציבורי ומקצועי, מעמיק ויסודי" תוך הזמנת כל הגורמים הרלוונטיים שישמעו בנחת, יחוו דעתם, והכל מתוך הידברות ושיח.⁷² ואולם, מהלך הישיבות שלל את אפשרות הדיון. דוברים התומכים בהפיכה מדי פעם מודים בכך גם רטורית, למשל כאשר בישיבה הראשונה של ועדת החוקה הכריז שר המשפטים שהוא "נחוש" להעביר את הרפורמה. באותה ישיבה ובכלל הדיונים מאז, דרישות הליכיות של דיון ראוי לא קוימו.

לדוגמה:

א. בניתוח הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות מצא הפורום שלא התקיים דיון כן, רציני ומאוזן בשינוי החוקתית. הפורום מצא שורת פגמים יסודיים בהליך בקריטריונים הבאים: לוח הזמנים, הקצאת זמן הדיבור למומחים ועובדי ציבור, נוכחות חברי הקואליציה בדיון, מעורבות חברי כנסת מהקואליציה והאופוזיציה בהכנת הצעת החוק, הצגת עמדת הממשלה המנומקת בדבר השפעות החקיקה, היעדר התייחסות למספר עצום של ביקורות, ניירות עמדה והצעות לשיפור ותיקון ביחס להצעה המקורית שהוצגה כחצי שנה קודם לכן וכמעט לא שונתה.⁷³

71 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023).

72 הצהרת לוי מיום 4.1.2023, לעיל ה"ש 36; פרוטוקול ישיבה מס' 6, לעיל ה"ש 47.

73 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 52: ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות" (הופץ ביום 13.7.2023). לדיון מקיף בפגמים ההליכיים וטבלאות המרכזות את הפניות בנושא, את הוצאת חברי הכנסת מהדיונים ומידע מקיף נוסף ראו את בקשת פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה להצטרף כ"ידיד בית המשפט" בעניין העתירות כנגד החוק לביטול עילת הסבירות, חלק ראשון וחלק שני, וכרך הנספחים, זמינה בכתובת www.lawprofsforum.org/post/___forum_amicus (להלן: בקשת ידיד בית משפט).

ב. במהלך הדיונים על ביטול עילת אי-הסבירות, בתגובה לביקורת על מהירות ההליך, טען יו"ר ועדת החוקה כי "מעולם לא דנו בוועדה כל כך הרבה זמן עם כל כך הרבה מומחים שנשמעו בתיקון כלשהו – פר מילה – שהרי בסוף מדובר בתיקון של פסקה אחת בלבד. אף שאיני ממעיט בחשיבותו"⁷⁴. זו פרכה, כי אין כל קשר בין אורך התיקון לבין השפעתו הדרמטית. כך למשל ניתן לשנות את שיטת המשטר בישראל גם במשפט אחד הקובע כי "בישראל יהיה משטר מלוכני". זוהי אם כן דוגמה למחויבות רטורית לדיון שלמעשה משמשת כדי לפגוע בו. ספירת המילים כקריטריון לא רק שוללת את משמעות השינוי אלא מסיטה את תשומת הלב מתכני הדיון ובפרט מהיעדר מוחלט של התייחסות לדברי המומחים ומבקרים נוספים.

ג. הייעוץ המשפטי התריע שוב ושוב על קשיים בהליך. בכך בולטים למשל דברי היועצת המשפטית לכנסת כי המצע לדיון בהפיכה גובש בלא כל מעורבות של הייעוץ המשפטי, באופן החורג ממסלולי חקיקה מקובלים.⁷⁵

ב. אין פיל (סמכותני) בחדר: 50 גוונים של הכחשה

צורת הטיעון: לפנינו אמצעים להכחשה של הטענה הכללית ביותר של הביקורת, המצביעה על יצירת כוח שלטוני נטול איזונים ובלמים. הכחשה היא לא דיאלוג. היא נשענת על המבנה הדיאלוגי בעצם העובדה שהיא מגיבה לביקורת, אך למעשה עושה בו שימוש כדי לא להתמודד עם ביקורת ובכך הופכת את עקרון הדיון על פיו.

להכחשה יש אפקט ספציפי: היא מונעת דיון בהשפעות הקונקרטיות של חקיקת ההפיכה על אוכלוסיות שונות ועל אזרחים ואזרחים בישראל, שינבעו מכוח שלטוני לא מוגבל. העיסוק בכוח העודף, על פי הטענה, של בית המשפט העליון, תוך הכחשת השלכות הסרת הבלמים על השלטון, מאפשר התעלמות מההיבטים המעשיים המופיעים כבר בהסכמים הקואליציוניים ובהצעות החוק של הקואליציה. ניירות עמדה של הפורום וכן של גופים אחרים עומדים על הפגיעה הצפויה בנשים, ילדים, עובדים, ערבים, להט"בים, חשודים ונאשמים, חיילים, וקבוצות נוספות, על ערכי היסוד של שוויון וחירות, ועל החיים בישראל במישורים שונים לרבות הבריאות, החינוך, הכלכלה, הביטחון, הסביבה, הרווחה, המחקר המדעי, קשרי החוץ ומעמדה הבינלאומי של ישראל. ההכחשה מונעת את הדיון בכל אלו.

(1) עצים בלי יער

צורת הטיעון: הדיון מתמקד ברכיבים נקודתיים בלי למקמם במסגרת התמונה הכוללת של השלכות החקיקה על המבנה המשפטי בישראל. עיסוק בהיבטים טכניים או מבודדים נשמע ניטרלי או

74 עמיר קורץ "מעל ל-27 אלף הסתייגויות נגד ביטול עילת הסבירות: 'הכלי היחיד שנותר בידניו' כלכליסט (17.7.2023).

75 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 1, 5, 7. לשלם בדיון מלכתחילה ראו רונית לוין-שנור ורננה קידר "נייר מחקר מס' 1: ניתוח חישובי וכמותי של השבועיים הראשונים בדיוני ועדת החוקה על השינויים המשפטיים המוצעים" (4.2.2023) <https://ssrn.com/abstract=4347731>

טריוויאלי. הוא לא מסביר ולפיכך בפועל מסתיר את התמונה, ויוצר את סיכון ההתקדמות בשלבים המכונה "שיטת הסלמי", כלומר שחיקה דמוקרטית הדרגתית.⁷⁶ כדאי לשים לב שצורת הטיעון המתמקדת ב"עצים" גם מבקשת לשלול מהציבור, ובעת דיון בעתירות על חקיקה גם מבית המשפט, את יכולתו ואף חובתו לבחון את תהליך השחיקה הדמוקרטית ולראות את חקיקת ההפיכה בהקשרה המלא.⁷⁷

לדוגמה:

א. ביטול עילת הסבירות מוצג כעניין פעוט וחסר משמעות, משום שעל פניו יש לבתי המשפט עילות נוספות לבקש החלטות מנהליות. בצורת טיעון זו השתמשו למשל ראש הממשלה⁷⁸ ושר החינוך,⁷⁹ ואף עיתונאים תומכי הפיכה כמו קלמן ליבסקינד, שהתייחס לביטול עילת הסבירות כ"תיקון דרדליה".⁸⁰ אף אם היה זה נכון שביטול עילת הסבירות ביחס להחלטות ממשלה והחלטות שרים הינו דבר של מה בכך (מה שאינו נכון בעינינו, וראו ניירות הפורום בנושא), הרי לא ניתן להתייחס לביטול עילת הסבירות כאילו שאר רכיבי "הרפורמה" לא עומדים על הפרק. ביטול עילת הסבירות לא יכול שלא להיבחן אלא על רקע שאר הצעדים המתוכננים וכחלק אינטגרלי מהם. ההתייחסות לעילה הזו באופן טכני ומבודד הוא למעשה ביטוי ארגומנטטיבי של שיטת הסלמי.⁸¹

ב. דוברים התומכים בהפיכה הגנו על תיקון חוק-יסוד: השפיטה כפי שקודם בחודש מרץ 2023 כריכוך המאפשר לקואליציה למנות "רק" שני שופטים לבית המשפט העליון.⁸² יו"ר ועדת החוקה טען: "אני מציע שמינוי שופטים לבית המשפט העליון יהיה ברוב רגיל של 6 מ-11. מהמינוי השלישי והלאה הרוב הממנה חייב לכלול נציג מהשופטים ונציג מהאופוזיציה. כך מעניקים מענה לחשש שהקואליציה תשתלט על בית המשפט העליון ומצד שני מאפשרת לקואליציה 2 מינויים".⁸³ הטיעון העוסק במנגנון ופרטיו המורכבים מעלים את העובדות המרכזיות המלמדות על "היער" של השתלטות קואליציונית על הוועדה לבחירת שופטים, שתביא לפוליטיזציה של מינוי שופטים. למעשה, כפי שהפורום כבר הסביר, לאחר בחירת נשיא עליון מטעמה תהיה לקואליציה שליטה במינוי שופטים לכלל הערכאות, ובכפוף להסכמת נציג אופוזיציה אחד – גם במינוי יתר שופטי העליון.⁸⁴

- 76 על פעולה בשלבים ראו למשל נייר עמדה מס' 33, לעיל ה"ש 39; בקשת ידיד בית משפט, לעיל ה"ש 73.
- 77 שם.
- 78 ענת ג'ורגי וגיא רולניק "נתניהו מציג: 13 שקרים, עיוותים וחצאי אמת בסרטון בן דקה ורבע על עילת הסבירות" *The Marker* (13.7.2023).
- 79 אבי כהן "יואב קיש: 'ביטול עילת הסבירות זה לא חורבן בית שלישי ולא דיקטטורה'" *בחזית* (23.7.2023).
- 80 קלמן ליבסקינד "לשקר יש רגליים: כשהשיח על 'עילת הסבירות' מושגת כולו על תעמולת כזב" *מעריב* (28.7.2023).
- 81 ראו גם רונן אברהם "ליבסקינד דמגוג" *ערוץ 7* (31.7.2023); דוד אנוך "על מדרונות חלקלקים ונקניקי סלמי: מספר נקודות על היחס בין פעולות ספציפיות לבין מהלכים כלליים יותר, בענייני המהפכה המשטרית, ובכלל" *ICON-S-IL Blog* (27.8.2023); בקשת ידיד בית משפט, לעיל ה"ש 73.
- 82 ראו נוסח הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) לקריאה השנייה והשלישית.
- 83 אמיר אטינגר "זוהי ההצעה המעודכנת של רוטמן להרכב הוועדה לבחירת שופטים" *ישראל היום* (19.3.2023).
- 84 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום לתכנית בעניין מינוי שופטים על ידי הקואליציה שפורסמה ביום 20.3.2023" (הופץ ביום 20.3.2023).

(2) תראו, ציפור !

צורת הטיעון: הדגשת סוגיה אגבית הנוגעת לחקיקה המוצעת, כך שתשומת הלב מוסטת מהשלכותיה העיקריות על שלטון החוק ועל הדמוקרטיה. הטיעון לא מסביר ולפיכך בפועל מסתיר את התמונה בכללותה.

לדוגמה:

א. אתר האינטרנט "זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט", התומך בהפיכה, מציג את פסקת ההתגברות שקודמה על ידי שר המשפטים. על פי ההצעה המוצעת, כדי לקבוע את בטלותו של חוק בשל אי-חוקתיות יחויב בית המשפט העליון להתכנס בהרכב מלא של 15 שופטים, ולהכריע ברוב של 12 שופטים מתוך 15. אם בית המשפט העליון הכריז על בטלות חוק, הכנסת תוכל לחוקק אותו מחדש לזמן קצוב, ברוב של 61 חברי כנסת. אם בית המשפט העליון פסל את החוק פה אחד, הכנסת תוכל להפעיל את פסקת ההתגברות רק בכנסת הבאה. על חקיקה זו נטען באתר שהשינוי מאד מתון ואינו מנסה לבטל "את המהפכה החוקתית של אהרן ברק" אלא להפך: "לראשונה הכנסת מעניקה באופן רשמי לבית המשפט העליון סמכות לפסול חוקים. הרפורמה רק מבקשת להגדיר ולהסדיר את הסמכויות ולהוסיף איזונים ובלמים למצב הנתון כיום".⁸⁵

הטיעון מציג את החוק כמתן סמכות רשמית לבית המשפט לפסול חוקים, כאשר ההסדר הספציפי של אופן הפסילה הוא "רק" הוספת בלמים. במילים אחרות, הרטוריקה מציגה את מבנה ההתגברות כעניין שולי לאירוע הענקת הסמכות. למעשה העיסוק בשאלה אם הייתה או לא הייתה לבית המשפט הסמכה לבקר חקיקה חוזר על טיעון נטילת הכוח ובינתיים מסתיר את המהלך המרכזי: ההצעה הופכת את הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה לבלתי אפשרית או נדירה ביותר.⁸⁶

ב. בעת הצגת השינוי המוצע בוועדה לבחירת שופטים, שר המשפטים הודיע שהוא מכוון ל"ייצוג שווה לשלוש רשויות השלטון".⁸⁷ נכון שההצעה כללה את נציגי כל הרשויות, אולם זוהי נקודה שולית. בפועל, משמעות השינוי המוצע הוא שליטה מלאה של הקואליציה במינוי שופטים. הטיעון מתמקד בממד פורמלי של ההסדר תוך הסטת תשומת הלב מהאפקט המרכזי שלו, שמונע איזון בין רשויות השלטון.

ג. כחלק מהצדקת ביטול הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, יו"ר ועדת החוקה טען: "אני סבור שלכנסת מגיע מעמד של מה שהיה לה עד פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, למעשה מאז הקמת המדינה".⁸⁸ בכך רוטמן הפנה לעבר מדומיין שקדם לתקופתו של אהרן ברק, כפי שהסברנו למעלה (סעיף 7.1 ד). העיסוק בעבר זה אינו מבוסס היסטורית.⁸⁹ מדובר בפעולה רטורית שמתמקדת בדמוקרטיה אחרת שכביכול התקיימה בישראל, תוך הסטת תשומת הלב משלילת הדמוקרטיה הכרוכה בחקיקת ההפיכה, שאיננה מייצגת שום מודל דמוקרטי בעבר או בהווה. ההפניה לעבר חוזרת גם על הכשל של הקפאת העבר (כאמור, מדומיין בלבד), משום שהיא מתייחסת לריבונות המחוקק תוך התעלמות

85 זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט, לעיל ה"ש 26.

86 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 19, 31.

87 הצהרת לוי מיום 4.1.2023, לעיל ה"ש 36.

88 פרוטוקול ישיבה מס' 28 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-25 (7.2.2023).

89 חריס, לעיל ה"ש 48.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

מהפרקטיקה העכשווית של משמעת קואליציונית חמורה ששוללת את מעמדה העצמאי של הרשות המחוקקת ומכפיפה אותה לשליטת הממשלה.⁹⁰

(3) "מה שופטים יודעים?"

צורת הטיעון: בהתייחס לסמכויות הביקורת של בית המשפט, נטען כי שופטים אינם מומחים יותר או אינם "סבירים" יותר מפוליטיקאים ולכן אין סיבה שיבקרו את החלטות הדרג הפוליטי. צורת הטיעון מתעלמת מהעובדה שהשאלה אינה מי מבין הגורמים בעל יכולות "אישיות" פרטניות המאפשרות לו לענות על שאלות מסוג זה או אם יש לשופטים הטיות או העדפות (לכולנו יש), אלא מי מבין הגורמים נמצא בעמדה מוסדית שמצדיקה את מתן הסמכות הזו במסגרת איוונים ובלמים דמוקרטיים. העיסוק במומחיותם או שיקול דעתם של שופטים מונע את הדיון המוסדי ומאפשר לא להתמודד עמו.

לדוגמה:

א. בדיון בכנסת, טען שר המשפטים: "מי בכלל אמר שמה שסביר בעיני השופטים זה בכלל הדבר ההגיוני לעשות? מי קבע שהעמדות האישיות שלהם יותר טובות מאלה של השרים?"⁹¹ בדברים אלה, מתעלם השר מכך שהשאלה אינה אם שופטים "מבינים" בסבירות יותר משרים, אלא האם שופטים נמצאים במסגרת מוסדית שבה מתאפשרת בחינת השאלה באופן עצמאי מלחצים פוליטיים וייצוג אינטרסים פוליטיים. המשמעות איננה שהשיפוט נטול ערכים כמובן, אלא שמסגרת פעולתו ותכניו המקצועיים שונים מאלו של הדרג הפוליטי. מסגור הנושא כשאלה של יכולות אישיות מצייר את השופטים (וכך אף נאמר במפורש) כמי שמרגישים מורמים מהעם ונבחריו וכך לא רק מתעלם אלא מקעקע את חשיבות ההפרדה המוסדית באמצעות התעלמות ממנה ומעבר למישור הפרטני.

ב. בתגובה להעברת העתירה נגד ביטול עילת הסבירות להרכב של 15 שופטים בבג"ץ, צייץ ח"כ בועז ביסמוט כי 15 אנשים שמתכסים בגלימת המשפט – יחליפו 120 נציגים של העם – זה קץ הדמוקרטיה.⁹² בטיעון זה ההבדלים המוסדיים והמבניים בין הפרלמנט לבית המשפט עוברים רדוקציה ל"ספירת ראשים" של 15 מול 120. במישור הרטורי ביסמוט מתייחס ל-15 אנשים ש"מתכסים", קרי, מתחזים ומתיימרים ללא בסיס לייצג את המשפט במקום 120 "נציגים של העם", קרי, בעלי קול ייצוגי אותנטי. הטיעון מציג נטילת כוח מהעם על ידי "אנשים" בודדים באופן משולל יסוד ולא צודק. ואולם, תפקידו המוסדי של בית משפט בדמוקרטיה ליברלית הוא להיות משקל נגד להליך הרובני בפרלמנט והלחצים הפוליטיים המבניים בו. אם בית המשפט ישקף בדיוק את עמדת הרוב בפרלמנט, לא יהיה בו צורך⁹³ (ראו עוד בעניין זה את ניכוס המונח "דמוקרטיה" בסעיף 4 להלן).

90 על חריגות המשמעת הקואליציונית הנוכחית ראו בקשת ידיד בית משפט, לעיל ה"ש 73.

91 פרוטוקול ישיבה מס' 97 של הכנסת ה-25 (23.7.2023): דנה זילברמן "מי לא רוצה להיות האדם הסביר כמו אהרון ברק?" **חדשות מבזק לייב** (24.7.2023).

92 Boaz Bismuth (@BismuthBoaz) **טוויטר** (31.7.2023).

93 היטיב לנסח זאת ח"כ מנחם בגין, בנאום בוועידה של תנועות בית"ר "השקפת חיים השקפה לאומית" 23.3.1951: "עליונות המשפט – למה? יש וישאלונו – בשם הדמוקרטיה, כמובן: כלום זה דמוקרטי, שחמישה או שבעה או אחד-עשר אנשים, אשר לא נבחרו על-ידי העם, יוכלו לבטל על-ידי החלטתם הקריה 'פסק דין' החלטה שנתקבלה בצורת חוק על ידי נבחרים העם? זוהי שאלה מדיחת-דעת: הדמוקרטיה, המוצגת על ידי מי שהציג את השאלה הזאת, אינו אלא סילוף המושג של שלטון העם... למדנו כי רוב פרלמנטרי נבחר יכול להיות מכשיר בידי קבוצת שליטים ומוסווה לעריצותם. על כן חייב

(4) יהיה בסדר

צורת הטיעון: לעיתים דוברים התומכים בהפיכה מכירים בכך שהם מבקשים לרכז בידי הממשלה כוח נטול בלמים ואיזונים. במצבים אלו, צורת טיעון רווחת מבקשת לתת אמון בפוליטיקאים/טבע האדם/שינויי העיתים וכדומה שלא יביאו לפגיעה מעשית בחירויות וזכויות ליברליות של פרטים, קבוצות מיעוט וקבוצות מודרות, כתחליף למנגנונים מבניים של איזונים ובלמים. טיעון זה מתעלם מהעובדה כי משטר דמוקרטי לא יכול להתבסס על רצונו הטוב של הרוב הפוליטי הנוכחי או של גורמים ברשות המבצעת.

לדוגמה:

א. שר האוצר בצלאל סמוטריץ' משיב לשאלה מה יבטיח זכויות אדם לאחר ההפיכה: "אני מבטיח לא לפגוע בזכויות אדם".⁹⁴

ב. מאמרו של עו"ד יחיאל אורן-הרוש **בהשילוח** מגדיר עצמו כ"סקירה מסודרת, המבקשת להציג את העמדה שבבסיס הרפורמה באופן שלם ונרחב".⁹⁵ דווקא בגלל המסגור והמאמץ לדיון ראוי, חשוב לראות שגם אם הנתונים והניתוחים המוצגים בו היו נכונים, הטיעון מציע גרסה ארוכה של טענת "יהיה בסדר". המהלך הכולל מכחיש את הצורך בביקורת שיפוטית על הממשלה והכנסת ואת ההיבטים המבניים של שלטון החוק.

התזה מבוססת על שני אדנים: מסוכנותו של בית המשפט העליון, ואי-מסוכנותו של הכנסת והממשלה. לגבי הסכנה הנשקפת מבית המשפט, הטענה היא שמכויות הביקורת שלו על השלטון אינן לגיטימיות משום שאיננו גוף נבחר, אשר הרחיב את סמכויותיו בעצמו, ששופטיו פוליטיים (המחבר מזהה את הבעיה כאקטיביזם, בלי קשר לתכניו הערכיים), והם לא מהססים להפעיל את סמכותם. הסברים אלו הם עיקר המאמר, בעוד שנעדר ממנו מענה לשאלה הפשוטה מהם הנזקים או הסכנות לציבור. רמז אחד הוא "תמונה עגומה" לפיה בית המשפט הגביל העדפה לא שוויונית לקהילה החרדית, כמו פטור מגיוס.

ניתן היה להניח שאי-המסוכנות של השלטון אליו מוצע להעביר כוח נטול בלמים יזכה לעיקר הדיון, אך המאמר נעדר ניתוח היסטורי של החברה והפוליטיקה בישראל, או של מדינות אחרות שבהן שלטונות הסירו מעליהם איזונים ובלמים. נעלם מהמחבר למשל הדיון הנרחב על הונגריה ופולין. במקום זאת הוא טוען שהממשלה חלשה, ולגבי הכנסת "מדובר באנשים שמעבר להיותם (לרוב) בעלי ערכים ורצון להגן על זכויות אדם, גם חרדים מיום הבוחר". קבוצות מאוימות כמו נשים או להט"ב לא

העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו. את זאת אפשר להשיג רק בדרך של 'עלינונות המשפט', כלומר קביעת חריות האזרחיות כ'חוק היסוד' או 'חוק עליון' ומתן סמכות לחבר שופטים לבטל את תקפו של חוק, הנוגד את חוק היסוד, הסותר את חריות האזרחיות. כמובן, גם השופט אינו אלא בשר ודם; הוא עלול לטעות, או לשנות, או להשתחד, או לפחד. אולם הצד המכריע בתפקיד המשפט בחברה אינו 'חולשותיו' האנושיות של שופט זו או אחר, כי אם 'המעמד הפסיכולוגי' שניתן למוסד השופט ולאיש היושב בדין. אם העם יכיר וחוק המדינה יקבע שהמשפט והשופט חייבים להיות בלתי-תלויים לחלוטין – חובת אי התלות היא הדדית: הן מצד השלטונות כלפי השופט והן מצד השופט כלפי השלטונות".

94 גינה פוקס "סמוטריץ' על המהפכה המשפטית: 'מבטיח לשמור על זכויות אדם'" Ynet (14.2.2023).

95 יחיאל אורן-הרוש "הרפורמה במערכת המשפט: כתב הגנה" **השילוח** 33, 39 (2023).

נזכרות כלל. באשר למיעוט הערבי, המחבר טוען שיש לו ייצוג, שאין סיבה להניח שרוב הפוליטיקאים יהפכו אדישים לזכויות אדם, ואם כן, כך יהיו גם השופטים. הוא מוסיף עוד שלא ניכר בישראל ניסיון שיטתי לפגוע במיעוט הערבי, וממילא בית המשפט לא הגן על ערבים יותר מהכנסת, לכן זה גם לא משנה. הסתירות בניתוח (מדוע האקטיביזם השיפוטי מסוכן בלי קשר לתכנון הערכיים, בהינתן טענת השיקוף בין רוב העם לשופטיו?) הופכות לטיעון מעגלי מלא עם הטענה שהתרבות בישראל היא דמוקרטית, ואם תשתנה איש לא יוכל לעצור זאת. בטענה זו משתמעת גם החלפה של דיון בערכים ברעיון שתרבות היא כמו דחף טבעי לא נשלט שאין להתנגד לו. סיכום המאמר מבקש להסתפק בביקורת שיפוטית שתיוותר לאחר ההפיכה לצד הממשלה, האופוזיציה, הזירה הבינלאומית והציבור הבוחר, כגורמים שיבלמו את הרס הדמוקרטיה. זאת, על אף שהוא נכתב במאי 2023, כשגם ללא היזקקות להיסטוריה השוואתית, מהלכי הקואליציה ידועים וידועה גם חולשת כל הגורמים האמורים. הצעתו המרכזית היא כאמור, יהיה בסדר.

4. ניכוס מונחים

צורת הטיעון: שימוש במושגי דמוקרטיה ליברלית, תוך ריקונם מתוכנם המקובל. הניכוס תומך בהכחשת המשמעות של חקיקת ההפיכה כפגיעה בדמוקרטיה. כפי שפרופ' שפלי מסבירה, רודנים בחסות החוק משתמשים בשפה החוקתית הדמוקרטית להרס הדמוקרטיה הליברלית. ניכוס השפה מייצר מצג של דיון במסגרת הדמוקרטיה הליברלית ומסתיר את האיום עליה. באותה עת, הוא מאיין את פעולת השפה כמשאב סמלי וביצועי של משטר דמוקרטי ליברלי, ומשבש את הכוח הביקורתי של המושגים.

מחקרים בתחום מראים למשל כיצד במסגרת הגלובליזציה של השיח הדמוקרטי מנהיגים אוטוקרטיים משלמים מס שפתיים לרעיונות דמוקרטיים שאינם מיושמים, תוך שהם מנצלים את אי-היציבות של המושגים ואת מורכבותם. בדומה, שיח זכויות האדם הליברלי מנוכס ברחבי העולם על ידי תנועות שמרניות ואנטי-ליברליות.⁹⁶

96 Brandon Gorman, *Appropriating Democratic Discourse in North Africa*, 57 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE SOCIOLOGY 288 (2016); Ron Dudai, *Entryism, Mimicry and Victimhood Work: The Adoption of Human Rights Discourse by Right-Wing Groups in Israel*, 21 INTERNATIONAL JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 268 (2017). דודאי מצביע על שלושה שימושים בשיח זכויות ליברלי בקרב ארגוני ימין בישראל, שניים בעלי אוריינטציה מוסדית-מדינתית, והשלישי אנטי-מדינתי: לשם הדיפת ביקורות כלפי מדיניות הממשלה; כאמצעי לחץ על המדינה על מנת שתפעיל כלי אכיפה נגד קבוצות מסוימות, בפרט פלסטינים; ולשם הצגת הקבוצה כקורבן (נרטיב של "אנדרדוג").

לדיון בקואופטציה של שפה מגדרית ראו Maria Stratigaki, *The Cooptation of Gender Concepts in EU Policies: The Case of 'Reconciliation of Work and Family'*, 11 SOCIAL POLITICS 30 (2004). לדיון באפשרות הניכוס כתופעה מבנית של המשפט הליברלי ראו את דיון של בילסקי ובלוך בתאוריה של "רסיגניפקציה": שינוי בשיח בו הצד המבוקר (לרוב המדינה) מנכס מושגים מהותיים של תיאוריה ביקורתית כדי להציג חזות של הפנמת הביקורת, כך שהיא מעוקרת, ואף משמשת להצדקת הסדר הקיים. ליאורה בילסקי ועפרה בלוך "הפליה ניאורליברלית: בחזרה אל המסה 'מחשבה ביקורתית בצל המשפט' (2012) 'תיאוריה וביקורת' 50 175 (2018). טום גינבורג קורא לפרקטיקה זו חיקוי, במסגרתה מושגים ליברליים מרוקנים מתוכנם ולמעשה משרתים תכליות אוטוריטריות; Tom Ginsburg, *Authoritarian International Law*, 114 AJIL 221 (2020).

הניכוס רלוונטי לכל היבטי הדיון שנבחנו למעלה: הצגת ראיות לבעיות במערכת המשפט, הצגת פתרונות להתמודדות עמן, והיעדר התמודדות עם ביקורת. נבחן כמה מושגים בולטים, תוך שימוש בדוגמה או שתיים לכל אחד מהם.

א. "איזון"

בהקשר של שלטון החוק, המושג מפנה לאיזונים ובלמים בין רשויות השלטון. אצל דוברים התומכים בהפיכה, המונח איזון משמש לתיאור מהלכים שמהווים עיקור מערכת האיזונים והבלמים המושתתת על ביקורת שיפוטית וייעוץ משפטי, ויצירת כוח ממשלתי לא מרוסן.

לדוגמה:

ראש הממשלה: "לא באנו לדרוס ולרמוס, באנו לאזן ולתקן", "איננו רוצים בית משפט נשלט, אנחנו רוצים בית משפט מאוזן"; הוא אף ניסה להכניס את ההפיכה תחת הכותרת "הרפורמה המאזנת", ניסיון שככל הנראה כשל בשיח הציבורי. מכל מקום, כפי שהראנו גם קודם, בפועל הצעות החוק של ההפיכה מרכזות את הכוח בידי הרשות המבצעת, כך שלא ניתן להתייחס אליהן כלל כמוזנות או מאזנות.

ב. "דמוקרטיה"

דמוקרטיה מבוססת על שלטון העם. שלטון הרוב הקואליציוני איננו ערך בפני עצמו אלא אמצעי פורמלי המיועד לבטא בקירוב את רצון העם. בהתאם, על שלטון הרוב ישנן מגבלות, בפרט כשהוא לא ממלא את ייעודו. כמו כן, לצד שלטון העם דמוקרטיה מחויבת לערכים נוספים הטעונים בחינה ואיזון מול שלטון רוב אפילו כשהוא ממלא את ייעודו, ביניהם עקרון השוויון ועקרון שלטון החוק הכרוך כאמור למעלה בביזור הכוח השלטוני.⁹⁷ שלטון הרוב מאבד את הלגיטימיות שלו כשאינו ממלא את הערכים להם נועד ואף חותר תחתם. אצל דוברים התומכים בהפיכה הדמוקרטיה מוצגת כעריצות הרוב, תוך שלילת העקרונות ששלטון הרוב מיועד להגשים.

לדוגמה:

ד"ר אביעד בקשי, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת: "עקרון יסוד במשטר דמוקרטי הוא כי נבחרי הציבור הם שיקבעו את מדיניות השלטון. כאשר נבחר ציבור כפוף לחוות דעת של פקיד, בכיר ככל שיהיה, נגרמת פגיעה בעקרון שלטון העם".⁹⁸ הדברים של בקשי עושים רדוקציה של שלטון העם בדמוקרטיה לעריצות הרוב באמצעות נבחרי ציבור, ושוללים את מנגנוני האיזון הכרוכים בה.

ג. "הפרדת רשויות"

מושג המבטא את ביזור הכוח השלטוני בין הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת, המיועד להבטיח פיקוח, ביקורת, מיתון, תבניות, איזון והטלת אחריות על האוחזים בכוח, על מנת להגשים את שלטון

לבסוף ראו גם "ד"ר יופי תירוש: כשמילים מאבדות את משמעותן: המאבק על מונחי יסוד במחשבה הליברלית" יוטיוב (18.6.2023).

97 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 15, 28.

98 בקשי, לעיל ה"ש 8.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

החוק.⁹⁹ בניגוד לכך, אצל דוברים התומכים בהפיכה המושג משמש כהצדקה לשלילת יכולתה של מערכת המשפט לבקר את הממשלה והכנסת, או להשתלטות של הממשלה על הרשות השופטת דרך שליטה בוועדה לבחירת שופטים.

לדוגמה:

יו"ר ועדת החוקה שמחה רוטמן: "המפתח הוא הפרדת הרשויות".¹⁰⁰ שר המשפטים יריב לוין: "אני חושב שהפרורמה חיונית להשבת הדמוקרטיה, להובלת האיזון בין רשויות השלטון";¹⁰¹ ד"ר אביעד בקשי: "התפיסה המקובלת בישראל שוברת את מערכת האיזונים והבלמים החיונית לדמוקרטיה, ופוגעת הן בעקרון המשילות של הממשלה והן בערכים של הפרדת רשויות העומדים בבסיסה של התפיסה הדמוקרטית".¹⁰² בין חקיקת ההפיכה להפרדת רשויות אין דבר, ההפך הוא הנכון.

ד. "חיזוק" שלטון החוק/המשפט/אמון הציבור/הדמוקרטיה

מהלכים שנועדו כל אחד לחוד וכולם יחדיו להחליש את כוחה של מערכת המשפט ולפיכך להחליש את המבנה הדמוקרטי, מוצגים כחיזוק שלו.

לדוגמה:

שר המשפטים: "אנחנו מחזקים את מערכת המשפט ולא פוגעים בה, מחזקים את אמון הציבור בה שהוא הבסיס בכלל ליכולתה של מערכת משפט לתפקד";¹⁰³ ראש הממשלה: "זה לא קץ הדמוקרטיה, זה חיזוק הדמוקרטיה".¹⁰⁴

למעשה, אמירות מסוג זה מקריסות את המושג "דמוקרטיה" למשמעות פופוליסטית של החלטה רובנית שאינה יכולה להבטיח את הדמוקרטיה, ועלולה גם להביא לסופה. דמוקרטיה מחייבת גם מוסדות עצמאיים שנועדו להגן על זכויות הפרט, המיעוטים, וכללי המשחק, כדי להבטיח את המשך קיומה.

ה. "ליברליזם/ליברליות"

מושג בעל מנעד רחב של משמעויות, אך בכל גרסאותיו מבוסס על מרכזיותן של חירויות הפרט ועקרון השוויון. אצל דוברים התומכים בהפיכה נעשה בו לא פעם שימוש דווקא כהצדקה לפגיעה באלו.

לדוגמה:

א. ח"כ לימור סון הר מלך: "ליברליות אמיתית היא קיבוץ זכויות אדם של כל בני-האדם, ימין ושמאל, דתיים וחילונים, כל אישה באשר היא אישה. לא [א]פשר שיקבעו ויגדירו לנו מה היא העצמה נשית או מה הם גבולות הגזרה שלנו".¹⁰⁵ סון הר מלך מסתמכת על המונח "ליברליות" ושפת חירויות הפרט

99 נייר עמדה מס' 15, לעיל ה"ש 97.

100 פרוטוקול ישיבה מס' 6, לעיל ה"ש 47.

101 שם.

102 בקשי, לעיל ה"ש 8.

103 הצהרת לוין מיום 4.1.2023, לעיל ה"ש 36.

104 הצהרת נתניהו מיום 23.3.2023, לעיל ה"ש 5.

105 פרוטוקול ישיבה מס' 93 של הכנסת ה-25 (12.7.2023) <https://did.li/T9waa>.

לביסוס היפוכה: הפרדות מגדריות במרחב הציבורי, לרבות תרבות פנאי ולימודים אקדמיים. ההפרדות סותרות את עקרון השוויון. הן כרוכות בהפליית נשים, פגיעה בכבוד האדם, וכפייה של תפיסות דתיות אנטי-ליברליות במרחב הציבורי.¹⁰⁶

ב. שר האוצר בצלאל סמוטריץ': "כליברלים אמיתיים אנחנו מאמינים בחירויות הפרט ובזכותו לא לעבור על אמונתו בקניינו הפרטי".¹⁰⁷ סמוטריץ' הצדיק כך תוכנית חקיקה המיועדת לאפשר לבעלי עסקים להימנע ממתן שירות בשל אמונה דתית. החקיקה צפויה להוביל להפליה חמורה כלפי ערבים, להט"בים, נשים ועוד.¹⁰⁸ היא אנטי-ליברלית במהותה משום שהיא חותרת תחת עקרון השוויון, אולם מוצגת במונחי חירויות ליברליות.

ו. "שוויון"

כערך, השוויון מבוסס על תפיסה אוניברסלית של כבוד האדם. הזכות לשוויון מבטיחה, לצד זכויות אחרות, שרצון הרוב או טובת החברה לא ימחצו את היחיד.¹⁰⁹ בקרב דוברים התומכים בהפיכה, מושג השוויון משמש כדי להצדיק שינוי משטרי שיאיין אותו על ידי הכפפתו המלאה לרצון הרוב הקואליציוני.

לדוגמה:

א. שר המשפטים יריב לוין: "כולנו אזרחים שווים ולכולנו זכות שווה לקחת חלק בהחלטות הקובעות את חיינו".¹¹⁰ זוהי למעשה רדוקציה של ערך השוויון לתפיסה של "הרוב קובע", אולם ללא הגנה שאינה רובנית על ערך השוויון, אין כל ערובה שהערך לא יחוסל באמצעות החלטת רוב. ב. קמפיין "אזרח סוג ב'": לאחר אירועי "ליל גלנט" בסוף מרץ 2023, ובמקביל להודעת ראש הממשלה על השהייה זמנית של חקיקת חוקי ההפיכה, החל קמפיין ימין שהציג את מצביעי הימין כ"אזרחים סוג ב'" בשל הפסקת החקיקה. הטיעון הינו שבחירתם השווה אינה באה לידי ביטוי בשל הפעלת כוח מצד המיעוט הפוליטי. ואולם, חוקי ההפיכה במהותם מאפשרים פגיעה בשוויון, כולל השוויון בבחירות, כפי שעולה מהצעות חוק של הקואליציה וההסכמים הקואליציוניים. לפנינו ניכוס של שיח השוויון למטרות סותרות אותו.

ז. "שלטון החוק"

מושג המתייחס לכפיפותן של כלל זרועות השלטון לחוק וחובתן לפעול במסגרת מגבלותיו. כאדיאל, שלטון החוק מיועד להיות חסם מפני סכנותיה של המדינה המודרנית העלולה להשתמש בחוק עצמו כדי להפעיל את עוצמתה בעריצות, שרירותיות, תוך הפליה, דיכוי, שחיתות ועוד, וללא פיקוח, אחריות

¹⁰⁶ לסקירה של משמעויותיה המפלות של הפרדה מגדרית במרחב הציבורי ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 11: הפגיעה בזכויות נשים בעקבות השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 19.2.2023).

¹⁰⁷ מיכאל שמש "הסעיף של סמוטריץ' שיאפשר בחוק אפליית להט"בים" כאן (23.2.2022).

¹⁰⁸ פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, ניירות עמדה מס' 11, 37.

¹⁰⁹ נייר עמדה מס' 15, לעיל ה"ש 97.

¹¹⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 6, לעיל ה"ש 47.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

ואחריותות.¹¹¹ בקרב דוברים התומכים בהפיכה, המושג משמש כדי להסיר את המגבלות על כוחו של השלטון שנובעות מעקרון שלטון החוק, ביניהן עצמאות בתי המשפט והייעוץ המשפטי, הפרדת הרשויות וביקורת שיפוטית. במקום זאת, דוברים התומכים בהפיכה מתייחסים לשלטון החוק כאל שלטון באמצעות החוק על ידי הרוב הקואליציוני.

לדוגמה:

אתר "זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט": "מצב שבו השופטים עוקפים את ההכרעה של הציבור ושמים את עצמם ואת עמדתם מעל בעלי הסמכות החוקיים הוא מצב בעייתי שאינו הולם את עקרון שלטון החוק".¹¹² כך, שלטון החוק מוצג באופן רזה מאוד, ללא כל התייחסות למוסדות הנדרשים כדי לקיימו.

סיכום

במסמך זה עמדנו על מבנים המצויים בפרקטיקות טיעון של דוברים התומכים בהפיכה המשטרית, אשר מובילים, בעינינו, לשיח ציבורי המבוסס על הנחות מוטעות. מבנים אלה מחולקים לשלוש משפחות: הצגת "הבעיה" במערכת המשפט באופן מטעה; הצגת פתרונות שאינם קשורים לבעיה (לכאורה) המזוהה; וצורות רטוריות המאפשרות לחמוק מהתמודדות עם ביקורת. נדגיש כי האמור כאן לא בהכרח ממצא את כלל צורות הטיעון המאפיינות את תומכי ההפיכה ביחס לעובדות ומסקנות לגבי מערכת המשפט, אלא סוקר את העיקריות שבהן אשר זיהינו. מטרתנו במסמך זה היא לסייע לציבור החפץ להשתתף בשיח הציבורי האינטנסיבי המתנהל כיום במדינה, אך נתקל בחומת טיעונים אשר מקשה על קיומו של דיון ענייני ואיכותי. בסופו של יום, תקוותנו היא שמסמך זה יוביל לטיוב השיח הציבורי סביב השינויים החוקתיים המקודמים על ידי הקואליציה.

נייר זה נכתב על ידי:

ד"ר ענת רוזנברג, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר תומר שדמי, האוניברסיטה העברית

הערות ניתנו על ידי:

ד"ר זיו בורר, אוניברסיטת בר אילן
ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' תמר הוסטובסקי ברנדס, הקריה האקדמית אונו
ד"ר גליה הילדסהיימר, המרכז האקדמי פרס
פרופ' צביקה טריגר, המסלול האקדמי המכללה למינהל
ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' מני מאוטנר, אוניברסיטת תל אביב
גב' ליאור גולדמן, אוניברסיטת תל אביב

111 נייר עמדה מס' 15, לעיל ה"ש 97.

112 זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט, לעיל ה"ש 26.

האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול

הופץ במקור כנייר עמדה מס' 14 ביום 22.2.2023

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 במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את הטיעון לפיו מערכת המשפט בישראל אינה מגוונת דיה, וכי כדי להגביר את הגיוון, יש להעביר את השליטה בוועדה לבחירת שופטים, לידי הממשלה. להלן מסקנותינו.

- **האם מערכת המשפט בישראל, ובית המשפט העליון בפרט, אינם משקפים את הגיוון הקיים באוכלוסייה בישראל? נכון (חלקית) אבל ממש לא מה שחז"כ רוטמן ולוין אומרים.** בעבר מונו שופטים השייכים בעיקרם לפלח אוכלוסייה צר, אך בעשורים האחרונים, חל שינוי משמעותי וכיום הרשות השופטת מגוונת יותר מבעבר. עם זאת, קבוצות באוכלוסייה ובראשן הערבים והחרדים, נותרו בתת-ייצוג משמעותי, בעוד אחרות הפכו להיות מיוצגות ביתר.
- **האם העברת השליטה בהליך מינוי השופטים לממשלה תוביל לגיוון הרשות השופטת בכלל ובית המשפט העליון בפרט? לא, אפילו להיפך: היא עלולה לצמצם חלק מהמגוון, ובמקום זאת להוביל להשחתה ולחוסר מקצועיות.** הרפורמה המוצעת מבקשת להעביר לידי הממשלה את השליטה בהליך בחירת השופטים, ואין בה כל מנגנון או התחייבות להגברת הגיוון והשיקוף. מהלך זה יוביל לכך שימונו שופטים בהתאם לנאמנותם הפוליטית, ואילו שיקולי מקצועיות והגברת הגיוון ושיקוף האוכלוסייה יהפכו למשניים, אם בכלל. לעומת זאת, השיטה הקיימת בישראל כיום מאפשרת לשקלל במסגרת שיקולי המינוי גם שיקולים של הגברת המגוון והשיקוף של מועמדים מקבוצות בחברה הסובלות מתת-ייצוג.
- **איך כן ניתן להגביר את הגיוון בקרב השופטים? ראשית, חשוב להבין כי המערכת נמצאת בתהליך של הגברת הגיוון והשיקוף, גם אם באופן הדרגתי ואיטי מהנדרש. בעשורים האחרונים, תחת השיטה הקיימת, חברי וחברות הוועדה מקדמים באופן מכוון ובהצלחה מינוי שופטים מקבוצות שונות באוכלוסייה. לצד זאת, יש מקום לנקוט בצעדים נוספים להגברת גיוון מערכת המשפט.** שנית, מדינות שונות, בהן הליך המינוי הוא מקצועי, נוקטות מגוון של אמצעים להגברת הגיוון השיפוטי מבחינת שיקוף של נשים ומיעוטים בבתי המשפט. בדומה, הכרזה על עקרון הגיוון והשיקוף כשיקול מרכזי בישראל, עשויה לעודד צעדים אקטיביים של הוועדה לבחירת שופטים לצורך הגדלת הגיוון הדמוגרפי. צעדים כאלה, יכולים לכלול, בין היתר, עריכת כנסים שמטרתם לעודד עורכי דין מקבוצות ששיקופן בחסר להגיש את מועמדותם לשיפוט, פנייה יזומה למועמדים

- פוטנציאליים להגיש את מועמדותם, ואולי גם התאמה של תהליכי המיון לקבוצות שונות. צעדים מסוג זה הצליחו בזירות אחרות בישראל.
- ההצעה של רוטמן-לוי, תוביל למינוי שופטים מזוהים אידיאולוגית, המבוססים על נאמנות פוליטית ומייצרים קיטוב של אליטות מתחרות. לעומת זאת, הליך בחירת שופטים המחייב הסכמה רחבה של הרשות השופטת, הממשלה והכנסת – או לחלופין של הקואליציה והאופוזיציה – יכול, כפי שכבר הוכח בעשורים האחרונים, להגביר את הגיוון הדמוגרפי והאידיאולוגי של השופטים. שיטה מבוססת הסכמות היא תשתית טובה לצעדים נוספים, אקטיביים, לגיוון מערכת השפיטה כך שזו תשקף את החברה הישראלית בכללותה.

נימוקי נייר העמדה

מצדדי רפורמת רוטמן-לוי טוענים כי מערכת המשפט בישראל, ובית המשפט העליון בפרט, אינם משקפים את הגיוון הקיים באוכלוסייה בישראל. שיקוף חברתי ומגוון הם הכרחיים למערכת שפיטה צודקת, איכותית ומהימנה.¹ כדי להבטיח גיוון, טוענים מצדדי הרפורמה, יש להעביר את השליטה בהליך בחירת השופטים, לידי הממשלה.² נבחן את הטענות הזה לעומק:

1. האם מערכת המשפט בישראל, ובית המשפט העליון בפרט, אינם משקפים את הגיוון הקיים באוכלוסייה בישראל? נכון (חלקית) אבל ממש לא מה שחה"כ רוטמן ולוי אומרים

- שיקוף חברתי (גיוון דמוגרפי): בעוד שבעבר השופטים שמונו היו שייכים בעיקרם לפלח אוכלוסייה צר באופן יחסי (גברים, יהודים, אשכנזים), מחקרים אמפיריים מלמדים כי בעשורים האחרונים, חל שינוי משמעותי וכי כיום הרשות השופטת מגוונת יותר מבעבר.³ עם זאת, לפי נתונים שפרסם מרכז המידע והמחקר של הכנסת בינואר 2023, חלק מהקבוצות בישראל, ובראשן הערבים והחרדים, נותרו בתת-ייצוג, בעוד אחרות הפכו להיות מיוצגות ביתר.⁴
- שיקוף חסר של ערבים: 91% מהשופטים בכל בתי המשפט בישראל הם יהודים, ו-9% אינם יהודים: 4.6% מוסלמים, 3.1% נוצרים וכ-0.9% דרוזים. בבית המשפט העליון מכהן שופט ערבי אחד מתוך 15.⁵ היות ששיעור האזרחים הישראלים הערבים הוא כ-20% מדובר בייצוג חסר, וייצוג החסר גדול עוד יותר באשר לשיעור השופטים המוסלמים. יתרה מכך, חלקם היחסי של השופטים

1 לדיון בהיבטים אלו ראו Keren Weinshall, *Courts and Diversity: Normative Justifications and Their Empirical Implications*, 15 L. & ETHICS HUM. RTS. 187 (2021).

2 אהרן גרבר "מדוע נחנך שינוי במערכת המשפט?" פורום קהלת (15.2.2023) <https://bit.ly/3NzIMZU>.

3 נורית יכימוביץ-כהן וג'רי אלמו-קפיטל 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).

4 יכימוביץ-כהן ואלמו-קפיטל, לעיל ה"ש 3.

5 שם, בעמ' 1.

הערבים יורד ככל שעולים בערכאות. בבתי המשפט המחוזיים שיעורם עומד על 6.7%, ובבתי משפט השלום – 6.9.7%

- **שיקוף חסר של מזרחים:** בהיעדר דיווח עצמי של שופטים, אין כיום מדד מוסכם לבחינת שיעור השופטים המזרחים במערכת השפיטה.⁷ עם זאת, מדדים עקיפים מצביעים על פער היסטורי משמעותי בייצוג, אך בו זמנית על שיפור ושינוי ניכר בעשורים האחרונים. שיעור השופטים היהודים שגדלו ביישובי "הפריפריה" (אשכולות בינוניים-נמוכים במדדי ה"למ"ס) יותר מהוכפל בין תחילת שנות ה-90 לשנת 2017,⁸ אך עדיין נמוך משיעורם בכלל האוכלוסייה. בבית המשפט העליון השינוי איטי יותר. בעשור האחרון כיהנו לראשונה במקביל שלושה שופטים מזרחים בבית המשפט העליון, וכיום מכהנים בו שני שופטים מזרחים בלבד, כשאחת מהן היא האישה המזרחית הראשונה לכהן כשופטת עליונה.
- **שיקוף חסר של חרדים:** הפער בייצוג של חרדים הוא הגדול מבין הקבוצות שנמצאות בדיון הציבורי ביחס למערכת השפיטה.⁹ ניכר שחסר זה קשור במספר הנמוך של חרדים בוגרי הפקולטות למשפטים שמתחיל לעלות רק בשנים האחרונות.¹⁰ היסטורית, שאלת אפשרות הכהונה של שופטים חרדים הייתה נושא לדיון הלכתי וציבורי בקרב חרדים בישראל,¹¹ ולאורך השנים כיהן שופט אחד שהיה מזוהה ציבורית כחרדי בבית המשפט העליון.¹² נכון להיום, מרכז המידע והמחקר של הכנסת לא מצא בין השופטים במחוזי בוגרים של זרם החינוך החרדי.¹³ מפרסומים בתקשורת בשנים האחרונות נראה כי מכהנים שני שופטים חרדים בבתי משפט השלום.¹⁴
- **שיקוף חסר של יוצאי ברה"מ לשעבר ואתיופיה:** בשנת 2001 ועדת המשנה לסדרי בחירתם של שופטים הכירה בהיעדר ייצוג הולם של יוצאי ברה"מ לשעבר ברשות השופטת.¹⁵ נכון לשנת 2023, רק 19 מהשופטים בכלל הערכאות היגרו לישראל ממדינות מזרח אירופה (לרבות רוסיה). בדומה, מנתוני הממ"מ עולה כי רק שלושה שופטים נולדו באתיופיה.
- **שיקוף מגדרי (כמעט) שוויוני:** נשים הן 53% מכלל המכהנים בתפקידי שיפוט, אך חלקן היחסי יורד ככל שעולים בערכאות. בבתי משפט השלום הן מהוות כ-55%, בבתי המשפט המחוזיים

6 שם.

7 שם, בעמ' 4; חספר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 654–655.

8 שם, בעמ' 637–639.

9 יוער כי בעבר היו שטענו ששופטים דתיים לאומיים מייצגים גם חרדים (בהיעדר עורכי דין חרדים שיוכלו להתמנות לשיפוט).

10 ראו דיון ממוקד ונתונים אצל חיים זיכרמן "משפט אחד יהיה לכם: העימות המשולש של החברה החרדית עם מערכת המשפט הישראלית" **משפט, חברה ותרבות** א 37, 62–65 (2019). השוו דניאל פרידמן "מינוי שופטים ושאלת מינויים של חרדים לבתי-המשפט הממלכתיים" **המשפט** 6, 7 (1997).

11 ראו למשל אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל" **תחומין** יג 337 (התשנ"ב–התשנ"ג); אביעד הכהן "מרים יד בתורת משה": על פניית החרדים לערכאות משפט אזרחיות-חילוניות **תרבות דמוקרטית** 15, 87 (2014).

12 ראו אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ** 156 (1980).

13 יכימוביץ-כהן ואלמור-קפיטל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

14 טובה צימוקי ויעל פרידסון "עשתה היסטוריה: שופטת חרדית ראשונה בישראל" **Ynet** (22.8.2018) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5126068,00.html

15 הוועדה לסדרי הבחירה בשופטים **דו"ח הוועדה** פס' 29 (2001).

מספרן עומד על 47% ובבית המשפט העליון 40%, שכן 6 מתוך 15 שופטות ביהמ"ש העליון הן נשים.¹⁶ לעניין זה נעיר כי בעיית השיקוף המגדרי החמורה ביותר קיימת בבתי הדין הדתיים, בהם רפורמת רוטמן-לויין לא עוסקת כלל, ובראשם בתי הדין הרבניים שבהם לא מכהנת אף לא דינית בודדה.

● **שיקוף יתר של דתיים:** המדד המקובל כיום לבדיקת הזיקה הדתית של שופטים, הוא בדיקה של מוסד הלימודים התיכוניים שבו למד השופט/ת. מבדיקת מרכז המחקר והמידע של הכנסת עולה כי פרט מידע זה היה זמין עבור כ-63% מבין שופטי בתי המשפט המחוזי (141 מתוך 222 שופטים). החלק היחסי של שופטים בוגרי החינוך הממלכתי דתי הוא 28% ומספרם הנומינלי הוא 40. מבין שופטי בית המשפט העליון חמישה, קרי 33%, הם בוגרי החמ"ד.¹⁷ מתוכם, לפחות שלושה מזדהים עדיין כדתיים, קרי 20%. נתונים מ-2017 מראים כי שיעורם של בוגרי החמ"ד בבתי משפט השלום אף הוא גבוה משיעורם באוכלוסייה, ועמד על 17% ובבתי הדין לעבודה על 28.8%.¹⁸ מבדיקה שנערכה לצורך נייר זה נראה שנתון זה נכון אף להיום.¹⁹ לפי מרכז המחקר והמידע של הכנסת, בשנת 2021 היוו תלמידי החמ"ד 14% מכלל התלמידים במדינת ישראל.²⁰ לפיכך, ניתן לראות שייצוגם של שופטים הבאים מרקע דתי עולה על חלקם היחסי באוכלוסייה ואף עולה ככל שמתקדמים מעלה בערכאות השיפוטיות.

● **גיוון אידיאולוגי-רעיוני:** מצדדי הרפורמה טוענים כי שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים נועד לאפשר ביטוי רחב יותר לערכי הציבור.

ראשית, חשוב להזכיר שעל שופטים לפסוק לפי החוק ולא לייצג עמדה פוליטית – לשם כך נבחרות הכנסת והממשלה. איננו יודעים מהי העמדה הפוליטית של השופטים – וטוב שכך. אומנם, שופטים הם בני ובנות אדם ולא רובוטים, וברור כי גם הכרעותיהם המקצועיות יושפעו משיקולים ערכיים. אך יש הבדל עקרוני וחשוב בין הכרה במימד זה של ההכרעה השיפוטית להפיכתו לנושא העיקרי במינוי שופטים.²¹ גם בבית המשפט העליון, העוסק (בין היתר) בעתירות וערעורים בעלי פרופיל ציבורי גבוה או משמעות שלטונית רחבה, התכונות העיקריות שדרושות במינוי שופטים הן כישוריהם המקצועיים, יושרתם האישית ועצמאותם. שימת דגש על השקפתם הפוליטית המשוערת תבוא בהכרח על חשבון תכונות אלה, ותהיה לנו מערכת שיפוטית פחות מוצלחת. כך או אחרת, בפרט מאז תיקון סער בשנת 2008 שלפיו לצורך מינוי שופטים לעליון נדרשת הסכמה של לפחות 7 מתוך 9 חברי הוועדה, בית המשפט העליון אינו עשוי מקשה אחת.²² כך, לא מעט מהשופטים

16 יכימוביץ-כהן ואלמו-קפיתל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.

17 שם, בעמ' 5.

18 חספר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 646.

19 תודה לשגב מגל, סטודנט שנה ב', הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן אוניברסיטת תל אביב.

20 אסף וינינגר **נתונים נבחרים על החינוך הממלכתי דתי** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2021).

21 לריכוז ממצאים אמפיריים ודיון מקיף בהקשר הישראלי ראו קרן וינשל "השלכות תכנית לויין על קבלת החלטות אידיאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" **ICON-S-IL Blog** (15.2.2023) <https://israeliconstitutionalism.wordpress.com/2023/02/15/150223>

22 Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, 9 J. L. & COURTS, 137, 137–157 (2022).

שמונו לבית המשפט העליון בעשור האחרון מזדהים כבעלי השקפת עולם שיפוטית שמרנית. לטענת שרת המשפטים לשעבר איילת שקד, בתקופתה כיו"ר הוועדה לבחירת שופטים (2015–2019) היא אף חוללה "מהפכה שמרנית" בהרכב הרשות השופטת בכלל (לטענתה, ביחס לשליש מהשופטים במערכת), ובבית המשפט העליון בפרט (עם שישה מינויים, שלפחות ארבעה מהם היא כנראה החשיבה ל"שמרנים"),²³ וזאת במסגרת הליך בחירת השופטים הנוכחי.

2. האם העברת השליטה בהליך מינוי השופטים לממשלה תוביל לגיוון הרשות השופטת בכלל ובית המשפט העליון בפרט? לא, אפילו להיפך: היא עלולה לצמצם חלק מהמגוון, ובמקום זאת להוביל להשחתה ולחוסר מקצועיות.

- הרפורמה המוצעת מבקשת להעביר לממשלה את השליטה בהליך בחירת וקידום השופטים. מהלך זה, יוביל לכך שימונו שופטים שהשקפת עולמם תעלה בקנה אחד עם זו של הרוב הקואליציוני המזדמן. בפרט על רקע הקיטוב הפוליטי והקושי לייצר קואליציות חוצות עמדות פוליטיות, העברת השליטה בוועדה לידי הממשלה עלולה להוביל למינויים קיצוניים ולא מאוזנים.²⁴ שיטת בחירה הנשלטת על ידי מפלגות הקואליציה תתמקד במינוי וקידום שופטים התומכים במפלגות אלה, ואילו שיקולים של מקצועיות והגברת הגיוון והשיקוף יהפכו למשניים, אם בכלל.
- למעשה, ההומוגניות וחוסר הגיוון העמוק במערכת המשפט הבריטית, היו המניע המרכזי לרפורמה הגדולה שנעשתה בהליך מינוי השופטים בבריטניה בשנת 2005. הרפורמה, נועדה לבצר את הפרדת הרשויות באופן כללי בממלכה, ולמעשה, הפקיעה את הליך בחירת השופטים מידי הממשלה (ספציפית, ה־Lord Chancellor), וכוננה ועדה הממליצה על מועמדים לשיפוט בהתאם לכישוריהם המקצועיים ושיקולי גיוון.²⁵
- כפי שניתן ללמוד מהניסיון בארצות הברית, בעידן ממשל טראמפ ובכלל, מינויים פוליטיים-אידיאולוגיים עלולים דווקא להקטין את הגיוון הדמוגרפי בקרב השופטים, שכן שיקולי הגיוון הדמוגרפיים הפכו שוליים, עד כדי לא חשובים, בהשוואה לשיקול האידאולוגי והציפייה לנאמנות פוליטית.²⁶ שיטה זו מייצרת אליטות משפטיות מתחרות, חלף גיוון ופלורליזם עמוק. כך, בעוד העברת השליטה בוועדה לידי הקואליציה הנוכחית, תוביל למינויים של שופטים הנחשבים לשמרנים, ובעקיפין להגברת ייצוג הקבוצה הדתית-לאומית עוד יותר ואולי גם החרדית, אין כל סיבה לחשוב שהתיקון יוביל לכך שבטווח הארוך ימונו יותר נשים, ערבים, מזרחים, או יוצאי ברית המועצות לשעבר ואתיופיה.
- לעומת זאת, השיטה הקיימת בישראל כיום, בייחוד נוכח דרישת ההסכמה הרחבה, מאפשרת לשקלל במסגרת שיקולי המינוי שיקולים של הגברת המגוון והשיקוף של מועמדים המשתייכים

23 איילת שקד "בג"ץ עפרה הוא רק ההתחלה" **מקור ראשון** (9.1.2020) www.makorrishon.co.il/opinion/196051.

24 השו. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 J. LEGAL STUD. 721, 741–742 (1994).

25 Judith L. Maute, *English Reforms to Judicial Selection: Comparative Lessons for American States*, 34 FORDHAM URB. L.J. 387 (2007).

26 Stacy Hawkins, *Trump's Dangerous Judicial Legacy*, 67 UCLA L. REV. DISC. 20 (2019).

לקבוצות הסובלות מתת-ייצוג.²⁷ כך, לאחר תיקון סער משנת 2008, מונו לראשונה שופטת דתייה ושופטת מזרחית לעליון. את השיטה הנוכחית ללא ספק ניתן לשפר, אך החלפתה בהצעת רוטמן-לוינה אינה הדרך לכך.

3. איך כן ניתן להגביר את הגיוון בקרב השופטים?

- ראשית, כאמור, המערכת נמצאת בתהליך של הגברת הגיוון, גם אם באופן הדרגתי ואיטי מהנדרש. תהליך הבחירה של השופטים נעשה שקוף יותר ומקצועי יותר באופן שמקדם גיוון חברתי, דמוגרפי ואידאולוגי. בצד זאת, בעשרים השנים האחרונות, תחת השיטה הקיימת, חברות וחברי הוועדה מקדמים באופן מכוון ובהצלחה מינוי שופטים מקבוצות שונות באוכלוסייה.²⁸
- מדינות כמו ארצות הברית, קנדה, ובריטניה, הממנות את שופטיהן מקרב עורכי הדין המנוסים, כמו בישראל, נוקטות מגוון של גישות להגברת הגיוון השיפוטי מבחינת שיקוף של נשים ומיעוטים בבתי המשפט, כגון הכרזה על עקרון השיקוף ויישומו, שימוש בוועדות בחירה או בוועדות איתור מועמדים שבהן ייצוג מובטח של נשים ומיעוטים, פנייה יזומה ללשכות עורכי הדין ולמועמדים פוטנציאליים, כמו גם הקמת ועדות איתור מיוחדות למועמדים מרקע מגוון.²⁹ בכלגיה אף נקבעה בחוק מכסה המחייבת ייצוג הולם לבני שני המינים, לפיה בבית המשפט החוקתי במדינה יכהנו לפחות שליש מהשופטים/ות מכל מין.³⁰
- הכרזה על עקרון השיקוף כשיקול מרכזי, עשויה לעודד צעדים אקטיביים של הוועדה לבחירת שופטים לצורך הגדלת הגיוון הדמוגרפי. צעדים כאלה יכולים לכלול עריכת כנסים שמטרתם לעודד עורכי דין מקבוצות ששיקופן בחסר להגיש את מועמדותם לשיפוט, פנייה יזומה למועמדים פוטנציאליים להגיש את מועמדותם, ואולי גם התאמה של תהליכי המיון למיעוטים. צעדים מסוג זה הצליחו בזירות אחרות בישראל. לשם השוואה, דרישות גיוון נוקשות וצעדים אקטיביים במשרד המשפטים, כגון מכרזים ייעודיים, כנסים לשם עידוד מועמדים ונקיטת אמצעים להתגברות על חסמים גיאוגרפיים, הובילו לגידול משמעותי בגיוון הדמוגרפי בפרקליטות המדינה בשני העשורים האחרונים.³¹ כבר היום מאמצים מסוג זה מניבים פירות בערכאות הנמוכות בכל הנוגע לנשים

27 להרחבה ראו פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7 בנושא הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023).

28 גדעון אלון "המפד"ל נטשה אותו, והציבור נטש את המפד"ל" **הארץ** (7.2.2006) <https://bit.ly/41f1Pff> (ראיון עם שאול יהלום); רויטל חובל "ויכוח בוועדה למינוי שופטים: האם להעדיף קידום מזרחים?" **הארץ** (14.8.2015) <https://bit.ly/3oTZR6k>.

29 Cheryl Thomas, *Judicial Diversity in the United Kingdom and other Jurisdictions* (Her Majesty's Commissioners for Judicial Appointments, November 2005); Yael Levy Ariel, *Judicial Diversity in Israel: An Empirical Study of Judges, Lawyers, and Law Students* 300 (PhD. Thesis, April 2018).

30 Loi spéciale portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle [Special Law Modifying the Law of January on the Constitutional Court] of Apr. 4, 2014, Moniteur Belge [M.B.] [Official Gazette of Belgium], 202293. Extract translated by Bilyana Petkova.

31 גיא לוריא "גיוון אנושי בפרקליטות וברשות השופטת: המקרה של המיעוט הערבי" **פרלמנט** 79 (2017) www.idi.org.il/parliaments/18632/18640.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

דחיות, כאלו שגדלו בפריפריה הכלכלית-חברתית, ואף לנשים ערביות.³² יתרה מכך, מאמצים אלו משמשים לגיוס עוזרים משפטיים לשופטים מהחברה החרדית, שיהוו עתודה מקצועית ומגוונת לעתיד מערכת השיפוט בישראל.

• עוד חשוב לציין כי עקרון השיקוף, הוא עיקרון מנחה בשירות הציבורי בישראל. כך, לפי חוק, בקרב העובדים בשירות המדינה, בכלל הדרגות והמקצועות ובכל משרד ויחידת סמך, יינתן ייצוג הולם לעובדים המשתייכים לקבוצות מסוימות: נשים, ערבים, חרדים, יוצאי אתיופיה, עולים חדשים ואנשים עם מוגבלויות.³³ עוד לפי החוק, הממשלה רשאית לתת עדיפות לעניין משרה מסוימת, למועמדים מקרב האוכלוסיות הזכאיות, אם אינן מיוצגות באופן הולם, שכישריהם דומים לכישורים של מועמדים אחרים.³⁴

לסיכום, ההצעה של רוטמן-לוי, תוביל למינוי שופטים מזוהים אידיאולוגית, המבוססים על נאמנות פוליטית ומייצרים קיטוב של אליטות מתחרות. לעומת זאת, הליך בחירת שופטים המחייב הסכמה רחבה של הרשות השופטת, הממשלה והכנסת – או לחלופין של הקואליציה והאופוזיציה – יכול, כפי שכבר הוכח בעשורים האחרונים, להגביר את הגיוון הדמוגרפי והאידיאולוגי של השופטים. שיטה מבוססת הסכמות היא תשתית טובה לצעדים נוספים, אקטיביים, לגיוון מערכת השפיטה כך שזו תשקף את החברה הישראלית בכללותה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עפרה בלון, אוניברסיטת תל אביב

עו"ד אלון חספר, אוניברסיטת תל אביב

אנחנו מודים לד"ר גיא לוריא על סיוע בניסוח נייר זה ולשגב מגל על העזרה במחקר

32 אלון חספר "שופטי מערכת: עלייתה של הביורוקרטיה המשפטית ומשמעויותיה" **מעשי משפט** יא 167 (2020); Alon Jasper, *Diversity through Bureaucracy: System Judges and Intersectional*

Diversification of the Israeli Judiciary, 15 L. & ETHICS HUM. RTS. 313 (2021).

33 ס' 15א לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

34 שם.

פסיקת בג"ץ בסוגיות ביטחון ושטחים

הופץ במקור ביום 27.2.2023 כנייר עמדה מס' 20

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 בוחנים את פסיקת בית המשפט העליון בנושא ביטחון ושטחים.

אנו מוצאים כי:

- בית המשפט העליון ממעט להתערב ונוקט בזהירות מופלגת לנוכח צעדי הממשלה בנושאי ביטחון או בעניינים הקשורים למדיניות ישראל בשטחים.
- הצגת מעורבותו של בית המשפט העליון כ"מגבילה", באופן הפוגע ביכולתה של הממשלה לפעול היא שגויה ומטעה את הציבור.
- שורה של מחקרים אמפיריים מהעשורים האחרונים מצביעה על כך שלמרות השימוש ברטוריקה של זכויות אדם, בית המשפט ממעט מאוד לפסוק נגד מדיניות הלחימה והביטחון של ישראל.
- בכל הקשור ללחימה אקטיבית ושימוש בכוח קטלני, בג"ץ לא הגביל את המדינה באופן משמעותי.
- מראשית הדרך בית המשפט העליון סירב לתת את דעתו לחוקיות ההתנחלויות, ולמעשה סלל את הדרך להרחבתו של מפעל ההתנחלויות על ידי ממשלות ישראל.
- לאורך עשרות שנים, בג"ץ פירש את הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות באופן אשר מקנה למדינה סמכויות נרחבות, לא פעם בניגוד לתפיסות המקובלות של דינים אלה בקהילה הבינלאומית.

נימוקי נייר העמדה

מבוא

במסגרת הדיון הציבורי לגבי מהלכי הממשלה לשינוי המשטר בישראל, נאמר לא פעם כי בג"ץ מגביל את מדיניותה של ישראל בכל הקשור לסוגיות ביטחוניות. כן נטען כי בדיונו בעתירות תושבי השטחים הפלסטינים בג"ץ מגלה עמדה פרו-פלסטינית, ועל כן, כך נטען, נחוצה התערבות בהיקף פעולתו. בנייר עמדה קצר זה נדגים כי בניגוד לאמור, בית המשפט העליון ממעט להתערב ונוקט בזהירות מופלגת לנוכח צעדי הממשלה בנושאי ביטחון או בעניינים הקשורים למדיניות ישראל בשטחים. בה בשעה שבג"ץ מהווה מנגנון פיקוח על מעשי רשויות הביטחון, ובכך מושיט סיוע (מוגבל עד מאוד) לתושבי השטח הפלסטינים, הנעדרים כל ערוץ השפעה אחר, הרי שבנושאים הנוגעים לקידום מדיניות

ממשלתית, ניתן לראות שלא פעם בג"ץ אף יצא מגדרו ופירש את הדינים הרלוונטיים באופן המרחיב את סמכויות המדינה, ולעתים באופן המנוגד לחלוטין לתפיסות המקובלות בקהילה הבינלאומית, ובכך סיפק להן חותמת של חוקיות. אנו סבורים לפיכך כי הצגת התנהלותו של בג"ץ כמי שמגביל יתר על המידה את הממשלה בסוגיות ביטחוניות או במדיניותה בשטחים איננה נשענת על הפסיקה עצמה. ניתן לשער כי מטרתם של חלק מהטוענים טענות שגויות אלה הנה לפגוע במעמדו של בית המשפט העליון בעיני חלק מהציבור, ולהכשיר דרך כך את דעת הקהל למתן כוח בלתי מוגבל לרשות המבצעת.

יצוין כי אין באמור בנייר זה כדי לתמוך בפסיקתו של בית המשפט העליון בנושאים אלה, או לבקר היבטים ספציפיים בה. מטרתו היא אך לחשוף את אי-הדיוקים שביסוד טענותיהם של תומכי "הרפורמה", וזאת כדי לבסס את השיח הציבורי על מסד עובדתי ראוי. בפרט, נדון בנייר זה בפסקי דין של בג"ץ אשר הרחיבו באופן מובהק את סמכויות המדינה בסוגיות ביטחוניות או סוגיות אחרות הנוגעות לצעדי ישראל בשטחים, או אישרו פרשנות מרחיבה כזו, וזאת באופן שנמצא במתח משמעותי עם הדין הבינלאומי, או לכל הפחות עם פרשנותו המקובלת. טענתנו בהקשר זה אינה כי בג"ץ כלל לא השפיע על התנהלותה של ישראל בהקשרים ביטחוניים או בשטחים. כוונתנו היא אך ורק להראות כי הצגת מעורבותו כ"מגבילה" באופן הפוגע ביכולתה של הממשלה לפעול היא שגויה ומטעה את הציבור.

בראשית הדברים נציין את המובן מאליו: גם בנושאים של לחימה וביטחון ופעילותה בשטחים, הממשלה אינה פועלת בוואקום משפטי. ישראל היא צד לאמנות בינלאומיות שונות המסדירות את דיני הלחימה, וכן לאמנות בדבר דיני זכויות האדם הבינלאומיים. **ממשלת ישראל היא שהחליטה להצטרף לאמנות אלה. יתרה מכך: הממשלה שהחליטה על הצטרפות ישראל לאמנות זכויות האדם העיקריות בשנת 1991 לא הייתה ממשלת "שמאל" אלא ממשלתו של יצחק שמיר שהורכבה ממפלגות ימין בלבד.** יש להוסיף כי ככל מדינה ריבונית, גם ישראל כפופה לדין הבינלאומי המנהגי, אשר בשיטת המשפט שלנו (בדומה לשיטת האנגלו-אמריקאית) מהווה חלק מהדין המדינתי. הסדר זה נקלט לדין הישראלי דרך המנדט הבריטי, בית המשפט העליון אישר את דבר קיומו כבר בשנות החמישים המוקדמות, והדבר אינו שנוי במחלוקת. לפיכך, כאשר בג"ץ פוסק בסוגיות ביטחוניות, הוא אינו פועל בחלל ריק. הוא נדרש לפרשנותם ויישומם של דינים בינלאומיים קיימים המחייבים את ישראל גם במישור הבינלאומי וגם במישור הפנים-מדינתי. בכך הוא ממלא את תפקידו על פי חוק.

כמובן, שעמידה על כלל פסקי הדין והסוגיות בנושאי ביטחון ושטחים אליהן נדרש בג"ץ במרוצת השנים היא משימה החורגת מהגבולות של נייר זה. **כוונתנו כאן היא אך לציין אבני דרך מרכזיות. אכן, יש אינספור פרשות אחרות אשר עשויות להדגים אף הן את עיקר טענותינו בנייר עמדה זה.**

יצוין כי מעבר לסוגיות הכלליות בהן ניגע כאן, מערכת המשפט ובג"ץ דוחים באופן כמעט יומיומי עתירות רבות בנושאים כגון מעצרים מנהליים, הריסת בתים עונשית, חופש תנועה (למשל, שלילת מעבר מרצועת עזה לגדה המערבית) ועוד. למעשה, רובם המוחלט של פסקי הדין בנושאים הביטחוניים עניינם דחיית עתירות פרטניות של פלסטינים בנוגע להחלטות של ישראל בנוגע לענייניהם האישיים כגון איחוד משפחות, מעצרים, מעברים והיתרים.

שורה של מחקרים אמפיריים מהעשורים האחרונים מצביעה על כך שלמרות השימוש בטרוריקה של זכויות אדם, בית המשפט ממעט מאוד לפסוק נגד מדיניות הלחימה והביטחון של ישראל. כך

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

למשל, שמיר מצא כי בג"ץ קיבל פחות מאחוז אחד מ-492 עתירות שהגישו פלסטינים לבית המשפט העליון בין 1967 ל-1986;¹ קרצמר מצא שבג"ץ התערב בשלוש מבין 150 צווי הריסת בתים עד שנות ה-1990;² דותן מצא ששיעור קבלת עתירות פלסטינים בבג"ץ בין 1990 ל-1994 עמד על 4.3% (מקרב 3,392 עתירות),³ נתון ששוחזר במחקרם של דוידוב ורייכמן על בסיס מדגם של 439 עתירות נגד החלטות המפקד הצבאי בין 1990 ל-2005,⁴ וכן במחקרם של הופנונג ווינשל, על בסיס מדגם הכולל שליש מפסקי הדין הסופיים שניתנו בין 1985 ל-2008 בנושא מעצרים מנהליים, הריסת בתים, הפקעת קרקעות בשטחים שהוצדקה בעילה ביטחונית (למשל לצורך בנייה של גדר הפרדה), זכויות במשפט פלילי (למשל מניעת מפגש עם עורך דין), עוצרים וסגרים והחלטות מבצעיות הנוגעות לאמצעי הלחימה בטרור.⁵ נציין כי דותן והופנונג ווינשל מביאים נתונים המורים על כך שלמרות שיעור ההתערבות הנמוך בפסקי דין, בכרבע מהתיקים בית המשפט מקדם פשרה מוסכמת בין עותרים פלסטינאים לבין המדינה.

המגמה עליה אנו מצביעים כאן עניינה פעילות ישראל בשטחים, אך נטייתו של בג"ץ שלא להתערב בעניינים הנתפסים כביטחוניים נכונה גם ביחס לפעילות רשויות הביטחון בתחום המדינה.

א. התנחלויות

כידוע, הגישה העקבית של המוסדות הבינלאומיים, כגון מועצת הביטחון של האו"ם, בית המשפט הבינלאומי בהאג, מדינות ידידותיות לישראל, ורוב רובם של המומחים בעולם למשפט בינלאומי, הינה כי אסור למדינה כובשת להקים יישובים לאזרחיה בתוך השטח הכבוש, וכי כלל זה חל לגבי השטחים שאותם ישראל תפסה בשנת 1967.⁶ למרות גישה זו, מראשית הדרך בית המשפט העליון סירב לתת את דעתו לחוקיות ההתנחלויות, ולמעשה סלל את הדרך להרחבתו של מפעל ההתנחלויות על ידי ממשלות ישראל.

הדבר נעשה בכמה אופנים:

- 1 Ronen Shamir, 'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice, 24 LAW AND SOCIETY REVIEW 781 (1990).
- 2 דוד קצמר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 305 (יצחק זמיר עורך, 1993).
- 3 Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: the Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada*, 33 LAW AND SOCIETY REVIEW 319 (1999).
- 4 Guy Davidov & Amnon Reichman, *Prolonged Armed Conflict and Diminished Deference to the Military: Lessons from Israel*, 35 LAW & SOCIAL INQUIRY 919 (2010).
- 5 Menachem Hofnung & Keren Weinshall Margel, *Judicial Setbacks, Material Gains: Terror Litigation at the Israeli High Court of Justice*, 7 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 664 (2010); Menachem Hofnung et al., *Judicial Rejection as Substantial Relief: The Israeli Supreme Court and the 'War on Terror'*, COURTS AND TERRORISM: NINE NATIONS BALANCE RIGHTS AND SECURITY 150 (Mary L. Volcansek and John F. Stack Jr. eds., 2011).
- 6 ראו למשל החלטת מועצת הביטחון 2334 (2016).

ראשית, הטענה העיקרית נגד הקמת התנחלויות בשטחים נשענת על סעיף 49(6) לאמנת ג'נבה הרביעית,⁷ האוסר על המדינה הכובשת להעביר חלק מן האוכלוסייה האזרחית שלה לשטח הכבוש. בג"ץ קיבל את עמדת המדינה כי הוראה זו באמנת ג'נבה הרביעית איננה מהווה דין בינלאומי מנהגי ולכן אינה חלק מהדין הישראלי, ולכן בג"ץ אינו מחויב לפסוק לפיה.⁸ **מסקנה זו מנוגדת לעמדת הקונצנוס בקהילה הבינלאומית אשר רואה את האמנה כולה כמשקפת דין בינלאומי מנהגי.**⁹ עד כה בג"ץ מעולם לא היה נכון לדון בטענה כי הקמת התנחלויות בשטחים סותרת את סעיף 49(6) הנ"ל. יש לציין כי הגם שבג"ץ נמנע במקרים רבים מלהחיל על המדינה חובות הנובעות מאמנת ג'נבה הרביעית, הוא לא מנע מהמדינה להסתמך על הוראות אמנת ג'נבה הרביעית כדי להצדיק את הנקיטה באמצעי ביטחון בשטחים, בין היתר בהקשר של מעצרים מנהליים ותיחום מגורים.¹⁰

שנית, בג"ץ פסק כי ניתן להקים התנחלות על קרקע שנתפסה לצורכי צבא, אם הוכח כי ההתנחלות הספציפית תמלא תפקיד ביטחוני.¹¹ פסיקה זו עומדת בניגוד ללשונה של תקנה 52 לתקנות האג 1907, אותן ישראל מחילה בשטחים, אשר מגבילה תפיסת רכוש פרטי לצורכי הצבא בלבד.¹² בג"ץ אף דחה את העתירות נגד הקמת התנחלויות על "אדמות מדינה", וזאת למרות שהדין הבינלאומי מחייב שנכסי ציבור בשטחים כבושים יוחזקו בנאמנות עבור האוכלוסייה המקומית, ונועד למנוע יצירת עובדות של קבע שאינן דרושות לטובת האוכלוסייה המקומית. עמדה זו התקבלה, בין היתר, באמצעות הקביעה כי אין לתושבים הפלסטינים מעמד לעתור נגד השימוש שנעשה באדמה ציבורית.¹³

שלישית, בג"ץ קבע כי גם לא ידון בטענות משפטיות אחרות נגד חוקיות הקמת התנחלויות בשטחים, וזאת כיוון שלאור האופי הפוליטי הדומיננטי של הנושא, חוקיות ההתנחלויות אינה שפיטה.¹⁴ והרי האירוניה: אחת מהביקורות החריפות של תומכי "הרפורמה" קשורה להרחבתם של הנושאים השפיטים ושל זכות העמידה. והנה, דווקא בנושא הקריטי ביותר לפרויקט הפוליטי של יוזמי "הרפורמה", בג"ץ קבע אי-שפיטות והיעדר זכות עמידה.

רביעית, למרות העיקרון היסודי בדיני התפיסה הלוחמתית לפיו על המפקד הצבאי לשמר ככל האפשר את המצב בשטח, בג"ץ קבע כי המדינה מוסמכת לבצע שינויי תשתית נרחבים בשטחים, כגון סלילת כבישים ושימוש במחצבות, באופן אשר בסופו של דבר, בפועל מקדם בעיקר את האינטרסים

- 7 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 (Fourth Geneva Convention).
- 8 בג"ץ 785/87 עפ"ו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988).
- 9 Theodor Meron, *The Geneva Conventions as Customary Law*, 81 AJIL 348 (1987); JEAN- MARIE HENCKAERTS & LOUISE DOSWALD-BECK, ICRC, *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW*, rule 130 (2005).
- 10 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).
- 11 בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 11 (1979); בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).
- 12 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, art. 43, Oct. 18, 1907, 187 C.T.S. 227.
- 13 בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982).
- 14 בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

של הישראלים ולא של תושבי השטח הפלסטינים.¹⁵ דבר זה נעשה, בין היתר, תוך קביעה כי המתנחלים הם חלק מתושבי האזור אשר המפקד הצבאי מוסמך ומחויב לפעול לטובתם, למרות האמור בסעיף 49(6) לאמנת ג'נבה המוזכר לעיל.¹⁶ למרות שהדין הבינלאומי אוסר על המדינה הכובשת לשנות את החוק בשטח הכבוש אלא אם יש מניעה מוחלטת לכך, בית המשפט אישר למפקד הצבאי לשנות את החוק המקומי כדי להבטיח את האינטרסים של מדיניות ההתנחלות. דוגמה אחת מני רבות לכך היא שינוי הרכבן של ועדות התכנון בשטחים כך שלא יכללו נציגים פלסטינים.¹⁷

חמישית, ככלל, בג"ץ אכף את האיסור לפגוע בזכות הקניין של תושבים בשטח כבוש ובהתאם מנע, בדרך כלל, הקמת התנחלויות ומאחזים על קרקעות פרטיות של תושבים פלסטינים אם לא עמדה מאחוריהם הצדקה ביטחונית ובכלל זה צרכים ביטחוניים הקשורים באבטחת היישובים הישראליים בשטחים.¹⁸ כך, למשל, בג"ץ פסל את חוק ההסדרה, שביקש לפגוע באופן נרחב בזכויות קניין של פלסטינים לטובת הכשרת מאחזים,¹⁹ חוק אשר הממשלה הנוכחית מבקשת לכווננו מחדש. ואולם, ההגנה שניתנה על ידי בג"ץ לזכות הקניין הייתה רחוקה מאוד מלהיות מלאה. בג"ץ הכשיר שינוי מהותי בדיני האזור על דרך הפרשנות שניתנה לכללי היסוד של דרכי רכישת זכות פרטית,²⁰ ואף אימץ מנגנונים פוגעניים כגון "מעין תקנת השוק" בעסקאות של הממונה על הרכוש הממשלתי,²¹ באופן המייצר פגיעה חד-כיוונית בקניינם של הפלסטינים. יצוין כי תוצאת ואף מטרת הצעדים לשינוי המשטר הינה, בין היתר, שלילת ההגנות הבסיסיות שנותרו על הקניין של התושבים הפלסטינים.

ב. מאחזים לא מורשים

בנושא מאחזים לא מורשים – קרי מאחזים שאינם חוקיים אף על פי תפיסתה של ישראל – בין כי נבנו על קרקע פרטית, ובין כי נבנו ללא אישור על "אדמות מדינה" – גישתו של בג"ץ תרמה לסחבת בפינויים. כל פסקי הדין של בג"ץ שבהם ציווה לפנות מאחזים שנבנו על קרקע פלסטינית פרטית, ניתנו רק לאחר שהמדינה עצמה הודתה כי המאחז נבנה על קרקע פרטית ושיש חובה משפטית לפנותם. במקרים אלה בג"ץ נתן למדינה אורכות רבות להגיע להסדר מוסכם עם תושבי המאחז, לרבות בניית התנחלות חדשה למאחז המפונה (למשל הקמת ההתנחלות עמיחי למפוני עמונה), ונתן צווי פינוי רק אחרי שהרשויות לא עמדו פעם אחרי פעם בהבטחותיהן לבית המשפט לפנות את המאחז עד למועד מסוים. יצוין כי כאשר מאחז נבנה על קרקע ציבורית, על אף החלטת הממשלה שאין להקים יישוב בשטחים ללא אישורה ושלא בהתאם לתוכנית מתאר וללא היתר בניה, בית המשפט סירב להתערב

- 15 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוח צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785 (1983).
- 16 ראו, לדוגמה, בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל (נבו 31.10.2017); דנג"ץ 9367/17 זיאדה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (נבו 30.5.2018).
- 17 בג"ץ 5667/11 מועצת הכפר דיראת רפעה נ' שר הביטחון (נבו 9.6.2015).
- 18 בג"ץ 2618/19 אבו סאלם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 1.5.2019).
- 19 ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020); עמיחי כהן ויובל שני "כיבוש, סיפוח וחוק ההסדרה" פורום עיוני משפט מה 1 (התשפ"ב).
- 20 ראו רונית לוין-שנור "זכויות במקרקעין באזור יהודה והשומרון: הליכי הכרה, כללי הכרה וכללי הגנה" משפטים נב 363 (2023).
- 21 דנ"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה (נבו 27.7.2022).

במדיניות האכיפה של המנהל האזרחי לפיה בסדר העדיפויות שלו בביצוע צווי הריסה לצווי הריסה נגד בנייה ישראלית שלא כדין בקרקע ציבורית עדיפות נמוכה.²²

דוגמה לגישה כללית זו ניתן למצוא בפרשת **עמונה**, שם חלק משופטי בג"ץ אף היו נכונים להכיר עקרונית בחוקיותו של מתווה "מוסכם" לפיו תילקח קרקע פרטית של פלסטיני כשטח חלופי למאחז שהוקם על קרקע פרטית אחרת, ובלבד שהפגיעה בקניין תהיה מידתית. לשם כך, פרש בג"ץ את התכלית הביטחונית הנדרשת על פי הדין הבינלאומי לשם תפיסת קרקע פרטית, ככוללת את הרצון להגיע להסכמה עם המתיישבים הישראלים בשטח (למרות היותם במעמד של פולשים לפי דיני הקניין בשטח).²³

ג. אמצעי ביטחון ולחימה

עוד בשנות ה-1980, בג"ץ אישר למדינה לגרש ללבנון פלסטינים תושבי השטחים, וזאת באמצעות הקביעה כי אמנת ג'נבה הרביעית איננה מנהגית, וכן כי תכליתו של סעיף 49(1) לאמנה – שעל פי לשונו אוסר גירוש באופן מוחלט – היא לאסור גירוש מאסיביים בלבד ולא גירוש של יחידים מטעמי ביטחון.²⁴ זאת ועוד: גם כאשר היה מדובר בגירוש המוני של 415 פלסטינים ללבנון, בית המשפט סירב להתערב בהחלטה.²⁵

בניגוד לקביעותיו של בית המשפט הבינלאומי לצדק בהאג, שקבע כי בניית הגדר בתוואי שנקבע על ידי ישראל, הפולש לעומק השטח לצורך חיבור מרבית ההתנחלויות לישראל, מנוגד למשפט הבינלאומי,²⁶ אישר בג"ץ את חוקיות בניית גדר ההפרדה בשטחים, אף כשזו חורגת מ"הקו הירוק" לצורך הכללת התנחלויות.²⁷ אומנם בג"ץ בחן חלקים ספציפיים של הגדר על פי מבחני המידתיות ולעתים דרש מהמדינה לקבוע במקומות מסוימים מתווה אחר, אך ההתפתחות הקריטית בנושא זה הייתה הקביעה כי קיימת סמכות לבנות מכשול מסוג זה בשטח כבוש. יצוין כי בפרשת **מראעבה**, קבע הנשיא ברק כי מותר לבנות את הגדר על מנת להגן על התנחלויות, וזאת תוך סירוב לעסוק בשאלת חוקיותן.²⁸ זאת ועוד: בית המשפט קבע כי קביעת הגבלות חמורות ביותר על חייהם וחירותם של הפלסטינים הגרים במרחב התפר (השטח שבין הגדר לקו הירוק) עומדת במבחן המידתיות.²⁹

- 22 לסקירה כללית ראו DAVID KRETZMER & Yael RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES ch. 10 (2nd ed. 2021).
- 23 עניין **זיאדה**, לעיל ה"ש 16; רונית לויין-שנור "עמונה, ממונא ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון 73, 30 (2018) <https://zola.colman.ac.il/wp-content/uploads/2018/01/73-4.pdf>.
- 24 עניין **עפרי**, לעיל ה"ש 8.
- 25 בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).
- 26 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory – Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 136 (July 9).
- 27 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).
- 28 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).
- 29 בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל (נבו 5.4.2011). בהקשר לפסיקת בג"ץ בנושא הגדר ראו, למשל, Adam Shinar, *Idealism and Realism in Israeli Constitutional Law*, in CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW: BRIDGING IDEALISM AND REALISM 257 (Ernst Hirsch

לאורך עשרות שנים, בג"ץ קבע כי המפקד הצבאי מוסמך להרוס בתים של משפחות מפגעים גם כאשר לא הייתה כל מעורבות של המשפחה במעשה המפגע. פסיקה זו של בית המשפט עומדת בניגוד לעמדה המקובלת בעולם הרואה בהריסת בית בנסיבות אלה ענישה קולקטיבית האסורה במשפט הבינלאומי. בג"ץ קבע בהקשר זה כי אין מדובר בענישה קולקטיבית משום שמדובר בפעולת "הרתעה". כן קבע כי הריסות אלה אינן הריסות אסורות של רכוש פרטי, וזאת באופן מנוגד ללשון סעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על הריסת רכוש אלא אם הדבר דרוש לחלוטין בשל פעולות צבאיות. בקשות חוזרות ונשנות לבג"ץ לדון מחדש בחוקיות הריסת בתים עונשית נדחו.³⁰ לאחרונה בג"ץ דחה עתירה שדרשה כי כוחות צה"ל יידרשו לקבל צו שיפוטי כדי להיכנס לבתים של פלסטינים, וזאת למרות טענת העותרים כי ישנה הפליה בכך שכניסה לבתים של מתנחלים אכן דורשת צו כזה. בג"ץ קבע כי דיני הלחימה ודיני זכויות האדם הבינלאומיים אינם מחייבים קבלת צו שיפוטי.³¹ גם זו עמדה אשר הנה לכל הפחות שנויה במחלוקת בקרב המשפטנים העוסקים במשפט בינלאומי.

כמו כן בג"ץ אישר לאחרונה גירוש תושבים פלסטינים מאזור "מסאפר יאטא" וזאת לטובת שטחי אימונים צבאיים, מבלי לבחון את השאלות אם ניתן כלל למקם שטחי אימון צבאיים בשטחים כבושים, וכן מבלי לבחון מדוע היה צורך למקם את שטח האש דווקא במקום הזה, בו קיימים ישובים אזרחיים ובהם חיים מאות אנשים שפרנסתם על האדמות באזור. פסק הדין ניתן תוך קבלה מוחלטת של עמדה המדינה כי אין התיישבות פלסטינית "קבועה" באזור, למרות ראיות רבות כי התיישבות פלסטינית באזור קיימת מימים ימימה.³²

בכל הקשור לתיחום מגורים, בג"ץ קבע בעבר כי מותר להעביר לרצועת עזה תושבי הגדה המערבית אשר לכאורה נשקפת מהם סכנה, וזאת בהסתמך על כך שמדובר באותה יחידה טריטוריאלית על פי הסכמי אוסלו.³³ אולם, כאשר פלסטינים מבקשים לנוע מרצועת עזה לגדה, נקבע כי מדובר בישויות טריטוריאליות שונות, וזאת על אף שהסכמי אוסלו מעולם לא בוטלו והיחסים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית נשענים עליהם.³⁴

בכל הקשור ללחימה אקטיבית ושימוש בכוח קטלני, בג"ץ לא הגביל את המדינה באופן משמעותי. למעשה, למעט בפרשת "נוהל שכן", שעניינה פעולה אשר מפרה את האיסור הקיים בדיני הלחימה על שימוש ב"מגנים אנושיים" ואשר נתקבלה, בין היתר, בשל החשש מהתערבות משפטית בינלאומי, בג"ץ מעולם לא קיבל עתירה משמעותית בנושאים אלה.³⁵ כך, בפרשת ההריגה המכוונת של פלסטינים

Ballin, Maurice Adams & Anne Meuwese eds., 2017); AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL:

.RETHINKING THE INTERNATIONAL LAW OF OCCUPATION ch. 4 (2017)

30 ראו למשל דנג"ץ 181/09 אבו דיהם נ' אלוף פיקוד העורף (נבו 6.1.2009); דנג"ץ 2916/16 דוויאת נ' מפקד פיקוד העורף (נבו 10.4.2016).

31 בג"ץ 2189/20 חאמד נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (נבו 1.9.2021).

32 בג"ץ 413/13 אבו עראם נ' שר הביטחון (נבו 4.5.2022). להרחבה ראו גילוי דעת של מרצים ומרצות למשפט בינלאומי מיום 8.5.2022, 41ZA2QS, <https://bit.ly/41ZA2QS>.

33 עניין עג'ורי, לעיל ה"ש 10.

34 בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד דרום (נבו 7.8.2007).

35 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס(3) 67 (2005).

החשודים בפעילות עוינת, קבע בג"ץ – ויצר בכך תקדים בינלאומי – כי ניתן להרוג פלסטינים החשודים בפעילות עוינת גם מחוץ להקשר של לחימה אקטיבית.³⁶ בג"ץ סרב להתערב בנוגע לירי פגזי פלאשט ברצועת עזה;³⁷ דחה עתירה נגד חוק לכליאתם של "לוחמים בלתי חוקיים" אשר מעלה שאלות סבוכות בדיון הבינלאומי;³⁸ ולאחרונה אישר למדינה להחזיק גופות פלסטינים לצורכי מיקוח, למרות מתח רב עם דיני הלחימה הבינלאומיים בהקשר זה.³⁹ זאת ועוד: בג"ץ דחה עתירה נגד הוראות הפתיחה באש באירועי "צעדות השיבה" ליד הגדר עם עזה, למרות היותן מתירניות באופן חסר תקדים בכך שהן מאפשרות ירי חי ב"מסיתים מרכזיים".⁴⁰

ד. מעמד רצועת עזה

כידוע, בשנת 2005 ביצעה ישראל את "ההתנתקות" מרצועת עזה. ישראל (בהובלת ממשלת הימין בראשותו של אריאל שרון, ובתמיכתו, בין היתר, של ראש הממשלה הנוכחי בנימין נתניהו) החליטה על פינוי ההתנחלויות מרצועת עזה, והסגת כוחות צה"ל משם. בדומה לאופן בו נהג בית המשפט במקרים הרבים שנסקרו לעיל, גם במקרה זה, כשנתבקש בית המשפט לדון בחוקתיותה של מדיניות ממשלתית הנוגעת בסוגייה פוליטית-מדינית, נמנע הוא מכך, ולא פסל אותה,⁴¹ אם כי דאג לביטול הסדרים בחוק אשר הגבילו את היקף הפיצויים למפונים.⁴² על אף שישאל פינתה את ההתנחלויות מרצועת עזה והסיגה את כוחותיה הקרקעיים ממנה, היא עודנה שולטת באלמנטים רבים של החיים ברצועה, כגון ים ואוויר, מעברים לגדה, שליטה על הכנסה והוצאה של טובין, מעטפת מס ועוד. לפיכך, גורמים רבים בקהילה הבינלאומית סבורים כי ישראל עדיין מהווה כוח כובש ברצועת עזה, ומחויבת בשל כך בחובות פוזיטיביות כלפי האוכלוסייה המקומית.⁴³ למרות שבתחילת הדרך בג"ץ קבע כי לישראל עדיין חובות (מצומצמות) מכוח שליטתה ארוכת השנים ברצועה והשפעתה הנמשכת על היבטים שונים בה,⁴⁴ נראה כי לאחרונה בג"ץ נסוג באופן משמעותי אף מקביעה זו – וזאת במסגרת פסק דין בו אושרה חוקתיותו של חוק אשר מקנה למדינה חסינות מתביעות בשל נזקים שנגרמו לתושב ב"ש שטח אויב", ביטוי שמתייחס לרצועת עזה.⁴⁵

- 36 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).
- 37 בג"ץ 8990/02 עמותת רופאים לזכויות האדם נ' אלון פיקוד דרום, דורון אלמוג, פ"ד נז(4) 193 (2003).
- 38 ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).
- 39 דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן (נבו 9.9.2019).
- 40 בג"ץ 3003/18 יש דין – מתנדבים לזכויות האדם נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (נבו 24.5.2018).
- 41 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
- 42 Ronit Levine-Schnur, *Constitutional Property Rights in Israel and the West Bank* (July 10, 2021), in OXFORD HANDBOOK ON THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina & Yaniv Roznai eds., Oxford University Press, Forthcoming), <https://ssrn.com/abstract=3884024>.
- 43 ראו למשל Human Rights Council, Rep. of the Detailed Findings of the Independent International Commission of Inquiry on the Protests in the Occupied Palestinian Territory, U.N. Doc. A/ HRC/ 40/ CR.P.2, 22– 24 (Mar. 18, 2019).
- 44 בג"ץ 9132/07 בסיוני נ' ראש הממשלה (נבו 30.1.2008).
- 45 ע"א 993/19 פלוני נ' משרד הביטחון (נבו 5.7.2022).

ה. מעצרים מנהליים

דיני הלחימה מתירים מעצר מנהלי של תושבים בשטחים כבושים המסכנים את ביטחון האזור, אך זאת במקרים קיצוניים. בג"ץ אומנם מקיים ביקורת שיפוטית על מעצרים כאלה, אך מקבל כי ביקורת זו תיעשה, ככלל, במעמד צד אחד. בפועל, בחינה אמפירית מראה כי בג"ץ מורה למדינה לשחרר אדם ממעצר מנהלי במקרים נדירים שבנדירים, אם בכלל.⁴⁶ כפועל יוצא השימוש במעצרים מנהליים בשטחים הפך לאמצעי שגרתי שאינו נדיר כלל וכלל.

ו. עינויים

בשנת 1999 פסק בית המשפט כי על פי הדין הישראלי חוקרי השב"כ אינם מוסמכים להפעיל "אמצעים פיזיים" נגד נחקרים (בג"ץ העינויים).⁴⁷ למרות שפסק דין זה הינו ציון דרך משמעותי בהגנה על זכויות האדם בישראל והגביל את העינויים בישראל, בג"ץ קבע כי במקרים חריגים, חוקר ייהנה מפטור מאחריות פלילית בגין הפעלת אמצעים כאלה, מכוח הגנת ה"צורך". זאת ועוד, באותו פסק דין בג"ץ קבע כי היועץ המשפטי לממשלה יוכל לקבוע הנחיות למקרים בהם יינתן פטור כזה.⁴⁸ בפועל, פסיקה זו לא מנעה מהשב"כ למסד "חקירות צורך", וכך לעקוף את האיסור על הפעלת אמצעים כאלה. במספר פסקי דין, בג"ץ סירב להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לא לפתוח בחקירה נגד חוקרים שהשתמשו בכוח נגד עצירים פלסטינים.⁴⁹ בנוסף, בג"ץ סירב לבטל את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין מתן פטור מאחריות פלילית לחוקרי שב"כ. הוא עשה כן למרות שהמדינה הכירה בכך שהנחיות אלו משמשות בסיס להנחיות פנימיות בשב"כ המסדירות מראש את השימוש באמצעים פיזיים בתוך הארגון – דבר אשר נוגד לכאורה את הקביעה בבג"ץ העינויים כי הפטור בגין הגנת הצורך אינו מבסס סמכות מראש להפעיל אמצעים פיזיים נגד נחקרים.⁵⁰ בית המשפט העליון נתן הכשר נוסף לשימוש באלמות נגד נחקרים בתחום הביטחון במקרה של עמירם בן אוליאל, בו בית המשפט סירב לפסול הודאה שניתנה על ידי נחקר 36 שעות לאחר הפעלת אמצעים פיזיים נגדו בחקירה.⁵¹ לבסוף, בג"ץ אישר את החוקתיות של חקיקה שמסמיכה להזין בכפיה עצורים ואסירים ביטחוניים שובתי רעב על פי "שיקולים של חשש לחיי אדם או חשש ממשי לפגיעה חמורה בבטחון המדינה",⁵² למרות שכפי שטענה ההסתדרות הרפואית בישראל וארגונים נוספים, הפרקטיקה נוגדת את האתיקה הרפואית והאיסור על עינויים במשפט הבינלאומי.⁵³

- Shiri Krebs, *Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli* 46
Supreme Court, 45 VAND. J. INT'L L. 639 (2012).
- בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (4) 817 (1999). 47
- שם, פס' 38. 48
- בג"ץ 5722/12 אבו גוש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (12.12.2017); בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (26.11.2018). 49
- שם. 50
- ע"פ 7388/20 בן אוליאל נ' מדינת ישראל (נבו) (1.9.2022). 51
- חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 48), התשע"ה–2015, ס' 19 יד(ה). 52
- בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (נבו) (11.9.2016). 53

סיכום

בסקירה זו, שכאמור אינה ממצה, הראינו כי בניגוד לטענות הנשמעות בשיח הציבורי בימים אלו לגבי מידת התערבותו של בג"ץ בעניינים "ביטחוניים" ובענייני השטחים, הרי שבפועל התמונה שונה בתכלית. לאורך עשרות שנים, בג"ץ פירש את הנורמות הבינלאומיות הרלוונטיות באופן אשר מקנה למדינה סמכויות נרחבות, לא פעם בניגוד לתפיסות המקובלות של דינים אלה בקהילה הבינלאומית. יתר על כן, לדעתם של מבקריו של בג"ץ מזווית של זכויות אדם ומשפט בינלאומי, פעמים רבות בג"ץ נתן למעשה לגיטימציה משפטית לפעולות שהקהילה הבינלאומית רובה ככולה מגדירה כבלתי חוקיות, ואפשר לרשויות הביטחון חופש פעולה רחב מדי.⁵⁴ ראוי כי הדיון הציבורי החשוב המתקיים בחברה הישראלית יעוגן בעובדות מדויקות, ואנו תקווה שמסמך זה יסייע בכך.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית

ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' איריס קנאור, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

פרופ' יעל רונן, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט

פרופ' יובל שני, האוניברסיטה העברית

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

54 ראו למשל Aeyal M. Gross, *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of Occupation?*, 18 EUR. J. INT'L L. 1 (2007), KRETZMER & RONEN; לעיל ה"ש 29, פרק 8, GROSS; לעיל ה"ש 29.

מערכת המשפט והגנה על זכויות מבקשי המקלט בישראל

הופץ במקור ביום 1.10.2023 כנייר עמדה מס' 58

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט – משיב בנייר עמדה זה לביקורת הציבורית שנשמעה באחרונה על מדיניות בית המשפט העליון בנושא מבקשי המקלט החיים בישראל.

אנו מראים כי:

- הלכה למעשה בית המשפט העליון לא התערב במדיניות ההגירה של מדינת ישראל ופסיקתו בעניין מבקשי המקלט מתוחמת ומצומצמת למקרי קיצון, שבהם חקיקה או מדיניות פגעו פגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות אדם בסיסיות שאינן נתונות לאזרחים בלבד, אלא לכל אדם באשר הוא אדם.
- בית המשפט העליון הגביל את ביקורתו השיפוטית בעיקר למקרים שהורו על שלילת חירות ממושכת וגורפת של מי שהמדינה הכירה בכך שאסור להרחיקם מישראל. בית המשפט נמנע מלקדם מדיניות חליפית לזו של המחוקק והממשלה ביחס לטיפול הראוי במבקשי המקלט, תוך הותרת מרחב תמרון משמעותי לקידום מדיניות פעולה מטעם רשויות השלטון.

נייר העמדה

לאחר האירועים הקשים שהתחוללו בין מבקשי המקלט מאריתראה ב-2.9.2023, נשמעו קולות רבים מקרב חברי הממשלה ותומכיה, התולים בפסקי הדין ובהחלטות של בית המשפט העליון את האחריות למהומות שאירעו. ראש הממשלה בנימין נתניהו ושרים נוספים טענו כי נוכחותם של "מסתננים" בישראל ובדרום תל אביב היא תוצאה של התערבות בית המשפט בחוקים שנועדו לאפשר כליאה של מבקשי מקלט לתקופות ארוכות וכן בהסדרים שנועדו לאפשר את הרחקתם למדינה שלישית.¹ טענות אלה אינן מדויקות. הן משקפות התעלמות מכללי המשפט הבינלאומי שמחייבים את המדינה, ונראה כי הן מהוות ניסיון של הממשלה לגלגל לפתחו של בית המשפט את כישלון מדיניותה שלה בטיפול באוכלוסיית מבקשי המקלט, שברובה שוהה בישראל זה כחמש-עשרה שנים.

1 ראו למשל בנצי רובין "נתניהו מאשים את בג"ץ: 'לא אישר לנו' סרוגים (3.9.2023) <https://did.li/wSIHw>; איתמר אייכנר, מורן אזולאי ולירן לוי "נתניהו: נבחן גירוש מסתננים שהתפרעו. סמוטריץ': האחראי היחיד למהומות – בג"ץ" Ynet (2.9.2023) www.ynet.co.il/news/article/rjk49111ah

- בנייר עמדה זה נציג חמישה טיעונים המשלימים זה את זה בצירם את תמונת המציאות המדויקת מבחינת מדיניות בית המשפט העליון בנוגע למבקשי המקלט בישראל:
- א. נבחן ונדחה את הסברה הגורסת שנוכחותם הנמשכת של מבקשי המקלט בישראל היא תולדה ישירה של התערבות בית המשפט העליון במדיניות כליאתם.
 - ב. נבחן ונדחה את הטענה כי בית המשפט העליון מנע מהמדינה לגרש מבקשי מקלט, ונראה כי למעשה בית המשפט דווקא **אישר** באופן עקרוני את אפשרות הרחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית.
 - ג. נבחן ונדחה את הטענה שבית המשפט העליון מנע מהמדינה לברר מי ממבקשי המקלט מאריתריאה הם פליטים הזכאים להגנה בינלאומית ומי מהם אינם זכאים להגנה שכזו, ונראה כי ההפך הוא הנכון, שכן בית המשפט ביקר את גרירת הרגילים של המדינה בבדיקת בקשות המקלט פעמים רבות.
 - ד. נבחן ונדחה את הטענה שבית המשפט העליון מנע מהמדינה לאכוף את החוק על מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות ונראה כי בית המשפט אף אישר למדינה להפעיל אמצעים חריגים של כליאה ללא הגבלת זמן כלפי מבקשי מקלט "המעורבים בפלילים", מבלי שהורשעו או לאחר שסיימו לרצות את עונשם, וזאת תוך סטייה מסדרי הדין ודיני הראיות הרגילים הנהוגים בעניינם של חשודים ונאשמים.
 - ה. נבחן ונדחה את הטענה כי בית המשפט העליון התערב במדיניות הכללית של הממשלה ביחס לקליטת מבקשי המקלט, ונראה כי ההיפך הוא הנכון, כך למשל בנוגע למדיניות בדבר אימתן היתרי עבודה או אי-הענקת זכויות סוציאליות בסיסיות.

א. האם בית המשפט העליון אחראי לנוכחותם הנמשכת של מבקשי המקלט בישראל?
 לא. אין כל קשר בין התערבותו של בית המשפט העליון בשלילת כליאתם הממושכת של מבקשי המקלט לבין היעדר האפשרות להרחיקם מישראל

בתחילת הדיון יש להזכיר כי על אף שהממשלה נוהגת לכנות את מבקשי המקלט מאריתריאה "מסתננים", הרי שאותם מבקשי מקלט שוהים בישראל מכוח אשרה מתחדשת, שניתנת להם מאחר שהמדינה מכירה בכך שנשקפת להם סכנת חיים אם יגורשו למדינה מוצאם, וזאת במסגרת מחויבותה הבינלאומיות של ישראל.² בסיסה של מחויבות זו באמנת האו"ם בדבר מעמדם של פליטים (1951), נכנסה לתוקף (1954), שמקורה בהגנה על פליטים לאחר מלחמת העולם השנייה. ישראל אימצה ואישרה אמנה זו ואף הייתה אחת מיוזמותיה המרכזיות.³ בלב האמנה מצויות הוראות המקנות חסינות למבקשי מקלט מפני גירוש או החזרה למדינה שבה נשקפת להם סכנת חיים.⁴ ממשלות ישראל הכירו

2 רובם מקבלים אשרה ארעית בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס' 2(א)(5), או אשרה מסוג ב'1, בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, ס' 5(א).
 3 שרון הראל "מנגנון המקלט של ישראל: תהליך העברת הטיפול בבקשות המקלט מנציבות האו"ם לפליטים לידי מדינת ישראל" **לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל** 43, 43 (טלי קריצמן-אמיר עורכת 2015).
 4 ס' 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951, אושרה ב-1951, נכנסה לתוקף ב-1954).

בחובה זו מאז החלו להגיע לישראל מבקשי מקלט ופליטים, במחצית השנייה של שנות התשעים של המאה הקודמת, אך בד בבד נמנעו מקביעת מדיניות סדורה ועקבית לטיפול בבקשות המקלט שלהם.⁵ לבקשת האו"ם, ובמסגרת מחויבותה לאמנת הפליטים, ישראל אימצה בשנת 2008 מדיניות "אי-החזרה זמנית", שחלה באופן גורף על כלל אזרחי אריתריאה השוהים בישראל (וכן על מספר קבוצות נוספות של מבקשי מקלט).⁶ יתרה מכך, בניגוד לרטרוריקה שלפיה מבקשי המקלט הם "מסתננים", אין המדינה נוהגת להעמידם לדין פלילי בגין כניסה בלתי חוקית לישראל על פי החוק למניעת הסתננות,⁷ ואף לא על פי חוק הכניסה לישראל. מדיניות זו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, הקובעים כי ככלל, אין להפליל כניסה או שהייה שלא כדין על ידי פליט, כאשר אלה נעשו לצורך הגשת בקשת מקלט.⁸

אם כן, ממשלות ישראל בחמש עשרה השנים האחרונות הכירו בכך שלא ניתן לגרש את מבקשי המקלט או להפליל את כניסתם למדינה. עם זאת ממשלות ישראל לא השלימו עם המחויבות למתן הגנה לאוכלוסיה זו ובחרו בדרכים שיעודדו את עזיבתה.

אחת הדרכים המרכזיות הייתה תיקון החוק למניעת הסתננות כך שיאפשר כליאת מבקשי מקלט לתקופה ממושכת מאוד ללא משפט, באמצעות משמורת מנהלית. מבקשי המקלט הוחזקו במתקן "סחרונים", שנוהל על ידי שירות בתי הסוהר ודומה במאפייניו לבית כלא, ומאוחר יותר גם במתקן "חולות", שנועד לכאורה להיות מתקן שהייה פתוח אך נמצא בלב המדבר, כאשר בשלב מסוים השוהים חויבו להתייצב במתקן שלוש פעמים ביום. מאפיינים אלו, בצירוף העובדה ש"חולות" נוהל אף הוא על ידי שירות בתי הסוהר, הפכו גם אותו למעין כלא.

המשפט הבינלאומי מתיר את החזקתם של מבקשי מקלט במשמורת, אך זאת לא כעונש ולא כאמצעי הרתעה אלא אך ורק כאמצעי מנהלי **קצר טווח**, שמטרתו לאפשר לרשויות ההגירה לברר את זהותו של מבקש המקלט, לבדוק את בקשת המקלט וככל שהבקשה תידחה, להרחיק את מבקש המקלט מהמדינה.⁹ אולם במקרה של מבקשי המקלט מאריתריאה, מדינת ישראל לא ניצלה את תקופת המשמורת לבדיקת בקשות מקלט פרטניות ולא פעלה להרחקה מהמדינה במקרים המתאימים. זאת מאחר שמדיניות ההגנה הגורפת שבה בחרה המדינה ייתרה, לשיטתה, את הצורך בבדיקת הבקשות

5 ענת בן דור ורמי אדוט **מדינת ישראל, מקלט בטוח? בעיות בטיפול של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט: דו"ח ונייר עמדה** (2003); טלי קריצמן-אמיר "מבוא לספר" בתוך: **לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל** 1, 28–30 (טלי קריצמן-אמיר עורכת 2015).

6 הראל, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61.

7 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד–1954.

8 אמנה ופרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 4, ס' 31.

9 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Detention of Refugees and Asylum-Seekers*, October 13, 1986, No. 44 (XXXVII), available at www.unhcr.org/4aa764389.pdf; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 1999, available at www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html.

הפרטניות¹⁰, ומאחר שמספרם הגבוה של מבקשי המקלט ששהו בישראל באותה תקופה צפוי היה ליצור עומס ניכר עבור רשויות ההגירה.¹¹

סוגיית השימוש במשמורת נדונה בבג"ץ כמה פעמים. ב-2013 פסק בג"ץ שהחוק המאפשר להחזיק חסרי מעמד במתקן משמורת סגור לתקופה של שלוש שנים אינו חוקתי בשל פגיעה קשה בזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹² ב-2014 פסק בג"ץ שהחזקת מבקשי מקלט חדשים במתקן משמורת סגור למשך 12 חודשים, כמו גם החזקת מבקשי מקלט במתקן "חולות" לתקופה בלתי מוגבלת בזמן ותוך הטלת חובות התייצבות מחמירות שבפועל הופכות אותו למתקן סגור, אינן חוקתיות בשל הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לחירות.¹³ בהמשך, ב-2015, נפסק שההחזקה במתקן "חולות" לתקופה של 20 חודשים כפי שאיפשר תיקון נוסף לחוק, גם היא מהווה פגיעה שאינה מידתית בזכות לחירות ויש לקצר תקופה זו ל-12 חודשים.¹⁴

בשלושת פסקי הדין הללו שרטט בג"ץ את גבולות המותר למדינה במסגרת המחויבות שהיא קיבלה על עצמה לזכויות האדם בדין הפנימי ולמבקשי מקלט בדין הבינלאומי. במסגרת זו הבהיר בג"ץ כי יש מרחב שיקול דעת רחב למדינה כיצד לפעול.¹⁵ עם זאת הבעיה הייתה נעוצה במצב הביניים שהממשלה והכנסת יצרו ואשר קשה ליישבו: הענקת הגנה על פי התחייבויות בינלאומיות ללא רצון כן להעניק הגנה שכזו; הענקת הגנה קבוצתית ללא בחינה פרטנית באופן שאיפשר למדינה להמשיך לטעון שחברי הקבוצה אינם זכאים למעמד של פליטים, שהרי בקשותיהם לא נבחנו. הדרך שבה בחרה המדינה להתמודד עם פערים אלו הייתה להקשיח את תנאי השהייה בישראל ולהפכם לבלתי אטרקטיביים, וזאת גם בשלב שבו כבר נבנתה גדר בין ישראל ומצרים והסירה את הצורך בתמרוץ שלילי כנגד כניסה המונית עתידית.

לאורך הדיונים השונים בבית המשפט העליון התקשתה המדינה להציג בפני בג"ץ נתונים המצביעים על תכלית ראויה, מידתיות ואפקטיביות של החזקת מבקשי המקלט במשמורת. כך, לא הוצג קשר סיבתי ברור בין כליאת מבקשי מקלט לבין יכולתה של המדינה למנוע את כניסתם של מבקשי מקלט לישראל או להרחיקם ממנה. רוב תיקוני החקיקה נחקקו לאחר שהמדינה השלימה את הקמת הגדר על גבול מצרים¹⁶ וכניסתם של מבקשי מקלט חדשים לישראל נבלמה כמעט לחלוטין.¹⁷ לפיכך, לא היה בתיקונים אלו צורך בכדי להרתיע מבקשי מקלט חדשים מלהיכנס לישראל. יתרה מכך, הנתונים

10 למעשה, עד שנת 2013, היו מבקשי מקלט מאריתריאה מנועי כניסה להליך המקלט הישראלי, וגם לאחר מכן רוב בקשותיהם נדחו על הסף ללא בירור פרטני. ראו להלן.

11 כך, בשנת 2012, שבה נחקק התיקון הראשון לחוק למניעת הסתננות, שהו בישראל למעלה מ-50,000 מבקשי מקלט. רשות האוכלוסין וההגירה **נתוני זרים בישראל: סיכום שנת 2012** (ינואר 2013).

12 בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (נבו 16.9.2013).

13 בג"ץ 7385/13 **איתן נ' ממשלת ישראל** (נבו 22.9.2014).

14 בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (נבו 11.8.2015).

15 ראו למשל עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פס' 84 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **איתן**, לעיל ה"ש 13, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

16 בניית הגדר הסתיימה בשנת 2013, לפני חקיקת התיקון השני לחוק למניעת הסתננות, ורבע ממנה הושלם מעט לאחר התיקון הראשון לחוק, שנערך בתחילת שנת 2012. ראו משרד ראש הממשלה "ראש הממשלה השתתף בטקס השלמת בניית הגדר בגבול מצרים" (2.1.2013) www.gov.il/he/Departments/news/ eventfence020113; עניין **אדם**, לעיל ה"ש 12, פס' 99 לפסק דינה של השופטת ארבל.

17 רשות האוכלוסין וההגירה **נתוני זרים בישראל: סיכום שנת 2016** 4 (2017).

שהוצגו לבית המשפט העליון כי הכליאה גם לא תקל באופן משמעותי על תושבי דרום תל אביב. זאת מאחר שמספר המקומות במתקני המשמורת היה מוגבל ביותר, כאשר במתקני המשמורת הסגורים שהו ברגע נתון רק כ-2,000 מבקשי מקלט,¹⁸ ואילו ב"חולות" היו 3,360 מקומות בלבד.¹⁹ משמעות הדבר שרק אחוז קטן מתוך עשרות אלפי מבקשי המקלט שחיו בישראל בתקופת העתירות לבג"ץ (כ-60,000 איש בשיא, על פי הערכת משרד הפנים) שהו במתקני המשמורת בכל רגע נתון. על אף שרשומות הגבולות לאמצעים שבהם יכולה לנקוט המדינה, בג"ץ השאיר מרחב גדול לשיקול דעתה. בית המשפט הזכיר בפסיקתו אמצעים חלופיים העומדים לרשות המדינה, כגון אכיפה הדוקה של חוקי העבודה; הגבלות מגורים שיאפשרו למדינה לשלוט ולפקח על המקומות שבהם מבקשי המקלט מתיישבים, תוך פיזורם למרכזי אוכלוסייה שונים; וכן הטלת חובות דיווח וערבויות שונות על מבקשי מקלט, אך לא חייב את המדינה לנקוט באף אחד מהם.²⁰ הצעות ברוח זו הועלו גם על ידי העותרים נגד התיקונים לחוק למניעת הסתננות,²¹ וכן על ידי חברי הכנסת מהאופוזיציה בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה שעסקו בתיקונים אלו, שחלקם אף ציינו כי יש קיבוצים שמוכנים לקלוט מבקשי מקלט.²² עם זאת הממשלות השונות שהיו מעורבות בהתדיינויות דחו את כל ההצעות הללו.²³ לכן יש להוסיף שבג"ץ נמנע מלקבוע כי הרתעת מבקשי מקלט עתידיים מפני כניסה לישראל איננה תכלית ראויה העשויה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁴ וזאת אף שהעיר כי טמונים בתכלית זו קשיים בלתי מבוטלים.²⁵ בית המשפט גם נמנע מלשלוש את קיומו של קשר רציונלי בין כליאת מבקשי המקלט לבין תכלית ההרתעה, אף כי ציין שתחילת ההשמה במשמורת נעשתה במקביל לתהליכי השלמת גדר הגבול, וכי הירידה במספר הכניסות לישראל החלה עוד בטרם התיקון הראשון לחוק למניעת הסתננות.²⁶ תחת זאת, פסק בית המשפט כי תקופות המשמורת שנקבעו בתיקונים לחוק מהוות פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחירות,²⁷ וכי הפגיעה הגלומה בהם בזכויות האדם עולה על התועלת.²⁸

אם כן, הגבולות ששירטט בית המשפט לא מנעו מהממשלה מגוון דרכי פעולה. יתרה מכך, בג"ץ לא פסל לחלוטין את האפשרות לכלוא מבקשי מקלט אלא דחה באופן חלקי את העתירה האחרונה נגד

- 18 עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פסק דינו של השופט דנציגר.
- 19 עניין דסטה, לעיל ה"ש 14, פס' 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 20 ראו למשל עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, לעיל ה"ש 13, פס' 9–10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.
- 21 ראו למשל עתירה למתן צו על תנאי בעניין דסטה, לעיל ה"ש 14, פס' 329–331.
- 22 פרוטוקול מס' 555 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 24 (29 במאי 2012); פרוטוקול מס' 41 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 52 (10 ביוני 2013); פרוטוקול מס' 140 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 34 (26 בנובמבר 2013).
- 23 ראו למשל פרוטוקול מס' 555, לעיל ה"ש 22, בעמ' 25; פרוטוקול מס' 41, לעיל ה"ש 22; פרוטוקול מס' 430 משיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה 12 (2 בדצמבר 2014).
- 24 ראו למשל עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 93 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 25 שם, פס' 86 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 26 שם, פס' 99. ראו גם עניין איתן, לעיל ה"ש 13, פס' 182 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 27 עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 102–108 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, לעיל ה"ש 13, פס' 183–187 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
- 28 עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 109–115 לפסק דינה של השופטת ארבל. עניין איתן, לעיל ה"ש 13.

תיקון החוק למניעת הסתננות.²⁹ בכך התיר בית המשפט להחזיק מבקשי מקלט חדשים שנכנסו לישראל במתקן "סהרונים" לתקופה של שלושה חודשים וכן להחזיק מבקשי מקלט שכבר שוהים בישראל במתקן "חולות" למשך 12 חודשים (במקום לתקופה בת 20 החודשים שנקבעה בתיקון החמישי לחוק). בית המשפט ציין בפסק דינו כי תקופת שהייה קצובה ב"חולות" לא תמנע ממבקשי מקלט להשתקע בישראל בטווח הארוך – תכלית מרכזית של החקיקה לגישת המדינה. עם זאת היא תאפשר לשלוח למתקן חלק קטן מאוכלוסיית מבקשי המקלט בכל פעם ובכך תפחית את העומס על דרום תל אביב – תכלית שניתן להגשימה גם באמצעות תקופת משמורת קצרה מזו שנקבעה בחוק.³⁰ בית המשפט אף הבהיר כי התכלית של מניעת השתקעותם של מבקשי המקלט בישראל היא כשלעצמה תכלית לגיטימית, שכן היא מתיישבת עם זכותה של המדינה לעצב מדיניות הגירה ולבחור למי להעניק מעמד, הנובעת מעקרון הריבונות המדינית.³¹ בכך פסיקתו הייתה רחוקה מהטענות שהציגו מבקשי המקלט והארגונים המייצגים אותם בהליכים המשפטיים השונים, והיא הותירה למדינה מרחב פעולה רחב.

לסיכום נקודה זו, פסילת התיקונים לחוק למניעת הסתננות לא מנעה את הרחקת מבקשי המקלט וזו גם לא הייתה המטרה של כליאתם מלכתחילה, אלא איפשרה הגנה על אחת מזכויות האדם הבסיסיות ביותר שלהם – הזכות לחירות, העומדת לפי חוק היסוד לכל אדם ולא רק לאזרחי המדינה.³² הפגיעה בזכות לחירות במקרה זה הייתה קיצונית, שהרי מדובר היה בשליחתם של אנשים שאין כוונה לגרשם מהארץ למתקן דמוי כלא לשנים ארוכות.

המשך שהייתם של מבקשי המקלט בישראל וריכוזם הגדול בדרום תל אביב אינם תוצר של התערבות בג"ץ, אלא של מדיניות של ממשלות רבות. זוהי מדיניות ששילבה בין ניסיונות לגרש ולסלק את מבקשי המקלט ללא הודאה שאין הדבר אפשרי, ובעיקר על דרך של פגיעה עמוקה בזכויות אדם של חברי קהילה מוחלשת – הן בשל הרקע שממנו באה והן בשל היעדר קול ממוסד במערכת הפוליטית בישראל. מדובר גם במדיניות שבחרה שלא להשקיע בפיתוח שכונות דרום תל אביב והותירה אותן כברירת מחדל זולה לבני אדם שנותרו בישראל ללא ביטחון סוציאלי. גם פתרונות שהיו מסייעים לפיזור אוכלוסיית מבקשי המקלט ומאפשרים להם להשתלב בשוק העבודה ואף לקדם מטרות כלכליות שלהם ושל המדינה כאחד – נדחו.

ולאחר כל אלה, יש לומר שגם אלמלא היה בית המשפט מתערב בתיקוני החקיקה, ברי כי תיקונים אלו לא היו מסייעים בהתמודדות עם המהומות שאירעו בדרום תל אביב ב-2.9.2023. זאת מאחר שאפילו התיקון הראשון והמחמיר ביותר לחוק למניעת הסתננות משנת 2012, אשר קבע תקופת משמורת דרקונית בת שלוש שנים, לא התיר למדינה להמשיך ולכלוא מבקשי מקלט לנצח במתקני המשמורת. רוב רובם של מבקשי המקלט מאריתריאה נכנסו לישראל לפני שנת 2014, ומכאן שאפילו לו היה החוק מתיר לכלוא אותם למשך שלוש שנים עם כניסתם לישראל, הייתה תקופה זו מסתיימת זה מכבר. הטענים כי האשמה מוטלת על בג"ץ ש"מנע את הכליאה" סבורים כנראה כי הכנסת ובית

29 עניין דסטה, לעיל ה"ש 14, פסק דינה של הנשיאה נאור.

30 שם, פס' 100.

31 שם, פס' 74–75.

32 ראו למשל עניין אדם, לעיל ה"ש 12, פס' 45 לפסק דינו של השופט פוגלמן; בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 36 (נבו 13.4.2011).

המשפט היו צריכים לאפשר את כליאתם של מבקשי מקלט ללא כל הגבלת זמן, ולהותירם במשמורת משנת 2012 ועד לעצם היום הזה. אין כל ספק שהסדר כזה, המחמיר בהרבה אפילו מזה שקיים בעניינם של עצורים מנהליים החשודים בעבירות ביטחון ואין כמותו בעולם,³³ היה פוגע באופן חריג ובלתי מידתי בזכות לחירות, ואיש לא היה מעלה על הדעת לתמוך בו בהקשרן של קבוצות אחרות החיות בישראל.

ב. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לגרש מבקשי מקלט? לא. בניגוד לטענות שהושמעו לאחרונה, בית המשפט העליון לא רק שלא מנע אלא דווקא אישר באופן עקרוני את הרחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית

בתחילת שנת 2014 התקשרה ממשלת ישראל בהסכם עם ממשלת רואנדה, שבמסגרתו הסכימה ממשלת רואנדה לקלוט לתחומה מבקשי מקלט השוהים בישראל שלא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם. ראש הממשלה חתם על תעודת חיסיון שאסרה את פרסום פרטיו של הסכם זה.³⁴ בשנת 2015 החלה רשות האוכלוסין וההגירה להפעיל מדיניות חדשה של "כפיית יציאה", אשר במסגרתו מבקשי מקלט שסירבו לעזוב את ישראל לרואנדה הוחזקו במשמורת ללא הגבלת זמן.³⁵ כנגד מדיניות זו עתרו שני מבקשי מקלט שהוחזקו במשמורת לאחר שסירבו לעזוב את ישראל.³⁶

בית המשפט העליון קבע כי למדינה יש סמכות להרחיק מבקשי מקלט למדינה שלישית שאיננה מדינת מוצאם והיכולה להבטיח את ביטחונם. בית המשפט אף קבע שבאופן עקרוני, המדינה יכולה לעשות זאת מבלי לקבל את הסכמת המורחק וחרף התנגדותו.³⁷ בית המשפט בחן את התנאים שבהם התבצעה הרחקת מבקשי מקלט למדינה שלישית – היא רואנדה – ודחה את טענות המערערים כי מדובר במדינה שאינה יכולה להבטיח את ביטחונם. יש לציין שבית המשפט דחה טענות אלה למרות

33 כשמדובר במעצר מנהלי לצורכי ביטחון, נקבע כי הוא מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור. ראו למשל בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349, 367 (2003). שלוש ערכאות שיפוטיות מבצעות ביקורת שיפוטית על המעצר, ובכלל זה עיון בחומר החסוי ובחינתו של החומר בקפידה, וזאת כאשר העצור זכאי לייצוג משפטי. ראו למשל בג"ץ 3128/12 **מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון** (נבו 7.5.2012). מעצר של מבקשי מקלט ללא הגבלת זמן אינו מותר בשום מדינה בעולם המערבי, ובתי משפט במדינות שונות אף קבעו כי ככלל ובהיעדר נסיבות חריגות, תקופת משמורת בת שישה חודשים תיחשב לבלתי מוצדקת. ראו למשל BAIL GUIDANCE FOR JUDGES PRESIDING OVER IMMIGRATION AND ASYLUM HEARINGS (2018) (UK); Michael Welch & Liza Schuster, *Detention* גם *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) (U.S) *of Asylum Seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A Critical View of the Globalizing Culture of Control*, 5 CRIMINAL JUSTICE 331 (2005).

34 ע"מ 8101/15 **צגטה נ' שר הפנים** (נבו 28.8.2017).

35 זאת בהתאם לס' 113(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי הממונה על ביקורת הגבולות לא ישחרר בערובה שוהה שלא כדין אם הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, ובהיעדר מניעה לכך לפי ס' 113(ב) לחוק. הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצדו.

36 עניין **צגטה**, לעיל ה"ש 34.

37 שם, פסק דינה של הנשיאה נאור.

שהעותרים הציגו ראיות לא מעטות לכך שמבקשי מקלט שהגיעו לרואנדה נתקלו ביחס עויין מהשלטונות, וכמה מהם אף נעצרו בטענה שהם שוהים לא חוקיים למרות ההסכם עם ישראל.³⁸ עם זאת בדיון שהתקיים במעמד צד אחד ושבו נחשף בית המשפט לפרטי ההסכם החסוי שהושג בין ממשלת ישראל לממשלת רואנדה, התברר כי ההסכם עצמו כלל אינו מתיר הרחקה בכפייה של מבקשי מקלט, בהיעדר הסכמה לכך מצד ממשלת רואנדה.³⁹ מכיוון שמצא כי ההסכם עם רואנדה דורש את הסכמת המורחקים, בית המשפט קבע שהחזקת מבקשי מקלט במשמורת כאמצעי לחץ שנועד לגרום להם "להסכים" להרחקתם תוביל להסכמה שאיננה חופשית ולמעשה לכפייה, מנוגדת להסכם שבו התחייבה מדינת ישראל עצמה. על כן, נקבע כי בניגוד לעמדת המדינה, לא ניתן להחזיק במשמורת ללא הגבלת זמן את אותם מבקשי מקלט שסירבו לעזוב את ישראל לרואנדה.⁴⁰ בית המשפט הבהיר שהמדינה רשאית לחפש אפיקים חלופיים שיאפשרו הרחקה למדינה שלישית מבלי לקבל את הסכמת המורחק.⁴¹ בנוסף, בית המשפט אישר להחזיק במשמורת את אותם מבקשי מקלט שסירבו לעזוב לרואנדה למשך 60 יום, על מנת שניתן יהיה לנסות לשכנעם לעזוב בכל זאת, או לברר בזמן הזה אם ניתן לגרשם בדרך אחרת.⁴² קרי, גם במקרה זה אישר בית המשפט החזקה במשמורת, שנועדה כעיקרון להוות כלי עזר לגירוש, למרות שהיה ברור כי קיים סיכוי נמוך שתקופת המשמורת תוביל בפועל להרחקה.

אם כן, אי-הרחקתם של מבקשי מקלט למדינה שלישית איננה תוצאה של התערבות בית המשפט אלא של כישלון מאמציה הדיפלומטיים של ממשלת ישראל, שלא הצליחה להגיע להסכם שיאפשר את הרחקתם בכפייה, או לחלופין להסכם עם מדינה שמבקשי מקלט יחשבו בה בטוחים ויסיכמו לעזוב אליה. יוזכר כי הזדמנות להסדר שכזה הונחה לפתחה של הממשלה בשנת 2018, כאשר נציבות האו"ם לפליטים הציעה הסכם שלפיו כמחצית ממבקשי המקלט יעזבו את ישראל למדינות בטוחות ואילו היתר יקבלו מעמד והיתר עבודה ויפוזרו בין אזורים שונים בארץ. הסכם זה אף אמור היה לכלול תוכנית לשיקומן של שכונות דרום תל אביב תוך הקצאת תקציב משמעותי לשם כך.⁴³ ואולם, בתוך יממה מרגע הודעתו על ההסכם עם האו"ם, ראש הממשלה נתניהו התחרט וחזר בו מן ההסכם ובכך סיכל בעצמו את הפתרון.⁴⁴

38 שם, פס' 66–73 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

39 שם, פס' 117.

40 שם, פס' 118–121.

41 שם, פס' 124.

42 זאת בהתאם לס' 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל, המורה לממונה על ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין אם הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, ובהיעדר מניעה לכך לפי ס' 13(ב) לחוק.

43 אמיר אלון "ישראל סיכמה עם האו"ם: מבקשי מקלט למערב, היתר יישארו בארץ" Ynet (2.4.2018) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5217046,00.html

44 שחר חי, מורן אזולאי ואמיר אלון "הלחצים מימין הכריעו את נתניהו: מבטל את ההסכם לקליטת המסתננים" Ynet (3.4.2018) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5218551,00.html

ג. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לברר מי ממבקשי המקלט מאריתריאה הם פליטים הזכאים להגנה בינלאומית? לא. ההיפך הוא הנכון: בית המשפט ביקר פעמים רבות את גרירת הרגליים של המדינה בבדיקת בקשות המקלט⁴⁵

לאורך השנים נמנעה הממשלה מבדיקה פרטנית של בקשות מקלט, שהייתה עשויה לסייע לקבוע מי ממבקשי המקלט הם אכן פליטים שהחזרתם למדינת המוצא תעמידם בסכנה, ומי אינם זכאים למעמד של פליטים, למשל בשל היותם תומכי המשטר באריתריאה. כך, עד לשנת 2013, הובילה מדיניות אי-החזרה הקבוצתית להדרתם של מבקשי המקלט מאריתריאה ממערכת המקלט הישראלית, תוך שנמנע מהם להגיש בקשות מקלט. אפשרות זו נפתחה במרץ של אותה שנה, אך רוב בקשות המקלט שהוגשו נדחו ללא כל בירור פרטני של טענות המבקשים, על בסיס חוות דעת משפטית שניסח היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה, שלפיה עריקה מצבא אריתריאה אינה מהווה עילה לקבלת מקלט מדיני, משום שהיא אינה מקימה את אחת מהעילות הקבועות באמנת הפליטים⁴⁶. בנוסף, בשנת 2015 החלה רשות האוכלוסין וההגירה להפעיל ללא התראה סעיף בנזול הטיפול במבקשי מקלט המאפשר לדחות על הסף בקשה שהוגשה בחלוף שנה מכניסתו של מבקש המקלט לישראל, וזאת על אף שהמדינה היא שמנעה בעצמה את הגשת הבקשות לאורך תקופה ארוכה. בית הדין לעררים פסל את החלטות הדחייה על הסף⁴⁷, בקובעו כי מאחר שמבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן לא הורשו להגיש בקשות מקלט במשך שנים רבות, אין לדחות את בקשותיהם בטענת שיהיו מבלי שניתנה על כך התראה. לאחר פסק הדין, חדל משרד הפנים מלדחות בקשות מקלט על בסיס זה, אך לא פעל לפתוח מחדש את בקשות המקלט שכבר נדחו, ועשה כן רק לאחר שהוגשה עתירה בנושא⁴⁸.

בינתיים, המשיכו להידחות באופן גורף בקשות מקלט שהתבססו על עריקות מצבא אריתריאה, תוך ששיעור ההכרה בבקשות שהגישו אזרחי אריתריאה נותר אפסי, ונמוך לאין שיעור מאחוזי קבלת הבקשות במדינות אחרות בעולם⁴⁹. בשנת 2016, ניתן פסק דינו של בית הדין לעררים בערר שהוגש על אחת מהחלטות הדחייה הללו, ובו נקבע כי העמדה שלפיה עריקה מהצבא האריתראי אינה יכולה להיות "עמדה מדינית/פוליטית מיוחדת" בהתאם לאמנת הפליטים⁵⁰ היא עמדה שגויה, שאינה

45 ראו למשל בג"ץ Tagal 4630/17 נ' שר הפנים, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 25.4.2021).
46 הגיוס לצבא זה הנו כפוי, עלול להימשך שנים ארוכות בניגוד לחוק החל במדינה וכולל גיוס של קטינים, כאשר אלו שמסרבים להתגייס צפויים לעונשים כבדים, לרבות עונשי מוות. ראו למשל Edward N. Krakauer, *Divergent Paths, Similar Results: How African Asylum Seekers Have Been Failed in Both Israel and Malta Despite Varying Procedures and Treatment*, 21 U. MIAMI INT'L & COMP. L. REV. 265, 267–269 (2014).

47 ערכאת ביקורת ראשונה לדיון בנושא החלטות רשות האוכלוסין וההגירה בענייני כניסה לישראל, שהייה וישיבה בה ובענייני אזרחות, בהתאם לאמור בהוראות התוספת השנייה לחוק הכניסה לישראל.

48 המוקד לפליטים ומהגרים דחייה לדורות: הכשלים בבחינת בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה בישראל 17–13 (יולי 2022); עת"מ (מנהלי י-ם) 57376-01-18 המרכז לקידום פליטים אפריקאים והיא"ס ישראל נ' משרד הפנים (נבו 11.2.2018).

49 כך למשל בשנת 2021, שיעור הקבלה הממוצע של בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה עמד על 81%. ראו Latest Asylum Trends – Annual Overview 2021 | European Union Agency for Asylum (europa.eu). לשם השוואה, נכון לשנה זו עמד אחוז הבקשות שהתקבלו בישראל על פחות מחצי אחוז. ראו דחייה לדורות, לעיל ה"ש 48, בעמ' 13.

50 אמנה ופרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 4, ס' 1.

מתיישבת עם הדין הבינלאומי.⁵¹ ערעורו של משרד הפנים לבית המשפט המחוזי התקבל במובן זה שפסק הדין בוטל והתיק הושב לבית הדין לעררים על מנת שיבחן מהו רף ההוכחה הנדרש להוכחת "עמדה פוליטית מיוחסת".⁵² בחודש פברואר 2018 ניתן פסק דינו השני של בית הדין לעררים, ובו נקבע כי העובדה שממשלת אריתריאה מייחסת עמדה פוליטית לעריקים מבססת את הקשר הסיבתי הנדרש לפי אמנת הפליטים.⁵³ בעקבות זאת, ביולי 2019, הודיעה המדינה שהיא אימצה אמות מידה חדשות לבחינת בקשות המקלט של אזרחי אריתריאה הטוענים לרדיפה עקב עריקות מהצבא ושתפעל לבחינה מחודשת של כ-3,000 בקשות מקלט שנדחו בעבר, לצד כ-10,000 בקשות נוספות שטרם נבחנו.⁵⁴

רק במהלך שנת 2020 החלה המדינה לבדוק את בקשות המקלט של אזרחי אריתריאה, תהליך המאופיין בעיכובים ניכרים, כאשר מדי שנה אלפי בקשות מצויות בהמתנה לקליטתן במערכת בקשות המקלט.⁵⁵ עיכוב זה נובע בין היתר מהמעבר של רשות ההגירה להגשת בקשות מקלט באופן מקוון, שינוי שחל בתקופת הקורונה ונותר בעינו גם לאחר הסרת מגבלות ההתקהלות. כתוצאה מכך, מבקשי מקלט מגישים בקשה מקוונת ורק חודשים לאחר מכן מקבלים זימון לרישום ביקורת גבולות בלשכת רשות ההגירה.⁵⁶ מבדיקת המוקד לפליטים ומהגרים עולה כי אף כאשר בקשות המקלט נבדקות, למעלה מ-95% מהן נדחות בסדר דין מקוצר, מבלי שהן מובאות כלל לדיון בפני הוועדה המייעצת לענייני פליטים ומבלי שנערך למבקש המקלט ראיון אישי שיאפשר התרשמות מעמיקה מטענותיו ונסיבותיו האישיות. זאת, על אף שהליך מקוצר זה אמור להיות חריג המופעל רק במקרים שבהם תיק המקלט לא העלה ולו בסיס עובדתי מינימאלי.⁵⁷ במצב זה, קיים קושי לדעת כמה מאזרחי אריתריאה החיים בישראל הם פליטים שהחזרתם לאריתריאה עלולה להעמידם בסכנת חיים וכמה מהם אינם פליטים ואף תומכי המשטר.

ד. האם בית המשפט העליון מנע מהמדינה לאכוף את החוק על מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות? לא. בית המשפט לא רק שלא מנע אלא אף אישר למדינה להפעיל אמצעים חריגים של כליאה ללא הגבלת זמן כלפי מבקשי מקלט "המעורבים בפלילים", מבלי שהורשעו או לאחר שסיימו לרצות את עונשם, וזאת תוך סטייה מסדרי הדין ודני הראיות הרגילים הנהוגים בעניינם של חשודים ונאשמים

- 51 ערר 1010/14 מסגנה נ' משרד הפנים (נבו 4.9.2016).
- 52 עמ"נ (מנהלי י-ם) 32641-10-16 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (נבו 26.1.2017).
- 53 ערר 1010/14 מסגנה נ' משרד הפנים (נבו 15.2.2018).
- 54 זאת במסגרת ערעור שהגישה המדינה על פסק דינו השני של בית הדין לעררים ושממנו חזרה בה לאחר שקילה מחודשת של עמדתה. ראו הודעה מערכנית ובקשה מטעם המדינה, עמ"נ 12154-04-18 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (7.9.2019).
- 55 כך למשל בסוף שנת 2022 כ-3,000 בקשות היו בהמתנה לקליטה במערכת, וזאת לצד 3,932 בקשות חדשות שהוגשו באותה שנה. ראו רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל: מהדורה מסכמת לשנת 2022 13 (מאי 2023).
- 56 המוקד לפליטים ומהגרים כליאת מהגרים ומבקשי מקלט בישראל: 2022 דוח מעקב שנתי 6 (2022).
- 57 רשות האוכלוסין וההגירה נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, ס' 2–3 (תאריך עדכון: 21.3.2022). ראו גם דחייה לדורות, לעיל ה"ש 48, בעמ' 6, 13.

"המתווה לטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה", שפרסם היועץ המשפטי לממשלה,⁵⁸ קובע כי ניתן להחזיק במשמורת "מסתנן" שהורשע בעבירה פלילית לאחר שסיים לרצות את עונשו וכן "מסתנן" שנחשד בעבירה פלילית ושאינן ראיות מספיקות להעמדתו לדין. זאת בכפוף לשימוע ובתנאי שהראיות קרובות לרף הנדרש להעמדה לדין פלילי. משמעות הדבר היא כי ניתן לכלוא מבקשי מקלט שכלל לא הורשעו ושעומדת להם עדיין חזקת החפות, וכן מבקשי מקלט שהורשעו וריצו את עונשם כך שהם מחויבים, למעשה, בכפל ענישה. מאחר שהמתווה חל לגבי עבירות רבות ולא רק לגבי עבירות חמורות ביותר,⁵⁹ מבקשי מקלט עלולים להיכלא לתקופות ארוכות בהרבה מתקופות המאסר שכבר ריצו או שהיו צפויים לרצות לו הורשעו. זאת משום שמדובר במשמורת שאיננה מוגבלת בזמן, המתבצעת מכוח סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל, שקובע כי לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור.

זהו גם האמצעי החריג והקיצוני שהחליטה המדינה להפעיל כנגד מבקשי המקלט שנעצרו בהפגנה ביום 2.9.2023 כתחליף להגשת כתב אישום פלילי, לאחר שבהליך מעצרם התברר שהתשתית הראייתית נגדם דלה.⁶⁰ יוער, שפרקטיקה זו של שימוש במתווה זה כנגד מי שלא הורשע, וכתחליף למשפט פלילי הכולל הגנות פרוצדורליות מלאות, פסקה כמעט לחלוטין בשנים האחרונות, והיא בעייתית בלשון המעטה.

המתווה זכה לביקורת נוקבת מצד הסנגוריה הציבורית,⁶¹ נציבות האו"ם לפליטים,⁶² ארגוני זכויות אדם⁶³ ושורת משפטנים בכירים שחתמו על מכתב ליועץ המשפטי לממשלה בקריאה לבטלו.⁶⁴ חרף זאת, ולמרות ביקורות מסוימות שהשמיע על המתווה,⁶⁵ סירב בית המשפט העליון להורות על בטלותו ואישר להמשיך ולהחזיק במשמורת מבקשי מקלט שלא הורשעו או שהורשעו וסיימו לרצות את עונשם.⁶⁶

- 58 מתווה מיום 29.1.2014. ראשיתו של המתווה בנוהל מס' 10.1.0010 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו: "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי" (להלן: הנוהל). מדובר בנוהל שפורסם ביום 24.9.2012 ועודכן לאחר מכן בתאריכים 1.7.2013 ו-4.4.2014.
- 59 שם, בנספח א'. המתווה חל בין היתר על עבירות של החזקת סכין, התפרצות, זיוף תעודות ונהיגה ללא רישיון.
- 60 בר פלג ויהושע (ג'וש) בריינר "כ-50 אריתריאים החשודים במעורבות במהומות בתל אביב הועברו למעצר מינהלי" **הארץ** (5.9.2023) <https://did.li/R4NIC>.
- 61 ראו לדוגמה בקשת ידיד בית משפט מטעם הסנגוריה הציבורית: ע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים** (נבו 29.8.2013).
- 62 המוקד לפליטים ומהגרים "משפט אָתֶר יִהְיֶה לָכֶם" – על מעצרם המנהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים 8 (ספטמבר 2017).
- 63 ראו למשל שם; עתירה למתן צו על תנאי בביג"ץ 8662/15 **המוקד לפליטים ולמהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה**.
- 64 עומרי אפרים "מסר לווינשטיין: לא לכלוא מסתננים רק בגלל חשד" **Ynet** (18.7.2013) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4406867,00.html.
- 65 ראו למשל ע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים**, פס' 16 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 12.11.2013).
- 66 ראו למשל שם; ע"מ 8642/12 **טספהונה נ' משרד הפנים** (נבו 4.2.2013); ע"מ 298/14 **מדינת ישראל נ' עיסמאיל** (נבו 17.3.2014).

ה. האם בית המשפט העליון התערב במדיניות הכללית של הממשלה ביחס לקליטת מבקשי המקלט? לא

בית המשפט העליון נמנע מלהתערב במדיניות הממשלה בכל הנוגע לתנאים סוציאליים וזכויות בעבודה של מבקשי מקלט במהלך שהותם בישראל, כגון המדיניות בדבר אימתן היתרי עבודה או אי-הענקת זכויות סוציאליות בסיסיות. חריג לכך הוא הנושא של חוק הפיקדון,⁶⁷ שעל פיו נקבע כי ינוכו 20% משכרם של מבקשי המקלט ויועברו לפיקדון שיימסר להם עם עזיבתם את המדינה. בג"ץ קבע כי אמצעי זה פוגע פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכות הקניין.⁶⁸

המקרים החריגים שבהם התערבו הערכאות בשיקול דעתו של משרד הפנים בנוגע לבקשות המקלט שהוגשו על ידי אזרחי אריתראה לא נעשו על ידי בית המשפט העליון ואף לא על ידי בית המשפט המחוזי, אלא דווקא על ידי בית הדין לעררים, הנוהג לקבל מדי שנה אחוז קטן ביותר מכלל העררים המוגשים.⁶⁹

סיכום

מערכת המשפט ובראשה בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לא מנעו מהממשלה לגבש מדיניות מקלט מסודרת, להרחיק מהמדינה מבקשי מקלט שאינם פליטים או לטפל כראוי במצב בדרום תל אביב. למעשה, פסיקתו של בית המשפט העליון בסוגיות אלה רחוקה מאוד מהדימוי המיוחס לו כמי שהכתיב את מדיניות ההגירה בישראל. בית המשפט התערב בתיקונים לחוק למניעת הסתננות במקרים הקיצוניים ביותר, שבהם הייתה פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות לחירות, אך לא מנע מהמדינה לנקוט אמצעים חלופיים ששיגו בדרך אחרת את מטרות הכליאה. כך, לא נמנע מהמדינה להרחיק מבקשי מקלט מדרום תל אביב, להרחיק מהמדינה מבקשי מקלט שבקשתם נדחתה לאחר בדיקה פרטנית מעמיקה, או להתמודד עם מבקשי מקלט שעומדים נגדם חשדות קונקרטיים למעורבות בפלילים. התיקונים לחוק למניעת הסתננות ממילא לא כוונו כלפי מבקשי מקלט שהייתה כוונה לגרשם מישראל, אלא כלפי מי שהמדינה הודתה שאין אפשרות לגרשם. הם אף לא כוונו כלפי מבקשי מקלט שביצעו עבירות פליליות, אשר עליהם חל "המתווה לטיפול במסתננים המעורבים בפלילים", שאושר על ידי בית המשפט. בית המשפט גם אישר למדינה להחזיק במשמורת מבקשי מקלט שאין כוונה לגרשם (אומנם תוך קיצור תקופות המשמורת שנקבעו בחוק), וזאת על אף שהתועלת הגלומה בכך לתושבי דרום תל אביב הייתה מוגבלת, כאמור. הממשלה היא שנמנעה מלנקוט בכל אמצעי חלופי שעשוי היה לשפר הן את המצב בדרום תל אביב והן את מצבם האישי והסוציו-אקונומי של מבקשי המקלט, ובחרה להותיר את המצב בדרום תל אביב על כנו.

67 בג"ץ 2293/17 גרסגור נ' הכנסת (נבו 23.4.2020).

68 שם, פס' 51 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

69 כך למשל בשנת 2018 – אותה שנה שבה ניתן פסק דינו השני של בית הדין בנושא העריקה מצבא אריתריאה, התקבלו לגופם 6% בלבד מהעררים שהוגשו. ראו משרד המשפטים בתי הדין לפי חוק הכניסה לישראל: דוח לשנת 2018 29 (2019). זה היה אחוז העררים שהתקבלו לגופם גם בשנת 2019. ראו משרד המשפטים בתי הדין לפי חוק הכניסה לישראל: דוח מסכם 2019–2020 (2021).

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

**בית המשפט הותיר לממשלה ולכנסת את התפקיד החשוב של גיבוש מדיניות מקלט ולא נכנס
בנעליהן, תוך שהוא מותיר להן לשם כך מרחב פעולה ניכר. בפעולת הממשלה במרחב זה נפל הכשל,
ולא בגבולות הפגיעה בזכות לחירות ששרטט בית המשפט.**

מסמך זה נכתב על ידי:

ד"ר רתם רוזנברג-רובינס, המרכז האקדמי למשפט ועסקים
פרופ' גיא מונדלק, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב

העירו הערות:

עו"ד ענת בן-דור
ד"ר אבינועם כהן, המסלול האקדמי המכללה למינהל
ד"ר תמר מגידו, האוניברסיטה העברית בירושלים

הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון החוק וזכויות יסוד

הופץ במקור ביום 9.2.2023 כנייר עמדה מס' 15

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, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. במסמך זה אנו מבקשים להסביר את מושגי היסוד שלטון החוק וזכויות יסוד ולבחון מה יהיה מעמדם לאור המהפכה המשטרית.

שלטון החוק

אז מה זה בעצם "שלטון החוק"?

שלטון החוק מתקיים היכן שכולם כפופים לחוק. דהיינו, גם אלו האוחזים ומפעילים את כוחה של המדינה באמצעות החוק, חייבים לעשות כן במסגרת מגבלות החוק. מסגולותיו של אידאל שלטון החוק היא יכולתו לשמש כחסם מפני חלק מהסכנות הטמונות במדינה המודרנית ומשימוש בחוק עצמו.

אבל למה לפחד מהמדינה?

עוצמתה של המדינה גדולה עשרות מונים מזו של כל גורם אחר בחברה בה אותה מדינה מתקיימת. לא בכדי היה מי שתיאר את המדינה "כלווייתן". בשל כוחה זה, הפוטנציאל של המדינה לקידום רווחת אזרחיה הוא רב. אולם הסכנות הנשקפות לאזרחים מכוחה של המדינה רבות לא פחות. האתגר הוא להבטיח שעוצמתה האדירה של המדינה לא תופעל בעריצות ואופן פרוץ, שרירותי, מושחת, וללא אחריות או פיקוח על הגורמים האוחזים באותו כוח ברגע נתון. היסטורית, מקובלת הייתה העמדה שהשליט איננו מסוגל – כעניין עקרוני – להפר את החוק. אידאל שלטון החוק מאתגר עמדה זו.

אבל מה הבעיה בעצם, הרי אחרי יישום הרפורמה במערכת המשפט עדיין יהיה בישראל חוק, לא?

כן, אך אין די בכך בכדי לעמוד באתגר שמעמידה עוצמתה של המדינה. החוק הוא האמצעי העיקרי דרכו המדינה מפעילה את כוחה השלטוני. בעצם, מדינה מודרנית לא יכולה להתקיים ללא חוק. החוק, יותר מכל אמצעי אחר, הוא המאפשר למדינה להורות לאזרחים כיצד לנהוג, לאכוף את אותן הוראות, ולממש את התיאום בין האזרחים, התאגידים, והמוסדות השונים בחברה הנדרש לקיומה של חברה וכלכלה מודרניים. אך חשוב להבחין בין "שלטון החוק" לבין "שלטון באמצעות החוק". שלטון באמצעות החוק משמעו פשוט שהמערכת המשפטית היא אמצעי עיקרי להפעלת כוח שלטוני –

מחוקקים, שרים, מנכ"לים, בעלי תפקידים בכירים, קצינים, שוטרים, פקידים וכו' מנפיקים/ות וכפופים/ות לחוקים, תקנות, פקודות, והוראות בהפעלת כוחם/ן השלטוני. שלטון באמצעות החוק הוא מאפיין של מדינות מודרניות רבות, כולל כאלה שאינן דמוקרטיות. למשל, השלטון שולט באמצעות החוק הן בארה"ב והולנד והן בסינגפור, סין ואיראן. זאת כיוון שהחוק יכול לשמש כאמצעי שלטוני יעיל בידי משטר הוגן או מפלה, חופשי או מדכא, צודק או נצלני, נקי כפיים או מושחת, יעיל או בזבזני, רציונאלי או שרירותי. ולכן, חיוני שמשטר השולט באמצעות החוק יהיה גם בעצמו כפוף לחוק.

מהם התנאים לקיומו של שלטון החוק?

במדינות שונות יש תמהילים שונים הכוללים מאפיינים משפטיים ומוסדות חברתיים המבטיחים את שלטון החוק. המשותף לתנאים הללו הוא ביזור הכוח השלטוני בידי גורמים שונים, והבטחת פיקוח, ביקורת, מיתון, תבניות, איזון, והטלת אחריות על האוחזים באותו כוח. באופן יחסי, ישראל כבר עכשיו רזה במוסדות המגלמים את שלטון החוק: אין בישראל משטר פדרלי; הכנסת אינה מפוצלת לשני בתים; בית המחוקקים נשלט בפועל על ידי הממשלה; אין חוקה כתובה מלאה; אין מגילת זכויות אדם כתובה מלאה; אין פורמלית כללים מיוחדים לאופן שינוי הבסיס החוקתי של ישראל; ישראל אינה כפופה לסמכות על-מדינתית, כגון האיחוד האירופי; שוק התקשורת הישראלי ריכוזי ומאפשר עירוב לא בריא של הון ושלטון; ולבסוף, ישראל מצויה בעימות ביטחוני ומצב חירום נמשך, המאפשרים לאתגר ולהשהות את שלטון החוק. עם זאת יש בישראל מידה סבירה של שלטון חוק. בין התנאים המרכזיים שמגלמים את עקרון שלטון החוק במדינת ישראל ניתן למנות:

1. עצמאות שיפוטית. אם שופטים אינם עצמאיים הם לא בהכרח יאכפו את החוק, ולא יאכפוהו בשוויוניות, אלא יפסקו על פי רצון הכוח הפוליטי השולט בהם.
2. הפרדת הכוח השלטוני בין רשויות שלטוניות עצמאיות ובלתי תלויות, מה שמבטיח שהכוח לחוקק חוקים ולהוציאם אל הפועל (הכנסת – שבה יש רוב לממשלה – והממשלה) יהיה בידיים אחרות מאשר הכוח לפרש את אותם חוקים (בתי המשפט), כך שיאזנו זו את זו, ואף רשות לא תחזיק במלוא כוחו של החוק והמדינה.
3. ביקורת שיפוטית של בתי המשפט על הרשות המחוקקת והמבצעת, המבטיחה שהאחרונים יפעלו במסגרת החוקית והחוקתית.
4. העצמת אזרחים לתבוע את המדינה בתביעה אזרחית או בבג"ץ, באופן בלתי תלוי ברשויות התביעה.
5. מבקר מדינה עצמאי.
6. משטרה ושירותים חשאיים מקצועיים ועצמאיים.
7. יועצים משפטיים בשירות המדינה שהם מקצועיים ועצמאיים.
8. רשויות תביעה עצמאיות.
9. שלטון מקומי לו עצמאות חלקית מהשלטון המרכזי.
10. שירות ציבורי מקצועי ועצמאי.
11. בחירות תקופתיות פתוחות.
12. חופש העיתונות.
13. חברה אזרחית בה מתקיימים מוסדות חופשיים ועצמאיים, כגון מוסדות תרבות, מוסדות דת, מוסדות להשכלה גבוהה, ארגוני עובדים, ארגוני צדק חברתי, וארגוני זכויות אדם שיכולים לבקר ולאתגר את גורמי השלטון השונים.

מדוע הצעות הממשלה יפוררו את שלטון החוק בישראל?

יוזמת הממשלה הנוכחית לשינויים במבנה המשטרי הישראלי ויוזמות אחרות של חברי אותה ממשלה מפוררות את התנאים הקיימים בישראל להבטחת שלטון החוק. יוזמות אלו כוללות: ביטול עצמאות הרשות השופטת על ידי מעבר לשיטה של מינוי, קידום, והדחת שופטים על ידי הממשלה; החלשה ואף ביטול אפקטיבי של הביקורת השיפוטית על התנהלות הממשלה והכנסת; ביטול מוסד היועץ המשפטי העצמאי בשירות המדינה; ביטול עצמאות המשטרה ומקצועיותה; החלשת השלטון המקומי; סגירת כלי תקשורת והחלשתם; התקפה על עבודה מאורגנת; התקפה על מערכות החינוך וההשכלה הגבוהה; התקפה על מוסדות תרבות ועל ארגוני זכויות אדם, ועוד. במידה ומאמצים אלו יצלחו, הם יביאו לריכוז עיקר הכוח המשטרי בידי מספר אנשים בודדים, באופן שהוא בלתי מבוקר, בלתי מפקח, בלתי מוגבל, ונעדר אחריות ואחריותיות (accountability). ריכוז כזה של כוח – ויהיו האנשים שבידיהם מרוכז הכוח כאשר יהיו (משמאל המפה הפוליטית או מימין) – הוא מסוכן מאין כמותו, ואינו מתקיים בשום מדינה דמוקרטית חופשית. כיון שכוח משחית, וכוח אבסולוטי משחית באופן אבסולוטי, שלטון באמצעות החוק שאיננו מגלם בתוכו גם את עקרון שלטון החוק מאפיין משטרים מושחתים, סמכותניים, כוחניים, ובעלי מאפיינים רודניים ודיקטטוריים המפרים כדרך קבע זכויות אדם. מדינות כגון רוסיה, סין, טורקיה, הונגריה, בלארוס, מצרים, ונצואלה ואיראן. ישראל אינה רוצה להידמות למשטרים כאלה משום בחינה.

זכויות יסוד

מהן זכויות במשפט ומה תפקידן?

זכות היא מעטפת משפטית המגנה ומבטיחה אינטרסים ובחירות של בעלי אותה זכות מפגיעה או מהתערבות. לדוגמה, הזכות שאחרים לא יפגעו בנו באופן רשלני או מכוון שומרת על שלמות גופנו ורווחתנו הפיסית – זכות שבצידה חובה של אחרים כלפינו, לא לפגוע בנו בצורה זו.

איזה משטר מקדש זכויות?

בהתחשב בכך שטבעה של זכות הוא להבטיח בחירה או להגן ולקדם אינטרסים, **זכויות משתלבות יפה במערכות משפט המבקשות להעמיד את שגשוג היחיד במרכזן.** מערכת משפט המושתתת על זכויות הופכת את חירות הבחירה ואת רווחת היחיד לשיקולים משפטיים כבדי משקל בהתנהלות המשטר והחברה. מאותו הטעם ממש, מערכות משפט המבקשות להעמיד במרכזן לא את רווחת היחיד אלא ערכים אחרים – למשל ערכים דתיים, אינטרסים קבוצתיים (כגון הלאום) או טובתם של אישים ספציפיים (כגון מנהיגי המדינה) – על פי רוב מקמצות בהכרח בזכויות של פרטים.

זכויות כשיקולים משפטיים "מיוחסים"

כדי להבין את חשיבותן של זכויות במשפט, יש להבין את תפקידן בהכרעות משפטיות. **כאשר זכות מגינה על חירות הבחירה או על אינטרס מסוים של בעל הזכות, משמעות הדבר שאותה בחירה או אינטרס זוכה להגנה משפטית מעבר לערכן הסגולי.** דהיינו, הזכות מגנה על אינטרסים של בעל הזכות אפילו כאשר ערכם פחות מערכם של שיקולים מתחרים. לדוגמה, האינטרס של אדם בשליטה על גופו או בצו מצפוננו כולל את הבחירה לסרב להתחסן כנגד מחלה מדבקת. הגם שזו בחירה חשובה, במאזן ערכים נדמה שערכה של אותה בחירה נמוך יחסית כאשר היא נשקלת מול ערכם המצטבר של

האינטרסים של מאות אלפי אנשים אחרים שלא לחלות במחלה מסוכנת. יחד עם זאת, הגם שטובת הרבים בבריאותם גוברת במאזן האינטרסים על האינטרס של היחיד בשליטה על גופו, מקובל לחשוב שזכותו של אדם על גופו אוסרת על המדינה להזריק לאותו אדם חיסון בכוח (לפחות בנסיבות מסוימות, כגון אלו ששררו בשיא מגפת הקורונה). האופן בו המשפט מתגבר על מאזן האינטרסים במקרים מסוג זה הוא על ידי מתן מעמד מיוחד לאינטרסים או לבחירות מסוימות, בדמותן של זכויות. למשל, בזכותו של אדם על גופו. במילים אחרות, **זכויות הן האמצעי דרכו המשפט מבטיח שרצון או טובת החברה או הרוב לא ימחצו את היחיד, גם במחיר לאינטרס הציבורי או במונחי רצון הרוב.** עם זאת, מכך שזכויות מעניקות יחס מיוחד לבחירות ואינטרסים לא נובע שהם תמיד גוברים על שיקולים מתחרים. בעצם, נדיר שהמשפט מכיר בזכויות שהן מוחלטות וגוברות על כל שיקול מתחרה באשר הוא (דוגמה לזכות מוחלטת היא הזכות לחופש המחשבה, שמופיעה למשל באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שעליה חתמה ישראל). במילים אחרות, **על פי רוב יש מגבלה על "היחס" שהמשפט מעניק לבחירות ואינטרסים של יחידים גם כאשר הם מוגנים על ידי זכויות.**

זכויות יסוד

ישנן במשפט זכויות שהמשפט מגדיר כבעלות "יחס" מוגבר. זכויות אלו נקראות "זכויות יסוד" או "זכויות חוקתיות", ומשמעותן היא שנדרשים שיקולים כבדי משקל במיוחד בכדי שהמשפט יאפשר לפגוע באינטרסים ובבחירות המוגנות על ידי אותן זכויות. על פי רוב, זכויות אלו הן זכויות שפרטים מחזיקים כנגד המדינה ומוסדותיה. **ההצדקה העיקרית לייחוס המוגבר שהמשפט מעניק לזכויות מסוג זה היא שהן מגינות על בחירות ואינטרסים חיוניים לקיום, כבוד, ושגשוג אנושי. נוסף על טובת בעל הזכות, הייחוס של זכויות יסוד לפעמים מוצדק גם על ידי אינטרסים חיוניים של טובת הכלל, למשל במקרה של זכויות המאפשרות משטר דמוקרטי, כגון הזכות לחופש ביטוי או הזכות לבחור ולהיבחר.** במשפט הישראלי, לאורך השנים בתי המשפט פסקו שזכויות מסוימות הן זכויות יסוד (דהיינו זכויות בעלות מעמד חוקתי), כגון הזכויות לחופש הביטוי או לשוויון. כך גם בחקיקת הכנסת, וזאת בראש ובראשונה **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק** שקובעים שיש זכויות שאין לפגוע בהן אלא בחוק העומד בדרישות הקבועות באותן חוקים. בין היתר, זכויות אלה כוללות את הזכות לכבוד האדם, לחיים, לחירות, לשלמות הגוף, לקניין, לחופש תנועה, לפרטיות, ולחופש העיסוק. הזכויות הללו הן מאוד כלליות, אולם מהן נגזרות זכויות קונקרטיות יותר, כגון הזכויות לחופש הדת, לחופש ההפגנה, לשוויון, לגישה למים, לאספקת חשמל, לחינוך, לשירותי בריאות ועוד.

אז מתי המדינה יכולה בכל זאת לפגוע בזכות יסוד?

כאמור, משמעות המעמד המיוחד של זכויות היא שבכדי להצדיק פגיעה בזכות אין די בכך שהשיקולים לטובת הפגיעה יהיו חשובים יותר מהבחירות או מהאינטרסים עליהם הזכות מגנה. וכשמדובר בזכויות יסוד, הדברים נכונים שבעתיים. אז מתי המשפט בכל זאת מתיר לפגוע בזכות יסוד? מתי למשל טובת הכלל או רצון הממשלה לקדם מדיניות מסוימת יגברו על זכות יסוד? שיטות משפט שונות מאמצות טכניקות שונות להכרעה במצבים של התנגשות בין זכויות לבין שיקולים כבדי משקל אחרים. **המכניזם המרכזי בו בחר המשפט הישראלי (כמו גם המשפט הקנדי) נקרא "פסקת ההגבלה", שהיא נוסחת איזון המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בקצרה, על פי פסקת ההגבלה אין פוגעים בזכויות יסוד אלא**

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

בחוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

הרפורמה המשטרית וזכויות היסוד

הרפורמה מאפשרת לכנסת להחליט לפגוע בכל זכות, גם אם בית המשפט סבר שאין הפגיעה עומדת בפסקת ההגבלה. דהיינו, לפי הרפורמה ניתן לפגוע בזכות יסוד כל אימת שיש רוב בכנסת לעשות כן, גם אם הפגיעה אינה לתכלית ראויה או אינה מידתית. בעצם, כל עוד הממשלה תשיג את תמיכתם של 61 חברי כנסת היא תוכל לפגוע בכל זכות – גם הזכות היסודית ביותר – בכל עוצמה ובצורה הכי קיצונית, ולא תהיה לזה שום השלכה על תוקפו של החוק. מהלך זה מחולל שינוי בסיסי בערכי היסוד של המשפט הישראלי. הוא מחליף משטר שאבני הפינה שלו הן שילוב בין רצון הממשלה לקדם מדיניות לבין חירות, כבוד האדם, ושגשוג היחיד, למשטר אשר מכפיף באופן מלא את היחיד לרצון הממשלה והרוב הפרלמנטרי. מבנה משטרי כזה הוא בסיס לשלטון סמכותני. ובאופן טיפוסי שלטון סמכותני פוגע בזכויות חברי וחברות קבוצות שאינם חלק ממערך הכוחות של הממשלה. כמו כן, משטר כזה כמעט תמיד מקדם חקיקה הפוגעת בזכויות דמוקרטיות (כגון חופש הביטוי, חופש העיתונות, והחופש לבחור ולהיבחר), וזאת במטרה לבצר את השלטון מפני החלפתו בבחירות. ולכן, הרפורמה המשטרית תוביל בסבירות גבוהה למסמוס בפועל של הדמוקרטיה הישראלית.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אורי הרשטיין, האוניברסיטה העברית

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון הרוב ומגבלותיו

הופץ במקור ביום 15.3.2023 כנייר עמדה מס' 28

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 במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. נייר עמדה זה מבהיר את היחס המורכב בין הערך הדמוקרטי של "שלטון העם" לבין ההצדקות והגבולות על העיקרון לפיו הכרעת הרוב מחייבת את הציבור כולו, כולל את המיעוט.

ערך היסוד: שלטון העם

תובנה דמוקרטית בסיסית היא שהשלטון אמור להיות בידי הנשלטים, דהיינו בידי כל הכפופים לשלטון. זהו בתמצית הערך הדמוקרטי של "שלטון העם". בעצם, משמעות המילה "דמוקרטיה" במקור היווני העתיק (dēmokratia) היא שלטון (kratos) העם (demos) – כלומר, שלטון כל "העם" ולא של "חלק מסוים מהעם". אין הכוונה שהאידאל הדמוקרטי מסתכם בשלטון העם, אולם ברור שערך זה נמצא בליבת הדמוקרטיה.

עקרון ההכרעה: שלטון הרוב

כיוון שהאידאל הדמוקרטי הינו של שלטון "העם" – עולה השאלה כיצד ניתן לעמוד על רצונו של "העם" ומהי הדרך הראויה לבירור העדפותיו? ספציפית, עולה השאלה בדבר אופן ההכרעה הראוי של "העם"? המענה המקובל לשאלה זו הינו: הכרעת רוב. כלומר, הגישה המקובלת היא שכאשר יש חילוקי דעות בקרב העם בנושאים שאין מנוס מלקבל בהם הכרעה ציבורית (כגון גובה המס) אין ברירה אלא לאמץ כלל הכרעה שיחייב את כולם גם אם לא ירצה את כולם. מקובל לחשוב שבמצבים כאלו ראוי לפעול לפי עמדת הרוב, גם אם למורת רוחו של המיעוט, כל עוד ההכרעה התקבלה על ידי גוף שנבחר (או גוף הנהנה מאמון של גוף שנבחר) בבחירות כלליות, פתוחות, ושוות.

האתגר: עקרונות הכרעה יש להצדיק

מדוע לגיטימי שבני קבוצה אחת בעם יקבלו החלטה שתחייב (גם) את בני הקבוצה האחרת בעם, רק משום שקבוצה אחת מונה מספר חברים גדול יותר (לעיתים, מעט גדול יותר) מהקבוצה השנייה? הרי

אם ענייננו שלטון הנשלטים (שלטון "העם"), כיצד ניתן להצדיק מצב בו חלק מהעם (הרוב) "קובע" לכל העם, כולל למיעוט? נדמה שמצב זה בעצם סותר כמעט בהגדרה את ערך שלטון העם. כמו כן, חשוב לשים לב כי כלל ההכרעה של שלטון הרוב הוא פורמלי, במובן הבא: הוא משיב על השאלה כיצד יש לקבל החלטות בעניין מסוים, לא איזו החלטה ראוי לקבל. דהיינו, עניינו בנוהל אותו ראוי לנקוט כדי להכריע בסוגיות ציבוריות או כדי לבחור ממשלה, אך לא בשאלות המהותיות באשר לתוכן ההכרעה שראוי לקבל או באיזו מפלגה ראוי לבחור. כלל ההכרעה של שלטון הרוב שונה מעקרונות הכרעה מהותיים יותר, כגון עקרונות מבוססי צדק, חירות הפרט, יעילות, הדדיות וכולי. מדוע, אם כן, לאמץ כלל הכרעה פורמלי על פני כלל מהותי? חשיבות השאלה מתחדדת כאשר עולה החשש שהרוב טועה מבחינה מהותית, והצדק הוא דווקא עם המיעוט. מדוע גם אז הכרעת הרוב מחייבת את כולם?

בתורת המדינה ישנן הצדקות שונות לכלל ההכרעה של שלטון הרוב כביטוי של שלטון העם או כסוג של קירוב למצב של שלטון העם, שאת חלקן נציג מיד. אולם בשלב זה של הניתוח חשובה התובנה ששלטון הרוב מחייב הצדקה מנקודת המבט של ערך שלטון העם, ושלא די בטענה "שהרוב קובע". לכן, יש להסביר באלו תנאים שלטון הרוב מממש באופן מספק, גם אם לא מושלם, את ערך היסוד של שלטון העם. כמו כן, בחינת ההצדקות להכרעת הרוב מסייעת להעריך את משקלו וממילא גם את גבולותיו. זאת ועוד, כששלטון הרוב מפסיק לבטא (גם אם רק בקירוב) את ערך שלטון העם, הוא מפסיק להיות כלל הכרעה לגיטימי לאור אותו ערך.

בזכות עקרונות פורמליים

טעם לאימוץ כלל הכרעה פורמלי הוא שבמקרים רבים מחלוקות חברתיות קשורות במתחים שבין השקפות עולם ערכיות שונות. המסגרת הפורמלית של הכרעה לאור שלטון הרוב (הנבחר באופן דמוקרטי) מספקת פרוצדורת הכרעה ניטרלית (ככל שניתן) ביחס לשאלות הערכיות העומדות על סדר היום הציבורי. לדוגמה, מתן זכות הצבעה לכל אזרח או אזרחית ללא קשר להשקפותיהם. הפוליטיות הוא כלל ניטרלי שיישומו אינו דורש הכרעה במחלוקות הערכיות המרכזיות שעל סדר היום הפוליטי. אולם, עדיין נשאלת השאלה – מנקודת המבט של ערך שלטון העם – מה יתרוננו של עקרון שלטון הרוב על פני כללי הכרעה פורמליים אחרים, כגון הכרעה לפי "תור" או לאור "רצון בעלי ההון" או "האינטרס המפלגתי"?

הצדקה א' לשלטון הרוב: ייצוג רצון העם

מורכבות החיים וגודלה של האוכלוסייה מחייבים סטייה מהאידיאל הדמוקרטי של שלטון העם. בעצם, בדרך כלל עצם הדיבור על "רצון העם" – כאילו יש ישות כזו, "עם", שיש לה רצון ברור וקהירני – שגוי. במציאות, הציבור עצמו אינו מחליט או נקרא להחליט בעניינים קונקרטיים, אלא בוחר לו נציגים. הקושי הוא שיש בשיטה זו לפתוח פתח רחב להכרעות שלטוניות שלא תואמות את דעת הציבור או אפילו את דעתו של הרוב. ועדיין, אין להכחיש כי בשלטון רוב טמון פוטנציאל לצמצם את הפער בין האידיאל הדמוקרטי של "שלטון העם" לבין המצב (שנדמה שאין מנוס ממנו במקרים מסוימים של מחלוקת ציבורית) בו השלטון מייצג רק חלק מהציבור אולם שולט על הציבור כולו.

הטענה לכן היא לא ששלטון שנבחר בבחירות כלליות, פתוחות, ושוות בהן משתתף העם כולו הוא שלטון המבטא באופן מושלם את רצון העם, אלא רק שכרוב המקרים הוא עדיף (או גרוע פחות) מסוגי שלטון אחרים, כגון שלטון ה"נבחר" על בסיס השתייכות למשפחת האצולה, או השתייכות מפלגתית, או רצון המנהיג, או שיוך לקבוצה דתית או אתנית מסוימת, וכיוצא באלו. בעוד ששלטון הרוב אינו מבטא את רצון כל הציבור, הוא לפחות מבטא את רצון רוב הציבור. כמו כן, ככל שמתקיימים תנאים המאפשרים בחירות כלליות, פתוחות ושוות, השלטון צריך להיות במידה רבה קשוב לרצון הציבור (או לפחות לרצון של רובו), אחרת יוחלף בסופו של יום בשלטון שייצג טוב יותר את עמדות הציבור. לכן, הטענה בזכות כלל שלטון הרוב היא שרוב הזמן וברוב המקרים, כאשר בוחנים את המצב ממעוף הציפור ובאופן יחסי, שלטון רוב עדיף (או גרוע פחות) מצורות שלטון אחרות במימוש האידאל הדמוקרטי של שלטון העם. כפי שאמר ווינסטון צ'רצ'יל, הדמוקרטיה היא צורת השלטון הגרועה ביותר – מלבד כל היתר.

איזה רוב נדרש? ברור שהגם שמדובר ברוב קטן, הרי שגם רוב של מעל 51% הוא קירוב טוב יותר של רצון "העם" מאשר מינוט של 49%. יחד עם זאת, ככל שהנושא העומד להכרעה הוא בסיסי יותר, משפיע על החברה כולה, ונוגע ביסוד ההסדרים החברתיים הקיימים, כגון מבנה ואופי המשטר, ערכי היסוד של השיטה המשפטית, ושינוי "כללי המשחק" המשטריים, נדמה שגודל הרוב הנדרש גדל, וזאת בכדי לתת ייצוג מהימן יותר של רצון "העם" כולו. באופן לא מפתיע, במקומות רבים בעולם שינויים חוקתיים למבנה המשטר דורשים רוב מורכב וגדול יותר מאשר הצבעת רוב רגילה בפרלמנט או בציבור עצמו. בין אם מדובר ברוב מיוחס (נגיד של 75%) או ברוב נמשך על פני זמן (נגיד בפרלמנט אחד וגם בזה שנבחר אחריו) או במגוון מנגנונים אחרים שתפקידם לתת ביטוי מקיף ומלא יותר של רצון הציבור, כגון הליך הדברות ארוך ומעמיק בציבור או שיתוף גורמים שונים בעיצוב ההצעות לשינוי.

לסיכום, ביתרון היחסי של שלטון הרוב לבטא את רצון הציבור טמונות גם מגבלות על הלגיטימיות של שלטון הרוב, מגבלות שחלות גם במקרים בהם הרכב הקואליציה – הביטוי המודרני של שלטון הרוב בשיטות משטר כגון אלה של ישראל – מייצג נאמנה את חלוקת העמדות בציבור. מקום בו הכרעות הרוב חותרות תחת ההיגיון שהשלטון בעיקרון כפוף לבחירת העם כולו, או סטוּת רחוק מדי מהאידאל של ייצוג רצון העם, אותו שלטון רוב מאבד את ההצדקה עליה הוא נשען.

הצדקה ב' לשלטון הרוב: כל בני האדם שווים

טיפוס אחר של הצדקות לכלל ההכרעה של שלטון הרוב מתמקד בערכים המגולמים בתוך שלטון הרוב עצמו. במשפחת הצדקות זו, הדומיננטית ביותר נובעת מהאידאל שיש להתייחס לכל בני האדם כאל שווים. הכוונה איננה שיש תמיד לתת יחס שווה לכולם. זה הרי בלתי אפשרי, וגם לא תמיד צודק. תחת זאת, הרעיון הוא שכל אדם באשר הוא אדם הנו בעל ערך מוסרי וכבוד אנושי בסיסי ששווים לזה של כל אדם אחר.

בחלקו, עקרון שוויון זה מגולם בערך שלטון העם. כיוון שהאידאל שהנשלטים כולם יחדיו – ולא רק מעמד מיוחס זה או אחר – הם אלו הקובעים את זהות ואופי השלטון, מגלם את ערך השוויון בין הנשלטים. כלל ההכרעה של שלטון הרוב עושה קונקרטיזציה לעקרון השוויון הזה. שכן ההליך לגיבוש שלטון הרוב מעניק לכל אזרח ואזרחית קול זהה במשקלו. כך שהכרעה לפי הרוב מתייחסת לכל האזרחים כשווים, ואין מי שקולו שווה יותר או פחות משל האחרים. משטר כזה לוקח ברצינות את ערך שלטון העם, דהיינו את האידאל שהנשלטים כולם משתתפים בקביעת מי שולט בהם.

בראייה זו, חשוב לשים לב שהכרעת רוב איננה לגיטימית אם היא חותרת תחת ערך השוויון המגולם בהשתתפות הפוליטית השווה של כל חברי העם. הכרעת רוב כזו חותרת, למעשה, מתחת להצדקה שלה עצמה.

מעבר לשלטון העם: מגבלות על שלטון הרוב מכוח ערכים אחרים

עד עתה, עסק נייר עמדה זה ביחס בין שלטון הרוב לערך הדמוקרטי הבסיסי של שלטון העם, ובמגבלות לשלטון הרוב הנגזרים מיחס זה. אולם, חשוב להדגיש שעקרון שלטון העם איננו הערך היחיד במשחק. כמו כן, כפי שמוסבר לעיל, שלטון הרוב הוא לא ערך בעצמו אלא רק קירוב או ביטוי של ערך שלטון העם, ולכן בעוד שיש לכבדו יש להישמר מלהפריז בערכו. לכן, גם אם שלטון רוב הוא על פניו לגיטימי, קיימים תנאים ומגבלות נוספים על כוחו. בוודאי שלא כל פעולה ספציפית של הרוב – למשל כל חקיקה בהכרעת רוב – היא בהכרח ראויה. לדוגמה, חלוקת תקציבי מדינה על פי שיוך מפלגתי או הגבלת חירות דרקונית איננה הופכת לגיטימית רק מפני שהיא נעשית על ידי שלטון שנבחר באופן לגיטימי.

שלטון רוב יכול לפגוע – ולעתים קרובות אכן פוגע – בחירות, באינטרסים קהילתיים, בעקרונות הצדק, ובזכויות אדם. כמו כן, גם שלטון רוב פותח לעתים במלחמות לא צודקות, חוטא בשחיתות, נוהג בשרירות, ומתייחס בעריצות למיעוטים. בעוד שאומנם הסיכוי לפגיעה כזו (כמו גם עוצמתה של הפגיעה) הוא על פי רוב יחסית נמוך יותר מאשר במשטרים "הנבחרים" באופן אחר מאשר על ידי הרוב, עדיין חיוני לזכור שגם כאשר ההצדקות לשלטון הרוב מכוח ערך שלטון העם מתקיימות, לא כל שלטון רוב הוא בהכרח לגיטימי ובוודאי לא כל החלטה שלטונית היא לגיטימית, גם אם השלטון נבחר באופן לגיטימי על ידי הרוב.

הדיון החשוב בצורך לאזן בין ערך שלטון העם לבין שיקולים ערכיים אחרים שחייבים להנחות כל ממשלה, חורג מהדיון שלנו שעיקרו במושכלות היסוד של מושג שלטון הרוב. הגם שברור שישנם מקרים בהם אין די בערך שלטון העם כפי שהוא בא לביטוי בשלטון הרוב, בכדי לגבור על ערכים מתחרים כגון אלו הנזכרים לעיל בזכות הגבלת כוחו של השלטון.

המהפכה המשטרית והחתירה תחת ערך שלטון העם וערכים נוספים

בישראל שולטת כיום ממשלה הנסמכת על רוב פרלמנטרי, כפי שנקבע בבחירות כלליות, פתוחות, ושוות. אלא שאותה ממשלה פועלת עתה לשינוי משטרי שיפגע בנושאות באופי הדמוקרטי של המדינה וישנה את סדרי היסוד של המשטר הישראלי. היא עושה זאת על בסיס רוב דחוק בפרלמנט ובתמיכת לא יותר מ-50% מהאוכלוסייה, בדרך של הצעות חוק אשר ייחידו ייצרו מציאות משטרית חדשה בה אין מגבלות אפקטיביות על כוחה של הממשלה לקדם מדיניות ולחוקק חוקים (דרך הרוב שלה בכנסת). ההסכמים הקואליציוניים, ההכרזות של חלק מחברי הקואליציה ושריה, וניסיון הדורות מלמדים שבמסגרת מבנה משטרי כמו זה שהממשלה מקדמת, הרוב הפרלמנטרי צפוי לפגוע באופן אנוש באופי הדמוקרטי של המדינה ובשוויון האזרחי – ומכאן בעצם לפגוע בבסיס הלגיטימיות עליו עומדת, לפי הטענה, הקואליציה שנבחרה ברוב קולות לגיטימי. ספציפית, עולה החשש כי נציגי הרוב בכנסת יוכלו לפסול את מפלגות המיעוט מלהתמודד בבחירות, לפגוע בזכותם וביכולתם של מיעוטים מלהשתתף בבחירות, ולפגוע בתנאים אחרים הנדרשים לבחירות כלליות, פתוחות, ושוות, וזאת ללא כל מגבלה.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

במצב כזה השלטון מפסיק לבטא את ערך שלטון העם, כיוון שהוא מפסיק להיות כפוף לבחירת הציבור כולו ואין הוא מכבד את עקרון השוויון האזרחי ביחס לבחירת השלטון. ממשלה כזו חותרת באופן טרגי תחת הלגיטימיות שלה. וזאת אפילו מבלי להתייחס למגוון הפגיעות הצפויות לערכים אחרים, כגון זכויות אדם, עקרונות צדק, ומשטר תקין. שכן החרבת המוסדות הדמוקרטיים של ישראל ללא ספק תגרור עמה פגיעה אנושה – ובלתי לגיטימית – במגוון זכויות וערכים, ואגב כך תקעקע עוד יותר את הלגיטימיות של פעולות הממשלה, גם אם אלה תיתמכנה על ידי הרוב.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אורי הרשטיין, האוניברסיטה העברית

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

פרופ' יאיר לוברבוים, אוניברסיטת בר אילן

ד"ר יאיר שגיא, אוניברסיטת חיפה

שאלות ותשובות

הופץ במקור ביום 7.3.2023

שאל רوترמן הציג עשר שאלות פשוטות למתנגדי ההפיכה המשטרית. להלן כמה תשובות מטעם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה. להרחבה בסוגיות השונות ראו ניירות העמדה באסופה זו.

שאלה 1: האם קיימת דמוקרטיה נוספת שבה שופטים ממנים שופטים או שיש להם וטו על מינוי שופטים ומהי?

ראשית, שופטים אינם ממנים שופטים בישראל. די לפייק. שופטים מהווים 3 מתוך 9 חברים בוועדה לבחירת שופטים. למינוי שופטים לרוב הערכאות נדרש רוב של 5 מתוך 9 חברים, כך של-3 השופטים בוועדה אין וטו על המינוי. רק למינוי שופטים לבית המשפט העליון נדרש רוב של 7 מתוך 9 חברים בוועדה. לפיכך, במינוי שופטים לעליון כל 3 חברים בוועדה, כולל 3 נציגי הקואליציה, יכולים להטיל וטו, מה שמחייב הסכמה רחבה, כפי שנעשה עד היום. שנית, יש דמוקרטיה אחרת שבהם שופטים מעורבים במינוי שופטים, כמו ניו זילנד ואיטליה למשל. מה שבטוח זה שאין אף דמוקרטיה שבה לקואליציה יש שליטה מוחלטת במינוי שופטים לכל הערכאות, ללא שום איזונים ומגבלות, כפי שיהיה בישראל אם ההפיכה המשטרית תושלם.

שאלה 2: אם רוב השופטים היו ימנים, האם עדיין היית תומך בכך ששופטים ימנו שופטים? כאמור בתשובה הקודמת, שופטים אינם ממנים שופטים בישראל. די לפייק. מינוי שופטים נעשה כיום בהחלטה משותפת של גורמים פוליטיים וגורמים מקצועיים, ביניהם שופטים. ההתנגדות להשתלטות של הקואליציה על הוועדה למינוי שופטים אינה פרסונלית אלא עקרונית.

שאלה 3: אתם קוראים למדינה בהתאם לערכי מגילת העצמאות. היכן כתובות המילים "יהודית ודמוקרטית" במגילת העצמאות?

במגילת העצמאות נכתב מספר רב של פעמים שישראל מוקמת כמדינה יהודית. כמו כן נאמר שישראל תבטיח שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, כלומר, תהיה דמוקרטית. בנוסף, בהחלטת האו"ם מיום כ"ט בנובמבר 1947 שעליה מבוססת הכרזת העצמאות נקבע במפורש כי מדינת ישראל תהיה יהודית ודמוקרטית.

שאלה 4: האם מדינת ישראל לא הייתה דמוקרטיה עד שנת 1992 (חקיקת חוקי היסוד)? עד שנת 1992 מדינת ישראל הייתה דמוקרטיה פגומה (וגם כיום היא כזו). בדומה לדמוקרטיה אחרות בעולם, עם השנים ישראל חיזקה את ההגנה על זכויות חוקתיות ואת סמכות בית המשפט לקיים ביקורת

חוקתית. כיום לא קיימת דמוקרטיה מערבית שאין בה ביקורת שיפוטית אפקטיבית על חוקים. אפילו בניו־זילנד ובבריטניה, בניגוד לנטען, בתי המשפט יכולים לקיים ביקורת כזו.

שאלה 5: האם הוסמך בית המשפט העליון לפסול חוקים והחלטות ממשלה? מתי והיכן?

כן. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק בשנת 1992 קובע במפורש שאסור לפגוע בזכויות היסוד שמוגנות בחוק, אלא אם הפגיעה נעשית בחוק של הכנסת או בהחלטת ממשלה שמתקבלת מכוח חוק, ובתנאי שהחוק הפוגע הולם את ערכי מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה, והפגיעה בזכויות היא מידתית. במילים אחרות, חוק היסוד קובע שחוק של הכנסת או החלטה של רשות ממשלתית שפוגעת בזכויות מוגנות היא חסרת תוקף, אלא אם כן היא עומדת בכמה דרישות מחמירות. חוק היסוד לא קובע במפורש מי מוסמך לקבוע שחוק או החלטה ממשלתית אינם תקפים בשל פגיעה בזכויות, והפרשנות הסבירה והמתבקשת של בית המשפט העליון הייתה ועודנה שבית המשפט, כרשות השלטונית שמוסמכת לפרש וליישם חוקים, רשאי וצריך לעשות זאת. פרשנות זו התבססה בין היתר על הדיונים שערכה הכנסת לקראת חקיקת חוקי היסוד. יש לציין שגם במדינות דמוקרטיות אחרות בית המשפט הוא זה שמכריז על בטלות חוקים שפוגעים בזכויות חוקתיות, ובחלקן, למשל בארצות הברית, הוא עושה זאת מכוח פרשנות שלו ולא מכוח הוראה מפורשת בחוקה (כי בעצם, מי אם לא הוא?). בנוסף, הסמכות של בית המשפט העליון לבטל החלטות של רשויות שלטוניות מעוגנת בסעיף 15 לחוק־יסוד: השפיטה, והסמכות לברר את שאלת תוקפו של חוק אושררה על ידי הכנסת בתיקון מס' 23 לחוק הכנסת משנת 2008 (כפי שמובהר בדברי בהסבר להצעת החוק הנ"ל).

שאלה 6: האם קיימים כיום איזונים ובלמים על בית המשפט? ציינו "איוון ובלם" אחד

כן. הרבה יותר מאחד. לפי הכללים שכבר נקבעו בפסיקה, בית המשפט מתערב בהחלטות של הכנסת ושל הממשלה רק במקרים קיצוניים (שלצערנו מתרבים לאחרונה). כשבית המשפט מתערב, הוא עושה זאת על סמך חוקי יסוד וחוקים שהכנסת עצמה קבעה, והוא כמוכן לא יוזם הליכים בעצמו, אלא מכריע רק בעתירות שמוגשות אליו. בכל מקרה, חשוב לזכור שממשלה בלי איזונים ובלמים, כפי שתהיה אחרי ההפיכה השלטונית, היא הרבה יותר מסוכנת מבית משפט בלי איזונים ובלמים. בכל העולם, ולאורך כל ההיסטוריה, ממשלות ללא איזונים ובלמים נטו לנצל את השליטה שלהן בתקציב המדינה ובכוחות הביטחון כדי לבצר את מעמדן ולקדם אינטרסים צרים של חבריהן על חשבון האזרחים. בתי המשפט, לעומת זאת, הם הרשות השלטונית הכי פחות מסוכנת לאזרחים.

שאלה 7: אם המילה הסופית היא של בית המשפט, מה הטעם בקיום בחירות לכנסת ולראשות ממשלה?

בכל המדינות הדמוקרטיות בית המשפט מקיים ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת והמחוקקת, ואף אחד לא חושב שאין טעם בקיום בחירות. דווקא בישראל, לכנסת יש כוח גדול במיוחד לומר את המילה האחרונה, לאור העובדה שהכנסת יכולה לכונן חוקי יסוד בקלות רבה, ובית המשפט יכול לבטל חוקי יסוד רק במקרים קיצוניים ביותר.

חלק שני: למה הם עושים את זה? בחינת הטיעונים שהובאו להצדקת השינויים

שאלה 8: האם היועץ משפטי הוסמך לחייב את הממשלה בהתאם לחוות דעתו? מתי והיכן?

כן, הוא הוסמך לכך בפסיקה של בית המשפט העליון, שמהווה דין מחייב במדינת ישראל ומקור חשוב להשלמת פערים בחוק, ברוח המשפט האנגלי המקובל שעליו המשפט הישראלי מבוסס.

שאלה 9: מקריאתך להידברות ופשרה עולה שאתה מסכים שיש צורך ברפורמה כי המצב היום לא תקין ומצריך תיקון. למה לא דרשתם רפורמה כלשהי עד היום?

הרפורמה העיקרית שנדרשת במערכת המשפט בישראל היא חיזוק הדמוקרטיה וזכויות האדם, יצירת שוויון בנטל הביטחוני והכלכלי, וצמצום השחיתות השלטונית. ההסכמה לפשרה כעת נובעת מחוסר רצון לגרום לקרע בעם ולמשבר חוקתי, כלכלי, חברתי, ובטחוני חסר תקדים לנוכח ההפיכה המשטרית שמקדמת הממשלה. עם זאת גם במצב זה ישנם קווים אדומים שעליהם אי אפשר להתפשר.

שאלה 10: האם תסכים להעברת הרפורמה בתמורה לפרישתו של נתניהו?

חס וחלילה. ההפיכה המשטרית היא נוראית ומסוכנת ותחסל את הדמוקרטיה בישראל עם או בלי נתניהו.

התשובות נכתבו על ידי:

ד"ר מיכל סליטרניק, המכללה האקדמית נתניה

חלק שלישי

אם רוצים לשנות איך ראוי לעשות את זה? איך כן בונים חוקה

1. ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית
2. סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד
3. מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק
4. הצעה למתווה בנושא הביקורת השיפוטית וסמכויות הכנסת והממשלה
5. עמדת הפורום בנוגע למשא ומתן המתנהל בבית הנשיא עם פתיחת כנס הקיץ של הכנסת
6. ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי־הסבירות
7. הפורום מסביר: איך עוצרים חקיקה
8. האם המתווה המעודכן של חה"כ רוטמן מהווה נושא חדש המחייב חזרה לקריאה הראשונה?

ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית

הופץ במקור ביום 18.1.2023 כנייר עמדה מס' 3

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית.

אנו סבורים כי:

- השינויים המוצעים במסגרת ה"רפורמה" במערכת המשפט הם לא שלב נוסף בחקיקת חוקי יסוד או תיקון של חוקים אלו, אלא **שינוי משמעותי ועמוק בכל המבנה החוקתי של מדינת ישראל**. הם מקבעים את "כללי המשחק" החוקתיים, באופן שהוא במידה רבה בלתי הפיך מבחינה ריאלית, ולכן צריך להתייחס אליהם מבחינה מהותית כאל כתיבת חוקה.
- בלי קשר לתוכן השינויים – **כך לא מכוננים חוקה**. למעשה, ההליך הזה הוא ההפך הגמור מהאופן שבו אמורים לכתוב חוקות. בכינון חוקה יש לשאוף להסכמה רחבה, וההליך לקבלת חוקה צריך להיות שונה ונפרד מההליך הפוליטי הרגיל. המשמעות של קיבוע הסכמות כנורמות חוקתיות (ובמקרה של ישראל, כחוקי יסוד), היא שההסכמות האלו יוצאות מהשדה הפוליטי הרגיל, ומקבלות מעמד עליון. לכן גם ההליך שבו הסכמות כאלו מתקבלות צריך להיות מובחן מההליך הפוליטי הרגיל.
- ההצעות שעל הפרק מקבעות את כללי היסוד של המשטר בישראל, אך **נחקקות בהליך שאינו ראוי אפילו להליך חקיקה של חוק רגיל**. ההליך שבו מתכננת הממשלה להעביר את הרפורמה המוצעת הוא בלתי לגיטימי ויפגע קשות בלגיטימיות הרפורמה שתתקבל.
- אנו מבססים עמדה נורמטיבית זו בדבר ההליך הראוי לקבלת שינויים חוקתיים מהותיים על מספר אדנים: על מושכלות יסוד של תיאוריה חוקתית ותיאוריה דמוקרטית; על עקרונות תורת החקיקה; על המסורת שהשתרשה בכנסת; וכן על הפסיקה ועקרונות יסוד של שיטת המשפט, הנובעים מערכי היסוד הן של מדינה דמוקרטית, הן של מדינה יהודית.

תקציר

בנייר עמדה זה אנו טוענים כי:

- כל שינוי חוקתי, ובוודאי שינוי חוקתי בהיקף נרחב כמו הנוכחי, חייב להיעשות בהליך משתף, יסודי וזהיר, כפי שראוי לתיקון חוקתי יסודי שמשנה את כללי המשחק הפוליטי לשנים רבות.
- שינוי חוקתי יסודי חייב להיות פרי של הסכמה פוליטית וציבורית רחבה, אשר ניתן להשיג רק באמצעות הליך חקיקתי איטי שמבטיח ומשתף את כלל הציבור במדינה.

- הליך קבלת ותיקון החוקה צריך להבטיח דיאלוג אמיתי שמכוון להסכמה רחבה מתוך התדיינות (דליברציה) והשתתפות, תוך שהוא מבטיח ייצוג הולם לכל ומערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, ולהגנה הראויה על זכויות הרוב הדומם או המיעוט החלש פוליטית.
- תפיסה זו היא ממושכלות יסוד בתיאוריה החוקתית, בתיאוריה הדמוקרטית ובתורת החקיקה.
- התפיסה כי רגעים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך מיוחד לצורך השגת הסכמה רחבה הוכרה בכנסת ישראל מימיה הראשונים. כפי שהעירה פרופ' רות גביון בניחוח של הדיונים בכנסת שקדמו להחלטת הררי בשנת 1950 (שלפיה החוקה תיכתב בפרקים הקרויים חוקי יסוד), "כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה".¹
- אין לחדד כי היו אומנם מקרים שבהם נחקקו ותוקנו חוקי יסוד בהליך שאינו מתקרב לסטנדרט הראוי לקבלתן ותיקונן של נורמות חוקתיות. עם זאת, ברוב השנים, הנורמה הרווחת הייתה שלפחות בשינויים חוקתיים גדולים ומשמעותיים יש לעשות מאמץ להגיע להסכמה רחבה.
- לכן אנו סבורים כי יש לכבד את המסורת החוקתית שהייתה מקובלת לאורך השנים על חברי הכנסת מימין ומשמאל, שלפיה על הכנסת להקפיד על ההליך הראוי בקבלת רפורמות חוקתיות גדולות.
- על הצורך להקפיד על הליך חקיקה במיוחד כאשר מדובר בחוק יסוד ניתן ללמוד גם מעקרונות היסוד של השיטה ומהפסיקה, לרבות פסק דינו של השופט סולברג בפרשת **קונטיננסקי**.
- אסור שחוקי יסוד יתקבלו בצל חובה קואליציונית לתמוך בהם, יהא תוכנם אשר יהא, ועל הכנסת לעשות מאמץ כן ואמיתי לגבש קונצנזוס פוליטי רחב לגבי השינויים הרצויים באופי המשטר.
- על מנת לקדם את הרפורמה המוצעת, יש לבנות הליך דיאלוגי מעמיק ליצירת הסכמות רחבות. הליך כזה דורש התקדמות איטית יותר, ופרוצדורה מיוחדת שתאפשר לא רק השתתפות רחבה של כל סיעות האופוזיציה ושל הציבור, אלא גם מנגנון קבלת החלטות מיוחד (כמו רוב גדול במיוחד של חברי הכנסת) על מנת לתמוך את השחקנים להגיע לפשרות. ללא הליך כזה, הרפורמה לא רק שלא תהנה מלגיטימיות דמוקרטית באופן עקרוני, אלא גם תהיה נעדרת לגיטימיות בעיני הציבור שצריך ליישם אותה ולפעול על פיה.

נימוקי נייר העמדה

א. הקדמה

לאחרונה הציג שר המשפטים יריב לוין תוכנית לשינויים רבים ומרחיקי לכת במערכת המשפט שמטרתה שינוי חוקתי עמוק שיבטיח, לדבריו, "משילות" – חופש פעולה לרשות המבצעת תוך צמצום סמכויותיה של מערכת המשפט: שינוי עמוק של חוקי היסוד הנוגעים לסמכויות הממשלה, הכנסת ובית

1 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 77 (1997).

המשפט, פסקת התגברות ברוב של 61 חברי כנסת, ביטול עילת הסבירות, מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון ושינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים (להלן: "הרפורמה").² מההסכמים הקואליציוניים עולה כי כל סיעות הקואליציה חיובו לתמוך ברפורמה ובחקיקתה בהליך מזורז, הן בוועדות והן במליאה.³ כמו כן, על פי דיווחים בתקשורת, "בכירים בקואליציה" אף מודיעים מראש "שאינן שום כוונה להכניס שינויים במהפכה המשפטית של לוי".⁴

במקביל החל יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ שמחה רוטמן, לדון במרכיבים שונים של הרפורמה והדיון נערך מיום ליום בלוח זמנים מהיר; עוד לפני שהונחה הצעת חוק, מבלי שהתזכיר פורסם באתר התזכירים, ונכון לשעת כתיבת שורות אלו, תוך עקיפת עבודת מטה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים או בלשכה המשפטית בכנסת (וזאת נוסף על הפצת מסמך לחברי הוועדה שהיועצת המשפטית לכנסת התריעה שהוא עלול להטעות את חברי הוועדה ואף כולל דברים שאינם משקפים במדויק את המצב המשפטי הנוהג במדינת ישראל).⁵ דבר זה אף מעלה את החשש שמטרתם האמתית של הדיונים המקדימים היא לאפשר כעת השתתפות בדיונים התיאורטיים כדי שכשיגיע שלב ההצעות הקונקרטיות יעלו את הטיעון שהדיון כבר התקיים.

עולה אפוא כי אצה הדרך למקדמי הרפורמה והם מתכוונים להעביר את תיקוני החקיקה הדרושים לה תוך זמן קצר מאוד, ללא הליך סדור ותוך שימוש ברוב הקואליציוני ללא נכונות אמתית לדיאלוג או לפשרות.

בנייר עמדה זה נשים בצד את שאלת נחיצותה של הרפורמה, ונתמקד בהליך הראוי לקבלתה של רפורמה חוקתית, בוודאי רפורמה שמהווה מהפכה חוקתית, כפי שמבקש התזכיר לעשות. עמדתנו היא שאף מי שסבור שיש מקום לשינויים ותיקונים במערכת המשפט, חייב לעשות זאת בהליך חוקתי ראוי. ההליך המסתמן כרגע רחוק מאוד מלעמוד בדרישה זו.

לאחר שנסביר בקצרה מדוע הרפורמה, גם לדעת מקדמיה, תהווה למעשה שינוי חוקתי עמוק, שווה ערך לכינון חוקה חדשה למדינת ישראל, נתמקד בטענתנו, **שינוי חוקתי בהיקף כזה חייב להיעשות בהליך משותף, יסודי וזהיר, כפי שראוי לתיקון חוקתי יסודי שמשנה את כללי המשחק הפוליטי לשנים רבות**. תיקון כזה לא יהיה לגיטימי מבחינה דמוקרטית אם הוא יעבור במתכונת הדיונית המוצעת – הליך חקיקת בזק שמוסכם אך ורק על הרוב הקטן בכנסת המרכיב את הקואליציה, תוך הטלת חובה על כל חברי הכנסת בקואליציה לתמוך בו, ללא דיון משמעותי עם סיעות האופוזיציה ועם כלל הציבור בישראל. אנו נראה שהן ההיסטוריה החוקתית הישראלית, הן הכתיבה התיאורטית וההשוואתית על אופן כינון ותיקון של חוקות, והן עקרונות בסיסיים של לגיטימיות דמוקרטית מלמדים כי **שינוי**

2 מתן וסרמן ואנה ברסקי "פסקת התגברות ברוב 61 ושינוי בבחירת השופטים: לוי הציג את התוכנית המשפטית" **מעריב אונליין** (4.1.2023) www.maariv.co.il/news/law/Article-970186; חן מענית ומיכאל האוזר טוב "פסקת התגברות וקיצור כהונת נשיא העליון: לוי הפיץ את טיוטות החוקים להחלשת מערכת המשפט" **הארץ** (11.1.2023) <https://bit.ly/3LsSOKM>.

3 סעיף 26 בנספח להסכם הקואליציוני לכינון הממשלה ה-37.

4 דיווח של דפנה ליאל, <https://bit.ly/3Nyc8Yl>.

5 ככל שיש כוונה לעקוף את הייעוץ המשפטי לכנסת, זוהי בעיה נוספת שלדעתנו מפרה את חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, המעגן סטטוטורי את תפקידיו של היועץ המשפטי לכנסת, ופוגעת בזכותם של חברי הוועדה לייעוץ משפטי, כחלק מזכותם לגבש עמדה, הנובעת מעקרון ההשתתפות. אולם, בנייר עמדה זה לא נעסוק בהיבט זה.

חוקתי יסודי חייב להיות פרי של הסכמה פוליטית וציבורית רחבה, אשר ניתן להשיג רק באמצעות הליך חקיקתי איטי והמשתף את כלל הציבור במדינה. לדעתנו הטלת חובה מראש על כל סיעות הקואליציה לתמוך בתיקון, מבלי שאפילו ידעו או יכלו לדעת מה תוכנו האמיתי, סותרת מיניה וביה כל טענה בדבר קיומה של נכונות וכוונה לקיים דיון בתיקון המוצע שיוכל להשפיע על קבלתו ותוכנו.

ב. בקצרה: מדוע הרפורמה המוצעת היא למעשה שינוי יסוד במשטר החוקתי הישראלי?

הרפורמה מוצגת כתיקון של ליקויים של מערכת המשפט. אך למעשה היא תשנה את המשטר החוקתי של המדינה, בכל אחד מהמרכיבים העיקריים של המשפט החוקתי: היחסים בין רשויות השלטון השונות והיחסים בין רשויות השלטון לפרט. הרפורמה תשנה את היחסים בין הרשות השופטת מצד אחד לבין הרשות המחוקקת והמבצעת מצד שני. זאת, מאחר שהיא מחלישה את תפקידם של בתי המשפט באיזון כוחם של הרשות המבצעת ושל הרוב ברשות המחוקקת. **ראשית**, פסקת ההתגברות ברוב של 61 חברי הכנסת תאפשר לכנסת להתעלם מהביקורת השיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות, לרבות הזכויות הבסיסיות ביותר (הזכות לבחור ולהיבחר, הזכות לכבוד, לחיים, לחירות, לפרטיות וכן הלאה) וכך לסטות בקלות מעקרונות חוקתיים. **שנית**, השינויים המוצעים בוועדה לבחירת שופטים יהפכו את שופטי ישראל לתלויים יותר בפוליטיקאים, אשר יחזיקו באמצעות נציגיהם ברוב גדול בוועדה ולפיכך תהיה להם השפעה מכרעת במינוי שופטים, בקידומם, וגם בסיום כהונתם.⁶ **שלישית**, שיחורר הממשלה ושריה מן החובה לפעול לפי חוות דעת משפטיות, והחלשת היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה על ידי הפיכתם למשרות אמון, יפגעו קשות בשלטון החוק ויחלישו את אחד ממנגנוני הבקרה היעילים ביותר כנגד חריגה מסמכות ושחיתות שלטונית. **רביעית**, ביטול עילת הסבירות יצמצם בצורה ניכרת את הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת. שינויים אלו ישפיעו באופן ישיר על היחסים בין רשויות השלטון לפרט, שזכויותיו יהפכו נתונות לחסדי הרשות המבצעת השלטת בפועל ברשות המחוקקת ומעתה גם תשלוט ברשות השופטת. נגישותו של כל פרט לסעד משפטי ממשי נגד הרשות המבצעת תצומצם באופן ניכר גם בשל צמצום הביקורת השיפוטית והגדלת התלות של השופטים ברשות המבצעת.

מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון גם הוא יפגע בסופו של דבר בזכויות הפרט, מאחר שיועצים אלה יכוונו לשרת את רצונות הגורם הממנה ללא מגבלות, להבדיל מהאתוס המקצועי של הייעוץ המשפטי כיום, לפיו תפקידם של היועצים המשפטיים הוא לסייע לדרג המדיני להוציא לפועל את תוכניותיו תוך כדי הקפדה על שלטון החוק וזכויות הפרט בגופים להם הם מייצגים. מתנגדי השינויים המוצעים הללו רואים בהם מהפכה שלטונית שתסכן את עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. לעומתם, מקדמי הרפורמה רואים שינויים אלו כ"החזרת האיזון"⁷ ביחסים בין הרשויות שהופר לטענתם על ידי פסיקת בית המשפט העליון והחקיקה הקיימת בנוגע לבחירת שופטים ומינוי יועצים משפטיים. אלה גם אלה מכירים בהיקף ובעומק השינויים המשפטיים הצפויים.

6 חוק-יסוד: השפיטה, ס' 7.

7 למשל, השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר ציין כי "התחייבנו לשינוי מהותי במערכת המשפט ולשם כך קיבלנו את אמון העם, כדי שנחזיר את האיזון בין הרשויות ולהחזיר את השלטון לעם". "מחזירים את המדינה לעם": בימין מברכים על רפורמת לוי – בשמאל תוקפים "עכשיו 14 פוליטי (4.1.2023) <https://bit.ly/41AMTcl>

ג. מדוע שינויים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך שונה מזה הננקט בימים אלה?

שינויים חוקתיים בהיקף ועומק כזה הם מה שברוס אקרמן, המומחה למשפט חוקתי, כינה בהקשר של ארצות הברית "רגעים חוקתיים": רגעים מיוחדים ונדירים שבהם מתבצעים שינויים חוקתיים הנוגעים לזהות המשטר החוקתי. לפי אקרמן, כל הרעיון של חוקה הוא ליצור הבחנה בין שני מסלולי חקיקה שונים: בין "פוליטיקה רגילה" של חקיקה יום-יומית לבין פוליטיקה חוקתית. בעוד שפוליטיקה רגילה מתנהלת באמצעות נציגי העם בהליך הפרלמנטרי הרגיל ומושפעת מטבע הדברים משיקולים פוליטיים וקואליציוניים רגועים, ההסדרים החוקתיים חייבים להתקבל בהליך מיוחד שיבטיח קבלת החלטות ערכית, "חוקתית", שקולה, המסתכלת על טווח ארוך, ולא בקבלת החלטות פזיזה, מתוך פוליטיקה צרה וקצרת רואי.⁸

הליך קבלת החוקה צריך להבטיח, ככל הניתן, קבלת החלטות לטובת הכלל, ולהקטין ככל הניתן את ההשפעה של אינטרסים אישיים, מפלגתיים-מגזריים או של רשות שלטונית אחת. ואכן, המחקר התיאורטי והניסיון ההשוואתי מלמדים שלהליך קבלת החוקה יש השפעה קריטית על המידה שבה ניתן להגשים מטרה זו.⁹ והחשוב מכל: הליך קבלת החוקה והליך תיקונה צריכים להבטיח דיאלוג אמיתי, הסכמה רחבה, התדיינות (דליברציה), השתתפות, וייצוג הולם, וכן לערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, ולהגנה ראויה על זכויות הן של הרוב הדומם והן של מיעוטים חלשים מבחינה פוליטית.¹⁰ אלו הן מושכלות יסוד הן בתיאוריה חוקתית, הן בתיאוריה דמוקרטית.¹¹

גם הספרות על תורת החקיקה תומכת בתפיסה שלפיה חקיקה חוקתית מחייבת מסלול חקיקה מיוחד ושונה מהליך החקיקה הרגיל – מסלול חקיקה אטי, שמבטיח ריסון, דיון מעמיק וזהיר במיוחד, והליך שמקנה לגיטימציה דמוקרטית מיוחדת.¹² לפי חוקרי תורת החקיקה, אף שיש סוגי מקרים או חוקים שיכולים להצדיק הליך חקיקה מזויר, קבלת נורמות חוקתיות מחייבת לתת עדיפות לערכים של ריסון, התדיינות, לגיטימציה דמוקרטית ואיכות התוצר גם אם זה בא על חשבון מהירות ועיללות. עוד מדגישה הספרות על תורת החקיקה כי האמצעים למימוש מטרה זו אינם מסתכמים בדרישת רוב מיוחד

8 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE, vol. 1: Foundations (1991); BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE, vol. 2: Transformations (1998).

9 Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 DUKE L.J. 364 (1995).

10 מובן שאין הדבר מחייב בהכרח שימוש במנגנון של משאל עם, שהוא שנוי במחלוקת וטומן בחובו גם סכנות להטיות ומניפולציות, אלא יש דרכים רבות ומגוונות לערב את הציבור בהליך קבלת החוקה. ראו והשוו למשל רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 449 (2007); צבי ענבר, שלמה גוברמן ואבישי בניש **הליכי קבלת החוקה ותיקונה** (התש"ס); Andrew Arato, *Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making*, 1 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 173 (2012); Richard Albert, *Discretionary Referendums in Constitutional Amendment*, THE LIMITS AND LEGALITY OF REFERENDUMS 63 (Richard Albert & Richard Stacey eds., 2022).

11 לפי ג'ון רולס, זוהי התפיסה הדומיננטית בעולם. ראו JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 233 (1993).

12 איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לו 645, 685–686 (2016).

בפרלמנט, אלא מחייבים פרוצדורות שייספקו זמן, תנאים והזדמנויות רבים יותר להגשמת הכליות כגון השתתפות, התדיינות, שיתוף הציבור, בחינה ובקרה.¹³ הקושי בשמירת העקרונות הללו בכל הנוגע לתיקון חוקתי בישראל טמון בכך שלכנסת שני כובעים: הכובע של רשות מחוקקת והכובע של רשות מכוננת. ואולם קיים הבדל עקרוני בין עבודת הכנסת כרשות מחוקקת לבין עבודתה כרשות מכוננת, הקובעת או משנה את חוקתה של מדינת ישראל. על הרשות המחוקקת לחוקק חוקים שיאפשרו לממשלה המכהנת, הנהנית מאמון הכנסת, לבצע את מדיניותה, גם אם מדיניות זו שנויה במחלוקת ציבורית ופוליטית ונדחית על ידי כל סיעות האופוזיציה. בפועל כרשות מכוננת הכנסת אמורה לקבוע את כללי המשחק של המערכת הפוליטית, את ערכי המדינה ואת זכויות האדם. כל אלה אמורים לשקף קונצנזוס רחב, ולא את השקפתה של קואליציה זו או אחרת או אינטרסים מידים שלה.¹⁴ כללי החוקה וערכיה אמורים לחול בכל קונסטלציה פוליטית, יהא הרכב הקואליציה בכנסת אשר יהא.

ד. הכנסת עצמה הכירה לאורך השנים בצורך בהליך מיוחד לבניית הסכמות בעת כינון חוקה ותיקונה

התפיסה כי רגעים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך מיוחד לצורך השגת הסכמה רחבה הוכרה בכנסת ישראל מימיה הראשונים. כפי שהעירה פרופ' רות גביון בניתוחה של הדיונים בכנסת שקדמו להחלטת הררי בשנת 1950 (שקבעה שהחוקה תיכתב בפרקים הקרויים חוקי יסוד), "כבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל בהליך חקיקה רגיל ובמהלך של פוליטיקה רגילה חוקה מקיפה עליונה".¹⁵ ואכן, בגרסאות שונות של הצעות לחוק יסוד: החקיקה ובהצעת ועדת נאמן חזר הרעיון של מסלול חקיקה מיוחד ומורכב יותר לקבלת חוקי יסוד ותיקונם. אך מעניינת במיוחד הצעתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-16, בראשות ח"כ מיכאל איתן (הליכוד). לפי הצעה זו, לתיקון החוקה יידרש הליך מיוחד, אשר יכלול, בין היתר, ארבע קריאות, כשהקריאה השלישית תדרוש רוב של 61 חברי הכנסת, ואילו הקריאה הרביעית תדרוש רוב של 70 חברי הכנסת, וחשוב מכך: הקריאה הרביעית תהיה בשיבת הכנסת שנועדה לעניין זה בלבד ואשר תיערך אחרי תום 180 יום מיום הקריאה השלישית.¹⁶ אשר לקבלת החוקה עצמה, הוועדה בראשות ח"כ איתן הובילה מהלך לקבלת החוקה בהסכמה רחבה. כפי שהבהירה פרופ' גביון, ששימשה יועצת לוועדה: "על מנת שחוקה תוכל למלא את תפקידה הייחודי – יצירת מסגרת משותפת שתכיל את המחלוקות – היא זקוקה לגיטימציה מיוחדת. חוקה המכוננת לאחר רגע היסטורי משמעותי ורוכשת לגיטימציה בקרב הציבור בהתבסס על אותה התפתחות היסטורית רבת משמעות... כאשר חוקה אינה מתקבלת לאחר רגע כזה, כמו במקרה של ישראל, הלגיטימציה המיוחדת של החוקה צריכה להתבסס על מקור אחר. מקור כזה יכול להיות

13 שם.

14 רבקה וייל "כרוניקה של כשלון ידוע מראש: למה לא הייתי יושבת בוועדה הדנה בחוק יסוד: החקיקה?" ("לא ראוי שרוב מקרי יקבע סטטוס קוו אשר לא ניתן יהא לסטות ממנו אלא ברוב מיוחד") **ICON-S**

IL Blog (5.5.2022) <https://bit.ly/3VqUCXY>.

15 גביון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 77.

16 "חוקה בהסכמה רחבה: הצעת חוקה – תיקון החוקה", <https://bit.ly/3p5p9yE>.

תהליך של דיון רחב ועמוק שיבסס הסכמה אמיתית לגבי כללי המסגרת וערכיה המשותפים. ואכן מקובל לומר כי חוקה לישראל צריכה להתקבל 'בהסכמה' או ב'הסכמה רחבה'¹⁷. אין לכחד כי היו אומנם מקרים שבהם נחקקו ותוקנו חוקי יסוד בהליך שאינו מתקרב לסטנדרט הראוי לקבלתן ותיקונן של נורמות חוקתיות.¹⁸ עם זאת, ברוב השנים, הנורמה הרווחת הייתה שלפחות בשינויים חוקתיים גדולים ומשמעותיים יש לעשות מאמץ להגיע להסכמה רחבה. תומכי הרפורמה המוצעת של השר לוי נהגו לטעון כנגד הלגיטימיות של הליך חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אולם, על אף הקשיים בהליך חקיקתם, חוקי יסוד אלו לא נחקקו בהליך בזק ולא בכפיית משמעת קואליציונית, כפי שמוצע כעת לחוקק את הרפורמה. חוקי יסוד אלה נחקקו בהליך חקיקה שארך למעלה משנה, ולמעשה היה תוצר של תהליך שנמשך שנים רבות, שהחלו עם ההצעות לכינון חוק-יסוד: זכויות האדם. כפי שציין שר המשפטים דאז, דן מרידור (הליכוד), בעת קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא שיקף "מאבק, המתנהל שנים לחקיקת זכויות האדם".¹⁹ לתהליך זה היו שותפים רבים הן מהקואליציה הן מהאופוזיציה.²⁰ חוקי היסוד נחקקו בתקופת ממשלת ימין, כהצעות חוק מהאופוזיציה שנתמכו עוד מתחילת הדרך על ידי ועדת שרים לענייני חקיקה על דעת הממשלה כולה,²¹ ועברו בתנאים של חופש הצבעה, בזכות תמיכה של שר המשפטים מהליכוד ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט מהליכוד, של יו"ר המפד"ל ושל חברי כנסת נוספים ממפלגות אלו וממגוון מפלגות אחרות, לרבות כל סיעות האופוזיציה. חוקי היסוד הללו נחקקו בהליך של בניית פשרות והסכמות שחצו קווים של ימין ושמאל ושל קואליציה ואופוזיציה, ושיקפו פשרות כואבות. נעשה מאמץ להביא בחשבון גם את החששות והביקורת של המפלגות החרדיות בכנסת, וזאת למרות שלתומכי החקיקה הובטחה תמיכת רוב מחברי הכנסת מסיעות הקואליציה והאופוזיציה. כותבת יהודית קרפ שליוותה את הליך החקיקה: בדיוני הכנסת "ניכרים יותר דברי חברי הכנסת, שהביעו את כאב החלקיות וההשלמה עם פשרה בשם 'קונצנזוס לאומי'".²² בעת

17 רות גביון "חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה – לקחים מהתהליך החוקתי בכנסת ה-16", <https://bit.ly/3LN3uUM>. לזכותה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ה-16 ויושב ראשה יאמר שנאה דורש ונאה מקיים. הוועדה פעלה מתוך מטרה להכין הצעת חוקה בהסכמה רחבה, תוך שהיא שומעת ושוקלת גישות שונות ומגוונות. היא קיימה 87 ישיבות במהלך תקופה של קרוב לשלוש שנים. בדיונים השתתפו מאות משתתפים, נציגים ממגזרים רבים בחברה הישראלית: יו"ר הכנסת וחברי הכנסת, יועצים משפטיים של הוועדה ושל הכנסת, מומחים מהאקדמיה, שופטים בהווה ובעבר מבית המשפט העליון וערכאות אחרות, משפטנים ומומחים ממשרדי ממשלה, מומחים של מכוני מחקר שונים, נציגי עשרות ארגונים ציבוריים ואזרחים מהשורה. כמו כן קיבלה ובחנה הוועדה מסמכים רבים, בהם ניירות עמדה, מאמרים, הצעות שונות וכן מסמכי רקע לדיונים ביוזמת הוועדה.

18 לדוגמאות שונות ודיון ביקורתי עליהן ראו למשל בריסמן-טוב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 695–697; אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוק-היסוד" **משפט וממשל** ב' 443 (1994); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א' 323 (1993).

19 מצוטט שם, בעמ' 326.

20 שם.

21 ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (החלטה חק/642 מיום 10.4.1991). בעקבות ערר, החליטה הוועדה שוב, על דעת הממשלה, לתמוך בהצעת חוק היסוד (החלטה חק/689 מיום 15.4.1991). ראו יהושע שופמן "המהפכה החוקתית" **שורשים במשפט** 461 (דינה זילבר עורכת 2020) www.gov.il/he/Departments/publications/reports/roots_1992_1.

22 קרפ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 326.

ההצבעה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, ח"כ אוריאל לין מהליכוד: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". ובהמשך: "היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה".²³ יש לציין כי בשנת 1994, עוד לפני פסק דין **בנק המזרחי** שבו הכיר בית המשפט בסמכותו לפסול חוק הסותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכניסה הכנסת תיקון משמעותי ביותר לחוק היסוד – סעיף 1 לחוק היסוד הקובע כי הזכויות בחוק היסוד יפורשו ברוח מגילת העצמאות. תיקון זה, שהיווה בפועל אישור מחדש של חוק היסוד, נתקבל ברוב של 67 חברי כנסת. רק 9 חברי כנסת התנגדו לתיקון. חוקי היסוד של זכויות האדם נחקקו אפוא מתוך הכרה בצורך בהסכמה רחבה ובהליך של דיאלוג ופשרות. ועם כל זאת, אנו מבינים גם חלק מהביקורות שלפיהן הליך חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992 היה יכול להיות יותר טוב (לפחות בשלב הקריאה השנייה והשלישית). ביקורות אלו מבטאות את ההבנה הדמוקרטית כי למרות שעל פי הדין הפורמלי בישראל ניתן לחוקק חוקי יסוד בהליך חקיקה רגיל, שינויים חוקתיים משמעותיים מצריכים הליך התדיינות מעמיק, שמשקף הסכמה פוליטית וציבורית רחבה. לעמדה עקרונית זו אנו שותפים.

ה. גם מהפסיקה ומעקרונות יסוד של השיטה עולה הצורך להבטיח השתתפות ודיון ראויים לשם כינון ותיקון חוקה

מזה קרוב לעשרים שנה, התבססה התפיסה במשפט הישראלי שהליך החקיקה צריך להתנהל לאור עקרונות יסוד, וביניהם שמירה על עקרון ההשתתפות של כל חברי הכנסת, לרבות מהאופוזיציה (כפי שנפסק וחזר ונפסק מאז בג"ץ **מגדלי העופות**) והאפשרות לקיים דיון כדבעי (כפי שהטעים השופט סולברג בבג"ץ **קוונטינסקי**), שבו תינתן לכל חברי הכנסת הזדמנות אמיתית לגבש את עמדתם, ולמיעוט – הזדמנות אמיתית לשכנע את הרוב.²⁴ כפי שהבהירו השופטים סולברג והנדל בפרשת **קוונטינסקי** ובפרשות נוספות – מתוך עיון מעמיק גם במקורות המשפט העברי – עקרונות אלו הם עקרונות יסוד "במורשתנו היהודית, כמו גם בתפיסתנו הדמוקרטית",²⁵ והפגיעה בהם "פוגעת בערכי היסוד של השיטה. כך לא רק לפי תפיסה דמוקרטית אלא גם לפי תפיסה יהודית".²⁶ נראה שעקרונות אלו התקבלו

23 שם, בעמ' 327. ראו גם אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79 (2012); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339 (2000); אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה' 26 (2000). בסופו של דבר לא הייתה הסכמה של כל סיעות הבית, אך הייתה הסכמה של רוב הסיעות, לרבות נציגים מכל הסיעות הגדולות מהקואליציה ומהאופוזיציה, שמנו יחד כמעט 100 חברי כנסת. ראו שופמן, לעיל ה"ש 21.

24 בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004); בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017).

25 שם, פס' 78 לפסק דינו של השופט סולברג.

26 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל. וראו גם ע"מ 1207/15 **רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק** (נבו 18.8.2016); בג"ץ 9029/16 **אבירם נ' שרת המשפטים** (נבו 1.2.2017); בנימין פורת "עקרון ההשתתפות: תרומת המשפט העברי לפסיקת בית המשפט העליון" **ICON-S-IL Blog** (4.4.2018) <https://bit.ly/30Eu1JJ>.

