

## **הרשות השופטת**

הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים





# הרשות השופטת

הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים

המועצה הציבורית: הכינוס האחד-עשר

י"ט בסיוון התשס"ג

19 ביוני 2003

אשקלון

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על-ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי  
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט  
עורכת הספרייה: יעל מושיוב  
עריכת לשון: רעיה כהן  
עיצוב גרפי וסדר: רון הרן  
רכז הפקה: נדב שטכמן  
נדפס בהתשס"ד בדפוס העיר העתיקה, ירושלים

מסת"ב 965-7091-84-5 ISBN  
© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה

אין לשכפל להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם,  
לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או  
אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר –  
כל חלק שהוא מהחומר שבספר זה. שימוש מסחרי  
מכל סוג שהוא בחומר שבספר זה אסור בהחלט  
אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

Copyright by The Israel Democracy Institute  
Printed in Israel 2004

הדברים המתפרסמים בפרסום זה מובאים בשם אומנם ובאחריותם,  
ואינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

These deliberations are made possible by the late Lyn P. Meyerhoff through her foundation and its trustees. Mrs. Meyerhoff was a staunch advocate of Israel and of democracy and believed that a better understanding of democracy in Israel is critical to its future.

## תוכן העניינים

### מושב פתיחה

- 9 אריק כרמון  
10 השופט מאיר שמגר

- 13 פרופ' רות גביזון - ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת  
24 פרופ' אהרון ברק - הרשות השופטת בישראל - היסודות החוקתיים  
37 פרופ' ידידיה צ' שטרן - מקצועיות מול ייצוגיות בשפיטה  
44 פרופ' מרדכי קרמניצר - דרכי המינוי של שופטים

### קבוצות דיון

- 55 קבוצת דיון א בהנחיית פרופ' קלוד קליין  
106 קבוצת דיון ב בהנחיית השופט אילן שיף  
160 קבוצת דיון ג בהנחיית פרופ' אריאל בנדור

### מושב סיום

- 213 דיווחי הקבוצות ודברי סיכום

### נספחים

- 263 הליך מינוי שופטים - מבט משווה  
286 ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת



מושב פתיחה :







**פרופ' כרמון, אריק** - נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה  
**השופט שמגר, מאיר** - יו"ר המועצה הציבורית, נשיא בית המשפט  
העליון (בדימוס)

**שמות הדוברים** (לפי סדר אלף-ביתי):

**פרופ' ברק, אהרון** - נשיא בית המשפט העליון  
**פרופ' גביזון, רות** - עמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה;  
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים  
**פרופ' קרמניצר, מרדכי** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה;  
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים  
**פרופ' שטרן, ידידיה צ'** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה;  
החוג למחשבת ישראל, אוניברסיטת בר-אילן

♦ **אריק כרמון:** אני רוצה לפתוח את הכינוס ה-11 של המועצה הציבורית שלנו. בדיוק לפני שלוש שנים, בראשית יולי 2000, התחלנו בתהליך, וזו בהחלט סיבה לקצת נחת רוח.

אנחנו ניגשים היום לטפל בסוגיה שאינה בדיוק בעין הסערה אבל היא יצרה התרגשויות. חשוב מאוד שהדיון שלנו היום ינתק את עצמו מהכאן ועכשיו, מפני שהכוונה העיקרית של המהלך שלנו בשלוש השנים האחרונות היא להסתכל קדימה. אנחנו רוצים לעצב את היסודות החוקתיים שמנותקים ממציאות או מהוויה פוליטית או אנושית כזאת או אחרת.

מצד שני, אי-אפשר להתעלם מהמציאות, ממצוקות של מיעוט זה או אחר כפי שהן באות לידי ביטוי. אם מיעוט טוען שהוא איבד אמון בבית המשפט, צריך להתמודד עם זה, בלי קשר לרצון שלנו להסתכל קדימה במהלך של עיצוב הרשות השופטת.

בתום שלוש שנים של דיונים ובחינה של תהליכים בחברה הישראלית בכלל, ובכנסת וסביב התהליך החוקתי בפרט, הולכת ומשתרשת ההכרה

שמדובר בהשלמת התהליך החוקתי; השלמה של התשתית שעוצבה במשך 55 שנות המדינה - מצד אחד על-ידי חקיקת חוקי יסוד, מצד שני - באמצעות הפסיקה בבית המשפט העליון.

עם זה, המאמץ להשלים את המהלך החוקתי מעלה רעיונות ומחשבות על שיפור; וסביב המתודולוגיה הזאת אנחנו נתכנס כאן. אחת משאלות הרקע בסוגיית הרשות השופטת במדינת ישראל בראשית שנות האלפיים היא בעניין מקומו של הדיון הנורמטיבי בחברה שסועה כל-כך, רבת גוונים כל-כך.

אני משוכנע שהיושב ראש שלנו, השופט שמגר, יסלול בהערותיו את הדרך לדיון. בכינוס הקודם עדכנתי את המועצה בעניין המאמץ לסרטט "עסקה" שנעשה במכון הישראלי לדמוקרטיה כבר חמישה-שישה חודשים. אנחנו מבודדים את אבני הנגף בדרך להשלמת החוקה ובודקים מה אנחנו יכולים להציע לשיח הציבורי בכלל ולוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת בפרט כדי להאיץ את השלמת המהלך הזה.

אנחנו עומדים די קרוב להשלמת המאמץ. בנובמבר נקדיש כנראה כינוס ארוך יותר של המועצה הציבורית לסוגיה הזאת.

אני רוצה לבקש מהשופט שמגר, יושב ראש המועצה הציבורית, לפתוח.

♦ **מאיר שמגר:** הדיון היום יוקדש למערכת השיפוטית, ואקצר בדברי הפתיחה שלי.

בשנת 1950 קיבלה הכנסת את החלטת הררי. לפי החלטה זו תיגש ועדת חוקה חוק ומשפט לחקיקתם של חוקי יסוד - "חוק יסודי" כפי שכתוב בהחלטה - ואלה ישולבו בסופו של דבר לחוקה אחת. מאז חוקה הכנסת שורה של חוקי יסוד. הראשון שבהם היה חוק יסוד הכנסת. הוא התקבל בכנסת ב-1958, שמונה שנים אחרי קבלתה של החלטת הררי. כבר בחוק היסוד הראשון התעוררה השאלה איך מעניקים מעמד-על להוראה מסוימת שנראתה אז חשובה לחברי הכנסת - ההוראה בדבר שיטת הבחירות.

השיטה שננקטה אז הייתה שיטה של קביעת חובה כמותית, דהיינו, חובה שיצביעו בעד התיקון רוב חברי הכנסת, והיא מצאה את ביטויה בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת. ב-1992 התווסף מגוון נוסף של קביעת נורמה בדבר עליונות הוראות החוקה: בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נאמר שאין לחוקק ואין לפגוע בחירויות המפורטות בחוק היסוד המדובר אלא בכפוף לתנאים מסוימים שעניינם תוכן החקיקה, כלומר - מבחן מהותי. כמובן שהן בעניין הרוב המיוחס והן בעניין המבחן המהותי, הנדרש כדי

לפגוע באחת מן החירויות, מתחייבת הוראת חוק שיש בה כדי לפקח על האופן שבו הכנסת מפעילה את סמכותה וכדי לבקר אותה, בהתאם לאמרה הרומאית הידועה שומר על השומרים. הדרך שנבחרה הייתה הדרך המקובלת ברוב רובן של הארצות הפועלות לפי שיטת המשפט האנגלו-סכסית ולפיה סמכות הפיקוח השיפוטי החוקתי נתונה בידי בית המשפט. זה תפקידו המהותי של בית המשפט, ואין לי אלא לשוב בקצרה אל דברים שהדגיש השופט מרשל, נשיא בית המשפט העליון (זקן השופטים) של ארצות-הברית ב-1803, בפסק הדין הידוע של מרבורי נגד מדיסון: תחומה וחובתה של הזרוע השיפוטית הוא לקבוע מהו הדין; מי שמיישם את החוק במקרה מסוים חייב בהכרח להבהיר ולפרש את הכלל המשפטי. אם שני חוקים סותרים זה את זה, בתי המשפט צריכים להחליט על מידת תוקפו העדיף של אחד מהם. במילים פשוטות, מה שנקבע אז בארצות-הברית הוא שבית המשפט הוא הקובע אם יש סתירה בין החוקה לבין חוק רגיל שמתקבל בקונגרס. זהו הגורם אשר מקיים את ה-Judicial Review, דהיינו את הפיקוח השיפוטי על התאמת חקיקה רגילה להוראות החוקה הנמצאת במדרג גבוה יותר.

בשנת 1969 התעוררה בפעם הראשונה השאלה אם חוק מימון המפלגות שנתקבל אז בכנסת תואם את העיקרון שניתן לו ביטוי בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, היינו העיקרון של שוויון הבחירות. בית המשפט העליון יישם אז את המבחן הקוונטיטטיבי, את המבחן של רוב חברי הכנסת, וקבע שהואיל והצביעו רק 24 במקום 61 לפחות, אין לתת תוקף לחוק. עקב כך חוק המימון לא קיבל תוקף. במקומו חוקקה הכנסת חוק חדש, והוא אכן התקבל בכל אחת מקריאותיו ברוב של 61. כלומר, בית המשפט העליון במקרה הראשון שנקרה בדרכו קבע ברורות שדרך הפיקוח על חוקיותה של הוראת חוק, היינו על התאמתה להוראת החוקה, היא דרך הפיקוח השיפוטי על-ידי בית המשפט. יתרה מזו, הכנסת קיבלה ואימצה דרך זו בכך שחוקקה חוק חדש והקפידה על קבלתו ברוב של 61 חברי כנסת לפחות.

להשקפתי, אין חשיבות לכך שהנושא של סמכות בית המשפט לא עלה לדיון בבג"ץ ברגמן: היועץ המשפטי לממשלה דאז, הוא הדובר כאן, לא העלה טענה של היעדר סמכות. אני חושב שזה היה מכוון. טענתי אז לפני בית המשפט שאחת מן השתיים: אם החוק הרגיל הזה תואם את חוק היסוד, צריך לאשר אותו; אבל אם אין התאמה, בית המשפט צריך לבטל את החוק.

עניין הפיקוח השיפוטי היה מוסכם על המדינה, ובמשפט האמור ייצג אותה היועץ המשפטי לממשלה.

לכן בשלבים מאוחרים יותר, כאשר עלתה שאלה אם נהגו על פי המבחן של סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו - ובסעיף הזה יש מבחן מהותי, איכותי ולא מספרי - מדרך הטבע בית המשפט העליון צריך לדון בפיקוח השיפוטי, כי הוא הגוף בעל הסמכות האינהרנטית לבחון חוקיות וחוקתיות. השופט מרשל אמר בפסק הדין בפרשת מרבורי: או שהחוקה היא חוק עליון שמעמדו מעל לכל חוק ולכן היא אינה ניתנת לשינוי בדרך הרגילה או שיש לחוקה מעמד שווה למעמד של כל דבר חקיקה מן השורה. לכן אפשר לשנות אותה כל אימת שבית הנבחרים ירצה בכך. אם החלופה הראשונה היא נכונה - זאת אומרת אם יש מעמד עליון לחוקה - הרי אם דבר חקיקה רגיל סותר את החוקה, הוא אינו תקף; אבל אם החלופה השנייה היא הנכונה - היינו, כל החוקים שווים, החוקה והחוק הרגיל - אזי חוקות כתובות הן בגדר ניסיון אבסורדי וחסר ערך של העם להגביל סמכות אשר מעצם טיבה אינה ניתנת להגבלה.

במילים פשוטות השופט מרשל אמר: אם אתם רוצים חוקה שיש בה נורמות שמחייבות גם את הכנסת בבואה לחוקק חקיקה רגילה, אזי אם יש סתירה בין חוק רגיל לחוקה, אתם צריכים לתת לבית המשפט להחליט, כפי שעשה בפרשת מרבורי. לעומת זאת, אם אתם אומרים שכל החוקים שווים ושהכנסת יכולה לחוקק איך הועיל העם בכך שחוקק אותם?

ברוב הארצות בעלות שיטת משפט דומה לשלנו יש פיקוח שיפוטי על-ידי בית המשפט; והוויכוח היום, במליאה וגם בוועדות, ייסוב על השאלה אם זאת השיטה הראויה, אם זאת השיטה המועדפת.

♦ **אריק כרמון:** יש לנו ארבעה פותחים, ואני רוצה לבקש מחברתי פרופ' רות גביון להיות הראשונה.

## ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת

♦ **רות גביזון:** אני סבורה שתפקידי היום אינו להציע הסדר, אלא לנסות ליצור תשתית שבתוכה הדיון שלנו יהיה פורה יותר. אחד הדברים שכולטים בעיניי בוויכוח שמתנהל היום הוא שמצד אחד כולם מודים שהוויכוח הזה מלווה את החברה הישראלית מאז תחילת החשיבה על החוקה. עניין מעמד הרשות השופטת לעומת הפרלמנט הוא אחד מן הנושאים שהועלו בדיון בהחלטת הררי ב-1950 והוא אחד הנושאים החשובים שמעכבים את היזמות להשלים את המהלך החוקתי; זאת אומרת, יש מחלוקת כאילו רצינית מאוד וארוכת ימים. מצד שני, הרבה מהדוברים על הנושא הזה אומרים שיש פה פשוט הרבה מאוד אי-הבנות, ואם רק נבין מה קורה, מיד נראה שיש פתרון אחד שהוא הפתרון הנכון. יש איזה שהוא מתח בין שני הדברים האלה, כי לכאורה בחברה רצינונית, אם הבעיה היא שלא מבינים - אז לומדים ומבינים ועושים מה שצריך; ואני רוצה לנסות להסביר למה באמת יש פה מתח, למה הוויכוחים האלה הם ויכוחים שלא קיימים רק אצלנו, אלא הם אימננטיים לרעיון של מבנה של רשויות שלטון ולמה זה לא מקרה גם במדינות שיש להן חוקה ויש להן מסורת מאוד מאוד מסודרת כמו אנגליה וארצות-הברית שהוויכוחים שאנחנו עוסקים בהם קיימים ומתמשכים. יש בהם עליות, יש בהם מורדות, אבל בבסיס הוויכוחים האלה הם חלק מהמאבק המתמשך על השאלה איך מחלקים את הכוחות בחברה מסודרת.

הנחת היסוד שלי היא שכל האנשים שאנחנו רוצים לדבר אִתם הם אנשים שמחויבים לדמוקרטיה, לשלטון חוק ולזכויות אדם. אני לא חושבת שאנחנו רוצים לדבר עם אנשים שסדר היום המובהק שלהם או אפילו סדר היום הנסתר שלהם הוא שהם אינם רוצים את הדברים האלה - שלושתם. אני חושבת שדווקא מפני שזאת הנחת היסוד, חשוב מאוד שלא לתת לאף אחד מהצדדים "לנכס" אף אחד מהאידאלים האלה, כי הוויכוח הוא לא אם אנחנו רוצים דמוקרטיה וזכויות אדם ושלטון חוק - על כך התשובה היא כן - הוויכוח הוא איך אנחנו משיגים אותם. חילופי הדברים בין נשיא בית המשפט העליון ויושב ראש הכנסת בבית הנשיא בשבועות האחרונים מגלים בבירור ששניהם סבורים שהם מדברים בשם הדמוקרטיה; ויש לנו פה איזה שהיא תעלומה מה קורה עם מושגי היסוד שלנו.

אחד הדברים שאני למדתי הוא שמפעם לפעם טוב לחזור למושכלות ראשונים, מפני שהם בסך הכול הבסיס לחשיבה שלנו. אנחנו עכשיו בעידן שהוא לא טוב לחשיבה חוקתית, מפני שיש בו הרבה מאוד רעש במערכת והרבה מאוד רצון לשנות. לא טוב לשנות חוקה בתוך לחץ של אירועים זמניים, מפני שאירוע זמני יוצר רצון לתקן משהו שנראה לא-תקין, ואילו חוקה מדברת על תפיסה מערכתית של איזונים ובלמים, ונדמה לי שחשוב מאוד דווקא לאנשים שחושבים על חוקה לא להיגרר לענייני השעה. ברור לגמרי שאי-אפשר להתנתק מן השעה, כמו שאמר פרופ' כרמון, ושיכול גם להיות שדיון והבהרה חוקתיים יניבו שינויים מקומיים. הדבר הזה, לא זו בלבד שאינו שלילי, אלא הוא אף יכול להיות חיובי. אבל אנחנו בכל זאת, מבחינת חלוקת העבודה שלנו, רוצים לשמור על ההבחנה ולדבר על מושכלות היסוד. מושכלות היסוד החוקתיות הם שיש לנו רצון לבנות את הכוחות השלטוניים. יש גישה האומרת שמדובר בסיפור פשוט: שלוש רשויות מרכזיות ושלוש פונקציות שלטוניות מרכזיות, וכל אחת מהרשויות העיקריות תעסוק אך ורק בפונקציה שלטונית מרכזית אחת ותהיה נפרדת מהרשויות האחרות; רשות מבצעת עוסקת בביצוע, רשות מחוקקת עוסקת בחקיקה ורשות שופטת עוסקת בשפיטה. והערובה המרכזית לחירות היא הפרדת הרשויות - הכוח מתחלק לרשויות לפי הפונקציות, והרשויות נבדלות זו מזו.

הדימוי הזה לא רק שאיננו אפשרי - מפני שאין רשות שיכולה לפעול רק בתוך הפונקציה שלה - הוא גם אינו רצוי. אולי הדוגמה ההיסטורית הטובה ביותר היא שמונטסקיה בחר את המודל האנגלי, והמודל האנגלי הוא מודל מובהק בלי הפרדת רשויות. אנחנו רואים בעצם הימים האלה ניסיון של האנגלים לשפר קצת את מצב הפרדת הרשויות שלהם על-ידי פירוק בית הלורדים - הערכאה השיפוטית העליונה - והפרדתו מבית הלורדים כרשות מחוקקת.

מודל שיש בו הרבה יותר הפרדת רשויות הוא המודל האמריקני, אבל גם שם המודל של הפרדת רשויות הוא חלקי במובן הטבעי שהרשויות אינן נפרדות לגמרי, אלא שיש ביניהן חפיפה ברמה הפונקציונלית. כל אחת מהרשויות עושה כל אחת מן הפונקציות. הדבר הזה יוצר מצב הכרחי בדמוקרטיה: בין הרשויות האלה יש משטר של איזונים ובלמים. זאת אומרת, כל אחת מהרשויות האלה, נוסף על העיסוק בפונקציה המרכזית שלה - חקיקה, שפיטה או ביצוע - עוסקת גם בפעולות

שמגבילות את פעולות הרשויות האחרות ומפקחות עליהן. זה המבנה הנכון, והוא גם מאוד חסכוני, מפני שיש פה בעיה עקרונית, וכפי שאמר השופט שמגר - מי ישמור על השומרים?!

אם יש רשויות נפרדות, אז לכל אחת מהן יש כוח עליון, ובאף אחת מהן אסור לגעת, ולכן לכל אחת מהרשויות האלה יש כוח בלי בקרה. אנחנו רוצים שעל כל אחת מהרשויות תהיה גם בקרה. אנחנו גם לא רוצים לעשות רגרסיה אין-סופית של גופים, ושכל אחד מהם רק יבקר מישהו אחר, אלא צריך שאת פונקציית הבקרה יעשה מישהו שיש לו כוח אחר במערכת, ולכן ההיגיון היסודי החוקתי של מערכת של איזונים ובלמים הוא שלכל אחת מהרשויות הקיימות, נוסף על הסמכות העיקרית שלה, יש גם סמכויות לרסן את הרשות האחרת.

הדבר הזה קורה בכל מיני דרכים, אחת מהדרכים הבולטות בשיטות מסוימות היא למשל שהליך החקיקה מבוסס על שיתוף פעולה בין הממשלה, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. יש רשויות מחוקקות שיש בהן שני בתיים. גם שם יש איזה שהוא משחק בין רכיבים שונים של הרשות המחוקקת. יש מצב כמו בארצות-הברית: וטו נשיאותי יכול לאפשר חקיקה רק ברוב מיוחס.

יש מנגנון של יחסי גומלין בין הרשות המחוקקת והמבצעת. גם ברשות השופטת אנחנו רוצים שתהיה איזו שהיא אחריות, אבל ברשות השופטת, להבדיל מאחרות, יש בעיה מבנית נוספת: אנחנו רוצים לתת לה עצמאות ואי-תלות, ולכן אנחנו צריכים להיות זהירים מאוד במנגנון ה-Accountability (אחריות דיווח) על הפעלת הכוח של הרשות השופטת. הדרך שבה הדבר הזה מושג בדרך כלל היא קביעת כהונה בלי הגבלה או כהונה למשך זמן שבו אי-אפשר להרחיק שופט בשל החלטתו. זה יוצר אי-תלות מבחינת האופן שבו השופט מחליט, אבל זה יוצר גם בקרה על ידי כל מיני אלמנטים של הרשויות האחרות - תנאי שכר, מספר השופטים, דרכי המינויים.

במקביל לקשרים בין הרשויות, יש מדרג נורמטיבי. המדרג הנורמטיבי מורכב מכמה שלבים: חוקה, חוקי יסוד, חוק, חקיקת משנה ואקטים אינדיבידואליים. ולהבדיל מהמצב בין הרשויות והפונקציות, מצב מעורב שבו כולם עושים פחות או יותר הכול ולכן לא ברור מי עליון ומי תחתון, פה - במדרג הנורמטיבי - יש הייררכייה ברורה.

השאלה בשיטות משפט שונות היא לא אם קיימים חוקה וחוקי יסוד. ברוב שיטות המשפט שאנחנו מכירים אין הרבה מחלוקת בשאלה אם

יש להם חוקה עליונה. בשיטת המשפט הישראלית יש ויכוח מתמשך לפחות מ-1992 לא בשאלה אם טוב שתהיה חוקה או מה המשמעות של חוקה אלא בשאלה המקדמית אם יש חוקה. מקצת מהבעיה של המחלוקת הבלתי-פוסקת על תפקיד הרשות השופטת נובע מהעובדה שאין לנו בהירות, ולכן כדאי להכריע בשאלה אם יש לנו חוקה.

ברור שיש לנו חוקי יסוד, אבל מה מעמדם? האם חוקי היסוד הם באמת במדרג נורמטיבי גבוה יותר או האם הם שווים? אין ספק שיש לנו הדירוג בין חוק, חקיקת משנה, לאקטים אינדיבידואליים. לכאורה יש בכך כדי לומר שמכיוון שכך, אם ניקח רק את החוק ומטה, אז הרשות המחוקקת, בהיותה מופקדת על החקיקה, היא הרשות העליונה. זה נכון לכאורה, מפני שהיא יוצרת את החוק, ושלטון החוק אומר שהממשלה צריכה לפעול לפי חוק, ואנחנו יודעים שהרשות השופטת קובעת מתי הרשות המבצעת חורגת מסמכותה. אבל ברור לגמרי שאם נגיע למצב של חוקה וחוקי יסוד או אפילו למצב כמו שהתחיל להיות לנו בשנים שלפני 1992, מצב שדיברנו בו על האפשרות לבקר ביקורת שיפוטית את הרשות המחוקקת מכוחם של ערכי יסוד, אז המצב יהיה כזה שבו יש מישהו שמגביל גם את המחוקק. גם בשיטה שאין בה הגבלה משפטית על המחוקק, יש הגבלות על המחוקק, הגבלות פורמליות, קונבנציונליות, פוליטיות. אבל השאלה היא אם יש הגבלה משפטית על המחוקק, ומאז 1992, במובן מסוים, חלקית לפחות, יש הגבלה משפטית על המחוקק הראשי. תמיד השאלה היא מי מפעיל את המסורת הזאת, וכמובן מתעוררת השאלה החשובה שהעלה הנשיא שמגר, מי שומר על השומרים.

מה מערך הבקרה על הפעלת הכוח של אלה שאנחנו רוצים לתת להם גם כוח להגביל את הרשות המחוקקת? אני חושבת שעולה בבידור מהתמונה ההיא שדמוקרטיה לא שוללת ביקורת שיפוטית, אבל גם לא מחייבת ביקורת שיפוטית. בוודאי שדמוקרטיה לא נותנת תשובה לשאלה איך אנחנו בונים את הרשות השופטת. בכל שיטה יש תמיד קצת בלגן היסטורי, אבל יש שני מודלים טהורים: המודל הראשון הוא המודל האנגלוסקסי. בגדול, זה מודל של ערכאות כלליות עם קדקוד אחד - כל המערכת השיפוטית היא מערכת הייררכית; עולים בה מלמטה למעלה; מתחילים בכל הסכסוכים מלמטה; יש הרהורים בכל מיני רמות; יש קצת חלוקת עבודה פנימית בתוך המערכת, אבל בבסיס המבנה הוא משולש, וכל העניינים - פליליים אזרחיים ומנהליים - ואם יש, אז



גם חוקתיים - מתחילים מלמטה, מפני שהם חלק מהתפקיד של שופט. שמענו את זה עכשיו בבירור רב בהחלטה של מרבורי נ' מדיסון. השופט תפקידו ליישם את החוק; כדי ליישם את החוק השופט חייב לקבוע מהו החוק; אם יש מדרג נורמטיבי, הקביעה מהו החוק כוללת קביעה של התאמת החוק לנורמות העליונות יותר, ולכן חלק מהתפקיד השיפוטי, בהגדרה, הוא הקביעה של העמידה של מה שמתיימר להיות חוק בדרישות של המדרג הנורמטיבי. גם כשיש שיטה מהסוג הזה, לא בהכרח נכון שכל שופט יעשה כל הזמן כל דבר. אפשר יהיה לעשות באופן לא-פורמלי חלוקת עבודה כזאת שעיקר העניינים החוקתיים או אפילו המנהליים יהיו ברשות עליונה. אבל בעיקרון, מבחינת מהות השפיטה, התפקיד כולל ערכים וכולל שקלולים וכולל איזונים, והדבר נכון בכל ערכאות השפיטה.

המודל השני הוא המודל הקונטיננטלי. זה מודל שאומר קודם כול ששפיטה זה תפקיד די ביורוקרטי. כמובן שגם שם יודעים שיש יצירה שיפוטית, וזה לא רק עניין טכני. אי-אפשר ליישם בשיטת הפטיפון. זה לא רק שאתה מזהה מהו החוק ואז אתה מיישם אותו, אבל שפיטה, בעיקרון, זה יישום של נורמות שמישהו אחר קבע, והתפקיד של יצירת הנורמות והעיצוב שלהן הוא תפקיד למקומות אחרים, ברמה של החוק הראשי בכנסת, ברמה של הרשות המחוקקת, ברמה של חקיקת משנה במקומות שמוסמכים לחוקק חקיקת משנה. התפיסה הזאת אומרת שתפקיד השפיטה הוא תפקיד שיש בו רכיב מנהלי גדול מאוד, רואים אותו פחות או יותר כ-Civil Service. יש כאן מסלול הכשרה מיוחד. עושים חלוקת עבודה בין האזרחי, הפלילי והמנהלי, ויש עבודה לכל אחד מן התחומים האלה. יש מנגנון קידום עם בית המשפט העליון. בשיטות מהסוג הזה שרוצות ביטול של חוקים יש קביעה תורת-משפטית, לא רק היסטורית מעשית, שהפונקציה של ביטול חוקים שונה מהותית מהפונקציה של פירוש חוקים, אף כי פירוש חוקים הוא פונקציה מאוד מאוד חשובה. פירוש חוקים הוא עניין קריטי לתפקיד השיפוטי. ביטול חוקים הוא התערבות בפעולה החקיקתית, והייחוד שאנחנו נותנים לתפקיד של בית משפט לחוקה הוא בסמכות לבטל חוקים של המחוקק העליון.

בדרך כלל בשיטות האלה יש הבדלים מאוד בולטים בשיטת המינויים בין מערכת בתי המשפט הרגילים למערכת בית המשפט לחוקה: בבית המשפט לחוקה, המשפטנים הרבה יותר בכירים, מקצתם בעלי רקע

שיפוטי, מקצתם בעלי רקע ציבורי, והבחירה לבית המשפט לחוקה היא בחירה הרבה יותר פוליטית. היא מבוססת על הסכמה רחבה ברשויות הפוליטיות, והיא מוגבלת בזמן.

אלה הם שני המודלים התאורטיים, והבעיה במשפט הישראלי היא שאצלנו, כמו בהרבה דברים, השיטה מעורבת: היא הייתה שיטה מעורבת מבחינה היסטורית, ועם השנים נעשתה שיטה מעורבת יותר ויותר.

קיבלנו מהשלטון המנדטורי מערכת אנגלוסקסית משולשת כזאת: ערכאות ראשונות שמטפלות באזרחי ופלילי - בתי משפט השלום; ערכאה מעורבת שמטפלת בעניינים גדולים יותר או חשובים או מסובכים יותר מהערכאה הראשונה ושומעת ערעורים בזכות על בית משפט השלום - בתי המשפט המחוזיים; בית המשפט העליון שיש לו פונקציה של בית משפט לערעורים - בזכות, על בית המשפט המחוזי או ברשות, על בית משפט השלום. האנומליה הישראלית הראשונה היא שבית המשפט העליון יושב בעניינים מנהליים בערכאה ראשונה בבג"ץ. האנומליה הזאת נובעת מההיסטוריה של המשפט המנדטורי: לא רצו לתת את העניינים האלה לבתי המשפט הילידיים, שהיו הנמוכים יותר, רצו להפקיד את זה בבית המשפט העליון, שהוא בית המשפט שבו ישבו גם או בעיקר שופטים אנגלים.

אנחנו אימצנו את המודל הזה, ולכן יש לנו בית משפט עליון שיש לו סמכות ראשונית גדולה.

עכשיו יש לנו חלוקת עבודה, יש לנו כמה ערכאות מתמחות, אבל גם הן כפופות לבית המשפט העליון. לבית המשפט העליון יש עוד סמכויות ראשוניות - לא רבות, אבל חשובות - למשל בעניין הבחירות: ערעורי בחירות הולכים לבית המשפט העליון. יש עכשיו גם בתי המשפט המנהליים. רואים בהם על-פי חוק יחידה בתוך בתי המשפט המחוזיים. הם פותחים מסלול מנהלי נפרד, מסלול שאיננו בג"צי, אבל הוא מאפשר לבית המשפט העליון לשבת גם בערעורים על בית המשפט המנהלי בשבתו כבית משפט מחוזי בערכאה ראשונה. זאת אומרת, בית המשפט העליון משמש ערכאה שנייה בעניינים מנהליים, אבל יש לו גם סמכות ראשונית בעניינים מסוימים.

אי-אפשר להבין את התפקיד של מערכת שיפוטית, ובכלל את חלוקת העבודה בין הרשויות, בלי להבין את החברה שעליה אנחנו מדברים. בחברה הישראלית קרו תהליכים חשובים, חשובים לנו כדי להבין מה

הבעיה שעומדת לפנינו היום. קודם כול, מבחינה פוליטית השתנו שינוי יסודי היחסים בין המרכז לפריפריה במישור הפוליטי. זה התחיל אחרי מלחמת ששת הימים וקיבל תאוצה ב-1977, עם המהפך הראשון. אין לנו היום עוד מצב כמו בעשורים הראשונים של המדינה - מפלגת ציר אחת שסביבה בנוי הקונסנזוס הערכי בחברה, מה שברוך קימברלינג קורא 'שלטון האחוסלים' - האנשים שהם המדינה לעומת השאר - אנשים שהם ביחסים שונים של להיות נסבלים, להיות שותפים. אז היתה חברה של "בלי חירות ובלי מק"י" חברה מאוד מאוד ציונית, מאוד מאוד מגויסת וגם די חילונית - אם כי בשלב הזה לא אנטי-דתית. הדבר הזה השתנה גם בגלל העניין הדמוגרפי: תנועה עצומה של כל מיני קבוצות חדשות של יהודים, עלייה מאוד גדולה בכוח הפוליטי הדמוגרפי הציבורי של יהודים יוצאי המזרח דווקא. יש לנו שינוי ביחסים ובסדר היום הציבורי של המפלגות הדתיות והחרדיות ובמקום שהן תופסות בציבוריות הישראלית. יש לנו היום מאבק הרבה יותר פעיל של כוחות שהיו בשוליים ושרוצים להיכנס למרכז. תחושה של הגברת הבולטות של המחלוקת הפנימיות בתוך החברה הישראלית גרמה לדבר הזה, והיא גם שהניעה אותו. אבל היא גם תוצאה של הכורח הקיומי שאי-אפשר שההגמוניה תימשך. הכורח הקיומי הזה קצת פג. עכשיו אולי יש התחלה כלשהי של חזרה לאיזו שהיא רטוריקה של שיה, של הסכמה, ואולי גם של חוקה. אבל הייתה תקופה ארוכה מאוד שהכוחות החזקים בחברה הישראלית היו כוחות מפרידים, כוחות שעוררו דיסוננס. ברגע שיש כוחות שמחזקים את השסעים, השאלה של זהות מנגנוני קבלת ההחלטות נהיית הרבה יותר חשובה, כי כשהחברה פחות או יותר מתיישרת סביב ערכים מסוימים, אז מנגנוני קבלת ההחלטות שמעצבים, מחזקים, תורמים, מנחילים את המערכת הזאת אינם שנויים במחלוקת ואינם צריכים לגיטימציה - בכנסת, בממשלה ובבתי המשפט. לעומת זאת, כשהחברה מתחילה להיות הרבה יותר שסועה, מקוטבת ובעלת תחושה שיש קונפליקט של אינטרסים בתוכה, אז הזהות של מקבלי ההחלטות בכל הרמות הופכת הרבה יותר חשובה. הדבר הזה גרם בין השאר לחולשה מאוד גדולה של המערכת הפוליטית וקושי ניכר לקבל החלטות. אנחנו רואים מעבר בתוך המערכת הפוליטית בין ממשלות אחדות משותקות ובין ממשלות צרות שאין להן לגיטימציה. יש לעתים תקופות של שיתוק ארוך ברמה הפוליטית, תקופות של תנועה ברמה הפוליטית שיש אליה התנגדות גדולה. אותו דבר קורה

ביחסי דתיים-חילוניים, אותו דבר בשסע היהודי-ערבי: בולטות גדולה של מחלוקות וכשל של המערכות הפוליטיות לטפל בהן. בעקבות זאת נוצר לחץ גדול מאוד על המערכת המשפטית. ראו בה מערכת מעל למחלוקת. הטרגדיה היא שברגע שהכוחות הפוליטיים שכבר לא יכלו להשיג את מטרותיהם דרך המערכת הפוליטית התחילו לפנות אל בית המשפט כדי לקבל אצלו את ההישגים שלהם, נוצר מצב שמצד אחד - בית המשפט נקרא למלא את התפקידים שהמערכת הפוליטית לא יכולה למלא, מצד שני, כמובן - כשהוא מנסה למלא אותם בדרך שהוא יכול, הוא מקבל התקפות מהצדדים שמבחינה פוליטית מרגישים נפגעים מהפסיקה שלו. דרך אגב, דבר מרתק שאנחנו רואים עכשיו במערכת הפוליטית זה התחלה של פנייה שיטתית של הימין אל בית המשפט.

עוד דבר קרה במערכת הפוליטית, והוא סימפטי פחות מהמחלוקות. מחלוקות זה דבר טבעי בדמוקרטיה, ואפילו דבר חשוב בדמוקרטיה; אבל יש גם ציניות וכוחנות והשחתה במערכת הפוליטית. והשאלה איך להילחם בהן היא שאלה קשה מאוד. זה יצר לחץ גדול על המערכת המשפטית, ובצדק ראו בה מערכת שאמורה לעמוד בפרץ. אבל המאבק הפוליטי על הנורמות הציבוריות גורם למתח ביחסים האלה.

בשנות החמישים והשישים בעצם לא היה ויכוח על העקרונות של המערכת השיפוטית שלנו, על המבנה שלה, על שיטת המינויים אליה. בסך הכול הייתה הרגשה שהמערכת השיפוטית ממלאת את תפקידה טוב, והיה אמון מאוד גבוה במערכת השיפוטית.

מאז קרתה משפטיזציה, כשם שתיארתי עכשיו: צורך גדול יותר של המערכת הפוליטית והציבורית לפנות אל בית המשפט, היענות מסוימת של בית המשפט לעניין הזה על ידי ביטול של מחסומי מקום עמידה, על ידי הקלה בתנאי הסף, על ידי הרחבת הביקורת שהוא מעביר על ראיות אחרות, על ידי התערבות יותר גדולה בעניינים של טוהר המידות ועל ידי עידון מסוים או צמצום מסוים של הלכת השפיטות.

המשפטיזציה הזאת גורמת גם לנטייה גוברת במערכת להשתמש בכלי של המשפט הפלילי כדי לטפל בהשחתה של המערכת. שימוש במשפט הפלילי יש בו קלון. זה פוסל קריירות ציבוריות, זה מעורר מתח מאוד גדול בין מערכת אכיפת החוק ובין המערכת הפוליטית. זה יוצר מתחים שכבר לא היו בזמן ועדת אגרנט על סמכויות היועץ המשפטי, וזה אחראי במידה מסוימת לרעש סביב הפרקליטות. זה גם הניב את הוויכוח על האקטיביזם - השאלה אם בית המשפט באמת יותר

אקטיביסט; האם הוא לא אקטיביסט; האם טוב שהוא אקטיביסט וכדומה. אינני רוצה להיכנס לסוגיה זו כאן, אבל אין ספק שיש היום תפיסה של מחלוקת בציבור הישראלי על המקום של בית המשפט העליון כבג"ץ בחברה הישראלית.

בית המשפט שלנו זהיר מאוד, והוא מתערב מעט מאוד. אבל יכול להיות שהבעיה עם האקטיביזם אינה רק במה הוא מתערב, אלא גם במה הוא מזמין התערבות ובמה הוא מזמין דיון. פה נדמה לי שאין מחלוקת שהיום הרבה מהשאלות הפוליטיות מתנהלות חלקית לפחות בבית המשפט.

התהליך האחרון, השלישי, תומך גם בשני התהליכים האלה. זהו תהליך של חוקתיזציה בעניין הסמכות של ביקורת שיפוטית, וזה רק חלק מהתמונה הזאת.

הוויכוח מ-1992 אם יש סמכות כזאת, אם טוב שתהיה סמכות כזאת, אם טוב שתהיה סמכות כזאת בהיעדר חוקה, אם לא צריך לחכות שתהיה חוקה שלמה כדי לתת סמכות כזאת - עדיין קיים. הוא כל הזמן מתפתח. אני מניחה שנשמע עליו יותר היום. אבל הוויכוח הזה גרם לבעיה של לחול חוסר-ודאות אל תוך המערכת השיפוטית, מפני שהמערכת הישראלית קיבלה את המודל של המשפט המקובל (Common Law) - מודל שנותן לכל בתי המשפט סמכות לבקר ביקורת חוקתית. אז בפורטוגליה, גם אם בית משפט שלום לא יבטל חוק, הוא אמור לשאול אם החוק חוקתי. זאת אומרת, השתנה סוג הטענות שעורכי-דין מעלים והשופטים צריכים להתמודד אתן. גם פרשנות תכליתית היא פיתוח של השנים האחרונות. כל הדברים האלה יוצרים פחות ודאות אשר למהות החוק, ולכן הם מטילים נטל גדול יותר על השופטים להפעיל יצירתיות וטיעונים ערכיים. לכן יש לנו איזו שהיא תחושה בכל המערכת שהשופטים ממלאים פחות את תפקידם היישומי וממלאים יותר תפקיד יצירתי-ערכי.

בתוך המערכת השיפוטית יש קודם כול תופעה רחבה מאוד של עומס. המערכת סתומה בכל הדרגות שלה, קצת בגלל גידול האוכלוסייה וגידול לא מספיק במספר השופטים, קצת בגלל נטייה גדולה מאוד שלנו להתדייניות משפטיות - עכשיו מנסים לטפל בה על-ידי פיתוח ועידוד של מנגנונים חלופיים - קצת בגלל חוסר יעילות של המערכת, כמו בכל המערכות. אבל בעיית העומס גורמת למצבים קשים מאוד. היא הולידה כל מיני ניסיונות טיפול - ועדת לנדווי, ועדת אור. מקצת

מהתוצאה הוא שיש העברה שיטתית של יותר ויותר סמכויות לבית משפט השלום, לפחות ברמה שבה אפשר לעשות את זה בלי חקיקה, כי הכנסת אמביוולנטית בעניין המהלך הזה. משום כך יש לנו בתחום המשפט האזרחי ריכוז של רוב העניינים בבית משפט השלום בניסיון להפוך את בית המשפט העליון לאט לאט למוסד שמטפל בפחות מקרים, כי בבית המשפט העליון יש עומס בלתי-נסבל של מקרים שיש בהם יותר חשיבות עקרונית.

יש פה שתי מגמות שונות: מצד אחד, הלחול לתוך המערכת הזאת של המשפטיזציה, החוקתיזציה, האקטיביזם; מצד שני, בידול של בית המשפט העליון בתור בית משפט שבעיקרו של דבר עושה משפט מינהלי ועושה משפטים בעלי משמעות ציבורית גדולה.

הנושא האחרון שלנו היום הוא מינוי שופטים. באופן קלסי, המערכת של מינוי שופטים אצלנו מבוססת על קונסנזוס. מה שקרה במערכת של מינוי השופטים שלנו הוא שמצד אחד הקונסנזוס היה מבוסס על זה ששופטים בעצם עושים אקטים אינדיבידואליים ולא מתעסקים התעסקות מלאה, מוצהרת, מרכזית, ראשונית, בעיצוב ובגיבוש של נורמות. ברגע שהרטוריקה של בתי המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט השתנתה בעניין הזה, התעורר לחץ טבעי לגמרי בעניין מינוי השופטים. מצד אחד, יש לנו היום הרבה יותר שקיפות בעניין מינוי שופטים, ולי לא ברור שהיא לטובת העניין. מצד שני יש לנו מגמה מעניינת, ואני חושבת שהיא מאוד מסוכנת, בתהליך של מינוי שופטים - ראינו אותה בשיאה במינויים האחרונים: נטרול המערכת הפוליטית. אין יותר ניסיון להשיג קונסנזוס בין הפוליטיקאים ובין המשפטנים, אלא יש בעצם ניצול של יחסי הכוח בתוך ועדת המינויים כדי לנטרל את המערכת הפוליטית.

המסקנה שלי היא שהמצב שהיה יציב ומתאים לפני עשרים שנה, נהיה לא יציב. זה נוצר בגלל תהליכים מורכבים של החברה הישראלית - לא בגלל בית המשפט, לא בגלל המחוקק, לא בגלל הממשלה ולא בגלל השחיתות; זה משום שהחברה הישראלית והבעיות שניצבות בפניה משתנות. והאתגר שלנו בחשבנו על מערכת חוקתית הוא איך לייצב מחדש את המערכת. יש כמה דרכים לעשות את זה, וכמה מהן כבר באות לידי ביטוי בדברים שאמרנו עד עכשיו. מוכרחים לדעת שיהיה חלחול, ככל שבתי המשפט יקבלו תפקיד יותר יצירתית-מבטל-חוקים - יכול להיות שצריך לתת להם אותו; אינני רוצה לנקוט עמדה כרגע

בשאלה אם זה רק בית המשפט העליון או כל בתי המשפט. יש למצב  
הזה יתרונות ויש לו חסרונות. אם זה רק בית המשפט העליון, לא יהיה  
חלחול. אבל אז הלחץ על המינויים של בית המשפט העליון יהיה הרבה  
הרבה יותר גדול, מפני שהוא יהיה מוסד שממלא בעצם תפקיד מחוקק,  
לא רק תפקיד שופט. לכן אנחנו צריכים לזכור את התמונה בכללותה:  
לא יהיה אפשר להעביר לאורך זמן יותר ויותר סמכויות מבקרות,  
מפקחות, חשובות, למוסד שהתפיסה של התפקיד שלו והמינויים אליו  
היא תפיסה של מוסד שבעיקרו מיישם את החוקים. ומשום כך צריך  
להחליט אם רוצים באמת תפקיד מבקר משמעותי לחלק מהרשות  
השופטת. צריך להביא בחשבון שזה יביא אותנו לתוך מערכת דמויית  
המערכת הקונטיננטלית, עם בידול של הגוף שיעשה את הבקרה הזאת  
על המשתמע ממנה במה שקשור בדרכי המינוי, במשך הכהונה, בסוג  
הקונסנזוס ובסוג המועמדים.

## הרשות השופטת בישראל - היסודות החוקתיים

♦ **אהרון ברק:** אין ספק שבתוך המסגרת החוקתית צריך שיהיה פרק על הרשות השופטת, וכבר היום יש בתוך החוקה שלנו פרק כזה, יש חוק יסוד השפיטה. אני יכול לומר שהסכמתי כמעט לכל מה שפרופ' גביזון אמרה, משום שהיא קבעה מסגרת כללית והציגה אותה בצורה די אובייקטיבית. לא הסכמתי לדבריה שיש מחלוקת בשאלה אם חוקי היסוד במדינת ישראל הם בעלי נורמה חוקתית או על-חוקית. אין מחלוקת בשאלה הזאת, משום שבית המשפט העליון אמר שזה כך. יש מחלוקת על התבונה בכך. יש הסבורים שאולי בית המשפט העליון טעה. יש מחלוקת אם צריך לשנות את זה. על כל אלה יש מחלוקות. אבל על השאלה האובייקטיבית אם היום במדינת ישראל חוקי היסוד עומדים מעל החוקים הרגילים ואם יש ביקורת שיפוטית וכו' - לא יכולה להיות מחלוקת, לא יכולה להיות מחלוקת פוזיטיביסטית מה המצב היום במדינת ישראל; ואינני חושב שכאן יש חוסר-ודאות.

בתוך החוקה הזאת, בתוך הפרק הזה כמובן, צריך להגדיר את הרשות השופטת. אני רק מעלה את הבעיות משום שלא על זה עיקר דבריי. ודאי שבתי המשפט - השלום המחוזי והעליון - יהיו חלק מהרשות השופטת, ובתי הדין לעבודה גם כן; ומה עם בתי הדין הצבאיים - האם נכניס אותם לרשות השופטת או לא? האם הפרק על הרשות השופטת יחול עליהם? מה עם בתי הדין הדתיים, הרבניים, המוסלמיים, הדרוזים? האם גם הם יהיו חלק מהרשות השופטת? עכשיו עם המעבר של בתי הדין הרבניים מתחום המשיכה של משרד הדתות המתבטל אל משרד המשפטים, האם אין מקום שתהיה רשות שופטת שהם יהיו שייכים לה? אלה שאלות שבהחלט תצטרכו לעסוק בהן.

נושא אחר שאני רוצה להזכיר הוא עצמאות מערכת בתי המשפט. העצמאות הזאת מתחלקת לעצמאות אישית, והיא איננה שנוייה במחלוקת, אבל ודאי שצריכים להיות הסדרים בעניינה: אין מרות על החוק; אי-אפשר לפגוע בשכר של השופטים; גיל הפרישה איננו קצוב, חמש שנים, עשר שנים, 15 שנה עד גיל פנסיה, וגם את גיל הפנסיה צריך לקבוע. אני נגד סעיף 7.4 לחוק יסוד השפיטה. הוא מאפשר לוועדה לבחירת שופטים לפטר שופט אם מתקיימים תנאים מסוימים. לפי דעתי, פיטורי שופט יכולים להיעשות רק באקט שיפוטי, לא הפטנט של 7.4, שאף פעם לא השתמשו בו, וגם לא בשיטה



האמריקנית של Impeachment. אבל אני מדבר בעיקר על העצמאות המוסדית של מערכת בתי המשפט. אין היום במערכת בתי המשפט עצמאות מוסדית. אנחנו יחידת סמך של משרד המשפטים. גם בתי הדין הרבניים יהיו יחידת סמך כנראה, ולפי דעתי זה דבר לא ראוי. אני חושב שהחוקה שלנו צריכה לקבוע הסדרים בעניין הזה. צריכה להיות עצמאות של הרשות השופטת, ואז צריכים גם לקבוע איך היא מתנהלת. ברור שלא נשיא בית המשפט העליון צריך לנהל את הרשות השופטת, צריכים להיות מוסדות כמו Judicial Council, Judicial Conference, ויש ניסיון במדינות אחרות שעוסקות בנושאים האלה. כל אלה צריכים להיות חלק מהחוקה שלנו, ואתם גם המבנה של הרשות השופטת, ואני חושב שהמבנה האידיאלי למדינה קטנה כמו שלנו זה ערכאה דיונית אחת כללית, ערכאה ערעורית ובית המשפט העליון שיהיה בית משפט שאליו ישנה פנייה ברשות. זהו המבנה האידיאלי. ועדת אור לא קיבלה את המבנה האידיאלי הזה. אני גם לא ממליץ לקבל אותו מיד, אבל החוקה צריכה לקבוע מסגרת שהמבנה האידיאלי הזה יוכל להשתלב בתוכה.

אשר להרכב בית המשפט העליון: על פי המבנה האידיאלי, מספר השופטים בו צריך להיות קטן. זה לא המבנה הקונטיננטלי שפרופ' גביון הסבירה אותו. אין לנו מערכות נפרדות של בית משפט אזרחי פלילי, בית משפט מינהלי ובית משפט עבודה - מערכות נפרדות שאין ביניהן שום קשר, אלא יש מבנה פירמידי כמו שהראתה פרופ' גביון, ובשיטה הזאת מספר השופטים בבית המשפט העליון צריך להיות קטן. אם המלצות ועדת אור יתגשמו, אם אפשר יהיה גם להביא אותן לסוף הטוב שלהן, אז מספר השופטים בבית המשפט העליון יכול בהחלט להיות 9, 11 - לא צריך יותר מזה.

אני חושב שהרעיון שלעניינים מסוימים יוסיפו לבית המשפט העליון אנשים מבחוץ הוא רעיון מאוד מאוד לא מוצלח: לענייני בג"צים - מומחי בג"צים, לעניינים חוקתיים - מומחים חוקתיים. בית משפט הוא בית משפט הוא בית משפט. אם מתחילים פתאום לצרף אל בית המשפט אנשים מבחוץ, זה ישבש את כל המערך הפנימי של בית המשפט, את כל הוודאות של המשפט, את כל היכולת לפתח הלכות במשפט. כל מי שמכיר את הניסיון הקצר של מדינת ישראל בבית דין מיוחד יודע כמה שהניסיון הזה לא מוצלח. בשנים האחרונות אנחנו כמעט לא משתמשים בו.

יהיה צריך כמובן לקבוע מי ממנה את הנשיאים של בית המשפט, אבל שוב זה נושא שאני לא רוצה להתעסק בו.

אני רוצה לעבור מיד לנושא של חוקתיות החוק. נקודת המוצא שלי היא שלפי המבנה החוקתי שיהיה לנו, חוק שיסתור את החוקה העתידה או היום את חוקי היסוד - יהיה חוק לא חוקתי. אני חושב שזה מתבקש, אם רוצים להתייחס אל חוקה ברצינות. אני מסכים עם מה שפרופ' גביזון אמרה שהדמוקרטיה אינה מחייבת שחוק שסותר את החוקה יהיה בטל. הדמוקרטיה אינה מחייבת זאת. אבל אם רוצים דמוקרטיה רצינית, אם רוצים דמוקרטיה שאוכפת את עצמה, אז אנחנו צריכים הסדר שבו אם יש חוק של מחוקק רגיל שנוגד את החוק שהמכונן יצר, תהיה איזו שהיא דרך לבוא ולומר שהחוק הרגיל הוא לא חוקתי. נדרשת אם כן ביקורת. לא עולה על הדעת שהביקורת תהיה פנים-פרלמנטרית, ולכן ברור שהביקורת צריכה להיות חיצונית, ולא צריכים לעשות אותה פוליטיקאים מתוסכלים, אלא היא צריכה להיות חיצונית וצריך לעשות אותה גוף שיפוטי. עם זאת, אני חושב שחשוב מאוד למנוע את המצב שהיה באמריקה, שבו אין הוראה בחוקה עצמה, בתוך הפרק על הרשות השופטת, לגבי מה קורה לחוק לא-חוקתי. צריך לקבוע את זה במפורש. ואשר לכל הזעקה שקמה בעת האחרונה מה פתאום בית המשפט העליון מבטל חוקים; התשובה היא - אתם רוצים שהכנסת תקבע את זה? תקבעו את זה. מישהו מנע מהכנסת בחמישים השנה האחרונות לקבוע את זה?! גם יושב ראש הכנסת בא ואמר שהוא נגד בית משפט נפרד לחוקה; במילים אחרות הוא אמר - אני בעד זה שתהיה ביקורת שיפוטית. אז אם אתה בעד זה, אז תקבע. טוב שהכנסת תקבע שיש ביקורת שיפוטית על חוקתיות, אבל בידה הדבר; ואני בעד זה שזה ייקבע. לא טוב לשיטה אם אין הוראה בעניין הזה. אכן בחוק יסוד החקיקה, בשלושת חוקי יסוד החקיקה הראשונים של '95, של '96 ושל '99 או 2000 היו הוראות בעניין זה. רק בשלוש הצעות חוק יסוד החקיקה האחרונות עצמו את העיניים. הייתה מחלוקת פוליטית, אני חושב ששר המשפטים היה ליבאי; ואחר כך אמרו שלא נאמר כלום; אז כשלא אומרים כלום, יש כאלה שיחשבו שאין, אבל אנחנו יודעים שיש, משום שיש בנק המזרחי, וזאת לא הדרך לחוקק. צריך לקבוע הסדר מפורש בתוך החוקה, בתוך חוקי היסוד - (א) שחוק רגיל לא יפטר חוק יסוד; (ב) שבית משפט מוסמך לקבוע שהחוק איננו חוקתי. אני נגד בית משפט לחוקה. דיברנו על זה לפני שנתיים באירוע הזה.

אני לא אחזור על הטיעונים. פרופ' קרמניצר העלה לפני שנתיים את הנושא של Judicial Preview: השיטה הצרפתית שיש לה רק Preview אבל אין לה Review. אני מאוד בעד Preview, משום שזה מגביר את הדמוקרטיזציה, זה מגביר את היסוד הדמוקרטי, זה מגביר את המחויבות של המחוקק לערכי יסוד. מה שאני מתנגד לו בהצעה של פרופ' קרמניצר, זה לפטנט הישראלי המקורי לחלוטין, שאת ה-Preview יעשה גוף אחד ואת ה-Review יעשה גוף שני. אני חושב שאם רוצים Preview, אם רוצים גוף שיוכל לבדוק את החוקתיות של הצעות חוק שעברו את הליך החקיקה וטרם פורסמו, אז צריך לעשות מה שיש בצרפת, אבל אז אותו גוף שבודק את החוקתיות של ההצעות האלה יהיה גם הגוף שבודק את הצעת החוק לאחר שהיא פורסמה. הרעיון של שני גופים שונים, שאחד בודק את ה-Preview ואחד בודק את ה-Review הוא לפי דעתי רעיון לא-מוצלח. הוא לא קיים בצרפת משום שבצרפת אין Review, יש רק Preview. והוא לא קיים במדינות שבהן יש גם Preview וגם Review - פורטוגל ומדינות אחרות. אם אתם רוצים אפשר פעם להיכנס לזה. למיטב ידיעתי, בכל המדינות שבהן יש גם Judicial Preview, כלומר - טרם פרסום הצעת החוק - וגם Judicial Review, כלומר - החוק אחרי שפורסם - אותו גוף עושה את ה-Review ואת ה-Preview. וזה גם מתקבל על הדעת. אותם עקרונות צריכים לחול בשני המצבים. אין פה שתי מערכות. אסור שתהיה תחרות בין שני הגופים האלה, ובכלל לא רצוי שיקרה מה שהציע פרופ' קרמניצר - שהגוף שעושה את ה-Review יוכל לבטל את ההחלטה של הגוף שעושה את ה-Preview. זאת אומרת, יושב גוף אחד שיעשה Preview, יאמר ההצעה בסדר, ההצעה תפורסם; ואחר כך ישב גוף שני שיעשה את ה-Review ויאמר שההצעה לא בסדר. לפי דעתי זה רק יגביר התקפות פוליטיות.

אשר לשאלה האם צנטרליסטי או דה-צנטרליסטי; המסורת שלנו כפי שפרופ' גביון הראתה פה, היא באמת מסורת דה-צנטרליסטית. כל שופט הוא שופט חוקתי, אבל ההכרעות שלו הן רק בין הצדדים. אם הדבר מגיע לבית המשפט העליון, יש לזה השלכות על המערכת כולה. יש נימוקים טובים מאוד לכל אחת משתי השיטות האלה. אני לא רוצה לחזור על זה יותר מדי עמוק; יש נימוקים טובים גם לזה וגם לזה. אני תומך בגישה הצנטרליסטית לא משום שהיא טובה יותר; היא איננה טובה יותר. אני תומך בגישה הצנטרליסטית משום שהציבוריות הישראלית בכלל, האנשים שעוסקים בזה בפרט, וחברי הכנסת על אחת

כמה וכמה - קשה להם לבלוע את כל המהלך כולו, וצריך איזה שהוא חינוך של המשפטנים וחינוך של החברה הישראלית לדבר שהוא פשוט. באמריקה כל שופט אמריקני שיושב לו באיזה מקום באריזונה יכול לבטל כל חוק של אריזונה. הוא יכול לבטל את החוקה של אריזונה, אם היא נוגדת את החוקה של ארצות-הברית; והוא הדין בקנדה; והוא הדין בהודו; והוא הדין באוסטרליה. ולאף אחד זה לא מזיז, זה לא מפריע לאף אחד. אצלנו כמובן זה פתאום התחיל להפריע - מה, שופט שלום בעפולה יבטל חוק? - מה קרה אם שופט שלום בעפולה ביטל חוק? כשם שהוא ביטל תקנה, כך הוא אמר שהחוק אינו תופס בין שני צדדים. אבל יש נימוקים נגד זה, ואם אני תומך בעמדתו של יושב ראש הכנסת, זה משום שאני חושב שהחברה הישראלית, הכנסת הישראלית, עדיין אינה בשלה לסיים את המהלך הזה עד הסוף. הסיום עד הסוף הוא בעיניי שכל בית משפט יעשה את זה. אבל לא הייתה הכנה מספקת לדבר הזה. אם יושב ראש הכנסת יכול לבוא ולומר מה שהוא אמר, אז סימן שיש פה בעיה שצריך להתמודד איתה. ולכן אני מוכן לתמוך בהצעה שזה יהיה רק בית המשפט העליון. אינני עושה זאת משום שזאת ההצעה הטובה ביותר, אלא משום שהיא התואמת ביותר את השיח הציבורי, החוקתי, הלא-מאוזן והלא-בשל אצלנו בנושא הזה. כך נקבע בהצעת חוק יסוד החקיקה שמאיר שמגר ואני עבדנו עליה בהיותנו יועצים משפטיים. זאת הייתה ההצעה, ואני הגנתי על ההצעה הזאת בדיון שהיה בכנסת לזכרו של ברקת. אגב, בשעתו יצא בהתקפה חריפה עליי השופט חיים כהן. הוא דיבר אז על כל בתי המשפט. אני אז הגנתי על ההצעה הזאת. אני גם מגן עכשיו על ההצעה הזאת. אני חושב שהיא הצעה On Balance, בהתחשב בחברה הישראלית דהיום וברוחות הפוליטיות שנושבות בה. אני חושב שהטיעון הצנטרליסטי במובן זה שזה יהיה רק בית המשפט הוא רעיון מוצלח. אני בהחלט תומך ברעיון הזה.

המחשבה שלי היא שהעניין ירוץ כך כמה שנים - עשר, עשרים שנה - למותר לומר שעבדכם הנאמן לא יתעסק בנושאים האלה - ואחר כך אני חושב יצטרכו לחשוב על זה עוד פעם.

אני רוצה להקדיש את רוב דבריי לבעיה של מינוי השופטים. אתמקד בעיקר בבית המשפט העליון. אני חושב שהמטרה של בחירת השופטים היא שה"מענטשים" שהם גם המשפטנים הטובים ביותר הם יהיו השופטים של מדינת ישראל. זאת אומרת המטרה היא לנפות כך

שהאיש שייבחר יהיה המשפטן הטוב ביותר - יכיר את ההיבטים הטכניים-פורמליים של שיטת המשפט, ידע לנהל משפט, יהיה משפטן הוגן, לא יצעק על עורכי הדין ולא יצעק על הצדדים ויהיה מנומס וכו' וכו' ושיהיה בו גם היבט נורמטיבי כללי במובן שהוא מבין את מערכת המשפט בישראל, שהוא רואה איך מתפתח המשפט, שהוא רואה את המשפט - מהיכן הוא בא ולאן הוא הולך, שהוא מבין, כשם שפרופ' גביזון אמרה, שהמשפט זה לא כללים של משחק כדורגל או משחק שח, אלא שהוא משקף את האדם, את הצרכים של האדם - בעבר בהווה ובעתיד, ולכן הוא רווי ערכים; ולכן נדרש איזון בין הערכים ושאותו אדם ידע איך לעשות את זה באובייקטיביות הטובה ביותר. זה מה שאנחנו צריכים לחפש.

עכשיו אעזוב את הצד היותר פורמלי, כלומר שהוא יהיה "מנטש" וידע את הכללים וכו' וכו', ואעבור לצד הנורמטיבי: מה שאני מחפש מהשופט הוא שתהיה לו היכולת לעצב ולגבש את הערכים של החברה, את ערכי העומק של החברה, גם אם הם לא ערכים שלו, ושיהיו לו היכולת והכלים לאזן בין הערכים האלה ועל-פיהם לקבוע את מהלך המשפט במסגרות שהשופטים פועלים בהן.

זה מה שגוף בוחר צריך לעשות, וזה מה שבעיניי הוא שיקוף. הסכמתי עם ועדת זמיר שצריכים לשבת שופטים שיקופיים. בעיניי השיקוף הוא היכולת של שופט לשקף את ערכי היסוד של החברה הישראלית באובייקטיבית הרבה ביותר. לא את הערכים שלו השופט צריך להטיל על החברה, אלא את ערכי העומק של החברה עצמה, גם אם הם לא הערכים שלו. שופט שאיננו דתי ולא מאמין באלוהים וכדומה עדיין צריך לשקף במדינת ישראל את ערכי היסוד של המשפט העברי, של מורשת ישראל, השלום והצדק והיושר וכו' שחוק יסודות המשפט מדבר עליהם וכדומה; ושופט שהוא דתי לחלוטין, חרדי לחלוטין צריך שתהיה לו היכולת להבין שיש גם משפט חילוני, שיש ערכים חילוניים שהם נוגדים לערכים הדתיים. הוא צריך לדעת לשקף גם אותם וצריך שיהיו לו הכלים לאזן ביניהם כאשר הדבר מגיע לידי התנגשות.

אני חושב שהטעות הבסיסית של השיח הציבורי הישראלי בעניינים שאנחנו עוסקים בהם היא זאת, ומכיוון ששופטים עוסקים בערכים, ואנחנו הפוליטיקאים ואנחנו החברה הישראלית גם חיים לפי הערכים שהשופטים קובעים, אנחנו רוצים להשפיע על האופן שבו השופטים מאזנים את הערכים האלה; ולכן נשפיע על אופן בחירת השופטים.

השופטים צריכים להיות Accountable. וכמו שפוליטיקאי Accountable נבחר על-ידי העם, ו-Accountable קטן יותר נבחר על-ידי הנציגים, אז גם השופטים שצריכים להיות Accountable, הם צריכים להיבחר על-ידי העם, ואם לא כל העם, אז ייבחרו על-ידי הכנסת.

הדרך להשפיע על אופן הפסיקה של השופטים היא לא מינוי. מה שצריך במינוי זה לקחת את השופט הטוב ביותר ותו לא; ואם לא מרוצים מהתוצאות שלו, צריך ליצור דרכים כדי להתגבר על התוצאות הרעות שהוא גורם להן. אני חושב שיש טעות מחשבתית בדרישה משופט לאותה Accountability שדורשים מאיש אחר, מחבר כנסת, מראש ממסלה, מפוליטיקאי אחר.

פרופ' גביזון, איך תרגמת Accountability לעברית?

♦ **רות גביזון:** Accountability פירושה שצריך לתת דין וחשבון, להיות אחראי כלפי דיווחיות.

♦ **אריק כרמון:** ...קרא לזה חובת דיווח.

♦ **אהרון ברק:** לא, זה לא נכון, זה לא רואה חשבון. ה-Accountability של השופטים היא אחרת לגמרי, היא Accountability לתפיסות יסוד ולערכי יסוד, היא Accountability במובן המשפטי, היא Accountability דיונית וארגונית. השופט אינו יכול לעשות מה שהוא רוצה, וה-Accountability היא במובן זה שהוא מחויב לתפיסות היסוד ולערכי היסוד של השיטה, והוא מחויב לתת ביטוי לשינוי שהכנסת עושה - אם היא משנה אות תפיסות היסוד ואת ערכי היסוד. לא מדובר כאן על Accountability במובן האחר. טעות לחשוב שאם אנחנו - אנחנו הפוליטיקאים - נמנה שופטים כפי שאנחנו רוצים, הם יעשו מה שאנחנו רוצים. אם השופטים יעשו מה שאנחנו רוצים, זה רע מאוד, ואנחנו לא צריכים לשאוף לשופטים כאלה.

תראו מה שיקרה, הפוליטיקאים מתחלפים כל ארבע שנים, נחליף את השופטים כל ארבע שנים? ואכן בקונטיננט באירופה יש מחשבות כאלה. שם מחליפים את השופטים בבית המשפט החוקתי כל שמונה שנים, עשר, שתים-עשרה, אבל אנחנו לא רוצים את זה. אז איזה היגיון יש לבוא ולומר - אנחנו הפוליטיקאים נמנה - אבל אחר כך, בעוד עשר שנים, הפוליטיקאי שמינה כבר איננו, אז מה יוצא מזה? נחליף שופטים כל הזמן? אין בזה שום היגיון פנימי. ומה יקרה אם אותו שופט שאנחנו ממנים לא יעשה מה שאני רוצה?

אני מקווה שהשופטים שנמנה לא יעשו מה שאנחנו רוצים, ואני מקווה

שהם לא יעשו מה שאנחנו רוצים, ורובם לא עושה מה שאנחנו רוצים, אם כי אני לא בטוח אם בחברה הישראלית זה בדיוק יעבוד כך. ואם באמת הם לא עושים מה שהממנים אותם רוצים ובעצם אנחנו מחפשים את האנשים הטובים ביותר - אז בשביל מה צריך שיטת מינוי שכל-כולה פוליטית?

אני פחות או יותר מכיר את הספרות בעולם על בחירת שופטים ומכיר את האישים הנוגעים בדבר, ואני רואה שיש מגמה הולכת וגוברת נגד ניסיונות לפוליטיזציה של הליך המינוי. אני לא טוען שבעולם הגדול המינוי הוא לא פוליטי, נהפוך הוא, הוא פוליטי. אבל המגמה המודרנית היא נגד הפוליטיזציה הזאת. זה מוצא את ביטויו למשל בכך שבבתי המשפט הלא-חוקתיים יש יותר ויותר מגמה שהמינוי ייעשה על-ידי ועדות מינויים שכולן או רובן מורכבות משופטים. אגב, זאת לא ההצעה שלי. ובמדינות שבהן יש בתי משפט חוקתיים וששם היסוד הפוליטי חזק יותר, יש ביקורת כלפי מה שנעשה.

רבותיי, אתם רוצים שיהיה אצלנו כמו באמריקה? בבחירות באמריקה - בוש נגד גור, אתם יודעים מה כתב שם סטיוונס, אחד השופטים? הוא כתב "אני לא יודע מי ניצח בבחירות, אני יודע מי הפסיד - השופט האמריקני". אנחנו לא רוצים שיהיה אצלנו בית משפט עליון כמו בית המשפט האמריקני. זה בית משפט פוליטי לחלוטין; הולך נשיא רפובליקני כמו רייגן, ממנה אנשים צעירים דוקטרינרים, ואחר כך יש נשיא או קונגרס דמוקרטי, והם לא יכולים לעשות שום דבר ולא יכולים להשפיע משום שההוא באמת עצמאי. מה השגנו בדבר הזה? איזה אמון בציבור יש בשפיטה האמריקנית? אין אמון בבתי המשפט האמריקנים, ואני לא רוצה להיות כמוהם.

המגמה ההולכת וגוברת בעולם הגדול היא לרכז את אופן בחירת השופטים לערכאותיהם השונות בידי Judicial Comission או בידי ה- Appointment Comission Judicial. אנגליה עצמה הולכת עכשיו לכיוון הזה. מעניין לראות איך הם יצאו מזה. בדרום אפריקה הלכו לכיוון הזה. אני לא אומר שאין שם פוליטיקאים. יש שם פוליטיקאים, אבל המגמה היא לא מגמה פוליטית.

אני חושב שהמגמה שלנו צריכה להיות הקטנה עד כמה שאפשר את ההשפעות הפוליטיות בתוך תהליך מינוי השופטים, לבחון את השופטים הטובים ביותר ולאפשר לפוליטיקאים לבטל את מה שהם עשו.

אתם חושבים שהאמון בבית המשפט העליון מצד החוגים הדתיים-חרדיים

הטוענים שהיום אין להם אמון, יהיה גדול יותר אם בבית המשפט העליון ישבו מינויים פוליטיים ואנחנו נדע שמתוך X שופטים Y הם חרדים וכל השאר הם לא חרדים?

יש לנו ועדה לבחירת שופטים, היא לא האידאל שלי, משום שיש שם אני חושב משקל כבד מאוד להיבט הפוליטי. יש שם שני שרים שהם פוליטיקאים; יש שם שני חברי כנסת שהם פוליטיקאים; ויש שם שני עורכי דין שלפעמים הם פוליטיקאים מתוסכלים. לא פעם מצאתי את עצמי בוועדה הזאת. לפעמים יש מחלוקת בין שלושת השופטים לוועדה כולה. היו הרבה מאוד החלטות שאני נשארתי שם במיעוט בענייני; ואגב, לא הצעתי לשנות את הרכב ועדת הבחירה עקב כך, משום ש-On Balance זאת ועדה טובה. אצלנו יש היבט פוליטי במינוי. ידדי מאיר שמגר יגיד לכם כמה לשר המשפטים יש השפעה על המינויים הפוליטיים. אם בין שני מינויים פוליטיים אני אבחר את הטוב ביותר, בכל זאת בכל אחד מהם יכול להיות שיש היבט פוליטי, ככה זה מובנה. בעיניי זה לא מוצלח, אבל אני לא מציע לשנות את זה ובטח שלא להגדיל את זה עוד.

אני גם חושב שלא צריך לשנות את היחס הפנימי בוועדה בין מקצועי לפוליטי. אין צורך להוסיף לא חברי כנסת ולא פרופסורים שכשהם באים לוועדה ודאי גם הם יהיו פוליטיקאים מתוסכלים. ולא צריך להוסיף עוד עורכי דין. מה שצריך זה לבחור את הטובים ביותר. פרופ' גביזון, את אמרת - אינני יודע על יסוד מה - שלא נעשה ניסיון בוועדה לקונסנזוס בבחירות האחרונות. ועוד איך נעשה ניסיון לקונסנזוס. הוא לא הצליח. האם הגישה שלך היא שתמיד הבחירות צריכות להיות פה אחד?

♦ **רות גביזון:** לא פה אחד, אבל לא לנטרל מגזר שלם.

♦ **אהרון ברק:** לא נטרלנו מגזר שלם. נעשה ניסיון הולך וגובר להגיע לקונסנזוס. אגב, לא רק בוועדה, גם לפני הוועדה, לי היו שעות של דיונים עם חברי הוועדה הפוליטיים, וישבתי ודיברתי ושכנעתי ולא שכנעתי. על כל פנים, את גורסת שצריך לחפש קונסנזוס, ואני מסכים. וברוב המקרים אכן נעשה חיפוש קונסנזוס. האם צריך לשאול את השופטים על ההשקפות שלהם? בעיניי זה נראה דבר שולי. אני נגד הרעיון הלא מוצלח הזה, אבל בעיניי זה דבר שולי לגמרי, גם לפי המבנה. היום אפשר לשאול את השאלות האלה. ועדות המשנה ושאלות את המועמד כל מיני שאלות. אנחנו אף פעם לא בודקים מה. הן



ודאי לא שואלות אותו מה ההשקפה הפוליטית שלו. אף אחד במדינת ישראל לא יודע למי אני מצביע. כל אחד באמריקה יודע למי רינקוויץ, נשיא בית המשפט העליון האמריקני, מצביע; ואני חושב שהשיטה שלנו הרבה יותר טובה. בגרמניה ליד שמו של כל אחד משופטי בית המשפט החוקתי כותבים בסוגריים 'סוציאליסט', 'קומוניסט' וכו'. ואצלנו כשכותבים אהרון ברק, אז אולי כותבים 'אקטיביסט', 'פרא אדם' וכו', אבל לא כותבים מפא"ניק או חירותניק, משום שאף אחד פה באולם הזה לא יודע בשביל מי אני מצביע, לא מכיר את ההשקפות הפוליטיות שלי ולא יכיר אותן. גם הילדים שלי לא יודעים אותן, משום שאני נזהר כמו מפני אש בדבר הזה, ואת זה במחילה מכבודכם אל תהרסו.

אז אם ועדת המשנה רוצה לראיין מועמדים, ואם המליאה רוצה לראיין מועמדים, היא יכולה לעשות את זה. לפי התקנון הקיים אפשר אפילו לראיין שופט שמועמד לבית המשפט העליון. אני לא חושב שזה מוצלח, אבל אפשר לעשות את זה.

הטענה היא שיש לנו בית משפט אקטיביסטי, בית משפט שקובע ערכים, ולכן אני רוצה להשפיע על הדבר הזה. אגב, אנחנו לא אקטיביסטים יותר מבתי המשפט האחרים, אנחנו לא אקטיביסטים יותר ממה שהיו לפני הרבה שנים. כל הדיבור הזה על אקטיביזם הוא דיבור סרק. עוד אף אחד לא הגדיר מה זה אקטיביזם. ישבו רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן וכתבו ספר שלם על אקטיביזם, אבל אפילו הגדרה אחת על אקטיביזם לא מוצאים שם. אני לא יודע מה זה אקטיביזם; אם אני קובע שתום לב בסעיף 39 לחוק החוזים הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי, זה אקטיביזם או לא אקטיביזם? רק במשפט ציבורי יש אקטיביזם. על כל פנים, אני לא חושב שאנחנו יותר אקטיביסטים מאחרים. אני לא חושב שיש אחידות וחד-גונית השקפתית ותרבותית. זה פיתוח שמצאתי בבית המשפט העליון. יש לנו רוב, ויש לנו מיעוט, ואנחנו נחלקים בדעותינו כמו כל בית משפט עליון אחר. אם מסתכלים על המקרים הקשים, רואים שאנחנו נחלקים יותר מבבית המשפט העליון האמריקני. כל הדיבורים האלה על אקטיביזם וכיוצא בהם, יש בהם הרבה חוסר ידע וחוסר הבנה למה שקורה.

מה אם כן בכל זאת הפתרון? גם אני מסכים שהדמוקרטיה דורשת שהעם יקבע איך המדינה מתנהלת, ולא השופטים. השופטים הם לא

פוליטיקאים, והדמוקרטיה מחייבת בחירות ושהעם יביע את דעתו באמצעות הפוליטיקאים שלו.

הדרך לפתור את זה, כמו שאני אמרתי, היא לא על-ידי השפעת הפוליטיקה על מינוי השופטים. אני חושב שזאת דרך פסולה לחלוטין. הדרך היא אחרת לגמרי. קחו למשל את עניין המעמד. אמרו 'כמעט לכל אדם יש מעמד בדין' - אלה דיני המעמד שפרופ' גביזון דיברה על הליברליזציה שלהם. נניח שהכנסת לא רוצה את זה, אז במקום לקטר ובמקום לומר 'בואו נחליף את השופטים של בית המשפט העליון', תחוקקו חוק מספיק בעניין הזה; תחוקקו חוק שיאמר שצריך Standing - מעמד בדין - רק למי שיש לו אינטרס. אני חושב שזה יהיה רע מאוד, אני חושב שזאת תהיה חקיקה לא מוצלחת. אגב, בחוקה החדשה של דרום אפריקה מ-66' יש סעיף מפורש שאומר שלכל אדם במדינה יש Standing. אימצו את המודל, את הפסיקה שלנו. אבל אם הכנסת שלנו לא רוצה, אז שתשנה את זה. אם אתם לא רוצים שאנחנו נתעסק בעניינים של יהודה ושומרון, תחוקקו חוק; ואני מודיע לכם, עבדכם הנאמן הוא עבד נאמן. אם הכנסת תאמר שלבית המשפט העליון אין סמכות על מה שקורה ביהודה ושומרון, לא תהיה לו סמכות על מה שקורה ביהודה ושומרון. אגב, בכנסת הקודמת הועלתה הצעה שאומרת שבית המשפט העליון לא יעסוק בענייני צבא. אם היא הייתה עוברת, לא היינו עוסקים בזה. לא היינו עוסקים בין השאר גם כן בשאלה אם להוריד את יצהר או לא להוריד את יצהר. עכשיו המתנחלים באים לבית המשפט העליון, ואני מברך אותם על זה.

הפגם במחשבה הוא שאם אני המחוקק והמחוקק אינו רוצה Standing רחב, הוא רוצה Standing צר, אז כדי להשיג את זה, הוא ימנה אדם שהוא חושב שיהיה נגד Standing. זאת לא השיטה. אתה המחוקק אינך רוצה Standing! אתה צריך להביע את השקפתך בחקיקה. בבקשה, לך לכנסת ותאמר שלא הכול שפיט, שיש עניינים שהם לא שפיטים, ותאמר גם מה הם. הכנסת עשתה את זה בעניינים כאלה ואחרים, והיא תעשה את זה בדברים אחרים. אם לא רוצים שיעסקו בענייני צבא או בענייני טרור, צריך לקבוע את זה.

בעניין אחר - אנחנו מפקחים על הניהול הפנימי של הכנסת. אנחנו לא היחידים שעושים את זה; הגרמנים עושים את זה, הספרדים עושים את זה וכו' אבל קמה צעקה, ונניח שלא רוצים את זה. אין דבר יותר פשוט: הכנסת תבוא ותאמר - ההליכים הפנימיים של הכנסת אינם שפיטים -

בבקשה. ואני מודיע לכם מיד שעבדכם הנאמן וכל חבריו - אם תבוא אלינו עתירה בעניין המבנה וההחלטות של יושב ראש הכנסת או של הוועדות, אנחנו נגיד, 'אתם בעצמכם אמרתם שזה לא' וכו'.

אם יש חוק ובית המשפט פירש אותו בצורה שהמחוקק לא רוצה, הדרך אינה לשנות את השופטים המפרשים. אולי השופטים החדשים יפרשו כמו שאתם רוצים ואולי לא. זה וזה לא בסדר. הדרך הנכונה היא לחוקק חוק חדש, לתקן את החוק; ואני חוזר ואומר - אין בכך פגיעה בבית המשפט. אם בית המשפט אומר שחוק מס הכנסה או חוק השבות או איזה חוק שהוא - המובן שלו הוא כך וכך והכנסת לא מרוצה, היא רואה איזון ערכים לא נכון במה שבית המשפט העליון אמר, בידיכם האפשרות לשנות את החוק.

אז מה שנשאר בעצם זה השאלה מה יקרה אם בית המשפט העליון ייתן פירוש לחוקה שהוא לא הפירוש שאנחנו רוצים. זאת היא הבעיה. עד עכשיו זה קרה מעט מאוד. אני בטוח שכל מי שחושב על שינוי במבנה של בית המשפט, לא על זה הוא חושב, לא על המקרים האלה. אנשים רואים בנו לא מבטלי חוקים אלא בג"ץ. אני עשיתי סטטיסטיקה: בעשר השנים האחרונות בגרמניה ובאמריקה ביטלו עשרה חוקים לשנה. אנחנו ביטלנו חוק אחד בשנתיים וחצי. זה האקטיביסטים הגדולים של מדינת ישראל. אבל נניח שיש בעיה, גם עם החוקה יש בעיה, אז יש דרכים להתגבר על זה. ישנה פסקת ההתגברות בחוק יסוד חופש העיסוק שהכנסת יכולה לחוקק. אם יש חוק, הוראה בחוק יסוד, שבית המשפט פירש בניגוד למה שהכנסת חושבת בתחום זכויות האדם, הכנסת יכולה לחוקק חוק פשוט שיהיה כתוב בו: 'על אף האמור בסעיף כך וכך...!'. אנחנו הרחקנו לכת אפילו לעומת הקנדים בעניין הזה. אני מאוד בעד הכנסת בדברים האלה. אבל צריך לאפשר לשנות את החוקה ביתר קלות. הרי מה הבעיה האמריקאית? הבעיה עם האמריקאים היא שאי-אפשר לשנות את החוקה האמריקנית. הלכה למעשה אי-אפשר לשנות את החוקה האמריקנית. אבל את חוקי היסוד שלנו אי-אפשר לשנות? לא ייאמן איך שאנחנו בארץ מייבאים את הוויכוח האמריקני, אף על פי שאצלנו את חוק יסוד השפיטה אפשר לשנות ברוב של שניים נגד אחד. אני לא בעד זה שאפשר יהיה לשנות אותו ברוב של שניים נגד אחד. אני בעד שאפשר נניח לשנות אותו ברוב של 70 חברי כנסת, 80 חברי כנסת - לא 61, משום שזאת הקואליציה - אבל במסלול שיאפשר לכנסת לשנות את מה שבית המשפט לפי דעתה פסק לא בסדר.

הדרך של החברה הישראלית, באמצעות הכנסת, להשפיע על ערכים היא דרך של חקיקת הערכים האלה, דרך של עשיית חוקה, דרך של שינוי הפירוש שבית המשפט נתן. אני לא חושב שהדרך הטובה היא להשפיע על-ידי מינוי השופטים, לכן אני מציע לכינוס הנכבד הזה לא להקדיש יותר מדי מחשבות לסוגיה איך לשנות את ההרכב של הוועדה לבחירת שופטים. אל תגעו בזה. לפוליטיקאים צריך לתת דרך לבטא את העמדות שלהם בתחום שהם מתמחים בו - הסמכות שלהם לשנות את חוקי היסוד, לעצב את חוקי היסוד.

♦ **אריק כרמון:** לגבי ההצעה שהעלה מרדכי קרמניצר בבאר שבע, גם אני חתום עליה; וגם כשהאש מופנית אליה, אני רוצה לקחת מחברי קצת אש אל עצמי. אבל ההערה המהותית היא שמה שמתחבא מאחורי ההצעה שלנו אינו הקמות עוד רשות שופטת שתעסוק בביקורת מקדמית, אלא חיזוק הכנסת, בית הנבחרים ובית המחוקקים בתהליך החקיקה. הכוונה היא שיהיה גוף מייעץ לכנסת שמטרתו לרסן את היכולת לחרוג מהמציאות החוקתית.

## מקצועיות מול ייצוגיות בשפיטה

♦ **ידידיה שטרן:** דבריי מיועדים לתת תוכן להצעה של הנשיא ברק, שהשופט לא יהיה רק המשפטן הטוב ביותר, אלא גם 'מענטש'. ואני רוצה לנסות להבין מהי תכונת ה"מענטשיות" הרלוונטית למישהו ששופט לאו דווקא בבית המשפט העליון, אבל בעיקר בעליון. לא מדובר בצופה שמעביר זקנה את הכביש, ולכן צריך לברר מהי ה'מענטשיות' הנדרשת. אנחנו דורשים מאיש המקצוע שבד בבד יהיו לו תשתית פסיכולוגית מתאימה, זה דבר רך, עמדה אתית מתאימה, גם זה דבר רך, ועוד דבר, שיש לו בין כה וכה, הזהות האישית שלו בפסיקה.

אין טעם בהצגה של מערכת המשפט כאילו הייתה מערכת הפעלה של מכונת כביסה - מערכת של כללים ברורים לחלוטין, תוכן מדויק וברור, אף על פי שכמובן יש אנשי תורת המשפט רציניים ביותר שסוברים מעין כך. אבל עבורנו אין טעם לטעון שהמשפט נותן תשובת אמת מחייבת אחת, כמו אמת במדעי הטבע. אין גם טעם לטעון שמערכת הכללים של המשפט היא מערכת הרמונית שאין בה סתירה ושכלל מקרה של סתירה יש פתרון שלישי, כמו במערכת כללים של שחמט. היום יש מודעות גבוהה במשפט הישראלי שלא כך אנחנו עושים משפט. פרופ' ברק אומר בספרו, ואני קטונתי אך אני מסכים אתו, שכללי פרשנות המעלים פתרון אחד ויחיד הם אגדה. ברור שיש לנו מערכת של סטנדרטים, של עקרונות, שהרבה פעמים לא מנביטים תוצאה הכרחית מובהקת, ולכן אנחנו נדרשים למתחם של אפשרויות, ומתוכן צריך לבחור את הפסק הנדרש בעניין הנדון. לצורך כך השופט מפעיל את שיקול הדעת השיפוטי ואינו יכול לדבר בלשון אמת או שקר. הוא צריך לדבר בלשון שקילה ואיזון, כי יש לו מתחם של אפשרויות שהוא צריך לבחור ביניהן.

גם קריאת המציאות, לא רק קריאת החוק, היא שאלה של פרשנות; וגם הקריאה הזאת של המציאות, שהיא רשומנית תמיד מטבעה, גם היא תלוית זהות. אבל אני רוצה להתמקד דווקא בהיבט השכיח בדיון הזה, והוא אינו קריאת המציאות, אלא קריאת המשפט. טענתי היא שקריאת הנורמה היא תלוית זהות.

זאת אומרת, יש לנו מודעות שהמשפט הוא דבר מורכב מדי לכללים ברורים. אבל המודעות הזאת אינה מיתרגמת דיה לשאלה מיהו השופט המתאים לעשות את המלאכה הזאת. לדעתי הכישורים והתכונות הרלוונטיים לעבודה השיפוטית, אני אקרא לזה 'מקצוענות' במובנה

הרחב, כוללים גם את רמת ההפנמה של השופט את חומרי המציאות המגוונים שמהם הוא שואב. ניסיון החיים שלו מאוד רלוונטי לשאלה כיצד הוא יפסוק - הגירויים התרבותיים, חומרי הקריאה שלהם הוא נחשף, ההשכלה הפורמלית והבלתי-פורמלית שלו ועוד. מערכת האמונות והדעות שלו היא עניין רלוונטי להכרעות שהוא יעשה, ובעיקר רלוונטיות השתייכותו למעגלי זהות מסוימים - מגזריים, סוציו-אקונומיים, דתיים - ורלוונטי גם ריחוקו מנוהגי זהות אחרים. כל אלה באים לידי ביטוי לא ביום יום, אבל במקרים שבהם הוא נדרש להחלטות ערכיות בעלות משמעות, ואלו המקרים שאנחנו בדרך כלל מדברים עליהם, ובעניינם אנחנו חלוקים. אלו המקרים שמהם ניזונה התחושה של אי-נוחות בציבור זה או אחר כלפי בית המשפט.

חשוב להדגיש, אינני מציע שהשופט יפסוק על פי דעתו האישית, על פי האינטואיציות שלו. אני לא מציע שהשופט יממש את ה"אני מאמין" הפרטי שלו. כל זה כמובן פסול. מה שאני רוצה להדגיש הוא שיש היבט אישי בפסיקה; הוא מתוחם על-ידי המסורת המשפטית, הוא מתוחם על-ידי התקדים, הוא מתוחם על-ידי הסביבה שבה הוא מתפקד, אבל העולם הרוחני, העולם האישי של השופט, הוא עולם רלוונטי.

שאלה גדולה היא, ואני מניח שבראשם של חלק מהיושבים פה היא מנקרת כרגע - מה היקף המקרים שבהם חשוב ההיבט האישי. הריאליסטים האמריקנים אומרים שבכל מקרה זה חשוב; פרופסור ברק אומר שבמקרים קשים זה בא לידי ביטוי והם מצומצמים יחסית. אין צורך להכריע בשאלה מה ההיקף המדויק; גם אי-אפשר להכריע בשאלה הזאת.

מספיק שנחשוב שהמקרים הקשים הם כאלה שבהם מתעצבות התדמית ויכולת הפעולה ורמת האמון של הציבור בישראל כלפי בית המשפט. אני לא יוצא נגד המקצוענות. היא הכרחית. אבל המקרים הקשים מצדיקים הרחבה של החשיבה על הפרופסיונל הנכון לבית המשפט. אני רוצה לדווח לכם, שבימים האחרונים התפרסם בארצות-הברית מחקר של שני פרופסורים משיקגו ומטקסס שבדקו בדיוק את השאלה הזאת - מה המתחם של המקרים הקשים. הם לקחו את בית המשפט הפדרלי לערעורים שיושב בהרכב שלושה ובדקו אלפי פסקי דין שניתנו באותו בית משפט. לצורך העבודה הם קטלגו את הפסיקה סביב נושאים שנויים במחלוקת בציבוריות האמריקנית ובדקו איך פסק שופט שמינה נשיא רפובליקני מול איך פסק שופט שמינה נשיא דמוקרטי: הנטייה

השמרנית מכאן והליברלית מכאן. ודוגמה לתוצאות: אישה שמתלוננת על אפליה על רקע מיני - אם שלושת השופטים הם דמוקרטים, הסיכויים שהיא תצא וידה על העליונה מגיעים ל-75 אחוז מהמקרים; אם יש שני דמוקרטים ואחד רפובליקני, זה יורד ל-49 אחוז; אם שני רפובליקנים ואחד דמוקרט, זה מגיע ל-38 אחוז; ואם יש לנו שלושה רפובליקנים, זה מגיע ל-31 אחוזים.

דוגמה שנייה ממין אותו עניין: חברה עסקית תוקפת את החוקיות של תקנה שעניינה איכות סביבה. בציבוריות האמריקנית זה נושא שמבליט את ההבדלים בין הרפובליקנים והדמוקרטים. אם שלושת השופטים הם מינויים דמוקרטיים, סיכויי ההצלחה הם 25 אחוז; וההפך - אם השלושה הם רפובליקנים - 75 אחוז. לכאורה, עובדות אלו מחזקות את הטענה שמה שהם עושים שם בארצות-הברית, שיטת המינויים, איננו טוב. ואכן כך. אני לא מציע לעשות את מה שהאמריקנים עושים. אלו מינויים פוליטיים, שיש להתנגד להם.

אני רק רוצה לומר שבלתי-סביר להניח שהמערכת הכוללת של ערכאה גבוהה יחסית בארצות-הברית היא כל כך בלתי-מקצועית, היא כל כך לא-פרופסיונלית, עד שהיא - ולא אנחנו - נותנת לדעות האישיות ביטוי. מי שחשב שהתוצאות הללו תואמות את האינטואיציה הפרטית שלו, צריך להודות שלזהות האישית של השופט יש רלוונטיות להשפעה על ההכרעה שבה יבחר. אין כל סיבה לדאגה. הדברים הם פשוטים: כשאנחנו קוראים טקסט וכשאנחנו רואים יצירת אמנות וכשאנחנו בוחנים פניו של אדם, אנחנו מביאים את עצמנו אל הפרשנות ואנחנו מחליטים מתוך מי שאנחנו. אין בזה שום בעיה. זה ברור לגמרי. אין דרך לעקוף את זה. רק מכונות יכולות לעשות אחרת. נכון הוא שכשמדובר בפרשנות שיפוטית, יש בעיה נוספת. כי כשאני מפרש טקסט דתי, ההשפעה היא רק עליי, אבל כששופט נותן פרשנות לחוק, הוא משפיע על הזולת ועל החברה בכללותה. לכן כללי המשחק צריכים להיות הדוקים בהרבה מפרשנות רגילה. אבל מי לנו כפרופ' גאדאמר, חוקר התרבות או הפרשנות החשוב ביותר של המאה העשרים, שאומר בדיוק את הדברים שאני אומר כרגע: נדרש מיזוג אופקים, מיזוג בין האופק האישי של הפרשן לבין האופק הנחזה להיות אובייקטיבי, נייטרלי של הטקסט. בפרשנות שיפוטית אין נקודת תצפית נייטרלית או אובייקטיבית על חוק. הדבר בלתי-אפשרי. יש ניסיון להשיג אובייקטיביזם וטוב שכך, הכרחי שכך. אבל קשה לקבל שבזה העניין מתמצה.

כיצד אפשר ליישם את הרעיונות האלה בפועל? מה עושים? אני רוצה להציע כאן הצעה קונקרטית. אפשר לתאר ארבעה סוגים של שופטים. שופט מסוג אחד הוא השופט הייצוגי סקטוריאלי. בבית משפט לחוקה מציעים שיהיו, למשל, רבנים, אנשי דת, אנשי רוח וכדומה, אנשים שהם אינם משפטינים או שהמשפטנות לא רלוונטית למינוי שלהם. אני דוחה את הרעיון הזה מכול וכול, משום שראשית, אם שופט כזה ישב בבית משפט לחוקה, הוא ימצא את עצמו משותק, חסר אוניס. העובדה היא שהוא יהיה שבוי ב"הוראות" שיתנו לו המומחים המשפטיים שישבו בהרכב. הוא יהיה לא אפקטיבי. ואם יהיה אפקטיבי, יהיה עוד יותר גרוע, משום שאז הוא לא יהיה שותף לקהילה הפרשנית שמפרשת את החוק. כיוון שהוא לא בן בית במסורת המשפטית, סביר להניח שההכרעות שלו יהיו אישיות מדי. עבדכם הנאמן למשל יושב עם מי שאינם שופטים בבית דין באוניברסיטה, ואני רואה עד כמה זה נורא ואיום: יושבים אנשים שהם יחסית אינטליגנטיים - פרופסורים מכובדים - אבל הם אינם בני בית בחשיבה הזאת ובמסורת. והתוצאה היא שמה שקובע הוא מה שהלב מקרקר או מה שמתחת ללב. לכן צריך להוריד את האפשרות הזאת מעל סדר היום.

בקצה ההפוך נמצא השופט הפרופסיונלי, חסר התווים האישיים. גם זו בעיניי אפשרות לא טובה. אני חושב שלפעמים אנחנו מעדיפים לבחור לתפקיד כזה אדם שאנחנו לא יודעים מאומה על זהותו הפרטית. כל תפקידו הוא להיות רדאר חברתי נטול מגע יד אדם. הסברתי למה אני חושב שזה בלתי אפשרי, ואני חושב שעצם הניסיון להציג את זה כך הוא ניסיון בעייתי, ולכן גם את זה אני מציע להסיר מעל סדר היום. גם את האפשרות השלישית אני מציע להסיר מעל סדר היום: השופט המקצוען הסקטוריאלי - שופט כיסא, שופט נישה - השופט הדתי, השופט הערבי, השופט המזרחי. ברוך השם, נשים יצאו מכלל כיסאות. לשופט כיסא יש ערך סמלי גדול, וסמלים זה דבר חשוב. הקבוצה שממנה הוא בא - הדתיים, הערבים - אומרת שבית המשפט אינו רק על טהרת האחר, יש שם מישהו משלנו. זה חשוב. לדעתי, זה לא מספק. משום ששופט שאני קורא לו סקטוריאלי לא יכול לתת מענה של ממש בשאלות שדווקא בהן הסקטור שממנו הוא בא חלוק בדעתו עם כלל האוכלוסייה. מלכתחילה רואים בו שופט כיסא, יודעים למה ממנים אותו. דעותיו הספציפיות בנושאים הכאובים לסקטור אמנם אינן ידועות, אבל לפחות הנטיות שלו ברורות מראש; וכיוון שהנטיות



שלו ברורות מראש, צריך לקבוע שהמספר של האנשים מהסוג הזה בהרכב יהיה מצומצם, מדוד - אחד, שניים. ואם כך יהיה, הוא לא יהיה אפקטיבי. הדבר היחיד שיעשה יהיה להביע את דעת המיעוט, דווקא בסוגיות שחשובות לסקטור שהוא מייצג. אז מה הרווחנו? שתהיה תמיד דעת מיעוט מפוארת? שהסקטור יוכל להגיד שלפחות נאמר דברו! זה לא מספיק בחברה רב-תרבותית.

ביתר התעמקות, לדעתי, שופט סקטוריאלי אינו מבטא היטב את החברה שלנו. החברה שלנו עוברת תהליך - תסלחו לי - טיפולי. אחרים כבר כינו אותו מיתותרפיה. מה זאת אומרת? כשיש אי-הסכמות אני כולא את האחר במיתוס, וממילא אני כולא גם את עצמי במיתוס. כשאני ממנה לבית המשפט שופט דתי או שופט ערבי ככה, כי יש לו כיפה או כאפיייה, שאר השופטים יכולים להגיד 'אהה, הוא אחראי. לו יש מנדט על האינטרסים המיוחדים הללו. הוא בא כוחם'. זו תפיסה לא דיאלוגית. זו תפיסה של חלוקת כוח. אם הכיסא הייחודי לא בא לידי ביטוי, בתופעה הסופית, נוצרת תחושת חוסר נוחות מצטברת לאורך זמן, וזה מה שאנחנו חווים. המיתותרפיה היא בעייתית. הזכר כאן המתח בין מרכז ופריפריה או בין הגמוניה ופריפריה. אני אישית לא כל כך קונה את הניתוח הזה, אבל אני לא אומר רק את דברי. אני רוצה שיובו, יש הרואים בתפיסה הסקטוריאלית של שופט סקטוריאלי ביטוי כוחני של הגמוניה שמקצה אחוזות קטנות לפריפריה. אבל רבותיי, בחברה הישראלית כבר אין הבדל בין מרכז לבין פריפריה. ממילא השיטה הסקטוריאלית הזאת לא מתפקדת ולא נותנת את התשומות החברתיות שאנחנו מצפים להן.

מה שאני מציע, וזה כמעט נובע מדבריי עד כה, הוא לוותר על חלוקת כיסאות סקטוריאלית ולהסתכל על כל השופטים באותה עין. שופט סקטוריאלי, שופט כיסא, הוא מייצג של זהות, הוא פֶּה של קבוצה, כך הוא נתפס. לעומתו השופט המקצוען הרחב, השופט שביקרו אני חפץ, הוא לא פֶּה של זהות, הוא בעל זהות. הוא לא מייצג אחרים, הוא מייצג את עצמו. וזה תפקידו. בתפיסה הסקטוריאלית הזהות של השופט היא תכונת ייצוג; בתפיסה שאני מציע, הזהות של השופט היא תכונת שיפוט. שורש העניין הוא, שהזהות היא חלק מתכונת השיפוט. כל אחד מהשופטים, לא רק השופטים שהם חלק מקבוצות מיעוט בחברה הישראלית, גם 'שופטי המרכז' חייבים להכיר בכך. לפיכך כל השופטים שווים בעיניי. אין הבדל ביניהם. אין סיבה לייחד אחד מאחרים.

טענותיי תופסות לאו דווקא בעניין בית המשפט העליון, אבל הן נכונות במיוחד שם. שכן, ככל שהמקרים הקשים, המקרים שבהם הזהות קובעת יותר, שבהם נדרשים להכרעות מוטות ערכים עם השפעה חברתית רבה, מרובים יותר בערכאה נתונה, כך גם דברי חשובים לגביה. וככל שערכאה נתונה מטפלת בעיקר במקרים שהתשובה בהם אוטומטית יותר, כך גם חשיבות הטיעון שלי כלפיה מתמעטת.

אי-אפשר להביא אל תוך בית המשפט העליון את כל מניפת הזהויות, אז מה נעשה? ננסה להרחיב אותה, ננסה לגוון אותה. כמה ערבים אפשר להביא לבית המשפט העליון? וכי באמת אפשר להגיד שהזהות של ערבי מוסלמי מהכפר דומה לזהות של ערבי נוצרי מהעיר הגדולה, בוגר הרווארד? האם באמת זה בעל כוח ייצוגי כלפי זה? ודתי וחרדי - וכי הם אותו אדם באיזה שהוא מובן? הם מסכימים על מעט מאוד מבחינה פרקטית. האתוס שלהם שונה. אם כך, איך נביא לתוך בית המשפט מניפת זהויות רחבה דיה? אי-אפשר. מה שכן אפשר וצריך לעשות זה 'מנטשיות': למנות את השופטים שבצד הזהות האישית הידועה להם ולאחרים עליהם, יש להם עוד שתי תכונות: (א) הם בעלי ביקורת על הזהות האישית שלהם. הם מבקרים חברתיים כלליים, אבל גם מבקרים של עצמם. אם לא יהיו כאלה, הם יתקעו עקבים בקרקע הזהותית הפרטית שלהם ולא יוכלו להיפתח אל השאר; (ב) חשוב מאוד קיומה של יכולת של אמפתיה זהותית, קרי: הבנת הזהות של האחר,

ובמקרים הטובים גם סימפתיה עם הזולת, דהיינו - I as you. מי שיכול לבוא מתוך זהות, להיות מבקר של הזהות ולהיות פתוח לזהות של אחר, זו קבוצה של אנשים שבידיהם לדעתי אפשר לתת לא רק את הספֵרה הפרטית, ולא רק את הספֵרה הציבורית, ולא רק את האקטיביזם, אלא גם את מכשיר יום הדין של הביקורת השיפוטית; משום שזה בית משפט רצוי בחברה הטרוגנית, חברה רב-תרבותית.

עוד הערות ממש בכותרות: הייצוג הנדרש לא יכול להיות ייצוג פורמלי. זה שלאדם יש כיפה או כאפיה או זה שיש לו צמה על הראש - לא מספיק. סמלית זה מספיק, מהותית זה לא מספיק. צריך לבדוק שאותו אדם יכול להביא את הזהות הזאת לידי ביטוי במשנה סדורה; שאדם זה הוא נְשֵׂא אֲמֵתִי של זהות במובן שנותן תוצרים לחברה בכללותה, ולא רק לקבוצה שממנה הוא בא. כדי שהעבודה תהיה עבודה מהותית, היא צריכה להתרחק מתוויות פורמליות.

שנית, וחשוב, הייצוג צריך להיות ייצוג משתתף ולא מנוכר. חרדי שאיננו

שותף בכללי המשחק הדמוקרטיים, גם אם יהיה בו פן ייצוגי מהותי, גם אם יהיה משפטן שכל שבילי רקיע המשפט ידועים לו, לא יוכל להיות משתתף טוב בתהליך שאני מתאר כאן, בתרפיה הקבוצתית הזאת שמשפט אמור לספק. ערבי שאיננו שותף לערכי היסוד של מדינת ישראל, גם הוא לא יכול להשתתף, אף על פי שהוא אולי מייצג מהותי של קבוצה גדולה. כיוון שמדובר בבית משפט שהוא קהילה פרשנית, אי-אפשר לקחת אדם שאיננו חלק מהקהילה. אדם שיפרוץ את התחומים של מתחם הלגיטימיות הפרשנית לא יכול להיות שותף לקהילה הזאת.

אני רוצה לסיים בדבר תורה: כשמשה רבנו נפרד מעם ישראל ערב כניסתו לארץ, נפרד מהם סופית, הוא אומר את המילים האלה: "איכה אשא לבדי טרחתכם ומשאכם וריבכם: הבו לכם אנשים חכמים ונבנים וידועים לשבטיכם ואשימם בראשיכם". מהמשך הפסוקים מתברר שהכוונה לשופטים. העצה של משה רבנו היא שלמועמד לשפיטה תהיינה שלוש תכונות מצטברות: תכונת החכמה, קרי בקיאות בחומר המשפטי; תכונת הבינה, כושר אינטלקטואלי, IQ גבוה - אלו שתי התכונות שמהן מורכב הפרופסיונל במובן הצר שלו - אבל יש תכונת שיפוט שלישית נדרשת - "ידועים". מה זה ידועים? וכאן אני מכניס את עצמי, לא את רש"י ואת הרמב"ם - לכל אחד מהם יש דעה שונה על פירוש המילה "ידועים". לדידי "ידועים" פירושו מקובלים, מי שרואים בהם מייצגים של דעות. את הדעות של מי? "לשבטיכם", של השבטים. מאחר שחזרנו להיות חברת שבטים, חברה רב-תרבותית, אני מציע שהשופטים שלנו בצד היותרם חכמים ונבונים יהיו גם ידועים לשבטיהם.

## דרכי המינוי של שופטים

♦ **מרדכי קרמניצר:** השאלה הראשונה שמתחייבת בעניין מינוי השופטים היא למה הנושא הזה בכלל צריך לעלות. יש לנו ועדה לבחירת שופטים, זה מוסד שבדרך כלל מתפקד כהלכה, אומרים שהוועדה הזאת היא מהגופים היותר מוצלחים לבחירת שופטים שיש בעולם, אז מה קרה או מה התחדש?

התשובה היא שקרו דברים שמחייבים להסתכל מחדש על בחירת השופטים, ואת זה אני אומר על סמך ההנחה שיש קשר בין הפונקציה שבית המשפט ממלא לבין דרכי הבחירה והמינוי של השופט. ואני חושב שבעניין הפונקציה חלו שני שינויים יסודיים שאי-אפשר להתכחש להם.

האחד - היום יש ביקורת שיפוטית על חקיקה, דבר שלא היה בעבר והוא בעל משמעות רבה מבחינה משטרית ופוליטית. הרגישות של המערכת הפוליטית כלפיו היא עצומה. העובדה שמספר החוקים שבוטלו עד היום קטן, אין בה לדעתי משום אינדיקציה חשובה לעתיד, והיא גם לא מרגיעה את המערכת הפוליטית. אין ספק שמדובר כאן במה שהנשיא ברק כינה ומכנה גם היום 'נשק בלתי-קונבנציונלי' שהופקד בידי בתי המשפט היום. ובכך יש בלא ספק שינוי בפונקציה שהרשות השופטת ממלאה.

לא אכנס לשאלה של המינוח 'אקטיביזם', משום שהמונח אקטיביזם הוא מונח שבאמת קשה להגדיר אותו. אבל השינוי השני התחולל בעיקר בפונקציה הבג"צית של בית המשפט העליון. חל שינוי חשוב בנושא זכות העמידה. הוא לא קרה לפני שנתיים, הוא כבר שינוי ארוך טווח. לדעתי זה שינוי רצוי ומבורך. אני לא חושב שחל שינוי אמתי בנושא השפיטות. השינוי הוא יותר רטורי מאמתי, אבל חל שינוי עם התפתחות העילה של חוסר הסבירות, אף כי אם בודקים היטב גם בפסיקה קודמת, רואים שדובר שם על חוסר סבירות.

אני מסכים שלא עברנו מבית משפט בלתי-ערכי לבית משפט ערכי. אני חושב שהתזה הזאת חסרת שחר. בית המשפט היה תמיד ערכי והוא נשאר ערכי. אבל חל שינוי, ועיקרו של השינוי הזה הוא שבעקבות השינויים שהזכרנו גדל החיכוך בין מה שבית המשפט עושה לבין המערכת הפוליטית, וגדלה התחושה בציבור, וכאן - זה באמת עניין של תקשורת ותחושה בציבור - שבית המשפט מנהל את ענייני המדינה.

כמעט בכל עניין מישהו רץ לבית המשפט, והכותרת היא שהעניין נדון בבית המשפט.

יש עוד נתון של המציאות הישראלית, וכאן אני מבקש להתייחס לסוף הסיפא של דבריו של הנשיא ברק: יש לנו מחוקק שלא יודע לשחק את משחק הפינג-פונג בין הרשויות: הרשות השופטת והרשות המחוקקת. אין ספק שמבנה דמוקרטי משוכלל וטוב בנוי על משחק פינג-פונג שבו יש שני שחקנים שהם מיטיבי שחק, ועיקר המשחק הוא, מצד המחוקק, שאם בית המשפט קובע פירוש שדעתו (של המחוקק) אינה נוחה ממנו, אז תפקידו של המחוקק להגיב בתיקון חוק שיבהיר היטב את כוונתו שהמחוקק הישראלי אינו שחקן טוב בזירה הזאת, ואני חושש לומר שאני לא רואה את שיפור עתידי בעניין זה. יש כאן בעיה שאני ממקד אותה בתרבות הפוליטית שלנו, ותרבות פוליטית לא כל-כך קל ל"הנדס" על-ידי שינויים מבניים, גם אם הם שינויים חוקתיים.

