



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

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 43: מינוי שופטים לבית המשפט העליון בנוי-זילנד

הופץ ביום 16.4.2023*

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 ובזכויות אדם. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את השאלה האם אכן, כפי שנטען על ידי תומכי "הרפורמה", בנוי-זילנד החלטה 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 הניוזילנדי נשלט לחלוטין על-ידי גורמים פוליטיים, לא כל שכן כאלו המזוהים עם מפלגות הקואליציה, הינה שגויה ומטעה.

נימוקי נייר העמדה:

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

א. מבוא

בשיח הציבורי העכשווי בישראל נשמעת הטענה לפיה ניו-זילנד היא מדינה בה 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), ויעניק, בפועל, לגורמים פוליטיים המזוהים עם הקואליציה שליטה מוחלטת על זהות האנשים שימונו לשיפוט.¹ והרי שההליך בניו-זילנד, לו תיאורו 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 הינו שגוי בעליל, לוקה-בחסר ומטעה, בהיותו נסמך רק על חלק מהדינים הרלוונטיים הקיימים, ובהיותו סובל מהעדר הבנה אקוטי 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. זאת 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). כיום, לעומת זאת, 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

¹ ראש הממשלה בנימין נתניהו (הצהרה לתקשורת 23.3.2023) ("יבכל הדמוקרטיה", נבחר 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 לנו 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 נבחר ציבור של שופטי הערכאה החוקתית העליונה שותפה [בין היתר]... ניוזילנד"); מערכת 103FM "חיים רמון: בניו זילנד נבחר הציבור ממנים את כל השופטים, ובית המשפט לא יכול להתערב" **ערוץ 7** (24.1.2023) <https://www.inn.co.il/news/589994>; חיים רמון (@ramonhaim) שרשר **בטוויטר** (13.11.2022, 01:41) <https://twitter.com/ramonhaim/status/1591577054776287232> ("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 (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 בה"ש 23 להלן.

² DUNCAN WEBB ET AL., THE NEW ZEALAND LEGAL SYSTEM: STRUCTURES AND PROCESSES 260 (5th ed. 2010).

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 בהם 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 [הבאה]: נוהגים חוקתיים פלוס חיקוקים חוקתיים שווה למכלול חוקתה של הארץ".⁷ במדינות האמורות, ככלל, נוהגים חוקתיים אינם אכיפים שיפוטית, וחלף לכך, הציות להם נובע בעיקרו מקיומה של ציפייה ציבורית חזקה כי הגורם השלטוני הרלוונטי 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 בהם הפרת הנוהג יכלה 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, לפיה 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

³ Supreme Court Act 2003 (N.Z.), repealed on 1 March 2017 by Senior Courts Act 2016, s 182(3) (N.Z.).

⁴ Benjamin Suter, *Appointment, Discipline and Removal of Judges: A Comparison of the Swiss and New Zealand Judiciaries*, 46 VUWLR 271, 290 (2015).

⁵ Brian Galligan & Scott Brenton, *Constitutional Conventions*, in CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN WESTMINSTER SYSTEMS 8, 8-9 (Brian Galligan & Scott Brenton eds., 2015).

⁶ שם, עמ' 9.

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, לדוגמא, את המקורות המובאים בה"ש 23 להלן.

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.") בג"ץ 1993/03 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 ע' ארבל (2007); בג"ץ 4921/13 אומ"ץ נ' ראש עריית רמת-השרון, פ"ד סו(3) 135, פס' א' לפסק-דינו של השופט א' 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 בעידונו. אין הדברים באים כדי לקטרג בלבד, אלא גם כדי להסביר מדוע הגענו בלית ברירה לתוצאת

