

דוח מחקר  
ינואר 2018



---

# רקע השוואתי **שיטת מינוי** **השופטים בישראל**

---

גיא לוריא



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**שיטת מינוי**  
**השופטים בישראל**

---

רקע השוואתי

גיא לוריא

ד  
ו  
ח  
מ  
ק  
ר

ינואר 2018

עריכת הטקסט: תמר שקד, קרן גליקליך  
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו תמר בר דיין  
ביצוע גרפי: נדב שטכמן פולישוק

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2018

#### המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

טל': 02-5300800 ; פקס: 02-5300867

ד"ר גיא לוריא הוא חוקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם הרשות השופטת, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה, דיני תעמולת בחירות וצנזורה והיסטוריה של המשפט הציבורי, המחשבה המדינית והאזרחית.

דוח המחקר נכתב במסגרת המרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים.

מנהלת המרכז: עו"ד אלונה וינוגרד

סגן נשיא אחראי: כרופ' יובל שני

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב. המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדעות המובעות כאן אינן משקפות בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

## תוכן העניינים

6	תקציר
7	א. מבוא
8	ב. שיטת מינוי השופטים בישראל
9	ג. מגמות במינוי שופטים בעולם
13	ד. מועצת הרשות השופטת: הדגם הדומיננטי בעולם
16	ה. בתי משפט עליונים: מינוי על ידי שופטים או על ידי ועדות מעורבות
19	ו. בתי משפט חוקתיים: מניעת פוליטיזציה
23	ז. סיכום

## ת ק צ י ר

בשנת 1953 אימצה ישראל שיטה חדשה ופורצת דרך לשעתה למינוי שופטים: מינוי על ידי ועדה לבחירת שופטים שמשלבת נציגים משלוש הרשויות – המבצעת, המחוקקת והשופטת – וכן ממקצוע עריכת הדין. מאז התפשט ההסדר הנהוג בישראל ברחבי העולם ונעשה לדגם שכיח ביותר. דוח זה מתאר את המגמות בעולם בתחום שיטות מינוי שופטים כדי להסביר מדוע השיטה הישראלית איננה חריגה כפי שנטען לעיתים בשיח הציבורי. ואלו הן:

- הדגם של "מועצת הרשות השופטת" (שהרכבה דומה לוועדה לבחירת שופטים בישראל) נעשה לדגם הדומיננטי בעולם.
- גם במדינות אחרות שבהן יש לבתי המשפט הרגילים סמכות לביקורת שיפוטית על החקיקה, ניתן משקל רב יותר ויותר לשופטים בתהליכי המינוי.
- גם בבתי משפט חוקתיים נעשה שימוש במנגנוני מינויים שנועדו למנוע חד־צדדיות או פוליטיזציה במינוי השופטים.

ממסמך זה עולה כי בראייה ארוכת טווח של המגמות בתחום זה, שיטת מינוי השופטים בישראל לא רק שאינה חריגה בהשוואה בינלאומית, אלא שהיא חלק מהמגמה העולמית של ניסיונות לנטרל את השיקולים הפוליטיים בבחירת שופטים כדי להבטיח שיפוט מקצועי ובלתי תלוי.

בשנת 1953 אימצה ישראל, בהשראת השיטה שהייתה נהוגה בצרפת, שיטת מינוי שופטים חדשה ופורצת דרך לשעתה: ועדה לבחירת שופטים שמשלבת נציגים משלוש הרשויות – המבצעת, המחוקקת והשופטת – וכן ממקצוע עריכת הדין. מאז התפשט ההסדר הנהוג בישראל ברחבי העולם, וארגונים בינלאומיים ממליצים עליו כאמצעי טוב לאיזון בין עקרון עצמאות השפיטה ובין עקרון האחראיות והדמוקרטיה של השופטים. עקרונות אלה מבוססים על ההבנה שנוסף על ההכרעה בסכסוכים לפי החוק, לשופט תפקיד חשוב גם בהגנה על ערכי היסוד של המדינה ועל זכויות אדם, ויש לו השפעה על גיבוש מדיניות פוליטית, חברתית וכלכלית.

שופט שפוסק בסוגיות אלה זקוק לגיטימציה ולאמון של הציבור, ולכן הרשות השופטת בכלל, ותהליך מינוי שופטיה בפרט, מעוצבים לאור שני העקרונות המתחרים האמורים: עצמאות ואחראיות. מצד אחד תהליך מינוי השופטים וקידומם חייב להבטיח את איתנותם ברשויות השלטון, כדי שהשופטים יפסקו באופן מקצועי ועצמאי לפי חוק וימנעו פגיעה מצד גורמי שלטון בזכויות אדם או בשלטון החוק; מצד אחר, בייחוד על רקע ההבנה ששופט משפיע על גיבוש המדיניות הנוהגת בחברה, יש חשיבות לעקרון האחראיות של השופט אל מול הריבון: האזרחים.

מן המסמך המובא כאן עולה כי בראייה ארוכת טווח של המגמות בתחום שיטת מינוי השופטים, לא רק שישראל אינה חריגה בהשוואה בינלאומית, אלא שהיא חלק מהמגמה העולמית של ניסיונות להגביל את משקלם של השיקולים הפוליטיים בבחירת שופטים כדי להבטיח שיפוט מקצועי ובלתי תלוי. במסמך המובא כאן ייסקרו אפוא המגמות בעולם בתחום שיטות מינוי שופטים ויודגם כי השיטה הישראלית איננה חריגה, בניגוד למה שנטען לעיתים בשיח הציבורי.

