

המשנה ליועמ"שית לממשלה, עו"ד אביטל סומפולינסקי בוועדת החוקה: "כאשר בוחנים את ההסדר המוצע, גם של יו"ר הוועדה וגם בטיוטת התזכיר, התוצאה אינה מערכת יחסים מאוזנת, אלא הסרת בלמים ואיזונים מהכנסת והממשלה, בלי שום יצירת אלטרנטיבה משטרית מאזנת"

***המשנה עו"ד סומפולינסקי:** "לפני קצת פחות מחדש פנה שר המשפטים ליועצת המשפטית לממשלה וביקש ממנה התייחסות לתזכיר ממשלתי שהוא מבקש לקדם. בעבודה מאומצת חקרנו את הנושא לעומק והתוצר של עבודתנו הוגש לשר המשפטים ועותק ממנו נשלח גם לוועדה. אנחנו כמובן ממשיכים ללמוד ולדייק את עצמנו, ונמשיך את הבחינה של הדברים תוך כדי תנועה.

הבחינה הכוללת שלנו של ההסדרים התייחסה קודם כל לתכלית המוצהרת של הרפורמה - **לשפר את האיזון בין הרשויות**. זו כמובן תכלית ראויה, ויש חסר משמעותי בחוקי היסוד להסדרת הממשק בין הרשויות. אך בסוף כאשר בוחנים את ההסדר המוצע, גם של יו"ר הוועדה וגם בטיוטת התזכיר, התוצאה אינה מערכת יחסים מאוזנת, אלא **הסרת בלמים ואיזונים מהכנסת והממשלה, בלי שום יצירת אלטרנטיבה משטרית מאזנת**. ההסדר מביא לכך שלבית המשפט לא יהיה תפקיד של ממש בבלימת קבלת החלטות בממשלה ובכנסת. שיפגעו בעקרונות בסיסיים ביותר, לא בית משפט אך גם לא אף גוף אחר.

הרוב שנדרש לפי ההצעות לפסילת חוקים הוא חריג בכל קנה מידה.

וגם במקרים שבהם תהיה הסכמה רחבה בבית המשפט לפסילת החוק, שניתן להניח שיהיה מדובר במקרים שבהם הפגיעה בזכויות האדם היא קשה ומופרזת, אזי ניתן יהיה להתגבר יחסית בקלות על פסק הדין באמצעות הצבעת רוב חברי הכנסת. וזאת עוד בלי להיכנס לכך שמוצע על-ידי הוועדה שהדבר יהיה אפשרי כבר מראש, עוד בטרם מתן פסק דין. ואם לא רוצים לפעול בכלל במסלול של ההתגברות, אז אפשר להכתיר את ההסדר בתור חוק יסוד, ואז הכנסת (וממילא גם הממשלה ששולטת בה) יהיו פטורות מכל עול של ביקורת שיפוטית.

ומעל הכל מרחף גם ההסדר שמבקש לאפשר לממשלה ולקואליציה לשלוט על הליך בחירת השופטים בכל הערכאות, אשר יביא לפוליטיזציה של מערכת המשפט ולפגיעה קשה בעצמאותה ובאמון הציבור בה.

כל זאת עוד מבלי שנדרשנו להצעה לצמצם את הביקורת השיפוטית על המינהל, באמצעות ביטול עילת הסבירות, שזו סוגיה כבדת משקל שתביא גם היא להסרת בלם משמעותי ביותר על החלטות הרשויות.

במבנה משטרי שכזה הבעיה לא תהיה מה יקרה אם הכנסת תחוקק יום אחד חוק קצה מופרך של להרוג את הג'ינג'ים או כל דוגמת קצה אחרת. אנחנו מדברים על החלטות וחוקים הרבה יותר שגרתיים, אשר יבקשו לבטא מדיניות ממשלה מסוימת, ושהדרך להגשים אותה היא באמצעות פגיעה משמעותית בזכויות הפרט. **הביקורת השיפוטית על הרשויות מבטיחה שהמדיניות הזו מלכתחילה תהיה מקודמת באופן מידתי**, ועכשיו יסירו את המגבלה הזו. ולכן, ההסדר הזה יביא בהכרח למבנה משטרי שלא תהיה בו הגנה אפקטיבית לזכויות אזרח.