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 לפיו 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 בהם 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 שלפניו על משרת פרקליט המדינה הניו-זילנדי להיות א-פוליטי הינה עוד ב-1876, ועדות חזקה לקיומו לאורך השנים הרבות מאז ניתן למצוא בכך שזמן הכהונה של פרקליט 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 פורמאלית 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 המונארך של ניו-זילנד במדינה (משמע, של הכתר הבריטי) [להלן – "המושל הכללי"]. מאז 1967, מקובל שהמלך, כה ממנה לתפקיד המושל הכללי את האדם שעל מינויו למשרה זו המליץ. צה ראש ממשלת ניו-זילנד.¹⁹ זאת ועוד, מאז סוף שנות ה-70 לכל המאוחר, השתרש נוהג

פסק הדין, אחר שהמערכת הפוליטית כפתה עלינו החלטה זו, במחדליה שלה." ("התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש, פס' 13 לפסק-דינו של השופט עמית (נבו 6.5.2020).) ("בימים של פעם, השאלה שאנו נאלצים לדון 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."); אהרון ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 369 (2004).

¹³ ראו: Geoffrey Palmer, "Law", Te Ara - The Encyclopedia of New-Zealand p. 6 (2012). <https://teara.govt.nz/en/law/page-6>

¹⁴ שם.
"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.) קובע כי:

¹⁶ <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")

¹⁹ PHILIP JOSEPH, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN NEW ZEALAND 140 (4th ed. 2014)

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 לפיו 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.

ג. הליך מינוי שופטים לבית המשפט העליון הניו-זילנדי

סעיפים 94-99 ל-Senior Courts Act 2016 קובעים את תנאי הסף הפורמאליים 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, 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 לפיו על המושל הכללי פשוט לאמץ כלשונן את המלצותיהם של ראש הממשלה (בנוגע לנשיא בית-המשפט העליון) ושל שר המשפטים (לגבי כל 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

Noel Cox, *The Evolution of the Office of Governor-general of New Zealand*, 5 MOUNTBATTEN J. L. 20 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 Dame Silvia Cartwright, *Modern Aspects of the Role of the Governor-General of New Zealand* (June 27, 2006), <https://gg.govt.nz/publications/modern-aspects-role-governor-general-new-zealand> (describing the NZ Governor-General as having "the role of an apolitical, non-executive Head of State").

John Wilson, *Nation and Government – System of Government*, TE ARA ; 53 בעמ' 20, לעיל ה"ש 21, Cox, ENCycloPEDIA NEW-ZEALAND (Feb. 8, 2005), <https://teara.govt.nz/en/nation-and-government/page-4> ("[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 בה"ש 1 לעיל.

²³ ש-ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי *בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי* 22 (נייר מדיניות מס' 55, פורום קהלת 2019); ש-ניצן 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

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 השתיים 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 ושדעתן של השתיים 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.

ואכן, במציאות, ולא רק בתיאוריה, בהחלט נשמרת ההקפדה על נוהג חוקתי זה, כפי שצינו לאחרונה Knight-ו Palmer:²⁵

"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 פורמאלית, 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

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] 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 לטיטות תזכיר חוק-יסוד: השפיטה", עמ' 27 לנספח א' (חוות דעת של היועצת המשפטית לממשלה 2.2.2023).

How is a judge appointed?, CTS. NEW ZEALAND, <https://www.courtsofnz.govt.nz/learn-about-our-courts/how-is-a-judge-appointed/>²⁴

MATTHEW SR PALMER & DEAN R KNIGHT, THE CONSTITUTION OF NEW ZEALAND: A CONTEXTUAL ANALYSIS 153 (2022)²⁵

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-ידה 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 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 שלושת השלבים האחרונים בהליך בחירתו של שופט לבית-המשפט העליון. קודמים להם מספר שלבים נוספים, בהם נערכות היוועצויות 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 שיפוטניים"), 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 יגבוש הרשימה.³¹

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 Maleson & Peter H. Suter; Russell eds., 2006), לעיל ה"ש 4, בעמ' 290-291.

²⁷ ראו במקורות מטעם כהן, נטף ובקשי, לעיל ה"ש 23; מערכת דיומא, לעיל ה"ש 1.

