



מר אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

פרופ' ורד וניצקי-סרוסי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר טלי מרידור

עו"ד אבי פיישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופט רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

מר אליזאבט אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' רונן בוגדנו, בריטניה

השופט דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייר, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוגרט מונקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קושלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי (ג'סי) פרס, אסטרטגיה

פרופ' קרנית פלוג, מחקר

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא כבהא

פרופ' עמיהי כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' עליה פיישר

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קורמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' יודיה צ' שטרן

פרופ' איתן שניסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק ברמון

הנדון: ההסכם הקואליציוני – נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים

1. ב-20 באפריל 2020 נחתם הסכם קואליציוני לכינון ממשלה בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול לבן. בסעיף 26 להסכם זה נקבע כי הקואליציה תציג לבחירת הכנסת שני נציגים מטעמה לוועדה לבחירת שופטים. לפי ההסכם, נציגה אחת תהיה מטעם "גוש הליכוד" – גב' אסנת הילה מארק – ונציג שני יהיה מטעם "גוש כחול לבן" – חבר הכנסת צבי האזור. כלומר, הסכם זה יוביל לביטול ייצוג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים.

2. שינוי שכזה ואף הסכמה קואליציונית עליו פוגעים באיזונים ובבלמים של הדמוקרטיה הישראלית, ולמיטב הבנתנו, הוא אף אינו חוקי.

השפעת ההסכם על הרכב הוועדה לבחירת שופטים

3. לפי סעיף 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, בוועדה לבחירת שופטים מכהנים תשעה חברים: שלושה שופטים (נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון); שני שרים (שר המשפטים, שמכהן גם כיו"ר הוועדה, ושר נוסף שנבחר על ידי הממשלה); שני נציגים של לשכת עורכי הדין; ושני חברי כנסת. לפי סעיף 16(1) לחוק בתי המשפט, חברי הכנסת בוועדה נבחרים על ידי הכנסת בהצבעה חשאית. לפי החוק חברי הכנסת מכהנים "כל עוד הם חברי הכנסת", ומשתמה כהונת הכנסת – עד שהכנסת החדשה בוחרת חברים אחרים במקומם.

4. לפי נוהג שהחל בשנת 1990 בוחרת הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נציג של

הקואליציה ונציג של האופוזיציה [ראו: בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת



המכון הישראלי לדמוקרטיה

המשפטים (פורסם בנבו, 1.2.2017), להלן: פרשת אבירם]. כלומר, בהתאם לחוק היסוד ולנוהג, לקואליציה ולממשלה ישנם שלושה נציגים בוועדה לבחירת שופטים ואילו לאופוזיציה בכנסת נציג אחד.

5. **ההסכם הקואליציוני נועד לבטל נוהג ארוך שנים זה ולמנוע מהאופוזיציה את נציגה בוועדה לבחירת שופטים.**

המעמד החוקתי של הוועדה לבחירת שופטים

6. עקרון אי-תלות השופטים הוא עקרון יסודי בשיטת המשפט בישראל. שיטת בחירת השופטים נועדה להבטיח את מינוי השופטים בהתאם למקצועיותם בתחום המשפט והשיפוט, כדי להבטיח את אי-תלותם השיפוטית שנקבעה בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה: "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

7. מסיבה זו, לוועדה לבחירת שופטים ולהרכבה מעמד חוקתי חשוב ורב משמעות בשיטת המשפט בישראל. מאז שהוקמה הוועדה בשנת 1953 באמצעות חוק השופטים, היה ברור שמדובר באחד מהסדרי היסוד של שיטת המשפט, שנועדו להגן על עצמאות השפיטה. כבר בדיוני הכנסת והממשלה שקדמו לחקיקה, הבהירו חברי הכנסת וחברי הממשלה שמדובר בהסדר "יסודי" (אף שנחקק אז בחוק רגיל) שעוסק בסוגייה חוקתית מהמעלה הראשונה. [גיא לוריא **הוועדה לבחירת שופטים** (2019), בעמ' 21-22]. בשנת 1984 עוגן ההסדר הזה בחוק-יסוד: השפיטה, וקיבל מעמד נורמטיבי חוקתי גם במישור הפרמלי. **מדובר בהסדר שהושג מתוך ראייה ממלכתית של המעמד העצמאי של השופטים ובמשך עשורים רבים שימש גורם מרכזי בהבטחת אי-תלותם בממשלה ובכנסת.**