לשלטון הוגן, לשלטון החוק, ולמינהל תקין.

אפשר להעלות על הדעת את תיקוני החקיקה בקורונה ללא ביקורת שיפוטית או מבלי ההנחה על קיומה של ביקורת שיפוטית כזו? שהממשלה תוכל לעשות ככל העולה על רוחה בלי ביקורת שיפוטית אפקטיבית?

חשוב לציין, שיש מגוון של מודלים משטריים שונים של איזונים ובלמים במדינות דמוקרטיות, והדיון בשאלה מה המודל שנכון לאמץ בישראל הוא דיון שחשוב לקיים אותו, והוא לא רק דיון משפטי. המודלים בעולם בנויים על בלמים ואיזונים שונים, ואין משוואה אחת נכונה ומדויקת בעניין הזה. המדינות הדמוקרטיות פיתחו מנגנוני איזון שונים - ביזור כוח בין גופים ייצוגיים - כמו שני בתי פרלמנט אשר באחד מהם אין לממשלה רוב מובנה כך שהחקיקה אינה נשלטת על-ידי הממשלה, או משטר נשיאותי שבו לנשיא יש וטו על חקיקה, ביזור כוח בין ממשל פדרלי לממשל מדינתי או אזורי, חוקה נוקשה, מגילת זכויות אדם מפורטת - כל אלה הם מנגנונים אשר יוצרים בלמים ואיזונים הדדיים בין הרשויות, מונעים שימוש לרעה בכוח שלטוני, ובתוכם משתלב בית המשפט. מרבית האיזונים הללו לא קיימים בישראל. אי אפשר להסתפק בהרכב הקואליציה, ברוב של 61 או בבחירות המתחדשות, כדי לייצר מערכת של בלמים ואיזונים.

במשטר דמוקרטי, לבית המשפט תפקיד כבלם על הרשות המבצעת והמחוקקת. מקומו ותפקידו המדויק משתנה במידת מה ממדינה למדינה, בהתאם לתרבות הפוליטית שלה ובהתאם למכלול הבלמים והאיזונים שיש בה, אבל יש לו מקום מרכזי במדינות דמוקרטיות, וכרגע מבקשים לבטלו אותו כמעט כליל.

סוגיית הבלמים והאיזונים חייבת לקחת בחשבון בראש ובראשונה את המבנה הפרלמנטרי בישראל, את החולשה של הכנסת אל מול הממשלה, את הקלות היחסית שבה בישראל אפשר להוביל חקיקה בכלל, וחקיקה ממשלתית בפרט. מתוך נקודת מוצא זו, צריך לבנות את המארג השלם שיבטיח את האיזון הכולל ואת מקומו של בית המשפט במארג. כמדינה דמוקרטית, המודל שייבחר צריך להיבחן לאור היכולת שלו לשמור על המאפיינים הגרעיניים של מדינה דמוקרטית, ובין היתר להבטיח הגנה על זכויות הפרט. *המודל המוצע מקדש כעקרון כמעט בלעדי את עקרון הרוב, והוא יותיר את המדינה כמדינה דמוקרטית חלשה ביותר.*

יבואו ישאלו - אבל אנחנו בסך הכל מחזירים את הגלגל אחורה לשנות התשעים, ומה לא היינו דמוקרטיה בשנות התשעים? ועוד יטענו כי הבעיה האמיתית היא שבית המשפט נמצא עכשיו במקום שיש לו כוח בלתי מוגבל ללא הסמכה מפורשת בחוק. אז צריך לומר את האמת - ***הצעת החוק הזו לא מחזירה את המצב המשפטי למה שהיה בשנות התשעים, ואפילו לא למצב שהיה בעשורים הראשונים של המדינה. היא יוצרת משהו חדש, שלא היה פה מעולם, וגם לא מוכר בעולם.***

בכל הקשור להחזרת הגלגל אחורה -

קודם כל, חלק מההסדרים לא מבקשים להחזיר אותנו לשנות התשעים. כך הוא הדבר בנוגע לעילת הסבירות משנות השמונים, וכך הוא הדבר גם בנוגע לוועדה לבחירת שופטים משנות החמישים.