## 1. שיטת מינוי השופטים בישראל

חוק יסוד: השפיטה קובע ששופטים בישראל מתמנים על ידי נשיא המדינה לפי בחירתה של הוועדה לבחירת שופטים.<sup>1</sup> ועדה זו מורכבת מתשעה חברים:

- **שלושה שופטים** – נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים של בית המשפט העליון שבחר חבר שופטיו.
- **שני שרים** – שר המשפטים, שעומד בראש הוועדה, ושר נוסף לפי בחירת הממשלה.
- **שני חברי כנסת**, שהכנסת בוחרת בהצבעה חשאית.<sup>2</sup> לפי נוהג ראשיתו בשנת 1990, אבל התערער בשנים האחרונות, נבחרים נציג של הקואליציה ונציג של האופוזיציה.<sup>3</sup>
- **שני נציגים של לשכת עורכי הדין**, שהמועצה הארצית של הלשכה בוחרת בבחירה חשאית.<sup>4</sup>

הסדר זה אומץ כאמור בשנת 1953 על רקע המעבר שהחל אז בעולם ממינוי שופטים על ידי הרשות המבצעת, לשיטת מינוי שמקטינה את תלותם ברשות זו. כמו שהסביר אז שר המשפטים פנחס רוזן בדיון בכנסת, בעוד המינויים בישראל ובכל העולם היו באופן פורמלי בסמכות הרשות המבצעת, הוא שאף להבטיח את איתנות השופטים:

אנו הלכנו בדרך שהיתה חדישה לגמרי – אלמלא הלכו בה בשנים האחרונות גם שתי ארצות אחרות: צרפת ואיטליה. גם שם קיים

1 סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה.

2 סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט").

3 על נוהג זה ראו שמעון שטריה על השפיטה 276 (2004); בג"ץ 9029/16 יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017).

4 סעיף 6(2) לחוק בתי המשפט.



מוסד דומה לוועדת המינויים, כפי שאנו מציעים אותה. [...] ההרכב הוא קצת שונה, אבל גם שם מגוון מאוד [...] אם הצעתנו לא תבטיח אי־תלות, אינני יודע מה יבטיח אותה. על כל פנים, השיטה האובייקטיבית ביותר של מינויים, היא השיטה המגבילה את השפעת הרשות המבצעת, וזאת אנו מציעים עכשיו.<sup>5</sup>

אומנם מאז אומצה השיטה עלתה מפעם לפעם – וביתר שאת בשני העשורים האחרונים – השאלה אם דרושים בה תיקונים יסודיים, אבל למעט תיקונים נקודתיים עקרוניתה נותרו על כנם. כפי שאראה, הוועדה לבחירת שופטים הקדימה את זמנה, ומוסד זה עולה בקנה אחד עם מגמות עכשוויות בשיטות מינוי שופטים במדינות דמוקרטיות אחרות.

## ג. מגמות במינוי שופטים בעולם

יצירת הבירוקרטיה השיפוטית של השלטון המרכזי הייתה היבט חשוב בכינון המדינה המודרנית.<sup>6</sup> בממלכות האירופיות של שלהי ימי הביניים וראשית העת החדשה נתפס מינוי השופטים לחלק מתפקידו ומאחריותו של המלך, ולכן בתקופה המודרנית מינויים היה נתון בדרך כלל בידי הזרוע המבצעת. במבט היסטורי ארוך טווח תהליך הדמוקרטיזציה, בייחוד במאה העשרים, רצוף ניסיונות להפריד את הזרוע המבצעת מתפקידה למנות את השופטים.

5 דברי הכנסת 9, 441–442 (5.1.1953).

6 PAUL BRAND, *THE MAKING OF THE COMMON LAW* (1992); OLIVIER LUDOGMA 6  
 GUILLOT, ALBERT RIGAUDIÈRE & YVES SASSIER, *POUVOIRS ET INSTITUTIONS DANS LA  
 FRANCE MÉDIÉVALE: DES TEMPS FÉODAUX AUX TEMPS DE L'ÉTAT 196–306* (1998); JAMES  
 B. COLLINS, *THE STATE IN EARLY MODERN FRANCE 20–27* (2009); Steven Gunn,  
*Political History, New Monarchy and State Formation: Henry VII in  
 European Perspective*, 82 *HISTORICAL RESEARCH* 380 (2009)

אף שהיום נהוגות שיטות רבות לבחירה או למינוי שופטים, אפשר לסווג לארבעה סוגים עיקריים:<sup>7</sup>

1. בחירה ישירה על ידי הציבור (כנהוג, למשל, בכמה מדינות בארצות הברית או בכמה קנטונים בשווייץ).

2. מינוי של אחת הרשויות הפוליטיות:

א. הרשות המבצעת

ב. הרשות המבצעת באישור הרשות המחוקקת

ג. הרשות המחוקקת.

3. מינוי על ידי "מועצת רשות שופטת" (גוף שהרכבו דומה לוועדה לבחירת שופטים בישראל).

4. מינוי של הרשות השופטת (או נציגי מקצוע עריכת הדין).

יש כמובן גם שיטות מעורבות ומדינות שבהן לאחדים מבתי המשפט ממנים את השופטים בשיטה אחת ולאחרים – בשיטה אחרת.

ניתן אפוא לסדר את שיטות המינויים האלה, ושיטות אחרות של דגמים מעורבים, על גבי רצף שבקצהו האחד האחריותיות הדמוקרטית או הלגיטימציה הדמוקרטית של השופטים לפני האזרחים, ובקצהו האחר עצמאות השפיטה.

7 ראו אפרת אבן "הליך מינוי שופטים: מבט משווה" הרשות השופטת: הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים 263, 268 (אורי דרומי עורך, 2004); שטרית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 270; דינה צדוק "שיטות מינוי שופטים לערכאות עליונות: סקירה משווה" (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2010); אסף שפירא, "הליכי מינוי שופטים: מבט השוואתי" פרלמנט 72 (אחר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012); Kate Maleson, *Introduction, in* APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD 3-4 (Kate Maleson & Peter H. Russell eds., 2005); Tom Ginsburg, *Judicial Appointments and Judicial Independence* (Paper written for the US Institute for Peace, January 2009)

שיטות למינוי שופטים  
על הרצף שבין אחריותיות  
ובין עצמאות השופטים

אחריותיות – עצמאות

מינוי של הרשות השופטת	מינוי של מועצת רשות שופטת כדוגמת הוועדה לבחירת שופטים בישראל	מינוי של הרשויות הפוליטיות	בחירה ישירה של הציבור
-----------------------	--	----------------------------	-----------------------