אני מבקש לרשום כאן הערת אזהרה, אני מקווה מאוד שהמחוקק הישראלי לא יענה לאתגר שאולי מישהו ישמע אותו בדברים של הנשיא ברק: שהמחוקק ייכנס לתחום של קביעת הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק בעניין זכות העמידה, בסוגיה מה שפיט ומה לא, על מי מפעילים פיקוח שיפוטי ועל מי לא. אני חייב לומר שאני רואה בכך סכנה חמורה מאוד לשלטון החוק. אני מקווה מאוד שתוצאת הדיון היום פה לא תהיה יזמה שתקבל תנופה לקצץ את הכנפיים של בג"ץ.

קיימת התמונה הזאת של הכנסת כפי שהיא נראית; ואינני בטוח שאפשר לנחם את החלקים בציבור ובפוליטיקה שמתקשים עם השינויים שחלו בתפקוד של בית המשפט באמירה 'טוב, אז הכנסת תגביר את התפקוד שלה. ואם החוקה יוצרת קשיים, אז נשנה את החוקה'. אני חושב שהתשובות האלה אינן תשובות שתתקבלנה על דעתם של החלקים בציבור שדעתם איננה נוחה ולא על דעתם של הפוליטיקאים. מקובל בעולם שהנושא מי הם השופטים הוא נושא חשוב מאוד, גם כיצד ממנים אותם זה נושא חשוב ומרכזי, ולא יהיה אפשר להפחית מחשיבות הנושא הזה. גם הלגיטימיות של הפסק עשויה להיות תלויה בשאלת לגיטימיות המינוי של השופט. ובהקשר הזה צריך לומר הערה כללית יותר: כל היחס החברתי לסמכות בתור סמכות עובר תהליך של החלשה יסודית. העובדה שמישהו אמר משום שהוא נושא תפקיד או מישהו בחר משום שיש לו סמכות פורמלית לבחור – התוקף והמשמעות של הסמכות – בעין הציבורית העכשווית המודרנית – נחלשה מאוד;

ולכן בעיות של לגיטימיות ולגיטימציה נעשו חריפות יותר. ולדעתי, ככל שיעבור הזמן, הן תיעשינה חריפות יותר. לכן יש כאן שאלה ממדרגה ראשונה: האם המצב הקיים באופן מינוי השופטים, בייחוד השופטים שמתמנים לבית המשפט העליון - בהתחשב בשינוי התפקודי של בית המשפט העליון - נותן לגיטימיות מספיקה למי שנבחרים בשיטה הקיימת? זו לדעתי השאלה האמתית שעומדת על הפרק.

לצורך מתן תשובה לשאלה הזאת, יש עוד שאלה אחת שצריך לתת את הדעת עליה: מה אופי התפקוד של בית המשפט בתחום החוקתי? ואני הייתי מוסיף - לא לגמרי מדויק, אבל פחות או יותר נכון - מה אופי התפקוד של בג"ץ בשאלות הציבוריות המשפטיות היותר רגישות. וכאן השאלה היא בהכרח שאלה של דומיננטיות, כי אין הכרעה חדה, דיכוטומית, בין הצד המשפטי, טכני מקצועי לבין הצדדים האחרים. הנשיא ברק השתמש בביטוי 'האנושיים', אחרים השתמשו בביטויים כמו - 'זהותיים', 'השקפתיים' וכיוצא באלה. אגב, הביטוי שנראה לי פחות מוצלח מאחרים הוא המושג 'שבטי'. הייתי שמח להוציא אותו מהלקסיקון, אף על פי שיש לו אסמכתה חזקה במיוחד. אבל העניין של השבטים מזכיר לי באסוציאציה את לבנון יותר מכל דבר אחר, ואני מקווה שהחברה הישראלית לא הולכת ללבנוניזציה מבחינת השבטיות שבה.

וכאן אנו מגיעים למחלוקת. הנשיא ברק כותב, בעיקר בכתובה האקדמית שלו, על האופי המיוחד של הפסיקה החוקתית ומצביע על האופי המיוחד הזה, ובכל זאת הוא אומר שהתפקיד של השופט החוקתי הוא לשקף את הקונסנזוס החברתי ולא את התפיסות הסובייקטיביות של המשפטן החוקתי: "על המשפטן ליתן ביטוי לתפיסות הצדק והמוסר של הציבור הנאור בחברה בה הוא חי". כך אני קורא מעמ' 71 מן הספר "הפרשנות התכליתית", וצריך לומר שבביל השלמות שהמושג 'ציבור נאור' עובר עידון ופיתוח בהמשך הספר הזה.

בכל הכבוד, אני חולק על האמירה הזאת. אני חושב ששאלות חוקתיות רציניות ומשמעותיות אי-אפשר להכריע לפי תפיסות הצדק והמוסר של הציבור הנאור בחברה שבה אנחנו חיים. לרוב הציבור הנאור, ברוב המקרים, אין תפיסות מגובשות כאלה; וכשיש תפיסות מגובשות, מה שנמצא בקרב הציבור הנאור הוא הבדלי תפיסות. אינני מאמין שיש למשפטן החוקתי איזה שהוא מקום לשאת אליו את עיניו בתוך החברה שבו יוכל לאתר את התפיסות שמאפשרות לו להשיב על השאלות

בהן עליו להכריע. ברור לגמרי למי שקורא פסיקה חוקתית בישראל ובמקומות אחרים, שזהו נושא מובהק שבו תפיסת העולם השיפוטית של השופט ממלאה תפקיד, ולא נכון להכחיש זאת, לא ניתן למלא את התפקיד של פרשנות חוקתית מבלי להידרש להשקפת העולם השיפוטית. ואם מישהו מהשופטים של בית המשפט העליון אומר שבעיניו חופש העיסוק הוא לא זכות יסוד מהשורה הראשונה, יש מישהו שיכול לחשוב אחרת. שום תפיסות קונסנזואליות בקרב ציבור נאור לא יכולות לעזור בעניין הזה. מי שקורא את פסק הדין בעניין "קידום" רואה שלשופט דורנר ולשופט חשין יש בבסיס גישות שונות לחופש הביטוי. ועובדה זו מומחשת יפה, במיוחד בפסקי דין בענייני דת ומדינה. לכן, אני אבקש לפתח את ההצעה שהעליתי בהקשר קודם: בעיניי, בירור השקפת העולם של השופט בטרם מינויו לבית המשפט העליון, לאותו חלק של בית המשפט העליון שיעסוק בשאלות האלה, מתבקש מאופי התפקיד של השופט החוקתי במשפט ציבורי. אני מדבר על השקפת עולם שיפוטית, להבדיל באופן נחרץ ומובהק מהעניין המפלגתי, ולאיזה מפלגה אדם משתייך. זו בהחלט שאלה שצריכה להמשיך להיות שאלה בלתי-רלוונטית.

מדובר בהצעה המחייבת התייחסות מעודנת. גם כשאומרים שצריך לברר את השקפת העולם, צריך לעשות זאת בעידון, בצורה שלא תגרום לאדם להתחייב או להינעל על עמדות ספציפיות בשאלות שאחר כך תעלינה לפניו. כל אחד מבין שהשקפות עולם של בני אדם - אלה דברים שיכולים להתפתח ולהשתנות, ואף אחד לא מציע לפטר שופטים, בוודאי לא במודל שאני מציע. זה נראה לי נכון יותר מהדגם שאימצה ועדת זמיר. לדגם שהציע ועדת זמיר אני מבקש להתנגד. העובדה שמישהו הוא עולה חדש או העובדה שמישהי היא מעדה זו או אחרת היא שיקול לחלוטין בלתי-רלוונטי, ואני חושב שבהכנסת השיקול הזה תהיה משום נסיגה עצומה של החברה הישראלית. אני חושב שזה גם מפחית מערכם של בני האדם האלה, כאילו יש איזו שהיא זהות חשובה של האדם שמתבטאת בכך שהוא נולד או שהוריו נולדו באיזה שהוא מקום. החשש שלי מהשיקוף שהציעה ועדת זמיר הוא גם שבסופו של דבר יש קוד לפיחות ברמה המקצועית, אף על פי שלא אומרים זאת, ואפילו אומרים את ההפך. לדעתי, סופו של השיקוף להביא לידי פיחות רמה שאסור לוותר עליה. גיוון בהשקפות עולם בתחום החוקתי-ציבורי יעניק, כאמור, למחלקה הזאת בבית המשפט העליון לגיטימיות גדולה יותר: בד בבד,

החלוקה תגן על המחלקה האחרת מפני האש ששום מוסד שעוסק בביקורת חוקתית ובמשפט ציבורי אינו יכול להימלט ממנה; שום בית משפט שעושה עבודה חוקתית אינו יכול שלא להיכנס לדברים הכי רגישים, הכי מעוררי פולמוס, הכי קרובים לפוליטיקה. ראו, למשל, עניין הצלבים בבתי הספר בבוואריה. לשופטים במחלקה הזו לא תהיה בררה, והם יצטרכו להיכוות, אבל אין סיבה שהאש הזאת תהלך גם על המחלקה האחרת. אפשר לשמור על המחלקה האחרת מפני האש הזאת, וכך לבצר את המעמד שלה.

לעומת זאת אני חושב שהשקפת עולם היא דבר רציני, מכובד. זהו עניין שבתחום האוטונומיה של אדם, שאדם בוחר בו ומגבש אותו. זה משהו שלא צריך להתבייש בו. מבחינה דמוקרטית, הרעיון שציבור המשפטנים שמעוניין להגיע לבית המשפט העליון גוזר עליו אלם בתחום השקפת העולם שלו הוא רעיון עוועים. דמוקרטיה צעירה כמו הדמוקרטיה הישראלית צריכה לפתח דווקא בקרב ציבור המשפטנים את הנכונות לנקוט עמדות ולבטא השקפת עולם. הרעיון שהשקפת עולם שאדם מאמין בה ומבטא אותה היא נטל שפוסל אותו ממינוי הוא בעיניי אבסורדי. העובדה היא גם שבתחום הדת העמדה שהתקבלה - אצלנו מימים ימימה - "הכסא הדתי" בבית המשפט העליון - היא עמדה שונה. ואני מרשה לעצמי לומר כי נושא המשפט העברי איננו הספור האמיתי, ומכל מקום איננו מלוא הסיפור שמאחורי "הכסא הדתי". השאלות שמחלקות את החברה הישראלית הן לא רק סוגיות דת ומדינה. יש סוגיות נוספות מרכזיות שאפשר לפיהן לבנות פרופילים מרכזיים של השקפות עולם שיפוטיות עיקריות. זהו נתון שצריך לעניין אותנו במינוי שופטים לבית המשפט העליון, למחלקה הציבורית של בית המשפט העליון. כמובן, בנוסף לכישורים אחרים, וביניהם משפטנות מהדרגה הראשונה. זהו נושא שצריך לעניין אותנו הרבה פחות בבואנו למנות שופטים למחלקה הלא-ציבורית של בית המשפט העליון. כמו שאמרתי, אין פה דיכטומיה של 100% ערכיות מול 0% ערכיות, אבל יש צד דומיננטי. הצד הדומיננטי במשפט הציבורי הוא צד ערכי. הצד הדומיננטי במשפט הלא-ציבורי הוא הצד של אוריינות משפטית. העובדה שגם במשפט הפרטי יש שימוש במושגי שסתום, כמו צדק או תקנת הציבור איננה גורעת מתקפותה של ההכללה הגסה האמורה. והייתי אומר גם שבאתוס של השפיטה נכון לחדד את ההבדל בשליחות: השופטים שעוסקים בנושאים הלא-ציבוריים צריכים להתמקד



באוריינות משפטית. לא נכון בעיני לפתח דגם שיפוטי, לפיו כול המשפט הינו ערכים, והכול נשפט ומוכר לפי ערכים. להפך, בכל מה שלא מתחייב בו השיפוט הערכי, ראוי לשוב לשיטה של פרשנות נאמנה לחוק, המתייחסת לחוק, ללשון, לכוונת המחוקק, להיקשר החקיקתי במלוא הכבוד והמשקל, מתוך ענווה הנסמכת על החוק, שאינה שואפת לתקן את העולם. אם הגיע הפרשן על סמך פירוש החוק לתוצאה משפטית שנראית בעיניו בלתי רצויה, זו היא עדיין תוצאת הפירוש, והתפקיד לתקן הוא תפקידו של המחוקק.

אני חוזר ומדגיש: אין אני טוען לחלוקה המבוססת על סיווג דיכוטומי של פונקציות נוגדות, אלא לחלוקה הבנויה על דומיננטיות שונה.

זה הרעיון שאני מבקש לשים לפתחה של המועצה הנכבדה הזאת. יתרון נוסף לגישה זו הוא הגיוון בהשקפות שלפי גישה זו עשוי לבוא לידי ביטוי מובהק ונמרץ יותר. אם בית משפט מתאפיין בשופטים שמבטאים השקפות עולם שונות, נבדלות - זה מבטיח רב-שיח שהוא רב-קולות, ולכן יותר מעניין, יותר עשיר ויותר פורה. דיאלוג בין השקפות שונות עשוי לייצר גם סינתזות ותרכובות חדשניות ומרתקות. גם מבחינת הציבור בכללותו, הלגיטימציה של המוסד שיפוטי תגדל ככל שהשפה המוסדית תקיף באופן מלא יותר השקפות שונות הרווחות בקרב הציבור. גישה זו מבטיחה גיוון של העמדות השיפטיות יותר משיטה שאינה מתעניינת כלל בהשקפות העולם של השופטים. אם אין מתעניינים כלל בכך תיתכן שתמונה קבוצה של שופטים שכולם מחזיקים בהשקפת עולם אחת. אין שום הצדקה שבחברה דמוקרטית, חברה שאין ספק שיש בה השקפות עולם שונות, ושיש לה מחוייבות אידאולוגית עמוקה להיגוי הזה, ייווצר מצב שייתן באקראי בלעדיות או דומיננטיות לאחת מהשקפות העולם. אם אין בודקים ואין מבררים, עלולים להתגלגל לייצר דבר כזה.

אני מבקש לחזור על הצעה שהציע לאחרונה זאב סגל, ושהועלתה גם בעבר - לצרף לוועדה לבחירת שופטים אנשים מן האקדמיה. אני חושב שההצעה הזאת באה לחזק את הצד המקצועי בבחירת שופטים. זהו הצד שחשוב לחזק אותו. אני מתנגד לחיזוק הצד הפוליטי בבחירת שופטים. אני חושב שהיכולת של פוליטיקאים להחליט מי השופט המחוזי המתאים ביותר למינוי לבית המשפט העליון היא קלושה למדי. במעמדה של הפוליטיקה היום בחברה הישראלית, משמעות חיזוק הצד הפוליטי היא אחת ויחידה - פיחות ביוקרה של מי שיתמנו להיות

שופטים ופיחות במעמד של המערכת השיפוטית. לכן זו הצעה רעה. לעומת זאת, אני חושב שהצעה לחזק את הצד המקצועי היא הצעה בכיוון הנכון. איני מוצא בסיס לעמדה לפיה אנשי אקדמיה שיתמנו והפכו לפוליטיקאים מתוסכלים. השיקולים שביסוד ההצעה הם כדלקמן: אין ביטחון שנציגי לשכת עורכי הדין מיצגים תמיד את הצד המקצועי ולא הצד הפוליטי. גם מבחינת יכולת ההערכה המקצועית, נציגי הלשכה מתאימים במיוחד לנושאים כגון מזג שיפוטי, ואילו לאנשי אקדמיה יכולה להיות תשובה בתחום הערכת היכולת המקצועית לפי ביקורת הפסיקה של שופט-מועמד, שכן זהו תחום מובהק של מיומנות של האקדמיה המשפטית. בנוסף לכך, תוספת כזו מגדילה את הגיוון בצד המקצועי, כי גם המקצוע שאדם בא מתוכו משפיע על ההשקפה שלו, על הגישה שלו. אז יהיו אנשים שבאים מהשפיטה, שיביאו איתם תפיסת עולם של שופטים; ויהיו אנשים שבאים מחוץ לעולם השפיטה, שתפיסתם, בהכרח, תהיה תפיסה שונה. זהו גם מסר חשוב מאוד לשופטים המחוזיים הוא שלא הכרחי שפסקי הדין שלהם ימצאו חן דווקא בעיני השופטים של בית המשפט העליון. זה מסר חשוב כאחד ההיבטים של עצמאות השפיטה, עצמאות שלא באה אצלנו לידי ביטוי. טמון בכך גם הרעיון לפתח יצירתיות וביקורתיות בכלל המערכת השיפוטית. אנחנו משלמים מחיר כבד במונחים אלה בשיטה של התקדים המחייב. אגב, הוא מחייב להביא שופטים במינוי בפועל לבית המשפט העליון, על כל הבעייתיות שבדבר הזה. אני חושב שיש אינטרס מובהק לעודד יצירתיות אצל שופטים של הערכאות היותר נמוכות. הידיעה של השופטים האלה שהשיפוט המקצועי שלהם יהיה שיפוט מקצועי מגוון יותר היא ידיעה מחזקת, היא דבר שייצור גיוון רב יותר ויחזק את היצירתיות בתחום המשפט.

ההצעות הנוספות שאני רוצה להזכיר כאן חשובות פחות, אבל הן הצעות שהייתי רוצה להעלות בפורום הזה:

הצעה אחת היא לאפשר להציע מועמדים לבית המשפט העליון ביתר פשטות וישירות ממה שנעשה היום. אני חושב שהדבר הזה חשוב מבחינה ציבורית בשל הטענות כאילו יש סגירות. אני חושב שהתשובה לטענות האלה היא בהיפתחות. אין שום סיבה לא לאפשר ללשכת עורכי הדין להגיש ישירות הצעה למועמד מבלי שצריך יהיה ליצר "קואליציות". אפשרות דומה להציע מועמדים צריכה להיות לאקדמיה המשפטית. אני חושב גם שנכון לקבוע לעתיד תקופת צינון בעניין מינוי אנשים

מהשירות המשפטי לבית המשפט העליון. אני חושב שהעובדה שהמסורת המשפטית שלנו לא עשתה כך בעבר, שהיו לנו מינויים מוצלחים מאוד לבית המשפט העליון בלי צינון, לא צריכה להאפיל על הקושי שקיים אם אין מנהיגים צינן. יש בעיה אמתית לאנשים שמחזיקים את הסמכות על העמדה לדין, אם המינוי שלהם עצמם לבית המשפט העליון עשוי להיות תלוי בעמדה של האנשים שגורל התיקים שלהם נמצא בידיהם. אני חושב שזה מצב בלתי-מתקבל על הדעת מכל בחינה. ובמדינה שבה העלו את הנושא של ניגוד העניינים לרמה מפותחת כל-כך של רגישות, יש כאן קהות בלתי רגילה. זו סיטואציה בלתי-אפשרית. גם הסיטואציה שמי שעומד בראש המערכת של השירות המשפטי ועובר מיד לתפקיד שבו הכפופים לו, הנציגים של אותה מערכת שעד אתמול הוא היה ממונה עליהם ועל המדיניות שהמערכת הזאת הפעילה ושהוא הנווט הראשי שלה מופיעים לפניו מול עורך דין שאיננו מהמערכת - הסיטואציה הזאת היא סיטואציה לא בריאה ולא נכונה. רוצים שלפני בית המשפט יעמדו צדדים שווים, המדינה מול צד אחר; אבל אצל אדם שעד עכשיו היה מופקד על השירות המשפטי של המדינה לא יכול להיות שלא התפתחה תחושה של הזדהות, אמפתיה וסימפתיה מיוחדות לאנשים שעובדים תחתיו ולמדיניות, לאתוס ולרווח שהוא השרה ועיצב. האם ברגע שהוא מתמנה לשופט הוא שוכח מזה? אני חושב שהשוויון בין המדינה לבין הפרט נפגע באופן הזה, ונפגעת גם הראות הצדק, ולכן אני חושב שצריך להנהיג צינון של ממש לנושאי התפקידים האלה.



קבוצות דיון :

-----  
:



## קבוצת דיון א

מנחה:

**פרופ' קליין, קלוד** - הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים

**שמות הדוברים** (לפי סדר אלף-בית):

**אושעיה, אפי** - מנכ"ל חברת "פוליס"י

**אלוני, שולמית** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

**עו"ד ארידור, יורם** - שר האוצר לשעבר

**פרופ' ברק, אהרון** - נשיא בית המשפט העליון

**פרופ' גביזון, רות** - עמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה;

הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים

**ח"כ לבני, אתי**

**לנגנטל, נחום** - מנכ"ל חברת יומנטרה השקעות בע"מ

**עו"ד מירום, חגי** - ח"כ לשעבר

**עו"ד ד"ר מליץ, עמרם**

**פרופ' מעוז, אשר** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

**עו"ד מרזל, יגאל** - עוזר לנשיא בית המשפט העליון

**פרופ' נחמיאס, דוד** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה;

החוג למדע המדינה, אוניברסיטת תל-אביב

**פרופ' סגל, זאב** - המחלקה למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל-אביב

**פרץ, אתי** - מזכירת הסתדרות העובדים הסוציאלית

**עו"ד קרפ, יהודית** - משנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר

**ח"כ תמיר, יולי**

♦ **קלוד קליין:** נתחיל בהגדרה הכללית.

♦ **שולמית אלוני:** המשפט הראשון שאני רוצה לומר היה המשפט הראשון של רות גביזון: היום אנחנו לא בשלים לשינויים דרסטיים. זאת אומרת אנחנו יכולים להכין איזו הצעה לעתיד, אבל במציאות הקיימת היום יהיה מסוכן מאוד לעשות תנודות במבנה הקיים, בייחוד בשל האגרסיביות שישנה היום בכנסת. יש תופעה מעניינת מאוד, הכנסת חוששת לעשות אובר רולינג של פסיקה של בית המשפט העליון. היא יודעת שיש איזה כבוד, יש איזה רתיעה מלעשות את האובר רולינג, ולכן

היא הלכה לדרך של התפרצות נגד. הנשיא ברק הזכיר את העניין הזה - כשאתם לא מרוצים תעשו אובר רולינג, זאת אומרת, שנו את החקיקה, והיו גם דברים כאלה בעבר. כשאנחנו עבדנו בזמנו על חוק יסוד השפיטה, כבר אז הייתה התנגדות להכניס אליו את הבג"ץ. הממשלות לא אוהבות את הבג"ץ, פרט למנחם בגין מנוחתו עדן; הוא אמר "יש שופטים בישראל". כל ראשי הממשלה והממסדים לא אהבו את הבג"ץ. ידועה ההערה של יצחק רבין שהוא מקנא בערפאת שאין לו בג"צים ואין לו משרד משפטים.

כשבני ישראל יצאו ממצרים הם קיבלו חירות, אבל הם היו ערב רב, העבדות עוד לא יצאה מהם. מתי נאמר להם "היום הזה הייתם לעם"? רק אחרי שקיבלו חוקה. זה ההבדל בין פסח לשבועות. אנחנו עדיין ערב רב. אנשים הגיעו לכאן ממזרח אירופה, מאגן הים התיכון, בלי הכרה של דמוקרטיה, ויש השימוש ההולך וגובר שרוב הוא הדבר הקובע, אפילו רוב בכנסת. אם סיעה של שלושה אנשים בכנסת מציעה הצעת חוק, היא זקוקה לקואליציה, ואז יש לה רוב גדול. זה היה הסיפור עם התוספת לילד החמישי. "קול המון כקול שדי" זה פופוליזם ודמגוגיה.

נאמר כאן שכאשר בית המשפט הגבוה לצדק משנה או מבקר חוק חדש מכוח חוק יסוד, שיביא בחשבון את דעת הציבור הרחב. שלא יעזי לעשות את זה בכלל! מפני שפופוליזם הוא לא טוב ולא נכון. בית המשפט צריך לנהוג לפי הנורמות שהוא קבע. אם יש בכלל חשיבות כלשהי לעבודה שאנחנו עושים, זו החשיבות החינוכית, המשפטית והדמוקרטית.

אני בעד לדלל את הפוליטיקאים בוועדת המינויים לא על-ידי הקטנת מספרם, כי יש להם כבר חזקה לפי המפתח הקיים, אבל בקבלת ההצעה שהציג מרדכי קרמניצר - להוסיף אנשים מהאקדמיה. זה לא מוכרח להיות משפטנים, זה יכול להיות גם ממדע המדינה. פרופ' גביזון, הביאה בתור דוגמה את הצבא. הצבא הוא הדוגמה הכי רעה. הם כולם גדלו באותה ערוגת פרחים, הם כולם גדלו יחד והם חושבים יחד. שלוש פעמים היה לי העונג להתאכזב כי הצעתי להם יועץ או סוציולוג בלתי-תלוי או פסיכולוג חברתי בלתי-תלוי או פילוסוף, אז הם אמרו - מה הוא מביין? אמרתי שהוא יודע לשאול את השאלות הנכונות. מאז שמת בריל (אלוף בר-כוכבא) אין להם מישהו שמרגיז אותם. אני בעד לדלל לא על-ידי שינוי ההרכב אלא על-ידי תוספת.

אני מצטערת שהדברים של נשיא בית המשפט העליון בחלקם הגדול



היו ברוח האפולוגטיקה - איזו מין התנצלות או שזה היה דיבור אל הכנסת. יש לנו היום בעיה עם הכנסת ועם האגרסיביות. כאשר הוא הופיע לפניהם, היו חברי כנסת שאמרו לו - מי אתה בכלל?! אנחנו נבחרנו. אני זוכרת שהיו לנו חברי כנסת שאמרו שהם "יחידי סגולה". אז הם לא יחידי סגולה. אמנם יש הערות ותיקונים שרוצים להכניס, אבל בית המשפט הגבוה לצדק הוא היום המבצר היחיד במדינת ישראל לזכויות האדם - גם במה שקשור בבירוקרטיה שוחקת וגם במה שקשור בבירוקרטיה כללית וגם בתחום החוקים והנהלים של שירותי הממשלה. אם אתה מסכים אתי שהשופטים שהיו הם שופטים ראויים ואם אתה מסכים אתי שהבג"ץ הוא היום הכתובת לזכויות האדם, גם בפסיקה שלו, אז כדאי לחזק אותו.

♦ **חגי מירום:** אני רואה שאופי הדיון ייקח אותנו ככל הנראה אל שלושת הנושאים שהגדיר פרופ' קליין. אני רואה בדיון הזה פרק נוסף בדרך של המועצה הציבורית, להציע הצעות חוקתיות בפרק של הרשות השופטת. מי שתופס את זה כך צריך לראות את הדיון בכיוון הזה ברמה הזאת, וככה אני רואה אותו.

אשר להסדרה החוקתית של הרשות השופטת, בעיקרון מקובלים עליי דבריו של הנשיא ברק, ולפי דעתי מאוד לא רצוי לצעוד לעבר בית משפט לחוקה. אינני חושב שהחברה הישראלית והמערכת בנויה להקמתו של בית משפט מיוחד לחוקה, ולפי דעתי יש מסורת מתהווה של ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט העליון, מסורת שאינה קבועה במסמרות חוקיות וחוקתיות אבל קיבעה את עצמה בדרך של ביקורת שיפוטית על חקיקה. אני גם מסכים עם דבריו של הנשיא ברק שבעצם חוק היסוד קבע נורמה חוקית חוקתית גבוהה יותר מכל חוק אחר, ועל כן יש לו עליונות, ומה שעומד בסתירה לו צריך להיבדק, והביקורת כאן צריכה להיות מופעלת. במובן הזה אני חושב שאנחנו צריכים אולי להוביל לדברים מפורשים יותר ממה שהחוקה או החוק מפרש באמצעות חוק יסוד השפיטה, אבל לא הרבה מעבר לכך, ואינני מצדד בהליכה במגמה של בית משפט לחוקה.

אני רוצה לומר כמה דברי ביקורת על דברי הנשיא ברק, בעיקר בכיוון שהתחילה בו שולמית אלוני, כי אני חושב שצריך לתת פרופורציות נכונות לביקורת המוטחת בבית המשפט העליון ובמיוחד בנשיאו, ולא צריך לאבד את האיזונים בכל הקשור במקומה של הרשות המחוקקת לעומת הרשות השופטת. אני לא מציע לתת סמכויות או לבקש שהכנסת

טיטול לידיה סמכויות מיותרות. הכנסת ביסודה מקיימת יחסים מאוד רגישים עם הרשות השופטת, ובמיוחד עם בית המשפט העליון, ועם בית המשפט הגבוה לצדק. דווקא לא לשם אני לוקח את הדיון, כי מקום שבו הכנסת נפגשת עם הרשות המחוקקת הוא בדרך כלל בתחום הפרט. מקום שבו הכנסת נפגשת עם הרשות השופטת, הוא בקטע של הביקורת השיפוטית ובקטע של התערבות בהליכים של הכנסת. ושאלת שפיטות ההליכים בכנסת גם היא שאלה שיש מקום לשאול אותה, ואני הייתי אומר כאן באופן המפורש ביותר, על-פי כל המבחנים, הרשות השופטת לא השתמשה שימוש יתר בביקורת השיפוטית על הכנסת ועל ההליכים בתוכה. לעתים היא אפילו נמנעה במקום שבו היה מקום להתערב בגלל רגישות היתר שהייתה לה לגוף המחוקק ולמערכות היחסים בינה לבין בית המשפט העליון.

לכן אני חושב ששינוי המשקל הזה, המתח הזה שמתקיים כיום בין הרשות השופטת לבין הכנסת, לא צריך לקבל תפנית חד-משמעית, ואני לא הייתי קורא קריאה גורפת בנוסח הקריאה של הנשיא ברק - "אם הכנסת לא מרוצה, אז שהכנסת תחוקק".

ראשית, אין מין דבר כזה שקוראים לו "כנסת לא מרוצה". יש תמיד איזה שהוא ציבור בתוך הכנסת שלא מרוצה בעניין זה או אחר. שנית, קשה בכלל להגיע בגלל זה לאיזה שהוא קונסנזוס שיביא את הכנסת - כשהיא לא מרוצה - לחוק, ולכן זה לא כל-כך קורה, והיא לא מחוקקת. אין בה הסכמות, ואין בה הבנות בדברים מאוד יסודיים ובסיסיים שאנחנו דנים בהם כאן. אני לא רוצה להיכנס יתר על המידה לעובי הקורה כדי לא לומר דברים פוגעים. אני בא משם, ואני אהבתי את התקופה שהייתי שם. אבל אני מטיל ספק בכל מה שקשור בהבנה של המחוקקים את הנושאים הקונסטיטוציוניים.

משום כך הזמנה של הכנסת לבוא ולחוקק עכשיו את הנושאים המהותיים האלה, בכל פעם שהיא לא מרוצה - אני לא מדבר על קודקס - אני חושב שזאת הזמנה שאינה במקומה ואין בה צורך.

♦ **זאב סגל:** אבל זו הגישה הכי דמוקרטית שאפשר. זה בית הנבחרים.  
 ♦ **חגי מירום:** כן, אבל אתה מכיר את העניין ואתה מכיר את הנפשות הפועלות, ואתה מכיר את צורת שיקול הדעת ואת צורת ההתייעצות ואת כל מה שקשור בזה. אתה לא צריך להזמין את הכנסת בכל דבר ועניין; היא גם לא תבוא. צריך לראות את הדברים בפרופורציות האלה.  
 אני רוצה להגיד עוד מילה בשאלה מדוע אני מחייב את המערכת פחות

או יותר כפי שהיא, אף כי אני חושב שאנחנו צריכים לומר דברים ברורים יותר בחוק. אפילו האקטיביזם השיפוטי שבית המשפט העליון נאשם בו, לפי דעתי אינו מוגזם. הוא היה קרש הצלה לזכויות האזרח במדינת ישראל כל השנים, ואל תסמכו על הכנסת בעניין זה. טוב שישנה מערכת כזו כמו בית המשפט העליון שקוראים לה 'אקטיביזם שיפוטי' והיא קובעת אמות מידה שמייצרות זכויות אזרח במקום שבו הכנסת לא יכולה לעשות את זה בגלל חילוקי הדעות בין חבריה. מהבחינה הזאת אני חושב שאנחנו לא צריכים להרחיק לכת יתר על המידה. יש לנו מבנה שעוצב במסורת שלנו, ואני חושב שלא צריך להתרחק ממנו. צריך להפעיל את הביקורת השיפוטית ואפילו להקנות אותה בסמכות חוקתית דרך חוק יסוד או מה שיצטבר מאוחר יותר לחוקה ולא לתת בידי הכנסת את המקום שבו צריך להתייצב הגורם הביקורתי וגם לא ללכת הליכה מרחיקת לכת לעבר בית משפט חוקתי.

♦ **קלוד קליין:** לפני שנמשיך אני רוצה להעלות שאלה שתעזור לנו להתקדם בנושא של בית דין לחוקה. אני מבין שיש מעט מאוד אנשים שתומכים בבית דין לחוקה לפי מתכונת פוליטית כלשהי. זה ברור. אני רוצה לשאול גם את הנשיא ברק מה התגובה שלו ומה תגובת האנשים להצעה שלמשל יהיה סעיף בחוק יסוד השפיטה שידבר על בית המשפט העליון שיושב כבית דין לחוקה. הפרוצדורה תהיה אולי קצת שונה כדי להבהיר ולהדגיש שביטול חוק אולי דומה נורמטיבית לביטול חוק עזר עירוני, אבל פוליטית כל אחד יודע שזה לא אותו דבר; ואולי ניתן לזה ממד שונה. אולי יהיה לנו זמן לעסוק בנושא הזה.

♦ **קריאה:** מה זה ממד שונה?

♦ **קלוד קליין:** הפרוצדורה תהיה קצת שונה. יש בעיה של ביקורת עקיפה וביקורת ישירה וכל זה יתנקז לשם.

♦ **אהרון ברק:** אני אמסור קצת מידע בעניין הזה. הצעת חוק יסוד החקיקה הראשונה הייתה בדצמבר 1975. אני הייתי אז יועץ משפטי ועבדתי עליה. שם דובר על בית המשפט העליון בישוב כבית משפט לחוקה; וממשלת רבין הראשונה קיבלה את זה. אחר כך כשהם נפלו, בגין לא היה רק ראש ממשלה, הוא גם היה שר המשפטים, ואני הייתי יועץ משפטי לממשלה. באתי אליו ואמרתי לו 'תראה, זאת ההצעה. אני מציע שהממשלה שלך תתייצב מאחוריה. הוא הכיר את המטריה. גם יורם ארידור היה. הוא היה מאוחר יותר אחראי למשרד. ולמיטב זיכרוני השינוי שהוא הכניס היה סעיף קטן 1 לסעיף 51 'ייכון בית

משפט לחוקה'. סעיף קטן 2, בית המשפט העליון הוא בית המשפט לחוקה. 3, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה ישב בהרכב של לפחות תשעה. בהצעה הקודמת היה כתוב שבעה, והוא הכניס תשעה. אחר כך הייתה עוד הצעה בעניין הביקורת העקיפה והישירה. זה היה חוק יסוד החקיקה השני, וגם חוק יסוד החקיקה השלישי הלך באותה רוח. וזה גם הרעיון שלי.

הרעיון שלי הוא שייאמר 'בית משפט עליון בשבתו'. כמו שיש "בית משפט עליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק" או "בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים ופליליים", יהיה 'בשבתו כבית משפט לחוקה', ותהיה פרוצדורה מיוחדת. מוכרחים פרוצדורה מיוחדת, למשל בעניין הראיות. הראיות המובאות לבית המשפט העליון כחוקה שונות מהראיות המובאות לא כחוקה, מה שנקרא 'הראיות החברתיות' וכיו"ב. הצעתו של אמנון רובינשטיין היא לרוב של שני שלישים מהמצביעים. אין צידוק לכך במקומות אחרים, אבל פה אפשר אולי להכניס את זה. אני לא אוהב את זה אבל ניחא.

מה שהערתי באולם זה שאני נגד זה שכשבת המשפט העליון יושב כבית משפט לחוקה יוסיפו לו עוד את השם 'צדק'.

♦ **נחום לנגנטל:** אני רוצה לומר בקשר לדיון שהיה היום בבוקר, שלהבדיל מהפעמים הקודמות שדיברנו על הסוגיות האלה של הרשות השופטת בכינוסים הקודמים, הפעם הוא היה יותר נינוח. אני חושב שיש איזה שהוא שינוי, בכל אופן מבחינתי, באווירה של העניין לעומת השנים הקודמות שעסקנו בעניין הזה. אני חושב שהמחלוקות בסופו של דבר ידועות. מקצת ממאבקי הכוחות בין הכנסת לבין בית המשפט העליון, הרטוריקה של הכנסת, באה לידי ביטוי בהצעה של בית משפט לחוקה. לטעמי, גם אלה שהציעו בית משפט לחוקה הרי מבינים שאם תתגשמונה כל התקוות הוורודות שלהם, בסיכומו של דבר, הם יצאו וידם על התחתונה לעומת המצב שלהם היום. כי במקרה האופטימלי, המיעוט שהצליח להעביר את הדבר הזה יזכה לנציג אחד, מקסימום לשניים בהרכב מסוים. הנציגים האחרים כבר מגיעים מתפיסת עולם אחרת. ושם הורדת הידיים תהיה הרבה יותר קשה. לעומת זאת, בית משפט אמון על ערכי צדק ועל תפיסות אחרות, וכל אחד משוחרר מכל המשכנתאות שהוא מגיע אֶתן מהבית.

הדיון הבוקר היה נעים, נקי, במובן הזה שאני חושב שכל הכוונות של כולם הם כוונות טהורות כולם רוצים שופטים טובים. השאלה היא

עכשיו בטרמינולוגיה. אחד קורא לזה 'שקיפות', וכך אני רואה את זה. זה ויכוח מאוד דק, מאוד רגיש. המבחן שלו הוא מבחן התוצאה. ולכן לא משנה כרגע איך נגיע לאותם דברים. אני חושב שאפשר להגיע לתוצאות טובות יותר בניואנסים. יש מחלוקות האם להוסיף עוד אחד או שניים בוועדה למינוי שופטים או לא. אף אחד לא חושב ברצינות שצריך להביא לרוב טוטאלי של הפוליטיקאים בוועדה למינוי שופטים. אבל יכול להיות שנציג אקדמיה יבוא על חשבון נציג בוועדה למינוי שופטים או משהו אחר, או אפשר אולי כן לאפשר שימוע, כדי לדעת את הדעות של האנשים שיבחרו על-פי ערכיהם. זה חלק מהעניין שאפשר לחשוב עליו, כל עוד יש פתיחות. שופט מחוזי כותב את פסקי דינו, ואפשר להתרשם מהם. אם הוא דן בעניינים ציבוריים, אתה יכול להתרשם מה תפיסת עולמו; ואם יש שופטים שלא עוסקים בדברים האלה, יש פה בעיה. לכן צריך איזה שהוא מקור אחר: מי שבא מהאקדמיה חזקה עליו שגם כתב קצת מדבריו.

בגלל חולשתה של המערכת הפוליטית אני אומר לנשיא ברק שאני חושב שהרגישות צריכה להיות פי אלף מבפעמים קודמות. אני אומר את זה בכאב גדול. המערכת הפוליטית מקבלת תדמית נחותה כל-כך בעיני הציבור. בדיון קודם פתחתי בשאלה אם הכנסת בכלל מחוקקת חוקים ערכיים. טענתי שם שלא, וניסיתי להוכיח שבקדנציה שלי היא לא הצליחה להוציא שום חוק ערכי, היא רק פועלת בלידת בררה. החוק הערכי היחיד שהיא דנה בו היה תוצאה של חוסר בררה. זה היה חוק טל. הוא עמד לפתחה של הכנסת, וזה היה עתיד להתפוצץ. לא הייתה בררה, אחרת היו לוקחים לנו את ההכרעה.

בהיעדר יכולת של המסגרת הדמוקרטית להגיע לאיזה שהיא קביעה נורמטיבית בשום תחום בחמש עד עשר השנים האחרונות, בגלל התיקון המשותק שלה, בגלל המחלוקות הערכיות בתוך המפלגות עצמן, יש כאן רגישות הרבה יותר גדולה של בית המשפט העליון. וכאן אני רוצה לחלוק על חגי מירום ולהתניחס מאוד ברצינות למה שאמר הנשיא ברק. אני אמרתי תמיד לחבריי במפלגות הדתיות, כשעוד הייתי אתם, על הרעיון שלהם שלא לחוקק חוקה כי הם מפחדים שברק וחבורתו יפרשו להם את החוקה לא כמו שהם רוצים, שהתוצאה היא שגם לא עושים חוקה וגם בית המשפט מפרש מה שהוא רוצה בלי חוקה. אין לו צורך אפילו בג'נטלמניות להסביר איך הוא מסתדר עם החוקה, כי הוא עושה מה שהוא רוצה. משום כך כדאי שהם מבחינתם יקבעו משהו.

אם לא יהיה טוב, אז יש לנו הכוחות הפוליטיים להידבר עם בית המשפט העליון. זו חקיקה שהיא שלנו. בדבריד, עו"ד מירום, אתה משחק לידיים של המפלגות הדתיות. למה לא צריך חוקה ולמה לא צריך לסמוך על בית המשפט העליון? אתה לא מקבל את הדעה שאם לא נוח לנו עם בית המשפט העליון, אז נעביר איזו שהיא חקיקה בכנסת שתתקן את זה. אני אומר שבפירוש צריך כן לקבל את הקריאה הזאת, וזה חלק מהדיאלוג שצריך להיות בין שני המוסדות החשובים של המדינה, הכנסת ובית המשפט העליון. בהיעדר הסכמה - הפרשנות היא שלא לזה המחוקק התכוון או שלמקצת הדברים הוא התכוון ומקצתם הוא רוצה לשנות. לדעתי, הדיבורים על סעיף עוקף בג"ץ הם משוללי כל יסוד מבחינת תפקידה של הכנסת. אין כזה דבר חוק עוקף בג"ץ. זה חלק מהרצון הדמוקרטי. לא נראה לכם טוב מה שבית המשפט העליון אומר? תתכנסו ותחליטו אחרת. אתם לא מסוגלים? אל תבואו בטענות. לכן דווקא מי שרוצה בחיזוקו של בית המשפט העליון צריך לעודד את התהליכים האלה. זו תביעה שצריך לחנך לה בכנסת: אם הם רוצים לקחת את מושכות הנורמטיביות של החברה הישראלית ולעצב באמת את ערכיה, לא רק לדון בענייני תקציב ולהצביע כשם שמצביעים, אז שיאמרו. אם לא נוח להם מה שאומרים שם, שיחוקקו. ואסור לפחד מהתהליכים האלה, כי אם נפחד, אז בסופו של דבר לא תהיה שום חקיקה נורמטיבית של הדמוקרטיה בישראל; ויותר מכך, לא יתנו סמכות לבית המשפט העליון לעשות את מה שהוא עושה. ואנחנו רוצים שהוא ימשיך לעשות את זה היטב.

♦ **זאב סגל:** מינויים פוליטיים הם סכנת נפשות. במציאות הישראלית זה יהיה כמו גרמניה עם כל היתרון של בית המשפט החוקתי שם - המפלגות ימנו וכדומה. ונדמה לי שהנשיא ברק ניסה להסביר את זה. אני אוהב את האמרה של הנשיא טרומן - The best way to loose a friend is to put him on supreme court. ואת זה אני אומר לחברי הפוליטיקאים. ברגע שאדם הוא שופט של בית המשפט העליון, הוא כבר שופט עליון, הוא כבר לא שם עליך, ואתה הפוליטיקאי לא תשיג את מה שאתה רצית והמערכת כולה תתבזה. זה הוכח הרבה מאוד פעמים.

בכל מה שקשור בהרכב, כתבתי מאמר ב"הארץ" לפני חודשיים על האקדמיזציה של בחירת שופטים והצעתי להוסיף עוד שני פרופסורים. כתבתי את זה על רקע ההצעה להוסיף פוליטיקאי. זה לא שאני

היום צריך שני פרופסורים, מי כמוני יודע שרבים מהפרופסורים הם פוליטיקאים. נשיא פרינסטון הלך להיות נשיא ארצות-הברית, ושאלו אותו למה הוא צריך את הצרה הזאת, אז הוא אמר I got fed up with politics. הוא רצה לעזוב את פרינסטון ולהיות נשיא ארצות-הברית. אני מאוד לא נלהב מהרעיון הזה; ויש השאלה איזה פרופסורים ואת מי הם ישלחו וכדומה, אבל קודם כול זה ייצור משקל נגד. התרומה של פרופסורים יכולה להיות, אם הם יבחרו בצורה אמיתית, בהערכת פסקי הדין של הערכאה. הם יתעמקו בהכרעות של השופטים המחוזיים ויקדישו לזה את הזמן ויקבעו, ואני מציע שהדברים לא ייעשו רק בנוסח פרופ' קרמניצר, כלומר שהשופטים העליונים רק הם יחליטו מי השופטים המחוזיים הכי טובים. אני חושב שלאקדמיה יכולה להיות תרומה. אמנם אני יכול לחיות עם הוועדה הנוכחית, אבל זה אמור להיות בכל זאת משקל נגד.

שמעתי גם את הניואנסים בגישה של הנשיא ברק. השאלה המרתקת והקשה היא איזה בירורים אתה עושה בטרם אתה ממנה שופט לבית המשפט העליון. אז אמר הנשיא ברק שאולי בכל זאת ועדת המשנה תראיין את המועמדים, תשוחח עם המועמדים; ואתה אמרת שאתה לא מתנגד. אני הייתי מדבר לא רק על ועדת המשנה, אלא אולי על ועדה מורחבת של חמישה מחברי הוועדה לבחירת שופטים. לי יש בעיה עם זה, ואני מעלה אותה: מצד אחד אני נורא אוהב את הגישה המקצוענית, בא עכשיו איזה מקצוען משפטי והוא יודע לאזן והוא יודע לקרוא חומר וכן הלאה, נוסח גרוניס, מרים נאור וכו'. מצד שני היום שופט הולך להכריע בערכאה ערכית בסוגיות אדירות. מדובר כאן למשל בחופש העיסוק, למשל בשאלה על עובד שחתם עם מעביד שהוא לא יעבוד במקום אחר. יש כאן המון ניתוחים של ערכים בכל מיני דברים שהם לא דרמטיים, אבל הם נוגעים לדברים כמו ענישה, כמו מעורבות שיפוטית, כמו היקף ביקורת שיפוטית. אפשר לראות זאת למשל בעניין ברק שהביא את אנגלרד - אמרו 'חבר מביא חבר' - ופה נעשה לו עוול שרצוי לתקן אותו. אז קודם כול הוא חבר נהדר, הוא ידע שאנגלרד מבטא ריסון שיפוטי וחוסר אקטיביזם; אנחנו ידענו זאת מהספרות, מהקריאה של הדברים. ישנה בכל זאת השאלה מה השקפת שופט, אפילו השקפה על ענישה. באמריקה מדובר בהפללות; אצלנו יש חוק בעניין זה. זה עוד חוק שאולי אפשר יום אחד לבטל אותו במסגרת המהפכה החוקתית והפיתוחים החדשים שלה, בפסק דין חירות ובפורום

הנגב. אבל יש הרבה מאוד שאלות אידאולוגיות, אז אני לא יודע איך ללכת בין הטיפות.

מצד אחד אני לא הייתי רוצה שימוע פומבי בוועדה נוסח ארצות-הברית, אנחנו לא בנויים לזה. מצד שני היה אולי רצוי שתשב ועדה לבחירת שופטים, חמישה או שבעה או כל הוועדה, ותשוחח עם שופט כדי לעמוד על זה שלא ימנו שני שופטים שהם אותו שטנץ, כיוון שאנחנו רוצים איזה שהוא מגוון. פעם כתבתי על העניין הזה בכתב העת "משפטים". אני חושב שכדאי לחשוב על איזה שהוא פורמט שלא יבוא שופט לבית המשפט העליון 'טבולה רסה' ואנחנו נשחק כאילו שזה איזה מקצוען טכני. אפילו בדיני שטרות, הנשיא ברק, אתה לימדת ואהבת את זה מאוד, גם בדיני שטרות יש הכרעות עמוקות ומורכבות של ערכים. צריך באיזה שהוא מבנה לבנות את אותו שיח עם השופטים. אולי פרופ' קליין מכיר איזה שהוא רעיון.

אשר לרעיון של בטלות חוקים והסמכות לבטל חוקים שעולה כאן, אני אומר רק דבר אחד - העליתי אותו אתמול בפעם הראשונה בהתייעצות שהייתה אצל יו"ר הכנסת - הסמכות לבטל חוקים בידי בית המשפט העליון תחול על הרכב מלא של בית המשפט העליון, בלי קשר לשאלת הרוב. הצעתי הרכב מלא מכיוון שאני לא רציתי שייוצר מצב של מראית עין, כדי שלא יגידו שעשו מניפולציה כלשהי. העלינו את זה אתמול. אני מניח שידברו על זה. ראיתי שבעיני ריבלין ואחרים זה מצא חן.

יש כאן שאלה עקרונית מעניינת. אמר חגי מירום "אל תזרקו את הכדור לכנסת". איך אמר שלום רוזנפלד? "כל עם מקבל את המנהיגים שהוא ראוי להם, אבל בארץ העונש כבד מדי". אנחנו מאמינים שהקונספציה היא כנסת. אני כתבתי ב-68' את הספר על זכות המידע. סעיף 51 היום לא קובע את התנאים לבג"ץ, הוא רק נותן לו סמכות לפסוק למען הצדק. אבל בדיוק זו השאלה, אני מוכרח להסכים לזה. הכנסת היא הכנסת, היא מייצגת בעליונות שלה את הריבונות של העם. אתמול העלה פרופ' קליין את הגישה ברוח תרבות צרפת. הנשיא ברק מתנגד, אני מתנגד, אחרים מתנגדים. אם הכנסת מחר תקבל את ביטול חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אז חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הלך הביתה. אם הכנסת תקבל מחר חוק יסוד לביטול ביקורת שיפוטית, אזי בג"ץ הלך הביתה. אולי זה יקרה לבג"ץ קצת פחות, כי הוא משוריין בזכות שולמית אלוני בחוק יסוד השפיטה, וזה ההישג של שולמית אלוני מ-48'.



אנחנו בתקופת ההתלמדות שלנו, ואין לי דרך אחרת לחשוב. יש היום Standing כמעט לכל אדם. באנגליה יש אי-שפיטות של הליכים פרלמנטריים, לא חוקיות, אלא אי-שפיטות של הליכים. בגרמניה יש אקטיביזם, באנגליה אין. אם רוצים אפשר לחוקק. לכן צודק לנגטל בגישה, אין כזה דבר חוק עוקף בג"ץ, יש רק חוק עוקף דמוקרטיה. החוק יכול לבוא לבטל את הפסיקה, וזה לגיטימי. יום אחד המחוקק נבהל מהפרשנות של הנשיא ברק בנושא אזרחי, נפגעי תאונות דרכים. בית המשפט העליון פסק שכל דבר זה תאונת דרכים וכל דבר זה רכב מנועי. היה דיון בעליון אם מדרגות נעות זה רכב מנועי. הכנסת פחדה שהנשיא ברק יפסוק שגם מדרגות נעות זה רכב מנועי; קיבלו את תיקון מס' 4 לחוק נפגעי תאונות דרכים וכתבו, "רכב מנועי למעט מדרגות נעות". אם הכנסת מדברת ברחל בתך הקטנה, גם הנשיא ברק לא יכול להועיל. אם הכנסת מחר לא רוצה ביקורת שיפוטית, זאת זכותה, משום שהיא הכנסת; אין לי מה לעשות נגד זה.

♦ **חגי מירום:** הכנסת ממש לא צריכה להיות מוזמנת להתנגד לביקורת השיפוטית באמצעות חקיקה. נראה לי שאנחנו מרחיקים את זה למקום שבועדי לא צריך להזמין את הכנסת להתרחק אליו.

♦ **יולי תמיר:** אני אחזור על כמה מהנושאים שנידונו כאן. אני רוצה להתחיל בדיון שפרופ' סגל סיים בו, בקשר למעמדה של הכנסת. הביטוי שעלה במהלך הדיון הנוכחי גם במליאה וגם בקבוצה, של הזלזול בכנסת, ואני אומרת את זה עכשיו לא כחברת כנסת אלא כפרופ' למדע המדינה, הוא אסון לדמוקרטיה הישראלית. נוצר פה תהליך קטלני. אני משתמשת במילה קטלני במודע. אם התהליך יימשך, בסופו של דבר ייווצר מצב בו לא רק יחוקקו חוק להעביר את הסמכות לאדם אחד, אלא גם תהיה דרישה המונית לבטל את הכנסת ולהעביר את הסמכות לאדם אחד. נדמה לי שבתור אנשים ששלטון החוק חשוב להם, חייב להיות מהלך של חיזוק הכנסת. בעיניי זה דבר חיוני לדמוקרטיה הישראלית. אני מזמינה את המכון לדמוקרטיה לדון גם בסוגיה איך אנחנו דנים בשאלות של חיזוק הנבחרים ואולי אפילו במציאת קריטריונים מסוימים של קישוריות להיבחרות. אני חושבת שכל מאמץ אפשרי חייב היום להיעשות כדי שהכנסת תחזור למעמד ציבורי ראוי, כי המצב הנוכחי מסוכן לדמוקרטיה. אני יושבת בכנסת עכשיו, וגם אני מתפתה לא פעם למידת הזלזול, כי קשה לעמוד בפרץ הזה, אבל אני חושבת שהכנסת צריכה לעזור ואנחנו צריכים לעזור לה.

העובדה שבכל פעם ובכל פורום אקדמי שיושבים בו, בזים לכנסת, היא עניין רע לדמוקרטיה הישראלית. אני אומרת את זה מהלב; אני חושבת שזה מחליש אותנו מאוד. אני אומרת גם לשופט ברק שככל שההנגדה בין בית המשפט לכנסת תתחדד, יהיה המצב גרוע יותר. ככל שתהיה תחושה גם בדברי השופטים וגם בדברך אתה וגם בדברים אחרים, שבכנסת יושבים בורים גמורים שלא יכולים להחליט על שום דבר כי אין להם מידע - כך זה נשמע בשיח הציבורי - ולעומת זה בבית המשפט יושבים בעלי איכויות אחרות, יחדד הפער את העימות ויחליש את בית המשפט.

אנחנו, העיתונות והאקדמיה, יצרנו את המונח חוק עוקף בג"ץ. זה לא חוק עוקף בג"ץ, כי זכותה של הכנסת לחוקק, וזכותו של בית המשפט להחזיר בעניינים עקרוניים את הדברים לכנסת, והכנסת צריכה לחוקק. לטוב, לרע - מה שהכנסת תחליט זה מה שהכנסת תחליט, ואני חושבת שצריך להיפטר מהטרמינולוגיה הזאת. לפעמים בית המשפט אומר: "יש כאן לקונה, ומתבקשת הכנסת לחוקק". אני זוכרת שגם בקשר לחוק טל היה ויכוח על חוק עוקף בג"ץ. בסופו של דבר לא תפקידו של בית המשפט לפסוק בזה, ונדמה לי שגם השופט ברק אמר את זה לא פעם. הייתה כאן רשלנות של הכנסת או חוסר יכולת של הכנסת להביא את זה לפתחו של בית המשפט. היה ראוי שבשאלה כזאת תחליט הכנסת. צריך להגיד לשני הצדדים המתדיינים, הפוליטיקאים ואנשי המשפט, שהרבה פעמים רשלנות של הפוליטיקאים שלא מחליטים או לא מצליחים להחליט, כמו שחגי מירום אמר קודם, גוררת את העניינים לבית המשפט. אם אנחנו רוצים למנוע אקטיביזם שיפוטי, אז אנחנו צריכים לעשות את הפעילות הזאת בבית המחוקקים. אנשים רוצים להשתייך לקבוצה מסוימת יותר משהם רוצים להגיד משהו, ואני רואה את זה בלא מעט פעילויות בכנסת: אנשים חוששים להיראות כאילו הם עוקפים את בג"ץ, ולכן הם אינם רוצים לגעת בזה. יש איזה מין רתיעה מוקדמת, וטוב שאמר הנשיא ברק מה שאמר היום, ואני חושבת שצריך לחזור ולומר את זה.

אשר לבחירת שופטים, כפי שהשופט ברק יודע, אני חלוקה עליו. אני חושבת שמקור המחלוקת הוא בתהליך. ישבתי שנתיים בוועדה לבחירת שופטים. הוועדה לבחירת שופטים לא בוחרת, היא ממנה. לא מובא לפניו מגוון, ואילו אותי לימדו שלבחור זה לבחור בין חלופות. אני אומרת ישירות לשופט ברק שאם היו מתייחסים לוועדה לבחירת

שופטים ביתר כבוד ואם באמת הייתה להם בחירה, בעיקר בערכאה של בית המשפט העליון, והיו מובאים לפני הוועדה מועמדים מספר והיה מובא לפניה חומר ראוי על המועמדים והייתה אפשרות לראיין - אם בשימוע ציבורי ואם בשימוע פנימי - אז החברים בוועדה היו מרגישים שהם חלק מהתהליך. מה שנוצר היום, במיוחד לנוכח המצב שהשופטים מתדיינים בינם לבין עצמם, הוא שלחברי הוועדה אין כלים להתדיין, אין להם כלים כי הם לא יודעים והם גם לא מסוגלים להגיע לדיון אמתי, כי אין טעם לקיים דיון, אם יש מקום אחד ומועמד אחד. כשהיה ניסיון להעלות שמות אחרים, הם לא בדיוק הועלו לדיון. בסופו של דבר, נדמה לי שהכשל בפעולת הוועדה הוא שהוועדה והחברים בה שאינם חברי בית המשפט העליון מרגישים שהם חותמת גומי. המצב שופר כשהתחילו לקבל תיקים וקצת יותר מידע בעניין שופטים בערכאות נמוכות יותר.

אני חושבת שלדיון הזה יש חשיבות ציבורית אדירה. שימוע שמאפשר לציבור לדעת מי הם השופטים חשוב מאוד, כדי לקרב את בית המשפט לציבור ולא כדי להרחיק. אני חושבת שבמונחים של ימינו כדי שהשופטים יזכו למעמד בכיר כמו שאני חושבת שראוי שיהיה להם, חשוב שיישמעו עמדותיהם בנושאי צדק ומשפט וחשוב שהן יישמעו בפומבי וחשוב שהדיון הזה יהיה דיון שלציבור יש נגישות אליו. חשוב שבית המשפט, וגם את זה אמרתי לא פעם לשופט ברק, ידבר עם הציבור ולא יתעמת עם הציבור, שיסביר את עצמו. בית המשפט, בסופו של דבר, ממלא תפקיד חשוב כל-כך בחברה, והוא צריך ליצור קשב ולא ליצור אנטגוניזם; וזה לא קורה - לא קורה בוועדה ולא קורה בכלל, ונדמה לי שהדברים האלה צריכים להשתנות.

מילה אחת על בית משפט לחוקה: אני חושבת שהעצה שהציע כאן פרופ' ברק היא עצה נכונה. יש טעם לעשות הבחנה מתי בית המשפט יושב כבית משפט לחוקה ומתי הוא יושב כבג"ץ. אין טעם לשנות את הרכב בית המשפט. ההבחנה הזאת די בה כדי לעגן את ההבדל בין דיונים שהם ערעורים לבין דיונים שהם דיונים חוקתיים.

♦ **אתי לבני:** אני רוצה להצטרף למה שאמרה חברתי לוועדת חוקה, יולי תמיר, על חיזוק הכנסת. חשוב מאוד לחזק את הכנסת, הכנסת צריכה לחזק את עצמה מכוח בדיקה וניסיונות לבדיקה שנעשו ונפלו על שיטות הבחירה של המועמדים. המועמדים צריכים להיות טובים יותר, מקובלים יותר, בעלי רמה אישית גבוהה יותר. הייתה הצעה

שאת הפריימריז במפלגות יקבעו כלל הבוחרים במפלגות גדולות יותר, וההצעה הזאת נפלה, כי הבחירות כבר היו. הכנסת והפוליטיקאים מכוח עצמם שלא בעת בחירות צריכים להיקרא ולהידרש לבעיה הזאת. אבל אני לא רואה מה עניין בית המשפט לכך. החולשה של הכנסת היא לא בגלל התייחסות בית המשפט אליה או החוזק של מערכת השפיטה. כל גורם הוא גורם, וכשיש וקום, יכול להיות שלמראית עין בית המשפט תפס את הווקום הזה, אבל אני לא רואה זלזול או זילות בכנסת מצד בית המשפט, ובכל זאת אני בהחלט קוראת לחזק את הכנסת.

אני תומכת במה שכבוד השופט ברק אומר. אני רוצה להגיד כמה דברים על המילה מענטש. כששאלתי את חיים כהן בריאיון האחרון לפני מותו מה זה מענטש, אז היו כל מיני דברים בתשובתו, ובהם גם ללכת לקונצרטים ולקרוא ספרים יפים.

אני לא כל כך אוהבת את השימועים והשימועים הציבוריים: אם בשימוע הציבורי אדם לא יהיה נעים לפוליטיקאים או לחלקים באוכלוסייה, אז האיש הזה לא יתמנה או כן יתמנה. זה לא נראה לי. מה שכן נראה לי זה, כמו שהזכיר פרופ' קרמניצר, חשיפה ומתן לגיטימציה ועידוד לשופטים להתבטא. בהחלט חשוב מאוד לדעת מה הצבע של האדם, אבל לא לפי שימוע, אלא לפי מכלול הפעילות הציבורית והאקדמית ולפי פעילותו בתור עורך דין.

אני רוצה להעיר על הקלקול הזה במערכת מינוי השופטים בעניין פרופ' נילי כהן. אני חושבת שזה היה לא תקין ושזה גורם נזק למערכת המשפט. אשר לביטול חוקים, בעניין הזה אני כן חולקת על כבוד השופט ברק. אני חושבת שסמכותם של כל בתי המשפט לבטל חוקים לא חוקתיים, והביטול חל על שני הצדדים שמתדיינים באותו עניין. זה מובן מאליו, אני לא מבינה על מה הזעקה. יש בכנסת פוליטיקאים שסדר היום שלהם, ההתגדרות שלהם, כרטיס הביקור שלהם, הוא תקיפה של בית המשפט העליון כמו שעשה יו"ר הכנסת. מצד אחד לדבריו הוא עפר לרגליהם, ומצד שני תקף אותם בהתקפה חזיתית. צריך לדעת שמקצת מזה זה כרטיסי ביקור פוליטיים של חברים בכנסת, ואולי ראוי לא להתרגש מזה יותר מדי. במקום נציגי האקדמיה שהציעו פרופ' סגל ופרופ' יולי תמיר - אם כבר משנים, מה שלא צריך בשום אופן לעשות - אני חושבת שיש מקום יותר לנציגי לשכת עורכי הדין, ולא לצדדים הפוליטיים שלהם, אלא לאנשי שטח ואנשי עבודה שיודעים איך העבודה בבתי משפט נעשית ולא דווקא אקדמיים.

♦ **עמרם מליץ:** אני שמח שמה שפעם לא תמיד הסכמנו לו, היום רובנו מסכימים לו - שפילוסופיית החיים של השופט משפיעה על החלטות שלו. רוב הדוברים מסכימים לכך. השאלה היא רק איך מזהים אותה, אם בריאיון או לא בריאיון, אבל מבחינתי זו התקדמות. בעבר איש לא דיבר על העולם הערכי של השופט, הס מלנגוע בו, ותשאירו אותו - הוא שופט אובייקטיבי, דן לגופו של עניין, אין לפניו אלא החוק; ואילו היום, ברוך השם, לא רק העולם הדתי מדבר על כך, אלא רוב הדוברים מסכימים שאין להתעלם מהעובדה הזאת, כי לשופט השקפת עולם וסולם ערכים המשפיעים על החלטותיו ביודעין ובאין יודעין ויש בכך בשבילנו הישג והתקדמות חשובה מאוד.

♦ **חגי מירום:** אתה מתכוון להכרעות ערכיות, לא לעובדתיות.

♦ **עמרם מליץ:** המחלוקת בעניין בית משפט לחוקה בעניין וביקורת שיפוטית היא לא בעניין החלטות שאינן ערכיות. בעניינים הפלילי והאזרחי, אף אחד לא מדבר על זה. יש ערכאות ברורות. יש ערכאה ראשונה ושנייה ושלישית ברשות, אף אחד לא דן בנושא הזה. על מה הוויכוח? על ההיבט הערכי. ואז השאלה שנשאלת היא אם העולם הערכי של אדם משפיע על החלטות השיפוטיות שלו או לא. הרקע הקודם שלי הוא מעולם הפסיכולוגיה החינוכית. מחקרים מראים שחוקרים מדעיים כמו פסיכולוגים שעושים בדיקות פסיכולוגיות, בדיקות מדעיות בלא ספק, תוצאות הבדיקה מושפעות מעולמו הרוחני של הבודק. לכן אי-אפשר להתעלם מהעולם הערכי והאמוני של השופט. עליו לקבל הטענה כי ברגע שאדם יושב על כס המשפט הוא שוכח את כל מה שהוא הביא מהבית; זאת אשליה לא מציאותית. כבר אמר הוגה דעות: בני אדם עושים את מה שהם חושבים, אבל אינם חושבים על מה שהם עושים; במילים אחרות - אדם מתנהג ביום-יום לפי פילוסופיית החיים הערכית שלו. הרי שופט לא מקבל רק החלטה אחת, הבעיה היא כשהוא מקבל סדרה של החלטות יום-יום. אז אוטומטית הוא מתנהג לפי העולם הערכי שלו במודע ושלא במודע. וכל מי שמופיע בבית משפט יודע שהדברים האלה נכונים וקיימים יום-יום, ואי-אפשר להתעלם מהם. השאלה היא אם מתחשבים בעולם הערכי של השופט או לא. נדמה לי שכל עוד אין הפרדה במדינה בין דת ומדינה, אי אפשר להתעלם מכך. ברגע שאין הפרדה בין הדת והמדינה, לא יכול להיות ששופט יגיד 'לא מעניין אותי העולם הדתי', ולא יכול להיות שופט שאינו יודע ובקיא בעולם הדתי. ולצערי הרב, לא מעט שופטים

אינם יודעים דבר ביהדות. עו"ד מזכיר לפעמים בפניהם מונח, או מושג מהיהדות, והם אינם יודעים על מה מדברים. אני תומך בוועדה למינוי שופטים. הבעיה אינה של הרכב הוועדה; מה הטעם להרחיב הוועדה בפרופסורים? למה לא באנשי תורה ורבנים?! מי אמר שפרופ' למשפט חשוב ממישהו אחר?! השאלה אם הוא מתוסכל או לא, היא שאלה אחרת. השאלה היותר חשובה היא מה היכולת של אותו פוליטיקאי להשפיע על מינוי של שופט. על העולם הערכי שלו הוא לא יודע כלום, כי לא עושים לו שימוע ולא ריאיון, על יכולתו המקצועית - הפוליטיקאי לא יכול להחליט כי אינו בקיא בעולם המשפט. ישבתי בלא מעט מכרזים בתור יו"ר. מה שקורה בפועל הוא שבא נציג ציבור, אתה אומר לו "האיש הזה הוא איש מקצוע, הוא מעולה, עד עכשיו יש לו ניסיון טוב, הוא הוכיח את עצמו", אז הוא אומר "אם אתה איש המקצוע ממליץ עליו, מי אני שאגיד שהוא לא מתאים?!" ובפועל מי שקובע זה אנשי המקצוע, כך בפועל מתקבלות החלטות בוועדות בהם חברים נציגי ציבור. גם אם הייתי חבר ועדת שופטים והיה בא אליי שופט ואומר "האיש הזה הוכיח את עצמו בבית משפט השלום בנצרת, הוא היה מתאים וכתב פסקי דין טובים והוכיח את יכולתו". האם אני יכול להגיד לו שהוא מדבר שטויות?! אוטומטית אני אתמוך בו. אבל אם הבעיה היא העולם הערכי של המועמד, והיום עולמם הערכי של המועמדים סמוי מעיני הוועדה, הפוליטיקאי לא יודע עליו כלום, ואיך אפשר שהוא יקבע מי יהא שופט? לכן השאלה החשובה היא איך וכיצד לאתר את עולמו הערכי של המועמד לשפיטה. אני מסכים, אנחנו לא בשיטה האמריקנית, אבל קחו לדוגמה את העולם האקדמי: כשרוצים לקדם מישהו בדרגה ממרצה למרצה בכיר, לא פונים למועמד עצמו, אלא לאחרים שיעריכו אותו. לא רק בהיבט המקצועי הייתי רוצה לעסוק, אלא בהיבט של עולמו הערכי. וצריך להיות איזה שהוא שאלון במבנה קבוע של שאלות וחוות דעת בנושאים ערכיים ברורים על דעתו של אדם בתחום זכויות הפרט והאזרח הנשים והעולם הדתי. צריך לקחת רשימה של נושאים, וכשיבוא פוליטיקאי יאמרו לו - זה האיש; זה עולמו לא על סמך דיבורים, לא על סמך מה שהוא הציג את עצמו ומכר את עצמו לוועדה, אלא על סמך מחקרים, התנהגויות, עובדות. יכול להיות שזה יכול לתת השקפה אחרת.

אם אתה שואל אותי היום אם אני בעד חוקה, אני חושב שכן. אם לא ניגע בנושאים דתיים-ערכיים, אזי אסור למנוע את הקמתו של בית

המשפט לחוקה, בכפוף לכך שהוא ישקף את העולם הערכי של כלל האזרחים.

דבר אחרון, אני שואל שאלה שהרבה שואלים, מי נתן את הסמכות לבית המשפט להחליט בנושאים שהכנסת לא החליטה בהם?

♦ **אהרון ברק:** הכנסת נתנה את הסמכות בחקיקה, בחוק בתי המשפט, בחוק יסוד השפיטה. תראה איך מנוסחת סמכות בג"ץ, סעיף 51 לחוק יסוד השפיטה.

♦ **עמרם מליץ:** יכול להיות שלא הכול חייב להיות שפיט. יש דברים שהם ערכיים, בעייתיים.

♦ **קריאה:** איזה סעד הוא ייתן לפונה?

♦ **עמרם מליץ:** יגיד לו 'תלך לכנסת'.

♦ **אהרון ברק:** הרי הכנסת אומרת, יש לך, בג"ץ, סמכות לתת סעד למען הצדק.

♦ **עמרם מליץ:** הרי עובדה שהוא פוסק ועובדה שהוא משתמש בסמכותו, העניין הוא פשוט מאוד, יש תחומים שצריך למצוא ביניהם את האיזון בלי לפתור את המחלוקת.

♦ **אשר מעוז:** אני חושב שקיים עירוב מושגים בין היתר אצל עמרם מליץ. עירוב זה בלט גם במתקפה של יו"ר הכנסת, ראובן ריבלין, על בית המשפט העליון. בעצם, הביקורת השיפוטית לא מדאיגה אף אחד מבחינה פרקטית. מה שמדאיג אותם זה בג"ץ. הרי גם ריבלין התחיל בזה: הוא נעלב בשם הכנסת, על ששופט שלום ביטל חוק שחוקקה, ועבר מיד לנושא אחר - בית המשפט העליון מושל במדינה הזאת במקום המוסדות הנבחרים, אבל זאת איננה בעיה של ביקורת שיפוטית.

לדעתי, הביקורת היא יותר בתחום הבג"ץ ולא בתחום של ביקורת שיפוטית. כאן יש לדעתי קצת אשמה על בית המשפט העליון. רות גביזון הזכירה שנוצר חלל שלטוני בגלל שמוסדות השלטון אצלנו קרסו או שאינם מתפקדים כהלכה. אני חושב שבית המשפט העליון היה צריך לעמוד בפיתוי מפני כניסה לנישה הזאת. הוא נכנס לשם שלא בטובתו. במידה רבה הוא הקריב את עצמו. הוא עשה שירות למדינה שפוגע בו. ראשית, בנושא של דת ומדינה, שהזכיר מליץ. דווקא בתחום הזה אתה צריך לתת צל"ש לבית המשפט העליון שהולך על ביצים. אני חייב להודות שאני מתקשה ללמד את פסקי הדין של ברק וחבריו בנושא של גיוס בחורי ישיבה ובנושא של גיור. בעצם הם היו צריכים לתת

צו עשה מייד, ולמרות זאת הם לא עשו זאת. הם נתנו ארכה לכנסת; הם ביקשו מהכנסת; הם התחננו לכנסת לחוקק חוק שיסדיר נושאים אלה מבלי להיזדקק לתודעה שיפוטית. לעומת זאת, יש לי ביקורת על מידת המעורבות השיפוטית בתחומים אחרים. אני חושב שאחת הפסיקות החשובות של בית המשפט העליון הוא פסק דין שליט. נקבע בו שחובה לפרסם הסכמים פוליטיים אני לא מתלהב פחות מפסק דין זורזובסקי, שבה בעקבותיו. כאן בית המשפט נכנס לתחום ההסכמים הפוליטיים ובודק אותם. אני לא מאושר מכך. אני לא מאושר מתיק שתלוי ועומד כרגע בבית המשפט העליון, בעניין החיסולים הממוקדים. הרי בסך הכול לא חוקקו לא בארצות-הברית ולא בבריטניה חוק שבית המשפט לא ייכנס לזה, והם בצעו חיסולים ממוקדים בעירק ובמקומות נוספים, ואיש לא העלה בדעתו להגיע עם זה לבית המשפט. איפה עומד בית המשפט העליון בנושא הזה? שמענו את בא כוח העותרים, לפני יומיים-שלושה, בטלוויזיה. הוא הצהיר פחות או יותר, שאם בית המשפט העליון לא יכריע כדעתו, אז בית המשפט העליון מבצע פשעי מלחמה. לדידו, אפילו אתה מצליח לחסל את רנטיסי אישית בלי שאף אחד ייהרג לידו, זה פשע מלחמה. זו בכלל תופעה חדשה שעורך דין הולך לבית המשפט ומכין לעצמו את דעת הקהל עוד לפני שניתן פסק הדין. מצד שני, אם בית המשפט יחליט כדעתי, אז מהצד השני יגידו שהוא לא רגיש לילדה שנהרגה בפגיעה לפני יומיים. אני לא מאושר מכניסת בית המשפט לנישה הזאת, אף על פי שזה נעשה ממניעים טובים וראויים.

הוזכר כאן חוק עוקף בג"ץ. יש הרבה אי הבנה ואולי אף דמגוגיה באמירה הזאת. מה זה חוק עוקף בג"ץ?! הכנסת היא המחוקק. היא אומנם איננה הריבון. ח"כ ריבלין טועה אם הוא חושב שהכנסת היא הריבון. אבל יחד עם זאת, הריבון הוא שבוחר אותה. חוק עוקף בג"ץ או חוק עוקף דמוקרטיה היחיד שאני מכיר זה אותו חוק או הצעת חוק שנידונה בפסק דין ולנר. תמציתה הייתה: מה שבית המשפט העליון יפסוק - אנחנו מודיעים מראש שאנחנו נבטל. זהו חוק עוקף בג"ץ. כאשר השופט ברק אמר באותו פסק-דין שזה חוק עוקף דמוקרטיה, הוא הוסיף, עם זאת, שמצד שני ברור שכל פסיקה שלא תמצא חן בעיני הכנסת, הכנסת חופשית ומוזמנת לבטלה. זה לא שברק אומר 'כל פסק דין שלי - בואו ותבטלו', אלא הוא אומר 'אתם חופשיים לעשות את זה, אם דעתי אינה נראית לכם, אם דעת בית המשפט העליון אינה נראית לכם'.

לדעתי, בית המשפט העליון צריך לשבת בהרכב מלא, או כמעט מלא,



בכל עניין ולא רק בנושא חוקתי. כמובן שזה מצריך שינוי דרסטי במבנה של המערכת המשפטית. לא ייתכן שתהיה מקריות בפסיקתו של בית המשפט העליון. אפילו בתחום אזרחי או פלילי. אני חושב שהמקרה של בני-הזוג נחמני, שבו הורכב דיון נוסף, וואגב, מבחינת לשון החוק לא היה מקום לדיון נוסף, והדיון הנוסף הפך את ההחלטה, הוא הנותן שבית המשפט העליון, בהיותו הערכאה העליונה במדינה, צריך לומר את המילה האחרונה, ולדבר בקול אחד.

שתי אפיזודות קצרות בעניין שיטת מינוי השופטים: בשנת '78 נתתי הרצאה באוניברסיטת מונאש שבאוסטרליה על תרומתו של בית המשפט העליון להגנה על זכויות הפרט. (זה התפרסם לאחר מכן בכתב-העת של אוניברסיטת מלבורן), שאלה אותי אניד קמפל, פרופסור בפקולטה וחברת הוועדה לרפורמות חוקתיות באוסטרליה: "תגיד לי, איך בוחרים שופטים אצלכם?" כשאמרתי לה איך אצלנו בוחרים שופטים, היא אמרה: "עכשיו אני מבינה איך בית המשפט העליון יכול להעלות תרומה כזאת לזכויות הפרט". (נדמה לי ששם הקבינט ממנה את השופטים).

ועוד אפיזודה: ליוויתי לפני כמה שנים קבוצה של חברי כנסת שיצאה להשתלמות בנושאי חוקה בגרמניה ובשווייץ. בקרנו בבית הדין הפדרלי בלוצאן של שבשווייץ, וח"כ ויאיר פרץ שאל את נשיא בית הדין איך הציבור מקבל את העובדה שהשופטים הם מינויים פוליטיים, והאם לא דבק בהם אבק פוליטי. ונשיא בית הדין השיב בתמיחה: "אני לא מבין את השאלה. הרי כולם יודעים איזו מפלגה מינתה אותי, אז למה מצפים?" זה פחות או יותר מה שאנחנו יכולים לקבל כשזאת תהיה השיטה שלנו.

יצא לי לבקר בקונגרס האמריקאי כשהתקיים השימוע של תומאס קלרנס לקראת מינויו לבית המשפט העליון. הועלתה נגדו טענה של הטרדה מינית. אמרתי למארחי שאינני מבין. אני לא רוצה להישמע שוביניסט, אבל עשרים שנה לפני כן או שהוא הטריד מישהי שהפכה לאחר מכן לפרופסור למשפטים. שאלתי אם לא מפריע לכם בכלל שהוא משפטן בינוני אז אמרו לי, שזו בעצם הכוונה, אבל מאחר שהוא שחור, זה לא פוליטיקלי קורקט להגיד שהוא לא משפטן טוב, ואילו על עניין ההטרדה המינית אפשר להפיל אותו.

♦ **רות גביזון:** אני חוששת שהדיון שלנו, ואולי זה טבע הדברים, מצביע בדיוק על הסכנה שבטיפול בסוגיה שהיא סוגיה חוקתית מתוך

קונסטלציה משפטית פוליטית מסוימת. זה שהכנסת ברמה מסוימת חלשה ושבית המשפט בהרכב אישי ברגע זה או אחר הוא טוב או לא טוב, זו סוגיה חשובה מאוד, אבל אנחנו עוסקים פה בשאלה המבנית שאמורה להניח שאנשים הם לא מלאכים ושבשיטות בחירה תמיד יש תקלות. יש כמה דברים בסיסיים על הטבע האנושי שאנחנו יודעים, שאת המענה להם אנחנו צריכים לעגן בחוקה, להבדיל מהסדרים חוקיים שהם כפופים יותר לתופעות פוליטיות משתנות.

מהי החוקה? כולנו אומרים שהחוקה היא הדבר שמנסה לעגן או לחלץ מהפוליטיקה הרגילה את הערכים שעליהם אנחנו כולנו מסכימים שהם ערכי היסוד. אנחנו תמיד רוצים שהפוליטיקאים שלנו, מכל המפלגות, יהיו הכי טובים שהם יכולים להיות, ואנחנו רוצים לתת להם חירות להיאבק בתוך מערכת חוקתית שמגנה על ערכי היסוד שלנו מפני הפוליטיקאים מכל הדרגות. מה שקורה אצלנו, לצערי, זה שאנחנו מייצאים את הקשיים שלנו במערכת הפוליטית הרגילה אל תוך המערכת החוקתית. במקום לפתור את הבעיה החוקתית, אנחנו מחריפים אותה, מפני שאנשים שברגע מסוים לא יכולים להגיע למה שהם רוצים דרך המערכת הפוליטית, מחבלים במערכת החוקתית שאמורה הייתה לתת להם את המסגרת הכללית. אני חושבת שהדבר הזה מסוכן מאוד. אין בררה, זה תמיד יהיה חלק מהבעיה המרכזית, אם את החוקה עושה המחוקק. ולכן אני מוכרחה להודות שאני די סקפטית בעניין הניסיון לעשות שינויים חוקתיים גדולים, ואני בעד שינויים קטנים הכרחיים, ואני מסכימה עם האלמנט השמרני - שאם יש משהו מוצלח, אז צריך לשפר אותו לפני שמזעזעים אותו.

אם אנחנו רוצים להיות שמרנים, אז אנחנו צריכים להיות שמרנים בעקביות. לדעתי, בגלל חוסר היציבות יש איזו שהיא שמרנות ברכיבים מסוימים של המערכת, אבל יש גם שינויים, חלקם סמויים וחלקם גדולים מאוד. אם רוצים לשמור את החלק של המינויים ואת השיטה הפירמידלית ואת התפיסה המקצועית של בית המשפט ואת ההדגשה המאוד גדולה על א-פוליטיות, אפשר לעשות את זה, ואני חושבת שטוב לעשות את זה. אבל אז צריך לעשות דברים אחרים כדי שהדבר הזה יהיה יציב. למשל, לצמצם את הבעיות הבג"ציות. אתה צודק שהבעיות האלה הן הדבר שמעורר את רוב ההתנגדות. איך מצמצמים את הבעיות הבג"ציות? לא בזה שאומרים לשופטים מה להחליט. השופטים אמורים להיות עצמאיים. מצמצמים אותן במשחק בכללי הסף של הפעילות

השיפוטית. אני חושבת שהיום יש לנו שלושה אזורים של בעייתיות אידאולוגית בפסיקת הבג"ץ: לא רק דתיים, לא רק דת ומדינה, אלא גם העניין של דיני המלחמה, סיכולים ובית לחם וג'נין בזמן אמת. אלה דברים שיש להם פנים לכאן ולכאן, בהחלט יש פנים לטובת התערבות, בהחלט יש פנים לטובת זהירות. אני שותפה להערכה שלך שהיה טוב יותר, אף על פי שזה מקומם מאוד, אילו בית המשפט היה משכיל לא להיכנס לזה בזמן אמת. אבל יש גם העניין הזה של מדינה יהודית, לא ברמה של התאוקרטיה, אלא ברמה של המדינה היהודית, ברמה הלאומית. כל הוויכוח וההיבטים המשפטיים של היחסים בין יהודים וערבים, גם זה היום נושא טעון מאוד מבחינה אידאולוגית, והוא בא לידי ביטוי בתחושות של הציבור כלפי בית המשפט.

בית המשפט הוא המגן של המיעוטים, הוא מאוד רגיש למיעוטים. אני חושבת שמה שקורה הוא שבית המשפט מתחיל לאבד חלקים מהרוב. זה חלק מהבעיה, והשאלה היא מה אנחנו עושים. דרך אחת היא, לעשות את בית המשפט פוליטי. אני שותפה לכל מה שנאמר כאן, גם לחוסר התוחלת של הדבר הזה וגם לסכנה הגדולה בו. אבל אי-אפשר להגיד שבית המשפט ימשיך לפסוק בדברים האלה בלי שיהיה הדחף הזה לפוליטיזציה. ולכן, לפי דעתי, מי שרוצה להגן על בית המשפט מפני הפוליטיזציה מוכרח לעשות צעדים למשיכה של בית המשפט מהאזורים האלה.

בית המשפט עושה מקצת מהעבודה. בית המשפט בהחלט מתאפק, אבל זה לא מספיק, ויש לכך שתי סיבות. אחת מהן היא שכשבית המשפט מתאפק, זה תלוי בבית המשפט. מי שלא נותן אמון בבית המשפט לא יודע למה בית המשפט מתאפק. הוא עשוי לחשוב שאולי עכשיו הוא מתאפק כי יש רעש במערכת, אבל שכשלא יהיה רעש במערכת, הוא יפסיק להתאפק. פה אני חושבת שכן חשוב לראות שיש חשיבות גם לנושא הבג"צי, ואולי צריך לחוקק נושאים של מקום עמידה ושפיטות ודברים מהסוג הזה, כדי שלא יהיה שהרשות היחידה שאין עליה מגבלות חוקיות היא בית המשפט, כי היום יש לנו שלטון החוק בגוף המחוקק, אבל אין לנו שלטון החוק בבית המשפט. אין לנו שום גוף, ובמובן מסוים לא יכול להיות לנו שום גוף שיבטל לא רק החלטה ספציפית של בית המשפט אלא גם החלטה נורמטיבית גדולה של בית המשפט. אין לנו גוף כזה. אין לנו משהו שיכול להגיד לבית המשפט שהוא טעה. אנחנו יכולים לכתוב את זה בעיתון, אבל בית המשפט הוא הגוף הסופי.

הכנסת אמורה להיות בחלק מהשיטות הגוף הסופי, לא במובן שאי-אפשר לבקר אותה, אלא במובן שהבקרה עליה היא ציבורית קונוונציונאלית, לא משפטית.

בנימין שליט הוא אחד המקרים הכי מרתקים בהיסטוריה של הפסיקה הישראלית. תחשבו מה קרה שם. אין לנו שם שופטים ללא ערכים ואין לנו שם שופטים ללא זהויות, יש לנו שופטים עם סופר-זהויות, אבל שופטים שעבדו בקונספציה הישנה. יש לנו אחד המקרים הכי טעונים עד היום בהוויה האידאולוגית הישראלית: בית המשפט התחנן בפני הכנסת, קחו ממני את ה"תפוח" הזה. הכנסת אמרה לא. היא רצתה שבית המשפט יאשר את ההסדר שלה אך בית המשפט לא כל-כך רצה לשתף פעולה. עמדת המערכת נדחתה בהחלטה של ארבעה נגד חמישה; החמישי היה השופט מאני, שהסכים עם חבריו. זאת אומרת היו ארבעה נגד ארבעה. שניים משופטי המיעוט הם שופטים שבאמת מקבלים את ההגדרה הדתית - אחד דתי ואחד מקורב לדת: קוסטר וזילברג. שני שופטים הצטרפו למיעוט, לנדוי ואגרנט, שניהם חילונים, שניהם ליברלים אבל מאופקים. שופטי הרוב היו זוסמן - הוא עשה את זה טכני, והצהיר כי זה לא עניין של מי הוא יהודי. היחיד שראה בזה קצת עניין של "מי הוא יהודי" זה ברנזון. חיים כהן שהצהיר כמה שנים קודם הצהרה מאוד אידאולוגית על מי הוא יהודי ולפיה זה עניין סובייקטיבי לגמרי, נזהר פה לעשות את זה רק חצי פורמלי. למרות שרוב רובם של השופטים ניסו לפרק את המוקש האידאולוגי, זה כמובן לא עזר להם וזה חוזר לכנסת. אין לנו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו; הכנסת מחוקקת תיקון לחוק השבות ורק עכשיו אנחנו רואים עד כמה הוא נורא. נולד לשליט עוד ילד והוא בא לבית המשפט ורוצה לרשום אותו כמו את הילדים הראשונים, יהודי בלאומו. ואז בית המשפט בהרכב שלושה שופטים אומר, בפסק דין של שני עמודים: החוק ברור - אתה לא יהודי, נקודה. היום, הילד הרביעי של בנימין שליט היה עושה משבר חוקתי במדינת ישראל, מפני שהיום הוא היה בא לבית המשפט ואומר, התיקון לחוק השבות איננו חוקתי. לבית המשפט היו אז שתי אופציות: הוא היה יכול להגיד שבאמת זה לא חוקתי, ואתם כבר מתארים לעצמכם מה היה קורה. הוא היה יכול להגיד שזה כן חוקתי, ושוב אתם יכולים לתאר לעצמכם מה היה קורה.

מה אני לומדת מהדבר הזה? חוסר ביקורת שיפוטית בעניינים כאלה הוא דבר שיש בו המון כוח. לא צריך בגלל זה לוותר על ביקורת

שיפוטית. אני חושבת שביקורת שיפוטית זה דבר חשוב מאוד, כי אנחנו לא רוצים שהמחוקק, ובוודאי לא מחוקקים כמו שיש לנו בזמן האחרון, יעשה מה שהוא רוצה. איננו סומכים עליהם, ובצדק. אבל אנחנו צריכים להיזהר שבשם הביקורת השיפוטית, בשם הבקרה על מחוקקים לא-אחראים, לא נעביר את הסמכות למוסד שכוחו בזה שלא רואים בו גורם מפלג. אינני מדברת על הסמכות האמתית - כי את ההכרעות האלה לא עושים בבית המשפט - אלא על הסמכות הנחזית, על הכוח, על השרירים. כוחו של בית המשפט הוא בזה שהוא בית המשפט של כולנו.

יכולים לכעוס על בית המשפט מאוד אם הוא נותן זכויות לערבים, כי יש הרבה אנשים שלא אוהבים זכויות לערבים. אבל אם הזכויות לערבים הן במסגרת מחויבות אמתית של החברה הישראלית בכללה, אז יכעסו על בית המשפט ברמה הפוליטית, אבל לא יפגעו בו. אבל אם בית המשפט אומר שזוגות הומוסקסואלים הם כמו זוגות הטרוסקסואלים, אם הוא מתיימר לשפוט שיפוטם ערכיים אידאולוגיים ששנויים מאוד במחלוקת, זה לא משנה שהוא אולי צודק והוא אולי נאור. יהיו אנשים בציבור שיחושו שהשופטים האלה יושבים שם ומקבלים סמכות לשפוט ואינם רגישים ואינם מייצגים את הערכים שלהם. ברור שלא לכולם יש אותם ערכים, אבל צריכה להיות רגישות לערכים. אם אנחנו לא נטפל בבעיה הזאת, אנחנו בצרה.

אמרו כולם - ואנחנו באמת מתקדמים בעניין הזה - שכולם מבינים ששופטים הם לא מכונות, והעניינים הערכיים משפיעים מאוד. אגרנט היה די דומה לזוסמן בעניין תפיסת העולם הערכית המהותית; אגרנט היה שונה מזוסמן בתפיסה מה עושים כשיש מחלוקת. אגרנט ולנדווי אמרו, שכאשר מחלוקת בית המשפט מתרחק, כי כשיש מחלוקת מישהו אחר צריך להחליט. ואז הפוליטיקאים הליברליים, שהם היום הרוב בחברה הישראלית, יילחמו בכנסת. בעשור האחרון עודדנו את הפוליטיקאים המתוסכלים שלא מצליחים לעבוד בכנסת, שירוצו לבית המשפט. היום חלק גדול ממי שמחליש את הכנסת הם הפוליטיקאים: הם גומרים להפסיד בכנסת ורצים לבית המשפט. אף פרלמנטר שמכבד את עצמו לא נלחם בכנסת, וכשהוא גומר להפסיד בכנסת הוא רץ לבית המשפט. אף פרלמנטר שמכבד את עצמו ורוצה זכויות אדם, לא נותן לבית המשפט את הסמכות להחליט מה הן זכויות האדם. בית המשפט יישם את זכויות האדם, והרבה פעמים הוא ידחף אותן קדימה, כי אנחנו

תמיד אומרים דברים הרבה יותר טובים ממה שאנחנו עושים. אנחנו רוצים לתת לבית המשפט כוח עצום, אבל בית המשפט לא יכול לקבוע בעניינים ערכיים מהסוג הזה.

מה אני חושבת שבכל זאת צריך לעשות? אני לא מאמינה שאפשר לעשות בית משפט ייצוגי. אני לא חושבת שאנחנו יכולים לייצג, ואני לא חושבת שנפתור את זה בהרכבים שלמים. יותר מזה, אני סבורה שבגישה הפירמידלית יש יתרונות עצומים. ההדגשה ששופט הוא שופט חשובה. שופט מנותק בדרך כלל, לא מפני שאין לו ערכים, אלא מפני שהתפקיד שלו הוא תפקיד משני. לשופט ויתקון היו ערכים מובהקים, אבל הוא אמר ששופט צריך להיות מנותק. תפקידו לעזור לאנשים ליישב סכסוכים, להבהיר את הנורמות, לא לייצר אותן, לא להשתתף במאבק השתתפות פעילה מאוד. הוא צריך להיות פסיבי, לא להזמין את הקייסים, שם יש לך הרבה מאוד כוח, אבל כוח מסוג אחר. אם אתה משמש בתפקיד הזה, אז אני בעד לחזק מאוד את הקדקוד. לחזק את הקדקוד במובן של האחדת המשפט, להוריד מהם את העומס הבלתי-נסבל ולהמשיך לבחור את השופטים ברמה שבה אנחנו בוחרים אותם היום. מי שרוצה להיות שופט לא יוכל להתבטא על כל עניין פוליטי ואידאולוגי. הוא צריך לדעת שיש לדבר הזה מחיר, ויש השלמה למחיר - השופטים לא מכניסים לנו את זה בדלת האחורית. בגלל תפקידם - את הדעות האלה הם משמיעים בבית שלהם, לא בבית המשפט, לא דרך פסקי הדין שלהם.

אנחנו רואים עכשיו ניסיון להחזיק את החבל משני הקצוות ולפי דעתי, הניסיון הזה לא יצליח. הספקטרום תמיד יהיה עמום. אני רוצה שופטים מקצועיים מאוד, עם הרבה אומץ לב אזרחי, אבל שופטים שמוכנים לקבל עליהם את המגבלה הזאת, ואז נבחר אותם בהדגשה של העניין המקצועי. אז גם לא צריך לעשות להם שימוע, ואז אפילו צריך לתת פרס לאנשים שלא מתבטאים בעניינים פוליטיים. אבל אז גם אסור להם להכניס את העניינים הפוליטיים בדרך האחורית לפסקי הדין שלהם. הם רואים בכך מחויבות.

אני רוצה איזונים ובלמים. אני רוצה שיפור של מערך האחוריות של השופטים. אני חושבת שלא צריך לממש את ועדת קדמי. אני חושבת שמקצת מהבקרה על המערכת השיפוטית טמון בכך שהאחריות על החלק הניהולי של המערכת השיפוטית איננה בידי המערכת השיפוטית. איזונים ובלמים הוא משחק מורכב מאוד, וככה הוא צריך להישאר.

אני חושבת שהעיקרון של תהליך המינויים שלנו הוא עיקרון נכון: שיתוף פעולה של כל הרשויות במטרה להשיג קונסנזוס; ואפשר להצליח בכך. למשל אני הבנתי שאפשר היה להשיג קונסנזוס בעניין המועמדים האלה, אם היו נותנים קצת ממה שאמרה יולי תמיר: צריך היה לתת תחושה לאנשים האלה שנותנים להם לשקול בין מועמדים. ואפשר היה לתת להם תחושה שלא מוכרחים לדחוף את הדבר הזה היום, שאפשר לחכות עוד חודש. הם לא עבדו נכון, והם יכלו לעשות את זה, והיה להם זמן. אבל מאחר שהם לא עשו את זה, אפשר היה לתת להם עוד חודש. זה לא כל-כך קריטי אם רוצים להשיג הסכמה. כשלא מוכרחים, אז לא משיגים, ואני חושבת שזה לא דבר חכם. אני חושבת שבסך-הכול חשוב כן להשיג את ההסכמה, ובהסכמה אפשר להשיג הרבה יותר מבהפעלת רוב. אני הייתי רוצה להכניס חלקים ניכרים מהדבר הזה לחוק וחלקים מהדבר הזה גם לחוקה.

עשינו פה בחירה ישירה לראש ממשלה, שיטה שהיא איזה שהוא שעטנז וזה לא עובד. השופט ברק צודק בדבריו שזה עניין זמני, כי עכשיו אפשר לעשות את זה. נעשה את זה עכשיו ואחר כך נבחר באחת השיטות. או שיש לנו שיטה של שיפוט שיפוטי, ואז הקדקוד הפוליטי הוא גם מקצועי אבל הוא שונה - לא חשוב איך נקרא לזה - בית משפט לחוקה, מחלקה ציבורית - אבל זה קדקוד אחר שמתפקד אחרת; או שיש אחדות המערכת השיפוטית, ואז יש לנו בית משפט לערעורים שעושה גם האחדה והנחלה, אבל אז הפרופיל השיפוטי הוא שכולם עושים את מה שכולם עושים, והם באמת מקצועיים. אני מאוד לא ממליצה לעבור לשיטת שעטנז, כי בשיטת שעטנז אתה אף פעם לא יודע איך זה ייגמר. זה יכול להיגמר איפה שאתה רוצה, אבל זה גם יכול להיגמר במקום אחר. אבל איך שלא יהיה, השעטנז הזה של תקופת הביניים ייתן לנו את הרע משני העולמות. בבקשה לעשות קונספציה קוהרנטית של מה שאנחנו בונים.

♦ **יולי תמיר:** אני מסכימה לעיקר דבריך, אני רק רוצה להבין, את רוצה שיהיו נושאים שלא יידונו בבית משפט, השאלה היא איך תגדירי אותם. איך נגדיר מה לא? זאת בעצם השאלה, כדי שנעשה פה מהלך חקיקתי ולא מהלך עכשווי.

♦ **רות גביזון:** בכל שיטה יש בעיה בדברים האלה, והפתרון הוא לא חד-פעמי, הפתרון הוא תמיד מתמשך. קובעים משהו ואחר כך יש משחק בין הרשויות. הרשויות נאבקות ביניהן. לא צריך להיבהל מזה שיש

מאבק בין יו"ר הכנסת וראש הרשות השופטת, זה טבע הדברים, זה תמיד צריך להיות. צריכים להיות מנומסים, צריכים להיות גלויים, לא צריכים לא להתווכח. ארגונים שרוצים יותר כוח - תפקידם לרצות יותר כוח. ככה הם בנויים.

את שואלת אם אפשר לעשות את זה בדרך של דיאלוג התחלתי שלא יהיה חקוק. אולי מוטב כך. יש שיטות, למשל השיטה האמריקנית, שבהן קניין מופיע בחוקה. אבל די מהר פיתחו רמות שונות של ביקורת שיפוטית ומאז הניו-דיל, בעצם בית המשפט העליון האמריקני כמעט לא מתערב ולא פוסל חוקים על מדיניות חברתית וכלכלית. בקנדה כבר היו יותר חכמים, לא הכניסו בכלל את הקניין לחוקה. קניין לא מופיע באף אחד מהמסמכים הבין-לאומיים על זכויות האדם. זה עניין של משחק: למשל בעניין סל בריאות - מי יקבע את סל הבריאות? זו שאלה שתעלה כל הזמן בבתי המשפט, זו אופרה של חכמה שיפוטית. לבית המשפט בדרום אפריקה יש זכויות חברתיות בחוקה, והוא נותן פסקי דין סופר-זהירים וסופר-לא-מתערבים בעניין הנגישות למשאבי בריאות ולזכויות חברתיות וכלכליות, מפני שהוא יודע שהוא לא יכול לטפל בזה, אף על פי שהזכויות האלה כתובות בחוקה. זה משחק שההכרעה החוקתית עצמה לא תפתור אותו. פה חוזר מה שכולכם אמרתם - חשוב לדמוקרטיה שכל השחקנים ישחקו נכון ואף אחד לא יתבטל מפני השני: לא מחוקק בפני בית משפט, לא בית משפט בפני מחוקק וגם לא ממשלה. כולם צריכים לשחק בכל הכוח, ואז המערכת של האיזונים והבלמים תעבוד כמו שצריך.

♦ **יורם ארידור:** בעניין הביקורת השיפוטית, אני הייתי מודד את מידת הדמוקרטיה של מדינה במידת הבקרה השיפוטית שיש לבית המשפט על הרשויות השונות של המדינה. דהיינו, גם במדינה טוטליטרית יש בקרה שיפוטית, נניח על החלטה של שוטר לעשות דוח תנועה. זה היה גם ברוסיה הסובייטית. בקרה שיפוטית על הרשות המבצעת, זה דבר שאנחנו רואים בו עניין נורמלי. בקרה שיפוטית על הרשות המחוקקת - זה השיא של הדמוקרטיה. כך אני רואה את הדברים, וזה לא קשור בשאלות מעשיות שאנחנו דנים בהן. אבל ברור שאם אין בקרה שיפוטית על הרשות המחוקקת, פירוש הדבר שאין בקרה שיפוטית בכלל, מפני שהרשות המחוקקת אז עושה כרצונה. צריכה להיות בקרה גם על השוטר, גם על השר הממונה על המשטרה וגם על הכנסת הממונה על השר. מובן שאם קובעים שבית המשפט העליון הוא בית משפט לחוקה, אז



זה אותו דבר. זה רק שינוי שם, וזה אפשרי. בית משפט לחוקה בנפרד מבית המשפט העליון, בעיקר בתנאים שלנו, פירושו שרוצים בית משפט לחוקה בלי חוקה, מפני שאם היו רוצים חוקה, לא היה צורך בבית משפט לחוקה: אם יש חוקה, היא כבר משריינת את הבקרה השיפוטית כיאות. אבל רוצים בית משפט לחוקה מפני שאומרים - איננו רוצים פוליטיזציה של השיפוט, ולכן נעשה שיפוטיוזציה של הפוליטיקה. הפוליטיקאים - מתוך התנגדות שהשופטים יעסקו בפוליטיקה - יתחילו לשפוט.

מובן שכמו כל אדם, לפעמים אני מרוצה מפסק דין של בית המשפט העליון בעניינים ציבוריים או משפטיים ולפעמים לא. אבל זה לא משנה את ההערכה הכוללת. אפילו בעניינים שקשורים בדיני מלחמה, מה בית המשפט העליון עושה בדיני מלחמה? אני חושב, ואני אומר את זה בנוכחות הנשיא ברק, שבית המשפט העליון תרם תרומה גדולה למדינת ישראל בהחליטו להשהות ב-84 שעות את הקבורה של החללים הערבים בג'נין. הוא מנע עליה על מדינת ישראל. זה מה שהיה קורה, אילו הייתה מתבצעת החלטת הרשות הצבאית.

ובעניין ועדת הבחירות - מובן שהיה אפשר לעשות ועדת בחירות אחרת לשופטים; אפשר היה לקחת תשעה או עשרה או שבעה. זה לא הדבר היחיד האפשרי, אבל זה הדבר היחיד שקיים ומתבצע. כשמישהו מציע להוסיף פרופסור לוועדת הבחירות או להוסיף רב לוועדת הבחירות או מי שלא יהיה, הוא יודע מה הוא מציע, הוא יודע שהוא פותח את התיבה, אבל הוא לא יודע מה יצא ממנה. ועדת הבחירות הזאת עובדת, ופחות או יותר היא עובדת טוב. אפשר לאזן אותה קצת, יכול להיות מאמץ גדול לאזן אותה, אבל אם הצלחנו לאזן אותה כך, כדאי שלא ניגע בה, מפני שכשהאזון יופר איננו יודעים איזה ועדת בחירות תצא. דווקא משום שיש לחץ לשנות את ועדת הבחירות, והלחץ איננו שיפוטי, אלא הוא מצד אינטרסים פוליטיים, דווקא משום כך צריך לעמוד בפרץ ולהתנגד לכל שינוי. גם אם מישהו חושב, שהיה אפשר להוסיף אדם זה או אחר.

עניין פסילת חוקים - באופן תאורטי, כל בית משפט צריך לפסול כל חוק שלדעתו איננו חוקתי, מפני שעל בית המשפט יש מרות של הדין, ודין שאיננו דין - אסור לבית המשפט לציית לו. עם זאת, אפשר לקבוע פרוצדורה שבה זה מגיע לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה. אפשר גם לעשות פשרה: אני הייתי מעלה את הרעיון שכאשר

בית משפט נמוך פוסל חוק, יש עליו ערעור מידי לבית המשפט לחוקה. לא כשהוא מאשר את החוק, לא כשהוא מתנגד לפסילה אלא כשהוא פוסל. זה גם ימנע מבית משפט שלום קצת פסילות מהירות, מפני ששופט השלום לא ירצה שמיד יבטלו את ההחלטה בבית המשפט העליון. זה לא בריא. אז בהחלט אפשרי לעשות שילוב כזה. ואפשר גם לא לתת סמכות לבית משפט שלום. זה לא הדבר העיקרי שעומד ברומו של עולם.

אולי בגלל החינוך המשפטי האנגלוסקסי שקיבלנו כאן ולא החינוך הקונטיננטלי, אני דוגל בערכאה שיפוטית עליונה אחת. אז נכון שנוצרה באופן קצת מתמשך ערכאה שיפוטית עליונה אחת בכך שבית המשפט העליון כבג"ץ מטפל בכל מיני בתי משפט אחרים שלכאורה הם סופיים, ואנחנו שינינו את זה קצת בעניין בית הדין הצבאי. אני הייתי מציע לקרוא לילד בשמו, כלומר אם כבר מציעים הצעה של חוקת יסוד השפיטה, אז שיהיה ערעור על בתי הדין הנפרדים. אני אף פעם לא הבנתי למה צריך בתי דין לעבודה, חוץ מסיבה אישית שהייתה פעם, ובגללה הקימו את בית הדין לעבודה. אני בעד ערעור בזכות על בית הדין הרבני; ולמה שזה יהיה דווקא בצורה של בג"ץ?! בסך הכול שיקולי ההתערבות היום זהים. זה רק ייתן גושפנקה פורמלית למצב שכבר קיים, וטוב שהוא קיים, וזה גורם לאחידות של ההלכה המשפטית, ואנחנו בארץ צריכים הלכה משפטית אחידה שתעשה את המצב המשפטי ודאי יותר.

♦ **יהודית קרפ:** אני רוצה לציין שאני מצטרפת לעמדתו של הנשיא ברק. הייתי שותפה לאורך שנים בהכנת הצעות החקיקה בתחום הזה, ואני חושבת שהן הצעות נכונות, כפוף לכך שעדיין אנחנו צריכים להשלים חשיבה פרוצדורלית. בנושא הצנטרליזציה למשל - איך קיצור הליכי העברה של הליך לבית המשפט העליון, או מה משמעות הרעיון בישראל, שהיא מדינה קטנה וקשה לקיים בה פסיקות סותרות של ערכאות נמוכות בעניין חוקיותו של חוק לאורך זמן.