אשר לביקורת השיפוטית החוקתית, אי אפשר להתעלם מכך שחלפו עשרות שנים מאז פסק הדין בעניין בנק המזרחי שהכריז על הסמכות של בית המשפט לבטל חוקים. אי אפשר להתעלם באופן מלאכותי מההתפתחויות של העשורים האחרונים. מדינות דמוקרטיות התפתחו לאורך השנים ופיתחו מסורות של עצמאות שיפוטית ומנגנוני ביקורת שיפוטית חוקתית, עיצבו מגילות זכויות אדם וחזקו את מקומו של בית המשפט כמגן החוקה.

כל אלה הן תופעות שהתחזקו והתעצמו בעשורים האחרונים, כאשר גם מדינת ישראל הציגה את עצמה בעולם כמדינה דמוקרטית שיש בה הגנה אפקטיבית על זכויות האדם, בין היתר משום שיש לה ביקורת שיפוטית חוקתית של ממש.

התפישות החברויות ביחס לזכויות השתנו.

ולכן, השאלה היא לא איזו דמוקרטיה מדינת ישראל הייתה בשנות התשעים במושגים של שנות התשעים. בדיוק כמו שאף אחד לא מעלה על דעתו לבטל את זכות הבחירה לנשים בשווייץ ולהגיד: "מה הבעיה, כך זה היה עד לשנת 1971, מה שווייץ לא הייתה דמוקרטית אז?" **השאלה היא איזו דמוקרטיה נכון לעצב היום, במושגים של היום.** זאת השאלה כבדת המשקל שמונחת לפתחכם, ובכך לעמדתנו צריך להתמקד הדיון.

האם המהפכה החוקתית הפסיקתית ראויה

גם הטענה כי בית המשפט הוא שפועל בחוסר סמכות כי אף פעם הכנסת לא הסמיכה אותו במפורש לפסול חוקים - גם היא לא יכולה להצדיק את הרפורמה המוצעת. יש מדינות בעולם שבהן הסמכות הוכרה בפסיקה, אבל אין ספק שהאופן שבו הדברים התפתחו בישראל הוא לא שגרתי, בפרט משהכנסת טרם השלימה את מלאכת כינון החוקה או את מגילת זכויות אדם ושחסר פרק של חוק יסוד החקיקה.

אבל הדיון בהקשר זה לא צריך להתמקד בשאלת פרוטוקול כזה או אחר שמלמד שחברי הכנסת לא התכוונו להסמיך את בית המשפט או שהם הבינו שכך יהיה. אפשר להסתכל על פסקת ההגבלה, על פסקת ההתגברות ועל סעיף שמירת הדינים, ולהגיע למסקנה לפיה בוודאי שהייתה הבנה שבית המשפט יוכל לבטל חוקים שיפגעו בזכויות.

כך או כך, כשבאים לעצב את עקרונות היסוד בסוגיה זו - השאלה בסופו של דבר היא נכון לעצב את השיטה היום. השאלה היא לא האם היה או לא היה מקום שבית המשפט יכיר לפני שנים רבות בשוויון החוקתי כנגזרת של כבוד האדם לפי חוק היסוד, אלא האם רוצים היום בשנת 2023 להסיר את ההגנה החוקתית על השוויון הקיימת מזה עשרות שנים. השאלה היא לא האם בית המשפט היה או לא היה צריך להכיר בעליונות של חוקי היסוד, אלא כיצד נכון לעצב הסדר שיש בו עקרונות על שחוקים לא יכולים לפגוע או לשנות אותם בקלות. אלה שאלות מורכבות ביותר וכבדות משקל שצריך לדון בהן.

חוק-יסוד: החקיקה

כפי שכתבנו במסמך, אנחנו חושבים שהבסיס להסדרת ביקורת שיפוטית חוקתית הוא קודם כל להסדיר את הליכי החקיקה וחוקי היסוד, אשר באופן היסטורי התפישת הייתה שהם יוסדרו בחוק-יסוד: חקיקה. הסדרים אלה נוגעים למהות של כללי המשחק שיחולו על הכנסת. אחרי שתתעצב התשתית הזו, ניתן יהיה לגזור ממנה את היקף הביקורת השיפוטית. לא שהוא יהיה נטול מחלוקות, אפשר להניח שגם בעניין הזה תהיה מחלוקת בין הקולות השונים, אך אפשר יהיה לנהל אותה על בסיס התשתית המשטרית המתאימה. קודם כל צריך לעסוק במהות.