²⁸ Crown Law Office *Judicial Protocol* (April 2014).

²⁹ שם, עמ' 8. יצוין שפרוצדורה יחסית דומה קבועה שם גם בנוגע למינוי שופטים לבית-המשפט לערעורים (הערכאה שמתחת לבית-המשפט העליון).

³⁰ פרוטוקול המינויים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8; Palmer & Knight, לעיל ה"ש 25, בעמ' 154.

³¹ Palmer & Knight, לעיל ה"ש 25, בעמ' 153.

יטען הטוען כי אף אם לוקחים 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-הוא זה שממנה את נשיא בית-המשפט העליון מלכתחילה.³² יתירה מכך, ראש הממשלה (בשונה משר המשפטים בנוגע מינוי 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 החוק לא נקבעה פרוצדורה מחייבת בדבר מינוי נשיא. לבית-המשפט העליון ואף לא נקבעה כל חובה לפרסם נוהל כלשהו בנושא, כאשר נדרש היה למנות נשיא. החדש. 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 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 לכחד 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 למנהלים חוקתיים.⁴⁰ משמע, פוליטיזציה של הליך המינוי נתפסת שם פשוט כמעשה שלא-יעשה (“it

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)

³³ <https://main.knesset.gov.il/Activity/committees/huka/Pages/CommitteeTVarchive.aspx?TopicID=24>; **ציוץ בטוויטר של שמעון נטף**, לעיל ה”ש 23 (“אז שוחחתי עם ד”ר זיו בורר, המומחה שכתב את חוות דעת [פורום המרצות] המרצים על ניו זילנד... [ו]הצבעתי על כך שהנשיא [של בית המשפט העליון בניו-זילנד] נבחר על ידי רוה”מ”).

³⁴ *Palmer & Knight*; Senior Courts Act 2016, s 100(2) (N.Z.). בעמ’ 153.

³⁵ *Process underway to appoint next Chief Justice of New Zealand*, BEEHIVE.GOV.NZ (Nov. 6, 2018), <https://www.beehive.govt.nz/release/process-underway-appoint-next-chief-justice-new-zealand>; Kelly Buchanan, *The Appointment of the New Chief Justice of New Zealand*, LIBR. CONGRESS BLOGS (Mar. 14, 2019), <https://blogs.loc.gov/law/2019/03/the-appointment-of-the-new-chief-justice-of-new-zealand>.

³⁶ *Helen Winkelmann appointed Chief Justice of New Zealand*, BEEHIVE.GOV.NZ (Dec. 17, 2018), <https://www.beehive.govt.nz/release/helen-winkelmann-appointed-chief-justice-new-zealand>.

³⁷ שם.

³⁸ שם; **Buchanan**, לעיל ה”ש 35.

³⁹ Christopher J. Wilson, *The Appointment of Judges: Time for A Change?*, PUB. L.: EXPLORING EDGE (2005); NEW-ZEALAND LAW COMMISSION, REVIEW OF THE JUDICATURE ACT 1908, p. 25 (2012).

⁴⁰ ראו ה”ש 10.

”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 איזשהם 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 [שאינה כחברה הישראלית בכך] שתרבות ה-it isn't done מוטמעת באורחות השלטון שבה.”⁴³ לפיכך המסקנה המתבקשת היא שלא ניתן לאמץ בישראל, בנוגע למינוים של שופטים לבית המשפט העליון, הסדר חקיקתי דומה לזה הקיים בניו-זילנד.

ד. סיכום

טענת תומכי ה”רפורמה”, לפיה 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 העדר 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

⁴¹ ראו את המקורות המובאים בה”ש 6, 12, 24-25 לעיל.

⁴² ראו את המקורות הישראליים המובאים בה”ש 12 לעיל.

⁴³ בג”ץ התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה”ש 12, פס’ 45 לפסק-דינו של השופט מ’ חשין.