8. כפי שהסביר בית המשפט העליון בפרשת אבירם, ההרכב של הוועדה לבחירת שופטים, אשר משלב נציגים משלושת רשויות השלטון וממקצוע עריכת הדין, נועד לאזן בין שלושה עקרונות חשובים שעומדים בבסיס עבודת הרשות השופטת ומבטיחים את אמון הציבור ברשות השופטת:

א. עקרון אי-תלות והעצמאות השיפוטית;

ב. עקרון האחריותות;

ג. עקרון השיקוף החברתי של הרכב בתי המשפט.

9. להרכב הוועדה לבחירת שופטים חשיבות חוקתית מיוחדת גם על רקע הסדרים בעייתיים אחרים בישראל שאינם מבטיחים בצורה מספקת את אי-תלות השופטים, כגון העדרה של חוקה משוריינת, כוחן הרב של הרשות המבצעת והקואליציה בישראל (וכוחה המאזן החלש של הכנסת כגוף מפקח ומבקר), והעדר מעמד עצמאי לרשות שיפוטית מבחינה אדמיניסטרטיבית.

10. הסכמה חד-צדדית של הקואליציה לפגוע באיזון החוקתי שהושג בהרכב הוועדה לבחירת שופטים עלולה להוביל להגדלה של כוחה של הקואליציה הזו או קואליציה עתידית בוועדה, ולהגברת שיקולים פוליטיים בהליך מינוי השופטים, לרבות מינוי שופטים שלא על בסיס מקצועיותם אלא על בסיס השערות על אודות מידת קרבתם האידיאולוגית למפלגות המצויות בשלטון. התפתחות כזו תגרור לפוליטיזציה של הוועדה, תחבל באי-תלות השופטים ותשחית את תהליך מינויים. היא עלולה בסופו של יום לכרסם כרסום של ממש בעקרון שלטון החוק בישראל.

11. יש לציין כי בישראל, באופן מיוחד, לאי-תלות השופטים יש תפקיד קריטי בשמירה על מערכת האיזונים והבלמים החוקתית. בישראל אין וטו נשיאותי, אין חוקה משוריינת, אין פרלמנט בן שני בתים, או כפיפות לגופים בינלאומיים המגנים על זכויות האדם. מכאן שבית המשפט העליון, בשיטה הישראלית, הוא המגן היחיד כמעט מפני כוחו של הרוב, היכול לרסנו ולדאוג שיקיים את שלטון החוק ואת השמירה על זכויות האדם. כרסום באי התלות של בית המשפט בישראל, הוא אפוא חמור במיוחד בשיטתנו [עמיחי כהן פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט (2018)].