לדעתי יש קונפליקט אינהרנטי במה שאנחנו מנסים לעשות כאן. מצד אחד אנחנו רוצים לקבוע חוקה אופטימלית, לקבוע מסגרת כללית והוליסטית, ומצד שני אנחנו נאלצים לחשוב כל הזמן על התרבות הפוליטית בישראל, והאילוץ הזה חזק עוד יותר כשאנחנו עוברים לדיון בשאלות אקטואליות. השאלה של דרכי מינוי השופטים היא שאלה אקטואלית מאוד, ואני לא מניחה שהדיון בה יתקיים רק כשאנחנו

נשכיל לגבש חוקה כוללת. אין מנוס אלא לגבש את העקרונות תוך הבאה בחשבון של התרבות הפוליטית שלנו, לרבות בשאלות של דרכי מינוי שופטים, ובשאלת היחס שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. כשאני מדברת על תרבות פוליטית, אני מדברת על העובדה הנלמדת מן המציאות, ששינויים בחוקי יסוד הם מאוד קוניוקטורליים, שאין כבוד לעובדה שמדברים בחוק יסוד. בעניין התרבות הפוליטית אני מוכרחה לספר אפיזודה שדי הדהימה אותי: בכנס של המועצה למשפט ציבורי, כשדובר בעניין מינוי שופטים, עלה יו"ר ועדת החוקה מיקי איתן וטען נגד הלגיטימיות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לדבריו, חברי הכנסת לא הבינו על מה הם מצביעים, ולכן החוק שהתקבל בהצבעה כזו אינו לגיטימי; לידתו בטעות. שאלו אותו "איך אתה טוען שחברי הכנסת לא יודעים על מה הם הצביעו?" ותשובתי הייתה (והתרשמתי שנאמרה במלוא הרצינות): "אי-אפשר לצפות מחברי הכנסת עם שלל הנושאים שהם עוסקים בהם ועם שלל ההצבעות, שהם יבינו בדיוק על מה הם מצביעים". אז נכון שלא היה דיון ציבורי מקדים באותו חוק, אבל המחשבה שחוק איננו לגיטימי משום שחברי הכנסת לא הבינו על מה הם מצביעים, נראית לי לפחות מוזרה. יש לנו היום תובנות חדשות, אבל אני חוששת מהכנסת שינויים בדרכי מינוי השופטים, משום שהדרכים הנוהגות הוכיחו את עצמן פחות או יותר לטוב. אפילו בשינויים מהסוג שכנראה לא מזיק. לכאורה, כמו הכנסת נציגות מהאקדמיה לוועדה למינוי השופטים, אנחנו יודעים במה נפתח, אבל אין לנו ביטחון איך אנחנו נגמור ומה יצא מתנור החקיקה של הכנסת. אני חושבת שמה שאנחנו צריכים לעשות זה לראות איך במסגרות הקיימות בלי שינויי חקיקה אנחנו יכולים לתת מענה לחלק מהבעיות שהתעוררו, למשל בשאלות של מקצועיות וייצוגיות, עמדות שיפוטיות והשקפת עולם שיפוטית. שמעתי את ההרצאות של שלושת הדוברים שדיברו בנושא הזה, וזה נשמע לי כפולמוס אקדמי או כמחקר בתנאי מעבדה. אני גם לא כל כך הבנתי, מה ההבדל בין השקפת עולם שיפוטית לעומת השקפת עולם אישית, לבין מה שהנשיא ברק מכנה 'היכולת של שופט להתנתק מהשקפת עולמו האישית' לצורך דיון בנורמות אובייקטיביות מתוך השקפת עולם שיפוטית. שני הדברים עניינם אחד - השקפת עולם אישית אינה יכולה לפעול מכוחה; היא צריכה להיות חלק מהשקפת עולם שיפוטית רחבה. אינני סבורה שנצליח להגדיר את הדברים בחקיקת משנה או ללבן אותם בדרך

שתצמיח לנו נפקות מעשית, אם כי אני חושבת שאנחנו צריכים עדיין לחשוב איך אנחנו משפרים את המסגרות הקיימות כדי להגיע לבהירות גדולה יותר של השקפת עולם שיפוטית של השופטים שנבחרים לבית המשפט העליון. אני לא חושבת שזאת רק שאלה של איתור השופטים המתאימים. זו קודם כול שאלה של איזו תכנית-תובנה של בית המשפט העליון, מה הדיסציפלינות שבהן רוצים שקיפות. מקובל על כולם שאין מדובר בייצוג סקטוריאלי, אבל אם אנחנו חושבים על זה שבית המשפט העליון צריך לייצג השקפת עולם חברתית, צריך לייצג השקפת עולם פמיניסטית, צריך לייצג השקפת עולם דתית - אם זה מקובל על כולם - אז צריך להיות מערך חשיבה במסגרת בחירת שופטים לבית המשפט העליון שלא רק יבחר את הטובים ביותר, אלא שתהיה איזו שהיא תכנית מתווית לעניין מה אנחנו חושבים שביית המשפט העליון צריך לייצג מבחינת השקפת עולם חברתית, כדי שהוא יהיה ייצוגי, ואז אנחנו צריכים בכוונת מכוון לבחור מבין השופטים הטובים ביותר את אלה שמייצגים השקפת עולם שיפוטית, המקיימת את המתווה הכללי.

פירושו של דבר, כמובן, הוא גם שמספר המועמדים יהיה גדול ממספר המשרות הפנויות. אני מהססת לומר את זה, כי בפועל אני לא בקיאה בהליכים, ויתכן שכך הדבר גם היום, אבל אני חושבת שוועדת הבחירה צריך שיהיו לה דרך קבע יותר מועמדים ממקומות, כדי שיוכלו לבחור מהשופטים המוכשרים לכל הדעות לכהן בבית המשפט העליון את מי שההיסטוריה המקצועית והאישית שלו מלמדת שהוא גם משקף את השקפת העולם המסוימת, שמעוניינים בה. ממחקרים על בחירת שופטים למדתי שיש כמה מדינות שבהן כוח עמידה מפורשת - חובתה של הוועדה המייעצת או של מי שקובע את רשימת המועמדים להגיש מספר גדול יותר של מועמדים לרשות הבוחרת.

עד כאן לעניין השקיפות ודרכי מינוי השופטים. אני חושבת שזה צריך להיעשות בתהליכים פנימיים של הוועדה עצמה ולא בשינויי חקיקה שיהיה קשה לבטא בהם את המטרה.

לעניין הדברים שנאמרו כאן בדבר הצורך בחיזוק הכנסת, הם מאוד מקובלים עלי כי אני רואה בכאב לב את הידרדרות מעמד הכנסת. לדעתי יש מקום לבחון את השיטה הבריטית של מתן סמכויות לבית משפט לבטל חוקים על תנאי. כשבית משפט מוצא שחוק איננו חוקתי, החוק חוזר בדרך מוסדרת לפרלמנט, ונותנים לפרלמנט את

ההזדמנות לתקן בתהליך מקוצר של חקיקה ובפרוצדורה מסודרת את אי החוקתיות. זה נסיון לשמור לבית המשפט את תפקיד הבקרה. אם אנחנו רוצים לחשוב על יחסים של כבוד הדדי ולא על מאבקי כוח, אז אנחנו צריכים להבטיח איזו שהיא שיטה שתגלגל את הכדור חזרה לכנסת, לא בהצהרה כללית בסגנון 'אם לא מוצא חן בעיני הכנסת, אז היא יכולה לשנות. אני מצטרפת למי שהביע את חששו מהקריאות האלה בתרבות הפוליטית שלנו היום, אבל אני חושבת שבדרך מוסדרת וממוסדת לא ראוי לתת למחוקק את האפשרות להתחמק מלהגיב על פסיקה של בית משפט. עם זאת יש לבחון את הדבר בזהירות של השוני בתרבות הפוליטית שבין שתי המדינות.

♦ **זאב סגל:** אם באמת הולכים על ביקורת חוקתית, אז אני לא רוצה לתקוע תריז בגלגלים האלה, אבל היות שאני לא מאמין שזה יקרה כל כך מהר, אז אני רוצה לומר שבניתי למודל האנגלי התאמה לתנאי הארץ ולתושביה, אף על פי שאני יודע שהנשיא ברק מתנגד לזה.

המודל האנגלי בשינויים הוא כזה שברגע שבית המשפט העליון יצהיר הצהרה מובנית על Incompatibilities ויאמר שחוק איננו תואם את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, תהיה הכנסת חייבת לקיים דיון בנושא הזה, במשמעויות וכדומה; או שתהיה חבורה של חברי כנסת, אנשי תקשורת ופרופסורים שתוביל את הכנסת לשינוי החוק, זו אופציה אחת. אופציה שנייה היא שהכנסת תדון בזה רק אם היא תקבל ברוב של שלושה רבעים (בתשעים קולות) את זה שהיא רוצה את החוק הזה. יתווכחו על זה, יעיינו בזה וידונו בזה. אני העליתי את העניין, ואני מנסה שלפחות זה ידון. תשעים מקולות הכנסת אין פירושם קואליציה; זה כאילו שהכנסת מקיר לקיר פחות או יותר רוצה את החוק. אני מעלה את זה, כי במצב המשפטי הנוכחי, בית המשפט העליון, אפשר לומר, מבוהל מהצל של עצמו בנוכחות נשיאו; תמצאו אתם את הניסוח היותר עדין. בית המשפט העליון היום מהסס, הוא לא מבטל חוקים, הוא עושה את זה בזהירות, בריסון באיפוק; לכן אני מתייצב ראשון בשער מול כל ההתקפות עליו. מי שמתקיף לא יודע בכלל במה מדובר. יש הרבה מאוד חוקים שאפשר היה בהחלט לבטל אותם. אבל בית המשפט העליון לא עושה את זה. יש היום מעין שיתוק חוקתי, ככה אני קורא לזה. זה לא נובע מזה שכל חקיקת הכנסת מצוינת ונהדרת. אם תהיה הצהרת Incompatibilities מטעם בית המשפט, אני מאמין שיהיו הרבה הצהרות כאלה, ואז חבורה שלמה של פרופסורים ממדעי החברה

והמשפטים וחברי כנסת במקרים מסוימים, ודאי יוכלו לקדם ולהביא יותר מנוף לשיטה החוקתית מבמצב הנוכחי. אני חושב שהמודל האנגלי הזה לא עבר דיון עומק, וכל מה שאני אומר זה שצריך לקיים דיון עומק גם באפשרות הזאת.

♦ **אתי פרץ:** אקדים ואפתח בדבר-מה שמלווה אותי כחוט השני בכל הדיונים של המכון הזה. בכל דיון יש לי דילמה קשה בין המציאות העכשווית שמחייבת איזה שהוא טיפול אגרסיבי לבין הפתרון הראוי לאורך זמן. הנושא של היום ממחיש מאוד את הדילמה הזאת; לא הייתי רוצה שהפתרון למה שאני אגיד עוד מעט יהיה נטוע בחולי קשה מזה שיש היום, כי הפתרון יהיה אולי נכון נקודתית, אבל התבנית תהיה מסוכנת לעתיד.

לצערי, היום אין בעצם רשות מחוקקת. הרשות המחוקקת עקרה לגמרי. 18 שנים אני מלווה את החקיקה, ואני מכירה את המערכת שם לפני ולפנים. יש תהליך קשה מאוד של עיקור הכנסת. הרשות המבצעת עוטפת כמעט את כל ההחלטות המהותיות של בית המחוקקים. האופוזיציה צועקת כשהיא באופוזיציה, וכשהיא בקואליציה היא אומרת את הניגונים שאתמול היא יצאה נגדם. פה אדוני הנשיא יש בעיה, איפה עומדת מערכת המשפט, ובית המשפט העליון בראשה, במציאות שבה באחד הגופים הכי מהותיים במדינה יש ליקוי מאורות מסוכן?! זה אחד הגופים שהוא המפר הגדול ביותר של החוקים של עצמו; אחד הגופים שנטע את אחד החוקים הכי פחות ראויים - חוק ההסדרים. החוק הזה נולד כהוראת שעה, ולדעתי בית המשפט העליון מתנער מהחובות שלו להגיד משהו מעבר לאמירות כמו: שזה אולי פגום, אבל החוק קיבל הכשר חוקי. יש איזה שהוא הליך פגום בתוך בית המחוקקים, והגיע הזמן שבית המשפט העליון יגיד את דברו. חוק ההסדרים התחיל בתור הוראת שעה והוא הוליד בנים ממזרים מכל הכיוונים. הרשות המחוקקת היא פיקציה, והרשות המבצעת חונקת את הכול.

♦ **יורם ארידור:** אחד החוקים הראשונים עוקפי בג"ץ היה חוק שהכשיר פרשה של חברי כנסת, הכינו אותו שלושה פרופסורים למשפטים. זה היה רובינשטיין, שיטרית וליבאי.

♦ **אתי פרץ:** לצערי, חלק מהבנים הפגומים של המחוקק נולדים שם; ואם הם נולדו שם בצורה ראויה, יש תהליך לתקן אותם שם. אני מדברת על משהו אחר. אני מאוד כיבדתי את הנחת היסוד שהצגת. אני יכולה

להגיד לך, כמי שרחוקה מאוד מעולם המשפט ויושבת כאן כהדיוט, שלא אחת אני פניתי לקובעי המדיניות ולמחוקק ואמרתי - או שתבטלו חוקים או שתתנו להם חיים. הדבר הכי גרוע זה שיש חוקים שהם על המדף והם לא מחלחלים לאן שצריך. אזרח מן השורה נמצא בתווך בין בית המשפט לבין בית המחוקקים במצבים פרוצים. חגי מירום באופן מאוד סטרילי אמר "יחזרו לכנסת", אבל האזרח חוזר למערכת קיימנית. היום הכנסת היא לא הכתובת. היא כתובת לקליקות, יש בה תהליכים ראויים אבל המסה הקריטית שלה היום מעוררת המון שאלות. במצבים שבהם האזרח נמצא במצב שאין תרופה, המחוקק שותק. אני אומרת שאנחנו לא רק אלמנים אלא אנחנו גם עגונים וגם שיתוקיים, תלוי איפה מדברים. במצבים האבסורדיים האלה בית המשפט העליון הוא לפעמים הכתובת האחרונה. דרך אגב, הוא כתובת אחרונה לחזקים שבחלשים, מפני שעל כל אחד שמצליח להגיע למערכת הזאת יש הרבה שנופלים בדרך.

יש לא מעט משפטנים היום שהם חרב להשכיר. יש זכויות חברתיות שמעניקות זכות, אבל לא מולידות חובה על המחוקק ועל המדינה, ואז בית המשפט הופך לכתובת. זו מערכת חולה. בחוק ביטוח בריאות ממלכתי רואים את אחד החוקים הכי נאורים, יחסית, אחד החוקים הסוציאליים הכי אוניברסליים שהיו אמורים להיות, אבל תראו מה קרה לו מ-1.59, המועד שבו הוא נכנס לתוקפו, ועד היום. כל מה שקשור באחריות המדינה נעקר בהליך מקוצר של חוק ההסדרים; ואילו כל מה שקשור בחובת האזרח הלך והתרחב והעמיק - נוסף על המס הבסיסי, יש לו המס העקיף. כמו תשלום נוסף על שירותים ועל ביקור רופא ורופא מומחה; השירותים שבסל מחירים הרקיע שחקים ביחס לעלותם ב-31/12/93 המועד הקובע וכד'.

♦ **רות גביזון:** למה זה אשמת המשפטנים?

♦ **אתי פרץ:** אחד הדברים העצובים זה שלוקחים חוקים שניסחו יועצים משפטיים בתוך הכנסת, זה תפקידם, אבל נוצר פה מין ריקוד אבסורדי שבית המחוקקים מחוקק חוק שהוא בעצם נטול חיים. הוא מופץ כזכות, אבל יש בו סעיפים קטנים שאם אין תקציב הוא נעשה נטול זכות, ואז לא אחת האזרח נדרש להגיע לבית המשפט. זה לא דבר ראוי. בית המשפט צריך להיות התחנה האחרונה במערכת מסודרת. לדוגמה: חוק ביטוח בריאות ממלכתי היה אמור להיות אחד החוקים עם הסל הכי מוגדר, אבל העמימות בו גדולה מאוד, ועל אחת כמה וכמה בחוקים

אחרים. אחד הדברים החשובים זה ליצור מצב שבו חוקים חייבים להעניק זכות שגם מולידה חובה. די עם הלוליינות הזאת, כי היא יוצרת תהליך לא בריא.

אני מסכימה עם פרופ' שטרן שאי-אפשר לעשות מניפה מייצגת. אני אקשה עוד יותר - המניפה היא אין-סופית. כי המניפה שלי היא לא המניפה שלך. אם נלך על מצב שבו בית המשפט העליון ייצג את רוחב המניפה, אז על איזה מניפה אנחנו מדברים? לכן מראש אסור שאלה יהיו כללי המשחק. מצד שני, גם מי שדעותיו הפוליטיות לא ידועות, אף אחד לא אומר שכשהוא יושב הן אינן חלק ממנו. אני באמת חושבת שחשוב שבית המשפט העליון יהיה נטול צבע במובן של דעות מסומנות, כי הוא צריך להיות קשוב למקבץ הערכים ותפיסות העולם והדעות של כולם, אבל אם אדם הביע דעות מתי שהוא, זה לא הופך אותו לפסול. השאלה היא מה היו הקריטריונים שעל-פיהם הוא נבחר. ופה יש לי הערה. מהרגע שמעמידים את השופטים לבית המשפט העליון, לא הייתי רוצה שיהיה מצב שבו שמים אותם לפי קטגוריות. אבל אני אשאל שאלה הפוכה, למה בית המשפט העליון לא משקף את הפזל? העניין איננו בבית המשפט העליון, אלא בכללי המשחק של תהליך שבו אנשים יכולים להגיע אל בית המשפט העליון בתור מועמדים לפי כללי משחק הוגנים לחלוטין. בתחנות בדרך לבית המשפט העליון, צריך לעשות איזה שהוא בדיק בית. אבל מהרגע שמגיעים לרמה של בחירת שופטים, לא הייתי רוצה שיבחרו שופט משום שהוא מעדה מסויימת, או בן דת מסויימת או משום שהוא ערבי או משום שהוא חרדי וכד'. אנחנו מכירים מהכנסת את זה שלא בהכרח מי שבא מאיזה שהוא זרם באמת מייצג את אותו זרם. לא אחת אנשים שגדלו לא בתוך העוני ולא בתוך תחושת הקיפוח באים עם איזו שהיא תפיסת עולם שיש בה אמפתיה וערכים, ולפעמים הם הלוחמים היותר ראויים לדגל החברתי או לדגל העדתי או לדגל הלאומני. המבחן של המוצא והלידה הוא לא מבחן, במיוחד בבית המשפט העליון, אבל משהו משובש בתהליך.

יש צורך לעשות בדיק בית בעניין איכות השופטים. ובית המשפט העליון איננו מנותק מרצפת הפירמידה. תהליך הייצור של השופטים מתחיל או ממערכת המשפט הממלכתית או מבתי משפט למטה. ומשהו באיכות השופטים של היום מחייב בדיק בית. יכול להיות שצריכים להיות סטנדרטים של מי ראוי להיות, מהו תהליך ההכשרה. יש כללים ואמירות שלפעמים יש לי שאלות נוקבות עליהן, ובית המשפט על



סוגיו הוא בשבילי מסמר קיומי של חברה ראויה. משהו קורה מבחינה משפטית: איכות השופטים, דעות קדומות, פסקי דין, קבלת החלטות. מי שמכניס את המצלמה אל תוך החדר שלו, שלא יתלונן אחר כך שהוא מבוקר. מערכת המשפט משתמשת היום יותר ויותר בתקשורת, אז שהיא לא תתלונן על זה שלפעמים היא גם מצלמת אותה בסיטואציות לא נוחות. אני לא זוכרת מצבים של מסיבות עיתונאים לפני כמה שנים שבהם הייתה מערכת יחצ"נית שבה גם עורכי דין וגם שופטים הגיבו לדברים שבעבר השופטים נזהרו שלא לעסוק בהם.

♦ **זאב סגל:** תני דוגמאות לפליטות פה של שופטים שמטרידות אותך.  
♦ **אתי פרץ:** היו פליטות פה סקסיסטיות, היו פליטות פה עדתיות, היו פליטות פה דתיות, היו פליטות פה של ימין ושמאל. אני אומרת כרגע שמערכת המשפט צריכה לדעת שהיא לא יכולה להיות סטרילית. השופטים הם בשר ודם, ולמי שמגיע אליהם תמיד יהיו טענות, כי לפחות במקצת מהמהלכים 50% יצאו לא מרוצים. השופטים במצב בלתי אפשרי מבחינת העומס. המציאות איננה פשוטה, אבל המערכת צריכה בכל זאת להעלות את הרף של מה שהיא עושה בתוך הבית של עצמה, כי זה חלק ממקומו של בית המשפט אצל האזרח, וזה מחלחל למטה, וזה עולה עד למעלה לבית המשפט העליון.

בעניין בית משפט לחוקה אני יכולה להגיב מהכיוון של איזו שהיא תרבות ארגונית ומערכת ארגונית בריאה. אצלנו יש חברה יהודית וחברה לא-יהודית, והתמהיל הרבה יותר מורכב. לכן אני חושבת שהתשובה שלפיה אותה אכסניה תשב במושב מיוחד לעניין של בית משפט לחוקה היא תהליך מאוד נכון. לדעתי, השיח שבין המחוקק לבין בית המשפט העליון הוא שיח שהאזרח צריך להיות סמוך ובטוח שהדברים נעשים בו כראוי, ולכן צריך מאוד להזהר לא ליצור מערכת כפולה אפילו לא למראית עין. לדעתי המקום הזה צריך להיות המערכת המשפטית הכי גבוהה. קדקוד הפירמידה זה בית המשפט העליון.

♦ **אפי אושעיה:** מדברים על איכות הכנסת ואני קצת תמה. כולנו יודעים שהכנסת איננה מקשה אחת, זה אספקלריה של החברה הישראלית. יש חרדים, ויש חילונים, ויש אשכנזים וספרדים וקצינים וטוראים.

הדיון פה רציני מאוד, וההתייחסות בו רצינית; בכירי הקהילה המשפטית של מדינת ישראל מתכנסים ודנים. המציאות הזאת לא קיימת בכנסת. כמה חברי כנסת באמת מתעניינים בנושא שאתם דנים בו כאן? אתם חושבים שבאמת חברי הכנסת בקיאים, דנים או מתדיינים בינם לבין

עצמם בנושאים שמטרידים אתכם ביום יום! זה לא מעניין את חברי הכנסת. הם לא עוסקים בזה. יש להם הבעיות שלהם, בעיות אחרות ושונוות לחלוטין. אז יו"ר הכנסת בא לכנס ואמר איזו שהיא אמירה, וכבר נראה כאילו הכנסת כולה דנה ועוסקת ברצינות בדברים מהסוג הזה. שימו לב שעד לפני חודש, עד שמיכאל איתן בוועדת החוקה התחיל לדון על חוקה, אפילו לא דנו ברצינות על חוקה לישראל בכנסת. בפעם הראשונה, אחת לשבועיים, ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת מתכנסת לדון בנושא החוקה. היא מתחילה, אני לא יודע איך זה ייגמר, אבל מתחילים.

נושאים שמטרידים אתכם לא כל-כך מעניינים את כנסת ישראל. מה שמטריד את חברי הכנסת זה יצר ההישרדות שלהם ואספקת השירותים לחברים המיידיים שלהם, דווקא בתוך המגזרים שלהם, ולא מתוך תפיסת עולם רחבה איך דואגים לציבור הישראלי. כנסת ישראל היא ציבור של אנשים סקטוריאליים שכל אחד דואג לסקטור שלו במידה כזאת או אחרת.

להתייחס לזה כל-כך ברצינות ולחשוב שיש פה בני-שיח שאפשר לדון אתם על נושא מהסוג הזה, זה לא נכון. ובכל זאת, הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא הכתובת בסופו של דבר להגיע אתה להסכמה בשביל שתחוקק את מה שמתאים. אבל על הקהילה המשפטית מוטלת אחריות גדולה מאוד להביא את העיסה הזאת מבושלת ומוכנה למחוקק, והוא יוסיף את הראייה ותפיסת העולם שלו וינסה להגיע להבנות עד כמה שאפשר. ואין תמימות דעים מוחלטת, אפילו לא ב-90%, כשם שמציג זאת זאב סגל. כל רוב בשבילי הוא רוב, ואין הסכמה רחבה מאוד. יש הסכמה, אבל צריך לגבש אותה.

אני חושב שחובה לשמור על הוועדה לבחירת שופטים כפי שהייתה עד היום. אני לא מקבל את זה שצריך להוסיף אחרים. מי זה אחרים? האם נציגי לשכת עורכי הדין באמת מסתדרים בינם לבין עצמם יותר טוב? או אקדמאים פרופסורים בכירים מסתדרים בינם לבינם הרבה יותר טוב? הוועדה הזאת בתנאים האלה, צריכה לעשות את הדברים הרבה יותר שקופים, הרבה יותר פתוחים, הרבה יותר עם בחירה. אבל שמעתי היום שתי אמירות של נשיא בית המשפט העליון שקצת ערערו לי את המחשבה בעניין הזה. באחת הנשיא אמר שהיה מועמד אחד והייתה משרה אחת. ככה תופרים מכרזים ברשויות מקומיות, ככה תופרים מכרזים במשרדים ממשלתיים, ככה נתפר מכרז במדינת ישראל. כל

עובד מדינה שהולך למכרז קודם כול שואל על מי זה תפור ואם כדאי לו לגשת. הוא לא סתם מגיש את המועמדות שלו. בעניין בקשת חוות דעת - יודעים ממני להזמין את חוות הדעת. לכל אחד יש קצת מתנגדים וקצת כועסים וקצת מקנאים. אני מציע לשמור על המתכונת הקיימת, לא לחפש פטנטים אחרים ולשפר את דרכי העבודה בתוך המערכת הזאת, ולא להיבהל מהביקורת של אנשי הציבור - מותר להם, לפעמים זו חובתם, לפעמים הם רוצים לספק את הרצונות של הבוחרים שלהם, וגם זה לגיטימי. אמר פה קודם עמרם מליץ שבכל ועדה כזאת יושבת סמכות מקצועית שמביאה את ההמלצות שלה. הייתי בעבר שותף בהרבה מאוד ועדות ציבוריות מהסוג הזה, ובדרך כלל, אם לא סומן מראש מי שצריך להיבחר, מקבלים את חוות הדעת המקצועית של האיש המקצועי; אם בוחרים עובד סוציאלי, אז ראש השירותים הסוציאליים מכירה את העובד הסוציאלי, היא חיה את זה ביום יום, ונציגי הציבור מסכימים אתה; וככה כמעט בכל דבר ועניין, ולא צריך להיבהל מהעניין הזה.

שמעתי את השופט ברק אומר על הכנסת "רוצים - יחוקקו". אני לא יודע איך לומר את זה בזהירות המתאימה, הרי אני חייב לשמור על כבודו של נשיא בית המשפט העליון, אבל הסגנון הזה מתאים לכנסת; הוא לא מתאים לנשיא בית המשפט העליון. בהיותי היום אזרח מדינת ישראל מהשורה, בשבילי נשיא בית המשפט העליון הוא איש מורם מעם. נשיא בית המשפט העליון ובית המשפט העליון זה קצת מעבר לרמות שאנחנו עוסקים בהן ביום יום. אני לא רוצה לשמוע "רוצים - יחוקקו", כלומר "מה הם רוצים ממני? אני מפיל את זה עליהם". אני חושב שזה צריך להיראות אחרת, כי מחר נקבל את התגובות משם, מהכנסת, ויהיה חבל לערער את מעמדו של בית המשפט ולהיכנס להתנצחות הזאת. לא צריך לרדת לרמות האלה.

שמעתי ממך, עורך הדין ארידור על בית דין לעבודה. על כך אומר משפט אחד: הייתי בעבר מזכיר מועצת פועלים, וזה מעוזה של האדם העובד במדינת ישראל, והיום זה בית הדין לעבודה, בעיקר על רקע חולשת ההסתדרות. ואני חושש שמישהו עוד יקנה את הקריאה שלך לגמור את העניין הזה.

ההרכב הדמוגרפי של הכנסת - טוב שהוא כזה ולא אחר. על פי מה יבחרו אותם? על-פי מי שהיה גנרל? ראינו איך הגנרלים מתפקדים. לכן אני מציע לא להיכנס לפינות האלה ולא לחפש כישורי יתר אצל

חברי הכנסת ואצל נבחרי הציבור. זו החברה הישראלית, זהו פרצופה - הצעקות, ההתלהמות, ההתלהבות, חוסר ההתייחסות לנושאים כאלה ואחרים - זה הפרצוף שלנו; ואם אנחנו רוצים לשפר את דרכי העבודה ואת ההתייחסות, חובה דווקא על הקהילה הזאת שיושבת כאן להירתם ולעזור, ולא להתנגח, כי לכם יש היכולת קצת מעבר לנבחרים שנבחרים לרגע נתון.

♦ **יגאל מרזל:** ההתייחסות לאורך היום לפוליטיקאים היא התייחסות לקבוצה, והשאלה היא אם לא נכון לעשות פה הפרדה בין הקואליציה לבין האופוזיציה, בהנחה שמשאירים את המצב הקיים ושצריך או ראוי שיהיה עיסוק פוליטי בתוך הוועדה. האם המצב הקיים של ייצוג לממשלה וייצוג לחברי כנסת הוא מצב נכון? ואשר לאמירה על הכנסת - אם הכנסת רוצה, שתשנה - השאלה היא מי זו הכנסת בהפרדת הרשויות הקיימת בישראל והאם ראוי לשנות אותה.

עוד שאלה היא אם לא צריך לחשוב חשיבה אינטגרטיבית על שיטת הממשל שאנחנו רוצים לאמץ ועל הרשות השופטת בהקשר החוקתי. האמירה על הכנסת - "תשנו" תלויה בשאלה כמה אפשר לשנות, כמה יש יכולת בשיטת הבחירות הקיימת ובשיטת הממשל הקיימת ואם המודל שאנחנו בוחרים בו או ממליצים עליו עולה בקנה אחד עם המודל שאנחנו בוחרים בו או ממליצים בקשר לשיטת הבחירות ולשיטת הממשל שיכולה להיות. ואני מעלה את האפשרות, שלפי שיטת הממשל ושיטת הבחירות, מערך היחסים בהפרדת הרשויות הקיימת משתנה גם הוא.

♦ **קריאה:** מהדיון הזה אני רואה היעדרות מאוד רצינית של הכוח הערבי. הציבור הערבי בישראל רואה בכנסת מסגרת פוליטית שמחוקקת על מנת להפלות אותו ויכול להיות שלחברי הכנסת הערבים יש חלק בזה. בית המשפט העליון והכנסת - שניהם סמלים של המדינה היהודית והדמוקרטית - אבל הציבור הערבי בארץ מאוד מכבד את בית המשפט העליון. הוא רואה בו מגן ולא רק תאוריה. המקום האחרון שאפשר לברוח אליו. אף על פי שאם השקפת בית המשפט העליון היא השקפה של קונסנזוס דתי או חברתי, אז הציבור הערבי לא מיוצג שם. נכון שהיה מינוי לאחרונה של כבוד השופט סלים ג'ובראן לבית המשפט העליון. אני חושב שבית המשפט אינו יכול לייצג את הרוב, כמו שאמרה פרופ' רות גביוזן. מה זה לייצג את הרוב? האם בית המשפט המקבל עליו בתור רשות שופטת שהוא צריך לדון בסכסוכים בין יהודים לערבים, ולהוציא חקיקות בנושא, אז הוא מייצג את הרוב?

♦ **דוד נחמיאס:** אני רוצה להזכיר לכולנו שבית המשפט העליון ומערכת המשפט בכלל עוסקים בפוליטיקה. כל הגדרה של פוליטיקה מתמקדת בהקצאה הסמכותית של ערכים בחברה. בית המשפט עוסק בערכים, אם ברמת הפרט או ברמת הקבוצה. כך למשל הפסיקה בעניינים חברתיים של קבוצת הקשת המזרחית היא פוליטית. מצד אחד בית המשפט מחליט החלטות פוליטיות ומהצד השני שופטים טוענים שהם רוצים להיות א-פוליטיים ואובייקטיביים.

אני אישית נגד בית משפט חוקתי והסברתי את עמדתי זו בפורומים אחרים. אף על פי שאני אומר שהחלטות רבות של בית המשפט הן החלטות פוליטיות, אני רואה בסקרי דעת קהל, שהמערכת המשפטית ובמיוחד בית המשפט העליון מדורג ברמה גבוהה מאוד בהשוואה למוסדות ציבוריים אחרים. יש ירידה מסוימת, והיא באה מקבוצה מאוד פרטיקולרית. הקבוצה הזאת ראתה בחלק מהפסיקה החלטות נגדה מבחינת ערכיה, אבל בסך הכול אמון הציבור בבית המשפט העליון גבוה.

אני חושב שהבעיה היא אחרת. למרות האמון הגבוה, השאלה היא אם בית המשפט ומערכת המשפט רואים בעצמם מערכת ארגונית פתוחה או סגורה. אם זו מערכת סגורה להנציח את עצמה, רוצה לשחק את אותו משחק שהיא שיחקה בעבר, היא יכולה לעשות זאת כי היא מערכת אוטונומית מבחינת קבלת החלטות ממש, כמו באקדמיה. אני חושב שאסור לעשות את זה בחברה שהיא פלורליסטית או רב-תרבותית, ולכן מבחינתי הנקודה פשוטה: קצת יותר פתיחות, קצת יותר נגישות, קצת יותר שקיפות, קצת יותר ביקורת עצמית. מה זה אין הערכת שופטים? כל סמסטר כל ארגון זקוק למערכות הערכה ובקרה. אף אחד לא אוהב ביקורת עצמית. המערכת צריכה להיות פתוחה. אנחנו בעידן של שקיפות ועידן של אקאונטביליטי, ואנחנו לא יכולים לקחת מוסד אחד במערכת המשטרית ולהגיד שעליו לא חלים כללי השקיפות והייצוגיות. השאלה היא כיצד אותה המערכת יכולה לעצב כללי שקיפות שמקובלים על האזרחים ולא רק על עצמה.

אנחנו לא יכולים לפתור הכול. לא כל הבעיות ניתנות לפתרון במסגרת חוקתית. החוקה מבחינה משפטית צריכה לכלול את נקודת האיזונים בין המערכות השונות ולא להיכנס לפרטי הפרטים. חלק מהסמכויות בחוק יסוד צריכות להיכלל, ואפשר לעשות שינויים.

♦ **שולמית אלוני:** הרבה מיילים הוקדשו לאופי של השופטים ולדעות שלהם. אני רוצה להזכיר, שאנחנו קיבלנו עלינו שהמדינה הזאת היא

דמוקרטיה ליברלית. זה ישנו במסמך המכונן של המדינה, וזה נמצא בפסיקה, שלבים-שלבים, אם כי לא בפסיקה הראשונה, אבל מ-53/ זה ישנו גם בפסיקה, זה נאמר במפורש בקווי היסוד של הממשלה הראשונה ב-11/3/49, וכך ראינו את הדברים, אף על פי שאין חוקה. כאשר כלל זה התקבל בחברה, משמע ישנו "מנטליות של קבוצה" קבוצת השופטים. לא יכול להיות שמישהו שנכנס למערכת המשפטית, תהיינה דעותיו אשר תהיינה, הוא יפעל באותה מסגרת שבה יכול לנוע הרעיון שלו במרחב של דמוקרטיה ליברלית. יש שמרנים, יש פרוגרסיביים יותר, אבל ישנו קו, ישנה מנטליות של קבוצה. עניין הדעות הפוליטיות איננו רלוונטי, מפני שכשהוא נכנס לקבוצה הזאת, אם אנחנו נשמור על הרעיון הזה ונחזק אותו, הוא לא יוכל לחרוג למרחבים של כפיה דתית או או פשיזם. מה שחשוב זה לבחור את האנשים הכי מוכשרים במקצועם. מה שקורה לנו עכשיו הוא שהתחלנו לסגת מהרעיון של הדמוקרטיה הליברלית. ב-1965 התחלנו לעסוק בעניין הזה של הכנת חוקה וזכויות האדם, הוקמה ועדה מיוחדת שישבה לעסוק באלה, שופטים השתתפו בדיונים, והאגודה לזכויות האדם והאגודה לזכויות האזרח ולשכת עורכי הדין השתתפו, ואנחנו התקדמנו, ופתאום הכל החל לסגת. הכל ראו בבית המשפט העליון כבג"ץ דבר מובן מאליי, כתובת יחידה לזכויות האדם, בתקווה שדברים יזוזו. פתאום ישנה גם על זה ביקורת. מה שאנחנו חייבים לעשות בדרך שלנו כאן, זה לא לחשוב איפה נמצא את הדעות של השופטים, אלא איפה אנחנו, בהצעות שלנו, מעגנים יותר ויותר את הרעיון של הדמוקרטיה הליברלית, והנושא הזה בית המשפט הגבוה לצדק הוא בשבילנו כתובת מרכזית.

במקום להכניס מקצת מהדיונים האלה לחוברות הכבודות - אנחנו מקבלים עודף של ניירות - נדמה לי שכדאי שהמוסד הזה יתחיל להוציא הודעות או יותר הדרכה בתחום של מה היא אותה דמוקרטיה ומה הן הזכויות ומה הם הקווים האדומים והזכות לבקר, הזכות להיות מעוט והזכות לא להסכים גם אם זה קול יחיד. כך היו הנביאים. וצריך לעשות את זה בלשון שכל קורא יבין. נדמה לי שזה הדבר החשוב.

מה פירוש הדבר שכל שופט צריך לדעת את הדין הדתי היהודי? אם כך הוא צריך לדעת גם את הדין המוסלמי. המסמך המכונן שלנו "הכרזת העצמאות" עוסק במדינה דמוקרטית, ומדינה דמוקרטית היא תמיד מדינת כל אזרחיה, מפני שלכל אדם ישנה הזכות להיות שותף בקביעת גורלו. אין מדינה דמוקרטית בעולם שאיננה מדינת כל אזרחיה. האופי

שלה הוא התרבות שלה. צריך להשקיע בתרבות ובחינוך, לא בחוקי כפייה. הייתה פה שאלה לגבי דבריה של רות גביזון על הרוב. אני הבנתי, היא לא מתכוונת לרוב היהודי, אלא לרוב דעת הציבור. אני מניחה שבכמה דברים דעתי עם כמה חברים ערבים שלי קרובה יותר, משותפת יותר מאשר עם כמה אנשים מש"ס. אם אנחנו מדברים על הציבור כציבור בארץ, ואם אנחנו מדברים על דמוקרטיה כדמוקרטיה, צריך לעגן את זה. אני התנגדתי למגילה הגדולה הזאת של מסמך כינרת, מפני שלא צריך לתקן את "הכרזת העצמאות". הכרזת העצמאות מנוסחת מספיק טוב.

♦ **אשר מעוז:** המסמך המכונן של המדינה שלנו הוא הכרזת העצמאות, והיא שהקימה את ישראל בתור מדינה יהודית. המילה דמוקרטיה לא מופיעה שם, ולא בכדי. השופט ברנזון הציע להכניס שם "מדינה דמוקרטית", והוציאו את זה.

♦ **שולמית אלוני:** הוא אמר את זה בהתכוונות להחלטה של האו"ם. המילים דמוקרטיה ורפובליקה מופיעות בקווי היסוד של הממשלה הראשונה שבה היו חברות כל המפלגות הדתיות.

♦ **אהרון ברק:** רק כמה הערות על הדברים שנאמרו כאן בלי לנסות למצות את הנושא.

העניין הראשון - הכנסת. אני אכן חושב כמו שרבים מכס התבטאו, שיש חשיבות עליונה לעמוד על מרכזיותה ועל חשיבותה של הכנסת. באף אחת מההתבטאויות שלי, אם בפקי דין ואם במאמרים ובספרים, מעולם לא דיברתי סרה בכנסת. נהפוך הוא. דיברתי על הצורך שתהיה לנו רשות מחוקקת חזקה, איתנה, שצריך לתת לחברי הכנסת ייעוץ מקצועי, כדי שלכל חבר כנסת יהיו מקורות שאליהם הוא יוכל לפנות וכיו"ב. אני לא חושב שבית משפט חזק, תהיה המשמעות של הביטוי הזה אשר תהיה, הוא דבר שבא על חשבון כנסת חזקה. המדינה זקוקה לשלוש רשויות שכל אחת מהן חזקה: בית משפט חזק, רשות מבצעת חזקה ורשות שופטת חזקה, בלי לנסות להגדיר את המושג חזק בעניין הזה. יש חשיבות עליונה לכיבוד הכנסת, ואני בחיי לא הייתי אומר על חברי הכנסת דברים שיושב ראש הכנסת אמר עליהם, אני גם לא חושב כך. אני בעצם מסכים למה שאומר מר אושעיה, שבכנסת יש אנשים שונים, היא מייצגת את החברה הישראלית לטוב ולרע, וצריך לקבל אותה בתור שכזאת.

המחוקק משחק תפקיד מרכזי, ולא פעם הדגשנו בפסיקה הלכות שונות

או יצרנו הלכות שונות שבאות להדגיש את המרכזיות של הכנסת. למשל כל פסק הדין בעניין של גיוס בחורי ישיבות מבוסס על הרעיון שישנם עניינים מרכזיים כל-כך לעם ולמדינה, שהרשות המבצעת לא יכולה לקבל החלטה בעניינם, למשל ששר הביטחון הוא שישחרר בחורי ישיבות. ולכן מי שצריך לקבל עליו את ההחלטה הנורמטיבית הכללית, להבדיל מהיישום, זאת היא הרשות המחוקקת, ולכן פסלנו את ההחלטה של שר הביטחון בעניין שחרור בחורי ישיבה, ואמרנו שהכנסת צריכה להחליט בנושא הזה. בעניין של הגיור הרפורמי או הקונסרבטיבי שנעשה בארץ, קבענו שהגיור לא צריך להיות רק גיור אורתודוקסי, אבל לא אמרנו מה דינו של הגיור הרפורמי והקונסרבטיבי, אמרנו שצריך ללכת בעניין הזה לכנסת ושהכנסת תקבל החלטה. זה נובע מהתפיסה הבסיסית של החשיבות והמרכזיות של הכנסת במרקם החיים הדמוקרטיים שלנו.

אמרתי בדבריי במליאה, "אם הכנסת אינה סבורה שאנחנו צריכים לעסוק למשל בעניינים של שטחים, שהכנסת תבוא ותאמר את דברה", אני לא אמרתי את זה בזלזול; ואם כך נשמעו דבריי, אני מבקש להתנצל בפניכם. אמרתי את זה במלוא האמת ובמלוא הכנות. אני באמת חושב שאם הכנסת סבורה שישנם עניינים שאנחנו קבענו והם לא נראים לה - אף על פי שאנחנו מטפלים בהם מכוח סמכותנו - כי אז זה לא רק זכותה, אלא חובתה של הכנסת לפחות לחשוב על הנושא הזה ולגבש עמדה לכאן ולכאן.

למשל בעניין הפעילות הצבאית של המדינה בשטחים, מאז מלחמת ששת הימים אנחנו מפעילים ביקורת שיפוטית על פעילותם של הכוחות שלנו באזור. באה הממשלה שאומרת לכנסת "את, הכנסת, תחוקקי חוק שלא תהיה ביקורת שיפוטית על פעילות הממשל הצבאי או המושל הצבאי, בכלל או לפחות לא בהיבטים מסוימים שלו". ואני בהחלט הייתי מקבל את זה. אבל אני בהחלט רואה בזה את תפקידה של הכנסת לחשוב על הנושא הזה ואם היא לא רוצה לקבל את זה, ואני הייתי נותן לזה את מלוא האפקטיביות המשפטית. בכנס האחרון של לשכת עורכי הדין באילת, כתב ראש הממשלה מכתב. הוא לא היה יכול להופיע, והוא אמר כך: "בפני הרשות השופטת באו למבחן משפטי לא אחת האמצעים שנוקטת ישראל במלחמתה לסיכול הטרור; אני רואה חשיבות יתרה בקיומה של בחינה שיפוטית של האמצעים שמערכת הביטחון נוקטת כדי לסכל או למנוע טרור". ככה הוא אמר וציטט



מפסקי הדין שאני נתתי, אחד גם על ג'נין. הוא ציטט את פסק הדין ואמר, "זה מה שאני רוצה, ככה צריך לכתוב".

הייתה הצעת חוק פרטית שהוגשה שאומרת שלבית המשפט העליון לא תהיה סמכות שיפוט בעניינים של היערכות הצבא וכדומה. לא רוצים שלבית המשפט העליון תהיה סמכות שיפוט בקשר לסיכול הממוקד. אני יכול להבין את זה. אז צריך לומר את זה, והכנסת מוסמכת לומר את זה. אני שמח שהכנסת לא אומרת את זה. אני חושב שזה יהיה רגע לא טוב לדמוקרטיה הישראלית אם הכנסת תאמר את הדברים האלה. אבל אני מכיר בלגיטימיות של האמירה הזאת, ואני מכיר באחריות הלאומית של הכנסת לומר את הדברים האלה או לא לומר אותם. האחריות היא אחריות שלה בנושאים האלה.

זה הדיאלוג שאני כל הזמן מדבר עליו בין הכנסת לבית המשפט. באחת ההרצאות שאמרתי שצריך שיהיה דיאלוג בין הכנסת לבית המשפט, אמר יו"ר הכנסת אז, "אתה צודק. בוא ניפגש ונדבר". לא על הדיאלוג הזה אני מדבר. אני מדבר על דיאלוג שפירושו - אתה בית המשפט מפרש חוק ומגיע למסקנה זאת או אחרת; עכשיו הכדור עובר אל הכנסת והיא יכולה לומר שהפירוש הזה, הגישה הזאת, התפיסה הזאת, הסמכות הזאת שנטלת לעצמך לא נראית לה פירוש נכון של החוק. זה לא שהכנסת אומרת שהפירוש הוא לא נכון, התפקיד לפרש הוא תפקיד שיפוטי, הוא לא תפקיד של הכנסת, אבל הכנסת אומרת הפירוש הזה מוביל לתוצאה שאני לא רוצה אותה, ולכן אני משנה. כל מה שצריך רק לבדוק במשטר דמוקרטי הוגן הוא שהשינוי לא יהיה רטרואקטיבי, שהשינוי שהכנסת תעשה הוא מעתה ואילך, שוודאי לא יחול על המקרה הספציפי שבו נפסק הדין. אבל אם לכנסת לא נראה מה שבית המשפט פסק, הכנסת תחוקק חוק חדש, החוק החדש יבוא לבית המשפט, בית המשפט יפרש את החוק החדש, אם הפירוש לא ייראה, זה יעבור לכנסת. זהו הדיאלוג, זה הפינג-פונג שאין לו התחלה ואין לו סוף; אין אחד שמתחיל ואין אחד שגומר. אם מדובר בדברים חוקתיים ובית המשפט אומר שהחוק הוא לא חוקתי, זה חוזר לכנסת, והכנסת מביעה את עמדתה. היא לא יכולה או היא לא צריכה לחזור על החוק מחדש, משום שיפסלו אותו מחדש, אבל היא יכולה לחוקק אותו אחרת, באופן שהוא יהיה חוקתי. התיקון החוקתי הזה בא לבית המשפט, ובית המשפט בודק, ואם יש פירוש של בית המשפט שלא נראה לכנסת, זה בא לכנסת, ולכנסת יש כלים איך להתמודד עם זה. הצעתי את אחד הכלים:

להרחיב את פסקת ההגבלה הקנדית, כדי שהכנסת תוכל ביתר קלות לחוקק חוקים שפוגעים בזכויות האדם, אם היא תקבל עליה אחריות מפורשת לכך, כלומר, על אף האמור היא תחוקק, ואז החוק יהיה לתקופה מוגבלת, יהיה חוק זמני; ואם יש צורך בכך, אפשר גם לשנות את חוקי היסוד.

אני חוזר ואומר, אם הכנסת לא רוצה את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שתאמר את זה. אנחנו נבטל את חוק היסוד; ואם זה יבוא לבית המשפט, ברור שבית המשפט ייתן לזה תוקף וכיוצא בזה.

אתם רואים שאני - ואני מניח שבעניין הזה כל שופטי בית המשפט העליון - עוסקים בכנסת, במעמדה ובתפקידה ברצינות הרבה ביותר, ואין לנו שום עניין בהחלשת הכנסת או בביזוי הכנסת או באיזה שהיא אמירה שתביא לידי עמדה לא חיובית של העם אל הכנסת שלנו.

הרבה דובר גם במליאה וגם כאן על ההליך השיפוטי ועל כך שמכיוון שיש ערכים, אז יש גם סובייקטיביות שיפוטית, כלומר כל שופט נותן ביטוי לערכים שלו וכו'. אני האחרון שיכול לדבר נגד סובייקטיביות שיפוטית, אני כתבתי על זה ספר עוד ב-78, ספר על שיקול דעת שיפוטי שאומר שיש סובייקטיביות שיפוטית. עם זאת, צריך להעמיד את הסובייקטיביות השיפוטית במקומה הנכון. לא כל החלטה שיפוטית היא החלטה סובייקטיבית. יש דרך אובייקטיבית ארוכה מאוד עד שאתה מגיע לסובייקטיביות השיפוטית. וגם כשמדובר בערכים, למשל האם להגביל את חופש הביטוי כדי למנוע פורנוגרפיה או כדי למנוע פגיעה בשלום הציבור מבחינת ביטחון וכיוצא בזה, שזה ודאי עניין רווי ערכים מכל הצדדים, העובדה שסוגיה מסוימת היא רוויית ערכים איננה אומרת שהחלטה היא סובייקטיבית. יש הרבה מרחב אובייקטיבי שכל שופט צריך ועובר אותו ולפעמים הוא מגיע לתוצאה הסופית בתוך המתחם האובייקטיבי. רק בכמה מהמקרים הקשים אתה מגיע אל התחום הסובייקטיבי.

♦ **קריאה:** מחקרים מדעיים מוכיחים שהדעות שלו משוחדות, מוטות. אז איך יכול להיות שכשופט משתמש, בגודל שכלו, שהוא סובייקטיבי לכולי עולמא זה לא יבוא לידי ביטוי?! יש מחקרים שמראים ששני אנשים קוראים את אותו טקסט, והם יפרשו אותו פירוש שונה זה מזה. כי הרקע התרבותי שלהם שונה, אף על פי שזה אותו טקסט, אותן מילים. אז איך אתה יכול להגיד שזה לא סובייקטיבי?

♦ **אהרון ברק:** אין מחלוקת. ההערה שלך לא נוגדת את מה שאני

אומר, היא מקצינה את מה שאני אומר. שנינו נקרא את אותו טקסט, ובטקסט כתוב "אסור לנסוע מעל 90 קמ"ש". אז שנינו נגיע לאותה מסקנה שאם נוסעים 100 קמ"ש, זה אסור. שנינו בהחלט עשויים להתחלק בשאלה מה קורה אם נסעת בדיוק 90 קמ"ש; שנינו עשויים להתחלק בשאלה מה זה נסיעה (נניח רכב עמד ומישהו דחף אותו מאחור, האם זה נסיעה?) ודאי יהיו מקרים שוליים שבהם נחלוק זה על זה. אבל בטקסט הזה, בשאלה הזאת, לא נחלוק. אני האחרון שאומר שהכול אובייקטיבי.

אני חושב שבהליך השיפוטי יש היבט סובייקטיבי. מגיע רגע מסוים שבו השקפת העולם חלה. כל מה שאני אומר הוא שלא נכון לתאר את כל ההליך השיפוטי כהליך סובייקטיבי מתחילתו ועד סופו. נהפוך הוא, התיאור הנכון של ההליך השיפוטי הוא שמרביתו אובייקטיבי ושוליו סובייקטיביים. מבחינה זו יש עיוות כשבדקים את מהלך העניינים דרך העיניים של בית המשפט העליון האמריקני, משום שבת המשפט העליון האמריקני, מתוך מיליונים של פסקי דין שניתנים באמריקה כל שנה, לאט לאט בדרך של חלחול ובדרך של בחירה הוא מביא לידי כך שהוא עוסק בשנה בשמונים פסקי דין. אלו המספרים, 80 תיקים בשנה. איך הם בוחרים שמונים תיקים? הם לא יבחרו תיק שכל השופטים מסכימים שהוא לא נכון. אם ישנו פסק דין של ערכאה נמוכה שכולם מסכימים שהוא לא נכון, לא יקחו אותו. אז יש תיק לא נכון בתוך המערכת ומשאירים אותו. הם לא יקחו תיק שכולם חושבים שהוא נכון, אין צורך לחזור עליו. מראש בוחרים בתיקים שיש עליהם מחלוקת, ולכן רבים מפסקי הדין של בית המשפט העליון האמריקני הם חמישה נגד ארבעה, ונוצר הרושם שהמשפט האמריקני הוא משפט של חמישה נגד ארבעה. למרות ששני אנשים תמיד יקראו טקסט בצורה שונה על עניינים מסוימים, את רוב הדברים הם יבינו פחות או יותר אותו דבר, בעיקר אם הם חיים באותה תקופה וכו'. כמוכן שאני את המושג 'שנה' קורא עכשיו אחרת משכתבו האדם הראשון שחי 900 ומשהו שנים. אני מניח שהמושג שנה היה שונה.

מוכרחים להבין שגם אם יש מחלוקת על ערכים, ואכן יש מחלוקת על ערכים, והמשפט רווי ערכים, זה לא שקול נגד סובייקטיביות שיפוטי. יש המון רכיבים אובייקטיביים, ויש גם מסורת וכללים ותפיסות שמביאות שופט להיות אובייקטיבי. יש מסורת של בית המשפט. כל אחד מאתנו הוא חוליה בשרשרת. השופטים אינם קיימים בחללו של

עולם, יש לנו שופטים שהיו קודם - מה שאגרנט כתב ומה שזילבר כתב - הדברים שהם כתבו זה חלק ממני, אני לא יכול להתנתק מזה, וזה משפיע עליי, וזה מכוון את דרכי; שלא לדבר על זה שאני כבר 52 שנה בבית המשפט העליון, אני מחויב עם עצמי לפחות, אני לפחות צריך להיות אובייקטיבי עם עצמי; אם אני סוטה מפסקי דין שלי עצמי, אני צריך לתת איזה שהוא הסבר. הרי אני לא יכול להיות כל הזמן סובייקטיבי לפי הסובייקטיביות שלי עכשיו, אם אני סוטה עכשיו מפסק דין שכתבתי לפני 10-20 שנה, אני צריך לומר משהו, אני צריך להסביר את זה. אני אכן עושה את זה, ואני כמעט לא סוטה.

חשוב לי מאוד לומר לכם פה על המחשבה ששופט עושה מה שהוא רוצה ושתמיד הוא מצליח לשפוט לפי ערכיו הסובייקטיביים - לא ככה ההליך השיפוטי מתנהל. לא פעם אני חותם על פסקי דין שנוגדים את השקפתי הסובייקטיבית, אני לא רוצה אותם, אני לא רוצה את התוצאה הזאת, אני חושב שהיא לא טובה, אם הייתי חופשי, לא הייתי עושה את זה, אבל אני מרגיש את עצמי אנוס על-פי הדיבור, אינני יכול לפסוק אחרת. זה לא אומר שאין מקרים כמו אלה שאתה דיברת עליהם. הדוגמה הבולטת היא הריסת בתים. אני חושב שהפסיקה של בית המשפט בעניין הריסת בתים נעשתה לפי חוק, אני אוכל את עצמי יום-יום ושעה-שעה עליה. זה דבר בולט מאוד. יש לי רשימה של פסקי דין מהסוג הזה. הייתי שמח מאוד אם הכנסת הייתה מתערבת ואומרת שאסור להרוס בתים ומונעת את הפסיקה של בית המשפט העליון.

צריך להעמיד את הדברים בפרופורציה של הסובייקטיביות השיפוטית, וזה מביא אותי לפעולה של הוועדה לבחירת שופטים. אני חושב שלרבים מכם שדיברו על הפעולות של הוועדה אין מספיק מידע, מטבע הדברים, ואולי זה באשמת הוועדה, מפני שהיא לא מספרת יותר על עצמה. יש שקיפות; אני חושב שהשקיפות של הוועדה עכשיו אין להשוותה למה שהיה פעם. כשיש לנו מועמד, לא לבית משפט עליון, נניח עורך דין לבית המשפט המחוזי, מה יש לנו עליו? יש לנו הדברים שהוא עצמו ממלא על עצמו. אחר כך אנחנו פונים בשאלון מובנה לכל מיני אנשים, לאו דווקא לאלה שהוא אומר שנפנה אליהם, גם לאחרים, ואנחנו שואלים אותם שאלות עליו. הערת שוליים, אם רוצים פרופסורים כדי שיתנו דעה מקצועית, לא חייבים לעשות אותם חברי ועדה, אפשר לפנות אל הפרופסורים בשאלות, ואת זה אנחנו עושים, אנחנו בהחלט פונים ושואלים. אנחנו שואלים אנשים שונים מבחוץ

מה דעתכם על המועמד הזה, שואלים שופטים שבפניהם הוא הופיע, שואלים חברים למקצוע, שואלים אנשי אקדמיה אם הוא כתב משהו וכיוצא בזה. אחר כך ועדת משנה מראינת את המועמד, ואם לוועדת המשנה יש ספק, ישלחו אותו לקורס של שבוע שמטרתו איננה ללמד אותו, אלא להתבונן עליו, בדיקה פסיכולוגית כזאת של שבוע שלם כדי לראות איך הוא פועל, איך הוא מגיב, איך המזג השיפוטי שלו, איך היכולת שלו לשנות את עמדתו, האם הוא איש תקוע בעמדותיו, מאובן או לא מאובן. אנחנו עושים את כל הדברים האלה, ואני חושב שבסך הכול כך אנחנו מצליחים להביא את המועמדים הטובים ביותר שיש לנו, ואני חושב ששיפוט השלום שלנו והמחוזי היום טוב יותר מלפני עשר או עשרים או שלושים שנה. יש שיפור הולך וגדל במערכת השיפוטית שלנו בערכאות האלה. יש טעויות. ואשר להתבטאויות של שופטים למשל, אין לי אלא להצר. לפעמים הדבר מגיע בבקשה לפסילת שופטים, ואז זה בא אליי, ואני מביע את עמדתי. לפעמים אני פוסל, לפעמים אני לא פוסל. גם על זה ישנם כללים. יש כ-150 בקשות בשנה. רוצים לפסול כל שופט שני או שלישי. אתה תראה את הבקשות שמוגשות אליי. אם תוריד את אלה שעל פניהן אינן רציניות, תראה שאני פוסל בצורה סבירה. הוא הדין במשפט חוזר. טוענים שאני לא נותן משפט חוזר. אני תמיד מציע לכל אלה שמדברים על זה "בואו תקראו את הבקשות למשפט חוזר, ותגידו לי איפה טעית!". תראו שמתוך כארבעים בקשות למשפט חוזר, אם יש חמש שהן רציניות, זה הרבה. ומתוך החמש אני מקבל אחת או שתיים. זה לא נכון לומר שאני לא רגיש לפסילות, ובעיקר להתבטאויות של שופטים.

העבודה שנעשית בוועדה היא עבודה רצינית למדי. לומדים את המועמדים, יושבים שבעה נקיים עליהם. חשוב לי להדגיש, אומרים בציבור שהשופטים יושבים ומחליטים ביניהם, ואחר כך הם באים ומצביעים כבלוק. זה לא ככה. אין ישיבת ועדה ולו אחת שהשופטים אינם נחלקים בה בדעותיהם. אני זוכר ישיבות שבהן אני מוצא את עצמי במיעוט, וזה בסדר, ואני לא בא לטעון נגד הלגיטימיות של הוועדה או שצריך להחליף אותה וכדומה.

בבית המשפט העליון יש פעם ביובל פוזיציה ריקה; הרי זה לא קורה כל הזמן. אנחנו צריכים 400 שופטי שלום, אז כל שנה צריכים חמישים או שלושים שופטי שלום, אבל שופטים עליונים יש במספר קטן מאוד. אני יכול להציע מועמד לתפקיד זה, שר המשפטים יכול להציע, וכל

שלושה חברי ועדה יכולים להציע. אני חושב שבתור מי שיכול להציע, חובתי היא להציע את המועמד שאני חושב שהוא הטוב ביותר. אם יש לי שני מועמדים שאני חושב שהם הטובים ביותר, אני יכול להציע שניים. אם יש חמישה שאני חושב שהם טובים ביותר, אני צריך להציע חמישה. אבל אם למשרה הזאת אני חושב שיש רק אחד, אני לא רואה מדוע אני צריך להציע יותר מאחד. אני חושב שאם במקרה כזה יושב ראש הוועדה חושב שהבחירה שלי לא נכונה, הוא צריך להציע את מי שהוא חושב שהוא הטוב ביותר, וכל שלושה חברים יכולים להציע את מי שהם חושבים שהוא הטוב ביותר, וככה זה צריך להיעשות.

נעשה ניסיון רציני מאוד להגיע לקונסנזוס, משום שאני באמת מאמין שאם אפשר להגיע בוועדה כזאת לקונסנזוס, אז כדאי. ברוב המקרים הבחירות הן בקונסנזוס. יש כמה מקרים שבהם אנחנו מתחלקים ואין קונסנזוס. גם למינויים בוועדה האחרונה היה פחות או יותר קונסנזוס, והסיבה לבקשה של החברים הפוליטיים בוועדה או של מקצתם, לדחות את הישיבה של הוועדה, לא היה לה ולא כלום עם הניסיון ללמוד על המועמדים הטובים ביותר. אני לא רוצה להיכנס פה לשאלה מדוע שאול יהלום, בני אילון ודליה איציק ביקשו לדחות את הדיון בוועדה, אבל אני יכול להבטיחכם - בין זה לבין הרצון לחפש את המועמד הטוב ביותר לא היה ולא כלום. אני אמרתי בוועדה, "חבריי הפוליטיים, אם אני הייתי מאמין שהבקשה שלכם לדחות את הוועדה היא בקשה כנה, אני הייתי מציע לשר לקבל אותה. אבל הבקשה שלכם לא הוגשה בתום לב". באלה המילים אני אמרתי, והם לא אמרו לי שאני לא צודק.

שימוע - כשיש לנו מועמד לבית המשפט העליון אנחנו אכן מתעניינים לדעת מי הוא האיש הזה. כשאנחנו ממנים שופט, ואני כבר השתתפתי במינוי הרבה מאוד שופטים לבית המשפט העליון, אנחנו אכן רוצים לדעת מי הוא. ולכן אנחנו קוראים את פסקי הדין שלו. כך אני מכיר את השופטים. אני קורא את פסקי הדין. לא רק אני קורא את פסקי הדין שלו, אנחנו דואגים שכל אחד מחברי הוועדה יקבל עשרים פסקי דין. חברי הוועדה אכן קוראים את פסקי הדין. אם המועמד הוא שופט, אנחנו פחות או יותר יודעים עם מי יש לנו עסק, זה לא חתול בשק, מה גם שברוב המקרים אנחנו בוחרים, משתדלים להביא למינוי קבע אדם שהיה במינוי זמני. הוא ישב אתנו לא יום ולא יומיים. שנה שלמה הוא ישב אתי בחדר, התווכחנו, ראיתי מה חוט השדרה שלו. זה בעיניי אחד הדברים הכי חשובים - איך הוא יכול לעמוד נגד השלטון, איך

הוא יכול לעמוד נגדי, איך הוא יכול לעמוד נגד החברים, וכיוצא באלה דברים שמעידים שלאיש יש חוט שדרה. שנה שלמה בדקנו אותו, ראינו אותו מכל הצדדים, ואז אנחנו מציעים. היו הרבה מועמדים שהיו אצלנו במינוי בפועל ולא הצענו אותם למינוי קבע מהטעם הזה. אם הוא שופט, ישנו הרקורד השיפוטי שלו. אם הוא פרופסור, ישנו הרקורד של הכתיבה שלו; אז אנחנו יודעים מה האיש כתב, קוראים את הדברים שהוא כתב. אם האיש הוא ליברלי או קונסרבטיבי, מה השקפת העולם שלו - כל הדברים האלה שחלקם חשובים אולי יותר וחלקם חשובים פחות - עולים על הנייר, ואנחנו יודעים במה מדובר. אם אנחנו לא יודעים, אנחנו מתעניינים. ואם ישנו יועץ משפטי לממשלה או לפרקליט מדינה, יש לנו רקורד של התפקוד שלהם במשך מספר שנים רב למדי, ואנחנו מתעניינים.

כולכם סבורים שבישיבה האחרונה היו שני מקומות והעלינו שני שמות אבל זה לא נכון. היו שני מקומות, והעלינו ארבעה שמות. אחר מהם היה היועץ המשפטי לממשלה. אני טלפנתי ליועץ המשפטי לממשלה ואמרתי לו שאני רוצה לקבל את חוות הדעת שלו, את כל הפרסומים שלו, והוא הביא לי חוברת של פרסומים ואני ישבתי וקראתי. אני רוצה לדעת עם מי יש לי עסק. אני לא יכול לעשות לו מינוי בפועל, אני לא רוצה לקנות "חתול בשק". מי נשאר לנו? נשאר לנו עורך דין שאיננו בשירות הציבורי, ולכן אני לא יודע עליו. אני בודק איך הראש שלו עובד, מה המחויבות שלו לערכים אלה ואחרים. יש בהם גם כאלה שכתבו. אמנון גולדנברג למשל היה בשעתו מועמד והוא כתב הרבה מאוד דברים. אגב, הקהילה שלנו קטנה ומצומצמת כל-כך, ואנחנו מכירים זה את זה, אלה לא אנשים אנונימיים. האם אני צריך לברר מה ההשקפות של מרדכי קרמניצר או של אשר מעוז? האם לא דיברתי אתם? האם לא השתתפתי בסמינריונים שלהם? הם לא השתתפו בסמינריונים שלי? או דיחבסקי - אני קראתי את כל מה שהוא כתב, ולפני שהצעתי אותו להיות שופט אצלנו, ביקשתי את רשימת הפרסומים שלו; ביקשתי ממנו שישלח לי את פסקי הדין. הוא שלח לי. אנחנו יודעים היטב על כל אחד מהמועמדים.

באים ואומרים שכדאי שיהיה איזה שימוע ציבורי. אני חושב שזה העתקה של דברים אמריקאים ואינני חושב שזה דבר נכון. אני לא מכיר שום מדינה בעולם המערבי שעושה את זה חוץ מאמריקה וקנדה. גם להם בעיות דומות לבעיות שלנו, ואין שימוע פומבי כזה. מה שאנחנו

כן עושים הוא שאנחנו מפרסמים 21 יום מראש את המועמדים, כך שאם מישהו יש לו בעיה, יש לו הערה, ולו אנונימית - אנחנו קוראים הכול ובודקים הכול. אני חושב שאנחנו עושים עבודה יסודית, ולכן גם בסופו של דבר השופטים שאנחנו בוחרים הם שופטים טובים. אני לא הייתי מציע לשנות את זה. זה עובד, וזה עובד יפה. יש טעויות, זה נכון, אבל מי לא טועה?! ויחד עם זאת בסך הכול זה עובד יפה.

אשר למה שמרדכי קרמניצר אמר במליאה - שיבדילו את בית המשפט העליון בין השופטים הבג"ציים שלו לבין השופטים הלא בג"ציים - אנחנו 21 שופטים; כולנו יושבים בכול. כל אחד יושב גם בבג"צים, גם באזרחי וגם בפלילי, וכך צריך להיות. הבעיות הערכיות הן לא רק בג"ציות, הן בכל שיטת המשפט. אומרים שחוזה שנוגד את תקנת הציבור בטל, ויש לי עכשיו תיק שבו מדובר בחוזה של גבר נשוי שהבטיח לאישה לא נשואה, ואני צריך לדעת אם זה נוגד את תקנת הציבור. זה לא ערכים? זה לא משפט ציבורי, זה דיני חוזים. או מה עם 'תום לב' - זה לא ערכים? לכן אי-אפשר לעשות את ההבחנות האלה, ולפי דעתי מכיוון שהוועדה עובדת יפה, לא כדאי לשנות את זה.

הערה אחרונה בעקבות הדברים שרות גביון אמרה. היא אמרה שיש פעילויות שמשכו את האש לבית המשפט, ואם בתי המשפט רוצים שלא תתלקח האש הזאת, אם אתם רוצים להמשיך בשיטה הקיימת של הוועדה לבחירת שופטים וכו', אז גם תצמצמו את הפעילות בתחומים האלה; שיהיו תנאי סף קשים יותר וכו'. ובכן על חלק מהדברים אני יכול להסכים או לא להסכים. אני חושב שהחברה הישראלית נעשתה טובה יותר, בריאה יותר, נקייה יותר לאור הליברליזציה של דיני המעמד שהתחיל בפסק הדין של אלוני נגיד אי-הגירוש של נקש. זה פסק הדין הראשון שקבע את העיקרון ששמגר כתב. אבל עם זאת, אני מסכים עם רות גביון בדבר אחד - בית המשפט שילם מחיר בשביל הפתיחות הזאת, בלא ספק, מחיר של ביקורת ציבורית וכו'. והשאלה שאני שואל את עצמי כל השנים האלה היא אם המחיר שבית המשפט שילם, שאני משלם אישית וציבורית, הוא מחיר כדאי. דעתי היא שהמחיר הוא מחיר כדאי. אני מודה שבזה שפתחנו את המעמד בזה שצמצמנו את המקרים של אי-שפיטות, לא ביטלנו את זה, בזה שהעשרנו את מושג הסבירות, לא המצאנו אותו אבל העשרנו אותו, בעיקר בתחום של האתיקה הציבורית, אני חושב ששילמנו מחיר, והמחיר הוא בין השאר הדיונים האלה שיש בהם יתרון מסוים, אבל נדמה לי שבסופו של יום המחיר הוא כדאי משום



שזה עשה את החברה הישראלית לחברה טובה יותר, בטוחה יותר, יותר שלטון חוק, ובעיקר יותר כיבוד של זכויות אדם. אם רוצים לשלול את זה, אפשר לעשות את זה. אני חושב שמי שצריך לעשות את זה זו הכנסת. אני לפחות בתור שופט לא אוציא לכנסת את הערמונים מהאש. אם הכנסת רוצה לשנות את זה, זה לגיטימי לגמרי, זה בסדר גמור. אין חוק עוקף בג"ץ, אבל יש חוק עוקף דמוקרטיה. הכול פתוח.

## קבוצת דיון ב

מנחה:

**השופט שיף, אילן** - שופט בית המשפט המחוזי בחיפה**שמות הדוברים** (לפי סדר אלף-בית):**ח"כ אורון, חיים** - חבר ועדת הכספים**ד"ר אלטשולר, תהילה** - עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה**עו"ד בן עמי, שחר** - ראש המועצה שוהם**האלוף בר, ישי** - נשיא בית המשפט הצבאי**עו"ד גוברמן, שלמה** - המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר**השופטת דורנר, דליה** - שופטת בית המשפט העליון**פרופ' זילברברג, בן ציון** - המחלקה לכלכלה אוניברסיטת בר-אילן**השופט זמיר, יצחק** - נשיא בית המשפט העליון (בדימוס)**לב, דוד** - סגן מזכיר הכנסת**עו"ד מרידור, דן** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה**עו"ד סלע, תמי** - עוזרת היועצת המשפטית לוועדת חוקה בכנסת**עו"ד פרידמן, עפרה** - יו"ר ועדת ערר לתכנון ובנייה מחוז תל-אביב**פרידריך, סמי** - מנכ"ל "שלדור" בע"מ**פרופ' צחור, זאב** - נשיא מכללת ספיר**ח"כ רשף, חן****השופטת שטרסברג כהן, טובה** - שופטת בית המשפט העליון

♦ **אילן שיף:** רבה של העיירה זכה באמונם של כל יהודיה. יום אחד רצה גביר העיירה לצאת מחוצה לה ליומיים. הביא את מעות הזהב שלו לרב וביקש להפקידן לשמירה אצלו. בנוכחות הגבאי, קיבל הרב את מעות הזהב מהגביר. כעבור יומיים חזר הגביר וביקש את מעותיו. אמר לו הרב "אינני יודע על מה אתה מדבר. מעולם לא הפקדת אצלי מעות זהב". השתומם הגביר ואמר "הרי בנוכחות הגבאי מסרתי לך את מעותיי לפני שני ימים". "לא היה ולא נברא", השיב הרב, "אבל נקרא לגבאי ונשאל את פיו". קראו לגבאי. פנה אליו הרב ושאלו, "הגביר טוען שהפקיד את מעותיו בידי בנוכחותך. אני אינני זוכר זאת. ההיה כדבר

הזהה?". אמר הגבאי, "לא היה ולא נברא, לא בנוכחותי מכל מקום". יצא הגביר מאצל הרב אבל וחפוי ראש. פנה אליו הרב ואמר לו, "חכה, הנה לך מעות הזהב". שאלו הגביר בפליאה, "הרי לפני רגע אמרת לי בנוכחות הגבאי 'לא היה ולא נברא'". השיב לו הגביר, "רציני רק שתראה עם מי אני עובד".

למה אני פותח בזה? כי השאלה היא איך אנחנו נבחר את האנשים הטובים ביותר, כדי שנוכל להגיד שאיננו עובדים עם אותו גבאי. השאלה בדיון הראשון תהיה איך בוחרים את השופטים הכי טובים. כבר נאמר הרבה שהמערכת צריכה לבחור אל בין שורותיה את האנשים הטובים ביותר, אבל הדבר נכון שבעתים במערכת שיפוטית שבה השופטים מכריעים בסכסוכים על פי דין. ההכרעות הן הכרעות בדיני ממונות וכמובן גם בדיני נפשות ואנשים מצוינים צריכים לעשותן. כבר נאמר הרבה שלמערכת השיפוטית אין לא ארנק ולא חרב. כל מה שיש לה הוא תדמיתה החיובית. זה אחד הרציונלים שמאפשרים לה להמשיך ולתפקד ולזכות באמון הציבור. אם השופטים שייבחרו לא יהיו השופטים הטובים ביותר, לא רק מי שבא לבית המשפט יינזק, אלא תיפגע המערכת כולה על כל המשתמע מכך, במה שקשור באמון הציבור במערכת השיפוטית.

קיבלנו מהמכון לדמוקרטיה מחקרים השוואתיים קצרים של מדינות מעבר לים בעניין דרך הבחירה של שופטים באותן מדינות. הדברים האלה חשובים, אבל לא בהכרח מה שטוב מעבר לים טוב גם לשיטת המשפט שלנו, משום שלא בהכרח מסורת הבחירה, למשל אצל פוליטיקאים מעבר לים, היא מסורת הבחירה על ידי פוליטיקאים במדינת ישראל. לא בהכרח פתרון למדינות שבוחרים בהן שופטים צעירים לתקופות קצרות של ניסיון כהרי הפתרון שצריך להיות במדינה שבחרת שופט לכל החיים. לא בהכרח הפתרון למדינה גדולה דומה לפתרון במדינה קטנה, במה שקשור בניצול הקשרים בין המועמד לבין הממנים. במדינה קטנה כל אחד מכיר את כל אחד, והקשרים יכולים לעתים להיות מנוצלים למטרות בלתי-כשרות.

אם יש הבדל בין דרכי המינוי לערכאות העליונות ולערכאות הנמוכות יותר, לא בהכרח אותה ועדה צריכה לבחור לכל ערכאות השיפוט. כך או כך, אני יוצא מנקודת הנחה שקראתם את החומר שהוצג לפניכם. ראינו שקשה לדלות שיטה שהיא השיטה הרווחת. יש מדינות שבהן ועדת המינויים היא ועדת מינויים עם מגוון של אנשים. כך למשל

בצרפת, בדרום אפריקה, בספרד. יש מדינות שבהן הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הן נותנות הטון העיקרי בגוף הממנה. כך למשל בגרמניה ובארצות-הברית, לפחות בבתי המשפט הפדרליים. ויש מדינות שבהן הרשות המבצעת היא זאת שבחרת, למשל באנגליה ובקנדה. יש מדינות שיש בהן הבחנה בין בחירה לבית המשפט העליון או בית המשפט החוקתי, לבין בתי המשפט האחרים.

אני רוצה להציג לדיון את השאלות האלה: הרכב הוועדה - האם הוועדה במתכונת של היום היא הוועדה האידיאלית? האם צריך לשנות אותה? אם כן, איך צריך לשנות אותה? מה הם הקריטריונים לבחירה של השופטים? האם באמת כדאי לראיין ריאיון מקדים, כפי שמציע למשל מרדכי קרמניצר, כדי לבחון את ההשקפות? האם צריך ייצוגיות? האם צריך תקופת צינון? האם אותה ועדה ואותם קריטריונים צריכים להיות תקפים בבחירה לבית המשפט העליון ובבחירה לבתי משפט אחרים? מי יעביר מתפקידו את השופט? האם ראוי לבחור שופטים לתקופת ניסיון? עד איזה גיל ימונה השופט? וכמובן, אפשר להעלות כל נושא אחר שנראה לכל אחד מכם רלוונטי לדרך המינוי והקריטריונים למינויים של שופטים.

♦ **דן מרידור:** אני רוצה לנסות לגעת בשאלות שהעלית ולהקדים ולדבר על עניין שינוי המצב הקיים.

אני חושב שהרוצה לשנות, עליו הראיה. והכלל צריך להיות שרק אם ברור במידה רבה של סבירות שהשינוי יביא לידי שיפור גדול מאוד במצב, מותר לשנות. לפי דעתי צריך לתת קדימות ליציבות של שיטת המשטר, ולא להפוך אותה לעניין מתחלף עם כל רוח נושבת. זה פוגע בלגיטימיות של השלטון, וזה הופך את כל המערכת למערכת שמאבדת מהלגיטימיות שלה. לכן בסוף הדיון, כל אחד ישאל את עצמו, האם השינויים המוצעים חשובים כל-כך שכדאי לעשות אותם.

עניין שני, פרקטי מאוד, כל אחד שמציע לשנות מצב קיים צריך לדעת שאם הצעתו תתקבל, יתחיל דיון. זה לא יהיה השינוי היחיד. ברגע שנפתח, הכול נפתח. בנושאים אקדמיים זה יפה מאוד, אבל צריך להבין שלא יהיה שום נוסח אקדמי בלי שני פוליטיקאים, בעצם פוליטיקאי אחד יכול להצביע פעמיים, אז זה גם כן מספיק...

♦ **אילן שיף:** יש בזה גם הנחה סמויה שאף פוליטיקאי איננו אקדמאי.  
♦ **דן מרידור:** לא, יש גם כאלה. יש גם פוליטיקאים באקדמיה ואקדמאים בפוליטיקה. אני מזהיר מפני השינוי ברוח הביטוי, If it ain't broken,

Don't fix it. זה ביטוי נכון בדרך כלל, בוודאי בחוקה. אנחנו משטר חוקתי, ואיננו עושים שינויים סתם ככה, רק מפני שיש רעיון למשהו קצת יותר טוב.

אני רוצה לומר משהו על הגוף הבוחר והטענות שנשמעות עליו. ההצעות האמתיות שמוצעות בציבור הרלוונטי, כלומר בכנסת, הן להגדיל את ההשפעה של הפוליטיקאים. אני לא רוצה לטעון שכל הפוליטיקאים הם כאלה וכל האחרים הם אחרים, אבל תסתכלו על המאפיין את המינוי של הפוליטיקאי, שהפוליטיקאי ממנה. האפיון המרכזי הוא, שהמינוי איננו ענייני. לראש מפעל הפיס או לראש העיר, או לשר או למנכ"ל, מתמנה לא האיש המתאים, מנמקים למה המינוי חשוב - כי הוא צריך לייצג את המפלגה, כי הוא עזר לממנה להיות חבר כנסת... אני לא רוצה להגיד שמות אבל אנחנו רואים את זה כל הזמן, בכל המפלגות. הוא נהיה יושב ראש דירקטוריון, כי הוא תמך במישהו.

ברור לגמרי שתוספת כוח הפוליטיקאי מורידה את הענייניות במינוי. יש מינוי שחשוב שיהיה ענייני, וזה מינוי לשופט; אני לא צריך להסביר למה. זו סיבה מספיקה בשבילי להיזהר מהכנסת פוליטיקאים לתחום. יש אמנם פוליטיקאים שאני חושב שהם מאוד ענייניים, ולא עשו שיקולים פוליטיים במינוי. אבל אני מודה שלפי דעתי הם מיעוט הולך ומצטמצם. ואני לא הייתי לוקח סיכון כזה.

נושא חשוב אחר שאני רוצה לדבר עליו הוא הקריטריונים. עלו פה שאלות רציניות מאוד לדעתי בעניין השקפת עולם. שמונה שנים עסקתי בזה, הייתי ארבע שנים יושב ראש הוועדה לבחירת שופטים וארבע שנים חבר הוועדה, אז יש לי ניסיון מסוים בזה. ואני יכול לומר מניסיוני שנכון מה שתואר: פעם הייתה נורמה או מערכת ערכים מוסכמת, ולא העלית על דעתך שמישהו אינו חושב כך. כמה דברים היו מוסכמים מאוד, והיום יש מחלוקת על מערכות הערכים.

אני לא מקבל את האמירה המאוד מקובלת, שהשופט לא צריך לפעול לפי הגחמות של הרוב החולף, אלא לפי מגמות ארוכות טווח של הרוב. אין הוכחה שהמגמות ארוכות טווח של הרוב הן בהכרח דמוקרטיות. דמוקרטיה היא בכלל לא עניין של רוב. הרוב יכול להיות חמישים שנה בעד גזענות, אז מה? אז השופט צריך לפעול באופן גזעני? השופט בכלל לא צריך לחפש את הרוב.

השופט צריך לחפש את הערכים הדמוקרטיים, גם אם הרוב אינו דמוקרטי. ולכן אני באמת חושב שיש מערכת ערכים מסוימת שהיא

מאוד מצומצמת, ליבה של דמוקרטיה, ולא אגדיר אותה עכשיו, אבל הייתי רוצה להיות בטוח שהשופט נמצא בתוכה. אם אשאל שופט בוועדה לבחירת שופטים, "תגיד לי, אם יציעו מחר את חוקי נירנברג, אתה תצביע נגד?" והוא ישיב לי "אני לא יודע, נבדוק אם זה כדאי או לא" - אני לא רוצה שופט כזה. מי שלא מזדעזע מהצעות החוקים של כהנא שהיו אז, לא יכול להיות שופט מבחינתי.

אם פעם לא הייתי מעלה על דעתי לשאול מי יכול שלא להזדעזע מזה, היום אני כבר לא יודע, כי אני לא מקבל את התפיסה של רות גביזון שכולם בעד הדמוקרטיה. זה לא נכון לדעתי. נכון שיש אנשים שהם בעד דמוקרטיה, והם נגד Judicial Review. אבל לא כל מי שהוא נגד Judicial Review הוא גם דמוקרט.

אם האדם לא מזדעזע מדברי הגזענות הנוראיים ביותר שאנחנו שומעים, אם אין אצלו העקרונות היסודיים, של שוויון האנשים; אם הוא יכול לקבל חוק שערבי ויהודי שונים בזכויות שלהם אז אני לא רוצה שהוא יהיה שופט.

לא אשאל אותו אם הוא בעד למסור שטחים או לשמור שטחים או בעד קצת החמרה בשבת או הורדה בכשרות, אבל חשוב לשאול אותו על הדברים היסודיים ביותר.

אני לא נבהל מהשאלות האלה, עם כל הקושי בזה, אבל הן צריכות לעסוק רק בדברים יסודיים ביותר. לצערי, כבר היו הצעות למועמדים לשפיטה שדעותיהם קרובות לגזענות. מועמד כזה לא התמנה לשופט, אבל יכולים לקרות דברים כאלה.

עם זה, נכון שאין פתרון אחד הכרחי לכל בעיה משפטית, וזו לא מקצוענות מתמטית. אבל לא נכון להגיע מסקנה לוגית מזה כאילו כל פתרון הוא פתרון מיותר. יש פתרונות שאינם לגיטימיים בתוך המערכת שלנו.

לכן אני רוצה שופטים שהם בעיקר מקצועיים, בכל זאת, למרות כל מה שאמרנו על הזהויות. אני רוצה בעיקר מקצועיים.

אספר לכם סיפור, יש לי חבר מתמטיקאי במכון ויצמן, פרופסור למתמטיקה. באחת ממערכות הבחירות הוא בא לדבר אתי על הצבעתו, הוא רצה להצביע עבודה, אבל מצד שני מר"צ, והייתה לו הצעה מאוד מתמטית. הוא אמר "הייתי רוצה שכל אחד יוכל במעטפה להכניס עשרה קולות. אני הייתי מכניס שבעה עבודה, שלושה מר"צ, והיו עושים שקלול".

למה אני אומר את זה? ידידיה שטרן סיפר לנו בדבריו המרתקים שסיכויי כאזרח לזכות בעניין אפליה על רקע מיני תלויים בשופט. אם אפול אצל שופט "שחור", סיכויי יהיו רעים מאוד; אם אפול אצל "לבן", יהיה מצבי טוב. הרי אי אפשר ש-500 שופטים ישבו בכל משפט. בסוף אני "נופל" אצל הגברת דורנר או אצל גברת שטרסברג.

השיקופיות היא רק דרך אלגנטית להכניס מגמות רעות מאוד. זאת אמנם לא כוונת המכניסים, אבל זה מה שיהיה. זה פתח רע מאוד. זה בריחה מהשיקול הענייני אל שיקולים לא ענייניים.

בחברה נורמלית, שההתפתחות של החלקים בה רגילה, אין ספק שבסוף תהיה שיקופיות, אם המספרים מספיק גדולים בסטטיסטיקה. בבית המשפט העליון זה לא חייב להיות, כי מדובר שם במעט אנשים. במאות שופטים זה צריך להיות המצב, סטטיסטית. אבל זה לוקח זמן. קבוצה חדשה שרק הגיעה מהגולה, לא תגיע מיד לשיעור המדויק שלה. ככה זה קורה, וזה לא אסון בעיניי.

לכן אני מתנגד לייצוגיות. אני חושב שהעניין המקצועי הוא הראשון במעלה; והעניין של השקפת עולם הוא רק בקצה, ולא הייתי מברר אותו, אלא אם יש חשד סביר שהאיש הזה לא מקבל את המערכת היסודית של הערכים. כי מערכת משפט איננה מערכת נייטרלית. יש לה גם דברים נייטרליים - נסיעה בצד ימין או בצד שמאל - אבל יש דברים עקרוניים מאוד של מערכת ערכים שמרננה הוא האדם ולא הכלל, זו כל המערכת היסודית שעליה אנחנו בנויים.

בעניין הרכב הוועדה, אני חושב שאי-אפשר להגיד שדווקא ההרכב הזה כתוב בפרשת השבוע או באיזה שהוא מקום אחר בתורה. אבל אני חושב שיש בו איזון לא רע. נכון, לא הסכמתי במלואה עם ההצגה של פרופ' ברק. אני אגיד את זה בזהירות - אני חושש שהיא לא עשתה צדק לכל הוועדה. נכון שיש ארבעה אנשים פוליטיים, אבל במסורת שלנו לפחות אחד הוא מהאופוזיציה, זה לא כתוב בחוקה, אבל כך אנחנו נוהגים. אז כבר לא מדובר בארבעה מעור אחד, ראשית חכמה.

שנית, נכון שיש גם לפעמים פוליטיקאים בין אנשי הלשכה, וגם הם לא תמיד מעור אחד. והם בכל זאת אנשי מקצוע.

אני חושב שבסך הכול ההרכב הזה נתן תוצאות טובות עד עכשיו. צריך למנוע אצלו את מה שקרה בחלק מהוועדות. תסלחו לי, אבל לא מצא חן בעיניי שגם לגבי מינויים בבית המשפט העליון עשו עסקאות: לא נמנה את א' עד שימונה ב'. לא נכון לעשות כך. זה בדיוק השיקול

הלא-ענייני. זה לא ייצוגיות, אלא כל אחד רצה אינטרס אחר. אני חושב שצריך להתרחק מהדברים האלה.

לבסוף, לעניין השיקול הענייני, איך מוצאים שהאיש הוא האיש הטוב? איך אני יודע שהאיש מתאים? אלה שאלות שאנחנו הוגים בהן. אבל הן לא קשורות בשאלת הקריטריונים, אלא בשאלת דרך הבדיקה.

אלה הדברים הכלליים שרציתי להגיד. הדבר החשוב ביותר בעיניי היה שאנחנו לא נעשה לעצמנו חיים קלים באמירה "הרוב בין כה וכה רוצה את זה". זה לא נכון. השופטים צריכים להגן על מערכת ערכים מסוימת, גם כשהרוב לא רוצה אותה. ולכן אני רוצה לדעת שהם תומכים בה, וזה לא עניין של רוב או מיעוט.

♦ **דליה דורנר:** בפתח הדברים אני רוצה לעמוד על השינוי שחל בהתייחסות הציבורית. זה בעצם מה שמביא אותנו היום בכלל לדון בהרכב ועדת המינויים.

בהסתכלות לאחור, בקריאה של פסקי הדין מראשית ימיה של המדינה, אני חושבת שיש פתיחות ושינויים. כי המשפט עוסק יותר בנושאים קונטרוברסליים משעסק בית המשפט בדורותיו. אני מזכירה למשל את פרשת אלון מורה.

אני חושבת שהשופטים הקדמונים, המייסדים, היו אקטיביסטיים. הם נתנו לנו את זכויות האדם. הרי הכנסת מעולם לא נתנה את זכויות האדם. הם התחילו בחברה לוחמת מאוד, מגובשת מאוד, שהקולקטיב היה בראש מעייניה. היא לא חלמה על זכויות אדם. בימים ההם היה משטר צבאי. הם כתבו את הדברים היפים האלה על השוויון.

אם כן, מה אירע פה? אירע פה שהרשויות המחוקקת והמבצעת נחלשו והלכו. הן לא יכולות להסכים על שום דבר. כל יום כאשר אני יושבת בבית המשפט, בעתירות מסוגים מדהימים, אני אומרת "רבתי, אני רוצה להגיד לכם שמה שאתם קוראים בעיתון שהבג"ץ מנהל את המדינה, זה לא נכון. הרשות המבצעת מנהלת את המדינה", לא נוכל להתערב, אנחנו דוחים, אבל יש פניות.

♦ **אילן שיף:** אף אחד לא מנהל את המדינה.

♦ **דליה דורנר:** היא חייבת לנהל את המדינה. אתה קורא בעיתון שאדם, או ארגון כזה ואחר מאיים שאם לא יתנו לו מה שהוא רוצה, הוא הולך לבג"ץ.

זו אווירה שנוצרה בשל חולשת השלטון שלנו, וזה מאוד מאוד מצער. מכאן שבית המשפט העליון הפך כביכול לאיזו שהיא רשות שולטת,



ואז צריך פוליטית להסביר אותה. הוא איננו כזה. הוא לא משתמש בסמכויותיו מעבר למה ששופטים צריכים להשתמש. אנחנו בית משפט די זהיר, עם רטוריקה של זכויות אדם.

אם כן מה, צריך לשנות את ההרכב? ההרכב הזה פועל יפה מאוד, יש בו בעיות, אולי עשו בו דילים. בתקופתי בבית המשפט העליון עוד לא עשו דילים.

זה הרכב אפשרי, זה פועל טוב, וטעם המרק באכילה. ועדות הבחירה לדורותיהם, עם שינויים כאלה ואחרים, בסך הכול בחרו שופטים - פה ושם הן טעו - שמתפקדים היטב, ברמה גבוהה. ונדמה לי שמדינת ישראל יכולה להיות גאה בבית המשפט העליון לדורותיו. נוצר מוסד ייחודי למדינת ישראל - שופט הולך ושופט בא.

צריך להיות בסיס אחד שהוא כרטיס הכניסה לשיפוט ולבית המשפט העליון, באיזה שהיא מערכת ערכים. רות גביזון פתחה ואמרה שמובן מאליו שזה דמוקרטיה וזכויות אדם וכו'. אינני יודעת אם זה מובן מאליו לכולם, אבל אני חושבת שזה הבסיס המינימלי, ואני לא חושבת שצריך לחקור או לדרוש או לבדוק מה האיש כתב, אבל אני מניחה שזה מוסכם על הכול.

נחזור רגע לשאלה הראשונה שהצגת, השופט שיף, בעניין ההרכב. ברגע שינסו לעשות שיפוצים, אז האחד ירצה עוד פרופסור, השני ירצה עוד עורך דין, וכך הלאה, וזה יתגלגל לכנסת במבנה הפוליטי, ולא נדע מה יוצא משם. הכנסת היא פוליטית, והסוף יהיה שתהיה ועדת בחירה פוליטית, וכך ייראו השופטים. מסוכן מאוד לנגוע בזה.

♦ **אילן שיף:** השאלה, השופטת דורנר, בהקשר הזה היא אם מצב שבו אנחנו שומעים דרישות חזקות מכיוון הכנסת או מכיוון שרים, להוסיף עוד פוליטיקאים, כאשר אין דרישה מנוגדת, למשל להפחית את הפוליטיקאים או להוסיף אנשי אקדמיה, האם מצב כזה במקבילית כוחות, לא עלול להביא לידי כך שאכן יהיה שינוי, אבל רק שינוי בכיוון אחד.

♦ **דליה דורנר:** אני רק יכולה לומר את דעתי, השופט שיף. ניסיון החיים שלי מראה שאתה מגיש הצעת חוק, בהצעת החוק שלך אתה אומר להוסיף פרופסור. התוצאה היא שאתה מוסיף ארבעה פוליטיקאים וחברי כנסת, ופרופסור אולי גם. זו הבעיה, אנחנו יושבים פה כדי לחשוב על פתרונות מעשיים.

יש לי רק הצעה אחת לעניין זה, ואני חושבת שהיא לא דורשת

חקיקה, והיא - פתיחות. אני מציעה אפשרות להציע יותר, לאפשר ליותר מועמדים להגיע לדיון. בזה הייתי פותחת. זה נכתב בעיתונות, אז אני יכולה לחזור על זה. בדיון האחרון היה מאוד לא נעים, כי שלושה פוליטיקאים, דליה איציק, אלון ויהלום סירבו להשתתף בהצבעה. הם אמרו שאין להם די מועמדים. אז התשובה הייתה "למה לא הגשתם?" אבל לא הגיעו לקונסנזוס. אולי אפשר היה לאפשר אקדמאים, אבל גם פה לא הייתי נוגעת בחוק.

אשר לקריטריונים, הקריטריון האחד שידוע לי זה מקצוענות. אני לא יודעת קריטריון אחר. האם כל השופטים הם מעור אחד? אין להם השקפות שונות? בוודאי שיש להם השקפות שונות. יש לנו רוב ומיעוט, אם כי יש לנו ערכים בסיסיים.

יש לנו ערכים משותפים, אבל בתור שופטים יש לנו איזונים שונים. יש שופט שמדגיש יותר את זכויות הפרט, ולעומתו שופט שחושב שצריך להדגיש יותר את חופש הביטוי וכו'.

הדברים האלה אינם קורים דווקא במשפט הציבורי. הם מתגלגלים לאורך כל המשפט. זה מתגלגל למשפט הפלילי ולמשפט האזרחי. רצוי באמת שיהיו שופטים קצת יותר שמרנים, קצת יותר ליברליים, לא כולם מעור אחד, אבל הדברים האלה מתאזנים ממילא במינויים שממנים בוועדה.

אשר לשיקופיות, אני חושבת שגם יצחק זמיר לא היה כל-כך מאושר מזה, וזו מין היענות ללחץ ציבורי לפי דעתי, הוא פה והוא יגיד את זה יותר טוב ממני - בזה הוועדה הזאת לא חידשה תמיד, כי את העניין של הכנסת השופט "הספרדי", לא יצחק זמיר המציא. גם הנושא הדתי כבר עלה וגם עניין הנשים.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אז צריך עוד מעט לחפש כיסא גברי.  
♦ **דליה דורנר:** זה מצוין, אבל עוד לא הגענו לזה. בכל אופן הבעיה נפתרה. כשאנחנו שוקלים את מי למנות, העניין הזה אם מדובר בגבר או באישה, בכלל לא רלוונטי, ברוך השם. אני מעריכה שכך יהיה אולי גם בתחומים אחרים.

עם זאת, אני לא בטוחה שהיום לא דרוש לנו מה שמכונה "כיסא ערבי". זה לא פשוט, אני לא מזלזלת בסמליות של זה.

♦ **אילן שיף:** למה זה לא פשוט?

♦ **דן מרידור:** אם אין מישהו טוב, מה תעשה?

♦ **דליה דורנר:** לא אמרתי שבגלל שזה לא פשוט, לא צריך למנות, אבל

- כמובן לא צריך למנות שופט רק בגלל שהוא ערבי.
- **דן מרידור:** זה אותו דבר, במילים אחרות.
- **דליה דורנר:** אבל אם יש לך שני מועמדים, ברמה ראויה, אז אתה תחשוב שמבין 12 או 14 שופטים, ראוי לתת ביטוי לשיקופיות הזאת.
- **דן מרידור:** זה נכון, כי החשש הוא שזאת האמירה והיא נאמרת בכנות, אבל אחר כך בוחרים את הפחות טוב בשביל הייצוגיות. הרי אי אפשר למדוד את זה לפי משקל מדויק.
- **דליה דורנר:** אתה רואה שזה לא נעשה עד היום.
- **דן מרידור:** נכון, ואגב, אני מוכרח להעיד על עצמי, למרות שאני מאוד נגד השיקופיות, מאוד רציתי שיהיה שופט ערבי.
- **דליה דורנר:** רצית, בוודאי.
- **דן מרידור:** לא מצאתי מישהו שמשתווה לשופט היהודי שעמד מולו. אם המועמד הערבי יותר טוב, הוא ייבחר. אם הוא לא יותר טוב, הוא לא ייבחר.
- **דליה דורנר:** אתה יודע מה? גם בין השופטים לדורותיהם היו שופטים בבית המשפט העליון יותר טובים ופחות טובים.
- **דן מרידור:** נכון.
- **דליה דורנר:** כך שלא נורא, אפשר לפתור את הבעיה.
- **טובה שטרסברג כהן:** שמענו הבוקר על ההתרופפות בנכונות לקבל קביעת סמכות. אני מקווה שאני מצטטת נכון: סמכות כיום תלויה גם או רק בדרך המינוי של השופטים. אני חושבת שאם מישהו חושב כך, זו טעות. הציבור איננו יודע בכלל מה דרך המינוי של השופטים, כמעט בכלל. אם יש התרופפות כללית בנכונות לקבל סמכות, אז קודם כול זה נובע מאווירה כללית של אי-כיבוד מוסדות, אי כיבוד מבוגר ממך, אי כיבוד רשות וגם אי כיבוד הרשות השופטת. מסתמנת נגיסה או כרסום בכבוד שרוחשים כלפי השופטים, אבל זה לא נובע מדרך המינוי של השופטים. וכדי שלא יהיה כרסום בנכונות לקבל את הסמכות של בתי משפט, צריכים להינתן פסקי דין טובים, פסקי דין נכונים ככל שניתן, פסקי דין מנחים ומאירי דרך. דרך המינוי צריכה להיבדק בנפרד, אבל לא בתור גורם לכך שיש פחות בנכונות לקבל סמכות, בגלל דרך המינוי הנוכחית.
- יש מקום לאיזה דיפרנציאציה בקשר לבחירת שופט לערכאות רגילות או לתחום לא-ציבורי ולבחירת שופט לתחום ציבורי. אני חושבת שזו קונספציה שגויה. אני חושבת שהמשפט הוא חטיבה אחת, והייתי רוצה

לראות אצל כל השופטים, מי שיושב בפלילי, באזרחי, במנהלי, בחוקתי, בכולם - שחלק מהקונסטיטוציה האישית שלהם זו הקונסטיטוציה של המדינה, של המשפט.

אני מתכוונת לומר שכל הערכים של שוויון, חופש ביטוי וחופש תנועה וכן כבוד האדם וחירותו הם חלק אינטגרלי מהמשפט כולו. הם לא באים תמיד ליישום באותה מידה, באותה צורה ובאותו הקשר, אבל הם חלק אינטגרלי.

באתי לבית המשפט העליון מערכאה נמוכה יותר, מבית המשפט המחוזי. שירתי שם הרבה מאוד זמן. בהרבה מאוד מהמשפטים, השאלות הקונסטיטוציוניות שהתעוררו לא עלו במטרה לבטל חוק, אלא שטענו למשל שסעיף מסוים בחוק פלילי איננו חוקתי.

אתן דוגמה: אדם נאשם בשוד ורצח, כי תוך כדי שוד הוא רצח אדם. שותפו לעברת השוד נמצא אתו כשהוא רצח, וגם הוא נאשם לפי החוק ברצח. לא ביקשו לבטל את הסעיף, אבל ביקשו לפרש אותו אחרת. מדוע? כי הסעיף לא חוקתי. מדוע? משום שלאדם השותף לא היה - לא אקטוס ראוס ולא מנס ראה, לא הייתה לו לא הכוונה הפלילית והוא לא עשה את האקטוס הפלילי של הרצח. החוק קובע שהוא אחראי, אשם ברצח, אם הוא נמצא אשם כמובן.

זאת טענה שביט משפט מחוזי צריך להתמודד אתה. החוק האזרחי, החוק הפלילי ועוד, בכולם שולטים חוקי היסוד. בכולם מובנים ערכים, לא רק מבחינה רעיונית אלא מבחינה ממשית. אנחנו מוצאים ערכים כאלה במפורש ב-57 חוקים.

'תום לב' - מה זה אם לא ערכים קבועים? תקנת הציבור איננה טיפול בערכים? בדיני חוזים, אתה לא מיישם ולא אוכף חוזה אם לא צודק לאכוף אותו. אין הגדרה של צדק בחוק, אין הגדרה של תום לב בחוק, אין הגדרה של תקנת הציבור בחוק. מי צריך למלא את זה בתוכו? השופט צריך להגיד "רגע, אני אלך לשאול את המחוקק?" או "אל תבוא אליי כדי שאודה על אכיפת החוזה שלך, כי אני חייב לפרש מה זה צדק בעניין הזה לפחות?" ועניין הצדק נגזר תמיד מהקונספציה של צדק במובן הרחב.

לכן אני חושבת שלא נכון לומר שצריך סוג של שופטים שיבחינו אחרת משופטים אחרים.

בעניין הרכב הוועדה, אני מצטרפת לכל מה שדן מרידור אמר. ישבתי כמה שנים בוועדה למינוי שופטים. אני רוצה להביא לידיעת החברים

פה, אולי לא כולם יודעים זאת, שעבודת הרקע, עבודת השטח שאנחנו עושים לפני שהמועמד עולה בכלל לדיון היא מקפת ויסודית ביותר. זה לא סוד. אנחנו מקבלים הרבה חומר קריאה משופטים. בבית המשפט העליון זה לא קשה, מפני שהרוב הם שופטים של בתי משפט מחוזיים, ופסקי הדין שלהם פרושים לפנינו. אנחנו יושבים עליהם בערעור. אני רוצה לומר לכם שמכירים אדם דרך פסקי הדין שלו, לא רק כמשפטן. אני יודעת מניסיוני האישי שהיו שופטים של בית משפט שלום שלא הכרתי אישית, אבל ישבתי בערעורים על הרבה מפסקי הדין שלהם, והמלצתי עליהם לבית המשפט המחוזי, על פי ההשתקפות של האיש והמשפטן דרך פסקי הדין שלו.

גם לשכת עורכי הדין ממליצה או לא ממליצה. יש גם פנל של עורכי דין מכובדים, רציניים. אנחנו יכולים ליחס להם נייטרליות ואובייקטיביות - כל אחד לפי מה שהוא מכיר.

שואלים את המועמד שאלות בוועדות המשנה על הקוריקולום ויטה, על כל מה שהוא כתב ועשה בתור עורך דין וכל מה שהוא מתעניין בו - תחביבים, תחומים מחוץ למשפט שהוא מתעניין בהם, פעילויות ציבוריות או אחרות. יש לנו רשימות שלמות. יש לנו גם שאלונים שהממליצים ממלאים. זה לא סתם מכתב, אלא שאלונים שהוועדה חיברה, אני חושבת שזה נעשה בראשות השופט זמיר, ולא רק הוא. גם פסיכולוג השתתף. ממלאים את כל השאלות, והשופטים צריכים למלא רובריקות. זו לא עבודה נעימה, אבל השופטים עושים זאת וגם הממליצים.

אפשר למנות מישהו לא מתאים, זה קורה. אבל אנחנו בני אדם, וצריך לבחור בשיטה הטובה ביותר. הוועדה המאוזנת הזאת הוכיחה את עצמה כמו שדן מרידור אמר, ואני לא אוסיף דברים, ולא צריך לפגוע בה. אני רוצה גם בהקשר זה לומר שהפוליטיקאים הם נכס בתחום שלהם. הדמוקרטיה זקוקה להם. אנחנו זקוקים להם. אבל כל אחד צריך להישאר בגדרות שלו. בגדר של מינוי השופטים והמעורבות בשיפוט, התרומה שלהם צריכה להיות מינימלית, גם מסיבות שהם עצמם צריכים לרצות בהן, או להכיר בהן. כי הדבר החשוב ביותר, נשמת אפו של השיפוט, הוא האובייקטיביות, הנייטרליות ומורא הדין בלבד.

אז אם נכשלים פה ושם, לצערנו, צריך לתקן את זה; ואם לא מתקנים את זה, חבל, וצריך לפעול לעשות זאת. אני לא מדברת בתור אומבוסדמן.

עכשיו לגבי שיטות אחרות, בחנו את כל השיטות בעולם, עצם הריבוי של השיטות מראה שיש בעיה. היום העולם הולך לקראת השיטה שלנו. המהפך הגדול ביותר מתחולל באנגליה. הולכים שם להפרדה מוחלטת מהפוליטיקה, לא מפני שהפוליטיקאים אינם ראויים, הם ראויים מאוד. אבל ההפרדה מהפוליטיקה חשובה וחיונית, ואי-אפשר בלי הפרדה כזו, אם רוצים לקבל מערכת שיפוטית ראויה במדינה דמוקרטית כמו שלנו.

הדבר האחרון שאני רוצה לדבר עליו הוא הדוגמה שהביאו, שהשופט דורנר חשבה אחרת מהשופט חשין. תודה לאל שהשופטים חושבים אחרת אחד מהשני בכל מיני תחומים.

למה אני מתכוונת? המחויבות של השופטים צריכה להיות לערכים שהם ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית, זו התשתית הרחבה שהשופטים צריכים להיות מחויבים לה. השאלה אם בתוך השוויון יכלל גם שוויון בתחום כלכלי זה או אחר היא שאלה שנויה במחלוקת בעולם. היא שנויה במחלוקת גם בקרב שופטים, ואין בזה רע. זה מפרה את החשיבה, זה מביא להחלטת רוב, והחלטת הרוב היא הקובעת.

אז אני אקבע שרק מי שחושב ששוויון, כולל שוויון כלכלי, ישב בבית המשפט, ומי שחושב ששוויון כלכלי לא נכלל בחוק היסוד שלנו לא ישב? יש גם כאלה שחושבים ששוויון בכלל לא נכלל בחוק היסוד שלנו, כי החוק לא אומר את זה.

לכן אני חושבת שיש מחויבות אלמנטרית ובסיס רחב, ומעבר לזה לא צריכים לבדוק את ההשקפות האישיות של השופט בכל תחום ותחום. קשה להאמין, אבל עובדה היא שאחת התכונות של שופט היא הכושר והאפשרות להתעלות, או להתערטל ממה שהוא סחב אתו - אם זה מתפקידו כתובע, או סניגור, או עורך-דין פרטי - ולדעת שמהיום והלאה הוא יושב ישיבת-על, הוא מעבר לזה, הוא לא סניגור, הוא לא תובע. אולי צריך תקופת צינון, אולי לא צריך תקופת צינון, זאת לא השאלה. אבל מבחינת המבנה הנפשי שלו, הוא צריך להיות מסוגל לומר 'אני שופט על פי הדין, כפי שאני מפרש אותו כמובן, והעניין האישי נכנס במידה מסוימת פה, אבל לא נכנסות השקפות מוגדרות מראש שאני לא יכול להשתחרר מהן. להפך, ייכנסו הפתיחות והמחויבות לעקרונות היסוד שהזכרתי, שמתבטאות באמת בשתי מילים קטנות, אבל הן משקפות עולם גדול מאוד, המדינה היהודית והדמוקרטית, וזאת המחויבות של השופט.

♦ **אילן שיף:** זה בודק את המסגרת, את המחויבות היהודית והדמוקרטית.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** כן, אם אדם שולל את קיומה של מדינת ישראל, אני לא הייתי ממנה אותו להיות שופט.

♦ **אילן שיף:** זאת לא פסקה נפרדת.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** נניח שבאמת יש לו נטייה לחשוב שהמדינה צריכה להיות מדינה לא-יהודית, הוא יגיד לי את זה?!

♦ **זאב צחור:** זה לא בדיוק מסתדר עם הפנייה לשופט ערבי.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** זה מסתדר מאוד. השופט הערבי מחויב למדינה יהודית, הוא מוכרח להיות מחויב. זה לא אומר שאין זכויות שוות למיעוטים. להפך, בתור מדינה דמוקרטית יש זכויות שוות מלאות למיעוטים, יש זכויות שוות מלאות לכל אדם ואדם באשר הוא, יש חופש דת, יש חופש מדת, יש חופש פולחן, יש סיוע כספי לכל המיעוטים באותה מידה, לפי מפתחות שוויוניים או בייקטיביים, לא לפי ההצבעה הפוליטית של הצדדים. זאת המדינה שלנו, אלא אם מוחקים את היהודיות או את הדמוקרטיה, ולא הייתי רוצה לראות זאת או לחיות במדינה הזאת.