בהסכמה גם על ידי חברי הכנסת עצמם, ממגוון סיעות, לרבות אלו הידועים בדרך כלל כמתנגדים להתערבות שיפוטית.²⁷

אומנם פסקי דין אלו נכתבו לעניין חקיקה רגילה, אך הדברים נכונים מקל וחומר לגבי חקיקת חוקי יסוד, ובן בנו של קל וחומר לגבי ההליך הראוי לקבלת שינוי חוקתי דרמטי. בפרשת **קוונטינסקי** הדגיש השופט סולברג את החשיבות בשמירה על תקינותו של הליך החקיקה והוסיף "ואם כך בהליך חקיקה 'רגיל', על אחת כמה וכמה כאשר בהליך חקיקה 'חריג' דוגמת חוק ההסדרים עסקינן".²⁸ ההיקש המתבקש מדבריו ברור: **אם הכנסת נדרשת להקפדה בהליך החקיקה הרגיל, ועל אחת כמה וכמה בהליך חקיקה 'חריג', הרי שבהליך שנוגע לחקיקת חוקי יסוד נדרש הליך חקיקה מוקפד אף יותר.** לא זו בלבד שהכללים החלים על הליך חקיקה רגיל או חריג (דוגמת חוק ההסדרים) חלים מכוח קל וחומר על ההליך החוקתי שבנדון. הם מחייבים רף מוקפד עוד יותר, שכן מדובר במדרג נורמטיבי גבוה יותר. הדבר נכון ביתר שאת לנוכח היקף התיקונים והשלכותיהם מרחיקות הלכת על המשטר בישראל ועל דמותה של הדמוקרטיה הישראלית.

1. סיכום

אנו סבורים כי אין זה ראוי כי הכנסת תתייחס לתפקידה כרשות המכוננת באותה דרך שהיא מתייחסת לתפקידה כרשות מחוקקת. יש לכבד את המסורת החוקתית שהייתה מקובלת לאורך השנים על חברי הכנסת מימין ומשמאל, שלפיה על הכנסת להקפיד על הליך ראוי בקבלת רפורמות חוקתיות גדולות. במילים אחרות, אסור שחוקי יסוד יתקבלו בצל חובה קואליציונית לתמוך בהם, יהא תוכנם אשר יהא, ועל הכנסת לעשות מאמץ כן ואמיתי לגבש קונצנזוס פוליטי רחב לגבי השינויים הרצויים באופי המשטר.

אסור לה לכנסת לבצע שינויים חוקתיים אלה בבהילות ובחופזה כאשר לאור ההסכמים הקואליציוניים נוצר הרושם הברור אצל חלק גדול מן הציבור כי הדיונים בוועדות מתנהלים רק כדי לצאת ידי חובה פורמלית, בבהילות, ומבלי שמתאפשר דיון בלב פתוח ונפש חפצה שמאפשר לשקול בכובד הראש הראוי את ההתנגדויות לשינויים המוצעים.

דווקא מי שביקרו את הליך חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריכים להיות הראשונים להתנגד להליך החפז והדורסני בהרבה המסתמן בחקיקת המהפכה החוקתית שמקדם השר לוי, שהיא נרחבת ומרחיקת לכת הרבה יותר מהמהפכה החוקתית של 1992. דווקא מי שסבור שצריך לתקן את המהפכה החוקתית שנולדה ב-1992 ומבקר את האופן בו התקבלה, צריך להבטיח שהמהפכה החוקתית החדשה תתקבל בהליך ראוי. כך הבינו חת"כ מיכאל איתן, שהיה המתנגד הקולני ביותר (גם בזמן אמת) לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וגם פרופ' רות גביון, שהייתה המבקרת החריפה ביותר מן

²⁷ ראו למשל דבריו של חת"כ בצלאל סמוטריץ' מהליך חקיקת מס דירה שלישית המצוטטים אצל איתי בר-סימן-טוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או 'סטיה רבתי' בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" **מחקרי משפט** לב 877, 887 (2019). כן ראו דבריהם של חברי הכנסת מיקי רוזנטל, מרב מיכאלי, מיקי לוי, משה גפני, יואב קיש ובצלאל סמוטריץ' בתגובה לפסק הדין **קוונטינסקי** המצוטטים אצל איתי בר-סימן-טוב "מהפכה או המשכיות? : מקומו של פסק דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט 271, 309–310 (2018).

²⁸ פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 24, פס' 39 לפסק דינו של השופט סולברג.

האקדמיה, כאשר פעלו לקדם חוקה בהסכמה רחבה.²⁹ יש לקוות שכך ישכיל להבין גם יורשו הנוכחי של חבר הכנסת מיכאל איתן בתפקיד יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, ח"כ שמחה רוטמן. על מנת לקדם את הרפורמה המוצעת, יש לבנות הליך דיאלוגי מעמיק ליצירת הסכמות רחבות. הליך כזה דורש התקדמות איטית יותר, ופרוצדורה מיוחדת שתאפשר לא רק השתתפות רחבה של כל סיעות האופוזיציה ושל הציבור, אלא גם מנגנון קבלת החלטות מיוחד (כמו רוב גדול במיוחד של חברי הכנסת) על מנת לתמרץ את השחקנים להגיע לפשרות. ללא הליך כזה, לא זו בלבד שהרפורמה לא תיחנה מלגיטימיות דמוקרטית באופן עקרוני, אלא שהיא גם תהיה נעדרת לגיטימיות בעיני הציבור שצריך ליישם אותה ולפעול על פיה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' איתי בר-סימן-טוב, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס, הקריה האקדמית אונו

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

29 למעשה, ח"כ איתן כותב בדברי הפתיחה שלו כי התנגדותו העזה למהפכה החוקתית ולדרך שבה בוצעה היא שהניעה אותו לקדם את פרויקט החוקה בהסכמה. מיכאל איתן "חוקה בהסכמה רחבה: דברי פתיחה", <https://bit.ly/3LsGIFf>.

סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד

הופץ במקור ביום 7.2.2023 כנייר עמדה מס' 9

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים-מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את השאלה האם כוחו של הרוב הקואליציוני בכנסת הוא בלתי מוגבל. אנו דוחים את הטענה שלפיה די בכך שהכנסת תכנה הסדר כלשהו "חוק יסוד", כדי שתוקנה לה הסמכות לקרוא לאור לילה ולחושך יום, להרשיע צדיק ולהצדיק רשע. אנו מראים כי הדין הוא שכוחה של הכנסת מוגבל, ואם תחרוג מגבולות סמכותה – וכך יקרה אם תאומץ ההצעה של חה"כ לוי ורוטמן לחיסול עצמאות הרשות השופטת ולשלילת האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים המתקראים חוקי יסוד – לא יהיה תוקף לחקיקה כזו.

אנו מראים כי הסמכות לקבוע את כללי המשחק מוגבלת בשני היבטים עיקריים: האחד אמפירי, הדרישה להסכמה לאומית רחבה, בכנסת ובציבור, שהיא תנאי לתיקון הכללים הקיימים שתכליתו להסיר מגבלות שמוטלות על רשויות השלטון; והאחר עקרוני, הדרישה שתיקונים של חוקי היסוד יעלו בקנה אחד, מבחינת תוכנם, עם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית.

אנו סבורים שהתיקונים המוצעים נהנים אומנם מתמיכת הרוב המזדמן בכנסת, אולם הם חותרים תחת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינם זוכים להסכמה ציבורית רחבה, ולכן לכנסת אין כלל סמכות לחוקקם.

כללי

"השאלה אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה לעלות כלל על סדר יומן[ה] [של הכנסת], שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו".¹

"אנחנו נעשה את אשר על ליבנו, בלי מגבלות" (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ שמחה רוטמן, ערוץ הכנסת, 29.1.2023).

הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביוזמות החקיקה של שר המשפטים ושל יו"ר הוועדה מבוסס על ההנחה שמבחינה משפטית, כוחו של הרוב הקואליציוני בלתי מוגבל. די בכך שהכנסת תכנה

1 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 387 (הנשיא אגרנט) (1965).

הסדר כלשהו "חוק יסוד", כדי שתוקנה לה הסמכות לקרוא לאור לילה ולחושך יום, להרשיע צדיק ולהצדיק רשע. זוהי הנחה שגויה. הדין הוא שכוחה של הכנסת מוגבל, ואם תחרוג מגבולות סמכותה – וכך יקרה אם תאומץ ההצעה של חה"כ לוי ורוטמן לחיסול עצמאות הרשות השופטת – לא יהיה תוקף לחקיקה כזו. גם סעיף שלפיו בג"ץ אינו רשאי להכריז על בטלות הוראה בחוק יסוד יחרוג בעצמו מסמכות הכנסת ולכן יהיה חסר תוקף.

בתמצית, הבסיס להלכה זו הוא ההבחנה בין הכרעות חברתיות במסגרת "כללי המשחק" לבין קביעת "כללי המשחק" עצמם. הכללים נועדו להסדיר את פעולתן של רשויות השלטון; לאור כך, הקביעה של הכללים הללו כפופה למגבלות, שתוקפן נובע מעצם קיומה של הסמכות לקבוע את "כללי המשחק". עיקרון של המגבלות הללו הוא שילוב של שני היבטים: האחד אמפירי, הדרישה להסכמה לאומית רחבה, בכנסת ובציבור, שהיא תנאי לתיקון הכללים הקיימים שתכליתו הסרת מגבלות שמוטלות על רשויות השלטון; והשני עקרוני, הדרישה שתיקונים של חוקי היסוד יעלו בקנה אחד, מבחינת תוכנם, עם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית. סמכותה של הכנסת נובעת מעקרונות היסוד הללו, והם גם אלה שתוחמים את היקף הסמכות של הכנסת.

הדיון שמובא להלן נועד לבסס את ההלכה הזו, תחילה במישור העקרוני הכללי (פרק א') ולאחר מכן בהתייחס לסמכות הכנסת, תוך התייחסות למשמעותה של "המהפכה החוקתית" של 1992–1995 (פרק ב'), ולבסוף בעניין ההצעות הנדונות כעת (פרק ג').

א. כלל הזיהוי של נורמות חוקתיות

דמוקרטיה היא שיטת משטר שתכליתה הגנה על זכויות האדם. ביסוד השיטה הדמוקרטית מונחת העמדה שהערכה העיקרית לכך שהמדינה תפעל להגן על זכויות האדם היא ביזור סמכויות והפרדת הרשויות. הימנעות מהענקת כוח בלתי מוגבל לגורם כלשהו, אדם או מוסד, היא ליבת השיטה המכונה דמוקרטיה. נדבך חשוב בהשגת היעד הזה הוא מסירת סמכות הכרעה בסוגיות חברתיות למי שעומדים לבחירה תקופתית על ידי הציבור. זהו הכלל שלפיו "הרוב (בציבור) קובע". אבל זהו כלל חלקי, שהרי הוא אינו מסדיר את מכלול השאלות הטעונות הכרעה. נחוץ לקבוע מהם "כללי המשחק": מתי נערכות הבחירות (ומה קורה אם הכנסת מתיימרת לבטלן), מהי שיטת המשטר, מהו היקף שיקול הדעת שמסור לנבחרי הציבור לקבוע הכרעות חברתיות ומהו אופן היישום של החובה לכבד זכויות אדם ושל עקרונות היסוד בדבר שלטון החוק והפרדת רשויות. וצריך לקבוע גם את הכללים בדבר כללי המשחק עצמם: מי קובע מהם כללי המשחק (למשל, האם נדרש רוב רגיל או שנדרש רוב מיוחס), ומי אוסף ציות להם.

כללי המשחק מכונים "חוקה". החוקה כוללת לרוב רכיב "כתוב", שהוא אוסף כללים שהוחלט עליו בדרך מיוחדת ואשר קיימת הסכמה לאומית רחבה שהוא החוקה; ולצד זאת, גם רכיב "לא כתוב", שעניינו פרשנות החוקה הכתובה והשלמת חסרים בה. האתגר הוא להכריע מהו היקף הסמכות לקבוע מהו תוכן החוקה, הכתובה והבלתי כתובה. הדילמה היא זו: מצד אחד, החוקה נועדה להגביל את הכנסת ואת הממשלה, ואם לרוב הקואליציוני סמכות בלתי מוגבלת לשנותה כרצונו, יש חשש ממשי שהחוקה לא תשיג את יעדה. מצד שני, תוכן החוקה יכול להיות שנוי במחלוקת סבירה, וכשם שהכרעות חברתיות קונקרטיות אמורות להיות מוכרעות על ידי הציבור, באמצעות נציגיו, כך גם ההכרעה מה יהיו כללי המשחק, כלומר מה תוכנם.

פתרון חלקי לדילמה מושג באמצעות הליך מיוחד לקביעת חוקה כתובה. זה הליך שנועד להבטיח שהחוקה ותיקונים לה נעשים על יסוד שיקולים עקרוניים כלליים ולא על סמך אינטרסים צרים.

השאיפה היא שההחלטה תיעשה באופן שמדמה החלטה "מאחורי מסך בערות", כלומר הכרעה שתיעשה מבלי לדעת בוודאות אם כלל מסוים יטיב עם אינטרסים של מקבל ההחלטה (או של הציבור שהוא מייצג) או יפגע בהם. נדרשת הסכמה על כללי המשחק הבסיסיים, שאינה תלויה בשאלה אם אדם או קבוצה ייהנו ממגבלה שכלולה בהם או דווקא יוגבלו על ידיה. מדובר בדרישה לרוב גדול לאישור התיקון לחוקה במשאל עם, או בהליך מיוחד בבית המחוקקים, ברוב גדול במיוחד. אך כיצד נקבעת החוקה הבלתי כתובה, כלומר פירוש החוקה הכתובה והשלמת חסרים בה? שאלה זו רלוונטית במיוחד במקרה הישראלי, שבו אין חוקה כתובה (מעמד חוקי היסוד יוסבר להלן).

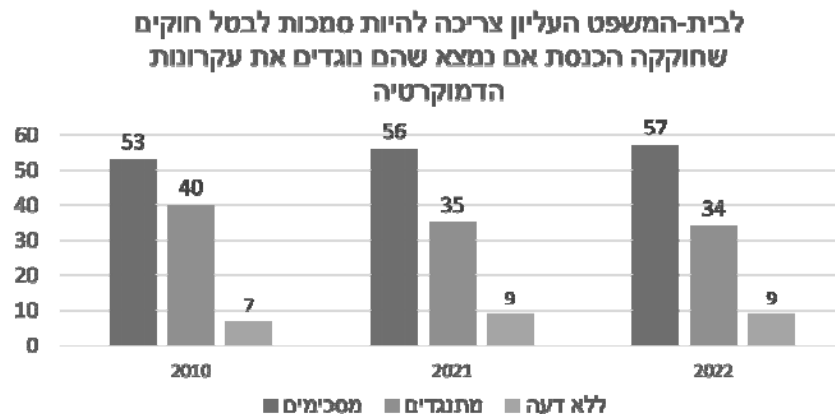
נקודת המוצא של הדיון אמורה להיות מובנת מאליה, אף שנראה שרבים מיוזמי המהלך הנוכחי בוחרים להתעלם ממנה: העמדה שלפיה לכנסת, ואף לרוב מינימלי של 61 חברי כנסת, הסמכות לקבוע נורמות חוקתיות ללא כל הגבלה, ובכלל זה הסמכות לשלול ביקורת שיפוטית על עצם הקביעה הזו (באמצעות קביעה בחוק יסוד שהוראה שנכללת בחוק יסוד חסינה מביקורת שיפוטית), היא עמדה שטעונה הצדקה. היא אינה מוכחת מעצמה. התשובה המקובלת בקרב יוזמי המהלך הנוכחי היא שהכנסת מוסמכת לקבוע את "כללי המשחק" כרצונה, וללא כל הגבלה, משום שסמכות זו נובעת מן העיקרון שלפיו "הרוב קובע". הרוב בכנסת מוגבל אך ורק, כך הטענה, מכוח מגבלות שהוא עצמו בחר להטיל על עצמו, וממילא, בכוחו גם להסיר את המגבלות הללו, ברוח הכלל התלמודי שלפיו "הפה שאסר הוא הפה ש[רשאי ל]התיר" (בבלי, כתובות, כב, ע"א), לגבי הכנסת עצמה, ולהפך לגבי הסמכות לביקורת שיפוטית. אבל זו תשובה שאין בה אלא הנחת המבוקש. כזכור, השאלה הטעונה בירור היא מהם "כללי המשחק" ומי מוסמך לקבוע אותם, והטענה האמורה מניחה שהכלל הוא "הרוב (בכנסת) קובע", ללא כל הסבר מדוע זהו הכלל ואין בלתו. נחוץ כאן טיעון מהותי, מהו הכלל שמוחל בשיטה המשפטית שלנו, טיעון שמתייחס להיבט עובדתי (הסכמה לאומית רחבה לכלל שלפיו יש לפעול) ולהיבט המוסרי (ראוי שזה יהיה הכלל שלפיו פועלים).

הטענה הבסיסית בעד עקרון "הכרעת הרוב" היא שאין הסכמה חברתית באשר לתוכן של המגבלות שראוי להטיל על רשויות השלטון. אולם, הטענה שהדרך לפתור את אי-ההסכמה הזו היא באמצעות הסתמכות בלעדית על הכלל שלפיו הרוב קובע, כך שכוחו של הרוב בלתי מוגבל אלא אם בחר מפורשות להגביל עצמו, היא שגויה ולו מן הטעם הפשוט שאין זה נכון שיש הסכמה לאומית רחבה לכך שזהו הכלל הראוי. רבים סבורים שיש סוגיות שבהן אופן ההכרעה הרצוי אינו הכרעת הרוב, למשל, הקביעה באילו נסיבות מותר לפגוע בחופש הביטוי של אדם, בחופש הדת שלו ובהיבטים רבים אחרים שמוכרים כזכויות אדם, כמו גם בסוגיות אחרות, למשל בעניין ויתור על שטח מסוים או החלת ריבונות המדינה עליו. עקרון הכרעת הרוב אינו עיקרון ניטרלי. הוא מבטא תפיסות צדק מסוימות, בדבר תועלתנות והעדפת אינטרסים של הקבוצה על פני אלה של היחיד.² בכל אלה קיימים חילוקי דעות בחברה. נוסף על כך, קשה להניח שקיימת תמיכה ציבורית נרחבת בעמדה שבכוחה של הכנסת להחליט ככל העולה על רוחה בעניינים הקשורים לכלל הרוב עצמו, למשל להחליט שתקופת כהונתה של כנסת מסוימת תוארך לפי שיקול דעתם של חברי הכנסת.³

2 למשל, דוד הד "על-פי רוב?" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית 77 (רפאל כהן-אלמגור עורך 1999).
3 למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 632 (1992): "[אם] הכנסת [תחוקק] חוק המבטל את הדמוקרטיה [...] בית-המשפט יוכל – מבחינתו של הקונסנזוס החברתי בישראל – להכריז על החוק כבטל. [...] הכנסת אינה 'מוסמכת' לבטל את הדמוקרטיה".

ביטוי לכך ניתן בנתונים הבאים, שהם עיבוד לנתונים שנמצאו בסקר מדד הדמוקרטיה 2022 שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה:⁴

תרשים 1 : עמדות בנוגע לסמכות ביטול חוקים (עיבוד לנתוני סקר מדד הדמוקרטיה 2022)



משמעות הדבר היא שגם אם אין הסכמה רחבה על תוכן של המגבלות שראוי להטיל על כוחו של הרוב, אין זה נכון שיש הסכמה על כך שאין להכיר בקיומן של מגבלות כלשהן על כוחו של הרוב. משום כך, הכלל שלפיו "הרוב קובע" אינו פותר את בעיית אי־ההסכמה בחברה. חייבת להיקבע כאן נקודת מוצא נורמטיבית כלשהי, נקודת התחלה של הדיון. נקודת המוצא היא שיש לקבוע את גבולות סמכותה של הכנסת להגדיר את "כללי המשחק" על יסוד האקסיומה, שהיא כאמור ליבת השיטה המכונה דמוקרטיה, שלפיה יש להימנע מהענקת כוח בלתי מוגבל לגורם כלשהו, אדם או מוסד. החוקה הבלתי כתובה, ובכללה הנורמה שמסדירה את אופן הקביעה של נורמות בעלות מעמד חוקתי, כלומר נורמות שמגבילות את רשויות השלטון, היא פרויקט משותף, תוצאה של שלושה מקורות בו זמנית: מקור פורמלי (החלטות של גופים נבחרים), מקור חברתי (התפיסות המקובלות בציבור) ומקור מוסרי־תבוני (היקף הסמכות שנובע מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית). שלושת המקורות הללו הם הבסיס להכרה בסמכותה של הכנסת והם גם הבסיס לקביעת גבולותיה של סמכות זו. התוקף של שני הראשונים נובע מזכות ההשתתפות של הציבור בהכרעות, ובכלל זה בקביעת כללי המשחק.

המקור הפורמלי הוא הכרעת הרוב בכנסת בחקיקת חוקי יסוד; המקור השני הוא עמדות הציבור, כלומר איתור הסכמה לאומית רחבה באשר לשאלה מה תוכנה של החוקה הבלתי כתובה שלנו, ובכלל זה מהן סמכויותיו של הרוב בכנסת לקבוע את "כללי המשחק". המקור השלישי נובע מהכרעה תבונית־מוסרית, אם כלל כלשהו שהכנסת מבקשת לקבוע עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה. הפרשנות החוקתית, ובכלל זה קביעת התוקף של תיקון לחוק יסוד, נקבעת לפי כל שלושת הגורמים הללו יחדיו.

4 תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספוז'ניקוב **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022** 49 (2022).

גישה זו, באשר ל"כלל הזיהוי" בשיטה המשפטית, משותפת לתפיסות שמקובל לכנותן "שמרניות" ולכאלה שמסווגות "ליברליות". היא מבטאת הכרה בחשיבות של שילוב שני המקורות, זה המבטא את הסכמת הציבור וזה המוסרי-תבוני, בקביעת "כללי המשחק" המשטריים.⁵ במינוח המקובל כיום, זוהי הדרישה ל"הכשר דמוקרטי", שלפיה פרשנות חוקתית, ובכלל זה קביעת הסמכות לקבוע תיקון חוקתי, היא לגיטימית רק אם היא זוכה להכשר פורמלי-דיוני, להכשר חברתי ולהכשר מוסרי-נורמטיבי.⁶ פרשנות החוקה הבלתי כתובה, ובכלל זה גבולות הסמכות לקבוע תיקון חוקתי, מבוססת על מקבילית כוחות, שכוללת שני רכיבים: האחד, המידה שבה הנורמה הנדונה מבטאת הסכמה לאומית רחבה (בכנסת ובציבור); והשני, המידה שבה הנורמה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של דמוקרטיה. למשל, בכוחה של הכנסת לקבוע את שיטת הבחירות ואת שיטת המשר, כל עוד זו נעשית בהסכמה רחבה בכנסת ואינה חורגת מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. לא כך כאשר ההחלטה מבוססת רק על ההעדפות של רוב קואליציוני מזדמן ותוכנה חורג מעקרונות היסוד. במקרים אלה, גדל משקלם של שני המקורות האחרים, דבר שעלול להוביל לפסילת חוק (ואף חוק יסוד). מקרים מסוג זה שנדונו בפסיקה הם, למשל, כאשר הרוב בכנסת קבע כללים מפלים לעניין מימון מפלגות,⁷ לעניין העלאה של אחוז החסימה,⁸ שלילת סמכותה של הכנסת לפקח על הממשלה באמצעות הקביעה שתקציב המדינה יאושר מראש לשנתיים,⁹ וכך גם לעניין הניסיון למנוע את פיזור הכנסת והקדמת הבחירות אף שלא נחקק חוק תקציב.¹⁰ יתר על כן, במקרים קיצוניים, גם תמיכה נרחבת של הכנסת ואף של הציבור לא תועיל להכיר בתוקפם של הסדרים מסוימים. אלה הסדרים שחותרים תחת הבסיס של השיטה הדמוקרטית, ובכללם: זכות ההשתתפות השווה בבחירות, עקרון הפרדת הרשויות והחובה לכבד את זכויות האדם.

הגבלת כוחה של הכנסת נחוצה לשם הגדלת הסיכוי שהשלטון יפעל לשם מימוש התכליות לשמן הוענקו לו סמכויותיו. הרוב עלול להעדיף את האינטרסים הצרים של חבריו על חשבון בני קבוצות מיעוט כדי להבטיח את המשך שלטונו. בוודאי כך בחברה שסועה, שיש בה קבוצות תרבותיות נבדלות, שביניהן מידה לא מבוטלת של עוינות. כמעט כל הדמוקרטיות בעולם, לרבות מדינות שיש להן תרבות פוליטית דמוקרטית מפותחת, מכירות בצורך בהגבלת כוחו של הרוב, באמצעות קביעת הגבלות בחוקה כתובה וקביעת הסדרים מיוחדים לשם תיקון החוקה, כך שרוב רגיל לא יוכל לעשות את המגבלות פלסטר. בישראל, שבה אין חוקה כתובה ואין הסדרים מפורשים בדבר האופן שבו קובעים חוקה ומתקנים אותה, המגבלות נובעות מן החוקה הבלתי כתובה. הן מבטאות התחשבות בעמדת הרוב

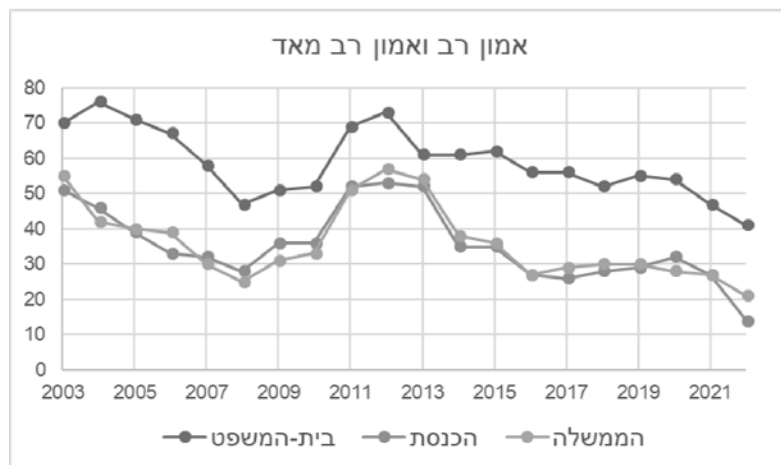
- 5 למשל, Garry Wills, *The Convenient State*, in AMERICAN CONSERVATIVE THOUGHT IN THE TWENTIETH CENTURY 7, 23, 28 (William F. Buckley, Jr. ed., 1970).
- 6 למשל, JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM 64–69 (2011); Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).
- 7 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969), שם הוכרז על בטלותו של חוק "רגיל".
- 8 בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (12.3.2015), שם הוחלט, בדעת רוב, שלא להכריז על בטלותו של התיקון לחוק הבחירות לכנסת, לאחר שנמצא שהעלאת אחוז החסימה שנדונה שם אינה פוגעת בייצוג בכנסת של הקבוצות השונות בחברה.
- 9 בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017), שם ציין בית המשפט כי חזרה על פרקטיקה כזו עלולה להביא להכרזה על בטלות התיקון לחוק יסוד.
- 10 בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021).

בכנסת אך גם בעמדת הציבור בכללו ובמידת ההתאמה שבין הנורמות שמבקשים לקבוע לבין עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית.

הכרעה נוספת שנחוצה היא באשר לזהותו של הגורם שרהא בידיו הסמכות לאכוף ציות ל"כללי המשחק", ובכלל זה הסמכות לקבוע אם הכנסת חרגה מסמכותה לקבוע את "כללי המשחק". בעניין זה, אין די בהערכה אם בית המשפט הוא מוסד מתאים לכך או לא. ההכרעה הנחוצה היא מיהו המוסד המתאים ביותר לכך מבין החלופות הרלוונטיות, כלומר בית המשפט או הכנסת עצמה. ההכרעה הנחוצה היא מיהו המוסד שזוכה למידה הרבה ביותר של אמון הציבור, כעניין אמפירי, ומיהו המוסד שראוי, מבחינת הערכה רציונלית, לתת בו אמון.

במישור האמפירי, עמדות הציבור בישראל מבטאות אמון רב יותר בבית המשפט העליון מאשר בכנסת ובממשלה. אף שניכרת בשנים האחרונות ירידה באמון הציבור בבית המשפט, הירידה באמון הציבור בכנסת (ובממשלה) תלולה לא פחות, והתוצאה היא שמירת הפער הניכר באמון הציבור בבית המשפט לעומת המוסדות הפוליטיים. פער זה נשמר לאורך כל השנים, ללא קשר לזהות הפוליטית של הממשלה והקואליציה בכנסת, והוא נותר ברמה גבוהה גם לאחר "המהפכה החוקתית". הנה דוגמה לביסוס הערכה זו, מתוך סקר מדד הדמוקרטיה 2022, שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה:¹¹

תרשים 2: מידת האמון ברשויות (מתוך סקר מדד הדמוקרטיה 2022)



גם ניתוח רציונלי מוליך למסקנה שיש להעדיף את מסירת האכיפה של הציות למגבלות שמוטלות על הכנסת בקביעת תיקונים לחוקי היסוד לבית המשפט. קיים אומנם חשש שבית המשפט יפעיל את סמכויות הפיקוח שלו באופן מוטא ושלא למטרות לשמן הוענקה לו הסמכות. אולם, ההערכה המקובלת בכמעט כל הדמוקרטיות בעולם היא שהסיכון שנשקף מבית המשפט נופל עשרת מונים מן

11 מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022, לעיל ה"ש 4, בעמ' 70.

הסיכון שנשקף מרשויות השלטון ומכוחו של הרוב בציבור.¹² בהיבט זה, העובדה שהשופטים אינם עומדים לבחירת הציבור היא דווקא יתרון ולא חסרון. השופטים אינם צריכים להתאים את עמדותיהם לעמדות אנטי ליברליות שיש להן לעיתים תמיכה בקרב הציבור או לפעול לקידום אינטרסים צרים של ציבור מסוים, כדי להבטיח את בחירתם מחדש. עוד יש להתחשב בהקשר זה בתרבות השיפוטית, שמחייבת הנמקה על יסוד שיקולים תבוניים ולא על יסוד הכרעה שרירותית, תוך מחויבות לעקביות, ובביקורת הציבורית לה כפופים השופטים. גורם חשוב בהערכת הסיכון שנשקף משימוש לרעה בסמכות הביקורת השיפוטית הוא העובדה שהשופטים אינם אמונים בדרך כלל על ההכרעות החברתיות עצמן, כלומר על הקביעה באיזה אופן יש לפגוע בזכויות כדי לקדם אינטרס ציבורי או כיצד להקצות משאבים ציבוריים ואף אינם קובעים את "כללי המשחק" עצמם. הביקורת השיפוטית תוחמת את גבולות ההכרעות המותרות, והיא מותירה מרחב ניכר של שיקול דעת לרשויות השלטון לבחור בין החלופות השונות.

החלת ביקורת שיפוטית על קביעת "כללי המשחק" היא אכן עניין חריג לעומת המקובל בעולם. אך זהו היבט שמתחייב מכך שגם הסמכות שלגביה מוחלת הביקורת השיפוטית היא חריגה לעומת המקובל בעולם – חקיקה בהליך רגיל בבית המחוקקים, בלא דרישת רוב מיוחס או הגבלה אחרת. בנסיבות כאלה, האיזון הנדרש הוא בהחלת מקבילית הכוחות שתוארה לעיל: סמכות הכנסת לקבוע הוראות בחוקי יסוד היא נרחבת יותר ככל שהיא נעשית בהסכמה רחבה בכנסת, מעבר לרוב הקואליציוני, ומשקפת הסכמה רחבה בציבור להוראות שמבקשים לקבוע, וככל שאין בה סתירה לעקרונות יסוד של דמוקרטיה.

ב. סמכויות הכנסת כרשות מכוונת

יישום התפיסה שתוארה באשר לסמכויותיה של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות מחייב להבחין בין סמכויותיה של האסיפה המכוונת המקורית, שנבחרה ב-1949, לבין הסמכות של הכנסת שבאו אחריה. הסמכות של האסיפה המכוונת המקורית הייתה רחבה מאוד, על יסוד כל שלושת המקורות שצוינו. הסמכות הנרחבת נבעה מכך שהאסיפה הוסמכה לחבר חוקה מכוח הכרזת העצמאות, מסמך שמוכר כמקור הסמכות העיקרי, הנורמה הבסיסית, של המשפט הישראלי. הסמכות הנרחבת של האסיפה המכוונת המקורית עולה גם מכך שהיא נבחרה במיוחד לשם המטרה של קביעת החוקה הכתובה, ברגע המכונן של הקמת המדינה, ולאור ההליך שבו החוקה אמורה הייתה להיות מאושרת. מכאן שגוף זה זכה להכשר פורמלי, מכוח ההסמכה לחבר חוקה שנקבעה בהכרזת העצמאות; להכשר חברתית, שהתבטא בהסכמה לאומית רחבה לכך שזהו הגוף שמוסמך לקבוע את החוקה; ולהכשר מוסרי, שכן התנאים שבהם היא אמורה הייתה לקבוע את החוקה שיקפו דרך ראויה לכינון חוקה. על יסוד כך, סמכותה של האסיפה המכוונת המקורית הייתה רחבה מאוד, אם כי גם כאן, אין מדובר בהכרח בסמכות בלתי מוגבלת, בשל שילוב של גורמים. ראשית, הכרזת העצמאות עצמה, מקור הסמכות, הציבה גבולות באשר לעקרונות היסוד שלפיהם תפעל מדינת ישראל. שנית, התוכנית המקורית, שלפיה האסיפה המכוונת תפעל מחוץ לפוליטיקה הרגילה לא התממשה כידוע, משהוחלט, בסמוך לפני

12 לדיון רב השפעה בסוגיה זו, שבו נטבע האפיון של הביקורת השיפוטית כ"אנטי-רובנית" (counter-majoritarian) ראו ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962).

הבחירות, שגוף זה יכהן ב־זמנית גם כרשות מחוקקת. ולבסוף, אחת הסיבות שהועלו בזמנו להחלטת האסיפה המכוננת שלא לחבר חוקה הייתה העובדה שבאותה עת, 1949, רבים ממי שצפויים היו להפוך לאזרחי ישראל, פליטים יהודים, טרם הגיעו לארץ וההערכה הייתה שיש ספק אם ניתן להצדיק נורמטיבית קביעה של החוקה בלא השתתפותם בהחלטה. שילוב הגורמים הללו עשוי היה להצדיק הכרה בקיומן של מגבלות משפטיות על תוכנה של החוקה שרשאית הייתה הכנסת לקבוע.

האסיפה המכוננת המקורית נמנעה כאמור מלחבר חוקה, והעדיפה לקבוע שהכנסת, בית המחוקקים הרגיל, תהיה מוסמכת לחוקק חוקי יסוד שיהיו פרקים בחוקה העתידית ("החלטת הררי"). הכנסת לא קבעה מנגנון מיוחד כלשהו לחקיקת חוקי יסוד, שיבטיח שהם מבטאים הסכמה לאומית רחבה, ואף לא הבהירה מה יהיה מעמדם של חוקי היסוד הללו עד אשר "יתאגדו" לחוקה הכתובה של המדינה. בנסיבות אלה, הסמכות המסורה לכנסת לקבוע נורמות חוקתיות היא מוגבלת. היקף המגבלות מושפע משילוב הגורמים שתוארו: ככל שקביעת חוקי יסוד נעשית ברוב רגיל, בלא גיבוש הסכמה לאומית רחבה, בכנסת ומחוצה לה, וככל שתוכנם של ההסדרים שמבקשים לקבוע בחוק יסוד אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, כך מצומצם יותר כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי היסוד. טענה נפוצה היא כי פסק הדין בעניין **בנק מזרחי**, משנת 1995, היווה שינוי חוקתי עמוק בישראל, והוא נעשה בהחלטה שיפוטית וללא כל הליך חוקתי; לפי טענה זו, אם בית המשפט רשאי היה לחולל שינוי כה עמוק במערך החוקתי הישראלי, ודאי שהכנסת יכולה לעשות כן. טענה זו שגויה מראשיתה ועד סופה. החלטת בית המשפט התבססה על שלושת מקורות ההכשר הדמוקרטי שתוארו לעיל: פסק הדין, שבו נקבע כי לחוקי היסוד, ובכללם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעמד חוקתי, התבסס על הכשר פורמלי לכך, קרי החלטתה של הכנסת עצמה; על הכשר חברתי, לאור התפיסה החברתית הנוהגת שלפיה בכוחה של הכנסת לכבול עצמה מכוח החובה לכבד זכויות האדם ומכוח סמכותו של בית המשפט לאכוף מגבלה זו שקבעה הכנסת; ועל הכשר מוסרי, שכן עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית תומכים במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם.

לפי הלכת **בנק המזרחי** חוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי. לפחות עד לשנת 1995, השנה שבה ניתן פסק הדין, חקיקת חוקי היסוד אופיינה בכך שהיא נעשתה בהסכמה רחבה, בכנסת ובציבור (למשל, בהצבעה בקריאה שלישית על חוק־יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1958, תמכו בחוק 96 חברי הכנסת, ללא מתנגדים), והוראות חוקי היסוד עלו בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. מכאן ההכרה בכך שהוראות אלה מבטאות מימוש של סמכות הכנסת לקבוע את "כללי המשחק" ומכאן ההכרה בכך שחוקי היסוד הם בעלי "מעמד חוקתי", כלומר הוראות שגוברות על האמור בחקיקה "רגילה". הדברים תקפים גם לגבי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיו מעשה שלטוני שפוגע בכבוד האדם ובזכויות אחרות שמנויות שם תקף רק אם הוא מבוסס על הסמכה מפורשת בחוק, אם הפגיעה בזכות נועדה לתכלית ראויה ואם היא מידתית. חוק היסוד נחקק ב־1992, בהתנגדות של 21 חברי הכנסת (ובתמיכתם של 32). החלטת מקבילית הכוחות שתוארה לעיל מלמדת שההכרה בתוקפה של הנורמה החוקתית הזו היא מוצדקת. כעניין עובדתי, חוק היסוד נחקק בהסכמה רחבה בכנסת, שהושגה בזכות פשרה, לאחר קרוב לשלוש שנות דיונים.¹³ על ההסכמה הרחבה מעיד גם מספר המתנגדים

13 להרחבה ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי־היסוד" **משפט ועסקים** יד 79 (2012); אוריאל ליץ **לידתה של מהפכה** (2017).

הזעום (21 בקריאה השלישית ורק 10 בקריאה הראשונה), כך שמספר התומכים היה רב בהרבה מאלה שהשתתפו בפועל בהצבעה. מבין המצביעים בעד חוק היסוד היו נציגים מסיעות שמאל, מרכז וימין (כולל הליכוד והמפד"ל), ונציגי המפלגות החרדיות היו שותפים לניסוח החקיקה. עדות להסכמה הציבורית הרחבה ניתנה גם במספר התומכים בתיקון החוק ב-1994, לצד חקיקתו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, עת הצביעו בעד התיקון בקריאה הראשונה 82 חברי כנסת, כנגד 11 מתנגדים, וברוב של 67 מול 9 בלבד בקריאה השנייה והשלישית. לכך נוספת העובדה שהמדובר בנורמה שנועדה להגביל את כוחן של הממשלה והכנסת, לא להעצים את כוחן, ולפיכך אין חשש שהיא מבטאת שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לקבוע "כללי משחק". נוסף על כל אלה, ובזה העיקר, המדובר בהסדר שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה. החובה לכבד את זכויות האדם מוכרת בכל דמוקרטיה ליברלית, והקביעה של סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת כדי לאכוף את החובה הזו גם היא עניין מקובל ונפוץ מאוד.¹⁴

חוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי, כלומר, משהוכר תוקפם, הם מגבילים את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. אולם, אין נובעת מכאן המסקנה שכוחה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד הוא בלתי מוגבל. בית המשפט נמנע מלהכיר בחוקי היסוד כ"חוקה כתובה" של ישראל.¹⁵ ביסוד ההכרה בכך שתוקפה של הוראה הקבועה בחוקה הכתובה נובעת כמעט אך ורק מן ההליך שבו נקבעה, כך שעמידה בדרישות ההליכיות לתיקון החוקה מספיקה כמעט תמיד כדי להכיר בתוקפו של התיקון. בית המשפט נמנע מלהכיר בחוקי היסוד כחוקה כתובה בשל בהיעדר הליכי חקיקה מיוחדים, שיבטיחו שחוקי היסוד ייקבעו באופן שמבטא הסכמה לאומית רחבה, מחוץ למה שכינתה רות גביון "פוליטיקה רגילה".¹⁶ הגישה העולה מן הפסיקה בדבר גבולות כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי יסוד מבטאת במידה רבה הכרה בכך שחוקי היסוד הם רק "מעין חוקה",¹⁷ כך שתיקונים להם אינם חסינים מביקורת שיפוטית. מכאן ההבחנה החשובה שבין ההכרה במעמדם של חוקי היסוד כלפי הרשות המחוקקת – מעת שהוכר תוקפה של הוראה בחוק יסוד, יש לה מעמד חוקתי, שמגביל את כוחה של הרשות המחוקקת – לבין ההימנעות מהכרה בחוקי היסוד כחוקה כתובה. ההשלכה של ההבחנה הזו היא שתיקונים לחוקי יסוד

14 ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

15 שם, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא שמגר. בפסיקה מאוחרת יש לא מעט אמירות ברוח זו. ראו למשל דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (2012): "המאפיין את התפתחות זכויות האדם בשיטתנו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי [...] הוא היעדר חוקה כתובה". ראו גם מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 118 (2019): "מהבחינה הדוקטרינלית, בשנים שלאחר פסק דין בנק המזרחי אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של שמגר ודחה את עמדתו של ברק [...] ונמנע בעקביות מלטעון שהוא מפעיל חוקה הקיימת כביכול במשפט הישראלי"; רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטית של חוקת הכלאיים הישראלית" **עיוני משפט** לח 501, 514–515 (2016); ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית?" **עיוני משפט** מד 5 (2021). לגישה שונה ראו עמדת הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 14, פס' 54: "הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על פי 'החלטת הררי'. כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. [...] אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד".

16 רות גביון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 71 (1997).

17 ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פס' א' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

אינם "תיקונים לחוקה", וגם אם הם עומדים בדרישת הרוב הפורמלי הדרוש לחקיקתם, שהוא לכל היותר רוב של 61 חברי הכנסת, תוקפם מוגבל אם לאור תוכנם הם סותרים את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינם משקפים הסכמה לאומית רחבה.

המגבלות שנקבעו בפסיקה באשר להיקף הסמכות של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי יסוד משקפות את האפיון שהובא לעיל. המדובר בעיקרו של דבר בשני סוגים של דוקטרינות, שההבדל ביניהן אינו רב: שימוש לרעה בסמכות המכוננת ותיקון חוקתי לא חוקתי. הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת עוסקת בעיקרה במצבים שבהם נקבעת הוראה בחוק יסוד שתכליתה העיקרית היא קידום אינטרסים צרים של הרוב בכנסת שחוקק את ההסדר. המקרה הטיפוסי הוא קביעת פטור מתחולתו של הסדר כללי שקבוע בחוק יסוד, כך שלא יחול בעניין שבו לממשלה ולרוב הקואליציוני בכנסת אינטרס שלא יחול. כך היה, למשל, לעניין הפטור ממגבלת מספר השרים בממשלה,¹⁸ הפטור מן הצורך באישור התקציב מדי שנה (באמצעות חקיקת חוק תקציב דו-שנתי)¹⁹ ובקביעת פטור מפיזור הכנסת ומהקדמת הבחירות אף שלא אושר התקציב השנתי.²⁰ ביסודה של דוקטרינה זו העמדה שקביעת פטור מתחולתה של נורמה כללית, אף אם היא נעשית בחוק יסוד, וברוב הקואליציוני, חורגת מסמכותה של הכנסת.²¹

לפי הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שנקבעה בפרשת שפיר, הכנסת חורגת מסמכותה כאשר מתקיים לפחות אחד מן המאפיינים הבאים: ההסדר שנקבע הוא זמני במהותו, כלומר אינו כללי (ההסדר חל רק בנסיבות שתחומות באופן שאין לו הצדקה עקרונית); הוא אינו יציב (משך התחולה מוגבל בזמן); או שמדובר בהסדר שאינו עולה בקנה אחד עם מארג הנורמות החוקתיות, ותכליתו העיקרית היא לפטור את הממשלה ואת הרוב הקואליציוני מתחולתן של מגבלות חוקתיות קיימות. המאפיין השלישי הוא העיקרי כאן. עניינו מקרים שבהם התיקון לחוק יסוד סותר חזיתית את עקרונות היסוד של השיטה, כפי שהם מעוגנים בחוקי היסוד הקיימים.

דוגמה אחת לכך היא הדיון בעניין חקיקת תקציב דו-שנתי. בפסיקה בנושא זה הייתה מחלוקת בין השופטים אם חקיקה זו סותרת עקרונות יסוד דמוקרטיים, אך הוסכם כי אם יש בכך הפרה של עקרונות כאלה, תיקון לחוק היסוד שקובע זאת הוא בטל, משום שהוא חורג מסמכותה של הכנסת. כך, לדירם של השופטים שסברו שיש כאן פגיעה בעקרונות היסוד.²² אך גם אלה שסברו אחרת הכירו בכך כי אילו מצאו שהוראה זו מפרה עקרונות יסוד של דמוקרטיה, לא היה לה תוקף אף אילו הייתה נקבעה בהסדר

18 בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999); בג"ץ 3234/15 יש עתיד נ' יושב-ראש הכנסת (נבו 9.7.2015).

19 עניין בר-און, לעיל ה"ש 9; עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 9.

20 עניין שפיר, לעיל ה"ש 10.

21 שם, פס' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

22 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 9, פס' ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "עמדנו בהקשרנו על החשיבות העצומה שבפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה ועל היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה, במיוחד כאשר עסקינן ביכולת של חברי כנסת מסיעות האופוזיציה והציבור אותו הם מייצגים, או אף חברי כנסת מן הקואליציה, להשפיע על סוגיות של מדיניות וקביעת סדרי עדיפויות חברתיים וכלכליים; מכאן ברי, כי חריגה מעיקרון זה, גם כאשר מדובר בתיקון חוקתי 'אמיתי' – של קבע – ולא על דרך של הוראת שעה, צריך שתיעשה, אם בכלל, בזהירות גדולה מאוד, מבלי לסתור את עקרונותינו הדמוקרטיים ומבלי לפגוע פגיעה קיצונית בזכות הציבור, באמצעות נבחריו בבית המחוקקים, לקחת חלק בעיצוב תקציב המדינה ובפיקוח הפרלמנטרי".

כללי ויציב, ולא כהוראת שעה.²³ ההערכה הנחוצה היא מהי "מידת הפגיעה של חוק היסוד [...] בעקרונות משפטיים ובזכויות יסוד אחרות".²⁴ חקיקת חוק תקציב דו־שנתי, ככל שיש בה הפרה של עקרונות יסוד של השיטה, אינה תקפה, אם אין מתקיים לגביה השילוב של הסכמה לאומית רחבה, שחורגת מתמיכת חברי הקואליציה בלבד, עם מנגנונים חלופיים שנועדו להקנות לכנסת סמכות פיקוח נאותה על הממשלה.

גישה דומה מוחלת במסגרת הדוקטרינה בדבר תיקון חוקתי לא חוקתי, שבה הדגש הוא כל כולו על בחינת התאמת התיקון של חוק יסוד ל"מארג החוקתי" הקיים. עד כה נמנע אומנם בית המשפט מלקבוע מפורשות כי הסדר בחוק יסוד הוא בטל על יסוד דוקטרינה זו, אך בה בעת הקפיד להבהיר כי אינו שולל אפשרות כזו.²⁵ לפי גישה זו, "[במסגרת] דוקטרינת 'התיקון החוקתי הלא חוקתי' השאלה הנשאלת [...] היא אם הולמת חקיקת היסוד את שיטת המשטר ואת ערכי היסוד שבגרעינה".²⁶ בית המשפט שב וקבע כי "קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה [...] יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".²⁷ הדין הוא "אין ביכולתה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת כדי לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית

23 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל: "[אילו נקבע הסדר של] מעבר לתקציב ארבע־שנתי, ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה", היה בכך חריגה מסמכות הכנסת ולפיכך "אין להסכים" עמו. ראו גם עניין בר־און, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק דינה של השופטת נאור: "המקרה שלפנינו נוגע למרקם היחסי בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משפטיים".

24 שם, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות. [...] במקום שמוזהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליכה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית".

25 שם, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "אין באמור ללמד, כי כל תיקון קבע לחוק היסוד [...] בהכרח יעמוד חוקתית, גם אם לא אטע מסמרות. [...] אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות [...] כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו. [...] ככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותה של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא"; שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה [...] להכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי, יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו"; עניין בר־און, לעיל ה"ש 9, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; שם, פס' 36 לפסק דינה של השופטת חיות; ועוד.

26 עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 9, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן.

27 עניין בר־און, לעיל ה"ש 9, פס' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין בן מאיר, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג: "ביקורת שיפוטית על חוקתיות תיקון לחוקה מתמקדת [...] בשאלה אם שינוי היקפן של זכויות היסוד, נעשה תוך פגיעה בעקרונות על־חוקתיים".

ודמוקרטיה".²⁸ גם אהרן ברק, בכתבתו האקדמית, סבר שכוחה של הכנסת כרשות מכוננת מוגבל, מכוח "עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו" ועקרונות הכרזת העצמאות.²⁹

ג. התוכנית המוצעת חורגת מסמכותה של הכנסת

יישום ההלכה שתוארה לעיל מוליך למסקנה שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק את התיקונים הנדונים בימים אלה לחוקי היסוד. לפי התוכנית המוצעת, יצומצם באופן ניכר היקף הביקורת השיפוטית על הכנסת ועל הממשלה, באמצעות שילוב של צעדים שעיקרם פוליטיזציה של הליך בחירת השופטים, שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקה באמצעות ביטול האפשרות לתקיפה עקיפה של חקיקה ודרישת תמיכה של מספר רב במיוחד של שופטים בבית המשפט העליון לביטול חוק, הסמכת הכנסת לבטל הכרעה שיפוטית בדבר בטלות חקיקה (פסקת התגברות), צמצום חובתה של הממשלה לפעול בסבירות לשם קידום האינטרס הציבורי, ועוד. אלה הם שינויים יסודיים ב"כללי המשחק", שמשמעותם הרחבה ניכרת של סמכויות הכנסת והממשלה.

חקיקת כל אחד מן ההסדרים הללו בנפרד, ובוודאי בהצטרפם יחד, מבטאת חריגה של הכנסת מסמכותה ואין לה תוקף גם אם היא נכללת בהוראה שכותרתה חוק יסוד. ההסדרים הללו נעדרו הכשר דמוקרטי, בהתייחס לכל שלושת המקורות הנחוצים לביסוס הכשר כזה: ראשית, מסתמן שבתיקונים המוצעים יתמכו אך ורק חברי הקואליציה, וזאת בהיעדר מגעים לפשרה והיעדר נכונות להתנות את החקיקה בסף מינימום מסוים של תומכים מקרב חברי הכנסת שאינם חברי הקואליציה. שנית, הביטול למעשה של מוסד הביקורת השיפוטית לא רק שאינו זוכה לתמיכה ציבורית רחבה אלא שהוא מעורר התנגדות גדולה מאוד. אפילו אם סקרי דעת הקהל, שמהם עולה שרוב הציבור מתנגד לרפורמה, אינם מדויקים, ובפועל גם בציבור הרחב, כמו בכנסת, הקולות שקולים פחות או יותר, אין בתמיכה של לכל היותר מחצית הציבור בלבד בשינויים המוצעים כדי להספיק. תנאי הכרחי לשינוי כל כך יסודי של "כללי המשחק", שצפויות לו השלכות ארוכות טווח ובמגוון תחומי החיים, הוא קביעתו ברוב מכריע של חברי הכנסת, תוך גיבוש הסכמה לאומית רחבה, יסודות שלחלוטין נעדרים כאן. אם הרוב בכנסת יבקש ליישם נורמה כזו, יהיה עליו להשיג לשם כך מידה רבה במיוחד של הכשר ציבורי. משמעות הדבר שיידרש כינון חוקה שלמה, בהליך שיכלול בחירות מיוחדות לאסיפה מכוננת, שתידרש לחבר חוקה בהסכמה רחבה ולהביאה לאישור למשאל עם.

לכך נוסף היסוד המוסרי-תבוני. אפילו הייתה מושגת תמיכה ציבורית נרחבת בשינויים המוצעים, לא היה בכך כדי להספיק על מנת להקנות לכנסת סמכות לפגוע ביסודות הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי. כוחו של הרוב בכנסת לקבוע נורמות חברתיות מותנה בכך שהנורמות שהוא קובע עולות בקנה אחד עם מקור הסמכות של הרוב, שעניינו תפיסות היסוד של משטר דמוקרטי. ההסדרים המוצעים מפריים את ליבת המשטר הדמוקרטי: עקרון ביזור הסמכויות. הם עלולים להקנות לממשלה,

28 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021).

29 אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בכ 361, 379 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים 2011); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" ICON-S-IL Blog (22.3.2020) <https://bit.ly/3AORXxO>. ראו, ברוח דומה, אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני 119, 134–136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

מכוח שליטתה בכנסת, כוח בלתי מוגבל. משום כך, ההסדרים המוצעים אינם זוכים להכשר מוסרי וממילא גם לא להכשר דמוקרטית.

התוכנית שנדונה כעת משמעותה שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והכנסת, והצרה ניכרת של העצמאות השיפוטית. בצד ההתנגדות הציבורית הנרחבת לתוכנית המוצעת, השוללת ממנה את ההכשר החברתי שלה, היא גם סותרת חזיתית את עקרון היסוד של הדמוקרטיה, ביזור הכוח, ומכאן נשלל ממנה גם ההכשר המוסרי-תבוני. החומרה שבכך רבה במיוחד בנסיבות המיוחדות של ישראל: היעדר "חוקה כתובה" שמשוריינת מפני שינוי ברוב קואליציוני רגיל; השליטה המוחלטת של הממשלה בכנסת; היעדר מנגנוני פיקוח יעילים אחרים על הרוב הקואליציוני; והשסע העמוק בין יהודים לפלסטינים, שבגינו יש סכנה ממשיה להחרפת הפגיעה בזכויות המיעוט בלא ביקורת שיפוטית עצמאית. ההסדר המוצע אומנם נהנה מתמיכת הרוב המזדמן בכנסת, אולם הוא חותר תחת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינו זוכה להסכמה ציבורית רחבה, ולכן לכנסת אין כלל סמכות לחוקקו. לעניין זה, לא תועיל גם קביעה בחוק יסוד שלבית המשפט אין סמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, בדיוק כפי שלא הייתה מועילה הוראה בחוק יסוד שלפיה לא יתקיימו יותר בחירות לכנסת או שבית המשפט הגבוה לצדק מבוטל. סמכויותיה של הכנסת אינן נקבעות עצמאית על ידי הרוב הקואליציוני. סמכויות הכנסת הן תוצאה של שילוב גורמים שקובעים את עצם קיומה של הסמכות ואת גבולותיה, ואין בכוחה של הכנסת לחרוג מסמכויות אלה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' מנחם בן-ששון, האוניברסיטה העברית

ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה

מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק

הופץ במקור ביום 12.2.2023 כנייר עמדה מס' 10

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בהמשך לנייר עמדה מס' 9 של הפורום, בנייר עמדה זה אנו מוסיפים לבחון את השאלה האם קיימות מגבלות על כוחה של הכנסת לשנות חוקי יסוד ומתמקדים בשאלת מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים שעל הפרק. מסקנת נייר העמדה היא שההצעות לשינוי חוק-יסוד: השפיטה מהוות שימוש לרעה בסמכות מכוונת בהיותם פעולה תחת ניגוד עניינים מובהק. משכך, מבלי תלות בשאלה אם הם פוגעים בליבת הערכים של מדינת ישראל ואם הם פוגעים במגבלה על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד בלא הסכמה רחבה – ולדעתנו הם פוגעים גם פוגעים, יש אף לקבוע שהשינויים הללו ייכנסו לתוקף החל מהכנסת הבאה.

לשאלת המגבלות על הכוח לשנות חוקי יסוד היבטים שונים. הראשון הוא התוכן של השינוי: האם השינוי סותר את הליבה של ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כפי שעוגנו במגילת העצמאות. בשפה משפטית, המסלול הזה בודק האם התיקון החוקתי בעצמו חוקתי. בכך עוסק נייר עמדה מס' 9 של הפורום. ההיבט השני בוחן שתי שאלות: ראשית, האם הכנסת מחוקקת חוק יסוד באשר לנושאים שלא מתאימים לחקיקת יסוד, אלא לחקיקה רגילה, ואולי אפילו לחקיקת משנה? שנית, האם הכנסת רשאית לתקן חוק יסוד שמשנה את כללי המשחק כך שהשינוי יכנס לתוקף מידי? או אולי התיקון חייב לחול רק מהכנסת הבאה, כדי למנוע מצב שבמסגרת הכנסת ששינתה את הכללים היא גם הכנסת הראשונה שתשחק לפי הכללים החדשים? שתי שאלות אלו נשאלות תחת מסלול שנקרא "שימוש לרעה בסמכות מכוונת". לפי מסלול זה, ייתכנו מצבים שהכנסת משתמשת בסמכותה לחוקק חוקי יסוד באופן לא תקין.

נקודת המוצא לדיון היא שאחד הדברים הבסיסיים שכל הסדר חוקתי נועד להשיג הוא למנוע מצב שבו רוב מזדמן, או אקראי, משנה את כללי המשחק הבסיסיים, ואז, לאחר ששינה את הכללים, משתמש בכללים החדשים כדי להשתלט על מרכיבי יסוד בשיטה, או כדי לזכות ביתרון מובנה בכל התמודדות עתידית מול המיעוט. לפיכך, התובנה הבסיסית ביותר במשפט החוקתי ניצבת על שני יסודות שמשלימים זה את זה: 1. שינוי כללי המשחק מחייב הסכמה רחבה של כל חלקי הבית, לא רק הסכמה של הרוב הקואליציוני. 2. שינוי כללי משחק שרלבנטיים ליחסי רוב-מיעוט או להסרת מגבלות על כוחו של הרוב, יחול רק מהכנסת הבאה. ובשפה משפטית – שינוי כאמור יחול בתחולה נרחבת, החל מהבחירות הבאות.

נייר עמדה זה מראה כי השינויים שכרגע מקודמים על ידי הקואליציה מהווים מקרה מובהק של שימוש לרעה בסמכות מכוונת. אלו שינויים שמשנים מרכיבים בסיסיים בכללי המשחק – מרכיבים

שנועדו להגביל את הרוב. וכעת, הרוב בכנסת מתיימר להסיר את המגבלות (ללא החלפתן במגבלות אחרות) ומיד להשתמש בכוחו הלא מרוסן כדי לקבוע עובדות בשטח לזמן רב. דרך אחרת לתאר זאת היא באמצעות הדגשת ניגוד העניינים המובנה שטמון בשינויים המוצעים: הרוב מתיימר להשתמש בכוחו לתקן חוקי יסוד, שאמורים להגביל את הרוב בבואו לחוקק חוקים רגילים, או בבואו להשתמש בסמכויות מכוח חוקים אלו. בשפה מוכרת, הרוב נתקל בבלמים שנועדו למנוע מהחלתו לאכול את השמנת ללא הגבלה. מה עושה הרוב? משתמש בכוחו להסיר את המגבלות ללא הסכמה רחבה, ואז הוא עצמו יוכל לאכול ככל שיחפוץ מהשמנת.

באופן ספציפי, הליך בחירת השופטים בישראל מושחת על הסכמה שהושגה עוד בשנת 1953, לפיה הרוב הקואליציוני לא ייהנה משליטה אוטומטית בוועדה לבחירת שופטים. הסכמה זו נשענה על התובנה הבסיסית, לפיה אם תהיה לרוב שליטה כזו, הוא ימנה שופטים כלבבו ולטעמו – שופטים מהמחנה שלו שלא יפריעו לו לשלוט. זאת, בניגוד לתפקיד הבסיסי של שופטים – לוודא שהשלטון עומד בדרישות החוק ובעקרונות היסוד, ולא פוגע בזכויות אדם מעבר לנדרש. באותו האופן, הרוב כעת מציע לקבוע שכל חוק יסוד יהיה פטור מביקורת שיפוטית באשר היא. זאת, מבלי לקבוע מגבלה כלשהי על קשת הנושאים שראוי שיכללו בחוקי יסוד, מבלי לקבוע דרישות להליך מיוחד לקבלת חוקי יסוד, ובכלל תוך השארת הנושא פרוץ להחלטת הרוב. המשמעות – הרוב הקואליציוני, לאחר שהסיר מגבלות שקיימות על חקיקת חוקי יסוד (כפי שפותחו בפסיקה) יוכל לחוקק חוקי יסוד ככל שחפצה נפשו, ובכך לעקוף כל מגבלה. גם כאן החתול מסיר מעצמו מגבלה, ויוכל בקלות לאכול מן השמנת – לחוקק כל חוק יסוד שירצה – באופן שעלול להשפיע על יחסי רוב מיעוט בצורה מובהקת. ובית המשפט, כך הרוב רוצה, לא יוכל לבצע ביקורת שיפוטית כלשהי. יודגש כי בעבר היה נהוג במדינת ישראל שחוקי יסוד, ובוודאי חוקי יסוד שעוסקים בהסדרים משפטיים, מתקבלים בהסכמת כל חלקי הבית ולא נשענים רק על הרוב הקואליציוני. הרוב הנוכחי פועל אחרת, ובהליך מואץ.

הדברים רלבנטיים גם לשני שינויים נוספים שהועלו: שינוי מעמד היועצים המשפטיים והליך בחירתם, ומתן כוח לרוב הקואליציוני לחוקק חוק הסותר חוק יסוד באמצעות פסקת התגברות (וברוב של 61 בלבד). היועצים המשפטיים מהווים אף הם חלק ממנגנון הבקרה על כוחו של הרוב, והפיכתם למינוי פוליטי ואת חוות דעתם לבלתי מחייבת, משמעה הסרת מחסום בין החתול לשמנת. גם מתן כוח לרוב להתגבר על קביעה שחוק לא חוקתי – או לחסן חוק מראש מביקורת שיפוטית – באמצעות פסקת התגברות, משחררת את הרוב ממנגנון איזון חשוב.

1. מבוא

על הפרק ניצבות כידוע הצעות לשינוי המבנה המשפטי במדינת ישראל בכל האמור לדרכי בחירת השופטים בכל הערכאות והביקורת השיפוטית על חקיקה (לרבות חוקי יסוד). וכן הועלו הצעות לשינוי עילות הביקורת על רשויות השלטון (עילת הסבירות), דרכי מינוי היועצים המשפטיים, וכן מעמד חוות דעתם והאפשרות לייצוג פרטי. שני השינויים הראשונים מאוגדים תחת הצעה לתיקון חוקי יסוד: השפיטה, אשר נדונה כעת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

הקו המחבר את כל ההצעות הוא הענקת כוח מלא לרוב הקואליציוני בכל כנסת נתונה. זאת, בניגוד למנגנון המאזן הבסיסי בדמוקרטיה על פיו לרוב הנבחר יש כוח להגשים את היעדים שלשמם נבחר כל עוד קיים מנגנון בקרה שמוודא שהרוב לא חותר תחת המבנה הבסיסי של הדמוקרטיה או פוגע באופן לא מידתי בזכויות יסוד. משמעות השינויים המוצעים היא החלשה משמעותית, עד כדי ביטול, של

מנגנון הבקרה המשפטי-שיפוטי, אשר בישראל הוא המנגנון המבני המרכזי לאיזון כוחו של הרוב. מנגנון זה מרכזי כל כך בשל שליטתה של הקואליציה בממשלה ובכנסת, ובשל היעדרם של בית מחוקקים נוסף, משטר נשיאותי, מבנה פדרלי, וכפיפות למשטרים על-מדינתיים (לרבות בתי משפט) או להטמעה ישירה של נורמות בינלאומיות.

כפי שהראינו בנייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד,¹ אנו סבורים שהכנסת אינה מוסמכת לבצע תיקונים המשנים את אופייה של מדינת ישראל מן היסוד בניגוד לעקרונות הכרות העצמאות בתחום מרכזי, משנבנה בישראל מבנה חוקתי מסוים. ברמה הטכנית, מעת שמדינת ישראל השתמשה בסמכותה המכוננת המקורית וקבעה הסדרים חוקתיים מסוימים, סמכותה המכוננת הנגזרת לתקן ולשפר את הדרוש שיפור מוגבלת לתיקון שאינו עולה כדי החלפת ה-DNA המשטרי. ברמה הדוקטרינרית, סוגיה זו מסווגת תחת דוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי".

נייר עמדה זה מוסיף רובד לדיון, ועוסק, במנותק משאלת כוחה של הכנסת כמכוננת, בשאלת התחולה בזמן: **האם בכוחה של כנסת נוכחית להחיל תיקונים אלו באופן מיידי.** נייר זה יתייחס לארבעה רכיבים מוצעים: שינוי מנגנון בחירת השופטים בישראל באופן שמעניק לממשלה רוב אוטומטי, הענקת כוח לשרים למנות את היועצים המשפטיים כמינוי פוליטי, ביטול עילת הסבירות, ושינוי המבנה החוקתי כך שהכנסת תוכל להתגבר על חוקי היסוד באמצעות רוב קואליציוני פשוט וכן לחסן כל חוק יסוד מביקורת שיפוטית כלשהי. ואם נדרש להתמקד בשינוי ליבתי אחד, הריהו שינוי המבנה של הוועדה לבחירת שופטים, שכן החלפת "תוכנית ההפעלה" של הליך מינוי השופטים יוביל לשינוי השיטה כולה, כפי שמעידים מהלכים דומים שבוצעו בהונגריה ובפולין.

על כל פנים, ארבעת השינויים שצוינו משליכים באופן ישיר על כוחה של הקואליציה, ובאופן נגזר, על כוחה של האופוזיציה בכנסת מכהנת. בה בעת הם עוסקים, ולא במקרה, בשלד הבסיסי של המנגנונים המאזנים את כוחו של הרוב הקואליציוני. משכך, חל לגביהם הכלל החוקתי הבסיסי, אשר נועד להגן מפני שינוי משטרי עמוק על ידי רוב (שאפשר שהוא מזדמן) באופן שמשחרר את הרוב ממגבלה על כוחו: על תיקון שכזה להתקבל מאחורי "מסך בערות",² על מנת לנטרל את ניגוד העניינים המובנה בין שליטתו של הרוב בתהליך החוקתי, ובין כוחו ברובד הסטטוטורי או הביצועי ליישם את התיקון הנ"ל. כך עולה גם מעמדת הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט כפי שהוגשה לוועדה.³

1 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 9: סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 7.2.2023).

2 על החשיבות של הקפדה על כך ששינוי משטרי שמשנה יחסי רוב-מיעוט יתקבל מאחורי מסך בערות עמד המשנה לנשיאה מלצר בפרשת ממשלת החלופים – ראו בג"ץ 2905/20 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו 12.7.2021) (להלן: פרשת **ממשלת החלופים**). לשיטתו של המשנה לנשיאה, מבחן זה, אשר נדרש על מנת לבסס לגיטימציה חוקתית, אמור להבטיח את התנאים לשיתוף פעולה בין אזרחים חופשיים ושווים (לרבות בין הקואליציה והאופוזיציה בכנסת אשר האזרחים החופשיים והשווים יהיו מוכנים להסכים עליהם תחת תנאים הוגנים). ראו שם, פס' 122–123 לפסק דינו.

3 הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, מסמך הכנה כללי בעניין טיוטת הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – חיווק הפרדת הרשויות) (27.1.2023) ("ככל שהוועדה תבקש לאשר את ההסדרים האמורים, נציע להחיל אותם במבט צופה פני עתיד החל מן הכנסת הבאה ולא להחילם באופן מיידי כדי לחזק את כוחן של ממשלה וקואליציה נתונה").

צידה השני של טענת ניגוד העניינים מתמקד ברכיב הפרסונלי המוטמע בתחולה מידית. התיקונים המוצעים מעניקים לנושאי משרה ידועים (שר המשפטים, יריב לוין, ויו"ר ועדת החוקה, ח"כ שמחה רוטמן, במקרה של בחירת השופטים, וכל שר מכהן במקרה של בחירת יועצים משפטיים) כוח לאיש משרות המשמשות כשומרי סף עליהם עצמם. באופן מובהק, השר יריב לוין ויו"ר הוועדה שמחה רוטמן "מחוקקים לעצמם" במובן זה שהם אלו שמובילים מהלך, שיעניק להם עצמם כוח רב בבחירת שופטים. באופן דומה, כל אחד מהשרים האחרים המכהנים הוא זה שיוסמך, כאן ועכשיו, להעביר מתפקידו את היעוץ המשפטי המכהן ולבחור במקומו יועץ משפטי שנושא חן בעיניו. ובאשר לפסקת ההתגברות – הרוב הקואליציוני בכנסת הנוכחית הוא זה שמתיר לעצמו לפעול על אף האמור בחוקי היסוד, אשר תכליתם היא למנוע מרוב מזדמן לשנות את כללי המשחק או לפגוע בזכויות יסוד באופן לא מידתי. ולבסוף, הענקת כוח בלתי מוגבל לכנסת לקבוע כל הסדר שהוא בחוק יסוד, בכל רוב, משמעה כי הרוב רשאי בכל עת לשנות את כללי המשחק הבסיסיים ולקבוע לעצמו פטור מביקורת שיפוטית לגבי כל הסדר באמצעות שימוש בדיבר "חוק יסוד".

מכאן עולה השאלה במלוא עוצה: מה עמדת הדין בישראל באשר לתחולה בזמן של שינוי ארבעה מרכיבים אלו, עקב השלכתם ארוכת הטווח ובהינתן ניגוד העניינים המובנה שבתוכו פועלים הכוחות המובילים את השינוי, אשר מסירים מעצמם מגבלות חוקתיות ובכך מעניקים לעצמם כוח עודף?

2. דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת"

שאלת התחולה בזמן של השינויים המשפטיים המוצעים מסווגת מבחינה דוקטרינרית תחת דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת". ניתוח הפסיקה והתכליות שהיא באה להגשים מעלה כי יישום מבחני הדוקטרינה מוביל לתמיכה במסקנת הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט שהזכרה קודם לכן: יש לקבוע כי תחולת התיקונים, אף אם ייקבע שאינם עולים כדי תיקון חוקתי לא חוקתי, ואף אם יעודנו במהלך הליך החקיקה כך שפגיעתם לא תהיה עד כדי כך בוטה בעקרון הפרדת הרשויות – יחולו מהכנסת הבאה והלאה. זהו מקרה מובהק שבו הרציונאל שניצב בבסיס הרעיון החוקתי מחייב תחולה נרחבת, כך החלשת המגבלות על כוחו של הרוב – בהנחה שהיא חוקתית כשלעצמה – תחול ממועד השבעתה של הכנסת העוקבת.

דוקטרינת ה"שימוש לרעה בסמכות מכוונת" מפתחת את "כלל הזיהוי" בשיטת המשפט הישראלית, אשר נועד לקבוע האם נוצרה נורמה חוקתית תקפה, או שמא לפנינו נורמה שמעמדה בפירמידה הנורמטיבית נמוך יותר. ככל שנוצרה נורמה במעמד נמוך יותר, המתיימרת להיות נורמה חוקתית אך אינה כזו, נדרשת קביעה באשר לתוקפה של נורמה זו, ככל שהיא אינה עולה בקנה אחד עם נורמה עליונה לה. התשתית לדוקטרינה זו הונחה ראשית בפרשת **בנק המזרחי**, ולאחר מכן פותחה במספר פסקי דין בבית המשפט העליון. לאחרונה, העניין נדון בשלוש פרשיות: פרשת **שפיר בנושא** העברת תיקון תקציבי כחוק יסוד,⁴ פרשת **ממשלת החלופים**,⁵ ופרשת **מינוי דרעי**.⁶

4 בג"ץ 5960/20 **שפיר נ' הכנסת** (נבו 23.5.2021).

5 פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2.

6 בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (נבו 18.1.2023) (להלן: פרשת **מינוי דרעי**).

בפרשת **שפיר** עסק בית המשפט בתיקון לחוק-יסוד: משק המדינה על דרך הוראת שעה, אשר העביר באופן ישיר סך של 11 מיליארד שקלים לידי הממשלה לממן את הוצאותיה באמצעות תקציב מדינה מפורט העומד בכללי חוק יסודות התקציב והוראות חוק-יסוד: משק המדינה כפי שעמדו בתוקפן בטרם התיקון. בית המשפט הגיע למסקנה כי לא מדובר בנורמה חוקתית תקפה, אף על פי שהכנסת התיימרה לתקן את חוק היסוד עצמו.

הנשיאה חיות הציבה שלושה מבחנים לזיהוי נורמה המתיימרת להיות חוקתית אך אינה כזו (ולפיכך מהווה שימוש לרעה בסמכות מכוננת): מבחן היציבות, מבחן הכלליות ומבחן ההתאמה למארג החוקתי. הנשיאה הוסיפה מבחן נוסף, אשר נועד להכשיר נורמות אשר על פניו אינן נורמות חוקתיות מבחינה מהותית, והוא מבחן הצידוק – מבחן הבודק האם ישנה סיבה של ממש לשימוש באופן החקיקה שנבחר, על אף אי-חריגותו.

על פי מבחן העזר הראשון, התיקונים המוצעים כעת הם יציבים במובן זה שאין מדובר בהוראת שעה, וכפי שצויין יש חשש של ממש שמדובר בתיקונים שאם יצליחו את המשוכה החוקתית יהפכו לבלתי הפיכים מבחינה פוליטית.

על פי מבחן העזר השני, ההצעה אינה מתיישבת עם דרישת הכלליות. לכאורה, הנורמה חלה על כל כנסת מעתה והלאה. אולם תחולה מידית של החוק על הכנסת הנוכחית מעוררת בעיית פרסונליות חריפה. כפי שמציינת הנשיאה חיות: "נורמה פרסונלית יכולה להיות מכוונת הן לאדם ספציפי והן ל'פרסונה' מוסדית, דוגמת כנסת מסוימת או ממשלה מסוימת". הנשיאה מפנה לכתיבתו של יואב דותן⁷ וכן למאמרו של איל גבאי.⁸ כמו כן מפנה הנשיאה לפסיקתו של השופט הנדל בעניין **המרכז האקדמי**, אשר ציין כי חוק המנוסח "באופן שהמחוקק יכול היה לזהות מראש מי האדם או האנשים עליהם החוק יחול – גם אם אינו נוקב במפורש בשמם – חוטא, על פניו, לדרישת הכלליות".⁹

אומנם, ההצעות שכעת על הפרק לא יחולו, על פי לשונן, רק על הרוב הקואליציוני הנוכחי. אולם, בגלל אופי החקיקה – הסרת מנגנוני בקרה שנועדו לרסן את הרוב – ובגלל תלות כיוונית (path dependency), החלה מידית של הנורמה על הרוב הקואליציוני המחוקק אותה עולה כדי חקיקה פרסונלית: הרוב הקואליציוני מסמך את עצמו לבצע שינויים מרחיקי לכת אשר ישנו את פני המערכת, וליישם אותם באופן מיידי. שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה מסמיכים את עצמם למנות שופטים לכל הערכאות, לרבות לבית המשפט העליון ובכלל זה, על פי אחת ההצעות, לנשיאות בית המשפט, ללא צורך בשכנוע גורם כלשהו שמצוי מחוץ לרוב הקואליציוני. בכך מתירה הקואליציה לעצמה לשנות את אופי הרשות השופטת לעתיד הנראה לעין. הדברים נכונים גם באשר לפסקת ההתגברות הגורפת, אשר מתירה לרוב הקואליציוני הנוכחי לפעול ללא מגבלה חוקתית אפקטיבית (בשונה מחקיקת פסקת התגברות באשר לזכות ספציפית בודדת). כך גם מוענק הכוח לכל אחד מהשרים, כאמור, למנות לעצמו יועץ משפטי כאן ועכשיו, ובכך יהא על כל קואליציה עתידית להתמודד עם יועצים משפטיים שמונו

7 יואב דותן "איסור החקיקה העצמית כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771 (2001).

8 איל גבאי "שינוי רטרופקטיבי בחוק-יסוד: הממשלה – חוקתיותו" **הפרקליט** מד 151 (1998).

9 בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל**, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 6.9.2017.

פוליטית, משל היו מנכ"לי משרדים. באותו האופן, הסרת כל מגבלה מחקיקת חוקי יסוד מאפשרת לרוב הנוכחי לשנות את מבנה שיטת המשטר בישראל באופן נרחב וללא בקרה אפקטיבית.¹⁰ לפי תפיסה זו, שימוש כדין בסמכות המכוננת הוא לשם קביעת "כללי משחק" (ותוך כיבוד המגבלות המהותיות, כאמור בנייר עמדה מס' 9 של הפורום), ובכלל זה שינוי פרוספקטיבי שלהם; בעוד שימוש לרעה הוא מהלך שעיקרו התאמת כללי המשחק לאינטרסים של רוב מזדמן. בהתאם לכך, שאלה הכרחית שיש לברר ביחס לתיקון הנדון היא מהי התכלית הדומיננטית שלו: שינוי עקרוני של המבנה החוקתי או פטור לרוב הנוכחי מתחולתן של מגבלות חוקתיות שמוטלות עליו. הדרך לוודא שאכן מדובר בשינוי שתכליתו הדומיננטית אינה סיפוק האינטרסים של הרוב המזדמן על ידי הסרת מגבלות עליו (וכל זאת ללא הסכמה של האופוזיציה), היא לדחות את תחולת השינוי. רק כך נוכל לוודא שאכן רוב מזדמן אינו משתלט על מערכת המשפט.

משכך, אין תמה שבפרשת **ממשלת החלופים** פיתח המשנה לנשיאה מלצר את מבחן הכלליות גם במימד הזמן, כאשר הראה שתחולה מידית של תיקון משטרי עלולה לעלות כדי תיקון פרסונלי. לשיטתו, זה אכן היה פועלו של התיקון לחוק-יסוד: הממשלה שכונן את ממשלת החלופים, ובכך היה בדעת יחיד. עם זאת, שופטי הרוב הסכימו עם נקודת המוצא של המשנה לנשיאה מלצר, לפיה ייתכנו מצבים שבהם תחולה מידית תהווה חקיקה פרסונלית ולכן תיכשל במבחן הכלליות. הנשיאה חיות קבעה שכך יקרה כאשר הוראה מוחלטת גם על הכנסת המכוננת אותה, ומאפשרת לאותה כנסת ליהנות מ"הטבות" מיוחדות בשל אימוץ הנורמה: "מצבים מסוג זה מאופיינים בניגוד עניינים מוסדי בין כובעה של הכנסת כרשות מכוננת, אשר אמורה לקבוע נורמות כלליות שיעצבו את דמותה של המדינה לאורך זמן, ובין אותם אינטרסים פרטיקולריים של חברי הכנסת בכנסת הספציפית".¹¹ הנשיאה מתייחסת לדוגמה של הארכת תקופת הבחירות מ-4 שנים ל-8 שנים, וקובעת ש"העובדה שגם הכנסות הבאות יוכלו ליהנות מ'הטבה' זו אינה מפחיתה מניגוד העניינים של הכנסת שחוקקה את ההוראה החוקתית והחילה אותה באופן מיידי".¹² אם כך לגבי בחירות לכנסת, כך גם לגבי בחירות שבוחרת הכנסת, ובראשן שינוי מנגנון בחירת השופטים באופן שמעניק לרוב הקואליציוני שליטה בגוף הבחור. ניגוד העניינים כאמור חריף, שכן הרוב הקואליציוני מחוקק לעצמו, וחקיקה זו אינה על דרך הטלת מגבלה על כוחו של הרוב, או יצירת איזון בין כוחו של הרוב לכוח אחר, אלא כאמור באמצעות שחרור הרוב ממגבלה שמוטלת עליו. גם השופט הנדל הסכים עם המשנה לנשיאה מלצר כאשר הכיר בכך שגם חקיקת קבע אינה חסינה מפני הטיות פרסונליות. לשיטתו, ניתן לחשוב על הסדרים המשרתים במובהק את אינטרס המחוקק העכשווי – למשל באמצעות העדפה לא מידתית של רשימות מכהנות בכנסת המחוקקת בכל הקשור למימון מפלגות או שידורי תעמולה.¹³ מבחינה מהותית, תחולה מידית של

10 יודגש שמשמעות התיקונים הנדונים כאן חורגת מתקופת כהונתה של הכנסת הנוכחית. השופטים שימונו יכהנו עד לפרישה. כל ממשלה עתידית תהא חשופה ללחץ "לאזן" את השופטים שתמנה כעת הממשלה תחת משטר נעדר מגבלות, מהלך שיגביר את הפוליטיזציה במינויים. שאלה היא אם תימצא דרך בעתיד לשיתוף פעולה בין חלקי הבית, שיאפשר תיקון המצב. זוהי דוגמה למרוץ לתחתית שעלול להתפתח, אשר נובע מפעולה חד-צדדית של רוב קואליציוני בניגוד לקונבנציה שלא לפעול ללא הסכמה רחבה בשינוי כללי המשחק.

11 פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

12 שם.

13 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

ההצעות הניצבות בפנינו כעת משרתת במובהק את הרוב בכנסת אף יותר מאשר העדפה במימון מפלגות או בשידורי תעמולה, שכן כאמור היא נותנת בידי הרוב הן את הכוח לשנות את ההסדר החוקתי אף ללא הסכמה של כל חלקי הבית, והן את הכוח ליישם את השינוי (על ידי מינוי שופטים ועל ידי חקיקת חוקים תחת פסקת התגברות או חוקי יסוד ללא כל ביקורת). שינוי כללי המשחק תוך כדי המשחק באופן זה מאפשר הטיית המשחק לשנים קדימה.

כאמור, דעת הרוב בפרשת **ממשלת החלופים** לא חלקה באופן ישיר על חשיבות התחולה העתידית בשינויים משפטיים מהותיים המשנים יחסי רוב-מיעוט, אלא הדגישה שבמקרה שנדון שם, לא דובר בקליטה של הסדר חדש לחלוטין שאינו מתיישב עם מרכיבים אחרים בסביבה החוקתית, אלא בקליטת הסדר שניתן להשיג, ואף היה מקובל, במסגרת הסכמים קואליציוניים. אכן, עיגונו בחוק היסוד משנה את שיטת המשטר במובן זה שאינו תלוי בהסכם קואליציוני, אך אין בכך סטייה של ממש מהמבנה המשפטי. או בלשונו הציורית של השופט הנדל: "גם אם הווארינט של הממשלה הפריטטית [...] מהווה חידוש, הוא אינו כזה השולל תחולה מיידי. תיקון 8 אינו עוסק בשינוי המשטר, ואין להקיש לגביו מחוקי היסוד שהמירו את המודל הפרלמנטרי בבחירה ישירה, ולהפך".¹⁴

אלא שלא אלו פני הדברים באשר למינוי שופטים, באשר לחיסון מפני ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, או באשר להחלת פסקת התגברות ברוב קואליציוני על כלל ההסדרים החוקתיים: השינוי המוצע לפנינו סוטה סטייה של ממש מההסדרים המקובלים בשיטתנו באופן שמחליש מנגנוני בקרה. כפי שצוין, הפיכת מנגנון בחירת השופטים לפוליטי ולכזה התלוי אך ורק ברוב הקואליציוני מהווה שינוי דרמטי. אומנם, בית המשפט הראשון בישראל מונה שלא באמצעות הוועדה לבחירת שופטים אלא על ידי הגורמים הפוליטיים, אולם דובר אך בתקופת מעבר, שאם ניתן ללמוד ממנה משהו – בהינתן שבעת ההיא נעדרו הסדרים מבניים רבים – אין זאת אלא כי שיטה זו נדחתה על ידי הכנסת. בשנת 1951 הוצעה הצעת חוק השופטים, אשר התקבלה בשנת 1953. מכאן, החל מרגע שהכנסת חוקקה חוק בעניין, דרך בחירת השופטים כללה מנגנון איזון שמעניק כוח של ממש לגורמים המקצועיים, ובכל מקרה לא מעניק רוב אוטומטי לנציגי הקואליציה. זאת כדי לרסן את תאוות השלטון, כדברי יו"ר ועדת החוקה דאז בעת קבלת החוק. כפועל יוצא, ההצעות שלפנינו מהוות סטייה רדיקלית מהמקובל בשיטתנו, ובוודאי שלא ניתן להשיגן אך באמצעות הסכמים קואליציוניים (כפי שניתן היה להשיג רוטציה בפרשת **ממשלת החלופים**). הדברים נכונים גם באשר למתן פטור לחוק יסוד מביקורת שיפוטית באשר היא. בפרשת **בנק המזרחי** יותר משופט אחד העלה את האפשרות של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד; תוזכר כאן ההתייחסות של הנשיא שמגר, הנשיא ברק, השופט חשין והשופט כץ. מבחינה עיונית, האפשרות לקבוע כל הסדר כחוק יסוד באופן שמחסן אותו מביקורת לא רק שאינה מתיישבת עם הגיונה של הפירמידה הנורמטיבית – ולעניין זה ראו נייר עמדה מס' 4 בנושא ההצעות הנוגעות לביקורת שיפוטית¹⁵ – אלא אף מעניקה לרוב שטר פתוח לחמוק מביקורת שיפוטית¹⁶ כל אימת שיחפוץ בכך (אלא אם יעצר באמצעות דוקטרינות פרי פיתוח בית המשפט).

14 שם, פס' 18 לפסק דינו.

15 פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות (הופץ ביום 20.1.2023).

16 זאת בהנחה שמשמעות החיסון שוללת את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, נשוא נייר עמדה זה. במאמר מוסגר יאמר שאין זה ברור שבכוחה של הכנסת לשלול מבית המשפט את חובתו להפעיל את כלל

על חשיבות היבט זה ניתן ללמוד מפסק דינה של השופטת ברון בפרשת **ממשלת החלופים**. השופטת ברון מדגישה את נקודת המוצא לניתוח: **חקיקת יסוד אמורה לשקף קונצנזוס חברתי רחב**, להבדיל מהאינטרסים הייחודיים לקבוצת רוב כזו או אחרת (ומפנה לעניין **שפיר**, וכן למאמרו של אריאל בנדור).¹⁷ מכאן היא מכירה בכך שעצם העיתוי של חקיקת תיקון ממשלת החלופים מעורר את החשד כי מדובר בהוראה פרסונלית במהותה, שהוחלה באופן רטרופקטיבי, ולכן היא אינה ראויה למעמד של נורמה חוקתית. אלא שהשופטת ברון מצאה שהחידוש המרכזי בממשלת החלופים אינו בשינוי שיטת המשטר, אלא בעיגון הסדר קיים – ממשלת רוטציה – בחוק יסוד. כמו כן היא מדגישה שמדובר שם בהסדר אופציונאלי שאינו כופה. לעומת זאת, בתיקונים המוצעים כעת, לא רק שאין מדובר בהסדר אופציונאלי, ולא רק שמדובר בשינוי משטרי מהותי ומשמעותי שמעדיף את הרוב, אלא שהעיתוי מחריף את הקושי: חשוב לממשלה שזה עתה נבחרה לשנות את חוק היסוד בהקדם האפשרי – והיא אף נוקטת הליך מואץ ביותר לחקיקתו – וכל כך למה? אין זאת אלא שהעיתוי נועד להותיר בידי הרוב הקואליציוני בכנסת הנוכחית את מלוא הזמן האפשרי לקבוע עובדות בשטח על ידי מינוי שופטים לטעמו. לצד זאת, עצם ייסוד האפשרות לחקיקת פסקת התגברות (ברוב הקואליציוני) תשדר מסר מצנן ברור לבית המשפט שאין טעם של ממש לטרוח ולהפעיל ביקורת שיפוטית; מה גם שהרוב העכשווי יוכל לחסן חקיקה מביקורת שיפוטית באמצעות שימוש בפסקת התגברות כאמור, וכן לחסן חקיקת חוק יסוד מביקורת שיפוטית כלשהי. סוגיה אחרונה זו אף מעלה כאמור קושי מעולם התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

מבחן העזר השלישי הוא מבחן ההתאמה למארג החוקתי, אשר במסגרתו יש לבדוק את האופן שבו חוק היסוד או התיקון תואמים את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד, את הגיונם הפנימי ותכליתם, ואת השינויים שנערכו בהם בעבר. הנשיאה מדגישה שאין עסקינן בשאלה האם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם, אלא השאלה היא מידת התאמתם לסביבה החוקתית. סוגיית המנגנון לבחירת השופטים, היא בגדר סוגיה חוקתית. אומנם לא ברור שרמת הפירוט של הסוגיות המוגדרות בחוק היסוד אכן במקום, אך נראה כי בכך אין כדי לסתור באופן ניכר את מבחן ההתאמה למארג החוקתי. גם כאשר למעמד הייעוץ המשפטי, מן הראוי לעגן מעמד זה בחוק יסוד, ואת פרטיו בחוק. אולם, אין זה ברור שמקומה של סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד הוא בחוק-יסוד: השפיטה, לעומת חוק-יסוד: החקיקה, והדברים יפים גם לעניין פסקת ההתגברות. עניין זה אינו אך אסתטי אלא משליך על חוסנו של המבנה, שכן חוק-יסוד: החקיקה אמור להסדיר את מעמדם של חוקי יסוד, לרבות לקבוע הליך לקבלתם ותנאי תוכן כלשהם, הנעדרים מחוק-יסוד: השפיטה.

ניתן לגזור מפרשת **ממשלת החלופים** גם תובנה לעניין מימד הזמן כחלק ממבחן ההתאמה למארג החוקתי. לפי גישה זו על שינוי משטרי משמעותי לחול רק החל מהכנסת העוקבת לא רק כנגזרת של מבחן הכלליות, אלא גם כנגזרת של מבחן ההתאמה. זאת משום ששינוי משטרי משמעותי מידי אינו מתאים לאופן שבו סוג עניינים אלו הוסדר בישראל. בעוד שיש עניינים מסוימים שהוסדרו בתחולה

הזיהוי הבסיסי במערכת המשפט, הוא הכלל שמזהה נורמה חוקתית באשר היא, אולם אין אנו דנים בנושא זה בנייר עמדה זה.

17 פרשת **ממשלת החלופים**, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ברון, המפנה לאריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוק-יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

מידית בישראל – למשל: מספר שרים או סגני שרים – אלו אינם עניינים העולים כדי שינוי משטרי שיש בו כדי לשנות את מנגנוני הבקרה המרכזיים של השיטה, או מוסד ממוסדותיה.

כפי שציין הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, ההיסטוריה החוקתית בישראל מראה ששינויים בהסדרים החוקתיים שמגדירים יחסי קואליציה–אופוזיציה (או רוב–מיעוט) לא הוחלו מידית אלא החל מהכנסת העוקבת, וזאת כדי להבטיח חקיקה מאחורי מסך בערות (ובמקביל, כדי להעניק לכנסת העוקבת אפשרות לתקן את החוק עם כניסתו לתוקף). כך באשר לבחירה הישירה לראשות הממשלה (תיקון משנת 1992 שהוחל רק החל מהבחירות העוקבות, בשנת 1996), כך גם ביטול המהלך, שנעשה בשנת 2001 והוחל רק על הבחירות שלאחר מכן שנערכו בשנת 2003, וכך גם באשר להסדר אי-האמון הקונסטרוקטיבי, אשר נחקק בכנסת ה-19 והוחל החל מהכנסת ה-20.

לכך חשיבות רבה, בעיקר בהיעדר הסכמה בין הרוב למיעוט בכנסת באשר לשינויים המבניים המשמעותיים, ובעיקר כאשר השינוי המבני מסיר מגבלה על כוחה של הקואליציה מבלי שזו תוחלף במגבלה אחרת. אין להמעיט בחשיבותה של נקודה זו: שינוי מבני חוקתי המתקבל ללא הסכמת האופוזיציה והחל באופן מדי, מייצר תלות כיוונית (path dependency). לרוב, ולו לרוב מקרי, ניתן הכוח לסלול שביל חדש באמצעות שינוי כללי המשחק באופן שיטיב עם הרוב מכאן ולהבא ויפגע ביכולת הריאלית להשיג חילופי שלטון בעתיד.¹⁸ ובכך, כפי שנאמר בראשית הדברים, מסוכלת התכלית הבסיסית ביותר של נורמה חוקתית: להגן מפני כוחו של רוב מזדמן להסיר מעליו מגבלות ולפעול על אתר ללא מגבלות אלו.

ובענייננו, כאשר הקואליציה קובעת בחוק יסוד הסדר המחסן חוקי יסוד מפני ביקורת שיפוטית או הסדר התגברות שפוטרי אותה מביקורת שיפוטית על כל פגיעה לא מידתית בחוק או בגין כל שינוי משטרי (אלא אם בית המשפט פסל את החוק פה אחד או ברוב של 12 מתוך ה-15 – אירוע נדיר מאוד), הרי שהיא מעניקה לעצמה כוח לשנות את כללי המשחק העתידיים באופן שיקשה על המיעוט הנוכחי להתמודד להבא משום שבידי בית המשפט לא יהיו כלים מעשיים לבקר הטיה עתידית זו. כך גם באשר לבחירת השופטים: הרוב הקואליציוני יוכל לדאוג למינוי שופטים מטעמו, לרבות נשיא בית המשפט העליון, באופן שיעקר את יכולתו של בית המשפט כמוסד ביקורת לוודא שהרוב לא מנצל את כוחו לרעה, כפי שמראות הדוגמאות מהונגריה, פולין ורוסיה. הדברים נכונים ביתר שאת גם לחיסון חקיקת חוק יסוד מביקורת שיפוטית: המהלך יקנה לרוב של היום את היכולת להתוות מכלול חוקי יסוד כרצונו, באופן שאמור להיות חסין מביקורת שיפוטית.

לצד הדברים יוזכר כי חקיקת חוקי היסוד בעניין זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר זכו להסכמה רחבה, נקטו אף הם במהלך של הסדר נדחה, אף אם לא בצורה מפורשת. חוקי היסוד הללו התקבלו בשלהי כהונתה של הכנסת, והיה ברור לכל שפועלם יחל החל מהכנסת הבאה, עם השבעתה. ואכן, הכנסת העוקבת עסקה בסוגיה, וקיבלה תיקון לשני חוקי

18 בכך מובחן השינוי שמקודם כעת מהשינוי שנקבע ברובד הסטטוטורי בשנת 2008, אשר קבע רוב של שבעה מתוך תשעה חברי הוועדה לעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון. לשלושת השופטים ניתנה זכות וטו ועימם לרוב הקואליציוני (ואפשר שאף לנציגי הלשכה שבאפשרותם לחבור לחבר הכנסת הנוסף ככל שהוא מהאופוזיציה). מהלך זה לא הסיר מגבלה מהרוב, אלא איזן את הכוחות השונים בוועדה על ידי הוספת חישוק. כמו כן, הוא נעשה ללא התנגדות אקטיבית של האופוזיציה, ואף לא הייתה בו פגיעה ביחסי רוב–מיעוט. משכך, לא התעוררה בעיית התחולה בזמן.

היסוד, באופן שהבהיר כי הכנסת העוקבת, אשר בה התחלפו רוב ומיעוט, מקבלת על עצמה את פועלה של הכנסת הקודמת.¹⁹ גם שינוי הקדנציות של נשיא המדינה נעשה בתחולה נדחית. משנקבע כי התיקון אינו עומד בשניים ממבחני העזר, משום האלמנט הפרסונלי שבו ומשום שהוא אינו מתיישב עם המבנה החוקתי הקיים במובן זה שסוג שינויים זה מצריך חקיקה נדחית, שתחול מהכנסת העוקבת והלאה, יש לבחון, לפי הנשיאה חיות, האם יש צידוק בכל זאת להכשיר את הנורמה כנורמה חוקתית תקפה.²⁰

בפרשות **שפיר וממשלת החלופים** נקבע שאין מדובר בבחינת המניע הספציפי, אלא יש לבחון את העניין במשקפיים תכליתיות: אלו כשלים בא התיקון לרפא? ככל שקיים צורך ציבורי של ממש למצוא פתרון לבעיה חוקתית שנוצרה, ניתן להכיר בנורמה שאינה עומדת במבחן ההתאמה כנורמה חוקתית בכל זאת. בפרשת **שפיר**, לא מצא בית המשפט כל צורך ציבורי שכזה. בפרשת **ממשלת החלופים** ניתן היה לסבור שהתחולה המידית נקבעה על מנת להתמודד עם המשבר החוקתי-פוליטי שנוצר בהיעדר הכרעה בשלוש מערכות בחירות, ובהינתן הצורך האקוטי לשוב לפעילות סדירה של הכנסת, בהתחשב בפגיעה הנרחבת בזכויות האדם כחלק מהמאבק בקורונה. אך כאמור, לא היה בכך צורך, שכן השינוי המשטרי שם לא היה משמעותי דיו כדי להזדקק למבחן הצידוק.

בעת הזו, לא נראה שקיים בנמצא צידוק לגיטימי לתחולה מידית של השינוי המשטרי הגורף שמוצע כעת. הרצון הנטען להגשים את רצון הבוחר כמובן חשוב (בהנחה שאכן זהו אכן רצון הבוחר שהצביע למפלגות הקואליציה). אך בטענה כי יש להגשים את רצון הרוב לא די – יש להראות צידוק להגשמת רצון הרוב באופן מדי, לאור החריגה ממבחני העזר. צידוק שכזה אין בנמצא.

מסקנה זו מתיישבת גם מן העולה מפרשת **מינוי דרעי** שהוכרעה לאחרונה. שם הגיע בית המשפט למסקנה כי לא נדרש עיסוק ישיר בסוגיית השימוש לרעה בסמכות מכוננת, אולם הסוגיה עלתה בטיעוני הצדדים, ואגב אורחא גם במספר חוות דעת. כך, למשל, ציינה השופטת דפנה ברק-ארז כי תחולה מידית של תיקון נורמה חוקתית עלולה לעלות כדי תיקון פרסונלי בעל מאפיינים רטרואקטיביים (בהינתן שמשמעות התיקון שנדון שם רלבנטית למועמד אחד בלבד, אשר פסק דין בעניינו כבר ניתן). אומנם, לא זה המצב בעניינו, אך ההיקש ברור: התחולה המידית וההתעקשות על חקיקת בזק מלמדים על ניצול כוחו של הרוב בכנסת לשינוי ההסדר החוקתי והחוקי כאחד: הן ברמת חוק היסוד (חוק יסוד: ע

19 בהקשר זה יוזכר גם הסדר שמירת הדינים הזמני שנכלל בחוק יסוד: חופש העיסוק, אשר נועד לאפשר לכנסת העוקבת לעדכן את החקיקה כדי לעמוד בדרישות חוק היסוד. כידוע, הסדר זה הוארך. שמירת הדינים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא קבועה.

20 לשיטתה של השופטת ברק-ארז, אין לבחון את הצידוק לסטייה ממבחן ההתאמה, ואף ביחס למבחן ההתאמה למארג החוקתי לא נחה דעתה. לפיכך, היא הציעה להסתפק במבחן חד-שלבי, כאשר תחת מבחן ההתאמה למארג החוקתי יש לבחון באיזו מידה משמרת הנורמה שמתיימרת להיות נורמה חוקתית "מובחנות" במובן זה שהסדר שבאה לכונן מובחן דיו ואינו פולש לתחומן של רשויות אחרות. בפרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 4, מצאה השופטת ברק-ארז שתיקון חוק היסוד עוקף למעשה את מנגנון התקצוב שקבוע בחוק יסוד: משק המדינה (ובחוק יסודות התקציב) באופן שמטשטש את מובחנותה של הרשות המבצעת (אשר אמורה להציע תקציב מפורט במסגרת חוק התקציב) ואף של הכנסת כרשות מחוקקת (אשר אמורה לדון ולהצביע על חוק התקציב, במגבלות חוק יסודות התקציב וחוק יסוד: משק המדינה). בעניינו, הרוב הקואליציוני, השולט בממשלה ובכנסת, והפועל על פי הלוגיקה של פוליטיקה, פולש לתחומה של הוועדה לבחירת שופטים אשר הגיונה, במבנה הישראלי, אמור להיות אחר.

חלק שלישי: אם רוצים לשנות איך ראוי לעשות את זה? איך כן בונים חוקה

השפיטה), והן ברמת החוק (חוק בתי המשפט), וכל זאת כאשר משמעות התיקון היא הקניית הכוח לאותו רוב בדיוק בוועדה לבחירתה שופטים (ובוועדת החוקה, לחקיקת חוק יסוד ללא מגבלות).

3. סיכום

אנו סבורים כי קביעת תחולה מידית לכל אחד מאלה:

(1) שינוי השיטה לבחירת השופטים באופן שמעניק לרוב הקואליציוני המחוקק את השינוי כוח בלתי מוגבל;

(2) חיסון חוקי היסוד מביקורת שיפוטית כלשהי, ובפרט בלי התייחסות לכלל הזיהוי;

(3) קביעת פסקת התגברות ברוב קואליציוני;

(4) שינוי דרכי מינוי היועצים המשפטיים ומעמד חוות דעתם.

מהווה שימוש לרעה בסמכות מכוננת ולכן היא חורגת מסמכותה של הכנסת. עקב כך, לפי המצב המשפטי הקיים, חוק יסוד כזה אינו תקף, ולכל הפחות יש לקבוע שתחולתו תידחה עד למועד תחילת כהונתה של הכנסת הבאה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

הצעה למתווה בנושא הביקורת השיפוטית וסמכויות הכנסת והמשלה

הופץ במקור ביום 3.3.2023 כנייר עמדה מס' 23

הערות מקדימות

- א. פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה מאגד כמאה ועשרים חוקרות וחוקרי משפט מכל המוסדות האקדמיים בארץ, ובהם המומחיות והמומחים המובילים בתחומי המשפט הציבורי. מסמך זה מבטא הסכמה רחבה של הפורום, הנדרשת לפי צורכי השעה, אף אם לרבים מאיתנו עמדות פרטיות שונות.
- ב. עמדת מרבית חברי הפורום היא שככלל היקף הביקורת השיפוטית ואופן בחירת השופטים כיום מבטאים הסדר ראוי, שתורם תרומה חשובה להבטחת ההגנה על זכויות האדם ולקידום שלטון החוק. ההסדרים הנוהגים כיום הם תוצאה של הסכמה רחבה. יתר על כן, עמדת הפורום היא שהתיקונים הנחוצים הם עיגון נרחב יותר של החובה לכבד זכויות אדם, חיזוק הפרדת הרשויות והפסקת משטר הכיבוש בשטחים, שסותר חזיתית את המחויבות לעקרונות יסוד של דמוקרטיה.
- ג. בצד זאת, עמדת הפורום היא שיש להתחשב גם בעמדותיהם של מי שסבורים שראוי לצמצם במידת מה את היקף הביקורת השיפוטית ולהותיר מרחב תמרון רחב יותר לרשויות הפוליטיות. הצורך להתחשב בעמדות אלה נובע מן ההכרה שיש חשיבות ליצירה מחדש של הסכמה רחבה לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית של מדינת ישראל. ההסדר המוצע מבוסס על איזון בין מכלול הרכיבים שלו. שינוי של רכיב מסוים עלול לחייב התאמות ברכיבים אחרים.
- ד. ההכרעה בפרטי ההסדר המוצע צריכה להיעשות על ידי הכנסת, ברוב גדול במיוחד, הכולל הסכמה החוצה את קווי הקואליציה-אופוזיציה. הדיון בפרטי ההסדר המוצע צריך להיות מלווה בהכרזה על הקפאה לתקופה קצובה של הליכי החקיקה בכנסת של כל הצעות החוק הקשורות, במישרין ובעקיפין, לשינויים בתחום המשפט הציבורי, כדי לאפשר דיון יסודי ולחתור להשגת הסכמה רחבה.
- ה. עמדת הפורום היא שהגיעה העת לבחון מחדש את האפשרות לכינון חוקה כתובה מלאה, בין השאר על יסוד חוקי היסוד הקיימים וכפי שיתוקנו כמוצע להלן, ואת ההליך שבו יש לעשות כן, בהתאם לרוח ההכרזה על הקמת המדינה, או להעניק מעמד חוקתי להכרזה המהווה את ה"אני מאמין" המשותף של המדינה. ההצעה המובאת כאן נועדה לסייע בפתרון המשבר שנוצר כעת, כפתרון זמני.

ההסדר המוצע

1. בחירת שופטים

- א) אמות המידה לבחירות שופטים הן: מקצועיות, יושרה, מחויבות לעקרונות ההכרזה על הקמת המדינה, ושיקוף מגוון הקבוצות והדעות בציבור.

- (ב) בחירת השופטים צריכה להמשיך להיעשות על ידי ועדה שיש בה ייצוג לכנסת, לממשלה ולבית המשפט העליון, וכן נציגי ציבור. נציגי הכנסת והממשלה מבטאים בוועדה השקפות באשר לסוגיות ששנויות במחלוקת בחברה, ונציגי בית המשפט העליון מבטאים הערכה של מקצועיות המועמדים, יושרתם והתאמתם לשיפוט. יש להבטיח כי לקואליציה ו/או לפוליטיקאים אין שליטה על בחירת השופטים. בהתאם לכך, הוועדה לבחירת שופטים אמורה להחליט על בחירת שופטים בהסכמה רחבה בין חבריה. כלל ההכרעה צריך להבטיח שלא תהיה תלות בגורם אחד שיתמוך בנציגי הקואליציה כדי למנוע מצבי סחטנות. יש למנוע דירוג בין שופטים לכן מנגנון הבחירה צריך להיות אחיד לכלל השופטים. כדי להבטיח זאת, מוצע שהמינוי של כל שופט/ת, לכל הערכאות, יעשה רק בהסכמה של נציגי שתי הקבוצות העיקריות בוועדה – הגורמים הפוליטיים והשופטים. כך, בעמדת הרוב נדרש כי יכללו שר/ת המשפטים ונשיא/ת בית המשפט העליון. יש להבטיח כי בוועדה יהיה ייצוג הולם לנשים ולציבור הערבי. אם ייצוג זה אינו מתבטא בנציגות חברי הכנסת, השרים והשופטים, יהיה עליו להתבטא בבחירת נציגי הציבור. בחירת נציגי השופטים צריכה להיעשות באמצעי שרירותי כגון על פי ותק. יש להבטיח מנגנון הוגן לגבי "ועדה קטועה". על כל רכיבי ההסדר להיות מעוגנים בחוק-יסוד: השפיטה.
- (ג) נשיא בית המשפט העליון יהיה השופט/ת בעל/ת הוותק הרב ביותר מבין שופטי בית המשפט העליון, ואם היו כמה שופטים בעלי ותק זהה, המבוגר/ת שבהם; המשנה לנשיא יהיה השופט/ת בעל/ת הוותק השני הרב ביותר מבין שופטי בית המשפט העליון, ואם היו כמה שופטים בעלי ותק זהה, המבוגר/ת שבהם.
- (ד) הוועדה תהיה רשאית לדון במועמדות של אדם לתפקיד שפיטה רק אם המועמד/ת עבר/ה בהצלחה את קורס ההכנה לשפיטה. פרטים בדבר מתכונת הקורס יוסדרו בחוק.

2. חוקי יסוד

- יחוקק חוק-יסוד: החקיקה, שבו יוסדרו הפרטים הבאים.
- (א) חוק יסוד חדש, וכל תיקון לחוק יסוד קיים, יחוקק בארבע קריאות, בתמיכת 80 חברי הכנסת מהם לפחות 10 חברי אופוזיציה, בכל אחת מן הקריאות, ששלוש מהן יהיו בכנסת אחת והרביעית בכנסת הבאה, לפחות שלושה חודשים לאחר תחילת כהונתה.
- (ב) במקרים חריגים במיוחד שבגינם נדרש שחוק היסוד או התיקון ייכנסו לתוקף כבר בתקופת הכהונה של הכנסת שיוזמת אותם, ומטעמים שיפורטו בחוק היסוד או בתיקון לו, ניתן יהיה לקבוע כך בתמיכה של 90 חברי הכנסת, מהם לפחות 10 חברי אופוזיציה, בכל אחת משלוש הקריאות שייערכו באותה כנסת. חוק היסוד או התיקון שנחקקו בדרך זו יהיו טעונים תמיכה של 80 חברי הכנסת, מהם לפחות 10 חברי אופוזיציה, בקריאה רביעית בכנסת הבאה, ותוקפם יפקע אם לא זכו לתמיכה כאמור או בתום שנה מתחילת כהונת הכנסת הבאה, המוקדם מביניהם.
- (ג) הכנסת מוסמכת לקבוע בחוק יסוד או בתיקון לחוק יסוד אך ורק הוראות הנוגעות לסדרי משטר ולעקרונות יסוד שהם ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה, ואשר תחולתן כללית ופרוספקטיבית, בכפוף לאמור בס"ק (ב) לעיל.
- (ד) בית המשפט מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על חוק יסוד, הוראות שנכללו בחוק יסוד או בתיקון לו לשם בחינה אם התקיימו הדרישות שפורטו לעיל.

חלק שלישי: אם רוצים לשנות איך ראוי לעשות את זה? איך כן בונים חוקה

3. ביקורת שיפוטית

- (א) הכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק שסותר הוראה שקבועה בחוק יסוד.
(ב) כל בית משפט מוסמך לקבוע שחוק סותר הוראה בחוק יסוד ולפיכך אינו תקף. קביעה כאמור שנעשתה שלא על ידי בית המשפט העליון, תהא תקפה רק להליך שבו הוכרעה.

4. הוראות נוספות

- (א) הכנסת תוסיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראה שלפיה: "אין פוגעים בזכותו של אדם לשוויון; כל אדם זכאי להגנה על זכותו לשוויון". תוקם ועדה מיוחדת של הכנסת שתורכב מנציגי קואליציה ואופוזיציה לשם קידום השלמת חקיקת חוק-יסוד: זכויות במשפט וחוק-יסוד: זכויות חברתיות.
- (ב) הגנה על זכויות קיבוציות לציבור הערבי תעוגן בחוק יסוד. במסגרת זו ייקבע: (1) לציבור הערבי בישראל הזכות לייצוג הולם ברשויות השלטון; (2) המדינה תסייע בשימור ובקידום התרבות הערבית; (3) יינתן ביטוי הולם לשפה הערבית במרחב הציבורי, בהתאם לתנאים שייקבעו בחוק; (4) תובטח הקצאת משאבים ראוייה.
- (ג) יוסדרו בחוק הליך הבחירה של היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם למתכונת הנהוגה כיום, והליכי הבחירה של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, באופן שיבטיח את עצמאותם של היועצים המשפטיים וכפיפותם ליועץ המשפטי לממשלה. יוסדר בחוק המעמד המחייב של חוות הדעת של היועצים. הממשלה בלבד (אך לא שר באופן עצמאי) תהא רשאית לקבוע כי היא בוחרת לפעול בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מטעמים שיפורטו, וההחלטה תהא נתונה לביקורת שיפוטית.
- (ד) בחוק-יסוד: הכנסת תיקבע הוראה בדבר חובת הכנסת לקיים הליכי חקיקה נאותים.
- (ה) ניתן לשקול לחוקק הוראה בחוק-יסוד: הצבא, שלפיה ניתן לקבוע פטור, מלא או חלקי, משירות בצה"ל, על יסוד שיקולים ענייניים, ופרטי הפטור ייקבעו בחוק.

עמדת הפורום בנוגע למשא ומתן המתנהל בבית הנשיא עם פתיחת כנס הקיץ של הכנסת

הופץ במקור ביום 3.5.2023 כנייר עמדה מס' 44

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, ולפגיעה בזכויות האדם. בנייר עמדה זה, ועל רקע הכוונה האמורה והשלכותיה, אנו מתייחסים למשא ומתן המתנהל בימים אלה בבית הנשיא בין הקואליציה לחלק מנציגי האופוזיציה.

אנו סבורים כי:

- קיום משא ומתן ללא שעוגנה עצירת החקיקה באופן מחייב מאפשר לממשלה להוסיף ולקדם חקיקה ככל שתחפוץ – ולכך אין להסכים. יש בכך כדי לפגוע בסימטריות של המשא ומתן שצריך להתנהל ללא כל איום.
- קיום משא ומתן בין חברי הכנסת ללא שקיפות, ללא ייצוגיות הולמת למגוון הקולות באופוזיציה ובפרט לציבור הערבי, ומבלי שסדר היום, תוכנית העבודה, ומגבלות הדיון ידועות ברבים – אינו ראוי.
- הליך ניסוח חוקתי אינו יכול להתנהל כמשא ומתן פרלמנטרי רגיל וכמקח כוחני בין קבוצות רוב למיעוט. עליו לשקף שאיפה משותפת של משתתפים המייצגים את הציבור בכללותו להשגת הסדר חוקתי מאוזן והראוי ביותר עבור הכלל, וביחס למכלול הנושאים שעל הפרק. לאור תכליותיו הייחודיות של הליך גיבוש הסכמות חוקתיות, עליו להתבצע בהתאם לכללי דיון ייחודיים, שאף אחד מהם אינו מתקיים במשא ומתן המתנהל כיום: ייצוגיות, שקיפות ופומביות, שיתוף הציבור, משא ומתן סימטרי, כוללניות וגיבושה של הסכמה רחבה.
- אנו מפרטים בהרחבה במסמך זה את עמדותינו בנוגע לקווים האדומים ההכרחיים בעת עיצוב הסדרים חוקתיים.

נימוקי נייר העמדה

א. רקע

לפני כחודש, ב-27.3.2023, אישרה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקריאה שנייה ושלישית הצעות לתיקוני חקיקה הכוללות רפורמה מקיפה בהליך הבחירה של שופטים לכל הערכאות בישראל,

ובכלל זה הקניית הכוח לנציגי הקואליציה בוועדה לבחירת שופטים למנות בעצמם לפחות שני שופטים של בית המשפט העליון ואת נשיא בית המשפט העליון.¹ באותו היום עצמו הודיע ראש הממשלה שהוא לוקח "פסק זמן להידברות" בנושאי הפיכה המשטרית שמובילה הקואליציה. כדי לאפשר את ההידברות, אמר ראש הממשלה שהחליט "להשהות – להשהות ב"ה"א – את הקריאה השנייה והשלישית של החוק במושב הזה של הכנסת, כדי לתת זמן לנסות להגיע לאותה הסכמה רחבה לקראת החקיקה במהלך הכנסת הבאה [כך במקור]."² ראש הממשלה לא ציין באופן מדויק לאיזה חוק הוא מתייחס, כך שניתן להבין בדרכים שונות את היקף התחולה של מהלך ההשהיה שעליו החליט – על החקיקה בנושא בחירת שופטים בלבד, על חוקי הפיכה משטרית נוספים שעברו כבר בקריאה ראשונה אך טרם הושלמה חקיקתם (למשל בנושא ביקורת שיפוטית), על חוקים משפטיים נוספים שמתוכננים (למשל בנושא הייעוץ המשפטי לממשלה), ואולי גם על חוקים רבים שהציעו חברי כנסת מן הקואליציה בשבועות האחרונים ומעוררים קשיים רבים ומגוונים מנקודת מבט דמוקרטית.

בסמוך לאחר מכן הבענו את דעתנו כי התנהלות זו הנסמכת על הצהרתו של ראש הממשלה אינה מספקת, וכי יש לעגן באופן משפטי את ההחלטה על השהיית החקיקה, כך שלא ניתן יהיה לסגת ממנה באופן חד-צדדי ופתאומי ובכדי שמשא ומתן בנושאים שעל הפרק לא יהיה כפוף לאיום בקידום מידי של החקיקה. זאת, משום שבהיעדר עיגון כאמור, ביכולתה של הקואליציה להשלים את המהלך החקיקתי המשנה סדרי שלטון ומשטר בימים בודדים, בהסתמך על הרוב הצר שיש לקואליציה בכנסת. מטרות העיגון הן למנוע ניהול משא ומתן להשגת הסכמות תחת איום, למנוע מחטפים, להוכיח רצון טוב ומחויבות אמיתית להידברות, לחזק את האמון בין הצדדים, ובכך להגדיל את הסיכוי להגיע לפשרה בהסכמה רחבה. היענות לקריאה לעיגון ההשהיה משמעה שלהידברות יינתן סיכוי של ממש.³ קריאות אלה שלנו לא זכו לכל מענה, ועתה נפתח כנס הקיץ של הכנסת בלא שנעשה דבר מבחינה משפטית המביא לידי ביטוי את ההצהרה בדבר "השהיית" החקיקה. אנו סבורים כי אין לנהל משא ומתן מבלי שעצירת החקיקה – וההיקף המדויק שלה – עוגנו באופן מחייב. עתה משהכנסת התכנסה מחדש הימנעות מנקיטה בצעדים לעיגון ההשהיה אינו יכול להיות מוצדק כלל.

במהלך החודש שחלף התנהלו מגעים בבית הנשיא בין נציגי הקואליציה לבין נציגי חלק מהאופוזיציה – היו רכיבים באופוזיציה שמלכתחילה לא השתתפו והיו כאלה שהשתתפותם נמנעה

- 1 לפירוט ראו 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).
- 2 לדיווח על דברי ראש הממשלה ראו למשל www.calcalist.co.il/local_news/article/h1jbzwtr1b3. בדברי ראש הממשלה נותרה אפוא עמימות אם התכוון להשלמת החקיקה במהלך הכנס הבא של הכנסת – כנס הקיץ שייפתח ב-30.4.2023 ויסתיים ב-30.7.2023 (כפי שהובנו הדברים ברוב הדיווחים התקשורתיים) – או במושב הבא של הכנסת, שייפתח ב-15.10.2023 (ראו <https://main.knesset.gov.il/About/WorkandRecessDates.aspx>). מילולית, דבריו סובלים גם את האפשרות שהשלמת החקיקה תבוצע רק בכנסת ה-26, הצפויה להיבחר עוד כמה שנים.
- 3 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 40: עיגון של עצירה" (הופץ ביום 29.3.2023).

בפועל בשל קיומם של דיונים שבהם לא שותפו.⁴ המגעים מתנהלים באופן חסוי, ללא שקיפות, ללא ייצוגיות הולמת למגוון הקולות באופוזיציה (ובפרט לציבור הערבי), ומבלי שהעקרונות עליהם הדיון נסמך, מטרותיו, סדר היום, תוכנית העבודה ומגבלות הדיון ידועים ברבים.

מעט לעת נעשות הדלפות לא מאומתת בנוגע למשא ומתן, וגורמים המעורבים בו מפזרים רמזים שונים בתקשורת. כך למשל, בין השאר, נרמז לאחרונה על ידי שר המשפטים, ח"כ יריב לוין, בנאומו בהפגנה בירושלים כי האופוזיציה דוחה כל הצעת פשרה,⁵ ואילו יו"ר המחנה הממלכתי, ח"כ בני גנץ, אמר כי ההידברות בבית הנשיא "הגם שנעשית באווירה טובה ומכבדת, לא מתקדמת באף אחת מהסוגיות ובפרט לא בסוגיית הוועדה לבחירת שופטים".⁶ במקביל, כאמור, הכנסת חידשה עתה את פעילותה והחשש מפני חידוש הדיונים בחוקי ההפיכה מיד שב ועלה.⁷

אנו סבורים כי "משא ומתן" המתנהל בבית הנשיא בתנאים אלה אינו ראוי, וכי לא ראוי שיימשך בלא שיינקטו צעדים כמפורט להלן.

ב. ההליך הדרוש לגיבוש הסכמות בנושאים חוקתיים

הדיווחים השונים המגיעים מבית הנשיא ומסביבתו⁸ מעוררים חשש שהמגעים המתנהלים בין נציגי הקואליציה וחלק מסייעות האופוזיציה אודות הרפורמה החוקתית מקבלים אופי של משא ומתן בין סיעות המייצגות אינטרסים פוליטיים מידיים, ולא דיון עקרוני על מבנה הדמוקרטיה הישראלית, אף שזו אומנם מונחת על הכף. הסוגיות שלפי המדווח נמצאות על הפרק – מעמד של חוקי היסוד והליך החקיקה שלהם, מודל הביקורת השיפוטית, הליכי בחירת שופטים ועוד – עומדות ביסוד המבנה החוקתי של מדינת ישראל, וכך יש להתייחס אליהן.

כפי שהסברנו בנייר עמדה מוקדם של הפורום "הליך קבלת ותיוון החוקה צריך להבטיח דיאלוג אמיתי, הסכמה רחבה, התדיינות (דליברציה), השתתפות וייצוג הולם ולערב את הציבור באופן רחב ומכיל. זאת, מאחר שרק הליך כזה, שבו לכל חלקי הציבור תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול

4 אריאל כהנא "מפלגת העבודה פורשת משיחות ההידברות בבית הנשיא: 'נחצו קווים אדומים'" **ישראל היום** (16.4.2023) www.israelhayom.co.il/news/geopolitics/article/13938658 ("אנו למדים על שיחות אשר נעשות במחשכים ואף על הסכמות בין הצדדים הרחק מעין הציבור, ללא מעורבותנו, מה שמעלה את החשש לפגיעה בהליך המו"מ ואף בדמוקרטיה הישראלית").

5 יקי אדמקר "כנס הקיץ יפתח השבוע: חקיקת הרפורמה מושהית, חוקים שנויים במחלוקת על הפרק" **וואלה** (30.4.2023) <https://news.walla.co.il/item/3575256>.

6 נעה שפיגל "גנץ: ההידברות בבית הנשיא לא מתקדמת, לא נאפשר לקואליציה לשחק על הזמן" **הארץ** (1.5.2023) <https://bit.ly/3MP2Q9y>.

7 טובה צימוקי "הצעד הנפיץ הבא של הממשלה: היועמ"ש יהיה מינוי פוליטי, וניתן יהיה להחליפו אחרי כל בחירות" **ידיעות אחרונות** (30.4.2023) www.ynet.co.il/news/article/hkiwtxoq3. על נושא הייעוץ המשפטי ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 1: גיבוש עמדה משפטית של הממשלה והשרים" (הופץ ביום 15.1.2023).

8 ראו למשל אבי בר-אלי "שני קווים אדומים והסכמות ראשונות: מה קורה במו"מ על הרפורמה המשפטית?" **דה מרקר** (23.4.2023); אבי בר-אלי "אם יריב לוין עושה מאמצים לפוצץ את המשא ומתן הזה, כנראה יש לכך סיבה" **דה מרקר** (1.5.2023).

להקנות לגיטימיות דמוקרטית לשינויים בזהות החוקתית של המדינה, לקביעת כללי המשחק הפוליטי, להגנה הראויה על זכויות הרוב הדומם או המיעוט החלש פוליטית.⁹ הליך ניסוח חוקתי אינו יכול להתנהל כמשא ומתן פרלמנטרי רגיל וכמקח כוחני בין קבוצות רוב ומיעוט. עליו לשקף שאיפה משותפת של כל המשתתפים המייצגים את הציבור בכללותו להשגת הסדר חוקתי מאוזן והראוי ביותר עבור הכלל, וביחס למכלול הנושאים שעל הפרק. הליך גלוי, שיתופי ומכיל של גיבוש הסכמות חוקתיות יבטיח גם חשיפה של הנציגים המשתתפים בהליך למרב המידע הדרוש לניסוח חקיקה חוקתית מיטבית: קיומן של גישות שונות בציבור ובקהילות המומחים הרלוונטיות להסדרים החוקתיים המדוברים, הערכות מגוונות אודות השפעתם על אוכלוסיות שונות, ומידת הקבלה הציבורית הצפויה להם.

- לאור תכליות ייחודיות אלו של הליך גיבוש הסכמות חוקתיות, עליו להתבצע בהתאם לכללי דיון ייחודיים, בעוד שהאופן בו מתנהל המשא ומתן כיום לוקה, על פניו, בכל אחד מן ההיבטים האלה:**
- **ייצוגיות** – יש להבטיח השתתפות וייצוג הולם של נציגי כל הקבוצות והקהילות במדינה, באופן רחב ומכיל. ואולם, במשא ומתן בבית הנשיא משתתפים רק נציגים של חלק מהסיעות, וכלל לא משתתפים מי שאינם מייצגים סיעות אלא קהילות נוספות, קבוצות וארגונים מן החברה האזרחית.
 - **שקיפות ופומביות** – יש להבטיח כי ההליך מתקיים באופן שקוף ופומבי המעודד את אמון הציבור בתהליך, ומבטיח כי הדיון המתקיים נוגע בנושאים העקרוניים על בסיס שיקולים רלבנטיים, ולא נעשות במסגרתו הסכמות חשאיות או פשרות אינטרסנטיות שפוגמות באופיו של ההליך כמנגנון לאימוץ הסדרים חוקתיים. בהקשר זה, יש להבטיח כי ההליך מנצל את מכלול הידע המקצועי הרלבנטי לצורך גיבוש עמדות בסוגיות שעל הפרק. בכלל זה, יש להבטיח כי מעורבותם של מומחים ואנשי מקצוע נעשית כחלק אינטגרלי מן ההליך, וכשהם עצמאים ונושאים באחריות לקהילות המקצועיות שלהם. הליך המתקיים באופן סודי, ללא דין וחשבון לציבור הבוחר ומבלי שהוצגו לציבור וזכו לאמונו העקרונות שעל בסיסם מתנהל המשא ומתן והמטרות שאליהן חותרים משתתפיו, המידע הנגיש להם וזהותם של מי שהציגו אותו, אינו עומד בדרישות אלה.
 - **שיתוף הציבור** – כדי שתושג הסכמה חוקתית מיטבית ובעלת לגיטימציה מרבית, יש לאפשר לציבור לבחון את ההסכמות המושגות, לבטא את עמדותיו ביחס אליהן ולוודא שעמדות אלה מובאות בחשבון בגיבוש ההסדר המתקבל בסופו של התהליך. במצב הדברים הנוכחי בבית הנשיא, הציבור איננו שותף ויש על כן חשש כי בחדר הסגור ייסגרו עסקאות בחשאי ומתוך מניעים פוליטיים קצרי טווח, באופן שמסכל את האפשרות לכלול בהליך החוקתי שלב של דיון פתוח ומשמעותי, שכן הפוליטיקאים כבר יהיו כבולים להסכמותיהם הסודיות שהושגו לפני כן. במצב זה עדכון ההסדרים שהוצגו לאור הליך שיתוף הציבורי והתאמתם לקולות שהציבור עשוי להעלות יהיה בלתי אפשרי. זאת, בפרט, משהמשא ומתן מתנהל תחת איום של חידוש הליך החקיקה בידי

9 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023).

הקואליציה ללא מגבלה – נתון אשר מגביר את הלחץ לקדם חקיקה חלופית במהירות וללא הליך הולם של שיתוף ציבור.

- **משא ומתן סימטרי** – הליך ניסוח חוקתי אינו יכול להתנהל כמשא ומתן פרלמנטרי רגיל וכמקח כוחני בין קבוצות רוב ומיעוט. עליו לשקף שאיפה משותפת של כל המשתתפים המייצגים את הציבור בכללותו להשגת הסדר חוקתי מאוזן והראוי ביותר עבור הכלל, וביחס למכלול הנושאים שעל הפרק. בשל כך, ניהול משא ומתן על רקע חקיקה המוכנה לקריאה שנייה ושלישית מבלי שהשהיתה עוגנה כלל, ולצד שליטתה של הממשלה בכנסת, חושף את האופוזיציה ללחץ רב ובלתי סביר במשא ומתן ופוגע בסימטריה ההכרחית לצורך הליך חוקתי מיטבי.
 - **כוללניות** – מעצם טיבו משא ומתן חוקתי עוסק במכלול של היבטים חוקתיים ומשטריים אשר האיזון הפנימי ביניהם קריטי להצלחת הפרויקט החוקתי. פיצולו של המשא ומתן תוך השארת הכוח בידי הממשלה להוסיף ולשנות רכיבים מסוימים בשיטה בהמשך פוגם באיכותו של ההליך ובאמינותו של התוצר המתקבל ממנו. בשלב הזה, אין לדעת מהם הרכיבים הנמצאים על שולחן המשא ומתן בבית הנשיא ומהי מידת המחויבות של משתתפיו לגיבושם של הסדרים כוללניים המגבילים את כוחה של הממשלה להוסיף עליהם ולשנותם בהמשך.
 - **קיומה של הסכמה רחבה** – כל הסדר חוקתי, וקל וחומר הסדר חוקתי כוללני העוסק ביסודות המשטר נדרש להתקבל בהסכמה רחבה של חלקי החברה ובפרט המיעוטים בקרבה. יש לכן לעמוד על כך שתוקפו של כל הסדר שיושג יותנה בקיומה של הסכמה רחבה סביבו. בעת הזו בבית הנשיא נשמעים רק חלק קטן מנציגי האופוזיציה ובתנאים אלה קשה לדמיין קיומה של הסכמה רחבה מצד מכלול רכיבי הציבור ונציגיהם בכנסת.
- הליקויים העמוקים שתיארנו במשא ומתן המתנהל כעת לא רק שפוגעים בלגיטימיות שלו וביכולתו להגיע להסדרים שיזכו להכרה ותמיכה אלא אף פוגעים באפשרות להגיע להסכמה אחראית על ידי הגדלת העוגה באמצעות אימוץ הסדרים ואיזונים ובלמים נוספים על פני אלה שנדונים כיום שרק הליך המקיים את המאפיינים שתיארנו יכול להביא להם. הגבלת מרחב האפשרויות דוחקת לאימוץ הצעות מסוכנות.
- הטבלה הבאה מסכמת את הדרישות מהליך לגיבוש הסכמות חוקתיות ואת האופן שבו הן אינן מתקיימות במגעים המתנהלים כעת בבית הנשיא:

 רשות המסים מחלקת המיסוי מס הכנסה			
האם הנשיא מקיים את התנאים הנדרשים מהליך ניסוח חוקתי?	מה קורה בבית הנשיא?	מהותה	הדרישה
X	משתתפים רק נציגים של חלק מהסיעות, וכלל לא משתתפים מי שאינם מייצגים סיעות אלא קהילות נוספות, קבוצות וארגונים מן החברה האזרחית.	יש להבטיח השתתפות וייצוג הולם של נציגי כל הקבוצות והקהילות במדינה, באופן רחב ומכיל.	ייצוגיות
X	ההליך מתקיים באופן סודי, ללא דין וחשבון לציבור הבוחר ומבלי שהוצגו לציבור וזכו לאמונו העקרונות שעל בסיסם מתנהל המשא ומתן והמטרות שאליהן חותרים משתתפיו, המידע הנגיש להם וזהותם של מי שהציגו אותו, אינו עומד בדרישות אלה.	יש להבטיח כי ההליך מתקיים באופן שקוף ופומבי המעודד את אמונו הציבור בתהליך, ומבטיח כי הדיון המתקיים נוגע בנושאים העקרוניים על בסיס שיקולים רלבנטיים, ולא נעשות במסגרתו הסכמות חשאיות או פשרות אינטרסנטיות. יש להבטיח כי ההליך מנצל את מכלול הידע המקצועי הרלבנטי לסוגיות שעל הפרק.	שקיפות ופומביות
X	ניהול משא ומתן על רקע חקיקה המוכנה לקריאה שניה ושלישית מבלי שהשהייתה עוגנה כלל, ולצד שליטתה של הממשלה בכנסת, חושף את האופוזיציה ללחץ רב ובלתי סביר במשא ומתן ופוגע בסימטריה ההכרחית לצורך הליך חוקתי מיטבי.	הליך ניסוח חוקתי אינו יכול להתנהל כמשא ומתן פרלמנטרי רגיל וכמקח כוחני בין קבוצות רוב ומיעוט. עליו לשקף שאיפה משותפת של כל המשתתפים המייצגים את הציבור בכללותו להשגת הסדר חוקתי מאוזן והראוי ביותר עבור הכלל, וביחס למכלול הנושאים שעל הפרק.	משא ומתן סימטרי
X	בשלב הזה אין לדעת מהם הרכיבים הנמצאים על שולחן המשא ומתן בבית הנשיא ומהי מידת המחויבות של משתתפיו לגיבושם של הסדרים כוללניים המגבילים את כוחה של הממשלה להוסיף עליהם ולשנותם בהמשך.	משא ומתן חוקתי עוסק במכלול של היבטים חוקתיים ומשטריים אשר האיזון הפנימי ביניהם קריטי להצלחת הפרויקט החוקתי. פיצולו של המשא ומתן תוך השארת הכוח בידי הממשלה להוסיף ולשנות רכיבים מסוימים בשיטה בהמשך פוגם באיכותו של ההליך ובאמינותו של התוצר המתקבל ממנו.	כוללניות
X	בעת הזו בבית הנשיא נשמעים רק חלק קטן מנציגי האופוזיציה ובתנאים אלה קשה לדמיין קיומה של הסכמה רחבה מצד מכלול רכיבי הציבור ונציגיהם בכנסת.	כל הסדר חוקתי, וקל וחומר כזה העוסק ביסודות המשטר נדרש להתקבל בהסכמה רחבה של חלקי החברה ובפרט המיעוטים בקרבה. יש לכן לעמוד על כך שתוקפו של כל הסדר שיושג יותנה בקיומה של הסכמה רחבה סביו.	קיומה של הסכמה רחבה

מתוך: נייר עמדה מס' 44 של פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

ג. הסוגיות שעל הפרק: הקווים האדומים של הדמוקרטיה

הממשלה ה-37 מקדמת מיום הקמתה שינויים דרמטיים בכללי המשחק של הדמוקרטיה, לצד מאמץ מקיף לשינוי סדרי יסוד במישורים רבים של החיים המשותפים – פעילות הממשלה, המשטרה וכוחות הביטחון, האקדמיה, השירות הציבורי, היבטי דת ומדינה, התקשורת ועוד. שינויים בכללי המשחק של הדמוקרטיה חייבים להיעשות תחת הקפדה יתרה על הקווים האדומים.¹⁰ אנו מבקשים לחזור ולהזכירם, ולחדדם בפרט ביחס להיבטים שונים של סוגיות אשר אולי (ואולי לא) נדונות כעת במסגרת המשא ומתן בבית הנשיא. נדגיש כי בכל מקרה יש לאמוד את ערכם של הרכיבים השונים במסגרת המכלול של ההסדרים החוקתיים.

(1) מנגנון בחירת שופטים

הקווים האדומים של הדמוקרטיה דורשים כי מינוי שופטים יעשה באופן שיבטיח את מקצועיות ועצמאות הרשות השופטת, ישמר את הפרדת הרשויות ואת אמון הציבור בבתי המשפט. מכאן נובעים הכללים הבאים המתחייבים בעת עיצוב מנגנון בחירה:¹¹

- הקואליציה אינה יכולה לשלוט באופן ישיר או עקיף בבחירת השופטים.
- מינוי שופטים חייב להתבסס על אמות מידה מקצועיות ולשם כך הפוליטיקאים (נציגי הקואליציה והאופוזיציה) אינם יכולים לשלוט בבחירת השופטים לבדם ללא הסכמה של אנשי המקצוע (השופטים). חשוב לוודא כי בהחלטה ניתן משקל ממשי גם לעמדתם של גורמים מקצועיים, שיכולים להעריך את ההתאמה של המועמדים לתפקיד השיפוטי.
- השופטים אינם יכולים להיות מזוהים פוליטית עם מי שבחרים בהם או גרוע מכך, תלויים במידה כזו או אחרת בגורם הפוליטי – במינויים או בקידומם.
- כפועל יוצא נדרש:
 - הרכב הוועדה צריך ליצור איזון בין הגורמים הפוליטיים והמקצועיים. בחירת השופטים צריכה להמשיך להיעשות על ידי ועדה שיש בה ייצוג לכנסת, לממשלה ולבית המשפט העליון, וכן נציגי ציבור המביאים ידע מקצועי רלוונטי. נציגי הכנסת והממשלה מבטאים בוועדה השקפות באשר לסוגיות ששנויות במחלוקת בחברה ולתפיסות הציבור את בתי המשפט, ונציגי בית המשפט העליון ולשכת עורכי הדין מבטאים הכרה של צרכי המערכת והערכה של מקצועיות המועמדים, יושרתם והתאמתם לשיפוט.
 - על הוועדה לבחירת שופטים להחליט על בחירת שופטים בהסכמה רחבה בין חבריה. כדי להבטיח זאת, מוצע שהמינוי של כל שופט/ת, לכל הערכאות, ייעשה רק בהסכמה של נציגי שתי הקבוצות העיקריות בוועדה – הגורמים הפוליטיים והשופטים.
 - יש להבטיח כי הנשיא והמשנה לנשיא של בית המשפט העליון ייבחרו מתוך שופטי בית המשפט העליון על בסיס ותק בלבד, כדי למנוע שליטה פוליטית של הקואליציה בזהות הנשיא

10 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "מתווים וקווים אדומים" (הופץ ביום 15.3.2023).

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

ובכך לשלוט, בין היתר, בזהותם של נציגי הציבור. כך גם חברותם של השופטים בוועדה תיקבע לפי ותק.

o יש להבטיח ייצוג לנשים ולערבים בוועדה הבוחרת.

זאת ועוד. אנו סבורים כי הצעות המועלות חדשות לבקרים לאימוץ מנגנונים ניסיוניים לבחירת שופטים מבלי שאלה נבחנו לעומק ובכלים מדעיים והשוואתיים – אינן יכולות להוות בסיס להסכמה. כך, הצעה שעל פניה עשויה להיראות ראויה, עשויה להתגלות בבחינה מעמיקה ככזו המעניקה יתרון בלתי מאוזן לצד אחד על פני צד אחר. לדוגמה, מנגנונים התלויים בגיבוש של הסכמות לבחירת נציגים עשויים להיראות ניטרליים, אולם למעשה להעניק יתרון לקואליציה המאורגנת במערך של הסכמים קואליציוניים מחייבים וחסרונים לאופוזיציה בלתי מתואמת, בפרט אם זו קואליציה שלחבריה קירבה רעיונית רבה. עוד לדוגמה, מנגנון המציע כלל הכרעה גבולי (התלוי בצירוף שחקן אחד בלבד מהמחנה הנגדי) עשוי לעודד סחטנות וניצול לרעה. ודוגמה נוספת, מנגנון המציע כי חברי אקדמיה יהיו חברים בוועדה לבחירת שופטים צריך להבחן ביסודיות גם לאור החשש להשפעותיו ארוכות הטווח על האקדמיה ועל הקאדר של שופטים עתידיים. התוצאות המידיות וארוכות הטווח של התנסות במודל פגום עשויות לפגוע בערכי היסוד של הדמוקרטיה.

לפיכך, אנו מסמנים כקו אדום נוסף גם:

- **עיצוב מנגנון בחירה באופן חפוז מבלי שהייתה הזדמנות מעמיקה לבחון בכלים מדעיים והשוואתיים אינו יכול לעבור.**

(2) חוקי יסוד

הקואליציה הנוכחית מבקשת, בכוח הפוליטיקה הרגילה, לחוקק, לתקן ולבטל חוקי יסוד בהליך חקיקה רגיל, באופן המאפשר לפגוע במבנה המשטרי ושיהיה חסין לכאורה מביקורת שיפוטית לחלוטין. החסינות נתבעת בשני מישורים. ראשית, הצעת חוק יסוד: השפיטה, בנוסח שעבר בקריאה ראשונה, קובעת שאף בית משפט, כולל בג"ץ, אינו רשאי להידרש "במישרין או בעקיפין" לשאלה בדבר תוקפו של חוק יסוד, וכן שלא יהיה תוקף להחלטה שהתקבלה בעניין תוקפו של חוק יסוד.¹² המשמעות המעשית של קביעת פטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הינה חופש מוחלט לרוב הקואליציוני ככנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במילים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק.¹³ לפיכך, הקווים האדומים של הדמוקרטיה ביחס לחוקי יסוד הם:

12 עניין זה נכלל בנוסח שאושר לקריאה ראשונה של הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות), ה"ח 947 (13.2.2023), אולם לא נכלל בנוסח הצעת החוק אשר אושרה לקריאה השנייה והשלישית, חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023) https://fs.knesset.gov.il/25/law/25_ls2_2113226.pdf. לכן בהיעדר החלטה על פיצול יתכן שיידרש לקריאה ראשונה מחדש. ראו ס' 84(ב) לתקנון הכנסת.

13 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 26.2.2023). ראו גם רונית לוין-שנור "החלטת הררי הגיעה לקיצה" ICON-S-IL Blog (20.4.2023) <https://bit.ly/434fuHO>.

- אין להסכים לפטור מוחלט מביקורת שיפוטית על חוקי יסוד באופן המעניק חופש מוחלט לרוב הקואליציוני בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות הכתרת ההסדר במלים "חוק יסוד". זהו פתח לעריצות הרוב, לפגיעה בזכויות ולשחיתות בחסות החוק.
- אין להסכים להסדר שיאפשר חקיקה או תיקון של חוקי יסוד (קיימים או חדשים) ברוב קואליציוני, ללא מגבלות באשר לרוב הדרוש לחקיקה כזו, למועד כניסתה לתוקף ולחובה לכבד במסגרתה עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית ובכלל זה את זכויות היסוד לבחור ולהיבחר והזכות לשוויון. בלא סייגים אלה, עמדת הפורום היא שהכנסת אינה מוסמכת לקבוע הוראה שתשלול את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ואם תיקבע הוראה כזו, היא לא צפויה לשלול מבית המשפט את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.
- אין תוקף לשלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד הפוגעים בזכויות המיעוט או מי שאינם מיוצגים בכנסת מבלי קשר לגודלו של הרוב אשר תמך בהם (בין שהוא 70, 80 חברי הכנסת או רוב אחר) או להצבעה בכנסת נדחית.

(3) זכויות אדם

יש להבטיח כי זכויות האדם בישראל, ובכלל זה הזכות לבחור ולהיבחר, זכות השוויון, חופש הביטוי, חופש ההפגנה, החופש האקדמי, חופש העיתונות ועוד, יעוגנו במפורש כדי להבטיח את שימור ההגנה עליהם. עם זאת אין לטעות – קיומן של הגנות מפורשות בלא עצמאות שיפוטית אין בו כל ערך. אנו סבורים כי יש להוסיף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הגנה מפורשת לזכות השוויון ואיסור ההפליה וממליצים כי תוקם ועדה מיוחדת של הכנסת שתורכב מנציגי קואליציה ואופוזיציה לשם קידום השלמת חקיקת חוק יסוד: זכויות במשפט וחוק יסוד: זכויות חברתיות. אנו סבורים כי יש להבטיח הגנה על זכויות קיבוציות לציבור הערבי אשר תעוגן בחוק יסוד. במסגרת זו יש לקבוע כי: (1) לציבור הערבי בישראל הזכות לייצוג הולם ברשויות השלטון; (2) המדינה תסייע בשימור ובקידום התרבות הערבית; (3) יינתן ביטוי הולם לשפה הערבית במרחב הציבורי, בהתאם לתנאים שייקבעו בחוק; (4) תובטח הקצאת משאבים ראוייה.

(4) ביקורת שיפוטית על חוקים

בשיטת המשטר הישראלית לביקורת שיפוטית על חקיקה יש משמעות חשובה. פגיעה ביכולת זו של בית המשפט על דרך מתן הרשאה מלאה לרוב הקואליציוני לחוקק כרצונו, תוך התעלמות מאינטרס הציבור ותוך פגיעה בזכויות הפרט והמיעוט וביסודות המשטר הדמוקרטי, מבלי שיהיה חשוף לביקורת אפקטיבית מצד בית המשפט – אינה יכולה לעמוד.

כאשר הקואליציה קובעת בחוק יסוד הסדר המחסן חוקי יסוד מפני ביקורת שיפוטית או הסדר התגברות שפוטר אותה מביקורת שיפוטית על כל פגיעה לא מידתית בחוק או בגין כל שינוי משטרי (אלא אם בית המשפט פסל את החוק פה אחד או ברוב של 12 מתוך ה-15 – אירוע נדיר מאוד), הרי

שהיא מעניקה לעצמה כוח לשנות את כללי המשחק העתידיים באופן שיקשה על הרוב להתמודד להבא משום שבידי בית המשפט לא יהיו כלים מעשיים לבקר הטיה עתידית זו.¹⁴

- עמדת הפורום היא שאין להסכים לכל פשרה בנושא ביקורת שיפוטית על חקיקה ובנושא התגברות שלא תשמר הגבלה אפקטיבית על כוחו של הרוב לפגוע בזכויות האדם וביסודות המשטר הדמוקרטי. עמדת הפורום היא שהגבלות מסוג אלה המוצעות על ידי הממשלה על הסמכות לביקורת שיפוטית אינן מקיימות תנאי זה.

(5) עילת הסבירות

- הקו האדום של הפורום דורש מתן סמכות ביקורת לבית המשפט על החלטות הרשות המבצעת מכוח עילות המשפט המנהלי והמשפט החוקתי. עילת הסבירות מהווה מרכיב חשוב לפעילות יעילה של המדינה. אין להסכים לביטולה או צמצומה באופן דרמטי.
- אין לבצע הבחנה בעלת תחולה גורפת בין עילת הסבירות כעילה לביקורת שיפוטית על החלטות שרים ורשויות ביצועיות לבין שימוש בעילת הסבירות לביקורת החלטות הממשלה.

ייעוץ משפטי עצמאי לממשלה ולמשרדיה הוא תנאי חיוני בשיטה הקיימת לקיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית יציבה הנשענת על עקרון שלטון החוק, המגנה על זכויות פרטים ומיעוטים, ושומרת על הפרדת הרשויות.

לפיכך, עמדתנו היא כי:

- יש להסדיר בחוק את הליך הבחירה של היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם למתכונת הנהוגה כיום, ואת הליכי הבחירה של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, באופן שיבטיח את עצמאותם של היועצים המשפטיים וכפיפותם ליועץ המשפטי לממשלה.
- יש להסדיר בחוק את המעמד המחייב של חוות הדעת של היועצים. ניתן להסכים בהתחשב במכלול האמור לעיל כי הממשלה בלבד (אך לא שר באופן עצמאי) תהא רשאית לקבוע כי היא בוחרת לפעול בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מטעמים שיפורטו, וההחלטה תהא נתונה לביקורת שיפוטית.
- יש להמשיך בנוהג הקיים לגבי ייעוץ עצמאי לממשלה או לשרים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

14 פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 12.2.2023).

ביקורת על הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות

הופץ במקור ביום 13.7.2023 כנייר עמדה מס' 52

תקציר

- בנייר זה אנו מבקשים להתריע על כך ששייכות ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא עילת אי-הסבירות אינן מהוות זירה רצינית וכנה של דיון, שיח, מקח, שכנוע, למידה, או התמודדות עם טיעונים ועם ידע ומידע, לא כל שכן הפנמתם לכלל חקיקה מיטבית. לדיון המתקיים בוועדה, כמו למכלול הרב של חומרי רקע מקצועיים, מסמכי הכנה, ניירות עמדה ועדויות מומחים, אין להתרשמותנו כל השפעה על הצעת החוק ואין כל נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר לדברים הנאמרים בדיון להשפיע על נוסחה או תוכנה.
- בהתחשב באיכות הירודה המאפיינת עד כה את הליך החקיקה בנושא עילת אי-הסבירות, אין פלא שהנוסח שעל הפרק – שאושר הן בוועדה והן במליאה בקריאה ראשונה באופן מכני לגמרי בקולות הקואליציה בלבד ללא שקילה סבירה של תוכנו – אינו הגיוני כלל, אינו ממוקם בהקשר החקיקתי הנכון, אינו מתאים לתכליות שלכאורה מבקשים מקדמיו להשיג, אינו מייצר כל ודאות משפטית, ואינו מביא כל שיפור באיכות המנהל הציבורי, בחיזוק הדמוקרטיה או במחויבות המכוננת של המדינה "ל[שקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה".
- הנוסח המעודכן שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023, אשר מחריג ברחל בתך הקטנה מתחולתה של עילת הסבירות החלטות "בענייני מינויים" והחלטות "להימנע מהפעלת כל סמכות", חושף את המוטיבציות שעומדות ברקע ההצעה, ומצמצם עוד את האפשרות להבינה כמבטאת עמדה עקרונית מנומקת ביחס לדיני הסבירות, למשפט המנהלי או למערכת היחסים בין רשויות השלטון. קשה שלא להתרשם שמדובר בניסיון לחלץ תועלת פוליטית מידית מחקיקה חוקתית – שזו ההגדרה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

נייר העמדה

בנייר עמדה מס' 50 שיצא לאחרונה, הסביר הפורום במפורט מדוע הצעתו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא עילת הסבירות, אשר אושרה בקריאה ראשונה בקולות הקואליציה בכנסת, היא פסולה ומסוכנת. הפורום הראה כיצד החקיקה עלולה לפגוע באופן חמור באיכות פעולות השלטון ולחשוף אותן לשחיתות אישית ומוסדית, ומדוע היא פוגעת בעקרון הפרדת הרשויות, באינטרס הציבורי ובהבטחת אמון הציבור ברשויות השלטון. הגרסה המעודכנת שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023 הסירה אומנם מן ההצעה את נבחר הציבור שאינם חברי הממשלה, אך באותה נשימה היא הוסיפה והרחיבה את תחולת הפטור מחובת הסבירות גם על ענייני מינויים ועל הימנעות מהפעלת הסמכות – תוך שהיא חושפת את התכליות הציניות של החקיקה ומעצימה את אי-החוקתיות הטבועה בה, כניצול לרעה של הסמכות המכוננת.

בנייר זה אנו מבקשים להתריע על כך שלפי מיטב שיפוטנו, ישיבות הוועדה כפי שהן מנוהלות בכנסת הנוכחית בכלל, ואלה בנושא עילת הסבירות בפרט, אינן מהוות זירה רצינית וכנה של דיון, שיח, מקח, שכנוע, למידה או התמודדות עם טיעונים ועם ידע ומידע, לא כל שכן הפנמתם לכלל חקיקה מיטבית. כמה נתונים מובלים למסקנה זאת:

1. **אופן ניהול הדיונים בוועדה:** לוח הזמנים שנקצב לדיוני הוועדה, והקצאות זמני הדיבור למומחים ולעובדי הציבור, הן ב"הכנה" לקריאה ראשונה שכבר הסתיימה, הן ב"הכנה" לקריאה שנייה ושלישית שמתקיימת כעת, אינו מאפשר דיון כן, רציני ומאוזן במשמעויות הרחבות של החקיקה המוצעת. עמדות מומחים ושופטים בדימוס מוצגות באופן מסולף, וכשהוועדה מועמדת על טעותה – הדבר זוכה להתעלמות. תיקונים מוצעים מפורסמים בשעת לילה מאוחרת עבור דיון בבוקר למחרת, מבלי לאפשר הכנת תגובה ראויה.

כזכור, מדובר בהצעה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה. כלומר, זו חקיקה בעלת מעמד חוקתי, המשנה את מערך הסמכויות של כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין, כולל בית המשפט הגבוה לצדק, ובנושא שהוא בליבת מערכת הדינים החלה על כל השירות הציבורי בישראל. כפי שהסברנו בנייר עמדה מס' 50, להצעה משמעויות מרחיקות לכת עבור התפקוד השוטף של הממשלה והשרים, ושל כלל גופי המנהל הציבורי בדרגיו השונים; כמו גם עבור הייעוץ המשפטי לממשלה ועבור יכולתה של הרשות השופטת למלא את תפקידה במערכת האיונים והבלמים של הדמוקרטיה הישראלית. עיצוב הסדר חוקתי בנושאים אלה מצריך שקידה ראויה, היועצות עם מומחים, הכרה של המציאות המוסדית במערכים שיושפעו מן החקיקה ולמידה של הניסיון ההשוואתי. ועדת החוקה אמורה להיות המקום המתאים להובלת הבירור הזה, אך הלחץ להעביר את החקיקה בוועדה ובשלוש קריאות בכנסת בשבועות האחרונים של מושב הכנסת, אינו מאפשר זאת כלל.

2. **תפקוד ונוכחות חברי ועדת החוקה בדיונים:** ברבות משיבות ועדת החוקה לא נכחו רבים מחברי הוועדה מקרב הקואליציה – חברי הכנסת שקולותיהם נדרשו כביכול כדי לאשר את הצעת היו"ר כ"הצעה מטעם הוועדה". נתון זה מעיד שהליך ה"הכנה" של הצעת החוק אינו נושא כל אופי קולקטיבי או קוליגיאלי, כפי שנדרש מהצעת חוק מטעם ועדה. מעשית, מדובר בהצעת חוק פרטית של יו"ר הוועדה, שנהנית ממסלול חקיקה מקוצר בגלל האפשרות הנתונה לו לגייס את הצבעת חברי הקואליציה בוועדה שבראשותו לתמיכה בהצעתו, שבניסוחה הם לא היו מעורבים; כל שכן חברי הכנסת מן האופוזיציה – שאת עמדותיהם יש להפנים לנוסח ההצעה כבר בתהליך ההכנה, ולא רק באמצעות הסתייגויות בסופו. אכן, ראוי לתהות אם הצעת חוק יסוד מטעם ועדה יכולה בכלל להתקבל בקולות נציגי הקואליציה בלבד, הכפופים למשמעת קואליציונית, תוך סתירת המהות הקוליגיאלית של הליך החקיקה הייחודי הזה. אף שיש חסר בהסדרה חקיקתית או תקנונית של עניין זה, ראוי להבנתנו לפרש את רעיון ההצעה מטעם ועדה כמחייב שיקוף של העמדה הקולקטיבית של חברי הוועדה, ולא רק של הרוב הקואליציוני הטכני מתוכם.

3. **חסרונה של עמדת הממשלה והשתקת הביקורת:** ככל הידוע, הממשלה – שהחקיקה המוצעת תשנה באופן יסודי הן את מצבה המשפטי כרשות המבצעת הכפופה לעילה הסבירות, הן את מצבו המקצועי של הייעוץ המשפטי שלה – לא קיימה דיון בהצעת החקיקה ולא קיבלה החלטה אודותיה. בפני הוועדה לא מונחת אפוא עמדתה המנומקת של הממשלה אודות ההשפעות הצפויות לחקיקה על עבודתה. יתרה מכך, יו"ר ועדת החוקה ביקש למנוע מנציגי השירות הציבורי להסביר לוועדה את הבנתם את השלכות החקיקה המוצעת, לדבריו כדי שהממשלה לא תדבר בשני קולות,

אף שהממשלה כלל לא דיברה בנושא (לבסוף, ולנוכח מחאת היועצת המשפטית לכנסת, הותר ליועמ"ש משרד האוצר לדבר בוועדה "לפנים משורת הדין").

4. **ההצעה זהה להצעת רוטמן מינואר:** מעשית, ההצעה בנושא עילת הסבירות שאושרה בקריאה ראשונה בכנסת ב-10.7.2023 זהה לחלוטין להצעה שהציג יו"ר ועדת החוקה כבר ב-17.1.2023, לפני חצי שנה בדיוק, ואילו הנוסח המעודכן מ-12.7.2023 שומר על כל הפגמים המבניים שאפיינו את ההצעה המקורית. מכלול עצום של כתיבה, הרצאות, דיונים, נוסחי פשרה (בבית הנשיא ומחוצה לו), כמו גם ניירות עמדה ומחקר, מסמכי הכנה מן הייעוץ המשפטי לוועדה ודברים שנישאו בעל פה בדיוני הוועדה – לא הועיל לשנות כמעט דבר מן הנוסח המקורי. בהתחשב בכמות ובעושר הביקורות שהוצגו להצעה מכיוונים שונים, לא ניתן אלא להסיק שלא ניתנה אוזן קשבת לתכנים אלה בתהליך ה"הכנה" של החקיקה לקריאה ראשונה, ואין ראיות לכך שהדברים עומדים להשתנות בשלב ה"הכנה" לקריאה שנייה ושלישית.

שילוב נתונים זה מלמד שדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא עילת הסבירות אינם מספקים הזדמנות נאותה לחברי הכנסת לבחון את משמעויות החקיקה, ללבן את היתרונות והחסרונות שלה, ולפעול לניסוח מיטבי שלה אפילו הוחלט על קידומה. אכן, כדבריו של השופט נעם סולברג אודות דרישות המינימום של הליך החקיקה, "עקרון ההשתתפות איננו מתמצה במתן אפשרות לחברי הכנסת לנכוח פיזית בדיוני מליאת הכנסת או הוועדה. עקרון ההשתתפות משמעו מתן אפשרות אמיתית, רצינית והוגנת לחברי הכנסת לעיין ולדון, להעיר ולהאיר, לשאול ולשקול – הכל על מנת שיהיה סיפק בידם לגבש עמדה מושפלת בסוגיה שעל הפרק".¹ מבין האינדיקציות שמונה השופט סולברג לשם בחינה "אם אמנם ניתנה לחברי הכנסת האפשרות לקיים דיון כדבעי", מציין השופט את בחינת "השפעת הדיון בוועדה או במליאה על הצעת החוק, על נוסחה, על תוכנה".² במקרה דנן, נראה כי לדיון אין כל השפעה על הצעת החוק וכי אין כל נכונות של יו"ר הוועדה לאפשר לדברים הנאמרים בדיון להשפיע על נוסחה או תוכנה. עוד מזכיר השופט סולברג באותו פסק דין כי משך הדיון בוועדה צריך להיות מידתי לא רק ביחס לאורכה של הצעת החוק, אלא גם למורכבותה, ולהיקף השלכותיה.³ יוזכר שדברים אלה נאמרו ביחס לחקיקה ממעמד רגיל (באותו מקרה – שינוי בחקיקת מס), והם חלים מקל וחומר ביחס לחקיקה חוקתית עם השלכות רוחב ניכרות.

בהתחשב באיכות הירודה המאפיינת עד כה את הליך החקיקה של התיקון בנושא עילת הסבירות, אין פלא שהנוסח שעל הפרק – שאושר הן בוועדה והן במליאה באופן מכני לגמרי בקולות הקואליציה בלבד ללא שקילה סבירה של תכנו – אינו הגיוני כלל, אינו ממוקם בהקשר החקיקתי הנכון, אינו מתאים לתכליות שלכאורה מבקשים מקדמיו להשיג, אינו מייצר כל ודאות משפטית, ואינו מביא כל שיפור באיכות המנהל הציבורי, בחיזוק הדמוקרטיה, או במחויבות המכוננת של המדינה "ל[ש]קוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה".

כך, למשל:

- נושאו של התיקון המוצע הוא לכאורה (ולפי כותרתו) עילת הסבירות – כלומר נורמה משפטית מהותית במשפט המנהלי החלה על הרשות המבצעת, אך מעשית הוא עוסק בסמכויותיהם של בתי

1 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 52 לחוות דעתו של השופט סולברג (נבו 6.8.2017).
 2 שם, פס' 80.
 3 שם.

המשפט, כאילו קיומה של החובה המשפטית לנהוג בסבירות נגזרת מן הסמכות של בית המשפט לפסוק זאת. בפועל מדובר באיסור ישיר המוטל על "מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין" לדון או לתת צו בעניין סבירות החלטות של הממשלה, ראש הממשלה ושרים. הסעיף אינו מגדיר את הביטוי "סבירות" – מושג שיש לו מובנים רבים ושונים ואשר פותח בהקשרים שונים לאורך שנים בפסקי דין של בית המשפט העליון ושל ערכאות אחרות, פסקי דין הכוללים ניתוחים משפטיים עדינים ומורכבים, הבחנות בין מצבים שונים ומתודה של הפעלת עילת הסבירות ושל מתחמי ההחלטה שהיא מאפשרת. הצעת החוק סתומה ולא ניתן בה רמז ביחס לשאלות אלו, כך שניתן רק לנחש מנוסחה מה תהא התוצאה המשפטית של החקיקה.

- בהתעלמו ממכלול הדין הקיים בנושאי סבירות, במשפט המנהלי ומחוצה לו, התיקון המוצע אינו מבהיר את יחסו להבחנה היסודית בין קריטריון הסבירות כעקרון מנחה בפעילות השלטון לבין עקרון אי-הסבירות הקיצונית, המנחה את בתי המשפט בביקורת שיקול הדעת המנהלי. הוא גם אינו מתייחס לעקרונות מכוננים נוספים הגלומים בהבנה המקובלת של עילת הסבירות, כמו האיסורים על שרירות ועל קפריזיות בהחלטה המנהלית. האם גם על אלה חל התיקון המוצע? אין לדעת. התיקון המוצע גם מתעלם מן ההצדקות שדוברי הקואליציה עצמם הציגו לחקיקה לאורך החודשים האחרונים, ובפרט שעניינה בהחלטות העוסקות במדיניות בלבד, או בהחלטות של הארגון החוקתי העליון של הרשות המבצעת – הממשלה במליאתה בלבד. לפי לשונו, התיקון המוצע חל לכאורה על כל החלטה מנהלית באשר היא, ובלבד שאחד השרים אימץ אותה כשלו. הנוסח המתחזה כמצומצם הוא אפוא רחב מדי.
- התיקון המוצע ממוקם בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, שעוסק בסמכויותיו של בית המשפט העליון, למרות שלפי נוסחו הוא חל על "כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין". גם בחירה זו מעידה שהמוטיבציה שביסוד החוק אינה שיפור המשפט המנהלי הישראלי – חקיקה שזו מטרתה צריכה הייתה לכלול הבניה מאורגנת של הדינים החלים על שיקול הדעת המנהלי, ומקומה מן הסתם בחוק עצמאי או לכל היותר בחוק הממשלה. יתרה מכך, ניכר שהמוטיבציה גם אינה בהכוננת בתי המשפט בפסיקותיהם במשפט מנהלי, אלא בהתרסה כלפי ערכאה מסוימת מאוד – בית המשפט העליון, שלצד הסמכתו הכללית לתת "סעד למען הצדק" תופיע כעת, לפי ההצעה, החרגה נקודתית תמוהה למושג משפטי מסוים.
- הנוסח המעודכן שהפיץ יו"ר הוועדה ב-12.7.2023, אשר מחריג ברחל בתך הקטנה מתחולתה של עילת הסבירות החלטות "בענייני מינויים" והחלטות "להימנע מהפעלת כל סמכות", חושף את המוטיבציות הציניות שעומדות ברקע ההצעה, ומצמצם עוד את האפשרות להבינה כמבטאת עמדה עקרונית מנומקת ביחס לדיני הסבירות, למשפט המנהלי או למערכת היחסים בין רשויות השלטון. קשה שלא להתרשם שמדובר בניסיון לחלץ תועלת פוליטית מידית מחקיקה חוקתית – שזו ההגדרה לשימוש לרעה בסמכות המכוננת.

התוצאה הצפויה היא חוק יסוד רע הן מבחינת תוכנו, הן מבחינת ניסוחו, הן מבחינת הליך ההכנה שלו והן מבחינת רצינות ההתייחסות אליו מקרב המחוקקים התומכים בו. בתנאים אלה, סיכויי להיחשב ללא חוקתי גבוהים. אזרחי ישראל – כלל אזרחי ישראל – זכאים ליותר. דווקא משום שעילת הסבירות היא נושא סבוך וחשוב, שקיימות (גם בקרב חברות וחברי הפרורום) דעות רבות ומגוונות באשר לאופן הראוי להסדרתו, אנו קוראים לחברי הכנסת להימנע מחקיקה חפזה. הישג פוליטי קצר טווח אינו שווה בנזק שתגרום תקלה חוקתית זו, אשר עלולה להיות הרת אסון לדמוקרטיה הישראלית.

הפורום מסביר: איך עוצרים חקיקה

הופץ במקור ביום 29.3.2023 כנייר עמדה מס' 40

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 מתייחסים לשאלה מהן הדרכים המשפטיות לעצירת חקיקה, כלומר איך מעגנים משפטית "השהיה" בחקיקת ההפיכה המשטרית.**

אנו מראים כי:

- להצהרת ראש הממשלה על השהיית הקריאה השנייה והשלישית של החקיקה בנושא שינוי הוועדה לבחירת שופטים אין משמעות משפטית, בלי קשר לניגוד העניינים בו ראש הממשלה מצוי.
- ללא עיגון משפטי של ההצהרה על השהיית החקיקה, ההידברות נעשית תחת איום קבוע של קידום מידי של החקיקה לכלל השלמה בקולותיהן של סיעות הקואליציה.
- נדרש אפוא לעגן באופן משפטי את ההחלטה על השהיית החקיקה, כך שלא ניתן יהיה לסגת ממנה באופן חד צדדי ופתאומי. עיגון משפטי כאמור יוכל להגשים מספר מטרות חשובות: למנוע ניהול משא ומתן להשגת הסכמות תחת איום, למנוע מחטפים, להראות רצון טוב ומחויבות אמיתית להידברות, להגדיל את האמון בין הצדדים, להעניק להידברות סיכוי של ממש, ולהגדיל את הסיכוי להגיע לפשרה בהסכמה רחבה.
- השהיית החקיקה באמצעות הפעלת שיקול דעת של יו"ר הכנסת או יו"ר ועדת החוקה מותירה איום מתמיד על חידוש החקיקה בכל עת, ופוגעת באפשרות לקיים הידברות.
- אפשרויות נוספות למתן תוקף להשהיית החקיקה הן בהחלטת מליאת הכנסת על הקפאת החקיקה המשטרית (ערכון "החלטת הררי") או בהחלטתה על תיקון תקנון הכנסת להגבלת כוחה לחוקק בתקופת ההידברות, שהינם הליכים הניתנים לשינוי בהחלטה מאוחרת של הכנסת, ברוב רגיל.
- האמצעים הנוקשים ביותר – ולכן הרצויים – להבטחת עצירת החקיקה הם חקיקת חוק הקפאה – מורטוריום על חקיקה משטרית לתקופת ההידברות, או חוק שריון של חוקי היסוד הקיימים.
- נייר העמדה מפרט את מכלול האמצעים, משקלם המשפטי, הדרך לבצעם, ומגבלותיהם, ומזהיר כי הידברות שאינה מבוססת על הגבלה עצמית מחייבת של הקואליציה נעשית תחת איום מתמיד שמונע הגעה להסכמות חופשיות ורחבות כפי שראוי להסדרים חוקתיים.

נימוקי נייר העמדה

א. רקע

בבוקרו של יום ב', ה' 27.3.2023, אישרה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה) לקריאה שנייה ושלישית את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) ואת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג–2023 (להלן: הצעות החקיקה), והניחה אותן על שולחן הכנסת. ההצעות כוללות רפורמה מקיפה בהליך הבחירה של שופטים לכל הערכאות בישראל, ובראשה הקניית הכוח לנציגי הקואליציה בוועדה לבחירת שופטים למנות בעצמם לפחות שני שופטים של בית המשפט העליון ואת נשיא בית המשפט העליון.¹

בערבו של אותו יום, הודיע ראש הממשלה שהוא לוקח "פסק זמן להידברות" בנושאי ההפיכה המשטרית שמובילה הקואליציה. כדי לאפשר את ההידברות, אמר ראש הממשלה שהחליט "להשהות – להשהות ב-ה"א – את הקריאה השנייה והשלישית של החוק במושב הזה של הכנסת, כדי לתת זמן לנסות להגיע לאותה הסכמה רחבה לקראת החקיקה במהלך הכנסת הבאה [כך במקור]². ראש הממשלה לא ציין באופן מדויק לאיזה חוק הוא מתייחס, כך שניתן להבין בדרכים שונות את היקף התחולה של מהלך ההשהיה עליו החליט – על החקיקה בנושא בחירת שופטים בלבד, על חוקי הפיכה משטרית נוספים שעברו כבר בקריאה ראשונה אך טרם הושלמה חקיקתם (למשל בנושא ביקורת שיפוטית), על חוקים משפטיים נוספים שמתוכננים (למשל בנושא הייעוץ המשפטי לממשלה), ואולי גם על חוקים רבים שהציעו חברי כנסת מן הקואליציה בשבועות האחרונים ומעוררים קשיים רבים ומגוונים מנקודת מבט דמוקרטית.

ראש הממשלה עצמו כמובן אינו מוסמך להחליט על סדר היום של החקיקה בכנסת, אך ניתן להניח שהצהרתו הייתה מתואמת עם יו"ר הכנסת, ואומנם נכון לשעה זו הצעות החקיקה שאושרו בוועדת החוקה לא הוספו לסדר היום השבועי של המליאה לקראת הצבעה בקריאה שנייה ושלישית.³ עם זאת, הצהרתו של ראש הממשלה נותרה בגדר הצהרה בלבד. אין בה כשלעצמה כדי להטיל מגבלה משפטית על כוחו של יו"ר הכנסת להעמיד את הצעות החקיקה על סדר יומה של הכנסת לקראת הצבעה. משמעות הדבר שההידברות מתבצעת תחת איום קבוע של קידום מידי של החקיקה לכלל

1 לפירוט ראו פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום לתוכנית בעניין מינוי שופטים על ידי הקואליציה שפורסמה ביום 20.3.2023" (הופץ במקור ביום 20.3.2023).

2 לדיווח על דברי ראש הממשלה ראו למשל "נתיניהו הודיע על השהיית החקיקה, ויו"ר ההסתדרות – על הפסקת השביתה" כלכליסט (27.3.2023) www.calcalist.co.il/local_news/article/h1jbzwtr1b3. בדברי ראש הממשלה נותרה אפוא עמימות אם התכוון להשלמת החקיקה במהלך הכנס הבאה של הכנסת – כנס הקיץ שייפתח ב-30.4.2023 ויסתיים ב-30.7.2023 (כפי שהובנו הדברים ברוב הדיווחים התקשורתיים) – או במושב הבא של הכנסת, שייפתח ב-15.10.2023 (ראו <https://main.knesset.gov.il/About/Knesset>) (Work/pages/workandrecsessdates.aspx). מילולית, דבריו סובלים גם את האפשרות שהשלמת החקיקה תבוצע רק בכנסת ה-26, הצפויה להיבחר עוד מספר שנים.

3 ראו מכתבה של היועצת המשפטית לכנסת לח"כ אופיר כץ מיום 28.3.2023 בנושא "אופן הנחת הצעות חוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית על שולחן הכנסת".

השלמה בקולותיהן של סיעות הקואליציה – תנאים שצפויים להקשות עד מאוד על ניהול ההידברות בתום לב וממילא על סיכויי ההצלחה שלה.

נדרש אפוא לעגן באופן משפטי את ההחלטה על השהיית החקיקה, כך שלא ניתן יהיה לסגת ממנה באופן חד צדדי ופתאומי. זאת, משום שבהיעדר עיגון כאמור, ביכולתה של הקואליציה להשלים את המהלך החקיקתי המשנה סדרי שלטון ומשטר בימים בודדים, בהסתמך על הרוב הצר שיש לקואליציה. מטרות העיגון הן למנוע ניהול משא ומתן להשגת הסכמות תחת איום, למנוע מחטפים, להוכיח רצון טוב ומחויבות אמיתית להידברות ולהגדיל את האמון בין הצדדים, ולהגדיל את הסיכוי להגיע לפשרה בהסכמה רחבה. היענות לקריאה לעיגון ההשהיה משמעה שלהידברות יינתן סיכוי של ממש.

מטרת המסמך הנוכחי היא לבחון את הדרכים השונות בהן ניתן לבצע עיגון משפטי כזה, את סיכוייהן ואת הסיכונים הכרוכים בהן.

ב. הדרכים המשפטיות להשהיית הליכי החקיקה של חוקי המהפכה המשטרית

1. גניזה מוחלטת של החקיקה – אינה אפשרית באופן מעשי

הגוף היחיד המוסמך "לגנוז" – כלומר להסיר לצמיתות מסדר יומה של הכנסת – הצעת חוק מטעם ועדה שעברה בקריאה ראשונה הוא מליאת הכנסת.⁴ אם הוועדה עצמה מבקשת להסיר את הצעת החוק מסדר היום, המליאה יכולה להסיר את הצעת החוק מסדר היום בהצבעת רוב רגילה.⁵ אולם, אם הוועדה אישרה את הצעת החוק והעבירה אותה למליאה לקראת קריאה שנייה ושלישית (כפי שקרה במקרה של הצעות החקיקה בעניין הוועדה למינוי שופטים), ההצעה כבר יצאה משליטת הוועדה לשליטת הכנסת, ונכנסה למסלול החקיקה הרגיל, שהצעד הבא שלו הינו קריאה שנייה ושלישית. לפיכך, לשם הסרתה מסדר היום נדרש מעשית להביא את החקיקה לקריאה שנייה ושלישית במליאה, מתוך ציפייה שיושג רוב להסרתה.⁶ זהו כמובן מסלול מסוכן שאסור לנקוט בו, ולו מן החשש שהחקיקה תשיג בטעות רוב ותאושר.

2. הימנעות יו"ר הכנסת מקידום החקיקה

ליו"ר הכנסת הסמכות להעמיד את הצעת החקיקה על סדר יומה של הכנסת ולהביאה להצבעה. בכוחו אפוא גם לעכב פעולה זו, ובדרך זו לדחות את אישור החקיקה בכנסת. זהו בפועל המסלול שנקט לפי שעה – כל עוד יו"ר הכנסת אינו מעלה את ההצעות שאושרו לסדר יומה של הכנסת, לא ניתן להצביע

4 הכוונה ב"הסרה לצמיתות" היא סיום הליך החקיקה של ההצעות שהביאה הוועדה. יובהר שגם אחרי החלטה כזו יכולה הוועדה להתניע מחדש את הליך החקיקה, אך אז יהיה עליה להגיש הצעת חוק חדשה ולעבור שוב את מסלול החקיקה המלא, הכולל הכנה בוועדה לקריאה ראשונה, הצבעה בקריאה ראשונה במליאה, הכנה בוועדה לקריאה שנייה ושלישית, וכן הלאה (זאת בניגוד להצעת חוק פרטית, שאחרי הסרתה מסדר היום של הכנסת יש להמתין שישה חודשים טרם העלאתה מחדש על סדר היום; ראו ס' 76(ח) לתקנון הכנסת).

5 ראו ס' 84(א), 94 לתקנון הכנסת.

6 לגבי הצעת חוק פרטית והצעת חוק ממשלתית קיימת גם האפשרות של חזרה מהצעת החוק בתנאים מסוימים. אולם פרק 7, סימן ג' לתקנון הכנסת עוסק רק בהצעות חוק ממשלתית ופרטית ואינו מזכיר אפשרות דומה לגבי הצעת חוק מטעם ועדה. ראו ס' 95–96 לתקנון הכנסת.

עליהן בקריאה שנייה ושלישית. **חסרונו של מסלול זה מובן – הוא תלוי ברצונו הטוב של יו"ר הכנסת, שהוא חבר הסיעה הגדולה בקואליציה ופועל ככל הנראה בתיאום עם ראש הממשלה.**

כדי לחזק את מחויבותו של יו"ר הכנסת להשתייך החקיקה, ניתן לצפות ממנו לכל הפחות להצהיר באופן פומבי שאין בכוונתו להעלות את הצעות החקיקה על סדר יומה של הכנסת במהלך כל כנס הקיץ של הכנסת, או לפחות עד קרוב לסיומו. הצהרה כזו לא תהיה התחייבות משפטית (או הבטחה מנהלית) אכיפה, אך יהיה בה כדי לייצר מחויבות ציבורית מפורשת של הגורם המוסמך להשתייך החקיקה. עיגון אף חזק יותר להחלטה של יו"ר הכנסת לא להעלות את הצעות החקיקה לקריאה שנייה ושלישית בטווח הזמן הקרוב יכול להיעשות על ידי החלטה פוזיטיבית שלו, כבר כעת, לקבוע את מועד הדיון וההצבעות על הצעות החקיקה לתאריך מאוחר בחודש יולי 2023 (לקראת סוף כנס הקיץ). אומנם, גם החלטה כזו יכול יו"ר הכנסת לבטל ואז להקדים את הדיון למועד קרוב יותר. ועדיין מדובר יהיה בהחלטה פורמלית, אשר מחייבת את הכנסת כל עוד לא שונתה. יתרון המסלול הזה הוא בכך שהוא דוחה במפורש את מועד ההצבעות לזמן מאוחר יותר, ובתוך כך מייצר גם קו סיום למהלך ההידברות, שעשוי לתמרץ את הנושאים והנותנים לפעול בתכליתיות. חסרונו, כמובן, בכך שהוא מספק לקואליציה איום יציב במורד הדרך להעברת החקיקה, ובמובן זה משמר לה יתרון מוחשי במשא ומתן שיקשה על ניהולו בתום לב.

3. החזרת החקיקה לוועדה

דרך נגישה לעצירת מהלך החקיקה הנוכחי היא באמצעות חידוש הדיון בהצעות החקיקה בנושא בחירת שופטים בוועדת החוקה, טרם ההצבעה עליהן בקריאה שנייה במליאת הכנסת. סעיף 89(א) לתקנון הכנסת מתיר לוועדה, שהניחה על שולחן הכנסת הצעה לקריאה שנייה ושלישית, להחליט על חידוש הדיון בהצעה, כל עוד לא החלה המליאה להצביע עליה. במקרה כזה ההצעה חוזרת אוטומטית לדיון בוועדה, ובמהלכו ניתן להכין מחדש את ההצעה לקריאה השנייה והשלישית, ואף להחליט להציע לכנסת להסיר את ההצעה מסדר היום.⁷

חידוש הדיון בהצעה בוועדת החוקה יאפשר ליו"ר הוועדה לקבוע מחדש את לוח הזמנים לדיון בהצעה, ובמסגרת זו ניתן יהיה גם לעכב את הדיון בהצעה ככל שיידרש כדי לאפשר את המשך ההידברות ללא איום בחקיקת מחטף במליאה. החזרת הדיון לוועדה משמעה שתידרש גם הצבעה חוזרת בוועדה על הצעות החקיקה – ועל הסתייגויות חדשות שיוגשו להן – טרם הנחתן מחדש על שולחן הכנסת, וגם בכך יש עיכוב נוסף שיקשה על ביצוע מחטף. הצעת חוק שאושרה על ידי ועדה לקריאה שנייה ושלישית ניתן להעלות להצבעה במליאה רק בחלוף יום לכל הפחות.⁸

חסרונו של מסלול זה טמון כמובן בכך שהוא תלוי ברצונו הטוב של יו"ר ועדת החוקה, ושהוא כפוף לנכונותו של הרוב הקבוע שיש לקואליציה בוועדה להמשיך ולעכב את החקיקה ולא לאשרה מחדש כדי להעבירה להצבעה במליאה – מה שיכול להתבצע בהליך מהיר, כפי שראינו. לכן, אנו

7 ראו גם ס' 84(א) לתקנון הכנסת. אחרי שהחלה הצבעה בקריאה שנייה, רשאים הממשלה או יו"ר הוועדה שהכינה את ההצעה לבקש מהכנסת לעצור את ההצבעה ולהחזיר את ההצעה להמשך הכנה בוועדה (ס' 91(א) לתקנון הכנסת).

8 ס' 88(ב) לתקנון הכנסת. ועדת הכנסת מוסמכת לקצר פרק זמן זה (ס' 98 לתקנון הכנסת).

סבורים כי מסלול זה אינו מספק מנגנון חזק להבטיח עצירה של החקיקה, אלא מהווה יותר מנגנון עיכוב.

4. החלטת הכנסת על הקפאת החקיקה

הכנסת יכולה להחליט, בהצבעת רוב, שלא יקודמו במהלך פרק זמן כלשהו – כנס הקיץ הקרוב, המושב הבא, תקופת הכהונה של הכנסת, וכדומה – חוקי ההפיכה המשטרית או חלקם. להחלטה כזו של הכנסת אין תוקף משפטי מחייב, והיא תהיה רשאית לסטות ממנה ולקיים את הליך החקיקה הרגיל. יחד עם זאת מדובר, שוב, ביצירת מחויבות ציבורית פומבית של הכנסת כמוסד – פעולה שעשויה להיות בעלת משקל פוליטי, בפרט אם תתקבל ברוב גדול וחוצה מחנות מפלגתיים. יתרה מכך, לעתים החלטות הכנסת מקבלות מעמד שנתפס כמנחה או אף מחייב כתוצאה מתפיסתן ככאלה על ידי חברי הכנסת, גם בהיעדר תוקף משפטי פורמלי. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא "החלטת הררי" מ-1950, שמבחינה מעשית קבעה רכיבים מרכזיים במשפט החוקתי הישראלי מאז ועד ימינו אנו.

החלטת הכנסת להימנע מחקיקה חוקתית נוספת תהווה עדכון ל"החלטת הררי".⁹ היא תבטא נאמנה את השחיקה ביחסה של הכנסת אל חוקי היסוד בשנים האחרונות.¹⁰

5. חקיקת מורטוריום על קידום חוקי ההפיכה המשטרית

בהיעדר הסדרה חוקתית לסתור, הכנסת מוסמכת לחוקק בעצמה את דיני החקיקה שלה.¹¹ במסגרת זו, בכוחה לחוקק, בנורמה מחייבת מסדר כזה או אחר, הוראת שעה שתקבע הקפאה זמנית (ניתנת להארכה) של המצב המשפטי (מורטוריום) בנושאים משפטיים בכלל או בעניינים משפטיים ספציפיים. זהו כלי משפטי מוכר מתורת החקיקה, שמאפשר לקחת "פסק זמן", למנוע עריכת שינויים משפטיים למשך תקופה קצובה, על מנת לאפשר לחברה ולמחוקק לגבש פתרון מוסכם ומושכל למחלוקת החוקתית, שיוכל להתקבל בהסכמה רחבה.¹² ניתן לקבוע איסור כזה בדרכים שונות:

א. **תיקון תקנון הכנסת.** תקנון הכנסת קובע את הליכי החקיקה בכנסת, הן של חוקים והן של חוקי יסוד. יש לו לכן מעמד נורמטיבי מיוחד: אף שהליך החקיקה שלו פשוט יחסית – הכנה בוועדת הכנסת ואישור במליאת הכנסת בהצבעה אחת וברוב רגיל¹³ – הוא קובע את תנאי התוקף (לכל הפחות הפרוצדורליים) של יתר דברי החקיקה וחקיקת היסוד שהכנסת מוסמכת לחוקק.¹⁴ הכנסת יכולה אפוא לתקן את התקנון כך שתקבע בו הוראת שעה לפרק זמן מוגדר, אשר אוסרת על חקיקה ועל חקיקת יסוד בנושאים משפטיים בכלל או בסוגיות נקודתיות שההפיכה המשטרית נוגעת להן

9 זוהי הצעתה של ד"ר רונית לוי-שנור מיום 27.3.2023, ראו <https://twitter.com/RonitLevSchnur/status/1640333679133179904>

10 ראו אורי אהרונסון "המהפכה החוקתית: הדור הבא" מחקרי משפט לד (עתיד להתפרסם).

11 ס' 19 לחוק יסוד: הכנסת; איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לו 645 (2016).

12 ראו איתי בר-סימן-טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539, 559 (2019).

13 ס' 144–146 לתקנון הכנסת.

14 ראו בג"ץ Nimrodi Land Development LTD 975/89 נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991); אריאל בנדר "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" משפטים כב 571 (1994).

(כמו בחירת שופטים). כמו במקרים הקודמים, גם כאן רוב רגיל בכנסת יכול לשנות את התיקון ולהתיר מחדש את החקיקה, אך הדבר ידרוש הליך של תיקון התקנון ולכן יעכב סטייה מן המורטוריום.

ב. **חקיקת חוק או חוק יסוד.** מסלול תקיף יותר לעיגון המורטוריום יהיה לחוקק אותו בחוק יסוד של הכנסת, שיעבור את מסלול החקיקה המלא. כדי שתחול על כל סוגי החקיקה, רצוי שהוראת השעה תעוגן בחוק יסוד (קיים או חדש) ותשורייך ברוב של מספר גדול של ח"כים (למשל 80). כך שיקשה לשנותה. **מנגנון כזה יספק ודאות גבוהה מאוד למשתתפים במהלך ההידברות, שאין חשש לחקיקת מחטף חוקתית כל עוד המורטוריום בתוקף. אופטימלית, יש להעביר גם את הוראת השעה עצמה באותו רוב הדרוש לשנותה – מה שייתן לה תוקף משפטי וציבורי מרבי.** דוגמה לשימוש מסוג זה בחקיקה זמנית ניתן למצוא בחוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), התשנ"ט–1999. החוק קבע מורטוריום של חמש שנים על מנת לגבש עמדה בסוגיה החדשה והמורכבת של שיבוט בני אדם. כך, בסעיף 1 לחוק (בנוסחו המקורי) נקבע במפורש כי מטרתו "לקבוע תקופה קצובה של חמש שנים, שבה לא יתבצעו סוגים של התערבות גנטית בבני אדם, לשם בחינת ההיבטים המוסריים, המשפטיים, החברתיים והמדעיים של סוגי התערבות אלה והשלכותיהם על כבוד האדם". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, בין היתר, שלנושא השיבוט "השלכות אתיות, מוסריות, חברתיות, משפטיות ורפואיות מגוונות, אשר לבחינתן נדרש פרק זמן שבו תוכל החברה לגבש את עמדתה באופן מעמיק... לאור העובדה שהדיון הציבורי נמצא עדיין בראשיתו, וטרם גובשה עמדה אחידה בקרב המתדיינים, מוצע ... לקבוע פסק זמן של 5 שנים, שבמהלכו ימוצה הדיון הציבורי ויתבררו המשמעויות של ההתפתחויות הרפואיות, והשלכותיהן האתיות, המוסריות, המשפטיות והחברתיות. בתקופת זמן זו, ייאסר ביצועה של כל התערבות גנטית שמטרתה שכפול, שיבוט או יצירה של אדם הזהה מבחינה גנטית כרומוזומלית לאחר, אדם או עובר, חי או מת".¹⁵

מקור השראה נוסף ומעט שונה לרעיון המורטוריום מופיע ב"מתווה העם" שפרסם נשיא המדינה, יצחק הרצוג, ב-15.3.2023.¹⁶ בעמוד 5 למתווה נקבעה הוראת מעבר ותוקף שהוצע שתיכלל בחוק יסוד: החקיקה, ולפיה "לא ייקבעו הסדרים נוספים בתקופת כהונתה של הכנסת ה-25 העוסקים במערכת היחסים שבין הרשויות, בשינוי מעמד הרשות השופטת או כללי פעולתה, או בייעוץ המשפטי לממשלה וזרועותיה". תכליתה של הוראת שעה זו הייתה הקפאת מצב לאחר קבלת מתווה הנשיא, והיא חלה לכן על כל הנושאים שבהם עסק המתווה, ועליהם בלבד. לעומת זאת, תכליתה של הוראת השעה המוצעת כאן היא לאפשר פסק זמן על מנת לתת הזדמנות אמיתית להידברות ולקידומו של הליך משמעותי של קבלת פשרה או כינון חוקה. ניתן אפוא לנסח באופנים שונים כך שתחול על משרע רחב, או צר, יותר של סוגיות.

חקיקת המורטוריום (כמו גם החלטת הכנסת על עדכון "החלטת הררי") יכולה להיות שלב בדרך לקבלת פתרון חוקתי מוסכם, בהסכמה רחבה, למשבר החוקתי הנוכחי. בשלב ראשון, יחוקק המורטוריום, כמנגנון ל"פסק הזמן" שייתן שהות והזדמנות אמיתית להידברות ולהגעה להסכמות.

15 הצעת חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), התשנ"ח–1998, ה"ח 482, 482–483. הדוגמה מובאת מתוך בר-סימן טוב והררי-הייט, לעיל ה"ש 12, בעמ' 559.

16 www.mitve-haam.org

בשלב שני, ניתן להסכים על פרוצדורות ההליך החוקתי שבו יקדמו את הליך קבלת ההסדר החוקתי ויחוקקו אותו. בשלב השלישי, יחוקק ההסדר החוקתי עצמו.

6. שריון (זמני) של חוקי היסוד

דרך אחרונה לעצור את הליכי החקיקה – לפחות אלו הדורשים תיקונים לחוק יסוד – היא חקיקת חוק יסוד שיקבע שאין לקבל חוקי יסוד חדשים או לתקן את חוקי היסוד הקיימים אלא ברוב של 80 חברי הכנסת בשלוש קריאות. ניתן לקבוע להוראה זו מגבלת זמן, וכך להגשים בצורה אחרת "הקפאת מצב" זמנית על מנת למנוע מחטפים תוך כדי תהליך ההידברות. אופטימלית, יש להעביר גם את ההוראה הזו באותו רוב הדרוש לשנותה – מה שייתן לה תוקף משפטי וציבורי מרבי.

בדומה לאפשרות המורטוריום, חקיקת שריון זו יכולה להיות שלב ראשון בדרך לקבלת פתרון חוקתי בהסכמה רחבה. לשם כך, ניתן לקבוע בה, נוסף להימנעות מתיקונים חוקתיים בתקופת ההידברות, גם את ההליך בו יהיה צורך לאשר בכנסת את ההסדר החוקתי שיתקבל כתוצאה מהידברות זו. כך ניתן יהיה להשתמש באמצעי זה הן כדי להבטיח שלא ייעשו מחטפים תוך כדי תהליך ההידברות, וגם כדי להבטיח שההסדר החוקתי הסופי ייחנה מהסכמה רחבה ומלגיטימציה רבה.

יצוין כי עקרונית ניתן להשיג תוצאה דומה גם באמצעות תיקון תקנון הכנסת, באמצעות הוספת דרישות פרוצדורליות, אשר יהיו סוג של שריון, לשם חקיקת חוקי יסוד או תיקונם. כך למשל, נוסף על הדרישות לרוב מסוים בהצבעות, ניתן לקבוע שחקיקת חוקי יסוד או שינויים תיעשה רק בהסכמת שני שלישים מראשי סיעות הבית, או בהסכמת ועדה מסוימת שתוקם לצורך כך והיא תהיה פריטטית (חצי קואליציה וחצי אופוזיציה), וכן הלאה. גם את ההסדר הזה ניתן לקבוע כהוראה זמנית רק לתקופת ההידברות. בדומה, ניתן להשתמש בה כבסיס להליך הראוי לחקיקת ההסדר החוקתי עצמו בעקבות ההידברות, בשינויים המחויבים.

7. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

קשה לראות דרך לאכיפה שיפוטית ישירה של החלטת ראש הממשלה להשהות את החקיקה. ראשית, כזכור, ראש הממשלה כלל אינו הגורם המוסמך להחליט בנושאי קידום חקיקה – וזאת אף מבלי להתייחס לשאלה אם עצם מעורבותו בנושא מעמידה אותו בניגוד עניינים לנוכח המשפט הפלילי המתנהל נגדו.¹⁷ שנית, וחשוב מכך, בית המשפט העליון אינו נוהג להתערב בעצם תקינותם של הליכי חקיקה כל עוד הם מתקיימים. לכן ספק אם בכוחו של בית המשפט לתת סעד שימנע את קידום החקיקה בניגוד להצהרתו של ראש הממשלה.

עדיין, בית המשפט עשוי להתערב בדיעבד ולבחון את תוקפם של דברי החקיקה שיעברו, אם ישתכנע שההצבעות לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת נעשו במחטף מהיר עד כדי כך שלא ניתנה לחברי הכנסת השהות הראויה לבחון את החקיקה, לגבש דעה ביחס אליה, ולהיערך להצבעות עליה.¹⁸ חזקה עם זאת על הייעוץ המשפטי לכנסת שינחה את נשיאות הכנסת¹⁹ בדרכים לקידום החקיקה באופן שעמוד בדרישות הדין – ויש לקוות שהנשיאות תפעל בהתאם להנחיות אלה.

17 ראו מכתבה של היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה מיום 24.3.2023 בנושא "הפרת הסדר ניגוד עניינים".

18 ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 6.8.2017).

ג. סיכום

הטבלה הבאה מסכמת את הדרכים האפשריות לעצירת החקיקה מבחינה משפטית, אופן הביצוע שלהן, ומגבלותיהן. אנו מזהירים כי הידברות שאינה מבוססת על הגבלה עצמית מחייבת של הקואליציה נעשית תחת איום מתמיד שמונע הגעה להסכמות חופשיות ורחבות כפי שראוי להסדרים חוקתיים.

אמצעי	מי מוסמך	תוקף משפטי	סיכונים
הצהרת ראש הממשלה על השהיה	ראש הממשלה	אין	איום קבוע לחידוש מידי של הליכי החקיקה
הצבעת במליאת הכנסת על הסרת הצעות החקיקה מסדר	הכנסת במליאתה, ברוב רגיל	מחייב – הליך החקיקה מסתיים בדחיית ההצעה	העלאת החקיקה להצבעה יכולה להסתיים בהצבעה בעד ולא נגד
עיכוב העמדה לסדר היום של הכנסת	יזיר הכנסת	אין	מהלך טכני של עיכוב שמשאיר את השליטה בידי יזיר הכנסת ולכן לא מספק ערובה
חידוש הדיון בוועדת החוקה	ועדת החוקה	מעביר את השליטה מיזיר הכנסת	מהלך טכני של עיכוב שמשאיר את השליטה בידי יזיר הכנסת ולכן לא מספק ערובה
החלטת הכנסת על הקפאת החקיקה	הכנסת במליאתה, ברוב רגיל	לא מחייב פורמלית אך יכול ליצור מחויבות מכוח מוסכמה	ניתן להפרה על ידי הכנסת ללא עיכוב
תיקון תקנון הכנסת לשם קביעת מורטוריום על חוקי ההפיכה המשטרית	ועדת הכנסת ואישור מליאת הכנסת, ברוב רגיל	מחייב כל עוד לא נקבע אחרת	ניתן לשינוי בהחלטה נוספת של הכנסת לאחר הכנה בוועדת הכנסת, ולכן מייצר עיכוב
תיקון תקנון הכנסת לשם קביעת שריון של חוקי יסוד קיימים, אפשרי כהוראת שעה	ועדת הכנסת ואישור מליאת הכנסת, ברוב רגיל	מחייב כל עוד לא נקבע אחרת	ניתן לשינוי בהחלטה נוספת של הכנסת לאחר הכנה בוועדת הכנסת, ולכן מייצר עיכוב
חקיקת מורטוריום בחוק רגיל או בחוק יסוד להקפאת המשך החקיקה של חוקי ההפיכה	הליכי חקיקה רגילים – ומוצע אף לדרוש ברוב גדול (80 ח"כים)	מחייב כל עוד לא נקבע אחרת	אם יידרש רוב גדול לביטול המורטוריום, אין סיכון מעשי
חקיקת חוק יסוד לשם קביעת שריון של חוקי היסוד הקיימים, אפשרי כהוראת שעה	הליכי חקיקה רגילים – ומוצע אף לדרוש ברוב גדול (80 ח"כים)	מחייב כל עוד לא נקבע אחרת	אם יידרש רוב גדול לשינוי חוקי יסוד, אין סיכון מעשי

מתוך נייר עמדה מס' 40 של פורום המראות והמראים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' איתי בר-סימן טוב, אוניברסיטת בר-אילן
ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן

19 נשיאות הכנסת מורכבת מיזיר הכנסת וסגניו (ס' 10 לחוק הכנסת, התשנ"ד–1994), ולה מגוון סמכויות בניהול עבודת הכנסת. לפי ס' 25(ב) לתקנון הכנסת, סדר היום של הכנסת, שנקבע על ידי היו"ר, יפורסם רק אחרי שיוצג בישיבתה השבועית של הנשיאות.

האם המתווה המעודכן של חה"כ רוטמן מהווה נושא חדש המחייב חזרה לקריאה הראשונה?

הופץ במקור ביום 20.3.2023 כנייר עמדה מס' 34

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 מתייחסים לשאלה האם הנוסח המוצע להצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) וחוק בתי המשפט (תיקון מס' 105), התשפ"ג-2023, שפורסם על ידי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ביום 20.3.2023, מהווה "נושא חדש" המחייב חזרה לקריאה ראשונה לעומת הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) והצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים), התשפ"ג-2023, שעברו בקריאה ראשונה ביום 1.20.2.2023¹ אנו סבורים כי מדובר אכן בנושא חדש ואין הקריאה הראשונה חלה על הנוסח החדש.

נימוקי נייר העמדה

סעיף 85 לתקנון הכנסת מורה כי "ועדה רשאית לתקן הצעת חוק שהיא דנה בה... והיא רשאית לתקן גם סעיפי חוק שלא נזכרו בנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה הראשונה, ובלבד שהתיקונים לא יחרגו מגדר הנושא של הצעת החוק".

הקביעה מהו נושא החורג מגדר הנושא של הצעת החוק אינה פשוטה. "המונח 'נושא', סובל, מן הבחינה הלשונית, רמות הפשטה שונות"².

בפסיקה נקבע כי ככלל, לוועדה המכינה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, ולוועדת הכנסת, שיקול דעת רחב לגבי הגדרת "נושא" ההצעה; אך יחד עם זאת, נקבע כי סמכות זו אינה בלתי מוגבלת, והוצעו מספר שיקולים לשם הקביעה האם מדובר בנושא חדש.³

1 ה"ח 34 (13.2.2023); קריאה ראשונה התקיימה בישיבה הארבעים ושלוש של הכנסת העשרים וחמש (יום שני, כ"ט בשבט התשפ"ג (20 בפברואר 2023), ירושלים, הכנסת, שעה 16:00.

2 בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 38 (1998). להרחבה על סוגייה מורכבת זו ראו Richard Briffault, *The Single-Subject Rule: Uncertain Solution for Omnibus Legislation*, in COMPARATIVE MULTIDISCIPLINARY PERSPECTIVES ON OMNIBUS LEGISLATION 169 (Ittai Bar-Siman-Tov ed., 2021).

3 עניין אבו עראר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 38; וראו גם בג"ץ 2337/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 22.2.2022).

לדעתנו, בהינתן מאפייניו של שינוי המתווה שבא לידי ביטוי בהצעה מיום ה-20.3.2023 ביחס להצעות קודמות, לרבות היקף השינוי ומרכזיות הנושא, יש לראות בהצעת החוק המתקנת "נושא חדש".

ראשית, כבר נפסק שאת השאלה אם מדובר בנושא חדש יש לקבוע לאור תכלית הסעיף: למנוע "הגנבה" של הוראות והסדרים שלא נתקיים לגביהם דיון בר משמעות בקריאה ראשונה ולכן לא התקיים דיון ציבורי פתוח, בכנסת כמו גם מחוץ לה.⁴ בעניינו, התכלית הזו, של הבטחת דיון ציבורי פתוח בכנסת ומחוצה לה היא חשובה במיוחד כאשר מדובר במאטריה חוקתית בעלת חשיבות משטרית מרחיקת לכת. ואכן, כאשר נטענה טענת נושא חדש בהליך חקיקתו של תיקון לחוק יסוד, בית המשפט נתן דעתו גם לטיב הדיון שהתקיים בוועדה בעת עריכת התיקון, והתייחס (בין היתר) לשיקול שלפיו התיקון בוועדה התקבל "לאחר דיון יסודי, שבו הוצגו, בין השאר, דעות היועץ המשפטי לממשלה, היועץ המשפטי של הוועדה, ומומחים מקרב האקדמיה".⁵ על החשיבות בהליך חקיקה מיוחד ודליברטיבי בעת קבלת תיקון חוקי גדול ומשמעותי הרחיב פורום המרצים והמרצות למען הדמוקרטיה בנייר עמדה מס' 3.

שנית, רציונל זה, השם דגש על חשיבות הדיון הציבורי והפרלמנטרי, קיבל חיזוק נוסף ומשמעותי בעניין קוונטינסקי,⁶ אשר ביסס את הצורך באפשרות לקיים דיון כחלק מעקרון ההשתתפות, שהוא מעקרונות היסוד של הליך החקיקה, לצד שלושה עקרונות אחרים (עקרון הכרעת הרוב, עקרון השוויון הפורמלי, ועקרון הפומביות). פגיעה קשה וניכרת בעיקרון זה עשויה להביא לבטלות חוק בשל פגמים בהליך חקיקתו.

שלישית, כבר בפרשת אבו עראר נקבע ששיקול חשוב נוסף (מעבר לתכלית המרכזית של הבטחת דיון פרלמנטרי וציבורי) הוא היקפו של הנושא של הצעת החוק. שיקול זה הוא "המכתיב את גבולות הפעולה של הוועדה בבואה לדון בהצעה שבפניה. לא הרי הצעת חוק, אשר מובא בה חוק שלם, אשר חובק הסדרים וסוגיות לרוב, כהרי הצעת חוק, אשר מוצע בה לתקן הוראה אחת העוסקת בנושא נקודתי. ברור, כי היקפו של ה'נושא' במקרה הראשון יהיה רחב בהרבה מן ה'נושא' במקרה השני".⁷ ברי כי במקרה דנן, מראש נושא הצעת החוק היה מצומצם ועסק בעיקרו בנושא הספציפי של הרכב הוועדה למינוי שופטים. לפיכך, שינוי דרמטי ומשמעותי בהרכב המוצע ובמודל המינוי מהווה שינוי חזית, אשר עולה לכדי נושא חדש מבחינה מהותית.

גם מבחינה מהותית דרישה זו מוצדקת. שינוי החזית מצריך לימוד וליבון של השלכות ההצעה על שיטת המשפט בישראל, בחינה השוואתית של הנהוג במדינות בעולם, וכפועל יוצא מתן הזדמנות לבעלי נגיעה להשמיע קולם – כל אלו עשויים להשפיע השפעה של ממש על עיצוב ההסדר. מן הראוי שההסדר כפי שהוא כעת – אשר שונה באופן מהותי מההסדר כפי שעבר בקריאה ראשונה – יזכה

4 שם; עניין אבו עראר, לעיל ה"ש 2.

5 בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999).

6 בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו) 6.8.2017.

7 עניין אבו עראר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 37.

חלק שלישי: אם רוצים לשנות איך ראוי לעשות את זה? איך כן בונים חוקה

לשלוש קריאות. על פי כלל ההכרה הנהוג בשיטתנו, הצעת חוק חייבת לעבור שלוש קריאות.⁸ יש לוודא כי לחברי הכנסת, ולכנסת כמוסד, ניתנה האפשרות לעסוק בהסדר היורד לשורשה של שיטת המשטר במסגרת שלוש קריאות. לפיכך, דעתנו היא כי במקרה זה מדובר אכן בנושא חדש ואין הקריאה הראשונה חלה על הנוסח החדש.

8 בג"ץ 2337/21, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט גרוסקופף; איתי בר-סימן-טוב "דיני החקיקה" עיוני משפט לז 645 (2016).

חלק רביעי

מה עושים במדינות אחרות? מבטים השוואתיים

1. צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)
2. נייר עמדה של בכירי משפט בריטיים על אודות ההשוואה בין בריטניה לישראל
3. גילוי דעת של משפטים בריטיים המתריעים כנגד השינויים המשפטיים
4. עמדת בכירי משפט ציבורי שוויצרי על אודות ההשוואה בין שוויץ להפיכה המקודמת בישראל
5. מנגנונים למינוי שופטים – מבט השוואתי ואמפירי
6. מינוי נשיאי בתי משפט גבוהים על פי כלל הבכירות (סניוריטי) במדינות דמוקרטיות – מחקר השוואתי
7. רפורמת מינוי שופטים באירלנד – כמו בישראל אבל הפוך
8. מינוי שופטים בארצות הברית
9. שיטת מינוי השופטים בצרפת
10. מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד
11. ביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט בניו-זילנד
12. "ציון במשפט תפדה": תפיסת החוק, המשפט, והפרדת רשויות במשפט העברי

צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)

הופץ במקור ביום 4.2.2023 כנייר עמדה מס' 8

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, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את צעדי הממשלה ה-37 לאור עמדות ועדת ונציה.

סקירה של דוחות וחוות דעת הוועדה בנושאים הרלוונטיים לצעדים לשינוי המשטר אותם מקדמת הממשלה בימים אלה מעלה כי הצעדים המוצעים מנוגדים לחלוטין לפרקטיקות הטובות ביותר כפי שמזהה אותן ועדת ונציה. במסמך קצר זה נראה כי בשלב זה, צעדי הממשלה מנוגדים לעמדות ועדת ונציה לפחות בשלושה היבטים: שיטת בחירת השופטים, הפרוצדורה לביצוע שינויים חוקתיים, וכיבוד עקרונות של שלטון החוק. אם ההצעות יעברו, ישראל תעמוד לצד מדינות כגון פולין, הונגריה וטורקיה אשר לגביהן פורסמו בשנים האחרונות חוות דעת שליליות מאוד מטעם הוועדה.

כללי

ועדת ונציה (The Venice Commission) הינה גוף אשר הוקם בשנת 1990, על מנת לייעץ למועצת אירופה (The Council of Europe) בסוגיות של שלטון החוק וקידום הדמוקרטיה. תפקיד הוועדה הנו גם לספק סיוע וייעוץ בעניינים משפטיים למדינות החברות במועצת אירופה, ולסייע להן להתאים את מוסדותיהן המשפטיים והשלטוניים לסטנדרטים האירופאים והבינלאומיים המקובלים בתחומי הדמוקרטיה, זכויות אדם ושלטון החוק.¹ בשנת 2002 תוקנה חוקת הוועדה, באופן אשר נועד לאפשר למדינות שאינן חברות במועצת אירופה להצטרף אליה. בעקבות זאת, ישראל הצטרפה לוועדה בשנת 2008.

חברי הוועדה הינם מומחים בתחום המשפט החוקתי, או בתחומים אחרים רלוונטיים לתפקודם של מוסדות דמוקרטיים ולקידום המשפט ומדעי החברה. כל מדינה חברה ממנה חבר. אחד (וחברה מחליפה), אולם חברי הוועדה עצמאיים ואינם מייצגים את מדינתם.²

1 https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN

2 Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (Feb. 21, 2002), art. 2

הוועדה מוסמכת ליזום מחקרים ומדריכים (guidelines) בנושאים המצויים בתחום המנדט שלה.³ כן היא רשאית לנסח חוות דעת (opinions) בנושאים ספציפיים. חוות דעת יכולה להתבקש על ידי הגורמים המנויים בחוקת הוועדה, ובפרט על ידי גופי מועצת אירופה או על ידי מדינות אשר נוטלות חלק בעבודתה של ועדת ונציה.⁴ במקרים מתאימים, הוועדה עשויה לפרסם חוות דעת דחופה⁵ או הצהרה של נשיא הוועדה.

במקרים מסוימים, המדינות עצמן מבקשות מהוועדה חוות דעת בענייניהן שלהן, כדי לסייע להן בתהליכי רפורמה או על מנת להתמודד עם משברים חוקתיים. כך היה למשל ביחס לרומניה.⁶ פנייה לוועדת ונציה על ידי נשיא המדינה או שר המשפטים הינה כלי שיש לשקול להפעילו במסגרת ניסיונות התדיינות לגבי הצעדים אותם מבקשת הממשלה לקדם בישראל. קיימים גם תקדימים לפניות של בתי משפט מדינתיים לוועדה בבקשה כי יספקו חוות דעת להליכים תלויים ועומדים כידידי בית המשפט. יצוין כי הן הדוחות המחקריים והן חוות הדעת של הוועדה אינם מחייבים במישור הפורמלי. ואולם, הם משקפים את התפיסה הבינלאומית המקובלת לגבי הפרקטיקות הטובות ביותר (best practices) בתחומים הרלוונטיים ומהווים כלי של משפט רך (soft law), המעצב את הציפיות לגבי ההתנהלות של המדינות החברות ואף תורם להתפתחות הדין הבינלאומי המנהגי דרך אימוצו בפרקטיקה המדינתית והסתמכות עליו בידי בתי משפט שונים.⁷ ככאלה, עשויים הדוחות וחוות הדעת להשפיע על הליכים פוליטיים ומשפטיים בתוך המדינה עצמה. הדוחות וחוות הדעת עשויים גם להשפיע על המוניטין של המדינות, ועל תפיסתן כמדינות דמוקרטיות המקיימות את שלטון החוק.⁸ תפיסות אלה, בתורן, עשויות להשפיע על הלגיטימציה של מדינה בזירה הפנימית והבינלאומית, ועל יכולתה לפעול באופן אפקטיבי בפורומים בינלאומיים שונים.

סקירה של דוחות וחוות דעת הוועדה בנושאים הרלוונטיים לצעדים לשינוי המשטר אותה מקדמת הממשלה בימים אלה מעלה כי הצעדים המוצעים מנוגדים לחלוטין לפרקטיקות הטובות ביותר כפי שמזהה אותן ועדת ונציה. במסמך קצר זה נראה כי בשלב זה, צעדי הממשלה מנוגדים לעמדות ועדת ונציה לפחות בשלושה היבטים: שיטת בחירת השופטים, הפרוצדורה לביצוע שינויים חוקתיים וכיבוד עקרונות של שלטון החוק. אם ההצעות יעברו, ישראל תעמוד לצד מדינות כגון פולין, הונגריה וטורקיה, אשר לגביהן פורסמו בשנים האחרונות חוות דעת שליליות מאוד מטעם הוועדה.

יש להדגיש כי את ההיבטים הנסקרים כאן יש לראות כמכלול, יחד עם צעדים מוצעים נוספים, כגון פסקת ההתגברות, שתאפשר חקיקה מחדש, ברוב קואליציוני רגיל, של כל חוק שבית המשפט יקבע כי

3 שם, art. 3(1).

4 שם, art. 3(2).

5 Protocol on the Preparation of Urgent Opinions (Oct. 19–20, 2018).

6 ראו Romania – Opinion on Draft Amendments to Law no. 303/2004 on the Statute of Judges and Prosecutors, Law No. 304/2004 on Judicial Organisation, and Law No. 317/2004 on the Superior Council for Magistracy, adopted by the Commission at its 116th Plenary Session (Venice, Oct. 19–20, 2018).

7 ראו בכלליות Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 INTERNATIONAL ORGANIZATION 421 (2000).

8 ראו בכלליות Wolfgang Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, 25 EURO. J. INT'L L. 579 (2014).

הינו בטל; ההצעה כי בית המשפט יוכל לקבוע כי חקיקה ראשית בטלה רק ברוב של 80% מהשופטים; וכי לא תהיה כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. ביחד, המשמעות היא החלשה עד כדי ביטול הלכה למעשה של הביקורת השיפוטית על חקיקה. לכך מצטרפת החלשת הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות על ידי ביטול עילת אי-הסבירות, והחלשת מעמד היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה באמצעות שלילת המעמד המחייב של עמדתם והקביעה כי ימונו כמשרת אמון. כל אלו מהווים כשלעצמם, וביחד עם האמצעים האחרים, פגיעות חמורות בשלטון החוק. ואכן, בחוות דעתה בעניין פולין (2017), קבעה הוועדה כי יש לבחון צעדים מסוג זה כמכלול ולאור ההקשר בו הם ננקטים.⁹

1. עמדת ועדת ונציה בנושא בחירת שופטים

בשנת 2007, אימצה ועדת ונציה דוח בנושא שיטות לבחירת שופטים.¹⁰ הדוח עומד על כך שבמדינות מסוימות מעורבות פוליטיות בבחירת שופטים מסכנת את עצמאותם של בתי המשפט, ואילו במדינות אחרות מעורבות כזו אינה מסוכנת, משום שהיא מוטמעת היטב בתרבות פוליטית שמונעת פוליטיזציה פסולה של ההליך.¹¹ עם זאת, נקבע כי המגמה המודרנית הינה דה-פוליטיזציה נרחבת של ההליך בחירת השופטים, וזאת כדי להבטיח שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ועל עצמאות בתי המשפט.¹² כך, למשל, עמדת ועדת השרים של מועצת אירופה הינה כי מנגנון בחירת השופטים חייב להיות עצמאי מהממשלה, וכי דרך אחת להבטיח זאת היא באמצעות מעורבות שיפוטית בבחירת שופטים. במקרים שבהם כבר קבועים הסדרים ומסורות שלפיהם הממשלה ממנה שופטים, נדרשים להיקבע מנגנונים להבטחת עצמאותם של ההליכים למינוי השופטים, כדי להבטיח שהמינויים והקידומים יתבססו על

”קריטריונים אובייקטיביים” בלבד.¹³

הוועדה סבורה כי מעורבות ממשלתית משמעותית במינוי שופטים אינה רצויה במדינות שבהן אין תרבות ומסורת פוליטית מבוססת, המובילה לריסון של הדרג הפוליטי.¹⁴ כן סבורה הוועדה כי גם מעורבות רבה של פרלמנטים בבחירת השופטים עלולה לגרום לפוליטיזציה של ההליך, באופן שיביא למינוי שופטים שלא על בסיס שיקולים רלוונטיים.¹⁵ הוועדה עומדת על כך שבמקומות שבהם מינוי שופטים מתבצע על ידי ראש המדינה, על המינוי להתבצע על סמך המלצה מטעם ועדה עצמאית.¹⁶ הוועדה ממליצה אפוא שלועדות למינוי שופטים יהיה תפקיד מכריע במינוי וקידום שופטים.¹⁷

9 CDL-AD(2017)031-e, Poland – Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of 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, Dec. 8–9, 2017), para. 129

10 CDL-AD(2007)028-e, Judicial Appointments – Report Adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, March 16–17, 2007)

11 שם, פס' 2.

12 שם, פס' 3.

13 שם, פס' 4.

14 שם, פס' 5–6.

15 שם, פס' 9–12.

16 שם, פס' 14.

17 שם, פס' 25.

מבחינת הרכב הוועדות למינוי שופטים, הוועדה עומדת על כך שנדרש איזון בין עצמאות שיפוטית לבין אחריותיות של מערכת המשפט. לפיכך, אין לפסול באופן אפריורי חברות של נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת בוועדות למינוי שופטים, אך זאת רק באופן שאינו חותר תחת עקרון עצמאות מערכת המשפט.¹⁸ דרך אחת להבטיח זאת היא באמצעות הסדר שלפיו חלק ניכר או רוב החברים הוועדה ייבחרו על ידי הרשות השופטת עצמה (פס' 29). מכל מקום, הוועדה סבורה באופן חד-משמעי כי לא יכול להיות רוב לממשלה, או לתומכיה, בוועדות למינוי שופטים.¹⁹

הוועדה חזרה על עקרונות אלו בדוח משנת 2010 בדבר עצמאות שיפוטית (פס' 32, וכן מסקנה 4).²⁰ בהתאם לכך, ועדת ונציה קבעה בחוות דעת בעניין פולין משנת 2017, כי שינוי שיטת בחירת השופטים בפולין לכוזו בה נוצר רוב אוטומטי לרוב הפוליטי, וזאת כחלק משינויים מרחיקי לכת נוספים במערכת המשפט בפולין, מהווה איום חמור לעצמאות השיפוטית ולשלטון החוק.²¹

יצוין כי בעוד הוועדה, במסמכיה השונים, סבורה כי מינוי השופטים שנעשה על בסיס פוליטי יכול להיות מתקבל על הדעת מקום בו מדובר במסורת ותיקה הכבולה בתרבות פוליטית מסוימת, היא ודאי לא תומכת בעמדה שלפיה מדינות שבהן ועדה מקצועית כזו כבר קיימת, יעברו לשיטת מינוי פוליטית. אומנם, הוועדה עומדת על כך כי במקרים של "בתי משפט לחוקה" (constitutional courts), עשוי להיות טעם לשיטה שונה לבחירת שופטים, המעניקה יותר משקל לגורמים פוליטיים נבחרים, וזאת כדי להעניק לבתי משפט אלה "לגיטימציה דמוקרטית" גבוהה יותר בבואם להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה.²² ואולם, אין פירוש הדבר כי ניתן למנות שופטים לערכאות כאלה באופן אשר נותן כוח מוחלט לרוב הפוליטי הנוכחי. כך, קבעה הוועדה פעם אחר פעם – למשל בהקשר למשבר החוקתי בפולין – כי מנגנונים למינוי שופטים לבתי משפט חוקתיים חייבים להבטיח כי יהיה הרכב עצמאי ומאוזן של בתי משפט אלה.²³ שיטת מינוי שבה לרוב הפוליטי יש שליטה מוחלטת על מינוי שופטים לבתי משפט לחוקה, ודאי שאינה עומדת בתנאי זה. כפי שציינה הוועדה בעניין פולין, כשביקרה את התפיסה בפולין לגבי מינוי שופטים לבית המשפט לחוקה:

"Th[e] view of the Constitutional Tribunal with judges 'belonging' to one party and other judges 'belonging' to the other party seems to equate the Tribunal with another chamber of Parliament...The Venice Commission cannot subscribe to such an approach and it has difficulty understanding the aim of establishing 'pluralism' in the Constitutional Tribunal if this just means appointing a sufficient number of one's own 'representatives' to the Tribunal. This logic seems to assume that a lack of such

18 שם, פס' 27–28.

19 שם, פס' 31–33.

20 CDL-AD(2010)004-e, Report on the Independence of the Judicial System, Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, March 12–13, 2010), paras. 32, 82(4).

21 CDL-AD(2017)031-e, לעיל ה"ש 9, פס' 130.

22 CDL-AD(2007)028-e, לעיל ה"ש 10, הערה 1.

23 CDL-AD(2016)001-e, Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, March 11–12, 2016), para 116.

party pluralism is legally relevant, but there is no constitutional basis for such a concept" (para. 118).

בנייר עמדה של הפורום בעניין הליכי מינוי שופטים, הראינו כי הצעות החוק של שר המשפטים ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט מרכזות בידי הממשלה כוח מוחלט למינוי שופטים, וזאת לכל הערכאות, ולא רק לערכאה שניתן להגדירה כמקבילה ל"בית משפט לחוקה". בהקשר זה, יודגש כי בית משפט לחוקה אינו קיים בישראל, שהרי כידוע, בישראל בית המשפט העליון יושב בעיקר כבית משפט לערעורים. אף אם ניתן היה לראות בבית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, הרי מתן שליטה מלאה לממשלה במינוי שופטיו מרוקן מתוכן את מעמדו כגוף עצמאי. לפיכך, הצעות אלו מנוגדות לחלוטין לעמדת ועדת ונציה, שבה ישראל חברה. בעוד שהוועדה מקבלת כי בוועדות למינוי שופטים עשויים להיות נציגים גורמים פוליטיים, היא עומדת על כך כי לאלה לא יכול להיות רוב, ולבטח שלא יכול להיות רוב לנציגי הממשלה.

2. הליך ביצוע שינויים חוקתיים

בשנת 2010, פרסמה הוועדה דוח בדבר תיקונים חוקתיים.²⁴ הדוח עומד על כך כי הסדרים חוקתיים מחייבים שכללי היסוד המגבילים הפעלת כוח שלטוני ומספקים הגנה על זכויות הפרט יהיו יציבים וצפויים, וכי הדרך לשנותם לא תהיה קלה מדי.²⁵ בעיני הוועדה, כאשר הפרוצדורה לשינוי החוק גמישה מדי, התוצאה היא היעדר יציבות, אי-ודאות וקונפליקטים, וחמור מכך – הדבר מוביל להגנה לקויה על ערכי יסוד ועל זכויות המיעוט.²⁶ בעוד שרבות ממסקנות הדוח אינן רלוונטיות לישראל בה לא קיימת חוקה מלאה, ההתייחסות בדוח לפרוצדורה הראויה לקידום שינויים חוקתיים יפה אף לענייננו.

כך, נקבע בדוח כי כאשר מתבקש שינוי חוקתי במדינה, ראוי שיידרש רוב מיוחד בפרלמנט לשם כך, וכי נדרש הליך חקיקה פרוש על משך תקופת זמן משמעותית המאפשרת דיון וחשיבה מעמיקה על השינויים המוצעים.²⁷ במיוחד, נדרש לאפשר דיון ציבורי חופשי ופתוח, ומתן זמן מספיק שיאפשר לדעת הקהל לבחון את השינויים ומשמעויותיהם האפשריות.²⁸ בהקשר זה, נקבע כי תיקונים חוקתיים שתכליתם להעצים את הרשות המבצעת צריכים להיות כפופים לביקורת מיוחדת.²⁹ בנייר עמדה של הפורום בעניין ההליך הראוי לתיקון חוקתי, הצביעו חברי הפורום על כך שהליכי החקיקה המתקיימים בימים אלה בכנסת מתנהלים בלוח זמנים מהיר במיוחד, תוך עקיפת הפרוצדורות

CDL-AD(2010)001, Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, Dec. 11–12 2009) 24

שם, פס' 5. 25

שם, פס' 1. 26

שם, פס' 238, 241. 27

שם, פס' 245. 28

שם, פס' 24. 29

הרגילות המקובלות. הליך זה, שמבקש לקדם שינוי משטרי מרחיק ללכת אך אינו מאפשר זמן מספיק לדיון מעמיק, שמיעת עמדות, וחשיבה ציבורית מעמיקה, סותר אף הוא את עמדת ועדת ונציה.³⁰

3. שלטון החוק

בשנת 2011, פרסמה הוועדה דוח בדבר שלטון החוק.³¹ משמעותו של המושג "שלטון החוק" מעוררת שאלות רבות, ולפיכך הציעה הוועדה הגדרה הכוללת מספר יסודות שבעיניה נמצאות ב"קונצנזוס" במסורות השונות.³² אחד ממרכיבים ההכרחיים של שלטון החוק הוא עצמאות שיפוטית, וקיומם של בתי משפט נטולי משוא פנים. קיומו של שלטון החוק מחייב רשות שופטת חופשייה מלחצים פוליטיים, ובפרט של הרשות המבצעת.³³

מתן רוב מוחלט לקואליציה בבחירת שופטים וקידומם עלול לשמש את הרשות המבצעת כאמצעי להפעלת לחץ פוליטי על שופטים, וכן יאפשר לה "לעצב" את בתי המשפט באופן העולה בקנה אחד עם עמדת הממשלה, ובכך לרוקן את עצמאות בתי המשפט מתוכנה ולפגוע דרך כך בשלטון החוק.

סיכום

סקירה קצרה זו מראה כי הצעדים לשינוי המשטר, אותם מקדמת ממשלת ישראל, יעלו לכדי הפרה מערכתית של הערכים המצויים בבסיס עקרונות היסוד המשפטיים, אותם זיהתה ועדת ונציה. הצעדים יחתרו תחת הסטנדרטים המינימליים שהציבה ועדת ונציה, לעניין אופן בחירת השופטים, הפרוצדורה לעריכת שינויים חוקתיים, ועקרונות שלטון החוק הנוהגים במדינות דמוקרטיות מודרניות. יודגש כי על פי ועדת ונציה יש לבחון את הצעדים כמכלול ולאור הקשרם, ובחינה זו אך מעצימה את הפגיעה בכל אחד מהאלמנטים הללו. אשר על כן יש לבחון את הצעדים שמוזכרים כאן ביחד עם הצעדים הנוספים שהוזכרו במבוא.

אימוץ הצעדים האלה יכניס את ישראל ל"מועדון" מפוקפק של מדינות מבין חברות הוועדה, אשר המבנה המשפטי והחוקתי שלהן הולך ומתרחק מהמקובל בקרב המדינות הדמוקרטיות המתקונות והמודרניות.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' איריס קנאור, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

פרופ' יובל שני, האוניברסיטה העברית

30 פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לתיקון חוקתי" (הופץ ביום 18.1.2023).

31 CDL-AD(2011)003rev-e, Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, March 25–26, 2011).

32 שם, פס' 41.

33 שם, פס' 55.

נייר עמדה של בכירי משפט בריטיים על אודות ההשוואה בין בריטניה לישראל

הופץ במקור ביום 19.2.2023 כנייר עמדה מס' 13

במסגרת העשייה של תומכי ההפיכה המשטרית, ביצעו כמה מהתומכים מהלכי השוואה למשפט הבריטי, שהיה בהם כדי להטעות אם לא למעלה מכך. בנייר עמדה קצר, שעליו חתומים מבכירי המשפט הציבורי הבריטי, המצורף להלן, פירוט תמציתי אודות השיטה הבריטית לאשורה. בין החותמים – נשיא בית המשפט העליון הבריטי לשעבר (2012–2017), הלורד Neuberger; שר המשפטים לשעבר (2013–2016), הלורד Faulks; הלורד Pannick, מבכירי עורכי הדין בבריטניה ויו"ר ועדת החוקה של בית הלורדים; ופרופסור ופרופסורית בכירים מ־University College London, אחת האוניברסיטאות המובילות בבריטניה.

בסתירה גמורה לטענות שהושמעו, הכותבים מצביעים על כוחו של בית הלורדים כבית נבחרים שני, פעיל, שיזם חקיקה ופועל באופן שוטף כבלם של העשייה בפרלמנט. מודגש כי גם בהצעות לשינוי המערך, נותר בלא פגע אופיו של בית הלורדים כשומר חוקתי מן המעלה הראשונה. עוד נותחה ונדחתה הטענה שלפיה לאור עקרון ריבונות הפרלמנט, השליט בבריטניה, אין לרשות השופטת בה כוחות להשפיע על קביעת מדיניות ויישומה. לפי חוק זכויות האדם משנת 1998, בידי בתי המשפט שני כוחות – פרשנות חקיקה באופן המחזק את ההגנה על זכויות אדם, הניתנת גם באופן הסותר את לשון החוק (סעיף 3 לחוק), והכרזת אי־התאמה, המיתרגמת לפעולה בהתאם להכרזה לפי התרבות המשפטית הבריטית (סעיף 4 לחוק). רק הכוח השני נזכר בידי רבים, אך בפועל, מול כשלושים הכרזות כאלה, בלמעלה מכפול מהמקרים ניתנה פרשנות לא טקסטואלית לחקיקה הפוגעת בזכויות מוגנות.

מעבר לחוק זה, נקבע כי בתי המשפט הבריטיים הפעילו את כוחם ההיסטורי על בסיס המשפט המקובל כדי להציב מגבלות משמעותיות על עשייה שלטונית. בין היתר, בית המשפט העליון התערב בהליכי העזיבה של בריטניה את האיחוד האירופי. גם לאחר עזיבת האיחוד, מצביעים הכותבים על כך שבריטניה חוזרת ומצהירה על מחויבותה לעמוד בהתחייבויות על־לאומיות, בין היתר דרך המשך חברותה במועצת אירופה ובכפיפותה לבית הדין האירופי לזכויות האדם. כל אלה מציבים מחסומים נוספים על ההליך החקיקתי.

The Constitution of the United Kingdom: A Response to Some Claims Made by Proponents of Current Constitutional Change in Israel

We, the undersigned, have had it brought to our attention that persons interested in current Israeli constitutional reform efforts have prayed in aid certain alleged features of the United Kingdom's constitutional arrangements. To the extent that these features are seen as material to legislative deliberations in the Knesset, we believe it important to clarify how these constitutional arrangements operate in both law and practice.

The House of Lords is sometimes misunderstood to be a "toothless" chamber. In fact it plays an indispensable role as both a revising chamber and constitutional guardian, and one where members can introduce bills. The Government enjoys no majority there and the chamber passes hundreds of amendments to Government bills each year. It has also inflicted many defeats on the Government, often in high profile cases which result in acute accountability in the media. While the House of Commons enjoys the legal power to (eventually) prevail over the Lords, the latter's delaying power and the impact of adverse media exposure often result in the Lords holding de facto power to influence the Government's legislation. The House of Lords can and does force changes to the Government's legislative program. An appointed chamber, it tends to exercise these powers particularly on issues reflecting important constitutional principles. The reports of its select committees on delegated powers, the constitution, on the scrutiny of secondary legislation, and previously on the European Union, are highly influential across both Houses of Parliament. All proposals to reform the House of Lords have sought to preserve its character as a constitutional guardian.

It is frequently believed abroad that since the United Kingdom's courts affirm the legal doctrine of the legislative supremacy of Parliament, the power and role of the law courts is irrelevant to public policy making. This claim does not reflect the true structure of the British constitution. The Human Rights Act 1998 imposes two major constraints on the effect of legislation. Section 3 is an interpretative obligation which imposes a strong duty upon courts (and others) to do what they can to interpret all legislation in a way which protects human rights, including by giving it a meaning that is a clear departure from the meaning Parliament intended when enacting it. Under Section 4, a court can, if it is unable to interpret primary legislation in a way which is human rights compatible, issue a declaration of incompatibility. Though such a declaration does not affect the validity of that legislation, under the legal culture of the UK it is ultimately followed by parliamentary/governmental action that removes the incompatibility. To date, there have been approximately 30 statutes subject to declarations of incompatibility and on best estimates nearly 60 statutes read down under section 3 of that Act, in a manner at odds with the traditional understanding of parliamentary sovereignty. Over a dozen statutory instruments (regulations) have also been declared unlawful and quashed during the two decades of its operation. The Human Rights Act 1998 therefore has a concrete

חלק רביעי: מה עושים במדינות אחרות? מבטים השוואתיים

effect in restricting the wishes of the Government to act in a way which is not human rights compliant and even on a Parliament that wishes to do so in any but the most unambiguous of ways.