בסיווג של השיטות למינוי שופטים חשובה במיוחד ההבחנה בין שיטות המשפט המקובל (Common Law) לבין שיטות המשפט הקונטיננטלי (או Civil Law), משום שהן חורגות מגבולות אירופה), בייחוד בשל ההבדל הגדול באופי הקריירה השיפוטית ובתפקיד "יוצר המשפט" של השופט: בשיטות המשפט המקובל כגון בבריטניה, בקנדה, בניו זילנד ובישראל שופטים מתמנים מקרב עורכי הדין המנוסים, ואילו בשיטות המשפט הקונטיננטלי כגון באיטליה, בגרמניה, בספרד, בצרפת ובשוודיה שיפוט הוא קריירה בשירות הציבורי שמתחילה בסיום לימודי המשפטים.<sup>8</sup> בשיטת המשפט הקונטיננטלי התבססה מאז מלחמת העולם השנייה שיטה מעורבת: שופטי בית המשפט החוקתי ממונים על ידי פוליטיקאים, בדרך כלל ברוב מיוחס של שני שלישים או שלוש חמישיות, קרי בהסכמה פוליטית רחבה בין הקואליציה לאופוזיציה; ושופטי יתר הערכאות ממונים על ידי "מועצת רשות שופטת", שרוב החברים בה הם שופטים או שיש להם השפעה מכרעת על ההחלטה.<sup>9</sup>

8 אבן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 263-268; Mary L. Volcansek, *Appointing Judges: the European Way*, 34 FORDHAM URB. L. J. 372-376 (2007).

9 ראו למשל Ginsburg, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2; Volcansek, לעיל ה"ש 8, בעמ' 363; VÍCTOR FERRERES COMELLA, *CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES: A EUROPEAN PERSPECTIVE* 98-99, 103 (2009).

בשיטות משפט לפי מסורת המשפט המקובל (כגון בריטניה, קנדה, אוסטרליה וישראל) לגורמים מהרשות המבצעת הייתה בעבר השפעה מכרעת על מינוי השופטים, והם מונו לעיתים באמצעות בעלי תפקידים שלמעשה רגלם האחת הייתה ברשות המבצעת והאחרת ברשות השופטת (כגון ה־Lord Chancellor האנגלי). בשיטות משפט אלה, כמו בישראל לפני 1953, נהג הגורם הממנה להתייעץ עם שופטים ועם נציגי מקצוע עריכת הדין.<sup>10</sup> פרקטיקה זו של התייעצות לא פורמלית חשובה מאוד, משום שהיא מלמדת על הפער הקיים בין ההסדרים המפורטים בחוק לבין דרכי המינוי בפועל. ממעמדו של הנוהג להתייעץ עם גורמים ברשות השופטת ומהמשקל הרב שניתן לעצות הללו עולה המסקנה שבשיטות שבהן הסמכות הפורמלית לבחירה נתונה בידי נבחרי הציבור, הבחירה בפועל מושפעת מאוד מדעתם של השופטים. הבחנה זו בדבר המשקל הלא פורמלי הניתן לדעתם של השופטים בתהליכי המינוי נכונה לכל שיטות המינוי, הן לפי מסורת המשפט המקובל הן לפי המסורת הקונטיננטלית.<sup>11</sup>

כמו שיפורט להלן, מהמאה העשרים ואילך בשתי שיטות המשפט העיקריות האלה חל שינוי, ותלותו של הליך המינוי ברשויות הפוליטיות קטנה והולכת. במילים אחרות, במינוי השופטים בעולם ניכרת מגמה להעניק יותר ויותר משקל לשיקול המקצועי על חשבון השפעתם של גורמים פוליטיים.<sup>12</sup>

10 אבן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 274-275.

11 על חשיבותה של פרקטיקה לא פורמלית כזאת באוסטרליה ראו Rachel Davis & George Williams, *Reform of the Judicial Appointments Process: Gender and the Bench of the High Court of Australia*, 27 MELBOURNE UNI. L. REV. (2003) 819, 823-825. על חשיבותן של פרקטיקות לא פורמליות אחרות בתהליכי מינוי השופטים בארצות הברית ובגרמניה ראו LEE EPSTEIN & JEFFREY A. SEGAL, *ADVICE AND CONSENT: THE POLITICS OF JUDICIAL APPOINTMENTS* 9 (2005).

12 NUNO GAROUPA & TOM GINSBURG, *JUDICIAL REPUTATION: A COMPARATIVE THEORY* 98 (2015).

## ד. מועצת הרשות השופטת: הדגם הדומיננטי בעולם

בדגם הקונטיננטלי נהוג ששופטי בית המשפט החוקתי ממונים על ידי הרשויות הפוליטיות, ברוב מיוחד, ושופטי יתר הערכאות ממונים על ידי מועצה מיוחדת שאחראית על בחירת שופטים שבה יש משקל רב או רוב לשופטים.<sup>13</sup> דגם "מועצת הרשות השופטת", שב-1953 אומץ בישראל בכל הערכאות (הוועדה לבחירת שופטים), אומץ תחילה בצרפת ובאיטליה ועם הזמן הלך והתפשט באירופה ובשאר העולם.<sup>14</sup> רעיון זה התבסס תחילה במדינות ממסורת המשפט הקונטיננטלי במטרה להגביר את עצמאותם של השופטים שבהליך המינוי שלהם שלטו עד אז – כמו בישראל – הגורמים הפוליטיים. כך הוקמו מועצות

13 ראו את המקורות המוזכרים בה"ש 9 לעיל.

