



פורום המרצות והמרצים למשפטים
מנתדי محاضرات ומحاضري القانون
لمען הדמוקרטיה | من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 44: עמדת הפורום בנוגע למשא ומתן המתנהל בבית הנשיא עם

פתיחת כנס הקיץ של הכנסת

הופץ ביום 3.5.2023*

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 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.**

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

- 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 – איננו ראו.
- הליך ניסוח חוקתי אינו יכול להתנהל כמשא ומתן פרלמנטרי רגיל וכמקח כוחני בין קבוצות רוב ומיעוט. 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 שניה 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 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 משטריים 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.

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 https://www.calcalist.co.il/local_news/article/h1jzbwtr1b3. בדברי ראש הממשלה נותרה אפוא עמימות אם התכוון להשלמת החקיקה במהלך הכנס הבא של הכנסת – כנס הקיץ שייפתח ב-30.4.2023 ויסייג 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/KnessetWork/pages/workandrecessdates.aspx>). מילולית, דבריו סובלים גם את האפשרות שהשלמת החקיקה תבוצע רק בכנסת ה-26, הצפויה להיבחר עוד מספר שנים.

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 ופּתאומי 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 ההשהייה 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 בפועל בשל קיומם של דיונים בהם 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.**

מעת 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 מייד שב ועלה.⁷

אנו סבורים כי "משא ומתן" המתנהל בבית הנשיא בתנאים אלה אינו ראוי, וכי לא ראוי שיימשך בלא שיינקטו צעדים כמפורט להלן.

³ פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 40: עיגון של עצירה" (הופץ ביום 29.3.2023).
⁴ אריאל כהנא "מפלגת העבודה פורשת משיחות ההידברות בבית הנשיא: 'נחצו קווים אדומים'" **ישראל היום** (16.4.2023) ("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 ייפתח השבוע: חקיקת הרפורמה מושהית, חוקים שנויים במחלוקת על הפרק" **וואלה** (30.4.2023).

⁶ נעה שפיגל "גנץ: ההידברות בבית הנשיא לא מתקדמת, לא נאפשר לקואליציה לשחק על הזמן" **הארץ** (1.5.2023).
⁷ טובה צימוקי "הצעד הנפיץ הבא של הממשלה: היועמ"ש יהיה מינוי פוליטי, וניתן יהיה להחליפו אחרי כל בחירות" **ידיעות אחרונות** (30.4.2023). 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).

ב. ההליך הדרוש לגיבוש הסכמות בנושאים חוקתיים

הדיווחים השונים המגיעים מבית הנשיא ומסביבתו⁸ מעוררים חשש שהמגעים המתנהלים בין נציגי הקואליציה וחלק מסיעות האופוזיציה אודות הרפורמה החוקתית מקבלים אופי של משא ומתן בין סיעות המייצגות אינטרסים פוליטיים מידיים, ולא דיון עקרוני על מבנה הדמוקרטיה הישראלית, אף שזו אמנם מונחת על הכף. הסוגיות שלפי המדווח נמצאות על הפרק – מעמדם 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 הפרורם "הליך קבלת ותיקון 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 העם תינתן הזדמנות שווה ונאותה להשתתף, יכול 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 למירב 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 זו 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 באחריותיות לקהילות המקצועיות שלהם. הליך המתקיים באופן סודי, ללא דין וחשבון לציבור הבוחר ומבלי שהוצגו לציבור וזכו לאמונו העקרונית

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).

⁹ פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 3: ההליך הראוי לחקיקת הרפורמה החוקתית" (הופץ ביום 18.1.2023).

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 מירבית יש לאפשר לציבור לבחון את ההסכמות המושגות, לבטא את עמדותיו ביחס אליהן, ולוודא שאלה נלקחות בחשבון בגיבוש ההסדר המתקבל בסופו של התהליך. במצב הדברים הנוכחי בבית הנשיא, הציבור איננו שותף ויש על כן חשש כי בחדר הסגור יסגרו 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 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 שניה 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 ובאמינות 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 בו הן אינן מתקיימות במגעים המתנהלים כעת בבית הנשיא:

האם המשא ומתן בבית הנשיא מקיים את התנאים הנדרשים מהליך ניסוח חוקתי?



פורום המרתומן מללדי מללללל
 המרתומן למללללל מללללל
 למלללל מללללל מללללל
 The Israel Law Professors' Forum for Democracy

האם הדרישה מתקיימת?	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 ומכלי שהוצגו לציבור וזכו לאמונו העקרונית 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 אמון 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 ובאמינות 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 הבטחון, 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.

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).

- על הוועדה לבחירת שופטים להחליט על בחירת שופטים בהסכמה רחבה בין חבריה. כדי להבטיח זאת, מוצע שהמינוי של כל שופט/ת, לכל הערכאות, יעשה 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 ובכך לשלוט, בין היתר, בזהותם של נציגי הציבור. כך גם חברותם של השופטים בוועדה תקבע לפי ותק.
- 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. לדוגמא, מנגנונים התלויים בגיבוש של הסכמות לבחירת נציגים עשויים להיראות ניטרליים ואולם למעשה להעניק יתרון לקואליציה המאורגנת במערך של הסכמים קואליציוניים מחייבים וחסרון לאופוזיציה בלתי-מתואמת, בפרט אם זו קואליציה שלחבריה קירבה רעיונות רבה. עוד לדוגמא, מנגנון המציע כלל הכרעה גבולי (התלוי בצירוף שחקן אחד בלבד מהמחנה הנגדי) עשוי לעודד סחטנות וניצול לרעה. ודוגמא 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 המיידיות 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 שהיתה הזדמנות מעמיקה לבוחנו 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 בכנסת לחסן כל הסדר שיחפוץ בו מפני ביקורת

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 השניה והשלישית, חוק יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (27.3.2023) (זמינה כאן). לכן בהעדר החלטה על פיצול יתכן שיידרש לקריאה ראשונה מחדש. ראו סי' 84(ב) לתקנון הכנסת.

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 :

- 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 במילים "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 הפרוים 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.
- 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 או 80 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 ראויה.

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 הרי הגיעה לקיצה" **ICON-S-IL Blog** (20.4.2023).

(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 מאד), 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.**

(6) מעמד היועץ המשפטי לממשלה והיועצים לשרים

ייעוץ משפטי עצמאי לממשלה ולמשרדיה הוא תנאי חיוני בשיטה הקיימת לקיומה של ישראל כמדינה דמוקרטית יציבה הנשענת על עקרון שלטון החוק, המגינה על זכויות פרטים ומיעוטים, ושומרת על הפרדת הרשויות. לפיכך, עמדתנו היא כי:

¹⁴ פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה "נייר עמדה מס' 10: מועד התחולה בזמן של השינויים המשפטיים" (הופץ ביום 12.2.2023).

- 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 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