Beyond the Human Rights Act, the law courts have exercised their historical role under the common law to provide a potent restraint on executive power. Such can be seen in recent Supreme Court judgments relating to Brexit and in the application of a very strong principle of legality, under which statutes will not be read to authorise executive power to infringe human rights or the rule of law, absent the clearest possible wording to that effect. Furthermore, the Government recently held two independent inquiries, one into the judicial review of administrative action and the other into the functioning of the Human Rights Act 1998. Each was established to address the question of whether the judiciary had assumed too much power. Both reviews rejected the general proposition that they had, and both affirmed the crucial importance of the rule of law in the UK constitutional landscape. Hence, allegations that courts in the UK have no review power in the constitutional sphere are false.

It is furthermore noteworthy that although the UK has left the European Union, both the UK Parliament and nearly all its Governments have historically affirmed the crucial importance of observing its international legal commitments. The United Kingdom took a leading role in authoring the European Convention on Human Rights. It remains a state party to that Convention and it continues to abide by the judgments of the European Court of Human Rights. Under the Human Rights Act 1998, ministers must lay a statement before Parliament certifying that any bill introduced either does or does not comply with the European Convention, reflecting stringent internal legal assessments. Therefore, membership of this system of human rights imposes further noteworthy constraints on the legislative process.

Signed by:

Dr. Ronan Cormacain, Consultant Legislative Counsel and Former Senior Research Fellow at the Bingham Centre for the Rule of Law, British Institute of International and Comparative Law
Lord Edward Faulks KC, Chair, Independent Review of Administrative Law (2021) and Minister of State for Justice (2013-16)

Daniel Greenberg CB, Barrister

Professor Jeff King, Faculty of Laws, University College London and Director of Research at the Bingham Centre for the Rule of Law

Lord David Neuberger, former Master of the Rolls (2009-2012) and President of the UK Supreme Court (2012-2017)

Lord David Pannick KC, Barrister, Blackstone Chambers and member of the House of Lords Constitution Committee (2008-2021)

Professor Meg Russell FBA, Director, Constitution Unit, Department of Political Science, University College London.

גילוי דעת של משפטנים בריטיים המתריעים כנגד השינויים המשפטיים

הופץ במקור ביום 23.2.2023 כנייר עמדה מס' 18

במסגרת העשייה של תומכי ההפיכה המשפטית, ביצעו כמה מהתומכים מהלכי השוואה למשפט הבריטי, שהיה בהם כדי להטעות אם לא למעלה מכך. בהמשך לנייר העמדה שעליו חתמו מבכירי המשפט הציבורי הבריטי שפרסמנו, נשלח אלינו גילוי דעת בחתימה של למעלה מארבעים אנשי אקדמיה ומשפטנים בריטיים, המביעים התנגדות חריפה לכל מרכיבי התוכנית ל"רפורמה" במערכת המשפט הישראלית. עשרות אנשי המשפט, לרבות חוקרים רבים בעלי שם עולמי, מתנגדים נחרצות לכל מרכיבי התוכנית. בין החותמים Sir Stephen Sedley, שופט לשעבר בבית המשפט לערעורים האנגלי, שופט אד הוק בבית הדין האירופי לזכויות האדם ופרופסור אורח באוניברסיטת אוקספורד; דיקנית הפקולטה למשפטים באוניברסיטת אוקספורד; ועוד עשרות פרופסורים ומרצים בכירים מאוניברסיטת אוקספורד ומאוניברסיטאות נוספות מהחשובות ביותר בבריטניה, שנזעקו להביע את קולם והצטרפו תוך זמן קצר לגילוי הדעת.

להלן עיקר הנקודות הנדונות בגילוי הדעת:

1. **השינוי המהפכני המוצע בשיטת מינוי השופטים, הנותן יד חופשית לדרג הפוליטי, יפגע אנושות בעצמאות הרשות השופטת, שהיא יסוד מוסד של כל דמוקרטיה מודרנית.** כל רשות ציבורית חייבת להיות כפופה לביקורת. כך הוא גם בשיטות המשפט הקונטיננטלי-אירופי. אין אף שיטה חוקתית דמוקרטית שבה כל השופטים מתמנים בלעדית בידי פוליטיקאים נבחרים.
2. **ההצעה לבטל ביקורת על חקיקה / חוקי יסוד נדונה על רקע הטענות כי כך הוא בבריטניה.** בכירי המשפטנים החתומים על המכתב מדגישים כי בידי בתי המשפט לבקר ולבטל חוקים של אזורים שזכו לאוטונומיה מוגדרת (סקוטלנד, וויילס וצפון אירלנד). ברמה הארצית מודגש הכוח שניתן לבתי משפט לפרש חקיקה נגד הטקסט במטרה להגן על זכויות פרט (סעיף 3 ל-Human Rights Act 1998), ולהכריז הכרזות אי-התאמה (סעיף 4 לאותו חוק). משמעותה המעשית-פוליטית של הצהרה כזו, הנובעת מן הכלל הפורמלי של עליונות הפרלמנט, לפיו גם אין לשריין חקיקה, היא תמיד היענות המחוקק להוראת בית המשפט.
3. **עוד מדגישים בכירי המשפט כי בקיומו של בית נבחרים שני בבריטניה, הוצב מנגנון ביקורת שני, המוביל בין היתר לפיתוח שיח בין שני הבתים, הנעדר כליל מישראל.** הם מוסיפים כי מניעת הביקורת על כל חוק הנושא בכותרתו את השם "חוק יסוד", מעשה שקל לעשותו, יפגע מהותית בהגנה על זכויות פרט ובמבנה הראוי של הדמוקרטיה בישראל.
4. **פסקת ההתגברות: בעניין זה מזהירים החותמים כי אימוצה ישלול את כוחה של הרשות השופטת ויהרוס את עקרון הפרדת הרשויות.** לפי עיקרון זה, לרשות השופטת נתון כוח ביקורת על שימוש

- לרעה בכוח שלטוני. אימוץ פסקת ההתגברות יחסל למעשה כל ניסיון לתקוף מעשה חקיקה הסותר עקרונות חוקתיים.
5. ביטול עילת הסבירות. כידוע וכמוכר, חוזרים החותמים על הכלל שלפיו בית המשפט אינו מחליף את שיקול הדעת הניתן לבעלי סמכות בשיקול דעתו שלו. עילת הסבירות, הקיימת גם בבריטניה עם סף גבוה יחסית, מונעת החלטות שרירותיות או קפריזיות, ובכך מהווה מרכיב חשוב לפעילות יעילה של המדינה. ביטולה יאפשר לשלטון לפעול בכל דרך מבלי לעמוד לביקורת שיפוטית.
6. תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה. בעניין זה מדגישים הכותבים כי חיסול העיקרון שלפיו ייעוץ משפטי של היועץ המשפטי ושל כל היועצים המשפטיים ברשות המבצעת צריך להיות כן ועצמאי יעביר ממקומו עוד נדבך חיוני של ביקורת על עשייה שלטונית.
- לסיכום, לדעת המומחים הבריטיים, מדינה שבה פועלת הרשות המבצעת בלא מגבלות משפטיות איננה יכולה להציג עצמה כדמוקרטית. כלל המרכיבים – מגגונים של איזונים ובלמים, האפשרות לבקר חקיקה, יחס מכבד לפסקי דין ולסופיותם, סבירות כקריטריון לביקורת על עשייה מנהלית, וייעוץ משפטי עצמאי – קיומם של כל אלה מאפשר את קיומה של מדינה דמוקרטית יציבה הנשענת על עקרון שלטון החוק, המגנה על זכויות פרטים ומיעוטים, ושומרת על הפרדת הרשויות. על בסיס מומחיותם, תומכים החותמים בקולות לביטול התוכנית על כל מרכיביה.

22 February 2023

UK Criticism of Israel Constitutional ‘Reform’ Proposals

We are lawyers and legal academics from the UK who are concerned about the content of proposed reforms to Israel’s constitutional structure and institutions. We fear that these will undermine democratic rights, the rule of law, the separation of powers, the independence of the judiciary and human rights. These reforms would move Israel away from democracy and towards legal autocracy.

Judicial appointments

The proposal is to substantially change the process for judicial appointment so that appointments will be made by elected politicians from the ruling coalition, or persons nominated by them. There will be some input from existing judges, but that input can be sidestepped.

This weakens the independence of the judiciary in three ways. Firstly, there is a risk that judges will only be appointed if they have views that align with the views of the politicians appointing them. Secondly, there may be the perception amongst the public that appointment is based upon political opinion rather than legal merit. Thirdly, serving judges who are adjudicating upon cases involving the Government may have their decisions coloured by knowledge that the same Government will be determining their prospects for promotion.

An independent judiciary is one cornerstone of a modern democracy. Judges ought to be appointed on grounds of legal ability. An overtly political and politicised system for appointments undermines judicial independence. It is a measure of maturity in a constitutional system that judges

will occasionally overrule the executive. This is something to be celebrated, not criticised. No government branch should be free from checks. Furthermore, constitutional courts in civil-law countries follow an entirely different model. Even in these systems, appointment of justices is not left entirely in the hands of ruling politicians.

This aspect is especially problematic due to the fact that all common checks on the government, such as the existence of a second house of parliament and the subjection of the legal and political system to transnational arrangements (such as the EU or the ECHR) are absent in the Israeli context.

Constitutional review of legislation

The proposal is to curtail the power of courts to strike out legislation and to prohibit completely the courts from striking out Basic Laws or amendments to Basic Laws.

In the UK, the courts do not have the power to strike out provisions of primary legislation made by the Westminster Parliament. However, they can strike out primary legislation of the devolved jurisdictions, interpret legislation so that it complies with human rights norms (including interpretations that strain the meaning of the text), issue declarations of incompatibility where legislation doesn't comply with human rights norms, and generally interpret legislation so that it conforms with fundamental constitutional values.

The bicameral structure of the UK parliament promotes deliberation and dialogue between the Houses. The House of Lords, as a revising chamber in the UK's Parliament does have the practical power to restrict legislation being enacted which undermines constitutional norms; it is also the initiator of a body of legislation. Israel does not possess these checks and balances. In their absence, the power of the Israeli courts to strike out legislation is a key constraint on what would otherwise be an unbridled power for the Knesset to legislate. Furthermore, the ability of the Knesset to designate any law as a Basic Law renders that law completely immune from judicial consideration.

The removal of constitutional review of legislation designated as "Basic Law" (an easily achieved designation) will directly impair any existing commitment to the protection of human rights, so central to any well-functioning democracy.

Override power for Knesset over court judgements

The proposal is that the Knesset has the power to override a judgement of the Supreme Court with which they disagree by a majority vote in the Knesset.

This proposal would negate the role of courts and destroy the separation of powers doctrine. The Knesset makes the law and it is for the courts to interpret that law and apply it in particular cases. If the Knesset abrogates the power of the courts to interpret law and instead gives that power to itself, then the tripartite division between executive, legislature and courts instead becomes a bipartite division between executive and legislature. There will literally be no point in trying to bring a case

against the Government because even if the Government loses, it simply passes a new law stating that it wins.

Abolition of the “reasonableness” doctrine in judicial review of administrative action

The proposal is that lack of “reasonableness” will no longer be a valid ground upon which courts can rule administrative action unlawful.

The rule of law does not allow courts to substitute their personal judgement for the judgement of the Government or official bodies. But it does require that decisions of the state are rational, lawful, based on sound criteria and justified by evidence. The requirement of reasonableness is an important aspect of this. In the UK, the bar for this test is set at a high level, sometimes expressed as something which is so unreasonable that no reasonable public authority would do it. This test is one way of guarding against arbitrary or capricious decision making by officialdom. As such it forms an important part of an efficiently functioning state. To remove it allows the state to act unreasonably without thought of judicial accountability.

Role of the Attorney General

The proposal is that the Government can either accept or reject the legal advice of the Attorney General, and that the Government can engage a separate lawyer to represent them in court if they don’t agree with the approach being taken by the Attorney General.

Honest and independent legal advice is an important component in a mature constitutional system. As with all lawyers, the role of law officers and legal advisers to Government is to give the correct legal advice, rather than the advice that their client wishes to hear. An independent Attorney General is one bulwark against the state acting unlawfully. The fact that a lawyer is unable to make a particular argument in court suggests that it would be better to drop the argument than to drop the lawyer. This proposal would sideline the Attorney General and remove another constitutional check upon the Government.

Conclusion

A state can function on the basis of untrammelled power resting in an executive authority, but it cannot claim to be a modern and democratic state at the same time. Democracies must include a system of checks and balances, otherwise they become tyrannies of the majority. These proposed reforms systematically unpick fundamental constraints on the power of the Government. Independent judges, the ability to review legislation, respect for the finality of court judgements, reasonableness as a criteria for official action and an independent Attorney General – these all make for a constitutionally sound and stable state rooted in the rule of law, human rights and the separation of powers. We join our Israeli colleagues in calling for these reforms to be cancelled.

Signed:

Dr Haim Abraham, UCL Faculty of Laws

Professor Alan Bogg, Professor in Law, University of Bristol Law School

Paul Brand, FBA, Emeritus Fellow, All Souls College, Professor of English Legal History,
University of Oxford

Professor Ruth Chang, Professor of Jurisprudence, University of Oxford

Professor Mindy Chen-Wishart, Dean, Faculty of Law, University of Oxford

Dr Ronan Cormacain, Consultant Legislative Counsel

Paul Craig, Emeritus Professor of English Law, University of Oxford

Professor Tsilly Dagan, Professor of Taxation law, Faculty of Law, University of Oxford

Nuno Ferreira, Professor of Law, School of Law, Politics and Sociology, University of Sussex

Professor Sandra Fredman, Faculty of Law, University of Oxford.

Professor Dev Saif Gangjee, Faculty of Law, University of Oxford

Professor Prof Joshua Getzler, Faculty of Law, University of Oxford

Dr Rotem Giladi, Senior Lecturer, Roehampton Law School, London

Professor Sir Roy Goode KC, Emeritus Professor of Law, University of Oxford

Dr Florian Grisel, Associate Professor of Socio-Legal Studies, Faculty of Law, University of Oxford

Dr Julius Grower, Associate Professor of Law, University of Oxford

Dr Nikola R. Hajdin, Fellow with the Faculty of Law and Christ Church, University of Oxford

Laura Hoyano, Emeritus Professor of Law, University of Oxford

Professor Dori Kimel, Reader in Legal Philosophy, University of Oxford

Professor Marina Kurkchyan, Emeritus Fellow, Emeritus Fellow, the Centre for Socio-Legal
Studies, University of Oxford

Dr Thomas Krebs, Brasenose College, University of Oxford

Professor Nicola Lacey FBA CBE, Law School, London School of Economics

Dr Grant Lamond, Associate Professor in Law and University Lecturer in Legal Philosophy,
University of Oxford

Professor Virginia Mantouvalou, Professor of Human Rights and Labour Law, UCL Faculty of
Laws

Donald McGillivray, Professor of Environmental Law, University of Sussex

Professor Daniel Monk, Birkbeck, University of London

Professor David Nelken, King's College London

Professor Colm O'Cinneide, Professor of Constitutional and Human Rights Law, UCL Faculty of
Laws

Dr Aisling O'Sullivan, Senior Lecturer in International Law, Co-Director of Sussex Centre for
Human Rights Research, University of Sussex

Professor Amir Paz-Fuchs, Professor of Law and Social Justice, Head of Department, School of
Law, University of Sussex

Professor Justine Pila, Faculty of Law and St Catherine's College, University of Oxford
Professor Irit Samet, Professor in Law, King's College London
Professor Anat Scolnicov, Department of Law, University of Winchester
Rt Hon Sir Stephen Sedley, former Lord Justice of Appeal for England and Wales, judge ad hoc of the ECtHR, and visiting professor of law, University of Oxford
Dr. Hilary Sommerlad, Professor of Law & Social Justice, School of Law, University of Leeds
Dr Bosko Tripkovic, Associate Professor of Law, Birmingham Law School, University of Birmingham
Professor Avrom Sherr, Emeritus Professor, Institute of Advance Legal Studies, London
David Vaver, Emeritus Professor of Intellectual Property & Information Technology Law, University of Oxford
Professor Mark Walters. Professor of Criminal Law and Criminology, Sussex Law School, University of Sussex
Professor Lucia Zedner, Professor & Senior Research Fellow in Law, University of Oxford
Professor Katja Sarah Ziegler, University of Leicester
Dr Reuven (Ruvi) Ziegler, Associate Professor, University of Reading School of Law
Professor Adrian Zuckerman, Emeritus Professor of Civil Procedure, Faculty of Law, University of Oxford
Eva Pils, Professor of Law, King's College London
Professor Emeritus Mark Freedland, University of Oxford
Fernanda Pirie, Professor of the Anthropology of Law, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford
Thomas Poole, Professor of Law, London School of Economics
Antonios Tzanakopoulos, Professor of Public International Law, University of Oxford
Professor Paul James Cardwell PFHEA, King's College London
Dr Yael Lifshitz, Senior Lecturer in Law, King's College London
Professor Veronica Rodriguez-Blanco, Professor of Moral and Political Philosophy (Jurisprudence), School of Law, University of Surrey

עמדת בכירי משפט ציבורי שוויצרי על אודות ההשוואה בין שוויץ להפיכה המקודמת בישראל

הופץ במקור ביום 15.3.2023 כנייר עמדה מס' 30 (נוסח מעודכן ביום 22.3.2023)

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.

כמה מהתומכים בשינויים המשפטיים שמקדמת הקואליציה טענו כי יש דמיון בין ההסדר המקודם על ידיהם לבין המשפט השוויצרי בסוגיות של ביקורת שיפוטית על חוקים ובנוגע להליך מינוי השופטים לבית המשפט העליון. טענות אלה הוצגו באופן שגוי ומטעה. בתגובה לטענות אלה נכתב נייר עמדה קצר זה על ידי שלושה מומחים מובילים למשפט ציבורי שוויצרי מאוניברסיטת פריבורג, שוויץ – פרופ' Astrid Epiney, נשיאת אוניברסיטת פריבורג, שהיא מומחית למשפט ציבורי שוויצרי, למשפט אירופי ולמשפט בינלאומי, פרופ' Eva Maria Belser, מומחית למשפט ציבורי שוויצרי, ופרופ' René Pahud de Mortanges, מומחה למשפט חוקתי שוויצרי (כמו גם ליחסי משפט מדינתי ומשפט דתי ומשפט והיסטוריה).

בנייר העמדה מסבירים המומחים את שיטת המשפט השוויצרית ככל שהדבר נוגע לשתי הסוגיות האמורות (ביקורת שיפוטית על חוקים והליך מינוי השופטים לבית המשפט העליון), ומגיעים למסקנה כי ההשוואות לשוויץ שנעשות על ידי תומכי "הרפורמה", "מובאות ללא הצגת ההקשר הנכון של המשטר המשפטי והחוקתי השוויצרי כמכלול, ושל הפרקטיקה שלו". כאשר הקשר זה מובא בחשבון, קובעים המומחים, ההשוואות בין מרכיבי המשטר השוויצרי לבין הרפורמה המתוכננת בישראל "מאבדות את כוח השכנוע שלהן".

נייר העמדה, המובא בהמשך בנוסחו המלא, תורגם על ידי הפורום.

המסמך המתורגם

המכון למשפט אירופי

אוניברסיטת פריבורג

חוות דעת מומחים בנוגע למרכיבים מסוימים של המשטר המשפטי/החוקתי השוויצרי בהקשר של המחלוקת הישראלית בדבר רפורמה משפטית

מחברים

אווה מריה בלסר (פרופ' למשפט ציבורי, אוניברסיטת פריבורג, שווייץ)

אסטרד אפיניי (פרופ' למשפט אירופי, משפט בינלאומי ומשפט ציבורי, נשיאת אוניברסיטת פריבורג, שווייץ)

רנה פאהו דה מורטאנג' (פרופ' למשפטים, אוניברסיטת פריבורג, שווייץ)

במחלוקת הנוכחית בנוגע לרפורמה החקיקתית והחוקתית בישראל, תומכי הרפורמה העלו טענות מסוימות בדבר מרכיבים של המשטר המשפטי/חוקתי השוויצרי, אשר תומכים לדעתם במרכיבים מרכזיים של הרפורמה המוצעת. בדברים הבאים נסביר כי טענות אלה מובאות ללא הצגת ההקשר הנחוץ של המשטר המשפטי והחוקתי השוויצרי כמכלול, ושל הפרקטיקה שלו. עם הבאת הקשר זה לכדי חשבון, ההשוואות הנעשות בין מרכיבי המשטר השוויצרי לבין הרפורמה המתוכננת מאבדות את כוח השכנוע שלהן.

טענה 1: שווייץ מתפקדת מצוין כדמוקרטיה מבלי להעניק לבית המשפט הגבוה ביותר שלה את הסמכות לבטל חקיקה.

ההקשר שיש להביא בחשבון

- לשווייץ יש חוקה פדרלית כתובה המעניקה קטלוג נרחב של זכויות אדם, והמחלקת סמכויות בין המישור הפדרלי למישור של הקנטונים. החוקה מחייבת את כל רשויות המדינה ותיקונה אפשרי רק באמצעות משאל עם, שבו עליו להתקבל על ידי רוב העם וכן על ידי רוב הקנטונים.
- בית המשפט הפדרלי של שווייץ אכן מוסמך רק להצהיר על אי־התאמה של חקיקה פדרלית עם החוקה, מבלי שתהיה לו סמכות לבטלה, ובעודו נותר מחויב אליה. עם זאת, בתחום זכויות האדם, קיימת התגברות על מגבלה זו באמצעות תפקודה של האמנה האירופית לזכויות אדם. לבית המשפט העליון הפדרלי סמכות מלאה לבקר חקיקה פדרלית לאור האמנה האירופית לזכויות אדם, ובמקרה של התנגשות ביניהם, הוא כפוף ומחויב לאמנה, ולא לחקיקה. בנוסף, יש לו את הסמכות לבקר ולבטל חקיקה קנטונלית על סמך החוקה. מאחר שרוב השאלות העולות בהקשר של חקיקה

- פדרלית מתעוררות גם במישור הקנטונלי (ובשווייץ יש 26 קנטונים), ומאחר שהפרלמנט מקפיד מאוד בכל מה שקשור לפסקי הדין של בית המשפט הפדרלי, קיימת בפועל מעין ביקורת חוקתית עקיפה של חקיקה פדרלית, שבסופו של דבר מבטיחה את כיבוד החוקה.
- במשטר החוקתי השווייצרי קיים משטר מיוחד של הפרדת רשויות. שחקן חוקתי מרכזי הוא העם, אשר מפעיל את כוחו בעיקר באמצעות כלים של דמוקרטיה ישירה. למשל, אפשר לתקן את החוקה די בקלות באמצעות יוזמה חוקתית מוצלחת המקובלת על העם. תיקון כזה עשוי ליצור הסדרים חוקתיים חדשים שהפעלתם דורשת חקיקה פדרלית. חקיקה כזו איננה כפופה עוד לביקורת של בית המשפט הפדרלי אך קיימים מנגנוני בקרה אחרים. במקרה של חקיקה פדרלית, מנגנון בקרה בולט הוא האופציה לבקש משאל עם – החלטה עצמית מחייבת – לפני שהחוק נכנס לתוקף, והתוצאה של מהלך זה עשויה להיות שהחוק לא ייכנס לתוקף. כך, במקרה כזה, התערבות עצמית משמשת כמנגנון בקרה כדי להבטיח יישום נכון של יוזמות מצד המחוקק.
- בנוסף, בית המשפט הפדרלי פסק בעקביות כי לאמנות בינלאומיות יש תחולה ישירה במערכת המשפט השווייצרית, ההומניסטית באופייה, וכן שהן גוברות, כעניין של עיקרון, על חוק מדינתי. על כן, בית המשפט הפדרלי מוסמך גם לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה על סמך אמנות בינלאומיות, במיוחד אמנות זכויות אדם, ולהחיל ישירות אמנות שכאלו.
- בנוסף, אין לשכוח שכצד לאמנה האירופית לזכויות אדם, שווייץ והמערכת המשפטית/החוקתית שלה כפופים, בהקשר של זכויות אדם, לביקורת חיצונית של בית הדין האירופי לזכויות אדם.
- לבסוף, בשווייץ קיימת מסורת חוקתית ארוכת שנים של ציות להצהרות של בתי משפט לפיהן חוק נוגד את המשפט הבינלאומי (ובמיוחד בהקשר של האמנה האירופית לזכויות אדם ושל בית הדין האירופי לזכויות אדם).

מסקנה

הטענה (המועלית על ידי תומכי הרפורמה בישראל) מטעה, שכן המערכת השווייצרית משקפת מאזן מורכב של שלל מנגנוני בקרה המפצים על היעדר סמכות לביקורת שיפוטית (חוקתית) על חקיקה פדרלית בידי בית המשפט הפדרלי. פשוט להשתיל מרכיב אחד של המערכת לתוך ההקשר הכה שונה של המערכת המשפטית/החוקתית הישראלית עתיד להניב תוצאות שונות מאוד, בלתי צפויות, ושעלולות להיות בעיתיות ביותר.

טענה 2: בשווייץ מקובל מאוד ששופטי בית המשפט הגבוה ביותר ממונים בהליך פוליטי, כלומר בבחירות המבוססות על הרוב המפלגתי בפרלמנט

ההקשר שיש להביא בחשבון

- יש להבין את השיטה השווייצרית של מינוי שופטים על רקע המסורת השווייצרית של דמוקרטיה שיתופית (concordance democracy). מאפיין מרכזי של מסורת זו הוא ייחוס חשיבות רבה לייצוג של כלל המפלגות בשלל מוסדות. למשל, כל המפלגות בפרלמנט מיוצגות תמיד (עד כמה שאפשר) במועצה הפדרלית, שהיא הממשלה השווייצרית. שיטת הממשל, היחסים עם הפרלמנט ותפקיד הרשות השופטת (לרבות של בית המשפט הפדרלי) מושפעים כולם ממסורת זו. לא ניתן להשתיל אותו בקלות להקשר אחר, כגון בשיטה פרלמנטרית תחרותית עם ממשלות קואליציוניות המייצגות,

באופן טיפוסי, "צד" ברור מתוך הספקטרום הפוליטי. השיטה השוויצרית מתפקדת משום שכל המפלגות בפרלמנט מסכימות שגם בקרב השופטים נדרש ייצוג ברור של כל המפלגות. על בסיס שיטה זו בוחר הפרלמנט את השופטים, תוך שהוא לוקח בחשבון מגוון קריטריונים להבטחת ייצוג, לרבות השיוך המפלגתי של שופטים.

- יש לזכור עוד שלאחר ששופטים נבחרים, כמעט שאין מנגנונים המאפשרים להשפיע על התנהגותם. הניסיון מלמד ששופטים פועלים באופן עצמאי וסוטים לא פעם מהעמדה הפוליטית של "מפלגתם", מבלי שהדבר מוביל לסנקציה מכל צורה שהיא.

מסקנה

כאמור, השיטה השוויצרית מעוגנת במסורת מיוחדת של שיתוף פעולה בין־מפלגתי ודמוקרטיה שיתופית (concordance democracy), שכוללת את הרעיון של ייצוג כל המפלגות במוסדות שונים, לרבות בבית המשפט הפדרלי. זו הסיבה שבגללה בשווייץ השיטה מקובלת וזוכה לאמון, והעצמאות השיפוטית ככלל אינה מוטלת בספק. שיטה זו אינה ניתנת להעתקה בקלות למערכת משפטית/חוקתית אחרת מבלי להסתכן בתוצאות בלתי צפויות ופוטנציאלית בעייתיות ביותר, לרבות אובדן הלגיטימיות של בית המשפט הגבוה ביותר של אותה המערכת.

פריבורג, ה־21 במרץ, 2023

Expert statement on certain elements of the Swiss legal/constitutional order in the Israeli debate on legislative reform

Authors:

- Eva Maria Belser, Professor of Public Law, Co-Director of the Institute of federalism, University of Fribourg / CH
- Astrid Epiney, Professor of European, International and Public Law, President of the University of Fribourg / CH
- René Pahud de Mortanges, Professor of Law, University of Fribourg / CH

In the current debate about a legislative and constitutional reform in Israel, proponents of the reform have made certain claims on elements of the Swiss legal/constitutional order that, in their view, provide support for key elements of the planned legislative reform. In what follows, we show that these claims are presented without the necessary context of the whole Swiss legal and constitutional system and its practice. With this system being taken into account, the comparisons drawn between the elements of the Swiss legal system and the planned legislative reform lose their persuasive force.

Claim 1: Switzerland functions perfectly well as a democracy without granting its highest court with the authority to void legislation.

Contextual considerations:

- Switzerland has a written federal constitution which provides for an extensive human rights catalogue and divides power between the federal and cantonal tier. The constitution is binding on all state authorities and can only be amended by a popular referendum accepted by the majority of the people and the canton.
- The Swiss Federal Tribunal can indeed only pronounce itself on the incompatibility of federal legislation with the constitution, without having the power to void it and while remaining bound by it. In the field of human rights, this limitation to constitutional review has, however, been overcome by the functioning of the European Convention of Human Rights: The Federal Supreme Court has full power to review federal legislation in view of the ECHR and, in case of conflict, is bound to the ECHR, not the law. Furthermore, it has the power to review and void cantonal laws based on the constitution. Since (with 26 cantons) most of the questions related to federal legislation also occur on the cantonal level and since Parliament observes very cautiously the rulings of the Swiss Federal Tribunal, there is a sort of indirect and de facto constitutional control also of federal legislation, which guarantees in fine that the Constitution is respected.
- The Swiss constitutional system has a particular separation of powers. One core constitutional actor is the people which uses its power mainly through the available direct-democratic instruments. It is for example comparatively easy to amend the federal constitution by means of a successful constitutional initiative accepted by the people. This may create new binding constitutional provisions that require implementation by federal laws. Such federal laws subsequently are not subject to the review of the Federal Tribunal, as mentioned. However, there are other mechanisms of control in place. Notably, in the case of federal legislation, there always is the option before a law enters into force of requesting a referendum – a binding popular vote – that can have as its outcome that a law is not enacted. It is thus in this instance that the people can intervene as an instance of control as the correct implementation of initiatives by the legislator is concerned.

- In addition, the Swiss Federal Tribunal has also consistently ruled that international treaties can be directly applicable in the monist Swiss legal order and have – as a matter of principle – primacy over national law. The Federal Tribunal can thus also review based on such treaties – notably human rights treaties – and apply such treaties.
- Furthermore, it must not be forgotten that as a party to the ECHR, Switzerland and its legal/constitutional system are also subject to external human rights-based review by the European Court of Human Rights.
- Lastly, there is a strong constitutional tradition in Switzerland to comply with judicial statements of courts that a law is not in conformity with international law (in particular as regards the ECHR and the European Court of Human Rights).

Conclusion: The claim is misleading as the Swiss system presents a complex balance of various mechanisms of control that complement the lack of judicial review of federal legislation by the Federal Tribunal. Simply transplanting this one element of that system into the very different context of the Israeli legal/constitutional system is likely to yield very different, unpredictable and potentially highly problematic results.

Claim 2: In Switzerland, it is a widely accepted system that the judges to the highest court are appointed in a political process, i.e. by elections based on the party majorities in parliament.

Contextual considerations:

- The Swiss system of electing judges to the Federal Tribunal must be understood before the background of its tradition of concordance democracy. As a key feature, representation of all the parties in various instances is highly important. For example, the parties in parliament are always all represented (to the extent possible) in the Federal Council, the Swiss government. The system of government, relations with parliament and ultimately the role of the judiciary (including the Federal Tribunal) are all influenced by this tradition. It cannot be transplanted easily into a different context of e.g. a much more competition-oriented parliamentary system with coalition governments representing typically clear “sides” of the political spectrum. The Swiss system works because all parties in parliament agree that also among judges, there needs to be clear representation of all the different parties. It is on this basis that parliament elects the judges, taking into account a variety of criteria to ensure representativeness, among which party affiliation of judges.
- It should also be noted that there are practically no mechanisms once a judge is elected to influence their behavior. Experience has shown that judges do make use of their independence and clearly deviate from political positions of “their” party in their judicial decisions without any form of sanction.

Conclusion: Again, the Swiss system is rooted in a particular tradition of party cooperation and concordance democracy which includes the idea of representation of all parties in various instances such as the Federal Tribunal. It is for this reason that this system is highly accepted and trusted in Switzerland and the independence of the judiciary is generally not called into doubt. It cannot easily be copied into another legal/constitutional system without risking unpredictable and potentially highly problematic results, including a loss of legitimacy of the highest court of said system.

Fribourg, 21st of march 2023

מנגנונים למינוי שופטים – מבט השוואתי ואמפירי

הופץ במקור ביום 20.3.2023 כנייר עמדה מס' 33

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 מציגים תוכנות השוואתיות ואמפיריות בנושא מנגנונים למינוי שופטים.** נייר זה נסמך על ניירות העמדה המפורטים שפרסם הפורום בשבועות האחרונים על הליכי בחירת שופטים ושופטות,¹ על גיוון שיפוטני,² על עמדות ועדת ונציה,³ על שיטות בחירת השופטים בבריטניה,⁴ צרפת,⁵ שווייץ⁶ ואירלנד,⁷ ועל "מתווי פשרה" פרטניים שעלו לדיון,⁸ ומומלץ לקוראו במצורף לניתוח המפורט המופיע בהם. הוא מיועד להוסיף לפן ההשוואתי של מינוי שופטים ולמצאים אמפיריים הקשורים לפוליטיזציה של הרשות

- 1 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7: הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023); פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 26.2.2023).
- 2 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 14: האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול" (הופץ ביום 22.2.2023).
- 3 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 8: בנושא צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)" (הופץ ביום 4.2.2023).
- 4 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 13: נייר עמדה של בכירי משפט בריטיים על אודות ההשוואה בין בריטניה לישראל" (הופץ ביום 19.2.2023); פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 18: גילוי דעת של משפטנים בריטיים המתירעים כנגד השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 23.2.2023).
- 5 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 16: שיטת המינויים בצרפת" (הופץ ביום 19.2.2023).
- 6 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 30: עמדת בכירי משפט ציבורי שווייצרי על אודות ההשוואה בין שווייץ להפיכה המקודמת בישראל" (הופץ ביום 9.3.2023).
- 7 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 27: רפורמת מינוי שופטים באירלנד – כמו בישראל אבל הפוך" (הופץ ביום 14.3.2023).
- 8 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "הצעה למתווה בנושא הביקורת השיפוטית וסמכויות הכנסת והממשלה" (הופץ ביום 3.3.2023); פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "התייחסות הפורום ל'מתווה פרידמן/אלבשן'" (הופץ ביום 3.3.2023).

השופטת והוא גם מתייחס נקודתית להצעות החדשות שהועלו במתווים שונים בנוגע להרכב הוועדה לבחירת שופטים.

אנו מוצאים כי:

- מחקרים מראים כי תהליכי מינוי שופטים שנשלטים על ידי פוליטיקאים אינם מונעים אקטיביזם שיפוטי ואף מגבירים אותו.
- מחקרים מראים כי תהליכי מינוי שופטים שנשלטים על ידי פוליטיקאים פוגעים באיכות ההחלטות השיפוטיות ובאמון הציבור בבית המשפט.
- המגמה העולמית הגורפת נעה לכיוון של הגברת המקצועיות והעצמאות בהליכי מינוי שופטים וצמצום השפעת הפוליטיקאים על מינויים.
- בניגוד למגמה העולמית, המודלים שמקדמת הקואליציה (או המקובלים עליה) יגבירו את הפוליטיזציה במערכת המשפט ויפגעו פגיעה אנושה במקצועיות ועצמאות הרשות השופטת.
- הקווים האדומים של הדמוקרטיה דורשים כי מינוי שופטים יעשה באופן שיבטיח את מקצועיות ועצמאות הרשות השופטת, ישמר את הפרדת הרשויות ואת אמון הציבור בבתי המשפט.

נימוקי נייר העמדה

א. עקרונות יסוד במינוי שופטים

מינוי שופטים נדרש לעמוד במספר עקרונות בסיסיים על מנת לאפשר קיום של מערכת שפיטה מקצועית ועצמאית, הממלאה את תפקידה כחלק ממערך האיזונים והבלמים העומד בבסיס עקרון הפרדת הרשויות.⁹

בראש ובראשונה, נדרשת עצמאות ואי־תלות של הרשות השופטת. כלומר, מניעת התערבות של גורמים פוליטיים בהליך השיפוטי בנוגע לפרשנות או אכיפת החוק, על מנת לקדם הגינות ויציבות בפרשנות ויישום הדין.¹⁰ עיקרון עצמאות ואי־תלותה של הרשות השופטת מעוגן במקורות בינלאומיים ומהווה תנאי יסוד הכרחי לקיומה של דמוקרטיה מתפקדת.¹¹ עצמאות ואי־תלות היא

9 נייר עמדה מס' 7, לעיל ה"ש 1.

10 John A. Fererjohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L. REV. 962, 967 (2002).

11 ועדת האו"ם לזכויות אדם הכירה בזיקה שבין עצמאות שיפוטית לדמוקרטיה בהצהרה משנת 2004 אודות הרכיבים החיוניים לקיומה של דמוקרטיה. ראו E-CHR/resolutions/E- CN_4-RES-2002-46.doc. עצמאות השפיטה ושוויון הכל בפני החוק מופיעים בסעיף 11 להצהרה האוניברסלית לכל באי עולם משנת 1948. ס' 14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269, 277 (נפתחה לחתימה ב-1966), שאושרה על ידי ישראל, קובע כי "הכל שווים לפני בתי המשפט ובתי הדין, כל אדם זכאי לכך, כי טיעונו יישמע כיאות, כפומבי, בפני בית משפט מוסמך, בלתי תלוי וחסר פניות, שהוקם לפי החוק, אשר יחליט בין בדבר כל אשמה בעלת אופי פלילי נגדו ובין בדבר זכויותיו וחובותיו בתובענה אזרחית". הפרשנות הרשמית של סעיף זה נוסחה על ידי ועדת האו"ם לזכויות אדם בהערה כללית מספר 32: Human Rights Committee, General Comment 32, Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial (Art. 14) U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007). ראו גם Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August

חיונית למימוש כלל תפקידיו של בית המשפט: פתרון סכסוכים, פרשנות הדין, ביקורת שיפוטית מנהלית וביקורת שיפוטית חוקתית. שיפוט עצמאי ובלתי תלוי הוא תנאי להבטחת פסיקה מקצועית, עצמאית וניטרלית, ולהגנה על זכויות ועל האינטרס הציבורי מפני מצבים שבהם השלטון הנבחר או רשויות המנהל מפעילות את סמכותן שלא בהתאם לדין (חריגה מסמכות, הפעלת סמכות בחוסר סבירות, באופן לא מידתי, על בסיס שיקולים זרים וכו'). אי־תלותו ועצמאותו של בית המשפט ביחס לרוב הפוליטי הנבחר נועדו לשמור על כללי המשחק המעוגנים בחוקה, הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד ועקרונות היסוד של השיטה מפני שינויים על ידי הרוב המזדמן. שליטת הממשלה בהליך בחירת השופטים תחתור תחת הרעיון הדמוקרטי הבסיסי של "שלטון החוק במחוקק"¹², ותאפשר המרת שלטון החוק בעריצות הרוב והמיעוט עד כדי ריסוקה של הדמוקרטיה בישראל.

עיקרון משלים לעקרון עצמאות ואי־התלות של השפיטה הוא עקרון האחריותיות (accountability). על אף שהרשות השופטת אינה נבחרת על ידי הציבור היא אחת מרשויות המדינה ומשום כך נושאת באחריותיות כלפי הציבור והרשויות האחרות.¹³ אחריותיות מחייבת את הרשות השופטת לפעול לטובת הציבור בכללותו, ובמנותק מעמדות או אינטרסים של הרוב הקואליציוני באותה עת. היא תורמת לביסוס אמון הציבור במערכת המשפט. קיום ההליך השיפוטי מול רשויות השלטון באופן פומבי, תוך קיום דיאלוג מכבד עם רשויות השלטון ומתן אפשרות לעותרים להביע את עמדותיהם, לצד בחינה מוקפדת של טענות הצדדים והנמקת ההכרעה ביחס אליהן, משקפים את אחריותיות בית המשפט שעה שהוא מחיל ביקורת שיפוטית על רשויות השלטון. עיצוב הליכי בחירת שופטים וקידומם הכפופים לרצונם של נבחרים הרוב המזדמן באותה עת חותר תחת עקרון האחריותיות, שכן שופטים שייבחרו בדרך זו עלולים להיות נאמנים לאינטרסים של מי שבחר אותם או שיכול לקדם ולא לציבור בכללותו.

בנוסף, ראוי כי בהליכי מינוי וקידום שופטים – כמו בכל משרה ציבורית – יינתן משקל גם לעקרון השיקוף או הגיוון החברתי, קרי לכך שעל בית המשפט לשקף בהרכבו את הגיוון החברתי של האוכלוסייה. ראוי להמשיך ולשקוד על גיוונו של בית המשפט, תוך שמירה על רמתו המקצועית והעקרונות המשלימים של עצמאות, אי־תלות ואחריותיות. בצד האמור, חיוני להבחין בין גיוון המשקף את תפיסות העומק המגוונות בחברה הישראלית לבין מינוי שופטים לאור זהותם האידיאולוגית החותר תחת עקרונות העצמאות, אי־התלות והאחריותיות. נאמנות לתפיסת עולם אידיאולוגית אינה מתיישבת עם עקרון עצמאות הרשות השופטת (שכן היא קרובה לנאמנות מפלגתית ופוליטית) ואף לא עם אחריותיות כלפי כלל הציבור (שכן היא מבטאת נאמנות לתפיסת עולמו של ציבור מסוים). מבחינה מעשית, מחקרים מראים כי בחירה על בסיס זיהוי אידיאולוגי פוגעת בייצוג של קבוצות מגוונות בחברה.

to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly Resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

12 "כאן שלטון החוק (The Rule of Law) במובן האבסולוטי של ביטוי זה. שלטון החוק במחוקק, והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו". משה זילברג **כך דרכו של תלמוד** 70 (מהדורה שנייה 1964).

13 שמעון שטרית "ערכי־היסוד של מערכת השפיטה בישראל" **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 617 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013); שמעון שטרית "היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" **משפט ועסקים** י 525, 572–583 (2009).

לסיכום, רשות שופטת במשטר דמוקרטי חייבת להיות עצמאית, לשאת באחריותות כלפי הציבור ולשקף את החברה, כדי לתת ביטוי לתפיסות העומק הערכיות שלה. החלפת עצמאות שיפוטית ואי־תלות, אחריותיות ושיקוף במנגנון המקנה עליונות לרוב המיוצג בקואליציה בהליכי בחירת שופטים תהפוך את בית המשפט לבית משפט שבו בידי הממשלה הנבחרת ותפגע קשות ביכולת הרשות השופטת למלא את תפקידה.

ב. מנגנוני מינוי שופטים : נתונים אמפיריים

מחקרים אמפיריים שנערכו בישראל ובעולם מספקים תובנות חשובות בנוגע לשלושה היבטים הנוגעים להליכי מינוי שופטים:

- הקשר בין מנגנון המינוי לבין הכרעות אידיאולוגיות של שופטים – ככל שהמנגנון מקצועי כך הכרעות השופטים מושפעות פחות מעמדות פוליטיות בהכרעותיהם.
- הקשר בין מנגנון המינוי לבין איכותם של שופטים ואמון הציבור בהם – ככל שהמנגנון מקצועי כך הכרעות השופטים איכותיות יותר ואמון הציבור בהם גבוה יותר.
- הקשר בין מנגנון המינוי לבין אקטיביזם שיפוטי – ככל שהמנגנון מקצועי כך קטנה מידת האקטיביזם השיפוטי.
- הקשר בין מנגנון המינוי לבין גיוון ושיקוף של הרכב השופטים – במנגנון פוליטי שיקולי הגיוון הדמוגרפיים הופכים שוליים, עד כדי לא חשובים, בהשוואה לשיקול האידאולוגי והציפיה לנאמנות פוליטית.

הצדקה מרכזית לשינויים המקודמים על ידי הקואליציה לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים היא הטענה כי שופטים מכריעים בסכסוכים משפטיים (גם) בהתאם לעמדתם האידאולוגית, ולכן יש למנותם במנגנון פוליטי. ללא קשר לתקפות טיעון זה מבחינת ניתוח נורמטיבי, התשתית העובדתית בבסיס טענה זו אינה נכונה: מחקרים שנעשו מראים כי השופטים בישראל מושפעים במידה מועטה, אם בכלל, מעמדות פוליטיות בהכרעותיהם,¹⁴ ובמידה משמעותית פחות מאשר שופטים במדינות אחרות בעולם, כגון ארצות הברית או קנדה.¹⁵ בהתאם, זוכים השופטים בישראל לדירוג מהגבוהים בעולם בכל הנוגע למידת העצמאות השיפוטית,¹⁶ וכן זוכים השופטים באופן עקבי במהלך העשורים האחרונים ועד היום לאמון רב יותר מצד הציבור בישראל מאשר הממשלה או הכנסת.¹⁷

14 קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי (2016); קרן וינשל "השלכות תכנית לוין על קבלת החלטות אידיאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" ICON-S-IL Blog (15.2.2023) <https://bit.ly/3LrzY5A>.

15 Keren Weinshall, Udi Sommer & Ya'acob Ritov, *Ideological Influences on Governance and Regulation: The Comparative Case of Supreme Courts*, 12 REGULATION & GOVERNANCE 334 (2016).

16 גד ברזילי "מינויים שיפוטניים בישראל ובעולם – מדוע שיטת בחירת שופטים ושופטות כה חשובה" ספר אשר גרוניס 39 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2023); וינשל, לעיל 14.

17 תמר הרמן, אור ענבי, ירון קפלן ואינה אורלי ספוז'ניקוב מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022 70 (2022). פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה 9: בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד" (הופץ ביום 7.2.2023).

ממצאים אמפיריים אלה עולים בקנה אחד עם שיטת המינויים המקצועית הנהוגה בישראל. התובנות העולות משורה ארוכה של מחקרים אמפיריים והשוואתיים הן כי **שיטת מינוי שופטים המתבססת על הליכי מינוי מקצועיים שאינם נשלטים על ידי הפוליטיקאים מובילה למינוי שופטים טובים יותר, וכי עצמאות הרשות השופטת תורמת לאמון הציבור בבתי המשפט**.¹⁸ מחקר שסקר 39 מדינות שונות בארצות הברית (בעלות הליכי בחירת שופטים שונים) מצא שבקרב שופטים שנבחרו בבחירות פוליטיות, השיוך המפלגתי היה השיקול הדומיננטי בבחירה, ואיכות השופטים מבחינת משובי עורכי הדין הייתה נמוכה, בעוד שבמדינות בהן בחירת שופטים אינה מתבססת על השיוך המפלגתי של השופטים נמצא שהשופטים איכותיים יותר.¹⁹ מחקר מקיף אחר שבחן את החלטותיהם של 1,265 שופטים מדינתיים במשך כמעט חמישה עשורים, מצא ששופטים במדינות בהן מינוי שופטים נעשה על בסיס המלצות ועדות מומחים (בדרך כלל בעלות רוב של שופטים ועורכי דין בכירים), כתבו החלטות משפטיות מנומקות יותר ומבוססות יותר על אסמכתאות משפטיות (חקיקה, פסיקה וספרות משפטית), צוטטו יותר בפסיקה עתידית, וזכו למשובים חיוביים יותר מלשכות עורכי הדין, לעומת שופטים שהתמנו על בסיס מפלגתי.²⁰

לעומת זאת, נמצא ש**ככל ששיטת מינוי השופטים מערבת יותר שחקנים פוליטיים ופחות נציגים מקצועיים, כך גוברת ההשפעה הפוליטית של עמדות השופטים על פסקי הדין שלהם**. בשיטות משפט בהן שופטים נבחרים על ידי פוליטיקאים, כגון ארצות הברית, קנדה, גרמניה, או הפיליפינים, ניתן לזהות יותר השפעה של עמדות השופטים על החלטותיהם,²¹ ודירוג נמוך יותר מאשר של ישראל הן בממד העצמאות השיפוטית והן בממד אמון הציבור בבתי המשפט.²² מחקר שבחן את השלכותיה של רפורמה בפקיסטן מ-2010, במסגרתה עברה המדינה משיטה בה הנשיא מעורב במינוי השופטים לשיטה בה השופטים ממונים על ידי ועדה מקצועית של שופטים עמיתים, מצא כי השופטים שמונו על

18 Sara C. Benesh, *Understanding Public Confidence in American Courts*, 68 J. POL. 697 (2006); Ryan Salzman & Adam Ramsey, *Judging the Judiciary: Understanding Public Confidence in Latin American Courts*, 55 LAT. AM. POLITICS SOC. 73 (2018); Marc Bühlmann & Ruth Kunz, *Confidence in the Judiciary: Comparing the Independence and Legitimacy of Judicial Systems*, 34 WEST EUR. POLIT. 317 (2011).

19 Claire S.H. Lim & James M. Snyder, *Is More Information Always Better? Party Cues and Candidate Quality in US Judicial Elections*, 128 JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS 107 (2015).

20 Elliott Ash & W. Bentley MacLeod, *Reducing Partisanship in Judicial Elections Can Improve Judge Quality: Evidence from US State Supreme Courts*, 201 JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS 104478 (2021).

21 Rorie Spill & Eric Waltenburg, *Ideology and Partisanship*, THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE JUDICIAL BEHAVIOUR (Lee Epstein et al. eds., forthcoming 2023); M.E. Wetstein et al., *Ideological Consistency and Attitudinal Conflict: A Comparative Analysis of the U.S. and Canadian Supreme Courts*, 42 COMPARATIVE POLITICAL STUDIES 763 (2009); D. Weiden, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, 64 POLITICAL RESEARCH QUARTERLY 335 (2011) לעיל ה"ש.

22 ברזילי, לעיל ה"ש 16; וינשל, לעיל 14.

ירי הוועדה המקצועית נטו פחות להיות בעלי רקע פוליטי, ונטו פחות לפסוק נגד האזרחים ולטובת המדינה בסכסוכים שקשורים להפקעת רכוש.²³

יתרה מכך, אחת מנקודות הביקורת המרכזיות של הקואליציה שבעטיה היא מציעה לשנות את אופן מינוי השופטים היא שבתי המשפט בישראל אקטיביסטים מדיי. הספרות בתחום מלמדת באופן חד-משמעי כי תהליכי מינוי שופטים שנשלטים על בסיס חלוקה פוליטית לא מונעים אקטיביזם שיפוטי, אלא דווקא מגבירים אותו.²⁴ מידת האקטיביזם השיפוטי בולטת במיוחד כאשר שופטים הממונים פוליטית מכהנים במקביל לממשל שאינו תואם לזה שמינה אותם.²⁵ אולם, שופטים ממונים פוליטית נוטים להיות אקטיביסטים (בהשוואה לאלו שאינם ממונים פוליטית) גם ביחס למשטר שמינה אותם, כאשר זה אינו מחליט באופן שנראה לשופטים כמוצדק.²⁶

נקודה נוספת המצוינת על ידי תומכי הרפורמה נוגעת להיעדר גיוון בקרב השופטים והיעדר שיקוף של החברה הישראלית. טענה זו הייתה נכונה בעבר בו חלק גדול מהשופטים שמונו היו שייכים בעיקרם לפלח אוכלוסייה צר באופן יחסי (גברים, יהודים, אשכנזים). מחקרים אמפיריים מלמדים כי בעשורים האחרונים חל שינוי משמעותי וכי כיום הרשות השופטת מגוונת הרבה יותר מאשר בעבר.²⁷ בפרט, לאחר התיקון שיזם גדעון סער בשנת 2008,²⁸ מונו לראשונה לבית המשפט העליון שופטת דתייה ושופטת מזרחית. למעשה, לפי נתונים שפרסם מרכז המידע והמחקר של הכנסת בינואר 2023, בראש הקבוצות שנותרו בתת-ייצוג בקרב השופטים בכל בתי המשפט בישראל נכללים ערבים וחרדים (ואחריהם מזרחים, יוצאי ברית המועצות לשעבר, ויוצאי אתיופיה) בעוד שהקבוצה שזוכה לייצוג יתר בקרב השופטים היא שופטים דתיים.²⁹

כפי שניתן ללמוד מהניסיון בארצות הברית, מינויים פוליטיים-אידיאולוגיים עלולים דווקא להקטין את הגיוון הדמוגרפי בקרב השופטים, שכן שיקולי הגיוון הדמוגרפיים הפכו שוליים, עד כדי לא

- 23 Mehmoood Sultan, *The Impact of Presidential Appointment of Judges: Montesquieu or the Federalists?* 14 AMERICAN ECONOMIC JOURNAL: APPLIED ECONOMICS 411 (2022).
- 24 C. Royce & L. Tiede, *Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal*, 8 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 856 (2011); M. Moral & E. Tokdemir, *Justices 'En Garde': Ideological Determinants of the Dissolution of Anti-Establishment Parties*, 38 INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE REVIEW 264 (2017).
- 25 כך למשל שופטים שמונו על ידי הנשיא טראמפ הרפובליקני ופועלים בממשל הנשיא ביידן הדמוקרטי ניכרים כשופטים האקטיביסטים ביותר מאז שנות ה-30 של המאה הקודמת בארה"ב. ראו A. Liptak, *A Transformative Term at the Most Conservative Supreme Court in Nearly a Century*, NEW YORK TIMES (1.7.2022), <https://nyti.ms/44qwSaw>.
- 26 ראו דיון נרחב בסוגיה במסגרת סימפוזיון בנושא שמרנות במשפט שערך הסניף הישראלי של האגודה הבינלאומית למשפט ציבורי (ICON-S-IL), למשל גילה שטופלר "אקטיביזם שיפוטי שמרני – המתקפה השמרנית על זכויות נשים כמקרה מבחן" ICON-S-IL Blog (2.3.2022) <https://bit.ly/3HbOexS>. ראו גם M.A. Lemley, *The Imperial Supreme Court*, 136 HARVARD L. REV. 97 (2022).
- 27 נורית יכימוביץ-כהן וג'רי אלמו-קפיטל 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); נייר עמדה מס' 14, לעיל ה"ש 2.
- 28 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55); נייר עמדה מס' 7, לעיל ה"ש 1.
- 29 יכימוביץ-כהן ואלמו-קפיטל, לעיל ה"ש 27; נייר עמדה מס' 14, לעיל ה"ש 2.

חשובים, בהשוואה לשיקול האידאולוגי והציפייה לנאמנות פוליטית.³⁰ שיטה זו מייצרת אליטות משפטיות מתחרות, חלף גיוון ופלורליזם עמוק. כך, בעוד העברת השליטה בוועדה לידי הקואליציה הנוכחית עשויה להוביל למינויים של שופטים הנחשבים לשמרנים, ובעקיפין להגברת ייצוג הקבוצה הדתית-לאומית עוד יותר, השיטה הקיימת בישראל כיום, בייחוד נוכח דרישת ההסכמה הרחבה, מאפשרת לשקלל במסגרת שיקולי המינוי שיקולים של הגברת המגוון והשיקוף של מועמדים המשתייכים לקבוצות הסובלות מתת-ייצוג.³¹

ג. מבט משווה למנגנוני מינוי שופטים בעולם ולרפורמות מהעת האחרונה

טוענים יוזמי הרפורמה שאין בעולם שיטה כמו בישראל בה השופטים ממנים את עצמם. טענה זו מופרכת הן באשר להליך המינוי בישראל והן בבחינה השוואתית ביחס לנעשה במדינות אחרות בעולם. יתרה מכך, בחינת רפורמות מהעת האחרונה מעלה בבירור כי המגמה החד-משמעית היא מעבר לכיוון הליכי מינוי מקצועיים וא-פוליטיים.

בישראל, לשופטים שלושה קולות בוועדה בת תשעה חברים (ולצידם שני שרים, שני ח"כים, ושני נציגי לשכת עורכי הדין). מינוי שופטים נעשה ברוב רגיל, למעט מינויים לבית המשפט העליון לגביהם נדרש רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה. במצב זה, לשופטים יש אומנם זכות וטו על מינוי שופטים לבית המשפט העליון, אך אין בידם לכפות את המועמדים המועדפים על ידיהם. יתרה מכך, אפשרות הווטו של השופטים מותנית בכך ששלושתם תמימי דעים כנגד המינוי, שכן די בהסכמת אחד משלושת השופטים להשגת הרוב הנדרש למינוי.

גם באשר להליכי מינוי בעולם – יש דווקא מדינות לא מעטות בהן שופטים ממנים שופטים, והמגמה העולמית היא מעבר לוועדות מינויים מקצועיים ולא פוליטיות, בניגוד מוחלט לרפורמה המוצעת בישראל. מחקר השוואתי נכון צריך להבחין בין מדינות עם מסורת המשפט המקובל בהן קיים בית משפט עליון אחד המשמש גם בית משפט חוקתי, לבין מדינות עם מסורת המשפט הקונטיננטלי שבמרביתן קיים בית משפט חוקתי הנפרד ממערכת בתי המשפט הכללית. בחלק משמעותי של מדינות המשפט הקונטיננטלי, בעוד שבדרך כלל פוליטיקאים שותפים בבחירת שופטי בית המשפט החוקתי (וגם זאת במנגנונים המבטיחים צורך בהסכמה רחבה), שופטים ואנשי מקצוע משפטיים שולטים במינויים במערכת הרגילה. לעומת זאת, במדינות המשפט המקובל, בהן לא נהוג בית משפט חוקתי, ננטשה מזה שנים מורשת השיטה הבריטית בה שר המשפטים (בשם המלך) החזיק בסמכות הפורמלית למנות שופטים. גם בארץ ישראל המנדטורית הייתה הסמכות למינוי שופטים נתונה בידי הנציב העליון (והמלך), ועם הקמת מדינת ישראל בידי הממשלה. אולם, סמוך לאחר הקמתה, כבר בשנת 1953, נחקק חוק השופטים שהקים את הוועדה לבחירת שופטים ומיסד את שיטת בחירת השופטים שנוהגת אצלנו ב-70 השנים האחרונות, המערבת פוליטיקאים עם אנשי מקצוע כשופטים ונציגי ציבור. בדומה, מדינות רבות בעולם המשפט המקובל, ובמרכזן בריטניה עצמה, נטשו את שיטת מינוי השופטים על ידי פוליטיקאים ועברו לשיטות מקצועיות יותר, במסגרתן לשופטים קול חשוב במינויים של שופטים.

30 Stacy Hawkins, *Trump's Dangerous Judicial Legacy*, 67 UCLA L. REV. DISC. 20 (2019).

31 להרחבה ראו נייר עמדה מס' 7, לעיל ה"ש 1.

- **באנגליה** הקימה הממשלה בשנת 2003 ועדה ממלכתית לבחינת הליך מינוי השופטים ואחרי דיונים רבים, שמיעת מומחים (בין השאר הוצגה השיטה הישראלית) ונציגי ציבור שונים, נחקק ב־2005 ה־Constitutional Reform Act שהקים ועדה לבחירת שופטים.³² מטרתו המוצהרת של התיקון לחוק הייתה להפוך את הרשות השופטת ליותר איכותית ומקצועית וליותר מגוונת. בוועדה לבחירת שופטים 15 חברים, מהם שישה שופטים ויש בה נציגי ציבור אך לא פוליטיקאים. המינוי בפועל נעשה על ידי שר המשפטים ולחלק מהמשרות השיפוטיות על ידי ה־Lord Chief Justice, אולם אלה פועלים על פי המלצות הוועדה המקצועית ואם אלו נדחות הממנים חייבים בדו"ח מפורט מדוע נדחו. בפועל, המלצות הוועדה מאומצות. שינויים ברוח דומה התבצעו גם בסקוטלנד ובצפון אירלנד. אשר על כן הטענה שהושמעה על ידי יוזמי הרפורמה כאילו בבריטניה פוליטיקאים בוחרים את השופטים איננה נכונה.
- שינויים משמעותיים באופן בחירת השופטים התרחשו גם ברפובליקה של אירלנד.³³ הליך מינוי השופטים באירלנד מוסדר כיום בחקיקה מ־1995 על פיה הממשלה ממנה שופטים על פי המלצת ועדה בה חברים נשיא בית המשפט העליון, ארבעה נשיאים של הערכאות השונות, היועץ המשפטי לממשלה, שני עורכי דין ושלושה נציגי ציבור אותם בוחר שר המשפטים. גוף זה, אשר השופטים ואנשי המשפט מהווים בו רוב (שמונה מתוך 11 חברים), מגבש המלצות בדבר המועמדים לשיפוט, ומעביר את המלצותיו לממשלה. הממשלה בוחרת מבין המועמדים עליהם הוועדה המליצה, אך גם רשאית לחרוג מהמלצות הוועדה, לפי שיקול דעתה. מנגנון זה מצוי כיום בפני שינוי. הצעת חוק חדשה באירלנד שזוכה לתמיכה רחבה ועומדת כיום לקראת סיום הליך החקיקה מבקשת להגביר את העצמאות והמקצועיות השיפוטית. הצעת החוק מכוננת ועדת מינויים חדשה האחראית על כל המינויים והקידומים של השופטים באירלנד, ובכלל זאת גם על השופטים האירים שישלחו מטעם אירלנד לערכאות בינלאומיות. החידוש העיקרי הוא שבניגוד להמלצות הוועדה המייעצת הקודמת – אשר היו בגדר המלצה, גם אם נהגו לכבדה בפועל – לפי התיקון המלצות הוועדה החדשה יחייבו את הדרג הפוליטי. עבור כל משרת שיפוט פנויה, הוועדה תמליץ על עד שלושה מועמדים, והממשלה תהיה מחויבת לבחור באחד ממומלצי הוועדה. הוועדה החדשה צפויה למנות שמונה חברים – ארבעה שופטים וארבעה נציגי ציבור שייבחרו על ידי שר המשפטים מבין רשימת מומלצים המוגשת לו על ידי שירות המינויים הציבורי שהינו גוף מקצועי ולא פוליטי. היועץ המשפטי לממשלה יהיה נוכח בוועדה כמשקיף ללא זכות הצבעה.
- **בניו זילנד**, השמרנית יחסית מבחינת המסורת הבריטית, השופטים מתמנים פורמלית על ידי המושל (נציג המלכה) על פי עצת היועץ המשפטי לממשלה. היועץ הוא שר בממשלה, אבל המסורת החוקתית היא שבמינוי שופטים היועץ עצמאי ונטול שיקולים פוליטיים־מפלגתיים, והמינוי צריך להיעשות לאחר התייעצות עם נשיא בית המשפט הרלוונטי.³⁴ גם במקרה זה, הטענה שהושמעה על

32 על הדיונים בוועדה ראו Kate Malleson, *The New Judicial Appointment Commission in England and Wales: New Wine in New Bottles*, APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER 39 (Kate Malleson & Peter H. Russel eds., 2006). להרחבה לגבי מינוי שופטים באנגליה ראו ניירות עמדה מס' 13 ו־18, לעיל ה"ש 4.

33 להרחבה לגבי מינוי שופטים באירלנד, ראו נייר עמדה מס' 27, לעיל ה"ש 7.

34 <https://www.courtsofz.govt.nz/learn-about-our-courts/how-is-a-judge-appointed>

ידי יוזמי הרפורמה כאילו בניו זילנד פוליטיקאים ממנים את השופטים אינה מדויקת לאור המסורת החוקתית החזקה והליך ההתייעצות עם השופטים.³⁵ באופן גורף, הן במדינות המשפט המקובל והן בבתי המשפט הכלליים במדינות המשפט הקונטיננטלי, המגמה כיום היא להקטין את המעורבות של פוליטיקאים בהליכי מינוי שופטים. דו"ח ועדת ונציה בנושא שיטות בחירת שופטים משנת 2007,³⁶ עומד על המגמה המודרנית של דה-פוליטיזציה נרחבת של הליך בחירת השופטים, כדי להבטיח שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ועל עצמאות בתי המשפט.³⁷ כך למשל, **עמדת ועדת השרים של מועצת אירופה היא כי מנגנון בחירת השופטים חייב להיות עצמאי מהממשלה**. דרך אחת להבטיח עצמאות זו היא באמצעות מעורבות שיפוטית בבחירת שופטים. הוועדה ממליצה שלוועדות למינוי שופטים יהיה תפקיד מכריע במינוי וקידום שופטים.³⁸ מבחינת הרכב הוועדות למינוי שופטים, המלצת הוועדה היא כי **חלק ניכר או רוב החברים בוועדה ייבחרו על ידי הרשות השופטת עצמה**, ומכל מקום לא יכול להיות רוב לממשלה, או לתומכיה, **בוועדות למינוי שופטים**.³⁹ הוועדה חזרה על עקרונות אלו בדוח משנת 2010 בדבר עצמאות שיפוטית.⁴⁰ בהתאם לכך, ועדת ונציה קבעה בחוות דעת בעניין פולין כי שינוי שיטת בחירת השופטים בפולין לכזו בה נוצר רוב אוטומטי לרוב הפוליטי, וזאת כחלק משינויים מרחיקי לכת נוספים במערכת המשפט בפולין, מהווה איום חמור לעצמאות השיפוטית ולשלטון החוק.⁴¹ גם בית המשפט האירופי לזכויות האדם קבע כי הליך בו לרשויות הפוליטיות יש השפעה מכרעת על המינוי פוגע בעצמאות הרשות השופטת ולכן בזכות ההליך הוגן בפני בית המשפט ובזכות להגנה אפקטיבית על זכויות, וכי הפגיעה מתרחשת גם אם רק אחד מחברי ההרכב התמנה בהליך פסול.⁴²

- 35 עור על הליך המינוי בניו זילנד ראו James Allen, *Judicial Appointments in New Zealand*, APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER 103 (Kate Malleson & Peter H. Russel eds., 2006).
- 36 ועדת ונציה (The Venice Commission), הוקמה בשנת 1990 על מנת לייעץ למועצת אירופה (Council of Europe) בסוגיות של שלטון החוק וקידום הדמוקרטיה, ולסייע למדינות החברות בה להתאים את מוסדות המשפט והשלטון לסטנדרטים האירופאים והבינלאומיים המקובלים בתחומי הדמוקרטיה, זכויות האדם ושלטון החוק. בשנת 2002 תוקנה חוקת הוועדה, באופן אשר נועד לאפשר למדינות שאינן חברות במועצת אירופה להצטרף אליה, ובעקבות זאת ישראל הצטרפה לוועדה בשנת 2008. ראו "נייר עמדה מס' 8, לעיל ה"ש 3.
- 37 CDL-AD(2007)028-e, Judicial Appointments – Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16–17 March 2007), <https://bit.ly/3oUF6r8>.
- 38 שם, פס' 25.
- 39 שם, פס' 31–33.
- 40 CDL-AD(2010)004-e, Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12–13 March 2010), paras. 32, 82(4).
- 41 CDL-AD(2017)031-e, Poland – Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of 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, <https://bit.ly/40YKmrD>.
- 42 European Court of Human Rights, Case of Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland (Applications no. 49868/19 and 57511/19) (8.11.2021), <https://bit.ly/3nlKovB>; ECJ Judgment of 2 March 2021 in C-824/18, <https://bit.ly/3LszD2r>.

בתי משפט חוקתיים

למעשה, הצעות החוק שעל הפרק מנומקות ברצון לאימוץ ההליכים הנהוגים ביחס למינוי שופטים בבתי המשפט החוקתיים בעולם. אולם בישראל, שירשה את מסורת המשפט האנגלי, אין בית משפט ייעודי לחוקה ולכן לא ניתן לייבא את הנהוג במדינות אלו למשפט הישראלי. המציעים משתמשים במודל הנוגע להליכי המינוי של שופטי בתי המשפט החוקתיים, שפועלים כמוסדות נפרדים ממערכת בתי המשפט הכללית, כמודל לעיצוב הליכי הבחירה, הקידום וההדחה של כלל השופטים בכל הערכאות בישראל. אולם מרבית העשייה של בית המשפט העליון אינה בסוגיות חוקתיות או ציבוריות כי אם בתחום הערעורים האזרחיים והפליליים.⁴³ בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום ודאי אינם עוסקים בסוגיות חוקתיות כעיסוק מרכזי. משכך, ההשוואה למעורבות נציגים פוליטיים בנוגע לבתי המשפט החוקתיים במדינות אחרות מטעה ואינה רלוונטית למערכת המשפט הישראלית. יתרה מכך, גם ביחס לבתי המשפט החוקתיים בעולם, המודלים הנהוגים בנוגע למינוי שופטים מבוססים על הליכים שמחייבים הסכמה רחבה בין ציבורים שונים. למשל:

- **בגרמניה**, מחצית משופטי בית המשפט החוקתי נבחרים על ידי הבית התחתון של הפרלמנט ברוב של שני שלישי מחברי הפרלמנט ומחצית מהשופטים נבחרים על ידי הבית העליון (בו נציגות למדינות – lander – השונות) גם כן ברוב של שני שלישי.⁴⁴ הפוליטיקאים יכולים למנות את השופטים רק בהסכמה רחבה בין הקואליציה לאופוזיציה.
- **בצרפת**, בית המשפט החוקתי (או המועצה החוקתית) מונה תשעה שופטים, שליש מהם ממונה על ידי הנשיא, שליש על ידי הבית התחתון ושליש על ידי הבית העליון. ועדה פרלמנטרית בכל אחד מהבתים יכולה ברוב של שלוש חמישיות לחסום מינוי, גם של הנשיא.⁴⁵ גם בצרפת, לאור הפרדת הרשויות הקיימת בין הנשיא (הרשות המבצעת) לפרלמנט וההפרדה בין שני בתים בפרלמנט בעלי מבנה ייצוגי שונה, נדרשת הסכמה רחבה והשופטים לא ממונים בלעדית על ידי הממשלה.
- מתכונת דומה קיימת בבתי משפט חוקתיים נוספים באירופה, כמו באיטליה שם ממונים שליש מהשופטים על ידי הנשיא, שליש על ידי הפרלמנט, ושליש על ידי שופטים עליונים במערכת השיפוט הכללית.⁴⁶

בה בעת, גם באותן מדינות קונטיננטליות עם בית משפט לחוקה, מינוי שופטים במערכת המשפט הכללית שונה מאוד ומושם בו דגש רב על מקצועיות השופטים. במסורת הקונטיננטלית שפיטה היא קריירה נפרדת מעריכת דין אליה מגיעים על בסיס הישגים אקדמאים בלימודי המשפטים או דרך בית ספר מיוחד לשופטים. כך, בצרפת למשל, אף שמינוי שופטים נעשה פורמלית על ידי הנשיא, מי

43 קרן וינשל "מחקרים מוכיחים: פוליטיזציה במינוי שופטים מורידה את איכותם המקצועית" כלכליסט (9.3.2023), מצינת כי בבדיקה שערכה בקרב 48,635 החלטות שופטי בית המשפט העליון נמצא כי רק 18% מההחלטות של שופטי בית המשפט העליון הן בנושאים ציבוריים-פוליטיים, ואילו רוב ההחלטות ניתנות בנושאים בתחומי דיני חוזים, נזיקים, משפט פלילי וכדומה, הדורשים בעיקר מומחיות משפטית. https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html

44 להרחבה ראו נייר עמדה מס' 16, לעיל ה"ש 5.

45 אביטל מגן, עדי כהן אהרונוב וישי לקס בחירת שופטים לבית משפט חוקתי או לבית משפט עליון (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 29.1.2023, עדכון 27.2.2023). <https://bit.ly/444PfBF>

שמעוניין בקריירת שפיטה צריך להתקבל לבית הספר הלאומי לשפיטה בבורדו והמינוי עם השלמתו מבוסס על הישגיו בבית הספר.

יתר על כן, כל שיטת מינוי שופטים יש לבחון גם בהתחשב במרכיבים אחרים במערכת המשפט. מדינות הקונטיננט המזרחית לעיל, כפופות גם לבית הדין האירופי לצדק ולבית הדין האירופי לזכויות אדם. כפיפות זו מגבילה את היקף שיקול הדעת השיפוטי ואף את "הריבונות" של הפרלמנטים המדינתיים. בישראל אין לכך כל מקבילה.

הצעות השר ויו"ר הוועדה מקדמות מודל של שליטה אוטומטית של הממשלה בהליכי מינוי, קידום והדחת השופטים בכל מערכת בתי המשפט בישראל. אין להצעה זו אח ורע בשיטות משפט אחרות בעולם ולא בכדי. הצעות אלו לא יביאו לתיקון או שיפור מערכת המשפט. הן יובילו לריסוקה.

ד. ניתוח מנגנוני בחירת השופטים במתווים שעל הפרק

(1) הצעת חוק-יסוד: השפיטה (הצעת לוי-רוטמן)

לפי המצב כיום בוועדה למינוי שופטים תשעה חברים: שלושה שופטי בית המשפט העליון, שני נציגי לשכת עורכי הדין, שני נציגי הממשלה ושני נציגים של הכנסת, שלפי הנהוג אחד מהם חבר אופוזיציה. במינוי שופטים לעליון נדרש רוב של 7 חברי ועדה, דבר המחייב גיבוש הסכמה רחבה בין הקבוצות השונות.

ביום 20.2.2023 אישרה הכנסת בקריאה ראשונה את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (חיזוק הפרדת הרשויות) ואת הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 105) (הוראות לעניין הוועדה לבחירת שופטים). שתי ההצעות הובאו לקריאה ראשונה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. שתיהן עברו במליאה בתמיכה של חברות וחברי הקואליציה בלבד.

הצעת חוק-יסוד: השפיטה, שעברה בקריאה ראשונה, קובעת שהוועדה לבחירת שופטים תמנה תשעה חברים: נשיא בית המשפט העליון; שני שופטים שיצאו לקצבה שימנה שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון; שר המשפטים ושני שרים נוספים שקבעה הממשלה; יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת; שני חברי כנסת נוספים, אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה.

בנוסף מעודכן מיום 20.3.2023 בשעות הבוקר, שאנו סבורים שהוא "נושא חדש" ביחס להצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה, הוצע כי הוועדה תמנה 11 חברים: נשיא בית המשפט העליון, שר המשפטים ושני שרים נוספים שקבעה הממשלה, חמישה חברי כנסת מסייעות שונות – שלושה מהקואליציה ושניים מהאופוזיציה. בנוסף, יכהנו בוועדה שני שופטים – בבחירת שופטים לבית המשפט העליון שני שופטים של בית המשפט העליון, ובבחירת שופטים לערכאות אחרות שני נשיאים של ערכאות אחרות.

הרכב הוועדה המוצע סוטה מן ההרכב הנוכחי באלה: ראשית, במקום תשעה גדל מספר חברי הוועדה ל-11, תוך הכפלת מספר הפוליטיקאים בוועדה (שמונה במקום ארבעה כיום; מתוכם ששה במקום שלושה מצד הקואליציה). בייצוג הכנסת נקבע לראשונה ששלושה ח"כים יהיו מן הקואליציה ושניים מן האופוזיציה. שנית, מבוטל תפקידם של שני נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה. שלישית, במקום שלושה שופטים מכהנים של בית המשפט העליון שנבחרים על ידי חבר שופטיו, בבחירת שופטים לכל הערכאות שאינן בית המשפט העליון יכהנו לצד נשיא בית המשפט העליון שני נשיאים של ערכאות אחרות.

עוד קובעת הצעת חוק-יסוד: השפיטה, שדי בכך שייבחרו לוועדה שישה חברים (מתוך 11) כדי שהיא תוכל להתחיל לפעול. כלל זה סוטה מן ההסדר הנוכחי, לפיו "הוועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה" (מתוך תשעה)⁴⁷. בהמשך לכך, קובעת ההצעה שגם הקוורום (המניין החוקי) הדרוש לקיום ישיבות הוועדה הוא שישה חברים. לבסוף, בהצעה נקבע שהרוב הדרוש לקבלת החלטות בוועדה הוא שבעה חברים למינוי לכל הערכאות למעט בית המשפט העליון. לבית המשפט העליון נדרש רוב של שישה חברים בלבד לשני המינויים הראשונים בתקופת כהונתה של כנסת מסוימת. מהמינוי השלישי נדרש שהרוב האמור יכלול גם לפחות נציג אחד של האופוזיציה, ומהמינוי הרביעי גם אחד מהשופטים החברים בוועדה. בכך סוטה הצעת החוק מן ההסדר הנוכחי בעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון, המחייב רוב של שבעה חברים לפחות (מתוך תשעה)⁴⁸.

הצעת חוק בתי המשפט כוללת הסדר מפורט לבחירת נציגי הכנסת מן הקואליציה ומן האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים. כן היא קובעת שבוועדה יכהנו לכל הפחות שלוש נשים בכל אחת מהקבוצות – אחת מקרב השופטים, אחת מקרב שרי הממשלה, ואחת מקרב חברי הכנסת. בכך מורידה ההצעה את הייצוג המובטח לנשים בוועדה לפי ההסדר הנוכחי מארבע לשלוש.⁴⁹ בנוסף, קובעת הצעת חוק בתי המשפט הליך של שימוע של מועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, טרם דיון במועמדות בוועדה לבחירת שופטים. זאת, בשונה מן ההסדר הנוכחי עליו החליטה הוועדה, אודות שידור ישיר של הופעת מועמד לכהונה בבית המשפט העליון לפני ועדת המשנה של הוועדה לבחירת שופטים, שבראשה שופט בית המשפט העליון.⁵⁰

- **משמעותה המובהקת של ההצעה היא שליטה מוחלטת של הקואליציה המכהנת בוועדה, בהרכבה ובהחלטותיה. במלים אחרות, אובדן העצמאות השיפוטית של שופטי כל הערכאות, שבחירתם וקידומם יהיו תלויים כליל בעמדתה של הממשלה המכהנת.**

– שישה מתוך 11 חברי הוועדה הם נציגים של הקואליציה (שלושה שרים ושלושה חברי כנסת). צירוף נתון זה להסדר המוצע לעבודת הוועדה – מינוי מינימלי של שישה חברים בלבד, קוורום של שישה חברים בלבד, ורוב רגיל בלבד לבחירת שני שופטים לבית המשפט העליון בכל מושב של הכנסת – משמעו שששת נציגי הקואליציה יוכלו לכנס את הוועדה על דעתם, ולהצביע בה כרצונם אף ללא צורך במינוי, בנוכחות, או בתמיכה של נציגי השופטים או של נציגי האופוזיציה.

– 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. סמכות זו אמורה להיות מופעלת באופן מידי, לבחירת שני שופטים במקום הנשיאה חיות והשופטת ברון, שצפויות לפרוש באוקטובר 2023, ולבחירת הנשיא הבא של בית המשפט העליון.

47 ס' 4(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. ראו בג"ץ 8527/20 רגב נ' שר המשפטים (נבו) (14.12.2020).

48 ס' 7(ג)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

49 שם, ס' 6(א3).

50 ראו פרוטוקול ישיבת הוועדה לבחירת שופטים מיום 11.4.2022, <https://bit.ly/41pvKCH>.

- חשוב להדגיש בהקשר זה כי נדיר שנדרשים יותר משני מינויים במהלך כהונתה של כנסת מסוימת, וגם כעת, בשנה וחצי הקרובות עד אוקטובר 2024 צפויים להתפנות רק שני מקומות בבית המשפט העליון וכן תפקיד הנשיא עם סיום כהונתה של הנשיאה חיות. על כן **שליטה מוחלטת של הקואליציה במינויים תאפשר לה להסתפק בשני המינויים שבשליטתה בלבד ולהמתין עם מינויים נוספים לכנסת הבאה, וחוזר חלילה.**
 - בנוסף, שליטה בוועדה בידי שישה נציגי הקואליציה **משמעותה שבכוחם לבחור על דעת עצמם את נשיא בית המשפט העליון, החבר השביעי בוועדה. לאחר בחירת נשיא העליון תשלוט הקואליציה הנוכחית בבחירת השופטים לכל ערכאות השיפוט שכן הנשיא יוכל לספק לקואליציה את הקול השביעי הדרוש לה למינויים אלה, וכן בכפוף להסכמת נציג אופוזיציה, גם במינוי יתר שופטי העליון.**
 - ההצעה כי במינויים לערכאות אחרות שני נציגי השופטים הנוספים יהיו נשיאי ערכאות אחרות "כפי שיקבע בחוק", משמעה כי קצרה הדרך להשפעת הקואליציה על בחירת שני השופטים האחרים גם כן. בנוסף, הצעה זו משמעה כי **שני נציגי השופטים הנוספים עשויים להיות תלויים בדרג הפוליטי לצורך קידומם העתידי במערכת בתי המשפט.** גם כך עשויה הקואליציה להגיע מבחינה מעשית לייצוג של 9 מתוך 11 החברים בוועדה, עם שני נציגים בלבד לאופוזיציה.
 - דרישת קוורום של ששה חברים לצורך כינוס הוועדה משמעו כי הוועדה לבחירת שופטים תוכל להתכנס רק בהסכמת הקואליציה. **ברצותם יכנסו ששת חברי הקואליציה את הוועדה (ויבחרו בשני שופטים ונשיא בשליטתם המוחלטת) וברצותם לא יכנסו אותה.** כך תוכל הקואליציה לכנס את הוועדה לבחירת שופטים נוספים רק אם יהיה לה רוב גם לבחירת המינויים הבאים, ולשתק את עבודת הוועדה בהיעדר רוב לבחירת השופטים הבאים. מנגד, כיוון שבוועדה יכהנו רק חמישה חברים שאינם נציגי הקואליציה, אין אפשרות מקבילה לשני נציגי האופוזיציה או לשלושת נציגי השופטים למנוע את כינוס הוועדה או להשפיע על ההחלטה האם ייבחרו שופטים.
 - בנוסף, ההצעה תוביל לפיחות בהשפעת השיקולים המקצועיים בבחירת השופטים, זאת בניגוד למגמה העולמית החד-משמעית לעבור למודלים של מינויים מקצועיים ולא פוליטיים. נציגי לשכת עורכי הדין נחוצים בוועדה כדי שתוצג נקודת מבט מקצועית שאינה רק של מערכת בתי המשפט. עורכי הדין בקיאים בנעשה באולמות המשפט, בסוגי הידע והניסיון הנדרשים על ידי השופטים בערכאות השונות, ובחסרים הקיימים במערכת. החלפתם בנציגים פוליטיים תפגע במקצועיות המינויים והרשות השופטת.
 - עניין נוסף נוגע לקביעת **תחולה מידית לתיקון כפי שמוצע בתוכנית הקואליציה.** קביעה זו משמעה כי הרוב הקואליציוני הנוכחי יוכל למנות את מלוא המשרות המתפנות בבית המשפט העליון בשני שופטים ונשיא מטעמו, וכן להרחיב את מצבת כוח האדם (על פי פרסומים, דובר על הגדלה של כ-200 שופטים בערכאות הדיוניות) ולמהר ולאיץ את כולה, אם באמצעות נשיא מטעמו, ואם באמצעות חבירה לחבר אופוזיציה בודד, אשר יזכה לתמורה פוליטית כזו או אחרת. **זוהי דוגמה ל-court packing אשר יש להזהיר מפניו בשל אותם הסיכונים שמנינו לעיל.**
- בה בעת, בנוגע לייצוג המגדרי בוועדה, נקבעת דחיית תחולתו לכנסת הבאה. בתיקון מוצע כי היו שר המשפטים או נשיא בית המשפט העליון אישה, הן לא יספרו במניין הנשים לצורך קיום חובת הייצוג של נשים בוועדה הקבועה בחוק כיום (ושתשמר לפי נוסח התיקון). אולם, על אף

שהתיקונים המוצעים בכללותם מיועדים לתחולה מידית, לגבי תיקון זה בלבד 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 בזמן בכללותו – כאשר הדבר משרת את הממשלה היא קובעת הסדר תחולה מדי, וכאשר לא – לא.

- התוצאה המצטברת היא פוליטיזציה מוחלטת של בית המשפט העליון והרשות השופטת – שבתוך שנים לא רבות תכלול רק שופטים שמונו על ידי קואליציות מכהנות, ואובדן עצמאותה ויכולתה למלא את תפקידה במשטר הדמוקרטי. גישה זו תפגע הן באיכות השפיטה (כי מועמדים ייבחרו לפי זיקתם האידיאולוגית לממשלה הממנה ולא לפי כישוריהם המקצועיים), הן באמון הציבור בשפיטה (מחקרים השוואתיים מראים שככל שהליכי המינוי פוליטיים יותר כך נהנית הרשות השופטת מאמון נמוך יותר),⁵¹ הן בהגנה על זכויות הפרט והמיעוט ועל המשטר הדמוקרטי (משום ששופטים המחויבים לממשלה יתאמצו לשפוט באופן ההולם את תפיסות הרוב ומתוך מטרה לשמרו בשלטון), והן בגיוון בקרב שופטי בית המשפט העליון (כי בית המשפט יעוצב באופן הומוגני לפי הנטיות האידיאולוגיות של המועמדים ולא לפי חתכי זהות אחרים – בפרט צפויה ירידה בייצוג ערבי הן בוועדה והן בקרב השופטים שיתמנו). במחקרים השוואתיים רבים נמצא, כאמור, כי ככל ששיטת מינוי השופטים בבית משפט מערבת יותר שחקנים פוליטיים ופחות נציגים מקצועיים, כך עולה מידת ההשפעה של עמדות השופטים על פסקי הדין שלהם ומידת האקטיביזם השיפוטי.⁵²

(2) מתווה פרידמן-אלבשן

במתווה פרידמן-אלבשן (בגרסתו המעודכנת שהוצגה בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 13.3.2023) מוצעים שני מודלים חלופיים לבחירת שופטים:

- לפי חלופה א', הוועדה תכלול 11 חברים: 3 שרים (מתוכם שר המשפטים), 3 ח"כים של הקואליציה (מתוכם יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט), 2 ח"כים של האופוזיציה, 1 נשיא בית המשפט העליון, ו-2 שופטים נוספים מבית המשפט העליון, כאשר אלה יכולים להיות גם שופטים בדימוס. בחירת שופטים לביהמ"ש העליון תעשה ברוב של 8 מתוך 11. לערכאות האחרות ייבחרו שופטים ברוב רגיל, אך בבחירת שופטים לערכאות האחרות יוחלפו שני שופטי העליון בשני שופטים מבתי המשפט המחוזיים וגם יתר חברי הוועדה יכולים להיות שונים מאלה שבוועדת הבחירה לבית המשפט העליון.
- **משמעותה של חלופה זו היא פוליטיזציה של בחירת השופטים.** ההרכב המוצע מאפשר לפוליטיקאים, המהווים 8 מתוך 11 חברי הוועדה, למנות שופטים – לרבות לבית המשפט העליון – לבדם, גם ללא הסכמת השופטים או כל גורם מקצועי אחר. החשש מפני פוליטיזציה מתעצם נוכח היעדר פירוט במתווה לשיטת הבחירה של נשיא בית המשפט העליון. ללא עיגון של עקרון

51 ראו למשל Benesh, לעיל ה"ש 18; Nuno Garoupa & Pedro C. Magalhães, *Public Trust in the* ; 44 WEST EUROPEAN POLITICAL SCIENCE REVIEW (2020).

52 ראו הניתוח לעיל בחלק ב.

מינוי נשיא בית המשפט העליון על פי שיטת הסניורטי, מינוי עלול אף הוא להפוך למינוי אשר יעניק כוח נוסף לקואליציה, והדבר יגביר את הפוליטיזציה גם ביחס לבחירת נשיא בית המשפט העליון.

- בנוסף, הצעה זו מגדילה מאוד את כוחם של הפוליטיקאים בוועדה, ובפרט את כוחה של הקואליציה, על חשבון נציגי לשכת עורכי הדין המייצגים היום את הפרופסיה המשפטית. **החלפת נציגי לשכת עורכי הדין בנציגים פוליטיים תפגע בהשפעת השיקולים המקצועיים בבחירת השופטים ובמקצועיות המינויים והרשות השופטת בהתאם. זאת בניגוד למגמה העולמית החד-משמעית של חיזוק המומחיות המשפטית במינוי שופטים לערכאות דיוניות.**

לפי **חלופה ב'**, הוועדה תורכב מ־12 נציגים, בהם 4 נציגי קואליציה, 4 נציגי אופוזיציה ו־4 שופטים. במבט ראשון הצעה זו נראית לכאורה מאוזנת, משום שהיא לא מעניקה רוב מוחלט לקואליציה, אבל לגבי מינויים לבית המשפט העליון, נקבע כי **השופטים אינם בעלי זכות הצבעה כלל, אלא רק משקיפים**, למעט זכות וטו הנתונה לנשיא בית המשפט העליון, שיכולה להיות ממומשת רק פעם אחת בקדנציה לגבי מועמד הקואליציה ופעם אחת בקדנציה לגבי מועמד האופוזיציה. כמו כן, לשר המשפטים תינתן גם זכות וטו פעם אחת בקדנציה לגבי מועמד האופוזיציה, אך ללא זכות וטו דומה לנציג האופוזיציה.

- **התוצאה של חלופה זו היא שהוועדה תהפוך להיות פוליטית לגמרי.** המינויים יעשו בשיטה של זוגות: הקואליציה תמנה את שופטיה והאופוזיציה את שופטיה. במציאות שבה הפוליטיקה כל כך מקוטבת, צפוי כי כל צד ימנה נאמנים פוליטיים מבלי לשקול כמעט כלל שיקולים הנוגעים למקצועיות, צורכי בית המשפט, יעילות שיפוטית וכו'. אמת המידה היחידה תהיה עמדה פוליטית, וצפוי להיווצר מרוץ לתחתית מי יביא יותר שופטים "נאמנים". בתוך כמה שנים נקבל בית משפט פוליטי לחלוטין, והאמון הציבורי בו (ואיכותו המקצועית) יהיה בהתאם. מחקרים השוואתיים רבים מלמדים כי ככל ששופט ממונה לתפקידו על ידי גורם פוליטי וככל שהשופט מזוהה בהשקפותיו, כך מתגברת ההשפעה הפוליטית על החלטותיו.

- למעשה, על פי המתווה המוצע בחלופה זו, **תתאיין לחלוטין השפעתם של גורמי המקצוע – הן השופטים שיהפכו למשקיפים בלבד, והן נציגי לשכת עורכי הדין שיוחלפו בנציגים פוליטיים. זאת בניגוד למגמה העולמית החד-משמעית של חיזוק המומחיות המשפטית במינוי שופטים לערכאות דיוניות.**

- בנוסף, לפי עדכון לחלופה זו שהוצג בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 13.3.2023 **כאשר לא תושג הסכמה בין הקואליציה, האופוזיציה ונציגי השופטים לגבי בחירת השופטים יהפכו המינויים למינויים זמניים.** במידה והמינוי יתבסס רק על קבוצה אחת תוגבל כהונת השופט לחמש שנים, ובמידה והוא יתבסס גם על שני משתתפים מקבוצה נוספת יוגבל משך הכהונה לשמונה שנים. **תוצאה זו תגביר עוד יותר את הפוליטיזציה במערכת המשפט, שכן מחקרים מראים כי הליכי מינוי של שופטים לכהונות קצובות בזמן אשר לאחריהן הם נדרשים לעמוד בהמשך לבחירה או מינוי מחדש מובילים לפוליטיזציה מוגברת של ההחלטות.**⁵³

Joanna M. Shepherd, *The Influence of Retention Politics on Judges' Voting*, 38 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 169 (2009) 53

- כמו כן, לפי עדכון לחלופה זו שהוצג בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט ביום 13.3.2023, חלופה זו תהיה רלוונטית רק לקואליציה המונה עד 80 ח"כים, ואילו במקרה של ממשלת אחדות הנתמכת על ידי 80 ח"כים ויותר יוחלף הסדר זה בהסדר המפורט בחלופה א', על כל מגרעותיו שפורטו לעיל.

למעשה, הצעות אלה ייבאו לישראל את כל החוליים הקיימים כיום בבית המשפט העליון האמריקאי, ללא האיזונים שקיימים במערכת זו. הן יובילו לחורבן, לא פחות, של בית המשפט. מסמך אלבשן-פרידמן אינו מסמך "פשרה". בנקודות החשובות והליכתיות הוא מקבל את עיקר השינויים המשטריים המוצעים בהצעות לוין-רוטמן. ויתורים בנקודות אלו יוצרים את התשתית לפגיעה בזכויות אדם, לפגיעה בעצמאות השיפוטית ולפוליטיזציה מפלגתית של הרשות השופטת ולפגיעה אנושה באופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית.

(3) מתווה העם

לפי "מתווה העם" שפורסם על ידי נשיא המדינה, מר יצחק הרצוג,⁵⁴ מוצע כי הוועדה למינוי שופטים תורכב משלושה שרים, ח"כ אחד מהקואליציה, שני ח"כים מהאופוזיציה, שלושה שופטים מבית המשפט העליון שיכללו את הנשיא ושני שופטים שייבחרו על ידי חבר השופטים, ועוד שני נציגי ציבור הכשירים לכהונה בבית המשפט העליון שיתמנו במשותף על ידי שר המשפטים ונשיא/ת בית המשפט העליון. מינוי שופטים לבית המשפט העליון יהיה ברוב של 7 חברים, כך גם לגבי מינוי ליתר ערכאות השיפוט ובלבד ששופט עליון תמך במינוי לערכאות אלה. מינוי הנשיא והמשנה לנשיא של בית המשפט העליון יהיה בהתאם לנוהג הקיים כיום, על פי מועד מינויים, ולא ייעשה שינוי בגודל בית המשפט או בגיל הפרישה. יובטח ייצוג לנשים ולערבים בהרכב הוועדה.

- **משמעותה של חלופה זו היא הגדלת המשקל הפוליטי במינוי השופטים.** אומנם לפי מתווה זה לקואליציה לא יהיה כוח בלעדי למינוי שופטים, אולם עדיין אפשרית לפי מתווה זה בחירת שופטים בקולות הפוליטיקאים בלבד יחד עם נציג ציבור, כלומר ללא תשומה הכרחית מבית המשפט העליון.

- כמו כן, גם חלופה זו תוביל לשחיקת משקלם של אנשי המקצוע ושל השיקולים המקצועיים בהחלטות הוועדה, בניגוד למגמה העולמית החד-משמעית של חיזוק המומחיות המשפטית במינוי שופטים לערכאות דיוניות. נציגי לשכת עורכי הדין בקיאים בנעשה באולמות המשפט, בסוגי הידע והניסיון הנדרשים על ידי השופטים בערכאות השונות, ובחסרים הקיימים במערכת. החלפתם בנציגים המתמנים בקול וטו של שר המשפטים עשויה לפגוע במקצועיות המינויים והרשות השופטת.

- במתווה העם אין התייחסות לשאלת הקוורום הנדרש לפעילות הוועדה, ולא נקבעו הוראות בנוגע לשאלה מה יקרה לעבודת הוועדה אם נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים לא יצליחו להגיע להסכמה על נציגי הציבור. יש לוודא שבחירת שופטים לכל הערכאות מתנהלת בהליך קבוע ומעוגן חוקתית שאינו נתון לשינויים פרסונליים.

(4) הקווים האדומים בהם דוגל הפורום

שיטת בחירת השופטים כיום יציבה ובעלת יתרונות רבים. היא מאפשרת בחירה של שופטים מקצועיים, עם דעות מגוונות. במבנה הקיים היום יש איזון בין הפוליטיקאים לשופטים המושג בכך שנדרשת הסכמה של הקבוצות השונות בוועדה כדי למנות שופטים, בפרט בית המשפט העליון, ואף "סקטור" (המקצועי או הפוליטי) לא מחזיק בזכות וטו על הליך המינוי. ישנו דגש על שיקולי המקצועיות במינוי שופטים, הבא לידי ביטוי במשקל של השופטים וכן נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה. הצורך בהסכמה רחבה למינויים אף סייע, במיוחד מאז הרפורמה בשנת 2008,⁵⁵ בשיפור הגיוון והייצוג בבית המשפט העליון.⁵⁶ לא מעט מהשופטים שמונו לבית המשפט העליון בעשור האחרון מזדהים כבעלי השקפת עולם שיפוטית שמרנית. לטענת שרת המשפטים לשעבר איילת שקד, בתקופתה כיו"ר הוועדה לבחירת שופטים (2015–2019) היא אף חוללה "מהפכה שמרנית" בהרכב הרשות השופטת בכלל (לטענתה, ביחס לשליש מהשופטים במערכת), ובבית המשפט העליון בפרט (עם שישה מינויים, שלפחות ארבעה מהם היא כנראה החשיבה ל"שמרנים"),⁵⁷ וזאת במסגרת הליך בחירת השופטים הנוכחי.

הקווים האדומים של הפורום לגבי בחירת שופטים הם:

- הקואליציה אינה יכולה לשלוט באופן ישיר או עקיף בבחירת השופטים.
- מינוי שופטים חייב להתבסס על אמות מידה מקצועיות ולשם כך הפוליטיקאים (נציגי הקואליציה והאופוזיציה) אינם יכולים לשלוט בבחירת השופטים לבדם ללא הסכמה של אנשי המקצוע (השופטים). חשוב לוודא כי בהחלטה ניתן משקל ממשי גם לעמדתם של גורמים מקצועיים, שיכולים להעריך את ההתאמה של המועמדים לתפקיד השיפוטי.
- השופטים אינם יכולים להיות מזוהים פוליטית עם מי שבוחרים בהם או, גרוע מכך, תלויים במידה כזו או אחרת בגורם הפוליטי – במינויים או בקידומם.
- כפועל יוצא נדרש:
 - הרכב הוועדה צריך ליצור איזון בין הגורמים הפוליטיים והמקצועיים. בחירת השופטים צריכה להמשיך להיעשות על ידי ועדה שיש בה ייצוג לכנסת, לממשלה ולבית המשפט העליון, וכן נציגי ציבור המביאים ידע מקצועי רלוונטי. נציגי הכנסת והממשלה מבטאים בוועדה השקפות באשר לסוגיות ששנויות במחלוקת בחברה ולתפיסות הציבור את בתי המשפט, ונציגי בית המשפט העליון ולשכת עורכי הדין מבטאים הכרה של צורכי המערכת והערכה של מקצועיות המועמדים, יושרתם והתאמתם לשיפוט.

55 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח–2008, ס"ח 813.

56 Maoz Rosenthal, Gad Barzilai & Assaf Meydani, *Judicial Review in a Defective Democracy: Judicial Nominations and Judicial Review in Constitutional Courts*, 9 J. L. & COURTS, 137, 137–157 (2022).

57 פרוטוקול ישיבה מס' 652 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 21 (2.7.2018); איילת שקד "בג"ץ עפרה הוא רק ההתחלה" **מקור ראשון** (9.1.2020) www.makorishon.co.il/opinion/196051.

- על הוועדה לבחירת שופטים להחליט על בחירת שופטים בהסכמה רחבה בין חבריה. כדי להבטיח זאת, מוצע שהמינוי של כל שופט/ת, בכל הערכאות, יעשה רק בהסכמה של נציגי שתי הקבוצות העיקריות בוועדה – הגורמים הפוליטיים והשופטים.
- הנשיא והמשנה לנשיא של בית המשפט העליון ייבחרו מתוך שופטי בית המשפט העליון על בסיס ותק בלבד, כדי למנוע שליטה פוליטית של הקואליציה בזהות הנשיא ובכך לשלוט, בין היתר, בזהותם של נציגי הציבור. כך גם חברותם של השופטים בוועדה תקבע לפי ותק.
- יובטח ייצוג לנשים ולערבים בוועדה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עדי ליבוביץ, האוניברסיטה העברית
ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' עלי זלצברגר, אוניברסיטת חיפה

תרמו הערות:

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן
ד"ר דורין לוסטיג, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית
פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

מינוי נשיאי בתי משפט גבוהים על-פי כלל הבכירות (סניוריטי) במדינות דמוקרטיות – מחקר השוואתי

הופץ במקור ביום 28.5.2023 כנייר עמדה מס' 47

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 בית המשפט העליון בכמה ממדינות ארצות הברית.
- לכלל הסניוריטי חשיבות רבה בהליכי מינויים במדינות דמוקרטיות לא מעטות (מה גם שבשיטות אחרות, לרבות במדינות ארצות הברית, מינוי נשיא בית משפט עליון בידי פוליטיקאים אינו שכיח).¹

א. מבוא

לפי כלל הסניוריטי במובנו המקובל, המינוי למשרת נשיא או נשיאה של ערכאה משפטית נגזר ממשך השנים שבהם כיהנו באותה ערכאה (ולכן Seniority). על פי הכלל, בהתפנה מקומו של הנשיא, 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 בית המשפט העליון.² כדי להצדיק שינוי זה, נטען כי כלל הסניוריטי הוא נדיר עד בלתי קיים בעולם המערבי ובקרב מדינות דמוקרטיות.³

1 ראו Chief Justice, BALLOTPEdia, https://ballotpedia.org/Chief_Justice. 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

בנייר עמדה זה אנו מבקשים לשלול את הטענה דלעיל באמצעות הפניה לכמה 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, נוהג 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 הוותק בתפקיד מקבל לכל הפחות משקל ממשי במינוי נשיאים לחלק מן הערכאות העליונות במדינות 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 מאות מיליוני תושבים, כמו ארה"ב, נדרש להתייחס גם לשיטות המינוי בערכאות גבוהות אחרות, פדרליות כמדינתיות.

עוד יצוין כי במדינות ארצות הברית, השיטה השכיחה ביותר למינוי נשיא.ת 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 ממצא שלפיו 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’,

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 הכנסת רלוונטי פחות משום שאינו מוסיף ידע משמעותי מעבר לזה 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) bit.ly/43IhKUH.

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

5 לספרות העוסקת בשיטה זו ראו להלן ה"ש 17.

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 הנבחנו, 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 ונת מן המניין בבתי משפט גבוהים, בקיומם או היעדרם של שני בתי מחוקקים (ישראל חריגה לעניין היעדר בית מחוקקים שני), בקיומו או היעדרו של מבנה פדרלי, המבזר את הכוח המופעל בידי רשויות שלטוניות, וגורמים נוספים שנדונו בניירות עמדה קודמים של הפרורום.

ב. סקירת שיטות משפט

1. בתי המשפט הפדרליים בארה"ב

(א) בית המשפט העליון האמריקאי

בהתאם לחוקת ארצות הברית, בחירת כלל השופטים, לרבות הנשיא, נתונה בידי נשיא ארצות הברית ככפוף לאישור והסכמת הסנאט (with the advice and consent of the Senate).⁷ יש להוסיף כי החוק

6 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), THE COMPOSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS 10–11 (December 1997), [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) (להלן: דוח ועדת ונציה).

7 חוקת ארצות הברית, סימן II, ס' 2, פס' 2.

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

(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 ובהסכמתו של הסנאט. נשיא. בית משפט זה ממונה על פי כלל סניוריטי, בדומה לבתי המשפט הפדרליים לערעורים והמחוזיים:

“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 –

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 לס' 45, גם סעיף זה עוסק במקרים המיוחדים שנמנו לעיל בה"ש 9.

חלק רביעי: מה עושים במדינות אחרות? מבטים השוואתיים

- (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 שבו ממונים, בדומה לבית המשפט העליון האמריקאי, על ידי הנשיא בכפוף לעצה ולהסכמה של הסנאט. 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 מפורש בחקיקה, המאסדר את אופן מינויו של נשיא בית המשפט העליון באותה מדינה. במדינה החמישית, 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:

"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

11 28 USC §258 (2022). גם סעיף זה מטפל במקרים המיוחדים שנמנו לעיל בה"ש 10–11.

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".

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 עוד 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 ברור 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 הבחירות קבוע בחוק משנת 2003, שבו נקבע גם כי כהונתו של נשיא בית המשפט העליון מוגבלת לחמש שנים. לצד זאת נקבע גם 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

בחדש 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.

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.

13 NH Rev Stat §490:1 (2022 & Supp. 2003)
14 Petition of Governor and Executive Council, 151 N.H. 1, 846 A.2d 1148 (2004), <https://did.li/yUCTY>
15 חוקת ניו המפשייר, ס' 37, 46.
16 Mississippi Bar, Understanding the Court System: A Project of the Young Lawyers' Division, <https://did.li/nsZNf>, לא מתוארך.

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 שבהן קיימת שיטת המינוי המקובלת ביותר מספרית – מינוי נשיא. בית משפט בידי השופטים עצמם (שיטה שכשלעצמה נבדלת משיטת המינוי לבית המשפט העליון הפדרלי, כפי 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) מכהנים משפטנים בכירים. ובכל הנוגע לאופן מינוי נשיאה, מקובל כי נשיא המועצה מתמנה על פי נהוג חוקתי של כלל סניוריטי בלתי פורמלי.²⁰

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

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 Constitutionnel) ראו דוח מכון תכלית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16.

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

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 (למעט במקרים בודדים), 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.²¹

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 ה"תיקון 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

21 לספרות מעודכנת ראו Chirag Balyan, *Administrative Powers, Roles and Responsibilities of the Chief Justice of India*, in THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTION ch. 8 (Salman Khurshid et. al. eds. 2020), 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), <https://did.li/8gxaa>.

22 ראו ס' 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* (2009), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1442261>, Balyan ; *Justice of India*, לעיל ה"ש 21, מעמ' 212.

24 שם, עמ' 213 ; לדיון על 1964 ראו Partasarathy, לעיל ה"ש 21.

המינויים הקודמת (the collegium) שהייתה 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.

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

דוח מכון תכלית הנזכר לעיל, הסוקר את שיטות המינוי של נשיאי.ות בתי המשפט העליונים בעשרים שיטות, מאזכר, מעבר להודו, שנדונה לעיל, גם כמה מדינות שבהן יש מקום לעקרון הסניוריטי: איטליה, קנדה, ובמידה מסוימת יפן, ניו זילנד, שבדיה, שווייץ, דנמרק ובריטניה.²⁷

25 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

26 Memorandum of Appointment of High Court Judges, Section B, Appointment of Acting Chief Justice, <https://did.li/jJagT>

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 (דוח מכון תכלית, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 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, בעמ’ 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, בעמ’ 13)). בניו זילנד לא קיים הכלל, אך במינוי שני נשיאי בית המשפט העליון שמונו עד כה היתה השפעה לוותק של הנבחרים (שם, בעמ’ 14). בשווייץ, כך נמצא, נראה שקריטריון הוותק מתקיים בפרקטיקה (שם, בעמ’ 17). בדנמרק

ג. סיכום

בנייר עמדה זה ביקשנו בראש ובראשונה להפריך את הטענה הנשמעת בידי חלק מהתומכים בשינוי המשטרי, שלפיה ישראל היא המדינה היחידה בה מופעל כלל בכירות (סניוריטי) במינוי נשיא. בית המשפט העליון. הסקירה לעיל מוכיחה בעליל כי הדבר איננו כך, וכי ישנן שיטות שבהן 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

לא קיים כלל סניוריטי, אך הנשיא המכהן כיום הוא השני הוותיק בבית המשפט העליון (שם, בעמ' 11). בדומה, ביחס לבריטניה נמצא כי "לשאלת הוותק יש השפעה ניכרת על הבחירה" (שם, בעמ' 10).
28 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 33: מנגנונים למינוי שופטים – מבט השוואתי ואמפירי" (הופץ ביום 20.3.2023).

רפורמת מינוי שופטים באירלנד – כמו בישראל אבל הפוך

הופץ במקור ביום 14.3.2023 כנייר עמדה מס' 27

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 מנתחים את רפורמת הליכי מינוי שופטים באירלנד.

אנו מראים כי:

- **אירלנד תאשר בקרוב רפורמה מקיפה בשיטת מינוי השופטים שלה.** לפי השיטה הקיימת באירלנד כיום, ועדה המורכבת משופטים, יועץ משפטי לממשלה, עורכי דין ונציגי ציבור, מעבירה את המלצותיה לממשלה, וזו בוחרת את השופטים. בדרך כלל, הממשלה מאמצת את המלצות הוועדה, אולם היא איננה מחויבת לעשות כן.
- **לפי החוק החדש המצוי בהליכי חקיקה באירלנד, ישונה הרכב הוועדה, והיא תמנה ארבעה שופטים, ארבעה נציגי ציבור, והיועץ המשפטי לממשלה, שלא יקבל זכות הצבעה.**
- **נציגי הציבור ייבחרו על ידי שר המשפטים, אולם הוא יהיה חייב לבחור מועמד עליו המליץ גוף לא פוליטי בתוך שירות המדינה האירי.**
- **הוועדה החדשה תמליץ לממשלה על מועמדים לשפיטה, אולם בניגוד לוועדה הקיימת כיום, המלצותיה יהיו מחייבות. עבור כל משרת שיפוט, הוועדה תעביר עד שלושה מומלצים, כאשר הממשלה חייבת לבחור באחד מבין המומלצים. לא ניתן יהיה למנות שופט שלא קיבל את המלצת הוועדה.**
- **בניגוד להצעת החוק של לוין/רוטמן, אירלנד בוחרת לאמץ מודל הפוך, המסתייג לחלוטין מפוליטיזציה של השופטים, לטובת מודל מקצועי המנותק מכל זיקה פוליטית.**

נייר העמדה

א. מנגנון מינוי השופטים באירלנד: מצב קיים ומצב מוצע

בשנה האחרונה שוקד הפרלמנט האירי על רפורמה מקיפה להליך מינוי השופטים באירלנד. רפורמה זו מבקשת ליישר קו עם הסטנדרטים האירופיים הנוהגים לגבי עצמאות שיפוטית, שקיפות ומקצועיות.

הצעת החוק, Judicial Appointments Commission Bill, 2022, הוצעה ב-8.4.2022, וכעת מתקרבת לסיום החקיקה, כאשר היא נמצאת בשלב השמיני מתוך 11, זוכה לתמיכה רחבה, וככל הנראה תושלם בחודש הקרוב.¹ מדובר בהצעת חוק ארוכה, מורכבת, שהושקעו בה תשומות רבות כאשר הדיונים לגביה נמשכים למעלה משנה. קיומו של הליך שכזה מלמד הן על הרצינות והן על החשיבות של הנושא. רפורמה כוללת בהליך מינוי השופטים לא נעשית באמצעות מספר סעיפים, ולא יכולה להתבצע במשך מספר שבועות.

כיום, שופטים באירלנד ממונים מכוח ה-Courts and Courts Officers Act, 1995². בתמצית, חוק זה הקים גוף שנקרא Judicial Appointments Advisory Board. גוף זה מורכב מנשיא בית המשפט העליון, ארבעה נשיאים של הערכאות השונות, היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General), שני עורכי דין ושלושה נציגי ציבור שעליהם מחליט שר המשפטים. גוף זה, אשר השופטים ואנשי המשפט מהווים בו רוב (8 מתוך 11 חברים), מגבש המלצות בדבר המועמדים לשיפוט, ומעביר את המלצותיו לממשלה לגבי מינוי שופטים חדשים, שאינם מכהנים, כאשר ניתן להמליץ על שבעה אנשים לכל היותר לכל משרת שיפוט פנויה.³ בפועל, הממשלה בוחרת מבין המועמדים אשר הוועדה המליצה.⁴ היא איננה חייבת לעשות זאת, אולם היא חייבת לשקול קודם כל את המומלצים של הוועדה.⁵ לאחר שהיא שקלה את כל המועמדים, הממשלה רשאית לחרוג מהמלצות הוועדה, לפי שיקול דעתה.

הצעת החוק החדשה משנה באופן דרמטי את הליך מינוי השופטים באירלנד. הצעת החוק מבטלת את הוועדה המייעצת, ומחליפה אותה בוועדה אחרת – Judicial Appointments Commission – שתהיה אחראית באופן בלעדי על כל מינויי וקידומי השופטים באירלנד, ובכלל זאת גם על השופטים האירים שיישלחו מטעם אירלנד לערכאות בינלאומיות. במקום הוועדה הקיימת, המונה 11 חברים, הוועדה החדשה תמנה 9 חברים. הערכים שביסוד הליך המינוי יהיו מקצועיות ועצמאות שיפוטית,⁶ והם תואמים את ההנחיות האירופיות של בית הדין האירופי לצדק ואת ההמלצות של מועצת השרים של מועצת אירופה, ששמות דגש על עצמאות שיפוטית כאמצעי להגברת אמון הציבור במערכת המשפט.⁷ כאמור, הוועדה החדשה מחליפה את הוועדה המייעצת הישנה, אולם סמכותה נרחבת יותר. הוועדה המייעצת הייתה אחראית רק על מינוי שופטים חדשים ולא על קידומים. הוועדה החדשה אחראית על כל המינויים של כל השופטים, ובכלל זאת קידומם של שופטים מכהנים. לא יהיה עוד מוסד מלבד הוועדה הזו שיהיה אחראי על מינוי שופטים; סמכותה היא ייחודית.

החידוש העיקרי בהצעת החוק הוא שבניגוד לוועדה המייעצת, המלצות הוועדה החדשה מחייבות את הדרג הפוליטי. עבור כל משרת שיפוט פנויה, על הוועדה להעביר שמות של עד שלושה מומלצים,

1 <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2022/42>. למעשה, החוק הוצג עוד בשנת 2020, אבל הליך החקיקה החל רק ב-2022. ראו Patrick O'Brien, *The Role of Judges in Judicial Appointments in Ireland*, THE CONSTITUTION UNIT BLOG (4.7.2022) <https://bit.ly/3M2EMzS>

2 <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1995/act/31/section/13/enacted/en/html#sec13>

3 קידומים של שופטים מכהנים מתבצעים על ידי הממשלה.

4 O'Brien, לעיל ה"ש 1.

5 ס' 16(6) לחוק.

6 דברי שר המשפטים בסנאט האירי, 5.10.2022, <https://bit.ly/3VExzcs>. ראו גם ס' 39 לחוק החדש, <https://bit.ly/42r69sU>

7 <https://bit.ly/42xw2ab>

והממשלה מחויבת לבחור באחד ממומלצי הוועדה. במילים אחרות, בעוד המלצות הוועדה הנוכחית אינן מחייבות את הדרג הפוליטי (אם כי בפועל נהגו לפיהן), הרי שההמלצות של הוועדה החדשה יהיו מחייבות, במובן זה שלא ניתן יהיה למנות אדם לשפיטה ללא המלצת הוועדה. על כן, סוגיה מרכזית היא מי מרכיב את הוועדה. גם כאן הדגש הוא על מקצועיות והיעדר פוליטיזציה. החוק החדש קובע כי לא תהיה זכות הצבעה בוועדה לנציגים של הרשות המחוקקת או של הרשות המבצעת. הרכב הוועדה הוא כדלקמן:

- בראש הוועדה יעמוד נשיא בית המשפט העליון.
- נשיא בית המשפט לערעורים (וכאשר המינוי הוא לערכאה אחרת, אז נשיא הערכאה הרלבנטית).
- שני שופטים (גבר ואישה) עליהם תחליט המועצה השיפוטית (Judicial Council), גוף המורכב משופטי כל הערכאות.⁸
- ארבעה נציגי ציבור, עליהם ימליץ לשר המשפטים שירות המינויים הציבורי (Public Appointments Service), שהוא גוף מקצועי לא פוליטי (המסונף ליחידה המקבילה בישראל לנציבות שירות המדינה). שר המשפטים יבחר מבין רשימת המומלצים ולא יוכל לבחור נציגי ציבור אחרים.⁹ במסגרת השיקולים שיש לשקול בזמן מינוי נציגי הציבור, נקבע כי אחד השיקולים בהחלטה הוא חשיבות ההגנה על זכויות אדם ושוויון.
- היועץ המשפטי לממשלה (Attorney General), אשר ישמש כמשקיף ללא זכות הצבעה.¹⁰

הרכב הוועדה הוא הרכב לא פוליטי באופן מובהק. מחצית הוועדה מורכבת משופטים, כאשר מחציתה השנייה מורכבת מנציגי ציבור שעליהם ממליץ גוף לא פוליטי. הדרג הפוליטי, שר המשפטים, מחויב לבחור מבין נציגי הציבור שעליהם המליץ שירות המינויים. הנציג היחיד של הרשות המבצעת, היועץ המשפטי לממשלה, הוא בעצמו עובד ציבור ולא נבחר ציבור, אולם גם לו אין זכות הצבעה אלא רק מעמד של משקיף. בחירה במועמד מצריכה החלטה של רוב חברי הוועדה. המשמעות היא שכל מינוי יצריך הסכמה של לפחות שופט אחד.

עם תום עבודת הוועדה, עליה להמליץ על שלושה מועמדים לשר המשפטים,¹¹ אלא אם לא נמצאו שלושה מועמדים ראויים, ואז ניתן להמליץ על פחות.¹² כפי שצוין, הממשלה, כאשר היא מייעצת לנשיא את מי למנות, רשאית להמליץ רק על מועמדים שהומלצו על ידי הוועדה.¹³

ב. השוואה לנעשה בישראל

אירלנד מצויה בעיצומה של רפורמה של הליך מינוי השופטים במדינה. אולם, בניגוד למצב בישראל, הרפורמה שם דגש על מקצועיות ועצמאות שיפוטית, כפי שאלה בוטאו בחוקה האירית ובמוסדות

8 ס' 12 לחוק החדש.

9 שם, ס' 13(5).

10 שם, ס' 9(3).

11 שם, ס' 47.

12 שם, ס' 47(2).

13 שם, ס' 51. באופן פורמלי נשיא המדינה ממנה שופטים בהמלצת הממשלה, אולם מדובר בתפקיד סמלי ללא שיקול דעת.

האיחוד האירופי. ערכים אלה מסמנים כיוון הפוך מהכיוון של מנסחי המהפכה המשטרית בישראל, אשר שמים דגש על פוליטיזציה של מינוי השופטים.

בהצעת החוק החדשה, אשר צפויה להתקבל בקרוב מאוד, אירלנד מאמצת מודל מחמיר אף יותר מהרכב הוועדה הקיים כיום בישראל. ההרכב החדש של הוועדה לבחירת שופטים באירלנד לא מעניק זכות הצבעה לאף נציג של הרשות המחוקקת או המבצעת. מחצית מחברי הוועדה המצביעים הם שופטים, כאשר המחצית השנייה הם נציגי ציבור, שאף הם נבחרים בהליך מקצועי על ידי גוף לא פוליטי. נציגי הרשות המבצעת, היועץ המשפטי לממשלה, אינו נבחר ציבור ואין לו זכות הצבעה בוועדה. זאת ועוד, והעיקר, **המלצת הוועדה מחייבת את הממשלה והיא חייבת לבחור מבין המועמדים שעליהם המליצה הוועדה.** שיקול הדעת של הממשלה חל רק לגבי זהות המועמד הספציפי מבין מומלצי הוועדה.

הדברים מדברים בעד עצמם. בעוד ישראל בוחרת לנוע לכיוון של פוליטיזציה מוחלטת ושליטה בלעדית של הממשלה במינויים, אירלנד בחרה בכיוון ההפוך, שמסמן את המגמה בעולם, של דה-פוליטיזציה של הליך בחירת השופטים.¹⁴ אירלנד מכירה בכך שהשפעה פוליטית על מינוי השופטים פוגעת הן בעצמאות השיפוטית והן באמון הציבור, ועל כן בחרה לאמץ מודל מקצועי, שבו מחצית מחברי הוועדה הם שופטים, ואף שמחציתה האחרת של הוועדה מורכבת מנציגי ציבור, אלה נבחרים בהליך לא פוליטי ולא מדובר בנציגים פוליטיים של הרשות המחוקקת או המבצעת.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

14 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 8: צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)" (הופץ ביום 4.2.2023).

מינוי שופטים בארצות הברית

הופץ במקור ביום 28.3.2023 כנייר עמדה מס' 38

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 מתייחסות להליכי מינוי שופטים בארצות הברית.**

אנו מראות כי:

- הטענה הנשמעת מפי תומכי השינויים המשפטיים שלפיה בארצות הברית נבחרו הציבור הם אלה שבחרים בכל השופטים היא גם שגויה וגם מטעה.
- בצד השופטים הפדרליים, מכהנים בכל מדינות ארצות הברית שופטים במספר ערכאות. במדינות ארצות הברית קיימות שיטות מגוונות למינוי שופטים, ונשיא ארה"ב אינו מעורב באף אחת מהן.
- גם במקרה של מינוי בידי הנשיא, לעניין שופטים פדרליים נדרש בחוקת ארה"ב אישור של הסנאט: בכך יש בלם חשוב, שכן הרוב בסנאט יכול להיות בידי המפלגה היריבה.
- אין לשכוח כי בארה"ב קיימים בלמים אחרים, החסרים בישראל: לענייננו, קיום שני בתי מחוקקים ומבנה פדרלי.
- כמו כן, קיימת ביקורת על הפוליטיזציה של מינוי השופטים במבנה הפדרלי, אולם תיקון החוקה הוא מעשית בלתי אפשרי לאור דרישות הרוב המכבידות, שאין סיכוי ממשי לעמוד בהן בשל הגיוון החברתי והקיטוב הפוליטי.
- לפיכך, הטענה שלפיה בחירת שופטים בישראל בידי הקואליציה היא מודל התואם למודל האמריקאי – היא כוזב.

נימוקי נייר העמדה

רבים מן התומכים בשינויים המשפטיים הנדונים כעת בישראל טוענים, כדבריו של ראש הממשלה בנימין נתניהו בנאומו מיום 23.3.2023, כי "בכל הדמוקרטיות, לרבות בארה"ב, נבחרו הציבור הם אלה שבחרים שופטים. כמעט אין לזה יוצאים מהכלל, בודדים. אז ארה"ב היא לא דמוקרטיה? ניו זילנד היא לא דמוקרטיה? קנדה היא לא דמוקרטיה?".

טענות מסוג זה הן מופרכות. ניירות וסרטונים המציגים את אי־הדיוקים מופצים בציבור, בעיקר בפורמטים מקוצרים המעבירים מסר ברור – אך מטעה.¹ בנייר זה מוצגות באופן מפורט יותר מערכות המינויים לשופטים בארצות הברית, בכל הערכאות והמסגרות, תוך קישורם לקיומם של בלמים רבים בשיטה בארצות הברית שאינם קיימים בישראל.

הטענה כי כל השופטים בארצות הברית מתמנים בלעדית בידי נבחר הציבור, לענייננו, נשיא ארצות הברית, היא מוטעית בעליל. נשכחו ממצגי הטענה ארבע עובדות מרכזיות:

1. בצד השופטים הפדרליים, מכהנים בכל מדינות ארצות הברית שופטים במספר ערכאות. במדינות ארצות הברית קיימות שיטות מגוונות למינוי שופטים, ונשיא ארה"ב אינו מעורב באף אחת מהן;
2. גם במקרה של מינוי בידי הנשיא, לעניין שופטים פדרליים, נדרש בחוקת ארה"ב אישור של הסנאט: בכך יש בלם חשוב, שכן הרוב בסנאט יכול להיות בידי המפלגה היריבה;
3. אין לשכוח את קיומם של בלמים אחרים, החסרים בישראל: לענייננו, קיום שני בתי מחוקקים ומבנה פדרלי;
4. קיימת ביקורת על הפוליטיזציה של מינוי השופטים במבנה הפדרלי, אולם תיקון החוקה הוא מעשית בלתי אפשרי לאור דרישות הרוב המכבידות, שאין סיכוי ממשי לעמוד בהן בשל הגיוון החברתי והקיטוב הפוליטי.

א. על מינוי שופטים במדינות ארה"ב

כל הדיונים על מינוי שופטים מדינתיים בארה"ב, לרבות הדיון להלן, מוכיחים כי מינוי שופטים במדינות נעשה בדרכים מגוונות. לדוגמה, מחקר שפרסם The Brennan Center for Justice, מכון מחקר בלתי תלוי המסונף לאוניברסיטת ניו־יורק,² מציג באופן גרפי דרכים אלו. לפי מפה אינטראקטיבית שפרסם המרכז,³ המוצגת להלן, הוא מזהה שש שיטות שונות למינוי שופטים מדינתיים, וגם במסגרתן ניתן למצוא הסדרים שונים:

1. מינוי בידי ועדה על בסיס איכות מקצועית: תוכנית הקרויה Missouri Plan (בעת עריכת המפה, 14 מדינות אימצו שיטה זו).⁴
2. בחירה בידי תושבי המדינה בלא זיהוי פוליטי של המועמדים (14 מדינות).

1 ראו עמיחי כהן וגיא לוריא "השוואת בחירת שופטים לערכאות עליונות: אין כמעט דמוקרטיה שממנה בלי למנוע שליטה קואליציונית" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2023) <https://www.idi.org.il/articles/48482> (השוואה בין 42 שיטות); זיו בורר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו־זילנד" (נייר בידי הכותבות) (שניהם עוסקים במינוי לבתי משפט עליון, לא במינויים לתפקידים שיפוטניים אחרים, סוגיה שאליה מתייחס נייר זה בהקשר של ארצות הברית).

2 לאתר המרכז ראו <https://www.brennancenter.org>. למידע אודות המרכז ראו <https://www.brennancenter.org/about>. לדוח המפרט וממליץ על שינויים במערכי המינוי, כולל של שופטי בית המשפט העליון, ראו Alicia Bannon, *Choosing State Judges: A Plan for Reform* (New York 2018). למידע מאתר המרכז ראו להלן. ראו גם ראו חוות דעת שנערכה עבור הפורום בידי פרופ' Herbert Kritzer, מומחה בעל שם עולמי לפוליטיקה שיפוטית והליכית, 3.3.2023 (בידי כותבות הנייר).

3 <https://www.brennancenter.org/judicial-selection-map>.

4 על שיטת מיסורי ראו <https://www.britannica.com/topic/Missouri-Plan>; <https://yourmissourijudges.org/the-missouri-plan>.

חלק רביעי: מה עושים במדינות אחרות? מבטים השוואתיים

3. מינוי בידי מושל המדינה (10 מדינות, אך ראו להלן פירוט דרכי הבחירה במדינת ניו-יורק לערכאות נמוכות).
4. בחירות על בסיס זהות פוליטית של המועמדים (7 מדינות).
5. שיטה המזוהה כ"היברידית" – שילוב של מינוי בידי המושל ובחירות (4 מדינות).
6. מינוי בידי בית המחוקקים של המדינה (2 מדינות).

תרשים 1: הצגה גרפית של דרכי מינוי שופטים בארצות הברית, מתוך אתר האינטרנט של מרכז ברנן לצדק, אוניברסיטת ניו-יורק



מאז עריכת המפה נערכו שינויים בדרכי מינוי השופטים במדינות, ולכן אין לראות בה אסמכתה מחייבת, אך מכל מקום, עולה ממנה בבירור שיש דרכים מגוונות למינויים של שופטים במדינות ארה"ב.⁵

כמה דוגמאות אודות שיטות המינוי הנוהגות כיום:

1. **מיסורי:** תוכנית מיסורי, שאומצה בידי 14 מדינות (כולל פלורידה, ניו מקסיקו ומדינות במערב התיכון של ארה"ב), נקבעה לראשונה בחוקת מדינת מיסורי ב-1940. על פיה, ועדות מינויים, שבהן חברים אנשי משפט ואזרחים, מציעות שלוש מועמדות. מושל המדינה בוחר אחד מהם, והעניין אינו תלוי בכך: בבחירות במדינה, המתקיימות לאחר תום שנת כהונה, עומדת השופטת לבחירה בידי בעלי זכות הבחירה.⁶

5 ראו <http://judicialselectionmap.brennancenter.org/?court=Supreme>, Kritzer, לעיל ה"ש 2, מזהה שמונה שיטות.

6 ראו חוקת מיסורי, ס' 25(d)–25(a).

2. **קליפורניה**: השיטה בקליפורניה הוערכה במחקר האמור כ"היברידית". שופטי בתי המשפט לערעורים ובית המשפט העליון של המדינה מתמנים בידי המושל, לאחר בחינה של ועדה בת שלושה חברים, המורכבת מנשיא בית המשפט העליון של המדינה, היועץ המשפטי למדינה ונשיא הערכאה שבה נדרש למנות שופט. החלטת המושל מחייבת אישור הוועדה, לכן בפועל, מועמד שאינו נתמך בידי הוועדה לא ימונה. שופטים בערכאות אחרות מתמנים בבחירה אזורית ישירה.⁷

3. **ניו-יורק**: במפה הנזכרת לעיל נקבע כי המינוי הוא בידי המושל, באישור הסנאט, אך בחוקת המדינה כנוסחה היום חלים כללים שונים על מינוי שופטים בערכאות השונות. מינוי השופטים לבית המשפט לערעורים (Court of Appeals), שהוא הערכאה הגבוהה ביותר במדינה, הוא בידי המושל, מתוך רשימת מועמדות מומלצות בידי ועדה, באישור הסנאט של המדינה. הוא הדין בשופטים המכהנים בערכאות ערעור ובערכאה העוסקת בעיקר בתביעות כספיות נגד המדינה (Appellate Divisions, Appellate Terms, Court of Claims). נוסף על אלה, עשרות בתי משפט הקרויים "בית משפט עליון", שהם למעשה הערכאה הראשונה ומכהנים במספר מחוזות שיפוטיים, נבחרים בידי תושבי המחוז (מספר המחוזות ניתן לשינוי). שיטת הבחירות בידי התושבים נוהגת גם במינוי שופטים בערכאות אחרות בדרגה נמוכה, למשל בתי המשפט למשפחה ובתי המשפט העוסקים בירושות ובצוואות (Surrogate's Courts). מערכת בתי המשפט של העיר ניו-יורק כפופה לכללי מינוי נפרדים.⁸ מעבר לשאלה שעניינה דרכי המינוי, יש להדגיש כי שלא כבשיטת המינוי לבתי משפט פדרליים, מינויים של שופטים במדינות הוא לתקופה קצובה. כך למשל, שופטי בית המשפט העליון של קליפורניה מתמנים לתקופה של 12 שנים, ושופטי "בתי המשפט העליונים" במדינת ניו-יורק, שהם כאמור בתי משפט בדרגה ראשונה, מכהנים במשך 14 שנה. חוקותיהן של המדינות מוסיפות דרכי מינוי זמניים של שופטים שפסקו מלכהן בתוך תקופת המינוי. בחוקות שבהן מעורבת ועדת מינויים נקבע גם מבנה הוועדה.

ב. על מינוי שופטים פדרליים

שיטת המינוי של שופטים במערכת הפדרלית ידועה יותר, והיא זו המאוזנת בידי תומכים שונים של ההפיכה המשטרית. על פי החוקה של ארה"ב, המינוי הוא בידי הנשיא, אך נדרש אישור הסנאט לכל מינוי. שופטים מכהנים לכל ימי חייהם, מאפיין שיש לו השלכה, כפי שנראה, על החלטות פרישה. הליך המינוי יכול להיות פשוט, ולערב רק את מי ששייכים למפלגת השלטון. זאת, אם בתקופת המינוי הרוב בסנאט הוא בידי מפלגתו של הנשיא. גם במקרה זה הצעת הנשיא למינוי איננה מובטחת: מדובר במשטר נשיאותי, החסר את המוסדות של משמעת מפלגתית וקואליציונית האופייניים למשטרים פרלמנטריים; כך גם במצב שבו מפלגתו של הנשיא שולטת בסנאט אין מובטח לנשיא אישור המועמדת שלו. הקושי במינוי עולה כאשר לנשיא אין רוב בסנאט. סנאט לעומתי (כלפי

7 ראו חוקת קליפורניה, סי' VI.

8 חוקת מדינת ניו-יורק, סי' VI. לדוח משנת 2014 מטעם לשכת עורכי הדין של עיריית ניו-יורק ראו New York City Bar, Council on Judicial Administration, *Judicial Selection Methods of the State of New York: A Guide to Understanding and Getting Involved in the Selection Process* (New York, 2014). יש לציין שבחלק מן הספרות, לרבות המפה שהוכנה בידי מרכז ברנן ובמאמר של Ash & McLeod, הנדון להלן, שיטת המינוי במדינת ניו יורק מוזהה כשיטה של מינוי בידי המושל בלבד.

הנשיא) אינו תופעה נדירה. בין השנים 1945 ועד היום, מתוך 49 כהונות של הקונגרס (המתחדש בכל שנתיים), ב־14 מהן הרוב בסנאט היה לעומתי לזהות המפלגתית של הנשיא. ואכן, מסיום מלחמת העולם השנייה ועד 2016, 13 מינויים מתוך 30 שאושרו (43%) נעשו במצב של סנאט לעומתי הדורש מו"מ ופשרה בין הצדדים.⁹ הפוליטיקה של הליכי המינוי מורכבת ותלויה בין היתר בנקודות מוצא, בראשן היווצרות צורך במינוי לאור פטירה או התפטרות של שופט/ת מכהנת/ת והיחסים שבין נשיאים לבין סנאטים לעומתיים. ניתוח סטטיסטי דורש אפוא בחינה של כלל הגורמים העשויים להשפיע, בחינה החורגת מגדר מסמך זה, אך קיימת בספרות.¹⁰

לצרכינו, די לציין כי בצד כישלונות במינוי, משיכת מינוי או היעדר קידום של התהליך (מנשיאותו של ניקסון ועד נשיאות ביידן ידועים חמישה מקרים כאלה, ועוד מקרה של מינוי בניסיון השני¹¹), לאור התנגדות הסנאט או שימוש בשיטת הפיליבסטר – משיכת הדיון עד תום המושב של הסנאט שבמהלכו הועלתה מועמדות לדיון – בתקופות שבהן נשיא אינו נהנה מרוב בסנאט, יכול להיווצר מצב שבו שופטים התומכים במפלגת הנשיא ממשיכים לכהן כל עוד הנשיא המכהן שייך למפלגה היריבה, עד היבחרו של נשיא התואם את עמדותיהם. הדוגמה האחרונה עד כה למהלך כזה היא מינויה של השופטת Ketanji Brown Jackson בשנת 2022 בידי הנשיא ביידן (מהמפלגה הדמוקרטית), במקומו של השופט Breyer, שמונה בשנת 1994 בידי הנשיא ביל קלינטון (מאותה מפלגה), שהתפטר מתפקידו לאחר חילופי הנשיאות, בהיותו בן 84. המינוי אושר בידי הסנאט, בו מחבריו תמכו במפלגה הדמוקרטית.¹²

נוסף על כך, התפתחה בארה"ב מוסכמה שלפיה לא ימונה שופט פדרלי אם קיימת התנגדות למינוי מטעם חברי הסנאט המייצגים את המדינה ממנה מגיע המועמד לשפיטה.¹³ מכל מקום, על שיטה זו קמה ביקורת, והישענות על מרכיב בודד בהיעדר יתר המרכיבים (בין היתר, חוקה כתובה קשיחה ביותר, פדרליזם, קיומם של שני בתי מחוקקים ותרבות משפטית לגליסטית בהרבה מזו בישראל) עושה עוול לרעיון של "השוואה". לעניין חשוב זה נידרש להלן.

- 9 ראו <https://bit.ly/3pe1OL7>.
- 10 ראו LEE EPSTEIN & JEFFREY A. SEGAL, ADVICE AND CONSENT: THE POLITICS OF JUDICIAL APPOINTMENTS (2007).
- 11 דחיית מועמדים: של Robert Bork בעת כהונת הנשיא רונלד רייגן; חזרה ממועמדות של Harreit Meyers והצלחה בסיבוב השני של מינוי John Roberts בתקופת נשיאותו של ג'ורג' ו' בוש; והפסקת התהליך למינויו של Merrick Garland בעת נשיאותו של ברק אובמה.
- 12 לדיון בנתונים אודות אופני הפעולה של הסנאט ראו למשל Scott Bomboy, *Presidents vs. Opposing Senates in Supreme Court Nominations*, NATIONAL CONSTITUTION CENTER (2016), <https://bit.ly/3pih0aa>. בהרכב של 49 מתוך 100 חברי הסנאט השתייכו למפלגה הדמוקרטית. ראו <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>.
- 13 להגדרה מילונית של המוסכמה הקרויה senatorial courtesy ראו <https://bit.ly/3NMEJcE>. לדיון במוסכמה ראו למשל Tonja Jacobi, *The Senatorial Courtesy Game: Explaining the Norm of Informal Vetow in Advice and Consent Nominations*, 30 LEGISLATIVE STUDIES QUARTERLY 193 (2005).

ג. הקושי הבסיסי בחילון מאפיין אחד (כאן, מינוי שופטים) מתוך כלל המערך החוקתי/משטרי מתוך מטרה להשוות לשיטה אחרת

חילון מרכיב אחד, שיטת המינויים, כפי שזו קיימת רק במערך הפדרלי של ארצות הברית, ואימוצו בישראל לוקה לא רק בהתעלמות מן המגוון של שיטות המינויים הקיימות בארה"ב. כל השוואה מחייבת הבחנה של מערך שלם של מרכיבים המשליך על תפקודם של שופטים ויכולתם לבקר בצורה עצמאית את פעילות הרשות המבצעת. ארצות הברית רחוקה מרחק רב ביותר מהשיטה הנקוטה בישראל (או זו המוצעת). זוהי מדינה עם משטר נשיאותי שבו לקונגרס ולנשיא יש מארג של איזונים ובלמים, בניגוד לשיטה המוחלטת של הממשלה בכנסת המאפיינת את המשטר הפרלמנטרי בישראל; ברמה הפדרלית, יש בארצות הברית שני בתי מחוקקים, מה שמוביל לקיומו של מערך בולם במקרים רבים; המבנה הפדרלי, המעניק למדינות כוח לעסוק בתחומים רבים (כולל חינוך, בריאות ושיטור) מוסיף נדבך חשוב למערך האיזונים והבלמים; חוקת ארה"ב הנוקשה מהווה אף היא הגנה מפני שררת השלטון, ובמערך הנוכחי חוקה זו איננה ניתנת דה־פקטו לשינוי או תיקון בשל דרישות הרוב הנדרשות לשינוי החוקה, ומשום כך כל מחשבה על שינוי השיטה נתקלת במחסום של אי־היתכנות, גם אם מבקרים של שיטת המינויים סבורים שיש להחליפה. אף אחד ממרכיבים אלה, המשליכים ישירות על הביקורת השיפוטית (כמו גם מאפיינים נוספים שאינם נדונים כאן) אינו קיים בישראל.

סיכום

הטענה שהועלתה לפיה מינוי כל השופטים בארה"ב מסור בידי הנשיא או בידי נבחרי ציבור היא מוטעית. הגיוון של דרכי המינוי של שופטים במדינות השונות והמעברים בין שיטה לשיטה רחוקים מאוד מההנחה שבכל הפדרציה של ארצות הברית יש דרך מינוי אחת. בנוסף, קיימת חובה לציין בצד שיטות המינוי את קיומם או היעדרם של מרכיבים נוספים המספקים בלמים לרשות המבצעת המרכזית, בלמים שאינם קיימים בהצעה לתיקון השיטה בישראל.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מרגית כהן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית

ד"ר יעל שומר, בית הספר למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים, אוניברסיטת תל אביב

שיטת מינוי השופטים בצרפת

הופץ במקור ביום 23.2.2023 כנייר עמדה מס' 16

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 של הקואליציה לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לצמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית על חקיקה ועל אקטים מנהליים, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה, ולפגיעה בזכויות אדם. **בנייר עמדה זה אנו בוחנים את שיטת מינוי השופטים בצרפת.**

בדיונים על הרפורמה במערכת המשפט, חברי הקואליציה נוהגים לבסס את טענותיהם על משפט משווה. כנגד ביקורות המומחים על התיקונים המוצעים, הם מפנים למנגנונים דומים שקיימים במשטרים דמוקרטיים מערביים, וביניהם צרפת. נייר זה סוקר את הדין בצרפת בנוגע למינוי שופטים ושמירה על עצמאותם. סקירה זו מובילה למסקנה, כי בניגוד לטענותיהם של מקדמי הרפורמה, נבחר ציבור בצרפת אינם שולטים במינוי רוב השופטים, וזאת כדי לשמור על מקצועיותם ועצמאותם של השופטים. עצמאות השופטים בצרפת מוגנת באמצעות מזעור מעורבותו של הדרג הפוליטי לא רק בהליכי מינוי, אלא גם בתהליכי קבלת החלטות בנוגע לקידום ושיפוט משמעותי של שופטים. בערכאות המיוחדות שבהן נבחר ציבור כן ממנים שופטים, מדובר בנבחר ציבור המכהנים בשלוש רשויות מובחנות היטב. מכאן, שבניגוד לשיטת המינוי המוצעת ברפורמה, בצרפת אין לאף רשות פוליטית שליטה מכריעה על המינויים. בנוסף, עצמאות הרשות השופטת מוגנת גם על פי דין האיחוד האירופי, המחייב את צרפת ומכפיף אותה לפיקוח של רשויות האיחוד.

נימוקי נייר העמדה

בתחילת ינואר 2023 הציג שר המשפטים החדש יריב לוין תוכנית לשינויים רבים ומרחיקי לכת במערכת המשפט: מגבלות על ביקורת שיפוטית על חקיקה ופסקת התגברות ברוב של 61 חברי הכנסת, ביטול עילת הסבירות, מינוי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה כמשרות אמון ושינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים (להלן: הרפורמה). בניירות עמדה אחרים,¹ חברי הפורום הסבירו מדוע הרפורמה תבטל למעשה את עצמאותה של הרשות השופטת, תכפיף אותה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים והמפלגתיים של הרשות המבצעת, תצמצם משמעותית את הביקורת השיפוטית על חקיקה

1 ראו בפרט החלק הראשון של אסופה זו.

ועל אקטים מנהליים, ותפגע במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ושל משרדי הממשלה.

בדיונים שהתקיימו בתקשורת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: ועדת החוקה) אודות מרכיבים שונים של הרפורמה, חברי הקואליציה ובמיוחד ח"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת החוקה, נוהגים לבסס את טענותיהם על משפט משווה. בתגובה לביקורת על תיקוני החקיקה שהם מציעים, מקדמי הרפורמה מפנים למנגנונים הדומים, לטענתם, לאלה המוצעים על ידיהם, שקיימים במשטרים דמוקרטיים מערביים, וביניהם צרפת. כך, באמצעות הפניה לכללי מינוי חברים במועצה החוקתית בצרפת (Conseil Constitutionnel) אשר בסמכותה לבחון את החוקתיות של חקיקה, טוענים מקדמי הרפורמה כי גם בצרפת שופטים נבחרים על ידי פוליטיקאים, וכי עובדה זו לא פוגעת בהגנה על זכויות אדם בצרפת.²

בנייר עמדה זה נראה כי טענות אלה של מקדמי הרפורמה ביחס לצרפת אינן נכונות. נסביר כי המינוי לרוב בתי המשפט בצרפת, לרבות בתי משפט העוסקים בביקורת שיפוטית על פעולות הרשויות הציבוריות, נעשה ללא מעורבות מהותית של נבחרי ציבור. זאת, על מנת להבטיח את עצמאותן של ערכאות השיפוט. רק במועצה החוקתית נבחרו ציבור ממנים שופטים, וכפי שיוסבר להלן מדובר בנבחרי ציבור משלושה מוסדות מובחנים היטב (נשיא הרפובליקה, ונשיאי שני בתי הפרלמנט: הסנאט והאסיפה הלאומית). לפיכך, בניגוד למועצת הרפורמה, אין לרשות המבצעת או המחוקקת בצרפת שליטה על המינויים בערכאות השיפוט של המדינה. כמו כן, המינוי למועצה החוקתית הוא לתקופה של 9 שנים ללא אפשרות חידוש, דבר שמאפשר לחברים במועצה לפעול באופן חופשי ועצמאי. לגבי שאר הערכאות, הקריטריונים העיקריים למינוי שופטים בצרפת הם מקצועיים, ומועמדים לשפיטה נבחרים על פי קריטריונים אלה במבחנים בכתב. נוסף על כללים אלה, כללים נוספים, כגון כלל האוסר על העברת שופט לתפקיד אחר ללא אישורו, נועדו להוסיף ולחזק את עצמאות השופטים. לערובות אלו לעצמאות השופטים על פי הדין הצרפתי מתווספות נורמות ופיקוח של האיחוד האירופי. הפרק הראשון להלן מציג בהרחבה את שיטת מינוי השופטים בצרפת. הפרק השני מתאר את המנגנונים הנוספים שנועדו לשמור על עצמאות השופטים מפני פוליטיקאים.

א. מינוי שופטים בצרפת

בצרפת מחולקות הערכאות במערכת המשפט לשלוש קטגוריות: ערכאות "שיפוטיות", ערכאות מנהליות והמועצה החוקתית. שיטת מינוי השופטים משתנה לפי סוג הערכאה (כפי שנפרט להלן). עם זאת, כמעט בכלול השיקולים הדומיננטיים הם מקצועיים. כפי שציין המומחה למשפט משווה, פרופ' מיריאן דמסקה, מערכת המשפט בצרפת פועלת במובנים רבים לפי מודל היררכי. במודל זה, מערכת המשפט היא בראש ובראשונה מוסד מקצועי המאורגן באופן היררכי, עם קריירות ארוכות טווח

2 למשל אצל עקיבא ביגמן "בדיקת עובדות לשמאל: הרפורמה של לוין תחזק את הדמוקרטיה" 14 עכשיו (5.1.2023), <https://bit.ly/3NMyTYM>, נכתב כי "בצרפת השופטים נבחרים על-ידי הנשיא וראשי בתי המחוקקים". כמו כן, עו"ד שמעון נטף, היועץ המשפטי של ח"כ שמחה רוטמן, ציין כי "בתי המשפט ב... צרפת... מגנים על זכויות אדם היטב, וזאת על אף שהם נבחרים באופן פוליטי מובהק".

שמעודדת התמחות.³ בהתאם, בצרפת התפקיד השיפוטי נתפס כקריירה שמתחילים לרוב מיד לאחר הלימודים, ולא כ"מקצוע שני" לאחר עיסוק בעריכת דין. הקריטריון העיקרי למינויים הוא הדירוג של המועמדים הצעירים לשפיטה באמצעות מבחני כניסה למוסדות ללימודי מקצוע השפיטה ודירוגם בסוף הלימודים. בנוסף, כדי לחזק את עצמאות השפיטה נעשו רפורמות כדי להפחית את השפעתם של שחקנים פוליטיים בהליך מינוי שופטים, וכפועל יוצא מכך, כיום אין לנבחרי ציבור או לסגל במשרד המשפטים תפקיד מהותי במינויים למרבית הערכאות.

1. הערכאות ה"שיפוטיות" ("juridictions de l'ordre judiciaire")⁴

קטגוריה זו כוללת בתי משפט פליליים, אזרחיים ומסחריים, ובתי משפט לענייני עבודה. מעל כל אלה, הערכאה העליונה היא ה־Cour de Cassation, שמטרתה לדון בערעורים בנוגע לפרשנות משפטית.⁵ ככלל, המינוי לערכאות "השיפוטיות" נעשה באמצעות בית הספר הלאומי לשפיטה (École Nationale de la Magistrature), הממוקם בעיר בורדו. כדי להתקבל לבית הספר, המועמד נדרש לעבור מבחן מקצועי ברמת קושי גבוהה ביותר (כשהחלקים בכתב הינם בעילום שם), וזאת לאחר שכבר השלים את לימודי המשפטים באוניברסיטה.⁶ מרגע הכניסה לבית הספר, הופכים תלמידיו לחלק משירות השפיטה ומקבלים שכר על לימודיהם.⁷

לגבי ערכאות מיוחדות עם התמחות ספציפית הכללים שונים. כך, השופטים בבתי משפט מסחריים אינם שופטים מקצועיים אלא אנשי עסקים, שנבחרים לתקופה קצרה על ידי אנשי עסקים אחרים,⁸ ובבתי משפט לענייני עבודה השופטים הם נציגים של עובדים ומעסיקים.⁹ עם זאת, גם מועמדים לבתי משפט לענייני עבודה ולבתי משפט מסחריים נבחרים על ידי מנהלי בית הספר לשפיטה, ובכל אופן, נבחר ציבור לא יהיו מעורבים במינויים.¹⁰ לעומת זאת, בית המשפט הפלילי הגבוה, ה־Cour d'Assises, ששופט את הפשעים החמורים ביותר, מורכב משישה אזרחים לצד שלושה שופטים מקצועיים – בדומה לחבר מושבעים.¹¹ בנוסף, קיימת ערכאה מיוחדת לשיפוט פלילי של חברי הממשלה (ראש הממשלה ושרים, לא נשיא הרפובליקה) בגין עבירות שבוצעו על ידיהם במהלך מילוי תפקידם, בהתאם לסעיפים 68-1 ו-68-2 לחוקה.¹² ערכאה זו מונה 15 שופטים: 3 שופטים מקצועיים ו-12 חברי פרלמנט, מתוכם 6 שנבחרים על ידי הסנאט ו-6 שנבחרים על ידי האסיפה הלאומית.¹³

MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 16–17, 19 (1986).	3
Bernard Beignier, Lionel Miniato & Roger Perrot, <i>Les Institutions Juridictionnelles</i> , LGDJ 105 (2022).	4
שם, בעמ' 170–192.	5
שם, בעמ' 265. כמו כן הוקם לאחרונה מסלול מקביל לגיוס תלמידים בעלי תארים מתקדמים במשפטים או בעלי ניסיון במשפטים.	6
שם, בעמ' 267.	7
שם, בעמ' 116, 118.	8
שם, בעמ' 128–129.	9
שם, בעמ' 267–268.	10
שם, בעמ' 155–156.	11
שם, בעמ' 165.	12
שם.	13

על המינוי הרשמי לשיפוט לאחר סיום הלימודים בבית הספר לשפיטה מופקד נשיא הרפובליקה לפי הצעתו של שר המשפטים. עם זאת, מעורבותם של הנשיא ושר המשפטים דקלרטיבית בלבד. הבחינה המהותית של כל מועמד נעשית באופן הבא: הבוגרים מדורגים ביציאתם מבית הספר לשפיטה לפי הישגיהם בלימודים, וכך, אותם בוגרים יכולים לבחור את המינוי שלהם בהתאם לדירוגם. רשימת המינויים המוצעים עוברת למועצה העליונה לשפיטה (Conseil Supérieur de la Magistrature) אשר יכולה להתנגד למינויים.¹⁴ מועצה זו מורכבת מחמישה שופטים, שופט אחד ממועצת המדינה (ערכאה מנהלית המתוארת להלן), תובע, עורך דין, ו-6 אזרחים שאינם נבחרים או שופטים, שנבחרים על ידי נשיא הרפובליקה, נשיא הסנאט ונשיא האסיפה הלאומית (כל אחד בוחר שניים).¹⁵ בעבר, יו"ר וסגן יו"ר המועצה היו נשיא הרפובליקה ושר המשפטים, אך במטרה לחזק את עצמאות השפיטה, בשנת 2008 תוקנה החוקה כדי שהיו"ר בענייני מינוי (וגם משמעת) יהיה הנשיא הראשי של ה- Cour de Cassation.¹⁶

2. הערכאות המנהליות¹⁷

לערכאות המנהליות סמכות שיפוט בסכסוכים בין אזרחים לרשויות ציבוריות, ונדונות בהן עתירות לביטול החלטות של הרשויות. הערכאות המנהליות הוקמו באמצע המאה ה-19 כחלק מהרשות המבצעת, אולם כיום הן נחשבות לחלק מהרשות השופטת. בהקשר זה חשובה החלטה מיום 22.7.1980 של המועצה החוקתית, הערכאה המופקדת על בחינה של חוקתיותם של חוקים, עליה נפרט בהרחבה בהמשך, לפיה עצמאותן של הערכאות המנהליות מוגנת חוקתית.¹⁸ המשמעות של מוגנות חוקתית זו היא כי לא ניתן לפגוע בעצמאות השיפוטית באמצעות חקיקה או החלטה מנהלית. השופטים בערכאות המנהליות הם בוגרים של בית הספר הלאומי לשירות הציבורי.¹⁹ בשונה מבית הספר לשפיטה שתואר לעיל, בית הספר לשירות הציבורי לא מתמחה בחינוך שופטים בערכאות מנהליות, אלא מחנך את סגל המועמדים העתידיים לאיוש כל המשרות הניהוליות בשירות הציבורי. עם זאת, בדומה לבית הספר לשפיטה, גם הקבלה לבית ספר זה היא על פי מבחן.²⁰ נוסף על כך קיימים מסלולי כניסה ישירים לשפיטה מנהלית, אולם גם הם מותנים במבחני קבלה מקצועיים.²¹ הערכאה העליונה בין הערכאות המנהליות היא מועצת המדינה: Conseil d'État. מועצת המדינה היא ערכאה היברידית, המשלבת סמכויות שיפוטיות וסמכויות השתתפות בהליך החקיקה. ערכאה זו משמשת כערכאת ערעור על בתי המשפט המנהליים הנמוכים יותר, ובמקרים מיוחדים גם כערכאה ראשונה. בנוסף, היא גם ממלאת תפקיד מייעץ לרשות המבצעת והמחוקקת. במסגרת האחרונה, מועברות למועצת המדינה הצעות חוק וצווים, והמועצה מתבקשת לחוות את דעתה (הלא מחייבת)

14 שם, בעמ' 271.

15 Constitution du 4 Octobre 1958, ס' 62.

16 שם; <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/le-csm/composition-et-organisation>.

17 Beignier, Miniato & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 193–229.

18 שם, בעמ' 194, בהפניה ל-JCP G 1981 II.19603.

19 שם, בעמ' 210.

20 <https://insp.gouv.fr/concours>.

21 Beignier, Miniato & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 272–273.

לגבי חוקיותם ורציותם. כמו כן, בסמכותה להסב את תשומת ליבן של הרשויות המבצעת והמחוקקת לצורך בתיקוני חקיקה או רגולציה רצויה אחרת.²² מועצת המדינה מורכבת מחברים "בשירות רגיל" דהיינו חברים קבועים, וחברים חיצוניים שמתמנים לתקופה של 5 שנים.²³ החברים החיצוניים מתמנים על ידי הממשלה, אך הם לא משתתפים בהרכבי שפיטה, אלא רק בתפקידים המייעצים של המועצה.²⁴ כיום מכהנים במועצה כ-230 חברים (members). מרבית החברים בשירות הרגיל במועצה הם בוגרי בית הספר הלאומי לשירות ציבורי.²⁵ בתוך המועצה תפקידים רבים עם דרגות שונות.²⁶ המינוי הרשמי לתפקידים הבכירים במועצה נעשה על ידי הממשלה, בהמלצת שר המשפטים.²⁷ אולם בפועל אין לרשות המבצעת שיקול דעת במינויים אלו. על פי החקיקה, המועמדים לכל דרג נבחרים מתוך השופטים בדרג הקודם, ומתוך שופטים בערכאות הנמוכות יותר בין הערכאות המנהליות. בנוסף, את רשימת המועמדים לקידום עורכים השופטים בתפקידים הבכירים ביותר במועצת המדינה.²⁸ בפועל, נוצר מנהג שלפיו הרשימה נערכת רק לפי עקרון הוותק, וזאת כדי לשמור על עצמאות השופטים.

3. המועצה החוקתית

המועצה החוקתית היא הערכאה השיפוטית העליונה בצרפת.²⁹ תפקידה העיקרי הוא בחינה של חוקתיות החוקים. היא בודקת את חוקתיותן של הצעות חוק אשר נוגעות לעניינים חוקתיים ושל כל הצעת חוק המופנית אליה על ידי הנשיא, ראש הממשלה, נשיא הסנאט, נשיא האסיפה הלאומית, 60 סנטורים, או 60 חברי האסיפה הלאומית, וזאת לפני פרסומן ברשומות.³⁰ בנוסף, מאז 2010, בעקבות תיקון לחוקה משנת 2008, המועצה בוחנת גם את חוקתיותם של חוקים לאחר שנחקקו כדי לבחון אם הם פוגעים בזכות חוקתית, בעקבות פניות מה-Conseil d'Etat או ה-Cour de Cassation. המועצה החוקתית מהווה גם ערכאת דיון בסכסוכים בנוגע לבחירות ולמשאלי עם. לבסוף, לערכאה זו יש תפקיד מייעץ לנשיא המדינה במסגרת החלטות שהוא מקבל במצבי חירום.³¹ המועצה החוקתית מורכבת מתשעה חברים אשר ממונים לתשע שנים. בכל שלוש שנים מתחדש הרכבה של המועצה בשליש (שלושה חברי מועצה). נשיא הרפובליקה ונשיאי שני בתי הפרלמנט, האסיפה הלאומית והסנאט, ממנים כל אחד, כל שלוש שנים, חבר אחד במועצה. כהונת החברים לא

שם, בעמ' 196 ; L. 112-3 du Code de Justice Administrative	22
Beignier, Miniato & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 200.	23
שם, בעמ' 269.	24
https://www.vie-publique.fr/fiches/19601-comment-les-membres-du-conseil-detat-sont-ils-recrutes	25
Beignier, Miniato, ראו מהם, וכללי המינוי לכל אחד מהם, & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 201-200 ; Code de Justice Administrative, ס' L.121.1-L.122-3, L.133.1-L.133.8.	26
שם, ס' L.133.1-L.133.8.	27
שם.	28
Constitution du 4 Octobre 1958, ס' 62.	29
שם, ס' 60.	30
Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 36ème éd., LGDJ 2022-2023 909-927.	31

ניתנת לחידוש. נשיאי צרפת לשעבר חברים באופן אוטומטי במועצה החוקתית, ללא הגבלת זמן. כיום לא מכהנים נשיאים לשעבר במועצה החוקתית, עקב פרישתם מרצון מתפקיד זה של ניקולה סרקוזי ופרנסואה הולנד.³² מאז התיקון לחוקה מיום 23 ביולי 2008, ועדה פרלמנטרית בכל אחד מהמוסדות הממנים את חברי המועצה (האסיפה הלאומית והסנאט) יכולה לחסום את מינויו של מועמד אשר נבחר על ידי הנשיא של אותו מוסד, או שנבחר על ידי נשיא צרפת, ברוב של שלוש חמישיות מהקולות בוועדה.³³ מן האמור לעיל עולה כי הסמכות למנות חברים במועצה מבוזרת מאוד בין שלושה מוסדות ובין מקבלי החלטות שונים בתוך שניים מהם (האסיפה הלאומית והסנאט). מסקנה זו לגבי ביזור הסמכויות נכונה ביתר שאת לאור הפרדת הרשויות החזקה עד מאוד הקיימת בצרפת. כאמור, הרשות המחוקקת מורכבת משני בתים: האסיפה הלאומית (Assemblée Nationale) היא הבית התחתון של הפרלמנט, המונה 577 נבחרים הממונים לתקופה של 5 שנים, כשכל אחד מייצג איזור גיאוגרפי נתון; והבית העליון, הסנאט (Sénat), שבו מכהנים 348 סנאטורים הממונים לתקופה של 6 שנים, חלק על ידי רשויות מקומיות וחלק על ידי אזרחים צרפתים השוהים מחוץ לצרפת.³⁴ בראש הרשות המבצעת עומדים נשיא הרפובליקה וראש הממשלה, שמחלקים את סמכויות ביניהם.³⁵ הנשיא נבחר בבחירות ייעודיות לתקופה של 5 שנים, עם הגבלה לשתי כהונות. הנשיא ממנה את ראש הממשלה ושאר השרים (בהמלצת ראש הממשלה).³⁶

ב. ערובות נוספות לעצמאות שיפוטית

נוסף על הכללים בנוגע למינוי שופטים לערכאות שנסקרו לעיל, כללים נוספים נועדו לחזק את עצמאותם של שופטים בצרפת. ראשית, הן בערכאות "השיפוטיות" והן בערכאות המנהליות קיים איסור להעביר שופט לתפקיד שיפוטי חדש ללא הסכמתו.³⁷ שנית, בערכאות "השיפוטיות" (juridictions de l'ordre judiciaire), הקידום נעשה לפי ותק ועל פי החלטה של ועדת קידום (commission d'avancement), המורכבת משופטים שנבחרו לייצג את חבריהם בערכאות השונות. זאת, במטרה לאפשר את עצמאותה של הוועדה מתלות במשרד המשפטים, כאשר למשרד יש נציג אחד בלבד מתוך 17 חברים בוועדת קידום זו.³⁸ באופן דומה, כפי שנכתב לעיל, הוותק הוא הקריטריון הבלעדי לקידום במועצת המדינה.³⁹ לגבי שאר הערכאות המנהליות, קיימת שיטת קידום הדומה לזו של הערכאות "השיפוטיות", דהיינו, שיקולים של ותק לצד בחינה על ידי ועדת קידום, המורכבת בעיקר משופטים.⁴⁰

32 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/statut-des-membres>. הוגשו מספר הצעות לתיקון החוקה כדי לבטל את הכהונה האוטומטית של נשיאים לשעבר במועצה החוקתית. ראו Beignier, Miniato & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 904–905.

33 שם, בעמ' 899–900.

34 Constitution du 4 Octobre 1958, ס' 24–25; Code Electoral, ס' 121 L.O, 275 L.O.

35 Gicquel et Gicquel, לעיל ה"ש 31, בעמ' 673.

36 Constitution du 4 Octobre 1958, ס' 5, 8.

37 Beignier, Miniato & Perrot, לעיל ה"ש 4, בעמ' 274–277.

38 שם, בעמ' 281.

39 <https://bit.ly/3LHDZD8>.

40 Code de Justice Administrative, ס' 234-7–L.234-2.

האחריות לשיפוט משמעותי של שופטים בצרפת מסורה לגופים שרוב חבריהם הם שופטים או משפטים. בנוגע לשופטים בערכאות "השיפוטיות", מדובר במועצה העליונה לשיפוט (Conseil Supérieur de la Magistrature). בנוגע לשופטים בערכאות המנהליות הנמוכות, מדובר במועצה העליונה לבתי משפט מנהליים ולערעור מנהלי (Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel). על עבירות משמעת קלות, השיפוט המשמעותי של חברים במועצת המדינה (Conseil d'État) נעשה על ידי הנהלת המועצה. לגבי עבירות משמעת חמורות, אחראי למשמעת הגורם הממנה הרלוונטי לכל דרגה, אשר "נכנס לתמונה" לאחר בחינת המקרה על ידי ועדה פנימית למועצה (Commission Supérieure du Conseil d'État) אשר רוב חבריה הם שופטים במועצה שנבחרו על ידי עמיתיהם.⁴¹

זאת ועוד, כחברה באיחוד האירופי, צרפת מחויבת לציית לנורמות של האיחוד, כפי שאלה מפורשות על ידי בית המשפט של האיחוד האירופי (Court of Justice of the European Union). בנוסף, כחברה במועצת אירופה ובאמנה האירופית לזכויות האדם, צרפת כפופה לפסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות האדם (European Court of Human Rights). עצמאות שיפוטית היא ערך מרכזי עבור שני בתי משפט אלו.

בית המשפט של האיחוד האירופי, עיגן את הערך של עצמאות הרשות השופטת בפסק הדין *ASJP*, אשר עסק בהפחתה זמנית של שכר השופטים בפורטוגל.⁴² בפסק הדין, נסמך בית המשפט של האיחוד על סעיף 19(1) ל-*Treaty on the European Union* (TEU). לפי סעיף זה, המדינות מתחייבות לספק סעדים, אשר יבטיחו הגנה משפטית אפקטיבית על משפט איחוד אירופה. חובתן של מדינות האיחוד לכבד את העצמאות השיפוטית במדינותיהן נתפסת כעניין מוסדי, הנובע גם מעקרון שלטון החוק המעוגן בסעיף 2 ל-*TEU* ולא רק בבחינת זכות אדם אינדיבידואלית. בפסק הדין דחה בית המשפט את הטענה כי מינוי, ניהול וארגון של בתי המשפט המדינתיים הוא עניין פנימי שנותן בריבונותן הבלעדית של המדינות. למרות שבאותו פסק דין לא נקבע בסופו של דבר כי הפחתת שכרם של השופטים היא פגיעה בעצמאותם (לאור הכללת הפחתת שכר זו במסגרת ההפחתה החלה על כל השירות הציבורי), בית המשפט קבע שבמקרים של הפחתת שכר שופטים יש לבחון כל מקרה לגופו ולקבוע את חוקתיות הפחתת השכר באמצעות שאלות, דוגמת אם אמצעים אלה ייחודיים לשופטים, אם הם נדרשים כדי לקדם אינטרס ציבורי חשוב והאם ניתן לייחס להם החלשה של העצמאות השיפוטית.

בנוסף, לאחרונה פסק בית המשפט של האיחוד כי חובת המדינות החברות בו לשמור על עצמאותה של הרשות השופטת היא חובה מתמשכת, ואסר על המדינות לאמץ חקיקה חדשה שיש בה כדי לחתור תחת עצמאות הרשות השופטת או להסיגה לאחור.⁴³ בשורת פסקי דין הבוחנים רפורמות במערכת המשפט בפולין, בית המשפט שלל את טענתה של פולין כי כל מדינה רשאית לפרש את עקרון העצמאות השיפוטית באופן שונה,⁴⁴ וקבע כי תנאי הכרחי לעצמאות שיפוטית הוא כיבוד עקרון

41 L.132-Code de Justice Administrative; 292–285 בעמ' 4, לעיל ה"ש 4, Beignier, Miniato & Perrot 1.

42 Case C-64/16 Associacao Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP), 27 February 2017.

43 Case C-896/19 Rebublika, 20 April 2021, paras. 64–65.

44 Case C-791/19 Commission v. Poland.

הקביעות של שופטים.⁴⁵ בנוסף, בית המשפט אסר על המדינות לפעול באופן שיש בו הפעלת לחצים פוליטיים על שופטים או פגיעה במשך כהונתם, ואסר על הדחתם.⁴⁶ הלכות דומות נקבעו על ידי בית הדין האירופי לזכויות האדם.⁴⁷

הציות של צרפת וכל אחת מהמדינות החברות באיחוד האירופי לנורמות האיחוד, הנזכרות לעיל, נמצא תחת פיקוחה של נציבות האיחוד האירופי, אשר יכולה להגיש תביעה לבית המשפט של האיחוד נגד מדינה מפרה.⁴⁸ בנוסף, עניינם של אזרחי המדינות החברות באיחוד, יכול להיות מופנה מבתי המשפט המדינתיים לבית המשפט של האיחוד האירופי.⁴⁹ לבסוף, במקרים חריגים, כאשר קיים חשש להפרה משמעותית של ערכי האיחוד האירופי, הקבועים בסעיף 2 לאמנת האיחוד, לרבות עצמאות שיפוטית, יכולים המוסדות הפוליטיים של האיחוד האירופי להשהות את זכויותיה של המדינה המפרה כחברה באיחוד, לרבות זכויות הצבעה ברשויות האיחוד.⁵⁰ לפני השהיית זכויותיה, ניתנת למדינה זכות תגובה, והיא עשויה לקבל אזהרות והמלצות בנוגע לתיקון המצב. הליכים מסוג זה הופעלו נגד פולין בתגובה לרפורמות במדינה אשר החלישו את עצמאות הרשות השופטת.⁵¹ לאחרונה אף התקבלה חקיקה באיחוד האירופי המאפשרת להתנות הענקת כספים למדינה המפרה את ערכי סעיף 2 לאמנת האיחוד עד להפסקת ההפרות.⁵² אמצעים כאלו ננקטו נגד הונגריה, בתגובה לרפורמות במדינה אשר פגעו בעקרון שלטון החוק.⁵³

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר מיטל גלבוש, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' איריס קנאור, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

45. Case C-619/18 Commission v. Poland

46. Case C-258/18 A.K. (Independence of the Disciplinary Chamber), 24 June 2019

47. Gumenyuk v. Ukraine, Application no. 11423/19, ECtHR 22 July 2021

48. Treaty on the Functioning of the European Union, ס' 258.

49. שם, ס' 267.

50. שם, ס' 7.

51. תיאור ההליכים נמצא בכתובת <https://bit.ly/3phcGb6>.

52. Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a General Regime of Conditionality for the Protection of the Union Budget, <https://bit.ly/41hSLpP>.

53. Rule of Law Conditionality Mechanism: Council Decides to Suspend €6.3 Billion Given Only Partial Remedial Action by Hungary – Consilium (europa.eu), <https://bit.ly/3VIVabY>.

מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד

הופץ במקור ביום 15.4.2023 כנייר עמדה מס' 43

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 ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את השאלה האם אכן, כפי שנטען על ידי תומכי "הרפורמה", בניו-זילנד ההחלטה בדבר מינוי שופט לבית המשפט העליון נמצאת לחלוטין בידי גורמים פוליטיים מקרב המפלגות שבשלטון.

אנו מוצאים כי:

הטענה לפיה הליך מינוי שופטי בית המשפט העליון הניו-זילנדי נשלט לחלוטין על ידי גורמים פוליטיים, לא כל שכן כאלו המזוהים עם מפלגות הקואליציה, הינה שגויה ומטעה.

נימוקי נייר העמדה

א. מבוא

בשיח הציבורי העכשווי בישראל נשמעת הטענה לפיה ניו-זילנד היא מדינה שבה שופטי בית המשפט העליון ממונים על ידי גורמים פוליטיים מקרב המפלגות שבשלטון בלבד. תיאור זה מוצג בעיקר על ידי התומכים בשינוי הליך מינוי השופטים בישראל, באופן שיחליש את השפעת גורמי המקצוע (שופטי בית המשפט העליון וחברי לשכת עורכי הדין), ובפועל יעניק לגורמים פוליטיים המזוהים עם הקואליציה שליטה מוחלטת על זהות האנשים שימונו לשיפוט.¹ והרי שההליך בניו-זילנד, לו תיאור

1 ראש הממשלה בנימין נתניהו (הצהרה לתקשורת 23.3.2023) ("בכל הדמוקרטיות... נבחרו הציבור הם אלה שבחרים שופטים. כמעט אין לזה יוצאי מהכלל, בודדים. אז... ניו זילנד היא לא דמוקרטיה?... המשפטן הידוע פרופ' אלן דרשוביץ מאוניברסיטת הרווארד, שאגב מתנגד לחלקים ברפורמה, אמר שאם הרפורמה תעבור במתכונתה הקודמת, לפני 'הריכוך', אז ישראל לא תהיה דיקטטורה, היא תהיה דומה לניו זילנד... זה לא קץ הדמוקרטיה, זה חיזוק הדמוקרטיה"); מערכת דיומא "פסיקתא – תזכיר חוק-יסוד: השפיטה [תיקון – רפורמה במשפט]" [דיומא (11.1.2023) <https://dyoma.co.il/law/1600> ("לשיטה של בחירה בלעדית בידי נבחרו ציבור של שופטי הערכאה החוקתית העליונה שותפה [בין היתר]... ניו זילנד"); מערכת 103FM "חיים רמון: בניו זילנד נבחרו הציבור ממנים את כל השופטים, ובית המשפט לא יכול להתערב" ערוץ 7 (24.1.2023) www.inn.co.il/news/589994; חיים רמון (@ramonhaim) שרשור בטוויטר <https://twitter.com/ramonhaim/status/1591577054776287232> (01:41, 13.11.2022) ("בניו

לעיל אכן היה נכון, היה מספק לכאורה תימוכין לכך שאין לחשוש מפני אימוץ הליך מינוי שופטים כגון זה המקודם כעת בישראל. הצרה היא, כמפורט להלן, שהתיאור האמור שגוי בעליל, לוקה בחסר ומטעה, בהיותו נסמך רק על חלק מהדינים הרלוונטיים הקיימים, ובהיותו סובל מהיעדר הבנה אקוטית של התרבות המשפטית והפוליטית בניו-זילנד. לאחר מילון מונחים קצר יסקור נייר זה את הליך מינוי השופטים בניו זילנד.

ב. מילון מונחים קצר

בטרם ניתן יהיה להציג כראוי את ההליך למינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד (כפי שהוא מתנהל לאמיתו של דבר), נדרש לספק תחילה מילון מונחים קצר, במטרה לחזק את מידת ההבנה ביחס לרכיבי הדין והתרבות הניו-זילנדיים הרלוונטיים.

בית המשפט העליון הניו-זילנדי: בית המשפט הבכיר ביותר וערכאת הערעור האחרונה במערכת המשפט הניו-זילנדית. הוקם ב-2004. קודם להקמתו, ערכאת הערעור העליונה בתוך ניו-זילנד הייתה בית המשפט לערעורים של ניו-זילנד, אך על פסיקותיו ניתן היה לערער בפני ערכאה עליונה בבריטניה (ל-Judicial Committee of the Privy Council). לעומת זאת, כיום בית המשפט העליון הניו-זילנדי דן בערעורים על פסיקות בית המשפט לערעורים, והאפשרות לערער ל-Privy Council בוטלה.² הסדרי הדין היסודיים בנוגע לבית המשפט העליון הניו-זילנדי מעוגנים כיום בעיקר ב-Senior Courts Act 2016, אשר ביטל והחליף את ה-Supreme Court Act 2003 שמכוחו הוקם בית המשפט העליון ב-2003.³ בית משפט זה מורכב מנשיא.ה וחמישה שופטים.ות, אם כי בתחילת דרכו הוא כלל רק ארבע שופטים ונשיא.⁴

נוהג חוקתי: פרקטיקה של גורמי שלטון (בעיקר מקרב הרשות המבצעת או המחוקקת) שהתקבעה לכדי נורמה אשר מצופה מגורמים אלו לנהוג לאורה אף במקרים שבהם הדבר יהיה בניגוד לאינטרסים הפוליטיים שלהם.⁵ בבריטניה, כמו גם בכמה מדינות נוספות, וביניהן ניו-זילנד וקנדה, נוהגים חוקתיים מהווים רכיבי בסיס במסד החוקתי של המדינה.⁶ סיכם זאת בית המשפט העליון הקנדי, "במשוואה

זילנד אין לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה ואפילו אין חוקה, ועדיין שר המשפטים בוחר את השופטים וראש הממשלה את נשיא בית המשפט העליון. מינוי קואליציה (קרמניצר מן הסתם סבור שניו זילנד היא דיקטטורה מהותית) ("ניסים סלמה (@NissimSlama) "סוף הדמוקרטיה בניו זילנד" יוטיוב (8.2.2023) <https://www.youtube.com/watch?v=rT0iJTvf07k>. כמו כן ראו את המקורות המובאים להלן בה"ש 23. DUNCAN WEBB ET AL., THE NEW ZEALAND LEGAL SYSTEM: STRUCTURES AND PROCESSES 260 (5th ed. 2010). 2
Supreme Court Act 2003 (N.Z.), repealed on 1 March 2017 by Senior Courts Act 2016, s 182(3) (N.Z.). 3
Benjamin Suter, *Appointment, Discipline and Removal of Judges: A Comparison of the Swiss and New Zealand Judiciaries*, 46 VUWLR 271, 290 (2015). 4
Brian Galligan & Scott Brenton, *Constitutional Conventions*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS 8, 8–9 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015). 5
שם, בעמ' 9. 6

[הבאה]: נוהגים חוקתיים פלוס חיקוקים חוקתיים שווה למכלול חוקתה של הארץ.⁷ ככלל, במדינות האמורות נוהגים חוקתיים אינם אכיפים שיפוטית, וחלף לכך הציות להם נובע בעיקרו מקיומה של ציפייה ציבורית חזקה כי הגורם השלטוני הרלוונטי אכן יציית להם.⁸ לאור מאפיין זה, מתבונן מבחוץ (כגון אדם הרגיל לתרבות המשפטית והפוליטית הישראלית) עלול להמעיט בכוח, בהשפעה ובחשיבות שיש הלכה למעשה לנוהגים חוקתיים במערכות המשפט הללו.⁹ אך הערכת חסר שכזו תהייה שגויה, שכן אף מבלי לגמד את העובדה שנוהגים חוקתיים עלולים לעיתים להיות מופרים או אף לפוג מהעולם, הרי שהציות לנוהגים חוקתיים רבים הוא מרשים ביותר, לרבות במקרים שבהם הפרת הנוהג יכולה לשרת אינטרסים פוליטיים נקודתיים חזקים.¹⁰ כפי שציין מלומד המשפט החוקתי האנגלי, הקלאסי, A.V. Dicey: "[במציאות] נוהגים חוקתיים... מכובדים באותה המידה כמו רוב החיקוקים, ואף יותר מהרבה מהם".¹¹ אכן, כאשר מקוננים בשיח הישראלי על כך שאצלנו נעדרת התופעה, הקיימת במדינות מסוימות אחרות, שלפיה משרתי ציבור נמנעים מביצוע מעשים לא ראויים מסוימים פשוט מפאת קיומה של תרבות משפטית ופוליטית הרואה בביצוע מעשה מסוג זה כדבר שאין לעשותו ("it is not done"), הרי שבעצם מתכוונים לכך שבמדינות הללו – וביניהן כאמור ניו-זילנד – קיימת תרבות נורמטיבית (משפטית ופוליטית) המייחסת משקל רציני ואמיתי לנוהגים חוקתיים.¹²

- 7 Re: Resolution to amend the Constitution, [1981] S.C.R. 753, 883–884 (Can. Man.) ("The foregoing may perhaps be summarized in an equation: constitutional conventions plus constitutional law equal the total constitution of the country")
- 8 Galligan & Brenton, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8 ("conventions are basic political rules affecting the structure and powers of government that are not enforceable in courts of law")
- 9 ראו לדוגמה את המקורות המובאים להלן בה"ש 23.
- 10 ADAM TOMKINS, PUBLIC LAW 11 (2003) ("a constitutional convention is...nonetheless binding [even though it]... is not enforceable by a court")
- 11 A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 435–436 (8th ed. 1915) ("Still the conventional rules of the constitution... are... respected quite as much as most statutory enactments, and more than many")
- 12 IAN KILLEY, CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN AUSTRALIA 47 (2014) ("Conventions generally operate to limit the exercise of particular powers by requiring particular actions to be taken or avoided in particular circumstances. However, some conventions also concern, not only what is to be done, or not done, but who is to do it")
- התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, פס' 45 לפסק דינו של השופט מ' חשין (2003); בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עריית רמת-השרון, פ"ד סו(3) 135, פס' א' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2013) ("האנגלים מכירים בביטוי it is not done, ישנם דברים שאינם מן המידה, שבחברה מתוקנת וממשל מתוקן לא ייעשו... אלא שהתרבות השלטונית והציבורית בישראל לא התפתחה בדרך זו, ומה שנראה לאדם הגון מן היישוב שעה שהתמונה נפרשת לפניו, אינו בהכרח התוצר הישראלי המצוי בעידננו. אין הדברים באים כדי לקטרג בלבד, אלא גם כדי להסביר מדוע הגענו בלית ברירה לתוצאת פסק הדין, אחר שהמערכת הפוליטית כפתה עלינו החלטה זו, במחדליה שלה"); בג"ץ 2592/20 התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 6.5.2020) ("בימים של פעם, השאלה שאנו נאלצים לדרון בה מן הסתם לא הייתה מגיעה לפתחנו. אלה היו הנורמות הציבוריות, נורמות של it is not done, כך, חלק ופשוט. אך נורמות ציבוריות ותרבות פוליטית של פעם, אינן כשל ימינו שלנו. צא ולמד על עומק השינוי שעבר על החברה הישראלית ועל התרבות השלטונית"); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 369 (2004).

New-Zealand Attorney General: המשפטן הבכיר ביותר במערכת הציבורית בניו-זילנד. מדובר בפוליטיקאי החבר בממשלה. משמע, מדובר במעין המקביל הניו-זילנדי לשר המשפטים. לפיכך, להלן, לצורכי נוחות, יכונה מכאן והלאה בעל תפקיד זה כ"שר המשפטים הניו-זילנדי". אם כי בשונה מהמצב בישראל, מחד נדרש שהוא יהיה משפטן, ומאידך הוא מחזיק גם בחלק מהסמכויות שבישראל נמצאות בידי היועץ המשפטי לממשלה.¹³

New-Zealand Solicitor General: המשפטן השני הכי הבכיר במערכת הציבורית בניו-זילנד. בניגוד להסדר הקיים ביחס לשר המשפטים הניו-זילנדי, בנוגע ל-New-Zealand Solicitor General קיים נוהג חוקתי שלפיו מדובר בתפקיד א-פוליטי, אליו יש למנות אדם על סמך כישוריו המקצועיים ולא על סמך קשריו המפלגתיים או עמדותיו הפוליטיות.¹⁴ על פי ס' 9A ל-Constitution Act 1986, גורם זה מוסמך לבצע כל תפקיד אשר מוסמך לבצע על פי דין שר המשפטים הניו-זילנדי.¹⁵ כאשר בפועל, מתוקף היותו א-פוליטי, הוא אחראי על כלל הנושאים שבהם אין זה ראוי שתהיה נגיעה לגורם פוליטי, כגון על פעילות התביעה הפלילית בניו-זילנד.¹⁶ לפיכך, ניתן לומר שמדובר במעין המקביל הניו-זילנדי ליועץ המשפטי לממשלה, או למצער לפרקליט המדינה; בהתאם, לצורכי נוחות, להלן יכונה בעל תפקיד זה כ"פרקליט המדינה הניו-זילנדי". ראשיתו של הנוהג החוקתי שלפיו על משרת פרקליט המדינה הניו-זילנדי להיות א-פוליטית הינה עוד ב-1876, ועדות חזקה לקיומו לאורך השנים הרבות מאז ניתן למצוא בכך שזמן הכהונה של פרקליטי המדינה בניו-זילנד נוטה להיות ארוך יותר מ-, ולא בהכרח חופף ל-, זמן הכהונה של ממשלות.¹⁷ כדי לסייע להבטיח שאופייה הא-פוליטי של משרה זו אכן ישמר על אף העובדה שמבחינה פורמלית הסמכות למנות פרקליט מדינה נמצאת בידי שר המשפטים, נהוגה כיום פרקטיקה שלפיה על ניהול הליך איתור המועמדים לתפקיד פרקליט מדינה אחראי ה-State Services Commissioner (המקביל הניו-זילנדי לנציב שירות המדינה) שהוא בעצמו בעל תפקיד א-פוליטי באופיו.¹⁸

Governor-General of New Zealand: נציג המונרך של ניו-זילנד במדינה (משמע, של הכתר הבריטי) (להלן: המושל הכללי). מאז 1967, מקובל שהמלך. כה ממנה לתפקיד המושל הכללי את

- 13 ראו Geoffrey Palmer, *Law, Te ARA – The Encyclopedia of New-Zealand* 6 (2012), <https://teara.govt.nz/en/law/page-6>.
- 14 שם.
- 15 "The Solicitor-General may perform a function or duty imposed, or exercise a power conferred, on the Attorney-General" Constitution Act 1986, s 9A (N.Z.).
- 16 *Law Officers of the Crown*, CROWN LAW (2016), <https://www.crownlaw.govt.nz/about-us/law-officers/> ("By statute the Solicitor-General can exercise almost all of the statutory functions conferred on the Attorney-General. As the non-political Law Officer, the Solicitor-General has traditionally assumed responsibility for the exercise of those functions that should be undertaken independently of the political process").
- 17 John McGrath, *Principles for Sharing Law Officer Power: The Role of the Solicitor-General*, 18 NZULR 197, 201 (1998).
- 18 *Appointment of Solicitor-General*, BEEHIVE.GOV.T.NZ (Aug. 8, 2006), <https://www.beehive.govt.nz/release/appointment-solicitor-general-0> ("The State Services Commissioner was asked to manage the recruitment process in order to ensure a merit-based and professional process").

האדם שעל מינויו למשרה זו המליץ. צה ראש ממשלת ניו-זילנד.¹⁹ זאת ועוד, מאז סוף שנות ה-70 לכל המאוחר, השתרש נוהג חוקתי שלפיו על ראש ממשלת ניו-זילנד להיוועץ עם ראש האופוזיציה בטרם יבחר את מועמדו לתפקיד, וזאת במטרה להבטיח תמיכה ציבורית רחבה במינוי ואת אופייה הא-פוליטי של המשרה.²⁰ החקיקה בניו-זילנד מעניקה למושל הכללי שלל סמכויות. עם זאת, בנוגע לרוב רובן של סמכויות אלו קיים נוהג חוקתי שלפיו עליו פשוט לפעול בהתאם להמלצות הגורם הנבחר הרלוונטי, וכפועל יוצא מנוהג חוקתי זה מרבית סמכויותיו של המושל הכללי הינן בפועל סימבוליות בלבד.²¹ משמע, ניתן לראות בו כמעין המקביל הניו-זילנדי לנשיא המדינה בישראל.

ג. הליך מינוי שופטים לבית המשפט העליון הניו-זילנדי

סעיפים 94–99 ל-Senior Courts Act 2016 קובעים את תנאי הסף הפורמליים הנדרשים להתקיים באדם לצורך מינויו לתפקיד שופט בבית המשפט העליון הניו-זילנדי, כמו גם לצורך מינוי למשרת נשיא בית משפט זה. באשר לזהות הגורם שבידו הסמכות למנות את השופטים, ס' 100 לחוק האמור קובע כך:

100. Judges appointed by Governor-General

- (1) A Judge is appointed by the Governor-General in the name and on behalf of Her Majesty.
- (2) The Chief Justice is appointed on the recommendation of the Prime Minister.
- (3) Every other Judge, and every Associate Judge, is appointed on the recommendation of the Attorney-General.

סעיף זה מהווה, ככל הנראה, את הבסיס המרכזי לטענה (השגויה) המושמעת בשיח הישראלי לפיה שופטי בית המשפט העליון ממונים על ידי פוליטיקאים בלבד.²² נראה שטענה זו נסמכת על האמור בסעיף, וכן על העובדה שבניו-זילנד קיים נוהג חוקתי שלפיו על המושל הכללי פשוט לאמץ כלשונן את המלצותיהם של ראש הממשלה (בנוגע לנשיא בית המשפט העליון) ושל שר המשפטים (לגבי כל

19 PHILIP JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND 140 (4th ed. 2014)

20 Noel Cox, *The Evolution of the Office of Governor-general of New Zealand*, 5 MOUNTBATTEN J. L. STUD. 51, 63 (2001) (“The giving of confidential advice to the Leader of the Opposition of the government’s proposed nominee was introduced in the late 1970s, as a result of the controversy surrounding... Now the opposition leader is advised before the Queen’s informal approval is sought, as well as again after the formal offer has been accepted”)

של התפקיד, Dame Silvia Cartwright, *Modern Aspects of the Role of the Governor-General of New Zealand* (June 27, 2006), <https://bit.ly/3Mf1x3P> (describing the NZ Governor-General as having “the role of an apolitical, non-executive Head of State”)

21 John Wilson, *Nation and Government – System of Government*, TE ; 53 בעמ' 20, Cox, לעיל ה"ש 20, ARA – THE ENCYCLOPEDIA NEW-ZEALAND (Feb. 8, 2005), <https://bit.ly/3HQUESbb> (“[I]n New Zealand, the governor-general, has symbolic and ceremonial roles and is not involved in the day-to-day running of the government, which is the domain of the prime minister... The governor-general is required by convention always to follow the advice of ministers who enjoy the support of a majority of the members of the House of Representatives”)

22 ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 1.

שאר השופטים). יצוין כי בשיח הישראלי קיימת גם גרסה נוספת של הטענה האמורה, אשר בניגוד לגרסה הראשונה, כן מכירה במעורבות של גורמים מקצועיים בהליך המינוי ובשאיפה שהמינוי לא יהיה פוליטי, אך בה בעת אינה מייחסת חשיבות רבה לעניינים אלו. כך למשל מתארים את ההליך כהן, נטף ובקשי: ²³

“בית המשפט העליון בניו זילנד, כמו יתר בתי המשפט במדינה, אינו מוסמך לפסול חקיקה ראשית. חמשת שופטי בית המשפט העליון במדינה נבחרים על ידי שר המשפטים (The Attorney General), ובמקרה של נשיא בית המשפט – על ידי ראש הממשלה (ראש הרשות המבצעת), וממונים כולם באופן טקסי על ידי המושלת הכללית של המדינה (נציגת בית המלוכה הבריטי). בטרם הוא בוחר במועמד, נוהג שר המשפטים להיוועץ בנשיאת בית המשפט העליון ובפרקליטת המדינה (The Solicitor General), אולם למנהג אין כל מקור חוקי ודעתן של השניים אינה מחייבת. בנוסף, מקובל כי שר המשפטים, חרף היותו דמות פוליטית, אינו מתחשב בשיקולים פוליטיים בבואו לבחור את המועמדים.”

הצרה היא שהטענה האמורה – על שתי גרסאותיה – שגויה. שתי הגרסאות אינן מייחסות משקל מספק לנוהגים חוקתיים יסודיים המשפיעים עמוקות על הליך המינוי. הגרסה הראשונה פשוט מתעלמת מהם, ואילו הגרסה השנייה מגמדת את חשיבותם (באומרה למשל שההיוועצות של שר המשפטים עם נשיאת בית המשפט העליון ועם פרקליטת המדינה מהווה מנהג שאין לו כל מקור חוקי ושהדעתן של השניים אינה מחייבת). אך כאמור, יחס שכזה לנוהגים חוקתיים נעוץ בהבנה לקויה של התרבות המשפטית והפוליטית בניו-זילנד, שכן בתרבות זו כוחם של נוהגים חוקתיים הינו דווקא רב. בעניינו, הנוהג החוקתי הרלוונטי המרכזי הוא הנוהג לפיו, למרות ששר המשפטים הוא גורם פוליטי, אסור לו, ככל שהדבר נוגע למינויים של שופטים, לשקול שיקולים פוליטיים מפלגתיים; כפי שמצוין באתר הרשמי של הרשות השופטת של ניו-זילנד: ²⁴

“When recommending an appointment [of judges] there is a constitutional convention in Aotearoa New Zealand that the Attorney-General acts independently of the Government and is not influenced by party politics”.

²³ שייניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי** 22 (נייר מדיניות מס' 55, פורום קהלת 2019); שייניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **“בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – שיטות הבחירה במדינות דמוקרטיות” דיומא** (18.1.2022) <https://dyoma.co.il/> (law/1041 (החלק על ניו-זילנד); Shimon Nataf (@ShimonNataf) טוויטר (26.2.2023) (13:36) <https://twitter.com/ShimonNataf/status/1629807576908017665> (“אז שוחחתי עם ד"ר זיו בורר, המומחה שכתב את חוות דעת [פורום המרצות ו]המרצים על ניו זילנד... וזיו [בשונה ממני] סבור שיש [בהקשר של מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד] לתת משקל רב למנהגים החוקתיים”). בנוסף ראו אימוץ בשגגה של תיאור זה, במקור המתנגד לרפורמה, ב”התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה”, עמ' 27 לנספח א' (חוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה 2.2.2023).

²⁴ *How is a judge appointed?*, CTS. NEW ZEALAND, <https://bit.ly/3NTRYqB>

ואכן, במציאות, ולא רק בתאוריה, בהחלט נשמרת ההקפדה על נוהג חוקתי זה, כפי שציינו לאחרונה Knight ו־Palmer²⁵:

“New Zealand still holds on both the theory and the practice of judicial appointments being non-political, even though the Attorney-General is a politician who sits in Cabinet”.

עדות חזקה ביותר למידת ההקפדה בניו־זילנד על הנוהג החוקתי דגן ניתן למצוא באופן שבו התנהלה שרת המשפטים בעת הקמתו של בית המשפט העליון בשנת 2003. מבחינה פורמלית, באותו המועד הייתה לשרה שליטה מוחלטת על מינויים של כלל השופטים, וכפועל יוצא מכך היא יכלה, לכאורה, לקבע את גוון השקפת העולם של בית המשפט העליון לשנים רבות. ואולם, כדי למנוע את האפשרות להשפעה פוליטית שכזו על אופיו של בית המשפט, הסכימה השרה, לאורו של הנוהג החוקתי דגן, לכך שארבעת השופטים הבכירים ביותר שישבו דאז בבית המשפט לערעורים ימונו אוטומטית לשופטי בית המשפט העליון; באופן דומה נקבע גם כי נשיא בית המשפט לערעורים דאז ימונה אוטומטית למשרת הנשיא הראשון של בית המשפט העליון.²⁶

הנה כי כן, הטענה המושמעת תכופות בשיח הישראלי ביחס להליך מינויי שופטים בניו־זילנד, על שתי גרסאותיה, אינה מייחסת משקל מספק למקום המרכזי שיש לנוהגים חוקתיים בהליך האמור. לא זו אף זו, בחינה מעמיקה יותר של טענה זו חושפת חוסר קוהרנטיות בדרך שבה היא מתייחסת לכוחם של נוהגים חוקתיים במשפט הניו־זילנדי. בעוד שכאמור הטענה מתעלמת מ־, או למצער מגמדת את, כוחם של הנוהגים החוקתיים שתפקידם להבטיח את אופיו הא־פוליטי של הליך המינוי, היא מייחסת במקביל משקל רב דווקא לנוהג החוקתי אשר לפיו מצופה מהמושל הכללי לאמץ ללא סייג את המלצות שר המשפטים/ראש הממשלה בדבר מינוי שופטים; זאת עד לכדי כך שהגרסה הראשונה של הטענה פשוט אינה רואה כל צורך לציין את תפקידו של המושל הכללי, ואילו הגרסה השנייה בוחרת לתאר את מעורבותו כעניין “טקסי” בלבד.²⁷ במילים אחרות, הטענה האמורה המושמעת בשיח הישראלי מתייחסת באופן סלקטיבי ומוטה לכוחם של נוהגים חוקתיים במשפט הניו־זילנדי, וכתוצאה מכך התמונה המתוארת על ידיה הינה שגויה ומטעה.

חשוב מכך, הטענה שלפיה שופטי בית המשפט העליון ממונים על ידי פוליטיקאים בלבד, על שתי גרסאותיה, שגויה גם מכיוון שהיא אינה מתייחסת לכלל דברי החקיקה הרלוונטיים לנושא. טענה שגויה זו נסמכת על קריאה רק של החקיקה הראשית העוסקת בהליך מינוי השופטים ומתעלמת מ־הפרוטוקול למינויים שיפוטניים (“The Judicial Appointments Protocol”) – חקיקת משנה אשר על פי חוק (כיום ס’ 93 לחוק מ־2016) שר המשפטים נדרש לפרסם ולפרט במסגרתו את שלבי ההליך

MATTHEW S.R. PALMER & DEAN R. KNIGHT, THE CONSTITUTION OF NEW ZEALAND: A CONTEXTUAL ANALYSIS 153 (2022) 25

James Allan, *Judicial Appointments in New Zealand*, in APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 103, 105–108 (Kate Malleson & Peter Suter; H. Russell eds., 2006) 26
בעמ’ 290–291.

ראו במקורות מטעם כהן, נטף ובקשי, לעיל ה”ש 23; מערכת דיומא, לעיל ה”ש 1. 27

למינוי שופטים.²⁸ הפרוטוקול האמור קובע, בין היתר, כי כאשר מדובר במינוי לבית המשפט העליון, שר המשפטים חייב לבחור את המינוי מתוך רשימה מצומצמת של שלושה מועמדים שאותה הוא נדרש לגבש בהסכמת נשיא בית המשפט העליון.²⁹ כפועל יוצא מכך, הלכה למעשה, גם לנשיא בית המשפט העליון, ולא רק לשר המשפטים, יש כוח וטו בהליך בחירת שופטים לבית המשפט העליון. במאמר מוסגר יצוין כי השלבים בהליך שצוינו עד כה (גיבוש רשימת המועמדים המצומצמת, בחירת מועמד מתוכה על ידי שר המשפטים, ומינוי מועמד זה לשופט על ידי המושל הכללי) מהווים רק את שלושת השלבים האחרונים בהליך בחירתו של שופט לבית המשפט העליון. קודמים להם מספר שלבים נוספים, בהם נערכות היועצויות עם גורמים שונים שמטרתן אף היא להבטיח את אופיו הא-פוליטי של הליך המינוי. ככלל, מקורם של שלבים נוספים אלו מצוי בהוראות חקיקת המשנה המוזכרת ("הפרוטוקול למינויים שיפטיים"), ו/או בנוהגים חוקתיים. כך למשל אותו פרוטוקול קובע שעל נשיא בית המשפט העליון להיוועץ עם שאר השופטים המכהנים לצדו בטרם יגבש עם שר המשפטים את רשימת המועמדים המצומצמת,³⁰ ובנוסף קיים הנוהג שלפיו שר המשפטים מתייעץ עם "שר הצללים למשפטים" (משמע, נציג האופוזיציה האחראי לפקח ולבקר את פעילות משרד המשפטים) בטרם גיבוש הרשימה.³¹

יטען הטוען כי אף אם מביאים בחשבון את כוח הווטו שבידי נשיא בית המשפט העליון בניו-זילנד בכל הנוגע לבחירת שופטים לבית המשפט העליון, הרי שההליך עדיין נמצא לחלוטין בידיהם של גורמים הקשורים לקואליציה – שכן ראש הממשלה הוא זה שממנה את נשיא בית המשפט העליון מלכתחילה.³² יתירה מכך, ראש הממשלה (בשונה משר המשפטים בנוגע למינוי שאר השופטים) אף אינו מחויב על פי החוק לפרסם פרוטוקול בדבר הליך מינויו של הנשיא.³³ אולם, גם טענת המשך זו סובלת מכשל אקוטי, שכן היא מתעלמת מהשפעת הנוהג החוקתי בדבר האופי הא-פוליטי של משרות השיפוט על הליך מינויו של נשיא בית המשפט העליון, כפי שממחיש למשל ההליך שעל פיו מונתה הנשיאה הנוכחית. למרות שכאמור, בדין החקוק לא נקבעה פרוצדורה מחייבת בדבר מינוי נשיא. לבית המשפט העליון ואף לא נקבעה כל חובה לפרסם נוהל כלשהו בנושא, כאשר נדרש היה למנות נשיא. חדשה לבית המשפט העליון, ראשת ממשלת ניו-זילנד ראתה לנכון לפרסם נוהל שכזה מיוזמתה. הנוהל האמור קבע כי פרקליטת המדינה, המכהנת כזכור במשרה א-פוליטית, תהווה הגורם

28 The Judicial Appointments Protocol, updated April 2014, <https://bit.ly/3nvUoCE>
 29 שם, בעמ' 8. יצוין שפרוצדורה יחסית דומה קבועה שם גם בנוגע למינוי שופטים לבית המשפט לערעורים (הערכאה שמתחת לבית המשפט העליון).
 30 The Judicial Appointments Protocol, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8; PALMER & KNIGHT, לעיל ה"ש 25, בעמ' 154.
 31 שם, בעמ' 153.
 32 "הקלטת הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט (דברי יו"ר הוועדה ח"כ שמחה רוטמן)" 3: 15:00-3: 14:00 אתר הכנסת (26.2.2023) <https://bit.ly/3LKQbTC>; יצוין בטוויטר של שמעון נטף, לעיל ה"ש 23 ("אז שוחחתי עם ד"ר זיו בורר, המומחה שכתב את חוות דעת [פורום המרצות ו] המרצים על ניו זילנד... [ו] הצבעתי על כך שהנשיא [של בית המשפט העליון בניו-זילנד] נבחר על ידי רה"מ").
 33 PALMER & KNIGHT; Senior Courts Act 2016, s 100(2) (N.Z.), לעיל ה"ש 25, בעמ' 153.

שיגבש את רשימת המועמדים.³⁴ זאת ועוד, הנוהל הורה על פרקליטת המדינה להיוועץ עם גורמים מקצועיים שונים לצורך גיבוש הרשימה; ובהתאם היא התייעצה עם נשיאת בית המשפט העליון היוצאת, וכן עם “retired senior Court judges, the New Zealand Law Society, the New Zealand Bar Association and Te Hunga Rōia Māori o Aoteroa (the Māori Law Society)”³⁵. לאחר מכן, בהתאם לקבוע בנוהל האמור, מינתה פרקליטת המדינה ועדה שהורכבה משני שופטים בכירים בדימוס, שתפקידה היה לבחור – מתוך הרשימה שגיבשה פרקליטת המדינה – רשימת מועמדים סופית מצומצמת.³⁶ ראשת הממשלה בחרה את הנשיאה מתוך המועמדים שנכללו לבסוף ברשימה המצומצמת, וזאת לאחר שאף היא התייעצה עם גורמים שונים, ובינם הנשיאה היוצאת של בית המשפט העליון.³⁷ עוד יצוין כי לאורך ההליך נראה שהתייעצו גם עם שר הצללים למשפטים מהאופוזיציה, ובהתאם, כאשר התפרסם דבר המינוי – בירך עליו ראש האופוזיציה.³⁸

אין לכתוד כי המנגנונים המשפטיים הקיימים לצורך הבטחת אופיו הא-פוליטי של הליך מינוי השופטים בניו-זילנד אינם חזקים, ולא בכדי עלו לאורך השנים קריאות לשינוי המצב ולעיגון הבטחת אופיו הא-פוליטי של ההליך בחקיקה.³⁹ עם זאת, נראה כי למרות שטרם נעשה כך, עד כה מצליח להישמר אופיו הא-פוליטי – בעיקר מכיוון שבניו-זילנד (בשונה, לצערנו, מהמצב בתרבות המשפטית והפוליטית הישראלית) קיים כוח אמיתי למנהגים חוקתיים.⁴⁰ משמע, פוליטיזציה של הליך המינוי נתפסת שם פשוט כמעשה שלא יעשה (“it is not done”). הווי אומר, בשונה מהטענה הרווחת בשיח הישראלי העכשווי, הסמכות למינוי שופטים לבית המשפט העליון הניו-זילנדי אינה נמצאת באופן מוחלט בידי גורמים פוליטיים מקרב הקואליציה (או אף בידי אלו שהם גורמים פוליטיים). יתרה מכך, הליך המינוי כולו מונחה על ידי נוהג חוקתי חזק לפיו יש לדאוג שמינויים למשרת השפיטה לא יהיו פוליטיים באופיים.⁴¹ מצער להודות כי בהקשר הישראלי, הסתמכות על נוהגים חוקתיים בלבד מהווה חלופה שפשוט אינה מתאימה לתנאי הארץ ותושביה;⁴² כדברי השופט חשין: “אשריה חברה [שאין כחברה הישראלית בכך] שתרכות ה־it isn’t done מוטמעת באורחות השלטון שבה”.⁴³ לפיכך המסקנה המתבקשת היא שלא ניתן לאמץ בישראל, בנוגע למינויים של שופטים לבית המשפט העליון, הסדר חקיקתי דומה לזה הקיים בניו-זילנד.

34 *Process Underway to Appoint Next Chief Justice of New Zealand*, BEEHIVE.GOV.NZ (Nov. 6, 2018), <https://bit.ly/3VGDv13>; Kelly Buchanan, *The Appointment of the New Chief Justice of New Zealand*, LIBR. CONGRESS BLOGS (Mar. 14, 2019), <https://bit.ly/3VEuKIr>.

35 *Helen Winkelmann Appointed Chief Justice of New Zealand*, BEEHIVE.GOV.NZ (Dec. 17, 2018), <https://bit.ly/41bjAMh>.

שם. 36

שם. 37

שם; Buchanan, לעיל ה"ש 34. 38

39 Christopher J. Wilson, *The Appointment of Judges: Time for A Change?*, PUB. L.: EXPLORING EDGE (2012); NEW-ZEALAND LAW COMMISSION, REVIEW OF THE JUDICATURE ACT 1908, 25 (2012).

ראו לעיל, ה"ש 10. 40

ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 6, 12, 24–25. 41

ראו את המקורות הישראליים המובאים לעיל בה"ש 12. 42

43 בג"ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 12, פס' 45 לפסק דינו של השופט חשין.

ד. סיכום

טענת תומכי ה"רפורמה", שלפיה הליך מינוי שופטי בית המשפט העליון בניו-זילנד מהווה משפט משווה המספק תימוכין לטובת אימוצו בארץ של הסדר אשר יוביל לשליטה מוחלטת של הקואליציה על הליך מינוי השופטים (לא כל שכן שופטים בבית המשפט העליון), הינה שגויה ומטעה. טענה זו נסמכת רק על חלקים מהדין הניו-זילנדי ומתעלמת מחלקים קרדינליים אחרים, וזאת באופן סלקטיבי ומוטה. יתרה מכך, הטענה האמורה סובלת מהבנה לקויה של מאפייני בסיס של התרבות המשפטית והפוליטית בניו-זילנד, בדגש על היעדר הכרה בחשיבות הרבה המיוחסת שם לנוהגים חוקתיים. ככל שחוסר הבנה זה נובע מפער תרבותי בין טועני הטענה (הישראלים), לבין הגורמים בניו-זילנד, הרי שיש בו, לכשעצמו, כדי להמחיש מדוע לא ניתן בארץ לסמוך על נוהגים חוקתיים בלבד לצורך מניעת פוליטיזציה של מערכת המשפט.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר זיו בורר, אוניברסיטת בר-אילן

התודה נתונה ליהונתן בן-יוסף על סיוע במחקר

ביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט בניו-זילנד

הופץ במקור ביום 19.2.2023 כנייר עמדה מס' 12

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה 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 בוחנים את השאלה אם אכן, כפי שנטען על ידי תומכי הקואליציה, בניו-זילנד אין ביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט.

מסקנת נייר העמדה היא שהטענה שלפיה אין ביקורת שיפוטית על חוקים בניו-זילנד היא רחוקה מאוד מלהיות מדויקת והיא אף מטעה.

נימוקי נייר העמדה

בניגוד לטענה המועלת כיום בשיח הציבורי בישראל,¹ אפילו המשפט החוקתי בניו-זילנד אינו דבק עוד בהבנה הארכאית של עקרון עליונות הפרלמנט.² לפי הבנה ארכאית זו אין מקום לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, שכן הפרלמנט מוסמך לחוקק כל חוק שיחפוץ;³ כך שהמגבלה היחידה המוטלת על סמכות החקיקה של הפרלמנט היא זו האוסרת עליו לחוקק חוק אשר יגביל את סמכות החקיקה של פרלמנט עתידי.⁴ מאז אמצע המאה העשרים, הלכה וננטשה הבנה ארכאית זו של עקרון עליונות הפרלמנט בקרב המדינות הדמוקרטיות בעולם, וזאת בין היתר מכיוון שהניסיון ההיסטורי המרוכז שדבקות בה עלולה להוביל להפרות חמורות של זכויות אדם יסודיות, או אף לחיסול הדמוקרטיה.⁵ אך בשיח העכשווי בישראל מועלת טענה לפיה המשפט החוקתי בניו-זילנד עדיין דבק בהבנה זו של העיקרון, ולפיכך הוא לכאורה מספק ראייה שהחשש מאימוץ ההבנה האמורה אינו כצעתה.⁶ הצרה היא שהתיאור האמור של המשפט החוקתי בניו-זילנד הינו פשוט שגוי, שכן במהלך ארבעת העשורים

1 כדוגמאות ראו את המקורות המאזכרים להלן בה"ש 24.

2 ראו לדוגמה PHILIP JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND 11 (5th ed., 2021) ("Notions of parliamentary supremacy are gradually but perceptibly yielding to new constitutional understandings. The substantive rule of law, modern rights jurisprudence and a public-accountability culture are slowly redefining the doctrines of public law... These changes are exposing to scrutiny the Diceyan doctrine of unfettered constitutional authority to legislate").

3 ראו: A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 38 (8th ed., 1915).

4 ראו שם, בעמ' 62–68.

5 בהקשר זה ראו Steven G. Calabresi, *The Global Rise of Judicial Review Since 1945*, 69 CATH. U. L. REV. 401, 422–426 (2020).

6 כדוגמאות ראו את המקורות המאזכרים להלן בה"ש 24.

האחרונים התרחקה מערכת משפט זו באופנים משמעותיים ביותר מההבנה הארכאית של עקרון עליונות הפרלמנט. בהקשר זה, שלוש התפתחויות ראויות במיוחד לציון.

התפתחות חשובה ראשונה: מאז סוף שנות ה-70 של המאה הקודמת, הלך והתפתח גוף פסיקה משמעותי בניו-זילנד המצדד בכך שלבית המשפט ישנה סמכות לבטל חקיקת פרלמנט כשזו פוגעת בערכי יסוד מרכזיים של השיטה, כגון חקיקה הפוגעת בעצמאות השיפוטית, במאפייני בסיס של הפרלמנט, או בזכויות אדם גרעיניות.⁷ להתפתחות גוף פסיקה זה הייתה השפעה משמעותית על החלטתו של הפרלמנט בניו-זילנד לחוקק את ה-New Zealand Bill of Rights Act 1990 (להלן: "חוק זכויות האדם הניו-זילנדי" או "החוק מ-1990"), שידון בהמשך.⁸ בה בעת, פסיקה המצדדת בקיומה של הסמכות השיפוטית האמורה ממשיכה להינתן גם לאחר חקיקת חוק זה, לרבות בשנים האחרונות.⁹

7 L v. M, [1979] 2 NZLR 519, 529 ("It would be a strong and strange step for Parliament to attempt to confer on a body other than the Courts power to determine conclusively whether or not actions in the Courts are barred. There is even room for doubt whether it is self-evident that Parliament could constitutionally do so"); Brader v. Ministry of Transport, [1981] 1 NZLR 73, 78 ("It may be added that the recognition by the common law of the supremacy of Parliament can hardly be regarded as given on the footing that Parliament would abdicate its function. It is not to be supposed that by the 1948 Act the New Zealand Parliament meant to abandon the entire field of the economy to the Executive"); New Zealand Drivers' Association v. New Zealand Road Carriers, [1982] NZLR 374, 390 ("Indeed we have reservations as to the extent to which in New Zealand even an Act of Parliament can take away the rights of citizens to resort to the ordinary Courts of law for the determination of their rights") (jointly per R. Cooke, McMullin & J.J. Ongley); Fraser v. State Services Commission, [1984] 1 NZLR 116, 121 ("the rule that the officer must first be told what is alleged against him and heard in his defence or explanation as [is regarded as] fundamental. This is perhaps a reminder that it is arguable that some common law rights may go so deep that even Parliament cannot be accepted by the Courts to have destroyed them"); Taylor v. New Zealand Poultry Board, [1984] 1 NZLR 394, 398 ("I do not think that literal compulsion, by torture for instance, would be within the lawful powers of Parliament. Some common law rights presumably lie so deep that even Parliament could not override them")

8 A. Geddis & M.B. Rodriguez Ferrere, *Judicial Innovation under the New Zealand Bill of Rights Act: Lessons for Queensland?*, 32 UNIVERSITY OF QUEENSLAND L.J. 251, 256 (2016); Karen Grau, *Parliamentary Sovereignty: New Zealand – New Millennium*, 33 VICTORIA UNIVERSITY OF WELLINGTON L. REV. 351, 362 (2002)

9 בשנים הראשונות לאחר חיקוק החוק מ-1990 המשיך התמיכה בקיומה של הסמכות השיפוטית האמורה נעשה יחסית במרומז (ראו למשל Te Cooper v. Attorney-General, [1996] 3 NZLR 480, 484 (HC); Runanga o Wharekauri Rekohu Inc. v. Attorney-General, [1993] 2 NZLR 301, 308 ובמיוחד בשנים האחרונות, ניתן למצוא שוב תמיכה ברורה ומפורשות בקיומה של סמכות זו; ראו לדוגמה The Kiwi Party Inc v. Attorney General, [2019] NZHC 1163, para. 39 ("In more recent years, it has been suggested, both extrajudicially and in some cases, that the supremacy of Parliament is a common law construct, and that there are common law limitations on Parliamentary power. It has been suggested that there may be 'higher law' values that are antecedent to the law itself, that these values inform legislation and common law principles and that they provide a rationale for legal development. It has been said that Parliament 'misfires' where legislation flouts such values in a wanton or indiscriminate manner"); The Kiwi Party Inc. v. Attorney-General, [2020] NZCA 80,

אמת, עד כה הצידוד בסמכות שיפוטית זו הובע רק בהערות אגב וטרם בוטל חוק בניו-זילנד מפאת פגיעה בערכי יסוד של השיטה. עם זאת, לעובדה שקיים פוטנציאל כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכות שכזו ויכריז על בטלותו של חוק הסותר ערכי יסוד, ישנה השפעה משמעותית על התנהלות הפרלמנט; כפי שהסבירו לאחרונה Palmer ו-Knight, הפוטנציאל האמור:¹⁰

“[G]enerates inter-branch tension, counselling restraint on the part of both law-makers and judges, and the legal speculation influences constitutional culture. The value of suggested inviolable fundamentals is in their contingency – the potential for their use if New Zealand’s constitution comes under extreme stress. This potential reinforces the external and internal pressures which encourage Parliament to use its law-making power carefully. ...[D]emocratic politics [also] usually restrains law-making in New Zealand, including through the potential political cost of electoral reaction to heinous laws”.

כהערת צד, יצוין כי כאשר בית המשפט העליון הישראלי בחן את שאלת קיומה של סמכות שיפוטית לפסול נורמה של הכנסת (משמע, חוק או חוק יסוד) מפאת סתירה עם עקרונות יסוד של השיטה, הוא ראה בפסיקה הניו-זילנדית האמורה מקור להשראה. אמר השופט ברק בבג”ץ ולנר:¹¹

“אשר לשאלה בדבר יכולתה של הכנסת לחוקק חוק (או חוק יסוד) ... [הפוגע עמוקות במעמד הרשות השופטת] – מבקש אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון. זו שאלה קשה, הקשורה בלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על רקע עקרונות יסוד שאינם חקוקים עלי חוק יסוד (השווה פסק-דין בבג”ץ 142/89 תנועת לאו”ר – לב אחד ורוח חדשה נ’ יושב-ראש הכנסת ואח’ בעמ’ 551–554; ראה גם: *Brader v. Ministry of Transport* (1981), at 78; *New Zealand Drivers' Association v. New Zealand Road Carriers* (1982), at 390; *Fraser v. State Services Commission* (1984), at 121) שבהם נקבע כי גם בהיעדר חוקה או חוק יסוד משוריינים, המחוקק ‘הרגיל’ כפוף לעקרונות יסוד (מסוימים). זוהי שאלה לא פשוטה, לא לעניין חוק ‘רגיל’ שאין מעליו חוקה, ולא לעניין תיקון בחוקה עצמה. מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה”.

para. 8 (“there may be a common law limitation on parliamentary powers”) (application for leave to appeal declined by the Supreme Court: *The Kiwi Party Inc. v. Attorney-General*, [2020] NZSC 61); *New Zealand Council of Licensed Firearms Owners Inc. v. Minister of Police*, [2020] NZHC 1456, para. 37 (“it is strongly arguable that there are some principles of the unwritten constitution that even Parliament could not override. For example it is questionable whether an Act which purported to abolish Parliament, or abolish the Courts would be regarded as lawful. New Zealand’s constitutional system of checks and balances has at its apex the rule of law as well as the sovereignty of Parliament”).

MATTHEW SR PALMER & DEAN R. KNIGHT, *THE CONSTITUTION OF NEW ZEALAND: A CONTEXTUAL ANALYSIS* 135 (2022).

11 בג”ץ 5373/94 ולנר נ’ מפלגת העבודה, פ”ד מט(1) 758, 802 (1995) (ההדגשה הוספה).

התפתחות חשובה שנייה: בחקיקה בניו־זילנד מעוגנות מספר נורמות (הקובעות הסדרי יסוד בנוגע להליך הבחירות) להן הוענק בחוק שריון פורמלי.¹² משמע, בניגוד להבנה הארכאית של עקרון עליונות הפרלמנט, שלפיה הפרלמנט אינו יכול לחוקק חוק המגביל את יכולת החקיקה של פרלמנט עתידי, בהקשרן של נורמות אלו החוק אכן מטיל מגבלות פרוצדורליות על אפשרותו של פרלמנט עתידי לחוקק חוקים הפוגעים בנורמות האמורות. באופן ספציפי החקיקה בניו־זילנד קובעת כי חוק מאוחר יותר יכול לפגוע בנורמות חקוקות אלו אך ורק אם הוא או עבר בפרלמנט ברוב מיוחד (של 75%), או לחלופין זכה במשאל עם לתמיכת רוב המצביעים הן בקרב האוכלוסייה הכללית, והן בקרב אוכלוסיית המיעוט הילידי המאורי.¹³ זאת ועוד, בסטייה ברורה מההבנה הארכאית של עקרון עליונות הפרלמנט, ניתנה על ידי בית המשפט פסיקה התומכת בעמדה שלפיה השריון שהוענק בחקיקה לנורמות הללו תקף, וכי לבית המשפט יש סמכות לקבוע שחוק הפוגע בנורמות משוריינות אלו בטל, היה והוא לא התקבל ברוב מיוחד, או במשאל עם, כנדרש.¹⁴ במילים אחרות, נורמות אלו, אפילו ברמה הפורמלית, נהנות בניו־זילנד ממעמד מעין חוקתי.

התפתחות חשובה שלישית: כאמור, ב־1990 חוקק הפרלמנט בניו־זילנד את חוק זכויות האדם הניו־זילנדי. החוק האמור מורה לבתי המשפט שם לעשות ככל שניתן כדי לפרש כל חקיקה ניו־זילנדית אחרת כך שתהיה בהלימה אחת עם הזכויות המעוגנות בחוק.¹⁵ חשוב מכך, כיום ישנה לשופטים גם סמכות להכריז על קיומה של אי־התאמה בין הקבוע בחוק אחר כלשהו לבין הקבוע בחוק מ־1990 (משמע, להכריז שהחוק האחר פוגע באופן לא ראוי בזכויות המעוגנות בחוק מ־1990).¹⁶ אין לכחד שפורמלית הכרזה שכזו אינה מובילה לביטול החוק הסובל מהיעדר התאמה.¹⁷ עם זאת, בהקשרה של התרבות החוקתית־הדמוקרטית בניו־זילנד, יש “reasonable expectation” that the [legislative and executive] branches would respond positively and remedy any offending legislation”¹⁸ מעניין לציין שהקביעה כי בית המשפט מוסמך להכריז בו הכרזות “אי־התאמה” נעשתה בדרך הפסיקה, תוך שבית המשפט פוסק כך למרות שחוק זכויות האדם הניו־זילנדי, בשונה ממקבילו בבריטניה, לא העניק

12 Electoral Act 1993, s. 268 (NZ).

13 ס”ק 2 של סעיף 268 האמור קובע כי נורמות חקוקות אלו לא ישונו, או יבוטלו: “unless the proposal for the amendment or repeal (a) is passed by a majority of 75% of all the members of the House of Representatives; or (b) has been carried by a majority of the valid votes cast at a poll of the electors of the General and Maori electoral districts”.

14 ראו Hinemanu Ngaronoa v. Attorney-General, [2018] NZSC 123. יצוין שדעת הרוב, מבחינה פורמלית, החליטה להשאיר את הנושא בצריך עיון, אך עם זאת אף היא הכירה בכך שהמטוטלת זזה לכיוון אכיפות של חקיקה משוריינת כאמור (וכפועל יוצא מכך לטובת סמכות בית המשפט לקבוע כי חוק הסותר שריון שכזה הוא בטל).

15 ס’ 6 לחוק האמור קובע: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”.

16 כיום, סמכות זו מעוגנת בס’ 7A ו־7B לחוק.

17 ס’ 4 לחוק קובע מפורשות כי לבית המשפט אין סמכות לבטל חוקים בגין אי־התאמה בינם לבין החוק מ־1990.

18 JOSEPH, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 13.

מפורשות לבית המשפט סמכות שכזו.¹⁹ וכיצד הגיב הפרלמנט בניו-זילנד לפסיקתו "האקטיביסטית" האמורה של בית המשפט? לא רק שהוא כיבד את הכרזת "אי-התאמה" הקונקרטית ותיקן את החוק הספציפי בו עסק פסק הדין הרלוונטי,²⁰ אלא בנוסף, בעקבות פסיקה זו, לאחרונה ממש, הוא גם תיקן את החוק מ-1990 והעניק לבית המשפט מפורשות את הסמכות להכריז הכרזות אי-התאמה כאמור.²¹ זאת ועוד, לא מזמן, קבע בית המשפט העליון הניו-זילנדי שהוא מוסמך להכריז הכרזות בדבר "אי-התאמה" לחוק זכויות האדם גם ביחס לחקיקה הזוכה לשריון פורמלי (משמע, גם ביחס לחקיקות בעלי מעמד מעין חוקתי).²² כמו כן, בפסק דין חדש אחר, בית המשפט לערעורים הניו-זילנדי רמז כי לשופטים יש סמכות להכריז הכרזות "אי-התאמה" לא רק בנוגע לחוק הסותר את הקבוע בחוק זכויות האדם הניו-זילנדי, אלא גם בנוגע לחוק אשר הסדריו עומדים בניגוד לקבוע ב-Treaty of Waitangi מ-1840 (אמנה שנחתמה בין האוכלוסייה הילידית המאורית לבין השלטון הבריטי, ושהקבוע בה נחשב כיום לחלק מעקרונות היסוד של המשפט הציבורי בניו-זילנד).²³

לאור כל ההתפתחויות האמורות, שהתרחשו במהלך ארבעים השנים האחרונות במשפט החוקתי הניו-זילנדי, עולה השאלה: כיצד כשנשאלים תומכי "הרפורמה המשפטית" המתוכננת בישראל "האם זין לא קיצוני[ת] מדי?" תשובתם בשלילה נסמכת על טענה לכאורית שלפיה "ישנן דמוקרטיות פרלמנטריות שמשגשגות בלי חוקה כלל ובלי להעניק לבית המשפט סמכות לבטל חקיקה – לדוגמה... ניו-זילנד..."²⁴ זאת ועוד, כיצד תומכי "הרפורמה" יכולים לטעון מחד שראוי לשאוב השראה

19 ראו NZLR 213 [2019] 1 NZLR 213, Attorney-General v. Taylor. לדיון בהתקדמות ההדרגתית בפסיקה אל עבר ההלכה האמורה (תוך הפניה לפסקי הדין שהיוו שלבים בתהליך שהוביל לבסוף לקביעת הלכה זו) ראו JOSEPH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11–13.

20 שם, בעמ' 13.

21 New Zealand Bill of Rights (Declarations of Inconsistency) Amendment Act 2022 (2022 No. 45).

22 ראו Make It 16 Inc. v. Attorney-General, [2022] NZSC 134.

23 ראו The Kiwi Party Inc. v. Attorney-General, [2020] NZCA 80, para. 50.

24 "פרטי הרפורמה" זמן תיקון – הרפורמה לתיקון מערכת המשפט, <https://legal-reform.org.il/the-reform>, (שאר המדינות המובאות שם כדוגמאות, הן בריטניה, שווייץ, הולנד, לוקסמבורג, נורבגיה, הולנד ופינלנד; אך כל המדינות הללו הן מדינות אירופאיות הכפופות לבית הדין האירופי לזכויות אדם, כך שהטענה לפיה אין במדינות ביקורת שיפוטית-חוקתית על חקיקה ראשית היא פשוט מטעה). למקורות עכשוויים דומים נוספים הטוענים להסתמך על המשפט החוקתי בניו-זילנד ראו לדוגמה דברי ח"כ שלמה קרעי, פרוטוקול מס' 216 משיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (בנושא: שלושים שנה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), הכנסת העשרים וארבע, מושב שני (22 בפברואר 2022); ראיון עם חיים רמון ברדיו 103FM, כפי שדווח בערוץ 7 ב-24.1.2023, www.inn.co.il/news/589994; ציוץ בטוויטר של חיים רמון מ-13.11.2022 ("בניו זילנד אין לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה ואפילו אין חוקה, ועדיין שר המשפטים בוחר את השופטים וראש הממשלה את נשיא בית המשפט העליון. מינוי קואליציה (קרימינצור מן הסתם סבור שניו זילנד היא דיקטטורה מהותית)"), <https://twitter.com/ramonhaim/status/1591577054776287232>; סרטון "סוף הדמוקרטיה – ניו-זילנד" (8.2.2023), <https://www.youtube.com/watch?v=rT0iJTvfo7k>. כמו כן ראו במידה רבה את ההתייחסות למשפט החוקתי הניו-זילנדי אצל גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים 349 (2007).

יצוין שבחלק נכבד מהמקורות הללו נטען בנוסף כי בניו-זילנד שופטי בית המשפט העליון, ממונים על ידי פוליטיקאים בלבד (פורמלית על ידי המושל הכללי מטעם הכתר, ובפועל על ידי ראש הממשלה לגבי נשיא בית המשפט העליון, ועל ידי שר המשפטים לגבי כל שאר השופטים, שכן את המלצותיהם בנוגע למינויים שכאלו נוהג המושל הכללי לקבל). אבל גם טענה זו שגויה. היא נסמכת על קריאה רק של החקיקה

מהמשפט החוקתי של ניו-זילנד, ומאידך לטעון שפסיקה של בית המשפט הישראלי, שלפיה הוא מוסמך לבטל חיקוקים של הכנסת הסותרים ערכי יסוד מרכזים של השיטה, תהיה בלתי ראויה.²⁵ זאת, כאשר הפסיקה הישראלית שבה נשקלה האפשרות להכיר בסמכות שיפוטית שכזו, שאבה השראה מהמשפט החוקתי הניו-זילנדי?²⁶ במילים אחרות, טענת תומכי ההפיכה המשטרית, לפיה המשפט החוקתי הניו-זילנדי מהווה משפט משווה המספק תימוכין לעמדתם, היא פשוט טענה מטעה. האמת היא שבניו-זילנד חקיקת פרלמנט רחוקה מלהיות חסינה לחלוטין מפני ביקורת שיפוטית מקום שבו היא פוגעת בזכויות אדם או בנורמות יסוד אחרות של השיטה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר זיו בורר, אוניברסיטת בר-אילן

תודות נתונות ל: Samuel Becher, Joel Colon-Rios, Dean Knight, Marnie Lloyd, וכן ליעל גבירצמן ויאס, לפרופ' רות הלפרין-קדרי, לפרופ' צבי טריגר, לד"ר אילן סבן ולפרופ' יניב רוזנאי

הראשית בנושא (כיום, בעיקר ס' 100 ל-Senior Courts Act 2016), אך היא מתעלמת מהפרוטוקול למינויים שיפוטיים (The Judicial Appointments Protocol, updated April 2014, <https://bit.ly/3nvUoCE>), המהווה חקיקת משנה, שעל פי חוק (כיום, ס' 96 לחוק מ-2016), שר המשפטים חייב לפרסם ולפרט בה את ההליכים למינוי שופטים. פרוטוקול זה קובע (ראו בעמ' 8 לפרוטוקול) כי כאשר מדובר במינוי לבית המשפט העליון, שר המשפטים חייב לבחור את השופט אותו הוא ימנה מתוך רשימה מצומצמת של שלושה מועמדים, שאותה הוא נדרש לגבש בהסכמה עם נשיא בית המשפט העליון, ולאחר שזה נועץ עם שאר שופטי בית המשפט העליון (פרוצדורה יחסית דומה קיימת גם בנוגע למינוי שופטים לבית המשפט לערעורים (ערכאה אחת מתחת לבית המשפט העליון)). בנוסף, טענה זו גם אינה מביאה בחשבון את העובדה כי בניו-זילנד קיים נוהג חוקתי חזק לפיו אסור לשר המשפטים, בהליך מינוי שופטים, לשקול שיקולים פוליטיים-מפלגתיים; כפי שמצוין באתר הרשמי של הרשות השופטת של ניו-זילנד: "When recommending an appointment [of judges] there is a constitutional convention in Aotearoa New Zealand that the Attorney-General acts independently of the Government and is not influenced by party politics" (COURTS OF NEW ZEALAND, ראו <https://bit.ly/3B3ArpH>).

