

העותרת: משמר הדמוקרטיה הישראלית
ע"י ב"כ עו"ד יובל יועז ו/או עו"ד אביגדור פלדמן
ו/או עו"ד דורון ברקת ו/או עו"ד אוהד שפק
שכתובתם לצורך הליך זה: משרד קרניאל ושות'
דרך אבא הלל 12 (מגדל חוגי) רמת גן 5250606
טל': 03-6961011; פקס: 03-6961021
דוא"ל: office@krnl.co.il

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. הכנסת ה-23
 2. ח"כ אוסנת הילה מארק
 3. ח"כ צבי האוזר
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן גוריון, ירושלים
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495
דוא"ל: hdept@knesset.gov.il
 4. הוועדה לבחירת שופטים
 5. שר המשפטים, ח"כ אבי ניסנקורן
 6. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט
ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466603; פקס 02-6466678
דוא"ל: hcj-dep@justice.gov.il
 7. סיעת הליכוד בכנסת ה-23
ע"י עו"ד אבי הלוי ו/או ניבה הלוי
כנרת (מושבה) ד.נ. עמק הירדן 15105
טל': 04-6709330; פקס 04-6709443
דוא"ל: avi.halevy@gmail.com
 8. סיעת כחול-לבן בכנסת ה-23
ע"י עו"ד ערן מרינברג ו/או שמעון בראון
רח' אבא הלל 14 רמת גן
טל': 03-6135559; פקס 03-6135558
דוא"ל: mblaws@gmail.com

עתירה דחופה למתן צו על-תנאי ובקשה למתן צו-ביניים

שִׁפְטִים וְשִׁטְרִים תִּתֶּן לָךְ בְּכָל שְׁעָרֶיךָ אֲשֶׁר יִהְיֶה אֲלֵהֶיךָ נִתֵּן לָךְ
לְשִׁבְטֶיךָ וְלְשִׁטּוֹ אֶת הָעַם מִשְׁפָּט צְדָק (דברים טז, יח)
ומפרש רש"י: "מנה דיינים צדיקים ומומחים לשפוט צדק"

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על-תנאי, המופנה כלפי המשיבים, והמורה להם להתייצב וליתן טעם, כמפורט להלן, ולאחר מתן תשובתו להופכו לצו החלטי:

- (א) מדוע לא ייקבע כי החלטת מליאת הכנסת מיום 15.7.2020 לבחור במשיבה 2 ובמשיב 3 לתפקיד נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים, היא בטלה ולמצער ניתנת לביטול, נוכח כישלונה של הכנסת מלבחור בין נציגיה לוועדה לפחות נציג אחד מטעם סיעות האופוזיציה.
- (ב) מדוע לא ייקבע כי סעיף 26 להסכם הקואליציוני שנחתם בין המשיבה 7 למשיבה 8 ביום 20.4.2020 בטל הוא בשל פגיעתו בתהליך בחירת השופטים וגרירתו אל השדה הפוליטי של הסכם קואליציוני שאינו נרתע מלנקוב בשם של חברי הכנסת שיבחרו על פי ההסכם "בבחירות חשאיות" לוועדה לבחירת שופטים.
- (ג) מדוע לא ייקבע כי סעיף 26 להסכם הקואליציוני האמור בטל הוא בשל פגיעתו בתקנת הציבור ובעקרונות יסוד הנוגעים לעצמאות שיקול דעתם של חברי כנסת, ובשל פגיעתו בתהליך בחירת השופטים ויצירת פוליטיזציה של הוועדה לבחירת שופטים, ובפרט כאשר חברי הכנסת בוחרים בעלי תפקידים בהצבעה חשאית.
- (ד) מדוע לא יורה בית המשפט הנכבד לכנסת ה-23 לקיים הצבעה מחודשת לבחירת נציגיה בוועדה לבחירת שופטים, הפעם תוך הקפדה על כך שאחד מנציגיה יבוא מטעם סיעות האופוזיציה; ותוך קביעה כי אין בנמצא כל הסכם פוליטי כמשמעו בדין המבטא הסכמה לבחור במועמדים מסוימים כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים.

בקשה למתן צו-ביניים

1. בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו-ביניים, שבו ייקבע כי עד להכרעה בעתירה זו יהיה שר המשפטים מנוע מלכנס את הוועדה לבחירת שופטים ו/או לבצע כל פעולה במסגרת פעולות הוועדה, לרבות פרסום הודעות מטעמה, ראיונות עם מועמדים וכיו"ב.
2. השיקולים המרכזיים למתן סעדי ביניים בבית משפט זה הם בעיקרם שניים: סיכויי העתירה במבט לכתחילי, ושיקולי מאזן הנוחות. העותרת, מטבע הדברים, סבורה כי סיכויי עתירתה גבוהים המה. זאת, בעיקר נוכח קביעותיו של בית משפט נכבד זה בפסק הדין בעניין **אבירם** (שבעניינו יפורט בהרחבה להלן). אשר למאזן הנוחות – זה נוטה במובהק לטובת העותרת, כמוסבר להלן.
3. הטעם לצו-הביניים הוא מניעת כינוסה של הוועדה בהרכב שיכול וייפסל בהמשך הדרך, מה שיגרום לכאוס ולספקות באשר לחוקיות ההחלטות שהתקבלו באותה תקופה. בהינתן כי מדובר בהחלטות שעניינן מינויים במערכת בתי המשפט, על כל הרגישות הרבה הנדרשת והנלווית לכך, קיימת הצדקה חזקה להימנע מכאוס שכזה.
4. זאת ועוד: אילו הייתה מערכת בתי המשפט במצב שבו קיים מחסור חריף בשופטים, וכי עשרות ומאות תקנים נותרים מיותרים וממתינים למינויים שיפוטניים, אפשר שלשיקול זה היה משקל רב במסגרת שיקולי מאזן הנוחות. ואולם לא כך הדבר; על פי הודעתה של הנהלת בתי המשפט עצמה בדבר מספר התקנים הפנויים במערכת בתי המשפט, מיום 15.7.2020, עולה כי מדובר במספר

תקנים בודדים שנותרו בלתי מאוישים. כך שאף מטעם זה, אין בהילות מיוחדת בכינוסה של הוועדה לבחירת שופטים עד להכרעה בעתירה דנן.

5. על יסוד האמור מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו-ביניים כמבוקש.

הצדדים לעתירה

6. העותרת, "משמר הדמוקרטיה הישראלית" (ע"ר 580687341) היא עמותה ציבורית, רשומה כדין, שנתאגדה בשנת 2019 וששמה לה למטרה לפעול למען האינטרס הציבורי לטיפול ערכי היסוד של הדמוקרטיה הישראלית, כמדינה יהודית ודמוקרטית, בתחומי שלטון החוק, המשטר והמינהל הציבורי; לפעול לשיפור נורמות השלטון והמשטר התקינות ולמיגור השחיתות השלטונית; לחזק את ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, לפעול למען כינון חוקה ראויה, הפרדת הרשויות ואיזונים ובלמים ביניהן; לחזק את מעמדה של הרשות השופטת, עקרונות המשפט, הצדק וזכויות האדם; לעמוד על חשיבותו ומרכזיותו של עקרון השוויון בפני החוק ואכיפת עיקרון זה; להטמעת ערכי מינהל תקין ואתיקה בקרב עובדי ונבחרי ציבור; ולגיבוש וקידום חקיקה שתעגן את הערכים הללו.

7. המשיבה 1 היא הכנסת ה-23. ביום 15.7.2020 קיימה המשיבה 1 הצבעה חשאית שבה נבחרו המשיבים 2 ו-3 לכהונת חברים בוועדה לבחירת שופטים.

8. המשיבה 2 היא חברת הכנסת אוסנת הילה מארק, שנבחרה לשמש אחת מנציגות הכנסת בוועדה לבחירת שופטים.

9. המשיב 3 הוא חבר הכנסת צבי האוזר, שנבחר לשמש אחד מנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים.

10. המשיבה 4 היא הוועדה לבחירת שופטים, המכהנת מכוח סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה.

11. המשיב 5 הוא שר המשפטים, ח"כ אבי ניסנקורן, המשמש יו"ר הוועדה לבחירת שופטים בהתאם לסעיף 4(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

12. המשיב 6 הוא היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט, הפרשן הבכיר של החוק ברשות המבצעת, ומי שאמון על מתן חוות דעת משפטיות לוועדה לבחירת שופטים.

13. המשיבה 7 היא סיעת הליכוד בכנסת ה-23, שחתמה ביום 20.4.2020 על הסכם קואליציוני עם סיעת כחול-לבן.

14. המשיבה 8 היא סיעת כחול-לבן בכנסת ה-23, שחתמה ביום 20.4.2020 על הסכם קואליציוני עם סיעת הליכוד.

הרקע העובדתי

רקע: בחירת שופטים

15. בחירת שופטים באמצעות ועדה מיוחדת החלה בישראל בשנת 1953 עם חקיקת "חוק השופטים". קודם לתקופה זו מונו שופטים בידי הממשלה, כשריד של שיטת המינוי בתקופת המנדט הבריטי.

בחוק השופטים נקבע כי שופט יתמנה בידי נשיא המדינה, לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים. הוועדה תהיה בת 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.

16. סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, מורה לנו כי נציגי המשיבה 1 בוועדה לבחירת שופטים ייבחרו על-ידי חברי המשיבה 1 בבחירות חשאיות ויכהנו כל זמן שהם חברי המשיבה 1.

17. מפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מס' 57/ב מאוגוסט 1953 אנו למדים כי תכלית ההצבעה החשאית נועדה לצמצם את כוחן של מפלגות השלטון במינוי שופטים ולהבטיח כי הליך המינוי יהיה א-מפלגתי. שופטי בית המשפט העליון דונקלבלום, אסף ואגרנט הדגישו כי ההצבעה החשאית במשיבה 1 מונעת מינויים מטעמים פוליטיים שהרשות המבצעת מנסה לקדם – לפי השיטה שהייתה קיימת עד אז.

18. חוק השופטים הוחלף בהמשך בחוק יסוד: השפיטה. בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 נקבע כי הכנסת תבחר בבחירה חשאית את שני חברי הכנסת שיכהנו כחברי הוועדה. הם יכהנו כל עוד הם חברי כנסת, ואם תמה כהונת הכנסת עד שהכנסת החדשה תבחר חברים אחרים במקומם והכול בכפוף להוראת חוק הכנסת, תשנ"ד-1994.