♦ **ישי בר:** אני רוצה לעסוק בסוגיית הצינון. אני מניח שהסוגיה הזאת עולה עכשיו במלוא חריפותה, כי השתנו קצת נורמות אתיות, בחיים הציבוריים שלנו. אבל בעיניי מתחייב כאן תיקון. אם נכונות השמועות שפורסמו בעיתון שעניינם של מועמדים מסוימים יעלה לדיון בבית המשפט העליון, כשתיגמר חקירה מסוימת, זה בעיניי בלתי-נסבל לחלוטין, כי כפסע בין התנייה של מינוי בסיום חקיקה לבין הבנתו של מסתכל מהצד העלול לחשוב שהמינוי יושפע, בין היתר, גם מתוצאותיה. בעיני זה פשוט לא מתקבל על הדעת. זה הצינון במעגל המיידית הקרוב. צריך לחשוב אולי גם על צינון במעגלים אחרים. נדמה לי שמרדכי קרמניצר אמר קודם, ואני חושב שהוא צודק, שגם תקופת הניסיון של השופטים בערכאות הגבוהות יותר היא על פניה תופעה לא-ראויה. שופט הוא אדם, ואדם בניסיון לא בהכרח מתנהל באופן טבעי.

כשם שאמרה פה השופטת שטרסברג כהן, אדם ניכר באישיותו, בכתביו - זה מה שיש - לא בתקופות ניסיון, או בתוצאות חקירה. לכן צינון מתבקש. מעגל אחד מיידית הוא המעגל הקרוב - לא ראוי שמתפקיד משפטי בשירות המדינה אתה קופץ לתפקיד שיפוטי. אבל גם יכול להיות שבתחום השיפוט, עניין המינויים בפועל המותנים בתוצאות "הניסיון" מחייב בדיקה.

- ♦ **טובה שטרסברג כהן:** המינויים בפועל הם רק של שופטים.
- ♦ **ישי בר:** כן, אבל עדיין שופט הוא אדם, ואדם בניסיון לא בהכרח יתנהל באופן טבעי.
- ♦ **דליה דורנר:** מה שאתה אומר איננו מציאות. שתינו למשל היינו שופטות, והיינו בחוות דעת מיעוט.
- ♦ **אילן שיף:** זה לזכותך ולזכות מי שמינה אתכן, אבל מבחינת הנראות הציבורית זה בעייתי, זה יכול להתפס כבעייתי.
- ♦ **דליה דורנר:** מבחינה תאורטית.
- ♦ **טובה שטרסברג כהן:** מינוי זמני הוא רק של שופטים. אנשים אחרים שמגיעים לבית המשפט העליון, השופטים הרי מכירים אותם גם מערכאות אחרות.
- ♦ **אילן שיף:** זה בדיוק מה שאני אומר, אם האדם ניכר בכתיבתו, בסך העשייה במהלך חייו המקצועיים, אסור שלבחינה הזאת תיכנס גם תקופה שתוגדר ניסיון מלכתחילה, כי כל ניסיון הוא פסול. לא יכול להיות אדם שהיום נמצא או מנהל תביעה, או חקירה, ולפי תוצאות החקירה, הוא יתמנה או לא יתמנה. זה פשוט בלתי-נסבל בעיניי.
- ♦ **אילן שיף:** האלוף בר, אולי ננצל את שהותך פה במדים להפרות אותנו קצת בנושא של ועדת המינויים הצבאית, שדליה דורנר היא מאמותיה, בדוח ועדת שמגר.
- ♦ **ישי בר:** הוועדה לבחירת שופטים צבאיים היא די דומה, במובן זה שיש בה יצוג לשופטים: לנשיא בית המשפט העליון ולשופט של בית המשפט העליון. יש נציגות ללשכת עורכי הדין. השוני היחיד הוא זה שבמקום פוליטיקאים נמצא הרמטכ"ל ועוד אלוף, ושר הביטחון מחליף פה את שר המשפטים. אבל המודל, או הקונספציה מאוד דומים.
- ♦ **אילן שיף:** אני אוסיף בכל זאת. בסך הכול חשוב המבנה. הוא באמת יכול פחות פוליטיקאים. במקום הפוליטיקאים נמצאים הרמטכ"ל וראש אכ"א. מעבר לזה, הוועדה דומה, כי נמצאים בה שר הביטחון, שר המשפטים, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, שופט בין הדין הצבאי לערעורים ונציג אחד של לשכת עורכי הדין. בסך הכול יש תשעה חברים. שוני מהותי אחר, זה הקריטריונים שמובאים לוועדה. יש טפסים וחוות דעת רגילות, בדיוק כמו בוועדה האזרחית - אגב, מבחינת אנקדוטה היסטורית, הטופס היפה שיש בוועדה האזרחית הוא העתקה מהצבא.
- ♦ **דן מרידור:** אני זוכר את זה. הייתי שר המשפטים ומאיר שמגר היה



היועץ המשפטי. ישבנו עם ד"ר איריס שטרן, סגן אלוף שיעצה לנו כיצד לשפר את דרכי עבודת ועדת הבחירה. והיא לימדה אותי דברים שלא ידעתי. למשל, היא אמרה שהדבר המסוכן ביותר הוא ראיונות אישיים. עדיפים דברים בכתב. ראיונות עלולים להטעות אותך. אל תפנה לאנשים שהמועמד נתן את שמותיהם, פנה לאנשים שמכירים אותו מהופעות בפניהם כשופטים. קח חוות דעת בכתב בתנאי אחד, בניגוד למה שעושים לאחרונה, שהכול יהיה סודי, ושהוא או היא, לא יוכל לדעת מי אמר מה. יש פה בעיה רצינית. זה לא מכרז. ראו למשל, את מינוי הרמטכ"ל, שר הביטחון מכיר אותו, והוא בוחר בו. אתה רוצה לדעת על אדם, ואתה רוצה אינפורמציה אינטימית; ושואלים אותי, המכיר אותו: מה אתה אומר עליו? אני לא מוכן להגיד שום דבר, בגלל סיכוי שזה ידלוף ויגיע לאזניו. לא תמיד אוכל להוכיח את הדברים במידה הדרושה במשפט. זה לשון הרע.

אם חבר הוועדה יאמר למועמד: "זמיר אומר עליך דברים רעים", אז יצחק זמיר לא יספר לוועדה כלום יותר. לכן יש פה התנגשות גדולה בין רצון להגן על זכויות הפרט של המתמודד והפומביות של הדיון, שהיא הרסנית לפי דעתי, לבין דיון רציני במינוי, כולל על פי ראיות המספיקות במישור המנהלי. החשאיות מתבקשת כדי לאפשר בחירה.

♦ **אילן שיף:** בבתי הדין הצבאיים, ההבדל המהותי הוא בחומר שמובא לוועדה. משום שמעבר לטפסים ולחוות הדעת הנרחבות, קודם כול יש חובה שעל כל מועמד מהפרקליטות הצבאית תהיה חוות דעת של פצ"ר, בין שהמועמד רוצה, ובין שלא. אבל יש שני דברים נוספים חשובים מאוד, ואני מניח שיצחק זמיר יעסוק בזה, ורצוי אולי לשמוע גם דעות אחרות: מועמד צבאי בשירותו בפרקליטות הצבאית או בבית הדין הצבאי מקבל פעם בחצי שנה 'חוות דעת מפקד'. חוות דעת מפקד היא מאוד מפורטת, והיא כוללת קווים באישיותו ובדרך עבודתו ומקצועיותו. וחוות הדעת האלה כולן, מאז היותו עול ימים במערכת, מובאות לוועדה. בדרך כלל יש בהן חוות דעת של כמה מפקדים. ולא רק שהוועדה יודעת מה חשבו עליו כל מפקדיו, אלא היא יודעת גם איך המפקד דירג אותו יחסית לפקודים האחרים של אותו מפקד. כי יש הרי מפקדים שהם יותר נוטים ליתן חוות דעת טובות, ויש כאלה שהם יותר קטלניים, אז הוועדה יודעת את מקומו יחסית לפקודים אחרים של אותו מפקד.

זאת ועוד, כל רב סרן בצבא שמועמד היום לקידום עובר מה שנקרא 'מרכז הערכה' - כל מיני טסטים, כולל תצפיות של פסיכולוגים

ושל מפקדים בכירים. מודדים שם בשלושה ימים או ביומיים של בדיקות מאוד אינטנסיביות קווים באישיותו וכל מיני כישורים אחרים שחשובים לקידום בצבא.

גם חוות הדעת האלה מובאות לוועדה, ואם לא די בזה, בצבא יש שיטה חדשה בשנים האחרונות, של שאלונים סוציו-מטריים. כל מפקד מוערך גם על ידי מפקדיו, גם על ידי פקודיו, וגם על ידי הקולגות שלו.

♦ **זאב צהור:** הערכה של שלוש מאות שישים מעלות.

♦ **אילן שיף:** כן, מכל הכיוונים. זה פטנט של השנים האחרונות. גם חוות הדעת האלה מובאות.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** שופטים חדשים, זאת אומרת מי שרוצה להתמנות לשופט בפעם הראשונה, עובר ועדת משנה המורכבת משלושה חברים - שופט בית משפט עליון, חבר כנסת ונציג לשכת עורכי הדין. עוברים גם מכון להשתלמות שופטים - שבוע של השתלמות בוחנת. שם, במשך שבוע המועמד נבחן הן בחינה מקצועית מחודשת והן בחינה אישית.

♦ **תמי סלע:** שמי תמי סלע, אני עורכת דין בוועדת חוקה, העוזרת של היועצת המשפטית לוועדת חוקה בכנסת. הניסיון שלי קצת דל בנושא הזה, אבל בכל זאת רציתי להגיד שני דברים בעניין.

אני חושבת שהרעיון של שיקוף הוא כן דבר שצריך לתת עליו את הדעת. יכול להיות שזה נעשה גם היום ואני חושבת שנותנים לזה משקל גם היום, אבל אם חושבים שזה שיקול רלוונטי, גם אם בהיררכייה יותר נמוכה משיקול המקצועיות, אני חושבת שזה צריך להיות על השולחן. זה חשוב לדעתי בעיקר בבית המשפט העליון, ולא רק בגלל הסמליות, אלא גם כדי ליצור שיח יותר פורה בין השופטים בבית המשפט העליון, שהרבה פעמים יושבים בהרכבים; הדבר חשוב גם אם אתה נמצא מול שופט זה או אחר, ואני מאמינה שגם מעבר לדיון בתיק ספציפי. עצם העובדה בהרכב השופטים מגוון יותר משפיע בסופו של דבר.

אני חושבת גם שיש חשיבות בכך, שלפני הוועדה למינוי שופטים יובאו יותר מועמדים ממספר השופטים שצריך למנות בפועל.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** תמיד יש. את מתפרצת לדלת פתוחה.

♦ **תמי סלע:** גם בבית המשפט העליון?

♦ **טובה שטרסברג כהן:** גם בבית המשפט העליון.

♦ **תמי סלע:** בכל אופן, אם יש רק מקום אחד ומועמד אחד שהוועדה שוקלת אותו, אני חושבת שזו לא הדרך הנכונה. עוד דבר שאני רוצה

לומר אינו קשור דווקא לשופטי בית המשפט העליון, אלא בכלל ביחס למינוי שופטים, ובמיוחד לגבי מועמדים שאין להם ניסיון בשיפוט. אני חושבת שכן צריך לחשוב על הרעיון של תקופת ניסיון. דיברו הרבה על התכונה של השיפוט, שקשה לבחון אותה מעבר למקצועיות, לבקיאות ולדברים האלה. אני חושבת שכדי לעמוד על תכונות כאלה אין כמו ניסיון בשיפוט. אני מודעת לזה שזה דבר בעייתי, אבל אני יודעת שיש שיטות שכן הכניסו תקופת ניסיון לתהליך הזה של מינוי שופטים, וזה נראה לי דבר נכון. השאלה היא מי בוחן את הדברים אחרי תקופת הניסיון.

♦ **דן מרידור:** חברי הוועדה, לרבות אלה שאוהבים פסק דין כזה או אחר.

♦ **דוד לב:** שמי דוד לב, אני סגן מזכיר הכנסת ויש לי הערה אחת. הגברת שטרסברג כהן אמרה שהייתה חברה בוועדה, התרשמה מפסקי דין של שופטים בערכאה נאמר של מחוזי, שבאו לשקול את היכולת לבית המשפט העליון. איזה כלים יש לוועדה לשקול יכולת שיפוטית של אנשים שבאים לא מהמערכת השיפוטית?

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אם זה פרופסור, יש לנו את כל מה שהוא כתב במשך התקופה של הפרופסורה שלו.

♦ **דוד לב:** ואפשר לעשות היקש מכתובה אקדמית לשפיטה?

♦ **טובה שטרסברג כהן:** כן, אפשר, קודם כול בכתובה האקדמית אתה רואה את הכושר האנליטי, את הכושר האינטלקטואלי, אתה רואה את תפיסת העולם, בגדול. אתה רואה את אותה שאלה שאני העליתי, את המחויבות של האדם לזכויות אדם, לעקרונות הדמוקרטיה, לעקרונות היסוד של השיטה. אתה רואה את האדם, אתה קורא הרבה חומר שאדם מסוים כתב - כל מה שקשור בתחום המשפטי, וגם האישי. כמובן שאתה לא יודע אם הוא סבלני; אז אתה שואל את עמיתיו, אתה שואל את תלמידיו, לא בדיוק ישירות, אבל אתה בודק את התיק האישי שלו. אם אתה רוצה את עורכי הדין הכי טובים שאפשר להשיג למערכת, שבאים מבחוץ ואתה אומר להם, "תסגרו את המשרד לשנה ותבואו", אף אחד לא יבוא, כי בסוף הם אולי לא יתקבלו.

♦ **דוד לב:** אנשים מסתכנים.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אנשים לא מוכנים, הטובים לא יבואו.

♦ **דוד לב:** אם הם יהיו משוכנעים שהם ייבחרו...

♦ **טובה שטרסברג כהן:** לא, הם לא יבואו. זו בעיה וזה קשה. יש

גם אנשים שמבחינת הפרסטיז'ה אומרים, "תשאל עליי, תבדוק אותי, תחקור אותי, לא אישית, תחקור עלי ותלמד אותי, אבל אל תעמיד אותי בניסיון ואחר כך תגיד לי שאני לא שווה. לזה אני לא מוכן".

♦ **דוד לב:** בכל עבודה עושים את זה, בכל מקצוע.

♦ **חן רשף:** אני חבר כנסת מטעם שינוי. הייתי עורך דין כמעט עשר שנים לפני שנבחרתי לכנסת.

אנחנו מדברים כל הזמן על המינוי לבית המשפט העליון ולא עושים מספיק את ההבחנה בין מינוי לבית המשפט העליון לבין יתר המינויים, שהם הרוב, או ליתר דיוק, איננו עושים את ההבחנה בין מינוי ראשון לבין קידום של שופט. אני חושב שהסיטואציה היא שונה. קודם כול, נכון שבשניהם הקריטריונים הם אותם קריטריונים, אף על פי שאפשר להתווכח עליהם. לטעמי, מדובר באיכות מקצועית, ביעילות בעבודה ובמפרמנט מתאים.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** קוראים לזה מזג שיפוטי.

♦ **חן רשף:** מזג שיפוטי, נכון. ויש סייג, אבל זה סייג בגז"י של מקרים קיצוניים: אינך כופר בעקרונות היסוד של מדינת ישראל.

♦ **אילן שיף:** אלה רק מקרים קיצוניים.

♦ **חן רשף:** בדיוק, אלה רק מקרים קיצוניים. זה לא שאתה תלך ותבדוק מה הדעות הפוליטיות של מועמד, אם הוא שמרן או ליברל, אלא רק אם הוא חושב שלא צריכה להיות מדינה יהודית.

♦ **אילן שיף:** או דמוקרטיה.

♦ **חן רשף:** הרבה יותר חשוב, אבל נעזוב את זה. אבל יש כמובן הבדלים שהם הבדלים מאוד מהותיים. קודם כול, הכי חשוב זה שבמינוי הראשון אין לנו ניסיון קודם. אין ניסיון קודם כשופט, אין פסיקה קודמת שאפשר לראותה.

דבר שני, בערכאה הראשונה בוודאי, וגם במחוזי במידה רבה, הפסיקה היא הרבה יותר פוזיטיביסטית. זאת אומרת השיקול שאני צריך לשקול, באיזה מידה אני נותן לבן אדם הזה את היכולת לשנות את החוק במדינת ישראל הוא הרבה פחות בעל משקל.

הדבר השלישי הוא שבערכאה ראשונה הסכנה שבטעות חמורה פחות, כי אפשר לתקן אותה בעתיד, ובכל מקרה זה לא פסק דין מחייב.

הדבר הרביעי זה שבערכאה העליונה, מטבע הדברים, גם אם אנחנו מקבלים את הרעיון של אחידות נורמטיבית, בכל זאת בית המשפט העליון נמצא בחזית של הביקורת השיפוטית הרבה פחות מבתי משפט

השלום והמחוזי.

הדבר החמישי מבחינתי, זה שהערכאה העליונה היא הדגל והסמל של כל המערכת. זאת אומרת, מי שנמצא שם הרבה יותר חשוב ממי שנמצא בבית משפט שלום בעפולה, כי רואים מה הוא אומר, מה הוא עושה, וזה קריטי.

התוצאה היא לכן שבמינוי לערכאה עליונה, אני חושב שצריך לתת משקל עודף מבין השיקולים האלה, לנושא של איכות ושל מקצוענות כמשפטן. אני מוכן לסבול ששופט עליון יהיה לא יעיל, ואני מוכן לסבול שהוא יצעק קצת על המתדיינים, אם הפסיקה שלו היא פסיקה מהמעלה הראשונה, בתנאי כמובן שהוא מחויב לחלוטין לערכי היסוד.

כאן זה מקבל משקל יתר. זאת אומרת, המחויבות של שופט עליון לערכי היסוד של מדינת ישראל היא הרבה יותר חשובה ממחויבות של שופט שלום לערכי היסוד של מדינת ישראל, מהסיבות האלה.

לכן, אגב, לדעתי צריך להיות הבדל בין הרכב הוועדה לעליון להרכב הוועדה ליתר בתי המשפט.

♦ **תמי סלע:** אפשר לשאול למה?

♦ **חן רשף:** אני אסביר. ההרכב לעליון מאוזן ועובד. אני חושב שהתוצאה טובה, אבל אני לא בטוח שזה הדבר הטוב ביותר. אם אני הייתי יכול לשנות משהו, הייתי מוציא לחלוטין את הפוליטיקה מהעניין הזה. אני חושב שעצם הנוכחות של פוליטיקאים בוועדה היא נוכחות לא רצויה ולא טובה ולא במקומה בכלל. יש לי גם בעיה מסוימת עם נוכחות של עורכי דין שם, כי אמנם זה קהל המשתמשים, אבל אני יודע איך זה עובד. ויש שם כל מיני אינטרסים שעובדים ולא צריכים לעבוד.

מכל המערכת הזאת האנשים שאני סומך עליהם הם השופטים. ואם זה היה תלוי בי, הייתי לוקח רק שופטים בדימוס. גם בקרב השופטים יש שיקולים של פוליטיקה מערכתית, אבל זאת לא פוליטיקה במובן האמיתי של המילה, אלא הפוליטיקה הפנימית של מערכת המשפט. ברגע שאתה יצאת מהמערכת לחלוטין ואתה שופט בדימוס, אז אתה מאוד משוחרר מזה. כך לכל הפחות קורה למשל לנשיאים; הם כבר כל כך בראש הפירמידה, שלפחות להם כבר אין אינטרסים אישיים, אף על פי שיש להם את המועדפים שלהם...

♦ **אילן שיף:** יש להם הזיכרון.

♦ **חן רשף:** הבעיה היא שיש להם הזיכרון. הייתי מוסיף לזה גם אקדמאים ואישי ציבור יוצאי דופן, ובלבד שהם לחלוטין לא מחוברים פוליטית.

זה השינוי שאני הייתי עושה, אבל אני לא חושב שהוא יעבור בכנסת. בעניין ההצעה הזאת שרצה עכשיו בכנסת, אני חושב שצריך לשים על השולחן את המניעים לה.

♦ **דוד לב:** מה הם?

♦ **חן רשף:** לחזק את הפוליטיקה.

♦ **תמי סלע:** יש גם הצעה להוסיף אקדמאים.

♦ **אילן שיף:** זו הצעת סרק. ההצעה האמיתית זה הפוליטיקאים.

♦ **חן רשף:** ההצעה הזאת נובעת מדבר מאוד מהותי ויסודי ומסוכן, היא נובעת מכפירה בעיקרון של שלטון החוק והעדפה של העיקרון של שלטון הרוב. וההעדפה הזאת נובעת מאי-הבנה יסודית מה זה דמוקרטיה. מדובר באנשים שחושבים שדמוקרטיה פירושה שהרוב קובע, והם לא מבינים שכולנו שווי ערך, ושלא יש כלל גדול מזה שהרוב קובע; ומי שאמור להגן עליו הוא מערכת המשפט, באיזון הזה. הם כופרים בזה כפירה יסודית, והם אומרים "מה זאת אומרת? הרי לא יעלה על הדעת שמישהו יגיד לי שאחרי שהרוב בבית הזה קבע משהו, יש מישהו במערכת שרשאי לכפור בזה". זה הוויכוח, וזה ויכוח חוקתי יסודי, עמוק מאוד, ולכן הוא גם כל כך מסוכן. לכן הצורך לחסום את המהלך הזה הוא כל כך קריטי. זה לא עניין טכני אלא עניין נורא מהותי. הוא חורג גם מהשאלה של בית משפט חוקתי, אבל הוא כמובן צמוד לה לגמרי.

♦ **דן מרידור:** זה גם מערכת ערכים, ומערכת המשפט מייצגת אותה היום.

♦ **חן רשף:** במערכת הערכים היסודית של מדינת ישראל, שהיא מדינה יהודית ודמוקרטית, הרוב יכול לקבוע כל דבר, ועל זה בעצם הוויכוח.

♦ **דליה דורנר:** רות גביון התפלאה מאוד, היא אמרה "מעניין ביותר שהיום הימין והמתנחלים...", זה בכלל לא מעניין, זה מובן מאליו, כי הם רואים את עצמם עכשיו במיעוט.

♦ **דן מרידור:** אגב, זה גם לא חדש, אם תראו את פסק הדין על הסבירות והשוויון וההגינות...

♦ **דוד לב:** זה היה של חב"ד.

♦ **חן רשף:** אנחנו בשינוי תמיד אומרים שהחרדים כקבוצת מיעוט היו צריכים להיות התומכים הכי גדולים שלנו. אנחנו גם מאמינים בזה. אבל הם לא חושבים כך.

אני רוצה להוסיף בעניין הוועדה למינוי ראשון. אני הייתי בונה אותה

אחרת. קודם כול, הייתי שם שם את השופטים במחוז. מפני שאלה האנשים שאנחנו מופיעים בפניהם, הם מכירים אותנו.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** הם הממליצים הראשונים.

♦ **חן רשף:** נכון.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** לא רק בכתב. גם בארבע עיניים.

♦ **חן רשף:** אני הייתי שם אותם בוועדה, כי אני חושב שאין כמוהם לדעת מי מעורכי הדין שהופיעו לפניהם ראוי, כמובן הוותיקים שבהם, מפני שהייתה להם ההזדמנות לראות את המתמודדים כמה שיותר. כאן, כשם שאמרתי, השיקולים לדעתי שונים. כאן מדובר בעיקר במקצועיות, בעיקר ביעילות. יתר הדברים הם פחות קריטיים, כי שם הסכנה פחות גדולה. ועניין תקופת הניסיון - אני לא קונה את הסיפור הזה של 'אתה מפחד מתקופת הניסיון'. אם אתה מפחד מתקופת הניסיון, אם אתה עד כדי כך לא בטוח בעצמך, כנראה שאתה יודע למה, ואל תגיש מועמדות. אני יכול להעיד על עצמי. אני לא הייתי מפחד לרגע אחד להיות בתקופת ניסיון, לא כי אני כזה אמיץ, אלא כי הייתי משוכנע שזה בסדר גמור.

אלטרנטיבה לזה - יש דיבורים על דבר שלדעתי יכול להיות נכון גם ברמת המערכת - שפיטה תוך כדי עבודה. יש בתי משפט לתביעות קטנות, ועורכי דין יכולים לשבת בהם יפה מאוד. הייתי שמח מאוד לראות יותר שופטי צד. זה מצב שבו בן אדם מחליט בעובדות. הוא קצת בעייתי. אפשר לקחת עורכי דין ולשים אותם כשופטי צד, לצד המערכות, ועל ידי זה לשפשף אותם בתוך המערכת ולראות אם הם מתאימים או לא. אבל צריך איזו שהיא מידה של ניסיון, איזה שהוא מצב שיאפשר לנו לתקן טעות. כולנו מכירים את המצבים של אנשים שכולם יודעים שהם טעות.

♦ **אילן שיף:** ח"כ רשף, סליחה, אתה מתכוון לתקופת ניסיון גם בהנחה שאתה לא משנה את ההרכב של הוועדה, והפוליטיקאים ועורכי הדין נשארים שם, או שזו עסקת חבילה?

♦ **חן רשף:** זו לא עסקת חבילה. אני חושב שתקופת הניסיון עומדת בפני עצמה. כי אני חושב שהוועדה בהרכב הנוכחי מאוזנת דיה. יכול להיות שככל שהוועדה פוליטית יותר, זה יותר בעייתי, וזה דבר שלא אמרתי קודם. אחת הבעיות של פוליטיקאים, וזה דווקא קשור בשופטים מכהנים, היא שצריך לזכות באמונו של פוליטיקאי. אז הוא מדבר אתו, וצריך לשכנע אותו, ורואים באיזה מהשופטים הפוליטיקאי תמך או לא

תמך, וזה שופט מכהן. ואנחנו צובעים אותם בפוליטיקה, איפה שלא צריך לצבוע אותם בפוליטיקה. כך שזו עוד סיבה לפוליטיקאים להיות בכלל מחוץ למערכת. ואם הייתה תקופת ניסיון, זה היה מחמיר את זה עוד באופן בולט.

דבר אחרון שמאוד מפריע לי, הוא חוסר האיזון לטעמי באנשים שמתמנים לשפיטה, במובן של מאיפה הם באים - מהמערכת הציבורית או מהמערכת הפרטית. אני יכול להבין למה זה קורה. זה נובע מזה שקודם כול במערכת הציבורית יש ניסיון קודם, יש לך ממליצים, יש לך דרך לבדוק במי מדובר, יותר מבמערכת הפרטית.

♦ **דליה דורנר:** הם גם רואים בזה מין המשך כזה, קידום.

♦ **חן רשף:** בדיוק, הם רואים המשכיות, בעיקר בצד הפלילי. אנשי הפרקליטות נחשבים ה"טובים", והסניגורים נחשבים ה"רעים" בעיני המערכת. אני לא מסכים לזה. אבל אני יכול להבין למה זה כך. אבל זה לא נכון ולא טוב, כי זה יוצר מערכת מעוותת.

אתה לא יכול יום אחד להיות פרקליט ולמחרת בבוקר כשאתה שופט לשכוח לא רק את הקשרים האישיים שלך ואת זה שאנשים עבדו אתך, אלא גם את המטען שהבאת. שוב, אני מעיד על עצמי: כשאני מייצג בתיק, אני משוכנע שאני צודק, אני לא יודע איך זה קורה, אתה משכנע את עצמך שאתה צודק, אתה משכנע את עצמך שהדרך שלך היא הדרך הנכונה. ואם אנחנו יוצרים מערכת מוטה לסוג מסוים של אנשים, אנחנו יוצרים בעיה. צריך את העניין הזה לאזן.

♦ **חיים אורון:** אני לא הייתי עורך דין, וגם אין לי שום תכניות כאלה. כשאני שואל את עצמי למה עשו את המפגש הזה באשקלון. יש לי הרגשה והיא שהפורום הזה בונה יותר ויותר מגדלים בחול, והיינו צריכים את הים ואת החול פה כדי לבנות את המגדלים. הפער בין הדיבורים כאן לבין המציאות שבה אנחנו חיים הולך וגדל.

יש לי תחושה שאני עוסק פה ברפאות, ומנסים לחבר חרס נשבר, ובעצם אנחנו מדברים על שורש הבעיות של החברה הישראלית. עכשיו קוראים לזה 'דרך מינוי שופטים'. למה לא התחלנו בשאלה איך מינו את הנציגים הפוליטיים?

מקבלים את ההנחה שצריכים להיות שני חברי כנסת. בואו נתחיל עכשיו מהשאלה איך ממנים אותם. אני קורא את העיתונים על עורכי הדין. זה נראה כמו בכנסת, אולי אפילו יותר גרוע מהכנסת. זאת אומרת - אצל ארבעה מתוך התשעה יש בעיה במינוי. ואני לא מגיע



למסקנה שצריך להוציא את הפוליטיקאים החוצה, כי אז זה אומר שצריך להוציא את הפוליטיקאים מכל המקומות, כי מחר הם מחליטים על חוק בכנסת, ואחר כך הם מחליטים במקום אחר, ואני גם רוצה לאפיין את המאבק שמתנהל.

אילן שיף התחיל בשאלה למה לא מחוקקים. יש בפוליטיקה הישראלית, או בכנסת, תיקו שלא מאפשר להתקדם בתחום החקיקה או החוקה. מצד אחד ישנה קבוצה שרוצה להתקדם בתהליך, ומצד שני ישנה קואליציה שמורכבת הרכב רב-גוני מקבוצה שלא רוצה שום חוקה, מסיבות שכבר אלף פעמים נמנו פה, ומקבוצה שהיא מתחברת אל קבוצות אחרות בתוך הכנסת.

הכנסת היא השתקפות של המציאות הציבורית בארץ. קבוצות מסוימות בציבוריות הישראלית הגיעו למסקנה שהדרך היחידה היא לא לשנות את החוקים, אלא לשנות את הכללים. היות שאי-אפשר להתמודד עם החוקים, רוצים לשנות את הכללים. המאבק על דרך מינוי שופטים, המאבק על הרכבו של בית המשפט העליון והמאבק על בית משפט לחוקה מול בית משפט וכו' וכו' הם כולם קטעים במאבק על שינוי כללי המשחק.

מאחורי המאבק על שינוי כללי המשחק קיימים הערכים הבסיסיים שיכולים לחבר אותי ואת דן מרידור מעבר למחלוקות פוליטיות. בעבר הן היו מאוד חריפות, והיום הן פחות חריפות, ובתחומים מסוימים יש בינינו מחלוקת מאוד עמוקה גם היום, למשל בתפיסות החברתיות שלנו. אני בכוונה מאזן את זה, אבל אין לנו שום קושי להגיע להסכמה בשורה ארוכה של נושאים שקשורים במה שאתם אמרתם, הליבה שלא דורשת הוכחה. הייתה הנחה מוקדמת, מוסכמת, שלא דרושה הוכחה. היום דורשת הוכחה. וכל זמן שלא נצליח ליצור את הליבה מחדש, שום רפאות, שום ניסיון לחבר את החרס הנשבר הזה, באמצעות מדבקות טובות יותר, לא יעלה יפה. אני מתנצל, זה התפקיד שלי בכמה מפגשים פה - לרפות ידיים. חן רשף מציע להוציא את הפוליטיקאים כולם מתוך הוועדה למינוי שופטים. אתה גם תוציא אותם מוועדת הכספים של הכנסת?

♦ חן רשף: לא, מקומם שם.

♦ חיים אורון: יש לי היום אי-ביטחון גדול מאוד בחקיקה בכנסת, בנושאים מסוימים, במה שכל אחד מצביע. הרי אם יקחו עכשיו טביעת אצבעות, גם בזה אפשר לרמות. כשהעזתי להגיד לראובן ריבלין שאולי

בכל זאת זה לא מתאים לכנסת, הוא אמר לי "שמע, אתה אולי צודק. צריך לחשוב על זה". אני כבר שומע ברדיו שהולכים לזה בלי לחשוב. ההצבעה היא בכותרות, אבל זה לא הדבר שהכי מטריד אותי היום. את זה יפתרו.

את השאלה המהותית ניסיתי להעלות פה, ובשאלה המהותית הזאת יש לי היום הסכמה עם דן מרידור - אל תעירו ואל תעוררו. לא משום שאני חושב שהמבנה הקיים הוא הכי טוב, אלא משום שאני לא יכול היום לסמוך על המערכת שתבצע שינויים שתכליתם להגביר ייצוגיות. לפרופ' שטרן הייתה הרצאה מבריקה על ייצוגיות מובהקת. אני יודע מה קורה אפילו במקומותינו כשמתחילים בייצוגיות. ייצוגיות לנשים - זה מקובל ומובן. אחר כך מדברים על קשישים, וגם זה באחוזים גדולים. אחר כך מדברים על הומו-לסבים... חברים, אני ראיתי מה קורה בייצוגיות. העניין איננו פשוט.

יכולתי להמשיך בדירוגיות הזאת עוד רחוק מאוד. אני מוצא עצמי במצב משונה - אני צריך להגן פה על שיתופם של פוליטיקאים בתוך ועדות מהסוג הזה. יש פה בעיה גדולה בהרבה מעניין הוועדה למינוי שופטים, כי עם כל הכבוד, מה שבעצם אומרים כאן הוא שפוליטיקאי בהגדרתו אינו ראוי לשבת בשום מקום שבו צריך להחליט ביושר.

♦ **זאב צהור:** זה לא 'ביושר', זה 'בלי אינטרסים'. אני מייצג אינטרס.

♦ **חיים אורון:** אני רוצה להגיד את הדברים בעברית נורא פשוטה. חברים יקרים, בוועדות מינויים של האקדמיה יש אין סוף פוליטיקה. קוראים לזה בשם אחר. ובוועדות מינויים של בית חולים סורוקה יש אין-סוף פוליטיקה, רק קוראים לה בשם אחר. ובכלל בכל מקום אנושי, גם בקרב שופטים, יש פוליטיקה לגיטימית. ואז פותרים את הבעיה במה שאמר הנשיא ברק ובמה שאמר גם פרופ' שטרן, באמצעות המילה הכול-יכולה ביידיש - מענטש.

אילו כל העולם היה מענטש, לא היה צריך שום דבר. כי אם הכול היה מענטש, אז היו נאספים כל המענטשים בעולם וכולם היו רק מענטשים ולא היה צריך לא כללים ולא חוקים, וכנראה גם לא שופטים. אבל אני מודה שככל שמתקיים הדיון אני מוצא את עצמי בסיטואציה בעייתית מאוד בעניין הזה. המסר שכל המערכות האלה צריכות להיות משוחררות מאנשי ציבור הוא מסר מסוכן מאוד במהות לחברה הישראלית. אני בכוונה החלפתי את המושג 'פוליטיקאי' ב'אנשי ציבור'. מישהו רוצה להציע ארבעה אנשי ציבור אחרים שתוארם זה אינו נובע מתוקף היותם

פרופסורים באקדמיה או מתוקף היותם מנהלי בית ספר למשפטים או מתוקף היותם מנהלי מחלקה בבית חולים, אלא פשוט מהעובדה שהם נציגי הציבור. חֶשְׁבו מִה יִהְיֶה אִם תִּהְיֶה תַּחוּשָׁה בְּצִיבּוֹר שֶׁאֵין לוֹ נְצִיגוֹת בְּשׁוֹם מְקוֹם. אֲנִי יוֹדֵעַ מִי רוֹצֵה אֶת זֶה. חֶלֶק מֵהָאֲנָשִׁים שְׁלוֹחֲצִים לְמַעַן הַמְהַלְכִים הַלְלוּ רוֹצִים לְשִׁבּוֹר אֶת מַעֲרַכַת הַיִּיצוּגִיּוֹת. זֶה וְיִכּוּחַ בַּתְּחוּם אַחֵר, שֶׁל הַיִּיצוּגִיּוֹת, שֶׁל מְקוֹמָן שֶׁל הַמְּפִלְגוֹת וְאִפִּילוֹ שֶׁל מִימּוֹן הַמְּפִלְגוֹת. סִלְחוּ לִי שֶׁגִּלְשֵׁתִי לְתַחוּם הַזֶּה. מִימּוֹן הַמְּפִלְגוֹת זֶה דָּבָר שֶׁהַפּוֹלִיטִיקָאִים לּוֹקְחִים לְכִיס, לְכֵן לֹא צְרִיכִים מַעֲרַכַת מְפִלְגוֹת; אֲפֶשֶׁר לַעֲשׂוֹת אֶת זֶה הַרְבֵּה יוֹתֵר בְּזוֹל. גַּם לֹא צְרִיךְ אֶת כָּל הַמַּעֲרַכַת הַמְּפִלְגוֹתִית וְהַפּוֹלִיטִית וְהָאִדְאוֹלוֹגִית. הַכּוֹל הוֹלֵךְ לְמְקוֹם אַחֵר.

לְכֵן אֲנִי אוֹמֵר שֶׁאֲנִי מְצִיעַ טִיפָה לְהִזְהָר בְּעִנְיֵן הַזֶּה וְלֹא לְקַבֵּל אוֹתוֹ וְלַהֲעֵמִיד אֶת הַמַּחְלֻקוֹת בְּמְקוֹם הַמְּרַכְזִי שֶׁבָּהּ הִיא נִמְצָאָת. לְכוֹלָם כִּבֵּר בְּרוֹר הַיּוֹם שֶׁהָמָאֲבֵק בְּעִנְיֵן הַבִּיקוֹרַת הַשִּׁיפּוֹטִית הוּא חִיפּוֹשׁ הַבֶּטֶן הַרְכָּה בְּמָאֲבֵק עַל מַעֲמָדוֹ שֶׁל בֵּית הַמְּשַׁפֵּט הָעֵלְיוֹן אוֹ שֶׁל בֵּית הַמְּשַׁפֵּט הָעֵלְיוֹן כִּבְג"ץ, וְלֹא הַבִּיקוֹרַת הַשִּׁיפּוֹטִית. הַבִּיקוֹרַת הַשִּׁיפּוֹטִית כּוֹלָה מִסַּתְכַמַּת בְּשָׁנָיִים-שְׁלוֹשָׁה חֻקִּים, אֶחָד מֵהֶם אֲגַב בְּבִג"ץ שֶׁאֲנִי הַגִּשְׁתִּי, וְאֲנִי נוֹרָא הִיִּיתִי גָּאֵה עַל כֵּךְ. אֲבָל זֶה בְּבִג"ץ שֶׁהִיא קֶשׁוֹר בְּעֶרְוֹץ שֶׁבַע, שֶׁהַחֹק בּוֹטֵל. הִיוּ עוֹד שְׁלוֹשָׁה כֹּאֵלָה בְּשָׁנִים הָאַחֲרוֹנוֹת, אֶחָד עַל הַלְמ"ס, אֶחָד עַל גֵּל וְיוֹעֲצֵי הַשְּׁקֵעוֹת.

הַפְּחָד שֶׁל הַכִּנְסַת הוּא הַפְּחָד שֶׁל הַפּוֹלִיטִיקָה. יֵשׁ לָהּ תַּחוּשָׁה שִׁישׁ מוֹקֵד כּוֹחַ שְׂאִי-אֲפֶשֶׁר לְהַתְּמוֹדֵד אֶתוֹ, וְאִזּוֹ חוֹשְׁבִים - אִם אִי-אֲפֶשֶׁר לְהַתְּמוֹדֵד אֶתוֹ, נַעֲקֵר אוֹתוֹ מִכּוֹחוֹ.

אֲנִי מוֹדָה שִׁישׁ בְּמִצִּיאוֹת הַיִּשְׂרָאֵלִית הַרְבֵּה מְאֹד מוֹקְדֵי כּוֹחַ שֶׁהֵם מְאֹד לֹא נוֹחִים, עִם רַבִּים מֵהֶם אֲנִי בְּעִימּוֹת מְאֹד קֶשֶׁה. אֲבָל בְּשׁוֹם פְּנִים וְאוֹפֵן לֹא אַעֲלֶה עַל הַדַּעַת לַעֲקֵר אוֹתָם מִכּוֹחֵם, כִּי אֲנִי יוֹדֵעַ שֶׁהַחֲלוּפָה לְהִיעֲדֵר מוֹקֵד הַכּוֹחַ הַזֶּה הִיא מִצִּיאוֹת שֶׁאֲנִי לֹא רוֹצֵה לְחִיוֹת בָּהּ.

זֶה בְּעֵצֶם שׁוֹרְשׁוֹ שֶׁל הוֹיִכּוֹחַ. אֲנִי מְצִיעַ לְכֵם לֹא לִפְּוֹל לְפִינָה, שֶׁנַּעֲשֶׂה שִׁיפּוֹר קֶטֶן פֶּה וְנַעֲשֶׂה שִׁיפּוֹר קֶטֶן שֵׁם. זֶה לֹא יַחֲסוֹךְ. גַּם אִם אֶת שׁוֹפְטֵי בֵּית הַמְּשַׁפֵּט יִמְנוּ שִׁישָׁה פּוֹלִיטִיקָאִים, אִזּוֹ מַחֲרַתִּיִּים עֵלּוּל לְהַתְּבַרֵּר שֶׁפֶסֶק הַדִּין הָרֵאשׁוֹן אֵינּוּ מוֹצֵא חַן בְּעִנְיֵי מִי שֶׁלֹּא מְקַבֵּל אֶת הָעִיקָרוֹן הַבְּסִיסִי שֶׁל הַמַּעֲרַכַת, וְהוּא יִבּוֹא וְיִגִּיד שֶׁלֹּא צְרִיךְ שִׁישָׁה פּוֹלִיטִיקָאִים מִמֵּנִים, אֲלֵא צְרִיךְ שְׁנַיִם עֶשֶׂר. וְאִם זֶה לֹא יִלְךְ בְּשָׁנִים עֶשֶׂר, אִזּוֹ צְרִיךְ עֶשְׂרִים וְאַרְבַּעָה...

הָאֲסוֹן הַגְּדוֹל שֶׁל הַחֲבֵרָה הַיִּשְׂרָאֵלִית הוּא שֶׁהִיא אֵינָה מְסוּגֶלֶת לְהַכְרִיעַ

בבעיה, ואני מאוד חושש שככל שהזמן עובר היכולת להכריע הולכת וקטנה, משום שהכוחות של אלה שנאבקים על זה, הולכים ונחלשים.

♦ **זאב צחור:** יש לי שאלה פריפרית, על נושא פריפריאלי, אבל היא מאוד מטרידה אותי. האם יש הבדל באיכות השיפוט במקומותינו לעומת איכות השיפוט בתל-אביב? ואם יש הבדל, האם הוא הבדל הקשור בהליכי מינוי שופטים? האם יש הבדל בין מינוי שופטים בפריפריה או בין איכותם לבין מינוי שופטים במרכז? אם אכן כן, ואני לא בטוח שאנשים יהיו מוכנים לדבר על כך, אז האם במשולש הרצליה-רעננה-רמת-השרון, אנשים מקבלים שיפוט אחר מבמשולש שאנחנו קוראים לו בחיבה משולש הקמיעות של נתיבות-שדרות-אופקים? זאת שאלה שאני חושב שראוי לשים אותה על סדר היום.

♦ **דליה דורנר:** אני רוצה להגיב לזה. ברור לגמרי שיש בעיה של היצע באזור הדרום, אבל תסתכל אחורה, אל בית המשפט העליון הגיעו מאזור הדרום מספר שופטים, כולל אני בעצמי, שכיחתי בבאר שבע חמש שנים; הגעתי לבאר שבע מפני שרציתי להיות שופטת ונסעתי חמש שנים מירושלים לבאר שבע, כל יום.

לכן, אם תעשה סטטיסטיקה, אינני יודעת מה יהיו התוצאות. אנחנו בוועדת הבחירה עושים כמיטב יכולתנו. אני חושבת שבסך הכול זה לא דרמטי.

♦ **זאב צחור:** כלומר, אין הבדל דרמטי.

♦ **דליה דורנר:** אני מקווה. בדברים האלה יש גם מקריות מסוימת, וזה ברור. אבל באופן כללי יש עניין של היצע. אי-אפשר להכחיש את זה.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אני רוצה להוסיף כמה מילים. אני יכולה לומר במלוא האחריות והניסיון האישי, במנגנון בחירת השופטים אין שום הבדל. כולם חייבים לעבור קודם כול סף מסוים ואחר כך כולם חייבים לעבור בסולם ריכטר, להגיע לדרגים הגבוהים של הציונים הגבוהים.

אין פשרה בגלל שזה מינוי לדימונה או לצפון. יש תופעה מעניינת שלא מעט עורכי דין שמאוד רוצים להיות שופטים מציעים את עצמם לכמה מחוזות, באופן אלטרנטיבי, זאת אומרת הם לא דווקא מתעקשים על תל-אביב, הם מוכנים ללכת לדרום. הם מוכנים לעבור דירה לצפון, וזו תופעה שאני רואה בחיוב רב. אני בוחנת עם חברי הוועדה את הכישורים של האנשים האלה, קודם כול אם הם מתאימים לשיפוט בכלל, ואז לאלה יש היתרון של הגמישות.

מי שמתמנה לבית משפט השלום - אנחנו רואים בו פוטנציאל לבית

המשפט המחוזי, ולא תמיד באותו מחוז שבו הוא שירת בבית משפט השלום. כלומר, הגאוגרפיה איננה משחקת תפקיד בעניין הזה. יכול מאוד להיות שלמרכז יש יותר מועמדים, כי יש מועמדים שרוצים לעבוד רק במרכז, ובדרך כלל הם רבים יותר מבחינה מספרית, כי יש באזור הרבה יותר עורכי דין והרבה יותר מועמדים פוטנציאליים. ואז יש פשוט אפשרות בחירה מספקטרום רחב יותר או ממספר גדול יותר של עורכי דין מועמדים.

אנחנו לא מתפשרים על איכות בגלל הכמות, ואם אנחנו מוצאים שאין מישהו מתאים ועומד בקריטריונים, באותו סבב אנחנו לא בוחרים שופט, אלא אנחנו מחכים לפעם הבאה.

♦ **חיים אורון:** יש לי פתרון, אולי השופט שיף יהיה מוכן לראות בו הצעת סיכום אחת של הדיון. לפי דעתי טמונה פה הסיבה לשאלתנו של פרופ' צחור: מראשון לציון ודרומה אין שום פקולטה למשפטים, והוא נורא רוצה להקים בספיר פקולטה למשפטים. אז אם יקימו פקולטה למשפטים יעלה ההיצע.

♦ **זאב צחור:** אבל היא הנותנת. את דיברת על הביוגרפיה שלך. לא צריך להיות הבדל כלשהו אם הרצון להתמנות בא מירושלים או מתל-אביב.

♦ **עפרה פרידמן:** גם אני מלווה את הדיונים של המועצה הזאת כבר תקופה די ארוכה, ואני זוכרת את אחד מהם, נדמה לי שזה היה לפני שתי ישיבות. אחד מחברי הכנסת, אני חושבת שהוא גם חבר בוועדה הנוכחית למינוי שופטים, אמר "אם לא נפתור את נושא הביקורת השיפוטית, אז לא תהיה חוקה". אני לא רוצה להזכיר לשמות, זה לא עניין פרסונלי. אני אז מאוד התרעמתי ותמהתי אם בסופו של דבר על זה יקום וייפול העניין, כי אם כן, אז בואו נסגור את הבסטה ונלך מפה. אני חושבת שאם נושא הדיון היום הוא הרשות השופטת, אז אולי קצת הגזמנו בדיבור על מינוי השופטים מתוך המכלול הגדול של נושא הרשות השופטת. נראה כאילו באיזה שהוא מקום אנחנו מצדיקים את זה שקצת רואים בכך חזות הכול.

אותי באופן אישי זה מאוד מקומם, כי בסך הכול הרי התפקיד הבאמת חשוב של המערכת המשפטית הוא פתרון סכסוכים. זו המסה הגדולה של מה שקורה. אני חושבת שאמון הציבור במערכת המשפטית או בכלל ברעיון של שלטון חוק - רעיון שאנחנו כל כך רוצים לקדם אותו - מתבסס על אותו מקרה פעוט שמגיע לבית המשפט בבאר שבע או לבית המשפט בקריית גת או לבית המשפט בחיפה, ועל פתרון הסכסוך

באותו מקרה. כי האיש שיצא משם צריך לדעת שבאמת פסק הדין שהוא יצא אתו היה שקול ונכון; אבל כאן כאילו לא מתייחסים לזה. זה כאילו היום אנחנו רק בוחנים - ויסלחו לי שופטי בית המשפט העליון שיושבים כאן אתנו - את מי יושב בצמרת. אין ספק שיש לזה תפקיד חשוב מאוד, אבל בסופו של עניין המשמעות האמתית היא באמת בפתרון הסכסוך שלשמו נועדה המערכת המשפטית, ברמה של בית משפט השלום, בית המשפט לענייני משפחה ודברים מסוג אחר. לכן אני אומרת שאולי קצת סטינו.

לגבי דברים שעלו פה במהלך הדיון הזה: הייתה פה איזו שהיא התייחסות לשאלה אם כן או לא נכון לדעת מה עמדותיו של המועמד לשפיטה, על-פי הצעה של מרדכי קרמניצר או על-פי הצעות אחרות. אני חושבת שכל הנושא של בירור העמדות הזה דרך איזה שהוא ריאיון שיעשה ממש איננו נכון, כי אולי הוא אפילו יעודד במידה מסוימת איזו שהיא צביעות, ולא בטוח שאנחנו נגלה את האמת. כי אם יש לאדם, אינטרס מאוד ברור להתמנות, אז הוא ינסה ליפות כמובן את דעתו, כדי שהיא תמצא חן, וזה מסוכן עוד הרבה יותר. עם זה, לא הייתי רוצה שדעותיו של אדם יהיו לו לרועץ בבואו להתמנות.

בזמן האחרון קראנו בעיתון שלדוגמה מרדכי קרמניצר, אחד משמות המועמדים לבית המשפט העליון שהועלו, עלול שלא להיבחר בגלל דעותיו ממין כזה או ממין אחר. גם בזה יש סכנה.

אז מצד אחד מה אנחנו מצפים באמת בסופו של עניין, שלאדם לא יהיו יושרה ודעות! אם הן לא צריכות לשמש, אז בואו ננקה אותן או ננטרל אותן מסך הכול, כי אני חושבת שזה יכול ליצור איזה שהיא בעייתיות.

בעניין ייצוג הפוליטיקאים בוועדה למינוי שופטים - אני מסכימה, וחיזק את זה גם חיים אורון, שהפוליטיקאים שיושבים בוועדה למינוי שופטים - יש חשש שמא הם יסיטו את הדיון לכיוונים שמבחינתנו אינם רצויים. לכן אני כן נוטה לומר שמאחר שהפתרון שיש לנו עכשיו הוא אולי הרע במיעוטו, הטוב במרבו וכו', לא צריך לשאוף לאיזה שהוא שינוי, כי שינוי יכול לדעתי לערער את האיזון הזה, ולא נכון לעשות זאת.

אני ראיתי בחומר שיש לנו כאן גם עיסוק בסוגיה אם כן נכון או לא נכון בכלל לעסוק באופן מינוי השופטים בחוקה או שאולי הנושא צריך להופיע רק בחקיקה רגילה, ואולי אפילו יש מקום להפריד בין דרך מינוי השופטים בערכאה עליונה, בבית המשפט העליון - היא תבוא

לידי ביטוי בחוקה - ובין דרך המינוי של השופטים האחרים - היא תבוא לידי ביטוי בחוק. גם בעניין הזה אני מצדדת בהתייחסות שווה, בגלל העובדה שאני מייחסת למינוי של השופטים בערכאות הנמוכות לא פחות חשיבות מלמינוי השופטים בערכאות היותר גבוהות.

♦ **חיים אורון:** זה יהיה כל כך קשיח, שבעוד חמישים שנה, אם ירצו לשנות זאת, בכלל לא יהיה אפשר.

♦ **עפרה פרידמן:** לא, אנחנו ניצור גם בחוקה איזה שהוא מנגנון, וראיתי שבמדינות שונות זה קיים כחלק מהחוקה.

♦ **דליה דורנר:** יש חוק יסוד השפיטה, היום זה בחוקה.

♦ **עפרה פרידמן:** אני אומרת פה, לפי דעתי צריך להיות דין אחד גם לאלה וגם לאלה.

♦ **אילן שיף:** אני רוצה להעלות לדיון את סוגיית המתיחות, את מה שמסתמן אולי גם כמסלול התנגשות בין חלק מחברי הרשות המחוקקת ואולי גם המבצעת, לבין הרשות השופטת.

מתיחות בין רשות שופטת, ואפילו בין המשפטנים לבין שאר הרשויות, בייחוד המבצעת, היא דבר טבעי. תמיד היא קיימת, תמיד היא תתקיים, ובמערכת שאני באתי ממנה, המערכת של הפרקליטות הצבאית, תמיד היה מתח. כשהתלוננו בפניי על זה, אמרתי שאם אין מתח, סימן שמשהו לא בסדר - או אצל הרשות המבצעת, במקרה שלי זה הצבא, או אצל המשפטנים, כי מאופי העיסוק חייב להיות מתח.

המתח הוא גם תוצר של השנים האחרונות, של עידן ניפוץ המיתוסים והפרות הקדושות במרכאות. היום מי שלא מותח ביקורת לפעמים נשמע שלא כדרך הטבע. לכן גם לא צריך להתרגש מזה.

אבל בכל זאת, יש איזו שהיא תחושה שהמתח גבר בזמן האחרון. הנחת היסוד היא שהמתח הזה אינו טוב - לא לרשות השופטת, לא לרשות המבצעת ולא לרשות המחוקקת. נשאלת השאלה כיצד על כל הרשויות אם בכלל, להתמודד עם המתח הזה. וכאן אני מעלה לדיון את הסוגיות בכללותן, ולא ארחיב על זה את הדיבור, כי עיקר הדברים צריכים להישמע מכם. האם באמת צריכים לחשוב על שינוי כללי המשחק? כלומר, למשל, האם לצמצם את זכות העמידה, האם לצמצם את הנושאים השפיטיים? אני מרשה לעצמי להביע כבר בשלב הזה, לפחות בנושא זכות העמידה והשפיטות, את דעתי הנחרצת, שוב מתוך ניסיוני בפרקליטות הצבאית. אני חושב שזה יהיה רעיון רע מאוד. מעבר לעובדה שאני יודע שבסך הכול הרשות השופטת מתערבת מעט מאוד

בהחלטות הרשות המבצעת, אני יודע שהאפשרות להתערב היא גורם מרסן חשוב ממדרגה ראשונה. אני יודע שבטרם הרשויות מקבלות החלטות, הן נושאות פניהן אל הבג"ץ. אני יודע שהיו עלולות להתקבל החלטות לא טובות, בלשון המעטה, אילולא הבג"ץ. יש כאלה שרואים בזה דבר שלילי, אני חושב שזה דבר חיובי, אבל מכל מקום צריך לתת את הדעת לנקודה הזאת.

האם המערכת השיפוטית צריכה לנהוג בריסון יתר כשהיא דנה בהחלטות של הרשות המבצעת או המחוקקת? האם לשנות את מהות המערכת, את בית המשפט לחוקה למשל, ועוד כהנה וכהנה עניינים? נתחיל במקום שבו הפסקנו ונעסוק גם בנקודות החדשות, וכמובן גם במינוי השופטים.

♦ **סמי פרידריך:** אני יושב ראש חברה שעוסקת באסטרטגיה עסקית. חברות, בעיקר גדולות, צריכות לתכנן את עתידן, את המחויבויות שהן מקבלות עליהן, את ההשקעות, את הצורה שבה הן רוצות להתחרות. זה מקצוע מפותח מאוד. יש במקצוע הזה אני חושב עשרות אלפי מקצוענים בעולם כרגע.

זה החיבור שדרכו אני הייתי רוצה לגשת לדיון היום, בעיקר לסוגיה הראשונה שדיברנו עליה כאן וגם לסוגיה השנייה, היותר מערכתית.

♦ **יצחק זמיר:** הן נובעות זו מזו.

♦ **סמי פרידריך:** הן קשורות באמת בהרבה צורות אולי, אבל אני רוצה להצביע רק על נקודה אחת, וארחיב עליה את הדיבור, וזה עניין המקצוענות. יש לי הפריבילגיה להיות שייך לממסד מקצועני משלי, אולי פחות מוכר ופחות ציבורי. אני עסקתי יותר מעשרים שנה בגיוס אנשים, במיון, בראיונות, בהערכה, בקידום ובשיבוץ. יש היום יותר ממאה אנשים שעבדו אצלי בחברה ונמצאים בכל מיני תפקידים במשק הישראלי. אני שם לב שיש לכם ולי הרבה מושגים משותפים. יכול להיות שתרצו לקחת חלק מהממדים האלה ולחשוב עליהם בהקשר שלכם, כמקצוענים. כי בסך הכול שום מערכת איננה מושלמת, אבל השאלה היא אם אנחנו חותרים מספיק חזק ובצורה מספיק נחרצת לשלמות.

אנחנו מדברים הרבה על האיזון בין ייצוגיות ומקצוענות ומביאים בחשבון כאילו המקצוענות כבר בכיסנו, ועכשיו יש בעיה של כמה ייצוגיות אנחנו רוצים להכניס לתוך המקצוענות, ואני רוצה דווקא להתמקד בנושא הבודד של המקצוענות.

האמון בשופטים נוצר בסופו של דבר מפסקי דין איכותיים יום-יום.



זאת אומרת יש תפוקה איכותית שהמערכת צריכה לתת. ואני שואל את עצמי אם זה שהשאלה של הייצוגיות עולה לא אומר שיכול להיות שרמת המקצועיות ורמת המקצועיות המופגנות ביום-יום, בהכללה, אצל מאות שופטים, בעשרות אלפי מקרים, איננה טובה כשם שאנחנו חושבים וכשם שאנחנו נוטים לחשוב. אני לא יודע למדוד מקצוענות, אבל אני אומר שאם יש קולות כאלה, ואם אנחנו מאמינים שמקצוענות מחזקת לגיטימיות, ואם אנחנו רואים שהלגיטימיות מכורסמת, אז אולי זה לא רק העניין של לחצים פוליטיים וחברתיים כדי לקבל ייצוג, אלא אולי אנחנו בתור מקצוענים לא עשינו את מלוא העבודה הנדרשת.

אני גם יודע שזה נכון בעניין ציבור המקצוענים שאני שייך לו, וראיתי מחקרים על ממסדים מקצוענים בהרבה מאוד תחומים. יש תופעה סוציולוגית של נטייה לשיפוט עצמי של המקצוענים, זאת אומרת המקצוענים לא גוזרים את תחושת הדימוי העצמי שלהם מראיית הלקוחות שלהם אותם - תחשבו על רופאים, תחשבו על אדריכלים, ואני בטוח שהדבר נכון גם במה שקשור בשופטים. אתם מעריכים בעצם זה את זה, ואתם מרגישים שהדימוי העצמי שלכם בתור מקצוענים טוב יותר, אם יש לכם ההערכה של מקצוענים שאתם מכבדים. זאת מערכת סגורה בסופו של דבר, ולכן אני חושב שככל שיש מערכת מקצועית יותר, היא צריכה לבקר יותר את עצמה בהיבט של המקצוענות.

יש עוד נושא, אני מרגיש בתהליכים שתוארו לי ושראיתי היום שיש איזה שהוא ממד של קואפטציה. גם לקואפטציה, בסופו של דבר יש סכנות משלה. היא יכולה ליצור תופעה של גילדה: 'אני גייסתי אותך, ואתה תגייס את הבא, ואנחנו מדור לדור מעבירים ככה את השרביט, אבל בסופו של דבר אנחנו מין דבר לחוד, ואנחנו צריכים לדאוג לאינטרסים שלנו'.

יש גם סכנה של אחידות וסטנדרטיזציה; אנחנו עושים קואפטציה לאנשים דומים לנו, ואז לאט לאט בתהליך שיכול להימשך גם עשרות שנים, המערכת יכולה פתאום להיות מנוונת לכיוון של אידאולוגיה שלמה שנכנסה.

אני יודע למשל שבחברות יותר גדולות משלי, בצורה שאתה מגייס אתה קובע את האופי של החברה לפעמים לעוד עשרים שנה. האם באותה הקפדה אנחנו עושים את זה כאשר אנחנו ממנים שופטים? אני פשוט לא יודע. את השאלות האלה אני לא שואל מתוך ביקורת, כי אין לי מידע מספיק, אלא באנלוגיה. אלו שאלות שאני חושב שכדאי

שהמקצוענים, השופטים, ישאלו את עצמם.

יש עוד היבט שאני רוצה להעלות: מקצוענים הם בדרך כלל מנהלים גרועים. מקצוען יכול להיות יוצא מהכלל בתפקיד שופט, אבל זה לא אומר שהוא טוב באיוש ובבחירה של מישהו, או בהסתכלות כוללת על המערכת ועל הצרכים שלה ובהחלטה מה בדיוק היום, בעת הזאת, נדרש משופט באזור כזה או באזור אחר. וזה עוד חשד או סיכון שיש בכל המערכת הזאת.

יש עוד דבר שאני רוצה להגיד בעניין המושג של מקצוענות. אני מאמין שהמקצוענות גם בתחום השיפוטי איננה קפואה. זאת אומרת, הגדרת הממדים של מה שנקרא מקצוענות היום בשנת 2000, איננה ההגדרה של מה שנקרא מקצוענות בשנת 1960. אני לוקח פרקי זמן ארוכים יותר כי הם נראים לי יחסית כמו מקצוענות בעלת אופי יציב. אבל מקצוענות זה דבר משתנה, אני יודע אפילו היום שלהיות קצין בצבא אין פירושו אותה מקצוענות כמו לפני עשר שנים - יש צורך בהתערבות, בהבנה של קהילה, בהבנה של ציבור. יש צורך להביא משמעויות למעשים. בגדול הייתי אומר שמכיוון שזה מקצוע שנמתח, הקריטריונים של מקצוענות גם הם צריכים לעבור תהליך של שינוי.

אני לא שמעתי מה נחשב, מה הם האלמנטים של מקצוענות. אני יכול להגיד עוד פעם באנלוגיה שבעשרים השנה האחרונות הקריטריונים שעל פיהם אנחנו מגייסים ומקדמים השתנו לפחות שלוש פעמים. היית יכול לחשוב שיועץ אסטרטגי זה יועץ אסטרטגי זה יועץ אסטרטגי. אבל צריך לרענן כל הזמן את מושג המקצוענות. זה מושג שמשתנה על פני התקופות, וצריך להיזהר מאוד לא להישאר קפואים מאחור, בתפיסות שאינן מתאימות לתקופה.

באופן כללי, אני חושב שיש פרדיגמה של מקצוענים שמאוד מעוגנת ברציונליות. יש סכנה ברציונליות צרופה שלא מביאה מספיק בחשבון את המשמעויות המיוחדות לאקט הטכני של המקצוענות. יש משמעויות לאקט הטכני, ואני יכול להגיד בעולם המקצועי שלי שמקצוענות כוללת את ההבנה של המשמעויות על ידי האדם הפשוט בצד השני, לאקט הטכני שאני עושה.

זה מקשר אותי למה שקורה כרגע בין הרשות השופטת והרשויות האחרות, בעיקר הרשות המחוקקת. אני חושב שהרשות השופטת כרגע מצטיירת כמקצוענית, רציונלית צרופה, ויש איזה שהוא יובש וחוסר תקשורת והבנה של המשמעויות המיוחדות לאקטים הטכניים שלה.

אני מציע להרחיב את מושג המקצוענות ולכלול בו גם את ההתחקות המתמדת אחר המשמעויות החברתיות, הערכיות. אני חושב שכל שופט בסופו של דבר היה צריך לקיים איזה שהוא גרעין של המושג שדיברנו עליו לפני כן, של שקיפות. אני הולך עם כל מי שאומר שאסור להבנות את זה ולהפוך את זה לאיזה שהוא מנגנון שבעצם פוגע במשקל היחסי של המקצוענות ושל האובייקטיביות ושל חוסר התלות ושל כל הדברים הטובים שאנחנו רוצים.

אבל כל אדם, ככל שהוא מקצוען יותר גדול, מסתכל גם על איד הדברים נראים בצד השני, ועושה בתוך האקט הטכני המאוד רציונלי שלו, המאוד מקצועי, עוד צעד. כך לפחות אנחנו מעריכים מקצוענות בתחום שלנו. אותו אדם מביא בחשבון את המשמעויות של האקט המקצועי הטכני שהוא עושה. זאת מקצוענות אמיתית.

אז במקום לחשוב על ממדים נוספים שכרגע רוצים להכניס וצריך לדחוף אותם, אני מאמין בנושא של מקצוענות שצריך להרחיב אותו ולדאוג שהוא יעבוד באמת בחתירה לשלמות טובה יותר. אני אומר את זה בהרבה כבוד והרבה הערכה. האפקטים השליליים והעיוותים שתיארתי הם אפקטים שליליים ועיוותים שיש בכל ממסד מקצועי.

♦ **שלמה גוברמן:** נקודת המוצא שלי בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים היא שאין לשנות לפי שעה את ההרכב. אבל כשאני אומר זאת, זה לא בגלל האמירה של *If it ain't broken, don't fix it*. אפשר לתקן את ההרכב, ואני חושב שצריך לתקנו, אבל צריך למצוא את השעה המתאימה ואת האווירה המתאימה לתיקון, ומיד אעמוד על מה לדעתי טעון תיקון.

אני חושב שיש צורך לתקן את ההרכב, מפני שהעולם שהיה לנו השתנה. הוא שוב איננו אותו עולם, מכל הבחינות האפשריות. אני חושב שזה לגמרי לא רע לחזור מדי פעם בפעם לאבני היסוד, למין Zero Budgeting, להתחיל לבדוק ולראות מה אני בונה, מה אני צריך לעשות כדי לבנות מחדש, כאילו אין רקע היסטורי למוסדות, גם למוסד חשוב כל כך כמו הרשות השופטת.

אבל הגעתי למסקנה שאין לשנות כרגע את ההרכב, בעיקר מפני החשש הכבד שהתחליף יהיה התגברות של היסוד הפוליטי במינוי שופטים, משום שהניסיון שלי, ואני חושב שאפשר להוכיח זאת, הוא שרוב המינויים הפוליטיים היו לא-ראויים. חלק גדול, אני לא רוצה להגיד שכל המינויים, אבל חלק גדול מהמינויים הפוליטיים היו לא-ראויים.

על כן אם נשנה את הוועדה לבחירת שופטים הקיימת, החשש שלי הוא שזה מה שיקרה.

הדבר שאני מוצא בו פגם בהרכב הנוכחי, זהו ה"שירקס", הכפייה, המעורבות של השופטים בוועדה עם הנציגים הפוליטיים. הנשיא זוסמן ז"ל התריע על השיתוף הלא-טוב, על ה"דילים" בוועדה לבחירת שופטים. כך שזה לא עניין שצמח רק בזמן האחרון.

יש אי-נחת בציבור, בחלקים חשובים של הציבור. יש אי-נחת מהצמידות הזאת של שופטים ופוליטיקאים. התוצאה היא הרסנית למעמד של השופטים. בדרך כלל לא זוכרים מי היה שר המשפטים שבזמנו נתמנו שופטים אלה ואחרים, ובוודאי שאף אחד לא זוכר מי היו חברי הכנסת, באותה ועדה, או היו חברי לשכת עורכי הדין, אבל זוכרים את השופטים, ובצדק או שלא בצדק מייחסים את המינויים לשופטים של בית המשפט העליון שהם חברי הוועדה.

פרופ' ראובן ירון כתב ב-1995 ב"האומה" - שאין צורך בשלושה שופטים של בית המשפט העליון בוועדה, ומספיק שיהא בו שופט אחד. לפי פרופ' ירון השופטים צריכים להיות רק מעין יועצים לוועדה. בעיני ההשתתפות של השופטים, בתפקיד של מצביעים ומכריעים בבחירה, בשיתוף עם גורמים לא-משפטיים, שאינם שופטים, היא פסולה. התנסנו לא מזמן, בבחירות האחרונות לכנסת, מאי-הנחת שהיתה משיתוף השופט מישאל חשין בוועדת הבחירות המרכזית. היתה אי-נוחות מן השיתוף שלו עם הפוליטיקאים.

אחד הדברים שצריך לעשות, זה לנתק את הקשר בין השופטים והפוליטיקאים. בסופו של דבר, צריך לזכור שכשמדברים על הרשות השופטת, מדברים על השופט אשר דן בסכסוכי שכנים, בשטרות, בצווי מניעה וכיוצא באלה, וכמובן גם בעניינים הפליליים.

התפקוד של השופט שדן בתיק פלוני, בסכסוכים של אזרחים בינם לבין עצמם או בינם לבין השלטונות, אין לו שום קשר לוועדה לבחירת שופטים. בסופו של דבר התפקיד המרכזי, החיוני, של השופטים, הוא לפתור סכסוכים, להכריע בהם.

אדם בא לבית חולים ומטפל בו פעם רופא ערבי, פעם רופא דתי, פעם רופאה, וכן הלאה, ואיש לא יעלה על הדעת שהמנגנון של הבחירה של הרופאים יש בו חשיבות לטיפול. החולה מקבל שירות. השופט מספק שירות חיוני לתושבים בפתרון סכסוכים.

לכן הדגש חייב להיות על המקצועיות בתור הדבר המרכזי. כל

האידאולוגיות בדבר השקפת העולם ופילוסופיית החיים של השופטים וכן הלאה הן דברים מאוד חשובים, אבל רחוקים מאוד מהפעילות היום-יומית של תפקידו של שופט שדן בתיקים של מס הכנסה, בתיקים של פלילים וכיוצא באלה.

אם יש משמעות מיוחדת לבחירה, אז היא קיימת רק בבחירה של שופטים לבית המשפט העליון, משום ששם נקבעת ההלכה המשפטית, שם מתקנים את פסקי הדין של השופטים בערכאות הנמוכות, ובעיקר בגלל התפקוד של בית המשפט העליון כבג"ץ וכבית משפט לענייני חוקה.

לכן אני מעלה שאלה - אני לא בטוח בעצמי בנקודה זו - האם לא הגיעה העת לשקול לעשות הבחנה בין הפרוצדורה של בחירת שופטי בית המשפט העליון לבין הפרוצדורה לבחירת יתר השופטים? בעניין השופטים, מכל הרמות שמתחת לבית המשפט העליון - שלום, מחוזי, בתי דין לעבודה - אני חי בתוך עמי ולא שמעתי שיש איזו שהיא בעיה בציבור בכל מה שקשור בתפקודם. אם יש בעיה, הבעיה היא בעניין בית המשפט העליון, וייתכן ששם צריך למצוא הסדר השונה מן המצב הקיים.

אני רוצה לומר מילה בעניין הצורך במקצוענות, בעקבות הערתו של חבר הכנסת אורון. אינני רוצה לתקוף את המערכת הפוליטית.

♦ **חיים אורון:** למה? זה מותר.

♦ **שלמה גוברמן:** לא, אין לי צורך בהקשר הזה. אני לא מבין מדוע אפשר לבחור בפרקליט מחוז, במהנדס מחוז, ברופא מחוזי, במסגרת של ועדות מכרזים ואנשים פרופסיונליים בשיתוף נציגי ציבור, ובפתיחות ודווקא בעניין השופט המחוזי ושופט שלום ושופט בית דין לעבודה, שם צריכים להיות נציגים של המערכת הפוליטית.

♦ **חיים אורון:** שמעת פעם דיבורים על ועדות המכרזים למהנדסי מחוז? תשמע, תאמין לי שתתנגעגוע לשופטים. שומעים זאת בעיקר כשמדברים על הממונה על המחוז, משום שיש לו השלכות בעניין היתרי בנייה כדומה, תשאל את דן מרידור, הוא יספר לך מה קורה במינויים האלה.

♦ **שלמה גוברמן:** אני עדיין בדעה שתרומתם של האלמנטים הפוליטיים בוועדה לבחירת שופטים איננה מוסיפה ואיננה עשויה לתרום לאיכותם של השופטים. זאת הנקודה המרכזית שלי.

♦ **יצחק זמיר:** הנושא איננו שיטת המינוי של השופטים, אלא אם ראוי

לשנות דברים במצב הקיים ברשות השופטת, ואם כן, כיצד. אדבר עכשיו בקצרה על שיטת המינוי של השופטים. אני מבקש לומר בפתח הדברים וגם בסיכום הדברים שלי, שכמעט בכל השאלות האלה ובעוד שאלות נוספות שלא הוצגו כאן היום, דנה לאורך זמן וביסודיות ועדה שמונתה על-ידי הוועדה לבחירת שופטים. בוועדה שדנה בשאלות האלה אני הייתי יושב ראש, וחבר הכנסת אמנון רובינשטיין ועורך הדין יורי גיא-רון היו חברים. כשם שמקובל בוועדה לבחירת שופטים, הם ייצגו את המרכיבים העיקריים של הוועדה. הוועדה הזאת ישבה על המדוכה באינטנסיביות שנה שלמה. היא פרסמה הודעה על הקמתה, ביקשה התייחסות מכל מי שיש לו קשר לעניין, שמעה בעל פה ובכתב הרבה אנשים, ומיזמתה פנתה להרבה גורמים. בין היתר, מבחינת המקצועיות, היא פנתה למומחים ולמכונים הפרטיים המובילים בארץ לעניין אבחון מקצועי. זה הדוח של הוועדה - מחזיקה אותו השופט שטרסברג-כהן. הדוח מונח עכשיו לפני הוועדה לבחירת שופטים. היא החלה לדון בו, והדיון עדיין לא הסתיים. בדוח הזה יש תיאור המצב הקיים, ויש רשימה של הבעיות וההמלצות של הוועדה, בהן תשובות של הוועדה לשאלות שנדונו כאן. אני מצטער שדבר קיום הוועדה, תיאור המצב שהיא הציגה בדוח וההמלצות שלה, כלל לא היו בפני הפורום המכובד הזה, מפני שהיא אפשר, לפי דעתי, להתחיל את הדיון על בסיס ההמלצות האלה. מה שאני מתכוון לעשות עכשיו זה להציג בפניכם בקיצור נמרץ את עיקר התשובות לעיקר השאלות שעלו כאן. לפני זה אני מבקש לומר זאת: אנחנו גילינו, לא יודע אם להפתעתנו, שיש חוסר ידיעה לגבי כל ההליך, וזה בא גם לידי ביטוי כאן בשאלות. זה קצת משונה, מפני שהמציאות היא בניגוד לכל הטענות על הסודיות של ההליך הזה ועל כך שלא יודעים איך ההליך הזה מתנהל בכלל. לפני שנה וחצי או שנתיים הוציאה לשכת עורכי הדין גיליון מיוחד של הביטאון שלה. הכותרת שלו הייתה - הגוף הסודי ביותר במדינה. אין דבר רחוק מהמציאות מהדבר הזה, מפני שכל ההליכים וכל הקריטריונים של הגוף הזה, להוציא עצם הדיון בוועדה על מועמד זה או אחר, כתובים שחור על גבי לבן בחוק יסוד ובכללים שפורסמו ברשומות. הכול גלוי וידוע. אבל מכיוון שהדברים לא ידועים בציבור, הם כתובים כאן, בפרק ארוך, אולי שלושים או ארבעים עמודים, שמציגים את ההליך שלב, שלב.

אין שום הצדקה לכך שאנשים יאמרו 'אנחנו לא יודעים'. מי שמתעניין בנושא מוזמן לקרוא ולדעת.

♦ **דן מרידור:** אני רוצה להעיר הערה אחת, אני חושב שמה שהיה טוב בוועדה, לצערי זה היה רק עד לאחרונה, הוא ששום דבר לא דלף החוצה. לכן לא יודעים מה קורה מאחורי הקלעים, וטוב שלא יודעים. וזה מה שלא אוהבים, לא את הפרוצדורה. לא יודעים מה אומר השופט הזה לחבר ההוא, או למה נבחר אדם זה. הציבור רגיל לשמוע מהממשלה, מכל מקום, הדלפות, מה באמת קורה.

♦ **דליה דורנר:** הסר דאגה מלבך...

♦ **דן מרידור:** לצערי, בזמן האחרון ראינו את זה.

♦ **דליה דורנר:** זה משהו נורא.

♦ **דן מרידור:** אבל זאת הבעיה, לא הפרוצדורה. סליחה על ההערה.

♦ **תמי סלע:** רק לא מזמן פרסמו שמות המועמדים.

♦ **יצחק זמיר:** אמרתי שההליך קבוע וידוע לכל מי שרוצה לדעת. מה שלא ידוע, ולפי דעתי אסור שיהיה ידוע, הן הדעות השונות לגבי המועמד. ואם דולפים דברים, זהו מחדל של המערכת.

בשום מקום מסודר לא חושפים, לא פותחים בפני הציבור את זה. זה דבר שאסור לעשות, משום שאז הדיון יהיה לא-גלוי, אנשים לא יביעו את דעתם.

דרך אגב, כדי להדגים לכם את הנקודה הזאת, ישנו חוק שקוראים לו "חוק ההנמקות". זה לא השם המדויק. החוק הזה מחייב גופים ציבוריים ועובדי ציבור לפרט את כל ההנמקות להחלטות, ויש שם מספר קטן של חריגים. זה אחד החריגים להחלטות - לְמָה לא ממנים אדם. זה דבר שאסור לגלות, משום שאחרת זה יפגע בתהליך ובאיכות של המינוי. אבל מלבד זה, ההליך גלוי וידוע.

התשובות שהוועדה נתנה לשאלות העיקריות שעלו כאן הן אלה: ראשית בעניין הרכב הוועדה - אנחנו לא מדברים על הסדרים אידאליים; אין הסדרים אידאליים. אנחנו מדברים על הסדרים אפשריים. בוחנים את פעולתם בהשוואה להסדרים אחרים.

הוועדה בדקה ושמעה ויודעת מה נעשה בעולם כולו. היא המליצה המלצה חד-משמעית - כל ההמלצות היו פה אחד - לא לגעת בהרכב הקיים, כפי שהוא קבוע בחוק יסוד השפיטה. מאחורי הקלעים של הוועדה, ואת זה הוועדה לא כתבה במפורש, אחד השיקולים העיקריים היה השיקול שהושמע כאן בגלוי, והוא החשש שכל הצעה לשיפור ההרכב

תתגלגל בכנסת להחלטה שתפגע בהרכב. למשל, אמרה אחת ההצעות שבשל העיקרון של הפרדת הרשויות ובשל שיקולים נוספים, לא ראוי שיושב ראש הוועדה יהיה שר המשפטים. ראוי שבוועדה שממנה שופטים יהיה היושב ראש נשיא בית המשפט העליון. אולם גם מי שהעלה הצעה זאת אמר לבסוף, "חס וחלילה, לא לגעת בדבר הזה". מפני שאם אנחנו נוגעים בזה ומוסיפים, לדוגמה, חבר שהוא פרופסור למשפטים, אז אנחנו יכולים להרוס את כל המבנה. והמבנה בבסיסו הוא מבנה שעובד היטב, כפי שבנו אותו לפני חמישים שנה, לא רק להלכה אלא בפועל, במציאות, כפי שהניסיון מלמד. ואילו שינוי כלשהו, גם אם הוא נראה טוב על הנייר, טומן בחובו סיכונים, במיוחד על רקע החברה והתרבות בישראל. לא נכונה הטענה המוצגת בדרך כלל כסיבה עיקרית לשינוי המצב. הטענה היא שהשופטים שולטים בוועדה לבחירת שופטים, שהם ממנים את האנשים. זה לא נכון. יש משא ומתן, יש פשרות ויש ויתורים מצד השופטים, הם רק שלישי מהחברים, שלושה מתוך תשעה. בסך הכול, אם אתה מסתכל על המינויים שנעשו במשך חמישים שנה, אני חושב שהמערכת הזאת עבדה טוב. לכן ההמלצה של הוועדה הייתה לא לגעת בהרכב של הוועדה.

מילה אחת לגבי העיקרון של שיקוף, זה עניין שעלה לפני הוועדה פעם אחר פעם, גם מבחוץ וגם מבפנים.

♦ **אילן שיף:** רובינשטיין בוועדה?

♦ **יצחק זמיר:** רובינשטיין היה בוועדה, וגם גיא רון היה בוועדה. היה מוסכם על הכול, שהעיקרון של ייצוגיות שבא לידי ביטוי בהרכב של הכנסת או בהרכב של רשות מקומית, מקומו לא יכירנו בהרכב של בית משפט. אנחנו דיברנו על שיקוף. ההבדל הוא בין Representative - כאן מדובר על ייצוגיות - לבין Reflective - כאן מדובר על שיקוף. מה בעצם אמרנו? אמרנו שכמובן השיקול הראשון והמכריע הוא המקצועיות. המקצועיות היטו ביטוי שיש לו לפחות שתי פנים: המקצועיות ראשית, הכישרון המשפטי; שנית, מה שקרוי 'המזג השיפוטי' - ההתאמה לתפקיד של שיפוט, הפתיחות, הסובלנות, הנימוסים. כל הדברים האלה - זה המקצועיות.

נוסף על זה, דובר על שיקוף; כלומר, אם מועמד עונה על הדרישה של מקצועיות, פירוש הדבר שהוא מתאים להתמנות שופט בערכאה של שלום, מחוזי או עליון, ואז השיקול של שיקוף נכנס לתמונה. מאיזו בחינה? במובן הזה שיהיה טוב אם בית המשפט העליון ייתן ביטוי



למגזרים או דעות שונות - (א) משום שמגזרים שונים במדינה מצפים לכך ואפילו דורשים זאת באמצעות המערכת הפוליטית או אחרת; (ב) מפני שהציבור עשוי להרגיש ניכור כלפי בית משפט שמורכב כולו מאנשים שהוא חושב שאין לו שפה משותפת אִתָּם.

לכן גם בארצות-הברית, לדוגמה, קיים עקרון השיקוף בהרכב בית המשפט העליון. ואצלנו מאז ומתמיד היה השופט הדתי והשופט הספרדי...

לגבי מינוי נשים - אחרי בן פורת התחילו למנות נשים, On the merits, אבל בתקופה מסויימת כן היה שיקול של מינוי אישה כשופטת בבית המשפט העליון. בעניין זה, כל מה שהוועדה אמרה במפורש בעצם לא חידש כלום. זה היה קיים תמיד, ועכשיו ניתנה לזה גושפנקה רשמית. ידעו שמביאים גם את השיקוף כשיקול, לאחר שהשיקול המרכזי, מקצועיות, בא על סיפוקו. זה הכול. ואני חושב שזה נכון, וגם אתה, דן מרידור, אמרת שחיפשת שופט ערבי.

♦ **דן מרידור:** אבל רק בתנאי אחד, שהוא טוב מהאחרים.

♦ **יצחק זמיר:** את זה הוועדה אומרת במפורש.

♦ **דן מרידור:** אתם לא אומרים כך, לא, אתה אמרת היום "אם הוא עובר את הסף". שמים סף נמוך, כולם עוברים אותו, ובוחרים לא את הכי טוב.

♦ **יצחק זמיר:** אין דבר כזה שהוא טוב מאחרים, משום שאתה לא יכול למדוד את זה, לא צריך למדוד את זה.

אם נאמר ניקח מין סקאלה של נקודות, נאמר מאה נקודות, ונניח שאתה היית מסוגל לבוא ולומר שמישהו קיבל שמונים נקודות. ואחריו יש ערבי ויש לו שבעים ושמונה נקודות, אז אתה יכול לומר שהתרומה שהוא נותן כשופט ערבי שווה יותר משתי נקודות.

♦ **דן מרידור:** במקרה זה הייתי אומר שזה היה השיקול הלא-רלוונטי שצריך לפסול את ההחלטה. כי במה שקשור באיש הנאשם לפני אותו שופט, בחרת את השופט הפחות טוב.

♦ **יצחק זמיר:** אבל הוועדה חשבה שזה שיקול ענייני. כך חושבים בעולם הרחב. אני רוצה להגיד לך, זה מחיר שהמערכת השיפוטית משלמת. אני מודע לזה.

♦ **דן מרידור:** פסק הדין שהשופט מצא כתב בעניין העדפה מתקנת לנשים לפי סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות - לא אהבתי אותו.

♦ **יצחק זמיר:** בסדר. אני הייתי שם חבר בהרכב.

♦ **אילן שיף:** עו"ד מרידור, אתה הסכמת לתיקון שלי לחוק.

♦ **דן מרידור:** אני לא הסמכתי לתיקון שלך לחוק. היה לך חריג נגדי. אני התנגדתי לזה שימנו אנשים פחות טובים בגלל מינם, דתם, עדתם וכו'. זה גם פוגע במינויים לדעתי. התנגדתי לזה, זה נכון. אבל מה שמצא אומר שם זה חלק מהצביון עצמו, זה לא תיקון.

♦ **יצחק זמיר:** דעתי היא, שאני מוכן לשלם מחיר מסוים בעד העיקרון הזה של השיקוף. אני חושב שבסך הכול זה משפר את המעמד של בית המשפט, את התפקוד שלו בחברה. אבל צריך לדעת באמת את המשקל של העיקרון הזה. המשקל מאוד מוגבל, ובשום אופן אסור שיבוא על חשבון מקצועיות.

עכשיו בקשר להליך - הדוח הזה מלא המלצות לשיפור ההליך הקיים היום. אבל הוא בונה את כל ההמלצות על המצב הקיים היום. הוא אומר במפורש - אנחנו לא מציעים מהפכות, לא שינוי דרסטי, משום שהמצב הקיים היום הוא מצב טוב, אם בודקים את הפירות שלו ואם משווים אותו למדינות אחרות. למשל כשמדובר במקצועיות - לאחר ששמענו בוועדה את כל המומחים, שיפרנו מאוד את כל ההליך של איסוף מידע, אם כי גם היום המידע שנאסף הוא אינטנסיבי מאוד, מהרבה מאוד מקורות. דבר מאוד רגיל הוא שיושבת ועדת משנה שיש לפניה כבר הרבה מידע, והיא אומרת "זה לא מספיק", ואנחנו מבקשים עוד המלצות ואומרים "תבוא בעוד חצי שנה" וכו' וכו'. זה תהליך ממושך ויסודי מאוד.

אם יש איזו שהיא דומיננטיות לשופטים בוועדה לבחירת שופטים, זה משום שהשופטים בוועדה ממלאים את התפקיד הזה מאוד ברצינות; וצר לי לומר, חברים אחרים בוועדה, אינם מקדישים את הזמן הנדרש כדי לעשות את זה ברצינות. השופטים שולטים בחומר, ולכן יש להם יותר דומיננטיות יחסית למספרם.

אני לא רוצה לפרט את כל ההמלצות. אחת ההמלצות אומרת שכל המועמדים - יש חריגים מעטים מאוד - עוברים קורס של שבוע בפנימייה. זה מה שקוראים 'מרכז הערכה'. בכל מיני מקצועות אחרים עושים את זה בכמה שעות או לפעמים עושים את זה ביום - מבחנים פסיכו-טכניים וכדומה. שבוע שלם הם חיים יחד, בסימולציות משפטיות, בדיונים ציבוריים, על פי ההנחיות של מומחים. זה קיים כבר עכשיו, אף על פי שהוועדה לבחירת שופטים עדיין לא אישרה את זה. כל המומחים אמרו שאין לנו דבר יותר טוב; יש דברים שמתקרבים לזה, אבל אין דבר יותר טוב מזה.

יש דברים שפורסמו לעניין הכישורים הנדרשים לצורך מינוי כשופט. אלה לא דברים כלליים. הדברים האלה מפורטים. יש כעשרים קריטריונים, רשימה מפורטת, של מה בודקים אצל כל מועמד, והרשימה הזאת מפורסמת ברשומות.

המערכת הבוחרת שופטים מנוסה מאוד. היא למדה מהניסיון של הרבה מאוד שנים. לכן אני לא רואה שום סיבה אמתית לשינוי בסיסי בשיטה הקיימת, מלבד השיפורים שמוצעים כאן. אין שום סיבה אמתית לשנות את השיטה שגם הצמיחה פירות טובים וגם זוכה להערכה רבה בעולם. אנחנו מכירים מערכות במדינות אחרות. אף על פי שאנחנו לא אובייקטיביים, אני יכול לומר שהמערכת שלנו היא בין המערכות הטובות ביותר של מדינת ישראל. לפגוע במערכת הזאת בניסוי חדש, על יסוד הצעה שאיננו יודעים איך היא תצא מן הכנסת - יש בכך סיכון של אחד המוסדות החשובים וההישגים הגדולים של מדינת ישראל.

♦ **שחר בן עמי:** ניסיתי להבין מה בעצם הביקורת על הוועדה לבחירת שופטים, ואני מזהה שתי מגמות. מגמה אחת של ביקורת - המטרה שלה היא באמת לא להחליף את הוועדה לבחירת שופטים או לשנות את הרכבה, אלא לשנות את התוצרים שלה. כלומר, לא רוצים להוסיף עוד פוליטיקאי, כי באמת חושבים במר"צ או בש"ס או במפלגה אחרת שאין ייצוג כהלכה, אלא רוצים שמאחר שמוישל'ה הוא יותר לצדנו, הוא ייבחר להיות שופט. זה סוג אחד של שינויים שאני שומע שמנסים לעשות. לזה אני מתנגד בכל תוקף.

הסוג השני של השינויים שאני שומע, זה של אנשים שכן מאמינים במערכת, שכן יש להם אמון במערכת בתי המשפט, ואגב, זה רוב החברה הישראלית. הם רוצים לשפר, הם לא רוצים שחבר המרכז או מקורב פוליטי כזה ייבחר, הם רוצים שייבחרו אנשים טובים יותר; הם רוצים להשביח. הם אומרים, בית המשפט הוא מצוין, ותמיד אפשר להשתפר. אני חושב שאני יכול לתמוך בכזו עמדה.

עכשיו אני רוצה להגיד משהו בעניין מי שמנסה לבוא ולטעון לשיקוף או לייצוגיות. המונח שיקוף או כפי שהציג אותו השופט זמיר, מקובל עליי. הוא מקובל על רוב החברה. אבל יש לי תחושה שאלה שמדברים על שיקוף, יש להם כוונות אחרות, לפחות למקצתם, לא כולם. ראשית כול, המטרה שלהם איננה שיקוף כערך, ואני רוצה להבחין בין שיקוף כערך לבין שיקוף כמכשיר. אני למשל מאמין שבכל תחום או כמעט בכל תחום, אישה צריכה להיות מיוצגת, אפילו באגודה לקידום הגבר,

לצורך העניין הזה. כלומר, צריך להיות ייצוג מלא לנשים. אני יכול לחשוב על הרבה דוגמאות, משום שאני מאמין שייצוג נשים הוא ערך בפני עצמו. לעומת זאת יש לי תחושה שחלק מהאנשים שמדברים על השיקוף, אני לא מתכוון חלילה לשופט זמיר, המושגים 'ייצוגיות' ו'שיקוף' בכלל לא מקובלים עליהם.

והנה הדוגמה - טלו את החרדים, הם רוצים שיקוף בבית המשפט העליון. אבל נניח שיש קבוצות שלא מוכנות לשיקוף, אבל הן אמרו שהן כן רוצות שיקוף. אני מוכן לקחת אפילו קבוצה, שבעיניי היא קבוצה שלא בהכרח רואה בבית המשפט העליון אויב שלה, הקבוצה של הדתיים הציונים לאומיים. אני מאוד מכבד את הקבוצה הזאת, והייתי רוצה מאוד שתהיה משולבת בחברה הישראלית, אבל האם באמת היא רוצה שיקוף גם בבית הדין הרבני? האם היא מוכנה לשיקוף כערך ולא כמכשיר? התשובה שלהם תהיה, ובצדק - ההלכה אינה מתירה אישה בבית הדין הרבני, אינה מתירה הדיוט שאיננו רב בבית הדין הרבני, והיא תסביר מדוע. באותה נשימה, אותם אנשים או מקצתם לפחות, באים ואומרים - יכול אדם לשבת בבית משפט לחוקה, ושאלת המשפטיות, המשפטאות שלו, לא רלוונטית. הוא יכול להיות רב, הוא יכול להיות משהו אחר. אם הם ילכו בקו הזה, גם אני, בהיותי חרד לפגיעה בבית המשפט העליון, אלך בקו הזה עד הסוף. תהיה שיקופיות בכל המגזר השיפוטי במדינת ישראל. ואני רוצה לראות אם מי שמדבר גבוהה כל-כך על שיקופיות, יעמוד גם בתחומים האלה. יש לי תחושה שבסוף יתברר שהשיקופיות היא מכשיר ולא ערך.

♦ **קריאה:** נסתפק ברב רפורמי...

♦ **שחר בן עמי:** אני באמת לא רוצה לפתוח פה ויכוח פוליטי בהקשר הזה.

אני מנסה לבוא ולהמחיש פה שתי תופעות: שיקופיות שיש לה באמת מטרה ערכית מאחוריה, ושיקופיות שיש לה מטרה פוליטית או מטרה לחיסול או לפגיעה בשיטת המשפט הישראלית, או בחלקה, כפי שהיא היום; ולזה אני מתנגד נחרצות.

ישנן עוד טענות נגד הוועדה לבחירת שופטים, והניסיון לפתור אותן באמצעות הוועדה הזאת הוא ניסיון לא נכון. אני חושב שסמי פרידריך דיבר על כך. ישנה טענה שמדברת, מעבר לייצוגיות, שיקופיות או פוליטיקה, על אופיו של השופט, חריצותו - הנה פסקי דין מתעכבים - וכדומה. ישנה הטיה לגבי עיוותים במשפט הישראלי, ואני אסביר כל

אחת מהטענות.

עורכת דין, נדמה לי רחל דון יחיא, הוציאה דוח שמסביר שבמשפט הישראלי, לפי סטטיסטיקה, יש עיוותים בהתייחסות לנשים. היא מראה עיוותים סטטיסטיים. העיוותים האלה לא חלים על שופט מסוים או על גורם מסוים, אלא הם מערכתיים. היחס לעורכות דין טוב פחות, וכך גם היחס לנשים. זו טענה מסוג אחד. היא טענה לא-פוליטית, היא יותר באה לתקן עיוותים ובאה להראות שמערכת המשפט נגועה אולי באיזה שהן דעות קדומות וצריך לדאוג שזה לא יקרה. אנחנו יודעים שבעבר התייחסו בסלחנות לבעלים מכים, והיום פחות. המערכת יודעת להשתנות, והיא צריכה להשתנות. זה לא דבר שוועדה להרכב שופטים יכולה לפתור.

טענה שנייה עניינה באופיו, באיכותו או בחריצותו של השופט. לעולם לא תצליחו להקים ועדה שאיננה שוגה. גם אני עוסק בבחירת כוח אדם. זה לא התחום המרכזי שלי - "מודה עוזב ירוחם" - בחרתי טובים ובחרתי רעים ולעתיים גם בחרתי רעים והחלפתי אותם ברעים יותר. והפעלתי מכונים וגרפולוגים וועדות וכל מה שאתם רק רוצים, ובסופו של דבר כשלת.

גם לוועדה המקצועית ביותר זה יכול לקרות. אבל אפשר אולי להקטין את אחוז הכישלונות, ותמיד טוב, אם אפשר לבנות שיטות. הוויכוח בין חבר הכנסת רשף לבין השופטת שטרסברג - איך לבחור למשל - הוא ויכוח לגיטימי. אתה רוצה מכון ואת רוצה בדרך כזו ובדרך אחרת. הכול לגיטימי. זה לא נועד לפגוע בשיטה, זה נועד לשפר אותה, וזה ויכוח לגיטימי.

אבל אני חושב שחלק מהבעיה טמון בכך שהולכים שוב לוועדה. איפה כן הפתרון? מערכת הבקרה על איכות השופטים בהמשך לבחירה היא מערכת בקרה לא אפקטיבית. המשוב למשל הוא וקום שנשאבה אליו לשכת עורכי הדין. המגזר הציבורי - אני לא בא בטענה רק לבית המשפט העליון - כמגזר לוקה במערכות מדדים ובקרה. אין לו את זה בהרבה תחומים. זה לא גוף עסקי שיכול להצביע על רווח או הפסד, ובהרבה תחומים אין לו את זה.

במערכת המשפט יש לכאורה תחומים שבאים לבקר את השופט. אפשר למשל בדין משמעתי להוציא אותו. עכשיו הקימו אומבודסמן.

♦ טובה שטרסברג כהן: יש גם ערעור.

♦ שחר בן עמי: יש גם ערעור. אבל אני רוצה פה להבחין, ערעור איננו

מערכת בקרה מספקת. משום שאם יש לשופט מזג רע, הוא מתפרץ על עורכי הדין, קשה מאוד בערעור לראות את זה. ואז מה שקורה הוא שעורכי הדין שמבקרים את הוועדה לבחירת שופטים, אומרים - תראה איך הם בחרו פלוני, ראית איזה גסות הוא הפגין באולם בית המשפט - וכו' וכו'. ואז חולפות הרבה מאוד שנים עד שמישהו שם לב לעניין ומוציא את אותו אדם. יש הרבה מרמור כלפי הוועדה, ושוב, זה המרמור הלא נכון, לא הוועדה יכולה למנוע את זה במאה אחוז, צריכים מערכות בקרה וצריכים להקים אותן, ואז האמון יגבר.

התרבות הישראלית היא תרבות שלא מפנימה עד הסוף, בעיניי לפחות, את הערכים הדמוקרטיים. אני אתן את הדוגמה של סגן הנשיא לשעבר גור. בבחירות 2000 גור נבחר ברוב קולות והפסיד ברוב קולות לנשיא בוש, הנשיא שהיום מכהן. היה ויכוח אם 300 קשישים יהודים בפלורידה יצאו להצביע או לא יצאו להצביע וכו'.

בבית המשפט העליון אחרי כמה הליכים - חמישה שופטים שמזוהים עם הרפובליקנים הצביעו בעד בוש, וארבעה דמוקרטים נגדו, כלומר בעד גור. אתם שמעתם את סגן הנשיא גור קורא להחלפת השיטה המשפטית? מנסה לקעקע את השיטה המשפטית? מתקיף אותה? בשום פנים ואופן לא. למה? כי יש תרבות פוליטית בוגרת.

חולף זמן עד שתרבות כזאת מתבססת. אתם נמצאים היום בעיצומו של מאבק תרבותי; מנסים לשנות ערכים בחברה הישראלית, בין היתר בהתקפה על בית המשפט העליון. יהיו קבוצות גדולות מאוד שלא יסכימו לכך, בצד אלה שמנסות לעשות את זה. אני בין אלה שחושבים שאין בררה. התרבות הישראלית גררה בחלק מהמקרים את התרבות של מגרש הכדורגל: אם שופט לא פוסק כמו שאני רוצה, אז אני מסביר לו איך הוא נולד ומי אימא שלו ובמה היא עבדה. השאלה היא אם צריך להיכנע לכך.

אני חושב שזו סיבת המתח, הסיבה היא תרבותית, פוליטית, ערכית. אי-אפשר לפתור אותה בשינוי כזה או אחר של הרכב הוועדה, ואפילו לא של תפיסות שעומדות מאחורי בית המשפט העליון. כי שינוי כזה ייצור תגובת נגד של קבוצות גדולות יותר. לכן לא נותר לי אלא להגיד לכם - אתם תצטרכו לסבול את הביקורת הזאת, להצטער עליה, לכאוב אותה. זה חלק ממה שקורה במדינה בהקמה, והיא עדיין בהקמה, מה לעשות.

♦ **עפרה פרידמן:** הבעיה היא לא השופטים של בית המשפט העליון.

הבעיה היא שזה מפריע לסיכוי לקבל חוקה.

♦ **שחר בן עמי:** זה יידחה, כמו שזה נדחה.

♦ **בן ציון זילברפרב:** להערכתני, אנחנו עושים לעצמנו חיים קלים. אתחיל מהנושא השני של הגבלת השפיטות, יש לי רושם שהשופט ברק אמר משהו שעד היום הוא מתחרט עליו; הוא לא נמצא פה, אחרת הייתי שואל אותו. הוא אמר פעם "הכול שפיט", וזה יצר דינמיקה, כי למילים יש דינמיקה. ועד כמה שהתרשמתי מכל הדיונים הרבים, בית המשפט הזה פחות אקטיבי מבתי משפט שהיו לפניו, והוא מאוד מתאפק בהפעלת כוחו.

לכן זה פשוט עניין של תדמית, תדמית ולא דווקא עובדות, אבל אסור לזלזל בתדמיות. דרך אגב, אני לא מבין מה הייתה הפליאה על שהמתנחלים פונים עכשיו לבג"ץ, בג"ץ זה המפלט למי שלא מצליח להעביר את מה שהוא רוצה בכנסת. אז כשהשמאל היה במיעוט, הוא הלך לבג"ץ; היום המתנחלים במיעוט, אז הם הולכים לבג"ץ.

♦ **דליה דורנר:** זה באותה פריזמה של זכויות.

♦ **בן ציון זילברפרב:** כן, אז הוא מנסה...

♦ **דליה דורנר:** זה לא כוח פוליטי.

♦ **בן ציון זילברפרב:** כן, הוא לא מצליח ברשות הזאת, הוא ילך לרשות אחרת, אולי כן ילך.

אני חושב שוועדה נפרדת בבית המשפט העליון זה רעיון טוב, אף על פי שהשורה התחתונה שלי תהיה שורה מאוד פרקטית, לא לעשות שום דבר, כי אסור לגעת, כי ברגע שאנחנו ניגע, אנחנו לא יודעים איך העניין ייגמר. אבל ברמה הקונספטואלית, ועדה נפרדת בבית המשפט העליון, נראית לי מאוד.

יש בעיה עם התדמית של הוועדה. הוועדה סודית. אי-אפשר לפתוח את הסעיף ולראות בדיוק מהו סדר הדיונים. זו התחושה בציבור, ואני לא מדבר על הציבור הלא-נאור, שזה ציבור אינטליגנטי. הוא מרגיש שהוועדה סודית, הוא מרגיש שחבר מביא חבר. ואל תענה לי שזה לא נכון. אני לא מחפש את האמת האובייקטיבית, אני מחפש איך זה מצטייר.

♦ **אילן שיף:** למה זה מצטייר כך?

♦ **בן ציון זילברפרב:** זה שאלה שאני לא יודע לענות עליה.

♦ **עפרה פרידמן:** על איזה ציבור אתה מדבר?

♦ **דן מרידור:** הציבור הדתי לאומי.

♦ **בן ציון זילברפרב:** לאו דווקא.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אני רוצה להגיד לך שבקרוב אנשים מאוד אינטליגנטיים שאני פגשתי באקראי, לא משפטנים דווקא, ברמה שאתה היית קורא לה "רמה גבוהה מאוד" מבחינת התפקיד שלהם והתארים - לא יודעים את המנגנון הזה. הוא איננו מוכר. זה לא שיש ביקורת עליו. שופטים את השופטים לפי השיפוט שלהם ולא לפי מי מינה אותם. את זה לא יודעים. אז אני לא יודעת על איזה ציבור אתה מדבר; מי עשה איזה שהוא מחקר או איזה שהוא משאל או איזו שהיא סטטיסטיקה שאומרת שהציבור לא מרוצה מהוועדה למינויים? מי זה הציבור הזה? אתה דיברת בשם ציבור, ורצינו לדעת מיהו אותו ציבור.

♦ **בן ציון זילברפרב:** אני לא מדבר בשם ציבור, אני בקושי מדבר בשם עצמי, אבל אני אומר זאת שוב. אני לא מנסה להגדיר ציבור. יש הבדל בכל זאת בין מינוי של פקיד למינוי של שופט לבית המשפט העליון. אותי בחרו - הייתי מוצלח או מוצלח פחות, אבל עשיתי קדנציה של שנתיים וסיימתי ואני לא אומר את זה בשביל להגיד שיש לי ביקורת. אני אומר את הדברים משום שאני מזהה פה תהליך. אם הייתי חושב שהביקורת באה רק מהחרדים, אז הייתי רגוע, כי מאחר ולחרדים אין רוב. לא יקרה שום דבר.

יכול להיות שאני טועה, איני יודע, המדגם שלי אינו מדגם מיצג, אבל אני מדבר לא בהכרח רק על ציבור דתי לאומי אלא גם על אנשי אקדמיה והתחושה היא שבבית המשפט העליון חבר מביא חבר. אני אומר שוב, אובייקטיבית העובדות יכולות להיות אחרות לגמרי. מה שמפחיד אותי, וזו הנקודה שרציתי לדבר עליה, זה שהדימוי הזה - אם הוא לא נכון - והוא צובר לו תאוצה לא רק במגזר ספציפי, אז אני מפחד מהתהליכים שיקרו אחר כך. לכן אין לי תשובות.

♦ **דליה דורנר:** אני בהחלט מצטרפת.

♦ **בן ציון זילברפרב:** וזו הייתה הנקודה המרכזית שלי, שמישהו במערכת השיפוטית צריך לעשות את החשיבה - צריך לראות מה אנחנו יכולים לשנות מבלי לקלקל כדי בכל זאת לא ליצור את הקואליציות האלה שמאיימות על עצם בית המשפט.

♦ **תהילה אלטשולר:** אני רוצה לומר כמה דברים פרטניים ועוד הערה אחת עקרונית. במה שקשור בדעותיהם הפוליטיות של שופטים ובאפשרות לשקול דעה פוליטית של שופטים, צריך לזכור שהיעדר ההתחשבות בדעה פוליטית של שופטים הולך גם לכיוון ההפוך. אני אתן



לכם דוגמה, דווקא לא במינויים לבית המשפט העליון, אלא במינויים לבית משפט שנחשב בית משפט זוטר, אבל יש לו הרבה מאוד עצמה דווקא בשאלות עקרוניות, והוא בית המשפט לעניינים מקומיים. בית משפט לעניינים מקומיים בודק את כל עניין חקיקת העזר העירונית - חוקי הכשרות, בתי הקולנוע בשבת וכו'.

נניח שנוצר מצב שבו אדם שלא נבדקה דעתו הפוליטית, אבל היה ידוע שיש לו איזה שהיא מעורבות פוליטית מסוימת או דעות פוליטיות, למשל בכיוון של 'שינוי', משהו מהסוג הזה, יושב בתור שופט בבית משפט לעניינים מקומיים בעיר שיש בה מתח בין חילונים ודתיים. הדבר הזה יכול ליצור, אני חושבת, איזה שהוא סדק באמון במערכת השיפוט העירונית.

♦ **חן רשף:** אני - זמן לא רב לפני שנבחרתי לכנסת - הגשתי מועמדות לשפיטה, והייתי חבר מועצת עיריית חיפה מטעם סיעה - אמנם לא מפלגתית מבחינה פורמלית, אבל היה ברור הכיוון שלה - והייתה מחלוקת בין המשפטנים בחיפה, אם זה פוסל אותי או לא פוסל, כי היו כל מיני תקדימים, והגשתי את המועמדות, ובוועדה היה אחד בדעה שזה פוסל אותי...

♦ **דליה דורנר:** כי היה צריך צינון.

♦ **חן רשף:** גם אני באופן אישי חושב שזו בעיה.

בפירוש לא רצוי ששופט יהיה מזוהה אפילו באבק פוליטיקה, ואפילו פוליטיקה בהתנדבות וכו'. חייב להיות נתק.

♦ **תהילה אלטשולר:** ההערה הבאה שאני רוצה להעיר היא בעניין שופט ערבי. צר לי לומר, אבל התחושה שלי בקשר למה שנאמר פה בעניין שופטים ערבים היא שאנשים מדברים פה מתוך פטרנליזם מאוד קיצוני. אני חושבת שהמשפטנים הערביים שיגיעו לבית המשפט העליון יהיו משפטנים בני דורי.

♦ **דליה דורנר:** אנחנו לא רוצים לחכות כל כך הרבה זמן.

♦ **תהילה אלטשולר:** לומר שרק משפטן שמחויב למסגרת הבסיסית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא מועמד ראוי לתפקיד שופט - זה דבר בעייתי. אני חייבת לומר שהתחושה שלי בעניין משפטנים ערבים טובים ישראלים, היא שגם הסיפור הזה של "יהודית ודמוקרטית" הוא סיפור שעוד ייפתח. מדובר פה בפסילה של אדם מכיוון נניח שהוא איננו תומך במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אלא למשל באיזו שהיא וריאציה של מדינת ישראל כמדינת כל אזרחיה. תהיה פה בעיה.