25 ראו לדוגמה הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), הכנסת ה-25, פ/1937/25 ("הצעת חוק יסוד זו תוחמת את העילות לביקורת חוקים רגילים של הכנסת לחוסר הלימה לחוקי יסוד בלבד. לצד זאת ההצעה קובעת עליונות מוחלטת של חוקי היסוד ושוללת ביקורת שיפוטית עליהם"). כמו כן ראו ציורים בטוויטר של גדי טאוב מ-13.11.2022 ("ב... ניו זילנד... בית המשפט לא יכול לפסול חוקים... במדינה שבה אין חוקה, על אחת כמה וכמה שאסור לבית משפט לפסול חוקים. חוקים נפסלים בידי בתי משפט כשהם נוגדים את החוקה. לא סתם כך לפי 'עקרונות היסוד של השיטה' שהשופטים מדמיינים"), <https://twitter.com/GadiTaub1/status/1591763295245148161>.

26 בג"ץ ולנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 802.

"ציון במשפט תפדה": תפיסת החוק, המשפט, והפרדת רשויות במשפט העברי

הופץ במקור ביום 17.1.2023 כנייר עמדה מס' 2

עיקרי הדברים

- עקרון היסוד של המשפט העברי: לאף אדם או מוסד אין בלעדיות על הכוח הפוליטי. הרשויות השונות מבקרות ומאזנות זו את זו.
- מלך ישראל כפוף לחוק ואינו מוסמך לפרשו.
- הסנהדרין היא הגוף היחיד המוסמך לפרש את החוק.
- הסנהדרין ממנה את חבריה בעצמה ללא התערבות מן החוץ.
- המלך אינו חבר בסנהדרין כדי שלא יפגע בעצמאות השיפוטית שלה.
- תפקידם של נביאי ישראל לבקר ולהוכיח את המלכים.
- המלך אינו רשאי לשאת בתפקידי כהונה במקדש וכוהנים אינם רשאים להיות מלכים.

בחנינה מעמיקה של תפיסת החוק, המשפט וחלוקת הסמכויות במסורת הפוליטית היהודית מעלה שהיא לעולם אינה נתונה בידי אדם אחד או רשות אחת, אלא היא מפוצלת, מבוזרת ולעתים גם ממוקמת, במכוון, בלב המתחים הפנימיים. הדגם הראוי לשלטון על פי המסורת היהודית מורכב מכוחות שונים המשפיעים זה על זה ומבקרים זה את זה. בכך קדמה המסורת היהודית לתפיסות מודרניות של מבנה השלטון בדרך של הפרדת רשויות.

המלך והחוק

מלך ישראל כפוף לחוק. חוק זה שונה מהמקובל בתרבות המסופוטמית שבה המלך הוא עצמו המחוקק. ביהדות, אין למלך סמכויות בפירוש החוק; הסנהדרין היא המפרשת את החוק האלוהי ומחובתו לשמוע בקולה. הפרשייה המתארת את חוקי המלך מדגישה זאת: "וְהָיָה כְּשֶׁבִּתּוּ עַל פֶּסֶא מִמְּלַכְתּוֹ וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר [...] וְהָיָה עִמּוֹ וְקָרָא בוּ כָּל יְמֵי חַיָּיו לְמַעַן יִלְמַד לַיִרְאָה אֶת ה' אֱלֹהָיו לְשֹׁמֵר אֶת כָּל דְּבָרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת הַחֻקִּים הָאֵלֶּה לַעֲשֹׂתָם. לְבִלְתִּי רוּם לְכַבּוֹ מֵאֲחֵיו וּלְבִלְתִּי סוּר מִן הַמִּצְוָה יְמִין וּשְׂמֹאל לְמַעַן יֵאָרִיף יָמָיו עַל מִמְּלַכְתּוֹ הוּא וּבָנָיו בְּקָרֵב יִשְׂרָאֵל" (דברים יז 18–20). **המלך לעולם אינו מעל החוק, הוא עצמו כפוף לחוק והוא גם כפוף לגוף שמפרשו.** הסנהדרין היא הרשות המפרשת את החוק והמלך הוא הרשות המבצעת אותו. כך ניסח זאת הרמב"ם: "[...] הַפֶּל בְּאֵין לְלִשְׁפֹּת הַגְּזִית לְבֵית דִּין הַגָּדוֹל וְשׁוֹאֲלִין. אִם הָיָה הַדָּבָר שְׁנוּלָד בוּ הַסֶּפֶק לְכָל יָדוּעַ אֲצֵל בֵּית דִּין הַגָּדוֹל בֵּין מִפִּי הַקְּבִלָּה בֵּין מִפִּי הַמִּדָּה שֶׁדָּנוּ בָּהּ אוֹמְרִים מִיָּד. אִם לֹא הָיָה הַדָּבָר בְּרוּר אֲצֵל בֵּית דִּין הַגָּדוֹל דָּנִין בוּ בְּשַׁעֲתָן וְנוֹשְׂאִין וְנוֹתְנִין בְּדָבָר עַד שֶׁיִּסְכְּמוּ כָּלָן. אוּ יַעֲמִדוּ לְמִנְיָן וְיִלְכוּ אַחֵר הָרֹב וְיֹאמְרוּ לְכָל הַשּׁוֹאֲלִים כֹּף הִלְכָה וְהוֹלְכִין לְהֵן" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות ממרים, פ"א ה"ד).

הסנהדרין היא מוסד סמכותי שהמלך אינו חבר בו ואינו שולט בו. הרמב"ם קובע בהלכות סנהדרין (פ"ב ה"ד): "ואין מושיבין מלך ישראל בסנהדרין שאסור לחלק עליו ולמרות את דברו". הסיבה לכך היא המחויבות לשמירה על עצמאות שיפוטית. כפי שמנומק בגמרא קודם לכן: "אין מושיבין מלך בסנהדרין [...] דכתיב (שמות כג 2) לא תענה על ריב לא תענה על רב" (סנהדרין יח, ע"ב). כיוון שהמלך מעורר יראה, לא יעזו הדיינים להביע את דעתם בחופשיות. ומסביר רש"י: "לא תענה על רב – אינך רשאי לסתור את דברי מופלא שבדיינים ואי אמר מלך חובה [=ואם פסק המלך לחייב את הנאשם] תו לא מצי אינך למחזי ליה זכותא [=שוב לא מוצאים אלו (הדיינים) זכות (לנאשם)]." אחת הדוגמאות של הפרדה זו בין סמכות המלך לסמכות הסנהדרין היא ההלכה שכדי לצאת למלחמת הרשות, זקוק המלך להסכמת הסנהדרין: "מלחמת הרשות – אינו מוציא העם בה, אלא על פי בית דין של שבעים ואחד" (רמב"ם, הלכות מלכים, ה, א–ב).

מינוי שופטים

מערכת בתי הדין ובראשה הסנהדרין היא זו שממנה את השופטים. כך מסכם זאת הרמב"ם: "אמרו חכמים שמיבית דין הגדול היו שולחים בכל ארץ ישראל ובדקין כל מי שימצאוהו חכם וירא חטא וענו ונשפוי ופרקו נאה ורוח הבריות נוחה הימנו. עושין אותו דין בעירו. ומשם מעלין אותו לפתח הר הבית ומשם מעלין אותו לפתח העזרה. ומשם מעלין אותו לבית דין הגדול" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין פ"ב ה"ח).

המלך ומערכת השיפוט

שאלת מקומו של המלך ביחס למערכת השיפוט מעט מורכבת יותר. אף שהמלך אינו מקור החוק, ובספר דברים מתוארת מערכת משפט שאינה כוללת את המלך, אלא את הכהנים, הלוויים והשופט (דברים יז 8–11), במקומות רבים במקרא מתואר המלך כשופט. כך בבקשת העם משמואל "שימך לנו מלך" (שמואל א, ח 5); בסיפור דוד והאישה החכמה מתקוע (שמואל ב, יד); בסיפור אבשלום הגונב את לב אנשי ישראל הבאים לאביו למשפט (שמואל ב, טו); ומעיד על כך גם סיפור משפט שלמה (מלכים א, ג).

המשנה (סנהדרין פ"ב מ"ב) מציגה עמדה חד-משמעית ביחס לאפשרות של המלך לכהן כשופט, ומוציאה אותו ממערכת המשפט: "המלך לא דן ולא דנין אותו, לא מעיד ולא מעידין אותו". אולם התלמודים, לאחר מכן, לא קיבלו עמדה זו. על פי הירושלמי, המלך דן אבל לא דנים אותו: דן, מהפסוק 'ויהי דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו' (שמואל ב, ח 15), ואין דנין אותו "על שם מלפניך משפטי יצא" (ירושלמי, סנהדרין פ"ב, ה"ג). את המלך דן רק האל. לעומת זאת, התלמוד הבבלי אומר שמלכי בית דוד גם דנים וגם נידונים. את הסתירה עם המשנה מיישבים בכך שהמשנה מדברת על מלכי ישראל שאין דנים אותם משום מעשה שהיה עם ינאי המלך החשמונאי שהטיל אימה על הדיינים (בבלי, סנהדרין יט, ע"א). הרמב"ם מסכם כך את העמדות הסותרות: "מלכי בית דוד אף על פי שאין מושיבין אותם בסנהדרין יושבין ודנים הם את העם. ודנים אותם אם יש עליהן דין. אבל מלכי ישראל אין דנין ואין דנין אותם לפי שאין נקנעים לדברי תורה שמהם תבוא מהן תקל" (רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין פ"ב ה"ה).

מלך ונביא

המסורת היהודית מכירה עוד גורם שתפקידו **לבקר ולאזן את מעשיו של המלך**. זהו תפקידו של הנביא אשר צריך להוכיח את המלך על חטאיו וכישלונותיו. הנביאים מתייצבים מול המלכים, מבקרים אותם ומגבילים אותם. כך ראינו את שמואל מול שאול (שמואל א, טו); נתן מול דוד (שמואל ב, יב); אליהו מול אחאב (מלכים א, כא); ישעיהו מול חזקיהו (מלכים ב, כ) ועוד. מכאן שהמלך נתון לביקורת חיצונית על מעשיו ועל התנהלותו, וסמכותו לעולם אינה מוחלטת ובלתי מוגבלת.

מלך וכוהן

חלוקת הסמכות הראשונה מתחילה בסיפור משה ואהרן. האל מגייס את אהרן לעזרתו: **"וְרָאָה נְתַתִּיךָ אֱלֹהִים לְפָרְעָה וְאַהֲרֹן אָחִיךָ יְהִי נָבִיאָךְ"** (שמות ז 1). ואולם, מה שמתחיל כמענה לבעיה אישית, אנושית, הופך בדור הבא של המנהיגות **לנורמה פוליטית של הפרדת רשויות**. כשבני ישראל נכנסים לארץ מנהיגים אותם שניים, יהושע בן נון ואלעזר בן אהרן הכהן: **"קח לך את יהושע בן נון איש אשר רוח בו וְסִמְכָתָ אֶת יָדֶיךָ עָלָיו [...]** וְלִפְנֵי אֶלְעָזָר הַכֹּהֵן יַעֲמֵד וְשָׁאֵל לֹא בַמִּשְׁפָּט הָאוֹרִים לִפְנֵי ה' עַל פִּי יֵצְאוּ וְעַל פִּי יָבֹאוּ הוּא וְכָל בְּנֵי־שִׁשְׁרָאֵל אֹתוֹ וְכָל הָעֵדָה" (במדבר כז 18–21). על פסוק זה אומר המדרש: **"ולפני אלעזר הכהן יעמוד – שהיה יהושע צריך לאלעזר ואלעזר צריך ליהושע"** (ספרי במדבר, פרשה קמא). תפיסה זו של שותפות ושל חלוקת תפקידים באה לידי ביטוי באיסור על הכוהנים לקחת את תפקיד המלוכה (ירושלמי, סוטה פ"ח, ה"א). על הפסוק **"לֹא יָסוּר שִׁבְט מִיְהוּדָה וּמַחֲקֶק מִבֶּן יִגְלִיּוֹ"** (בראשית מט 10) כותב הרמב"ן שם בפירושו, כי בני חשמונאי הכוהנים נענשו על לקיחת תפקיד המלוכה. גם למלכים אסור להיות כוהנים, ועוזיהו המלך נענש בגלל רצונו להקטיר במקדש (דברי הימים ב, כו, 16–19). התלמוד מספר על ינאי המלך שביקש להיות כוהן גדול והרג את כל חכמי ישראל שהתנגדו לכך (בבלי, קידושין סו ע"א).

סיכום

לפי המשפט העברי, ניהול תקין של חברה דורש הפרדת סמכויות בין הגוף הביצועי (המלך), הגוף השופט (תפקיד המסור לסנהדרין הממנה את חבריה) אשר רשאי לדון את המלך, הגוף הרוחני (הכהונה) והגוף המבקר (הנביא). המשפט העברי מזהיר בעיקר ממצב של השתלטות הרשות מבצעת (המלך) על הרשות השופטת בין בדרך של מנויים ובין בדרך של תוכן הדין ומכיר בעקרון יסוד של עצמאות השופטים כתנאי לדין צדק.

שלטון ראוי בנוי מכוחות שונים הנמצאים במתח ובביקורת הדדית. בכך על פי המסורת היהודית נשמרת התורה ומתממשת דרכו של האל וברכתו לאברהם אבי האומה: **"כִּי יִדְעֻתִּיו לְמַעַן אֲשֶׁר יֵצְאוּ אֶת־בְּנֵי וְאֶת־בָּתִּיתוֹ אֶתְרֵיו וְשִׁמְרוּ דְרָכַי ה' לַעֲשׂוֹת צְדָקָה וּמִשְׁפָּט"** (בראשית יח 19).

מקורות להרחבה

המסורת הפוליטית היהודית כרך א 72–206 (מיכאל וולצר ואח' עורכים התשס"ז).

סטיוארט א' כהן "מושג שלושת הכתרים: מקומו במחשבה המדינית היהודית והשלכותיו על חקר ההיסטוריה החוקתית היהודית" **מחשבות על דמוקרטיה יהודית** 485 (בני פורת עורך 2010), ומקורות נוספים שם, בעמ' 451–485.

יאיר לורברבוים מלך אביון: המלוכה בספרות היהודית הקלאסית (התשס"ח).

אמנון שפירא **דמוקרטיה ראשונית במקרא: יסודות קדומים של ערכים דמוקרטיים** פרק יא (התשס"ט).

David C. Flatto, *The King and I: The Separation of Powers in Early Hebraic Political Theory*, 20 YALE JOURNAL OF LAW & THE HUMANITIES 1 (2000).

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

הרב ד"ר אריאל פיקאר

חלק חמישי

מה השינויים יעשו לנו ? בחינת השלכות

1. הפגיעות של הזכות לבחור והזכות להיבחר כתוצאה מהרפורמה
2. הפגיעה בזכויות נשים בעקבות השינויים המשטריים
3. הפגיעה בזכויות העובדות והעובדים בעקבות השינויים המשטריים
4. השפעת השינויים המשטריים המוצעים על זכויות ילדים
5. בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשטריים
6. הפגיעה בזכויות להט"בים.ות בעקבות השינויים המשטריים
7. השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק
8. פרטיות חוקתית בצל ההפיכה המשטרית
9. אין אקדמיה בלי דמוקרטיה – מה זה בעצם אומר ? פגיעת ההפיכה המשטרית באקדמיה ובסגל האקדמי
10. השלכות הרפורמה המשפטית על הסביבה

הפגיעות של הזכות לבחור והזכות להיבחר כתוצאה מהרפורמה

הופץ במקור ביום 19.3.2023 כנייר עמדה מס' 31

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 מתייחסים לפגיעות האפשריות, כתוצאה מהרפורמה, בזכות לבחור ובזכות להיבחר, ובאופן כללי יותר באופי החופשי והתחרותי של הבחירות לכנסת.

אנו מראים כי:

- כדי להצדיק את השינויים שהם מציעים, מקדמי השינויים המשפטיים נוהגים לעשות שימוש במונחים כגון רצון הרוב, כהצדקה, למשל, לצמצום הביקורת השיפוטית. אולם הניסיון לצייר את השינויים כחזקת הדמוקרטיה הוא מטעה ולמעשה ההיפך הוא הנכון. תוכנית הקואליציה תחשוף את הזכויות הדמוקרטיות הבסיסיות ביותר – הזכויות לבחור ולהיבחר – לפגיעות חמורות. כך, כביכול בשם הדמוקרטיה, הקואליציה פותחת את הדלת לפגיעה בתנאי הכרחי לקיום דמוקרטיה אפילו במובנה הבסיסי והצר ביותר, כהכרעת העם באמצעות בחירות בנוגע לזהות מקבלי ההחלטות.
- הזכויות לבחור ולהיבחר הן זכויות פוליטיות בסיסיות המעוגנות בחוקות רבות. הן לא רק זכויות אישיות, אלא הן גם תנאי חיוני לקיום משטר דמוקרטי במובן של תחרות הוגנת ושוויונית בין רעיונות פוליטיים ובין מועמדים לייצג את האזרחים.
- כדי להיות אפקטיביות, הזכויות לבחור ולהיבחר דורשות בתי משפט עצמאיים מהשלטון, המחזיקים בסמכות רחבה לערוך ביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות וחקיקה. זאת, משום שלגבי זכויות אלו קיים החשש החזק ביותר מפני שימוש לרעה בכוחו של השלטון. התפיסה כי בית המחוקקים מוגבל יותר והביקורת השיפוטית מוצדקת יותר בנוגע לזכויות לבחור ולהיבחר בהשוואה לזכויות אחרות, אף מוצאת ביטוי בדין הקנדי, אשר מחריג את הזכויות לבחור ולהיבחר ממנגנון ההתגברות.
- בישראל, ההבנה של חיוניותן של הזכויות לבחור ולהיבחר הובילה להכרה באפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה כדי להגן על זכויות אלו, וזאת אפילו לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- ביקורת שיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות לבחור ולהיבחר, לרבות חקיקת יסוד, חשובה ביותר שאת בישראל, לאור ניגוד העניינים שבו הכנסת מצויה ביחס לבחירות: כרשות מחוקקת, היא מושפעת מדיני הבחירות וחבריה מושפעים באופן ישיר מהכללים בנוגע לבחירות. כרשות מכוננת,

- היא קובעת כללים אלה. ניגוד עניינים זה הוביל מאז קום המדינה לניסיונות לפגוע בתחרותיות של הבחירות באמצעות חקיקה. למרות שהביקורת השיפוטית על חקיקה מנעה חלק מניסיונות אלו, היא אינה מספיקה, וזאת לאור היקפה המצומצם מאוד של הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד.
- על רקע זה, הפגיעה בעצמאות הרשות השופטת והצמצום המשמעותי של הביקורת השיפוטית על חקיקה, המוצעים בתוכנית הקואליציה, יחשפו את הזכויות לבחור ולהיבחר לפגיעות חמורות עוד יותר.
- פולין, הונגריה וטורקיה הן דוגמאות למדינות שבהן הרוב פגע בחופש הבחירות לאחר תיקונים חוקתיים אשר פגעו בעצמאות הרשות השופטת ובסמכותה לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה. בהונגריה למשל, כתוצאה מתיקוני חקיקה, בכל מערכות הבחירות מאז 2010 מפלגת פידס שבשלטון הצליחה לשמור על רוב פרלמנטרי גבוה למרות שבחלק מהן היא ירדה אל מתחת ל-50% מהקולות.
- באופן דומה, בישראל, הקואליציה כבר גיבשה תוכניות והצעות חוק אשר יפגעו באופי השוויוני והתחרותי של הבחירות, כגון הרחבת האפשרויות לפסול רשימות מועמדים לכנסת, פגיעה בעצמאות התקשורת ופוליטיזציה מלאה של ועדת הבחירות המרכזית. התוכנית שמקדמת הקואליציה תאפשר לה לפגוע עוד יותר בזכויות לבחור ולהיבחר, מאחר שהיא מבטלת את מעט ההגנות שהמשפט החוקתי הישראלי מציב כיום לשמירה על זכויות אלו – ביקורת שיפוטית על ידי בית משפט עצמאי. כך, הרפורמה תותיר את המפלגות בשלטון חופשיות לנצל את כוחן כדי להטות את דיני הבחירות לטובתן, ולהבטיח כי הן לא תפסדנה בבחירות עתידיות.

נימוקי נייר העמדה

בנייר עמדה זה אנו מתייחסים לפגיעות האפשריות כתוצאה מהשינויים המשפטיים המוצעים, בזכות לבחור ובזכות להיבחר, ובאופן כללי יותר באופי החופשי והתחרותי של הבחירות לכנסת. נייר זה מדגיש את המובן מאליו: לזכויות לבחור ולהיבחר חשיבות עצומה, ובלעדיהן אין משטר דמוקרטי. הכרה בחיוניותן של זכויות אלו הובילה את המשפט הישראלי להעניק להן מעמד מיוחד, ולא מקרה הוא שהביקורת השיפוטית על חקיקה הוכרה לראשונה כדי להגן על זכויות אלו. במדינות העולם מוכר הצורך בביקורת שיפוטית על חקיקה הקשורה לבחירות, בשל ניגוד האינטרסים שבו נתון המחוקק, שלחבריו עניין בהמשך כהונתם. הצורך בביקורת שיפוטית על חקיקה העוסקת בבחירות חריף ביתר שאת בישראל, ואף ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד העוסקת בבחירות נחוצה בישראל, בשל כך שלכנסת הן סמכות מכוונת הן סמכות מחוקקת, וחבריה מושפעים באופן ישיר מהכללים בנוגע לבחירות. על רקע זה, פגיעה בעצמאות הרשות השופטת, ביטול הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד, והצמצום המשמעותי של הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה, חושפים את הזכויות לבחור ולהיבחר לפגיעות חמורות. הנייר מדגיש את הפגיעות שהרפורמה המוצעת תאפשר בתחום זה, באמצעות ניתוח של הדין הישראלי ושל דוגמאות ממדינות אחרות שבהן לצד השתלטות על מערכת המשפט הרוב הפרלמנטרי פגע בתחרותיות של הבחירות באמצעות חקיקה.

מבוא

בתחילת ינואר 2023 הציג שר המשפטים החדש יריב לוין תוכנית לשינויים רבים ומרחיקי לכת במערכת המשפט: שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, ביטול הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד,

צמצום משמעותי של הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה, ביטול עילת הסבירות והפיכת משרות היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אמון (להלן: הרפורמה). בניירות עמדה אחרים,¹ חברי הפורום הסבירו מדוע הרפורמה תבטל למעשה את עצמאותה של הרשות השופטת, תכפיף אותה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים והמפלגתיים של הרשות המבצעת, תצמצם משמעותית את הביקורת השיפוטית על חקיקה ועל אקטים מנהליים, ותפגע במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ושל משרדי הממשלה.

אחדים מניירות עמדה אחרים של הפורום ניתחו את הפגיעות הצפויות והאפשרויות בזכויות אדם רבות, כגון זכויות נשים, זכויות בהליך הפלילי. נייר עמדה זה מתמקד בזכויות לבחור ולהיבחר, ובאופן כללי באופי התחרותי של הבחירות לכנסת.

כדי להצדיק את השינויים שהם מציעים, מקדמי הרפורמה נוהגים לעשות שימוש במונחים דמוקרטיים. כך, למשל, נטען כי צמצום הביקורת השיפוטית נועד לחזק את רצון הרוב, כפי שזה מתבטא בחקיקת הכנסת.² אולם ההיפך הוא הנכון. כפי שנייר זה יראה, הרפורמה, אם תעבור, תחשוף את הזכויות לבחור ולהיבחר לפגיעות חמורות. כך, כביכול בשם הדמוקרטיה, הרפורמה פותחת את הדלת לפגיעה בתנאי הכרחי לקיום דמוקרטיה אפילו במובנה הבסיסי והצר ביותר, כהכרעת העם באמצעות בחירות בנוגע לזהות מקבלי ההחלטות.³

הפרק הראשון להלן מציג את הזכויות לבחור ולהיבחר ומסביר את חשיבותן הדמוקרטית. הוא מבאר מדוע ביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות אלו מוצדקת במיוחד. הפרק השני מסביר כי בישראל, ההבנה של חיוניותן של הזכויות לבחור ולהיבחר הובילה להכרה באפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה כדי להגן על זכויות אלו, וזאת אפילו לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992. ואכן, הצורך בביקורת שיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות לבחור ולהיבחר, לרבות חקיקת יסוד, חשובה ביתר שאת בישראל, לאור ניגוד העניינים שבו הכנסת מצויה ביחס לבחירות: כרשות מחוקקת היא מושפעת מדיני הבחירות וחבריה מושפעים באופן ישיר מהכללים בנוגע לבחירות. כרשות מכוננת, היא קובעת כללים אלה. ניגוד עניינים זה הוביל מאז קום המדינה לניסיונות לפגוע בתחרותיות של הבחירות באמצעות חקיקה. למרות שהביקורת השיפוטית על חקיקה מנעה חלק מניסיונות אלו, היא אינה מספיקה, וזאת לאור היקפה המצומצם מאוד של הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד.

על רקע זה, הפרק השלישי מסביר כיצד ביטול עצמאות הרשות השופטת והצמצום המשמעותי של הביקורת השיפוטית על חקיקה המוצעים ברפורמה יחשפו את הזכויות לבחור ולהיבחר לפגיעות

1 ראו החלק הראשון באסופה זו.

2 על פי שר המשפטים לוי, "הצגתי את השלב הראשון של הרפורמה שחיונית לדמוקרטיה, לתיקון מערכת המשפט ולהשבת אמון הציבור... הגיע הזמן להשיב את הדמוקרטיה ולתת משמעות להצבעת הבוחר בבחירות. אין אנשים נעלים ואין נחותים, כולנו אזרחים שווים ולכולנו זכות שווה לקחת חלק בהחלטות הקובעות את חיינו". דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט (11.1.2023) <https://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press11.01.23.aspx>.

3 זוהי ההגדרה הצרה של דמוקרטיה שפיתח יוסף שומפטר: "[T]hat institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people's vote". JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY 269 (1942).

חמורות עוד יותר מאשר במצב המשפטי הנוכחי. הוא מדגים את הפגיעות שהרפורמה תאפשר באמצעות ניתוח של הדין הישראלי ושל דוגמאות ממדינות שבהן הרוב פגע בחופש הבחירות לאחר תיקונים חוקתיים אשר פגעו בעצמאות הרשות השופטת ובסמכותה לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה.

1. הזכות לבחור והזכות להיבחר

א. הגדרה וחשיבות דמוקרטית

כפי שצינו רובינשטיין ומדינה, "אבן היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית היא כלליות הבחירות, כלומר ההכרה בזכותו של אזרח להשתתף בהליך הבחירות באמצעות הצבעה חופשית בעד הרשימה המועדפת עליו. תפיסה זו מתבטאת בהכרה בקיומה של זכות יסוד לבחור".⁴ כלליות הבחירות מחייבת גם הכרה בזכות להיבחר, שהיא "הזכות ליטול חלק בבחירות ולהתמודד על קולו של הבוחר".⁵ ניתן לחשוב על שתי זכויות אלו כמבטאות זכות רחבה יותר: שהליך הבחירות יהיה שוויוני ויבטיח תחרות אמיתית.

הזכויות לבחור ולהיבחר הן זכויות פוליטיות בסיסיות המעוגנות בחוקות רבות ובמשפט הבינלאומי לזכויות אדם.⁶ הניסוח של סעיף 25 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (אליה הצטרפה ישראל בשנת 1991) משקף את התפיסה הרווחת במשפט הבינלאומי ובמשפט החוקתי המשווה לגבי זכויות אלו:

"לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות, ללא כל הפליה מן ההפלות שצוינו בסעיף 2 וללא הגבלות בלתי סבירות:

...להצביע ולהיבחר בבחירות-אמת המתקיימות מזמן לזמן, תוך מתן זכות בחירה כללית ושווה, והנערכות בהצבעה חשאית המבטיחה ביטוי חופשי לרצונם של הבוחרים".⁷

כפי שעולה מהניסוח לעיל, הזכות לבחור והזכות להיבחר דורשות שוויון בין האזרחים. הן דורשות גם בחירות אמת (genuine elections) – בחירות אשר משקפות נאמנה את רצונם של הבוחרים.⁸

4 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 571 (מהדורה שישית 2006).
5 ע"ב 2/84 נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 245 (הנשיא שמגר) (1985).
6 ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948, ס' 21; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, ס' 25; האמנה האירופית לזכויות אדם, פרוטוקול ראשון 1952, ס' 3.
7 ההפלות שצוינו בס' 2 לאמנה הן: "כל הפליה מכל סוג שהוא, כגון מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעת פוליטית, או אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, יחוס, או כל מעמד אחר".
8 היבטים אלה של הזכות לבחור זכו להגנה חוקתית במדינות שונות. למשל, בצרפת, המועצה החוקתית הכירה במעמד החוקתי של ה"כנות", השוויון, החשאיות והאוניברסליות של הבחירות. JEAN GICQUEL & JEAN-ERIC GICQUEL, DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES 144 (36ème éd., 2022–2023).

מאפיינים אלו של הזכויות לבחור ולהיבחר חופפים במידה רבה את הקריטריונים הבסיסיים של משטר דמוקרטי כפי שהוגדרו בספרות במדעי המדינה. בספרות זו קיים קונצנזוס כי בחירות פתוחות, חופשיות והוגנות הן תנאי מינימום הכרחי (גם אם לא תנאי מספיק) לדמוקרטיה.⁹ מדעני מדינה מסבירים כי קריטריונים אלו נועדו לבסס את התחרותיות של הבחירות.¹⁰ לפיכך, הזכויות לבחור ולהיבחר הן לא רק זכויות אישיות, אלא הן גם תנאי חיוני לקיום משטר דמוקרטי במובן של תחרות הוגנת ושוויונית בין רעיונות פוליטיים ובין מועמדים לייצג את האזרחים.

גם במשטרים דמוקרטיים השמירה על בחירות שוויוניות ותחרותיות היא אתגר משמעותי. זאת בראש ובראשונה לאור הפיתוי עבור המפלגות בשלטון לעשות שימוש בכוח החקיקה שלהן כדי להטות את הבחירות לטובתן. כך למשל, בארצות הברית, ממשיך עד ימינו להתנהל מאבק לביטול חוקים והסדרים אשר מגבילים את הנגישות לקלפיות באופן שמפלה מיעוטים אתניים.¹¹ אתגר השמירה על התחרותיות האמיתית של הבחירות עוד יותר חריף כיום, כאשר דעות הבוחרים מושפעות מהמידע המועבר ברשתות חברתיות, אשר מוצפות ב"פייק ניוז" ומניפולציות שונות.

הזכויות לבחור ולהיבחר אינן מוחלטות, אולם לאור חיוניותן לדמוקרטיה, במשפט המשווה נדרשת הצדקה חזקה ביותר להגבלתן, ובפועל מכיר המשפט החוקתי בעולם והמשפט הבינלאומי במעט מאוד מגבלות כמוצדקות. המגבלות המקובלות על הזכות לבחור נוגעות בעיקר לגיל מזערי ולאזרחות הבוחרים. לגבי הזכות להיבחר, נהוג בנוסף להכיר במגבלות הקשורות להיעדר עבר פלילי ואיסור כהונה מקבילה בתפקידים ציבוריים מסוימים. ההצדקה למגבלות מסוג זה היא כי תנאי סף לכשירות לכהונה כנבחר ציבור היא מחויבות למען טובת הציבור.¹² כמו כן, במספר משטרים דמוקרטיים ישנן מגבלות הנובעות מהרעיון של "דמוקרטיה מתגוננת": קיימים הסדרים שבהם מועמדים או מפלגות החותרים תחת הדמוקרטיה מנועים מלהתמודד לבחירות. במילים אחרות, מגבלה על הזכויות לבחור ולהיבחר נחשבת למוצדקת רק כאשר היא בעצמה מגנה על האופי הדמוקרטי של המערכת הפוליטית ועל טוהר המידות שלה.

ב. חיוניותה של הביקורת השיפוטית להגנה על הזכויות לבחור ולהיבחר

לחיוניותן של הזכויות לבחור ולהיבחר למשטר דמוקרטי ישנן השלכות מוסדיות. כדי להיות אפקטיביות, זכויות אלו צריכות להיות מופעלות במערכת פוליטית שבה יש הגנה חזקה על זכויות פוליטיות נוספות כגון חופש הביטוי וההתאגדות, כמו גם שקיפות של תהליך הבחירות, ומנגנון בחירות ניטרלי.¹³ נדרשים בתי משפט עצמאיים מהשלטון, המחזיקים בסמכות רחבה לערוך ביקורת שיפוטית על פעולות שלטוניות וחקיקה, כדי להגן לא רק על הזכויות לבחור ולהיבחר אלא גם על הזכויות

9 Steven Levitsky & Lucan A. Way, *Elections without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism*, 13(2) JOURNAL OF DEMOCRACY 51, 53 (2002).

10 שם.

11 Becca Damante, *CAC Continues its Defense of Voting Rights*, CONSTITUTIONAL ACCOUNTABILITY (1.3.2021), <https://bit.ly/3Wiugb9>.

12 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 582–584.

13 Aziz Huq & Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 UCLA L. REV. 78, 86–87 (2018).

הנוספות והמנגנונים הנ"ל. זאת משום שלגבי זכויות אלו ובמיוחד הזכות להיבחר "קיים החשש החמור ביותר מפני שימוש לרעה בכוחו של השלטון לשם פגיעה בה".¹⁴ כפי שהסביר השופט לוי:

"טול מאדם או קבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית אותה גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו. אכן, מגבלות מסוג זה מתקבלות בתרעומת על ידי אוהדיו של המשטר הדמוקרטי, אולם נדמה לעתים כי עוצמתה של ההתנגדות לאותן מגבלות קטנה כאשר הפגיעה המסתמנת מהן מופנית כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסיה... בתחום זה שמור לבית המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח ולבקר חקיקים, שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר, כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד, לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי".¹⁵

בהתאם, המשפט המשווה והבינלאומי מגנים על הזכויות לבחור ולהיבחר באמצעות ביקורת שיפוטית רחבה. כך, לבית הדין האירופי לזכויות אדם, האורגן השיפוטי של מועצת אירופה, פסיקה ענפה בנוגע לזכות לבחור ולהיבחר. במספר פסקי דין הוא הגן על הזכות לבחור של אסירים.¹⁶ הוא גם קבע כי הגבלת האפשרות להתמודד בבחירות לקבוצות אתניות מסוימות היא פגיעה בזכות לשוויון ובזכות להיבחר.¹⁷ בנוסף, הוא הבהיר כי פסילת מועמדים מותרת רק אם היא קבועה בחוק, נועדה להגן על הסדר הדמוקרטי, והיא מידתית.¹⁸

ההצדקות לקיום ביקורת שיפוטית על חקיקה חזקות במיוחד בנוגע לזכויות לבחור ולהיבחר. אחת ההצדקות העיקריות לביקורת שיפוטית על חקיקה היא ההגנה על זכויות אדם. כידוע, הצדקה זו נמצאת במתח עם העובדה שהחקיקה מבטאת בעיקרון את רצון הרוב. קושי זה זכה לכינוי "הקושי האנטי רובני" של הביקורת השיפוטית.¹⁹ אולם, בנוגע לזכויות לבחור ולהיבחר, הביקורת השיפוטית נהנית

14 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 578.

15 בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושברדאש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששעשרה, פ"ד נז(4) 145, 156 (2003) (מצוטט אצל רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 578).

16 Application no. 74025/01 Hirst v. The United Kingdom (no. 2), [GC] (2005); Application no. 29411/07 Soyler v. Turkey, ECHR (2013); Application no. 20201/04 Frodl v. Austria, ECHR (2010).

17 Application no. 27796/06 Sejdić v. Bosnia-Herzegovina, [GC] (2009).

18 Application no. 48621/07 Dicle v. Turkey, ECHR (2015); Application no. 34932/04 Paksas v. Lithuania, [GC] (2011). יצוין כי גוף נוסף של מועצת אירופה, ועדת ונציה, מספק למועצת אירופה ולמדינות החברות בה (ולמדינות נוספות, ביניהן מדינת ישראל) ייעוץ והמלצות בנוגע לסוגיות הקשורות לשלטון החוק ולדמוקרטיה. מרכיב חשוב של המנדט שלה היא פרסום חוות דעת בנוגע להצעות חוקי בחירות. הגם שפרסומיה של הוועדה אינם מחייבים משפטית, הם משקפים את התפיסה הבינלאומית המקובלת לגבי הפרקטיקות הטובות ביותר (best practices) בתחום. ראו <https://bit.ly/3MdiNox>.

19 ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16 (1986).

מהצדקה נוספת: תפקידה בחיזוק ההליך הדמוקרטי עצמו.²⁰ ביקורת שיפוטית שמגנה על הזכות לבחור או להיבחר, מחזקת את ההליך הדמוקרטי ובכך מצמצמת משמעותית את הקושי האנטי רובני. בלא ביקורת שיפוטית על חקיקת בחירות יוכל בית המחוקקים בהווה להשפיע על בתי המחוקקים בעתיד. דהיינו: הביקורת השיפוטית נדרשת כדי להבטיח את כוחה של הרשות המחוקקת כמוסד, לעומת כוחם של חבריה כיחידים. תפיסה דומה, הרואה הצדקה בהצבת גבולות על סמכות בית המחוקקים כשהחקיקה עניינה בבחירות, ביטא השופט חשין כשכתב כי "יש בנמצא כוחות 'נסתרים', כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה – סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה – לחקוק חוקים. ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה בסמכויות הכנסת כמחוקקת לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה, בתפקידה העיקרי".²¹

התפיסה כי בית המחוקקים מוגבל יותר בנוגע לזכויות לבחור ולהיבחר בהשוואה לזכויות אחרות אף מוצאת ביטוי בדין הקנדי, אשר מחריג את הזכויות לבחור ולהיבחר ממנגנון ההתגברות בצ'רטר הקנדי.²² לאחרונה בית המשפט לערעורים של אונטריו פסל חקיקה שהגבילה באופן לא מידתי את סכום ההוצאה המרבית המותרת בתעמולת בחירות, וזאת למרות שהחקיקה עשתה שימוש בפסקת ההתגברות. בית המשפט הסביר כי את הפגיעה בחופש הביטוי ניתן לחסן מפני ביקורת שיפוטית, אולם היות שמדובר בתעמולת בחירות, נפגעת גם הזכות לבחור ולהיבחר וזו אינה כפופה לפסקת ההתגברות.²³

נוסף על הגנה על זכויות פוליטיות ועל תקינותו של הליך הבחירות, הגנה על זכויות הפרט (כגון הזכות לחירות, לקניין ולהליך הוגן) על ידי מערכת משפטית בלתי תלויה היא חיונית לתחרותיות של הבחירות, מאחר שהיא תורמת למוכנות של השחקנים הפוליטיים לחילופי שלטון. כפי שמסבירה הספרות, הגנה שיפוטית אפקטיבית על זכויות הפרט מבטיחה כי השלטון החדש לא יפגע בזכויות היסוד של חברי השלטון היוצא. במצב שבו זכויות יסוד מוגנות כאמור, חברי הממשלה היוצאת לא יאסרו, רכושם לא יוחרם ואפילו הפעילות הפוליטית שלהם תהיה מוגנת.²⁴ כך, הגנה שיפוטית אפקטיבית על זכויות היסוד, הן הפוליטיות והן האישיות, מחזקת את האופי הדמוקרטי והתחרותי של המשטר.

2. הזכויות לבחור ולהיבחר במשפט הישראלי וניגוד העניינים של הכנסת

הדין הישראלי מכיר בכך שהזכויות לבחור ולהיבחר הכרחיות כדי לשמר את האופי הדמוקרטי של המשטר.²⁵ לתפיסה זו ניתן ביטוי באמצעות מתן מעמד חוקתי לעקרונות הכלליים, השוויון והחשאיות

20 Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 227, 232 (2010).

21 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 545 (1995).

22 הלל סומר "תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" חוקים יב 55, 81–80 (2015).

23 Working Families Coalition (Canada) Inc. v. Ontario (Attorney General), 2023 ONCA 139.

24 Rosalind Dixon & Tom Ginsburg, *Constitutions as Political Insurance: Variants and Limits*, in COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW 36, 41–42 (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon eds., 2018).

25 יצוין כי הכללים לקבלת אזרחות ישראלית אינם שוויוניים, מאחר שהם נותנים עדיפות ליהודים בהתאם לחוק השבות, התש"ו–1950. נייר זה מתמקד בזכויות לבחור ולהיבחר של אזרחים ישראלים, בלי

של הבחירות בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת,²⁶ אשר קובע: "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת". בהתאם, הפסיקה הכירה במעמדה הרם של הזכות לבחור. על פי השופט דורנר, "בראש הסולם [של זכויות היסוד] מצויות זכויות-על, בעלות מעמד מיוחד, כגון הזכות להשתתף בבחירות... הפגיעה בזכויות אלה מותרת רק לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להגשימו באמצעים אחרים".²⁷ כמו כן, הפסיקה הישראלית פיתחה תפיסה עשירה של עקרון השוויון בבחירות, שכוללת את הזכויות לבחור ולהיבחר, ולגבי הזכות להיבחר לא מסתפקת הפסיקה בשוויון פורמלי אלא דורשת שוויון סיכויים להיבחר, ולשם כך חלוקה הוגנת של המשאבים הדרושים להתמודדות בבחירות.²⁸ בנוסף נפסק כי "הזכות לבחור אינה נופלת במעמד, ובצורך להגן עליה, מן הזכות להיבחר. ... לפיכך יש להקפיד מאד בכל חברה דמוקרטית שלא לפגוע בזכות לבחור אלא בנסיבות קיצוניות שנקבעו בחוק בצורה ברורה".²⁹

עם זאת, המבנה החוקתי בישראל, שבו הכנסת מתפקדת בו-זמנית כרשות מחוקקת וכרשות מכוננת, מציב את הזכויות לבחור ולהיבחר ובאופן כללי את חופש הבחירות בסכנה מתמדת. היכולת של כל כנסת לתקן חוקי יסוד ברוב של המשתתפים בהצבעה (אם חוק היסוד אינו משוריין פורמלית) או אפילו ברוב של חברי הכנסת (אם מדובר בהוראה משורינת פורמלית ברוב כזה), מעלה את החשש "כי הרוב (או המפלגות הגדולות) בכנסת היוצאת יבקשו לקדם את האינטרסים שלהם – למשל באמצעות קביעת שיטת בחירות או הטלת מגבלות על הזכות להיבחר באופן הצפוי להיטיב עמם".³⁰ אומנם סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע, כאמור, את עיקריה של שיטת הבחירות לכנסת,³¹ משוריין פורמלית ונקבע בו כי ניתן לשנותו אך ורק ברוב של חברי הכנסת – דהיינו 61 חברי כנסת.³² שריון זה של סעיף 4 נחקק בשנת 1958 בהצבעה נדירה של חברי כנסת הן משמאל והן מימין, כנגד התנגדותה של סיעת מפא"י שהייתה בשלטון.³³ הנימוק העיקרי לשריון, כפי שביטא אותו ח"כ חנן רובין ממפ"ם, היה כי "אנו מעדיפים כל דבר שיש בו משום מניעת מקריות וטכסיסים חולפים. העיקר לדעתנו הוא, שחוקים קונסטיטוציוניים וחוק הבחירות הוא אחד מהם וכללי הבחירות עוד יותר מזה, יוצאו מהחשבונות המפלגתיים הצרים של גוזרי מפות בחירות".³⁴ עם זאת, לכל קואליציה לפחות 61 חברי כנסת, ולפיכך שריון של 61 אינו מסיר את החשש לשינוי לא דמוקרטי בשיטת הבחירות. במילים אחרות: הדרישה לרוב מיוחס נועדה להבטיח כי לא ייעשה שינוי בשיטת הבחירות בקלות יתרה, בדרך מקרה או בדרך

להתייחס למשמעויות עבור אופי הדמוקרטי של השלטון, של כללים בנוגע לקבלת אזרחות, ושל השליטה הישראלית בגדה המערבית.

- 26 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 571.
- 27 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 421 (1997).
- 28 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983).
- 29 בג"ץ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**, פ"ד נא(2) 18, 26 (1996).
- 30 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 558.
- 31 "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות".
- 32 ס' 4, 44 לחוק-יסוד: הכנסת.
- 33 הישיבה הארבע מאות ועשר של הכנסת השלישית, בעמ' 897–900 (11.2.1958) https://fs.knesset.gov.il/3/Plenum/3_ptm_251263.pdf.
- 34 שם, בעמ' 898.

אגב, אולם אין בה מענה למצבים שבהם רוב קואליציוני נחוש לקדם חקיקה הפוגעת בתחרותיות של הבחירות.

אכן, עוד לפני ה"מהפיכה החוקתית" של שנות ה-90, בית המשפט העליון התבסס על סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ובמיוחד על הקביעה כי הבחירות יהיו "שוות", כדי להחיל ביקורת שיפוטית על הוראות חוק בהן הכנסת נתנה לחברי הכנסת היוצאים או למפלגות הגדולות יתרונות בעניינים הנוגעים לבחירות לכנסת ומימון. כך, בשנת 1969 קבע בית המשפט בבג"ץ **ברגמן** כי חוק אשר שלל מימון בחירות מרשימות מועמדים חדשות נגד את עקרון שוויון הבחירות המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולכן לא היה תקף אם לא התקבל ברוב 61 חברי הכנסת.³⁵ באופן דומה, בשנת 1981, בבג"ץ **דרך ארץ**, קבע בית המשפט את בטלותו של חוק אשר שינה מכסות זמן השידור של תעמולת בחירות ברדיו ובטלוויזיה, באופן שמכסתן של הרשימות החדשות הופחתה, בעוד שמכסתן של הרשימות המיוצגות בכנסת היוצאת הוגדלה, וזאת בלי שהתיקן לחוק התקבל ברוב של 61 חברי הכנסת.³⁶ בבג"ץ **רובינשטיין** בשנת 1982 ובבג"ץ **תנועת לאו"ר** בשנת 1990 פסק בית המשפט כי חוקים אשר שינו לאחר הבחירות את כללי מימון המפלגות, פגעו בשוויון הבחירות והיו בטלים בשל כך שלא התקבלו ברוב חברי הכנסת בכל אחת מקריאות החוק.³⁷

כאמור, מקרים אלו התרחשו לפני ה"מהפיכה החוקתית", שבה בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הכיר בית המשפט העליון בפסק דינו המכונן בעניין **בנק מזרחי** משנת 1995 בסמכות של בתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה בשל סתירה לחוק יסוד. לדעתנו, אין זה צריך להפתיע שאפילו במסגרת הצרה מאוד של הביקורת השיפוטית על חקיקה שהייתה קיימת בישראל עד 1995, המקרים היחידים שבהם בית המשפט העליון הכיר בסמכותו לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקה הם מקרים הנוגעים לשיטת הבחירות. אומנם, מבחינה פורמלית, הביקורת השיפוטית במקרים אלו נובעת מהשריון הפורמלי של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ולא מתוכן הסעיף – הסדרת שיטת הבחירות – אולם ניתן להסביר הן את שריון סעיף 4, הן את הנכונות של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית במקרים אלו לאור חשיבות הנושא והלגיטימיות המיוחדת של ביקורת שיפוטית לגביו.

המקרים הנ"ל מעידים על כך שהחשש מפני שימוש לרעה של הכנסת בכוח החקיקה שלה כדי לפגוע בתחרותיות של הבחירות אינו תאורטי, אלא מלווה את המדינה לפחות מאז שנות השישים. זאת ועוד, למרות ההכרה במשפט הישראלי במעמד הרם של הזכויות לבחור ולהיבחר, ההגנה שניתנת לזכויות אלו אינה מספיקה וזאת בשני היבטים:

ראשית, בפסיקה משנות ה-90 נקבע כי רק חקיקת יסוד אשר מבצעת תיקון מפורש או משתמע לחוק יסוד משוריין פורמלית, צריכה לעמוד בדרישות הרוב המיוחס;³⁸ לעומת זאת, חקיקה רגילה

35 עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 28.

36 בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (4) 1 (1981).

37 עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 28; בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד (3) 529 (1990).

38 בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז (5) 913 (1994); עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 319–324 (הנשיא שמגר).

שסותרת עיקרון או זכות המעוגנים בחוק יסוד ניתנת להצדקה על פי מבחני פסקת ההגבלה.³⁹ בכך נפתח פתח להצדקה של פגיעות בזכויות לבחור ולהיבחר גם בלא שהגבלות אלו הוטלו בחוקי יסוד. שנית, הכנסת יכולה לחוקק הסדרים שפוגעים בזכויות אלו בחוק יסוד, וכך להימנע מהביקורת השיפוטית הקפדנית יותר על חוקים רגילים. כך, בישראל קיים הסדר שמאפשר לפסול מועמדים ורשימות מועמדים בשל הסתה לגזענות, שלילת האופי היהודי או הדמוקרטי של המדינה, או תמיכה בטרור, החורג באופן רחב מההסדר המקובל במשטרים דמוקרטיים. כפי שצוין בפרק הראשון, על פי בית הדין האירופי לזכויות אדם, פסילות כאלו מוצדקות רק כדי להגן על הסדר הדמוקרטי, לא על הגדרת צבינה הלאומי של המדינה. ההסדר הישראלי נחקק לתוך חוק יסוד: הכנסת (סעיף 7א) ברוב הנדרש לתיקון סעיף 4.⁴⁰

כפי שנאמר לעיל ובניירות העמדה האחרים של הפורום, במבנה הפרלמנטרי של ישראל, בו הרשות המבצעת צומחת מהרשות המחוקקת, והרשויות המחוקקת והמכוננת הן זהות, הקואליציה בשלטון יכולה לתקן את סעיף 4 ברוב הקואליציוני. לכן יש לראות בשריון של סעיף 4 פתרון חלקי מאוד לניגוד העניינים שבו מצויה הכנסת ביחס לאסדרת שיטת הבחירות. מכאן עולה החשיבות של הביקורת השיפוטית על התוכן של חוקי יסוד. כיום, במקרים חריגים מאוד, בית המשפט יכריז על בטלותו של חוק יסוד המהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת.⁴¹ דוקטרינה נוספת דרכה ניתן אולי לקבוע כי חקיקת בחירות אינה חוקתית היא דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אולם בית המשפט העליון הביע ספק בשאלה אם בסמכותו לפסול מכוח דוקטרינה זו חוקים.⁴²

3. הפגיעות האפשריות בזכויות לבחור ולהיבחר כתוצאה מהרפורמה

הרפורמה המוצעת מבטלת את עיקר ההגנות הקיימות כיום (והחלקיות מאוד) על הזכויות לבחור ולהיבחר:

(1) היא מבטלת כל אפשרות לערוך ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, בלי לכלול מגבלות על התוכן של חוקי היסוד. כך, גם אם סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ייוותר משוריין פורמלית, כל קואליציה תוכל לנצל את הרוב הקואליציוני כדי לתקן סעיף זה באופן המטיב איתה בבחירות הבאות, בלי שביט משפט יוכל לבחון אם התיקון מהווה שימוש לרעה בסמכות המכוננת או תיקון חוקתי שאינו חוקתי.

(2) היא מצמצמת כל כך את הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה עד כי ביקורת כזו תהיה בלתי אפשרית או נדירה ביותר. זאת, באמצעות דרישה להחלטה של בין 80% ל-100% (לפי הגרסאות השונות של הרפורמה) של ההרכב המלא של בית המשפט העליון (15 שופטים), ופסקת התגברות שתאפשר לרוב הקואליציוני לחוקק מחדש חקיקה, גם במקרה הנדיר שבו היא נפסלה. בניגוד לתפיסה הרווחת בעולם לפיה ביקורת שיפוטית מוצדקת במיוחד כדי להגן על הזכות לבחור

39 ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז (3) 793 (2003); בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 12.3.2015).

40 ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מב (4) 177 (1988).

41 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו 6.9.2017); בג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל (נבו 23.5.2021).

42 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021).

ולהיבחר, כולל בדין הקנדי, הרפורמה אינה מחריגה את הזכות לבחור ולהיבחר מהכללים המוצעים שמגבילים את הביקורת השיפוטית, לרבות פסקת ההתגברות.⁴³

(3) המשמעות של שינוי הרכבה של הוועדה לבחירת שופטים באופן שמקנה לקואליציה שליטה מכריעה במינויים היא אובדן העצמאות של השופטים ביחס לפוליטיקאים, דבר אשר יפחית את הסיכוי לביקורת שיפוטית אפקטיבית גם במקרים המעטים בהם זו עדיין תהיה אפשרית. דוגמאות מהעולם וניתוח של הסדרים במשפט הישראלי בנוגע למשאבים הדרושים לבחירות תחרותיות והוגנות ידגימו להלן את הטכניקות דרכן הכנסת תוכל לחוקק חוקי יסוד וחוקים רגילים הפוגעים בצורה משמעותית בזכויות לבחור ולהיבחר.

א. הניסיון בעולם

בשני העשורים האחרונים, שליטים במספר מדינות דמוקרטיות ניצלו את הרוב הפרלמנטרי ממנו נהנו סיעותיהם כדי לחוקק תיקונים חוקתיים וחקיקתיים שפגעו באופי הדמוקרטי של המשטר. בפולין, הונגריה, טורקיה, ונצואלה ומדינות נוספות, נפגעו עצמאות הרשות השופטת וסמכויותיה לבצע ביקורת שיפוטית, נפגעה עצמאות העיתונות, ונפגעו זכויות יסוד, לרבות חופש הביטוי והזכויות לבחור ולהיבחר.⁴⁴

המשטרים שנוצרו (ועדיין נוצרים) עקב תהליכים אלו אינם כולם משטרים אוטוריטריים מובהקים; ברוב המדינות המדוברות מתקיימות בחירות אמת, אולם עקב הרפורמות שביצע השלטון באמצעות תיקונים לחוקה ולחקיקה, הבחירות אינן תחרותיות. העיתונות מוטית לטובת השלטון, ויריבים פוליטיים פסולים מלהתמודד לבחירות או אינם יכולים להביע את דעותיהם באופן חופשי. על כן מדעני מדינה כינו סוג משטר זה "אוטוריטריזם אלקטוראלי".⁴⁵ תחת משטרים אלו, הזכויות לבחור ולהיבחר אינן מבוטלות באופן ישיר, אולם השלטון מנצל את סמכויותיו ואת המוסדות המשפטיים כדי להטות את שדה המשחק הפוליטי לטובתו, כך שלמעשה הבחירות אינן תחרותיות, ולכן המשטר אינו יכול להיחשב למשטר דמוקרטי. בשורות הבאות נסקור בקצרה את הפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר בפולין, הונגריה וטורקיה.

בפולין, נחלה בשנת 2015 מפלגת "חוק וצדק" (Prawo i Sprawiedliwość או PiS) ניצחונות בשתי מערכות בחירות: במאי נבחר לנשיא המועמד מטעמה לנשיאות, אנדז'יי דודה, ובאוקטובר ניצחה המפלגה בבחירות בשני בתי המחוקקים מהם מורכב הפרלמנט הפולני, והקימה ממשלה בראשות ביאטה שידלו.⁴⁶ באמצעות תיקוני חקיקה רבים, השלטון בראשות PiS השתלט על מערכת המשפט. למשל, סעיף 187 לחוקת פולין קובע כי המועצה למינוי שופטים תורכב מ-15 שופטים מערכאות שונות, 6 נציגי פרלמנט, נציג מטעם הנשיא, שר המשפטים, נשיא בית המשפט העליון ונשיא בית המשפט המנהלי. מבלי לשנות את הרכב הוועדה עצמה, תוקן חוק המועצה למינוי שופטים, כך ש-15

43 Huq & Ginsburg ; Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. CHI. L. REV. 545 (2018) לעיל ה"ש 13.

44 Yonatan L. Morse, *Review: The Era of Electoral Authoritarianism*, 64 WORLD POLITICS 161 (January 2012).

45 Wojciech Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, 104 REVISTA FORUMUL JUDECATORILOR 105 (2018).

הנציגים מהרשות השופטת ייבחרו על ידי הפרלמנט הפולני. היות שהפרלמנט היה בשליטת מפלגת PiS, הטריבוטל החוקתי נוטרל ואינו מהווה איזון אפקטיבי על כוח השלטון.⁴⁶ כמו כן, נוספו תקנים לשופטים לענייני משמעת ועניינים "מיוחדים", להם נתונה הסמכות לדון בעניינים כמו החופש להפגין והליך הבחירות.

עוד בטרם הושלמה ההשתלטות על הטריבוטל החוקתי, אחד הצעדים הראשונים של ממשלת ה-PiS מיד עם היבחרה, היה תיקון חוק השידור הציבורי הפולני.⁴⁷ על בסיס תיקון זה איישה המפלגה את הנהלות שידורי הטלוויזיה והרדיו הציבוריים באנשים מטעמה, ומאז משמשים כלי תקשורת אלו כמנגנון תעמולה של ה-PiS. לאור הדומיננטיות של ערוצים אלו בתקשורת המקומית, השליטה של המפלגה בהם מקנה לה יתרון משמעותי ביחס לאופוזיציה.⁴⁸ הטריבוטל החוקתי אומנם קבע כי התיקון המדובר אינו חוקתי, אך זאת ימים ספורים לפני כניסתה של נשיאת הטריבוטל שמונתה על ידי השלטון החדש, והממשלה התעלמה מפסק דין זה.⁴⁹

כמו בפולין, התערבות בוטה בכלי התקשורת התרחשה גם בהונגריה לאחר עלייתה של מפלגת Fidesz לשלטון בשנת 2010, כאשר הוקמה מכוח חקיקה חדשה "מועצת התקשורת הלאומית" – גוף חדש שהחליף את שני הגופים שהסדירו את התקשורת במדינה. החקיקה קובעת כי ראש הממשלה ממנה את נשיא המועצה, ושהאחרון ממנה את שאר חברי ההנהלה. כך, המועצה מורכבת מנאמניו של ראש הממשלה ויקטור אורבן.⁵⁰ המועצה הטילה סנקציות על כלי תקשורת ביקורתיים כלפי השלטון, לרבות סירוב לחדש רישיונות שידור.⁵¹ כלי התקשורת הפכו להיות שופר של השלטון ואינם מדווחים על עובדות ומסרים המנוגדים לעמדות השלטון.⁵² השליטה של אורבן בתקשורת הציבורית משמעותית במיוחד לתוצאות הבחירות, לאור תיקון חקיקה שקודם על ידי מפלגתו, ואשר אסר על תעמולת בחירות בתקשורת שאינה ציבורית. בשל תיקון זה, כמו גם בשל תיקוני חקיקה ששינו כללים רבים בנוגע לשיטת הבחירות ואף שרטטו מחדש את אזורי הבחירה באופן המשרת את מפלגת פידס (gerrymandering), בכל הבחירות מאז 2010 פידס הצליחה לשמור על רוב פרלמנטרי גבוה למרות

- 46 שם, בעמ' 117.
 47 Law Amending the Broadcasting Law, December 30, 2015. Published in Official Journal on 7 January 2016.
 48 Anna Adamska-Gallant, *Backsliding of the Rule of Law in Poland – a Systemic Problem with the Independence of Courts*, 13(3) INTERNATIONAL JOURNAL FOR COURT ADMINISTRATION 1, 4–5 (2022).
 49 שם. חשוב לציין שעוד קודם לעליה לשלטון של PiS, חברי מועצת השידור הציבורי מונו על ידי הפרלמנט והנשיא. הבעייתיות בתיקון לחוק נבעה מהסרת חברי המועצה שנבחרו על ידי הממשל הקודם, והחלפתם בנאמני המפלגה המכהנת. מאחר שהתיקון לחוק השידור הציבורי עבר כהוראה זמנית, ביוני 2016 עבר חוק מועצת התקשורת הלאומית, שהקים גוף חדש, הפועל לצד מועצת השידור (שהיא גוף חוקתי), ומפקח על גופי התקשורת הציבוריים ועל סוכנות העיתונות הפולנית. ראו Act of 22 June 2016 on the National Media Council.
 50 Kim Lane Scheppele, *How Viktor Orbán Wins*, 33(3) JOURNAL OF DEMOCRACY 45, 45 (July 2022). ראו גם http://medialaws.ceu.hu/media_authority_independence_more.html.
 51 Viktor Orbán's Regime Continues to Crush Media Pluralism in Hungary, REPORTERS WITHOUT BORDERS (13.5.2022), <https://bit.ly/3o7LMCq>.
 52 "משחק לא הוגן? התקשורת בהונגריה במצב גרוע יותר מבתקופת הקומוניזם" הארץ (4.4.2022) (מתורגם מ-The Guardian).

שבחלק מהן היא ירדה אל מתחת ל-50% מהקולות.⁵³ גם בהונגריה הרוב הפרלמנטרי ניצל לרעה את כוחו כדי לשנות את כללי המשחק הפוליטי ובמקביל השתלט על מערכת המשפט.⁵⁴ ב-2018 אפילו תוכננה בהונגריה הקמה של ערכאות חדשות לעניינים מנהליים, שבין סמכויותיהן עניינים הקשורים לבחירות, זאת על חשבון בית המשפט החוקתי.⁵⁵ ערכאות אלו, שהיו אמורות להיות תחת פיקוחו הישיר של שר המשפטים, היו מספקים לשלטון שליטה הדוקה עוד יותר על ההיבטים המשפטיים של שיטת הבחירות. אולם עקב ביקורת נוקבת של ועדת ונציה של מועצת אירופה⁵⁶ תוכנית זו הוקפאה על ידי ממשלת הונגריה.⁵⁷

גם בטורקיה הנשיא ארדואן הידק את כוחו באמצעות תיקונים חוקתיים וניצול מוסדות ונורמות משפטיות, וזאת בשלוש דרכים. ראשית, הממשלה בראשותו השתלטה על בית המשפט החוקתי ומערכת המשפט בכלל. ב-2010 העביר ארדואן באמצעות משאל עם שורה של תיקונים חוקתיים שהגבילו את הביקורת השיפוטית של בית המשפט החוקתי.⁵⁸ במסגרת תיקונים אלו נפגעה משמעותית עצמאותו של בית המשפט, בין היתר על ידי חיזוק השפעתו של ארדואן על מינוי השופטים.⁵⁹

שנית, היות והנשיא השיג שליטה על בית המשפט, הוא יכול היה לעשות שימוש בהוראות קיימות בחוקת טורקיה ובחוק הרגולציה למפלגות פוליטיות (חוק 2028) העוסקות בפירוקן של מפלגות פוליטיות לצורך דיכוי התנגדות פוליטית.⁶⁰ כך, בשנת 2021, בית המשפט החוקתי של טורקיה הסכים לדון בעתירה שהוגשה על ידי התובע הכללי בטורקיה שבה התבקש בית המשפט להורות על פירוק מפלגת האופוזיציה הפרו-כורדית (Peoples' Democratic Party). זאת, על רקע טענה לקשרים בין המפלגה למפלגת אחרת – מפלגת הפועלים הכורדים (Kurdistan Workers Party PKK) – שמוכרת במספר מדינות בעולם כארגון טרור.⁶¹ בית המשפט החוקתי אף הוציא צו להקפאת נכסי המפלגה וסירב לבקשתה לדחות את הדיון עד לאחר הבחירות הצפויות ביוני 2023.

בשעת כתיבת שורות אלה טרם התקבלה החלטה סופית על ידי בית המשפט החוקתי, אולם יש לשים לב לאופי האנטי דמוקרטי של ההליך שאותו שוקל עכשיו בית המשפט. ראשית, העתירה דנה

- 53 Scheppele ; STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, *How Democracies Die* 70 (2018), לעיל ה"ש 50, בעמ' 61.
- 54 Huq & Ginsburg, לעיל ה"ש 13, בעמ' 125–126.
- 55 בנג'מין נובאק ופטריק קינגסלי "אורבן הקים מערכת משפט חדשה שמהדקת את אחיזתו בשלטון בהונגריה" **הארץ** (13.12.2018) (מתורגם מה-*New York Times*).
- 56 ראו לעיל ה"ש 18 ; פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 8 : בנושא צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)" (הופץ ביום 4.2.2023).
- 57 *Hungary to Suspend Launch of Administrative Courts – PM Aide*, EURONEWS (9.12.2019), <https://bit.ly/3VPQmBv>.
- 58 עוֹדֵד רוֹן **דמוקרטיה במשבר** 53–55 (2020) www.idi.org.il/books/32391.
- 59 Koray Çalışkan, *Toward a New Political Regime in Turkey: From Competitive toward Full Authoritarianism*, 58 *NEW PERSPECTIVES ON TURKEY* 5 (2018).
- 60 בכל זאת נערכו כמה שינויים בחוק זה בתקופתו של ארדואן. לביקורת של ועדת ונציה על התיקונים משנת 2018 ראו <https://bit.ly/41L5AJA>.
- 61 Ezgi Aki, *Turkey's Pro-Kurdish Party HDP Faces Threat of Closure after Top Court Ruling*, AL MONITOR (January 26, 2023), <https://bit.ly/3pLeglO>.

בפירוק המפלגה (ולא רק בפסילתה מהשתתפות בבחירות), בהתאם לסעיפים 68–69 לחוקת טורקיה.⁶² שנית, החוקה אף מונעת מחברי מפלגה שפורקה על ידי בית המשפט החוקתי להצטרף לכל מפלגה אחרת למשך 5 שנים.⁶³

שלישית, ארדואן מפעיל אמצעים נוספים לדיכוי האופוזיציה, לרבות העמדות לדין של מועמדים המאיימים על שלטונו,⁶⁴ והטלת מגבלות שונות על אמצעי התקשורת והרשתות החברתיות, המשמשות אפיק מרכזי לביטוי פוליטי.⁶⁵ ואכן, על אופיים הלא דמוקרטי של צעדי הממשל בטורקיה יכולה להעיד העובדה כי במקרים רבים החלטות בית המשפט החוקתי בטורקיה נקבעו כמנוגדות למשפט הבינלאומי על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם.⁶⁶

ב. סיכונים בישראל

באופן דומה, הפוליטיזציה של הרשות השופטת ושל הייעוץ המשפטי בממשלה, ביטול הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, וצמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה, יאפשרו לכל קואליציה לנצל את הרושם שלה בכנסת כדי לחוקק הסדרים, לרבות בחקיקת יסוד, הפוגעים באופן ישיר או עקיף בזכויות לבחור ולהיבחר ובתחרותיות הבחירות. בין ההסדרים האפשריים, ניתן לחשוב על ההסדרים הבאים, שאינם ממצים את מגוון האפשרויות שתעמודנה לרשות הקואליציה כדי לבצר את המשך שליטתה בכנסת:

א. **העלאת אחוז החסימה**: אחוז החסימה מונע מסיעות קטנות להיבחר לכנסת, ולכן הוא מהווה הסדר אטרקטיבי למפלגות גדולות. הוא נקבע בחקיקה רגילה.⁶⁷ אף שמנגנון זה פוגע ישירות בזכות להיבחר, הפסיקה הישראלית הכירה בהצדקתו לצורך הרכבת קואליציות יציבות.⁶⁸ עם זאת, לא כל אחוז חסימה ייחשב מידתי. כאשר בשנת 2014 הכנסת העלתה את אחוז החסימה מ-2 ל-3.25 אחוזים, הוגשה עתירה לבג"ץ לביטול התיקון לחוק, בטענה, בין השאר, כי הוא פוגע באופן לא מידתי ולתכלית לא ראויה ביחסיות ובשוויון הבחירות המעוגנים בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. זאת מאחר שהעלאת אחוז החסימה מונע ממפלגות חדשות להיבחר לכנסת, ונועדה, לטענת העותרים, להדיר ממנה מפלגות ערביות. אומנם בית המשפט דחה את העתירה, אולם רוב ההרכב התבסס על היעדר בשלותה של העתירה,⁶⁹ כך שאחוז החסימה הנוכחי ובוודאי העלאות נוספות שלו עשויות בתנאים המתאימים להיפסל. זאת, אם לא תאומץ הרפורמה, אשר כאמור הופכת ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה לכמעט בלתי אפשרית.

62 עדי גל ומרדכי קרמניצר פסילת רשימות ומועמדים – הגנה על הדמוקרטיה או פגיעה בה? (2019) www.idi.org.il/media/12604/disqualification-of-lists-and-candidates.pdf

63 Constitution of the Republic of Turkey, Art. 69.

64 "דו": ארדואן משתמש במערכת המשפט כדי לדכא את מתנגדיו לקראת הבחירות" הארץ (14.1.2023) <https://bit.ly/3BQOIgN>

65 Turkey, Events of 2021, HUMAN RIGHT WATCH, <https://bit.ly/45kGDYz>

66 גל וקרמניצר, לעיל ה"ש 62, בעמ' 105–109.

67 חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט–1969, ס' 82(א).

68 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 39, פס' 37–38 לחוות דעתו של השופט גרוניס.

69 שם.

ב. שינויים בכללים הנוגעים לפסילת מועמדים ורשימות מועמדים לכנסת: סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת מסמיך את ועדת הבחירות המרכזית (גוף שעומד בראשו שופט בית משפט עליון וחברים בו 30 נציגי הסיעות באופן יחסי לגודלן בכנסת) לפסול מועמד או רשימת מועמדים מלהתמודד לבחירות לכנסת אם יש במטרתיהם או מעשיהם אחד מאלה: שלילת האופי היהודי והדמוקרטי של המדינה, הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. כאמור לעיל, מאחר שבשירות הסדר זה אינו מוגבל להגנה על האופי הדמוקרטי של המשטר, הוא חורג מהסדרים דומים במדינות דמוקרטיות, ומעגן פגיעה משמעותית בזכות להיבחר. על פי סעיף 7א, בית המשפט העליון מעורב בהליך הפסילה: החלטה לפסול מועמד טעונה אישורו של בית המשפט, ורשימות שנפסלות רשאיות לערער אליו.

בפועל, בכל מערכת בחירות בשני העשורים האחרונים ועדת הבחירות החליטה לפסול מועמדים או רשימות ערביים. כפי שהסבירה זאת עו"ד סאוסן זהר, "למעשה, מאז הבחירות לכנסת ה-16 שנערכו בתחילת 2003 – אז התמודדה בל"ד לראשונה כמפלגה עצמאית – ועד היום, נדונה בכל אחת ואחת ממערכות הבחירות פסילת המפלגה, בנימוק שהמצע שלה קורא ל'מדינת כל אזרחיה' ובכך שולל את אופייה של מדינת ישראל כ'מדינה יהודית ודמוקרטית'".⁷⁰ כמו כן, כמעט בכל מערכת בחירות באותה תקופה נפסלו מועמדים ערביים על ידי ועדת הבחירות בהתבסס על העילה של תמיכה בטרור. על אף שבית המשפט העליון כאשר דן בהחלטות אלו ביטל את כל הפסילות, לרוב מהטעם של היעדר ראיות, פסילות חוזרות הפכו לאיום מתמיד על הפעילות הפוליטית של הרשימות הערביות. בנוסף, בשנים האחרונות נפסלו באישור בית המשפט העליון מספר מועמדים מטעם עוצמה יהודית, כגון מיכאל בן ארי בשנת 2019, בשל הסתה לגזענות.⁷¹ עם זאת, בשנת 2019 בית המשפט דחה ערעורים לפסילת רשימה עוצמה יהודית והמועמד מטעמה איתמר בן גביר.⁷²

הרפורמה תאפשר לקואליציה להרחיב את תחולתו של סעיף 7א כדי לפסול יותר בקלות מפלגות ערביות, וכך להגדיל את אחוז המנדטים בכנסת של הסיעות המרכיבות את הקואליציה. הקואליציה הביעה בצורה ברורה את כוונתה להרחיב את האפשרויות לפסול רשימות ערביות. כבר ב-2.1.2023 הניח ח"כ אופיר כץ מסיעת הליכוד את הצעת חוק יסוד: הכנסת (תיקון – הרחבת העילות למניעת השתתפות בבחירות).⁷³ הצעת החוק נועדה ככל הנראה ליישם את סעיף 131 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת עוצמה יהודית, שבו הוסכם כי:

"הממשלה תפעל לתיקון סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת כך שמטרת הסעיף תיושם בפועל, וניתן יהיה לפסול השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים או מועמד השוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או מסיתים לגזענות או תומכים

70 סאוסן זהר "כך מתכוונת הממשלה לחסום את ההשתתפות של המפלגות הערביות בבחירות" תלם 70 (22.2.2023) <https://bit.ly/3M9LuTn>.

71 אורי אהרונוסון "האם בג"ץ כבר ביטל את חוק הלאום? על הנימוקים לפסק הדין בעניין פסילת רשימות ומועמדים לכנסת ה-21" ICON-S-IL Blog (1.8.2019) <https://bit.ly/32XwiBo>.

72 ע"ב 5487/19 סגל נ' בן גביר (נבו) (25.8.2019).

73 הצ"ח פ/229, 42XgZC <https://bit.ly/42XgZC>.

בטרור, ולא יוצר מצב שבו מפלים ציבור אחד לרעה ופוסלים רק צד אחד ולא פוסלים תומכי טרור.⁷⁴

על רקע היסטורית השימוש בעילה של תמיכה בארגון טרור כדי לנסות לפסול סיעות ערביות, ופסיקתו של בית המשפט העליון שתוארה לעיל, ברור כי סעיף 131 הנ"ל מכוון להקל על פסילת רשימות ומועמדים ערביים. גישה דומה מתבטאת בדברי ההסבר להצעת החוק, שמתחילים עם המשפט "שכל ישר, מוסר בסיסי, חוק ומשפט, מורים כולם כאחד: מי שמעלה על ראש שמחתו, מחבלים-רוצחים ודומיהם, מקומו לא יפירנו בכנסת ישראל". ואכן ההצעה מרחיבה באופן משמעותי את העילה של תמיכה בטרור. היא מוסיפה לתמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, תמיכה במאבק מזוין של "מפגע בודד". היא גם מבהירה שבניגוד למצב המשפטי היום, "יראו הבעת גילויי אהדה או תמיכה במאבק מזוין, אף אם לא נעשו באופן מתמשך, כתמיכה". ההצעה גם מקלה על פסילת רשימות ומועמדים באופן כללי. בניגוד למצב היום, היא מאפשרת לפסול רשימה גם אם היא חלק מרשימה משותפת גדולה יותר לצורך התמודדות בבחירות. לבסוף היא מבטלת את הצורך באישור בית המשפט העליון כדי לפסול מועמד בודד, ומשאירה את בית המשפט מעורב רק במידה ויהיה ערעור.⁷⁵

כפי שצוין לעיל, כבר היום ההסדר שנקבע בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת פוגע באופן משמעותי בזכות להיבחר, וחורג מהסטנדרטים המקובלים במשטרים דמוקרטיים. יצוין כי הרחבת האפשרויות לפסילת רשימות ומועמדים המגולמת בהצעת החוק של ח"כ כץ יכולה כבר להיחקק ללא צורך ברפורמה. אולם, מאחר שהרפורמה מבטלת כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, אם היא תעבור, אז כל תיקון לסעיף 7א שייחקק ברוב חברי הכנסת יעמוד בתוקף, יהיו תוכנו ופגיעתו בזכות להיבחר אשר יהיו. כמו כן, הרפורמה, באמצעות הפוליטיזציה המוחלטת של מינוי שופטים, תיצור בית משפט אשר בדומה למצב היום בפולין, בהונגריה ובטורקיה, לא יאתגר את רצון הקואליציה. לאור התפקיד של בית המשפט העליון כערכאת ערעור על החלטות ועדת הבחירות בענייני פסילות, הקואליציה צפויה לפסול רשימות ערביות או רשימות אופוזיציה אחרות באמצעות הרוב ממנה היא נהנית בוועדת הבחירות, מבלי שבית המשפט יהפוך החלטות אלו.

ג. פוליטיזציה מלאה של ועדת הבחירות המרכזית ושל תפקיד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית: ועדת הבחירות המרכזית אחראית לביצוע הבחירות לכנסת. סמכויותיה כוללות הקמת ועדות אזוריות, קביעת ההרכב הסיעתי של ועדות הקלפי, פיקוח על פרסום של סקרי בחירות, פסילת רשימות ומועמדים כמתואר לעיל, פרסום תוצאות הבחירות ועוד.⁷⁶ ועדת הבחירות המרכזית מורכבת מ-30 נציגים של הסיעות בכנסת, לפי גודלן היחסי.⁷⁷ כיום, על פי חוק הבחירות לכנסת, יושב ראש הוועדה הוא אחד משופטי בית המשפט העליון אשר נבחר על ידי שופטים אלה.⁷⁸ מלבד ניהול ישיבות הוועדה, שבהן

74 הסכם קואליציוני לכינון הממשלה ה-37 בין סיעת הליכוד לבין סיעת עוצמה יהודית בראשות איתמר בן גביר (28.12.2022) <https://bit.ly/3pOH3GI>.

75 לניתוח מפורט יותר של הצעת החוק ראו זהר, לעיל ה"ש 70.

76 להרחבה ראו את דנה בלאגנר ועדת הבחירות המרכזית – מקצועית או פוליטית? (מחקר מדיניות 175, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2022) www.idi.org.il/books/39268.

77 חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס' 16.

78 שם, ס' 17.

יש ליושב ראש קול מכריע במקרה של דעות שקולות,⁷⁹ ליושב ראש הוועדה סמכויות בלעדיות ורחבות להכריע בסוגיות שעניינן תעמולת בחירות,⁸⁰ ולקבוע אם מועמד הורשע בעבירה שיש עימה קלון, מה שימנע ממנו להתמודד לבחירות לכנסת.⁸¹

ההרכב הפוליטי בעיקרו של ועדת הבחירות מעלה קשיים, לאור החשש שהצבענו עליו בפרקים הקודמים לשימוש לרעה על ידי השלטון בסמכויותיו כדי להטות את תוצאות הבחירות. העובדה שיושב ראש הוועדה הוא שופט עליון והעובדה כי החלטות הוועדה נתונות לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון מאזנות קשיים אלו במידה מסוימת, אולם על פי הצעת חוק שהוגשה לאחרונה על ידי ח"כ שלמה קרעי מסיעת הליכוד, ישונה הכלל שלפיו יושב ראש ועדת הבחירות הוא שופט עליון מכהן.⁸² במקומו ייקבע כי היושב ראש יהיה אדם שייבחר על ידי חברי ועדת הבחירות. עוד קובעת הצעת החוק כי יושב ראש הוועדה לא יהיה שופט בית המשפט העליון מכהן או בדימוס, ולא יהיה חבר מפלגה בשלוש השנים שקדמו למינוי. התנאי האחרון לא מונע את הפוליטיזציה של תפקיד היושב ראש (ובהתאם של הוועדה כולה), אשר כאמור ייבחר על ידי הקואליציה. הניסיון מהשבעות האחרונות במקסיקו, שם שינו את הרכב הגוף המסדיר את הבחירות כדי להקל על הממשלה בבחירות הקרבות, מדאיג במיוחד בהקשר זה.⁸³

כמו השינויים שנידונו בכללים לפסילת מועמדים, הפוליטיזציה המלאה של ועדת הבחירות ושל תפקיד היושב ראש שלה יכולות כבר להיחקק ללא צורך ברפורמה. אולם, השילוב המוצע ברפורמה, של צמצום הביקורת השיפוטית הן על חקיקה, עם פוליטיזציה של מערכת המשפט, יחסן שינוי חקיקתי זה מביקורת שיפוטית, ויאפשר לוועדת הבחירות וליושב ראש שלה לפעול לטובת הקואליציה בלי הפרעות.

ד. **שינויים בכללים הנוגעים למימון בחירות או לתעמולת בחירות:** צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה יאפשר לקואליציה לחוקק כל הסדר הנוגע למימון ותעמולת בחירות אשר תחפוץ בו, בלי אפשרות ממשית שבית המשפט יפסול הסדר זה, גם אם הוא פוגע קשות בשוויון, בחשאיות או ביחסות הבחירות המעוגנות בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

ה. **פגיעה בעצמאות התקשורת וביכולת של האופוזיציה להשמיע את דעותיה:** בנוסף, צמצום הביקורת השיפוטית על חקיקה יאפשר לקואליציה לחוקק ולהוציא לפועל הסדרים שפוגעים בעצמאות התקשורת בישראל, באופן העלול להטות את הסיקור התקשורתי של החדשות לטובת הקואליציה. החשיפה בינואר 2023 של תוכניתו של שר התקשורת להפוך את השידור הציבורי לזרוע של הממשלה, באמצעות תיקוני חקיקה,⁸⁴ מראה כי סכנה זו אינה תאורטית.

79 שם, ס' 24.

80 חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.

81 חוק-יסוד: הכנסת, ס' 6.

82 <https://bit.ly/3NWPoBv>.

83 בין השאר, מצמצמת החקיקה את המשאבים שעומדים לרשות הוועדה (או בשמה הרשמי Instituto Nacional Electoral) ולפיכך את יכולתה להעסיק עובדים שיארגנו את תחנות הקלפי ברחבי המדינה. החקיקה מגבילה גם את היכולת של הוועדה לפסול מועמדים בשל הפרת חוקי מימון מפלגות. ראו <https://www.nytimes.com/2023/02/22/world/americas/mexico-election-law.html>.

84 עמית שכטר "העורכים החדשים" העין השביעית (1.2.2023) www.the7eye.org.il/477384.

ו. פגיעה בניהול התקין של הבחירות: צמצום הביקורת השיפוטית על אקטים מנהליים ופוליטיזציה הן של השופטים הן של היועצים המשפטיים במשרדי ממשלה ייתנו לממשלה חופש גדול יותר לפגוע בחשאיות ההצבעה, ובניהול התקין של הקלפי. פגיעות אלו עשויות להתבצע לא רק באמצעות פוליטיזציה של הוועדה המרכזית לבחירות כמתואר לעיל, אלא גם באמצעות ניסיונות להרתיע הצבעה או להקשות על עבודתן הסדירה של ועדות הקלפי ווועדות הבחירות האזוריות. דוגמה מוכרת מהשנים האחרונות בישראל היא הניסיון לחוקק באופן בהול הסמכה להפעלת מצלמות בקלפי, דבר אשר היה עשוי להרתיע מצביעים.⁸⁵

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר נטלי דודזון, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

ד"ר אורי אהרונסון, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' אלון הראל, האוניברסיטה העברית

85 יאיר אלטמן "היועמ"ש: יש מניעה משפטית באישור חוק המצלמות" **ישראל היום** (6.9.2019) www.israelhayom.co.il/article/689963

הפגיעה בזכויות נשים בעקבות השינויים המשפטיים

הופץ במקור ביום 19.2.2023 כנייר עמדה מס' 11

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה 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, ולפגיעה בזכויות האדם. בנייר עמדה זה, ועל רקע הכוונה האמורה והשלכותיה, אנו מתייחסות לפגיעה הצפויה בזכויותיהן של נשים כפי שמתבטאת בהרכב הממשלה ובמינויה, בהסכמים הקואליציוניים, בהצעות חוק שהוגשו על ידי חברי קואליציה, ובפעולות והצהרות הממשלה וחבריה. **מסקנת נייר העמדה היא שמכלול הפעולות, ההתחייבויות ושינויי החקיקה המקודמים מטעם הממשלה והקואליציה, פוגעים פגיעה אנושה בזכויותיהן של כלל הנשים בישראל ומסיגים את מצב זכויות הנשים בישראל בצורה החמורה ביותר מאז קום המדינה.**

תמצית הדברים

- מכלול הפעולות, ההתחייבויות ושינויי החקיקה המקודמים מטעם הממשלה והקואליציה, פוגעים פגיעה אנושה בזכויותיהן של כלל הנשים בישראל ומסיגים את מצב זכויות הנשים בישראל בצורה החמורה ביותר מאז קום המדינה.
- תיקוני החוק המתוכננים על ידי הקואליציה על מנת לאפשר הדרת נשים מטעמי דת יבטלו את ההגנות המשפטיות המבטיחות את זכותן של נשים לשוויון ולחירות במרחב הציבורי, ויצמצמו את האוטונומיה שלהן, את החופש שלהן מהפליה ומפגיעה בכבוד האדם בכל תחומי החיים: ברחוב, בתעסוקה, בתחום המסחר והצרכנות, בפעילויות פנאי ועוד.
- התיקון המוצע לחוק שיאפשר להפלות מטעמי אמונה דתית יאפשר לכל בעל עסק לכפות בעסקו הרחקה והדרה של נשים, הן כלקוחות והן כעובדות, על מנת למשוך לקוחות שאינם מעוניינים לקבל שירות מנשים או בנוכחותן.
- הגדלת סמכויות הרב הצבאי הראשי והכפפתו לרבנות הראשית כמוצע תביא לכך שהרבצ"ר יוכל להשתמש בדרגתו וסמכותו החדשה מחד, ובכפיפותו לרבנות הראשית מאידך, על מנת לדרוש את צמצום השתלבותן של נשים במקצועות לחימה, תוך הנחיית חיילים חובשי כיפות לסרב לשרת עימן ובקרבתן.
- משמעות הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים המוצעת היא היווצרותה של מערכת משפט כוללת של דין תורה, המפלה נשים ומדירה אותן משורותיה בריש גלי, במקביל למערכת המשפט האזרחית, כך שבפועל תחת כנפיה של מדינה אחת תהיינה שתי מערכות משפט, המבוססות על גופי דינים שונים, ומושתתות על תפיסות צדק שונות.

- באופן חסר תקדים, ההסכם הקואליציוני בין הליכוד לבין מפלגת הציונות הדתית כולל התחייבות שלא להצטרף לאמנת איסטנבול. אמנת איסטנבול, האמנה של מועצת אירופה למניעה ומאבק ב אלימות כלפי נשים ואלימות במשפחה, נחשבת כיום לכלי החשוב והיעיל ביותר להתמודדות של מדינות עם תופעות אלה, ומהווה את הסטנדרט הבינלאומי המקובל בתחום.
- הממשלה הנוכחית מציינת נסיגה היסטורית בייצוג נשים. בקואליציה ישנו רוב גברי מוחלט כאשר מתוך 64 חברי כנסת רק תשע הן נשים (14%). בכנסת כולה שיעור הנשים עומד על 24% בלבד. שהן 29 נשים מתוך 120 חברי כנסת, ורק 4 נשים מכהנות כיו"ר ועדה מתוך 25 יושבי ראש ועדות.
- בשל הפיכת הדרת הנשים לחוקית תהליך ההפרדה בין המינים בחברה החרדית יעמיק. כך למשל אישור הפרדה במעיינות יפגע במשפחות חרדיות שלא תוכלנה לטייל כמשפחות, וסופו הצפוי של התהליך הוא שהגברים והבנים החרדים יטיילו בחיק הטבע ואילו נשים ובנות חרדיות תוגבלנה ליציאות בסביבת ביתן.
- הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים תחייב נשים חרדיות להתדיין מולם ותמנע מנשים חרדיות מוחלשות, כגון סייעות בחינוך הלא מוכר, את האפשרות לפנות לארגוני נשים לקבלת סיוע משפטי.
- פגיעה בכוחו של בית המשפט לבלום חקיקה מפלה ולתת סעד לקבוצות המיעוט תפגע באופן מיוחד בזכויותיהן של נשים ערביות כמיעוט בתוך מיעוט, וביכולתן להתגונן מפני חקיקה מפלה וגזענית. בנוסף, כוונת הממשלה להגביל את פעילותם של ארגוני זכויות האדם תפגע בפעילות ארגוני החברה האזרחית בחברה הערבית, ובפרט בפעילותם של ארגוני הנשים הערביות.

מבוא

בהיבטים מסוימים, ובעיקר בנושא המעמד האישי, מדינת ישראל הקריבה כבר מעת הקמתה את זכויותיהן של נשים על מזבח השיקולים הפוליטיים והניסיון לרצות גורמים דתיים. זכויות של נשים נפגעות באופן יומיומי תחת מערכת דינים דתית ששוללת את חירויותיהן הבסיסיות בבתי דין שאוסרים על כהונה של נשים, והכל בחסות החוק. לכן, לצד הישגים ניכרים במאבקן של נשים בישראל לשוויון ולחירות לאורך השנים נותרו תמיד איים של אי־שוויון קיצוני. כעת, פועלת הקואליציה החדשה להרחיב איים אלה ולתת לתפיסות דתיות פונדמנטליסטיות, ולרבנים הקיצוניים המכתיבים אותן, לשלוט כמעט בכל היבט של זכויות נשים, ובמקביל, היא מתחייבת שלא לקדם, ואף דוחה במוצהר, מהלכים שנועדו למגר את האלימות הגואה נגד נשים וחוקים שנועדו לקידום זכויותיהן. על רקע זה מתקבלת כמעט באופן טבעי העובדה שכל המהלכים הללו מקודמים תחת קואליציה שבה רוב גברי מוחלט (64 חברי הכנסת ומתוכם 9 נשים בלבד) וייצוג אפסי של נשים בתפקידים בכירים בממשלה ובשירות הציבורי. בממשלה החדשה על זרועותיה השונות נשים נעלמו ונאלמו, ויש לערער על לגיטימיות הכרעותיה ולו בשל עובדה זו.

א. הדרת נשים והפרדה בין המינים

רקע

תופעת ההפרדה בין גברים לנשים במרחב הציבורי מטעמי דת החלה לקראת סוף המילניום בלחץ מנהיגי הציבור החרדי, תחת הנימוק של הנגשת המרחב הציבורי לאוכלוסייה החרדית. העתירות הראשונות נגד ההפרדה המגדרית שהונהגה בתחבורה הציבורית ובהכשרה מקצועית הוגשו לבג"ץ על

ידי שדולת הנשים כבר בשנים 1997. העתירות נמחקו בעצת בית המשפט, שהעדיף שלא להתערב באותה עת, בנימוק שמדובר בעניין חרדי פנימי.¹ מדיניות אי-ההתערבות של בג"ץ כמו גם פעילותן של רשויות המדינה למיסוד ותקצוב מסגרות נפרדות, גרמו לכך שבעשור שלאחר מכן התפשטה הפרת והדרת הנשים במרחב הציבורי כאשר בשדה קוצים, כשתוצאותיה מורגשות בחברה הישראלית כולה. בשנת 2010 נתן בג"ץ לראשונה פסק דין עקרוני בנושא הפרדה בין המינים. בפסק דינו קבע בג"ץ כי אסור לכפות הפרדה באוטובוסים. בפסק הדין כתב השופט אליקים רובינשטיין כך:

"מפעיל תחבורה ציבורית (כמו כל אדם אחר) אינו רשאי לומר, לבקש או להורות לנשים היכן עליהן לשבת באוטובוס רק משום היותן נשים, או מה עליהן ללבוש, והן רשאיות לישב בכל מקום שתציגנה... כשאני חוזר וקורא את השורות שהודגשו זה עתה אני תמה על עצמי, כיצד בישראל של שנת 2010 היה צורך לכתבן. האם לימי Rosa Parks... חזרנו?"²

דוח של הצוות שמונה על ידי היועץ המשפטי לממשלה לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי שהוגש ב-2013 קבע כי:

"התופעה שחלק ממופעיה מכונה לעתים 'הדרת נשים' במרחב הציבורי היא תופעה חמורה המתאפיינת בהפלייתן של נשים באשר הן נשים. הפליה זו יורדת לשורשיה של עניין ומערערת את הנחות היסוד עליהן מושתת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל, המכיר בערכו האנושי של האדם באשר הוא אדם."³

הדוח קרא לרשויות הציבוריות הנוגעות בדבר לפעול באופן מהיר, יעיל ונחרץ להפסקתם של ביטויי ההפרדה וההדרה בתחום אחריותן או השפעתן. הדוח אומץ על ידי הממשלה ב-2014 ויישמו הוטל על כלל השרים הרלוונטיים.⁴ עם זאת, הן הדוח והן פסיקת בית המשפט לא כיסו את כל התחומים שאליהם הגיעה ההפרדה, ובד בבד עם נקיטת ניסיונות לצמצום התופעה בתחומים מסוימים, הלכו תופעות ההפרדה וההדרה והתרחבו, בין השאר בעידוד המדינה, בתחומים אחרים כגון הפרדה באקדמיה, בצבא ובהכשרות מקצועיות. תופעת ההפרדה הפכה לאחד ממוקדי ההתנגשות החריפים בין זכויות נשים לבין כפיית תפיסות דתיות במרחב הציבורי ורק עבודתן הסיזיפית של פמיניסטיות חילוניות, דתיות, וחרדיות כאחת לשים קץ לתופעות לא חוקיות אלה באמצעות פנייה לערכאות משפטיות ואכיפת זכותן המשפטית של נשים לשוויון בלמה את התפשטות ההפרדה. בשנת 2020 פסק בג"ץ כי על רשויות מקומיות בישובים עם רוב דתי חלה חובה לפתוח את בריכות הרחצה בשטחן גם לשעות שחיה מעורבת ולא רק בהפרדה, וכי הפרדה היא חריג לכלל של אספקת שירותים בלי הבדל מין.⁵ בשנת 2021 פסק בג"ץ בעניין חוקתיות ההפרדה בין המינים בתוכניות אקדמיות לחרדים. בג"ץ מצא (ברוב של 3 שופטים נגד 2) שההפרדה בלימודים אקדמיים פוגעת

1 בג"ץ 5079/97 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה (לא פורסם).

2 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה, פ"ד סד (2) 530, פס' י"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2011).

3 משרד המשפטים דו"ח הצוות המשרדי לבחינת תופעת הדרת הנשים במרחב הציבורי, פס' 12 (7.3.2013).

4 החלטת ממשלה 1526, 30.3.2014.

5 בג"ץ 3865/20 שוקרון נ' המועצה המקומית קריית ארבע (נבו) (7.10.2020).

בשוויון של הסטודנטיות ובכבוד האדם שלהן. עם זאת, נקבע כי בתנאים מסוימים פגיעה זו יכולה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן התיר בג"ץ את המשך פעילות המסלולים, תוך שהוא מעיר הערות נוקבות על הצביון הלא מידתי והלא חיוני של ההפרדה בחלק מהתוכניות הללו, ומורה לצמצם את הפגיעה הן בסטודנטיות והן במרצות, ששוויון ההזדמנויות התעסוקתי שלהן נפגע כיוון שהן אינן מורשות ללמד בכיתות הגברים.⁶

השינויים הצפויים עקב כינון הקואליציה החדשה

הפרדה והדרה בתעסוקה, באקדמיה ובאירועי תרבות

הציונות הדתית, ש"ס ויהדות התורה קיבלו בהסכמים הקואליציוניים התחייבויות לכך שהפרדה מגדרית תותר בחוק. תיקוני החוק המתוכננים יבטלו את ההגנות המשפטיות המבטיחות את זכותן של נשים לשוויון ולחירות במרחב הציבורי, ויצמצמו את האוטונומיה שלהן, את החופש שלהן מהפליה ומפגיעה בכבוד האדם בכל תחומי החיים: ברחוב, בתעסוקה, בתחום המסחר והצרכנות, בפעילויות פנאי ועוד. בהסכמים נקבע כי יתוקן חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, כך "שימנע פגיעה בבית עסק פרטי שנמנע מאספקת שירות או מוצר בשל אמונה דתית, ובתנאי שמדובר בשירות או מוצר שאינו ייחודי ושניתן להשיג חלופה דומה בקרבה גיאוגרפית במחיר דומה".⁷

החוק המוצע, שנוסחו כבר הוגש לכנסת, יתיר לבתי עסק לכפות הפרדה בין גברים לנשים ולחייב נשים בלבד צנוע כתנאי להספקת שירות, ואפילו יתיר למנוע מנשים כל כניסה בשעות מסוימות. בנוסף, החוק יאפשר לנותני שירות לסרב לתת שירות לערבים ולחברי הקהילה הלהט"בית. יתרה מזו, מלשון ההסכם ומלשון הצעת החוק עולה שבעל העסק רשאי לסרב למכור מוצר או לתת שירות גם על בסיס ההעדפות של לקוחותיו.⁸ כלומר, ההסדר יאפשר לכל בעל עסק לכפות בעסקו הרחקה והדרה של נשים, הן כלקוחות והן כעובדות, על מנת למשוך לקוחות שאינם מעוניינים לקבל שירות מנשים או בנוכחותן.

כתוצאה מכך צפוי שנראה בקרוב מודעות דרושים לגברים בלבד למשרות בבנקים, בקופות חולים, ובבתי עסק פרטיים, על מנת לתת מענה לזכות החדשה של גברים המעוניינים בכך לקבל שירות מגברים בלבד. מקומות עבודה יסרבו לקבל עובדות ויעדיפו להעסיק עובדים גברים היכולים לתת שירות לגברים ולנשים כאחד, ונשים חילוניות וחרדיות שתבואנה לקבל שירות בבנקים, חברות סלולר או קופות חולים תאלצנה לגשת לכניסה צדדית נפרדת, הרחק מעיני הגברים. תופעות אלה נשמעות דמיוניות, אבל חשוב להבין שהן כבר מתקיימות. כך למשל, כעשר ספריות ציבוריות בירושלים פתוחות רק בשעות נפרדות; בחלק מהמוסדות האקדמיים המקיימים תוכניות לחרדים נשים לא נותנות שירותי מזכירות סטודנטים לגברים החרדים, אלא מחליפים אותן בעובדי מנהלה גברים; מתנדבות מד"א

6 בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (נבו 12.7.2021).

7 ס' 91 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022); ס' 97 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית (28.12.2022); ס' 108 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022).

8 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – פגיעה באמונה דתית), התשפ"ג–2022 (פ/222/25, י"ח בכסלו התשפ"ג, 12.12.2022).

מותקפות פיזית כשהן באות לסייע למי שמנין מפריע להם; נשים לא מפונות באמבולנס אם לבושן "לא צנוע"; בצבא, חיילות מורחקות לחלוטין מחרדים, גם כשמדובר בשירותי פקידות כמו חלוקת ציוד או מכירה בשק"ם; בשנה החולפת קיים מד"א אירוע הוקרה למתנדבים ומתנדבות שומרי מצוות, שבו נשים נכנסו מהכניסה הצדדית בחניון היכל התרבות, בעוד שגברים נכנסו לאירוע מהכניסה הראשית. לאור שינויי החקיקה הצפויים כבר הודיע מד"א כי קורס הפרמדיקים לשירות לאומי העומד להיפתח בחודש יולי ייערך לראשונה בהפרדה מגדרית לכלל המשתתפים, כולל החילוניים, וזאת לאור בקשתם של מועמדים חרדים ודתיים.⁹

כמעט מיותר לציין שכפי שקורה כבר היום בשירותים הניתנים בנפרד, איכות השירות והמרחב המוקצים לגברים יעלו משמעותית בטיבם וברמתם על אלה המוקצים לנשים. כך תביא זכותם החדשה של חרדים ודתיים להפרדה מטעמי אמונה דתית לחיסול זכותן של נשים לשוויון במרחב הציבורי ובשוקי התעסוקה והצריכה.

היבט חמור נוסף של ההסכמים הקואליציוניים הוא שהחוק יתוקן כך "שתעוגן האפשרות לקיום אירועי תרבות או לימודים של חרדים ודתיים המעוניינים בכך המיועדים לציבור כאמור או נושאים אופי דתי מובהק, תוך התחשבות באמונותיהם ובצרכיהם הדתיים, לרבות בהפרדה מגדרית. בתנאים אלה הפרדה לא תחשב לאפליה אסורה".¹⁰ הנוסח המרגיע מבקש ליצור רושם כאילו מדובר באירועים מצומצמים באזורים דתיים וחרדיים, אך למעשה מדובר בהיתר גורף ומפליג לפגוע בנשים דתיות וחילוניות בשלל אירועי תרבות והשכלה. החוק המתוכנן יאפשר להפלות נשים שמשתתפות באירועים ובמסגרות כשהן מקבלות פחות מקום ותקציבים. חוק זה צפוי להשפיע על האפשרות של נשים חילוניות להשתתף באירועים ובטקסים ציבוריים וממלכתיים, לא רק בשירה אלא אפילו בעמידה על הבמה ובדיבור (רק השנה נמנע מקצינה להנחות טקס צבאי בכותל).

על פי התכנון, ההפרדה תהפוך חוקית ללא הגבלה גם על לימודים מכל הסוגים. כתוצאה מכך, המסלולים הנפרדים באקדמיה שהוגבלו עד כה לחרדים בלבד, ייפתחו לדתיים לאומיים ולכל מי שיצהיר כי אינו מעוניין ללמוד עם המין השני מטעמי דת, והלימודים הנפרדים יורחבו גם לתארים שניים ולדוקטורט, וזאת בניגוד לפסיקת בג"ץ בעניין.¹¹ הנוסח המוצע יאפשר הפרדה לא רק בכיתות אלא גם ברחבי הקמפוס בו מתקיימים הלימודים, כולל מסדרונות, חצרות וקפיטריות, גם זאת בניגוד לפסיקת בג"ץ. התרחבות ההפרדה תביא לפגיעה נוספת בנשים מרצות, שכבר היום מתקשות להתקבל לעבודה ולקבל קביעות במוסדות אקדמיים שבהם מתקיימים לימודים בהפרדה, שכן הן אינן מורשות ללמד גברים בעוד שמרצים גברים רשאים ללמד נשים ולכן העסקתם משתלמת יותר למוסד. ההיתר לקיים לימודים בהפרדה צפוי להתרחב להכשרות מקצועיות בהפרדה, שנכלמו עד כה הודות לעמידת בתי המשפט על הזכות לשוויון בין המינים.

9 אדיר ינקו "לראשונה: החניכים בקורס הפרמדיקים של מד"א לשירות לאומי ילמדו בהפרדה מגדרית" **Ynet** (9.2.2023) www.ynet.co.il/news/article/rywi009zao

10 ס' 91 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022); ס' 97 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית (28.12.2022); ס' 108 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022).

11 עניין ברזון, לעיל ה"ש 6.

פגיעה בנשים המשרתות בכוחות הביטחון

הממשלה החדשה מתכננת להכפיף את הרב הראשי של צה"ל בעניינים הלכתיים לרבנות הראשית. על פי ההסכמים הקואליציוניים והצעת החוק שכבר הונחה על שולחן הכנסת, הרב הראשי ייבחר על ידי ועדה חיצונית לצבא, שכראשה יעמוד נשיא מועצת הרבנות הראשית. הרבצ"ר לא יידרש להיות בעל עבר צבאי, למעט השלמת שירות סדיר בכל תפקיד שהוא, והוא יועלה לדרגת אלוף וייחשב לחלק מהמטה הכללי.¹² יתרה מזו, בעניינים הלכתיים-מקצועיים הרבצ"ר לא יהיה נתון למרות הרמטכ"ל אלא לפסיקותיה של מועצת הרבנות הראשית, וזאת על אף שגוף זה מתנגד לגיוס נשים, ועל אחת כמה וכמה לשילובן השוויוני בצה"ל ובמקצועות לחימה. כך יוכל הרבצ"ר להשתמש בדרגתו וסמכותו החדשה מחד, ובכפיפותו לרבנות הראשית מאידך, על מנת לדרוש את צמצום השתלבותן של נשים במקצועות לחימה, תוך הנחיית חיילים חובשי כיפות לסרב לשרת עימן ובקרבתן.

חירות לבוש ותנועה במרחב הציבורי

הקואליציה מקדמת הצעת חוק להטלת עונשי מאסר של ששה חודשים על נשים שתגענה לכותל בלבוש לא צנוע או שתתפללנה שלא לפי מנהג המקום, כהגדרתו על ידי רב הכותל.¹³ הצעה זו תיתן לרב הכותל החרדי שליטה מוחלטת על רחבת הכותל ועל קביעת התנהגותן של נשים המגיעות לביקור או תפילה בכותל, ללא תלות באמונתן הדתית. מטרתה המוצהרת של ההצעה היא מניעת תפילה של נשות הכותל, הכוללת קריאה בתורה והתעטפות בטלית בהתאם למנהגן, ברחבת הכותל. בפועל, הסמכויות המוענקות בהצעת החוק לרב הכותל רחבות בהרבה וכוללות כפיית נהגי צניעות מחמירים ונהגי ביקור ותפילה נוקשים, ובהפרדה, לכל המבקרות והמבקרים בכותל. לנוכח הביקורת הציבורית הצהיר ראש הממשלה נתניהו שהחקיקה לא תקודם בשלב זה, אך לא התחייב שלא תקודם כלל.

סיכום

חלק מההסדרים האמורים, כגון היבטים שונים של הדרת נשים מהמרחב הציבורי, נפסלו בעבר על ידי בית המשפט בשל פגיעתם החמורה בזכותן של נשים לכבוד ושוויון, הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן, תנאי למימושם של השינויים הוא חקיקת השינויים הרדיקליים הנידונים בכנסת, ובהם פגיעה בעצמאות השופטים על ידי שינוי הליך המינוי והעברת סמכות המינוי לממשלה, צמצום יכולתם של בתי המשפט לבקר את הכנסת והממשלה ונטרול הייעוץ המשפטי לממשלה ולמשרדיה. אם השינויים האמורים יעברו, תהיה דרכה של הקואליציה סלולה לחוקק חוקים המפלים נגד נשים ומפרים את זכויותיהן הבסיסיות, מבלי שתוחל על חקיקה זו ביקורת שיפוטית ומבלי שיהיו בלמים אחרים על הממשלה. מתוך ציפייה לכך הוגשו מאז הבחירות הצעות חוק רבות נוספות שבעבר סיכוייהן לעבור

12 הצעת חוק הרב הצבאי הראשי, התשפ"ג-2022 (פ/806/25, ב' בטבת התשפ"ג, 26.12.2022).

13 הצעת חוק שמירת הקדושה של הכותל המערבי ורחבתו, התשפ"ג-2022 (פ/456/25, כ"ה בכסלו התשפ"ג, 19.12.2022).

ולעמוד על כנן היו קטנים ביותר, כגון הצעת חוק לביצוע הפרדה במקורות מים בשמורות טבע והצעת חוק להוספת חופים מופרדים.¹⁴

ב. הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים

רקע

כיום, בהתאם לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, סמכויות בתי הדין הרבניים מצומצמות לנישואין ולגירושין, ולנושאים שנלווים לגירושין כגון שאלות של משמורת ואחריות הורית או חלוקת רכוש אם התביעות בעניינים אלה צורפו לתביעת הגירושין. בשאלות הנוגעות לילדים ניתן אף לדון בבית הדין הרבני בהסכמה, אך לא בנושאי חלוקת רכוש. בכל מקרה סמכות בתי הדין מוגבלת להקשר של נישואין וגירושין בלבד. הצעות להרחבת סמכויותיהם עולות מחדשות לבקרים מאז שנת 2006,¹⁵ אז פסק בג"ץ כי סמכות בית הדין מוגבלת לנושאים הנתונים לו על פי חוק שיפוט בתי הדין הרבניים, ולפיכך אינו רשאי לשמש כבורר בסכסוכים אזרחיים.¹⁶ עד כה הצעות אלה לא הגיעו לשלבי חקיקה מתקדמים.

השינויים הצפויים עקב כינון הקואליציה החדשה

בשניים מההסכמים הקואליציוניים של הליכוד, עם הציונות הדתית ועם ש"ס, נכללת התחייבות להרחבת סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממונות ובעניינים אזרחיים אחרים אשר כיום אינם נמצאים בסמכותם. בחלק מההסכמים מדובר בסמכות שיפוט ובחלק מהם בסמכות לשמש כבוררים. ההסכם עם הציונות הדתית קובע כי "הממשלה תפעל להסדרה חקיקתית שתחזיר לבתי הדין הרבניים את הסמכות לדון בענייני ממונות בהסכמת הצדדים, וזאת ללא צורך באישור פסק הדין בבית המשפט המחוזי".¹⁷ בהסכם עם ש"ס נקבע כי "הממשלה תפעל לחקיקה המסמיכה את בתי הדין הרבניים לדון בהסכמת הצדדים בדיני ממונות, וייקבע כי לבתי הדין הרבניים תהיה סמכות שיפוט בעניין אזרחי היכול לשמש נושא להסכם, אם הצדדים הנוגעים בדבר הביעו את הסכמתם בכתב ובמקרה בו אחד מהצדדים הוא בן דתו של בית הדין".¹⁸

כפי שניתן היה לצפות, כבר בישיבת ועדת השרים לענייני חקיקה ב-19.2.2023, צפויה לעלות הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות) מטעמם של חברי הכנסת גפני, מקלב, אשר ואזולאי.¹⁹ הפעם מובטח להצעה זו ולדומותיה רוב קואליציוני. משמעות הדבר היא היווצרותה של מערכת משפט

14 הצעת חוק הסדרת מקומות רחצה (תיקון – ייעוד זמנים לרחצה נפרדת באתרי טבע), התשפ"ג-2023 (פ/25/2140 ח' בשבט התשפ"ג, 30.1.2023); הצעת חוק הסדרת מקומות רחצה (תיקון – קביעת מקומות לרחצה נפרדת), התשפ"ג-2023 (פ/25/2175 ט"ו בשבט התשפ"ג, 6.2.2023).

15 ראו למשל הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשע"ה-2015 (פ/20/1370, כ"א בסיוון התשע"ה – 8.6.2015); הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (סמכות שיפוט בהסכמה), התשפ"א-2021 (פ/24/1669, י"ח בתמוז התשפ"א 28.6.2021).

16 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).

17 ס' 110 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית (28.12.2022).

18 ס' 109 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022).

19 הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשפ"ג-2023, פ/25/1178 (ט' בטבת התשפ"ג, 2.1.2023).

כוללת של דין תורה, במקביל למערכת המשפט האזרחית, כך שבפועל תחת כנפיה של מדינה אחת תהיינה שתי מערכות משפט, המבוססות על גופי דינים שונים ומושגות על תפיסות צדק שונות: מערכת משפט אחת שאת חוקיה מעצבת כנסת ישראל, ומערכת משפט אחרת, הלכתית, אשר גוף הדינים עליו היא מבוססת כלל איננו כתוב (unwritten law), ושחלק נכבד מהדינים המכונים בה אינם מחויבים למערכת המשפט האזרחית – לחוקים אותם מחוקקת הכנסת, או להלכות הנקבעות בערכאות האזרחיות. מערכת המשפט ההלכתית פותחה על ידי גברים בלבד שפעלו בתוך סדר חברתי פטריארכלי, כך שהיא משקפת ומשמרת את הפטריארכיה, ומעצם טיבה וטבעה נותנת כוח רב יותר לגברים. מעבר לכך, זוהי מערכת משפט המדירה כיום נשים משורותיה בריש גלי (שהרי אין נשים דיינות), וסדרי הדין בה שונים באופן מהותי מסדרי הדין הנוהגים בערכאה האזרחית (לרבות בעניין כשירותן העקרונית של נשים או של לא יהודים לעדות).

התומכים במהלך הרחבת הסמכויות מנופפים בכך שרק בהסכמת הצדדים סכסוך אזרחי ידון בערכאה דתית. אלא שהסכמה מלאה ואמיתית יכולה להתקיים רק בין שני כוחות שקולים ומאוזנים. עולה החשש כי במקרים רבים תיכפה על צדדים חלשים הסכמה להתדיינות, ובפרט על נשים. כך למשל במצבים שבהם קיימים יחסי מרות בין הצדדים (למשל עובד ומעביד) או צדדים שקיים ביניהם פער מיקוח גדול ופער במשאבים העומדים לרשותם, או מצבים של לחץ קהילתי לעשות שימוש בערכאות דתיות. הראשונות להיפגע בהקשר זה תהיינה הנשים החרדיות, שהציפייה מהן תהיה תמיד לפנות לערכאה הזו. למשל, עובדות ברשת חינוך חרדית, שהן ממילא חלשות יותר, יתקשו להתמקח מול דרישה ליישב סכסוך בבית הדין. ניסיון העבר (לפני שנת 2006) מלמד על כך שבתי הדין הרבניים העדיפו באופן עקבי את האינטרסים הכלכליים של רשתות החינוך החרדיות, על חשבון זכויותיהן של הגנות והמורות. כך למשל נמנעו מלחייב רשת חינוך בהפרשות פנסיה לעובדות.²⁰

הפגיעה הקשה ביותר הרלוונטית לכלל הנשים היהודיות בישראל תהיה בהקשר לסכסוכי גירושין. לפי החוק המוצע ניתן יהיה להתדיין "בהסכמה" גם בנושא חלוקת רכוש בעקבות גירושין, בניגוד למצב הקיים כיום. "הסכמה" של אישה המצויה בהליכי גירושין או אחריהם, להתדיין בנושא חלוקת הרכוש, היא לעולם "הסכמה" מאולצת וכפויה עליה, כתנאי למתן הגט על ידי הבעל או כתנאי להסכמה כלשהי הקשורה בילדים. לנוכח המציאות המשפטית שבה מופעל לחץ על נשים להיעתר לתנאים שונים המציבים בפניהן בעלים בתמורה למתן הגט על ידיהם, ניתן לומר באופן ודאי כי הרחבת סמכות בתי הדין תוסיף כאן נשק רב עוצמה בידי בעלים, אשר ימצאו עצמם נתמכים בבתי הדין הרבניים, שמצידם יראו את הדרישה להתדיין בפניהם לפי דין תורה כתנאי סביר ואף מתבקש לשם קבלת הגט. זהו פתח לפגיעה חמורה בזכויות נשים מתגרשות, אולי החמורה ביותר שידעה מערכת המשפט בישראל מזה שנים.

יש לזכור כי דין תורה כפי שהוא מיושם כיום בבתי הדין הרבניים הממלכתיים הוא דין מפלה ובעייתי לנשים ולאחרים. הדין שיחול על התדיינות בבתי הדין כערכאות שיפוט או בורות הוא דין תורה הנתון כיום לפרשנות שמרנית על פי השקפת עולם של הדיינים המכונים מכוח הממסד. בתי הדין הרבניים עושים כבר היום שימוש שלא כדין בסמכויות השיפוט שניתנו להם בעניינים הכרוכים

20 ראו רון ש' קליינמן "הכל כמנהג המדינה"? הלכה והשקפה בפסיקה הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" **מחקרי משפט** לב 141 (2019).

לנישואין וגירושין, ופוסקים לפי דין תורה במקומות שהדין מחייבם לשפוט לפי הדין האזרחי כדוגמת ענייני רכוש.²¹

ג. אלימות נגד נשים, אלימות במשפחה ושאלת ההצטרפות לאמנת איסטנבול

רקע

מציאות החיים מלמדת כי ישראל אינה ערוכה כיום להתמודדות אפקטיבית עם תופעת האלימות נגד נשים והאלימות במשפחה, וזאת במיוחד על רקע העלייה של עשרות עד מאות אחוזים במקרים שהביא עמו משבר הקורונה.²² בכל אחת מן השנים האחרונות נרצחו קרוב לשלושים נשים בידי בני זוג בהווה או בעבר. דוח מבקר המדינה בנושא "ההתמודדות עם תופעת האלימות בין בני זוג" אשר פורסם אשתקד, הצביע על שורה של כשלים בטיפול של המדינה בתופעה, לרבות היעדר הגדרה בחוק לתופעת האלימות במשפחה, אי-הכשרת עובדים סוציאליים בתחום והיעדר פעילות לאיתור משפחות בסיכון. לצד זאת, התוכנית הבין-משרדית למניעת אלימות במשפחה ולטיפול בה עדיין אינה מיושמת או מתקצבת במלואה, על אף שאומצה על ידי הממשלה כבר בשנת 2017.²³ כפי שיפורט להלן, בשנה האחרונה עמדה ישראל על סף הצטרפות ישראל לאמנת איסטנבול ואף הייתה לכך תמיכה רחבה בממשלה היוצאת, אולם פיזור הכנסת מנע את ההצטרפות לאמנה.

השינויים הצפויים עקב כינון הקואליציה החדשה

באף אחד מן ההסכמים הקואליציוניים לא מופיע פרק המיוחד למאבק באלימות נגד נשים ואלימות במשפחה. תחת זאת, סעיף 106 להסכם עם הציונות הדתית קובע כי "הממשלה לא תאשר את הצטרפות ישראל לאמנת איסטנבול". אמנת איסטנבול, האמנה של מועצת אירופה למניעה ומאבק באלימות כלפי נשים ואלימות במשפחה, נחשבת כיום לכלי החשוב והיעיל ביותר להתמודדות של מדינות עם תופעות אלה, ומהווה את הסטנדרט הבינלאומי המקובל בתחום.²⁴ נקודת המוצא של האמנה הינה כי אלימות כלפי נשים היא תולדה של אי-שוויון היסטורי, פערי כוחות בין גברים לנשים, שהובילו לשליטה והפליה של נשים מצד גברים, ולא ניתן להיאבק בה באופן יעיל, ללא טיפול הוליסטי בה שיתייחס גם לשורשיה. תופעת האלימות נגד נשים הינה תופעה רחבה הכוללת אלימות במשפחה, הטרדות מיניות, אונס, נישואין בכפייה, פשעים בשם "כבוד המשפחה" ומילת נשים.

21 ראו לדוגמה בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח (2) 221 (1994); דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו) (24.6.2021).

22 בין שנת 2019 לשנת 2020 חל גידול של כ-265% במספר הכולל של הפניות למוקד 118 על רקע אלימות בין בני זוג; עלייה של 12% במספר הכולל של הפניות למרכזים לטיפול באלימות במשפחה ועלייה של 11% במספר התיקים שנפתחו במשטרה בגין עבירות אלימות גופנית ואיומים בין בני זוג (ראו ג'רי אלמו "ריכוז נתונים על אלימות במשפחה בדגש על אלימות כלפי נשים" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת (21.11.2021) <https://bit.ly/3MAvUlo>).

23 מבקר המדינה, סדרת דוחות על הביקורת בשלטון המקומי, התמודדות עם תופעת האלימות בין בני זוג, התשפ"א–2021.

24 Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, 11 May 2011, <https://www.refworld.org/docid/4ddb74f72.html>

האמנה מחולקת לכמה פרקים סביב עקרונות של מניעה, הגנה, העמדה לדין וקביעת מדיניות כוללת ומתואמת. היא מבוססת על ההנחה שאין סוכנות או מוסד אחד שיכולים להתמודד לבד עם אלימות נגד נשים ואלימות במשפחה. מענה אפקטיבי לאלימות כזו דורש פעולה מתואמת על ידי שחקנים רבים ושונים. האמנה דורשת שהמדינות תיישנה מדיניות כוללת ומתואמת המערבת סוכנויות ממשלתיות, ארגונים לא ממשלתיים, כמו גם פרלמנטים לאומיים ורשויות. המטרה היא שהמדיניות למניעת אלימות נגד נשים ואלימות במשפחה תתבצע בכל רמות הממשל ובכל הגופים והמוסדות הרלוונטיים.

בחודש אפריל 2022 קיבלה ישראל הזמנה רשמית ממועצת אירופה להצטרף לאמנת איסטנבול. זאת, לאחר עבודה יסודית רבת שנים מצד משרד המשפטים בנושא, במטרה להביא לחתימה על האמנה בכפוף להסתייגויות והערות פרשניות שימנעו כל פגיעה בריבונותה של מדינת ישראל. אלא שאז החלו להישמע קולות המבקשים למנוע את הצטרפות מדינת ישראל לאמנה, בטענות מופרכות כאלה ואחרות. עיקר הקצף יצא נגד שני סעיפים (מתוך עשרות) באמנה העוסקים בהגירה ובפליטות, בתואנה שיגרמו לפריצת גבולות המדינה, שתהיה מחויבת לקלוט מיליוני נשים קורבנות של אלימות במשפחה. מתנגדי האמנה התעלמו מכך שההצטרפות לאמנה אמורה הייתה להיות מלווה במספר הסתייגויות והצהרות פרשניות הנוגעות לעניינים של הגירה ומעמד. לנוכח זאת ברור שאין בהצטרפות כדי לשנות מאומה ממדיניות ההגירה והמצב המשפטי הקיים בנושא. התנגדות לאמנה מתוך הנימוק הזה מסיטה את הדיון ומתעלמת מן העיקר שהוא מיגור האלימות המשפחה והגנה על הנפגעות והנפגעים ממנה.

אין ספק כי מה שעמד בבסיס הכשלת ההצטרפות היה התנגדות לכל יוזמה אשר יש בה כדי לקדם שוויון מגדרי וחתירה תחת מבנה המשפחה הפטריארכלי, בטיעון הנואל של פגיעה באוטונומיה הלאומית. אלו הם אותם טיעונים בדיוק אשר הושמעו בכנסת העשרים ושלוש, עת הוכשלה הקריאה הראשונה להעברת התיקון לחוק שנועד לכלול אלימות כלכלית בחוק למניעת אלימות במשפחה. המתנגדים לא היססו מלהצביע בדיוק על אותם סעיפים באמנה הקוראים לחינוך לשוויון מגדרי וקידום זכויות נשים, כסעיפים המסוכנים ביותר ל"ריבונותה של ישראל כמדינה יהודית", תוך מתיחת קו ישר לכאורה בין היהדות לבין אלימות נגד נשים.

הגורמים שפעלו להכשלת מהלך ההצטרפות לאמנת איסטנבול הם הגורמים המזוהים עם האוחזים כעת בשלטון. לא פלא אפוא שבאופן חסר תקדים, ההסכם הקואליציוני בין הליכוד לבין מפלגת הציונות הדתית כולל התחייבות **שלא** להצטרף לאמנת איסטנבול.

גם התנהלות הממשלה הנוכחית מאז הקמתה מעידה על התנערות מוחלטת מכל מחויבות למאבק באלימות נגד נשים ובאלימות במשפחה. כך לדוגמה, הצעת החוק בדבר פיקוח באמצעות איווק אלקטרוני של מי שהוצאו נגדם צווי הגנה, שעברה קריאה ראשונה ממש לפני פיזור הכנסת הקודמת ויש לגביה קונצנזוס מלא בקרב כל רשויות הרווחה ואכיפת החוק, איננה מקודמת כלל.²⁵ מהתבטאויות שונות בתקשורת עולה כי גם לגביה תונהג מדיניות ההתנערות מכל מהלכי הממשלה הקודמת. בדומה לכך, אף חבר כנסת מהקואליציה לא הגיע לשיבת הוועדה לקידום שוויון מגדרי בנושא יישום התוכנית הלאומית למניעה וטיפול באלימות במשפחה שהתקיימה ב־30 לינואר. מנגד, על רקע הפיגועים

25 הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (פיקוח טכנולוגי להבטחת קיומו של צו הגנה, והערכת מסוכנות – הוראת שעה), התשפ"ב–2022 (פ/2336/24), 4.7.2022.

האחרונים, הקבינט המדיני-ביטחוני קיבל החלטה לזרז הליכי קבלת רישיון נשק, מבלי שנשקלו כלל השלכות של מהלך כזה על ביטחונן של נשים, וזאת על רקע העובדה שבין 2019–2021 בשליש ממקרי רצח נשים בנשק חם היה זה נשק שהוחזק ברישיון.²⁶ יתרה מזו, כבר כיום נמתחת ביקורת משמעותית על המשטרה והפרקליטות בשל סגירת תיקים כנגד חשודים בעבירות אלימות ומין חמורות נגד נשים וילדים ובשל מספרם העצום של הסדרי הטיעון.²⁷ צמצום שיקול הדעת של בית המשפט העליון וביטול עילת הסבירות, הסרת המחסומים מעל חקיקת חוקים המפרים את עקרונות השוויון וכבוד האדם בכללותו ושנמכו האפשרי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צפויים להותיר את הרשות המבצעת ואת הרשות המחוקקת ללא פיקוח של בתי המשפט, ולהותיר מענים מעטים אף יותר מאשר היום בידיהן של הנפגעות.²⁸

ד. הפגיעה בייצוג נשים בכנסת, בממשלה, ובתפקידים בכירים

רקע

אבן היסוד למעמדן השוויוני של נשים בחברה הישראלית הונחה כבר בהכרזת העצמאות, שם נקבע כי "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדלי דת, גזע ומין". עיקרון זה עוגן בשנת 1949, כאשר הכנסת הראשונה קבעה בקווי היסוד לפעולתה כי "יקום שוויון מלא וגמור של האשה... בחיי המדינה, החברה והמשק ובכל מערכת החוקים". בשנת 1951 עוגנו עקרונות אלה בחקיקה והובטח כי מדינת ישראל תפעל לשוויון מלא בין איש לאישה. הזכות לייצוג הולם של נשים בשירות המדינה בכלל, בגופים ציבוריים, בצוותי עיצוב מדיניות לאומית ובתפקידים בכירים בפרט עוגנה בהרחבה רבה ומובטחת כזכות מרכזית ומכוננת בסעיפים 6 ו-16 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951²⁹ ובסעיף 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.³⁰ חוקים אלו קובעים את החובה לייצוג הולם של נשים בכלל הדרגות. סעיף 12 לחוק שירות המדינה (מינויים) מחיל אף את סעיפי החוק באופן ישיר לגבי מינוי מנכ"לים למשרדי הממשלה, ו"לרבות מינוי בדרך מכרז, העסקה שלא במכרז ומינוי בפועל".³¹ בית המשפט העליון אף הוא פירש בהרחבה את חובת הייצוג ההולם,

26 קואליציית "האקדח על שולחן המטבח" מובילה מהלך לצמצום תפוצת נשק קל והאלימות הנובעת ממנו, לקידום פרקטיקות שיצמצמו את האלימות הקטלנית נגד נשים ובתוך משפחות, ולחיוב תעשיית האבטחה הפרטית בישראל בדין וחשבון ובבקרה ציבורית. בין השאר, פועל הפרויקט לביצוע מידי של אכיפת החוק המורה על איסוף נשק אבטחה בסוף משמרת העבודה, על מנת להציל חיי נשים וגברים ולמנוע מנשק אבטחה לאיים על אלפי חפים מפשע. הפרויקט הוא תוצר של מחקר שחשף פנים בלתי נראות של תעשיית האבטחה והשמירה בישראל – תופעה מובהקת של רצח בנות ובני משפחה בידי מאבטחים. בד בבד עם פרסום המחקר, תוקן בשנת 2008 חוק כלי הירייה התש"ט-1949 ונוסף לו סעיף 10ג(ב), הקובע שתעודת הרשאה לנשיאת נשק שהוצאה על ידי חברת שמירה לשומר תוגבל לאזור העסקתו אך בשנת 2018 החלה רפורמה שסביבה התאגדו ארגוני הנשים ואף עתרו לבג"ץ בעניין.

27 פרקליטות המדינה הדו"ח השנתי של הפרקליטות (31.10.2012) <https://bit.ly/3o0Mh1b>.

28 להרחבה ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 21: השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק" (הופץ ביום 2.3.2023).

29 ס' 6א(א) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951.

30 ס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

31 שם.

והבהיר את חשיבות תחולתה ויישומה ביחס לנשים במוקדי קבלת החלטות ובדרגים בכירים בפרט, וכן את החובה לנקוט צעדים פעילים וממשיים ולעשות את המרוב על מנת להבטיח ייצוג שוויוני.³² כמו כן, הממשלה בעשרות מהחלטותיה הדגישה את חשיבות היישום של הדרישה לייצוג הולם במוקדי קבלת החלטות.³³ כך, בשורה של החלטות, ובין היתר בהחלטה מס' 548 מיום 28.4.1985; בהחלטת הממשלה מס' 1697 מיום 8.6.2014 לאימוץ דוח ועדת שטאובר;³⁴ בהחלטה מס' 2331 מיום 14.12.2014, אשר קבעה כי הממשלה תגבש תוכנית פעולה כוללת לשוויון מגדרי, כולל התייחסות ספציפית לקידום ייצוג מגוון ושוויוני של נשים במוקדי קבלת החלטות; בהחלטה מס' 4631 מיום 14.7.2019, אשר בה התחייבה הממשלה לפעול למימוש היעדים העולמיים לפיתוח בר קיימא עד לשנת 2030, אשר קובעים, בין היתר, יעד של ייצוג שוויוני לנשים במוקדי קבלת החלטות; בהחלטה מס' 454 מיום 18.10.2020, אשר בה התחייבה הממשלה להמשיך ולחתור להשגתה של החלטת הממשלה מס' 1697 מיום 8.6.2014 בנושא קידום ושילוב נשים בשירות המדינה, שעגינה יעד של התקדמות שיטתית לייצוג הולם של נשים בתפקידים בכירים בשיעור של 50% לפחות.

השינויים עקב כינון הקואליציה החדשה

ייצוג הולם

הממשלה הנוכחית מציינת נסיגה היסטורית בייצוג נשים. בקואליציה ישנו רוב גברי מוחלט כאשר מתוך 64 חברי כנסת רק תשע הן נשים (14%). בכנסת כולה שיעור הנשים עומד על 24% בלבד שהן 29 נשים מתוך 120 חברי כנסת.³⁵ עוד טרם הבחירות חלה ירידה דרמטית בשיעור הייצוג של נשים ברשימותיהן של מפלגות הקואליציה: מפלגת הליכוד, היא מפלגת השלטון, הציבה נשים ספורות ברשימתה ובמקומות אחרונים ולא ריאליים, מטעם המפלגות הדתיות הוצבו 3 נשים בלבד ומטעם המפלגות החרדיות לא הוצבו נשים כלל.³⁶ בנוסף, בהקשר זה ראוי לציין כי בין הנשים המעטות שנכללות ברשימות הללו, מצויות גם פעילות נגד זכויות נשים אשר נבחרו דווקא על רקע פועלן הרב נגד הבטחת זכויות ושוויון לנשים, ובזכות הצלחתן לבלום מהלכי חקיקה שנועדו להגן על נפגעי ונפגעות תקיפה מינית ולתת מענה לאלימות במשפחה.

32 ראו בין היתר בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 5755/08 ארן נ' ממשלת ישראל (נבו) 20.4.2009; בג"ץ 2754/02 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל (נבו) 13.11.2002; בג"ץ 5660/10 עמותת איתן – משפטניות למען צדק נ' ראש הממשלה (נבו) 11.8.2010 ובעשרות פסקי דין אחרים.

33 החלטה מס' 2331 של הממשלה ה-33 בנושא "קידום שוויון מגדרי והטמעת חשיבה מגדרית" (14.12.2014). ההחלטה אומצה על ידי הממשלה כחודשיים לאחר החלטה מס' 2084 של הממשלה ה-33 בנושא "אימוץ המלצות הוועדה לבחינה מגדרית של תקציב המדינה בישראל" (7.10.2014). בהמשך, התקבלה גם החלטה מס' 3664 של הממשלה ה-34 בנושא "קידום שוויון מגדרי והטמעת חשיבה מגדרית בתחומים שונים" (11.3.2018).

34 דוח הוועדה לקידום נשים בשירות המדינה (יוני 2014) <https://bit.ly/3Obow0O>.

35 ראו גם ערו אבגר "נשים בכנסת: ריכוז נתונים לאחר הבחירות לכנסת ה-25" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 7.11.2022) <https://bit.ly/3HX5lnB>.

36 למידע על סיעות הכנסת והרכבן ראו <https://bit.ly/44HpDLL>; חן פרידברג ואסף שפירא "ייצוג נשים בכנסת ה-25" המכון הישראלי לדמוקרטיה (8.11.2022) www.idi.org.il/articles/46263.

נוסף על תמונה עגומה זו, מיד עם פרסומן של תוצאות הבחירות, פנו עשרות ארגוני נשים וארגוני זכויות אדם לראש הממשלה הנבחר לפעול באופן מידי וללא דיחוי למינויין של נשים במוקדי קבלת החלטות ולקידום חקיקה שתעגן מנגנון הבטחת ייצוג שוויוני ומאוזן ברשימות לכנסת, כמו גם על מנת להצביע על חשש ממשי לקראת השבעת הממשלה וסבב המינויים הבכירים מפני נסיגה חדה במספר הנשים שימונו לכהן בתפקידים בכירים מטעם מפלגות אלה. למרבה הצער, פנייתן מעולם לא הושבה ותוך שבועות ספורים החשש שהעלו ארגוני החברה האזרחית התאמת. כך, במצב הנוכחי, עשרות מינויים לתפקידים בכירים בממשלה ובעמדות השפעה בשירות הציבורי אוישו על ידי גברים בלבד, ובקרב 33 תפקידי מנכ"ל משרדי הממשלה מונו אפס נשים.³⁷ כמו כן, לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (הקבינט המדיני-ביטחוני), הגוף החזק והמשפיע ביותר במדינה על מהלכי חוץ וביטחון לאומי, המורכבת כיום מ-17 שרים וסגני שרים, מונו שתי נשים בלבד ובוועדת השב"כ לא מונתה ולו אישה אחת. במבט על הרכב הממשלה: מתוך שלושים שרים, מונו שש שרות בלבד לממשלה. מלבד מינויה של שרת התחבורה, יתר הנשים מונו לתפקידי שר שלא היו קיימים מעולם ושהומצאו במיוחד עבורן או מונו לתפקידים זוטרים. כאמור, בין מינויים אלו מצויות נשים שהגיעו למעמדין הרם ולעמדות השפעה אלו על רקע התנגדותן למהלכים לקידום שוויון מגדרי והתנגדותן לפעולות למיגור אלימות במשפחה. בשבועות האחרונים הן הצהירו על המשך פועלן ועל כוונתן לנצל את עמדת ההשפעה שכעת זכו לה לטובת צעדים אלו.

לצד זאת, מספר הנשים שנבחרו לעמוד בראש ועדות הכנסת הוא ארבע נשים בלבד מתוך 25 ועדות. כמו כן, בין הצעדים הראשונים שמתכננת הממשלה ליישם נמצאת הרפורמה "להבטחת המשילות ויכולת ביצוע מדיניות הממשלה". בלב הרפורמה בולטת הכוונה לבטל את נבחרת הדירקטורים שנועדה לצמצם מינויים פוליטיים בחברות ממשלתיות ואשר במסגרתה ננקטו צעדים לעודד ייצוג הולם של נשים.

מציאות קשה זו משמעותה רגרסיה עמוקה בהגנה על הזכות הבסיסית של נשים לייצוג בכנסת ישראל ובעמדות קבלת החלטות ומהווה הפרה בוטה של החוק ושל החובה החלה על הממשלה ואשר מעוגנת גם בפסיקה, בהחלטות ממשלה ובהנחיות מנהליות לייצוג נשים. במקום שבו קיימת הוראה ברורה של הכנסת בחקיקה הראשית כמו גם בשורה של החלטות ממשלה, מוטלת חובה על הממשלה ליישמה. כמו כן, כישלונה של הממשלה בייצוג נשים מהווה הפרה של מחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

בשנת 2023 חיות בישראל מעל ל-4.5 מיליון נשים, המהוות 51% מהאוכלוסייה. היעדר ביטוי לחובת הייצוג השוויוני בממשלה ובכנסת, פוגע פגיעה ממשית במעמדין של נשים בישראל וצפוי להשפיע עמוקות לרעה על מציאות חייהן. לא זו בלבד אלא שלצד הפגיעה החמורה בייצוג נשים, מתחולל הניסיון לעיקור כוחו של בית המשפט באופן שיגביל מאוד את אפשרות הפנייה של ארגוני נשים לבג"ץ על מנת להיאבק להבטחת זכויותיהן.

37 הערכות שעלו בפרסומים שונים בתקשורת דיווחו על צפי של מינוי שתי נשים לתפקידי מנכ"ליות. אף אם זה יקרה יהא שיעורן של נשים בדרגה זו 6% בלבד.

CEDAW והחלטה מס' 1325

בין מחויבויותיה הבינלאומיות המשמעותיות ביותר בהקשרים של זכויות נשים מחויבת מדינת ישראל ליישום האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (CEDAW), להחלטה מס' 1325 ולשורת ההחלטות לשילוב נשים בתהליכי שלום וביטחון של מועצת הביטחון של האו"ם, וכן להחלטות בינלאומיות נוספות אשר דורשות פעולות נמרצות לקידום מעמדן השווה של נשים בחברה, למיגור הפליה, ובכלל זה גם צעדים שיביאו לייצוגן השווה והמאוזן של נשים במוקדי קבלת החלטות. בפרט, האמנה הבינלאומית למיגור הפליה נגד נשים קובעת מפורשות בסעיף 7 את החובה של כל המדינות החתומות להבטיח את ייצוגן של נשים בפרלמנט. על פי לשון הסעיף, מדינות שהן צד באמנה ינקטו בכל האמצעים להבטיח שוויון ולמגר הפליה נגד נשים בחיים המדיניים והציבוריים, ובכלל זה זכותן להיבחר, להשתתף בעיצוב מדיניות ממשלתית ובהוצאתה לפועל ולמלא כל תפקיד ציבורי בדרגי הממשל ובכל תפקיד בעל אופי ציבורי.

המלצה כללית 23 של הוועדה הבינלאומית למיגור הפליה נגד נשים מדגישה את החובה המוטלת על מדינות למגר הפליה נקודתית או מתמשכת של נגד נשים בחיים הפוליטיים ולהבטיח כי לנשים הזכות להיבחר, להיות מיוצגות באופן שוויוני בכל גוף פוליטי ובכל תפקיד ציבורי, ולקחת חלק בעיצוב מדיניות ממשלתית. הוועדה מדגישה את המציאות שבה במשך אלפי שנים נשים לא הורשו לשאת בתפקידים ציבוריים ואת השלכות של מצב זה על ייצוגן של נשים עד היום. הוועדה גם מדגישה את החסמים הרבים המוטלים על נשים בעיקר על רקע אמונה דתית, הדרתן ממוקדי קבלת החלטות בנושאי שלום וביטחון, ובשל תפיסות מפלות. במדינת ישראל קיימים עד היום תפקידים בכירים הסגורים בפני נשים או כאלה שמעולם לא אוישו על ידי נשים ומציאות המצביעה על בעיה מערכתית מתמשכת של תתייצוג באופן המהווה הפרה בוטה של האמנה. בהקשר זה הוועדה מדגישה את החשיבות לא רק בהסרת חסמים אלא גם בקביעת מנגנוני הבטחת ייצוג נוקשים (מכסות ויעדי ייצוג ברורים), הצבת תמריצים, קביעת פרוצדורות מתאימות, השקעת משאבים ונקיטת צעדים מיוחדים, גם אם באופן זמני, עד שיובטח ייצוגן השווה של נשים.³⁸

כמו כן, החלטה מס' 1325 של מועצת הביטחון של האו"ם אשר אומצה בישראל בהחלטת הממשלה ההיסטורית מס' 2331 משנת 2014, קובעת בין היתר כי על המדינות מוטלת החובה לפעול לייצוג שוויוני של נשים במוקדי קבלת החלטות ובפרט בנושאי שלום וביטחון, וכן לפעול להגנה על הנשים מכל סוגי האלימות. החלטה זו של הממשלה מתייחסת באופן ספציפי לחשיבות קידום נושא הייצוג המגוון והשוויוני של נשים במוקדי קבלת החלטות ובפרט בתהליכי שלום וביטחון.

יש לציין שלאורך השנים הוגשו הצעות חוק רבות לקביעת מנגנונים להבטחת ייצוג שוויוני ומאוזן של נשים בכל מפלגה ומפלגה. הצעות אלו נדחו לאור התנגדות עזה של מפלגות חרדיות שחרטו על דגלן את ההתנגדות לזכותן היסודית של נשים להיבחר לתפקיד ציבור ולמעשה מאפשרים את תמונת ההופכי לייצוג כאשר למעשה בשלילת זכותן של נשים להיבחר לרשימותיהם – הם מבטיחים כי כעשרים מושבים בכנסת יאוישו דרך קבע בגברים בלבד.

38 המלצה כללית 23, הוועדה למיגור הפליה נגד נשים. CEDAW, General Recommendation No. 23 on Women in Political and Public Life (1997).

סוגיית תת-הייצוג של נשים במדינת ישראל הינה כשל מערכתי ותוצאה של הזנחה מתמשכת והתנגדות עזה לייצוג של נשים במוקדי קבלת החלטות על רקע מניעים דתיים ועל רקע תפיסות מפלות וסטריאוטיפיות בדבר יכולתן של נשים לשאת בתפקידים משמעותיים ביטחוניים. מאז קום המדינה כיהנו 25 שרות בלבד. עד שנת 2020 מעולם לא כיהנו יותר מארבע שרות ב־זמנית, כאשר ברוב השנים כיהנה שרה אחת או אף שרה בכלל.³⁹ הממשלה היוצאת שכיהנה כשנה בלבד הביאה את מספר הנשים בממשלה לשיא – תשע שרות שהיוו כשליש מהממשלה. כמו כן, בקבינט הביטחוני, אחד הגופים החזקים והמשפיעים ביותר, ייצוג הנשים עד שנת 2020 היה בין אפס לשרה אחת.⁴⁰ לפיכך, בראייה ארוכת טווח ואסטרטגית, רק מהלכי חקיקה שביסודם הסדרה של מכסות ייצוג שוויוני מנדטוריות של נשים בכל מפלגה ומפלגה כנהוג במדינות מערביות נוספות יבטיחו שינוי מהותי בעתיד לבוא. צעד זה יחייב כל מפלגה לפעול לייצוג הולם לנשים ויהווה מנגנון אמיתי ליישום החוק והחלטות הממשלה בדבר ייצוג הולם לנשים.⁴¹

סיכום

ייצוג מאוזן של נשים במוקדי קבלת החלטות הוא תנאי לגיטימציה של משטר דמוקרטי ליברלי. כמו כן, שוויון מגדרי ככלל הוא אינטרס חברתי ראשון במעלה ותנאי הכרחי לחוסנה הכלכלי והחברתי של מדינת ישראל. ייצוגן המהותי של נשים משפיע באופן ישיר על מדיניות רווחה וקידום סוגיות הקשורות בבריאות, חינוך, צמצום פערי שכר, מיגור אלימות במשפחה ובחברה, סבסוד טיפול בילדים והתמודדות מול הפליה של נשים בהיבטים שונים כלכליים ואחרים.⁴² כפי שמראים מחקרים רבים, ככל שייצוגן של נשים קטן כך מדדי הצמיחה של מדינה יורדים. המאפיין המרכזי שעובר כחוט השני בין כל המדינות הנחשלות בעולם הוא מעמדן הנמוך של נשים והיעדר הגנה ראויה על זכויותיהן.⁴³ התהום הפעורה בין שלל החוקים, הפסיקות, החלטות הממשלה ומחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל לבין המציאות הנוכחית, עד כדי אובדן הייצוג כמעט לחלוטין בממשלה ובמוקדי קבלת

39 לעיון מעמיק בכל הנתונים ראו את המטה לביטחון לאומי דו"ח הוועדה המייעצת למטה לביטחון לאומי בנושא: הטמעת חשיבה מגדרית בעת גיבוש המלצות למדיניות לאומית במצבי חירום שונים www.gov.il/he/departments/news/nsc_news_gender (27.6.2022).

40 שם.

41 ראו מכתב ארגוני הנשים לראש הממשלה מיום 17.11.2022.

42 אסף שפירא, עופר קניג, חן פרידברג ורעות איצקוביץ-מלכה "ייצוג נשים בפוליטיקה: ישראל במבט השוואתי" (מחקר מדיניות 99, אוגוסט 2013) www.idi.org.il/media/3317/99.pdf; Karen Celis, *Substantive Representation of Women: The Representation of Women's Interests and the Impact of Descriptive Representation in the Belgian Parliament (1900–1979)*, 28 JOURNAL OF WOMEN, POLITICS & POLICY 85 (2007); Reut Itzkovitch-Malka & Chen Friedberg, *Gendering Security: The Substantive Representation of Women in the Israeli Parliament*, 25 EUROPEAN JOURNAL OF WOMEN'S STUDIES 419 (2018). לריון נוסף ראו Reut Itzkovitch-Malka, *Gender in Israel*, in THE OXFORD HANDBOOK OF ISRAELI POLITICS AND SOCIETY 2011 (2020).

43 MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, HOW ADVANCING WOMEN'S EQUALITY CAN ADD \$12 TRILLION TO GLOBAL GROWTH (September 1, 2015) <https://mck.co/2jjXZi6>; GENDER EQUALITY AND PROGRESS IN SOCIETIES OECD DEVELOPMENT CENTRE, <https://bit.ly/42Ky2fM>; Cochav Elkayam-Levy, *A Path to Transformation: Asking the Woman Question in International Law*, 42 MICH. J. INT'L L. 429 (2021).

החלטות, גורמת לעיוות ולאיזון מוחלט של החובה החלה על הממשלה להביא לייצוג הולם של נשים, מערערת את חוסנה של מדינת ישראל ומטילה ספק רב בדבר הלגיטימיות של קיומה של ממשלה זו ובדבר סבירותן ותקינותן של החלטותיה, המתקבלות תוך העלמתה והדרתה של מחצית האוכלוסייה.

ה. הפגיעה בזכויות נשים חרדיות

רקע

שינויים טקטוניים בתחומים רבים ומגוונים עוברים על החברה החרדית בשנים האחרונות, הבאים לידי ביטוי בחינוך, בפוליטיקה ואפילו בישראליות. ⁴⁴ התמורות מתרחשות בעיקר בשדות שבהם פועלות נשים חרדיות. נשים חרדיות פעילות בשוק העבודה ואף מאיישות משרות בכירות. אפשר למצוא נשים חרדיות המכהנות ועובדות במשרות בכירות בשירות המדינה, משמשות כעורכות דין, כלכלניות, פרסומאיות, וכן מנהלות עסקים פרטיים שבבעלותן. למרות זאת, מוצבות מעליהן תקרות בטון הנראות בלתי עבירות. הראשונה היא תקרת בטון המדירה אותן מהאתוס המרכזי המגדיר את החברה החרדית: לימוד התורה, והשנייה תקרת בטון המונעת מהן את היכולת לחדור אל המפלגות החרדיות, הפוליטיקה החרדית, המוסדות המעצבים את פני החברה החרדית, ואל מוקדי קבלת ההחלטות. ⁴⁵ בה בעת, ואולי בעקבות, ה"אביב" של הנשים החרדיות, החלו לנשב בחברה החרדית רוחות של מחיקה והדרה, רוחות הגודעות כל בדל של תקווה ויוזמה, תופעות של הקצנה דתית ומשטור צניעות של נשים באופנים שלא נראו כמותן בעבר. ⁴⁶ כל אלו יתרחבו ויתעצמו בעקבות השינויים המשפטיים והמשטריים המתוכננים, ונשים חרדיות צפויות להיפגע מכך יותר משום שהן סובלות משוליות כפולה בהיותן נשים ובהיותן חלק מחברה סמכותנית מעמדית פטריארכלית, שמלכתחילה עקרונות של שוויון וזכויות נשים זרים לה ואף מנוגדים לתפיסת עולמה.

השינויים עקב כינון הקואליציה החדשה

היעדר ייצוג פוליטי

בחברה שבה ההחלטות הפוליטיות מתבססות על הכרעת הרוב, מיעוטים נוטים לסבול מתת-ייצוג וקולם עלול שלא להישמע. זכויות ייצוג נועדו למנוע מצב זה, להבטיח את מעמדן של קבוצות המיעוט בתהליכי קבלת החלטות ולהגן עליהן מפני דורסנותו של הרוב. ההצדקה הרעיונית להבטחת זכות הייצוג מתבססת על ההנחה שרק חברי הקבוצה ייצגו נכונה את האינטרסים של חבריה, והשתתפותם במשחק הדמוקרטי תוביל להשפעה שלהם על התהליך. ייצוג הולם יבטיח לא רק את מעמדם של המיעוטים בחברה אלא יתרום לדמוקרטיה בכלל. לנשים חרדיות בישראל אין ייצוג פוליטי לא ברמה המדינתית בכנסת ישראל ולא ברמה המוניציפלית. זוהי אינה לקות המתקיימת בתוככי המגזר החרדי בלבד אלא בעיה חמורה בחברה הישראלית וכתם על הסטטוס הדמוקרטי שלה.

44 בנימין בראון **מדריך לחברה החרדית: אמונות וזרמים** (2017).

45 אורלי צרפתי "מנשים שקופות לנשים נוכחות: מאבקן של נשים חרדיות על ייצוגן בכנסת ה-20" **מגדר, כתב עת אקדמי רב תחומי למגדר ופמיניזם**, גיליון רביעי (2015) <https://bit.ly/3MffrBL>.

46 אסתי רידר אינדורסקי "ושאינן נראות" – פמיניזם חרדי: המקרה של לא נבחרות לא בוחרות (2015).

אין ולו אישה אחת סביב שולחן קבלת ההחלטות באף עיר חרדית בישראל, ושתי המפלגות החרדיות הנמצאות כיום בכנסת מדירות נשים בגלוי ובמופגן. פסיקת בית המשפט העליון תיקנה רק לכאורה חלק מהעיוות כשסייעה למחיקת הסעיפים המפלים נשים מתקנוני המפלגה, אולם עוד במהלך הדיון המרכזי בבית המשפט העליון הבהיר נציג מפלגת יהדות התורה כי אין בכוונת המפלגה להכניס נשים לשורותיה ולרשימתה.⁴⁷

הכיסאות הריקים של חברי הכנסת החרדים בכל הוועדות שעוסקות בצורכיהן המיוחדים של נשים חרדיות מוכיחים כי הן אינן מיוצגות אפילו ברמה הפורמלית ובוודאי שאינן זוכות לייצוג ברמה המהותית.

תוצאות הבחירות כבר הסיגו לאחר מאור את הייצוג של נשים בכלל במסדרונות הכנסת ובמשרדי הממשלה השונים וספק אם הכנסת תפעל להעלאת הייצוג של נשים בכלל ונשים חרדיות בפרט. השינויים המשפטיים והמשטריים הרדיקליים העומדים על הפרק מטילים צל כבד על האופן שבו יוכלו נשים חרדיות להיעזר בבג"ץ ובבתי משפט בכלל כדי לפעול לשינוי מצבן.

הרחבת ההקצנה ותופעות ההפרדה

נכון לשנת 2021, מונה האוכלוסייה החרדית למעלה ממיליון ומאתיים אלף נפש.⁴⁸ מספר הנשים מוערך בחצי – דהיינו, מדובר למעלה משש מאות אלף נשים, נערות וילדות. השתלבותן של נשים חרדיות בשוק העבודה הישראלי, במטרה לקיים את אידאל "חברת הלומדים" צברה תאוצה, והימצאותן של נשים חרדיות בתחומי המחשבים, התקשורת וההייטק הפכה לרווחת מאור.⁴⁹ על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שיעור התעסוקה בקרב הנשים החרדיות בשנים 2002–2011 עמד על כ-50%, והחל מ-2012 הוא זינק באופן ניכר, ובשנת 2013 עמד על 68%. שיעור התעסוקה בקרב נשים חרדיות נמוך מזה שבקרב נשים יהודיות לא חרדיות. ב-2014 עמד שיעור הנשים החרדיות העובדות על 71%, לעומת 79.5% בקרב נשים יהודיות לא חרדיות. עם זאת, הפער ביניהן הצטמצם בשנים האחרונות. כך למשל, שיעור התעסוקה של נשים חרדיות ב-2003 עמד על 51%, לעומת 68% בקרב הנשים היהודיות הלא חרדיות. נוסף על כך, נשים חרדיות, שבעבר עיקר הכשרתן היה להוראה, מכשירות עצמן יותר ויותר בתחומים אקדמיים במגוון מקצועות טיפול, ובהם עבודה סוציאלית, רפואי בעיסוק, קלינאות תקשורת ופסיכולוגיה, וכמוהם במקצועות אחרים כמו גרפיקה, עיצוב פנים, ראיית חשבון ועריכת דין.⁵⁰

בעולם היהודי היה מקובל במשך דורות הסכם בין אדם בעל יכולת כלכלית לתלמיד חכם עני, שבו העשיר תומך בתלמיד החכם ומספק לו את צרכיו הגשמיים, ובתמורה נחשב לשותף בתורה שהתלמיד

47 בג"ץ 1823/15 בן פורת נ' רשם המפלגות (נבו 10.1.2019); בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר (נבו 6.10.2014).

48 גלעד מלאך ולי כהנר "שנתון החברה החרדית 2021: גידול במספר הגברים החרדים הפונים להשכלה גבוהה ולהכשרה טכנולוגית" המכון הישראלי לדמוקרטיה (30.12.2021) <https://idi.org.il/articles/37864>.

49 מנחם פרידמן "כל כבודה בת מלך חוצה: האישה החרדית" ברוך שעשני אישה? 189 (דוד אריאל, מאיה ליבוביץ ויורם מזור עורכים 1998).

50 "יום עיון: נשים חרדיות במאה ה-21 – משפחה קהילה וחברה" (המכון הישראלי לדמוקרטיה 21.12.2015) www.idi.org.il/media/4437/haredi_women_book.pdf; ליאת קוליק תחושת העצמה וחוסן תעסוקתי בקרב נשים חרדיות המצויות בשוק העבודה (2013).

החכם לומד, ושכר המצווה מתחלק ביניהם. הסכם זה מכונה "הסכם יששכר וזבולון" על שם שני בני יעקב.⁵¹ האידאולוגיה החרדית עדכנה את ההסכם ומיצבה את הנשים החרדיות בתפקיד "זבולון" המפרנס, ואת הבעלים בתפקיד "יששכר" לומד התורה, והעניקה לגיטימציה ל"יחסי החליפין" הקיימים בעשורים האחרונים בין הגבר לאישה בתחום פרנסת הבית. אלא שיחסי הכוחות חרגו מגבולות "סחר החליפין" המוסכם, והנשים החרדיות צברו כוח לא רק מחוץ לבית אלא גם בתוך הבית פנימה. בספרו "בסוד השיח החרדי" מתאר קימי קפלן כיצד האתגר של נטילת עול הפרנסה יועד מלכתחילה לנשים כדי שבני זוגן יוכלו להתמסר ללימוד התורה, אך המעבר ההדרגתי מתחום ההוראה ומתחומי פרנסה אחרים הנמצאים בתוך הקהילה החרדית, לתחומים אחרים אשר חושפים את הנשים לעולם החילוני, התחיל לערער את הגבולות הבטוחים והמוכרים של הקהילה.⁵²

יציאתן של הנשים החרדיות לעולם העבודה הייתה מלכתחילה פשרה אידאולוגית שנגזרה מכורח המציאות, שהרי לפי התפיסה היהודית מקומן הראוי ביותר הוא הבית בבחינת "כל כבודה בת מלך פנימה".⁵³ סביר כי תופעות ההדרה וההקצנה הן ריאקציה לכוח ולעמדות ההשפעה שצברו הנשים. אידאל "בית של תורה" נמצא בקריסה עצמית דווקא בשל המימוש הנלהב שלו הלכה למעשה.⁵⁴ הנשים הן אלו שנתפסו כמניעות תהליכים של "חילון" בחברה החרדית משום שהיציאה אל שוק העבודה הייתה מלווה בהכרח גם בהכנסת "העולם" אל ד' האמות החרדי. יש לומר בכירור כי התוצאה היא משטור אגרסיבי ודורסני של נשים והקצנה דתית שמעולם לא נראתה כמותה ועתה צפויה להתרחב.

- כבר כיום קיימים שלטים בשכונות חרדיות האוסרים על נשים לעמוד על מדרכות מסוימות. השלטים הללו קיימים לא רק בשכונת מאה שערים אלא גם בבית שמש ובבני ברק.
- בג"ץ רגן בעניין קווי מהדרין קבע כי אין לכפות על נשים לשבת מאחור באוטובוסים, אך השאיר בידי נשים שחפצות בכך את האפשרות לעלות מאחור.⁵⁵ בחודשים האחרונים מתנהל קמפיין רחב להגביר את הבחירה הוולונטרית בנסיעה מאחור. שלטי חוצות, פשקווילים, מודעות על תחנות אוטובוס ומודעות בעיתוני השכונות מפצירים בנשים לתקף את הרב קו רק מהדלת האחורית חלקם משתמשים במונח לנסוע ב"מרכבות השכינה" ולשבת מאחור. מאחר שפסק הדין בבג"ץ רגן לא שינה כהוא זה את הקונבנציות החברתיות החלות בחברה החרדית הרי שרבות "בוחרות" לשבת מאחור, אם מרצונן ואם לאו, וקווי מהדרין הפכו לתופעה קיימת שרק צפויה להתרחב לאור שינויי החקיקה הצפויים הנותנים לגיטימציה מוחלטת להדרה והפרדה במרחב הציבורי מטעמי התחשבות באמונה דתית של דורשי ההפרדה.

51 ראו למשל בפירוש רש"י לדברים לג 18, המבאר (על פי מדרש רבא צט, ט) מדוע הקדים משה ברכתו של זבולון לברכתו של יששכר הגדול ממנו: "זבולון ויששכר עשו שותפות – זבולון לחוף ימים ישכון ויוצא לפרקמטיה [מסחר] בספינות ומשתכר ונותן לתוך פיו של יששכר, והם יושבים ועוסקים בתורה. לפיכך הקדים זבולון ליששכר, שתורתו של יששכר על ידי זבולון הייתה".

52 קימי קפלן **בסוד השיח החרדי** נספח בביליוגרפי: חקר החברה החרדית בדור האחרון (חינוך: 308–310) (2007).

53 תהילים מה 14.

54 בית המקיים את אידיאל חברת הלומדים, שבו הבעל יושב ולומד, תורתו אומנותו, והאישה עובדת ומפרנסת, והחיים בו סובבים סביב לימוד התורה וסביב דעת תורה.

55 עניין רגן, לעיל ה"ש 2.

- הפרדה בהופעות – עוד לפני ההרחבה הצפויה מתוקף ההסכמים הקואליציוניים ההפרדה הקיימת בהופעות בחברה החרדית אינה מקיימת אפילו את הדרישה המינימלית של שוויון בתנאים. נשים חרדיות וילדות חרדיות יושבות מאחור בהופעות נפרדות, ולמרות שהכרטיסים למקומות המוקצים להן נמכרים במחיר זהה לכרטיסים הנמכרים לגברים, הרי שהמקומות המיועדים לנשים הם מרוחקים, עם ראות מוגבלת ובתנאים הנופלים בהרבה מאלה של המקומות המוקצים לגברים.
- בכל מקום שבו ניתן היתר להצבת מחיצה במרחב הציבורי היא הופכת לסמן לחרדיות ונוצרת חובה ("בחירה") לנשים להתיישב מאחוריה. כך גם חרדים מודרניים "בוחרים" בלימודים בהפרדה וכך גם מתרחבים הקורסים בהפרדה למי שחפץ להשתלב בשירות הציבורי למשל.
- מתן שירותים בהפרדה, כגון בספריות ציבוריות, פוגע בבני ובבנות הציבור החרדי שחפצים לצרוך שירותים אלה כמשפחות, ובמשפחות חד-הוריות. אימא לא תוכל ללכת עם בנה לספרייה. אחים ואחיות לא יוכלו ללכת יחד.
- הפרדה במעיינות תפגע במשפחות חרדיות שלא תוכלנה לטייל כמשפחות. למעשה, סופו הצפוי של תהליך ההפרדה בטבע הוא שהגברים החרדים והבנים החרדים יטיילו בחיק הטבע ואילו נשים ובנות חרדיות תוגבלנה לסביבת ביתן.
- הרחבת ההפרדה בקופות חולים ובסניפי בנק, שבפועל כבר קיימת במקומות מסוימים, מובילה להרחבת ההגבלות על נשים חרדיות ומצרה עוד יותר את צעדיהן במרחב הציבורי.

השתקה של קולות של פמיניסטיות הקוראות לשינוי בתוך החברה החרדית

פעילות של נשים חרדיות אקטיביסטיות מתרחשת במגוון תחומים. למעשה ניתן לומר כי ניצני השינוי בחברה החרדית מקורם בעזרת הנשים. נשים חרדיות הקימו ארגוני סיוע לנשים חרדיות גרושות, ארגונים הפועלים לייצוג פוליטי של נשים חרדיות, ארגון המשלב נשים חרדיות בצה"ל, ארגונים הפועלים לתגבור בתי ספר מסוג ממלכתי-חרדי (ממ"ח) וארגונים למניעת פגיעות מיניות והבאת הפוגעים לדין. האקטיביסטים והאקטיביסטיות החרדים נמצאים תחת מכש לחצים קהילתי, ופועלים תחת איומים נגדן. ונגד בני משפחותיהן. כל אלו צפויים לגבור ולהחריף. יתרה מזו, ככל שכוחה של הקהילה הסמכותנית והפטריארכלית יגבר, וככל שהמדינה תסיר את ידיה במכוון מעוד ועוד מרחבים ציבוריים ותימנע מלאכוף בהם את זכויות הפרט, תגבר ותעמיק ההשתקה והמחיקה של הישגי הארגונים הללו.

הקומה הסלולרית הכשרה

הקומה הכשרה של הסלולרים החרדים נועדה לאפשר שליטה טוטאלית של החברה על הפרט החרדי. כבר כיום קבלה למוסדות הלימוד ולפעמים בתי הכנסת ושאר מוסדות הקהילה מותנים בטלפון כשר ובקו מהדרין. הקומה הכשרה משמשת בעיקר לצורכי זיהוי פנים חרדיים ומסייעת לבצע "צעדת בוש" וירטואלית למי שמחזיק בקו טלפון שאינו כשר. מעבר לכך חברות התקשורת נותנות לוועדת הרבנים לענייני תקשורת הרשאה לממשק מיוחד שבו הוא מוסמך לחסום כל קו טלפון לפי ראות עיניו. כך נחסמת הגישה לקווי סיוע לנשים, קווי סיוע לנשים גרושות, קווי סיוע לנוער במצוקה מעבר לקווים ייעודיים המופעלים על ידי הקהילה.

הכרה במטפלים ובמטפלות ללא תואר

כיום במקצועות הפרה רפואיים מרפאות בעיסוק, פיזיותרפיות וקלינאיות תקשורת מקבלות רישיון עיסוק ממשרד הבריאות מכוח חוק מקצועות הבריאות שנחקק ב-2008. התנאי לקבלת הרישיון הוא תואר ראשון ושעות התמחות. ההצעה לתיקון החוק שעוגנה בהסכמים הקואליציוניים קובעת שמשרד הבריאות יהיה רשאי לתת רישיון עיסוק גם למטפלות שהוסמכו בסמינרים ללא תואר ראשון. הכרה זו במטפלות ללא תואר תמנע מנשים לקבל תואר ותגביר את תלותן בקהילה מחד, ותחשוף נשים לטיפול שאינו מקצועי מאידך.

הרחבת הסמכויות של בתי הדין הרבניים

בתי הדין הרבניים שבהם אין ולו אישה אחת על כס השיפוט פועלים על פי חוקי התורה וההלכה המפלה מקטינה ומדירה נשים. הרחבת סמכויותיהם של בתי הדין עלולה לפגוע בנשים המוחלשות ביותר בחברה: נשים גרושות, גנות ברשת הגנים של החינוך העצמאי ושל ש"ס ונשים שיצאו מהקהילה. נשים חרדיות רבות פונות לקווים ייעודיים בארגוני הנשים, המציעים סיוע משפטי וייצוג לנשים ללא תשלום. כך למשל, רק בשנת 2022 פנו סיעות בחינוך המוכר שאינו רשמי לארגון איתך-מעכי וביקשו סיוע בקבלת תוספת שכר על עבודה בחודשי הקיץ, וסייעות אחרות בחינוך המוכר שאינו רשמי ברשת חרדית גדולה בקשו סיוע כדי להתמודד מול הרעת תנאים שהמעסיקה ניסתה לכפות עליהן. שתי תובענות ייצוגיות הוגשו בידי הסייעות נגד שתי רשתות חינוך, על מנת להביא את קולן של כלל הסייעות במסגרת ההליכים. ההליכים הללו ואחרים דומים להם, המוגשים מדי שנה, צפויים להיעצר עם הרחבת סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים והנשים שתיפגענה הן מהמוחלשות והעניות ביותר בחברה. במקרים של גירושין כאשר האישה חזרה בשאלה ועזבה את הקהילה, רק בבית משפט למשפחה היא תוכל לקבל משמורת על ילדיה. בתי הדין הרבניים מונעים קשר כמעט לחלוטין בין אמהות שעזבו את הקהילה לילדיהן.

אקדחים על שולחן המטבח

השאיפה של השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר היא להקל במתן רישיונות נשק במיוחד לציבור החרדי, שם על פי הסברה הפיגועים קשים יותר כיוון שאין כלי נשק לעצור אותם. עד כה מאחר שרבים מבני הציבור החרדי אינם משרתים בצבא ואינם גרים בשטחים הם התקשו להשיג רישיונות נשק. השר החדש הבטיח להקל על האפשרות להשיג נשק ובכך להביא גם נשים חרדיות הנמצאות במעגל האלימות לפחד מאקדח על שולחן המטבח ולהסיג לאחור את הפעילות של ארגוני הנשים נגד רפורמת הנשק.

החינוך הממלכתי החרדי

ניתן לטעון שהמפלגות החרדיות והגברים השולטים בהן כיום לא רק שלא מייצגים נשים – 50 אחוז מאוכלוסיית החברה החרדית – הם גם לא מייצגים את האוכלוסייה המכונה "חרדים חדשים" או "חרדים ישראלים". אחד המאבקים הקשים המתרחשים כיום הוא בתחום הרחבת מערכת החינוך הממלכתי חרדית שנועדה לאפשר לימודי ליבה ליותר משפחות חרדיות. לחינוך החרדי השפעה דרמטית על כלכלת ישראל ועל חוסנה של החברה הישראלית ועתידה. זאת בשל השיעור המשמעותי שבוגריו צפויים להוות מכלל החברה הישראלית, שאמור להגיע עד כשליש

בעשורים הקרובים. רמתו הנמוכה של החינוך החרדי, העובדה כי חלק גדול מהבנים אינם לומדים לימודי ליבה, והיעדר חיבורו עם שאר החברה הישראלית, הם נושאים מדאיגים ביותר ומהווים איום על שגשוגה של מדינת ישראל ושל אזרחיה בכלל, ועל אלה המשתייכים לחברה החרדית בפרט.

בשנת הלימודים התשע"ד (2013–2014) הוקם זרם החינוך הממלכתי חרדי (ממ"ח), שמהווה אלטרנטיבה ציבורית איכותית ומוכחת לחינוך החרדי המוכר שאינו רשמי (החינוך העצמאי, רשת בני יוסף, המוכש"רים ומוסדות הפטור). בתי הספר הממ"ח מלמדים את תלמידיהם לימודי ליבה מלאים, תוך שמירה על הצביון התרבותי וההלכתי החרדי הייחודי, ובכך מעניקים לילדים חרדים את הזכות הבסיסית ביותר בחברה הדמוקרטית: שוויון הזדמנויות ומוביליות חברתית.

על אף שבתי הספר הממ"ח הם בתי ספר רשמיים לכל דבר ועניין, קיומם אינו מעוגן בחקיקה ורק בסוף שנת 2022 התפרסם חוזר מנכ"ל המסדיר את פתיחתם וניהולם.⁵⁶ הדבר מקשה על הקמת בתי ספר ממ"ח חדשים, על הרחבת הקיימים, ועל מעבר בתי ספר מהחינוך החרדי המוכש"ר לממ"ח. עקב קשיים אלו, בעשר שנות החינוך הממלכתי חרדי, גדל חלקו במערכת החינוך החרדית (גילאי גן עד כיתה ח') מ-0.4% ל-3.8% בלבד. והגיע ל-14,977 תלמידים בשנת הלימודים הקודמת – התשפ"ב – שלמדו ב-197 גנים ו-68 בתי ספר.

במשרד החינוך ובחברה החרדית ישנו גרעין של אנשים ונשים העובדים ללא לאות על מנת לאפשר את הגדילה העקבית בממ"ח ואת התחזקותו, אולם כדי שהממ"ח יגיע ל-30% ואפילו יותר מהחינוך החרדי, יש צורך בהסדרה חוקית, שינוי תפיסה של ממשלת ישראל, ומעבר לניהול החינוך החרדי בגישה התומכת, מקדמת ומתעדפת אותו על פני חלופות אחרות. הדברים הללו אינם צפויים לקרות בממשלה החדשה ומצב הממ"ח צפוי אף לסגת לאחור. ההשפעה של עובדה זו על נשים היא מובהקת, שכן בהיעדר לימודי ליבה לבנים רוב העול הכלכלי של אחזקת החברה והמשפחה החרדית מוסיף ליפול על כתפי הנשים החרדיות.

1. הפגיעה בזכויות נשים ערביות

מבוא

הממשלה הנוכחית חרטה על דגלה באמצעות ההסכמים הקואליציוניים לחזק את העליונות האתנו-לאומית היהודית וההפרדה הגזעית ולקדם חקיקה מפלה לשם כך.⁵⁷ כל אלו ישפיעו לרעה על המיעוט הערבי הפלסטיני ועל נשים ערביות בפרט.⁵⁸ הנשים הערביות בישראל סובלות מדיכוי משולש בהיותן נשים, חלק ממיעוט לאומי מופלה וחלק מחברה פטריארכלית.⁵⁹ מצב עניינים זה משליך על האופן שבו זכויותיהן יפגעו כתוצאה מההפיכה המשטרית, ומהיכולת שלהן להתגונן ולהיאבק כנגד פגיעות אלה. הדבר מקבל משנה תוקף לאור כוונת הממשלה להגביל את פעילותם של ארגוני זכויות האדם, דבר שיביא לפגיעה בפעילות ארגוני החברה האזרחית בחברה הערבית, ובפרט בפעילותם של ארגוני

56 משרד החינוך, חוזר מנכ"ל : מוסדות חינוך ממלכתי-חרדי, הוראת קבע מס' 0371 – חדש (22.11.2022) <https://bit.ly/42VE9hi>.

57 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל "מפת הדרכים להעמקת משטר של עליונות יהודית" (ינואר 2023) <https://bit.ly/3ogWqqi>.

58 להרחבה בעניין ההשפעה על המיעוט הפלסטיני ראו שם.

59 ראויה אבורביעה "הפוליגמיה במשפט הישראלי – לקראת גישה היברידית" **מעשי משפט** יא 53 (2020).

הנשים הערביות.⁶⁰ הפגיעה בכוחו של בית המשפט העליון לבלום חקיקה מפלה ולתת סעד לקבוצות המיעוט תפגע באופן מיוחד בזכויותיהן של נשים ערביות כמיעוט בתוך המיעוט וביכולתן להתגונן מחקיקה מפלה וגזענית.⁶¹

השפעת הסגרגציה האתנו-לאומית על ההדרה המגדרית בחברה הערבית

סעיפים רבים בהסכמים הקואליציוניים מבקשים לקדם את מדיניות הסגרגציה האתנו-לאומית בין ערבים ליהודים ולהעמיק את ייחוד המרחב, תוך הקמת יישובים חדשים בנגב ובגליל, וקידום חקיקה מפלה שתקבע כי הפרדה איננה מהווה הפליה אסורה.⁶² ההפרדה האתנו-לאומית בין יהודים לערבים לצד ההצעה לתיקון חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, המכשירים מבחינה חוקית את ההפרדה המגדרית, יש בהם בכדי לתת לגיטימציה לפרקטיקות של הפרדה מגדרית בחברה הערבית, לחזק את הגורמים הפטריארכליים בחברה, ובכך להשפיע לרעה על זכויותיהן של נשים ולחזק את המלכוד המצטלב שממנו הן סובלות. כך למשל פורסם כי בכוונתה של הרשימה הערבית המאוחדת, רע"מ, להצטרף ליוזמת חקיקה המציעה לקבוע הפרדה בין גברים לנשים באתרי טבע.⁶³

ההצעה לחוקק את חוק-יסוד: ההגירה, והשפעתו הצפויה על הזכות לחיי משפחה של נשים פלסטיניות משני עברי הקו הירוק

הממשלה הנוכחית מבקשת לקדם את חוק-יסוד: ההגירה שמטרתו לשמר את הרוב הדמוגרפי היהודי. כבר כיום ישנה מגבלה משמעותית על האפשרות לאיחוד משפחות של פלסטינים אזרחי ישראל עם בני ובנות זוג פלסטינים תושבי הגדה ועזה, בעוד שבני זוג לאזרחים יהודים זוכים להתאזרח. חוק-יסוד: ההגירה יחסום גם את האפשרות של פלסטינים לפנות לערכאות על מנת שיפקחו על יישום החריגים המעטים המאפשרים בכל זאת מתן מעמד לבני ובנות זוג פלסטינים תושבי הגדה ועזה.⁶⁴ חוק זה יפגע בזכות לנישואין ולחיי משפחה. הזכות לנישואין הוכרה על ידי המשפט הבינלאומי של זכויות האדם בזכות יסוד בסיסית, וכוללת את הזכות להקים משפחה ללא כל הגבלה מטעמי גזע, אזרחות או דת.⁶⁵

60 ס' 136 להסכם הקואליציוני עם מפלגת עוצמה יהודית (28.12.2022) <https://bit.ly/3MyXr6p>, מבקש לפעול לקידומו של חוק המטיל מס על תרומות המועברות לארגונים ישראלים על ידי ממשלות זרות.

61 "מפת הדרכים להעמקת משטר של עליונות יהודית", לעיל ה"ש 57, בעמ' 10.

62 ס' 15, 19 להסכם הקואליציוני עם מפלגת נעם (28.12.2022) <https://bit.ly/456vxGI>; ס' 89 להסכם הקואליציוני עם מפלגת עוצמה יהודית; ס' 97 להסכם הקואליציוני עם מפלגת הציונות הדתית (28.12.2022) <https://bit.ly/3M6SBvU>.

63 הצעת חוק הסדרת מקומות רחצה (תיקון) – ייעוד זמנים לרחצה נפרדת באתרי טבע, התשפ"ג–2023 (פ/2140/25 ח' בשבט התשפ"ג, 30.1.2023).

64 ס' 93 להסכם הקואליציוני עם מפלגת הציונות הדתית (28.12.2022) <https://bit.ly/3M6SBvU>; "מפת הדרכים להעמקת משטר של עליונות יהודית", לעיל ה"ש 57, בעמ' 7.

65 ס' 16 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948.

הזכות לחיי משפחה הוכרה כזכות חוקתית בישראל.⁶⁶ הראשונות להיפגע מכך הן הנשים הפלסטיניות משני עברי הקו הירוק.⁶⁷

אלימות נגד נשים ערביות

אי-הצטרפות לאמנת איסטנבול פוגעת בהיקף ההגנה של המדינה על נשים ערביות בכל הנוגע למקרי אלימות ורצח. הספרות המחקרית מצביעה על כך שנשים ערביות מופלות ביחס לנשים יהודיות בכל הנוגע למדיניות אכיפת החוק והיעדר הגנה ראויה מצד המשטרה במקרים של אלימות ורצח נשים ערביות.⁶⁸ מחקרה של בטשון מצביע על פערים משמעותיים בין שתי הקבוצות של הנשים היהודיות לעומת הנשים הערביות ביחס לשיעור הגשת כתבי האישום (94.3% לעומת 56%), ביחס לאחוז ההרשעות (75% לעומת 34%) וכן פערים ניכרים בשיעור העונשים המוטלים על נאשמים בעבירות של הריגה ורצח של נשים ערביות לעומת נשים יהודיות שכולן לרעת הנשים הערביות (14–18 שנים לעומת 5.5 שנים).⁶⁹

הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים עשויה להשליך על סמכויותיהם של בתי הדין השרעיים המהלך להרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים עשוי להביא למהלך דומה שבו יורחבו סמכויות בתי הדין השרעיים ולהשליך לרעה על זכויותיהן של נשים ערביות. אחד ההישגים המשמעותיים ביותר של התנועה הפמיניסטית הפלסטינית בישראל, ובפרט ועד הפעולה לשוויון בדיני אישות, הינו חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב–2001, שאפשר לנשים ערביות מוסלמיות ונוצריות לפנות לבתי המשפט לענייני משפחה בסוגיות של החזקת ילדים ומזונות. הישג זה הרחיב את אפשרויותיהן של נשים ערביות לקבל סעדים מבית המשפט לענייני משפחה בעניינים אלה. המהלך להרחבת סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים עשוי להביא להרחבה דומה בסמכויותיהם של בתי הדין השרעיים ולהסיג לאחור הישגים אלה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' גילה שטופלר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

ד"ר ראויא אבורביעה, מכללת ספיר

ד"ר כוכב אלקיים-לוי, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' רות הלפרין-קדרי, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר אסתי רידר אינדורסקי, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר יופי תירוש, אוניברסיטת תל אביב

66 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).

67 Rawia Aburabia, *Settler Colonial Regulation of Bigamous Marriage Across the Israeli/Palestinian Border*, 12 TERRITORY, POLITICS, GOVERNMENT 1277 (2024).

68 מנאר חסן "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" מין, מגדר, פוליטיקה 267 (דפנה עזריאלי ואח' עורכות 1999).

69 שירין בטשון "טיפול המשטרה במקרי רצח נשים פלסטיניות אזרחיות ישראל" 81–84 (שדולת הנשים בישראל, 2021) <https://bit.ly/3pNMrtta>

פגיעה בזכויות העובדות והעובדים בעקבות השינויים המשפטיים בישראל

הופץ במקור ביום 9.4.2023 כנייר עמדה מס' 41*

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 מתייחסים להשלכות השינויים המשפטיים המוצעים על זכויות העובדות והעובדים ועל התחום של דיני עבודה בישראל.

אנו מוצאים כי:

- לשינויים המשפטיים המוצעים תהיה השלכה מהותית ופוגענית הן על דיני העבודה הקיבוציים – הזכות לחופש ההתארגנות ולניהול משא ומתן קיבוצי, יישוב סכסוכי עבודה והזכות לשביתה – והן על דיני העבודה האישיים, ובכלל זה פגיעה צפויה בזכויות חוקתיות בעבודה, ביניהן הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, הזכות לפרטיות, זכות הקניין ובייחוד פגיעה בקרנות הפנסיה של העובדים ועוד.
- שינויי החקיקה יפגעו במיוחד בשכבות החלשות, בעובדים בשכר נמוך ובאוכלוסיות פגיעות.
- תלות של שופטים בפוליטיקאים מהקואליציה, שתתרחש כתוצאה משינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים, תהיינה השלכות הרות גורל על מערכת בתי הדין לעבודה ועל יכולתם של בתי הדין להתמודד עם סכסוכי עבודה, עם בקשות לצווי מניעה נגד שביתות, ועוד. תלות זו תפגע ביכולתם של שופטים להיות מנותקים מהשפעות חיצוניות בדיון בתיקים המונחים לפנייהם ולעסוק בהם במקצוענות. במקביל, תיפגע היכולת של בתי הדין לעבודה לתפקד כמתווך ניטרלי בסכסוכי עבודה קיבוציים מורכבים במשק, וזאת כאשר בתי הדין לעבודה הם המוסד היחיד בישראל שמבצע תיווך כאמור. מעבר לכך, גם הפגיעה בסמכותו של בית המשפט העליון לפסול חוקים שפוגעים באופן העמוק ביותר בזכויות עבודה (דבר נדיר במחוזותינו כפי שנתאר בהמשך) תהיה פגיעה מהותית ומטרידה בהגנה על זכויות עובדים כמו גם פגיעה באינטרסים של מעסיקים ובניהולו התקין של המשק.
- ביטול או צמצום עילת הסבירות צפוי גם הוא להוסיף פגיעה לזכויות העובדים, וסכנות נוספות צפויות לזכויות רווחה ובריאות, שאף הן מצויות בסמכותם של בתי הדין לעבודה.
- אנו מודאגים מכך ש"חוקת העבודה" בישראל תפגע בצורה אנושה. חוקת עבודה זו נבנתה מיום הקמתה של מדינת ישראל והתפתחה במשך 75 שנות קיומה. היא מבוססת על שני אדנים. הראשון

* נייר עמדה זה הופץ במקור ביום 22.2.2023 על ידי קבוצת המרצות והמרצים לדיני עבודה.

— אגד מרשים ומשמעותי של חוקים המבצעים איזון בין אינטרסים של מעסיקים לבין עובדים באופן שמאפשר למשק הישראלי להתנהל בצורה טובה וראויה תוך הגנה על העובדות והעובדים; השני — קורפוס של פסיקה שפותחה במהלך השנים על ידי בתי הדין לעבודה ועל ידי בית המשפט העליון, אשר מפרשת את החקיקה בצורה מיטיבה ותומכת. האפשרות של העובדות והעובדים לממש זכויות אלו נשענת על הכוח המאורגן של עבודה בישראל, אשר כתוצאה משינויי החקיקה המוצעים עשוי אף הוא להיפגע בצורה קשה.

נימוקי נייר העמדה

נייר עמדה זה בנוי מחמישה פרקים: פרק א' בוחן את הפגיעה בזכויות חוקתיות בעבודה; פרק ב' עוסק בפגיעה ביחסי עבודה מאורגנים ובזכות השביתה; פרק ג' מתמקד בפגיעה ביישוב סכסוכי עבודה; פרק ד' מוקדש להשלכות ביטול עילת הסבירות על דיני העבודה; פרק ה' מתמקד בפגיעה המיוחדת בשכבות החלשות; פרק ו' מסיים את הניתוח עם הפגיעה בזכויות רווחה ובריאות.

א. הפגיעה בזכויות חוקתיות בעבודה

שינויי החקיקה שעומדים כעת על הפרק יובילו להערכתנו לפגיעה אנושה בזכויות עבודה בסיסיות המהוות חלק ממה שניתן לכנות "חוקת העבודה" של מדינת ישראל. חוקה זו, שכוונה עם קום המדינה על ידי הכרה בזכות ההתארגנות ובזכות השביתה בחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957, וכן בחוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז–1957, וכן כללה את אימוצן של זכויות עבודה בסיסיות, כגון שעות עבודה ומנוחה וחופשה שנתית, התגבשה והתרחבה במהלך השנים. כיום חוקה זו מבוססת על אוסף מרשים של חוקי עבודה שהתווספו על ידי המחוקק לספר החוקים, הכוללים זכויות יסוד נוספות (כגון הזכות לשוויון) וכן זכויות עבודה מהותיות, כגון שכר מינימום, ומלווה בפרשנות חשובה ומיטיבה של בתי הדין לעבודה ושל בית המשפט העליון המאפשרים את מימושו בפועל של הזכויות האמורות. בחלקים הבאים של נייר עמדה זה נרחיב על הפגיעה הקשה הצפויה לזכות ההתארגנות וכן לזכות השביתה, אולם מעבר לזכויות אלה, עמדתנו היא ששינויי החקיקה יביאו לפגיעה חמורה גם בזכות לשוויון בעבודה, חופש הביטוי בעבודה, הזכות לתנאי מחיה מינימליים בכבוד (שניתן לטעון כי היא כוללת את ההגנה על שכר מינימום), הזכות לפרטיות בעבודה והזכות לחופש העיסוק. כיום, שלוש הזכויות הראשונות שהזכרנו מוגנות חוקתית במסגרת הזכות לכבוד האדם המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאשר הזכות לפרטיות מעוגנת במפורש בחוק יסוד זה, והזכות לחופש העיסוק מעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

שינויי החקיקה שעומדים על הפרק ישפיעו לרעה על הזכויות האמורות, וזאת בשני אופנים עיקריים: ראשית, כתוצאה מהליכי החקיקה, כוחן של הכנסת ושל הממשלה יגדל על חשבון כוחו של בית המשפט, כאשר הממשלה הנוכחית כבר הביעה את עמדתה בדבר רצונה לפגוע בחלק מהזכויות בחוקת העבודה, וביניהן זכות ההתארגנות, זכות השביתה והזכות לשוויון. שנית, בעקבות שינוי אופן בחירת השופטים, הפגיעה הצפויה בכוחו של בית המשפט העליון לפסול חוקים, פסקת ההתגברות המוצעת וכן הפגיעה הצפויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיים חשש כי מערכת המשפט לא תוכל להגן כלל על הזכויות הבסיסיות ביותר של עובדות ועובדים בישראל.

האופן המובהק ביותר שבו חודרת זכות חוקתית לתחום מסוים הוא מתן סמכות לבית המשפט לפסול חקיקה ראשית הפוגעת בזכות זו. בדיני העבודה התרחש הדבר פעם אחת בלבד, בבג"ץ צגיי

גרסגהר נ' הכנסת, שבו פסל בית המשפט חוק של הכנסת שחייב לנכות 20% משכרם של מבקשי מקלט לשם יצירת פיקדון על ידי המדינה לשם עידוד יציאתם מהארץ.¹ בג"ץ פסק כי מדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכות לקניין. יודגש, התערבות בודדת זו אינה מקרית. ברוב רובם של המקרים נמנע בית המשפט העליון מלהתערב בחקיקה של הכנסת, גם כאשר ראה כי יש בדבר חקיקה כזה או אחר כדי לפגוע בזכויות עבודה. בלא מעט מקרים פנה בית המשפט העליון אל המחוקק באמירה, כי זו מלאכתו של המחוקק לקבוע הסדר בעניין.

מעבר לכך, בישראל, מרבית זכויות העבודה מעוגנות בחקיקה, אולם חקיקה זו מלווה בפרשנות חשובה מצד בתי הדין ובית המשפט העליון, העושים שימוש בשיח הזכויות הרחב שפותח על ידי בית המשפט העליון. לדוגמה, בית המשפט העליון הגן בצורה רחבה על זכות ההתארגנות של עובדים. פרשנות צרה יותר של הזכויות, שצפויה להתרחש כתוצאה ממינוי שופטים בידי הקואליציה בלבד, תביא לשחיקה במעמדן של הזכויות בחוקת העבודה של מדינת ישראל.

לבסוף, בתי הדין לעבודה יצרו דרכים חדשניות ומפורטות להגן על עובדים, במצבים שבהם טרם עוצבה חקיקה בנושא ולאור מקרים קשים שהגיעו לפתחו ודרשו מענה. דוגמה בולטת לאלו היא האיסור על התעמרות בעבודה שנקבעה בהלכה ושמגנה על עובדים הסובלים מפגיעה נפשית קשה מאוד מצד מעסיקים. האפשרות להכיר בעילה זו נבעה, בין היתר, משיח הזכויות ומהכרה באי־השוויון האינהרנטי הקיים בין מעסיקים לעובדים. ניתן לראות תהליך דומה גם בפיתוח ההגנה על פרטיות עובדים בעידן טכנולוגי משתנה, בהגנה בפני פיטורים שרירותיים, ובהתאמת הדין לשוק עבודה משתנה שבו יש צורך ליצור ביטחון סוציאלי נאות לעובדים בכל הענפים והעיסוקים, ובעיקר למוחלשים ביותר. גם בהקשרים אלה, מינוי שופטים בידי הקואליציה צפוי להביא לעצירת פיתוח דין ולנסיגה בזכויות שכבר פותחו בפסיקה.

נסקור כעת את הפגיעה הצפויה בהתייחס לכמה מהזכויות המוגנות כיום בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לזכות ההתאגדות והשביתה נתייחס בנפרד בפרק הבא. ראשית, חשש כבד לפגיעה בזכויות עובדים נוגע לפגיעה בזכות הקניין בהקשר לזכויות הפנסיה. לאחר ביטול הסמכות של בתי המשפט להתערב בחקיקה, עלולות זכויות הפנסיה של העובדים להיות חשופות להלאמה במצבים של גרעון תקציבי. כך, ממשלות שייתקלו בגירעון תקציבי יוכלו להלאים את קרנות הפנסיה הפרטיות ולפגוע בזכויות הפנסיה, או לחייב את קרנות הפנסיה להשקיע בצורה מסוימת שתהיה בהגדרה הפסדית לחוסכים, או לקצץ בזכויות הפנסיה התקציבית – הכל מהלכים שהתממשו במדינות אחרות שעברו תהליך דומה (כמו הונגריה וטורקיה). מדובר כמובן בזכויות בעלות חשיבות קריטית לכל עובד וגמלאי. ביקורת שיפוטית בלתי תלויה, על בסיס הגנה חוקתית לזכות הקניין, יכולה למנוע מהלכים כאלה או לצמצם את פגיעתם למינימום שהינו לתכלית ראויה ועומד במבחני המידתיות. אולם בעקבות אימוץ הצעות החוק שעומדות כעת על הפרק, לעובדים לא יעמדו עוד הגנות אלה, והם יהיו חשופים לכל גחמה של השלטון, גם כאשר מדובר בפגיעה בפנסיה שלהם.

1 בג"ץ 2293/17 צגיי גרסגהר נ' כנסת (נבו) 23.4.2020.

במשך השנים הגנו בתי הדין לעבודה על זכויותיהם של עובדים ועובדות מוחלשים בשוק העבודה, בין היתר, באמצעות **הזכות לשוויון**. הזכות לשוויון הוכרה בפסיקת בית הדין לעבודה בפרשת **חזין**,² בשנת 1973, עוד בטרם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא אף עוגנה בשורה של חוקים שנחקקו על ידי הכנסת ברבות השנים כולל חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשס"ד-2004 וכן חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998. ברור הוא כי מדובר בזכות מהותית וחשובה בחוקת העבודה הישראלית שעוצבה רבות על ידי המחוקק. מעבר לכך, הזכות לשוויון זכתה במעמד חוקתי לאחר חקיקת חוק היסוד, מעמד שמשמש כ"רוח גבית" לחוקי שוויון בעבודה.

שחיקת מעמדה של הזכות לשוויון, באמצעות שחיקת מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, **תוביל לפגיעה חריפה מאוד כלפי ציבורים נרחבים בחברה הישראלית**, ובשוק העבודה הישראלי. למעשה, בניגוד לטענות פופוליסטיות הנשמעות היום, שלפיהן בתי המשפט אינם מגנים על אוכלוסיות מסוימות, עיון בפסיקת בית הדין לעבודה מראה כיצד בתי הדין לעבודה הגנו על קבוצות מגוונות בציבוריות הישראלית. אומנם, לטעמנו, ראוי היה אולי שהגנה זו תורחב עוד יותר, אולם לא ניתן להתכחש למהלכים החשובים שמיסד בית הדין לעבודה בהקשר זה וכיצד הגן על קבוצות הסובלות לעיתים מהפליה בשוק העבודה, כמזרחיים, נשים, יוצאי אתיופיה ודתיים.

כך למשל, בפרשת **מלכה**, מועמד לעבודה ממוצא מזרחי שלח קורות חיים לצורך ראיון עבודה, והמעסיק סירב להזמינו לראיון תוך שהוא פולט אמירה המתייחסת למזרחיותו של העובד.³ בהמשך מלכה שלח קורות חיים תחת שם אחר (מאיר מלכיאלי) וזומן לראיון. בית הדין לעבודה קבע כי די בעצם העובדה שהמעסיק שקל שיקול מפלה על מנת "להכתיים" את ההליך כולו, והורה על מתן פיצוי למלכה. בפרשת **אבבה**, בית הדין לעבודה פיתח הלכה זו גם בהקשר להפליה בקבלה של בן העדה האתיופית בנסיבות דומות.⁴ בפרשת **דיזינגוף**, הגן בית הדין לעבודה על זכותה של אם דתייה צעירה, שלא ישאלו אותה שאלות בראיון עבודה הנוגעות לתוכניותיה להרחבת משפחתה.⁵ מעבר לכך, ההכרה בזכות לשוויון של אנשים עם מוגבלות והרוח הגבית שניתנה לה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **בוצר** ובהקשר של עבודה בפרשת **מחמלי**, היא שמובילה כיום למדיניות המאפשרת שילוב של אנשים עם מוגבלות בתעסוקה בשוק העבודה הישראלי.⁶ בעקבות פרשת **מחמלי** מעסיקים כיום מחויבים לתת את הדעת לשילובם של אנשים עם מוגבלות לתפקידים רבים במשק ולא רק לעבודות בשכר נמוך. את דרישת ההתאמה של שוק העבודה למגוון עובדים הרחיב בית הדין גם כאשר הורה למעסיק שלא להפלות עובדים דתיים בשל סירובם לעבוד ביום השבת, כאשר אין פגיעה בעסק ובעובדים האחרים.⁷

2 דב"ע (ארצי) לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר נ' חזין, פד"ע ד 635 (1973).

3 תע"א (אזורי ת"א) 3816-09 מלכה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ (נבו 2.8.2013).

4 תע"א (אזורי ת"א) 9690-09 אבבה נ' א.א. מוקד 101 בע"מ (נבו 23.10.2012).

5 ע"ע (ארצי) 16136-05-15 מ. דיזינגוף ושו"ת (נציגות קולבים) בע"מ נ' מושקוביץ סקורסקי (נבו 18.1.2018).

6 בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שירות בתי הסוהר (נבו 8.5.2014).

7 ע"ב (אזורי ת"א) 4785/02 כשני נ' עיריית רעננה (נבו 15.7.2002).

קיים חשש כבד כי הגנות אלה ייפגעו כתוצאה מהפוליטיזציה של מינוי שופטים, כמו גם מביטול האפשרות לביקורת חוקתית על חקיקה חדשה. בפרט, מקווי היסוד של הממשלה עלו כוונות לפגוע בזכות לשוויון, הן בדרך של ביטול הסדרים של העדפה מתקנת והן בדרך של מתן העדפה לקבוצות מסוימות (יוצאי צבא) בשוק העבודה, על חשבון קבוצות אחרות. חוקים מעין אלה לא יוכלו לעמוד לביקורת בפני בית המשפט ויביאו לפגיעה בשוויון בשוק העבודה.

הזכות לפרטיות זכתה למעמד בכורה במשפט הישראלי במסגרת סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמסגרת חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.⁸ בפרשת **איסקוב ענבר** בית הדין הארצי לעבודה הבהיר את חשיבותה של הזכות לפרטיות במסגרת הקונקרטי של מקום העבודה.⁹ בית הדין הסביר כיצד הזכות לפרטיות כרוכה בעבותות בזכותו של העובד לכבוד, לביטוי האוטונומיה האישית שלו, בזכות להגדרה עצמית ובזכות לאנונימיות. לזכות לפרטיות הוקנתה חשיבות מיוחדת בשדה העבודה בשל פערי הכוחות האינהרנטיים ביחסים שבין הצדדים ליחסי העבודה, בשל האפשרויות הטכנולוגיות הרבות שיש למעסיקים כיום לעקוב אחר העובדים והעובדות, ובשל העובדה הפשוטה כי עובדים נמצאים במקום העבודה חלק ניכר משעות היממה ומשכך זכאים למרחב פרטי גם במקום העבודה.

פרשה נוספת שבה נדונה בהרחבה הזכות לפרטיות בבית הדין הארצי לעבודה, הינה פרשת **קלנסווה**.¹⁰ בפרשה זו נבחנו, בין היתר, השאלות אם הרשות המקומית רשאית לחייב את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בשעון נוכחות ביומטרי, והאם רשות מקומית רשאית לנקוט אמצעים שונים כלפי עובדים המסרבים למסור טביעות אצבע כאמור, כולל אי-תשלום שכר. פסק דין זה הבהיר שוב את חשיבותה של הזכות לפרטיות והקשר ההדוק שבינה לבין הזכות לאוטונומיה ושליטה של הפרט. אם תיפגע העצמאות השיפוטית של בתי הדין לעבודה, ישנו חשש של ממש ששופטים יחששו מלפסוק במקרים של פגיעה בפרטיות, בהם המדינה ו/או הרשות המקומית הינה צד לסכסוך (כמו בפרשת **קלנסווה**).¹¹ יתרה מכך, חקיקה שפוגעת בפרטיות עובדים לא תעמוד עוד לביקורת שיפוטית ממשית שתוודא כי פגיעה כזו הינה לתכלית ראויה ופגיעתה מידתית.

8 ברחבי העולם, הזכות לפרטיות זכתה גם כן להגנה איתנה במסגרת הוראות חוקתיות שונות (כדוגמת ה-Fourth Amendment בארה"ב, שפורש ככזה המעניק הגנה על זכותו של הפרט לפרטיות אל מול גורמי השלטון), במסגרת כללים קונקרטיים (כדוגמת כללי ה-General Data Protection Regulation (GDPR) המחייבים במרבית מדינות אירופה) ועוד.

9 ע"ע (ארצי) 90/08 **איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים** (נבו 8.2.2011).

10 עס"ק (ארצי) 7541-04-14 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה מרחב המשולש הדרומי נ' עיריית קלנסווה** (נבו 15.3.2017).

11 יתרה מזו, בפגיעה בזכות לפרטיות בשל היעדר עצמאות ותלות בגורמים פוליטיים שונים אף עשוי להשפיע לרעה על כלכלת ישראל, שעה בה מרבית מדינות אירופה פועלים על פי כללי ה-GDPR המחמירים ודורשים גם מצדדים עמם הם קושרים קשרים עסקיים לפעול על פי הנחיות מקבילות. מצב כזה עלול לפגוע ביכולת של צדדים שלישיים, בדגש על מרבית מדינות אירופה המחויבות לכללי ה-GDPR, לנהל קשרי מסחר עם חברות ישראליות.

ב. הפגיעה ביחסי עבודה מאורגנים ובזכות השביתה

זכות ההתארגנות, ובכללה זכות השביתה, הינה זכות יסוד של עובדים הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי. במסגרת המשפט הבינלאומי ישנה הכרה רחבה בזכות השביתה, בין היתר על ידי ועדת המומחים בארגון העבודה הבינלאומי, האמונה על פרשנות אמנות הליבה של הארגון (אמנות מס' 98 ומס' 87) המעגנות את זכות ההתארגנות. אמנות אלו אושרו על ידי ישראל, שאישרה גם את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שאושרה באו"ם בשנת 1966. אמנה זו קובעת אף היא את מחויבותן של המדינות להבטיח את הזכות לשבות, כפי שנקבע גם בצ'רטר החברתי האירופי שאושר ב-1961 וקובע את המחויבות של המדינות החתומות להכיר בזכות העובדים והמעסיקים לנקוט בצעדים של סכסוך מקצועי בכפוף למגבלות מסוימות.

זכות השביתה הוכרה כזכות יסוד במשפט הישראלי. בשורה של פסקי דין הכיר בית המשפט הישראלי בזכות זו כזכות חוקתית הלכתית.¹² המחוקק הישראלי הכיר אף הוא בזכות השביתה, בין אם במסגרת חוק יישוב סכסוכי עבודה, הקובע נורמות להתנהלות סביב שביתה, ובין אם בשורה של חוקים הקובעים הגנות לזכות השביתה, כגון ההגנה הקבועה בסעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים; סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; סעיף 44 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; וסעיף 16 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996. כל אלו מעידים על חשיבותה של זכות זו, הניכרת מתכליתה.

תכליתה המרכזית של זכות השביתה הנה איזון יחסי הכוחות בין העובדים למעסיק לאור אי-הסימטריה המובנית שמאפיינת יחסים אלו. זכות זו משמשת כלי מרכזי במסגרת מימושה של זכות ההתארגנות, והזכות לנהל משא ומתן קיבוצי על תנאי ויחסי העבודה, שהוכרו כזכויות יסוד.¹³ הזכות לשבות היא חיונית להשלמת ההגנות על זכויות אלו שכן החובה המשפטית לנהל משא ומתן קיבוצי במקום עבודה מאורגן אינה מחייבת את הצדדים להגיע להסכמות ולחתום על הסכם קיבוצי. לכן ניתנת לעובדים בישראל, כמו גם בכל הדמוקרטיות האחרות בעולם, הזכות לשבות, ומכאן נגזרות גם קביעות

12 בג"ץ 1074/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(2) 507 (1995); בג"ץ 525/84 **חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פד"ע מ(1) 673 (1986); דב"ע (ארצי) לז/4-3 **ועד עובדי קצא"א – חברת קצא"א בע"מ**, פד"ע ח 421 (1977); דב"ע (ארצי) לו/4-5 **גינסטלר – מדינת ישראל**, פד"ע ח 3 (1976); דב"ע (ארצי) מו/4-7 **ועד המצילים בעירית ת"א-יפו – עירית ת"א-יפו**, פד"ע יז 264 (1986).

13 משפט העבודה כולל מערך כללים להגנה על זכות ההתארגנות. כך, למשל, פסק הדין בעניין **פלאפון** ופסק הדין בעניין **עובדי נוחב ניהול ותפעול**, קבעו בתי הדין לעבודה שאסור למעסיקים להתערב בעניינים פנימיים של ארגוני עובדים, או ללחוץ, להשפיע ולהתבטא בעניין הזכות לחופש ההתארגנות במפעליהם. ראו ע"ב (ארצי) 1-03 **עמותת עובדי נוחב ניהול ותפעול – הסתדרות הכללית החדשה** (נבו 18.8.2004); עס"ק (ארצי) 25476-09-12 **הסתדרות העובדים הכללית החדשה – האגף להתאגדות עובדים – פלאפון תקשורת בע"מ** (נבו 2.1.2013); בג"ץ 4179/13 **לשכת התיאום של הארגונים הכלכליים נ' בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 7.7.2014). עוד קבע בית הדין הארצי לעבודה בעס"ק (ארצי) 33142-04-13 **אלקטרה מוצרי צריכה (1951) בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה** (נבו 10.4.2014) כללים המקלים על מימוש הזכות להתארגנות במצב של התארגנות ראשונית.

משפטיות נוספות המאפשרות את מימושה בפועל, כגון הטלת איסור על מעסיקים להעסיק עובדים חלופיים במקום השוכחים כפי שנקבע בעניין **תדיראן**.¹⁴ נדגיש כי השביתה נתפסת גם כמנגנון דמוקרטי מובהק ובדמוקרטיה מהותית-חוקתית מחויב השלטון להגן עליה כחלק מההגנה על זכויות האדם והאזרח.

ועדיין, הזכות לשבות כמו רוב הזכויות אינה בלתי מוגבלת, והמשפט הישראלי צמצם הן את סוגי העילות שבגינן מותר לשבות והן את היקפה של השביתה. כך למשל, בית המשפט העליון אסר על שביתות פוליטיות וקבע כי שביתות כאלו אינן לגיטימיות בישראל,¹⁵ וכן הגביל בצורה ניכרת את היקפה של שביתה מעין פוליטית.¹⁶ בתי הדין מגבילים גם שביתות בשירותים חיוניים, ומוציאים תכופות צווי מניעה כנגד חלק ניכר משביתות אלו. בנוסף, השימוש בכלי השביתה בארץ פחת בעשורים האחרונים כפי שעולה, בין היתר, מהדוח של הממונה על יחסי עבודה עו"ד רבקה ורבנר לשנת 2021.¹⁷ זכות השביתה אפוא אינה בלתי מוגבלת ויש הטוענים כי כבר כיום המגבלות המוטלות עליה על ידי בתי הדין הן חמורות מדי ואינן הולמות את האיזון הראוי של פערי הכוחות בין המעסיק לעובדים. מכל מקום, ברי כי צמצום משמעותי נוסף של זכות השביתה הכלכלית והשביתה המעין פוליטית יהווה פגיעה חמורה ביותר בזכויות הליבה של העובדים בישראל.

שינויי החקיקה המוצעים כעת עשויים לפגוע קשות בייחוד בזכות השביתה משני טעמים. ראשית, כבר עמדנו על ההשלכות של שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים באופן שיוביל לתלות הפוליטית של שופטים בבתי הדין לעבודה בממשלה, תלות שעלולה להשפיע על החלטתם של שופטי בתי הדין אם להוציא צו מניעה כנגד שביתות. צווי המניעה לשביתות הם כלי בעל השפעה עצומה על מהלך סכסוכי העבודה בישראל. לאחר שארגון העובדים מיצה את הניסיונות להגיע להסכמות עם המעסיק על הסוגיות שהן בליבו של סכסוך העבודה, ומחליט לצאת לשביתה, למעסיק ישנה הזכות לפנות לבתי הדין לעבודה בבקשה להוציא צו מניעה, צעד שאכן ננקט לרוב על ידי מעסיקים. המדינה היא זו שפונה להוצאת צווי המניעה במקרים רבים, בין בשל היותה המעסיק הישיר, ובין בשל מעורבות המדינה בגין היות המעסיק חברה ממשלתית (כמו חברת החשמל) או על ידי תקצוב המוסד (מוסדות אקדמיים למשל), או בשל רפורמה שהמדינה מבקשת להעביר שגורת שביתה (דוגמת הפרטת בזק). שופטים שאינם עצמאיים עלולים להטות את ההחלטה השיפוטית, במודע או שלא במודע. מחקר שנערך לאחרונה מצביע על כך ששופטים שמונו בשיטת מינויים פוליטיים נוטים לאמץ עמדה אקטיביסטית יותר מאחרים, אקטיביזם אשר נוטה לאימוץ עמדות הפוליטיקאים שמינו אותם.¹⁸ שנית, אף שינויי חקיקה הפוגעים בנושאות בזכות השביתה לא יעמדו לביקורת חוקתית בפני בית המשפט העליון לאור הפגיעה הצפויה ביכולתו לפסול חוקים פוגעניים, גם כאלו הפוגעים בזכויות אדם

14 ע"ע (ארצי) 742/05 הסתדרות העובדים הכללית החדשה, הסתדרות החשמל, המתכת והאלקטרוניקה נ' **תדיראן מערכות בע"מ** (נבו 13.12.2005).

15 בג"ץ **חטיב**, לעיל ה"ש 12.

16 בג"ץ 1074/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי**, פ"ד מט(2) 485 (1995).

17 ראו באתר משרד העבודה, ניתוח של דוח פילוחים נבחרים של נתוני שביתות לשנת 2021, המבהיר כי ממשיכה המגמה של יציבות ושקט תעשייתי במערכת יחסי העבודה: <https://bit.ly/42YAwYI>.

18 קרן וינשל "השלכות תכנית לוין על קבלת החלטות אידיאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" **ICON-S-IL Blog** (15.2.2023) <https://bit.ly/45kmCRQ>.

יסודיות. מטרידה במיוחד בהקשר זה הצעת חוק דיני עבודה (תיקוני חקיקה), שהונחה לאחרונה על שולחן הכנסת, המבקשת לפגוע אנושות בזכות השביתה ובכוחם של ארגוני העובדים. על פי הצעה זו הכנסת רשאית להשעות שביתה למשך 30 יום ולהאריך את ההשעה לאחר מכן מנסיבות שונות.¹⁹ עוד קובעת הצעת החוק איסור על כל סוגי השביתות המעין פוליטיות, אוסרת שביתות בשירותים חיוניים ומרחיבה את ההגדרה ל"שירות חיוני". אם הצעת חוק זו תעבור, בגרסה כזו או אחרת, תהיה בכך פגיעה אנושה בזכות השביתה ובית המשפט העליון לא יוכל להעביר ביקורת הכרחית על חקיקה זו.

ג. הפגיעה ביישוב סכסוכי עבודה

כיום, בית הדין לעבודה מהווה גוף עצמאי המכריע בסכסוכי עבודה באופן שאינו מוטא לטובת המדינה. אם ימונו ויקודמו שופטיו על ידי הקואליציה קיים חשש לפגיעה בעצמאותו, שתגרום בתורה להפחתת האמון בו מצד האזרחים ומצד ארגוני העובדים. כדי להסביר כיצד נסקור בקצרה את תפקידו של בית הדין לעבודה ביישוב סכסוכי עבודה.

בית הדין לעבודה הוקם בראש ובראשונה כמוסד שמיועד ליישב סכסוכי עבודה קיבוציים באופן שתהיה לגיטימציה לפסיקתו. הקמתו בסוף שנות ה-60 של המאה הקודמת לוותה בסיסמה "שפיטה במקום שביתה" – דבר המסמל את תפקידו הייחודי של בית הדין כפותר סכסוכים ובכך מקטין את השימוש בנשק השביתה. לגיטימציה זו של בית הדין מושגת על ידי (א) המבנה התלת-צדדי של בית הדין הכולל פרט לשופט או לשופט המקצועי גם נציגי עובדים ונציגי מעסיקים, ו-(ב) פיתוח של הדין המהותי. לדוגמה – השימוש בצווי מניעה (עשה ואל תעשה) שבית הדין פיתח מיד לאחר הקמתו ככלי לסייע ביישוב סכסוכי עבודה קיבוציים.

סכסוכי העבודה הקיבוציים אומנם מהווים אחוז קטן מסך התיקים בהם פוסק בית הדין לעבודה, אך חשיבותם גדולה לאין ערוך משיעורם היחסי. זכות ההתארגנות היא כלי חשוב לניהול מוסדר של שוק העבודה המתבסס על משא ומתן קיבוצי. התארגנות עובדים מאפשרת פתרון מוסכם לקונפליקט וזאת על ידי תיחום דרכי הפעולה העומדות בפני הצדדים (ארגוני עובדים ומעסיקים). השביתה היא אמצעי במסגרת המשא ומתן, שמצד אחד יש בו היבט התקפי שמאזן את כוחות הצדדים, ומצד אחר הוא גם מאיץ את המשא ומתן לקראת סיומו. זהו כלי מורכב שמחייב לבחון באופן יסודי את היתרונות והחסרונות של השימוש בשביתה בכל מקרה ומקרה.

בישראל אין מסורת של שימוש בגישור או במנגנונים אחרים ליישוב סכסוכי עבודה ואין מוסד מרכזי ומוכר ליישוב סכסוכי עבודה פרט לבית הדין לעבודה. הדבר בולט בעיקר בסקטור הציבורי. הממונה על יחסי עבודה מכוח חוק יישוב סכסוכי עבודה מתווכת בסכסוכי עבודה במגזר העסקי ככל שהיא מוצאת לנכון. על אף שסעיף 44 לחוק יישוב סכסוכי עבודה מאפשר לממונה לתווך גם בסכסוך שהמדינה היא צד לו, הדבר מצריך אישור שר העבודה ובפועל לא נעשה, מהטעם שהמדינה תהיה במצב של ניגוד עניינים – כצד ישיר לסכסוך וכצד שלישי ניטרלי. המוסד לבוררות מוסכמת הוקם

¹⁹ על פי הצעת החוק נסיבות אלו כוללות למשל מצבים שבהם קיים אינטרס מיוחד, פגיעה כלכלית חריגה, הפרעה משמעותית למהלך החיים הרגיל של הציבור, או סכנה לשלום הציבור, או בהודעה על שביתה בכל שירות חיוני, כלומר מגוון של נסיבות שניתן לפרש בהרחבה. ראו הצעת חוק דיני העבודה (תיקוני חקיקה), התשפ"ג-2023 (פ/2111/25).

בעבר כאמצעי ליישוב סכסוכי עבודה בסקטור הציבורי, אך תחולתו מוגבלת והלכה למעשה הוא כבר לא מתפקד כשחקן פעיל במערכת יחסי העבודה.

במצב דברים זה בית הדין לעבודה נותר הגוף המשמעותי וכמעט הבלעדי ליישוב סכסוכי עבודה, ובעיקר בסקטור הציבורי. בחינה של דפוסי שביתה בישראל מצביעה על כך שהסכסוכים הקשים ביותר הם דווקא אלה שבסקטור הציבורי, ושם גם עיקר השביתות הגדולות במשק.²⁰ חלקן עוסקות בהתאמות תנאי ההעסקה ורמות השכר של קבוצות עיסוק (מורים, רופאים, אחים, עובדי מעבדות, פסיכולוגים, עובדים סוציאליים), או של עובדים במשרדים ובארגונים מסוימים (משרד החוץ, שירות התעסוקה, רשויות מקומיות) וחלקן עוסקות בהליכים של הפרטה או של שינויים ארגוניים בחברות ממשלתיות המעניקות שירות ומוצרים ציבוריים (נמלים, רשות שדות התעופה, חברת החשמל, אך גם השירותים האישיים במערכת הרווחה). לעיתים אף מדובר במה שכונה "מגה שביתה" הקשורה להסדרים שנוגעים לכלל המשק – דוגמת סכסוך העבודה בנושא של העסקה קבלנית בשנים 2011–2012.

בסכסוכי העבודה שהמדינה היא צד להם, המדינה חובשת כובע כפול: ראשית, המדינה היא המעסיק הגדול ביותר, גם בהגדרה צרה של המדינה כמעסיקה, וגם בהגדרה רחבה יותר שכוללת את השלטון המקומי וארגונים ציבוריים עצמאיים (דוגמת שירות התעסוקה והמוסד לביטוח לאומי). כמו כן למדינה השפעה ישירה ומשמעותית על מבנה השכר ותנאי ההעסקה של העובדים המועסקים על ידי הגופים הנתמכים והמתוקצבים כהגדרתם בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985. סעיף 29 לחוק מקנה לממונה על השכר במשרד האוצר, הלכה למעשה, שליטה מכריעה על המשא ומתן במוסדות להשכלה גבוהה, קופות החולים, מוסדות תרבות ועוד. שנית, המדינה היא גם הרגולטור הקובע את המדיניות בנושאים כגון הפרטה, או האחראי על שינויים ורפורמות בתחומים דוגמת מדיניות הפנסיה. המשמעות של הכובעים השונים היא שנציגי המדינה יכולים להיות צד למשא ומתן כלכלי, צד שמטיל וטו על שינויים כלכליים דרך מעמדו הריכוזי של הממונה על השכר, וצד שמעביר חוקים, תקנות וצווים אשר יכולים להשפיע על תנאי ההעסקה.²¹ בנוסף, למדינה גם השפעה עקיפה ופחות גלויה דרך שליטה על הליכי מינויים של נושאי תפקידים (למשל חברי דירקטוריונים), הענקות ותקציבים. האפשרות להשתמש בכוח השלטוני יכולה להיות חרב במשא ומתן. לעיתים הדבר יעשה במפורש, דוגמת החקיקה לעניין הפנסיה התקציבית אשר קבעה שאם לא יגיעו להסכמה יוחל ההסכם הקיבוצי שנחתם עם ההסתדרות הכללית גם על קבוצות עובדים שמיוצגים על ידי ארגוני עובדים אחרים.²² אך לא פעם אין צורך לעשות שימוש בכוח השלטוני שכן הצדדים למשא ומתן מודעים כל העת לכך שהכובע השלטוני שריר וקיים ומסוכך מעל המשא ומתן.

כאשר מגיע סכסוך כזה לדיון בבית הדין לעבודה – יש חשיבות לכך שהשופטים אינם מטעם אחד הצדדים. הדבר מבטיח את הניטרליות המוסדית של השופטים, ובצידם נציגי הציבור שמעמדם שווה

20 המכון הישראלי לדמוקרטיה "כאן שביתה – על תרבות השביתות בישראל" פרלמנט 68 (2011) <https://bit.ly/3MatVTq>; www.idi.org.il/parliaments/11092/11096; משרד העבודה, נתוני שביתות שנתיים, <https://bit.ly/3MatVTq>.

21 מרכזי מירוני "השימוש בחקיקה לפגיעה בזכויות הסכמיות ולהשגת שינויים מבניים – היבטים של דיני עבודה ויחסי עבודה" עבודה, חברה ומשפט י 269 (2004).

22 חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג–2003, ס' 75–78.

וכוחם שוויוני. אם שופטי בית הדין לעבודה ימונו על ידי ועדה שבה לממשלה כוח מכריע, וזו גם תשפיע על קידומים מהערכאות האזוריות לארצית (וגם לתפקידים בכירים בערכאות, דוגמת נשיאות), ואף על הפסקת כהונתם, הרי שתהיה בכך הכפפה של בית הדין לאחד הצדדים. זאת ועוד, ממילא זה הצד שלרשותו כבר שני כובעים – של המעסיק ושל הרגולטור, וכך יוכל לחבוש כובע נוסף החולש על המערכת שנועדה להבטיח תיווך ניטרלי לסכסוך.

תפקידו של בית הדין לעבודה כמתווך ניטרלי ומקצועי בסכסוכי עבודה הוא חיוני למהלך התקין של המשק בישראל. הלכות צו המניעה בכל הקשור לסכסוכי עבודה ולשביתות מאפשרות לבית הדין לשקול מגוון רחב של שיקולים, לרבות זכויות העובדים, זכויות המעסיק (הציבורי), האינטרס הציבורי, לרבות אינטרס של צדדים שלישיים (כמו בעלי עסקים הזקוקים לנמלים לצורכי ייבוא וייצוא) ובהם צרכנים (כגון אזרחים הזקוקים להנפקה של דרכונים או לטיפול רפואי). בית הדין פועל כמתווך בצל כוחו וסמכותו לפסוק בסכסוכים. בית הדין מורה לצדדים לקיים משא ומתן ומלווה או מפקח עליו. בית הדין לא יכול להכריע בסכסוכים שכאלה, בוודאי לא כאשר מדובר בסכסוך כלכלי (על זכויות עתידיות). כוחו נובע מהמקצועיות והכבוד שרוחשים לו הצדדים. זהו הכבוד המוסדי שאינו תלוי בשביעות רצון מהחלטה במקרה זה או אחר, אלא בהבנה שזהו הגורם היחידי שיכול לסייע ולזרז את יישוב הסכסוך.

אם הלגיטימציה שממנה נהנה בית הדין, בפרט בפועל כמתווך, תיפגע, המשמעות היא אובדן הלגיטימציה למוסד הכמעט בלעדי ליישוב סכסוכי עבודה בישראל. ההצעה לשינוי שיטת מינוי השופטים תפגע בכוחו של בית הדין להעניק יציבות בזמנים שבהם יחסי העבודה הקיבוציים סוערים. הפגיעה תהיה בעובדים עצמם, אך גם במעסיקים שזקוקים לעזרה חיצונית כדי לאתר פתרונות בני קיימא שיאפשרו את המשכיות העבודה הסדירה. פגיעה מיוחדת עלולה להיות דווקא במעסיק הציבורי, שם השביתות ממושכות וארוכות ושם ליחסי עבודה קיבוציים תפקיד חשוב ביישוב מערכת השכר שבה לחצי השוק אינם פועלים כמו בסקטור העסקי. הפגיעה תורגש גם על ידי הציבור, שעל אף נזק זמני שנגרם לו במהלך שביתות, מקבל כיום יציבות משפטית שתומכת בהסדרי העסקה הוגנים וגם נהנה מתוצרי שביתות שמשפיעות על זכויות הציבור, דוגמת שביתות העוסקות במספר המיטות והתקנים במערכת הבריאות.

המשמעות של פגיעה בעצמאות שופטי בית הדין לעבודה חורגת מגבולות סכסוכי העבודה הקיבוציים בבית הדין. היא נכונה גם כאשר בג"ץ פנה לתיווך מסוג זה, בדומה לבית הדין, בסכסוך הפרקליטים ובסכסוך המתמחים בשנת 2011. היא נכונה גם לסכסוכי הפרט כאשר המדינה היא המעסיק, ולמשל בנושאים הקשורים למכרזים ולזכויות עובדים. והיא נכונה גם בהקשרים של הביטחון הסוציאלי שכן ממילא הממשלה חולשת גם על מערכת הביטחון הסוציאלי, הן על דרך חקיקה בתחום והן באופן מוסדי על ידי שליטה על זהות החשב של המוסד לביטוח לאומי ובאופן ניכר גם על תקציבו. לכן, לעובדים רבים המועסקים על ידי הסקטור הציבורי בהגדרתו הרחבה, ולתושבים הנשענים על מערכת הביטוח הלאומי (הרי זה כולם) – אובדן העצמאות של שופטי בית הדין יביא לפגיעה במוסד היחידי שלא כפוף מוסדית לממשלה.

יש להדגיש כי המבנה הקיים כיום מאפשר לשופטים ניטרליים להוות גורם מתווך תוך שימוש בארגון הכלים השיפוטי הרחב שבית הדין פיתח בעצמו במטרה להתאים דרכי סיוע יצירתיות למגוון סכסוכים. יישוב סכסוכים – קיבוציים, אך גם אינדיבידואליים – איננו עניין טכני או אלגוריתם. בית הדין צבר במהלך השנים מוניטין הולך וגובר בתחום זה. הזיקה של בית הדין לעבודה למחוקק הייתה

לאורך השנים של שיתוף פעולה, כאשר פיתוחים מבית מדרשו של בית הדין אומצו במקרים לא מעטים בהמשך בחקיקה. ההסדרים המוצעים יפגעו בעצמאות בית הדין ולא יפתרו דבר. נהפוך הוא, תיקונים שכאלו יפגעו בהכרח, באופן מבני, ביכולת של בית הדין (ובתי משפט אחרים) להציע פורום ניטרלי דווקא בסכסוכים המורכבים ביותר. לתוצאה זו עלולות להיות השלכות חמורות על יחסי העבודה בישראל, בייחוד בהקשר לשביתות.

מעבר לכך, לצד הצעות החוק המונחות על שולחן הממשלה במסגרת השינוי המשטרי בישראל, מצאנו לנכון להאיר הצעת חוק נוספת, שזכתה עד כה לפחות תהודה, אך יש בה כדי לבזר את סמכויות השיפוט בענייני עבודה, מעבר לבתי הדין לעבודה. הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (בוררות), התשפ"ג–2023 (1178/25/פ) עניינה בהפיכת בתי הדין הרבניים למוסד שידון בסכסוכים אזרחיים, כבורר, לפי דין תורה. הצעה זו משמעה כי סכסוכים בענייני עבודה יוכלו להתברר בפני רבנים (גברים בלבד), ויוכרעו על פי ההלכה ולא על פי דיני העבודה של מדינת ישראל. אומנם לפי הצעת החוק נדרשת הסכמת הצדדים לסמכות זו, אולם ביחסי עבודה, אנו יודעים שהסכמה הינה בעייתית לאור פערי הכוח שבין עובד/ת למעסיק/ה.²³ ברוב המקרים הסכמת העובד, בין שזו ניתנת במסגרת חוזה העבודה עוד טרם התעורר הסכסוך ובין אם לאחר שהתעורר סכסוך, לוקה בחוסר הבנה של השלכותיה על הכבילה להליך והקושי הרב בביטול פסק הבוררות. סוגיה נוספת שמעוררת הצעת החוק היא התנגשות בסמכותם הייחודית של בתי הדין לעבודה שנקבעה בס' 24–25 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969. אם הצעת חוק זו תעבור, היא תיצור חוסר קוהרנטיות נורמטיבית בכל הקשור לדיני העבודה המהותיים בישראל ועלולה לפגוע פגיעה אנושה בזכויות המוכרות במשפט העבודה כיום, במתדיינים/ות, ובמי שמייצגים/ות אותם בסכסוכי עבודה.

ד. ביטול עילת הסבירות והשלכותיה על דיני העבודה

בצד המגבלות על דיון חוקתי בערכאות המשפט, במסגרת תוכנית הממשלה למנוע כמעט לחלוטין ביקורת שיפוטית כלולה גם כוונה לבטל את עילת הסבירות. בתקופה האחרונה הופצו על ידי השר לוין וח"כ רוטמן גרסאות שונות של הצעות חוק בנושא. ח"כ רוטמן מבקש לאסור על שופטים לדון בסבירות החלטות של נבחרי ציבור;²⁴ השר לוין מבקש לבטל את מבחן הסבירות בכלל, גם בנוגע לרשויות מנהליות.²⁵

לפי מבחן הסבירות כפי שפותח בפסיקה, בית המשפט מבקר החלטות של רשויות מנהליות תוך בחינה אם ניתן משקל ראוי לאינטרסים השונים (או השיקולים הענייניים) שעל הרשות לשקול. בפסיקה מדגישים כי השופטים לא יחליפו את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתם, כך שהחלטה לא תיפסל רק כי שופט/ת סבור/ה כי היא לא נכונה. ישנו "מתחם סבירות" שבמסגרתו הרשות יכולה לקבל מגוון של החלטות שכולן ייחשבו סבירות. רק החלטה שמתעלמת לחלוטין משיקול מסוים, או שהאיזון שהיא

23 אומנם, לפי ס' 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968, לא ניתן להעביר לבוררות סכסוכים על זכויות קוגנטיות. אולם יש חשש כבד שהמתדיינים בפני בתי דין רבניים לא יהיו מודעים לכך. כמו כן, חלק מהמחלוקות בין עובד למעסיק עניינן בהפרה של חוזה העבודה עצמו.

24 ס' 2 להצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – חיזוק הפרדת הרשויות), נוסח מיום 17.1.2023.

25 ס' 4 לטיטת תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון רפורמה במשפט).

עושה בין השיקולים מעוות לחלוטין – תיחשב כזו שחורגת ממתחם הסבירות באופן שמצדיק פסילתה. לשון אחר, רק אי־סבירות "קיצונית" או "מהותית" מביאה להתערבות שיפוטית.²⁶ בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון עושים שימוש במבחן הסבירות במגוון הקשרים רלבנטיים לדיני העבודה. להלן יובאו כמה דוגמאות מרכזיות. יש לציין כי בחלק מהמקרים שיפורטו, הביקורת השיפוטית יכולה להתבצע גם באמצעות עילות חלופיות שאינן מבחן הסבירות, כמו האיסור על שקילת שיקולים זרים או עילת המידתיות בעת פגיעה בזכויות יסוד, אולם עילות חלופיות אלה לא יכסו את מכלול המצבים שנכללים כיום תחת חריגה ממתחם הסבירות. למבחן זה ישנה חשיבות מכרעת בהגנה על זכויות עובדים (ולעיתים גם מעסיקים) מפני החלטות שרירותיות, לא מבוססות או לא הגיוניות של הרשות.

א. **ביקורת שיפוטית על תקנות או נהלים של משרדי ממשלה.** דוגמה בולטת לביקורת כזו עסקה בנוהל של משרד הפנים לפיו עובדת זרה שילדה תינוק איבדה את רישיון העבודה שלה, ונדרשה לצאת מישראל בתוך 90 יום. בג"ץ פסל את הנוהל, בין השאר לאור המסקנה כי הוא אינו עומד במבחן הסבירות.²⁷ במקרה נוסף, בג"ץ קבע כי הימנעות המדינה מהסדרי בריאות לעובדים זרים השוהים בישראל תקופה ממושכת אינה סבירה, והורה למדינה "לקרב את הסדרי הבריאות" החלים על עובדים כאלה לאלו החלים על תושבי ישראל.²⁸ כמובן שלעיתים קרובות עתירות בעניין סבירות נדחות (לפעמים באופן שזוכה לביקורת רבה מצד ארגוני זכויות עובדים וחוקרים דיני עבודה). כך, למשל, תקנות שנועדו להגביל את האפשרות של עובדים זרים להגיש תביעות, בדרך של הטלת ערובה לתשלום הוצאות, אושרו על ידי בג"ץ שסבר שהן עומדות במבחן הסבירות.²⁹

ב. **היתרים לפיטורי עובדת בהריון.** בתקופת הריון לא ניתן לפטר עובדת אלא בהיתר מאת שר העבודה.³⁰ שיקול הדעת של השר (או הממונה על חוק עבודת נשים מטעמו) כפוף לביקורת שיפוטית ונבחן באמצעות מבחן הסבירות. כך, למשל, באחד המקרים אישרה הממונה לפטר עובדת בהריון, רק על בסיס טענתו של המעסיק כי אינו שבע רצון מעבודתה של העובדת וכי הפיטורים אינם קשורים בהריון, מבלי שהובאו ראיות לכך. בית הדין התערב בהחלטה לאחר שקבע כי היא חורגת ממתחם הסבירות.³¹

ג. **החלטות מנהליות אשר פוגעות בזכות השביתה.** המחוקק הכיר בזכות השביתה אך כמעט שלא הסדיר אותה. בנסיבות אלה דיני השביתה פותחו בעיקר על ידי בתי הדין לעבודה, הן במישור ההגנות

26 לסקירות על מבחן הסבירות ראו יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 763 (1996); דפנה ברק־ארו **משפט מינהלי** כרך ב 723 (2010); מרגית כהן "עילת אי־הסבירות במשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" **ספר אור** 773 (אהרן ברק, רון סקול ועודד שחם עורכים 2013). לגישה ביקורתית על הפסיקה בנושא ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673 (2022) (אולם גם דותן אינו מתנגד למבחן הסבירות בכללותו אלא רק סבור שיש להעדיף מבחן פחות מתערב בחלק מהמצבים).

27 בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122 (2011).

28 בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה** (נבו 22.6.2014).

29 בג"ץ 7016/16 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שרת המשפטים** (נבו 17.9.2018).

30 ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד–1954.

31 ע"ע (ארצי) 1633/04 **אופטיק דורון נ' זכאי** (נבו 6.6.2006).

