פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס׳ 48: בחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים

הופץ ביום 31.5.2023*

תקציר

בנייר עמדה זה אנו בוחנים את שאלת בחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. אנו מראים כי:

- **החל משנת 1992, ולמעט בממשלת החלופים, 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.**

---

* פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות 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.

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

- **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 הנצבות 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 שמותירה עניין זה בידי הכנסת, היה וזו תחליט לסטות מהנוהג. יש לקוות כי הרוב בכנסת אכן יממש אחריותו ויבחר בנציג אופוזיציה, כך ששאלה זו תוותר תיאורטית.**
- **על מנת למנוע מצב שבו נבחר ח"כ שמבחינה טכנית הוא חבר האופוזיציה, אך מבחינה מהותית משתייך לגוש שבשלטון – כפי שארע 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. <u>מבוא</u>

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 החלופים, 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 נבחרי 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 שלממשלה 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 מעניקה מעטפת נדרשת, שכן השתתפותו של המיעוט בדיון מוודאה 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 (ובעקבות 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. חבירתו האפשרית של נציג האופוזיציה לנציגי לשכת עורכי הדין, מבטיחה שיישקל גם מינויים 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 הדיוניים 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

[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" (19.3.2023).

משום קרבתם לגורמי השלטון, לחברי המרכז, או לקבוצת אינטרס, ולא בהכרח משום תרומתם או רמתם המקצועית.

ולבסוף, 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 הועדה 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, יפרוס נייר זה את התשתית המשפטית לפועלה של הוועדה לבחירת שופטים ובפרט נושא בחירת נציגי הכנסת, ובכלל זה את המסגרת הסטטוטורית והפסיקתית.

ב. <u>המסגרת הסטטוטורית לבחירת נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים</u>

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

תקנון הכנסת ממסדיר את דרכי הבחירה לוועדה. בין השאר, קובע התקנון 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 יוזמיו, לאפשר לכנסת להשלים את תיקון חוק היסוד הנדרש לשם שינוי מבנה הועדה.[7]

---

[2] סעיף 7 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"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) הועדה רשאית לפעול אף אם פחת מספר חבריה, כל עוד לא פחת משבעה.

[4] חוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984, ס' 6.

[5] חוק הכנסת, התשנ"ד-1994, ס' 6, הקובע הסדרים כלליים לבחירת נציגים לוועדות, החלים גם על 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] לדווח מתומצת של הדיון, ראו
https://main.knesset.gov.il/activity/committees/knesset/news/pages/12.2.2023.aspx.

אגב, הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), אשר אושרה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט לקריאה שניה ושלישית,[8] מורה על שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. בכלל זה מוצע שם כי הוועדה תכלול חמישה חברי הכנסת, ובהם שלושה מסיעות הקואליציה ושניים מסיעות 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 השהייה 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. בהעדר 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 קבעה ועדת הכנסת 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 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 שקבלו את מספר הקולות המרבי, ואם כמה מועמדים קבלו מספר קולות שווה ולפיכך לא ניתן לדעת מי מהם נבחר, תתקיים מיד הצבעה בין אלו שקבלו מספר קולות שווה כאמור. אם רק שני חברי כנסת הגישו מועמדות, יבחר מי שמספר הקולות בעדו עלה על מספר הקולות נגדו. אם לא נבחר ח"כ כאמור, תערכנה בחירות משלימות לנציג, או לשני הנציגים, שלא נבחרו, בתוך 30 יום.

ג. <u>המסגרת הפסיקתית – יצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים</u>

פסק הדין המרכזי שעסק במינוי נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים עניין **אבירם** שנפסק בשנת 2017.[12] העתירה ביקשה כי יוצא צו המורה לח"כ אילטוב, אשר נבחר לכהן בוועדה כאשר סיעתו היתה חלק מהאופוזיציה, להתפטר מהוועדה לבחירת שופטים שכן סיעתו הצטרפה לקואליציה. כן התבקש בית המשפט

---

[8] הצעת חוק בנוסח שאושר לקריאה השניה והשלישית – חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023), זמין <u>כאן</u>.