הערה נוספת שאני רוצה להעיר היא בעניין שיתוף אנשי פרקליטות המדינה לשעבר, לגווניה, בתור שופטים. יש תאוריות מעניינות מאוד של רגולציה שאנשים בעלי תפקידים רגולטוריים הופכים באיזה שהוא שלב להיות שבויי התעשייה שמסדירה אותם. לפי חשבון ארוך הם מכינים לעצמם מעין כורסה מרופדת ליום אביב. בסופו של דבר הם באמת רוצים להבטיח את מקומם אחר-כך בדרך כלל באותה תעשייה שבה הם טיפלו. התחושה המציקה היא שבאופן קצת פרדוקסלי, אנשי פרקליטות המדינה יגיעו בסוף הקריירה שלהם לא לשוק הפרטי, אלא דווקא לשפיטה. והדבר הזה, אני חושבת, עשוי להשפיע על קשרי גומלין, על דברים שהם בעייתיים. אני חושבת שצריך להביא את הדבר הזה בחשבון.

עוד הערה עקרונית אחרונה, שבאמת חשוב לי לומר אותה, מכיוון שאני מתעסקת ברגולציה של תקשורת. איך מערכת המשפט מתמודדת עם העובדה שהדימוי הציבורי שלה נקבע בעיקר על ידי התקשורת? נאמר פה שהוועדה למינוי שופטים היא מצוינת, היא פועלת טוב, התוצרים שלה נפלאים; ובכל זאת, יש דימוי ציבורי לא כשם שהיה באופן היסטורי למערכת המשפט. והדבר הזה הוא נחלתם של ציבורים שונים ומגוונים.

בכל עניין השקיפות בוועדה למינוי שופטים - זה היה תהליך ארוך מאוד, והתקשרות ניסתה לחדור עוד ועוד ועוד. לפעמים יש פסקי דין ארוכים בצורה בלתי-נסבלת לקריאה. תוצאות פסקי דין הן לא פעם מורכבות עבור תעשיית תקשורת, משום שהיא איננה מסוגלת להעביר מסרים מורכבים. למשל, נסתכל על פסקי דין שעוסקים בהסתה, דווקא לא בג"צים. בית המשפט החליט בסוף למשל לזכות אדם מעבירה של הסתה, איך נתפסים פסקי דין מורכבים של זיכוי תוך גינוי ציבורי של הדברים?

התחושה שלי היא שבתי המשפט לא מספיק מביאים את הדברים האלה בחשבון. התנהלות מול התקשורת היא התנהלות שאיננה קשורה רק באמירת "גוועלט! מישהו מדליף מהוועדה לבחירת שופטים!" ו"אוי ואבוי שמענו ששופטת אחת לא רוצה מישהי מפני שהיא לא חברה שלה". זה לא הדבר היחיד, אני מדברת גם על דברים הרבה יותר מהותיים שמתבטאים בתוצרים השיפוטיים, בתוצרים של הפסיקה. אני חושבת שגם אותם צריך להביא בחשבון, לא רק בהיבט של בחירת השופטים, אלא באמת בהיבט של התנהלות תקשורתית.

עכשיו, כמו שהצבא הופך היום - לצערנו או לא לצערנו - לצבא האפקטים לישראל, לצבא שבאמת פועל בדברים שאמורים ליצור הרתעה, בדברים שאמורים ליצור כל מיני דברים שייראו טוב בטלוויזיה, גם מערכת המשפט תצטרך להסתגל לדבר הזה. בדיוק כמו שהצבא או מוסדות אחרים מסתגלים אליו.

♦ **דן מרידור:** אזכיר נקודה אחת שבעיניי היא מפתח להרבה דברים - עניין האמון. בעקבות הדברים האחרונים של תהילה אלטשולר, אני רוצה להגיד דווקא דבר הפוך. יש איזה מהלך דיאלקטי, פרדוקסלי. האמון של הציבור במערכת מותנה בזה שהציבור ירגיש שהוא לא משפיע על המערכת. ככל שהציבור ירגיש שהוא משפיע על המערכת יותר, האמון שלו יפחת. אם יחשבו בציבור שהמערכת שפטה כדי למצוא חן בעיניו, באותו רגע תהיה שמחה, ואחר כך השבר יהיה עמוק. זה בניגוד להרבה שטחי חיים אחרים. אני רוצה לומר משהו לגבי שופטים ששופטים שופטים, לדעתי זה חשוב מאוד. בדיוק כמו שבעניין כירורגית לב אני לא פועל לפי דעת הקהל, אלא לפי מה שכירורג אחד אומר על כירורג אחר. זה מה שמעניין אותי. הציבור ברובו לא מבין משפטים, אבל דבר אחד לפי דעתי חשוב לו מאוד, ולדעתי הוא מקבל אותו בישראל: הוא יודע שהמערכת נקייה ועניינית. גם אם היא שוגה, זה עוד לא התקלקל.

לאחרונה יש קלקול, אני אגע בו תכף, אבל הדבר המרכזי באמון הוא לא לשאוף לרצות את הציבור. מי שיפחד מעוקצו של הציבור או יחפש את דובשו של הציבור יאבד את הציבור.

זה נכון גם לגבי דרך המינויים - אם הציבור שבוכה על דרך המינויים ירגיש שהוא הצליח להשפיע והמינוי הוא כבר איננו ענייני ומקצועי, הוא יבין שזו מערכת פוליטית. יש כאן מהלך דיאלקטי, שחשוב מאוד להבין אותו. זה דבר שלא צריך לשכוח אותו אף פעם.

מהותה של המערכת הזאת הוא שהיא לא צריכה לייצג את הבחירה הציבורית. היא לא צריכה לייצג את הרוב. היא לא צריכה להיענות, היא לא צריכה להיות "משקפת" בכלל. ככל שהיא תהיה משקפת יותר, ככל שתִרצה יותר את הציבור, היא תאבד את תפקידה, את מקומה. היא לא צריכה להתעסק עם הרוב בכלל. היא צריכה להגן על אדם מול אדם אחר. היא צריכה להגן על האדם מול השלטון. היא צריכה להכריע בסכסוכים שאין בהם בכלל חשיבות למה שהרוב חושב, בכלל לא, ממש כלום.

עכשיו יש עוד דבר אחד קשור מאוד באמון, וזה עניין שהוזכר פה - המקצועיות.

אני חושב שבסך הכול המערכת מקצועית. דבר אחד המערכת לא עושה מספיק טוב, ויש לי בו ביקורת עליה: נבחר שופט, תבדקו אצל 500 השופטים הקיימים - מי מהם קרא לאחרונה Harvard Law Review באיזה שהוא עניין? מי מהם ממשיך לשפר את המקצועיות שלו? אני חושב שבמערכת, עם כל החשיבות שלה, אין מספיק עבודה על זה. שופטים, לא רק בבית המשפט העליון, צריכים להיות מקצועיים - מקצועיות שיפוטית - כל הזמן, לא רק בבחירה שלהם. אם תהיה מקצועיות אז יהיה אמון. אבל צריך לטפל במקצועיות גם אחרי הבחירה. אני חושב שבהמשך לדברים שנשמעו קצת במליאה הקודמת וגם פה, חל שינוי גדול בחברה הישראלית בעניין השיפוט. הוא לא חל אצל השופטים, ואם הוא חל אצלם, הוא חל בכיוון לא טוב. בבית המשפט היו מקרים שאני חושש שהוא יותר מדי נענה או נכנע ללחץ הציבורי. היה לי חשש כזה בעניין בג"ץ המגורשים. ראיתי איך הממשלה לחצה על ידי המעשה שעשתה ואחר כך היתה פשרה בין השופטים.

אני חושב שהשינוי החמור שהתרחש הוא השינוי אצל הפוליטיקאים. בכל הדוגמאות שהזכירה גם דליה דורנר קודם, בג"ץ בז'ראנו על חופש העיסוק, הבג"ץ שבו השופט לנדוי אומר לבגין: "תוריד את אלון מורה"; אז מה בגין אומר? "שמאלנים"? לא. הוא אומר: "אני מוריד את אלון מורה".

הפוליטיקאים השתנו. תקיפה של מערכת המשפט היום זה בון טון. זה מביא קולות, ולצדדי, אצל חלק לא קטן של ציבור שאני מתבייש בו. ברור שזה פוגע במידה מסוימת באמון, ובכל זאת, אם תסכלו על אותן מערכות שלנו, תשוו בין שלוש הרשויות הקלסיות - במי הציבור ייתן יותר אמון? תשאל את איש הציבור - למי תיתן שישמור את כספו? לחבר כנסת או לשר או לשופט? - הוא יגיד לך שלשופט. כי הציבור מאמין לשופטים בסדרי גודל הרבה יותר מאשר לפוליטיקאים למיניהם. לא שאין פוליטיקאי טוב. אבל המתח הזה קיים מפני שיש הרבה מאוד כוח למערכת, כאשר הנושאים הנידונים הם בין הכלל לפרט. פעם היינו מדינה מאוד של כללי; והפרט לא עמד על זכויותיו. אני שמח שעברנו להיות מדינה שהפרט יותר ויותר חשוב בה. זה חלק מהנורמליות שלנו. בית המשפט הוא המכריע בסכסוכים האלה. יש לו הרבה מאוד כוח, ולכן קבוצות אחרות נלחמות בו. הן נלחמות על מערכת ערכים. ופה אני

חושב שאני חולק על רות גביון מחלוקת גדולה. המערכת הזאת שאנחנו מדברים עליה, בית המשפט ומערכת הערכים, היא תחת מתקפה מאוד חריפה וחזקה; אם האנשים שהתרגלו לחיות אותה כמעט כמו אוויר לנשמה, לא יגנו עליה - היא תתמוטט.

המערכת הזאת נמצאת תחת מתקפה מכל מיני כיוונים. לא נכון שיש הסכמה על דמוקרטיה. אין הסכמה על דמוקרטיה, בוודאי לא לתוכן שלה. אין הסכמה על שלטון החוק, אלא במובן הטכני. המהות שלו לא מוסכמת בשום אופן.

אנחנו בתוך מאבק גדול. המערכת המשפטית היא גם מאוד מקצועית וגם מתימרת לפעול בשם עקרונות שלא תלויים בדעת הרוב באותו רגע, אלא הם מעל זה. לכן איך מסתדרים אִתָּה? מנסים להשתלט עליה בפנים, לכבוש את המלכה בבית. זה לקוח ממגילה אחרת, לא ממגילת רות.

אני חושב שאנחנו צריכים להבין את המהות הזאת, שהמאבק הוא מאבק מאוד גדול. המתח אינו מפריע. הבעיה שלנו היא שאין כללי משחק מוסכמים, ויש קלות בלתי-נסבלת, ביכולת לשנות את היסודות. החשיבות של חוקה, ואני חוזר לזה, היא הקושי שאנחנו נעמים על השינוי. אסור שהשינוי ייעשה בקלות. אסור שבלחץ קואליציוני אפשר יהיה לשנות את הכללים היסודיים, את הערכים היסודיים. על זה המאבק. המאבק מאוד חשוב.

אמרה לי דליה דורנר ברמז שאני קצת טהרן מדי בעניין השיקול של השיקוף.

אני יכול להגיד במונחים משפטיים, מעולם המשפט המנהלי שהמאבק הוא על השיקול הענייני, ועל מניעת השיקול הזר. כך הדברים במינויים הפוליטיים ובכל מיני שאלות אחרות.

בית המשפט צריך להיות בעיני העם מבצר של השיקול הענייני, גם המוטעה, אבל הענייני. במערכת הפוליטית, לצערי, או בחיים בכלל - גם במינוי ב'הדסה' לפעמים וגם במינוי באוניברסיטה העברית - יש גם שיקולים זרים.

אני לא מוכן להתפשר ברמה נורמטיבית עם הרעיון ששיקולים זרים ייכנסו למערכת. ומכיוון שלא מדברים על סך כל השופטים, אלא על השופט הספציפי שממונה היום להיות באילת או בירושלים לשפוט אותי על עֵבֶר תנועה או לשפוט בסכסוך אזרחי, אני לא מוכן בשום אופן להתפשר על כלום. אני רוצה את האיש הטוב ביותר. את מה שאתה

מלמד לא רק בספריך, אלא בפסקי הדין, צריך לעשות כל פקיד. יש לך תפקיד - אתה תיקח את האיש המתאים ביותר. ואם האיש המתאים ביותר הוא במקרה מרוקאי או רומני או רוסי או אישה - זה בכלל לא רלוונטי. את הטוב ביותר תיקח. בעניין הזה אני טהרן. אני מודה. כל התפשרות הופכת את המערכת למערכת קצת פוליטית, ובסוף היא תאבד את האמון.

♦ **דליה דורנר:** רבותיי, אני שואלת את עצמי מדוע אנחנו יושבים פה ודנים כמה שעות איך ממנים שופטים, איך ממנים שופטים לבית המשפט העליון, כאשר העניין הזה פעל, ואני חושבת שלבית המשפט העליון יש שם מצוין בעולם ואמון בעצם מכל השכבות בארץ.

המכון הזה, אם הוא יעשה פעולה של רעיונות חדשים ושינויים, לפי דעתי הוא יכול להביא לנזק חמור.

רבותיי, בית המשפט העליון הוא יצירה מקורית של מדינת ישראל. חמישים וחמש שנה הוא צמח, שכבה אחרי שכבה. דן מרידור מעורה בחיים הפוליטיים, והוא מעיד כי הפוליטיקאים, חברי כנסת, השרים, כיבדו אותו. הם יכלו לא לקבל פסיקה, לא לאהוב אותה, אבל בבסיסה הם כיבדו אותה. מדוע התקשורת כותבת את מה שהיא כותבת? היא משקפת את אשר היא שומעת.

הדברים האלה מטרידים, כי מחפשים אותך, מחפשים להרוס את המבנה. יש כנראה כוחות חזקים מאוד, אתה צודק. אני לא עושה לי חיים קלים, אני חוששת מאוד. אני בחרדה עמוקה. ולכן הפעולה שהמכון המכובד הזה עושה, הפעולה הזאת מטרידה אותי. אני רואה חברים טובים שלי, בעלי ערכים שלא שונים משלי, באים עם רעיונות. אתה קורא את הרעיונות האלה בעיתונות החרדית.

הבעיה היום היא פשוט לשמור על הקיים. ההתקפה על בית המשפט העליון איננה מפני שהוא איננו שומר על זכויות אדם, או מפני שהוא לא עושה איזון נכון.

אבל אני יכולה לדבר רק סביב השולחן הזה, אני לא יכולה לצאת לרדיו לדבר.

♦ **דן מרידור:** אנחנו במלחמה, אנחנו במלחמת הגנה על המערכת.

♦ **דליה דורנר:** אתה צודק. לכן באמת באתי. יושבים סביבי אנשים מכובדים ואומרים "נערוך קבוצות דיון ונסכם, ובסוף תצא חוברת; נאמר שוועדת הבחירה צריכה להיות כך וכך". אני רועדת מזה, כי איך הדבר הזה מתגלגל הלאה, במציאות החיים? התוצאה אחרת לגמרי.

רבותיי, אם ימשיכו בדבר הזה - אף על פי שהאמון חזק, זה יכול להשפיע לא טוב, ולא יהיה למי לפנות.

♦ **טובה שטרסברג כהן:** אני רוצה להעיר בקשר למדינה יהודית ודמוקרטית. השאלה איננה אם אני רוצה מדינה יהודית ודמוקרטית או רק יהודית או רק דמוקרטית. העניין הוא שהחוקה שלנו קובעת את זה. אנחנו מחויבים לחוקה שלנו, ושופט שמתמנה נשבע אמונים למדינת ישראל ולחוקה. לכן אם רוצים להכניס שופט ערבי שלא רוצה במדינה יהודית, או אם רוצים להכניס שופט חרדי שלא רוצה במדינה דמוקרטית, צריך לשנות קודם את החוקה, אחר-כך צריך לבטל את חוק השבות, אחר-כך צריך לבטל עוד כמה דברים, ואז יכול להיות שבבוא היום, בדור אחר, שלך או של מישהו אחר, זה יהיה אחרת.

אבל היום זאת החוקה שלנו. על המחויבות לערכים מה זה מדינה יהודית בדיוק או מה זה מדינה דמוקרטית - אין זמן עכשיו לדבר, אבל ההנחה היא שאלה שני מושגים שיש מחויבות להם במדינת חוק. ואנחנו מדינת חוק, וזה החוק שלנו, זאת החוקה שלנו.

לא זה הקושי שבגללו לא קיבלנו שופט ערבי. ובבית המשפט העליון לא התעורר שום קושי כזה. אנחנו נשמח לקבל שופט ערבי. כרגע יש לנו מועמדים שהיינו שמחים לו יכולנו להגיד שהם יכולים להיות שופטים בבית המשפט העליון.

זה דבר קשה. זה דבר שאני שומעת אותו בעיקר מאנשים צעירים יותר, ויש ממש בהצעה.

## קבוצת דיון ג

מנחה:

**פרופ' בנדור, אריאל** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

**שמות הדוברים** (לפי סדר אלף-בית):

**ד"ר אלמוג, שולמית** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

**השופטת (בדימוס) ארבל, עדנה** - פרקליטת המדינה

**פרופ' אריאן, אשר** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה; החוג

למדע המדינה, אוניברסיטת חיפה

**ח"כ גלאון, זהבה**

**האן, אריה** - מזכיר הכנסת

**ד"ר זילברשץ, יפה** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

**ד"ר טורבוביץ, יורם** - עו"ד, איש עסקים

**עו"ד כהן, שלמה**

**פרופ' כרמון, אריק** - נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה

**עו"ד ענבר, צבי** - היועץ המשפטי לממשלה לשעבר

**פרופ' קרמניצר, מרדכי** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה;

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית, ירושלים

**השופטת רוטלוי, סביונה** - בית המשפט המחוזי

**השר שטרית, מאיר**

**השופט שמגר, מאיר** - יו"ר המועצה הציבורית; נשיא בית המשפט

העליון (בדימוס)

**פרופ' שפירא, עמוס** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

♦ **אריאל בנדור:** הנושא של הסדרת הרשות השופטת בחוקה הוא נושא מורכב. בהרצאות המבוא שמענו רק חלק מהבעיות שמתעוררת במסגרתו. בין השאר מתעוררת השאלה מה מסדירים בחוקה. אצלנו יש חוק-יסוד: השפיטה וחוק בתי-המשפט וחוקים ספציפיים אחרים. מה אמור להיות בחוקה, ומה אמור להיות בחקיקה האחרת? בחירת שופטים עמדה במוקד ההרצאות היום. במדינת ישראל יש בית משפט ייחודי, בג"ץ, ויש כמובן נושא הביקורת השיפוטית: ביקורת שיפוטית על חוקים - בידי מי היא תהיה? מה יהיה ההליך?



♦ **מאיר שטרית:** ראשית אני לא מסכים להרבה מהדברים שנאמרו בישיבת המליאה, וגם אני לא מסכים לתפיסת העולם שלפיה כולם מתארים את הפוליטיקאים - כאלה שלא מסוגלים לבחון ולא מסוגלים להחליט, ולכן הם פסולים מראש. אני חולק על זה לחלוטין. יש בעיה במינוי שופטים. גם בקשר לכל חוות הדעת היפות שנשמעו, ועם חלקן אני מסכים, השאלה היא מי בוחן את זה, מי קובע אם אדם מסוים באמת עומד בקריטריונים הללו שאתם מדברים עליהם, של השקפת עולם. איך בוחנים את השקפת עולמו של שופט? מי בודק את זה? איך בודקים את זה? אם מדברים על מינוי שופטים, היום התהליך נורא פשוט. כל מי שרוצה להיות שופט צריך לפי החוק להיות עורך דין חמש שנים, ואז הוא יכול להגיש מועמדות לוועדה למינוי שופטים. הוא מתבקש למלא טפסים מאוד ארוכים, עם פרטי חייו, קורות חייו ומשפחתו ונתונים וכן הלאה. הוא מתבקש להביא המלצות של שופטים או של עורכי דין שמכירים אותו בעבודה, ובטופס כזה מסודר הוא מתבקש לכתוב מי הוא רוצה שיקבל המלצה, מי יכול להמליץ עליו. ואז הוועדה למינוי שופטים פונה לאנשים הללו, מבקשת המלצות עליהם, ויש שם טופס מובנה של חוות דעת. אם שופט רוצה להמליץ על עורך דין מסוים להיות שופט, שואלים אותו איך הוא מכיר את הכישורים האינטלקטואליים של המועמד, את המזג השיפוטי שלו, את הבנתו בחומר, את חכמתו וכן הלאה וכן הלאה; והשופט כותב ומעביר את חוות הדעת, לפעמים יותר מפורטת ולפעמים פחות מפורטת, וגם מסכם אותה בציון, נגיד 7 מתוך 10, 5 מתוך 10 וכן הלאה.

הטופס שחברי הוועדה למינוי שופטים או חברי המשנה מקבלים ביד הוא טופס שנמצאות בו כל חוות הדעת של השופטים. ממליצים על המועמד, ולאחר שכל התהליך הזה נגמר, הוא מוזמן לוועדת משנה. ועדת המשנה מורכבת בדרך כלל מאחד השופטים בוועדה למינוי שופטים, שהוא שופט עליון. הוא עומד בראש הוועדה. משתתפים עוד שני חברים לפחות, אחד חבר כנסת, אחד עורך דין או מישהו אחר, ויכולים גם חברים אחרים להצטרף לוועדה, מי שמעוניין יכול לבוא וללמוד את התיקים ולראיין את האנשים שמיועדים לשיפוט. הריאיון בוועדת משנה נמשך, לפחות לפי ההתנסות שלי במשרד המשפטים, רבע שעה עד עשרים דקות, לפעמים גם פחות מזה. ואז ועדת המשנה קובעת ציון למידת ההתאמה של האיש הזה לשיפוט. בעצם, היא נותנת לו ציון, ב, +, א, ג, ד. מי שוועדת המשנה לא רואה בו בכלל מועמד לשיפוט -

יורד מהפרק. לצערי, במצב הנוכחי, גם לא מודיעים לו שום דבר. פשוט לא מגישים אותו כמועמד.

אם צריך למשל למנות עשרה שופטים בבית משפט השלום - מי יכול להציע את המועמדים? או שר המשפטים או נשיא בית המשפט העליון או כל שלושה חברי ועדה שביחד מוכנים להציע מועמד. אם אני למשל נחשב לכיסא המשפטי וצריך להמליץ על מועמד לשיפוט בדרג השלום שעבר את כל התהליך של המיון וכן הלאה, אז אני מקבל את הרשימה של כל מי שעבר את התהליך של ועדת המשנה ונמצא ראוי לשיפוט. לאחרונה גם חייבנו אותם לעבור קורס השתלמות של מועמדים לשיפוט. עושים שם איזו שהיא הערכה, עוד לא סופר-מקצועית, של כישורי המועמד. אני לא יודע מה עשו קודם. אני אישית נהגתי לראיין בעצמי את כל המועמדים לשיפוט, אחד אחד, חצי שעה, כדי לעמוד מקרוב, או לנסות ללמוד עד כמה שאני יכול, את תכונותיהם של האנשים הללו, לדבר אתם, לשמוע מה הם מבינים בנושא השיפוט, מה תפיסת עולמם - לא תפיסת עולמם כשם שמרדכי קרמניצר מתאר - רציתי לראות איך אני מתרשם מהאיש - פשוט, אני לא יכול להצביע עבור מישהו שאני לא מכיר.

♦ **שלמה כהן:** סליחה, מה זה להתרשם? איזה יכולות יש לך?

♦ **מאיר שטרית:** אני מתרשם מהאיש.

♦ **שלמה כהן:** לי יש יכולת מקצועית של משפטן, למשפטן יש את זה, כמו שלרופא יש את זה.

♦ **מאיר שטרית:** אתה לא יכול להתרשם יותר טוב ממני ואני לא יותר טוב ממך. לכן אחד הנושאים המרכזיים שבעיניי הוא קריטי זה איך בוחנים את כישוריו של האיש להיות שופט. אני הצעתי, במסגרת הוועדה למינוי שופטים שאני עמדת בראשה - היו על זה חמישה דיונים מאוד ארוכים - כל אחד מהם נמשך כמה שעות - שצריך להכניס מבחנים פסיכולוגיים, מבחני אישיות למועמדים לשיפוט, כדי שהוועדה תקבל לידיה דף של אנשי מקצוע שבדקו את האיש מבחן פסיכולוגי לפי חוק למינוי שופטים, החוק שקובע מה הם כישוריו של שופט. אפשר לערוך את זה בתור מבחן ולתת לאיש הזה ציון קונקרטי, ואז כל חבר ועדת המשנה, לפני הריאיון מקבל דף עם גרף שאומר את הציון של האיש הזה.

♦ **אריאל בנדור:** רק מבחנים משפטיים או רק מבחנים פסיכולוגיים?

♦ **מאיר שטרית:** אני מדבר רק על מבחני אישיות לקביעת התכונות

הנדרשות בחוק. חברים, הרי הדבר הזה נעשה היום בכל המגזרים במשק, ככה בוחנים מועמדים לטיס, ככה בוחנים את המועמדים לכל תפקיד ממשלתי בכיר שרי ממשלה - הציבור בוחר אותם. אתה חושב שזה דבר פשוט להיבחר בציבור? אני חושב שאם אנשי מקצוע או מכון מתמחה בתחום, כאלה שעובדים עם השב"כ, עם המוסד, עם כל מוסדות הממשלה יעשו מבחן כזה, אני נותן בידי ועדת המשנה לפחות אלמנט נוסף. אני לא מבטל את כל מה שעושים עוד היום, אבל מציע להוסיף על מה שעושים. אלה אנשים שעובדים בצורה מקצועית. למשל, על אדם אחד ועדת המשנה הייתה רואה בגרף, בציונים שלו, תשע, אבל אם הם מתרשמים ממנו אפס, זה היה מדליק אור אדום לכולם, היו בוחנים אותו יותר לעומק, היו יושבים אתו לא רבע שעה - אלא שעה; בוחנים אותו, שואלים אותו וכו'.

הרמה החוקתית צריכה לתת בסופו של דבר את הגג לכל הפרטים. הרי הפרטים הם החשובים; אלוהים נמצא בפרטים הקטנים. אנחנו מתווכחים על איך ימנו שופט לעליון וחוששים למעמדו של בית המשפט, וחושבים שהוא נשען רק על האמון בבית המשפט העליון. ואני אומר לכם שלא. זה עניין שולי. לדעתי אמון הציבור בבתי המשפט נפגע בגלל העובדה שאנשים מחכים בתור שנה או חמש שנים בשביל לקבל פסק-דין. ראו מה קורה במערכת הפוליטית נגד בתי המשפט. לא היה שבוע שלא היו בו שלושה-ארבעה חוקים נגד בתי המשפט, ואני הייתי צריך לנסות להפיל אותם כשר המשפטים.

♦ **אריאל בנדור:** נניח שאמון הציבור נפגע. זה דבר שאפשר לתקן בחוקה?

♦ **מאיר שטרית:** זה לא בחוקה. זה בפרקטיקה.

♦ **אריאל בנדור:** השאלה היא מה אפשר לעשות בחוקה בעניין?

♦ **מאיר שטרית:** חוקה היא רק ביטוי. את החוקים לצעדים הנכונים צריך לעשות. אז קודם כול צריכים להחליט מה רוצים לעשות, לפני שמגיעים לחוקה. הרי לא עושים חוקה ואחר-כך בודקים אם היא טובה או לא טובה. צריכים לדעת לאן רוצים להגיע. אני חושב שאילו למשל, לגבי מינוי שופטים נעשו בדיקות על תכונותיו של השופט, מבחינה פסיכולוגית, כשם שקובע החוק, היה הרבה יותר קל לחברי ועדת המשנה לגבש איזו שהיא עמדה שנסמכת על משהו. זה לא המכשול האחרון. כי אחרי ועדת המשנה ואחרי המבחן הפסיכולוגי, הם אמורים להגיע לקורס שיפוט, לעוד שבועיים עם פסיכולוגים מומחים שעוקבים אחרי

פעולתם בתוך הקורס, כדי לקבל בסופו של דבר הערכה אמיתית על האיש.

שופט ממונה לכל החיים בעצם, וזה מקובל עליי. הוא ממונה עד גיל שבעים. כל עובד אחר במשק, תמיד אפשר להחליף אותו באמצע, שופט לא. אם אתה עושה טעות, קשה מאוד לתקן אותה. אני חושב שאם היו ממיינים נכון בדרג הכניסה לבתי המשפט, בדרג השלום, אילו היו יוצרים מיון אמיתי, היו נכנסים האנשים הטובים ביותר לבית משפט השלום, ואוטומטית מהם היו מתפתחים השופטים המחוזיים הטובים ביותר, והמחוזיים הטובים ביותר היו מגיעים לעליון. ואני לא פוסל אפשרות של צירוף לעליון מבחוץ, וגם לא של מחוזיים, אנשים שלא היו לפני כן שופטים. אני בהחלט פתוח, ועשינו את זה בקדנציה הזאת.

הכנסנו המון שופטים למחוזי שלא היו בבית משפט שלום קודם. יש פרט אחד בעניין מינוי שופטים שרציתי לדבר עליו, כי יש כל מיני אגדות שהן לא נכונות. אני אומר לכם בתור מי שהיה שנתיים ראש ועדה למינוי שופטים. מינינו 150 שופטים בתקופה הזאת. האגדות שכאלו השופטים מצביעים יד אחת, באים מראש עם עמדה ומצביעים יחד, אינן נכונות. אני שיניתי את שיטת ההצבעה בוועדה למינוי שופטים. בוועדה למינוי שופטים שאני עמדותי בראשה, אם היו, נאמר, שלושים מועמדים והיו רק עשרה מקומות, אני הייתי דואג מראש שתהיה סקירה של כל המועמדים כולם. נתנו חוות דעת על כולם: נשיא בית המשפט העליון אומר את דעתו, אני אומר את דעתי, אחרים אומרים את דעתם. מראש הכנתי פתק הצבעה עם שלושים שמות, ובסוף הדיון כל אחד סימן את העשרה שהוא רצה וספרו את הקולות. מי שקיבל הכי הרבה קולות וקיבל את רוב הקולות המורשים בחוק, עבר. מי שלא, נפל. אף אחד לא ידע מה השני מצביע. אני קיבלתי את הפתקים וספרתי אותם.

♦ **אריאל בנדור:** זה נכון גם בעניין בית המשפט העליון?

♦ **מאיר שטרית:** לא. בבית המשפט העליון, במקרה השני לפחות, הייתה הסכמה מראש על שני שופטים. לא היה לנו שום ויכוח. פה אחד נבחרו. תשעה הצביעו. אני מעיד, שלא פעם אחת שלושת השופטים בוועדה לא הצביעו יחד, וכנ"ל אגב הפוליטיקאים, כנ"ל גם עורכי הדין. הם בכלל נחלקו כל הזמן. בבית המשפט היום, במקרה שלי לפחות, הייתה הסכמה כוללת כמעט פה אחד.

דבר שני, אני רוצה לדבר על החוקה. הרי על מה הדיון? הוא לא על

הקמת חוקה, זה דיון ישן. הדיון הוא על מערכת המשפט בארץ. השאלה היא מה צריך לתקן בהסדר החוקתי. לדעתי, הדבר הכי חשוב במערכת המשפט היום, שחייב לבוא לידי תיקון, זו האפקטיביות של מערכת המשפט. האפקטיביות בשני תחומים: אחד, הזמן שלוקח לאדם מרגע שהוא מגיש תביעה משפטית, עד שהיא מתבררת. אם מגיע פסק דין הוא ארוך ארוך; לדעתי, מעל ומעבר למה שדרוש ולמה שנחוץ. לכן אנשים נכנסים במידה מסוימת לייאוש, לחוסר יכולת להזיז את המערכת. אני ניסיתי להתמודד עם העניין הזה בכל מיני דרכים - בשינוי התקנות, ברפורמה של מערכת בתי המשפט, בהגדלת סמכויות בית משפט השלום. דרושים שני מיליון וחצי בשביל להזיז את המערכת.

הכנסת הגישור בתור חלק מרכזי במערכת, גישור בכל בתי המשפט, נעשתה דרך הפעלת משמרת שנייה, כדי להביא לקיצור התהליכים האלה. אני חושב שמבחינה חוקתית היום, קשה מאוד לאדם למצות את זכויות היסוד שלו במשפט. כי כאשר זכויות הבסיס שלו נפגעות, הוא צריך ללכת למערכת המשפטית. זה עולה לו הרבה מאוד כסף והרבה מאוד זמן. היכולת שלו, הלכה למעשה, לעמוד על זכויותיו, נפגעת בצורה דרסטית. אז אם רוצים לתקן בחוקה משהו שיביא לידי שינוי במערכת המשפט, אני הייתי דווקא מטפל בצד הזה, כדי שתהיה איזו שהיא מסגרת שמבטיחה באמת שאדם יכול למצות את כל זכויות היסוד שלו.

♦ **שולמית אלמוג:** הייתי רוצה להגיב לנקודה הראשונה בקשר למינוי השופטים. לדעתי, יש לה קשר הדוק גם לעניין החוקתי, גם אם לכאורה היא נראית חשובה פחות. יש לה קשר הדוק לעניין החוקתי בגלל שהיא קשורה לשאלה מה אנחנו מצפים מהשופטים לעשות. יתכן שיש משהו מושך בפיתוח כלי אובייקטיבי, מין מבחן, בדומה למה שנעשה בשדה העבודה. שם מקובל מאוד להשתמש במבחנים כאלה. כל מי שרוצה - מאות מועמדים - יבחנו כך, ויהיה לנו דירוג מאוד ברור, מאוד פשוט. הכלי הזה יפותח בצורה מאוד מקצועית, לפי צרכים ספציפיים. אבל אני חושבת שהאינטואיציה של כולנו היא שזה לא יספיק. זה לא יספיק משום שהמטרה שלנו בבחירת שופטים מורכבת יותר והרבה יותר מרובדת מבחירת אנשים שיפיקו הכרעה איכותית בסכסוכים. עמד על זה ידידיה שטרן כשהציע דבר מורכב שהיה רוצה שהשופטים יעשו: יתנו ייצוג לקבוצה ספציפית ועם זאת יבקרו את הקבוצה הספציפית, ותהיה בהם גם רגישות גדולה לכלל. אלה דברים שאי-אפשר למדוד

אותם במבחן מסוג המבחנים שמקובלים.

♦ **אריאל בנדור:** אבל למה מבחן כזה לא יכול לעזור? אף אחד לא מעלה על דעתו שזה הדבר היחיד. למה שלא יהיה אלמנט כזה?

♦ **שולמית אלמוג:** גם בשדה העבודה אין קונסנזוס בקשר לערך של מבחנים כאלה. יש אנשים שחושבים שהמבחנים האלה נותנים לנו תוצאות לא-נכונות. יש טענות בקשר לפגיעה בפרטיות וכבוד שקשורה במבחנים כאלה. זה לא שבתחום יחסי העבודה אנחנו אומרים - "יש לנו כלי נפלא", ואז נותר רק ליישם אותו לתחום אחר. לדעתי, כאשר מדובר בשופטים, ככל שהערכאה גבוהה יותר, הבעייתיות של שימוש במבחן כזה מתגברת, משום שהמטרה מתרחבת. אמרתי קודם שאנחנו צריכים לחשוב על המטרות שלנו. אם מדובר בשופטים שהם בערכאה העליונה ביותר, המטרה היא כבר הרבה יותר מורכבת, היא לא מצטמצמת להכרעות הספציפיות. אפשר לומר שהמטרה הדומיננטית היא מטרה 'ערכית' מדובר במטרה של הכוונת דרך. וזה בדיוק המתחם שבו המבחן לא יעזור לנו; יכול להיות שהוא יקלקל. עם זאת, יתכן שיש מקום לחשוב על הפרדה בשיטת המינוי. כלומר אולי כדאי לפתח כלי של מבחנים פורמליים שיהיה תקף לערכאות הנמוכות יותר, פחות או יותר בסגנון הנהוג באירופה. נניח רק בערכאה הגבוהה ביותר, בין אם נחליט שבית המשפט העליון הוא גם בית משפט חוקתי ובין אם לא, הכלי הזה לא יהיה רלוונטי או שנפתח כלי אחר. אני חושבת שאפשר לחשוב על פיתוח כלים שונים לפי מטרות שונות, ואולי להפריד את דרכי הבחירה והבחינה של התאמת שופטים לפי הערכאה שהם אמורים לכהן בה.

♦ **מאיר שטרית:** אני רוצה רק להעיר הערה: בבית המשפט העליון יש בערך 4,000 תיקים מדי שנה בשנה. בבתי משפט שלום יש בשנה בערך 600,000 - 700,000 תיקים. הדבר המרכזי שלצורכו נדרשים שופטים, זה להכריע. בשביל זה אנשים באים לבית משפט. יש חילוקי דעות בינינו - תכריע. זה הדבר החשוב ביותר ברוב מערכת המשפט.

♦ **זהבה גלאון:** אני רוצה להעיר שתי הערות בקשר לוועדה למינוי שופטים, אני מקבלת את ההצעה שהציעו מרדכי קרמניצר ואחרים, לא להגדיל את הנציגות של הפוליטיקאים בוועדה למינוי שופטים. אני גם רוצה להזהיר מפני לגיטימצית יתר לרשות המחוקקת. מאחר שאני תומכת באי-הגדלת הנציגות, אני חושבת שכל הדיבורים בעניין הפוליטיקאים, בסופו של דבר יהוו חרב פיפיות, כי גם מי שירצה לקדם

את כל הנושאים האלה ימצא את עצמו, אני חושבת, אולי זה קצת מוגזם לומר, מגן על ה"גילדה" בגלל הדה-לגיטימציה ל"גילדה".

הערה נוספת היא, קצת בקשר לדברים של מאיר שטרית, אבל זה גם קשור בהערות שנשמעו, איך בוחנים, אילו כלים אפשר לתת כדי לדעת איך לבחור את השופטים. אני ממש רוצה להזהיר מפני הרעיון שהעלה כאן מאיר שטרית, זה מבחינתי איזה שהוא ניסיון להיאחז במקסמי שווא, כמו אותו טובע הנאחז בקש - עכשיו זה בחינה פסיכולוגית ומחר זה יהיה גרפולוגיה, ומחרתיים - פוליגרף. אני מציעה להיזהר. נכון שיש רצון שיהיה איזה שהוא כלי. אולי לבתי המשפט הנמוכים יותר או לערכאות הנמוכות יותר זה מתאים. אני מודה שאני לא מתלהבת. אני חושבת שמרוב שאנחנו מחפשים מישהו מבחוץ, מדיסציפלינה אחרת שאולי ייתן מענה למה שלא מצליחים כאן, נוצרת בעיה. אני מאוד תומכת בבחינת השקפת העולם של השופטים, אף על פי שמתעוררת השאלה איך בודקים השקפת עולם. אנחנו החלפנו על זה כמה מילים. אין לנו כאן מערכת של שימוע, אבל אני חושבת על הגישה הנחרצת הזאת ש"אף אחד לא יודע מה דעתי הפוליטית או למה הצבעתי בבחירות" - שאולי לא צריך לדעת מה הצבעת בבחירות, אבל אני די מוטרדת מזה שאנחנו לא יודעים מה השקפת העולם. אני אקח נושא שאני מקווה שהוא לא שנוי במחלוקת - שופטים ושופטות שנדרשים לדון בתיקים של אלימות נגד נשים. אנחנו שומעים התבטאויות וקוראים פסקי-דין ואחר-כך גם גזרי דין מחפירים של שופטים בכל הנושאים האלה. אז לא חשוב לדעת מה השקפת העולם של אותם שופטים, למשל בנושאים האלה! אני לא יודעת איך מפתחים מנגנון כזה. כשהאנשים האלה באים להיות מועמדים לתפקידים האלה הם באים מאיזה שהוא רקורד של עשייה, של כתיבה, של התבטאויות. אני חושבת שהדברים האלה צריכים להיות מובאים בחשבון.

♦ **יורם טורבוביץ:** אעיר כמה הערות, לאו דווקא לפי סדר החשיבות. אני חושב שבדיון הקודם הייתה איזו קוטביות. קודם כול דובר על הפוליטיקה כמלאכה מאוסה ועל השיפוט כפרופסיה מכובדת נטולת אינטרסים. אז גם אלה וגם אלה עושים פעולות מאוד חשובות, זה ברור, זה חלק ממשחק הכוח ובהגדרה; ואף אחד לא דיבר על מה זה פוליטיקה. אבל כשהוועדה למינוי שופטים יושבת ועושה דיל כזה או אחר, היא עוסקת בפוליטיקה. כשנשיא בית המשפט העליון רוצה להיות יושב ראש הוועדה למינוי שופטים הוא עוסק בפוליטיקה. כמובן,

אני לא רואה בכך שום פסול, אבל הסוגייה היא אצל מי הכוח, הוא חושב שהוא יקדם מטרות חיוביות על-ידי זה. כמו הביטוי 'פוליטיקאי מתוסכל', שהוזכר כאן, יש גם 'שופט מתוסכל'. הנשיא ברק אומר: "אבל אנחנו צריכים לבחור את השופטים הכי טובים", זה ברור. על זה לא יהיה ויכוח, זה כמו אצל השופט מנחם אלון, "ועשית ישר והטוב" כנקודת מוצא נכונה. כולנו רוצים זאת, השאלה היא איך. אני לא חושב שמקדם אותנו לומר את "הכי טובים". ברור שאת זה אנחנו רוצים, ויש איזו שהיא בעיה, ואני לא האדם שהולך להציע כעת איך לפתור אותה, אבל אני רוצה להצביע עליה: התחושה שאנחנו מקבלים מהמערכת השיפוטית, וזה תמיד כך, וזה טבעי, היא שהמצב מאוד טוב. אני לא חושב ששביעות רצון היא במלואה נכונה. היא נכונה יחסית, בלא ספק, כי אם בכנסת מדברים על זיוף קולות ועל השאלה אם צריך להיחקר או לא צריך להיחקר אז בטח שמערכת המשפט היא יהלום נוצץ. אבל אם אנחנו מסתכלים עליה כשלעצמה ואנחנו בוחנים - ואת זה ודאי אי-אפשר לעשות במסגרת הקצרה כאן - אבל כל אחד לעצמו שמסתכל על המינויים השונים יודע כיצד פלוני מונה וכיצד פלונית מונתה, וזה נכון לערכאות גבוהות יותר ונמוכות יותר. יש מקום למכביר לשיפור. והשאלה שצריך להתמקד בה היא איך עושים את זה, וצריך להיזהר מאוד משביעות רצון, כי אני חושב קודם כול שהיא איננה מוצדקת וגם שהיא תמיד הרת קשיים.

אני חושב שבתהליך שהיינו עדים לו בזמן האחרון פתאום נקרע איזה מסך מעל דיוני הוועדה ונוצרה איזו שקיפות, ואז אמרו בוקר אחד, "זה בטח לא תהליך מועיל". נדמה לי שהיה זה צ'רצ'יל שאמר: "Familiarity Brings Contempt", אז כשאנחנו שומעים איך פלוני לא מונה או פלונית לא מונתה, לא נוצר אצלנו כבוד גדול יותר למערכת. מצד שני, יכול להיות שלא נוכל לראות תהליך של תיקון מבלי שתהיה הביקורת הציבורית. מערכת השיפוט, כשהיא עוסקת בענייני מינויים, שזה לא לשבת על כס המשפט, היא בסופו של דבר מערכת אנושית כמו כל מערכת של תן וקה, והתיעול של הדברים ביתר שקיפות רק יוכל להועיל. בעקבות שביעות הרצון שלה - יש למערכת, אני חושב, מעט מדי יכולת לתקן טעויות, ואנחנו מכירים הרבה מקרים טעוני תיקון שלא זכו לתיקון מהיר דיו בערכאות נמוכות. אני זוכר שלמדנו משפט השוואתי. הסבירו אז שבבית משפט שלום באנגליה יש משהו שנראה כמו בית מקדש. אבל לבית המשפט העליון באנגליה אין מבנה מאוד מפואר.



למה? כי אומרים שכשבאים לבית משפט שלום, צריך מאוד לחזק את הכבוד של המתדיינים. במשפט יש הרבה מרכיבים טקסיים ופורמליים, ואני לא מזלזל בהם בכלל. מצד שני, כשאתה בא לשבת עם עצמך ולנקוט עמדה, יש בעיה. אבל אנחנו צריכים לחשוב היטב, בינינו לבין עצמנו, בינינו לבין מי שאנחנו יכולים ומסוגלים לדבר אתו בפרטיות, והיום בארץ הקודש זה דבר שהולך ונהיה קשה. יש למערכת הרבה מאוד עניינים שצריך לתקן.

בערכאה העליונה אני רואה מגמה אחרת, הצביעו עליה הבוקר. פעם בית המשפט העליון היה בנוי משעטנז תרבותי שיצר מערכת ערכית מאוד מעניינת; היום יש התכווצות של השעטנז. המערכת צריכה לבדוק את עצמה והיא לא עושה מספיק. המשוב בא לטפל בתחושה אמיתית, ולא ראיתי שנתנו לה ביטוי אחר, וראוי לתת כזה.

בעניין השינוי המבני שדובר עליו פה - שבבתי המשפט המחוזיים השופטים מתאגדים נגד שינוי מבני - מה זה אם לא פוליטיקה? דומה למצב שבו עמיר פרץ מתנגד לעוד נמל באשדוד. בסופו של דבר, אלה החיים. זאת אומרת, מי שלא מבין שהוא צריך להתמודד גם עם שאלות כאלה, שלא ייכנס למטבח הזה. אבל אין ספק שכבר מזמן היה צריך לעשות ערכאה ראשונה שתדון בכל הנושאים. אם מדברים על חוקה, זה לא יכול להיות מחר בבוקר, דרושה תקופת הסתגלות, ויש בעיות אנושיות שצריכים להתמודד אִתן, אבל בלא ספק, צריך שיהיו שניים, שלושה בתי משפט לערעורים - צריך לחשוב על כך. אני זוכר מהתקופה שהייתי מתמחה - ימים שלמים בית המשפט העליון ישב ודן בשאלות שלא בית משפט עליון צריך לדון בהן, וזה נושא שהיה צריך להיתקן מזמן.

♦ **שלמה כהן:** אני חושב שאין בעיה רצינית בעניין מינוי שופטים. יש לנו שיטה טובה מאוד לדעתי, באמת אחת מהטובות בעולם. כל פעם כשאנחנו נכנסים לוויכוח הזה, שואל אותי בעיקר מיקי איתן: "אז אם השיטה כל-כך מצוינת, למה לא מחקים אותה בהרבה ארצות אחרות בעולם?". התשובה היא שברבות מהמדינות האחרות, אולי בגלל שהן פועלות בתחום הזה הרבה יותר זמן מאתנו, הפוליטיקאים רכשו עמדות כוח הרבה יותר חזקות בענייני שופטים, ופוליטיקאים לא מוותרים על כוח. זאת אקסיומה מהחיים. לא רק פוליטיקאים, אבל בעיקר פוליטיקאים, עוסקים במאבק על כוח וחלוקתו. אפילו במדינה מתורבתת יחסית כמו אנגליה, המינויים מאוד פוליטיים, עם מסורת

ארוכת ימים של מה מותר לפוליטיקאי ולעשות ומה אסור לפוליטיקאי לעשות. זו מסורת כבדה מאוד של ריסון עצמי, ואצלנו היא כמעט לא קיימת. בגרמניה זה אותו דבר. אהרון ברק הזכיר קודם את בוש נגד גור בארצות-הברית. בכל השיטות האחרות יש מעורבות כבדה מאוד של פוליטיקאים. במדינות שבהן יש מסורת כבדה של ריסון עצמי של פוליטיקאים, השיטה עובדת לא רע. במדינות שבהן אין ריסון עצמי של פוליטיקאים, השיטה עובדת יותר גרוע. לנו יש שיטה שנטרלה במידה מאוד סבירה את ההשפעה הפוליטית על בחירת השופטים, וזאת שיטה מצוינת. כשאנחנו נפגשים עם העמיתים שלנו בכל העולם ומספרים להם על השיטה הזאת, עיניהם יוצאות מחוריהן בהערצה והם אומרים "הלוואי שהיינו יכולים ליישם שיטה כזאת אצלנו". אין בעיה משמעותית; זה לא שאין מינויים בעייתיים - יש כישלונות במינויים, גם מהזמן האחרון. אבל אני לא מכיר שיטה אנושית שלא נכשלת מפעם לפעם ולא טועה. השאלה היא אם מישהו יכול להציע שיטה טובה יותר. אני לא מכיר שיטה טובה יותר. וכולם טועים, הלא בשגיאות בבחירת שופטים יש טעויות: השופטים דוחפים מינויים בלתי-ראויים, הפוליטיקאים דוחפים מינויים בלתי-ראויים, לכל הערכאות, מהשלום ועד בית המשפט העליון. אבל בסך הכול, התוצאה טובה. והמשוב שהזכיר יורם טורבוביץ, שהוא כלי מדעי סטטיסטי מצוין לבחון הערכה מקצועית של שופטים על-ידי בעלי המקצוע שמכירים אותם טוב יותר מכל גורם אחר, הראה בראש ובראשונה שרוב עורכי הדין נתנו לרוב השופטים הערכות גבוהות עד גבוהות מאוד. זאת אומרת, הבקרה המקצועית הראתה שהתוצאה בסך הכול טובה מאוד.

כמובן שבסיקור התקשורת נתפסו אולי לקצוות, גם פה וגם שם. הבעיה שלנו היא אחרת, ואני מציע לא להתמקד בכלל בנושא של בחירת שופטים, כי הוא לא נושא בעייתי, לפי דעתי. הוא זכה להרבה תשומת לב בעיקר בשנתיים האחרונות, כי בגלל איזה צירוף מקרים מוזר, אנחנו פתאום בארבע-חמש שנים, מחליפים את כל בית המשפט העליון, וזה באמת אירוע דרמטי בממדים היסטוריים. והוא יוצר המון המון תשומת לב והרבה מאוד בעיות. הבעיה היא שמבקשים להתמקד במעמד הרשות השופטת, במושגים חוקתיים. ראשיתה בתנ"ך והמשכה במגנה כרטא, בשאלה של ריסון השלטון. כל הקונספציה של הדמוקרטיה היא שהשלטון הוא לא כל-יכול ומי שצריך לרסן אותו זה קודם כול הוא עצמו; אבל לא צריך לצפות ממנו ליותר מדי בעניין הזה, ולכן יש

רשות שופטת, ולה יש שני תפקידים: יש לה תפקיד אחד של הכרעה בסכסוכים בין אזרחים, ויש לה תפקיד שני של הכרעה בסכסוכים בין אזרח לבין השלטון, ברמה הפלילית או ברמה החוקתית. המאבק הזה בין הרשות שרוצה להפעיל את כוחה לבין הרשות השופטת שאחד מתפקידיה העיקריים הוא לרסן את השלטון יוצר מתח מתמיד. אני חושב שבלי שניכנס לפרטים כאלה או אחרים טכניים, ברור לגמרי שבית המשפט בהרכב כזה או אחר, בסמכויות כאלה או בסמכויות אחרות, צריך להיות גורם בעל כוח וסמכות לרסן את השלטון, כדי שלא יחרוג מהסמכות שלו ולא יפעל בניגוד לעקרונות בסיסיים של משטר דמוקרטי.

♦ **אריאל בנדור:** צריך לשנות משהו מהמצב הקיים עכשיו?

♦ **שלמה כהן:** אני מיד אגיע לזה. אבל קודם כול צריך להגיע לקונספציה הבסיסית, כי בעשר השנים האחרונות מאז שמאיר שמגר פתח את נושא השפיטות, ומאז שבית המשפט בעקבות הרחבת זכות העמידה, גם נכנס לתחום רחב יותר של נושאים, יש מתקפה גוברת והולכת על בית המשפט העליון שממלא את תפקידו בריסון השלטון; וההתקפות הן בדרך כלל מצד הקבוצות שביקשו לנצל כוח שלטוני כזה או אחר כדי להשיג דברים וניסו לגרום לשלטון לפעול או מוחץ לסמכות או לא בסבירות או לא בהגינות או בדרך אחרת שאיננה מתיישבת עם עקרונות דמוקרטיים בסיסיים. השלטון קיים למען הציבור, הוא צריך להיות שלוח נאמן של הציבור, הוא צריך לפעול בסבירות ובהגינות. וכשהוא לא עושה את זה, צריכה לבוא התערבות, וההתערבות צריכה לבוא רק מצד הרשות השופטת; וככל שהיא עושה את זה יותר, היא משרתת את הדמוקרטיה יותר וחותפת יותר התקפות. מה שהשתנה בשנים האחרונות, היא מעורבות קצת יותר גדולה של בית המשפט. אבל האמת היא שהשוואה הוגנת בין מה שעשה בית המשפט בעשרים השנים האחרונות לבין מה שעשה בית המשפט העליון בעשרים השנים הראשונות של המדינה פועלת לחלוטין באופן שמראה שמה שעשה בית המשפט בעשר השנים הראשונות של המדינה כבד ומשמעותי פי עשרה, חצוף יותר, אמיץ יותר - אני לא אומר את זה בביקורת - והרבה יותר אקטיביסטי בלא ספק. כשקם בית משפט עליון בשנות החמישים במדינה במצור, עם כלכלה מתפוררת, עם דמוגרפיה מתפוצצת ומעז להגיד לשלטון - "אתה לא סוגר עיתון", או מעז להגיד לשלטון, "אתה חייב לקבל איזה חירותניק שאתה לא אוהב, ואתה חייב לקבל אותו

לתוך שורות העבודה במשרד החינוך", זה דורש פי עשרה אומץ מלפסול היום חוק בנק מזרחי או משהו כזה. מה השתנה? השתנתה תרבות השלטון, השתנתה הנכונות של השלטון בישראל להכיר במגבלות של הכוח שלה ולהרכין ראש בפני עקרונות של משטר דמוקרטי אמתי שבו בית המשפט הוא הסמכות המוסמכת להגביל את השלטון ולרסן אותו. ואז השלטון מנסה לחפש מכאן ומשם, דרכים להימלט מהאימה הזאת שמציקה לו. זה בא לידי ביטוי בכל מיני אופנים, זה בא לידי ביטוי מאוד בולט בדברים שאמר רובי ריבלין לפני כמה שבועות על בית המשפט העליון. האשימו אותו בעריכת פוטץ' - לא פחות ולא יותר. בטיעון הזה חוזר ונשנה הדבר שעליו כנראה נמשיך להתווכח, בעניין אמון הציבור. בית המשפט שומר בקביעות על רמת אמון ציבור גבוהה מאוד, הגבוהה ביותר בין כל מוסדות השלטון, למעט צה"ל. בסך הכול שיעור האמון של הציבור נשאר בסביבות 80 עד 85 אחוז. אבל גם "מעריב" וגם "ידיעות" עשו סקרים בחודשים האחרונים, והסקרים הראו בין 80 ל-90 אחוז. שיעור אמון גבוה מאוד, כמעט בלא תקדים לעומת מוסדות שלטון אחרים. זה בלא תקדים בהשוואה לשיעור האמון של הציבור בבתי משפט במדינות אחרות. באירופה ובארצות-הברית זה קרוב יותר ל-50-60 אחוז. יש פה איזה שהוא טיעון דמגוגי שאומר "בית המשפט עושה משהו שאני לא אוהב שהוא עושה, ולכן הציבור הפסיק להאמין בו". ההפך הוא הנכון, בית המשפט עושה מה שהציבור מאוד רוצה. והציבור מאוד מוקיר את העובדה שיש בית משפט מקצועי ואמיץ ועצמאי, ולכן הוא נותן בו אמון בשיעור גבוה. אבל מי שרוצה לתקוף את בית המשפט מציג תמונה שמתבססת על זה שיש מידה הרבה יותר גדולה של התבטאויות תוקפניות מאוד כלפי בית המשפט, ברובן הגדול אלו או התבטאויות שמתבססות על תשתית ערכית רעועה לחלוטין או על בורות מוחלטת בהבנת מנגנוני הדמוקרטיה, כמו במקרה של רובי ריבלין. הדבר הנחמד ביותר יקרה היות והגלגל מתהפך כל הזמן, והנה למשל עכשיו ש"ס מוצאת את עצמה מחוץ לקואליציה, ופתאום הולכים לעשות לש"ס כמה דברים שבעבר לא העזו לעשות לה, כי היא הייתה בתוך הקואליציה, ואנחנו נראה כמה מהר היא תגלה את בג"ץ ותרוץ אליו ותדרוש לחזק אותו. כל אלה שתקפו את בג"ץ בצורה מאוד מאוד אלימה בשנים האחרונות, כשהגלגל מתהפך הם יגלו את בג"ץ וירצו לחזק אותו.

♦ **עמוס שפירא:** אני רוצה להתמקד בפן החוקתי של בית המשפט העליון,

בתפקידו החוקתי, בהקשר של מינויים. אבל לפני זה אולי אעיר הערה צדדית. אם אנחנו נוקטים במבחן התוצאה של הצמרת השיפוטית שלנו, דומני שהציון שראוי לתת לה הוא גבוה. אני חושב שעל-פי כל קנה מידה השוואתי, אם אנחנו משווים את השופט העליון הממוצע הישראלי, או את מיצוע שופטי בית המשפט העליון שלנו מהקמת המדינה ועד היום, למוסדות דומים במדינות שנחשבות בעינינו מתוקנות, בין באירופה, בין בארצות-הברית, בכל מה שקשור בישרה האישית, באינטליגנציה, בידע, בהשכלה, בתפקוד מקצועי של שופט עליון - הציון שיש להעניק לשופטינו הוא ציון גבוה. בסוגריים אוסיף - ואני מצטער שמאיר שטרית לא נמצא כאן, ומבלי לרצות להקניט - שאם היינו עושים השוואה דומה בין המיצוע לאורך השנים של הפרלמנט הישראלי, של חבר הכנסת הישראלי, לעומת עמיתו בפרלמנט הבריטי או באספה הלאומית הצרפתית או בקונגרס האמריקני, אני לא בטוח שהיינו מקבלים תוצאה דומה. לחלוטין לא. עם זאת, אני מקבל את התיזה שהעלו היום בעיקר חוקרי המכון, ולא בפעם הראשונה - גם מרדכי קרמניצר, גם ידידה שטרן, גם רות גביון - שיש קשר ישיר בין הפונקציה שבית המשפט נוטל על עצמו, בפן החוקתי, קרי פיקוח שיפוטי חוקתי, לבין הכישורים הנדרשים למינוי, ובסופו של דבר גם עם הליך המינוי. ההליך הזה אמור לאתר את הכישורים הנדרשים הללו. כל עוד גרסנו שבית המשפט, לרבות בית המשפט העליון גוף מקצועי טהור שעוסק אך ורק בעניינים מקצועיים מובהקים, במנותק מערכים פוליטיים, חברתיים, תרבותיים ואידאולוגיים, אזי הליכי הבדיקה והמינוי הנקוטים אצלנו מימים ימימה היו הגיוניים. רצינו לבחון כישורים כמו ישרה אישית, כמו כושר החלטה, כמו ידע החוק, וזה היה בסדר גמור. זה מה שחתרנו אליו. אלו היו הכישורים שגרסנו שראוי ששופטינו יהיו מבורכים בהם. אבל כיום, נדמה לי שאנחנו יותר ויותר מודעים ומסכימים לכך שהפונקציה החוקתית החשובה כל-כך של בית המשפט העליון, כמוסד שמפעיל ביקורת שיפוטית חוקתית, כרוכה בהשפעות ובשיקולים ערכיים של השקפת עולם, אידאולוגיה, מדיניות חוקתית רחבה, עמוקה וארוכת טווח. ולכן מטבע הדברים, אנו חייבים לשאול את עצמנו אם לא מן הראוי שנשקול תכונות ונטיות בנוסף על הכישורים המקצועיים והאישיים המובנים מאליהם. זה הופך להיות רלוונטי. אי-אפשר להתחמק מזה, לדעתי. אך השאלה היא מי יבדוק את הכישורים הללו ועל סמך אילו אמות מידה, באילו כלים. כאן

השאלון, או המבחן הפסיכומטרי, או מבחן האינטליגנציה, או הפוליגרף, וכיוצא באלו אמצעים שמאיר שטרית הזכיר, לא יצלחו. מכשור כזה אינו יכול להעריך השקפות-עולם ערכיות. פרופ' קרמניצר הציע קודם, תוספת של אקדמאים לוועדת המינויים. האם זה יעזור? האם זה יאפשר את הבדיקה הערכית-אידאולוגית? יש להניח שגם לחברי הוועדה למינוי שופטים, לכל אחד ואחת מהם, יש אג'נדה אידאולוגית ערכית משלו או משלה, וגם זה עשוי להשפיע על הבדיקה שהם יבדקו. האם נטיל עליהם איזו שהיא נוסחה קבועה מראש של איזה שהוא מיצוע, איזון, תמהיל - אחד בעל השקפת עולם סוציאל-דמוקרטית, בתחום מדיניות חברתית-כלכלית ואחד שהוא חסיד של מילטון פרידמן או של בנימין נתניהו בתחום הזה? אני לא יודע איך עושים את זה. כמובן שהרבה יותר קל, במודלים פוליטיים גלויים וברורים של בחירת או מינוי שופטים, כמו שזה בארצות-הברית, או בחלק ממדינות יבשת אירופה. בית-משפט חוקתי (הנפרד מהמערכת השיפוטית הרגילה) הוא בית משפט פוליטי. המינויים הם פוליטיים. שופטים ממונים לעתים על סמך הרקורד הפוליטי ואפילו המפלגתי שלהם. במודלים פוליטיים כאלה, התשובה הרבה יותר פשוטה, משום שהם מודלים חד-משמעיים. לא כך המצב אצלנו. ולכן אנחנו מתלבטים, מגששים ומהססים.

♦ **צבי ענבר:** הסוגיה הראשונה שאעסוק בה מהבחינה החוקתית היא הסדרת השאלה של ביטול חוקים.

לי נדמה שזאת אולי הסוגיה החשובה ביותר, מפני שזה מה שגורם למתח בין הכנסת לבין בית המשפט, וגם חלק גדול מהציבור לא מבין בדיוק איך אוכלים את זה, והיחס שלו לבית המשפט הוא תוצאה של זה. נראה לי שזה דבר שמחייב קודם כול הסדרה ברמה החוקתית, והייתי קובע, אילו הדבר היה תלוי בי, שלבטל חוק יוכל בית המשפט העליון בהרכב מורחב. ואם שאלה כזו עולה בפני בית משפט נמוך, ואין ספק שמן הדין שהיא תעלה בבית משפט נמוך, ובעיקר בבית משפט שלום בסוגיות של מעצרים ועברות פליליות, הייתי קובע שאם בית משפט נמוך רוצה לדחות טענה כזו, תהיה לו הסמכות לעשות זאת, אבל אם הוא סבור שיש מקום לקבל טענה כזו, עליו להביא אותה לבית המשפט העליון, ושם כמובן גם המדינה תתבקש להציג את עמדתה, מפני שאחד הדברים שבתי משפט נמוכים אולי לא מורגלים אליו זה לבקש התייצבות של היועץ המשפטי לממשלה, ואפילו בסכסוך אזרחי. מה קרה בעניין בנק המזרחי? הניה שטיין ז"ל ביטלה את התיקון השני

לחוק גל, ועד יומה האחרון לא הייתה מוכנה להודות שהיא טעתה ולא הייתה מוכנה לקבל את פסק דין בערעור של בית המשפט העליון שניתן בהרכב של תשעה או 11 שופטים. אבל בדבר אחד היא הודתה שהיא טעתה, בכך שהיא פסקה בין שני צדדים אזרחיים בלי לבקש את היועץ המשפטי לממשלה להביע את דעתו. איך יעלה על הדעת דבר כזה בסוגיה של ביטול חוק?!

♦ **אריק כרמון:** זה לא פותח את הדלת לעורכי דין מתוחכמים להפגין את בית משפט השלום בטענות חוקתיות בהליך נגדי?

♦ **צבי ענבר:** ראשית, זה פתוח היום. מבחינה חינוכית אני חושב שזה מצוין שנוער לומד שצריך לטעון טענות חוקתיות.

בוודאי שגם כאן, כמו בכל הדברים האחרים, האיזון הוא מילת המפתח. וזה שאמרתי שלא כל בית משפט יוכל להחליט, זה לא מפני שזה לא נכון משפטית, אלא כמו בכל דבר אחר, צריך לחכות עד שתבשל העת, עד שהציבור יהיה מוכן לקבל את זה. מבחינה משפטית זה נכון שבית המשפט צריך לדון בכל טענה משפטית. אבל עוד לא. התגובות הציבוריות הן כאלה, וגם של הכנסת, שיש צורך שהכנסת תתעשת ותחוקק. זו הנקודה הראשונה שיש לי בה עמדה.

השאלה השנייה שנראית לי חיונית במערכת המשפטית זה הסדרת ערכאות לשיפוט, כך שבית המשפט העליון יוכל למלא את שני התפקידים שיש לו: הראשון, ההכרעה בסכסוכים משפטיים אמתיים, וכאן אני שומע מפי עורכי הדין את עיקר הטענות. הם אומרים: "אצלי ערעור מחכה שלוש-ארבע שנים עד שבית המשפט מכריע בו". אבל כשיש איזה בעיה עם הכנסת, אז מיד, בתוך יום, בית המשפט העליון מתכנס. אבל בסכסוכים האמתיים הוא לא מכריע. וכולנו יודעים שעניין התמשכות המשפטים גורם לבעייתיות באמון הציבור. והגדרה נכונה של ערכאות השיפוט שתביא לידי כך שהדיון בענייני היום-יום לא ייתקל בערכאות סתומות, חשובה מאוד לאמון במערכת המשפט.

♦ **אשר אריאן:** בוויכוח הזה על האמון, הסקרים מלמדים שיש פחות אמון מכפי שהיה. אבל הפחות הזה הוא באמת גבוה מאוד, הוא 70, 75 אפילו 80 אחוז. יש פער בין השאלה על אמון במערכת השיפוטית לבין השאלה על אמון בבית המשפט העליון; והתוצאות הן לטובת העליון 10-6 נקודות בכל סקר. נכון מה ששלמה כהן אמר על ההשפעה - אנחנו בין המדינות הגבוהות ביותר באמון שהקהל רוחש לבית המשפט

העליון. נכון שיש כרסום בשנים האחרונות, אבל נדמה לי שבהשתתפות רחבה יותר הציון עדיין גבוה. הייתה לנו שאלה בסקר האחרון על ביטול חוקים - בית המשפט העליון וביטול חוקים. לא נכון שהקהל מתנגד לזה או פוחד מזה או לא מעוניין בזה. בשיחות שלי עם קהל, אני צריך להסביר מה זה.

אני רוצה לעסוק בעוד נקודה שהועלתה פה - דיברנו הרבה על המשפט האמריקני. המינוי הפוליטי האמריקני הוא פדרלי בלבד. ה- action הפוליטי השיפוטי באמריקה, הוא בתוך המדינות, ולא בפדרלי. במחצית המדינות משתמשים ב-Missouri plan. ה-Missouri plan מאפשר בווריאציות שונות לוועדה מקצועית להציע למושל רשימת אנשים מתאימים למינוי, והמושל בוחר מתוך הרשימה. הוא משמש מעין ועדת מינויים ועושה מעין סינון מוקדם.

לי נדמה שאנחנו עושים עוול בדיון הזה בהשוואה של חברי הכנסת עם המערכת המשפטית. יש שתי פונקציות שונות לחלוטין בכל אחת, ייעוד שונה - ונדמה לי שזהבה גלאון צודקת: דה-לגיטימציה, אפילו בדיון שלנו, וודאי הבוקר, איננו רצוי. לפוליטיקאי יש תפקיד שונה לחלוטין, יש לו ייעוד אחר. לשופט יש ייעוד מקצועי יותר. הבעיה עם הפוליטיקאי, כמובן, היא שהוא חייב להיות בכל המקצועות. הוא חייב להבין הכול בכל נושא, כי הוא מצביע בכל נושא, והשופט הרבה יותר. זה לא פותר כמובן את המערכת השיפוטית מהביקורת שאנחנו שומעים. אבל נדמה לי שאנחנו הופכים את הבעיה. המערכת השיפוטית, קולטת או סופגת את הבעיות של החברה, ואנחנו מסתכלים על השיקוף הזה ומייחסים את הבעיות לבית המשפט. נדמה לי שהבעיה מתהפכת. נכון שיש ביקורת על בית המשפט, אבל מקור הבעיה הוא לא בבית המשפט דווקא, אלא בבעייתיות של החברה כולה. אבל זה ודאי גם נכון במה שקשור בכנסת. לפני שנה-שנתיים-שלוש זה היה נכון במה שקשור בצה"ל. הייתה תקופה שהסיטואציה החברתית-פוליטית-מדינית הביאה לביקורת קשה מאוד על תפקוד הצבא. אינני יודע אם הצבא באמת השתפר בשנים האחרונות. אני יכול להגיד לכם שאחרי המלחמה בעיראק, הסקרים מלמדים שצה"ל הצליח באופן בלתי-רגיל.

לא הייתי מתלהב יותר מדי מסקרי דעת קהל. אנחנו צריכים להתרכז בדיון היום בחוקה; והאלמנטים של הדיון חייבים להיות החוקה, הכנסת ובית המשפט. החוליה החסרה לנו היא החוקה. כלומר היחסים בין הכנסת לבין בית המשפט ומינוי השופטים וכל הנושאים האחרים הם



יחסים שונים בלי חוקה. ולכן אני חוזר לחוקה, ונדמה לי שבחוקה חייבים להיות עקרונות, לא עקרונות ניהוליים, ודאי שזה חשוב, אבל נדמה לי שלא זאת הבעיה הקונסטטוציונית, הבעיות הקונסטטוציוניות הן מבנה, מינוי שופטים וביקורת שיפוטית. אלה שלושת העקרונות שאני הייתי מציע בחוקה.

♦ **אריה האן:** אתמול התקיים אצלנו בכנסת דיון, בלשכת היושב ראש, בעניין הנושאים שאנחנו מעלים היום. ואחת ההצעות שעלתה, אולי היא יכולה להיות הצעת ביניים בנושא של ביטול חוקים, הצעה זו מבוססת על-פי השיטה הבריטית - לפיה לבית המשפט העליון תהיה סמכות להחזיר לכנסת חוק שהוא ימצא לנכון להחזירו, והוא יאמר לכנסת - או-קיי, תחוקקו אותו מחדש.

♦ **עמוס שפירא:** באנגליה קיים אלמנט נוסף, שאין אצלנו. זוהי ההשתייכות, ובמידה מסויימת הכפיפות, של המערכת האנגלית למשפט ולשיפוט האירופאי.

♦ **אריה האן:** זה ניסיון ללכת בדרך ביניים מול המתח הקיים היום בעניין הוועדה למינוי שופטים. גם אני חושב שהשיטה שלנו טובה - אני לא חושב שצריך להוסיף ואני לא חושב שצריך לגרוע, אבל צריך לשים לב למה שקורה. אם לאיוש שני מקומות פנויים מביאים שני מועמדים בלבד ומשתתפים בהצבעה חמישה או ארבעה מתוך תשעה, זה נראה רע.

לכל אחד יש המבחן שלו. לי יש מבחן האימא: אשה בת 59 היא צופה בטלוויזיה וקוראת עיתונים, וממנה אני שומע מה חושב הציבור. זה מבחן בוזגלו האישי שלי.

אני רוצה להעלות עוד שאלה אחת לדיון, אולי קצת צדדית, אבל חשובה וקשורה בנושאים שלנו. זאת השאלה שלדעתי היא בסיסית, על מידת המעורבות של כל רשות בפעולה של האחרת. אני שואל את עצמי ואני שואל גם את הסובבים את השולחן הזה, הייתכן שהשופטים יבואו לדיונים של הרשות המחוקקת כדי להשפיע על מהלך החקיקה? אם כן, אז אני שואל אם מותר לחבר כנסת לבוא לבית המשפט ולהגיד לו "אני רוצה להסביר לשופט מהי כוונת המחוקק".

♦ **מאיר שמגר:** אני רוצה להגיד לך ששופטים מעולם לא מתכוונים לבוא לאולם המליאה.

♦ **אריה האן:** ברוב המקרים אולי זה נכון, אבל לא בכולם. היו גם מקרים אחרים, היו גם מקרים ששופטים נכחו בהצבעה. עצם הנוכחות

שלהם - כבר יש בה השפעה. זו שאלה ששמתי לפתחכם; אם יהיה לכם זמן, תעסקו בה.

♦ **סביונה רוטלוי:** מוזר בעיניי שאנחנו מייחדים כל-כך הרבה זמן לעניין מינוי שופטים. אני מהרהרת למה זה קורה, כנראה בגלל מה שקורה במדינה בשנה-שנתיים האחרונות.

♦ **שלמה כהן:** בגלל ההתייעצות האחרונה בעניין.

♦ **סביונה רוטלוי:** אבל זה לא רק זה. זה כבר התחיל קודם, כי ועדת

זמיר שהוקמה בעקבות זה פעלה לפני שנתיים

בערך; אז זה לא התעורר אתמול. באמת מוזר שאנחנו מתרחקים מהדברים העיקריים, החוקתיים, שאנחנו אמורים לדון בהם, והולכים לתחום שלא-ברור עד כמה הוא חוקתי, כמה הוא יעוגן בחקיקה. אבל מאחר שנאמרו פה כמה דברים, אז אני רוצה גם לתרום לפחות את דעותיי בעניין הזה, ואעשה את זה ממש בקצרה.

אני מסכימה עם מה שאמרה כאן שולמית אלמוג, וזה גם מתחבר למה שאמר קודם מאיר שטרית: יכול להיות שצריך תנאי סף שונים. אם מדברים על תנאי הסף בכלל לכניסה למערכת השיפוטית, בעיניי הוא תנאי סף לא-מספק, בדרך שבה זה קורה היום. ותנאי סף, או תנאי הקבלה לעליון צריכים להיות שונים לחלוטין - גם מההיבט של סוג העניינים וגם מההיבט הפשוט ביותר שאנשים שהולכים לשלום פחות מוכרים מאלה שאמורים להתמנות לבית המשפט העליון. מי שאמור להתמנות לבית המשפט העליון בא מהתחום של בית המשפט המחוזי או מתחומים אחרים, הוא כבר ידוע, הוא כבר פרסם דברים - אחד פרסם פסק דין, אחר פרסם מאמרים - יודעים את דעותיהם. דרך הבחירה של השופטים בוועדת המינויים, אני מסכימה שהיא נראית לפחות כלפי הציבור, יותר מדי מוסכמת, סיטונאית "חותמת גומי".

אני לא כל-כך מזלזלת במבחנים האישיותיים. ועדת זמיר נזקקה לזה וביטאה יחס די מזלזל. אני שופטת בערכאה ששומעת תיקים ונעזרת במבחנים מסוג זה, בחוות דעת של פסיכולוגים למיניהם, בבעיות הכי קריטיות של מסירת ילד לאימוץ, בהחלטה אם אדם אחראי למעשיו - אנחנו נשענים על הפסיכיאטרים, אבל כשבאים לקבוע אם לאדם יש כישורים להיות שופט - פוסלים את זה?! זה מקומם אותי, כי יש בזה מוסר ומסר כפול. לקבוע אי מסוגלות הורית על-פי מבחנים, זה בסדר, אבל לקבוע שאדם לא ראוי להיות שופט, בהסתמך על מבחנים זה לא ראוי?! אני חושבת שהמערכת צריכה להיות פתוחה יותר לעניין. זה לא

יכול להיות כלי יחיד, אבל זה צריך להיות כלי מבין כלים נוספים. זה נותן משהו בהחלט. בצורה סמויה זה בהחלט בודק. זה בודק כל מיני דברים קשורים לא מודעים, לא את השקפת העולם המוצהרת - מה הוא חושב - אלא את התכנים הפנימיים. זאת אומרת נבדקים כאן כל הנושאים שאנחנו לא עולים עליהם ואחר-כך לצערנו הם מתגלים בתוך המערכת מתוך ביטויים של שופטים, לפעמים ביטויים אומללים, או מההתנהגות שלהם - הנושאים של סובלנות וסבלנות, או היחסים המגדריים. המבחנים יכולים להיעשות מתוך שמירת חיסיון של הנבדקים.

אנחנו משתמשים בכלי הזה לקבל אנשים לבנקים ולתעשייה ולכל מיני דברים זוטרים בהרבה, וכאן אנחנו ממנים אדם ל-35 שנה עם אחריות גדולה כל-כך לגורל של אנשים, לכסף של אנשים, לחיי אדם. מבחינה זו, אני מרגישה שאנחנו בתהליך הזה לא מספיק מושכלים מצד אחד ולא מספיק פתוחים, כולל ועדת המשנה. אני יודעת שאי-אפשר בעשר דקות של שאלות, באמת משניות לתהות על קנקנו של אדם, בוודאי לא לעמוד על מה שהציעו מרדכי קרמניצר או ידידיה שטרן, לבדוק באמת את הזהות שלו. אני יודעת מאנשים שעוברים את ועדת המשנה שהמעבר איננו מכובד. אי-אפשר לבדוק אדם, ואז אם אין לך כלים אחרים, אתה נשען על מה שאומר פלוני או אלמוני. כמעט כל חודש חודשיים אני מקבלת בקשה להמליץ על מישהו. בכל עשרים השנים האחרונות המלצתי אולי על שלושה אנשים. וזה מתוך תחושה שלי שאני לא מכירה אותם מספיק טוב בהיבט האישי, הערכי. אני יכולה להגיד מה האיש יודע, איך הוא מופיע בבית המשפט, אבל אני לא יודעת די על האדם. לעומת זאת אני יודעת שאנשים אחרים לא מהססים למלא את הטפסים האלה ולהמליץ, גם בלי ההיכרות; והטפסים האלה הם מפתח הכניסה לבית המשפט. הממצאים של ועדת זמיר לא הניחו את דעתי, ואני מאוד מקווה שאנחנו נמצא דרכים מושכלות יותר, מתאימות יותר, שיקבעו את תנאי הסף. ושוב, אני לא מדברת כרגע על בית המשפט העליון. אני חושבת ששם באמת צריכים לקבוע דרכים אחרות. וכאן הייתי רוצה לשמוע ממרדכי קרמניצר ואולי מידידיה שטרן בהמשך, כי לא הבנתי מי ואיך יכולים לקבוע את מה שאתה מצפה שאנחנו נקבל על אותם אנשים. אני לא רוצה לעסוק בניחושים, אני אשמח לשמוע ממך איזה כלים אתה חושב יכולים להיות לעניין הזה. שתי מילים בעניין יעילות המערכת. העלה את זה קודם מאיר שטרית.

לפי דעתי, כל הניסיונות של השנים האחרונות לפתור את הסוגיה הזאת, בעזרת ועדת אור או קדמי, כל מיני גישורים ופישורים ובוררות, לא הוכיחו את עצמם עד עכשיו מבחינת יעילות. הוקם בית משפט למשפחה, אבל אני יודעת שמחכים בתור למזונות הרבה יותר מאשר בעבר בבית המשפט המחוזי אצל מספר שופטים מצומצם. אלה העובדות בשטח. אם עכשיו יקימו את בית המשפט המנהלי בבית המשפט המחוזי, ועכשיו יתחילו ערעורים בסיטונות לבית המשפט העליון, אני לא יודעת מה יהיה, איך נוריד את העומס מעל בית המשפט העליון. אנחנו כל הזמן מנסים כל מיני כלים חדשים, בלי לבדוק עד הסוף את ההשלכות שיש להם על כלל המערכת. הטלנו על בית משפט השלום עומס בלתי-נסבל. בד בבד מונו אנשים צעירים מאוד, חסרי ניסיון, והם לא מתמודדים באמת עם העומס האדיר הזה. אחת הצרות היא שאנחנו בכלל פועלים בדרך האנגלו-סקסית, והיא לא כל-כך מתאימה לנו. כל כללי הראיות והפרוצדורה שאנחנו עובדים על-פיהם, אני חושבת שהם רעה חולה מהרבה בחינות. הם גורמים להארכת משך הדיונים שלא לצורך. השופט מוצא שהוא צריך לכתוב כל-כך הרבה, כי הוא צריך לעסוק בכל הטענות או במרבית הטענות - פרי של כללי קבילות למיניהם. לאורך השנים היו הרבה דעות שהגיע הזמן לשנות, אבל שום דבר אמתי בעצם לא נעשה.

לעניין החוקתי שהעלה כאן צבי ענבר - אני חושבת שהרעיון לחוקק חוק שיכריז סוף סוף שבית המשפט מוסמך להכריז על ביטול חוקים, נדמה לי שזה יהיה רעיון מבורך. כי הוא באמת יסיר את המתח הנוראי הזה הקיים עכשיו בציבור.

♦ **זהבה גלאון:** איפה יש מתח בציבור? אפילו רובי ריבלין לא חושב שיש מתח.

♦ **סבינה רוטלוי:** יש על זה המון כתיבה, המון דיבורים. אני גם חושבת שכל אחד מאתנו, בשלום או במחוזי, מקדיש היום לבדיקת השאלות החוקתיות המון זמן שיפוטי. אני לא יודעת אם זה נכון; וכך מגיעים לתוצאות שיש להן השלכות. כך בבית המשפט המחוזי, ובית משפט השלום נסמך עליו במידה מסוימת, וזה יוצר מצב של חוסר יציבות. נכון שיכולה להיות בעיה בהפניה הזאת. צריך למצוא דרכים פרוצדורליות ראויות להכריע. ברור שאם יש עניין פלילי ומישהו עצור, זה מסובך. אבל אני מאמינה שבסופו של דבר אנשים יבואו לבית המשפט העליון רק בשביל הדברים האמתיים. היום העלאת הפרובלמות החוקתיות

נעשתה מטבע שחוק בבתי המשפט, מהשלב הכי נמוך של תביעות קטנות ועד בתי-המשפט המחוזיים, כך שאני רואה בזה דבר מבורך.

♦ **עדנה ארבל:** אני מסכימה עם מה שנאמר הבורך - הדיון הזה, טוב היה לי היה מתקיים במנותק מאירועי הזמן האחרון, במנותק מוויכוחים סביב מינויים, במנותק גם מחילופי הדברים שהיו בזמן האחרון. אלא שאם באמת רוצים באופן רציני וענייני לקיים דיונים בנושאים של מינוי שופטים, או בכלל בתיקוני חוק או חוקה, בהקשר הזה, אז בוודאי שזה טוב כמו שבאמת המועצה בדרך כלל עוסקת בנושאים שהם לא ממש על סדר היום הציבורי. אבל בין הרצוי ובין המצוי, העובדה היא שאנחנו דנים בדברים באמת, ואי-אפשר להתנתק מהקולות שאנחנו שומעים מסביב. אני גם מסכימה עם מה שנאמר, ואני מניחה שכולנו מסכימים, שאנחנו מקיימים את הדיון הזה מתוך מחויבות לדמוקרטיה, לשלטון החוק ולזכויות האדם. זה ברור, ואולי אפילו מיותר לומר זאת. בעניין חוקה, אני מסכימה, ודאי שצריך לקיים את עניין החוקה, זה עוד לפני הכול ומעל הכול. אבל בהקשר הזה דווקא, אני לא חושבת שמדובר כאן בשנינויים דרמטיים. אני מסכימה שצריך להיות פיקוח שיפוטי חוקתי. עם זה, בעניין ביטול חוקים ומה שכבר עלה והוזכר, אני סבורה שהיום, עם התחושות הקיימות וכמו שאני רואה את הדברים במציאות, הייתי מעדיפה שבאמת הסמכות הזאת תהיה כרגע בידי בית המשפט העליון ולא בידי כל שופט, מבלי לפגוע בשום שופט, ולו רק בגלל הדוגמה האחרונה של יועץ המס. הסעיף בוטל והדיון נמשך. שופטי שלום כמו שופטים אחרים בוודאי שמחים תמיד להידרש לנושאים אטרקטיביים וקצת שונים, נושאים שמסיטים קצת את הדיון מהדיון עצמו, זאת אומרת, עושים את הדיון מעניין יותר.

בסך הכול, המקרים שבית המשפט נדרש לבטל הם באמת מקרים בודדים. יש בהחלט ריסון בעניין הזה. אבל זה מסוג הדברים שנעשים אופנתיים, והם מתחילים ואז המטוטלת מושכת, וזה יכול להתרבות. אני מסכימה שבעידן של היום כדאי להגביל את זה לסמכות בית המשפט העליון. יכול להיות שאחר כך יהיה אפשר להעביר את הסמכות גם לערכאות נמוכות יותר. כשמדברים על מערכת השפיטה ובכלל על שלוש המערכות, אז בוודאי שאנחנו צריכים לעסוק בעניין של איזונים ובלמים. ויש בוודאי בעניין הזה דברים מהותיים יותר - איזונים ובלמים מצד אחד, ביקורת מצד שני, חקיקה ומעורבות מבחוץ. אני לא זוכרת תקופות של מתח כמו בתקופה האחרונה. אבל אם באמת מדברים

על כשלים או קשיים במערכת המשפט, אז אני מסכימה עם שר המשפטים לשעבר, מאיר שטרית, היום שר לענייני כלכלה, שבאמת הבעיה העיקרית היא דווקא השיהוי והפיגור במערכת, ולא המינויים או הנושאים שעומדים על סדר היום. אם היינו חושבים במועצה מה הנושא שהיה הכי כדאי לטפל בו, אז אני חושבת שהיינו מחליטים על הנושא הזה - איך מזרזים ואיך מקדמים ואיך מייעלים את הדיון. יש כאן איזה שהוא אבסורד: מצד אחד המערכת השיפוטית היא מהמפוארות בעולם; אתה נוסע בעולם, אז בכל מקום, בארצות אנגלו-סקסיות וגם בארצות היבשת, המערכת המשפטית זוכה להכרה והערכה על כל העשייה בחמישים שנות קיומה. עם זה, אי-אפשר להתעלם מהביקורת, ובוודאי מהביקורת בזמן האחרון בעניין בתי המשפט בכלל, ובית המשפט העליון בפרט. אני מניחה שמחקרים יוכלו להסביר איך זה הגיע בתקופה הזאת פתאום, איך זה שכל הזרקורים הופנו אל בית המשפט. זה גם התקשורת שהיא מאוד מעורבת. אני מניחה שגם למשוב של לשכת עורכי הדין יש איזו שהיא תרומה לעניין. וגם העובדה שפתאום יש כל-כך הרבה מינויים לבית המשפט העליון בתקופה קצרה. כל הנושאים האלה יחד - פתאום הם הסיתו את הזרקורים לבית המשפט העליון. ופתאום גם צפה הביקורת או האי-נחת והאי-נוחות, ועלה גם עניין השיקוף, כמו שהוזכר כאן; ואין ספק שהנושא הזה מחלחל ופוגע במובן מסוים באמון במערכת. אני דווקא מסכימה עם מי שאומר "Familiarity Brings Contempt" כי במובן מסוים, זה שאתה שם את השופטים על השולחן וגם את הדיונים והביקורת, וזה שהנושא בכותרות - אין ספק שזה מביא לזילות מסוימת ולדיבורים על כל שופט - למה פסלו אותו ולמה לא פסלו אותו. אני חושבת שאי-אפשר להחזיר את הגלגל אחורנית, לימים כמו שמתאר השופט חשין בפסק דין בבג"ץ גלבאוט, שאדם אם היה רוצה לעלות לבית המשפט העליון, היה מסדר את שערך ולובש את הגלימה ועולה בחרדת קודש לבית המשפט. הוא מתאר באיזה חיל ורעדה הוא בא לבית המשפט וזה מתחבר גם לסממנים החיצוניים שהוזכרו כאן - הדרך שאתה בא, ההתנהלות בבית המשפט, צורת הדיבור - זה משליך על הכול. אין ספק שבמובן מסוים, וזה הדבר שאנחנו צריכים לתת עליו את הדעת, האמון נפגע באיזו שהיא צורה. כשיש כל פעם איזו שהיא הצעה לתקן או לשפר, או ביקורת, אז מיד האקדמיה מצטרפת ועורכי הדין מצטרפים וכולם מצטרפים, אם זה להכות ואם זה לבקר. ואף אחד לא לוקח רגע אוויר לעשות חשבון

נפש, איזה השלכות יש לזה על הציבור, על אימא שלו או על אבא שלי ז"ל - מבחינתי הוא היה האדם הסביר - לכל אחד יש האדם הסביר שלו; ואף אחד לא חושב איך הדברים נראים בעיני האדם הסביר, בעיני נהג המונית שאתה עולה למוניתו. הוא לא מבין את הדברים ואת הבעיות החוקתיות שאנחנו מעלים - הוא רואה שהאמון הולך ונגס, הולך ומתמעט. אני חושבת שלזה אנחנו צריכים להיות מאוד חרדים. על כל הצעה כל אחד צריך לעשות חשבון נפש - האם ההצעה ראויה? האם המהפכה הזאת ראויה? האם המהפכה הזאת ראויה ואין בה כדי לפגוע באמון או שצריך לשמר את הדברים? וכאן אני מתחברת לדברים שנאמרו בבוקר. יכול להיות שיש דברים יותר טובים. יכול להיות שאפשר לשפר אם נצטרף לוועדה אדם זה או אחר. אבל אני בין אלה שחושבים שצריך להשאיר את הוועדה במתכונת שלה. כשם שכבר הוזכר כאן - אם אתה מסתובב בעולם, אתה שומע באמת הערכה רבה לעניין הזה, ובסך הכול אני חושבת שהבעיה שלנו איננה המינויים. המערכת טובה. השופטים ברובם טובים. בביקורת שהמשוב העלה צריך לטפל. ועכשיו יש הצעות איך העניין הזה יטופל. זה בוודאי לא צריך להשליך על מערכת שלמה ולא צריך לעשות את המהפכות שברעיונות שמעלים. יכול להיות שכל הצעה כשלעצמה טובה מנקודת מבט מסוימת. אבל הן יכולות בסופו של דבר לפגוע יותר מלהועיל. שימו לב מאין באה הזעקה ומאיפה באה הביקורת. יש כאן הרבה מאוד אינטרסנטים. אני לא אכנס לזה. אבל בסך הכול מאיפה באים השופטים? הקהילה המשפטית היא קהילה שדי מכירים בה זה את זה, היא קהילה די סגורה. מי הם המשפטנים? אלה אנשים שמופיעים בבתי משפט, עורכי דין מופיעים בבתי משפט, שופטים מחוזיים מכירים את שופטי השלום, הם יושבים בערעורים עליהם. המועמדים לא נופלים פתאום מן השמים. על ידי זה באות ההמלצות וכו'. אם רוצים להרחיב קצת את מעגל המועמדים, בבקשה. אני מסכימה בהחלט עם מה שאמרה השופטת רוטלוי - אם רוצים לעשות איזה שהן בדיקות של כתב יד או בדיקות אחרות, בבקשה, כולם שיהיו מוכנים. שופט שלום, בפעם הראשונה שהוא נכנס לאיזו מערכת יהיה מוכן. מצד שני, אני מזהירה מפגיעה בפרטיות של השופטים, במעמד של השופטים. אתם גם רוצים שאנשים ירצו לבוא לשיפוט. אם יתחילו לעבור את מסע הייסורים הזה ואת מסע ההכפשות הזה, למה שאנשים ירצו! ובוודאי בערכאות בכירות יותר. אתם מעוניינים שאנשים טובים יבואו למערכות

האלה. מי האנשים שמגיעים? וכאן אני שמה כוכבית, מפני שאני בן-אדם קצת נגוע במה שקשור בדיבור על הדברים האלה. אבל אני מקווה שאני מספיק אובייקטיבית לעניין הזה. מי האנשים שבאים? אנשים שהיו שופטים מחוזיים או במערכות אחרות או באקדמיה. אפשר קצת להרחיב את המעגל, ואני חושבת שזה רעיון טוב מאוד אם יגישו עוד מועמדים ועוד הצעות, והם יעמדו לבחירה. אבל למה רק מהאקדמיה? למה לא להוסיף אנשים מהשירות הציבורי? יש מגזר ציבורי גדול. לשכת עורכי הדין לא בהכרח מייצגת אותו. אני לא חושבת שזה מה שישנה את העניין בסופו של דבר.

לעניין הצינון - ושוב עם הכוכבית, כי בסופו של דבר אני לא מאמינה שאני יכולה להיות הכי אובייקטיבית - אבל אני שואלת מה הקשר בין זה שהעמדת מישהו לדין לבין זה שאתה מועמד לבית המשפט העליון. מה, לשופטי העליון יש איזה אינטרס בהעמדה כזאת או אחרת לדין? זה שאתה מעמיד לדין או סגרת תיק, זה פוסל אותך? אני לא מקבלת את הרעיון שאנשים שמשמשים בתפקידים ציבוריים יכולים אחר-כך להיפגע כשיכהנו בתפקידי שיפוט. ומה בעוד שלוש שנים? הרי אם שפטת חבר כנסת כלשהו או העמדת אותו לדין, זה ירדוף אחריך כל החיים. זה לא ייגמר בשלוש שנים. זאת אומרת, זה פוסל אותך בכלל מתפקידים כאלה. למה שאנשים יבואו לתפקידים כאלה? אני רוצה להגיד לכם שהדברים האלה מחלחלים. שמעתי לא פעם על פרקליטים שחזרו מבית המשפט ועורך הדין סימן להם שהוא יגרום לזה שלא יהיו שופטים. שמעתי את זה יותר מפעם אחת. ומהעניין הזה כולנו צריכים מאוד מאוד להיזהר ולהבטיח שלא יהיה. ההפך הוא הנכון, אנשים נקראו לדגל ועשו תפקידים - אם הם ראויים, וכפוף לכל התנאים האחרים, זה לא צריך לפסול אותם לשמש בתפקידים שהם רוצים להתקדם בהם, בדיוק כמו אחרים.

♦ **אריק כרמון:** אני מבקש לתקוף את הנושא שלנו מזווית קצת שונה. אני חושב שמנקודת המבט החוקתית, הסוגיה העיקרית שאנחנו נדרשים לה בכל הקשור במדינת ישראל, היא היחסים בין הרשויות, בעיקר בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. בנקודה הזאת אני רוצה להצביע בראש ובראשונה על אנומליה. יש ויכוח אם יש לנו חוקה והחוקה נכה או שאין לנו חוקה. ההכרעה לחלוטין לא-רלוונטית. העובדה היא שאפשר לומר שיותר מ-90 אחוז ממה שייכלל בחוקה העתידית נכלל בחוקי היסוד. תהליך חקיקתם התחיל בשנות החמישים ונתקע ב-92.



הבעיה היא שאותם 5.7% נותרים אינם דומים למה שהיה קודם. אותם 5.7% נותרים מנקזים לתוכם את כל אבני הנגף, את כל הפרובלמטיקה, את כל הוויכוח הציבורי. והעובדה שבית המחוקקים תקוע בנקודה הזאת איננה אשמתו של בית המחוקקים. בראש ובראשונה זה מעיד על כמה מהשסעים העמוקים ביותר בחברה הישראלית. אני גם רואה בכך את אחד המקורות לתהליכים של המשפטיזציה: נוצר וקום, בית המשפט נכנס אל תוך הווקום - טוב, רע, בעד, נגד - זה בכלל לא רלוונטי. אני מנסה בצורה אנליטית לבחון את הסוגיה הזאת. במובן זה, דרך אגב, לא דומה בית המשפט העליון של שנות התשעים לבית המשפט העליון של שנות החמישים. אני מקבל כל מילה שאמר שלמה כהן, אבל אנחנו חיים במציאות אחרת לגמרי. נוסף על העובדה שמאז '92-'94 בית המשפט העליון נדרש לסוגיה של ביקורת שיפוטית, החברה ישראלית שונה לחלוטין והמציאות שונה לחלוטין. כלומר, האנומליה הזאת חייבת להיפתר. היא תיפתר רק כשנשלים את המהלך החוקתי. המתחים לעולם יישארו, וטבעי שיישארו. אבל ההערכה שלי היא שהרבה מהמטענים שאנחנו עדים להם היום עשויים בהחלט להתקזז. לא סיימנו את התהליך בשאלת זכויות האדם, לא התחלנו עדיין בעניין של זכויות חברתיות. יש הרבה דברים פתוחים. לא השלמנו את המסד החוקתי. אי-אפשר לבודד את הדיון בשאלת היחסים בשתי הרשויות האלה מהוויכוח בעניין מקומו של השיח הנורמטיבי. איפה מתקיים השיח הנורמטיבי? היינו עדים לרטוריקה מאוד ברורה שבאה מבית המשפט העליון, רטוריקה של איום בחברה הישראלית, ואי-אפשר להתכחש לזה. השיח הנורמטיבי מטבעו ועל-פי המבנה של המשטר הדמוקרטי שלנו, מתקיים בבית הנבחרים. אם אל תוך הווקום הזה נכנס בית המשפט העליון, שלא מרצונו הוא נעשה נגוע. ואם מצטרפת לזה רטוריקה, נוצרת איזה עננה של איום שאנחנו לא יכולים לברוח ממנה. 75 אחוז נותנים אמון גבוה מאוד בבית המשפט העליון, אבל אם אתה מתחיל לפלח את זה, אתה רואה שבקרב הציבור הדתי 36 אחוז נותנים אמון בבית המשפט העליון. אי-אפשר לברוח מהעובדה שמיעוט חשוב בחברה הישראלית, לא נותן את אותו משקל של אמון בבית המשפט העליון. הוא נתן את אותו משקל בנסיבות אחרות. לעומת זה, המיעוט הערבי נותן לו משקל גבוה. כלומר, הצורך של המיעוט נפגע, ובסופו של דבר, ושלמה כהן ציין את זה, לבית המשפט יש תפקיד של הגנה על המיעוט.

ופה אני רוצה להעלות נקודה שעניינה מינוי שופטים. אני רוצה לצטט

דברים שאני שומע מחברים דתיים שנמצאים אתנו במהלך החוקתי. הם אומרים: "השאלה של ביטול חוקים היא שאלה משנית". ברור להם שצריך לקבוע גורם שיעסוק בביקורת שיפוטית ויבטל את החוקים. "הבעיה שלנו", אומר מי שבמיעוט, "היא בפרשנות". זה בכלל לא קשור בביטול חוקים.

♦ **מאיר שמגר:** אמר את זה הרב רביץ.

♦ **אריק כרמון:** אתמול אמר את זה הרב רביץ, ובמקומות אחרים אומרים את זה אנשים אחרים. אף אחד לא מעלה בדעתו, גם לא מקרב המיעוטים, לפגוע בבג"ץ, במבנה הקיים במדינת ישראל. אבל כאשר אתה מתחיל להידרש לשאלת הפרשנות או שאתה רוצה לשקם את האמינות שנפגעה, אי-אפשר שלא להידרש לשאלות שעלו כאן הבוקר. הסוגיות שהעלו כאן ברמיזה הבוקר - ידידיה שטרן ומרדכי קרמניצר ורות גביזון - נגזרות מהמציאות האנומלית הזאת; והן יוסדרו בסופו של יום, אך ורק כאשר נגיע למצב של יחסים אחרים בין שתי המערכות. המתח לעולם יישאר, אבל הדברים יוגדרו, הדברים יוסדרו. אני חושב שהרוב המכריע בציבור הישראלי, כולל אותם 36 אחוז, יודע שבסופו של יום, המבנה במדינה דמוקרטית יהיה כזה שאת הפרשנות יתנו בבית המשפט העליון. אברהם רביץ מרים קול זעקה, הוא מעלה למשל את העובדה שבית המשפט העליון פסל 45 פסקי דין של בתי דין רבניים.

♦ **מאיר שמגר:** זה בכלל על הפרשנות החוקתית, זה על-פי סעיף 15 לחוק.

♦ **אריק כרמון:** תמיד יישארו טענות, תמיד תהיינה רטינות, תמיד הדברים ייאמרו. אבל אני חושב שכאשר המצב האנומלי יוסדר, יסולק, לא יהיה לזה ביטוי פוליטי כפי שהדברים מתורגמים היום.

הבעיה היא שבדברים האלה יש ביטוי פוליטי. יושב ראש הכנסת מרים קול זעקה בצורה כזאת ואחרת. אני לא רוצה להצדיק או לא להצדיק אותו. ההבדל בינינו הוא שאני לא רוצה לתת ציונים. אני מנסה להסתכל על המציאות בצורה אנליטית, ובסך הכול אין לי בכלל ספק מה מקופל מאחורי זה - זה הצורך, זה ההכרח הקיומי להשלים את המהלך החוקתי ולהסדיר אותו. אני רוצה להגיב להערה שאמר מרדכי קרמניצר, ומשום מה היא לא זוכה לטיפול. בהרצאה שלו הוא הציע לעשות הבחנה בין מחלקה מקצועית בבית המשפט העליון, למחלקה ציבורית. זאת הבחנה מעניינת מאוד. אם אתה עושה את ההבחנה בין המחלקה המקצועית של בית המשפט העליון והמחלקה הציבורית או

החוקתית, אני חושב שמה שנגזר מזה, זה גם סוג שונה של שיח עם בית המחוקקים. השיח חייב להתקיים והוא יתקיים. אבל אנחנו היום נמצאים היום באותו שלב שאנחנו מנסים להגדיר את הכללים של השיח הזה. אני לא רוצה לנקוט עמדה, אין לי מספיק ידע או תשתית מקצועית כדי לנקוט עמדה. אני מציע להתייחס לסוגיה הזאת.

לפני כך וכך שנים ידענו שבשנתיים הקרובות יתחלפו רבים מהשופטים בבית המשפט העליון. גם היום אנחנו יכולים להסתכל קדימה, עשר שנים, ואנחנו נדע מתי, באיזה נקודות זמן, יתחלפו שופטים בבית המשפט העליון. יש בהחלט מקום לשרטט בצורה כללית איזה פרופיל של שופטים אנחנו רוצים בבית המשפט העליון - לא פרופיל מבחינת דתיים או ערבים או מגדרים וכדומה; אלא שופטים שמייצגים תפיסה ערכית בתחום של זכויות אדם, בתחום השמרני ובתחום החברתי וכן הלאה. אני חושב ששרטוט של הפרופילים האלה, כשהוא יוצג לוועדה למינוי שופטים כמין משאלה, יכול רק לעזור בתהליך הזה. כלומר, אני מסתכל אחורה שלושים-ארבעים שנה על היחסים שבין בית המשפט לבין בית הנבחרים, ואני רוצה עכשיו להסתכל קדימה ארבעים שנה ולקוות שתהיה אותה צורה של מערכת יחסים. נדמה לי שהכלים שמוצעים כאן הם לא דרמטיים, הם לא קיצוניים. אף אחד לא הציע כאן, ולהערכתך גם לא יציע, להקים בית משפט נפרד לחוקה. אבל יש בכלים האלה כדי להסדיר בראש ובראשונה את מה שנבע מהאנומליה, וכשנתגבר עליה, אולי גם נסלול דרך למציאות אחרת.

♦ **יפה זילברשץ:** האמת היא שאנחנו צריכים בראש ובראשונה להגיד לעצמנו בעשייה החוקתית שאנחנו נמצאים בה כרגע, שבעצם אנחנו כבר עוסקים בשלב מתקדם, מפני שיש חוק יסוד שפיטה, ובעצם אנחנו כבר עוסקים לא ביצירת חוק יסוד השפיטה, אלא בתיקונו של חוק יסוד השפיטה. ישנם שלושה מוקדים שבהם אנחנו דנים: המוקד הראשון, מוקד המהויות - כל הנושא המהותי מאוד של הביקורת השיפוטית על חקיקה. הנושא הזה יכול לעלות בחוק יסוד החקיקה, אבל אנחנו מעלים אותו גם בתור אפשרות בחוק יסוד השפיטה מתוך הנחה שאת הביקורת השיפוטית על חקיקה תעשה הרשות השופטת. המוקד השני - בחירת שופטים, והמוקד השלישי - יעילות המערכת. כל אחד מהם צריך את הטיפול שלו בפני עצמו. בעניין הראשון, מהות הביקורת השיפוטית על החקיקה, אני רוצה לעסוק בשני נושאים: הראשון עולה מתוך הדברים הראשונים של השופט שמגר והשני מתוך ההערות של שלמה כהן.

השופט שמגר שאל אותנו את השאלה "מי ישמור על השומרים", וזאת שאלה שלא ענינו עליה. נכון שהתרבות השלטונית במידה רבה גרמה לדה-לגיטימציה של המערכת השיפוטית. במידה רבה אני חושבת שזה נוצר גם בגלל מה שאריק כרמון אמר - שגם אם המערכת האמיצה של שנות החמישים והשישים נתנה החלטות אמיצות ביותר היא לא התעסקה בשיח המהותי אלא הגיעה להחלטות בשיח פורמלי של שלטון החוק. עכשיו השאלה היא אם בית המשפט העליון היה צריך או לא היה צריך להתעסק בשיח הנורמטיבי ששיאו בפרשת בנק המזרחי. אני חושבת שזו שאלה שבנקודת הזמן של היום אין לנו הפרספקטיבה לתת עליה את הדעת.

♦ **אריאל בנדור:** את מתכוונת לשיח הפורמלי?

♦ **יפה זילברשץ:** לשיח הפורמלי בחוקי יסוד, חוקים ויכולתו של בית המשפט. אני מתכוונת לשיח מוסדי, להיררכייה המוסדית - בית המשפט לא נכנס אליה.

אני חושבת שבמידה רבה ההיסטוריה תשפוט. כי מה שקורה כרגע הוא שבעקבות העשייה הזאת אנחנו אומרים כאן כולנו, וזו גם האמירה של הרשות המחוקקת, שצריך לעגן את האמירה המפורשת הזאת בפרשת בנק מזרחי לתוך חוקי היסוד. והנשיא שמגר אמר את זה גם מאוד במפורש הבוקר, "בואו, אתם הרשות המחוקקת ותסיימו את המלאכה. תנו לי את העשייה, אני מבקש מכם". אם בעצם הרשות המחוקקת בסיכומו של דבר באה ואומרת: "אני מוכנה לכך" ונשיא בית המשפט העליון בא ואומר: "אדרבא ואדרבא, יכול להיות שכל עשייתי לא הייתה אלא כדי להשיג את התוצאה הזאת", אז בישיבה הזאת יש מסר ברור מאוד על דעת כולם להשלמת העשייה. וזה דבר שבסך הכול אולי באמת בשלה לו העת. האם זה היה צריך להיעשות בדרך של בנק מזרחי או שהכנסת הייתה צריכה להתעורר והיינו צריכים לחכות לזה עוד חמישים או עוד מאה שנה? אני חושבת שאין לנו מספיק מרחב כדי להחליט על הדברים. אמר כאן השופט מאיר שמגר דבר שאני חושבת שצריך מאוד להפנים אותו והוא חשוב מאוד: "אני אפילו מוכן לקבל חקיקה של הכנסת כתגובה לביקורת השיפוטית, בדרך של override דהיינו כריאקציה של הכנסת לפסיקה המבטלת חוק בהיותו נוגד את החוקה. אני סבורה שזאת אמירה חשובה מאוד וגם דבר שצריך לברר ולצאת אתו במסר ברור מאוד, מפני שאנחנו נמצאים במציאות של מדינה רב-תרבותית, בעייתית ושסועה. בואו ניקח את המודל הקנדי. המודל

הזה, בסיכומו של דבר, פוגג את המתח מהנושא הזה באמצעות Override. אם אנחנו אומרים לרשות המחוקקת בישראל, "בואי תשמרי את על השומרים", ונותנים לה כלי שמירה - Override זאת בעצם התשובה, במידה רבה לשאלה שלך. ראשיתו של המהלך הזה ב-92', המשכו ב-95' וב-2003, ואנחנו בעצם באים ואומרים: "אנחנו כולנו בשלים לרעיון הזה". אני חושבת שבסיכומו של דבר עשינו עשייה חשובה מאוד.