על השביתה והן במישור המגבלות עליה. לאור חשיבותה של זכות השביתה להגנה על זכויות עובדים, בתי הדין מנעו לעיתים מהרשויות לנקוט בצעדים שמטרתם לסכל שביתות. דוגמה בולטת היא פרשת **מטרודן**, שעסקה בניסיון התאגדות של נהגים בחברה שהייתה בעלת זיכיון להפעלת קווי אוטובוס בבאר שבע. במסגרת מאמצי ההתאגדות, הנהגים – שהתאגדו בהסתדרות הכללית – פתחו בשביתה. שר התחבורה החליט לתת רישיון זמני לחברה אחרת להפעיל חלק מהקווים המושבתים. בית הדין הארצי קבע כי צעד כזה מהווה התערבות בסכסוך העבודה, וכי החלטת השר, שפוגעת בהתאגדות, חורגת ממתחם הסבירות.³²

ד. **פיטורים של עובדי ציבור**. החלטות פרטניות לגבי פיטורים במגזר הציבורי כפופות למבחן הסבירות.³³ בית הדין לא מתערב בקלות בהחלטות מעין אלה, אבל במקרים של אי-סבירות קיצונית ניתן לתת סעד לעובד. בהקשר דומה, מתקיימת ביקורת שיפוטית גם על מדיניות כללית של רשויות ציבוריות לגבי תקופת העסקה. כך היה לגבי החלטה של הנהלת בתי המשפט לקצוב את תקופת עבודתם של עוזרים משפטיים לארבע שנים. העוזרים המשפטיים טענו שפיטוריהם לאחר תקופה קצובה, באופן אוטומטי, מהווים פגיעה בזכויותיהם. בג"ץ קבע כי ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות, והורה למדינה לקבוע הסדר חלופי שמתחשב יותר בזכויות העובדים.³⁴

ה. **ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכויות סטטוטוריות נוספות**. בדומה להיתר שנדרש לפיטורי עובדת בהריון, ישנם חוקים נוספים שמקנים לבעלי תפקידים במדינה סמכויות לקבל החלטות שעשויות לפגוע בזכויות עובדים או מעסיקים. גם החלטות כאלה צריכות לעמוד במבחן הסבירות. כך, למשל, לגבי סמכות הממונה על השכר אם לאשר תנאי שכר או פרישה;³⁵ או סמכותו של שר העבודה לשלול רישיון מקבלני כוח אדם;³⁶ או סמכותו של שר העבודה (באמצעות רשם ההסכמים הקיבוציים) להחליט אם לרשום הסכם קיבוצי.³⁷ בכל המקרים האלה, בית הדין בוחן אם החלטות הרשות חורגות ממתחם הסבירות ובכך מונע לעיתים פגיעה לא מוצדקת במעסיקים או בעובדים.

בהתייחס לכל הדוגמאות שהובאו לעיל, חשוב להדגיש כי מרבית הטענות לאי-סבירות נדחות על ידי בתי הדין. התערבות בהחלטות הרשויות נדירה יחסית, ומוגבלת למקרים הקיצוניים שבהם הרשות חרגה ממתחם רחב של אפשרויות סבירות. עם זאת, די בעצם הידיעה כי חל מבחן הסבירות ומתקיימת ביקורת שיפוטית כדי להביא לשיפור בהחלטות הרשות, לצמצום החלטות שרירותיות או לא מבוססות,

- 32 ס"ק (ארצי) 57/05 ההסתדרות הכללית החדשה נ' שר התחבורה (נבו) (3.3.2005).
- 33 ראו למשל ע"ע (ארצי) 7632-09-16 עיריית פתח תקווה נ' אונגר (נבו) (23.10.2017). כך גם לגבי השעיה (ראו למשל בר"ע (ארצי) 54417-11-14 נציבות שירות המדינה נ' וינקלר (נבו) (12.1.2015)) וכן העברה מתפקיד לתפקיד (ראו למשל ע"ע (ארצי) 259-06 רותם נ' משרד האוצר (נבו) (20.9.2007)).
- 34 בג"ץ 3758/17 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הנהלת בתי המשפט (נבו) (20.7.2017). פסק דין זה, שהתקבל בדעת רוב, הפך פסיקה של בית הדין הארצי, שבה נקבע בדעת רוב כי מדיניות הנהלת בתי המשפט הינה סבירה; ראו ע"ק (ארצי) 23382-01-15 הנהלת בתי המשפט נ' הסתדרות העובדים הכללית (נבו) (1.3.2017).
- 35 ס' 29 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. לביקורת באמצעות עילת הסבירות ראו למשל ע"ע (ארצי) 58152-02-16 מועלם נ' הממונה על השכר (נבו) (6.8.2019).
- 36 ס' 6 לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996. לביקורת באמצעות עילת הסבירות ראו למשל ע"ע (ארצי) 57737-11-11 סופר סקיריטי בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו) (10.1.2012).
- 37 ס' 10 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957. לביקורת באמצעות עילת הסבירות ראו למשל סב"א (ארצי) 62655-11-14 הסתדרות העובדים הלאומית נ' הסתדרות העובדים הכללית (נבו) (27.11.2016).

ולמידה של בקרה עצמית. בקרה על החלטות הרשויות העוסקות בזכויות רווחה ובריאות של כלל האוכלוסייה הינה נדבך נוסף בפועלם של בתי הדין לעבודה כפי שנראה כעת.

ה. הפגיעה בזכויות רווחה ובריאות

עד כה התמקדנו בתפקיד של בתי הדין לעבודה בהגנה על זכויות עובדים ומעסיקים, אך בצד אלה לבתי הדין סמכות ייחודית המפקידה בידיהם את השיפוט בתביעות הנוגעות לרשת הביטחון הסוציאלית הבסיסית ביותר של תושבי מדינת ישראל: תיקים הנוגעים למוסד לביטוח לאומי, לקופות החולים ולקרנות פנסיה.³⁸ ישנה חשיבות רבה לכך שנושאים חשובים אלו – הנוגעים לכל אחת ואחת מתושבי ואזרחי המדינה – יידונו על ידי בית דין הפועל באופן מקצועי ועצמאי וללא תלות פוליטית בממשלה ובקואליציה, אשר להן, לפי המוצע, יינתן הכוח לא רק לבחור את השופטים המתמנים לבתי הדין האזוריים, אלא גם להחליט אילו מהם לקדם. תלות פוליטית של השופטים עלולה להיות בעיה קשה במיוחד לאור זאת שבחלק מהמקרים מדובר על תביעות נגד אורגנים של המדינה (המוסד לביטוח לאומי, מעסיקים ציבוריים) או נגד גופים שנתונים לרגולציה הדוקה של המדינה (קרנות פנסיה, קופות החולים), ושלממשלה כמעסיקה, כמממנת או כמאסדרת עשוי להיות אינטרס הנוגד את האינטרס של התובעים. יותר מכך, קיימת חשיבות מיוחדת לשמירה על צביונם המקצועי והעצמאי של בתי הדין לעבודה לנוכח היחלשותם של מוסדות אחרים שהגנו על עובדים בישראל בתחומי התעסוקה, הבריאות והרווחה, טרם חוקי היסוד ובפרט לנוכח היחלשותם של ארגוני העובדים,³⁹ כמו גם לנוכח התרחבותו של הביטוח הפנסיוני הפרטי.

מוסד בעל חשיבות קריטית להגנה על זכויות העובדים שנחלש באופן משמעותי בעשורים האחרונים הוא, כאמור, ארגוני העובדים. עד לשנות התשעים, ארגוני העובדים בישראל מילאו חלק משמעותי בהגנה על זכויות עבודה, רווחה ובריאות בישראל. בהתאם לספרות המחקרית לארגוני עובדים חשיבות גדולה באיזון פערי הכוחות בין עובדים למעסיקים, בהשמעת קול העובדים להנהלה, בדאגה לטובין ציבוריים (הסדרי פנסיה, הסדרי בריאות, הסדרי בטיחות בעבודה), בקידום שוויון בהכנסות ובדאגה לאכיפת זכויות.⁴⁰ בעשורים האחרונים חלה ירידה משמעותית בכוחם של ארגוני

38 ס' 24–25 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969. על בתי הדין לעבודה ראו יצחק זמיר (יו"ר), הוועדה לבדיקת בתי הדין לעבודה **דין וחשבון** (2006); גיא מונדלק **יחסי עבודה בעידן של תמורות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 54 2004).

39 נוסף על היחלשותם של ארגוני העובדים קיימת כתיבה אשר עוסקת בהיחלשותה של מדינת הרווחה ובמגמות של הפרטה בעשורים האחרונים.

40 RICHARD B. FREEMAN & JAMES L. MEDOFF, WHAT DO UNIONS DO? (1984); Tali Kristal & Yinon Cohen, *Decentralization of Collective Wage Agreements and Rising Wage Inequality in Israel*, 46 INDUSTRIAL RELATIONS 613 (2007); Guy Davidov, *Collective Bargaining Laws: Purpose and Scope*, 20 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 81 (2004); טלי קריסטל "מה איגודי עובדים עושים? איגודי עובדים ואי-שוויון בהכנסות במקומות עבודה בישראל" **עבודה חברה ומשפט** טז 103 (2020).

עובדים בעולם ובישראל. ההסתדרות איבדה את שליטתה בקופות החולים ובתחום הבריאות בשנות התשעים, ואת שליטתה בקרנות הפנסיה בשנות האלפיים.⁴¹

מאז שנת 2008 עלתה חשיבותה של הפנסיה התעסוקתית עם כניסתו לתוקף של הסדר פנסיית החובה.⁴² בשנים שחלפו מאז כניסתו לתוקף של הסדר פנסיית חובה גדל באופן משמעותי שיעור העובדים המבוטחים בביטוח פנסיוני והתחזק באופן משמעותי כוחן של קרנות הפנסיה אשר מנהלות כיום נכסים בשווי של מעל טריליון שקלים.⁴³ לנוכח שיעור הנמוך של קצבאות אזרחים ותיקים (קצבאות הזקנה) הפנסיה התעסוקתית מהווה רכיב קריטי מהכנסת הגמלאים בישראל. בעבר נשלטו קרנות הפנסיה, ברובן, על ידי ההסתדרות אשר מילאה תפקיד מרכזי בדאגה לביטחונם הפנסיוני של העובדים.⁴⁴ כיום, המוסד המרכזי שאליז יכול לפנות עובד שמעסיקו לא הפריש עבורו כספים הוא בית הדין לעבודה. בית הדין לעבודה הוא גם המוסד אליז יכול לפנות עובד בתובענות כנגד קרן הפנסיה שלו.⁴⁵ בתי הדין לעבודה ממלאים על כן תפקיד קריטי בדאגה ובשמירה על ביטחונם הפנסיוני של החוסכים. תפקיד זה משמעותי במיוחד לנוכח יחסי הכוחות הבלתי שוויוניים בין עובדים למעסיקים, ויותר מכך בין עובדים לקרנות הפנסיה כמו גם לנוכח המחקרים הרבים המצביעים על כך שחוסכים סובלים מהיעדר אוריינות פנסיונית.⁴⁶ כפי שכבר הוזכר למעלה, מכיוון שלממשלה עשוי להיות אינטרס הנוגד את האינטרסים של העובדים והחוסכים, אי-תלותם של בתי הדין בממשלה היא חיונית לשם הגנה על זכויות העובדים והחוסכים ולשם שמירה על האמון של הציבור בבתי הדין כמוסדות ניטרליים המבטיחים הליכים הוגנים.

במקביל למגמות שהוזכרו – הירידה בכוחם של ארגוני העובדים והעלייה בחשיבותה של הפנסיה התעסוקתית – חלה בעשורים האחרונים עלייה בכוחו ומרכזיותו של בית הדין לעבודה בתחומים

- 41 GUY MUNDLAK, *FADING CORPORATISM: ISRAEL'S LABOR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS IN TRANSITION* (2007). על ארגוני מעסיקים ראו יצחק הברפלד, ינון כהן, גיא מונדלק ויצחק ספורטא מעסיקים בישראל ויחסי עבודה קיבוציים: מצב קיים, עמדות והעדפות (2006) <https://bit.ly/3IjLTBx>. בעוד שבעבר שיעור העובדים החברים בארגוני עובדים בישראל עמד על 80%-85% מכוח העבודה המאורגן, כיום שיעור העובדים החברים בארגון עובדים עומד על כ-27% בלבד. ראו טלי קריסטל, גיא מונדלק, יצחק הברפלד וינון כהן "צפיפות ארגונית בישראל 2006-2012: פיצול מערכת יחסי העבודה" עבודה, חברה ומשפט יד 9 (2015); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, סקר חברתי 2016 נושאים שנתיים: תנאי עבודה והתארגנויות עובדים 113 (2018). במקביל חלה ירידה בשיעור העובדים המכוסים בהסכמים קיבוציים, כאשר כיום כ-50% מכוח העבודה בישראל מכוסה בהסכמים קיבוציים (ראו שם). ניתן לזהות גם מגמה של ירידה במספר ההסכמים הקיבוציים הנחתמים בעשורים האחרונים. ראו Lilach Lurie, *Occupational Welfare in Israel: A Study of Collective Agreements and Benefits*, 36 INTERNATIONAL JOURNAL OF COMPARATIVE LABOUR LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS 281 (2020).
- 42 אביה ספיבק "הפנסיה בישראל ועולם ההפרטה" משפט, חברה ותרבות כרך ה 139 (דורור גולדברג ורון חריס עורכים) (2022).
- 43 רשות שוק ההון, הביטוח והחיסכון דוח הממונה לשנת 2021 (20.9.2022) <https://bit.ly/435xPU7>.
- 44 לילך לוריא "מיצוי זכויות פנסיוניות" חוקים ח 169 (2016).
- 45 שם; ע"ע (ארצי) 300360/98 צמח נ' ש.א.ש קרל זינגר צפון (1986) בע"מ (נבו) 30.4.2003; ע"ע (ארצי) 1137/02 אדיב נ' החברה לפיתוח ולמלונאות רחביה בע"מ (נבו) 3.12.2003.
- 46 Annamaria Lusardi & Olivia S. Mitchell, *Financial Literacy around the World: An Overview*, 10 JOURNAL OF PENSION ECONOMICS & FINANCE 497 (2011); מומי דהן, תהילה קוגוט ומשה שלם "האם כלכלני משרד האוצר מקבלים החלטות אישיות באופן רציונאלי? המקרה של ההחלטה הפנסיונית" רבעון לכלכלה 58 (4-3) 175 (2011).

הנוגעים לעבודה, רוחה ובריאות. המשפט נכנס למעשה לחלל שנפער בעקבות מחיקתם של מוסדות היסטוריים. בתי הדין לעבודה ממלאים כיום תפקיד מרכזי וקריטי בהגנה על עובדים – לרבות העובדים החלשים ביותר – שזכויות המגן הבסיסיות שלהם הופרו לרבות הזכות לשכר מינימום, לשעות עבודה ומנוחה, לחופשה ולדמי מחלה.⁴⁷ בתי הדין לעבודה ממלאים גם תפקיד קריטי בקידום שוויון בעבודה, בפסיקתם הענפה בנוגע לאיסור הפליה בעבודה,⁴⁸ כמו גם במניעת הטרדה מינית והתעמרות בעבודה.⁴⁹ למשפט העבודה חשיבות מיוחדת בהגנה על זכויותיהן של השכבות המוחלשות, ולהרחבה בנושא זה נפנה כעת.

ו. הפגיעה המיוחדת בשכבות המוחלשות

החלשתה של מערכת בתי הדין לעבודה תפגע במיוחד במעמד הבינוני-נמוך ובעיקר בעובדות והעובדים המוחלשים ביותר, ובכללם כאלו המועסקים בשכר נמוך או בתנאי העסקה פוגעניים ובדפוסי עבודה שאינם העסקה ישירה, אשר ייוותרו לאחר הרפורמה ללא מענה מספק בעת פגיעה אפשרית בזכויותיהם. זאת, משתי סיבות עיקריות. ראשית, מערכת בתי הדין לעבודה משרתת בראש ובראשונה את האוכלוסייה הזו. הליכי הנגישות המשפטית בתחום העבודה, הכוללים בין היתר כללי סדרי דין וכללי הצגת ראיות ייחודיים השונים מכללי סדרי דין ודיני ראיות המקובלים במשפט האזרחי כמו גם האפשרות לקיים הליך דיון מהיר, מערך טפסים ידידותי למשתמש וגובה אגרות נמוך, מקלים מאוד על מימוש הזכות לנגישות משפטית של הקבוצות המוחלשות בחברה הישראלית. חלק גדול מקבוצות אלו נזקק להגנת משפט העבודה, וסובל בדרך כלל מהיעדר יכולת אפקטיבית לממש את הזכות לנגישות משפטית במערכת המשפט הישראלית. שנית, עקרונות היסוד של משפט העבודה והאופן שבו הם מיושמים בפסיקת בית הדין מקדמים את המעמד הבינוני נמוך. שינוי קיצוני של מערכת בתי הדין לעבודה יפגע באוכלוסייה זו.

יש לזכור שככלל הפונים בתביעות לבתי הדין לעבודה הם העובדים שבשל פערי הכוחות המובנים ואי-הסימטריה בכוח המיקוח בין מעסיקים לעובדים, הם אלו הנזקקים לבתי הדין שיגנו על מעמדם וזכויותיהם. מבחינה זו, בתי הדין לעבודה משמשים מגן למימוש זכויות לעובדים שאינם יכולים להגן על זכויותיהם מראש במועד תחילת ההתקשרות כיוון שסירוב שלהם לקבל את הצעת החוזה של המעביד פרושה במקרים רבים איבוד ההזדמנות לזכות במקום תעסוקה. פוליטיזציה של מערכת בתי הדין לעבודה תגרום באופן בלתי נמנע לאיבוד מעמדה הניטרלי ויזקתה של מערכת זו שתהא חשודה בכך שהיא משרתת בעלי כוח במערכת הפוליטית ואת מקורביהם שבידיהם להשפיע על קידומם המקצועי של השופטות והשופטים. פוליטיזציה כאמור תפגע בעיקר בשכבות המוחלשות שבתי הדין לעבודה הם האתר המרכזי למימוש זכויותיהם כעובדים וחלק מזכויות הרווחה שלהם. לעומת זאת, בפני קבוצות עובדים חזקות ומאורגנות ותאגידים כלכליים קיימת האפשרות לפתור את הסכסוכים

47 ע"ב (ארצי) 1403/01 סרוגי' נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע לט 686 (2004); ע"ע (ארצי) 252/07 עמי-עד נ' בכריה (נבו) 11.12.2007; ע"ע (ארצי) 570/06 עו"ד אגרון נ' עו"ד כץ (נבו) 14.10.2007.
48 עניין מ. דוינגוף ושות', לעיל ה"ש 8; סע"ש (אזורי ת"א) 28707-10-13 קייס נ' קפה על הים (נבו) 5.7.2015; ע"ע (ארצי) 61235-02-17 קופולק (1949) בע"מ נ' חנשוילי (נבו) 16.10.2018.
49 ע"ע (ארצי) 274/06 פלונית נ' אלמוני (נבו) 26.3.2008; ע"ע (ארצי) 21934-02-21 חקמון נ' מדינת ישראל (נבו) 6.9.2022.

שלהם באופן פרטי, מחוץ לכותלי בתי הדין לעבודה וזאת במסגרת בוררות פרטית יקרה, או באמצעות מגשרים פרטיים בתשלום.

פסקי דין רבים של בתי הדין לעבודה ובית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור עיגנו זכויות חברתיות-כלכליות ונורמות משפטיות המגנות על המעמד הבינוני-נמוך ואוכלוסיות מוחלשות מסוגים שונים. ניתן להדגים קביעות אלו במספר רב של פסקי דין, וחלק מפסקי הדין כבר הוזכרו למעלה, ולכן נציג כאן רק כמה דוגמאות נוספות על מנת לסבר את האוזן. כך, בית המשפט העליון בשבת כבג"ץ קבע בפסק דין **חסן** כי סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, אשר שלל קצבת הבטחת הכנסה באופן קטגורי ממי שהשתמש או שהחזיק בבעלותו רכב פרטי, פוגע בזכות לקיום האנושי המינימלי בכבוד.⁵⁰

דוגמה נוספת היא פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה לפיו עובדות ניקיון זכאיות לקבל פיצויי פיטורין כאשר חברת הקבלן שהעסיקה אותן התחלפה והן המשיכו לעבוד באותו המקום. כך נקבע בפסק דין **וורונין**, שבמסגרתו מנע בית הדין מצב אפשרי לפיו הזכות לפיצויי פיטורין תישלל, בפועל, מעובדים רבים בענף הניקיון.⁵¹ מצב זה עלול היה להתרחש שכן עובדי ניקיון מועסקים פעמים רבות על ידי חברות קבלן שמתחלפות תדיר, לעומת העובדים שמעדיפים להמשיך לעבוד באותו אתר. דוגמאות נוספות כוללות את ההגנה שמקבלים כלל העובדים, מפני פיטורין מידיים על פי גחמות המנהלים, וללא יכולת להגיב. בסדרה של פסקי דין, כגון בפסק הדין **אברהם**,⁵² הרחיב בית הדין הארצי את זכות השימוע, שהיא ביטוי לעקרון צדק טבעי, גם לעובדי המגזר הפרטי כך שהמצב המשפטי כיום הוא שכל העובדים בישראל נהנים מזכות שימוע לפני הפסקת עבודתם. זכות זו מהווה חסם מפני פיטורין שרירותיים והיא רלוונטית מאוד דווקא לעובדי המעמד הבינוני-נמוך.

בנוסף, כאמור, בשורה של פסקי דין עגנו בית המשפט העליון ובתי הדין לעבודה את עקרון השוויון בעבודה, שעל התפתחותו כבר עמדנו. חשוב להדגיש את חשיבותו של עקרון השוויון בעבודה למגוון רחב מאוד של אוכלוסיות במדינת ישראל, כפי שפרטנו למעלה. בכל אלו תרם בית הדין להרתעת מעסיקים ולמיגור דעות קדומות בקרב החברה הישראלית בכללותה.

במישור המשפט הקיבוצי בתי הדין לעבודה הגנו על הזכות לחופש ההתארגנות. בתי המשפט גם פיתחו דוקטרינות המחזקות את הסולידריות בין העובדים ומאפשרים למשל לעובדים המאורגנים לשבות בתמיכה במאבקם של עובדים שאינם מאורגנים על ידי קיום שביתות הזדהות. שביתות כאלו איפשרו להסתדרות להגן גם על תנאי העבודה של אוכלוסיות מוחלשות במיוחד, כמו פועלי הבניין, מפני רשלנות של מעסיקים הגורמת לעיתים לפציעתם ואף למותם או לפעול לשיפור תנאי העבודה של עובדי קבלן.

לבסוף, ישנה חשיבות מיוחדת להגנה על הזכויות לנוכח כוחם המתחזק של תאגידים, המשפיע גם על מעמד העובדים. דוגמה עכשווית לכך ניתן לראות ב"כלכלת החלטורה" המתפשטת, שמנסה לערער על הסטטוס של "עובד" ומייצרת מעמד פגיע בעל ביטחון תעסוקתי מעורער. בית הדין האזורי לעבודה הכיר לאחרונה בפרשת **וולט** בתובענה ייצוגית כנגד חברת "וולט", של שליחים הטוענים להתקיימותם של יחסי עובד-מעסיק, ובכך אימץ את הגישה המתפשטת בעולם המבקשת למנוע מתאגידים מסוג זה

50 בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד סה(1) 782 (2012).

51 עד"מ (ארצי) 1011-04 א. דינמיקה שירותים 1990 בע"מ נ' וורונין (נבו) 21.8.2005.

52 ע"ע (ארצי) 516-09 **אברהם נ' עגם מפעלי מתכת בע"מ** (נבו) 17.12.2009.

לחתור תחת סטטוס ה"עובד" וההגנות המשפטיות המוקנות לו.⁵³ מכאן שהחלשת בית הדין עלולה לפגוע גם בהיבט זה.

קיים חשש ממשי כי פוליטיזציה של מינוי שופטים, ביטול הביקורת החוקתית וביטול עילת הסבירות – ובוודאי החיבור של כל אלה ביחד – יובילו לפגיעה בדיני העבודה ובזכויות עובדים בכל המובנים שפורטו לעיל, והפגיעה הזו תשפיע במיוחד על השכבות המוחלשות בחברה.

ז. סיכום

לאור האמור, אנו משוכנעים כי יש לעצור באופן מדי את המשך הליכי החקיקה של הצעות החוק האמורות וזאת על מנת למנוע פגיעה אנושה בדיני העבודה ויחסי העבודה בישראל. כל שינוי במשטר בישראל, במערכת בתי המשפט, במשפט החוקתי ובדיני העבודה ראוי שיעשו בהלימה לאושיות היסוד של (חוקת) משפט העבודה ותוך בניית תשתית הסכמית רחבה על בסיס דיאלוג עם כלל השחקנים ביחסי עבודה וגורמי הייצור במשק ובאופן המכבד את עצמאותם.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עינת אלבין, האוניברסיטה העברית

ד"ר שמעון-ארז בלום, מכללת ספיר

פרופ' הדרה בר מור, המכללה האקדמית נתניה

פרופ' יוסי דהאן, המרכז האקדמי למשפט ועסקים

פרופ' גיא דוידוב, האוניברסיטה העברית

פרופ' שלומית יניסקי רביד, הקריה האקדמית אונו

פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו

ד"ר לילך לוריא, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' גיא מונדלק, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' מרדכי (מוטי) מירוני, אוניברסיטת חיפה

ד"ר פאניה מילמן-סיון, אוניברסיטת חיפה

ד"ר עופר סיטבון, המכללה האקדמית צפת

ד"ר עידו עשת, המכללה האקדמית ספיר

פרופ' יובל פלדמן, אוניברסיטת בר-אילן

ד"ר תמי קצביאן, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' שרון רבין מרגליות, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' פרנסס רדאי, האוניברסיטה העברית והמסלול האקדמי המכללה למינהל

ד"ר אריאן רנן ברזילי, אוניברסיטת חיפה

פרופ' הילה שמיר, אוניברסיטת תל אביב

⁵³ ת"צ (אזורי ת"א) 35327-08-20 חזנוביץ נ' וואלט אנטרפריזס (נבו 3.8.2022).

השפעת השינויים המשטריים המוצעים על זכויות ילדים

הופץ במקור ביום 9.4.2023 כנייר עמדה מס' 39

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 מתייחסות להשלכות השינויים המשטריים המוצעים על זכויות ילדים.

אנו מוצאות כי:

- ההצעות לשינויים המשטריים, ובמיוחד ההצעות הפוגעות בעצמאות הרשות השופטת, וכן ההצעה לפגוע במעמד של יועצים משפטיים ואנשי מקצוע, יפגעו, בוודאות קרובה, בזכויות אדם באופן כללי ובזכויות ילדים בפרט.
- זכויות ילדים וילדות, עוד לפני השינויים שיוזמת הממשלה, זוכות להגנה חלקית בלבד במשפט הישראלי. הסטנדרטים הבינלאומיים ביחס לזכויות ילדים קבועים, בין השאר, באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. מצד אחד האמנה זוכה למעמד חזק במיוחד בקרב מדינות העולם בשל העובדה שרובן ככולן חתמו עליה, לרבות ישראל. מצד אחר לאמנה אין מעמד של חוק בישראל, אלא היא נחשבת ככלי פרשני. במצב זה, לרשות השופטת חשיבות מיוחדת ביישום עקרונות האמנה בעת תהליך פרשנותם של חוקים, ובהגנה על זכויותיהם של ילדים וילדות. פגיעה חמורה במיוחד צפויה לקטינים השייכים לקבוצות מיעוט, ובכלל זה ילדים חסרי מעמד, ילדים וילדות להט"בים, וילדים וילדות להורים להט"בים.
- פגיעה במעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תוביל לפגיעה בזכויות קטינים, קבוצה שמראש זוכה להגנה מועטה במשפט הישראלי. לפגיעה זו שני היבטים מרכזיים. הראשון, פגיעה בזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד; והשני, בשל הפגיעה שתתאפשר בזכויות לא מנויות, ובמיוחד זכויות חברתיות שעלולה להרע את מצבם של ילדים החיים בעוני, ובזכות לחינוך.
- ביטול עילת הסבירות, שיש בו פוטנציאל לפגיעה בהגנה על תקינות הממשל ועל זכויות אדם, יוביל לפגיעה מיוחדת דווקא בקבוצת קטינים במצבי סיכון ותדחק אותם יותר למיקומי שוליים, וזאת בשל המרכזיות של השימוש בעילת הסבירות בהגנה על קטינים במצבי סיכון כיום.
- פגיעות נוספות בזכות לחינוך: כצער משלים לרפורמות במערכת המשפט, מקדמת הקואליציה שינויים במערכת החינוך שיש להם קשר ישיר להחלשת הדמוקרטיה. ראשית, פגיעה בחופש הביטוי בבתי הספר, וצמצום תוכניות שמקדמות דמוקרטיה וזכויות אדם, ובכלל זה תוכניות בנושאי להט"ב, יהדות פלורליסטית, שוויון בין המינים ועוד. ביטול תוכניות מסוג זה פוגע לא רק בחופש הביטוי, אלא גם משפיע לרעה באופן ישיר על זכויותיהם ורווחתם של תלמידות ותלמידים מקבוצות מיעוט שונות כגון להט"ב. השינוי המשמעותי השני נוגע לחינוך החרדי: היקף לימודי

הליכה הנדרשים בבתי הספר, תקצובם, וכן הוצאת הפיקוח על שתי רשתות החינוך החרדיות הגדולות מידי משרד החינוך. שינוי זה יש בו כדי להפחית את היקף לימודי הליכה בחינוך החרדי תוך פגיעה בתלמידים ותלמידות חרדיים ובניגוד לאינטרס הציבורי. כמו כן, לפי ההסכמים הקואליציוניים תקצין ההפליה התקציבית (הקיימת כבר כיום) בין תלמידות ותלמידים במערכת החינוך הממלכתית, הממלכתית-דתית וזרמי החינוך הפרטיים.

- **פגיעה במימוש זכויות קטינים בהליך הפלילי:** ההפיכה המשטרית עלולה להביא לפגיעה מהותית בזכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי, ובמיוחד לקטינים השייכים למיעוטים בחברה. זכויות חשודים ונאשמים, ובמיוחד קטינים, יהיו חשופים לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט שלהם. כך למשל, יש חשש כבד שיהיו פגיעות בזכות לייצוג משפטי ובזכות להליך הוגן לבני נוער המשתייכים לקבוצות מיעוט הנאשמים או חשודים בעבירות פליליות, באמצעות יצירת הנחיות או סעיפי חוק המייצרים עונשים, הליכים וסוגי עבירות ייחודיים לקטינים המתנגדים למשטר. כן תיתכן פגיעה בילדים נפגעי עבירות ובזכויותיהם, כאשר זכויות אלה, שממילא לא פותחו דיין במדינת ישראל, עלולות להיפגע מהיעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה וכן מפגיעה אפשרית בזכויות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- **פוליטיזציה של הליכי בחירת שופטים עלולה לגרום למינויים לא מקצועיים לבית המשפט לנוער ולבית המשפט לענייני משפחה, שתי ערכאות מקצועיות ומתמחות שהוקמו כדי לטפל בילדים וילדות ובמשפחותיהם.**
- **הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים תפגע בזכויות הקיימות כיום לקטינים במסגרת הליכי גירוש, הליכים שבמסגרתם ילדים וילדות נמצאים במצב משברי ופגיע ממילא.**

נימוקי נייר העמדה

כללי – ילדים בישראל

בישראל מעל לשלושה מיליון קטינים וקטינות, המהווים כשליש מהאוכלוסייה. מתוכם 2.355 מיליון יהודים, ובהם כ-600,000 חרדים, וכן כ-733 אלף ילדים ערבים. מכלל הילדים בישראל, מעל ל-800,000 ילדים בישראל חיים בעוני. כ-14% מכלל הקטינים בישראל הם קטינים במצבי סיכון. כ-7,000 ילדים מבקשי מקלט חיים בישראל, מרביתם נולדו בארץ.

מסגרת משפטית – האמנה – זכויות ועקרונות

אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד היא המסמך הבינלאומי המקיף והחשוב ביותר בתחום זכויות הילד עד היום. האמנה נכנסה לתוקף בישראל לאחר אשרורה ביום 2 בנובמבר 1991. בהיעדר "חוק זכויות ילדים", ולחילופין חוקה המגנה בין השאר על זכויותיהם הבסיסיות של ילדים, ישנה חשיבות מיוחדת לאמנה בהיותה כלי פרשני המסייע לבית המשפט ולרשויות השלטון ביישום חוקים קיימים ובהתגברות על לקונות בחוק. האמנה פורסת קשת רחבה של זכויות המהוות ביטוי לראיית הילד כישות אוטונומית, בעל צרכים ייחודיים וזכויות עצמאיות ונפרדות משל הוריו.

במישור הבינלאומי מהווה האמנה חלק מן המשפט הבינלאומי הפומבי, וככזו היא מחייבת את המדינות שאשררו אותה לקיים את הוראותיה. האמנה מעגנת את זכויות הילדים במסמך בעל תוקף משפטי בינלאומי מחייב, וזאת להבדיל ממסמכים הצהרתיים בלבד שקדמו לה.

ארבעת ה"עקרונות המנחים" באמנה מכתיבים תפיסות כלליות שאמורות לחול ביישום כל אחת מהזכויות הספציפיות באמנה, והם **עקרון השוויון** (סעיף 2 לאמנה): האיסור להפלות ילדים וילדות מכל סיבה שהיא, לרבות חובה להפליה מתקנת; **עקרון טובת הילד** (סעיף 3 לאמנה): טובת הילד חייבת להיות שיקול מרכזי בקבלת החלטות הקשורות בחייו או בחייה, וכן הקצאת משאבים הולמת; **עקרון החיים, ההישרדות וההתפתחות** (סעיף 6 לאמנה): החל מאיסור עונש מוות, עובר דרך הבטחת תזונה והגנה בסיסיים, וכלה במימוש הפוטנציאל הגלום בכל ילד וילדה; ולבסוף, **עקרון השתתפות ילדים** בהחלטות הנוגעות לחייהם (סעיף 12 לאמנה), לרבות זכות להבעת דעה, הקשבה לעמדה, ייצוג. נוסף על ארבעת העקרונות המנחים, האמנה כוללת קשת רחבה של זכויות, לרבות הזכות לחינוך, לזהות, לתרבות, להגנה מפני פגיעה, לפנאי, למידע, לקשר עם משפחה, להליך הוגן ועוד.

פגיעה אפשרית בזכויות ילדים

ההצעות השונות הכלולות בהפיכה המשטרית, והמדיניות אותה מקדמת הממשלה מכוחם של ההסכמים הקואליציוניים, עלולים, בסבירות גבוהה, לפגוע בזכויות ילדים, והכל כפי שיפורט להלן.

1. עילת הסבירות

ביטול עילת הסבירות פוגע מהותית בהגנה על זכויות אדם ומנהל תקין בכל תחומי החיים. הפגיעה בילדים כתוצאה מביטול עילת הסבירות חמורה במיוחד, שכן בהקשרים מסוימים מדובר באחד הכלים המרכזיים לפיקוח על גורמי השלטון. עילת הסבירות חשובה במיוחד בתחומי משפט, כמו תחום זכויות הילדים והנוער, שהחקיקה בו חלקית ורשויות שונות מעצבות את מדיניותן באופן חופשי יחסית. כך למשל, בהקשר של מכרזים להפעלת מסגרות השמה (בקהילה או חוץ ביתיות) הנותנות מענה טיפולי לקטינים בהיבטים שונים, ובפרט מכרזים להפעלת מסגרות השמה חוץ ביתיות. כיום, מסגרות השמה לקטינים המושמים מחוץ לבתייהם (פנימיות, הוסטלים, מעונות נעולים) מופעלות בדרך של מיקור חוץ, כלומר יש גוף מפעיל הזוכה במכרז להפעיל את המסגרת, והמסגרת מפוקחת על ידי משרד הרווחה. צורת הפעלה זו חלה בכל מסגרות ההשמה החוץ ביתיות, כולל המעונות הנעולים, המהווים לעיתים חלופת מעצר או מאסר לקטינים. אחד הכלים המשפטיים המרכזיים להתמודד עם כשלים במכרזים אלה ובניהול מסגרת ההשמה החוץ ביתית היא עילת הסבירות. פגיעה בה תצמצם את ההתערבות המועטה גם כך של בתי המשפט בעניינים אלה, ותגרום לפגיעה מהותית בהפעלת מוסדות אלו. עילת הסבירות משמשת לבחינה של פרקטיקות חינוכיות נוספות ומגוונות. מסמך שהוכן על ידי המועצה הלאומית לשלום הילד מביא דוגמאות להחלטות של בית המשפט העליון שבהן עילת הסבירות היוותה בסיס (בלעדי או מרכזי) לביטול החלטה שלטונית או להוצאת צו המורה לרשות שלטונית לנהוג בדרך כלשהי.¹ למשל, בעניין **אדוארדו** קבע בית המשפט העליון כי ההחלטה שלא למגן באופן מלא כיתות לימוד בבתי ספר באזור עוטף עזה אלא להסתפק בשיטה של "מרחבים מוגנים" היא בלתי סבירה, והורה לממשלה למגן באופן מלא את הכיתות.²

1 מסמך עבודה פנימי: "הרפורמה המוצעת במערכת המשפט" והשפעתה על זכויות ילדים וילדות – נייר עבודה ובחינה ראשונית" (עו"ד דניאלה זלוטניק רז, המועצה לשלום הילד, 2023).

2 בג"ץ 8397/06 **אדוארדו נ' שר הביטחון** (נבו 29.5.2007).

2. חשש לפגיעה בקטינים השייכים לקבוצות מיעוט

קטינים השייכים לקבוצות מיעוט, כגון קטינים פלסטינים, ילדי פליטים ומהגרים, להט"בים, וקטינות, עלולים להיות חשופים ליותר פגיעות בזכויות יסוד שלהם וכן בזכויות המוקנות להם על פי האמנה. הפסקאות שלהלן מספקות דוגמאות לא ממצות לפגיעות האפשריות.

ילדים וילדות פליטים וחסרי מעמד

היותם של ילדות וילדים חסרי מעמד גוררים סיכון לפגיעה בזכויות יסוד רבות, לרבות הזכות לבריאות, הזכות לתנועה והזכות לחינוך. בשונה מהוריהם, מרבית הקטינים הפליטים וחסרי המעמד בישראל נולדו והתחנכו בארץ, דוברי עברית ובעלי זיקות רבות לישראל. לפיכך פגיעה אפשרית בחסרי מעמד ויוזמות להרחקתם מישראל תפגע באופן חמור במיוחד בילדים וסותרת התחייבויות בינלאומיות שישראל נטלה על עצמה ביחס לילדים. התשתית החוקית בישראל אינה מספקת להם הגנה מספקת, ולפיכך ההגנה העיקרית שניתנת לאותם קטינים היא פנייה לבתי המשפט, אשר יכול להיעזר באמנות בינלאומיות שישראל חתומה עליהן בבואו לפרש את הדין הקיים.

ילדות וילדים להט"בים

אחת הקבוצות הפגיעות ביותר בקרב ילדים היא קבוצת הקטינים הלהט"בים. ילדים אלה נמצאים בסיכון להדרה חברתית ובריונות, ובשל כך לקשיים חברתיים, לימודיים ורגשיים. סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד, התשס"א–2000, אוסר על הפליה של תלמידים על רקע נטייה מינית וזהות מגדרית, ברישום תלמיד, קבלתו או הרחקתו ממוסד חינוך, קביעת תוכנית הלימודים ומסלולי הקידום, קביעת כיתות, זכויות וחובות התלמידים, וכללי המשמעת. סעיף איסור ההפליה חל על כלל בתי הספר בישראל, ללא קשר למעמד המשפטי.

מעבר לאיסור ההפליה, משרד החינוך הכיר בעבר בחובתו לדאוג לרווחתם והגנתם של תלמידים להט"בים. בספטמבר 2022 נכנס לתוקף חוזר מנכ"ל "קווים מנחים למתן תחושת מוגנות ומענה מיטיב לילדים ובני נוער להט"בים ולמשפחות הקשת במערכת החינוך", שאחת ממטרותיו היא "לסייע לצוות החינוכי להעניק לתלמידי ותלמידות הקהילה הלהט"בית מענה מותאם צרכים, רגיש ומכבד במסגרת הבית ספרית, וכן ליצור במוסדות החינוך באשר הם אקלים סובלני ומוגן".

מאז הקמת הממשלה ישנם איומים על קיומן של תוכניות לקידום סובלנות במערכת החינוך, ובמיוחד תוכניות לקידום נוער להט"בי, בין אם בדרך של הסרת התמיכה הכלכלית ובין אם בהוצאתן מתוכנית הלימודים. תוכניות אלה יגרמו לפגיעה בבני נוער ואף לסיכונים, ומסמנות נסיגה מעמדת משרד החינוך כפי שעוגנה בחוזר המנכ"ל. אינדיקציה ראשונה להיפוך המגמה ניתן לראות בהתנהגות של משרד החינוך, שלא כדין, בפרשת הילד הטרנס מגבעת שמואל, כאשר הוציא את הקטין מבית ספרו משיקולי "טובת הילד".³ בעניין זה התערבות בית המשפט המחוזי הובילה להשבת התלמיד לבית ספרו.

3 עת"מ (מנהלי ת"א) 58590-01-23 (קטין) נ' עיריית גבעת שמואל (נבו 27.2.2023).

כך גם בהקשר של הגנה על קטינים להט"בים במסגרות השמה חוץ ביתיות. תקנון עובדים סוציאליים (תע"ס) 1.11 "מדיניות עבודה טיפולית מיטבית עם אנשים על הקשת הטרונסית", שפורסם ב-2.10.2022, אשר מטרתו היא "הסדרת מדיניות מותאמת ומקדמת לאוכלוסייה על הקשת הטרונסית, תוך כדי מתן כבוד לזהות המגדרית שהם מציגים", הוא פרי עבודה מאומצת של ארגוני חברה אזרחית מכל הקשת הלהט"בית, בשיתוף אנשי משרד הרווחה. בין היתר, בהקשר של קטינים הנמצאים במסגרות השמה חוץ ביתיות בפיקוח של משרד הרווחה, התע"ס מאפשר להם קליטה במסגרות על פי הגדרת זהותם המגדרית, הכשרות לצוותים, עקרונות טיפוליים מותאמים, אופן הפנייה אליהם ועוד. נציגי הממשלה הנוכחית הביעו דעתם בהזדמנויות רבות נגד גישה מכילה כלפי נוער להט"בי, ויש חשש שגישה זו תחול אף ביתר שאת כלפי בני נוער הנמצאים במסגרות חוץ ביתיות, שהם נעדרי גב משפחתי חזק להגן על זכויותיהם.

פגיעה בקטינות (ילדות ונערות)

הצעות החוק הנמצאות בשלבים שונים של חקיקה והצהרות הכוונות של נציגים שונים של הקואליציה, מסמנות היתכנות של פגיעה משמעותית בזכויות נשים וילדות. החל מהפרדה בין גברים ונשים בתחבורה ציבורית (ילדות ונעורות עושות שימוש תדיר בתחבורה ציבורית), דרך ההתחייבות לא להצטרף לאמנת איסטנבול שנועדה לטפל באלימות נגד נשים, עובר להטלת קוד לבוש באזורים ציבוריים ועד מניעת שירה על ידי נשים ונעורות. כבר בתקופה האחרונה תועדו מקרים שבהם מנעו מנערה לשיר באירוע עירוני ודרשו מנערה אחרת להחליף חולצת בטן בכניסה לקניון.

3. פגיעה במימוש זכויות קטינים בהליך הפלילי

חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971, עבר תיקון חקיקה מקיף בשנת 2009 (תיקון מס' 14), במסגרתו עוגנו עקרונות העל של האמנה לזכויות הילד. בכלל זה עוגנו בחוק זכותם של קטינים לקבל מידע מלא ומותאם לגילם, להביע עמדתם באשר להחלטות שונות, והזכות להתאמות שונות, לרבות תרגום מלא לשפתם. כך למשל, קטינים חשודים זכאים לייעוץ לפני חקירה ולייצוג משפטי מהסגוריה הציבורית, הם זכאים לנוכחות הורה בחקירה, לא ניתן להטיל עליהם עונש מאסר מתחת לגיל 14 ועוד. בהקשר של קטינים, חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) הוא אחד החוקים היחידים שתוקנו ברוח האמנה לזכויות הילד. עם זאת, ההפיכה המשטרית עלולה להביא לפגיעה מהותית בזכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי, ובמיוחד לקטינים השייכים למיעוטים בחברה. זכויות חשודים ונאשמים, ובמיוחד קטינים, יהיו חשופים לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט שלהם.⁴

בהמשך לעמדה המפורטת לעיל, נבקש להתייחס במיוחד לקטינים פלסטינים ממזרח ירושלים, אשר כבר כיום זכויותיהם לפי חוק הנוער מופרות. ככל וההפיכה המשטרית תצא לפועל הם עלולים להיות חשופים יותר להפרה חמורה ושיטתית יותר של זכויותיהם, ללא יכולת להתגונן מפני מצב זה. כך למשל, קטינים ממזרח העיר מדווחים באופן שיטתי על הפרת זכויות המוקנות להם לפי חוק הנוער,

4 כפי שצוין בהרחבה בפורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 21: השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק" (הופץ ביום 2.3.2023).

למשל חקירה בשעות הלילה, חקירה ללא ליווי הורים, שימוש באלימות בזמן מעצר ובמהלך החקירה ועוד. הדרך להתמודד עם פגיעות מסוג זה בזכויות היא באמצעות ייצוג משפטי תקיף בכל מקרה לגופו, ובעת הצורך אף פניה לבג"ץ. כרסום בזכויותיהם של בני מיעוטים לייצוג ולנגישות לצדק, והחלשת כוחו של בג"ץ, יחסמו את דרכם של קטינים אלו לממש את זכויותיהם.

נדגיש כי פרקטיקת המעצרים על קטינים באיו"ש אף גרועה יותר, שכן חוק הנוער לא חל שם (למעט לגבי תושבים יהודיים).⁵ על כן, קטינים רבים חשופים שם לפרקטיקות של מעצרים וחקירות, שכבר היום פוגעים פגיעה מהותית בזכויות, כמו למשל מעצרים בשעות הלילה, חקירה ללא הורים, השארת קטינים במעצר לתקופה ארוכה ושימוש במעצרים מנהליים כלפי קטינים.

לפיכך, ביטול הלכה למעשה של ביקורת שיפוטית בהקשר של הליכים פליליים יאפשר פגיעה בלתי מוגבלת בזכויות חשודים ונאשמים קטינים, ובמיוחד בקטינים מקבוצות מיעוט. השלמת ההפיכה עלולה להוביל לביטול הלכה למעשה של הביקורת השיפוטית על מעשי המשטרה, הכפפת המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש) לדרג הפוליטי יכולה למנוע הגשת תלונות במקרה של הפעלת אלימות על ידי הגוף החוקר – משטרת ישראל – ושילוב של מהלכים אלו יובילו לכך שבפועל לחשודים ולנאשמים לא תהיה כל הגנה מפני פגיעה בזכויותיהם.⁶

הפגיעה בילדים נפגעי עבירות עלולה להיות חמורה לא פחות. ילד נפגע עבירה תלוי בעזרתם של מבוגרים בכל שלב – מדיווח על הפגיעה, דרך טיפול ראוי בה והגבלת הפוגע – שבעתים כאשר מדובר בילד מקבוצת מיעוט או מקהילה סגורה. המשפט הישראלי עדיין לא יישם במלואו את הנחיות הגורמים הבינלאומיים להגנה על ילדים, מדינת ישראל עדיין אינה ממלאת את חובתה כלפיהם על פי עקרונות האמנה, ובתי המשפט הם שפיתחו זכויות ילדים מסוימות.⁷ לפיכך, היעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה עלול לפגוע גם בזכויותיהם של ילדות וילדים שהם נפגעות ונפגעי עבירה, אם יחוקקו חוקים השוללים את זכויותיהם המועטות, כאשר עד היום שימש חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כבסיס לפרשנות משפטית אשר הטיבה עם נפגעי עבירות, ביניהם כמובן גם ילדות וילדים.⁸

5 ניתן לראות את הדוח שפורסם בעניין על מעצרי קטינים בשטחים: המוקד להגנת הפרט "קלה כחמורה: שיגרת מעצרי הלילה של ילדים פלסטינים על ידי כוחות הביטחון הישראליים" (ינואר 2023) <https://bit.ly/3IhMROY>; <https://hamoked.org.il/files/2023/1666020.pdf>.

6 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 17: תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (מחלקה לחקירת שוטרים)" (הופץ ביום 23.2.2023).

7 טלי גל "ילדים נפגעי עברה בישראל עשור לאחר 'מהפכת זכויות הקורבן': בחינה דרך מודל צרכים-זכויות" **עיוני משפט** לו 705, 706 (2015); דנה פוגץ' ודיקלה טוטיאן "ילד הולך לאיבוד – על ההגנה החלקית המוקנית לילדים נפגעי עבירות במשפחה, בין המשפט הפלילי לענייני המשפחה" בתוך **אלימות במשפחה** (יהודית אבולעפיה עורכת, עתיד להתפרסם 2023).

8 כך, כדוגמה אחת, כאשר פירש בית המשפט העליון את המושג "התעללות" בהקשר של ילדים הנפגעים בידי הוריהם, לא רק כפגיעה קשה אחת, אלא גם כהצטברות של פגיעות שכל אחת מהן איננה חמורה ביותר, אולם הצטברותן היא שפוגעת בילד פגיעה קשה. הבסיס להלכה הוא ההכרה בזכויות הילד. ראו ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד (1) 145 (2000). ראו גם נייר עמדה מס' 21, לעיל ה"ש 4.

4. מינוי שופטי נוער

השינויים המוצעים בהליכי בחירת שופטים חלים כמובן גם על מינוי שופטי נוער.⁹ שליטה של הממשלה הנבחרת בוועדה לבחירת שופטים, בכל מתווה כפי שמוצג היום, פוגעת בהיבט המקצועי הנדרש משופטים בכלל, ומשופטי נוער בפרט. מחקרים מוכיחים כי איכות החלטות השופטים יורדת ככל שהמינויים שלהם פוליטיים.¹⁰ בהקשר של שופטי נוער, שנדרשת להם מומחיות לא רק במשפט, מדובר בדיני נפשות ממש. לשופטי נוער שני כובעים: פלילי (לפי חוק הנוער) (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול)) ואזרחי (לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960). הם צריכים לשקול שיקולי שיקום וטיפול לצד שיקולי ענישה, להחליט על הוצאת קטינים ממשמורת הוריהם ועוד. שיפוט הנוער מהווה תפקיד ייחודי במערכת השפיטה, המחייב הבנה עמוקה בתחומי התפתחות הילד וזכויות ילדים ונוער. באופן מסורתי התמנו לבתי משפט לנוער משפטנים ומשפטניות עם ניסיון עשיר בייצוג ילדים ונוער וידע ייחודי בתחומים אלו. פוליטיזציה של הליך מינוי השופטים תפגע בקטינים בסיכון שענינם ידון על ידי שופטים שאינם מוכשרים או מתאימים לכהן כשופטי נוער.

5. פגיעה בזכויות ילדים כתוצאה מפגיעה או פיתוח במעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

פגיעה אפשרית במעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעוררת חשש לפגיעה בזכויות אדם ובכלל זה זכויות ילדות וילדים. במיוחד יש חשש לפגיעה במעמדן של הזכויות החברתיות שאינן מנויות במפורש בחוק היסוד ושביט המשפט העליון הכיר בהן כזכויות הנובעות מהזכות לכבוד, כגון הזכות לחיים בכבוד, לדיוור, לבריאות ולחינוך. ישראל מחויבת על פי האמנה להבטיח לכל ילד ולילדה את מימושן של זכויות אלה, ומחויבות זו חיונית במיוחד למעל 800,000 הילדים החיים בה בעוני. אומנם, מנגנונים מדינתיים שונים ממונים על הספקה של זכויות חברתיות, כגון המוסד לביטוח לאומי, חוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 וחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, אולם עיגון זכויות אלה כזכויות חוקתיות מעניק להן משקל חשוב במיוחד ומקשה על פגיעה בהן. על כן, כל פגיעה בזכויות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יפגעו בהכרח גם בזכויות קטינים, בהיבטים שונים.

לדוגמה, הזכות לחינוך היא אחת הזכויות שבית המשפט הכיר בה כזכות חוקתית הנגזרת מתוך הזכות לכבוד.¹¹ כך למשל נקבע בעניין רובינשטיין שעסק במוסדות הפטורים מהחובה ללמד את לימודי היסוד (ליבה) כי "העדר חינוך בסיסי יכול לגבול בתחושת השפלה של האדם, בהרגשה שהינו נחות ביחס לבני החברה בה הוא חי, ושהוא אינו שווה מעמד להם".¹² הזכות לחינוך הוכרה כזכות

9 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה, "נייר עמדה מס' 7 בנושא הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023).

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

11 בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך (נבו) 31.8.2010; בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (נבו) 6.2.2011; בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (נבו) 17.9.2014

12 שם, פס 37 לפסק הדין של השופטת ארבל. דעת הרוב בעניין רובינשטיין הכירה בכך שהזכות לחינוך היא זכות חוקתית הנובעת מן הזכות לכבוד, אולם נקבע שאין לפסול את החוק שנדון שם. חלק משופטי הרוב

חוקתית בהקשר חשוב נוסף והוא במקרים של הפליה בחינוך. כך נקבע כי הסירוב לקבל תלמידים ממוצא אתיופי לבית ספר מהווה פגיעה בזכות חוקתית,¹³ וכי מחסור בכיתות לימוד במזרח ירושלים פוגע בזכות לשוויון חינוכי, שמהווה זכות חוקתית.¹⁴ המשמעות המעשית של הפיחות במעמדה של הזכות לחינוך היא שניתן יהיה לפגוע בזכות לחינוך ובזכות לשוויון חינוכי בכלל זה, בקלות רבה יותר. אחד החששות המרכזיים נוגע לצמצום ההתערבות בהחלטות הפוגעות בזכויותיהם של קבוצות מיעוט כגון מבקשי מקלט, ערבים, או מזרחיים בחינוך החרדי, וכן לפגיעה בזכות לחינוך ראוי לשמו בהקשרים של הקצאת משאבים.

תחום נוסף שבו פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עלולה לפגוע בילדים הוא תחום הפגיעה הפלילית. כפי שצוין לעיל, בהיעדר חקיקה ראויה מגינה בתי המשפט פיתחו בפרשנותם הגנה על ילדים מכוחו של החוק, לדוגמה: בפרשנות עבירת ההתעללות.¹⁵

6. פגיעה בזכות לחינוך לדמוקרטיה וזכויות אדם

בעקבות המחאה בחודשים האחרונים הנהלת משרד החינוך שלחה למנהלים ולמורים הקוראים להם שלא לדון עם התלמידים בעניינים הקשורים להגנה על הדמוקרטיה מפני סכנות ההפיכה המשטרית.¹⁶ במכתב ששלח מנכ"ל משרד החינוך למורים ב-20.2.2023 הוא ביקש מהם להמשיך ולשתוק כדי לשמור את התלמידים ב"בועה הערכית, הממלכתית והמאוזנת לה הם זקוקים יותר מכל בעת הזו".¹⁷ **המכתב ששלח מנכ"ל משרד החינוך למורים מייצר אפקט מצנן לדיון בדמוקרטיה ובזכויות אדם ובכך פוגע באופן חמור בזכותם של תלמידות ותלמידים ומורות ומורים לחופש הביטוי והמחשבה.** עמדה זו אף מנוגדת לדיון, כפי שבא לידי ביטוי בחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, בחוזר מנכ"ל משרד החינוך העוסק בנושא, ובאמנות בינלאומיות שישאל חתומה עליהן:

אחת ממטרות החינוך הממלכתי, כפי שנקבעו בס' 2(א)(2) לחוק חינוך ממלכתי, היא "להנחיל את העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ואת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הזולת, וכן לחנך לחתירה לשלום ולסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים".

קבעו שהחוק המדובר לא פגע בזכות לכבוד, וחלק נימקו את דחיית העתירה בכך שאף שנפגעה הזכות החוקתית, הרי שהפגיעה הייתה מידתית.

13 עניין טבקה, לעיל ה"ש 11.

14 עניין אבו לבדה, לעיל ה"ש 11.

15 עניין פלונית, לעיל ה"ש 8 וטקסט הסמוך לה.

16 שירה קדרי-עובדיה "קיש דורש לאשר בעצמו כניסת גורמים פוליטיים לבתי ספר והורה למנהלים לדון על בקשות" **הארץ** (1.2.2023) <https://bit.ly/3BA57Pw>; שירה קדרי-עובדיה "משרד החינוך למנהלים: לא נאפשר לבתי הספר להפוך לזירת התגוששות פוליטית" **הארץ** (23.1.2023) <https://bit.ly/459YmSg>.

17 ליאור דטל "משרד החינוך במכתב למורים: תודה ששתקתם" **TheMarker** (21.2.2023) <https://bit.ly/3pOUPZw>.

בהתבסס על מטרות החינוך הממלכתי, פורסם חוזר מנכ"ל שמיושם מאז שנת 2016 מעודד את השיח החינוכי על נושאים השנויים במחלוקת.¹⁸ בחוזר המנכ"ל צוין כי "חשוב שהמורה יעלה לדיון שאלות שעל סדר היום הציבורי ויעורר בכיתה שיחה בנושאים שנויים במחלוקת. עידוד שיח מהסוג הזה הוא חלק מהחינוך למעורבות אזרחית-חברתית והוא מדרבן ללקיחת אחריות של הפרט בחברה. שיח כזה מעודד תלמידים לפתיחות, לסובלנות, לדיאלוג ולחשיבה מעמיקה, שהם ממטרות החינוך הממלכתי". חוזר המנכ"ל מתיר למורים להביע עמדה פוליטית ואף "לבקר באופן מאוזן את הכנסת ואת ועדותיה, ובכלל זה החלטות וחוקים שנתקבלו על ידם, וכן את הממשלה ומשרדיה" בתנאי שיקפידו כי דברי הביקורת שלהם לא ייאמרו באופן מעליב או פוגע. אם כן, העיקרון הוא שלא רק שמותר למורים לדון בנושאים חשובים אף שהם שנויים במחלוקת, אלא שחלה עליהם אחריות לעשות כן כחלק מהחינוך הדמוקרטי של ילדים כאזרחים מודעים, ביקורתיים ומעורבים. הזכות לחינוך לדמוקרטיה וזכויות אדם קבועה גם באמנות בינלאומיות שמדינת ישראל חתומה עליהן. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובעת כי החינוך יועד "לחזק את כיבוד זכויות האדם וחירויות היסוד", וכן "לאפשר לכל אדם להשתתף בפועל בחברה חופשית" ו"לקדם הבנה, סובלנות ורעות בין כל האומות והקבוצות הגזעיות, האתניות או הדתיות".¹⁹ באופן דומה, האמנה בדבר זכויות הילד קובעת כי חינוך הילדים יכוון "לפיתוח יחס כבוד לזכויות האדם ולחירויות היסוד, ולעקרונות הגלומים במגילת האומות המאוחדות",²⁰ וכן "להכנת הילד לחיי אחריות בחברה חופשית ברוח הבנה, שלום, סובלנות, שוויון המינים וידידות בין כל העמים, קבוצות אתניות, לאומיות ודתיות, ואנשים שהם מילידי המקום המקוריים".²¹ מכל אלה עולה כי הרוח הנושבת במשרד החינוך, של השתקת שיח ציבורי, מנוגדת לזכויות ילדים ונוער ותפגע בעקרונות של חינוך דמוקרטי ואזרחי.

7. פגיעה באיכות החינוך הניתן לילדים חרדים

אף שאין מדובר בתוצאה ישירה של ההפיכה המשטרית, הרי שלשם השלמת התמונה יש להתייחס גם לצעדים נוספים שמקדמת הממשלה בהקשר של קטינים, ושיש בהם פגיעה בזכויות ילדים. סעיפים שונים בהסכמים הקואליציוניים צפויים להגדיל את התקציב הציבורי הניתן לבתי ספר חרדיים שאינם מלמדים ליבה ולהסיר את הפיקוח מהם. על פי ההסכמים עם הסייעות החרדיות, בתי ספר מוכרים שאינם רשמיים חרדיים לכיתות א-ח יזכו בתוספות תקציב משמעותיות²² אף על פי

18 חוזר מנכ"ל משרד החינוך "התכנית הלאומית ללמידה משמעותית – השיח החינוכי על נושאים השנויים במחלוקת" (2016) <https://apps.education.gov.il/mankal/horaa.aspx?siduri=35>.

19 ס' 13 (א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

20 ס' 29(א)(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991).

21 שם, ס' 29(א)(4).

22 עמ' 17 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022); עמ' 17 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022).

של משרד החינוך אין כל נתונים על היקף לימודי הליבה הנלמדים בהם ואף לא על הכשרות המורים.²³ רוב תוספות התקציב הללו קשורות להסכם "אופק חדש", אשר מקנה למורים תוספות שכר בתמורה להשתלמויות מקצועיות. בתי הספר החרדיים יקבלו את אותן תוספות שכר ללא דרישה להשתלמות והתמקצעות. במקביל, ההסכמים הקואליציוניים מוציאים את הפיקוח על הרשתות החרדיות הגדולות המשויכות למפלגות החרדיות – "החינוך העצמאי" ו"מעין החינוך התורני" – מידי משרד החינוך ומעבירים אותו לרשתות עצמן, שיקבלו תקני פיקוח לשם כך.²⁴ כמו כן, ההסכמים מרחיבים את חוק נהרי²⁵ ומגדילים את התקציבים שיקבל החינוך החרדי מהרשויות המקומיות.²⁶ תקציבים אלו יוקנו בין היתר למוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים שבהם לומדים תלמידים חרדים בכיתות ט–י"א, אשר פטורים מלימודי ליבה על פי חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח–2008.

מהלכים אלה פוגעים בזכותם של ילדים חרדים לחינוך הולם ומצמצמים את ההזדמנויות הפתוחות בפניהם. הם פוגעים באופן קשה גם באינטרס הציבורי של חינוך דור העתיד באופן שמקדם אוטונומיה, דמוקרטיה ושגשוג כלכלי. יתרה מכך, מכלול האמצעים הללו עלול להסיג לאחר את התרחבותם של בתי ספר ממלכתיים חרדיים שנתמכים באופן מלא על ידי המדינה, מלמדים לימודי ליבה, אך מספקים חינוך מותאם לחברה החרדית.

חשוב לציין כי עד היום לא ניתן היה ליישם את חוק נהרי על רשתות "החינוך העצמאי" ו"מעין החינוך התורני" באופן שיחייב את הרשויות המקומיות לתקצב אותן באופן זהה לחינוך הציבורי, כפי שמתקצבת אותן המדינה. חוק נהרי מחייב את הרשויות המקומיות לממן את מוסדות החינוך המוכרים שאינם רשמיים ביחס דומה לזה שהמדינה מממנת אותם. תקנות נהרי, אשר נקבעו כתיקון לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד–1953, קובעות כי המדינה תשתתף בתקציב שעות הלימוד של מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי, שמתקיימים בו התנאים המפורטים בתקנות, בשיעור של 75% מתקציב שעות הלימוד של מוסד חינוך רשמי דומה.²⁷ תקנות נהרי אינן מבחינות בין בתי הספר של שתי הרשתות לבין בתי ספר מוכרים אחרים, אף על פי שסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, קובע כי הרשתות יתוקצבו כמו בתי הספר הרשמיים (הציבוריים). במהלך הליכי החקיקה התקיימה הבנה שלפיה אם ישונה החוק באופן שהפלייתן לטובה של רשתות "החינוך העצמאי"

23 מבקר המדינה "החינוך החרדי והפיקוח עליו" דו"ח שנתי 70, 1070 (2020). במחקר שנערך לאחרונה נמצא כי קיימים פערים גדולים בין דרישות משרד החינוך לבין תוכניות הלימודים בבתי ספר חרדיים לבנים לכיתות א–ח, וכי בכיתות ז–ח היקף לימודי הליבה יורד באופן משמעותי (Netta Barak-Corren, Lotem Perry-Hazan & Gil Nachmany, *Noncompliance with the Law as Institutional Maintenance: The Case of Haredi Boys Schools, Decisions Regarding Core-Curriculum Regulations* (under review).

24 ס' 148 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022); ס' 138, 142 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022).

25 ס' 11א לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג–1953. חוק נהרי קבע את חובת הרשויות המקומיות לתקצב את בתי הספר המוכרים שאינם רשמיים.

26 ס' 10 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022); ס' 10 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022).

27 תק' 9(א) לתקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד–1953.

ו"מעייין החינוך התורני" תעוגן גם במסגרת התקצוב של הרשויות המקומיות, תיווצר בעיה חוקתית.²⁸ זאת לנוכח דברי בית המשפט העליון בבג"ץ אלערפאן,²⁹ ובבג"ץ התנועה למען איכות השלטון,³⁰ שבהם נפסק כי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב מייצר הפליה לטובת הרשתות החרדיות, אך מוגן מכוח סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חקיקה חדשה לא יכולה לזכות בהגנה כזו ולכן נדרשת פסקת התגברות על מנת ליישמה.

פגיעה חמורה במיוחד בזכויות ילדים תגרם כתוצאה מהפחתת הפיקוח על רישוי בתי ספר חרדיים המשתייכים לרשתות הגדולות.³¹ הפיקוח בוחן בין היתר בטיחות ותברואה של המבנים. אין צורך להכביר מילים על האסונות העלולים להתרחש כתוצאה מיישום ההסכמים המאפשרים לרשתות החרדיות להתחמק מפיקוח הנדסי ותברואתי על התשתיות בבתי הספר.

8. הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים

לפי הצעת החוק המקודמת בימים אלו, תורחב סמכותם של בתי הדין הרבניים באופן שבתי הדין הרבניים יוכלו לדון גם בעניינים אזרחיים, לרבות עניינים הנובעים מנישואין וגירושין, בהסכמת הצדדים. על אף שנדרשת הסכמה הדדית, קיים חשש חמור שהצד החלש בסכסוך (ברוב המקרים – האישה בסכסוכי גירושין) יאלץ להסכים להבאת העניין בפני בית הדין הרבני, למשל כתנאי לקבלת הגט מהבעל.³²

נוסף על הפגיעה בזכויותיהן של נשים כתוצאה מכך, הנפגעים המרכזיים במקרים אלו יהיו קטינים. בעשור האחרון מופעלות בבתי המשפט לענייני משפחה "מחלקות שיתוף ילדים" (מש"י), בהן מיושמת זכותם של ילדים להשתתפות בהליך בסכסוכים הנוגעים לנושאים שונים, ובעיקר ענייני משמורת והסדרי ראייה. הילדים והילדות, בגילאי 6–18, נפגשים עם עובדת של יחידת ההשתתפות וביכולתם לבחור אם להשמיע את מחשבותיהם ורצונותיהם, ככל שהם מעוניינים בכך, בפני עובדת המחלקה או בפני השופט/ת בלשכתו. מחקר מלווה שבוצע בשלב הפיילוט של הפרויקט מצא ששיתוף הילדים והילדות באמצעות מחלקות ההשתתפות הניב שביעות רצון גבוהה בקרב הילדים, ההורים ועובדות המחלקות, ושיפר את יכולת השופטים והמחלקות לקבל החלטות התואמות את האינטרסים הרצונות והצרכים של הילדים.³³

הסללת חלק גדול מסכסוכי המשמורת והראייה לבתי הדין הרבניים תמחק את יכולתם של ילדים וילדות ליישם את זכותם להשתתפות ותפגע כך ביכולת לקבל החלטות מיטביות עבור ילדים במצבים אלו. בבתי הדין הרבניים אין יחידה כמו יחידת מש"י. זאת ועוד, סוגיות של משמורת ילדים וזכויותיהם

28 ראו את דברי עו"ד אמנון דה-הרטון בישיבת ועדת החינוך, התרבות והספורט של הכנסת (פרוטוקול מס' 183 מישיבת ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-17 (25 באפריל 2007)).

29 בג"ץ 2828/02 עמותת אלערפאן נ' שרת החינוך (נבו) 14.4.2004.

30 בג"ץ 10808/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שרת החינוך והתרבות (נבו) 11.7.2006.

31 ס' 149 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022); ס' 139, 151 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022).

32 הבעייתיות עם כך מפורטת בפורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 29: בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 15.3.2023).

33 יואב שורק ודורי ריבקין הערכת התכנית הניסיונית לשיתוף ילדים בהליכים משפטיים הנוגעים להם בבתי משפט לענייני משפחה (אשלים, 2010).

מהוות למרבה הצער כלי במסגרת סכסוכי גירושין של הורים. בתי הדין הרבניים, עלולים להחריף תופעה זו משום שהם פורום שמחריף את פערי הכוחות בין הצדדים, לרעת נשים. למשל, בסכסוכי גירושין שבהם יש מחלוקת בין ההורים על חינוך הילדים, בתי הדין הרבניים פוסקים כמעט תמיד, אוטומטית, לטובת ההורה שמעוניין לשלוח את הילדים למסגרת דתית, בלי לבחון את טובת הילד הספציפי ובניגוד לדין. תפיסתו של בית הדין הרבני היא שטובתו של כל ילד יהודי באשר הוא היא להתחנך במסגרת אדוקה ודתית ככל הניתן. על כך ניתן כיום להגיש עתירה לבג"ץ בעילה של חריגה מסמכות לפי סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה, ופסיקת בית הדין הרבני שמתעלמת מטובת הילד הספציפי תיפסל.³⁴ הרחבת סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים בצירוף החלטת מעמדו של בג"ץ ופוליטיזציה של מינוי השופטים, עלולות להביא לכך שטובתם הספציפית של ילדים לא תהווה שיקול בהכרעה בסכסוכי גירושין, ומחלוקות על חינוך ומשמורת יוכרעו לפי דין תורה, כפי שבית הדין הרבני מפרש אותו. במקרים כאלו, לא תהיה לילדים עוד ההגנה של בג"ץ מפני פגיעה בזכויותיהם.

היבטים נוספים של סכסוכי גירושין שפוגעים בזכויות ילדים וילדות ועלולים להתרחב עם הרחבת סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים קשורים לזכות לשלמות הגוף של ילדים. למשל, מחלוקת בין הורים על ביצוע ברית מילה, כיום אינה שפיטה בבתי הדין הרבניים, אבל כך הדבר רק מכוח פסיקת בג"ץ.³⁵

כללי המשמורת בדין העברי, כאשר הורים מתגרשים, אינם מבוססים על טובת הילדים הקונקרטיים, אלא על הבחנה בין בנים לבין בנות לצורך קביעת משמורת אב או אם, ועל "טובת הילד. ה. היהודי. ה." כאשר הוא. כללי המשפט העברי אינם מתייחסים לעקרון טובת הילד כאל עיקרון סובייקטיבי, המחייב לבחון כל מקרה לגופו, כפי שמתחייב מהדין האזרחי.

סיכום

כמי שחוקרות את תחום זכויות ילדים וילדות, ומנסות להשמיע את קולם גם במסגרת לימודי המשפטים, אנו יודעות כי קטנים הם אוכלוסייה מושקטת ומודרת אשר אין לה ייצוג במוקדי קבלת ההחלטות וקולם לרוב כלל אינו נשמע. אנו חוששות מאוד שהוצאתה לפועל של ההפיכה השלטונית ושל יוזמות הממשלה האחרות תוביל לפגיעה מהותית בזכויותיהם.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר שירן רייכנברג, האוניברסיטה העברית

ד"ר תמי הראל בן שחר, אוניברסיטת חיפה

פרופ' לטם פרי-חזן, החוג למנהיגות ומדיניות בחינוך, אוניברסיטת חיפה

פרופ' טלי גל, האוניברסיטה העברית

פרופ' צביקה טריגר, המסלול האקדמי המכללה למינהל

העירה על נייר העמדה: פרופ' דנה פוגץ', הקריה האקדמית אונו

34 בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 462, 453 (1998); עמ"ש (מחוזי חי') 31702-09-13 ש' (קטיין) נ' ש' נ' (נבו 10.10.2013). ראו גם צבי טריגר "חינוך רע: חינוך דתי, חינוך חילוני וטובת הילד" המשפט ברשת 22, 14 (2014).

35 בג"ץ 8533/13 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 29.6.2014).



השפעת החקיקה המוצעת על זכויות ילדים

אנחנו חוששים שאם לבית המשפט לא יהיה כוח לתת הוראות לממשלה, יהיה יותר קשה לסייע לילדים עניים - לחייב את המדינה לדאוג להם לאוכל, לבית ולבריאות. אנחנו חוששים גם שהחינוך של ילדים ייפגע. יש פסקי דין רבים של בית המשפט שבהם הוא מקדם את הזכות לחינוך. למשל, בית המשפט קבע שאסור להפריד בין תלמידות מזרחיות ואשכנזיות שלומדות באותו בית ספר, ושצריך לדאוג שכל הכיתות בבתי ספר בעוטף עזה יהיו מוגנות מפני טילים.

אנחנו במיוחד מודאגים מפגיעה בילדים ונוער להט"ב. חברי כנסת ושרים בממשלה התבטאו בתקשורת וברשתות החברתיות נגד להט"ב ונגד תוכניות בבתי ספר שנועדו לקדם את זכויותיהם של להט"ב. ק' ולמונע בריאות והצקות.

הממשלה רוצה גם לשנות את הכללים שקשורים לתקצוב בתי הספר החרדיים ולפיקוח על לימודי הליבה (למשל: אנגלית וחשבון). לדעתנו ילדים חרדים לא יקבלו חינוך מספיק טוב שיאפשר להם להתפתח באופן מלא אלא חינוך שיסגור בפניהם אפשרויות עתידיות.

אנחנו גם חוששים מהשינויים בתוך בתי משפט, שההחלטות שלהם משפיעות על חיים של ילדות וילדים. אם החוקים יתקבלו, הממשלה תוכל למנות שופטות ושופטים שיהיו בדעות הפוליטיות של הממשלה, ואז השופטים יהיו פחות מקצועיים או שירגישו שהם צריכים להחליט לטובת הממשלה כדי להתקדם בתפקיד. זה יפגע ברמה של שופטי הנוער שדנים בתיקים של ילדים שעשו עבירות פליליות או בתיקים של ילדים שצריכים הגנה מהמדינה כי המשפחות שלהם לא יכולות לדאוג להם.

כמו כן, ההצעות עלולות לפגוע ביכולת של ילדים להשמיע את הדעות שלהם בבתי משפט בהחלטות שקשורות אליהם, למשל עם איזה הורה הילדה או הילד יגורו כשהורים גרושים. כל אלו הן דוגמאות למקרים בהם זכויות ילדים עלולות להיפגע מהשינויים שייגרמו כשתוצאה מהחלטות בתי המשפט והעברת כוח בלתי מוגבל לממשלה.

לסיכום, אנחנו מתנגדים להצעות החוק שהממשלה מקדמת וחושבים שהם יפגעו בזכויות אדם, ובפרט בזכויות מינוסים וילדים.



הממשלה שנבחרה בישראל לפני מספר חודשים מחוקקת בימים אלה חוקים שישנו בצורה מאוד משמעותית את שיטת השלטון בישראל: הם ישנו את איך שבתי המשפט עובדים, ואת מה שמותר לכנסת ולממשלה (למשל לשר החינוך, שר הבטחון, או שר הבריאות) לעשות.

אנחנו קבוצה גדולה מאוד של מרצות ומרצים למשפטים בישראל שחושבים שהשינויים האלה מאוד מסוכנים למדינת ישראל ולדמוקרטיה שלה, כיון שהם נותנים לרוב כוח בלתי מוגבל.

אמנם בדמוקרטיה יש בחירות, ובהן הרוב מנצח, אבל דמוקרטיה פירושה גם שיש דברים שהרוב לא יכול לעשות - למשל, לפגוע בזכויות בסיסיות. השלטון צריך לדאוג לכולם, גם אלה שהמפלגה שלהם לא זכתה בבחירות. במדינות דמוקרטיות, בתי המשפט יכולים להחליט שפעולות של הממשלה או הכנסת לא חוקיות כי הן פוגעות בזכויות אדם.

אחד הדברים המרכזיים שהממשלה מנסה לשנות זה לצמצם את הכוח של בית המשפט, ובמיוחד לבטל את הכוח של בית המשפט לבטל את ההחלטות של הממשלה והכנסת שפוגעות בזכויות אדם.

אנחנו חושבים שהשינויים האלה מסוכנים לכל אישה ואיש בישראל, במיוחד אם הם מקבוצה שאיננה הרוב (כמו ערבים, או להט"ב, ק-לסביות, הומואים, בי-סקסואלים, וקוויירים), או קבוצה שהרוב לא בהכרח דואג לה (למשל אנשים עניים, אנשים עם מוגבלות ונשים). אנחנו חושבים גם שהשינויים האלה עלולים לפגוע באופן מיוחד בילדים.

בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשפטיים

הופץ במקור ביום 15.3.2023 כנייר עמדה מס' 29

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 בוחנים את נושא בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשפטיים.

אנו מוצאים כי:

- בתי הדין הרבניים סובלים מרבים מהתחלואים שהשינויים המשפטיים שמקדמת הקואליציה מבקשים לתקן לכאורה במערכת המשפט האזרחית.
- לנוכח חולאים אלה, היו צריכים בתי הדין הרבניים להיות במוקד התוכנית לשיפור הליכי השפיטה בישראל. אך לא רק שאין הקואליציה מתכוונת לעשות כן, אלא שהיא אף מתכננת להרחיב את סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים, להסמיך את בית הדין הרבני כבורר בעניינים אזרחיים ולהחיל על עניינים אלו את הדין הדתי, ואף להחיל את סמכות השיפוט של בית הדין הרבני גם על מתדיינים לא יהודים, כל עוד לפחות אחד מהצדדים הוא יהודי.
- מסקנת נייר העמדה היא שלאור בעיות ה"משילות" המשמעותיות בבתי הדין הרבניים המפורטות בנייר עמדה זה מצד אחד, והיעדרם של בתי הדין מתוכנית הקואליציה מצד אחר, יש להטיל ספק בכנות כוונותיהם של יוזמי המהלכים לתקן את התחלואים הנטענים של המערכת המשפטית האזרחית.

תמצית הדברים

השינויים המשפטיים שמקדמת הקואליציה הנוכחית מתיימרים לתקן חולאים שונים, הקיימים לטענת יוזמי השינויים, במערכת המשפט האזרחית, דוגמת היעדר גיוון דמוגרפי בקרב השופטים¹, עסקאות

1 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 14: האם כל השופטים אשכנזים? בית המשפט העליון זו חונטה של שמאלנים? כל מה שרציתם לדעת על גיוון במערכת המשפט ולא העזתם לשאול" (הופץ ביום 22.2.2023).

נעדרות שקיפות בהליך מינוי השופטים. ² פגיעה נטענת על ידי מערכת בתי המשפט בעקרון הפרדת הרשויות בשל פסילת חוקים וביקורת שיפוטית בלתי מוגבלת לכאורה, ³ ועוד בעיות "משילות". למעשה, חולאים אלו ונוספים קיימים במיוחד במערכת בתי הדין הרבניים, אלא שלא רק שתיקונם נעדר לחלוטין מתוכנית הקואליציה לשינויים, אלא שהקואליציה הנוכחית שואפת אף להרחיב את סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים, להסמיך את בית הדין הרבני כבורר בעניינים אזרחיים ולהחיל על עניינים אלו את הדין הדתי, ⁴ ואף להחיל את סמכות השיפוט של בית הדין הרבני גם על מתדיינים לא יהודים, כל עוד לפחות אחד הצדדים הוא יהודי. ⁵

נייר עמדה זה מציג את הבעיות העמוקות הקיימות במערכת בתי הדין הרבניים, באותם היבטים שעליהם עומדת תוכנית הקואליציה לשינויים משפטיים ביחס למערכת המשפט האזרחית, וקורא לתיקון. אשר על כן הליקוי הבסיסי ביותר במערכת בתי הדין הרבניים, קרי הדרתן של נשים מכס השיפוט, יידון כאן כחלק מבעיית היעדר הגיוון ובייצוג. כמו כן מצביע נייר העמדה על כך שלאור היעדרם של בתי הדין הרבניים מן הרפורמה ולאור הצעת החוק להרחבת סמכותם, יש להטיל ספק בכנות כוונותיהם של מקדמי הרפורמה לתקן את הטעון תיקון במערכת המשפט האזרחית (וללא ספק יש לא מעט מאפיינים של מערכת המשפט האזרחית שטעונים תיקון).

נימוקי נייר העמדה

1. מבוא

בתי הדין הרבניים הם בעלי סמכות השיפוט הייחודית על ענייני נישואים וגירושים של יהודים בישראל. ⁶ הדין המהותי שצריך לחול בבתי הדין הרבניים מתפצל לשניים: על ענייני מעמד אישי (ענייני נישואים וגירושים) חל דין תורה, ⁷ בעוד שעל עניינים שאינם ענייני מעמד אישי (למשל חלוקת הרכוש) חל הדין הטריטוריאלי/האזרחי. ⁸

הבעיות בתפקוד בתי הדין הרבניים קשורות הן לתחולת דין תורה, שהוא דין עתיק יומין, ובאופן שבו הוא מופעל בבתי הדין הרבניים, איננו מתאים לזמננו ולא לעולם הערכים של מרבית "צרכניו", הן להיעדר המחויבות הכללית של הדיינים לערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית, ובראשם עקרון השוויון בין המינים. למעשה, המחקק הישראלי פטר את בתי הדין הרבניים (ואת בתי הדין הדתיים בכלל), מכפיפות לעקרון השוויון בין המינים בדיני נישואים וגירושים, כאשר החרג אותם מעקרון

2 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7 בנושא הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023); פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 19: ערכון לעמדותינו בנוגע לבחירת שופטים ולביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 26.2.2023).

3 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: ביקורת שיפוטית ופסקת ההתגברות" (הופץ ביום 20.1.2023).

4 הצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשפ"ג-2023. ההצעה מבקשת להרחיב גם את סמכות בתי הדין השרעיים ובתי הדין הדרוזים. נייר עמדה זה מתמקד במאפיינים הייחודיים למערכת בתי הדין הרבניים, אשר רלוונטיים לרפורמה המשפטית המקודמת בימים אלו על ידי הממשלה.

5 ס' 2(2) להצעת חוק שיפוט בתי דין דתיים (בוררות), התשפ"ג-2023.

6 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואים וגירושים), התשי"ג-1953.

7 שם, ס' 2.

8 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

השוויון שעוגן בחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951, ואף חישק הסדר זה ו"חיסן" אותו מפני ביקורת שיפוטית באמצעות סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹

2. הבעיות המרכזיות במבנה מערכת בתי הדין הרבניים ובתפקודה

לעניין ההפליה נגד נשים כמתדיינות הנקוטה בבתי הדין הרבניים, ולעניין הסכנה המוגברת הנשקפת לזכויותיהן של נשים אם יורחבו סמכויות בתי הדין הדתיים, ראו נייר עמדה מס' 10.11¹⁰ כאן נבקש להתמקד בשלוש בעיות מרכזיות אחרות במבנה מערכת בתי הדין הרבניים: היעדר גיוון, קיומן של עסקאות פוליטיות וקיומה של בעיה מבנית מנקודת המבט של הפרדת רשויות.

א. היעדר גיוון וייצוג של כלל החברה היהודית בישראל

(1) **רק גברים יכולים לכהן כדיינים.** סעיף 3 לחוק הדיינים, התשט"ו–1955 קובע את תנאי הכשירות למינוי דיינים: "מי שהוסמך לכך על ידי מועצת הרבנות הראשית תוך שנתיים לפני המינוי, כשיר להתמנות דין. תנאי ההסמכה וסדריה ייקבעו בתקנות שיתקין השר בהסכמת מועצת הרבנות הראשית". הרבנות הראשית לא מכירה בסמיכה לרבנות של נשים, ולכן נשים לא יכולות לכהן כדיינות משום שהן נשים.¹¹ אין ערכאה שיפוטית בישראל זולת בתי הדין הרבניים והכנסיותיים שמונעת כהונת נשים בתפקידי שפיטה. בבתי הדין השרעיים מכהנת אישה בתפקיד קאדי מאז 2017, על אף התנגדות המפלגות החרדיות למינוי זה, מחשש שהדבר יהווה תקדים ביחס לבתי הדין הרבניים.¹²

(2) **רק גברים יהודים אורתודוקסים יכולים לכהן כדיינים.** הדבר נובע מאותו סעיף 3 לחוק הדיינים שהוזכר לעיל. הרבנות הראשית לישראל אינה מכירה בסמיכה לרבנות שאינה אורתודוקסית. אף שהזרם האורתודוקסי הוא זרם אחד מני כמה ביהדות, ובראייה כלל עולמית אף לא הזרם הגדול ביותר, רבנים רפורמים וקונסרבטיביים אינם יכולים להתמנות לבתי הדין הרבניים בישראל.

אין בתוכנית השינויים המשטריים שמקדמת הקואליציה כל התייחסות לבעיית יסוד זו של היעדר ייצוג וגיוון בבתי הדין הרבניים, ערכאת שיפוט מרכזית בישראל.

ב. עסקאות פוליטיות

מינוי דיינים לבתי הדין הרבנים נעשה על פי מכסות שקשורות לקרבה פוליטית: שליש מהדיינים מזוהים עם הציבור החרדי-מזרחי (מועמדי מפלגת ש"ס), שליש מזוהים עם הציבור החרדי-אשכנזי (מועמדי מפלגת יהדות התורה, בחלוקה בין ליטאים (דגל התורה) וחסידים (אגודת ישראל)), ושליש

9 ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א–1951 קובע: "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתור לנישואין ולגירושין"; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
10 פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 11: הפגיעה בזכויות נשים בעקבות השינויים המשטריים" (הופץ ביום 19.2.2023).
11 בפני בג"ץ תלויה ועומדת עתירה שהוגשה בשמן של נשים המבקשות לעמוד לבחינות ההסמכה לרבנות מטעם הרבנות הראשית. ראו בג"ץ 2688/19 אנגלברג נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל.
12 יאיר אטינגר "המדינה מתנגדת למינוי נשים לבתי דין שרעיים עקב חששם של החרדים מתקדים" הארץ (9.12.2015).

מזוהים עם הזרם הדתי לאומי.¹³ אומנם, כפי שציין ד"ר אריאל פינקלשטיין במחקרו על בתי הדין הרבניים, גם הוועדה למינוי שופטים נותנת חשיבות מסוימת לבחינת ההשתייכות הקבוצתית של המועמד, אך אין ספק שזו אינה עומדת במרכז הדיונים של הוועדה, שכן המאבקים בה עוסקים בדרך כלל בתפיסת העולם השיפוטית של השופטים, וגם כאשר עולה שיקול מגזרי, אין הדבר נעשה על פי מפתח פוליטי מפלגתי.¹⁴

אין בתוכנית לשינויים המשפטיים שמקדמת הקואליציה כל התייחסות לבעיה מבנית זו בוועדה למינוי דינים.

3. בתי הדין הרבניים סובלים מבעיה מבנית מנקודת המבט של עקרון ההפרדה בין הרשויות

הדין שבתי הדין הרבניים מחילים בליבת הנושאים שבסמכותם, הנישואין והגירושין, איננו דין שחוקקה כנסת ישראל כרשות המחוקקת, אלא "דין תורה", כלומר המשפט העברי. כפי שתיאר זאת המשנה לנשיא השופט אלון, המשפט העברי כולל לא רק את "דין תורה", אלא גם את התקנות שמתקינה הרבנות הראשית לישראל ואת פסיקת בתי הדין הרבניים עצמם.¹⁵ במילים אחרות, אותה "חקיקה שיפוטית" שעליה מתרעמים מקדמי הרפורמה המשפטית, היא חלק אינהרנטי במלאכת השיפוט בבתי הדין הרבניים.

הצעת החוק להרחיב את סמכויות בית הדין הרבני מחדדת את הבעייתיות הזו שבעייתיים, שכן בחסות הרחבת סמכות השיפוט שלו, בית הדין הרבני יעמיד מערכת הלכתית לכל הסוגיות האזרחיות (דיני עבודה, חוזים, קניין, רכוש משפחתי ועוד). לא מדובר רק בפרשנות של חוקים קיימים שהכנסת חוקקה, כפי שבתי המשפט האזרחיים עושים בדרך כלל, אלא בחקיקת חוקים עצמם, כלומר בהעמדת קורפוס משפטי שלם שהכנסת מעולם לא בחרה בו ולא הצביעה עליו.¹⁶ זאת ועוד: בהקשר של נישואים וגירושים הרבנות פועלת כיצור כלאיים המחזיק הן בסמכויות של הרשות המבצעת (התקנת תקנות) הן בסמכויות של הרשות השופטת (פסיקות בתי הדין הרבניים).¹⁷ עירוב סמכויות זה וכניסתה של הרבנות אל מתחם הפעולה של הממשלה באמצעות התקנת תקנות, נוגדים את עקרון הפרדת הרשויות שמקדמי הרפורמה חותרים לשקם לטענתם.

13 אריאל פינקלשטיין בתי הדין הרבניים: שירות דת או ערכאה שיפוטית? 23 (המכון הישראלי לדמוקרטיה מחקר מדיניות 153, 2020). ראו גם דניאל פרידמן הארגון והחרב 441 (2013); יצחק אביגדור רונס "מינוי דינים לבתי הדין הרבניים על פי מפתח מגזרי" אסיף 1, 122 (התשע"ט).

14 פינקלשטיין, לעיל ה"ש 13, בעמ' 23.

15 ראו את דברי המשנה לנשיא מנחם אלון בבג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 696 (1989): "ברור איפוא, שדין תורה אין לפרשו במשמעות המילולית המצומצמת של תורה שבכתב; ומאחר שכך מן הנמנע לתחום לו תחומים, הלכה פלונית מקובלת עלי והלכה אלמונית אינה מקובלת עלי, אלא פירושו הוא – כאמור לעיל – ככולל את כלל מערכת ההלכה". תורה לד"ר אריאן רנן ברזילי על חידוד נקודה זו.

16 אחת התקנות החשובות שהתקינה הרבנות, עוד ב-1950, מתערבת באופן מובהק בזכות לנישואים, בהגבילה את נישואי היהודים אך ורק לנישואים דרך הרבנות. ראו הרבנות הראשית לישראל, תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל (התש"י). זאת אף על פי שלצורך תקפות הנישואים כדת משה וישראל אין צורך כלל ברב, בין אם רב מוסמך על ידי הרבנות הראשית לישראל ובין אם רב מוסמך על ידי מוסד שלא מוכר על ידי הרבנות הישראלית.

אין בתוכנית השינויים המשטריים שמקדמת הקואליציה כל ניסיון להחיל את "רצון העם" (לשיטתם של יוזמי ההפיכה המשטרית) כפי שהוא אמור להתבטא בחקיקה של הכנסת, גם על בתי הדין הרבניים. שם, כאמור, המצב הפוך לחלוטין: המשפט העברי המיושם על ידיהם ("דין תורה" הכולל התקנת תקנות ופסיקות הדיינים) מתקיים באופן אוטונומי מחוץ להישג ידו של בית המחוקקים, אשר לשיטת יוזמי הרפורמה מופקד על יישום "רצון העם".

4. השינויים המשטריים המוצעים יפגעו בביקורת השיפוטית על בתי הדין הרבניים אשר מעוגנת בחוק-יסוד: השפיטה

בתי הדין הרבניים כפופים לביקורת שיפוטית מצומצמת מכוח סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה. בביקורת השיפוטית על בתי הדין הדתיים בג"ץ מוסמך ככלל להעניק סעד מוגבל של החזרת התיק לבית הדין הדתי על מנת שידון בו מחדש, כאשר בית הדין פסק בחריגה מסמכותו. לצד זאת קבעה הפסיקה כי הסמכות הכללית של בג"ץ להעניק סעד למען הצדק מכוח סעיף 15(ג) חלה גם ביחס לביקורת השיפוטית על בתי הדין הדתיים.¹⁸ בניגוד לרושם שנוצר מהניסוח הרחב של הסעיף, סמכות זו מופעלת בצמצום, למשל כאשר פגע בית הדין בכללי הצדק הטבעי ואין דרך אחרת לקבלת סעד, לדוגמה כאשר הוציא צו כנגד אדם שכלל לא היה צד להליך, או שלא ניתנה לו כל זכות להישמע בו.¹⁹ פסיקה של בית הדין הרבני בחריגה מסמכות מתקיימת למשל כאשר בית הדין הרבני מחיל דין דתי על סוגיה שחל עליה הדין האזרחי (כמו למשל יחסי הממון בין בני זוג יהודים, אשר מוסדרים על ידי הדין האזרחי ולא הדתי).²⁰ כיום, על פי סעיף 15(ד)(4) הנ"ל, אם בית הדין הרבני מחלק את הרכוש של בני זוג מתגרשים לפי דין תורה מפלה ולא לפי הדין האזרחי השוויוני, עומדת לבן הזוג הנפגע האפשרות לעתור לבג"ץ. אם בג"ץ ימצא שבית הדין הרבני פסק בחריגה מסמכות, הוא ישיב את התיק לבית הדין הרבני וינחה אותו לתקן את הפגם שנפל בפסיקה, כלומר לפסוק בחלוקת הרכוש בהתאם לדין האזרחי.

כפי שעולה מנייר עמדה מס' 7, הרפורמה המוצעת תוביל לפוליטיזציה מוחלטת של הליך מינוי שופטים למערכת האזרחית באמצעות שליטה מוחלטת של הקואליציה על מינוי השופטים, כולל לבית המשפט העליון. בהינתן שהקואליציה הנוכחית היא יהודית, בעלת עמדות קיצוניות ביחס למקומה הרצוי של ההלכה במדינת ישראל ולזכויות נשים, ילדים ולהט"בים.ות, שינוי שיטת מינוי השופטים יוביל למינוי שופטים שעמדותיהם ביחס לביקורת שיפוטית על בתי הדין הרבניים מצמצמות.²¹ הדבר עלול להביא בסופו של דבר לשלילת האפשרות הלכה למעשה, לעתור לבג"ץ כאשר בית הדין הרבני חורג מסמכותו, וזאת גם בלי שינוי חוק-יסוד: השפיטה. בהיעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פסיקות בתי הדין הרבניים, ייפגעו בעיקר נשים וילדים.

18 ראו למשל בג"ץ 9261/16 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (נבו 30.3.2017).
19 ראו למשל בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד יג 1182 (1959).
20 כך קרה למשל בפרשת בבלי, לעיל ה"ש 8, ולאחרונה בפרשת "הבוגדת": דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 8.
21 גלגולי פרשת "הבוגדת" ממחיש זאת היטב, כאשר בדיון הראשון בבג"ץ, שני השופטים הנחשבים לשמרנים הותירו את פסיקת ביה"ד הרבני הגדול על כנה.

5. היעדר פרסום פסיקה והיעדר שקיפות

התיקים בבית הדין הרבני נדונים בדלתיים סגורות, ורק מייעוט קטן של פסקי הדין מתפרסם לאחר שנמחקו מהם פרטים מזהים של בעלי הדין. זו אינה בעיה ייחודית לבתי הדין הרבניים, והיא מאפיינת גם בתי דין אחרים וגם את בתי המשפט לענייני משפחה.

בשיטת המשפט הישראלית עקרון פומביות הדיון הוא עיקרון יסודי, ובמשפט הפרטי במיוחד חשוב שהדין לא יהיה סמוי מן העין. קיימים פתרונות שונים לצורך לשמור על פרטיות הצדדים, אשר יאפשרו את פרסום כלל הפסיקה, מבלי להסתפק פסיקה אקראית לפי בחירת הדיינים או השופטים. ות, כפי שנעשה היום.

השינויים המשפטיים המוצעים לא מתייחסת לבעיית המשפט הסמוי מן העין שנוצר בבתי הדין הרבניים ובערכאות הנוספות שדנות בתיקי משפחה בדלתיים סגורות, וזוהי דוגמה נוספת לכך שהיא נמנעת מהתייחסות לבעיות אמיתיות שקיימות במערכת המשפט הישראלית, ואשר אנשי ונשות אקדמיה, כמו גם עורכות ועורכי דין, מתריעים עליהן כבר שנים רבות.

6. סיכום

בחוקקה את חוק שיפוט בתי דין רבניים ב-1953, שקבע שהדין החל על נישואים וגירושים בין יהודים יהיה דין תורה, הכנסת הסמיכה את בתי הדין הרבניים להתעלם ממנה ומסמכותה לחוקק חוקים בתחום זה במדינת ישראל. בכך, מעצם הגדרתם, בתי הדין הרבניים מצויים מחוץ להתנהלות הדמוקרטית שלפיה "העם" שולח את נציגיו המוסמכים לכנסת כדי לחוקק חוקים לפי רצון "העם".

אומנם, סמכותו של בית הדין הרבני מוגנת ב"פסקאות שמירת הדינים" של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובעות שחוקי יסוד אלה לא יחולו רטרואקטיבית על חקיקה ותיקה יותר, לרבות החקיקה המסמיכה את בתי הדין הרבניים. אולם הטיעון העקרוני בדבר סמכות הכנסת ביחס לסמכות הרשות השופטת בעינו עומד: אם יש ערכאה שיפוטית בישראל שסובלת מבעיית ה"משילות", מחוסר הגיוון הדמוגרפי, מחוסר שקיפות במינויים ומחסינות מפני הליכי חקיקה, הרי זו מערכת בתי הדין הרבניים.

לפיכך, היעדרה של מערכת בתי הדין הרבניים מהרפורמה המוצעת, מעיד כאלף עדים על חוסר הענייניות של הרפורמה. הרפורמה נטולת ההתייחסות לתחלואי בתי הדין הרבניים, בצירוף הפוליטיזציה של הליך מינוי השופטים. ות לבתי המשפט האזוריים תבטל הלכה למעשה את הביקורת השיפוטית האפקטיבית של בג"ץ על בתי הדין הרבניים, גם בלי לשנות את הסעיף שמסמך את בג"ץ, בחוק-יסוד: השפיטה.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' צביקה טריגר, המסלול האקדמי המכללה למינהל
פרופ' רות הלפרין-קדרי, אוניברסיטת בר-אילן

הפגיעה בזכויות להט"בים.ות בעקבות השינויים המשטריים

הופץ במקור ביום 28.3.2023 כנייר עמדה מס' 37

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, ולפגיעה בזכויות האדם. בנייר עמדה זה, ועל רקע הכוונה האמורה והשלכותיה, **אנו מתייחסים לפגיעה הצפויה בזכויותיהם.ן של להט"בים.ות**, כפי שזו באה לידי ביטוי בהרכב הממשלה ובמינויה, בהסכמים הקואליציוניים, בהצעות חוק שהוגשו על ידי חברי קואליציה, בפעולות הממשלה וחבריה ובהצהרותיהם.

מסקנת נייר העמדה היא שמכלול הפעולות, ההתחייבויות ושינויי החקיקה מטעם הממשלה והקואליציה, עלולים לפגוע פגיעה אנושה בזכויותיהם.ן של כלל הלהט"בים.ות ומשפחותיהם.ן בישראל, הם בעלי פוטנציאל ממשי לפגוע בזכויותיהם.ן של ישראלים.ות הטרנסקסואלים.ות, והם עלולים להסיג את מצב זכויות הקהילה הלהט"בית בצורה חמורה ביותר.

תמצית הדברים

- מכלול הפעולות, ההתחייבויות ושינויי החקיקה מטעם הממשלה והקואליציה, עלולים לפגוע פגיעה אנושה בזכויותיהם.ן של להט"בים.ות בישראל ועלולים להסיג את מצב זכויות הקהילה הגאה בישראל בצורה חמורה ביותר.
- שינוי החקיקה המתוכננים על ידי הקואליציה על מנת לאפשר הפליה להט"בים.ות מטעמי דת עלולים, אם יתקבלו, לבטל את ההגנות המשפטיות על זכותם.ן של להט"בים.ות לשוויון ולחירות במרחב הציבורי, ולצמצם את האוטונומיה שלהם.ן, את החופש שלהם.ן, את ההגנה מפני הפליה ומפגיעה בכבוד האדם בכל תחומי החיים: בבית, במרחב הציבורי, בתעסוקה, בתחום המסחר והצרכנות, בפעילויות פנאי ועוד.
- התיקון לחוק שיאפשר להפלות מטעמי אמונה דתית עלול לאפשר לכל בעל עסק לסרב להכניס להט"בים.ות לבית העסק, הן כלקוחות והן כעובדים.ות, למשל על מנת למשוך לקוחות להט"בופובים.
- פגיעה בכוחו של בית המשפט הן באמצעות פוליטיזציה של מינוי השופטים הן באמצעות ביטול של הביקורת השיפוטית האפקטיבית, עלולה לאפשר פגיעה במשפחה הלהט"בית, באוטונומיה ההורית, בזכות להורות של להט"בים.ות ובזכויות ילדיהם.ן וילדותיהם.ן, שכן ההכרה במשפחות להט"ביות מבוססת רובה ככולה על פסיקת בתי המשפט.

- פגיעה בעצמאות בתי המשפט עתידה להשפיע חמורות במיוחד על זכויות אנשים על הקשת הטרגית, שכן זכויותיהם בתחומים מהותיים, כגון אוטונומיה, הכרה משפטית, הורות, עבודה, בריאות, הפליה בשירותים ומוצרים ובכניסה למרחבים ציבוריים, זכו להכרה והגנה באמצעות בתי המשפט.
- הרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים עלולה לפגוע בהורים שמתגרשים על רקע יציאתם מהארון ובילדיהם, שכן היא תרחיב את תחולתו של הדין המוחל בבתי הדין הרבניים על עוד משפחות.
- פגיעה בכוחו של בית המשפט לבלום חקיקה מפלה ולתת סעד לקבוצות המיעוט תפגע באופן מיוחד בזכויותיהם של להט"בים. נוסף על כך, כוונת הממשלה להגביל את פעילותם של ארגוני זכויות האדם תפגע בפעילות אשר מאז ומעולם הייתה נדבך חשוב ביותר במאבק למען שוויון זכויות ללהט"בים.
- טענתו של ראש הממשלה נתניהו בנאומו מיום 23.3.2023 לפיה זכויות להט"בים לא ייפגעו כתוצאה מ"הרפורמה המשפטית" – היא שקר. תוכניתיה של הממשלה, ובראש וראשונה ההשתלטות על הליכי בחירת שופטים, בהכרח יפגעו בזכויותיהם של להט"בים.

נימוקי נייר העמדה

1. מבוא

ישראל מתגאה ברחבי העולם בשוויון זכויות כמעט מלא ללהט"בים (לסביות, הומואים, טרנסג'נדרים וביסקסואלים). אתר משרד החוץ אף מונה זכויות שכלל לא הוכרו, כמו זכויות אימוץ מלאות.¹ אף שביחס למדינות רבות ברחבי העולם מצב זכויות הקהילה הגאה טוב יחסית, המצב שונה מאוד מהמתואר על ידי מדינת ישראל הרשמית, ואין שוויון מלא בין סטרייטים ללהט"בים. בהיבטים רבים של החיים.

רק קומץ של זכויות להט"בים עוגן בחקיקה ראשית. שני העיגונים המרכזיים של זכויות להט"בים. בחקיקה ראשית הם האיסור להפלות בקבלה לעבודה,² בעבודה עצמה ובפיטורים על בסיס נטייה מינית, והאיסור להפלות במתן שירותים.³ חוק זכויות התלמיד קובע איסור הפליה מטעמים של נטייה מינית או זהות מגדרית.⁴ החוק למניעת הטרדה מינית מגדיר התייחסות מבזה או משפילה המופנית לאדם ביחס למינו או למיניותו, לרבות נטייתו המינית כהטרדה מינית ומעניק הגנות אזרחיות ופליליות מפניה.⁵

מרבית הזכויות של להט"בים בישראל עוגנו בפסיקות של בתי המשפט, על אף התנגדותה של המדינה או חוסר יכולתה של הרשות המבצעת לקדם את עיגון הזכויות הללו בחקיקה. כך למשל, בין הזכויות שהמדינה התנגדה לעיגון, נמצאות זכויות הקשורות להקמת משפחה (רישום נישואים, הכרה

1 Israel Ministry of Foreign Affairs *Gay Israel* (19.7.2018) <https://bit.ly/42ZrcmE>

2 ס' 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

3 ס' 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

4 ס' 5(4) לחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000.

5 ס' 3(א)5(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

בידועים בציבור מאותו המין, זכויות הורות כמו הכרה בהורות של הורה לא ביולוגי). בשני מקרים מפורסמים של הפליה באימוץ ובפונדקאות המדינה אומנם התנגדה בתחילה לסיום ההפליה, אולם היא שינתה את עמדתה (על בסיס עדכון עמדות גורמי המקצוע) והביעה תמיכה בתיקון החקיקה בפני בג"ץ. עם זאת, תיקון החקיקה בכנסת כשל בשל התנגדות חברי הכנסת מהקואליציה. לבסוף, בהקשר של פונדקאות הורה בג"ץ על תיקון ההפליה.⁶

ביחס לקהילה הטרנסג'נדרית בישראל המצב בעייתי יותר משום שאף אחד מהסדרים המהותיים לחייהם של אנשים על הקשת הטרנסית לא הוסדר בחקיקה ראשית או בתקנות וההכרה וההגנה על אנשים על הקשת הטרנסית הושגה כמעט אך ורק באמצעות פניות לבתי המשפט. כמעט כל הנהלים הפנימיים והפרוצדורות הקיימים כיום לצורך הסדרת ההכרה בזכויות של להט"בים. בישראל הם תוצאה של התדיינות שיפוטית, כלומר הם גובשו לאחר התנגדות ראשונית של המדינה, ובזכות בתי המשפט.

ההפיכה המשטרית המוצעת טומנת בחובה ברמת ודאות גבוהה ביותר סיכון ממשי לכל זכויות הקהילה הלהט"בית בישראל: החל ממינוע הזכויות המעוגנות בחוק, אשר לפי ההסכמים הקואליציוניים עלולות להתבטל, וכלה בזכויות המעוגנות בפסיקות בתי המשפט, אשר יעמדו בסכנה אם תשונה שיטת בחירת השופטים ותהפוך פוליטית (כך שימונו שופטים. ות שמרנים. ות), ואם תוגבל סמכותו של בית המשפט העליון לביצוע ביקורת שיפוטית.

כמו כן, בדומה להצעות החוק של ההפיכה המשטרית עצמה, אשר נוצרו בהשראת השיח החוקתי של הימין הרפובליקני הקיצוני בארצות הברית, עם קבלת חוקי ההפיכה, עלול להתחיל בישראל תהליך של חקיקה אנטי להט"בית, כמובטח בהסכמים הקואליציוניים.⁷ גם החקיקה האנטי להט"בית הצפויה בעקבות הפוליטיזציה של בחירת השופטים וביטול הביקורת השיפוטית שואבת השראה ישירה מחקיקה אנטי להט"בית שמועברת בימים אלו ממש בכמה ממדינות ארצות הברית.⁸

2. פגיעה במשפחה הלהט"בית

המשפחה הלהט"בית זוכה להכרה משפטית מסוימת ונרחבת יחסית, אף אם חלקית בלבד, אך ורק בפסיקה של בתי המשפט. חלק מהזכויות ומההגנות שהמשפחה זוכה להן כלל לא מעוגנות בפסיקה של בית המשפט העליון, הערכאה היחידה שתקדימיה מחייבים את כל הערכאות האחרות. להלן סקירה של הזכויות המוכרות נכון לשעת כתיבת שורות אלו, מקורן המשפטי והסיכון הנשקף להן אם הרפורמה המשפטית תעבור.

6 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.
7 ס' 91 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022); ס' 97 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הצינות הדתית (28.12.2022); ס' 108 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022).
8 ראו למשל בפלורידה: Gary Fineout, *Florida GOP's 'Because we Can' Legislative Session*, POLITICO, (March 6, 2023), <https://politi.co/3BEr4wU>.

א. סכנות למעמד הזוגיות הלהט"בית

(1) סכנה למעמד ההכרה בזוגיות להט"בית לצורך סמכות בית המשפט לענייני משפחה וביטול ההכרה בידועים בציבור מאותו המין

חוק בית המשפט לענייני משפחה מגדיר בן משפחה, בין היתר, כ"בן זוגו, לרבות הידועה בציבור כאשתו".⁹ תחולת חוק בית המשפט לענייני משפחה על זוגות להט"בים. היא שאלה שמעולם לא הוכרעה בפסיקת בית המשפט העליון באופן ישיר.

מאז כניסת החוק לתוקף ב-1995 עד סוף העשור הקודם, ניתנו פסקי דין סותרים בבתי המשפט לענייני משפחה בנוגע לתחולת החוק, בכמה מקרים של תביעות לצווי הגנה שהגישו בני זוג שסבלו מאלימות מצד בני זוגם. בכמה מקרים בני הזוג הנתבעים ביקשו את מחיקת התביעה שהוגשה נגדם על הסף מחמת היעדר סמכות של בית המשפט לענייני משפחה לדון בתביעה. הנימוק היה שהם ובני זוגם שתבעו אותם אינם בני משפחה כהגדרתם בחוק בית המשפט לענייני משפחה, בשל המיגדר של הגדרת בן זוג.

אומנם, היו שופטים שסברו שחוק בית המשפט לענייני משפחה חל גם על בני זוג מאותו המין, למרות הניסוח הממוגר (לרבות הידועה בציבור כאשתו), ודחו את הבקשות למחיקת התביעות. מנגד, היו שופטים שסברו שבני זוג מאותו המין אינם בני משפחה כהגדרתם בחוק, ולכן על בן הזוג שסובל מהטרדות לפנות לבית המשפט האזרחי הכללי, ולהתדיין כאילו מדובר בשני זרים. מקרים אלו הפקירו את בני הזוג שביקשו את הצווים לגורלם, משום שהליך הוצאת צו הגנה נגד בן זוג הוא מהיר וגורף, נעשה במעמד צד אחד ומבוסס על ההבנה שאלימות במשפחה דורשת טיפול מהיר ומידי.

כך גם באשר לתביעות כספיות בין בני זוג מאותו המין. שופטים שסברו שהחוק לא חל על זוגות להט"בים. ו.ת. משום שהם אינם בני משפחה, שללו מבני הזוג המוחלשים כלכלית את ההגנה שהדין מעניק לבני זוג במצבם באמצעות חזקת השיתוף החלה על ידועים בציבור, ואשר מתמקדת במאמץ המשותף של בני הזוג ולא בחישוב התרומה הכספית לצבירת הרכוש המשותף או ברישום הבעלות ברכוש. כך, בכמה מקרים בן זוג שתבע חלוקת רכוש שוויונית בבית המשפט לענייני משפחה הופנה לבית המשפט האזרחי המתאים לפי סכום התביעה, להגשת תביעה כספית, כאילו מדובר בסכסוך עסקי בין זרים.

כאמור, שאלת תחולתו של חוק בית המשפט לענייני משפחה מעולם לא הגיעה להכרעה ישירה בבית המשפט העליון, אולם בית המשפט העליון החל לפני כעשור לדון בבקשות רשות ערעור בסכסוכי פרידה בין בני זוג להט"בים. ו.ת. מתוך הנחת מוצא שמדובר בבני משפחה, ובלי לדון כלל בשאלת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה.

לסיכום, ההכרה בהיותם של בני זוג מאותו המין בני משפחה לצורך סמכות השיפוט של בית המשפט לענייני משפחה היא הכרה שברירת, בהיותה נסמכת על פרשנות של בתי המשפט לענייני משפחה (שהם בתי משפט בדרגת בית משפט שלום), וכן על הכרה עקיפה של בית המשפט העליון בהיותם בני משפחה. הניסוח המילולי של סעיף ההגדרות של חוק בית המשפט לענייני משפחה עלול

9 ס' 1(2)(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995.

להתפרש כחל רק על זוגות הטרוסקסואלים בלבד, ולכן שלילת ההכרה של סמכות השיפוט שלו יכולה להיעשות בקלות יחסית, אם הרפורמה תעבור. מעבר למשמעות הסמלית של ביטול ההכרה בבני זוג להט"בים. ות כבני משפחה, קיימת משמעות מעשית וחומרית ופוטנציאל פגיעה משמעותית בבני הזוג המוחלשים. בית המשפט לענייני משפחה הוא ערכאה מתמחה, בעלת אמצעים רבים ליישוב סכסוכי פרידה וגירושים בדרכים מגוונות שאינן זמינות למתדיינים זרים בבתי המשפט האזרחיים הכלליים. לצידם של בתי המשפט פועלות יחידות סיוע עם עובדות סוציאליות שהוכשרו לטיפול במשפחות במשבר; חוק יישוב סכסוכים כולל את מנגנון המהות (מעין הליך גישור) שמופעל בהצלחה יחסית מאז 2017 וסייע למשפחות רבות להימנע מהתדיינות משפטית מזיקה ויקרה; וכאמור, קיימות דוקטרינות משפטיות שחלות בין בני משפחה, כמו חזקת השיתוף, שעוצבו כך שיגנו על בני הזוג המוחלשים בזוגיות. שלילת ההכרה בזוגיות הלהט"בית כמשפחה משמעותה ראיית סכסוכי פרידה בין בני זוג מאותו המין כסכסוכים חוזיים בין זרים, על כל המשתמע מכך.

(2) רישום נישואים אזרחיים שנערכו בחו"ל

בישראל אין כידוע נישואים אזרחיים. הדין החל על נישואים הוא הדין האישי, כלומר הדין הדתי, ואף דת מוכרת על ידי המחוקק הישראלי לא מכירה בנישואים חד-מיניים.¹⁰ כתוצאה מכך, היעדר נישואים חד-מיניים בישראל הוא נזק משני להיעדר נישואים אזרחיים בכלל בישראל, שהוא המטרה המרכזית של המונופול הדתי,¹¹ ולא תוצר של הפליה מכוונת נגד להט"בים.

רישום נישואים אזרחיים בישראל התאפשר בעקבות פסיקת בג"ץ בפרשת פונק שלזינגר מ-1963.¹² בג"ץ פסק שפקיד הרישום במשרד הפנים אינו רשאי לסרב לרשום נישואים אזרחיים שנערכו בקפריסין, כל עוד תעודת הנישואים הזרה היא אותנטית ואין סיבה לחשוד בכך שהיא מזויפת. עוד פסק בג"ץ שרישום הנישואים מתבצע לצורך איסוף מידע בלבד, ואין בו כדי להכיר בתוקפם של הנישואים. מאז נישואים אזרחיים של זוגות הטרוסקסואלים שנערכו בחו"ל נרשמים במרשם האוכלוסין, וההבחנה בין רישום לבין הכרה בתוקף הלכה והצטמצמה עם השנים. כיום אין לה כל השלכה מעשית, וכל הזכויות המוקנות על בסיס נישואים מוקנות לכל הזוגות הרשומים כנישואים במרשם האוכלוסין, תהא צורת הנישואים שלהם אשר תהא.

בשנת 2006 הרחיב בג"ץ במסגרת פסק דין בן ארי את הלכת פונק שלזינגר גם לזוגות חד-מיניים שנישאו בחו"ל בנישואים אזרחיים, ופסק שסירוב פקיד הרישום במרשם האוכלוסין לרשום את תעודות

10 רשימת העדות הדתיות המוכרות המקורית מופיעה בתוספת השנייה לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947. במהלך השנים הכנסת הוסיפה עדות נוספות לרשימה זו. כל מי שדתו היא שונה, אף אם הוא משתייך לדת משמעותית (כמו למשל בודהיזם או הינדואיזם) ואף אם הוא אדם דתי, נחשב לפי הדין הישראלי חסר דת.

11 לניתוח היסטורי של מניעת נישואים אזרחיים בישראל ראו צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה, 173, 204–207 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות 2005).

12 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).

הנישואים הזרות של זוגות חד-מיניים שנישאו בחו"ל מהווה חריגה מסמכות והפליה אסורה על בסיס נטייה מינית.¹³

רישום הנישואים האזרחיים בכלל והנישואים האזרחיים של בני זוג מאותו המין בפרט מתבצע בישראל בזכות פסיקת בג"ץ. ההכרה המשפטית בנישואים אלה, על אף סייג הרישום/תוקף שיצר בג"ץ לראשונה בפרשת פונק שלזינגר ואימץ לאחר מכן בפרשת בן ארי, היא בפועל הכרה משפטית מלאה, והיא מצויה בסכנה ממשית אם הרפורמה המשפטית תעבור. בהיעדר חקיקה ראשית המעגנת את הזכות לנישואים בכלל ונישואים אזרחיים בפרט, פסיקות בג"ץ בנוגע לנישואים אזרחיים (של הטרוסקסואלים ושל להט"בים) גם יחד) עלולות להתבטל עם החלפת השופטים ו/או בשופטים ו/או שמרנים, ובהינתן שמדובר בממשלה לאומנית, דתית ולהט"בופובית, מדובר בתסריט שעלול להתממש. משמעות תסריט של ביטול הלכות פונק שלזינגר ובן ארי היא מיזוג של שתי מטרות: חיזוק האלמנט הפונדמנטליסטי-יהודי בקשר ההדוק שבין דת למדינה (שהרחבת סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים המוצעת היא חלק ממנו) והסגה לאחר של זכויות להט"בים, ובהן הזכות להקים משפחה ולחיי משפחה.

ב. ההכרה בהורות להט"בית

הרפורמה המשפטית המוצעת מסכנת את ההכרה בהורות הלהט"בית. הורות זו הוכרה (באופן חלקי) לאחר שנים של מאבקים משפטיים, למרות התנגדות המדינה, בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה (שהם בתי משפט בדרגת בית משפט שלום), ולבסוף זכתה להכרה חלקית בפסיקות של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים. כמה היבטים של הזכות להורות ללהט"בים, כמו אימוץ ילדים ופונדקאות, הוכרו על ידי בג"ץ.¹⁴

הפוליטיזציה המוצעת של מינוי שופטים, הביטול דה פקטו של הביקורת השיפוטית והחלשת הרשות השופטת מסכנים באופן ממשי ביותר את ההכרה המשפטית הקיימת בהורות להט"בית, חלקית ככל שתהיה. סכנה זו מוחשית במיוחד לאור סדר היום הלהט"בופובי במוצהר של חברות הקואליציה, ובפרט מפלגת הציונות הדתית על פלגיה השונים שחרתו על דגלם באופן מוצהר מאבק בהכרה במשפחות שלא עונות על דגם המשפחה המסורתית, והמפלגות החרדיות.

ביטוי לשינויים מסוג זה קיים בסעיפים 25 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת נעם ו-95 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית, לפיהם בטפסים רשמיים ייעשה רישום הורות תחת הכותרת אבא ואימא (ולא תחת כותרת הורה 1 והורה 2 המאפשרת הכרה במגוון המשפחתי הלהט"בי).

(1) הורות של זוגות נשים

המקור המשפטי להורות של שתי אמהות אינו זהה לשתי האמהות: האם היולדת היא אמה של הילד מכוח הלידה (דין יולדת). האם שלא ילדה (שיכולה להיות האם הגנטית, אם העובר נוצר מהביצית שלה, ויכולה להיות אם לא גנטית), מוכרת מכוח צו הורות פסיקתי, מוסד שהוכר על ידי בית המשפט

13 בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006).
14 לסקירה מלאה ומפורטת של ההכרה המשפטית בהורות להט"בית ראו צבי טריגר "הורות בסיכון כפול: איומים מחוץ ומבית על ההורות הלהט"בית" **מעשי משפט** יד 13 (2023).

לענייני משפחה, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, רק בשנת 2015.¹⁵ גם להכרה זו יש סייגים, שכן היועצת המשפטית לממשלה מתנגדת למתן צו הורות פסיקתי כאשר אחת האמהות אינה אזרחית ישראל.

אין כל עיגון של ההורות המשפטית של האם הלא-יולדת בחקיקה. פוליטיזציה של מינוי השופטים, כפי שמוצע ברפורמה, בצירוף המדיניות הלהט"בופובית המוצהרת של הממשלה ושל הקואליציה הנוכחיות, מעמידות בסכנה מוחשית את ההכרה המשפטית בהורות של האם הלא-יולדת.

(2) הורות של זוגות גברים

1. **פונדקאות בחו"ל:** האב הגנטי מוכר כאביו המשפטי של הילד מכוח הורותו הטבעית, לאחר ביצוע בדיקת רקמות.¹⁶ זוהי אבהות משפטית אוטומטית מכוח הולדה. האב הלא גנטי נזקק לצו הורות פסיקתי כדי שהורותו המשפטית תוכר ותירשם. צו הורות פסיקתי לזוגות של גברים ניתן מאז 2014. בדומה לשבריריות ההכרה בהורות של האם הלא גנטית, שתוארה לעיל, גם מוסד זה נסמך במלואו על פסיקה בלבד, ולכן הוא מצוי בסכנה ממשית של ביטול, אם יוחלפו השופטים במינויים פוליטיים המתיישרים עם עמדותיה הלהט"בופוביות של הקואליציה.

2. **פונדקאות בארץ:** חוק הסכמים לנשיאת עוברים לא תוקן כדי לאפשר פונדקאות לזוגות של גברים, והוא עדיין מגדיר את זוג ההורים המיועדים כאיש ואישה שהם בני זוג. בעקבות הודעת שר הבריאות הקודם, ניצן הורוביץ, שאין היתכנות פוליטית לתיקון החוק, ובעקבות פסיקת בג"ץ שהנוסח מפלה ושעל הכנסת לפעול לתיקון הגדרת ההורים המיועדים, הורה משרד הבריאות על יישום שוויוני של החוק, כלומר על פתיחת מוסד הפונדקאות בישראל גם להורים מיועדים שהם זוג גברים.¹⁷

על אף שבג"ץ קבע שההסדר שהדיר בני זוג מאותו מין (וגברים יחידניים) הוא פסול ומפלה, הרי בהיעדר עיגון חוקי לפונדקאות של זוגות גברים בישראל, יישום פסיקה זו עלול להיות פגיע לתחלופת השרים במשרד הבריאות ולעמדתם בנושא. כמו כן, זוהי דוגמה להשוואת זכויות שנעשתה באמצעות ביקורת שיפוטית על חקיקה, שהכנסת תוכל לפי הרפורמה להתגבר עליה ברוב של 61 חברי הכנסת: כך הקואליציה תוכל להביא לביטול פסק הדין ולהחזרת ההפליה בתחום זה.

15 משרד המשפטים "היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד למתן צו הורות פסיקתי על מנת להכיר בבת זוגה של אם ביולוגית כאם נוספת" (הודעת דוברות 8.2.2015). מ-2005 ועד 2015 הכרה בהורות המשפטית של האם הלא יולדת נעשתה בהליך אימוץ מכוח ע"א 10280/01 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005).

16 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 1.4.2015).

17 בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (נבו 11.7.2021). בתחילת יולי 2022 פורסם שהחל תהליך הפונדקאות הראשון לאחר הודעת משרד הבריאות. ראו אדיר ינקו "החל הליך הפונדקאות הראשון לזוג גברים בישראל: 'רשימת ההמתנה ארוכה'" Ynet (3.7.2022).

(3) הורות של טרנסים.ות

רישום של הורים טרנסים באופן המכבד את זהות המגדר שלהם עוגן בפסיקת בג"ץ, אולם המאבקים המשפטיים בסוגיה זו טרם הושלמו. הישג זה, חלקי ככל שיהיה, עלול להיות בסכנה אם הרפורמה תעבור.

(4) הורות של בן זוג שהיה נשוי לבן זוג מהמין הנגדי ויצא מהארון

בסכסוכי גירושים בין בני זוג שהתחתנו כדת משה וישראל, על רקע יציאתו מהארון של אחד מבני הזוג, עולה לא אחת הטענה של היעדר מסוגלות הורית או מסוגלות הורית פגומה של ההורה שיצא מהארון, כנימוק בעד שלילת המשמורת על הילדים המשותפים או הגבלתה (למשל איסור להפגיש את הילדים עם בן.ת הזוג החדש.ה של ההורה שיצא.ה מהארון). טענות כאלו זוכות לעיתים לאזון קשבת בבית הדין הרבני.¹⁸

סוגיית משמורת הילדים היא סוגיה אזרחית ולא דתית. לפיכך, כאשר בית הדין הרבני פוסק לפי דין תורה מפלה, שמורה לצד הנפגע הזכות לעתור לבג"ץ (מכוח סעיף 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה) בבקשה לפסול את פסיקת בית הדין הרבני מחמת חריגה מסמכות.¹⁹ ואכן, בכמה מקרים בג"ץ פסל פסיקה מפלה של בית הדין הרבני נגד הורים להט"בים.ות בהקשר של שאלת האחריות ההורית, אך ורק משום נטייתם המינית.

החלפת הרכב השופטים.ות בבג"ץ בכזה שעמדותיו תואמות את עמדותיה הלהט"בופוביות של הקואליציה עלולה לפגוע הן בזכויותיהם של הורים שנישאו לבן.ת המין הנגדי ויצאו כעבור שנים מהארון, והן בטובתם של ילדיהם.²⁰ כמו כן, הרחבת סמכויות השיפוט של בתי הדין הדתיים עלולה גם היא להרע את מצבם של הורים אלו ושל ילדיהם.²¹

ג. זכויות הילדים.ות במשפחות להט"ביות

הצד האחר של פגיעה בזכות להורות הוא פגיעה בזכויותיהם.ן של ילדים.ות להורים להט"בים. סעיף 2(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד מ-1989 קובע כי המדינות החברות ינקטו בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד.ה מוגן.ת מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמד, פעילויותיהם, השקפותיהם או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים או בני משפחתו. שלילת זכויותיהם.ן של הורים להט"בים.ות מהווה ענישה של ילדיהם בשל מעמד של הוריהם. בין זכויות הילדים של הורים להט"בים.ות שעלולות להיפגע כתוצאה מההפיכה המשטרית:

- 18 בבג"ץ 293/00 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(3) 318 (2001) נפסל מחמת חריגה מסמכות צו שנתן בית הדין הרבני לבקשת גבר, שאסר על גרושתו להפגיש את ילדיהם המשותפים שלהם עם בת זוגה החדשה. בית הדין הרבני נתן את הצו "בנימוק כי מערכת היחסים היא בלתי מוסרית ופוגעת בנפשן ובחינוכן של הבנות".
- 19 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 29: בתי הדין הרבניים בעקבות השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 15.3.2023).
- 20 שם.
- 21 לביקורת על הצעת החוק להרחבת סמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים, ראו את מכתב ארגוני הנשים לשר המשפטים מיום 8.1.2023, <https://bit.ly/3ofBC2D>.

1. היעדר רישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה לכל דבר.
2. היעדר הכרה משפטית בהורות של אחד ההורים הופכת את הילדים ואת הוריהם לזרים משפטיים, ולכן את הקשר ביניהם לקשר פגיע ונתון לפלישה מתמדת של המדינה. מי שאינו הורה משפטי של ילדה לא יכול לגדל את ילדתו, להחליט בנוגע לאופן חינוכה, לאשר או לא לאשר מתן טיפול רפואי וכ'.

22.

ד. הפלית טרנסג'נדרים.

הסדרים מהותיים הנוגעים לחייהם של א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית טרם זכו להסדרה חוקית בישראל וזאת למעט הכללת האזכור על איסור הפליה מטעמי זהות מגדר בחוק זכויות התלמיד. במהלך השנים ערכאות שונות הכירו והגנו על זכויות טרנס. בבג"ץ אוזכרה לראשונה זכותם של א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית לשוויון.²³ כן הגן בג"ץ על זכותם של א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית לאוטונומיה על גופם וזהותם, בין היתר, במהלך הדיונים על הסרת דרישות לעיקור וסירוס כתנאי להכרה משפטית;²⁴ בהכרה בזהות המגדר של הורים על הקשת הטרנסג'נדרית;²⁵ בהכרה בזהות המגדר וצוואתה האחרונה של מאי פלג; ובשמירה על כבוד האדם של אסירים ואסירות על הקשת הטרנסג'נדרית.²⁶ במצב דברים זה ברי כי צמצום הביקורת השיפוטית, פגיעה בעצמאות השופטים וצמצום האפשרי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ישליכו ישירות על יכולתם של א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית להתגונן מפני ההדרה וההפליה הרחבה שאלה הם חשופים על ידי גורמים ממסדיים ופרטיים כאחד.

יתר על כן, בתי הדין לעבודה קראו את האיסור להפלות על רקע זהות מגדר לתוך האיסור להפלות מחמת מין,²⁷ וכן הגנו על הגישה לשירותי בריאות להתאמה מגדרית,²⁸ והכירו כי מעבר הליכים אלו מחייב חופשת מחלה.²⁹ הגם שלדעתנו פסיקות אלו מתחייבת מלשון החוק, הרי שהעברת הרפורמה מעלה חשש לפגיעה בהסדרים אלו ביחס לאוכלוסייה הסובלת מהפליה שיטתית ורחבה בשוק העבודה ובמערכת הבריאות, אם ימונו שופטים ושמרנים שיחליטו לבטל את הפסיקה של קודמיהם. בתי המשפט הגנו על א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית בשלל הקשרים נוספים בין היתר: מפני לשון הרע, הפליה בביטוח,³⁰ מפני התעמרות שוטרים,³¹ הם גם הכירו בזכותם לנגישות למרחבים ציבוריים מופרדים מגדרית,³² ועוד. ברי כי במצב הדברים שבו תחומי מרכזיים בחייהם של א.נשים על הקשת הטרנסג'נדרית הוסדרו בפסיקה, וכי ההגנה על כבודם ושלמות גופם נעשית תכופות על ידי בית המשפט, לפגיעה

22	ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.
23	ע"פ 5833/12 פלוני(ת) נ' מדינת ישראל (נבו 12.9.2013) (פס' 5 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).
24	בג"ץ 6035/14 שקד נ' שר הפנים (נבו 27.12.2015).
25	בג"ץ 3148/18 פלוני נ' שר הפנים (נבו 5.5.2021).
26	ראו למשל ע"פ 6819/14 פלונית נ' מדינת ישראל (נבו 1.2.2015); בג"ץ 5480/17 ביליה נ' שירות בתי הסוהר (נבו 3.7.2018).
27	ע"ע (ארצי) 23372-06-14 משל נ' המרכז לטכנולוגיה חינוכית (נבו 2.6.2015).
28	חב"ר (אזורי חי') 59470-07-19 פלונית נ' משרד הבריאות (נבו 2.9.2020).
29	סע"ש (אזורי ת"א) 33911-12-18 פלינט נ' גן חמד בע"מ (נבו 9.9.2021).
30	תא"מ (שלום ת"א) 19482-08-19 אלמוני נ' איילון חברה לביטוח בע"מ (נבו 9.5.2021).
31	ת"פ (שלום ת"א) 59301-12-16 מח"ש נ' אביסדרים (נבו 28.11.2017).
32	ת"צ (מחוזי ת"א) 1967-10-14 כהן נ' ארומה ישראל בע"מ (נבו 15.6.2020).

בבעצמאות בתי המשפט והביקורת השיפוטית צפויה להיות השפעה חמורה כלפי אנשים על הקשת הטרגית.

סכנה זו הופכת לממשית יותר במבט משווה. חקיקה אשר אוסרת על הכרה משפטית בזהות המגדר של א.נשים על הקשת הטרגנסית עברה בהונגריה כחלק מתקנות שעת החירום שהתקין ממשל אורבן ואושרה לאחרונה בפסיקה בעייתית על ידי בית המשפט העליון שנשלט כבר בידי הממשלה.³³ כמו כן, גורמים שמרניים בארה"ב העבירו בשנים האחרונות שורה של חוקים המגבילים את זכויותיהם של א.נשים על הקשת הטרגנסית, ובפרט קטינים במערכת החינוך, הבריאות ובכניסה למקומות ציבוריים. מקצת מחוקים אלו שהגיעו לפתחם של בתי המשפט הפדרליים נבלמו באמצעות ביקורת שיפוטית.³⁴ ישנו חשש ממשי כי בהיעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית חוקים אלו ייובאו לישראל.

ה. הפלית תלמידים.ות במערכת החינוך

ההסכמים הקואליציוניים כוללים התחייבות לפעול למען ניקוי מערכת החינוך מעיסוק בנושאים להט"בים.ות, לרבות חינוך לסובלנות ולקבלה, בבתי הספר. פרט לפגם החינוכי שבביטול החינוך לסובלנות, הדבר עלול לעודד וללבות הפליה של ילדים.ות להט"בים.ות, וילדים.ות להורים להט"בים.ות. כמו כן, לא יהיה מענה טיפולי לילדים שסובלים מבריונות על רקע נטייתם המינית, זהותם המגדרית או נטייתם המינית של הוריהם.ן. ייתכן עידוד לפנייה לטיפול המרה.

לאחרונה נוכחנו בניסיונות לסלק תלמיד טרנס מבית ספר יסודי אשר נבלמו רק בהתערבות בית המשפט.³⁵ צמצום האפשרות לביקורת שיפוטית מנהלית והחלפת השופטים.ות בשופטים.ות שמרנים המחויבים לקואליציה שמינתה אותם, עלולים להותיר תלמידים.ות והורים בלא כל אפשרות לקבל סעד לנוכח ההפליה והפגיעה הצפונית.

ו. הפליה בעבודה

להט"בים.ות פגיעים במיוחד להפליה במקומות עבודה, ובלא הגנה חוקית והגנה של בתי הדין לעבודה (אם ימונו שופטים.ות שעמדותיהם.ן להט"בופוביות כעמדות חברות הקואליציה), הם ייוותרו בלא כל מענה אם ייתקלו בהפליה על רקע אמונה דתית או להט"בופוביה.

כך למשל, בית הדין הארצי לעבודה פסק שאיסור על הפליה מחמת מין הוא איסור גם על הפליה מחמת זהות מגדר.³⁶

Eszter Polgári & Tamás Dombos, *Ignorance and Evil: The Hungarian Constitutional Court on Legal Gender Recognition for Trans People*, VERFASSUNGSBLOG (February 21, 2023), <https://verfassungsblog.de/ignorance-and-evil>

Grimm v. Gloucester Cnty. Sch. Bd., 972 F.3d 586 (4th Cir. 2020); Brandt v. Rutledge, 34
2022 WL 16957734 (8th Cir. Nov. 16, 2022)

35 עת"מ (מנהלי ת"א) 58590-01-23 (קטיין) נ' עיריית גבעת שמואל (נבו 27.2.2023).

36 עניין משל, לעיל ה"ש 27.

ז. הפליה בקבלת שירותי בריאות

זכותם של להט"בים לבריאות מצויה בסכנה, הן לעניין טיב השירות והן לעניין כיוון בסל התרופות וביטוחים פרטיים (למשל חיסוני אבעבועות הקוף, תרופות ל-HIV, טיפולי התאמה מגדרית לטרנסים, טיפולי פוריות לזוגות נשים או לנשים יחידניות, פונדקאות לזוגות גברים ועוד). קידום התיקון להצעת חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים כולל, כפי שהתבטאו כמה פוליטיקאים, גם את האפשרות לסרב לתת טיפול רפואי על בסיס אמונה דתית. אם תיקון זה יעבור, ובהיעדר ביקורת שיפוטית עליו, תיפגע משמעותית הזכות לבריאות של להט"בים, ואולי גם של ילדיהם. (למשל אם רופא תלמיד יסרב לטפל בילדים של זוג גברים או זוג נשים). גם במצב כזה, אם יתקבלו השינויים המוצעים, יהיה קשה יותר לנפגעים לקבל סעד, שכן אם הרכב בתי המשפט יהיה כזה שנקבע בידי הקואליציה הנוכחית, הם גם לא יהיו מעוניינים ככל הנראה לקבל טענות הפליה מסוג זה.³⁷

ח. הפליה במסחר ובקבלת שירותים

בהסכמים הקואליציוניים בין הליכוד לבין הציונות הדתית, ש"ס ויהדות התורה נקבע כי יתוקן חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, כך שימנע פגיעה בבית עסק פרטי שנמנע מאספקת שירות או מוצר בשל אמונה דתית, ובתנאי שמדובר בשירות או מוצר שאינו ייחודי ושניתן להשיג חלופה דומה בקרבה גיאוגרפית במחיר דומה.³⁸ החוק המוצע, שנוסחו כבר הוגש לכנסת,³⁹ יתיר לבתי עסק שלא לשרת להט"בים. בשל אמונה דתית, למשל סירוב להשכיר חדר במלון לזוג להט"בי, סירוב לספק שירות ועוד. יתרה מזו, מלשון ההסכם ומלשון הצעת החוק עולה שבעל העסק רשאי לסרב למכור מוצר או לתת שירות גם על בסיס ההעדפות של לקוחותיו. כלומר, ההסדר יאפשר לכל בעל עסק לכפות בעסקו הפליה נגד להט"בים. הן כלקוחות והן כעובדים, על מנת למשוך לקוחות שאינם מעוניינים לקבל שירות מלהט"בים. וזו או בנוכחותם. תיקונים מוצעים אלו עשויים להוביל להיפוכן של פסיקות הערכאות השונות בפרשות

37 דוגמה להפליה נגד נשים לסביות בנגישות להפריה חוץ-גופית, שבוטלה בזכות ביקורת שיפוטית: עד שנת 1996 הליכי הפריה חוץ-גופית הפלו בין נשים נשואות לנשים רווקות. התקנות קבעו שתנאי להשתלט ביציאת מופרית ברחמה של אישה רווקה הוא קבלת חוות דעת מעובדת סוציאלית. ראו תק' 8(ב)(1) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז–1987, ק"ת 978. הסדר דומה נקבע לגבי אלמנה (תק' 8(ב)(2)). כלל 19(ב) לכללים בדבר ניהולו של בנק זרע וההנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית קבע שנשים יחידניות או בזוגיות לסבית יקבלו תרומת זרע בכפוף להערכה פסיכיאטרית. כלל זה לא חל על נשים בזוגיות הטרוסקסואלית. ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007), כלל 19(ב). ראו גם רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג' 351, 357 (2007). הכלל הוכרז על ידי בג"ץ כבטל, בהסכמת משרד הבריאות. ראו בג"ץ 2078/96 **ויץ נ' שר הבריאות** (נבו 11.2.1997).

38 ס' 91 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022); ס' 97 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית (28.12.2022); ס' 108 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת יהדות התורה (28.12.2022).

39 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון – פגיעה באמונה דתית), התשפ"ג–2022 (פ/222/25, יח בכסלו התשפג, 12.12.2022).

דוגמת **יד השמונה** (סירוב להשכיר אולם לזוג להט"בי)⁴⁰ או **צבעי הקשת** (סירוב להדפיס כרזות בעלות תוכן להט"בי)⁴¹ ולהצדיק הפליה על יסוד נטייה מינית.

רוחו של שינוי החקיקה הצפוי כבר מנשבת, כך נראה, בשטח. לאחרונה דווח על כמה מקרים שבהם בעלי דירות סירבו להשכיר ללהט"בים. וכן בנימוק שהדבר נוגד את אמונתם הדתית.⁴²

ט. פגיעה בזכויות במרחב הציבורי

במדינות שבהן התקיימה הפיכה משטרית ברוח זו המוצעת כעת בישראל, כמו פולין והונגריה, וכן במדינות אוטוריטריות אחרות דוגמת רוסיה, נפגעו אנושות זכויות רבות של הקהילה הגאה במרחב הציבורי, כמו חופש הביטוי, חופש התנועה והזכות להפגין. להט"בים. וכן או מי שנחשבים כלהט"בים. וכן סובלים מהטרדות מצד אזרחים אחרים ומהתנכלויות מהמשטרה. להלן כמה דוגמאות לפגיעות מסוג זה במדינות, שבהן הושלם תהליך דומה של הפיכה משטרית:

1. ביטול מצעדי הגאווה;
2. **בפולין** הוכרזו ערים ללא להט"בים. וכן, שבהן לא מתקיימים מצעדי גאווה ולא מוצגים במרחב הציבורי סמלים של הקהילה הגאה, כמו דגל הגאווה.⁴³ מתקיימים הטרדות מצד אזרחים ומעצרים על ידי המשטרה של מי שמניפים את דגל הגאווה או נחשבים כלהט"בים. וכן (זוג גברים או נשים שאוחזים ידיים ברחוב, טרנסג'נדרים. וכן וכדומה), אף שאין לעת עתה חקיקה האוסרת יחסים להט"בים.
3. **בהונגריה**: ביטול ההכרה המשפטית בטרנסג'נדרים. וכן, איסור על הפצת "תעמולה להט"בית", איסור על חשיפת קטינים. וכן לחומרים על סובלנות ללהט"בים, תיקון החוקה כך שייאסר אימוץ ילדים על ידי זוגות להט"בים, ועוד.
4. **ברוסיה** עברה בשנת 2013 חקיקה האוסרת על "תעמולה להט"בית",⁴⁴ ועוד.

בפולין, בהונגריה וברוסיה התנכלות השלטונות ללהט"בים. וכן השפיעה באופן שלילי גם על עמדות הציבור בנוגע לזכויות להט"בים. וכן והסיגה לא רק את זכויותיהם. הפורמליות של להט"בים. וכן שנות דור לאחר, אלא גם את הקבלה החברתית שלהם. מחקרים רבים מצביעים על קשר הדוק בין יחס השלטונות ללהט"בים. וכן ומעמדם. החוקי, לבין הקבלה החברתית שלהם.⁴⁵ **בישראל**, דוח מצב הלהט"ב בפוביה בישראל של האגודה למען הלהט"ב בישראל שהתפרסם לאחרונה מצביע על עלייה

40 ע"א (מחוזי י-ם) 5116-11-12 **בית הארחה וגן אירועים יד השמונה נ' יעקוביץ'** (נבו 17.6.2014).

41 ת"א (שלום ב"ש) 56315-02-17 **אגודה לשמירת זכויות הפרט נ' צבע הקשת – מעבדה ללוחות אופסט ושקפים בע"מ** (נבו 20.4.2020).

42 איתי גל-און "זה נגד התורה, לא מתאים: בעלי דירות סירבו להשכיר לזוגות חד-מיניים" N-12 <https://bit.ly/3IiJaIE> (13.3.2023).

43 Peter Foster, *Polish Ruling Party Whips Up LGBTQ Hatred Ahead of Elections Amid "Gay-free" Zones and Pride March Attacks*, THE TELEGRAPH (August 9, 2019).

44 החקיקה נפסלה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, אולם רוסיה הודיעה שלא תציית לפסק הדין. Sewell Chan, *Russia's 'Gay Propaganda' Laws are Illegal, European Court Rules*, THE NEW YORK TIMES (June 20, 2017).

45 ANDREW R. FLORES, *SOCIAL ACCEPTANCE OF LGBT PEOPLE IN 174 COUNTRIES: 1981 TO 2017* (2019).

משמעותית בדיווחים על פגיעות בלהט"בים במהלך 2022, לרבות הפליה בשירותים ואליומות, כך שרוחה של הקואליציה הנוכחית ושל תיקוני החקיקה המוצעים כבר באה לידי ביטוי בשטח.⁴⁶ החלפת השופטים וות' בנבחרי הקואליציה, כפי שמבקשת הרפורמה הישראלית לעשות, תקשה על האפשרות של להט"בים לקבל סעד כלשהו אם זכויותיהם ייפגעו אף בלא תיקוני חקיקה. תיקוני חקיקה אנטי להט"בים יהיו משוריינים בפועל מפני ביקורת שיפוטית (ההיבט המרכזי הנוסף של ההפיכה המשטרית).

י. סיכום

ההפיכה המשטרית מיועדת, בין היתר, לאפשר לממשלה הנוכחית להסיג לאחור את ישראל בכל הנוגע לזכויות להט"בים ונשים. זוהי מטרה מוצהרת של חלק מהסיעות החברות בקואליציה. השוויון המגדרי (החלקי, יש לציין) וכן זכויות הקהילה הלהט"בית שעוגנו בפסיקה ובחקיקה, נתפסות על ידי הקואליציה הנוכחית כסממנים מערביים הזרים ליהדות. התנערות מסממנים אלו לא אפשרית כיום, שכן החקיקה הקיימת ובתי המשפט מגנים על שוויון מגדרי ושוויון על בסיס נטייה מינית. צמצום האפשרות לביקורת שיפוטית וכן מינוי שופטים וות' שמרנים אנטי להט"בים וות' לכל ערכאות השיפוט בישראל יאפשרו פגיעה קשה ומקיפה בזכויותיהם.ן של להט"בים וות' ושל בני משפחותיהם.ן.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' צביקה טריגר, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר רננה קידר, האוניברסיטה העברית

ד"ר עדו קטרי, אוניברסיטת תל אביב

46 האגודה למען הלהט"ב בישראל והמכון הישראלי לחקר הלהט"ב, "דוח מצב הלהט"ב בפוביה בישראל" www.lgbt.org.il/lgbt-phobia (2023).

השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק

הופץ במקור ביום 2.3.2023 כנייר עמדה מס' 21

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 בוחנים את השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק.**

אנו מוצאים כי:

- חקיקה פלילית, גם זו שהתקבלה לפי הפרוצדורות הדרושות לחקיקה, עשויה לפגוע בזכויות באופן בלתי חוקתי הן בהיבטים הקשורים למשפט הפלילי הדיוני, והן למשפט הפלילי המהותי.
- ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית היא היבט מרכזי של איזונים ובלמים במשטר הדמוקרטי.
- עד היום הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתיים על שלושה דברי חקיקה הקשורים במשפט הפלילי, בהקשרים פרוצדורליים ועונשיים: שניים הקשורים לביקורת שיפוטית בהליכי מעצר, ואחד הנוגע להפרטת בתי הסוהר. איסורים מהותיים בדיון הפלילי לא נפסלו עד היום.
- אם יאושרו השינויים המשפטיים לפי תוכנית הקואליציה, יהיו לכך השלכות מרחיקות לכת על מידת ההגנה על זכויות יסוד של הפרט אל מול כוחה של המדינה בהפעלת המשפט הפלילי, משום שתצטמצם מאוד – עד לכדי ביטול – האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית. היעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה עלול לפגוע גם בזכויותיהם של נפגעות ונפגעי עבירה, אם יחוקקו חוקים השוללים את זכויותיהם, כאשר עד היום שימש חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כבסיס לפרשנות משפטית אשר הטיבה עם נפגעי עבירות, ביניהם החלשים ביותר בחברה, דוגמת ילדים.
- המשמעות תהיה שרוב פוליטי מזדמן יוכל לעשות שימוש לרעה בכלים של המשפט הפלילי ולהוביל לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט. זאת, הן בדרך של קביעת עבירות חדשות או החמרתן, באופן שעשוי לפגוע במיוחד בנשים ובאוכלוסיות חלשות, והן בדרך של יצירת חוקים חדשים (או תיקונים של קיימים) שעשויים לאפשר הפעלת כוחות שיטור ואכיפה פוגעניים, כגון הסמכה לשימוש ברוגלות ובאמצעי מעקב ללא צו שיפוטי, או ענישה דרקונית, ללא כל מגבלה.
- בדמוקרטיה פופוליסטית נעשה שימוש לרעה במשפט הפלילי. למשל בהטלת מגבלות על ארגוני החברה האזרחית ובהגבלת חופש הביטוי וביצירת תשתית המעודדת שחיתות.

- ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית כמו גם היעדר עיגון מפורש של הזכות לשוויון עשויים בסבירות גבוהה לחשוף אוכלוסיות חלשות – אסירים, חשודים, נפגעי עבירה ואחרים – לפגיעות קשות ללא כל ריסון.
- למקצועיות שיפוטית משקל משמעותי וחשוב בהקשר של המשפט הפלילי. רבות מן ההגנות הפליליות פותחו בפסיקת בתי המשפט.

נימוקי נייר העמדה

המשפט הפלילי הוא משפט זכויות האדם. זכויותיהם הבסיסיות של בני אדם מונחות על הכף מ"שני צידי המתרס" של ההליך הפלילי: בין כחשודים בביצוע עבירות, כנאשמים או כאסירים; ובין כקורבנות הפשע או הנפגעים הפוטנציאליים של הפשיעה, שעליהם מיועד המשפט הפלילי להגן. מכיוון שההפיכה המשטרית המתוכננת תשפיע על מערכת המשפט הפלילי – היא תשליך באופן מידי על זכויות האדם בישראל. מטרתו של נייר זה היא להנהיר ולהדגים השלכות חמורות אלה.

א. ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית, וחקיקה הפוגעת בזכויות אדם

הכוח שהמדינה מפעילה על אזרחיה בתחום המשפט הפלילי הוא כנראה המובהק ביותר מבין כלל ענפי המשפט. במסגרת המשפט הפלילי המדינה מפעילה אמצעי חקירה, כופה על בני אדם מעצר, מאשימה ושופטת אותם, מענישה וכולאת אותם מאחורי סורג ובריח. הפגיעות עלולות להיות חמורות ביותר, לגעת במגוון רחב מאוד של זכויות, ובשלבם שונים של ההליך: הזכויות לחירות, לקניין ולשם טוב נפגעות תדיר בשלב הענישה הפלילית, והן – כמו גם זכויות אחרות כגון הזכות לפרטיות, לחופש עיסוק ולכבוד – נפגעות גם מוקדם יותר בשלבי החקירה והמשפט. מלבד הפגיעה בזכויות הנגרמת מחקירת עבירות, מהעמדה לדין ומענישת המורשעים, גם האיסורים הפליליים כשלעצמם מגבילים את חירות הפרט. באופן בסיסי, איסורים אלה מגבילים את הפרט מלבצע התנהגויות מסוימות שהמדינה היא בעלת הכוח להגדירן, מצמידים להן את תג המחיר של הענישה הפלילית, ואף מכפיפים את הפרט לגינוי והביוש שבביצוע מעשה המוגדר כפלילי. בד בבד, באמצעות המשפט הפלילי המדינה מתייצבת להגנתם של נפגעי העברות הפליליות, חירותם וזכויותיהם, שאלמלא המדינה היו מופקרים לגורלם או נאלצים לנהל הליכים משפטיים יקרים ומכבידים מבחינות רבות. עצם האיסור הפלילי מטרתו להגן על זכויות אדם בסיסיות מפני פגיעה אפשרית, בין אם פגיעה בחיים, בגוף, בקניין, בכבוד ועוד. בל נשכח, גם זכויות האדם של נפגעי העבירות עלולה להיפגע בהליך הפלילי, וגם מפני פגיעה זו על החוק להגן עליהם. לפיכך, כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת סילגדו, "המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט".¹

ההגנה על זכויות הפרט בהליכים פליליים חשובה במיוחד לא רק בשל עוצמת הפגיעה בזכויות הכרוכה בהפעלת המשפט הפלילי, ופערי הכוחות האדירים שבין המדינה לפרט, אלא אף בשל האקלים הפוליטי-חברתי, ההופך אותן לנתונות לפגיעה מתמדת.² דהיינו, לקבוצה חזקה פוליטית תמיד יהיה קל

1 ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002).

2 יואב ספיר "שיח הזכויות, פופוליזם והתגובה לפשיעה בחברה הערבית: על הצורך בהגנה חוקתית משודרגת על זכויות בהליך הפלילי" משפטים על אתר (2023); מרים גור-אריה "השפעתה של פניקה

לפגוע בזכויות היסוד של קבוצות חלשות יותר. ראשית, פעמים רבות ההגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים נתפסת כ"הפרעה" לרשויות אכיפת החוק ובמלחמתן בפשיעה. מכאן קצרה הדרך לקשור בין הגנה על זכויותיהם של חשודים ונאשמים לבין פגיעה בביטחון הציבור. שנית, הרוב הגדול של נתיניה של מערכת המשפט הפלילי באים מהשכבות החלשות ביותר בחברה: עניים, מיעוטים, אנשים עם מוגבלויות גוף ונפש, מכורים לסמים ולא לכוהול, מהגרים, חסרי דיור ועוד.³ קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות ייטו לפגוע בזכויותיהם של חשודים ונאשמים בשל תפיסתם של החשודים והנאשמים כ"אחרים" ובשל הקושי של קובעי המדיניות ומקבלי ההחלטות להעמיד עצמם מאחורי מסך הבערות ולנתק את עצמם ממאפייניהם האישיים וממצבם החברתי בטרם יגבשו עמדה בקשר לזכויות אלה. שלישית, קיים פער בין הדימוי של ההליך הפלילי לבין הדרך שבה הוא מתנהל במציאות. התפיסה הרווחת היא שהמשפט הפלילי שוויוני, הגון ומוטה לטובת חשודים ונאשמים יותר מכפי שהוא במציאות.⁴

במשפט הישראלי מראשיתו – בדומה לנעשה במשטרים דמוקרטיים בעולם – הוכרו כמה עקרונות יסוד שעניינם שמירה על זכויות הפרט אל מול המדינה במסגרת המשפט הפלילי. כך למשל, הוכרו בדיני העונשין "עקרון האשמה", "עקרון החוקיות" (הכולל גם את האיסור על ענישה רטרואקטיבית, את הדרישה לפומביות החוק ואת האיסור על חקיקה פלילית עמומה), עקרון המידתיות בענישה, והעיקרון ש"אין עונשין על דברים שבלב".⁵ בהקשר של ההליך הפלילי הוכרה שורה של הגנות פרוצדוראליות ובראשן הזכות להליך הגון, כנגזרת של כבוד האדם.⁶ החל משנות ה-90, עם חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, זכו זכויות היסוד של הפרט הנוגעות להפעלת המשפט הפלילי למעמד חוקתי. תהליך זה ידוע בכינויו "הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי" בישראל.⁷ ההגנה החוקתית שחוקי יסוד אלה העניקו לזכויות האדם אינה ייחודית למשפט הפלילי; ואולם, כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת גנימאת, "אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי".⁸ יתרה מזאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק בשנת 1992 מתייחס באופן מפורש למשפט הפלילי כאשר הוא מעגן זכותו של אדם לחירות ממאסר וממעצר: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר,

מוסרית על ההליך הפלילי בישראל: השלכות ואתגרים" בתוך **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 361 (מסדרת **משפט, חברה ותרבות**, אלון הראל עורך (2017).

3 אסף טבקה "משפט פלילי ועוני: על אחריות חברתית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסייג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ 17571-01-18 מדינת ישראל נ' בהלקר" **המשפט ברשת – זכויות האדם: מבזקי הארות פסיקה** 19, 85 (2015).

4 יואב ספיר "הגנה ראויה של 'אנשים לא-נחמדים': הערות על מגילת הזכויות הרזה שבהצעת החוקה" **משפט וממשל** י 571 (2007).

5 ש"ז פלר **יסודות בדיני העונשין** (1984); יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** (2014).

6 ע"פ 5121/98 **ישישכרוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(1) 461 (2006).

7 יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64, 72 (1995); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" **מחקרי משפט** יג 5 (1996).

8 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995).

בהסגרה או בכל דרך אחרת".⁹ גם לזכויות נוספות המעוגנות בחוק היסוד כמו הזכות לחיים, לכבוד, לקניין, ולפרטיות, קשר ברור להפעלת המשפט הפלילי.

ברמה הבסיסית ביותר, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטיח כי המדינה לא תוכל לבצע פעולות של מאסר או מעצר שלא במסגרת חוק ספציפי המסמיך אותה לעשות כן ("עקרון החוקיות").¹⁰ ואולם עצם קיומו של חוק המסמיך את המדינה לפעול במסגרת המשפט הפלילי אינו מבטיח הגנה מלאה על זכויות היסוד של הפרט. חקיקה פלילית, גם זו שהתקבלה לפי הפרוצדורות הדרושות לחקיקה, עשויה לפגוע בזכויות באופן בלתי חוקתי הן בהיבטים הקשורים למשפט הפלילי הדיוני, והן למשפט הפלילי המהותי. כך למשל, חקיקה פלילית המסמיכה את המדינה לבצע מעצרים ללא עילה או בלי ביקורת שיפוטית מספקת, לבצע חיפוש בגופו של אדם או בטלפון שלו, עשויה לפגוע בזכויות אדם באופן שאינו מידתי (דין פלילי דיוני). אף האיסורים הפליליים שהמדינה מגדירה – רשימת ההתנהגויות שהמדינה מכריזה עליהן כעברות פליליות – וכן התנאים להטלת אחריות פלילית בגינם, כגון עקרון האשמה הדורש הוכחת מחשבה פלילית סובייקטיבית כתנאי לאחריות פלילית, עשויים לפגוע בזכות היסוד של הפרט לחירות (דין פלילי מהותי). לפיכך, ביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית היא היבט מרכזי של איזונים ובלמים במשטר הדמוקרטי.¹¹

בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתיים על שלושה דברי חקיקה הקשורים במשפט הפלילי, בהקשרים פרוצדורליים ועונשיים. בפעם הראשונה שבה פסל בית המשפט דבר חקיקה בהיותו סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היה זה כאשר הוראות חוק השיפוט הצבאי אפשרו לעצור חייל החשוד בפלילים לארבעה ימים מבלי להביאו בפני שופט.¹² במקרה אחר פסל בית המשפט העליון הוראת חוק שאפשרה להאריך מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון ללא נוכחותו בדיון.¹³ בנוסף פסל בית המשפט את החוק שאיפשר את הפרטת בתי הסוהר.¹⁴ בשני המקרים הראשונים נוצר דיאלוג חוקתי בין בית המשפט לבין המחוקק, והאחרון חזר וחוקק את הסעיפים בהתאם לפסיקה, באופן שמתיישב טוב יותר עם המקורות הנורמטיביים של המשפט הישראלי.

9 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף ס' 7 (ג) לחוק היסוד מתייחס במישרין לסמכויות הנוגעות להליך הפלילי, בקובעו כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו, ובכליו".

10 ס' 8 לחוק היסוד הקובע כי "אין פוגעים בזכויות לפי חוק זה אלא בחוק או מכוחו". עקרון החוקיות מעוגן אף בס' 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"), אולם זהו חוק "רגיל" שאינו בעל מעמד חוקתי.

11 במדינות שונות יש דגשים שונים על סוג ההגנה החוקתית. כך למשל, בדין האמריקאי מרב ההגנה החוקתית מרוכזת בדין הפלילי הפרוצדורלי, ואילו בגרמניה קיימת ביקורת שיפוטית משמעותית על חקיקה בדין הפלילי המהותי.

12 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

13 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 11.2.2010.

14 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

בתחום המשפט הפלילי המהותי, פסק בית המשפט העליון בפרשת סילגורו כי האיסורים הפליליים והוראות הדין הפלילי המהותי כפופים לביקורת חוקתית,¹⁵ משום שענישה פלילית (לרוב בדרך של מאסר) מהווה על פניה פגיעה בזכות לחירות,¹⁶ ולפיכך חוקתיותה מותנית בעמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה של חוק היסוד.¹⁷ אומנם, עד היום לא פסל בית המשפט העליון איסור פלילי כלשהו על בסיס אי-חוקתיותו, בין היתר בשל העובדה שרוב האיסורים הפליליים במדינת ישראל נחקקו לפני שנת 1992, ולפיכך חוסים תחת סעיף שימור הדינים.¹⁸ הביקורת השיפוטית על חקיקה פלילית מהותית מצויה בחיתוליה במשפט הישראלי.¹⁹ עם זאת, לעצם האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על האיסורים הפליליים חשיבות עצומה, ולו כאיום על המחוקק שלא יוכל לחוקק איסורים ככל אשר חפץ ליבו, תוך פגיעה בזכויות יסוד, וכמובן שאפשרות הביקורת חלה גם על תיקון עבירות קיימות.

אם יאשרו השינויים המשטריים שמקדמת הקואליציה, יהיו לכך השלכות מרחיקות לכת על מידת ההגנה על זכויות יסוד של הפרט אל מול כוחה של המדינה בהפעלת המשפט הפלילי, משום שתצטמצם מאוד – עד לכדי ביטול – האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית. זאת הן בשל הדרישה לפסילת חוק בהרכב מלא של בית המשפט העליון ופה אחד, או רוב מוחץ, הן בשל הקביעה כי רק הוראת חוק שסותרת בבירור הוראה ששוריינה בחוק יסוד תהא כפופה לביקורת שיפוטית, והן בשל פסקת ההתגברות המוצעת שתאפשר לחוקק מחדש כל חוק שייפסל ברוב קואליציוני של 61 חברי הכנסת, או אף לחסנו מראש מביקורת.²⁰ המשמעות תהיה שרוב פוליטי מזדמן יוכל לעשות שימוש

15 עניין סילגורו, לעיל ה"ש 1. פסק דין נוסף שבו נדונה חוקתיותו של איסור פלילי – האיסור על משחקים אסורים (הימורים והגרלות) – ידוע בכינויו "תשעת הכדורים". ראו אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה: על גבולות המשפט הפלילי וגבולות ההפלה" **משפטים** מב 243 (2012).

16 קיימת מחלוקת בין שופטים לבין מלומדים בשאלה אם יש לראות בכל חוק הקובע עבירה פלילית פגיעה מניה וביה בזכות לחירות (וכדי להכשיר את חוקתיותה של כל עבירה יש לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה), או שמא קיימים איסורים פליליים מסוימים (כגון עבירת הרצח) המהווים דווקא הגנה, ולא פגיעה, בזכויות אדם. ראו למשל אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד השיורי של חוקתיות המשפט הפלילי" **ספר אליהו מצא** 373 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015). ואולם, העמדה כי איסורים פליליים נתונים לביקורת חוקתית כלשהי, הייתה מוסכמת בישראל עד למהפכה המשפטית הנדונה כאן.

17 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

18 שם, ס' 10.

19 מרים גור-אריה "זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי" **משפטים** נ 759 (2021); עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם'" **משפטים** מט 383 (2019). יצוין כי אף במדינות אחרות, פעמים רבות היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה פלילית פרוצדורלית גדול מהיקף הביקורת על חקיקה פלילית מהותית. זאת, בין השאר לאור ההנחה כי בידי המחוקק נתונה הפרוגטיבה לבחירת הערכים המוגנים הראויים להגנה בידי המשפט הפלילי. עם זאת, דווקא השינויים המשטריים המתוכננים כעת מעוררים את הסכנה כי פרוגטיבה זו תנוצל לרעה בידי המחוקק ללא כל בקרה מצד הרשות השופטת.

20 הצעת חוק יסוד: ההתגברות (תיקוני חקיקה) פ/87/25 (ח"כ שמחה רוטמן), עברה בכנסת בקריאה טרומית ביום 22.2.2023. ההצעה קובעת כי "הוראת חוק גוברת תהיה בתוקף אם נתקבלה ברוב של חברי הכנסת" וכן כי "תוקפה של הוראת חוק גוברת יפקע בתום שנתיים מיום תחילת כהונתה של הכנסת שהחלה את כהונתה לאחר הכנסת שחוקקה את החוק הכולל את ההוראה הגוברת, אלא אם כן תבחר אותה הכנסת, בהחלטה שתתקבל ברוב חבריה, להאריך את תוקפה של ההוראה הגוברת". עוד קובעת ההצעה כי "בית המשפט העליון לא יוכל ליתן פסק דין או החלטה כאמור בסעיף קטן (ו) אלא בהרכב הכולל את כל שופטי בית המשפט העליון, ובלבד שכל שופטי ההרכב הסכימו כי החוק סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק-

לרעה בכלים של המשפט הפלילי ולהוביל לפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכויות הפרט. זאת, הן בדרך של קביעת עבירות חדשות או החמרתן, והן בדרך של יצירת חוקים חדשים (או תיקונים של קיימים) שעשויים לאפשר הפעלת כוחות שיטור ואכיפה פוגעניים, כגון הסמכה לשימוש ברוגלות ובאמצעי מעקב ללא צו שיפוטי, או ענישה דרקונית ללא כל מגבלה.

בהסכמים הקואליציוניים כבר מופיע סעיף המבקש לקבוע עונש מוות למחבלים, ובימים אלה נדונה הצעת חוק קיצונית ביותר בנושא.²¹ בכיוון אחר, על שולחן הכנסת כבר הונחה על ידי שר הדתות הצעת חוק המבקשת לקבוע עבירה פלילית שלצדה קבוע עונש של שישה חודשי מאסר על נשים שיקראו בתורה או יתעטפו בטלית בכותל המערבי, או על מי שיעשה "מעשה העלול להפריע את המתפללים בתפילתם".²²

קשה לדמיין כעת את כל השימושים העתידיים האפשריים בחקיקה פלילית אוסרנית בהיעדר ביקורת שיפוטית: מהטלת מגבלות חדשות על הפגנות (בנימוק שהן מפריעות לסדר הציבורי או מסכנות את הביטחון); דרך הרחבת האיסורים או החמרת הענישה על עברות ביטוי (דוגמת עברות ההמרדה וההסתה) כדי למנוע ביקורת על השלטון,²³ למשל בנימוק שהן מסכנות את שלום הציבור או אף חותרות תחת המשטר הדמוקרטי ועד, למשל, להחמרת הרגולציה הפלילית הקיימת או אף איסור מוחלט על הפלות.²⁴ אפשרות של חקיקה אוסרנית על הפלות מטרידה מאוד ואין להתייחס אליה כמופרכת.

לא למותר להזכיר בעניין זה את פסיקת בית המשפט העליון בארה"ב בעניין *Dobbs* שניתנה בעת האחרונה, ומבטאת נסיגה מהמחויבות החוקתית להגנה על זכותן של נשים לגופן.²⁵ פסיקה זו הייתה נראית עד לפני שנים מעטות כדמיונית. באופן דומה, גם בישראל יכולת קבלת ההחלטות של האישיה ויכולתה לבטא את הקול העצמאי שלה, עשויה להתבטל מפני ערכים שמרניים קיצוניים של הקואליציה

יסוד". להרחבה על הצעות החוק לביטול הביקורת השיפוטית בכנסת הנוכחית ראו פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 4: הצעות החוק האחרונות בדבר תיקון חוק יסוד: השפיטה – ביקורת שיפוטית והתגברות" (הופץ ביום 20.1.2023); "נייר עמדה מס' 19: עדכון לעמדותינו בדבר בחירת שופטים וביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 26.2.2023).

21 הצעת חוק העונשין (תיקון – עונש מוות למחבלים), התשפ"ג–2023 (הונחה על שולחן הכנסת לדין מוקדם 2.1.2023). לביקורת על הצעת חוק זו הכוללת כמה הוראות חריגות במיוחד אפילו ביחס למדינות שבהן קיים עונש המוות, כגון היותו של עונש המוות חובה ותחולתו רק כשהקרבת הוא אזרח ישראלי, ראו נייר עמדה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה (23.2.2023) <https://bit.ly/3WcTPuj>.

22 הצעת חוק שמירת הקדושה של הכותל המערבי ורחבתו, התשפ"ג–2022 (הונחה על שולחן הכנסת לדין מוקדם 19.12.2022).

23 קיים מתח מובנה בין הערכים המוגנים בעברות ההסתה וההמרדה, לבין חופש הביטוי. ראו איתי ווילר-באר, עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **עברות ההסתה לגזענות ולאימות: חשיבה מחדש** (2019); אסף יעקב וגליה שניבויים "חרם, משפט ומרחב ציבורי – מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם" **עיוני משפט** מב 531 (2020).

24 ראו נויה רימלט "מנגישות חלקית, שאין בה צדק, לחקיקה צודקת: לקראת פרדיגמה חדשה של הפסקות הריון בישראל" **עיוני משפט** לט 479 (2016).

25 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* No. 19-1392, 597 U.S. (2022); Heather Hlavka, Review: *Framing the Rape Victim: Gender and Agency Reconsidered* by Carine M. Mardorossian 29 GENDER AND SOCIETY 597 (2015).

הפוליטית,²⁶ תוך פגיעה באוכלוסיות הנשים החלשות ביותר בחברה.²⁷ זאת, בין אם בחקיקה פלילית האוסרת פעולות מסוימות, דוגמת הפלות או סיוע להפלות, או באמצעות ביטול איסורים קיימים המגנים על נשים, דוגמת קטגוריות מסוימות של פגיעה מינית. בהיעדר אפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקה לא תהיה כל אפשרות לרסנה.

חקיקה פלילית עשויה להתייחס להיבטים שונים של ההליך הפלילי, בין אם מהותיים או דיוניים. כך, חקיקה כזו יכולה לפגוע בזכות ההיוועצות עם עורך דין, להרחיב את אפשרויות המעצר, גם ללא צו שופט, להחמיר ענישה ואף להוסיף עונשים הפוגעים בזכויות אדם באופן לא מידתי ולא ראוי, וכדומה. ללא ביקורת שיפוטית – לא יהיה גבול לפגיעה בזכויות האדם.

ואכן, בדמוקרטיה פופוליסטית נעשה שימוש לרעה במשפט הפלילי. למשל בהטלת מגבלות על ארגוני החברה האזרחית²⁸ ובהגבלת חופש הביטוי.²⁹ דוגמה מאירת עיניים, לקשר ההדוק בין השליטה בחוק הפלילי על כל נגזרותיה, בין בחקיקת חוקים פליליים או במניעת חקירות, לרבות כאשר האינטרס הציבורי מחייב זאת, ניתן לראות בהונגריה, לעניין הטיפול הלקוי במכוון בשחיתות הציבורית הגוברת. תחת שלטון אורבן התביעה הפלילית מהווה גורם מרכזי, בין השאר ביצירת "אפקט מצנן" על חקירת שחיתות.³⁰ לצורך כך, בוצעו תיקונים בחקיקה הפלילית עצמה, על מנת שהסטטיסטיקה לא תצבענה על מיעוט חקירות השחיתות. כך, למשל, עבירת החזקת סחורות חשודות כגנובות "הועברה" לפרק עבירות הלבנת הון, באופן שכל אחזקה של טלפון גנוב תיכנס לסטטיסטיקת הלבנת ההון ותראה כחקירת שחיתות.³¹ כך נמנעת הונגריה מביקורת של התובע האירופי או מהפחתת התקציב אותו היא מקבלת מהאיחוד האירופי.³² חוקים נוספים חוקקו כדי להעלים את אי-חקירת השחיתות, לדרישת האיחוד האירופי, לרבות חוק בדבר הגברת הפיקוח על התביעה בחודש אוקטובר 2022. החוק, החל רק על יוקי שחיתות, מאפשר לכאורה לאזרחים להשיג על החלטת התביעה שלא לחקור או להעמיד לדין

Kathryn Abrams, *From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self-Direction*, 40 WM. & MARY L. REV. 805 (1999) 26

הניסיון בארצות הברית מראה שמאסור ההפלות נפגעות נשים אשר לא תוכלנה לממן נסיעה לצורך ביצוע הפלה במדינה אחרת, נפגעות תקיפה מינית אשר הובילה להריון, ילדות שנכנסו להריון, לרבות כתוצאה מגילוי עריות. החקיקה השמרנית מקושרת למפלגה הרפובליקנית ולתפיסות עולם שלפיהן נשים הן "כלי קיבול בלבד". ראו Jill Filipovic, *The Real Republican Rape Platform*, THE GUARDIAN (25.10.2012). להשלכות ראו לדוגמה Marty Schladen, *Affidavits: 2 More Pregnant Minors who were Raped were Denied Ohio Abortions*, OHIO CAPITAL JOURNAL (26.9.2022) 27

כך לדוגמה בהונגריה, שם הורחבו העבירות הנוגעות לסיוע להגירה לא חוקית כדי להיאבק בארגוני החברה האזרחית שמממן ג'ורג' סורוס. ראו Mordechai Kremnitzer & Yuval Shany, *Illiberal Measures in Backsliding Democracies: Differences and Similarities between Recent Developments in Israel, Hungary, and Poland*, 14 LAW & ETHICS HUM. RTS. 125, 133 n. 40 (2020) 28

בפולין, כחלק ממגמה פופוליסטית רחבה יותר של פגיעה בחופש הביטוי, נקבע בחוק איסור על התבטאות שלפיה פולין אחראית לפשעי הנאצים. בתחילה כלל החוק גם איסורים פליליים, שנמחקו רק מאוחר יותר (בעקבות לחץ בינלאומי). ראו שם, בעמ' 136 ה"ש 51. 29

Sándor Ésik, *A Practitioner's View. Hungary's Shambolic Anticorruption Proposals* (31.10.2022), verfassungsblog.de/hungarys-shambolic-anticorruption-proposals/ 30

שם, בעמ' 1–2. 31

Miklós Bánkuti, Gábor Halmai & Kim Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, 23 JOURNAL OF DEMOCRACY 138, 143–144 (July 2012) 32

בתיקי שחיתות. עם זאת, נטען שבפועל אין לו התכנות כלשהי לאור המחסומים שהוצבו בו, לרבות הוצאה מכלל המשיגים האפשריים כל גוף ציבורי שעשוי להיות רלוונטי לכך.³³ הדמיון בין מצב דברים זה לבין החקיקה אשר החלה להיות מקודמת בכנסת, דוגמת הצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים), התשפ"ג–2022, לפיו תעבור המחלקה לחקירת שוטרים לפיקוח שר המשפטים ומנכ"ל המשרד, ולסמכויותיה תתווסף האפשרות לחקור תובעים (לרבות כאלה הממונים על תיקי שחיתות) מדאיג ביותר.³⁴

לבסוף, ראוי לציין כי בכל האמור בביקורת שיפוטית על הדין הפלילי, בתי המשפט הכירו בתחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם על נפגעי עבירות, ולא רק על חשודים או נאשמים, הגם שעד היום ההכרה הקיפה זכויות פרוצדורליות ולא זכויות מהותיות. כדברי הנשיא לשעבר שמגר בפרשת **גנימאת**: "כבוד האדם וחירותו הם גם מזכויותיו של האזרח מן השורה שנפגע, נפצע, נדרס, נאנס ונסחט. מבטו של בית המשפט חייב להיות מקיף ומאוזן, ואל לו להיות מכוון לגיזרה אנושית אחת בלבד".³⁵ המדינה חבה לנו, כאזרחים, חובה להגן עלינו מפני פגיעה בחיינו, בגופנו או בכבודנו, כאמור בסעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם אם המדינה אינה חבה חוקתית פוזיטיבית להגן על הנפגעים באמצעות חקיקת איסורים פליליים,³⁶ הרי שהיא, לכל הפחות, צריכה לעשות את מירב המאמצים למזער את פגיעתם מרגע שנפגעו בעבירה פלילית, ובוודאי שלא לאפשר פגיעה בהם בידי רשויות החוק עצמן ('קורבנות משנית').³⁷ כך, **היעדר ביקורת שיפוטית על חקיקה עלול לפגוע גם בזכויותיהם של נפגעות ונפגעי עבירה, אם יחוקקו חוקים השוללים את זכויותיהם, כאשר עד היום שימש חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאמור, כבסיס לפרשנות משפטית אשר הטיבה עם נפגעי עברות, ביניהם החלשים ביותר בחברה, דוגמת ילדים.**³⁸

33 מחסומים נוספים לתחולת החוק: ההשגה צריכה להיות מוגשת בתוך חודש (!) מהחלטת התובע, כאשר מחסומים נוספים מקשים על הציבור ללמוד על החלטות כאלה. גרוע מכך, התביעה עצמה היא שמקבלת את ההשגה ובוחרת אותה בשתי ערכאות פנימיות. רק לאחר מכן תעבור ההשגה לבית המשפט, היושב כערכאת ערעור שנייה. ראו Kim Lane Scheppele, Gábor Mészáros & Petra Bárd, *Hungary's Proposed Judicial Review of the Prosecutorial Decisions* (26.10.2022), <https://verfassungsblog.de/useless-and-maybe-unconstitutiona>.

34 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 17: תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (מחלקה לחקירת שוטרים)" (הופץ ביום 23.2.2023).

35 עניין **גנימאת**, לעיל ה"8, בפס' 10 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

36 לטעון לפיו קיימת חובה חוקתית להפיל ראו אלון הראל "החובה להפיל" **חוקים** יא 37 (2018). עמדה זו טרם התבססה במשפט הנוהג בישראל.

37 החלטת הביקורת השיפוטית ופסקת ההתגברות משמע גם שלא ניתן יהיה לפתח את הרעיון שלמדינה יש חובות מול האזרחים, להגן עליהם בידי פגיעה בידי אחרים ואולי גם להפיל את הפוגע בהם או, לכל הפחות, לדאוג למנוע פגיעה נוספת לאחר שכבר נפגע. לדיון ראו הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "הדור הבא של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" **עיוני משפט** לו 3 549, 558–563 (2015). כך, למשל, בשנים האחרונות אנו רואים במדינות אחרות שינויי חקיקה בנושא התעללות נפשית בבגירים, המכירים בסוגי פגיעות שלא הוכרו בעבר. תיקוני חוק אלה נוגעים לעיתים קרובות לאוכלוסיות שאינן בשלטון לרבות מגזרים מסוימים, נשים, להט"בים וכדומה.

38 כך, כדוגמה אחת, כאשר בית המשפט העליון פירש את המושג "התעללות" בהקשר של ילדים הנפגעים בידי הוריהם לא רק כפגיעה קשה אחת, אלא גם כהצטברות של פגיעות שכל אחת מהן איננה חמורה ביותר, אולם הצטברותן היא שפוגעת בילד פגיעה קשה. הבסיס להלכה הוא ההכרה בזכויות הילד. ראו ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000). דוגמה אחרת מתייחסת להוראת החוק

לפיכך, זכויות של חשודים ונאשמים, כמו גם של נפגעי העברות הפליליות, מונחות על הכף עת עסקינן בצומת שבין משפט פלילי להגנה חוקתית על זכויות אדם.

ב. בקרה של בתי המשפט על רשויות אכיפת החוק – ביטול עילת הסבירות

המשפט הפלילי מופעל על ידי זרועות של הרשות המבצעת – המשטרה, התביעה, שירות המבחן, שירות בתי הסוהר, ועדות שחרורים, הפסיכיאטר המחוזי ועוד. לגופים מנהליים אלה כוח רב והשפעה אדירה על זכויותיהם של חשודים, נאשמים, נידונים ונפגעים. דוגמה בה עשה בג"ץ שימוש במבחן הסבירות לטובת נפגע העבירה ניתן לראות בעניין **חמדאן**, שם הורה בית המשפט העליון על העמדתו לדין של שוטר שירה למוות באזרח, כיוון שההחלטה בערר על סגירת התיק סתתה משמעותית ממתחם הסבירות.³⁹ עם ביטול עילת הסבירות, גם מקרים נדירים אלה, המסייעים לאוכלוסיות החלשות ביותר במקרי קיצון, לא יזכו לסעד. יש להדגיש כי ממילא כבר היום בית המשפט לא מקבל את מרבית הטענות על חוסר סבירות, גם לא במשפט הפלילי, אלא כאשר מדובר על חריגה באופן קיצוני ממתחם הסבירות ורק במיעוט המקרים.⁴⁰

חריג נוסף יוצא דופן לכלל אי-ההתערבות בפעולת התביעה ניתן לראות בעניין **פירסטטר**,⁴¹ שם ערערו הוריה ואחיה של ילדה שנרצחה בפיגוע, כנגד הסדר טיעון עם המסייע למפגעים. בית המשפט העליון, בסטותו מהפרוצדורה הקבועה בחוק (לפיה אין לנפגעים זכות ערעור), בחן את חומר הראיות ואת סבירות החלטת הפרקליטות. בסופו של דבר, קבע בית המשפט שהסדר הטיעון הולם את הראיות שהיו בידי התביעה. ואולם, ערכה של החלטה מעין זו הינו גם בהקשבה המכבדת לטענותיהם של הנפגעים. בהיעדר עילת סבירות, ובהינתן בית משפט המכוון לצמצם את שיקול דעתו – מי יוכל לסייע לנפגעים מפעולת הרשות המבצעת?

הכוונה המוצהרת ברפורמה היא ליצור מערך חדש של איזונים ובלמים בין רשויות השלטון. היו גם שקשרו את "הרפורמה" לכוח רב מדי של "מערכת המשפט" ולהתנהלות לא ראויה של הרשויות בתיקים מסוימים. **אלא שאם יעברו השינויים המשטריים, הדבר לא יסייע כלל בבקרה על רשויות האכיפה אלא להיפך. ביטול עילת הסבירות משמעותה היעדר ביקורת שיפוטית על עבודת המשטרה והתביעה. כלומר: העברת מוקד הכוח במלואו לידי שני הגופים הללו.**

המגבילה חקירה בדבר עבר מיני והפירוש אשר יש לתת לה, בהתאם לחוק, לגביה אמר השופט הנדל, בע"פ 9468/10 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס"כ 6 לדברי השופט הנדל (נבו 16.4.2012): "עלינו – כבית משפט וכחלק ממערכת הצדק – להקפיד שסעיפים אלה לא יהיו בגדר הלכה ואין מורין כן. מטרתם של הסעיפים כאמור הינה להביא לשינוי בפרקטיקות החקירה שהיו נהוגות... **מטריית כבוד האדם רחבה דייה כדי להגן על שניהם**" (ההדגשה הוספה).

39 בג"ץ 4845/17 **חמדאן נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 28.10.2019). על החלטה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף, בו נקבע כי השוטר היווה ייחוקר באזהרה (דנג"ץ 7491/19). לאחר חקירתו באזהרה הוחלט לסגור את התיק, ועל כך תלויה ועומדת עתירה נוספת (בג"ץ 3090/22).

40 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 7: הליכי בחירת שופטים ושופטות" (הופץ ביום 30.1.2023).

41 ע"פ 2046/04 **פירסטטר נ' מדינת ישראל** (נבו 28.3.2005).

גם כיום, ההתערבות השיפוטית בפעולת התביעה, תחת עילת הסבירות, מועטה ביותר והיא שמורה, כאמור, למצבים של חוסר סבירות קיצוני בלבד.⁴² לאחרונה נפסק כי בהליך הפלילי עצמו, לאחר שהוגש כתב אישום, יכולתו של הנאשם להעלות טענה מנהלית של חוסר סבירות או היעדר מידתיות בהגשת כתב האישום מוגבלת ביותר, וכי המסגרת הדוקטרינרית המתאימה לטענות כנגד הגשת כתב אישום היא "הגנה מן הצדק".⁴³ ועדיין אין מחלוקת כי על הרשויות השונות לנהוג בסבירות במגוון החלטותיהן. כשתבטל לחלוטין עילת הסבירות – יאבדו לא רק ההתערבות השיפוטית הנדירה יחסית, אלא גם "צילה של הביקורת השיפוטית", כלומר, החשש של המשטרה או התביעה מפני התערבות עתידית של בית המשפט. עצמאות הרשות התובעת היא אומנם ערך חשוב, אולם קיימת חשיבות גם לביקורת על פעולתה, כאשר על הביקורת להיות עניינית, נטולת פניות ומקצועיות. על כן, ביקורת שיפוטית, במשורה, היא דרך נכונה וביטולה משמעותו אובדן סעד.⁴⁴ בית המשפט הוא זה שיכול כיום לקבוע שלא ניתן תמיד להקריב זכויות נפגעים, חשודים ונאשמים, עקב שיקולים תקציביים או מנהלתיים שונים.

גם מנקודת מבט של נפגעי עברות הכוח מרוכז בידי התביעה במקום שבו מרבית התיקים הפליליים נסגרים, ורק במקרים נדירים יתקבל ערר על סגירת התיק, וכאשר גם התיקים שנפתחו יסתיימו על פי רוב בהסדר טיעון.⁴⁵ רוב רובו של ההליך הפלילי, בין אם ההחלטות בדבר סגירת תיקים או בדבר הגעה להסדר מותנה או להסדר טיעון, מתנהל הרחק מאורות הזרקורים, שלא באופן שקוף וגלוי, במשרדי התביעה. הביקורת השיפוטית כבר היום מועטה ביותר, כאשר האמירה הרווחת, גם בפנייה לבג"ץ, היא בדבר "אי-התערבות בשיקול הדעת התביעתי".⁴⁶ מרביתם המוחלט של הפונים לבג"ץ כנגד הסדרי טיעון מקבלים, לכל היותר, הבעת השתתפות בצערם.⁴⁷ כלומר: בניגוד לתמונה אותה מבקשים לצייר, בית המשפט העליון אינו ממנהל להתערב בפעולת הרשות המבצעת – המשטרה והפרקליטות – אולם קיימת חשיבות רבה לפתח צר זה, של בחינת סבירות החלטות הרשות המבצעת, במקרי הקיצון ועל מנת לתת לאזרחים סעד, בין שהם נפגעי עברות, חשודים או נאשמים.

אוכלוסייה נוספת אשר ביטול עילת הסבירות וביטול הביקורת השיפוטית על פעולת רשויות אכיפת החוק עלולים לפגוע בה אנושות, היא אוכלוסיית האסירים. שירות בתי הסוהר שולט בכל אורחות

42 מרדכי קרמינצ'ר וליאת לבנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות בג"ץ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 289 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמינצ'ר עורכים 2009).

43 דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (נבו 15.12.2021).

44 מיכל טמיר "הטעות שבהתנגדות: על ביקורת חיונית והתנגדות מיותרת לנציבות הביקורת על מערך התביעה" מעשי משפט 203 (2015).

45 ראו נתוני סגירת התיקים בלא מציאת חשודים ובלא הגשת כתבי אישום: משטרת ישראל "השנתון הסטטיסטי 2021" בעמ' 57 ואילך (15.8.2022) <https://bit.ly/3o6yMwX>.

46 הביקורת מועטה במיוחד בכל הנוגע להחלטות ראייתיות באופיין, אותן סיווג בית המשפט כליבת עבודתה של התביעה. ראו בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (נבו 8.12.2014). זאת, גם כאשר השופטים מותחים ביקורת ואפילו קשה על עבודת התביעה. לדוגמה ראו פרשת קצב: בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 26.2.2008).

47 בג"ץ 338/14 עזבון בכר טבאש נ' פרקליטות מחוז צפון (נבו 13.2.2014). ראו גם מיכל טמיר ודנה פוג' "נפגעי עבירה והסדרי טיעון: דחיפה קלה (nudge) בכיוון הנכון" ספר עדנה ארבל 241 (שלי אביב ייני ואח' עורכים 2022).

חייהם ובכל זכויותיהם של האסירים. מאז שנות ה-1970 קיבל בית המשפט העליון מספר הכרעות חשובות ביותר המגנות על זכויות אסירים.⁴⁸ בעקבות ההחלטות קיים דיאלוג חוקתי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת, כאשר לדוגמה לעניין הבטחת מינימום תנאי מחיה לכלואים ושמירת בריאותם, בית המשפט נתן ארכה של עשר שנים לרשות המבצעת ליישם את פסק הדין בעניין הצפיפות בבתי הסוהר במלואו.⁴⁹

ביקורת שיפוטית על פעולותיו של שירות בתי הסוהר, במסגרת עתירות אסירים, אשר בוחנות את סבירות ההחלטות, היא לעיתים בבחינת אוויר לנשימה לאוכלוסייה מוחלשת זו. כך הביקורת השיפוטית מבטיחה כי העמדה העקרונית שלפיה חומות הכלא אינן מפרידות בין האסיר לבין כבודו כאדם וזכויותיו, אכן מיושמת במציאות.

ג. בקרה של בתי המשפט על רשויות אכיפת החוק – פגיעה בעקרון השוויון בפני החוק

לכל שאמרנו עד כה יש להוסיף את הפגיעה האפשרית בשוויון בפני רשויות אכיפת החוק. עד היום לא עוגן עקרון השוויון בחוק יסוד, אולם מעולם לא הוטלה בספק חשיבותו במערכת המשפט הישראלית שכן "בלעדיו אי אפשר לדבר על אכיפת חוק הוגנת",⁵⁰ אשר רבים מעגנים אותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵¹ כך גם בקרב הסוברים שמקורו אינו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵² פסקת ההתגברות וביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או הפחתה במעמדו, משמעם פתיחת הפתח לאי-שוויון מובנה, בין חשודים ונאשמים שונים, או בין נפגעים שונים, למשל כאלה המשתייכים למגזרים שונים באוכלוסייה.

החשש מפני פגיעה בעקרון השוויון רלוונטי לכל מה שצינו במסמך זה. כך, חקיקה יכולה לקבוע שנאשמים ממגזרים שונים ייענשו בענישה כבדה יותר. אי-שוויון יכול להתבטא גם באכיפת חוק, כאשר רשויות אכיפת החוק תמנענה שירותים חינוכיים מציבורים מסוימים באוכלוסייה ותדאגנה לאכיפת החוק ולחקירת פשעים באופן שירותי או מפלה, בקרב אוכלוסיות "מועדפות" בלבד. אי-השוויון יכול להיות בכל שלב של ההליך הפלילי: מפעולת המשטרה, דרך התביעה, מערכת המשפט (והחוק הפלילי המהותי) ועד לשלב הענישה והוצאתה אל הפועל. התוצאה עלולה להיות פגיעה באוכלוסיות כנשים, להטב"ים, מגזרים מסוימים ועוד. אם תוחלש הביקורת השיפוטית ותבוטל עילת

48 בהם זכות האסיר לשלמות הגוף ולפרטיות, זכות ההצבעה של אסירים, חופש הביטוי לאסירים, הזכות לתנאי מחיה מינימליים, הזכות לחירות אישית ולכבוד בהגבלת סמכות הכליאה רק למדינה ולא לידיים פרטיות והזכות להורות. ראו בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294 (1980); בג"ץ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826 (1984); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136 (1996); בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים, פ"ד סב (1) 762 (2007); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג (2) 545 (2009); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (נבו) 13.6.2006.

49 בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים (נבו) 13.6.2017.

50 גיא לוריא "גירעון אחריותיות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל" משפט, חברה ותרבות ד 417, 415 (2021).

51 ואף קודם לחוק היסוד, בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969). הלל סומר, תמר ולדמן וענת יחב "מסמך רקע בנושא: הזכות החוקתית לשוויון" (מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 26.7.2005).

52 שם.

הסבירות ייקשה על האזרח לבקש את הגנת בית המשפט מפני הפליה שתיקבע בחקיקה או בפעולות הרשות.

ד. השלכות נוספות של המהפכה המשטרית על המשפט הפלילי

לבסוף, נרצה לחדד עוד שלוש נקודות ביחס להשלכות המהפכה המשטרית על זכויות אדם במסגרת המשפט הפלילי. ראשית, גם השינויים המתוכננים במסגרת המהפכה המשטרית בעניין הוועדה למינוי שופטים עתידים להשפיע השפעה עמוקה על המשפט הפלילי. שופטים מקצועיים ובלתי תלויים הם ערובה למשפט צדק, במיוחד במשפט הפלילי שבו המדינה והאזרח ניצבים זה מול זה. שופטים בלתי תלויים יכולים לעמוד אל מול כוחה הרב של המדינה המפעילה את המשפט הפלילי. ההיסטוריה הן בארץ והן במדינות אחרות מלמדת שפעמים רבות, היו אלה שופטים שפיתחו את ההגנות והזכויות של נאשמים וחשודים במשפטים פליליים. כך למשל, היו אלה בתי המשפט שפתחו בארץ את כללי פסלות הראיות שהושגו שלא כדין ואת ה"הגנה מן הצדק", ותיקוני החקיקה הגיעו רק שנים מאוחר יותר.⁵³ בשנים האחרונות, בהמשך לקביעתה של דוקטרינת פסלות הראיות, שרטטו בתי המשפט בארץ גבולות חשובים לרשויות האכיפה ופיתחו את ההגנה על זכויות הפרט במגוון תחומים כגון זכות ההיוועצות בסגור, שימוש במדובבים ואמצעי חקירה נוספים, וסמכויות חיפוש.⁵⁴ בתי המשפט הם אלה שפיתחו גם כמה מזכויות נפגעי העבירות החשובות ביותר, כאשר הליכי החקיקה הגיעו שנים רבות מאוחר יותר.⁵⁵ כך לדוגמה, בעניין המבחן שהציגו בתי המשפט לחשיפה של רשומות אישיות של נפגעי עבירות מין ואלימות, כולל רשומות מטיפולים נפשיים, לגביהן התקבל תיקון חוק זה עתה.⁵⁶ נוסף על כך, כפי שצוין לעיל, פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי פגיעה בזכויות חייבת להיעשות בחוק או על פיו. במקרים חשובים בתי המשפט בחנו את פעולות רשויות אכיפת החוק תחת עילת אי-החוקיות ואי-קיום הדרישה להסמכה בחוק (בשונה מעילת הסבירות). הדבר בא לידי ביטוי הן במסגרת בחינת טענות על פעולת הרשות (האם קיימת לה הסמכה בחוק) והן ביחס לטענות על פסילת הוראות ונהלים במשפט הפלילי, כמו נהלי משטרה ופקודות נציבות שירות בתי הסוהר, כאשר הטענה היא שהן מנוגדות לחקיקה ראשית או נעשו ללא הסמכה להוציא. דוגמה לכך מהווה פסק הדין בעניין הצפיפות בבתי הסוהר המוזכר לעיל.⁵⁷ בעניין זה קבע השופט רובינשטיין

53 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 19), התשפ"ב–2022, ס"ח 984.

54 יואב ספיר וגיא רובינשטיין "הסיפור של יששכרוב: יששכרוב בפעולה – על יתרונויותה של דוקטרינת הבטלות היחסית ועל תרומתה להגנת זכויות הפרט" מעשי משפט י 333 (2019). למגבלות נוספות שהוטלו לאחרונה על רשויות האכיפה בהקשר של חיפוש בטלפונים חכמים ראו דנ"פ 1062/21 אורין נ' מדינת ישראל (נבו 11.1.2022).

55 אינטרס המדינה שונה לעיתים מאינטרס נפגעי העבירה, על כן גם בנושא זה חשובה יכולת בית המשפט לראות את מכלול האינטרסים ולאזן ביניהם, ללא חשש.

56 בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ז לדברי השופט רובינשטיין נבו (9.11.2006); דנה פוגין "חשופה לעין כל: על זכותה של נפגעת עבירה לפרטיות בהליך הפלילי" ספר אליהו מצא 489 (אהרן ברק ואח' עורכים 2015); חוק חסיון ראיות (טיפול נפשי בהליכים פליליים שעניינם עבירות מין או עבירות אלימות חמורה במשפחה) (תיקוני חקיקה), התשפ"ב–2022, ס"ח 1050 (החוק ייכנס לתוקף ביום 10.4.2023).

57 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 49.

כי פעולת הרשות בעניין, בכך שלא הסכימה להתחייב לשטח מינימלי לכלוא – מנוגדת למספר מקורות נורמטיביים של המשפט הישראלי – לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לחקיקה הראשית, למשפט העברי ולמשפט המשווה והבינלאומי. פסק דין זה מהווה ביטוי מובהק לכפיפות הברורה של בית המשפט למרות הדין בלבד. פגיעה בעצמאות בית המשפט לא תאפשר לשופטים לקבל החלטות כאלו כנגד עמדת הרשות המבצעת, אשר לפי התיקונים המוצעים תשלוט במינוי השופטים. המשפט הפלילי בישראל פועל על פי מסורת המשפט המקובל, שכל מהותה שינוי תוך החלטות שיפוטיות עצמאיות ובלתי תלויות. גמישות זו היא שמאפשרת התאמת המשפט לזמן ולמקום, והגנה על הזקוקים לכך.⁵⁸ שופטים פוליטיים שיהיו תלויים בשלטון במינויים ובקידומם יהססו להתייזב אל מול המדינה לצורך הגנה על הפרט כשהיא נדרשת. מינוי שופטים בידי הקואליציה בלבד, בתוספת המגבלות על עבודתם השיפוטית, משמעותה שנים רבות וארוכות של פסיקות העשויות להיות מכוונות לממנים את השופטים, בניגוד לעקרונות יסוד.⁵⁹

שנית, מעבר לנאמר לעיל ביחס לביקורת שיפוטית על חקיקה פלילית, עצם קיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משליך על פרשנות בתי המשפט את החקיקה הפלילית ברוח זכויות היסוד המעוגנות בו. הוא אף מעגן את החובה החלה על המחוקק בעת חקיקת החוקים לוודא מראש את התאמתם להגנה החוקתית על זכויות היסוד.⁶⁰ בדיון הציבורי נשכחת לעיתים העובדה כי חוק היסוד אינו רק מאפשר לבתי המשפט להפעיל ביקורת על הגוף המחוקק, בבחינת "פריבילגיה" של בתי המשפט, אלא הוא מחייב את כלל רשויות השלטון – לרבות בית המשפט עצמו – בכיבוד זכויות היסוד. לפיכך, חוק היסוד חשוב ביצירת שיח חוקתי של זכויות שבתי המשפט מחילים על עצמם (ובית המשפט העליון מחיל על הערכאות הדיוניות), נוסף על היותו כלי לביקורת של הרשות השופטת על רשויות השלטון האחרות.⁶¹ לכן, כל פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין אם בחוק עצמו ובמעמדו, או בחקיקת חוקים וחוקי יסוד הסותרים אותו, תהיה בעלת משמעויות עצומות בתחום המשפט הפלילי ואכיפת החוק.

שלישית, הדרך הטובה ביותר להגן על זכויות המעורבים בהליך הפלילי, חשודים, נאשמים ונפגעי עבירה כאחד, היא באמצעות חקיקת חוק יסוד ייעודי, שיעגן את זכויותיהם כזכויות חוקתיות, ויחול על כל נאשם וכל נפגע באשר הם. עד היום, לא עוגנו זכויות נאשמים וחשודים, או זכויות נפגעי עבירות, בחוק יסוד ייעודי. הערך החוקתי של זכויותיהם נקבע, כאמור, בפרשנות בתי המשפט מכוח חוק יסוד:

58 ראו לדוגמה את התפתחות עבירת האינוס ככוללת אונס בנישואין, זמן רב לפני שינוי החוק בנושא. ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281 (1980). כך גם קביעת בית המשפט האירופי שהחלטת בית הלורדים לפיה ניתן להאשים בעל באונס אשתו הייתה "התפתחות טבעית, צפויה מראש של החוק", בעקבות השינוי במעמד הנשים בנישואין וההתפתחות בפסיקתם של בתי המשפט [1995] SW v. UK, [1995] ECHR 51 (22 November 1995), para. 40, 43; CR v. UK, [1995] ECHR 51 (22 November 1995); דנה פוג' "ברצון שניהם ובשמחתם": אינוס בידי בן זוג והתוויית גבולות המשפט הפלילי בחברה משתנה" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 501 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007).

59 עוד על הסכנות הטמונות במעורבות פוליטית באכיפת החוק הפלילי, לרבות מינויים פוליטיים של שופטים, ראו נייר עמדה מס' 17, לעיל ה"ש 34.

60 ס' 11 לחוק היסוד – "פסקת הכיבוד".

61 מיכאל האוזר-טוב "חוקי יסוד יבוטלו, היועמ"ש יפוצל: ארבעת השלבים בתוכנית המלאה להחלשת מערכת המשפט" **הארץ** (22.1.2023) <https://bit.ly/3MCpoKN>.

כבוד האדם וחירותו. בכנסת ה-24 עברה בקריאה ראשונה הצעה לחוק יסוד אשר יעגן זכויות קריטיות אלה, בדומה ל-"Bill of Rights", הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי. סעיף 17 להצעת חוק יסוד זו קובע כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". הצעות החקיקה הנוכחיות פוגעות בעיקרון זה בכל ממד אפשרי.

סיכום

אימוץ השינויים המשטריים המוצעים על ידי הקואליציה הנוכחית לא יסתיים בניצחון של העם על בית המשפט. הוא יסתיים בהעברת מוקד הכוח במלואו לידי זרועות הרשות המבצעת, בין אם הרשות החוקרת או הרשות התובעת, ובין אם באמצעות חקיקה בלתי מבוקרת, הפוגעת בזכויות יסוד. כפי שצינו, ההגנה המסוימת שמעניק בית המשפט כיום, גם היא עלולה להיעלם. המטרה המוצהרת של מקדמי החקיקה להוביל להפרדת רשויות, כביכול, אינה תוצאה הכרחית או אפילו מסתברת של השינויים המוצעים, כי אם להיפך היא תביא לריכוז כוח כמעט בלתי מוגבל בידי הממשלה, באופן אשר צפוי לפגוע באורח קשה בכולנו.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' דנה פוגין, הקריה האקדמית אונו

ד"ר גליה שניבויס, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב

תודתנו לפרופ' מירי גור-אריה, לד"ר סיגל שהב ולד"ר ענת רוזנברג על הערותיהן

פרטיות חוקתית בצל ההפיכה המשטרית

הופץ במקור ביום 9.3.2023 כנייר עמדה מס' 26

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 בוחנים את מעמד הזכות החוקתית לפרטיות בצל ההפיכה המשטרית.

אנו סבורים כי:

- המגבלות המתוכננות על ביקורת חוקתית ככלל – יפגעו בזכות לפרטיות באופן קשה. התוצאה עלולה להיות שרירות שלטונית שתפגע בחירות יסודית במשטר הדמוקרטי.
- עיקר החשש הוא אפוא מסתימת הגולל על ביקורת שיפוטיות על חוקתיות של פעולות המדינה וחוקי הכנסת, וכן על מקרים שבהם המדינה תהיה צד להליך משפטי שבו סוגיית הפרטיות תעלה, כגון ביחסי עבודה.

נימוקי נייר העמדה

אם ההפיכה המשטרית, במתכונתה המסתמנת כיום (מרץ 2023) תתממש, מה יהא גורלה של הזכות לפרטיות? בכמה היבטים, שפר גורלה של הזכות הזו לעומת זכויות אחרות כמו חופש הביטוי והזכות ליחס שווה; בכמה היבטים, גורלה של הפרטיות כרוך בשאלות חוקתיות רחבות יותר, של עצם הסמכות לביקורת שיפוטית ואופן הפעלתה. הפסיקה בימים שלפני ההפיכה המשטרית מעלה שמרחב התמרון של בתי המשפט בהיבטים מסוימים של הזכות יוכל לעמוד בעינו, אבל המגבלות המתוכננות על ביקורת חוקתית ככלל – יפגעו בזכות לפרטיות באופן קשה. התוצאה עלולה להיות שרירות שלטונית שתפגע בחירות יסודית במשטר הדמוקרטי.

במיוחד:

- הפגיעה באפשרות לביקורת שיפוטית אפקטיבית על דברי חקיקה תאפשר לממשלה לפעול ללא הסמכה חוקית מספקת – תופעה שראינו ואנו רואים, למשל בפעולות של המשטרה. עד כה, בתי המשפט עמדו על הצורך בהסמכה חוקית מפורשת כדי להצדיק פגיעה בפרטיות. בלי ביקורת שיפוטית אפקטיבית, המשטרה וגופי ביטחון יוכלו להתקין מערכות מעקב רחבות היקף, תוך פגיעה בזכות היסוד לפרטיות.
- ביטול עילת הסבירות יאיין את האפשרות של בתי המשפט לבחון את יישומם של חוקים תקפים שפוגעים בפרטיות. למשל, מעקב השב"כ בתקופת הקורונה צומצם על ידי בית המשפט לפי עילת

הסבירות והותר רק במקרים שבהם אזרחים סירבו לשתף פעולה בתשאול אפידמיולוגי. בלי עילת הסבירות, הממשלה תוכל להורות לשב"כ להפעיל מעקב אחרי אזרחים לא רק בהקשרים ביטחוניים, אלא בכל הקשר אזרחי.

- מינוי פוליטי של שופטים עשוי למנוע הגנה על הזכות לפרטיות במסגרת הליכים בבתי המשפט השונים. למשל בסוגיה של פרטיות במקום העבודה: במידה שהשופט בבית הדין לעבודה יפעל בצורה מוטת כתוצאה מתלותו בפוליטיקאים לקידומו לערכאות אחרות, הוא עשוי להעדיף את עמדת המעסיק, בעיקר כאשר המדינה או רשות שלטונית אחרת הם המעסיקים, על פני עמדת העובד בסוגיות הנוגעות לפרטיות, ובכך לאפשר פגיעה גוברת בפרטיות על ידי רשויות השלטון ומעסיקים.

נייר עמדה זה פותח במיפוי היבטים שונים של הזכות לפרטיות, ממקם את הפרטיות במערך החוקתי הכללי, מתאר בקצרה את התפתחותה (האיטית יחסית) של הפרטיות החוקתית, וסוקר בתמציתיות את המקרים של תקיפה חוקתית ישירה. נסכם בהצבעה על גורלה העגום של הפרטיות תחת המשטר החוקתי שעלול להתרגש עלינו.

א. פרטיות – מיפוי משפטי

הזכות לפרטיות מתעוררת בכמה הקשרים שונים, וראוי להבחין ביניהם. במישור הפעולה של היחסים שבין בני אדם עוסקים בעיקר דיני הנזיקין (בצד נורמות חברתיות), ולעיתים במשפט הפלילי. כאן אנחנו מוצאים עוללות של פגיעה בפרטיות, ובדין הישראלי, בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. העוללות עוסקות למשל בבילוש והטרדה, האזנת סתר (הפן הפלילי של האזנת סתר מוסדר בחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, והפן האזרחי בחוק הגנת הפרטיות), צילום אדם ברשות היחיד, שימוש במכתב של אדם ללא רשותו, הפרת חובת סודיות, הפרה של "עקרון צמידות המטרה", פרסום מידע אישי מהסוג שמנוי בחוק.

מישור פעולה שני הוא בקשר למידע אישי, כלומר מידע שמזהה את האדם שבו מדובר, למשל ביחסים שבין צרכנים לעסקים שאוספים עליהם מידע, בסביבה הפיזית ובסביבה המקוונת, למשל חברות ביטוח, סופרמרקטים, יחסי עבודה, רשתות חברתיות ומנועי חיפוש. הענף המשפטי המתאים הוא הפרטיות המידעית – data protection, במונח האירופי. בישראל, ההסדר המשפטי מצוי בעיקר בפרק ב של חוק הגנת הפרטיות. זה הסדר ישן ומיושן, ומשקף את הדור הראשון של עקרונות הגנת המידע האישי, בעוד שהאיחוד האירופי, שמוביל בתחום הזה, התקדם לדור שני של עקרונות הגנה. מישור פעולה שלישי הוא בין האזרח למדינה ולרשויות בכלל. זו הפרטיות החוקתית.¹ כאשר המדינה פועלת באמצעות אורגן שלה מול אדם אחר, אפשר לסווג את הפעולה בפרטיות הקלאסית: למשל, אם רשות ציבורית מציבה מצלמת מעקב (העשויה להיות מכונה בפיה "מצלמת אבטחה") באופן שמצלם גם את פנים ביתו של אדם, המסגרת הנכונה לתקוף את ההחלטה להציב את המצלמה במיקומה המסוים היא במישור של הפרטיות הנזיקית. כאן, חשוב לציין: חוק הגנת הפרטיות חל במפורש גם על המדינה, לפי סעיף 24 ב. או, אם רשות מפעילה מאגר מידע וולונטרי ומתעורר קושי,

1 להרחבה ראו מיכאל בירנהק **פרטיות חוקתית** (2023).

המסגרת המתאימה לבדיקה היא בראש ובראשונה פרק ב של החוק, למשל כרטיסי תושב כמו פרויקט דיגיטל של עיריית תל אביב יפו. גם ההסדר של פרק ב של חוק הגנת הפרטיות, חל על המדינה. כאשר מדובר במדיניות רחבה, או בחוק שפוגע בפרטיות, המסגרת המתאימה היא המשפט הציבורי: המשפט החוקתי והמשפט המנהלי, לפי העניין.

ב. הקשר חוקתי

הפרטיות היא זכות חוקתית שמנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך שפר גורלה לעומת זכויות שאינן מנויות בכלל. הצעות לכלול את הפרטיות כערך חוקתי עלו עוד בשנות השישים של המאה הקודמת. בהצעתו של פרופ' הנס קלינגהופר משנת 1963 דובר על "זכותו של כל אדם להיות מובטח בצנעת החיים האישיים והמשפחתיים", עם פירוט בקשר לרשות היחיד והתייחסות גם מכתבים ולשיחות טלפון. קלינגהופר הציע להתיר חיפוש משטרתיים, והציע שיקולים בעניין – כאשר יש צורך בכך – ובתנאים של משטר דמוקרטי. בהצעת בנימין אקצין מאותה שנה, דובר על "הגנה סבירה" לכל אדם (וגם לכל תאגיד) על רשות היחיד שלהם. הצעה של ועדת החוקה חוק ומשפט משנת 1973 כללה נוסח כללי: "כל אדם זכאי להגנה כדין על רשות היחיד וצנעת הפרט", בליווי סעיפי משנה להגנה על חיפוש בבית, בכליו של אדם ובגופו ועל "צנעת חייו האישיים והמשפחתיים" של אדם, והגנה על תקשורת. הפרטיות חזרה והופיעה גם בהצעות חוק יסוד של ח"כ שולמית אלוני, בהצעת "חוקה לישראל" של הפרופסורים למשפטים מאוניברסיטת תל אביב בהובלת פרופסור רייכמן, ובהצעתו של ח"כ אמנון רובינשטיין בשנת 1989. הצעה אחרונה זו התגלגלה, כידוע, לכדי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנוסח שהתקבל בסופו של דבר, כסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא זה:

(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

כמו שאר הזכויות שבחוק היסוד, הפרטיות כפופה לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד: מותר להגבילה, אולם רק בחקיקה, לתכלית ראויה שהולמת את ערכיה היהודיים ודמוקרטיים של המדינה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

ראוי לציין כי סעיף 7(א) הוסף רק בדיוני הוועדה לפי הצעתה של נציגת מחלקת הייעוץ והחקיקה, ד"ר כרמל שלו, הצעה שתוארה על ידי היו"ר אוריאל לין "הצעה טובה", ללא דיון מפורט.

במילים אחרות, הרעיון לכלול את הפרטיות בחוק היסוד קנה אחיזה כבר בהצעות מוקדמות.

בניסוחים השונים שהוצעו יש הד לאמנה האירופית להגנת זכויות האדם, שמגנה בין היתר על private life. אגב, מונח זה, בפיתוח של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הוא מונח סל שלתוכו יוצק בית המשפט זכויות רבות, הרבה מעבר לפרטיות, כמו הזכות לחינוך, זכות למגורים הולמים ועוד.²

הפרטיות אינה מופיעה במפורש בחוקה האמריקנית, אבל התיקון הרביעי מסדיר פעולות חיפוש ותפיסה של רשויות אכיפת החוק, ויש לפרטיות עוגן בתיקונים אחרים, כמו בחופש הביטוי (האנונימי),

2 Bart van der Sloot, *Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus in Ulterior Interested Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data'*, 25 UTRECHT J. INTERNET & EUR. L. 25 (2015)

חופש ההתאגדות, ההגנה על ביתו של אדם ועקרונות חוקתיים כלליים. בית המשפט העליון פירש את החוקה ככוללת "מתחמי פרטיות" (zones of privacy), ומכוחן יצר הגנה על פרטיות בהחלטות אינטימיות, כמו ההחלטה להשתמש באמצעי מניעה או החלטה על הפסקת הריון. כידוע, בשנת 2022 הפך בית המשפט העליון את פסק הדין בעניין *Roe v. Wade*,³ באופן שמערער גם את הבסיס החוקתי של קטגוריית הפרטיות בהחלטות. בתי משפט בדמוקרטיה נוספות הכירו בפרטיות כזכות חוקתית, כך למשל בהודו, בפסק דין מקיף משנת 2017.⁴

בשיטות משפט אחרות, ובעיקר בדין האירופי, יש הגנה חוקתית מפורשת לפרטיות הן באמנת זכויות האדם של מועצת אירופה משנת 1950, הן בצ'ארטר זכויות האדם של האיחוד האירופי משנת 2000 (שנכנס לתוקף ב-2009). בשני מסמכים אלה, חשוב להעיר, יש פסקאות הגבלה, שהראשונה בהם הייתה מקור השראה מפורש לפסקת ההגבלה שבחוק היסוד הישראלי.

לפרטיות החוקתית שורה של הצדקות. בתמצית שבתמצית: הפרטיות חיונית לפיתוח אישי של בני אדם, למימוש עצמי שלנו ולשגשוג; הפרטיות מגנה מפני מעקב ממשטר, ומאפשרת לאדם לשלוט במידת מה בדימוי העצמי שלו או שלה. הפרטיות מאפשרת תנאי רקע הכרחיים ליצירת זוגיות אינטימית ולביסוס אמון ביחסים בין-אישיים בכלל; הפרטיות מאפשרת לאזרחים לחיות ביחד ולחוד – ובכך תורמת לכינון הקהילה. הפרטיות חשובה במישור המדינתי, הן בהקשרים פוליטיים יסודיים, כמו בחירות חשאיות או חברות במפלגה, הן כאמצעי מגן מפני הפליה אסורה, ובעיקר, הפרטיות היא סימן היכר לחירותו של אדם במדינה דמוקרטית. היעדרה של הפרטיות הוא סממן מובהק של מדינות טוטליטריות או כאלה שיש בהן משטר "סמכותני".

ג. התפתחותה של הפרטיות החוקתית

חוק היסוד מנוסח בצורה רחבה, כדרך של הוראות חוקתיות, ואינו מגדיר מהי הפרטיות, או גם מונחים קשורים כמו "צנעת חיו" של אדם. הסיבה לכך נעוצה הן באופי החוקתי של המסמך, שמבקש להיות על-זמני, לעמוד בשינויי הטכנולוגיה והזמן בכלל, והן באופייה של הפרטיות, שהיא זכות עמומה מיסודה, בהיותה תלויה חברה ותלויה טכנולוגיה.

בדין הישראלי התעוררו מקרים בודדים של פרטיות חוקתית לפני חוק היסוד, בעיקר בקשר לחיפוש בגופם של עצירים בדרך של פעולה של חוקן כפוי,⁵ או כפייה של שתייה של מי מלח (פעולה שגורמת להקאה).⁶ לאחר חוק היסוד, המפגש החוקתי המרכזי הראשון של הפרטיות היה בקשר להפגנה מול ביתו של איש ציבור. בעניין דין נ' מפקד מחוז ירושלים, עלתה שאלת סמכותה של המשטרה להגביל הפגנה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף.⁷ בית המשפט ניסח את השאלה כאילו בין זכות ההפגנה – שנגזרה מחופש הביטוי – לבין הזכות לפרטיות של הרב ושכניו ולזכות הקניין שלו. פסק הדין פורס דיון נרחב בסוגי האיוונים השונים, אולם כפי שפורט במקום אחר, נראה שמדובר בטעות בליהוק:

3. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

4. Justice K.S. Puttaswamy (Ret.) & Anr. v. Union of India, 10 SCALE 1 (2017).

5. בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294 (1980).

6. ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837 (1988). ראו גם ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 673 (1986).

7. בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) 456 (1994).

זכותו של הרב אינה כלל עניין של פרטיות, אלא של רצון להימנע מאי-הנעימות שכרוכה בהפגנה בקרבת ביתו ובמניעת מטריד מצידם של מי שמפגינים מולו וכנגדו.⁸

ההפגנה השיפוטית של המשמעות החוקתית של הזכות לפרטיות הייתה איטית יחסית לזכויות אחרות. הדיון השיפוטי הזכיר לעיתים הצדקות והסברים שונים של הפרטיות, בדרך כלל באופן אקלקטי משהו, לעיתים תוך ערבוב עם זכות הקניין.⁹ בעשור הראשון שלאחר חקיקת חוק היסוד, עיקר כוחה של הזכות במובנה החוקתי היה פרשני – כסיוע לפרשנות חקיקה רגילה, בעיקר חוק הגנת הפרטיות וחוק האזנת סתר,¹⁰ או במקרי התנגשות עם זכויות אחרות כמו חופש הביטוי (בעניין דייץ) או חופש המידע, ובדרך כלל הזכות לפרטיות נסוגה מפני אלה.

מספר המקרים שעניינם פרטיות חוקתית שהגיע לבית המשפט היה מצומצם יחסית. כך, כאשר נדונה שאלה של העברת מידע מרשות האוכלוסין לגופים ציבוריים אחרים (דוגמת רשות השידור, בשעתה) וגופים פרטיים (בנקים), קבעה דעת הרוב שלא הייתה הסמכה מספקת בחקיקה בקשר להעברת המידע לבנקים, ופה אחד נפסק שההסדר של העברת המידע לגופים ציבוריים שונים היה חסר פירוט, למשל בדבר אבטחת המידע, ולכן לא היה מידתי.¹¹ אמות הסיפים לא רעדו בעקבות פסק הדין: המחוקק תיקן את חוק מרשם האוכלוסין, קבע הסמכה מתאימה והסדרים משלימים שענו על הקשיים שבית המשפט הצביע עליהם.

במקרים נוספים פסל בית המשפט פרקטיקות שונות משום שהן כשלו בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה – לא הייתה הסמכה חוקית מספיקה. כאשר המשטרה הציבה מחסומים אקראיים במזרח ירושלים, אבל אלה שימשו לא לצרכים משטריים אלא אמצעי לסייע לרשויות המס בגביית מסים, חיפש בית המשפט עוגן סטטוטורי בפקודת המסים או בפקודת המשטרה למחסומי המס, אך לשווא, ובהיעדר הסמכה הורה לחדול מהפרקטיקה הזו.¹² בדומה, כאשר משרד הביטחון הפעיל מעקב פרטני אחרי מבקשי גמלה, בית המשפט חיפש ולא מצא שום עוגן סטטוטורי מתאים לפעולה כזו ופסל אותה. הכדור חזר לכנסת.¹³

בדיונים החוקתיים האלה ובמקרים נוספים, בית המשפט הפעיל את "מדריך הפעולה החוקתי" הכללי שפותח מאז חקיקת חוקי היסוד. לפי המדריך הזה, הבדיקה החוקתית כוללת את איתור הזכות הרלוונטית והפגיעה בה, בדיקת ההסמכה בחקיקה, בחינת התכלית הראויה, והפעלת מבחן המידתיות על שלושת מרכיביו. למדריך זה יש קשיים שונים שנבחנו ותועדו בספרות בהרחבה, ובקשר לזכות לפרטיות נראה שהם הועצמו במידה מסוימת, בשל אופייה העמום של הזכות. כך, השופטים מתקשים לעיתים לאתר את מהותה של הפגיעה בזכות או שהם מרדדים אותה לפן מסוים. כך, בפסק דין קצר שדחה עתירות נגד חוק המאגר הביומטרי, בית המשפט הדגיש את החשש מדליפת מידע, בלי לזהות

- 8 בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 198–202. ראו גם ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 580–581 (2016).
- 9 למשל בעניין דייץ, לעיל ה"ש 7; ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל (נבו) 13.6.1999.
- 10 ראו למשל ע"א 439/88 רשם מאגרי המידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808 (1994).
- 11 בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים, פ"ד נח(4) 842 (2004).
- 12 בג"ץ 6824/97 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010).
- 13 רע"א 2558/16 פלונית נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (נבו) 5.11.2017.

את המעקב הכללי שיש בעצם הפעלת המערך הביומטרי בידי המדינה.¹⁴ צירוף הקשיים החוקתיים המבניים והקשיים שנובעים ממאפייני הזכות לפרטיות, מביאים להגנת חסר על הפרטיות החוקתית.¹⁵ כל זה, בדין הקיים.

ד. תקיפה חוקתית ישירה

למעשה, תקיפה ישירה של חקיקה – בטענה שהיא פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות – הייתה רק בשלושה מקרים. האחד, הוא חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח–2007, שמסמך את המשטרה לבקש צו מתאים או לפעול בעצמה במקרים דחופים, כדי להשיג נתונים על מיקומו של אדם, פרטי השיחות שלו וכדומה (אבל לא תוכן – עניין שמוסדר בחוק האזנת סתר). בית המשפט מצא שההסמכה מספקת והחוק מידתי, אבל הוסיף הערות פרשניות אחדות שנבעו מהמסגור החוקתי.¹⁶

מקרה שני הוא של תקיפת חוק המאגר הביומטרי שנזכר לעיל. בית המשפט לא צלל לעומקם של הדברים, הדגיש את החשש מדליפת מידע, אבל לגבי זה מצא שאין בנמצא נתונים ולכן דחה את העתירה, תוך שהוא משאיר פתח לשוב ולעתור בהמשך. דיון זה חלקי וחסר מאוד. היה מקום לברר את תכלית החקיקה – שאינה ברורה כלל ועיקר והיא שנויה במחלוקת;¹⁷ בית המשפט לא זיהה את הפגיעה בפרטיות שיש בעצם איסוף המידע הביומטרי על כלל האזרחים ואת תחושת המעקב שהאיסוף והמאגר יוצרים, ועוד.¹⁸

המקרה המרכזי שבו היה דיון נרחב, הוא של מעקבי השב"כ לשם איתור מגעים בתקופת הקורונה. כזכור, הממשלה גייסה את השב"כ (למורת רוחו של הארגון, אבל הוא נענה להחלטה, כמובן) למטרה של ההתמודדות עם המשבר הרפואי-אזרחי. השב"כ מפעיל מאז שנת 2002 מערכת טכנולוגית, שככל הנראה מבוססת על נתוני מיקום שהשב"כ מקבל מחברות הסלולר, לפי מסגרת משפטית רופפת משהו.¹⁹

ההסמכה לשב"כ הייתה תחילה לפי תקנות שעת חירום ובהמשך לפי הסמכה של השב"כ לפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002 (להלן: חוק השב"כ). בג"ץ בחן את הסוגיה במשקפי ההסמכה.²⁰ בית המשפט נאות לפרש את חוק השב"כ ככזה שמתיר שימוש בכלי הטכנולוגי למטרה אזרחית לא ביטחונית, כאשר "יש סכנה חמורה ומיידית לאזרחי ותושבי המדינה או לסדרי המשטר

14 בג"ץ 1946/17 זידאן נ' ממשלת ישראל (נבו) (12.7.2022). שמו המלא של החוק הוא חוק הכללת אמצעי זיהוי ביומטריים ונתוני זיהוי ביומטריים במסמכי זיהוי ובמאגרי מידע, התש"ע–2009.

15 להרחבה, ראו בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 1.

16 בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד סה(2) 694 (2012).

17 ראו עומר טנא "חוק המאגר הביומטרי: סיכונים והזדמנויות" המשפט יז 421 (2014).

18 בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 407–411.

19 ראו את השילוב של הסמכויות שיש לראש הממשלה לפי חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002, ולפי חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב–1982. למערכת השב"כ, המכונה "הכלי". ראו רונן ברגמן ועידו שברצטוך "הכלי", המאגר הסודי של השב"כ, אוסף נתונים על כל אזרחי מדינת ישראל ויודע איפה הייתם, עם מי דיברתם, ומתי עשיתם את כל זה" ידיעות אחרונות (25.3.2020).

20 בג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (נבו) (26.4.2020).

שלה".²¹ זו פרשנות נדיבה מאוד של ההסדר הסטטוטורי, שההיסטוריה החקיקתית שלו מעלה בכירור שכוונתו הייתה ביטחונית בלבד.²²

לאחר מכן נחקק חוק זמני לחצי שנה, שבשל סבב בחירות נוסף באותה תקופה הוארך בפועל לשנה שלמה. חוק זה נבחן בהרכב של שבעה שופטים, ומיד אפרט לגביו. בסבב השלישי, הפעם בממשלת בנט ועם הופעת נגיף האומיקרון, שוב הופעל השב"כ, שוב לפי תקנות שעת חירום. בג"ץ אישר את השימוש קצר המועד בכלי השב"כ.²³

כאמור, פסק הדין השני הוא המפורט מהשלושה, ובו הייתה תקיפה חוקתית ישירה של חוק שהסדיר את הפעלת השב"כ לצורכי מעקבי הקורונה.²⁴ שישה משבעת השופטים מצאו שהחוק חוקתי: הפעם הייתה הסמכה מפורשת, התכלית הייתה ראויה, והאמצעים שנקבע בחוק היו מידתיים. השופטת ענת ברון סברה בדעת מיעוט שהחוק אינו חוקתי. לאחר האישור החוקתי, בחנו השופטים את יישום החוק ונמצא שהממשלה כשלה.²⁵ בית המשפט מצא שהממשלה לא טרחה כלל למלא אחרי החוק שהיא עצמה יזמה, לא קבעה קריטריונים להפעלת שיקול הדעת שלה, לא הביאה בחשבון שינויים משמעותיים שאירעו במהלך המגיפה – באותו שלב מבצע החיסונים היה בעיצומו והוכח כאפקטיבי, מערך התשאול האפידמיולוגי תוגבר והופעל היטב. במילים אחרות, הממשלה קידמה חוק ולא טרחה לציית להוראותיו. דעת הרוב בבג"ץ קבעה שמותר להפעיל את הכלי של השב"כ רק כאשר אדם מסרב לשתף פעולה בתשאול אפידמיולוגי. השופטים סולברג והנדל נותרו בדעת מיעוט לעניין זה, כאשר עמדת השופט סולברג התבססה בעיקר על קריאה צרה של הזכות לפרטיות.²⁶ עתירות אחרות שהן תקיפה חוקתית ישירה של פעולות המדינה תלויות ועומדות בשעה זו בבית המשפט. הבולטת בהן היא עתירת האגודה לזכויות האזרח נגד המשטרה, שמפעילה מערך מצלמות בכבישי ישראל בשם "עין הנץ", ללא הסמכה מפורשת בחוק.

ה. פרטיות חוקתית לאור ההפיכה המשטרית

בשלב זה, גורלה של ההפיכה המשטרית עדיין לוט בערפל, ולא ברור אילו ממרכיביה יחוקק בסופו של דבר וכיצד. הדברים שלהלן נכתבים אפוא בזירות המתאימה, לעת הזו. לעומת זכויות אחרות שאינן מנויות בחוק היסוד, מצבה של הזכות לפרטיות טוב יותר. היא מופיעה במפורש בחוק היסוד וכאמור מוגנת גם בחוק הגנת הפרטיות שחל גם על המדינה. הפרטיות נותרת אפוא על כנה כזכות יסוד, ומחייבת גם את המדינה. עיקר החשש הוא אפוא מסתימת הגולל על ביקורת שיפוטית על חוקתיות של פעולות המדינה וחוקי הכנסת, וכן על מקרים שבהם המדינה תהיה צד להליך משפטי שבו סוגיית הפרטיות תעלה, כגון ביחסי עבודה.

21 שם, פס' 23 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

22 לדיון ראו מיכאל בירנהק "פרטיות במשבר: הנדסה חוקתית והנדסת פרטיות" משפט וממשל כד 149 (2022).

23 בג"ץ 8196/21 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה (נבו) (2.12.2021).

24 בג"ץ 6732/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (נבו) (1.3.2021).

25 שם, פס' 45–49 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

26 לדיון ראו בירנהק פרטיות חוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 231–234.

אם תוגבל הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת – בין באיסור גורף לביקורת שיפוטית, בין בדרישה להרכב מלא של בית המשפט ורוב גבוה מאוד מבין שופטיו בעתירה, ובין בשריון מוקדם של חקיקה או שריון בדיעבד בדרך של פסקת התגברות – יהיה קשה מאוד לבחון חוקים שיפגעו בפרטיות. למשל, אילו הדיון על מעקבי השב"כ היה נערך בסביבה משפטית שלאחרי ההפיכה המשטרית, הרי מרגע שיימצא שיש עוגן חקיקתי (בחוק השב"כ, בגל הראשון), או חוק מפורש (בגלים הבאים), הדיון היה מסתיים.

למעשה, כוחו של בית המשפט יצטמצם למצבים שבהם אין הסמכה מפורשת מספיקה, ואז יוכל בית המשפט לומר שהפרקטיקה המדינתית פסולה, בהיעדר הסמכה מספקת בחקיקה. זהו תנאי פורמלי של חוק היסוד, הוא קל יותר לבדיקה וכנראה מעורר פחות קשיים חוקתיים. כאשר בית המשפט קובע כי אין עוגן מספיק בחקיקה, הוא למעשה מגלגל את הכדור חזרה לכנסת, שיכולה, ברצותה, לחוקק. כך היה במקרה העברת המידע ממרשם האוכלוסין לגופים שונים; כך היה גם בעקבות פסק הדין הראשון בעניין מעקב השב"כ בקורונה – נחקק חוק מיוחד.