[9] ראו, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "<u>הפורום מסביר: איך עוצרים חקיקה</u>" (29.3.2023).

[10] על נושא התחולה בזמן של תיקוני חקיקה, ראו, פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "<u>נייר עמדה מס' 10 בנושא מועד התחולה בזמן של השינויים המשטריים שעל הפרק</u>" (12.2.2023).

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

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

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 לפיו נדרש כי הכנסת תבחר את נציגיה כך שלפחות ח"כ אחד יהיה מהאופוזיציה, במסגרת החובה הכללית לדאוג לייצוג ושיקוף, וכחלק ממנגנוני האיזון והבלימה.

<u>השופט הנדל</u> קיבל את הטענה המהותית, וקבע כממצא עובדתי שאכן קיים נוהג חוקתי החל משנות ה- 1990 (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-1980, 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 רציונאל לנוהג זה. תודעת החיוב, משמעה כי הפרקטיקה הנ"ל אינה רק עניין של הרגל אלא היא מבטאת חיוב משפטי. רציונאל 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 החוקתי והולם אותם. משכך, ניתן להצדיק את היותו חלק מהרובד החוקתי, אשר נהנה מעדיפות נורמטיבית על פני דברי דין אחרים.

באשר לתודעת החיוב השופט הנדל הראה כי הפרקטיקה כובדה על ידי הסיעות השונות שהרכיבו את הקואליציה, גם כאשר התחלפו, וגם כאשר שני חברי כנסת 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 לווה בתודעת חיוב במשך תקופה ארוכה".[14]

באשר לרציונאל 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 המנהל 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:

---

[13] שאלה אחרת היא האם קיימת פרקטיקה מושרשת לפיה 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.

[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

- עקרון הייצוג היחסי, הכולל את זכות המיעוט להשתתף בקבלת ההחלטות. עקרון זה קובע כי יש לשאוף לכך שבכל וועדה 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, אלא בגופים המקבלים החלטות המקצות משאבים, לרבות מינויים, יש לוודא כי למיעוט מקום סביב השולחן, וכי הוא חלק אינטגראלי מתהליך קבלת ההחלטות.
- עקרון אי-התלות והעצמאות של הרשת השופטת. עקרון זה מחייב שהרשות השופטת אינה ולא תהיה ידה הארוכה של הרשות המחוקקת או המבצעת. באופן ספציפי, כפי שהרשות השופטת נדרשת להיות ניטראלית במובן זה שאינה מייצגת סיעה או מפלגה פוליטית, כך על הועדה לבחירת שופטים לפעול באופן מקצועי, שאינו שבוי בידי סיעה זו או אחרת בכנסת, אלא משקף את מגוון נקודות המבט.
- עקרון האחריותיות 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 אחות לרשות המבצעת והמחוקקת, ואינה רשות של רוב קואליציוני כזה או אחר, נדרש כי הרשות המחוקקת כולה תהיה מיוצגת בוועדה לבחירת שופטים, ולא רק הרוב הקואליציוני ברשות המחוקקת. מכן ניתן ללמוד שגם מנגנון המינויים הינו חלק ממנגנון האחריותיות הכולל שאליו כפופה הרשות השופטת.

שילובם של עקרונות אלו – עקרון הייצוג היחסי, עקרון אי-התלות והעצמאות, ועקרון האחריותיות 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 נוהגת, אשר הכנסת חשה מחויבות כלפיה, אלא מדובר בנוהג 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.

<u>השופט עמית</u> הסכים עם השופט הנדל כי אכן כך נהגה הכנסת, וכי אכן כך ראוי שתנהג, אולם המנהג והנוהג 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(3א) לחוק בתי המשפט, הדורש ייצוג נשי, וכן 13ד(ב)(1) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם 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 ואיילת שקד (פ/19/1994), לפיה "מוצע לעגן בחוק באופן מחייב את הנוהג לפיו נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נבחרים האחד מתוך

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)).