לעניין מינוי השופטים - בחירת שופטים צריכה לשקף בעיניי שלושה פרמטרים: פרמטר ראשון הוא פרמטר של ידע, מקצועיות; פרמטר שני הוא פרמטר של אישיות; פרמטר שלישי הוא הפרמטר של השקפת העולם. הדברים האלה מקבלים הקשר שונה, אם אנחנו מדברים בשופטים של ערכאות נמוכות או בשופטים של בית המשפט העליון; אבל בכל מקרה, שלושת הפרמטרים האלה צריכים לדעתי לבוא לידי ביטוי. בעניין ידע, לא הייתי פוסלת עריכת מבחני ידע לשופטים, בוודאי בערכאות נמוכות, לפני שהם מתקבלים לשפיטה. כמו שנאמר כאן, ריאיון של כמה דקות לא יכול לשקף את זה. וכמובן, אני בעד כל מה שהשופט רטולוי אמרה קודם על מבחני אישיות שמקובלים בכל מוסד שהוא, בוודאי בעניין כניסה למערכת השיפוטית בשלבים הראשונים שלה. בהחלט לא הייתי פוסלת זאת. בעניין בירור השקפת עולם, פרופ' שפירא שאל, "איך בעצם אני יכול לברר מה השקפת העולם של אדם". אני חושבת בעיקר שאנחנו מדברים על הערכאות הגבוהות או על שופטים שמקדמים אותם מהשולם למחוזי. בסך הכול יש רקורד על אדם - מה הוא כתב, איך הוא בעצם מתנהל, מה הוא חושב ומה הוא אומר. אם אדם בא למשל מהאקדמיה, בהחלט יודעים מה הוא כתב; גם אם הוא כתב בתחום הציבורי, יודעים מה העמדות שלו. אלו לא אנשים נסתרים אלא זה אנשים שאנחנו מכירים אותם. אם אדם כתב למשל בענייני דת ומדינה, דברים שהם מאוד מתקבלים על הדעת והם מאוד פלורליסטיים והם מאוד רחבים, הוא ודאי עונה על הקריטריון של הדברים האלה. השאלה שצריך בעצם להתמקד בה, ואני מוכרחת לומר שאין לי עליה תשובה נחרצת, והיא אולי הדבר שהכי מעניין את כולם היא השאלה אם צריך לשנות את המסגרת של מי שבודק את כל הפרמטרים האלה. כי כל אחד ודאי רוצה שיהיו לנו שופטים חכמים, נבונים ויודעים את התורה ושתהיה להם השקפת עולם ליברלית ופלורליסטית. אני לא חושבת שמישהו יתווכח בשולחן הזה שהוא רוצה

משהו אחר. והשאלה היא איך אנחנו בודקים ואם הגוף שבוחן הוא הגוף הנכון. זאת השאלה לדיון. אני מוכרחה לומר שדווקא בשאלות האלה, לי אישית בניגוד לפרופ' שפירא, יש פחות פתרונות. אבל כן היה לי פתרון בעניין השאלה איך אתה יודע מה אדם בעצם חושב מבחינת השקפת עולמו. אולי נוכל להסכים שצריך מניפה. גם בעובדה שאנחנו יושבים כאן ואומרים שצריך מניפה יש משום התקדמות. לא חייבים למצוא ביום הראשון את הכול.

♦ **שולמית אלמוג:** השאלה היא אם המציאות לא יוצרת מניפה

שבסופו של דבר, אם תנסי ליצור אותה באופן

מלאכותי, יהיה בה עיוות. הרי גם המציאות יוצרת גיוון. השאלה היא עד כמה אפשר לתכנן מראש מניפות מהסוג הזה.

♦ **יפה זילברשץ:** ובכל זאת אני חושבת שהביקורת נולדה מהתחושה שאין מניפה מספקת.

♦ **עמוס שפירא:** דומני שבשיטה האמריקנית, אין מניפה. אין גם קונספציה של מניפה. אולי התהליך ההיסטורי יוצר מין מגוון כזה, לאורך זמן.

♦ **עמוס שפירא:** ההיסטוריה יוצרת מניפה בדיעבד. הנשיא המכהן בכל זמן נתון, ינסה להכניס את האנשים שבצבע שלו.

♦ **שולמית אלמוג:** אנשים גם רוצים מניפה אחרת, שתהיה יותר לטעמם.

♦ **עמוס שפירא:** בשיטה הגרמנית נוצרת מניפה מעצם היותה של השיטה כפי שהיא. זאת אומרת, צריך את הסכמת שתי המפלגות הגדולות. יש שם שתי מפלגות גדולות יציבות. הסכמת שתי המפלגות הגדולות דרושה כדי למנות שופט לבית המשפט החוקתי, ויש עוד הרבה תנאים אחרים.

♦ **יפה זילברשץ:** יש שתי שאלות שצריך לדון בהן במפורש, ולי אין תשובה:

א. האם יש הסכמה שצריך לשנות את רוחב המניפה?

ב. אם כן, האם שינוי הוועדה מוביל לתוצאה הראשונית?

♦ **שולמית אלמוג:** את לא בטוחה?

♦ **יפה זילברשץ:** אני אולי בטוחה בעניין השאלה הראשונה. אני לא יודעת לומר על השאלה השנייה, או לא חשבתי מספיק, ואני לא יודעת לומר. בעניין יעילות המערכת, אני חושבת שמבחינה קונסטיטוציונית אולי זה מעניין פחות, אף על פי שזה לא חשוב פחות, אבל ברמה החוקתית אולי זה מעניין פחות.

♦ **אריק כרמון:** התשובה ליעילות היא לא ברמה הקונסטיטוציונית.  
♦ **יפה זילברשץ:** זה בדיוק מה שאני אומרת. אני חושבת שכשבוחנים מחדש את עניין הרשות השופטת, צריך בהחלט להתייחס ליעילות, אבל אני לא בטוחה שזה צריך להיות דיון קונסטיטוציוני, היות שזמן כהונה כן מופיע בחוק. היה קונסנזוס שזמן כהונה הוא דבר שאנחנו לא נוגעים בו, בגלל רעיון אי-התלות. לא הייתי משאירה אותו בקונסנזוס מלא. אני כן הייתי בוחנת לפחות בערכאות נמוכות, איזה שהוא מבחן לבחירה מחדש, של שופטים. הייתי מאזנת את אי-התלות דווקא בדברים אחרים, כדי ליעיל את עבודתם ולא לתת להם את התחושה שיש להם רווחה לעולם ועד - "בסדר, התמנתי, ועכשיו אין בעיה". דבר נוסף שכן עלה כאן, ושוב אני לא חושבת שהוא ברמת החוקתיות, אבל הוא כן מצריך את העניין, זה אורך המשפטים שדיברה עליו השופטת רטלוי ודיני הראיות בדברים האחרים. שוב, גם זה חשוב מאוד לדיון, אבל בהחלט לא ברמה החוקתית.

♦ **אריאל בנדור:** יפה זילברשץ ציינה בסוף דבריה נקודה, ויכול להיות שכדאי שנרחיב אותה יותר בהמשך הדיון - מה צריך להיות בחוקה. כלומר, אנחנו לא עוסקים כאן בשאלות שקשורות במערכת השיפוטית או בבניית המערכת השיפוטית בכלל, אלא בשאלה מה צריך להיות בחוקה, מה צריך להיות ההסדר החוקתי. לא כל דבר שהוא ראוי ואפילו חשוב ואפילו חיוני, יש מקום שיהיה בחוקה, על המשמעות הסמלית של הדבר הזה והפגיעה ביכולת של הרוב הרגיל לשנות את זה וכן הלאה. אותו דבר בעניין מבנה המערכת - רק נרמז עליו כאן - האם באמת הקמת בית משפט לעניינים מנהליים עשתה את המצב עוד פחות נורמלי מכפי שהיה עד עכשיו, כי בית המשפט המנהלי נוסף לבג"ץ? גם זאת שאלה שצריך לעסוק בה. אני רוצה לעסוק כאן מעט יותר בהרחבה בנקודה אחרת: בציבור הישראלי, בתקשורת, והאמת היא במידה רבה גם בקהילה המקצועית, אני חושב שזה התבטא גם בקרב רבים מהדוברים כאן, התפתחה בשנים האחרונות איזה שהיא תפיסה "ראליסטית" רדיקלית של מהות המשפט, במיוחד בתחום המשפט הציבורי, אבל לאו דווקא בתחום המשפט הציבורי. התפיסה הזאת ראליסטית אולי בהגדרתה, אבל היא לא מציאותית. לפי התפיסה הזאת - כמובן שאני מדבר על דרך ההפלגה - אין משפט, אלא יש בית משפט, ואין בית משפט, אלא הכול זה בית המשפט העליון. ובשנים האחרונות, אין בית המשפט העליון, אלא הכול מתגלם בשופט ברק, אפילו אם

מדברים על פסיקה שלא היה לו חלק בה. וכמובן הדבר הזה מגשים את עצמו - גם מבחינת ההחלטות השיפוטיות, גם מבחינת התגובות הציבוריות, התגובות של חברי הכנסת. אבל עדיין זה לא מציאותי גם בתחום המשפט הציבורי. אני מלמד משפט ציבורי ולא עוסק בהוראה של דעותיי הפוליטיות האישיות וגם לא בסיכום של פסקי הדין האחרונים של בית המשפט העליון. יש ענף שנקרא 'משפט ציבורי'; לפעמים הפסיקה בו תואמת את תפיסותיי המקצועיות, לא הפוליטיות. ייתכן שבתחום המשפט הציבורי יש מידה גדולה יותר של עמימות. ערכים יש בכל תחומי המשפט. ענף משפטי אף פעם אינו ריק מערכים. מטרת החוק, גם בתחום הדיון האזרחי היא דבר ערכי. אולי הוא פחות שנוי במחלוקת פוליטית, אבל הוא ערכי. ותפיסה ריאלית אמיתית של המשפט, גם של המשפט הציבורי, מראה שבסך הכול בתמונה הכוללת יש כללים משפטיים, לעתים קצת יותר גמישים. בדרך כלל אנשי מקצוע יכולים לחזות היטב תוצאות של עתירות לבג"ץ. אני מתאר לעצמי שהרבה עתירות גם לא מוגשות. מי שחושב שלגמרי אין לו סיכוי, כי הכללים ברורים, לעתים קרובות לא יפנה לבית המשפט. מה שאמרת עכשיו אינו רק ביקורת תאורטית עקרונית, אלא דבר מעשי. אני אתן שתי דוגמאות. דוגמה אחת היא בעניין ביקורת שיפוטית בכלל, ודוגמה שנייה היא בעניין ביקורת שיפוטית על חוקים. אגב, אלה לא דברים שונים באופן דרמטי. גם הציבור לא תופס את זה כך. יש ביקורת שיפוטית על החלטת ממשלה בעניין חשוב, ולעומתה ביקורת שיפוטית על חוק של הכנסת שיכול להיות בעניין לא כל-כך חשוב. אין להעביר את הדיונים הללו כולם לבית המשפט העליון. לפעמים יש אפילו יתרון גדול בכך שדיון לא יהיה בבית משפט העליון. פסק דין צמח היה אולי פסק הדין הכי חשוב פרקטית שביטל עד היום חוק. עדיף היה שבית המשפט המחוזי או בית דין צבאי מחוזי, היה מקבל ראיות ברורות בעניין. השאלה הייתה מהו הזמן הסביר שצריכה לארוך הבאת עצירים לארץ. אין בזה שום דבר ערכי. גם בפסק הדין בעניין ערוץ 7, אף על פי שהיה בכותרות העיתונים, לא היה שום דבר ערכי. לאחר שזוהתה מטרת החקיקה, השאלה הייתה שאלה פשוטה: האם חוק שמטרתו לתת לערוץ עבריני מסוים רישיון הוא חוק שתכליתו ראויה או חוק שתכליתו אינה ראויה, האם הפגיעה בחופש העיסוק היא במידה העולה על הנדרש או שאינה עולה על הנדרש. אין בזה שום דבר ערכי. בית המשפט פסק לפי חופש העיסוק. זכות הקניין שהוזכרה גם היא, הייתה נושא מורכב



יותר מבחינה משפטית. המורכבות הזאת הייתה עניין מקצועי משפטי, ולא עניין בעל משמעויות ערכיות מרחיקות לכת.

עניין שני הוא בחירת שופטים. יש הרואים במשפט מקצוע שמגשים ערכים. אבל בעצם אין כמעט אף מקצוע שלא מגשים ערכים כלשהם ושאינו בו מידה של שיקול-דעת. עד כמה שאני מתרשם - ברפואה יש יותר שיקול דעת מברוב ההחלטות המשפטיות, ואף אחד לא חושב לקבוע איזה שהם כללים מוסדיים נוקשים בעניין קבלת החלטות רפואיות שגרתיות, גם לא בתחומים רפואיים מתקדמים. משפט, כולל משפט ציבורי, הוא מקצוע שיש בו אלמנטים מסוימים של שיקול דעת, אבל הוא אינו מבטא דרך קבע את הערכים או את ההשקפות הפוליטיות הפרטיים של השופטים. אומרים 'ערכי', כשה פוליטי, אבל גם דיון אזרחי הוא ערכי ועל זה לא יגידו כלום. יגידו "ערכי" רק כשלעניין יש משמעות פוליטית. אני לא אומר שאין חריגים, והכול עניין של פרופורציה. אבל אם הזרם המרכזי של העיסוק המשפטי איננו בעניינים הרגישים הללו, הפוליטיים, בחירת שופטים צריכה להיעשות על סמך אמות מידה מקצועיות ולא על סמך אמות מידה אחרות. ואם יש שאלות בעייתיות, שאלות שיש בהן פנים לכאן ולכאן, אז הפתרון, כפי שציין בצדק הנשיא ברק, איננו לקבוע אמות מידה מרחיקות לכת ובעייתיות ביותר בעניין מינוי שופטים. אם הפסיקה מבחינה פוליטית, מבחינת הפרשנות שניתנה לחוק ולחוק יסוד, איננה ראויה, אז על הכנסת לשנות את פסיקת השופטים. ישנו את החוק או את חוק-היסוד ולא יקבעו מנגנונים בעייתיים למינוי שופטים - לא על סמך יכולתם המקצועית של המועמדים לשיפוט, לא על סמך הרקע שלהם, לא על סמך יחסי האנוש שלהם, אלא על סמך השקפותיהם הפרטיות בעניינים שיש להם נגיעה לסוגיות משפטיות רגישות.

♦ **עמוס שפירא:** שתי הערות קצרות. הראשונה סמנטית, אבל נדמה לי שהיא בעלת השלכות משמעותיות. אנחנו נוטים, בדיונים שלנו במכון, במועצה הציבורית וגם במקומות אחרים, לסוגיית הפיקוח השיפוטי החוקתי במונחים של 'ביטול חוקים'. עשינו את זה היום פעמים רבות. אני מציע לא להשתמש בביטוי הזה. לא ידוע לי שבשפות אחרות - אנגלית, צרפתית, ספרדית, גרמנית, משתמשים בביטוי דומה כשרוצים לדבר על הסוגיה של פיקוח חוקתי שיפוטי. יש כל מיני שיטות של פיקוח שיפוטי-חוקתי. יש כאלה שמבטלות חוקים ויש כאלה שלא מבטלות. והרבה פעמים, אם קורה המקרה הנדיר של ביטול, לא מבטלים את

החוק כולו, אלא רק איזה סעיף או תת-סעיף בחוק. על כל פנים, מה שאנחנו מכנים בשם 'ביטול חוקים' זה רק הקצה הבולט לעין וה"סקסי" יותר, גם מבחינת הדיון הציבורי והפוליטי של התהליך הכולל של הפיקוח השיפוטי החוקתי. הפיקוח השיפוטי החוקתי הוא כמו קרחון. רוב מניינו ובניינו, עיקר האפקט שלו, החשיבות שלו והמהות שלו הם מתחת לפני המים. נודעות לו השפעות עקיפות וסמויות לעתים על החקיקה ועל התפתחות המשפט במדינה. הביטול או ההכרזה שסעיף מסוים אינו חוקתי וחריג. זה הדבר היוצא דופן ולכן הבולט לעין. אם אנחנו משתמשים דרך קבע בביטוי 'ביטול חוקים', אנחנו עושים עוול לעניין ומחבלים במאמץ להגיע לפיקוח שיפוטי חוקתי ראוי.

אני מציע שלא למהר ולהתפעל מהמודל של ה-Override הקנדי. אנחנו לא קנדה. אין לנו האיפוק האנגלו-סקסי שמאפיין, במידה מסויימת, את קנדה. אם יהיה לנו Override, אזי אפשרי שבחקיקת הכנסת יופיע ה-Override כעניין שבשגרה. השיטה הקנדית קובעת שהמחוקק יכול לחוקק חוק שאיננו עולה בקנה-אחד עם מגילת זכויות היסוד החוקתית, ובלבד שבחוק הסותר יופיע (בין שאר התנאים) הביטוי "חוק זה יהיה בתוקף על אף האמור במגילת הזכויות. אצלנו מהר מאוד זה ייהפך לנוסחה שבשגרה.

♦ **אריאל בנדור:** אז למה זה לא בשגרה היום? אני בכל זאת מתפתה להעיר עוד הערה אחת בעקבות דבריך. זה מתחבר לעניין הביקורת השיפוטית, אם על-ידי בית המשפט העליון או על-ידי מחלקה בתוך בית המשפט העליון, כמו שמרדכי קרמניצר מציע, או בכל בית משפט. "ביקורת שיפוטית" היא לדעתי דימוי לא הכי מוצלח. בסופו של דבר, הרעיון הוא שנורמה בלתי-חוקתית אינה מחייבת את האזרח. בית המשפט אינו מבטל; האזרח הוא שיכול להתעלם. ולכן, שיטה משפטית שמדברת לא על כל גוף משפטי, אלא על כך שבית המשפט העליון או מחלקה בבית המשפט העליון או 11 שופטי בית המשפט העליון, רק הם יכולים לפעול - המסר שלה מבחינת האזרחים הוא שהחוקה אינה מגנה עליהם ממש: אם אתם חושבים שחוק איננו חוקתי, אז אתם צריכים לטרוח ולשלם הרבה כסף לעורכי דין ולפנות לבית המשפט העליון כדי שיבטל את זה. לעומתה עומדת התפיסה שהחוקה היא באמת חלק מחיי היום יום, אני חושב אגב שזו הסיבה שבארצות-הברית הדבר הזה חזק כל-כך; אדם רואה עצמו זכאי להגנה ישירה של החוקה ולא מחויב ללכת ישירות לבית המשפט העליון בהרכב מיוחד כלשהו, כדי שיקיים

הליך של ביקורת. אם יש מחלוקת בין האזרח לבין השלטון בשאלה אם חוק התקבל כדיון, המחלוקת הזאת נדונה בבית המשפט המוסמך בקשר לאותו הליך שבו מדובר.

♦ **צבי ענבר:** מה שהצעתי זה שיטען את זה בבית משפט השלום. בית משפט השלום יכול לדחות זאת, או להעביר את זה לבית המשפט העליון.

♦ **אריאל בנדור:** מדובר בהליכי מעצר למשל; אם אדם רוצה להשתחרר ממעצר, הוא יתחיל לנהל...

♦ **עמוס שפירא:** אני מתפתה להוסיף מידע שרמזתי עליו קודם. לפני הרבה שנים הייתי מעורב בכתיבתה של הצעת חוקה. ההצעה אז הייתה כזאת: דרך אחת לתקוף חוקתיות של חוק או של סעיף בחוק, היא דרך ישירה, בגצי"ת, אבל היא מוגבלת רק למקרים של פגיעה ישירה בזכות. זאת אומרת, כאן זכות העמידה מצומצמת מלכתחילה. מי שרואה עצמו נפגע ישירות בזכות חוקתית, זכות המובטחת לו בחוקה, רשאי לפנות פנייה ישירה לבית המשפט העליון החוקתי ולהשיג על תוקפו של החוק. זו זכות עמידה מצומצמת מאוד לעומת מה שמקובל היום. דרך אחרת להשיג על חוקתיותו של חוק היא, אם עניין החוקתיות מתעורר בבית משפט כלשהו אגב דיון בעניין כלשהו. אם כך יש כמה אפשרויות: אפשרות אחת היא שבית המשפט היושב לדיון יחליט לעצמו אם הוא מסוגל להכריע בעניין שלפניו מבלי לעסוק כלל בשאלה החוקתית. אם כן, יכריע בית-המשפט בסכסוך הקונקרטי מבלי להתייחס להשגה החוקתית. אם לא, אזי יש שוב שתי אפשרויות. אפשרות אחת היא שהשופט היושב בדיון יכריע בשאלה החוקתית וידחה את ההשגה על חוקתיות החוק באמרו: "לא השתכנעתי, אני לא רואה בסעיף הזה משהו שנוגד את החוקה", ואז, ימשיך וידון ויכריע בסכסוך שלפניו לגופו. האפשרות האחרת, והיותר מעניינת, היא שהשופט ישתכנע, שהסעיף אמנם נוגד את החוקה. במקרה כזה, על-פי ההצעה ההיא שלנו, רשאי השופט, לצורך העניין הקונקרטי הנדון, להגיד: "אני לא מתחשב בסעיף הזה כי הוא בלתי-חוקתי, כי הוא נוגד את החוקה" ואזי יכריע בסכסוך בהתאם. אבל יש פה נדבך נוסף, וזה השילוב בין שני המודלים. צד שלא מרוצה מהפסיקה הזאת, יוכל לעתור במישרין לבית המשפט העליון לחוקה ולהשיג על ההחלטה החוקתית של בית המשפט כאמור.

♦ **מאיר שמגר:** בראשית שנות השבעים פרסמנו הצעה של חוק יסוד חקיקה. זה היה הנוסח הראשון של החוק.

לא הצלחנו אז להגיש את זה כהצעה כפולה. בהצעה הראשונה הזאת של חוק יסוד חקיקה היה סעיף שדן בביקורת השיפוטית בנושא החוקתי ונאמר שם שאם שאלה זו עולה לפני בית משפט שאיננו בית המשפט העליון, בית המשפט רשאי להעביר את הנושא לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון ישמע את הבקשה בהרכב של שלושה שופטים, בדומה לדיון בבקשה להוצאת צו על תנאי בבית המשפט הגבוה לצדק. אם יחליטו שזה נושא חוקתי הראוי לדיון, יעבור בית המשפט לדיון לגוף העניין בפני שבעה או תשעה שופטים.

♦ **יפה זילברשץ:** בית המשפט חייב או רשאי?

♦ **מאיר שמגרי:** אני לא זוכר כבר בדיוק מה היה הנוסח שם, אבל לפי מיטב זיכרוני, בית המשפט חייב להעביר. הייתה עוד הוראה חשובה בחוק היסוד הזה, אבל היא הלכה לאיבוד במשך הזמן: האפשרות הממוסדת להעלות בכנסת טענות נגד חוקיותה של תקנה. היה פרק מיוחד שדן בסוגיה זו. חברי הכנסת הוסמכו לפיה להעלותו לפני הוועדה המתאימה בכנסת: טענה של אי-חוקיות של תקנה, היינו שתקנה מסויימת שפרסם שר או גורם אחר שהוסמך לפרסם תקנה, איננה חוקית. אני סבור שהמסגרת של חקיקת משנה, היא מסגרת הולכת ומתרחבת, והשפעתה על האזרח רבה. כדאי לשוב ולחשוב גם על סוגיה זו בהזדמנות. השיטה שאומצה בחוק יסוד החקיקה בנוסחו הראשון הייתה ריכוזית. בית המשפט העליון בלבד הוסמך לדון בשאלת החוקתיות.

המושג של ביקורת שיפוטית הוא כמובן רחב יותר. ביקורת שיפוטית כוללת כל בדיקה של חוקיות פעולתה של הרשות המבצעת לזרועותיה. זה יכול להתבטא בבדיקת תקנה או בבדיקת אקט של שר. למשל בעניין 'קול העם' הידוע שהוזכר היום הרבה פעמים - זו היתה ביקורת שיפוטית, כיוון שדנו בשאלה אם שר הפנים היה מוסמך לסגור עיתון על-פי סעיף 19 לפקודת העיתונות. בעיית החוקיות היא תולדה של המשפט המנהלי, וטבעי שזה יתפתח לכדי פיקוח שיפוטי שחובק גם את העניין החוקתי. אני עצמי מאמין שאין לשנות את ההסדר שמסמך היום דה-פקטו על-פי הפסיקה, ובית המשפט העליון לדון בביקורת השיפוטית - בין זו הכללית שמתנהלת יום יום לפני הבג"ץ, בין זו שעוסקת בחוקתיות, ואני סבור שיש לתחום סמכות הביקורת החוקתית לבית המשפט העליון, היינו לקבוע עיקרון של ריכוזיות. ראש הממשלה בגין, בשנת 1977, בהיותו שר המשפטים, מסר לאהרון ברק, היועץ

המשפטי לממשלה דאז, שהוא מסכים לרעיון שבית המשפט לחוקה הוא בית המשפט העליון בשבתו בהרכב של תשעה שופטים. בעקבות זאת, היועץ המשפטי לממשלה דאז אהרון ברק גיבש את הנוסח שפורסם. מבחינת ההסדרים הקשורים בקביעה הזאת של פיקוח שיפוטי בדרך כלל. הזכרתי בבוקר את פסק הדין של מדיסון נ' מרבורי - משנת 1803. אין בחוקה האמריקנית אזכור מפורש של הסמכות של בית המשפט העליון. הדבר נוצר מכוח פסיקה בפרשת מדיסון. הסיטואציה הזאת אינה טובה לנו מבחינה ציבורית. באשר לריכוזיות של הסמכות בבית המשפט העליון, אני סבור שזה חוסך זמן: אם לדון בבית משפט השלום בטענה שתקנה מסויימת איננה חוקתית או שחוק מסוים איננו חוקתי. הרי ממילא אחרי הערעור במחוזי זה יגיע לבית המשפט העליון, היינו זה פשוט ייקח יותר זמן. את הבעיה של האדם שטוען לגבי חוקיות המעצר צריך לפתור במסגרת הסמכויות שיש לכל בית המשפט - לתת צווי ביניים, לשחרר אדם בערבות - תלוי במקרה. אם זה פושע שמואשם ברצח, אינני מניח שישחררו אותו בערבות. אם זה עברה קלה יותר, ישחררו אותו בערבות, יתנו לו מעצר בית או איזה שהוא דבר אחר. החוק מאפשר היום פתרונות, ולא זאת הבעיה שתתעורר. דובר היום על מעורבות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בפעולתה של הרשות השופטת בארצות אחרות. הזכירה את זה רות גביון בדבריה על ארצות-הברית, ואני חושב שהייתה אמירה נכונה בתחום הזה. יש מעורבות של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בנושאים המנהליים שקשורים ברשות השופטת, לא בקשר לשפיטה. זאת אומרת, אין לרשות המבצעת בארצות-הברית ולרשות המחוקקת בארצות-הברית מעמד בעניין פעולתו של בית המשפט בעסקו בשפיטה ממש. בפעולה המנהלית, גם אצלנו זה אותו דבר. הכנסת יכולה לעסוק למשל בפיגור בבתי-המשפט או בצורך לבנות אחרת את המערכת הקיימת או בצורך להקים מועצת שופטים כדי שהיא תנהל את מערכת המשפט. זה אפשרי. גם בארצות-הברית נתקבלו חוקים לטיפול מהיר בפסק דין למשל. אני רואה במה שנאמר כאן את המיזוי של הנושאים שאפשר לדון בהם במסגרת דיון חוקתי. הנושא של ההרחבה של ועדת בחירת השופטים, אופן הסינון של המועמדים, אופן המיון וכל הדברים האלה הם חשובים מאוד. אני לא מזלזל בהם. אני חושב בהחלט שבעקבות ועדת זמיר ובקשר אליה, הנושא הזה ראוי לבדיקה מעמיקה נוספת. בזמני עשיתי ניסיון שוועדת המשנה תהיה מורכבת משישה אנשים ולא משלושה, כדי

שיהיה הרכב רחב יותר ורב-גוני מתוך חברי מליאת ועדת הבחירה. אני גם סברתי שדיון של עשר דקות לא היה דיון ממצה. אני גם חולק על הדעה שהשתלמות של מועמדים לשיפוט בת שבוע היא השתלמות מספקת. אבל צריך להביא בחשבון שאלה דברים מפורטים שצריך לדון בהם לא במסגרת חוקתית ולא במסגרת היישום של הביקורת השיפוטית החוקתית.

♦ **אריאל בנדור:** מבחינת הרכב הוועדה, האם יש מקום לאיזה שהוא שינוי?

♦ **מאיר שמגר:** אני לא הייתי משנה את הרכב הוועדה. אני חושב שהרכב הוועדה מאוזן. אני חולק על העיקרון של חמש מול ארבע. העיקרון הזה אינו פועל במציאות כי ההתחברויות חוצות את החלוקה לפי סוגי חברים. ברגע שאתה משנה את ההרכב כפי שהוצע בכנסת, אתה מערער את הרוב של האנשים המקצועיים - השופטים ונציגי לשכת עורכי הדין. כמוכן שנציגי לשכת עורכי הדין במציאות הקיימת יכולים לחלק קולם לפי שיקול דעתם. הם אינם מחוייבים לתמוך בשופטים. וגם לא תמיד הם תומכים, יש ויכוחים. אבל הם גורם שתורם מהותי לכך שרמת השופטים מבחינת הניסיון המקצועי תהיה טובה. אינטרס הלשכה הוא כמו האינטרס של השופטים. ולכן על האיזון הזה לא הייתי מערער. אני חושב שהוא משקף את מה שדרוש בו. כשם שאמרתי, הנושא עצמו של סינון בבחירת השופטים הוא נושא שאפשר להעמיק בו, ואני בהחלט סבור שזה דבר שמחוץ למסגרת החוקתית צריך לטפל בו טיפול ענייני. אני רואה קושי בהתחקות האמתית אחרי השקפה של שופט בנושאים ערכיים, אם כי אני סבור שיש לנסות ולבדוק את הדברים האלה. למה אני ספקן? כי ראיתי את הכישלון בארצות-הברית בנושא הזה. בארצות-הברית הסינון הפוליטי נעשה בסנאט כידוע לכם. הבחירה מושפעת ביותר מן הרוב הפוליטי באותה שעה בתוך הסנאט. אם הרוב דמוקרטי, אז בדרך כלל המועמדים דמוקרטיים, והוא הדין ברוב רפובליקאי. בסופו של דבר כאשר האנשים מאמצים לעצמם תשובות מן המוכן, הם כבר יודעים לאן הולכים. זה בדיוק דומה למבחנים הפסיכוכטכניים. הם יודעים כבר מה השאלות שעומדים לשאול אותם; ואם הם מתוחכמים יותר, הם עונים על שאלות שכולם עונים. ככה היה למשל בעניין הקריטי מאוד של רוב בארצות-הברית בעניין הסמכות להפלה מלאכותית. יש שופטים שבטאו להביע דעה שהייתה פופולרית אז בסנאט. לאחר מכן, כשהם ישבו אחרי המינוי, זה לא תמיד תאם את מה שהם הביעו בעת הדיון בסנאט.

♦ **אריאל בנדור:** המצב הטוב ביותר, אם כי זה מקרי, הוא כאשר הנשיא משתייך למפלגה שונה ממפלגת הרוב בסנאט. כי אז באמת יש צורך להגיע לאיזה שהוא קונסנזוס.

♦ **מאיר שמגר:** למה לנו לדאוג לבחירה בארצות-הברית? מספיק לנו מה שיש לנו. זו בעיה שלהם. אבל מה שחשוב לזכור הוא שלהבדיל מן היבשת האירופאית, אנחנו איננו בוחרים שופטים בגיל 18 או עשרים, כדי שכל ימי חייהם יהיו שופטים. זה מה שקורה בגרמניה, בצרפת, באיטליה. השפיטה היא שם מקצוע מראשיתו, מגמר לימודי האוניברסיטה אדם מתחיל בזה מלמטה, כרפרנט.

♦ **עמוס שפירא:** אבל כבר בלימודי המשפטים, ברובד העליון של הלימוד, יש מסלול הכשרה מיוחד לכך.

♦ **מאיר שמגר:** מה קורה למעשה? גם לבית-משפט השלום, גם לבית-משפט לתעבורה, אנחנו בוחרים אנשים שיש להם התנסות מעשית כלשהי בהופעה בפני המערכת השיפוטית. הם הופיעו בבתי-משפט. אצלנו למשל נקודה חשובה מאוד היא איזה רישיון יש לך בהופעה המשפטית. את זה שואלים בוועדות המשנה בהדגשה. אדם שאין לו ניסיון של הופעה במשפטים, יש לו קושי מסוים לעבור את הוועדה, כי שואלים אותו איך הוא מתמצא, איך הוא מכיר את האווירה בבית המשפט. גם ההתנהגות היא אינדיקציה חשובה להתאמה. כי אין ספק שהמזג השיפוטי, שלא תמיד שמים את הדגש עליו, הוא תכונה מרכזית, וצריך להביא אותה בחשבון בבחירת שופט: באיזו מידה הוא סבלן, סובלן, יודע איך להתנהג. ועדה שמדברת אתו בקצרה לא יכולה לדעת אם אינו אדם מתפרץ שתלטני וחם מזג. לכן אני לא שולל את כל הבדיקות הפסיכולוגיות. אני לא חושב שהן מכריעות, אבל הן מוסיפות נתונים למגוון, למוזאיקה של בחירת האדם. אם אדם הוא עילוי משפטי, לפעמים אתה מתפשר בדרישותיך, והיפוכו של דבר. אבל כל הבדיקות האלה משמעותיות. גרפולוגיה פסלנו בשעתו, מכיוון שהפרופסורים לגרפולוגיה אמרו לנו שזה לא אומר שום דבר; שגרפולוגיה היא רק מקצוע שבו אתה יכול לזהות מי זייף את החתימה על השיק, אבל אינך יכול לזהות על-פיו את האופי. אם יהיו אחרים שיגידו שגרפולוגיה היא בכל אופן אינדיקציה לאופי, למזג, שכדאי לחזור לכך - לא אשלול את הנתון הזה. באירופה בוחרים את האנשים למקצוע השפיטה מתחילת הדרך, עם סיום לימודי המשפטים, ואתה מתקדם אוטומטית מדרגה לדרגה. אצלנו אדם צריך לעבור את השירות

הצבאי וצריך להתחכך במקצוע, כעורך דין פרטי או כמשרת בשירות המדינה, ויש לו קליינטים מכל הסוגים. זה מעשיר את הניסיון שלו, להבדיל מאירופה - שם מתחילים בפרקטיקה בלשכות השופטים ככותבי חוות דעת. באנגליה השיטה דומה לשיטה שלנו. אפילו שם הייתה בשעתו טענה - שמעתי אותה מלורד גולדמן, מבכירי מפלגת הלייבור - שבית המשפט מורכב רק מאנשים שמרנים. אנחנו התגברנו במידה רבה על הפרובלמטיקה על-ידי רב-גונית בבחירת אנשים מכל השכבות.

המשמעות של השקיפות, כשם שאני מבין אותה, היא שמי שממנה שופטים צריך לדאוג שאנשים מכל החוגים ימצאו את מקומם בבית המשפט, ואז ממילא גם יהיו אנשים עם השקפות והתנסויות שונות. אבל אתה צריך לבדוק למשל מה דעתם על זכויות הפרט ומה דעתם על ההתייעלות בבית המשפט. בכל הקשור למינוי השופטים, לפיקוח השיפוטי המינהלי, בריכוזיות ובהיעדר הריכוזיות, אינני סבור שעל המכון לדמוקרטיה להתערב בענייני הניהול הרגיל של המערכת המשפטית. צריך להשאיר זאת בידי המערכת. החשוב הוא עיגונה של הביקורת השיפוטית החוקתית בחוק היסוד.

♦ **אריאל בנדור:** נדמה לי שעל זה אין מחלוקת.

♦ **מרדכי קרמניצר:** גם אני תומך ברעיון של ביקורת שיפוטית ריכוזית. כמו שאמרתי, אני תומך בו בווריאציה מסוימת - שזה יהיה במחלקה מיוחדת. אני חושב שנוכח יהיה גם לבית המשפט העליון ללכת בדרך של התמחות בתחומי משפט, באופן שאנשים יהיו מומחים בתחומים שונים וישבו בדברים שבהם הם מומחים. אני חושב שבעולם שבו הסמכות מכוח עצם התפקיד והמעמד פוחתת, צריך להחליף אותה במשהו; והתחליף יכול להיות הגברת המקצוענות. העובדה שפלוגי שהוא מקצוען בתחום של פרוצדורה אזרחית ומסים אינה הופכת אותו לכזה. וזה נראה נכון גם במה שקשור בתחום של המשפט הציבורי. שמעתי בדיני קניין שעושים את הבחנה בין חלק מקצועי וחלק ציבורי. זו הבחנה מוטעית. החלק הציבורי הוא מקצועי לא פחות. הוא צריך להיות מקצועי בתחום של המשפט הציבורי. אבל על זה, מתווסף הייחוד של השקפת העולם השיפוטית שהינה רלוונטית במיוחד בתחום המשפט הציבורי. בעניין הזה אני מסכים לדברים שהנשיא ברק כתב בספר על הפרשנות התכליתית, בעניין היחס בין פרשנות חוקתית לבין פרשנות אחרת, היחס בין כללים לערכים. אין תחום משפטי שבו יש מעט כל-כך כללים ולעומת זאת כל-כך הרבה ערכים כמו במשפט החוקתי, והייתי



אומר - גם במשפט המינהלי. נכון שתמיד שניהם קיימים - כללים וערכים - אבל השאלה היא מה היחס ביניהם. בעניין הזה הנשיא ברק צודק - כאן הפירמידה הפוכה לעומת תחומי משפט אחרים. הקרבה לפוליטיקה מיוחדת כאן בהשוואה לתחומי משפט אחרים. הקרבה לשאלה - היכן גבולות המשפט - חריפה כאן במיוחד. בביקורת שיפוטית על חוקים, גם תחום מרחב שיקול הדעת שמשאירים למחוקק הוא נושא שמרחב העמימות שלו הינו גדול במיוחד.

♦ **אריאל בנדור:** יש פה שאלה טקטית - האם המשמעות איננה

שהמשפטנים הטובים מקצועית ילכו למחלקה המשפטית, ואילו למחלקה הציבורית, פרקטית, גם אם אתה לא חפץ בכך, ילכו אנשים לפי דעותיהם הפוליטיות.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אני חושב כך. אני חושב, למשל, שמועמדים טבעיים למחלקה שעוסקת במשפט הציבורי יהיו שופטים מחוזיים שעוסקים במשפט ציבורי.

♦ **עדנה ארבל:** זה אותו דבר היום.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אין מדובר באנשים שיבואו מהרחוב. כוונתי לטובי עורכי הדין בתחום המשפט הציבורי מטובי המומחים במשפט ציבורי מקרב אנשי האקדמיה, וכאמור השופטים המומחים בתחום זה. מבחינתי, אין כאן בשום פנים משהו נחות מבחינה מקצועית. להפך, אני רואה מקורות שאיבה מובהקים.

♦ **מאיר שמגר:** חוששני שתהיה נטיה מופרזת לבטל חוקים. אחרת לא יהיה לו קיום.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אני חושב שיהיה לו קיום, משום שהוא יעסוק בכלל הביקורת השיפוטית, לא רק בחוקים, אלא גם במינהל. וגם אחרי שנעבור לשיטה של ערעורים יישאר נתח לא קטן של פעילות. כך שאינני חושב שיש כאן תמריץ לבטל חוקים רבים. לא נראה לי שאנשים יחליטו לבטל חוקים כדי להצדיק את קיומם. אני מסכים עם מה שאתה אמרת, פרופ' בנדור, שעד היום - וזה לדעתי משמעותי יותר ממספר המקרים - המקרים שבהם בית המשפט קבע שחוקים אינם חוקתיים לא היו מקרים ערכיים מובהקים. זה לא אומר שאין כאלה ושלא יהיו כאלה בעתיד.

♦ **אריאל בנדור:** האם המצב עכשיו איננו תקין? מה שפועל, אל תתקן אותו. האם עבודת בית המשפט העליון עכשיו בתחום הביקורת השיפוטית איננה תקינה, ולכן מעבר לעיגון הסמכות הזאת בחוק-יסוד,

יש צורך בתיקון משמעותי כל-כך? הזכרנו את שיטת הבחירות. זה לא דבר שמקובל בצורה הזאת ובמקומות אחרים. למה צריך לעשות ניסיון, אם בסך הכול המצב אינו גרוע?

♦ **מרדכי קרמניצר:** מתי הנושאים הערכיים הם משמעותיים? כאשר מול ערך יש ערך חשוב נוגד שמתנגש בו. אין ערך שאומר שצריך להחזיק חייל הרבה זמן במעצר לפני שאתה מביא אותו לשופט. יש שאלות של נוחיות, של הערכות אדמיניסטרטיבית וכו'. אילו הייתה החירות מתנגשת בזכות אחרת או באינטרס ציבורי חשוב, היה בכך פסק דין ערכי משמעותי. אבל אני אומר שאנחנו "צעירים" במגרש הזה.

♦ **מאיר שמגר:** בפרשת בנק המזרחי נדון נושא ציבורי מבחינת הסיווג המהותי שלו. אמנם היה של זכות הקניין, עניין של ערעור משפטי רגיל של בנקים נגד החלטה שהייתה לדעת בית המשפט המחוזי אנטי-קונסטיטוציונית. אבל לפי החלוקה שלך זה נושא שלא היה הולך לבית משפט להרכב הציבורי, אלא היה הולך להרכב המשפטי הרגיל, למרות שזה נושא חוקתי מובהק.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אם יש טענה רצינית בעניין חוקתיות של חוק, ובמה שקשור בבנק המזרחי הייתה טענה כזאת, אז התשובה לאן זה הולך ברורה - למחלקה הציבורית. אני מסכים שצריכה להיות מסננת. לא כל פעם שמישהו טוען שחוק אינו חוקתי צריך להזניק את המערכת.

♦ **מאיר שמגר:** שאלתי את השאלה מכיוון שיש בבנק מורכבות של בעיות משפטיות רגילות ובעיות חוקתיות, וכך ברוב התיקים.

♦ **עדנה ארבל:** "בוטל" - זה מה שקבע בית המשפט בסעיף בעניין יועץ מס; וזה עניין שמצדיק דיון חוזר בבית המשפט. דע לך שעשיתי אצלי שלושה דיונים כדי לדעת איזה השלכות יש לזה, איזה השלכות רוחב, איזה השלכות משמעותיות - ועדיין לא החלטתי.

♦ **מרדכי קרמניצר:** ההסדר שהופיע בהצעת החוק שבזמנו הוכנה, שלפיו יש דיון מוקדם לפני שלושה שופטים, הוא הסדר מתבקש. ההנחה שאחדים מניחים כאן, כאילו אפשר לבנות הסדר יציב שיעמוד, תוך השתלמות מהשינוי בפונקציה של בית המשפט, ושזה יהיה הסדר יציב ושהציבור יסכים לו לאורך ימים, היא בעיני לא מציאותית. ומתוך הראייה הזאת, אני חושב שמתבקש שינוי. מה שהציבור משדר הוא רצון במניפה רחבה של עמדות והשקפות בבית המשפט העליון. אתן דוגמה למניפה רחבה. כתב פרופ' מאוטנר מאמר לפיו רק אנשים שמחזיקים מניות במסורת הליברלית יכולים להתמנות לבית המשפט העליון. אני

חולק על כך. הניסיון של הנשיא ברק להכניס שופט בעל השקפת עולם חרדית אבל מחויב לחוקי המדינה, הוא ניסיון נכון וראוי. אילו היה מצליח, הוא גם היה מתקבל בברכה והיה מוסיף לגיטימיות לבית המשפט. אני חושב שיש דרך, עמדה על זה יפה זילברשץ, לדעת מה השקפות העולם של אנשים מבוגרים. הרי שוב, לא מדברים במינוי של אנשים עולי-ימים שאין להם ניסיון חיים. בדרך כלל האנשים שבהם מדובר הם אנשים שיש להם רקורד של התבטאויות. אם מדובר בשופטים שכיהנו, ניתן לנתח את פסקי הדין שלהם. מפסקי הדין ניתן במקרים לא מעטים לחלץ השקפת עולם שיפוטית, בקווים הכלליים. אם מדובר באנשי אקדמיה, ניתן לחלץ את השקפותיהם מכתביבתם - למשל, העמדות השונות הבאות לידי ביטוי בכתיבה האקדמית על זכויות חברתיות וכלכליות. ניתן לאתר זרמים שונים של מחשבה - מי שמצדדים יותר בזכויות חברתיות כלכליות, למי שיש להם תפיסות שמרניות יותר בעניין הזה. זה בא לידי ביטוי גם במאמרים על שוויון. ניתן להוסיף בשאלון שמאמרים ממלאים גם שאלה כללית, שתזמין אותם לצייר את השקפת העולם שלהם. ולכך ניתן להוסיף שאלות כלליות נוספות. גם בראיון שעורכת ועדת המשנה, ניתן להרחיב בנושא זה, במידת הצורך.

אני מבקש להוסיף הערה על הרעיון שפרופ' כרמון הזכיר קודם הרעיון של פרופילים שיפוטיים. לדעתי הוועדה לבחירת שופטים הייתה צריכה להיערך מראש לקראת הפרויקט הזה של חילופי השופטים המסיביים בבית המשפט העליון. היה עליה להכין מפת פרופילים לפי שלושה פרמטרים. הפרמטר האחד הוא התחומים המקצועיים: מאיזה תחומים מקצועיים צריכים לבוא המועמדים. הפרמטר השני - מניין הם צריכים לבוא - שפיטה, עריכת-דין, אקדמיה והשירות הציבורי - אלה המקורות הבאים בחשבון. והפרמטר השלישי הוא השקפות עולם.

עכשיו, מה אני רואה כהשקפות עולם? יש כמובן העניין של דת, והוא תמיד היה. והאמת היא שדת אינה רק דת. יש בזה גם נימה פוליטית מסוימת בדרך כלל, וזה בסדר גמור. אני לא רואה בכך שום דבר רע, אך אין להתעלם מכך. כל מי שרצה לדעת מהי השקפת העולם השיפוטית של מנחם אילון היה קורא את כתביו; לא היו סודות. היה קשה יותר לפענח, אני חושב, את השקפת העולם של אנגלרד. אבל גם זאת ניתן היה לעשות במאמץ קצת יותר גדול. קיים הנושא של מתח בין ליברליזם אינדיווידואליסטי לבין שמרנות וקהלתנות. יש אנשים

שקרובים יותר לקצה האחד, יש אנשים הקרובים יותר לקצה השני, ויש אנשים באמצע. אני חושב שהשקפת עולם פמיניסטית צריכה לבוא לידי ביטוי בבית המשפט העליון, וגם בתוך הפמיניזם יש זרמים. חשוב מאוד שיהיה בבית המשפט העליון קול חזק של הזכויות החברתיות - לא קול אחד בכיוון זה, אבל אחד הקולות. בצד השופט הדתי, צריך להיות שופט חרדי מתאים. וצריך להיות בבית המשפט העליון שופט לא ציוני, מהצד הערבי.

♦ **אריאל בנדור:** אבל ההכרעות המשפטיות הן הכרעות בינריות, מה זה עוזר?

♦ **מרדכי קרמניצר:** זה עוזר. בתוך הבינריות, אם תבדוק את הפסיקה של אדם לאורך זמן, תראה שאדם שיש לו השקפת עולם ליברלית יותר מחליט סוג מסוים של החלטות, ואדם שיש לו השקפת עולם שמרנית מחליט באופן שונה. חשובה לא רק ההכרעה אלא גם השיח בדרך אל ההכרעה, ולא תמיד ההכרעה היא בינרית. יש לא מעט דרכי ביניים גם בהכרעות שיפוטיות.

♦ **מאיר שמגר:** אינך יכול לצפות מראש פסקי דין. כמובן שיש דברים יוצאי דופן. אין זה נכון שאדם פוסק את הפסק שלו על-פי מתכונת קבועה מראש שמלווה אותו לכל אורך הדרך. אני חושש שאנחנו נותנים כאן נימוקים להקמת בית משפט לחוקה.

♦ **יפה זילברשץ:** בתהליך שלך, בהנחה שאתה רוצה להגיע לתוצאה הזאת, כיצד אתה רוצה להגיע אליה?

♦ **מרדכי קרמניצר:** מבחינתי, כמו שאמרתי, הרכב הוועדה לבחירת שופטים הוא הרכב לא רע. אני חושב שזה שיש נציגות של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת, זה רעיון נכון מבחינת הלגיטימיות. אני הייתי מוסיף שני אנשי אקדמיה לחיזוק הצד המקצועי וגם לחיזוק החלק שיכול לעזור לברר את השקפותיהם, תכונותיהם והתנהגותם של המועמדים.

♦ **יפה זילברשץ:** אז עדנה ארבל אומרת שנוסיף נציגות גם מהשירות הציבורי.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אני לא חושב שנכון לעשות זאת, אף על פי שעושים כך במקומות אחרים. נראה לי שזה לא נכון. אין מניעה שבמסגרת הנציגות של עורכי הדין, יהיו גם עורכי דין מן השירות הציבורי, אבל בתוך אותה מסגרת.

♦ **צבי ענבר:** הכנסת עצמה הכניסה אנשי אקדמיה לוועדות שהיא

מקימה; למשל הוועדה הציבורית למימון מפלגות, בחוק כתוב שיהיה אחד מהאקדמיה; ובוועדה שבחרת את היועץ המשפטי לכנסת כתוב במפורש שיהיה נציג אקדמיה.

♦ **אריאל בנדור:** יש גם שאלה פרקטית. אולי זו דוגמה טובה בעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים. האם הצעה

לאיזה שהוא תיקון מינורי בכיוון שלנו נראה רצוי, לא יכולה להסתיים לאחר כור ההיתוך של הדיונים בכנסת בתיקונים מוזרים בכיוונים לגמרי הפוכים?! כלומר, אנחנו מציעים להוסיף נניח שני אנשי אקדמיה, ויגידו: "באמת צריך להוסיף שני אנשי אקדמיה לכל ארבעה ח"כים"...

♦ **צבי ענבר:** בטוח שכך זה יהיה בתהליך החקיקה בכנסת. אסור לפתוח פתח כזה. רק מהסיבה הזאת לא הייתי ממליץ להעלות את הנושא, כי בכנסת זה יקבל את הצורה הסופית.

♦ **אריאל בנדור:** האם לדעתכם החוקה צריכה לעסוק במה שהיום חוק-יסוד: השפיטה כמעט לא עוסק, במבנה המערכת השיפוטית? היום יש פירוט של סמכויות בג"ץ בסעיפים וכל היתר מושאר לחקיקה רגילה, ולעתים קרובות, אפילו לצווים ותקנות; או שלדעתכם זה עניין שצריך להיות בו הסדר חוקתי: למשל, בית משפט השלום - מה סמכויותו העקרוניות?

♦ **מאיר שמגר:** אני רוצה רק להוסיף על הנקודה שצבי ענבר העלה בעניין השינויים.

סעיף 15 (ג) הוא העתק של סעיף 7 לחוק בתי המשפט. אנחנו כתבנו אותו משום שהסברנו שכל הצעת שינוי תגרור אחריה שינוי נוסף של הסמכויות של בית המשפט הגבוה לצדק, שלא היה נראה רצוי לאף גורם שטיפל בהצעה.

♦ **עמוס שפירא:** זה נימוק שבמועצת העיתונות אנחנו נתקלים בו כל שני וחמישי. בא מישהו עם רעיון - נניח לשם הדיון שהוא רעיון טוב - לאיזה שהיא רפורמה חקיקתית, ראוייה לגופה, ואנחנו כולנו אומרים: "לא, לא כדאי לגעת; ברגע שזה יוצג בכנסת, מי יודע מה יצא מזה". זה בעוונותינו ובתנאי מקומותינו וזמננו, שיקול טקטי, שהוא הרבה פעמים ראלי ונכון. אבל אבוי לנו שכך, שזה מה שמנחה את הפעילות שלנו.

♦ **אריאל בנדור:** נדמה לי שההרכב עכשיו, גם אם אינו אידאלי, הוא הרכב סביר, ואפשר לחיות אתו. בהחלט יכול להיות שאפשר לשפר, למשל בחיזוק של המימד המקצועי, על-ידי תוספת של אנשי אקדמיה - כרגע הם אינם מיוצגים, אבל כאן אפשר אולי להתחשב בשיקול הטקטי

שעצם ההצעה יכולה לפתוח את העניין לשינויים לאו דווקא בכיוונים הרצויים.

♦ **מרדכי קרמניצר:** אני מסכים שהשיקול הטקטי צריך להישקל. לפעמים הוא שיקול מכריע. ועם זאת, לא הייתי מראש מחליט שהשיקול הטקטי האמתי מוביל דווקא למסקנה הזאת. יכול מאוד להיות שאפשר להשיג תמיכה בכנסת להצעה הזאת. זה נושא הראוי לבדיקה.

♦ **צבי ענבר:** מיכאל איתן יביא את הצעת החוק שלו. אז יהיה בהחלט מקום להכניס את ההצעה הזאת. הוא יושב ראש ועדת החוקה.

♦ **אריאל בנדור:** בכל זאת, המבנה של רשויות השלטון האחרות מוסדר די בפירוט בחוקי-היסוד הקיימים, ואילו בעניין המערכת השיפוטית, חוץ מבג"ץ ואזכור שבתי המשפט הם בית משפט השלום, בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון, אין בעצם שום דבר. השאלה היא אם ראוי שבחוקה יהיה פירוט רב יותר בעניינים האלה.

♦ **צבי ענבר:** לדעתי לא. זה צריך לבוא בחוק. כשדיברתי על זה, ראיתי בכך דבר חשוב מאוד, אבל דבר שצריך להיות מוסדר בחוק. ואשר לפירוט המרובה שקיים בחוקי היסוד הקיימים, הרי כפי שהראה מרדכי קרמניצר בעבודה שלו, מן הראוי היה שחוקי היסוד יהיו מצומצמים בהרבה, ומקצתם יעברו לחוקים רגילים.

♦ **אריאל בנדור:** אבל כאן לא נאמר כלום. לא יודעים מה סמכות בית משפט שלום או סמכות בית המשפט המחוזי או מהי הערכאה הראשונה, אבל יכול להיות שאנחנו רוצים שתהיה כאן גמישות.

♦ **צבי ענבר:** אבל בכל זאת, הייתי משאיר את זה לחקיקה רגילה ולו רק מבחינת העיקרון, כדי להרגיל את המחוקק לחוקק ולהבדיל בין חוקי יסוד וחוקים רגילים.

♦ **שולמית אלמוג:** אני חושבת שלא צריך להיכנס לפרטים בחוקה, כי החוקה צריכה לכלול שני דברים מרכזיים: דבר מרכזי ראשון הוא הסמכות, מסגרת הסמכות הכללית, מסגרת הסמכות העליונה, ואולי אפשר לומר תקרת הסמכות של המערכת. החלוקה הפנימית של הסמכות הזאת בתוך המערכת, זה דבר שאי-אפשר לעבוד עליו לפרטי פרטים בתוך החוקה. אני חושבת שחוקה שתעגן את סמכויות המערכת השיפוטית צריכה לכלול פחות או יותר את ההסדר שקיים היום, שהוא הסדר שעובד יפה. הפרט הנוסף שצריך לכלול בחוקה כזאת זה Accountability, כלומר - כל רשות, כל מערכת, צריכה לעבוד על איזון בין הסמכות לבין Accountability, ופירוט מסוים של

Accountability בקשר לרשות השיפוטית יכול פתור הרבה מהבעיות שהוזכרו היום - אמון הציבור, הבעיות הפוליטיות. כמובן שהאיזון בין הסמכות ל-Accountability צריך להיות זהיר מאוד ומאוזן מאוד, אם מדובר במערכת המשפטית, והוא צריך להיות שונה לחלוטין מהאיזון שמדובר בו ברשויות ביצועיות.

♦ **סבינה רוטלוי:** את יכולה להבהיר איך זה צריך להיות מובהר בחוקה. מה למשל?

♦ **שולמית אלמוג:** אני חשבתי שמתן הדוח הזה בחוקה צריך להיות רק לעניינים שהם עניינים שפורמלית קל מאוד לעקוב אחריהם, כמו למשל חיוב בקצב מסוים בלי להגיע למצבים של עינוי דין. כלומר, אני מדברת על סמכות לטפל במצבים כאלה. החוקה לא צריכה לכלול Accountability לגבי שופטים שאנחנו לא מרוצים מהפסיקה שלהם מבחינה אידאולוגית, מבחינה ערכית, מבחינה פוליטית וכדומה. אבל החוקה צריכה לכלול, אלמנט מסוים של אחריות ולו מבחינה סימבולית. זה לא בדיוק מראית עין, אך צריך לעשות זאת כדי לספק מראה מאוזן.

♦ **יפה זילברשץ:** המגמה שלנו צריכה להיות בדיוק הפוכה - דילול חוק יסוד הכנסת וחוק יסוד הממשלה. הם עמוסים בעודף פרטים. צריך לא להוסיף להם. אני חושבת שמודל הנוסח בסדר. אבל עלה לי דבר אחד בהקשר הזה, לא דנו ולא העלנו אותו בכלל ולא מוכרחים להעלותו היום, אבל זהו פתח לדיון עתידי והוא כן אולי צריך להופיע בחוק היסוד. אני מדברת על הרעיון של התמקצעות הערכאות. זאת אומרת, צריך לברר אם אנחנו באמת רוצים להישאר במסגרת של בית משפט שלום שדן בכול, או שאנחנו רוצים למשל לחלק את בית משפט השלום לבית משפט שדן בעניינים אזרחיים, פליליים, מנהליים וכדומה.

♦ **אריאל בנדור:** זה בדיוק הדבר שלא מוצע לדון בו בחוקה. או שקובעים את הפרטים הללו, או שלא קובעים.

כיום אין שום פרטים. זה מושאר לחקיקה רגילה של הכנסת, ולעתים קרובות, גם לאי-חקיקה.

♦ **יפה זילברשץ:** המסקנה שלי היא להשאיר את חוק היסוד כמו שהוא.

♦ **עמוס שפירא:** אני חושב שהנקודה שאריאל בנדור העלה פה היא נקודה חשובה, ולא רק מבחינה ניסוחית. יש כאן שני שיקולים אופרטיביים שצריך לעמוד בדרישות המינימום של שניהם. מצד אחד, כולם יודעים - פרופ' אקצין כבר כתב על זה בשנות החמישים - שאל

לה לחוקה לעסוק בפרטים. זה מובן מאליו. מצד שני, ניסוח פרקי החוקה חייב להיות אחיד. בפועל, במסגרת האנומליה שלנו של חקיקה בהמשכים, בתהליך לא שיטתי של חוקי יסוד, יש לנו חוקי יסוד בכל מיני גדלים ובכל מיני צורות. המוצר הסופי צריך לעמוד בשתי הדרישות, היינו - נוסח חוקתי לא פרטני, אבל גם אחיד. לא ייתכן שפרקים שונים של החוקה, תוצרים של חוקי יסוד שונים, יהיו בעלי מבנה שונה.

♦ **אריה האן:** שימו לב, יש חוק יסוד הכנסת. חוק יסוד הכנסת דולל - מעשה ידיו של צבי ענבר. יום אחד הוא בא ואמר - אנחנו נעשה חוק הכנסת. אז יש חוק יסוד הכנסת ויש חוק הכנסת. כל הפרטים נכנסו לחוק הכנסת. ודברים כלליים תמצאו בחוק יסוד הכנסת. זה מוצלח מאוד.

♦ **אריק כרמון:** לסיכום, אני חושב שאותה נקודה שהעלתה רותי גביון בהרצאה המקיפה שלה בעניין השיח בין הרשויות, במידה רבה צריכה להנחות את ההצעה שלנו בעניין הרשות השופטת. אני חושב שבמציאות הישראלית ובהוויה של דמוקרטיה פרלמנטרית, מוקד השיח הנורמטיבי הוא בבית הנבחרים. אם זאת הנחת העבודה ואנחנו אומרים שביט הנבחרים חלש, אז אחת השאלות העיקריות היא איך מחזקים את בית הנבחרים. זה לא עומד על שולחנו כרגע.

על רקע זה, השאלה היא באמת מה מעמדה החוקתי של הרשות השופטת. עם כינון החוקה, אני חושב שכולנו מסכימים אחרי שלוש שנות דיונים כאן - החוקה צריכה להיות מינימליסטית. החוקה לא יכולה להיכנס לפרטי פרטים. עדיין נתווכח על הזהות של הרבה מאוד מהסוגיות השנויות במחלוקת, נצטרך לפתור אותן ברמת ההסדרים החקיקתיים של חקיקה רגילה. אלו נושאים כבדים מאוד. גם אם נגיע לפשרות הרצויות והראויות בעניין דת ומדינה, הרבה נושאים בדת ומדינה יישארו לשיח של החקיקה הרגילה. למשל בשאלת הגיור. יש פה רבע מיליון עד 300,000 אזרחי ישראל שאינם מוגדרים יהודים - מי יטפל בזה? כל הדברים האלה יצטרכו למצוא פתרונם ברמת החקיקה הרגילה. ישנה שאלה מאוד יסודית. מרדכי קרמניצר, באחד הדיונים הפנימיים שלנו, השתמש במטפורה - "בית המשפט הוא שופט, הוא ישרוק על המגרש", הכנסת חוקקה חוק שהוא לא-חוקתי, השופט שורק; ואם הוא מכריז על חוק בלתי חוקתי, החוק בטל. זה חוזר לכנסת. על בית הנבחרים לחזור ולהתעסק באותו נושא שביט המשפט ביטל ולעצב ולגבש אותו. הדבר מוצב לפתחו. אם אנחנו מקבלים את הנושא



הזה, פרופ' קרמניצר, נדמה לי שאז היתרון הגדול בבית המשפט העליון הוא בהיותו מחלקה אחת, ולא שתי מחלקות. אני רואה בזה יתרון גדול מאוד, מפני שאז בית המשפט העליון לא יידרש חדשות לבקרים להתעסק או להעסיק את עצמו בחיפוש אחרי ביטולם של חוקים כאלה ואחרים. בית המשפט העליון במובן זה אינו מעצב נורמטיבי. הוא מרים את התמרור.

♦ **עמוס שפירא:** כדי להרים את התמרור, בית המשפט העליון יעסוק בשיח נורמטיבי. אין מנוס מכך.

♦ **אריק כרמון:** כן. אבל אנחנו מדברים על הימים שלאחר כינונה של חוקה. פסיקת 'קול העם' הייתה לפני שחוקק חוק היסוד הראשון. היית במציאות ששום דבר לא היה בה. ואז מטבע הדברים, היוזמה שנקט בית המשפט באומץ גדול תהיה שונה אחרי שתהיה חוקה.

את הדיון שלנו, בסופו של דבר, מיצינו ולא מיצינו. אנחנו מתכנסים כאן סביב תפיסה ריכוזית יותר, הרכב רחב של בית המשפט. השאלה היא גם בהגדרה. הגדרת תפקידו של בית המשפט בשיח עם בית הנבחרים זאת בפירוש הגדרה חוקתית. הוא אינו פועל בחלל ריק. צריך לזכור כאן עוד דבר (זאת הערה ששמעתי באחת הקבוצות האחרות), ישנה תחושה שנבחרי הציבור מושחתים. זו גם הייתה הצעקה של יושב ראש הכנסת, הם המושחתים. זאת נקודה שחייבים להביא בחשבון בשיח שאנחנו מנהלים כאן.

הדבר האחרון שאני רוצה להעיר הוא בעניין בחירת שופטים. אני בהחלט חושב שסוגיית הרכב הוועדה למינוי שופטים איננה סוגיה חוקתית.

♦ **אריאל בנדור:** היום היא בוודאי סוגיה חוקתית. היא מעוגנת בחוק-יסוד, ונדמה לי שזה כן עניין חוקתי מובהק.

♦ **אריק כרמון:** אני חושב שהשאלה לגבי ההרכב, זאת סוגיה אחת, וישנם עוד לפחות כמה דברים שהוזכרו כאן שאינם פוגעים במספר או בהרכב של השופטים. למשל, כל התהליך של סינון וסימון במחוזי לקראת מי ראוי ומי יכול במשך הדרך להיכנס לעליון. דבר שני, מה שקראתם פה, 'המניפה', כלומר, הגדרת פונקציות או הגדרת פרופילים לשנים כאלה ואחרות - זה דבר חשוב. גם אם אנחנו לא נוגעים במספר ובהרכב של הוועדה למינוי שופטים, לפחות יש פה כמה כללים - לא ברמה של חוקה, אבל במסגרת הדיון שלנו - שעשויים להרגיע את הרוחות, עשויים לתת איזה שהוא כיוון שיחזיר את האמון בוועדה הזאת

או לפחות יחזק אותו. והדבר השלישי - אני חושב שאת הדברים האלה אמרו גם ידידיה שטרן וגם מרדכי קרמניצר - יש חשיבות להתחקות אחר ההשקפה של השופטים, לא השקפה מפלגתית בהכרח, אבל בדיוק על-פי המיפוי שבין ליברטריאני וקומוניטארי ומשפט עברי וכך הלאה.

מושב סיום





## דיווחי הקבוצות ודברי סיכום

מנחה:

**פרופ' כרמון, אריק** - נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה

**שמות הדוברים** (לפי סדר אלף-בית):

**אלוני, שולמית** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

**עו"ד ארידור, יורם** - שר האוצר לשעבר

**פרופ' בנדור, אריאל** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

**פרופ' גביזון, רות** - עמיתה בכירה במכון הישראלי לדמוקרטיה;

הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים

**השופט זמיר, יצחק** - נשיא בית המשפט העליון (בדימוס)

**פרופ' מעוז, אשר** - הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

**עו"ד מירום, חגי**

**עו"ד ד"ר מליץ, עמרם**

**עו"ד מרידור, דן** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה

**פרופ' סגל, זאב** - המחלקה למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל-אביב

**פרץ, אתי** - מזכירת הסתדרות העובדים הסוציאלית

**פרופ' קליין, קלוד** - דיקן המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן

**פרופ' קרמניצר, מרדכי** - עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה;

הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים

**ח"כ רשף, חן**

**השופט שיף, אילן** - שופט בית המשפט המחוזי בחיפה

**השופט שמגר, מאיר** - יו"ר המועצה הציבורית, נשיא בית המשפט

העליון (בדימוס)

♦ **אריק כרמון:** אנחנו נמצאים בתהליך ארוך ומתחילים להתקדם בו. נראה כי סופו של התהליך החוקתי יביא לחוקה די מינימליסטית. לא יכול להיות מדובר בשינויים מהפכניים. להערכתי, הרעיון של בית משפט לחוקה הוא - ואני מקווה שהביטוי מספיק פרלמנטרי - סוס מת. ההכרה הציבורית היום היא ברורה וחד-משמעית למדי, העניין איננו קיים בשית. ישנן סוגיות אחרות, ישנן סוגיות שהייתי אומר שהן איזה שהוא מקצה שיפורים למציאות הקיימת, כלומר אני לפחות לא מזהה איומים כבדים על המערכת.

על רקע זה אני רוצה להעיר עוד הערה אחת מנקודת מבט של היסטוריון; עבדכם הנאמן הוא לא משפטן, הוא היסטוריון. נעשתה במכון עבודה יוצאת דופן, אני חושב. הובילו אותה מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר ואבישי בייניש. זה היה מאמץ ארוך שנמשך כמעט שנתיים וחצי - לקחת את כל חוקי היסוד, לנפות חקיקה רגילה מחקיקת יסוד ולהציע לוועדת חוקה של הכנסת ואחר-כך לכנסת את התשתית העיקרית שמכילה את כל מה שהכנסת כבר קיבלה במהלך ארבעים וכמה שנים שבהן נחקקו חוקי היסוד.

אפשר לומר, ויש מי שאומר, שתשעים וכמה אחוז מהחוקה כבר נחקקה. על הרקע הזה התקיים הוויכוח אם יש לנו חוקה אבל היא נכה, או שאין לנו חוקה. בעיניי לפחות זאת שאלה משנית. אי-אפשר להתחמק מהעובדה שהחמישה או השבעה או התשעה אחוזים שעדיין לא הושלמו מנקזים בתוכם את עיקרי המחלוקת, את הסוגיות הבעייתיות. התהליך החוקתי נתקע אחרי '92, ואי-אפשר גם להתכחש לעובדה שסביב הוויכוח איך ממשיכים את התהליך החוקתי יוצא הרבה קיטור ויוצאות הרבה אמוציות וישנה רטוריקה מכל הצדדים, וכל צד פחות או יותר מאיים על השני. אם נצליח להסתכל קדימה עשרים שנה או שלושים שנה מנקודת הזמן שאנחנו נמצאים בה היום, אני חושב שאנחנו נמצא מציאות די דומה למציאות שהייתה לפני עשרים שנה. אז בית המשפט בפסיקותיו התווה והניח את מה שהיה צריך להניח, והפרלמנט עסק במה שעסק. אנחנו נמצאים בתקופה משמעותית מאוד, ואני מקווה מאוד שנצליח להשלים בה את כל המהלך הזה. יש מי שרואה לנגד עיניו סכנות ואיומים שהעגלה תרד מדרך המלך. במועצה הציבורית הזאת יושבים מיעוטים מכל הסוגים. התחושה הפנימית שלי נובעת מהדיונים: הדבר הזה לא יקרה. מצאתי לנכון להעיר את ההערה הזאת לפני שאנחנו נכנסים לדיון הספציפי.

♦ **יצחק זמיר:** כשאנחנו מדברים על הרשות השופטת, אנחנו צריכים להבחין בין הכלל לבין הפרט. הכלל הוא עצם השאלה אם צריך להכניס שינוי של מהות במצב הקיים; הפרט נובע מן הכלל, ואם אכן נכניס שינוי, צריך לברר מה הם השינויים הנדרשים, וכאן יש שורה ארוכה של הצעות חוק ורעיונות שונים.

בוועדת המשנה של הוועדה לבחירת שופטים, שהתברים בה היינו אני בתפקיד יושב ראש, חבר הכנסת אמנון רובינשטיין ועורך דין גיא-רון, דנו ביסודיות בפרטים של שינויים בהרכב הוועדה, שיקוף,

הליכי הבחירה וכדומה. הוועדה הגישה דוח לפני שנתיים וחצי. הדיון בו החל בוועדה לבחירת שופטים ועדיין לא הסתיים, ואני חושב שכמעט כל השאלות שנדונו כאן נדונו גם בפני הוועדה ומצאו ביטוי בדוח שמתאר לפרטי פרטים את המצב הקיים והצעות רבות לשיפור השיטה. הדבר החשוב הוא שהעמדה הברורה של ועדת המשנה היא שאין צורך, ובעצם אסור, לשנות את המצב הקיים שינוי מהותי. לכך אני מבקש לייחד את דבריי, מפני שהרושם שלי הוא שעצם ההליך המתקיים ביום הדיונים הזה בנוי על הנחה שצריך לשנות את המצב הקיים. הדוברים בישיבת הבוקר, להוציא הנשיא ברק, אמרו מה צריך לשנות, משום שההנחה היא כנראה שהמצב הקיים בבסיסו איננו מצב שמניח את הדעת. מעבר לזה, נראה שההנחה היא כי זה מצב שטומן בקרבו סכנה, קודם כול לבית המשפט ואחר-כך לחברה בישראל בכלל. ואני שואל את עצמי אם הנחה זאת נכונה. ואם אכן יש צורך בשינוי מהותי.

אני חושב שבמבחינים העיקריים של רשות שופטת כלשהי, מדינת ישראל לא רק עומדת כראוי, אלא היא סיפור הצלחה גדול. אני רוצה בקיצור נמרץ לומר מה הם, משום שאנחנו בכלל לא מדברים על כך, לא שוקלים את זה. אנחנו רק שומעים כל הזמן בציבוריות הישראלית טענות וביקורת על המערכת השיפוטית. ובכן במה מודדים מערכת שיפוטית? מערכת שיפוטית צריכה להיות נקיית כפיים, ואנחנו יודעים שבהרבה מאוד מדינות בעולם זה לא בדיוק המצב. איש לא מעלה טענה כזאת נגד מערכת השיפוט בישראל. אנחנו יודעים שמערכת שיפוט צריכה להיות עצמאית, בין היתר משום שהיא מבקרת את השלטון. זה אחד התפקידים העיקריים שלה. ואנחנו יודעים היטב שבהרבה מאוד מדינות בעולם, ולא רק במדינות מפגרות, זה לא בדיוק המצב. איש לא מעלה טענה כזאת נגד המערכת השיפוטית בישראל. ואנחנו גם אומרים שמערכת שיפוטית צריכה לעמוד על רמה מקצועית טובה. אני לא רוצה לומר שאנחנו ברמה הכי טובה, אבל בהשוואה למערכות אחרות בישראל וגם למערכות שיפוטיות בעולם, אני חושב שהמערכת השיפוטית בישראל עומדת על רמה מקצועית גבוהה. לכן, אם אנחנו בוחנים את עצמנו אחרי יותר מחמישים שנה, המערכת הזאת עם הכללים שמסדירים אותה, עם המוסדות שממנים אותה, הפיקה תוצר טוב בקנה מידה בין-לאומי. אנחנו חייבים להיות מודעים לזה בבואנו לשנות. משום שבשינוי תמיד טמון יסוד של סיכון. אפילו בהצעה שנראית לנו הצעה טובה, עדיין יש יסוד של סיכון. אנחנו לא

יודעים איך הצעה כלשהי תעבוד למעשה; קל וחומר כשאיש אינו תוקע כף לידנו שההצעה שתתגבש בפורום הזה היא ההצעה שתתקבל בכנסת. יש לנו יסוד לחשוש לאור הניסיון שההצעה לשינויים, כמו ההצעה להוסיף שני אנשי אקדמיה לוועדה לבחירת שופטים, לא תסתיים כמו שהיא נכנסת לכנסת. אנחנו צריכים לדעת שאנחנו מסכנים מערכת שמתפקדת היטב.

איני רוצה לומר שהמערכת מושלמת ואין מקום לשיפור. יש כמובן הרבה מקום לשיפור, והדוח מלא הצעות כאלה. אבל אני רוצה לעבור בקצרה על הטענות העיקריות נגד המערכת ולשאול אם הן מצדיקות את הביקורת.

טענה אחת רצינית מאוד ומוצדקת מאוד נגד המערכת היא, שבגלל עומס עבודה כבד מאוד היא לא מתפקדת כראוי - לא בית משפט שלום ולא בית המשפט העליון. זה מביא לידי כך שלאנשים אין מספיק זמן לטעון טענות ושפסקי הדין לא ניתנים במועד. זה דבר רע שחייבים לשנות. אבל השינוי הוא לא בידי בית המשפט; הוא בידי מי שמבקר את בית המשפט, קרי - הממשלה והכנסת. משום שבית המשפט היום עומד בנטל בלתי-אפשרי, והוא לא יוכל לשפר את המצב אלא אם יקבל משאבים נוספים. המשאבים הנדרשים אינם ניתנים משום שמערכת המשפט אינה נמצאת במקום גבוה בסדר העדיפויות של הממשלה או של הכנסת.

עוד טענה נפוצה היא בעניין הייצוגיות. הטענה היא שבית המשפט איננו מייצג, שכל השופטים באים מרחביה, כולם עשויים עור אחד ומייצגים השקפה מסוימת, חבר מביא חבר וכדומה. הדברים האלה נשמעים פעם אחר פעם, אך הם רחוקים מן המציאות. אני לא מכיר מערכת שיפוטית בכלל, ובית משפט עליון במיוחד, שיקופי כל-כך כמו בית המשפט העליון בישראל. תעברו על בתי המשפט העליונים במדינות אחרות - בצרפת, בגרמניה ובמדינות אחרות, ותראו מה הייצוג שישנו שם. אני חושב שאנשים לא יודעים את זה. לא מדובר רק בייצוג של נשים, בייצוג של דתיים ובייצוג של מזרחיים, אלא גם בייצוג של ליברלים ושמרנים, אנשי ימין ואנשי שמאל. זה כמובן לא נתון רשמי ואף אחד לא יבוא ויאמר לכם, אבל הייצוג הזה קיים, השיקופיות הזאת קיימת. אם תגיעו להשקפות האישיות של השופטים, שלא באות לידי ביטוי בעבודתם, תמצאו שיקוף מלא אפילו במובן הזה.

המערכת הזאת של מינוי שופטים היא אחת המערכות המוסדרות ביותר



באופן רשמי וגלוי. ההסבר כתוב בחוק יסוד ובחוקים, והקריטריונים למינוי שופטים מפורסמים בילקוט הפרסומים. הדבר היחיד שלא ידוע ולא צריך להיות ידוע, זה הדיונים הפנימיים על מועמד זה או אחר. בשום מערכת - מנהלית, צבאית או אחרת - הדיונים האלה אינם פומביים. אסור שהם יהיו פומביים. משום שאחרת זה חותר תחת המערכת.

אנחנו שומעים שאין אמון של הציבור בבית המשפט, או מכל מקום שהאמון נשחק והולך ומכאן נובעת סכנה גדולה. אני חושב שהדברים אינם נכונים. אבל עצם הדיבור החוזר ונשנה יוצר את הרושם הזה בקרב הציבור הרחב. ראשית כול, אנחנו צריכים לזכור שמלבד הצבא אין שום מערכת אחרת בישראל, בוודאי לא המערכת הפוליטית, שעדיין זוכה לאמון גדול כל-כך. למעלה משבעים אחוזים מהציבור, לפי כל המבחנים, באים ואומרים שהם סומכים על בית המשפט. הם מאמינים בבית המשפט. זה שיעור הרבה יותר גבוה מבמדינות דמוקרטיות כמו ארצות-הברית או גרמניה.

אותו חלק בציבור שמסתייג מבית המשפט, אנחנו יודעים פחות או יותר מי הוא, ואנחנו גם יודעים למה הוא מסתייג. מה שמציגים היום אינו נכון. ההסתייגות אינה נובעת מן החשש שבית המשפט העליון או בית משפט אחר יפסול חוקים. הדבר האמיתי, שמעורר פעם אחר פעם סערה, זה לא פסקי דין שבהם בית המשפט פוסל חוקים, אלא עניינים רגילים, בג"צים: ביקורת על בית דין דתי שקיפח אישה, על כביש שנסגר בשבת, על החלטה לאפשר יבוא בשר לא כשר. אלה הם דברים שבית משפט צריך לדון בהם גם בערכאות נמוכות, וזה לא ישתנה בכל שינוי מבני שיעשה. גם אם המינוי של השופטים יעשה על-ידי הכנסת, זה לא ישתנה. הביקורת על בית המשפט משקפת מאבק של תרבויות, מאבק על ערכים שונים. וגם אם ימנו שופטים בשיטה אחרת, מאבק זה ימשך.

קחו לדוגמה את בית המשפט החוקתי בגרמניה. זהו בית משפט המתמנה על ידי הפרלמנט, ותראו לאיזו ביקורת ציבורית הוא נתון בגלל ההחלטות שלו, משום שגם שם מתנהל מאבק על ערכים שונים. זה המאבק האמיתי שמתנהל נגד בית המשפט בישראל תחת כיסוי של מאבק נגד הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים או המאבק על דרך המינוי של השופטים. גם היום שמענו בדיונים כי "חבר מביא חבר" ו"כולם עשויים מעור אחד", ו"הליכים סודיים". מכיוון שזה לחלוטין לא נכון, וכל מי שמכיר את המערכת יודע שאין לזה יסוד, אז אם

המכון הישראלי לדמוקרטיה רוצה לעשות שירות אמת לדמוקרטיה בישראל הוא לא צריך לאמץ את ההנחה שנדרש שינוי מהותי במערכת, אלא הוא צריך לחשוב כיצד לצאת נגד האנשים שחוזרים על הדברים הלא-נכונים האלה. אני לא רוצה לומר שהם משקרים. לפעמים זה נעשה מתוך חוסר ידיעה. אבל הם משרישים בציבור את הטענות האלה, והן זורעות חוסר אמון בבית המשפט. כתוצאה מכך, באמת בית המשפט נתון בסכנה, אך זאת בגלל ההתקפות הבלתי-מבוססות האלה. לכן צריך להיחלץ להגנה על בית המשפט. אני חושב שכאן המכון הישראלי לדמוקרטיה יכול לעשות שירות חשוב, באמצעות משאלים או מחקרים, כדי לשמור על בית המשפט, ובעקיפין גם על ערכי הדמוקרטיה.

♦ **אריק כרמון:** אני חושב שעד לפני זמן לא רב הייתה שרירה וקיימת ההנחה, (והיא נאמרה בעיקר בקרב מי שרצו חוקה ליברלית מלאה), שאם צריך להתפשר על כך וכך וכך, מוטב המצב הקיים; ועם ההנחה הזאת אנחנו חיינו שנים לא מועטות. ההנחה הזאת לא קיימת יותר. אתה דיברת על המכון הישראלי לדמוקרטיה, ואני מרשה לעצמי לאותה סירה להכניס גם את המועצה הציבורית הזאת. אנחנו חיים היום במציאות שבה יש כוחות שונים שמנסים להביא לידי סיום את המהלך החוקתי, באמצעות רעיונות שלפחות בעיני מקצתנו הם בהחלט מאיימים על מה שאנחנו קוראים 'היסודות הדמוקרטיים במדינת ישראל', ולכן האפשרות לשמור על הסטטוס קוו כבר אינה קיימת. אנחנו חיים במציאות שבה מתגבשים הרעיונות האחרונים כדי לסיים את זה. לרוע המזל, כשחברי דן מרידור היה שר המשפטים והוא הוביל מהלך שהיה אמור לסיים את מגילת הזכויות, המהלך לא הושלם. הוא נתקע באיזה שהוא מקום. היום הקרקע רוחשת ועולה שוב. כלומר, אנחנו לא נמצאים במצב סטטי שאנחנו צריכים להיכנס למחפורות כדי ליצור הגנות. אני חושב שתוך כדי תנועה אנחנו צריכים בפירוש לשמור על העקרונות שאני משוכנע שכמוך כולנו מאמינים בהם, אבל צריך להסתכל בעיניים פקוחות על המציאות הזאת ואיזה כוחות פועלים בתוכה.

דרך אגב, להרבה אנשים יש תפיסות שונות, וכל צד מרגיש את עצמו מאוים בצורה כזאת או אחרת, ולכן לשיח הפתוח יש חשיבות גדולה מאוד. ההנחה שברגע שאנחנו פותחים משהו אנחנו לא יודעים איך הוא יסתיים, יכול מאוד להיות שהיא נכונה, אבל עם זה היא כמעט בלתי-נמנעת אם אמנם אנחנו רוצים בשיח הזה לשתף את כל הנוגעים

בדבר ולהגיע להסכמות. אבל אלה בהחלט הערות בשוליים. אני רק רוצה להבטיח לך, לשופטת דורנר ולאנשים אחרים שאני רואה את עצמנו נמצאים באותה סירה, וכרגע היא שטה קדימה, ואני מקווה שהכיוון שלה הוא כיוון שמקובל על כולנו.

נשמע ממנחי הקבוצות השונות את הסיכומים:

♦ **קלוד קליין:** אני אולי לא אסכם כל מה שנאמר, ונאמרו פה הרבה דברים מעניינים. אני רק רוצה לעבור על דברים שנראים לי הדברים העיקריים.

אני חייב לפתוח בדבר שמאוד ריגש אותי ואני חושב שהוא ריגש גם חברים אחרים - ההצהרה של חברת הכנסת יולי תמיר. היא פתחה את דבריה בכך שאמרה שקצת קשה לה לשמוע בפעם המי יודע כמה התקפות על הכנסת ובכך שדווקא בחוגים שלנו, אנחנו בעצם גורמים לדה-לגיטימציה של הכנסת. אני אמנם אמרתי לה שאנחנו כמובן כולנו מסכימים, שהיינו גם רוצים שחברי הכנסת יעזרו לנו לעזור להם, אבל מעבר למליצה הזאת, אני חושב שההערה הזאת הייתה במקומה, ואני באמת מצטרף אליה. אני חושב שזה חשוב. יש איזה פופוליזם, איזה דמגוגיה, ובסופו של דבר הכנסת חשובה לנו, מותר לומר, בדיוק כמו בית המשפט העליון. ולכן צריך להגן על מעמדה ועל כבודה, ואני גם שמח מאוד שגם הנשיא ברק חזר על אותם דברים ונתן להבין בצורה מאוד מאוד ברורה ומשכנעת שאין בדבריו שום ניסיון לפגוע במעמדה של הכנסת. אני חושב שזה דבר חשוב, והיה לי חשוב להתחיל בזה.

אם יש איזה שהיא כותרת שמתחתיה כל מה שנאמר יכול להיכנס, הייתי בוחר במילה 'חרדה'. ואני מדבר על חרדות מכל הכיוונים - קודם כול מפני מי שמגן על המצב כפי שהוא היום. מצד אחד יש טענה שהמצב כיום טוב, או לא רע, שהפגמים שיש הם פגמים נסבלים, והכי חשוב, שכל מה שמציעים היום הוא מסוכן ויכול לגרום להידרדרות מהירה מאוד. מצד שני הרי כולם תומכים בבית משפט, במערכת שיפוטית חזקה, וכל מי שבא עם הצעות היום, אני לא חושב שהוא בא סתם כדי להראות שיש לו איזה שהוא רעיון איך לשנות פה ושם, אלא יש אנשים שחושבים, שהמצב לא כל-כך טוב, ואולי הם חרדים מהמצב אם לא ישנו בו דבר מה. לכן כולנו מתאחדים מתחת לכותרת 'חרדה'.

ומכאן אני רוצה לפנות להצעות ולעבור עליהן בקצרה.

אני רוצה לומר שאין הצעות מהפכניות, אין מי שרוצה לבטל. אפילו הרעיון של בית דין לחוקה, עם אנשים חיצוניים, שכתבתי עליו, לא

עלה בצורה מאוד רצינית או מאיימת. לעומת זאת כן עלה רעיון, ואני אפילו שמעתי שהנשיא אמר שהוא מסכים לקבוע למשל בחוק יסוד השפיטה (בסעיף 15) שביט המשפט העליון ישב גם בתור בית דין לחוקה. יש יתרונות מסוימים להגדיר בבירור שיש סמכות כזאת של ביקורת שיפוטית ולקבוע את כל ההליכים - מהי ביקורת עקיפה, מהי ביקורת ישירה. לא אכנס עכשיו לכל הרבדים של הטכניקות האלה. זה לא כל-כך פשוט. אבל צריך לעשות את זה, ואם עושים את זה משיגים כמה דברים. אני אישית לא מקבל את הרעיון שנשמע מדי פעם, שביקורת שיפוטית על חוקים אינה שונה מביקורת שיפוטית על חקיקת חוק עזר עירוני ברמלה, כך שמבחינה אינטלקטואלית זה יכול להיות אותו דבר. בסופו של דבר דנים במטריה שהיא לגמרי אחרת, ועל כן צריך לקבוע את זה בבית דין לחוקה. כנראה שכולם תומכים בהרכב מורחב. על שאלת הרוב אני לא בטוח שיש הסכמה, אבל על הרעיון שביקורת שיפוטית על דבר חקיקה של הכנסת זאת מלאכה שהיא קצת שונה מכל המלאכות האחרות של בית המשפט העליון, יש הסכמה. ואני מוסיף מיד שכולנו יודעים, לפחות מי שדן במטריה, שלא על דבר זה תוקפים את בית המשפט העליון, אלא על דברים אחרים.

סוגיה נוספת שעלתה בדיון היא שאלת השיקוף והליך השיקוף. אומרים שהכול שקוף, יש כללים שמפרסמים 21 יום קודם. אני שלושים שנה בברנז'ה הזאת, ואני חייב לומר שלפחות עד לעת האחרונה לא ידעו הרבה. לא צריך לספר לנו שבאופן פורמלי היו דיונים. אני אומר לכם רבותיי, יש אמת בטענה הזאת. יצחק זמיר צודק ודאי - יש קריטריונים ברורים מי יכול להתמנות לבית המשפט העליון. אי-אפשר להוציא את השרת של בית הספר ולמנות אותו לבית המשפט העליון. יש כללים. כל זה נכון מבחינה פורמלית, אבל מעשית, זה לא כל-כך פשוט.

אם כל הציבור ובו גם ציבור רחב של משפטנים, לא רק של המתנגדים, אומר שיש שם דברים שלא יודעים בדיוק, אז כנראה שישנה בעיה. אני רק יכול לדווח על הרגשות - יש הרגשה של סודיות, יש הרגשה של 'חדרי חדרים', יש הרגשה של דברים סגורים; אם מביאים מועמד אחד למשרה אחת, אז במשפט המינהלי המקובל ובלשון עממית זה נקרא מכרז תפור. מבחן התוצאה הוא לא רע; אני מצטרף לדעה הזאת, אבל עם זאת, יש איזה אמרה בדרום אמריקה: "אם כולם אומרים שתית, לך לישון". זאת אומרת, אם כולם אומרים שיש איזו שהיא תופעה, אז לא מספיק להכחיש אותה. יש כנראה איזו שהיא בעיה.

הוא הדין למשל בעניין הרכב הוועדה. משכנע מאוד מה שיצחק זמיר אומר: אם פותחים בכך שרוצים שני פרופסורים - בסוף יהיו לך שלושה רבנים. אני לא רוצה לפגוע באף אחד אני רק אומר שלא צריך לדחות את זה לגמרי על הסף. גם אם יהיה שם רב אחד - אני אישית לא הייתי מתנגד לכך.

רבתיי, אלה הדברים העיקריים. הושמעו הרבה השגות, הרבה דעות בכיוונים שונים. הושמעו גם דברים קשים מאוד, מין זעקה חברתית, גם זעקה גם דתית, וגם היא צריכה להישמע. היא נשמעה בצורה מכובדת מאוד, ואני חושב שהיה באמת מקום לשמוע אותה. אני חושב שניסיון להתחפר בעמדות מסוימות, בסופו של דבר לא יכול להועיל. אף אחד לא אמר שהמצב הוא קטסטרופלי. יש מי שחושב שאם לא נעשה שום דבר, המצב עשוי להידרדר, ויש מי שאומר שאם ייעשה דבר מסוים, אז המצב יידרדר. ואני חושב שהבחירה היא קשה וטוב שהיא לא בידיי.

♦ **אריק כרמון:** נמשיך בדיווח, אילן שיף. בבקשה.

♦ **אילן שיף:** התחושה שלי היא שבקבוצה שלנו הנושא לא מוצה. לא הספקנו לדון ביותר מדי נושאים כי הקדשנו זמן רב למינוי השופטים, הוועדה, הקריטריונים, שקיפות וכו'.

כמובן שלא הייתה מחלוקת בקבוצה שלנו שלשיפוט צריכים להגיע מיטב האנשים, לא רק בשל העובדה שהשופטים מכריעים בסכסוכים על פי הדין וחורצים בכך גורלות, הן בדיני נפשות והן בדיני ממונות, אלא גם בשל העובדה שמה שיש למערכת השיפוטית זה לא ארנק ולא חרב. תדמיתה היא הנכס החשוב ביותר שלה, ותדמית משיגים אולי בעיקר בזכות טובי האנשים.

החומר שהובא לידיעתנו לפני הדיון כלל מחקרים השוואתיים מכל קצווי העולם, אבל הושמעה אצלנו אזהרה שלא בהכרח צריך לאמץ "כזה ראה וקדש" את שיטות המשפט השונות אשר למינוי, משום שלא בהכרח מה שנכון מעבר לים נכון בישראל; לא בהכרח דין מדינה גדולה כדין מדינה קטנה כמו שלנו, משום ששם הקשרים טובים פחות מבמדינה קטנה כמו אצלנו. ולא בהכרח דין מדינה שבוחרת שופטים צעירים לתקופות ניסיון כדין מדינה שבוחרת שופטים ותיקים יותר ובלי תקופת ניסיון.

אשר לנושאים של מינוי השופטים, הנושא הראשון שהועלה לדיון היא השאלה אם יש איזה שהוא צורך בשינוי בהרכב האנושי של הוועדה למינוי שופטים. אצלנו הושמעה דעה מוצקה של רוב האנשים שלא

לשנות כלל את הרכב הוועדה. היו שהדגישו את העובדה שהתוצרים של אותה ועדה הניבו עד היום תוצאות טובות, ולא משנים הרכב שמניב תוצאות טובות; היו כאלה שחשבו שאילו היה הדבר בידם היו משנים את הרכב הוועדה. בעיקר דובר על הוצאת הפוליטיקאים מהוועדה. אבל אלו גם אלו שחשבו שצריך לשנות את הרכב הוועדה - או על-ידי הוצאת הפוליטיקאים או על-ידי הוספת אנשים אחרים מהאקדמיה - חשבו שמסוכן מאוד לשנות ועדה כזאת, כי יודעים איך מתחילים בשינוי, אבל לא יודעים איך מסיימים אותו. ובסופו של דבר, שינוי בהרכב האנושי של הוועדה עלול לגרום שימונו לוועדה אנשים שלא יתרמו לה תרומה סגולית, אלא יגרמו לנזק רב.

היה מי שחשב שרואים בוועדה ועדה שבה חבר מביא חבר, וכדי למנוע את הדעה הזאת צריך שתהיה יתר שקיפות ויותר פתיחות בדיוני הוועדה, ולו רק כדי להזים את הטענות נגדה. היה מי שחשב שבית המשפט צריך לדעת איך לשווק את עצמו, כולל בעניין המינויים, כדי ליצור תדמית חיובית יותר בציבור. אשר לשיקופיות, דעת הרוב אצלנו בקבוצה הייתה שלא צריך לאמץ את השיקופיות. היה מי שאמר שככלל יש בבית המשפט כבר כיום, בלי שום פעולה נוספת, שיקופיות; שכן יש בו למשל נשים, דתיים, עדות המזרח וכו'; ומי שלא נמצא שם - הדבר יתקן עם הזמן. דגש מיוחד הושם למשל על הנושא של שופט ערבי.

הושמעה הדעה ששיקופיות עלולה ליצור בעיות יותר משהיא פותרת. היכן יושם הגבול? מה עם הרפורמים? הקהילה ההומו-לסבית? זקנים? צעירים? ועוד... אין לכך גבול, ועלולות להיווצר יותר בעיות מבמצב כיום.

היו שחשבו שהשיקופיות עלולה להכניס זרמים לא-מתאימים, ובעצם יש בה היענות ללחצים ציבוריים; וככל שתהיה יותר היענות ללחצים ציבוריים, כך ייחלש יותר ויותר אמון הציבור במערכת השיפוטית.

פרופסור זמיר הציג את הדעה של הוועדה שהוא עמד בראשה, וכיוון שהוא עשה את זה הכי טוב שאפשר, אז אני לא אחזור על טיעונו. בהקשר הזה של שיקופיות, היו מי שסברו שיש יותר מדי מינויים מהשירות הציבורי, בעיקר מהפרקליטות, במערכת השיפוט, ושהדבר עלול לגרום לחוסר איזון בגלל המטען שמביאים אתם אנשי הפרקליטות, בייחוד מי שבא מהתביעה. היו שחשבו שצריך לאפשר להציג יותר מועמדויות לבית המשפט, כולל לבית המשפט העליון, כדי שהבחירה תהיה נרחבת יותר.

אדם אחד דיבר אצלנו על תקופת הצינון ויצא נחרצות נגד העובדה שאין צינון, בפרט אם הדברים שמתפרסמים בעיתון נכונים, שאנשים מסוימים מהפרקליטות צריכים לקבל קודם כול החלטות ורק אז הם יהיו מועמדים ראויים לבית המשפט העליון. מצב כזה עלול לגרום שבתת-ההכרה תהיה השפעה על המינוי.

אשר לקריטריונים למינוי, הלהיט היה המקצוענות. היו כל מיני ניואנסים להגדרה של מקצוענות - אין ספק שהידע המשפטי זה הקריטריון המוביל במקצוענות, אבל היו ששמו את הדגש גם על דברים נוספים, כגון הכרת הקהילה, המזג השיפוטי וכו'.

אשר לדעות ולרעיון של מרדכי קרמניצר לבדוק את ההשקפות, הושמעו אצלנו דעות שאם לבדוק השקפות, אזי רק בעניין עקרונות הליבה, דהיינו עקרונות יסודיים בסיסיים ולא השקפות חיים. היה מי שמיצה את ההגדרה של עקרונות הליבה ב'עקרונות יהודיים ודמוקרטיים' או מה שמתיישב עם חוק יסוד, עם החוקה שלנו בעצם; ואשר לשאלה איך זה ייבדק, רוב מי שדיברו על הנושא סברו שאין לעשות בדיקה באיזה שהוא הליך נפרד, אלא צריך להתבסס על הכתבים של אותם אנשים או על הדעות הפומביות שהם השמיעו. בדיקה כזאת עלולה לגרום לאנשים להסתיר את דעותיהם, ויהיה בכך משום צביעות; ויתר על כן, בדיקה כזאת יכולה להתחיל בבדיקה של עקרונות ליבה ולהימשך להשקפות אחרות שרק יפריעו לאנשים ראויים להתמנות לבתי המשפט.

אנחנו דנו בקצרה גם בשאלה אם ועדות המינויים לבית המשפט העליון צריכות להיות שונות מהוועדות ליתר ערכאות השיפוט, ופה נחלקו הדעות. רוב האנשים חשבו שכיוון שערכי היסוד של השיטה שלנו מוטמעים בכל ענפי המשפט, ולא רק במשפט המנהלי, אזי אותה ועדה היא זו שצריכה לדון בכל המועמדים ואין להפריד בוועדות.

דנו בקצרה גם בשאלה איך מפיגים את המתח בין המערכת השיפוטית לבין הרשויות - המבצעת, ובעיקר המחוקקת. נאמר שמתח מסוים הוא טבעי והכרחי, ואם הוא אינו מתקיים אז סימן שמהו לא בסדר או אצל שאר הרשויות או ברשות השיפוטית. מתח מסוים קיים גם בשל עידן ניפוץ המיתוסים ו'הפרות הקדושות', וממתח כזה אי-אפשר להימנע. בכל זאת יש איזה שהיא תחושה שיש הסלמה מסוימת במתח, ואולי אנחנו עלולים להגיע למסלול התנגשות. השאלה שהועלתה לדיון היא אם צריך לשנות משהו בכללים.

המעט שהתבטאו אמרו שאין לשנות את כללי המשחק. בית המשפט

בפועל הוא לא אקטיביסטי כשם שהוא מצטייר; ואם הוא אקטיביסטי, הוא לא שונה מבתי המשפט שקדמו לו בשנים עברו. זה יותר עניין של תדמית מעניין של מהות. השינוי הגדול ביותר שחל בשנים האחרונות זה לא בבתי המשפט ובדרך שהם שופטים, אלא בפוליטיקאים; ולמרות זאת יש לציבור אמון רב במערכת המשפטית, וכל ניסיון לרצות את הציבור יביא לידי תגובה הפוכה. ראוי לשמור על הקיים. מדובר ביצירה ישראלית שזכתה לאמון רב, ולכן צריך להגן על המערכת השיפוטית ולא להביא לידי שינויים.

♦ **אריאל בנדור:** גם הדיונים בקבוצה שלנו התמקדו בשאלות בעניין מינוי השופטים ובביקורת השיפוטית.

בכל הגישה הכללית שהסתמנה הייתה מינימליזציה של החוקה. הדעה השלטת הייתה שאין מקום לכלול בחוקה או בחוק-יסוד: השפיטה הסדרים בעניינים שכיום לא כלולים שם, למשל בעניין מבנה המערכת השיפוטית, חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות ולהוציא הנושא הייחודי של בג"ץ, וכדומה.

כאמור, עיקר הדיון התמקד במינוי השופטים ובביקורת השיפוטית. בעניין מינוי השופטים התעוררו כמה סוגיות. נקודה אחת הייתה שאלה שאמנם לא נדונה בחוקה ובכל זאת היה עיסוק רב בה - התאמת השופטים; האם צריך לבדוק את ההתאמה? האם אפשר לבדוק את ההתאמה? רוב הדוברים לא שללו בדיקות התאמה של שופטים לפחות לערכאות נמוכות, מסוג בדיקות פסיכולוגיות, אולי אפילו גרפולוגיות. דובר על האפשרות לשיחות מעמיקות יותר עם ועדות המשנה של הוועדה לבחירת שופטים. רבים גם לא שללו שאלות שיכוונו לגלות את השקפת העולם של השופטים המיועדים ואת האופי שלהם. עם זה, כמה מן הדוברים הביעו ספק אם השיטות הללו הן שיטות יעילות. אפשר לנקוט אותן, ייתכן שתהיה בהן מידה מסוימת של תועלת, אבל הסיכוי שהשיטות הללו יהיו יעילות למינוי השופטים המתאימים ביותר ולסינון מועמדים מתאימים פחות - ספק אם הוא רב.

עניין שני שהתעורר היה השיקופיות, או ביטוי שחודש בדיוני הוועדה - מניפה. האם בתי המשפט, במיוחד בית המשפט העליון, צריכים לשקף מניפה של דעות ושל השקפות של סקטורים כאלה ואחרים מתוך הציבור הישראלי? רבים מן הדוברים הביעו דעה בזכות מניפה כזאת או שיקופיות כזאת, אך הזהירו שצריך להקפיד שימונו רק אנשים ראויים ובעלי כישורים מקצועיים הולמים. גם בעניין הזה, כמובן, הדעה לא



הייתה אחידה, והיו דוברים שסברו שראוי להדגיש בראש ובראשונה את היכולת המקצועית. שיקולים אחרים, אף על פי שהם לגיטימיים, צריכים להיות שיקולים משניים בלבד.

עוד עניין שהתעורר היה ההרכב של הוועדה לבחירת שופטים - הרעיון להוסיף לוועדה חברים נוספים, אנשי אקדמיה או אחרים. הגם שכמה מהדוברים סברו שבהרחבה כזאת צריך לחזק את החלק המקצועי ולהחליש יחסית את החלק הפוליטי, התעורר גם חשש טקטי, שמא הצעות לשינויים כאלה יובילו בסופו של דבר לידי חקיקה בכיוונים לא רצויים. אם כי צריך לבדוק את העניין הטקטי, וצריך לבדוק אם אכן הצעה לשיפור הרכב הוועדה יש סיכוי שתסתיים בשינויים שלא לטובה.

עוד עניין מרכזי היה הביקורת השיפוטית. אני בעד ריכוז הסמכות הזאת בידי בית המשפט העליון, אך הסתמן רוב נגד דעתי, בעיקר משני שיקולים: את האחד הזכיר בבוקר הנשיא ברק - אמון הציבור או היכולת לקבל תמיכה בכנסת; ואת האחר הזכיר במיוחד הנשיא שמגר במסגרת דיוני הקבוצה - שיקול יעילות ההכרעה בשאלות רגישות מהסוג הזה בדיון אחד ויחיד, מבלי שהדבר יתגלגל בין הערכאות השונות. אני חושב שהריכוז בבית המשפט העליון יש בו מסר מזיק של פרסונליזציה של המשפט, כאילו המשפט משתנה מבית משפט אחד לבית משפט אחר. זה לא רצוי, וזה גם עשוי לפגוע במהות החוקה, בהיותה דין מהותי שיוצר זכויות לכל אזרח, שאותן הוא זכאי לממש גם בלי לפנות לבית משפט, בוודאי לא לבית המשפט העליון.

נדמה לי שכל חברי הקבוצה הסכימו שראוי לקבוע הסדר מפורש בדבר סמכות לביקורת על חוקי הכנסת, ביקורת חוקתית שיעשה כל בית משפט או בית המשפט העליון. רוב חברי הוועדה לא תמכו בהצעתו של פרופ' קרמניצר בדבר הקמת מחלקה מיוחדת בבית המשפט העליון לעניינים של משפט ציבורי, ובהם ביקורת על חוקים. יש קושי ואין גם צורך ענייני להבחין בין התחומים המשפטיים השונים, ומה גם שבבית משפט מחלקה חוקתית כזאת עשויה ללבוש באופן מהותי את צורת אותו בית משפט חוקתי שנדון בכינוסים קודמים של המועצה הזאת. הפעם אף אחד מהמשתתפים לא ראה בבית משפט חוקתי רעיון ראוי. עשויים להתמנות למחלקה ציבורית כזאת שופטים בעיקר על סמך השקפותיהם הציבוריות, אולי הפוליטיות, ומינוי כזה עלול להזיק. היוזרה גם אפשרות שאני עצמי תומך בה, של הרחבה של פסקת

ההתגברות הקיימת היום בחוק-יסוד: חופש העיסוק. אם בעיני הכנסת לא מוצא חן פסק דין של בית משפט נגד חוקתיות, היא תוכל לחוקק את החוק בתנאים מסוימים וברוב מסוים לתקופה מוגבלת, בלי שיידרש שינוי של החוקה עצמה.

♦ **אריק כרמון:** כשאנחנו מדברים על ההקשר החוקתי של הרשות השופטת, נדמה לי שאסור לשכוח שאנחנו מדברים על הקשר רחב. אנחנו בעצם מדברים על ניסיון להסדיר יחסים שיהיו תמיד במתח בין הרשויות. היום במערכות היחסים שבין הרשות המחוקקת והשופטת או השופטת והמבצעת עדיין יש ברמת החוקה כמה דברים פתוחים. בקונטקסט הזה, כשמדובר בביקורת שיפוטית, אני חושב שברור לגמרי מה יהיה תפקידו של בית המשפט כשתהיה החוקה.

אנחנו חיים במציאות אנומלית. אני רוצה לדבר כאן על ההרצאה של פרופ' גביוזן בפתח הכינוס שלנו היום, על שינויים שחלו גם במישור חברתי וגם בצד המבני של הדמוקרטיה, בעיקר בעשור האחרון. בהכללה אפשר לומר שבמידה רבה החלישו את הכנסת, בלי שום קשר לבית המשפט. הדבר קרה בעקבות תהליכים אחרים, והוא נוצר במערכת היחסים שבין הרשויות. זאת גם נקודה שחשוב לתת עליה את הדעת.

לצערי הרב בדיונים של הכינוס שלנו היום משתתפים מעט מדי נציגים של המיעוט הדתי והחרדי. הם חברים במועצה הזאת, אבל הם לא משתתפים כאן יותר מדי היום, ואני מרשה לעצמי עם כל הצניעות להעלות כמה וכמה נימוקים שנדמה לי שראוי להעלות אותם ממש לפני שאנחנו נכנסים לדיון.

ההערה הראשונה עניינה בסוגיית האמון בבית המשפט העליון. המחקרים שאנחנו עושים במכון הישראלי לדמוקרטיה כבר הרבה שנים וגם מחקרים אחרים מראים בלא שום ספק שמידת אמון הציבור בבית המשפט בכלל ובבית המשפט העליון בפרט גבוהה מאוד. חלה שחיקה מסוימת, אבל בסך הכול היא בעלת משמעות משנית. בכינוס שקיימנו בבית הנשיא העלה ידידיה שטרן נתון אחד שאני מבקש להפנות אליו את הדעת. ראוי להציב אותו כאן בפתח הדיון - בקרב הציבור הדתי מידת האמון בבית המשפט העליון היא כמעט חצי ממידת האמון של כלל הציבור, כ-36 אחוז, אם זיכרוני איננו מטעה אותי. אני חושב שחשוב לשים לב לנתון הזה, אם אמנם אנחנו מתכוונים ברצינות לתהליך הזה של חוקה בהסכמה ורוצים להגיע להשלמת החוקה לפחות

בניסיון להסכמה. אחת הנקודות שלא מרבים להעלות אותן כשמדובר בעיקר במיעוט הדתי היא סוגיית המתח בקרב הציבור הזה בין מקורות הסמכות. התהליך של בניית חברה אזרחית במדינת ישראל יהיה כרוך באיזה שהוא מקום בויתור או בהשלמה או בצורך לחיות עם שני מקורות סמכות. לא הרחבנו בנקודה הזאת אף פעם בדיונים שלנו, אבל שוב, זה אחד המקורות לחשדנות, לחששות, שנדמה לי שהם אינהרנטיים. בדיוק בנקודה הזאת ועל הרקע הזה קולות שאני שומע בסוגיה הזאת של בית המשפט או הרשות השופטת אומרים בדרך כלל שבציבור הזה החשש מביקורת שיפוטית או מביטול חוקים הוא הרבה פחות משמעותי מהחשש לפרשנות בכלל של בית המשפט העליון. כלומר גם הרגישות בסוגיה הזאת צריכה להיגזר מהנקודה הזאת.