אם יימצא עוגן חקיקתי מספק, יכולתו של בית המשפט לבחון סוגיות של מידתיות האמצעים שנקבעו בחוק תהיה מוגבלת. המשמעות: חקיקה דרקונית תהיה חסינה בפועל מביקורת שיפוטית, גם אם פגיעתה בזכות הפרטיות תהיה קשה. הממשלה – ששולטת באופן מבני בכנסת – תוכל לאמץ כל אמצעי שתמצא שיפגע בפרטיות וידיו של בית המשפט יהיו כבולות בפועל. למשל, כבר יש על הפרק הצעות לשימוש במצלמות ביומטריות, כלומר חיבור של מצלמות מעקב במרחב הציבורי למאגר ביומטרי, באופן שיאפשר לזהות כל אדם במרחב הציבורי שמכוסה על ידי מצלמה, גם ללא חשד סביר. הממשלה תוכל לקדם חוק שיאפשר למשטרה לפעול כזרוע ארוכה של רשות המסים; הכנסת תוכל לחוקק חקיקה שמאפשרת חיפוש סמוי, עם או בלי חשד סביר. ההשפעה עלולה להיות בכל תחומי החיים: בסדרי הדין הפליליים, בגביית מסים, בהתנהלות במרחב הציבורי ועוד. התוצאה עלולה להיות פגיעה אנושה בפרטיות החוקתית, שהיא עמוד תווך של המשטר הדמוקרטי ושל חירויות האזרח.

גם כאשר חקיקה תימצא חוקתית, בין משום מגבלות על הביקורת השיפוטית ובין לאחר בחינה מהותית של החקיקה, בית המשפט שתחת המשטר החוקתי החדש יהיה מוגבל ולמעשה לא יוכל לבחון את סבירות ההחלטות של הרשות המבצעת.²⁷ כך בפסק הדין השני בעניין מעקבי השב"כ, בית המשפט מצא שהממשלה לא עשתה כמעט דבר כדי לפעול לפי החוק שהיא עצמה קידמה והובילה. החוק היה למעשה חזות חיצונית של הסמכה, כלי ריק, שהממשלה התעלמה מתוכנו ומהוראותיו. פסק הדין הזה התבסס על המשפט המנהלי, ולמעשה על עילת הסבירות. אם זו תבוטל או תוגבל, סביר להניח שנראה את בית המשפט מסיט את הדיון לכלים מקבילים: פגיעה במידתיות, חוסר סמכות וכדומה.

27 מושג הסבירות מופיע בשיח הפרטיות בכמה הקשרים, אבל הם שונים מעילת הסבירות במשפט המנהלי, שבה דן הטקסט. מופע אחד של הסבירות בשיח הפרטיות הוא המבחן האמריקני של "ציפיות סבירות", לזיהוי של אינטרס פרטיות מוגן. אולם הסבירות שם מתייחסת לציפיות של האזרחים, לא לפעולת המשטרה. מופע שני הוא בחקיקה ספציפית, למשל ס' 19(ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, קובע פטור לרשויות ביטחון ועובדיהן – כמו שוטרים – בקשר לפגיעה "שנעשתה באופן סביר במסגרת תפקידם ולשם מילוי". הבדיקה של הסבירות פה היא קונקרטית, בקשר להתנהגות שוטרי מסוים. מדיניות של רשות לא יכולה להסתמך מראש על הפטור הזה, זה פטור בדיעבד, לא מקור סמכות. לעניין זה ראו הערות בית המשפט בבג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 25.1.2021). בקשה לדיון נוסף נדחתה.

גם במקרים שבהם המדינה או רשות מרשויות המדינה תהיה צד להליך יש חשש כבד לפגיעה בזכות לפרטיות. זהו למשל המקרה של יחסי עבודה, בהינתן שהמדינה היא המעסיקה הגדולה ביותר במשק כמו גם רשויות מקומיות, גופים הנתמכים על ידי המדינה, למשל האוניברסיטאות ועוד. למשל, בעניין עיריית קלנסווה נבחנו, בין היתר, השאלות אם רשות מקומית יכולה לחייב את עובדיה למסור טביעת אצבע לשם רישום שעות הנוכחות שלהם בשעון נוכחות ביומטרי, והאם רשות מקומית רשאית לנקוט אמצעים שונים כלפי עובדים המסרבים למסור טביעות אצבע, כולל אי־תשלום שכר.²⁸ פסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה הבהיר את חשיבותה של הזכות לפרטיות והקשר ההדוק שבינה לבין הזכות לאוטונומיה ושליטה של הפרט. אם תיפגע העצמאות השיפוטית של בתי הדין לעבודה ובתי המשפט בכלל, יש חשש של ממש ששופטים יימנעו מלפסוק במקרים של פגיעה בפרטיות, כמו בפרשה זו.

בלי הגנה חוקתית חזקה על הזכות לפרטיות, המדינה תוכל לנכור בחיינו הפרטיים, להגביל את החירות שלנו במרחב הפרטי ובמרחב הציבורי, לתעד, לעקוב, לבלוש, להשתמש במידע על אודותינו ולהפקיע את השליטה שלנו בעצמנו.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מיכאל בירנהק, אוניברסיטת תל אביב

תרמו הערות:

ד"ר עינת אלבין, האוניברסיטה העברית

ד"ר כרמל שלו, משפטנית עצמאית

28 עס"ק (ארצי) 7541-04-14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' עיריית קלנסווה (נבו 15.3.2017).

אין אקדמיה בלי דמוקרטיה – מה זה בעצם אומר? פגיעת ההפיכה המשטרית באקדמיה ובסגל האקדמי

הופץ במקור ביום 14.4.2023 כנייר עמדה מס' 42

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, ולפגיעה בזכויות האדם. **בנייר עמדה זה אנו מתייחסים לפגיעה הצפויה בעקבות השינויים המשטריים, באקדמיה הישראלית ככלל, ובמוסדות האקדמיים, בסגל האקדמי ובזכויות הסטודנטים בפרט.**

אנו מוצאים כי:

- לאור הניסיון הבינלאומי, ההסכמים הקואליציוניים בישראל, הצעות חוק המונחות על שולחן הכנסת וכן הכרזות של שרים בממשלת ישראל – **עולה חשש מוחשי שהמחקר וההוראה במוסדות האקדמיים בישראל עלולים להיפגע באופן מהותי בעקבות הרפורמות המקודמות בימים אלה, ושעקב כך יחול פחות של ממש במעמדה האקדמי של ישראל בקרב אומות העולם.**
- **לפגיעה זו משמעות קשות גם לדמוקרטיה הישראלית בכללותה – שכן אין דמוקרטיה בלי אקדמיה, לנוכח התפקיד המיוחד של האקדמיה בקידום הדמוקרטיה. ככל שתעמיק הפגיעה באקדמיה כך תהיה ההפיכה לבלתי ניתנת לתיקון.**
- בהיעדר רשות שופטת עצמאית ואפקטיבית, לא תהיה לציבור האקדמי ולציבור הסטודנטים/ות דרך להגן על עצמו מפני כוחו של השלטון, למשל בפגיעה צפויה בשוויון, בחופש אקדמי ובחופש הביטוי.
- ישנה סכנה אמיתית לפגיעה בסגל האקדמי – הן בביטחון התעסוקתי, באפשרויות התעסוקה ובתנאי העסקה של הסגל, והן ביכולתו לקדם מחקר אקדמי איכותי וחופשי.
- פגיעה מיוחדת צפויה לקבוצות מסוימות בתוך הסגל האקדמי, כגון אנשים מהסגל הזוטר, סגל שלפני קביעות, נשים, פלסטינים ועוד.
- המוסדות האקדמיים עצמם ייפגעו בצורה חדה באופנים שונים, בין השאר, בתקציביהן, באיכות המחקר, ביכולתם לגייס אנשי סגל מהשורה הראשונה בעולם לקידום המחקר, באיכות הסטודנטים/ות שיבואו בשעריהם ועוד.
- הרפורמה עלולה לפגוע גם בזכויות הסטודנטים, הן ביכולת שלהם ליהנות מההגנה המוקנית להם לעסוק במחקר על פי העיקרון של החופש האקדמי והן ביכולת להשתתף בפעילות מחאתית

בקמפוסים. היא אף עשויה לגרום לסטודנטים מוכשרים שלא ללמוד בישראל לאור הסכנה לפיחות במעמד ההשכלה הגבוהה.

נימוקי נייר העמדה

א. מבוא

האמירה "אין אקדמיה בלי דמוקרטיה" אינה סתמית. ראשית, מדדים בינלאומיים של איכות אקדמית מוכיחים קשר הדוק בין מצוינות אקדמית לבין פעילותה של אקדמיה בדמוקרטיה ליברלית. שנית, בהמשך לאמור, ניסיון המר של מדינות אחרות שעברו מהפכות הדומות לזו שעוברת כיום מדינת ישראל אף הוא מבסס את הקביעה הזו, שכן בכולן נמצא כי תהליכים של הצרת האוטונומיה של מוסדות אקדמיים שפועלים בתחומן הביאו לדרדור במצבם הכללי של מוסדות אלה ובאיכותם. שלישית, וברמה העמוקה ביותר, תוקף האמירה נלמד מהבנה בסיסית של המצע התרבותי שעליו פורח המחקר האקדמי. שהרי בעת המודרנית הפכו המוסדות להשכלה גבוהה לחוד החנית ביצירת ידע פורץ גבולות ובאיתגור דרכי חשיבה מקובלים, וזאת הודות לדרך החקירה והדיון האקדמיים, המושתתים על ביסוס הולם של טענות וחשיבה ביקורתית, שהמדינה הליברלית מעודדת.

לנוכח כל האמור, מתבהרת נכונות האמירה הקושרת בין דמוקרטיה לאקדמיה. בהקשר הישראלי בכלל ובהקשרה של המהפכה המשטרית בפרט, עולה כבר היום חשש אמיתי לפגיעה באקדמיה. זאת, לנוכח הצעות חוק שעומדות על הפרק, הוראות רלוונטיות בהסכמים קואליציוניים, אמירות של שרים בממשלה, וכן עמדות שהביעו ארגונים הפועלים בצמוד לממשלה הנוכחית, כגון "פורום קהלת" ותנועת "אם תרצו", מהם ניתן ללמוד על מגמה ברורה להצרת האוטונומיה (החלקית) המוקנית כיום לאקדמיה והגברת מעורבות הממשלה במהלכה. **אחריתה של מגמה זו היא אחת – פגיעה קשה באקדמיה הישראלית, במחקר האקדמי בארץ, בחברות וחברי הסגל האקדמי, בציבור הסטודנטיות והסטודנטים, ומעל הכל: פגיעה בחברה, בכלכלה, בבריאות, בתרבות ובחברה האזרחית בארץ.** נטען גם כי לא רק שבלי דמוקרטיה אין אקדמיה, אלא שבלי אקדמיה אין שגשוג. ועוד נסיף ונטען כי בלי אקדמיה אין דמוקרטיה.

האקדמיה מהווה בסיס חשוב בחברה. מעבר לתפקידה בהשכלה הגבוהה ובהכשרה של כוח אדם מקצועי, יש לה תפקיד חשוב במחקר המקדם את החברה, הכלכלה, הבריאות, התרבות והחברה האזרחית. מחקרים אומנם מתקיימים גם בתעשייה, בשוק, ועל ידי ארגוני החברה האזרחית, אך למחקר האקדמי יש אורך נשימה שאין למחקרים במקומות האחרונים, והוא אינו מונע ממניעים כלכליים או פוליטיים. מכאן עיקר חשיבותו. מדינה שאין בה מחקר ארוך טווח היא מדינה שאינה זורעת זרעים לעתידה. דוגמאות לתוצרים של המחקר האקדמי אפשר למצוא לרוב, כולל בתחומי הגנטיקה וההייטק. החופש האקדמי, הנתמך במשטר דמוקרטי-ליברלי, הוא מרכיב חשוב בהצלחת האקדמיה – יותר מ-90% מהזוכים בפרסי נובל במדעים המדויקים נולדו במדינות דמוקרטיות, ומתוך אלה שלא נולדו בדמוקרטיה, הרוב המכריע היגר למדינה כזו ופעל בה. ואם להפנות לדוגמה רלוונטית במיוחד, 11 זוכי פרס נובל במדעים מדויקים נולדו בהונגריה – אבל רק אחד מהם גם חי ופעל בה.

עקרון החופש האקדמי מעוגן היום בסעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, אשר קובע כי מוסד אקדמי מוכר "הוא בן חורין לכלכל עניניו האקדמיים והמינהליים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו". ואולם, להוראה זו אין מעמד חוקתי וניתן לשנותה בין במישרין ובין באמצעות

חוק אחר ברוב רגיל. האוניברסיטאות והמכללות הציבוריות בישראל תלויות מאוד בשלטון המרכזי הן מבחינת תקציבית (מרבית תקציבן מגיע מהממשלה, באמצעות הוועדה לתכנון ולתקצוב), והן מבחינה ניהולית (כפיפות למועצה להשכלה גבוהה). תלות זו מאפשרת לממשלה לפגוע בחופש האקדמי של האוניברסיטאות בצורה פשוטה יחסית גם ללא שינוי בחוק, למשל על ידי איום לפגוע בתקציבן.

לאקדמיה יש תפקיד קריטי בחברה דמוקרטית. מעבר לתפקידה במחקר, השכלה גבוהה, ובהכשרה של כוח אדם מקצועי, יש לה תפקיד חשוב ביצירת מרחב אינטלקטואלי לביקורת על השלטון וביצירה של ידע אמין. האקדמיה מייצרת מנגנוני שיח שיכולים לבקר את המשטר באופן המבוסס על ידע אמין אודות הנעשה בעולם ואודות מהלכי השלטון. היא אף מהווה מרחב פיזי שבו יכול להתקיים שיח פוליטי ביקורתי של סטודנטים וסגל. כתוצאה מכך, המעבר משיטת משטר דמוקרטית ליברלית לשיטת משטר בעלת מאפיינים טוטליטריים מאופיין במקרים רבים גם בפגיעה באוטונומיה ובחופש של המוסדות האקדמיים, שכן האקדמיה גם מגנה על הדמוקרטיה. ואכן, האמירה שעזמה פתחנו פועלת גם בכיוון ההפוך: "אין דמוקרטיה ללא אקדמיה": במדינות שבהן אין אקדמיה חופשית בדרך כלל גם אין דמוקרטיה.

הניסיון שנצבר בזירה הבינלאומית בעשורים האחרונים, בצירוף המגמות הלא מוסתרות של הקואליציה הנוכחית, מצביעים על כך שיש סיכוי סביר ביותר שהשינויים המשטריים המקודמים בימים אלה יפגעו בעתידה של האקדמיה בישראל, וזאת בכמה רובדים משלימים: 1. פגיעה במוסדות ההשכלה הגבוהה; 2. פגיעה צפויה בסגל האקדמי בכל הנוגע לתנאי ויחסי העבודה, כולל הגבלת החופש האקדמי, אפשרויות קידום מחקר עצמאי ואף סכנה לביטחון התעסוקתי; 3. פגיעה בחופש האקדמי של סטודנטיות וסטודנטים שעוסקים במחקר; 4. פגיעה ביכולת של הסגל האקדמי וסטודנטים להשתתף בפעילות מחאתית במרחב הפיזי של הקמפוסים.¹ כל אלה לא רק ידרדרו את האקדמיה, אלא אף יפגעו, כאמור, בחוסנה של הדמוקרטיה הישראלית ובעוצמתה החברתית-כלכלית. מסמך זה נועד לתת פירוט קצר על תהליכים דומים שהתרחשו בעולם וכן על התרחשויות בישראל כדי להמחיש את הפגיעה שאנו מתריעות ומתריעים לגביה.

ב. מבט בינלאומי

עלייה של משטרים לא דמוקרטיים בעולם לוותה בפגיעה משמעותית בחופש האקדמי ובעצמאותה של האקדמיה, דבר אשר השפיע ישירות על איכות המחקר. דבר זה מצער, אך אינו מפתיע. האקדמיה עשויה לעמוד בדרכו של שלטון הסולד מהגבלות על כוחו, וזאת בין השאר בגין האוטונומיה היחסית המוקנית לה במדינות דמוקרטיות (בדומה למוסדות אחרים, כגון בתי המשפט), בשל המרכזיות שעשויה להיות לה בחברה האזרחית במדינה ואף בשל העמדה הביקורתית (וחמור מכך: עמדה ביקורתית ומיודעת) שחבריה רואים עצמם זכאים להביע (גם) כנגד גופי המדינה. לכן, אין פלא כי הניסיון של הונגריה, פולין וטורקיה מלמד כי כחלק מההשתלטות הכוללת של השלטון על גופים מרכזיים בדמוקרטיה, כמו מערכת המשפט, הפרלמנט והתקשורת, השלטון מנסה גם לבסס את השפעתו על האקדמיה.

1 ראו אורן פרוז, עינב טמיר, שרה גולד ויונתן מורל "חופש ביטוי ומחאה בקמפוסים בישראל: בין המשפט החוקתי להסדרה עצמית" **מחקרי משפט** לג 347 (2021).

הונגריה

בהונגריה בוצעו שלל צעדים שהובילו למינויים של מקורבי ממשל למשרות בכירות בהובלת ההשכלה הגבוהה, בוטלו או שונו תוכניות לימודים, צומצמו והוגבלו שיתופי פעולה עם קרנות ומוסדות אקדמיים אירופיים ונפגעו תנאי עבודתם של הסגל האקדמי. כך בשנת 2017 חקיקה מעין "פרסונלית" שקבעה תנאים לפעילות אקדמית של אוניברסיטאות הובילה לכך שהאוניברסיטה המרכז אירופית המקומית (CEU) נאלצה לסגור את שעריה ולהעתיק את פעילותה לווינה.² על פי החוק, הותנתה פעילותן של אוניברסיטאות זרות בקיומם של קשרים בילטרליים בין המדינות ובקיומו של קמפוס אקדמי במדינה הזרה. האוניברסיטה המרכז אירופית שלא עמדה בדרישות אלה, נאלצה לסגור שעריה ולעזוב את המדינה.³ צעד זה הוביל לפתיחת הליכים נגד הונגריה בנציבות האירופית והסוגיה הועברה לטיפול בין הדין האירופי לצדק שקבע שבמדינות שננקטה יש משום הפרה של מגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי, שמגינה על החופש האקדמי וחופש העיסוק.⁴

בנוסף, במהלך שנת 2021 הועברה בהונגריה חקיקה הקובעת כי הממשלה תצמצם את תמיכתה הכלכלית במוסדות אוניברסיטאיים והמימון למוסדות יוענק על ידי קרנות "בנאמנות ציבורית" שחבריהן מקורבים לממשלה (public trust foundations). צעד זה איפשר לקדם שינויים משמעותיים במוסדות אקדמיים באופן חוקי לכאורה, ביניהם מינויי בכירים במוסדות שונים ומתן כלים להשפעה על תוכן חומרי הלימוד, לרבות בדרך של צנזורה.⁵ על פי דבריה של פרופ' ז'וז'ה הטני, פרופסורית במחלקה לשפה ולספרות רוסית ב-ELTE בהונגריה, כפי שהובאו בעיתון "הארץ", כמעט כל האוניברסיטאות בהונגריה הופרטו מניהול המדינה והועברו לידי קרנות: "באוניברסיטאות האלה יש עכשיו חבר מנהלים שבו יש רק אנשים, פוליטיקאים ואוליגרכים פרממשלתיים, שגם מקבלים משכורות גבוהות מאוד כדי לנהל את האוניברסיטאות האלה כראות עיניהם".⁶ בהמשך לצעד זה, בתחילת 2023 הודיע ה-European Commission על כוונתו להקפיא תקציבים שניתנים לאוניברסיטאות הונגריות רבות במסגרת תוכניות Erasmus+ ו-Horizon Europe, לנוכח היעדר המענה מצד השלטון לביקורת שהובעה ביחס להשפעה של מפלגת השלטון על מינויי בכירים באוניברסיטאות וביחס לצעדים השונים שמבצע השלטון לפגיעה בשלטון החוק.⁷ נוסף על כך, ביום 13.4.2023 הודיעה המועצה הנ"ל כי על מקבלי מענקי המחקר האירופים במסגרת תוכנית ERC חלה החובה שלא לקיים

2 <https://bit.ly/3BjxwsZ>

3 "מזהים תהליכים: כיצד השתנו פניה הדמוקרטיות של הונגריה" הארץ (12.1.2023)

<https://bit.ly/3NY2y1o>

4 "בית הדין האירופי לצדק: חוק בהונגריה שפגע באוניברסיטה של סורוס – נוגד את הדין" הארץ <https://bit.ly/3NX4K9f> (6.10.2020)

5 גל זיידמן "אחרי הפרלמנט והתקשורת, ויקטור אורבן מנסה להשתלט על האקדמיה" שיחה מקומית <https://bit.ly/3LQum54> (7.12.2020)

6 דניאל לושי ואח' "זה מתקדם לאט, עד חוסר האונים: עדויות משקיעתה של דמוקרטיה" הארץ (1.2.2023) <https://bit.ly/3LJdMnC>

7 "EU Council excludes 21 Hungarian universities from Horizon Europe and Erasmus funding over Hungary's rule of law breaches" (12.1.2023) <https://bit.ly/3LP9ew8> כמו כן ראו גם "Orban extends dominance through university reform" CNN (27.4.2021) <https://cnn.it/3LLseLQ>

שום קשרים משפטיים הכרוכים בכספי התוכנית עם האוניברסיטאות ההונגריות המנוהלות כיום, כאמור, כקרנות ב"נאמנות ציבורית".

כתבה אחרת שפורסמה בעיתון "הארץ" ובה ראיונות עם מספר אקדמאים הונגרים נוספים, שפכה אור על המהלכים המתוארים, ובפרט על צמצום שיתוף הפעולה עם מוסדות אקדמיים וקרנות אירופאיות. כך, מדבריו של הבלשן פרופ' אישטבאן קנסיי מאוניברסיטת סגד בהונגריה, ניתן ללמוד שהונגריה הייתה שותפה בפרויקטים בינלאומיים גדולים כמו CERN והמתקן האירופי לקרינת סינכרוטרון (ESRF), שגם ישראל חברה בהם, אך "הממשלה אצלו ביטלה חלק מהם בלי להתייעץ עם המדענים".⁸ על פי הפיזיקאי פרופ' ג'וזף פלינקאס, "כיום התקציבים מהאיחוד [האירופאי] הוקפאו על רקע הפחתת האוטונומיה של האקדמיה ומערכת המשפט בהונגריה והאפשרות לערוך מחקרים הצטמצמה מאוד". לפיו, הממשלה ההונגרית אומנם ממשיכה לתפעל את המוסדות האקדמיים, אבל בלי התוספת מהאיחוד, הצטמצמה מאוד האפשרות לערוך מחקרים.⁹

עוד ציינו המרואיינים, כי ב-2019 "הופקדה רשת מכוני המחקר הגדולה [בהונגריה] (MTA) בידיו של מדען בעל בריתו של אורבן. לבסוף, 21 אוניברסיטאות [הונגריות], שבהן לומדים כ-80% מכלל הסטודנטים, הופקדו בידי מועצות [קרנות] המאוישות כמעט אך ורק על ידי נאמני אורבן. צעד אחרון זה הוביל להחלטת האיחוד האירופי בדצמבר 2022 לאסור על הקצאת תקציבים מהאיחוד לאוניברסיטאות הללו". בנוסף, ב-2019 הממשלה בהונגריה "החלה לצמצם על בסיס חודשי את תקציב האקדמיה ההונגרית למדעים".¹⁰

ההשתלטות על מוסדות ההשכלה הגבוהה בהונגריה הביאה להתערבות משמעותית בתכני הלימוד והמחקר ולפגיעה בחופש האקדמי. כך למשל, בשנת 2018 הונגריה ביטלה את התוכניות ללימודי מגדר במוסדות אקדמיים. בממשלה הסבירו כי עמדתה היא ש"אנשים נולדים גברים או נשים". הממשלה פרסמה צו השולל את ההכרה והמימון של תוכניות ללימודי מגדר בשתי אוניברסיטאות שהפעילו אותן בהונגריה. הצו הסיר את הנושא מרשימת התוכניות ללימודי תואר שני שמוכרות על ידי הממשלה שמקבלות ממנה תמיכה כספית. סגן ראש הממשלה הסביר כי ללימודי מגדר "אין קשר לאוניברסיטאות מאחר שהם אידיאולוגיה ולא מדע".¹¹ כמו כן השלטונות בהונגריה סגרו בפועל את האוניברסיטה לקולנוע ולתיאטרון בבודפשט. מנגד הממשלה "יצרה מעין 'אוניברסיטת צללים' לקולנוע ולתיאטרון עם הנהלה שמסורה לאידיאולוגיה שלה".¹² בנוסף, "ועדת ההסמכה להשכלה גבוהה" ההונגרית הפעילה לחץ על חוקרת לא לפרסם מאמר אקדמי ביקורתי.¹³

לא רק תחומי המחקר נתונים כעת לפיקוח ממשלתי, אלא גם ההגשות לקרנות מחקר. בעקבות החקיקה ההונגרית "שבמסגרתה הוקם גוף המפקח על מוסדות המחקר ירד מספר הצעות המחקר העצמאיות שעברו שיפוט עמיתים, ומדענים החלו לצנזר את עצמם לפני הגשת בקשות למענקים.

8 גדעון לב "האסון למדע הישראלי יתרחש מהר ממה שמדמינים – והוא יהיה בלתי הפיך" הארץ (7.2.2023). <https://bit.ly/3H1FxGT>

9 שם.

10 שם.

11 <https://bit.ly/3Mb9wyH>

12 <https://bit.ly/3MdAc1G>

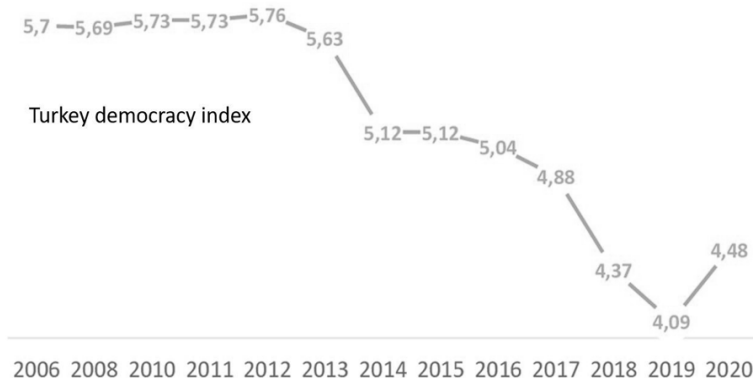
13 <https://bit.ly/42mox6x>

בתהליך הערכת ההצעות מפעיל השר הממונה שיקולים פוליטיים ואידיאולוגיים.¹⁴ יש להדגיש כי הפגיעה במעמד של המוסדות האקדמיים בהונגריה הובילה לכך שגדל מספר הסטודנטיות והסטודנטים ממוצא הונגרי הבוחרים ללמוד מחוץ למדינה, התפתחות בעלת השפעה שלילית לא רק על חוזקו של גוף הסטודנטים/ות במדינה אלא גם על הרכבה העתידי של האקדמיה, התעשייה, המשפט והחברה בה.

טורקיה

דוגמה מובהקת נוספת לקשר בין פגיעה בדמוקרטיה לבין פגיעה באקדמיה מגיעה מטורקיה. טורקיה בראשות ארדואן מתקרבת מזה כעשור למה שמכונה דמוקרטיה סמכותנית, בה הממשלה פועלת ללא איזונים ובלמים ראויים המגבילים אותה. לפיכך, טורקיה היא דוגמה טובה ללמוד ממנה להקשר הישראלי, בשל מאפיינים משותפים בין שתי המדינות, כדוגמת קיומן של קהילות דתיות דומיננטיות ומשטר שאינו מחויב להפרדת הדת מהמדינה בשני המקרים. שני הגרפים הבאים מראים קשר בין הידרדרות מדד הדמוקרטיה בטורקיה בשנים האחרונות (גרף א) לבין הידרדרות דירוג האוניברסיטאות בטורקיה לפי מדד ה-Times¹⁵ (גרף ב). הידרדרות זו משתקפת גם במדדים אחרים (למשל מדד שנחאי ומדד ליידן), מכולם ניתן ללמוד כיצד הפגיעה בדמוקרטיה הצניחה תוך שנים מעטות את רמת האקדמיה הטורקית.

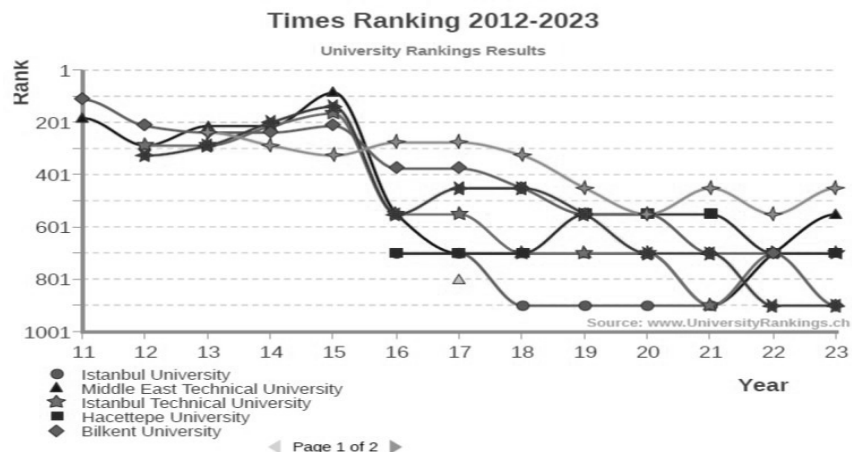
גרף א



מבוסס על נתוני מדד הדמוקרטיה של האקונומיסט, כפי שמובאים ב-https://en.wikipedia.org/wiki/Democracy_Index

¹⁴ גדעון לב "האסון למדע הישראלי יתרחש מהר ממה שמדמינים – והוא יהיה בלתי הפיך" **הארץ** <https://bit.ly/3NUPTvU> (7.2.2023).

גרף ב



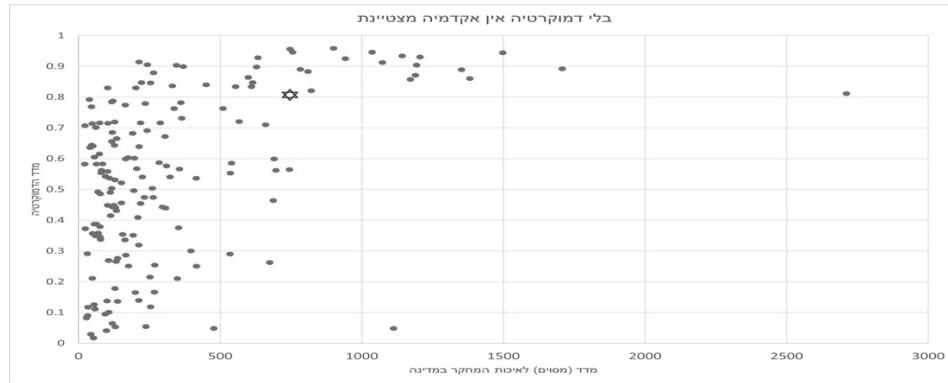
השפעתו הרחבה של ממשל ארדואן על האקדמיה באה לידי ביטוי, כמו בהונגריה, במינויי בכירים מטעם המשפיעים על ניהולם של המוסדות ועל תכני הלימודים הנלמדים בהם. בשנת 2016, לנוכח הכרזה על מצב חירום פרסם השלטון executive decrees שנועדו לחזק את שליטתו של ארדואן במערכת המשפט, ברשויות הביטחון וכן במוסדות החינוך במדינה. מתוקף אחד התיקונים שונה חוק ההשכלה הגבוהה, כך שבוטלו הבחירות לרקטורים באוניברסיטאות הציבוריות. תחת זאת, ניתנה לנשיא ארדואן ולמועצה להשכלה גבוהה אוטונומיה לבצע מינויים אלה ללא התייעצות עם המוסדות עצמם ותוך ביטול הקריטריונים שנקבעו בעבר לתפקיד. מחקר שבוצע בשנת 2019 מצא כי צעד זה הוביל לירידה משמעותית באיכות הפעילות האקדמית במוסדות, לאחר שנמצא כי 68 מתוך 196 רקטורים שמונו לפי שיטת המינוי החדשה מיעטו מאוד לפרסם מאמרים ולא צוטטו במאמרים אקדמיים אחרים – קנה מידה מקובל בעולם האקדמי להערכת איכות ומידת השפעה של חוקר/ת.¹⁵ את החיבור ההדוק בין מצוינות אקדמית לקיומה של דמוקרטיה ליברלית ניתן אף ללמוד מגרף ג. גרף זה מראה שאינדקס הדמוקרטיה של כל המדינות שאיכותן האקדמית גבוהה מזו של ישראל גבוהה מ-0.8.¹⁶ מדינות אלה כוללות את ארצות הברית, גרמניה, בריטניה, קנדה, צרפת, הולנד, אוסטרליה, איטליה, יפן, שווייץ, ספרד ואחרות.¹⁷ המדינה היחידה שבה האיכות האקדמית גבוהה למרות המדרד הדמוקרטי הנמוך היא סין.

15 *Boğaziçi Resists Authoritarian Control of the Academy in Turkey*, MIDDLE EAST RESEARCH AND INFORMATION PROJECT (2.3.2021) <https://bit.ly/3Be1xKY>
The State of Education in Turkey and Bogazici Protests, HARVARD INTERNATIONAL REVIEW (15.1.2021) <https://bit.ly/3HZtERU>

16 *Ranking of Countries by Quality of Democracy*, DEMOCRACY MATRIX, <https://www.democracymatrix.com/ranking>

17 <https://www.scimagojr.com/countryrank>

גרף ג



ג. מבט מקומי

מתרבים הסימנים כי האקדמיה בישראל תעמוד תחת מתקפה ברוח המהלכים שנעשו במדינות שתוארו לעיל בעתיד הקרוב. למעשה, יש בסיס לטענה כי היא מצויה כבר עתה תחת מתקפה. כיום, עומדת על הפרק שורה של הצעות חוק והוראות בהסכמים קואליציוניים שיש בהם כדי לפגוע בצורה מהותית בהשכלה הגבוהה בישראל. הן נתמכות באמירות של חברי/ות קואליציה ושרים וכן של ארגונים הקרובים להם אידאולוגית (כדוגמת "פורום קהלת" ו"אם תרצו"), אשר כולם יחד מעלים את החשש הממשי מפני פגיעה מהותית ישירה ועקיפה באקדמיה הישראלית – במוסדות האקדמיים, בתנאי המחקר של חוקרים וחוקרים וכן בסטודנטים. יצוין כי חלק מהצעות החוק הונחו על שולחן הכנסת הקודמת, אולם בהתווסף להן הצעות חוק חדשות שהונחו בכנסת זו, או הצעות שהונחו בשנית בחודשים האחרונים, עולה דאגה אמיתית לאקדמיה בישראל.

כפי שצינו לעיל, בהיעדר רשות שופטת עצמאית ואפקטיבית, לא תהיה לציבור האקדמי ולציבור הסטודנטים דרך להגן על עצמו מפני כוחו של השלטון. את תפקידו החשוב של בג"ץ בהגנה על האקדמיה ניתן ללמוד מפסק הדין בעניין פרופ' עורד גולדרייך, שם כתב השופט עמית, בין היתר, את הדברים הבאים: "במדינות דמוקרטיות, חופש הביטוי והחופש האקדמי הולכים שלובי זרוע".¹⁸

1. הצעות חוק שעומדות על הפרק

להלן נציג שורה של הצעות חוק שכוונתן הגבלת חופש הביטוי בקמפוסים – הן חופש הביטוי של הסטודנטים/ות ואף של אנשי/ות הסגל – כמו גם הגבלת חופש ההתארגנות של תאי סטודנטים/ות במוסדות. חשוב מאוד להדגיש כי חלק מההצעות מגדילות לעשות ומבקשות לקבוע סנקציה של הפחתת תקציבם של מוסדות בגין פעילות בשטחן שיש בה כדי לפגוע בהוראות הצעות החוק האמורות; ויש בהן המציעות סנקציה מוסדית שכזו – או סנקציה פרסונלית (מניעת זכאות לפרס) –

18 בג"ץ 2199/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שר החינוך, פס' 15 (נבו) (12.8.2021).

בגין אמירות או מעשים של חבר/ת סגל. כך נפתח פתח מסוכן הן לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש ההתארגנות באחת האכסניות המרכזיות לדיון ציבורי פורה – המוסדות להשכלה גבוהה – והן לענישה מצידה של הממשלה את המוסדות ו/או חברי/ות סגל בהתאם לאמות מידה בעייתיות ביותר, בוודאי בהקשרה של השכלה גבוהה. הבעיה מוחרפת בהקשר הישראלי, כפי שמתגלה בבחינת אמות המידה הקבועות בהצעות חוק אלה לענישת סטודנט/מרצה/מוסד – הן נוגעות למחלוקת המדינית בישראל באשר לסכסוך הישראלי-פלסטיני, שמסורתית לסטודנטים/ות הערבים/ות ולארגוני שמאל עניין מוגבר בו.

יצוין כי המדובר בהצעות חוק פרטיות, אשר במצב דברים רגיל הסיכוי לצליחתם את הליך החקיקה נמוך למדי. עם זאת, הצעות חוק אלה הועלו על ידי חברי כנסת ושרים מהקואליציה הנוכחית, ובהתחשב ברוח הזמן יש להביא בחשבון גם את הסיכונים הגלומים בהן, כמו גם את המשמעות הנלווית לעצם העלתן ולריבויין. זאת בעיקר לנוכח התבטאויות ציבוריות כנגד האקדמיה מהעת האחרונה שיפורטו בהמשך.

להלן כמה הצעות חוק המגלמות את שלושת המרכיבים הללו:

- **הצעת חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון – איסור פעילות פוגענית), התשפ"ג-2023 (פ/242/25)**, אשר הוגשה על ידי חבר הכנסת זאב אלקין (מהאופוזיציה), בה מוצע כי מוסד להשכלה גבוהה לא יאפשר לקיים בתחומו פעילות שיש בה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור, תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, ציון יום העצמאות כיום אבל או מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בדגל המדינה. עוד מוצע כי יושב ראש המועצה להשכלה גבוהה, שהוא שר החינוך, יקבע בצו, סנקציות שיוטלו על מוסד להשכלה לגבוהה אשר הפר את הוראות התיקון המוצע. הצעת חוק זוהי הונחה על שולחן הכנסת העשרים וארבע על ידי חבר הכנסת יריב לוין, כיום שר המשפטים (1679/24).
- **הצעת חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון – איסור הנפת דגל של ישות עוינת במוסד מוכר), התשפ"ג-2022 (פ/25/964)**, אשר הוגשה על ידי חבר הכנסת חנוך דב מלביצקי (ההצעה הועברה אליו לאחר שחבר הכנסת שלמה קרעי, המציע המקורי, מונה לשר). מוצע כי מוסד מוכר לא יאפשר בתחומו הנפת דגל של מדינת אויב, הרשות הפלסטינית או ישות טרור (להלן: ישות עוינת). על פי המוצע, סטודנט שהניף דגל של ישות עוינת בתחום מוסד מוכר, דינו יהיה השעיה של שישה חודשים, ודינו של מי שעבר עבירה חוזרת – הרחקה לצמיתות מהלימודים במוסד, והמועצה להשכלה גבוהה תשלול את זכאותו לתואר אקדמי בישראל או להכרה בתואר אקדמי מחוץ לישראל לתקופה של 10 שנים. עוד מוצע לקבוע כי איש סגל במוסד מוכר שניף דגל של ישות עוינת בשטח מדינת ישראל דינו יהיה השעיה לשישה חודשים מהפעילות האקדמית, ומי שיבצע עבירה חוזרת יורחק לצמיתות מכל פעילות אקדמית. לבסוף, מוצע לקבוע כי תקצוב בגובה 10% לא יועבר למוסד מוכר שבמהלך השנה שקדמה למועד הקבוע להענקתו של התקצוב איפשר הנפת דגל של ישות עוינת.
- **הצעת חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון – הפחתת תקציב בשל אי-הנפת דגל המדינה), התשפ"ג-2022 (פ/273/25)**, אשר הוגשה על ידי חבר הכנסת חנוך דב מלביצקי, לפיה 10% מתקציב מוסד ייגרע אם במהלך השנה שקדמה למועד הקבוע להענקתו לא הניף המוסד כדרך קבע את דגל המדינה. הצעת חוק זוהי הונחה על שולחן הכנסת ה-24 על ידי חברת הכנסת גלית דיסטל אטבריאן (פ/2137/24).

- **הצעת חוק זכויות הסטודנט (תיקון – הרחקת סטודנטים תומכי טרור ממוסד לימוד ופירוק תאים תומכי טרור), התשפ"ג–2023** (פ/2368/25), אשר הוגשה על ידי חברת הכנסת לימור סון הר מלך, קובעת איסור הבעת תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל או הנפת דגל של מדינת אויב, ארגון טרור או הרשות הפלסטינית בתחומי של מוסד להשכלה גבוהה, שתוצאת הפרתו עשויה להיות הרחקה מהלימודים במוסד לצמיתות ושליחת זכאותו של המפר לקבלת תואר אקדמי בישראל או להכרה בתואר אקדמי מחוץ לישראל לתקופה של חמש שנים; כמו כן, מוצע לאסור את פעילותו של תא סטודנטים שמבצע פעילות כפי שפורט לעיל.
- **הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון – מניעת זכאות לפרס), התשפ"ג–2022** (פ/915/25), אשר הוגשה על ידי חבר הכנסת אופיר כץ, מציעה כי מי שקורא לחרם נגד מדינת ישראל לא יהיה זכאי לפרס ממשלתי. הצעת חוק זהה הונחה על שולחן הכנסת ה-24 גם כן על ידי חבר הכנסת אופיר כץ (פ/1989/24).¹⁹

2. הגבלת שיתופי פעולה

הפגיעה במוסדות להשכלה גבוהה עשויה להיגרם גם מהצעות שתפגענה בחופש האקדמי ואף בשיתופי פעולה אקדמיים בין מוסדות להשכלה גבוהה (גם כאן – תוך קביעת סנקציה תקציבית). רלוונטית לעניין זה היא הצעת חוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון – הגבלת שיתוף פעולה בין מוסד אקדמי לבין ארגון הפועל נגד מדינת ישראל), התשפ"ג–2023 (פ/2263/25), שהוגשה על ידי חבר הכנסת אליהו רביבו, ובה מוצע כי אם ראה שר החינוך כי מוסד להשכלה גבוהה שהמדינה משתתפת בתקציבו הוציא הוצאה עבור שיתוף פעולה עם גוף בפעילות שיש בה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, קריאה להעמדה לדין של חיילים בערכאות בינלאומיות, תמיכה במאבק מזוין או בחרם נגד ישראל, הסתה לגזענות או לאלימות – יהיה רשאי, לאחר ששמע את המוסד, להפחית מהסכומים שיש להעבירם מתקציב המדינה למוסד. הצעות חוק זהה הונחה על שולחן הכנסת ה-25 גם על ידי חברת הכנסת לימור סון הר מלך (פ/1602/25). לאור אמירות קודמות של שרים המכהנים כיום בממשלה,²⁰ הצעת חוק זו עשויה לפגוע בתקציב משמעותי שמגיע היום למוסדות אקדמיים בישראל מהאיחוד האירופאי (ERC), תקציב המאפשר פיתוח מחקר משמעותי בכל תחומי

19 הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון – הפחתת תקציב או תמיכה בשל פעילות נגד עקרונות המדינה של עובד או נושא משרה), התשפ"ג–2022 (פ/1243/25), שהוגשה על ידי חברת הכנסת שרן השכל, מציעה כי אם ראתה ועדת הכספים של הכנסת כי עובד או נושא משרה בגוף מתוקצב מתבטא או פועל בצורה שהיא במהותה שלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לגזענות, לאלימות ולטרור, תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, ציון יום העצמאות כיום אבל או מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד הדגל או הסמל – היא תהיה רשאית להורות לשר הממונה להפחית מסכומים שיש להעבירם מתקציב המדינה לאותו גוף. הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת העשרים וארבע על ידי חבר הכנסת שלמה קרעי וקבוצת חברי הכנסת (פ/1902/24) ועל ידי חבר הכנסת שלמה קרעי (פ/4056/24) ועל שולחן הכנסת ה-25 על ידי חבר הכנסת שלמה קרעי (פ/593/25). עולה החשש שבהיעדר מערכת שיפוטית עצמאית תקצר הדרך לכלול גם אמירות כנגד ההפיכה המשטרית, במידה שזו תעבור, בגדרן של הצעה זו. לעניין זה ראו למשל פרוטוקול ועדת החינוך מיום 24.5.2017 בעניין "החשש להמשך תמיכת אוניברסיטת בן גוריון בפעילות BDS" <https://bit.ly/44Pg2Co>. כמו כן ראו נעה שפיגל "סמוטריץ': ארגוני זכויות האדם הם קיום קיומי על ישראל, הממשלה הקרובה חייבת לטפל בהם" הארץ (21.11.2021) <https://bit.ly/3Mgy4Xe>.

הדעת כולל מדעים מדויקים ורפואה, מדעי הרוח, מדעי החברה, חינוך ועוד.²¹ כמו כן, הצעה זו עשויה לפגוע בשיתופי פעולה עם מספר מוסדות אקדמיים שקראו להחרים את ישראל, ומוסדות אקדמיים שעשויים להביע עמדות כנגד ההפיכה המשטרית. במידה ותעבור, ההצעה תפגע ישירות בתנאי ויחסי העבודה של מרצות ומרצים מן הסגל האקדמי.

3. פתח לפגיעה בתנאי העסקה של חברי/ות הסגל האקדמי – ובמיוחד פגיעה במוסד הקביעות

לקביעות באקדמיה הצדקה מהותית: היא נועדה לאפשר את חירות המחקר. וכאמור, אין מחקר ללא חירות. לכן, מדאיגה היא הצעת חוק דיני העבודה (תיקוני חקיקה), התשפ"ג–2023 (2111/25/פ), שהוגשה על ידי חבר הכנסת שמחה רוטמן. מוצע בה לתקן את חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס"א–2001 ולקבוע כי: "על אף האמור בכל דין או הסכם, מעסיק יהיה רשאי לפטר עובד עקב אי-התאמה לעבודה או בעקבות הצורך בצמצום פעילות בהודעה מוקדמת מראש, של חצי חודש בעד כל שנת העסקה ברצף אצל המעסיק ולא יותר משישה חודשים; בית הדין לעבודה לא יוכל למנוע או לעכב פיטורי עובד לפי סעיף זה, אך אם ימצא שהעובד פוטר שלא בתום לב יהא רשאי לפסוק לו פיצויים ללא הוכחת נזק בשיעור של כפל פיצויי הפיטורים המגיעים לעובד לפי כל דין". הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת ה-23 על ידי חברי הכנסת מתן כהנא ואורי מקלב (24/23/פ) ועל שולחן הכנסת העשרים וארבע על ידי חבר הכנסת מתן כהנא וקבוצת חברי הכנסת (161/24/פ). המשמעות היא שניתן יהיה לפטר מרצות ומרצים באקדמיה, כולל אלה שיש להם קביעות, על בסיס המונח העמום של "אי-התאמה" ובהתכתב עם הצעות החוק האחרות שפורטו פה מעלה. כמו כן ניתן יהיה לפטר מרצות ומרצים גם במידה וזה יעלה כדי הפליה, שכן הוראה זו מעדיפה את פרוגרטיבית המעסיק "על אף האמור בכל דין", כולל חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. נוסף על הצעות חוק, ישנן אינדיקציות נוספות כי פניה של הקואליציה להתערב התערבות עמוקה במהלכי האקדמיה, באופן שישפיע על אופייה הליברלי ועל חירות המחקר בה.

4. הוראות בהסכמים קואליציוניים

- על פי סעיף 97 להסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית יתוקן חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, "כך שתעוגן האפשרות לקיום אירועי תרבות או לימודים של חרדים ודתיים המעוניינים בכך המיועדים ציבור כאמור או נושאים אופי דתי מובהק, תוך התחשבות באמונותיהם ובצרכיהם הדתיים, לרבות בהפרדה מגדרית. בתנאים אלה הפרדה לא תחשב להפליה אסורה. כמו כן, יתוקן החוק האמור באופן שיאפשר יצירת וקיום קהילת מגורים על רקע דתי, וכן באופן שימנע פגיעה בבית עסק פרטי שנמנע מאספקת שירות או מוצר בשל אמונה דתית, ובתנאי שמדובר בשירות או מוצר שאינו ייחודי".²²

21 לעניין זה ראו למשל פירוט בכתבתו של ירון דרוקמן "24 חוקרים ישראלים יקבלו מענק יוקרתי מהאיחוד האירופי" מעריב (31.1.2023) www.ynet.co.il/environment-science/article/ry7rldihi.

22 לעניין זה ראו הסכם בין סיעת הליכוד לסיעת הציונות הדתית (28.12.2022) <https://bit.ly/3Bg6cR>.

- להפרדה באקדמיה עשויה להיות השפעה ישירה ונרחבת על הפגיעה בזכות לשוויון של נשים, כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **תירוש**, במסגרתו אומנם הוחלט בדעת רוב לדחות את העתירות שהוגשו לבג"ץ בעניין הרחבת ההפרדה המגדרית באקדמיה ולאפשר אותה, אך נפסלה פה אחד המדיניות לפיה מרצות תהיינה מנועות מללמד במסלולי הלימוד לגברים²³ (גם האפשרות ליצירת קהילת מגורים על רקע דתי עשויה להיות רלוונטית לאקדמיה, בהקשר של מעונות).²⁴ להצעות אלו עשויה להיות גם השפעה על אופי הלימודים בקמפוסים ובעיקר על אופיים הליברלי-פתוח.

5. הצהרת כוונות של חברי הקואליציה

- בראיון שנתן בערוץ 14 בחודש מרץ 2023, ציין שר המשפטים, יריב לוין, כי בכוונתו לפעול "לגיוון" האקדמיה,²⁵ והוא אף טען מעל בימת הכנסת כי "יש טרור מחשבתי באקדמיה".²⁶ במליאת הכנסת ביום 20.2.2023 אף ציין כי לטעמו יש להסתכל על המצב הקיים בתקשורת ובאקדמיה ולתקנו. לפיו "במקומות שבהם צריך להיות פלורליזם, צריכה להיות ביקורתיות, יש טרור מחשבתי של ממש... באיזו מדינה יש תקשורת כזאת מוטה, יש בית משפט כל כך מוטה, יש אקדמיה שמקיימת כנסים שהתנאי להשתתף בהם הוא הבעת דעה אחת בלבד?".²⁷
- השר עמיחי שיקלי דיבר בראיון בערוץ 12 על ביצוע רפורמה באקדמיה באומרו: "חשבנו שצריך לעשות רפורמה במערכת המשפט, הבנו שצריך רפורמה גם באקדמיה".²⁸ ביום 14.3.2023 בתגובה לפנייה של אנשי תרבות רוח ואקדמיה לשגרירי גרמניה ובריטניה לביטול ביקור של ראש הממשלה נתניהו אמר השר עמיחי שיקלי בראיון אצל ירון וילנסקי כי "למלשינים אל תהי תקווה. אנשים שפונים למדינות זרות – זה באמת אחד מהדברים השפלים וזו חבלה בביטחון ישראל".²⁹
- ביכולת שר החינוך, לשנות את הרכבה של המועצה להשכלה גבוהה ולשלב בה אנשים התומכים בצמצום החופש האקדמי ופגיעה במוסדות. שר החינוך, יואב קיש, כבר ניסה להתערב בהרכבו של דירקטוריון הספרייה הלאומית ולהדיח את הרקטור שלה.³⁰ ביוזמתו, התקבלה ביום 24.2.2023 החלטת ממשלה לפיה לשם תיקון סמכויות הגופים בחברת הספרייה הלאומית מתוך מטרה להגביר את השקיפות והפיקוח הציבורי במוסד יבוצעו מספר תיקונים בחוק הספרייה הלאומית, התשס"ח –

23 בג"ץ 8010/16 ברזון נ' מדינת ישראל (נבו 12.7.2021).

24 על כוונתם של גורמי קואליציה לקדם הסדרים של הפרדה מגדרית ראו למשל <https://twitter.com/Neria> על כוונתם של גורמי קואליציה לקדם הסדרים של הפרדה מגדרית ראו למשל <https://twitter.com/Neria> Kraus/status/1639853274172981248?s=20.

25 לעניין זה ראו ראיון עם שר המשפטים, יריב לוין, בערוץ 14, ביום 3.3.2023, <https://twitter.com/RivkaWeill/status/1631599503139545092>.

26 www.israelhayom.co.il/news/politics/article/1371881.

27 ראו דיון במליאת הכנסת מיום 20.2.2023, בעמ' 275, <https://m.knesset.gov.il/Activity/plenum/Pages/Sessions.aspx>.

28 ראו את הראיון בלינק הבא: <https://www.youtube.com/watch?v=dYgAYfhc3Ew>.

29 <https://twitter.com/GLZRadio/status/1635662260071813124>, פרסום של גל"צ לעניין הראיון עם השר שיקלי.

30 חיים לויןסון ושירה קדרי-עובדיה "קיש מקדם החלטה שתעניק לו שליטה במינוי דירקטוריון הספרייה הלאומית" **TheMarker** (22.2.2023) <https://bit.ly/3HX1Ddy>.

2007. על פי ההחלטה, בין היתר, הוצע כי תסתיים כהונת הדירקטוריון המכהן וימונה דירקטוריון חדש שתהיה בבחירתו מעורבות משמעותית של שר החינוך.³¹ ההצעה אומנם ירדה מסדר היום בשל לחץ ציבורי מסיבי, אולם היא מבטאת את נכונות הממשלה לפגוע באוטונומיה של גוף מחקרי. מאחר שהאוניברסיטאות והמכללות הם תאגידים עצמאיים לא ניתן לפגוע בעצמאותן הניהולית בצורה כה פשוטה, עם זאת הנכונות לפגוע בצורה כה חמורה בעצמאות של הספרייה הלאומית מצביעה על כך שהאוטונומיה האקדמית של האוניברסיטאות אינה חסינה מהתערבות גם היא.³²

ד. הלך הרוח הקיים כבר היום שפוגע בחופש האקדמי ובמוסדות

יש לראות את התהליכים שתוארו לעיל על רקע פעילותם הנמרצת של ארגונים כגון "פורום קהלת" וכן תנועת "אם תרצו" כנגד האקדמיה בישראל, שיש בה איום של ממש על איכות המחקר המתבצע במוסדות אקדמיים וכן על החופש האקדמי. מחקרים שיצאו מטעם "פורום קהלת" קבעו כי יש להקל את פיקוח מל"ג על מוסדות אקדמיים,³³ חרף חשיבות קיומה של מועצה לאומית גבוהה עצמאית ובלתי תלויה להבטחת האוטונומיה של המוסדות להשכלה גבוהה ולהבטחת רמתם. ברוח זו נטען כי יש לבטל עצמאותה של הוועדה לתכנון ותיקצוב (הוות"ת), בטענה כי מי שצריך להכריע בענייני תקצוב המוסדות האקדמיים זו הממשלה.³⁴ "פורום קהלת" אף תומך בהפרדה מגדרית באקדמיה על מנת לשלב בה חרדים,³⁵ וזאת על אף המחיר שהפרדה זו גובה מערכים של שוויון באופן רב-ממדי – כולל פגיעה באוכלוסיות סטודנטים/ות אחרות וכן במרצות.³⁶

פעילות נוספת מהשנים האחרונות המכרסמת בחופש האקדמי היא זו הנעשית בידי תנועת "אם תרצו", ששמה לעצמה כמטרה סימון מרצות ומרצים מהאקדמיה ככאלה שתומכים בעמדות מסוימות, וכן ביצוע מעקב אחרי פעולות שונות של מרצים/ות במטרה להביא לגינויים/ן הציבורי, ולפחד והרתעה.³⁷

וידוגש, טענתנו איננה כי האקדמיה צריכה להיות חסינה מביקורת. טענתנו מופנית ראשית כנגד האופן שבו פעילות זו מבוצעת. מטרתה אינה קיום דיון ענייני וישיר עם מרצות ומרצים, אלא יצירת

31 החלטת ממשלה מס' 169 "הגברת השקיפות והפיקוח הציבורי בספרייה הלאומית" (20.2.2023) www.gov.il/he/departments/policies/dec169-2023.

32 ראו שחר אילן "נשיא האוניברסיטה העברית: "אם הספרייה הלאומית תישלט ע"י פוליטיקאים היא נדונה לכליה" כלכליסט (26.2.2023).

33 יובל סיני "מוסדות אקדמיים צריכים חופש גם מהמל"ג" פורום קהלת (1.12.2022) <https://bit.ly/3HZ5QgO>.

34 יובל סיני "שינויים באופי ההשכלה הגבוהה דורשים שינויים בתקציב" פורום קהלת (13.2.2022) <https://bit.ly/41iGG3P>.

35 אריאל ארליך "המאבק המשפטי נגד התכניות לחרדים: לא חכם, לא מוסרי ולא ליברלי" פורום קהלת (18.7.2021) <https://bit.ly/41iC51u>.

36 עניין ברזון, לעיל ה"ש 23.

37 לעניין זה ראו למשל את הפרויקט של "אם תרצו": "הכר את המרצה", <https://bit.ly/30jHB5x> – פרויקט שנועד לאסוף מידע לגבי מרצים הלוקחים חלק ב"קידום לחץ בינלאומי על ישראל" המבוסס בין היתר על מידע שמגיע מהגשת תלונות ביחס למרצים.

סביבה הפוגעת בחופש הפעולה שלהם תוך יצירת אווירה מאיימת ופחד. בנוסף, טענתנו היא נגד המטרות של הפעולות האמורות, שאינן ביקורת שנועדה לשפר את האקדמיה תוך מימוש הערכים החשובים של עצמאות תקציבית ופעילות של מחקר והוראה, אלא מטרתן הינה דריסת העקרונות החשובים של חופש אקדמי, דבר שיפגע בסופו של דבר במהותה של אקדמיה חופשית. כך, שיקולים של מצוינות מחקרית, שוויון הזדמנויות ונגישות להשכלה גבוהה לכלל המגזרים בחברה, לרבות לנשים, חרדים וערבים, ייסוגו בפני שיקולים מפלגתיים ועמדות כופות של מפלגות השלטון.

ה. פגיעה מיוחדת באוכלוסיות מוחלשות

אנו צופים כי אוכלוסיות מסוימות תיפגענה ביתר מהשינויים המסתמנים במעמד האקדמיה בישראל. ביניהן האוכלוסייה הערבית בישראל, מרצות שיהיו מנוצות מלמד כיתות של חרדים, במידה שתקודם תוכנית ההפרדה המגדרית באקדמיה, וכן הסגל הזוטרי באקדמיה שנמצא ממילא במצב פגיע במיוחד בשל היעדר יציבות תעסוקתית ותנאי עבודה פחותים.

גם בקרב הסגל האקדמי הבכיר, קיימת קבוצה שהפגיעה בה תהיה מוגברת – מרצים ומרצות צעירים, ובמיוחד מי שטרם קיבלו קביעות. בעוד שצמצום החופש האקדמי, הפחתה בתקציבי מחקר, ופגיעה בקשרים בינלאומיים ישפיעו על כלל חברי הסגל, הפגיעה תורגש במיוחד בקרב קבוצה זו, מן הסיבות שלהלן:

- מדובר במרצות ובמרצים שמעמדם (המקצועי והתעסוקתי) טרם התייצב. בשנים הראשונות לתעסוקה האקדמית, עוסק הסגל הצעיר בטוויית רשת הקשרים הבינלאומית שלו, בהקמת מעבדות ראשונות, בהשתלבות במוסד האקדמי ובהכנת התיק לקראת קביעות וקידום. חוקר שטרם ביסס את מעמדו בעולם האקדמי יתקשה לעשות זאת במדינה שבה נפגעים שיתופי הפעולה הבינלאומיים ותקציבי המחקר. פגיעה בשלב זה עלולה להביא לדחייה או לאי-קבלת קביעות.
- מטבע הדברים, בטרם קביעות – לא יכולה אשת הסגל ליהנות במלואם מהיתרונות ומהחירות המוקנים לחברתה בעל הקביעות. חוקרים שטרם קיבלו קביעות יחששו יותר לחקור נושאים שנויים במחלוקת או להציף עמדות שנויות במחלוקת בכיתות שבהן הם מלמדים. תרבות של הלשנות, הקלטות סתר וצנזורה תפגע אנושות בחופש האקדמי של מי שבשלב זה אינם מוגנים תעסוקתית על ידי קביעות. הדבר נכון במיוחד לחוקרות ולחוקרים במדעי החברה והרוח, שתחומי עיסוקיהם משיקים לעתים לנושאים שעל סדר היום הציבורי.
- רבים מחברי ובעיקר חברות הסגל האקדמי הצעיר מצויים כבר כיום בעמדה של פיגור, לאור השפעות תקופת מגפת הקורונה, שעבור רבים עצרה את פעילות המחקר באופן חלקי או מוחלט למשך כשנתיים. המצב הנוכחי שבו סגל האוניברסיטה, בעידודה של האוניברסיטה, מעורב ביותר בפעילות תוך וחוץ קמפוסית הקשורה להפיכה והשלכותיה, משקיע בה משאבים וזמן, ולוקח חלק בעצירות לימודים שמשמען הפסד זמן מחקרי לצורך השלמות בעתיד – יפגע עוד יותר בקידומם של חברי וחברות הסגל.
- מן הראוי לציין כאן את סקר "ברירת המוחות" שערכה האקדמיה הצעירה למדעים. בסקר זה עלה כי אפשרות ההגירה מישראל התגברה במיוחד אצל חברי וחברות סגל צעירים, ובמיוחד מי שהם הורים לילדים צעירים. מתוך הסקר: "חוקרים צעירים (בשנות ה-30–50 לחייהם) מדווחים על עלייה בסיכויי העזיבה באחוזים גבוהים יותר (עד 78%) אבל העלייה בסיכוי לעזוב ניכרת בכל הגילים. נמצא מתאם שלילי מובהק בין הגיל הממוצע של הילדים לבין העלייה בסיכויי העזיבה.

77% מהורים לילדים קטנים (<5) דיווחו על עלייה בסיכויי העזיבה, לעומת 65% בלבד מההורים לילדים גדולים (>15).³⁸ הדבר אינו מפתיע כאשר זוכרים כי אוכלוסייה זו מצויה כעת רק בראשית דרכה האקדמית, ועל כן ההשלכות ארוכות הטווח של הכפפת האקדמיה לממשלה (ושל חיים במדינה לא דמוקרטית) רלוונטיות במיוחד עבורה. מי שצופה לעצמה עוד עשרות שנות עבודה באוניברסיטה וגידול ילדים בישראל, תחשוש יותר מההשלכות מאשר מי שבפניה שנים ספורות עד היציאה לגמלאות.

כל האמור לעיל רלוונטי במידה מוגברת לחברי וחברות סגל המשתייכים לקבוצות מיעוט בחברה הישראלית – פלסטינים, דור ראשון להשכלה גבוהה, יוצאי אתיופיה ועוד. אלה – הגם שמספרם עדיין מועט בין חברי הסגל – מחפשים לעצמם מרחב בטוח להתפתחות הקריירה ויחששו מאי-יציבותה של האקדמיה הישראלית. כמו כן, קיימים קשיים ספציפיים עבור חברי וחברות סגל בינלאומיים לפני קביעות (כמו למשל חשש מאי-חידוש ויזת העבודה).

ו. פגיעות נוספות שמהלכי הקואליציה עתידים לגרום לאקדמיה

● פגיעה בנכונות להשקיע במוסדות בישראל או לשתף עימם פעולה:

המהפכה המשטרית עתידה להשפיע על מעמדה של ישראל בעולם, על האופן שבו היא תתפס ולכן גם על הנכונות לשתף פעולה עם גופי מחקר ישראלים: בעקבות שינויים במעמדה הבינלאומי של ישראל, קיימת סכנה כי ישראל תודר משותפויות וקרנות מחקר בינלאומיות. זאת, בין בעקבות שינוי שיטת המשטר ובין בעקבות פעולות קונקרטיות שהממשלה הנוכחית צפויה לקדם (פסילת מפלגות ערביות מהשתתפות בבחירות, הרחבה נרחבת של התנחלויות, סיפוח השטחים ללא הענקת זכויות לתושביהם הפלסטינים ועוד).

בדומה, תורמים למוסדות אקדמיים עשויים למשוך את תרומתם ממוסדות ישראלים. כך, יש להזכיר למשל את המכתב ששלח מר ג'רמי קולר שתרם לאוניברסיטת תל אביב ולפקולטה לניהול בפרט מעל 50 מיליון דולר למחקר ותוכניות לימוד, שבו הבהיר את דאגתו מהמצב והשפעתו על המשך שיתוף הפעולה עם האוניברסיטה, וכך כתב: "Reluctantly, I've reached the very painful conclusion that I will need to consider resigning as Vice Chairman of Tel Aviv University and review my investments in the country, if these legal reforms are adopted. I'm hopeful that it is not too late for the government to recognise that it must take a more considered and thoughtful approach and I will be watching this issue with deep interest".

ברור כי החשש מפני פגיעה במעמדה האקדמי של ישראל יוחמר במצב שבו תוגבר מעורבות הממשלה באקדמיה ותפגע האוטונומיה המוקנית לה, דבר העלול לגרום להדרה של המדע הישראלי מתוך קהיליית המדע הבינלאומי, שאינו נוטה חסד למחקרים "מטעם". חשש זה גובר נוכח הכוונה לבצע מינויים אקדמיים באופן פוליטי, כפי שעולה מדבריו של שר המשפטים, יריב לוין. כיום הקריטריון למינויים ולקידומים אקדמיים בארץ הוא מצוינות אקדמית, ופגיעה בעיקרון יחיד זה תוביל בוודאות לפגיעה באיכות המחקר וכתוצאה מכך למעמד המוסדות האקדמיים.

38 "פורסם סקר האקדמיה הצעירה הבוחן אם חל שינוי בעמדת חברי וחברות סגל בדבר הנכונות לעזוב את הארץ" האקדמיה הצעירה הישראלית (20.3.2023) <https://bit.ly/3BdS5Y8>

● מהלך נרחב של דה-אקדמיזציה:

מפרסומים שונים שמהם עולה רצון להכיר בלימודים שאינם אקדמיים – בעיקר, בלימודי אולפנה/רבנות – כשקולים לתואר אקדמאי במגוון מקצועות הבריאות.³⁹ עדות לדבר מצויה למשל בהסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס, הקובע כי על מנת לקדם שילוב בשוק התעסוקה של המגזר החרדי ועל מנת לשפר את השירות לילדים הנזקקים בהתאמת המטפל לקהילה המטופלת תקדם הממשלה "הכרה בלימודי מקצוע פרה-רפואיים ומנתחי התנהגות חוץ אקדמיים במוסדות החרדיים", כך שמנהל משרד הבריאות יכיר בהכשרה מקצועית כבלימודי תואר ראשון. כמו כן, הוסכם כי הממשלה תפעל לקידום חוק להסדרת מקצוע הטיפול באמצעות אומנויות, במסגרתו יתאפשר גם לבוגרי לימודים המקבילים ללימודים אקדמיים, שיעשו בהיקף שעות לימודים ושעות הכשרה מעשית ללימודי תואר ראשון, לקבל תעודת מטפל על ידי לימודי תעודה בהיקף שעות לימודים ושעות הכשרה מעשית זהים ללימודי תואר שני.⁴⁰ הדבר יפגע בכירור לא רק באיכות הטיפול שיינתן לאוכלוסייה, אלא אף במעמדה של האקדמיה בישראל. הוא עשוי להוביל לפיחות הערך של השכלה אקדמית איכותית.

● פיחות ברמת ההשכלה בארץ ובריחת מוחות:

בהקשר זה יש לציין כי רפורמות המוצעות בחינוך עלולות להוביל לפגיעה במאגר התלמידים בעלי רקע טכנולוגי בארץ. מקצועות ליבה כמו מתמטיקה, מקצועות טכנולוגיים ומדעיים ואנגלית, הנלמדים ברמה גבוהה בתיכונים, הם תנאי הכרחי לקיום של לימודים טכנולוגיים באיכות גבוהה. גם היכולת של ישראל לשמור על צבא חזק טכנולוגית תלויה בהוראה של מקצועות אלה ברמה גבוהה בבתי הספר היסודיים ובחטיבות ובתיכונים. תהליכים שמגדילים את מספר הילדים שאינם לומדים לימודי ליבה אף הם יפגעו בחוסנה הטכנולוגי של המדינה ובכך גם יפגעו במוסדות להשכלה גבוהה. סכנה נוספת שקיימת בעקבות השינויים היא של בריחת מוחות. זאת לאור החיזור שיש אחר חוקרים ישראלים טובים במיוחד על ידי אוניברסיטאות יוקרתיות בארצות הברית ובאירופה. הבחירה לגור בישראל או לאלה ששוהים בחו"ל לחזור לישראל, כוללת שיקולים אקדמיים ואחרים, וביניהם שיקולים משפחתיים, שיקולי שפה, תרבות ואהבת הארץ, כמו גם אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. פגיעה באיכות המחקר האקדמי, באפשרות לקבל כספי מחקר, כמו גם הסכנה לדמוקרטיה, עשויים להגביר את בריחת המוחות מישראל (ראו גם את סקר "בריחת המוחות" שערכה האקדמיה הצעירה למדעים, כאמור לעיל).

● ערעור הנחיצות במידע מדעי אמין:

אנו חווים תהליך מואץ ומסוכן שבו למידע מדעי מהימן לא מוקנה משקל מספק. למרבה הצער, חלק מדובריות הקואליציה ומהלכיה תורמים לכך, ולא אחת מתקבלות החלטות מדיניות ללא היועצות אמיתית עם בעלי/ות ידע רלוונטי או בהתעלם מהם.⁴¹ ייתכן שכאן טמונה פגיעה חמורה במיוחד

39 רוני לינדר וטלי חרותי-סובר "דומה לתואר ראשון": מערכת הבריאות בדרך להצפה במטפלים בלי תואר אקדמי" *The Marker* (29.12.2022) <https://bit.ly/3VOXvC2>.

40 לעניין זה ראו ס' 167 להסכם בין סיעת הליכוד לסיעת ש"ס (28.12.2022) <https://bit.ly/3VOFmEs>.

41 שלמה טייטלבוים ושקד גרין "ועדת הכספים קבעה: 'הרפורמה לא פוגעת בכלכלה' – אנשי המקצוע נעדרו מהדיון" *כלכליסט* (20.3.2023).

במעמדה של האקדמיה, שכן ערעור המעמד של מדע וידע – בוודאי בתהליכי קבלת החלטות – מעביר מסר ברור והוא עשוי לעלות עד כדי דה־לגיטימציה של האקדמיה. משמעותו היא כי לא ניתן משקל של ממש למחקר האקדמי בקבלת החלטות. מגמה זו לבדה עשויה להשפיע על המוטיבציה של חוקרות וחוקרים לחקור סוגיות בעלות חשיבות ציבורית ולהפחית עוד את מעמד האוניברסיטאות – ועל חשיבותן בפיתוח המדע המזוכך לטובת הכלל.

סיכום

מהלכי הקואליציה עתידים לפגוע באופן קשה במעמדה של האקדמיה הישראלית, בעצמאותה, באיתנותה וביוקרתה. פגיעה זו תחלחל למישורי החיים השונים, לכלכלה, לחברה, ללכידות החברתית, ובסופו של דבר לעצם האפשרות להפוך את המגמה ולהביא לחיזוק מחדש של דמותה הדמוקרטית של ישראל. חלון ההזדמנויות לעצור שקיעה זו קטן, ויש לפעול במהירות ובאחריות כדי להבטיח שיסודה ההשכלתי והדמוקרטי של ישראל לא יאבד.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עינת אלבין, האוניברסיטה העברית

ד"ר סיון בלסלב, האוניברסיטה העברית

פרופ' דורי דרדיקמן, הטכניון

ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית

ד"ר איריס נחום, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' אורן פרז, אוניברסיטת בר־אילן

ד"ר יאיר שגיא, אוניברסיטת חיפה

השלכות הרפורמה המשפטית על הסביבה

הופץ במקור ביום 7.5.2023 כנייר עמדה מס' 45

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, ולפגיעה בזכויות האדם. בנייר עמדה זה, ועל רקע הכוונה האמורה והשלכותיה, אנו מתייחסים לפגיעה הצפויה בסביבה בעקבות השינויים המשפטיים.

אנו מוצאים כי:

- בית המשפט הגן על הציבור ועל הסביבה מפני פעילות מזהמת של תאגידים ומפני פעילות אכיפה לא מספקת של המדינה בפסקי דין רבים ובהם פרשת מיכל האמוניה ופרשת הרחבת בתי הזיקוק לנפט. הרפורמה שמציע שר המשפטים המבקשת להחליש ולצמצם את כוחו של בית המשפט תפגע ביכולת של בית המשפט להגן על הציבור מפני סיכונים סביבתיים.
- בית המשפט פיתח בעשורים האחרונים דוקטרינות סביבתיות מתקדמות ובהן עקרון הזהירות המונעת והעיקרון של פיתוח בר קיימא, ויישם אותם בשורה ארוכה של פסקי דין שבהם הגן על שטחים פתוחים לטובת הדורות הבאים ומנע חשיפה של הציבור לסיכונים סביבתיים. דוקטרינות אלה עלולות להיפגע כתוצאה מהרפורמה המוצעת בעילת הסבירות.
- לרכיב ברפורמה אשר נוגע לביטול מעמד העצמאי של יועצים משפטיים במשרדי הממשלה השונים עלולה להיות השלכה קשה על הסביבה, הן בכך שהוא יאפשר ביתר קלות למשרדי ממשלה אחרים להתעלם משיקולים סביבתיים והן בכך שהוא יקל על קידומן של פרקטיקות פסולות כגון מינויים פוליטיים שיפגעו בכשירות המקצועית של המשרד להגנת הסביבה.
- ניתוח השוואתי מלמד שבעולם הרחב בתי משפט, ובפרט בתי משפט עליונים, ממלאים תפקיד מפתח בקידום מדיניות אקלים אחראית ובפיקוח על האופן שבו הממשלה מממשת את מדיניות האקלים עליה החליטה. כרסום בעצמאותו של בית המשפט העליון תפגע ביכולת שלו למלא תפקיד דומה בישראל למרות שדווקא כעת הצורך במדיניות אקלים אחראית ברור יותר מאי פעם.

נימוקי נייר העמדה

א. חשיבות העצמאות של בתי המשפט לצורך תפקידם כמפקחים על המדיניות הסביבתית של הממשלה ועל התנהגותם של תאגידים

הרפורמה המוצעת של שר המשפטים לוין וחבר הכנסת רוטמן, כפי שבאה לידי ביטוי בהצעה לתיקון חוק יסוד: השפיטה, עתידה להביא לפוליטיזציה של מערכת השיפוט. כפי שנאמר לעניין זה במסמך

שהוכן על ידי הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה: "תוצאת השינויים המוצעים היא מתן רוב מובנה בוועדה לנבחרי הציבור הנמנים עם סיעות הקואליציה, וביטול הצורך הקיים כיום להגיע להסכמות רחבות בוועדה לצורך מינוי לבית המשפט העליון".¹ השינוי המוצע יגרום לזיהוי שבין השופטים שימונו לבין העמדות הפוליטיות של נציגי הרוב הקואליציוני בוועדה. הפוליטיזציה של הליך מינוי השופטים, שבאה לידי ביטוי גם בביטול של עקרון הסניוריטי, עלולה להביא למצב שבו השופטים שימונו על ידי הוועדה יהיו מסומנים בצבע מפלגתי, שופטים "מטעם" שאינם מייצגים את שלטון החוק והאינטרס החברתי במובנו הרחב ביותר, אלא את האינטרסים של מי שמיינה אותם. לעצמאות של בתי המשפט, ובית המשפט העליון בפרט, יש חשיבות עליונה בהתמודדות עם דילמות סביבתיות שנוגעות לקשר המסוכן שבין הון ושלטון. הביטוי המובהק בהקשר הסביבתי של החיבור בין הון ושלטון מצוי בתופעה של שבי רגולטורי (regulatory capture), שנמצאת באזור הדמדומים שבין שחיתות שלטונית לפסיביות וכניעות רגולטורית. שבי רגולטורי מתאר מצב שבו הרגולטור נשלט על ידי הגורמים המפוקחים באופן שמונע ממנו לשרת את טובת הציבור בכללותו. בית משפט עצמאי שהמחויבות שלו היא לשלטון החוק ולא למפלגה כזו או אחרת, הוא הכרחי כדי להתמודד עם תופעת השבי הרגולטורי. בית המשפט העליון הכיר בסיכון הטמון בתופעת השבי הרגולטורי בפסק הדין החשוב בעניין **זליגמן נ' הפניקס**,² שם התייחס בית המשפט להשפעה האפשרית של חברות הביטוח על עמדת המפקח על הביטוח. לתופעה זו יכולות להיות השפעות קשות על האינטרס הציבורי בשדה הסביבתי שבו לרגולטורים יש השפעה קריטית. אפשר להזכיר בהקשר זה שני פסקי דין מהעת האחרונה שמדגימים את החשיבות של הביקורת השיפוטית העצמאית בהקשר של בעיית השבי הרגולטורי. כך למשל בעניין **אדם טבע ודין נ' הרשות הממשלתית למים וביוב** קבע בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית דין למים כי חברת ים המלח כפופה לחוק המים ומחויבת לקבל רישיון הפקה על מנת שתוכל להמשיך לשאוב מים מהאגן הצפוני של ים המלח כדי להזרימם לאגן הדרומי לצורך פעילותה התעשייתית.³ בית המשפט אף דחה את טענת החברה שלפיה שטר הזיכיון משחרר אותה מדרישות הרגולציה של חוק המים. היה צורך בעתירה מנהלית של ארגון סביבתי ובפסק דין מחייב כדי "לשכנע" את רשות המים והביוב להפעיל כדין את סמכויותיה. באופן דומה, בעניין **מיכל האמוניה** קבע בית המשפט העליון, בהתבסס על עקרון הזהירות המונעת, כי יש להפסיק את פעילותו של מיכל האמוניה שהופעל על ידי חברת חיפה כימיקלים, וביקר בצורה חריפה את מדיניות האכיפה הרפה של המשרד להגנת הסביבה כלפי החברה.⁴ שני מקרים אלה מבטאים מצד אחד את ההשפעה הרבה שיש לתאגידים גדולים על המדיניות של הרשויות הסביבתיות בישראל, ומצד אחר את החשיבות שיש לבתי המשפט, הן בערכאות הנמוכות והן בבית המשפט העליון, בפיקוח על התנהגותם הסביבתית של תאגידים ובביקורת על מדיניות האכיפה

1 הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה **מסמך הכנה מס' 2 – הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – חיזוק הפרדת הרשויות) – שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים** (2023). ראו גם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 32: תגובת הפורום תגובת הפורום לתוכנית בעניין מינוי שופטים על ידי הקואליציה" (הופץ ביום 20.3.2023).
2 דנ"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס** (נבו 4.7.2021).
3 עח"ק (מחוזי חי') 14047-06-15 **אדם טבע ודין נ' הרשות הממשלתית למים וביוב** (נבו 4.8.2019).
4 רע"פ 2841/17 **חיפה כימיקלים נ' עיריית חיפה** (נבו 28.5.2017).

של רשויות השלטון. שופטים בעלי זיקה פוליטית מובהקת לשלטון יתקשו לבקר את מעשיו. בעתירות סביבתיות שמוגשות על ידי יחידים או עמותות סביבתיות קיים חוסר סימטריה מובהק בין העוצמה הכלכלית של התאגידים לבין זו של התובעים. היכולת לקבל סעד מבית משפט עצמאי שאמור לפעול בהתאם לשלטון החוק מאפשרת לעותרים סביבתיים להקטין – ולו בצורה חלקית – את האסימטריה האמורה ולהתמודד מול מזהמים כשווים מול שווים.

ב. תפקיד בית המשפט בליטיגציה אקלים והרפורמה המשפטית

בניגוד לעמדה של תומכי הרפורמה שמבקשת להחליש את בית המשפט העליון ולהקטין את מעורבותו בשדה המדיניות, בעולם הרחב בתי משפט מערכאות שונות תופסים תפקיד מפתח בליטיגציה אקלים. הדיון המשפטי האקלימי משתרע על מגוון רחב של דוקטרינות: משפט חוקתי, משפט מנהלי ודיני נזיקין. בנייר עמדה קצר זה לא נוכל לתאר את כל המכלול. המסר המרכזי הוא שבתי משפט בכל העולם משמשים מרכז כובד חברתי חשוב לביקורת כנגד ממשלות ותאגידים רבי עוצמה לצורך קידום של מדיניות אקלים אחראית. בפרט, בתי משפט בשורה של פסקי דין תקדימיים הפכו להיות גורם מרכזי במאמץ לגרום למדינות ותאגידים לממש את ההתחייבויות האקלימיות שלהם. אחד מפסקי הדין המרכזיים שניתנו בגל הזה היה פסק דינו של בית המשפט העליון ההולנדי בפרשת *Urgenda Foundation*⁵, שם נקבע שלממשלה יש חובה לפעול כדי למנוע משבר אקלימי וקבע שיעורי הפחתה קונקרטיים שעל הממשלה לעמוד בהם. בית המשפט הסתמך במקרה זה על הוראות האמנה האירופאית לזכויות אדם והחוקה ההולנדית. ביולי 2022 ה־High Court בלונדון, בתגובה לעתירה שהוגשה על ידי ארגוני סביבה, קבע שהאסטרטגיה של בריטניה לא עומדת ביעדים שנקבעו בחוק האקלים הבריטי ושעל הממשלה להגיש תכנית מעודכנת.⁶ שני פסקי דין אלה ורבים אחרים,⁷ מדגימים כיצד המנגנון של איונים ובלמים פועל במדינות דמוקרטיות מתוקנות. לישראל אין עדיין חוק אקלים, אולם אם חוק כזה יאושר על ידי הכנסת, רק בית משפט עליון עצמאי יוכל לוודא שהממשלה עומדת ביעדים שייקבעו בו. הרפורמה שמציע שר המשפטים המבקשת להחליש ולצמצם את כוחו של בית המשפט תמנע כל ביקורת שיפוטית אפקטיבית על האופן שבו הממשלה תממש את חובותיה לפי חוק האקלים, ועשויה למנוע כל ביקורת כלל ביחס להחלת חובות אקלימיות שלא על פי חוק מפורש.

5. Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands, nr. 19/00135, 20 December 2019

6. R. (Friends of the Earth, et al) v. Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy, [2022] EWHC 1841. להסבר על פסק הדין והשלכותיו ראו *We've Won our Case Against the UK Government's Inadequate Net Zero Strategy*, CLIENTEARTH (Oct. 27, 2021), <https://did.li/xyUNf>; *Climate Change: Campaigners Hail Ruling on 'Net Zero'*, BBC NEWS (July 19, 2022), <https://www.bbc.com/news/science-environment-62223551>.

7. ראו למשל *Global Climate Litigation*, URGENDA FOUNDATION, <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation>. לסקירה נוספת של ליטיגציית אקלים ראו אדם טבע ודין סקירת משפט וחקיקת אקלים (2022); Catherine Higham, Joana Setzer, Harj Narulla & Emily Bradeen, *Climate Change Law in Europe: What do New EU Climate Laws Mean for the Courts?* (Grantham Research Institute Policy Report, Mar. 2023); Felix Ekardt & Kathrin Heyl, *The German Constitutional Verdict is a Landmark in Climate Litigation*, 12 NAT. CLIM. CHANG. 697, 697–699 (2022).

ג. פגיעה במעמד העצמאי של יועצים משפטיים

רכיב מרכזי ברפורמה המוצעת של לוי ורוטמן נוגע לביטול מעמד העצמאי של יועצים משפטיים במשרדי הממשלה השונים ושל היועץ המשפטי לממשלה. בהתאם לנוהל הקיים, היועצים המשפטיים כפופים מבחינה מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה, ולא לשר ולמנכ"ל במשרד. כפיפות ארגונית זו מבטאת את הרעיון לפיו היועצים המשפטיים, בצד חובתם להביא למימוש מדיניות המשרד שבמסגרתו הם עובדים, אמורים גם להגן על שלטון החוק. הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון) – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים, התשפ"ג–2023 (שהונחה על ידי חבר הכנסת רוטמן על שולחן ועדת החוקה, חוק ומשפט), אמורה לשנות את המצב המשפטי האמור כך שתפקיד היועץ המשפטי ישתנה, ומעתה תפקידו יהיה לייעץ, משרתו תוגדר משרת אמן, עצותיו לא יחייבו את השר ולכן הוא לא יוכל להטיל וטו על החלטה שמקדם השר אף אם הוא סבור שקיימת בעיה משפטית בהחלטה.

לשינוי זה בעבודת היועצים המשפטיים עלולות להיות השלכות קשות על הסביבה בשני מובנים. ראשית, לחקיקה הסביבתית יש השלכות רוחב שמשפיעות על פעילותם של כל משרדי הממשלה. תפקידם של היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה הוא בין היתר להביא בפני השר את המגבלות החוקיות שיש לפעילות משרדו גם מכוח דברי חקיקה חיצוניים למשרדו (ובכלל זה גם את מטרות הממשלה שאינן מעוגנות במפורש בחוק). בניגוד לעורך דין פרטי, שאמור לייעץ ללקוחו בין היתר כיצד ניתן להתחמק ממגבלות החוק מבלי להפר אותו (לדוגמה תכנון מס), היועץ המשפטי, כמי שאמור להגן על שלטון החוק, מחויב לנסות ליישב בדרך הטובה ביותר בין אינטרס של המשרד שאותו הוא משרת לדברי חקיקה חיצוניים למשרד, גם כאשר יש מתח ביניהן. כך למשל, היועץ המשפטי של משרד האנרגיה והתשתיות, כאשר הוא מגבש את עמדתו המשפטית ביחס למימוש יעדי המשרד בקידום אנרגיה מתחדשת (בהתאם למדיניות הממשלה), אמור להביא בחשבון גם את המגבלות שמציבה על מימוש זה חקיקה סביבתית רלבנטית (למשל חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח–1998 ותוכניות מתאר ארציות), שמצויים בתחום ה"שיפוט" של שר אחר (למשל השר להגנת הסביבה או שר הפנים). הרפורמה המוצעת עלולה לפגוע אם כך במידה שבה משרדי ממשלה אחרים יפעלו כדי לממש את התכליות של החקיקה הסביבתית.

בעיה נוספת שעלולה להתעורר נוגעת לתפקידו של היועץ המשפטי כשומר סף שאמור למנוע שחיתות שלטונית. ליועצים המשפטיים תפקיד חשוב בהקשר זה בהגנה על האינטרס הציבורי. דוגמה בולטת לחשיבות תפקידם של היועצים המשפטיים כשומרי סף, היא פרשת המינויים הפוליטיים, שהתרחשה במשרד להגנת הסביבה בתקופת כהונתו של השר צחי הנגבי (ינואר 2001–מרס 2003). הפרשה מתוארת בהרחבה בדוח מבקר המדינה משנת 2004.⁸ הדוח מציין כי חברי מרכז מפלגתו של השר, הליכוד, וקרובי משפחה של חברי המרכז, מונו למגוון של משרות ותפקידים שאינם אינו טעון מכרז: חלקם מונו למשרות הפטורות מחובת מכרז בשל היותן משרות זוטורות; חלקם מונו כממלאי מקום למשרות החייבות במכרז, לפרק הזמן שעד לסיום הליכי המכרז; וחלקם מילאו תפקידים במשרד באמצעות חברות כוח אדם. מסגרות העסקה שאינן חייבות במכרז נוצלו לרעה לביצוע מינויים פוליטיים. מקורבים פוליטיים של השר הנגבי זכו במכרזים של המשרד לרכישת שירותים, תוך הפלייתם לטובה בשל שיוכם הפוליטי והפרת הכללים החלים על מכרזים ממשלתיים. שניים מנותני השירותים שהמשרד התקשר אתם בשל זיקתם הפוליטית לשר קיבלו תשלום בלי שסיפקו תמורה. הדוח

8 מבקר המדינה מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה (2004).

מציין עוד כי מנכ"ל המשרד, מר יצחק גורן, לא נקט פעולות של ממש למניעת תופעת המינויים הפוליטיים, וכי הסמנכ"ל למנהל נושא באחריות למינויים הפוליטיים כמי שהוציאם לפועל, בלי שעשה די למנוע את מינויים של מקורבים פוליטיים לשר למשרות ולתפקידים במשרד. בין היתר מונו בדרך זו עובדים חדשים למשרות מרכזיות, כגון רכזת בכירה באגף יחסים בינלאומיים, ראש ענף (תשתיות ורישוי עסקים) במשרד בירושלים וממונה (פסולת מסוכנת) באגף לחומרים מסוכנים. כך תיאר את הפרשה השופט חשין:⁹

"היה זה לפני חודשים אחדים – בחודש אוגוסט 2004 – שמבקר המדינה, השופט (בדימ') אליעזר גולדברג, פרסם דוח ביקורת מיוחד על-אודות 'מינויים פוליטיים ומינויים בלתי תקינים במשרד לאיכות הסביבה' [17]. דוח המבקר חשף מימצאים חמורים עד-למאוד על-אודות עשרות מינויים פוליטיים ומינויים 'בלתי תקינים' שנעשו בניגוד לדין במשרד לאיכות הסביבה, שעה שהמשיב 2 – השר צחי הנגבי – כיהן כשר לאיכות הסביבה. משרות במשרד שימשו לחלוקת טובות הנאה מקופת הציבור לנאמנים פוליטיים, ויש אף שנוצרו משרות רק כדי לספק תעסוקה לאנשי מפלגה או לקרוביהם; מקורבים פוליטיים זכו במכרזים שפרסם המשרד לרכישת שירותים תוך העדפתם שלא-כדין ואגב הפרת הכללים המקובלים במשרדי הממשלה; לעתים שולמה תמורה – תמורה גבוהה – למקורבים פוליטיים שלא עשו דבר ועוד ועוד. אכן, ההתרשמות הכוללת התרשמות היא של לשלול שלל ולבוז בז. למהר שָׁלַל חֵשׁ בֹּז. בוקה ומבוקה ומבִּלְקָה".

שחיתות שלטונית דוגמת המינויים הפסולים של צחי הנגבי במשרד להגנת הסביבה גורמת לנזק כפול. ראשית היא פוגעת בשוויון ההזדמנויות. קיימת ציפייה לגיטימית של החברה כי התחרות על משרות ציבוריות תהיה שוויונית, וההחלטה אם לבחור במועמד מסוים תיקבע לפי איכות המועמד לא זיקתו הפוליטית. שנית, השחיתות פוגעת ביכולת של המשרד לממש את יעדיו: אם הקריטריון לקבלה למשרה ציבורית מקצועית הוא זיקה פוליטית ולא ההכשרה והניסיון המקצועי של המועמד, היכולת שלו לבצע את תפקידו תהיה נמוכה יותר משל אלה של מועמדים אחרים. דברים אלה נכונים במיוחד למשרד כגון המשרד להגנת הסביבה שהתפקידים בו הם עתירי ידע. במהלך שני העשורים האחרונים נוספו למשרד להגנת הסביבה תחומי אכיפה חדשים והורחבו תחומים קיימים כתוצאה משורה של חוקים חדשים. אתגר האקלים מוסיף אף הוא לנטל שמוטל על המשרד. התמודדות עם האתגרים הרגולטוריים האלה מחייבת אנשי מקצוע מעולים במגוון תחומים.¹⁰

ד. ההשלכות השליליות הצפויות מביטול או צמצום עילת הסבירות

פגיעה חמורה נוספת בהגנה שמעניק המשפט הישראלי לסביבה ולבריאות של תושבי ישראל נעוצה בהצעה לבטל את עילת הסבירות.¹¹ בית המשפט העליון פיתח את עילת הסבירות ככלי הכרחי לשם

9 בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פס' 3 (נבו 1.11.2004).

10 ראו מבקר המדינה אכיפה בתחומי הגנת הסביבה (2019).

11 הצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק יסוד: השפיטה שהופצה ביום 11.1.2023 מטעמו של שר המשפטים מבקשת לשלול מבית המשפט העליון את הסמכות לפסול החלטות של הממשלה, שר משרה, רשות הנתונה לאחריותם או כל מי שפועל מטעמם על יסוד מידת סבירות. הצעת חוק נוספת שהפיץ יו"ר ועדת

בחנית החלטות מנהליות בראי החוק. ביטולה עלול למנוע מאזרחים לקבל סעד אפקטיבי בנושאים סביבתיים רבים. כך לאחרונה, קבע העליון בפרשה הידועה כ"פרשת הרחבת בתי הזיקוק בחיפה", שאין לקבל את הטענה שתכנון כוללני להרחבת בתי הזיקוק בחיפה, על רקע מאפיינים המזהם והחשש לפגיעה בבריאות הציבור, הינו תכנון מספק ושאינן לחייב את היוזמים בתכנון מפורט למתקנים בעלי השפעה סביבתית על הציבור.¹² בעשותו כן, בית המשפט העליון הפעיל את מבחני הסבירות באשר למקרים שבהם יש לחייב יזם להכין תוכנית מפורטת, בעיקר כשמדובר על מקרים בעלי השלכה פוטנציאלית קשה על בריאות הציבור. במילים אחרות, בית המשפט הפעיל את ההיגיון הבריא בהתאם למבחנים שפיתח במרוצת השנים, בכדי לבטל החלטה מנהלית ומעין שיפוטית של רשות תכנון, שלא מילאה כראוי אחר חובתה לדרוש תוכנית מפורטת מכוח חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. במקרה אחר, פסק בית המשפט העליון שדינה של תוכנית שאושרה על ידי מוסד תכנון לבניית 3,900 יחידות דיור על קרקע מזוהמת ומסוכנת לבריאות הציבור באזור אפולוניה שליד הרצליה, ללא קבלת מלוא התשתית העובדתית המלאה באשר לזיהום הקרקע במקום עובר לאישור התוכנית, נגועה בפגם היורד לשורשו של ההליך המנהלי. כתוצאה מכך ביטל בית המשפט את התוכנית.¹³

חשוב לציין שבית המשפט העליון פיתח במהלך השנים דוקטרינות נוספות שמיוחדות לקונטקסט הסביבתי, אשר קיימים בהן אלמנטים של סבירות ומידתיות, ובפרט עקרון הזהירות המונעת והעיקרון של פיתוח בר קיימא. ביטול עילת הסבירות עלול לפגוע ביכולת של בית המשפט להמשיך ולהחיל את הדוקטרינות האמורות, וכתוצאה מכך עלולה להיפגע גם היכולת של המשפט הישראלי להגן על ערכים סביבתיים ובריאותיים המוגנים על ידי דוקטרינות אלה. כך למשל בעניין **מיכל האמוניה** השתמש בית המשפט העליון בעקרון הזהירות המונעת כדי להגן על ההחלטה לסגור את המיכל.¹⁴ עקרון הזהירות המונעת מאפשר לרשות המחוקקת או המבצעת וכן השופטת "לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש". הביטויים שבהם משתמש בית המשפט בפרשנותו לעיקרון, כגון "אמצעי זהירות ראויים", מזכירים כמובן את עילת הסבירות.

גם בפרשנות של בית המשפט העליון לעיקרון של פיתוח בר קיימא ניתן למצוא אלמנטים מעילת הסבירות. כך למשל בעניין **החברה להגנת הטבע נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז מרכז פירש** בית המשפט העליון את תקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003 לאורו של העיקרון של פיתוח בר-קיימא (שמבטא מדיניות ש"עונה על צרכי ההווה אך גם לוקחת בחשבון את האינטרסים של החברה בעתיד... לשמירה על הסביבה יש חלק מרכזי במדיניות זו").¹⁵ בית המשפט דן בשיקול הדעת של מוסד תכנון הדן בתוכנית המובאת לאישור ובמידה שבה עליו לבחון גם את ההיבטים הסביבתיים של התוכנית, והחיל על הדיון את היסודות של עילת הסבירות.

חוקה שמחה רוטמן ביום 17.1.2023 מציעה הסדר דומה בשינויי נוסח קלים. דיון נרחב יותר בנושא עילת הסבירות ניתן למצוא בפורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 6: ביטול עילת הסבירות כעילת ביקורת שיפוטית" (הופץ ביום 25.1.2023).

12 ע"מ 2605/18 **עיריית חיפה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה** (נבו) (28.7.2019).

13 ד"מ 4856/19 **עיריית הרצליה נ' הועדה לתכנון מתחמים מועדפים לדיור** (נבו) (6.5.2021).

14 **עניין חיפה כימיקלים**, לעיל ה"ש 4.

15 ע"מ 9654/06 **החברה להגנת הטבע נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז מרכז** (נבו) (5.5.2008).

חלק חמישי : מה השינויים יעשו לנו? בחינת ההשלכות

ייתכן שבית המשפט יפרש את העקרונות הסביבתיים של זהירות מונעת ופיתוח בר קיימא כדוקטרינות עצמאיות שעומדות בפני עצמן ואינן תלויות בעילת הסבירות. אולם האפשרות שביטול עילת הסבירות יפגע באפקטיביות של דוקטרינות אלה ככלים שמאפשרים לבית המשפט להתערב בהחלטות שלטוניות שפוגעות בסביבה ובבריאות, נותרת בעינה.

סיכום

הרפורמה המשטרית שאותה מנסים לקדם לוין ורוטמן עלולה לפגוע פגיעה קשה באיכות הסביבה בישראל וכתוצאה מכך בדורות הבאים, בשל הפגיעה בעצמאותו של בית המשפט העליון, השינויים המתוכננים בעילת הסבירות וכן כתוצאה מהשינוי במעמד של היועצים המשפטיים במשרדים והחלשת יכולתם לפעול כשומרי סף שאמורים להגן של שלטון החוק.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אורן פרז, ראש בית הספר הרב-תחומי לקיימות וסביבה, והפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

עו"ד עמית ברכה, מנכ"ל אדם טבע ודין

חלק שישי

מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

1. הרחבת חוק ועדות קבלה – תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות
2. הערות לגבי הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה)
3. הערות לטיוטת תקנות כלי הירייה (תנאי סף ותבחינים לקבלת רישיון לכלי ירייה פרטי והוראות נוספות)
4. הערות להחלטת הממשלה בנוגע להקמת משמר לאומי ועקרונות הפעלת כוח שיטור בחברה דמוקרטית
5. תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים)
6. משמעויות הסכם העברת המנהל האזרחי לידי השר במשרד הביטחון
7. חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים בשטחים

הרחבת חוק ועדות קבלה – תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות

הופץ במקור ביום 3.9.2023 כנייר עמדה מס' 57

תקציר

ביום 25.7.2023 אישרה הכנסת את פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 12), התשפ"ג–2023 (להלן: תיקון מס' 12) המרחיב את תחום פעילותו המותר של מנגנון ועדות קבלה. עיקר התיקון לחוק נוגע לגודל ולסוג הישוב שבו יהיה מותר לקיים הליך מיון וסינון של מועמדים באמצעות ועדת קבלה. ההסדר החקיקתי הראשון בנושא זה התקבל בשנת 2011, והתיר לישובים הממוקמים באזורי הגליל והנגב המונים עד 400 יחידות דיור לקיים ועדות קבלה. ועדות אלו הוסמכו לדחות מועמדים להתיישבות בין היתר בנימוק שהמועמד/ת "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", או שנמצא שהוא/היא אינם מתאימים "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, ויש יסוד להניח כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם הזה".

התיקון החקיקתי הנוכחי מגדיל באופן משמעותי את האפשרות לקיים ועדות קבלה. הוא מאפשר לישובים הכוללים עד 700 יחידות דיור (ואף יותר לפי צו מיניסטרילי) לעשות שימוש במנגנון זה, ומרחיב את התחום הטריטוריאלי מעבר לנגב ולגליל לכל הישובים שיוגדרו כ"בעלי עדיפות לאומית". פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות – סבור כי:

- התיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון, לפרטיות ולכבוד של מועמדים המבקשים להצטרף לקהילה, כמו גם את הפגיעה בזכויות הקניין הפרטי של חברי האגודה השיתופית, ושל אלה המבקשים להצטרף לקהילה.
- הענקת כוח משפטי שכזה לישובים קהילתיים, שמרחיב את יכולתם לסנן ולהדיר את מי שהם אינם מעוניינים בקרבם, ובכלל זה קבוצות מיעוט או קבוצות מוחלשות אחרות – מהווה הפליה פסולה. הפליה זו סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בנושא וקרוב לוודאי שתהווה מנגנון שיעקוף וירוקן מתוכן את האיסור הקבוע בחוק על ועדות הקבלה להפלות "מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית" (סעיף 6ג(ג) לפקודת האגודות השיתופיות).
- הנסיבות החריגות שבהן עשויה אולי להיות הצדקה משפטית לקיומו של הליך מיון על ידי ישוב בעל מאפיינים ייחודיים, אינן מתקיימות במרבית הישובים הקהילתיים בישראל. על כן אנו סבורים, שתיקון מס' 12 יגביר את ההדרה המרחבית השוררת כבר עתה, ויוביל להפליה קשה של חלק ניכר מן האנשים והקבוצות המרכיבים את החברה הישראלית ובעיקר קבוצות מוחלשות, כגון ערבים, מזרחים, משפחות חד-הוריות ואנשים עם מוגבלות. לנוכח כל אלה, אנו סבורים כי התיקון אינו חוקתי.

נימוקי נייר העמדה

א. רקע – סקירה היסטורית

1. הלאמה, שליטה ריכוזית והקצאה סלקטיבית

האידאולוגיה הציונית שעמדה בבסיס מדיניות התכנון בראשית ימיה של המדינה תרמה רבות להתפתחות המרחב הישראלי כמרחב המבוסס על עליונות ערך ההתיישבות היהודית.¹ אידאולוגיה זו קידמה שני עקרונות מרכזיים: הראשון – קליטה ושיכון מהירים של מהגרים יהודים שהגיעו למדינה לאחר שהוקמה, והשני – פיזור האוכלוסייה היהודית כאמצעי ביטחון שמטרתו לשמור ולהגן על מרחבים בלתי מיושבים,² אזורים הסמוכים לגבול,³ אזורי הפריפריה, אזורים שהיה בהם שיעור גבוה של אוכלוסייה ערבית ואזורים שיועדו על פי תוכנית החלוקה של האו"ם לשמש את המדינה הערבית.⁴ לשם כך, בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה החל תהליך הלאמת המקרקעין באמצעות נכסים שהוגדרו על פי חוק נכסי נפקדים (1950) כ"נכסי נפקדים". נכסים אחרים הולאמו והועברו לבעלות או החזקה ציבורית על סמך מגוון עילות משפטיות אחרות. עילות אלו כללו הכרזה על אדמות בבעלות ערבית כשטחים סגורים לצורכי ביטחון או אימונים צבאיים,⁵ והפקעה מסיבית לצורכי ציבור ולצורכי

- 1 אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **מרחב: אדמה, בית** 18 (יהודה שנהב עורך 2003).
- 2 הדבר התבטא בתוכנית המתאר הראשונה של מדינת ישראל, שהכין אריה שרון בשנת 1951. התוכנית התבססה על עקרון פיזור האוכלוסין ויישוב הספר, וחילקה את המדינה לארבעה מטרופולינים עיקריים: הצפון (שבירתו חיפה), אזור המרכז (שבירתו תל אביב), אזור ירושלים, ואזור הדרום והנגב (שבירתו באר שבע). ראו אריה שרון **תכנון פיזי בישראל** (1951).
- 3 אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" **מרחב: אדמה, בית** 52 (יהודה שנהב עורך 2003).
- 4 רחל קלוש ויברט לויין "הבית הלאומי והבית האישי: תפקיד השיכון הציבורי בעיצוב המרחב" **תיאוריה וביקורת** 16, 153, 156 (2000).
- 5 תהליך הלאמת הבתים הנטושים של התושבים הערבים נערך באמצעות חוק נכסי נפקדים, התש"י–1950, ס"ח 86, שבמסגרתו הוקם "האפוטרופוס לנכסי נפקדים", הגוף שהופקד על רכוש הנפקדים, וחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) התש"י–1950, ס"ח 278, שמכוחו הוקמה רשות הפיתוח. רשות הפיתוח הוקמה לשם ניהול האדמות שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, וכן לאחר מכן את הקרקעות שהופקעו על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התש"ג–1953, ס"ח 58. לסקירה ראו Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948–1967*, 33 NYU J. INTERNATIONAL LAW AND POLITICS 923 (2001); Alexandre (Sandy) Kedar, *On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda*, 5 CURRENT LEGAL ISSUES 401 (2003); Jeremy Forman & Alexandre (Sandy) Kedar, *From Arab Land to "Israel Lands": The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948*, 22 ENVIRONMENT AND PLANNING: SOCIETY AND SPACE 809 (2004); Alexandre (Sandy) Kedar, *Dignity Takings and Dispossession in Israel*, 41 LAW AND SOCIAL INQUIRY 866 (2016); רונית לויין-שנור "ללא תקנה": על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה והשומרון **משפטים נ** 307 (2020); Ronit Levine-Schnur, *Constitutional Property Rights in Israel and the West Bank*, in: OXFORD HANDBOOK OF THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina & Yaniv Roznai eds., forthcoming).

פיתוח.⁶ הפקעת קרקעות בבעלות אזרחים ותושבים ערבים בשנות החמישים והשישים נעשתה בביורור ובמוצהר לטובת קידום ההתיישבות היהודית, ולאחר ההלאמה החל תהליך הקצאה של הקרקעות לשם הקמת ישובים יהודיים חדשים והרחבת הקיימים, בעיקר באזור הגליל (אך לא רק), כמו נצרת עילית (כיום נוף הגליל) וכרמיאל.⁷ בתוך כך קודמה ונשמרה, כעניין של מדיניות המגובה בתשתית משפטית, הפרדה מרחבית במגורים על רקע אתנו-לאומי בין יהודים לערבים ובין מזרחים לאשכנזים. חשוב לציין כי כמעט בכל המקרים, הקצאת המקרקעין לא כללה העברת בעלות אלא זכויות מוגבלות במקרקעין, כגון חכירה, שכירות ורישיון במקרקעין. הבעלות במקרקעין נותרה בידי הבעלים הציבוריים, קרי מדינת ישראל, רשות הפיתוח והקק"ל, אשר קרקעות שבבעלותן מכונות יחדיו "מקרקעי ישראל", ובניהול מינהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל). ההקצאה כפופה למגבלות שיכולות להביא בהתקיימן לסיום ההקצאה (כגון משך זמן, חובת עיבוד חקלאי וכו'). הבעלות עצמה כמעט בכל המקרקעין האלו שייכת לציבור.

סוגיית ההדרה וההפליה במגורים בישראל על רקע אתנו-לאומי נמצאת על סדר היום הציבורי והפוליטי מאז קום המדינה ובעשורים האחרונים מעסיקה רבות את בתי המשפט. אחד ממופעי הכולטים הוא מנגנון ועדות הקבלה במגזר הכפרי היהודי,⁸ ולאחרונה גם, אם כי בצורה אחרת, במרחב העירוני.⁹ עד לתיקון לפקודת האגודות השיתופיות ב-2011, פעלו ועדות הקבלה מכוח החלטות מנהליות של רשות מקרקעי ישראל (שכונתה אז מינהל מקרקעי ישראל), וזאת במסגרת מנגנון הקצאה מורכב, המכונה "ההסכם המשולש" שנחתם בין מינהל מקרקעי ישראל, האגודה השיתופית והסוכנות היהודית, האמונה על פי חוק על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה.¹⁰

במהלך השנים הפכו מנגנוני ההלאמה, השליטה הריכוזית בידי מינהל מקרקעי ישראל, וההקצאה הסלקטיבית של זכויות במקרקעין, ששירתו תחילה את האידאולוגיה של התיישבות יהודית, לאמצעים להדרת אוכלוסיות נוספות ממגורים ביישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות. קבוצות אלו כוללות בין השאר יהודים ממוצא מזרחי, שברובם לא היוו חלק מההתיישבות היהודית החקלאית ההיסטורית טרם הקמת המדינה. תיעוד (חלקי) של המקרים במהלך השנים מלמד על כך שוועדות הקבלה דחו בקשות

- 6 ועדת החקירה הממלכתית לביורור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דין וחשבון** ס' 33 (2003) (להלן: דוח ועדת אור).
- 7 מנאל תותרי-ג'ובראן "ערבים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי" **דין ודברים** י' 17 (2017).
- 8 בג"ץ 272/74 **כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר העבודה**, פ"ד כט(2) 667 (1975); ע"א 8398/00 **כ"נ' קיבוץ עין צורים**, פ"ד נו(6) 602 (2002); ה"פ (מחוזי ת"א) 362/03 **רוזן נ' בני דרוור – מושב שתופי להתיישבות בע"מ** (נבו 19.1.2004); ה"פ (מחוזי י-ם) 168/03 **מנשה נ' ועד מקומי עלי** (נבו 19.9.2004); ע"א 10419/03 **דור נ' כפר שיתופי להתיישבות** (נבו 5.9.2005); בג"ץ 7574/06 **הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות נ' מנהל מקרקעי ישראל** (נבו 23.1.2007); בג"ץ 8036/07 **זבידא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (נבו 13.9.2011); ע"א 7094/10 **צורן נ' האגודה שיתופית נחושה** (נבו 18.4.2012). ראו גם נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" **קהילות מגודרות** 311 (אמנון להבי עורך 2010).
- 9 תא"מ (שלום חי") 1749-12-12 **הוארי נ' משה חריף בנין והשקעות בע"מ** (נבו 12.6.2013); רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (נבו 19.8.2019); ע"מ 1789/10 **סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (נבו 7.11.2010).
- 10 להתפתחות הרגולטורית בנושא ועדות קבלה ראו זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

להתיישבות של מועמדים מזרחים, אנשים עם מוגבלות, משפחות במבנה משפחתי לא מסורתי ועוד.¹¹ בנוסף, מנגנוני המיון שהוחלו במקור על קבלה לקיבוצים ולמושבים והועתקו ליישובים קהילתיים, הוחלו בהמשך גם על "הרחבות" של קיבוצים ומושבים, ולמעשה כיום רוב הליכי המיון מתקיימים במסגרת הרחבות אלו.

2. פרשת קעדאן

חוקיות מנגנוני המיון כאמצעי להקצאת מקרקעין אותגרה לראשונה בעתירה לבג"ץ של בני הזוג עאדל ואימאן קעדאן, שזכתה לדיון מקיף בבית המשפט העליון, בתקשורת ובמחקר האקדמי, בנוגע למדיניות שלפיה ניתן היה לסרב לקבל אזרחים ערבים כחברים באגודות השיתופיות ולחכור קרקע.¹² העתירה הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח כנגד מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והישוב הקהילתי קציר, לאחר שבקשת בני הזוג קעדאן לרכוש בית או מגרש בקציר נדחתה על ידי האגודה השיתופית, שהקימה את הישוב וניהלה אותו. הדחייה התבססה, בין היתר, על תקנון האגודה השיתופית, לפיו לאגודה יתקבל רק אדם ששירת שירות חובה בצה"ל או שמשוחרר משירות כזה לפי חוק. בפועל, האגודה השיתופית קציר לא קיבלה לשורותיה ערבים.¹³

בג"ץ קעדאן מיקד לראשונה ובמישרין את הדיון בסוגיית הפלייתם של האזרחים הערבים (כקבוצת מיעוט לאומית, לצד קבוצות מודרות נוספות), במדיניות הקצאת קרקעות המדינה. הפליה זו התבטאה במהלך השנים בשלל מנגנונים, וועדות קבלה בכללם, שתוצאתם הקצאה לא שוויונית של קרקע ציבורית, תוך קידום ערך ההתיישבות היהודית במרחב.¹⁴ לאחר דיונים ומאמצים רבים להגיע לפשרה שלא נשאו פרי, בית המשפט העליון בראשות הנשיא (דאז) ברק, קבע כי המדינה מחויבת לנהוג ולפעול על פי עקרון השוויון. מסיבה זו אין היא יכולה להשתמש בסוכנות היהודית כדי לעקוף החלת עיקרון זה על הקצאת קרקעות לערבים.¹⁵ בכך, הפך בג"ץ קעדאן לפסיקה תקדימית בה בית המשפט קבע כי התיישבות יהודית או מדיניות הקצאת קרקע שבבסיסה הבחנה על בסיס לאום משמעה הפליה והדרה ואסורה של לא יהודים ובפרט אזרחי המדינה הערבים.¹⁶ עוד קבע בית המשפט כי לא זו בלבד שעקרון השוויון אינו מנוגד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אלא שיישומו אף

- 11 שם. כן ראו עדי ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" **מעשי משפט** ה' 143 (2013).
- 12 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258 (2000). לניתוחים שונים של פסק הדין ראו, בין השאר, הגיליון המיוחד של כתב העת **משפט וממשל** ו' (2001) שכותרתו "בעקבות פסק דין קעדאן"; אלכסנדר (סנדי) קדר "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל" **מדינה וחברה** (1) 4 845 (2004).
- 13 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 265.
- 14 לסקירת חשיבות השאלות האלה בעתירה זו ראו רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו' 25 (2001); רות גביון ואורי שוורץ "הפרדה בדיוור כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" **עיוני משפט** כה 73, 97–98 (2001).
- 15 בעניין החשיבות הציבורית של עתירת משפחת קעדאן ראו נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו ציבור? מהי מטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" **משפט וממשל** ו' 129 (2001).
- 16 שם.

מחויב על פי ערכים אלו ממש.¹⁷ בית המשפט העליון קבע כי עקרון השוויון אינו מאפשר החלת מדיניות המושתתת על גישת "נפרד אבל שווה", קרי, מדיניות המאפשרת מתן הטבות זהות לקבוצות שונות תוך שמירה על הפרדה (מבחינת מקום או זמן) ביניהן.¹⁸ בנוסף, בית המשפט דחה את גישת "נפרד אבל שווה", גם משום שהמדינה לא הראתה שיש תוכנית להקמת ישוב קהילתי לערבים בלבד, אלא הקצתה מקרקעין רק לישובים קהילתיים יהודיים.

כמו כן, בית המשפט הדגיש כי פסיקתו אינה מערערת על המדיניות שהייתה נהוגה במשך שנים בעניין הקמתם של ישובים יהודיים המדירים מהם ערבים. נקבע כי זו "עתירה צופה פני עתיד הממוקדת בישוב הקהילתי קציר ובנסיבות המיוחדות לו". יישובים מסוגים שונים, כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות, שידרשו מענה שונה. לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ואין פסק-הדין קובע עמדה לגבי המשמעות שלהן" (ההדגשה שלנו).¹⁹ בכך הותיר בית המשפט מרחב תמרון מסוים להתבדלות מרחבית, משקבע כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה אפשר לחרוג מקביעה עקרונית זו. בית המשפט הביא כדוגמה את פסיקתו בעניין אביטן,²⁰ שעסקה בשלילת יכולתו של רוכש פוטנציאלי יהודי לרכוש קרקע בישוב שיועד לאוכלוסייה הבדווית. באותו מקרה נקבע כי בשל ייחודיותה של הקהילה הבדווית ראוי לשמור על הומוגניות קהילתית, גם במחיר הדרתם של מי שאינם משתייכים לקהילה הבדווית.²¹ בית המשפט הבהיר כי בעניין קעדאן אין הצדקה להתבדלות מרחבית, מאחר שאין מאפיינים ייחודיים לאוכלוסייה היהודית המבקשת לבנות את ביתה בישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע של המדינה להתיישבות יהודית בלבד – כל יהודי בישראל שמעוניין בחיים קהילתיים כפריים כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. על העיקרון שנקבע בבג"ץ קעדאן, לפיו לישובים שאינם בעלי אוכלוסייה עם מאפיינים ייחודיים אין הצדקה להתבדלות מרחבית, חזר בית המשפט העליון בכמה פסקי דין חשובים נוספים בנוגע למקרים שבהם נמנע מאזרחים ערבים ומאחרים להתקבל לישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות.²² עם זאת בית המשפט נמנע בעניין קעדאן מלדון ולקבוע מסמרות בשני עניינים חשובים: 1. עצם חוקיות השימוש בוועדות הקבלה ושל האגודות השיתופיות כגופים הממלאים תפקיד ציבורי של הקצאת-משנה של קרקעות המדינה; 2. חוקיות פעילותה של הסוכנות היהודית כמיישבת יהודים בלבד וכן הכללים הראויים לחול עליה.²³

17 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 281.

18 שם, בעמ' 278–279.

19 שם, בעמ' 284–285.

20 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).

21 שם, בעמ' 304.

22 ראו פסקי הדין המוזכרים לעיל ה"ש 8. ראו גם זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

23 ראו את עמדתו של השופט קדמי בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 261: "כן מקובלת עלי עמדת הנשיא, לפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בהקשר הנדון כאן, על ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית; אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסייה שיהנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-ציוני".

3. תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות (2011)

בשנת 2011 נוסף תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, שהקים מנגנון מתוחכם המאפשר הפליה.²⁴ מנגנון זה מתיר ליישובים באזור הגליל והנגב, שמונים עד 400 יחידות דיור, לקיים הליכי מיון מועמדים באמצעות ועדות הקבלה – ליישוב הקהילתי ולהרחבה בקיבוץ או במושב.²⁵ חקיקת תיקון מס' 8 לוותה בדיונים נוקבים והתנגדויות לא מעטות, מחשש שהוא יהיה מנגנון אשר יתיר ויכשיר הפליה במקרקעי ציבור.²⁶

סעיף 6ג לפקודת האגודות השיתופיות כפי שתוקן בתיקון מס' 8, שכותרתו "שיקולי ועדת הקבלה", קובע רשימה של מצבים שבהם אגודה שיתופית רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי או הרחבה קהילתית. ס"ק (א)–(4)–(5) מאפשרים לוועדות אלו לדחות מועמדים שאינם מתאימים ל"חיי החברה בקהילה" או שנמצא שהם אינם מתאימים ל"מרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם הזה". סעיף 6ג(א)–(4) קובע כי קריטריון אי-ההתאמה לחיי החברה בקהילה ייבחן על בסיס "חוות דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה". במקביל, קובע סעיף 6ג(ג) עיקרון של איסור הפליה במסגרת הסדר שיקולי ועדת הקבלה, בזו הלשון: "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". התיקון לחוק לא הגדיר כלל את טיב הקהילה, המצדיק סינון מועמדים. למעשה ניתן לסבור כי התיקון דיבר בשני קולות: בקול גבוה אסר על הפליה, אך בקול נמוך ובקריצה יצר מנגנונים המאפשרים סינון מועמדים בלתי רצויים וזאת בכסות המונח "מרקם חברתי". בעקבות התיקון הוגשו לבית המשפט העליון מספר עתירות נגד חוקתיותו, והן נדונו יחד בפרשת סבח.²⁷

4. פרשת סבח

בעתירות שהוגשו נגד תיקון מס' 8 נטען כי יש בתיקון משום פגיעה בזכות למגורים, וכי אין כל אפיון ייחודי ביישובים שעליהם הוא חל המצדיק פגיעה מסוג זה.²⁸ כמו כן נטען כי הרקע העיקרי לחקיקת החוק הוא הרצון לעקוף את פסק דין קעדאן ולהבטיח את קיומם של יישובים יהודים בלבד.

24 ס' 6ב–6ג לפקודת האגודות השיתופיות.

25 שם, ס' 2.

26 ראו בעניין זה את נייר העמדה של האגודה לזכויות האזרח "חוק ועדות קבלה" (30.9.2014), <https://law.acri.org.il/he/97>.

27 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (נבו 17.9.2014). את העתירה הגישו הארגונים עדאלה, קרן אברהם, האגודה לזכויות האזרח, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, קול אחר בגליל והבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות.

28 בעתירה שהוגשה בעניין סבח נטען כי במסגרת תיקון פקודת האגודות השיתופיות עוגנה בחוק סמכותם של מעל ל-30 יישובים קהילתיים ויישובים כפריים בהם הוקמו שכונות הרחבה קהילתיות, שנבנו על קרקעות הציבור, לערוך הליכי מיון לתושבים המבקשים להתגורר באותם יישובים. תושבי יישובים אלו הוסמכו למעשה לברור את שכניהם על פי פרמטרים רחבים ועמומים ובין היתר לדחות מועמדים רק משום שאינם חלק מ"המרקם החברתי-תרבותי" של היישוב, גם כשמדובר ביישובי ללא כל אפיון תרבותי ייחודי. נטען גם כי מדובר בחוק הפוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, שהיא חירות אישית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שכן כל אדם המבקש להתגורר ביישוב יוכפף להליכי סינון כתנאי לקבלה ליישוב.

הרכב מורחב של תשעה שופטים ושופטות דן בעתירה ודחה אותה ברוב של חמישה שופטים (גרונים, נאור, רובינשטיין, חיות ומלצר) כנגד ארבעה (ג'ובראן, דנציגר, הנדל, ארבל). הנשיא גרונים ציין שאף על פי שהעתירות מעלות שאלות חוקתיות, "לא ניתן להכריע בשאלות אלה בשלב הנוכחי". זאת מכיוון שהעתירות חסרות בסיס עובדתי והפגיעה בזכויות יסוד היא "בגדר אפשרות בלבד", שאין לדעת בשלב המוקדם שבו אנו מצויים אם אומנם תתממש. לדבריו, העתירות הוגשו זמן קצר לאחר קבלת החוק, מבלי שניתן היה לבחון כיצד מתקיים בפועל היחס בין איסור ההפליה המפורש הקבוע בחוק לבין הפעלת הקריטריון של אי-התאמה לחיי קהילה. בנסיבות אלו, ציין הנשיא גרונים, לא ניתן להשתכנע שמדובר במונחים המהווים "כסות" להפליה אסורה, כפי שטענו העותרים. לטענת חוסר הבשלות הצטרפה גם המשנה לנשיא השופטת נאור, תוך שהיא מדגישה שאת שאלת החוקתיות של התיקון יש לברר אגב דיון בעותרים קונקרטיים ולא באופן כללי. השופט רובינשטיין סבר אף הוא שיש להמתין ולראות כיצד ייושם החוק. השופטת חיות והשופט מלצר אף הם סברו כי בשלב הנדון אל לו לבית המשפט לנקוט בצעד של ביטול החוק אלא שיש לבחון את דרך יישומו.²⁹ כפי שנטען בהמשך, מאז פרשת סבך נראה כי ה"כסות" הוסרה, וכי אחת ממטרותיו המרכזיות של תיקון מס' 12 היא הדחה והפליה של קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית.

שופטי המיעוט, בהובלת השופט ג'ובראן, לא ראו בעילת הסף של חוסר הבשלות בסיס לדחיית העתירה, וסברו שהפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תידון העתירה לגופה היא גדולה, גם טרם ביור דרך הפעלת התיקון בפועל. השופט ג'ובראן הסביר שלמרות שתיקון מס' 8 אינו פוגע כשלעצמו בזכויות, בפועל הוא יוצר מנגנון משפטי אשר מעניק שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לוועדות הקבלה, העולה לכדי שרירותיות,³⁰ ומוביל להפליה סמויה בקבלה לישובים קהילתיים. אף שסעיף 6א אוסר על הפליה פסולה, הוא מאפשר לדחות מועמד על בסיס נימוקים עמומים, כגון חוסר התאמה לחיי חברה וקהילה או חוסר התאמה למרקם חברתי ותרבותי של הישוב הקהילתי. נימוקים אלה מאפשרים, ואף מעודדים ומתמרצים, הפליה אסורה בניגוד ללשון החוק, שקשה להוכיחה. לגישת שופטי המיעוט, את הוראות החוק הזה יש לנתח במסגרת המציאות החברתית והנורמטיבית השוררת בישראל, שלפיה המרקם החברתי נשען על מרכיבי זהות אתנו-לאומית שהפנייה אליהם נאסרה כביכול בסעיף 6א(ג). כמו כן, מאחר שלדעת שופטי המיעוט התיקון פוגע בזכות לשוויון בגלל שהוא מקנה שיקול דעת רחב

אף שלמרבית היישובים הממוקמים על קרקעות ציבוריות אין כל מרכיב של שיתופיות כלכלית או אפיון ייחודי המצדיק את הליכי הסינון האלה. הליכים אלו אף פוגעים בפרטיות ומדיירים קבוצות אוכלוסייה הרואות חשיבות מיוחדת בשמירה על פרטיותן. עוד נטען כי החוק פוגע בזכות לשוויון, שכן הקריטריונים הכלולים בו מאפשרים לדחות אדם רק משום שהוא שונה (אינו מתאים למרקם החברתי של היישוב), וכי הם מביאים להפליה של קבוצות מיעוט בניגוד לאיסור להפלות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית. עוד נטען כי החוק פוגע בזכות הקניין וכי פגיעה זו אינה מידתית. להרחבה ראו את נוסח העתירה שהוגשה, <https://did.li/VOagT>.

29 עניין סבך, לעיל ה"ש 27.

30 שם, פס' 1, 14, 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם מיטל פינטו "בשבח פסיקתו של השופט ג'ובראן בעניין סבך: על הקשר בין שרירותיות להפליה במישור החוקתי" ספר סלים ג'ובראן 325 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ז"ל ודורית פרידמן עורכים 2023) (הספר להלן: ספר ג'ובראן).

מדי לוועדות הקבלה, העולה לכדי שרירותיות, הרי שיש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עיקר הבחינה התמקד בעקרון המידתיות, ונקבע כי הפגיעה אינה מידתית.³¹ שאלת גודל הישוב (400 יחידות דיור) נדונה במישורין ובעקיפין בפסק הדין. השופט דנציגר, גם הוא מקרב שופטי המיעוט, התייחס לכך בכותבו: "מתעורר בעיני ספק, מבלי לקבוע מסמרות, האם ישובים שבהם 400 יחידות דיור ראויים להיחשב כישובים קטנים בעלי אופי קהילתי דומיננטי".³² השופט דנציגר תמך בהבחנה בין ישובים קהילתיים "רגילים" לבין ישובים בעלי מאפיינים ייחודיים. כדוגמה לישובים ייחודיים נזכרו בפסק הדין הישוב "כליל", המתאפיין בתפיסת חיים אקולוגית עמוקה (צורת בנייה, פעילות במרחב הציבורי ועוד) והישוב "אמירים" המאופיין בדרך חיים של תזונה צמחונית.³³ גם השופטת חיות, שנמנתה על שופטי הרוב, ציינה כי יש לפרש את החוק כך שידה של הוראת סעיף 6ג(ג), האוסרת על הפליה, תהיה על העליונה "בייחוד ככל שהמאפיינים הקהילתיים המוצהרים והמוכחים של היישוב אינם ברורים ואינם מובהקים דיים וכן ככל שמספר בתי האב ביישוב הקהילתי רב יותר, גם אם אינו מגיע כדי 400, והוא נעדר אינטימיות קהילתית אמיתית המדמה מסגרת משפחתית השמורה בדרך כלל לקהילות קטנות דוגמת קהילות המונות עד 50 או 100 בתי אב".³⁴ כפי שנטען להלן, נראה כי הרחבה גורפת של מספר יחידות הדיור ושל הישובים המוסמכים לקיים ועדות קבלה כפי שעושה תיקון מס' 12, מנוגדת לעמדתה של השופטת חיות בפרשת סבא. החלטת שופטי הרוב בפרשת סבא הותירה פער בין פסיקת בית המשפט בעניין קעדאן, שקבע כי בידול של קהילה במגורים אינו מהווה הפליה רק אם יש לה מאפיינים ייחודיים המצדיקים ביצוע הליכי מיון וקבלה של מועמדים, לבין תיקון מס' 8 שאינו מתייחס כלל למאפיינים קהילתיים ייחודיים. אם לא די בכך, תוצאת פסק דין סבא אפשרה לישובים להמשיך בהפעלת מנגנון המיון בעשרות ישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות, אך זאת ללא אפשרות לייצר "תשתית עובדתית" ממנה ניתן יהיה ללמוד אם החוק מיושם באופן הפוגע בזכויות יסוד אלו. היעדרו של מנגנון בקרה אפקטיבי על דרך הפעלת ועדות הקבלה יצר מראית עין של תקינות ו"עסקים כרגיל" בישובים. אלו ראו כי טוב, ואף ביקשו להרחיב את האפשרות לקיימן בישובים גדולים יותר. שאלת אופי הישוב והגדרתה של קהילה בעלת לכידות או אורח חיים ייחודי המצדיקים מיון מועמדים – נדמה שנשכחה בדרך.

5. חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, סעיף 7

בנוסף לתיקון לפקודת האגודות השיתופיות, מדיניות יישוב וייחוד המרחב קיבלה ביטוי חוקתי בסעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) הקובע: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". סעיף זה, כמו הוראות אחרות בחוק הלאום, נתקלו בהתנגדות והיו לו גרסאות אחדות עד שאושר נוסחו הסופי.³⁵ פרשנותו של הסעיף עשויה להשליך על היקף תחולתו של עקרון השוויון, ובמיוחד על הקצאת

31 עניין סבא, לעיל ה"ש 27, פס' 12–15 לפסק דינו של השופט הנדל.

32 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

33 שם.

34 שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

35 רונית לויין-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" תרבות דמוקרטית 20, 127 (2023).

מקרקעין לאזרחים הלא-יהודים, כלומר אותם אזרחים ערבים המעוניינים לגור ביישובים קהילתיים המאוכלסים על ידי יהודים, כפי שהיה בבג"ץ קעדאן.³⁶

בהקשר זה ניתנו שני פסקי דין אשר לא עסקו אומנם באופן ישיר בסוגיית ההתיישבות, אך התייחסו לפרשנותו של סעיף 7 לחוק הלאום. פסק הדין הראשון ניתן בנובמבר 2020 על ידי הרשם הבכיר יניב לוזון בבית משפט השלום בקרית, אשר מחק עתירה שבה נדרשה עיריית כרמיאל לממן הסעות של ילדים ערבים לבתי ספר מחוץ לעיר.³⁷ הרשם לוזון ציין כי כרמיאל היא עיר יהודית שנועדה לבסס את ההתיישבות היהודית בגליל, והקמת בית ספר בשפה הערבית או מימון הסעות לתלמידים ערבים עלולים לשנות את המאזן הדמוגרפי בעיר ולפגוע בצביונה.³⁸ בית המשפט הפנה לסעיף 7 לחוק הלאום וקבע כי בכך שפיתוח ההתיישבות היהודית וביסוסה הוא ערך לאומי המעוגן בחוק יסוד, יש בזה כדי להוות שיקול ראוי ודומיננטי במערכת השיקולים העירונית, ובכלל זה לעניין הקמתם של בתי ספר וקביעת מדיניות בנוגע למימון הסעות אל מחוץ לעיר. אמרת אגב זו עוררה מחלוקת באשר לפרשנותו הראויה של סעיף 7 לחוק הלאום אל מול עקרון השוויון.³⁹ היועץ המשפטי לממשלה הביע הסתייגות מפרשנות זו של החוק, שיש בה כדי לפגוע בזכותם לשוויון של האזרחים הערבים.⁴⁰ בפסק דין בערעור שהוגש נגד החלטת הרשם, הקדיש נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, השופט רון שפירא, חלק מיוחד מפסק דינו לנימוקו זה של בית המשפט קמא. הנשיא שפירא הדגיש כי "אין בהוראות חוק הלאום סעיף המורה לבטל חוקי יסוד אחרים שחוקקו, כגון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק ועוד".⁴¹ כן ציין הנשיא כי "פרשנותו של בית משפט קמא להוראות החוק ולדרכי יישומו שגויה מן היסוד".⁴² נדמה כי בכך הוא ביקש לצמצם את פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום בדרך שאינה גורעת מתחולתו של עקרון השוויון על מימוש.⁴³

36 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12. להרחבה ראו מנאל תותרי-ג'ובראן "חוק יסוד הלאום: פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון" ספר הפרשנות של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי 539 (יובל שני וידידה שטרן עורכים 2023) (הספר להלן: ספר הפרשנות); עשור ויצמן וברק מדינה "סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: 'המדינה רואה בפיתוח ההתיישבות היהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה'" ספר הפרשנות 507; חיים זנדברג "הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: 'התיישבות יהודית'" ספר הפרשנות 567; לוי-שנור ושנער, לעיל ה"ש 35.

37 תא"ם (שלום קר) 12092-06-18 פלוני (קטיין) נ' עיריית כרמיאל (נבו 24.11.2020) (להלן: עניין כרמיאל בשלום). פסק הדין נהפך בעניין זה בערעור: ע"א (מחוזי חי) 49111-12-20 פלוני (קטיין) נ' עיריית כרמיאל (נבו 3.2.2021) (להלן: עניין כרמיאל במחוזי).

38 עניין כרמיאל בשלום, לעיל ה"ש 37, פס' 6, ס' ז.

39 ראו חיים זנדברג "חוק הלאום והזכות לשוויון – ילכו שניים יחדיו! – אגב פסיקתו של בית המשפט בקרית בנוגע לצביונה של כרמיאל" (2.12.2020) <https://cutt.ly/7lXqXIP>; שאול שארף "נוק תדמיתי מיותר לחוק יסוד הלאום" מגזין בית המשפט (18.1.2021) <https://did.li/WOagT>.

40 נעה שפיגל "היועמ"ש על פסיקה שניתנה על בסיס חוק הלאום: 'פרשנות שגויה'" הארץ (16.12.2020) <https://did.li/Lmxaa>.

41 עניין כרמיאל במחוזי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 7.

42 שם, בעמ' 8.

43 להרחבה ראו מנאל תותרי-ג'ובראן "בין התנגשויות חיצוניות למאבקים פנימיים: הסתכלות מחודשת על הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל" משפט וממשל (כה עתיד להתפרסם 2023).

חוקתיותו ופרשנותו של חוק הלאום נדונו בפרשת **חסון**, בהרכב מורחב של 11 שופטים ושופטות.⁴⁴ עיקר הטענות המשפטיות התמקד בהיעדר עיגון של עקרון השוויון בחוק, בפגיעה בהסדרים קיימים בנוגע לשפה הערבית (סתירה בין סעיף 4 לחוק הלאום לבין ההסדר הקבוע בדבר המלך במועצתו) ובנוגע לסוגיית ההתיישבות (סתירה בין סעיף 7 לחוק הלאום לבין הפסיקה הקיימת לעניין תחולתו של עקרון השוויון בנושא זה). הסדר נוסף שנתקף הוא סעיף 1(ג) לחוק הלאום, הקובע כי "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי" ופותח בכך פתח לפגיעה במימוש הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי.

בפסק דין ארוך ומקיף קבע בית המשפט העליון, ברוב דעות של עשרה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט ג'ורג' קרא, כי אין מקום להורות על בטלותו של חוק הלאום או להתערב בהוראותיו, וכי יש לפרשו **פרשנות מקיימת**, העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים של שיטת המשפט הישראלית. **המשמעות היא שלפי דעת הרוב יש לפרש את סעיף 7 לחוק הלאום וכן חוקים ומדיניות הממשלה אותו, ככפופים לעקרון השוויון, שהוכר על ידי בית המשפט העליון כאחד מיסודות המשפט הישראלי.**⁴⁵ לעומת שופטי הרוב, השופט קרא קבע בדעת מיעוט כי הוראות סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום שוללות את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעות את אמות הסיפים של המבנה החוקתי, ולכן דינן בטלות.

ב. תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות (2023)

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות שהתקבל בכנסת בחודש יולי 2023 ממשיך את המהלך רב השנים של חיזוק כוחם של ישובים קהילתיים לקיים הליכי מיון בקבלת מועמדים להתיישבות ומגורים. תיקון מס' 12 כולל שלושה שינויים מרכזיים לעומת המצב שקדם לו. השינוי הראשון הוא הרחבת האזורים הגאוגרפיים שבהם יהיו ישובים קהילתיים רשאים לקיים ועדות קבלה. בעוד שבמצב שקדם לחוק רק ישובים בנגב ובגליל יכולים היו להדיר מועמדים, הרי שבתיקון הנוכחי כל ישוב שיוגדר כ"ישוב עדיפות לאומית" אשר הממשלה החליטה עליו ככזה לעניין תחום הבינוי והשיכון רשאי לעשות כן.⁴⁶

44 בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו) (8.7.2021).

45 ראו בהקשר זה: רונת לוי-שנור "הסרט 'קופסה כחולה' ופסק הדין בעניין חוק הלאום" בלוג המרצים של בית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן (9.7.2021) <https://did.li/psgZH>. כן ראו הצעה להחלטת ממשלה בעניין "ציונות כערך מנחה בפעולות הממשלה", הונחה על שולחן הממשלה ביום 25.5.2023; החלטה מס' 585 של הממשלה ה-37 מיום 28.5.2023 בעניין "ציונות כערך מנחה בפעולות הממשלה" ("מחליטים: המשך הדיון נדחה"). כן ראו ספיר ליפקין "חוק הציונות": איך ישפיע עלינו ומה המשמעות של לימוד תורה כערך עליון? **N12** (29.5.2023) <https://did.li/BUT5q>.

46 ס' 2 לפקודת האגודות השיתופיות מגדיר "ישוב עדיפות לאומית" – יישוב שהממשלה החליטה כי הוא יישוב בעל עדיפות לאומית לעניין תחום הבינוי והשיכון, בהתאם להוראות פרק כ"ו לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, והוא אינו באזור, וטרם חלפו חמש שנים מיום שהחלטת הממשלה כאמור הפסיקה לחול עליו, ובלבד שהוא מסווג באשכול 1 עד 5 במדרג הפריפריאליות כהגדרתו בסעיף 11 לפקודת מס הכנסה.

השינוי השני הוא הגדרת ישוב כ"ישוב קהילתי המשכי" קרי "ישוב קהילתי שמספר יחידות הדיוור בו, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 700".⁴⁷ לצורך הכרה כישוב קהילתי המשכי יש צורך באישור של ועדה ליישובים קהילתיים, שתמנה חמישה חברים ויעמוד בראשה נציג משרד ההתיישבות והמשימות והלאומיות, ויהיו חברים בה נציגי גורמים ממשלתיים וכן נציג הסוכנות היהודית והמועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא הישוב.⁴⁸ ביישובים אלו ניתן יהיה לשמר את סמכויות הסינון באמצעות ועדות קבלה גם אם מספר יחידות הדיוור חצה את רף ה-400 שהוכר עובר לחקיקת התיקון. אמות המידה לאישור ישוב קהילתי המשכי הן כלליות ועמומות, וסובבות סביב התנאי של הספקת שירותים קהילתיים.⁴⁹ לכאורה, בשלב זה מגביל התיקון את מספר יחידות הדיוור ביישוב לצורך קבלת סמכויות סינון מועמדים ל-700 יחידות דיוור.

לבסוף השינוי השלישי מקנה אפשרות להעניק ליישובים קהילתיים סמכויות לקיים ועדות קבלה גם אם יחצו את רף 700 יחידות הדיוור, זאת בכפוף לצו של שר הכלכלה, במסגרתו ייקבע המספר המרבי של יחידות הדיוור.⁵⁰ לא למותר לציין כי בשלב זה אין כל אינדיקציה למספר העתידי שייקבע, אם בכלל, על ידי שר הכלכלה כרף העליון להענקת סמכויות לסינון והדרה של מועמדים. תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב אפוא באופן משמעותי את הסמכויות לקיים הליכי מיון באמצעות ועדות קבלה, למסגרות התיישבותיות נוספות על אלו שהיו בהסדר הקודם.

47 ס' 2 לפקודה מגדיר "ישוב קהילתי המשכי" – יישוב קהילתי שמספר יחידות הדיוור בו, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 700".

48 ס' 16(א) לפקודה: "הוועדה ליישובים קהילתיים תורכב מחמישה חברים והם: נציג משרד ההתיישבות והמשימות הלאומיות – והוא יהיה היושב ראש, רשם האגודות השיתופיות או נציגו – והוא יהיה ממלא מקום יושב הראש, נציג המועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי, נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית ונציג משרד החקלאות ופיתוח הכפר; החלטות הוועדה יתקבלו ברוב קולות של חברי הוועדה המשתתפים בהצבעה; היו הקולות שקולים, יכריע יושב ראש הוועדה, ובהיעדרו – ממלא מקומו".

49 ס' 16(ב) לפקודה: "הוועדה ליישובים קהילתיים רשאית לאשר סיווג של יישוב קהילתי כיישוב קהילתי המשכי, בהחלטה מנומקת בכתב, לאחר שבחנה את ההיבטים השונים בתפקודו של היישוב כיישוב קהילתי, ושוכנעה כי יש הצדקה שהגדלת היישוב מעבר ל-400 יחידות דיוור תיעשה בהליך הכולל ועדת קבלה כדי לאפשר את המשך תפקודו כיישוב קהילתי; בסעיף קטן זה, 'תפקוד כיישוב קהילתי' – מנגנון גבייה לתקציב קהילתי, וכן ארגון וניהול של שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב שהרשות המקומית שבתחום שיפוטה הוא נמצא אינה מספקת, או שירותים עורפים על השירותים כאמור, החיוניים לקיומו ולחוסנו כיישוב קהילתי".

50 ס' 16(א) לפקודה: "שר הכלכלה רשאי לקבוע בצו, באישור הכנסת לאחר שקיבלה את המלצתה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, כי יהיה ניתן להקצות מקרקעין בהליך הכולל ועדות קבלה כאמור בחוק זה, ביישובים קהילתיים המשכיים שמספר יחידות הדיוור בהם עולה על 700; בצו כאמור ייקבע המספר המרבי של יחידות הדיוור. (ב) נקבע צו כאמור בסעיף קטן (א), תהיה הוועדה ליישובים קהילתיים רשאית לאשר, בהתאם להוראות סעיף 16 ושינויים המחויבים, ליישוב קהילתי המשכי כי הגדלת מספר יחידות הדיוור ביישוב מעבר ל-700 תמשיך להתנהל בהליך הכולל ועדת קבלה, אם שוכנעה כי יש צורך בהגדלה נוספת בדרך זו, כדי להבטיח את המשך תפקודו כיישוב קהילתי כאמור בסעיף 16(ב), ובלבד שמספר יחידות הדיוור בו לא יעלה על המספר שנקבע בצו כאמור בסעיף קטן (א); נתנה הוועדה ליישובים קהילתיים אישור כאמור, יחולו על היישוב ההוראות החלות על יישובים קהילתיים המשכיים. (ג) צו כאמור בסעיף קטן (א) יינתן פעם אחת בלבד, ולא לפני שחלפו חמש שנים מיום פרסומו של חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 12), התשפ"ג–2023".

הנימוק שהוצג להצעת החוק במליאת הכנסת בעת קבלתו היה שהישובים בהם יש 400 יחידות דיור נמנעים מלהתרחב, מכיוון שההתרחבות תמנע מהם להוסיף ולהפעיל ועדות קבלה, והדבר פוגע בחיזוק ההתיישבות. במהלך הדיון בכנסת בקריאה שנייה ושלישית לא דובר על ישובים בעלי לכידות גבוהה במיוחד או כאלה המנהלים אורח חיים ייחודי, אלא על ישובים שיש בהם "מערכת פנימית ייחודית של שיתופי פעולה בתחומי החיים השונים".⁵¹ במהלך הדיון הוזכרו מטרות של "פיזור אוכלוסין" וחיזוק ההתיישבות. בתיקון תמכו חברי וחברות כנסת מהקואליציה וכן מן האופוזיציה.⁵² התיקון לחוק מאפשר אפוא מתן סמכויות מיון ובעקבותיו הדרה לישובים גדולים (או ישובים שהחלו כישובים קטנים ומתפתחים לישובים גדולים), באזורים רבים ברחבי המדינה, הרבה מעבר לרצינון של הגנה על התגבשותה של קהילה בשלביה הראשונים, או לצידוק של הגנה על קיומו של אורח חיים ייחודי מבחינה חברתית, תרבותית או דתית שהוזכר בפרשת קעדאן.

ג. הסוגיות והפגיעות העיקריות העומדות לדיון

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מעורר שורה של שאלות חוקתיות מהותיות הנוגעות לפגיעות בכמה זכויות יסוד, בראשן הזכות לשוויון, לקניין, לפרטיות ולכבוד האדם. התיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון ולכבוד של מועמדים המבקשים להצטרף לקהילה, כמו גם את הפגיעה בזכויות הקניין הפרטי של חברי האגודה השיתופית, ושל אלה המבקשים להצטרף לקהילה. **למרות שלכאורה המטרה היא ייחוד המרחב, בפועל מנגנון ועדות הקבלה, שהתקיים עוד לפני תיקון מס' 8, מדיר בעיקר יהודים מזרחיים, משפחות חד-הוריות, אנשים עם מוגבלות ואנשים מוחלשים אחרים.** כלומר, תיקונים מס' 8 ו-12 לפקודה מעמיקים את הפגיעה גם, ואולי בעיקר, בקבוצות מוחלשות בתוך קבוצת הרוב היהודי.⁵³ למעשה, התיקון לפקודה מייצר מרחב עצום הסגור בפני רוב האוכלוסייה הישראלית, והנשלט בפועל על ידי קבוצה קטנה ופריבילגית של אזרחי המדינה. לאור העובדה שמרבית הישובים הקהילתיים, אם לא כולם, מאוגדים במסגרת מועצות אזוריות השולטות בכ-80% מהשטח בישראל,⁵⁴ הרי שהתיקון לחוק מחרף תהליכי החצנה הפוגעים בישובים ללא ועדות קבלה: לשם תתקזנה האוכלוסיות המודרות, שמן הסתם מגיעות מרקע סוציו אקונומי חלש יותר. אם נוסיף לכך את אי-הצדק החלוקתי שבחלוקת המרחב הישראלי בכלל ושטחי הרשויות המקומיות בפרט, נראה כי מנגנון זה יחליש את ערי הפיתוח והישובים העירוניים האחרים שאין להם ועדות קבלה, אליהם יתנקזו כל המודרים, ויחזק את החזקים. הענקת הכוח להפעיל מנגנוני סינון והדרה לישובים קהילתיים בתיקון מס' 8 משנת 2011 הוצדקה, בין היתר, בטענה כי ישובים בעלי מספר קטן של יחידות דיור נדרשים למנגנונים אלה על מנת למנוע

51 דברי ח"כ אוהד טל, יו"ר הוועדה למיזמים ציבוריים, בשיבת מס' 99 של הכנסת מיום 25.7.2023, בעמ' 17.

52 בחוק תמכו 47 חברי/ות כנסת. 44 חברי/ות כנסת מהקואליציה ושלושה מהאופוזיציה (ח"כ אלקין, ח"כ סער וח"כ שוסטר). נגד החוק הצביעו 11 חברי/ות כנסת (כולם ערבים/יות, למעט ח"כ כסיף, ח"כ לזימי וח"כ קריב).

53 מיטל פינטו ומרים ביטון "עיון ביקורתי בגישתה של פרופ' רות גביון בתחום ההתיישבות" **מאזני משפט** טו 97, 133–136 (2022).

54 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "שימושי הקרקע בישראל" **סטטיסטיקל** 173 (2018).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

פגיעה במאפייני הישוב והקהילה.⁵⁵ הרחבה מתמשכת של מספר יחידות הדיור ב"ישוב המשכי" (בלשון תיקון מס' 12), הזכאי להשתמש במנגנוני סינון והדרה, חותרת תחת ההצדקה של שמירה על לכידות קהילות קטנות בפריפריה. משגדלו הקהילות, כבר לא ניתן לראות בהן קטנות והשמירה על הלכידות שלהן נראית מלאכותית.⁵⁶ הרחבה של מספר יחידות הדיור ב"ישוב המשכי" מהווה אינדיקציה לכך שהטענה שכביכול היוותה בזמנו הצדקה לתיקון מס' 8, ואשר היוותה בסיס לצליחת ביקורת חוקתית על ידי בית המשפט העליון בפרשת סבא, אינה עומדת עוד. תיקון מס' 12 מסיר את מסיכת "מאפייני הישוב והקהילה", והמניעים העומדים בבסיסו מתגלים. בכל מקרה, עם תיקון מס' 12, הכמות, קרי מספר יחידות הדיור בישוב, הופכת לאיכות, ומטילה ספק גדול על אופיו הקהילתי של הישוב.

בנוסף, תיקון מס' 12 מותיר את שיקול הדעת בדבר המשך הרחבת הענקת סמכויות הדרה גם לישובים שמספר יחידות הדיור בהן יעלה על 700 (ישוב המשכי) בידי הרשות המבצעת בלבד. זאת ללא כל צורך בעריכת דיונים נוספים בשאלות ערכיות אלה, הנושאות פגיעה בזכויות חוקתיות, ברשות המחוקקת. הקניית סמכות בלתי מוגבלת לשר הכלכלה להעלות את רף יחידות הדיור בישובים שיהנו מסמכויות הדרה, מבלי שיערך דיון בסוגיה זו בפני המחוקק, מעמיקה את הפגיעה בזכויות החוקתיות הנזכרות.

1. הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד – הדרה גלויה והדרה סמויה

על הפגיעה של תיקון מס' 12 בזכות לשוויון ובזכות לכבוד ניתן ללמוד מהנתונים (המעטים) שיש בידינו על אופן פעולת תיקון מס' 8. כזכור, בעניין סבא בחן בית המשפט את חוקתיותו של התיקון על בסיס נוסחו הרשמי, ולא דרך פעולתו "בשטח". שופטי הרוב, שהסתמכו על עילת "חוסר הבטחות" לדחיית העתירה, סברו שאת מעמדו החוקתי של התיקון יש לבחון לאחר שיצטבר ניסיון ומידע על דרך פעולתו. לעמדה זו היו חולשות מובנות היות וקשה או בלתי אפשרי לדעת באמת כיצד החוק מיושם בפועל, וזאת מכמה סיבות. המדינה איננה מפרסמת ברבים באופן יזום נתונים על דרך הפעלת הוועדות, לא קיימים נתונים גלויים על מספר המועמדויות, הקבלות והדחיות, ומועמדים נדחים נרתעים פעמים רבות מלמצות את זכויותיהם מכוח הליך ההשגה בהיעדר משאבים (חומריים, נפשיים), כך שקשה לקבל תמונה כוללת על דרך פעולתו של החוק. והעיקר, לא ניתן לכמת את מספר האנשים שנסוגו מכוונה להגיש מועמדות בשל המנגנון המדיר של ועדת קבלה ואופן הפעלתו, הכרוך בהשפלה ובפגיעה קשה בפרטיות. אלה שקידמו את תכליתה האמיתית של חקיקה כזו הצליחו לייצר מנגנון

55 ראו פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין סבא, לעיל ה"ש 27: "הכנסת והמשיבים טענו כי ככל שישנה פגיעה חוקתית, הרי היא עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. בעניין זה דחתה הכנסת את הטענה כאילו החוק כוללני, וגרסה כי החוק כולל פירוט מספק אודות הקריטריונים לדחיית מועמדים. עוד נטען כי תכליתו – להגן על לכידות קטנות בפריפריה ולאפשר לאזרחים לממש את זכותם לחיי קהילה במסגרת יישובים אלה" (ההדגשות שלנו).

56 לרעיון המרכזי שבאינטרס הקהילתי שלפיו ככל שהקהילה קטנה יותר, כך יכול כל תושב למצוא התאמה ושייכות לקהילה, וככל שהקהילה גדלה כך מתקנה האופי הייחודי שלה ראו עומר קמחי "הדמוקרטיה הישירה בהתיישובות הכפרית – האגודות השיתופיות, הוועד המקומי והצעה לכינון ועד מקומי ישיר" משפטים נג (עתיד להתפרסם).

שלמרות שלכאורה אוסר על הפליה, למעשה מרתיע מראש כל מי שחושש להיות קרבן להפליה אסורה. לוועדות האלו יש אפקט מצנן שאותו לא ניתן למדוד. הוא גורם לאנשים שהיו מעוניינים לגור בשוב כפרי או קהילתי אך מעריכים מראש כי אין להם סיכוי להתקבל, שלא להציג כלל מועמדות לוועדת הקבלה.

המידע החלקי המצוי בידינו מצביע על הקושי בהערכת מידת ההפליה של מנגנון ועדת הקבלה. ראשית, בעקבות בקשה שהגישה התנועה לחופש מידע, מסרה רשות מקרקעי ישראל נתונים לגבי הליכי ההשגה על דחיית מועמדים.⁵⁷ נמסר כי בין השנים 2014–2018 הוגשו בסה"כ 54 השגות לוועדת ההשגות על דחייה מישובים (ממוצע של כ-11 השגות לשנה). מתוכן התקבלו סך הכל כ-31 השגות. ממצאים אחרים חשפו נתונים נמוכים של דחיות מועמדים בוועדות קבלה בין השנים 2016–2021.⁵⁸ רשות מקרקעי ישראל מציגה נתונים אלו כראיה ליעילותו ו"אמינותו" של ההליך, אולם כאמור, אין מידע לגבי מספר הדחיות שלא הגיעו לידי השגה רשמית, וללא נתון זה קשה ואולי בלתי אפשרי להעריך את מידת האפקטיביות של מנגנון ההשגה ומשמעות הפיקוח על החלטות ועדות הקבלה. בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח–1998, לקבל פרוטוקולים (ללא פרטים מזהים) של דיוני ועדת ההשגות סורבה, בטענה שהפרוטוקולים מכילים מידע פרטי ואישי. בקשה לקבל מידע אודות מאפייניהם האישיים של המשיגים סורבה אף היא, בטענה ש"מידע זה אינו מצוין בפרוטוקול הוועדה".⁵⁹

שנית, ומעבר לכך, ממחקר שנערך על ידי עדי ניר-בנימיני וטל גנור ופורסם ב-2013, עולה כי לצד המנגנון הרשמי של ביקורת על ועדות הקבלה, מתקיים תהליך סמוי, המצוי כלשון המחברות "מתחת לרדאר", שבו מועמדים המתעניינים במגורים בשוב מקבלים "מסרים" בלתי רשמיים אך חדים וברורים, שלפיהם סיכוייהם להתקבל לשוב נמוכים. רובם מוותרים מראש על המאבק הקשה "להשתייך למועדון שאינו מעוניין בהם", בפרפרזה על אמרתו של גראוצ'ו מרקס.⁶⁰ מהמחקר עולה שבפני מועמדים לשובים קהילתיים ניצבים קשיים לא מעטים: חוסר סדירות בפעילות הוועדות ופער בין הנורמה הכתובה לזו הקיימת בפועל, מסרי דחייה סמויים ודינמיקה של התנשאות במהלך דיוני הוועדה, תחושת הטיה ושרירות של המכונים האמורים לבחון את התאמתם, תחושת השפלה ו"תיוג עצמי" של המועמדים כמפסידנים, התשה ביורוקרטיה, ועוד. מכאן, שעצם הצורך לעמוד מול ועדת קבלה מייצר חוויה שלילית ואף משפילה אצל חלק מהמועמדים, כך שכל "שכלול" של התהליך ויצירת הליך שהוא הוגן מבחינה רשמית, מחמיץ את שלל ההתרחשויות "מתחת לרדאר", אותן עוברים מועמדים המשתייכים, במרבית המקרים, לקבוצות מודרות מבחינה חברתית. קולם של אלה אינו נשמע.⁶¹

57 ראו www.meida.org.il/9083.

58 אמנון רייכמן ומורן ברדה מלכה "על ערכה ומיקומה של עילת מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" ספר ג'ובראן, לעיל ה"ש 30, 431, 464–466.

59 תשובת הממונה על העמדת מידע ברשות מקרקעי ישראל לדור כהן בעניין "פרוטוקול ועדת ההשגות" (5.11.2017). ראו דור כהן "האם קיומן של ועדות הקבלה ביישובים הקהילתיים מגיע עד כדי פגיעה בזכות השוויון?" (עבודה סמינריונית בהנחיית ד"ר רוינת לוין-שנור, המרכז הבינתחומי הרצליה, אוגוסט 2018).

60 ניר-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 11.

61 רייכמן וברדה מלכה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 465–466.

הרחבת מנגנון ועדות הקבלה לישובים גדולים תחמיר מציאות זו משלושה טעמים. ראשית, הרחבת תחולתו של מנגנון ועדות הקבלה בתיקון מס' 12 מכפיפה אוכלוסייה רחבה יותר של מועמדים פוטנציאליים למנגנון זה. זאת ללא שהתיקון משנה או מדייק את הקריטריונים שבגינם יכולה ועדת קבלה לפסול מועמדים, או לחילופין, תובע חובת שקיפות "בזמן אמיתי" ביחס להליך ו/או להחלטה.⁶² שנית, תיקון מס' 12 מהווה תיקוף וחיזוק הלגיטימיות של מנגנון ועדות הקבלה אשר הפסיקה נמנעה מלהכשירו עד עתה גם אם הוא חמק מביטול, מנגנון שנועד היסטורית לקדם יעד של ייחוד המרחב, באופן שעומד בסתירה למכלול המחויבויות החוקתיות, מבלי להביא בחשבון את השפעותיו השליליות על המרחב והחברה בישראל. לבסוף, לא זו בלבד שהתיקון מחזק ומעצים את מנגנון ועדות הקבלה, אלא שהוא אף מרחיב אותו ומעמעם עוד יותר את המגבלות על אופן יישומו. התיקון נמנע מעיצוב מנגנון זה בהתאם לאופיו של הישוב ומידת השיתופיות בו, ו/או קובע קריטריונים ברורים יותר בהם יוחל, מעבר לגודל הישוב. כך, הוועדה שמוסיף התיקון, אשר תהא אמונה על הגדרת "ישוב קהילתי המשכי", והאפשרות לאישור מיניסטריאלי להפעלת ועדה בהרחבה נוספת, נעשה מבלי לקבוע קריטריונים מספקים או להחיל חובת שקיפות בהחלטות אלה.

לפי הוראות התיקון הוועדה לישובים קהילתיים תוכל לאשר לישוב קהילתי המשכי אפשרות הפעלה של ועדת קבלה, אם שוכנעה שהדבר נדרש "כדי לאפשר תפקודו כיישוב קהילתי". "תפקוד" כיישוב קהילתי הוגדר כעניין ניהולי בלבד, ולא קיימת כל דרישה מהותית באשר לאופי הישוב, מערכת היחסים בין התושבים, קיום הכרה באורח חיים ייחודי שהוכר בחוק ובפסיקה כחריג להקצאה ציבורית של מקרקעין ציבוריים וכיו"ב.⁶³ די בכך שהישוב מקיים "מנגנון גביה לתקציב קהילתי", וכן מארגן ומנהל "שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב", מעבר למה שמספקת הרשות המקומית.

מדובר בהליך ובקריטריונים שנועדו, למראית עין, לבחון את ההצדקה להמשך קיום ועדות הקבלה בישוב גדול. מראית עין – משום שניתן לעמוד בקריטריונים אלו ללא קושי, ואין בהתקיימותם כדי להעיד על אופי ייחודי מובהק של הישוב. הרכבה של הוועדה: נציג משרד ההתיישבות והמשימות הלאומיות (יו"ר), נציג המועצה האזורית שבה מצוי הישוב, נציג הסוכנות היהודית/ההסתדרות הציונית, ונציג משרד החקלאות ופיתוח הכפר מלמד שישוב שייבקש לקבל מעמד של "ישוב קהילתי המשכי", לא ייתקל בשום קושי. ההליך אינו פתוח לציבור, לא ברור אם ניתן להתנגד לו; ונראה לכן שמדובר בקריטריונים שנועדו לייצר מראית של הליך תקין, כאשר סופו באישור ידוע מראש. בפועל, הוספת הגדרה של "ישוב קהילתי המשכי" מהווה הרחבה נוספת שעוברת "מתחת לרדאר" של הרחבת היקף הישובים ויחידות הדיר.

62 ס' 6 לפקודה. התיקון מחייב דיווח שנתי, בדיעבד על אופן יישומו. אולם דיווח זה לא יכול לתת מענה לחלק ניכר מהקשיים עליהם הצבענו.

63 ראו בעניין זה בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000); עניין אביטן, לעיל ה"ש 20. בנוסף, תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות קובע כי ניתן לדחות מועמד מיישוב על רקע "מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם" (סעיף 6א(6) לפקודה). גם מפסק דין קעדאן משתמע כי יכולים להיות מצבים של "יישובים מסוגים שונים" שדינם יהיה שונה מהדין הכללי שנקבע שם (עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק).

מכאן, שאין בחוק דבר המצדיק מתן סמכויות כה רחבות לישובים העשויים למנות מאות ואף אלפי תושבים, להחליט מי יבוא בשעריהם ומי יודרו מהם – וכל זאת על מקרקעי ציבור. התיקון הנוכחי לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב לפיכך את המרחב הגאוגרפי בו יוכלו ישובים קהילתיים להחזיק בסמכויות הדרה וסינון של מועמדים, כמו גם את גודלם של הישובים שיוכלו להשתמש בסמכויות אלה. במובן זה, התיקון הנוכחי לחוק מרחיב את הפגיעה בזכות לשוויון. נראה כי בכסות של מילים כגון: "לכידות", "פיזור אוכלוסין" ו"אורח חיים קהילתי" מסתתר אותו מניע מוכר, ישן נושן, של הקמת ישובים יהודיים, ובמסגרת החברה היהודית של אוכלוסייה אקסקלוסיבית ונבחרת, הפותחים את שערם רק למי שנראה להם כראוי להתקבל ל"קהילה".

אומנם, סעיף 6ג(ג) לפקודה אינו מאפשר לוועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. כלומר, לכאורה הגנה על מרקם חברתי-לאומי, או מימוש ערך ההתיישבות היהודית אינם יכולים לשמש טיעון משפטי לדחייה של מועמד, ובכך גם התיקון הזה כפוף לכאורה לעקרון השוויון. אולם, כפי שהסביר השופט ג'ובראן בפרשת **סבח**, הוראות סעיף 6ג(ג) אינן מאיינות את החשש שוועדות הקבלה תשתמשנה בסעיפים הקטנים 6ג(א)-(4) כדי להדיר מהישוב תושבים ערבים וכאלה שאינם מתאימים. זאת, כיוון שהסעיף לא אוסר בפועל הפליה על בסיס מאפיינים שאינם "גנריים" (כגון מין, דת וכד'). החוק מעניק שיקול דעת רחב לוועדות הקבלה, המאפשר לה לדחות מועמדים מטעמים לא ענייניים תחת הכסות של אי-התאמה למרקם החיים בישוב, כאשר בפועל הדחייה היא על בסיס טעמים שאסורים על פי חוק. כפי שעמד על כך השופט ג'ובראן בפרשת **סבח**: "הסמכות לדחות מועמד על יסוד התרשמות אישית שאינה כפופה לאמת מידה ממשית, מרוקנת מתוכן הוראה שאוסרת להפלות על בסיס זה או אחר".⁶⁴ מכאן, שתיקון מס' 12 לפקודה משמר את שיקול הדעת הרחב של ועדות הקבלה לדחות מועמדים על יסוד התרשמות אישית שאינה כפופה לאמת מידה קונקרטית. העולה מן המקובץ הוא שהתיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון בכך שהוא מאפשר את קיומן של ועדות הקבלה בעלות שיקול דעת רחב גם בישובים המונים יותר מ-400 יחידות דיור ובכלל הארץ.

2. הפגיעה בזכות לקניין

הזכות לקניין פרטי היא אחת מהזכויות אשר עוגנו במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומהווה נדבך מרכזי בשיח על אודות הדרה מרחבית. הגם שזכאותם של בעלי קניין להדיר נתפסת כאחת הזכאויות הקנייניות המרכזיות באגד הזכאויות הקנייני, הרי שזכאות זו מוגבלת לערכים החברתיים החשובים שבשמם קיים ופועל הקניין הפרטי.⁶⁵ על כן, בכל מקום שבו נגמרת הזכות להדיר, נולדת זכאותם של מי שאינם בעלי זכות קניין לכניסה. על פי תפיסה זו היקפה של זכאותם של בעלי זכויות קניין להדיר אחרים מקניינם מעוצבת על ידי ערכים חברתיים. הבנה זו מחייבת חשיבה אודות היקפה

64 פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת **סבח**, לעיל ה"ש 27.

65 חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005); חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** כד 59 (2008); יהושע ויסמן **דיני קניין (חלק כללי)** (1993); יהושע ויסמן **החוקה ושימוש** (2005).

של הזכות להדרה מרחבית, המוענקת ליושבים קהילתיים בפקודת האגודות השיתופיות, ויש בה כדי להשפיע על מידתיותה של הדרה זו.⁶⁶

ככלל, הפקדת מנגנוני סינון והדרה בדמות ועדות קבלה בידי יושבים קהילתיים גורמת לפגיעה בזכויות הקניין של חברי הקהילה, כמו גם בזכויותיהם של הרוכשים הפוטנציאליים. הפגיעה בזכות הקניין של חברי הקהילה מוצאת ביטוי בהכפפת יכולתם להעביר את זכויותיהם במקרקעין לרוכשים פוטנציאליים לשיקול דעתה של ועדת הקבלה. הפגיעה בזכות הקניין של רוכשים פוטנציאליים נובעת מהחלת מנגנוני סינון והדרה, אשר מונעים מהם, הלכה למעשה, לרכוש זכות קניינית בישוב. כאמור, כוחם של בעלי קניין לבצע הדרה מנכסיהם צריכה להיות כפופה לערכים חברתיים המצדיקים זאת. ההסדר המקנה סמכות סינון והדרה ליושבים קהילתיים בפקודת האגודות השיתופיות מבוסס על הכרה בחשיבות פעילותן התקינה של קהילות מגורים ומחשש לפגיעה במרקם הקהילתי. ואולם (כפי שנקבע על ידי בית המשפט בעניין **קעדאן**, ובהתאם לקריאתו של השופט ג'ובראן בעניין **סבת**), גם לשיטתם של אלה הסוברים שניתן להכיר במקרים חריגים בחשש מפגיעה במרקם קהילתי, הענקת סמכויות סינון והדרה אינה יכולה להינתן באופן גורף, על בסיס מספר יחידות דיור בישוב או קיומו של מערך ארגוני יושבי סמכויות הסינון וההדרה בדמות ועדות קבלה מהוות פגיעה משמעותית בזכויות הקניין של חברי הקהילה ושל הרוכשים הפוטנציאליים. על מנת להצדיק פגיעה זו, גם אלו התומכים בזכויות קהילתניות חייבים להצביע על קיומו של חשש משמעותי ומבוסס שמניעת מנגנונים אלה תיצור פגיעה אמיתית ביכולתה של קהילת מגורים לממש את אורחות חייה הייחודיים. לצורך זה יש להוכיח ראשית כי הקהילה הרלוונטית אכן מקיימת אורחות חיים ייחודיים, ולאחר מכן כי הצטרפות לא מבוקרת של תושבים אכן תפגע – או לכל הפחות תעלה חשש משמעותי ומבוסס לפגיעה – באורחות חיים אלה. אומנם התיקון הנוכחי לפקודת האגודות השיתופיות אינו זה שיצר את העמימות המכוונת שנקט המחוקק כבר בתיקון מס' 8 לפקודה שנחקק בשנת 2011 ביחס לזהות הקהילות שצריכות ליהנות מהגנה על אורחות חייהן באמצעות ועדות קבלה. אף על פי כן, הוא מרחיב את הענקת סמכויות ההדרה והסינון למספר רב של יושבים קהילתיים, לרבות יושבים בעלי מספר תושבים גבוה, באופן שמקשה עוד יותר להמשיך ולהחזיק בהצדקה זו כבסיס להענקת הסמכויות. כאמור, תיקון מס' 8 לפקודה העניק סמכויות הדרה וסינון רק ליושבים קטנים יחסית (עד 400 יחידות דיור), כחלק מההנחה הרווחת שיושבים קטנים נדרשים להגנה מפני הצטרפות לא מבוקרת של תושבים. כלל אין זה מובן מאליו שהיקף יחידות הדיור בישוב צריך לשמש לצורך הצדקת החשש מפגיעה באורחות החיים של קהילה בשל הצטרפות לא מבוקרת של תושבים, וכלל לא ברור מדוע, לשיטת המחוקק, היקף התושבים מצביע על קיומו של אורח חיים שראוי להגנה. ואולם גם לשיטת אלו הסבורים כי גודלו של הישוב מעיד במשהו על הצורך בסינון והדרה של מועמדים כדי לשמר את אורחות החיים הייחודיים – ברי כי התיקון הנוכחי, אשר מעניק סמכויות אלו גם ליושבים גדולים יותר (ואף נמנע מלקבוע רף עליון למספר יחידות הדיור או התושבים) פוגע ביכולת להסתמך על הצדקה זו. במובן זה, התיקון הנוכחי מרחיב את הפגיעה בזכות הקניין של חברי הקהילה והרוכשים הפוטנציאליים, מבלי שיש להדרה זו

66 שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" **עיוני משפט** 95 (2014).

בסיס ערכי. במצב דברים זה, הענקת סמכויות הדרה וסינון מהווה פגיעה לא מידתית בזכות הקניין הפרטי.

3. פגיעה בקופה הציבורית ובעקרונות הצדק החלוקתי

הרחבת הסמכות לקיום ועדות קבלה עלולה לאפשר גם הטבה נוספת משמעותית ביותר והיא האפשרות להקצאת המגרשים בפטור ממכרז ובהנחה כספית משמעותית. בעת שיווק הקרקע בפטור ממכרז, מחיר המגרש לא נקבע בהליך תחרותי אלא בהתאם לשומת השמאי הממשלתי, עליו ניתנת הנחה כפי שנקבע בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל. כך, לפי החלטות המועצה התשלום על הקרקע בישובים המצויים באזור עדיפות לאומית א' הוא 31% מערך הקרקע, ובישובים המצויים באזור עדיפות לאומית ב' – 51% מערך הקרקע – כאשר תקרת ההנחה עומדת כיום על 450,000 ש"ח.⁶⁷ משמעות הדבר היא שהמדינה מעניקה הטבות, הן באמצעות מתן זכות הוטו במנגנון הקבלה לישוב (וכנגד מכך במנגנון הקצאת הקרקע) והן במחיר הקרקע, העשויות להגיע למאות אלפי שקלים למשפחה. הטבות אלו ניתנות במגזר הכפרי בישובים קהילתיים, שרבים מהם (במיוחד בגליל) מאופיינים באוכלוסייה במדרג סוציואקונומי גבוה (8–10), בוודאי בהשוואה לערים הפריפריאליות הסמוכות להן. ככל שהטבה זו תוחל גם על הישובים שחל בהם תיקון מס' 12, תהיה בכך החמרה של הפגיעה בשוויון הנגרמת עקב מנגנון הקצאה זה.

זאת ועוד, בתקופה האחרונה יוזמת הממשלה מספר מהלכים שמטרתם להגדיל את היקף ההטבות שתוענקה ליישובים המוגדרים כ"ישובים כפריים" שברובם המכריע קיימות ועדות קבלה.⁶⁸ במכתבים מטעם אגף התקציבים במשרד האוצר ורשות מקרקעי ישראל מיום 28.8.2023 הביעו אלו את עמדתם כי הגדלת ההנחה לסכום של 850,000 או 1,100,000 ₪ – כמבוקש על ידי משרד השיכון ומשרד ההתיישבות ומשימות לאומיות – איננה מידתית והיא תיטיב עם הישובים החזקים ותושביהם. על כן המלצתם היא להעמיד את תקרת ההנחה על 600,000–650,000 ₪.⁶⁹ מכאן, שגם באופציה המצמצמת הזו, שווי ההטבות למתגוררים בישובים יהודים מבוססים יגיע למאות אלפי שקלים למשפחה.⁷⁰ אם יוזמה זו או דומה לה תתממש, תהיה גם בכך החמרה של הפגיעה בשוויון. לבסוף, מנגנון ועדת הקבלה מאפשר להקצות מקרקעין בבעלות ציבורית לקבוצה מסוימת של אזרחים, ולפי גישה מסוימת, שניתן לה ביטוי בפרשת **שיח חדש**,⁷¹ הדבר עלול להפר עקרונות של צדק חלוקתי:

"הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים... קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה, או הרשויות הפועלות

67 ס' 4.2.2 לקובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל, <https://did.li/DUT5q>.
 68 החלטת ממשלה מס' 561 "קביעת איזורי עדיפות לאומית לענין מתן הטבות בתחום הבינוי והשיכון" מיום 21.5.2023. ראו במיוחד סעיפים 4, 15.
 69 מכתבים אלו מצויים בידי הפורום. מהמסמכים עולה עוד כי כ-75% מהעסקאות שבוצעו ביישובים אלו באחרונה עלות הקרקע לא עלתה על 600,000 ₪.
 70 ראו גם אמיתי גזית "יהוד או השבחה? משרד רה"מ בשירות הישובים העשירים" **כלכליסט** (9.8.2023).
 71 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר... המקרקעין הם... משאב חיוני מאין כמותו ובעל ערך רב. יש להם חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסייה בה גדולה, ובהיותה ארץ קולטת עולים. אי אפשר לייצר קרקע, ועל כן על מדינה לכלכל צעדיה בהתחשב במצאי המקרקעין שבידה. עניינו של ערך הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין... בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים... מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, ושאלת סדר העדיפויות צצה ועולה בכל חריפותה. טענות להפליה קיימות בין מגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מגזר.⁷²

נמצא אפוא כי העברת סמכותה של המדינה, האמונה על הקצאת מקרקעי ציבור, לגורמים פרטיים, אשר כפי שנציג להלן, נמצאים בניגוד עניינים מובהק ופועלים בחוסר שקיפות, עלולה לסתור עקרונות שהותוו בפסיקתו של בית המשפט העליון בנדון.

4. פגיעה בזכות לפרטיות

הליך המיון בוועדות הקבלה כרוך בפגיעה קשה בפרטיות המועמדים והמועמדות. הם נדרשים להיחשף באופן מוחלט ומלא, בכל היבט של חייהם, לפני אנשים זרים, שעשויים להיות שכניהם בעתיד – או שלא. החשיפה כוללת פירוט של מידע אישי רגיש מאוד, כמו מצב משפחתי, מצב כלכלי, התנהגות בזמן ראיון, מצב רפואי, ופרטי מידע אישי נוספים כמו גיל. המידע נאסף בפניה, בראיון בוועדת הקבלה עצמה, ובמבדקי התאמה, אבחונים ומבחני אישיות שנערכים במכוני הערכה חיצוניים, בהם יש בין היתר אבחון פסיכולוגי ובחלקם נערכים מבדקים גרפולוגיים.⁷³ זו הפשטה מלאה של האדם, שחודרת עד לגימני נפשו הפרטיים ביותר.⁷⁴ מסירת המידע נעשית במועד ובאופן מפורש, בדרך של חתימה על טופס ויתור סודיות. אולם קיים ספק ניכר עד כמה הסכמה זו חופשית. המועמדים מבקשים לעצמם מקום לחיות בו, ואין להם ברירה אלא להיחשף בצורה האמורה. הטענה בדבר הפגיעה בפרטיות עלתה בעניין סבך. המדינה טענה שם כי החוק אינו פוגע בפרטיות עקב ההסכמה החופשית של המועמדים, וכי הדבר דומה למועמדים לעבודה.⁷⁵ הנשיא גרוניס הוביל את דעת הרוב לדחיית העתירה, אולם לעניין הטענות החוקתיות, ובכללן הפרטיות, ציין כי לבעלי הדין שמורה הטענה ויכולו להעלותה שוב בעתיד.⁷⁶ גם השופט הנדל, בדעת המיעוט, הבהיר כי הטענה בעניין הפרטיות מצריכה יישום בפועל של החוק בטרם תתאפשר בחינה חוקתית.⁷⁷ הפרטיות נזכרה גם אצל השופטת ארבל, בדעת המיעוט. השופט ג'ובראן, אף הוא בדעת המיעוט, פתח את פסק דינו בעמידה על הפגיעה החמורה בזכות לפרטיות של המועמדים לקבלה:

72 שם, בעמ' 64.

73 ראו ניר-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 11, במיוחד בעמ' 151, 157.

74 עדויות שונות חושפות מעט מסוג השאלות. נטע זיו וחן תירוש מדווחות למשל על שאלות שהופנו למועמד בדיוי כמו מדוע אין לו בת זוג; פגמים שמצאו המעריכים ביחסים בין בני זוג שפנו לשוב מסוים. ראו זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

75 עניין סבך, לעיל ה"ש 27, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

76 שם, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

77 שם, פס' 11–12 לפסק דינו של השופט הנדל.

”אדם מבקש לדור ביישוב קטן. סיבות רבות הובילוהו לכך. אפשר שהוא מבקש לעשות זאת בשל מערכת החינוך הטובה הקיימת ביישוב, בה הוא רוצה שישתלבו ילדיו; אפשר שהוא מבקש לעשות זאת בשל הקרבה למקום עבודתו; אולי רצונו נובע ממראה היישוב עצמו ואולי ממוסדות הציבור הקיימים בו, מנהגיו ומסורותיו. לשם כך הוא נדרש לעמוד בוועדת קבלה בפני זרים ולשכנעם כי הוא ראוי להתגורר במחיצתם. הוא נדרש, על מנת שתוקצה לו אדמה מאדמות מדינתו, לספר על כוונותיו, מנהגיו, טעמיו ומחשבותיו. הוא נבחן על השכלתו, על עברו, על פרנסתו, על כישוריו. מנגד עומדים חברי ועדת הקבלה, רובם אזרחים פרטיים, שיכריעו, לעתים ללא נימוק ממשי, למעט שיקול דעתם החופשי, אם ראוי הוא לחיות במחיצתם. חוקתיותו של מנגנון ועדות הקבלה המתואר עומדת כעת לבחינתנו”.

שאלת הפגיעה בפרטיות נותרה אפוא פתוחה בעניין סבח. כעת קיימת הזדמנות לבחון אותה שנית. נסתפק במסגרת הכללית: המועמדים נדרשים לחשוף את חייהם עד לנימי נפשם. דווקא טענת המדינה, שהשוותה בין הפגיעה בפרטיות במקרה הזה לפגיעה בהליכי מיון למקום העבודה מאלפת. אכן, מעסיקים מבקשים לדעת לא מעט על המועמדים לעבודה, אולם החוק ובתי המשפט הציבו גבולות ברורים בעניין. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ”ח–1988, קובע חזקות בעניין. סעיף 2 קובע איסורי הפליה, אבל אין בחוק איסור ישיר על מעסיק לשאול שאלות בעניין.⁷⁸ עם זאת קיים תמריץ חזק מאוד שלא לשאול – ולא לשקול – שיקולים מפלים. לפי סעיף 9(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, כאשר מעסיק דורש במישרין או בעקיפין מידע בסוגיות שבגינן אסור להפלות, חובת ההוכחה מועברת למעסיק, להראות שלא הפלה.⁷⁹

בנוסף, בית הדין הארצי לעבודה קבע שורה של עקרונות שחלים על מעסיקים, שמקורם בשילוב של דיני העבודה וזכויות חוקתיות, ובהם עקרונות של לגיטימיות, מידתיות, תום לב ושקיפות, ועקרונות מתחום דיני הפרטיות, כמו עקרון צמידות המטרה.⁸⁰

בחזרה לוועדות הקבלה. לטעמנו קיימת בהן פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות שהכשרתה מותרת רק בתנאי פסקת ההגבלה. הפרטיות מוגנת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי “כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת הפרט”. מאחר שפקודת האגודות השיתופיות, על תיקוניה, יוצרת פרקטיקה של סינון, וסינון בהכרח מתבסס על איסוף מידע, הרי תיקוניה של הפקודה פוגעים בזכות לפרטיות, ועליהם לעמוד במסגרת פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. בנוסף, הפרקטיקה בישובים השונים צריכה לעמוד בדרישות חוק הגנת הפרטיות, התשמ”א–1981.

באשר לחוקתיות הפקודה ותיקוניה, בהיבט הפרטיות: הפקודה שותקת בקשר לאיסוף המידע. ראוי היה שההסמכה לאיסוף מידע תהיה מפורשת, כנדרש מעקרון החוקיות.

כמו כן, יש להגביל את איסוף המידע לתכלית הראויה של החוק בלבד. האם התכלית ראויה? שאלה זו קשורה הן באופן כללי לתכלית קיומו של הליך המיון בכלל, שבו דנים שאר חלקי נייר העמדה, והיא קשורה גם בכל מקרה ומקרה. בקיבוץ שיתופי (שלא הופרט), ויש בו שיתוף כלכלי מלא,

78 האיסור המפורש היחיד הוא לגבי פרופיל צבאי. ס’ 2א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ”ח–1988.

79 כך קובע ס’ 9(ג) לחוק: “בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על הנתבע כי פעל שלא בניגוד להוראות הסעיף האמור, אם הוכח כי דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בסעיף 2(א)”.

80 ע”ע (ארצי) 90/08 איסקוב ענבר נ’ מדינת ישראל – הממונה על חוק עבודת נשים (נבו 8.2.2011).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

איסוף מידע על יכולת ההשתכרות של המועמדים ומצבם הכלכלי עשוי להיות רלוונטי, אך בישוב שאין בו שום מרכיב של שיתופיות כלכלית, חדירה זו לפרטיות אינה רלוונטית ולכן אינה לתכלית ראויה. חסר מרכזי בפקודה הוא שאין בה הסדרים מידתיים לגבי איסוף המידע והשימושים בו. ניתן למלא את החסר הזה על ידי פנייה לחוק הגנת הפרטיות, אולם בהיעדר הסדרה של הנושא, נראה שבפועל ועדות הקבלה אוספות מידע ללא כל מגבלה. למשל, עקרון צמידות המטרה שמגביל את השימושים במידע (ס' 9),⁸ (ב) לחוק הגנת הפרטיות, עקרון מזעור המידע שמשקף את העיקרון החוקתי של דרישת המידתיות; חובות סודיות ואבטחת מידע (ס' 16, 17 לחוק, ותקנות נלוות) שמגובות בזכות תביעה ובאיסור פלילי במקרה של הפרה; זכות לעיין במידע (ס' 13 לחוק), לדרוש את תיקונו במידת הצורך (ס' 14), ובליוי מערך אכיפה, שכולל בין היתר פיצוי סטטוטורי (ס' 29 לחוק), רשות ייעודית שיש לה סמכויות אכיפה (הרשות להגנת הפרטיות).

5. האם התיקון עומד בתנאי פסקת ההגבלה?

הרחבת הסמכות להפעיל ועדות קבלה נעשית מכוח חוק, לכן נבחן אם היא עומדת ביתר התנאים של ביקורת חוקתית.

מבחן התכלית הראויה: בדברי ההסבר להצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם (ביום 26.7.2021) נכתב כי עברו 9 שנים מאז תיקון מס' 8, וכי "המציאות מלמדת כי ישנו צורך בתיקון חקיקה שיעדכן את הגדרת הישוב הקהילתי לישוב המונה 700 בתי אב וגם יחיל אותו על כלל ההתיישבות הקהילתית בפריפריה. בכך יתאפשר לישובים קהילתיים המעוניינים לשמור על אופי ייחודי לגדול ולהתרחב תוך שמירה על לכידות חברתית ותרבותית ומבלי לפגוע באורח החיים הקהילתי-כפרי המבוסס". בהצעת החוק לקריאה ראשונה, שהונחה על שולחן הכנסת ב-29.6.2022, לא צוינה תכלית התיקון, אלא נכתב כי מוצע להרחיב את תחולתו של תיקון מס' 8 על ישובים גדולים יותר ועל ישובים באזורים גאוגרפיים נוספים. אולם, בדיון קודם שנערך ביום 14.6.2023 בוועדה למיזמים ציבוריים שדנה בחוק, ציין יו"ר הוועדה ח"כ אוהד טל כי:

"המטרה של התיקונים הללו היא לאפשר ליישובים להתפתח, לגדול, להתרחב, מבלי לאבד את המאפיינים הייחודיים הקהילתיים ואת מרקם החיים הייחודי של ההתיישבות הכפרית. מאז שחוקק החוק רבים מהיישובים בנגב ובגליל הגיעו לתקרה הזאת של 400 משפחות, ובעצם המציאות היום מייצרת מצב שהחוק הנוכחי הופך להיות חסם בפני משפחות נוספות להצטרף ליישובים, חונק את היישובים, מונע מהם את היכולת לגדול ולהתפתח. הוא בעצם מחטיא את המטרה שלשמה הוא נועד וכופה על היישובים לבחור באחת משתי אפשרויות, או לוותר על התהליך של ועדות הקבלה ולגדול, אבל המחיר של זה הוא הוויתור על הצביון הקהילתי של היישוב, או האפשרות השנייה שכרגע מונחת בפניהם היא לשמור על הצביון הקהילתי, אבל לוותר על האפשרות לגדול ולהתפתח".⁸¹

81 דברי ח"כ אוהד טל, יו"ר הוועדה למיזמים ציבוריים, בפרוטוקול ישיבת הוועדה למיזמים ציבוריים בכנסת מיום 14.6.2023, בעמ' 3.

חבר הכנסת יצחק קרויזר ציין כי –

“זה חוק שהולך לשנות מציאות בפריפריה, בנגב ובגליל, ורגע לפני שחבר הכנסת שוסטר יוצא אגיד לו שכן, אנחנו ממשלה לאומית ולא צריך להתבייש. אנחנו תומכים בייחוד הגליל והנגב, בחיזוק ההתיישבות היהודית בנגב ובגליל. אני גר בגולן ואני רואה את חבריי מהיישובים בגליל, גנים נסגרים. זה חוק שהוא חשוב מאוד. כן, כשאנחנו רוצים לחזק את הפריפריה, לחזק את ההתיישבות הקהילתית, הכפרית, במושבים, בקיבוצים וביישובים הקהילתיים אנחנו חייבים לחזק את הקהילה. כאשר הקהילה חזקה, ההתיישבות חזקה והדרך להגדיל את ועדות הקבלה ל-1,000, למספר שהוא מוחץ ומשנה מציאות מספרית של משפחות חדשות שיגיעו, של זוגות צעירים, של בנים ממשיכים שירצו לחזור ויוכלו לגור במקום שהם נולדו, במקום שהם גדלו, ולהמשיך לשמור על הצביון של אותו יישוב, מושב או קיבוץ שהם גרו בו, לחזק את אותו יישוב, את אותו כפר – החוק הזה מגיע ומציע את הפתרון הטוב ביותר. אני שמח מאוד, כמו שאמרה השרה, להצטרף לחוק חשוב וציוני כזה.”⁸²

מכאן ניתן ללמוד כי התכלית שביסודו של תיקון מס' 12 היא לאפשר לשמר “לכידות חברתית” גם ביישובים קהילתיים גדולים יותר ובאזורים גאוגרפים נוספים, שאינם מוגבלים לשטחי הנגב והגליל. למעשה, תכלית החוק היא לאפשר את “הזכות לקהילתיות” גם ביישובים גדולים יותר. על עצם הצדקתה של הדרה על בסיס של קהילה קיימת מחלוקת בין חוקרים בכלל, ואף בין כותבי מסמך זה בפרט. אך גם בקרב אלו התומכים בהצדקה הקהילתית בנסיבות מסוימות נראה כי יישומה בתיקון מס' 12 אינו ראוי משתי סיבות עיקריות. ראשית, הזכות לקהילתיות מוכרת כזכות חזקה, הנגזרת מהזכות לתרבות, רק כאשר היא מגינה על תרבות ייחודית, בדרך כלל של קבוצת מיעוט, שהמכנה המשותף בין חבריה רחב ושונה מזה המאפיין את קבוצת הרוב. דוגמאות לקבוצות כאלה בהקשר הישראלי הן קבוצת המיעוט החרדי או קבוצת המיעוט הברדוי.⁸³ ליישובים הנכללים בתיקון מס' 12 לפקודה אין כל מכנה תרבותי או דתי משותף וייחודי המצדיק הענקת הגנה משפטית להדרתם של אזרחים המבקשים להצטרף ליישוב. היישובים אף אינם נדרשים להוכיח את קיומם של מאפיינים אלה כדי שיהיה באפשרותם לקיים מנגנונים של ועדות קבלה המסננות מועמדים לפי קריטריונים עמומים כגון מידת התאמתם של המועמדים לחיי הקהילה או למרקם החברתי-תרבותי בה. מכאן החשש כי התכלית הסמויה של החוק היא למעשה ביצור יכולתן של קהילות המורכבות מאוכלוסייה יהודית, ובמיוחד כזו שהיא מחתך סוציו-אקונומי גבוה – גם כאשר הן גדלות. אוכלוסייה זו למעשה נהנית מאיכות חיים גבוהה יותר על קרקעות מדינה, שבדרך כלל אינה מנת חלקן של אלה המתגוררים בערים השונות בגליל ובנגב.

גם אם נניח שהזכות לקהילתיות נגזרת מהזכות להתאגדות, המוכרת כזכות אוניברסלית שאינה מגינה דווקא על קבוצות תרבותיות בעלות מאפיינים ייחודיים, מדובר בצידוק חלש מאוד, מכיוון

82 שם, בעמ' 11.

83 איל בנבנישתי “נפרד אבל שווה” בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים “עיוני משפט” כא 769, 781 (1998); דגן “זכות הכניסה”, לעיל ה”ש 65, בעמ' 65; מיטל פינטו “על ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק ‘הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות’: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות” דין ודברים ט 497, 508–509 (2016).

שבפועל הוא יוביל לפגיעה בזכות לשוויון, ונראה שהיא מהווה כסות לתכלית האמיתית של התיקון – הפליה. הזכות להתאגדות משמשת צידוק חזק למנגנוני סינון מועמדים כאשר מדובר בהתאגדות אקספרסיבית, שמטרתה להעביר מסר מסוים באמצעות הקבוצה המאוגדת.⁸⁴ בדומה לתיקון מס' 8, גם תיקון מס' 12 אינו מזכיר את רציונן של אותן אגודות להביא לידי ביטוי תפיסת עולם ייחודית, אורח חיים מובחן וכיו"ב.⁸⁵ למעשה המשותף העיקרי ל"קהילות" רבות המוכרות כישובים קהילתיים הוא הרצון והכוח להדיר לפי בחירתן.

ייתכן כי לעיתים הזכות להתאגדות יכולה לקבל משנה חשיבות וזאת כאשר ההצדקה לה היא קניין קהילתי משותף המוחזק בידי קבוצה של אנשים המתאגדת יחדיו כדי לשמור עליו. אולם, גם מנקודת מבט של אלו המצדיקים גישה זו, הצדקה זו קיימת רק כאשר השיתוף הקנייני נדרש לביסוס מוסדות וערכים משותפים, המהווים תנאי להצלחת השיתוף הקנייני.⁸⁶ גם הצדקה זו אינה מתקיימת במקרה של תיקון מס' 12, שכן הישובים אינם נדרשים לשיתוף קנייני או לביסוס מוסדות משותפים. כמוסבר לעיל, סעיף 16(ב) לתיקון קובע כי כדי שישוּב יוכל להיות מסווג כ"ישוב קהילתי המשכי", עליו להוכיח כי הוא מתפקד כישוב קהילתי, ש"יש בו מנגנון גבייה לתקציב קהילתי, וכן ארגון וניהול של שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב שהרשות המקומית שבתחום שיפוטתה הוא נמצא אינה מספקת, או שירותים עודפים על השירותים כאמור, החיוניים לקיומו ולחוסנו כיישוב קהילתי". מדובר בתנאים בסיסיים הקיימים בכל ישוב המוגדר כשייך לסקטור ה"כפרי". הם אינם מלמדים בשום צורה על ישוב שיש בו פעילות מובחנת וייחודית, שאינה מתקיימת גם בשכונות בערים וביישובים אחרים בישראל.

מידתיות:

מבחן האמצעי ההולם: כאמור לעיל, אנו סבורים כי התכלית של התיקון – חיזוק הלכידות החברתית ביישובים המונים מעל 400 יחידות דיור – אינה ראויה, מאחר שמרבית יישובים אלה מלכתחילה אינם בהכרח בעלי זהות קהילתית מובחנת המצדיקה סינון מועמדים. אולם, גם אם נניח כי היישובים הקיימים בגליל ובנגב, בני פחות מ-400 משפחות הם אכן בעלי זהות קהילתית מובחנת, וכי תאורטית זהות כזו יכולה להישמר במקרים מסוימים גם כאשר מספר המשפחות גדל באותם יישובים, עדיין לא ברור כיצד המנגנון הקבוע בתיקון מס' 12 מאפשר לזהות יישובים כאלה. כאמור לעיל, התנאים של מנגנון גבייה לתקציב קהילתי או ארגון של שירותים קהילתיים לא מהווים אינדיקציה לכך שמדובר ביישוב בעל צביון קהילתי מובהק וייחודי, והם בוודאי לא מהווים אינדיקציה לכך שהאופי הקהילתי לכאורה שיש בהם יישמר גם כאשר מספר יחידות הדיור יגדל מעבר ל-400. גם שכונות בערים מסוימות מקיימות מנגנונים עצמאיים של שירותי שמרטפות וחוגים לילדים, כמו גם שירותים התנדבותיים המסייעים למשטרה ולכוחות הביטחון בפעולתם השוטפת בערים אלו. ובכל זאת, אין אנו מניחים שקיומם של מנגנונים כאלה מצדיק את האפשרות לסנן מועמדים למגורים בשכונות אלה על ידי ועדות קבלה. מכאן, שאין מדובר באמצעי הולם.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: גם מנקודת מבטם של התומכים בהצדקה מסוימת של יכולת סינון של יישובים קהילתיים במטרה לשמר יישובים בעלי זהות קהילתית חזקה ומובחנת, נראה שניתן להשיג

84 גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 313 (2014).

85 פינטו "על ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות", לעיל ה"ש 83, בעמ' 513.

86 דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 65, בעמ' 65.

מטרה זו על ידי בירור קריטריונים מהותיים וקונקרטיים בדבר אופי הישוב והתושבים בו. כך למשל יש לברר מהי בדיוק התפיסה הקהילתית המובחנת שישוּב מסוים טוען לה, איזה שירותים קהילתיים מוענקים באותו ישוב כדי לשמר אותה, מדוע כלל המבקשים לגור באותו ישוב לא יכולים לתרום לאותם שירותים קהילתיים, או מדוע שירותים אלה לא יכולים להינתן לכלל המועמדים המבקשים לגור בו. קריטריונים ברורים וקונקרטיים מסוג אלו היו יכולים לסייע באיתור ישובים בעלי זהות קהילתית חזקה ומובחנת, ולצמצם את מספר הישובים הרשאים לקיים ועדות קבלה מדירות. ככל שיצטמצמו מספר הישובים העומדים בקריטריונים אלה, כך גם הפגיעה בזכויות לשוויון, לפרטיות, לכבוד ולקניין תהיה מידתית יותר. בנוסף, ולאור האמור לעיל, גם ככל שוועדות קבלה מוכרות כאמצעי לגיטימי (וכאמור סוגיה זו שנויה במחלוקת), הרי שהעובדה שפעולתן אינה תובעת מהקהילה כל שקיפות ביחס להליך ותוצאותיו, כשם שאינה נשענת על כללים הליכיים וקריטריונים ברורים, הופכת את המנגנון במתכונתו הקבועה בתיקון מס' 12 ללא מידתי. בהיעדר קריטריונים ברורים להענקת מנגנון של ועדת קבלה, כמו גם חובת שקיפות ביחס להליך ותוצאותיו, התיקון נכשל גם במבחן זה.

מבחן האמצעי המידתי הצר: מבחן זה מתמקד בקיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית של תיקון מס' 12 לבין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות שהתיקון מעמיד את הפגיעה בהן. לדעתנו, אם בכלל קיימים ישובים בעלי זהות קהילתית מובחנת המצדיקה סינון והדרה של מועמדים, הרי שמדובר במספר מצומצם מאוד. בהינתן זאת, נראה לנו כי גם בהנחה שהתכלית ראויה (הנחה שאיננו שותפים לה, כאמור), התועלת שבהשגתה אינה עולה על הנזק החמור הנגרם מהעמקת הפגיעה בזכויות אדם.

לאור אי־עמידתו של התיקון במבחני המידתיות מתחזקת המסקנה בדבר תכליתו הפסולה, קרי הפליה.

6. פרשנות מקיימת – פס"ד חוק הלאום

יש מי שיטענו כי תיקון מס' 12 מממש את ערך ההתיישבות היהודית הקבוע בסעיף 7 לחוק הלאום. בהקשר הזה יש לציין כי אכן סעיף 7 לחוק הלאום יצר מצב חוקתי חדש של התנגשות בין שני ערכים שמוגנים בשלב זה תחת המטריה החוקתית. על פניו, חוק הלאום סותר את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ופוגע בזכויות של כל מי שאינו חלק מ"העם היהודי". כלומר, חוק הלאום פוגע בעיקר באזרחים הערבים, אך גם באזרחים ותושבים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי, כמו מהגרי עבודה מתאזרחים ופרטים מתאזרחים אחרים. אולם, בפסק הדין שניתן בעניין חוקתיות חוק הלאום נקבע כי ככל שתהיה התנגשות בין הוראות חוק יסוד זה להוראות חוקי יסוד אחרות (ובכלל זה חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו), יש לפרש את חוק הלאום, ובכלל זה סעיף 7 העוסק בהתיישבות יהודית, לפי עקרון הפרשנות המקיימת, קרי: פירוש העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים של שיטת המשפט הישראלית.⁸⁷

כאמור בפסק א.2 לעיל, הכלל המשפטי אשר התפתח בפסיקה הענפה שניתנה בשני העשורים האחרונים בסוגיית היחס שבין קידום עקרון ההתיישבות היהודית לבין יישום עקרון השוויון הוא שקרקעות מדינה ישווקו בדרך שוויונית לכלל אזרחיה. החריג היחיד שהוכר עד כה לעניין הסטייה מעקרון השוויון הוא דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" וזאת בשלושה פסקי דין מרכזיים: פסק

87 עניין חסון, לעיל ה"ש 44, פס' 87–88 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

דין אביטן (לגבי האוכלוסייה הברווית),⁸⁸ פסק דין קעדאן ופסק דין "עם חופשי" (לגבי האוכלוסייה החרדית).⁸⁹ דוקטרינה זו נועדה להעניק הגנה משפטית על אורחות החיים של קבוצות מיעוט אשר לולא התערבות המדינה עלולות להישחק ולהיטמע בתרבות הרוב, או הזכאות להגנה בגלל אורח חיים המחייב אחדות. הרציונל העומד מאחורי דוקטרינה זו הוא שקבוצת הרוב אינה זקוקה להגנה משפטית. בהיותה רוב היא מגנה על עצמה היטב והיא אף מסוגלת לייצר מרחב הגמוני העלול לאיים על זהות המיעוט ותרבותו. מלבד זאת, בספרות המשפטית קיימת הסכמה על כך, שכאשר קיימים לקבוצה, דוגמת חרדים או בדרוים, מאפיינים תרבותיים ייחודיים (השונים ממאפייני הרוב), אשר הקצאת קרקע היא הכרחית לצורך שימורם, היא תהא מוצדקת.

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב בצורה משמעותית חריג ויוצא מהכלל, ולמעשה הופך אותו לכלל. תוצאתו העיקרית היא הרחבת האפשרות למיין, להדיר ו"לסגור" ישובים יהודיים על בסיס טענה קהילתית-לאומית, ולא לפי אמות מידה מוסדרות ומוגדרות של אורח חיים ייחודי הזקוק ומצדיק הגנה. על כן, תיקון זה אינו מתיישב עם עקרונות המשפט הישראלי משום שתוצאתו הן הפליה והדרה.

מעבר לכך, כפי שהראינו, ההדרה אינה מכוונת רק למיעוט הערבי אלא גם לקבוצות מוחלשות במסגרת הישראלית-יהודית. מאחר שאוכלוסיות חזקות יעדיפו להתגורר בישובים קהילתיים על פני ערים, הרחבת המנגנון המפלה של ועדות הקבלה תפגע באוכלוסיות מוחלשות בערים פריפריאליות וביכולת שלהן להתחזק. זאת, נוסף על הפלייתן לרעה מבחינת הקצאת הקרקע לישובים קהילתיים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מיכאל בירנהק, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' נטע זיו, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר מיטל פינטו, המכללה האקדמית צפת והקריה האקדמית אונו

פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה

פרופ' מרדכי קרמניצר, האוניברסיטה העברית

ד"ר שי שטרן, אוניברסיטת בר אילן

ד"ר מנאל תותריג'ובראן, אוניברסיטת בר אילן

העירו:

ד"ר מיכל ברייאר, האוניברסיטה העברית

פרופ' אורן יפתחאל, אוניברסיטת בן גוריון

ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' ארז צפדיה, המכללה האקדמית ספיר

88 עניין אביטן, לעיל ה"ש 20.

89 עניין "עם חופשי", לעיל ה"ש 63.

הערות לגבי הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה)

הופץ במקור ביום 1.6.2023 כנייר עמדה מס' 49

תקציר

בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה), התשפ"ג–2023 (יוזם ח"כ אריאל קלנר).

אנו מראים כי:

- על אף שבלחץ מדינות זרות הוסרה ברגע האחרון הצעת החוק להצבעה משולחנה של ועדת השרים לחקיקה, הסרה זו הינה לעת עתה בלבד, והסיכון להשבתה תלוי ועומד ודיון בה עתיד להתקיים.
- הצעת החוק מציבה סיכון של ממש לדמוקרטיה הישראלית ועל כן מתחייבת התייחסות מפורטת אליה.

נימוקי נייר העמדה

רקע

הצעת החוק הנדונה, שאמורה הייתה להידון על ידי ועדת שרים לחקיקה ביום 28.5.2023, והוסרה ברגע האחרון להצבעה לעת עתה, בלחץ ממשלות זרות,¹ אך נותרה על הפרק לדיון, מבקשת להשית מס הכנסה בשיעור של 65% על "תרומה המתערכת בענייניה הפנימיים של מדינת ישראל". "תרומה מתערכת" מוגדרת כ"תרומה הניתנת מישות מדינית זרה" לארגוני החברה האזרחית שקידמו מטרה ציבורית בדרך של פנייה לבית המשפט, לכנסת, לממשלה, לרשות מקומית או באמצעות פנייה לדעת הקהל בישראל בדרך של פרסום בתשלום. בנוסף, ארגון כזה לא ייחשב מוסד ציבורי לצורך הכרה בפטור ממס על כלל הכנסותיו בשנת מס פלונית והתורמים לו לא יהיו זכאים לזיכוי מס.

לפי דברי ההסבר, הצעת החוק "מבקשת לצמצם באמצעות מיסוי את מעורבותן של ישויות מדיניות זרות בדמוקרטיה הישראלית... [התערבות זו] מהווה פגיעה במאפייני היסוד של מדינת ישראל העצמאית וכן פגיעה בריבונות אזרחיה". ההצעה לא מסבירה מהם "מאפייני היסוד של מדינת ישראל" אבל טוענת כי ההתערבות גורמת ל"הצפת בתי המשפט בקידום הליכים משפטיים בעלי מאפיינים פוליטיים, בהשפעה ישירה על השיח הציבורי ובנסיון לשנות את מדיניות הממשלה והשלטון המקומי". במילים אחרות, ההצעה מניחה שארגוני החברה האזרחית הם סוכנים של ממשלות זרות אשר מוציאים

1 אמיר תיבון "נתיניהו בלם את קידום החוק נגד ארגוני זכויות אדם בעקבות הביקורת הבינלאומית נגדו" הארץ (27.5.2023) <https://did.li/2OagT>

לפועל את כוונתן של אותן ממשלות להשפיע על החלטות בתי המשפט, הכנסת והממשלה במישרין, או בעקיפין דרך השפעה על דעת הקהל בישראל.²

הצעת חוק זו משתלבת בשורה של דברי חקיקה במדינות שונות בעולם ששמו לעצמן מטרה להגביל פעילות של ארגוני החברה האזרחית בתחום זכויות האדם. מגמה זו החלה ברוסיה לפני כ-20 שנה וכיום מקיפה כ-60 מדינות שאימצו את המודל הרוסי (בשינויים כאלה ואחרים) שהמכנה המשותף שלהן היא נסיגה ממחויבות למשטר דמוקרטי.³ כך למשל בלרוס וזימבבואה אסרו לחלוטין פעולת ארגונים לא ממשלתיים; מצרים, אלג'יריה, ירדן, בחריין, אריתריאה, נפאל ופקיסטן, מחייבות לקבל אישור ממשלתי לקבלת תרומות מחו"ל; סודאן, ונצואלה, בולביה ואינדונזיה אוסרות שימוש בכספים שהתקבלו מחו"ל בפעולות מסוימות; רוסיה ותוניסיה אוסרות קבלת תרומות מרשימה מוגדרת של מקורות.⁴

ישראל הצטרפה לרשימה "המכובדת" של מדינות המנסות להצר את פעילותם של ארגוני זכויות אדם כבר ב-2008, בצעד מינורי – כשנחקק סעיף 36א לחוק העמותות, התש"ס-1980, המחייב דיווח על תרומה מישות מדינית זרה העולה על 20,000 ש"ח. ישות מדינית זרה הוגדרה בחוק ככוללת מדינות זרות או איחוד של מדינות, רשויות מקומיות זרות ותאגידים שהוקמו על ידיהם או נמצאות ביותר מחמישים אחוז שליטה שלהם. בשנת 2011 נחקק חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה, התשע"א-2011, אשר מחייב דיווח על כל תרומה מישות מדינית זרה תוך שבוע מקבלתה, כולל דיווח על מטרת התרומה והתנאים שהוסכם עליהם עם מעניקה. ב-2016 תוקן חוק חובת הגילוי ביוזמת שרת המשפטים איילת שקד, תיקון שכונה בציבור "חוק השקיפות", שדרש מארגון לא ממשלתי שיותר ממחצית מתקציבו ממומן על ידי ישות מדינית זרה, לציין עובדה זו בכל פרסום, בכל פנייה רשמית לרשות ציבורית ובכל דיון שבו נרשם פרוטוקול.⁵ בהצעת החוק המקורית נדרש גם מעובדי ארגונים כאלו לעמוד תג המציין כי הם נתמכים על ידי ישות מדינית זרה, אבל לבסוף דרישה זו הוסרה בגלל דמיון מסוים לטלאי הצהוב. הצעדים הללו היו יחסית מינוריים – לא נאסרה פעילות או תרומות, אלא המטרה המרכזית הייתה ביוש (shaming) באופן פרטני של ארגוני זכויות אדם, שכן מ-27 הארגונים שעליהם חל חוק השקיפות הם ארגוני זכויות אדם.⁶

עתה הונחה על שולחן ועדת השרים לחקיקה, כאמור, הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי תרומה מישות מדינית זרה), התשפ"ג-2023, שיוזם ח"כ אריאל קלנר (גרסאות קודמות שלה הונחו על שולחן הכנסת ה-23 והכנסת ה-24). ההנמקה שעומדת בבסיס הצעת החוק היא שהחוק נועד למנוע השפעה של מדינות זרות בעניינים פנימיים. זוהי בדיוק ההנמקה שנתן נשיא רוסיה ולדימיר פוטין

2 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "תגובה ראשונית להצעות חוק בעניין מיסוי תרומות זרות והרחקת סטודנטים 'תומכי טרור' ממוסדות לימוד" (הופצה ביום 24.5.2023) <https://did.li/LDICN>.

3 Heidi Nichols Haddad & Lisa McIntosh Sundstrom, *Foreign Agents or Agents of Justice? Private Foundations, Backlash against Non-Governmental Organizations, and International Human Rights Litigation*, 57 LAW & SOCIETY REVIEW 12 (2023).

4 Daniel Rutzen, *Civil Society Under Assault*, 26(4) JOURNAL OF DEMOCRACY 28 (2015).

5 חוק חובת גילוי לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה (תיקון), התשע"ו-2016.

6 www.haaretz.com/israel-news/premium-1.592754.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

בשנת 2021 לחקיקה הנוהגת בארצו.⁷ פוטינ גם טען שהחקיקה הרוסית זהה לחוק בארה"ב שמגביל פעילות של סוכנים זרים, כלומר ל-Foreign Agents Registration Act (FARA). אולם החוק האמריקאי, שנחקק עוד בשנת 1938, דורש מסוכנים (agents) של מדינות זרות להצהיר על היותם כאלה. מההשוואה הזו בין החוק ברוסיה (והצעת החוק הישראלית) לחוק בארה"ב עולה שנשיא רוסיה ו"כ קלנר רואים בארגוני החברה האזרחית בארצותיהם סוכנים של המדינות הזרות הממנות אותם. הצעת החוק מהווה לדעתנו פגיעה מפלה בזכות להתאגדות ולהתארגנות. היא מפרה את הזכות לשוויון, שכן היא פוגעת באופן מפלה בזכות להתארגנות. היא גם פוגעת בחופש הביטוי והיא גם מפרה את המשפט הבינלאומי לזכויות אדם. ההצעה גם פוגעת בדרך של יצירת אפקט מצנן על יכולת הפעילות של ארגוני חברה אזרחית בישראל ועל הנגישות של ארגונים אלו (וקבוצות האוכלוסייה הרלוונטיות שאותן הם מייצגים) להליך משפטי הוגן ולהשתתפות בהליך הפוליטי.

בנייר עמדה זה נתייחס לנקודות הבאות:

- א. תפקידיהם של ארגוני החברה האזרחית בישראל: האם סוכנים של ממשלות זרות?
- ב. ההשפעה הזרה על מוסדות המדינה
- ג. הפגיעה הצפויה בזכויות האדם כתוצאה מחקיקת ההצעה במשפט הישראלי והבינלאומי וכמשתמע – אי-חוקתיות

א. תפקידיהם של ארגוני החברה האזרחית בישראל: האם סוכנים של ממשלות זרות?

מאז שנות ה-80 של המאה הקודמת חל גידול משמעותי במספר הארגונים הלא ממשלתיים הפועלים בעולם, וכך גם בישראל – תופעה שמכונה גם צמיחתו של "המגזר השלישי" או של ארגוני החברה האזרחית. תופעה זו זכתה לציון בהצהרת המילניום של האומות המאוחדות בשנת 2000 שמדגישה את החשיבות העצומה של ארגונים אלו לקבלת החלטות ולאיכות חיים טובה יותר של החברה.⁸ ארגון לא ממשלתי (NGO) הוא ארגון ללא כוונת רווח או קבוצה מאורגנת של פרטים, הפועלת ברמה המקומית, הארצית או הבינלאומית, לקידום מטרה משותפת, באמצעות העברת עמדות הארגון לגופי השלטון, קידום מדיניות ובקרה על ביצועה, אספקת מידע ופעילויות אזרחיות נוספות לקידום המטרות. חלק מהארגונים מתמקדים בסוגיה מסוימת, כגון זכויות אדם, עוני, בריאות או סביבה. הם מספקים חוות דעת מומחים וניתוחים של הסוגיה, לעיתים עם מסקנות מנוגדות לעמדות הממשלה, משמשים כמנגנוני התראה מראש, וגם פועלים בשטח (לעיתים כתחליף לפעולת הרשויות).

העלייה המטאורית במספר הארגונים הלא ממשלתיים מאפיינת גם את ישראל, בה היו פחות מ-10,000 ארגונים כאלו בשנות ה-80 של המאה הקודמת וכיום רשומים בה למעלה מ-50,000 ארגונים לא ממשלתיים. רוב מכריע של הארגונים רשומים כעמותות על פי חוק העמותות ומיעוטן כחברות לתועלת הציבור על פי סעיף 345 לחוק החברות, התשנ"ט-1999. הרוב המכריע של הארגונים הללו

7 Nichols Haddad & McIntosh Sundstrom, לעיל ה"ש 3.

8 <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>, sec. 30.

ממומן על ידי תרומות – מרשויות המדינה, מיחידים, תאגידים, קרנות, ארגונים בינלאומיים וגם ממדינות אחרות.⁹

האם ניתן לומר שארגונים שמקבלים מימון ממדינות זרות מאבדים את הצביון של שירות למען הקהילה והופכים בכך להיות סוכנים של אותן מדינות? לפי הצעת החוק הנדונה די בכך שארגון יקבל שקל חדש אחד כדי שיהפוך ל"סוכן זר", וכלל הכנסותיו (והתרומות לו) ימוסו. החוק מניח, בלי לדרוש כל הוכחה, שהארגון למעשה מהווה כלי קיבול ריק להתערבות מטעם מדינות זרות. לארגון אין רצון משלו, תכלית לפעולתו, שאינה קשורה במתן שירות למדינה הזרה. הצעת החוק לא נותנת דוגמה אחת למצב כזה שהתקיים בישראל. לדעתנו קביעה כזו היא מופרכת. היא לא מתיישבת עם ההיסטוריה של המעורבות של החברה האזרחית בחיי הקהילה בישראל, ובתמיכה שמדינת ישראל ידעה לתת כל השנים – גם בדרך של פטור ממס – לארגונים חברתיים בישראל. בנוסף, כפי שיפורט בהמשך, הצעת החוק לא חלה על תרומות זרות פרטיות – של יחידים או חברות. מדינה זרה יכולה לנתב מימון לתאגיד זר בתור צינור וכך "לחסן" את המימון מתחולת החוק. יתרה מזאת, לא ניתן להסביר את ההבחנה בין תרומות של מדינות וארגונים בינלאומיים לבין תרומות יחידים אלא על רקע הכוון האידאולוגי של הארגונים, שכן בדרך כלל אלו המקדמים זכויות אדם ודמוקרטיה נתמכים על ידי ממשלות זרות ואלו המקדמים ערכים לא דמוקרטיים נתמכים על ידי יחידים או חברות זרות.

ב. ההשפעה הזרה על מוסדות המדינה

ההנחה השנייה המובלעת בהצעת החוק היא שהארגון הישראלי שהוא למעשה סוכן זר עלול לפגוע בדמוקרטיה הישראלית באמצעות פנייה למוסדות המדינה והשלטון המקומי. במילים אחרות, שבית המשפט, הממשלה או הכנסת יושפעו מפעילות הארגונים האלה באופן שיפגע בהליך הדמוקרטי (או המשפטי) הראוי. ההנחה הגלומה בהצעה היא לפיכך שמוסדות השלטון בישראל הם כה שבריריים שצריך להגן עליהם משמיעת הטיעונים של הארגונים, כאילו בית המשפט הוא קנה נידף שעלול לסטות מדרך הישר כתוצאה מעתירת הארגון, או שחברי הכנסת יצביעו בניגוד למצפונם בשל הפעילות הזרה העקיפה.

כיוון שהערכות אלה הן מופרכות בעליל, אפשר להניח שמה שאולי מעורר חשש בקרב יוזמי ההצעה הוא שהארגונים הללו ישפיעו על דעת הקהל (באמצעות מודעות בתשלום) וכך בעקיפין יביאו לתזוזה בדעת הקהל הישראלית כנגד מוסדות השלטון המכהנים. אבל הצעת החוק לא מביאה ולו דוגמה אחת לפעילות כזו שיזמה מדינה זרה להשפיע על דעת הקהל דרך מימון מודעות מטעם ארגוני חברה אזרחית. כמו כן לא ברור מדוע מדינות זרות צריכות לפעול בעקיפין כדי להביא את דברן בפני הציבור הישראלי. ההיפך הוא הנכון, מסר ישיר יכול להיות אפקטיבי יותר ממסר עקיף באמצעות ארגון מקומי כזה או אחר. ההצעה גם לא מסתפקת במיסוי התקציב שמימן את המודעות אלא מחילה את חובת המיסוי על כלל התרומות של המדינה הזרה גם לפעולות שלא קשורות במודעות בתשלום. מכאן שלא החשש מההשפעה על דעת הקהל מטריד את יוזמי הצעת החוק ולא החשש המופרך שבית המשפט או הכנסת יופקרו חסרי הגנה בפני המדינות הזרות וסוכניהם המקומיים, אלא הרצון להגביל

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

את מכלול הפעילות של ארגוני החברה האזרחית, ובפרט ארגוני זכויות האדם, בלי קשר למעורבות המדינה הזרה בפעולתם.

המטרה המובהקת לפגוע בארגוני זכויות אדם ולשתק את פעילותם מקבלת יתר תוקף לאור ההבחנה בין מימון שמקורו בישות מדינית זרה לבין מימון על ידי גורמים זרים רבי השפעה שאינם מדינות (כגון אישים בעלי ממון או תאגידים). רוב הארגונים המקדמים מטרות העולות בקנה מידה אחד עם האידאולוגיה של הממשלה הנוכחית, כמו פורום קהלת, עמותת רגבים וא.ל.ע.ד. ממומנים על ידי תרומות של גורמים זרים פרטיים.¹⁰ החוק המוצע יוצר אפוא אפליה פסולה על רקע פוליטי ומפר את הזכות לשוויון. אין כל הצדקה עניינית להבחנה בין ארגונים המקבלים תרומות זרות מפרטים לבין ארגונים המקבלים תרומות מממשלות וארגונים בינלאומיים. נהפוך הוא, בעוד שממשלות (ואלה התרומות הן ככלל מדינות דמוקרטיות ידירותיות), רשויות מקומיות זרות וארגונים בינלאומיים מפוקחים ונתונים לכללי שקיפות ובקרה דמוקרטית, אין כל פיקוח על תורמים זרים פרטיים. במילים אחרות, אם יש הצדקה להבחנה בין מקורות הכסף הזר, היא מובילה למסקנה כי החוק צריך לחול על ארגונים הנתמכים בכסף זר פרטי ולא על כאלו הנתמכים על ידי ממשלות וארגונים בינלאומיים.

ג. הפגיעה הצפויה בזכויות האדם ואי-חוקתיות הצעת החוק

מהאמור לעיל עולה שאין כל תכלית ראויה שמצדיקה את הצעת החוק, כיוון שכל כולה נועדה לצמצם את היקף הפעילות של ארגוני החברה בישראל בתחום ההגנה על זכויות האדם. צמצום זה של הפעילות מהווה פגיעה כפולה: (1) פגיעה בזכויות של היחידים הפועלים במסגרת הארגונים הללו, ו- (2) פגיעה בזכויות האדם של אלה שארגוני החברה האזרחית מגנים עליהם.

1. פגיעה בזכויות של היחידים הפועלים במסגרת הארגונים הללו כחלק מהזכות להתאגדות, חופש הביטוי והזכות לשוויון

הצעת החוק מהווה לדעתנו הפרה של הזכות להתאגדות. היא מפרה את הזכות לשוויון, שכן היא פוגעת באופן מפלה בזכות להתאגדות. היא גם פוגעת בחופש הביטוי והיא גם מפרה את המשפט הבינלאומי של זכויות אדם.

הזכות להתאגדות הוכרה בפסיקה הישראלית כבר בתחילת שנות השישים של המאה הקודמת,¹¹ והשופט לנדוי תיאר אותה כ"אחד מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח".¹² שלושים שנה לאחר מכן הנשיא שמגר קבע כי "זכות ההתאגדות היא זכות יסוד הן מבחינת זכויות האישיות של האזרח במדינה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה והן מבחינת אופייה במדינת חוק. חופש ההתאגדות הוא זכות היחיד והכלל, והיא תנאי שאין בלעדיו לקיומה של

10 ראו https://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2015/12/RightWingFunding_Heb.pdf

11 בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פד טו 1151 (1961).

12 בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פד יח (4) 683 (1964).

הדמוקרטיה¹³. זכות ההתאגדות עוגנה בחקיקה בסעיף 2 לחוק החברות. מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא קיבלה גם מעמד חוקתי כנגזרת של כבוד האדם.¹⁴

הזכות להתאגדות באופן אפקטיבי כדי לקדם מטרה ציבורית מסוימת כוללת מתחם רחב של פעילויות. למשל כדי לקדם את המטרה הציבורית הארגון צריך להיות מסוגל לפרסם את דעותיו בתקשורת, לקיים פעילות שתדגיש את עמדותיו (הפגנות, תהלוכות וכו') וכמובן גם לגייס כספים על מנת לקדם מטרות ופעולות אלו. במילים אחרות, הטלת מס בשיעור משמעותי של 65% על ארגונים אלו מהווה הגבלה מהותית של היקף פעילותם. היא שקולה למצב שבו הייתה ניתנת להם הזכות להפגין רק ב-35% מהמדינה (למשל לא בירושלים, לא בפריפריה או לא מול משרדי ממשלה).

אלא שהפגיעה היא חמורה הרבה יותר בגלל שהיא חלה רק על חלק (קטן יחסית) מארגוני החברה הישראלית – אלו הפועלים לקידום זכויות אדם, שכן הם אלו הארגונים המקבלים תרומות מישויות מדיניות זרות. כפי שנכתב לעיל, חוק השקיפות השפיע בפועל על 27 ארגונים, מהם 25 הפועלים בתחום זכויות האדם. הצעת החוק הנוכחית חלה על כל תרומה מישויות מדיניות זרה (ולא רק על ארגונים שיותר ממחצית מהתרומות להם היא מישויות כאמור) ולכן היא תחול על הרבה יותר ארגוני חברה אזרחית, אך הפרופיל של ארגונים כאלו עדיין צפוי להיות ארגונים המקדמים זכויות אדם וערכים, פעילויות ופרקטיקות דמוקרטיות, בעוד שהיא לא תחול על ארגונים המקדמים סדר יום גזעני, דתי-פנטי, אוטוקרטי וכו' המקבלים תרומות מיחידים ותאגידים זרים.

בנסיבות אלו, עולה תמונה ברורה כי המיסוי המוצע מהווה מיסוי עונשי המיועד להצר את צעדיהם של ארגונים אלו ולהטיל מגבלות מעשיות על פעולותיהם ולתמרץ (גם אזרחים ישראלים) נגד תרומה להם, שכן בניגוד למצב כיום (לפחות לגבי חלק מהארגונים), תרומות אזרחים ישראלים לארגונים אלו לא תהיה פטורה ממס. נדגיש, על פי הצעת החוק הכוונה היא לא רק למסות את כספי הארגונים אלא גם לשנות את הסטטוס המשפטי שלהם מבחינת מערכת המס ובכך לשנות גם את הסטטוס של העברת כספי תרומות אליהם. במילים אחרות, הצעת החוק לא פועלת רק להגביל את ההיקף הכספי של כספי תרומות שמתקבלים ממדינות זרות. בנוסחו הנוכחי, החוק מבקש להשתמש בעובדה שניתנים כספי תרומות על מנת לסמן ארגונים אשר מבקשים לקדם מטרות שמאגרות את עמדות הממשלה, כדי לפגוע באופן לא שוויוני בזכויות אזרחים ישראלים שמתנדבים, עובדים ותורמים לארגונים אלו על מנת לקדם את עמדותיהם.

לאור ההבחנה בין מימון שמקורו בישויות מדיניות זרה לבין מימון על ידי גורמים זרים רבי השפעה שאינם מדינות, החוק המוצע יוצר אפוא אפליה פסולה על רקע פוליטי ומפר את הזכות לשוויון. כאשר מחרימים 65% מהכספים של ארגון שמנסה לקדם זכויות נשים או זכויות להט"בים בדרך של פעילות לוביסטית, מעמידים אותו בנחיתות מול ארגונים אשר מבקשים לקדם מטרות מנוגדות (למשל קידום

13 ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100 (1993).

14 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 431 (1994). ראו גם בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 10 (נבו 20.9.2006), שם קבע הנשיא (בדימוס) ברק כי "הדיבור 'אדם' בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן אדם... מאחורי כל אישיות משפטית מסתתר, בסופו של דבר, בן אדם... הזכות להתאגד שאף היא זכות חוקתית – תתרוקן מכל תוכן ממשי אם התאגיד אשר יקום לא יהנה מזכויות חוקתיות... הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו. אין להלום חברה מודרנית בלעדיהם".

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

ערכי משפחה שמרניים יותר). כאשר שני הארגונים ממומנים על ידי גורמים מחוץ למדינת ישראל, ורק אחד מהם ממוסה, נראה כי אין דרך אחרת להסביר את מטרת הפגיעה אלא כרצון להגביל מהותית סוג מסוים של עמדות ודעות בניגוד למקובל בדמוקרטיה.

2. פגיעה בזכויות האדם של אלה שארגוני החברה האזרחית מגנים עליהם

בפרק זה נרחיב לגבי העיקרון על פיו כחלק מההגנה על זכויות האדם במדינה, המדינה חייבת לאפשר ואף להבטיח את פעולתם של ארגוני החברה האזרחית. נסביר כי לארגונים לא ממשלתיים נועד תפקיד קריטי בשמירה על זכויות האדם והמשפט הבינלאומי רואה בארגוני זכויות האדם חלק בלתי נפרד מן המנגנון שנועד לממש את זכויות האדם ולהבטיח את אכיפתן בשטח.

על המדינה מוטלת חובה מיוחדת לייצר את התנאים ההכרחיים שיאפשרו התאגדות של אנשים וארגונים אשר יפעלו להגנה על זכויות אדם. על רקע זה, אימצה עצרת האומות המאוחדות הצהרה בעניין הזכות והאחריות של יחידים, קבוצות וארגונים של החברה לקדם ולהגן על זכויות אדם אוניברסליות וחירויות יסוד.¹⁵

הצהרה כוללת גם התייחסות לחובתה של המדינה להקל על ארגונים בכך שתייצר באופן פעיל את התנאים ההכרחיים שיאפשרו התאגדות של אנשים וארגונים המגנים על זכויות אדם (סעיף 2.2 להצהרה). זוהי חובה פוזיטיבית, אשר נובעת מן האחריות והחובה הראשית של המדינה לקדם זכויות אדם, לכבד אותן ולממשן, כדברי סעיף 2.1 להצהרה (כל ההדגשות בציטוטים להלן הוספו):

“Each State has a prime responsibility and duty to protect, promote and implement all human rights and fundamental freedoms, *inter alia*, by adopting such steps as may be necessary to create all conditions necessary in the social, economic, political and other fields, as well as the legal guarantees required to ensure that all persons under its jurisdiction, individually and in association with others, are able to enjoy all those rights and freedoms in practice”.

בסעיף 12(2) ההצהרה מדגישה את חובתה של המדינה להבטיח הגנה על מגני זכויות האדם מאיומים, נקמה, לחץ או פעילות שרירותית אחרת או הפליה בדין או במעשה (*de facto or de jure*) במימוש הזכויות הנזכרות בהצהרה.

הגופים האמונים על קידום זכויות האדם במשפט הבינלאומי שבים וחוזרים, בהקשרים רבים, על הקשר ההדוק בין קיומה של חברה אזרחית פעילה, שקיפות שלטונית, דמוקרטיה משגשגת והבטחת חופש האסיפה וההתאגדות. המועצה לזכויות אדם חזרה על דברים אלו בהכירה כי –

“Recognizing the importance of the freedoms of peaceful assembly and of association, as well as the importance of civil society, to good governance, including

15 Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms, UN Doc. A/RES/53/144 (8 March 1999) (להלן: “הצהרה בעניין הזכות והאחריות להגן על זכויות אדם” או “הצהרה”).

through transparency and accountability, which is indispensable for building peaceful, prosperous and democratic societies”.¹⁶

ברלוונטיות מובהקת להצעת החוק להטלת מיסוי עונשי ומפלה על ארגוני זכויות האדם, המועצה לזכויות האדם עומדת על כך שאין להטיל מגבלות מפלות על הפעילות המעשית של ארגונים ויחידים המקדמים זכויות אדם ובאופן מפורש אין להטיל הגבלות מפלות על מקורות המימון שלהם:

“(b) To ensure that they do not discriminatorily impose restrictions on potential sources of funding aimed at supporting the work of human rights defenders in accordance with the Declaration... other than those ordinarily laid down for any other activity unrelated to human rights within the country to ensure transparency and accountability, and that no law should criminalize or delegitimize activities in defence of human rights on account of the origin of funding thereto”.¹⁷

הוראות אלו בהצהרה, בתורן, מיוסדות על הזכות לחופש ההתאגדות, והזכות לגייס ממון היא חלק אינטגרלי של חופש ההתארגנות. ההצהרה מתייחסת במפורש לזכות הנגזרת לגיוס משאבים לשם תמיכה בקידום והגנה על זכויות אדם ומבירה בסעיף 13 כי:

“Everyone has the right, individually and in association with others, to solicit, receive and utilize resources for the express purpose of promoting and protecting human rights and fundamental freedoms through peaceful means”.