המעמד החוקתי של נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים

12. לצד ההיבט הערכי הפסול שטמון במהלך שכזה, מנקודת הראות של האיזונים והבלמים בדמוקרטיה, מעמד נציג האופוזיציה זכה לניתוח חוקתי מקיף בפסיקתו של בית המשפט העליון ב**פרשת אבירם**. בפסק-דין חשוב זה נדון מעמד נציג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים כמנהג חוקתי מחייב בשיטתנו הדמוקרטית-חוקתית.
13. המנהג של הכנסת לבחור בנציג אופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים (בצד נציג הקואליציה) הוא בעל חשיבות חוקתית רבה בישראל. כבר בעת שנדונה הקמת הוועדה לבחירת שופטים בראשית שנות החמישים, עלה הרעיון שלפחות אחד משני חברי הכנסת בוועדה יהיה מהאופוזיציה. דחיית הרעיון הזה בראשית ימי המדינה נבעה רק משיקולים פרקטיים (נטען אז שיתכן תיאורטית שלא תהיה כלל אופוזיציה). במקום זה אומץ ההסדר הקבוע עד היום בחוק, שלפיו חברי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים נבחרים בבחירות חשאיות. הרעיון שעמד מאחורי ההסדר הזה היה זהה לרעיון נציגות האופוזיציה: למתן את כוחן של הקואליציה והממשלה בוועדה לבחירת שופטים ולמנוע פוליטיזציה של תהליך מינוי השופטים.
14. כאמור לעיל, בראשית שנות התשעים החלה הכנסת למנות לפחות חבר כנסת אחד מהאופוזיציה הפרלמנטרית. הנוהג הזה חשוב לא רק כדי למנוע פוליטיזציה של תהליך מינוי השופטים, אלא גם כדי להבטיח את השותפות של המיעוט בכנסת בתהליך זה, לאור מעמדה של האופוזיציה ושל עקרון הייצוג היחסי בשיטת המשפט בישראל [ראו דוד חשין "אופוזיציה אפקטיבית ועקרון הייצוג היחסי בראי הוועדה לבחירת שופטים" **עורך הדין** 42, 112 (2020)].
15. כפי שהסביר בית המשפט העליון ב**פרשת אבירם** נוהג זה חשוב "מכוח עקרונות חוקתיים של השיטה, המכירים בעקרון הייצוג היחסי", ומכוח זכות המיעוט להשתתף בהליכי קבלת החלטות בכלל, ובוועדה לבחירת שופטים בפרט (פרשת אבירם, פסי' 19 לפסק דינו של שופט הנדל).



16. יתרה מכך, מפסק-הדין של בית המשפט העליון בפרשת אבירם משתמע שיתכן ששינוי בפועל בהרכב הוועדה כך שלא תכלול נציג של האופוזיציה מעלה קשיים חוקתיים משמעותיים. פסק דין זה ניתן בשנת 2017 בעקבות עתירה שהוגשה נגד חברותו של ח"כ רוברט אילטוב בוועדה לבחירת שופטים. ח"כ אילטוב נבחר לוועדה לבחירת שופטים כנציג האופוזיציה, אך נותר חבר הוועדה גם לאחר שסיעתו עברה לקואליציה בשנת 2016, כך שהאופוזיציה נותרה בלא ייצוג בוועדה. בית המשפט דחה את העתירה באותו עניין בשל שיהוי וגם היה מדובר באותו מקרה בהמשך כהונתו של חבר-כנסת שהיה באופוזיציה בעת בחירתו אך הצטרף לקואליציה לאחר מכן. אולם יחד עם זאת נרמז בפסק הדין שבחירה מלכתחילה של חברי הוועדה לבחירת שופטים באופן שאינו כולל נציג אופוזיציה תתקשה לעמוד במבחן המשפטי-חוקתי. בלשונו של בית-המשפט העליון:

"היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה – תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית".

17. נזכיר – ככל שהדברים טעונים תזכורת – כי במדינה דמוקרטית, לאופוזיציה הפרלמנטרית חייב שיהיה חלק בהליך בחירת השופטים שתפקידם, בין השאר, הוא התפקיד החוקתי של הגבלת הרוב והגנה על המיעוט מפני עריצות הרוב. מסיבה זו גם בעולם נהוג כי בהסדרים של בחירה ושל מינוי שופטים בערכאות חוקתיות, לאופוזיציה נודע חלק חשוב בהליך הבחירה. כך, 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 השופטים (או לפחות אחדים מהם) בבתי המשפט החוקתיים באיטליה, בבלגיה, בגרמניה, במקסיקו, בספרד ובפורטוגל. (ראו לוריא, הוועדה לבחירת שופטים, בעמ' 92.)