14 על ראשיתו של הרעיון בצרפת ובאיטליה ועל ההליכים שקדמו לו לפני מלחמת העולם השנייה והתפשטותו לאחריה ראו Doris Maire Provine & Antoine Garapon, *The Selection of Judges in France: Searching for a New Legitimacy*, in APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 195-176; Mary L. Volcansek, *Judicial Selection in Italy: A Civil Service Model with Partisan Results*, שם, בעמ' 175-159; JOHN BELL, *JUDICIARIES WITHIN EUROPE: A COMPARATIVE REVIEW* 27 (2006). להרחבה על מועצות רשות שופטת בהקשרים מגוונים ראו GAROUPA & GINSBURG, לעיל ה"ש 12; Wim Voermans, *Councils for the Judiciary in Europe*, 8 TILBURG FOR. L. REV. 121 (2000); WIM VOERMANS & PIM ALBERS, *COUNCILS FOR THE JUDICIARY IN EU COUNTRIES* (2003); Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, 57 AM. J. COMP. L. 103 (2009); Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *The Comparative Law and Economics of Judicial Councils*, 27 BERKELEY J. INT'L L. 53 (2009); Andrea Pozas-Loyo & Julio Ríos-Figueroa, *The Politics of Amendment Processes: Supreme Court Influence in the Design of Judicial Councils*, 89 TEX. L. REV. 1807 (2010-2011); Matthew C. Ingram, *Crafting Courts in New Democracies: Ideology and Judicial Council Reforms in Three Mexican States*, 44 (4) COMPARATIVE POLITICS 439 (2012)

של הרשות השופטת בצרפת, באיטליה, בספרד ובפורטוגל, שתפקידן למנות שופטים ובמידת הצורך לקיים את הליכי המשמעת.<sup>15</sup>

משנות השמונים דגם מועצת הרשות השופטת (בשם כזה או אחר) הלך והתפשט בעולם, והוא התקבל למשל במדינות דרום אמריקה ומרכז ובמדינות מזרח אירופה. גם במדינות חבר העמים הבריטי (למשל בדרום אפריקה, במלזיה, בקניה ובקריביים) שכיחה מועצת הרשות השופטת. מועצה זו, שבה לשופטים משקל רב, ממנה את שופטי בתי המשפט או מייצעת לגורם הממנה, לעיתים גם בנוגע למינויים לבתי המשפט העליונים.<sup>16</sup>

פקיסטן למשל הקימה לפני פחות מעשור מועצת רשות שופטת ובה תשעה חברים: שישה שופטים (נשיא בית המשפט העליון, ארבעת שופטי בית המשפט העליון והוותיקים ביותר, ועוד שופט בית משפט עליון בדימוס שממנה נשיא בית המשפט העליון), שני נציגים של הרשות המבצעת (שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה) ונציג של לשכת עורכי הדין. מועצה זו מציעה מועמד לכל מושב שמתפנה בבית המשפט העליון. ועדה של הפרלמנט, ובה מספר שווה של נציגי הקואליציה והאופוזיציה, מוסמכת לדחות את הצעת המועצה רק ברוב של שלושה רבעים מחבריה.<sup>17</sup>

מועצת רשות שופטת נעשתה לדגם הדומיננטי הן בשיטות המשפט המקובל הן בשיטות המשפט הקונטיננטלי, והיום היא אינה מוגבלת אך ורק למדינות שפועלים בהן בתי משפט חוקתיים (ראו להלן).<sup>18</sup> גם ארגונים בינלאומיים החלו

WIM VOERMANS & PIM ALBERS, COUNCILS FOR THE JUDICIARY IN EU COUNTRIES 15  
10-12 (2003)

JAN VAN ZYL SMIT, THE APPOINTMENT, TENURE AND REMOVAL OF JUDGES UNDER 16  
COMMONWEALTH PRINCIPLES: A COMPENDIUM AND ANALYSIS OF BEST PRACTICE (2015)

17 ראו את התיקון ה-18 לחוקת פקיסטן שהתקבל בשנת 2010, סעיף 175A לחוקה.

18 גרופה וג'ינזברג מעריכים שבכ-60% ממדינות העולם יש איזושהי מועצת רשות שופטת (לא למינוי שופטים דווקא). ראו GAROUPA & GINSBURG, לעיל ה"ש 12, בעמ' 101. על התפשטותן של מועצות הרשות השופטת ראו שם, בעמ' 101, וכן ביחר המקורות המוזכרים בה"ש 14 לעיל.

להמליץ על דגם זה. בפועל, במועצות אלו חברים בדרך כלל שופטים רבים, לעיתים הם מהווים רוב, דבר שעולה בקנה אחד עם ההמלצות של ארגונים בינלאומיים.<sup>19</sup> עם זאת, חשוב להבהיר שהרכבן משתנה ממדינה למדינה. בדרך כלל הן כוללות נציגים של השופטים, שבחרים עמיתיהם או הרשויות הפוליטיות, נציגים של הרשויות הפוליטיות, עורכי דין ואחרים.<sup>20</sup> כאמור, דגם זה נתפס בעולם כאמצעי טוב לאיזון בין עצמאות השפיטה ובין אחריותיות כלפי האזרחים.<sup>21</sup>

19 בבלגיה 50% מחברי המועצה הם שופטים, בקרואטיה 64%, ביוון 100%, באיטליה 60%, בפורטוגל 47%, בצרפת 37% ובפולין 68%. ראו GAROUPA & GINSBURG, **לעיל** ה"ש 12, בעמ' 203-205. להמלצות של הארגונים הבינלאומיים – הן מועצת אירופה והן הרשת האירופית למועצות של הרשות השופטת – ראו BUDAPEST RESOLUTION OF THE GENERAL ASSEMBLY OF THE EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY (May 21-23, 2008); COUNCIL OF EUROPE, JUDGES: INDEPENDENCE, EFFICIENCY AND RESPONSIBILITIES (Recommendation CM/Rec (2010) 12, November 17, 2010); THE GENERAL ASSEMBLY OF THE EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY, THE SOFIA DECLARATION ON JUDICIAL INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY (June 5-7, 2013); EUROPEAN NETWORK OF COUNCILS FOR THE JUDICIARY, INDEPENDENCE AND ACCOUNTABILITY OF THE JUDICIARY AND THE PROSECUTION: IMPROVING THE PERFORMANCE INDICATORS AND QUALITY OF JUSTICE (ENCJ Report 2015-2016, June 3, 2016)

20 ראו GAROUPA & GINSBURG, **לעיל** ה"ש 12, בעמ' 112.