ישנם נושאים נוספים שאני מקווה שלפחות מקצת מהיושבים כאן יעלו אותם אחר-כך, כמו למשל נקודה שעולה בכל הדיונים בעניין המתח שבין מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית. בסופו של דבר, כאשר יסתיים התהליך החוקתי, מן הסתם החוקה תגדיר בצורה כזאת או בצורה אחרת או תיגע בצורה כזאת או בצורה אחרת בסוגיית הזהות של המדינה. החוקה תידרש לכמה הגדרות על המשמעות של יהודיות המדינה, כך טוען המיעוט הדתי מנקודת המבט שלו. המתח הזה שבין יהודית ודמוקרטית הוא מן הסתם גם כן מאחורי אותם חששות, אותן חרדות. ציין אותן גם קלוד קליין, ובצדק. לדעתי אסור לנו להתעלם מהם כשאנחנו נכנסים אל תוך הדיון שהוא אולי פחות או יותר טכני ורוצים למצוא את הפתרונות המבניים לסוגיות האלה.

אלה שתי הערות שמצאתי לנכון להעיר כשאנחנו יוצאים לדיון.

♦ **חגי מירום:** אתחיל מהמקום שבו הערת עכשיו את ההערות שלך. עניינו של יום העיון הזה הוא ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת בישראל, ולכן נדמה לי שזה לא מן העניין לעסוק בשאלות של מדינה יהודית ודמוקרטית. אלא ראוי שנישאר ממוקדים בעניין שלשמו התאספנו כאן היום. ובקשר לכך אני רוצה להעיר כמה הערות.

אחרי שורת דיונים ארוכה של המועצה הציבורית בעניינים מגוונים, מגיע הרגע שבו צריך להבשיל את זה לכלל הצעה של חוקה, ואני גם קולט שהחבורה הפרלמנטרית לפחות בוועדת החוקה חוק ומשפט מתחילה לעסוק בזה ברצינות. אני חושב שאנחנו צריכים לסייע בידה וליצור את מה שאפשר כדי לתת שם כלים טובים יותר גם לחשיבה וגם להחלטה.

בתפיסתי האישית אני חושב על חוקה קצרה יחסית, לא על קודקס רחב שמנסה לסקור הכול. במובן הזה חוקי היסוד שלנו נראים לי חליפי חוקה בשלב הזה, אבל מחר בבוקר החוקה צריכה להיראות קצרה יותר, וצריך על-פי תפיסתי להוציא חומר רב שנמצא בחוקי היסוד החוצה ולפעול בשיטה שתקצר בהרבה את העניין ותייצר חוקה בהירה וברורה ולא מסתבכת בפרטים.

בסופו של דבר אני סבור שהמחוקק יצטרך להיות גם המכונן, ואני בכלל מוצא את עצמי קצת שמרן בזמן האחרון. זה לא התאים לי כל-כך בעבר, אבל כנראה שעם חלוף השנים ועם הניסיון למדתי שאם רוצים להצליח, צריך להימנע ממהפכות גדולות מדי. המכונן יהיה המחוקק כנראה, ואני חושב שזה גם רצוי. החוקה תתקבל בכנסת ככל הנראה. אנחנו דנו בזה ושאלנו את עצמנו אם לא רצוי שיהיו גופים נוספים. אני חושב שאם אנחנו רוצים להשיג את המטרה, הכנסת צריכה להיות המכונן.

כעת לפרק שאנחנו עוסקים בו, הפרק שדן במערכת המשפט - אני חושב שבית המשפט המפרש חוקה צריך להיות בית המשפט העליון, ולא הסמכויות לביקורת שיפוטית. יכול להיות שצריך לקבוע בחוקה גם כללים ייחודיים למה שמכונה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט של חוקה או מבקר חוקה וחוק, אבל בגדול זה צריך להיות הכלל. ואני חושב שהליכה לעבר כיוונים של יצירת בית דין לחוקה, בית משפט לחוקה, איזה שהיא אינסטנציה שמתרחקת מבית המשפט העליון הקיים, עלולה להיות מכשלה גדולה. בנסיבות העניין היא גם איננה מתאימה למדינת ישראל. לכן זהו הכלל בעיניי, וצריך לקבוע אותו, לרבות קביעת עקרון השפיטות של ההליך הפנימי בכנסת. אני לא רואה בכנסת במובן הזה גוף שצריך להוציא אותו מכלל עקרון השפיטות, ואני חושב שעל אף היותה בעלת רמה נורמטיבית גבוהה, משום שהיא גורם מכונן, גורם שמחליט על חוקה, גם היא צריכה להיות שפיטה.

אשר לדרך הבחירה, לא בטוח בעיניי שזה צריך להיות העניין המרכזי שאנחנו עוסקים בו. הוא מעניין מאוד רכילותית והוא גם ההזדמנות של כל מי שרוצה להביע ביקורת, אבל הוא לא הדבר העיקרי. ובכל זאת אני רואה שהוא נעשה עניין מאוד מאוד מרכזי כאן, ובעניין זה, אם כן, אני רוצה להעיר ששוב אני מוצא עצמי מחובר לשיטה הקיימת, להרכבים הקיימים. אני יכול לחשוב על וריאציות שונות שיכולות להיראות בחלקן אולי טובות יותר ובחלקן אולי לא פחות טובות, אבל

עצם פתיחת העניין אינה נראית לי. אני בעד לדבוק בהרכב הקיים כמות-שהוא, ואני לא פוסל אפשרות שאקדמאים ואנשי דת למיניהם יהיו יועצי ועדה. אפשר להתייעץ באנשים כאלה, אפשר לקבל מהם תגובה, אפשר ליצור מכניזם של הנחת עמדות בכתב או בעל-פה או מפגש ואני יכול לחשוב על דברים נוספים, אבל אני לא חושב שצריך לשנות הרכב קיים.

גם בעניין עקרון הייצוג, אני אישית סבור שאין לקבוע את עקרון הייצוג בחקיקה וגם לא בחוקה. בית המשפט העליון יצר מסורת סבירה לחלוטין בענייני של בחירת הרכבו, ואני לא הייתי הולך לשנות את זה. ובכל זאת אני רוצה להגיד כאן בהערת אגב לנשיא ברק ולקודמיו שהיה אפשר לצפות שמישהו ימצא סוף סוף איזה 'מענטש' שהוא גם שופט ומשפטן ואולי גם אקדמאי מהמגזר הערבי. צריך לצפות שמי שמציע את ההצעות מקרב חברי הוועדה יהיה ער לאפשרות למצוא בתוך רובדי החברה אנשים מתאימים ובעלי מזג שיפוטי ויסודות מקצועיים וגם רמה אישית ושיעור קומה ואנושיות שדרושים לשופט עליון והם באים מתוך רובדי החברה. עקרון הייצוג לדעתי לא צריך להיות מחוקק, אבל אני חושב שצריך להיות ערים לזה בשלב של הצעת ההצעות.

בסופו של דבר אני רוצה לומר שאני הייתי רוצה לראות בחבורה הפרלמנטרית שהייתה כאן הבוקר ובזו שנלווית למועצה הציבורית, וגם בחבורה הפרלמנטרית שהייתה ויש לה עדיין קשר לכנסת, מקדמים של רעיון החוקה, ובה גם של הפרק החשוב מאוד הזה שעסקנו בו היום.

♦ **חן רשף:** אני רוצה להתייחס בקצרה לוועדה למינוי שופטים. כל מערכת צריכה ביקורת, כי הכלל הראשון בתורת המערכות הוא שמערכת בלי ביקורת קורסת. זה נכון לגבי כלל המערכות ונכון גם למערכת המשפט. במערכת המשפט יש בעיות, קצתן בעיות קשות. אני חושב שעיקר הבעיות במערכת המשפט נובעות מחוסר תקציב, ויש רבות.

אבל אם מדובר בביקורת, חייבים להבחין בין ביקורת עניינית שנועדה לתקן את המערכת - זו ביקורת חשובה ולמעשה הכרחית - ובין ביקורת שנעשית שלא בתום לב ושנועדה בעצם להרוס את המערכת, ויש גם ביקורת כזאת שמופנית אל מערכת בתי המשפט. מלאכת ההבחנה קשה מאוד. קשה להצליח מצד אחד לבקר עניינית כדי לתקן ומצד שני שלא להפוך לכלי בידי מי שמנסה להרוס את המערכת. או אם תרצו, השאלה היא איך לשפוך את המים בלי לשפוך את התינוק. ונדמה לי שהתשובה היא: מאוד בזהירות. את הביקורת הזאת צריך לעשות

בזהירות ובמתניות. למיטב הבנתי והכרתי, אם יש בעיות במערכת המשפט, ואני חושב שיש, הן לא נובעות מהוועדה למינוי שופטים. הוועדה למינוי שופטים במבחן התוצאה משיגה תוצאה נכונה וטובה. נכון, יש כאלה שאני למשל הייתי רוצה שלא יהיו שם, ויש כאלה שהיו רוצים שיהיו שם אקדמאים, אבל אלה תיקונים ברמת הניואנס.

מאידך, דווקא התפקוד התקין של הוועדה הוא זה שעשה אותה מטרה למי שרוצה להחריב את המערכת הזאת, והם סימנו את הוועדה הזאת כמטרה ומתקיפים אותה התקפה אינטנסיבית מאוד מאוד, בעיקר בזמן האחרון, ומהסיבה הזאת יש פוטנציאל נזק אדיר באנשים רציניים שעושים את מעשיהם לחלוטין בתום לב ושיבואו ויציעו לתקן את הוועדה הזאת. כי בעצם ההצעה הזאת, יש הנחת יסוד שאומרת שיש משהו שדרוש תיקון. אותם מחרבים קופצים על הנחת היסוד הזאת. הם לא מקבלים את הצעת התיקון, היא לא נוחה להם. הם לא רוצים שם עוד אקדמאים. הם רוצים משהו אחר לגמרי. אבל הם מצטטים את הנחת היסוד הזאת וממשיכים לדרכם הם.

ולכן המסר שלדעתי צריך לצאת מהכינוס הזה בהקשר הזה צריך להיות ברור מאוד: לא צריך לגעת בוועדה למינוי שופטים, כי היא עושה את העבודה שלה היטב.

למיטב הבנתי, בשיקול נזק מול תועלת, הנזק שיגרום הרעיון לתקן הרבה הרבה יותר גדול מהתועלת שתצמח ממנו.

♦ **דן מרידור:** אתחיל מהסוף - אני מסכים למסקנה של חבר הכנסת רשף חן. טעות תהיה לנגוע בהרכב הוועדה. לפי דעתי התפקיד שלנו הוא להגן על מערכת שנמצאת תחת התקפה; ואם יצא מכאן מסר במסגרת המלחמה הקשה מאוד שמתנהלת נגד מערכת המשפט, המסר צריך להיות - אל תגעו! תשאירו את זה כמות שזה. מי שרוצה שינוי בעניין חוקתי רציני, צריך להוכיח בסבירות גבוהה שהשינוי נחוץ ושאלו הוא ייעשה, יתוקן תיקון גדול לקלוקל גדול. אין קלוקל גדול, אין תיקון גדול. הסיכונים גדולים, ולכן דעתי היא שלא צריך לנגוע בהרכב של הוועדה לקביעת שופטים שאנחנו מכירים היום.

מכאן לכמה הערות על דברים שנאמרו כאן והם נוגעים לענייננו. קלוד קליין אמר שיש חרדה. ויש חרדה משני הצדדים. אני מוכרח להגיד שלא כל-כך מוצא חן בעיניי האיזון הקדוש הזה. אם יש חרדה משני הצדדים, אין פירושו של דבר שהחרדה מוצדקת באותה מידה.

הערה שנייה היא שאם אדם חרד, זה לא אומר שהוא אינו צודק

במה שהוא חרד מפניו. רובי ריבלין אוהב לספר את הבדיחה על האיש שהלך לפסיכיאטר ואמר "אומרים לי שיש לי רגש נחיתות", אומר לו הפסיכיאטר "זה נכון, אתה נחות". זאת אומרת, אני חושב שיש מקום לפחד הזה, משום שהמערכת נתונה במתקפה, והיא לא קשורה בכלל בהרכב הוועדה. היא קשורה בערכים שהמערכת מגנה עליהם.

מדוע זה מעניין? מדוע דווקא חוקי היסוד שחוקקנו לפני 11 שנים ומעלה הפכו להיות נקודה שממנה יצאה ביקורת קשה? אומרים פה כולם, ואני חושב שבצדק, שזה לא ביטול החוקים, חוק השיפוט הצבאי או חוק השקעות או יועצי השקעות או דברים מסוג זה, אלא המסר החשוב מאוד שהחוקים האלה אמרו. והדברים שלי באותו דיון ובדיונים אחרים בכנסת עסקו בזה.

מה נאמר שם? נאמר בעצם במפורש שהרוב מוגבל. זו פעם ראשונה שנאמר חד-משמעית באופן ערכי שהוא מוגבל. הוא לא יכול לעשות מה שהוא רוצה. האמירה הזאת קוממה הרבה אנשים שחושבים אחרת, כי בשבילם דמוקרטיה היא שלטון הרוב. כמובן ששלטון הרוב הוא היבט אחד לא החשוב ביותר לא המרכזי, בדמוקרטיה בימינו. ברוב המדינות, גם במדינות דיקטטוריות, גם בדמוקרטיות, הרוב תומך בשלטון. תפקיד הכנסת והממשלה בראש ובראשונה הוא לייצג את הרוב. תפקיד בית המשפט בכלל לא נוגע בזה. בכלל אין קשר בין בית המשפט ובין הרוב. תפקיד בית המשפט הוא לשמור על היחיד, להכריע בין יחידים, בין היחיד לבין השלטון, בלי קשר למה שהרוב חושב. מה שהוא חשב בדרך כלל קבוע בחוק. הרוב יכול לרצות מאוד לזכות מישהו, להרשיע מישהו - זה בכלל לא מעניין את בית המשפט.

ומה שנאמר שם זה שהכנסת מוגבלת, לא כי היא גוף לא טוב, אלא כי היא מייצגת את הרוב. וקבענו שם קביעה משטרית, לא רק משפטית. אין פה מערכת הייררכית שבראשה עומדת הכנסת. יש פה מערכת של כמה קדקודים. הכנסת דואגת למה שהיא דואגת, ואשר לכנסת - לכנסת, ומה שלבית המשפט - לבית המשפט. וההגנה על האדם ועל זכויותיו ועל אותם ערכים, זכויות, אינטרסים שאסור לרוב לנגוע בהם - זה לא תפקיד בלעדי של הכנסת. הלוואי שהיא תעשה את זה, אבל זה לא תפקידה היחיד. אנחנו אמרנו בחוקי היסוד שגם אם היא תרצה, היא לא תוכל לפגוע בי. זה העיקר ועל זה המלחמה.

החוק ההוא בעצם לא עשה מהפכה במובן המעשי; לא קרה שום שינוי חוקתי גדול במובן הפסיקות של בתי המשפט; ובכל זאת הוא עורר

כל-כך הרבה זעם, כי הוא אמר את הדברים הפשוטים האלה בפעם הראשונה בחקיקת כנסת במפורש.

ומכאן אני חושב שהשינוי הגדול שקרה אצלנו לא נוגע למערכת המשפט בכלל. הוא נוגע למערכת הפוליטית. שם השינוי עצום. פסקי דין שפעם דתיים, חילונים, ערבים ויהודים קיבלו בהכנעה ובהורדת ראש, הם מעוררים היום מהומות עצומות. לו היה היום השופט ברנזון עליו השלום מודיע בוויולה, בארום אל ראשיד, שאין טלוויזיה בשבת, תארו לכם איזה התקפות על בית המשפט היו וכמה היו משנים את הרכבו שלא לדבר על הורדת אלון מורה וכן הלאה.

מה שהשתנה זה רק הפוליטיקאים. נעשה לגיטימי וגם מועיל לתקוף את בית המשפט; מועיל פוליטית בחוגים לא מעטים. ואין פלא שחלק מהציבור קולט את זה.

הבעיה היא לא שבית המשפט ישתנה. הוא צריך להשתנות, ואולי בכיוון הפוך ממה שחושבים אותם תוקפים. צריך פחות להתחשב ולא יותר להתחשב. זה קשור בשאלה המרכזית שעלתה אצלנו בוועדת המשנה או בקבוצה בדיון - אמון הציבור בבית המשפט באופן דיאלקטי או פרדוקסלי לכאורה הוא כזה, להבדיל ממערכות אחרות, שככל שבית המשפט ישאף יותר לרצות את הציבור, הציבור יפסיק להאמין בו. או שהציבור ישפיע עליו או שהוא יאמין בו. אם הוא יכול להשפיע עליו, הוא לא יאמין בו. ברגע שאני מרגיש שאני יכול להשפיע על השופט שייבחר, גם על פסק הדין שיינתן, גם על ההנמקה שתינתן - אז בהתחלה אני שמח, בהפגנה של אותו לילה; למחרת אני יודע שזה לא בית משפט של אמת. זה בית משפט של פוליטיקה במובנה האלמנטרי. ולכן אני אפילו מצטער שבבית המשפט יש דובר שמדווח על פסקי דין. אני הייתי משלם את המחיר על שאין דובר, ושלא יחשוב מישהו ששופט כותב פסק דין כדי שיוכל לפרסם ולהתפרסם. הציבור מאמין בשופט מפני שהוא חושב שהוא נקי, לא כי הוא מסכים לפסיקות שלו תמיד. ואסור לפי דעתי לעשות טעות ולנסות לרצות את הציבור. הציבור אין לו, לפי דעתי, התנגדות לדרכי המינוי. אמרו פה אילן שיף, ואחרים, מה לא ידוע בעניין הוועדה למינוי שופטים. דבר אחד לא ידוע - מה קורה בתוך הוועדה. האם מישהו פה יודע איך בוחרים רמטכ"ל? האם מישהו דורש לקיים דיני מכרז, דהיינו שהבוחר לא יכיר את הנבחר, ששר הביטחון לא ידע מי האלופים המועמדים? זה לא פחות חשוב, עם כל הכבוד. מישהו דורש שיהיו דיני מכרזים כאלה?! אדרבה, רצוי



שתכיר אותו כמה שיותר טוב, ותבחר על-פי היכרות אישית ונתונים נוספים. רמטכ"ל או ראש מוסד או ראש שב"כ, ויש דוגמאות אחרות רבות, מתמנים בשיטה אחרת של מינוי. ישבתי בוועדה הזאת שמונה שנים - ארבע שנים בראשה וארבע שנים הייתי חבר בה. אחד הדברים הקשים ביותר הוא לקבל אינפורמציה. אתה רוצה לדעת לפני שאתה ממנה. ואני אומר לך, לא אתן אינפורמציה אף פעם לאף אחד, אם יש חשש קל שבקלים שדבריי ייוודעו. יש פה איזון קשה. האיש שנגדו מדברים, אני יודע עליו משהו, אבל לא אוכל להוכיח את זה משפטית עכשיו. האיש הזה ייבחר אם אני לא אדבר; ואם אני אדבר, אולי הוא לא ייבחר. נכון, צריך להחליט מה יותר חשוב. הרי לא מעמידים אותו לדין ושולחים אותו לבית סוהר. בסך הכול, אולי הוא לא ייבחר. אם אנחנו נרצה שהדיון הזה יהיה פתוח לציבור, אז לא תהיה בחירה טובה. תהיה בחירה רעה. אף אחד לא יעז לומר מילה שיש בה שמץ של לשון הרע, מפני שהוא מסתכן. זה באמת סיכון. לכן אני חושב שהדבר היחיד שמפריע לאנשים זה שהם לא מכירים את ההנמקה של המינוי ולא יכולים להכיר אותה מטבע העניין. למה הדבר דומה? פה יש קבוצת שופטים שיש לה כוח רב בידיים, הכוח הולך וגדל ככל שהציבור רוצה יותר את זכויותיו מול השלטון. זה לא נתון להייררכייה, וזו תופעה חיובית מאוד; ואת הקבוצה הזאת העם לא בוחר בבחירה ישירה. למה דומה הכעס? אני אגיד לכם, לכעס שאני שומע אצל שרים וחברי כנסת נגד הפקידים של האוצר - "מי זה הילדים האלה באגף תקציבים? הרבה כוח יש להם ביד. מי בחר אותם בכלל?!" זה אותו דבר. אלא ששם ההכרעה הסופית היא, כמובן, בידי הנבחרים. כאן לא. ואוי ואבוי לנו אם נשמע לזה. אם יש דבר שמייחד את המערכת הזאת בהבדל מאחרות, זה שאצלה השיקול הוא ענייני. בזה היא מיוחדת. גם אם היא טועה, השיקול הוא ענייני. כשהיא שופטת, היא שוקלת שיקולים ענייניים.

השיקול "אני אבחר בו אף על פי שהוא לא הטוב ביותר, כי הוא מייצג משהו" זה שיקול לא-ענייני בעיניי. הזכיר לנו ידידה שטרן בהרצאתו המרתקת את המחקר מארצות-הברית: אם השופט יהיה ראובן, אני אזוכה; ואם השופט יהיה שמעון, אני אורשע, לפי הצבע או לפי השקפת העולם. מה אתם רוצים? הרי לא ישבו 500 שופטים באותו משפט, במקרה אני פה שופט א' והוא שופט ב', אז אני צריך ייצוגיות!! מה פירוש!! השופט שמייצג את הרפובליקנים ישפוט אותי, השופט שמייצג

את הדמוקרטים ישפוט את חגי מירום - אני אצא זכאי והוא יצא חייב... איזה מין היגיון יש בזה?!

יש לי חבר מתמטיקאי במכון וייצמן, ופעם באחת הבחירות ב-88' או ב-92' הוא התלבט מה להצביע. אני חושב שהוא התבלט בין העבודה למרצ, והיה לו רעיון של מתמטיקאים. הוא אמר, "תשמע, אני רוצה קצת מזה וקצת מזה. אני מציע שיתירו לנו להכניס לתוך המעטפה עשרה פתקים ביחס שאני רוצה. אני אשים שבעה 'מערך' שלושה 'מרצ'. יספרו את זה ככה."

זה כאילו יעשו ייצוגיות של 500 שופטים, והם ישפטו כל אדם. הרי זה שטות. הייצוגיות ממילא לא תבוא לידי ביטוי. כלומר, כל השופטים צריכים לשבת בכל תיק; או שתהיה מקריות - אחד ייפול אצל המייצג את הערבים ואחד אצל המייצג את היהודים. לכן הייצוגיות והשיקופיות לדעתי אין להן מקום, והן פתח לדבר רע ואני מציע שאנחנו נברח מזה.

הערה אחרונה קצרה לדברים שהעלתה רוני גביזון בהרצאה המרתקת שלה - אני חולק על קביעה אחת שלה שהיא קביעה מהותית. אמרת שמקובל שכולם רוצים דמוקרטיה וכולם רוצים שלטון החוק, ובתוך זה נערך הדיון. לא מקובל עליי. העובדה שיש אנשים שמתנגדים לביקורת שיפוטית והם גם רוצים דמוקרטיה היא נכונה, אבל היא לא מוכיחה שכל מי שמתנגד לביקורת שיפוטית רוצה דמוקרטיה. הרבה אנשים מתנגדים למהות של הדמוקרטיה כשם שרוב האנשים בעולם וגם אני מבינים אותה. לא אכנס לזה. רבים נלחמים כדי להביא למשטר אחר במהותו, שהאדם אינו במרכזו, שהוא לא ליברלי ולא דמוקרטי, והם משתמשים בכלי הדמוקרטיה. אבל המאבק שלנו, ואני שוב בתוך מאבק, הוא על הליבה של הדמוקרטיה. אם אנחנו לא ניאבק, אחרים ייאבקו בכיוון ההפוך.

♦ **אשר מעוז:** אם יש תירוץ למתקפה על בית המשפט העליון הוא נובע מחוסר הבנה ומתוך זדון כאחת. התקיפה היא על בג"ץ, ולא על הביקורת השיפוטית. ההפגנה הגדולה נגד בית המשפט העליון לא הייתה על סעיף המעבר בחוק יועצי השקעות שבית המשפט העליון ביטל, אלא על בית המשפט בשבתו כבג"ץ. דבריו של ח"כ ריבלין - נפתחים אף הם בזה שהוא נעלב, בשם הכנסת, על כך ששופט שלום מעז לפסול חוק שלה, אבל המשך הדברים הוא בעצם התקפה על שבית המשפט העליון מתערב בעניינים אדמיניסטרטיביים. בכמה מן הדברים, אפילו אני

מוצא את עצמי מצדד בו. אני חושב שבית המשפט חדר לתחומים שהוא לא היה בהם בעבר. דן מרידור הצביע בצדק על כך, שבית המשפט העליון בעבר עשה לא פחות, אלא שהוא דיבר פחות, והרטוריקה משחקת כאן תפקיד.

בעבר שררה אנומליה כאשר דווקא קבוצות מיעוט התנגדו לבית המשפט העליון אף כי היינו מצפים שהן תבקשנה את הגנתו. העניינים מתחילים להשתנות. הוזכר הבוקר שהימין פנה לבג"ץ וכך גם ש"ס, הנמצאת היום על שולחנו של בית המשפט העליון בעתירה נגד הפגיעה במשפחות ברוכות ילדים.

אני חושב שיש עיוות בכך שמציגים כנסת על חשבון בית המשפט או להפך. אנחנו זקוקים לכנסת חזקה. הדבר המוזר הוא שבקבוצה שלנו מי שתקף הכי חריף את הכנסת היו חברי כנסת בהווה ובעבר, והמגן הגדול של הכנסת היה דווקא הנשיא ברק.

בעניין הוועדה למינוי שופטים, סיפרתי בקבוצה שלי שהרציתי לפני שנים רבות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת מונאש שבאוסטרליה, על תפקידו של בית המשפט העליון שלנו בהגנה על זכויות הפרט. בסיום ההרצאה שאלה אותי אניה קמפל, פרופסור למשפט חוקתי וחברת הוועדה לרפורמה חוקתית באוסטרליה: "איך אצלכם ממנים שופטים?", סיפרתי לה איך בוחרים שופטים אצלנו. אז היא אמרה: "עכשיו אני מבינה איך הם יכולים לבצע את תפקידם", כי שם הקבינט הוא שממנה את השופטים. אני חושב שתהיה זו טעות גדולה לערב פוליטיקה בוועדה למינוי שופטים, לא שאין מה לומר בעניין מינוי שופטים במערכת השיפוטית, בעיקר בבית המשפט העליון. בסך הכול אני מרוצה מהמצב הקיים אך בכל זאת היה משהו שצרם לי - ששופטים כאן מרגישים כאילו יש איזה מתקפה, איזה 'עליהום' על בית המשפט כאשר חברים מציעים הצעות לתיקון. אני משתמש במינוח של אריאל בנדור: "אנחנו כולנו בסירה אחת, אנחנו רוצים להשיט את הסירה טוב יותר".

לגבי שימוע של מועמדים לבית המשפט העליון. בארצות-הברית קיים שימוע, ואנחנו צריכים לזכור שהשימוע שם הוא איזון של הקונגרס נגד מינויים על-ידי הנשיא, והשימוע שם הוא די מבזה, והוא גם לא מבטיח את האיכות הטובה יותר של השופטים. אני מודאג יותר ממינויו של שופט תעבורה. מה אנחנו יודעים עליו? מי שזקוק לשימוע כדי להחליט אם למנות אותו לבית המשפט העליון אינו ראוי להתמנות לבית המשפט הזה. זה חייב להיות אדם ידוע שדעותיו ידועות. לא הייתי

רוצה שימוע שבו אדם מתחייב איך הוא יפסוק בעתיד בתיקים שיבואו לפניו. דובר כאן על ייצוגיות, וזה מזכיר לי את לימודי בארצות-הברית, בשיקגו. היה מועמד לבית המשפט העליון שנטען נגדו שהוא משפטן בינוני, וחבר הקונגרס מאילינוי אמר "נכון, אבל זה בסדר, משום שבית המשפט העליון חייב להיות ייצוגי. רוב האמריקאים הם בינוניים, ואין להם ייצוג הולם בבית המשפט העליון".

ואולי משהו בעניין מינויים בשיטה אחרת. ליוותי קבוצה של חברי כנסת שיצאו ללמוד חוקה בשוויץ ובגרמניה. היינו בבית הדין הפדרלי בלוצן, שם הפרלמנט בוחר בשופטים. חבר הכנסת יאיר פרץ שאל את נשיא בית הדין: "איך מתקבלת הפסיקה שלך בציבור? האם אתם לא חשודים בהטיה פוליטית?", והוא הסתכל עליו כלא-מאמין ואמר "אני לא מבין את השאלה, כל אחד יודע איזו מפלגה מינתה אותי לבית הדין, אז מה השאלה בכלל?".

עלה כאן הנושא של צינון של מי שמכהנים בתפקידים ציבוריים כמו היועץ המשפטי לממשלה - לפני שיוכלו להתמנות לבית המשפט העליון. ארבעה מטובי השופטים בבית המשפט העליון הגיעו מכס היועץ המשפטי לממשלה ולא היו "מצוננים".

♦ **זאב סגל:** בעניין ההשפעה על מינויים והמחשבה שיש לפוליטיקאים מסוימים אפשרות להשפיע מאוד על מינויים ובאמת להביא אנשים עם רקע פוליטי מוכר ברמה זו או אחרת - אני רק אומר להם את מה שאמר הנשיא טרומן: הדרך הטובה ביותר לאבד חבר היא למנותו לראש בית המשפט העליון. אני חושב שכששופט מגיע לבית המשפט העליון הוא מרגיש כבר כל-כך בטוח, כל-כך עליון, שאני לא מאמין שהוא ישלם את המחיר או ילך בעקבות הפוליטיקאי שלו. אני מקווה שזה לא יהפוך לז'אנר של ניסיון אמתני לשים פוליטיקאים בבית המשפט.

בעניין הרכב הוועדה, על חטאיי אני מודה, ואני רוצה רק להסביר אותם: לפני כחודשיים כתבתי ב"הארץ" מאמר על האקדמיזציה בבחירת שופטים, וזה גרר כל מיני תגובות, ואני הצעתי שם להוסיף שני פרופסורים.

עכשיו זאת עמדתי, אני רק רוצה לבדוק רגע אם אני עדיין תומך בה. הבאתי את זה על הרקע שראיתי מול עיניי הצעות להעלות את חלקם של הפוליטיקאים בוועדה. אמרתי שלפחות צריכה להיות הצעה נגדית, מכיוון שגם אני די השתכנעתי שאולי יותר טוב שהכנסת לא תיגע

בהוראות חוק בתי המשפט, כדי שלא נגיע לדברים אחרים. אלא שאני לא כל-כך בטוח - אמרתי את זה בוועדה שלנו. אני לא הייתי לגמרי זונח את עניין הפרופסורים. אני מסכים שאפשר לפנות לפרופסורים לחוות דעת, אפשר גם לפנות לשופטים לקבל חוות דעת. ההנחה היא שברגע שיש אגף מסוים שהוא חבר ועדה, מטבע הדברים בוחנים ביתר רצינות גם אפשרות באמת למנות פרופסורים. אני חשבתי גם יותר על האפשרות שפרופסורים יעריכו כתיבה שיפוטית של שופטים בבית המשפט המחוזי, ולא רק של שופטים. על כל פנים, אם יש פחדים כאלה, אני מוכן לקבל שמפחדים, לא רוצים לגעת, וזה הביטחון שלא יעשו שם שום שינויים. אפשר לא לגעת, אבל אם יתעורר ויכוח עכשיו בעניין שינוי הוועדה, אז אני בהחלט חושב שזה יכול להיות חיזוק האגף היותר מקצועי, אף-על-פי שיש כמובן פוליטיקה. יש הרבה פרופסורים פוליטיקאים, מי כמוני מכיר את זה.

דבר אחד אני רק אומר בעניין הקריטריונים - אמר את זה פרופ' קליין - אני אף פעם לא מצאתי ועדה מלאת שביעות רצון כמו ועדת זמיר, כלומר ועדה ששרה שיר הלל לשיטה, ושחס וחלילה אסור לגעת בה... היום בשביל להיות ראש ענף באיזה שהיא חברת דלק, אתה צריך לעבור שלושה ימים עם פסיכולוגים, ומפשיטים אותך עירום ועריה מכל דבר, אבל חס וחלילה שזה ייעשה בעניין שופטים שמתמנים בגיל 35 עד יציאתם לגמלאות, אם ירצה השם, בגיל שבעים. שם אי-אפשר להעביר אותם בדיקות כאלה, אלא רק שבוע יעקבו אחריהם בהשתלמות שופטים. אני חושב שפה יש איזה שהוא חוסר רצון להחיל כללים של מערכות אחרות על המערכת הזאת, ואל לנו לזלזל במינויים לבית משפט השלום. אחר-כך השופטים הולכים למחוזי, ופתאום הם מתגלים גם בעליון, כך שאני חושב שצריך מאוד לחשוב על השיטה הכללית הזאת. בכלל לא טוב להיות מדי שבעי רצון.

בעניין הסוגיה של השקפת עולם - חשבתי עליה, כתבתי עליה בשעתו עוד, ופרופ' קרמניצר העלה אותה עכשיו. אני אומר שזה דורש דיון עומק. אני בעצמי לא גיבשתי לי עכשיו עד הסוף דעה. היום שופט שמתמנה לבית המשפט העליון עומד לפני המון שאלות של השקפת עולם: יהודית ודמוקרטית, חופש עיסוק מול אינטרסים אחרים, סרבנות גיוס, ענישה, שיקולי ענישה, דת ומדינה, מידת ההתערבות השיפוטית, מידת ההתערבות החוקתית בביטול חוקים. יש המון שאלות ששופט בבית המשפט העליון נתקל בהן. מרים נאור היא בעיניי מינוי מצוין.

קיווייתי מאוד שהוא יתבצע, אבל זו כרגע לא השאלה. השאלה היא בסופו של דבר אם אתה רוצה באמת שופטים שהם לוח חלק וטבולה רסה. אני לא בטוח. צריך למצוא איזו שהיא נוסחה, לא שימוע אמריקני, אבל איזו שהיא דרך. כרגע אין לי בדיוק פתרון.

ולסיכום, אני חושב שהמסר החשוב ביותר היום, ואולי אולי אלה באמת ימות המשיח, אם זה באמת עומד לצאת וצריך לצאת מהמכון הישראלי לדמוקרטיה - הכרה מפורשת בביקורת חוקתית על חוקים תהיה בידי בית המשפט העליון לבדו. אין לנו זמן להיכנס לטכניקה מה יקרה אם זה יהיה בין תקיפה לתקיפה. אני חושב היום שצריך שיהיה כל ההרכב של שופטי בית המשפט, ואני מסכים עם מה שהנשיא אמר בוועדה שלנו, אם שופט חולה חס וחלילה או בחו"ל, לא הייתי מונע את ההכרעה החוקתית, אבל צריך שיהיה כל ההרכב של בית המשפט העליון, רוב של שני שלישים. לא הייתי רוצה שיהיה מצב ששישה נגד חמישה בהווה הישראלית יבטלו חוק של הכנסת, אלא שזה יהיה ברוב, וזה מסר מרכזי היום - ביקורת חוקתית שיפוטית שתוכר בתיקון לחוק יסוד השפיטה, כי חוק יסוד החקיקה משנת '57 ייארך עכשיו עוד שנתיים.

♦ **יורם ארידור:** היו מחקרים של המכון לדמוקרטיה שמכמה מהם אפשר היה להתרשם שיש דעיכה באמונה בדמוקרטיה בקרב הציבור. התשובה של המכון לדעיכה הזאת לא הייתה שבגלל זה אנחנו משנים את הדמוקרטיה, אלא שבגלל זה אנחנו צריכים לשנות את התדמית. אותו דבר תופס בעניין בית המשפט העליון: זה שיש ביקורת על פעולות בית המשפט העליון, והביקורת הזאת היא בעיקר תקשורתית, אם כי לא רק תקשורתית, לא אומר שצריך לשנות את הגישה לבית המשפט העליון. מה שצריך לעשות זה להגיב תגובה נאותה יותר לביקורת הזאת. במה שקשור בבית המשפט העליון, הרי כל אחד יש לו פסקי הדין שהוא מסכים אתם ושהוא לא מסכים אתם - וזה לא נוגע לאף אחד. מה שאנחנו צריכים להסכים עליו, בתור מכון לדמוקרטיה, זה שבית המשפט העליון הוא היום המגן העיקרי על זכויות האדם בישראל, וגם בעבר הוא היה כזה ולכן צריך להגן עליו.

לדעתי, הביקורת השיפוטית החוקתית היא קנה המידה להערכת הדמוקרטיה של מדינה. כלומר, מקום שאין בו ביקורת חוקתית אלא יש רק ביקורת על הרשות המבצעת הוא מקום דמוקרטי פחות ממקום שיש בו ביקורת חוקתית, מפני שביקורת על רמה נמוכה של הרשות

המבצעת קיימת גם במדינות טוטליטריות. נתתי את הדוגמה שגם בית משפט סובייטי היה מסוגל לבטל דוח של שוטר תנועה, אבל הוא לא היה מסוגל לבטל החלטה של הסובייט העליון, וזה אחד ההבדלים בין משטר טוטליטרי ומשטר דמוקרטי, הבקרה החוקתית של בית המשפט. השאלה היא כמובן איזה בית משפט. אני מבין שיש רתיעה מזה שבית משפט שלום יחליט בעניין כזה. זו רתיעה פסיכולוגית יותר מרציונלית, מפני שבסך הכול החלטה כזאת יכולה ללכת גם לערעור.

מה שאני הצעתי, אם בית משפט נמוך מבטל חוק של הכנסת ומחליט שהוא בלתי-חוקתי, יהיה ערעור מיידי לבית המשפט העליון, כדי שהוא יחליט סופית. בית המשפט העליון יכול להחליט. רצוי שיחליט בהרכב מלא, אבל צריך לדעת שאם אנחנו סומכים היום על בית המשפט העליון, זה מפני שהוא מתמנה דרך הוועדה הנוכחית למינוי שופטים. יכולים להיות עשרה סוגים של ועדה למינוי שופטים שכולם יהיו טובים, אבל פתיחה של הוועדה הזאת כמו שהיא קיימת היום וכמו שהיא פעלה בעבר פירושה שאנחנו פותחים את הפתח לחיסול מעמדו העצמאי של בית המשפט העליון, וזאת המטרה של מי שרוצה בשינויים בוועדה. אני לא מדבר על החדר הזה. אני מדבר על מי שרוצה מבחינה פוליטית לשנות את הוועדה - הם רוצים לערער את מעמדו של בית המשפט העליון, ואנחנו נהיה דמוקרטיה יעילה פחות. אז יכול להיות שאנחנו צריכים לשים סייגים וצריך לבוא ולהגיד שאנחנו מגנים על הוועדה כמות-שהיא מפני שאנחנו חוששים באמת מהשינוי האפשרי.

אם מדברים על שינויים, לכל אחד יש הצעות שלו, לא רק בעניין הוועדה. אני יכול למשל לחשוב שרצוי שבית המשפט העליון יפעל בתור רשות ערעורים אחידה אחרונה גם בעניין ערכאות שיפוטיות שאינן עוברות ישירות לערעור לבית המשפט העליון, כמו הערכאות הדתיות או הערכאה של בית הדין לעבודה. אני לא אומר שזה חייב להיות ככה, זה יכול להיות כך ויכול להיות אחרת. לא על זה עושים מהפכות.

אנחנו צריכים להיזהר מהפוליטיזציה של בית המשפט העליון, מהפוליטיזציה של המערכת השיפוטית כולה, ואחת ההגנות מפני הפוליטיזציה הזאת היא שהפוליטיקאים יהיו במיעוט בוועדה למינוי שופטים ושלא תהיה אפשרות להכניס אותם בעקיפין או במישרין כדי שהם יכריעו בוועדה למינוי שופטים.

♦ **עמדם מליץ:** השאלה היא איך אנחנו מבטיחים שהשקפת העולם

התרבותית והערכית של השופט לא תשפיע על ההחלטות שלו. יש לנו שתי גישות, אחת טוענת שהשופט אין לפניו אלא חוק; עולמו התרבותי והרוחני והערכי לא בא לידי ביטוי בהחלטותיו. דעה נגדית אומרת שהדרך היא לנסות להבטיח בית משפט לחוקה, דהיינו הרכב של שופטים עם מגוון דעות. אבל ללא ספק רוב הדוברים היום מסכימים שאי-אפשר להתעלם מהעולם הרוחני-התרבותי של השופט.

בפועל, היום איש אינו מתחשב בכך, ומכאן הבעייתיות. כל המחלוקת היא הפרשנות של החוקים. הפרשנות מושפעת מהרקע התרבותי והערכי של המפרש, וכל מי שעוסק בטקסטים מבין שזאת שאלה מאוד קשה, וככל שאנחנו נשכיל למצוא את הדרך ואת האמצעים ואת שביל הזהב כדי שאותה פרשנות תבטא ערכים רחבים של החברה, נגיע להסכמות רבות יותר. אז עם כל הכבוד למה שדן מרידור ידידי אומר, הערכים שבית המשפט העליון מבטא מקובלים עליי. הם טובים ונהדרים, אבל לא כולם מסכימים אִתם. אותו חלק שאנחנו לא מסכימים עליו הוא הבעיה. בכל מה שקשור בהיבט האזרחי, הפלילי, בין אדם לחברו - אין לנו בעיות. אבל אם אתה נכנס לדברים שבין אדם לבין קונו, יש שאלה מי מוסמך להכתיב ערכים מסוימים. וכל זמן שלא נמצא את האיזון הנכון, נדמה לי שהאמון לא יחזור. הבעיות יימשכו, ולכן צריך אולי ליזום מחקרים שהמכון יעשה כדי שיבדקו אם באמת מה שאני אומר נכון מבחינה מחקרית, עובדתית, מדעית - מה הקשר בין ההחלטות השיפוטיות של השופט לבין עולמו הרוחני והתרבותי של השופט. אני מוכן להיות שותף - הרקע שלי הוא בתחום הפסיכולוגי חברתי - וליזום מחקרים ולהראות קורלציה - אני מאמין שיש קורלציה ואפשר להוכיח אותה. האם מוכנים היום בתי המשפט לפתוח את עצמם לבדיקה כזאת, למחקר מדעי כזה?

פסיכולוגים בודקים בכל התחומים. נעשו מחקרים שהראו בממצאים עובדתיים ברורים שהרקע התרבותי של הפסיכולוג שבודק את הפציינט, את הילד, בכלים מדעיים אובייקטיביים של טסטים של וקסלר ואחרים, בא לידי ביטוי בתוצאות ובחוות הדעת הפסיכולוגיות שלו. אז השאלה היא אם בתי המשפט מוכנים ליזמה. נדמה לי שזאת נקודה שהמכון צריך ליזום ולבדוק. אפשר אז או להפריך את הדעה הזאת, ואז לבוא לכל מי שחושש מהעניין ולומר "הנה, העובדות מכחישות זאת", או לבוא לבתי המשפט ולומר "רבותיי, יש מציאות קשה. אתם לא יכולים להתעלם ממנה". בשני המקרים העובדה הזאת ראויה להיבדק.



בעניין סודיות הליך מינוי השופטים, כמו שאמר דן מרידור, אני חושב שאין מה להשוות בין מינוי רמטכ"ל למינוי ראש מוסד, למינוי שופט. ראשי ממשלה שונים ממנים רמטכ"ל בתדירות של ארבע-חמש שנים, מינוי שופט שלוש-ארבע שנים. פה מדובר באדם שממונה לכל ימי חייו, וברוב המקרים חבר מביא חבר. חבר ממנה חבר. תראה מה היו השינויים בהרכב ועדת המינויים, ומי שקובע בפועל אלה אנשי המקצוע בוועדה. לפוליטיקאים עצמם אין הכלים להעריך אם המועמד ראוי להיות שופט או לא. אמרתי בדיונים בקבוצה, לו הייתי חבר בוועדה ובא הנשיא ברק ואמר לי "תשמע, האיש הזה - את פסקי הדין שלו קראו השופטים והם ממליצים עליו. הוא הוכיח את עצמו. הוא בעל ניסיון ראוי", אז אני יכול להגיד שהוא לא מתאים?! איזה כלים יש לי?! איך אני יכול לפסול חוות דעת כזאת?! יוצא שהפוליטיקאים אינם משפיעים, לא בגלל שדעתם זולה, אלא בגלל שאין להם כלים להשפיע. לא פלא, אומרים להם "אדוני, אתה לא מבין למה פלוני לא מתאים ולמה פלוני מתאים", אם ימצאו כלים שיאפשרו לפוליטיקאי לדעת איך לשקול, בשבילי זה הוא נציג ציבור בוועדה. הרי לא יעלה על הדעת שבועדות מכרזים לא מתחשבים בדעתו של נציג ציבור, אבל בתנאי שמביאים מועמדים שונים. תפקידו בתור נציג ציבור בוועדת המכרזים להבטיח שההליך חוקי. אבל אם באים עם מועמד אחד או שניים ואומרים לו "אלה המועמדים", אז לא פלא שהתחושה היא שהכול תפור ומכרזים תפורים.

הייתי מנהל מחוז דרום במשרד החינוך וישבתי הרבה שנים בתפקיד יושב ראש ועדת מכרזים למינוי מנהלים של בתי ספר. הופעתי לא פעם בפני שופטים בגלל השאלה "למה בחרת פלוני אלמוני לנהל בית ספר במקום מסוים? אולי תפרתם אותו מראש? האם הוחלט עליו מראש?" גם היום יכול לקרות שאומרים לך "זה מועמד השופטים. השופטים החליטו שהוא הכי ראוי" ואתה שואל למה, ועונים לך "לא נגיד לך". אבל אני וכל נציג ציבור בוועדה רוצים לדעת את השיקולים. אם נציג הוועדה יוצא לציבור ואומר "השיקולים לא ברורים לי", הוועדה בבעיה. המצב יוצר חוסר אמון. אני לא צריך לדעת מה קורה בתוך הוועדה, אני מסכים, אבל נציג ציבור ראוי שידע.

♦ **אריק כרמון:** אני מצר שאין לנו היום מספיק נציגים של הציבור. אני חושב שהיה ראוי שיותר מהקולות האלה היו נשמעים כאן. שלוש הערות קצרות, שתיים מהן השמעתי בקבוצה שלנו. הערה ראשונה:

אנחנו נוטים להשתמש, גם בפורום הזה, בביטוי 'ביטול חוקים' כשבעצם אנחנו מתכוונים לדבר על ביקורת שיפוטית חוקתית. אני מציע לא להשתמש בביטוי הזה משני טעמים: ראשית, מבחינה עניינית, ביטול חוקים הוא רק קצה הפירמידה של הביקורת השיפוטית החוקתית. אפשר לדמות אותה לקרחון, שרובו ככולו מתחת לפני המים. הביקורת השיפוטית-חוקתית יש לה מגוון של פונקציות והרבה השלכות ומשמעויות. הביטול, של סעיף כזה או אחר בחוק, או הכרזה שהוא בלתי-חוקתי, הוא רק חלק, ולא דווקא החלק המשמעותי של התופעה הנורמטיבית הזאת. ושנית, במישור הטקטי, השימוש הנמהר בביטוי 'ביטול חוקים' בעוד שהכוונה בעצם היא 'ביקורת שיפוטית חוקתית', גם אינו נכון, משום שהוא מעצים שלא לצורך חששות בקרב חוגים פוליטיים באשר לפונקציה השיפוטית החיונית הזאת.

הערה שנייה, אשר אריאן הזכיר קודם שלפני כמה שנים היינו מעורבים בניסיון לנסח חוקה למדינת ישראל. לגבי אחת הנקודות שבהן התמקדנו היום - המודל הביזורי או המודל הריכוזי להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית - הצענו מודל ביניים. דהיינו, הוראה בחוק של הכנסת ולפיה למי שזכויותיו החוקתיות נפגעו במישרין, תהיה יכולת גישה ישירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לענייני חוקה. המסלול האחר עניינו הליכים שיפוטיים כלשהם, בכל בית משפט שהוא, שבמהלכם מתעוררת מחלוקת לגבי תוקפו של חוק לעומת הוראה בחוק יסוד (או שתהיה בחוקה). ההצעה שלנו הייתה, שהשופט היושב לדין ינסה, קודם כול, להכריע בסכסוך הקונקרטי שלפניו בלי להזדקק כלל לשאלה החוקתית. רק אם הוא יגיע למסקנה שהדבר אינו אפשרי יהיה עליו לקבוע עמדה באשר לחוקתיות של אותו חוק או אותו סעיף. אם יחליט השופט (בבית המשפט השלום למשל), שהסעיף כשר, כלומר אם הטענה שהסעיף סותר חוק יסוד אינה מתקבלת, ימשיך השופט היושב לדין בהליך ויכריע לגופו של עניין. אם בית המשפט היושב לדין מגיע למסקנה שיש ממש בטענה החוקתית, אזי קיימות שתי אפשרויות. לפי אפשרות אחת יקפיד השופט את הדיון שלפניו והשאלה החוקתית תועבר ישירות לבית המשפט העליון כדי שיכריע בה. האפשרות האחרת היא שהשופט ימשיך לדון במשפט שלפניו לאור הכרעתו החוקתית, וברור שהכרעה זו תחייב רק במקרה הקונקרטי הנדון ולא יהיה לה ערך תקדימי כללי. יתר על כן, הצד האחר, שאיננו שבע רצון מההחלטה, יוכל לפנות במישרין לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה כדי שיבדוק מחדש את הסוגיה החוקתית ויכריע בה.

הערה שלישית - בעניין בדיקת הפרופיל האידאי, ההשקפתי, הערכי של המועמדים לכהונת שפיטה בבית המשפט העליון. אני מתקשה להבין כיצד עושים את זה, אילו כלים יש לנו לכך. את הרעיון עצמו לא הייתי פוסל על הסף, אבל לפני שדנים בזה, כדאי שנברר לעצמנו לשם מה אנחנו בודקים את הפרופיל הזה. בדיקת הפרופיל האידאי של המועמדים יש בה טעם הגיוני רק בהנחה שמלכתחילה יצרנו לעצמנו מה שכינינו 'מניפה', כלומר פרופיל מוסדי של בית המשפט העליון לענייני חוקה הנראה לנו רצוי וראוי: שני שופטים בצבע אדום ושניים בצבע ורוד ושלושה בצבע כחלחל וכו'. ואז נחתור לשבץ את המועמדים בעלי הגוון הדרוש אל תוך המניפה הכוללת. כלומר, קודם כל צריך להחליט על התמונה הכללית - איזה מין מוסד אנחנו רוצים, מהבחינה האידאית ההשקפתית, ואחר-כך לאתר את המועמדים המתאימים ביותר. אחרת אין כל הגיון במהלך המוצע.

ולבסוף, ברצוני להסתייג מההצעה לאמץ את המודל הקנדי - 'פסקת ההתגברות'. זאת משום שאני חושש שבתרבות הפוליטית השוררת במקומותינו הכנסת תיטה להוסיף אותה כמעט לכל חוק שתחוקק ויהיה שימוש סיטונאי אינפלציוני במכשיר הזה. לכן הייתי מציע שלא נמהר לאמץ את הפטנט הקנדי הזה, שספק רב אם הוא מתאים לנו.

♦ **אתי פרץ:** אפתח ואומר שמכיוון שאנחנו מדברים על מערכת שיש בה בכל זאת שלוש רשויות, וכולן חשובות, אי-אפשר להתעלם מהעובדה שבמציאות שבה אחת מוחלשת והאחרת חזקה במיוחד, לשלישית אין החירות לפעול באיזה שהוא אי של מערך כוח. הכוונה היא שהרשות המחוקקת היום חלשה מאוד, ובקיצור - הרשות המחוקקת היא רשות מבצעת ב'. האופוזיציה חלשה, והמשחק די מכור, אף על פי שהכוונה איננה חלילה לאיזה מערכת מושחתת, אלא שהמצב הוא של אין-אונות בגלל איזה שהוא מבנה שבו הרשויות מנטרלות זו את זו בתוך התהליך הפוליטי הקיים.

לרשות השופטת יש מעמד מאוד מאוד חשוב היום. מצד שני הפתרון לשאלה לא יכול לעסוק בחולי הנוכחי. כי אם הפתרון ייעשה לפי הצצה בחור המנעול הזה, הוא יהיה חולה והוא ייצור מערכת מסוכנת אחרת: הרשות השופטת תנטרל את הרשות המחוקקת, ולא זו הכוונה.

כפי שאמר כבוד הנשיא ברק חשוב לחזק את מעמדה של הרשות המחוקקת. האזרח מן השורה ומן היישוב, ששלוש המערכות האלה נועדו

לתת לו מענים בתחומים קיומיים ואחרים, נמצא היום בתוך וקום, ומערכת המשפט צריכה לראות מה היא עושה עם זה.

הערה שנייה היא בעניין הייצוג. אני באה מעולם של שוויון הזדמנויות וקפיצת דרך אבל גם יודעת ששוויון הוא פיקציה ואי-השוויון הוא דבר מובנה, אמת, טבעי. פרופ' שטרן פתח בדבריו בנושא המניפה, ואני הרחבתי בקבוצה ואמרתי שבעצם הבעיה היא לא רק שאפשר לבנות מערכת שמייצגת את רוחב המניפה, אלא שהמניפה שלך, פרופ' שטרן, היא לא המניפה שלי, והמניפה שלך ב-2000 היא לא המניפה שלך ב-2015; והצורך לרוץ אחרי המניפה ייצור בסופו של דבר מערכת אופטימית, שקרית לא נכונה ולא ראויה. לכן מלכתחילה צריך לוותר על המניפה. מה שכן צריך זה לבנות איזו היא מערכת שיוצרת תבנית מאפשרת, לא מנתבת, לבית המשפט העליון, וזה לא קיים.

יש לי הערה בעניין תקופת הצינון - אני חושבת שהעובדה שיש מקפצה אוטומטית כמעט בין משרד המשפטים על מחלקותיו לבין בית המשפט העליון מעידה על מערכת חולה. כי כשאדם יושב במשרד המשפטים, הוא מפנה את עיניו קדימה, ואז אין לו החירות הבסיסית הראויה; וכשהוא שם, הוא עדיין לא התנתק מהכבלים. מעבר לכך - הוא מטרפד מוביליות והזדמנות של אחרים, כי אם כמו שאמר הנשיא ברק, מספר המינויים בבית המשפט העליון הוא קומץ והם קורים לעתים יותר רחוקות מאשר בשתי הערכאות האחרות, אז הנושא הזה עוד יותר משמעותי. ייתכן שתהיה קהילה משפטית מועדפת על האחרות מכיוון שהיא בחזית וביחסי גומלין יום יומיים עם גורמים ממלכתיים ועם מערכת בית המשפט העליון לעומת אלא שעושים עבודה רצינית ומשמעותית אבל מאחורי הקלעים. כך נוצרת תבנית מאוד מסוכנת: מישו מהפרקליטות עולה על מסלול שהוא כמעט אוטוסטרדה למערכות הבחירות עם סיכויים גבוהים לבית המשפט העליון (אלא אם כן קרתה קטסטרופה) לעומת משפטן ממערכות השדה שאין לו סיכוי במרוץ הזה ולא בגלל שהוא פחות טוב או פחות ראוי. אותו דבר אני אומרת על המערכת הבנקאית: בנק ישראל לא יכול להיות נתיב לאוצר ולא יכול להיות נתיב למערכת הבנקאות; ועל אחת כמה וכמה מערכת המשפט.

ההערה האחרונה בחלק הזה היא דווקא מהמקום שאני יושבת, מכיוון שיש איזה שהוא אבסורד בחקיקה החברתית לעומת השוויון. טועה כל מי שחושב שאנחנו חברה שוויונית יותר. הפרמטרים לשוויון אינם

בחוקים על מדף ספרי החוק, אלא ביכולת לממש אותם. הפערים הולכים וגדלים בנקודת זמן כמעט קטלנית, לילדים, לנכים, לאוכלוסיות חלשות ולחסרי משאבים לעתים אין סיכוי למצות את זכויותיהם. פעמים רבות בית המשפט הוא הכתובת האחרונה לאיזה שהוא צמצום של העיוותים האלה, כי המערכות הפוליטיות היום מתרחקות מהנושאים האלה. כל מערכת זכויות המגן תלויה היום במערכת המשפט, ואולי כדאי שהמכון הישראלי לדמוקרטיה ישים על סדר היום את העניין של חוק יסוד זכויות חברתיות. צריך לחשוב ולבחון איך מצמצמים את ההזדקקות למערכת המשפט ויוצרים כלים למען האזרח כדי שלא יזדקק לבית המשפט, והפנייה לבית המשפט תלך ותהיה כמעט היוצא מן הכלל, בניגוד למצב שבו כמעט בכל חידלון יהיה לבית המשפט חלק במימוש הזכויות.

♦ **אריאל בנדור:** אתייחס בעיקר לנושא השיטה לביקורת שיפוטית - ביזורית לעומת ריכוזית. מבחינתי, אם המחיר של קביעת הוראה מפורשת בחוקה בדבר ביקורת שיפוטית יהיה ריכוז הביקורת הזאת בבית המשפט העליון, מוטב להשאיר את המצב הקיים. הוא לא כל-כך גרוע. מבחינה מסוימת הוא פועל עוד מסוף שנות השישים. ריכוזיות אינה מקובלת בשיטות שדומות לנו, לא בארצות-הברית ולא בקנדה למשל. היא משקפת עמדה "ראליסטית" רדיקלית, שלדעתי אינה מציאותית. אין בית משפט, יש רק בית המשפט העליון. שמתי לב שאפילו רבים מהדוברים כאן כמעט אינם משתמשים בביטוי 'בית משפט' אלא תמיד 'בית המשפט העליון', ולעתים אפילו מדברים רק על נשיא בית המשפט העליון. זה לא נכון. זה לא משקף את הרגליה האמתית, אבל זה מפרנס את עצמו, וזה פוגע בתדמית המשפט והשיפוט, כאילו שמדובר במקבילה של הפוליטיקה. ואני לא מתייחס כאן לפוליטיקה בתור דבר שלילי. פוליטיקה היא דבר שבאמת מוכרע בדרך כלל על-סמך השקפות וגישות של אנשים בעלי התפקידים, ולא על-סמך כללים.

אם הכנסת נעלבת או מרגישה מושפלת בגלל שופט שלום שביטל חוק, אני לא חושב שהתחושות האלה הן סיבה משכנעת לשינויים חוקתיים מרחיקי לכת. בפסק דין צמח המפורסם נפסלה הוראה בחוק השיפוט הצבאי בקשר לאורך תקופת מעצר. מדוע זה לא התאים לבית משפט מחוזי או לבית דין צבאי? דווקא התעוררו שם שאלות עובדתיות, שמתאימות הרבה יותר לערכאה הראשונה. פסק הדין בפרשת ערוץ 7

היה פסק דין בעל רגישות פוליטית, אבל השאלה המשפטית לא היה בה שום אלמנט ערכי מיוחד, כמו שדווקא עלה או נרמז גם בדברים של מר מליץ. בתחום הרפואה, בתחום הצבא, יש לא פחות ואפילו יותר שיקול דעת, ואף אחד לא גוזר הצעות מוסדיות מרחיקות לכת שעשויות לפגוע בזכויות של הצדדים, לפגוע ביעילות הדיון. צריך לזכור שביקורת חוקתית לא מבוססת על סמכות של בית משפט. באמת סמכות של בית משפט לבטל חוקים לפי שיקול דעתו איננה דבר דמוקרטי. הסמכות לביקורת שיפוטית מבוססת על זכויות שהחוקה מקנה. אדם זכאי לנהוג לפי החוקה, ואם הנושא מתעורר בבית המשפט בהליך כזה או אחר, אז בית משפט צריך להעניק לו את זכותו במידה שהשלטון לא העניק לו את הזכות. במיוחד בעייתי הרעיון לדרוש רוב מיוחס בבית המשפט העליון, כלומר, גם אם רוב השופטים בבית המשפט העליון יחשוב שזכות חוקתית נפגעה, שהחוקה נפגעה, עדיין יהיה מותר לפגוע בחוקה ולהעדיף חוק רגיל.

בכלל, הדברים הבעייתיים באמת אינם ענייני הביקורת השיפוטית לגבי חוקים. היו שלושה או ארבעה מקרים במדינת ישראל במשך יותר מעשר שנים שאושרה בהם פסילת חוק. השאלות השכיחות יותר הן שאלות של פרשנות, וכמובן שלא עולה על הדעת, ולו מהבחינה הפרקטית, שבכל שאלות הפרשנות שמעוררות שיקולים חוקתיים או שיקולים פוליטיים או ערכיים ידון ויכריע אך ורק בית המשפט העליון.

בדברים שאמרתי יש גם השלכות על השיקופיות. יש גבול לשיקול הדעת הפרשני. בסופו של דבר, ברוב המוחלט של המקרים, הפרשנות אינה נעשית על סמך אמונות אישיות, אלא זו פרשנות אובייקטיבית. גם אם אני מתנגד לדברים שנאמרו כאן בעד שיפוט בבית משפט עליון בלבד, אני לא יכול לטעון שהפרשנות של הדברים הללו היא שהשיפוט לא צריך להיות בבית המשפט העליון בלבד אלא בבית משפט השלום בלבד. והעיקר הוא, ועמד על כך השופט ברק, שאם בית משפט מפרש באופן שמנוגד לחוקה או מנוגד לכוונת הכנסת, צריך לשנות את החוקה, לא לקבוע הליכים שיפוטיים בעייתיים, אלא לשנות את החוקה. אני אגב תומך לחלוטין בפסקת התגברות כללית בחוקה. אם יש בכנסת רוב לשנות את החוקה רצוי שיהיה אפשרי לשנות את החוק הספציפי לתקופה מוגבלת. חריג לנושא השיקופיות הם המקרים הברורים של תת-שיקופיות, כלומר המקרים שבהם ברור שמהו בהליך הקיים לא בסדר. אם באוכלוסייה יש שמונים אחוז למגזר מסוים אבל אין לה

אף נציג בבית המשפט העליון, ניסיון החיים מעורר את החשש שלא רק שיקולים מקצועיים טהורים עמדו ביסוד המינוי. וכאן צריך גם כן לבדוק, לא באופן מכני, אם אי-אפשר באמת לעשות מינויים ראויים כדי למנוע אולי שיקולים סמויים או תת-מודעים לא רלוונטיים שהיו קודם לכן.

♦ **שולמית אלוני:** שלוש הערות קצרות. האחת בעניין הצינון של יועץ משפטי לממשלה - מישהו הזכיר ששלושה שופטים היו יועצים משפטיים והיום הם שופטים, ואנחנו מתברכים בהם. אבל אחריהם היו שניים - חריש ובן יאיר - והם אינם שופטים; ואני מציעה שנלך בעקבות התקדים השני. הצינון לא יזיק. מבחר האנשים המתאימים גדול למדי, אף על פי שבפעם האחרונה היו רק מועמד אחד או שניים.

הערה שנייה - אני מציעה שהמניפה שלנו בעניין השופטים תהיה מניפה של דמוקרטיה ליברלית ושתהיה אוטונומיה למדינה מהדת ולדת מהמדינה, היות ש"המדינה היהודית" מעוגנת בהרבה מאוד משורים - בחוק יסודות המשפט, בשפה שלנו, בשם 'ישראל' (אבי האומה), בחוק השבות. אם לא נחליט שאנו מדינת חוק ליברלית שיש לה אוטונומיה מהדת אנחנו עשויים להכשל ולהכשיל את היסוד הדמוקרטי. אני מדברת על דברים שבהם אתה פתחת, פרופ' כרמון, אנחנו עלולים להיכשל פה בחניקה של הדמוקרטיה ובהפיכת מדינה ריבונית האחראית לכלל אזרחיה לעדה דתית או לקהילה דתית.

אני רוצה לספר לכם - ב-1985 רצו להגן על הדמוקרטיה הישראלית מפני הגזענות של כהנא, והצעת החוק של הממשלה אמרה בסעיף האחד שלה שמי שמתנגד למדינת ישראל ברוח הכרזת העצמאות לא יוכל לרוץ לכנסת. (תיקון 9 לחוק יסוד הכנסת סעיף 7 א') אבל כשזה הגיע לכנסת, מה עשו חברי הכנסת? הם אמרו "דופקים את כהנא? אנחנו נסדר את הרשימה הדמוקרטית לשלום של מתי פלד ומיערי" ושינו את הסעיף ל"מדינתו של העם היהודי". אי לזאת ועדת הבחירות המרכזית מנעה את הרשימה הזאת מלרוץ לכנסת, והם הגיעו לבית המשפט העליון. היו שם שניים מול שלושה. השניים ודוב לוי מנחתו עדן ומנחם אילון יאריך ימים, אמרו שהם רוצים רק דמוקרטיה, ולא אמרו שזו המדינה של העם היהודי. ועל כן פסקו שאין לתת להם לרוץ לכנסת. ומהשלושה האחרים - שניים אמרו אמירה פוזיטיבית שזו זכות יסוד של כל אדם, השלישי התלבט. והיו לנו שלושה מול שניים. למרות הסיפור הזה שמראה איך עשויים ליפול דברים, אני אומרת שאנחנו לא צריכים

ללכת מעבר למניפה הרחבה דיה - מהשמרון ועד למתקדם, בשלטון ליברלי האדם הדתי חופשי לחיות באמונתו, שהרי בסופו של דבר, גם אם יש גילויים מהסוג הזה, הדמוקרטיה יוצאת נכון, אם המניפה שלנו היא המניפה של הדמוקרטיה הליברלית.

הערה נוספת, אני פעם שנייה פה, אז מותר לי להיות מופתעת, ותסלחו לי רבותיי, ובייחוד אהרון ברק, קשה לי לשבת ולשמוע כל-כך הרבה אפולוגטיקה. אני חושבת שצריך להיות אסרטיביים, מפני שההישגים של בית המשפט הגבוה לצדק ובית המשפט העליון בארץ הם הישגים שאין כמותם בתחום אחר של חיינו בחברה שלנו, חברה של ערב רב. יצאנו לחירות כמו שיצאו בני ישראל ממצרים. עדיין עברים - עדיין ערב רב. אבל כשהם יצאו לחירות אמרו להם "היום הזה הייתם לעם", (דברים כ"ז 9) רק אחרי שקיבלו חוקה.

הייתי בטוחה שנדון פה בהצעה כיצד לשלב את הנושא בחוק יסוד השפיטה, בסעיף 15, שנדון פה באילו סעיפים יש לעסוק. אני מצטרפת אגב לחברים שאמרו שגם בית משפט שלום יכול וצריך לתת סעד לאזרח לאחר שנחקק חוק שהוא איננו חוקי. קונסטיטוציונית אני חושבת שעל פרוצדורה כזאת כדאי לדון. אי-אפשר לשלוח את הכול לבית המשפט העליון, עם המון המון שופטים.

הערה אחרונה, אצלנו בכנסת מרבים לדבר על הרוב, ואנחנו חייבים לחזור ולדבר נגד הדספוטזים של הרוב. בפרשת משפטים אחרי שקיבלו את החוקה ויודעים מה כן ומה לא, נאמר "לא תהיה אחרי רבים לרעת" (שמות כ"ג). תסלחו לי שאני מביאה דוגמאות כאלה. אנחנו יושבים פה ודנים במה שהכנסת, המבולבלת הזאת, מנסה להביא עלינו, במקום להכין משהו אסרטיבי מאוד מדויק מאוד ולהביא אותו לפני הציבור.

♦ **אילן שיף:** שתי הערות - (א) אף על פי שאני מרשה לעצמי להעיד על עיסה שיש לי חלק בה, אני חושב שהמערכת השיפוטית היא מערכת טובה, והיא עדיין שמורת טבע בחברה הישראלית. אבל כמו כל שמורת טבע היא זקוקה לחברה להגנת הטבע, והחברה להגנת הטבע במובן הזה היא החברה הישראלית. וכשמערכת שיפוט מותקפת, באמת צריכים להגן עליה ולהיחלץ לעזרתה.

כמו בכל שמורת טבע, גם במערכת השיפוטית יש פרצות מסוימות, ואני מרשה לעצמי לדבר על פרצה קטנה לכאורה שנדחקה לשוליים. חוץ מהיבטים חוקתיים היא גורמת למתח מתמיד בין המערכת השיפוטית לבין ציבור הלקוחות של המערכת השיפוטית ובין המערכת



השיפוטית לבין עורכי הדין שמופיעים בפניה, ואני מתכוון למצב הכמעט בלתי-נסבל של העומס במערכת השיפוטית.

העומס הזה יש לו היבט חוקתי, משום שאי-היכולת של המערכת השיפוטית לפתור אותו פוגם בעצמאותה. השליטה באיכות השפיטה שתלויה בעומס נתונה בידי מי שהוא לא המערכת השיפוטית, והדבר מתבטא בחיי היום-יום, וכמובן המצב הזה גורם למתח מבחינת הלקוחות, מתח מוצדק, עם המערכת השיפוטית. זה פוגע בתדמית המערכת השיפוטית, וכבר הזכרנו עד כמה התדמית של המערכת השיפוטית חשובה.

אני חושב שבכל הסדר חוקתי או חוקי שעניינו המערכת השיפוטית צריך לפתור גם את בעיית הניהול העצמאי של המערכת, כדי לאפשר לה לסתום את הפרצה הקטנה לכאורה, אבל היא באמת גדולה ומטרידה, והיא מתבטאת ממש בחיי היום-יום, והיא פוגעת גם באיכות השפיטה.

(ב) דובר פה רבות על הרכב הוועדה למינוי שופטים, ובין אלו שחשבו שלא צריך לשנות את הוועדה היו לא מעטים, אני מרשה לעצמי לומר שהיו רבים שחשבו שהמבנה שלה הוא לא אידאלי, אבל אסור לגעת בו, כי אנחנו עלולים להגיע למצב קשה יותר, כיוון שאנחנו יודעים איך נכנסים לבעיה הזאת, אבל לא בהכרח יודעים איך יוצאים ממנה, עם איזה תוצר חקיקתי, אם אכן יגעו בה. אנחנו כל הזמן שומעים דעות על רצון להוסיף פוליטיקאים לוועדה ורצון להוסיף גם אחרים. קולו של צד אחד נשמע ברמה, קול צלול שיודע להסביר את עצמו, ואילו הצד השני, הצד שחושב שהוועדה היא לא אידאלית אבל כל שינוי עלול להיות לרעה, שותק וקולו אינו נשמע. במקבילית הכוחות הזאת, הפיזיקאים יסבירו לנו שעלולה להתקבל תוצאה גרועה יותר מהתוצאה שתתקבל אם תועלה דרישה לשנות ולטייב את הוועדה על-ידי גורמים נוספים. בהקשר הזה אני מרשה לעצמי להצביע באנלוגיה על הוועדה למינוי שופטים צבאיים. שם יש רק שני שרים שמייצגים את הפוליטיקה, שר המשפטים ושר הביטחון, והיתר הם אנשי מקצוע במובן הרחב של המילה, אני חושב שהוועדה הזאת פועלת יוצא מן הכלל, אין בה דילים, אין בה הסדרים, והדיונים הם באמת בלא שום שיקול זר.

♦ **מרדכי קרמניצר:** כמה הערות קצרות - בתיאור המציאות, צריך לשים לב שהתמונה מורכבת יותר. יש בתמונה הזאת כל מיני אלמנטים, בהם העובדה שמפיצים גם דיס-אינפורמציה על הפעילות של בית המשפט

העליון. למשל, יש גוף חרדי שפרסם מסמך שמצוטט בכנסת, על היחס של בית המשפט העליון לדתיים. בנייר עמדה שכתבנו מרגית כהן אלי לינדר ואני (דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. "מנוף - המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת) אנחנו מראים שהמסמך הזה, רובו ככולו, בנוי על דברים שאינם נכונים.

מצד שני, אי-אפשר להתעלם מדברים שקרו בשנים האחרונות ולא קרו בעבר: בית המשפט הגבוה לצדק מורה לראש הממשלה לפטר שר, או מורה לממשלה לפטר מנכ"ל - שתי החלטות מוצדקות לדעתו. אולם אי-אפשר להגיד שאיך לכך משמעות מיוחדת ושאין בכך רגישות מיוחדת כלפי המערכת הפוליטית. נכון שהממשלה וראש הממשלה, לפי הניתוח שלי, הרוויחו את התגובה השיפוטית הזאת, אבל אם מול ממשלה ומול ראש ממשלה בית המשפט בא ועושה מהלכים מהסוג הזה, זה אינו עניין פשוט.

אני מבקש להבהיר - אני נגד שימוע פומבי. עם זאת, אינני חושב שעמוס שפירא צודק בדבריו שאי-אפשר לברר את הפרופיל ההשקפתי הכללי של אדם. מדובר באנשים שיש להם רקורד או של כתיבת פסיקה או של כתיבת מאמרים או של התבטאויות, ואת הדבר הזה אפשר להשלים גם בשאלות שהמועמד מתבקש לענות עליהן בכתב. ניתן גם לבקש ממועמד להציג את השקפת עולמו בקווים כלליים. ועדת המשנה יכולה להוסיף שאלות מאלה. אני חושב שהדבר הזה אפשרי.

לדעתי, העיקרון של המניפה צריך להיות התאמתה לדמותה של המדינה. זאת צריכה להיות מניפה רחבה. אני לא הייתי מאמץ את התפיסה שרק שופטים ששייכים למסורת הליברלית ראויים להתמנות לבית המשפט העליון, תפיסה שהביע פרופ' מאוטנר. היא נראית לי תפיסה לא נכונה. היוזמה שנקט בזמנו הנשיא ברק - יוזמה שלא עלתה יפה - לצרף לבית המשפט העליון שופט חרדי בעל מחויבות לחוקי המדינה הייתה יזמה נכונה. אני חושב שיש מקום בבית המשפט העליון לשופט ערבי לא ציוני. אני מדגיש את המילים 'לא ציוני', שכן העיקרון צריך להיות מניפה רחבה שבה יבואו לידי ביטוי השקפות העולם השיפוטיות העיקריות.

לאשר מעוז, אני מבקש לומר שמה שאמרתי על צינון לא היה ברמה פרסונלית, להפך. אמרתי שאם מנהיגים צינון, הוא אינו צריך לחול על בעלי תפקידים מכהנים, מטעמי הגינות מתחייבת. לאריאל בנדור אני מבקש לומר שיש עוד שיקולים בעד ריכוזיות בבית

המשפט העליון. ראשית, קשה לקבל מצב דברים שבו אותו חוק עצמו בבית משפט אחד יש לו תוקף מבחינה חוקתית ובבית משפט אחר או סמוך אין לו תוקף מבחינה חוקתית. זהו מצב לא בריא מבחינה נורמטיבית. הליך הקביעה המסתיים בקביעה שחוק איננו תואם את החוקה הוא בכל זאת הליך בעל אופי חריג, ולכן מתאים שמי שיעשה את הקביעה הזאת יהיה בית המשפט העליון. זה מבטא Deference ראשי כלפי המחוקק. זה מתבקש בחברה שאיננה מצטיינת ביחס של כבוד לחוק. נדמה לי, לכן, שהקונסנזוס בנקודה הזאת שמתגבש כאן הוא קונסנזוס ראוי.

ועוד נקודה אחת, על תבונה פרגמטית. רבים סביב השולחן הזה אומרים שהדרך הנכונה להתמודד מול דברי ביקורת שמושמעים ומול הצעות רעות שעולות היא לדבוק במצב הקיים, וההנחה של שְׁכָל מעשי היא שאם דבקים במצב הקיים והודפים כל ביקורת והצעה לשינוי, נצליח לשמור על המצודה. מול הגישה הטקטית הזאת אני מבקש להעלות אופציה אחרת, והאופציה היא שלפעמים צריך לעשות שינויים, אם הם שינויים טובים או ראויים כמובן, גם כדי לבלום רעיונות רעים. ההנחה שההתעקשות לקדש את הקיים ולשמרו ללא שינוי תצליח לאורך זמן לשמור על הקיים, מול הביקורת, כלל אינה מובנת מאליה. להפך, יש סברה שדרך כזו תגביר את ההתנגדות, את הניכור, ותגדיל את הסיכוי של רעיונות רעים. השאלה הטקטית היא שאלה שהתשובה עליה איננה חד-משמעית.

♦ **רות גביזון:** מבחינת התהליך של חוקה בהסכמה אני מוכרחה להגיד שמצאתי את הדיון שלנו היום מתסכל מאוד, מפני שנראה לי שאנחנו שומרים כבר פעם שנייה על איזה שהוא קיטוב בין שני סוגים של שיח. כך היה גם בדיון בעניין הזה אחרי הפגישה שלנו בבאר-שבע. שני הדיונים היו רגשניים מאוד, ושניהם היו שיח שמתרכז בבית המשפט העליון - בעדו או נגדו. אני מבינה שיש אווירה שבה יש הרגשה שהדבר הזה מוצדק, אבל אני חושבת שהדבר הזה - בוודאי במחשבה חוקתית - מקלקל מאוד את השורה; והקיטוב שקורה סביב הדבר הזה מחייב כל אחד להתייבב או בעד או נגד, וזה מקלקל עוד יותר את השורה. מפני שכך בעצם אין לנו אפשרות לשקול בפתיחות איך אנחנו רוצים לבנות את המערכת החוקתית שלנו.

אני רוצה להבחין בין שני עניינים - האחד הוא העניין החוקתי שבו אנחנו כאילו עוסקים - אני רמזתי כבר בבוקר, שאין לי עמדות בנושא

החוקתי, מפני שהנושא החוקתי כורך הרבה מאוד החלטות שטרם החלטנו; למשל - אם מקבלים פסקת התגברות כללית, אז יכול להיות שכל הסיפור של המינויים שונה לחלוטין מבמצב שבו אין מקבלים פסקת התגברות. והפתרון אם אנחנו רוצים לרכז או לבזר תלוי בשאלה מה יהיו הסמכויות שניתן בהסדר החוקתי לבית המשפט. ולכן נראה לי שברמה החוקתית אין לנו בכלל כלים לדבר על ההסדרה של הרשות השופטת. אין לנו עדיין תשובות לשאלות המפתח שבהן אנחנו עוסקים בעניין חוקה רזה, חוקה שמנה, איזה סוג של ביקורת וכו'. כל מה שאני יכולה להגיד ברמה החוקתית הוא שצריך לעשות עסקת חבילה. היום יש לבית המשפט סמכות של ביקורת שיפוטית לפי חוקי היסוד של 1992. הסמכות הזאת כל הזמן עושה רעש במערכת, כי יש אנשים שמתנגדים לה. אם אנחנו הולכים למהלך חוקתי שיעגן את הסמכות הזאת, יבהיר אותה ויעשה אותה כללית יותר, מהלך אפשרי ומהלך שהוא בהחלט מתיישב עם הדמוקרטיה ואולי אפילו מממש את הדמוקרטיה, אז אנחנו נותנים לבית המשפט הרבה יותר סמכות ממה שיש לו. מה שאנחנו שומעים עכשיו זה קצה אפס קצהו לעומת מה שנשמע. הדבר הזה יהיה חייב לבוא לידי ביטוי בתהליך של המינויים, כי השאלה של "מי שמד?" תהיה שאלה הרבה יותר גדולה.

לעומת זה, אם אנחנו לא נותנים יותר סמכויות ואולי אפילו מצמצמים בהסכמה סמכויות, אז אפשר לשמור על דיני המינויים הקיימים, על מצב הרשויות המשולשות וכל הדבר הזה. אני אמרתי, ולא תתפלאו לשמוע, שלא שיניתי את דעתי חוקה שלמה עם מגילת זכויות שלמה בלי ביקורת שיפוטית, עם סמכות פרשנות של בית המשפט והגבלה מסוימת של הנקודות שבהן בית המשפט מתערב באמצעות שפיטות עמידה - זה הפתרון הנכון לחברה הישראלית. הפתרון הזה יאפשר לבנות מחדש את האמון. אבל אני מבינה שזו אולי עמדת מיעוט. על כל פנים, אין טעם לדבר על הפרטים של סדרי המינויים בלי החלטה כוללת על מצב האיזונים והבלמים בין רשויות השלטון.

עכשיו בעצם אנחנו מדברים על עניין אחר שגם הוא מטריד אותנו, והוא - שהמצב הקיים אינו ברור. המצב הקיים עכשיו הוא לא-טוב ולא רע. המצב הקיים מתאפיין בזה שיש כאלה שחושבים שהוא מצוין, אבל יש איזה רוח רעה שמנשבת בחברה הישראלית וכל הזמן מבקרים את בית המשפט. מה עלינו לעשות כדי שהביקורת הזאת תיעלם? ומה קורה שהביקורת הזאת לא נעלמת? לעומת זה יש אחרים שאומרים

שבית המשפט הוא קטסטרופה. שני הדברים האלה בעיניי אינם נכונים. צודקת האמירה שיש חוסר הבנה. אבל שני הדברים מטרידים, מפני שיש פה בעיה אמתית שאנחנו מסיבות שונות לא מתמודדים איתה. המתנגדים לבית המשפט לא מוכנים לשמוע שבכל המדינות המסודרות יש ביקורת שיפוטית ויש בקרה שיפוטית אפקטיבית על חלק גדול מפעולת הרשויות - המחוקקת, המבצעת והמנהלית. לעומת זה, האנשים של הדמוקרטיה הליברלית לא שומעים את הקולות בעניין שאלות רציניות שמועלות אשר להיקף ההתערבות של בית המשפט בהרבה מאוד תחומים - צבא ועניינים של ערכים ועניינים של מינויים ופעילות הרשויות הפוליטיות. כל הדברים האלה הם שאלות שמסתובבות בחללנו.

אני לא חושבת שפתרון חוקתי בכלל יעזור פה, כי הבעיה איננה חוקתית. פה הפתרון שלי שונה לגמרי - לא לגעת בשום דבר, לא לעשות חוק שנותן את זה רק לבית המשפט העליון. לפי דעתי זה מסוכן, לפי דעתי זה משנה מצב עדין - אמנם מצב לא טוב, אבל טוב יותר מהאלטרנטיבות. אני בעד לא לשנות את המבנה של ועדת המינויים, אבל כן לשמוע מה הן הטענות שעולות, ולהבחין בין הטענות הכוחניות והמתלהמות ובין טענות שמצביעות על בעיות אמתיות. להערכתי אפשר, אם רוצים, לעשות הבחנה בין שני סוגי הטענות האלה, ואפשר לנסות לתת מענה ארגוני לא בדרך של שינוי מבנה הוועדה. אפשר לתת מענה ארגוני רציני להרבה מהבעיות שמתעוררות. קודם כול, האמירה "יש בעיה, בואו נפתור אותה יחד" היא אמירה הרבה יותר מרגיעה מ"אתם לא מבינים שום דבר, אתם רק רוצים להרוס אותנו". זו אמירה לא מעוררת אמון. אני חושבת שכולנו באמת רוצים בית משפט חזק, בית משפט שיש לו הישגים גדולים, בית משפט שרוצה לחזק את אחיזתו בלב הציבור. ולכן אם יש באמת בעיה של חוסר אמון, דחייה גורפת מהסוג הזה רק מעודדת אותו. משום כך אני חושבת שהאינטרס של כולנו הוא לשמוע היטב את הביקורת, להבחין בין הביקורת ה"הורסת" ובין הביקורת העניינית, הבונה, ולא להשתמש בנוסחאות גורפות מכאן ומכאן וגם לא לנסות לתת מענים מקומיים מוגבלים - אין בהם שום פתרון. אני מציעה שלא ננסה לשנות את האיזונים העדינים שיש לנו - לא לכאן ולא לכאן - כי אתם אנחנו איכשהו כבר חיים. נחכה עד שיהיה לנו, אם יהיה, הסדר חוקתי כולל. אבל בואו כן נהיה פתוחים לשמוע ביקורת. אין בעיניי דבר מסוכן יותר מדחייה גורפת של כל הביקורת.

עכשיו, אם אנחנו מסתכלים על ההקשר של הרשות השופטת ועל הליך המינויים - אני חושבת שזה טוב שיש שם שילוב של כל המערכות. מטרת מבנה הוועדה הוא לאפשר ולחייב את חברי ועדת המינויים להתייעץ, אבל הם לא צריכים להתייעץ רק בעניין מינוי שופטים. הם צריכים להתייעץ גם בעניין הקונספציה של שפיטה ושל מינויים לשפיטה במצב מורכב מאוד, כמו שיש לנו, מצב של מחלוקת, מצב של קטבים, מצב של אי-אמון גובר. המצב הזה מחייב היערכות מיוחדת של תהליך המינויים. אפשר לתקן אותו מבפנים בקונסנזוס, אבל אז צריך לנסות להגיע לקונסנזוס הזה, ואני מאמינה שאפשר להגיע אליו, ונראה לי שבטווח הקצר זה יהיה הדבר הנכון לעשות, ולא להיגרר לחקיקה חפוזה ששוב תפגע באיזונים העדינים שכבר בנינו לנו בעשר השנים האחרונות ושוב תטשטש אותם ושוב תכניס אי-שקט למערכת ורק תעורר לטעמי ולא תרגיע את חוסר הנחת במערכת. מגיע לכולנו שכל אחד מהגופים יעשה את העבודה שלו בלי כל הזמן להיאבק בציבור על היקף הסמכויות שלו ועל הלגיטימיות של הפעולה שלו.

♦ **מאיר שמגר:** הגיע רגע הסיכום. אני אתחיל מן הסוף, מן הדברים שרות גביון השמיעה. אני בעיקרון בהחלט מצדד בגישה שהיא מנסה לקדם, דהיינו שצריך לחפש ככל האפשר הבנה בקנה מידה רחב ומקיף ולמצוא פתרונות כוללים. אבל בניגוד לדעתה, אינני חושב שאנו יכולים לסגת מן המצב הקיים. אצלנו כבר עשרות בשנים ולשנות מציאות חיונית מבחינה חוקתית שהשתרשה כבר עמוק בתוך המציאות שלנו. למה כוונתי? המחוקק הישראלי, לא בית המשפט אלא המחוקק הישראלי, קבע מדרג מבחינת מעמדם המשפטי של כללים מסוימים. הוא קבע למשל את הכללים אשר בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, לא בית המשפט קבע אותם. נקבע שם שצריך להיות שוויון בבחירות, ופגיעה בשוויון או שינוי בשוויון. יכול לעשות רק רוב של חברי הכנסת. ובעקבות זה בשנת 1969 קבע בית המשפט העליון שהחוק שדן במימון מפלגות וקובע שהמימון יינתן רק לרשימות קיימות ולא למתמודדים חדשים איננו בתוקף, כי הוא פוגע בשוויון, היינו, כפי שנאמר שם, בנשמת אפה של שיטת המשפט שלנו. לאחר מכן קבעו אותו דבר בעניין זמן השידורים, ואני מזכיר את פסק הדין בעניין רובינשטיין ודרך ארץ; בפסק הדין הזה קבע בית המשפט כללים בעניין תוקף של תיקון רטרואקטיבי של ההקצבות לבחירות כאשר הדבר פוגע בשוויון. כל זה כאמור עוד לפני 1992 כאשר חוקקו את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

דוגמה נוספת: האם היום צריך לשנות את ההחלטות שנשענו על סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם? האם הקביעה שאסור לעצור חייל למשך תקופה מסוימת, ומותר לעצור אותו רק לתקופה קצרה יותר - בטלה? האם נחזור בנו ונאמר שלמעשה מה שנקבע לא היה במקומו? לא אכנס לעניין יועצי המס ולדברים האחרים, כי בסך הכול מדובר על שלושה מקרים שעוסקים בקביעה החוקתית הנותנת מעמד מוגן לחירות האדם או לחופש העיסוק. כאן תשובתי לרות גביזון: לא מדובר ביצירת סיטואציה חדשה, אלא במציאות משפטית קיימת אשר מבטאת לכאורה גם את דעת הכנסת. בשנת 1969 היא ישרה לילה שלם ואישררה את ההצבעה על חוק מימון הבחירות המתוקן ב-61 קולות בכל אחת מהקריאות.

אם נאמר שאנחנו חוזרים בנו מן הרצון לקיים ביקורת שיפוטית במקרים שיש בהם סטייה שלא כחוק ממדרג משפטי גבוה יותר, היינו מהוראה חוקתית, כאשר יש חקיקה רגילה הסותרת אותה, אנחנו חוזרים אחורה לווקוס; היום, אם מדובר בביקורת השיפוטית, מדובר במתן גושפנקא למציאות מסוימת, למציאות שנוצרה כבר במשך עשרות בשנים מאז 1969. המציאות לא תתבסס יותר על הפסיקה אלא על אמירה מפורשת של הכנסת. היא זאת שיצרה מעיקרה את ההוראות, את התנאים האלה שביטויים בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת או בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם. אני סבור שחשוב מאוד לתת ביטוי למגמה של הכנסת שנעשתה במסגרת ההגשמה של החלטת הררי מ-1950, כי הלא הכנסת פעלה בתחומים האלה כדי לבטא במציאות את מה שצפתה החלטת הררי לפני עשרות בשנים. יש להקנות את הביקורת השיפוטית החוקתית אך ורק לבית המשפט העליון, ובכך יוצרים את ההתמקדות של הסמכות, במקום להעניק את הסמכות הזאת לכל שופט באשר יהיה, היינו גם לשופט צבאי, גם לשופט תעבורה וגם לשופט שלום. אני סבור שמעיקרו רעיון כזה של התערבות בחקיקה של המחוקק יכול להיעשות רק על ידי המוסד העליון של המערכת השיפוטית. זה עניין של יחס הכבוד למערכת המחוקקת כפי שמתחייב. כתבנו גם בפסק דין פלאטו שרון שבית המשפט חייב בכבוד ובהירות כלפי המערכת המחוקקת, בייחוד הסמכות לבית המשפט העליון. אנחנו איננו פועלים בניגוד לרצון של הכנסת, אלא אנחנו יוצרים מציאות שהיא שיפור לעומת המצב אשר מבקרים אותו.

מה הייתה הביקורת? לנו, זאת אומרת לציבור של השופטים, לא הפריעה

הסיטואציה שמתבססת על הפסיקה. כמובן שקיווינו שיום אחד סוף סוף יחוקק בכנסת חוק יסוד חקיקה ושהדברים האלה ימצאו בו את ביטויים. בהצעת חוק יסוד חקיקה, לפחות כפי שאנחנו ראינו אותו, אהרון ברק ואני, היה משנת '75 סעיף מפורש, שאם טענה של אי-חוקקיות עולה בבית משפט כלשהו, הוא יעביר אותה לבית המשפט העליון. שם ישבו שלושה שופטים כמו בבג"ץ, והם יחליטו אם יש לכאורה יסוד לטענה הזאת, ואם יש לה יסוד, ישבו שבעה או תשעה שופטים וידונו בנושא. אין בכך הארכת הדיון, כי גם אם שופט השלום יחליט שהחוק בטל, ממילא יגישו ערעור בבית המשפט המחוזי, ובמחוזי בוודאי יבקשו רשות ערעור לבית המשפט העליון, ואני מניח שבנושא חוקתי, כמו בעבר, יתנו רשות ערעור, עד שזה יגיע לבית המשפט העליון. זה רק ייארך יותר זמן. לבית המשפט יש סמכויות מספיקות כבר היום כדי להסדיר את הנושא הזה. אם מדובר באדם שצריך לשחרר אותו ממעצר, בית המשפט ישקול אם לתת צו ביניים. אני אמרתי בוועדה שלנו שאני מתאר לעצמי שאם זה יהיה רוצח, לא ישחררו אותו, אלא יחכו עד להחלטת בית המשפט. אם זה יהיה מצב קל יותר, ייתכן שישחררו אותו - או למעצר בית או לגמרי, בערבות. זו כבר סיטואציה שהחוק מאפשר לפתור במצבים שונים. ואם בכלל ידובר בדיון אזרחי שבו עולה הטענה הזאת, כמו שזה היה בבנק המזרחי בעניין קניין, אז בכלל הבעיה לא מתעוררת. צו ביניים יקבע שבינתיים לא משלמים את הכסף או כן משלמים את הכסף. זה כבר דבר שפתרונו יכול לבוא אד הוק.

לסיכום נקודה זו, לטעמי, יש בהסדר אשר מביא בחשבון את קיומה של ביקורת שיפוטית לאור הוראות שנקבעו בחוקים של הכנסת כדי לתת תשתית משפטית תקפה לביטוי חקוק של סמכות הכנסת. המעמד המשפטי הזה ישלב בתוכו גם את הריכוז של הסמכות כדי בערכאה העליונה כדי למנוע את ההרגשה הבלתי-נוחה שיש אולי בצדק לפרלמנט שכל שופט שלום - ואני אינני מזלזל בהם - יכול לבוא ולקבוע שחוק שהמחוקק הישראלי קיבל - בטל. ההרגשה הבלתי-נוחה הזאת תיעלם. אינני רוצה לגעת כעת בשאלה אם צריך לחוקק הוראה דומה לזו אשר בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק כדי לשבץ אותה בחוקים נוספים. זה דבר פרובלמטי, בעיקר לאור מה שקרה בסעיף 8. סעיף 8 ניתן לתקופה מוגבלת, עד שבאו והוסיפו לו פסקה נוספת בעניין חוקים שהתקבלו לפני כן, שאין לגביהם הגבלת זמן. הסייג של



הזמן איננו חל. זאת אומרת, למעשה מה שנאמר בסעיף 8 בעניין חוקים מסוימים הוא בלתי-מוגבל בזמן.

זו הדוגמה, זה התקדים, אבל אני אומר שזה יכול לקרות גם בעניין סעיף המתיר סטייה מחוק היסוד, שיקבעו אותו בחוק יסוד אחר. לכן אני אומר שהדוגמה הקנדית איננה מלמדת כל-כך הרבה, כי אצלנו אפשר לתקן אחר-כך את משך הזמן של ההגבלה הנוהגת בקנדה, והוא הופך אז לחסר-משמעות, מכיוון שמבטלים אותו בחקיקה מאוחרת יותר. צריך לחשוב על כך. אינני רוצה לנקוט עכשיו עמדה בסוגיה זו. אני חושב שאנחנו כולנו מחפשים פתרון, אבל אין לדעתי להשהות את ההכרה בביקורת השיפוטית שמשקפת כאמור מציאות קיימת כבר עשרות בשנים.

דנו בעניין נוסף - בחירת השופטים. אני סבור שהמושג של מקצועיות אולי הובן בקהל הזה הבנה מצומצמת מדי, כי הדברים שאמרו רות גביון וידידיה שטרן בהחלט מקובלים עליי. זאת אומרת מבחינתנו הנושא של מקצועיות כולל גם את ההתאמה הנפשית, את הגישה של האדם, את הסובלנות, את הסבלנות, את היחס. כולנו יודעים שאין הישגים טוטאליים ואיש אינו מושלם. לפעמים יש כישלונות. צריך להודות שיכולים להיות כישלונות פרסונליים, אבל מבחינת המגמה הבסיסית, אף פעם אין להתמקד רק בשאלה אם האדם מכיר את כל סעיפי החוק לסוגיו ובקיא במטריה המשפטית שהוא עוסק בה. להיות שופט זה הרבה יותר מורכב. מדובר קודם כול במזג שיפוטי. כפי שנאמר כאן, צריך להיות אדם, אדם שיש לו תחושה, שיש לו אמפתיה למי שמופיע לפניו, שיש לו רגש כלפי בעיה אנושית שמתעוררת לפניו. ולכן מבחינה זו אני בהחלט מוכן לחתום על כל דבר שנאמר כאן מבחינת ציור אופי הדמות של האדם, אבל זו המגמה היסודית. יכול להיות שיש במציאות, לאור הדברים שמוכרים לכולנו ושגם מקצת מהם הושמעו כאן, דברים נוספים שצריך לחשוב עליהם, כדי לשכלל, לקדם ולעשות לטובה יותר, למתקדמת יותר את השיטה. בהחלט אינני סבור גם שהמערכת מאמינה שאנחנו הגענו לפרפקציוניזם, שאנחנו הגענו למצב שבו הכול שפיר ואין בעיות. להפך. צריך לשים לב להערות. מדובר כאן בתוך הוועדות השונות על הרחבת הרכב הצוות ששומע את האדם - לא שלושה אנשים, אלא שישה - ועל הרחבת הזמן המוקדש לכל פרט - לא שיחה קצרה, אלא שיחה מקיפה והתעמקות רבה יותר. שמעתי כאן למשל שרוצים לבדוק את פסקי הדין של מועמד ואת המאמרים שלו.

זה נעשה כבר היום, זה לא דבר שיש בו איזה חידוש, אבל אני בהחלט סבור שמתוך כל שלל הדברים שהושמעו כאן יש דברים שצריך להביא אותם לתשומת לבם של נשיא בית המשפט העליון ושל שר המשפטים, והם ידונו בזה מתוך אהדה ומתוך רצון לשפר ולקדם.

כל השנים התקדמנו בכך. לא תמיד היה טופס כזה כפי שתואר בוועדה, ולא תמיד היו שיחות ארוכות. היו שיחות קצרות יותר בעבר. תמהתי רק כאשר שמעתי מעורך דין מליץ שחבר הוועדה לבחירת שופטים אינו יודע מהו החומר ולא מראים לו אותו. אני מוכרח לומר, בוועדה שאני כיהנתי בה, האדם שאני הכרתי שהזמין את כל המועמדים כדי לדבר אתם וכדי שיהיה ברור להם כנראה גם שהוא אחד מהעוסקים בנושא זה, היה החבר הפוליטי שבתוך הוועדה. וזה לדעתי לגיטימי. אמר כאן היום שר המשפטים שהוא ראיין כל אדם - יפה מאוד! כך צריך להיות. בהחלט חברי ועדה שדנים באדם צריכים לדעת את מי הם ממנים, צריכים להכיר את הכתבים שלו, צריכים להתעמק בעניין. אינני חושב שמישהו אחר סבור כי מינוי שופט הוא דבר קל ערך. בהחלט צריך להיות מודע לכך שממנים אדם לטווח ארוך מאוד ושאוּפּי האדם אינו משתקף דווקא בדברים שהוא אומר לוועדה. רק לדוגמה - אם שואלים אדם "למה אתה רוצה להיות שופט?", הוא בוודאי בדרך כלל ישיב "כי אני החלטתי לשרת את החברה ולהיות חבר מועיל בה". אבל זה לא תמיד מניע יחיד, יש מניעים נוספים.

מי שמדבר על שיפורים ותיקון תקלות וצמצום המקרים שבהם לאחר מעשה חושבים שהייתה טעות, בהחלט צודק. צריך לעשות את זה. זה לא עניין של המלצות לגופים חיצוניים. אני מקווה שהמכון לדמוקרטיה ירכז את כל ההערות שהיו כאן ויעביר אותן לידי מי שצריך לטפל בעניין הזה. בעניין ההרכב של הוועדה, גם לי יש השגות על הרכב הוועדה, אבל הן מבחינה אחרת לגמרי. אני חושב שנשיא בית המשפט העליון צריך להיות יושב ראש הוועדה, לא שר המשפטים. כי אני חושב שרשות שיפוטית חייבת לעמוד בראש הוועדה, ולא גורם של הרשות המבצעת. אם כעת העניין הזה של הביקורת השיפוטית בא על תיקונו, נשאר את הדברים לעתיד. אינני חושב שהתיקון שאני מדבר עליו הוא תיקון חיוני כעת. ואני גם לא חושב שהתיקונים האחרים חיוניים. זאת אומרת, חברי הוועדה - אם יחליטו להתייעץ עם אדם נוסף - זה יכול לנבוע מהטפסים למשל. קורה לעתים קרובות שאדם אומר "תשאלו את האדם הזה והזה עליי, והוא ייתן חוות דעת". מישהו מחברי הוועדה בהחלט

יכול לדבר אֶתוֹ, לשוחח אֶתוֹ, ודעתו תובא בחשבון. יותר מזה, אני יכול להגיד לכם, על פי הנוהל גם ידווחו למליאת הוועדה שדיברו עם האדם המסוים הזה ומה הייתה דעתו.

הוזכר כאן שביבשת אירופה השיפוט הוא מקצוע שמתחילים בו עם גמר הלימודים. קרי מלמטה, ודובר על זה בוועדה שלי. אדם מתקדם שם כעבור שנים מספר מרמה לרמה. כלומר, אילו שם היו רוצים לבנות מינוי של האנשים אשר צריכים לשבת בבית המשפט לחוקה, היו צריכים לבחור אותם מתוך מי שהתקדם במסלול הפנים-שיפוטי במשך כל השנים, והם לא רצו את זה. הם רצו אנשים ממגוון שכבות. היינו בבית המשפט לחוקה בגרמניה או בצרפת חזרו לאמת המידה שמקובלת אצלנו. בוחרים את האנשים הטובים ביותר לתפקיד הנוגע בדבר. לא רצו לקחת שם דווקא את השופט שמונה לפני עשרים שנה אחרי שהוא גמר את האוניברסיטה ושהתקדם לאט לאט בשלבי הסולם השיפוטי. מכל מקום, הכלל הסביר הוא שבעניינים חוקתיים אסור להעתיק דברים ממדינה למדינה. כל מדינה ותנאיה, כל מדינה והמציאות אשר בה היא פועלת. ולכן במציאות שלנו יש ועדה, ואינני רואה כל צורך ענייני לנגוע בכך עכשיו. דנו בזה, שוחחנו על זה מכל הכיוונים, ואני עצמי סבור שאפשר לחיות עם הדבר הזה כפי שהוא.

אני סבור שהרעיון שהועלה כאן שצריך לקדם גם את העניין של העצמאות של המערכת השיפוטית הוא בהחלט רעיון שעמנו הגיע. המערכת השיפוטית שלנו מטעמים שלה, לא רצתה זאת בשעתו. כשעלה נושא מועצת שופטים - הגוף אשר מנהל את מערכת המשפט בארצות-הברית בקנדה ובאוסטרליה - השופטים שלנו לא רצו זאת. הם העדיפו את נציגות השופטים שהיא גוף הדומה למה שקיים באיגוד מקצועי, וכך גם מתייחסים אליו. לכן הדבר הזה השתהה, וגם הטיפול בדוח של השופט קדמי השתהה. אבל זה בהחלט דבר שיומו צריך להגיע, כפי שהוא קרה ב-1939 בארצות-הברית. זאת אומרת, עד אז האדם שהוא כמו שר המשפטים אצלנו ניהל את מערכת השיפוט. אז הקימו את הגוף העצמאי עם מועצת השופטים בארצות-הברית, והדבר הזה פועל מאז בצורה מסודרת, ומי שפונה לקונגרס בקשר להקצבות כספיות זה הנציג המוסמך של מערכת השיפוט ולא של משרד המשפטים.

אבל אלה נושאים שמתווספים על מה שקיים היום. כפי שאמרתי, מה צריך לטפל בו עכשיו זה הביקורת השיפוטית ומתן עיגון חקיקתי לנושא הזה. יתר הנושאים הם נושאים של טיפול פנימי אשר נועד

לקדם ולשפר מצבים שתמיד צריך לבדוק אותם. אני חושב שלעולם לא יגיע מצב שאפשר יהיה לומר שאין צורך בבדיקה נוספת.

# נספחים



## הליך מינוי שופטים - מבט משווה

### אפרת אבן\*

עקרון העצמאות של הרשות השופטת מכפופות לרשויות השלטון האחרות אינו חל על סמכות הניהול של רשות זו. כאן אין מתקיימת הפרדה מן הרשות המבצעת ומן המחוקק, אלא תלות בהם. קביעה זו יפה גם להליך מינוי שופטים, החורג מגבולותיה השמורים של הרשות השופטת. הסקירה כאן מצביעה על כמה מודלים עיקריים למינוי שופטים בעולם, בהסתמך על חקיקה ועל נורמות מקובלות המנחות את הליך המינוי לכס השיפוט.

לצורך זה נערכה השוואה בין סדרים אחדים במדינות שונות: צורת המינוי של שופטים, קהל היעד, כישורים נדרשים, אורך הכהונה וגיל פרישה. דגש ניתן גם בהבדלים הקיימים בין ערכאות שיפוטיות שונות ובין רמה פדרלית לבין רמה מקומית. המדינות שנסקרו הן אלה: ארצות הברית, דרום אפריקה, ניו זילנד, אוסטרליה, קנדה, בריטניה, שוודיה, גרמניה, הולנד, צרפת, ספרד ואיטליה.

במרבית הנושאים נמצא הבדל בין מדינות ה-Common Law לבין מדינות ה-Civil Law. הקבוצה הראשונה, שאב-הטיפוס שלה הוא בריטניה, ממנה לכס השיפוט פרקליטים מנוסים. המינוי נעשה במעורבות גדולה של הרשות המבצעת, ואורך הכהונה של השופטים הוא כל ימי חייהם. הקבוצה השנייה, השיטה הקונטיננטלית, ממנה לכס השיפוט משפטנים צעירים, במקרים רבים לתקופת ניסיון, ונועצת בשופטים ממונים לצורך מינוי קבע. להוציא ארצות הברית ואוסטרליה, בכל המדינות המינוי לבתי משפט לחוקה או לבתי המשפט העליונים הוא ייחודי, ובעניינו יש על פי רוב פירוט בגוף החוקה.

בשנים האחרונות ניכר תהליך מתעצם של שינויים בהליך המינוי של שופטים בחלק ניכר מן המדינות הנסקרות. שינויים שנעשו ברמה המקומית בארצות הברית, בגרמניה ובקנדה, הורחבו לערכאות פדרליות, והם מיושמים גם בבריטניה, באוסטרליה ולאחרונה גם בנורווגיה ובהולנד.

גם בישראל הוגשו כמה הצעות חוק ועתירות לשינוי הליך המינויים לבתי המשפט בכלל ולבית המשפט העליון בפרט. מגישי ההצעות קראו לשיתוף נציגי הציבור והכנסת בהליך בחירת השופטים לבית המשפט

\* אפרת אבן היא עמיתת מחקר במרכז המידע של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

העליון, לייצוג קבוצות מיעוט בוועדה, לגילוי שיקוליה של הוועדה לבחירת שופטים או להגבלת כוחה של הרשות השופטת במעמד זה או לגילוי ולהגבלה אלה גם יחד.

אף שבישראל התביעה היא להעצמת הרכיב הפוליטי בהליך הבחירה, בעוד שבמדינות הנזכרות המטרה היא לצמצם אותו, משותפת לכולן היא התביעה להרחבת מעגל ההשפעה על מינוי שופטים ולהגבלת הרשות הנתפסת כשולטת בתהליך.

## קריטריונים למינוי שופטים

השיטה המוכרת בישראל ובמדינות ה-Common Law ולפיה מתמנים לכס השיפוט משפטנים ותיקים, אינה הנוהג הרווח במדינות היבשת: גרמניה, צרפת, ספרד, הולנד, שוודיה ופינלנד. במדינות אלו מגויסים בוגרי לימודי משפטים נבחרים לתקופת הכשרה בת שנתיים או יותר, ולאחריה ימונו כשופטים בערכאה ראשונה. צורה זו של מינוי, יש בה פחות שיקול דעת מצורות מינוי אחרות, מאחר שהאומדן העיקרי הוא ציונים אקדמיים וחוות דעת של מנחים על אנשים שהכשרתם אחידה. במדינות המגייסות לכס השיפוט משפטנים ותיקים, נהוגים קריטריונים חוקיים או מנהגיים, קרי קריטריונים הנהוגים הלכה למעשה. הקריטריונים הנפוצים ביותר הם דרישה להשכלה משפטית וניסיון של שנים אחדות בעבודה משפטית. דרישות אלו תואמות במידה רבה את סוג העניינים שעמם יתמודדו שופטים אלו. בניגוד לעמיתיהם האירופיים, השופטים נדרשים, בשל המבנה הדיפוזי של המערכת השיפוטית, להכרעות בשאלות בעלות משמעות חוקתית-ציבורית, ותפקידם חורג מן התחום הטכני לכאורה של פתרון סכסוכים.

במקרים רבים התגבשו דרישות למינוי שאינן מעוגנות בחקיקה, אבל הן נהוגות בפועל. תופעה זו מוכרת בחברות הטרוגניות שנטו במשך שנים לבחור שופטים מרקע אקדמי, תרבותי ואתני דומה. כדי לשנות זאת ובכך לחזק את רכיב הייצוגיות של הרשות השופטת, נוצר צורך בהכוונה מיוחדת של מינויי שופטים. הָכוּוּנָה כזו נהוגה היום בארצות הברית, המקיימת נוהג בדבר מינוי שופטים מתוך המיעוטים הגדולים החיים בה, ובמדינות הפדרליות, כגון בלגיה וקנדה, שבהן מתמנים שופטים מאזורים גאוגרפיים ולשוניים שונים.