19. עוד נקבע בחוק בתי המשפט כי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין תבחר את נציגיה בבחירה חשאית, וכי הם יכהנו תקופה של שלוש שנים. גם שני שופטי בית המשפט העליון שאינם נשיא בית המשפט העליון יכהנו בוועדה תקופה של שלוש שנים.

20. הרכב הוועדה לבחירת שופטים נועד לאזן בין שלושה עקרונות חשובים שעומדים בבסיס עבודת הרשות השופטת, ומבטיחים את אמון הציבור ברשות השופטת: עקרון האי-תלות והעצמאות השיפוטית; עקרון האחראיות; ועקרון השיקוף החברתי של הרכב בתי המשפט.

פסק הדין בעניין אבירם והשלכותיו

21. ביום 1.2.2017 ניתן בבית משפט נכבד זה פסק הדין בעניין **אבירם** (בג"ץ 9029/16 **יצחק אבירם נ' שרת המשפטים**), שהוא פסק הדין המנחה והמרכזי בעניין שלפנינו. בעתירה התבקש ח"כ רוברט אילטוב, ששימש אז חבר כנסת מטעם סיעת "ישראל ביתנו" וחבר הוועדה לבחירת שופטים להתפטר מכהונתו בוועדה, נוכח העובדה שהוא משמש חבר כנסת מהקואליציה, ובשל העובדה כי חברת הכנסת הנוספת המכהנת בוועדה היא ח"כ נורית קורן, שאף היא נמנתה עם סיעות הקואליציה. בעתירה נטען כי בישראל שורר "מנהג חוקתי" זה עשרות שנים, ולפיו אחד משני חברי הכנסת הנבחרים כחברי הוועדה לבחירת שופטים יבוא מסיעות האופוזיציה.

22. באותו מקרה, אכן בשעה שבה בחרה הכנסת את שני הנציגים לוועדה לבחירת שופטים, היא בחרה בנציגה אחת של הקואליציה (ח"כ קורן) ובנציג אחד של האופוזיציה (ח"כ אילטוב), שכן בשעת הבחירה הייתה סיעת "ישראל ביתנו" חברה באופוזיציה. אלא שחודשים אחדים לאחר מכן

הצטרפה סיעת "ישראל ביתנו" לממשלה, ומשכך הפכו שני נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים לנציגי הקואליציה.

23. פורמלית, בית המשפט החליט לדחות את העתירה בשל השיהוי בהגשתה – כחצי שנה לאחר הצטרפות סיעת "ישראל ביתנו" לקואליציה, וערב מינוים של ארבעה שופטים חדשים לבית המשפט העליון, כאשר תהליך בחינת המועמדים כבר החל על-ידי הוועדה. אלא שלצד החלטה זו, ובשל חשיבות הסוגיה לגופה ובמטרה "למנוע אי-בהירות", בית המשפט אמר את דברו גם ביחס למחלוקת המהותית.

24. בית המשפט לא קיבל את טענות העותרים באשר למקור חיוב למנות חבר אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים הנטוע בהסכם או מקור חיוב הנובע מעקרונות היסוד של השיטה או ניגוד עניינים. לפיכך התמקד פסק הדין בניתוח סוגיית המנהג או הנוהג החוקתי.

25. בית המשפט ניתח את הסוגיה שעמדה למבחן בעניין **אבירם** בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקה בעניין הכרה בנוהג או מנהג חוקתי, ואולם אף שהמבחנים הללו הובילו למסקנה כי בישראל התגבש מנהג חוקתי בעניין בחירת נציג מסיעות האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים, העדיף בית המשפט להותיר עניין זה בצריך עיון.

26. בהמשך, התייחס בית המשפט הנכבד בהרחבה לרעיונות המתפתחים באשר לעקרונות המשטר הדמוקרטי. כך, נקבע כי יישומו המלא של הרעיון הדמוקרטי איננו רק שלטון הרוב, והוא אף אינו מסתכם בהכרה של הרוב בזכויות המיעוט, אלא שהדמוקרטיה המודרנית רואה ערך בשיתוף המיעוט בהנהגה ובתהליכי קבלת ההחלטות. שיתוף המיעוט בהליך קבלת ההחלטות מבטא יחס שוויוני ומכבד לכל אדם ומאפשר הידברות ושכנוע הדדיים.

27. בהמשך עמד בית המשפט הנכבד על החשיבות הרבה של עקרון העצמאות והאי-תלות השיפוטית, בפריזמה של בחירת חברי הוועדה לבחירת שופטים. "הרשות השופטת אינה – ואסור שתהיה – ידה הארוכה של הרשות המחוקקת או המבצעת".

28. כל שופטי ההרכב (כב' השופט הנדל, כב' השופט י' עמית וכב' השופט ע' פוגלמן) ציינו כי כעניין עובדתי, התגבש נוהג או התגבשה פרקטיקה של בחירת נציג האופוזיציה לוועדה, ציינו כי מדובר בעניין חיובי הראוי להערכה והביעו תקווה שהסדר זה יעוגן פורמלית בחקיקה או למצער בתקנון הכנסת.

29. ועוד יוער כי חלקים ניכרים מפסק הדין בעניין **אבירם** עסקו בנסיבות ה"תאונתיות" (בלשונו של כב' השופט עמית) שנבעו מהעובדה שח"כ אילטוב אכן נמנה עם סיעות האופוזיציה עם בחירתו לוועדה, אך בהמשך הצטרפה סיעתו לקואליציה ונוצר מצב שראשוניים לא שיערו; וכן, עסק פסק הדין בשאלת תחולת **הגיונו** של הנוהג החוקתי ותחולתו על הנסיבות המיוחדות האמורות. בשונה מכך, המצב הפשוט שבו בוחרת הכנסת שני נציגים שאין ביניהם נציג מסיעות האופוזיציה, נתפס בעיני בית המשפט כמקרה "קל" יותר, שבו תחולת הנוהג החוקתי מובהקת יותר (וכמובן, נזכיר כי לא נפסקה הלכה מפורשת בעניין זה, שהושאר פורמלית בצריך עיון).

ההסכם הקואליציוני בין סיעת הליכוד וסיעת כחול-לבן

30. ביום 20.4.2020 נחתם הסכם קואליציוני בין יו"ר הליכוד, ח"כ בנימין נתניהו, לבין יו"ר כחול-לבן, ח"כ בני גנץ, להקמת ממשלה משותפת, שבה יחולו חילופים בעמדת ראש הממשלה. מדובר בהסכם קואליציוני מורכב ובעייתי מבחינות רבות.

31. הסכם זה נבחן במישור העקרוני במסגרת העתירות שנדונו בפני הרכב מורחב של 11 שופטים בבית משפט נכבד זה (בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020, 27.5.2020); להלן: עניין המנדט). להלן נפרט בדבר התייחסותו של בית המשפט הנכבד לנושא ההסכם הקואליציוני בכללו ולסוגיה העומדת במוקד העתירה דנן, בפסק הדין בעניין המנדט.

32. סעיף 26 להסכם הקואליציוני האמור קובע בהאי לישנא:

"הוועדה למינוי שופטים – נציגי הממשלה בוועדה לבחירת שופטים יהיו שר המשפטים ושר נוסף מגוש הליכוד. הקואליציה תציג חברת כנסת אחת מטעם גוש הליכוד (גב' אסנת הילה מארק) וחבר כנסת אחד מטעם גוש כחול-לבן (ח"כ צבי האוזר) לבחירה מבין חברי הכנסת. כל חברי הקואליציה מחויבים שלא להציג מועמדים נוספים ומחויבים לבחור באותם שני המועמדים שני הקואליציה לאחר אישור החוק הנורבגי בכנסת. לא יחולו שינויים בהרכב הוועדה, בתהליכי המינוי בה ובמועד מינוי השופטים המקובלים ובכלל זה לא ימונו מראש שופטים שכהונתם אמורה להתחיל לאחר תום מועד כהונתה של הכנסת ה-23".

33. כאמור, עמדת העותרת היא כי סעיף זה בטל בשל הטעמים שיפורטו להלן בפרק המשפטי. ואולם עינינו הרואות, כי את התסריט שסעיף זה בהסכם הקואליציוני שירטט – חברי הקואליציה מימשו והוציאו במדויק מן הכוח אל הפועל.

■ ההסכם הקואליציוני בין המשיבה 7 למשיבה 8 מצורף ומסומן נספח ע/1

34. כאמור, סעיף זה לא זכה להתייחסות מפורשת בפסק הדין בעניין המנדט, ואולם בית המשפט העיר מספר הערות, הנוגעות לבחינה עתידית של ההסדר המעוגן בו.

35. כב' הנשיאה חיות ציינה כי "ההסכם הקואליציוני המונח בפנינו הוא הסכם חריג, גם בהשוואה להסכמים קואליציוניים שנראו במקומותינו בעבר ואף עמדו לדיון בפני בית משפט זה בשל קשיים שהתעוררו לגביהם". עם זאת היא הוסיפה כי על אף הקשיים המשפטיים הלא מבוטלים שהוא מעורר, החליט בית המשפט כי "לעת הזו" אין מקום להתערב באיזה מסעיפיו.

36. אשר לסעיף 26 קבעה הנשיאה כי "אכן, סעיפים 22 ו-26 להסכם מעוררים קושי לא מבוטל נוכח החשיבות שבשיתוף האופוזיציה בתהליך קבלת ההחלטות לצורך הגשמה מלאה של הרעיון הדמוקרטי". ואולם, הוסיפה הנשיאה, "טרם התקיימה הצבעה חשאית בכנסת לצורך בחירת נציגיה לוועדה לבחירת שופטים, ולכן אין מקום לחרוג מהכלל שלפיו אין מקיימים ביקורת שיפוטית על מעשי הרשות טרם שאלה התגבשו.

37. כב' המשנה לנשיא, השופט ח' מלצר, ציין כי לגישתו יש להוציא "מעין התראת בטלות" לגבי שני עניינים העולים בהסכם הקואליציוני, האחד נוגע ל"חוק הנורווגי המדלג" ואחר ל"כרסום הזכויות הפרלמנטריות של האופוזיציה". כב' המשנה לנשיא לא פירש במפורש כי כוונתו גם לעניין הכללת

נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ואולם בסעיף 15 לפסק דינו הוא ציין את המילה "למשל" לפני סוגיית חלוקת תפקידי ראשי ועדות בכנסת, כדוגמה לכרסום האמור.