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 כי אין מקום שבית המשפט יפעל במקום הכנסת ויהפוך נוהג זה למחייב על דרך הפסיקה.

השופט פוגלמן קבע בקצרה אף הוא שראוי כי הכנסת תסדיר את מעמד האופוזיציה, וכי הפרקטיקה הנוהגת 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 החלופים, ואשר לשם קיומה תוקן חוק-יסוד הממשלה.

בית המשפט, מפי השופט עמית, קבע כי אין בנמצא נוהג חוקתי מחייב ואכיף בבית המשפט, לפיה הכנסת חייבת למנות נציג מהקואליציה ונציג מהאופוזיציה. השופט עמית ביסס את עיקר נימוקיו בהנחה כי אכן קיים נוהג ברמה העובדתית, למן שנות ה-1990, אם כי הדגיש, בהסתמך על עמדת היעוץ 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 כנסת שאמנם היו מהאופוזיציה, אך היו שייכים לאותו הגוש מבחינת עמדתם. בכנסת ה-18 נבחרו חה"כ דוד רותם מסיעת ישראל ביתנו (שהיתה בקואליציה) וחה"כ אורי אריאל מסיעת האיחוד הלאומי (שהיתה 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 וחה"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 דפנה 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, ואת זאת למדה גם משיטות משפט אחרות, אף כאשר החקיקה שותקת. לשיטתה, ליבת הסיבה אשר בגינה לא הוכח מנהג במקרה

---

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

[19] לתגובת הכנסת המפורטת, ראו: https://m.knesset.gov.il/About/Departments/Documents/Leg/Bagatz7.pdf

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

הנדון, אינה בקושי הטמון בהוכחת הנוהג, ואף לא בשאלה האם עלה כדי מנהג מחייב, אלא בכך שהמקרה שנדון בפני בית המשפט באותה פרשה הוא אכן קרה חריג, של ממשלת אחדות (שכן ממשלת החלופים היא למעשה ממשלת אחדות). מכיוון שהנוהג החל משנת 1992, וממשלת האחדות האחרונה התקיימה בשנות ה-1980, לא ניתן להוכיח מנהג כאמור.

כמו-כן, גם לשיטתה קיימת סוגייה 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? כל אלו, כאמור, מטילים את בית המשפט אל ליבת ההליכים הפנים פרלמנטריים של הכנסת, באופן שכשלעצמו מעורר קושי מבחינת הפרדת הרשויות.

<u>השופטת ברון</u> הצטרפה למסקנת חבריה. היא הדגישה כי לשיטתה אמנם 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 בעקרות העצמאות ואי-התלות".[21]

ד. <u>המסגרת הפסיקתית – מספר מינימאלי של חברי ועדה</u>

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 – שתיהן מסיעת הליכוד, אשר היתה חברה בקואליציה בתקופת ממשלת החילופין – וכן ח"כ צבי האוזר, מסיעת כחול לבן, החליטו שלא להגיע לדיון בוועדה שכן לטענתם לא התקבלה עמדתם באשר למועמדים אלו ואחרים,[22] עלתה השאלה האם דרישת מספר החברים המינימאלי 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 היעוץ המשפטי לכנסת, והוועדה התכנסה ובחרה במספר רב יחסית של שופטים – כ-60 – ללא נוכחותן. 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 עימם סיכומים, ובכך

[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.

מבחינה מהותית נפגע ייצוג הגורמים השונים בוועדה. ולבסוף, טענו כי הוקדשו אך דקות מועטות לכל מועמד שנדון בוועדה (שמינתה כשישים מועמדים בפגישה זו).

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 עוד כונסה הוועדה באופן מוסדר, 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, ציין בית המשפט כי הדיון בוועדה הוא השלב האחרון בהליך ארוך יחסית ויסודי.