21 לטעון זה בישראל ראו רות גביזון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** 69, 162 (תש"ס); גיא לוריא **ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה** 112-118 (2011). לטעון זה בעולם ראו GAROUPA & GINSBURG, **לעיל** ה"ש 12, וכן יתר המקורות המוזכרים בה"ש 14 **לעיל**. הביקורת המובעת לעיתים בספרות המחקר על מועצות רשות שופטת רלוונטית פחות לענייננו משתי סיבות. ראשית, בדרך כלל היא עוסקת במועצות רשות שופטת שהחלו לעבוד בדמוקרטיה חדשה במזרח אירופה מתוך התעלמות מהתרבות המשפטית הקיימת, בשונה מישראל, שהייתה מהראשונות שאימצו את ההסדר הזה, דווקא מתוך רגישות מיוחדת לתרבות המשפטית והפוליטית של התקופה. שנית, ביקורת זו מתייחסת למועצות רשות שופטת שעוסקות בניהול אדמיניסטרטיבי של בתי המשפט, ולא במינוי שופטים לביקורת אלה ראו Markus B. Zimmer, *Judicial System Institutional Frameworks: An Overview of the Interplay between Self-Governance and Independence*, 2011 UTAH L. REV. 121, 130-131 (2011); Michal Bobek & David Kosar, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe* (Research Paper in Law, College of Europe, 2013); Carlo Guarnieri, *Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy?*, 49 (3) REPRESENTATION 347 (2013); DAVID KOSAR, PERILS OF JUDICIAL SELF-GOVERNMENT IN TRANSITIONAL SOCIETIES (2016)

## ה. בתי משפט עליונים: מינוי על ידי שופטים או על ידי ועדות מעורבות

כמו בישראל, גם במדינות אחרות שבהן יש לבתי המשפט הרגילים סמכות לביקורת שיפוטית על החקיקה (להבדיל מבית משפט חוקתי מיוחד בלבד), מתרחב השימוש בשיטות בחירה שונות משקל רב לשופטים בהליכי המינוי – אם כחלק מגוף ממנה בלעדית ואם כחלק מוועדה מעורבת בדגם של מועצת רשות שופטת. בייחוד חשוב לשים לב למדינות ממסורת המשפט המקובל, כמו ישראל, שבהן שופטים וועדות מינויים עם משקל רב לשופטים קיבלו כוח רב יותר במינוי שופטי בית המשפט העליון. מגמה זו בולטת מאוד במדינות חבר העמים הבריטי כגון בליז, פקיסטן, קמרון, קניה, קפריסין וגאמייקה.<sup>22</sup> במסמך זה אתמקד בארצות הברית, בבריטניה, בהודו ובקנדה.

ארצות הברית. בדיון הציבורי בישראל בעניין שיטות מינוי שופטים נוהגים לא פעם להתמקד בהליך הפוליטי של מינוי שופטים לבית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית. השופטים הללו מתמנים על ידי הנשיא באישור הסנט. מדובר בהליך פוליטי שכרוך בשימוע פומבי, אך מתקיימת בקרה על כוחו של הנשיא. עם זה במדינות רבות בארצות הברית נהוג מינוי על בסיס שיקולים מקצועיים באמצעות ועדות מקצועיות (Merit Commissions) שממנות את השופטים בעצמן או ממליצות על מועמדים. שיטה זו, שלעיתים נקראת "שיטת מיזורי", החלה להתפשט בארצות הברית בראשית המאה העשרים, אבל נעשתה דומיננטית יותר בשנות השישים והשבעים. הרכבן של הוועדות משתנה ממדינה למדינה, אבל בכולן יש לשופטים משקל רב, ולא פעם הם הרוב בוועדה. יתר החברים הם נציגי מקצוע עריכת הדין או אזרחים שממנות הרשויות הפוליטיות. היום זו השיטה השכיחה ביותר למינוי שופטים לבתי המשפט העליונים במדינות

22 ראו van Zyl Smit, לעיל ה"ש 16, בעמ' 129-211.



ארצות הברית, בעקבות התפיסה שהשתרשה שם שוועדות אלה הן השיטה הטובה ביותר להבטחת אי־תלותם של השופטים.<sup>23</sup>

בריטניה. ברפורמה שנערכה בשנת 2005 הועברו סמכויות המינוי מגורם פוליטי – ה־Lord Chancellor, שהיה בו זמנית חלק מהרשות המבצעת, הרשות המחוקקת וראש הרשות השופטת – לוועדות מינויים מקצועיות שבהן לשופטים משקל רב. במסגרת הרפורמה הוקם בית המשפט העליון החדש של הממלכה המאוחדת הבריטית, ואת שופטיו ממנה מאז ועדה המורכבת מנשיא בית המשפט העליון, המשנה לנשיא ונציג אחד מכל ועדת מינויים לבתי המשפט באנגליה, בסקוטלנד ובאירלנד, שלפחות אחד מהם אינו שופט. בוועדה לא יושב נציג של הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. הוועדה רשאית בכל פעם להמליץ ל־Lord Chancellor, המקביל אצלנו לשר המשפטים, על מועמד אחד בלבד, והוא שמחליט בפועל על המינוי. הוא רשאי לדחות את המינוי פעם אחת ולבקש מהוועדה לשקול בשנית את המלצתה.

את השופטים לבתי המשפט הנמוכים יותר ממנות ועדות המינויים של אנגליה, סקוטלנד ואירלנד, שהרכבן מגוון – שופטים, עורכי דין וחברים אחרים. בוועדת המינויים באנגליה יושבים 15 חברים: שבעה שופטים, שני עורכי דין ושישה חברים אחרים (אחד מהם יושב ראש הוועדה). החברים האחרים הם למשל אנשי אקדמיה בכירים, יוצאי צבא והשירות הציבורי ומומחים בתחום משאבי אנוש. חברי ועדת המינויים הזאת מתמנים על ידי הכתר בהמלצת ה־Lord Chancellor, אך לפי המלצה מחייבת של ועדות לאיתור מועמדים שחבריהן מתמנים בהליך מורכב שבו ניתן לראש הרשות השופטת, או למועצת שופטים, משקל מכריע ומחייב.<sup>24</sup> במילים אחרות, בהליך מינוי השופטים בבריטניה ניתנת השפעה מכרעת לשופטים ולוועדות מינויים מקצועיות ובלתי תלויות ברשויות הפוליטיות.