תחת זאת ***ההסדרים המוצעים עתה מבקשים להתמקד אך ורק בפריזמה של בית המשפט, לצמצם עד דק את הסמכות של בית המשפט לבקר את הממשלה והכנסת, כאשר אין כל התמודדות עם החסר המהותי ביותר שיש כיום בחוקי היסוד - העדר הסדרה של החקיקה וחוקי היסוד והמגבלות שחלות על הכנסת והממשלה בהקשר זה. הדברים ששובים זה בזה, והתמקדות רק בבית המשפט כשלעצמה יוצרת את חוסר האיזון.*** קשה מאד לקיים דיון בשאלת היקף ההתערבות השיפוטית על חוקי יסוד בלי לדון קודם בשאלה מה זה חוק יסוד, ומה רוצים שיהיה כלול בו, ובאיזה אופן הוא מתקבל.

עקרונות היסוד של השיטה צריכים להיקבע מאחורי מה שנקרא מסך בערות, זאת כדי להבטיח כללים הוגנים שלא לוקחים בחשבון ברגע נתון מי המנצח ומי המפסיד. הדרך הכי טובה לעשות את זה היא כמובן בתחילת המשחק, אבל בהינתן שמקימי המדינה סברו שנכון להכריע בסוגיות האלה בהמשך הדרך ולא לכונן חוקה במועד הקמת המדינה, את הרכבת הזו כבר פספסנו.

ולכן כיום יש כל מיני דרכים להבטיח שכללי משחק בסיסיים שנקבעים לא נעשים רק כדי להגשים אינטרסים של רוב נתון, אלא מתוך תפישה רחבה ועקרונית של עיצוב האופי המשטרי של המדינה.

האחד, לעצב את הכללים בהסכמה רחבה. זה חלק מהמהות של עקרונות יסוד שהם מעוצבים מתוך ראייה רחבה, ולא נועדו לשרת רוב קונקרטי. כך למשל ההסדר של הרכב הוועדה לבחירת שופטים חוקק בהליך של פשרות כואבות, מתוך הכרה שהוא אינו נחלת הקואליציה ותפישותיה, אלא הוא צריך להתעצב בשיתוף של כלל חלקי הבית. כך למשל הייתה גם פסקת ההתגברות בחופש העיסוק שהתקבלה ברוב של 80 חברי הכנסת. זהו כלל בסיסי ביותר בעיצוב כללים משטריים, כל שכן כלליים כל כך מהותיים כמו אלה המוצעים עתה.

השני, לעצב את הכללים עם תחולה עתידית. באופן כזה שהכלל שמתעצב במהותו לא נועד לשרת קואליציה מסוימת, והעיצוב הקונקרטי שלו לא מושפע מהידיעה מי המנצח שיפעל על-פיו באופן המידי. כאשר קובעים מועד תחילה עתידי, מראש מביאים לדיון נקי יותר, מכל הצדדים.

יש מקרים שנכון לעצב את הכללים בהסכמה רחבה ועם תחולה עתידית. זה בדרך כלל קורה בהסדרים משטריים מהותיים אשר לא רק מהווים הסדרה של עקרונות משטריים, אלא יש גם בהם משום שינוי כללי המשחק תוך כדי משחק. כך היה למשל בקביעת אחוז החסימה, במעבר לבחירה ישירה, וכך היה גם בהסדר האי אמון הקונסטרוקטיבי.

אכן, לאורך השנים הכלל של חקיקת חוקי יסוד מאחורי מסך בערות נשחק, והיו הרבה מקרים שבהם שינו את חוקי היסוד – בעיקר חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה – כדי להגשים בהגדרה אינטרסים רגועים של הממשלה לצורך הקמת ממשלה קונקרטית. זו בהחלט תופעה לא מבורכת, שעמדנו עליה לא מעט בשנים האחרונות, והיא מביאה לשחיקה במעמד של חוקי היסוד ובמהות שלהם. ועדיין, מרבית תיקוני החקיקה לא עסקו בעריכת שינויים משטריים מהותיים ודרמטיים, בוודאי לא כמו ההסדר הנוכחי, ועל כן אין בהם כדי ללמד על כלל הבסיס שנותר בעינו – עיצוב משטרי צריך להיעשות מאחורי מסך בערות.