יתרה מזו, אין מנוס שגיוס הממון יהיה ממקורות זרים. אף הדווח המיוחד אשר פועל להבטחת ההגנה המדינתית על מגני זכויות אדם, חזר בדיווחיו ובהמלצותיו על עקרונות דומים הנלמדים מן המשפט הבינלאומי: מדינות צריכות לאפשר לארגונים לא ממשלתיים גישה למשאבים; הגבלות מטעמי שקיפות מותרות, כל עוד הן לא מכוונות להגביל את חופש הפעולה והאפקטיביות של הארגונים.

“Governments must allow access by NGOs to foreign funding, and such access may only be restricted in the interest of transparency, and in compliance with generally applicable foreign exchange and customs laws. Restrictions on foreign funding may limit the independence and effectiveness of NGOs. States should therefore review existing laws in order to facilitate access to funding”.¹⁸

עמדה דומה נקט לאחרונה הדווח המיוחד לעניין חופש ההתאגדות והאסיפה, בדוח מקיף אשר יוחד כולו לחירוד כללי המשפט הבינלאומי הנוגעים לזכות לחופש ההתאגדות, לנוכח ניסיון של מדינות לא

Human Rights Council, Resolution 24/5: The Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association, UN Doc. A/HRC/RES/24/5 (8 October 2013) 16

Human Rights Council, Resolution 22/6: Protecting Human Rights Defenders (decision from 21 March 2013), UN Doc. A/HRC/22/2 (27 August 2013) 17

Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders, UN Doc. A/64/226 (4 August 2009), para 123 18

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

מעטות להגביל ארגונים לא ממשלתיים באמצעות פגיעה באפשרותם לגייס משאבים אשר יאפשרו את פעילותם. הדווח המיוחד שב והצביע על כך שהאפשרות לגייס משאבים מוגנת במסגרת חופש ההתאגדות, ואף התייחס באופן פרטני לפרקטיקות מדיניות אשר ייחשבו להפרת הזכויות המוגנות במשפט הבינלאומי:

“Under international law, *problematic constraints include*, inter alia, outright prohibitions to access funding; requiring CSOs to obtain Government approval prior to receiving funding; requiring the transfer of funds to a centralized Government fund; *banning or restricting foreign-funded CSOs from engaging in human rights or advocacy activities; stigmatizing or delegitimizing the work of foreign-funded CSOs by requiring them to be labeled as ‘foreign agents’ or other pejorative terms; initiating audit or inspection campaigns to harass CSOs; and imposing criminal penalties on CSOs for failure to comply with the foregoing constraints on funding*”.

הגבלות אלו אסורות, משום שהזכות לגייס משאבים במדינה ומחוצה לה היא חלק בלתי נפרד מן הזכות לחופש ההתאגדות:

“The ability of CSOs to access funding and other resources from domestic, foreign and international sources is an integral part of the right to freedom of association, and these constraints violate article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights and other human rights instruments, including the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”.¹⁹

דגשים אלו באים להבהיר כי מימון זר אינו הופך את הפעילות לזרה. קיומו של שיתוף פעולה בינלאומי אינו הופך את הפעולה לקידום זכויות אדם לעניין זר או חיצוני למדינה, כיוון שסיוע בינלאומי הוא חלק אינטגרלי מן העיקרון האוניברסלי שעומד ביסוד זכויות האדם הבינלאומיות. בהקשר זה סמך הדווח המיוחד את ידיו על המלצותיה של הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם, אשר קשרה בבירור את הגישה למשאבים מחוץ למדינה עם העיקרון של שיתוף פעולה בינלאומי לשם מימוש זכויות אדם:

“[States should] refrain from restricting the means of financing of human rights organizations. States should allow and facilitate human rights organizations’ access to funds in the context of international cooperation, in transparent conditions”.²⁰

טענות של מדינות כאילו מימון זר מהווה התערבות בריבונותן או בערכים המסורתיים שלהן נבחנו ונדחו על ידי הגופים הפועלים להבטחת הזכות לחופש ההתאגדות וההגנה שהיא מקנה למגני זכויות אדם. התייחס לכך הדווח המיוחד לחופש ההתאגדות והאסיפה ברוח הנוכח (סעיף 23):

Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association, UN Doc. A/HRC/23/39 (24 April 2013), para. 20 19
Inter-American Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas, OEA/Ser.L/V/II.124 (7 March 2006) 20

“In recent years, the protection of State sovereignty or of the State’s traditional values against external interference has also been increasingly invoked to restrict foreign funding or to launch slander offensives against those receiving foreign funding. *Foreign funding to civil society has been deliberately depicted as a new form of imperialism or neo-colonialism and recipients have been subject to defamation, stigmatization and acts of harassment.* This tendency has a serious impact on the work of civil society actors, not to mention their ability to access funding as it deters them from seeking foreign funding. This situation is particularly alarming for associations promoting human rights and democratic reforms who have been accused of ‘treason’ or of ‘promoting regime change’”.

חששו של הדווח המיוחד, המבוסס על הנהוג המתפתח במדינות בהן רוסיה, בנגלדש, קירגיזסטן, אוזבקיסטן ואחרות, הוא כי שם הדמוקרטיה נישא לשווא ומשמש ככסות להנאת ארגונים ויחידים מהשמעת דעות סותרות ומביקורת על השלטון (שם, פס' 32):

“Protection of State sovereignty is not just an illegitimate excuse, but a fallacious pretext which does not meet the requirement of a ‘democratic society’. The expression ‘democratic society’ places the burden on States imposing restrictions to demonstrate that the limitations do not harm the principles of ‘pluralism, tolerance and broadmindedness’. Associations, whether domestic – or foreign – funded, should therefore be free to promote their views – even minority and dissenting views, challenge governments about their human rights record or campaign for democratic reforms, without being accused of treason and other”.

אין להצדיק מיסוי עונשי או כל פעולה אחרת המפלה לרעה מימון על ידי ישויות מדיניות זרות בלבד בטענה כאילו מימון זה במהותו מהווה השפעה זרה ולא לגיטימית על הפעילות של ארגונים לא ממשלתיים ובכך היא פסולה. הרי בבסיסו של משפט זכויות אדם הבינלאומי ניצבת דווקא חובתן של המדינות לקידום זכויות אדם. במבוא להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם מצוין כי: “היות והמדינות החברות התחייבו לפעול, בשיתוף עם האומות המאוחדות, לקידום כבוד כלל עולמי ושמירה על זכויות אדם וחירויות יסוד”. המדינות החברות, בהן מדינת ישראל, הן אלו המרכיבות את גוף האומות המאוחדות ומממנות את פעילותן, הכוללת בין היתר פעילות לקידום זכויות האדם ברחבי הגלובוס. בעוד מימון על ידי ישויות מדיניות מהווה הגשמת מחויבות לקידום זכויות האדם, וכל עוד הארגונים הנהנים מהמימון משתמשים בו למטרה זו בלבד, אין לראות במימון זה כמכשיר לקידום אינטרסים של “סוכני חוץ” אלא פעילות של הקהילה הבינלאומית לקדם את זכויות האדם האוניברסליות.

בין התורמים הבולטים של ארגוני זכויות האדם ניתן למנות את האו"ם ומוסדותיו, ארגונים אזרחיים וכן קרנות מדיניות וממשלתיות שונות אשר בין מטרותיהן העיקריות ניתן לזהות את קידום זכויות האדם בעולם. תרומות מעין אלה לא רק שאינן חשודות על פי המשפט הבינלאומי אלא הן אף מחויבות. לעומת זאת, דווקא תרומות על ידי תאגידים ובעלי הון הן חשודות משום שלא אחת פורסם כי תרומות אלו ניתנו באופן לא שקוף דרך חברות שפועלות ממקלטי מס (שמאופיינים בחוקי סודיות

אשר בין השאר נועדו להקשות על זיהוי התורמים והאינטרסים שלהם). נושא זה הולך וצובר תהודה בעולם ויש מודעות הולכת וגוברת לצורך למנוע הפרות חמורות של זכויות האדם על ידיהם ולכן המשפט הבינלאומי פיתח את חובת האחריות התאגידית בגין הפרות אלה. הרעיון שתאגידים פרטיים ואינטרסים כלכליים עשויים לממן פעילות שתדלנות במפלגות פוליטיות, בערוצי פרסום, בעיתונות, בטלוויזיה וברדיו מבלי להזדהות, מבלי להיות נתונים לקנס כספי, ומבלי שמישהו יאיים על המעמד שלה והתרומות שניתנו להם מבחינת דיני המס, בזמן שעל ארגוני זכויות אדם הממומנים על ידי ישויות מדיניות יוטל מיסוי עונשי על כל תרומה, מהווה הפליה בוטה. מהשיקולים אשר לעיל ברור כי מצב זה אינו מתיישב כלל עם משפט זכויות האדם הבינלאומי.

3. פגיעות נוספות של החוק: מניעת הזכות למשפט הוגן

העובדה כי החוק חל רטרואקטיבית יוצרת פגיעה קשה בזכות למשפט הוגן ולשיוויון בהליך הפוליטי. ארגון זכויות אדם שפועל לקידום של קבוצת אוכלוסיה מסוימת שסובלת מחולשה מבנית (לדוגמה: חסרי דיוור). הארגון מקבל כסף מהאוי"ם כדי לקדם ביטחון תזונתי בקרב האוכלוסיה שהוא שם לעצמו מטרה לשרת. הארגון מנצל את הכספים כדי לקדם את מטרותיו. מה יקרה אם שנה לאחר מכן שר הרווחה יחליט כי אותו ארגון לא ראוי להגיש מועמדות במרכז מסוים והארגון ירצה לעתור כנגד החלטה זו? לחלופין, מה יקרה אם מספר חברי כנסת ינסו לקדם חקיקה שתביא לעלייה במחירי המזון והארגון יבקש לפעול כנגד קידום החקיקה הזאת בכנסת?

במקרים אלה, מה שיקרה אם הצעת החוק תקודם, הוא שארגון יהיה צבוע כך שיענש אם יבחר לקדם את מטרותיו (ואת האינטרסים של האנשים אותם הוא מייצג) בדרך מקובלת במדינה דמוקרטית (פנייה לערכאות שיפוטיות, או פעילות מול נבחרים הציבור בכנסת). פנייה לערכאות משפטיות כנגד החלטת השר או פעולה בכנסת תגרום לכך שהוא "ייקנס" על כספים שהוציא לצורך קידום מטרותיו, יאבד את הסטטוס שלו כארגון ללא מטרות רווח ויפגע בסטטוס של אותם אזרחים שתרמו לו. קביעת "תג מחיר" על ארגוני החברה האזרחית משום שבחרו לממש את הזכות לגשת לערכאות שיפוטיות ולפנות לנבחרים ציבור היא חציית קו אדום שדמוקרטיה אשר מבקשות לקדם שוק רעיונות חופשי ופלורליסטי לא יכולות לחצות.

ארגוני החברה האזרחית בכלל וארגוני זכויות האדם בפרט, הם לרוב הנציגים של האזרחים והאנשים החלשים והמוחלשים ביותר שיש בחברה. החוק מבקש למנוע מהם את הנגישות למימון לצורך פעילותם או לחלופין למנוע מהם את היכולת האפקטיבית לבקש צדק או קול פוליטי כמתחייב במדינה דמוקרטית. לאור זאת, החקיקה מהווה דריסה לא ראויה של זכויות אדם בסיסיות ואימוצה יעמיד את מדינת ישראל כמדינה אשר שואפת להגביל זכויות אלו דווקא מהקבוצות שזקוקות להן במידה הרבה ביותר.

בהתאם לאמור לעיל, החוק לא רק פוגע בחופש ההתאגדות ובמחויבות המדינה לקדם זכויות אדם על פי המשפט הבינלאומי, אלא הוא גם מהווה פגיעה חמורה, מפלה ולא ראויה בזכויות האדם והאזרח הבסיסיות ביותר – הזכות לשוויון פוליטי מהותי והזכות לגישה לערכאות שיפוטיות בלתי תלויות לצורך אכיפת החוק.

סיכום

העולה מן האמור הוא כי מכוח החובה הפרטנית להבטיח את חופש ההתאגדות, מכוח החובה הכללית לקדם זכויות אדם ולהגן עליהן, ועל יסוד עקרון שיתוף הפעולה הבינלאומי בתחום זה, מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית להבטיח את פעולתם החופשית של ארגוני זכויות אדם, ואת גישתם למקורות מימון שיאפשרו את פעולתם, ללא הפליה וללא תיוג שיוביל לדה-לגיטימציה של הפעולה לקידום זכויות אדם. הטלת מיסוי עונשי על תרומות מישות מדינית זרה, אשר בפועל מייחדת ומפלה ארגוני זכויות אדם, עומדת בניגוד מוחלט לחובתה של המדינה לתמוך בחופש ההתארגנות של ארגוני זכויות האדם ובאופן מיוחד בפעילותם להגן על זכויות האדם. יתרה מכך, קשירה בין המימון של הארגון לבחירה שלו לפנות לערכאות שיפוטיות או לנסות להשפיע על דעת הקהל ונבחרי ציבור מהווה, הלכה למעשה, פגיעה בזכויות האדם והאזרח הבסיסיות ביותר. אין שום הצדקה להגביל ולמעשה למנוע את גיוס הכספים על ידי ארגוני זכויות האדם מישות מדינית זרה ואין ממש בטענת הממשלה כי מימון מישות מדינית זרה הופך אותם למעשה למייצגים של אינטרסים זרים.

הצעת החוק לתיקון פקודת מס הכנסה בניסוחה ובמהותה מפרה את הזכות לחופש ההתארגנות של ארגוני זכויות האדם, באופן פסול ומפלה בניגוד לנורמות של משפט זכויות האדם הבינלאומי ובהפרה של הזכות להתאגדות, הזכות לשוויון וחופש הביטוי במשפט הישראלי. ההבחנה בין ארגונים הממומנים על ידי כספים פרטיים לאלו הנתמכים על ידי ממשלות זרות פוגעת בדמוקרטיה באופן אנוש, שכן נוסף על כל מה שנכתב לעיל היא גם נותנת משקל גדול יותר בקבלת ההחלטות לקבוצות אינטרס צרות על פני ארגונים המייצגים אינטרסים רחבים בעיקר של אוכלוסיות חלשות וערכים אוניברסליים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' עלי זלצברגר, אוניברסיטת חיפה

פרופ' פרנסס רדאי, האוניברסיטה העברית והמסלול האקדמי המכללה למינהל

תרמו הערות:

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' אילן בנשלום, האוניברסיטה העברית

פרופ' עמיר ליכט, אוניברסיטת רייכמן

הערות לטיוטת תקנות כלי הירייה (תנאי סף ותבחינים לקבלת רישיון לכלי ירייה פרטי והוראות נוספות)

הופץ במקור ביום 27.7.2023 כנייר עמדה מס' 55

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 להרחבה ניכרת בהיקף הרישיונות להחזקת כלי ירייה בידיים פרטיות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בתקנות כלי הירייה אשר פורסמו להערות הציבור ביום 11.7.2023. אנו סבורים כי:

- עמדת השר לביטחון לאומי כפי שבאה לידי ביטוי בפרסומים שונים היא שיש להגדיל את מספר כלי הירייה במרחב האזרחי בעשרות אלפי כלי נשק נוספים, וזאת, לעמדתו, כדי להגדיל את מידת הביטחון האישי של תושבי ואזרחי ישראל מפני אירועי אלימות וטרור. ואולם, בהתבסס על נתונים מחקרניים רבים אנו עומדים על חשש כבד מפני עלייה במקרה מוות כתוצאה מירי (התאבדויות, אירועים פליליים במרחב האינטימי והסלמה של אירועי אלימות), כמו גם זליגה של כלי הנשק לידיים של גורמים עברייניים כתוצאה מאימוץ מדיניות זו. תשומת לב מיוחדת צריכה להינתן לחשש הגדול מפני פגיעה בנשים במרחבים משפחתיים.
- אנו סבורים כי קודם להרחבת מדיניות מתן היתרים חייבת לבוא פעולה ברורה להבטחת יכולות הפיקוח והאכיפה על אופן מתן ההיתרים ועל עמידה בתנאי החזקתם. ללא פעולות מסוג זה החשש המעוגן בספרות המקצועית לשימוש לרעה בכלי הנשק, לפעולות פליליות, להתאבדויות, לתאונות ולגלישה של כלי הנשק לשוק הפלילי גובר.
- התקנות המוצעות מתפשרות על סטנדרט של הכשרה מקצועית מתאימה, ואין בהן הוראות שנועדו להעמיד ערכונות וביטחונות לשימוש זהיר בכלי הנשק, למנוע אובדן או זליגה אחרת לגורמים עברייניים או לבחון את השפעת המדיניות החדשה באופן מחקרי.

נימוקי נייר העמדה

א. הקשר בין ריבוי כלי נשק פרטיים למקרי מוות

פרסומים תקשורתיים רבים מהחודשים האחרונים מלמדים על כוונה מוצהרת של השר לביטחון לאומי להרחיב באופן משמעותי את מספר כלי הירייה הנמצאים בידיים פרטיות. זאת לצד הרחבת נשיאת כלי נשק של כוחות הביטחון גם במרחבים לא מבצעיים. על פי הנלמד מפרסומים אלו הערכת השר היא שהגדלת מספר כלי הירייה במרחב האזרחי בעשרות אלפי כלי נשק נוספים תגדיל את מידת הביטחון

האישי של תושבי ואזרחי ישראל מפני אירועי אלימות וטרור.¹ כדי להביא כוונה זו לידי ביטוי הונחה להערת הציבור ביום 11.7.2023 טיוטת תקנות כלי ירייה (תנאי סף ותבחינים לקבלת רישיון לכלי ירייה פרטי והוראות נוספות).²

אלא שבניגוד לגישה המקודמת על ידי השר לביטחון לאומי, נתונים מחקריים רבים מלמדים שריבוי כלי נשק פרטיים עלול להוביל לרמה גבוהה יותר של אלימות ולריבוי מקרי מוות מירי – ובמיוחד אירועי רצח במרחב האינטימי הפוגע בנשים וכן ריבוי מקרי התאבדות. הקשר בין נגישות לכלי נשק פרטיים ורמות העבריינות הוא נושא מרכזי בארצות הברית, והוא עומד במרכז דיון חברתי ואקדמי מקיף. ארצות הברית היא ככל הנראה המדינה עם תפוצת כלי הנשק הגבוהה ביותר של כ-120% (כ-45% ממשקי הבית מחזיקים כלי נשק, ורובם ביותר מכלי נשק אחד).³ במקביל, ובניגוד לגישה המזהה בין חימוש האוכלוסייה להרתעת עבריינות, שיעור מקרי הרצח בארצות הברית גבוה משמעותית בהשוואה למדינות מערביות: מספר מקרי הרצח יחסית לאוכלוסייה עומד על כ-5 נרצחים לכל 100,000 תושבים בארצות הברית, לעומת ממוצע של כ-3 נרצחים לכל 100,000 במדינות אירופה.⁴

הוויכוח אודות הצורך להסדיר ולצמצם את היקף כלי הנשק הפרטיים הוא אחד מקווי השבר בין הרפובליקנים והדמוקרטים בארצות הברית והשלכותיו נחקרו במאות מחקרים שונים. בשנת 2005 פורסם דוח של המועצה הלאומית למחקר בארצות הברית (NRC) אשר ביקשה לעשות סקירה וניתוח כולל של המחקרים השונים. הדוח מצא כי ריבוי כלי נשק פרטיים תורם לריבוי מקרי מוות בהתאבדות ולזליגה של כלי נשק לשוק שחור ולשימוש עברייני. אשר להשפעת כלי הנשק הפרטיים על רמת העבריינות האלימה, הדוח קובע כי אין במחקרים שנעשו בארצות הברית נתונים אמנים מספיק כדי לתמוך בטענות שלפיהן ריבוי כלי נשק בידיים פרטיות משפיע (בין לחומרה ובין לקולה) על אירועי מוות כתוצאה מעבריינות. בנוסף המחקר לא העלה ראיות להשפעת החזקת נשק על הגנה עצמית או תמיכה בהנחה העומדת בבסיס הקריאה להרחבת ההחזקה בנשק שנוכחות נשקים תפחית את מידת האלימות כלפי האוכלוסייה.

עם זאת חשוב לציין שמחקרים רחבי היקף מהעשור האחרון חוזרים ומראים ששיעור מקרי המוות שנגרמו כתוצאה מכלי ירי עולה ככל שיש כלי נשק רבים יותר בידיים פרטיות. כך במחקר שנערך בשנת 2016 ב-106 מדינות ברחבי העולם מצא כי שיעור מקרי המוות בארצות הברית, בין אם המתה פלילית

1 איציק סבן "רפורמת בן גביר נחשפת: עוד 30 אלף נשקים ברחובות ישראל" **ישראל היום** (6.6.2023); אורלי אלקלעי "יותר לוחמים ומתנדבי מד"א: השינויים של בן גביר בקריטריונים לרישיון נשק אישי" **כאן** 11 (5.6.2023); חזקי ברוך "השר בן גביר התקשר לבעל חנות מצפת שספג איומים 'רוץ לבקש נשק' ערוץ 7 (27.6.2023). על פי פרסום זה רק בחצי השנה האחרונה אושרו 18,000 רישיונות לנשקים.

2 טיוטת התקנות נערכה על בסיס סמכות השר להתקין תקנות הקבועה בסעיף 21(ב) לחוק כלי ירייה, התש"ט-1949 (להלן: החוק). מטרת התקנות היא לקבוע תנאי סף ותבחינים נוספים למתן רישיון לכלי נשק פרטי לפי ס' 4 ו-5 לחוק, ואת תנאי הסף למתן תעודת הרשאה לפי ס' 9 (כלי ירייה להגנת כפרים), 10 (כלי ירייה להגנת מפעלים), 10א (נשיאת כלי ירייה מטעם המדינה), 10ב (כלי ירייה לסרטים, הצגות והופעות) ו-10ג (כלי ירייה לשירותי שמירה).

3 אתר STATISTA – <https://did.li/5OagT>.

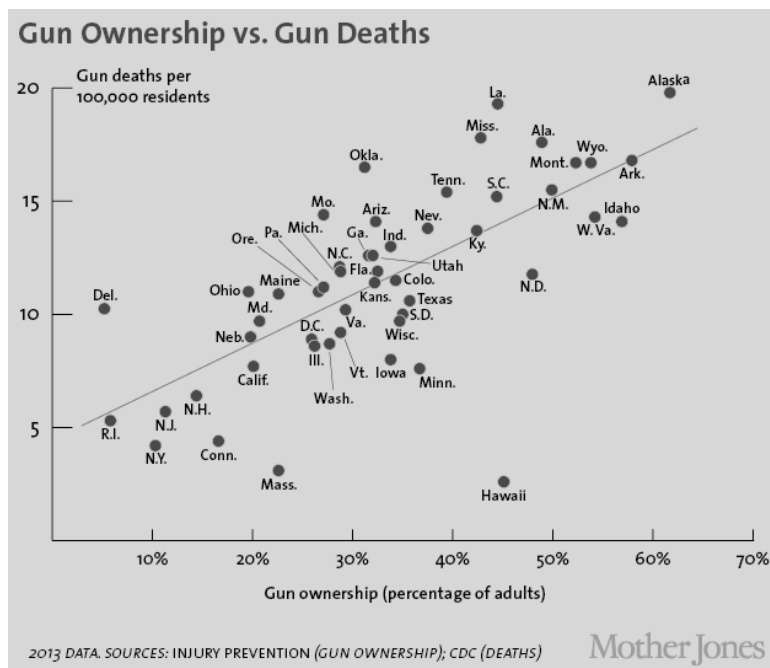
4 נתונים השוואתיים על שיעור מקרי הרצח ניתן למצוא באתר האו"ם – <https://dataunodc.un.org/dp-intentional-homicide-victims>.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

או התאבדות, עמד על 10.6 לכל 100,000 תושבים, לעומת 2.7 בצרפת, 2.1 בקנדה, 0.9 בגרמניה, ו-0.6 בספרד.⁵

חמור מכך, מחקר חדש ועצום בהיקפו, בראשות פרופ' Studdert, העלה שסיכוייהם של בני אדם (כולל נשים ובעל רישיון הנשק עצמו) שחיים בבית שיש בו נשק למות מידי כפולים משל אנשים שחיים בבתיים נטולי נשק. אם אין בכך די, המחקר מצא תמיכה חזקה לחשש שנשק בידיים פרטיות מעלה את הסיכוי לפגיעה בנשים והעלה שהסיכויים גבוהים פי 7 שההורג יהיה בן זוגה של המנוחה, ושכ-84% מהקורבנות במקרי מוות היו נשים.⁶ חשוב לציין שנתוני המחקר התייחסו רק לפגיעות קטלניות שנעשו משימוש בכלי נשק רשום, להבדיל מפציעות קלות יותר ואיומים או בשימוש בנשק לא חוקי. מסקנות המחקר הן שנשק חם בבתיים שבהם הוא מוחזק מעלה באופן ניכר את הסיכון למקרים חמורים של מוות אצל בני הבית, ממצאים מטרידים שצריכים לתמוך באופן משמעותי בהמשך המגמה לצמצום החזקת כלי נשק.

גם מתודולוגיה המבוססת על השוואת מקרו בין מדינות מלמדת על קורלציה חזקה, בין תפוצת כלי הנשק לבין מספר מקרי מוות כתוצאה משימוש בנשק חם (אירועים פליליים והתאבדויות). כך על פי נתונים השוואתיים בין מדינות ארצות הברית:⁷

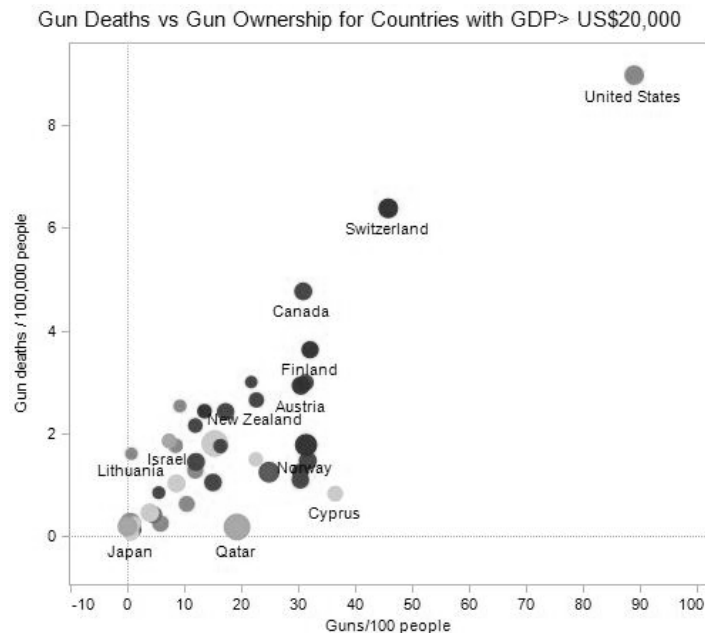


5. Pew Research Center, *What the Data Says about Gun Deaths in the US?*, <https://did.li/ayZNf>

6. David M. Studdert et al. *Homicide Deaths Among Adult Cohabitants of Handgun Owners in California, 2004 to 2016*, 175 ANN. OF INTER. MED. 804 (June 2022), <https://did.li/Z6IIw>

7. הגרף לקוח מאתר Mother Jones ומתייחס לנתונים משנת 2013. למאמר המלא ראו <https://did.li/ghOIC>

דגם דומה נמצא גם בנתוני מקרו השוואתיים בין מדינות שונות תוך התייחסות לגודל התוצר המקומי הגולמי (GDP):⁸



מחקר נוסף, משנת 2018, שסקר 195 מדינות, העלה שמעל 50% ממקרי המוות כתוצאה מכלי נשק, מחוץ לסכסוכים מזוינים, התרכזו בשש ממדינות אמריקה!⁹ כאמור, ביסוס לקורלציה בין מידת הנגישות לכלי נשק בבעלות פרטית לבין מקרי מוות (התאבדות או המתה) ובמיוחד בהקשר של אלימות במרחב האינטימי ורצח נשים ניתן למצוא גם בכמה מאמרים מקיפים נוספים שהתפרסמו בעשור האחרון.¹⁰ אל מול הנתונים הברורים שעלייה בשימוש בנשק משמעותה גם עלייה בהמתה בירי, תוקפה במחקר גם המסקנה הנגדית: צמצום בהחזקת נשק או בשימוש בו משמעותו צמצום האלימות. לאחרונה התפרסם גם דוח מחקר הבוחן נתונים ממדינות אירופאיות שונות, אשר הראה גם הוא שהגבלת השימוש בכלי נשק מובילה (בשיעורים משתנים) לצמצום האלימות במיוחד בהקשרים אינטימיים ופגיעה בנשים.¹¹

8 הגרף לקוח מאתר KDnuggets news. למאמר המלא ראו <https://did.li/xsgZH>.

9 Naghavi et al., *Global Burden of Disease 2016 Injury Collaborators. Global Mortality from Firearms, 1990–2016*, 320(8) JAMA 792 (2018).

10 W. Stroebe, *Firearm Possession and Violent Death: A Critical Review*, 18 AGGRESSION AND VIOLENT BEHAVIOR 709 (2013); WHEN MEN MURDER WOMEN: AN ANALYSIS OF 2012 HOMICIDE DATA (2014); J.A. Haagsma et al., *The Global Burden of Injury*, 22 INJURY PREVENTION 3 (2016).

11 K. KRÜSSELMANN, P. AARTEN & M. LIEM, *FIREARMS AND VIOLENCE IN EUROPE – A SYSTEMATIC REVIEW* (2021).

ב. המצב בישראל

על פי נתוני האגף לרישוי כלי ירייה, בעקבות מדיניות מוצהרת של הממשלה מהשנים האחרונות, צומצמו באופן משמעותי מספר הרישיונות להחזיק כלי נשק פרטיים, מכ-185,000 בשנת 2009 לפחות מ-150,000 בשנת 2021 (שהם כ-1.6% מהאוכלוסייה). אך בשנת 2021 הוכפל מספר הבקשות לקבלת רישיונות ועמד על כ-20,000 יחסית לממוצע של כ-10,000 בקשות בשנים קודם לכן.¹² בנוסף, קיימים גם נשקים המוחזקים בידי אזרחים כחלק מתפקידים שהם ממלאים בכוחות הביטחון. במקביל, ניתן לראות בישראל דיון משמעותי לגבי כלי נשק לא חוקיים המוחזקים בידיים פרטיות בעיקר בחברה הערבית. הערכות בדבר מספר הנשקים הלא חוקיים בחברה הערבית אינן מבוססות על מידע מהימן והן נעות בין רטוריקה פוליטית המתייחסת למאות אלפי כלי נשק, לבין הערכות המשטרה המתייחסות לעשרות אלפי כלי נשק לא חוקיים.¹³

חשש להיעדר פיקוח – ברקע הדיון בדבר מדיניות מתן היתרים לנשק פרטי חשוב להכיר את הביקורת הקשה על האגף לרישוי כלי ירייה שהועלתה בדוח מבקר המדינה לשנת 2013. בשנת עריכת הביקורת הייתה מדיניות ברורה של הממשלה והשר לפעול לצמצום מספר הרישיונות לכלי נשק שניתנו לאוכלוסייה. על פי מבקר המדינה, לא נעשתה באגף היערכות ליישום מדיניות זו, וכ-80% מהרישיונות ניתנו לפי תבחינים כלליים וללא הצבעה על צורך קונקרטי מהותי להחזיק כלי נשק. אך חמור מכך, האגף לא פעל לממש כראוי את תפקידי הפיקוח והרגולציה המוטלים עליו: לא נעשו פעולות להסדיר את שיתוף הפעולה עם משרד הבריאות ומשרד הרווחה לצורך איתור ודיווח מחזיקי רישיונות נשק עם בעיות נפשיות, התמכרויות או שימוש בסמים, ולא נעשו פעולות להבטיח שיתוף פעולה בין האגף לבין משטרת ישראל לתפיסת נשקים המוחזקים שלא כדין, או של בעלי רישיון שרישיונם הותלה מטעמים שונים והם לא הפקידו את כלי הנשק במשטרה. בנוסף לא נעשו השתלמויות למפקחים, רישיונות חודשו באופן אוטומטי וללא פיקוח – ולא היה פיקוח ממשי על מצבו של בעל הרישיון או על עמידתו בתנאים הקבועים בחוק.¹⁴ לא הצלחנו לאתר דוח מאוחר יותר אשר בחן אם הליקויים שעליהם הצביע המבקר תוקנו, אך אין לנו ספק שקודם להרחבת מדיניות מתן היתרים חייבת לבוא פעולה ברורה להבטחת יכולות הפיקוח והאכיפה על אופן מתן ההיתרים ועל עמידה בתנאי החזקתם. ללא פעולות מסוג זה החשש המעוגן בספרות המקצועית לשימוש לרעה בכלי הנשק, לפעולות פליליות, להתאבדויות, לתאונות ולגלישה של כלי הנשק לשוק הפלילי גובר.

חשש משינוי מגמה חיובית יחסית – הסכנה הגלומה בשינוי מדיניות היתרי נשיאת כלי הנשק, מהלך אשר להבנתנו מבקש לקדם השר לביטחון לאומי, צריכה להיבחן על רקע נתונים ביחס לשיעור מקרי הרצח בישראל בעשורים האחרונים ובאופן מיוחד בהקשר של רצח נשים. אכן, בעניין זה יש להבחין בין שתי מגמות סותרות: האחת נוגעת לגידול בשיעור מקרי הרצח המתרחשים בחברה הערבית והשנייה לירידה מתמשכת בשיעור מקרי הרצח בחברה היהודית, לפחות עד ינואר 2023.

12 ראו האגף לרישוי כלי ירייה, www.gov.il/he/departments/news/firearm-licenses-2021-040122.

13 ראו נורית יכימוביץ כהן עבירות נשק – נתונים והתמודדות הרשויות (מרכז המחקר והמידע של הכנסת 2021).

14 מבקר המדינה "רישוי כלי ירייה והפיקוח על החזקתם" דוח שנתי 64 (2014).

מנתוני משטרת ישראל עולה כי מאז שנת 2000 חלה ירידה מתמשכת במספר מקרי הרצח בישראל ובשיעורם (מקרי רצח יחסית לגודל האוכלוסייה):

בשנת 2000 התרחשו 137 מקרי רצח בישראל, והאוכלוסייה מנתה כ־6,400,000 איש – שיעור של כ־2.14 רציחות לכל 100,000 תושבים.

בשנת 2010 התרחשו 140 מקרי רצח בישראל, והאוכלוסייה מנתה כ־7,700,000 איש – שיעור של כ־1.8 רציחות לכל 100,000 תושבים.

שנת 2016 הייתה השנה עם שיעור מקרי הרצח הנמוך ביותר: בשנה זו התרחשו 102 מקרי רצח והאוכלוסייה מנתה כ־8,600,000 איש – שיעור של כ־1.18 רציחות לכל 100,000 תושבים. כל זאת בהשוואה לממוצע אירופי של 3 מקרי רצח לכל 100,000 תושבים וממוצע עולמי של כ־6 מקרי רצח לכל 100,000 תושבים.

אך כאמור, המציאות של הפשיעה החמורה בישראל הופכת למורכבת יותר כאשר מתייחסים להבדלים בין רציחות בקהילות ערביות לרציחות בקרב יהודים. נתונים המבחינים בין רצח של אזרחים יהודים וערבים החלו להתפרסם רק בשנת 2014. עם השנים חלה יציבות במספר מקרי הרצח בקרב יהודים ולנוכח העלייה במספר התושבים ירד שיעור מקרי הרצח בקרב יהודים. לעומת זאת ברחוב הערבי החלה עלייה חדה ותלולה של אירועי רצח. בשנת 2016 עמד שיעור מקרי הרצח בקרב האוכלוסייה הלא יהודית על 3.4 לכל 100,000 איש (64 מקרי רצח בקרב אוכלוסייה לא יהודית של 1,800,000 איש). בשנת 2021 הוא כמעט הוכפל, והגיע לשיעור 6.3 לכל 100,000 תושבים. על פי הנתונים הידועים מתחילת שנת 2023, שיעור מקרי הרצח צפוי לעמוד על כ־10 מקרי רצח לכל 100,000 תושבים.¹⁵

מידע על שיעור אירועי הרצח בישראל (שנים נבחרות)¹⁶

שנה	רצח כולל	אוכלוסייה	שיעור	רצח יהודים	אוכלוסייה	שיעור	רצח ערבים	אוכלוסייה	שיעור
2022	145	9,650,000	1.5	35	7,100,000	0.5	107	2,030,000	5.3
2021	173	9,450,000	1.8	37	6,980,000	0.5	126	2,000,000	6.3
2020	147	9,300,000	1.5	30	6,870,000	0.4	109	2,000,000	5.4
2016	102	8,630,000	1.18	38	6,440,000	0.6	64	1,830,000	3.4
2010	140	7,700,000	1.8	אין נתונים	5,800,000		אין נתונים	1,600,000	
2005	142	7,000,000	2		5,300,000			1,400,000	
2000	137	6,400,000	2.1		4,950,000			1,200,000	

¹⁵ לא זה המקום להתייחס לגורמים לגל האלימות בחברה הערבית. עם זאת, חשוב להגיד שמכלל המחקרים והדוחות שהתפרסמו עד כה עולה תמונה שמצביעה על שילוב בין חוסר אמון עמוק במשטרה ובמוסדות השלטון לצד תופעה מטרידה של כ־40% צעירים חסרי מעש – שהם תוצאה ישירה של הזנחה רבת בשנים של תשתית החינוך, התעסוקה והרווחה ביישובים ערבים. ראו כדוגמה את **המלצות ועדת המנכ"לים להתמודדות עם אלימות בחברה הערבית**, מסמך מדיניות מסכם (יולי, 2020) <https://did.li/uJrrl>.

¹⁶ המידע בדבר מספר מקרי הרצח לקוח מדוחות סטטיסטיים של המשטרה והמידע בדבר גודל האוכלוסייה לקוח מדוחות הלמ"ס.

פרץ האלימות הקשה בחברה הערבית מאז תחילת שנת 2023 המלמד על עלייה של כ-100% במספר מקרי הרצח יחסית לשנה הקודמת נמצא על סדר היום הציבורי. עם זאת נתונים שהתפרסמו בתקשורת מצביעים על כך שגם בחברה היהודית קיימת עלייה חדה ומדאיגה של עלייה ב-60% במספר מקרי הרצח שהתרחשו מתחילת שנת 2023 יחסית לשנת 2022.¹⁷ ככל שנתונים אלו נכונים, ראוי שהמשרד לביטחון לאומי יעצור את המדיניות אותה הוא מקדם, ויפעל לניתוח הגורמים אשר הובילו לעלייה החדה והמדאיגה במספר אירועי הרצח תוך התייחסות לחשש שעלייה במספר כלי הנשק ברישיון לוותה בעלייה במספר אירועי המוות.

כאמור, כל המחקרים מלמדים שבחינת היקף ההיתרים לנשיאת נשק, חייבת להביא בחשבון את החשש מפני פגיעה בנשים. נתונים שפורסמו בישראל מלמדים על כך שבשנים האחרונות גדלו האירועים של רצח נשים תוך שימוש בנשק חם. כך לדוגמה בשנת 2020 נורו למוות 12 נשים, לעומת 8 נשים בממוצע מדי שנה בין 2016–2019. מזעזע במיוחד העובדה שכמעט מחצית מהנשים שנורו למוות (כ-42%) נורו בנשק מורשה, לעומת 25% בממוצע בשנים שקדמו לכך.¹⁸ נתונים נוספים מלמדים על שימוש נרחב בכלי נשק ובנשק ברישיון, עד כדי שליש מהנשים הנרצחות, גם בשנים שלאחר מכן.¹⁹ חשוב להזכיר שהנתונים המתייחסים למקרי רצח משקפים רק "קצה הקרחון" לתופעה נרחבת של אלימות ואיומים, וכי החזקת כלי ירייה בידי בן זוג או בן משפחה מגבירה את פגיעותן של נשים בפני אלימות במשפחה ואת אווירת איום הטרור שבה הן חיות.

עובדה נוספת אותה יש להביא בחשבון היא שבארצות הברית קיימים מכשולים המקשים מאוד על יישום הממצאים המובהקים והעקביים התומכים בצמצום מספר כלי נשק. הקושי לתרגם את הממצאים האמפיריים הברורים לגבי נזקי המדיניות המקלה על השגת כלי נשק בארצות הברית, נובע ממאפיינים חוקתיים של השיטה האמריקנית (למשל המשוכות העומדות בפני תיקון הטקסט החוקתי שנוסח בסוף המאה השמונה-עשרה ומעגן את מעמדה החוקתי של הזכות לשאת נשק, הגבלות על סמכות הפעולה של הממשל הפדרלי בתחומים אלה, וההשפעה הבעייתית של ארגון ה-NRA על מעצבי המדיניות לאור הממשקים הדוקים בין הון ושלטון בפוליטיקה האמריקנית).²⁰ מאפיינים אלה אינם קיימים בישראל, ואין כל סיבה לשאוב השראה דווקא ממודל זה, הזוכה לביקורת פנימית ובינלאומית נרחבת. אדרבה, תמרורי האזהרה מחייבים אותנו להימנע מהאסון האזרחי המתרחש בארצות הברית עקב המדיניות האמריקאית. לא בכדי פורסמו ממצאי מחקרו של Studdert משנת 2022 בהקשר של מגיפות ומניעתן.²¹

17 תני גולדשטיין "עלייה חדה במספר מקרי הרצח גם בחברה היהודית" זמן אמת (12.6.2023) www.zman.co.il/400314.

18 משטרת ישראל "מענה משלים לבקשת מידע 891/20 מטעם האקדח על שולחן המטבח" (7.1.2021) <https://did.li/9OagT>.

19 דו"ח התצפית הישראלית על רצח נשים (1 בינואר–31 בדצמבר 2022). ראו גם האגודה לזכויות האזרח <https://did.li/tUT5q>.

20 לדוגמה לחשש מפני ניסיונו (הלא משמעותי) של הנשיא ביידן להגביל היתרים לנשק, לעומת החלטת בית המשפט העליון האמריקאי שהרחיבה את הזכות לשאת נשק במרחב הציבורי ראו Daniel W. Webster & Lawrence O. Gostin, *The Supreme Court Expands Second Amendment Rights as the Nation Experiences Historic Levels of Firearms Violence*, 328(12) JAMA 1187 (2022).

21 ראו דברי העורכים בכרך של כתב עת רפואי שהוקדש למגיפת השימוש בכלי נשק קטלניים בהקשר אזרחי: Frederick P. Rivara, David M. Studdert & Garen J. Wintemute, *Firearm-Related Mortality: A Global Public Health Problem* (editorial), 320(8) JAMA 764 (2018). המחקר שפורסם בכתב עת

החוקרים (אנשי משפטים ורפואה) הגדירו מוות כתוצאה מהחזקת נשק במרחב האזרחי כבעיית בריאות ציבור עצומה לאנושות ("a major public health problem for humanity").²²

ג. התייחסות להסדרים ספציפיים בתקנות

בפתח הדברים נציין כי בין אם באופן מכוון או בשל חוסר תשומת לב, התקנות ודברי ההסבר מנוסחים באופן שמקשה על הבנת השינוי שהמשרד לביטחון לאומי מבקש לקדם. לכאורה, חלק גדול מההסדרים הם טכניים ואין בהם הרבה מעבר לניסוח מחודש של הסדרים שמפורסמים באתר המשרד ואשר, להבנתנו, נוסחו בשנים בהן נעשה מאמץ מכוון לצמצם את מספר רישיונות הנשק הניתנים בישראל.²³

המסקנה העיקרית היא שבהתאם למה שנאמר בדוח מבקר המדינה לשנת 2014, גם ההסדרים שהיו נהוגים עד כה וגם התקנות המתפרסמות עתה הם כלליים מאוד, וניתן לקדם באמצעותם מדיניות מרחיבה או מצמצמת בהתאם להנחיות פנימיות במשרד. מכאן, שמעבר לעיסוק בפרטי ההסדר, קיימת חשיבות לבחון באופן ממשי את ההשלכות הצפויות משינוי מדיניות על אירועי מוות מירי – ככל שמדובר על תאונות, התאבדויות, אלימות אינטימית ואלימות כללית.

הורדת התנאי של ראיון אישי – ככל שניתן להבין מהתקנות נראה כי הדרישה לראיון אישי, אשר מופיעה באתר האגף לרישוי כלי ירייה (אף שאינה חלק מהחוק), אינה נכללת בתקנות. מתעורר החשש שהמשרד לביטחון לאומי שואף לבטל דרישה זו. עם זאת ראיון אישי הוא הדרך המשמעותית היחידה שעומדת לפקדי האגף לרישוי כלי ירייה להתרשם מהמבקש ומהמוטיבציה שלו – ואף להבטיח מניעת הונאות שונות. שאר התנאים הם, כאמור, כלליים ורחבים מאוד ונדמה שאוכלוסייה גדולה מאוד יכולה לעמוד בתנאי הרישיון הפורמליים. **לנוכח הסיכון הגלום במתן כלי נשק לאוכלוסייה אזרחית, קיימת חשיבות גדולה להותרת הדרישה לראיון אישי וחשוב אף לצקת תוכן במשמעות של ראיון זה.**

הכשרה – נדמה שאחד הדברים שהתקנות מבקשות לקדם הוא אפשרות מתן רישיונות להחזקת כלי נשק לצעירים מתחת לגיל 27, אשר לא עברו שירות צבאי מלא. ככל שניתן להבין, כוונת התקנות היא לאפשר לצעירים בני 21 ומעלה, אשר שירתו שירות סדיר של שנה או שנתיים בשירות לאומי לקבל רישיון נשק.

הורדת גיל הזכאים לרישיון נשק, ובמיוחד בהיעדר הכשרה מתאימה עלולה להוביל לתפוצה רחבה של נשקים בידי אוכלוסייה צעירה עם דפוסי התנהגות פחות אחראיים. בהקשר זה ראוי גם לבחון את מידת ההכשרה של לוחמים ואת המעבר מרובאי 07 או 08 לכל חייל עם תעודת לוחם. **אוכלוסייה חקלאית –** תבחין בו הורחב בצורה משמעותית ממתן היתר לנשק לחקלאי מוכר (תבחין שלא היה חלק מהתבחינים בשנת 2010 והוסף בעשור האחרון) למתן היתר גם לבני משפחה בדרגה ראשונה ולשכירים העובדים בחקלאות. לא ברור מה הבסיס האמפירי המצדיק שינוי מדיניות כה נרחב.

רפואי, נערך על פי כללי מחקרי מגיפות STROBE (Strengthening the Reporting of Observational Studies in Epidemiology).

22 שם.

23 ראו שלי מזרחי רישיונות נשק לאזרחים פרטיים – מדיניות ונתונים מספריים (מרכז המחקר והמידע של הכנסת 2010).

עובדים ומתנדבים בגופי הצלה – התקנות מבקשות לתת אפשרות רישיון נשק לכל העובדים המתנדבים בשירות הצלה כמו מד"א, זק"א, רגע של אמת זק"א, איחוד הצלה וכל גוף אשר השר יכריז עליו כגוף הצלה. בדברי ההסבר מצוין כי העובדים והמתנדבים בגופים אלו נדרשים להגיע למקומות מסוכנים או לאירועים מסוכנים – אך אין הם מבוססים על מידע או נתונים שיצביעו על הצורך בכלי ירי בהקשרים אלו.

ד. השלמות הכרחיות

מעבר לתנאים כלליים ורחבים אין בתקנות פירוט של דרישות והגבלות אשר יוטלו על מחזיקי הרישיון או פירוט של סמכויות וחובות האגף לרישוי כלי ירייה לפקח על אופן ההחזקה והשימוש כלי הנשק. כך, אין בתקנות עיגון לדרישה של ראיון אישי והצגת מסמכים ככל שפקיד האגף יראה לנכון או פירוט הגבלות על אופן השימוש בכלי הנשק.

היתרים מוגבלים – בחלק מהתבחינים שהחוק מציין, בהם הצורך בנשיאת נשק כרוך במקום או בעיסוק (חקלאות, הובלת מטען ועוד), **ראוי לאמץ את הגישה המגבילה שבה נוקט החוק ביחס לרישיונות כלי ירייה לשירותי שמירה**. בתיקוני חקיקה מהשנים האחרונות נקבע כי תעודות הרשאה יהיו מוגבלות למקום ולפרק הזמן בהם מתבצע העיסוק (שמירה) שבו נדרש הרישיון. מתן היתרים מוגבלים, אשר מאפשר לאדם לשאת נשק במרחבים מאוימים, אך מונעת ממנו להסתובב עם הנשק במהלך כל שעות היום או להביא את הנשק לתוך המרחב הביתי האינטימי.

חובות דיווח ומחקר – בנוסף, ראוי היה שתקנות מסוג זה, אשר מלווה אותן **עננה של חשש מפני עלייה ברמות האלימות הקשה ומקרי המוות מירי, ילוו באמצעי בקרה כלליים כמו חובות דיווח ומחקר**. אשר לחובות הדיווח ראוי לדרוש מהאגף להיתרים למסור לוועדה לביטחון לאומי דיווח שנתי על מספר רישיונות הנשק שניתנו לפי מאפיינים של האוכלוסייה, דיווח על המאמצים שנעשים לפקח על אופן ההחזקה של כלי הנשק ועל התליית רישיונות וכל על איסוף נשקים שלא הופקדו על ידי אזרחים.

בנוסף, ראוי לשריין תקציבים לעריכת מחקרים אשר ילוו את שינוי המדיניות וייבחנו את יעילותה אל מול החששות הרבים המתעוררים לנוכח מדיניות זו. יהיה זה אסון חברתי אם המדיניות הזאת תגבה מחיר של חיי אדם מבלי שהמשרד לביטחון לאומי יעקוב אחר המגמה, ינטר אותה ויפעל (ככל שיהיה צורך) לשינוי מדיניות ולהגברת הפיקוח.

ה. סיכום

המחקר מלמד ששימוש האוכלוסייה בכלי נשק בידיים פרטיות עלול להוביל לאלימות קטלנית ולעלייה משמעותית בהיקף מקרי המוות כתוצאה מירי – בין אם מדובר בתאונה, בהתאבדות, באירועים פליליים ובאלימות אינטימית כלפי נשים.

קשה לאמוד את כוונת אנשי המשרד לביטחון לאומי על בסיס התקנות שפורסמו, אך פרסומים בעיתונות מצביעים על כוונה להרחיב בעשרות אחוזים את מספר רישיונות הנשק בידיים פרטיות, תוך התפשרות על סטנדרט של הכשרה מקצועית מתאימה. מנגד, אין בתקנות הוראות שנועדו להעמיד ערבונות וביטחונות לשימוש זהיר בכלי הנשק, למנוע אובדן או זליגה אחרת לגורמים עברייניים או לבחון את המדיניות החדשה.

לנוכח הנתונים על מספר מקרי רצח בישראל, ניכר כי על המשרד לביטחון לאומי לשמור מכל משמר ששיעורי הרצח בחברה היהודית, אשר נמצאים במגמה של ירידה כבר שני עשורים, לא יעלו בעקבות שינוי המדיניות. באופן ספציפי – על המשרד לביטחון לאומי לפעול ליצירת תנאים אשר ימנעו פגיעה בנשים, תוך העדפת מתן היתרים מוגבלים (מבחינת מקום וזמן נשיאת הנשק) בדומה לתיקון החוק ביחס למאבטחים.

אשר לאלימות הגוואה בחברה הערבית, אין ספק שחלק מהישובים הערבים צריכים להיות מוכרזים כאזורי מגורים, תעסוקה ולימודים ברמת סיכון גבוהה – דבר אשר עשוי לאפשר לאזרחים ערבים, החיים בתחושה קשה של חוסר ביטחון אישי, לקבל רישיונות נשק לצורך הגנה עצמית שלהם ושל בני ביתם. ספק רב אם זאת הכוונה העומדת בבסיס המדיניות של המשרד לביטחון לאומי. כמו כן, ספק רב אם מדיניות מסוג זה, אשר תגדיל את תחושת הביטחון האישי של אזרחים ערבים נורמטיביים, תוכל להוביל לרגיעה ולצמצום האלימות בחברה הערבית. **בכל מקרה, יש להישמר מיצירת מדיניות מפלה שיש בה כדי לחמש אוכלוסייה יהודית, על אף שיעורי הרצח הנמוכים, תוך הפליית האוכלוסייה הערבית, המתגוררת בישובים בהם רמות האלימות גבוהה במיוחד.** מכיוון אחר, עלול להתעורר חשש שכלי הנשק בידי האוכלוסייה היהודית ישמשו בעיקר בעימותים נגד אוכלוסייה ערבית, מתוך תחושת איום אובייקטיבית או סובייקטיבית. מצב זה עשוי להוביל לעלייה נוספת במספר הרציחות בחברה הערבית ולהעמקת תחושת הניכור וההפליה הקיימת ממילא.

מן הראוי להבהיר טוב יותר את התכלית המעשית של טיוטת התקנות, ולבחון באופן אמפירי ומסודר, תוך שימוש בנתונים, את הצורך בהרחבת היתרי נשיאת כלי נשק. כמו כן חשוב לבחון את ההשפעות קצרות הטווח וארוכות הטווח של המדיניות אותה מקדם המשרד לביטחון לאומי. **קיים חשש ממשי שהתוצרים של מדיניות זו יהיו הפוכים לחלוטין מזו המקווה על ידי ראשי המשרד ויובילו לעלייה ברמות העבריינות הקשה בישראל.**

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' חגית לרנאו, בית הספר לקרימינולוגיה, אוניברסיטת חיפה

פרופ' דנה פוגץ', הקריה האקדמית אונו

ד"ר עילי אהרונסון, אוניברסיטת חיפה

פרופ' אלון הראל, האוניברסיטה העברית

הערה: נייר זה נכתב, כמצוין לעיל, ב-27.7.2023, לפני אירועי טבח שמחת תורה ב-7.10. מצאנו לנכון להביא את הדברים כאן כלשונם, כפי שפורסמו במקור.

הערות להחלטת הממשלה בנוגע להקמת משמר לאומי ועקרונות הפעלת כוח שיטור בחברה דמוקרטית

הופץ במקור ביום 7.5.2023 כנייר עמדה מס' 46

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, ולפגיעה בזכויות האדם. בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להחלטת הממשלה בנוגע להקמת משמר לאומי מיום 2.4.2023, וכן לעקרונות הפעלת כוח שיטור בחברה דמוקרטית.

אנו מוצאים כי:

- בהתאם להחלטת הממשלה תוקם ועדה לבירור סוגיית המשמר הלאומי. ככל שוועדה כזו תמליץ על הקמת מנגנון שיטור נפרד ממשטרת ישראל ומצה"ל, אנו סבורים כי יש להבטיח שמנגנון חדש זה יוקם ויפעל בהתאם לעקרונות המותווים במסמך זה.
- אנו מזהים את העקרונות הבאים כעקרונות הפעלת כוח שיטור בחברה דמוקרטית:
 - o ראשית, על הפעלת הכוח המשטרתי להיעשות רק על פי שיקול דעתו המקצועי והעצמאי של מפכ"ל המשטרה. במתווה המוצע לפעולת המשמר הלאומי קיים חשש כבד מפוליטיזציה של הכוח ופגיעה בלגיטימציה, בעיקר בהינתן שאופיו עשוי להיות מעין צבאי.
 - o שנית, על הכוח המשטרתי להיות כפוף למנגנוני בקרה (ביקורת פנימית וחיצונית, לרבות מח"ש ומבקר המדינה).
 - o שלישית, נדרשת הסמכה ברורה ומפורשת וכמובן – חייבים להישמר עקרונות חוקתיים, לרבות דרישת התכלית הראויה והמידתיות.
- התהליכים הפוליטיים שהובילו להחלטת הממשלה להטיל על השר לביטחון לאומי להקים ועדה למימוש החלטת הקמת "המשמר הלאומי לישראל" מעלים חשש לפגיעה בעקרונות אלה.

נימוקי נייר העמדה

א. מבוא

לאחר אירועי מבצע "שומר חומות" בחודש מאי 2021, בעיקר המהומות האלימות בצירי תנועה ובערים בהן אוכלוסייה מעורבת ערבית ויהודית, הגדירה ממשלת ישראל כיעד לאומי את "ההגנה על שלום הציבור, ביטחוןנו וביסוס שלטון החוק והשבת הסדר הציבורי, זאת בין היתר באמצעות חיזוק

מערכות אכיפת החוק, בדגש על רשויות מקומיות מעורבות שלגביהן קיים חשש להפרות סדר.¹ ההחלטה התמקדה בחיזוק גורמי אכיפת החוק וגופי הביטחון הקיימים, תוך הגברת שיתוף הפעולה ביניהם.²

כשלי מבצע "שומר חומות" הובילו גם לעבודת מטה של משטרת ישראל, בעקבותיה הושק בחודש יוני 2022 "המשמר הישראלי", שמטרתו לחזק את כוחות השיטור הקיימים בכוח היכול לטפל במהירות באירועי אלימות אזרחיים.³ "המשמר הישראלי" הוקם כזרוע של משטרת ישראל, במשמר הגבול, באמצעות הגדלת כוחות סדירים, מילואים וכוח מתנדבים. דרך פעולה זו נבחנה כפתרון אשר יטיב את המענה המבצעי להפרות סדר ניכרות.⁴

עם הקמת הממשלה ה-37, וכחלק מההסכמים הקואליציוניים, התחייבה סיעת הליכוד לסיעת עוצמה יהודית שהממשלה תקבל, בתוך 90 יום מהקמתה, החלטה להסדרת "המשמר הלאומי הישראלי", לרבות תוך ניתוק משמר הגבול מהמשטרה והרחבת שורותיו.⁵ ביום 29.3.2023 הונחה על שולחן הממשלה על ידי השר לביטחון לאומי, איתמר בן גביר, הצעה להחלטת ממשלה.⁶ ביום 2.4.2023, בהחלטה 442, אישרה הממשלה הצעת מחליטים, שאלה נתייחס כאן.⁷

מטרת מסמך זה היא להצביע בקצרה על הבעיות החוקתיות שעולות מהתוכנית להקים משמר לאומי כפי שמתואר בהצעה להחלטה וכן בהחלטת הממשלה 442. אומנם ההצעה וההחלטה הן קצרות ומעורפלות, ובשלב זה רק מעלות רעיונות כלליים לדיון בוועדה שהממשלה אמורה להחליט על הקמתה, אבל כבר כעת ניתן להצביע על כמה בעיות יסוד שעלולות לפגוע בחוקתיות של משמר לאומי כזה, אם וכאשר תובא הצעה מפורטת יותר להקמתו. אנו אף עומדים על הצורך לבסס כל גוף אכיפתי חדש, באם יוקם, על עקרונות אשר יותוו כאן.

לפי החלטת הממשלה, אלה שלושת המאפיינים העיקריים של המשמר הלאומי שמעוררים בעיות משפטיות:

1. **תחומי פעולתו ותכליותיו** של המשמר אינם מוגדרים: מדובר בכוח שייעודו נתון לשיקול דעתו של השר הממונה. ההצעה להחלטה והחלטת ממשלה 442 מתייחסות למטרות הבאות: "המשמר

1 החלטה 1071 של הממשלה ה-35 "תוכנית חירום לחיזוק שלום הציבור, ביטחונו והסדר הציבורי על רקע ההתפרעויות האלימות בחודש מאי 2021" (4.6.2021).

2 שם, ס' 2.

3 משטרת ישראל "המשמר הישראלי יוצא לדרך" (21.6.2022) www.gov.il/he/departments/news/police_magav-21-6-22. נציין כי הצעת חוק פרטית של ח"כ יואב קיש, להקמת "משמר לאומי" נדחתה בידי ממשלה זו. ראו החלטה חק/595 של ועדת השרים לענייני חקיקה "הצעת חוק משמר לאומי, התשפ"ב – 2022 של ח"כ יואב קיש ואחרים (פ/3002)" (24.2.2022).

4 מאיר אלרן "משמר לאומי ישראלי?" **המכון למחקרי ביטחון לאומי** (3.7.2022) www.inss.org.il/he/publication/national-guard. נציין בשולי הדברים שביקורתו של אלרן הייתה שיש צורך בהקמת מערכת מדינתית מקיפה, שמג"ב ומשטרת ישראל יהיו חלק ממנה, ואשר תטפל באירועים ובאסונות שונים, לרבות אסונות טבע.

5 ס' 90 להסכם קואליציוני להקמת ממשלה לאומית בין סיעת הליכוד בכנסת ה-25 ובין סיעת עוצמה יהודית בכנסת ה-25 (28.12.2022) <https://main.knesset.gov.il/mk/government/Documents/CA37-Otzma.pdf>.

6 השר לביטחון לאומי "הקמת המשמר הלאומי לישראל: הצעה להחלטה" (29.3.2023) <https://did.li/qEDCN> (להלן: הצעה להחלטה).

7 החלטה 442 של הממשלה ה-37 "הקמת המשמר הלאומי לישראל" (2.4.2023).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

- הלאומי לישראל ישמש כוח ייעודי מיומן ומאומן לטיפול, בין היתר, בתרחישי חירום שונים, בפשיעה הלאומנית, במאבק בטרור וכן לשם חיזוק המשילות במרחבים שבהם הדבר נדרש במסגרת התפקידים המצויים כיום בידי משטרת ישראל בתחומים אלה.⁸
2. **שליטה ופיקוד:** המשמר הלאומי יהיה כפוף במישרין לשר לביטחון לאומי. כדברי החלטה 442: "יוקם המשמר הלאומי לישראל במשרד לביטחון לאומי".⁹ כך, מן הסתם, מי שיקבע מה ומתי "נדרש" הוא השר הממונה.
3. **אופי הכוח:** הכוח שיוקם יכול שיכלול גם כוחות מילואים ומתנדבים, ועשוי להיות כוח מעין צבאי באופיו.

שילוב שלושה מאפיינים אלו של המשמר הלאומי עלול להוביל ליצירת כוח שכולל אזרחים פרטיים (מתנדבים ללא הכשרה או בעלי הכשרה מוגבלת), הכפוף במישרין לשר הממונה, שיוכל לקבוע את תחומי פעולתו של המשמר ולפקד עליו. **מנגנון כזה מנוגד לעקרונות בסיס של מדינה דמוקרטית, הכפופה לשלטון החוק ומחויבת לשימוש מידתי בכוח באמצעות אנשי מקצוע ולהגנה על זכויות הפרט.** מסמך זה מתמקד בקשיים המשפטיים שעלולים להיווצר מהקמת משמר לאומי, אך חשוב להזכיר כי בבסיס הדיון על יעילות מערכת אכיפת החוק מונחות תהיות בדבר התועלת שבהקמת מנגנון **ביטחוני-תגובתי** נוסף במקום לפתח מענים **מניעתיים** לבעיות ביטחון פנים, בוודאי בהינתן הבעיות המיוחדות את ישראל. לעניין זה ראוי להזכיר את החלטה 852 של הממשלה ה-36,¹⁰ שם הוחלט לייצר שותפות עם נציגים מהחברה הערבית בגיבוש תוכנית מאבק בפשיעה, לחזק מנגנונים חברתיים-קהילתיים להתמודדות עם תופעות הפשיעה, ליצור תהליך שיתוף ציבור ופתרונות נוספים שאינם בנויים רק על הפעלת כוח.¹¹

בנוסף, חשוב לציין שלכל התכליות המנויות בהחלטת ממשלה 442 ניתן עד כה מענה בגופים הביטחוניים הקיימים – משטרה, שב"כ, צה"ל ומשמר הגבול (המהווה כיום חיל הכפוף למפק"ל משטרת ישראל). יצירת כפילות והכפפתה לסמכות ישירה של השר הממונה עלולה לאפשר לשר להתערב בשיקול הדעת המקצועי של הגופים הביטחוניים, לפגוע בתיאום ביניהם ובאופן עקיף לפגוע באמון הציבור ובלגיטימיות של הפעלת הכוח השיטורי. במיוחד מטרידה האפשרות של הפעלת הכוח באופן שהוא מוטה פוליטית, דוגמת שימוש דיפרנציאלי באמצעים לפיזור הפגנות או לאכיפת חוק מטעמים פוליטיים, ייזום חקירות, הגשת תלונות או כתבי אישום לצורך קידום תכליות מפלגתיות או הטיה פוליטית ביחס להחלטות מקצועיות (היכן, מתי ואיך להפעיל את הכוח המוצע). בעשורים האחרונים מתפתח גוף מחקר משמעותי העוסק בקשר שבין אמון הציבור, לגיטימציה, ציות לחוק ושיתוף פעולה עם מערכת אכיפת החוק.¹² מחקרים אלו מראים כי הערכת הציבור את

8 שם, ס' 2.

9 שם, ס' 1.

10 החלטה 852 של הממשלה ה-36 "מדיניות ממשלתית לטיפול בתופעות הפשיעה והאלימות בחברה הערבית והעצמת החברה הערבית בישראל ותיקון החלטות ממשלה" (1.3.2021).

11 בהקשר זה ראו David Weisburd & Badi Hasisi, *Ben-Gvir Needs to Understand Crime in Order to Prevent it – Opinion*, THE JERUSALEM POST (March 17, 2023), www.jpost.com/opinion/article-734571. גישה מניעתית היא זולה יותר ויעילה יותר, לעומת הגברת השימוש בכוח.

12 נפנה לתאוריה שפיתח Tom R. Tyler, שהיא התאוריה החברתית-פסיכולוגית הדומיננטית של לגיטימיות. במסגרתה, צדק פרוצדורלי הוא דרישת הבסיס המרכזית ללגיטימיות. ראו לדוגמה Tom R. Tyler,

הלגיטימיות של הפעלת סמכויות שיטוריות מושפעת במידה רבה מהאופן שבו הציבור תופס את המניעים להפעלת הכוח ואת מידת ההגינות שעמדה בבסיס ההחלטה (צדק פרוצדורלי).¹³ מנקודת מבט זו, אפילו אם הפעלת המשמר הלאומי תיעשה ללא הטיות פוליטיות, מתעורר חשש משמעותי כי עצם הקמתו בכפיפות ישירה לשר לביטחון לאומי תפגע באמון הציבור ובלגיטימיות של הפעלת הכוח השיטורי דבר שיוכיל לפגיעה באפקטיביות של פעילות המשטרה.

ב. מושגי יסוד

כדי לחדד את הדיון נפתח בתיאור של שני מושגים מרכזיים בספרות על המשטרה: שיטור דמוקרטי ודוקטרינת אי-התלות של המשטרה.¹⁴

שיטור דמוקרטי: תאורטיקנים מדברים רבות על מה שמכונה לעתים קרובות "שיטור דמוקרטי".¹⁵ אף על פי כן, משמעותו של מונח זה עמומה ומחזיקה פרשנויות מגוונות. יש המפרשים שיטור דמוקרטי כשיטור המעניק לגופים חוץ משטרתיים (אזרחיים או קהילתיים) סמכויות רחבות, ויש כאלו הסבורים כי דווקא משטרה שבה לשוטרים שיקול דעת רחב מקדמת ערכים דמוקרטיים.¹⁶ המושג דמוקרטיה עצמו הוא בעל משמעויות שונות ומכאן גם השאלה מהו שיטור דמוקרטי עשויה לקבל תשובות שונות בהקשרים שונים. חרף האמור, ניתן לאתר עקרונות מרכזיים הזוכים להסכמה רחבה: ראשית, שיטור בחברה דמוקרטית איננו יכול להתמקד אך ורק בכפיפות לממשל עצמי המבוסס על מנגנונים רובניים, אלא הוא חייב להישען על מנגנונים המבטיחים את האפקטיביות של המשטרה ביישום שוויוני של החוק ובהגנה על זכויות – במיוחד זכות המחאה.¹⁷

שנית, אחריותיות כלפי הציבור איננה יכולה להיות אחריותיות כלפי רוב הציבור. עקרון יסוד של שיטור דמוקרטי הוא רגישות מיוחדת לטיפול במיעוטים ובקהילות מוחלשות. הקהילות המוחלשות הן אלו הפוגשות במשטרה יותר מאחרים ומכאן הצורך להעצים את האינטרסים שלהן ולהבטיח

Enhancing Police Legitimacy, 593 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 84 (2004) נציין כי מחקרי המשך הראו כי בניגוד לעמדתו הראשונית של Tyler, הרי שיש הבדל בין אמון (trust) לבין תחושת מחויבות (obligation) והאמון הוא שתורם לציות לחוק. ראו ROBERT E. WORDEN & SARAH J. McLEAN, MIRAGE OF POLICE REFORM: PROCEDURAL JUSTICE AND POLICE LEGITIMACY 44 (2017). ראו גם בג"ץ 911/21 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 12.12.2021).

13 Tyler, לעיל ה"ש 12, בעמ' 95.

14 Trevor Jones, Tim Newburn & David J. Smith, *Policing and the Idea of Democracy*, 36 THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 182 (1996); David Alan Skalnsky, *Police and Democracy*, 103 MICH. L. REV. 1699 (2004).

15 ראו כתיבתו העקבית של Kent Roach, לפיו "שיטור דמוקרטי" הוא המגדיר נכונה את היחסים בין הממשל למשטרה. ראו לדוגמה Kent Roach, *Balancing Police Independence and Political Responsibility for the Police: Some Recent Developments in Australia, Canada and the UK*, 15 POLICING 133 (2018) (להלן: Roach, *Balancing Police*).

16 ראו Skalnsky, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1701.

17 ראו שם, בעמ' 1808–1809. לחשיבות השוויון בפני החוק בפעולת המשטרה ראו Wood v. Schaeffer, 1809–1808, 3 S.C.R. 1053, [2013] 2013 SCC 71, para. 1(3).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

שהמשטרה תגן על אינטרסים אלה.¹⁸ בהמשך לנקודה זו, מקובלת גם הגישה כי שעה שחשוב ששירותי המשטרה יהיו רגישים להעדפות הציבור, דהיינו שיקימו את דרישת התגובתיות (responsiveness) לרצונות הציבוריים, הרי ששיקולי צדק ובמיוחד טיפול נאות במיעוטים ובקהילות מוחלשות צריכים לקבל עדיפות על פני תגובתיות.¹⁹

אי־תלות של המשטרה: בשל ריבוי המשמעויות וחוסר הבהירות של המושג שיטור דמוקרטי נדרש לבחון גוף ספרות נוסף העוסק באי־תלות של המשטרה. דוקטרינת אי־תלות של המשטרה היא דוקטרינה חשובה המקובלת בדמוקרטיות מערביות ומעוגנת בהוראות המשפט הבינלאומי. נהוג להבחין בין שני רכיבים הנוגעים לאי־תלות של המשטרה: **שליטה מלכתחילה ואחריות בדעיבה**.²⁰ אי־תלות מנביעה שליטה מלכתחילה, דהיינו היא מנביעה את המסקנה כי גופים חיצוניים (בעיקר גופים פוליטיים) אינם יכולים להורות למשטרה כיצד לנהוג, אולם לא בהכרח נובע ממנה כי המשטרה לא מחויבת לדין וחשבון בדעיבה כלפי גופים חיצוניים.

היקף אי־תלות של המשטרה ייקבע בהתאם לאופי הנושאים שבהם המשטרה אוטונומית. כך לדוגמה, ניתן להבחין בין שאלות של מימון, ארגון פנימי, קביעת סדרי עדיפויות וחלוקת משאבים, לבין תחומים מבצעיים שונים. התחום שבו אי־תלות חשובה במיוחד היא מה שמכונה operational decision-making, האופן שבו מבצעת המשטרה משימה או תפקיד ספציפי כלשהוא: אכיפת חוק באזור מסוים, פיזור הפגנות, איסוף מידע מודיעיני, חקירת אירוע ועוד.

דרישת אי־תלות מעוגנת בקוד האירופי של המשטרה מ־2001 הקובע:

“The police organization shall enjoy sufficient operational independence from other state bodies in carrying out its given police tasks, for which it should be fully accountable”.²¹

במשפט האנגלו־אמריקאי נהוג לאמץ עמדה מרחיבה של אי־תלות, הבאה לידי ביטוי בפסק דין מנחה של הלורד דנינג:

“I have no hesitation, however in holding that, like every constable in the land should be and is, independent of the executive. He is not subject to the orders of the Secretary of the State... No Minister of the Crown can tell his that he must, or must

18 לחשיבות המיוחדת של הגנה על קבוצות מוחלשות ראו למשל Jones, Newburn & Smith, לעיל ה"ש 14, בעמ' 189. ראו גם התייחסות מחקרית לקשר בין אמון במשטרה לבין תחושתיהן הסובייקטיביות של קבוצות אוכלוסייה מסוימות ביחס למשטרה, עקב מגעים אלה.

19 ראו שם, בעמ' 191.

20 להבחנה זו ראו Phillip Stenning, *The Idea of the Political "Independence" of the Police: International Interpretations and Experiences*, MINISTRY OF THE ATTORNEY GENERAL (Jan, 2004), <https://did.li/D7gIw>.

21 “In exercising their powers, the police should not receive any instructions of a political nature. Operational independence should apply throughout the Council of Europe, Committee of Ministers Explanatory Memorandum, Recommendations of the Committee of Ministers to Member States on the European Code of Police Ethics, <https://did.li/btbZH>.”

not, keep observation on this place or that; or that he must, or must not, prosecute this man or that man... He is answerable to the law and to the law alone".²²

ברבות השנים היו גם רבים אשר בקרו את מה שמכונה **דוקטרינת דנינג** וסברו שיש לתת מקום נרחב יותר למעורבות של גופים מחוץ למשטרה, כולל גופים פוליטיים, בנושאים תקציביים וארגוניים ובקביעת סדרי עדיפויות לעבודת המשטרה.²³ עם זאת ולמרות השחיקה של דוקטרינת דנינג, יש הכרה בלתי מתפשרת בצורך להבטיח אוטונומיה מלאה של המשטרה במקרים פרטניים.²⁴ **הן המחמירים והן המקלים מכירים בחשיבות של מניעת השפעה פוליטית כלשהיא על שיקולים הנוגעים לאכיפת החוק במקרים פרטניים.** שיקול הדעת לפתוח בחקירה, לעצור אדם או בחירת האמצעים שבהם יש להשתמש במקרים של הפרות סדר, הפגנות או אירועים אחרים חייב להישאר בידי המשטרה.²⁵

ג. אמון, לגיטימציה, ציות לחוק ושיתוף פעולה

כפי שצינו בתחילת המסמך, גוף נרחב של מחקרים אמפיריים מצביע על כך שמידת האמון הציבורי בלגיטימיות של מערכת האכיפה הפלילית הינה בעלת השפעה מכרעת על מידת הציות לחוק, וכן על נכונותם של אזרחים לסייע למשטרה במאמצי ההתמודדות עם פשיעה המתרחשת בקהילתם.²⁶ תאוריה חברתית-פסיכולוגית מקובלת מלמדת כי השיפוט הרלוונטי של מידת הלגיטימיות של פעולה מוסדית מבוסס על הערכת הוגנות פעולת המשטרה על בסיס מידת האמון שאזרחים מייחסים לתהליך קבלת ההחלטות (צדק פרוצדורלי).²⁷ יתר על כן, ככל שעולה הערכת הלגיטימיות של המשטרה, כך מקנים האזרחים למשטרה מרחב גדול יותר לאמון בשיקול הדעת ובפעולותיה ועשוי להיווצר תהליך של "העצמת המשטרה".²⁸

תהליכי פוליטיזציה של המדיניות המבצעית בתחום האכיפה הפלילית עלולים לשחוק את התנאים החיוניים ליעילותה של הפעילות המשטרתית, במיוחד בקרב קהילות מיעוט.²⁹ גוף הסובל מהיעדר לגיטימציה, בוודאי בקרב קהילות חלשות, לא יזכה לסיוע, ואולי אף יזכה להתנגדות, דבר העלול להביא לשימוש בכוח אכיפה רב ואלים עוד יותר.³⁰

- 22 ראו R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn, [1968] 1 ALL E.R. 763, 769
- 23 ראו Stenning, לעיל ה"ש 20, בעמ' 26–23.
- 24 ראו Roach, *Balancing Police*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 149–133.
- 25 שם, בעמ' 137. ראו גם SCR 565 (1999) 1 Campbell.
- 26 ראו לעיל ה"ש 12. כן ראו כדוגמה Tom R. Tyler & Jeffrey Fagan, *Legitimacy and Cooperation: Why Do People Help the Police Fight Crime in their Communities?* 6 OHIO STATE J. CRIM. L. 231 (2008).
- 27 WORDEN & McLEAN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 55.
- 28 Jason Sunshine & Tom R. Tyler, *The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing*, 37 LAW & SOC'Y REV. 513 (2003).
- 29 כך למשל מחקרים רבים מארצות הברית מעידים על ההבדלים בין לבנים לבין שחורים והיספאנים לעניין רמת האמון במשטרה ועל כך שחוויות שליליות משפיעות לשלילה יותר מאשר חוויות חיוביות מעלות את רמת האמון. ראו WORDEN & McLEAN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 46; Jon Hurwitz & Mark Peffley, *Explaining the Great Racial Divide: Perceptions of Fairness in the U.S. Criminal Justice System*, 67 J. POLITICS 762 (2005).
- 30 פרופ' באדי חסייסי. דבריו שמורים אצל המחברים.

גם כיום, כשהמשטרה "הרגילה" אחראית לביטחון הפנים, מחקרים מעידים על מידת אמון נמוכה בקרב אוכלוסיות מסוימות בישראל, דוגמת האוכלוסייה הערבית או יוצאי אתיופיה. קיים חשש כי השינויים המוצעים יפגעו בלגיטימציה ויחריפו מגמה זו.³¹ פגיעה בלגיטימציה יכולה לנבוע מפגיעה בשוויון באופן הפעלת סמכויות מערכת אכיפת החוק, אך היא עשויה להתבסס גם על תחושה של יחס מפלה בשיטור או כרסום בזכויות אדם – כפי שעלה בעניין עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל.³² התייחסות לאוכלוסיות אלה כאל אוכלוסיות עברייניות, ולא כאל קורבנות, בידי גוף חסר לגיטימציה ושאינו דיווחי דיו, עשויה, כפי שצינו, להוביל להסלמה.³³ אזכור מבצע "שומר חומות" בתחילת מסמך זה, כרקע להחלטות בדבר הצורך להקים כוח השיטור נוסף, מעיד על המורכבות החברתית המיוחדת בישראל. כזכור, מבצע "שומר חומות" הראה עד כמה מורכבת פעולת המשטרה והשמירה על הביטחון האישי של האזרחים בערים המעורבות, בין השאר בגלל הממשק בין פעולות פליליות לבין פעולות ביטחוניות-לאומיות.³⁴ הזכרנו את החלטה 852 של הממשלה ה-36 אשר ביקשה לקדם מהלך של חיזוק סמכויות האכיפה בחברה הערבית, שיתבסס על חיזוק שיתוף הפעולה עם ההנהגה והציבור הערבי ועל נקיטת אמצעים מניעתיים להתמודדות עם פשיעה בחברה הערבית, במטרה להגביר לגיטימציה – לרבות שיתוף ציבור – אולם היא לא הגיעה לכדי יישום.³⁵ ספק אם החלטת ממשלה 442 של הממשלה ה-37 והרצון למנות את השר לביטחון לאומי כאחראי על הכוח, מביאים מורכבות זו בחשבון.

מחקרים מלמדים כי מידת אמון הציבור בפעולת כוחות שיטור תלויה גם בסוג הכוח המופעל כלפי האוכלוסייה ובאופן הפעלתו. ככל שמדובר בכוח שיטורי מעין צבאי, גובר החשש מהפעלה לא ראויה של הכוח שתוביל לפגיעה בזכויות אדם.³⁶ מחקרים של Moule ושותפיו מצא קשר הדוק בין הלגיטימיות שמייחס הציבור לכוח השיטור לבין הנכונות לקבל שימוש באמצעים וטכניקות צבאיות: ככל שכוח השיטור נראה כלגיטימי פחות, כך גם גובר החשש להפרות זכויות אדם כתוצאה מאופיו המעין צבאי של הכוח.³⁷ כפי שצינו לעיל, התנגדות לכוח עלולה להוביל לנקיטת אמצעים כוחניים

31 סוגיות אלו הועלו גם במסקנותיה של ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים, שהוקמה בעקבות אירועי אוקטובר 2000 (ועדת אור). וראו גם באדי חסיסי ויעל ליטמנוביץ "משילות ויעילות בשיטור מיעוטים בחברות שסועות: נקודת המבט של מפקדי תחנות משטרה על החברה הערבית בישראל" משפט חברה ותרבות ד 265 (2021); Badi Hasisi & Ronald Weitzer, *Police Relations with Arabs and Jews in Israel*, 47 BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 728 (2007).

32 בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל (נבו 25.1.2021), החלטה שבה בית המשפט העליון הגביל את סמכות המשטרה לבקש מאזרחים להזדהות, והגביל עוד יותר את האפשרות לבצע פעולות שיטור נוספות, כגון חיפוש פרטים במסופים משטריים, זאת מאחר ויש בכך משום פגיעה משמעותית בזכויות אדם.

33 לעניין התייחסות לנמנים עם אוכלוסייה מסוימת (אתיופית במקרה זה) כעבריינים ראו עניין טבקה, שם. מבקר המדינה דוח ביקורת מיוחד בנושא ערים מעורבות: השיטור ואכיפת החוק בערים מעורבות באירועי שומר החומות ובעת שגרה; שירותים מוניציפליים בערים מעורבות (2022).

34 לעיל ה"ש 10. החלטה זו ניתנה עוד קודם למבצע "שומר חומות" והתבססה על המלצות ועדת המנכ"לים להתמודדות עם הפשיעה והאלימות בחברה הערבית מחודש יולי 2020.

35 Richard K. Moule, Megan M. Parry, George W. Burruss & Bryanna Fox, *Assessing the Direct and Indirect Effects of Legitimacy on Public Empowerment of Police: A Study of Public Support for Police Militarization in America*, 53 LAW & SOC'Y REV. 77, 78 (2019).

36 שם, בעמ' 97.

יותר וליצירת מעגל הסלמה שאין לו סוף. כבר כיום, למשמר הגבול יש סמכויות ואופי מעין צבאיים המעוררים התנגדות בהפעלת סמכויותיו כלפי אזרחים ישראלים. ואולם, משמר הגבול הוא חיל בעל מעמד של מחוז משטרי ומפקדו כפוף למפקח"ל המשטרה. במובן זה, מתקיימים לגביו תנאי אי-התלות והאחריות. הקמת יחידה מבצעית נוספת, בעלת סממנים מעין צבאיים ובכפופות ישירה לשר, עלולה להגביר את הפגיעה בלגיטימציה הציבורית של היחידה ושל פעילות האכיפה באופן כללי – בפרט בקרב אוכלוסיות שכבר היום הן מנוכרות וחשדניות כלפי המשטרה. כפי שצינו חוקרי המכון הישראלי לדמוקרטיה, הבדל משמעותי בין המשטרה לבין הצבא טמון בכך שבעוד שהצבא פועל כנגד אויבים מבחוץ, הרי שפעילות המשטרה מכוונת כלפי פנים – אל עבר האזרחים.³⁸ מכאן שביסוס אמון הציבור ושינוף הפעולה עם גורמי המשטרה הכרחיים לפעולתה התקינה, כפי שהראו גם מחקרים שבוצעו בישראל.³⁹

גם במשפט המשווה ניתן למצוא דוגמאות של ביקורת כנגד כוחות דומים. בפסק הדין *Sundar* עסק בית המשפט ההודי בחוקתיות של הקמת כוח ביטחון הקרוי SPO. כוח זה שימש לצורך מאבק בקבוצות מאואיסטיות קיצוניות ואלימות שפעלו בהודו. בית המשפט הדגיש את העובדה כי מדובר בכוח שיטור שנשכר באורח זמני, וכי חובתה של המדינה להיאבק באלימות בדרך המלך. באמצעות חיזוק כוח הכפוף למדינה, שבו אנשי משטרה מיומנים, מצוידים היטב, המכירים את מגבלותיהם החוקתיות וכפופים להן. היעדר הכפפות המלאה של אנשי ביטחון לשירות הציבורי היה הבסיס המשפטי לקביעה של בית המשפט, שלפיה יש להפסיק את השימוש ב-SPO ולאסוף את הנשק אשר ניתן לכוחות אלה.⁴⁰

ד. מקורות נורמטיביים לתפקידי גוף שיטור בישראל

המסגרת הנורמטיבית במסגרתה פועלת משטרת ישראל קבועה בסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: פקודת המשטרה), וזוהי לשונו:

“תפקידי המשטרה

3. משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש”.

הפסיקה מתייחסת לתפקידים אלו כ”תפקידים מובהקים” של המשטרה, שהם מרכזיים וגרעיניים,⁴¹ ועל כן, לפי דוקטרינת אי-תלות המשטרה, בתחומים אלו נדרש לשמור על האוטונומיות של המשטרה ולא ניתן יהיה להתערב ולהורות לה כיצד לפעול.

38 עמיחי כהן, עודד רון וגיא לוריא “פקודת המשטרה: חוות דעת מקיפה על תיקון פקודת המשטרה של בן גביר” **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (13.12.2022) www.idi.org.il/knesset-committees/46694.

39 Gali Perry, Tal Jonathan-Zamir & David Weisburd, *The Effect of Paramilitary Protest Policing on Protestors' Trust in the Police: The Case of the "Occupy Israel" Movement*, 51 L. Soc'y Rev. 602 (2017).

40 ראו *Nandini Sundar v. Chattisgarh*, [2011] 7 SCC 547 (India).

41 בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, 219–221 (2006).

חלק שיש: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

בהקשר זה יפים דבריו של השופט פוגלמן בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, עת נדרש למעמדו של המפכ"ל מול השר הממונה:

"[המפכ"ל] הוא העומד בראשות המשטרה, אשר במוקד תפקידיה אכיפת החוק והגנה על ביטחון הציבור ושלומם... מטבע הדברים, ישנה חשיבות מיוחדת שהפעלת הסמכויות בתחומים אלו תיעשה על בסיס מקצועי ובהתחשב באינטרס הציבורי בלבד, באופן שוויגי וללא משוא פנים".⁴²

וכן:

"מכאן החשיבות הרבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידיה... השמירה על עצמאותו ועל אי תלותו של מוסד זה היא על כן אחת הערובות המובהקות לקיומה של הדמוקרטיה בישראל".⁴³

דברים ברוח זו נקבעו לאחרונה גם בעניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, בהחלטה שניתנה בעתירה נגד תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה. על בסיס הסכמה למעשה של הצדדים לעתירה קובע השופט עמית בהחלטה כי:⁴⁴

"השר אינו רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות האמורה, ואינו רשאי ליתן הנחיות קונקרטיות אגב התרחשותם של אירועים פרטניים. עניינים ופרטים אלה נתונים לשיקול הדעת המבצעי-האופרטיבי של הדרגים המקצועיים של המשטרה והמפקדים בשטח, על פי הנסיבות המשתנות והתנאים בשטח".⁴⁵

ניתן ללמוד על המסגרת הנורמטיבית הנדרשת להקמת גוף שיטורי נוסף משני מקורות משפטיים: הפסיקה בעניין הפרטת בתי הסוהר וההסדרים הקבועים בחוק ליעול האכיפה והפיקוח העירוניים ברשויות המקומיות (הוראת שעה), התשע"א–2011. לעניין הפרטת בתי הסוהר קבע בית המשפט העליון שסמכות להפעלת כוח שיטורי, שהוא כוח כופה וכולא, היא סמכות פעולה בלעדית של המדינה אשר צריכה להתבצע על ידי אנשי הרשות הרלוונטית – ולא על ידי גופים מופרטים.⁴⁶ בית המשפט

42 עניין התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, לעיל ה"ש 12, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

43 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

44 בג"ץ 8987/22 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו) 19.3.2023. בהקשר זה נציין כי ההצעה הראשונית לגבי המשמר הלאומי מעוררת קושי גדול יותר מהתיקונים שנעשו בפקודת המשטרה. זאת מכיוון שהיא צועדת צעד משמעותי נוסף להרחבה של היקף שיקול הדעת של השר, ומעניקה לו שיקול דעת לא מוגבל להחליט גם מה יהיו תחומי הפעולה של המשמר הלאומי, מהם התרחישים שמצדיקים את הפעלת המשמר, וכן מתי והיכן מתעוררות בעיות משילות.

45 שם, פס' 2 להחלטתו של השופט עמית.

46 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). בית המשפט קבע שהפעלת כוח הכליאה חייבת להיעשות אך ורק על ידי סוהרים שהם עובדי ציבור וכפופים לשרשרת הפיקוד של שירות בתי הסוהר

ציין בנימוקיו כי הפעלת הסמכות השלטונית באמצעות גופים פרטיים מהווה פגיעה בכבוד, ומעלה חשש להפליה ולפגיעה לא מידתית. כלומר, עקרון יסוד של משטר דמוקרטי הוא שסמכות שלטונית שכרוכה בהפעלת כוח כופה כלפי אדם, ובוודאי כזו שכוללת הענקת סמכות לשלילת חירות או לשימוש בנשק, חייבת להיות מופעלת על ידי מי שהם חלק ממערך השירות הציבורי, שכפופים לתרבות הארגונית שלו ולכללים מפורטים שנקבעים במסגרתו:

”העובדה שמי שמפעילים את הכוח המאורגן פועלים במסגרת המדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל במסגרת גופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי במובנו הרחב של מושג זה, יש בה כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הרב הנתון לאותם גופים ינוצל לרעה, וכי הסמכויות הפוגעניות הנתונות להם יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות.”⁴⁷

מקור נורמטיבי נוסף הוא בעקרונות הקבועים בחוק לייעול האכיפה והפיקוח העירוניים ברשויות המקומיות (הוראת שעה), התשע”א–2011. חוק זה מסדיר סמכויות אכיפה של פקחים עירוניים ומערך אכיפה עירוני המפעילים סמכויות אכיפה כלפי אזרחים מן השורה. הקמת מערכי האכיפה הללו הוכרה כפעולה הדורשת שמירה קפדנית על זכויות אדם, לרבות בדרך של קביעת היקף הסמכות, קביעת קריטריונים מקצועיים עבור הפקחים והצבת מגבלות על אופן יישום סמכויותיהם. חקיקת החוק עוררה מחלוקת משמעותית ונטען כי יש בו כדי לאפשר הפרטה וזחלת של סמכויות שיטור. על כן נחקקו סמכויות הפיקוח ותנאי הפעלתם כהוראת שעה, מעין פיילוט, שהוארכה עד חודש יוני 2023. החוק מבחין בין היקף הסמכויות של פקחים עירוניים, להם ניתנו סמכויות מוגבלות לצורך אכיפת חוקי עזר עירוניים בלבד, לבין הקמת יחידות פיקוח עירוני (בהתאם לרשימת ישובים הקבועה בתוספת הראשונה), שבהן פקחים המסייעים לשוטרים עירוניים ייעודיים, ופועלים מתוקף הסמכויות שמוקנות למשטרה ובכפפות ישירה להנחיות משטרת ישראל.⁴⁸

ה. עקרונות הבסיס של שלטון החוק בכל הנוגע לכוח שיטור במשטר דמוקרטי
לאור הסקירה האקדמית התמציתית שהובאה במסמך נבקש להגדיר את עקרונות הבסיס להפעלת כוח שיטור במשטר דמוקרטי.

1. הפעלת הכוח המשטרתי תיעשה רק על פי שיקול דעתו המקצועי והעצמאי של מפכ”ל המשטרה לנוכח החשש מפוליטיזציה של הכוח והיעדר לגיטימציה
תפישה זו מוכרת כבר היום ונובעת מפקודת המשטרה עצמה. כך למשל תפקידו של השר על פי סעיף 48 לפקודת המשטרה הוא להתוות את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות

47 שם, פס’ 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

48 לדיון בפרשנות מצמצמת של הסמכויות הניתנות לפקחים על פי החוק, ולבעייתיות המשפטית העולה מהיעדר הגדרות ברורות של סמכויות אלו ראו רע”פ 3829/15 קסאי נ’ מדינת ישראל (נבו 20.12.2018), שם פסל בית המשפט ראיות שנאספו אגב הפעלת סמכות חיפוש שלא כדין על ידי פקחי העירייה, וזיכה את המערער מהעבירה של החזקת סכין.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, וכן לקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ורמת מוכנותה. כפי שקובע סעיף 9 לפקודה, המפקח הכללי הוא שיפקח על משטרת ישראל, על סדרי ניהולה ועל הפעלתה. דהיינו, השר ממונה על שיקולי מדיניות כלליים ולא על הפעילות הסדירה של המשטרה.

בהקשר זה קיים הבדל העשוי להראות כמשמעותי בין ההצעה להחלטה לבין החלטת ממשלה 442. בעוד שההצעה הייתה "להקים את 'המשמר הלאומי לישראל' תחת אחריות המשרד לביטחון לאומי", קובעת ההחלטה שהמשמר יוקם "במשרד לביטחון לאומי".⁴⁹ דהיינו, החלטת ממשלה 442 מדגישה את היותו של המשמר הלאומי חלק אינטגרלי מגופי הביטחון במשרד לביטחון לאומי.

מהאמור עד כה נובעות מסקנות ביחס להכפפת הכוח המוצע לשר לביטחון לאומי. מבחינה אנליטית אין מניעה כי השר לביטחון לאומי יוכל לקבוע מדיניות כללית ביחס לפעילות הגוף המוצע. ואולם, אסור בתכלית האיסור לאפשר לשר להחליט החלטות פרטניות בדבר האירועים המצדיקים הפעלת כוחות שיטור/משמר לאומי או לקבוע את האמצעים בהם יש להשתמש באירוע כזה או אחר. בדברי השופט עמית בעניין התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת:

"מכאן, שאין השר רשאי ליתן הנחיות מבצעיות בדבר הדרכים ליישום מדיניותו, אופן השימוש בכוח באירוע כזה או אחר, דרכי השימוש בכוח, האמצעים לפיזור הפגנות, התנאים הנוגעים לזמן, למקום ולאופן עריכת האירוע וכיו"ב. על מנת למנוע מחלוקות בעתיד, הרי שגם 'אזכור' של המדיניות במהלך אירוע מבצעי קונקרטי שעה שזה עודנו מתנהל, עלול להתפרש כהנחיה אופרטיבית".⁵⁰

כעולה ממסמך זה, הכפפה אופרטיבית של המשמר לסמכות של השר לביטחון לאומי עלולה להוביל לשורה ארוכה של בעיות חוקיות וחברתיות:⁵¹

- שימוש לא מידתי בסמכויות שיטור ואכיפה על ידי כוחות לא מקצועיים הפועלים ללא גב אירגוני חזק;
- פגיעה בתיאום בין כוחות הביטחון השונים;
- אכיפה מפלה;
- ערעור אמון הציבור בלגיטימיות של הפעלת הכוח השיטורי, בייחוד במקרים שבהם השר יורה על הפעלתו בניגוד לעמדת גורמים מקצועיים;
- חשש מיוחד לפגיעה באמון של קהילות מיעוט בפעילות המשטרה וכתוצאה מכך העמקת תהליכים של ניכור וחוסר שיתוף פעולה עם רשויות אכיפת החוק;

49 ס' 1 להצעה להחלטה, לעיל ה"ש 6; ס' 1 להחלטת ממשלה 442, לעיל ה"ש 7.

50 עניין התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת, לעיל ה"ש 44, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית. נציין כי על פי החלטה קצרה זו, הצדדים הסכימו שזו המגבלה, אולם השופט עמית מחווה דעתו באופן קטגורי ובמספר אופנים שונים, שזהו אכן המצב היחיד הנכון.

51 לחשיבות של בחינת לגיטימיות פעולות רשויות אכיפת החוק הן במישור הביקורת המוסדית (בידי גופים בעלי סמכות, דוגמת בית המשפט, ובהתאם לכללים וחוקים), הן מבחינת האזרח עצמו (תאוריה חברתית-פסיכולוגית) ראו Robert E. Worden & Sarah J. McLean, *Research on Police Legitimacy: The State of the Art*, 40 POLICING: INT'L J. POLICE STRAT. & MGMT. 480, 480–483 (2017).

- ובנוסף, פוליטיזציה של פעולות השיטור עשויה ליצור תגובה נגד של ריבוי פניות לבתי המשפט כנגד שיקול הדעת של השר.

התפיסה שהקמת היחידה תיעשה לפי המלצה של ועדה חיצונית למשטרת ישראל, ביוזמת הממשלה, בטרם ניתנה המלצה בעניין מטעם גורמי המקצוע במשטרת ישראל, מעוררת חשש כבד שמטרתו של ההליך לעקוף את המגבלות שכבר הוכרו בבג"ץ ואשר נדונו בעתירה בעניין, באשר למעורבות ישירה של הממשלה ושל השר בהפעלת כוח על ידי המשטרה. הדבר חמור במיוחד בנסיבות הנוכחיות, שבהן יש הפגנות נרחבות נגד מדיניות הממשלה, ואשר התעוררה לגביהן מחלוקת פומבית בין השר לבין פיקוד המשטרה באשר לדרך התגובה הראויה להפגנות הללו. קיים חשש ממשי שהפעלת כוח שיטור שהוא חיצוני למשטרה, הסר למרותו של שר שבידיו יהיו סמכויות בלתי מוגבלות ולא מפוקחות כראוי, תעניק לממשלה כוח שיטור "פרטי", דבר שאין מסוכן ממנו בחברה דמוקרטית.

כדברי Roach, החשש בהכוונה פוליטית של המשטרה הוא מפני "פגיעה באיזונים ועזרה לחברים".⁵² דהיינו, חשש מובנה שפעולת המשטרה תוטה על ידי הכוחות הפוליטיים באופן אשר יבטיח להם סיוע במטרותיהם הפוליטיות – בין אם בשתיקה לנוכח הפרות חוק בידי מקורבים להם, או בשיטור יתר ואף בפעולות מכוונות כנגד "אנשי הצד שכנגד", זאת במקום מחויבות לעקרונות שלטון החוק.

2. הכוח המשטרתי יהיה כפוף למנגנוני בקרה (ביקורת פנימית וחיצונית, לרבות מח"ש ומבקר המדינה)

מנגנוני הבקרה והפיקוח הם חלק מתפיסת הדיווחיות והאחריות בדיעבד של כוחות השיטור כלפי גורמים מקצועיים וכלפי הציבור.⁵³ מנגנונים אלו נועדו להבטיח את זכויות האזרח ובמקביל הם גם מסייעים לייעל את הפעלת הכוח המשטרתי. זאת כיוון שמנגנוני הבקרה הללו מסייעים למפקד להבטיח שפקודותיו ימולאו כלשונן ככל האפשר. כבר כיום קיימת ביקורת כנגד הדיווחיות החלשה של משטרת ישראל. גוף זה אינו accountable במידה דומה לעוצמה שהוא מחזיק, לרבות יחסית לקיים בדמוקרטיה מערבית.⁵⁴ ככל שהמשמר הלאומי יחרוג ממנגנוני הבקרה הללו, הוא יערער את שלטון החוק במובן הפשוט ביותר שלו – החשש שאנשי המשמר הלאומי יפעילו את כוחם לפי רצונם וללא כפיפות לשלטון החוק, מבלי יכולת לשלוט שליטה אפקטיבית בהם.

3. הסמכה ברורה ומפורשת

מעבר לצורך נציין כי הקמת המשמר הלאומי חייבת להיעשות בהתאם לעקרונות חוקתיים. לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתן סמכות שלטונית להגבלת זכויות יסוד, ובכלל זה פגיעה בחירות ובגוף,

52 Kent Roach, *Models of Civilian Police Review: The Objectives and Mechanisms of Legal and Political Regulation of the Police*, 61 CRIM. L.Q. 29 (2014) (להלן: Roach, *Models of Civilian Police Review*).

53 Worden & McLean, לעיל ה"ש 51, בעמ' 486.

54 פרופ' באדי חסיסי. דבריו שמורים בידי המחברים. כן ראו נורית יכימוביץ-כהן "דיווח על שימוש משטרתי בכוח: המצב בישראל וסקירה משווה" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 6.4.2021); גיא לוריא "גירעון אחריותיות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל" **משפט, חברה ותורות** ד 415 (2021).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

צריכה להיעשות בהתאם לתנאי סעיף 8 לחוק היסוד: בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, אם היא תואמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לפיכך, בדומה להוראות המתייחסות להפעלת פקחים עירוניים ומערך אכיפה עירוני, נדרש שהסדרת סמכויות המשמר הלאומי והסמכת סוכני האכיפה שיפעלו במסגרתו תהיה ברורה ומעוגנת בחקיקה ראשית.⁵⁵ כמו כן, עצם הפרדת המשמר ממשטרת ישראל, דהיינו – הקמת כוח בעל עוצמה רבה כנגד האזרחים – דורש שתיעשה למען תכלית ראויה, שאינה קיימת במקום שבו כוחות השיטור הקיימים עונים על דרישה זו.

1. סיכום

ההצעה ליצור גוף משטרת־צבאי חדש ונפרד, דהיינו: גוף לו מסור כוח כופה עצום כנגד האזרחים, דורשת הצדקות ומגבלות שאינן קיימות כרגע. במסמך זה הצגנו בקצרה את הבעיות הנראות לעין כבר כעת, עוד טרם הובררו פרטי ההפעלה של המשמר הלאומי. בעמדתנו התבססנו על שני מושגים חיוניים לדיון – שיטור דמוקרטי ואי־תלות של המשטרה – וכן לשתי נקודות מוצא קריטיות לשיקולים שיש להביא בחשבון בכל הערכה של נחיצות שינויים בכוח משטרי: הקשר בין אמן, לגיטימציה, ציות לחוק ושיתוף פעולה, ומגבלות הנובעות מהרקע הנורמטיבי להקמת כוח שיטור בישראל. סקירת בסיס זו הובילה לקביעת שלושה עקרונות לפעולת כוח משטרי, ולניתוח הבעיות של ההצעה הנוכחית בכל אחד מפרמטרים אלה. ראשית, הפעלת הכוח המשטרי תעשה רק על פי שיקול דעתו המקצועי והעצמאי של מפכ"ל המשטרה, בעוד שבמתווה הנוכחי קיים חשש כבד מפוליטיזציה של הכוח והיעדר לגיטימציה, בעיקר בהינתן שאופיו עשוי להיות מעין צבאי. שנית, על הכוח המשטרי להיות כפוף למנגנוני בקרה (ביקורת פנימית וחיצונית, לרבות מח"ש ומבקר המדינה), כאשר כבר כיום קיימת ביקורת על מידת הדיווחיות של משטרת ישראל. לבסוף, נדרשת הסמכה ברורה ומפורשת וכמובן – חייבים להישמר עקרונות חוקתיים, לרבות דרישת התכלית הראויה, שספק רב אם מתקיימת כאן. במצב דברים זה ספק אם אכן הנאמנות לשלטון החוק היא שתכוון את הגוף החדש. כאמור, עולה תהייה משמעותית באשר לתכלית של המשמר הלאומי ומדוע הוא נחוץ כגוף נפרד ממשטרת ישראל כמנגנון של שיטור ואכיפה. התשובה לשאלה זו לא ברורה כלל, ויש אפילו בסיס לחשוב שנוזקו של המשמר עולה על תועלתו. דהיינו, בעתיד עשויה לעלות שאלת חוקתיותו של משמר זה, ככל שיוקם. ככלל, כל התכליות שמפורטות בהחלטת ממשלה 442 יכולות להיות מושגות באמצעות המסגרות הקיימות במשטרה ובמשמר הגבול. אשר על כן מתעורר החשש שהתכלית העיקרית של הקמת המשמר הלאומי אינה חיזוק המשטרה אלא ניסיון להעניק לשר לביטחון לאומי, דהיינו – לגורם פוליטי, שליטה על כוח שיטור, תוך ניסיון לעקוף את המגבלות החוקתיות באשר לשליטה ישירה של השר על פעילות המשטרה.

לבסוף נעיר לגבי הליך הבדיקה של אפיון תפקידיו ואופיו של המשמר הלאומי, הליך שהחלטת ממשלה 442 מתווה אותו.⁵⁶ במהותו, המשמר הלאומי אינו אלא יחידה במשטרת ישראל. לדעת

55 החוק לייעול האכיפה והפיקוח העירוניים ברשויות המקומיות (הוראת שעה), התשע"א–2011.

56 ס' 3 להחלטת הממשלה 442 קובע את הרכב הוועדה שתוקם בראשות מנכ"ל המשרד לביטחון לאומי, בהשתתפות נציגי משרדים וגופים רלוונטיים וחייב להגיש את המלצותיה בזמן קצוב ומהיר של 90 ימים.

מומחים, יצירת כל דרך פעולה משטרתית חדשה דורשת מחשבת עומק, כולל מחשבה על פתרונות מניעתיים ולא פתרונות שיובילו להפעלת כוח רבה יותר כנגד אזרחים. הדרך להקמתו אפוא היא בעבודת מומחים ובעבודת מטה בתוך משטרת ישראל, שתיבחן את הצרכים הרלוונטיים, תציע סדר עדיפויות בהקצאת משאבי כוח אדם ותקציב, ותציע את המסגרת הארגונית המתאימה להפעלת היחידה הזו. החלטת הממשלה 442 קובעת כי אחד מתפקידי הוועדה אשר תקום, בראשות מנכ"ל המשרד לביטחון לאומי, יהיה "בחינת הצורך בהקמת גוף זה כגוף עצמאי ונפרד מהמשטרה".⁵⁷ האם ניתן לצפות שכאשר מלאכת הקמת הוועדה הוטלה על השר, כאשר מנכ"ל המשרד הוא ראש הוועדה, ובין חבריה אין מומחים עצמאיים אלא נציגי גופים רלוונטיים בלבד, יהיה הדיון מקיף ובלתי מוטה? חשוב לשים אל מול עיני הוועדה וקובעי המדיניות את האמירה המפורסמת של המלומד Roach –

"A democracy that does not hold its police accountable can become a police state, in which those entrusted with the state's most coercive powers may defy the rule of law with impunity".⁵⁸

דמוקרטיה שבה אין למשטרה דיווחיות עלולה להפוך למדינת משטרה, שבה האנשים להם מוענק הכוח הכופה ביותר של המדינה עלולים להפר את שלטון החוק מבלי לשאת בתוצאות. Roach ציין גם ששיטור דמוקרטי תלוי בבריאותה של הדמוקרטיה המדוברת. אמירה זו עולה בקנה אחד עם מסקנתנו כי במקום שבו קיימות הקצנה פוליטית, חוסר משילות, חוסר דיווחיות וחוסר באמון הציבור (בעיקר של קבוצות מיעוט) לגבי כוחות השיטור הקיימים – ספק רב אם יצירת הכוח החדש אכן מייצרת פתרון כלשהו להגברת הביטחון האישי.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עילי אהרונסון, אוניברסיטת חיפה

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' אלון הראל, האוניברסיטה העברית

פרופ' חגית לרנאו, אוניברסיטת חיפה

פרופ' דנה פוגץ', הקריה האקדמית אונו

ד"ר סיגל שהב, המרכז האקדמי למשפט ועסקים

תודה לפרופ' באדי חסייסי על הערותיו ולמאיה בלדרמן על הסיוע

57 שם.

58 Roach, *Models of Civilian Police Review*, לעיל ה"ש 52.

תגובה להצעה לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים)

הופץ במקור ביום 23.2.2023 כנייר עמדה מס' 17

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 מתייחסים לתוכנית לפגוע במחלקה לחקירת שוטרים. אנו רואים סכנה של ממש בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה ("חוק מח"ש").¹ הצעה זו היא נדבך נוסף בביטול שלטון החוק ובפוליטיזציה של המערכת המשפטית כולה ואף מעלה חשש שזהו הצעד הראשון בלבד בהתערבות של פוליטיקאים באכיפת החוק הפלילי במדינת ישראל.²

כפי שנפרט, כל רכיב בהצעה בפני עצמו אינו משיג את מטרתה המוצהרת של הצעת החוק, אלא יוביל לתוצאות הפוכות מהנאמר בדברי ההסבר. דהיינו, במקום לאפשר חקירות ותביעות בלתי מוטות, הרי שההצעה מבטיחה מראש את הטיית פעולת מח"ש ומאפשרת השפעה פסולה על פעולת רשויות התביעה. כאשר מחברים את רכיבי ההצעה זה לזה מתקבלת תמונה חד־משמעית וברורה: קבלת הצעה זו משמעותה כרסום משמעותי בעצמאות התביעה, התערבות של פוליטיקאים באכיפת החוק הפלילי, פוליטיזציה של מח"ש, הן בניהולה הן בדרך פעולתה, פגיעה במאבק נגד השחיתות, ואין בהצעה קידום כלשהו של מטרות אותן ראוי לתקן בנושא פעולת מח"ש, בראש ובראשונה קידום עקרונות השוויון בפני החוק.

את הצעת החוק לא ניתן להפריד ממערך החקיקה הכולל, בפרט זה העוסק במערכת אכיפת החוק. כזכור, תיקון פקודת המשטרה הקודם התבצע ב"חוק בן גביר".³ קריאת שני התיקונים יחד מעידה על צעדים ברורים לכיוון פוליטיזציה של מערכת אכיפת החוק כולה. עיקרו של תיקון מס' 37 הוא

- 1 הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (המחלקה לחקירת שוטרים), התשפ"ג–2022 (פ/586/25), עברה בקריאה טרומית ביום 22.2.2023.
- 2 אין מדובר בסקירה ממצה, אלא בתגובה ראשונית להצעת החוק בלבד. עם זאת נציין כי בעולם קיימת מגמה להעברת הטיפול בתלונות על המשטרה לגורמים עצמאיים, להבדיל מגורמים פוליטיים. ראו גיא לוריא "גירעון אחריות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל" **משפט, חברה ותרבות** ד 415 (2021); איתי פידלמן "גופים לחקירות שוטרים – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 2015), אשר מתייחס למשל למצב בניו־זילנד שבה עצמאותה של הרשות מעוגנת בחקיקה, וכדי להבטיח אותה היא אחראית כלפי הפרלמנט (ולא כלפי אחד מגופי הממשלה) והחוק אוסר מעורבות פוליטית בפעילותה של הרשות.
- 3 חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג–2022.

בהכפפה של המשטרה לשר לביטחון לאומי, תוך קביעה חריגה, מפורשת ומפורטת בדבר התוויית מדיניות פעולת המשטרה בידי השר בלא איזונה באמצעות הבטחת עצמאות שיקול דעתה המקצועי. לכך ניתן לצרף כמובן את השינוי המהותי במינוי שופטים ויועצים משפטיים לו חותרת הקואליציה הנוכחית, שיוביל גם הוא לתוצאות דומות. כך, מקריאת דברי החקיקה החדשים והמוצעים יחד מתבהרת המטרה: פוליטיזציה של מערכת אכיפת החוק הפלילי, ובעקבות צעד זה – אפשרות לאובדן הערכים החשובים ביותר למערכת זו, בעיקר השוויון בפני החוק.

נימוקי נייר העמדה

1. ראשית, ההצעה מרחיבה את פעולת מח"ש מעבר לאנשי משטרה ואנשי שב"כ, ומחילה אותה גם על חקירות של תובעים, כלומר: תובעים, פרקליטים, פרקליטי מחוז ואף פרקליט המדינה יהיו כפופים כנחקרים למחלקה לחקירת שוטרים. יש בכך משום איום מפורש על פעולתם של פרקליטים. עצמאות הרשות התובעת, שהיא אחד מנדבכי היסוד בשלטון החוק, נכפפת בהצעה זו לגחמותיהם של פוליטיקאים, תוך איום אישי על פרקליטים, ביניהם כמובן פרקליטים העוסקים בתיקי שחיתות ציבורית.⁴ שלטון החוק והשוויון בפני החוק, שהם הבסיס לעקרון עצמאות התביעה, ייפגעו מכך פגיעה אנושה. עצמאות התובעים חשובה מעין כמותה בהיותם ממלאים תפקיד מעין שיפוטי ייחודי בהחלטתם אם להעמיד אדם לדין, ואין להכפוף תפקיד זה לדרג פוליטי. לשם השוואה לבעייתיות השליטה הפוליטית בתביעה והקשר לאי-מניעת שחיתות, נציין את המצב בהונגריה, שבה, בין השינויים המידיים שנערכו עם המהפכה המשפטית, הפך תפקיד התובע לכפוף לפוליטיקאים, הוארכה כהונתו לשנים רבות, ותחום סמכותו הורחב כך שיוכל למשל להעביר תיקים לבתי משפט על פי בחירתו.⁵ עוד נאמר שלמשרד התובע הכללי יש "אפקט מצנן" על חקירת שחיתות במשטרו של אורבן.⁶
2. ניתן ורצוי לחזק את מערך הביקורת על התביעה, תוך לדוגמה הרחבה לתביעות משטרה, גוף שכרגע אינו מפוקח דיו, על אף היותו רשות התביעה המטפלת בכ-90% מהתיקים הפליליים בישראל.⁷ אולם, קיימות דרכים רבות לחזק את הביקורת על התביעה באופן שלא יפגע בפעולתה ובעצמאותה.⁸ הדגש העיקרי של ההצעות השונות אשר עלו עד כה הוא יצירת גוף ביקורת עצמאי,

4 מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים (2) 173 (1996); גיא לוריא ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה (בהנחיית מרדכי קרמניצר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011).

5 Miklós Bánkuti, Gábor Halmai & Kim Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, 23(3) JOURNAL OF DEMOCRACY 138, 143–144 (2012).

6 Sándor Ésik, *A Practitioner's View. Hungary's Shambolic Anticorruption Proposals* (31.10.2022), verfassungsblog.de/hungarys-shambolic-anticorruption-proposals/. ראו פורום המרצות והמרצים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 21: השלכות ההפיכה המשטרית על המשפט הפלילי ורשויות אכיפת החוק" (הופץ ביום 2.3.2023) (להלן: נייר עמדה פלילי), להרחבה בעניין משמעויות סיוע משרד התובע ושינוי החוק הפלילי כדרך שלא לחקור שחיתות ועם זאת – לא להיחשף לביקורת האיחוד האירופי.

7 ראו משטרת ישראל "השנתון הסטטיסטי 2021" בעמ' 57 ואילך (15.8.2022) <https://bit.ly/3o6yMwX>.

8 ראו מיכל טמיר "הטעות שבהתנגדות: על ביקורת חיונית והתנגדות מיותרת לנציבות הביקורת על מערך התביעה" מעשי משפט 203 ז (2015).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

- מקצועי וייעודי**, כדוגמת הביקורת אשר נעשתה בידי השופטת (בדימוס) גרסטל, ושקילת אפשרות הרחבת סמכויות נציבות תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, בצד חיזוק אי-תלותה.⁹ לצד זאת ניתן למצוא הצעות "רכות", אם בתחום האתיקה או מתוך גיבוש נהלים פנימיים מקדמי תקינות.¹⁰ עם זאת, ברור שזו איננה כוונת ההצעה הנוכחית, שכן ההצעות המונחות כרגע על שולחן הכנסת, במיוחד לביטול עילת הסבירות, באם תחול גם על רשויות התביעה, יפחיתו אף את הביקורת השיפוטית המועטה הקיימת גם היום על פעולת רשויות התביעה וייצרו, כאמור במסמך זה, גוף הנתון בעיקר לפיקוח פוליטיקאים.¹¹
3. ההצעה מכפיפה את מח"ש לשר המשפטים ולמנכ"ל משרד המשפטים, לרבות לעניין מינוי מנהל המחלקה על ידי שר המשפטים. כיום מח"ש מצויה במשרד המשפטים, אולם תחת אחריותו המקצועית של פרקליט המדינה, ולכן גם בטווח עיסוקה של היועצת המשפטית לממשלה. כלומר, מדובר בפוליטיזציה מוחלטת של ניהול המחלקה, במינויים שיהיו פוליטיים ולא מקצועיים במהותם. בעוד שהמטרה המוצהרת של הצעת החוק היא "לאפשר חקירה חסרת פניות", הרי שברור שהצעת החוק בנוסחה זה תיצור גוף הכפוף כולו לשר המשפטים, ועל כן מוטא מלכתחילה בגלל המינויים הפרסונליים.
- יתר על כן, יש בהצעה זו התרחקות משמעותית עוד יותר מהעקרונות שהתוו בעולם כתנאי לחקירה אפקטיבית: עצמאות החקירה, יסודיותה, מהירותה, שקיפותה, מעורבות המתלוננים ונגישות מערך התלונות.¹²
4. ההתרחקות מרצון אמיתי להוביל לחקירות מקצועיות ניכרת גם באפשרות הכלולה בהצעה, למנות גורם פוליטי לא ראוי כמנהל המחלקה. למרות שההצעה מאפשרת למנות כל אדם שיכול להתמנות כשופט לבית המשפט בעליון, היא רחוקה מלהבטיח מינוי ראוי ומקצועי. יש לזכור כי התנאים למינוי שופט כאמור מאפשרים מינוי של כל אדם הרשום, או זכאי להיות רשום, בפנקס עורכי הדין, ולו ותק של 10 שנים ומעלה בעריכת דין, בשפיטה או בתפקיד משפטי אחר בשירות המדינה, או בהוראת משפטים. יתרה מזו, לבית המשפט העליון, ואליה בלבד, ניתן למנות אף "משפטי מובהק" שאין לו השכלה משפטית פורמלית.¹³ כלומר, בניגוד למצב כיום שבו ממונה גורם מקצועי, הרי ששר המשפטים יוכל למנות כמנהל המחלקה אדם שלא רק שאינו פרקליט, אלא אדם שאינו בעל השכלה, ניסיון או ידע רלוונטי כלשהו. עניין זה אינו עולה כמובן בקנה אחד עם תפקיד מח"ש, לחקור ולהעמיד לדין שוטרים שהפרו את הדין, תוך התנהלות מקצועית הכפופה לחוק.
5. נקודת המוצא של פורום המרצים היא שגם אם יש דברים שצריך לתקן, ואין ספק שצריך לתקן אותם, הרי שזו לא הדרך. על מנת לשפר את הקיים, יש ליצור מערכת אפקטיבית לבדיקת תלונות כנגד שוטרים, שתקדם את אחריותה של המשטרה.¹⁴ אנו מסכימים עם ד"ר גיא לוריא, שציין
9. שם. ראו גם אליעזר גולדברג "חוות דעת בנושא בחינת פעילות נציבות הביקורת על מערך התביעה" (8.10.2015); חוק נציבות תלונות הציבור על מייצגי המדינה בערכאות, התשע"ו-2016, ס"ח 1162.
10. מיכל טמיר ודנה פוגץ' "נפגעי עבירה והסדרי טיעון: דחיפה קלה (nudge) בכיוון הנכון" ספר עדנה ארבל 241 (שלי אביב ייני ואח' עורכים 2022).
11. ראו נייר עמדה פלילי, לעיל ה"ש 6.
12. לוריא "גירעון אחריותיות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל", לעיל ה"ש 2, בעמ' 423.
13. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס' 2.
14. לוריא "גירעון אחריותיות במערך הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל", לעיל ה"ש 2.

שמנגנון טוב לטיפול בתלונות כנגד שוטרים הוא "מנגנון הכרחי לשם הגנה על עקרון השוויון באכיפת החוק, שבלעדיו אי אפשר לדבר על אכיפת חוק הוגנת".¹⁵ הצעות החוק הנוכחיות, לרבות הצעה זו, לא רק שאינן מקדמות שוויון בפני החוק, אלא גרוע מכך, הן מאפשרות הפליה פסולה. לא האוכלוסייה האתיופית היא שעומדת לנגד עיני המחוקקים, כפי שהיה למשל בהצעתו של ח"כ גדי יברקן, הצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (הרכב המחלקה לחקירת שוטרים), התש"ף–2020, אשר במסגרתה הוצע להפוך את מח"ש לגוף אזרחי תחת משרד המשפטים ולוודא שאנשי מח"ש לא יהיו שוטרים או שוטרים לשעבר. מבלי להסכים להצעתו של יברקן, הרי שהיא אינה חותרת תחת יסודות הדמוקרטיה.

הכתיבה על מח"ש מלמדת כי מרבית התלונות מגיעות מקרב מיעוטים וקבוצות מוחלשות בחברה הישראלית, אשר דווקא כלפיהם מפעילה המשטרה את כוחה הכופה באופן שעשוי להצדיק הגשת תלונה ופעמים תוך שיטור יתר. מאחר שמדובר בשירות לטובת קבוצות מוחלשות, הוא אינו זוכה לביקורת ציבורית מספקת, למעט באירועים חריגים כגון בעניינו של סלומון טקה ז"ל. עם זאת, יש לציין כי אוכלוסיות מיעוט או אוכלוסיות מוחלשות נוטות להימנע מלהגיש תלונה למשטרה, זאת בשל חסמים ביורוקרטיים, חסמי מידע, חסמים פסיכולוגיים וחברתיים. בהקשר זה נזכיר עוד כי התלונות הקלות כנגד שוטרים לא מגיעות למח"ש אלא מטופלות על ידי המשטרה. לכן, מראש ברור שההצעה מכוונת להשתקת תלונות חמורות ובהמשך, כאמור, לאיום על הפרקליטות.

6. בשנים האחרונות נעשים שיפורים בעבודת מח"ש בהיבטים שונים, כעולה מהדוח השנתי האחרון אודות מח"ש.¹⁶ מח"ש הרחיבה את פעילותה, כך שחלה עלייה בהיקף התלונות שהופנו אליה; בתיקים רבים החלטה על סגירת תיק נעשתה לאחר ביצוע חקירה פלילית או בדיקה מקדימה פלילית; 70% מההליכים השיפוטניים הסתיימו בהרשעה מלאה או חלקית; ועוד. הצעת החוק איננה מעודכנת ולא מבטאת תהליכים אלו. במיוחד יש לציין כי על פי דוח הפרקליטות הושלם תהליך אזרוח מלא של אגף החקירות במח"ש וכל החוקרים במח"ש הם עובדי משרד המשפטים בלבד. כמו כן, קיים ייצוג לקבוצות שונות בקרב עובדי מח"ש, ובכלל זה יוצאי אתיופיה, ערבים, נשים, חרדים ואנשים עם מוגבלות.

7. על פי דברי הסבר להצעת החוק, הקושי המרכזי הוא בממשקי העבודה ההדוקים בין המשטרה לבין הפרקליטות, אשר יוצרים ניגוד עניינים בטיפול בתלונות – הן בשלב החקירה והן בשלב ההעמדה לדין. גם הסבר זה אינו עולה בקנה אחד עם ההצעה. אם זו אכן הייתה מטרת ההצעה, הרי שניתן היה להשיגה ביתר קלות ובצורה משמעותית הרבה יותר, מבלי לפגוע בעצמאות מח"ש שנבנתה בשנים האחרונות כאמור, אלא בדרך של הפרדת התביעה המשטרתית מהמשטרה. בוודאי שתמיד יהיו ממשקי עבודה בין הרשות התובעת למשטרה, אולם בהפרדת הגופים (כפי שהפרקליטות היא גוף נפרד) יש לפחות אמירה בדבר היותם גופים שונים, כמו גם השלכות ממשיות שתהיינה להפרדה זו.¹⁷ כאמור, התביעה המשטרתית מטפלת כיום בכ-90% מהתיקים

15 שם, בעמ' 417.

16 דו"ח פרקליטות המדינה לשנת 2020, 40 (2022).

17 עצם העובדה שנתוני תביעות משטרה מופיעים היום כחלק מנתוני משטרת ישראל מעידה על קשר הדוק.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

הפליליים בישראל, ומכאן ההיגיון בצעד זה של הפרדה, ולא בהפרדת מח"ש, שהיא גוף זעיר. ברי שאינטרסים אחרים הם שהשפיעו על הצעת חוק זו.¹⁸

8. הטיפול בתלונות נגד שוטרים כפוף לכמה עקרונות בסיסיים: מתן עצמאות ושיקול דעת מקצועי לשוטרים לצד הטלת אחריות עליהם בגין מעשים בלתי חוקיים שהם מבצעים, וכן ענישת השוטרים על הפרת הדין לצד שיפורים ארגוניים צופי פני עתיד.¹⁹ לא ברור כיצד הצעת החוק מתיישבת עם מתחים ועקרונות אלו בפעולתה של מח"ש. מדובר בעקרונות שלצורך יישומם נדרשים כלים מקצועיים ולא פוליטיים, והכפיפות לגורם פוליטי איננה משרתת אף אחד מהם, ואף פוגעת בהם.

לסיכום, תפקידה החשוב ביותר של התביעה כיום הוא ביטוי האינטרס הציבורי באכיפת החוק הפלילי.²⁰ ההצעה הנוכחית מעלה חשש גדול מפני פגיעה עצומה באינטרסים הציבוריים, לרבות שוויון בפני החוק, על חשבון קידום של אינטרסים אישיים של פוליטיקאים במערכת אכיפת חוק המנוהלת על ידי פוליטיקאים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' דנה פוגץ', הקריה האקדמית אונו
ד"ר סיגל שהב, המרכז האקדמי למשפט ועסקים

18 נציין בהערת אגב שעל כמה מאינטרסים אלה ניתן לעמוד מתוך זהותו של מגיש ההצעה, ח"כ משה סעדה, אשר על אף ניסיונו רב השנים במח"ש בתפקידים בכירים ותרומתו לשירות הציבורי בתיקי דגל שניהלה מח"ש, עדיין אקורד הסיום בכהונתו באי מינויו לראש מח"ש ופיטוריו ממשרד המשפטים, תוך שריון על ידי מר בנימין נתניהו ברשימת הליכוד לכנסת, מעלים את הצורך ב"תקופת צינון" בעיסוקו בנושא זה. לא ניתן להפריד גם בין יציאתו לתקשורת כנגד פרקליט המדינה הקודם, לבין האמור כאן.

19 לוריא "גירעון אחריות במערכת הטיפול בתלונות נגד שוטרים בישראל", לעיל ה"ש 2, בעמ' 420.

20 קרמניצר, לעיל ה"ש 4.

משמעויות הסכם העברת המנהל האזרחי לידי השר במשרד הביטחון

הופץ במקור ביום 5.3.2023 כנייר עמדה מס' 24

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 בוחנים את משמעות הסכם העברת המנהל האזרחי לידי השר במשרד הביטחון.

אנו מוצאים כי:

- על פי הסכם חלוקת סמכויות מיום 23.2.2023 בין שר הביטחון לשר הנוסף במשרד הביטחון, הועברו רוב סמכויות המנהל האזרחי, שהוא הגוף האחראי מטעם צה"ל על ניהול ההיבטים האזרחיים הכרוכים בממשל הצבאי בגדה המערבית, לשר הנוסף, ח"כ בצלאל סמוטריץ'.
- העברת האחריות והניהול של השטח לידיים אזרחיות (שר במשרד הביטחון, אף אם בתיאום עם שר הביטחון ובכפוף לאישור ראש הממשלה) היא הכפפה מפורשת ופומבית של ניהול השטח לשיקולים לאומיים וחברתיים של המדינה, בניגוד מוחלט למשפט הבינלאומי.
- ההסכם הוא צעד גלוי ורשמי שמעניק תוקף לטענות על כך שישאל משתמש בפרקטיקה של אפרטהייד, אשר אסורה במשפט הבינלאומי.

נימוקי נייר העמדה

בהסכם הקואליציוני שנחתם בין סיעת "הליכוד" לסיעת "הציונות הדתית", והיווה בסיס להקמת ממשלת ישראל ה-37, נקבע כי ליו"ר סיעת הציונות הדתית, ח"כ בצלאל סמוטריץ', יינתנו סמכויות מיוחדות בכל הנוגע ליהודה והשומרון.¹ עם כינון הממשלה תוקן חוק-יסוד: הממשלה, על מנת לאפשר את כניסתו של ח"כ סמוטריץ' כשר נוסף במשרד הביטחון.²

לאחר כמה שבועות של חוסר בהירות בנוגע למהות הסמכויות שהועברו במסגרת ההסכם הקואליציוני, נחתם ביום 23.2.2023 הסכם בין שר הביטחון יואב גלנט לבין השר במשרד הביטחון

1 רונית לוין-שנור, יעל ברדה, תמר מגידו ואיתמר מן "בארבעת עמודי ההסכם מתחבא הסיפוח דה יורה" הארץ (5.12.2022) <https://bit.ly/44KYLud>

2 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11), 27.12.2022.

בצלאל סמוטריץ', המסדיר את חלוקת הסמכויות ביניהם.³ על פי ההסכם, רוב סמכויות המנהל האזרחי, שהוא הגוף האחראי מטעם צה"ל על ניהול ההיבטים האזרחיים הכרוכים בממשל הצבאי בגדה המערבית, מועברות לבצלאל סמוטריץ' בהיותו "שר נוסף במשרד הביטחון". עוד על פי ההסכם השר הנוסף יקים מנהלת התיישבות, שתנהל את פעילות היחידה לתיאום פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש) והמנהל האזרחי, ותהיה אחראית ל"הסדרת ההתיישבות", ולהובלת וביצוע רפורמת "אזרחות שווה" ביהודה ושומרון, שעניינה "טיוב ויעול השירותים הניתנים ביהודה ושומרון, בין היתר באמצעות משרדי הממשלה". לפי ההסכם הקואליציוני, רפורמה זו תכלול מהלך להשוואת הדינים אשר יחולו על ההתנחלויות בשטחים לדינים החלים בישראל. עוד נקבע בהסכם כי שר הביטחון יהיה רשאי לשנות את החלטותיו של השר הנוסף, אך רק לאחר שיציג נימוק בכתב להחלטה ולאחר ששמע את עמדתו של השר הנוסף בעניין. עם זאת, שר הביטחון לא יוכל להורות על שינוי ההחלטה ישירות למתפ"ש ולמנהל האזרחי, אלא יצטרך להודיע על כך לשר הנוסף שיעביר את ההנחיה בעצמו ליחידות אלו. כן נקבע שהייעוץ המשפטי בנוגע לפעולות ישראל בשטחים יפוצל, כך שהייעוץ המשפטי בתחומים שבאחריות השר הנוסף יינתנו על ידי אגף היועמ"ש למערכת הביטחון, אשר יהיה כפוף בעניינים אלו לשר הנוסף בלבד.

המנהל האזרחי הוא הזרוע לעניינים אזרחיים של המנגנון הצבאי שאמור על פי המשפט הבינלאומי לשלוט בגדה המערבית. העברתו לידי רשות אזרחית (משרד הביטחון) מפרה את הוראות המשפט הבינלאומי, ובפרט את תקנות האג משנת 1907, שמדינת ישראל מכירה בתחולתן לגבי הגדה המערבית ומסתמכת עליהן בכל פעם שהיא מפעילה סמכויות כלפי תושבי השטח הפלסטינים.⁴ תקנות אלה מניחות כמובן מאליו שניהול שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית צריך להיעשות על ידי מפקד צבאי ולא על ידי הרשויות האזרחיות של המדינה המחזיקה בשטח.⁵ תפיסה זו באה לידי ביטוי במנשר מס' 2 בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית), התשכ"ז–1967, בו נקבע כי המפקד הצבאי נוטל לידי את כל סמכויות השלטון בשטח. מנשר זה מעולם לא בוטל והוא תקף גם היום.⁶ הטעם לניהול השטח על ידי מפקד צבאי הוא שניהול השטח צריך להיעשות על בסיס שני שיקולים בלבד: צורכי הצבא בשטח המוחזק מצד אחד וצורכי האוכלוסייה המקומית מהצד האחר. כפי שבית המשפט העליון קבע לפני כארבעים שנה, אסור למדינה המחזיקה לנהל את השטח על פי האינטרסים הלאומיים, הכלכליים או החברתיים שלה.⁷ כדי שניהול השטח ייעשה בנאמנות לאינטרסים המוזכרים לעיל בלבד, על המפקד הצבאי ליהנות מעצמאות פונקציונלית בניהול היומיומי של השטח, בכפיפות לדיני התפיסה הלוחמתית. לשם כך השרשרת הפיקודית הצבאית האמונה על השטח צריכה להיות מובחנת מהממשלה האזרחית של המדינה המחזיקה. מיזוג יחידות צבאיות לתוך הממשל האזרחי של

3 לנוסח ההסכם ראו <https://bit.ly/3HT4RPp>.

4 תקנות האג, 1907, ס' 43.

5 כלשון תק' 42 לתקנות האג, "שטח נחשב לכבוש כשהוא נמצא למעשה תחת שלטון צבא האויב", וכן Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* ch. 1, para 183 (2nd ed. 2019) ("the government of an occupied territory is military per definitionem").

6 כן ראו מנשר מס' 7 בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה ושומרון), התשנ"ה–1995.

7 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז' (4) 785, פס' 13 (1983).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

המדינה שולל מהמפקד הצבאי עצמאות זו, ומכפיף את ניהול השטח לאינטרסים זרים לדיני התפיסה הלוחמתית.⁸

אם כן, העברת האחריות והניהול של השטח לידיים אזרחיות (שר במשרד הביטחון, אף אם בתיאום עם שר הביטחון ובכפוף לאישור ראש הממשלה) היא הכפפה מפורשת ופומבית של ניהול השטח לשיקולים לאומיים וחברתיים של המדינה, בניגוד מוחלט למשפט הבינלאומי. במידה רבה הכפפה זו אינה חדשה, שכן כבר היום המפקד הצבאי של הגדה המערבית פועל בכפיפות לממשלת ישראל ועל פי האינטרסים שלה, בצורה שעומדת בניגוד לדיני הכיבוש ולחובות על פי המשפט הבינלאומי.⁹ ההתחייבות בהסכם הקואליציוני וההסכם שנחתם עתה בעקבותיו מהווים הודאה פומבית של ישראל בכך שהיא מפרה את התחייבויותיה. לכך נוספת ההעברה של הייעוץ המשפטי הצבאי לגורמים במשרד הביטחון, אשר צפויה להעלים ממחזיקי הסמכות החדשים את העובדה שחובתם לפעול במגבלות של דיני הכיבוש.¹⁰

הקמת "מנהלת התיישבות" שאחראית להסדרת מעמדם של הישראלים המתגוררים בשטחים לצד העברה של ניהול ההיבטים האזרחיים של חיי הישראלים מזה"ל למשרד הביטחון משמעה העצמת המצב שבו יש מערכות משפט נפרדות לישראלים ולפלסטינים,¹¹ ונסיגה מהמחויבות למסגרת הנורמטיבית של דיני הכיבוש. כפי שיוסבר להלן, לצעדים אלו יש השלכות מרחיקות לכת על אחריותה של ישראל כלפי התושבים בשטח, על מעמדה בשטח ועל חבותם הבינלאומית הפלילית של מנהיגיה. יש להדגיש שתוכנית "אזרחות שווה" שההסכם מקדם היא מפלה: היא מעצימה את השוני הקיים כבר היום במסגרת המשפטית ובדין החל, בין הישראלים המתגוררים בשטח לבין הפלסטינים, ומעמיקה את ההפליה ביניהם. ההסכם הוא צעד גלוי ורשמי שמעניק תוקף לטענות על כך שישראל משתמשת בפרקטיקה של אפרטהייד, אשר אסורה במשפט הבינלאומי. הוא חושף אזרחים ישראלים לאישומים בגין פשע האפרטהייד, שבגינו ניתן להעמיד אנשים לדין בבית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC).¹²

ההסכם קובע ש"אין דבר במסמך זה כדי לשנות את מעמדו החוקי של אזור יהודה והשומרון, את הדין החל בו, ואת סמכויות הדרג המדיני ומשרד הביטחון לגביו". ככל שמשפט זה נועד להדוף טענות

8 ELIAV LIEBLICH & EYAL BENVENISTI, OCCUPATION IN INTERNATIONAL LAW 31–32 (2022); Tamar Megidido, Ronit Levine-Schnur & Yael Berda, *Israel is Annexing the West Bank. Don't be Misled by its Gaslighting*, JUST SECURITY (9.2.2023), <https://bit.ly/3HX0yT2>

9 הדוגמה המובהקת לכך, שהציבור בישראל כבר כל כך רגיל אליה עד שאינו מבחין בה, היא הקמת ההתנחלויות עצמן ותפיסת קרקע עבורן. מדיניות זו משרתת צורך מדיני מובהק שלא רק שאינו נחוץ לצורכי ביטחון או מיטב עם האוכלוסייה המקומית, אלא יוצר נטל ביטחוני כבד ופוגע אוכלוסייה המקומית.

10 Ronit Levine-Schnur, Tamar Megidido & Yael Berda, *A Theory of Annexation* (5.2.2023), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4330338

11 האגודה לזכויות האזרח "דוח חדש של האגודה: שלטון אחד, שתי מערכות חוק" (23.11.2014) <https://law.acri.org.il/he/33351>

12 יעל רונן "מסירים מסיכות" העין השביעית (18.1.2023) www.the7eye.org.il/475978

על כך שישראל מספחת את השטח, אין להצהרה זו משמעות.¹³ ההתכחשות לעובדות אינה משנה אותן: מרגע שהמפקד הצבאי חדל מלהיות הסמכות העליונה בשטח וניהול השטח נעשה על ידי משרדי הממשלה האזרחית של ישראל, ההבחנה בין שטח הגדה המערבית לבין שטחה של מדינת ישראל מיטשטשת באופן רשמי וממוסד, ולא רק בפועל, תהליך המתרחש מזה למעלה מיובל.

זאת ועוד, ההתכחשות של ממשלת ישראל למגבלות החלות על אופן ניהול השטח כאמור בדיני התפיסה הלוחמתית, לרבות העברת ניהול השטח לידי משרדי הממשלה כאמור בהסכם, **שומטת באופן מובהק את הבסיס המשפטי לשליטתה בו אפילו לשליטתה של מדינת ישראל**. מצב זה מהווה עליית מדרגה בהפרת המשפט הבינלאומי. לא רק שהוא מחזק את התפיסה שישראל מספחת את השטח בניגוד למשפט הבינלאומי, אלא הוא עשוי להגיע כדי מעשה תוקפנות, המשליך הן על אחריותה של המדינה, הן על אחריותם האישית של מנהיגיה. לאפיון זה עשויות להיות תגובות מרחיקות לכת בקהילה הבינלאומית, החל בדרישה ליציאה מידית מהשטח בלא תנאים, וכלה סירוב לשתף פעולה עם ישראל בכל אופן שעשוי לאפשר את המשך שליטתה בו.¹⁴ נציין שהשאלה בדבר אופן שליטתה של ישראל בשטחים עומדת בימים אלו בפני בית המשפט הבינלאומי בהאג (ICJ), במסגרת בקשת העצרת הכללית למתן חוות דעת מיעצת. אין ספק כי בית הדין הבינלאומי ייתן דעתו להסכם שנחתם, וכי יהיה בהסכם כדי להשפיע על חוות דעתו.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' יעל רונן, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט
פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס, הקריה האקדמית אונו
ד"ר רונית לוי-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר תמר מגידו, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

Tamar Hostovsky Brandes, *Annexation is in the Details*, VERFASSUNGSBLOG (3.1.2023), 13
Levine-Schnur, Megiddo & Berda ; <https://verfassungsblog.de/annexation-is-in-the-details> לעיל

ה"ש 10.

Yaël Ronen, *Will History Repeat Itself? Anticipating the ICJ Advisory Opinion on the Legal Status* 14
of Israel's Occupation and Its Consequences, EJIL: TALK! (30.1.2023), <https://bit.ly/3liexmv>

חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים בשטחים

הופץ במקור ביום 4.7.2023 כנייר עמדה מס' 51

תקציר

בנייר עמדה זה אנו עומדים על חובתו המשפטית של צה"ל להגן על הפלסטינים בשטחים. אנו מראים כי:

- התופעות של התקפות אלימות בידי מתנחלים כלפי גופם ורכושם של פלסטינים המתגוררים בשטחים, והימנעותם של כוחות הביטחון מאכיפה נאותה של החוק עליהם, אינן חדשות והן מוכרות לרשויות ומתועדות לפחות מאז שנות השמונים של המאה הקודמת. ואולם, מה שאנו עדים לו בעת האחרונה – אירועים כדוגמת הפוגרומים בחווארה, תורמוס עיא ואום ספא – מתגבש לכדי איום חדש לשלטון החוק, ולשמירת הסדר והביטחון בשטחים.
- איום זה נובע משילוב מסוכן בין מסרים הנשמעים מצד גורמים בכירים ביותר בממשלה, התכחשות לחובותיה המשפטיות של המדינה בשטחים, והמהלכים להחלשת המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק ואכיפת החוק, ובראשן מערכות הייעוץ המשפטי ובית המשפט העליון.
- על כוחות הביטחון מוטלת חובה משפטית לשמור על החוק, הסדר והביטחון בשטחים, ובכלל זאת החובה להגן על תושביהם של שטחים אלה מפני פגיעה בגופם וברכושם. משמעותה של חובה זו היא כי על הצבא להיערך כדי למנוע פגיעות גם בתושבים הפלסטינים; לפעול בזמן אמת להפסיק התקפות עליהם ועל רכושם, ובמקרה שאלה התרחשו, לערוך חקירה במטרה לאתר את האחראים לפגיעה ולהעמיד אותם לדין.
- בהתקפות האלימות מבוצעות עבירות פליליות חמורות לפי הדין בישראל ובשטחים, העלולות לעלות כדי פשעי מלחמה לפי המשפט הבינלאומי. כפי שקבעו ראשי כוחות הביטחון מדובר במעשי טרור, לפי הגדרת מושג זה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016.
- בהיעדר הליכי חקירה והעמדה לדין נאותים במדינה, המעורבים באירועים אלה – אזרחים ומפקדי צבא כאחד – עלולים להיחשף להעמדה לדין בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי ובפני בתי משפט במדינות אחרות.
- בהיעדר פעולה נחושה להגנה על ביטחונם של פלסטינים ולאכיפת החוק על הפרעים בהם, צפוי בית המשפט הבינלאומי לצדק, בפניו תלויה ועומדת בקשת העצרת הכללית של האו"ם לחוות דעת על התנהגותה של ישראל בקיום כיבוש ארוך טווח בשטחים, לדון בהשלכותיה המשפטיות של הימנעות נמשכת זו. השלכות משפטיות אלה עלולות לכלול לא רק קביעות באשר להפרות להן ישראל אחראית אלא אף קביעות באשר לחובות החלות על האו"ם ועל מדינות אחרות כדי להבטיח את מילוי חובותיה הבינלאומיות של ישראל.

נימוקי נייר העמדה

א. מבוא

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הינו קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות כדי להתריע על הסכנות הגלומות בתוכניות ההפיכה המשטרית שמקדמת ממשלת ישראל ה-37. ניירות העמדה שהפורום פרסם עד כה עסקו בניתוח משפטי של הצעות חוק ויוזמות ממשלתיות אחרות שכוונו לפגיעה בעצמאותה של הרשות השופטת וביכולותיה לאזן ולרסן את הרשות המבצעת. בנייר העמדה הנוכחי אנחנו עוסקים במשמעות המשפטית של הימנעות רשויות הצבא מאכיפת החוק נגד מתנחלים המתפרעים בעיירות ובכפרים פלסטינים. בהתפרעויות אלה מבוצעים מעשים שהינם עבירות חמורות הן על פי החוק הישראלי והן על פי החוק הפלילי החל בשטחים, ואף עלולים להיות פשעי מלחמה לפי המשפט הבינלאומי. על רשויות הצבא מוטלת החובה המשפטית לפעול למניעת מעשים אלו, וככל שבוצעו, לחקור ולהעמיד לדין את המבצעים.

כגוף המחויב לשלטון החוק הפורום רואה לנכון להתייחס לסוגיה בוערת זו.¹ לדעת חברי הפורום, קיים קשר הדוק בין ההצעות הכלולות ב"הפיכה המשטרית" לבין צעדי הממשלה בשטחים. עבור גורמים מרכזיים בממשלה מטרתה העיקרית של הקואליציה הנוכחית היא לקדם בשטחים מדיניות הכוללת הרחבה מסיבית של ההתיישבות הישראלית בהם, ובכלל זאת הכשרת המאחזים שהוקמו בניגוד לדין הישראלי והבינלאומי תוך פגיעה בזכויות קנייניות ואחרות של פלסטינים תושבי השטחים.² ואולם, חלק מצעדים אלה אינם מתיישבים עם החובות המשפטיות החלות על מדינת ישראל, כפי שאלה הוגדרו במדיניות העקבית של ממשלות ישראל ופסיקת בית המשפט העליון לדורותיו.³ בשל כך, צפויים צעדים אלה להיתקל בהתנגדות משפטנים בפרקליטות הצבאית

1 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 15 : הפורום מסביר – מושגי יסוד והמהפכה המשטרית: שלטון החוק וזכויות יסוד" (הופץ ביום 15.2.2023), שבו בההרנו את משמעות המושג "שלטון החוק" בהקשר של מדינה דמוקרטית. כפי שאנו מבהירים, בנייר זה המשמעות המיוחסת לשלטון החוק היא מינימלית יותר כנגזר מאופייה של השליטה הישראלית על שטח זה המבוססת על שלטון צבאי שאינו דמוקרטי.

2 ביטוי לכך נמצא בהסכם הקואליציוני בין הליכוד לבין "הציונות הדתית" אשר מימושו כבר החל עם העברת חלק מסמכויותיו של שר הביטחון, לרבות האחריות על המנהל האזרחי לידי השר בצלאל סמוטריץ'. לפי ההסכם הקואליציוני ראש המפלגה התמנה לשר במשרד הביטחון האזרחי הן על המנהל האזרחי בשטחים הן על מתאם פעולות הממשלה בשטחים. בהסכם נקבע כי השר לא יקבל את הייעוץ המשפטי הנוגע לעניינים בסמכותו מן היועץ המשפטי לממשלה או מן הפרקליטות הצבאית שהייתה אחראית עד כה למתן ייעוץ משפטי לרשויות בשטחים, אלא מיועצים משפטיים שימונו במיוחד לשם כך ויישבו במשרדו של השר במשרד הביטחון. כן נקבע כי לא תוגש תשובה של המדינה לבג"ץ בעניינים הנמצאים בסמכותו של השר בלי אישורו. כמו כן נקבע כי הממשלה תסדיר את מה שמכנים "ההתיישבות צעירה", שם מכובס למאחזים שהוקמו בשטחים בלי האישורים הדרושים מטעם הרשויות, בניגוד לדיני התכנון והבנייה בשטחים, ולפעמים גם על קרקע פרטית של פלסטינים.

3 כך למשל, לפי פסיקתו העקבית של בית המשפט אין סמכות להפקיע קרקע פרטית כדי להקים עליה התנחלות. לאור פסיקתו של בג"ץ בעניין חוק ההסדרה (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו) 9.6.2009) ניתן להניח שבלי השינויים המוצעים בהפיכה המשטרית הניסיון להכשיר את כל "ההתיישבות הצעירה" ייכשל.

ובפרקליטות המדינה, ובכל מקרה יש יסוד סביר להנחה שלא יעמדו בביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.

לנוכח ההימנעות הנמשכת של כוחות הביטחון לאכוף את החוק נגד יהודים הפורעים בפלסטינים בשטחים, וזאת למרות ההסלמה וההתרחבות של התקיפות המתרחשת באחרונה, נדרש פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה להבהיר את חובות רשויות השלטון למנוע פשעים חמורים אלה ולהעמיד את האחראים להם לדין. כפי שנראה בהמשך, התקפות של מתנחלים כלפי גופם ורכושם של תושבים פלסטינים, ואי אכיפת החוק נגדם, אינן תופעה חדשה. ואולם, נראה כי לאחרונה חלה עליה משמעותית במספר התקפות אלימות אלה ובחומרתן.⁴ בשונה מבעבר, לא רק שהמערכת הפוליטית איננה מדרבנת את הצבא למנוע התקפות אלימות אלה, אלא שדמויות מרכזיות בקואליציה נותנות גיבוי לפורעים ואפילו בלמו התארגנות צבאית למנוע התנכלויות נוספות.⁵ השר לביטחון לאומי סיכל את הצעת שר הביטחון להחלטת גינוי מטעם הממשלה, ובו בזמן עודד מתנחלים לתפוס קרקעות ולהקים עליהן מאחזים.⁶ תמיכה מפורשת או מרומזת בפעולות המתנחלים משתלבת היטב במדיניות להרחבת ההתנחלויות בשטחים, להכשרת המאחזים הלא מורשים ולהקמת מאחזים נוספים, שמוביל השר בצלאל סמוטריץ'.⁷ יש המצביעים על קשר ישיר בין ההתנכלויות לבין המטרה להשתלט על קרקעות נוספות של פלסטינים בגדה המערבית.⁸

בפתח הדיון ראוי להדגיש כי המשטר הישראלי בשטחים איננו משטר דמוקרטי, אלא משטר של "כיבוש" או "תפיסה לוחמתית" (belligerent occupation). במשטר זה כל סמכויות השלטון מרוכזות בידי המפקד הצבאי האמור לפעול על פי הכללים הנוגעים בדבר של המשפט הבינלאומי. הגם שמשטר זה איננו נשען על ערכים דמוקרטיים, הוא חייב לעמוד בדרישות שלטון החוק, במובנו המינימליסטי – דהיינו כפיפות השלטון למשטר המשפטי המחייב אותו, ובמילוי חובותיו על פי משטר זה. כן ראוי להדגיש שהפלסטינים תושבי השטחים אינם מיוצגים במערכת השלטונית הישראלית להם כפופים,⁹ וההגנה היחידה העומדת להם כיום היא הגנה משפטית דרך ביקורת שיפוטית על רשויות המנהל והממשל. הגבלה נוספת של הביקורת השיפוטית על פעולות של הרשויות בשטחים הפוגעות

4 ראו נתונים על פגיעות בפלסטינים מצד מתנחלים בחודשים האחרונים באתר של משרד האו"ם לתיאום עניינים הומניטריים: <https://www.ochaopt.org/poc/30-may-12-june-2023>; עמירה הס "אלימות המתנחלים בגדה אינה מחדל, היא מדיניות ארוכת שנים" הארץ (30.6.2023) <https://did.li/dDICN>.

5 יניב קובוביץ' והגר שיזף "בכירים במערכת הביטחון: הממשלה מחבלת במאמצים להתמודד עם אלימות המתנחלים" הארץ (27.6.2023) <https://did.li/3a6w5>. אחרי ביטול חוק ההתנתקות ביחס לצפון הגדה המערבית הוציא אלוף הפיקוד צו שאסר את העלייה לאתר של חומש, התנחלות שפונתה במסגרת ההתנתקות. כאשר הצבא ביקש לפעול נגד הפעולה הבלתי חוקית של המתנחלים להתיישב במקום הוא קיבל הוראה מן הדרג המדיני לא לפעול בעניין: עמוס הראל "מול הממשלה שלא עוצרת באדום בוחק, בחומש צה"ל היה צריך לומר: עד כאן" הארץ (30.5.2023) <https://did.li/jmxaa>.

6 אלישע בן קימון "בן גביר קורא להקמת עוד מאחזים בלתי-חוקיים? 'רוצו אל הגבעות' Ynet (23.6.2023) <https://did.li/Rlrrl>.

7 הראל, לעיל ה"ש 5.

8 הס, לעיל ה"ש 4.

9 להבדיל מהמתנחלים המתגוררים גם הם בשטחים אלה, שהם אזרחי ישראל בעלי זכות בחירה ולהם נציגים בכנסת, בממשלה, בבתי המשפט וברשויות השלטון השונות הפועלות בשטחים, לפלסטינים תושבי השטחים אין זכות בחירה ואין ייצוג באף אחת מרשויות השלטון הישראלי לו הם כפופים.

בזכויותיהם, שגם כיום מצומצמת למדי, תשאיר אותם נעדרי הגנה על חייהם ורכושם מפני שרירות שלטונית.

ב. הפוגרומים בחווארה, תורמוס עיא ואום ספא

הפוגרום בחווארה זעזע את הציבור בישראל בשל חומרתו והתמיכה בו מצד מנהיגי ציבור, ובראשם שר האוצר בצלאל סמוטריץ' שהינו גם שר במשרד הביטחון האחראי למנהל האזרחי בשטחים.¹⁰ אולם, הפוגרום שבוצע בחווארה ביום 26.2.2023 בעקבות הרצח של שני האחים הלל ויגל יניב בפיגוע בצומת חווארה באותו היום, איננו המקרה הראשון שבו הצבא איננו מתערב כדי למנוע פגיעה בפלסטינים וברכושם. ההיפך הוא נכון: מקרה זה מתיישב עם דפוס פעולה של הרשויות בגדה המערבית לפחות מאז תחילת שנות השמונים.

אחרי הפוגרום בחווארה עשרים ושניים מרצים למשפט בינלאומי כתבו מכתב ליועצת המשפטית לממשלה ולפרקליטה הצבאית הראשית שבו עמדו על חובותיו של המפקד הצבאי בשטחים להגן על התושבים הפלסטינים ולחקור ולהעמיד לדין את כל אלה שהיו אחראים לפוגרום. בתשובה למכתב זה הכירה הפרקליטה הצבאית הראשית בכשל המערכתי שהוביל לאי־מניעת הפוגרום בחווארה. היא טענה כי לצבא "לא היה מידע מקדים על כוונה או היערכות לבצע אירועים בהיקף ובעצימות החמורים שהתרחשו". הפצ"רית הוסיפה כי בעקבות תחקיר על האירוע הופקו לקחים. היא ציינה כי "בפרט הורה הרמטכ"ל על הפקת לקחים לטובת היערכות מיידית מבחינת כוחות ומודיעין במרחבים מועדים לפשיעה לאומנית, לאחר פיגועים בגזרה".¹¹

ביום רביעי 21.6.2023 שוב ביצעו מתנחלים פשעים חמורים בעיירות פלסטיניות בגדה. בעקבות הרצח של ארבעה ישראלים בהתנחלות עלי, כ־200 מתנחלים פשטו על העיירה תורמוס עיא ושרפו בתים ומכוניות.¹² בתגובת דובר צה"ל שוב נאמר כי לא היה מידע מקדים על ההתפרעות, ובכל מקרה אין לצה"ל הכוחות גם להילחם בטרור וגם להגן על הפלסטינים כנגד פגיעות מצד מתנחלים.¹³ בלילה של 21.6.2023 כ־100 מתנחלים השחיתו חנויות והציתו בתי עסק, כלי רכב, תחנת דלק, שדה חיטה, עצי זית ומגרש גרוטאות במרחב הכפר לובן א־שרקיה,¹⁴ ביום חמישי 22.6.2023 מתנחלים ניתקו את

10 סיווג ההתפרעות בחווארה כ"פוגרום" משקף את העמדה שהביע אלוף פיקוד המרכז, יהודה פוקס, בראיון טלוויזיה מיום 28.3.2023, https://twitter.com/noa_landau/status/1630631714430042123?s=20.

11 למכתב הפצ"רית ראו <https://twitter.com/eliavl/status/1671531195908145158?s=20>.

12 לתיאור הפוגרום בתורמוס עיא ראו הגר שיוף, ג'קי חורי ויניב קובוביץ "כ־200 מתנחלים הציתו בתים ומכוניות בתורמוס עיא; פלסטיני נהרג מאש שוטרים" **הארץ** (21.6.2023) <https://did.li/MZCTY>; אורן זיו "מתנחלים הציתו את הבית. התחבאנו בשירותים". עדויות מתורמוס עיא "שיחה מקומית" (2.7.2023) <https://did.li/4a6w5>.

13 שיוף, חורי וקובוביץ, לעיל ה"ש 12.

14 יואב זיתון, אלישע בן קימון ועינב חלבי "שמשות חנויות נופצו, שדות וכלי רכב נשרפו | תיעוד מנזקי הפרעות ביו"ש" **Ynet** (21.6.2023) <https://did.li/0TT5q>.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

החשמל, הציתו בית ספר וניסו להצית בתים בכפר עוריף,¹⁵ וביום שבת 24.6.2023 עשרות מתנחלים הציתו מכוניות ובתים בכפר אום ספא.¹⁶

בכל המקרים הללו הצבא לא היה ערוך למנוע את ההתפרעויות ואת הפגיעה בפלסטינים וברכושם. בעוד שמאות אנשים השתתפו בפרעות, דווח על מעצרים של חשודים בודדים בלבד.¹⁷ זאת ועוד: כאשר חיילים הגיעו למקום הם הסתפקו במקרה הטוב בהשלכת רימון עשן, במקום לעצור את המתפרעים כדי למנוע את המשך ביצוע מעשי האלימות האלתר.¹⁸ יש לשאול אפוא איזה לקחים הופקו "לטובת היערכות מיידית מבחינת כוחות ומודיעין במרחבים מועדים לפשיעה לאומנית, לאחר פיגועים בגזרה"? אף לא אחת מהאפשרויות להצדיק את פעולת הצבא לנוכח הפרעות האלימות כשרה: האפשרות האחת היא שבפועל לא הופקו לקחים כלל; האפשרות השנייה היא שהצבא איננו מסוגל לבצע את הוראות הרמטכ"ל ולמנוע התקפות אלימות של אזרחים; האפשרות השלישית היא שהצבא מבין כי המתנחלים המתפרעים זוכים לגיבוי מן המערכת הפוליטית ולכן אל לו לפעול לבלום אותם.¹⁹ אישור מסוים לאפשרות השלישית ניתן בדיווח שפורסם בעיתון **הארץ** מיום 27.6.2023, שבו נכתב כי קציני צבא בכירים מתלוננים כי המערכת הפוליטית בולמת פעולה שלהם נגד המתנחלים הפורעים ומונעת מהם להזרים כוחות נוספים לשטח.²⁰

ג. אפיון ההתקפות וחומרת האיום בעת הנוכחית

התנהגות כוחות הביטחון בפוגרום בחווארה ובהתקפות האחרונות מעוררת דאגה עמוקה. התנהגות זו מחזקת את החשש שמעל התושבים הפלסטינים בגדה המערבית מרחפת סכנה ברורה ומידית לביטחונם, לרכושם ואף לחייהם. זאת היות וכוחות הביטחון הישראליים – הממשיכים להחזיק כיום בסמכויות הביטחון בשטחים אלה – אינם מספקים הגנה לביטחונם הפיזי של תושבי האזור הפלסטינים, בה בעת שהם שוללים מהם ו/או מהרשות הפלסטינית את האפשרות להתארגן כדי להגן על עצמם.

במוצאי שבת, 24.6.2023, פרסמו הרמטכ"ל, ראש השב"כ ומפכ"ל המשטרה הודעה משותפת בה גינו את ההתפרעויות של המתנחלים וסיווגו אותן כפעולות טרור. בהמשך ההודעה נאמר כי "כוחות הביטחון פועלים אל מול אותם פורעים, תוך סיכון חייהם של חיילי צה"ל, שוטרי משטרת ישראל ומשרתי שירות הביטחון הכללי".²¹ הודעה זו מטעם ראשי כוחות הביטחון של ישראל היא

15 הגר שיזף "תושבי עוריף: מתנחלים הציתו ב"ס וניסו להצית מסגד; מאחז הוקם ליד עלי" **הארץ** (22.6.2023) <https://did.li/YrgZH>.

16 הגר שיזף וג'קי חורי "עשרות מתנחלים תקפו פלסטינים והציתו רכוש באום ספא, מתפרעים ירו בנשק לעבר הכפר" **הארץ** (24.6.2023) <https://did.li/5a6w5>.

17 שם.

18 ראו סרטון בצירוף של אורן זיו מיום 22.6.2023 <https://did.li/EOagT>.

19 ראו עמוס הראל "הפורעים בגדה הבינו: הגרעין הקשה בממשלה תומך בהם, ונתניהו מעלים עין" **הארץ** (26.6.2023) <https://did.li/CxZNf>.

20 ראו את הדיווח של קובוביץ ושיזף, לעיל ה"ש 5.

21 יואב זיתון, אלישע בן קימון ואיתמר אייכנר "הרמטכ"ל, ראש השב"כ והמפכ"ל: המתקפות נגד פלסטינים חפים מפשע – טרור לאומני, נלחם בפושעים" **Ynet** (24.6.2023) <https://did.li/IgOIC>.

משמעותית, באשר יש בה הכרה נחוצה בכך שמדובר במעשים שהם בגדר פעולות טרור.²² בד בבד, היא מחדדת את חומרתו של המחדל עד כה לפעול למנוע התקפות אלו, ולהעמיד לדין את החשודים בהשתתפות בהן.

הגם שהמחדל באכיפת החוק על מתנחלים בשטחים אינו חדש, הרי שאנו מזהים בעת הנוכחית איום מסדר גודל חדש, ואתגר חדש לכוחות הביטחון: כיצד יבחרו מפקדי הצבא וכוחות הביטחון לפעול לנוכח גיבוי ועידוד להן זכות פריעת חוק והתקפות כלפי פלסטינים מצד גורמים בכירים בממשלה הנוכחית, וזאת במיוחד כאשר המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק – בראשן מערכת הייעוץ המשפטי ומערכת בתי המשפט – מצויות תחת התקפה חסרת תקדים מצד אותה ממשלה עצמה?

לנוכח מצב דברים זה, אנו עומדים בנייר עמדה זה על החובה המשפטית של כוחות הביטחון הישראליים, ושל מפקדי כוחות הביטחון באופן אישי, לפעול באופן מידי ונחוש לשינוי מערכתי עמוק ורחב שמטרתו היערכות אפקטיבית להגנה על התושבים הפלסטינים מפני התקפות עליהם. בהיעדר שינוי שכזה בזמן המידי, נכון יהיה להניח שישראל איננה מסוגלת ו/או איננה מתכוונת לעמוד במחויבותה המשפטית הראשונה והבסיסית ביותר כלפי האוכלוסייה המוגנת בשטח כבוש – מתן הגנה לחיים ולשלמות הגוף.

בחלקים הבאים של נייר העמדה נעמוד על המסגרת המשפטית החלה בשטחים, על חובתו של המפקד הצבאי לפי מסגרת זו להגן על האוכלוסייה המקומית באזור, ועל הכשלים במילוי חובתו זו שנחשפו הן בדוחות רשמיים הן בדוחות של ארגונים לזכויות אדם. נעמוד גם על ההשלכות המשפטיות – במישור הקולקטיבי והאישי – העלולות להיות להמשך הכשל של הרשויות להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית.

ד. המשטר המשפטי בגדה המערבית

1. תפיסה לוחמתית (belligerent occupation)

עם כניסת צה"ל לשטחים בשנת 1967 הוציאו המפקדים הצבאיים בכל שטח ושטח שנתפס במלחמה שני מנשרים וצו בדבר הוראות ביטחון. במנשר אחד הוכרז כי צה"ל נכנס לאזור ונטל לידיה את השליטה וקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור;²³ במנשר השני הוכרז כי כל סמכות של שלטון, חקיקה, מינוי ומנהל לגבי האזור ותושביו תהיה מעתה נתונה בידיה של המפקד הצבאי בלבד.²⁴ בצו בדבר הוראות ביטחון, שהוכן מראש למקרה שייתפסו שטחים במלחמה, נאמר במפורש כי בתי המשפט הצבאיים שהוקמו על פיו לשפוט אנשים המואשמים בעבירות ביטחון, יפעלו על פי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה, וכי במקרה של סתירה בין האמנה לבין צו צבאי הוראות האמנה גוברות.²⁵

22 "מעשה טרור" מוגדר בחוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016, עליו אנו עומדים בהמשך.

23 מנשר מס' 1, בדבר נטילת השלטון בידי צה"ל, 7 ביוני 1967.

24 מנשר מס' 2, בדבר סדרי שלטון ומשפט, 7 ביוני 1967.

25 צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית), התשכ"ז–1967, ס' 35.

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

במנשרים וצו אלה נתן צה"ל ביטוי להכרתו בכך כי שטח הגדה המערבית שנתפס במלחמה נחשב כשטח כבוש עליו חלים דיני כיבוש במשפט הבינלאומי. המנשרים הללו מעולם לא בוטלו. אומנם ההוראה בצו בדבר הוראות ביטחון בעניין היזקקות בתי המשפט הצבאיים לאמנת ג'נבה בוטלה, אבל הצו בדבר הוראות ביטחון, על שינויי הרבים, נשאר גם הוא בתוקף עד היום הזה. המנשר שבו הכריז המפקד הצבאי כי צה"ל אחראי לקיום הביטחון והסדר הציבורי באזור שנתפס במלחמה נשען על ההוראה המרכזית בעניין חובותיה של מדינה כובשת בשטח כבוש. הוראה זו מופיעה בתקנה 43 לתקנות האג בדבר מלחמה ביבשה, 1907 הנחשבות כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי המחייב את כל המדינות, וגם מהווה חלק מן הדין הפנימי של מדינת ישראל. בהתייחסו לתקנה 43 אמר בית המשפט העליון:

"תקנה זו הוכרה כהוראת מסגרת מעין-חוקתית של דיני התפיסה הלוחמתית, הקובעת מסגרת כללית לאופן הפעלת חובותיו וסמכויותיו של המפקד הצבאי בשטח הכבוש".²⁶

תקנה 43 קובעת:

"בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין".

תקנה 43 נשענת על הגדרת שטח כבוש המופיעה בתקנה 42. לפי תקנה אחרונה זו שטח נחשב כשטח כבוש "כאשר הוא נמצא תחת שלטון צבאי עוין". ואכן הדעה האחידה של הקהילה הבינלאומית משנת 1967 ועד היום היא ששטח הגדה המערבית נחשב כשטח כבוש עליו חלים דיני הכיבוש הבינלאומיים. קיימות עשרות החלטות של העצרת הכללית של האו"ם ושל מועצת הביטחון שעמדו על חובותיה של ישראל כמדינה כובשת, ביניהן חובתה לכבד את הוראותיה של אמנת ג'נבה הרביעית,²⁷ עליה נעמוד בהמשך. בחוות דעתו על השלכות בניית הגדר בשטחים בית הדין הבינלאומי לצדק קבע גם הוא כי הגדה המערבית היא שטח כבוש שבו חלה אמנת ג'נבה הרביעית.²⁸ זאת גם דעתה של הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום,²⁹ ושל מדינות שהן צד לאמנת ג'נבה הרביעית.³⁰ מעמדה של הגדה המערבית כשטח כבוש מהווה הנחת היסוד של נציגי הממשלה המופיעים בבית המשפט העליון כדי להגן על מעשי הרשויות בגדה המערבית. בעקבות עמדתם זו של נציגי המדינה

26 בג"ץ 2164/09 יש דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 8 (נבו 26.12.2019).
27 ראו למשל החלטות מועצת הביטחון מס' 465 (1.3.1980); מס' 484 (19.12.1980); מס' 2334 (23.12.2016).
28 ICJ, Advisory Opinion, The Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [2004] ICJ Rep 136.
29 Peter Maurer, *Challenges in International Humanitarian Law: Israel's Occupation Policy*, 94 INT'L REV. OF THE RED CROSS 1503, 1506 (2012).
30 Matthias Lanz, Emilie Max & Oliver Hoehne, *The Conference of the High Contracting Parties to the Geneva Conventions of 17 December 2014 and the Duty to Ensure Respect for International Humanitarian Law*, 96 INT'L REV. OF THE RED CROSS 1115 (2014).

קבע בית המשפט העליון בצורה נחרצת כי המשטר המשפטי החל בגדה המערבית הוא משטר של "תפיסה לוחמתית" (belligerent occupation). וכך הוצג העניין בפסק הדין המשותף של 10 שופטים בפרשת ההתנתקות. בהתייחסם למעמד הגדה המערבית וחבל עזה השופטים כתבו:

"על-פי תפיסת המשפט של ממשלות ישראל לדורותיהן כפי שהוצגה בפני בית המשפט העליון – תפיסה שנתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון לדורותיו – מוחזקים אזורים אלה על-ידי מדינת ישראל בדרך של 'תפיסה לוחמתית' (Belligerent Occupation). משמעותה של תפיסה משפטית זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נקבע על-ידי כללי המשפט הבין לאומי הפומבי, ובמרכזם הכללים העוסקים בתפיסה לוחמתית".³¹

2. הדין הבינלאומי החל בשטח כבוש

הדינים החלים בשטח הנתון למשטר של תפיסה לוחמתית או כיבוש, מאוגדים בשני מסמכים בינלאומיים: תקנות האג בדבר מלחמה ביבשה, 1907, ואמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה, 1949. זמן קצר אחרי מלחמת ששת הימים הופיע הפצ"ר דאז, מאיר שמגר, לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כדי להסביר לחברי הכנסת מה הדין החל בשטחים שנכבשו על ידי צה"ל באותה מלחמה. מר שמגר התייחס לשני המסמכים הללו. הוא הסביר לחברי הכנסת כי ישראל חתמה על אמנת ג'נבה ואישרה אותה. באשר לתקנות האג מר שמגר אמר כי מדינת ישראל "לא הספיקה" לאשר אותן אך הם "מכילים כללים המחייבים כל מדינה בת תרבות".³² עם הזמן, מסיבות שעליהן לא נעמוד כאן, הממשלה הביעה ספק אם אמנת ג'נבה חלה במקרה הספציפי של הגדה המערבית, אך הכריזה כי בכל מקרה מדינת ישראל תכבד את הוראותיה ההומניטריות של האמנה. בית המשפט העליון ייחס משמעות משפטית להכרזה זו. באשר לתקנות האג לא העלתה הממשלה ספק בדבר תחולתם. בית המשפט העליון ציין כי מעולם לא הייתה מחלוקת כי תקנות האג חלות בגדה המערבית ובחבל עזה.³³ נכון אומנם כי בית המשפט העליון מעולם לא קבע פורמלית כי אמנת ג'נבה הרביעית חלה על פעולות הרשויות בגדה המערבית,³⁴ אך הוא הסביר כי אין צורך בקביעה כזו מכיוון שלאור הצהרת הממשלה כי מדינת ישראל תכבד את הוראותיה ההומניטריות בית המשפט ממילא פוסק על פי האמנה.³⁵

31 בג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 514, 481 (2005).

32 פרוטוקול ישיבה מס' 126 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6, 2 (5.7.1967).

33 בג"ץ מועצה אזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 515.

34 ואולם ראו את אמרתו של השופט ויתקון: "טעות היא לחשוב (כפי קראתי לא מזמן באחד העיתונים) כי אמנת ג'נבה אינה חלה על יהודה ושומרון. היא חלה, אף כי, כאמור לעיל, אין היא 'שפיטה' בבית-משפט זה"; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 29 (1979).

35 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, פס' 73 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004). וראו גם דורית ביניש "שלטון החוק בתקופת לחימה" משפט וצבא 17, 19, 30 (התשס"ד). הנשיאה ביניש הסבירה כי "בית המשפט אינו מתלבט עוד בשאלת מעמדה ותחולתה של אמנת ג'נבה הרביעית".

מערכת דינים נוספת החלה בשטחים אלה הינה משפט זכויות האדם הבינלאומי.³⁶ גם מכוח מערכת דינים זו, חלה חובה על השלטון הצבאי בשטח כבוש להגן על אזרחים.³⁷

הצבאי אינו יכול להשתחרר מחובותיו על ידי אצילת סמכויותיו לגוף אחר. כך למשל מתן סמכויות למשטרת ישראל לטפל בעבירות של ישראלים בשטחים, מהווה חלוקת סמכויות פנימית, אך איננה משחררת את המפקד הצבאי ממילוי חובותיו כלפי האוכלוסייה הפלסטינית. הצבא אינו רשאי לעמוד מנגד כאשר ישראלים פוגעים בפלסטינים, בטענה כי על משטרת ישראל לטפל בעניין. חובת המפקד הצבאי להגן על האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים נדונה בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון. פסק הדין המרכזי ניתן בעניין **מוראר**.³⁹ במקרה זה נדון איסור שהוטל על פלסטינים להגיע אל אדמותיהם החקלאיות. האיסור הוטל לאחר התנכלויות אלימות רבות של ישראלים באזור על פלסטינים עת האחרונים בקשו לעבד את אדמותיהם. המפקד הצבאי ביקש להצדיק את איסור הגישה לאדמותיהם ברצון להגן על הפלסטינים. בית המשפט עמד על חובתו של המפקד הצבאי להגן על חייהם וקניינם של כל מי שנמצאים בשטחים הנתונים למרותו, כאשר בית המשפט משעין חובה זו בראש ובראשונה על תקנה 43 לתקנות האג שהוזכרה לעיל. בית המשפט הכיר בכך שבמילוי חובתו זו עלול המפקד הצבאי לפגוע בזכויות של פלסטינים או ישראלים, כגון זכות הקניין וחופש התנועה. בית המשפט קבע כי על המפקד הצבאי לפתור התנגשות זו בין חובתו להגן על הסדר הציבורי לבין הזכויות שייפגעו בהיזקקות למבחן המידתיות. במקרה זה בית המשפט קבע כי האיסור שהוטל על הפלסטינים לגשת לאדמותיהם אינו עומד במבחן המשנה שנקבעו לבחינת מידתיות של צעד שלטוני. בראש ובראשונה האיסור אינו עומד במבחן המשנה הראשון, שלפיו יש להראות כי יש קשר רציונלי בין תכלית הצעד לבין האמצעי שנקט. כפי שהסבירה הנשיאה ביניש:

“סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאללימות ולמעשי עבריינות”.⁴⁰

בית המשפט המשיך וקבע כי האמצעי שנקט המפקד הצבאי להגן על הפלסטינים גם אינו עומד בשני מבחני המשנה האחרים של המידתיות “כי בנסיבות הענין אף ברור כי האמצעי הננקט אינו האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר וכי נקיטתו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת שתצמח הימנו” (שני מבחני המידתיות הנותרים).⁴¹

בחלק מן המקרים שבהם מתנחלים פגעו בפלסטינים לא רק שהצבא לא נקף אצבע בזמן אמת כדי להגן על הפלסטינים, אלא שהיו חיילים באזור שעמדו בצד, פעלו נגד הפלסטינים ולא נגד המתפרעים ואפילו נטלו חלק ישיר בפגיעות בפלסטינים.⁴² שאלת אחריותו של מפקד צבאי הנוכח בעת שחיילים

39 בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא (1) 844 (2006).

40 שם, פס' 25 (ההדגשה שלנו).

41 שם, פס' 26.

42 ראו למשל דיווח על התפרעות של מתנחלים בדיר דובואן ביום 23.4.2023, www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list#214990. במקרה זה מתנחלים תקפו רועים פלסטינים וכאשר הפלסטינים ביקשו להגן על עצמם ועל רכושם חיילים פעלו נגד הפלסטינים ולא נגד המתפרעים; אירוע בכפר כיפל חארס מיום 16.4.2023, www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list#215029. במקרה זה מתנחלים נכנסו לכפר בליווי חיילים. לפי הדיווח כאשר פלסטינים ביקשו מן החיילים להגן עליהם כנגד מתנחלים שניפצו שמשות בבתים החיילים זרקו רימוני הלם על הפלסטינים. ראו גם את התיאורים של פרופ' דוד שולמן בספרו DAVID SHULMAN, FREEDOM AND DESPAIR, NOTES FROM THE SOUTH HEBRON HILLS ch. 2 (2018). שולמן מתאר מקרים שבהם חיילים נטלו חלק פעיל בפעולות של מתנחלים לנישול

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

פוגעים בפלסטינים נדונה בבית הדין הצבאי לערעורים במקרה של קצין המנהל האזרחי שעמד מנגד כאשר חיילים פגעו בפלסטינים. בית הדין הצבאי קבע כי גם אם הקצין לא היה המפקד הישיר של אותם חיילים, מעמדו כקצין חייב אותו להתערב כדי להפסיק את הפעילות הבלתי חוקית של החיילים.⁴³ אותו כלל יחול על מפקד שאינו מתערב כדי לחייב חיילים המצויים בסביבה למלא את חובתם המשפטית להגן על פלסטינים המותקפים על ידי מתנחלים.

לצערנו נראה כי רשויות השלטון לא הפנימו את הדברים הברורים שנקבעו בבית המשפט ובבית הדין הצבאי. לפי דיווחים שונים מחדלי כוחות הביטחון לא מתמצים באי-מתן הגנה לתושבים הפלסטינים בזמן הפרעות בחווארה, אלא ממשיכים גם לאחריהן. אחרי הפרעות בחווארה, שבוצעו על ידי ישראלים, המפקד הצבאי הטיל הגבלות על התושבים הפלסטינים של העיירה, וזאת שוב בטענה כי הגבלות אלו דרושות כדי להגן על הקורבנות.⁴⁴ לא בוצעו פעולות חקירה מיידיות כדי לאסוף ראיות על נסיבות הריגתו של פלסטיני שנורה בבטן ומת מפצעיו, וגם כאשר קרוביו של ההרוג ביקשו להגיע לתחנת המשטרה הקרובה כדי להגיש תלונה, הקשו עליהם להגיש.⁴⁵ אחרי ההתפרעויות האחרונות בתורמוס עי, בית עוריף ואום ספא שבהן השתתפו מאות מתנחלים מיושבים סמוכים לא דווח על מעצרים של מתפרעים.

ה. הימנעות כוחות הביטחון מהגנת פלסטינים ומאכיפת החוק נגד מתנחלים הפוגעים בהם

השלמת הרשויות בשטחים עם אלימות מתנחלים, ואי אכיפת החוק נגדם, איננה תופעה חדשה. תופעה זו מלווה את הכיבוש לפחות מאז תחילת שנות השמונים, כאשר ההתיישבות האידאולוגית של יהודים בשטחים קיבלה תנופה.

ואולם, מה שאנו עדים לו בחודשים האחרונים מצביע על סכנה מסדר גודל חדש לשלטון החוק בשטחים. מעבר להקצנה והרחבה של ההתקפות האלימות הללו אנו מזהים סכנה ממשית הנובעת מהעידוד שלו זוכות התקפות נפשיות אלה מצד גורמים בכירים בממשלה הנוכחית. בצד הזלזול הבוטח בחובותיה המשפטיות והמוסריות של המדינה כלפי פלסטינים הנתונים לשליטתה, עומדת התוכנית להחלשה של המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק – בראשן מערכת הייעוץ המשפטי ומערכת בתי המשפט – כמהלך המערער מן היסוד את שלטון החוק בשטחים.

בשנת 1981 הגיעה פרשת **בית הדסה** לבית המשפט בפעם הראשונה. בית הדסה הוא בניין במרכז העיר חברון שהיה בבעלות יהודית לפני מלחמת תש"ח. אחרי שחברון עברה לשליטת ירדן עבר הבניין לממונה הירדני על רכוש האויב. הלה השכיר את הבניין לארגון שהשכיר חנויות בבנין לסוחרים. אחרי

פלסטינים מאדמתם. דיווחים מן השטח בזמן הפוגרום בחווארה מראים כי בזמן הפרעות היו במקום חיילים. חלק מחיילים אלה עמדו בצד ולא נקטו בפעולות כדי להפסיק את ההתפרעות, ואפילו עמדו לצדם של המתנחלים כאשר אלה האחרונים ביצעו ירי לעבר הפלסטינים. ראו הגר שיוף "תיעוד: הפלסטיני שנהרג בזמן הפרעות בחווארה נורה בנוכחות חיילים" **הארץ** (5.3.2023); אורן זיו ויובל אברהם "תיעוד הירי הקטלני בפלסטיני בחווארה: חיילים עמדו עם מתנחלים" **שיחה מקומית** (4.3.2023) <https://did.li/6a6w5>

43 ע/78/88 **רס"ר דנינו נ' התצ"ר** (נבו 13.7.1988).

44 ראו הדיווח מ-2.3.2023 של יובל אברהם, https://twitter.com/yuval_abraham.

45 שם.

שהליכוד עלה לשלטון בשנת 1977 הופעל לחץ על הממשלה לאפשר ליהודים להתיישב בחברון, ובמיוחד בבית הדסה. קבוצה של נשים יהודיות נכנסו לקומה העליונה בבניין וסרבו להתפנות מן הבניין. הממשלה נכנעה ללחץ והחליטה על הקמת ישיבה בבניין. יועצים משפטיים בכירים הזהירו שיש לוודא כי יישוב יהודים בבניין לא יפגע בסוחרים בקומת הקרקע של הבניין. בשנת 1981 פנו כמה תושבי חברון, וביניהם אחד מבעלי החנויות בבית הדסה, בעתירה לבג"ץ שבה ביקשו צו לסילוק המתנחלים מן הבניין. העותרים הביאו ראיות לפני בית המשפט – שקבע כי הן נראות לו כבודות משקל – על התנכלות המתיישבים לדיירי הבניין הפלסטינים. כך למשל הראו שהתושבים בקומה העליונה גרמו נזק לתקרה של החנות שלהם, סחורה נעלמה מן החנות ובעל החנות התלונן כי המתנחלים דחפו אותו והאיצו בו למסור להם את חנותו. בית המשפט ציין כי התלונה בעניין זה לא זכתה לטיפול מתאים. באת כוח המדינה הבטיחה כי יינקטו צעדים להגן על דיירי הבניין הפלסטינים ושהתלונות ייחקרו, ובית המשפט החליט להסתפק בהבטחה זו ולא להוציא צו על תנאי בעניין. עם זאת בית המשפט ראה לנכון להעיר:

“אין ספק, שתפקידו העיקרי של הריבון בשטח מוחזק הוא לשמור על החוק והסדר.

זאת עליו לעשות גם בהעדר כל תלונה מצד תושבי המקום. אולם, בד בבד, חשוב להבהיר לתושבים, שזכותם וחובתם להגיש תלונה כל אימת שמתנכלים להם, לעמוד על כך שזו תיבדק וכן, שיינקטו צעדים, המתבקשים מן המסכנות שיוסקו.

רק משהצהירה לפנינו פרקליטתם המלומדת של המשיבים, שתיק החקירה בעניין החנות נפתח מחדש, וכי ניתנו הוראות להתייחס במלוא כובד הראש להפרות סדר הטוב, שוב לא ראינו טעם להוציא צו-על-תנאי בנושא התלונות. רוצים אנו להאמין, שמעשה יהיה הטיפול יעיל, וכי עבריינים יועמדו לדין. רק בדרך זו יש יסוד לתקווה, שהרוחות יירגעו, והסדר ישוב על כנו.”⁴⁶

בעקבות התחייבות המדינה בבג"ץ הנ"ל הוקם צוות מעקב אחרי טיפול במידע על אלימות מתנחלים בשטחים, אולם ברור כי לצוות הזה לא הגיע מידע על כל מקרי האלימות נגד פלסטינים. כך, לפי דוח קרפ, שעליו נעמוד בהמשך, שנה אחרי מתן פסק הדין הנ"ל הגישו אנשי מילואים תלונות מזעזעות לפצ"ר על אירועים שלא היו ידועים כלל לצוות המעקב.

באותו זמן שלחה קבוצה של מורים ומורות בפקולטות למשפטים באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטת תל-אביב מכתב לראש הממשלה וליועץ המשפטי לממשלה, שבו התריעו כנגד תופעת האלימות של מתנחלים נגד פלסטינים, כאשר הם מתייחסים לתקריות ספציפיות שלא נחקרו כלל.⁴⁷ בעקבות מכתב זה הקים היועץ המשפטי לממשלה, פרופ' יצחק זמיר, צוות מעקב, בראשו עמדה המשנה ליועץ המשפטי, עו"ד יהודית קרפ, כדי לכתוב דוח בנושא אכיפת החוק בשטחים. כך נולד דוח קרפ (23.5.1983).⁴⁸

46 בג"ץ 175/81 אל נתאשה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 361, פס' 2 (1981).

47 גילוי נאות: אחד מן המחברים של נייר עמדה זו נמנה עם כותבי המכתב.

48 חקירת חשדות נגד ישראלים ביהודה והשומרון – דו"ח צוות המעקב (23.5.1983) (דוח קרפ) <https://did.li/DxZNf>

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

דוח קרפ מצייר תמונה עגומה של מעשי אלימות נגד פלסטינים שלא נחקרו. ככלל, בניגוד לדין המחייב חקירה אם נודע לרשויות שבוצע פשע, לא נערכו חקירות אם לא הוגשה תלונה; הייתה התערבות של הממשל הצבאי בחקירות; מתנחלים לא שיתפו פעולה עם החוקרים, והרשויות לא נקטו צעדים לעצור ולחקור מתנחלים שלא נענו לזימון לתחנת המשטרה; החקירות עצמן נמשכו זמן רב, דבר שסיכל את האפשרות הממשית להגיע לחקר האמת; בחקירות רבות היו פגמים. מעניין במיוחד לענייננו תיאור של מה שקרה בחברון אחרי רצח ששה בחורי ישיבה בשנת 1980. הנה הדיווח ברוח:

"לא נצא ידי חובה אם בתיאור אופי המעשים לא נתייחס לארועים שארעו בעת העוצר בחברון בחודש מאי 1980 לאחר רצח המתנחלים. מדובר אמנם באירועים שארעו על רקע טראומתי, ומסיבה זו, אין כוונה להציגם כשיגרתיים, ובודאי שלא בהיקפם המצטבר [כך במקור], אך הם מובאים כאן כמיצגים אולת יד למנוע מעשי בריונות כלפי התושבים הערביים ולחקור תלונות בתחום זה. הדברים אמורים במיוחד משום שהמעשים התרחשו בעת עוצר. לאחר העוצר, שנמשך מספר ימים, התלוננו תושבים מקומיים במשטרת חברון על גניבות, בזיזות, גרימת נזק לרכוש, תקיפות, ידוי אבנים והצתות בזדון, שאירעו בזמן העוצר. דו"ח מיום 22.8.80 של אורי שהם, פרקליט צבאי... מונה 13 תלונות מסוג האמור".⁴⁹

ניתן היה לקוות כי אחרי דוח חמור מסוג זה, והערות בית המשפט בפסק הדין עליו עמדנו לעיל, ייעשה מאמץ רציני של הרשויות לתקן את המצב, כדי שיוכלו למלא את חובתן להגן על האוכלוסייה המקומית, אולם כעשר שנים אחרי הגשת דוח קרפ ליועץ המשפטי לממשלה, נכתב דוח רשמי נוסף שבו יש תיאור של מציאות שאיננה שונה מן המציאות המתוארת בדוח קרפ. המדובר הוא בדוח ועדת החקירה בעניין הטבח במערת המכפלה שביצע ברוך גולדשטיין בפורים 1994. בתארה את הרקע לטבח, עמדה ועדת החקירה, שבראשה עמד נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, על תופעת אי-אכיפת החוק כלפי מתנחלים שפגעו בפלסטינים או ברכושם.⁵⁰ בפסק הדין בעניין מוראר שהוזכר לעיל בית המשפט תיאר את האמור בדוח בדרך הבאה:

"בדו"ח ועדת שמגר קיימת התייחסות נרחבת לבעיה של אכיפת החוק על המתיישבים הישראלים באזור ובפני הועדה הועלו טענות ספציפיות בדבר התנכלות של תושבים ישראלים לפלסטינים על דרך של התקפות פיזיות, השחתת רכוש ועקירת מטעים. כן מפורטות בדו"ח הועדה טענות בדבר הטיפול הלקוי בהפרות החוק ובין השאר עוסק הדו"ח בתופעות של הימנעות מביצוע חקירות משטרתיות, עיכובים בביצוע החקירות, הימנעות מהגשת כתבי אישום וכן הלאה".⁵¹

גם הפעם לביקורת הנוקבת על הימנעות הרשויות מאכיפת החוק נגד מתנחלים לא הייתה השפעה של ממש על הרשויות. כפי שבית המשפט ציין:

49 שם, בעמ' 24.
50 דוח ועדת החקירה לעניין הטבח במערת המכפלה בחברון תשנ"ד 154–200 (ירושלים 1994).
51 בג"ץ מוראר, לעיל ה"ש 39, פס' 30.

“ואולם, על אף ההתייחסות החוזרת ונשנית בדו”ח ובהזדמנויות נוספות אחרות לבעיות הקשורות באכיפת החוק באזור, ועל אף הצעדים שננקטו בתחום זה בעבר, עולה מתוך העתירה אוזלת ידם של המשיבים באכיפת החוק כנגד אלה המפרים אותו ופוגעים בגופם של החקלאים הפלסטינים וברכושם. ביטחונם הפיזי של החקלאים הפלסטינים נתון בסכנה של ממש בעת שהם יוצאים לעבוד את אדמתם וזאת בשל מעשי אלימות קשים מצד מתיישבים ישראלים. גם רכושם של החקלאים הפלסטינים הינו הפקר כאשר לאחר יום העבודה, בחסות החשיכה, חוזרים פורעי החוק לאדמות החקלאיות על מנת לחרוץ עצים ולחבל בכלים חקלאיים.”⁵²

מאז ועד היום לא נראה כי ננקטו צעדים לשפר את המצב. בדוח מבקר המדינה משנת 2012 עומד המבקר על חוסר התיאום בין הגורמים השונים האחראים לאכיפת החוק בגדה המערבית: צה”ל, המנהל האזרחי ומשטרת ישראל.⁵³

ארגונים לזכויות אדם חוקרים ועוקבים אחר התופעה של התקפות אלימות של מתנחלים כלפי פלסטינים והימנעות הרשויות מאכיפת החוק נגדם. ארגון “בצלם” פרסם במשך השנים מספר דוחות שבהם יש תיעוד של אלימות מצד מתנחלים וחוסר אכיפת החוק נגדם.⁵⁴ מלבד הדוחות המפורטים יש באתר הארגון מידע רב על עשרות מקרים ספציפיים של אלימות מתנחלים שלא זכו לטיפול מצד הרשויות.⁵⁵ גם ארגון “יש דין” פרסם מידע מפורט ודוח על אלימות מתנחלים.⁵⁶ מקור נוסף למידע על גישת הרשויות לאלימות מתנחלים הוא תיאוריו של פרופ’ דוד שולמן, חבר ארגון “תעאיוש”. שולמן מתאר את מה שעניין ראו בביקוריו בגדה המערבית כדי לעמוד לצד פלסטינים שהיו יעד להתקפות.⁵⁷

המסקנות מכל הדוחות ודיווחים אחרים שעליהם עמדנו היא ברורה וחד-משמעית: מאז תחילת שנות השמונים (לפחות) הרשויות מאפשרות למתנחלים לפגוע בגופם של פלסטינים וברכושם מבלי שינקטו צעדים יעילים למנוע את הפעולות או לאכוף את החוק נגד אלה שביצעו עבירות חמורות כלפיהם. על אף הדוחות הרשמיים והפסיקה שהתריעו על התופעה ודרשו תיקון המצב, הרשויות לא פעלו לשנות את התנהגותן. במצב זה אין מנוס מן המסקנה הקשה כי מדובר במדיניות, ולמצער בכשל מתמשך שכוחות הביטחון לא השכילו עד היום – מזה כארבעה עשורים מאז זוהתה הבעיה לראשונה – לתקנו. איננו באים לקבוע כאן מה עומד מאחורי מדיניות או כשל מתמשך אלה: חוסר רצון להתעמת

52 שם.

53 מבקר המדינה דוח שנתי 63 פרק שלישי, אזור יהודה והשומרון (2012).

54 ראו למשל בצלם בשליחות המדינה: השתלטות המדינה על קרקעות בגדה המערבית באמצעות אלימות של מתנחלים (2021); בצלם חרב הגירוש: אלימות, התנכלויות ואי אכיפת החוק בדרום הר חברון (2005); בצלם הכל צפוי והרשות נתונה: טיפולן של רשויות אכיפת החוק בהתקפות מתנחלים על מוסקי זיתים (2002); בצלם עומדים מנגד: אי אכיפת החוק על מתנחלים בחברון, 26.7.02–28.7.02 (2002); בצלם דין לעצמם: אי אכיפת החוק על מתנחלים שתקפו פלסטינים בתגובה לפגיעה באזרחים ישראלים (2001). כל הדוחות מופיעים באתר בצלם www.btselem.org/hebrew/publications/103/all.

55 www.btselem.org/hebrew/settler_violence_updates_list.

56 יש דין דוח נתונים, דצמבר 2022: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית (אלימות מתנחלים) 2005–2022 (2022); יש דין עקיפת החוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית (2015).

57 דוד שולמן תקווה מרה, מיומנו של פעיל תעאיוש, 2002–2006 (2007); להיות חפשי: רשימות מדרום הר חברון (2020); David Shulman, *Lost Illusions*, THE NEW YORK REVIEW (February 10, 2022).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

עם המתנחלים שלהם גב פוליטי חזק; חוסר הבנה של חיילים את תפקידם כמגנים של כלל התושבים החיים בשטח ולא רק של היהודים-ישראלים שבהם; הזדהות של מקבלי ההחלטות עם המתנחלים האלימים; רצון להשתלט על קרקעות של פלסטינים או רצון להקשות על חייהם של פלסטינים מתוך תקווה שיעזבו את השטח. מבחינה משפטית, אין זה משנה. כאמור לעיל, גם בלי ההפיכה המשטרית שמתכננת הממשלה, היה מקום לביקורת קשה על אי-מילוי חובתם של מפקדי הצבא לאכוף את החוק נגד מתנחלים הפוגעים בפלסטינים בשטחים. ההצעה להחליש את מנגנוני הביקורת על פעולות הממשלה, הגישה הסלחנית ולפעמים אפילו המעוררת שמגלים שרים וחברי קואליציה אחרים כלפי הפורעים, והמדיניות של הממשלה בשטחים מחריפות את הסכנה להתמוטטות טוטלית של שלטון החוק בשטחים. בחלק הבא נעמוד על ההשלכות המשפטיות של מחדלי הצבא.

1. ההשלכות המשפטיות של מחדלי הצבא בשטחים ושל הסרת מנגנוני בקרה וריסון משפטיים

1. האופי הפלילי של מעשי המתנחלים המתפרעים והגדרתם כמעשי טרור

באירועי התקיפות של מתנחלים כלפי פלסטינים בשטחים בוצעו מעשים המהווים עבירות פליליות חמורות הן לפי הדין בישראל ובשטחים, הן לפי המשפט הבינלאומי. עבירות אלו כוללות התפרעות שסופה נזק (סעיף 157 לחוק העונשין, התשל"ז-1977); הצתה (סעיף 448 לחוק העונשין); היזק בזדון (סעיף 453 לחוק העונשין) וחבלה ופגיעה בנסיבות מחמירות (סעיף 336 לחוק העונשין). במקרים מסוימים עולה חשד שבוצעה עבירת רצח או הריגה (סעיף 300 לחוק העונשין). כל העבירות האלה הן פשעים, ומוטלת חובה על המשטרה לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על ביצוען בין שהוגשה תלונה בין שלא.⁵⁸

בהודעתם המשותפת מיום 24.6.2023 ראשי כוחות הביטחון של מדינת ישראל הבהירו כי ההתקפות האלימות כלפי פלסטינים הם בגדר מעשי טרור. על אף ההתקפה עליהם מצד שרה בממשלה,⁵⁹ הרי שבמבחינה משפטית הגדרת ההתקפות כמעשי טרור נכונה ואף מתבקשת. חוק המאבק בטרור מגדיר "מעשה טרור" בדרך הבאה:

"מעשה טרור" – מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;

58 חוק העונשין וחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 חלים בישראל ולא בשטחים. ואולם, על פי חוק להארכת תקפן של תקנות לשעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) התשכ"ז-1967 יש סמכות לבתי המשפט בישראל לדון מי שרשום כתושב במרשם התושבים של ישראל לפי הדין הישראלי. על פי אותן תקנות חובה שהוטלה על שוטר בחוק הישראלי תחול לגבי כל עבירה שבית משפט בישראל מוסמך לדון בה.

59 ראו דבריה של השרה אורית סטרוק שאמרה כי "זאת בושה וחרפה לקרוא לאירועים האלה טרור לאומני"; צוטט בידיעה: "השרה סטרוק נגד הרמטכ"ל, המפכ"ל וראש השב"כ: "מי אתם, קבוצת וגנר?" Ynet (26.6.2023) <https://did.li/t6llw>. השרה התנצלה על כך שהשוותה את ראשי כוחות הביטחון לכוח וגנר, אבל לא חזרה בה מדבריה אלה; צוטט בידיעה: "השרה סטרוק: 'הביטוי 'כוח וגנר' שגוי, אני מתנצלת עליו אך לא חוזרת בי מהביקורת'" Ynet (26.6.2023) <https://did.li/iDlCN>.

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;
(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

- (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;
- (ב) פגיעה חמורה בבריאות הציבור או בבריאותו;
- (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשיה שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור.

אכן, הפוגרמים בחווארה, תורמוס עיא, לובן א־שרקיה ובמקומות אחרים עולים כדי מעשים הנכנסים להגדרה זו של "מעשה טרור". להכרה זו, שעליה עמדו ראשי כוחות הביטחון, השלכות משפטיות בנוגע למעגל האחראים על פי החוק והסנקציות שלהן הם חשובים. נוסף על העונשים הכבדים שהחוק קובע למי שביצע מעשה טרור (סעיף 35 לחוק המאבק בטרור), מטיל החוק אחריות בגין קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור, ו"פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו" (סעיף 24 לחוק); בגין מתן אמצעים לאדם לבצע מעשה טרור (סעיף 25 לחוק); ובגין אי-מניעת מעשה טרור (סעיף 26 לחוק).

העובדה שבוצעו עבירות כה חמורות ושלא התנהלה חקירה מאומצת לאתר את כל החשודים בביצוען, לחקור אותם ולהעמידם לדין, אמורה להדאיג כל אדם בישראל התומך בשלטון החוק. מעבר לדאגה זו יש להבין כי לא־אכיפת החוק בשטחים עלולות להיות השלכות בינלאומיות בשלושה מישורים.

2. שיפוט בית הדין הבינלאומי הפלילי

התובע של בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג מנהל חקירה על "המצב בפלסטין".⁶⁰ במסגרת זו על התובע לבחון אם בוצעו פשעי מלחמה בשטח הגדה המערבית אחרי 13 ביוני 2014. היות שהמצב המשפטי בגדה המערבית הוא מצב של כיבוש, חלים בשטח דיני מלחמה ומעשים המתבצעים בשטח עלולים להיות פשעי מלחמה. זאת ועוד: פשעי מלחמה אינם רק פשעים שמבצעים לוחמים; גם אזרחים עלולים לשאת באחריות בגין ביצוע פשעי מלחמה.⁶¹

נראה לנו כי לפי אמנת רומא בדבר הקמת בית הדין הבינלאומי הפלילי, חלק מן המעשים שביצעו מתפרעים בגדה המערבית עלולים להוות פשעי מלחמה, וביניהם:

- הריגה בודון (סעיף 8(א)(i) לאמנת רומא);
- גרימה סבל רב במזיד או פגיעה חמורה בגוף או בבריאות (סעיף 8(א)(iii) לאמנת רומא);

60 על מצב החקירה ראו <https://www.icc-cpi.int/palestine>.

61 Alexander Schwarz, *War Crimes*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, paras. 31–32 (2015).

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

- הרס רחב היקף של רכוש שאינו מוצדק בצורך צבאי, ושבוצע בניגוד לחוק ובזדון (בסעיף 8(2)(א) (iv) לאמנת רומא);
- פגיעה חמורה בכבוד האישי (סעיף 8(2)(א)(xxi) לאמנת רומא).

גם מפקדי הצבא עלולים לשאת באחריות פלילית בינלאומית בשל מחדלם במניעת הפשעים של הפורעים ובהימנעותם מחקירתם והעמדתם לדין. על פי סעיף 28 לאמנת רומא מפקד צבאי עלול לשאת באחריות לפשעי מלחמה שביצעו כוחות הנתונים למרותו, וזאת כאשר ידע, או חייב היה לדעת, לאור נסיבות העניין, כי עומדים לבצע פשעים אלה, והוא לא נקט באמצעים הסבירים והנחוצים למניעתם. הסעיף מתייחס אומנם לכוחות (forces) הנתונים למרותו של המפקד, וברור שהכוונה העיקרית היא לכוחות צבא רגילים, אולם בפסק הדין בפרשת בית אל בית המשפט קיבל את טענת המדינה כי הישובים שנדונו באותה פרשה נתפסו לצורכי צבא, מכיוון שהמתנחלים משתלבים בהגנה המרחבית.⁶² זאת ועוד: חלק מן המתנחלים מקבלים נשק מן הצבא ואין לשלול את האפשרות שיקבעו כי אלה המקבלים נשק מן הצבא משתייכים לכוחותיו.

יש לציין כי מפקדים צבאיים, מנהיגים אזרחיים (בכלל זאת פוליטיקאים)⁶³ ואף משפטנים,⁶⁴ עלולים לשאת באחריות פלילית בינלאומית אם יימצאו כמי שנתנו הוראות, שידלו או סייעו לביצועם של מעשים העולים כדי פשעי מלחמה.⁶⁵ על פי אמנת רומא (סעיף 8(2)(א)(iv)) הפקעה רחבת היקף של רכוש, שנעשתה ללא צורך צבאי, במזיד ובניגוד לדין, היא פשע מלחמה. חיבור הדברים משמעו, שלא רק הוראה ישירה לאנשים לפגוע, להרוס רכוש או להשתלט על רכוש פרטי של פלסטינים, אלא גם עידוד, סיוע ומתן הכשר משפטי להשתלטות שכזו, עלולים להיחשב כפשעי מלחמה.

יש להבהיר כי מתן הוראות לצבא מן הדרג הפוליטי לא יוכל להוות הגנה למפקד צבאי החשוד באי-קיום חובותיו החוקיות. עם כל ההבנה לרצון מפקדי הצבא להימנע מעימות עם הדרג הפוליטי באווירה הנוכחית שבה הם נתונים להתקפות מצד מתנחלים בשטחים ומצד שרים בממשלה וחברי כנסת, ברור כי בהתנגשות בין חובות המשפטית של מפקד צבאי לבין הוראה פוליטית הסותרת אותה, יד חובתו המשפטית על העליונה.⁶⁶

בבית הדין הבינלאומי הפלילי חל העיקרון של משלימות (complementarity). לפי עיקרון זה בית הדין לא יפעיל את סמכותו לשפוט אדם החשוד בביצוע פשע מלחמה אם מדינת האם של החשוד ביצעה חקירה רצינית וכנה של העבירה והחליטה שאין מקום להגשת כתב אישום נגדו, או שהעמידה את החשוד לדין לפני בתי המשפט המוסמכים שלה. המסקנה לגבי המצב בישראל היא ברורה, והיא הובהרה בהרחבה בדוח ועדת טירקל לבדיקת אירועי המשט לעזה:⁶⁷ במצב שבו רשויות אכיפת החוק

62 בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979).

63 ראו ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 291–299 (2006).

64 לעניין אחריותם של משפטנים ראו למשל Milan Markovic, *Can Lawyers Be War Criminals*, 20 GEO. J. LEGAL ETHICS 347 (2007).

65 לפי ס' 25(3)(ב) לאמנת רומא, מי שמורה, משדל או מעודד ביצוע עבירה נושא באחריות אם העבירה אומנם בוצעה או אפילו אם היה ניסיון לבצעה.

66 לעניין חובותו של עובד הציבור לפעול על פי החוק בהתאם לפרשנותו המשפטית המוסמכת ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 35: הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות לממלכה ולא למלך" (הופץ ביום 12.4.2023).

67 הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל.

בשטחים אינן מנהלות חקירה אמיתית ואפקטיבית במטרה להעמיד לדין את אלה שהיו אחראים לפשעים שפורטו לעיל, ולא העמידו לדין את אלה שיש נגדם ראיות על ביצוע הפשעים, ניתן להעמידם לדין לפני בית הדין הבינלאומי הפלילי. יש להניח כי בחקירה המתנהלת עכשיו במשרד התובע של בית הדין יבדקו, בין השאר, את התנהלות הרשויות בביצוע חקירות ובהגשת כתבי אישום נגד אלה שהשתתפו בהתפרעויות בגדה.

3. שיפוט אוניברסלי

על פי אמנות ג'נבה וחוקים במדינות רבות קיימת סמכות לבתי המשפט הלאומיים של המדינה להעמיד לדין אנשים החשודים בביצוע פשעי מלחמה, גם אם אין קשר בין המדינה לבין העבירה, קורבנותיה או מבצעה. היו מקרים לא מועטים בעבר שבהם ביקשו להעמיד לדין קציני צבא ופוליטיקאים ישראלים בשל החשד שהיו שותפים לביצוע פשעי מלחמה בשטחים. במקרה אחד שנדון בבתי המשפט בספרד החליט בית המשפט לערעורים במדינה לבטל את התביעה נגד ישראלים כאשר קבע כי בתי המשפט בישראל פועלים ויכולים להעמיד את האחראים לדין. לנוכח אזלת היד של הרשויות באכיפת החוק נגד הפורעים, ספק אם הגנה זו תעמוד אם יבקשו להעמיד את הפורעים לדין בחו"ל.

4. חוות הדעת הצפויה של בית המשפט הבינלאומי לצדק (ICJ)

בסוף 2022 ביקשה העצרת הכללית של האו"ם מבית הדין הבינלאומי לצדק לתת חוות דעת בעניין ההשלכות המשפטיות הנובעות מן הכיבוש ארוך הטווח של השטחים בידי ישראל. בית המשפט נתבקש, בין השאר, לדון בהשלכות המשפטיות של מדיניות ואמצעים של ישראל הנוגעים להקמת התנחלויות, וחקיקה וצעדים מפלים. בית הדין קבע כי לכל המדינות ולא"ם עשוי להיות מידע הנוגע לשאלות שעליהן נתבקש לחוות את דעתו, וקבע לוח זמנים להגשת מסמכים בעניין. אחת מן השאלות שבית הדין עלול לדון בה היא ההתנכלויות של מתנחלים לפלסטינים ולרכושם והימנעות רשויות ישראל בשטחים מהגנה על האוכלוסייה הפלסטינית. חוות הדעת של בית הדין לא תחייב את מדינת ישראל או מדינות אחרות באופן ישיר, אך אם בית הדין יחווה את דעתו כי על האו"ם ומדינות אחרות לנקוט בפעולות מסוימות, כגון הטלת סנקציות על ישראל, חלק לפחות מן המדינות עשויות לפעול על פי חוות הדעת. ייתכן גם כי מועצת הביטחון תחליט לנקוט צעדים בעניין. לאור הביקורת החריפה של הממשל האמריקני כלפי אזלת היד של הרשויות באכיפת החוק בשטחים אין מקום להניח כי ארה"ב תטיל וטו על כל החלטה המועצה הנוגעת לישראל.

ז. סיכום

על כוחות הביטחון מוטלת חובה משפטית לשמור על החוק, הסדר והביטחון בשטחים, ובכלל זאת, החובה להגן על תושביהם של שטחים אלה מפני פגיעה בגופם וברכושם. משמעותה של חובה זו היא כי על הצבא להיערך כדי למנוע פגיעות גם בתושבים הפלסטינים; לפעול בזמן אמת להפסיק התקפות עליהם ועל רכושם, ובמקרה שאלה התרחשו, לערוך חקירה במטרה לאתר את האחראים לפגיעה ולהעמיד אותם לדין.

התופעות של התקפות אלימות בידי מתנחלים כלפי גופם ורכושם של פלסטינים המתגוררים בשטחים, והימנעותם של כוחות הביטחון מאכיפה נאותה של החוק עליהם, אינה חדשה והיא מוכרת לרשויות ומתועדת לפחות מאז שנות השמונים של המאה הקודמת. ואולם, מה שאנו עדים לו בעת

חלק שישי: מה עוד הם עושים בצל ההפיכה המשטרית? שינויים חקיקתיים נוספים שמקדמת הקואליציה

האחרונה – אירועים כדוגמת הפוגרומים בחווארה, תורמוס ע"א ואום ספא – מתגבש לכדי איום חדש לשלטון החוק, ולשמירת הסדר והביטחון בשטחים. איום זה נובע משילוב מסוכן בין מסרים הנשמעים מצד גורמים בכירים ביותר בממשלה, התכחשות לחובותיה המשפטיות של המדינה בשטחים, והמהלכים להחלשת המערכות השלטוניות האמונות על שלטון החוק ואכיפת החוק, בראשן מערכות הייעוץ המשפטי ובית המשפט העליון.

בהתקפות האלימות מבוצעות עבירות פליליות חמורות לפי הדין בישראל ובשטחים, ועלולות לעלות כדי פשעי מלחמה לפי המשפט הבינלאומי. בהיעדר הליכי חקירה והעמדה לדין נאותים במדינה, המעורבים באירועים אלה – אזרחים ומפקדי צבא כאחד – עלולים להיחשף להעמדה לדין בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי, ובפני בתי משפט במדינות אחרות. בהיעדר פעולה נחושה להגנה על ביטחונם של פלסטינים, ולאכיפת החוק על הפורעים בהם, צפוי בית הדין הבינלאומי לצדק, בפניו תלויה ועומדת בקשת העצרת הכללית של האו"ם לחוות דעת על התנהגותה של ישראל בקיום כיבוש ארוך טווח בשטחים, לדון בהשלכותיה המשפטיות של הימנעות נמשכת זו. השלכות משפטיות אלה עלולות לכלול לא רק קביעות באשר להפרות להן ישראל אחראית אלא אף קביעות באשר לחובות החלות על האו"ם ועל מדינות אחרות כדי להבטיח את מילוי חובותיה הבינלאומיות של ישראל.

מסמך זה הוכן על ידי:

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית

העירו הערות:

פרופ' איל בנבנשתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' רות הלפרין-קדרי, אוניברסיטת בר אילן

פרופ' דפנה הקר, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

ד"ר תמר מגידו, המרכז האקדמי למשפט ועסקים

ד"ר מיכל סליטרניק, המכללה הקדמית נתניה

פרופ' אלכסנדר (סנדי) קדר, אוניברסיטת חיפה

פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

חלק שביעי

מה אנחנו צריכות לעשות? על צעדי תגובה אפשריים

1. סמכות המשטרה לפנות בכוח הפגנה שכוללת חסימת התנועה בכביש
2. חוקיות ההגבלות המשטרתיות על הפגנות ליד בית המגורים של אנשי ציבור
3. שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים
4. הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות לממלכה ולא למלך
5. השביתה בעתות הפיכה
6. החופש האקדמי והאיומים עליו בעקבות ההפיכה המשטרית המוצעת (וכן מדריך מעשי למרצים)

סמכות המשטרה לפנות בכוח הפגנה שכוללת חסימת התנועה בכביש

הופץ במקור ביום 18.7.2023 כנייר עמדה מס' 53

תקציר

במסגרת המחאה להגנה על הדמוקרטיה, כמו גם בהקשרים אחרים, מפגינים חוסמים מעת לעת דרכים ראשיות. במקרים רבים, משטרת ישראל משתמשת בכוח כדי לפנות את המפגינים. בחודשים הראשונים הדבר נעשה בעיקר בדרך של הפעלת כוח פיזי אנושי. בפרט בזמן האחרון החלה המשטרה לנקוט באמצעים חמורים יותר, ובהם שימוש במכונת התזה – מכת"זית (ולפי דיווחים אחדים גם באמצעי של השמעת רעש חזק, "הצעקה"), סוסים, הכאת מפגינים באמצעות אלות,¹ והשלכת רימוני הלם אל קהל המפגינים.² אמצעים אלה גורמים או עשויים לגרום לפגיעה חמורה בגופם ובשלומם של אזרחים, ובימים האחרונים אף נפצעו באופן חמור מספר מפגינים.³ הדבר הביא את היועצת המשפטית לממשלה להודיע למשטרה, ב־13 ביולי 2023, בנוגע לשימוש במכת"זית, כי "במטרה לשמור על בריאות הציבור", יש לקבוע "הנחיות ברורות לשימוש בכלי זה לפיזור הפגנות".

השימוש באמצעים מסוג זה לפיזור הפגנות אינו חדש, אך ייחודה של המדיניות הנוכחית של המשטרה בכך שהשימוש באמצעים נעשה כעת לפיזור הפגנות שאינן אלימות וכלפי מפגינים שאינם מתנגדים לעיכוב או למעצר משטרי. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את חוקיות המדיניות הנדונה של המשטרה כלפי מפגינים שאינם נוקטים אלימות.

על בסיס ניתוח המצב המשפטי, הגענו אל הממצאים העיקריים הבאים:

- סמכותה של המשטרה לפזר הפגנה, גם אם ההפגנה היא בלתי חוקית, היא מוגבלת. למשטרה מותר להפעיל כוח פיזי שאינו כרוך בסיכון לפגיעה בגופם ובשלומם של המפגינים. השימוש באמצעים שמסכנים את שלמות גופם של אנשים, כמו מכת"זית או "הצעקה" וכן סוסים והשלכת רימוני הלם, מותר רק בנסיבות שבהן המפגינים פועלים באלימות או בדרך אחרת שיש בה כדי להציב סכנה ממשית ומידית לשלמות גופם של אחרים או לפגיעה חמורה ברכוש.
- אם לא מתקיימות הנסיבות של סכנה ממשית ומיידית לגופם או לרכושם של אחרים, למשטרה אין סמכות להשתמש באמצעים לפיזור הפגנה שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים.

1 רן שמעוני, בר פלג ועדי חשמונאי "מח"ש בודקת דריסת מפגין ע"י פרש משטרה במחאה בתל אביב" **הארץ** (12.7.2023).

2 גלעד כהן ואח' "רימוני הלם ומכת"זית הופעלו נגד מפגינים בתל אביב: הפגנות ברחבי הארץ אחרי נאום נתניהו" **ynet** (28.3.2023).

3 מכתב פורום מנהלי מחלקות עיניים של איגוד רופאי העיניים בישראל למפכ"ל, מיום 12.7.2023 ("10 מפגינים אושפזו עד כה עם קרעים ברשתית, היפרדות רשתית, שברים בארובת העין, אובדן עדשה תוך עינית ודימום תוך עיני. פגיעות אלה הינן חמורות ומסכנות ראייה").

- גם בנסיבות שבהן למשטרה יש סמכות לפעול, הסמכות צריכה להיות מופעלת באופן סביר ומידתי. בעניין זה, יש להתחשב בעוצמת הנזק שייגרם לציבור המשתמשים בדרך אם המפגינים לא יפנו באופן שמסכן את שלמות גופם. בכל מקרה שבו עיכוב בפינוי ההפגנה ופתיחת הדרך לתנועה לא כרוך בסכנת חיים, אסור למשטרה להשתמש באמצעים שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים לשם פינוי הכביש.
- לאור זאת, אם המפגינים אינם נוקטים אלימות, אסור למשטרה להשתמש במכת"זית, ב"צעקה" ובאמצעים דומים שאושרו לשימוש לפיזור הפגנות.⁴ פעולה כזו היא עבירה פלילית ועוולה נזיקית של השוטרים שמפעילים את האמצעים הללו ושל מי שנותן פקודה לעשות כן. לאור חומרת המעשה, פקודה להפעיל אמצעי לפיזור הפגנות שמסכן את שלמות גופם של המפגינים בנסיבות שבהן המפגינים אינם מפעילים אלימות ואינם מסכנים את שלמות גופם של אחרים היא פקודה בלתי חוקית בעליל, שעל שוטרים ושוטרות החובה לסרב לבצעה.
- בכל מקרה אין להשתמש באמצעים מאושרים אלא בהתאם להנחיות ההפעלה.

נימוקי נייר העמדה

1. הזכות להפגין, חופש התנועה וגדרי שיקול הדעת המשטרה

הפגנה כרוכה, מעצם טבעה, בהפרעה לחופש התנועה. כך אם ההפגנה נעשית במקום ציבורי שמיועד למעבר הולכי רגל, וכך אם ההפגנה נעשית על כביש, באופן שמפריע לתנועת כלי רכב או אמצעי תחבורה אחרים. הדין בישראל, כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון, מכיר בכך שהזכות להפגין עשויה במקרים רבים לגבור על הזכות לחופש תנועה. האיזון מבוסס על כך שיש הבדל מהותי בין שתי הזכויות הללו: הזכות להפגין כוללת את זכותו של המפגין לבחור את המקום והאופן שבו יבטא את עמדותיו. בחירת אמצעי הביטוי היא חלק מרכזי ממימוש הזכות. במסגרת זו, היבט מרכזי של ההפגנה הוא היותה חשופה לציבור, ובכלל זה העובדה שיש בה משום הפרעה מסוימת לשגרת חייהם של אחרים. לעומת זאת הזכות לחופש תנועה אינה כוללת את זכותו של הפרט להשתמש במסלול נסיעה מסוים.⁵

בית המשפט סיכם את ההלכה בעניין זה בפסק דין שניתן לאחרונה:⁶

"הזכות להפגין איננה זכות מוחלטת; ובוודאי שמעמדה הרם אין בו משום היתר לקיים התפרעויות אלימות, ובתוך כך הפרות סדר המסכנות את המפגינים שנוטלים בהן חלק ואת הציבור בכללותו. [...] תפקידה של המשטרה [...] לפעול רק כאשר ההפגנה הופכת למסוכנת עד כדי שנדרשת התערבותה – והדבר נתון לשיקול דעתה של המשטרה,

4 יצוין כי השימוש באמצעים אחרים שלא אושרו לשימוש, כגון, לפי הדיווחים, השימוש שנעשה בתותח קול ב-11.7.2023, אסור לחלוטין. אף המשטרה התייחסה לעניין זה בציינה כי: "מבדיקה שערכנו אין מדובר באמצעי משטרה, לפיכך הובהר כי אין לעשות שימוש במכשיר זה". ראו בר פלג ויהושע (ג'וש) בריינר "תיעודים: שוטרים השתמשו בתותח קול לפיזור הפגנות בניגוד לנהלים" הארץ (12.7.2023).

5 למשל בג"ץ 5546/16 בית גאה בבאר שבע נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (נבו) (13.7.2016).

6 בג"ץ 5882/18 קרויס נ' משטרת ישראל, פס' 5 לחוות דעתה של השופטת ברון (נבו) (19.8.2020) (ההדגשות הוספו).

בהתאם לסמכויות שמוקנות לה על פי דין ומוסדרות בנהלים. ויודגש בהקשר זה המובן מאליו והוא, כי לא כל הפרעה או שיבוש של הסדר הציבורי מצדיקים להגביל, לא כל שכן לפזר הפגנה שכן 'מידה מסוימת של פגיעה בסדר הציבורי היא מחיר שיש להיות מוכנים לשלמו כדי להגשים את הזכות להפגין' (בג"ץ 4712/96 סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל, פ"ד נ(2) 822, 833 (1996)).

משמעות הדבר ברורה: לא כל הפרעה או שיבוש של הסדר הציבורי יספיקו כדי להצדיק את הפגיעה בזכות להפגין, לעניין מתן היתר להפגין במקום מסוים וגם לא כל הפרעה או שיבוש יספיקו כדי להצדיק שימוש בכוח לצורך פיזור ההפגנה. סמכותה של המשטרה לאכוף את האיסורים שקבועים בדין שלא לחסום דרכים תוך שימוש בכוח ובאמצעים לפיזור הפגנות מוגבלת למצבים שבהם מדובר ב"התפרעות אלימה", כלומר כאשר "ההפגנה הופכת למסוכנת".

2. הסמכות להשתמש בכוח לפיזור הפגנה

בחקיקה נקבעו הוראות שונות באשר לנסיבות שבהן הפגנה עשויה להיות בלתי חוקית, כך שהשתתפות בה היא עבירה פלילית. העיקריות שבהן הן סעיפים 151–157 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, שעוסקים ב"התקהלות אסורה" (סעיף 151), "התפרעות", שעניינה "התקהלות אסורה [...] שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור" (סעיף 152) והפרת הוראת קצין משטרה להפסיק "התפרעות" (סעיפים 153–157); וכן סעיף 79 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971. לכך נוסף גם האיסור לחסום דרך ציבורית למעבר חופשי (סעיף 1490(1) לחוק העונשין), ובנסיבות חמורות במיוחד עשויה לקום עבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה (סעיף 332 לחוק העונשין). בנייר עמדה זה לא נעסוק בשאלת חוקיותן או אי-חוקיותן של הפגנות ספציפיות, אלא מוקד הדיון בנייר עמדה זה הוא בסוגיית התגובה המותרת של המשטרה להפגנות אף אם הן מהוות הפרות חוק, מלבד התגובה של העמדה לדין פלילי.

בחקיקה נקבעו כמה הוראות שמסמיכות את המשטרה להורות למפגינים "להתפזר", ואם הם מסרבים לעשות כן, "לפזר" את ההפגנה. המדובר בעיקר בהוראות בחוק העונשין ובפקודת המשטרה. בחוק העונשין נקבע כי מפקד משטרה הרואה שלושה אנשים לפחות "מתפרעים", רשאי להורות להם "שיתפזרו בשקט" (סעיף 153); ואם הם מסרבים לעשות כן, גורם משטרה מתאים רשאי "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע או לתפסם, ואם משהו התנגד לתפיסה יכול המוסמך להשתמש בכוח הדרוש בדרך סבירה כדי להתגבר על ההתנגדות, ובכל משפט פלילי או אזרחי לא ישא [השוטר] באחריות אם גרם פגיעה או מוות לאדם או נזק לרכוש" (סעיף 154). הוראות אלה קובעות אם כן שני סייגים לסמכותה של המשטרה: (1) הסמכויות הנדונות קיימות רק אם המפגינים "מתפרעים". התפרעות מוגדרת בחוק כ"התקהלות אסורה [...] שיש בה כדי להטיל אימה על הציבור" (סעיף 152 לחוק העונשין). יסוד זה של "הטלת אימה" משמעותו כי לא כל התקהלות שהיא אסורה, כלומר כזו שנעשית ללא היתר (או תוך הפרת ההיתר) היא התפרעות, וממילא, לא כל חסימת כביש צריכה להיחשב "התפרעות", אם נעדר ממנה יסוד של אלימות, פגיעה חמורה ברכוש או היבט אחר של פגיעה – או איום בפגיעה – בציבור, מעבר לעצם חסימת הכביש. (2) ההסמכה "להשתמש בכוח הדרוש בדרך סבירה" חלה רק כאשר המפגין "התנגד לתפיסה", כלומר התנגדות לניסיון לעצור את מי שמתפרע, כך שהשימוש המותר בכוח הוא רק כדי "להתגבר על ההתנגדות". אם המפגין אינו מתנגד לניסיון

"לתפוס" אותו, הסמכות להפעיל כוח אינה קיימת.⁷ ברישה של סעיף 154 לחוק אומנם נאמר כי בנסיבות של התפרעות שוטר רשאי "לעשות כל הדרוש כדי לפזר את המוסיפים להתפרע או לתפסם", אך הקביעה בסיפה כי מותר להשתמש בכוח סביר אם מישוהו התנגד לניסיון השוטר לתפוס אותו מלמדת כי "לעשות כל הדרוש" אינו כולל שימוש בכוח (בוודאי לא שימוש באמצעים) אלא אם ישנה התנגדות למעצר. אם שני היסודות הללו – קיומה של "התפרעות" והתנגדות לניסיון מעצר – אינם מתקיימים, וזה המצב הטיפוסי כיום בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית, אין למשטרה כלל סמכות להשתמש בכוח. אין מדובר כאן בבירור אם השימוש בכוח היה סביר או מידתי בנסיבות העניין, אלא קביעה כללית של המחוקק, שעצם השימוש בכוח בנסיבות אלה הוא אסור.

הבחנה דומה עולה גם מהוראות פקודת המשטרה בנושא. כאן יש שלוש הוראות רלוונטיות, שתיים כלליות ואחת ספציפית להקשר הנדון כאן. ההוראה הספציפית היא בסעיף 79 לפקודה, שבו נקבע כי "כל אימת שיש התקהלות בלתי חוקית, התפרעות או הפרעת השלום [...] כל שוטר רשאי לפזר כל התקהלות במקום ציבורי ולעצור בלא פקודת מעצר כל המצוי בהתקהלות ומסרב להתפזר".⁸ זוהי הוראה שדומה במהותה לרישה של סעיף 154 לחוק העונשין – היא כוללת הסמכה כללית "לפזר" את ההתקהלות, גם אם אינה עולה כדי "התפרעות", אך אין כאן הסמכה להשתמש בכוח לשם הפיזור, וללא הסמכה מפורשת למשטרה אסור להפעיל כוח.

הבחנה זו עולה גם משתי ההוראות הכלליות בעניין זה בפקודת המשטרה. בסעיף 5 שלה נקבעת הוראת הסמכה כללית, שלפיה "מתפקידו של כל שוטר לקיים סדר בדרכים הציבוריות, ברחובות הציבוריים [...] ובכל מקום שיש לציבור גישה אליו; [...] למנוע הפרעות בשעת התקהלות או תהלוכה בדרכים הציבוריות וברחובות הציבוריים [...] וכן כל אימת שדרך [אין] רחוב [...] עלולים להיות דחוסים או חסומים". ההסמכה להשתמש בכוח בהקשר זה נקבעה בתיקון לפקודה, משנת 2005, שבו הוסף סעיף 4א, שכולל, בלשון מפורשת אף יותר מאשר הסיפה של סעיף 154 לחוק העונשין, סייג מחמיר לעניין השימוש בכוח:

"4א. (א) מצא שוטר כי קיים חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש, רשאי הוא: (1) להורות לכל אדם הנמצא באזור או במקום שבו קיים החשש האמור, הוראה סבירה הדרושה באופן חיוני לשם הצלת הנפש או הרכוש או למניעת הפגיעה, ובכלל זה להורות על מניעת גישה לאזור או למקום, או יציאה ממנו; [...] (3) לצורך הצלת הנפש או הרכוש [...] (ב) לעשות כל פעולה הדרושה באופן חיוני, ולהשתמש בכוח סביר כלפי אדם או רכוש לצורך ביצוע פעולה כאמור".

הוראת הסמכה זו רחבה מזו שבסעיף 154 לחוק העונשין, בכך שהסמכות להשתמש בכוח סביר חלה גם אם לא נעברה עבירה מסוג של "התפרעות" או עבירה כלשהי. אולם, הסייג שמוחל כאן מבטא

7 סייג דומה קבוע בס' 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט–1969: "מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו".

8 סמכות המעצר כפופה להוראות הכלליות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים), ובכלל זה החובה להסתפק בעיכוב ככל הניתן (ס' 23(ג)), והחובה לבצע כל מעצר או עיכוב "בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו" (ס' 1).

היגיון דומה לסייג שנקבע בסיפה של סעיף 154 לחוק: **לשם קיומה של סמכות של שימוש בכוח – כאמור, לא רק לשם בירור אם הפעלתה סבירה או מידתית בנסיבות העניין – נחוץ להתקיים תנאי מקדים.** בסעיף 154 לחוק התנאי המקדים הוא התנגדות למעצר; ובסעיף 4 לפקודה התנאי המקדים הוא קיום "חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש", כך שהשימוש בכוח "דרוש באופן חיוני [...] לצורך הצלת הנפש או הרכוש".