נוסיף כי נראה שלו בית המשפט היה מגיע למסקנה אחרת, היתה מוענקת זכות וטו דה-פקטו לכל שלושה מחברי הוועדה ביחס לכל מינוי שהוא, ובכך היה עולה בידם לשתק את עבודת הוועדה. שכן עצם ההיעדרות מהישיבה היתה מונעת את כינוסה. אפילו בהקשר של המינוי לבית המשפט העליון, החוק מקפיד לקבוע שאם הועדה מתכנסת בהרכב שאינו מלא, עדיין ניתן למנות שופטים לבית המשפט העליון, כל עוד זוכה המועמד לכל הפחות בקולותיהם של כל חברי הועדה, למעט שניים.[25] אם כך כאשר נדרש רוב מיוחד, כך בוודאי כאשר לא נדרש רוב שכזה.

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

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.

---

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

[24] בג"ץ 8946/01 **עלי נ' שר המשפטים**, פ"ד נו(2) 415 (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 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". (פסקה 17 לפסק דינו של השופט ברק).

[25] סעיף 7 לחוק בתי המשפט, כפי שתוקן בשנת 2008, קובע כי:

(א) (ג) (1) הצעת הועדה 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 בהחסיר שניים.

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 מינימאלית 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 המינימום לשלוש שנים לנשיא בית המשפט העליון, ובכך התאפשרה כהונתו של הנשיא אשר גרוניס. נשיאי בתי המשפט השלום והמחוזי כפופים הן למגבלת המינימום, 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 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 בקולגיאליות 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 סיכוייו. במקביל, התמודדות בין השופטים עלולה להעכיר את סביבת העבודה, הלחוצה גם כך עקב העומס הרב והתיקים הטעונים, במוסד חשוב זה.

ו. <u>התייחסות קצרה להשלכות השינוי המוצע בחוק-יסוד השפיטה על ייצוגה של האופוזיציה</u>

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 והבלימה בתוך הוועדה יוטו לטובת הקואליציה באופן מובהק. על פי המוצע, לקואליציה יהיו שישה חברים מתוך 11 חברי הועדה (שלושה שרים ושלושה חברי כנסת) בעוד שלאופוזיציה יהיו רק שני חברים. זאת ועוד: הקואליציה תהנה מרוב מובנה 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 מובנה). 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, ובידה אפשרות לנווט בין שני הנציגים הללו. כל זאת,

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

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]

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 האם 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 רלבנטי 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. <u>לסיכום</u>

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-1990 למינוי נציג כאמור. נוהג זה הוכר על ידי מרבית שופטי בית המשפט העליון אשר עסקו בכך. רק במקרה אחד – בעת כהונת ממשלת החלופים 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 החלופים שכיהנה

---

[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" (20.3.2023).

[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 כאן), להיות מיוצגת באמצעות נשיא בית המשפט העליון וכן נשיאים של בתי משפט המחוזי והשלום אשר ייבחרו על ידי כלל נשיאי בתי משפט אלו, בהתאמה. בהעדר 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.

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 לפניהם לא היה מקום שבית המשפט יאכוף על הכנסת מינוי נציג אופוזיציה. בה בעת, קבעו השופטים כי הנוהג מוצדק ויש מקום שהכנסת תפעל לפיו (ואף תעגנו), על מנת להגשים עקרונות יסוד של שמירה על עצמאות ואי-תלות הרשות השופטת, מיסוד מנגנון מושכל לשיקוף ואחריותיות, 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, נשען בית המשפט על עצמאותה של הרשות השופטת, על קיומם של מנגנוני שיקוף ואחריותיות, 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 לנציג 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 התלות ובאחריותיות 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. כל זאת, כאמור, כדי להגשים את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים שנצבים ביסוד המבנה הייחודי של הגוף שבוחר שופטים בישראל.

<u>נייר עמדה זה נכתב על ידי:</u>

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.