השינוי שמציעים עכשיו הוא שינוי דרמטי ביותר, שיש בו כדי להשליך באופן מהותי ביותר על מערכת היחסים בין הרשויות והאופי הדמוקרטי של המדינה. הסדרים בסדר גודל כזה צריכים להיעשות בהסכמה רחבה ולא להתקבל על-ידי רוב קואליציוני בלבד.

מכל מקום, ככל שההסדר המוצע יתקבל כפי שהוא, הבעיה של מועד התחילה תהיה בטלה בשישים אל מול בעיית המהות נוכח הפגיעה בעקרונות יסוד דמוקרטיים. זה לא משנה איזו ממשלה תפעיל אותו, העדר הבלמים והאיזונים הוא הבעיה העיקרית של ההסדר.

אבל בהנחה שהדיונים בוועדה יובילו להתגבשות הסדר אחר, מאוזן יותר, צריך יהיה לבחון את שאלת התחולה שלו שהיא נגזרת של השאלה מה המשמעות שלו על מערכת היחסים בין הרוב והמיעוט, ועד כמה זה מגדיל את הכוח של הרוב שחוקק את ההסדר. על כל פנים, שאלת מועד התחולה של הסדר היא שאלה אשר הכנסת נוהגת לדון בה בסוף, היא מגיעה גם בדרך כלל בסעיף האחרון, וקשה לדון בה כרגע מעבר לאמירה כללית לפיה הסדרים מהסוג הזה צריך לחוקק במבט רחב מאחורי מסך בערות. בית המשפט קבע שתחולה מיידית של הסדר

משטרי יכולה לעלות לכדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת, כך שבהחלט יש מקום לדיון בסוגיה זו.

הערה נוספת לגבי הבחינה הכוללת של ההסדר- מעבר לעובדה שיש עוד חלקים של הרפורמה שאנחנו לא יודעים עליה, ולכן לא ניתן לקיים בחינה אמיתית של איזונים ובלמים מבלי לראות את חלקי התמונה המלאה המסתמנת. יצירת איזון בין הרשויות חייבת בראש ובראשונה לראות את חלקי הפאזל השונים, ואינה יכולה להיעשות בשיעורין שיעורין.

כמו כן, *בבחינה הכוללת של חלקי ההסדר שכבר ידועים לנו, מתגלה חוסר קוהרנטיות מובהק. מצד אחד, מבקשים להעביר את השליטה של הבחירה בשופטים לידי הדרג הפוליטי בגלל הטענה לעיסוק המוגבר של בית המשפט בסוגיות ציבוריות חוקתיות. ואולם, בחלקים האחרים מבקשים לקבוע הסדר אשר באופן מעשי מוציא את בית המשפט מהתמונה גם בסוגיות החוקתיות וגם בחלק נכבד מהסוגיות המינהליות. הדברים ממש מהווים סתירה האחד לשני.*

למעשה, אם יתקבלו שני הפרקים של ההסדר המאיינים את הביקורת השיפוטית החוקתית ומצמצמים עד מאד את הביקורת השיפוטית המינהלית, אכן יש מקום לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים, אבל לכיוון הפוך לגמרי – להכללת גורמי מקצוע בלבד בהליך הבחירה.

והדברים לא נאמרים כדי לומר שאין מקום לגדר את הביקורת השיפוטית, זו בהחלט סוגיה שיש מקום לבחון אותה לעמוק. אבל צריך לשמר קוהרנטיות ושהבסיס להגבלות האלה יהיה הגיוני ומאוזן.

לכן, בעצם יש קושי בכך שהוועדה התחילה את הדיון בהרכב הוועדה לבחירת שופטים ובטח שיש קושי בפיצול ההסדר וקידומו עליו שמענו היום בתקשורת, כי קודם צריך להבין מה התפקיד שאתם מבקשים לייעד לבית המשפט כי שיטת המינויים היא נגזרת ברורה של השאלה הזו, ולא ההפך.

הוועדה לבחירת שופטים

בהתחשב בגידור ובצמצום של העיסוק של בית המשפט בסוגיות שעל הפרק, שאנחנו חושבים שהוא כשלעצמו מרחיק לכת ביותר, כל הצידוקים הנטענים ביחס להרכב הוועדה לבחירת שופטים נשמטים. כאמור, יש קושי לדון בשאלת הרכב הוועדה בשלב מוקדם זה של עיצוב ההסדר.