38. לסיכום האמור, בית המשפט בעניין **המנדט** בחר שלא לקיים ביקורת שיפוטית על ההסדרים הנכללים בהסכם הקואליציוני, מתוך תפיסה שאלה ייבחרו במועד שבו ההסדרים השונים ייושמו. וכך אכן אירע – ביום 15.7.2020 הצביעה הכנסת על בחירת נציגיה בוועדה לבחירת שופטים, ובכך הוציאה מן הכוח אל הפועל את הוראת סעיף 26 להסכם הקואליציוני. לכן, אף לשיטת בית המשפט הנכבד עצמו, הגיעה עת הביקורת השיפוטית.

בחירת המשיבים 2 ו-3 לוועדה לבחירת שופטים

39. עם תחילת פעולתה של הכנסת ה-23, ובהתאם למצוות המחוקק, התעורר הצורך למנות חברים מטעמה לוועדה לבחירת שופטים.

40. בטרם התכנסה מליאת הכנסת כדי לבחור את נציגיה, העבירה ביום 7.7.2020 ממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד שגית אפיק, חוות דעת מטעמה לכלל חברי הכנסת. יוקדם וייאמר כבר עתה כי לגישת העותרת, מדובר בחוות דעת שגויה ופסולה, שהטעתה את חברי הכנסת להסיק כי המצב המשפטי הוא אכן שאין מנהג או נוהג חוקתי מחייב לעניין מינוי חבר מן האופוזיציה בין חברי הכנסת המשמשים נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים.

41. עו"ד אפיק ציינה בחוות-דעתה כי "לנוכח חשיבותה של הוועדה לבחירת שופטים, ובשים לב לפסיקת בית המשפט אשר עמד על החשיבות בשיתוף האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, אני סבורה כי **יהא זה נכון שתביאו במכלול שיקולים** גם את שאלת ההשתייכות הסיעתית של המועמדים לוועדה" (ההדגשה של הח"מ).

42. עם זאת, ציינה עו"ד אפיק במפורש כי "אני סבורה שלא ניתן ללמוד מהתנהלות הכנסת לאורך השנים על קיומו של נוהג חוקתי מחייב בעניין זה". עמדתה נסמכה על המסקנה בדבר "הסדר שלילי", ובלשונה – "מכלל ההן אתה שומע לאו". דהיינו, לשיטתה, נוכח קיומן של הוראות מחייבות בחקיקה בדבר "זהות" המועמדים שיש לבחור, למשל אישה אחת לפחות מבין נציגי הכנסת לוועדה וכיו"ב – ניתן להסיק קיומו של הסדר שלילי והיעדרו של נוהג חוקתי.

43. יוער כי מסקנה זו היא מסקנה שגויה על פניה, שהרי **מי שמחפש "עיון" לקיומו של נוהג חוקתי בהוראות החוק החרותות אינו מבין משמעותו של נוהג חוקתי מהי**. והרי כל תכלית קיומה של דוקטרינת המנהג החוקתי היא להצביע על מקור לחיוב משפטי שאיננו הוראות החוק החרותות. לשון אחר: אילו היה מעוגן במפורש בחקיקה הסדר שעניינו החובה לבחור לפחות אחד מחברי הכנסת מהאופוזיציה בין נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים, לא היינו נזקקים כלל לשאלת קיומו של מנהג חוקתי, בכלל או בסוגיה זו בפרט. ההידרשות לשאלת קיומו של מנהג חוקתי מתעוררת נוכח החסר החוקתי בעניין זה.

44. והרי, אין להניח שלגישת ממלאת-מקום היועץ המשפטי לכנסת הנכבדה, עיסוקו הנרחב והפרטני של בית משפט נכבד זה בשאלת הנוהג החוקתי האמור, במסגרת פסק הדין בעניין **אבירם**, היה כולו לריק. עצם עיסוקו של בית המשפט בנושא זה, ואף שפורמלית הוא הושאר בצריך עיון, מלמדנו כי אין להסיק מהוראות החוק את המסקנה בדבר הסדר שלילי.

45. הוסיפה עו"ד אפיק וכתבה בחוות דעתה, בתארה את פסק הדין בעניין **אבירם** :

"אין לכחד כי השופטים מצאו לנכון לציין את החשיבות הרבה בכך שבין נציגי הכנסת בוועדה יהיה נציג של האופוזיציה. אך בסופו של דבר העתירה נדחתה ולא נפסקה הלכה בדבר קיומו של נוהג חוקתי בעניין זה, שכן הסוגיה נותרה בצריך עיון (...). לאור זאת, ואף מבלי להידרש למעמדו של הנוהג החוקתי, אני סבורה שלא ניתן להצביע על היווצרות מנהג או מוסכמה מחייבת בעניין זה, ועל-פי המצב החוקי הקיים אין מניעה כי לוועדה לבחירת שופטים ייבחרו שני נציגים מסיעות הקואליציה".

■ **חוות דעת עו"ד שגית אפיק מיום 7.7.2020 מצורפת ומסומנת נספח ע/2**

46. לקראת ההצבעה במליאת הכנסת הגישו ארבעה חברי כנסת את מועמדותם לתפקיד נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים: מטעם סיעות הקואליציה הגישו את מועמדותם ח"כ אוסנת מארק, המשיבה 2, וח"כ צבי האוזר, המשיב 3 – והם בלבד, באופן המשקף במדויק את ההסכמה שעוגנה בסעיף 26 להסכם הקואליציוני. מטעם סיעות האופוזיציה הגישו את מועמדותם ח"כ איילת שקד מסיעת ימינה; וח"כ קארין אלהרר מסיעת "יש עתיד".

■ **הודעת מזכירת הכנסת בדבר רשימת המועמדים מיום 8.7.2020 מצורפת ומסומנת נספח ע/3**

47. ביום 15.7.2020 קיימה מליאת הכנסת הצבעה לבחירת נושאי משרה בוועדות מינוי שיפוטיות, ובראשן הוועדה לבחירת שופטים.

48. בתום ההצבעה וספירת הקולות התבררו התוצאות הבאות: 119 חברי כנסת הצביעו. מתוכם היו 118 קולות כשרים וקול אחד פסול. ח"כ האוזר קיבל 67 קולות. ח"כ מארק קיבלה 56 קולות. ח"כ אלהרר קיבלה 47 קולות. ח"כ שקד קיבלה 43 קולות. משכך, הודיע יו"ר הכנסת, ח"כ יריב לוין, כי המשיבים 2 ו-3 נבחרו לכהן כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים.

■ **צילום העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול מליאת הכנסת מיום 15.7.2020 מצורף ומסומן נספח ע/4**

49. **אשר לסוגיית מיצוי הליכים**: העותרת מצויה בדעה כי מכלול העתירות שנדונו בבג"ץ 2592/20, שעסקו במפורש גם בהסכם הקואליציוני ובסעיף 26 האמור, שבמסגרתן הייתה אף העותרת דן מיוצגת, מהווה בנסיבות ענייננו מיצוי הליכים כדבעי. מה לך יותר פעולה למצות הליכים מאשר הגשת עתירה קודמת לבית משפט נכבד זה, בסוגיה מיד עם התעוררותה במסגרת ההסכם הקואליציוני.

50. מכאן העתירה דנן.

הטיעון המשפטי

51. זה יהיה דרך הילוכה של העותרת: העותרת תטען כי בישראל שורר מנהג או נוהג חוקתי מחייב בדבר בחירת חבר כנסת מן האופוזיציה כאחד מנציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים, וכי נוהג זה הופר במקרה שלפנינו. עוד תטען העותרת כי עניין זה נקבע הלכה למעשה בפסק הדין בעניין **אבירם**, אף ששאלת ההכרה במוסד הנוהג החוקתי הושארה בצריך עיון ואף שהעתירה נדחתה בשל שיהוי בהגשתה.

52. עוד תטען העותרת כי יסודות המנהג החוקתי האמור פורטו הן בפסק הדין בעניין **אבירם** והן בפסק הדין בעניין **המנדט**. לחילופין, תטען העותרת כי יש לראות בפסק הדין בעניין **אבירם** מעין "התראת בטלות" לעניין בחירת נציג האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים, ודינה של התראה זו להיות מיושמת במקרה הנוכחי.

53. כמו כן, תטען העותרת כי על בית המשפט מוטל התפקיד לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, ולענייננו הכוונה היא לשמירה על הכנסת מפני הממשלה. בחירה בשני חברי הכנסת שההסכם הקואליציוני נקב בשמם מלמדת כי הממשלה שולטת באופן אבסולוטי על הכנסת, וכי זו פגיעה בעצמאות שיקול הדעת של חברי הכנסת ובזכותם וחובתם להכריע על פי מצפונם ולא על פי תכתיב. לכן – תוצאות ההצבעה צריכות להיות בטלות גם בשל נימוק זה.

54. עוד תטען העותרת כי הכללת שמות חברי הכנסת שימונו לוועדה לבחירת שופטים בהסכם הקואליציוני היא התערבות גסה בתהליך מינוי השופטים, הראוי להגנה מוחלטת. לא בכדי נבחרו דווקא שניים אלה, שמן הסתם התבררה עמדתם ביחס לטיב וסוג השופטים שהם לטעמם ושופטים שאינם לטעמם, בעיקר אמורים הדברים ביחס לחברת הכנסת (בזכות "החוק הנורווגי") אוסנת מארק, שכבר הספיקה להתייצב לצד ראש הממשלה בנימין נתניהו בבית המשפט המחוזי וחיזקה בעצם נוכחותה, כמי שצפויה להיבחר לוועדה לבחירת שופטים, את דברי הבלע שהשמיע ראש הממשלה במעמד זה כנגד מערכת המשפט. לא בשמיים הסברה, שנוכחותה של המשיבה 2 במעמד הזה היא מעין איום כבוש כלפי מותב שופטי ראש הממשלה, לאמור אני עוקבת אחריכם. ובל נשכח – זוהי שעת דמדומים בתרבות הפוליטית בישראל, שראש הממשלה המכהן, עומד לדין בבית המשפט המחוזי בעבירות חמורות של שחיתות ציבורית, וכל נגיעה שלו במערכת אכיפת החוק חשודה, שמא לא לטובת הציבור הוא פועל אלא למען טובתו האישית כנאשם במשפט פלילי, ויאמר מי שיאמר, הנאשם מממנה את שופטיו באמצעות מינוי חברת הכנסת אוסנת מארק. ודי באמירה זו כדי לבזות ולהזיל את תהליך מינוי השופטים.