## מדינות המגייסות משפטנים צעירים לכס השיפוט

בעבור השופטים בקטגוריה הזו, השיפוט הוא קריירה לכל החיים. ההתמחות מדגישה היבטים טכניים של עבודת השיפוט בשל המבנה הריכוזי של הרשות השופטת (ולפיו מרבית השופטים אינם עוסקים בנושאים חוקתיים) ובשל ההפרדה העניינית בין מערכת משפט מנהלית לאזרחית, כמקובל בגרמניה, בהולנד, בצרפת, באיטליה ובשוודיה. בשיטה זו מרבית השופטים הם בעלי תואר במשפטים וחסרי ניסיון מעשי. מטעם זה כוללות מסגרות ההכשרה גם התמחות מעשית בבתי משפט, בתביעה הכללית ובמשרדי עורכי דין פרטיים. להלן מפרט הכישורים של המיועדים לכס השיפוט במדינות השונות.

**גרמניה:** חמש שנות לימוד אקדמיות ושתי שנות התמחות הן תנאים מוקדמים לקבלת מינוי לכס השיפוט. בתקופת ההתמחות זוכה המתמחה למעמד "עובד בשירות הציבורי" ולקבלת שכר מן המדינה. המתמחה מתנסה בחמישה תחומי משפט: בתי משפט אזרחיים, בתי משפט פליליים או משרד תובע, משרד פרטי או כל משרד ממשלתי שיש בו עבודה משפטית.

בתקופה זו עיקר הדגש מושם בהתמחות אצל שופטים, המחייבת גם כתיבת פסקי דין, ולא אצל עורכי דין בשוק הפרטי כמקובל אצלנו. צורת התמחות זו מעניקה להכשרה המעשית אוריינטציה שיפוטית, בשונה מן ההתמחות במגזר הפרטי.

שופט חדש חייב בתקופת ניסיון בת שלוש עד חמש שנים, ובתומה יקבל מינוי קבוע. על שופטים בתקופת ניסיון נכתבת שלוש פעמים הערכה בידי נשיא בית המשפט שבו הם מכהנים. לא נדיר שמתקבלת החלטה לא להעניק מינוי של קבע לשופט. שופטים הממונים מינוי של קבע מוערכים אחת לארבע שנים, עד הגיעם לגיל 49. ההערכות התקופתיות הללו קובעות לשבט או לחסד את האפשרות לקידום.

**צרפת:** בוגרי לימודי משפטים הבוחרים בקריירה של שיפוט מתמחים 31 חודשים במסלול לימודים נפרד ב-ENM - l'Ecole Nationale de la Magistrature, הכפוף למשרד המשפטים הצרפתי. קבלה ללימודים היא על סמך מבחנים ארציים, ובמהלכם נהנה המתמחה ממעמד "עובד ציבור". שנת ההכשרה הראשונה מוקדשת רובה ככולה ללימודים

תאורטיים. הזמן הנותר מוקדש להתמחות מעשית בבתי משפט ובמשרדי עורכי דין. לאחר התמחות בת חודשיים בערכאות השיפוטיות הנמוכות ביותר, ממונים הבוגרים לתפקידי שיפוט או תביעה בידי המועצה הכללית לרשות השופטת.

**הולנד:** הולנד מקיימת שיטה משולבת. ה-SSR – Stichting Studiecentrum Rechtspleging, מרכז ההכשרה לבעלי תואר במשפטים (גיל קבלה הוא 30 למרבה), מקיים תכנית המשתרעת על פני שש שנים והכוללת הכשרה מעשית, שבסופה מתמנים בוגריה לתפקידי שיפוט או תביעה. עם הצטרפותו לתכנית ההכשרה ובדומה לצרפת וגרמניה, המתמחה זוכה למעמד "עובד בשירות הציבורי". בארבע השנים הראשונות של ההכשרה, המתמחה מוצב בבית משפט מחוזי, ובו ימלא את כל תפקידי השיפוט בהנחיית אחד השופטים או התובעים. שתי השנים האחרונות מוקדשות להכשרה במשרדי התביעה או במשרד פרטי. המתמחים מוערכים מדי שנה בשנה. שתי הערכות שליליות מובילות להפסקת הלימודים.

לכס השיפוט מתמנים גם עורכי דין ותיקים ומעל גיל 31 ובעלי ניסיון בן שש שנים בשוק הפרטי או בתחום הציבורי, המהווים בסופו של דבר כ-70 אחוז מכלל השופטים. הנמנים עם קבוצה זו מחויבים תחילה בנוכחות בת יום או יומיים בשבוע בבתי משפט במשך שנתיים במקביל להמשך עבודתם כעורכי דין.

**ספרד:** Consejo General del Poder Judicial, המועצה הכללית של הזרוע השופטת, מכשירה במשך שנתיים משפטנים בעלי ותק מקצועי של שש שנים. כל המועמדים חייבים באזרחות ספרדית. את המינויים עורכת המועצה על סמך מבחנים ומכרז.

**פורטוגל:** מועמדים לתפקידי שיפוט ותביעה נבחרים על סמך מבחנים וריאיון. הם חייבים בהשכלה משפטית ובשתי שנות ניסיון במקצוע. יתרון ניתן לבעלי תואר שלישי במשפטים, והם אינם חייבים במבחן.

## גיוס משפטנים ותיקים ואחרים

**דרום אפריקה:** בחוקה יש הנחיה לשקף במינויים לכל בתי המשפט את הגיוון הגזעי והמיני של האוכלוסייה בדרום אפריקה. ואכן, העדפה מתקנת כלפי נשים ושחורים מיושמת במינויים בכל הערכאות השיפוטיות. שופטי בית המשפט לחוקה מחויבים באזרחות דרום אפריקנית. אין חיוב בהשכלה משפטית למינוי לבית המשפט לחוקה, אך עם זאת נדרש כי ארבעה מתוך ההרכב כיהנו בעבר כשופטים.

**ארצות הברית:** אין כל קריטריון חוקי למינוי שופט. הדרישות והתנאים למינויים התגבשו במשך הזמן על רקע ההיצע ויותר מועמדים משכילים ויותר נושאי תארים (במשפטים). הדרישה הנהוגה היום למינוי בבתי משפט פדרליים היא תואר LL.B או J.D מבית ספר למשפטים. נוהג אחר, שאיננו מעוגן בחוק, הוא העדפה מתקנת כלפי מיעוטים בהרכב בית המשפט העליון. הקבוצות המיוצגות הן אלה: שחורים, יהודים, נשים וקתולים (בשנים האחרונות עלה לסדר היום הציבורי גם ייצוגם של ההיספאנים). גיוס השופטים הוא מן השירות הממשלתי ומשורות עורכי הדין במגזר הפרטי.

**בריטניה:** חלק הארי של המינויים הוא משורות ה-Silks, פרקליטים בכירים המופיעים בערכאות גבוהות. חוק מ-1971 הרחיב את תחום המינויים גם לפרקליטים שאינם נמנים עם קבוצה זו, ואפשר למנות אותם כשופטים בערכאות נמוכות. החוק Courts and Legal Services Act מ-1990 הוא המציב כיום את הדרישות המחייבות למינוי לכס השיפוט: עשר שנות ניסיון לבית משפט גבוה (בפועל ממנים בדרך כלל עורכי דין בעלי ניסיון מעל 20 שנה) או שנתיים ניסיון בשיפוט בערכאה נמוכה יותר. בערכאות הביניים דרישות הסף לשיפוט הן עשר שנות ניסיון כפרקליט שהופיע בבית משפט או שיפוט בערכאה נמוכה יותר במשך שלוש שנים. לערכאות ראשונות ולתפקידי רֶשֶׁם דרישת הסף היא עשר שנות ניסיון כפרקליט שהופיע בבית משפט. כל המינויים לכס השיפוט הם לבעלי אזרחות בריטית או חבר העמים הבריטי. יוצא כי השופטים המתמנים הם לרוב פרקליטים מנוסים מאוד בשנות ה-40 וה-50 לחייהם.

**ניו זילנד:** לפי חוק, מחויבים כל המועמדים לשיפוט בתואר במשפטים ובניסיון בעבודה משפטית או שיפוטית במשך שבע שנים.

**קנדה:** כל השופטים הם משפטנים בעלי ניסיון בן עשר שנים לפחות. מקובל כי המינויים לבית המשפט העליון עונים על הצורך בייצוג אזורי בכך שכל שופטי ההרכב מייצגים אזורים עיקריים של הפדרציה. בשנים האחרונות גויסו לשורות בית המשפט העליון בעיקר פרופסורים למשפטים מן האקדמיה.

## צורות מינוי שופטים

מדינות דמוקרטיות מציעות מגוון רחב של הסדרים למינוי שופטים. כנקודת מוצא ניתן להתייחס לכמה אבות-טיפוס מובהקים: מינוי שופטים בידי המחוקק, מינוי שופטים בידי הרשות המבצעת, מינוי משולב של רשויות אחדות או מינוי באמצעות גוף חוקתי, קרי המועצות הכלליות של הרשות השופטת (להלן).

מרבית צורות המינוי מערבות באורח פורמלי או בלתי פורמלי התייעצות עם שופטים בכירים או שופטים בעלי התמחות מיוחדת (דיני עבודה, איכות הסביבה וכיו"ב). במרבית המדינות יש בידי המחוקק כוח השפעה בהליך המינויים. חלק מן המדינות אימצו בחקיקה, ברמה הפדרלית או המקומית, מינוי בידי ועדות שהרכבן והממנים אותן משתנים ממדינה למדינה.

אותן מערכות הנעזרות בוועדות מתאפיינות בפורמליזציה ובהסדרה חוקתית של הליך המינויים, בעוד שהשיטות המרכזות את סמכות המינויים בידי גורם אחד לוקות בעמימות ומעוררות ביקורת בדבר מניעים פוליטיים השולטים בהליך המינוי. פורמליזציה של הליך המינויים נפוצה יותר בקרב מדינות המשפט הקונטיננטלי, אך החלה בשנים האחרונות להשתרש גם בקרב מדינות ה-Common Law (והראיה - השינויים שאומצו בשנים האחרונות בקנדה בבריטניה).

## ועדות מינויים חוקתיות

**דרום אפריקה:** הוועדה לשירות השיפוטי היא גוף חוקתי רחב וייצוגי המספק, בין היתר, המלצות למינויים ברשות השופטת. חברי הוועדה הם נשיא בית המשפט העליון, נשיא בית המשפט לחוקה, נשיא בית משפט שלום הנבחר בידי שופטים, חבר קבינט (שר המשפטים), שני תובעים הממונים בידי הנשיא, שני עורכי דין הממונים בידי הנשיא, משפטן מן האקדמיה הנבחר בידי עמיתיו, שישה חברי פרלמנט, מתוכם לפחות שלושה חברי אופוזיציה, שישה חברי האספה הלאומית של המחוזות בתמיכת שישה מחוזות לפחות וארבעה אישים במינוי הנשיא, לאחר התייעצות עם כל מנהיגי המפלגות בפרלמנט (ראו טבלה 1). אם נדון עניין הקשור למחוז מסוים או למחלקה מקומית של בתי המשפט הגבוהים, ישולבו בדיוני הוועדה גם נשיא בית המשפט הרלוונטי וראש המחוז. הוועדה אחראית בפני הפרלמנט, ולא בפני שר המשפטים. למרבית הערכאות השיפוטיות הנשיא ממנה את השופטים בהתייעצות עם הוועדה לשירות השיפוטי. לעומת מינויים לערכאות הנמוכות, הנעשים למעשה בהמלצת שר המשפטים, מינויים לבית משפט לחוקה מחייבים התייעצות גם עם נציגי כל המפלגות בפרלמנט ועם נשיא בית המשפט לחוקה.

## ועדות מינוי חוקתיות - המודל הדרום אירופי

**ספרד:** המועצה הכללית של הרשות השופטת, Consejo General del Poder Judicial, הוא גוף חוקתי המוסמך לנהל את ענייניה של הרשות השופטת, ובכלל זה מינויים. המועצה ממנה שופטים בכירים, ביניהם נשיא בית המשפט העליון ושניים משופטי בית המשפט לחוקה, והיא מנהלת את הליך המיון של יתר המועמדים לשיפוט, שאותם ממנה בסופו של דבר הממשלה. בראש המועצה עומד נשיא בית המשפט העליון (שכאמור חבריה בוחרים בו), וחברים בה 20 אנשים הממונים לתפקידם זה ל-12 שנה; מתוכם, 12 הם שופטים מכהנים, ושמונה נוספים הם עורכי דין או משפטנים בעלי ניסיון מקצועי מעל 15 שנה. החוקה מציינת כי החברים שאינם שופטים ייבחרו בידי הפרלמנט ברוב של שלוש חמישיות, אך היא אינה מתייחסת לאופן בחירת השופטים. עד ל-1985 נבחרו הללו בידי שופטים, אך בשנה זו נחקק

טבלה 1

מינוי שופטים בידי ועדות מינויים

מדינה	הגוף הממנה	הרכב הגוף הממנה	כיצד נבחר הממנה
מינויים ועדות	<b>דרום אפריקה</b>	הוועדה לשירות השיפוטי	שופטים, שר המשפטים, הנשיא, פרופסורים למשפטים, מנהיגי המפלגות בפרלמנט
	<b>ספרד</b>	המועצה הכללית של הרשות השופטת	המחוקק ברוב של שלוש חמישיות
	<b>איטליה</b>	המועצה העליונה של הזרוע השופטת	שופטים בוחרים בשופטים, והמחוקק בוחר בשאר החברים.
	<b>פורטוגל</b>	המועצה העליונה של הזרוע השופטת	שמונה שופטים, שמונה שאינם שופטים ונשיא ביהמ"ש העליון כחבר שאינו מן המניין.
	<b>צרפת</b>	המועצה העליונה של הרשות השופטת	חמישה שופטים, תובע, חבר בית הנבחרים ושלוש אנשים שאינם שופטים.

חוק שהעביר גם את הסמכות הזו לידי המחוקק. כעת נבחרים עשרה חברים בידי הבית התחתון, ועשרה בידי הבית השני. שינוי זה - תמכו בו בלהט הסוציאליסטים, ודחו אותו השמרנים. ב-2001 הגיעה הממשלה הספרדית להסכם עם מפלגות האופוזיציה ולפיו ייבחרו 12 השופטים מרשימה בת 36 שמות שתגיש להם אגודת השופטים.

**איטליה:** Consiglio Superiore della Magistratura - CSM הוא גוף חוקתי הממלא את אותם תפקידים שממלאת המועצה הכללית לזרוע השיפוטית בספרד. המועצה מונה 72 איש: נשיא הרפובליקה, נשיא בית המשפט לערעורים, התובע הראשי בבית המשפט לערעורים, שמונה לא משפטנים הממונים בידי הפרלמנט ושישה עשר שופטים הממונים בידי עמיתיהם.

**פורטוגל:** המועצה הכללית לזרוע השיפוטית, Conselho Superior da Magistradura, מוסמכת למינויים ברשות השופטת. המועצה מונה 17 איש: שבעה שופטים הממונים בידי שופטים, שופט אחד הממונה בידי נשיא הרפובליקה, שבעה חברים הממונים בידי הפרלמנט, חבר הממונה בידי נשיא הרפובליקה ונשיא בית המשפט העליון כחבר שאינו מן המניין.

**צרפת:** Conseil Supérieur de la Magistrature הוא גוף חוקתי המוסמך להמליץ על מינויי שופטים. בתיקונים לחוקה מ-1993 ו-1994 הוסדרו החברות בגוף הזה ואופן בחירת החברים בו בדרך הבאה: המועצה תכלול 12 חברים בראשות נשיא הרפובליקה ובסגנות שר המשפטים. חברים מן המניין הם חמישה שופטים מכהנים הנבחרים בידי עמיתיהם, תובע אחד הנבחר בידי עמיתיו, נציג ממשלה ושלושה אנשים שכל אחד ואחד מהם ממונה בידי הנשיא, בידי הסנאט ובידי הבית התחתון. חברי גוף זה מאתרים מועמדים לערכאות עליונות (למעט המועצה החוקתית) וממליצים עליהם, וכן הם ממליצים בפני שר המשפטים על מינויים של שאר השופטים. המינויים נעשים בידי נשיא הרפובליקה.

## ועדות מינויים ברמה המקומית

**גרמניה:** המבנה החוקתי של הפדרציה הגרמנית מותיר בידי המדינות את עיקר הסמכות לניהולה של הרשות השופטת. גם מרבית בתי המשפט נתונים לסמכות הממשלות המקומיות. ברמה זו, שרי המשפטים הם הממנים את השופטים, לעתים בהיוועצות עם ועדת מינויים. ועדות כאלו קיימות היום בשבע מדינות, והרכבן משתנה ממדינה למדינה. בברמן ובהמבורג נבחרים חברי הוועדה בידי שופטים, במדינות אחדות בידי הפרלמנט המקומי, ובאחרות הקבוצה הלא משפטנית בוועדה נבחרת במשותף בידי המחוקק ושופטים ולחלופין - בידי הרשות המבצעת והמחוקק.

**ברלין:** לפי חוק השופטים הברלינאי מכווננים ועדה למינוי שופטים בראשות שר המשפטים המקומי. לפי הוראות החוק, תִּמְנָה הוועדה שישה איש הנבחרים בידי הפרלמנט: שני שופטים, שופט אחד כנציג בית משפט מנהלי, שופט אחד כנציג בית הדין לעבודה ושופט אחד כנציג ערכאת המיסוי וכן פרקליט אחד. השופטים ממונים בידי שר המשפטים מרשימת מועמדים שמגישה לו אגודת השופטים. הפרקליט נבחר מרשימת מועמדים שמספקת לשכת עורכי הדין.

הוועדה ממונה מחדש לאחר כל בחירות, והיא ממנה מיד דָּנוּח וסגן דווח, הבוחנים את כל החומר על אודות המועמדים. הוועדה מכריעה ברוב רגיל, והנימוקים להחלטותיה אינם מפורסמים. לפני ההצבעה נשמעת דעתו של נשיא בית המשפט שאליו מיועד השופט החדש. המינוי הפורמלי נעשה לאחר מכן בידי שר המשפטים המקומי.

**מינויים לבתי משפט מדינתיים בארצות הברית:** בשנים הראשונות היו כל השופטים המדינתיים ממונים. באופן הדרגתי אימצו יותר ויותר מדינות שיטת בחירות שיש בה כהונת שיפוט קצובה. מיסיסיפי הייתה המדינה הראשונה ב-1832 שבה כל השופטים נבחרו, ובתחילת המאה החולפת נבחרו השופטים בידי הציבור במרבית המדינות. מאחר שרבים מן השופטים הפכו מזוהים מפלגתית, הועלו הצעות חדשות למינוי לפי כישורים. שיטה למינוי ברוח זו אומצה לראשונה במיזורי ב-1940, ומשום כך היא מכונה "שיטת מיזורי". היום נוהגות לפי שיטה זו למעלה משלושים מדינות בארצות הברית. השיטה אינה אחידה בשום מדינה מן המדינות, אך עיקרה הוא זה: ועדה לא מזוהה פוליטית שחבריה



משפטנים ולא משפטנים (שופטים בכירים, עורכי דין ואזרחים) מגייסת מועמדים, מראיית ומעריכה אותם. לאחר מכן מעבירה הוועדה רשימה ובה שלושה עד חמישה שמות מומלצים למושל, והוא מחויב למנות שופט מתוכה. על פי רוב, השופט הממונה מכהן שנה עד שלוש שנים כתקופת ניסיון, עד שיורשה לו להתמודד בבחירות אָמון (ללא מתחרים) על מינוי של קבע.

**קליפורניה:** משתמשת בשיטה מעורבת: מינוי שופטים בידי המושל לערכאות נמוכות (לפי קריטריונים מקצועיים) ובחירות לא תחרותיות של שופטים בכירים. שופטים אלו ממונים תחילה בידי המושל בהסכמת הוועדה המקומית למינוי שופטים, ולאחר כהונה זמנית בת שנה הם עומדים לבחירות כלליות ללא מתחרים.

לפי האמור, קיימות חמש שיטות מינוי: מינוי לפי כישורים בהמלצת ועדה, מינוי בידי המושל בהסכמתה של ועדה, מינוי בידי המחוקק, בחירות לא תחרותיות ובחירות תחרותיות. רק בשלוש מדינות נהוגים באופן ישיר מינויים לכל החיים: מסצ'וסטס, ניו המפשייר וניו ג'רזי. לשכת עורכי הדין האמריקנית מעודדת מינוי באמצעות בחינת כישורים, וזאת בשל החסרונות בתהליך בחירות למשרת שיפוט. הלשכה הקימה לאחרונה ועדה לבחינת מינויים מדינתיים העוסקת גם בגיבוש קריטריונים למינוי.

**מינויים לבתי משפט מדינתיים בקנדה:** כל השופטים המקומיים ממונים בידי המושלים האזוריים. בשנים האחרונות גוברת ברמה המקומית העדפה להיוועצות בחוג רחב הכולל אנשים, משפטנים ולא משפטנים ולעיגון חוקי של הליך הייעוץ. ב-Ontario, Saskatchewan, Alberta, ממנה שר המשפטים המקומי ועדה הבוחנת רשימת מועמדים שהגיש לה השר וממליצה עליהם. בקולומביה הבריטית ניתנו סמכויות רחבות יותר לוועדה, והיא רשאית להציע ולראיין מועמדים, והמלצותיה מחייבות. שישה מתוך תשעה החברים בוועדה אינם שופטים.

ב-1979 אימצה קוויבק שיטה ולפיה בכל עת שמתפנה משרת שיפוט, מקים שר המשפטים ועדה זמנית שחבריה הם שופט מבית המשפט שיש בו תפקיד פנוי (בהמלצת נשיא בית המשפט הזה), חבר לשכת עורכי הדין ועוד אדם שאינו משפטן במינוי שר המשפטים. הוועדה ממליצה על מועמדים, והמלצותיה מחייבות.

ב-Manitoba הוסדרה שיטה שעוגנה בחוק מ-1989 והמורה על הקמת ועדת אד-הוק בת חמישה איש, משעה שהתפנה מקום שופט. הוועדה מוסרת לתובע הכללי רשימה בת שלושה-שישה שמות, והוא מחויב למנות שופט מתוכה.

ב-New Brunswick כוננה שנה לפני כן שיטה אחרת ולפיה שר המשפטים מתייעץ עם שמונה יועצים משפטיים המייצגים קבוצות משפטיות שונות ועם שני יועצים שאינם משפטנים. היועצים אינם נפגשים כוועדה, וההמלצות הן אישיות. שר המשפטים יכול למנות אדם כשופט, גם אם אחת מחוות הדעת או יותר היו שליליות. את המיועד לשיפוט מראיינת ועדה שחברים בה נשיא בית המשפט הגבוה של הפרובינציה, נשיא בית המשפט של אחד מבתי המשפט בפרובינציה ואחד משני היועצים שאינם משפטנים.

החידוש האחרון נעשה ב-Ontario ב-1994. שם הוקמה ועדה המורכבת בעיקר מלא משפטנים: שבעה מתוך 13. ההרכב מונה שני שופטים מקומיים הממונים בידי נשיא בית המשפט הגבוה של המחוז, שלושה עורכי דין הממונים בידי לשכת עורכי הדין, חבר הוועדה המשפטית המקומית ושבעה חברים שאינם משפטנים הממונים בידי התובע הכללי. אין שופט פדרלי בוועדה. התובע הכללי חייב למנות אדם שעליו המליצה הוועדה. דחייה של מועמד מומלץ תביא להצעת מועמדים נוספים מטעם הוועדה. הוועדה מוסמכת גם לגיבוש הקריטריונים למינוי.

החוק ב-Ontario ובשאר הפרובינציות הוציא מידיה של הוועדה לענייני משפט, העוסקת במשמעת, את סמכות ההתערבות במינויים, וזאת כדי שלא לערב עניינים הנידונים באותה ועדה.

### בולטות לרשות המבצעת

**אוסטרליה:** החוקה האוסטרלית אינה מרחיבה הרבה לגבי הליך המינויים. היא קובעת כי כל המינויים הפדרליים, ובכללם מינויים לבית המשפט העליון, ייעשו בידי הממשלה. בפועל, הממנה הוא הקבינט בהמלצת התובע הכללי.

**ניו זילנד:** כל המינויים הבכירים (ערעורים, בתי משפט גבוהים) נעשים בידי המושל ובהמלצת התובע הכללי. נשיא בית המשפט לערעורים,

הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר, נבחר בהמלצת ראש הממשלה. לבתי משפט מחוזיים נבחרים השופטים בהמלצת שר המשפטים, אולם יש כוונה להעביר גם סמכות זו לידי התובע הכללי, בהנחה כי הוא מזוהה פחות עם הרשות המבצעת ועם הפוליטיקה המקומית. קיים נהג להתיעצות לא פורמלית עם נשיאי בתי המשפט המקבלים את המינויים החדשים. לבית המשפט המאורי נעשים המינויים בידי המושל ובהמלצת השר לעניינים מאוריים. ב-1997 הוקמה במשרד המשפטים יחידה למינוי שופטים (לבתי משפט מחוזיים בלבד), שבדומה לאומבודסמן הבריטי (להלן) היא אמורה לעקוב אחר התקינות של הליך המינויים ולחזק את השקיפות של התהליך.

**הולנד:** המינויים נעשים בידי הכתר ובהמלצת שר המשפטים, לאחר שהתייעץ עם אגודת השופטים. תהליך המינוי כולל ריאיון בוועדה שחבריה הם נציגי שופטים, נציגי לשכת עורכי הדין, נציגי התביעה ומשרד המשפטים. חברי הוועדה ממונים בידי שר המשפטים. על שופטי בית המשפט העליון ממליץ הפרלמנט בפני שר המשפטים.

**קנדה:** החוקה נותנת את הסמכות למינוי השופטים בידי הממשלה הפדרלית, ובפועל - בידי שר המשפטים. בדומה לנהוג בבריטניה ובניו זילנד, הממליץ על מינוי שופטי בית המשפט העליון הוא ראש הממשלה (ראו טבלה 2). אישור המינויים הפורמלי נעשה בידי הקבינט כולו. המינוי המאופיין במעורבות גדולה של הרשות המבצעת משווה גוון פוליטי להליך המינוי. כדי למתן את הנטייה הזו ובמענה לביקורת ציבורית, נעטר בסוף שנות השישים שר המשפטים הקנדי דאז לשיתוף ועדה מיוחדת מטעמה של לשכת עורכי הדין בהליך המינויים כגוף מייעץ. בשנות השמונים, לאחר אימוץ הצהרת זכויות האדם ועם הרחבת תחום השיפוט של השופטים, גבר העניין באיכות השופטים הממונים ובהליך המינויים בכלל. הצעות רפורמה של לשכת עורכי הדין הקנדית הביאו לאימוץ שיטה חדשה ולפיה יינתן כוח השפעה לפרובינציות בשאלת המינויים הפדרליים. אלו יגישו רשימות מועמדים מומלצות לשר המשפטים הפדרלי, ומתוכן יבחר השר את המועמדים הראויים, לפי שיקול דעתו. שיטה זו אינה מעוגנת בחקיקה, והיא תלויה ברצונו הטוב של השר.

טבלה 2

מינוי שופטים בידי הרשות המבצעת

מדינה	ממנה	רשות מבצעת
קנדה	הקבינט; שר המשפטים או ראש הממשלה למינויים הבכירים	
ניו זילנד	מינויים בכירים ומינויים לערכאות הביניים – הממשלה בהמלצת התובע הכללי; נשיא בית המשפט לערעורים – בהמלצת ראש הממשלה; מינויים לערכאות נמוכות – בהמלצת שר המשפטים.	
הולנד	הכתר (הממשלה) ממנה בהמלצת שר המשפטים.	
בריטניה	הכתר (הממשלה) ממנה בהמלצת שר המשפטים. מינויים בכירים – בהמלצת ראש הממשלה.	

**בריטניה:** הכתר, בהמלצת ה-Lord Chancellor (שר המשפטים, יו"ר בית הלורדים ובכיר השופטים), הוא הממנה את השופטים. המינויים הבכירים ביותר נעשים בהמלצתו של ראש הממשלה. לשם גיבוש דעתו על מי שהגישו את מועמדותם (תנאי הסף מעוגנים כאמור בחקיקה), נוהג שר המשפטים להתייעץ באורח בלתי פורמלי עם שופטים ועם משפטנים. לעתים הוא מקבל חוות דעת כתובה תוך כדי ציון מספרי של רשימת מדדים: ידע משפטי וניסיון, יכולת ניתוח, כושר שיפוט, החלטיות, כישורים סוציאליים, סמכותיות, יושר, הגינות, מודעות חברתית, מזג נוח, ענווה ומחויבות לשירות הציבורי. מועמדים לתפקידי שיפוט בערכאות ביניים ובערכאות נמוכות חייבים גם בריאיון. בפאנל המראיין חברים שופט מכהן, פקיד בכיר ממשרד המשפטים ומראיין שאיננו משפטן. השלושה ממונים בידי ה-Lord Chancellor.

הנבחרים ממונים תחילה למשרה חלקית, ורק לאחר פרק זמן הם זוכים למינוי של קבע. ב-2001 מינה שר המשפטים נציב לבחינת תקינות הליך המינויים. חוות דעתו של הנציב מתפרסמת בדוח שנתי. משרד המשפטים הבריטי עוסק כעת בגיבוש הצעה להקמת מרכז הערכה שיחליף את שיטת הראיונות. שיטה זו תהיה רב-ממדית ותכלול מבחנים פסיכומטריים, טכניים, אישיים וקבוצתיים. בסוף השנה החולפת יזמה ממשלת הלייבור תכנית רפורמה כוללת לביטול מוסד ה-Lord Chancellor ולהעברת סמכות המינויים לוועדת מינויים שתהיה ככל הנראה כפופה לממשלה. התכנית נתקלת בביקורת נחרצת של השופטים, הרואים במהלך צמצום של השפעתם על סוגיית המינויים ופגיעה בעצמאות השיפוטית שלהם.

מינוי בידי הקבינט נהוג גם בשוודיה, באוסטרליה, בבלגיה ובנורווגיה. בנורווגיה מייעץ שר המשפטים למלך על המינויים, ולאחרונה החלו בהליך חדש הכולל התייעצות עם ועדה. ביפן נבחרים 15 שופטי בית המשפט העליון בידי הממשלה. לאחר מכן הם מחויבים לזכות גם באמון הציבור בבחירות כלליות.

בכמה מדינות צפון אירופיות (שוודיה, אירלנד, דנמרק) פועלות לצד הרשות המבצעת ועדות אדמיניסטרטיביות לניהול ענייניה של הרשות השופטת. ועדות אלו, הכוללות נציגי פרלמנט, שופטים ונציגי ממשלה, אינן אמונות על המינויים, והן כפופות לממשלה.

#### מינויים בידי הרשות המבצעת והמחוקק

**ארצות הברית:** השופטים הפדרליים ממונים בידי הנשיא בהסכמת הסנאט, ובכלל אלה שופטי בית המשפט העליון (ראו טבלה 3). לאחר הליך שימוע בוועדה המשפטית של הסנאט, די ברוב רגיל למינוי שופט פדרלי. כוח השפעתו של הסנאט בשאלת המינויים תלוי במאזן הכוחות שבין הנשיא לקונגרס בזמן המינויים. הסנאט מעורב גם במינויים לבתי משפט מחוזיים באמצעות הצעת שמות לנשיא, משום שלסנאטורים יש עניין אישי במינויים האלו. במינויים לבתי משפט לערעורים, החולשים על כמה מחוזות יחד, יש עניין מופחת. מאז 1952 לקחה לשכת עורכי הדין האמריקנית (ABA - American Bar Association) חלק נכבד

טבלה 3

מינוי שופטים בידי הרשות המבצעת והמחוקק

מדינה	הממנה	מחוקק ורשות מבצעת
גרמניה	ועדה מיוחדת של הבית התחתון מייצגת לשר המשפטים; לערכאות נמוכות - שר המשפטים	
ארצות הברית	הנשיא באישור הסנאט	

בהליך המינויים באמצעות הגשת המלצות לנשיא. ועדה מיוחדת מטעם הלשכה עסקה בשאלת מינוי שופטים פדרליים ובחנה רשימת מועמדים שהגיש לה התובע הכללי. המלצותיה נמסרו באופן לא פומבי לבית הלבן טרם המינוי. הדירוג היה זה: מתאים, מתאים מאוד ולא מתאים. במקרה שהנשיא מינה את המועמד, הפכה ההמלצה לפומבית במהלך השימוע בסנאט. הנשיא ג'ורג' בוש ביטל לאחרונה את תפקידה המיוחד של הוועדה בהליך המינויים מחמת הביקורת של המחנה הרפובליקני בדבר הטיה פוליטית בהמלצותיה. ואולם הליך המינויים כולו נושא אופי פוליטי. נשיאים ממנים שופטים הקרובים להם בהשקפת עולמם, והליך השימוע כולל אף הוא שאלות מפורטות הנוגעות לתפיסת עולמו של המועמד.

סינון המועמדים מסתמך גם על שאלונים שמילאו המועמדים, ובהם התבקשו לבטא את עמדותיהם בשאלות ערכיות בעלות משקל ציבורי. מידע בנושאים אלו על אודות המועמדים מתבסס גם על פסקי דין שהם כתבו בעבר. בשיטה זו משתמשות לשכת עורכי הדין והוועדה המשפטית של הסנאט.

**גרמניה:** החוקה מסדירה את צורת המינוי של שופטים פדרליים. היא מורה במפורש על היוועצות בוועדה ובשר המשפטים במינויים לערכאות אלו. ברמה הפדרלית נהוגות כמה שיטות מינוי: לבית משפט לחוקה המחוקק ממנה את השופטים. המינוי לערכאה זו ייחודי בשל

השיקולים הפוליטיים ובשל מעמדם הציבורי הרם של השופטים. כמו כן, למינוי לערכאה זו אין מחייבים ניסיון שיפוטי. לערכאות הנמוכות שר המשפטים ממנה את השופטים, ואילו לערכאות גבוהות מייעצת לשר המשפטים הוועדה הפרלמנטרית של הבונדסטאג לעניין שופטים פדרליים. ועדה זו מונה 32 איש: 16 שרי המשפטים המדינתיים ו-16 חברים נוספים הנבחרים מתוך הבונדסטאג לפי עיקרון הייצוג היחסי. הוועדה מייעצת לשר המשפטים בדבר מינוי שופטים לבית המשפט הפדרלי לצדק, לבית המשפט המנהלי הפדרלי ולבית המשפט הפדרלי למיסוי. כמו כן, שר המשפטים מתייעץ גם עם השופטים הבכירים בבית המשפט הפדרלי.

### מינוי באמצעות בחירות של המחוקק והציבור

**שווייץ:** ניהול ענייני מערכת המשפט מופקד בידי הקנטונים, המנהיגים למעלה מעשרים שיטות מינוי שונות. ברוב המקרים נבחרים השופטים ישירות בידי הציבור או בידי המחוקק. כאשר המחוקק מעורב במינוי, מוצעים מרבית המועמדים בידי המפלגות, כך שההליך כולו מתאפיין בזיהוי פוליטי של השופטים.

**שופטי ערכאה ראשונה** נבחרים ישירות בידי הציבור במרבית האזורים. בחמישה קנטונים הפרלמנט המקומי הוא הבוחר בהם, ובקנטונים Valais ו-Voud נהוגה שיטה ייחודית בעולם ולפיה שופטי בית המשפט לערעורים הם הבוחרים בשופטים של ערכאה ראשונה.

**שופטי בתי משפט לערעורים** נבחרים במרבית האזורים בידי הפרלמנט המקומי, ובמקצתם - בידי הציבור הרחב. **לבית המשפט העליון** נבחרים השופטים בידי המחוקק הפדרלי.

## משך הכהונה

כהונה לכל ימי החיים עם גיל פרישה מפורש היא הנפוצה ביותר בכל המדינות הנסקרות (ראו טבלה 4). יוצאים מכלל זה הם בתי המשפט לחוקה, אשר משך הכהונה בהם הוא 9-12 שנים. שיטה מעניינת נהוגה בבריטניה, שבה כל המינויים לכס המשפט הם מינויים במשרה חלקית בלבד. רק שופט שכיהן בהצלחה במשרה חלקית במשך שנתיים יקבל מינוי של קבע. שיטה דומה, אם כי בהיקף מצומצם מזה, נהוגה בגרמניה. גם בארצות הברית שופטים נבחרים מדינתיים מכהנים שנה עד שלוש שנים, לפני שיורשו להתמודד בבחירות אָמון למינוי של קבע.

טבלה 4

משך כהונת שופטים (לא כולל בתי משפט לחוקה)

מדינה	משך הכהונה	גיל פרישה
איטליה	לא מוגבלת	65
ספרד	לא מוגבלת	70
הולנד	לא מוגבלת	70
גרמניה	לא מוגבלת, לאחר תקופת ניסיון	65 - 70
שווייץ	4 - 6 שנים	
שוודיה	לא מוגבלת	65
בריטניה	לא מוגבלת, לאחר תקופת ניסיון	70
קנדה	לא מוגבלת	75
אוסטרליה	לא מוגבלת	70
ניו זילנד	לא מוגבלת	68
דרום אפריקה	לא מוגבלת	70
ארצות הברית (פדרלי)	לא מוגבלת	
ארצות הברית (מדינתי)	מוגבלת	מינויים לכל החיים הם נדירים, וגיל הפרישה קבוע: 70.



## מינוי מיוחד לערכאות גבוהות

הכללים הנוגעים למינוי שופטים לבתי משפט לחוקה ולערכאות גבוהות בעלות סמכות ביקורת חוקתית מופיעים בחוקות בדרך כלל ברמה גבוהה של פירוט. גם כאן ניתן לסווג את שיטות המינוי לכמה קבוצות: מינוי בידי המחוקק, מינוי בידי הרשות המבצעת או מינוי משולב. בדרום אפריקה, באיטליה, בספרד ובהודו מופיעה דרישה חוקתית להתייעצות עם שופטים בהליך המינוי. גם בבריטניה, בקנדה ובשאר מדינות ה-Common Law משתתפים שופטים בכירים בתהליך באופן לא פורמלי, והם מתבקשים למסור את המלצותיהם.

### בתי משפט לחוקה

**דרום אפריקה:** 11 שופטי בית המשפט לחוקה נבחרים באופן הבא: הנשיא, בהתייעצות עם נציגי המפלגות היושבים באספה הלאומית, והוועדה לשירות השיפוטי ממנים את נשיא בית המשפט לחוקה ואת סגנו. שאר שופטי בית המשפט לחוקה ממונים בידי הנשיא בהתייעצות עם נשיא בית המשפט לחוקה ועם הוועדה לשירות השיפוטי. הוועדה מגישה לנשיא רשימה המכילה שלושה שמות יותר ממספר המשרות הפנויות. לא נמצאו מועמדים אלו מתאימים, תוסיף הוועדה שמות מועמדים נוספים.

החוקה מחייבת שופט בעל אזרחות דרום אפריקנית, וכן היא מחייבת את שיקוף ההטרונגניות הגזעית ואת ייצוג שני המגדרים במינויים לבית המשפט לחוקה. דרישה נוספת היא כי ארבעה מחברי ההרכב עסקו בשיפוט בעת מינוים.

**גרמניה:** בבית המשפט לחוקה מכהנים 16 שופטים, היושבים באופן קבוע בשני הרכבים נפרדים. שמונה שופטים ממונים בידי הבונדסטאג, ושמונה - בידי הבונדסראט. כל בית ממנה מחצית משופטי כל סנאט (ראו טבלה 5).

הוועדה למינוי שופטים של הבונדסטאג מונה 12 חברים, והיא מייצגת באופן יחסי את ההרכב הפוליטי של הבית (כל החברים הם מנהיגי מפלגות או בכירי מפלגות). בחירת שופט נעשית בהצבעת רוב בן שני שלישים. בבית העליון, הבונדסראט, המינוי מתקבל בהצבעת שני שלישים מחברי הבית.

טבלה 5

מינוי לערכאות עליונות או לבתי משפט לחוקה

מדינה	גודל ההרכב	השכלה משפטית	ניסיון מקצועי	כהונה מוגבלת	גיל פרישה	סמכות ממנה
בית משפט לחוקה	אוסטריה	14	✓	✓	70	שמונה שופטים בידי נשיא הרפובליקה ובעצת הממשלה; שלושה בהמלצת הבית העליון, ושלושה בהמלצת הבית התחתון.
	איטליה	15	✓	✓		שליש בידי הנשיא, שלישי בידי הפרלמנט, ושליש בידי ועדה.
	גרמניה	16	✓	✓	68	12 שנים ללא אפשרות חידוש
	צרפת	9				מחצית ההרכב בידי הבית התחתון, ומחצית בידי הבית העליון.
	ספרד	12	✓	✓		שליש בידי הנשיא, שלישי בידי הסנאט, ושליש בידי הבית התחתון. נשיא הרפובליקה בוחר בנשיא המועצה.
בית משפט עליון	ארה"ב	9				שניים בידי הממשלה הפדרלית, שניים בידי ועדה, ארבעה בידי הקונגרס, וארבעה בידי הסנאט.
	אוסטרליה	7	✓	✓	70	הנשיא בהסכמת הסנאט
	הודו	26	✓	✓	65	הקבינט והתובע הכללי לאחר התייעצות עם נציגי המדינות.
	קנדה	9	✓	✓	75	הנשיא בעצת נשיא בית המשפט העליון
	ניו זילנד	37	✓	✓	68	הממשלה; ראש הממשלה בוחר בנשיא בית המשפט.
						הקבינט בעצת התובע הכללי

בבחירת השופטים יש התחשבות ברשימת המועמדים שמגישות המפלגות, הממשלה הפדרלית והממשלות המקומיות. מינוי השופטים לבית המשפט לחוקה מושפע מיחסי הכוחות הפוליטיים ומשקף אותם.

**הקריטריונים בחוק** מפורטים מאוד. נקבע כי גיל מינימום למינוי הוא 40. אין למנות נציגים החברים בבית הנבחרים. שליש מן השופטים צריכים להיות שופטים שכיהנו בבתי משפט פדרליים. כל השופטים חייבים בהשכלה משפטית פורמלית בדגש בידע במשפט ציבורי. המינוי מוגבל ל-12 שנה, וגיל הפרישה נקבע ל-68.

**אוסטריה:** בבית המשפט לחוקה מכהנים 14 שופטים, הממונים בדרך הבאה: הנשיא, סגנו ושישה שופטים ממונים בידי נשיא הרפובליקה ועל דעתה של הממשלה האוסטרית, שלושה שופטים ממונים על סמך המלצה של הבית העליון, והשלושה הנותרים ממונים על סמך המלצה של הבית התחתון. הפרלמנט מוסמך גם להציע מועמדים למילוי מקום לבית המשפט לחוקה וכן למאגר מועמדים. דרישות הסף המעוגנות בחוקה הן תואר במשפטים או במדעי המדינה וניסיון מקצועי בן עשר שנים.

השופטים מכהנים עד לגיל הפרישה - 70. בניסיון מוגבל להשיג ייצוג אזורי, החוקה מחייבת כי שלושה מתוך ההרכב ושני ממלאי מקום לא יהיו תושבי הברירה, וינה.

**איטליה:** בהרכב בית המשפט לחוקה מכהנים 15 שופטים. השופטים ממונים כך: שליש בידי הנשיא, שליש בידי שני בתי הפרלמנט במושבו משותף ובהצבעה אחת (ברוב שני שלישים), ושליש בידי ועדה משפטית. בוועדה יושבים נשיא בית המשפט לערעורים, התובע הכללי ועשרה פרקליטים הנבחרים בידי הפרלמנט. החוקה קובעת כי למשרת שופט בבית משפט לחוקה כשירים להתמנות שופטים בכירים, פרופסורים למשפטים מן האקדמיה או פרקליטים בעלי ניסיון של 20 שנה לפחות. המינוי תקף לתשע שנים. כהונת נשיא בית המשפט לחוקה מוגבלת לשלוש שנים.

**ספרד:** בהרכב בית המשפט לחוקה מכהנים 12 שופטים. השופטים ממונים באופן הבא: ארבעה שופטים ממונים בהצבעה ברוב בן שלוש חמישיות מחברי הסנאט, ארבעה - ברוב בן שלוש חמישיות מחברי

הקונגרס, שניים - לפי החלטת הממשלה, ושניים נוספים - על דעת המועצה הכללית לרשות השופטת.

החוקה מחייבת רקע משפטי, אזרחות ספרדית וניסיון מקצועי משפטי בן 15 שנה לפחות. המינוי תקף לתשע שנים. כהונת נשיא בית המשפט לחוקה מוגבלת לשלוש שנים.

**צרפת:** במועצה החוקתית מכהנים תשעה שופטים למשך תשע שנים. שלושה ממונים בידי נשיא הרפובליקה (בניהם נשיא המועצה), שלושה - בידי הבית התחתון, ושלושה - בידי נשיא הבית העליון. שליש מן ההרכב מוחלף אחת לשלוש שנים. נשיאי הרפובליקה לשעבר משמשים חברים מן החוץ.

אין קריטריונים מיוחדים למינוי, פרט להגבלה החלה על מינוי מי שמכהן במשרה ציבורית ברמה הלאומית. בפועל, מרבית המינויים הם של אנשים בעלי אוריינטציה פוליטית גלויה, רובם פרלמנטרים לשעבר. כל נשיאי המועצה היו פוליטיקאים לשעבר. מינויים של הבית התחתון הם תמיד פוליטיים, בעוד שמינויי הסנאט הם בעלי אופי מקצועי. רק שלושה שופטים מונו למועצה מתוך 41 חבריה, שביניהם שם לאורך השנים.

### בתי משפט עליונים

**אוסטרליה:** החוקה קובעת כי שבעת שופטי בית המשפט העליון ימונו בידי המושל הכללי, הפועל כנציגה של המלכה בהתייעצות עם "המועצה". פורמלית, המועצה מורכבת מכל שרי הממשלות האוסטרליות בעבר וכיום. בפועל, במועצה יושבים שניים עד שלושה משרי הממשלה, כולם חברי פרלמנט, והם המחליטים בדבר המינויים לבית המשפט העליון ולרשויות ציבוריות נוספות (ראו טבלה 5).

חוק בית המשפט העליון מ-1979 מוסיף כי תתקבל גם עצתם של התובע הכללי או של התובעים הכלליים של המדינות, לפני שימונה שופט לבית המשפט העליון. מקובלת התייעצות גם עם לשכת עורכי הדין האוסטרלית.

**נישורים נדרשים** למשרת שופט בבית המשפט העליון ממונים רק שופטים לשעבר או פרקליטים בעלי ניסיון מקצועי בן חמש שנים לפחות. בתיקון לחוקה מ-1977 נקבע גיל פרישה ל-70.

**הודו:** החוקה קובעת כי שופטי בית המשפט העליון ימונו בידי הנשיא ועל דעתו של נשיא בית המשפט העליון. לפי החלטתו, הנשיא יוכל להתייעץ בדבר המינוי גם עם שופטי בית המשפט העליון ועם הנשיאים והשופטים של בתי המשפט הגבוהים של המדינות.

דרישות הסף מועמד למשרת שופט בבית המשפט העליון חייב באזרחות הודית, ועליו להיות מי שכהן כשופט בבית משפט עליון מקומי במשך חמש שנים לפחות או כפרקליט בבית משפט עליון במשך עשר שנים לפחות. אם מועמד לא עמד בתנאים אלו, אך להערכתו של הנשיא הוא משפטן בעל שיעור קומה, הוא יהיה כשיר לכהן כשופט. גיל הפרישה הוא 65.

**קנדה:** בדומה למודל האוסטרלי, בקנדה ממונים תשעת שופטי בית המשפט העליון בידי הממשלה. בפועל, את ההמלצה למינוי שופטים לבית המשפט העליון נותן ראש הממשלה בעצמו.

פרוצדורה זו בדבר מינוי שופטים משלבת באופן טבעי שיקולים פוליטיים גם במינויים לבית משפט העליון. הדבר עורר ביקורת מצד גורמים בעלי עניין והצעות רבות לרפורמות של ההליך, לאורך השנים. עיקר המאמץ הוקדש לשילוב של עמדת ממשלי הפרובינציות בסוגיית המינויים לבית המשפט העליון ושל מיתון האופי הפוליטי של ההליך הזה. במסגרת ניסיונות אלו ולפי המודל האמריקני, הצליחה לשכת עורכי הדין הקנדית ב-1967 להשיג את הסכמת שר המשפטים דאז למיסוד הזרוע השיפוטית מטעמה בהליך המינויים כגוף מייעץ. חוק בית המשפט העליון (1985) קובע כי למשרת שופט בית המשפט העליון ימונה שופט בבית משפט מחוזי או פרקליט בעל ניסיון מקצועי בן עשר שנים לפחות. לפחות שלושה מחברי ההרכב ימונו מקרב שופטי בית המשפט העליון של קוויבק או מקרב פרקליטי אזור זה. גיל הפרישה הקבוע בחוק הוא 75.

בפועל, נהוג כי המינויים לבית המשפט העליון עונים באופן רחב יותר על הצורך בייצוג אזורי מעבר לנדרש בחוק. לפיכך מתמנים גם באופן לא מחייב שלושה שופטים מ-Ontario ושניים ממערב המדינה.

**ניו זילנד:** בבית המשפט העליון 37 שופטים. שישה מהם (ביניהם הנשיא) יושבים גם בבית המשפט לערעורים. השופטים ממונים בידי הנשיא, בהיוועצות עם התובע הכללי. **דרישות הסף** רישיון עריכת דין וניסיון בן שבע שנים במקצוע. גיל פרישה 68.

## ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת נייר רקע לדיון

### רות גביון

כללי

בכינוס זה של המועצה הציבורית אנו רוצים לדון בהסדרה החוקתית של הרשות השופטת. מבחינת המבנה של החוקה, ההסדרה של הרשות השופטת היא חלק מן הפרק המשטרי בחוקה. הרשות השופטת מוסדרת בחוקה כמו רשויות השלטון המרכזיות האחרות ומאותם טעמים. אלא שלרשות השופטת, או לפחות לחלק ממנה, יש מעמד מיוחד בדיון החוקתי, מפני שמשמעותה של עליונות חוקתית היא בדרך כלל הקניית סמכות למוסד שיפוטי (לכל בתי המשפט או לכל מוסד שיפוטי נפרד) לפסוק לגבי התאמת החקיקה הראשית לחוקה ואולי אף לבטלה. במובן זה, חוקה עשויה להעביר את הרשות השופטת ממעמד של רשות בין הרשויות, או אף רשות משנית לרשויות ה"פוליטיות", לרשות שיש לה הכוח והסמכות לבחון ואף לבטל את הכרעותיהן של הרשויות האחרות. אין ספק כי יסוד זה הוא אחד מן הרכיבים החשובים היוצרים את המתח הרב הקיים בסוגיה זו בדיון החוקתי בישראל.

בנייר זה אטען כי גם לגבי הרשות השופטת מתקיימים המתחים הקיימים לגבי הרשויות האחרות בדבר היחס הנכון בין **אפקטיביות** ובין **אחריותיות**: הקניית הסמכויות הנדרשות כדי שהרשות תוכל למלא את תפקידה, יחד עם הבנייתן והגבלתן כך שניתן יהיה לצמצם את החשש לשימוש לרעה בכוחות אלה. מן הרשות השופטת נדרשת גם דרישה ייחודית, שאינה קיימת לגבי רשויות אחרות, דרישת **עצמאות** או **אי-תלות**. ההסדרה של הרשות השופטת ברמה החוקתית, החוקית או אף באמצעות קונוונציות,<sup>1</sup> צריכה לאזן היטב בין כל הדרישות האלה.

1 כד, למשל, בחירתו של נשיא בית המשפט העליון בישראל מוסדרת בקונוונציה חוקתית – לתפקיד נבחר הנשיא הוותיק ביותר בעת שהתפקיד מתפנה, והוא מכהן בו עד פרישתו. הסדר זה שונה מזה הנהוג אצלנו לגבי נשיאי בתי משפט נמוכים יותר ושנחקק בחוק רק לאחרונה, והוא ההסדר שלפיו המינוי נעשה בידי ועדת המינויים על פי המלצת נשיא בית המשפט העליון לתקופה של ארבע שנים. קונוונציות ניתן לשנות אף ללא שינוי בחוק. כך, שר המשפטים הנכנס הודיע כי ישקול את שינוי שיטת

מכיוון שלעתים הדרישות "מושכות" בכיוונים מנוגדים, אין לכך פתרון מושלם או פתרון אחד ויחיד. ואכן, בדמוקרטיה שונות יש הסדרות שונות לגמרי של פעולת הרשות השופטת ושל יחסיה עם רשויות אחרות. הפתרון שמאמצת מדינה צריך לקחת בחשבון לא רק את המתחים המובנים בין יסודות שונים ברשות השופטת, הקיימים בצורה כלשהי בכל חברה אנושית, אלא גם את התנאים הפוליטיים והחברתיים הייחודיים שלה וגם את המציאות החוקתית והפוליטית שבתוכה מנסים להגיע להסדרה של הרשות השופטת (או של כל עניין אחר).<sup>2</sup>

אפתח בתיאור האפיונים של התפקידים השיפוטיים ושל היחסים המורכבים בין יסודות שונים של פעילות שיפוטית. התפקיד העיקרי של בתי משפט הוא ליישב סכסוכים אגב יישום הדין הקיים. אלא שלצד תפקיד זה יש לבתי משפט בכלל ולבתי משפט עליונים בפרט גם התפקידים הבאים: האחדת הדין, הבהרתו והנחלתו. בנוסף לכך, אגב הכרעת הסכסוך יש לעתים צורך לפתח את המשפט ואף ליצור משפט חדש. חלק מתפקידים אלה מחייב תכונות שונות, ולעתים מנוגדות, של השופט. דמותו של "השופט הטוב" היא אפוא שאלה חשובה שאין עליה תשובה פשוטה. ניתוח זה מבהיר למה שאלות מבנה הרשות השופטת ודרך בחירתם של שופטים או השופטים אינן פשוטות. בהמשך אתייחס לרמת הסדרה ואטען כי יש לעגן בחוקה רק את ההסדרים הבסיסיים ביותר. אסיים בניתוח כללי של המצב בישראל. שילוב חברה שסועה ומקוטבת מאוד עם יציבות מבנית גדולה ברשות השופטת ושינויים חדים למדי בתפיסת התפקיד והתפקוד של חלקים ממנה, שילוב זה יצר מצב בלתי יציב. כאשר בוחנים היום את שאלת ההסדרה החוקתית של הרשות השופטת, צריך לשאוף להחזיר את היציבות אל המערכת.

הבחירה של נשיא בית המשפט העליון; הצעות כאלה הועלו בעבר ולמשל מטעם פרופ' ירון, שהציע בחירה באותה שיטה אך לתקופה של שבע שנים בלבד [ר' ירון, "בית המשפט העליון: ביקורת יישומית", **האומה** 119 (1995), 310], ואף בימים אלה (פרופ' דניאל פרידמן מציע בחירה ממש לפי כישורים ולפרק זמן מוגבל).  
2 כמו כל נושא הנידון כאן, גם באשר לנושאים אלה יש ספרות עצומה. הספרות לגבי הרשות השופטת בכלל ובתי משפט עליונים או חוקתיים בפרט נהייתה מרכזית, ככל שעלה כוחם של בתי משפט בחיים הציבוריים של המדינות השונות. בנייר רקע זה לא אטפל בספרות ואסתפק בהפניות חלקיות, שכן מטרת הנייר אינה מחקר אלא מסגרת נוחה לדין. אני עצמי עסקתי בהיבטים התורת-משפטיים של הנושא (ולכן ההיבטים האוניברסליים שלו) במאמר "The Implications of Jurisprudential Theories For Judicial Election, Selection and Accountability", 61 U.S.C.L. Rev. (1988), 2701-2746, המופיע בחוברת שלמה המוקדשת לנושא זה.

עקרונית, יש רק שתי דרכים לעשות זאת: האחת היא להחזיר את תפיסת התפקיד והתפקוד לתקופה הקודמת, והשנייה היא להתאים את מבנה הרשות השופטת ואת דרכי המינויים לה או לחלקיה לשינויים שנוצרו או המוצעים בחוקה. אני מברכת על כך שהמועצה מקדישה לנושא חשוב זה דיון מיוחד.

## 1. תפקידיה וייחודה של הרשות השופטת

הסמכויות, ההרכב ואופן הבחירה של שופטים צריכים להיגזר מתפקידיהם. התפקיד המרכזי של שופטים הוא להכריע בסכסוכים המתעוררים בחברה תוך כדי שימוש במונופולין הכוח המצוי בידי המדינה. בכך מספקים השופטים לחברה פונקציה הכרחית, והיא **יישוב סכסוכים**. אלה יכולים להיות סכסוכים אזרחיים בין אדם לחברו, משפטים שבהם מעמידה המדינה (או לעתים נדירות – אדם פרטי) נאשמים לדין פלילי או עתירות של אזרחים נגד המדינה או רשויותיה.

בתי המשפט נקראים לעתים "הרשות הפחות מסוכנת", מפני שאין להם "חרב" או "ארנק" כמו לרשויות הפוליטיות. הם פסיביים ומחכים שהסכסוכים יובאו בפניהם. בדרך כלל, יש להם כללי סף המאפשרים להם להגן על עצמם מפני הפיכתם – באמצעות תביעות או עתירות – לתחליפים של הרשויות הפוליטיות<sup>3</sup> ובעיקר, בתי המשפט אמורים להכריע בסכסוכים על פי דין. **על פי דין**, זאת אומרת **לא** על פי רצון הממשלה או בעלי השררה, **לא** על פי לחצים כלכליים, אבל גם **לא** על פי תפיסות חומקניות של מוסר, משכנעות ככל שתהיינה, היכולות להיות שנויות במחלוקת.

כל תלמיד של תורת המשפט ושל פעולת השפיטה יודע כי הניסוח התמים לכאורה הזה, המוצא ביטוי גם בהוראות מפורשות של "חוק יסוד: השפיטה", הוא הבסיס למחלוקות עמוקות המלוות את פעולתם

3 אחד הספרים החשובים בנושא זה בארצות הברית הוא ספרו של אלכסנדר ביקל, **הרשות הפחות מסוכנת**, ובו הוא ממליץ בפני בית המשפט האמריקני לעשות שימוש יצירתי בכללי סף ובדוקטרינות משפטיות כדי לא לעסוק בשאלות פוליטיות בוטות A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, "The Supreme Court at the Bar of Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory" (1992)



של שופטים ושל מערכות משפטיות משחר היווצרן ואשר תמשכנה להתקיים כל עוד תהיינה חברות אנושיות שיש להן משפט.

לכאורה, ניסוח זה מלמד על יכולת ברורה לזהות בכל מקרה ומקרה מה הוא הדין, ומה הוא מחייב במקרה המסוים. תפקידם של שופטים הוא לבחון את החומר המשפטי ולאחר את התשובה המשפטית האחת הזאת, ואז ליישם אותה על המקרה המובא לפניהם.<sup>4</sup> לפי תיאור זה, מקור הלגיטימיות של פעולת השופטים הוא החוק, שקיבל הכרה ממוסדת בחברה בדרכים המוכרות בשיטה. השופט אינו יוצר את החוק או משנה אותו, אלא רק מיישם אותו.

ההנחה כי ניתן לזהות את החוק ולהבחין בינו ובין נורמות מוסריות (אידיאליות או נוהגות) היא הנחה יסודית של גישות פוזיטיביסטיות (כולל ריאליסטיות) למשפט. גישות כאלה אינן חייבות לטעון גם כי בכל מקרה על השופט להפעיל את החוק. ייתכן כי פוזיטיביסט משפטי יצדיק, במקרים מסוימים, את חובתו של שופט להפר את החוק, וזאת במקרה שבו הפעלת החוק כפי שהוא תביא לתוצאה שתפגע באמון הציבור במשפט.<sup>5</sup> גישות נטורליסטיות לחוק נוטות לדרוש כתנאי לתקפותו לא רק את העובדה שהוא קיבל הכרה ממוסדת בשיטה, אלא גם התאמתו לעקרונות "טבעיים" עליונים. מבחינתן, "חוק לא מוסרי איננו חוק". המוסר, לפי שיטות אלה, אמנם אינו יכול להצמיח חובות משפטיות, אבל מכוחו אין בית המשפט צריך או אף רשאי לאכוף "חובות" משפטיות המוטלות על ידי חוק בלתי צודק. ההבדל בין

4 זו לכאורה תפיסתו של מונטסקייה, הרואה את הרשות השופטת כרשות משנית, המבצעת תפקיד שהוא טכני בעיקרו. באופן אירוני, הדובר החזק של גישה תאורטית זו בעת החדשה הוא דווקא רוני דורקיין, שתפיסת התפקיד השיפוטי שלו היא "הרקור-לאנית" וכוללת שקלול מסובך של ערכים ושל נורמות, ועם זאת היא מבוססת על ההנחה שיש "תשובה אחת נכונה" לשאלות משפטיות, וכי תפקיד השופט הוא לזהות אותה. בספרות העברית ראו את המחלוקת ברשימתו של עמוס שפירא ("לבעית 'שיקול הדעת השיפוטי' במקרי-גבול", **משפטים** ב (1970) 57), המתאר את עמדתו המוקדמת של דורקיין, ואת תשובתו של יוסף רז ("עקרונות משפטיים ושיקול הדעת השיפוטי", **משפטים** ב (1970) 317). גלגול מאוחר יותר ייצא בספרו של אהרן ברק על שיקול הדעת השיפוטי ובדינו הביקורתי של חיים גנז ("שיקול-דעת שיפוטי לאהרן ברק (מאמר ביקורתי)", **משפטים** יח (1988) 509). ראו גם מאמרי, לעיל הערה 2.

5 לטיעון מסוג זה ראו חיים ה' כהן, "פרשנות נאמנה, תלתא משמע", **משפטים** ז (תשל"ו) 5.

הפוזיטיביסט לבין הנטורליסט אינו בהכרח במה שהוא ימליץ לשופט לעשות, אלא באפיון השונה שלהם ל"חוק". ואכן, טבע השפיטה הוא כי שופטים מרגישים צורך להצדיק את החלטותיהם בכך ש"החוק" אוכף עליהם תשובה זו ולא אחרת.<sup>6</sup> המחלוקת לגבי החלטות שיפוטיות שנויות במחלוקת היא בדרך כלל בדבר השאלה מה הוא הפירוש הנכון של החוק **כפי שהוא**, ולא בדבר השאלה **מה ראוי** שיהיה החוק. זאת מפני שבסיס הפעלת הכוח של השופט הוא ההכרה הממוסדת של החברה בחוקיה, ולא ערכיו האישיים של השופט.

ואכן, רבים מנסים לשמור על הטיעון כי מקור הסכות הוא החוק, שנחקק ואושר בידי החברה ומוסדותיה. חשוב להדגיש כי טיעון זה, המוצג לעתים קרובות כנאיביות או אף כהטעיה מכוונת, הוא טיעון תקף בהחלט, חזק וחשוב ברוב הגדול של מקרים המגיעים לבתי המשפט.

**ברוב הגדול של המקרים, השאלה המתעוררת בבית המשפט אינה לגבי הדין או ההכרעה הנכונה, אלא לגבי העובדות. תפקידו של השופט הוא לשמוע ראיות, לנהל את המשפט, לבחון את החומר בתבונה לב ובמתניות ובלי דעה קדומה ולהכריע בסכסוך באדיבות ובמהירות, כך שהצדדים יוכלו לשים את הסכסוך מאחוריהם ולהמשיך בחייהם. הכרעה כזו היא שירות שהמערכת השיפוטית נותנת לאזרחים, ושירות זה צריך להינתן במקצועיות, באדיבות, וביעילות. עולה מן האמור כי תכונות מרכזיות של שופט צריכות להיות אלה המאפשרות לו לתת את השירות הזה בצורה הטובה ביותר האפשרית.**

טעות שכיחה היא לחשוב כי תפקיד זה טכני ובלתי חשוב, משני לתפקיד המקצועי המובהק של הבהרת הדין ופיתוחו או להכרעה בעניינים גורליים בסדר היום. כל מי שהיה בבית משפט יודע כמה אין זה נכון, וכמה מסוכנת - כמעט משחיתה - הנטייה שהשתרשה אצלנו להמעית בחשיבותו הגדולה של השירות השיפוטי הזה. **מבחינת רוב הנזקקים**

6 שופטים בדרך כלל אינם מתמצאים בהבדלים בין תורות המשפט, והתמצאות כזאת אינה תנאי הכרחי למינוים. אולם הם חייבים לעצמם ולחברה שבה הם פועלים הסבר על מקור הסמכות שמכוחה הם מחליטים בסכסוכים המגיעים לפניהם. משום כך, הסבר זה צריך לא להיות תלוי בהבדלים הדקים שבין תורות משפט שונות, והוא צריך להיות ברור גם להדיט שאינו בקיא בתורת המשפט.

## **לבתי המשפט, זה הוא מבחנה האמיתי של המערכת. הסדרתה המבנית של מערכת שיפוטית צריכה לקחת עניין זה בחשבון ולתת לו קדימות.**

חשוב להדגיש כי גם בבתי משפט נמוכים לא תמיד נכון שיש תשובה משפטית אחת נכונה, אשר כל משפטן מומחה יסכים עליה. הערעורים הדרמטיים ביותר המגיעים לבית המשפט העליון התחילו בבית משפט נמוך ממנו. את פסק הדין העקרוני בעניין פתיחת בתי קולנוע בשבת בירושלים פסקה השופטת איילה פרוקצ'יה במשפט פלילי, כאשר הייתה שופטת בבית המשפט לעניינים מקומיים! גם עניין הביציות של בני הזוג נחמני החל בבית המשפט המחוזי. הלכות עקרוניות בעניין מעצרים, לרבות האיזון הנכון בין זכויות החשוד ובין זכויות הקורבן, נחתכות ברובן בבתי המשפט הנמוכים. כך גם החלטה אם להרשיע מפגין שסגר צומת משיקולים אידיאולוגיים (אך לא מטעמים כלכליים) בעברה (שאח"כ מתברר כי יש עמה קלון, והיא פוסלת אותו מהתמודדות בבחירות). איכות השירות הניתן לציבור בבתי המשפט הנמוכים הוא מטרה בעלת חשיבות ראשונה במעלה של הרשות השופטת, ויש לכך שיקולים עקרוניים של מקצועיות שיפוטית ממדרגה ראשונה.

ובכל זאת, בדרך הטבע, ככל שהערכאה גבוהה יותר, בייחוד בערכאת הערעור העליונה, יש לשופטים פחות עיסוק בעובדות ויותר עיסוק בדין. לא מקרה הוא כי רק הלכות של בית המשפט העליון מחייבות את בתי המשפט האחרים. משום כך, ערכאות כאלה ממלאות, במקביל לתפקיד יישוב הסכסוך בין הצדדים, גם תפקיד מבהיר, מאחיד ואף יוצר של המשפט. במקרים מסוימים, והם המקרים הזוכים בדרך כלל לתשומת לב, בית המשפט קובע את הדין, וקביעתו אינה נתפסת, ואינה יכולה להיות נתפסת, כיישום פשוט של המצב המשפטי שקדם לפסיקה.<sup>7</sup> במקרים

7 דוגמה בולטת למקרים כאלה הוא פסק הדין הידוע בעניין קול העם, שבו קובע בית המשפט מפי השופט אגרנט כי סמכות סגירת עיתון של שר הפנים אינה תלויה רק בשיקול דעתו באשר לחשש לסכנה לשלום הציבור, אלא היא מחייבת מבחן סכנה אובייקטיבי. אלמלא היה בפסק הדין חידוש מרעיש, הוא לא היה נלמד כאחד מפסקי הדין החשובים של בית המשפט. יותר מזה: רק כמה חודשים קודם לכן אישר בית המשפט (כולל השופט אגרנט) סגירה של אותו עיתון בהנמקה השגרתית כי לא יתערב בשיקול דעתו של השר... לניתוח ההבדל בין שתי ההחלטות ראו א' שפירא, "הריסון העצמי של בית המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח", *עיוני משפט* ג (תשנ"ג – תשנ"ד)

כאלה, בית המשפט מפרש את הדין, ובכך הוא מבהיר אותו ובמובן מסוים אף יוצר אותו. יצירת משפט היא, מבחינה פונקציונלית, חקיקה. אם ניתן לבית המשפט סמכות לבחון חוקי כנסת, ולא רק לפרשם אלא גם לבטלם, אנחנו נותנים לשופט גם את הכוח ה"לא קונוונציונלי", כפי שמכנה זאת הנשיא ברק, לבטל בהחלטה שיפוטית את ההכרעה המושכלת של המחוקק הראשי בכבודו ובעצמו.

ברור כי החוק מסמיך את השופט ליישמו על עובדות המקרה. פעולה כזו של יישום ואף של פרשנות נותנת משמעות לחוק, אף כאשר הפירוש נוקט עמדה היכולה להיות שנויה במחלוקת. אבל מנין הסמכות של שופט לתת לחוק פרשנות יוצרת, שמוסכם על רוב אנשי המקצוע כי היא משנה אותו או אף מבטלת אותו? הפורמליסטים יחזרו לתשובה הקודמת: כל שעושה השופט הוא עושה מכוח הדין. גם הסמכות לפרש ואף לבטל ניתנה לו בדין. מכיוון שכך, לכאורה אין צורך לקבל הצדקה מיוחדת לשפיטה מסוג זה, קרי שפיטה יוצרת ושנויה במחלוקת וחורגת מהבנה פשוטה של החוק ככל שתהיה, או אף מבטלת אותו.<sup>8</sup>

אלא שהתביעה להצדקה אינה "מצייתת" לתשובה הפורמליסטית, ובצדק. שופטים הקובעים, ברטוריקה מוסרית ותרבותית, שוויון ערך בין קשר הטרוסקסואלי ובין קשר הומוסקסואלי, בהיעדר חקיקה מפורשת, מעוררים עליהם את זעמם של רבים ששוויון הערך הזה נראה להם מקומם.<sup>9</sup> הללו אינם מקבלים שהדבר קבוע בלשון החוק עצמו; הם

8 לעתים אף נטען כי עצם קיומה של חוקה, שיש לה עליונות נורמטיבית על חקיקה רגילה, מחייב סמכות שיפוטית לבטל חוקים הנוגדים אותה, שכן אין הבדל, לפי טיעון זה, בין ביטול חוק הנוגד את החוקה ובין ביטול מעשה מנהל או חקיקת משנה הנוגדת את החוק שמכוחו נחקקו. לביקורת על דפוס טיעון מסוג זה, ששימש את השופט מרשל גם במקרה הידוע של מרבורי נ' מדיסון, שבו נטל לבית המשפט העליון האמריקני סמכות לביטול חוקים נוגדי חוקה, הגם שזו לא ניתנה לבית המשפט במפורש, ראו את דיונו של ביקל, לעיל הערה 3, פרק ראשון.

9 ייתכן כי הקצף היה יוצא על ההחלטה בעניין דנילביץ, לאשר כרטיס טיסה לבן זוגו של דייל הומוסקסואל בהתאם להסכם עבודה שבמסגרתו ניתנו כרטיסים ל"בני זוג", אף אם ההחלטה לא הייתה מלווה ומוצדקת ברטוריקה כזו. במקרה זה היה בסיס חוקי להחלטה, וזו לא נתקלה בביקורת, כאשר בית הדין לעבודה הגיע לאותה החלטה עצמה. ייתכן גם כי הנמקה פחות שאפתנית מזו שנתן הנשיא ברק הייתה "חוסכת" את דעת המיעוט, שיצאה בעיקר כלפי הרטוריקה הזו. בשיח המשפטי והציבורי, מכל מקום, הטענה המושמעת אינה נגד החלטה, אלא נגד ההשוואה בין ערך הקשרים הזוגיים.

רואים זאת כפרשנות יוצרת של השופטים, וסבורים כי היא אינה לגיטימית. כך גם כאשר בית המשפט פוסק כי לא מוצדק להקים יישובים קהילתיים יהודיים במדינת ישראל, מתוך פרשנות שנויה במחלוקת בדבר "שוויון" או "ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>10</sup> וכך גם מפקדי הצבא שאינם יכולים לבצע פעולות צבאיות בגזרה מלחמתית, כל עוד לא יחליט בית המשפט בדבר חוקיותן.<sup>11</sup> בכל המקרים האלה, ההסתמכות על הקביעה כי החוק אוכף תשובות אלה על השופטים אינה מספקת, ובצדק, שכן לעתים יש מחלוקת בין השופטים עצמם. ומכל מקום, חוקים וערכים אמורים להיות נהירים לכל בני החברה, ולא רק למשפטנים או לשופטים. אם יש ויכוח על הסדר ערכי כלשהו, טוענים המתנגדים, ראוי שוויכוח זה יתנהל ברמות הפוליטית, החברתית והציבורית, ולא יוכרע כעניין מקצועי "טהור" בידי משפטנים ושופטים.

צריך להבין כי הדילמה שבפניה ניצב בית המשפט במקרים כאלה אינה רק עניין של איפוק עצמי. באמת לא ברור איך עליו לפעול כדי למלא היטב את תפקידו. במקרים שבהם אנחנו מדברים אין תשובה קלה אחת ברורה. אמנם תפקידו של בית המשפט ליישם את החוק, אבל כדי ליישם את החוק, יש לפרש אותו. יש מקרים שבהם כל פירוש של החוק יעורר מחלוקת. לכאורה, אין לבית המשפט ברירה, אלא להיכנס לזירה, שכן אין הוא יכול לרצות את הכול. כך בעניינים מנהליים,<sup>12</sup> כך בעניינים פליליים,<sup>13</sup> וכך בעניינים אזרחיים.<sup>14</sup> במקרים אחרים, לשון

10 כפי שקרה בעניין קעדאן, ובו הוחלט כי יישוב יהודי אינו יכול למנוע מבני משפחה ערבית להתקבל כחברים בשל לאומם.

11 כפי שהחליט בג"ץ כאשר עצר ליומיים פינני גופות מג'נין בסוף אחד הקרבות במבצע חומת מגן.

12 כך מנמק השופט ויתקון בעניין בנימין שליט את החלטתו לתמוך בהחלטת הרוב ולחייב את פקיד הרישום לרשום את ילדי שליט כיהודים בלאומם, הגם שאמם הייתה גויה. אבל השופטים אגרנט ולנדוי בחרו "לכבד" את החלטת הממשלה והכנסת.

13 כך, למשל, ההחלטה להרשיע את דרעי הניבה תגובות סוערות, אבל גם החלטה לזכות אותו הייתה מניבה כעס ותסכול רבים במערכת המשפטית. נדמה לי שבמשפט הפלילי, העיקרון הוא שאין להרשיע בלי שהעברה הוכחה מעבר לספק סביר. בחלק גדול מן המקרים האלה, ההחלטה הנכונה היא זיכוי לא מפני שהאיש זכאי, אלא מפני שנטל ההוכחה הנדרש לא התקיים.

14 החלטות כאלה בעניינים אזרחיים הן רבות, אך מכיוון שהן נוגעות בדרך כלל רק לצדדים או לתחום המשפט הפרטי, הן מוכרות רק למומחים, ואינן זוכות לביקורת ציבורית גדולה. אבל דווקא במשפט האזרחי חשובות מאוד הוודאות והצפיות. פרשנות שיפוטית יוצרת יכולה להיות צודקת יותר, אבל היא עלולה לערער את הוודאות ואת היציבות.

החוק אמנם נראית ברורה למדיי, אך התוצאה נראית כה קשה, עד שהיא נדמית בעיני חלק מן השופטים בלתי קבילה ממש.<sup>15</sup> המקרים הקשים באמת, מבחינת הלגיטימיות של ההחלטות השיפוטיות ושל בית המשפט עצמו, הם אלה שבהם יש שילוב של מצב משפטי לא ברור או בלתי קביל בעיני חלק מן הציבור ושל עניין בעל השלכות ציבוריות מרחיקות לכת. במקרים כאלה, יש לשופטים "גירעון" של לגיטימציה, ושום טיעון מתוחכם לא יסיר אותו. כאשר מקרים כאלה בודדים ומועטים, וכאשר נראה כי בית המשפט מחזיק בתפיסת שיפוט המנסה להתרחק מהם, הלגיטימיות הכללית של שפיטה כיישום חוק מאצילה גם על פעולות יוצרות השנויות במחלוקת. לעומת זאת, אם ההתרשמות היא, לפחות אצל חלק מן הציבור, כי בתי המשפט "מתנדבים" להכריע בעניינים כאלה לפי אמות מידה ערכיות השנויות במחלוקת עמוקה בציבור, ואשר יש בהם הטיה עקיבה לצד אחד, גוברת ההרגשה כי יש בעיית לגיטימציה שיטתית ומבנית.<sup>16</sup>

אין ספק כי בית משפט אינו צריך לפעול באופן פופוליסטי כדי לרצות צד למשפט: השלטון או קבוצה בציבור. לצורך זה אנחנו מעניקים לו עצמאות ואי-תלות. יחד עם זאת, בית המשפט צריך להיות ער לכך שכאשר הוא יוצר חוק והולך אל מעבר לפירוש המוסכם של נורמות שקיבלו הסכמה ממוסדת בשיטה, פעולתו נזקקת ללגיטימציה מיוחדת. אם הרשויות הפוליטיות יכולות לעקוף בחוק את פרשנותו של בית המשפט, כאשר זו אינה תואמת את מה שנראה בעיניהן כהעדפות המושכלות של רוב הציבור או של רוב נציגיו, כי אז יש לנו דיאלוג יוצר בין המוסדות. או אז המחוקק יכול לבחור בין אימוץ פרשנותו של בית המשפט, ובכך לתת לה הכרה פוליטית ממוסדת, ובין עמידה על כך שהחוק הראוי בעיני שונה מן הפרשנות שניתנה למצב המשפטי הקיים

15 כך אני קוראת את החלטת הרוב בעניין ירדור.

16 זה הוא הטעם לכך שאני דוחה את הניסיון של מ' מאוטנר (ו"מיינו שופטים לביהמ"ש העליון בחברה רב תרבותית", מחקרי משפט יט (2003), 423) לבסס את הלגיטימיות של פעילות יוצרת ואקטיביסטית של בית המשפט על העובדה שהוא המייצג בחברה את השיח הליברלי, המנהל דיאלוג עם השיח הפוליטי. היומרה של השיח הליברלי המהותי להיות המסגרת המשותפת של שיחים אחרים נראית לי מוטעית. חלק מן הוויכוח הציבורי בישראל הוא בדיוק בשאלה אם אמות המידה של הליברליזם המהותי הן אמות המידה הנכונות לחיים הציבוריים בישראל. לא ברור כי ההכרעה בשאלה זו צריכה ליפול בבית המשפט ולא בשיח הפוליטי-ציבורי עצמו.

על ידי המחוקק. אם אין יכולת אפקטיבית כזאת, הפעילות השיפוטית היוצרת מעוררת בעיות לגיטימציה קשות.<sup>17</sup> כך הדבר במיוחד לגבי חקיקה ראשית המבוטלת על ידי בית המשפט בהיעדר סעיף התגברות. ככל שתיקון החוקה קשה, כך גדולה הבעייתיות של ביטול חוק בידי בית המשפט. אבל הקושי קיים, אם כי במידה פחותה, גם לגבי פרשנות של חוק או ביטול של תקנות, כאשר אין בידי המחוקק דרך אפקטיבית לחוקק הסדר אחר.<sup>18</sup>

שיטה יכולה להחליט, בשל סיבות אלה, לא להעניק לשופטיה את הסמכות לבטל חוקים.<sup>19</sup> אולם גם הכרעה כזו לא תפתור את הקושי ואת המתחים הפנימיים, מפני שעיקר כוחם של השופטים הוא בסמכות הפירוש שלהם, ואת זו לא ניתן לקחת מהם, בלי למנוע מהם למלא את תפקידם המרכזי ביותר - ההכרעה בסכסוכים. מכיוון שהשופטים קובעים בעצמם את גבולות סמכותם במקרים רבים, שכן הם הפרשנים המוסמכים של החוק, קשה להגביל את סמכותם באמצעות חוק. המתחים הפנימיים יהיו קיימים תמיד. בנוסף לכך, "הפתרון" בדבר היעדר סמכות לבטל חוקים אינו אהוד במדינות רבות בעלות ניסיון רע, דהיינו היסטוריה של מחוקק הנוטה לחוקק חוקים רעים. בסופו של דבר, כל שיטות המשפט חייבות להתמודד עם החשש שהרשות השופטת תפעל בצורה הנראית לרבים חורגת מתפקידיה ומסמכויותיה. אחד המנגנונים לטיפול בחשש זה הוא מבנה המערכת ודרך מינויים של השופטים.

לפיכך השאיפה היא שתהיה לנו רשות שופטת שתקבל על עצמה להכריע בסכסוכים בצורה מקצועית, אדיבה, ניטרלית ויעילה. בעבודה זו תהיה ללא ספק מלאכת הבהרה ואף יצירה של משפט. שופט גדול, בעיקר

17 ואכן, חלק גדול מן הספרות החוקתית בארצות הברית עוסק בהצדקות להתגברות על מה שנקרא שם "הקושי האנטי-רובני".

18 דוגמה בולטת בהקשר הישראלי היא סוגיות הגיור וגיוס בחורי הישיבות. בשני המקרים בית המשפט החזיר את הבעיה לכנסת, ובשני המקרים לא ברור כי הכנסת אכן יכולה לחוקק לפי כללי המשחק הפוליטיים הרגילים. כך גם קרה בעניין הפסיקה בקשר לדרכי החקירה דל השב"כ, וזו בקשר לעניין קעדאן.

19 כך עשו במפורש בניו זילנד לגבי מגילת הזכויות. באנגליה חוק זכויות האדם כולל פשרה, שהבטיחה את העברת החוק, ולפיה בית המשפט יכול להכריז כי חוק אינו תואם את האמנה האירופית, אך הפרלמנט הוא זה שצריך להחליט איך לפעול. הפתרון הקנדי היה להכניס לגבי רוב הזכויות סעיף התגברות, המאפשר למחוקק לעקוף פירוש של בית המשפט באמצעות אמירה כי החוק תקף "על אף האמור במגילת הזכויות".

בבית משפט לערעורים, אכן ייבחנו לא רק בכך שהוא עושה דין בין הצדדים, אלא גם בכך שהוא מבהיר, מפתח ובונה את המשפט ומנחיל את ערכיו. אולם חשוב שהשופטים יפעלו כך שתפקידים אלה יהיו נלווים ומשניים לתפקיד המרכזי של השופטים: ההכרעה בסכסוך. מלאכת היצירה צריכה להיות זהירה ואֵטית, סמוכה אל המקרים עצמם ולא חורגת מהם. ובעיקר, שופטים אינם צריכים להיות מתקני עולם וחווד החנית של השינוי החברתי. אלה צריכים להיות בזירה הפוליטית. בתי המשפט צריכים להביא את החברה להתייחס ברצינות לערכים שלהם כבר ביטאה מחויבות, ולא ללמדם פרק עצמאי בהלכות מוסר תוך כדי דיבור בשמו של "ציבור נאור". כך נכון מבחינת חלוקת העבודה, וכך גם "חכם" מבחינה מוסדית. אי-אפשר להציל חברה מעצמה, ולא טוב יהיה אם השופטים ינסו לעשות זאת.<sup>20</sup>

אם לאורך זמן תהיה הרגשה כי שופטים, ובעיקר שופטים בראש המערכת, משנים את היחס בין סוגי התפקידים ומעניקים ליצירת המשפט ולבחינתו המוסרית-ערכית מקום מרכזי, סביר שיגבר הלחץ הפוליטי להשפיע על הרכב בתי המשפט, כך שיצירת המשפט בבתי המשפט תשקף את העדפות הציבור, כפי שהדבר נעשה ברשויות הפוליטיות. ואכן, מאבקים כאלה קיימים בכל המדינות, ועצמתם משתנה ככל שמשתנה הפרקטיקה השיפוטית.<sup>21</sup>

20 זו עמדתם של השופטים ה"מאופקים" בכל השיטות. אחד מהם, השופט לרנד הנד האמריקני, אמר כי כאשר ערכים כגון חירות אינם מוטבעים בלבבות הציבור, ממילא לא יועילו חוקים, חוקה ושופטים כדי להטביעם שם.

21 לא תמיד גורמים לחצים לפוליטיזציה או ל"התמקצעות" לשינויים בדרך הרשמית למינוי שופטים. לעתים ההסדר החוקי או החוקתי נשאר ללא שינוי, אך הדרכים המעשיות של ניהול המינוי משתנות. וכך, בארצות הברית דרך המינוי של שופטים פדרליים היא פוליטית במובהק, ולא השתנתה כל שנות הרפובליקה; אולם בתקופות שונות השתנה האתוס של מנגנון ההצעה ומנגנון האישור, ולתוך ההליך הפוליטי הוכנסו בקרות לא פורמליות, המבטיחות גם מקצועיות. לעומת זאת, בשיטות הבחירות של שופטים במדינות חלו שינויים מופלגים, וההסדרים הנהוגים בנושא זה שונים ממדינה למדינה.



## 2. הסדרת הרשות השופטת

כמו בהקשרים אחרים, אף כאן צריך להבחין בין השאלה המהותית – מה הם ההסדרים הרצויים? – ובין שאלת **רמת העיגון** – אילו מבין ההסדרים צריכים להיות כלולים בחוקה (או אף בחוק)?

### א. הסדרים רצויים

כאמור, כל רכיבי הרשות השופטת צריכים ליהנות מעצמאות ומאי-תלות. האופי המדויק של האי-תלות אינו ברור, וחלקים ממנו שנויים במחלוקת.<sup>22</sup> במדינות רבות, הרכיב המרכזי של האי-תלות הוא העובדה כי שופט מכהן לכל ימי חייו או עד גיל פרישה, וכי קשה מאוד להרחיק שופט מכהונתו. בארה"ב יש מדינות שבהן שופטים נבחרים על ידי הציבור וכפופים לבחירה מחדש, אבל גם שם הסדר זה כיום חריג. ברוב המדינות יש הליכי מינוי. זהות השופטים היא תוצאה משולבת של **הליכי המינוי** (מי מחליט?) ושל **קני המידה** שפותחו לזיהוי מועמדים ראויים. כמו בכל מנגנון החלטה, זהות המחליטים קובעת בסופו של דבר יותר מאשר קני המידה. ככל שההליך דומה לקופסה שחורה, ופרטיו חסויים יותר, כך חשיבותם של מקבלי ההחלטות עולה, וזו של קני המידה לבחירה יורדת.

על סמך הניתוח למעלה, ניתן לקבוע כמה טענות כלליות לגבי קני המידה למינוי שיפוטי ראוי. ככל שהרכיב המקצועי-משפטי בעבודת השפיטה גדול, כך צריכה הבחירה להתרכז בכישורים המקצועיים, הניהוליים והאישיותיים של השופט. בבחירה כזו אין צורך לסקור את עמדותיו הפוליטיות, האידיאולוגיות או הפוליטיות של השופט, ובמידה פחותה – אף לא את תפיסת העולם השיפוטית שלו. לעומת זאת, ככל שהרכיב היצירתי-ערכי בעבודת השפיטה גדול, כך הבחירה צריכה להיות רגישה גם להיבטים האלה: הן זהות השופטים והן הרכב המוסדות

22 כך למשל, בארץ אין לבתי המשפט אוטונומיה בניהול עצמם ובתקצובם (כפי שיש למבקר המדינה). ואכן, יש הטוענים כי הדבר הוא פגם באי-תלות השיפוטית וכי צריך לשנותו. אחרים טוענים כי יש לשמור את המצב הקיים, שכן רק הוא מאפשר שילוב נכון של בלמים ואיזונים בין הרשויות.

שבהם הם מכהנים, בעיקר אם הם פועלים יחדיו. כאמור, בכל שיטה ובכל מערכת יהיה בכל הרמות שילוב בין היסודות. אך ניתן בהחלט לדבר גם על מרכזיות ועל מגמות שינוי בחשיבות היחסית ובבולטות היחסית של התפקידים השונים. פערים גדולים ושיטתיים בין שיטת המינוי ודרך קביעת ההרכבים ובין אופי התפקיד יניבו בדרך כלל לחצים פוליטיים מוצדקים לשינוי השיטה הקיימת.

על רקע זה לא ניתן לקבוע, מראש ובאופן כללי, עקרונות נכונים של מבנה של מערכת שפיטה ושל דרכי מינוי ותיאור תפקיד של שופטים.

ברמה המקצועית-שירותית צריך להבטיח כי מערכת השפיטה תהיה נגישה, עניינית, מהירה, מקצועית ואדיבה. בכל השיטות מקובל להבחין בין סמכויות וערכאות, כך שערכאות נמוכות יותר הן רבות יותר, מפוזרות יותר, ויש אליהן נגישות רבה יותר מאשר ערכאות גבוהות. יש חובה לאפשר למתדיינים שיהיה להם יומם בבית המשפט ושתהיה להם אפשרות אחת לפחות של בחינה מחודשת בדרך הערעור. בעיקרון, ובוודאי בארץ כה קטנה כשלנו, רצוי שתהיה **ערכאת ערעור ארצית**, שתוכל לפעול להאחדת הדין ולהבהרתו. בגלל העומס הגדול על המערכת השיפוטית צריך לייעל את דרך הטיפול, בלי לסכל הרגשה של עשיית צדק, ולפתח דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים.

שאלת מפתח היא אם צריכה להיות רשות שיפוטית אחידה, העוסקת בכול, ושיש לה היררכיה פנימית, או שמא נכון ליצור מערכות שיפוטיות נפרדות. לענייננו, השאלה חשובה בעיקר לאור האפשרות כי יהיו בתי משפט שבהם היחס בין הפונקציות יישום חוק מכאן ופיתוח המשפט בעניינים בעלי משמעות ציבורית רחבה מכאן, יהיה שונה, וההפרדה בין המוסדות תאפשר בקלות לתת ביטוי לשוני הזה באימוצם של קני מידה שונים למינוי שופטים לערכאות השונות. ביטוי כזה עשוי לסייע בהפגת מתחים הנובעים ממתח גדול מדי בין דרכי המינוי והרכב בתי המשפט מצד אחד ובין אופי התפקיד הציבורי שהם ממלאים מצד שני.<sup>23</sup>

23 אבל כאמור ניתן ליצור הבחנה מעשית באמצעות קונוונציות בין דרכי מינוי, גם כאשר הדרך החוקית למינוי זהה.

### ב. רמת העיגון: חוקה לעומת חוק

כל עוד אין לבתי משפט סמכות לבטל חוקים, אין צורך פורמלי בעיגון ההסדרים הנוגעים לרשות השופטת בחוקה. הרשות יכולה להיות יציר החוק. אולם את עקרונות האי-תלות, דרכי המינוי, תקופת הכהונה, כמו גם את עקרונות הסמכות, כדאי לקבוע בחוקה מן הטעמים הרגילים: קשה יותר לשנות אותה, יש לה משמעות חינוכית, והיא מגנה על הרשות השופטת גם מפני המחוקק.

כרגיל, יש לבחור הוראות חוקתיות בצמצום ולהשאיר את עיקר ההסדרים לרמות של חוק או אף של הסדרים ברמות נמוכות יותר.

### 3. המצב בישראל

מבחינת רמת העיגון, יש בישראל הבחנה בין רמת עיגון חוקית ולמשל, חוק בתי המשפט, לבין חוקתית ("חוק יסוד: השפיטה", אם כי החוק אינו משוריין) ואף תת-חוקית.<sup>24</sup> אלא שלא בכל המקרים רמת העיגון הקיימת תואמת את העקרונות שצוינו למעלה. כאשר יגובש הסדר מוצע, צריך יהיה לבחון מחדש, באופן כולל, גם את שאלת רמת העיגון.

מבנה המערכת: בישראל יש בדרך כלל מערכת בתי משפט אזרחיים אחידה (להבדיל מן השיטה שבה יש בתי משפט נפרדים לתחומי משפט שונים).<sup>25</sup> לאחרונה נעשה מאמץ ליהנות מחלק מיתרונות ההתמחות באמצעות יצירת "מחלקות" בבתי המשפט, ללא גיבוי חוקי, ברמת המנהל השיפוטי וכך, יש היום שופטים המתמחים במשפט אזרחי,

24 שינוי הסמכות הכספית של בית משפט השלום אינה קבועה בחוק, וניתן לשנותה בהחלטה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. כך גם לגבי מספר שופטי בית המשפט העליון. גם בארה"ב מספר השופטים אינו מצוין בחוקה, והדבר פתח את האפשרות להצעה של הנשיא פ"ד רוזוולט להתגבר על פסיקה עוינת של בית המשפט העליון, שביטל את חוקי החירום שבאמצעותם ניסה לטפל במשבר הכלכלי הגדול באמצעות מינוי שופטים נוספים. בסופו של דבר, שינה בית המשפט ממדיניותו, וההצעה לא עמדה במבחן.

25 חריג ראשי לעיקרון זה היא מערכת בתי הדין לעבודה, שהיא מערכת נפרדת מזו של בתי המשפט האזרחיים.

במשפט פלילי, בענייני תכנון ובנייה וכיו"ב). בנושאים מסוימים נעשה מינוי מיוחד למחלקה מסוימת (ענייני משפחה, עניינים מנהליים).<sup>26</sup> גם דרך המינוי לבתי המשפט אחת היא, אם כי בפועל יש הבדל בטיב ההליכים לקראת מינוי בין הערכאות השונות. בדרך הטבע, מינוי לבית המשפט העליון זוכה לעניין רב יותר מאשר מינויים לבתי משפט אחרים.<sup>27</sup>

מערכת השיפוט נמצאת בעיצומו של מהלך רפורמה, המתקדם באופן חלקי והמבוסס על דוח ועדת אור. לפי מהלך זה, בתי משפט השלום יהפכו לערכאה ראשונה כללית, בעוד שבתי המשפט המחוזיים יהפכו לערכאות ערעור כללית, וידונו רק במספר קטן של עניינים אזרחיים ופליליים ובעתירות מנהליות, כערכאה ראשונה. בינתיים לא ניתן לרפורמה, גם בשלבה הראשון, ביטוי חוקי מלא. התמונה במערכת כיום מעורבת. בעניינים אזרחיים, שבהם גבולות הסמכות בין בית המשפט המחוזי ובין בית משפט השלום נתונים להחלטת ועדת החוקה, אכן הועברו מרב העניינים, מבחינת גובה התביעה, לבית משפט השלום. נחקקה גם העברת חלק מן העתירות בבג"ץ לבתי המשפט המנהליים. אבל בעניינים אחרים המצב המקורי נשאר בעינו. בינתיים, העומס על בית המשפט העליון לא הוקל. יש ניסיונות מתמשכים לטפל בבעיית התמשכות הדיונים ועיניו הדיון, אך בהצלחה חלקית בלבד.

סמכויות בתי המשפט: סמכויות חוקתיות על פי חוקי היסוד יש לכל בתי המשפט, וזאת מאחר שחוקי היסוד לא הקנו במפורש סמכות ביטול ולא ייחדו אותה לבית משפט או להרכב מסוים. הדבר גרם

26 ההתפתחות פה אינה מסודרת. ה"מחלקות" לעניינים מנהליים מוסדרות בחוק מיוחד, חוק בתי המשפט המנהליים, הקובע הרכבים שבהם יושב "בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים". עקרונות הסמכות שלהם קבועים בחוק, אולם פרטיהם ניתנים לשינוי בהחלטות תת-חוקתיות. בתי המשפט לענייני משפחה הם מחלקה קבועה ונפרדת, שיש להם מינויים המיוחדים רק להם, וסמכותם נקבעת בחוק. במדינות קונטיננטליות רבות יש מערכות בתי משפט נפרדות לחלוטין לנושאים שונים.

27 אך תשומת הלב הניתנת למינוי לעליון ולמינוי לבתי המשפט הפדרליים הנמוכים, שונה מאוד. כך, רוברט בורק לא התקשה כלל להתמנות לבימ"ש פדרלי נמוך, אולם כשל במשוכת בית המשפט העליון. יש לציין כי הפוליטיזציה של המינויים לבתי המשפט הפדרליים מתרחבת, וכי כיום קשה כבר בהרבה לקבל מינוי גם ברמות הנמוכות יותר של השיפוט הפדרלי.

ל"חוקתניזציה" של כל ענפי המשפט, להגברת חוסר הוודאות המשפטית ולהארכת ההתדיינות. שופטים בכל הערכאות נדרשים להתייחס לטענות חוקתיות ומתבקשים לבטל חוקים מכוחן. בנוסף לכך, יש חלחול, אל בתי המשפט הנמוכים, של עקרונות ה"פרשנות התכליתית", הכופפת את לשון החוק למטרות ולערכים ולתכליות, דבר המגביר את חוסר הוודאות בחוק ואף את ההתדיינות.

כבר למעלה מעשור ניטש ויכוח בדבר תפקידו הראוי של בית המשפט העליון בחיים הציבוריים בישראל.<sup>28</sup> הוויכוח מבוסס על החלשה ניכרת של מחסומי הסף, כגון דרישת מקום עמידה ודרישת השפיטות, יחד עם הרחבה ניכרת של נכונות בית המשפט לבחון החלטות רשות וחוקים לגופם. במקרים אחדים בית המשפט אף הפך, מכוח נטיות פעלתניות אלה, החלטות של הרשויות, אולם אף כאשר אינו עושה כך, הוא מכניס רמת בחינה עצמית אחרת לתוך פעולות המנהל והממשל. כאמור, יש מחלוקת לגבי ההערכה של מגמות אלה, אולם הכול מסכימים בדבר המאפיינים המרכזיים של המגמות החדשות.

ויכוח זה הניב דרישות – מפי מתנגדי המגמות האלה – להקים בישראל בית משפט לחוקה, דרישות שבינתיים לא נענו. במקביל, הוא מניב לחצים גוברים לשנות את דרך המינויים של שופטים בכלל ושל שופטים לבית המשפט העליון בפרט. שמועות על פרטי ההתנהלות בבית המשפט עצמו לקראת סבב המינויים האחרון לבית המשפט העליון ריכזו שוב תשומת לב מיוחדת בנושא זה, והביאו בעקבותיהן גל הצעות לשינוי השיטה הקיימת. בדרך כלל, לא טוב לבחון שיטה חוקתית בהינתן אירוע דרמטי כלשהו. מצד שני, בחינה מחדש של שיטת המינויים לבית המשפט העליון עתה היא בעלת חשיבות ודחופות לאור העובדה שבשלוש השנים הבאות ייקבע למעשה אופיו של בית המשפט העליון לעשורים הבאים.

מטרתי בנייר רקע זה אינה לציין חלופות ולטעון להן, אלא רק להציב מסגרת מוסכמת לדיון פורה. נראה לי כי מטרה זו חשובה במיוחד לאור העובדה כי בדיון בארץ יש נטייה, מצד חוגים רבים, להתייחס לדברי

28 ראו גביוון, קרמניצר, דותן, אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד (תש"ס).

מי שמשמיע דעות אחרות כאל מי שאינו מבין או כאל מי שהוא אויבם של ערכים מוסכמים, כגון דמוקרטיה, זכויות אדם או שלטון החוק. להערכתו, יש אמנם הרבה אי-דיוקים וטעויות בדברים הנאמרים, אך בדרך כלל ראוי להתייחס לטיעונים לגופם, ולא להסתתר מאחורי ייחוס מניעים נסתרים או דחייה גורפת של עמדות.

בקצרה, אומר רק זאת: דרך המינויים לשיפוט שאימצה מדינת ישראל והזוכה לשבחים רבים במדינות אחרות (אם כי הן אינן מאמצות אותה), פעלה היטב בשלושה העשורים הראשונים של המדינה (אם כי גם אז היו דיונים אישיים דומים למדיי לאלה המתנהלים כיום). זאת מאחר שהמערכת השיפוטית אימצה תפיסה צרה בעיקרה לתפקיד השפיטה והדגישה היבטים מקצועיים-משפטיים, והמערכת הפוליטית מצדה הסכימה לצמצם את השפעתה על המינויים. שילוב זה היה שילוב יציב.

שילוב מאוזן ויציב זה התערער בהדרגה. המחלוקות הפנימיות בישראל גברו דווקא כאשר נראה היה שהאיום הקיומי נחלש. כן גברו גם הפלגנות והציניות של המערכת הפוליטית. תפקוד הרשויות הפוליטיות הידרדר ונהיה כוחני יותר מבעבר. בית המשפט העליון בפרט, ובחלחול מסוים - גם בתי המשפט האחרים, החלו להדגיש את התפקיד היוצר-ציבורי-ערכי בפעולתם. יש מחלוקת על ההערכה של מגמה זו, אולם אין חולקים על עצם השינוי.<sup>29</sup> כיום, בית המשפט העליון מרכז בין כתליו כל בעיה ציבורית. מתקיים בנו מה שאמר דה טוקוויל על הדמוקרטיה באמריקה: כל שאלה ציבורית מוצאת את דרכה, במוקדם או במאוחר, לבית המשפט. אצלנו, תהליכים אלה הרבה יותר מהירים מאשר היו בארצות הברית. לבית המשפט שלנו כיום יש פחות כללים של מקום עמידה ומגבלות של שפיטות מאשר לבית המשפט האמריקני אחרי למעלה ממאתיים שנות פעילות. מרבים לציין כי בפועל אין בית המשפט מתערב במקרים רבים, אלא שנתון זה מטעה. גם אם בית המשפט אינו מתערב, הוא מחייב את המדינה להשיב, ונוטל על עצמו את התפקיד לקבוע מסגרות נורמטיביות שבתוכן הסמכות האחרונה היא שלו, ולא של הרשות המוסמכת. מצד שני, גם הליך המינויים לשופטים נהיה כוחני יותר מבעבר. במקום שיתוף פעולה ודיאלוג פורה

29 ראו גביזון ואח', לעיל הערה 28. ראו גם מ' מאוטנר, **ירידת הפרמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

בין רכיבי הוועדה, כפי שתוכנן, כך שמינויי שופטים בכלל ושופטי בית המשפט העליון בפרט יושגו בהסכמה רחבה, מתקיים היום מצב שבו המינויים שנויים במחלוקת, עד כדי פגיעה פוטנציאלית בלגיטימיות של השופטים ושל המוסד שבו הם מכהנים. חוקי היסוד של 1992 ורטוריקת המהפכה שליוותה אותם, יחד עם ההתקדמות האטית של בית המשפט בפרשנות משמעותם, הגבירו את חוסר היציבות, מפני שהוסיפו לו את הוויכוח המתמשך בדבר הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית על חוקים. מצד אחד, המצב המשפטי אכן שונה, וכיום יש לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. מצד שני, סמכות זו חלקית ושנויה במחלוקת, ולכן אין התגבשות פשוטה של לגיטימציה מתמשכת למצב זה.

**להערכתנו, המצב שנוצר איננו יציב.** אחת ממטרותיה של חוקה היא ליצור הסדר משטרי יציב, שיש בו מאזן נכון של בלמים ושל איזונים. לגבי הרשות השופטת, צריך לשנות את המצב הקיים. השינוי יכול להיות ברמת הסמכויות או ברמת המבנה ותפיסת התפקיד של המערכת או של חלקים ממנה, עם שינויים מתאימים בקני המידה למינויים ובדרך המינוי או בשילוב ביניהם. להערכתנו, אי-אפשר יהיה להמשיך במצב הקיים, שבו עורכים דיון בכל אחת ואחת מן השאלות בנפרד. הדיון צריך להיות במכלול, ובמסגרתו צריך יהיה לעשות התאמות.

לדעתי, רצוי ואולי גם ניתן ל"הציל" את אחדות המערכת, כשבראש המערכת בית המשפט העליון, ואת שיטת המינויים, אם יהיה שינוי בסמכויות ובתפיסת התפקיד של בית המשפט, כך שהוא יחזור לצורת פעילותו בשנות ה-70: בלי סמכויות לבטל חוקים ועם גישה זהירה לפרשנות חוקים בעניינים אידיאולוגיים. רצוי לעשות זאת בחקיקת עקרונית בדבר מקום עמידה וקביעת מגבלות שפיטות. עד עכשיו היו אלה "תורה שבע"פ", אולם עכשיו צריך לשנות את המצב הקיים, ולעשות זאת בחוקה עצמה. זו הייתה העמדה שהשמעתי במסגרת ההליך החוקתי.

אם דבר זה נראה בלתי אפשרי או בלתי רצוי או שניהם גם יחד, צריך ליזום שינוי הולם בחלק אחר של המערכת. דווקא מי שאינו רוצה לפגוע בבית המשפט העליון צריך להציע פתרונות ארגוניים ומבניים שיאפשרו לשמר את עמדתו הייחודית, בצורה שתאפשר מענה הולם

יותר לשינוי שנוצר בתפיסת התפקיד של בית המשפט ובהיקף פעולתו הנורמטיבית-ציבורית שאינה יישומית.

אשר על כן, אני מברכת על ההצעות המובאות כאן בידי עמיתי, הפותחות דיון חשוב בדרכים חוקתיות העשויות לשחזר את האיזון ההולם בין רכיבי יישום החוק ויישוב הסכסוכים ובין היצירתיות החוקתית בפעולת הרשות השופטת במדינת ישראל. להצעות אלה יתרון נוסף, והוא שהן תייחדנה את בית המשפט העליון ולא תצגנה אותו רק, או באופן בלעדי, כראש הפירמידה של הרשות השופטת. דבר זה אפשר להדגיש ולאשר, בלי סכנת חלחול, את תפקיד יישוב הסכסוכים והבהרת הדיון, שהוא התפקיד העיקרי והמרכזי של כל בתי המשפט, פרט למחלקה אחת בבית המשפט העליון.

אם אי-אפשר יהיה לבדל בצורה ברורה יחסית את הסמכויות החוקתיות והערכיות-יצירתיות במובהק של ערכאה אחת או של מחלקה מסוימת או של הליך מסוים במסגרת בית המשפט העליון, ואם אי-אפשר יהיה להתאים את דרך בחירתם של שופטים לערכאה זו לתפקידה הייחודי והשונה מן התפקיד השיפוטי הרגיל - יימשך המצב הבלתי יציב דהיום, והוא עלול לחבל בלגיטימיות של הרשות השופטת כולה. בידול כזה אפשר להבחין בין חוסר הנחת מן ההיבטים השירותיים של מערכת השיפוט ובין בעיות מרכזיות של דמוקרטיה וחלוקת עבודה בין רשויות הנוגעות רק לפונקציות שיש בהן יסודות יותר ערכיים-יצירתיים. אלה בעיות מסוגים שונים, וראוי להקדיש לכל אחת ואחת מהן את הבחינה כבודת הראש הראויה להם.



## **פרסומי המועצה הציבורית**

- 1 ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית:** עקרונות לתיקון מדינה ומשטר ירון אזרחי ומרדכי קרמניצר, עם מרגית כהן ואיתן אלימי
- 2 דגם המשטר הראוי לישראל:** דמוקרטיה פרלמנטרית, שיטה נשיאותית או בחירה ישירה לראשות הממשלה
- 3 הכנסת והרשויות, בית עליון, שיטת הבחירות**
- 4 חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות**
- 5 לקראת פתרון ההיבט החוקתי של יחסי דת ומדינה**
- 6 דגמים של ביקורת שיפוטית**
- 7 חוקי-היסוד כתשתית לחוקה** ארגון מחדש של חוקי היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל  
מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר, אבישי בניש
- 8 סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה – המבוא לחוקה**
- 9 הליכי קבלת החוקה ותיקונה והדרכים לעיצוב בית נוסף ליד הכנסת**
- 10 ההיבטים החוקתיים המשטריים והפרוצדורליים של השלטון המקומי**
- 11 סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה**
- 12 הרשות המבצעת – סמכויותיה, תפקידיה ועקרונות פעולתה**
- 13 הרשות השופטת – הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים**