



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

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

התייחסות הפורום ל"מתווה פרידמן/אלבשן"

הופץ 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. ה"מדובר באותה הגברת בשינוי אדרת". "מתווה" הזה הוא לא פשרה, אלא בעיקרו זהה לתכנית הקואליציה, ולכן לא פלא שגורמים בקואליציה הביעו תמיכה בו. עמדתנו היא כי מסמך אלבשן/פרידמן אינו מסמך "פשרה". בנקודות החשובות והליבתיות הוא מקבל את עיקר השינויים המשטריים המוצעים בהצעות לוי/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 אנושה באופיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. לפיכך, עמדת הפורום היא שאין מקום לאמץ מסמך זה כתשתית ל"פשרה", בין אם כמכלול ובין אם רכיבים ספציפיים מתוכו.

* 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://lawprofssforum.org>. עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofssforum>. ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com.

להלן התייחסותנו המפורטת למסמך (להלן - מסמך פרידמן/אלבשן):

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, בדומה לחלופה ב'**. 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 אחת 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, צרכי ביהמ"ש, 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 מזוהה 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 הפרורום, ראוי שהרכב הוועדה לבחירת שופטים יכלול איזון בין הגורמים הפוליטיים למקצועיים. אנו מציעים ועדה בת 11 חברים 3 – שרים, 2 ח"כ מטעם הקואליציה, 1 ח"כ מטעם האופוזיציה, 3 שופטי בית המשפט העליון שייבחרו לפי הוותק שלהם, ו-2 נציגי ציבור שייקבעו בהסכמה של שר המשפטים ונשיאת בית המשפט העליון, או נציגי הלשכה. הכרעה לכל המינויים תהיה ברוב של 8/11, כשנדרשת הסכמתם של נשיאת בית המשפט העליון ושר המשפטים. כן יובטח ייצוג לנשים ולערבים בוועדה. ויודגש: נשיא בית המשפט העליון ייבחר על בסיס ותק בלבד, כדי למנוע שליטה של הקואליציה בזהות הנשיא ובכך לשלוט, בין היתר, על זהותם של נציגי הציבור. כך גם חברותם של השופטים בוועדה תקבע 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 הפרורום 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 ברוב של 61 חברי הכנסת - שיש לכל קואליציה, בתוספת מגבלה זניחה לפיה אם אין רוב של 70 ח"כים, או כשחוקי היסוד עוסקים בענייני בחירות, התחולה תידחה 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 יזכה להגנה הפרוצדורלית המתאימה, וניתן יהיה לשנותו, לבטלו או לשנמכו 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

היום 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 שצינו לעיל, יש במסמך מודל לא ברור שלפיו אפשר שבעצם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא ישאר 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 זהה למעשה להצעה מטעם שר המשפטים יריב לויך 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.

בנוסף על הצמצום המשמעותי של האפשרות לפסול חוקים הפוגעים קשות בזכויות יסוד, המסמך אף כולל פסקת התגברות בלתי מוגבלת, לפיה 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 נדחית, בדומה להצעות לויך/רוטמן. זהו רוב נמוך, שכל קואליציה תוכל לגייס. גם הרוב הגבוה יותר, הנדרש לתחולה מיידית, אינו גבוה כלל. וכאשר לוקחים 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 אחר 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 אינה 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 משמעות מרחיקות לכת. כיצד הרשויות תתמודדנה 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 במשימות לפעול לטובת כל אזרחי המדינה ותושביה.

סיכום:

מסמך אלבשן/פרידמן אינו מסמך "פשרה". בנקודות החשובות והליבתיות הוא מקבל את עיקר השינויים המשטריים המוצעים בהצעות לוי/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 אנושה באופיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. לפיכך, עמדת הפורום היא שאין מקום לאמץ מסמך זה כתשתית ל"פשרה", בין אם כמכלול ובין אם רכיבים ספציפיים מתוכו.