55. לצד האמור, תטען העותרת כי בשלה העת לבחון את חוקיות סעיף 26 להסכם הקואליציוני, ולקבוע כי סעיף זה בטל מדעיקרא ולמצער ניתן לביטול, וזאת בהתאם למבחנים שנקבעו בפסיקה לגבי התערבות בהסכמים קואליציוניים ונוכח הקשיים החוקתיים הקשים שהוא מעורר.

על הדוקטרינה המשפטית של "מנהג חוקתי"

56. מנהג, ובכללו גם מנהג חוקתי, הוכר כמקור נורמטיבי אפשרי במשפט הישראלי. בבג"ץ 5167/00 **וייס נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נה(2) 455 נקבע מפי בית המשפט הנכבד (כב' הנשיא א' ברק):

"נטען בפנינו כי קיים מנהג חוקתי שלפיו ממשלה יוצאת מוגבלת בסמכויותיה לפעולות שוטפות (או פעולות "תחזוקה") בלבד. כן נטען, כי קיים מנהג חוקתי שלפיו אמנות בין-לאומיות בעלות חשיבות מיוחדת שישראל צד להן חייבות באשרורה של הכנסת. מנהג חוקתי זה, כך נטען בפנינו, אינו מוגבל אך לאשרור בדיעבד על-ידי הכנסת אלא מחייב קבלת הסכמה מראש של הכנסת לפני חתימת הממשלה עליהן. טענות אלה לא נוכל לקבלן. שאלת תוקפו של המנהג החוקתי בישראל טרם נבחנה על-ידי בית משפט זה. כשלעצמי, מוכן אני להניח, בלא לפסוק בדבר, כי המנהג החוקתי הוא מקור משפטי ליצירת דין חוקתי מחייב בישראל".

57. השופט י' זמיר הוסיף בעניין וייס כי אכן לא הוכח קיומו של מנהג חוקתי באותו עניין, אך לא נפסלה האפשרות כי בהוכחת מנהג חוקתי שכזה ניתן לבסס נורמה משפטית:

"אני מסכים עם הנשיא ברק גם שאין בישראל מנהג חוקתי המצמצם את הסמכויות של ממשלה יוצאת. מנהג חוקתי, ככל מנהג, צריך הוכחה. לא הובאה שום הוכחה לקיום מנהג שכזה. ובית המשפט אינו אמור ליצור מנהג יש מאין בפסק-דין".

58. בית משפט נכבד זה הביע אהדה מסוימת במספר הזדמנויות לכיוון ההכרה במנהג החוקתי, או "מוסכמה חוקתית" (ראו למשל: בג"ץ 3002/09 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש, לעניין מעמד המוסד של "סגן שר במעמד שר"; וכאמור פסק דינו של השופט י' זמיר בעניין וייס, עמוד 477, לעניין אופן תפקודה של "ממשלת מעבר").

59. כך, למשל, כתב השופט א' רובינשטיין בדג"ץ 219/09 **שר המשפטים נ' ניר זוהר**, פ"ד סד(2) 421, פסקה ד לחוות דעתו (2010):

"תומך אני מאוד בדוקטרינת המוסכמה החוקתית שתיארה הנשיאה. בעיני, מעבר לאמות המידה שעליה דיברה, יש להכרה במוסד של מוסכמה חוקתית חשיבות חינוכית וערכית, המקרינה יציבות והמשכיות במערכת הנורמטיבית, והמאפשרת – גם במדינה שמלאכת כינון חוקתה לא הושלמה עד תום, ומוסדותיה החוקתיים אינם מושרשים במלואם בחוקה כתובה ככל משפטה – להנחיל מורשה חוקתית מדור לדור. לטעמי אין ערוך לחשיבות הדבר".

60. המלומד, פרופ' שמעון שטרית, כתב במאמרו "המנהג במשפט הציבורי" (ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 375 (1993)) כי דרכו של המנהג להתפתח בהדרגה. תחילה זוהי פרקטיקה או פעולה החוזרת מטעמי נוחיות או הרגל, ואלה מתפתחים לנוהג, דהיינו: הנחה שיפעלו בדרך מסוימת כאשר עושים פעולה פלונית. ולבסוף, אותה התנהגות הופכת למנהג, דהיינו: לנורמה משפטית עצמאית המחייבת את הנפשות הפועלות, וזאת לאחר שהתמלאו יסודות המנהג: תחושת חובה, מימד הזמן והתמדה. לכשנתמלאו התנאים, המנהג הופך לנורמה משפטית עצמאית בעל כוח מחייב משל עצמה.

61. פרופ' שטרית הוסיף וציין כי במספר רב של חוקים הוכר המנהג כמקור למשפט. המחוקק היה מודע לצורך להכיר במנהגים ובנוהגים כחלק ממערכת כללים שמטרתה להסדיר ביעילות יחסים משפטיים שונים. בכלל זה הוכרו המנהג והנוהג אף בחקיקה בתחום המשפט הציבורי. זאת ועוד;

המנהג נבדל ממקורות המשפט האחרים בדרך יצירתו, שאינה באמצעות המחוקק או בית המשפט, אלא על-ידי דפוס התנהגות מתמיד, המקובל על הנוגעים בדבר כמחייב, ואשר מקבל הכרה בבית המשפט.

62. בפסק הדין בעניין **אבירם** קבע בית המשפט, מפי כב' השופט נ' הנדל, כי "בהקשרים שונים ובנסיבות שונות עשויים מנהג או נוהג לזכות לתוקף משפטי מחייב, שבכוחו לחתוך זכויות וחובות על פי דין". אחד ההקשרים שבהם בחר המחוקק להעניק משקל מחייב לנוהג הוא בהיבט מסוים של עבודת הכנסת (סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת).

63. בהמשך נקבע בפסק הדין בעניין **אבירם**, כאמור לעיל, כי בנושא שנבחן באותו עניין, נקבע כי לפי המבחנים שהותוו בפסיקה בנוגע למנהג או נוהג חוקתי, הרי שסוגיית הכללת חבר האופוזיציה כאחד מנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים אכן עומדת במבחנים האמורים. מכאן עולה כי יש להכיר בה כמנהג או נוהג חוקתי, המהווה מקור נורמטיבי עצמאי במשפט הציבורי. מכאן כי אף בהתאם לפסק הדין בעניין **אבירם** מתקיים מוסד המנהג החוקתי במשפט הישראלי.

בישראל שורר מנהג חוקתי בדבר מינוי נציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים

64. בפסיקה הוצעו שלושה מבחנים מצטברים לשם קביעת קיומו של מנהג חוקתי במקרה קונקרטי (עניין **זוהר**, פסקה 32 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש).

65. המבחן הראשון הוא האם המנהג קיים. לאמור, האם ניתן להצביע על קיומה של פרקטיקה מושרשת. זוהי שאלה אמפירית. המבחן השני – האם המנהג הקיים מוכר ומופנם בתור שכזה. הישנה "תודעת חיוב"? היינו, האם בעת ביצוע הפרקטיקה התכוונו הצדדים ליצוק לה משמעות מחייבת. כך, למשל, בניגוד לנוהג הנתפס בעיני הצדדים כרצוי אך בלתי מחייב, או באנלוגיה לדיני החוזים – האם מדובר אך במעין הסכם גינטלמני, שכל אחד מן הצדדים רשאי לסטות ממנו לרצונו ללא השלכה משפטית? ההבדל בין שני המבחנים הראשונים הוא שבמסגרת המבחן הראשון יש לבדוק התנהגות מבחינה היסטורית. זהו מבחן אובייקטיבי. המבחן השני בוחן את עמדת הקהילה הרלוונטית ביחס לאותה התנהגות. זהו מבחן סובייקטיבי. אם תרצו – יסוד עובדתי לעומת יסוד נפשי. המבחן השלישי מתייחס לקיומו של רציונל הגיוני המבסס את הפרקטיקה. כשלעצמי הייתי בוחן באיזו מידה יש למנהג עדיפות נורמטיבית לאורם של עקרונות חוקתיים. זהו מבחן נורמטיבי.

66. העותרת תטען כי יישום המבחנים שנטבעו בפסיקה ביחס לקביעת קיומו של מנהג חוקתי מחייב, מוליכה למסקנה כי בעניין מינוי חבר כנסת הנמנה עם סיעות האופוזיציה כחבר הוועדה לבחירת שופטים, אכן נתגבש מנהג חוקתי שכזה.

67. **אשר למבחן הראשון, קיומו של המנהג או של הפרקטיקה**: הנוהג החוקתי לבחור נציג אופוזיציה, לצד נציג הקואליציה, כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים, החל בשנת 1990.

68. בחינה היסטורית של חברי הוועדה לבחירת שופטים לאורך שנים רבות מעלה את הממצאים הבאים:

(א) בממשלה ה-22 בראשות יצחק שמיר כיהן בוועדה ח"כ דוד ליבאי, שהיה ח"כ מהאופוזיציה.

(ב) בממשלה ה-29 בראשות אריאל שרון כיהן בוועדה ח"כ שאול יהלום, שהיה ח"כ מהאופוזיציה.

- (ג) בממשלה ה-31 בראשות אהוד אולמרט כיהן בוועדה ח"כ גלעד ארדן, שהיה ח"כ מהאופוזיציה.
- (ד) בממשלה ה-32 בראשות בנימין נתניהו כיהן בוועדה ח"כ אורי אריאל, שהיה ח"כ מהאופוזיציה.
- (ה) בממשלה ה-33 בראשות בנימין נתניהו כיהן בוועדה ח"כ יצחק כהן, שהיה ח"כ מהאופוזיציה.
- (ו) בממשלה ה-34 בראשות בנימין נתניהו כיהן בוועדה ח"כ רוברט אילטוב, שהיה – בעת שנבחר לכהן בוועדה – ח"כ מהאופוזיציה.

69. הנה כי כן, במבחן האמפירי של קיום המנהג – לא ניתן להתעלם מכך שמנהג כאמור הושרש היטב בשלושת העשורים האחרונים.

70. **אשר למבחן השני, מבחן "תודעת החיוב"**: לאורך השנים היו מופעים רבים של שחקנים רלוונטיים במגרש הפוליטי, הציבורי והמשפטי שממנו עולה בבירור תודעת חיוב כאמור. דהיינו, הצהרה המעידה על תפיסה סובייקטיבית של נושאי המשרות ובעלי התפקידים באשר לעצם קיומו של מנהג בעל אופי מחייב לעניין מינוי נציג אופוזיציה בין נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. נסתפק להלן בכמה דוגמאות בודדות, אך היה ויעלה הצורך, נכונה העותרת לקיים מחקר מעמיק ולעבות את התשתית העובדתית לעניין תודעת החיוב האמורה.