23 ראו אבן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 273; GAROUPA & GINSBURG, לעיל ה"ש 12, בעמ' 113–114.

24 Constitutional Reform Act, 2005, schedules 8 and 12; The Judicial Appointment Commission Regulations, 2013; The Website of the Judicial Appointment Commission; Erin F. Delaney, *Searching for Constitutional Meaning in Institutional Design: The Debate over Judicial Appointments in the United Kingdom*, 14 INT'L J. CONST. LAW 752 (2016)

הודו. סעיף 124(2) לחוקה ההודית קובע כי הנשיא ממנה את שופטי בית המשפט העליון בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון ועם שופטים נוספים. בפועל, בסדרה של שלושה פסקי דין של בית המשפט העליון, בשנים 1999-1982, ניתן מעמד מכריע לעצתו של נשיא בית המשפט העליון ועוד ארבעה מחבר שופטיו ("הקולגיום"). במילים אחרות, לשופטים בהודו ניתן מאז כוח מכריע במינוי שופטי בית המשפט העליון. בשנים האחרונות ניסתה הממשלה לשנות הסדר זה ולעבור להסדר שדומה יותר לשיטה למינוי שופטים בישראל: קרי, נקבע ששופטי בית המשפט העליון יתמנו בידי ועדת מינויים שתורכב משישה חברים – נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים בכירים בו, שר המשפטים ועוד שני חברים שתמנה ועדה שתורכב מראש הממשלה, מנהיג האופוזיציה ונשיא בית המשפט העליון. באוקטובר 2015 ביטל בית המשפט העליון ההודי את ההסדר החדש והחזיר לתוקף את שיטת המינויים הקודמת של שליטה מכרעת של השופטים. הנימוק: נוכחות שר המשפטים ועוד שני חברים בוועדה הבוחרת תסכן את העצמאות השיפוטית.<sup>25</sup>

קנדה. הסמכות למנות שופטים לבית המשפט העליון הקנדי נתונה בידי ראש הממשלה, שלו לכאורה שיקול דעת רחב במינוי השופטים. ואולם כפי שמסבירים מומחים כמו מארק טושנט (Tushnet), חלים בהליך מינוי השופטים בקנדה לא מעט כללים לא פורמליים, בכללם דומיננטיות של השיקול המקצועי, והכלל שלבית המשפט העליון מתמנה בדרך כלל שופט מערכאות נמוכות יותר.<sup>26</sup> זאת ועוד, לאחרונה ערכה קנדה רפורמה בהליך מינוי השופטים לבית המשפט העליון, ועברה לדגם שבו אלו מתמנים באמצעות ועדה מייעצת עצמאית ומקצועית. גם מעמד הוועדה הזאת הוא לכאורה לא פורמלי ומתבסס על החלטת הממשלה.

25 על שיטת המינויים בהודו ראו Burt Neuborne, *The Supreme Court of India*, 1 Int'l J. Const. L. 476, 483-485 (2003); Pratap Bhanu Mehta, *India's Judiciary: The Promise of Uncertainty*, in THE SUPREME COURT VERSUS THE CONSTITUTION 155, 168-173 (Pran Chopra ed., 2006); Jan van Zyl Smit, *Judicial Appointments in the Commonwealth: Is India Bucking the Trend?*, U.K. CONST. L. BLOG (March 7, 2016)

26 Mark Tushnet, *Canada Judicial Appointment Process* (Lecture at the ICON-S Conference, University of Copenhagen, July 6, 2017)

הוועדה מורכבת משבעה חברים: ארבעה חברים מקצועיים – שופט לשעבר, שני עורכי דין ואיש אקדמיה; ושלושה חברים שממנה שר המשפטים, לפחות שניים מהם אינם אמורים להיות עורכי דין. הוועדה ממליצה על שלושה עד חמישה מועמדים לתפקיד בהתאם לכישוריהם המקצועיים.

ועדה זו מצטרפת למגמה הרוחת בפרובינציות הקנדיות ובבתי המשפט הפדרליים הנמוכים יותר מאז שנות השישים של המאה העשרים. לפי מגמה זו, הסמכות למנות שופטים אומנם נתונה בידיהם של שרי המשפטים של הפרובינציות – ובבתי המשפט הפדרליים בידי הממשלה בהמלצת שר המשפטים – אבל בהליך מעורבות גם ועדות מקצועיות ובלתי תלויות. סמכויותיהן של הוועדות מגוונות, החל בייעוץ וסינון וכלה בהמלצה מחייבת, וכך גם הרכביהם, אך כמעט בכולן (מלבד אחת) שופטים ועורכי דין הם הרוב.<sup>27</sup>

## 1. בתי משפט חוקתיים: מניעת פוליטיזציה

מגמת המעבר למנגנוני מינוי שופטים שמטרתם לנטרל את הפוליטיזציה של ההליך באמצעות ועדות מקצועיות בלתי תלויות פסחה לכאורה על בתי המשפט החוקתיים, שאת השופטים בהם ממנים גורמים פוליטיים. מדובר בערכאות שיפוטיות שהן המוסמכות הבלעדיות לעסוק בביקורת שיפוטית על התאמתם של דברי חקיקה לחוקה, וכינון צבר תאוצה בעולם מאז מלחמת העולם השנייה.

F. L. Morton, *Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System* 27  
 , לעיל ה"ש 7, *in Transition, in APPOINTING JUDGES IN AN AGE OF JUDICIAL POWER*  
 בעמ' 56-77, Peter McCormick, *Judging Selection: Appointing Canadian*  
*Judges*, 30 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 39 (2012); Maxime St-Hilaire, *The*  
*New Selection Process for the Supreme Court of Canada: A Global*  
*Constitutionalism Perspective*, INT'L J. CONST. L. BLOG, October 20, 2016  
 , לעיל ה"ש 26, Tushnet.