ואולם, גם בהתייחס למבנה הנוכחי של בית המשפט ולמקום שיש לו כיום בשיח הציבורי-עקרוני, לעמדתנו השינוי המוצע יפגע קשה בעצמאות השיפוטית שהיא עקרון יסודי בהפרת רשויות ובאמון הציבור.

ההסדר שיש היום ביחס למינוי שופטים לבית המשפט העליון בהחלט נותן מקום משמעותי להיבט החוקתי שבית המשפט דן בו - הוא משלב בין הרשויות השונות, כך שאין וטו מכריע לאף אחת מהן. יש הליך בחירה משותף שבו לא ניתן למנות שופטים לעליון בלי הסכמה של הדרג הפוליטי. ההסדר שנקבע לפני כעשור, נועד בדיוק לענות על הטענה בדבר העיסוק המוגבר של בית המשפט העליון בסוגיות חוקתיות, ולתת מקום לדרג הנבחר בהליך בחירת השופטים לערכאה החוקתית העליונה, מתוך הכרה בייחודיות של בית המשפט העליון ולצורך בגיוון.

כעת מבקשים להפוך את המינוי עצמו להליך פוליטי שבו הממשלה והקואליציה הם שיבחרו את השופטים בכל הערכאות, את נשיא בית המשפט העליון. פוליטיזציה של מערכת המשפט לא תגדיל את העצמאות השיפוטית ולא תגדיל את אמון הציבור שבה, ולכן תושג תוצאה בדיוק הפוכה ממה שהרפורמה מבקשת להשיג. הדברים נכונים ביתר שאת

בהינתן המבנה הפרלמנטרי הישראלי והחולשה המובנית של הכנסת אל מול הממשלה – מה שמעמיד את בית המשפט כרשות היחידה העצמאית אשר באמת יכולה להוות בלם על פעולות השלטון אל מול הפרט.

המודלים המקובלים בעולם

גם הטענה כי מדובר בהסדר מקובל בעולם, כפי שצינו בהרחבה בחוות הדעת, אינה מדויקת כלל וכלל. אפשר לחשוב על מודלים שונים של בית משפט שדן בסוגיות חוקתיות, וגם בהקשר הזה אין מודל אחד שהוא ואין בלתו. ואולם, המודל של בחירת שופטים נגזר בראש ובראשונה מהמבנה של הרשות השופטת. כל עוד לא מוצע על הפרק לשנות את המבנה של הרשות השופטת, אזי המבנה הנוכחי צריך להיות נקודת המוצא לדיון כולו.

בית משפט העליון בישראל הוא גם וגם – גם עוסק ואפילו בעיקר בסוגיות מקצועיות מתחום המשפט המינהלי, האזרחי והפלילי, וגם עוסק בסוגיות חוקתיות וציבוריות. ההיקף של העיסוק שלו בסוגיות חוקתיות הוא מצומצם ביותר, וגם לזה צריך לתת משקל. מכל מקום לא מדובר בבית משפט לחוקה, אלא בבית משפט מורכב הרבה יותר.

יש שונות גדולה בין המדינות, אבל ניתן לגזור מאפיינים מרכזיים של מודלים שונים, אשר אף אחד מהם אינו תואם את המודל המוצע כעת:

יש מדינות שבהן יש הפרדה בין בית משפט לחוקה ליתר הערכאות – כך הרבה המדינות המשפט הקונטיננטלי באירופה. בבית המשפט לחוקה אכן יש בחירה אמיתית של דרג פוליטי של השופטים, אבל המודל הוא מודל שכולל ביזור כוח – בחירה על-ידי בתי שונים המייצגים ייצוגיות שונה, רוב מיוחד המחייב הסכמה עם המיעוט ועוד. מעבר לזה, שבית המשפט העליון בישראל אינו בית משפט לחוקה, וכבר בכך יש כדי להקשות על גזירה שווה מהמודל הזה, לא מוצע כעת לקבוע הסדר של הסכמה רחבה של הדרג הנבחר למינוי שופטים, אלא לשליטה מלאה של הממשלה והקואליציה על בחירת השופטים. זה שונה מהתפישה הבסיסית של איך בנויים בתי המשפט באירופה – והדברים מקל וחומר בהינתן שבית המשפט העליון אינו בית משפט לחוקה. המשמעות היא שאין כללי משחק נוקשים – לא באופן ההתנהלות של הכנסת ולא במהות – מגילת זכויות אדם. בנסיבות אלה המעורבות המוגברת של הדרג הנבחר מעוררת קושי.