71. לפחות שני שרי משפטים הצהירו לאורך השנים מעל דוכן הכנסת על קיומו של המנהג החוקתי הנטען בעתירה זו, כדבר שהוא מובן מאליו מבחינתם.

72. כך, ביום 23.7.2003 נדונה במליאת הכנסת הצעת חוק כלשהי הנוגעת לסדרי הדיון בוועדה לבחירת שופטים. שר המשפטים דאז, יוסף (טומי) לפיד, השיב לדברים מעל דוכן הכנסת:

"השקיפות בוועדה לבחירת שופטים מובטחת על-ידי כך שיושבים שם פוליטיקאים משני הצדדים של המתרס, ולכן אין שום דבר שניתן להסתיר מעיני הציבור, כי נציגיו יושבים בישיבות הללו. ולכן, אין לטעון זה שום בסיס".

73. ביום 9.12.2009 דנה מליאת הכנסת בהצעת חוק אחרת, שלפיה נציג האופוזיציה בוועדה יהיה מסיעת האופוזיציה הגדולה ביותר. שר המשפטים באותה עת, פרופ' יעקב נאמן, עלה לדוכן הכנסת ושח בזו הלשון:

"האקדמיה ללשון קבעה כי המונח אופוזיציה בעברית הוא 'נגדה' והמונח קואליציה הוא 'יחדה'. יש להזכיר כי לאורך השנים נהגת הכנסת לבחור אחד מנציגיה לוועדה מחברי הנגדה. מטבע הדברים, חילופי כוחות נערכים מעת לעת, במצוות הבחור, בין סיעות הבית, אשר עוברות מן הקואליציה לאופוזיציה וחוזר חלילה. לדעת הממשלה אפשר להותיר עניין זה להבנות ולהסכמות הנהוגות בבית זה".

74. זאת, ועוד; על פי חוות דעתם של המלומדים פרופ' יובל שני, ד"ר עמיר פוקס וד"ר גיא לוריא מהמכון הישראלי לדמוקרטיה, "המנהג של הכנסת לבחור בנציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים (בצד נציג הקואליציה) הוא בעל חשיבות חוקתית רבה בישראל. כבר בעת שנדונה הקמת הוועדה לבחירת שופטים בראשית שנות החמישים, עלה הרעיון שלפחות אחד משני חברי הכנסת בוועדה יהיה מהאופוזיציה. דחיית הרעיון הזה בראשית ימי המדינה נבעה רק משיקולים פרקטיים, שכן נטען אז שיייתכן שכלל לא תהיה אופוזיציה".

75. לטענת המלומדים, ההסדר של בחירה חשאית נבע מאותם שיקולים שעמדו ביסוד הרעיון למנות חבר מהאופוזיציה: למתן את כוחן של הקואליציה והממשלה בוועדה לבחירת שופטים ולמנוע פוליטיזציה של תהליך מינוי השופטים.

■ **חוות דעת פרופ' שני, ד"ר פוקס וד"ר לוריא מיום 24.4.2020 מצורפת ומסומנת נספח ע/5**

76. אף בית המשפט הנכבד בעניין **אבירם** קבע (פסקה 8 לחוות דעתו של כב' השופט נ' הנדל) כי "הנוהג למנות חבר מטעם סיעות האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים לווה בתודעת חיוב במשך תקופה ארוכה".

77. הנה כי כן, לעניין מבחן תודעת החיוב, מתחייבת המסקנה שלפיה מתקיימת תודעה סובייקטיבית כאמור לאורך השנים בקרב בעלי התפקידים הרלוונטיים הנוגעים לעניין הוועדה לבחירת שופטים.

78. **אשר למבחן השלישי, הנורמטיבי, לעניין רציונל הגיוני המבסס את הפרקטיקה**: העותרת תטען כי פסק הדין בעניין **אבירם** הוא כל-כולו הנמקה אחת ארוכה לעניין הרציונל ההגיוני המבסס את הפרקטיקה. פסק הדין, בין במובן "דקלרטיבי" (המצהיר על הרציונל ועל הבסיס הנורמטיבי) ובין במובן "קונסטיטטיבי" (המבסס את הרציונל ואת בסיסו הנורמטיבי) הוא-עצמו ממלא אחר הוראת המבחן הנורמטיבי. לא בכדי, מגיעים כל שופטי ההרכב באותו פסק דין למסקנה כי מן הראוי לעגן בחקיקה את סוגיית בחירת נציג אופוזיציה כאחד מנציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. אין לך הצהרה נורמטיבית ברורה יותר מזאת, שלפיה לדעת בית משפט נכבד זה יש מקום לעגן בחקיקה הוראה כאמור, לעניין הצדקתה הנורמטיבית. ואידך זיל גמור.

79. המסקנה המצרפית, לאחר בחינת המבחנים לעניין קיומו של מנהג חוקתי, היא כי בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקה לאורך השנים, אכן התגבש מנהג חוקתי מחייב לעניין הכללת נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. מנהג חוקתי ככל משפטו וחוקתו, המהווה מקור לזכויות ולחובות במובן המשפטי המחייב. ולעניינו – מנהג חוקתי המחייב את הכנסת לבחור בין נציגיה לוועדה לבחירת שופטים, לפחות אחד מחברי הכנסת מבין הסיעות הנמנות עם האופוזיציה.

פסק הדין בעניין אבירם כהתראת בטלות שיפוטית

80. העותרת סבורה כי פסק דינו של בית משפט נכבד זה בפרשת **אבירם** נועד להוות תמרור אזהרה בפני המשיבה 1 בדבר הצורך להסדיר את נושא ייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים בצורה מפורשת. זאת, משום שהפרקטיקה הנוהגת במשיבה 1 שלפיה נבחר נציג מסיעת אופוזיציה לחברות בוועדה לבחירת שופטים היא ראויה ומשרתת תכליות משטריות בעלות חשיבות.

81. בית משפט נכבד זה קרא למחוקק לעגן את הקונבנציה השלטת שייתכן שהיא קונבנציה חוקתית, בין בחוק ובין בתקנון הכנסת, וזאת בכדי להימנע ממצב בו יוצר מצב דומה לנדון בפרשת **אבירם** אשר סותר עקרונות חוקתיים של שיטת משפטנו. משלא הסדירה המשיבה 1 את נושא ייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ועם התקיימות הנסיבות הספציפיות שנדונו בפרשת אבירם – דין החלטת המשיבה 1 למנות את המשיבים 2-3 כחברי הוועדה לבחירת שופטים בטלות היא.

82. השעיה של הכרזת בטלות מוצאת ביטוי כאשר בית המשפט מגיע לכלל מסקנה פוזיטיבית וברורה כי מעשה השלטון אינו כדון, והסעד הניתן הוא סעד הצהרתי המבטל את פעולת הרשות. עם זאת, בית המשפט מגיע למסקנה כי בנסיבות המקרה שלפניו יש טעם בהשעיית הכניסה לתוקף של הכרזת

הבטלות האמורה. על כן, הוא תוחם פרק זמן שאם יחלוף או נסיבות ספציפיות שאם תתקיימנה תיכנס הכרזת הבטלות לתוקף.

83. קיימת זיקה בין השעיית הכרזת הבטלות, הקרויה בשנים האחרונות על-ידי בית משפט נכבד זה "התראת בטלות", ובין תורת הבטלות היחסית. הרעיון הבסיסי העומד בבסיס הדוקטרינות זהה הוא ועיקרו ההכרה כי בקרות מצבים מסוימים לא יינתן סעד של בטלות מעשה הרשות המינהלית, חרף הפגם שדבק בו, אלא שלצורך עניינים מסוימים ניתן יהיה לראות את הפעולה כבטלה. בהשעיית הכרזת הבטלות קיימת לכאורה נכונות לתת משקל לאינטרסים חשובים ובשם לקבוע כי הבטלות תושעה למשך פרק זמן מסוים (יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל**, כרך ט (תשס"ו), 39).

84. הנה כי כן, בהשעיית הבטלות הוחלט כבר מהו הטיפול הנדרש עבור החולה (בטלות) והשאלה היא רק מתי יחל החולה בטיפול זה. בהשעיית הכרזת הבטלות יש משום סעד "רך" יותר כלפי הרשות מביטול ההחלטה בפועל, תוך שבית המשפט מציב תמרוך בפני הרשות המינהלית ומנחה אותה בדבר הדרך הנכונה שיש לילך בה.

85. בית משפט זה היה נכון, במספר מקרים בשנים האחרונות, להוציא התראת בטלות, שמשמעה כי הבטלות הייתה על הסף והיא עשויה להיות בעלת משמעות עתידית בת-פועל באם דבר מה יתממש.

86. בפרשת **הסתדרות הרופאים** (בג"ץ 4927/06 **ההסתדרות הרפואית נ' היועץ המשפטי לממשלה**) ביקש בית משפט נכבד זה להציב "תמרוך לעתיד", לאחר שנקבע כי המדיניות דאז צלחה, גם אם בקושי, את הסף החוקי התקין. בפרשה זו נקבע כי מוסד סגן שר הממלא את תפקידו של שר הוא מוסד הקרב לתום דרכו, וגם אם לא בוטל על-ידי הערכאה השיפוטית, הרי שזו מודיעה כי פיקציה זו הגיעה לסוף דרכה.

87. בעניין **יש עתיד** (בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל ואח'**) קבע בית משפט נכבד זה כי קיימת סמכות לראש הממשלה לכהן במקביל כשר בכפוף להוצאת התראת בטלות לפיה למדינה יינתן פרק זמן בן 8 חודשים לצורך בחינה יסודית של סוגיית הכהונה המקבילה.

88. בפרשת התקציב הדו-שנתי (בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל ואח'**), הבהיר בית המשפט כי על המערכת לשקול דרכיה בסוף הוראת השעה למקרה שבו יתבקש המחוקק לתקן פעם נוספת את חוק יסוד: תקציב המדינה על דרך של הוראת שעה, באופן שמשמעותו חריגה ממתכונת של תקציב חד-שנתי.