במובן מסוים דרכי מינוי השופטים לערכאות אלה אינן רלוונטיות לישראל, משום שבית המשפט העליון הישראלי אינו בית משפט לחוקה. רוב עיסוקו אינו חוקתי, אין לו בלעדיות על הביקורת השיפוטית על החקיקה, וגם בתי משפט אחרים יכולים למתוח ביקורת כזאת. עם זאת הטענה של גורמים בציבור הישראלי שמן הראוי להפוך את בית המשפט העליון לבית משפט לחוקה, או לחלופין שיש לצמצם את הסמכות לביקורת השיפוטית שלו בשל ה"גירעון הדמוקרטי" הנובע מדרכי המינוי של שופטיו – מחייבת לציין שגם בבתי משפט חוקתיים נעשה שימוש במנגנוני מינויים שנועדו למנוע חד־צדדיות במינוי השופטים. מסיבה זו במינוי שופטים לבתי משפט לחוקה נהוגים לא פעם מנגנונים שנותנים משקל לשופטים או לאופוזיציה הפרלמנטרית.

ישנם שלושה מנגנונים דומיננטיים למינוי שופטים לבתי משפט לחוקה,<sup>28</sup> בשלושתם נעשה ניסיון למתן את הפוליטיזציה של הליך המינוי:

#### בחירה על ידי שלוש רשויות השלטון.

במדינות כגון איטליה, אוקראינה<sup>29</sup> ובולגריה שלוש רשויות השלטון (המבצעת, המחוקקת והשופטת) בוחרות את שופטי בית המשפט החוקתי, וכל אחת מהן בוחרת שיעור מסוים של השופטים. כך למשל, שליש מהשופטים נבחרים על ידי הנשיא, שליש על ידי בית המחוקקים ושליש על ידי בית המשפט העליון.<sup>30</sup> כפי שהסביר בית המשפט החוקתי באיטליה, הרכב כזה מבטיח איזון ורגישות לאינטרסים מגוונים: הרשות השופטת ממנה בדרך כלל שופטים מכהנים; הנשיא ממנה שופטים – מקרב שופטי בתי המשפט, מרצים למשפטים או עורכי דין עם ותק רב במקצוע – שמאזנים את ההרכב האידיאולוגי והמקצועי של

28 Ginsburg, לעיל ה"ש 7; Comella, לעיל ה"ש 9; EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), THE COMPOSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS (1997)

29 על פרטי המנגנון באוקראינה ועל השינויים השנויים במחלוקת שנערכו בו בשנת 2017 ראו Olena Goncharova, *Poroshenko Signs Controversial Law on New Constitutional Court*, KYIVPOST (31.7.2017) (online)

30 סעיף 135 לחוקת איטליה; סעיף 148 לחוקת אוקראינה וסעיף 147 לחוקת בולגריה.

בית המשפט; ובית המחוקקים ממנה את השופטים מתוך הסכמה רחבה עם מפלגות האופוזיציה.<sup>31</sup>

#### בחירה בהסכמה של הקואליציה והאופוזיציה.

כאמור לעיל, במדינות רבות באירופה ומחוצה לה הרשויות הנבחרות הן שבחרות את שופטי בית המשפט החוקתי, אבל הן עושות זאת באמצעות רוב מיוחס (של שני שלישים או שלוש חמישיות) שמבטיח משקל לעמדת האופוזיציה. כך למשל נבחרים לפחות אחדים מהשופטים בבתי המשפט החוקתיים באיטליה, בבלגיה, בגרמניה, במקסיקו, בספרד ובפורטוגל.<sup>32</sup> כמו שהסבירו שופטי בית המשפט החוקתי בגרמניה, הודות למנגנון זה השופטים מתמנים בהסכמה רחבה ועמדותיהם מקובלות לא רק על "מחנה פוליטי ספציפי". כך, נאמנותם של השופטים אינה לאידיאולוגיה פוליטית כזאת או אחרת אלא לחוקה ולחוק.<sup>33</sup>

#### המודל השיתופי.

דגם זה מחייב שיתוף פעולה בין כמה מוסדות נבחרים. כך למשל, הנשיא מציע את המועמד ובית המחוקקים מאשר אותו (לעיתים דרוש רוב מיוחס בבית הנבחרים), או להפך. דרך זו נהוגה בצ'כיה ובבלגיה.<sup>34</sup> גם דגם זה מחייב לפחות מידה מסוימת של הסכמה רחבה בין גורמי השלטון, שלכל אחד לגיטימיות דמוקרטית עצמאית של בחירה על ידי אזרחים, והם אף עשויים לשקף כוחות

The Constitutional Court of the Italian Republic, *Constitutional Justice: Functions and Relationship with the other Public Authorities* 1-2 (National report prepared for the XV<sup>th</sup> Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 2011)

32 ראו: Comella, לעיל ה"ש 9, בעמ' 205; *Mexico Judicial Appointment Process* (Lecture at the ICON-S Conference, University of Copenhagen, July 6, 2017)

Gertrude Lübbe-Wolff, Rudolf Mellinghoff, & Reinhard Gaier, 33 *Constitutional Justice: Functions and Relationship with the other Public Authorities* 2 (National report prepared for the XV<sup>th</sup> Congress of the Conference of European Constitutional Courts by the Federal Constitutional Court of Germany, 2011)

34 סעיף 84 לחוקת הרפובליקה הצ'כית; אתר האינטרנט של בית המשפט החוקתי הבלגי.

פוליטיים שונים. בבליגיה למשל, בשל השימוש בדגם זה שופטים מתמנים מתוך הסכמה רחבה עם מפלגות האופוזיציה.<sup>35</sup>

## שחיקת הבלעדיות של בתי המשפט החוקתיים

מעבר לסוגיה של דרכי מינוי השופטים, בשנים האחרונות מתעצם כוחם של בתי המשפט הרגילים באירופה בכל הקשור לביקורת שיפוטית על חקיקה על חשבון כוחם של בתי המשפט החוקתיים משתי סיבות. הראשונה היא ההכפפה שהמדינות החתומות על האמנה האירופית לזכויות אדם הכפיפו את עצמן לביקורת שיפוטית של בית המשפט האירופי לנושא זה. אנגליה אף הוסיפה לכך את חוק זכויות האדם, המאפשר לבתי המשפט בה להחיל את זכויות האדם המפורטות באמנה ואף להצהיר "הצהרת חוסר התאמה" של חוק כלשהו של הפרלמנט לאמנה.