במדינות שבהן בית המשפט הוא בית משפט העליון הוא גם מקצועי וגם עוסק בהיבטים חוקתיים – יש מדינות שבהן הבחירה של השופטים על-ידי דרג מקצועי, יש מדינות שבהן הבחירה היא במעורבות של הדרג הפוליטי, כמו בישראל. יש גם מדינות, במשפט המקובל אבל לא רק, שהבחירה היא על-ידי הממשלה או שר המשפטים. ואולם, בחינה מעמיקה יותר של מדינות אלה מצביעה על כך שבתורה שבעל-פה ולפעמים גם בתורה שבכתב, המציאות היא שונה לחלוטין וכי בפועל הבחירה של השופטים נעשית בהליך מקצועי. עמדה על זה ועדת ונציה בהחלטות שלה על אופן מינוי בחירת שופטים בכלל, ובהתייחס לפולין בפרט. עמדנו על זה בהרחבה גם בחוות הדעת. המציאות היא איפה הרבה הרבה יותר מורכבת מאיך שהיא מוצגת בדברי ההסבר.

אכן בארה"ב יש בחירה פוליטית של שופטים, אבל המבנה המשטרי שלה כל כך שונה מאיתנו, שהוא בנוי על בלמים ואיזונים אחרים שקשה מאד לבודד אותם רק להליך בחירת השופטים. סנאט, קונגרס נשיא, הליך חקיקה שבו אין לשלטון רוב מובנה, חוקה נוקשה, קציבת קדנציות. וגם צריך לזכור כי האמון שם בבית המשפט על רקע הפוליטיזציה הוא נמוך, כך שגם בהיבט הזה התכלית שביסוד ההסדר לא תוגשם.

בישראל נבחר מודל משולב, שמבטא את הדואליות של בית המשפט, ואת ההכרה בזה שנוכח העיסוק שלו בסוגיות חוקתיות, יש הצדקה למעורבות פוליטית בבחירה שלו, אשר מייצרת את המגוון הנדרש לו טוענים ומשקל שווה לשלוש הרשויות. **אי אפשר היום למנות לבית המשפט**

העליון שופטים ללא הסכמה של הדרג הפוליטי, ויש לו השפעה ממהותית על האופי של בית המשפט העליון.

עוד אציין, כי בערכאות מקצועיות – המודל המקובל בעולם הוא בחירה או שליטה מוחלטת של הדרג המקצועי. לכן, אין תשתית השוואתית לשינוי המוצע ביחס לבתי המשפט המחוזיים, השלום, משפחה ועבודה.

הרכב הוועדה לבחירת שופטים עוצב בשנות החמישים מתוך ראיית הנולד ומתוך הבנה עמוקה על החשיבות ביצירת מערכת עצמאות שיפוטית ועצמאית שתהווה בלם אל מול הממשלה. הממשלה והכנסת כבר בתחילת הדרך ביקשו להתפרק מסמכותם למנות שופטים מתוך הבנה עמוקה כמה הדבר הכרחי במשטר הפרלמנטרי הישראלי. השינוי שנעשה לפני כעשור באופן בחירת שופטים לבית המשפט העליון הביא לידי ביטוי את ההתפתחות החוקתית בתחום זה בשנים שחלפו, שהצדיק לדעת חברי הכנסת את השינוי של הוועדה.

אין כל הצדקה לשנות היום את המבנה העדין שנרקם במהלך השנים, ולהפוך את בתי המשפט בישראל לפוליטיים. הדבר עומד במגמה הפוכה מהמגמה של מדינות דמוקרטיות בעולם, ויביא לפגיעה קשה בעצמאות של מערכת המשפט ולפגיעה קשה באיזונים ובלמים העדינים הקיימים.