89. נדמה כי גם בפרשת **אבירם** ניתנה התראה בטלות כאשר נקבע כבר הסעד ונדונו הנסיבות שבהן יינתן הסעד. בית משפט נכבד זה אף נתן לרשות המחוקקת זמן לגבש את הנוהג החוקתי לכדי כלל ברור. כך, מתוך דברי השופט נ' הנדל בפסקה 19 לפסק דינו:

"אדגיש שוב כי איני מכריע בכל טענות העותרים. השאלות אינן קלות. התשובות להן מעלות מורכבות. אך החכם עיניו בראשו. נאמר שבמבט צופה פני עתיד ומבחינת הממשל הרצוי – ויתכן שאף מעבר לכך – נכון לשמור על הנוהג לפיו סיעות האופוזיציה מיוצגות בוועדה לבחירת שופטים. נאמר זאת בצורה ברורה: אין אנו מתערבים במקרה הנוכחי. עם זאת, היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה –

תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית. זאת ועוד, ניתן לסבור כי טוב תעשה הכנסת אם תיתן דעתה לגיבוש הכלל העמום לכדי כלל ברור. כך או אחרת, היה ויחלט לסטות מנוהג זה, טענות הצדדים שמורות להם."

90. השימוש בכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות אינו ייחודי לשיטת המשפט הישראלית. הוא נוהג אף בשיטות משפט אחרות, כאשר נדמה כי רלוונטיות מכל להקשרנו היא שיטת המשפט הקנדית המהווה מקור השראה חשוב לפסיקה הישראלית בנושא זה. דוקטרינת השעיית הכרזת הבטלות בקנדה הלכה והתפתחה גם כדי להבטיח את הפרדת הרשויות ואת כיבוד הרשויות האחרות ולתת שהות הולמת ומתאימה לשם בירור הסוגיה וחקיקת נורמה חדשה על-ידי הרשות הרלוונטית.

91. כך בקנדה, וכך בענייננו. בית משפט נכבד זה הבהיר כי נותרה הרמוניה נורמטיבית ביחס בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת בכל הנוגע למינוי נציגים לוועדה לבחירת שופטים וניתנה שהות ראויה לרשות המחוקקת להפוך את הקונבנציה החוקתית לכדי כלל נהיר. כך מדברי השופט נ' הנדל בסיום פסק דינו בפרשת **אבירם** :

"ונסיים בחזרה לפתח הדברים. הובהר שם כי עתירה זו, על תוכנה, עדינה ורגישה היא: היחס בין בית המשפט לבין הכנסת, במילוי תפקידה במינוי נציגים לוועדה למינוי שופטים. אך נראה שיותר ממתח – נוצרה סוג של הרמוניה נורמטיבית. יפה נהגה הכנסת כשקיבלה על עצמה את הנוהג במשך 25 שנים. כך ראוי. בכך שימשה דוגמא לפיתוח החברה כיהודית ודמוקרטית".

92. יפים לענייננו גם דבריו של השופט י' עמית בפרשת **אבירם** :

"נראה כי המחוקק לא נתן דעתו על המקרה החריג שבפנינו, אך הוראות החוק הן ברורות והפרקטיקה והמנהג ניגפים בפני חוק מפורש של הכנסת. לדידי, די בטעם זה כדי לדחות את העתירה, ומבלי לקבוע מסמרות בנושא המנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב. עתירה הציפה סוגיה חשובה שראוי ליתן לה את הדעת. טוב יעשה המחוקק אם יעגן בחוק בתי המשפט את הפרקטיקה הנוהגת עליה עמדנו לעיל... למצער, טוב תעשה הכנסת אם תעגן את הנוהג הקיים בתקנון הכנסת, שם ניתן ייצוג לחברי סיעות האופוזיציה במסגרות שונות של הפעילות הפרלמנטרית".

93. על אף התראת הבטלות שניתנה בפרשת **אבירם**, החליט המחוקק שלא לעגן את הפרקטיקה השלטת ביחס לייצוג שיויוני בין קואליציה לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, ואף בחר לבטל במחי הסכם קואליציוני נוהג שהשתרש במשך כמעט 30 שנים תוך שהוא רומס עקרונות חוקתיים של שיטת המשפט בישראל. אשר על כן, אין מנוס מקביעה, לשיטת העותרת, מלהורות על בטלות החלטת המשיבה 1 למנות את המשיבים 2-3 כחברים בוועדה לבחירת שופטים.

ההסכם הקואליציוני לבחירת שני נציגי קואליציה – פגיעה בעקרונות חוקתיים

94. כאמור לעיל בפרק העובדתי, סעיף 26 להסכם הקואליציוני בין המשיבות 7 ו-8 עניינו בבחירת המשיבים 2 ו-3 לוועדה לבחירת שופטים. עניין זה הועלה במסגרת הטענות שהעלו העותרים במכלול העתירות בעניין **המנדט**, ואולם בית המשפט החליט לדחות את מועד קיום הביקורת השיפוטית על ההסכם הקואליציוני בכללו, לשלב יישום ההסדרים השונים.

95. כעת, משיושם סעיף 26 העוסק בבחירת נציגי הקואליציה לוועדה לבחירת שופטים, והוצא מן הכוח אל הפועל, הגיעה גם עת הביקורת השיפוטית של ההסדר האמור בהסכם הקואליציוני.

96. מעבר לחיוניות שמירת האיזון בין האופוזיציה והקואליציה בוועדה לבחירת שופטים, יש לתת את הדעת כי אין איבר רגיש יותר במערכת המורכבת של שלטון החוק, מאשר הוועדה לבחירת שופטים. ניתן להשוות את תהליך בחירת השופט על ידי הוועדה לבחירת שופטים לחוט הטבור המחבר את השופטים אל המציאות הפוליטית והכלכלית, המקיפה את בית המשפט. מן הרגע שנקטע חוט הטבור והשופט נולד מרחמה של הוועדה לבחירת שופטים, הופך השופט לבריאה עצמאית, שאינה תלויה במי שילדה אותה או אף זירזה את לידתה.

97. השופטות מתנתקות מן המו"מ הפוליטי או הכלכלי שקדמו לבחירתה, והיא עצמאית, ככל שבן אנוש יכול להיות עצמאי, וההנחה היא כי מקצועיותו המשפטית של השופט ודבקו בחוק הכתוב, והתקדימים המשפטיים, מבודדים אותו מכל השפעה שהיא ומכל הכרת תודה למי שהביאו לבחירתו ויהיו אלה שר המשפטים ושר נוסף, נשיאת בית המשפט העליון ושני שופטים עליונים נוספים, שני נציגים של לשכת עורכי הדין ושני נציגי הכנסת הנבחרים בבחירות חשאיות.

98. כך אמר שר המשפטים פנחס רוזן שהביא להצבעה את החוק שעסק בבחירת שופטים על ידי ועדה:

"החוק מחייב גם להבא את שיטת מינויים של השופטים ומעדיף אותה על שיטת בחירת השופטים. מינוי שופטים הוא עניין למומחים, ולמומחים בלבד, ואסור שענין זה ייהפך לעניין פוליטי. השופט שלנו אזרח הוא ככל האזרחים, וזכותו וחובתו ליצור לעצמו דעה פוליטית ולהצביע על-פיה בבחירות פוליטיות; אך היותו שופט אינה עולה יפה עם פעילות מפלגתית או פוליטית כלשהי; והדברים מן המפורסמים הם שאינם צריכים ראייה".

99. המחשבה כי ניתן לקבוע את נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים, האמורים להיבחר בבחירות חשאיות, בהסכם קואליציוני, בין מפלגות, שאף נוקב בשמם המפורש, היא כה גסה, כל כך סותרת את עקרון אי תלות השופטים, היא גוררת שופטים לזירה פוליטית, ויוצרת פוליטיזציה של מערכת השפיטה. אותם שני נציגי הכנסת בוועדה כפופים כמובן למשמעת קואליציונית, וההנחה היא כי יביאו לבחירתם של שופטים הנוחים ונאים בעיני המפלגה שהבטיחה את כהונתם בהסכם קואליציוני. ואולי גרוע מזה תבחר חברת הכנסת מארק שופטים היפים בעיני ראש הממשלה, העומד לדין פלילי חמור.

100. הסכם קואליציוני כשמו הוא הסכם של תן וקח, של משרות ושרים וטובות הנאה העוברים מיד ליחד. הכללת הוועדה לבחירת שופטים ונקיבת שמם של חברי הכנסת שייצגו את הכנסת בוועדה ו"ייבחרו" בבחירות החשאיות, היא ביזוי הליך בחירת השופטים. היא גורמת להפיכת הוועדה לסחורה עוברת לסוחר, כאשר דין חבר ועדה לבחירת שופטים כדין סגן שר או ראש אגף או סחורות חליפין אחרות הנכללות בהסכם הקואליציוני. הוועדה לבחירת שופטים לפחות עד לעונה האחרונה פעלה בניקיון כפיים; שופטים התמנו לבתי המשפט על יסוד בקיאותם בחוק, חריפות מחשבתם, אופיים השיפוטי, והטענות בדבר מינויים מכוונים לא זכו לאישוש מכח פעילותם התקינה של בתי המשפט ועצמאות השופטים.

101. אך, לא נשתכח עדיין מלבנו זכר העונה האחרונה המבישה של הוועדה לבחירת שופטים, כאשר בחשו במינויים, על פי החשד, יו"ר לשכת עורכי הדין, אפי נוה, ושרת המשפטים דאז, איילת שקד,

שהתדרדרה לפוליטיזציה מוחלטת, כאשר מתהללת הגבי שקד, שרת המשפטים לשעבר, בתעמולת הבחירות שלה כי היא "מינתה" שישה מתוך חמישה עשר שופטי בית המשפט העליון.

102. לא שכחנו גם את ההתדרדרות המוסרית של השר, חבר הוועדה לבחירת שופטים, עד לדיוטא האחרונה של תכתובת בין שופטת ובין שר חבר בוועדה למינוי שופטים בלשון מרומזת: "אפשר להקדים את נטל הראיה ולו לקצת".

103. ואם ייאמר כי אלה חשדות שווא וכי חברת הוועדה למינוי שופטים לא תעז להעדיף אינטרסים מפלגתיים צרים על פני בחירה מקצועית וחפה מכל אג'נדה פוליטית, ניתן את זכות הדיבור לחברת הכנסת אסנת מארק, אחת משני חברי הכנסת ששמותיהם ננקבו בהסכם הקואליציוני, בראיון רדיו שנערך לאחרונה בשעה 9:47 לפני הצהריים, ללוינסון ודקל. כשנשאלה על מינוי שופטי עליון בקדנציה המתוכננת שלה, אמרה:

"מחפשת השקפה שמתאימה לליכוד".