על הסכמים פוליטיים

18. אם כן, ככל שעצם המינוי של שני נציגי קואליציה מעלה קושי משפטי, מובן שההסכמה בהסכם קואליציוני על כוונה לעשות כן, יכולה להיות בלתי-חוקית. הסכמים קואליציוניים הם הסכמים שנערכים על ידי גופים ציבוריים. "זוהי הבטחה – התחייבות של נציגי ציבור – בשמו של הציבור, וחלות עליו נורמות של המשפט הציבורי" (השופט אלון, בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה).

19. ברבות השנים, מצא לנכון בית המשפט לבחון את תוקפם של הסכמים פוליטיים. אחד המבחנים לפסלותם של הסכמים קואליציוניים היה "פגיעה מהותית בתקנת הציבור". כפי שהסביר בית המשפט העליון בפרשת ז'רז'בסקי: "אותם עקרונות עצמם, הנותנים תוקף להסכם הפוליטי, הם גם הקובעים כי ההסכם לא יתפוס, אם כריתתו, תוכנו, מטרתו או המשך ביצועו סותרים את תקנת הציבור. כוחו המחייב של ההסכם הפוליטי נשען על תקנת הציבור. משנופלת משענת זו, נופל עמה גם ההסכם הפוליטי. על כן, הסכם פוליטי שתוכנו נוגד את תקנת הציבור - בין במועד עריכתו ובין במועד שלאחר עריכתו - בטל הוא." (ברק, ז'רז'בסקי, 845).

20. בעניין ולנר (1994) שניים מתוך חמשת השופטים (ברק ובך) סברו שתנייה בהסכם קואליציוני שקובעת כי יש לפעול בדרך של חקיקה לשמירה על הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה (במקרה שתהיה פסיקה נוגדת של בית המשפט), ללא כל שיקול דעת ובאופן אוטומטי, בטלה. גם השופט גודלברג, מן השופטים שהיו ברוב, סבר כך אך לא ביטל את ההסכם משום שסבר שממילא ההסכם לא יקויים (אריאל בנדור, דינו של הסכם פוליטי, משפט וממשל ג(1) בעמ' 300), כפי שאכן קרה בפועל.

21. מובן מאליו שהסכמים פוליטיים נועדו לאפשר לצדדים לקדם את תפיסת עולמם. אך בכך אין לומר שמותר להם לפעול בניגוד לדין, ובהקשר זה בהתעלמות מהנוהג החוקתי ומהפסיקה לגביו. לטעמנו במקום בו אין כוונה



המכון הישראלי לדמוקרטיה

לחוקק אלא פשוט לפעול בניגוד לדין, יש מקל וחומר לעומת עניין ולנר. במידת מה, דומה הדבר לחוזה לרעת צד שלישי: מפלגת הליכוד ו"כחול לבן" הסכימו ביניהם לפגוע באופוזיציה ולמעשה לחלק ביניהם נתח פוליטי שלא שייך להם מלכתחילה – המקום השמור לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים. הסכם כזה, לשיטתנו, אינו חוקי.

סיכום

22. לסיכום, ההסכם שנערך בין הליכוד לבין כחול לבן לביטול ייצוג האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים הוא הפרה של נוהג חוקתי שנועד לשמור על האופי הממלכתי של הוועדה לבחירת שופטים, על עקרון אי-תלות השופטים, על שיתוף המיעוט בהליכי קבלת החלטות ועל עקרון הייצוג היחסי. על כן יש בהסכם זה פגיעה באיזונים ובבלמים של הדמוקרטיה הישראלית, והוא אף למיטב הבנתנו בלתי חוקי.

בכבוד רב,

ד"ר גיא לוריא

ד"ר עמיר פוקס

פרופ' יובל שני

המכון הישראלי לדמוקרטיה