ההסדר שנקבע בסעיף 4 לפקודה, שמבטא אסדרה של הענקת הסמכות להשתמש בכוח, מבהיר גם את גבולותיה של הסמכות שמוקנית לשוטרי מכוח סעיף 79 לפקודה. שם מדובר, כאמור, על הסמכה כללית, "לפזר" את ההתקהלות (ולעצור את המתקהלים), בלי פירוט באילו אמצעים רשאי השוטרי לנקוט לשם "פיזור" כאמור. מתוך השוואה לסעיף 154 לחוק העונשין ולסעיף 4 לפקודה יש להסיק כי הסמכה כללית, בלא לציין לצדה מפורשות את הסמכות להשתמש בכוח, אינה כוללת הסמכה להשתמש בכוח. פרשנות זו מתחייבת מכוח שילוב של שני גורמים: האחד, ההכרה בכך ששימוש בכוח עלול לגרום נזק חמור לאדם, וניתן להצדיקו רק בנסיבות שבהן הדבר הכרחי למניעת נזק חמור דומה; והשני, הערכה שנחוצה הכוונה ברורה לשוטרים, באילו נסיבות הם רשאים להשתמש בכוח. ההכוונה הנובעת מן הדרישות לכך שהפעלת הכוח תהיה סבירה בנסיבות העניין ומידתית היא עמומה מטבעה, ומחייבת התחשבות במכלול הנסיבות הרלוונטיות, באופן שעלול להיות שגוי בלהט הרגע. מכאן ההעדפה של קביעת כלל ברור, שלפיו תנאי מקדים לעצם קיומה של הסמכות להפעיל כוח הוא התקיימות הנסיבות של "התפרעות", כלומר נקיטה באלימות מצד המפגינים, התנגדות פעילה למעצר והיבטים מסוג זה. **חסימת הכביש לתנועה, כשהיא לעצמה, אינה מספיקה לשם כך.** בנסיבות שבהן הדרך חיונית לצורך מעבר – למשל כאשר היא דרך הגישה היחידה ליישוב מסוים – ובכפוף לחובה לכבד את הזכות להפגין, מוטלת על השוטרים החובה לפעול לפיזור ההפגנה בדרך שאינה אלימה, ובכלל זה באמצעות ניסיון לעצור את המפגינים. רק התנהגות אלימה של המפגינים – ביוזמתם או בתגובה לניסיון מעצר – יכולה להצדיק, בכפוף למבחן הסבירות והמידתיות, שימוש בכוח מצד השוטרים.

בפסקי הדין שבהם נדונה סוגיה זו בשנים האחרונות ניתן ביטוי לגישה ברוח זו. למשל בפסק הדין שעסק בחוקיות השימוש במכת"זית מסוג "בואש" קבע בית המשפט כך:⁹

"תפקידה של המשטרה [...] לפעול רק כאשר ההפגנה הופכת למסוכנת עד כדי שנדרשת התערבותה – והדבר נתון לשיקול דעתה של המשטרה, בהתאם לסמכויות שמוקנות לה על פי דין ומוסדרות בנהלים. [...] רק במצבים שבהם צפויה פגיעה קשה בדרגת 'ודאות קרובה' באינטרס מוגן (כפגיעה בביטחון הציבור, ברכוש או בנפש) [...] ניתן על פניו להפעיל אמצעים להגבלת ההפגנה".

למעשה, באותה פרשה אף המשטרה עצמה לא טענה אחרת. להצדקת השימוש במכת"זית "בואש" בהפגנות שנדונו שם (הפגנות של חברים בפלג מסוים בציבור החרדי) קבעה המשטרה כי הצורך בכך נובע משום ש"מדובר בהפגנות המוניות ואלימות [...] המאופיינות בחסימה של כבישים וצירים מרכזיים למשך מספר שעות, פגיעה ברכוש ותקיפה מילולית ופיזית של שוטרים. בהינתן הסכנות

9 עניין קרויס, לעיל ה"ש 6, פס' 5 לחוות דעתה של השופטת ברון.

החמורות הגלומות בהן למפרי הסדר ולציבור בכללותו, ישנם מקרים שבהם אין מנוס משימוש במכת"זית ובכואש על מנת למנוע את הסלמת האירועים, והדבר מיותר שימוש באמצעים חמורים ופוגעניים יותר.¹⁰ מכלל ההן יש ללמוד על הלאו: בהפגנות שאינן אלימות, שאינן מאופיינות בפגיעה ברכוש ובתקיפה מילולית או פיזית של שוטרים, אין בכלל סמכות להשתמש באמצעי לפיזור הפגנות כמו מכת"זית, מסוג "בואש" או "רגילה", לאור הסכנה החמורה שכרוכה בכך לבריאותם של מי שמצויים במקום.

כך עולה גם מנהלי המשטרה: המשטרה אינה רשאית להפעיל אמצעי שימוש בכוח בהפגנות או באירועי מחאה שאינם כרוכים בהפרות סדר. כאשר במסגרת ההפגנה קיימת הפרה של הסדר הציבורי, המשטרה רשאית לנקוט רק באמצעי שימוש בכוח שפורטו מראש בנהלים בהתאם למדרג החמורה של הפרות הסדר ולחובתה של משטרת ישראל לשמור על ביטחון הציבור, ובכלל זאת ביטחון המוחים והמוחים שכנגד.¹¹ לפי נהל הפעלה ושימוש במכת"ז המכיל מים, צבע או בואש (להלן: נהל מכת"ז),¹² שנדון בפסיקה, מותר שימוש באמצעי זה כתגובה להפרות סדר ממדרג ג', שמוגדרות שם כך: "הפרות סדר במסגרת הפגנה שכוללות אי-ציות להוראות המשטרה תוך התנגדות אלימה אשר עלולה להביא לחבלת גוף או לנזקי רכוש או אשר יוצרת חשש ממשי לחסימת צירי תנועה חיוניים או לחסימת גישה למוסדות שלטון מרכזיים". שתי החלופות שמנויות כאן – פעילות המפגינים "עלולה להביא לחבלת גוף או לנזקי רכוש" או שהיא עלולה לגרום "חסימת צירי תנועה חיוניים" – כפופות לסייג שקבוע בתחילתן, "התנגדות אלימה". אין די בהפרת הסדר הציבורי ואי-ציות למשטרה, ואף לא בהתנגדות לפעולות השוטרים לפינוי מהמקום – שכן התנהגויות אלה מוגדרות כהפרת סדר מדרג ב', המצדיקה מצד השוטרים שימוש באמצעי מסוג אלה בלבד ולצורך פעולות הדיפה ומעצר בלבד, אך לא לצורך פיזור. לפי נהלי המשטרה, רק בהפרות סדר שבהן "המפגינים מתנהגים באלימות" קמה הסמכות להפעיל את האמצעים החמורים של שימוש במכת"זית, במערכת "צעקה", בסוסים ופרשים או ברימוני הלם.¹³ גם במקרים אלה יש להקפיד הקפדה יתירה על שימוש באמצעים אלה בהתאם לנהלים, ועל הבטחת היכולת של מפעילי האמצעים לוודא שהנהלים מתקיימים. חריגה מנהלים, למשל כיוון הכינון של מכת"זית או המרחק מבני אדם בשימוש ב"צעקה", עשויים לגרום לנזק רפואי חמור שאין בהצדקה לעשות שימוש באמצעים כדי להתירו.

בהתאם, רק משום הכפיפות לכללים דלעיל, בית המשפט דחה עתירות לקבוע שיש איסור כולל להשתמש באמצעי זה. בית המשפט קבע כי השימוש במכת"זית הוא חוקי רק אם מדובר בשימוש שנועד "כאמצעי למניעת אלימות או פגיעה חמורה ברכוש".¹⁴ בית המשפט ציין כי אין מקום לפסול את המדיניות בכללותה, כלומר לקבוע כי אין כלל סמכות להפעיל את האמצעי הזה, רק משום שלפי

10 שם, פס' 3.
11 מכתב המשנה ליועצת המשפטית לממשלה למזכיר הממשלה מיום 16.7.2023 "מדיניות בנושא הפגנות", ס' 17. ראו נהל אג"מ מ' 220.010.11 – נהל הפעלת אמצעים באירועי הפרות סדר.
12 נהל אג"מ מ' 220.010.12 – נהל הפעלה ושימוש במכת"ז. הנוסח תוקן בעקבות עתירות בעניין והנוסח המובא כאן מבוסס על האמור בפסק הדין בעניין קרויס, לעיל ה"ש 6.
13 ס' 3.א.5 לנהל אג"מ מ' 220.010.11 – נהל הפעלת אמצעים באירועי הפרות סדר; ס' 2.ג לנהל אג"מ מ' 220.010.12 – נהל הפעלה ושימוש במכת"ז.
14 בג"ץ 346/21 עמותת משפט, אמת וצדק נ' משטרת ישראל, פס' 5 לחוות דעתו של השופט שטיין (נבו) (29.7.2021).

עמדת המשטרה נעשה בו שימוש "בהפגנות שלבשו אופי אלים, ובמהלכן נזרקו אבנים, חפצים ובקבוקים; נופצו שמשות של ניידות משטרה; הובערו פחי אשפה; ואף נפצע שוטר".¹⁵ בנסיבות אלה, הבחינה של חוקיות השימוש באמצעי זה צריכה להיעשות לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. אך כאמור, מכאן משתמע שאם אין מתקיים התנאי הזה של "אופי אלים" של ההפגנות, אין למשטרה כלל סמכות להשתמש באמצעי הזה או באמצעי אחר שאושר שכוון בסכנה לבריאותם של המפגינים, ובכלל זה האמצעי המכונה "הצעקה". השופט סולברג סיכם שם את ההלכה:¹⁶

"על המשטרה לפעול, באמצעות הכלים העומדים לרשותה, כדי למנוע מהפגנה להפוך להתפרעות; [...] לא ניתן כיום לעשות שימוש במכל התזת מים, כאמצעי לפיזור הפגנות (המכל עשוי להכיל מים, צבע או 'בואש', בהתאם לצורך), אלא במקרה שבו מדובר בהפרות סדר מדרג ג', כאלה החורגות מגדר הפגנה, ועולות כדי התפרעות. קרי – רק הפגנה הכוללת אי-ציות להוראות המשטרה, תוך התנגדות אלימה, אשר עלולה לגרום לחבלת גוף, לנזק לרכוש, או שקיים חשש ממשי כי תביא לחסימת צירי תנועה חיוניים, או תמנע גישה למוסדות שלטון מרכזיים, היא זו שעשויה להצדיק שימוש באמצעי קיצוני זה".

כאמור, החלופה בדבר "חסימת צירי תנועה חיוניים" אינה עומדת בפני עצמה; היא תוספת לדרישה כי יהא מדובר ב"התנהגות אלימה". כך עולה מפורשות מלשון הנוהל המשטרי, שאליו מפנה כאן בית המשפט, וכך נובע מיישום הוראות החוק.

יש להדגיש עוד כי העמדה שביטא למשל מפכ"ל המשטרה, כי המפגינים יכולים להימנע מפגיעה אם רק יפנו את הכביש וייענו לקריאות המשטרה,¹⁷ היא שגויה מן היסוד. המשטרה רשאית להפעיל אך ורק סמכויות שהוקנו לה לפי הדין, כלפי עובר אורח תמים או כלפי מי שחשוד בביצוע עבירה. המשטרה אינה בעלת סמכויות שיפוט וענישה, והיא אינה רשאית להפעיל סמכויות שאינן מוקנות לה לפי הדין, רק משום שאדם לא נענה להוראות השוטרים במקום.

יתר על כן, לאור העובדה שהסמכות להפעיל כוח מותנית בקיומם של תנאים מוקדמים שאין קושי לברר את התקיימם – כגון שימוש באלימות מצד המפגינים – פקודה שניתנת למפעיל אמצעי כמו מכתז"ת, להפעילה נגד אזרחים אף שאינם נוקטים אלימות ואינם מסכנים אחרים, היא לא רק פקודה בלתי חוקית אלא פקודה בלתי חוקית "בעליל". זוהי פקודה שצויה לה צפוי לגרום, בהסתברות גבוהה לנזק חמור לאזרחים, וזוהי פקודה שהבירור אם היא חוקית או לא הוא פשוט וברור. משום כך, שוטר אינו חייב לציית לפקודה זו ולמעשה אסור לו לציית לה, כך שמילוי הוראה שניתנה לו על ידי מפקדו לא ישמש הגנה מפני הליך פלילי שעלול להינקט נגדו בגין שימוש פסול באמצעי כמו מכתז"ת או

15 שם, פס' 1 לחוות דעתו של השופט הנדל.

16 שם, פס' 1 לחוות דעתו של השופט סולברג (ההדגשות הוספו).

17 המפכ"ל שבתאי צוטט כך: "אנו מכבדים את המוחים ומאפשרים את זכות המחאה. כשיש תקיפת שוטרים ויש חסימת ציר ואנשים מסרבים להתפנות, אי אפשר לדבר אליהם בפרחים. מי שרואה פרש – שיתרחק. נתנו מספיק זמן להתרחק. רואים מכתז"ת, שיתרחק. מי שמחליט שהוא לוקח על עצמו את הסיכון להיפגע מאותם אמצעים, הוא זה שלוקח על עצמו את הסיכון. יש פה מוטיבציה כזו או אחרת לייצר תמונות". "המפכ"ל שבתאי: 'אי אפשר לדבר בפרחים למי שמסרב להתפנות'" וואלה (11.7.2023) <https://news.walla.co.il/item/3593376>

“צעקה” שלא בנסיבות המותרות לפי הדין. כאמור, בנסיבות הקיימות של ההפגנות נגד ההפיכה השלטונית, שבהן אין ננקטת אלימות מצד המפגינים, אסור להשתמש כלל במכת“זית או ב”צעקה” ושימוש כזה הוא עבירה על החוק, שעשוי לגרור הטלת אחריות פלילית ואזרחית על נותן הפקודה ועל מבצעה.¹⁸

נוסף על הפעלת אמצעים לפיזור הפגנות, בתקופה האחרונה גבר היקף המעצרים של מפגינים, לרבות בשל חסימת כבישים, אך גם בנימוקים אחרים. מרבית העצורים, אם כי לא כולם, שוחררו בהקדם וללא תנאים מגבילים. סמכות המעצר היא סמכות פוגענית מאוד, השוללת על אתר את חירותו של אדם ואשר אף השימוש בה צריך להיעשות אך ורק בגבולות הסמכות שהוקנו למשטרה בחוק. גם במקרים העשויים להקים סמכות מעצר, החוק מגביל את היקף השימוש בכוח על ידי שוטרים לנסיבות חריגות, לאחר מדרג פעולות, ובכפוף לסבירות ומידתיות הפעלת הכוח. בנסיבות שבהן הפגנה אינה חוקית, כך שהשתתפות בה היא עבירה פלילית, עומדת לשוטרים הסמכות לפי סעיף 67 לחוק המעצרים לעכב אדם החשוד שעבר עבירה במקום הימצאו, על מנת לברר את זהותו או לחקור אותו.¹⁹ סעיף 23(ג) לחוק המעצרים קובע מדרג ברור, בו כל אימת שניתן להסתפק בעיכוב יש לעשות זאת ואין לפנות לשימוש בסמכות המעצר אם ניתן להסתפק בעיכוב. סמכות המעצר יכולה לקום רק אם לא ניתן להסתפק בעיכוב, או אם האדם מסרב לעיכובו.²⁰

שאלת השימוש בכוח סביר אגב מעצר מוסדרת בסעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ”ט–1969, הקובע כי “מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו”. לפי סעיף 19 הנ”ל ישנן שלוש משוכות שנדרש לעבור השימוש בכוח סביר לצורך ביצוע המעצר: ראשית, שקמה סמכות למעצרו של האדם, וזו כאמור רלוונטית רק אימת שנעשה ניסיון מקדים לעכב את החשוד והוא סירב; שנית, שגם לאחר שהובהר לאדם שמתבקש מעצרו הוא מתנגד או מתחמק ממעצר; שלישית, שהשימוש באמצעי הסביר נדרש לשם הצלחת ביצוע המעצר. **אם שני היסודות הראשונים – קיומה של סמכות מעצר והתנגדות לניסיון מעצר – אינם מתקיימים, וזה המצב הטיפוסי כיום בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית, אין למשטרה כלל סמכות להשתמש בכוח לצורך מעצר.** אין מדובר כאן בבירור אם השימוש בכוח היה סביר או מידתי בנסיבות העניין, אלא קביעה כללית של המחוקק, שעצם השימוש בכוח בנסיבות אלה הוא אסור. **נוסף על כך, השימוש בכוח מותר רק למטרה של ביצוע המעצר.** שימוש בכוח למטרה אחרת הוא אסור, ועל כן גם אם העבירה שנעברה לכאורה מקנה סמכות מעצר, היא אינה מקנה סמכות לשימוש בכוח למטרות אחרות, כגון פיזור חסימת כבישים. אמצעים

18 ראו פקודת הנזיקין, ס’ 7–17.

19 עיכוב מהווה אמצעי מתון יותר לשלילת החירות מאשר מעצר, ולכן החוק קובע העדפה ברורה לעיכוב כשזה אפשרי. בין היתר, ככלל, לפי ס’ 67 לחוק המעצרים, עיכובו של אדם יעשה במקום הימצאו. רק במקרים שבהם הזיהוי אינו מספיק או שלא ניתן לחקור את האדם במקום, שוטר רשאי לדרוש מהאדם להילווה עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר. בנוסף, לפי ס’ 73 לחוק, עיכוב מוגבל לפרק הזמן הסביר הדרוש לצורך לקיחת הפרטים או החקירה בלבד, ובכל מקרה לפרק זמן שלא יעלה על שלוש שעות.

20 מדרג זה נובע גם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ודרישת המידתיות, כפי שעוגן גם בדרישה הכללית בס’ 1(ב) לחוק המעצרים לפיה “מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו”.

כגון מכת"זית ו"הצעקה" אינם מיועדים ואינם מתאימים למטרות ביצוע מעצר. נהפוך הוא: הם פוגעים בקהל גדול, ללא הבחנה בין אנשים שהם ברי מעצר או לא, ובאופן שאף מסכן פעולה של שוטרים בטווח הפעלת האמצעים הפוגעניים. בהתאם לכך, אף בנסיבות שבהן ההפגנה היא בלתי חוקית, ואף בנסיבות שבהן ניתן להשתמש בסמכות המעצר כלפי מפגינים פרטניים הנוהגים באלימות, לא ניתן להשתמש באמצעים שאינם מתאימים לביצוע מעצר פרטני כגון מכת"זית או "הצעקה".

3. הדרישה שהשימוש בכוח יהיה סביר ומידתי

כמו כל סמכות שלטונית שהפעלתה כרוכה בפגיעה בזכויות חוקתיות, הפעלת הסמכות לשימוש בכוח כפופה למבחנים של סבירות, שקבועים מפורשות בחוק המסמך, כאמור לעיל, ולמבחני המידתיות, שקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8). השימוש בכוח מכל סוג שהוא – דחיפה, הפלה לארץ תוך שימוש בכוחו הפיזי של השוטר, ובוודאי השימוש באמצעים כמו מכת"זית²¹ או "הצעקה"²² – עלול לגרום פגיעה חמורה בגוף ובנפש. לפי מה שהתברר בימים האחרונים, הפעלת המכת"זית כרוכה בסיכון ניכר לכך שאזרחים ייפגעו באופן חמור. מדובר, בין היתר, בפגיעה חמורה בעיניים,²³ שצפויה להביא לאובדן ראייה, לצד כאב וסבל רבים, לפגיעה בפנים ולשבירת שיניים, עקב הנפילה בעקבות פגיעת זרם המים, ופגיעות נוספות. בנסיבות אלה, בצד הבירור שמתקיימים התנאים המקדימים לעצם קיומה של סמכות לשימוש בכוח, יש לברר אם השימוש בכוח הוא סביר ומידתי. הבחינה הנדרשת היא לא רק אם האמצעי יעיל להשגת מטרתו ואם אין חלופה פוגענית פחות, אלא גם אם לאור הנזק החמור מאד הצפוי עקב השימוש באמצעי זה, האם מתקיים יחס סביר בין התועלת החברתית שתושג בגינו לבין הנזק שנגרם.

הדברים אמורים ביתר שאת כאשר מתבקש שימוש באמצעים כאלה לפיזורן של הפגנות לא אלימות. כך, במקום שמדובר בהפגנה לא אלימה, הנזק הנגרם כתוצאה מחסימת הכביש הוא מסוג של אי-נוחות ועיכובי תנועה, אך לא נשקפת סכנה לביטחון הציבור או חשש מפגיעה בגוף או בנפש. אל מול נזק שעיקרו אי-נוחות לא ניתן לנקוט באמצעים שמעצם טיבם מובילים לפגיעה פיזית ונפשית במפגינים ובעוברי אורח. דרך המלך היא פינוי אינדיבידואלי של המפגינים על ידי שוטרים, אם במסגרת פיזור ההפגנה ואם במסגרת עיכובם או מעצרים של מפגינים המעורבים בעבירה פלילית. בית המשפט קבע כך במספר מקרים שעסקו בשימוש במכת"זית. למשל, באחד המקרים הודגש

כי:²⁴

"שומה על המשטרה לעשות שימוש מאופק ומרוסן בסמכויות שהוקנו לה לצורך מניעת הפרות סדר קשות; וזאת רק מקום שבו לא עומדת לה אלטרנטיבה אחרת ובהתאם לנהלים. כך במיוחד כאשר עסקין בשימוש באמצעים דרסטיים, כדוגמת נוזל

21 מכתב איגוד רופאי בריאות הציבור, פורום בריאות הציבור, ואיגוד רופאי אף אוזן וגרון למפכ"ל המשטרה מיום 8.7.2023: "פנייה דחופה לאור נזקים בריאותיים חמורים וחריגים משימוש במכת"ז".

22 מכתב איגוד רופאי בריאות הציבור ואיגוד רופאי אף אוזן וגרון למפכ"ל המשטרה מיום 4.4.2023 "אזהרה מפני נזק בריאותי בשימוש בכלי נשק אקוסטי מסוג תותחי קול – 'הצעקה' Long Range Acoustic Device (LRAD)".

23 ראו לעיל ה"ש 3.

24 עניין קרויס, לעיל ה"ש 6, פס' 9 לחוות דעתה של השופטת ברון.

בואש – וחזקה על המשטרה כי תפנה לאמצעי זה לאחר שהפעילה את שיקול דעתה בכובד ראש, ותעשה שימוש בבואש רק בלית ברירה ובכל מקרה בצורה מושכלת, באחריות ובהירות המתחייבת. ויוזכר כי שיקול דעתה של המשטרה, כמו גם אופן הפעלת האמצעים, נתונים לביקורת שיפוטית".

בדומה לכך נקבע בעניין אחר כי:²⁵

"שימוש המשטרה במכת"ז, ובפרט בבואש, כאמצעי למניעת אלימות או פגיעה חמורה ברכוש חייב לעמוד במבחנים של חיוניות וסבירות הקבועים בסעיף 4א(א)(3)(ב) לפקודת המשטרה. [...] עיקרון זה חל ביתר שאת בהקשרן של הפגנות – זאת, מאחר שזכותו של אדם להפגין ולמחות היא אחת מאבני היסוד של מטרנו החוקתי, ובתור שכזאת היא ראויה להגנה מיוחדת מפני פעולות של אנשי שררה אשר עלולות ליצור אפקט מצנן שיירפה את ידיהם של אזרחיות ואזרחים החפצים להפגין ולמחות. [...] מסיבה זו, גם כאשר מדובר בהפרת סדר במדרג ג', חשוב לוודא שהשימוש במכת"ז יותר רק במצבי א"ב, במובן של 'אין ברירה' – הווה אומר: כאשר אמצעים פחות קשים אינם יעילים דיים כמענה לאלימות ההמונים".

בית המשפט מדגיש את הצורך בריסון של המשטרה, הן כדי למנוע פגיעה בזכויות לחיים ולשלמות הגוף, והן כדי למנוע "השפעה מצננת" על הזכות להפגין, בשל האיום להשתמש באמצעים כאלה בנסיבות שבהן אין לכך הצדקה.

סיכום

"הזכות להפגין היא מאבני היסוד במקומותינו, יש להתייחס אליה בכובד ראש, להיזהר ולהישמר מפני פגיעה בה".²⁶

בהפגנות נגד ההפיכה השלטונית ולמען הדמוקרטיה נעשה שימוש נרחב במכת"ז וזית ובאמצעים לפיזור הפגנות שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים למטרה אחת ויחידה – פיזור חסימת כביש לתנועה. לפי הדין הנהוג, זהו שימוש פסול ובלתי חוקי. הוא נעשה בחוסר סמכות והוא אינו מידתי. אפילו הייתה סמכות להשתמש באמצעים הנדונים בנסיבות אלה, ואין, הנזק שנגרם עקב חסימה לתנועה של כביש אינו מצדיק את הפגיעה הקשה בגופם של אנשים. על המשטרה להסתפק בסמכות לעיכוב ולמעצר ובאמצעי של קיום חקירה ובמידת הצורך העמדה לדין פלילי של מי שמפרים את החוק ובאמצעים אחרים שאינם כרוכים בשימוש באמצעים לפיזור הפגנות. אסור לה באיסור מוחלט להשתמש באמצעים לפיזור הפגנות שמסכנים את שלמות גופם של המפגינים בנסיבות שבהן ההפגנה אינה אלימה, ובכל מקרה אסור לה לחרוג מנהלי השימוש באמצעים.

25 עניין עמותת משפט, אמת וצדק, לעיל ה"ש 14, פס' 5 לחוות דעתו של השופט שטיין.

26 שם, פס' 1 לחוות דעתו של השופט סולברג.

חלק שביעי : מה אנחנו צריכות לעשות? על צעדי תגובה אפשריים

נייר עמדה זה נכתב על ידי :

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית
ד"ר עדי ליבוביץ, האוניברסיטה העברית

תרמו הערות :

פרופ' אורנה אליגון דר, המכללה האקדמית ספיר
פרופ' דורון טייכמן, האוניברסיטה העברית
ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' יואב ספיר, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' דנה פוגץ', הקריה האקדמית אונו
פרופ' אמנון רייכמן, אוניברסיטת חיפה

חוקיות ההגבלות המשטריות על הפגנות ליד בית המגורים של אנשי ציבור

הופץ במקור ביום 28.8.2023 כנייר עמדה מס' 56

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות – בוחן בנייר עמדה זה את ההגבלות שמטילה המשטרה על הפגנות ליד בית המגורים הפרטי של אנשי ציבור.

אנו סבורים כי:

- ההגבלות מראש שמטילה המשטרה על ההפגנות ליד בתי מגורים של אנשי ציבור אינן חוקיות והן נקבעו תוך חריגה מסמכויות המשטרה.
- בנוסף, ההגבלות שהוטלו אינן מידתיות, וישנו חשד ממשי שהן נקבעו בשרירות ותוך שקילת שיקולים זרים באופן שפוגע ללא הצדקה מספקת ויתר על המידה בזכות להפגין, שהיא זכות יסוד חוקתית המצויה בליבת חופש הביטוי הפוליטי.

נימוקי נייר העמדה

1. הזכות להפגין

כללי

הזכות להפגין היא זכות יסוד שיש לה עוגנים רבים בפסיקת בית המשפט העליון.¹ מקובל לראות בזכות זו נגזרת של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, שהוגדרה בפסיקה כזכות עילאית וכציפור נפשה של הדמוקרטיה.² מימושה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי מהווה תנאי למימוש הזכויות האחרות

1 בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל מפקד מחוז ירושלים ניצב דורון ידיד, פס' 18 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) פוגלמן (נבו 19.8.2020); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 8.10.2017) (להלן: עניין גורן); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב (1) 200, 215 (2006); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393, 398 (1984); בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד (2) 169 (1979).

2 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

ולפיכך הוגדרה לא פעם בפסיקה כ"אם החירויות"³. לצד זאת הזכות להפגין הוכרה לעיתים גם כנגזרת באופן ישיר מהזכות החוקתית לכבוד, המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴ זכות הקשורה באופן הדוק בהיבט הפוליטי של החירויות החוקתיות, הזכות להפגין היא אכן יסוד בעיצוב המשטר הדמוקרטי בישראל ומהווה רכיב חשוב בשיח הציבורי ובמערכת האזונית והבלמים של חברה דמוקרטית. באמצעות זכות זו ניתן אמצעי הבעה לאלה שכלי הביטוי הממלכתיים והמסחריים לעיתים אינם עומדים לרשותם. על כן, מקובל במשפטנו, כמו גם במשפטן של מדינות דמוקרטיות אחרות, להעניק לזכות להפגין מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם.⁵ יתרה מכך, הזכות להפגין היא ביטוי ישיר לעקרון ההשתתפות בשדה הפוליטי, שכן היא מאפשרת לקבוצת אנשים לקחת חלק בעיצוב סדר היום הציבורי, לעורר מודעות לסוגיות בוערות באופן בלתי אמצעי ולבטא סולידריות ותמיכה במסר מסוים.⁶

עם זאת, כיתר זכויות היסוד, גם הזכות להפגין אינה מוחלטת, ויש לאזנה – אופקית ואנכית – אל מול זכויות וערכים אחרים כמו שמירה על הסדר הציבורי והגנה על זכויות אדם אחרות כמו הזכות לפרטיות, חירות התנועה וזכות הקניין. אולם, לא כל פגיעה בסדר הציבורי או בביטחון תצדיק את הגבלת הזכות להפגין ואין די בכך שהפגנה גורמת לאי־נוחות, אפילו אי־נוחות רבה כדי להגביל בצורה ניכרת את קיומה.⁷

בהתאם, נקבעו בפסיקה קווים מנחים לבחינת המקרים שבהם המשטרה מבקשת להגביל את זכות ההפגנה לשם שמירה על שלום הציבור ועל הסדר הציבורי. נפסק למשל כי המשטרה נדרשת לנהוג בהגינות, בסבירות ובמידתיות, וכי היא רשאית להגביל את זכות ההפגנה רק אם יש ודאות קרובה לפגיעה קשה ורצינית בסדר הציבורי או בשלום הציבור, ורק במידה הנדרשת למניעת פגיעה כאמור.⁸

הזכות להפגין מול ביתו של איש ציבור

מקרה פרטיקולרי של הזכות להפגין, הוא קיומה של הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור. במקרה זה, מטרת ההפגנה אינה בהכרח להביא לשינוי פוליטי או חברתי כללי, אלא המטרה היא פרטנית – להביא לכך שאיש הציבור ישנה את עמדתו בנושא מסוים. ניתן להגדיר זאת כ"הבעת תוכחה", באשר ההפגנה נועדה להזהיר ציבורית את איש הציבור ביחס למה שנתפס בעיני המפגינים כשגוי.⁹ ההתייחסות למקרים מסוג זה פורשה באופן שונה בפסיקה ממקרים של הפגנות במקומות ציבוריים כמו משרדי ממשלה, כיכר מרכזית או צומת ראשי או אף מול ביתו של איש ציבור אך במרחק מה ממנו.

- 3 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין שהייתה דעת מיעוט לעניין התוצאה (12.11.2006).
- 4 בג"ץ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994).
- 5 עניין לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 398.
- 6 אפרת אבן "הזכות להפגין וגבולותיה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (14.1.2004) www.idi.org.il/parliaments/9899/10717.
- 7 עניין גורן, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.
- 8 שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.
- 9 ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197 (2010).

פסקי הדין המנחים בעניין הפגנות הנערכות באופן ייעודי ובסמיכות מול ביתו הפרטי של איש ציבור הם בין היתר אלו שניתנו בעניין דיין¹⁰ ובעניין גורן.¹¹

ראשית, יצוין כי בעניין גורן, שעסק בהפגנות בפתח תקווה במרחק מה מביתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, הדגישה השופטת (כתוארה אז) חיות כי אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי אנשי ציבור, וכי היא מותרת ולגיטימית במדינה דמוקרטית, ואין מקום לקבוע שהפגנה מול ביתו של איש ציבור יש בה כדי להפעיל לחץ פסול על איש הציבור.¹² שם ההפגנות קוימו במרחק מה מביתו הפרטי של איש הציבור, אך הרצינות שעומד ביסוד דבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות רלוונטי ומתאים גם ביחס להפגנות בסמיכות לביתו הפרטי של איש הציבור.

שנית, יובהר כי על פי ההלכה שנקבעה בעניין דיין, ככלל, במקום שבו יש חלופה אפקטיבית, לא יתקיימו הפגנות מול ביתו הפרטי של איש הציבור, אולם במקום בו אין חלופה כזו יתקיימו הפגנות כדי להבטיח את הזכות להפגין. על האיוון בין זכויותיו של איש הציבור, בני משפחתו ושכניו לבין הזכות להפגין אמונה המשטרה לפי סמכויותיה הכלליות, תוך התווית איזונים של "זמן", "מקום" ו"אופן".¹³ בהקשר זה, נקבעו קווים מנחים בהנחיה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.¹⁴ בהנחיה זו פורש כי במקום שבו ההפגנה מתקיימת מול ביתו הפרטי של איש הציבור בקשר לתפקידו הציבורי או להפעלת סמכויותיו, יש לשקול בהחלטת המשטרה אם ליתן רישיון להפגנה את האיוון בין מימוש הזכות להפגין מול זכותו לפרטיות של איש הציבור בבית מגוריו ומניעת מטרד והפרעה לשגרת חייו שלו ושל בני משפחתו ושל שכניו.

עוד נקבע בהנחיה כי במסגרת האיוון המוזכר לעיל רשאית המשטרה להטיל תנאים לגבי "המקום" כך שיוטלו תנאים של מרחק מן הבית המאפשרים צמצום הפגיעה בפרטיות ובמידת הלחץ על איש הציבור, וייתכנו תנאים נוספים של "זמן" ו"אופן", אך הכל תוך התחשבות במספר המפגינים, מידת הרעש של ההפגנה, תנאי המקום ובצורך ליתן אפשרות למחאה אפקטיבית.

יובהר כי הנחיה זו חלה רק כאשר ההפגנה מתקיימת מול או ליד ביתו הפרטי של איש הציבור. לעומת זאת אם ההפגנה מתקיימת במרחק מה מהבית, גם אם בסמיכות מסוימת, יחולו האיוונים הרגילים בין החופש הביטוי לבין הזכויות והאינטרסים הציבוריים הרלוונטיים החלים ככלל לגבי הפגנות, היינו כלל הוודאות הקרובה להפרת הסדר הציבורי בלבד.

2. הסמכות החוקית להגביל הפגנות

פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א–1971 (להלן: "פקודת המשטרה" או "הפקודה") קובעת בשתי קבוצות סעיפים את המקורות החוקיים המרכזיים להגבלת הזכות להפגין.

ראשית, בפרק השישי לפקודה, סימן ב' שכותרתו "אסיפות ותהלוכות" נקבעו בסעיפים 83–85 כללים לגבי מקרים שבהם יידרש רישיון מאת מפקד המחוז עובר לקיום הפגנה ומימוש הזכות להפגין. לצורך כך מוגדרים בסעיפים אלה המונחים "משמרת מחאה", "אירוע מחאה", "אסיפה" ו"תהלוכה".

10 עניין דיין, לעיל ה"ש 4.

11 עניין גורן, לעיל ה"ש 1.

12 שם.

13 בג"ץ 5318/21 עיריית רעננה נ' משטרת ישראל (נבו) (18.5.2022).

14 הנחיה מס' 3.1200 (עודכנה ב-5.1.2022).

להלן ההגדרות הרלוונטיות:

“אירוע מחאה ו/או אירוע – כל התקהלות של חמישים איש או יותר תחת כיפת השמיים שנועדה לבטא מחאה, רעיון או מסר לרבות משמרת מחאה, אסיפה או תהלוכה, בין אם הם טעונים רישוי ובין אם לאו, למעט אירוע הטעון רישוי לפי חוק רישוי עסקים, התשכ”ח–1968.

איש ציבור – עובד מדינה, עובד רשות מקומית, נבחר ציבור וכן גורם אחר שהוא בעל סמכות על פי דין.

אסיפה – חמישים איש או יותר, המתקהלים תחת כיפת השמיים כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל עניין מדיני, או כדי לדון בנושא כזה. **‘עניין מדיני’** – סוגיות מתחום יחסי החוץ והביטחון של המדינה, כגון הסכמי שלום, שינוי בגבולות או מבצעים צבאיים.

תהלוכה – חמישים איש או יותר המהלכים יחד, או המתקהלים כדי ללכת יחד ממקום למקום, בין שהם בתנועה (לרבות שיירת כלי רכב) ממש ובין אם לאו, בין שהם ערוכים בצורה כלשהי ובין אם לאו.

משמרת מחאה – כל התקהלות אחרת של אנשים שנועדה לבטא מחאה והיא איננה ‘אסיפה’ או ‘תהלוכה’.”

מהגדרות אלה, ומסעיף 84 לפקודה,¹⁵ מובהרים המקרים שבהם חובה לבקש רישיון לביצוע אירוע מחאה, וזאת כאשר מדובר באסיפה או בתהלוכה ומובהר מתי אין חובת קבלת רישיון – במקרים של משמרת מחאה או כאשר לא מתקיימים כלל הרכיבים המגדירים אסיפה או תהלוכה. ישנם שיקולים שונים שעל המשטרה להביא בחשבון בהחלטה אם לאשר קיומם של אירועי מחאה בדמות אסיפות או תהלוכות, וגם ביחס לאירועים המהווים משמרות מחאה למשל, ואינם מצריכים רישיון. במסגרת הפסיקה, פירש בית המשפט את סמכויות המשטרה הכלליות המוענקות לה בסעיפים 5–3 לפקודה¹⁶ ככאלו המעניקות לה שיקול דעת **מסוים** גם להגביל אירועי מחאה שלא נדרשים ברישיון, במקרה שבו הן עלולות לפגוע באופן שקרוב לוודאי בסדר הציבורי או בביטחון הציבור.¹⁷

3. הגבלות שהוטלו לאחרונה על הזכות להפגין

לאחרונה החלה המשטרה להגביל באופן נרחב פעולות מחאה שנערכות ליד ביתם של אנשי ציבור, במסגרת המאבק להגנה על הדמוקרטיה הישראלית. כמפורט להלן, לעמדתנו, הגבלות אלה אינן

15 לשון הסעיף: “הסדרת אסיפות ותהלוכות – 84(א). סבור מפקד משטרת המחוז כי קיום הבטחון הציבורי או הסדר הציבורי מחייבים זאת, רשאי הוא לדרוש, בהודעה לציבור, כללית או מיוחדת, שכל הרוצה להועיד, לארגן או לקיים במחוזו אסיפה או תהלוכה יבקש בכתב מאת הממונה רישיון לכך, לא פחות מחמישה ימים או זמן אחר שיפורש בהודעה לפני היום שנועד לקיום האסיפה או התהלוכה.”

16 לשון הסעיף: “תפקידי המשטרה – 3. משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש.”

17 עניין רעננה, לעיל ה”ש 13, פסק דינו של השופט סולברג.

חוקיות ונקבעו תוך חריגה מסמכות ולמצער הן אינן מידתיות ונקבעו תוך שימוש לרעה בסמכויות המשטרה.

ב-18.5.2023 קבע אגף המבצעים של משטרת ישראל "נוהל בעניין אספות ותהלוכות"¹⁸, המפרט את התנאים והמגבלות שיש להפעיל ביחס לקיומן של הפגנות הדרושות רישיון ושאינן דרושות רישיון. ביחס לאירועי מחאה מול בתים פרטיים של אנשי ציבור נקבעו שלל הנחיות מחמירות וכך נכתב בסעיף 14 לנוהל:

14. אירוע מחאה מול בתים פרטיים של אישי ציבור

- א. ההנחה היא כי הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור, נועדה כדי להפעיל עליו לחץ פסול על ידי הטרדתו בביתו הפרטי, בניסיון לכפות עליו החלטות שאינן משרתות את האינטרס הציבורי אשר לו הוא מחויב. בנוסף, גם לאיש ציבור קיימת הזכות לפרטיות בביתו הפרטי.
- ב. על כן, אין לאפשר מחאה ליד ומול ביתו הפרטי של איש הציבור (כהגדרתו בסעיף ההגדרות לנוהל זה), כאשר קיימת חלופה אפקטיבית למחאה מול או ליד מקום עבודתו.
- ג. ניתן לקבוע תנאים המרחיקים את מיקום המחאה, וכן ניתן לתת תנאים נוספים תוך התחשבות במספר המפגינים, מידת הרעש בהפגנה וכו', לצד מתן האפשרות למפגינים למחות באופן אפקטיבי.
- ד. יש לשאוף להרחיק את המחאה למיקום שאינו בשטח מגורים כדי לא פגוע בשכנים אחרים בצורה שאינה סבירה.
- ה. בהמשך לאמור בסעיף 13 לעיל, ככל שמדובר בהפגנות רועשות שמתרחשות לאורך זמן, ניתן לקבוע תדירות למחאות (פעם, פעמיים בשבוע) וכן לקבוע תנאים שיעזרו למתן את הפגיעה הצפויה מהרעש (לדוג' - איסור על צופרי אוויר, איסור על שימוש באמצעי הגברה לאחר שעה מסוימת וכו').
- ו. קווים מנחים נוספים בקביעות מיקום המחאה ותנאיה הם אלה: המיקום הגיאוגרפי של הבית, קיומן של חלופות, תדירותן של המחאות, אופיין של המחאות, בטיחות המפגינים, בטיחות תושבי האזור והמשתמשים בדרך ובכלל זה הסדרי התנועה וכיו"ב.
- ז. ככלל, ובשים לב למאפייני המחאה ולמאפייני השטח, מחאה שקטה של בודדים תמוקם במידת האפשר במרחק של עד עשרות מטרים מבית איש הציבור, ואילו המחאות האחרות ימוקמו במידת האפשר במרחק של עד כ-250-500 מטרים מבית איש הציבור.
- ח. יודגש כי האמור לעיל חל על בתים פרטיים ולא על "מעון רשמי" כגון בית הנשיא או מעונו הרשמי של ראש הממשלה, או כאשר הבית משמש את איש הציבור באופן משמעותי בעבודתו הציבורית.

בהסתמך על ניהול זה, פרסם לאחרונה מפקד מחוז המרכז הגבלות נרחבות על הפגנות שניתן לקיים ליד בית המגורים של נבחר ציבור מסוימים. למשל, בהודעה שפורסמה ב-23.7.2023 נקבע כך:

(א) "חל איסור לקיים מחאות ברחובות הסמוכים לביתו של [נבחר הציבור]".

(ב) "המחאות ייערכו בנקודות שנקבעו למחאה שקטה (עד 3 אנשים) [ובמקרה אחר, עד 5 אנשים] ומחאה רגילה", בהתאם לפירוט במפה; לפי פירוט זה, ברדיוס של כ-500

18 ניהול מס' 221.110.19 (18.5.2023), <https://did.li/ff6w5>

מביתו של איש הציבור ניתן לקיים רק "מחאה שקטה", בהשתתפות של עד 3 אנשים (ובמקרה אחר, עד 5 אנשים), כך שניתן לקיים "מחאה רגילה" רק מחוץ לרדיוס זה.

ג) זמן המחאה הוגבל כך ש"במהלך השבוע ניתן לקיים שתי הפגנות: בימים שני רביעי", בשעות 7 עד 9 בבוקר ו-19 עד 21 בערב; בסוף השבוע ניתן לקיים מחאה אחת במוצאי שבת, שתחל "לא לפני חצי שעה לאחר צאת השבת ותסתיים עד השעה 23:00".

ד) חל איסור על הקמת רעש בשעות המנוחה (מ-14 עד 16 ומ-23 עד 7), וחל איסור על הקמת רעש חזק או בלתי סביר בכל שעה שהיא; במקום המותר למחאה רגילה ניתן להשתמש באמצעי הרעשה למשך שעותיים, לא בשעות המנוחה ולא יאוחר מ-21:30, "בכפוף לכך שמידת הרעש תהיה סבירה בנסיבות העניין ובהתאם להוראות החוק למניעת מפגעים". לא הובהר מהו האופן שבו תיאכף הגבלה זו.

עמדתנו היא כי ההגבלות הללו אינן חוקיות. יש בהן חריגה מסמכות המשטרה באשר להגבלות מראש שהיא רשאית להטיל והן מטילות הגבלות לא מידתיות שפוגעות ללא הצדקה מספקת בזכות היסוד להפגין ובחופש ביטוי. בשורות הבאות נתייחס לשני ההיבטים הללו – סוגית הסמכות וסוגית שיקול הדעת

4. ההגבלות הוטלו שלא בסמכות ואינן חוקיות

כאמור, סעיפים 83–90 לפקודה מגדירים את סוגי המחאה השונים – "תהלוכה", "אסיפה" ו"משמרת מחאה" וקובעים מהם המקרים שבהם נדרש לקבל רישיון ומהם המקרים שבהם ניתן לממש את זכות ההפגנה מבלי לקבל רישיון. בהתאם לכך, קביעת הגבלות גורפות על אירועי מחאה שאינם דורשים רישיון אינה נובעת מהסמכויות המוענקות למשטרה בסעיפים אלה.

יטען הטוען כי הסמכויות הכלליות המוענקות למשטרה בסעיפים 3–5 לפקודה הן אלו המעניקות למשטרה את הסמכות לקבוע הגבלות מהסוג שפורט לעיל מראש ובאופן מרחיב שכזה. אך אין כך הדבר. לא פעם פורש בפסיקה כי הסמכות הכללית של המשטרה לשמור על הסדר הציבורי אינה סמכות בלתי מוגבלת ובפרט ככל שהפגיעה בזכויות אדם יותר גבוהה, יש להידרש לסעיף הסמכה מפורש, ויש להפעיל את הסמכות בצמצום רב, ככל שישנה.¹⁹

לנוכח הפרשנות המצמצמת שניתנה בפסיקה להגדרה "אסיפה", בפרט הפרשנות המצמצמת לעניין מדיני, כך שההפגנות המתקיימות כיום כנגד צעדי הממשלה אינן מהוות "עניין מדיני"²⁰ אלא מאבק על טוהר המידות, ניתן לומר, שאירועי מחאה רבים המתקיימים מול בתים פרטיים של אנשי ציבור כלל לא דורשים רישיון – הן אלה המתקיימים כמשמרת מחאה של פחות מ-50 איש והן אלה שמתקיימים בהרכב של מעל ל-50 איש אך אינם בתנועה והם אינם בעניין מדיני.

19 עת"ם (מח' ת"א) 45606-10-10 איגוד האינטרנט הישראלי נ' ניצב איילון (נבו 2.4.2012).

20 עניין גורן, לעיל ה"ש 1.

במצב עניינים זה, כאשר הפעלת סמכות המשטרה לצמצום ההפגנות אינה נובעת מן הסעיפים הנוגעים לדרישות רישיון, ישאל השואל אם הסעיפים הכלליים שבפקודת המשטרה מקנים סמכות כה רחבה להגבלת נוכחות של הזכות להפגין כמו זו שבאה לידי ביטוי בנהלים המפורטים לעיל. לנוכח הפגיעה החמורה ביותר בזכות אדם – הזכות להפגין, שהינה זכות יסוד המצויה בליבת חופש הביטוי הפוליטי שהוא מהזכויות הבסיסיות והחשובות ביותר – נראה כי לא ניתן להתבסס על סעיפים 3–5 לפקודת המשטרה כדי לטעון שהפגיעה בזכות נעשית על פי חוק. באם הפגיעה לא נעשית על פי חוק, הרי שאין זו פגיעה חוקית והיא אינה עומדת במבחני **האיזון האנכי**.

המקרה שאנו בוחנים כעת מורכב עוד יותר, כי שמירת הסדר הציבורי היא רק אספקט אחד שלמענו מופעלת סמכות המשטרה. בכל הנוגע להפגנות מול נבחר ציבור אנו מצויים במערך איזונים נוסף, הוא **מערך איזונים אופקי**. גם בהקשר זה, נטען שהפעלת סמכויות המשטרה בשמירה על זכויותיהם של איש הציבור, משפחתו ושכניו נעשתה תוך שימוש לרעה, בהרחבה, וללא עיגון מספק בחוק. איזון של זמן, מקום ואופן בקביעת קווי הגבול להפגנה מול ביתם של אנשי ציבור לא יכול לכלול הגבלות כה דרקוניות כפי שפורט לעיל ביחס למועדי ההפגנות, מרחק ההפגנות, השימוש בכלים רועשים בהפגנות ועוד.

יתרה מכך, לטעמנו, יש לתת את הדעת לכך שזכותו של אדם ובני משפחתו לפרטיות אינה יכולה להתפרש בצורה כה מרחיבה כפי שנעשה בהגבלות המפורטות לעיל עד כדי כך שהיא כוללת את הזכות שיניחו להם לנפשם באופן מוחלט, ואת זכותם לא לשמוע, "לא להיות קהל שבוי" ולא להיחשף למסרים מסוימים.²¹

5. ההגבלות נקבעו בשרירותיות, בשיקול דעת שגוי ואינן מידתיות

גם אם נצא מנקודת הנחה שההגבלות הנרחבות על הזכות להפגין הוטלו בהתאם לסמכות הכללית הנתונה למשטרה לשמור על הסדר הציבורי לפי סעיפים 3–5 לפקודה, הרי שעלינו לבחון כיצד הפעילה המשטרה את שיקול דעתה בקביעת הנוהל והאם פעלה במידתיות עת שקיבלה את החלטתה.

לטעמנו, ההגבלות שנקבעו בנהלי המשטרה כפי שפורטו לעיל נקבעו באופן **בלתי מידתי**. ראשית, יצוין כי הקביעה הגורפת לפיה כל הפגנה מול ביתו הפרטי של איש ציבור "נועדה כדי להפעיל עליו לחץ לפסול על-ידי הטרדתו בביתו הפרטי, בניסיון לכפות עליו החלטות שאינן משרתות את האינטרס הציבורי אשר לו הוא מחויב" **אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בג"ץ** שהתייחס זה מכבר לשאלת המניע הפסול בעניין **גורן**,²² וכך למשל קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות:

"אין למצוא טעם לפגם במחאה המופנית כלפי [איש ציבור] בעניינים הנוגעים למילוי תפקידו ותיאור מחאה זו, בין אם היא מוצדקת ובין אם לאו, כהפעלת לחץ פסול או כעבירה פלילית אין לקבלו".

מכאן שמוטלת על רשויות השלטון החובה לכבד את הזכות להפגין מול ביתו של איש הציבור וצמצום הזכות יכול להתקיים רק בעמידה במבחני מידתיות.

21 מדינה ווגשל, לעיל ה"ש 9.

22 עניין **גורן**, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

מכאן נעבור לבחון את ההגבלות ונטען שההגבלות שנקבעו אפרורית בעניין הגבלת ההפגנות אינן מידתיות.

1. ראשית, לעניין **הרעש**, נדמה כי גם כאשר מדובר בהפגנות של אנשים בודדים, שקשה לטעון שיש בהן כדי להקים רעש בלתי סביר על פי תקנות הרעש, עדיין המשטרה רואה לעצמה סמכות להגביל הפגנה בשל טיעון זה. הגבלת משמרות מחאה הכוללות פחות מ-50 אנשים בשל טיעון של הקמת רעש היא חשודה מיסודה ככזו שמפרה באופן בוטה ובלתי ראוי את החובה להגן על חירות ההפגנה.

כמו כן, האמור בהוראות מפקד המחוז, שלפיהן נדרש ש"מידת הרעש תהיה סבירה בנסיבות העניין" אינו כדין. ההגבלה היחידה המותרת היא זו שנקבעה בתקנות. תקנות הרעש נקבעו בסמכות השר ומתוך איזון בין אינטרסים שונים. מפקד המשטרה אינו רשאי לסטות מהוראות התקנות ולקבוע מגבלות חמורות יותר. שינוי האיזון הדק והמורכב בין אינטרסים מתחרים של חופש הביטוי ומניעת מטרדים כפי שנקבעו בתקנות עולה כדי שימוש לרעה בסמכות ומעורר חשד ממשי שנעשתה לקידום מטרות זרות.

2. שנית, לעניין **הגבלת המשתתפים במחאה שקטה/משמרת מחאה**, בהתאם להוראות שפורסמו לפיהן משמרות מחאה בסמוך לביתו של איש הציבור יכולות להיעשות רק בהתכנסות של עד כ-5 אנשים, נטען שמדובר בהגבלה שאינה חוקית, אינה מידתית ונגועה בשרירותיות וחוסר הצדקה עניינית.

3. שלישית, לעניין **הגבלת המקום**, נדמה כי המשטרה פירשה בהרחבה יתרה את סמכותה לקבוע הגבלות לעניין זמן, מקום ואופן, עד כי לא ניתן לומר שאלה הן הגבלות שעולות עם דרישות הפסיקה לאיזון בין הזכות להפגין לזכויות האחרות של איש הציבור, משפחתו ושכניו. הרחקת ההפגנות לתחומים של מאות מטרים, ניתן לומר כי היא מעקרת את התכלית של ההפגנה והמחאה. יש בה כדי לצמצם את הזכות באופן ניכר ביותר ובלתי מידתי.

נוסף על האמור לעיל, יש לבחון במישור הליך קבלת ההחלטה ושיקול הדעת מהן ההצדקות והתכליות שנבחנו והובילו לקבלת ההחלטה להגביל באופן המפורט את הזכות להפגין. לנוכח המציאות המורכבת והקשה שבה נמצאת החברה הישראלית במקום שבו ההפגנות מופנית כלפי השלטון וכלפי שריו, לרבות השר לביטחון פנים שאמון על פעילותה של המשטרה, עולה חשש חמור כי ההסדרים המפורטים נקבעו תוך **שקילת שיקולים זרים** ובמטרה להגן על הממשלה ועל האינטרסים הפרטיים של השרים ושל חברי הכנסת.

חשד זה מתגבר לנוכח המציאות העגומה בישראל במסגרתה קיימים מטרדי רעש רבים, שלגביהם, ככלל, אין המשטרה קובעת הגבלות מראש ופעולות האכיפה שלה מועטות מאוד. אזורי המגורים בישראל עשירים במטרדי רעש למכביר. עמדת המשטרה שיש הצדקה להחמיר דווקא במקרה שבו הרעש נגרם במסגרת מימוש הזכות הבסיסית לחופש ביטוי, מעוררת את החשש מפני החלטה שמבוססת על שיקולים זרים.

כמו כן, השימוש בקביעה אפרורית של הגבלות ללא כל מקום לבחינה של המטרד ממקרה למקרה גם היא מעלה חשד חמור לשיקולים זרים. חשיבותה הרבה של הזכות להפגין מסיגה במידה מסוימת את הזכות שלא להיות נתון למטרדים, וודאי שהיא מתגברת על הגבלות רעש המרחיבות את הקבוע בתקנות הרעש.

כידוע, הדין הוא שהגבלות כלליות שמוטלות על חירויות הפרטים, אף אם הן תקפות כשהן לעצמן, עשויות להיסוג מכוח החובה לכבד את הזכות לחופש ביטוי. הקביעה אם מטרד רעש מסוים הוא חוקי

או לא אינה נעשית בהתאם למדידת מפלס הרעש בלבד, אלא גם בהתחשב בתכלית השמעת הרעש. החובה לכבד את הזכות לחופש ביטוי עשויה לסייג אפוא את תחולת התקנות. ההכרעה אם בנסיבות מסוימות חריגה ממפלס הרעש המותרת בתקנות היא חוקית אם לאו, או מהי הסנקציה המתאימה בגין חריגה כאמור שנמצאה אסורה, היא עניין להכרעה ממקרה למקרה ובדרך של הכרעה שיפוטית ולא לקביעה אפריורית משטרתית.

6. סיכום

כידוע, הזכות להפגין היא אחת מזכויות היסוד בשיטת משטרנו. זוהי זכות שיש לה חשיבות רבה במימוש ההשתתפות הפוליטית ובמימוש חירות הביטוי במוכן הגרעיני ביותר. פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בצמצום רב לפי מבחן הוודאות הקרובה, ובאיזון אופקי עדין כאשר הזכות מתנגשת עם זכותו של איש ציבור או של שכניו ושל משפחתו.

לאחרונה קבעה המשטרה שלל הגבלות **חריגות** על הזכות להפגין בקרבת ביתם של אנשי ציבור. הגבלות אלה נקבעו, לעמדתנו, שלא בסמכות ושלא במידתיות, תוך חשש להפעלת שיקולים זרים. כאשר מדובר באירועי מחאה הדורשים רישיון וגם כאשר מדובר באירועים שאינם דורשים רישיון, שמורה למשטרה סמכות להגביל את הזכות להפגין על פי סמכויותיה הכלליות בסעיפים 3–5 לפקודת המשטרה, אולם סמכות זו אינה חזות הכל. זו סמכות רחבה, אך מוגבלת, וככל שמדובר בפגיעה מהותית, עמוקה ורחבה בזכות להפגין, לא ניתן לומר שיש בסעיפים אלה הסמכה מפורשת דיה לפגיעה בזכות. אף אם ניתן היה לומר שיש בסמכות זו כדי לאפשר להגביל את הזכות, הרי שהאופן שבו פורשה על ידי המשטרה נעשה בחוסר מידתיות שאין להצדיקה. קביעת הגבלות אפריורית, ללא תלות ובחינה ממקרה למקרה, קביעת הגבלות מרחיקות לכת ורחבות בהיקפן, אין להצדיקן ויש חשש ממשי שהן נקבעו בשל אופיין של המחאות שמתנגדות לפעולות הממשלה ושהגבלות אלו נועדו לדכאן.

ידוע זה מכבר כי דמוקרטיה מתוות בשקט. המהלך שהמשטרה נוקטת כעת, שמשמעותו היא למעשה, צמצום משמעותי עד השתקה של הזכות להוכיח את נבחריו הציבור על מדיניותם, עלול לתרום, שלא בכוונה, לכך שגם הדמוקרטיה הישראלית תמות בשקט. כל עוד מדינת ישראל מחויבת לעקרון שלטון החוק ולחובה לכבד זכויות אדם, על המשטרה לעמוד בלחצים המוטלים עליה על ידי נבחריו ציבור, ולהימנע מהשתקה של אזרחיות ואזרחים, שמקריבים מזמנם וממרצם, ולעיתים גם את בריאותם, כדי להגן על הדמוקרטיה הישראלית.

שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים

הופץ במקור ביום 9.3.2023 כנייר עמדה מס' 25

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 בוחנים שיקולים ועקרונות בנוגע לשירות הציבורי בעת משבר חוקתי.

אנו סבורים כי:

- במצב של משבר חוקתי שתי רשויות שלטון שונות טוענות כי בסמכותן לקבוע הסדרי יסוד במדינה. במצב זה משרתי ציבור אינם יודעים למי לציית.
- ההחלטה למי לציית נגזרת בראייתנו בנסיבות הללו משני סוגים של שיקולים: האחד, הערכה מיהו הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין; והשני, החובה להעניק שירות שווה ומיטבי לאזרחי המדינה.
- אופן הפעולה של משרתי ציבור בנסיבות של משבר חוקתי נגזר בין היתר מהשאלה אם הפעולה שלהם משליכה ישירות על כללי המשחק הדמוקרטי או לא, על המוסד בו הם פועלים, על דרגתם בתוך המוסד ועל דרכי הפעולה הזמינות להם. לנוכח מאפייני הפעולה של הממשלה בתחום החוקתי, ככלל על משרתי ציבור להישמע להוראות היועצת המשפטית לממשלה ולבג"ץ במקרים שבהם פסיקותיו נוגעות לפעולותיהם, אך קביעה זו עשויה להשתנות ככל שישתנו התנאים הקיימים, ובראשם עצמאות הייעוץ המשפטי ובג"ץ.

נימוקי נייר העמדה

פניה של מדינת ישראל למשבר חוקתי. משבר חוקתי הוא מצב שבו שתי רשויות שלטון שונות טוענות כי בסמכותן לקבוע הסדרי יסוד במדינה, אך בחוקה אין מנגנון מוסכם להכרעה ביניהן ואחת אינה נסוגה מפני האחרת משום ששתיהן נהנות מתמיכה פוליטית משמעותית. בישראל, נכון למועד כתיבת הדברים, נתיב ההתנגשות הוא בין בית המשפט לבין שתי הרשויות האחרות. מהלכי הממשלה והרוב שסר למרותה בכנסת מובילים להפיכה משטרית, שאם תיושם תבטל את הפרדת הרשויות. הממשלה חותרת להגביל באופן ניכר את סמכותו של בית המשפט העליון לפסול חקיקה, למינוי פוליטי של שופטים בהליך ספק-דמוקרטי, ולמנוע מבית המשפט לקבוע שאדם שהורשע בפלילים אינו רשאי לכהן בממשלה. בית המשפט מצידו עשוי להכריז על המהלכים הללו כבלתי חוקתיים בחלקם או במלואם, ולפיכך על בטלותם.

המחאה החברתית הרחבה והדיון הציבורי הער מצביעים על חלק מהסכנות הרבות המתעוררות במציאות של משבר חוקתי ובתוכנית החקיקה המובילה אליה. לצידן של סכנות אלה, משבר חוקתי

יעמיד קושי משמעותי בפני דרג משרתות ומשרתי הציבור המקצועיים, שעליהם נסמכת פעולת המדינה ושירותיה לאזרח ביום יום. משרתי הציבור עלולים למצוא את עצמם קרועים בין הנחיות סותרות של שני מוסדות שלשניהם תביעה לסמכות ההכרעה. בתנאים אלה השאלה איננה אם לציית אלא למי יש לציית, כאשר מוסדות שונים תובעים ממשרתי הציבור נאמנות להנחיות מנוגדות או שנמצאות במתח זו עם זו. ההחלטה למי לציית בנסיבות הללו נגזרת בראייתנו משני סוגים של שיקולים: האחד, הערכה מיהו הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין; והשני, החובה להעניק שירות שווה ומיטבי לאזרחי המדינה. מסמך זה נועד להבהיר את מקורות הקושי, את היבטיו המיוחדים, ולהצביע על שיקולים שונים שעשויים לסייע בניווט שלו. בתמצית, בנסיבות הידועות בעת כתיבת הדברים (ראשית מרץ 2023), הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין מבחינת הממשלה ורשויותיה ולמי יש לציית הוא היועצת המשפטית לממשלה, שאמורה לפעול בהתאם לחוק ולפרשנות והכרעות בג"ץ בנושאים חוקתיים. שינוי בנסיבות הקיימות יצריך בחינה מחדש גם של כלל הכרעה זה.

א. הגורם המוסמך לקבוע מהו הדין בנסיבות הידועות כיום

הקביעה מהו הדין היא עניין פשוט בימי שגרה: הפרשן המוסמך של הדין הוא בית המשפט. כך, למשל, אך לאחרונה שב והבהיר בית המשפט העליון באנגליה כי החובה של עובדי ציבור לציית לפסק דין עומדת בעינה גם אם הם משוכנעים שפסק הדין שגוי, למשל משום שניתן בחוסר סמכות וקיומו יגרום לאדם עוול חמור.¹ בישראל, בית המשפט קבע כי בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית או כאשר נדרשת פרשנות של הכרעה שיפוטית קיימת, הדין המחייב מבחינת כלל הגורמים ברשות המבצעת, שרים ועובדי ציבור כאחד, הוא זה שנקבע על ידי היועץ המשפטי לממשלה.² ימי שגרה הם אלה שבהם קיימת הסכמה ציבורית רחבה לכלל שלפיו פסיקותיו של בית המשפט המוסמך הן הקובעות מהו הדין. גם בימי שגרה יש הסבורים שההכרעה השיפוטית במקרים מסוימים שגויה, אך מה שמאפיין ימי שגרה בהקשר הנדון כאן, הוא שגם מי שסבורים שבית המשפט טעה אינם מתיימרים לשלול את התוקף המחייב של הכרעותיו. הטענה עשויה להיות שבית המשפט טעה באופן חמור, ובמקרים של טעויות חמורות דיין אולי אף שראוי שלא לציית לפסיקתו, אך זו טענה שאינה כופרת בכך שהדין הוא כפי שפסק בית המשפט, וביסודה העמדה שבמקרים מסוימים ראוי להפר את הדין. מבחינה זו, הטענה בימי שגרה דומה לטענה של מי שמבקש להצדיק אי-ציות לנורמה משפטית מבלי לחלוק על תוקפו המשפטי של הנורמה המשפטית הרלבנטית.

נייר עמדה זה עוסק בימים שאינם ימי שגרה. אלה הם ימים שבהם גורם שלטוני, בפרט הרוכ בכנסת או הממשלה, עשוי לקבוע שהכרעותיו של בית המשפט העליון, זה המוכר לנו כיום, אינן מחייבות מבחינה משפטית. עמדה כזו עשויה להתבסס על שני סוגים עיקריים של טיעונים: האחד מוסדי והאחר מהותי. הטיעון המוסדי עשוי להיות שקיים מוסד חלופי לזה המוכר לנו כיום, שהכרעותיו הן המחייבות. במסגרת זו עשויה להיכלל החלטה להעביר מתפקידה את היועצת המשפטית לממשלה ומינוי אדם אחר במקומה, חרף קיומה של הכרעה שיפוטית לפיה פיטורי היועצת המשפטית המכהנת

1 R. (on the application of Majera (formerly SM (Rwanda)) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2021] UKSC 46

2 ראו למשל בג"ץ 4648/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 33 (נבו 12.10.2008).

אינם חוקיים והיא ממשיכה בפועל לשאת בסמכויות התפקיד; או החלטה להקים בית משפט חדש, למשל בית משפט לחוקה, בחוק יסוד שבית המשפט הקיים יקבע שאינו תקף; או החלטה על מינוי שופטים חדשים, בהליך שבית המשפט הקיים יקבע שאין לו תוקף משפטי. הממשלה עשויה לטעון כי המוסדות או נושאי המשרה שמונו על ידיה הם בעלי הסמכות, ולפיכך ההכרעות שלהם, ולא אלה של המוסדות ונושאי המשרה הקיימים, הן המחייבות. הטיעון השני לכפירה בתוקף המחייב של הכרעותיהם של נושאי המשרה הנוכחיים הוא מהותי. זו הטענה שאף שנושאי המשרה הקיימים ממשיכים בתפקידם, קביעות מסוימות שלהם, למשל הכרעה שהוראה בחוק יסוד אינה תקפה, מבטאות חריגה מסמכותם ולפיכך הכנסת והממשלה קובעות שאין לציית להכרעות אלה.

במקרים מסוג זה עובדי הציבור יידרשו להחליט למי לציית. ההנחה שעליה מבוסס הדיון כאן היא שחובתם של עובדי הציבור היא לפעול לפי הדין, והשאלה היא כיצד עליהם להחליט מהו הדין. אומנם ייתכנו נסיבות שבהן עובדי ציבור יהיו רשאים, ואף חייבים, מטעמים מוסריים, להפר את הדין ובאופן מודע לפעול בניגוד למה שמתחייב לפי הדין; אך הדיון שמובא כאן עוסק בשאלה המקדמית שעניינה אופן הקביעה מהו בכלל הדין שלפיו על עובדי הציבור לפעול.

התשובה לשאלה זו אינה יכולה להתבסס, לפחות לא בלעדית, על תביעת הסמכות של הגורם הנחזה להיות בעל סמכות. זהו כמובן תנאי הכרחי להכרה בכך שגוף מסוים, בית המשפט או היועץ המשפטי לממשלה, הוא אכן בעל הסמכויות שמסורות לגוף כזה, אך זהו לא תנאי מספיק, שהרי הנחת הדיון היא שאנו נמצא במצב של משבר חוקתי, ושגורם מוסמך כלשהו מטיל ספק בתוקפה של תביעת הסמכות הזו או שיש גורם מתחרה, שתובע גם הוא סמכות כזו. לצורך הקביעה מיהו הגורם המוסמך מבחינה משפטית, אין ברירה אלא להידרש לשיקולים שמחוץ לעולם הנורמות המשפטיות הפורמליות עצמן.

ב. ציות בשירות ציבורי בדמוקרטיה בימים כתיקונם

כלל, הדרג הממונה בשירות ציבורי דמוקרטי מחויב בציות לדרג הנבחר. לחובה זו יש שלושה טעמים:

1. **בחירות כהאצלת סמכות** – במערכת דמוקרטית מקור הסמכות המכריע אמור להיות העם. מכיוון ש"העם" הוא מושג מופשט, נדרש תרגום של אידאל שלטון העם למבנה מוסדי והתרגום הנפוץ לכך הוא האצלה באמצעות בחירות. בישראל הבוחרים ממנים חברי כנסת במטרה שאלה ירכיבו ממשלה, והממשלה בתורה מעבירה את סמכות הפעולה למשרתי ציבור. במקרים שבהם הנחיה מצד הדרג הנבחר סותרת את שיפוטת האיש של משרתת ציבור, השיפוט האישית ראוי שיידחה משום שאינו נהנה מאותו חיבור ישיר לריבונות הדמוקרטית כפי שמתבטאת בבחירות.
2. **בחירות כמנגנון ביקורת** – משרתת ציבור עשויה לחשוב במקרה מסוים שהנחיות הדרג הנבחר יפגעו באינטרס הציבורי או בזכויותיו של מי מהציבור, ולכן מוטלת עליה האחריות לעקוף את רצון הדרג הנבחר ולעשות את מה שהוא האינטרס הציבורי "האמיתי". מול סברה זו עומדת הטענה שעל משרתות ציבור להשאיר את השיפוט לבוחרים. בדמוקרטיה, אם הציבור מאמין שנבחריו שגו או פגעו באינטרס הציבורי, הוא יכול לבחור במפלגה אחרת בבחירות הבאות. מאידך, הדרג הממונה אינו עומד ישירות למבחן הציבור באותו אופן, ויכולתם של הבוחרים לבקר אותו על מהלכיו מוגבלת יותר.

3. **רציפות מנהלית** – מדינה מודרנית זקוקה לשירות ציבורי גדול, בעל ידע מקצועי וזיכרון ארגוני. מנכ"ל המשרדים ויועצי שרים (אך לא יועצים משפטיים משרדיים) הם מינויים במשרות אמון, אך רוב השירות הציבורי נשאר בתפקיד שנים רבות. אם תשתרש נורמה שלפיה משרתי ציבור ממלאים את הנחיות הדרג הנבחר אך ורק כשהם מסכימים איתן, חילופי ממשלות יפגעו קשות בתפקוד המדינה משום שכל שרה ושר הנכנסים לתפקידם יניחו כי הם אינם יכולים לסמוך על צוות המשרד שבראשותו הם עומדים, ינסו לפגוע בתפקודו ויחתרו תחת יכולתו לבצע את פעולתו לאורך זמן.

מסקירה זו עלולה להצטייר תמונה שלפיה עובדי הציבור הם לא יותר מאשר מוציאים לפועל של רצונותיהם של פוליטיקאים. בפועל, המצב מורכב יותר:

1. **מוסר בסיסי** – משרתי ציבור אינם יכולים להפר חובות מוסריות אנושיות בסיסיות מתוקף תפקידם. להיפך, עליהם לסרב למלא הוראות בלתי חוקיות בעליל. האמירה "רק צייתתי לפקודות" משמשת הצדקה כנגד שגיאות, לא כנגד זוועות.

2. **ציות לחוק** – כחברי הרשות המבצעת וכאזרחי המדינה, משרתי ציבור מחויבים לפעול על פי החוק. למעט במקרה יוצא הדופן שבו חיילים מחויבים למלא פקודה בלתי חוקית כל עוד אינה בלתי חוקית בעליל, לדרג הפוליטי אין סמכות להורות למשרתי ציבור להפר את החוק, משום שגם שרים כפופים לחוק. בשאלת חוקיות הפעולה על משרתי הציבור להישמע תחילה למערך הייעוץ המשפטי המהווה את הפרשן המוסמך של החוק כלפי הרשות המבצעת, ולבסוף לבית המשפט שעל פי חקיקת הכנסת – ובאופן רחב יותר, על פי המסורת הדמוקרטית – אמור להיות עצמאי. במילותיו של חוק-יסוד: השפיטה: "אין מרות על מי שבידו סמכות השפיטה, זולת מרותו של הדין".

3. **משרתי ציבור כשם כן הם: משרתי של הציבור** – אחד מאתגריה של המערכת הדמוקרטית הוא כיצד ליישב בין האינטרס האישי של פוליטיקאים לרכז כוח וטובות הנאה בידיהם לבין האינטרס הציבורי, ובין הכרעת הרוב לבין זכויות המיעוט. הבחירות הן מנגנון אחד לשם כך, אבל הן אינן המנגנון היחיד. בשיטה הישראלית סמכויות השלטון מרוכזות ביותר, אין למשל מערכת פדרלית או חוקה נוקשה שיגבילו את הרשות המבצעת. לפיכך, לצד הרשות השופטת, משמש השירות הציבורי, הבלתי מפלגתי ברובו המוחלט, כמנגנון מאזן נוסף נגד הסכנה שברכיו סמכויות יתר בידי הממשלה. בשיטה הישראלית, בדיוק משום שמשרתי ציבור אינם תלויים ברצון הטוב של פוליטיקאים כדי לשמור על משרתם, הם יכולים ביתר קלות להביע התנגדות למהלכים לא חוקיים, המשרתים אינטרס פוליטי צר, ובמקרה הצורך יכולים משרתי הציבור לקדם מהלכים לא פופולריים אך הכרחיים. במקרים מסוימים, ההפרדה בין פוליטיקאים לבין הדרג המקצועי הכפוף להם אף נעשית באופן רשמי מתוך הכרה בניגוד העניינים שבו מצויים פוליטיקאים, כמו במקרה של שליטה במשטרה (לפחות עד שינויי החקיקה האחרונים), בבנק ישראל או במערך המשפטי המקצועי. במילים אחרות, בדמוקרטיה, לצד משרתי הנבחרים, יש לציבור גם את משרתי שאינם נבחרים. בייחוד הדברים אמורים ביחס לפעולות של הדרג הנבחר ששומטות את הקרקע מתחת להצדקות המקוריות לציות: ניסיון לפגיעה בתחרות הדמוקרטית והפיכתו של השירות הציבורי לשירות ציבורי "מטעם" כך שאין עוד הגיון בניסיון להגן על השירות מפוליטיזציה חריפה.

ג. **ציות בשירות ציבורי בדמוקרטיה בשעת משבר חוקתי** – האתגר ושיקולים להתנהלות

ההבדל המרכזי בין ימים כתיקונם לבין ימים של משבר חוקתי הוא קיומה או היעדרה של הסכמה לגבי מקור הסמכות במדינה. במצב העניינים הרגיל גם כשהממשלה אינה מרוצה מפסיקת בית המשפט, בית

המשפט אינו מרוצה מחקיקת הכנסת, או הכנסת מתוסכלת מהתעלמותה של הממשלה מזכותה לפקח על הרשות המבצעת, הרשויות נוטות להכיר באזור הפעולה השמור להן ולקבל זו את סמכותן של זו. אפילו אי-הסכמה של ממש בין רשויות איננה מספיקה בהכרח כדי לייצר משבר חוקתי. כדי ליצור משבר חוקתי התביעות של שתי הרשויות צריכות ליהנות ממידה רצינית של תמיכה בקרב החברה ומוסדות השלטון.

בחייה של מדינה עולה לעיתים השאלה מתי מוצדק שמשרתת ציבור תנהג על פי צו מצפונה ותסרב לציית לגורמים שמעליה בהיררכיה הארגונית, ובניסוח אחר, מתי מוצדק לנקוט בתוך השירות הציבורי באי-ציית מקצועי. אך אין זה המקרה שבו אנו דנים כאן. **במשבר חוקתי חובת הציית עדיין חלה. אלא שלא ברור למי יש לציית.** משרתי ציבור המעוניינים לציית לסמכות ולמלא את חובתם בתוך המסגרת ההיררכית של תפקידים במדינה, **נדרשים להכריע בין שני מוסדות הטוענים שיש להם את הסמכות להורות להם כיצד לפעול.** משרתי ציבור אינם יכולים לפתור את המשבר בעצמם, והם אינם יכולים במצב זה להישען על מנגנוני ההכרעה היומיומיים שלהם משום שהמחלוקת נוגעת ישירות למנגנונים הללו: מי קובע מה חוקי, מי מחזיק בתביעה הדמוקרטית והחוקתית הלגיטימית יותר, ובשורה התחתונה מי מדבר בשמה של הסמכות המדינתית.

לא קיימת תשובה עקרונית לשאלה מי מוסמך לדבר בשמה של המדינה במצב של משבר חוקתי. התשובה נגזרת מההקשר המסוים שבו מתפתח המשבר החוקתי. בנסיבות הקיימות בישראל **כרגע**, הכף נוטה לקביעה כי יהיה על כלל הגורמים ברשות המבצעת, שרים ועובדי ציבור כאחד, למלא את הוראות היועצת המשפטית לממשלה, הן בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית, והן ביחס לשאלת יישום הכרעות שיפוטיות קיימות על נסיבות קונקרטיות. הסמכות האחרונה לפרש את הוראות הדין ולבקר את עמדת היועץ המשפטי לממשלה נתונה בידי בג"ץ. הטעם לכך הוא שההסדר החלופי שהממשלה מנסה לקדם סובל מגרעון דמוקרטי חמור בתוכנו ובאופן קידומו. מבחינת תוכנם, המהלכים שמקדמת הקואליציה ייצרו מבנה חוקתי נטול הפרדת רשויות או מנגנוני ריסון כלשהם על הקואליציה המכהנת, מנגנונים הנחשבים חלק יסודי מהמערכת הדמוקרטית אפילו במובן המינימלי של מילים אלה. התוכנית המשפטית המונחת כעת על שולחן הדיונים מבטיחה שליטה קואליציונית מוחלטת במינוי שופטים, ביטול בפועל של הביקורת על חקיקה והגבלה קיצונית של ביקורת על פעולת הרשות המבצעת, פוליטיזציה של מערך הייעוץ המשפטי, הקמת מערכת חקירות שנועדה להרתיע את הפרקליטות הציבורית ועוד. התוכנית הזו אינה מאוזנת בשום צורה שהיא על ידי הגבלת הממשלה מול הכנסת, שבה היא שולטת כבר כיום, או בעיגון בחוק של תהליכי חקיקה והמגבלות על כוחו של רוב מזדמן שיבטיח כי החוקים שתחוקק הכנסת יצדיקו את המעמד המוגן שתומכי ההפיכה החוקתית מעוניינים להעניק להם. התוצאה תהיה ממשלה היכולה לעשות ככל העולה על רוחה בלי כנסת או בית משפט שיוכלו לה. אם ממשלה כזו תחליט לערוך פוליטיזציה עמוקה של השירות הציבורי, להגביל את הזכות להשתתף בבחירות, או להגביל חירויות יסוד כמו חופש הביטוי וההתארגנות הפוליטית, לא יהיה ניתן לערער על צעדיה.

הרפורמה סובלת מגרעונות דמוקרטיים לא רק בתוכנה אלא גם בדרך קידומה. ניסיונות קודמים לחוקק חוקה או חוקי יסוד בישראל קודמו על פני זמן רב, במטרה מוצהרת להשיג הסכמה רחבה ככל האפשר סביב תוכנם. ההסדרים הנוכחיים מקודמים בהליך מואץ באופן חסר תקדים, עם הגבלה של יכולתם של מתנגדי המהלך להביע את עמדתם או להשפיע על תוכנו, ותוך דחייה של קריאות מוסדיות וציבוריות להאט את קצב התהליך על מנת לאפשר להשיג פשרה מוסכמת. עמדת גופי ייעוץ נדחית על הסף ומחאה ציבורית רחבה, כולל מצד מי שתמכו בממשלה, נתקלת בדחייה ובזלזול ולמעשה לא

מתנהל דיון פתוח שבו מובילי המהלכים מוכנים להשתכנע מדברי המתנגדים להפיכה המשטרית. התנהלות זו, ואמירות מפורשות מצד יוזמי המהלך כמו יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט כי הוא "מסיר" את בג"ץ, מצביעות על כוונות הממשלה בתוכניתה המשפטית. לכך נוספים מהלכים המערערים נורמות שלטוניות בסיסיות שהתקבלו בישראל במשך עשורים, בשל הצורך לשמר את הקואליציה הקיימת. מצבר ראיות אלה עולה ששלטון החוק והמוסדות הדמוקרטיים מאוימים על ידי מהלכי הממשלה ולכן הסמכות לקבוע את הוראות הדין ראוי שתישאר, גם לאחר שהאיומים יתממשו, בידי מי שאחזו בה קודם לפתיחת המערכה נגד מערכת המשפט ושיטת המשטר הישראלית. אין בכך כדי לומר שלא ייתכנו מהלכים לגיטימיים המשנים את המבנה החוקתי של ישראל, אלא רק שהמהלכים הנוכחיים אינם כאלה, ושם המוסדות הקיימים יקבעו כך, קביעתם היא הקביעה המוסמכת שיש לציית לה. כאמור, זו אינה קביעה עקרונית אלא כזו הנטועה עמוק בנסיבות הנוכחיות. שינוי אופייני או הרכבם של המוסדות הקיימים, בין אם על ידי פיטורי היועצת המשפטית לממשלה ובין אם בשינוי קיצוני של הרכב בית המשפט ברוח המהלכים שנקטה ממשלת פולין בשנים האחרונות, יחייב בחינה מחדש של האמור כאן וייתכן שינביע מסקנות אחרות.

ד. דוגמאות ועקרונות לקבלת החלטות

שוו בנפשכם את המציאות שבה הכנסת תחוקק חוק האוסר על בתי המשפט לפסול חקיקה (כפי שהיא אכן מאותתת כעת שבכוונתה לעשות) ובית המשפט העליון יקבע כי החקיקה, אף אם הוכתרה בכותרת "חוק יסוד", היא בלתי חוקתית. במצב זה ייווצרו שלל מקרים של התנגשות בין הסמכויות. לדוגמה, אם הממשלה תתעקש לנצל את הרוב שלה בכנסת על מנת לחוקק חוק נוסף אשר יבטל להכשיר את כהונתו של אריה דרעי כשר, למרות הכרעת בג"ץ שקבעה שלא ניתן למנותו. אם הכנסת תחוקק את החוק ובג"ץ יפסול אותו, ואם אף רשות לא תיסוג, סביב מעמדו של דרעי כשר ייווצר ספק שישפיע על משרתי ציבור רבים שיאלצו לבחור כיצד לפעול. הספק ישפיע על שאלות כמו: האם לבצע הנחיות שחייבות על פי חוק באישור שר ממונה? האם הוא זכאי לקבל מידע שרק השר זכאי לקבל? האם הוראותיו מחייבות כהוראות של שר? הספק עשוי גם להשפיע על האופן שבו נספרת השתתפותו בהצבעות ממשלה ובכך יעורר ספק לגבי תקינותן של פעולות שלטוניות רחבות עוד יותר. זאת דוגמה קלה יחסית בהשוואה לכאלו העוסקות בכוח הכפייה של המדינה. כך למשל, עלול להיווצר מצב שבו השר לביטחון לאומי מורה למפקד "ל או ישירות למפקד מחוז למנוע "בכל מחיר" חסימת כבישים בעת הפגנה. בג"ץ לעומת זאת מורה לאפשר את קיום ההפגנה, להגן על המפגינים, ולהפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין חופש ההפגנה לבין חופש התנועה, ועושה זאת על אף תיקונים בחוק שהוכתרו כחוקתיים במטרה למנוע מבית המשפט לבקר את פעולות הממשלה. בפועל בעת ההפגנה מפגינים חוסמים כבישים. השר לביטחון לאומי מורה בזמן אמת להפעיל כל כוח על מנת לפנות את הצירים, אפילו אם יהיו נפגעים. האם על מפקדי המשטרה לציית לבית המשפט או לשר הממונה? כמובן, במקרים כאלה גם שיקולים מוסריים רלבנטיים, גם אם אין להם תוקף משפטי, אבל ברגע של משבר חוקתי, יש לשוב ולהדגיש: המתח אינו (רק) בין ציות לגורם מוסמך משפטי לבין דרישות המוסר, אלא נוגע לשאלה מיהו הגורם המוסמך משפטית.

ראוי לשוב ולהדגיש מה מייחד את ההתלבטות בפניה ניצבים משרתי ציבור במקרה זה. הם אינם נדרשים להכריע בין צו מצפונם לבין חובת הציות שבתפקידם או בין הוראות שרים ממונים לבין שלטון החוק. ההתלבטות כאן היא בין הנחיות של שתי רשויות שאחת מהן משקפת תביעה חזקה יותר להגנה על הסדר הדמוקרטי ומוסדותיו. פעולה בנסיבות הללו תלויה במגוון פרטים הנוגעים להקשר הספציפי

ונגזרת משני שיקולים עיקריים. האחד הוא השיקול הקבוע שלאורו אמור השירות הציבורי לפעול, והוא כיצד לנהל את היוםיום המדינתי באופן שמיטיב ככל האפשר עם אזרחי המדינה באופן שוויוני ושמוציא לפועל את מדיניות הדרג הנבחר. השני הוא כיצד להוביל את המדינה לחוף מבטחים חוקתי, שבו ההסדרים היציבים ביום שאחרי המשבר משקפים את החובות המוסריות והערכיות של החברה. לאורם של שני היעדים הללו – מתן שירות מיטבי לאזרח ותרומה ליישוב הסדר החוקתי הרצוי – שיקולים אחדים עשויים לסייע למשרתי הציבור לנווט בין מקורות הסמכות השונים ומחויבויותיהם. ארבעה מהשיקולים הללו הם: טיב הסוגיה שעל הפרק, טיב המוסד שבו ממקמים משרתי הציבור, התפקיד והדרג שבהם הם מכהנים וטיב הפעולה שנדרשת מהם.

1. **הסוגיה שבמחלוקת** – יש הבדל מהותי בין סוגיות הנוגעות לאינטרס הציבורי לבין כאלה הנוגעות לטיבה של המערכת הדמוקרטית עצמה. גם כשמשרתי הציבור סבורים שהממשלה היא ששוגה בפרשנותה את הסדר החוקתי הראוי, וגם כשמתקיים דיון ציבורי בתועלת שבאפיק הפעולה הקונקרטי שבחרת הממשלה, ראוי להישמע להנחיותיה בכל הנוגע להיבטים התפעוליים של המדינה כשהמדיניות שהיא מבקשת להוציא אל הפועל אינה משליכה ישירות על הסדר החוקתי וכשהיא במתחם הפעולות שסביר שכל ממשלה שהיא תכריע בהן. לא משום שהסוגיות הללו אינן מעוררות דילמות פוליטיות (להיכן יוקצו תקציבים זו סוגיה פוליטית באופן פרדיגמטי), אלא משום שבמקרים אלה הכף נוטה לכיוון מתן כבוד לתפקידה הסטנדרטי של הרשות המבצעת. בקצה השני של הסקלה נמצאות הנחיות שמטרתן פירוק המוסדות הדמוקרטיים עצמם. המקרים הקיצוניים ביותר הם ביטול בחירות, השתלטות פוליטית על תפקידים שאמורים להיות עצמאיים במערכת דמוקרטית, פגיעה מהותית בתחרות הפוליטית או בחירויות פוליטיות יסודיות, ופגיעה מהותית בזכויות אדם ואזרח. בשאלות מעין אלה, הכף נוטה לכיוון פעולה שנועדה להבטיח את הישרדות מוסדות הדמוקרטיה הליברלית. בין לבין קיימת קשת רחבה של סוגיות והכרעות שאינן דוגמה מובהקת של אף אחת משתי הקטגוריות ועל משרתי הציבור לשקול האם פעולותיהם צפויות לתרום לערעור הסדר החוקתי הדמוקרטי או לחיזוקו.

2. **טיב המוסד המדובר** – השירות הציבורי גדול ומגוון. במדינת ישראל הוא כולל משרתות ציבור בארגונים חמושים כמו צה"ל והמשטרה, ארגונים שנמצאים במגע יומיומי עם אזרחים כמו מערכת הבריאות והחינוך ומשרדי ממשלה העוסקים בעיקר בפיקוח ומדיניות שרוב עבודתם פונה אל תוך הממשלה עצמה או מול גופים מקצועיים. ההשלכות של בחירה בציות לרשות אחת ולא לאחרת משתנות בין המוסדות הללו. הסיכון הגדול ביותר לשלמות המדינה וביטחונה נשקף מצד הארגונים המדינתיים החמושים ובייחוד הצבא והמשטרה. על אלו המשרתים בארגונים אלה לחתור ככל הניתן להימנע מלהשאב אל המשבר החוקתי ובעיקר להימנע מלהפוך לזרוע המכריעה את הוויכוח על ידי פגיעה בחירויות פוליטיות המבוטאות באופן שאיננו אלים. לגבי גופים אלו אנו סבורים שבמיוחד עליהם להימנע מלהפעיל את הכוח האלים שברשותם לטובת צד כזה או אחר בסכסוך המשטרי. עם זאת במקרים שבהם אין ברירה, רצוי להשתמש במנגנון הייעוץ המשפטי כפרשן מוסמך של הדין, וככזה שיוכל לסייע לנושאי המשרה להחליט למי עליהם להישמע בנסיבות אלו, ובלבד שמערך הייעוץ המשפטי נותר עצמאי ולא הפך בעצמו למשרת של רשות אנטי דמוקרטית. לעומת משרתי הציבור החמושים, מי שנמצאים בגופים שאינם חמושים נדרשים להיות פתוחים יותר לאפשרות שעליהם לפעול בדפוסים אחרים מאלה הנוהגים בימים כתיקונם.

3. **תפקיד ודרג משרתות הציבור** – השירות הציבורי הוא הייררכי בחלקו הגדול. בעוד שנושאי משרות בכל הדרגים נושאים באחריות גם לסדר הדמוקרטי וגם לתפקוד המדינתי והשירות לאזרח,

האחריות החוקתית מוטלת בכובד רב יותר על גבי מי שנושאות במשרות בכירות יותר ושהשפעתן רבה יותר. אחריות זו היא צידו השני של המטבע של היתרונות והנכסים המלווים תפקידים מעין אלה. היא קשורה גם להיכרות העמוקה יותר עם המערכת הפוליטית והשיקולים המאפיינים אותה שמשרות ציבור בכירות נוטות לצבור לאורך שירותן. זו אינה אמירה פשוטה. מי שנמצאות בתפקידים בכירים הן במקרים רבים מי שעלולות לשלם את המחירים הגבוהים ביותר על פעולה שבחרת צד במשבר החוקתי.

4. **אופני הפעולה** – עצם העיסוק בהתנהלות במהלך משבר חוקתי מושך את השיחה לכיוון הכרעות חדות לטובת רשות אחת או אחרת, ובהחלט סביר שהחלטות כאלה יידרשו לעיתים ובתפקידים מסוימים. בפרט, במקרה שלפנינו עבור מי שמופקדים ישירות על נושאי משפט וחוקה שבלב המחלוקת החוקתית. עם זאת, ככל שניתן לפעול באופן שנמנע מהמשבר, שתורם ישירות לשירותים הניתנים לאזרחים ושמכבד ומשמר מוסדות דמוקרטיים, מוטב לפעול באופן הזה. במקרים שבהם המשבר החוקתי נוגע ישירות להכרעה העומדת לפתח משרתי ציבור יש ברשותם מגוון אפשרויות פעולה. אפשרויות אלה כוללות בין היתר להימנע מפעולה מבלי להצהיר הצהרות בנושא, לעכב החלטות, לשתף מידע עם הכנסת, הציבור או עם משרתי ציבור אחרים, לבטא סירוב פומבי להישמע להנחיות במטרה לכפות פיטורין או התפטרות פומבית יזומה ועוד. מחוץ להקשר לא ניתן להמליץ בצורה חד-משמעית כיצד לפעול כשהמתח בין הרשויות בלתי ניתן למסמס, אך על משרתי ציבור להביא בחשבון הן את תוצאות המהלך הנוכחי שלהם לסוגיה שעל הפרק, הן את השלכותיו לשרידות המוסד שעליו הם מופקדים, והן את יכולתם להמשיך לתרום לייצוב הסדר הדמוקרטי אם יוחלפו במי שנאמנותם אינה נתונה לסדר הדמוקרטי הרחב.

לסיכום, במציאות של משבר חוקתי, הסדר המדינתי שבתוכו פועלים משרתי ציבור בימים כתיקונם מופר וחובתם העקרונית לציית מאותגרת, לא משום שהיא בטלה אלא משום שלא ברור להיכן היא מופנית. זאת ועוד, האפשרות להמשיך כאילו אין משבר חוקתי אינה קיימת עוד. פעולה בנסיבות הללו צריכה להביא בחשבון גם את הצורך להמשיך לספק שירותים טובים ככל האפשר לאזרח, אך גם את תרומת משרת הציבור להיווצרותו של סדר חוקתי דמוקרטי יציב ביום שאחרי המשבר החוקתי. אופן הפעולה של משרתי ציבור בנסיבות הללו נגזר בין היתר מהשאלה אם הפעולה שלהם משליכה ישירות על כללי המשחק הדמוקרטי או לא, על המוסד שבו הם פועלים, על דרגתם בתוך המוסד ועל דרכי הפעולה הזמינות להם. לנוכח מאפייני הפעולה של הממשלה בתחום החוקתי, ככלל על משרתי ציבור להישמע להוראות היועצת המשפטית לממשלה ולבג"ץ במקרים שבהם פסיקותיו נוגעות לפעולותיהם, אך קביעה זו תשתנה ככל שישתנו התנאים הקיימים, ובראשם עצמאות הייעוץ המשפטי ובג"ץ.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר אבישי בן ששון גורדיס, אוניברסיטת הרווארד

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה

ד"ר אדם שנער, אוניברסיטת רייכמן

הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי – ציות לממלכה ולא למלך

הופץ במקור ביום 22.3.2023 כנייר עמדה מס' 35

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 בוחנים את שאלת הדין החל על עובדי ציבור בעת משבר חוקתי.

אנו מוצאים כי:

- כל עובד ציבור חייב לפעול על פי החוק במדינה.
- בית המשפט העליון הינו הפרשן המוסמך של החוק בישראל, לכן פרשנותו מחייבת את כל הרשויות האחרות במדינה. גם אם לממשלה ולכנסת פרשנות שונה של החוק, היא לא הפרשנות המחייבת בישראל. עובדי הציבור אינם רשאים לציית להוראה הסותרת את המתחייב על פי הדין, כפי שזה פורש על ידי בית המשפט.
- כל עוד בית המשפט לא הורה אחרת, כל עובד ציבור חייב לפעול בהתאם לפרשנות המשפטית של היועצת המשפטית לממשלה.
- אי-ציות לצו של בית משפט, גם אם הדבר נעשה על פי הוראה של השר הממונה, גוררת אחריות בגין בזיון בית המשפט.

נימוקי נייר העמדה

נייר זה מורכב משני חלקים: ראשית יוצגו הדברים בתמצית, ולאחר מכן הם יפורטו בהרחבה.

א. תמצית הדברים

1. עקרונות יסוד

- עובדי הציבור פועלים מכוח סמכות שהוקנתה להם ישירות בחוק או מכוחו ולכן הם כפופים לחוק והגדרת התפקיד שלהם וסמכויותיהם מוגדרות בחוק או מכוחו.
- כגורמים מקצועיים, החוק מחייב את עובדי הציבור לשקול את העמדה של השר הממונה עליהם ושל הממשלה ככלל, אך זהו רק אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את עמדתם המקצועית. עמדה זו צריכה לכוון לטובת הציבור בכללותו ולהיות תואמת למטרת החוק המסמך. מובן שעמדת השר

- עצמה צריכה להיות תואמת את הדין ואת תכלית הסמכות שנתונה בידיו, ושיקולים אישיים או אחרים הם זרים לתפקידו ואינם שיקולים שניתן לשקלם.
 - הכללים האמורים לעיל חלים ביתר שאת לגבי נושאי תפקידים ביטחוניים במדינה, שהם תפקידים רגישים במשטר דמוקרטי שבו יש חשש שגורם פוליטי אחד יעשה שימוש לרעה במעמדו כדי לצמצם את הכוח של גורמים פוליטיים אחרים.
2. מהו החוק לו כפוף עובד הציבור?
- **בית המשפט העליון הינו הפרשן המוסמך של החוק בישראל**, לכן פרשנותו מחייבת את כל הרשויות האחרות במדינה. גם אם לממשלה ולכנסת פרשנות שונה של החוק, היא לא הפרשנות המחייבת בישראל. עובדי הציבור אינם רשאים לציית להוראה הסותרת את המתחייב על פי הדין, כפי שפורש על ידי בית המשפט.
 - לפי הדין בישראל, כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון, היועצת המשפטית לממשלה (היועמ"ש) היא המפרשת המוסמכת של הדין עבור הרשות המבצעת, לכן, כל עוד בית המשפט לא הורה אחרת, **כל עובד ציבור חייב לפעול בהתאם לפרשנות המשפטית של היועצת המשפטית לממשלה**.
3. כיצד יזהה עובד הציבור את החוק בעת משבר חוקתי?
- משבר חוקתי יתרחש כאשר הכנסת, הממשלה או אחד השרים מתעלמים מפסיקת בית המשפט (או, לגבי הממשלה והשרים, מתעלמים מפרשנותה של היועמ"ש), ומורים לעובד הציבור לפעול על פי הוראה הסותרת את פרשנות בית המשפט (או פרשנותה של היועמ"ש) (להלן: הוראה סותרת). דרישה זו יכולה להיות מלווה בהוראה בחוק או מכוחו שיקבע שעמדתה של היועמ"ש אינה מחייבת יותר את עובד הציבור, או שהוא מצווה לפעול על פי ההוראה הסותרת ללא הפעלת שיקול דעת עצמאי. **במקרה כזה על עובד הציבור לפעול על פי הדין כפי שפורש על ידי בית המשפט והנחיית היועמ"ש**.
 - **אם היועמ"ש תנחה את עובד הציבור לפעול על פי הוראה שבית המשפט קבע שהיא הוראה סותרת, על עובד הציבור יהיה לפעול בהתאם לפסיקת בית המשפט**, לרבות על פי צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת, וצו בית המשפט ישמש הנחיה מחייבת במקום הנחיית היועמ"ש. הטעם לכך הוא שהיועמ"ש כפופה גם היא לדין כפי שפירש בית המשפט, ולכן במקרה שהיא מתעלמת ממנו או סוטה ממנו הוראתה חסרת תוקף.
 - **במקרה שהיועמ"ש תפוטל ותוחלף ביועמ"ש אחרת, עובד הציבור יידרש להסתמך על פסיקת בית המשפט העליון בעתירות שתוגשנה**, לרבות צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת, באשר לחוקיות הפיטורים של היועמ"ש ולמעמדה החוקי של היועמ"ש שהממשלה מינתה. אם בית המשפט קבע שפיטורי היועמ"ש אינם תקפים או שהמינוי של היועמ"ש המחליפה לא בוצע כדין, אזי על עובד הציבור להמשיך להישמע להנחיות של היועמ"ש שבית המשפט הגדירו כיועמ"ש החוקית.
 - **ככל שהיועמ"ש מנחה את עובד הציבור לפעול על פי הוראה שהיא במובהק הוראה סותרת, או בהיעדר כל הנחיה, ואין לעובד הציבור אפשרות להמתין לצו של בית המשפט לגבי חוקיות ההוראה, או במקרה קיצון שבו הרכב בית המשפט שונה באופן שבית המשפט העליון פסק שאינו**

חוקתי, עובד הציבור לא יוכל להסתמך על הנחיית היועמ"ש או על פסק דינו של בית המשפט שהרכבו שונה כאמור מבלי לבחון באופן עצמאי אם מחובתו לקיים או שלא לקיים את ההוראה הסותרת. בבחינה זו על עובד הציבור לפעול תוך שהוא מנחה את עצמו על פי העקרונות והשיקולים הבאים:

- תפקידו לפעול לטובת הכלל, באופן ממלכתי.
- עליו להפעיל את שיקול דעתו למטרת החוק המסמך את פעולתו, באופן עצמאי ומשיקולים מקצועיים.
- כחלק מתפקידו, עליו להבטיח זכויות האדם, לרבות הזכויות הפוליטיות, באופן שוויוני לכל אזרח, לרבות מימוש חופש הביטוי וההפגנה, והזכות לבחור ולהיבחר.

הוראה המנוגדת לעקרונות אלה היא הוראה סותרת במובהק. ציות לה אינו בסמכותו של עובד הציבור, והיא לא תשחרר את עובד הציבור מאחריות אישית למעשיו, לרבות אחריות פלילית. עובד הציבור עלול להיות אחראי בפלילים אם ההוראה שציית לה לא הייתה הוראה שלפי הדין היה חייב לציית לה, ולבטח אם ההוראה הייתה "בעליל שלא כדין".

ככל שההוראה הסותרת לא ניתנה בכתב, על עובד הציבור לדרוש שהיא תינתן בכתב בטרם פעולה, ולתעד את נסיבות נתינתה ואת שיקוליו לגבי הציות לה או הסירוב לציית לה.

ב. הרחבה והסברים

1. מטרה

מסמך זה מבקש לברר כיצד על עובדי ציבור לפעול כאשר הכנסת, הממשלה או אחד השרים מתעלמים מפסיקת בית המשפט (או, לגבי הממשלה והשרים, מתעלמים מפרשנותה של היועמ"ש), ומורים – בחוק, חוק יסוד או הוראת מנהל – לעובדי ציבור שונים (במשרדי ממשלה, בצבא ובמשטרה, ברשויות המקומיות וכו') לפעול על פי הוראה הסותרת את פרשנות בית המשפט (או פרשנותה של היועמ"ש). מקרה פרטי בהקשר זה הוא כאשר יש מחלוקת באשר לשאלה מיהו נושא המשרה המוסמך – למשל, הממשלה מחליטה על העברת היועמ"ש מתפקידה וממנה אחרת במקומה, אך בג"ץ קובע שהפיטורים אינם תקפים; או כאשר הממשלה מחליטה לבחור שופטים חדשים או להקים בית משפט חדש ובג"ץ קובע שהמינוי או בית המשפט החדש אינם תקפים ויש מחלוקת בשאלה מיהם השופטים המוסמכים.

2. החובה לציית לחוק

עובדי הציבור כשמים הם – נאמנים של הציבור בכללותו. תפקידם להבטיח את זכויותיהם ורווחתם של כלל האזרחים במדינה. הם פועלים מכוח סמכות שהוקנתה להם ישירות בחוק או מכוחו (למשל מפכ"ל המשטרה, רשם המפלגות וכו'), ולכן הם כפופים לחוק והגדרת התפקיד שלהם וסמכויותיהם מוגדרות בחוק או מכוחו.

כגורמים מקצועיים ולא פוליטיים, שיקול הדעת שהחוק מוסר להם מחייב אותם לשקול את העמדה של השר הממונה עליהם ושל הממשלה ככלל, אך זהו רק אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את עמדתם המקצועית. עמדה זו צריכה לכוון לטובת הציבור בכללותו ולהיות תואמת למטרת החוק המסמך. כפי שבג"ץ קבע עוד בשנת 1950, "אם חוק מעניק כח ידוע למוסד או לרשות מיוחדת ומוסר

לו את הסמכות להשתמש בכוח זה לפי שקול דעתו, הרי על המוסד או הפקיד לפעול בהתאם לזה ועל כל פנים אינו מחויב להשמע להוראותיו של מישהו אחר... יש אסמכתא לדעה, כי, אם פקיד כזה יפעל על פי הוראות השר במקום לפעול לפי שקול דעתו הוא, תהא פעולתו בטלה".¹ במקרים מסוימים לשר הסמכות ליטול לידיו את סמכותו של עובד הציבור, אך בכך אין כדי לשלול את חובתו של עובד הציבור להפעיל שקול דעת עצמאי כל עוד הסמכות נתונה בידיו. זאת ועוד, לעובדי ציבור, מלבד אלו המשרתים בכוחות הביטחון, אסור לציית לאף הוראת ממונה שקיומה כרוך בביצוע דבר עבירה, ולאילו המשרתים בכוחות הביטחון (מלבד ראשי הארגונים) אסור לציית לפקודת ממונה כשהיא בלתי חוקית בעליל.²

עם זאת, בעוד חובת המרות המוטלת על הפקודים בכוחות הביטחון רחבה יותר, הרי שהדין החל על ראשי כוחות הביטחון (הרמטכ"ל, המפכ"ל, ראש השב"כ וראש המוסד) דורש מהם ביתר שאת להקפיד על עצמאות שקול הדעת שלהם, וזאת מפאת העובדה שמדובר בתפקידים רגישים במשטר דמוקרטי, שבו יש חשש שגורם פוליטי אחד יעשה שימוש לרעה במעמדו כדי לצמצם את הכוח של גורמים פוליטיים אחרים. נושאי משרה אלה כפופים אומנם להוראות הממשלה באמצעות השרים הממונים,³ אבל הם נדרשים לציית רק להוראות חוקיות (וממילא הממשלה והשרים מוסמכים לתת רק הוראות חוקיות והוראות בלתי חוקיות הן מחוסרות כל תוקף משפטי).⁴ בנוסף, לשר הממונה אין

- 1 בג"ץ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פ"ד ד 319, 323 (1950).
- 2 ראו ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פס' 39 (נבו 1.3.2017); ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פס' 30 (נבו 8.12.2015).
- 3 ס' 3(ב) לחוק-יסוד: הצבא ("ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון"); ס' 8ב לפקודת המשטרה ("א) משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה; (ב) השר ממונה על משטרת ישראל מטעם הממשלה"); ס' 4(א) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 ("השירות נתון למרות הממשלה").
- 4 לעניין הרמטכ"ל ראו ועדת החקירה לעניין מלחמת יום הכיפורים **דין וחשבון חלקי** 13 (1974) (ועדת אגרנט) ("דבר אחד על כל פנים ברור מבחינה חוקתית: לא נקבע מעולם ששר הביטחון הוא מעין 'רמטכ"ל-על' החייב להנחות את הרמטכ"ל בתחום אחריותו של זה בשטח האופרטיבי, או שהוא בבחינת מפקד עליון של צה"ל מכוח היותו שר הביטחון"). כן ראו צבי הדר "סמכותם הפיקודית של ראש המטה הכללי ושר הביטחון כלפי צה"ל" **הפרקליט** לא 219, 222 (1977) ("שר הביטחון אינו מצוין במפורש בחש"צ [חוק השיפוט הצבאי] או בכל חוק אחר כמי שהוסמך בעצמו להוציא פקודות לחיילי צה"ל, בין פקודות כלליות ובין פקודות אישיות. מכאן אף ששר הביטחון אינו מוסמך לתת פקודות לרמטכ"ל במסגרת חש"צ"; "כפיפותו של הרמטכ"ל לשר הביטחון, כאמור בסעיף 3(ב) לחוק יסוד: הצבא אינה מקנה כשלעצמה סמכות לשר הביטחון לתת פקודות לחיילי צה"ל במסגרת חש"צ". יצוין שהדר סבר ששר הביטחון יכול ליטול לעצמו את סמכות מתן הפקודות של הרמטכ"ל, אך עמדה זו נדחתה בפסיקה, ראו עניין **מאיר**, להלן ה"ש 5). לעניין המפכ"ל ראו ועדת חקירה ממלכתית לבידור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 **דין וחשבון**, שער 6 פס' 21 (2003) (ועדת אור) ("למשרד לבטחון פנים, ולשר העומד בראשו, תפקיד חשוב בפיקוח ובבקרה על המשטרה במילוי תפקידיה, ובשמירה על האיון העדין [בין הסדר הציבורי לבין חירויות האזרח] הכרוך בכך... [אך] השר לביטחון פנים אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות של המשטרה. הוא גם אינו אמור להתערב בהחלטות בנושאים מקצועיים, כמו חקירות"). לגבי ראש השב"כ וראש המוסד ניתן ללמוד בדרך ההיקש מהדין החל על הרמטכ"ל והמפכ"ל. עוד ראו באופן כללי בנוגע להיקף חובת הציות הצר יותר החל בהקשרם של בכירים, זיו בורר "כן, אדוני השר: על חובתו של עובד ציבור לציית להוראות בלתי חוקיות שניתנו לו מגבוה, ועל ההגנה בפלילים עקב ציות כזה" **עיוני משפט** לה 185 (2012).

סמכות להתערב בשרשרת הפיקוד המוסדית בצבא ובמשטרה. בהתאם נקבע כי שר הביטחון אינו המפקד העליון של צה"ל ולכן הוא אינו יכול לתת הוראות ישירות למפקדים בצה"ל למעט לרמטכ"ל,⁵ וכך גם לגבי מפכ"ל המשטרה.⁶ באופן קונקרטי, בשל הרגישות המיוחדת הכרוכה באפשרות הפעלת כוחות הצבא והמשטרה למטרות פוליטיות, הטעים בית המשפט, כשנדרש לנושא המעמד של המפכ"ל מול השר הממונה, כי המפכ"ל –

"הוא העומד בראשות המשטרה, אשר במוקד תפקידיה אכיפת החוק והגנה על ביטחון הציבור ושלומם... מכאן החשיבות הרבה בהבטחת עצמאותו ואי תלותו של מפכ"ל המשטרה, העומד בראשה ואמון על הפעלתה לביצוע תפקידיה... 'השמירה על עצמאותו ועל אי תלותו של מוסד זה היא על כן אחת הערכות המובהקות לקיומה של הדמוקרטיה בישראל'".⁷

בהתאם הדגיש המשנה ליועמ"ש (משפט ציבורי-מנהלי), ד"ר גיל לימון, את עמדת היועמ"ש, שלפיה:

"המשטרה היא גוף עצמאי, היא גוף שיש לו שיקול דעת עצמאי. למה יש לה שיקול דעת עצמאי? כי המשטרה מפעילה את הסמכויות הכי חזקות של המדינה, שוללת [את] חופש ביטוי ואת חופש התנועה וכשיש סגר הם אוכפים אותו. למשטרה יש המון המון כוחות, הכנסת נתנה לה את הכוחות האלה בחקיקה מפורטת, ועל כן, המשטרה הזאת, אחד מהמרכיבים הבסיסיים שלה זה עצמאות".⁸

לגבי השב"כ, שפעילותו החשאית מקשה על בקרה חיצונית, נקבע בחוק באופן מפורש כי "השירות יפעל באורח ממלכתי; לא תוטל על השירות משימה לשם קידום אינטרסים מפלגתיים-פוליטיים",⁹

- 5 מ/190 (מיוחד צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' מאיר** (23.4.1991).
- 6 ראו ועדת אור, לעיל ה"ש 4, שער 6 פס' 21 ("השר לביטחון פנים אינו אמור להתערב בהחלטות אופרטיביות פרטניות של המשטרה. הוא גם אינו אמור להתערב בהחלטות בנושאים מקצועיים, כמו חקירות"). ראו גם הוועדה הציבורית לחוק משטרה חדש **דין וחשבון** (1999) (ועדת צדוק) ("1. המשטרה צריכה להיות חופשית לחלוטין בחקירותיה, כשעליה מרותו של החוק בלבד. 2. במקרים של ספק לגבי דרך הפעולה של המשטרה בתחום החקירות והתאמתה לחוק, הסמכות להורות למשטרה כיצד לנהוג (או לא לנהוג) צריכה להיות בידי היועץ המשפטי לממשלה... 4. השר איננו רשאי ליתן למשטרה הוראות לגבי חקירות ספציפיות, ואיננו רשאי להתערב, בכל דרך שהיא, בחקירה ספציפית: לא במתן הוראות, לא ברמיזות לגבי התוצאות הרצויות, לא בהחלפת החוקרים או בדרישה מהמפכ"ל להחליף, ולא בכל דרך אחרת... 7. אשר לתחומי פעולתה האחרים של המשטרה, מחוץ לחקירות, הוועדה סבורה כי השר רשאי להתערב בהחלטות אסטרטגיות, לתת הנחיות כלליות, ולהתוות מדיניות עבור המשטרה בעניינים בעלי חשיבות עקרונית, אולם אין הוא רשאי להתערב בפרטי הביצוע האופרטיבי של המדיניות, או בפרטים, נושא השמור לדרג המקצועי").
- 7 בג"ץ 911/21 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל** (נבו) (12.12.2021). לגבי היקף חובת הציות של בכירים בשירות הציבורי באופן כללי ראו בורר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 224–225; פנחס יחזקאלי ואורית שלו "היחסים שבין המפכ"ל לשר הממונה בישראל, 1948–1997" **משטרה וחברה** 4, 89, 98 (2000).
- 8 פרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת המיוחדת לדיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (סמכויות), התשפ"ג–2022 (פ/80/25) – חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 37), התשפ"ג–2022, בעמ' 163.
- 9 ס' 4(ג) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב–2002.

ובין מטרותיו מנויה השמירה על "סדרי המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו, מפני... חתרנות, ולקידום של אינטרסים ממלכתיים חיוניים".¹⁰ מכאן שגם ראש השב"כ, כמו גם הרמטכ"ל ומפכ"ל המשטרה, מחויב לאינטרסים ממלכתיים ולא מפלגתיים של ממשלה כזו או אחרת, והוא מחויב לשמור על עצמאות בהפעלת שיקול דעתו בכל הקשור לאיומים מכל סוג שהוא על הדמוקרטיה. הסביר זאת לאחרונה ראש השב"כ לשעבר, יורם כהן:

"אני מקווה שלא נגיע למצב שבו שר ייתן הוראה כזו או שהכנסת תוביל חוק שאינו חוקתי, אך במקרה שנגיע למשבר כזה, הפרשנות היא בידי היועמ"שית ובית המשפט העליון... ראשי מערכות הביטחון אמונים על הממלכתיות, מכירים את החוק ומכירים בעצמאות בתי המשפט והיועצת המשפטית לממשלה. הם מבינים את העשה ואל תעשה ואת כללי המשחק, ולמרות שיש להם שרים ממונים והם כפופים לממשלה ביום-יום, בשום מצב הם לא עוברים על החוק עקב הנחיה של הדרג המדיני. אסור להם לעבור על חוק מוגדר וידוע".¹¹

תיקון מס' 37 לפקודת המשטרה שנחקק לאחרונה נותן בידי השר הממונה סמכויות נרחבות בכל הנוגע להתוויית מדיניות המשטרה והעקרונות הכלליים לפעילותה.¹² את הסמכויות הללו – שחוקיותן מוטלת בספק ועתירה בנושא זה תלויה ועומדת בפני בית המשפט – יש לפרש באופן שיעלה בקנה אחד עם העקרונות המנויים לעיל. המשמעות היא שהתוויית מדיניות ברמת הפשטה גבוהה – ברמה האסטרטגית – נתונה בידי השר, אך יישומה במקרים פרטניים – ברמה הטקטית – היא בסמכות המפכ"ל (או מפקד אחר, כמו למשל מפקד המחוז הרלוונטי לעניין הענקת רישיון להפגין והתנאים למתן רישיון או לפעולות השיטור בהפגנות). בכל מקרה, גם התוויית המדיניות העקרונית על ידי השר לא יכולות לחרוג ממגבלות החוק כפי שקבע בית המשפט, בכל הקשור למשל לחופש ההפגנה וזכויות עצירים, והמפכ"ל או מי מפקודיו לא יהיה כפוף למדיניות לא חוקית כזו.

עקרון הכפיפות לחוק חל גם על כל עובד ציבור אחר (שאינו בעל סמכויות מכוח חוק) שחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג–1963 חל עליו. חוק זה מגדיר עבירת משמעת ככוללת בין היתר אי-קיום "את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין".¹³ במילים אחרות, החובה היא לציית רק להוראה התואמת את החוק. לפי הפסיקה, אין חובה לציית להוראות שהן לא חוקיות לפי המשפט המנהלי, כגון הוראות שהן חורגות מהסמכות.¹⁴ בית המשפט הדגיש (מפי השופט הנדל) כי "בגופים מנהליים לא ראוי שתהיה חובת ציות גורפת לכל הוראה שאינה בלתי חוקית בעליל. עינינו הרואות כי – במקרה זה כמו במקרים רבים אחרים – לא פעם

10 ס' 7(א) לחוק שירות הביטחון הכללי.

11 נינה פוקס "ראש השב"כ לשעבר כהן: 'במקרה של משבר חוקתי, צריך לשמוע לביהמ"ש העליון'" Ynet (1.3.2023) www.ynet.co.il/news/article/s1akhc2ro.

12 ס' 8(א) לפקודת המשטרה: "השר יתווה את מדיניות המשטרה ואת העקרונות הכלליים לפעילותה, לרבות לעניין סדרי העדיפויות, תוכניות עבודה, הנחיות כלליות, ההוראות הכלליות שבסעיף 9(א) ומימוש כלל סמכויותיו בכל הנוגע לתקציב המשטרה, בהתאם לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, וההוראות לפיו, וכן יקיים פיקוח ובקרה על פעילות המשטרה ועל רמת מוכנותה".

13 ס' 17(2) לחוק שירות המדינה (משמעת).

14 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ב 931–932 (מהדורה שנייה 2011).

דווקא העובדים הזוטרים בגופים מנהליים הם שבכוחם למנוע תרמית ולמגר את השחיתות. נכון לחזק את עצמאותם ואת שיקול דעתם גם כאשר הדבר עשוי לנגוס מעט במשמעת הפנימית של הארגון.¹⁵ הפעלה עצמאית של שיקול הדעת ופעולה ממלכתית ולטובת השמירה על הדמוקרטיה חשובה במיוחד כאשר ההוראה הסותרת נועדה לקידום האינטרסים האישיים של מי שנתנה, כגון הוראה לשלול את חופש הביטוי או את זכות ההפגנה של מתנגדיו של הגוף המורה.

2. המשמעות של חובת הציות לחוק במקרה של הוראה סותרת:

במקרים של הוראה סותרת כאמור לעיל, כיצד על עובד הציבור לפעול? התשובה: החוק הוא החוק כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון. גם אם לממשלה ולכנסת עמדה שונה, היא לא העמדה המחייבת לפי הדין בישראל. החובה החוקית המוטלת על עובדי הציבור היא לא לציית להוראה הסותרת את המתחייב על פי הדין, כפי שפורש על ידי בית המשפט. אי-ציות לצו של בית משפט, גם אם הדבר נעשה על פי הוראה של השר הממונה, גוררת אחריות בגין בזיון בית המשפט. הטעם לכך הוא העובדה שבית המשפט הוא המפרש המוסמך העליון של החוק במדינה, ופרשנותו מגדירה מהו הדין הנוהג. כדי שיתקיים במדינה שלטון של החוק, נחוץ שיהיה מפרש מוסמך אחד בלבד של החוק, ותפקיד זה מסור בכל מדינה לבית המשפט העליון (או לבית משפט חוקתי במדינות שבהן יש בית משפט מיוחד כזה והנושא הוא פירוש החוק).

עיקרון זה עמד בבסיס פסיקת בתי המשפט ביחס לרשויות השלטון מאז קום המדינה: בית המשפט – הן בג"ץ הן בתי משפט אחרים – הם המוסמכים לפרש ולקבוע מה הדין שחל על זרועות השלטון. הכנסת כמובן רשאית לשנות את החוק, בכפוף למגבלות החוקתיות החלות עליה, אך בית המשפט, והוא בלבד, הוא הגורם המוסמך לפרש את החוק ולהגדיר מהי המשמעות המשפטית של השינוי שקבעה הכנסת. כפי שקבע בג"ץ:

”במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה – החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים – היא סמכותו של בית המשפט... כל הוראה חקוקה כוללת בחובה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית המשפט... כל גישה אחרת תפגע בעצם מהותה של השפיטה ותשבש לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות ואת האיזון והבקרה (checks and balances) ביניהן, על-כן, הן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת והן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, עומד העיקרון, כי יהא פירושן של רשויות האחרות אשר יהא, הפירוש המחייב הוא זה של בית המשפט.”¹⁶

זו העמדה המקובלת בכל מדינה דמוקרטית המחויבת לשלטון החוק. כפי שפסק בית המשפט הראשון שנוקק לנושא, בית המשפט העליון בארה"ב, בשנת 1803, בפרשת *Marbury*:

15 ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פס' 39 (נבו 1.3.2017); ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פס' 30 (נבו 8.12.2015).

16 בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל – יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 153 (1985).

“It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule”.¹⁷

לפיכך נקבע שם, ובפסקי דין אחרים, כי חקיקה שתסתור את החוקה כפי שבית המשפט העליון האמריקאי פירש אותה תהיה חסרת תוקף.¹⁸

זו גם העמדה הנחרצת של ועדת ונציה (the Venice Commission), הגוף הבין-מדינתי שעוקב אחר תהליכי הדמוקרטיזציה באירופה ובאסיה החל משנת 1990, שישראל משתתפת בו.¹⁹ הוועדה קבעה ביחס למספר משברים חוקתיים במדינות שונות כי פסקי דין של בתי משפט חוקתיים מחייבים את כל רשויות המדינה; התעלמות מפסיקתם משמעותה התעלמות מהחוקה והפרתה:

“The Constitutional Court plays an essential role as gatekeeper of the Constitution and its values and as the arbiter of separation of powers”.²⁰

“[T]he Venice Commission recalls that judgments of Constitutional Courts have a final and binding character and they have to be respected by all public bodies and individuals. This is a corollary of the supremacy of the Constitution. Disregarding a judgment of a Constitutional Court is disregarding the Constitution and the Constituent Power, which attributed the competence to guarantee this Constitution’s supremacy to the Constitutional Court. When a public official refuses to execute a judgment of the Constitutional Court, he or she violates the Constitution, including the principles rule of law, separation of power and loyal cooperation of state organs”.²¹

4. כיצד אמור עובד הציבור לזהות את החוק? – מעמד ההנחיה של היועמ”ש

על פי הדין בישראל, כל עובד ציבור חייב להנחות את עצמו לפי הפרשנות המשפטית של היועמ”ש. זאת מכיוון שלפי עמדת בית המשפט, היועמ”ש הוא המפרש המוסמך של הדין עבור הממשלה. והיועמ”ש כמובן כפופה לפרשנותו של בית המשפט. היא מחויבת לפעול על פי הפרשנות הזו בבואה לפרש את הדין גם בסוגיות שבהן טרם ניתנה הכרעה שיפוטית, או כאשר נדרשת פרשנות של הכרעה שיפוטית קיימת. כפי שקבע בית המשפט:

17 Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

18 למשל City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

19 ראו פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה “נייר עמדה מס’ 8: צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור עמדות ועדת ונציה” (הופץ ביום 4.2.2023).

20 <https://bit.ly/45h1I69>.

21 Venice Commission, CDL-AD(2017)003, Spain – Opinion on the Law of 16 October 2015 Amending the Organic Law No. 2/1979 on the Constitutional Court, para. 69.

"חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות משפטיות, מחייבת את הממשלה ורשויותיה כל עוד בית-המשפט לא פסק אחרת... חוות-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשאלה משפטית משקפת מבחינת הממשלה את המצב המשפטי הקיים והמצוי".²²

בספרות התעוררה מחלוקת לעניין הרציות של ההלכה הזו. בין התומכים הודגש כי לאור מצב האזוניה והבלמים הקיים במשפט הישראלי, ליועמ"ש נועד תפקיד מרכזי של שומר סף שחשיבותו מתעצמת לאור התהליכים שונים המתרחשים בדמוקרטיה הישראלית.²³ בין המבקרים, הפרופסור רות גביון הציעה לתחם את הקביעה הזו באופן שיאפשר לממשלה לבקש מבית המשפט העליון לפרש את הדין באופן שונה מהאופן שבו היועמ"ש מפרשת את החוק, אך גם לגישתה, "היועץ המשפטי הוא הפרשן המוסמך של החוק כלפי הרשויות כל עוד לא אמר בית-המשפט את דברו. לגבי רשויות מינהליות, פרשנות מחייבת זאת כמוה כהנחיה מחייבת".²⁴

5. כיצד יזהה עובד הציבור את החוק בעת משבר חוקתי?

בעת משבר חוקתי עלול להיווצר חוסר בהירות שיקשה על עובדי ציבור לזהות מהו החוק. המשבר החוקתי יתרחש כאשר קיימת הוראה סותרת כאמור לעיל, וכאשר הכנסת, הממשלה או אחד השרים מתעלמים מהסתירה ודורשים מעובד הציבור ציות להוראתם הסותרת. דרישה זו יכולה להיות מלווה בהוראה בחוק או מכוחו שיקבע שעמדתה של היועמ"ש אינה מחייבת יותר את עובדי הציבור, או שהם מצווים לפעול על פי ההוראה הסותרת ללא הפעלת שיקול דעת עצמאי, או שהיועמ"ש תפטר ותוחלף ביועמ"ש אחר שתאשר את תוקפה של ההוראה הסותרת. במקרה קיצון יכול שהכנסת תנסה לשנות את כללי בחירת השופטים ותמנה שופטים שיאשרו את ההוראה הסותרת תוך שהם סוטים מפסיקה קודמת של בית המשפט העליון.

למעט במקרה הקיצון האחרון, עובד הציבור יוכל להסתמך ישירות על פסיקת בית המשפט העליון, לרבות צווי ביניים שזה יוציא מעת לעת. הטעם לכך הוא שהיועמ"ש כפופה גם היא לדין כפי שפירש אותו בית המשפט, ולכן במקרה שהיא סוטה ממנו הוראתה חסרת תוקף. במצב כזה, צו בית המשפט יוכל לשמש הוראה מחייבת במקום הוראתה של היועמ"ש.

כל עוד בית המשפט לא פסק או ציווה, ובמקרה הקיצון האמור לעיל שבו הרכב בית המשפט משונה בהוראה של הכנסת, עובד הציבור לא יוכל להסתמך ישירות על בית המשפט. במצב כזה, עמדת היועמ"ש לא תוכל לחייב אותו כבעבר. הטעם לכך הוא שהליך החלפת היועמ"ש מעיד על רצונה של

22 בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 33 (נבו 12.10.2008).

23 אלון פריבר "מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה ושאלת בלעדיות הייצוג" פורום **עיוני משפט** מד 1 (התשפ"א) <https://bit.ly/3IsqTZI>. לדעת פריבר "חשיבותם של היועצים המשפטיים לממשלה במערך האזוניה והבלמים מתגבר על רקע תהליכים שונים המתרחשים בישראל, לדוגמה החרפת הפופוליזם והתחזקות הרשות המבצעת, ועל רקע המציאות הפוליטית הרעועה בישראל בשנים האחרונות" (שם, בעמ' 22).

24 רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" **פלילים** ה 27, 109 (1996). ראו גם איתן לבונטין ורות גביון "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה" **ספר שמגר** – מאמרים א 221 (אהרן ברק עורך 2003). שאלת הייצוג של הממשלה בבית המשפט לא מתעוררת בהקשר הנדון.

הממשלה לתת תוקף להוראה הסותרת, ועל כן על הפרשנות של היועמ"ש שמונתה לתפקיד מוטל צל של אי-חוקיות.

במצב קיצון כזה על עובד הציבור להבין כי האחריות לפעול על פי ההוראה הסותרת מוטלת עליו מתוקף תפקידו. בהיעדר הוראה מנחה של בית משפט או של יועמ"ש שתוקפה אמין, עליו להנחות את עצמו על פי העקרונות והשיקולים הבאים:

- תפקידו לפעול לטובת הכלל, באופן ממלכתי.
- עליו להפעיל את שיקול דעתו למטרת החוק המסמיך את פעולתו, באופן עצמאי ומשיקולים מקצועיים בלבד.
- כחלק מתפקידו, עליו להבטיח זכויות האדם, לרבות הזכויות הפוליטיות, באופן שוויוני לכל אזרח, לרבות מימוש חופש הביטוי וההפגנה, והזכות לבחור ולהיבחר.

הוראה המנוגדת לעקרונות אלה היא הוראה סותרת במובהק. ציות לה אינו בסמכותו של עובד הציבור, והיא לא תשחרר את עובד הציבור מאחריות אישית למעשיו, לרבות אחריות פלילית. על פי החוק, לא תהיה לעובד הציבור פטור מאחריות פלילית למעשה שעשה אם ההוראה שציית לה לא הייתה הוראה שלפי הדין הוא היה חייב לציית לה, ולבטח אם ההוראה הייתה "בעליל שלא כדין".²⁵ הוראה סותרת במובהק, כיוון שניתנה תוך התעלמות מכוונת מעקרון שלטון החוק, ותוצאתה פגיעה בדמוקרטיה ובזכויות האדם, יש לראותה כהוראה שהיא בעליל שלא כדין.²⁶

כדי להבטיח את עצמו ככל האפשר מהפרת הדין או מאחריות אישית לכך, ככל שההוראה הסותרת לא ניתנה בכתב על עובד הציבור לדרוש שהיא תינתן בכתב בטרם פעולה, ולתעד את נסיבות נתינתה ואת שיקוליו לגבי הציות לה, או הסירוב לציית לה.

כדי לסייע לעובד הציבור בקבלת ההחלטה במצב של אי-ודאות שכזה, מומלץ לעיין בנייר העמדה מטעם פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה מס' 25: שירות ציבורי במשבר חוקתי – עקרונות ושיקולים (באסופה זו).

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' איל בנבנישתי, האוניברסיטה העברית ואוניברסיטת קיימברידג'

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

ד"ר זיו בורר, אוניברסיטת בר-אילן

25 ס' 34 יג חוק העונשין, התשל"ז-1977.

26 על שלטון החוק כערך מרכזי בכלל הדורש לא לציית לפקודה בלתי חוקית ראו בורר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 239-240. ראו גם אסא כשר "בין ציות למשמעת: בין חוק ואתיקה" **משפט וצבא** 16, 479, 501-502 (התשס"ג).

השביתה בעתות הפיכה

הופץ במקור ביום 23.3.2023 כנייר עמדה מס' 36

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. לפורום הגיעו שאלות רבות על המושג המשפטי של שביתה לאור פעולות המחאה, דבר הנבחן בנייר עמדה זה.

אנו מוצאים כי:

- ככל שעילת השביתה היא לבטא התנגדות למהלכים שמקדמת הממשלה בכובעה כריבון בלבד ולא כמעסיקה וללא קשר לתנאי עבודה, הרי ששביתה זו היא שביתה פוליטית והיא אינה מוכרת כ"שביתה" על פי הדין בישראל והשובתים בה אינם זכאים להגנות שבדין.
- אך במקרים מסוימים עשויה שביתה כנגד המהלכים שמקדמת הממשלה להיות מוכרת כשביתה ואף להעניק הגנות לשובתים: זאת אם מדובר בשביתה כלכלית – שנעשית במהלך מאורגן ומתואם בעניין של תנאי עבודה או יחסי עבודה אל מול המעסיק; או בשביתה מעין פוליטית המכוונת כנגד החלטת הריבון (במקרה זה שינויי החקיקה) לאור קיומו של קשר הדוק בין שינויי החקיקה לבין תנאי העבודה ויחסי העבודה של העובדים. שביתות מעין פוליטיות הן מוגבלות בזמן ובאמצעי הלחץ שניתן להפעיל.
- אפשר לשקול צעדים יצירתיים שנכללים תחת המונח "שביתה וירטואלית" שנועדה להפעיל לחץ אבל לא פוגעת בקהל לקוחות או בציבור הרחב.

נימוקי נייר העמדה

השביתה איננה מוגדרת בחוק בישראל. הגדרתה התפתחה בפסיקה בפסקי דין אחדים, אשר שילוב ביניהם מלמד שהשביתה הינה סירוב קיבוצי, מתואם, לבצע עבודה, כנגד מעסיק בעניין של תנאי או יחסי עבודה.

החשיבות של הגדרת פעולה מתואמת כזו כשביתה, במובנה המשפטי, הינה שלשביתה נלוות כמה הגנות חשובות לעובדים. ראשית, קובעת הפסיקה, שביתה לא מהווה הפרה של חוזה העבודה האישי, כך שחוזה העבודה מושעה בעת השביתה. כתוצאה מכך המעסיק לא צריך לשלם שכר בעת השביתה, העובד לא צריך לעבוד, ולא יחשב כמי שהפר חוזה עקב כך ולכן לא ניתן לפטרו בשל השביתה. שנית, השביתה אינה מהווה עוולה של גרם הפרת חוזה כך שכלל לא ניתן לתבוע את הארגון השובת או את העובדים על כך שגרמו לעובדים או למעסיק להפר חוזה. שלישית, לא ניתן להחליף את העובדים בעת

שביתה. כאשר מדובר בפעולה שנראית כמו שביתה אך לא עונה על ההגדרה הזו – לא יעמדו "לשובתים" אותן הגנות. מבין ההגנות הנזכרות אולי ההגנה החשובה ביותר היא הראשונה – זו אשר מקנה הגנה בפני פיתורים בשל השתתפות בשביתה.

בהקשר הנוכחי שבו עובדים שוקלים להשתמש בכוחם **כעובדים** כדי לשבות במחאה על ההפיכה החוקתית, יש לשים לב לשני היבטים עיקריים.

ראשית – שביתה היא **מהלך מאורגן ומתואם**. העובד הבודד אינו יכול לפתוח בשביתה, שבצידה הגנות של דיני העבודה, על דעת עצמו.

שנית – שביתה צריכה להיות **בעניין של תנאי עבודה או יחסי עבודה**. החוק מגדיר תנאי ויחסי עבודה כך: "קבלת אדם לעבודה או סיום עבודתו, תנאי עבודה, יחסי עבודה, זכויות וחובות של הארגונים בעלי ההסכם, או בחלק מעניינים אלה".

שביתה שעונה על תנאים אלו, כלומר הפסקת עבודה מתואמת ש-(א) מופנית כנגד המעסיק, במטרה (ב) לשנות את תנאי העבודה של העובדים – היא שביתה המוגדרת כ"**שביתה כלכלית**" וזהו הסוג הנפוץ ביותר של שביתה. בשביתה כלכלית מתאפשר לעובדים להפעיל אמצעי לחץ על המעסיק, לחץ שנועד לאזן את היותו של המעסיק בעל הכוח הניהולי ולכן בעל הסמכות להחליט על השכר (ועל כל תנאי ההעסקה, בכפוף לחוק).

בית המשפט העליון ובתי הדין לעבודה דנו גם בסוגים נוספים של שביתה המכוונת כנגד מדיניות המדינה בשלל נושאים והבחינו בין "השביתה הפוליטית", שאינה מוגנת, ו"השביתה המעין פוליטית", שתקבל הגנה בדין, אם כי במגבלות, כפי שנפרט בהמשך.

השביתה הפוליטית: זוהי שביתה כנגד רשות מרשויות המדינה בכובעה כנציגת הריבון, ולא כמעסיקה. הדוגמה בפסיקה שעליה פותחה הלכת השביתה הפוליטית הייתה שביתה של הדרוזים ברמת הגולן כנגד חקיקת חוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981, שסיפח את שטח הרמה לישראל. בית המשפט העליון קבע ששביתה שכזו איננה נגד המעסיק ואינה ביחס לתנאי ויחסי עבודה. הטענה של הדרוזים הינה בתחום "הפוליטי" ואינה קשורה ליחסי עבודה. בית הדין קבע שכלל על השביתה הפוליטית לא חלות ההגנות או דיני השביתה. עם זאת, כאשר העניין מתאים יחולו דיני ההפגנה והמחאה הכלליים.

בשנים האחרונות אנו עדים לשביתות נוספות מעין אלה שלא הגיעו להתדיינות משפטית, שכן המעסיקים בחרו שלא להתנגד להן ובכך אפשרו את קיומן. כך, למשל, שביתת הנשים – נשים שמחו על היעדר תקציבים לנושא אלימות במשפחה, ושביתת האזרחים הערבים שמחו נגד חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. למעשה, על פי הלכות בתי המשפט השימוש במונח "שביתה" במקרים אלו מטעה, שכן על פי הדין הקיים שביתה פוליטית איננה שביתה כלל.

בניגוד לשביתה הפוליטית, התפתחה בפסיקה קטגוריה מוכרת נוספת – **השביתה המעין פוליטית**. לשביתה זו שתי מטרות המעורבות זו בזו: מטרה כלכלית, להיאבק על תנאי עבודתם של העובדים, ומטרה פוליטית, קרי, להפעיל לחץ על הממשלה ביחס לשינוי מדיניות שעשויה לפגוע בתנאים אלו. עד כה השביתה המעין פוליטית זוהתה בהקשר של עובדים שהינם עובדי מדינה או עובדים בגופים מתוקצבים שלמדינה יש השפעה ישירה על תנאי ההעסקה בהם. גופים נוספים שעשויים להיות מעורבים בשביתה המעין פוליטית הם ארגונים שפועלם בנושאי חינוך, בריאות, רווחה, מדיניות תקשורת, וארגונים שקשורים בהליכי הפרטה או שמוסדרים על ידי המדינה גם לאחר הפרטתם. ייתכנו גם מצבים שפעולות הממשלה או הכנסת יפגעו בתנאי ההעסקה של עובדים בסקטור העסקי.

בתי הדין יבחנו את חוקיות השביתה וסיווגה על פי עילות השביתה שעליהן הכריז ארגון העובדים. המבחן שפיתחה הפסיקה לשם זיהוי שביתה מעין פוליטית הינו "מבחן המטרה העיקרית". מבחן זה בודק אם ישנה זיקה בין עילת השביתה לבין תנאי ויחסי עבודה. שביתה כנגד חקיקה או הליך הפוליטי שיש לו השפעה ברורה על תנאי עבודתם של העובדים תיחשב שביתה בעלת מטרה מעורבת ותסווג כשביתה מעין פוליטית.

משמעות הגדרתה של שביתה כ"שביתה מעין פוליטית" היא כי בית הדין יגביל את היקף השביתה בזמן ובאמצעי הלחץ שניתן להפעיל במסגרתה. שביתה כאמור נחשבת לגיטימית רק כשביתה מחאה ובכפוף למגבלות. הפסיקה תוחמת שביתה שמוגדרת כשביתה "מעין פוליטית" הן בפרק הזמן שבו ניתן לשבות והן בהיקף השביתה המותרת.

מידת ההגבלה של השביתה קשורה לזיקה הקיימת בין נושא השביתה לבין תנאי ויחסי עבודה. ככל שהזיקה חזקה יותר, תינתן הגנה נרחבת יותר לזכות השביתה. בתי הדין יוציאו צווי מניעה כנגד שביתות שיחרגו מהגבלות אלו.

הפסיקה הכירה בשביתה המעין פוליטית בשלל הקשרים. כך למשל הכיר בית הדין בשביתה מעין פוליטית כאשר עובדי נמלי הים בישראל שבתו כנגד ההחלטה לפתיחת הנמלים לתחרות; כאשר עובדי חברת החשמל שבתו על רקע הפרטת מערך ייצור ואספקת החשמל בישראל; וכן כאשר עובדי בוק שבתו על רקע כוונת הממשלה לפתוח את שוק השיחות הבינלאומיות לתחרות.

יישום ההלכה – המחאה כנגד המהפכה המשפטית, 2023

שאלה: האם מותר לנו לשבות כנגד הרפורמה המשפטית שהממשלה מקדמת בימים אלה?
ככלל, ככל שעילת השביתה היא אך ורק לבטא התנגדות למהלכים שמקדמת הממשלה או הכנסת בכובעה כריבון ולא כמעסיקה, ואינה נוגעת ישירות לתנאי ויחסי העבודה של העובדים, יש חשש שהשביתה תסווג כ"שביתה פוליטית" אשר, כאמור, איננה שביתה.
עם זאת ייתכנו מצבים אחרים:

- עובדי מדינה שלרפורמה השלכה ישירה על תנאי עבודתם = שביתה כלכלית:** במקרים מסוימים עשויה השביתה להיחשב שביתה כלכלית, כפי שניתן היה לראות בהודעת ההתרעה לפני ההכרזה על סכסוך עבודה ששלחו אגוד המשפטנים וארגון הפרקליטים במשרדי הממשלה. בהכרזה על השביתה ציינו הארגונים את התנגדותם לפעולות מתוכננות של מעסיקים אשר נוגעת לפרופסיה, למעמדם וכן לתנאי עבודתם של הפרקליטים והיועצים המשפטיים. זוהי שביתה כלכלית "רגילה".
- עובדים שיוכלו להראות קשר הדוק בין הרפורמה לבין תנאי עבודתם ויחסי העבודה שלהם = שביתה מעין פוליטית:** מצב שבו מדובר בשביתה נגד תהליכי החקיקה, אך עילתה מצביעה על קשר הדוק בין הליכים אלו לתנאי העסקה של השובתים תיחשב שביתה מעין פוליטית. כך למשל החשש לפגיעה בסגל אקדמי באוניברסיטאות ובקביעות, החשש לפגיעה במקצוע הטיפול באמצעות אומנויות על ידי מתן אישור לטפל ללא תואר אקדמי, או פגיעה בהקצבות לתיאטרות שימנעו את האפשרות לשלם לעובדים שכר, עשויות להיות מסווגות כשביתה מעין פוליטית. ככל שהאירועים יצביעו על זיקה משמעותית בין תהליכי החקיקה לכלל העובדים וליחסי העבודה באופן כללי, ייתכן ושביתה רחבה יותר תיכנס אף היא לגדרי השביתה המעין פוליטית. מכל מקום, על מנת להיכנס לקטגוריה זו, ניסוח עילת השביתה צריך לקשור בפירוש את עילת השביתה לתנאי או יחסי העבודה, וזאת אם רוצים להבחין ממחאה פוליטית.

שאלה: ומה יקרה אם השביתה לא תוכרז על ידי ארגון העובדים במקום העבודה שלי? או שהיא תמשך מעבר לזמן הקצר שמותר בשביתה מעין פוליטית?

יש להבחין בין שלוש סיטואציות:

1. "שביתה" של אדם בודד (או מספר עובדים שלא בתיאום) על דעתו. האישית, ללא קשר לעילת המחאה, אינה מוגדרת כ"שביתה" וכל מערך ההגנות המשפטיות של שביתה לא יעמוד לצד ה"שובת/ים".
2. שביתה מעין פוליטית שמוכרזת על ידי ארגון העובדים היציג במקום העבודה, אולם היא נמשכת מעבר לזמן/ההיקף המותר, יכולה להצדיק הוצאת צו מניעה, אם המעסיק יבחר לפנות לבית הדין, אך כפי הנראה היא לא שוללת את ההגנות הניתנות לשובתים ו/או לארגון העובדים, למעט במקרה של שביתה בשירות הציבורי (בהגדרה רחבה שבחוק יישוב סכסוכי עבודה) או ישללו ההגנות מהעובדים.
3. שביתה (כלכלית רגילה או מעין פוליטית) שהיא "שביתה פראית", כלומר, לא הוכרזה על ידי ארגון העובדים היציג או שלא ניתנה עליה הודעה מראש של 15 ימים, היא שביתה שניתן להוציא כנגדה צו מניעה. בשירות הציבורי (בהגדרה רחבה שבחוק יישוב סכסוכי עבודה) היא גם מסירה את ההגנות מהעובדים.

בכל מקרה, השתתפות בשביתה תאפשר למעסיק לנכות את שכר העובד עבור הזמן שבו שבת.

שאלה: מה אם אנחנו רוצים לשבש, אבל לא מעוניינים לפגוע בקהל הלקוחות שלנו או הציבור הרחב? במקרה כזה ניתן לשקול את מה שכונה "שביתה וירטואלית". בשביתה כזו הרעיון הוא להפעיל לחץ על המעסיק/המדינה מבלי לגרום לאי-נוחות לציבור. דוגמאות לשביתות כאלו הן, למשל, שביתת האוטובוסים במיאמי בשנות ה-60, אז התחייבו נהגי האוטובוסים לוותר על שכרם אולם להמשיך להסיע את הציבור מבלי לגבות מהם כרטיסים. דוגמאות נוספות כוללות למשל את השביתה בחברות התעופה באיטליה בסוף שנות התשעים של המאה הקודמת, בהן הטייסים והדיילים ויתרו על שכרם למשך ארבע שעות, הזדהו על ידי ענידת סרט לבן על הזרוע, ובמקביל חברת התעופה התחייבה לוותר על התקבולים מטיסות אלו לצדקה. בשנת 2000 התקיימה שביתה וירטואלית בחברת תעופה איטלקית נוספת, שם ויתרו 300 טייסים על שכרם וכ-10 מיליון לירות נתרמו לבניית בית חולים לילדים.

בישראל נוסתה השביתה הווירטואלית בשנת 1998 בפרשת רשות הטבע והגנים. בעקבות סכסוך שפרץ לפני חג הסוכות, בית הדין הציע והצדדים לסכסוך הסכימו על שביתה וירטואלית במובן זה שהעובדים התחייבו להמשיך ולפתוח את שמורות הטבע למבקרים, אולם הרווחים נכנסו לקרן נאמנות והכספים לא הועברו למדינה עד תום הסכסוך. דבר דומה קרה בבית הדין בשנת 2003 (בניסיון למנוע הפרעה לתחבורה האווירית במסגרת "מגה שביתה" שהוכרזה בכל המשק). העובדים המשיכו להפעיל את שדות התעופה והמכס ואילו הרווחים שנוצרו בתקופת "השביתה" הועברו לקרן נאמנות עד תום הסכסוך. במקרים שהיו בישראל העובדים לא ויתרו על שכרם בעת השביתה.

איך אפשר ליישם מעין "שביתה וירטואלית" במקרה של המאבק ברפורמה?

כל ניסיון ליישם דגם זה של שביתה דורש שהשביתה תהיה כזו שעונה על ההגדרות שהצגנו בתחילת המסמך, ועל פי הכללים שהוסברו. במקרה כזה ניתן להגיע להסכמות עם המעסיק (מראש, או לאחר פנייה של המעסיק לבית הדין, בצו בית משפט) על מתווה מוסכם על הצדדים, או להציע מתווה יצירתי לבית הדין במקרה של סכסוך.

בהקשר לאקדמיה, אפשר למשל לחשוב על רעיונות יצירתיים ביום השיבוש, למשל הקלטת הרצאות בזום מראש ופרסומן לסטודנטים למחרת היום (כך יוכלו להתפנות למחאות, הקמפוס יושבת, ההד התקשורתית יתקיים, אולם הנזק לתלמידים יהיה אפסי). מתווים מזן זה יצטרכו חשיבה יצירתית ויצטרכו להיות מותאמים לכל סוג עבודה וסקטור בהתאם למאפייניו. עם זאת, יש לציין כי הדיון המוצג כאן מתבסס על הדין הקיים שבו יש גם עמימות אותה צריך להביא בחשבון. פיתוחן של ההלכות ביחס לסוג זה של שביתה טרם הושלמה.

לסיכום

הבחירה לנקוט בשביתה היא בחירה של אמצעי פעולה והשיקולים לבחור בה אינם מתמצים ברמה המשפטית. מתי ואיך לשבות זו שאלה מורכבת, ונייר זה נועד לענות על היבט אחד והוא זה המשפטי. בהקשר זה יש לזכור גם כי במידה רבה המצב והנסיבות היום הם חסרי תקדים וקשה לצפות את הניתוח המשפטי המדויק שיחול על התפתחויות עובדתיות עתידיות. לסיכום, ניתן לשבות כנגד מהלכי החקיקה לשינוי המשטר, אך יש להביא בחשבון את ניסוח עילת השביתה, מי מכריז על השביתה, משך השביתה והאופן שבו היא נערכת.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

ד"ר עינת אלבין, האוניברסיטה העברית
ד"ר שמעון-ארו בלום, מכללת ספיר
פרופ' הדרה בר מור, המכללה האקדמית נתניה
פרופ' יוסי דהאן, המרכז האקדמי למשפט ועסקים
פרופ' גיא דוידוב, האוניברסיטה העברית
פרופ' שלומית יניסקי רביד, הקריה האקדמית אונו
פרופ' צבי כהנא, הקריה האקדמית אונו
ד"ר לילך לוריא, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' גיא מונדלק, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' מרדכי (מוטי) מירוני, אוניברסיטת חיפה
ד"ר פאינה מילמן-סיון, אוניברסיטת חיפה
ד"ר עופר סיטבון, המכללה האקדמית צפת
ד"ר עידו עשת, המכללה האקדמית ספיר
ד"ר תמי קצביאן, המסלול האקדמי המכללה למינהל
פרופ' שרון רבין מרגליות, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' פרנסס רדאי, האוניברסיטה העברית והמסלול האקדמי המכללה למינהל
ד"ר אריאן רנן ברזילי, אוניברסיטת חיפה
פרופ' הילה שמיר, אוניברסיטת תל אביב

החופש האקדמי והאיומים עליו בעקבות ההפיכה המשטרית המוצעת (וכן מדריך מעשי למרצים)

הופץ במקור ביום 3.3.2023 כנייר עמדה מס' 22

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 במעמדם העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו מתייחסים להשפעת השינויים המוצעים על החופש האקדמי. כמו כן, אנו מצרפים מדריך מעשי למרצה הבוחן סיטואציות המעלות שאלות אתיות הנוגעות לגבולות החירות האקדמית.

אנו מוצאים כי:

- יש להעריך כי האיומים הקיימים על החופש האקדמי בישראל ילכו ויתעצמו ככל שיאושרו השינויים המשפטיים שעל הפרק.
- ללא רשות שופטת עצמאית וחזקה יהיו המרצים חשופים לגחמות של הפוליטיקה הישראלית ושיקולים של מצוינות מחקרית ייסוגו בפני שיקולים פוליטיים. הן המחקר והן ההוראה במוסדות האקדמיים בישראל ייפגעו בעקבות זאת באופן מהותי.
- קיים חשש ממשי כי השינויים המשפטיים המוצעים יסכנו את ההישגים האקדמיים המרשימים שהושגו בישראל. הם מאיימים על החירות של המרצים לחקור וללמד, אשר מהווה אבן יסוד לקיומו של מדע איכותי, שיח חופשי ותרבות דמוקרטית בהשכלה הגבוהה.
- יש לראות באיום על תכליות האקדמיה וערכיה כתחום הראוי להגנה רחבה של החופש האקדמי הנתון למרצים העוסקים בכל תחום שהוא.

נימוקי נייר העמדה

עיקרי הדברים

במסגרת נייר זה ננתח את עקרונות החופש האקדמי ונבחן את ההשלכות הצפויות של ההפיכה המשטרית על החופש האקדמי. החלק הראשון של נייר העמדה יעסוק בעקרונות כלליים הקשורים לחופש האקדמי: הגדרתו, תכליותיו, הנושאים עליו הוא חל וגבולותיו. החלק השני של נייר העמדה יעסוק בחופש האקדמי בישראל ובאיומים עליו. נתמקד בהשלכות הצפויות של השינויים החוקתיים המוצעים במסגרת הצעות החוק אשר עברו בכנסת בקריאה ראשונה בתאריך 20 לפברואר 2023. לבסוף

נתמקד במדריך מעשי למרצה הבוחן סיטואציות המעלות שאלות אתיות הנוגעות לגבולות החירות האקדמית. מדריך זה הוא נפרד מן הטקסט ויכול להיקרא באופן בלתי תלוי בו.

האקדמיה אמונה על פיתוח, שימור והפצה של ידע. עובדה זו עלולה להפוך את הקהילה האקדמית למטרה פוטנציאלית לניסיונות שליטה מצד השלטון או קבוצות אחרות. החופש האקדמי הוא מושג שנוי במחלוקת. ברמה המופשטת ביותר מדובר בחירויות של מרצים במסגרת עבודתם המחקרית, במסגרת ההוראה ולעיתים גם במסגרות מנהליות הקשורות באופן הדוק למחקר והוראה. החירות האקדמית של מרצים מבוססת על תפישה שלפיה המוסד האקדמי הוא ייחודי ויש לו תפקידים חברתיים מיוחדים. הייחוד של כתיבה, מחקר והוראה באקדמיה נובע מהכפיפות המוחלטת לנורמות של הדיסציפלינה האקדמית ושל הקהילה האקדמית. המחקר וההוראה אמורים להיות חופשיים מהתערבות פוליטית או הצורך לשרת צרכים ממשלתיים, פוליטיים או חברתיים. מכאן הצורך בהגנה על החוקר. תהליך זה ועל קבוצות מחקר ומעבדות מפני לחצים, איומים או סנקציות שמקורן איננו נורמות השיח של הדיסציפלינה האקדמית כפי שנקבעות על ידי הקהילה האקדמית הרלבנטית.

לחופש האקדמי שתי תכליות. התכלית האחת היא ההגנה על היושרה של המחקר המיועדת להבטיח את איכות המחקר וההוראה. ההנחה היא שהגנה על חופש אקדמי תחזק את מהימנותו של המחקר ואת תרומתו המדעית וכנגזרת מכך את תרומתו הכלכלית התרבותית והערכית לחברה. התערבות חיצונית בין אם מקורה במדינה, במוסד האקדמי או בגופים פרטיים, עלולה לפגוע אנושות באיכות המחקר האקדמי ובאיכות ההוראה. התכלית השנייה של החופש האקדמי היא קידום ערכים דמוקרטיים והומניסטיים. התכלית הזו מבוססת על הטענה כי האקדמיה מושתתת על ערכים דמוקרטיים והומניסטיים כלליים, המבוססים על עמדה אנטי הייררכית וכוללים בין היתר, שוויון, חירות מחשבה וכן איסור הפליה במוסד אקדמי על בסיס גזע, דת, מין, נטייה מינית וכדומה.

קביעת היקף ההגנה על החופש האקדמי מחייבת במקרים מסוימים, כגון שיח אקדמי במהלך שיעור, הבחנה בין נושאים המצויים בתחום התמחותם של מרצים (או לכל הפחות שהם רלבנטיים לשיעור) לבין נושאים שהינם מחוץ לתחום ההתמחות של המרצים. נבקש לטעון כי למרצים בכל תחום עומדת הגנת החופש האקדמי בנושאים אשר קשורים באופן ישיר לתכליות האקדמיה ולמדיניות הקשורה להשכלה הגבוהה, ובהם שיפור איכות המחקר וההוראה, תרבות דמוקרטית, מניעת הפליה, קידום מגוון, וכן הגנה על החופש האקדמי עצמו. גורמים שונים במוסדות להשכלה גבוהה עוסקים באופן שגרתי בקידום נושאים אלה והם נזכרים בקודים אתיים מוסדיים.¹ לפיכך, יש לראות בתגובות של מרצים לאיומים על תכליות האקדמיה וערכיה כמצויים בתוך ליבת התחום הראוי להגנה של החופש האקדמי.

נייר זה בוחן את חשיבות ההגנה המשפטית על החירות האקדמית ואת האיומים על חירות זו תוך שימוש בדוגמאות מישראל. תחילה, נעסוק במספר איומים הקשורים בפעילות חוץ אקדמית של מרצים (מאמרים בעיתון, השתתפות בכנסים פוליטיים וכדומה). בהמשך, נדון במעורבות של פוליטיקאים

1 ראו למשל הקוד האתי של מכון ויצמן; הקוד האתי של אוניברסיטת חיפה; ס' 1–2 לקוד האתי של אוניברסיטת בן גוריון; ס' 3 לקוד האתי של אוניברסיטת בן גוריון. לדיון מקיף בהתפתחות ההשכלה הגבוהה בישראל וגם לשאלת החופש האקדמי בישראל ראו עמי וולנסקי **אקדמיה בסביבה משתנה: מדיניות ההשכלה הגבוהה של ישראל 1952–2004** (2005).

במינויים אקדמיים ומנהליים או במתן פרסים. לבסוף, נעסוק בגבולות הביטוי במסגרות הוראה שונות ובשאלת השימוש בכספי האקדמיה לאירועים בעלי "צבע פוליטי".

מסקירה קצרה זו עולה גם כי החופש האקדמי בישראל נתון לאיומים שונים בשנים האחרונות. **אנו צופים כי איומים אלו יגברו ככל שיתקבלו השינויים המוצעים בחקיקה.** זאת מכמה טעמים. ראשית, הסקירה מעידה כי הפיקוח השיפוטי הוא בעל חשיבות רבה להגנה על החירות האקדמית. האירוע בעניין מתן פרס ישראל לפרופ' עודד גולדרייך וכן העתירה בעניין מינויה של פרופ' יעל אמיתי לוועדת המענקים גרמניה–ישראל (אף שבסופו של יום עתירה זו לא נתקבלה) הבהירו לרשויות השלטון כי חלות עליהן מגבלות חוקיות על יכולתן להתערב בשאלות אקדמיות. ואולם, לאחר שיועברו השינויים המוצעים יוכלו הקואליציה והממשלה להתערב, ללא ריסון, במינויים או בקידומים, במתן פרסים, במדיניות מענקי מחקר ועוד. **ללא רשות שופטת עצמאית וחזקה יהיו המרצים חשופים לגחמות של הפוליטיקה הישראלית ושיקולים של מצוינות מחקרית ייסוגו בפני שיקולים פוליטיים.** הן המחקר והן ההוראה במוסדות האקדמיים בישראל ייפגעו בעקבות זאת באופן מהותי. שנית, ההפיכה המשטרית עלולה לגרום לחיזוק מגמות של רדיפת מרצים בגין התבטאויות פוליטיות או אף התבטאויות למען הדמוקרטיה, או בגין הזמנה לכנסים של מרצים שהם פעילים פוליטיים. דוגמאות לכך ראינו בחודשים האחרונים במקרה של מרצה מאוניברסיטת בן גוריון שהמצגת שהציג בקורס שעוסק בחוקה הגיעה לדיון בוועדת החינוך של הכנסת,² ובמקרה של תלונות שהוגשו על כנסים שהתקיימו באוניברסיטת תל אביב.

לאור האמור לעיל, קיים חשש ממשי כי השינויים המשטריים המוצעים יסכנו את ההישגים האקדמיים המרשימים שהושגו בישראל. הם מאיימים על החירות של המרצים לחקור וללמד, אשר מהווה אבן יסוד לקיומו של מדע איכותי, שיח חופשי ותרבות דמוקרטית בהשכלה הגבוהה. מצאנו לנכון לסיים את נייר העמדה במדריך מעשי למרצה המיועד לפתור מקצת מן הדילמות המעשיות של מרצים המבקשים לעסוק בשאלות ערכיות במסגרת עבודתם האקדמית.

1. מבוא

במסגרת נייר זה ננתח את עקרונות החופש האקדמי ונבחן את ההשלכות הצפויות של ההפיכה המשטרית על החופש האקדמי.

החלק הראשון של נייר העמדה יעסוק בעקרונות כלליים הקשורים לחופש האקדמי: הגדרתו, תכליותיו, הנושאים עליו הוא חל וגבולותיו. כן נעסוק בחשיבותן של שמיעת מגוון דעות ובביטויים מוסדיים. מטרתו של חלק זה היא לסייע למרצים במוסדות אקדמיים להבין ולנתח את פעילותם למען הדמוקרטיה בעת הנוכחית בראי החופש האקדמי הנתון להם.

החלק השני של נייר העמדה יעסוק בחופש האקדמי בישראל ובאיומים עליו. נתמקד בהשלכות הצפויות של השינויים החוקתיים המוצעים בהצעות החוק אשר עברו בקריאה ראשונה בכנסת בתאריך

2 שירה קדרר-עובדיה "ביוזמת 'אם תרצו', ועדת החינוך דנה ב'סתימת פיות באקדמיה'" **הארץ** (1.2.2023) <https://bit.ly/43hmEYF>

20 לפברואר 2023.³ מסקנתנו היא כי התיקונים החוקתיים המוצעים מסכנים את החירויות האקדמיות, וכי השלמת החקיקה המוצעת תצמצם באופן משמעותי את ההגנות החוקיות והחוקתיות המבטיחות כיום את השגשוג של המחקר וההוראה האקדמית בישראל.

2. החופש האקדמי: עקרונות כלליים

מהו חופש אקדמי?

האקדמיה אמונה על פיתוח, שימור והפצה של ידע. עובדה זו עלולה להפוך את הקהילה האקדמית למטרה פוטנציאלית לניסיונות שליטה מצד השלטון או קבוצות אחרות. היקפו של החופש האקדמי הנחוץ שנוי במחלוקת. ברמה המופשטת ביותר מדובר בחירויות של מרצים במסגרת עבודתם המחקרית, במסגרת ההוראה ולעיתים גם במסגרות מנהליות הקשורות באופן הדוק למחקר והוראה. חירות זו מיועדת להגן על המרצים מפני התערבות של המדינה, של המוסד שבו הם עובדים או של גופים אחרים כגון תורמים או מנהלים אקדמיים.

החירות האקדמית של המרצים מבוססת על תפישה שלפיה המוסד האקדמי הוא ייחודי ויש לו תפקידים חברתיים מיוחדים. הייחוד של כתיבה, מחקר והוראה באקדמיה הוא הכפיפות המוחלטת לנורמות של הדיסציפלינה האקדמית ושל הקהילה האקדמית.⁴ המחקר וההוראה אמורים להיות חופשיים מהתערבות פוליטית ומהצורך לשרת צרכים ממשלתיים, פוליטיים או חברתיים. מכאן הצורך בהגנה על החוקר. ת. הבודד. ועל קבוצות מחקר מפני לחצים, איומים או סנקציות שמקורן זר לנורמות השיח של הדיסציפלינה האקדמית כפי שנקבעות על ידי הקהילה האקדמית הרלבנטית. יש כמובן מקום לאתגר את נורמות השיח האקדמיות ולבקר אותן, ואולם גם ביקורת זו חייבת לעמוד בסטנדרטים של הקהילה האקדמית עצמה. זיהוי הגבול בין איתגור השיח האקדמי לצורך קידום המדע לבין הכפפת השיח האקדמי לצרכים פוליטיים הוא לעיתים קרובות קשה אבל נחוץ. החופש האקדמי צריך להבטיח מקום של כבוד גם לקולות לא קונבנציונליים החפצים לאתגר את הקונבנציות עצמן.

לחירות האקדמית יש שני היבטים שונים זה מזה: ההיבט האינדיבידואלי מתמקד בחירות של המרצים הבודדים או קבוצות חוקרים לחקור וללמד על פי שיקול דעתם ללא התערבות חיצונית.

3 תכלית נייר עמדה זה היא בעיקרה פרקטית. לפיכך, לא נתייחס להתפתחות היסטורית של החירות האקדמית במערב. נזכיר כאן רק מסמך אחד חשוב המשמש עד היום מקור מועיל להבנת היקף החירות האקדמית וכן התכליות העומדות בבסיסה. נייר זה נכתב בשנת 1915 על ידי קבוצה של פרופסורים ממוסדות אקדמאיים מובילים בארצות הברית (The Declaration of Principles, https://aaup.org/https://aaup.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf). לחפצים להעמיק בדיון בשאלת ההיקף הראוי של החירות האקדמית מוצע לפנות כנקודת מוצא למסמך חשוב זה.

4 היו הוגי דעות שסברו כי הכפפת החוקרים הבודדים לנורמות השיח של הדיסציפלינה שלו הן דכאניות ובסופו של יום עלולות להזיק למחקר האקדמי. חוקר מרכזי נודע טבע את המושג peer review dictatorships כדי לציין את הסכנות של חשיפת חוקרים לשיפוט העמיתים. במסגרת נייר עמדה זה אנו נכיר בכך שהחירות האקדמית איננה מוחלטת וכי לעתים היא עלולה להיהדף על ידי שיקולים מתנגשים. מאידך לא נעסוק בעמדה הלא קונבנציונלית שלפיה לעתים יש להגן על החוקרים בפני נורמות השיח של הקהילה המחקרית שאלה הם משתייכים. הנחת היסוד שלנו תהיה כי בסופו של יום המחקר כפוף לנורמות שיח אלה, וכי תכלית ההגנה על החופש האקדמי היא להבטיח כפיפות מלאה לנורמות של הדיסציפלינה שאלה משתייך החוקר.

ההיבט המוסדי מתמקד בחירות של המוסד האקדמי לנהל את ענייניו על פי שיקול דעתו. ההיבט המוסדי של החופש האקדמי מעוגן כיום בסעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, הקובע כי "מוסד מוכר הוא בן חורין לכלכל ענייניו האקדמיים והמינהליים במסגרת תקציבו כטוב בעיניו". לדעתנו תכלית החופש האקדמי היא בסופו של יום לקדם את ההיבט האינדיבידואלי, דהיינו להגן על המרצים הבודדים או על קבוצות מחקר ומעבדות. ההגנה המוסדית היא מכשיר להגן על המרצים הבודדים או על קבוצות חוקרים מפני מעורבות של המדינה או של גופים פרטיים. מכאן שהחירות של המרצים הבודדים או של קבוצות מחקר ומעבדות גוברת על ההגנה של המוסד, שכן ההגנה על המוסד אינה אלא מכשיר להגנה על המרצים. זאת משום שבסופו של יום המרצים הבודדים או קבוצות המחקר הם המבצעים את המחקר וההוראה ואילו המוסד הוא האמצעי שתפקידו לאפשר ולקדם את עבודת המחקר וההוראה של המרצים או של קבוצות מחקר.

תכליות החופש האקדמי

נדון עתה בקצרה בתכליות ההגנה על החופש האקדמי. בספרות הרלבנטית מוצאים דיון בשתי תכליות מובחנות. התכלית האחת היא ההגנה על היושרה של המחקר המיועדת להבטיח את איכות המחקר וההוראה. ההנחה היא שהגנה על חופש אקדמי תחזק את מהימנותו של המחקר ואת תרומתו המדעית, וכנגזרת מכך את תרומתו הכלכלית, התרבותית והערכית לחברה. התערבות חיצונית בין אם מקורה במדינה, במוסד האקדמי או בגופים פרטיים, עלולה לפגוע אנושות באיכות המחקר האקדמי ובאיכות ההוראה. כך למשל, בברית המועצות התערב השלטון במחקר הביולוגיה תחת הנהגתו של הביולוג טרופים ליסנקו, אשר יישם תאוריות ביולוגיות חסרות ביסוס שהשלכתן על החקלאות הסובייטית הייתה הרסנית. ביולוגים וגנטיקאים אשר חלקו על ליסנקו הוכנסו למחנות ריכוז ונרצחו.⁵

התכלית השנייה של החופש האקדמי מזוהה לעיתים קרובות כקידום ערכים דמוקרטיים והומניסטיים. התכלית הזו מבוססת על הטענה כי האקדמיה מושתתת על ערכים דמוקרטיים והומניסטיים כלליים. כך למשל, האתוס האקדמי מבוסס על עמדה אנטי הייררכית. החוקרים מצופים לטעון טיעונים לטובת עמדתם ולא להשתמש בדרגה האקדמית שלהם או במעמדם החברתי כדי לבסס את טענותיהם. בניגוד למשל לצבא שבו קצינים יכולים להשתמש בדרגתם כדי להורות לחיילים לנהוג באופן מסוים, או לחברה שבה מנהלים רשאים להורות לעובדים מה עליהם לעשות, חוקרים בכירים אינם יכולים להשתמש בדרגתם האקדמית כדי להורות לחוקרים צעירים מה עליהם לחקור וכיצד. ערכים דמוקרטיים והומניסטיים אלה כוללים גם שוויון, חירות מחשבה וכן איסור הפליה במוסד אקדמי על בסיס גזע, דת, מין, נטייה מינית וכדומה. המחקר המדעי אמור להיות עיוור לשאלה מיהם החוקרים, מהי דרגתם, מעמדם בקהילה האקדמית, השתייכותם הלאומית או הנטייה המינית שלהם. המבחן היחיד הוא איכות הטיעונים שלהן כפי שהיא נמדדת באופן ענייני על ידי עמיתיהם

Semyo Reznik & Victor Fet, *The Destructive Role of Trofim Lysenko in Russian Science*, 5
27 EUROPEAN JOURNAL OF HUMAN GENETICS 1324 (2019)

לדיסציפלינה.⁶ עם זאת החירות האקדמית חייבת להגן גם על חוקרים המאתגרים הנחות בדבר שוויון כל עוד אלו מעוגנים במחקר מדעי המקיים סטנדרטים מחקרניים קפדניים.⁷ אידאל ההגנה על החירות האקדמית איננו מתממש באופן מלא. אין זה סוד כי מרצים בכירים משתמשים במעמדם כדי לקדם את התפיסות הפרטיות הלא המחקריות שלהם גם כאשר אלו אינן מבוססות. זאת ועוד, לעיתים קרובות למחלוקות לשם שמיים בין אסכולות מחקריות שונות באותה הדיסציפלינה עלולות להיות השפעות שפוגעות קשות בחופש האקדמי כאשר מרצים משתמשים במעמדם כדי להרתיע חוקרים להשתמש באסכולות מחקריות לגיטימיות המנוגדות לאסכולה לה הם משתייכים.⁸ עם זאת היעדר מימוש מלא של האידאל הזה איננו מחייב את המסקנה כי חירות אקדמית היא חסרת ערך. היעדר המימוש המלא מחייב כי האקדמיה תכווין את פעולותיה על מנת לאפשר מימוש שלם יותר של אידאל זה.

על אלו נושאים חל החופש האקדמי?

החופש האקדמי כולל את החירות להתייחס לנושאים שנויים במחלוקת, להטיל ספק, לערער על מוסכמות ולהביע עמדה. יש הסבורים כי חופש אקדמי מגן אך ורק על נושאים הקשורים ישירות למחקר האקדמי ואילו ההגנה על ביטוי של מרצים שאינו קשור לתחום התמחותם נגזרת מחופש הביטוי הכללי.

שאלת התחולה של החופש האקדמי רלבנטית במיוחד לטקסטים או התבטאויות שאינם אקדמיים באופן מובהק. העמדה שלפיה החופש האקדמי לא חל במקרים כאלה שגויה לטעמנו מכמה סיבות. ראשית, ההבחנה מהו טקסט אקדמי ומהו איננו טקסט אקדמי היא בעייתית. שנית, לעיתים קרובות גם במקרים שבהם המרצה מפרסמת מאמר עיתונאי או טקסט שהוא בבירור איננו בתחום ההתמחות שלה, יש מקום להכרה בחופש האקדמי. זאת משום שכפי שצינו לעיל תכלית ההגנה על החירות האקדמית נגזרת לא רק מחשיבות המחקר האקדמי אלא גם מן החשיבות של הכרה באתוס האקדמי של שוויון וחירות המחשבה. קידום אתוס זה נעשה לעיתים קרובות באמצעות טקסטים שאינם אקדמיים. מכאן אנו למדים שהגנה על מרצים צריכה לחול גם על מאמרים עיתונאיים או על טקסטים שאינם בתחום ההתמחות שלהם כל עוד אלו קשורים לאידאלים דמוקרטיים-הומניסטיים שעליהם המחקר המדעי נשען. עמדה זו נתמכת גם על ידי התפיסה כי למוסדות להשכלה גבוהה יש תפקיד חברתי מיוחד לקדם

6 אתוס זה לטעמנו משליך גם על שאלות רלבנטיות לחברה הישראלית כגון ההפרדה בין גברים לנשים. כשם שהאתוס של הישיבה מדיר נשים מלימוד גמרא כך האתוס של הקהילה האקדמית שולל הדרה כזו. זאת לא רק משום או בעיקר משום שההדרה מפלה או פוגעת בנשים אלא משום שהיא מעניקה לשיקולים מגדריים מקום לא ראוי בשיח האקדמי.

7 דוגמה לכך הם המחקרים המייחסים לקבוצות אתניות שונות יכולות מנטליות שונות. אלה חייבות להיות מוגנות כל עוד הם משתמשות בכלים מדעיים מוכרים ואמינים. למותר לציין שמחקרים מן הסוג מעוררים שאלות אתיות קשות. דוגמה מפורסמת הוא הספר RICHARD HERNSTEIN & CHARLES MURRAY, THE BELL CURVE: INTELLIGENCE AND CLASS STRUCTURE IN AMERICAN LIFE (1994). לדעת מחברי נייר זה מחקרים אלה מוגנים על ידי חופש האקדמי.

8 דוגמה מפורסמת הוא המאבק בין חסידי הגישה הכלכלית למשפט וחסידי הגישה הביקורתית בהרווארד בשנות ה-80. בסופו של יום סולקו מהרווארד חלק מן הדמויות הבולטות המשתייכות לגישה הביקורתית למשפט.

את האינטרס החברתי בידע, וכי החוקרות לא צריכות להתבצר במגדל השן. מכאן שיש מקום להגנה מיוחדת ואולי רחבה יותר לביטוי של אנשי אקדמיה גם כאשר ביטוי זה איננו אקדמי.⁹ הסיבה לכך היא הבדלים מוסדיים רלבנטיים בין אוניברסיטאות לבין עסקים פרטיים או ארגונים ציבוריים אחרים. אנשי ונשות אקדמיה זכאים להגנה גם כאשר הם מבקרים באופן חריף את האוניברסיטה או את נשיא האוניברסיטה שעה שעובדים בחברה פרטית ואולי גם במסגרת מוסדות ציבוריים עלולים להיות חשופים בנסיבות דומות לסנקציות.

מעמד מיוחד קיים לנושאים אשר אינם בתחום ההתמחות המחקרי של המרצים אך הם קשורים באופן ישיר לתכליות האקדמיה ולמדיניות הקשורה להשכלה הגבוהה, ובהם שיפור איכות המחקר וההוראה, תרבות דמוקרטית, מניעת הפליה, קידום מגוון, וכן הגנה על החופש האקדמי עצמו. גורמים שונים במוסדות להשכלה גבוהה עוסקים באופן שגרתי בקידום נושאים אלה והם נזכרים בקודים אתיים מוסדיים.¹⁰ לפיכך, יש לראות באיום על תכליות האקדמיה וערכיה כתחום הראוי להגנה רחבה של החופש האקדמי הנתון למרצים העוסקים בכל תחום שהוא.

הניתוח הזה מנביע את המסקנה כי החופש האקדמי חל גם על נושאים פוליטיים. בהקשר זה יש לזכור כי חירות אקדמית איננה עניין המשתייך לימין או לשמאל. חירות אקדמית צריכה להגן על מרצים משמאל החוששים כי עמדותיהם בזכות חרם אקדמי למשל או בזכות הפלסטינים יפגעו במעמדם האקדמי. בה במידה צריכה החירות האקדמית להגן על מרצים מימין החוששים מצמיחה לא מאוזנת של שיח שהוא תקין פוליטית (politically correct) המגביל את זכותם של מרצים לעצב את ההוראה או המחקר כרצונם.

גבולות החופש האקדמי

החירות האקדמית איננה מוחלטת ואיננה גוברת בהכרח על כל שיקול אחר. **שיח במהלך שיעור:** בצד החירות האקדמית יש מקום גם להטיל חובות על המרצים לא להשתמש במעמד המוקנה להם כדי להפיץ באורח שיטתי עמדות פוליטיות וחברתיות בשיעוריהם אלא אם אלו קשורות לדיסציפלינה שבה הם מתמחים. כך למשל מרצה למתמטיקה אינה אמורה להקדיש את מחצית השיעור המיועד ללמד את משפט גאוס כדי לבטא את עמדותיה ביחס לשאלה כיצד יש לחלק משאבים בחברה. הבחנה זו בין ביטויים מקצועיים לביטויים לא מקצועיים עולה גם מחלק מהקודים האתיים המוסדיים.¹¹ בהקשר זה יש להבחין בין הפצת עמדות שיטתיות לבין דיון קצר בנושאים פוליטיים וחברתיים העומדים על הפרק אשר אינו פוגע בניהול המקצועי של הקורס. ככל שמידת האיום על החירות האקדמית והערכים העומדים בבסיסה גדול יותר, כן יש הצדקה לעיסוק רב יותר בשאלות ערכיות שאינן קשורות בהכרח לנושא המרכזי של השיעור. כאמור לעיל, לנושאים העומדים בליבן של התכליות האקדמיות ובהם תרבות דמוקרטית באקדמיה יש מעמד מיוחד והם ראויים לפיכך להגנה מיוחדת. עקרונות דומים חלים גם על שיח עם תלמידי מחקר במעבדות.

9 ראו חיים גנז "חופש אקדמי" עיוני משפט יב 415 (1987).

10 ראו למשל הקוד האתי של מכון ויצמן; הקוד האתי של אוניברסיטת חיפה; ס' 1–2 לקוד האתי של אוניברסיטת בן גוריון; ס' 3 לקוד האתי של אוניברסיטת בן-גוריון. לדיון מקיף בהתפתחות ההשכלה הגבוהה בישראל וגם לשאלת החופש האקדמי בישראל ראו וולנסקי, לעיל ה"ש 1.

11 למשל הקודים האתיים של אוניברסיטת בן גוריון ואוניברסיטת חיפה.

ככלל, הנורמות החלות על השיח בשיעור הם סטנדרטים ולא כללים. במילים אחרות נורמות אלה הן נורמות עמומות. זאת משום שהערות בעלות אופי פוליטי יכולות להיאמר באופנים שונים והשפעתן על האווירה בכיתה הלימוד משתנה בהתאם להקשר, לציבור הסטודנטים בשיעור, לטון הדיבור, לנושא השיעור ועוד. כך גם ברור כי אופי ההתבטאויות הלגיטימיות בכיתה משתנה מתחום לתחום. ישנם תחומים, כגון משפטים, מדע המדינה או סוציולוגיה, שאינם יכולים להילמד מבלי להיות מעורבים בשאלות בעלות ניחוח פוליטי מובהק. לעומת זאת תחומים אחרים הם מרוחקים יותר מן החיים הפוליטיים או החברתיים.

לבוש פוליטי ופוסטרים פוליטיים במשרד: שאלות קשורות עניינן במרצים הלובשים בעת השיעור פריטי לבוש הנושאים כיתובים פוליטיים או מעטרים את משרדיהם בפוסטרים פוליטיים. גם אלו שאלות שאין להן תמיד תשובות כלליות אלא תשובות תלויות הקשר. ככלל המרצים רשאים להתלבש כרצונם או לעטר את משרדיהם באופן המתיישב עם טעמים האישי ועמדתם הפוליטית. ייתכנו כמובן מקרים חריגים שבהם הלבוש או עיצוב המשרד עלולים להיות פוגעניים (למשל גזעניים או מסיתים). כאמור, לבישת בגד בשיעור או הצבת שלט במשרד הנושאים כיתובים המגנים על עקרונות הדמוקרטיה זכאים להגנה מיוחדת, בהיותם קשורים לאתוס ההומניסטי-דמוקרטי של האקדמיה.

שימוש במייל מוסדי: שאלה נוספת שעלתה בימים האחרונים קשורה לשימוש במערכות המיילים של המוסדות האקדמיים על מנת להעביר מסרים לסטודנטים הקשורים להפיכה המשטרית. ככלל, למרות שלמרצים יש חופש אקדמי להתבטא בנושאים הקשורים לעקרונות הדמוקרטיה, במסגרת הפעילות האקדמית לא רצוי להשתמש במדיום שאינו מאפשר שיח אקדמי פתוח אלא במקרים קיצוניים. ההפיכה השלטונית הנוכחית עשויה באופן סביר להיתפס כמקרה קיצוני, אולם איננו רוצים לקבוע מסמרות בעניין זה.

חופש הביטוי של סטודנטים: גבול מסוג אחר של החופש האקדמי קשור בחובה המוטלת על המרצים לאפשר לסטודנטים להתבטא בחופשיות בנושאים שנויים במחלוקת, לכבד דעות של סטודנטים ולהימנע מלהפללות סטודנטים בגין עמדותיהם הפוליטיות או מטעמים אחרים. להוראה במוסד אקדמי מתלווים סמכות ויחסי כוח ואין לנצלם לרעה. הסטודנטים הם קהל שבו, בפרט בקורסי חובה. בישראל, סעיף 5 לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, קובע כי "לכל סטודנט החופש להביע את דעותיו, עמדותיו והשקפותיו לגבי תוכנו של חומר הלימוד והערכים המובעים בו", אך "אין בהוראת סעיף זה כדי להגביל את סמכותו של מוסד להסדיר את אופן הבעת הדעות, העמדות או ההשקפות לצורך שמירה על מהלך הלימודים התקין". בהקשר זה, חשוב להקפיד שלא להפוך את האווירה בשיעור לבלתי נעימה או עוינת. ייתכן כי בחירות פדגוגיות יגרמו לאי-נוחות של סטודנטים, אך יש להבטיח את נכונות המרצים לשמוע ביקורת על אותן בחירות ולהגן עליהן במסגרת השיעור. **קידום אינטרסים לא לגיטימיים:** כמו כן, יש סכנה כי החירות האקדמית תשמש מרצים כדי לקדם את האינטרסים שלהם. מרצים אינם יכולים להשתמש בחירות האקדמית הנתונה להם כדי לקדם תכליות אישיות או כדי להתגונן מפני פעילות פלילית או פעילות לא אתית אחרת. בנוסף, מרצים לא יכולים להשתמש בחופש האקדמי הנתון להם כדי להימנע מחשיפה לביקורת אקדמית על עבודתם המחקרית או על המתודות הפדגוגיות שבהן הם משתמשים.

הקפדה על שיח אקדמי במסגרת פעילות אקדמית: לבסוף, על המרצים להקפיד על שיח אקדמי במסגרת פעילותם האקדמית, לרבות הימנעות מגידופים, איומים או ביטויים גזעניים. מחוץ למסגרת אקדמית, למשל בכתבה עיתונאית או אחרת, חלות על המרצים החובות הכלליות של המשפט הפלילי.

חופש אקדמי ומגוון דעות בשיעורים ובכנסים אקדמיים

שמיעת דעות מגוונות הינה ערך יסודי של מוסדות להשכלה גבוהה. ההנחה היא ששמיעת מגוון דעות מקדמת חשיבה חופשית ואת איכות ההוראה והמחקר. כמו כן, על מוסדות אקדמיים פלורליסטיים ורב-תרבותיים להיות רגישים לשונות חברתיות, פוליטיות תרבותיות ומגדריות, לייצר מרחבים המאפשרים השמעת דעות מגוונות ולקדם ייצוג של קהלים מגוונים בשיח האקדמי. בנוסף, חשוב לזכור כי הלימודים באקדמיה מזמנים אפשרות לסטודנטים מרקעים חברתיים, תרבותיים ודתיים שונים לנהל שיח משותף על עמדותיהם. לכן, ככלל רצוי לתת במה למגוון דעות הן בקורסים אקדמיים והן בכנסים אקדמיים.

עם זאת, מגוון הדעות שיישמעו בכל מרחב אקדמי תלוי בגורמים רבים ובהם היקף המוזמנים ואופי הנושא. כמו כן, מגוון אין פירושו איזון ייצוגי בין הדעות הרווחות בציבור הרחב או חיוב לאפשר הצגת דעות המבוססות על נתונים שקריים.

לאור האמור לעיל, לעיתים יש גם מקום לארגן כנס המשקף תפיסת עולם אחת. הריבוי איננו יכול להימדד באופן נקודתי ביחס לכל כנס וכנס או ביחס לכל אירוע ואירוע. כך למשל נראה כי יש מקום לקיים אירועים שבהם ישתתפו אך ורק קבוצות מודרות. במקרים אחרים שיקולים הנשענים על אופי הקהל, האינטרסים של מארגני הכנס ושיקולים אחרים עשויים להצדיק כנסים שאינם מאוזנים. ככלל הניסיון לייצר איזון ביחס לכל אירוע עלול לעיתים לפגוע באיכות הכנס. היחס בין ריבוי העמדות לאיכות הכנס הוא תלוי נסיבות. כמו כן, במידה שמדובר באירוע שמתבסס על נקודת הנחה מחקרית מסוימת, אין טעם בייצוג עמדה שחותרת תחת קיומה של אותה נקודת הנחה. לדוגמה, באירוע שדן באתיקה של אמצעים לקידום התחסנות נגד נגיף הקורונה אין בהכרח טעם בייצוג עמדה שגורסת כי הקורונה אינה מחלה שמצריכה חיסון כלל. דוגמה נוספת היא מפגשים שבהם מחלקות אקדמיות מזמינות משפטניות על מנת להסביר למרצים ולסטודנטים את השינויים המשפטיים המוצעים. מפגשים מעין אלו בהם מוזמנים מרצה אחד או שניים לשוחח על נושאים הקשורים בתחום התמחותם לא חייבים לשקף מגוון דעות. בכל מקרה, חשוב לשמור על זכויות הסטודנטים במפגשים כאלה להתבטא בחופשיות. גם מפגשים לא אקדמיים בעלי אופי פוליטי או ציבורי צריכים להיות מוגנים מפני התערבות מצידה של האוניברסיטה או גופים אחרים.

לא ראוי לאפשר למוסד להטיל הגבלות על אירועים גם אם אירועים אלה אינם מאוזנים. בחירת הדוברים ובחירת הנושאים צריכה להיות נתונה למארגני הכנס והיא מוגנת על ידי החופש האקדמי שלהם. ההגבלות היחידות על קיום כנסים צריכות להיות הגבלות שמקורן בדין הפלילי. כמו כן ראוי כי מארגני הכנס ימסרו במידת האפשר אינפורמציה מלאה למשתתפים על אופיו של הכנס ועל הטעמים לבחירת הדוברים או הנושאים ועל הנחות היסוד העומדות מאחורי ההחלטות על עיצוב הכנס. מוסד אקדמי רשאי למנוע קיומם של כנסים כאשר הכנסים צפויים לערב ביטויים מסיתים או גזעניים שנאסרו בדין הפלילי. חופש הביטוי של סטודנטים באירועים אקדמיים כאלה הוא רחב ביותר ויש לשמור על זכויות הסטודנטים להתבטא בחופשיות.

ביטויים מוסדיים של מוסדות אקדמיים

ככלל מוסדות אקדמיים אינם צריכים לבטא עמדות פוליטיות כאלו או אחרות. זאת משום שהקהילה האקדמית היא קהילה פלורליסטית. גם נשיאי המוסדות צריכים להיזהר בביטוי עמדה פוליטית כזו או אחרת.

היוזמות לשינויים החוקתיים בישראל בימים האחרונים לוו גם בהתבטאויות רשמיות של ראשי המוסדות. כך למשל ועד ראשי האוניברסיטאות יצא באזהרה כי ההפיכה המשטרית עלולה לפגוע אנושות במוסדות להשכלה גבוהה. הצהרה זו ללא ספק לא מתיישבת עם עמדותיהם של חלק מחברי הקהילה האקדמית. כך למשל היו מחאות סטודנטים שתומכים בהפיכה המשטרית אשר מחו כנגד מעורבות האקדמיה בסוגיה זו.¹²

לדעתנו ככלל יש מקום להמעיט במידת האפשר בהתבטאויות מוסדיות בעלות אופי פוליטי. עם זאת, לעיתים יש מקום לחרוג מכלל זה בשני סוגים של מקרים. האחד הוא כאשר השינויים המוצעים עלולים לפגוע באופן מהותי באיכות המחקר וההוראה וכן במקומה של ישראל בקהילה האקדמית הבינלאומית, היכולת שלה להשתתף בתוכניות ולזכות במענקי מחקר בינלאומיים. במקרים מסוג זה יש מקום למעורבות של ראשי המוסדות משום שתפקיד המוסדות להשכלה גבוהה הוא להגן על ההשכלה הגבוהה. אם על פי שיקול דעתם שינויים חקיקתיים מוצעים עלולים לפגוע באופן מהותי באיכות ההשכלה הגבוהה הם רשאים ואולי אף חייבים לבטא את עמדותיהם. סוג שני של מקרים שבהם יש לאפשר ביטויים מוסדיים בעלי אופי פוליטי הוא כאשר שינויים חקיקתיים פוגעים באופן מהותי בערכי יסוד הומניסטיים. כזכור, החירות האקדמית מיועדת לא רק להבטיח את איכות המחקר אלא גם להבטיח הגנה על ערכי יסוד דמוקרטיים והומניסטיים. המוסדות האקדמיים רשאים ואף חייבים לבטא עמדות המתיישבות עם ערכים אלה. ההתבטאויות של ראשי המוסדות בעניין ההפיכה המשטרית הן לדעתנו לגיטימיות ואף מתחייבות משום שתכליתן היא להגן על ההשכלה הגבוהה ועל ערכי היסוד העומדים בבסיסה. הן מתיישבות גם עם הקודים האתיים שאומצו בחלק מהאוניברסיטאות המעגנים את ערכי יסוד אלה.¹³ כפי שנראה בפרק הבא, ההפיכה המשטרית מסכנת את החירות האקדמית.

מקרי קיצון

כללים אלה צריכים להנחות את המוסדות ואת הפרטים בימים שכתיוקונם. עם זאת ישנם מקרי קיצון שבהם יש מקום למאבק חסר פשרות גם במחיר של פגיעה בחלק מהעקרונות הנ"ל. יש הסבורים שהמהפכה המשטרית הנוכחית היא מקרה קיצון המצדיק סטייה מחלק מן הנורמות המחייבות בימים אחרים. אנו סבורים שהמהפכה המשטרית הנוכחית היא אירוע קיצוני המצדיק במקרים מסוימים סטייה מסוימת מן הנורמות המתוארות במסמך זה.

3. סיכונים לחופש האקדמי בישראל

תכלית פרק זה היא לבחון את המצב בישראל ובמיוחד את ההגנות הקיימות כמו גם את הסכנות הקיימות. חשוב לציין כי נפתח פרק זה בקביעה כי גם עיגון חוקי או חוקתי של החופש האקדמי איננו מבטיח את ההתממשות של חירות זו במציאות. בסופו של דבר ההגנה על החופש האקדמי היא פונקציה של עוצמת האתוס של החירות. הגנה פורמלית משפטית ללא הכרה חברתית רחבה לצידה

12 שילה פריד "סטודנטים מהימין: 'המשך הפוליטיזציה של האקדמיה תפגע באמון ובתמיכה בה'" **מקור ראשון** (25.1.2023) www.makorishon.co.il/news/570909

13 ראו רשימה בסוף מסמך זה.

מוגבלת מאוד באפקטיביות שלה. עם זאת, מכשירים משפטיים עשויים לסייע גם להגן על המרצים וגם לחזק את המעמד של החירות האקדמית כערך חברתי חשוב.

סכנות לחופש האקדמי בישראל נשקפות מסיבות שונות. ראוי לציין כאן את הסכנה הנגזרת בשל קיומם של ארגונים שתכליתם היא השתקת קולות אקדמיים מטעמים פוליטיים וגם בגין יוזמות שמקורן בכנסת או בממשלה. כיום פועלים כמה וכמה ארגונים שתכליתם המוצהרת היא להגביל ולהצר את חופש הביטוי ואת החופש האקדמי. אלו זוכים גם לתמיכה פוליטית בכנסת.

במסגרת פרק זה לא נדון בכל האיומים על החירות האקדמית. בהינתן התכלית של פרק זה, אנו לא נעסוק באיומים שמקורם בהפרטה, בתלות הגוברת של המחקר בתרומות של פרטים ובמעורבות היתר של מנהלנים החפצים להשתמש בקריטריונים מדידים כדי להעריך את התרומה היחסית של חוקרים גם כאשר שימוש בקריטריונים אלה איננו מקדם את הצרכים המחקריים.

נפתח בדיון בחופש האקדמי במשפט הישראלי. בהמשך, נעסוק במספר איומים הקשורים בפעילות חוץ אקדמית של מרצים (מאמרים בעיתון, השתתפות בכנסים פוליטיים וכדומה), במעורבות של פוליטיקאים במינויים, במתן פרסים או באיוש משרות מנהליות בעלות קשר ישיר לעבודה האקדמית, בגבולות הביטוי במסגרות הוראה שונות ובשאלת שימוש בכספי האקדמיה לאירועים בעלי "צבע פוליטי".

בהינתן התכלית הפרקטית של פרק זה אנו נעסוק בעיקר באיומים שיש להם כבר ביטויים בשטח או שסיכויי ההתממשות שלהם גבוהים. לצורך כך נביא במידת האפשר דוגמאות קונקרטיות, דהיינו נתאר אירועים אמיתיים שבהם נפגעה החירות האקדמית או שעלולה הייתה להיפגע.

החופש האקדמי במשפט הישראלי

החופש האקדמי הוכר במשפט הישראלי. החקיקה החשובה ביותר בעניין זה היא חוק המועצה להשכלה גבוהה. המועצה הוקמה כדי לשמש חייץ בין הממשלה המממנת את המוסדות להשכלה גבוהה לבין המוסדות עצמם ולהבטיח שהחלטות דוגמת הכרה במוסד כמוסד ללימודים גבוהים או הכרה בתואר תתבססנה על שיקולים אקדמיים. חוק המועצה להשכלה גבוהה מעניק גם למוסדות המוכרים סמכות רחבה. סעיף 15 לחוק קובע כי: "מוסד מוכר הוא בן חורין לכל ענייניו האקדמיים והמינהליים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו". "עניינים אקדמיים ומנהליים" הוגדרו כעניינים הכוללים, בין היתר, "קביעת תוכנית מחקר והוראה, מינוי רשויות המוסד, מינוי מורים והעלאתם בדרגה, קביעת שיטת הוראה ולימוד, וכל פעולה מדעית, חינוכית או משקית אחרת". עם זאת, עקב אכילס של חוק המועצה להשכלה גבוהה הוא סעיף 4א, הקובע כי מינויים למועצה נתונים באופן בלעדי בידי גופים פוליטיים. ואכן בעבר עלו טענות על העדפת שיקולים פוליטיים על פני שיקולים מקצועיים במינויים למועצה להשכלה גבוהה. יש חשיבות רבה בהבטחת עצמאותה של המועצה כך שהמועצה להשכלה גבוהה לא תהפוך להיות זרוע ארוכה של הממשלה או של גופים פוליטיים.

כמו כן, שורה לא מעטה של פסקי דין הכירו בחופש האקדמי בין כגזרת של חופש הביטוי ובין כקטגוריה מובחנת. הביטוי המובהק להגנה על חופש אקדמי כקטגוריה מובחנת ניתן על ידי השופט טירקל בדעת מיעוט בפסק הדין **אלבה**:¹⁴

14 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 326, 221 (1996).

"[החופש האקדמי] ראוי, לדעתי, להגנה אף יותר מחופש הביטוי. החופש האקדמי כולל בתוכו את חופש היצירה, חופש המחקר וחופש ההוראה על נגזרותיהם... לדעתי אין לראות את החופש האקדמי כאילו הוא נגזרת של חופש הביטוי ויש לראות בו חירות העומדת בפני עצמה, אף שהשניים שוכנים זה בצד זה ואף חופפים בחלקם, אין הם זהים זה לזה. ביטוי שחופש הביטוי אינו מגן עליו, עשוי לחסות תחת כנפיו של החופש האקדמי".

פסק דין חשוב נוסף שהתווה הגנה עקרונית על החופש האקדמי נגע לעתירה נגד החלטת המדינה לא לתמוך בפסטיבל עם מוזיקה כנסייתית. בבג"ץ **פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים** קבע השופט כהן הלכה חשובה שלפיה:¹⁵

"קביעת תכנית המחקר וההוראה היא... רשות היחיד של המוסד, וכן נקיטת כל פעולה מדעית וחינוכית אחרת – ומי שמתיימר להטיל על המוסד סנקציה כל שהיא בשל קביעת תכנית מחקר או הוראה זו או אחרת או בשל נקיטת פעולה מדעית או חינוכית פלוגנית, פוגע בחופש האקדמי. נשאר לנו לתרגם את הדברים ללשון מוסדות האמנות; ואין בכך כלום שלגבי מוסדות האמנות, להבדילם מן המוסדות להשכלה גבוהה, אין עוד חוק מפורש המסדיר את ענייניהם: סעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה אינו מחדש חוק חדש ויוצר חופש אקדמי שלא היה קיים גם קודם לכן, אלא הוא מביא, לגבי המוסדות שהוא דן בהם, את אותו העקרון הקונסטיטוציוני שאמרתי לידי ביטוי חקיקתי. ולגבי מוסדות האמנות ניתן לומר, בעקבות סעיף 15 הנ"ל ובאנאלוגיה אליו, שכל מוסד כזה בן-חורין הוא לכלכל עניניו האמנותיים והמינהליים כטוב בעיניו, לרבות קביעת תכניות הצגה וביצוע, מינוי רשותיו ומבצעיו, קביעת שיטות הביצוע וצורותיו, וכל פעולה אמנותית או משקית אחרת".

החופש האקדמי מוגן גם בקודים אתיים שאימצו מוסדות אקדמיים שונים בישראל. קודים אלו מתייחסים באופנים שונים לשתי התכליות של האקדמיה שהוזכרו לעיל – שמירה על יושרה במחקר ובהוראה וכן תכליות דמוקרטיות והומניסטיות.¹⁶

פעילות חוץ אקדמית של מרצים

שתי דוגמאות תובאנה כדי להדגים את הבעיה שמעוררות התבטאויות חוץ אקדמיות בישראל. המקרה הראשון הוא המקרה של פרופסור הלל וייס אשר התבטא בחריפות רבה נגד מח"ט חברון יהודה פוקס.¹⁷ אוניברסיטת בר-אילן מינתה ועדה מיוחדת לבדיקת ההתבטאויות החריפות של פרופ' וייס

15 בג"ץ 175/71 **פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים**, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, פס' 10 לפסק דינו של השופט חיים כהן (1971).

16 ראו למשל הקוד האתי של מכון ויצמן; הקוד האתי של אוניברסיטת חיפה; ס' 1–2 לקוד האתי של אוניברסיטת בן גוריון; ס' 3 לקוד האתי של אוניברסיטת בר-אילן. לדיון מקיף בהתפתחות ההשכלה הגבוהה בישראל וגם לשאלת החופש האקדמי בישראל ראו וולנסקי, לעיל ה"ש 1.

17 ראו אפרת וייס ורועי מנדל "המשטרה שוקלת חקירה פלילית נגד פרופ' וייס" Ynet (7.8.2007) <https://bit.ly/3oq4G7u>.

ולאחר שהתנצל החליטה הוועדה לא לגקוט צעדי משמעת כנגדו. המקרה השני הוא המקרה של פרופ' ניב גורדון אשר פרסם מאמר בזכות החרם האקדמי. לאחר המאמר היו קריאות לפטר את פרופ' גורדון וגם נשיאת האוניברסיטה פרופ' רבקה כרמי ראתה במאמרו של פרופ' גורדון חציית קו אדום.¹⁸ עם זאת לא ננקטו צעדים משמעתיים נגד פרופ' גורדון. הסכנה של הטלת סנקציות על אנשי אקדמיה בגין התבטאויות מחוץ להקשר האקדמי היא סכנה ממשית לחופש האקדמי בהינתן הפעילות של ארגוני ימין קיצוני העוסקים במשטור השיח האקדמי, כגון ארגון "בצלמו" ובמיוחד, בהקשר האקדמי, תנועת "אם תרצו". ארגונים אלה מתעדים התבטאויות מרצים במסגרת הקמפוס ומחוצה לו ומפעילים לחץ פוליטי על מוסדות אקדמיים וכן על מוסדות אחרים להטיל סנקציות בגין פעילות פוליטית לגיטימית ולעיתים גם נגד פעילות אקדמית.

לדעתנו פעולה שהיא מחוץ להקשר האקדמי איננה יכולה להצדיק הליכים משמעתיים. עמדה זו איננה מקובלת על כל תקנוני המשמעת. כך למשל סעיף 4(יב) לתקנון המשמעת של אוניברסיטת אריאל מגדיר כעבירת משמעת כל מי ש"פוגע בשמה הטוב או ביוקרתה של האוניברסיטה בין שהדבר נעשה בתוך כתלי האוניברסיטה או מחוצה לה". דוגמה קיצונית עוד יותר הוא הקוד האתי שהוצע על ידי פרופ' אסא כשר לשר החינוך נפתלי בנט (ואשר בסופו של יום לא התקבל). סעיף 13 לכללים שהוצעו קובע בין היתר כי: על חברי הסגל האקדמי "להיות מדויקים, לגלות איפוק מתאים, לבטא כבוד לדעותיהם של אחרים". חשוב לציין כי הסעיף עוסק בפעילות המתנהלת מחוץ לקמפוס ואין לה קשר ישיר לעבודה האקדמית. לטעמנו משטור ההתנהגות של חברי אקדמיה מחוץ להקשר האקדמי היא פגיעה בחופש הביטוי ועשויה לעיתים להיות גם פגיעה בחופש האקדמי למשל כאשר הביטוי מיועד לקדם תכליות דמוקרטיות-הומניסטיות בהן עסקנו קודם.

עמדה זו מעוגנת גם בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, האוסר על הפליה בעבודה, בין היתר בגין "השקפה או מפלגה". מרצים הפועלים מחוץ למסגרת האקדמית כפופים כמובן לדין הפלילי, אולם לטעמנו תקנוני המשמעת לא צריכים לעסוק בפעילות שאיננה קשורה ישירות להוראה ולמחקר. לכך יש כמה וכמה טעמים.

ראשית, מוסדות המשמעת של המוסד האקדמי אינם כשירים לשפוט התנהגות חוץ מוסדית. שנית, כפי שצינו, הפעילות החוץ אקדמית לעיתים קרובות משקפת ומקדמת ערכים אקדמיים של דמוקרטיה והומניזם. השיפוט ביחס לשאלה אם פעילות כזו אכן מקדמת או איננה מקדמת ערכים אקדמיים הוא שיפוט מורכב ואין מקום להעניק לגופי המשמעת של המוסד האקדמי סמכות לבצע שיפוט מסוג זה. שלישית, השאלה אם פעילות היא בעלת זיקה מספקת למוסד האקדמי כדי להצדיק הטלת סנקציות היא לעיתים שאלה מורכבת ועשויה להיות שנויה במחלוקת. דוגמה לכך היא בג"ץ אם תרצו, שבו עתרה תנועת "אם תרצו" כנגד המל"ג ושר החינוך בתביעה לחייב את האוניברסיטה העברית להעמיד לדין משמעתי את פרופ' עמירם גולדבלום בגין פרסום באינטרנט שכלל התבטאויות חריפות נגד חברי תנועת "אם תרצו".¹⁹ כן ציין פרופ' גולדבלום כי הוא ינסה במידת האפשר גם לפגוע בעתידם האקדמי של חברי הארגון. האוניברסיטה גינתה את התבטאויותיו של פרופ' גולדבלום אך סירבה להעמידו לדין.

18 ראו יצחק בן-חורין "נשיאת אונ' בן-גוריון: קריאה לחרם – חריגה מגבול" Ynet (3.9.2009) <https://bit.ly/3WnZUnE>.

19 בג"ץ 1/20 אם תרצו ציונות להיות או לחדול נ' שר החינוך (נבו 4.11.2020).

העתירה נדחתה בין היתר על בסיס החופש האקדמי והמנהלי הנתון למוסדות אקדמיים (ראוי לציין שמדובר בחופש האקדמי של המוסד ולא של פרופ' גולדבלום עצמו). עוד צוין בפסק הדין כי "ממילא לא עומדת לשר החינוך או למל"ג סמכות להטיל עיצומים על מוסד אקדמי בשל אופן טיפולו במקרה משמעותי פרטני – ודי בכך על מנת לדחות את הסעד שנתבקש כלפיהם בעתירה".

המקרה הוא מורכב. מן הצד האחד פרופ' גולדבלום פרסם את ההתבטאויות במסגרת פרטית חוץ אוניברסיטאית. מן הצד האחר הביטוי נגע ישירות להוראה באוניברסיטה וכלל איומים לפגוע בעתידם האקדמי של סטודנטים בשל השתייכותם לתא סטודנטים שהוכר על ידי האוניברסיטה. לנו נראה כי מקרה זה מדגים את הקושי בשימוש בדיכוטומיה בין פעילות אקדמית הכפופה לגופי המשמעת של המוסד האקדמי לבין פעילות חוץ אקדמית שצריכה להיות מחוסנת מביקורת של גופי המשמעת של המוסד האקדמי. פיקוח שיפוטי על גופי המשמעת של המוסד האקדמי נחוץ במיוחד בהקשר זה כדי למנוע שימוש לרעה בכוחו של המוסד האקדמי להטיל הגבלות על הסגל האקדמי מחוץ לכותלי המוסד.

מעורבות פוליטית בהחלטות על פרסים אקדמיים ובאיוש קרנות מחקר

שני אירועים עשויים להדגים את הסכנה של מעורבות פוליטית בהחלטות על פרסים אקדמיים ואיוש קרנות מחקר. המקרה הראשון הוא בעניינו של פרופ' עודד גולדרייך.²⁰ ועדת השופטים להענקת פרס ישראל מצאה את פרופ' גולדרייך ראוי לקבל את פרס ישראל בגין תרומתו המשמעותית למדעי המחשב. פרופ' גולדרייך חתם על עצומה הקוראת למוסדות השוק האירופי שלא לשתף פעולה עם מוסדות ישראליים אשר פועלים בשטחים המוחזקים על ידי ישראל. שרת החינוך החליטה שלא לאשר את החלטת ועדת הפרס. פרופ' גולדרייך עתר נגד החלטה זו וברוב דעות קבע בית המשפט כי יש להעניק לפרופ' גולדרייך את פרס ישראל.

השופט עמית נסמך בהחלטתו על חשיבות החופש האקדמי וכתב:²¹

"לדידי, פגיעתה בחופש הביטוי האקדמי של שלילת הפרס מפרופ' גולדרייך קשה בהרבה. מצוינות אקדמית אינה הולכת בהכרח יד ביד עם דעות התואמות את הקונצנזוס הציבורי. שלילת פרס ישראל מאיש אקדמיה בעל שם, בשל התבטאויות ספורדיות כאלה ואחרות, היא הזמנה לניטור, מעקב ורדיפה אחר אנשי אקדמיה בישראל. כמדינה החיה על מצוינותה בתחומים שונים, עלולה להיות בכך פגיעה של ממש בהישגים אקדמיים ומקצועיים, ובטווח הארוך, אף פגיעה בחוסן הלאומי".

במקרה אחר חמור אף יותר שר המדע אופיר אקוניס נדרש לחתום על מינויה של פרופ' יעל אמיתי לצורך כהונתה במועצת הנגידים של קרן מחקר גרמניה-ישראל. פרופ' אמיתי חתמה על עצומה המביעה תמיכה בסטודנטים ומרצים אשר מסרבים לשרת בשטחים המוחזקים. השר אקוניס סרב לחתום על מינויה בשל הצטרפותה לעצומה זו. בית המשפט סרב לחייב את השר אקוניס למנות את

20 בג"ץ 8076/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל לשנת תשפ"א בתחום חקר מדעי המחשב נ' שרת החינוך (נבו 29.3.2022).

21 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

פרופ' אמיתי לנגידה,²² אולם שר המדע החדש יזהר שי הודיע לבית המשפט כי החליט למנות את פרופ' אמיתי לתפקיד זה. לדעתנו אם נדרשה התערבות בית המשפט במקרה של פרופ' גולדרייך קל וחומר שהיא נדרשה במקרה זה משום שהמינוי של פרופ' אמיתי הוא מינוי מקצועי-אקדמי טהור והשיקולים למינוי חייבים להיות שיקולים אקדמיים טהורים.

היו גם מקרים שבהם עסקה הכנסת בסוגיות רגישות עוד יותר. ד"ר רן ברץ הוא מומחה לפילוסופיה יוונית אשר לימד כעמית הוראה באוניברסיטה העברית. ד"ר ברץ פרסם מאמרי דעה בעלי נטייה ימנית. במכרו שנערך באוניברסיטה העברית במחלקה לפילוסופיה זכה מועמד אחר. יו"ר ועדת החינוך של הכנסת מר זבולון אורלב העלה טענה (שהוכחה כלא מבוססת) שלפיה ד"ר ברץ לא זכה במכרו בשל נטיותיו הפוליטיות.²³ נושא זה לא הגיע לערכאות ובסופו של יום מונה המועמד אשר זכה במכרו. הניסיונות של שרים להתערב בהענקת פרס ישראל או במינוי הנגיד של קרן מחקר גרמניה-ישראל הם פסולים. קל וחומר שהניסיון של הכנסת להתערב במדיניות המינויים היא פסולה. מקרים אלה מדגימים את החשיבות של מעורבות בית המשפט בהגנה על האקדמיה מפני התערבות פוליטית ישירה, דהיינו ניסיון להתערב באופן ישיר בהחלטות צרכיות להיות נתונות לקהילה האקדמית עצמה.

ביטוי במסגרות אקדמיות

כפי שאמרנו, כיום פועלים בישראל כמה וכמה ארגונים שתכליתם המוצהרת היא להגביל ולהצר את חופש הביטוי ואת החופש האקדמי של מרצים. אלו זוכים גם לתמיכה פוליטית. שאלת גבולות הביטוי במסגרות אקדמיות בישראל עלתה שוב ושוב לתקשורת בעקבות ביקורת חריפה על התבטאויות של מרצים במסגרת פעילותם האקדמית. לא ידועים לנו מקרים שבהם בתי המשפט התערבו בהליכים משמעותיים של מרצים בשל התבטאויות במסגרות אקדמיות. עם זאת, דיונים בנושאים אלו הגיעו לתקשורת ולכנסת. כך למשל, באוניברסיטת חיפה במסגרת שיעור בתקשורת הקרין המרצה את הסרט ג'נין ג'נין.²⁴ היו שמחו נגד הקרנת הסרט. לדעתנו ניסיון של האוניברסיטה (או כל גוף אחר) להתערב בהחלטות מסוג זה פוגע בחופש האקדמי. אנו מודעים כמובן לכך שאחת ההשלכות האפשריות של הסדרה כזו היא אי-נוחות של חלק מהסטודנטים מן הבחירות הפדגוגיות של המרצה, אולם לנו נראה כי זו תוצאה בלתי נמנעת של חופש אקדמי. שאלות קשות נוספות מתעוררות בעקבות החלטתו של בית המשפט לקבל תביעת דיבה שהוגשה נגד במאי הסרט וכן להטיל איסור על הקרנת הסרט. לדעתנו גם במקרה זה יש מקום להגן על ההקרנה במסגרת אקדמית. יש הבדל בין הקרנה מסחרית לבין הקרנה שתכליתה פדגוגית. בין היתר יש מקום להקרין סרט זה במסגרת שיעור על תביעות דיבה. כאמור לעיל, במקרים מעין אלה יש להבטיח כי הבחירה בסרט כזה או אחר תלווה גם בנכונות לשמוע ביקורת של סטודנטים על הבחירה ולהגן על הבחירה במסגרת השיעור.

22 לביקורת נוקבת על החלטה זו ראו אלון הראל "מדע, פוליטיקה ומשפט: הרהורים על השר אקוניס, פרופסור יעל אמתי ועתידו של המדע בישראל" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית <https://bit.ly/3Ixp89> (12.3.2019).

23 www.makorishon.co.il/nrg/online/1/ART2/135/840.html

24 סמדר שילוני ושרון רופא-אופיר "סערה באוניברסיטת חיפה בעקבות הקרנת 'ג'נין ג'נין'" Ynet www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2346975,00.html (29.12.2002)

לאחרונה, תנועת "אם תרצו" הביאה לדיון בוועדת החינוך של הכנסת מקרה של מרצה מאוניברסיטת בן גוריון שהציג מצגת הקשורה לסכנות ההפיכה המשטרית במסגרת הקורס "חוק, חברה ומשפט במזרח התיכון".²⁵ במצגת תוארו עקרונות היסוד של התוכנית שהציג שר המשפטים יריב לוין ונכלל פירוט של הסכנות הטמונות בהם. נושא זה קשור ישירות לתחום שבו עוסק הקורס ולכן ברי כי הוא מוגן במסגרת החופש האקדמי. ככלל ראוי כי המרצים יבטאו וינמקו גם עמדות מנוגדות לעמדתם, אך בהינתן המורכבות של הסדרה במקרים מעין אלה אין מקום להסדרה מחייבת בעניין זה.

ארגון וניהול כנסים

כנסים המאורגנים על ידי מרצים במוסדות אקדמיים בישראל מעוררים לעיתים קרובות מחאות. יש המלינים שהכנסים הם חד-צדדיים ומשקפים מגוון דעות צר. כך למשל כנס שעסק בנושא "חיים תחת הכיבוש" באוניברסיטה העברית עורר מחאות מצידו של תא סטודנטים.²⁶ כנס בנושא אסירים ביטחוניים בוטל על ידי האוניברסיטה העברית בעקבות מחאות של סטודנטים שהתנגדו לקיום הכנס.²⁷ בינואר 2023 הפנתה המועצה להשכלה גבוהה תלונות הקשורות לגורמים שונים שהוזמנו לכנסים באוניברסיטת תל אביב בתחום האקלים והרפואה. סגן הרקטור דחה את התלונות וציין כי הוא מצפה מהמועצה להשכלה גבוהה להפעלת שיקול דעת בטרם העברת פניות "שחלקן נגוע, רעיל ובעיקר נעדר הבנה בסיסית באשר לחופש אקדמי מהו". לדבריו, "עצם העברת תלונות אלינו והבקשה מאתנו לענות להן, עלולה לתרום לליבוי האווירה הרעילה הקיימת כיום בציבור ובנוסף, עלולה להתפרש ככזו המעניקה רוח גבית למתקפה על האקדמיה במדינת ישראל".²⁸ מן הניתוח לעיל נובע כי תגובתו של סגן הרקטור מוצדקת ואנו מקווים כי המועצה להשכלה גבוהה תאמץ את הלקחים הנדרשים. כפי שצינו לעיל אין מקום לפיקוח או משטור כנסים בשל היותם לא מאוזנים. הסמכות לקבוע את אופיו של כנס צריכה להיקבע על ידי מארגני הכנס ובלבד שבמידת האפשר מערכת השיקולים תהיה שקופה וידועה למשתתפים.

4. סיכום: סכנות ההפיכה המשטרית לחופש האקדמי בישראל

מסקירה קצרה זו עולה כי החופש האקדמי בישראל נתון לאיומים שונים בשנים האחרונות. אנו צופים כי איומים אלו יתגברו מאוד אם יתקבלו השינויים המוצעים בחקיקה. ראשית, הסקירה מעידה כי הפיקוח השיפוטי האפקטיבי הוא בעל חשיבות רבה להגנה על החירות האקדמית. האירוע בעניינו של פרופ' עודד גולדרייך (חתן פרס ישראל) וכן העתירה בעניינה של פרופ'

²⁵ <https://bit.ly/3Iz6VfD>

²⁶ https://www.facebook.com/LaviJerusalem/posts/1309913339143805?locale2=pt_BR&paipv=0&eav=AfaItLQMXEMnVAOuEq0GKvs6ZsSJxDIF5Q1n26Z_AnchjdgCEXiYFL_GkoUtpwQ5IV4.&_rdr

²⁷ אלי ביתאן "תא ימני מחה, והאוניברסיטה העברית ביטלה כנס על אסירים פלסטינים" **שיחה מקומית** (13.5.2017).

²⁸ המכתב נמצא ברשות המחברים. גם נשיא אוניברסיטת תל אביב, פרופ' אריאל פורת, התלונן על התנהלות לקויה של המועצה להשכלה גבוהה ועל מעורבותה במישור השיח האקדמי.

יעל אמיתי (המינוי לוועדת המענקים גרמניה–ישראל) הבהירו לרשויות את המגבלות החוקיות על מעורבות של הפוליטיקה בשאלות אקדמיות. גם דחיית העתירה שתבעה להעמיד לדין את פרופ' עמירם גולדבלום בשל התבטאויותיו בעניין תנועת "אם תרצו" חיזקה את עמדת האוניברסיטה שלפיה יש מקום לסובלנות כלפי התבטאויות גם אם הן חריפות וקיצוניות. לאחר שיועברו השינויים המוצעים יקל על חברי הכנסת והממשלה להתערב במינויים, במתן פרסים, במדיניות הענקת מענקי המחקר ועוד. ללא רשות שופטת חזקה יהיו המרצים חשופים לגחמות של הפוליטיקה הישראלית ומכאן שהמחקר וההוראה במוסדות האקדמיים בישראל ייפגעו באופן מהותי.

שנית, ההצעה שהועלתה לאחרונה לשינוי חוק הספרייה הלאומית, התשס"ח–2007, באופן שיפגע בעצמאות הספרייה ויאפשר שליטה פוליטית בהנהלתה,²⁹ היא סנונית ראשונה המעידה על נכונות לפגוע באופן מהותי בחירות האקדמית. הצעה זו גם מעלה חשש שהצעות דומות יעסקו בהרכב ומינוי המועצה להשכלה גבוהה וות"ת. חקיקה כזו תפגע אנושות בחופש האקדמי.

שלישית, ההפיכה המשטרית עלולה לגרום לחיזוק מגמות של רדיפת מרצים בגין התבטאויות פוליטיות, בשל התבטאויות למען הדמוקרטיה, או בגין הזמנה לכנסים של מרצים שהם פעילים פוליטיים. דוגמאות לכך ראינו בחודשים האחרונים במקרה של מרצה מאוניברסיטת בן גוריון שהמצגת שהציג בקורס שעוסק בחוק הגיעה לדיון בוועדת החינוך של הכנסת, ובמקרה של התלונות שהוגשו על הכנסים באוניברסיטת תל אביב על ידי ארגון "בצלמו".

לאור האמור לעיל, קיים חשש ממשי כי השינויים המשטריים המוצעים יסכנו את ההישגים האקדמיים המרשימים שהושגו בישראל. הם מאיימים על החירות של המרצים לחקור וללמד אשר הינה אבן יסוד לקיומו של מדע איכותי, שיח חופשי ותרבות דמוקרטית בהשכלה הגבוהה. החשש הוא שההשלכות ארוכות הטווח עלולות להיות אף הרסניות יותר. במדינות אחרות שבהן התערערו עקרונות הדמוקרטיה, כגון הונגריה ופולין, ניתן לראות השלכות נוספות על החופש האקדמי ובהן מינויים פוליטיים בהנהלת האוניברסיטאות, פגיעה במוסד הקביעות, סגירה של מחלקות העוסקות בשיח ביקורתי, סגירה של מוסדות אקדמיים פרטיים והתערבות בנושאי המחקר, בין היתר באמצעות צמצום משמעותי של המחקר בתחום מדעי החברה והרוח.

נושא חשוב שעליו לא הרחבנו רבות בנייר עמדה זה הינו חופש הביטוי והחופש האקדמי הנתונים לסטודנטים. עוד טרם עברה החקיקה המוצעת כבר הוצעה הצעת חוק שלפיה סטודנט אשר יניף את דגל פלסטין יושעה לחצי שנה ותקציביו של מוסד להשכלה גבוהה אשר יסרב להשעות סטודנט יקוצצו. נושא זה ונושאים נוספים הקשורים לחופש הביטוי והחופש האקדמי הנתונים לסטודנטים ראויים לבחינה נפרדת.

29 הצעה מזיקה זו התקבלה למרות התנגדותה של היועצת המשפטית לממשלה. איננו יודעים בשלב זה מה יקרה אם החלטה זו תיבחן על ידי בתי המשפט, אולם ברור כי לאחר ההפיכה המשטרית המוצעת לא יוכלו רשויות החוק להגן על הספרייה הלאומית מפני פוליטיזציה.

מדריך מעשי למרצה

החופש האקדמי כולל חירויות של מרצים במסגרת עבודתם המחקרית, במסגרת ההוראה ולעיתים גם במסגרות מנהליות הקשורות באופן הדוק למחקר והוראה. חירות זו מיועדת להגן על המרצים מפני התערבות של המדינה, של המוסד שבו הם עובדים או של גופים אחרים כגון תורמים או מנהלנים אקדמיים.

החירות האקדמית של המרצים מבוססת על תפישה של כפיפות מוחלטת לנורמות של הדיסציפלינה האקדמית ושל הקהילה האקדמית. המחקר וההוראה אמורים להיות חופשיים מהתערבות פוליטית או משירות של צרכים ממשלתיים, פוליטיים או חברתיים.

לחופש האקדמי שתי תכליות מובחנות. התכלית האחת היא ההגנה על היושרה של המחקר המיועדת להבטיח את איכות המחקר וההוראה. התכלית השנייה של החופש האקדמי מכונה לעיתים קרובות קידום ערכים דמוקרטיים והומניסטיים. התכלית הזו מבוססת על הטענה כי האקדמיה מושתתת על ערכים דמוקרטיים והומניסטיים כלליים. כך למשל, האתוס האקדמי מבוסס על עמדה אנטי הייררכית. ערכים דמוקרטיים והומניסטיים אלה כוללים גם שוויון, חירות מחשבה וכן איסור הפליה במוסד אקדמי על בסיס גזע, דת, מין, נטייה מינית וכדומה. המחקר המדעי אמור להיות עיוור לשאלה מיהם החוקרים, מהי דרגתם, מעמדם בקהילה האקדמית, השתייכותם הלאומית או הנטייה המינית שלהם.

להלן מספר תשובות לדילמות נפוצות. תשובות אלו הן המלצות המבוססות על העקרונות המפורטים בנייר העמדה המלא. מטבע הדברים הנורמות שנציע כאן הן עמומות ויש מקום למחלוקת לגיטימיות ביחס לשאלה אם התנהגות מסוימת מתיישבת או איננה מתיישבת עמן.

✓ **האם מותר לי להתייחס לדמוקרטיה במהלך שיעור, גם אם נושא זה אינו קשור ישירות לקורס או לתחום ההתמחות המחקרי שלי?** כן. ערכים דמוקרטיים הם חלק מתכליות האקדמיה. יש להקפיד עם זאת על מסגרת זמן מתאימה על מנת שלא לפגוע בניהול הקורס.

✓ **האם מותר לי להגיע לשיעור עם חולצה "בלי דמוקרטיה אין אקדמיה"?** כן. מותר להופיע עם לבוש וכיתוב כל עוד הוא איננו פוגעני. רצוי לנהל דיון עם הסטודנטים על החלטה זו.

✓ **האם מותר לי לעטר את משרדי בפוסטרים פוליטיים או כאלה המביעים תמיכה בערכים דמוקרטיים?** כן. מותר לעטר את המשרד בפוסטרים המביעים עמדה פוליטית או אחרת כל עוד הם לא פוגעניים (למשל גזעניים או מסיתים). לדעתנו המוסד אינו רשאי להגביל את חירותו של המרצה לעצב את משרדו.

✓ **אלו מגבלות חלות על השיח באקדמיה?** על המרצים להקפיד על שיח מכבד במסגרת פעילותם האקדמית, לרבות הימנעות מגידופים או ביטויים גזעניים.

✓ **אלו מגבלות חלות על המרצה מחוץ למסגרת האקדמית כגון בקבוצת פייסבוק, טוויטר או בהפגנה?** מחוץ למסגרת האקדמית לא חלות על המרצה כל הגבלות להוציא הגבלות הנובעות מן המשפט הפלילי.

✓ **האם מותר לי להשתמש במערכות המיילים של המוסדות האקדמיים על מנת להעביר לסטודנטים מסרים לסטודנטים הקשורים בהגנה על הדמוקרטיה?** ככלל, לא רצוי להשתמש במדיום שאינו מאפשר שיח אקדמי פתוח אלא במקרים קיצוניים. עם זאת ניתן להשתמש במדיום זה לצורך קידום ערכים דמוקרטיים והומניסטיים כלליים, כגון מאבק בגזענות וקידום חירות אקדמית.

✓ **האם מותר לי לארגן כנס בנושא דמוקרטיה שאין בו מגוון דעות?** שמיעת דעות מגוונות וייצוג מגוון הם ערכי יסוד של מוסדות להשכלה גבוהה. עם זאת, מגוון הדעות שיישמעו בכל מרחב אקדמי תלוי בגורמים רבים. כמו כן, מגוון אין פירושו איזון ייצוגי בין הדעות הרווחות בציבור הרחב או חיוב להציג דעות שקריות. ככלל, בחירת הדוברים בכנסים מוגנת על ידי חופש האקדמי של המארגנים וחלות עליה רק מגבלות שמקורן בדין הפלילי. חופש הביטוי של סטודנטים באירועים אקדמיים כאלה הוא רחב ביותר והגבלות על חופש ביטוי זה מוצדקות רק כשהן נחוצות לצורך שמירה על איכות הכנס.

מקורות שסייעו בכתיבת נייר עמדה זה:

חיים גנו "חופש אקדמי" **עיוני משפט** יב 415 (1987).

עמי וולנסקי **אקדמיה בסביבה משתנה: מדיניות ההשכלה הגבוהה של ישראל 1952–2004** (2005).
ברק מדינה "החופש האקדמי – בין אתיקה למשפט: ספרם של אמנון רובינשטיין ויצחק פשה" **סדקים באקדמיה** הפרקליט נג 559 (התשע"ה).

יצחק (יאני) נבו "שני דגמים של חופש אקדמי: המקרה הישראלי" **תרבות דמוקרטית** 9, 137 (2005).
אמנון רובינשטיין "חופש הביטוי האקדמי" **משפט ועסקים** יג 11 (2010).

קודים אתיים במוסדות אקדמיים בישראל (דוגמאות נבחרות)

אוניברסיטת בן גוריון: <https://bit.ly/3Mmh4xv>

אוניברסיטת בר אילן: <https://bit.ly/42W4hcd>

אוניברסיטת חיפה: <https://bit.ly/433WJEo>

מכון ויצמן למדע: <https://bit.ly/3Ox7tqe>

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' אלון הראל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

פרופ' לטם פרי-חזן, החוג למנהיגות ומדיניות בחינוך, אוניברסיטת חיפה, חברת האקדמיה הצעירה הישראלית

המחברים מבקשים להודות למר דין זלצברגר על תרומה חשובה לכתיבת נייר עמדה זה ולהערוותיהם של:

פרופ' דוד אנוך, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים

ד"ר תמי הראל בן-שחר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

פרופ' עלי זלצברגר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

ד"ר רונית לוין-שנור, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן

פרופ' אסף שוורץ, הפקולטה לארכיטקטורה ובינוי ערים, טכניון, חבר האקדמיה הצעירה הישראלית
ד"ר רות שרץ-שובל, המחלקה למדעים ביומולקולריים, מכון ויצמן למדע, חברת האקדמיה הצעירה הישראלית

חופש אקדמי ודמוקרטיה – מורה נבוכים למרצה

קישור למסמך המלא באתר פורום המרצות.ים למשפטים למען הדמוקרטיה:

(נייר עמדה #22) <https://www.lawprofsforum.org/documents>

למרצים במוסדות להשכלה גבוהה נתון חופש אקדמי במחקר, בהוראה ולעיתים גם במסגרות מנהליות. מטרתו להגן על מרצים מפני התערבות המדינה, המוסד בו הם עובדים או גופים אחרים. החופש האקדמי כולל את החירות להתייחס לנושאים שנויים במחלוקת, להטיל ספק, לערער על מוסכמות ולהביע עמדה.

לחופש האקדמי שתי תכליות: 1) הבטחת איכות המחקר וההוראה. 2) קידום ערכים דמוקרטיים-הומאניסטיים עליהם מושתתת האקדמיה.

למרצים בכל תחום עומד חופש אקדמי להתייחס בשיעורים ומחוצה להם לנושאים אשר קשורים לתכליות האקדמיה, ובהם תרבות דמוקרטית, מניעת הפלייה, קידום מגוון, וכן הגנה על החופש האקדמי עצמו. מוסדות להשכלה גבוהה עוסקים בקידום נושאים אלה והם מזכרים בקודים אתיים מוסדיים.

על מרצים לאפשר לסטודנטים להתבטא בחופשיות בנושאים שנויים במחלוקת, לכבד דעות של סטודנטים ולהימנע מלהפלות סטודנטים בגין עמדותיהם הפוליטיות או מטעמים אחרים. על מרצים להקפיד על שיח אקדמי במסגרת פעילותם האקדמית, לרבות הימנעות מגידופים או ביטויים גזעניים. מחוץ למסגרת אקדמית חל על מרצים רק המשפט הפלילי.

תשובות לשאלות נפוצות:

- ✓ **האם מותר לי להתייחס לדמוקרטיה במהלך שיעור, גם אם נושא זה אינו קשור ישירות לקורס או לתחום ההתמחות המחקרי שלי? כן.** ערכים דמוקרטיים הינם חלק מתכליות האקדמיה. יש להקפיד עם זאת על מסגרת זמן מתאימה על מנת שלא לפגוע בניהול הקורס.
- ✓ **האם מותר לי להגיע לשיעור עם חולצה "בלי דמוקרטיה אין אקדמיה"? כן, אך רצוי לנהל דיון עם הסטודנטים על החלטה זו.**
- ✓ **האם מותר לי לתלות במשרדי שילוט פוליטי או שילוט התומך בדמוקרטיה? כן.**
- ✓ **האם מותר לי להשתמש במערכות המיילים המוסדית כדי להעביר לסטודנטים מסרים הקשורים בהגנה על הדמוקרטיה? ככלל, לא רצוי להשתמש במדיום שאינו מאפשר שיח אקדמי פתוח אלא במקרים קיצוניים.**
- ✓ **האם מותר לי לארגן כנס בנושא דמוקרטיה שאין בו מגוון דעות? שמיעת דעות מגוונות וייצוג מגוון הינם ערכי יסוד של מוסדות להשכלה גבוהה. עם זאת, מגוון הדעות שיישמעו בכל מרחב אקדמי תלוי בגורמים רבים. כמו כן, מגוון אין פירושו איזון ייצוגי בין הדעות הרווחות בציבור הרחב או חיוב להציג דעות שקריות. ככלל, בחירת הדוברים בכנסים מוגנת על ידי החופש האקדמי של המארגנים וחלות עליה רק מגבלות שמקורן בדין הפלילי. חופש הביטוי של סטודנטים באירועים אקדמיים כאלה הוא רחב ביותר.**

* תשובות אלו הינן בגדר המלצות