104. זו אותה אוסנת מארק שנכנסה לכנסת, על פי החוק הנורווגי, ומיד נבחרה על פי ההסכם הקואליציוני כאחת מנציגות הכנסת לוועדה לבחירת שופטים, שהתלוותה אל ראש הממשלה, עוד לפני שנכנסה לכנסת ביום הראשון למשפט, התייצבה מאחוריו כאשר השמיץ ראש הממשלה וגידף את מערכת אכיפת החוק והאשים אותה בתפירת תיק כנגדו. ויש לשונות רעות שאמרו כי הצבת מי שעדיין לא נכנסה לכנסת, אך מקומה בוועדה לבחירת שופטים הובטח בהסכם קואליציוני, מאחורי ראש הממשלה, כשהיא מוקפת שרים וחברי כנסת בכירים מרשימת הליכוד, נועדה להזכיר לשופטי ראש הממשלה כי קידומם המקצועי תלוי גם בחברת הכנסת לעתיד אוסנת מארק.

105. דיון הפתיחה במשפטו של ראש הממשלה נתניהו התקיים בבית המשפט המחוזי ביום 24.5.2020. הנאשם 1 במשפט, ח"כ נתניהו, הגיע למקום מלווה בשורת מקורבים פוליטיים, ובהם גם ח"כ מארק, שהתייצבה במקום עוד בטרם הושבעה לכהונה בכנסת הנוכחית.

106. ניתן להתרשם מכך בתמונה הבאה (לצער הח"מ לא עלה בידם לאתר את בעלי זכויות היוצרים בתמונה) –



107. הנה היא בתמונה, טרם-ח"כ מארק, מאחורי ראש הממשלה, בין יואב גלנט וצחי הנגבי, בבית המשפט המחוזי בירושלים ביום פתיחת משפטו. סביבה דוד אמסלם (שר הדיגיטל הלאומי הממונה גם על רשות החברות הממשלתיות ונציבות שירות המדינה, ובנוסף משמש כשר המקשר בין הממשלה לכנסת), השר יואב גלנט (שר החינוך), השר צחי הנגבי (שר בלי תיק), השר ישראל כץ (שר האוצר), ח"כ ניר ברקת (ראש עיריית ירושלים, לשעבר), השר אמיר אוחנה (השר לביטחון פנים). נתמה כיצד השתרבה חברת הכנסת מארק, עוד טרם היותה חברת כנסת, לחברת נכבדי מפלגת הליכוד ושריה: מה עושה שם טרום חברת הכנסת אוסנת מארק, אם לא להזכיר לשופטי נתניהו, קידומכם תלוי גם בי.

108. המילים קשות, הטענות צורבות, אך אין מנוס מכך, מי שלא שיער לעצמו כי נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים ייקבעו בהסכם קואליציוני, עלול לגלות יום אחד כי ההסכם הקואליציוני גם יקבע באילו שופטים יתמכו חברי הכנסת שיועדו לוועדה לבחירת שופטים.

109. אכן תהליך בחירת השופטים במדינת ישראל, אינו נקי מביקורת ושישים הצעות חוק שלא התקבלו ביקשו לשנות אותו, אך בודאי שאיש לא פילל כי בחירת השופטים תהפוך לענין להסכמים קואליציוניים.

110. מה יהיה על אמון הציבור במערכת המשפט, מה המחשבות שיחלפו במוחו של עורך הדין, למשל אחד אלה החתומים על עתירה זו, כאשר יופיע בפני שופט שלום או עליון, שתמכה בו חברת הכנסת אוסנת מארק כי דעותיו קרובות לליכוד.

111. האם החזקה כי השופט שופט על פי הדין והדין בלבד, תחזיק מעמד מול הסכם קואליציוני המתייחס לוועדה לבחירת שופטים כסחורה בת חליפין, כאחת התמורות העוברות מיד ליד בהסכם הקואליציוני.

112. אמנם בית משפט נכבד זה לא מנע מראש הממשלה המכהן בנימין נתניהו, להרכיב ממשלה ולעמוד בראשה, בצד ראש הממשלה החלופי שהגיע לפתע, אך העובדה כי בפעם הראשונה בתולדות התרבות הפוליטית בישראל עומד בראש הממשלה אדם שכתבי אישום חמורים בעבירות שחיתות ציבורית עומדים כנגדו, וכי משפטו הפלילי יתנהל תוך כדי כהונתו כראש הממשלה, לא נמחקה. עינינו רואות וכלות, איך משתמש ראש הממשלה במעמדו, בכלי התקשורת העומדים לרשותו, כדי לתקוף בלי בושה, בלי צניעות היאה לו, את גורמי אכיפת החוק.

113. והכפופים לו, לראש הממשלה, מחרים וחוזרים אחריו וכאמור החברה העתידה בוועדה לבחירת שופטים מסייעת לו ותומכת בו כאשר התייצבה לקריאת המפקד לבוא אל יום פתיחת משפטו לבית המשפט המחוזי בירושלים ולהפגין בנוכחותה את הסכמתה לדברי הבלע שהשמיע. ראוי שננהג זהירות רבה בראש ממשלה, שכדברי כבוד השופט עמית לא ראוי היה להתמנות כבודק שעוני מים בעיר, השתלטות על הוועדה לבחירת שופטים היא צעד טקטי לקראת השתלטות על מערכת המשפט המעזה להאשים ראש ממשלה כמושחת מן היסוד בהיאסף ראיות מספיקות לתיק החקירה נגדו, שחייבו הגשת כתב אישום חמור נגדו.

114. המתקפה כנגד מערכת המשפט ברורה וגלויה והיא מתנהלת בראש חוצות על ידי ראש הממשלה ופמלייתו, אי אפשר שלא להגיע למסקנה כי בחירת פלוני ואלמונית לוועדה לבחירת שופטים היא חלק ממתקפה זו על מערכת המשפט. המתקפה על מערכת המשפט אינה נובעת בהכרח מפועלם של שני חברי כנסת אלה בוועדה לבחירת שופטים שהרי לכאורה שניים הם מתוך תשעה, אלא מזילות תהליך בחירת השופטים, המביא לפגיעה מערכתית במערכת השפיטה, המובילה בהכרח לפגיעה באמון הציבור בשופטים, מה שפותח פתח להתקפות נוספות על שופטים מבית המשפט העליון ועד לאחרון בתי המשפט לתעבורה.

115. האמרה הידועה "אין לנו, לשופטים, לא חרב ולא ארנק; כל שיש לנו הוא אמון הציבור", המיוחסת לנשיא ברק, אך מקורה בכתבי הפדרליסט של אלכסנדר המילטון, גיליון 78 (The Judiciary branch) "of the proposed government would be the weakest of the three branches because it had no influence over either the sword or the purse" – סופגת מכה קשה כאשר בוחרים השופטים הופכים לחלק מהסכם קואליציוני. והסכם זה בתורו פותח פתח להגדרת השופטים ככלי משחק פוליטיים.

116. הסכמה חד צדדית של הקואליציה לפגוע באיזון החוקתי שהושג באמצעות ההרכב המוסדי של הוועדה לבחירת שופטים, עלולה להוביל להגדלת כוחה של הקואליציה בוועדה, ולהגברת שיקולים פוליטיים בהליך מינוי השופטים, לרבות מינוי שופטים שלא על בסיס מקצועיותם אלא על בסיס השערות על אודות מידת קרבתם האידיאולוגית למפלגה המצויה בשלטון.

117. התפתחות כזו תגרור לפוליטיזציה של הוועדה, תחבל בעקרון האי-תלות של השופטים, ותשחית את תהליך המינויים. היא עלולה בסופו של יום לכרסם כרסום של ממש בעקרון שלטון החוק בישראל.

118. על-פי חוות דעתם של המלומדים שני, פוקס ולוריא – "ככל שעצם המינוי של שני נציגי הקואליציה מעלה קושי משפטי, מובן שההסכמה בהסכם קואליציוני על הכוונה לעשות כן יכולה להיות בלתי חוקית". הסכמים קואליציוניים הם הסכמים שנערכים על ידי גופים ציבוריים. אחד המבחנים לפסילת הסכם קואליציוני הוא פגיעה מהותית בתקנת הציבור.

119. לטענת המלומדים, "ההסכם שנערך בין הליכוד לבין כחול-לבן לביטול ייצוג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים הוא הפרה של נוהג חוקתי שנועד לשמור על האופי הממלכתי

של הוועדה לבחירת שופטים, על עקרון אי-תלות השופטים, על שיתוף המיעוט בהליכי קבלת החלטות ועל עקרון הייצוג היחסי. על כן יש בהסכם זה פגיעה באיזונים ובבלמים של הדמוקרטיה הישראלית, והוא אף למיטב הבנתנו בלתי חוקי".

120. על כן בפרק זה של העתירה מתבקש בית המשפט לפסול את פרק ההסכם הקואליציוני העוסק בייחוד בשם המפורש של חברי כנסת מן הקואליציה, שימונו לחברי הוועדה לבחירת שופטים. בית המשפט יתבקש להורות על בחירות חשאיות של נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים שבהם ייאמר במפורש כי אין כל הסכם קואליציוני, לא מפורש ולא משתמע, לא מוצהר ולא נלחש, המכוון לבחירה דווקא במועמדים מסוימים.

כבילה אסורה של שיקול דעת חברי הכנסת באמצעות הסכם קואליציוני

121. החלטת המשיבה 1 למנות את המשיבים 2-3 כתברים בוועדה לבחירת שופטים היא תוצאה של **כבילה חמורה של שיקול דעתם** של חברי הכנסת עקב הסכם קואליציוני בלתי חוקי, שנקב מראש בשמות המשיבים 2-3 כתברים בוועדה. החלטת המשיבה 1 בהצבעה חשאית מעידה כי **מוטת שליטתה של הרשות המבצעת על המשיבה 1 גרמה לפגיעה משמעותית בשיקול דעתם** של חברי המשיבה 1 ובזכותם וחובתם להכריע על-פי מצפונם, ומשלא עשו כן, **דין החלטתם להיפסל וזאת מפאת כבילה אסורה של שיקול הדעת המינהלי עקב ההסכם הקואליציוני**.