***- חוקי יסוד ***

חוקי יסוד צריכים להיקבע בראייה רחבה, שלא לצורך הגשמת אינטרסים פוליטיים של רוב נתון, ובטח לא מטעמים פרסונליים, ולא בהליכים מהירים. לפיכך לעצב את המנגנון בעניין זה, אשר מכוחו יחוקקו חוקי היסוד, בדרך שאתם תחשבו שהיא הראויה והמתאימה ביותר. על בסיס הסדר כזה בהחלט יהיה מקום לדון בשאלת המקום של בית המשפט ביחס לחוקי היסוד. אך זה לא מה שההסדר המוצע עושה.

ההסדר אומר כמעט ברחל בתך הקטנה – אנחנו ברשות המכוננת יכולים לעשות מה שאנחנו רוצים, ואין עלינו שום מגבלות.

לא ניתן להסתפק באמירה שחוקי יסוד זה מה שאנחנו ניתן לו כותרת של חוק יסוד, ומתחייבת התייחסות הרבה יותר מעמיקה לסוגיה, שמחייבת בנייה מורכבת של כללי המשחק שיחולו על הרשות המכוננת.

ולכן, המלאכה בעניין זה היא רבה. קודם צריך להגדיר מהם חוקי יסוד – מה המעמד שלהם אל מול חוקים אחרים, בלי קשר למקום של בית המשפט. מה יכול להיכלל בחוק יסוד ומה לא. כל הסדר יכול להיכלל בחוקי היסוד שלנו? איך מחוקקים אותם, מה ההגבלות הדיוניות שמתאימות לחקיקה מהסוג הזה כדי להבטיח שלא יהיה שימוש לרעה בסמכות המכוננת? יש הצעות מגוונות בהקשר הזה אשר אפשר לבחור בהן כדי לצקת תוכן למונח חוק יסוד, אבל אף לא אחת מההצעות מוצעת כרגע – שכן ההסדר מבקש כאמור במפורש להסיר כל מגבלה מעל הכנסת בעניין זה.

אחרי שתעצב התפיסה המהותית ביחס לחוקי היסוד, תהיה תשתית מתאימה לדון בצמצום הביקורת השיפוטית על התוכן, שכבר היום בהתאם לפסיקה של בית המשפט מוגבלת למקרי הקצה של הפגיעה הגרעינית בדמוקרטיה.

שני החלקים של ההסדר שלובים זה בזה, ובלי החלק המהותי הראשון, אנחנו שוב מייצרים מבנה שאומר הכנסת תוכל לעשות את כל העולה על רוחה, ולבית המשפט לא תהיה הסמכות לפקח עליה, אפילו לא במקרים החריגים והקשים שבהם רוב נתון יהפוך את השיטה כולה ויפגע קשות בזכויות הפרט.

גם בעניין הזה, ההסדרה והעיצוב של חוקי היסוד והביקורת עליהם לא דומה לדיון בשאלה מהו המצב הקיים בהינתן שטרם חוקק חוק-יסוד: החקיקה – זה שוב מתמקד בשאלה האם בית המשפט הכיר בצדק או שלא בצדק בסמכות שלו במקרה קצה להעניק סעד במקרי הקצה.

ולא עוסק במהות שצריכה להיבחן עתה - כיצד ראוי ונכון לעצב הסדרים מעין אלה. ולכן, לעמדתנו התפיסה העומדת בבסיס ההסדר המוצע בכלל, ובבסיס ההסדר של חוקי היסוד בפרט והוועדה לבחירת שופטים. אין המדובר ברפורמה המאזנת בין הרשויות אלא בהסדר שמסיר מגבלות מעל הממשלה והכנסת ויוצר חוסר איזון מובהק, מעצם הטיפול בצד אחד של המשוואה בלבד.

היועצת המשפטית לממשלה קראה בחוות דעתה לשר המשפטים לקיים שיח מקצועי ומעמיק בעניין ההצעות שעומדות על הפרק – שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים והביקורת השיפוטית החוקתית, והדגישה כי יש לשם כך תעמיד את כל המשאבים הדרושים. אנו נכונים לסייע וליטול חלק בגיבוש שינויים, גם לוועדה כמובן, תוך שמירה על עקרונות היסוד והמאפיינים הדמוקרטיים. אני מקווה שקריאה זו תיענה באוזן קשבת".