הסיבה השנייה לעליית כוחם היא ההכפפה של המדינות לביקורת השיפוטית של בית המשפט האירופי לצדק, מוסד השיפוט המרכזי של האיחוד האירופי, והדוקטרינה המשפטית שלו שהולכת ומתבססת, הגורסת שעל בתי המשפט הרגילים לפרש את החוק המדינתי בארצם בהתאם לדיני האיחוד האירופי ("displacement doctrine"), כפי שמסביר יאן קומרק (Komárek).<sup>36</sup> לפי

Marc Bossuyt & Riet Leysen, *La justice constitutionnelle: Fonctions et relations avec les autres autorités publiques* 1 (Rapport national pour le XV<sup>ème</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique, 2011)

Jan Komárek, *National Constitutional Courts in the European* 36  
*Constitutional Democracy*, 12 INT'L J. CONST. L. 525 (2014). ראו גם את הדיון

שהתפתח בעקבות מאמרו: Marco Dani, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Reply to Jan Komárek*, 15 (3)

INT'L J. CONST. L. 785 (2017); Elias Deutscher & Sabine Mair, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Reply to Jan Komárek*, 15 (3) INT'L J. CONST. L. 801 (2017); Jan Komárek,

*National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Rejoinder*, 15 (3) INT'L J. CONST. L. 815 (2017)

פסיקתו של בית המשפט האירופי לצדק, על בית המשפט הרגיל של המדינה לעשות זאת, אם מדובר בערכאה שאי־אפשר לערער עליה בדין הפנימי, גם בניגוד לפסיקה חולקת של בית המשפט החוקתי, כשמדובר בחוק מדינתי שבית המשפט הרגיל סבור שאינו תואם את הדין של האיחוד האירופי גם כנגד דעתו של בית המשפט החוקתי במדינה.

מגמה זו מצטרפת לפנייה ההולכת וגוברת של בתי משפט רגילים במדינות האיחוד האירופי בעתירות לבית המשפט האירופי לצדק בגין הפרת זכויות אדם בארצם. המשמעות של המגמות האלה במשולב היא שבמדינות האיחוד לבתי המשפט הרגילים – שכלל מכהנים בהם שופטים שמתמנים בהליך לא פוליטי עם משקל רב של שופטים – יש כוח רב יותר ויותר למתוח ביקורת שיפוטית על חקיקה על חשבון כוחם של בתי המשפט החוקתיים.

## ז. סיכום

אחד הטיעונים של מתנגדי השיטה למינוי שופטים בישראל הוא השוואתי. לפי טיעון זה, שיטות מינוי כמו השיטה הישראלית נפוצות בבתי משפט שאין להם סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה או שסמכותם לכך מוגבלת מאוד. כך למשל, שיטת מינוי זו נפוצה במדינות שפועלות לפי המשפט הקונטיננטלי בערכאות רגילות, להבדיל מבתי המשפט החוקתיים, או בשיטה האנגלית או הקנדית, שבהן דגם הביקורת השיפוטית, כך נטען, מותיר בידי המחוקק את "המילה האחרונה". שופטי בתי משפט שיש להם סמכות מלאה לביקורת שיפוטית על חקיקה, על פי טיעון זה, מתמנים בדרך כלל על ידי נבחרי הציבור כדי לשמר את אחריותותם הדמוקרטיות. שיטת המינוי בישראל בשילוב הביקורת השיפוטית על החקיקה הנהוגה בה – הופכות אותה לחריגה בהשוואה בינלאומית.<sup>37</sup>

37 טיעון זה מופיע באופן רהוט ומנומק אצל יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות – מבט השוואתי" משפט וממשל י, 489 (תשס"ז).

אומנם טיעון זה שובה לב במבט ראשון, אבל הוא שגוי. ראשית, הטענה באשר להותרת "המילה האחרונה" בידי המחוקק היא בעייתית הן בדוגמה האנגלית הן בדוגמה הקנדית.<sup>38</sup> מעבר לכך, הטיעון ששיטת המינוי בישראל חריגה מתעלם מהמגמות שעמדתי עליהן במאמר זה: (א) הרפורמה בשיטות מינוי השופטים לעבר אי-תלות של הליך המינוי ברשויות הפוליטיות; (ב) העובדה שמגמה זו מתגברת והולכת גם במדינות ובערכאות שיפוטיות שבהן נהוגה ביקורת שיפוטית על חקיקה; (ג) הניסיונות למנוע פוליטיזציה גם בבתי משפט חוקתיים והשחיקה במעמדם.

יתרה מזו, טיעון זה מתעלם מההסדרים הבלתי פורמליים הנהוגים בשיטות משפט רבות, שלפיהם הגורמים המחליטים מתייעצים עם שופטים ועם גורמי מקצוע אחרים ומעניקים לעצותיהם משקל רב. כאמור למעלה, פרקטיקות אלה מחייבות את המסקנה שלא פעם בשיטות שבהן לנבחרי הציבור ניתנה הסמכות הפורמלית למנות את השופטים, הבחירה בפועל מושפעת מאוד מדעתם של השופטים.

לסיכום, בראייה ארוכת טווח של המגמות בעולם שיטת מינוי השופטים בישראל לא רק שאינה חריגה בהשוואה בינלאומית, אלא שהיא חלק מהמגמה העולמית של ניסיונות לנטרל את השיקולים הפוליטיים בבחירת שופטים. מטרתה של מגמה זו הן להבטיח שיפוט מקצועי ובלתי תלוי, ונד בוד לשמור על אמון הציבור ברשות השופטת, שעלול להיפגע מפוליטיזציה שלה.

38 באנגליה כאמור יש לבית המשפט סמכות להצהיר "הצהרת חוסר התאמה" אשר ככלל הרשויות הפוליטיות מכבדות, ובקנדה – שבה יש פסקת התגברות, קרי סמכות מילה אחרונה לרשות המחוקקת – השימוש בה היה עד כה מוגבל ובמידה רבה תיאורטי.