122. כאמור לעיל, ביום 20.4.2020 נערך ונחתם בין המשיבות 7 ו-8 הסכם קואליציוני לכינון ממשלת חירום ואחדות לאומית, שעסק בין השאר גם בהרכב הוועדה לבחירת שופטים. סעיף 26 להסכם זה קבע כי נציגי הרשות המחוקקת בוועדה יהיו שני חברי כנסת מן הקואליציה – המשיבה 2 שלא הייתה כלל חברת כנסת באותו מועד, והמשיב 3. הוראת סעיף 26 להסכם הקואליציוני מינתה את חברי הוועדה מראש, ונתנה להצבעה במשיבה 1 נופך פורמלי בלבד, כאשר כלל חברי הקואליציה **מתחייבים מבעוד מועד לא להציג מועמדים אחרים מטעם הקואליציה ולמנות את המשיבה 2 והמשיב 3 בהתאם לאמור בהסכם**. אם בכך לא די, הרי שההסכם הקואליציוני קבע מראש כי **"לא יחולו שינויים בהרכב הוועדה, בתהליכי המינוי בה ובמועדי מינוי השופטים המקובלים"**.

123. סמוך להצבעה בדבר ההחלטה מושא עתירה זו, פורסמו ידיעות בכלי התקשורת, כי יו"ר הרשות המחוקקת, חבר הכנסת יריב לוין, פנה אישית לכל חברי הקואליציה תוך שהוא מדגיש כי אין כל שיקול דעת בבחירתם, ועליהם להצביע למשיבים 2-3 אחרת תתפרק הקואליציה ותתקיימנה בחירות כלליות למשיבה 1, וזאת בהתאם לאמור בהסכם הקואליציוני. הנה כי כן, יו"ר המשיבה 1, אשר תפקידו מחייב אותו לאי-תלות ולממלכתיות תוך שהוא פועל בהתאם לחוק, לנוהג ולנהלים שהתגבשו במשיבה 1, מוודא סופית כי חברי המשיבה 1 מבינים כי שיקול דעתם מוכפף לרצון הרשות המבצעת.

124. **האיסור על כבילת שיקול הדעת המינהלי**: עקרון יסוד במשפט המינהלי אוסר על כבילת שיקול הדעת המינהלי (בג"ץ 30/51 י' בלבן נ' עירית תל-אביב פ"ד ו' 257 (1952); בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983); בג"ץ 900/06 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' שר התיירות (2006)). משמעות העיקרון היא משמוענקת לרשות המינהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה, ואל לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר

לאופן הפעלתה. אחת הנפקויות המעשיות של חובת הרשות להפעיל שיקול דעת היא שהרשות אינה יכולה להתחייב מעיקרא שלא לשנות את עמדתה.

125. דהיינו, כבילה גורפת מראש, של שיקול דעתה של רשות מינהלית, ללא הותרת דרך מעשית וסבירה לשיקול ענייני ופרטני בעתיד של כל סוגיה רלבנטית, הטעונה עיון ובחינה בהתאם לצרכי השעה המשתנים, אינה יכולה לעמוד, וכאשר נעשה כך, נקבע בבית משפט נכבד זה כי התחייבויות אלה משוללות תוקף – שהרי אם נכבלה הסמכות מראש, מתרוקנת הענקת הסמכות מתוכנה וממטרתה (בג"צ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(5) 404, 419, הנשיא שמגר (1993)).

126. אכן, ישנם הסכמים הכובלים במידת מה, את שיקול דעתה של הרשות. אולם, הסכמים, ביניהם גם הסכמים קואליציוניים, אינם יכולים לפטור את הרשות המינהלית מן החובה לשיקול אם ראוי להפעיל את הסמכות ואין משמעם כי הרשות המינהלית תתפרק משיקול דעתה.

127. הוראת סעיף 26 להסכם הקואליציוני, ויישומה הלכה למעשה בהצבעה החשאית שנערכה ביום 15.7.2020, מעידה כי זו הפרה במובהק את הכלל האוסר על כבילת שיקול הדעת המינהלי. גם אם נטען כי לחברי המשיבה 1 ניתן, במובן מסוים, שיקול דעת אם למנות – ובמובן זה לאשרר – את בחירת המשיבים 2-3 לוועדה לבחירת שופטים, עלינו להביט על כך ממעוף הציפור, במעין מבחן על הבוחן את מהות הדברים; כאשר הרשות המבצעת מבקשת לכבול את שיקול דעתה של הרשות המחוקקת, בענייננו באמצעות הסכם קואליציוני פסול ותוך שהיא "מהלכת אימים" על חברי המשיבה 1 כי אם יפעילו את שיקול דעתם התוצאה תהא בחירות כלליות, עסקינן בשינוי כללי יסוד בשיטת המשפט הישראלית שאין להשלים עמו.

128. במובן זה, אין הדבר שונה מפסקת היציבות הרגולטורית במתווה הגז, שעניינה כבילת הממשלה למתווה, לרבות אי-שינויי חקיקה שדינה היה בטלות בבג"צ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (להלן: "**פרשת מתווה הגז**"). כזכור, קבע השופט א' רובינשטיין כי הוראות המתווה כובלות לא רק את ידיה של הרשות המבצעת כי אם גם את ידיה של הרשות המחוקקת. בעניין מתווה הגז, הטעים השופט רובינשטיין כי בעצם קביעה מראש כי הממשלה תתנגד להצעות חוק מסוימות, יש בכך בפועל כדי לכבול במהות את שיקול דעתה של הכנסת נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות, במיוחד כאשר מדובר בנושאים רגישים מבחינה פוליטית.

129. דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת **מתווה הגז** הולמים את האמור בענייננו, כאשר סוגית מינוי חברי הוועדה לבחירת שופטים היא סוגיה רגישה מבחינה פוליטית, שבה הסכימה הקואליציה, באמצעות הסכם קואליציוני, כי תכבול מראש את שיקול דעתה של הכנסת וזאת באמצעות המשמעת הקואליציונית. כך, בלשונו של השופט רובינשטיין בפרשת **מתווה הגז**:

"משהמתווה נשוא ענייננו קובע מראש, מבלי בחינתן של הצעות החוק לגופן, כי הממשלה תתנגד להצעות החוק הללו, יש בכך, בפועל, כדי לכבול במהות את שיקול דעתה של הכנסת נוכח המשמעת הקואליציונית המופעלת פעמים רבות, במיוחד כאשר מדובר בנושאים רגישים מבחינה פוליטית. יאמר האומר, הלא הכנסת ריבונית ותוכל לחוקק חרף ההתחייבות; להלכה כן, אך למעשה – כאמור – ההגבלה קיימת בעליל. בהמשך לכך, קשה להלום את טענת המדינה בהקשר זה, לפיה סוגית המשמעת הקואליציונית היא סוגיה פוליטית ולכן אין מקום

להתערבות בית המשפט. מדובר בחלק משיטת הממשל, במרקם היחסים בין הממשלה לכנסת, ואילו התעלמנו מכך היה הדבר מוביל לתוצאה בלתי חוקית, ה"רוכבת" על תשובות טכניות ולא מהותיות".

130. יפים לעניינו דבריה של הנשיאה א' חיות בדבר ריבונותה של הכנסת ועל החשיבות בעצמאותה של הרשות המחוקקת בבג"צ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת ואח' (להלן: "עניין אדלשטיין"):

"הכנסת היא הריבון. הכנסת אינה 'להקת המעודדות של הממשלה', כלשונו הציורית של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בבג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל. אכן, בשיטת המשטר הנהוגה בישראל נהנית הממשלה מרוב בכנסת, ויש לה יכולת ניכרת להשפיע על פעילותה בשל כך וכן בשל הפרקטיקה בדבר משמעת קואליציונית. אך משמעות הדבר אינה בשום אופן כי בשל כך ניתן לנקוט צעדים אשר יש בהם משום כרסום מהותי בעצמאותה של הכנסת".

131. ההחלטה החריגה של המשיבה 1, לבחור – או יותר נכון לאשר מינוי – של חברי הוועדה ששםם נקבע קודם לכן בהסכם קואליציוני, תוך שהיא מתפרקת הלכה למעשה משיקול דעתה, מנוגדת גם למסורת העבודה של המשיבה 1 על-פי הנהוג והמקובל בה, כאשר למסורת זו משקל חשוב. התנהלותה של המשיבה 1 במשך עשרות שנים מלמדת על האופן שבו נהגה ונוהגת המשיבה 1 בכל הנוגע להסדר בדבר מינוי חברי הוועדה לבחירת שופטים. כבילת שיקול הדעת של הרשות המבצעת את הרשות המחוקקת מנוגדת לאופן שבו מתנהלת הרשות המחוקקת בהקשר זה, של מינוי חבריה לוועדה לבחירת שופטים, מימים ימימה. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה א' חיות בבג"צ 706/19 סגן יושב ראש הכנסת, ח"כ עיסאווי פריג' נ' יושב ראש הכנסת ואח' :

"התנהלותה זו של הכנסת מלמדת על האופן שבו נהגה ונוהגת הכנסת בכל הנוגע להסדר הסטטוטרי האמור ולהוראות התקנון המיועדו ליישמו. מסורת העבודה של הכנסת על פי הנהוג והמקובל בה, בהחלט נושאת משקל...מקל וחומר שיש לייחס משקל לאופן התנהלותה של הכנסת מקום שבו היא פועלת לאורך שנים ליישום הוראה בתקנון בדרך המקובלת עליה לפרשה".

132. משעמדנו על עיקר הדברים ביחס להוראה בדבר כבילת שיקול דעת הרשות המחוקקת ויישום ההוראה הזאת באופן דווקני על אף שמדובר בהצבעה חשאית, ומשנדרשנו לכך כי דברי ההסכם הקואליציוני אינם בבחינת "נְעִשָּׂה וְנִשְׁמָע" (שמות כד 7), אף אם מבחינה מעשית נוכח המשמעת הקואליציונית הדבר אכן אפשרי ואף נפוץ, נוכחנו לדעת כי החלטת המשיבה 1 למנות את המשיבים 2-3 כחברי הוועדה לבחירת שופטים דינה בטלות היא. דגל שחור של אי-חוקיות מתנוסס מעל הוראה בהסכם קואליציוני השולל מראש את שיקול הדעת של המשיבה 1.

סיכום

133. על-יסוד המקובץ לעיל, יתבקש איפוא בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על-תנאי כמבוקש ברישא של עתירה זו, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ושמיעת טיעונים, להופכו למוחלט.

134. כן יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו-ביניים כמבוקש ברישא לעתירה זו.

135. עוד יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרת ובשכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

136. עתירה זו נתמכת בתצהירו של עו"ד דורון ברקת, חבר הוועד המנהל של העותרת.

137. יהא זה מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה זו.

היום, 19 ביולי 2020

כ"ז בתמוז תש"פ


עו"ד אוהד שפק


עו"ד דורון ברקת


עו"ד אביגדור פלדמן


עו"ד יובל יועז